



جمعية المرصد  
لحقوق الانسان

# الحقوقية

مجلة علمية دورية محكمة  
تعنى بنشر الدراسات والمقالات  
والقضايا الحقوقية والقانونية

العدد التاسع - ذو الحجة 1446هـ / يونيو 2025م



# الحقوقية

مجلة علمية دورية محكمة

تعنى بنشر الدراسات والمقالات والقضايا الحقوقية والقانونية





جمعية المرصد  
لحقوق الانسان

# الحقوقية

مجلة علمية دورية محكمة

تعنى بنشر الدراسات والمقالات والقضايا الحقوقية والقانونية

العدد التاسع ، ذو الحجة 1446هـ/ يونيو 2025م

# الحقوقية

مجلة علمية دورية محكمة

تعنى بنشر الدراسات والمقالات والقضايا الحقوقية والقانونية

رقم النشر الدولي:

ISSN 2536-0078

تصدر عن

## جمعية المرصد لحقوق الإنسان

جمعية أهلية حقوقية تمارس نشاطها في مملكة البحرين

بموجب قرار الترخيص رقم (27) لسنة 2011م

الموقع الإلكتروني: [www.marsdbh.com](http://www.marsdbh.com)

البريد الإلكتروني: [marsd\\_bh@hotmail.com](mailto:marsd_bh@hotmail.com)

توزيع: دار الروافد الثقافية – ناشرون

بيروت - لبنان

[www.dar-rawafed.com](http://www.dar-rawafed.com)

## الهيئة الاستشارية

- أ.د. علي الصاوي  
أ.د. صبري حمد خاطر  
أ.د. محمد باهي أبو يونس  
أ.د. محمد أمين الميداني  
أ.د. فيصل حمد المناور
- أستاذ العلوم السياسية، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية/جامعة القاهرة - مصر.  
محام ومستشار قانوني، أستاذ القانون المدني، وعميد كلية الحقوق/جامعة البحرين (سابقاً).  
أستاذ القانون العام، عميد كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية (سابقاً)، أستاذ ورئيس قسم القانون العام بكلية الحقوق - جامعة البحرين (سابقاً).  
رئيس المركز العربي للتربية على القانون الدولي الإنساني وحقوق الإنسان، ستراسبورغ - فرنسا، أستاذ محاضر في جامعة ستراسبورغ بفرنسا، وأستاذ حقوق الإنسان بجامعة الجنان/طرابلس - لبنان.  
أستاذ السياسات العامة، ومستشار بالجهاز الفني/المعهد العربي للتخطيط - الكويت.

## هيئة التحرير

د. علي فيصل الصديقي

رئيس هيئة التحرير

د. محمد عبد الكريم الزكري عضو هيئة التحرير

د. سهيرا عبداللطيف عضو هيئة التحرير

د. محمد أحمد جوهر عضو هيئة التحرير

د. شيخة أحمد العليوي عضو هيئة التحرير

المراجعة اللغوية: د. سهيرا عبداللطيف

## المحتويات

15	كلمة المرصد الافتتاحية
	وقفات في مبحث «الزمان القانوني»
19	د. علي فيصل الصديقي
	الدراسات المحكمة
	مشاركة المجتمع المدني في الوقاية من الفساد ومكافحته في الجزائر دراسة في ضوء التعديل الدستوري لسنة 2020
43	أ.د. أوكيل محمد أمين
	المسؤولية دون خطأ عن أضرار إيداع الأوراق المالية دراسة في القانون المصري والإماراتي والنظام السعودي
71	د. عمرو سيد مرعي شلقامي
	المواجهة القانونية المصرية لظاهرة الهجرة غير الشرعية
117	د. هشام عبد السيد الصافي محمد بدر الدين
	تنظيم الرهن التأميني في قانون تنظيم القطاع العقاري البحريني رقم (27) لسنة 2017 - قراءة تحليلية تأصيلية
165	سيد إبراهيم محسن العلوي

## المقالات العلمية

- أهمية دراسة شخصية المتهم في تأسيس الحكم الجنائي  
أ.د ضاري خليل محمود ..... 267
- شخصيات وأعلام
- تأملات سوسيو - قانونية على هامش قضية جوني ديب وأمير هيرد  
د. مشاعل عبد العزيز الهاجري ..... 285
- نموذج آلان باديو في مواجهة طغيان نسبيّة القوانين باتجاه تعزيز  
مفهوم جديد للقانون الكوني:  
قراءة متقدمة في اصلاح مثالب «مابعد الحداثة»  
د. محمد الزكري القضاعي & د. علي فيصل الصديقي ..... 293

## الحقوقية

«الحقوقية» مجلة علمية دورية محكمة تعنى بنشر الدراسات والمقالات والقضايا الحقوقية والقانونية على المستوى المحلي والإقليمي والدولي. وتصدر المجلة عن جمعية المرصد لحقوق الإنسان في مملكة البحرين.

### الرسالة

نحو ترسيخ مبادئ وثقافة الحقوق والالتزام بقيم القانون على صعيديّ الفكر والممارسة، والتوعية بالحقوق والواجبات ودعم البحث العلمي في المجالات ذات الصلة بالشأن الحقوقي والقانوني.

### الأهداف

دعم وتعزيز ثقافة حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، وتهيئة البيئة العلميّة المناسبة لرفع معدلات الوعي الحقوقي والقانوني في مملكة البحرين والوطن العربي.

❖ نشر الأبحاث العلميّة في مجال حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، ومختلف فروع القانون الأخرى، بالإضافة إلى فتح فضاء أوسع لأبناء مملكة البحرين والمنطقة من المفكرين والباحثين والأكاديميين والمهتمين بهذا الشأن؛ لنشر أفكارهم وأنشطتهم البحثية والعلميّة.

- ❖ رصد أحدث المستجدات العالمية في كل ما يتعلق بالقضايا الحقوقية والقانونية، وتسليط الضوء على أهم تلك القضايا ومناقشتها مناقشة علمية، في إطار التفكير النقدي والتحليلي.
- ❖ تسليط الضوء على أبرز الشخصيات والأعلام ومساهماتهم العلمية وأعمالهم الفكرية في المجال الحقوقي والقانوني، سواء من مملكة البحرين أو الوطن العربي أو من دول العالم. وإجراء حوارات مع بعض تلك الشخصيات للوقوف على تجاربهم وأفكارهم.
- ❖ عرض أبرز المستجدات البحثية من كتب وأطروحات ورسائل علمية وتقارير في مجال المعرفة الحقوقية والحقل القانوني.

## قواعد النشر العلمي

تؤمن مجلة «الحقوقية» أن القضايا الحقوقية والقانونية لا تنفك بتأً عن اهتمام مختلف العلوم الاجتماعية والإنسانية، لذلك فإنها تعنى بنشر الدراسات والمقالات والقضايا ذات العلاقة بالشأن الحقوقي والقانوني المرتبط بالواقع العملي قدر الإمكان، وفي سياق استيعاب القراءات الحقوقية والقانونية التي تتصل بالحقول المعرفية المختلفة. وتتوزع موضوعات المجلة على أبواب مختلفة، لكل منها معايير وشروطه الخاصة بالنشر. وترحب المجلة بكل الباحثين والمؤلفين من مملكة البحرين والوطن العربي، وتُعطي الأولوية في النشر للدراسات والمقالات والقضايا التي تتناول مسائل مستجدة على الساحة الحقوقية، أو التي تتناول القانون البحريني. ويمكن المساهمة في مجلة «الحقوقية» من خلال أحد الأبواب الموضحة أدناه:

### أولاً - الدراسات المُحكّمة:

يجب أن تراعي الدراسة شروط البحث العلمي وأخلاقياته المتعارف عليها، ويجب أن تتقيد على وجه التحديد بالمسائل الآتية:

- 1 - أن تتمتع الدراسة بإضافة معرفية وعمق في الموضوع الحقوقي أو القانوني الذي كُتبت فيه، كأن تتناول موضوعاتها في سياق تحليلي أو استنباطي أو مقارنة. كما يجوز أن تقدم الدراسة تعليقاً على حكم قضائي.
- 2 - أن تتم مراعاة الأصول العلمية المعتمدة في متن البحث، والمنهجية

العلمية، والإحالات المرجعية، والالتزام بقيم الأمانة العلمية. حيث ينبغي أن تتضمن تقسيمًا علميًا يسبقه مقدمة ويعقبه خاتمة تبين أبرز النتائج المستخلصة أو التوصيات المقترحة. كما يجب أن تلحق الدراسة بملخصين، أحدهما باللغة العربية، والآخر بلغة أجنبية (الإنكليزية أو الفرنسية)، متضمنًا الكلمات المفتاحية فيما لا يتجاوز (300 كلمة).

3 - يجب أن تكتب الدراسة بلغة سليمة وأن تتمتع بالتماسك النصي والمنهجي في العرض بعيدًا عن الحشو والتكرار، والابتعاد عن الأسلوب التقريري أو الصحفي.

4 - ألا تكون الدراسة قد سبق نشرها في مجلة علمية أخرى، كما لا يجوز أن تكون مقدمة للنشر في مجلة أخرى في الوقت نفسه، ويقدم صاحب الدراسة إقرارًا بذلك.

5 - يجب ألا يتجاوز حجم الدراسة شاملاً المراجع والهوامش (10000 كلمة)، ويجوز لهيئة التحرير أن تسمح بتجاوز ذلك الحد إذا رأت أن مقتضيات العلمية للدراسة تتطلب ذلك.

#### ثانياً - المقالات العلمية :

تناقش المقالات موضوعًا علميًا محددًا ومركزًا في المجال الحقوقي أو ما يرتبط بالقضايا القانونية. كأن يكون موضوعًا خلافياً، أو ملفًا ساخناً، على أن يتم تناوله بأسلوب موضوعي يقدم وجهة نظر أو رؤية أو مقترحاً. ويُشترط في المقالة العلمية أن تتعد عن الأسلوب الصحفي، كما يُشترط أن يتراوح حجمها بين (1000 - 3000 كلمة).

#### ثالثاً - الترجمات :

هذا الباب يقدم تعريفاً لمقالات علمية ذات علاقة بالمجال الحقوقي أو

الحقل القانوني، على أن تراعي المساهمة الأصول العلميّة في الترجمة. كما يجب أن يُقدم المترجم النص الأصلي وجهة نشره وبياناته الأخرى. ويتصدر المتن اسم المؤلف الأصلي، وبيانات النشر، واسم المترجم.

#### رابعًا - شخصيات وأعلام:

هذا الباب يلقي الضوء على السيرة الذاتية والأعمال العلميّة والفكرية أو التجارب العملية لشخصيات أو أعلام من داخل مملكة البحرين أو خارجها، في مجال علوم القانون أو مجال العمل الحقوقي أو خدمة العدالة، وذلك لتعريف شريحة القراء بهؤلاء الأعلام وأعمالهم ومساهماتهم العلميّة والعملية. على ألا تزيد المادة العلميّة في هذا الباب على (3000 كلمة).

#### خامسًا - حوارات ولقاءات:

يقدم هذا الباب، حوارًا أو مقابلة مع إحدى الشخصيات التي عُرفت بالعمل الحقوقي أو القانوني، سواء من داخل مملكة البحرين أو خارجها. شريطة أن يعبر اللقاء عن إضافة معرفية في الحقل أو التخصص العلمي للشخصية التي يُلقى عليها الضوء، وذلك للاستفادة من تجربتها العملية والفكرية.

#### سادسًا - مرصد الكتاب:

يتضمن هذا الباب مراجعةً أو عرضًا لكتاب أو ملخصًا لأطروحة علمية، شريطة ألا يكون قد مرّ على النشر أو المناقشة أكثر من ثلاثة أعوام، سواء كان باللغة العربية أو بلغة أجنبية، مع أولوية الكتب الصادرة في الشأن البحريني أو ملخصات الرسائل والأطروحات العلميّة الصادرة عن الجامعات البحرينية. بحيث يتم عرض مضمون الكتاب أو ملخص الأطروحة بلغة علمية تسلط الضوء على

هيكلية الكتاب ومنهجيته وخلفياته النظرية والعلمية والنتائج التي توصل إليها. ويجوز أن يقدم المساهمة في هذا الباب المؤلف نفسه أو باحث آخر. كما يجب ألا تتعدى المراجعة أو العرض أو الملخص حدود (3000 كلمة).

#### سابعاً - التقارير العلمية:

حيث يُلخص هذا الباب ويناقش بطريقة علمية وقائع مؤتمر علمي أو ندوة علمية في المجال الحقوقي أو في العلوم القانونية، على أن يتضمن العرض بياناً بأبرز محتوياته ونتائجه، مع تسجيل أهم الملاحظات والإضافات الضرورية. كما يجب ألا يتجاوز التقرير حدود 3000 كلمة.

## أحكام عامة

- ❖ ترسل المواد العلميّة باسم رئيس هيئة التحرير، مطبوعة على برنامج (Microsoft Word) على البريد الإلكتروني: alhoqoqiajournal@gmail.com
- ❖ تخضع المواد العلميّة للشروط المبيّنة أعلاه، وتقوم هيئة التحرير بإحالة الدراسات المقدمة إلى لجان للتحكيم العلمي والنظر في صلاحيتها للنشر. كما أنّ لهيئة التحرير سلطة تقييم ومراجعة وتقرير صلاحية نشر المواد المقدمة لمختلف أبواب المجلة الأخرى، كما يحق لها الاستعانة بلجان استشارية لأغراض التقييم العلمي. وبناءً عليه، تقرر الهيئة قبولها أو رفضها للعمل أو طلب إدخال تعديلات عليه، بناءً على ملاحظات المحكمين أو معايير النشر، بحسب الأحوال.
- ❖ ترحب هيئة التحرير بأية مداخلات أو تعقيبات أو تصويبات، ترد بشأن الموضوعات التي تنشرها المجلة، شريطة أن تلتزم بالقيم والمناهج والوسائل العلميّة المتعارف عليها، كما تتيح المجلة لأصحاب المواد الأصليّة، حقّ الردّ عبر الوسيلة نفسها.
- ❖ تؤول حقوق النشر فيما يتعلق بالدراسات والمقالات وباقي المواد العلميّة بعد نشرها، إلى مجلة الحقوقية.

- ❖ ترتيب المواد العلميّة وأسماء المؤلفين في أبواب المجلة، يخضع لاعتبارات فنية وتقنية، وليست بالضرورة أن تكون ذات صلة بمكانة الكاتب أو درجته العلميّة.
- ❖ الآراء ووجهات النظر الواردة في متن المجلة تعبّر عن أصحابها، ولا تعبّر بالضرورة عن وجهة نظر هيئة تحرير مجلة الحقوقية أو جمعية المرصد لحقوق الإنسان.

\* \* \*

## كلمة المرصد

في عالمٍ تتسارع فيه التحولات، وتتزاحم فيه التحديات، تظل حقوق الإنسان الثابت الذي تقاس به إنسانية المجتمعات ورقىّ الدول، ولا يكون هذا الثابت إلا بالمعرفة، ولا تكون المعرفة إلا بالبحث، ولا يثمر البحث إلا إذا حظي بمنبر علمي رصين، يؤمن بحرية الفكر، وينحاز إلى العدالة، ويحتفي بالاجتهاد العلمي الرصين.

ومن هذا المنطلق، تأتي مجلة "الحقوقية"، بوصفها منصة علمية دورية محكمة، تسعى إلى تعزيز ثقافة حقوق الإنسان، وترسيخ مفاهيم العدالة، والارتقاء بالفكر القانوني، داخل مملكة البحرين وعلى امتداد الوطن العربي.

إن إصدار العدد التاسع لهذه المجلة، هو ثمرة جهود أكاديمية وبحثية تراكمية، وعلامة مضيئة في مسيرة جمعية المرصد لحقوق الإنسان بمملكة البحرين، التي التزمت منذ تأسيسها بأن تكون منبراً للعلم والحقيقة، وجسراً بين الفكرة والممارسة، وبين المبدأ والتشريع، ولئن كانت الحقوق تُنتزع، فإن المعرفة بها تُكتسب، ولا غنى عن التأصيل العلمي لفهمها والدفاع عنها، لا سيما في زمن تواجه فيه الحقوق بتحديات متجددة، تستدعي اجتهاداً لا ينضب، وبصيرة لا تنطفئ.

ونجدد الدعوة الدائمة للباحثين في القانون وحقوق الإنسان، والأكاديميين في مختلف التخصصات ذات الصلة، للمشاركة بأعمالهم في

أعداد المجلة القادمة، إيماناً منا بأن البحث العلمي مسؤولية جماعية، وأن الفكر لا يزدهر إلا بتعدد الأصوات، وتكامل الرؤى، وصدق النية.

ولا يسعنا في هذا المقام إلا أن نشتمن جهود الباحثين، والمراجعين، والمحكمين، وهيئة التحرير، وكل من ساهم في إخراج هذا العدد، سائلين المولى عز وجل أن يكون هذا الجهد لبنة في صرح المعرفة، وأن تُسهم المجلة في إلهام مزيد من البحوث العلمية الجادة التي تعلي من شأن الإنسان وكرامته.

محسن علي الغريري

رئيس جمعية المرصد لحقوق الإنسان



الافتتاحية



## وقفات في مبحث «الزمان القانوني»

د. علي فيصل الصديقي\*

تنتقل هذه المقالة من قاعدة تقوم على استيعاب نظريات الفقه القانوني لمفهوم "فاعل الزمان"<sup>(1)</sup> باعتباره عنصراً قانونياً، ثم تتناول تشخيصاتهم له

(\*) رئيس هيئة التحرير.

(1) يُقال أنّ الزمان مكونٌ من آتات، يرفع كلّ آتٍ منها الآخر، وأبعادُ الزمان ثلاثة: الماضي والحاضر والمستقبل. والزمان مسألة تشكّل جزءاً لا يتجزأ من الحياة. فالفلاسفة يميلون إلى غمر الزمان في تمثيلات المادة والفضاء وإلى تصوّر الحركة الزمنية من حيث التحول الذي يطال الأشياء، وليس كقوة بحد ذاته، أو كمذهب روحي كما يرى هيغل. ولهذا قيل في تحديد ماهية الزمان مذاهب شتى، منها المذهب الطبيعي ويمثله أرسطو الذي اعتبر الزمان "مقدار الحركة من جهة التقدم أو التأخر" أي مقدار لحركة معلومة. ومنها أيضاً المذهب الفيزيائي ورواده نيوتن وأينشتاين.

هنا نلفت انتباه القارئ إلى أنّ هناك من يفرق بين عدة مفاهيم مثل: الزمن، والزمان، الوقت، والمدة، والعصر. بحسب معايير مثل طول الأمد، والمعنى النفسي أو الفلسفي وهكذا. بيد أن هذا التمييز ليس موضوعنا بشكل مباشر في هذه المقالة. فعلى سبيل المثال: رأى نيوتن أن الزمان قسمين: مُطلق (وهو الزمان الحقيقي الرياضي مستقل قائم بطبيعته ويُسمّى بالمدة) ونسبي (مقياس حسّي خارجي لأي مدة بواسطة الحركة وهو المستعمل في الحياة اليومية)، ليأتي أينشتاين ويقلب النظرية رأساً على عقب ويقول بنسبية الزمان، أي بكونه متغيّر، وبالتالي فإنّ قياس الزمان يقوم على أساس ملاحظة "المعيّات" (جمع معيّة)، في نقط مختلفة من المكان، فالزمان ليس واحداً بالنسبة إلى

بهدف إبراز جملة من الإشكاليات التي نشأت نتيجة تعدد قراءاتهم، لا سيما حين يُنظر إليه كمشكلة تتعلق بالوجود القانوني ضمن إطار مكان الحدث القانوني.

فكما هو الحال في العلوم الإنسانية المختلفة، لم يكن مطلب "الزمان" موضوع بحثٍ مستمر في الدراسات القانونية بالمقارنة مع مطلب "المكان"، وكان الاهتمام بالزمان هامشياً ومقتطعاً، ولكنه أخذ -سيما الفقه القانوني الغربي- زخماً أكبر في الآونة الأخيرة<sup>(2)</sup>، بفعل علماء بعض الفقه

مجموعة مختلفة من راصديه، وهذه نظريته التي أطلق عليها "النسبية الخاصة".  
راجع: عبدالرحمن بدوي، الزمان الوجودي، دار الثقافة، بيروت - لبنان، 1973،  
الطبعة الثالثة، ص 20/ص 100/ص 134.

راجع أيضاً: دان فالك، في البحث عن الزمن: رحلات في بُعد مدهش، ترجمة: رشا صادق، دار المدى، الطبعة الأولى 2022م، ص 320.

إن تعدد معاني الزمان وغموضه، يجعل منه جذاباً وإشكالياً في الوقت نفسه، بل أثارت مشكلة الزمان مناقشات عديدة بين أرباب العلوم المختلفة، وقد شكلت دراسته محلاً لأطروحات عديدة في تاريخ العلوم، بما فيها العلوم الإسلامية. بيد أن العلم الحديث يثير مشكلة الزمان دون تحديد للفرع العلمي الذي ينتمي إليه هذا البُعد، وهذا الاختلاف يرجع إلى اختلاف تحديد ماهية الزمان، أهو ينتمي للفيزياء أم إلى علم النفس أم إلى اللسانيات أم العلوم العصبية أم حتى إلى الفلسفة أو بقية العلوم، ولعلّ تصورنا حول الحقل الذي يقع فيه الزمان يقوم على مفهوم فيزيائي بسبب الثورة التي أحدثها ألبرت آينشتاين في نظريته التي حوّلت نظرة الإنسان من "ثبوت الزمان"، باتجاه "نسبية الزمان". ولكن ما علاقة ذلك بعلم القانون؟ هذا ما نحاول تناوله في هذه الوقفة بشيء من التحديد والتحليل.

(2) هناك محاولات عربية لطرق هذا الباب، أي بحث علاقة الزمان بالقانون. ولكنها مختلفة اختلافاً كبيراً عن محاولتنا هذه. فقد أشارت بعض الدراسات إلى مدلولات تتعلق باستخدام القانون لعنصر الزمان في تحديد ورسم الحقوق، وفي باب المادة الإجرائية على سبيل التركيز، كما فرقت مساهمات أخرى بين الزمان الوجودي والزمان الافتراضي، وانطلقت من أسس لغوية ولسانية بالنظر إلى ما اشتملت عليه هذه النصوص. راجع في المساهمات العربية: مرتضى جبار كاظم، الزمن في لغة القانون: مقارنة

القانوني، ولا يقصد بذلك النظر إلى القانون باعتباره تاريخاً فحسب، بل كسطح يمكن قياس التغييرات عليه، وهو ما أنتج ولادة مبحث "الزمانيات القانونية" أو "زمانيات القانون" Legal temporalities. وقد درج البحث فيها لدى فقهاء المدرسة الأنكلوسكسونية عبر دراسة التطوير الزمني للقانون العام Common law<sup>(3)</sup>.

وفي سياق التأكيد على اهتمام الفقه القانوني بالزمانيات القانونية، على سبيل المثال، تتساءل رينيسا مواني Renisa Mawani الأستاذة في جامعة كولومبيا البريطانية، بقولها: "ماذا يعني التفكير بالقانون في الزمان؟ ماذا يعني التفكير في القانون بوصفه مدة؟ في الآونة الأخيرة بُذلت جهود كبيرة من قبل علماء الأنثروبولوجيا والمنظرون والمؤرخون القانونيون في مجال فحص قوى الزمان على القانون". تضيف بقولها: "القانون ينظم، ويفرض الوقت، ويغرس الانضباط في العمل ويقوم بتوحيده، تحت ستار المنهجية والكفاءة، كما يعترف القانون بالزمانيات غير القانونية التي نعيشها، فالقانون لا يستجيب للزمانيات الخارجية فحسب، بل يمتصها ويحجبها عندما يقوم بتوسيع الزمن أو ضغطه من خلال تأكيده على الأحداث التاريخية ومسحها أو إعادة صياغتها"<sup>(4)</sup>.

---

لسانية، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 30 العدد 2 -2022، ص 176 / راجع أيضاً: عبدالغني الخنوس، الزمن والقانون: دراسة في المفهوم والعلاقة، المجلة العالمية للعلوم الشرعية والقانونية، الإصدار (1) العدد (39).

كما نذكر القارئ بأننا نتحدث عن الزمان ومروره وعلاقته بالقانون أو التنظيم أو الضبط الاجتماعي عبر الإجابة على سؤال الكيفية التي يُستخدم فيها الزمان على مستوى النظرية القانونية لا النص القانوني من جانب. ومن جانب آخر فهي فكرة تختلف عن العلاقة بين "علم القانون وعلم التاريخ" التي سبق لنا تناولها في مناسبة سابقة.

Renisa Mawani, *The Times of Law, Law & social inquiry*, Volume 40, Issue 1, (3) Winter 2015, p. 253-263.

Ibid, p. 253-263. (4)

مثالاً آخر، حين أخذ البروفيسور إريك لونغو Erik Longo الأستاذ المشارك في القانون الدستوري بجامعة فلورنسا، يدعو في أحد أبحاثه إلى دراسة "البُعد الدستوري للوقت" عبر فتح أفق جديدة لافتراض البُعد الزمني في صناعة القانون<sup>(5)</sup>، حتى قيل أنّ القانون في الواقع هو أسلوب خاص للتلاعب بالزمن<sup>(6)</sup>. وهكذا يتطلب الأمر قراءة موقف الفقه القانوني من هذه القضية وبحث اتجاهاته.

أولاً - تفكيك أطروحات قراءات الزمان: إشكاليات ومناقشات قانونية.

فعلى مستوى التأسيس: نظر الفكر القانوني الحديث إلى حدوث القانون في الوقت المناسب من خلال نظريتين، تُنسب النظرية الأولى إلى توماس هوبز وجيرمي بنتام، وهي تنفي أي قيمة للزمان، باعتبار أنّ القانون بالنسبة إليهم منتج صناعي ينشأ مع مرور الزمن ولكنه غير قابل للتغيير جوهرياً بمجرد دخوله حيز التنفيذ، وبالتالي يطرح هذا الاتجاه قضية "خلود القانون" وهي مسلمة من مسلمات الوضعية القانونية ترتبط بالاحتكار البرلماني في عملية وضع القوانين مع تكريس مبدأ اليقين القانوني، وتأكيداً لذلك افترض هانز كلسن "عدم أهمية الوقت" كعنصر من عناصر القانون وبالتالي اعتبر كلسن أنّ الزمان خارج عن القانون ولا يُمكنه أن يحدث أي نتيجة تلقائياً، باعتبار أنّ التشريع سيصبح صالحاً للأبد<sup>(7)</sup>.

في مقابل ذلك، تطرح النظرية الثانية رأياً ما بعد وضعي، عبر الافتراض المُسبق لأهمية الزمان في القانون، وهو ما أشار إليه سافيني الفقيه

Erik Longo, *Time and Law in the Post-COVID-19 Era: The Usefulness of Experimental Law*, Law and Method 2021, <https://www.lawandmethod.nl>, p.2. (5)

Ibid. (6)

Ibid. (7)

الألماني الشهير مؤسس المدرسة التاريخية. وهذه النظرية تدفع إلى التحقق من قيمة الزمان بالنسبة إلى القانون، وبالتالي ترفض الشكلية كما ترفض مبادئ أخرى كمبدأ فصل الأخلاق عن القانون، فترى هذه النظرية أنّ الزمان يعترض القانون أثناء عملية تفسيره<sup>(8)</sup>، وبالتالي فإنّ تفسير قانون ما اليوم، ربا يختلف عن تفسيره بعد مرور فترة من الزمان<sup>(9)</sup>.

أما على مستوى التطبيق وكيفية دخول الزمن في القانون، أي كيف تعيش العلاقات القانونية مع الزمان، أو الأبعاد الزمنية لإنفاذ القانون، فإنّ كلاً من - الوضعيين وما بعد الوضعيين - يذهبون إلى أن الزمن يعتبر بمثابة "عنصر موضوعي" عبر الاستعانة بفيزياء نيوتن التي ترى أن الطبيعة الموضوعية للزمن تتمثل في "التجانس الكمي" أي الوقت ككائن خارجي يتكون من أرقام (ثواني، دقائق، ساعات، وهكذا)<sup>(10)</sup>.

يشير لونغو أنّ ثلاثة أشكال أصلية للزمان، تشكل التجربة الزمنية للقانون (الماضي، الحاضر، المستقبل) أي نحن نتحدث عن بنية ثلاثية لمعرفة الزمان القانوني، وهو مفهوم يختلف عن الزمان الفيزيائي الذي تنظر إليه العلوم الطبيعية<sup>(11)</sup>. وهكذا، فإنّ العلاقة بين الزمان والقانون يجب بحثها أخذاً بعين الاعتبار العلاقات الاجتماعية والاقتصادية والتقدم التكنولوجي وشبكات التواصل الحديثة. إذ من المهم الإشارة، إلى أنّ القانون يُستخدم في المجتمعات الحديثة كوسيلة في تنظيم المجتمع والسيطرة عليه وتوجيهه، فمن خلاله يحاول المرء إصلاح الحاضر، وأحياناً إصلاح الماضي،

(8) Ibid.

(9) راجع في عرض المشكلة: علي فيصل الصديقي، فلسفة التجديد في نطاق التفسير القانوني، دار الروافد الثقافية وابن نديم، بيروت - الجزائر، الطبعة الأولى 2024م.

(10) Longo, *Time and Law*, Ibid, p.2.

(11) Ibid.

فالقانون ليس مجرد مستقبل بل هو رؤية اليوم لما سيكون عليه المستقبل<sup>(12)</sup>. ولهذا، يشير مارك فون هويك أن دراسة العلاقة بين القانون والزمان، أو "الزمانيات القانونية" ينطوي على صراع خفي حول المفاهيم الأساسية للقانون، فبالنسبة إليه يبدو مفهوم "الزمان المادي" مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً الصلة بالبناء النظري للواقع المادي، ولهذا فإنّ أي تصوّر للزمان القانوني سيعتمد على البناء النظري للواقع القانوني<sup>(13)</sup>. وهكذا يطرح فون دراسة الزمان في القانون من خلال قراءته قراءةً نوعية لمفهوم الزمان<sup>(14)</sup>، غير أننا، لا نريد الإغراق في تناول الجانب التجريدي أو الفلسفي في علاقة الزمان بالقانون، بل سنتقدّم خطوةً إلى الأمام لدراسة كيف يتمّ توظيف الزمان في القانون أو في إنفاذ القاعدة القانونية.

#### ثانياً - توظيف الزمان كشرط لأجل إنفاذ القاعدة القانونية:

يشير بعض الباحثين إلى أنه يجب أن يكون الزمان أكثر من مجرد "مقياس للمدة". أي ربما، بالمعنى القانوني، يمكن اعتباره صفة موضوعية للكون تُستخدم ذاتياً ككمية مادية لتحديد بداية ومدة وإنهاء حقوق والتزامات الشخص القانوني<sup>(15)</sup>. والحق أنه إذا كان "التحقيب" أي التقسيم إلى حُقب، وسيلة من وسائل التحكم المنهجي في الزمان أو كيفية استعماله في

(12) عند وضع القوانين من قبل السلطة التشريعية، لا ينظر المرء إلى الماضي، بل إلى المستقبل، على اعتقاد أن التقدم سيكون أفضل من الحاضر. ينظر:

Mark Van Hoecke, **Time & Law - Is it the nature of law to last? A Conclusion**, January 1998, <https://www.researchgate.net>, p.452.

Ibid, p.454. (13)

Ibid, p.451-469 (14)

Sergei Alekseevich Egorov, **Law and Time: an Essay**, <https://brill.com>, p.675 (15)

حقل علم التاريخ<sup>(16)</sup>، فإنّ القانون وسيلة أكثر نجاعة في ذلك، فالتحقيب التاريخي يتعلق بالزمن الماضي أما القانون فيتعلق بإصلاح الزمان الماضي والحاضر والمستقبل. إلى الحد الذي يصبح فيه الزمان جزءاً من حقيقة القانون وماهيته أصلاً، حيث يذكر الفقيه الفرنسي آلان سوبيو أنّ تكوين "الإنسان القانوني" كان أسلوباً غربياً في ربط البُعدين البيولوجي والرمزي اللذين يكونان الإنسان، ويشير إلى أنّ تقدّم العلوم والتقنيات قد ساهمت في تجريد الذات القانونية من أهليتها البشرية وتحويلها إلى "وحدة حساب" وبالتالي التعامل معها بصورة مجردة خالصة، فقد تزامنت "حيوية الحساب" مع صعود الرأسمالية التي أدت إلى سيادة "سلطان الكمية" و"العقلنة الحسابية"، مما يؤدي بالاعتقاد أنّ الكائن العقلاني هو كائن حسابي خالص وأنّ سلوكه يُمكن أن يُحسب ويُبرمج<sup>(17)</sup>. وليس أدلّ من ذلك ما ذكره ويليام كونككين (William Conklic) من أنّ فقهاء المدرسة الأنكلوسكسونية في القانون قاموا بعملية هيكلية (بنيّة Structuring) للزمان من خلال تنظيمه في فترات أو مراحل يميّز كل منها صدور مفاهيم قانونية جديدة منفصلة عن تلك الصادرة في المرحلة السابقة لها، وقد اعتمدوا على لحظة نشوء الدساتير الحديثة في دول مركزية كالولايات المتحدة وغرب أوروبا في الربع الأخير من القرن الثامن عشر الميلادي نقطة انطلاق لما أطلق عليه "الزمان المهيكّل أو الزمان المبنيّن" أي المقسم إلى مراحل يتمايز فيها القانون مفاهيمياً<sup>(18)</sup>.

(16) جاك لوغوف، هل يجب حقاً تقطيع التاريخ إلى شرائح؟، ترجمة: الهادي التيموي، هيئة البحرين للثقافة والآثار، الطبعة الأولى، المنامة 2018، ص 14.

(17) آلان سوبيو، الإنسان القانوني: بحث في وظيفة القانون الأنثروبولوجية، ترجمة: عادل بن نصر، المنظمة العربية للترجمة، الطبعة الأولى، بيروت 2012م، ص 16-20.

(18) عمر فرحات، الزمان والخيار الأخلاقي في علم أصول الفقه، ترجمة: خالد أبوهريرة، مركز نهوض للدراسات والبحوث، ص 5.

هنا، يُصبح لافتاً لدينا الحاجة إلى دراسة مفهوم الزمان من زاوية أخلاقية، أو إعادة دراسته، فنحن معاشر أهل القانون تقع علينا مهمات كبيرة في التفكير المنهجي في علوم القانون، ومن أهم تلك السُّبل التي نفهم بها القانون أنّ الزمان يساهم بوصفه قضية ذات بُعد أخلاقي، أي أنّ الزمان في كثير من الأحيان يعتبرُ وعاءً محايداً أو خلفيّة موضوعية للأفعال التي يقوم القانون بتنظيمها. والحق أنّ بعض الفقه -الغربي- لم يُهمل الزمان أو مركزية الزمان بوصفها ذات مكانة في تحديد سلطة القانون، فالدراسات النقدية الحديثة والسوسيو-قانونية تأخذ بعين الاعتبار تأثير الزمان في القانون والنظام الاجتماعي، والأدوار التي يلعبها الزمان في تشكيل التقاليد القانونية والأخلاقية، حيث يلاحظ فريدريك بلوم على سبيل المثال أنّ الزمان غير مدروس على الرغم من أهميته في فهم سلطة القانون، يقول: "الزمان عنصر مهمل رغم كونه جوهرياً في القانون الحديث، فهو أداة للسلطة والعقاب والتقدّم، ولهذا يجب أن نتخذ وجهة نظر أكثر حساسية تجاه الزمان"<sup>(19)</sup>. وهو ما يفسر لنا قواعد كثيرة في القانون تقوم على منح الحقوق وحجبها بناءً على معيار الزمان، فالزمان هو صوت الدخول في سلطة القانون، أي أن صلاحية تطبيقه في كثير من الأحيان تُولد مع فكرة الزمان، وهو ما يفسّر لنا وجود "الأحكام الانتقالية في صلب القوانين" لتضبط التنازع الزمني بين قانون قديم وآخر حديث.

غير أنّ الأمر لا يكتسي أهميته من خلال ذلك فقط، فقد أصبح الزمان محلاً للاعتبار في العصر الحديث، فقد تمّ إيلاؤه مزيداً من الأهمية بالنسبة للإنسان، وهو ما يعني بالضرورة تزايد أهمية الزمان بالنسبة للقانون لأنه ينظم حياة الإنسان، وهو ما نجادل فيه في هذه المقالة. ثمة اهتمام خاص

(19) راجع: المرجع نفسه، ص 4.

بالزمان، يفوق الاهتمام به في عصورٍ مضت من التاريخ القانوني، إلى حد أصبح يفرض تحديات غير مسبوقة، نحاول استعراض شيء منها في هذا الخصوص، وكل ما نطرحه بعد قليل، على سبيل المثال لا الحصر، أي أننا سنطرح نماذج لأهمية الزمان ومتغيراته، وكيفية تأثيره في صلب القانون، وذلك وفقاً لما يأتي.

ثالثاً- وعاء "الزمان" كخلفية محايدة (نماذج للفهم):

(1) النموذج الأول: عنصر الزمان كمعيار لقيمة الإنتاج (الزمن في قانون العمل):

تشير سينثيا نيغري في دراستها حول (وقت العمل) إلى أنّ أشكال العمل ما قبل الصناعية كانت تعتمد على جمع الثمار وصيد الحيوانات، وبالتالي يصعب وضع تفسيرات عمومية أو شمولية حول "وقت العمل في مجتمعات الكفاف". بل أنّ هناك من يجادل أنّ الصيادين وجامعي الثمار كانوا يعملون أقل مما نعمل في عصرنا الحالي، فكان السعي إلى الطعام متقطعاً وكان لديهم وقت كثير للفراغ، ولم يكن النشاط الاقتصادي مرهقاً جسدياً ونادراً ما يعملون فوق طاقتهم<sup>(20)</sup>. غير أنّ تحولاً بارزاً حصل في العصور الكنسيّة أدى إلى اعتماد "زمن الساعة" فأدخل رجال الدين في القرون الوسطى الزمان - وفق تصوّر مسيحي-. كما أنّ اختراع الساعة الميكانيكية في أوروبا في القرون الوسطى الذي كان نتيجةً للاهتمام بقياس الزمان<sup>(21)</sup>، وكانت وحدة قياس "وقت العمل" في الغرب خلال تلك

(20) سينثيا نيغري، وقت العمل: الصراع والضبط والتغيير، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، الطبعة الأولى 2017م، ص 27.

(21) المرجع نفسه، ص 32-33.

القرون هي "اليوم" أي باليوم الزراعي (Journal) أو (Jour) منذ الشروق وحتى الغروب<sup>(22)</sup>. ولكن اعتباراً من القرن الثالث عشر بدأ التشكيك في نظام اليوم عبر دخول منازعات بشأن "العمل الليلي"<sup>(23)</sup>.

وهكذا ساهم اختراع الساعة في سيرورة "علمنة الزمان"، فقد كان اختراعاً ثورياً في التجربة الإنسانية ساهم في استقلال الإنسان عن الشمس كمعيار لقياس الزمان وتأكيد سيادته على نفسه<sup>(24)</sup>، فقد ساهمت الساعة في تكريس نمط جديد للحياة، جعل الزمان مرئياً، فكانت الساعة أداة لإدارة الحياة المدنية، وتحويل "الوقت إلى كمية" قابلة للقياس<sup>(25)</sup>، ثم صار سلعةً كما في العبارة الشهيرة لبنجامين فرانكلين (Benjamin Franklin) (1706-1790م): "الوقت مال Time is money" في رسالته الشهيرة إلى "نصيحة إلى تاجر شاب" المنشورة عام 1748م.

كيف لا، وقد طُرحت فكرة "الساعات المحددة" منذ النصف الأول من القرن الرابع عشر، وتم تكريس الساعة كوحدة زمنية تتألف من ستين دقيقة، وحلّت "الساعة" محل "اليوم" كوحدة أساسية في قياس وقت العمل، فتراجع مفهوم "يوم العمل" لصالح مفهوم "ساعات العمل". ثم انتشر "زمن الساعة" وفرض نفسه بحلول نهاية القرن التاسع عشر منهياً

---

(22) وقد عرف العلماء المسلمون تلك الأوقات واستخدموها استخدامات متعددة، منها ما هو للعبادات كالصلاة، ومنها ما هو للمعاملات كاستخدام المواقيت في معرفة ساعات السقاية وتقسيم المياه الطبيعية تقسيماً عادلاً وفق معيار وقتي يعتمد على الشمس. وهو ما يُعرف بالنوبات، وتسمى في البحرين قديماً بالأوضاع.

(23) نيغري، وقت العمل، ص 35.

(24) فالك، في البحث عن الزمن، ص 83.

(25) المرجع نفسه، ص 88-89.

بذلك أشكال التوقيت وأساليب تحديد التاريخ المحلية الكثيرة<sup>(26)</sup>.

وهكذا، يجب فهم وقت العمل الحديث في سياق الرأسمالية الحديثة، حيث يكمن جوهر علاقات العمل في قضية "العمل مقابل الأجر" باعتبارها ركناً ركيناً في التصميم القانوني لعلاقة العمل، فالعامل إنما يقدم خدمات مقابل حصوله على أجر، ويجري هذا التقدير بمعيار زمني محض يتمثل في "ساعات العمل اليومية" أو "ساعات العمل الأسبوعية"، سواء عمل العامل أم لم يعمل في حقيقة الأمر فهو محتسب من أجل العمل خلال تلك الفترة الزمنية. كما أنّ رفع إنتاجية مؤسسة صاحب العمل إنما تكون من خلال رفع معدلات ساعات العمل عبر تقرير نظام "ساعات العمل الإضافي".

وقبل أن نختم هذا النموذج، نشير إلى تحديات بنوية كبيرة يواجهها مفهوم "ساعات العمل" في عصر الرقمنة، والعمل عن بُعد، وسيولة مفاهيم العمل وتنظيمه بفعل "اقتصاد المنصات" وغيرها من وسائل جعلت قانون العمل القائم على التحديد الزمني لوقت العمل، أمام محك.

## (2) النموذج الثاني: عنصر الزمان كمعيار للعقاب (الزمن في القانون الجنائي):

تحدّث الفيلسوف الفرنسي ميشيل فوكو بتوسع في دراساته لفلسفة العقاب، رغم أن أفكاره القانونية لم تنل اهتماماً عربياً يُذكر. فقد أشار إلى "تكتيكات الجزاء المرهفة"، وهي عنده تتخذ أشكالاً متعددة<sup>(27)</sup>، يُعدّ

(26) نيغري، وقت العمل، ص 36-37.

(27) أول الأشكال عنده هو (الإفصاء، يعني عنده الاحتباس أو الحجز، أو حتى الطرد والنفي والإخراج والأبعاد، ويُقصد به حظر أو منع وجود الفرد مع الجماعة كتكتيك عقابي). أما الشكل الثاني هو (التعويض)، وثالث الأشكال عنده (الوسم عبر فعل استحداث ندبة أي وضع علامة على الجسد)، ورابعها (الحبس وهو تكتيك يمارس). راجع: ميشيل فوكو،

"الحبس" أحدها، حيث يقع تاريخ وضعه بصورة نهائية - كما يرى فوكو- في منتصف القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، فالسجن عنده "تكتيك جديد" حيث لم يكن داخل النظام العقابي، أي أن السجن لم يكن عقوبة بمعنى القانون العلماني، فقد كان حبس المتهم قبل ذلك مجرد إجراء احتياطي ضروري للتثبت من شخصه وليكون جاهزاً عند الطلب، فعندما يوضع في السجن فإنه لا يعني أنه خاضع للعقاب الآن، وإنما هو مجرد إجراء للاستيثاق<sup>(28)</sup>، إذ إن بقاء المتهم في محبسه كان لغرض تطبيق نماذج عقابية أخرى وهي: نموذج العار (عبر ردة فعل المجتمع)، ونموذج العين بالعين (وهو عقوبة تخضع في قوتها تبعاً للفعل الإجرامي)، ونموذج العبودية (الأشغال الشاقة العمومية). بيد أن السجن - كما يذكر فوكو- "هو النظام الذي أدخل متغيّر الزمن محل كافة المتغيّرات التي تتوخاها النماذج الأخرى. وهنا ظهر شكل مغاير تماماً عما يمكن أن يتوقعه المرء بالاستناد إلى النظرية الجزائية، إذ نشهد شكلاً ليس من النوع القانوني أو العقابي: الشكل الأجرى (La frome salariale) فكما أن الأجر يكافئ الزمن الذي جرى شراء قوة عمل أحد الناس به، فإنّ العقوبة ترد على الانتهاك والمخالفة، ليس بمصطلحات التعويض أو شروط التصحيح والسداد، وإنما بمصطلحات أو شروط الزمن الحر، أو كمية الوقت من الحرية"<sup>(29)</sup>.

وهكذا كان تدخل الرأسمالية كنظام وسلطة في عملية العقاب، عبر "إدخال الزمان" في نظام العقوبات، وأصبح - لأول مرة في تاريخ النظام

المجتمع العقابي: دروس ألقيت في الكوليج دو فرانس (1972-1973)، ترجمة: نصير

مرّوة، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، قطر، الطبعة الأولى - سبتمبر

2022م، ص 35-39.

(28) المرجع نفسه، ص 109.

(29) المرجع نفسه، ص 115.

الجزائية - لم يعد العقاب يوقع على الأجساد ولا الأموال، وإنما بزمن العيش، فما سيملكه المجتمع من أجل معاقبة الفرد هو مجرد " الزمان المتبقي للعيش". وهذا ليس سوى - كما يقول فوكو- شكل من أشكال السلطة على الزمان كما تمّ التحكم - قبل ذلك- في زمان العامل المحترف وتوزيعه لاحتساب أجره والتحكم في أوقات فراغه وفي نظام ادخاره وتقاعده<sup>(30)</sup>، باعتبار أنّ زمان العيش مادة قابلة للتبادل، وأنّ التقدير الكمي للتبادل هو الذي يجعل من معيار الزمان يقيم علاقة مع مقياس العقاب وجسامة الذنب، ليصبح الزمان " ليس وحدة قياس اقتصادي فحسب، وإنما وحدة قياس معنوي"، ثمّ يضع فوكو تأصيلاً تاريخياً لدخول الزمان كعقوبة بحدّ ذاته، عبر استدعائه لآليات الكنيسة فيما يُعرف بـ "العزلة الرهبانية". ففي الأديرة يكون الحبس في زنزانة السجن، أي موضوعة "الاعتزال المسيحي"، فعقوبة الحبس وُجدت بطريقة التحامها في الحيز الرهباني، فالكنيسة مارست حبساً عقابياً في ثلاث حالات من بينها: الحبس كضمان قبل تقديم الشخص للمحاكمة إبان محاكم التفتيش، والحبس الديني والعقابي حين يجد الكهنة أو العلمانيون أنفسهم محبوسين على سبيل العقوبة في الأديرة، فالحبس العقابي -وفق فوكو- وليد الأوساط الدينية، فهو بمثابة علمنة لعقوبة كاثوليكية، بل نتيجة من نتائج تطعيم نظام العدالة الجنائية بطعم من الأخلاق المسيحية، وهو إعادة إنتاج نموذج معرفي قديم متمثل في الدير بوصفه سجنًا إصلاحياً<sup>(31)</sup>.

فُدمّ الحبس، ذي الطابع الزماني، الذي يُقاس بوقت الحرية والمعيشة بالنسبة للمذنب، كبديل إنساني الوصف، بدلاً من أشكال العقاب التي تتسم

(30) المرجع نفسه، ص 117.

(31) المرجع نفسه، ص 133-141.

بنوع من القوة. في المقابل: وُصفت بقية النُظم بالطابع الانتقامي، في حين وُصفت القيود الزمنية بالرحمة. اليوم، أيظلّ قياس الزمان في العقوبة مقياساً حضارياً؟ أم أنّ الزمان كعقاب لم يعد حلاً إنسانياً هو الآخر؟ باعتبار ظهور "بدائل العقوبات السالبة للحرية"؟ بدلاً من الحبس الزماني، يُصبح إصلاح المجتمع وخدمته حلاً أكثر نجاعة؟ لا ندري إلى أين يقودنا ذلك. هل يمكن أن يعود الحبس "القيد الزماني" مجرد إجراء للاستيثاق بطريقة مؤقتة إلى حين تنفيذ العقوبة؟ وبالتالي يفقد الزمان قدرته القانونية بوصفه عقوبةً بحدّ ذاته.

### (3) النموذج الثالث: عنصر الزمان كمعيار للفائدة (الزمن في قانون الالتزامات):

تقوم بنية الالتزام في القانون التجاري على اعتبارات أساسية ركائزها "الثقة" و"السرعة" في التعامل، وهذين الاعتبارين -مع مجموعة عوامل أخرى- ساهما في تشكيل فرع القانون التجاري بوصفه فرعاً مستقلاً من فروع المعرفة القانونية يختلف عن القانون المدني ويتميز عليه، بل أصبح يسوده ويعلوه في بعض الأحيان. وعندما نتحدث عن الثقة والسرعة فإننا نعني بطبيعة الحالة تدخل عنصر "الزمان" في هذه العلاقة، فالسرعة لا تقبل القياس إلا بالزمان.

وهكذا، يُحدثنا اليوم بعض أرباب الفلسفة السياسية والاقتصادية عن آليات تشكّل علاقات المديونية بوصفها صفة من صفات المجتمع الاقتصادي والتجاري الحديث، وينسب البعض علاقات المديونية إلى نظرية في القانون المدني يُطلق عليها "الذمة المالية"، وهي امتداد تطوّري لفكرة أنّ الدائن إنما له سلطة على جسد المدين كما في العهود السالفة في القانون الروماني، وانتقلت حتى صارت السلطة على "ذمة المدين" لا المدين نفسه.

فلا يكون الالتزام قائماً على رابطة شخصية وإنما رابطة موضوعية مادية تفصل العلاقات المالية عن شخص الدائن وعن شخص المدين وتختلط بمحل هذه العلاقة.

غير أن هذا الفصل قد أتاح لعنصر الزمان الصعود في صميم العلاقات المالية هذه، حتى نشأ ما يُطلق عليه "سُلطة الدَّين" التي "تُبقيك حُرّاً وتُشجعك وتدفعك إلى التصرّف بما يمكنك من الوفاء بديونك"<sup>(32)</sup>، لتُصبح الصورة الرمزية للرأسمالية المعاصرة هي "صناعة الإنسان المدين" على وفق تعبير موريزيو لازاراتو، حيث يشير لازاراتو إلى أطروحة فريدريك نيتشه حول "جينالوجيا الأخلاق"<sup>(33)</sup> التي يذكر فيها أنّ ترويض الإنسان وتشكيل المجتمع لا ينطلق من التبادل الاقتصادي كما يذهب كارل ماركس ولا من التبادل الرمزي كما يشير أنصار التحليل النفسي، وإنما ينطلق من علاقة المديونية، ليشكّل "عقد القرض" براداييم (نموذج تفكيري) للعلاقات الاجتماعية معتمداً على التبادل والفائدة، فالقرض - بالنسبة إلى نيتشه - وعدٌ بقيمة مستقبلية، لتكون مهمة الجماعة - بعدئذٍ - "إنجاب إنسان قادر على الوعد، إنسان قادر على ضمان نفسه في العلاقة بين الدائن-المدين"<sup>(34)</sup>، وهو ما يعني ارتباطاً بالزمان، حيث إنّ القرض وعدٌ بأداء دين، وعد بالسداد متفاوت الآجال ولكنه دائماً غير قابل للتوقع بسبب خوضه في "اللايقين الجذري" للزمان، وهكذا لا يستحوذ الدَّين فقط على "وقت العمل الحالي"

(32) موريزيو لازاراتو، صناعة الإنسان المدين: دراسة حول الوضعية النيوليبرالية، ترجمة: الحسن مصباح، منتدى العلاقات العربية والدولية، الطبعة الأولى، الدوحة-قطر، 2017، ص 32.

(33) فريدريك نيتشه، جينالوجيا الأخلاق، ترجمة وتقديم: محمد الناجي، أفريقيا الشرق، الطبعة الثانية 2012م، ص 55.

(34) لازاراتو، صناعة الإنسان المدين، ص 39.

للعمال في علاقات عملهم، ولكنه "يستبق أيضاً الزمن غير المتسلسل، مستقبل كل واحد ومصير مجموع المجتمع. إن الإحساس الغريب بالعيش في مجتمع بلا زمن، بدون انقطاع محتمل يمكن تصوره، يجد في الدين تفسيره الأساسي" (35).

قد يقول قائلٌ أنّ الفائدة المالية على طول الوقت فكرة معروفة منذ فترات قديمة في التاريخ القانوني، وهذا صحيح. بيد أنّ العلاقة بين الزمان والدين، أي "قرض المال وامتلاك الزمن من طرف المقرض" لم تكن تعرف تمييزاً واضحاً بين "الربا" و"الفائدة" حيث يعتبر "الربا" إفراطاً في الفائدة (36). وهو ما ينتقده البعض باعتبار أنّ المقرض إنما "يبيع الزمن وهو لا يمتلكه، وحيث مالكة الوحيد هو الله" (37).

لقد أدى كل ما تقدّم إلى الانتقال من "الدين المحدود" إلى "الدين اللامحدود"، وهذا الانتقال هو لحظة الخروج من المجتمعات العتيقة، وهو حدثٌ لازلنا نعيش تداعياته، عبر استحواذ الرأسمالية، التي أدت إلى وجود الإنسان الذي لا ينتهي من سداد الدين أبداً (38). ولهذا، تجد بعضاً من المنظرين السياسيين والاقتصاديين، ينادي اليوم بإلغاء الاستفادة من عنصر "الزمان" في علاقات الديون، لأنها أسهمت في تشكيل عبودية الإنسان. إذ يشير بعض هؤلاء بالإيجاب إلى مبدأ عدم جواز الفوائد الربوية كما تعرفها المدارس الفقهية الإسلامية، أو مبادئ شبيهة كمبدأ "الائتمان الاجتماعي" الذي طوّره المهندس البريطاني سي إتش دوغلاس (1879-1952)، أو نظرية

(35) لازاراتو، صناعة الإنسان المدين، ص 45.

(36) مع التنبيه إلى اختلاف المفهوم الإسلامي في هذا الصدد، والذي لا يخفى على فطنة القارئ.

(37) لازاراتو، صناعة الإنسان المدين، ص 46.

(38) المرجع نفسه، ص 73.

"المال المجاني" لدى الاقتصادي الألماني يوهان جيزيل، نهايةً بدعوة المنظر الروسي المعاصر ألكسندر دوغين إلى إصلاح نظام معدل فائدة الإقراض إصلاحاً جذرياً، وإحلال القرض الاجتماعي بدلاً من القرض التجاري، داعياً إلى استبعاد "الزمان" من قانون الالتزامات حتى قال ذات مرة "الربا شرٌّ مُطلق، الانتفاع من الزمان هو من عمل الشيطان"<sup>(39)</sup>.

ينبغي التذكير أنّ الأخلاق المسيحية، مثل الأخلاق الإسلامية، تعارض أن يكون التسليف بفائدة حيث يُعتبر الدين ربوياً، فطبقاً للمفهوم الكنسي فإنّ له وحده الحق في تحويل الزمان إلى وسيلة لاستثمار المال. غير أنّ بعضاً من الأوراق التجارية، ورقة الكمبيالة مثلاً، قد غيّرت من قواعد تداول النقود، حيث تُعتبر الكمبيالة في واقعها قرصاً تتخفى فائدته في الفرق بين أسعار العملات وفي الحيز الزمني الواقع بين إصدار الكمبيالة والقبول بها وتسديدها في حدود مدة زمنية قدرت، تاريخياً، بشهرين<sup>(40)</sup>. وهكذا، يقول سيلفان بيرون Piron في التصوّر الزمني لهذه المسألة بأنّ دعوى أنّ: "الإنسان لا يستطيع التحكم بالزمان الذي خلقه الله" أصبحت دعوى مهمة، ففي (كتاب العقود Traite des Contrats) الذي حرّر عام 1295 تقريباً لمؤلفه الفرنسي بير دي جان أوليفي كتب فيه قائلاً: "ليس الزمان المشترك في كل شيء هو الذي يتدخل في العقود البشرية، بل فقط الزمان الخاص

(39) نقلاً عن: زياد الزبيدي، ألكسندر دوغين - تعليمات دوغين: النصر والعدالة - المبادئ، تاريخ: 25 يوليو 2023، منشور على موقع: الحوار المتمدن على الرابط: <https://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=800256>

(40) الجدير بالذكر أنّ الأعداد العربية استُخدمت مبكراً في كتابة الكمبيالة ومهلة القروض والائتمان. راجع في ذلك: كلاريس هيرينشميت، الأبجديات الثلاث: اللغة والعدد والرمز، ترجمة: جمال شحيد، هيئة البحرين للثقافة والآثار، المنامة-مملكة البحرين، الطبعة الثانية 2019م، ص 411-415.

بموضوع العقد" (41)، تأسيساً على أنّ الزمان أصبح شيئاً يمكن التحكم به في العقود، قانونياً.

وهكذا، كانت الكمبيالات وسيلةً تقوم بتوفير وسائل لتنظيم العلاقات الاقتصادية عبر استثمار الزمان المحسوب بالنسبة للبشر الأحياء (42)، حتى صارت في العصر الوسيط الثاني هي النقود الممهورة بصور - مضمنةً بالأعداد الهندية العربية، وحملت في طياتها خطاباً صامتاً للمجتمع يقوم على أنّ "الزمان المسيحي أصبح يختلط بزمان الائتمان" (43).

ومن ثم أوضحت الدفاتر الحسابية، التي تُظهر اليوميات (الدفاتر التجارية)، هي الكتاب السري والكتاب الأكبر، لتُصبح وسيلةً لتدشين مجموعة التدفقات المالية والممتلكات والخدمات والائتمانات والأموال، بتنوع حجمها وعلاقاتها الاجتماعية، ومضمنةً التواريخ وكاشفةً الآمال والتوقعات الممكنة في المستقبل، حتى صارت وسيلةً حديثة تُمكن من إدارة الممتلكات والأشخاص بحسب نظام القيمة ونظام الزمان، لتضحى هذه الطريقة المحاسبية وسيلةً من وسائل "تشظية الزمان" وفق الصفحات والكتاب وصارت آلة المحاسبة في تاريخ الشركات الرأسمالية طاقةً على التحكم لا مناص منها (44).

وإذا كانت القروض ومادة الالتزامات والكمبيالة، ومن ورائها قانون التجارة، عنصراً في تحويل الزمان إلى مادة لكسب الفائدة، فما بالنا بما يحدث في عالم اليوم، الذي يغمره السرعة وانعدام التأنّي، مع كل السهولة

(41) المرجع نفسه، ص 415.

(42) المرجع نفسه، ص 418.

(43) المرجع نفسه، ص 420.

(44) المرجع نفسه، ص 426-428.

التي تحقق الانسيابية المالية، في مجال الشراء والاقتراض والتحويل وتبادل الأموال، بضغط أضرار رقمية بسيطة، تجعل الإنسان رهيناً في لحظات؟

رابعاً - خاتمة: دعوة لدراسة الزمان القانوني بصورة أكثر اتساعاً؟

كل ما سبق التطرّق إليه، عبارة عن إضاءات لهذا المبحث الحيوي الذي لم يأخذ نصيبه الكافي من الدرس القانوني، فهو مبحث لا يزال أرضاً بكرّاً بحاجة إلى سبر أغواره. فلو تأملنا في بعض الأطروحات والمساهمات العلمية التي قدمها أرباب فلسفة الأخلاق واللغة فيما يخص التنظيم القانوني ودور القانون في حسم النزاعات، فسوف نجد من التأصيل الكثير لمثل هذه القضايا المغفل عنها في قاعات المحاضرات التقليدية، علاوةً على الارتباط الوثيق بين دراسات "فلسفة الذاكرة أو التذكر" الذي يلعب فيه عنصر الزمان دوراً، وبين جوانب القانون والأخلاق. من حيثية التكريس الأخلاقي والقانوني للحق في النسيان أو الحق في التذكر أو الحق في تعديل الذاكرة<sup>(45)</sup>.

فعلى سبيل المثال لا الحصر، يطرح المنظر اللغوي بول ريكور رؤيته حول الدور القانوني للزمان من خلال دراسته لفكرة "التقادم" في السياقين المدني والجنائي، فتحدث عمّا يقبل التقادم وأساسه وحكمته، حتى قال أن: "مرور الزمن في شتى صورته، هو مؤسسة مدهشة تسمح لنفسها بعناء أن توظف المفعول المفترض للزمن على موجبات يُفترض أنها تدوم في

---

(45) راجع في طرق مثل هذه الموضوعات من الوجهة الأخلاقية بعض البحوث المنشورة في مرجع روتلج في فلسفة الذاكرة. تحرير: سفين بيرنيكر وكوركين ميكيليان، مرجع روتلج في فلسفة الذاكرة، نقله إلى العربية واعتنى به: د. مصطفى سمير عبدالرحيم، ابن نديم للنشر ودار الروافد الثقافية، الطبعة الأولى 2023م، ص 655 وما بعدها.

الزمان"، فالتقادم عنده خلاف العفو أو الصفح الذي يميل إلى محو الآثار النفسية والاجتماعية، فإسقاط الدَّين المدني أو الملاحقة الجزائية يغطيان "في آن واحد ظاهرة سلبية وجموداً وإهمالاً وشللاً اجتماعياً" فهو مبادرة اجتماعية تم اعتبارها إبداعاً من القانون الوضعي برغم أنها "غير متجانسة مع الغفران"<sup>(46)</sup>. وهي فكرة يعيد تناولها المنظر الأدبي الشهير صاحب المدرسة التفكيكية في اللغة جاك دريدا، حيث يتناول فكرة التقادم والصفح في المادة الجنائية، ويحررها من قيودها عندما يشير إلى أن مقتضى الصفح يجب ألا يكون مشروطاً أصلاً، باعتباره أمراً استثنائياً يسير فوق القانون، وقائماً على ما يُطلق عليه "اقتصاد الهبة"<sup>(47)</sup>، في حين أن التقادم مشروط بمضي الزمان.

علاوة على فكرة مرور الزمان المانع من سماع الدعوى إجرائياً، فإنَّ الزمان في القانون المدني يتدخل ليؤثر في الحقوق الموضوعية بوجهٍ أو بآخر، فتحديد الحقوق أحياناً يكون وفق قاعدة "الأسبقية" كما في تسجيل الحقوق العقارية، بل دخل الزمان ليس باليوم فحسب، بل بالساعة أيضاً. كما ينال بعض الفقه المدني من النظرية السائدة بشأن "العقود الفورية" في النظرية العامة للعقد، على اعتبار أن "التماسك السردى لهذه النظريات أخذ التشكيك فيه عبر دراسة الزمان" فحُسن النية -على سبيل المثال- لم يعد مقصوراً في مرحلة تنفيذ العقد (أي المستقبل)، بل امتدَّ إلى الفترة السابقة

(46) بول ريكور، الذاكرة-التاريخ-السيان، ترجمة وتقديم وتعليق: جورج زيناتي، دار الكتاب الجديد، الطبعة الأولى 2009م، ص 678-680.

(47) راجع: جاك دريدا، الصَّفح: ما لا يقبل الصفح وما لا يقبل التقادم، ترجمه عن الفرنسية: مصطفى العارف - عبدالرحيم نور الدين، منشورات المتوسط، إيطاليا 2018م، ص 19 وما بعدها.

على التعاقد (أي الماضي)<sup>(48)</sup>. وهذا ما يدفعنا إلى دراسة ملفات آليات وجدوى التفرقة بين بعض الثنائيات التقليدية في العقود المدنية، كالتفرقة بين العقد الفوري والعقد المستمر، أو بين عقد العمل محدد المدة وغير محدد المدة، من حيث التطورات التي تطل مناحي الحياة الاقتصادية والاجتماعية. بل يفتح الأمر شهية الباحث إلى تناول ملف بعض الحقوق الفردية، مثل حق الملكية، الذي يُوصف عادة بالديمومة، على اعتبار أنّ صاحبه سيتغير من وقت لآخر ومن جيل لآخر، ولكنه كحق بحد ذاته، سيتسم بالاستقرار والديمومة، الأبدي، فهذه المفاهيم القانونية ذاتها أصبحت خاضعة لعوامل الزمان فبعضها "خالدة" وبعضها "عشوائية" كما يشير مارك فان هوك Mark Van Hoecke<sup>(49)</sup>.

وأخيراً، فإنّ من المباحث التي يمكن أن تُدرس أيضاً، باب دراسة العلاقة والبيروقراطية والزمن في القانون الإداري. والقواعد الدستورية الناظمة للمواعيد، وأثر مرور الزمان على الحقوق الدستورية واستقرار الأوضاع السياسية والاقتصادية والحقوقية. وكذلك مقاربات ظرف الزمان بالنسبة للجرائم ذات العقوبة المشددة، وغيرها من سياقات يستحضر فيها المشرع أوضاعاً زمانية معينة كأوقات الظروف الطارئة والأزمات والمحن من حيث كونها قيماً وقتية.

هذا غيظٌ من فيض، والدعوة مفتوحة للجميع، ، ،

Mark Van Hoecke, **Time & Law - Is it the nature of law to last? A Conclusion**, (48) **January 1998**, <https://www.researchgate.net>, p.466.

Ibid, p.467. (49)





الدراسات  
المُدكَّمة



# مشاركة المجتمع المدني في الوقاية من الفساد ومكافحته في الجزائر

دراسة في ضوء التعديل الدستوري لسنة 2020

أ.د. أوكيل محمد أمين\*

## الملخص:

تهدف الدراسة لتبيان دور السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته في تفعيل دور المجتمع المدني في التصدي لجرائم الفساد، وذلك باستقراء أسس وأدوات تحفيز مجالات تدخل المجتمع المدني، بعدما راهن عليه المؤسس الدستوري كفاعل في تسيير الشأن العام المحلي، وشريك في سياسة الوقاية ومكافحة الفساد لا سيما في إطار نشاط السلطة العليا للوقاية من الفساد ومكافحته، التي اناط بها تأهيله للاضطلاع بهذا الدور المحوري انطلاقا من خصوصيته الجوارية كوسيط بين السلطة والجمهور ودوره الأساسي كمؤطر للقوى الحية في المجتمع.

الكلمات المفتاحية: المجتمع المدني، السلطة العليا، الشفافية، الفساد، التبليغ.

(\*) كلية الحقوق، جامعة الجزائر.

## Abstract:

This study investigates the pivotal role of the **High Authority for Transparency, Corruption Prevention, and Anti-Corruption** in activating civil society's engagement in combating corruption crimes. It achieves this by examining the foundational principles and instruments that incentivize civil society intervention, particularly given its constitutional designation as a key actor in local public affairs management and a partner in corruption prevention and anti-corruption policies. The study posits that the High Authority is uniquely tasked with qualifying civil society to undertake this central role. This is premised on civil society's distinctive proximity to the public, functioning as an intermediary between governing bodies and citizens, and its fundamental capacity to organize and mobilize influential societal forces.

**Keywords:** Civil Society, High Authority, Transparency, Corruption, Whistleblowing.

## مقدمة :

يعد الفساد أبرز الجرائم الدولية في العصر الحالي، بحيث ظلت هذه الأزمة العالمية تهدد سياسات الدول الاقتصادية والإنمائية دون استثناء وتعيق أهدافها ومشاريعها الاستراتيجية، وهو ما شغل بال أصحاب القرار في الجزائر للتعجيل باتخاذ تدابير فعالة للتصدي لاستفحال مظاهر هذه الجريمة الخطيرة، ومواجهة نتائجها الوخيمة الماسة بالاقتصاد الوطني ومصداقية المؤسسات العمومية ومؤشرات التنمية الوطنية الشاملة.

تكللت مساعي السلطة باستحداث مؤسسة دستورية جديدة تُعنى بترسيخ معايير الشفافية والنزاهة والانفتاح الإداري والحرص على الوقاية من الفساد والمعاملات المشبوهة ومكافحتها وأخلقة الحياة العامة والحفاظ على المال العام، وذلك بمقتضى التعديل الدستوري المؤرخ في 1 نوفمبر 2020، الذي نص على إنشاء السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته بمقتضى نص المادة 204 من الدستور، وحدد صلاحياتها العامة في المادة 205 من الدستور، وأحال على القانون تنظيم تفاصيلها الوظيفية والتنظيمية، وذلك

بمقتضى القانون رقم 22-08 المتعلق بتحديد تنظيم السلطة العليا وتشكيلتها وصلاحياتها.

ولكن الأمر اللافت في تنظيم اختصاصات وصلاحيات هذه الهيئة الدستورية السامية هو انصراف نية المؤسس الدستوري والمشروع معاً لإشراك فعاليات المجتمع المدني في استراتيجية السلطة العليا للوقاية من الفساد ومكافحته، وذلك لخطورة آفة الفساد باعتباره ظاهرة مجتمعية تهدد استقرار الحياة العامة، حيث تخل جرائمه بمصالح الدولة الاقتصادية والمالية وحتى السياسية، وتضر بأداء ونزاهة مؤسساتها العمومية، وهو ما ينعكس سلبياً بالنتيجة على تدبير شؤون ومصالح المواطنين ككل.

ومن هذا المنطلق، جاء الرهان على مؤسسات المجتمع المدني للمشاركة في الوقاية من الفساد ومكافحته، نظراً لكونه يعد فاعلاً أساسياً في مجال صناعة السياسات العامة وتسيير الشؤون العمومية في الدولة وفي ممارسة الديمقراطية التشاركية على المستوى المحلي، وذلك وفق ما يقرّ له به المؤسس الدستوري بمقتضى العديد من الأحكام المستحدثة خلال التعديل الدستوري الأخير الرامية في مجملها إلى تكريس المقاربة التشاركية وتفعيل الديمقراطية المحلية، والمتوجه كذلك بإنشاء المرصد الوطني للمجتمع المدني حسب نص المادة 213 من الدستور.

وعلى هذا الأساس تهدف هذه الدراسة لتبيان وتحليل الأطر القانونية والتنظيمية المؤسسة لمشاركة المجتمع المدني في الوقاية من جرائم الفساد، وذلك في ظل اختصاص وصلاحيات واستراتيجية السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته، سيما في ظل القانون رقم 22-08 المحدد لتشكيلتها وصلاحياتها، وذلك بالتركيز على أسس مشاركة فواعل المجتمع المدني، والآليات المتاحة له للوقاية من الفساد والحد من تفاقمه،

والتحديات التي تعترض سبيله في تأدية هذا الدور الدستوري المحوري المنوط به. وستتم معالجة هذا الموضوع في ضوء الإشكالية التالية:

إلى أي مدى يمكن الرهان على تنظيمات المجتمع المدني للمشاركة في تدابير الوقاية من الفساد ومكافحته في ظل التعديل الدستوري ل1 نوفمبر 2020؟

للإجابة عن الإشكالية التي يطرحها البحث، ارتأينا اعتماد خطة قائمة على محورين، تناولنا في المحور الأول (1) الأطر الدستورية والقانونية لمشاركة المجتمع المدني في الوقاية من جرائم الفساد، بينما تطرقنا في المحور الثاني (2) إلى آليات تدخل المجتمع المدني في إطار سياسة السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته.

## 1. الأطر الدستورية والقانونية لمشاركة المجتمع المدني في الوقاية من جرائم الفساد

يتحدّد الإطار القانوني في مجموعة القواعد والأطر التنظيمية التي تؤسس لإشراك تنظيمات المجتمع المدني في بيان السياسة التشريعية التي تسلكها الدولة للوقاية من الفساد ومكافحته، اعتباراً لمكانته الحيوية والمفصلية التي تؤهله للمساهمة في محاربة هذه الظاهرة والتحسيس بمخاطرها انطلاقاً من موقعه كفاعل في تأطير انشغالات ومصالح المجتمع، وككيان شريك للتدخل لدى المؤسسات والهيئات العامة للدولة، وهذا ما نقوم باستعراضه بالتفصيل من خلال بيان أهلية مشاركة المجتمع المدني في التصدي للفساد (أولاً) ثم تحديد الأسس التي اعتمدها المشرع الجزائري في تكريس مبدأ مشاركة المجتمع المدني في مواجهة ظاهرة الفساد في التشريع الوطني (ثانياً).

## 1.1 دوافع الاعتراف للمجتمع المدني بأهلية المشاركة في الوقاية من جرائم الفساد

تنبري دوافع الاعتراف لفعاليات المجتمع المدني في المشاركة في سياسة الدولة لمواجهة الفساد انطلاقاً من دوره المحوري ومكانته الأساسية في الحياة العامة ولا سيما دور الجمعيات.

### أ - المجتمع المدني فاعل أساسي وشريك في تسيير الشأن العام

يشكّل المجتمع المدني قناة الوصل بين الدولة والجمهور، ويجسّد سياسة القرب وقاعدة التسيير الجوّاري لموقعه القريب من أوساط المجتمع وبنيتّه المختلفة، ولمقوماته الهيكلية والوظيفية التي تؤهله للتدخل لدى أجهزة الدولة والتأثير على مجريات اتخاذ القرار، وتوجيه السياسة العامة وتعزيز أطر النزاهة والشفافية في تسيير الشؤون العامة وممارسة الرقابة على حسن أدائها<sup>(1)</sup>، وبحث سبل مساءلة الأعمال المنسوبة بالتقصير أو المشبوهة بالفساد والإنفاق غير الشرعي للمال العام.

فرض المجتمع المدني نفسه كفاعل محوري في تدبير الشأن العام وشريك لا محيد عنه في صناعة السياسة العامة للدولة، يعمل بجانب أجهزة الدولة ومرافقها نتيجة ما يحمله من مقومات وظيفية تمكّنه من توجيه السياسة والرقابة على حسن تنفيذها وتقديم الأفكار والحلول للمشاكل المطروحة<sup>(2)</sup>، أو ممارسة الضغط المنظم والقانوني للمطالبة بتقويم السياسات القائمة وإدخال الإصلاحات الضرورية الكفيلة بالتصدي للمشاكل والمخاطر

(1) انظر: محمد أمين أوكيل، إشكالية مشاركة المجتمع المدني في تحسيد الديمقراطية المحلية: الحدود والحلول؟، مجلة فعلية القاعدة القانونية، المجلد 01، العدد 01، السنة 2017، ص 97.  
(2) المرجع نفسه، ص 98.

التي تمس سير مؤسسات الدولة، وتحول دون جودة تقديم الخدمة العمومية وترشيد صرف المال العام والحفاظ عليه وفي طليعتها ظاهرة الفساد.

وباعتباره ركن أساسي في بناء عوامل النزاهة، وفاعل مؤثر في صياغة السياسات العمومية والمشاركة في إنتاجها، وقد حرص المؤسس على الاعتراف للمجتمع المدني بهذا الدور الريادي في المشاركة إدارة الحياة العامة من خلال الاعتراف صراحة له بذلك في ديباجة الدستور بموجب التعديل الدستوري لعام 2020، "يعتزم الشعب أن يبني بهذا الدستور مؤسسات قوامها مشاركة المواطنين والمجتمع المدني... في تسيير الشؤون العامة"<sup>(3)</sup>.

لم يكتف المؤسس بالنصيص على دور المجتمع المدني في إدارة الشؤون العامة، بل عمل على تأكيد سعي الدولة وعزمها على تحفيز مشاركته الفعلية في مجال التسيير العمومي، وذلك ما يستشف من خلال نص المادة 10 من الدستور، التي أقرها المؤسس مؤخرا بمقتضى التعديل الدستوري لعام 2020، والتي جاء فيها:

"تسهر الدولة على تفعيل دور المجتمع المدني على المشاركة في تسيير الشؤون العمومية". كما حدّد المؤسس مجال المشاركة الديمقراطية في تسيير الشأن المحلي من خلال دور مؤسسات المجتمع المدني، مثلما تنص عليه المادة 16 فقرة 3 من الدستور.

وعلى هذا الأساس تهيأت القاعدة الدستورية لإسناد المجتمع المدني في إدارة الشأن العام، حيث راهنت الدولة على تنظيم وتأطير سبل تدخل مؤسسات المجتمع المدني في تدبير الشؤون العامة، والتي تجعله مؤهلا

(3) انظر: جريدة رسمية عدد 82 مؤرخ في 30 ديسمبر 2020.

للمشاركة في الوقاية والتصدي لظاهرة الفساد، نظرا للعلاقة الوثيقة بين مقتضيات أخلاق الحياة العامة وحوكمة التسيير العمومي مع سياسة مكافحة الفساد والوقاية منه، حيث يمارس المجتمع المدني دورا مكمّلا لأجهزة الدولة في الوقاية والحد من هذه الظاهرة الخطيرة الماسة باقتصاد الدولة ومصداقيتها وشفافية مرافقها العمومية، ذلك أن جرائم الفساد لا يمكن محاصرتها ومكافحتها إلا بتظافر جهود الحكومة ومؤسسات المجتمع المدني مثل النقابات والجمعيات المدنية والاتحادات العمالية<sup>(4)</sup>.

### ب - الجمعيات الفاعل المحوري في بنية المجتمع المدني

تعد الجمعيات أهم مكونات المجتمع المدني سواء على المستوى الكمي أو النوعي كذلك<sup>(5)</sup>، ويظهر هذا من خلال تعدادها وعدد أعضائها أو تنوع مجالات نشاطها التي تغطي جميع الميادين الضرورية في الحياة العامة والمسائل ذات الأولوية المشتركة للمواطنين كالصحة والتعليم والسكن والبيئة وغيرها<sup>(6)</sup>، فضلا عن قدرتها على التعبئة الجماهيرية وتوعية الرأي العام وتوجيه اهتماماته حول القضايا الأساسية والمسائل ذات الأهمية الوطنية التي تُعنى بتحقيقها كمحاربة الفساد، إذ تعكس الجمعيات أهم صور التضامن الاجتماعي وهي تجسيد فعلي عن التعبير عن قضايا المواطن الأساسية

(4) انظر: محمد أمين أوكيل، "مشاركة المجتمع المدني في التصدي لظاهرة الفساد في الجزائر: الأسس، الآليات والتحديات"، فعلية القاعدة القانونية، دراسات متنوعة على شرف الأستاذ زوايمية رشيد، دار بري للنشر بجاية 2019، ص 198.

(5) حيث يفوق عدد الجمعيات 136000 موزعة على التراب الوطني حسب إحصائيات المرصد الوطني للمجتمع المدني، انظر: فوروم المجتمع المدني-المرصد الوطني للمجتمع المدني (marsad.dz).

(6) انظر: مريم بركات، "مساهمة المجتمع المدني في حماية البيئة"، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، السنة 2013، ص 52.

وانشغالات الجمهور لقربها منه واتصالها الدائم مع مختلف شرائحه واستطلاع انشغالاته والدفاع عنها أمام الادارة والهيئات المعنية، ومساءلة هذه الأخيرة عن مدى التزامها بتحقيق برامجها الانمائية ومدى انجازها للمشاريع العمومية<sup>(7)</sup>، وهو ما يعزز أطر الشفافية والوضوح ويقوّض فرص اللجوء لمسببات الفساد ويمنع المسؤولين من التساهل مع السلوكيات المؤدية له.

وفي هذا الصدد برزت العديد من جمعيات المجتمع المدني المحلي التي تُعنى بالتصدي لظاهرة الفساد، أهمها الجمعية الجزائرية لمكافحة الفساد، وهي الفرع الوطني المعتمد لمنظمة الشفافية الدولية في الجزائر، ثم تم تأسيس لجنة وطنية لمكافحة الفساد، تهدف إلى متابعة قضايا الفساد والممارسات غير الشرعية والمشبوهة في الإدارات والمؤسسات العمومية<sup>(8)</sup>، وترمي هذه الهيئة غير الحكومية للحد من انتشار ظاهرة الرشوة والاحتيال المنظم على الأموال العمومية.

لقد حرص المؤسس الدستوري مؤخرًا على منح مكانة نوعية للجمعيات، وذلك بالنص على معيار فاصل بين الجمعيات ذات الاختصاصات العامة المألوفة<sup>(9)</sup> لا سيما التي تمارس الدور التقليدي

(7) انظر: محمد أمين أوكيل، "عن دور الحركة الجمعوية في تكريس المقاربة التشاركية في الجزائر: بين عوائق الممارسة ورهانات التفعيل"، مجلة القانون، المجلد 06 العدد 02 السنة 2018، ص 103.

(8) انظر في هذا الصدد: سمير شوقي، دور المجتمع المدني في حماية المال العام من جرائم الفساد والرشوة، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 03 العدد 04 السنة 2019، ص 135.

(9) حدد التشريع أكثر من 10 اختصاصات لنشاط الجمعيات، وذلك حسب نص المادة 2 فقرة 2 من قانون رقم 12-06 المتعلق بالجمعيات، والتي جاء فيها: "يمكن الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين تسخير معارفهم لتشجيع نشاط الجمعيات لا سيما فيما يتعلق

التطوعي والخيري، وتلك المؤهلة للنشاط في مجال تحقيق النفع العام بشكل خاص، وذلك حسب نص المادة 53-2 من الدستور التي جاء فيها: "تشجع الدولة الجمعيات ذات المنفعة العامة".

بحيث جاء النص الدستوري ليكرّس التفرقة الموجودة في القانون رقم 12-06 المتعلق بالجمعيات، والذي اعترف فيه المشرع لفئة من الجمعيات بصلاحيات النشاط في إطار الصالح العام وتحقيق المنفعة العمومية مثلما تنص عليه المادة 34 منه، والتي أحالت على التنظيم تحديد شروط ومعايير الاعتراف للجمعيات بصفة النشاط تحت إطار المصلحة العامة<sup>(10)</sup>.

بيد أن الجدير بالتنويه به في هذا الصدد هو أهلية جمعيات ولجان وتنظيمات المجتمع المدني لتبوء دور محوري في الوقاية من جرائم الفساد بشكل أساسي، وليس في مكافحتها لان دوره الأساسي يقوم في استباق تفشي ووقوع الجرائم والكشف عنها، وذلك بتدعيم أطر الشفافية ونقل المعلومة وتحسيس الجمهور بضرورة التجنّد ضد هذه الجريمة الخطيرة والتحلي بروح النزاهة في المعاملات، مقارنة بالجانب الردعي الذي يقوم على التحرك عند وقوع الجريمة أو الاشتباه في احتمال وقوعها ومكافحة الفساد وتسليط العقوبة الملائمة له.

ولعل ما يعرّز هذا الاستنتاج هو التوجه الذي أسسته اتفاقية الأمم

---

بالمجالات المهنية الاجتماعية العلمية الدينية التربوية الثقافية الرياضية البيئية الخيرية الإنسانية". قانون رقم 12-06 مؤرخ في 12 يناير 2021 يتهلق بالجمعيات، جريدة رسمية عدد 2 مؤرخ في 15 يناير 2012.

(10) جاء في نص المادة 34 من قانون رقم 12-06 المتعلق بالجمعيات، التالي: "يمكن جمعية تعترف لها السلطة العمومية أن نشاطها ذو مصلحة عمومية ان تستفيد من الإعانات المالية للدولة...".

المتحدة لمكافحة الفساد<sup>(11)</sup>، التي نجدها تؤكد في الفصل الثاني بعنوان: "التدابير الوقائية"، على إشراك المجتمع المدني في سياسات التصدي للفساد، حيث أقرت الاتفاقية لمنظمات المجتمع المدني الانخراط في سياسة مواجهة الفساد في إطار النشاطات ذات الصلة الوقائية.

## 2.1 أسس مشاركة المجتمع المدني في الوقاية من جرائم الفساد في القانون الوطني

تتوزع أسس مشاركة المجتمع المدني في التصدي للفساد بين الدستور والقانون كما يلي:

أ - الأسس الدستورية لمشاركة المجتمع المدني في مواجهة الفساد: "من القيم المعيارية إلى المأسسة"

حرص المؤسس الدستوري على مأسسة دور المجتمع المدني وتعزيز المكانة التنظيمية للمجتمع المدني في البناء المؤسسي للدولة، من خلال إحاطته بمؤسسة دستورية استشارية ترعى شؤونه وتشرف على اختصاصاته ودوره التقدّمي من خلال نص المادة 213 من الدستور، التي تنص على إنشاء المرصد الوطني للمجتمع المدني، وتحديد أدواره في ترقية القيم الوطنية والممارسة الديمقراطية والمواطنة والمشاركة في تحقيق أهداف التنمية الوطنية.

---

(11) مرسوم رئاسي رقم 04-128 مؤرخ في 19 أبريل 2004، يتضمن التصديق، بـ تحفظ، على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك في 31 أكتوبر 2003، جريدة رسمية عدد 26 مؤرخ في 25 أبريل 2004.

وهكذا فإن تشكّل مفهوم مساهمة الجمهور والمجتمع المدني في  
الوقاية من الفساد، يجد أساسه وتكريسه العميق من خلال التعديل الدستوري  
لـ 1 نوفمبر 2020 أين حرص المؤسس صراحة على تأكيد عزم الدولة على  
مكافحة هذه الآفة الخطيرة، وذلك من خلال التنصيص على في الفقرة 13  
من ديباجة الدستور:

"تعبّر الجزائر عن تمسكها بالعمل للوقاية من الفساد ومكافحته وفقا  
للاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها". ليرسخ بذلك المؤسس الدستوري  
التزام الدولة بالعمل على مواجهة جرائم الفساد والوفاء بتعهداتها الناجمة  
عن الاتفاقيات الدولية ذات الصلة، وفي مقدمتها اتفاقية الأمم المتحدة  
لمكافحة الفساد<sup>(12)</sup> وكذا اتفاقية الاتحاد الإفريقي لمنع الفساد  
ومكافحته<sup>(13)</sup>، والاتفاقية العربية لمكافحة الفساد<sup>(14)</sup>.

وقد حرص المؤسس على تأكيد دعائم سياسة الإصلاح المؤسساتي  
والدفع بمؤشرات الانفتاح إلى أبعد الحدود عن طريق تكريس دعائم الحكامة  
الرشيدة والشفافية، وذلك ما يستشف صراحة من خلال نص المادة 9فقرة 4  
من الدستور والتي جاء فيها:

"يختار الشعب مؤسسات غايتها ضمان الشفافية في تسيير الشؤون  
العامة"، وهذا ما يساعد إشراك فعاليات المجتمع المدني في تسيير الحياة

(12) انظر: مرجع نفسه.

(13) انظر: مرسوم رئاسي رقم 06-137 مؤرخ في 10 أبريل 2006 يتضمن التصديق على  
اتفاقية الاتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومكافحته، المعتمدة بامبوتو في 11 يوليو 2003،  
جريدة رسمية عدد 24 مؤرخ في 16 أبريل 2006.

(14) انظر: مرسوم رئاسي رقم 14-249 مؤرخ في 8 سبتمبر 2014، يتضمن التصديق على  
الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد المحررة بالقاهرة في 21 ديسمبر 2010. جريدة رسمية  
عدد 54 مؤرخة في 21 سبتمبر 2014.

العامة، بشكل عام، وفي الوقاية من الفساد وتعزيز الشفافية في تدبير الشأن العام بصفة خاصة، من خلال الاعتراف الدستوري له بالولوج إلى سياسة تدبير الشأن العام المحلي لا سيما في المسائل المتعلقة باستغلال وإنفاق المال العام، والتي تكون عرضة لجرائم الفساد، مما يلزم السلطات العمومية التحلي أكثر بقواعد النزاهة والشفافية في إدارة الشأن العام، ولعل هذا هو الدافع المباشر لإعادة تسمية الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد باسم السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته، إثر التعديل الدستوري الأخير الذي خص فيه المؤسس هذه السلطة بصلاحيات جديدة أهمها تلك المعززة للشفافية والمكرسة لدور المجتمع المدني في الوقاية من جرائم الفساد، كما تبينه المادة 205 صراحة في فقرتها الخامسة، والتي جاء فيها:

"تتولى السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته على الخصوص: ...المساهمة في تدعيم قدرات المجتمع المدني في مجال مكافحة الفساد".

## ب - الأسس القانونية لمشاركة المجتمع المدني في التصدي للفساد

إنّ مفهوم مشاركة المجتمع المدني في الوقاية ومكافحة الفساد يجد أساسه القانوني في نص المادة 15 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم<sup>(15)</sup>، والذي جاء تحت عنوان "مشاركة

(15) قانون رقم 06-01 مؤرخ في 20 فبراير 2006 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، جريدة رسمية عدد 14 مؤرخ في 8 مارس 2006، متمم بالأمر رقم 10-05 مؤرخ في 26 أوت 2010، جريدة رسمية رقم 50 مؤرخ في 1 سبتمبر 2010، متمم بالقانون رقم 11-15، مؤرخ في 2 أوت 2011، جريدة رسمية عدد 44 مؤرخ في 10 أوت 2011. معدل ومتمم بالقانون رقم 22-08 المؤرخ في 5 ماي 2022 يحدد تنظيم السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته وتشكيلتها وصلاحياتها، جريدة رسمية عدد 32 مؤرخ في 14 ماي 2022.

المجتمع المدني"، حيث نصت هذه المادة على: "ينبغي تشجيع مشاركة المجتمع المدني في الوقاية من الفساد ومكافحته بتدابير مثل:

- اعتماد الشفافية في اتخاذ القرار وتعزيز مشاركة المواطنين في تسيير شؤونهم.

- إعداد برامج توعوية وتحسيسية بمخاطر الفساد على المجتمع.
- تمكين المجتمع المدني من الحصول على المعلومة المتعلقة بالفساد.

المؤكد أنّ المشرع الجزائري قد استلهم مبدأ إشراك المجتمع المدني في مكافحة الفساد، من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد التي صادق عليها، والتي تؤكد في موضعين مختلفين على ضرورة مشاركة المجتمع المدني في مواجهة هذه الظاهرة الخطيرة، حيث نصت المادة الخامسة منها على "واجب الدول الأطراف فيها على وضع وتنفيذ سياسات فعالة منسقة لمكافحة الفساد وتشجيع مشاركة المجتمع فيها"، بينما نصت المادة 13 منها على دور المجتمع المدني في التصدي لظاهرة الفساد، حيث جاء فيها: "تتخذ كل دولة طرف تدابير مناسبة، في حدود إمكانياتها وحسب المبادئ الأساسية في قانونها الداخلي، لتشجيع الأفراد والجماعات غير التابعة للقطاع العام، مثل المجتمع الأهلي، والمنظمات غير الحكومية ومنظمات المجتمع المحلي، على المشاركة النشطة في منع الفساد ومكافحته...".

وعلى غرار اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، أقرّت المادة 12 من اتفاقية الاتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومكافحته، مبدأ مشاركة مؤسسات المجتمع المدني في مكافحة الفساد، والتي جاء فيها: "تلتزم الدول الأطراف بمشاركة كاملة في مكافحة جرائم الفساد، وبتعميم كامل أحكام الاتفاقية بالمشاركة الكاملة لوسائل الاعلام والمجتمع المدني. وضمن

وتوفير مشاركة المجتمع المدني في عملية المراقبة والتشاور في تطبيق هذه الاتفاقية". بحيث نلاحظ توسيع الاتفاقية لنطاق مشاركة المجتمع المدني في مكافحة الفساد ليشمل علاوة عن دوره المعروف في مكافحة الفساد، مشاركته كذلك في متابعة ومراقبة حسن تنفيذ أحكام هذه الاتفاقية.

أما الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد، فلم تختلف عن النهج الذي سلكته اتفاقية الأمم المتحدة المذكورة، بحيث نجد المادة 11 منها تنص على أنّ الدول الأطراف تتخذ تدابير مناسبة لتشجيع مؤسسات المجتمع المدني على منع الفساد ومكافحته، وتمثل هذه التدابير في التوعية وتحسيس الجمهور وتمكينه من الوصول إلى منبع المعلومة.

وعلى هذا الأساس نتوصل إلى أنّ مبدأ مشاركة المجتمع المدني في الوقاية ومكافحة الفساد، يتكرس جلياً بموجب القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدّل والمتمم، وبالاستناد كذلك للالتزامات الدولية التي قطعتها الجزائر في هذا الصدد من خلال مصادقتها على الاتفاقيات الدولية السالفة الذكر، والتي تجمع كلها على إشراك مؤسسات المجتمع المدني المحلية في التصدي لجرائم الفساد.

بيد أن الدور الهام المنتظر من المجتمع المدني في المشاركة في الوقاية من الفساد ومكافحته يتجسد من خلال اختصاص السلطة العليا باعتبارها الآلية والمؤسسة الدستورية المعنية بمواجهة هذه الظاهرة الخطيرة، والمؤهلة لإرساء سياسة التصدي لها، حيث تضطلع السلطة العليا باختصاص إعداد الاستراتيجية الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته حسب نص المادة 1-205 من الدستور، وكذا تأطير جميع الجهود الوطنية في مجال الوقاية من الفساد والتي يأتي المجتمع المدني في مقدمتها لاعتباره محور العلاقة بين الجمهور والسلطة والفاعل الأساسي في الحياة العامة، ولذلك نجد

العلاقة العضوية بين السلطة العليا والمرصد الوطني للمجتمع المدني مجسدة من خلال عضوية ممثلين المجتمع المدني المشهود لهم بالنشاط في ميدان مواجهة الفساد في مجلس السلطة العليا باعتباره أحد الهياكل الأساسية في تكوين هذه المؤسسة الدستورية السامية<sup>(16)</sup>.

## 2. آليات تدخل المجتمع المدني في إطار سياسة السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته

يقوم تأسيس السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته على تكريس معايير الحوكامة المالية في الدستور، وعلى هذا الأساس أناط المؤسس الدستوري السلطة العليا بمجموعة من الصلاحيات الدستورية ذات الأبعاد السامية من قبيل وضع استراتيجية وطنية للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته تفتح فيها على جميع الفاعلين في المجتمع، قصد إشاعة ثقافة الشفافية والنزاهة وأخلفة الحياة العامة وتعزيز أسس الحكم الراشد بما في ذلك الوقاية من الفساد ومكافحته، ويأتي في طليعة الشركاء الفاعلين في سياسة السلطة العليا بطبيعة الحال فعاليات المجتمع المدني، التي اختصها المؤسس بصلاحيات المشاركة في تسيير الشؤون العامة وربط مساهمتها في الوقاية من الفساد ومكافحته بمجال اختصاص السلطة العليا، التي تعمل على تأطير مشاركة المجتمع المدني حسب الآليات التي تضعها قصد احترام قواعد الشفافية والنزاهة للوقاية من الفساد.

(16) حسب ما تشير إليه المادة 23-4 من قانون رقم 22-08 يحدد تنظيم السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته وتشكيلتها وصلاحياتها، جريدة رسمية عدد 32، صادر في 14 ماي 2022.

## 1.2 اختصاص المجتمع المدني في الكشف عن الفساد من خلال أنظمة الشفافية

لقد شدد المؤسس الدستوري بشكل لافت على دور الشفافية في مجال التصدي للفساد، حسب نصوص المادة 205 من الدستور، وقد جاء سعي المشرع في القانون رقم 22-08 المتعلق بتحديد تنظيم السلطة العليا وتشكيلتها وصلاحياتها حريصا في إناطة السلطة العليا بتحقيق أعلى مؤشرات ومقاييس النزاهة والشفافية في تسيير الشؤون العامة، وذلك انطلاقا من قناعة ترسيخ أطر الحوكمة الرشيدة التي تتطلب أعمال معايير الشفافية والانفتاح الإداري على الجمهور وفعاليات المجتمع المدني مما يمنع تفشي الممارسات المشبوهة وخلق بيئة الفساد في إدارة الشأن العام. وفي هذا الصدد، عمل المشرع على إناطة السلطة بإرساء نظم الشفافية، فضلا عن وضع قاعدة بيانات يكون المجتمع المدني أبرز الفاعلين في تكريسها وممارستها الفعلية.

### أ - المشاركة في الوقاية من الفساد من خلال الرقابة على نظم ومعايير الشفافية

تعد الشفافية من المفاهيم المعاصرة التي يتعين على الدولة ضرورة الأخذ بها في إطار سياستها العامة للتسيير وتجويد أداء المرافق العامة، لما لها من أثر في تحقيق التنمية الإدارية الشاملة وتحقيق النموذج الرشيد في التسيير عن طريق مكاشفة الحقائق والمعلومات مع المواطنين ومؤسسات المجتمع المدني، مما يسهم بالنتيجة في تقوية العلاقة القائمة بين الإدارة المحلية والجمهور وتعزيز ثقة الأخير في مؤسساته<sup>(17)</sup>، كما أنها وسيلة للحد

(17) محمد أمين أوكيل، "شفافية الإدارة كدعامة لفعالية وعصرنة التسيير العمومي المحلي في

من الغموض والسرية التي تكتنف العمل الإداري وجعله أقل عرضة لتفشي مظاهر الفساد واستفحال الممارسات المالية المشبوهة. ولذلك تبرز الشفافية كأهم دعامة بيد السلطة العليا للتصدي للفساد والحد من مظاهره في المجتمع.

وعلى هذا الأساس حرص المشرع على إناطة السلطة العليا بصلاحيات تعزيز قواعد الشفافية والنزاهة في تنظيم الأنشطة الخيرية والدينية والثقافية والرياضية من خلال وضع أنظمة الشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته حسب ما تنص عليه المادة 4-فقرة 6 من القانون رقم 22-08 السابق ذكره، حيث يسمح وضع أنظمة ومعايير الشفافية والنزاهة في نشاطات المؤسسات العامة والخاصة بتحسيس الإدارة والمتعاملين معها بضرورة التقيد بمعايير النزاهة وأخلاقيات العمل والممارسة النزاهة لتلافي الوقوع في جرائم الفساد المالي أو الإداري، ويسهل على فعاليات المجتمع المدني المساعدة في مجال رقابة مدى التزام الإدارة العمومية بهذه القيود التي تعد ضوابط يتوخى احترامها، حيث تسهم معايير الشفافية في الكشف عن الممارسات الغامضة والمشبوهة والحد من الفساد الإداري ومنعه، ولذلك نجد المشرع قد نص في المادة 9 من قانون رقم 22-08 على تدخل السلطة العليا بناء على تلقيها تبليغات أو إخطارات بشأن وجود انتهاكات لجودة وفعالية الإجراءات المطبقة داخل الهيئات والإدارات العمومية المتعلقة بالوقاية من أفعال الفساد والكشف عنها، حيث جاءت الإشارة ضمنية إلى إمكانية إخطار السلطة العليا من طرف جهات أخرى غير تابعة لمصالحها مما يجعل دور المجتمع المدني ممكنا بل ومحوريا في هذا الخصوص.

---

الجزائر"، أعمال الملتقى الوطني حول تسيير الإدارة المحلية في القوانين المقارنة والقوانين الوطنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعيدة، يومي 10 و 11 أفريل 2017، ص 364-365.

والأمر نفسه ورد في نص المادة 10 من القانون أعلاه التي جاء فيه :  
" يمكن السلطة العليا عندما تلاحظ من تلقاء نفسها، أو يتم تبليغها أو  
إخطارها بوجود خرق للقواعد المتعلقة بالنزاهة... ". وعلى هذا الأساس يظهر  
الدور المرتقب من مؤسسات المجتمع المدني في المشاركة في الرقابة على  
احترام نظم ومعايير الشفافية والنزاهة في المؤسسات العمومية والخاصة  
انطلاقاً من القاعدة القانونية المشار إليها أعلاه، ومنطقية كذلك مفادها  
استحالة اضطلاع السلطة العليا برقابة جميع هذه المؤسسات في التراب  
الوطني.

ب - التبليغ والاحطار كأداتين نوعيتين للتدخل في الكشف عن جرائم الفساد  
يعد التبليغ وإخطار السلطة العليا من أهم أدوات مشاركة المجتمع  
المدني في سياسة مواجهة الفساد، حيث اعترف المشرع في قانون رقم 22-  
08 لكل شخص طبيعي أو معنوي لديه معلومات أو معطيات تتعلق بأفعال  
الفساد، من تبليغ أو إخطار السلطة العليا<sup>(18)</sup> بشأنها. وهنا جاءت الإشارة  
إلى حق الشخص المعنوي في ممارسة التبليغ أو الاخطار وهو ما يعني  
إمكانية ممارسة هذا الدور من قبل جمعيات ومؤسسات المجتمع المدني.

ويشترط لممارسة التبليغ أو الاخطار امتلاك معلومات وافية وتقديم  
أدلة تتعلق بوقائع الفساد، على أن يكون التبليغ بشكل كتابي ويحمل من  
البيانات ما يكفي لمعرفة هوية المبلغ أو الجهة المخطرة، مع التزام السلطة  
العليا بحماية المبلغين أو المخطرين وفق أحكام القانون الساري النفاذ وهو  
ما يكفل سلامة وأمن المبلغين ويردع محاولات التأثير أو المساس بهم.

(18) حسب نص المادة 6 من قانون رقم 22-08، مرجع سابق.

## 2.2 الدور الإعلامي والتحسيبي للمجتمع المدني في مجال الوقاية من الفساد

يمارس المجتمع المدني نشاطا هاما في نشر المعلومات وإشاعة ثقافة النزاهة والشفافية وتعزيز سبل مكافحة الفساد في أوساط المجتمع بحكم مركزه القريب من الجمهور واتصاله الدائم بالمؤسسات العمومية.

### أ - ضمان المعلومة كأداة لمشاركة المجتمع المدني في التصدي للفساد

نص المشرع في المادة 15 من قانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم، والتي جاءت تحت عنوان "مشاركة المجتمع المدني"، على: "ينبغي تشجيع مشاركة المجتمع المدني في الوقاية من الفساد ومكافحته بتدابير مثل:

- اعتماد الشفافية في اتخاذ القرار وتعزيز مشاركة المواطنين في تسيير شؤونهم.

- تمكين المجتمع المدني من الحصول على المعلومة المتعلقة بالفساد".  
إن الربط بين مقتضيات الشفافية ومكافحة الفساد والوقاية منه، يعد قاعدة أساسية استحدثها المؤسس الدستوري مؤخرا في نص المادة 205 فقرة 2 من الدستور، والتي تنص على: "تتولى السلطة العليا... جمع ومعالجة وتبليغ الملوامات المرتبطة بمجال اختصاصها ووضعها في متناول الأجهزة المختصة".

بحيث أدرك المؤسس قيمة الشفافية والنفاذ إلى المعلومة، حيث تؤدي استراتيجية تقاسم المعلومات والبيانات مع المواطنين والمجتمع المدني، وحرية الوصول إليها إلى إيضاح السياسة العامة للتسيير وهو ما يدعم وسائل المحاسبة والرقابة على المسؤولين عن اتخاذ القرار، حيث تعد الشفافية من وسائل افصاح الإدارة عن خططها واستراتيجيتها في التسيير وكذا تبرير

تصرفاتها القانونية وتسبب قراراتها الإدارية، وهو ما يحقق بالنتيجة دعائم المشروعية القانونية ويقلل فرص الفساد، ويسهم في تقليص حالات الغموض والسرية في التعامل الإداري والحد من الفساد، فضلا عن إتاحة فرص ممارسة الرقابة الشعبية للمسؤولين والمنتخبين المحليين<sup>(19)</sup>، بما في ذلك تعزيز إمكانية مساءلة المسؤولين عن الفساد أو سوء التسيير.

وعلى هذا الأساس حرص المشرع على إناطة السلطة العليا بالعمل على جمع ومركزة واستغلال ونشر أي معلومات وتوصيات من شأنها ان تساعد الادارات العمومية او أي شخص طبيعي او معنوي في الوقاية من الفساد وكشفها.<sup>(20)</sup> وذلك بوضع شبكة تفاعلية تهدف إلى إشراك المجتمع المدني وتوحيد وترقية أنشطته في مجال الشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته<sup>(21)</sup>، وهذا تفعيلًا لاختصاصها الدستوري الذي يفرض عليها الالتزام بتدعيم قدرات المجتمع المدني<sup>(22)</sup>

وفي هذا السياق بادرت السلطة بوضع شبكة رقمية تفاعلية قصد إشراك المجتمع المدني في سياسة الوقاية من الفساد ومكافحته تتيح له التدخل في هذا المجال وهي الأرضية الرقمية التي تم تجسيدها بالشراكة مع وزارة الداخلية والمرصد الوطني للمجتمع المدني تحت تسمية "الشبكة الجزائرية للشفافية: "نراكم"<sup>(23)</sup>.

- (19) انظر في هذا الخصوص: محمد أمين أوكيل، انفتاح المجالس الشعبية المحلية على الجمهور: بين متطلبات التفعيل وتحديات الممارسة، مجلة الدراسات الحقوقية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعيدة، المجلد 07 العدد 02 السنة 2020، ص143،
- (20) حسب نص المادة 4 فقر 1 من قانون رقم 22-08، مرجع سابق.
- (21) حسب المادة 4/5 من قانون رقم 22-08، مرجع سابق.
- (22) انظر المادة 205 من الدستور.
- (23) انظر: مكافحة الفساد: الاطلاق الرسمي للشبكة الجزائرية للشفافية "نراكم (aps.dz)" (تاريخ المعاينة: 2024-05-12).

والتي ينتظر منها ممارسة دور ريادي في مجال إشاعة المعلومة وتقاسمها مع الجمهور وتعزيز أطر الوقاية من المعاملات المشبوهة المساعدة لتفشي الفساد.

### ب - ممارسة أساليب التوعية والتحسيس الإعلامي والرقمي

يعد اختصاص إعداد برامج توعوية وتحسيسية بمخاطر الفساد على المجتمع، من أساسيات مشاركة منظمات المجتمع المدني في الوقاية من جرائم الفساد، وذلك نتيجة طبيعته الجوارية والتنظيمية التي تجعله قريبا من فعاليات المجتمع وتفرض تواجده في وسط المجتمع فضلا عن دوره الأساسي في تأطير الجمهور ولفت عنايته نحو القضايا العامة ذات الأولوية والمصلحة المشتركة وأهمها الانخراط في مواجهة ظواهر الفساد.

وعلى هذا الأساس، نجد المؤسس الدستوري قد راهن على المجتمع المدني في هذا الإطار وكلف السلطة العليا بصلاحيات تدعيم قدراته للانخراط في سياسة التصدي للفساد، فضلا عن كون المؤسس قد أشار إلى دور السلطة في نشر ثقافة الشفافية في المجتمع<sup>(24)</sup>، وهو الدور الذي لا يمكن ممارسته من قبل مصالح السلطة العليا لوحدها دون إشراك فعلي لتنظيمات المجتمع المدني.

تمارس أساليب التوعية الاجتماعية والتحسيس بمخاطر الفساد في إطار تنفيذ الجانب الوقائي من سياسة التصدي للفساد، وذلك بتنبية المجتمع بحقيقة عواقبه وضرورة الابتعاد عن الأفعال والسلوكيات المفضية له وتحصين الجمهور من الوقوع في الجرائم ذات الصلة به.

(24) نص المادة 205-فقرة 4 و5 من الدستور.

## ت - ضرورة تأهيل وبناء قدرات منظمات المجتمع المدني

حتى يكون تدخل المجتمع المدني فاعلا في استراتيجية الوقاية من الفساد ومكافحته، وفي إطار صلاحياتها الدستورية المتعلقة بالمساهمة في تدعيم قدرات المجتمع المدني وجميع الفاعلين في مكافحة الفساد<sup>(25)</sup> عمدت السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته إلى تشبيك علاقاتها الوظيفية مع جميع الهيئات والمؤسسات الفاعلة المنخرطة في الاستراتيجية الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، وعلى رأسها المرصد الوطني للمجتمع المدني<sup>(26)</sup>، الذي تجاوب فعليا بوضع منصة رقمية لتعزيز قدرات الفاعلين في المجال المحلي من منظمات ومؤسسات مدنية وجمعيات وتدريبها على قواعد وتقنيات التسيير المالي والمحاسبي وشروط تأسيس وتسيير مشاريع الجمعيات، وكذا التواصل والتبليغ والتحسيس بجدوى المشاركة والرقابة وتحقيق الشفافية في تسيير الشؤون العامة، تحمل تسمية "منصة المرصد الوطني للمجتمع المدني للتدريب وتطوير قدرات المجتمع المدني" والتي يرمز إليها اصطلاحا ب: (كفاءات+)<sup>(27)</sup>.

هذه الآلية المستحدثة تأتي لسد القصور المسجل في تأهيل الكوادر

(25) حسب نص الفقرة 4 من المادة 205 من الدستور.

(26) بحيث يمارس المرصد الوطني للمجتمع المدني دورا هاما في تأهيل كفاءات المجتمع المدني للمشاركة في الحياة العامة وفي صنع وصياغة السياسات العمومية وتنفيذها، انظر في هذا الصدد، المادة 4 فقرة 2 و4 من مرسوم رئاسي رقم 23-2013 مؤرخ في 4 أكتوبر سنة 2023 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 21-2013 مؤرخ في 12 أبريل 2021، يتعلق بالمرصد الوطني للمجتمع المدني، جريدة رسمية عدد 8 مؤرخ في 11 أكتوبر 2023.

(27) انظر: منصة المرصد الوطني للمجتمع المدني للتدريب وتطوير قدرات المجتمع المدني: كفاءات (marsad.dz)+كفاءات+(marsad.dz) (تاريخ المعاينة: 10-05-2024)

والموارد البشرية لتنظيمات المجتمع المدني<sup>(28)</sup> لتكون على قدر المسؤولية في ممارسة دورها التشاركي وممارسة الرقابة الشعبية بواسطة أدوات الرقابة المتاحة لا سيما العرائض والملمتسات (Les pétitions) التي قام المؤسس بتكريسها صراحة في التعديل الدستوري لـ 1 نوفمبر 2020 في نص المادة 77 من الدستور.

ومن هذا المنطلق فإن اختصاص السلطة العليا بنشر ثقافة الشفافية والتحسيس بأضرار الفساد، لا يكون ممكناً إلا بالانفتاح على فعاليات المجتمع المدني التي تمارس دوراً محورياً في هذا الخصوص لخلق ثقافة مناهضة للفساد ومعززة لقيم النزاهة والشفافية في جميع أوساط المجتمع، لا سيما عند الطبقة غير المثقفة التي تحتاج لرفع مستويات الوعي وتوسيع مجالات التحسيس اتجاهها قدر الإمكان، لتسهيل انخراطها في سياسة الوقاية من الفساد ومكافحة السلوكيات المؤدية له.

## خاتمة

تمارس السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته الدور الوقائي بشكل أساسي، انطلاقاً من التسمية التي تحملها في الوقاية من جرائم الفساد نتيجة الدور الهام للجانب الوقائي في توخي وقوع الجريمة واستفحالها مقارنة بالجانب الردعي. هذا النوع من الاختصاص ينصب على المحور المتعلق بمعايير الحكامة الرشيدة التي أضيف لمهام السلطة العليا، بعد التعديل الدستوري لـ 2020 والمتعلق بإعمال وتكريس معايير النزاهة والانفتاح والشفافية والحق في الولوج إلى بنك المعلومات قصد خلق بيئة

---

(28) راجع في هذا الخصوص: محمد أمين أوكيل، إشكالات تفعيل الديمقراطية التشاركية على مستوى المجالس الشعبية البلدية، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشلف، المجلد 05 العدد 02 السنة 2019، ص 198.

للشفافية تنافي تلقائياً بيئة الفساد الذي يستشري ويتشرب في الأوساط المنغلقة والمشبوهة في مجالات التسيير العمومي والتنموي و المالي.

وعلى هذا الأساس تضطلع السلطة بدور محوري في خلق فضاء ممارسة الشفافية المالية في المعاملات ذات الصلة بالشأن العام، وذلك بوضع أنظمة الشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته التي ترمي بواسطتها من التأكد من مراقبة مدى امتثال الإدارات العمومية والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية والاقتصادية، وحتى الجمعيات بحسن تنفيذ أنظمة الشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته التي تعدها السلطة العليا. كما تساهم في التبليغ والكشف عن ممارسات الفساد في المجتمع.

ويمكن القول أنّ الرهان على فعاليات المجتمع المدني في رقابة نظم لشفافية والوقاية من الفساد أمر جوهري ولا مناص منه لاستحالة اضطلاع السلطة العليا بهذا الدور لوحدها، هذا علاوة عن تأهيل المجتمع المدني للتدخل بحكم طبيعته المزدوجة كشريك وفاعل في تجسيد الديمقراطية التشاركية والتسيير العمومي المحلي، ولاعتباره قناة قريبة من الجمهور.

ونخلص في الختام أن دور المجتمع المدني في الوقاية من الفساد يمارس بشكل أساسي من خلال أدوات الرقابة والتبليغ ونشر الشفافية وإشاعة المعلومة، لكنه بالمقابل مرهون بشكل أساسي بصدور قانون الولوج إلى المعلومة المنصوص عليه في نص المادة 55 من الدستور، وهذا علاوة عن صدور النصوص التنظيمية التي أحال عليها قانون رقم 22-08 سيما ما يتعلق بمحتوى أنظمة الشفافية والوقاية من الفساد ومدى جودتها وفعاليتها المنصوص عليها في المادة 7 من القانون أعلاه، باعتبارها أبرز بنود وتدبير تجسيد السياسة العامة المؤطرة لمجال تدخل المجتمع المدني وأدوات ممارسته لدوره المحوري في التصدي للفساد.

## قائمة المصادر والمراجع

### أولاً: المصادر

#### 1 - الدستور

- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، المصادق عليه بموجب استفتاء 28 نوفمبر سنة 1996، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، المؤرخ في 07 ديسمبر سنة 1996، جريدة رسمية عدد 76، لسنة 1996 معدل ومتمم بالقانون رقم 02-03 مؤرخ في 10 أبريل سنة 2002، جريدة رسمية عدد 25 لسنة 2002 معدل ومتمم بالقانون رقم 08-19 مؤرخ في 15 نوفمبر سنة 2008، جريدة رسمية عدد 63 لسنة 2008 معدل ومتمم بالقانون رقم 16 - 01، مؤرخ في 06 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، جريدة رسمية عدد 14 لسنة 2016 المعدل والمتمم بالتعديل الدستوري المصادق عليه في الاستفتاء الشعبي المؤرخ في 1 نوفمبر 2020، جريدة رسمية عدد 82 مؤرخ في 30 ديسمبر 2020.

#### 2 - الاتفاقيات

- الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد المحررة بالقاهرة في 21 ديسمبر 2010. تم التصديق عليها بموجب مرسوم رئاسي رقم 14-249 مؤرخ في 8 سبتمبر 2014، جريدة رسمية عدد 54 مؤرخة في 21 سبتمبر 2014.

- اتفاقية الاتحاد الافريقي لمنع الفساد ومكافحته، المعتمدة بمابوتو في 11 يوليو 2003، تم التصديق عليها بموجب مرسوم رئاسي رقم 06-137 مؤرخ في 10 أبريل 2006، جريدة رسمية عدد 24 مؤرخ في 16 أبريل 2006.

- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك في 31 أكتوبر 2003، تم التصديق عليها بتحفظ بموجب مرسوم رئاسي رقم 04-128 مؤرخ في 19 أبريل 2004، جريدة رسمية عدد 26 مؤرخ في 25 أبريل 2004.

#### 3 - القوانين

- قانون رقم 06-01 مؤرخ في 20 فبراير 2006 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته،

- جريدة رسمية عدد 14 مؤرخ في 8 مارس 2006، متمم بالأمر رقم 10-5 مؤرخ في 26 أوت 2010، جريدة رسمية رقم 50 مؤرخ في 1 سبتمبر 2010، متمم بالقانون رقم 11-15، مؤرخ في 2 أوت 2011، جريدة رسمية عدد 44 مؤرخ في 10 أوت 2011. معدل ومتمم بالقانون رقم 22-08 المؤرخ في 5 ماي 2022 يحدد تنظيم السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته وتشكيلتها وصلاحتها، جريدة رسمية عدد 32 مؤرخ في 14 ماي 2022.
- قانون رقم 12-06 المتعلق بالجمعيات مؤرخ في 12 يناير 2012، جريدة رسمية عدد 2 مؤرخ في 15 يناير 2012.

#### 4 - المراسيم

- مرسوم رئاسي رقم 23-349 مؤرخ في 4 أكتوبر سنة 2023 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 21-139 مؤرخ في 12 أبريل 2021، يتعلق بالمرصد الوطني للمجتمع المدني، جريدة رسمية عدد 8 مؤرخ في 11 أكتوبر 2023.

#### ثانياً: المراجع

##### 1 - الكتب:

- محمد أمين أوكيل، "مشاركة المجتمع المدني في التصدي لظاهرة الفساد في الجزائر: الأسس، الآليات والتحديات"، فعلية القاعدة القانونية، دراسات متنوعة على شرف الأستاذ زوايمية رشيد، دار بري للنشر بجاية، الجزائر، السنة 2019.

##### 2 - الرسائل الجامعية:

- مريم بركات، "مساهمة المجتمع المدني في حماية البيئة"، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، الجزائر، سنة 2013.

##### 3 - المقالات:

- محمد أمين أوكيل، إشكالية مشاركة المجتمع المدني في تجسيد الديمقراطية المحلية: الحدود والحلول؟، مجلة فعلية القاعدة القانونية، المجلد 01، العدد 01، السنة 2017. (ص 96-125).

- محمد أمين أوكيل، " عن دور الحركة الجمعوية في تكريس المقاربة التشاركية في الجزائر: بين عوائق الممارسة ورهانات التفعيل "، مجلة القانون، المجلد 06، العدد 02، السنة 2018. (ص 95-117).
- محمد أمين أوكيل، إشكالات تفعيل الديمقراطية التشاركية على مستوى المجالس الشعبية البلدية، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشلف، المجلد 05 العدد 02 السنة 2019. (ص 188-207).
- محمد أمين أوكيل، انفتاح المجالس الشعبية المحلية على الجمهور: بين متطلبات التفعيل وتحديات الممارسة، مجلة الدراسات الحقوقية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعيدة، المجلد 07 العدد 02 السنة 2020. (ص 142-166).
- سمير شوقي، دور المجتمع المدني في حماية المال العام من جرائم الفساد والرشوة، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 03 العدد 04 السنة 2019. (ص 129-143).

#### 4 - المداخلات المنشورة

- محمد أمين أوكيل، " شفافية الإدارة كدعامة لفعالية وعصرية التسيير العمومي المحلي في الجزائر "، أعمال الملتقى الوطني حول تسيير الادارة المحلية في القوانين المقارنة والقوانين الوطنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعيدة، يومي 10 و 11 أبريل 2017.

#### 5 - مواقع الانترنت

- فوروم المجتمع المدني-المرصد الوطني للمجتمع المدني (marsad.dz)
- مكافحة الفساد: الاطلاق الرسمي للشبكة الجزائرية للشفافية " نراكم (aps.dz) ".
- كفاءات (marsad.dz)+كفاءات (marsad.dz)+



## المسؤولية دون خطأ عن أضرار

### إيداع الأوراق المالية

دراسة في القانون المصري والإماراتي والنظام السعودي

د. عمرو سيد مرعي شلقامي\*

#### الملخص

مما لا شك فيه أن الاستثمار في الأسهم والسندات وغيرها من الأوراق المالية له بالغ الأهمية وعظيم الأثر، ولا تتحقق التنمية الاقتصادية في أي بلد من بلدان العالم المعاصر إلا بالحفاظ على الاستثمار والعمل والإنتاج والتوسع في المشروعات القومية، ومن أهم أنواع الاستثمار هو الاستثمار داخل سوق الأوراق المالية.

ومن الجدير بالذكر أن بيع وشراء الأوراق المالية في البورصة يتم عن طريق شركات السمسرة أو الوساطة في الأوراق المالية دون غيرها ومن ثم لا يستطيع المساهمون أو العملاء القيام ببيع أو شراء أوراق مالية داخل السوق بشكل مباشر، حيث يقوم العميل مالك الورقة المالية بإبرام عقد مع شركة السمسرة يسمى بعقد فتح الحساب يتضمن هذا العقد رغبة العميل في بيع أو شراء أوراق مالية معينة في مواعيد محددة وبموجب هذا العقد تقوم شركة الوساطة بتنفيذ أوامر عملائها نحو البيع أو الشراء داخل البورصة.

وصفوة القول أنه قبل قيام شركة السمسرة بعملية بيع الأوراق المالية يأتي دور الشركة أو مركز الإيداع المركزي للأوراق المالية ليقوم باستلام هذه

(\*) دكتوراه القانون الخاص: كلية الحقوق - جامعة أسيوط 2024

الأوراق وحفظها وقيدها لديه والتأكد من سلامتها وفحصها، ثم تقوم الشركة أو مركز الإيداع بتسوية وتسليم الأوراق المالية بعد انتهاء عملية البيع من قبل شركة الوساطة المالية.

لذا تحدثنا في هذه الدراسة عن مدى إمكانية تطبيق قواعد المسؤولية دون خطأ على الأضرار الناجمة عن إيداع الأوراق المالية في التشريع المصري والإماراتي والنظام السعودي المنظم لسوق الأوراق المالية، فتحدثنا في المبحث الأول عن ماهية إيداع الأوراق المالية مركزياً مبيناً العلاقة بين الشركة أو المركز والمتعاملين معها، وتوصلنا إلى أن هناك علاقة عقدية بين الشركة والمتعاملين معها، كما تحدثنا في المبحث الثاني عن الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية لشركات ومراكز إيداع الأوراق المالية مبيناً المسؤولية العقدية في المطلب الأول، وتوصلنا إلى عدم تطبيق القواعد المنظمة للمسؤولية المدنية العقدية على الأضرار الناجمة عن إيداع الأوراق المالية نظراً لإقرار المشرع المصري بمسؤولية الشركة عن الأضرار الناجمة عن التصرفات الصادرة منها والمتعلقة بتسوية العمليات دون النظر لركن الخطأ، كما تحدثنا عن مدى إمكانية تطبيق القواعد المنظمة للمسؤولية دون خطأ على الأضرار الناجمة عن إيداع الأوراق المالية في مطلب ثان، وتوصلنا إلى أن المسؤولية دون خطأ هي الطبيعة القانونية المناسبة للمسؤولية المدنية لشركات ومراكز الإيداع لإقرار المشرع المصري بتلك المسؤولية كما سبقت الإشارة، ثم تحدثنا في المطلب الثالث عن التصرفات الموجبة لقيام المسؤولية دون خطأ عن أضرار إيداع الأوراق المالية كقيامها بالتقاعس أو التأخر في تسوية العمليات أو نقل ملكيتها أو التأخر في تسليم الأوراق المالية للعميل المشتري أو إفشاء الأسرار المهنية للمتعاملين معها، وجاءت هذه الدراسة في ظل التشريعات المصرية والإماراتية والسعودية الحديثة.

كلمات مفتاحية: المسؤولية دون خطأ - الأوراق المالية - شركات إيداع الأوراق المالية - المقاصة والتسوية.

## Abstract

There is no doubt that investment in stocks, bonds and other securities has a great importance and impact, and economic development in any country of the contemporary world can only be achieved by maintaining investment,

work, production and expansion of national projects, and one of the most important types of investment is investment within the stock market.

It is worth noting that the sale and purchase of securities on the stock exchange is done through brokerage companies and then shareholders or customers cannot sell or buy securities within the market directly, where the client owner of the security concludes a contract with the financial brokerage company called the contract for opening an account regarding securities trading. This contract includes the client's desire to sell or buy certain securities on specific dates and under this contract Brokerage by executing its clients' orders towards buying or selling within the stock exchange.

In short, before the brokerage company sells securities, it is the turn of the Central Securities Depository Company or Center to play its role towards receiving these securities, keeping them, registering them with him, ensuring their safety and examining them, then the company or depository center settles and delivers the securities after the end of the sale process by the brokerage company.

Therefore, we talked in this study about the civil liability of securities depository companies and centers in the Egyptian legislation and the Saudi system regulating the stock market, so we talked in the first section about the nature of the Central Securities Depository, indicating the relationship between the company or the center and its dealers, and we reached a contractual relationship between the company and its dealers.

We also talked in the second section about the legal nature of civil liability for companies and securities depository centers, indicating contractual liability in the first requirement and we reached the non-application of the rules of contractual liability to the disputes of companies and depository centers due to the Egyptian legislator's recognition of the company's responsibility for the damage caused by the actions issued by it and related to the settlement of operations without considering the element of error.

We also talked about the extent to which the rules of strict liability apply to disputes related to companies and depository centers in a second requirement, and we concluded that strict liability is the appropriate legal nature of civil liability for companies and depository centers for the Egyptian legislator's recognition of that responsibility, as mentioned above.

Then we talked in the third requirement about the actions that require the establishment of objective responsibility for companies and securities depository centers, such as inaction or delay in settling operations or transferring ownership or delay in delivering securities to the buyer customer or disclosure of professional secrets to those dealing with them, and this study came in light of modern Egyptian and Saudi legislation.

**keywords:** Liability without fault- stocks- securities depository companies - clearing and settlement

لسوق الأوراق المالية مكانة اقتصادية كبيرة يستطيع من خلالها المستثمرون تشغيل استثماراتهم المتنوعة في كافة الصناعات والمجالات العديدة، ولما كان للشركات التجارية المساهمة أسهم عديدة تخص المساهمين فيها كل بحسب نصيبه، لذا يستطيع هؤلاء المساهمين التصرف في بيع أسهمهم التي يمتلكونها في سوق الأوراق المالية، وكذلك يستطيع هؤلاء المساهمين في شراء أوراق مالية في البورصة وفقاً للأوامر التي يوجهونها لشركات السمسرة، حيث إن بيع وشراء الأوراق المالية في البورصة يتم عن طريق شركات السمسرة دون غيرها، ومن ثم لا يستطيع المساهمون أو العملاء القيام ببيع أو شراء أوراق مالية داخل السوق بشكل مباشر.

حيث يقوم العميل مالك الورقة المالية بإبرام عقد مع شركة السمسرة يسمى بعقد فتح حساب بشأن تداول أوراق مالية، يتضمن هذا العقد رغبة العميل في بيع أو شراء أوراق مالية معينة في مواعيد محددة، وبموجب هذا العقد تقوم شركة الوساطة بتنفيذ أوامر عملائها نحو البيع أو الشراء داخل البورصة.

ومن الجدير بالذكر أنه قبل قيام شركة السمسرة ببيع الأوراق المالية، يأتي دور الشركة أو مركز الإيداع المركزي للأوراق المالية ليقوم بدوره نحو استلام هذه الأوراق وحفظها وقيدها لديه والتأكد من سلامتها وفحصها، ثم تقوم الشركة أو مركز الإيداع بتسوية وتسليم الأوراق المالية بعد انتهاء عملية البيع من قبل شركة الوساطة المالية.

لذا تقتضي الحماية القانونية للمستثمرين العملاء وضع القواعد القانونية المنظمة لعمل الشركات ومراكز إيداع الأوراق المالية، ووضع الضوابط

المنظمة لمساءلتها حال إخلالها بالتزاماتها الملقاه على عاتقها قانوناً أو اتفاقاً.

ومن هنا جاءت هذه الدراسة بعنوان (المسؤولية دون خطأ عن أضرار إيداع الأوراق المالية).

وتبين لنا أن هذه الدراسة تثير العديد من المشكلات القانونية التي ينبغي معالجتها تشريعياً من أجل الحفاظ على العملاء المستثمرين داخل سوق الأوراق المالية.

### مشكلة البحث

تثير هذه الدراسة مشكلات عديدة وذلك نظراً لصعوبة تطبيق القواعد العامة على القضايا الخاصة بالبورصة، ومن بينها القضايا التي تثار بين شركات ومراكز الإيداع المركزي وأعضائها أو المستفيدين من خدماتها، وإنما يتأتى ذلك نتيجة خلو التشريع المصري والسعودي من التنظيم القانوني السليم لمسؤولية الشركات ومراكز الإيداع تجاه الأعضاء أو الغير، ووضع الضمانات القانونية والوسائل الحمائية اللازمة لهؤلاء، الأمر الذي يستوجب معرفة مدى إمكانية تطبيق قواعد المسؤولية دون خطأ على الأضرار الناجمة عن إيداع الأوراق المالية.

### منهج البحث

يتخذ الباحث في كتابته لهذا البحث التأصيل والتحليل والمقارنة منهجاً له من أجل إخراجه إلى النور، والوقوف على الطبيعة القانونية المناسبة للمسؤولية المدنية الناشئة عن إيداع الأوراق المالية وقيداً مركزياً في ضوء التشريع المصري والنظام السعودي، واعتمد الباحث على تلك التشريعات

عند دراسة هذا الموضوع نظراً لندرة المراجع المتعلقة به وذلك على النحو التالي:

- المنهج التأصيلي: العمل على تأصيل قواعد المسؤولية المدنية لشركات ومراكز إيداع الأوراق المالية، وذلك بتوثيق كافة النصوص القانونية والآراء والمعلومات التي كتبها فقهاء القانون في هذا المجال، ولا يتحقق ذلك إلا بالرجوع لمصادر ومؤلفات هؤلاء الفقهاء.

- المنهج التحليلي: شرح وتحليل كافة النصوص القانونية المتعلقة بإيداع الأوراق المالية وقيدتها مركزياً.

- المنهج المقارن: لقد استعنا في مجال بحثنا هذا بالتشريع المصري المتعلق بإيداع الأوراق المالية وقيدتها مركزياً رقم 93 لسنة 2000 والتعديلات التي طرأت عليه في عام 2020 بموجب القانون رقم 143 لسنة 2020، والتشريع الإماراتي المنظم لنشاط الإيداع الصادر عام 2018، وقواعد مركز إيداع الأوراق المالية السعودي الصادرة بقرار مجلس هيئة السوق المالية رقم (2-17-2012) بتاريخ 8/6/1433 هـ الموافق 29/4/2012 والمعدلة بالقرار رقم (1-2-2022) بتاريخ 30/5/1443 هـ الموافق 3/1/2022 وكذا التعديلات التي طرأت على نظام السوق المالية السعودية عام 2022، وذلك من أجل التعرف على الإيجابيات التي تضمنتها هذه التشريعات، ومدى إمكانية الأخذ بها وتطبيقها على المسؤولية القانونية لشركات ومراكز إيداع الأوراق المالية في مصر، ومدى تهيئة المناخ المصري والسعودي لتطبيق تلك الإيجابيات من عدمه، وكذا أيضاً التعرف على السلبات التي تضمنها القانون المصري بالمقارنة بالنظام السعودي سالف الذكر، والعمل على إزالتها أو تلافيتها، وكذا أيضاً التعرف على الإيجابيات والسلبات التي تضمنتها هذه التشريعات في هذا الشأن والعمل على معالجتها تشريعياً.

## أهمية البحث

تتجسد أهمية هذا البحث في وضع الحماية القانونية اللازمة لأعضاء الإيداع المركزي ومالكيتها ومصدري هذه الأوراق وغيرهم من المستفيدين من خدمات الإيداع المركزي للأوراق المالية من أجل العمل على تحقيق الأهداف التي تسعى الدولة إلى تحقيقها، ومن بين هذه الأهداف دعم وتنمية الاستثمار والاقتصاد القومي، والعمل على إزالة كافة الصعوبات والعراقيل التي قد تواجه أعضاء الإيداع المركزي أو غيرهم نتيجة إيداع الأوراق المالية لدى شركات ومراكز الإيداع، وبث الثقة وزرع الطمأنينة في نفوسهم، كما أن هذا البحث يساعد على توعية ونشر الثقافة المتعلقة بإيداع الأوراق المالية وتسجيلها ونقل مالكيتها وتسويتها، كما تتبلور الأهمية الكبرى لهذا البحث في مدى مساعدة الجهات القضائية المختصة بنظر هذه المنازعات ومعاونتهم على الفصل فيها من أجل الحفاظ على حقوق كافة المستفيدين من خدمات الإيداع المركزي للأوراق المالية، والفصل في تلك المنازعات بكل سهولة ويسر.

## خطة البحث

- قسمت هذه الخطة إلى مبحثين وذلك على النحو التالي :-
- المبحث الأول :- ماهية الإيداع المركزي للأوراق المالية.
- المطلب الأول :- تعريف الإيداع المركزي للأوراق المالية.
- المطلب الثاني :- العلاقة القانونية بين شركات ومراكز إيداع الأوراق المالية والمتعاملين معها.

المبحث الثاني :- نحو تطبيق قواعد المسؤولية دون خطأ على الأضرار  
الناجمة عن إيداع الأوراق المالية.

المطلب الأول :- صعوبة تطبيق قواعد المسؤولية العقدية على الأضرار  
الناجمة عن إيداع الأوراق المالية.

المطلب الثاني :- مدى إمكانية تطبيق القواعد المنظمة للمسؤولية دون  
خطأ على الأضرار الناجمة عن إيداع الأوراق المالية.

المطلب الثالث :- التصرفات التي توجب قيام المسؤولية دون خطأ  
لشركات ومراكز إيداع الأوراق المالية.

## المبحث الأول

### ماهية الإيداع المركزي للأوراق المالية

بداية يتعين القول بأنه عندما يرغب مستثمر في بيع الأسهم والسندات  
في البورصة لا بد وأن تكون هذه الأوراق المالية مقيدة ومدرجة في  
البورصة، ثم بعد ذلك يلجأ العميل المستثمر إلى شركات السمسرة لتقوم  
بدورها المنوط بها قانوناً نحو بيع أو شراء الأوراق المالية في البورصة  
لصالح العميل، وتقوم شركات السمسرة في الأوراق المالية أو الجهة  
المصدرة للأوراق المالية بإيداعها لدى شركة المقاصة والإيداع والقيود  
المركزي للأوراق المالية لتقوم بدورها نحو حفظ هذه الأوراق ونقل ملكيتها  
وتسجيلها وتسويتها، وهذا ما يهمننا في إطار بحثنا هذا، فجدير بنا أن نتحدث  
عن مفهوم الإيداع المركزي للأوراق المالية في مطلب أول، ثم نعقبه  
بالحديث عن العلاقة القانونية بين شركات ومراكز الإيداع المركزي للأوراق  
المالية وبين عملائها أو الغير في مطلب ثان.

## المطلب الأول

### تعريف الإيداع المركزي للأوراق المالية

عرف التشريع المصري إيداع الأوراق المالية مركزياً بأنه: نشاط يتضمن إيداع الأوراق المالية وحفظها وإتمام التقاص والتسوية الناشئة عن عمليات بيع وشراء الأوراق المالية ونقل ملكيتها عن طريق القيد الدفترى ومن ذلك ما يلي:

- 1 - الاحتفاظ بالأوراق المالية لدى شركة الإيداع أو لدى إحدى الجهات الحاصلة على ترخيص بذلك.
  - 2 - القيام بنقل ملكية الأسهم والسندات التي تم بيعها أو شراؤها في البورصة عن طريق أعضاء نظام الإيداع المركزي وذلك بالقيد الدفترى.
  - 3 - القيام بقيد حقوق الرهن على الأسهم وغيرها من الأوراق المالية.
  - 4 - القيام بإجراء التقاص والتسوية المالية الناشئة عن تداول الأوراق المالية نحو بيعها أو شراؤها<sup>(1)</sup>.
  - 5 - القيام بحفظ وتسوية الأوراق والأدوات المالية الحكومية وفقاً للقواعد التي يضعها مجلس إدارة هيئة الرقابة المالية بعد أخذ رأي البنك المركزي المصري ووزارة المالية<sup>(2)</sup>.
- كما عرف المشرع المصري شركة الإيداع بأنها: كل شركة يرخّص لها

---

(1) ينظر نص المادة (2) من قانون الإيداع والقيد المركزي للأوراق المالية رقم 93 لسنة 2000.

(2) ينظر نص المادة (2) بند (5) وهي فقره مضافة بقانون 143 لسنة 2020 بشأن تعديل بعض أحكام قانون الإيداع والقيد المركزي للأوراق المالية المصري الصادر بالقانون رقم 93 لسنة 2000.

بمزاولة نشاطي إيداع الأوراق المالية وقيدها مركزياً<sup>(3)</sup>.

وعرف المشرع الإماراتي الإيداع المركزي بأنه: إيداع الأوراق المالية وتسجيل وحفظ الملكيات وأي قيود ترد عليها ونقل ملكية الأوراق المالية بالتحويل بين حسابات المستثمرين، وتحديث سجل المالكين وفقاً لأحكام هذا القرار<sup>(4)</sup>.

كما عرف المشرع الإماراتي مركز الإيداع بأنه: الشخص الاعتباري المرخص له بمزاولة نشاط الإيداع المركزي من قبل الهيئة وفقاً لأحكام هذا القرار<sup>(5)</sup>.

وعرف النظام السعودي مركز الإيداع بأنه: مركز إيداع أوراق مالية مرخص له وفقاً لأحكام هذا النظام ليزاول في المملكة عمليات إيداع (الأسهم) وكافة الأوراق المالية التي يتم تداولها في السوق ونقلها وتسويتها وتسجيل ملكيتها<sup>(6)</sup>.

ونحن نرى من جانبنا إذا جاز لنا ذلك أن مفهوم إيداع الأوراق المالية وقيدها مركزياً في التشريعات سألقة البيان يشمل إيداع الأوراق المالية ونقل ملكيتها وتسويتها وتسجيلها وحفظها، إلا أن المشرع المصري قد أضاف مهام المقاصة والتسوية لشركات الإيداع المركزي على خلاف التشريع الإماراتي والنظام السعودي في هذا الشأن.

(3) ينظر نص المادة (1) من ذات القانون المشار إليه.

(4) انظر نص المادة رقم (1) من قرار رئيس مجلس إدارة هيئة الأوراق المالية والسلع الإماراتية رقم (19/ ر. م) لسنة 2018 بشأن تنظيم نشاط الإيداع المركزي.

(5) انظر نص المادة رقم (1) من القرار المشار إليه.

(6) ينظر نص المادة الأولى من نظام السوق المالية السعودية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/30 وتاريخ 2/6/1424هـ.

كما يمكننا القول بأن المشرع المصري قد أوكل لشركة الإيداع المركزي بجانب إيداع الأوراق المالية إيداع الأدوات المالية، وتم تغيير مسمى القانون المنظم لعمليات إيداع وقيد الأوراق المالية مركزياً الصادر بالقانون رقم 93 لسنة 2000 بقانون الإيداع والقيد المركزي للأوراق والأدوات المالية، وذلك بموجب التعديل الذي أجراه على هذا القانون بالقانون رقم 143 لسنة 2020.

## المطلب الثاني

### العلاقة القانونية التي تربط الشركة

أو مركز إيداع الأوراق المالية والمتعاملين معها.

في حقيقة الأمر تنشأ علاقة قانونية بين الشركة أو مركز الإيداع وبين أعضائها أو مصدري الأوراق المالية جراء قيد وإيداع الأوراق المالية في البورصة تتمثل هذه العلاقة القانونية في شكل اتفاق أو تعاقد يتضمن كافة الحقوق والالتزامات المترتبة على إبرامه، لذا سنتحدث عن بيان هذه العلاقة القانونية.

بيان العلاقة القانونية بين شركة أو مركز إيداع الأوراق المالية والمتعاملين معها.

بالنسبة للتشريع المصري:

نجد أن المشرع المصري قد أقر بوجود علاقة قانونية بين عضو الإيداع المركزي والشركة أو المركز تتمثل في عقد يتم إبرامه بينهم وفقاً للنموذج المعد من هيئة الرقابة المالية على أن يتضمن البنود التالية: <sup>(7)</sup>

(7) ينظر نص المادة (22) من قانون الإيداع والقيد المركزي للأوراق المالية رقم 93/2000

- 1 - أن يراعي عضو الإيداع المركزي القواعد والنظم والإجراءات المتعلقة بنشاط إيداع الأوراق المالية وقيدها مركزياً وما تدخله عليها شركة الإيداع أو المركز من تعديلات بعد موافقة هيئة الرقابة المالية.
- 2 - أن يقوم عضو الإيداع المركزي بسداد الأتعاب والمصاريف نظير الخدمات التي تقدمها له الشركة، على أن يلتزم العضو بتعويض المركز أو الشركة عن إخلاله بالقواعد والنظم والإجراءات المتعلقة بالإيداع والقيود المركزي للأوراق المالية.
- 3 - أن يقوم عضو الإيداع المركزي برهن الأوراق المالية التي أودعها لدى مركز أو شركة الإيداع باسمه ولحسابه متى طلبت الشركة ذلك، ضماناً لتنفيذ التزاماته والتصريح لها بالاقتراض بضمان رهن تلك الأوراق.
- 4 - أن يمكن عضو الإيداع المركزي من تندبه الشركة أو المركز من الاطلاع على الدفاتر والسجلات الخاصة بالخدمات التي تقدمها الشركة إليه والتحقق من سلامتها.
- 5 - أن يقوم بتنفيذ قرارات مجلس إدارة شركة أو مركز الإيداع المتعلقة بالخدمات التي تقدمها.
- 6 - أن يشارك عضو الإيداع المركزي في صندوق ضمان تسوية عمليات بيع وشراء الأوراق المالية.
- 7 - أن يتحمل عضو الإيداع المركزي المشاركة في خسائر شركة أو مركز الإيداع طبقاً للقواعد التي يضعها مجلس إدارتها وتعتمدها هيئة الرقابة المالية.
- 8 - أن يتضمن التعاقد طرق فض المنازعات التي قد تنشأ بين طرفيه.

ونحن نرى من جانبنا إذا جاز لنا ذلك أنه ينبغي على المشرع المصري ضرورة تعديل البند رقم (3) من المادة (22) من قانون الإيداع والقيود المركزي على نحو يخول لعضو الإيداع، إيداع الأوراق المالية باسم العميل ولحسابه، لا باسمه ولحسابه نظراً لكون العميل يمتلك الأوراق المالية، وذلك على غرار علاقة شركات الوساطة المالية بعملائها والتي تقوم بإبرام عقد بيع أو شراء الأوراق المالية باسم العميل ولحسابه<sup>(8)</sup> حتى تنشأ علاقة قانونية بين العميل مالك الورقة المالية وبين شركة الإيداع أو المركز بشأن إيداع الأوراق المالية، ويستطيع كلا منهما الرجوع على الآخر، مع اعتباره وسيطاً تجارياً ضامناً كشركة السمسرة في الأوراق المالية.

وبالنسبة للتشريع الإماراتي :-

الناظر والمتأمل في التشريع الإماراتي يجد وجود علاقة قانونية بين مركز الإيداع ومصدر الورقة المالية تتمثل في عقد اتفاق يتم إبرامه بين مركز الإيداع ومصدر الورقة المالية غير المدرجة في السوق يتضمن كافة المهام التي يرغب مصدر الورقة المالية غير المدرجة الحصول عليها كإيداع أوراق مالية غير مدرجة أو تسجيلها أو حفظها أو نقل ملكيتها أو تثبيت أي قيود عليها<sup>(9)</sup>.

بالنسبة للنظام السعودي :-

المتأمل في النظام السعودي يجده قد أقر بوجود علاقة تعاقدية بين مركز إيداع الأوراق المالية وبين أعضاء الإيداع أو مصدري الأوراق المالية

(8) ينظر نص المادة (256) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال رقم 95/1992.  
(9) انظر بند ثانياً في نص المادة (8) من قرار رئيس مجلس إدارة هيئة الأوراق المالية والسلع الإماراتية رقم (19/ر.م) لسنة 2018.

أو مالكيها أو كافة المستفيدين من الخدمات التي يقدمه المركز والمتعلقة بإيداع الأوراق المالية<sup>(10)</sup>.

وبناءً على ما تقدم يمكن القول بأن هناك علاقة قانونية تربط المركز أو شركة الإيداع بالأعضاء أو بمصدري الأوراق المالية تتمثل في وجود علاقة عقدية بينهم كما رأينا ذلك في التشريع المصري، وأن الإخلال بهذا التعاقد يرتب قيام مسؤولية قانونية على عاتق الطرف المخل بالتزاماته.

ونحن نرى من جانبنا إذا جاز لنا ذلك أنه ينبغي على المشرع الإماراتي والنظام السعودي ضرورة النص على البنود الأساسية التي ينبغي أن يتضمنها العقد المبرم بين شركة أو مركز الإيداع، وبين أعضائها أو مصدري الأوراق المالية، وذلك على غرار التشريع المصري في هذا الشأن ضماناً لإتمام عمليات الإيداع والقيام بنقل ملكية الأوراق المالية وتسويتها على نحو يحقق مصالح الأطراف وحفاظاً على مصالح العملاء المستثمرين في السوق.

## المبحث الثاني

نحو تطبيق قواعد المسؤولية دون خطأ على الأضرار

الناجمة عن إيداع الأوراق المالية

قد يكون هناك تعدد في مسؤولية الشركات أو مراكز إيداع الأوراق المالية المدنية نتيجة الأخطاء التي ترتكبها مع أحد أعضاء الإيداع أو مصدري الأوراق المالية أو غيرهم من المتعاملين معها، فقد تكون مسؤوليتها مسؤولية تعاقدية عن فعل الغير مع العملاء نتيجة إبرامها عقد إيداع الأوراق المالية بينهما، حيث تستخدم الشركة أو مركز الإيداع ممثلها أو

(10) انظر البند رقم (4) من المادة الثانية من قواعد مركز إيداع الأوراق المالية السعودية.

مندوبيها ومن يساعدها في ممارسة أعمالها لكونها شخصاً اعتبارياً خاصاً، وقد تكون مسؤوليتها مسؤولية تقصيرية لا سيما في الإخلال بالالتزامات المقررة بمقتضى القوانين واللوائح المتعلقة بنظام إيداع الأوراق المالية وقيدها مركزياً، وقد تكون تجاه الغير نتيجة الفعل الضار أو غير المشروع، وقد تتجاوز التقسيم الثنائي التقليدي للمسؤولية المدنية لتصبح مسؤولية بدون خطأ تقوم على أساس ركني الضرر وعلاقة السببية بغض النظر عن تحقق ركن الخطأ.

ولكن قد تظهر بعض المشكلات العملية عند تطبيق القواعد العامة السابق ذكرها نظراً لطبيعة شركات أو مراكز إيداع الأوراق المالية الاحترافية ومن ثم لا بد من النظر في قواعد خاصة تنظم تلك المسؤولية بعيداً عن القواعد العامة.

لذا سنتحدث في هذا المبحث عن مدى صعوبة تطبيق قواعد المسؤولية العقدية على الأضرار الناجمة عن إيداع الأوراق المالية في مطلب أول، ثم نخصص المطلب الثاني للحديث عن مدى إمكانية تطبيق القواعد المنظمة للمسؤولية دون خطأ على الأضرار الناجمة عن إيداع الأوراق المالية في مطلب ثان، ثم نعبه بالحديث عن التصرفات الموجبة لقيام تلك المسؤولية في مطلب ثالث.

## المطلب الأول

### مدى صعوبة تطبيق قواعد المسؤولية العقدية على الأضرار الناجمة عن إيداع الأوراق المالية

من المقرر قانوناً أنه لا توجد علاقة مباشرة بين الشركة أو مركز الإيداع وبين العملاء مالكي الأوراق المالية، وإنما تنشأ هذه العلاقة بين عضو الإيداع المركزي أو غيره من المستفيدين من خدمات الإيداع وبين شركة أو

مركز الإيداع بموجب اتفاق يتم بينهما كما سبق ذكره، ومن ثم فإننا نكون بصدد علاقة عقدية، وبناء عليه إذا ما تم إبرام العقد بين شركة أو مركز الإيداع وبين عضو الإيداع أو غيره من المستفيدين من خدمات الإيداع، فإنه يرتب التزامات تقع على عاتق الطرفين وينشئ عن الإخلال بهذه الالتزامات مسؤولية عقدية.

ومن المقرر قانوناً أيضاً أنه توجد علاقة قانونية مباشرة بين عضو الإيداع وهي شركة الوساطة في الأوراق المالية وبين مالكي الأوراق المالية نتيجة تداول الأوراق المالية في البورصة نحو بيعها أو شراؤها.

ومما سبق يتبين لنا أننا قد نكون بصدد علاقتين قانونيتين كالتالي:

العلاقة الأولى: تكون بين الشركة أو مركز الإيداع وبين عضو الإيداع المركزي وينظم هذه العلاقة عقد يسمى بعقد (إيداع الأوراق المالية).

العلاقة الثانية: تكون بين عضو الإيداع المركزي وبين مالكي الأوراق المالية وينظم هذه العلاقة عقد يسمى بعقد (عقد الوساطة أو السمسرة في الأوراق المالية).

وفي إطار هذه الدراسة ما يهمنا هي العلاقة الأولى التي تربط بين الشركة أو مركز الإيداع وعضو الإيداع، وهذه العلاقة هي علاقة تعاقدية من الدرجة الأولى تتمثل في عقد إيداع الأوراق المالية، وإذا ماتم إبرام العقد بين الشركة أو مركز الإيداع وعضو الإيداع فإنه يرتب التزامات على عاتق الطرفين وينشئ عن الإخلال بهذه الالتزامات الناشئة عنه مسؤولية عقدية.

وتعني المسؤولية العقدية هي جزاء عدم القيام بتنفيذ العقد أو القيام

بتنفيذه بشكل معيب، ويكون تنفيذ العقد عينياً ولكن بشروط أهمها أن يكون تنفيذ الالتزام عينياً ممكناً وغير مرهق للمدين وغير ذلك من الاشتراطات التي يجب توافرها للتنفيذ الجبري على المدين<sup>(11)</sup>.

ونرى من جانبنا إذا جاز لنا ذلك أنه يصعب تطبيق القواعد المنظمة للمسؤولية العقدية على الأضرار الناجمة عن إيداع الأوراق المالية نظراً لأن الشركة أو مركز إيداع الأوراق المالية تتحمل المسؤولية المدنية ومن ثم التعويض حال حدوث تأخر في تسليم الأوراق أو تقاعسها عن التسليم أو فقدان تلك الأوراق أو عدم نقل ملكيتها حتى ولو كانت تلك الأخطاء لم تحدث بفعل الشركة أو المركز، حيث رتب المشرع المصري مسؤولية شركات ومراكز إيداع الأوراق المالية عن الأضرار الناجمة عن التأخر في المواعيد المحددة لتسليم كافة الأوراق المالية أو التقاعس عن تسوية العمليات أو التأخر في تسويتها أو فقد الأوراق المالية أو عدم نقل ملكيتها أو أي ضرر يخصص عضو الإيداع أو المتعاملين معها وذلك دون النظر لركن الخطأ، لذا يدعونا الحديث عن مدى إمكانية تطبيق القواعد المنظمة للمسؤولية بدون خطأ عن أضرار إيداع الأوراق المالية، وذلك في المطلب التالي.

---

(11) د. محمد حسن عبد الرحمن - د. أبو الحسن إبراهيم علي - أحكام الالتزام في القانون المدني المصري - 2007 / 2008 ص 100.

## المطلب الثاني

مدى إمكانية تطبيق القواعد المنظمة للمسؤولية دون خطأ  
على الأضرار الناجمة عن إيداع الأوراق المالية

أولاً: مفهوم المسؤولية دون خطأ

عرف البعض المسؤولية دون خطأ بأنها: هي (تلك المسؤولية القائمة على أساس أن من يحدث بفعله مخاطر المجتمع يتعين عليه تحمل تبعه هذه المخاطر ومن ثم تعويض المضرورين جراء ذلك)<sup>(12)</sup>

والمتمامل في هذا التعريف يجده قد ارتكز على ركنين فقط وهما ركن الضرر وعلاقة السببية وعدم النظر إلى ركن الخطأ من أجل قيام المسؤولية دون خطأ، كما أنها تقوم على المبدأ المقرر بمقتضى الشريعة والقانون وهو الغرم بالغنم.

ويمكننا تعريف المسؤولية دون خطأ بأنها: هي تلك المسؤولية التي تعتمد في المقام الأول على قيام ركن الضرر دون النظر لقيام ركن الخطأ).

ثانياً: مدى إعمال قواعد المسؤولية دون خطأ في مجال إيداع الأوراق المالية

نستعرض فيما يلي موقف المشرع المصري والإماراتي والنظام السعودي والفقهاء التجاري بشأن إعمال قواعد المسؤولية دون خطأ في تعاملات الإيداع المركزي للأوراق المالية وذلك على النحو التالي:

(12) د. شريف محمد غنام - مسؤولية البنك عن التحويل الإلكتروني للنقود - 2006 - بدون در نشر - ص 101 وما بعدها.

## موقف التشريع المصري والنظام السعودي

### 1 - موقف التشريع المصري

أقر التشريع المصري بموجب القانون المنظم لعمليات إيداع الأوراق المالية وقيدها مركزياً بمسؤولية شركة الإيداع عن الأضرار الناجمة عن عدم تسليم الأوراق المالية أو تحويل الأموال التي تخص العضو أو أي من عملائه أو عدم قيد أو نقل ملكية الأسهم وكافة الأوراق المالية، وكذلك مسؤوليتها عن الأضرار التي تترتب على فقد الأوراق المالية أو الأموال أو أي ضرر آخر يلحق عضو الإيداع أو أي من عملائه أو بمصدري الأوراق المالية أو بالغير، والذي تكون شركة الإيداع مسؤولة عنه وفقاً لنظامها الأساسي أو للإجراءات والقواعد المتبعة لديها أو للاتفاق الذي ينظم علاقتها مع العضو أو مع مصدر الأوراق المالية.

### 2 - موقف التشريع الإماراتي:

تضمن التشريع الإماراتي ضرورة قيام المسؤولية المدنية لمركز إيداع الأوراق المالية تجاه أعضاء الإيداع أو غيره من المستفيدين من خدمات الإيداع نتيجة الأخطاء التي يرتكبها والتي تسبب ضرراً لهؤلاء جراء تعاملات إيداع الأوراق المالية<sup>(13)</sup>.

### 3 - موقف النظام السعودي :-

تضمن النظام السعودي قيام المسؤولية القانونية لمركز إيداع الأوراق المالية حال ارتكابها خطأ جسيم أو متعمد تجاه أعضاء الإيداع أو مصدري

---

(13) انظر نص المادة (16) من قرار مجلس إدارة هيئة الأوراق المالية والسلع الإماراتية رقم (19/ ر. م) لسنة 2018 بشأن تنظيم نشاط الإيداع المركزي.

الأوراق المالية أو مالكيها أو أي من المستفيدين من خدماته<sup>(14)</sup>.

ونحن نرى من جانبنا أن المشرع المصري قد أقر بقيام المسؤولية دون خطأ لشركة ومركز إيداع الأوراق المالية عن كافة الأضرار التي تلحق بأعضاء الإيداع ومصدري الأوراق المالية وكافة المتعاملين معها، وذلك عندما نص على أن تكون الشركة مسؤولة عن الأضرار الناجمة عن فقد الأوراق المالية أو الأموال أو عدم تسليمها أو عدم قيدها أو نقل ملكيتها أو أي ضرر آخر قد يصيب المتعاملين معها، على خلاف النظام السعودي الذي أقر بقيام المسؤولية المدنية بصورتها التقليدية والتي تقوم على ركن الخطأ واجب الإثبات كما سبقت الإشارة إلى ذلك.

### موقف الفقه التجاري

ذهب بعض الفقهاء إلى أن التشريع المصري جمع بين المسؤولية بدون خطأ والتي تركز على ركن الضرر دون النظر إلى ركن الخطأ وبين المسؤولية المدنية بصورتها التقليدية التي تركز في المقام الأول على ركن الخطأ الذي يستوجب إثباته من قبل الشخص المضرور.

واستند هذا الرأي بأن المسؤولية دون خطأ لشركة الإيداع تتحقق في حالة عدم قيام الشركة بنقل ملكية الأوراق المالية أو تسليمها أو فقدها أو عدم قيدها، وتتحقق قواعد المسؤولية المدنية بشكلها التقليدي لشركة الإيداع في مواضع أخرى<sup>(15)</sup>.

(14) ينظر نص المادة الثامنة والخمسون من قواعد مركز إيداع الأوراق المالية السعودية الصادرة بالقرار رقم (2012-17-2) والمعدل بموجب القرار رقم (2022-2-1) في 3/1/2022.

(15) د/ هشام فضلي- تداول الأوراق المالية والقيود في الحساب- دراسة قانونية مقارنة في نظام الإيداع والقيود المركزي للأوراق المالية - الطبعة الأولى - دار الجامعة الجديدة للنشر - ص 94.

ونحن نرى من جانبنا عدم تأييد الرأي السابق ذكره حيث جاءت صياغة المادة (48) من قانون الإيداع المركزي واضحة لا يشوبها الغموض ولا يكتنفها الإبهام في قيام المسؤولية بدون خطأ لشركة الإيداع في جميع الممارسات الضارة والتي ترتكبها الشركة تجاه الأعضاء وكافة المتعاملين معها وليس في الحالات التي حددها المشرع المصري فقط، حيث جاء النص كالتالي (تكون شركة الإيداع والقيد المركزي مسؤولة عن الضرر الناجم عن 1 - عدم تسليم الأوراق المالية...؛ 2- أي ضرر آخر يلحق بالعضو...) ومن هنا نستطيع القول بأن المشرع لم يفرق بين حالة وأخرى لإقرار تلك المسؤولية.

كما أن إقرار المسؤولية دون خطأ للشركة ومركز الإيداع هو خير وسيلة لحماية أعضاء الإيداع المركزي للأوراق المالية ومصدريها وكافة المتعاملين معها والذين قد يفتقدون الخبرة والمهارة في هذا المجال في مقابل الشركة أو المركز المهني المحترف، ومن قيامها باتخاذ كافة السبل التي تساعدها على نفي مسؤوليتها عن نفسها، وذلك بالنسبة للتصرفات والأخطاء التي قد ترتكبها بمناسبة قيامها بعملية الإيداع، ومن ثم يصبح المتعاملين معها هم الضحية لهذه الممارسات، الأمر الذي قد يؤدي إلى نفي المسؤولية المدنية عن الشركة أو المركز في حالة تطبيق القواعد العامة المنظمة للمسؤولية التعاقدية والتقصيرية نظراً لصعوبة إثبات الخطأ من جانب، ولأن الشركة أو المركز تتحمل المسؤولية ومن ثم التعويض حال حدوث الأخطاء السابقة، وإن حدثت تلك الأخطاء بفعل غيرهم حيث رتب المشرع المصري المسؤولية دون النظر لركن الخطأ.

ونأمل من التشريع الإماراتي والنظام السعودي ضرورة الاعتراف بقيام وإقرار المسؤولية دون خطأ لشركة ومركز إيداع الأوراق المالية، وذلك على غرار التشريع المصري في هذا الشأن.

## المطلب الثالث

### التصرفات التي توجب قيام المسؤولية دون خطأ لشركات ومراكز إيداع الأوراق المالية

إن إخلال الشركة أو مركز إيداع الأوراق المالية بتنفيذ التزاماتها الملقاة على عاتقها تجاه العملاء يستوجب قيام مسئوليتها المدنية، ولما كانت المسؤولية دون خطأ تعتمد قيام على ركن الضرر وعلاقة السببية دون النظر لركن الخطأ، فإننا نستعرض فيما يلي الصور الموجبة لقيام تلك المسؤولية لشركات ومراكز الإيداع.

تتعدد صور التصرفات التي قد تقع من شركة أو مركز إيداع الأوراق المالية ومنها على سبيل التمثيل وليس الحصر ما يلي:

- 1 - التأخر في تسوية العمليات ونقل ملكية الأوراق المالية.
- 2 - إخلال شركة أو مركز الإيداع بتسليم كافة الأوراق المالية.
- 3 - الإخلال بإفشاء أسرار أعضائها والمتعاملين معها.
- 4 - فقد الأوراق المالية أو الأموال.

أولاً: التأخر في تسوية العمليات ونقل ملكية الأوراق المالية.

#### 1 - الأساس القانوني لهذا الالتزام في التشريع المصري

سبق أن ذكرنا في مطلع هذه الدراسة أن المهام الرئيسية لشركة الإيداع هي تسوية ونقل ملكية الأوراق المالية، لذا عرف المشرع المصري الإيداع المركزي بأنه: نشاط يتضمن إيداع وحفظ الأوراق المالية وإتمام التقاص والتسوية الناشئة عن عمليات بيع وشراء الأوراق المالية ونقل ملكيتها عن طريق القيد الدفترى، ومن ذلك ما يلي:

- الاحتفاظ بالأوراق المالية لدى شركة الإيداع أو لدى إحدى الجهات الحاصلة على ترخيص بذلك.
- القيام بنقل ملكية الأسهم والسندات التي تم بيعها أو شراؤها في البورصة عن طريق أعضاء نظام الإيداع المركزي وذلك بالقيود الدفترية.
- القيام بقيود حقوق الرهن على الأسهم وغيرها من الأوراق المالية.
- القيام بإجراء التقاص والتسوية المالية الناشئة عن تداول الأوراق المالية نحو بيعها أو شراؤها<sup>(16)</sup>.

## 2 - الأساس القانوني لهذا الالتزام في التشريع الإماراتي :

تضمن التشريع الإماراتي ضرورة قيام مركز الإيداع بفتح حساب للمستثمر العميل في السوق لإيداع الأوراق المالية المملوكة له والقيام بتسويتها ونقل ملكية تلك الأوراق المالية، وذلك بناءً على التوجيهات الواردة من شركة المقاصة المركزية الواردة بتقرير التسوية أو بناءً على تعليمات هيئة الأوراق المالية أو أي جهة قضائية، كما يلتزم مركز الإيداع بتسجيل جميع العمليات الخاصة بتداول الأوراق المالية في سجلاته مع بطلان كافة التعاملات التي تتم على الأوراق المالية المدرجة في السوق التي لم يتم تسجيلها، وعلى المركز التحقق من أن التسوية النهائية تتم وفقاً للقانون والأنظمة والضوابط الصادرة من هيئة الأوراق المالية، كما يجوز لمركز الإيداع القيام بعمليات تسجيل أو نقل ملكية أو تثبيت أي قيود على الأوراق المالية غير المدرجة في السوق<sup>(17)</sup>.

(16) ينظر نص المادة (2) من قانون الإيداع والقيود المركزي للأوراق المالية رقم 93 لسنة 2000.

(17) انظر نص المادة (8) من قرار رئيس مجلس إدارة هيئة الأوراق المالية والسلع رقم (19/م) لسنة 2018 بشأن تنظيم نشاط الإيداع المركزي.

### 3 - الأساس القانوني لهذا الالتزام في النظام السعودي :

أوجب النظام السعودي على مركز الإيداع القيام بتسجيل الأوراق المالية وتسويتها واتخاذ التدابير المناسبة للتسوية<sup>(18)</sup>، كما يتعين على مركز الإيداع القيام بنقل الأوراق المالية بشكل إلكتروني في الحالات التالية<sup>(19)</sup> :

أ - إذا كانت الصفقة تتعلق بحساب مركز مقاصة الأوراق المالية، يتم نقل تلك الأوراق ما بين حساب مركز المقاصة وحساب التسوية المجمع لعملاء عضو السوق.

ب - إذا كانت الصفقة تتعلق بحساب التسوية المجمع لعضو السوق يتم نقل الأوراق المالية ما بين حساب التسوية المجمع لعضو السوق وحساب التسوية المجمع لعملاء عضو السوق.

ج - إذا كانت الصفقة مسجلة في مركز مقاصة الأوراق المالية دون أن يكون مركز المقاصة طرفاً في الصفقة يتم نقل الأوراق المالية ما بين حساب التسوية المجمع لعضو السوق وحساب التسوية المجمع لعملاء عضو السوق.

د - في الحالات الأخرى يتم نقل الأوراق المالية من حساب مركز الإيداع البائع لحساب مركز الإيداع المشتري.

#### - كيفية تسوية العمليات ونقل ملكيتها

من المقرر قانوناً أن عملية التداول نحو بيع أو شراء الأوراق المالية تبدأ منذ قيام العميل بإبرام عقد اتفاق مع الوسيط المالي أو شركة السمسرة لقيام الأخير بإتمام عملية بيع الأوراق المالية أو شراؤها المملوكة للعميل

(18) ينظر نص المادة السادسة والأربعون من لائحة أسواق ومراكز إيداع الأوراق المالية السعودية.

(19) ينظر نص المادة التاسعة والعشرون من قواعد مركز إيداع الأوراق المالية السعودية.

في البورصة، حيث يحظر على العملاء الدخول في البورصة وإجراء تعاملات بالبيع أو الشراء وتبطل جميع العمليات التي تتم بدون الوسيط المالي بالنسبة للأوراق المالية التي يتم قيدها في سوق الأوراق المالية<sup>(20)</sup>، وبعد أن تنتهي عملية بيع الأوراق المالية أو شراؤها يأتي دور شركة أو مركز الإيداع للقيام بتسوية العملية ونقل ملكيتها.

في الحقيقة فإن تسوية عمليات البورصة المتعلقة بالبيع تتم من خلال مراحل عديدة تبدأ من استلام الأوراق المالية ومروراً بمراجعتها وتسجيلها، وتنتهي بإتمام إجراء التسليم لكافة الأوراق المالية، ومن ثم تقوم شركة أو مركز الإيداع باستلام الأوراق المالية من شركة السمسرة التي قامت بعملية البيع وذلك في اليوم الأول لتنفيذ العملية، وفي هذه الحالة يتعين على شركة الإيداع المركزي التحقق من سلامة الأوراق المالية سيما مطابقة اسم العميل البائع مع اسم مالك الورقة المالية المدرج على الصك أو في شهادة الملكية<sup>(21)</sup>.

كما يتعين عليها التحقق من الكوبونات المرفقة بالأوراق المالية والتوقيع عليها وختمها، وعدم وجود أية معوقات أو قيود قانونية أو اتفاقية تحول دون بيعها في البورصة، فإذا ما انتهت شركة الإيداع من مراجعة الأوراق المالية تقوم بتسجيل البيانات الخاصة بالأوراق المالية المباعة على قاعدة البيانات الخاصة بشركة الإيداع، ثم بعد ذلك تقوم شركة الإيداع بتسوية العملية وذلك بتحويل كافة الأوراق المالية من الحساب الخاص بالعميل البائع إلى الحساب الخاص بالعميل المشتري وخصم قيمة عمليات

(20) ينظر نص المادة (17) من قانون سوق رأس المال المصري رقم 95/1992.

(21) د. طاهر شوقي مؤمن - عقد بيع الأوراق المالية في البورصة - دار النهضة العربية - القاهرة - 2007 - ص 315 وما بعدها.

التداول من الحساب النقدي لشركة السمسرة المشتري وإضافتها إلى الحساب النقدي الخاص بشركة السمسرة البائعة<sup>(22)</sup>.

وبعد انتهاء عملية التسوية تقوم شركة الإيداع بتسليم الأوراق المالية التي تم شراؤها إلى شركة السمسرة المشتري مع ضرورة إرفاق شهادة نقل الملكية إلى المشتري، كما أن التحويل الحسابي من رصيد الحساب الخاص بالبائع إلى رصيد الحساب الخاص بالمشتري حل محل التسليم المادي للأوراق المالية وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء.

#### - دور صندوق ضمان التسويات في تسوية العمليات

لصندوق ضمان التسويات أهمية بالغة نحو تسوية عمليات التداول وتسليم الأوراق المالية المباعة للمشتري، فحري بنا أن نستعرض في السطور التالية بعض الجوانب المنظمة لهذا الصندوق في التشريع المصري.

حرصت هيئة الرقابة المالية على السعي نحو تحقيق المصالح المشتركة بين العملاء والبورصة وحماية هؤلاء المستثمرين عند قيامهم بإبرام التعاملات مع شركات السمسرة ببيع وشراء الأوراق المالية، وبث الأمان والطمأنينة داخل نفوس هؤلاء المستثمرين، لذا أصدر مجلس إدارة الهيئة المذكورة القرار رقم (29) لسنة 2004 بشأن صندوق ضمان التسويات والمعدل بالقرار رقم 117 لسنة 2022.

#### - النطاق الموضوعي لعمل الصندوق

ينحصر نطاق عمل صندوق ضمان التسويات في الآتي:<sup>(23)</sup>

(22) المرجع السابق - ص 317 وما بعدها.

(23) ينظر نص المادة (10) من المذكرة الإيضاحية للقرار المشار إليه.

1 - أن يحل الصندوق محل المشتري في سداد قيمة شراء الأوراق المالية للبائع في حالة عدم قيام الأول بسداد هذه القيمة كلها أو جزء منها في المواعيد المتفق عليها للتسوية.

2 - أن يحل الصندوق محل البائع في تسليم أو تحويل الأوراق المالية التي تم بيعها في حالة عدم قيام البائع بتسليمها أو تحويلها في المواعيد المقررة للتسوية.

3 - أن يحل الصندوق المشار إليه محل العضو المخالف في سداد التزامه في المواعيد المقررة للتسوية حتى لو كانت المبالغ التي يقوم الصندوق بسدادها تتجاوز قيمة اشتراك العضو بهذا الصندوق.

ونرى من جانبنا إذا جاز لنا ذلك أن القرار رقم 29 لسنة 2004 والخاص بشأن إنشاء هذا الصندوق ومذكرته الإيضاحية، جاء بما يتوافق ومتطلبات السوق المحلي وجذب الاستثمار الأجنبي، حيث وضع الحماية المدنية اللازمة للعملاء المستثمرين داخل البورصة، إذ يضمن هذا الصندوق القيام بعملية تسليم الأوراق المالية المباعة أو المشتراة لأصحابها من العملاء، كما يضمن الحلول محل المشتري في سداد قيمة الأوراق المالية في حالة عدم قدرة الأخير على الوفاء بهذه القيمة كما يضمن الحلول محل البائع في تسليم أو تحويل الأوراق المالية إذا لم يتم الأخير بتسليمها أو تحويلها في المواعيد المقررة للتسوية كما للصندوق دور بارز نحو تصويب العمليات التي تتم بطريق الخطأ من قبل شركات الوساطة المالية والعمليات التي تنفذ لصالح العملاء المستثمرين الأجانب في البورصة، حيث وضع ضوابط من شأنها التيسير على هؤلاء المستثمرين، الأمر الذي يخلق نوعاً من غرس الثقة والطمأنينة في نفوس هؤلاء المستثمرين والحفاظ على أداء البورصة المصرية والاقتصاد القومي بوجه عام.

## - لا وجود لصندوق ضمان التسويات في التشريع الإماراتي

أوكل المشرع الإماراتي مهام تسوية عمليات تداول الأوراق المالية لشركة الحافظ الأمين فلها الحق في تسوية أو رفض العملية وذلك للأسباب المقررة قانوناً، ولا يوجد في التشريع الإماراتي ما يسمى بصندوق ضمان التسويات، ولكن تضمن التشريع الإماراتي أنه في حالة عدم قدرة الوسيط الذي قام بتنفيذ صفقة البيع المرفوضة على الأوراق المالية من خلال إجراءات الشراء، ففي هذه الحالة يقوم السوق باتخاذ الإجراءات المتعلقة بالتعويض النقدي للعميل المشتري على أن تضع هيئة السوق الضوابط والإجراءات الخاصة باحتساب التعويض المشار إليها الذي يلتزم الوسيط البائع بسداده للوسيط المشتري<sup>(24)</sup>.

ونحن نرى من جانبنا ضرورة قيام المشرع الإماراتي بالنص على إنشاء صندوق ضمان التسويات ضماناً لحقوق المشتري في السوق، وكذا لإتمام تنفيذ عمليات التداول دون أية معوقات، وذلك على غرار المشرع المصري.

## ثانياً: إخلال شركة أو مركز الإيداع بالتزامها المتعلق بتسليم الأوراق المالية.

يقع على عاتق شركة أو مركز الإيداع التزاماً نحو قيامها باستلام وتسليم الأوراق المالية في السوق، من المقرر قانوناً وفق أحكام القانون المنظم لعمليات إيداع الأوراق المالية وقيدها مركزياً، أن شركة الإيداع تلعب دور الوسيط بين شركة السمسرة بغرض تنظيم عملية استلام الأوراق

(24) انظر المواد (3، 7، 8) من قرار مجلس إدارة هيئة الأوراق المالية الإماراتية رقم (17) لسنة 2011 بشأن نظام التسليم مقابل الدفع.

المالية التي تم بيعها وتسليمها إلى الطرف الآخر نظراً لأنها تقوم باستلام الأوراق المالية من شركة السمسرة البائعة لشركة السمسرة المشتريّة للأوراق المالية، حيث إن العميل البائع يلجأ لشركة السمسرة لبيع أوراقه المالية، ثم بعد ذلك تقوم هذه الشركة بتسليم الأوراق المالية لشركة أو مركز الإيداع، حيث يقع على عاتق الشركة أو المركز التزاماً نحو القيام بالتسوية المالية الناشئة عن بيع أو شراء الأوراق المالية، وذلك وفقاً لنص المادة (14) من قانون المنظم لعمليات الإيداع المصري، كما أن عملية التسليم والاستلام تتم وفقاً للمبدأ السائد في الأعراف التجارية وهو التسليم مقابل الدفع، وذلك وفقاً لنص المادة (15) من القانون ذاته المشار إليه<sup>(25)</sup>.

#### - مدى قيام مسؤولية شركة أو مركز إيداع الأوراق المالية حيال عدم تسليم الأوراق المالية

يترتب على عدم قيام شركة أو مركز الإيداع باستلام الأسهم أو الأوراق المالية المباعة، عدم حدوث تسليم للأوراق المالية، ومن ثم فإن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى إيقاف تسوية عملية التداول، وهو ما يؤثر ويحدث أضراراً بالغة لشركة الوساطة المالية وعملائها، وعندئذ تنعقد مسؤولية شركة الإيداع عن هذه الأضرار، وتستطيع شركة الوساطة المالية الرجوع على شركة الإيداع بدعوى المسؤولية العقدية، وذلك بموجب العقد المبرم بينهما والمتضمن حالات إخلال أي من طرفيه بتنفيذ التزاماته، ويذهب البعض إلى أنه يحق للعميل المستثمر الرجوع على شركة الإيداع مباشرة بالدعوى غير المباشرة نتيجة للأضرار الذي أصابته حيال عدم تنفيذ الشركة الأخيرة لالتزاماتها المتعلقة بتسوية العملية على الرغم من عدم توافر

(25) د. طاهر شوقي مؤمن عقد بيع الأوراق المالية في البورصة - دار النهضة العربية - 2007 ص 308.

علاقة تعاقدية بين العميل وشركة الإيداع<sup>(26)</sup>.

ونحن نرى من جانبنا إذا جاز لنا ذلك أنه يحق للعميل المستثمر الرجوع على شركة الإيداع بدعوى المسؤولية الموضوعية أو المسؤولية دون خطأ، وذلك وفقاً لنص المادة (48) من قانون الإيداع والقيود المركزي رقم 93 لسنة 2000 والتي أوجبت على شركة الإيداع أن تتحمل المسؤولية عن الأضرار التي تصيب العميل نتيجة عدم قيامها أو تأخرها في تسليم الأسهم والأوراق المالية، وذلك دون البحث عن مدى توافر ركن الخطأ من عدمه كما ذكرنا آنفاً.

ثالثاً: قيام شركة أو مركز الإيداع بإفشاء أسرار أعضاء الإيداع أو المتعاملين معها:

#### 1 - المقصود بسر المهنة:

عرف بعض الفقه سر المهنة بأنه (هي عبارة عن صفة من الصفات التي تخلع على موقف أو خبير أو عمل وتؤدي إلى توافر رابطة تتصل بهذا الموقف أو الخبير لمن له حق العلم به وللمن يتعين عليه الالتزام بعدم إفشائه)<sup>(27)</sup>.

ويمكننا تعريف سر المهنة بالنسبة لشركات ومراكز إيداع الأوراق المالية بأنه (عدم قيام الشركة أو المركز بنشر أية معلومات تتعلق بأعضاء الإيداع أو المتعاملين معها وعدم السماح للغير بالاطلاع على هذه

(26) د. طاهر شوقي مؤمن عقد بيع الأوراق المالية في البورصة- مرجع سابق - ص 309.  
(27) د. عادل جبري محمد حبيب - مدى المسؤولية المدنية عن الإخلال بالالتزام بالسر المهني أو الوظيفي - دار الفكر الجامعي - 2003 - ص 16 وما بعدها.

المعلومات إلا لمن له حق الاطلاع أو التعرف على البيانات الخاصة بالعملاء على أن تتحمل الشركة أو المركز المسؤولية حال إذاعة أو نشر المعلومات بدون مبرر قانوني يسمح لها بذلك).

2 - أساس إلتزام شركة أو مركز الإيداع بإفشاء أسرار أعضاء الإيداع أو المتعاملين معها في ضوء القانون المصري والإماراتي والنظام السعودي.

بالنسبة لأساس هذا الإلتزام في ضوء القانون المصري

أوجب المشرع المصري على شركة الإيداع للأوراق المالية أن يتوافر لديها كافة الوسائل والإجراءات الكفيلة من أجل حماية كافة البيانات والمعلومات الخاصة بأعضاء الإيداع المركزي وكافة المتعاملين معها، كما أكد المشرع على ضرورة الإلتزام كل من المديرين والعاملين بالشركة أو وكلائها بعدم إفشاء المعلومات والبيانات المتعلقة بالمتعاملين معها، ولم يكتف المشرع بذلك ولكنه ألزم الشركة بأن يكون لديها الوسائل الملائمة لكشف من يخالف تلك الإجراءات والقواعد<sup>(28)</sup>.

وأجاز المشرع المصري لعضو الإيداع ومصدري الأوراق المالية أن يطلب الاطلاع على دفاتر شركة الإيداع وسجلاتها المتعلقة بتعاملاته معها، ويجب على الشركة أن تمكن هؤلاء أو من يساعدهم من الاطلاع على تلك الدفاتر والسجلات في مقرها ومن الحصول على صور ضوئية منها<sup>(29)</sup>.

وفرض المشرع المصري على شركة الإيداع التزاما نحو عدم إتاحة المعلومات والبيانات الخاصة بتعاملاتها للغير إلا بموافقة صاحب الشأن الكتابية أو من ينوب عنه أو أحد ورثته أو أحد الموصى لهم أو هيئة الرقابة

(28) ينظر الفقرة الأولى من نص المادة (49) من قانون الإيداع المركزي المصري.

(29) ينظر الفقرة الثانية من نص المادة (49) من ذات القانون المشار إليه.

المالية أو نفاذا لحكم قضائي أو بناءً على طلب النائب العام أو وكلائه بناء على تحقيق يتم إجراؤه<sup>(30)</sup>.

بالنسبة للتشريع الإماراتي: أوجب المشرع الإماراتي على مركز إيداع الأوراق المالية الحفاظ على سرية البيانات والمعلومات الخاصة بأعضاء الإيداع ومصدري الأوراق المالية<sup>(31)</sup>، وتحديد المعلومات والبيانات والسجلات التي تعتبر سرية والأشخاص المخولون بالاطلاع عليها والتي التي يتعين على المركز الإفصاح عنها ويجوز للجمهور الاطلاع عليها أو الحصول على نسخة منها<sup>(32)</sup>.

### بالنسبة للنظام السعودي:

حظر النظام السعودي على مركز إيداع الأوراق المالية إفشاء المعلومات والبيانات الخاصة بمالكي الأوراق المالية ومالكي المراكز المالية المسجلين في السجلات باستثناء الحالات التي تحددها القواعد الصادرة عن مركز الإيداع<sup>(33)</sup>.

كما أوجب النظام السعودي على مركز الإيداع ضرورة وضع الوسائل الحمائية من أجل عدم إفشاء البيانات والمعلومات الخاصة بمن له صفة في عملية الإيداع عند ممارسته لأعماله، ومن ثم لا يجوز له أن يفصح عنها إلا في الحالات المقررة قانوناً<sup>(34)</sup>.

(30) ينظر الفقرة الأولى من نص المادة (67) من اللائحة التنفيذية لقانون الإيداع والقيود المركزي المصري.

(31) انظر البند (14) من نص المادة (10) من قرار مجلس إدارة هيئة الأوراق المالية الإماراتية رقم (19/ر.م) لسنة 2018 بشأن تنظيم نشاط الإيداع المركزي.

(32) أنظر البند أولاً من نص المادة (8) من ذات القرار المشار إليه.

(33) ينظر نص المادة الثامنة والعشرين من نظام السوق المالية السعودية.

(34) ينظر نص المادة الرابعة والخمسون من لائحة أسواق ومراكز إيداع الأوراق المالية السعودية.

في ضوء ما تقدم يتبين لنا أن التشريع المصري والإماراتي وكذا النظام السعودي ألقى على عاتق شركة أو مركز إيداع الأوراق المالية التزاماً بالحفاظ على سرية كافة البيانات الخاصة بأعضاء الإيداع المركزي ومصدرها وكافة المتعاملين معها، وإن اختلفت تلك التشريعات سالفه الذكر في تحديد النطاق الشخصي والزمني للمعلومات التي يجب الحفاظ على سريتها والتي سنوف نستعرضها تفصيلاً في السطور التالية، ومن ثم فإن الإخلال بهذا الالتزام يرتب المسؤولية المدنية لشركة أو مركز الإيداع تجاه المتعاملين معها.

### 3 - نطاق الالتزام بالسرية

نتحدث في هذا الإطار عن النطاق الموضوعي والشخصي والزمني لالتزام شركات ومراكز الإيداع بالحفاظ على سرية المعلومات وذلك على النحو التالي :-

#### - النطاق الموضوعي

نرى من جانبنا أنه في ضوء استعراض أساس التزام شركة ومركز الإيداع بالحفاظ على السرية في التشريع المصري والإماراتي والنظام السعودي ضرورة قيام المشرع المصري والإماراتي والنظام السعودي بإصدار تعديل تشريعي يتضمن النص على تحديد النطاق الموضوعي لالتزام هذه الشركات ومراكز الإيداع بالحفاظ على أسرار عملائها، ونحن نقترح أن ينحصر النطاق الموضوعي لهذا الالتزام في الحفاظ على كافة المعلومات التي تصل إليها من أعضاء الإيداع وكافة المتعاملين معها والتي تشمل مالكي الأوراق المالية ونوعها وعناوينهم وأرقام هواتفهم ووظائفهم وغير ذلك من بيانات هامة تتعلق بالعقد.

## - النطاق الشخصي :

يقصد بالنطاق الشخصي تلك هم الأشخاص المعنيون بالمحافظة على سرية المعلومات، وسوف نبين فيما يلي النطاق الشخصي لهذا الالتزام في ضوء التشريع المصري والإماراتي والنظام السعودي:

### بالنسبة للتشريع المصري :

حدد المشرع المصري النطاق الشخصي لهذا الالتزام، حيث نص على ضرورة التزام كل من المديرين والعاملين بالشركة أو وكلائها بعدم إفشاء المعلومات والبيانات المتعلقة بتعاملاتها<sup>(35)</sup>.

### بالنسبة للقانون الإماراتي والنظام السعودي :

في ضوء مطالعتنا للتشريع الإماراتي والنظام السعودي المتعلق بنظام الإيداع المركزي للأوراق المالية تبين لنا عدم قيام المشرع بتحديد النطاق الشخصي لالتزام مركز الإيداع بالحفاظ على سرية المعلومات المتعلقة بتعاملاتها وهو ما يعد قصوراً تشريعياً ينبغي معالجته.

كما نعتقد أن المقصود بهؤلاء الأشخاص هم المديرين والعاملين بالشركة سواء كانوا مساعدين أو تابعين لها وجميع العاملين الذين تربطهم بها عقود عمل، ولفظ المدير هنا لا يقصد به شخص واحد فقط ولكن يمتد ليشمل المدير التنفيذي للشركة والعضو المنتدب وأعضاء مجلس إدارتها بالنسبة للمشروعات المتوسطة ومديري الأقسام والفروع المختلفة، وذلك كله من باب إحكام الشركة أو المركز والحفاظ على أسرار عملائها ولتحديد المسؤولية وشخص من قام بالإخلال بهذا الالتزام حتى لا يُسأل شخص بدون مبرر قانوني.

(35) ينظر الفقرة الأولى من نص المادة (49) من قانون الإيداع المركزي المصري.

## - النطاق الزمني

يقصد بالنطاق الزمني هو: - الفترة الزمنية التي يحظر على شركات ومراكز إيداع الأوراق المالية بموجبها إفشاء أسرار كافة المتعاملين معها.

ونستعرض في السطور التالية تحديد النطاق الزمني للالتزام شركات ومراكز الإيداع بالحفاظ على سرية المعلومات المتعلقة بكافة المتعاملين معها في ضوء التشريع المصري والنظام السعودي والفقهاء القانونيين، وذلك على النحو التالي:

### 1 - تحديد النطاق الزمني لهذا الالتزام في ضوء التشريع المصري والإماراتي والسعودي

بالنسبة للتشريع المصري: - حدد المشرع المصري النطاق الزمني لهذا الالتزام وذلك عندما نص على أن تلتزم شركة الإيداع بإمسك سجلات بأسماء ملاك الأوراق المالية وما يرد عليها من حقوق وتصرفات، كما يتعين عليها الاحتفاظ ببيانات نقل الملكية لمدة لا تقل عن خمس سنوات، والاحتفاظ بالمستندات والسجلات المتعلقة بها لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات ما لم تحدد القوانين المعنية مدداً أخرى، وتكون الشركة مسؤولة عن هذه البيانات والمعلومات من تاريخ القيد لديها<sup>(36)</sup>.

بالنسبة للتشريع الإماراتي: - حدد المشرع الإماراتي النطاق الزمني لهذا الالتزام وذلك عندما نص على أن يتولى مركز الإيداع الاحتفاظ بالمستندات والسجلات التي تثبت ملكية كل مستثمر للأوراق المالية وتسجيل وحفظ تلك الملكيات<sup>(37)</sup>، كما ألقى المشرع على عاتق مركز الإيداع الالتزام نحو

(36) انظر المادة (27) من اللائحة التنفيذية لقانون الإيداع والقيود المركزي المصري.  
(37) انظر نص المادة (8) بند (3) من قرار مجلس إدارة هيئة الأوراق المالية الإماراتية رقم (19/ر.م) لسنة 2018 بشأن تنظيم نشاط الإيداع المركزي.

إمسك الدفاتر والسجلات والاحتفاظ بكافة السجلات والمستندات والبيانات المالية والفنية المتعلقة بتعاملاتها بشكل دائم ومستمر، وذلك طوال فترة ترخيصه مع الاحتفاظ بنسخ احتياطية إلكترونية عن تلك البيانات والمستندات طوال تلك الفترة، وضمنان عدم تعرض أيّاً منها لسبب من أسباب التلف، وتمكين هيئة الأوراق المالية من الحصول على نسخة منها، ولم يكتفِ المشرع الإماراتي بذلك، بل أوجب على مركز الإيداع تسليم تلك البيانات والمستندات الخاصة بتعاملاتها لمركز إيداع آخر حال انتهاء الترخيص لأي سبب من الأسباب.

بالنسبة للنظام السعودي: - حدد النظام السعودي النطاق الزمني لهذا الالتزام بأن ألقى على عاتق مركز الإيداع الاحتفاظ بالمعلومات المتعلقة بالأوراق المالية المودعة لديه، وذلك طوال مدة الإيداع ومدة عشر سنوات بعد تاريخ إلغاء الإيداع، كما أشار النظام السعودي إلى أنه إذا كانت الأوراق المالية محل نزاع فيتعين على مركز الإيداع الاحتفاظ بها إلى حين الفصل في النزاع بشرط إخطار مركز الإيداع بهذه المنازعة.

## 2 - تحديد النطاق الزمني لهذا الالتزام في ضوء الفقه القانوني

اختلف الفقه حول المدى الزمني للالتزام بعدم إفشاء المعلومات حيث ذهب البعض إلى أن نطاق الالتزام بعدم إفشاء المعلومات إذا لم يحدد له فترة زمنية معينة فإنه يظل هذا الالتزام بالسرية قائماً حتى تنتفي صفة السرية، فإذا أذيعت وانتشرت وباتت معلومة للكافة فلا داعي للالتزام بعدم إفشائها<sup>(38)</sup>.

(38) د. محمد جعفر الخفاجي - د. ميثاق طالب عيد حمادي - الالتزام بالسرية في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا - مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية - العدد الثاني - السنة السادسة - ص 384.

ويرى جانباً آخر من الفقه أن النطاق الزمني للالتزام بعدم إفشاء المعلومات يتوقف على مدى وجود اتفاق على المدى الزمني لهذا الالتزام من عدمه، فإذا كان هناك اتفاقاً وجب حفظ السر طبقاً لهذا الاتفاق، أما في حالة عدم وجود اتفاق على النطاق الزمني لهذا الالتزام فيلزم ضرورة الحفاظ على سرية المعلومات إلا إذا زالت صفة السرية عنها<sup>(39)</sup>.

ونحن من جانبنا نرى أن التزام شركات ومراكز إيداع الأوراق المالية بالمحافظة على أسرار العملاء يمتد حتى بعد زوال العلاقة التعاقدية بين الشركة أو المركز والمتعاملين معه، وذلك لأن هذه المهنة قائمة على الثقة والأمانة وحسن النية وأخلاقيات المهنة وهذه المسائل غير مقيدة بوقت أو زمان معين قياساً على مهنة المحاماة والطب وغيرها من المهن الأخرى التي تتطلب الحفاظ على السرية على وجه الدوام والاستمرار ولعل سندنا في ذلك تضمنه المادة (66) من قانون الإثبات المصري، حيث حظرت على المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم ومن علم منهم عن طريق مهنته بواقعة أن يقوم بإفشاءها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال مهنته.

3- الحالات المستثناة من التزام شركات ومراكز إيداع الأوراق المالية بعدم إفشاء أسرار المتعاملين معها

إذا كنا قد انتهينا إلى أنه يقع على عاتق شركات ومراكز إيداع الأوراق المالية التزاماً نحو عدم إفشاء أسرار كافة المتعاملين معها، إلا أننا نرى أن هناك عدة استثناءات على هذا الالتزام تقتضيها طبيعة المعاملة وظروف الحال في التشريع المصري والإماراتي والنظام السعودي وذلك على النحو التالي:

(39) د/ هاني سري صلاح الدين - عقد نقل التكنولوجيا - بدون دار نشر ولا سنة طبع - ص 76 وما بعدها.

## بالنسبة للتشريع المصري :

نجد أن المشرع المصري قد فرض على شركة الإيداع التزاما نحو عدم إتاحة المعلومات والبيانات الخاصة بتعاملاته للغير إلا بموافقة صاحب الشأن الكتابية أو من ينوب عنه أو أحد الورثة أو من أوصى لهم، أو حال طلبها من قبل هيئة الرقابة المالية، أو بناءً على طلب من النيابة العامة في تحقيق تجريه في هذا الشأن<sup>(40)</sup>.

## بالنسبة للنظام السعودي :

أجاز النظام السعودي لمركز الإيداع إفشاء المعلومات الخاصة بتعاملاته في الأوراق المالية في الحالات التالية<sup>(41)</sup> :

1 - متى طلبتها هيئة السوق المالية أو اللجان التي تختص بالفصل في القضايا والمنازعات المتعلقة بالأوراق المالية بموجب النظام أو لوائحه التنفيذية أو الأنظمة ذات الصلة، أو في حال طلب الإدارة العامة للتحريات المالية وفقاً لأحكام نظام مكافحة غسل الأموال ونظام مكافحة جرائم الإرهاب وتمويله ولائحته التنفيذية.

2 - إذا كان الإفصاح عنها بناءً على طلب البنك المركزي السعودي فيما يتعلق بأعضاء مركز الإيداع من البنوك الخاضعين لإشراف ورقابة البنك المركزي السعودي.

3 - في حالة موافقة المستثمر صراحةً على الإفصاح عنها.

(40) ينظر الفقرة الأولى من نص المادة (67) من اللائحة التنفيذية لقانون الإيداع والقيود المركزي المصري.

(41) ينظر نص المادة الرابعة والخمسين من لائحة أسواق ومراكز إيداع الأوراق المالية السعودية.

4 - إذا كان الإفصاح عن تلك المعلومات والبيانات ضرورياً للقيام بخدمة محددة للمستثمر.

5 - في حالة فقدان صفة السرية لهذه المعلومات.

6 - الحالات الأخرى التي تحددها القواعد المنظمة لمركز الإيداع.

ونحن من جانبنا نرى أن التشريع المصري كان أكثر حظاً من النظام السعودي، حيث تضمن العديد من الاستثناءات على التزام شركة الإيداع بإفشاء الأسرار، ولكن نأمل من النظام السعودي تعديل الفقرة رقم (5) من نص المادة الرابعة والخمسين من لائحة أسواق ومراكز إيداع الأوراق المالية السعودية فيما يتعلق بجواز إفشاء مركز الإيداع أسرار المهنة حال فقدان المعلومات صفة السرية، حيث إن التزام شركات ومراكز إيداع الأوراق المالية بالحفاظ على أسرار العملاء يمتد حتى بعد زوال العلاقة التعاقدية بين المركز والمتعاملين معه، وذلك لأن هذه المهنة قائمة على الثقة والأمانة وحسن النية وأخلاقيات المهنة، وهذه المسائل غير مقيدة بوقت أو زمان معين كما سبقت الإشارة من قبل.

بالنسبة للتشريع الإماراتي:

فرض المشرع الإماراتي على مركز إيداع الأوراق المالية التزاماً نحو تمكين هيئة الأوراق المالية والسلع من الاطلاع على كافة المستندات والسجلات والبيانات المالية والفنية المتعلقة بتعاملاتها، بل وحصولها على نسخة منها حال طلبها والتي تراها لازمة لأغراض الرقابة والتفتيش والتحقيق<sup>(42)</sup>.

(42) انظر البند (13) من المادة (10) من قرار مجلس إدارة هيئة الأوراق المالية الإماراتية رقم (19/ر.م) لسنة 2018 بشأن تنظيم نشاط الإيداع المركزي.

مما لا شك فيه أن الاستثمار في الأسهم والسندات وغيرها من الأوراق المالية له بالغ الأهمية وعظيم الأثر، ولا تتحقق التنمية الاقتصادية في أي بلد من بلدان العالم المعاصر إلا بالحفاظ على الاستثمار والعمل والإنتاج والتوسع في المشروعات القومية، ومن أهم أنواع الاستثمار هو الاستثمار داخل البورصة، لذا تحدثنا في هذه الدراسة عن المسؤولية دون خطأ عن أضرار إيداع الأوراق المالية في التشريع المصري والسعودي، فتحدثنا في المبحث الأول عن ماهية إيداع الأوراق المالية وقيدها مركزياً مبيناً العلاقة بين الشركة أو المركز والمتعاملين معها، كما تحدثنا في المبحث الثاني عن نحو تطبيق قواعد المسؤولية دون خطأ على الأضرار الناجمة عن إيداع الأوراق المالية، مبيناً صعوبة تطبيق قواعد المسؤولية العقدية على الأضرار الناجمة عن إيداع الأوراق المالية في المطلب الأول، ومدى إمكانية تطبيق القواعد المنظمة للمسؤولية دون خطأ على حدوث تلك الأضرار في مطلب ثان، ثم تحدثنا في المطلب الثالث عن التصرفات التي توجب قيام المسؤولية دون خطأ لشركات ومراكز إيداع الأوراق المالية، وجاءت هذه الدراسة في ظل التشريعات المصرية والسعودية الحديثة، وتوصلنا إلى العديد من النتائج التالية:

1 - إن هناك علاقة تعاقدية تربط شركة أو مركز إيداع الأوراق المالية بأعضائها وكافة المتعاملين معها وذلك في كافة التشريعات محل الدراسة المصرية والإماراتية والسعودية، وتتمثل هذه العلاقة في شكل عقد مكتوب يتضمن كافة الحقوق والالتزامات المقررة للطرفين، وينظم هذا التعاقد التشريعات المنظمة لإيداع الأوراق المالية وقيدها مركزياً في كافة البلدان المشار إليها محل الدراسة، وأن الإخلال بأي شرط يتضمنه هذا التعاقد

يترتب عليه قيام المسؤولية العقدية تجاه الطرف المخل بالتزامه، كما أن هناك علاقة أيضاً بين عضو الإيداع المركزي والعملاء مالكي الأوراق المالية، تتمثل هذه العلاقة في عقد تداول أوراق مالية في البورصة، وينظم هذا التعاقد التشريعات المنظمة لسوق رأس المال أو المنظمة لعمل شركات السمسرة في البورصة.

2 - أن التكييف القانوني المناسب للمسؤولية المدنية لشركات ومراكز إيداع الأوراق يتجاوز التقسيم المتعارف عليه للمسؤولية المدنية (التعاقدية والتقصيرية) لتصبح مسؤولية دون خطأ تقوم على تحقق ركن الضرر لا على قيام ركن الخطأ، حيث إن التشريع المصري قد أقر بقيام المسؤولية الأخيرة لشركة ومركز الإيداع عن كافة الأضرار التي تلحق بأعضاء الإيداع المركزي ومصدري الأوراق المالية وكافة المتعاملين معها، وذلك عندما نص على أن تكون الشركة مسؤولة عن الأضرار التي تترتب على فقدان الأوراق المالية أو الأموال أو عدم تسليمها أو عدم قيدها أو نقل ملكيتها أو أي ضرر آخر قد يصيب المتعاملين معها دون النظر لركن الخطأ، على خلاف النظام السعودي الذي أقر بقيام المسؤولية المدنية بصورتها التقليدية والتي تقوم على ركن الخطأ واجب الإثبات، لذا يصعب تطبيق القواعد المنظمة للمسؤولية المدنية المتعارف عليها على تلك المنازعات.

3 - إن صندوق ضمان التسويات جاء بما يتوافق ومتطلبات السوق المحلي وجذب الاستثمار الأجنبي، حيث وضع الحماية المدنية اللازمة للعملاء المستثمرين داخل البورصة، إذ يضمن هذا الصندوق القيام بعملية تسليم الأوراق المالية المباعة أو المشتراة لأصحابها من العملاء، كما يضمن الحلول محل المشتري في سداد قيمة الأوراق المالية في حالة عدم قدرة الأخير على الوفاء بهذه القيمة، كما يضمن الحلول محل البائع في تسليم أو تحويل الأوراق المالية إذا لم يتم الأخير بتسليمها أو تحويلها في

المواعيد المقررة للتسوية، كما للصندوق دور بارز نحو تصويب العمليات التي تتم بطريق الخطأ من قبل شركات الوساطة المالية والعمليات التي تنفذ لصالح العملاء المستثمرين الأجانب في البورصة، حيث وضع ضوابط من شأنها التيسير على هؤلاء المستثمرين، الأمر الذي يخلق نوعاً من غرس الثقة والطمأنينة في نفوس هؤلاء المستثمرين والحفاظ على أداء البورصة المصرية والاقتصاد القومي بوجه عام.

### التوصيات

1 - نوصي المشرع المصري بضرورة تعديل البند رقم (3) من المادة (22) من قانون الإيداع والقيود المركزي على نحو يخول لعضو الإيداع إيداع الأوراق المالية باسم العميل ولحسابه لا باسمه ولحسابه، نظراً لكون العميل يمتلك الأوراق المالية، وذلك على غرار علاقة شركات السمسرة بعملائها والتي تقوم بإبرام عقد بيع أو شراء الأوراق المالية باسم العميل ولحسابه إعمالاً لنص المادة (256) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال الصادر بالقانون رقم 95 لسنة 1992 حتى تنشأ علاقة قانونية بين العميل مالك الورقة المالية وبين شركة الإيداع أو المركز بشأن إيداع الأوراق المالية ويستطيع كلا منهما الرجوع على الآخر، مع اعتباره وسيطاً تجارياً ضامناً كشركة السمسرة في الأوراق المالية.

2 - نوصي بضرورة قيام المشرع الإماراتي والنظام السعودي بإصدار تعديل تشريعي ينص على أن عقد إيداع الأوراق المالية من العقود اللائحية، وذلك على غرار التشريع المصري، بأن تقوم هذه التشريعات العربية بالنص على البيانات التي يجب أن يشملها التعاقد والتي تمثل الحد الأدنى للاتفاق، بحيث لا يجوز لأي من أطراف العقد الخروج عنها مع إمكانية الاتفاق على وضع شروط إضافية بجانب تلك البنود الأساسية وذلك من باب

إحكام الرقابة التشريعية على عمل مراكز وشركات الإيداع وضماناً لحقوق العملاء وأعضاء الإيداع المركزي والحفاظ على الاقتصاد القومي بشكل عام، وعدم قيام هذه الشركات بوضع شروط تعسفية تضر بالطرف الآخر ومن فإن هذا العقد يعد عقداً لائحياً أو تنظيمياً.

3 - نوصي النظام السعودي بضرورة تعديل نص المادة الثامنة والخمسين من قواعد مركز إيداع الأوراق المالية السعودية على نحو يقضي بتحمل مركز الإيداع المسؤولية الكاملة عن الأضرار التي تصيب المصدر أو عضو مركز الإيداع أو عضو المقاصة أو عضو السوق أو الطارح أو أي من عملائهم، والتي قد تنشأ بشكل مباشر أو غير مباشر نتيجة التعاملات أو الأوامر أو التعليمات أو الإجراءات أو الخطوات المتبعة في إيداع الأوراق المالية، أو الأخطاء والعيوب التي تطرأ على الأنظمة أو الأجهزة أو البرامج المستخدمة لدى مركز الإيداع أو مركز المقاصة أو عضو مركز الإيداع، وكذلك مسؤوليتها عن الأخطاء أو النقص في معالجة البيانات أو أي خطأ في نظام الإيداع والتسوية أو بطئه أو تأخره أو عدم دقته، حيث جاء هذا النص بإعفاء مركز الإيداع من المسؤولية عن كل ما سبق ذكره، كما أنه أتى مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية بشأن التعويض، والذي ألزم كل من ارتكب خطأ أدى إلى حدوث ضرر للغير بالتعويض فكيف يتم إعفاء مركز الإيداع من المسؤولية حال تعرض الأشخاص المشار إليهم لأضرار وخسائر جمة جراء الأخطاء التي يرتكبها مركز الإيداع لا سيما الأخطاء الناتجة عن العمليات الإلكترونية، وهو ما يعد قصوراً تشريعياً ينبغي معالجته بأن يسير على غرار المشرع المصري في هذا الشأن.

4 - نأمل من المشرع الإماراتي والنظام السعودي ضرورة النص على إقرار المسؤولية دون خطأ لشركة ومركز إيداع الأوراق المالية عن الأضرار التي تصيب أعضاء الإيداع المركزي أو المتعاملين معها أو كل ذي صفة

بتداول الأوراق المالية بحيث تعتمد هذه المسؤولية في المقام الأول على قيام ركن الضرر دون النظر لركن الخطأ لما لها من احترافية ومهنية شديدة في مزاولة نشاطها وضعف الخبرة والكفاءة بالنسبة للعملاء المستثمرين مالكي الأوراق المالية، وذلك على غرار المشرع المصري في هذا الشأن.

5- نأمل من المشرع الإماراتي والنظام السعودي ضرورة إنشاء صندوق كصندوق ضمان التسويات المصري والذي له أهمية كبرى نحو تسوية عمليات بيع وشراء الأوراق المالية ونقل ملكيتها بعد انتهائها ويضمن الحلول محل المشتري في سداد قيمة الأوراق المالية في حالة عدم قدرة الأخير على الوفاء بهذه القيمة، كما يضمن الحلول محل البائع في تسليم أو تحويل الأوراق المالية إذا لم يتم الأخير بتسليمها أو تحويلها في المواعيد المقررة للتسوية وذلك على غرار التشريع المصري في هذا الشأن.

## قائمة المصادر والمراجع

### أولاً: المراجع العامة

- 1 - د. عادل جبري محمد حبيب، مدى المسؤولية المدنية عن الإخلال بالالتزام بالسر المهني أو الوظيفي، دار الفكر الجامعي - 2003.
- 2 - د. محمد حسن عبد الرحمن، د. أبو الحسن إبراهيم علي، أحكام الالتزام في القانون المدني المصري، 007 / 2008 بدون دار نشر.
- 3 - د. هاني سري صلاح الدين، عقد نقل التكنولوجيا، بدون دار نشر ولا سنة طبع.
- 4 - د. محمد جعفر الخفاجي، د. ميثاق طالب عيد حمادي، الالتزام بالسرية في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا، مجلة المحقق الحلّي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العدد الثاني، السنة السادسة.
- 5 - د. شريف محمد غنام، مسؤولية البنك عن التحويل الإلكتروني للنقود، 2006، بدون در نشر.

### ثانياً: المراجع المتخصصة

- 1، د. طاهر شوقي مؤمن، عقد بيع الأوراق المالية في البورصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- 2 - د. هشام فضلي، تداول الأوراق المالية والقيود في الحساب، دراسة قانونية مقارنة في نظام الإيداع والقيود المركزي للأوراق المالية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر.

### ثالثاً: - القوانين ذات الصلة

- 1 - قانون الإيداع والقيود المركزي للأوراق المالية رقم 93 لسنة 2000 ولائحته التنفيذية.
- 2 - قانون 143 لسنة 2020 بشأن تعديل بعض أحكام قانون الإيداع والقيود المركزي للأوراق المالية المصري الصادر بالقانون رقم 93 لسنة 2000.
- 3 - نظام السوق المالية السعودية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/30 وتاريخ 2/6/1424هـ.
- 4 - قانون سوق رأس المال المصري رقم 95/1992.

#### رابعاً: اللوائح والتعليمات ذات الصلة

- 1 - النظام الأساسي لصندوق ضمان التسويات المصري الصادر بالقرار رقم (29) لسنة 2004 بشأن صندوق ضمان التسويات والمعدل بالقرار رقم 117 لسنة 2022.
- 2 - لائحة إجراءات الفصل في منازعات الأوراق المالية السعودية الصادرة عن مجلس هيئة السوق المالية بموجب القرار رقم 1/4/2011 وتاريخ 19/2/1432هـ الموافق 23/1/2011م والمعدلة بالقرار رقم 1/15/2022 وتاريخ 1/7/1443هـ الموافق 2/2/2022م.
- 3 - اللائحة التنفيذية لقانون الإيداع والقيود المركزي للأوراق المالية المصري رقم 93 لسنة 2000.
- 4 - لائحة أسواق ومراكز إيداع الأوراق المالية السعودية الصادرة بموجب القرار رقم 4-77-2022 وتاريخ 23/11/1443هـ الموافق 22/6/2022.
- 5 - قواعد مركز إيداع الأوراق المالية السعودية الصادرة بقرار مجلس هيئة السوق المالية رقم (2-17-2012) بتاريخ 8/6/1433هـ الموافق 29/4/2012 والمعدلة بالقرار رقم (1-2-2022) بتاريخ 30/5/1443هـ الموافق 3/1/2022.

#### خامساً: القرارات ذات الصلة

- 1 - قرار مجلس إدارة الهيئة العامة للرقابة المالية المصرية رقم 30 لسنة 2005 بشأن ميثاق الشرف المهني للشركات العاملة في مجال الأوراق المالية.
- 2 - قرار رئيس الهيئة العامة للرقابة المالية رقم 146 لسنة 2021 بتاريخ 29/9/2021. بشأن الضوابط المنظمة لإيداع وقيود الأوراق والأدوات المالية الحكومية وتسوية المراكز المالية الناشئة عن تداولها - منشور في الوقائع المصرية - العدد 229 في 13 أكتوبر سنة 2021.
- 3 - قرار رئيس مجلس إدارة هيئة الأوراق المالية والسلع الإماراتية رقم (19/ ر. م) لسنة 2018 بشأن تنظيم نشاط الإيداع المركزي.
- 4 - من قرار مجلس إدارة هيئة الأوراق المالية الإماراتية رقم (17) لسنة 2011 بشأن نظام التسليم مقابل الدفع.

## المواجهة القانونية المصرية لظاهرة الهجرة غير الشرعية

د. هشام عبد السيد الصافي محمد بدر الدين\*

### الملخص:

يعد موضوع الهجرة غير الشرعية من موضوعات الساعة التي تطفو على السطح العالمي والإقليمي والمحلي؛ في ظل وجود أسباب وتداعيات عديدة للهجرة غير الشرعية؛ وبالطبع في ظل هذا الزخم الكبير الذي ولدته الحاجة لمواجهة ظاهرة الهجرة غير الشرعية من العالم الفقير أو العالم المصنف كعالم ثالث إلى العالم المصنف بأنه العالم الغني العالم المصنف كعالم أول عالم الحلم؛ وقد تكون من دول إلى دول من ذات التصنيف العالمي للدول بحثا عن حياة أفضل؛ والهجرة غير الشرعية لا تكون إلا بنية الاستقرار في الإقليم وتكون غير شرعية بالدخول أو الخروج بغير اتباع الإجراءات القانونية المقررة بمعرفة دولة الخروج أو دولة الدخول ومن خلال منافذ الدولة البحرية والجوية والبرية؛ أو بالدخول إلى الدولة بشكل شرعي وقانوني والبقاء فيها بشكل غير قانوني.

الكلمات المفتاحية: المهاجر - الهجرة غير الشرعية - المهرب.

(\*) جامعة حلون.

## Abstract:

The issue of illegal immigration is one of the current issues that floats to the surface globally, regionally and locally; in light of the existence of many causes and repercussions of illegal immigration; and of course in light of this great momentum generated by the need to confront the phenomenon of illegal immigration from the poor world or the world classified as the third world to the world classified as the rich world, the world classified as the first world, the world of dreams; and it may be from countries to countries of the same global classification of countries in search of a better life; and illegal immigration is only with the intention of settling in the region and is illegal by entering or exiting without following the legal procedures established by the country of exit or the country of entry and through the country's sea, air and land ports; or by entering the country legally and legally and remaining in it illegally.

**Keywords:** Migrant - Illegal Immigration - Smuggler.

## مقدمة:

تعد قضية الهجرة غير الشرعية من أكثر القضايا الاجتماعية التي شغلت العالم، وخصوصا العالم المتقدم " العالم الأول " المستقبلية للهجرة غير الشرعية، لما قد يشكله من خطورة عليه من النواحي الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وهو ما دفع العالم لعقد البرتوكولات والاتفاقيات للتعاون فيما بينها للحد من الهجرة غير الشرعية وأثارها، ودفع معونات مالية للدول المصدرة للهجرة غير الشرعية وفرض عقوبات عليها في حالة عدم تنظيمها وتجريمها للهجرة غير الشرعية؛ وتعد مصر من الدول المصدرة للهجرة غير الشرعية أو أرض المرور من الدول المصدرة للهجرة غير الشرعية والدول المستقبلية لها، وهو ما دفع مصر باصدار تشريعات لمقاومة الهجرة غير الشرعية بداية من القانون 64 لسنة 2010 والخاص بمكافحة الاتجار بالبشر، ثم القانون 82 لسنة 2016 والخاص بمكافحة الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين، والذي تم تعديله بالقانون 22 لسنة 2022 بتغليظ العقوبات الواردة بالقانون؛ كما قامت الدولة المصرية في سياق مكافحة

الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين باتخاذ خطوات وقائية من الهجرة غير الشرعية بإنشاء لجنة وطنية تنسيقية تابعة لمجلس الوزراء في عام 2014 والتي أعيد تشكيلها في عام 2017 من 18 وزير، وهي المنوط بها وضع خطة استراتيجية شاملة تعبر عن رؤية الدولة وتوجهاتها المستقبلية لمكافحة الهجرة غير الشرعية.

**أهمية البحث:** تتمثل أهمية البحث في أن الهجرة غير الشرعية أحد المشكلات الكبرى التي تثير قلق العديد من دول العالم في الوقت الراهن مما لها من آثار سلبية على هذه الدول فهي تهدد مصالحها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والأمنية مع صعوبة مكافحتها في ظل الظروف التي تمر بها الدول المحيطة بها التي تجعلها بؤر نشطة لتهريب المهاجرين إليها ومن هاته الدول مصر؛ وسنحاول من خلال هذا البحث وضع تصور قانوني للوقاية والحد من ظاهرة الهجرة غير الشرعية.

**إشكالية البحث:** من خلال ما تقدم يمكن طرح إشكالية محورية تتمثل في كيفية المكافحة الحقيقية للهجرة الشرعية؛ هل تكون بإصدار تشريع يجرمها يوضح الركن المادي والمعنوي لها كجريمة والعقوبات المقررة لها؛ أم من الأفضل مكافحة الأسباب التي تؤدي للجوء إلى الهجرة غير الشرعية خصوصاً وأن هناك نصوص دستورية لو فعلت بحق ووضعت موضع التطبيق ستقلص الهجرة غير الشرعية إن لم تختفي.

**منهجية البحث:** تم اتباع المنهج الوصفي التحليلي في محاولة لعرض الأسباب المؤدية والمشجعة على الهجرة غير الشرعية، كتمهيد لعرض النصوص الدستورية في الدستور المصري التي تناولت الأسباب المؤدية للهجرة غير الشرعية وأحكام المحكمة الدستورية العليا في هذا الشأن، ثم تناول الجانب التشريعي القانون 82 لسنة 2016 كأول قانون متخصص يكافح الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين، وتعديله.

خطة البحث : سنقوم في بحثنا هذا بتناول مفهوم الهجرة غير الشرعية وأسبابها؛ ثم التطرق للنظام القانوني المصري لمكافحتها بداية من الدستور المصري وما ورد به من نصوص تعالج أسباب الهجرة غير الشرعية؛ مروراً بالقانون المصري؛ مع التطرق لأحكام القضاء الدستوري والعادي كجانب تطبيقي يؤيد ويوضح الجانب النظري لفكرة البحث، وذلك في مطلبين:

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للهجرة غير الشرعية.

المطلب الثاني: القانون والقضاء المصري ومكافحة الهجرة غير الشرعية.

## المطلب الأول

### الإطار المفاهيمي للهجرة غير الشرعية

الهجرة ظاهرة اجتماعية لصيقة بحياة الإنسان منذ ظهور الجماعات البشرية المنظمة، وهي التي عملت على إثراء المجتمعات والثقافات وتكوين شعوب بأسرها، وساهمت في إيجاد واقع التعدد الثقافي بين العديد من الشعوب، وبمقدار مالها من إيجابيات إلا أنها لا تنعدم من السلبيات.

## الفرع الأول

### مفهوم الهجرة غير الشرعية

يمكن القول أنه لا يوجد مفهوم محدد للهجرة بل هناك عدة مفاهيم تختلف من مكان إلى آخر ومن زمن إلى آخر ومن نوع إلى آخر، ولقد كان مفهوم الهجرة موضعاً لعشرات بل مئات الدراسات في مختلف العلوم.

## أولاً: المفهوم اللغوي للهجرة غير الشرعية:

سنتناول هنا تعريف مصطلح الهجرة غير الشرعية بتعريف الهجرة في البداية ثم الانتقال للفظ الشرعية: فمصطلح الهجرة: اشتق لفظ الهجرة من الفعل الثلاثي " هجر " أي تباعد، تأتي الهجرة في اللغة هي ضد الوصل ترك الشيء وأغفله الهجرة والهجرة أو المهاجرة هي الخروج من موطن يقوم به المهاجر والمهجر هو المكان الذي يتم الخروج إليه فالمشترك بين هذه المعاني هو التغيير أو التحول أو الانتقال بين حالين مختلفين " هجر " معناه: صرمه وقطعه على غير عادته، والشيء تركه وأعرض عنه وهجر: حمل على النزوح، وهجر من البلد: أي خروج منه، وتهجره عن دياره: نزح منها<sup>(1)</sup>، ويقال هجرت الشيء هجرا إذا تركته وأغفلته، والهجرة بالكسر والضم الخروج من أرض إلى أخرى، أو الانتقال من بلد إلى بلد، الإنفراد والعزلة<sup>(2)</sup>. وهذه المعاني في اللغة العربية يقابلها مجموعة من المعاني في اللغة الأجنبية والتمثلة في مصطلح Migration والذي يشير إلى مصطلح الهجرة كإسم للفعل يهاجر Migrate متمثل في حركة التنقل، ومصطلح Immigration والذي يشير إلى دخول المهاجر Immigrant دولة الاستقبال للفعل Immigrate ومصطلح Emigration والذي يشير إلى خروج ومغادرة المهاجر Emigrant موطنه الأصلي للفعل Emigrate، أما بالنسبة للهجرة الداخلية فيسمى مهاجراً نازحاً للخارج عند مغادرة مكانه الأصلي Qut-

(1) طارق عبد الحميد الشهاوي: الهجرة غير الشرعية رؤيا مستقبلية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2009، ص14.

(2) عمرو مسعد عبد العظيم: المواجهة الجنائية والأمنية لجرائم الهجرة غير الشرعية، دار النهضة العربية، مصر، 2016، ص5؛ عادل السيد محمد علي: مكافحة الهجرة غير المشروعة في ميزان القانون ورقابة القضاء، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، فرع دمنهور، مصر، العدد (45)، إبريل 2024، ص 290.

Migrant، ونازحًا وافرًا عند وصوله للمكان المهاجر إليه In-Migrant<sup>(3)</sup>.

فتمت الهجرة بشكل قانوني أي أن عملية الدخول والخروج من وإلى إقليم دولة أخرى بشكل قانوني أي من المعابر المخصصة لذلك العبور أصبحت هجرة شرعية؛ ومن هنا تكون الهجرة غير الشرعية هو الدخول والخروج من وإلى إقليم الدولة بشكل مخالف للقانون<sup>(4)</sup>.

### ثانياً: المفهوم الفقهي والقانوني للهجرة غير الشرعية:

هناك عدد من التعريفات الخاصة بالهجرة غير الشرعية منها من عرفها بأنها: " خرق للحدود والتسلل إلى دولة أخرى وذلك بأن يقوم المهاجر غير الشرعي بضرب عرض لكل القوانين والتشريعات المعمول بها"<sup>(5)</sup>، وتعرف بأنها: " خروج شخص من إقليم دولته أو دولة أخرى بطريقة شرعية أو غير شرعية قاصدا دخول دولة أخرى دونما الحصول على موافقتها أو بالحصول على موافقتها لفترة ما أو لغرض ما واستمراره على اقليمها بغرض الإقامة الدائمة عقب انتهاء فترة السماح أو دخوله إلى إقليم تلك الدولة " المستقبلية" من منفذ شرعي حاملاً مستندات غير حقيقية مخالفاً بذلك لوائحها ونظمها الداخلية والقواعد المتعارف عليها دولياً"<sup>(6)</sup>؛ ويعد مصطلح الهجرة

(3) أحمد رشاد سلام: الهجرة غير المشروعة في القانون المصري دراسة في إطار فقه القانون الدولي الخاص، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، مصر، مجلد (67)، عدد 2011، ص365؛ عبد اللطيف محمد عمر: الهجرة غير الشرعية، المصرية للنشر والتوزيع، 2016، ص12، 13.

(4) عبد الحلیم بن مشري؛ حسينة شرون: الهجرة غير الشرعية دراسة في القانونين الجنائي والدولي، دار الوفا، الإسكندرية، مصر، ط1، 2021، ص 19، 20.

(5) فتيحة كركوش: الهجرة غير الشرعية في الجزائر دراسة تحليلية نفسية اجتماعية، مجلة دراسات نفسية وتربوية، جامعة سعد دحلب، البلدة، مجلد (4)، يونيو 2010، ص44.

(6) عادل السيد محمد علي، مرجع سابق، ص 293.

غير الشرعية مرادفًا لمصطلح الهجرة غير القانونية أو الهجرة غير النظامية؛ وبالرغم من شيوع استخدام مصطلح الهجرة غير الشرعية إلا أن هناك من ينتقد هذا المصطلح لكون عبارة غير شرعي تثير اللبس لاستخدامها في حالات النسب، كما أن تعبير غير شرعي يوحي بأن المهاجر مجرم بينما هو في الواقع ضحية عدد من الظروف التي لا دخل له بها؛ كما يفضل البعض استخدام مصطلح الهجرة غير النظامية أو غير المنظمة عن مصطلح الهجرة غير القانونية وحثهم في ذلك: أن مصطلح الهجرة غير القانونية غير انساني لأن الإنسان لا يمكن أن يكون غير قانونيًا إضافة إلى أن الهجرة من الحقوق اللصيقة بالإنسان؛ كما أن مصطلح الهجرة غير القانونية يشير إلى أن مرتكبها مجرم وهو غير دقيق بالرغم من كون مرتكبها يدخل إلى دولة دون الحصول على إذن رسمي<sup>(7)</sup>؛ وعرف القانون 82 لسنة 2016 بشأن مكافحة الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين في المادة الأولى منه على أن: "تدبير انتقال شخص أو اشخاص بطريقة غير مشروعة من دول إلى أخرى من أجل الحصول بصورة مباشرة أو غير مباشرة على منفعة مادية أو معنوية أو لأى غرض آخر".

## الفرع الثاني

### أسباب ودوافع الهجرة غير الشرعية

هناك عدة عوامل ودوافع مسببة للهجرة غير الشرعية متمثلة في أن المهاجر يهرب من أشياء لا يرغب فيها ويطلق عليها عوامل الدفع التي تفرض على المواطن مغادرة موطنه الأصلي؛ وأشياء يجذب إليها ويرغبها غير موجودة في وطنه الأصلي يطلق عليها عوامل الجذب. أي أن هناك أسباب داخلية تجعل المهاجر ييأس من الحياة في وطنه ويزهد فيها وأسباب

(7) عبد اللطيف محمد عمر، مرجع سابق، ص 58، 59.

خارجية تجعله يرغب في مغادرة وطنه للبلد المستقبل للهجرة غير الشرعية.

أولاً: الأسباب الاقتصادية: يعد العامل الاقتصادي من أهم العوامل الدافعة للهجرة غير الشرعية من حرمان اقتصادي، وبطالة، وتضخم، وقلة فرص التوظيف، وتدني مستوى المعيشة، وظروف العمل السيئة؛ حاجة الدول المستقبلية للهجرة غير الشرعية للأيدي العاملة مع غلق أبواب هذه الدول أمام الهجرة الشرعية؛ كما أن الدول المستقبلية والمتضررة من الهجرة غير الشرعية لم تقدم حلولاً حقيقية للدول المصدرة لها بل كل ما تقدمه مساعدات مالية وهي غير كافية للحد من الهجرة غير الشرعية؛ إضافة لتبعية الدول المصدرة للهجرة غير الشرعية اقتصادياً للدول المستقبلية<sup>(8)</sup>.

ثانياً: الأسباب السياسية والأمنية: تعد التدخلات العسكرية الخارجية في الدولة، وأحداث العنف الداخلية، والثورات والانقلابات العسكرية، وانعدام الديمقراطية والأنظمة الديكتاتورية، وتفشي الفساد بالإضافة إلى عدم الاستقرار الأمني والحروب الأهلية والعرقية الصراع على السلطة، وانتهاكات حقوق الإنسان، والتجنيد الإجباري<sup>(9)</sup>.

ثالثاً: الأسباب الاجتماعية: يدخل تحت هذا السبب حجم الأسرة، وموقعها الطبقي وفرصها المختلفة، والحالة الاجتماعية للمهاجر متزوج أم

(8) ونيسة الحمروني الورفلي: الهجرة غير الشرعية في دول غربي المتوسط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط1، 2016، ص81، وما بعدها؛ عادل السيد محمد علي، مرجع سابق، ص296، وما بعدها؛ أحمد سعد محمد حسين: الاتجاهات الحديثة حول الهجرة غير النظامية في القانون الدولي العام، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة حلوان، عدد (37)، ديسمبر 2017، ص849، وما بعدها.

(9) عمرو مسعد عبد العظيم، مرجع سابق، ص34؛ عبد الحلیم بن مشري؛ حسينة شرون، مرجع سابق، ص35، وما بعدها؛ أحمد سعد محمد حسين، مرجع سابق، ص851.

غير متزوج وعمره، وما يرتبط بهذا العمر من إقدامه على إتيان بعض الأفعال أو الإحجام عنها فضلاً عن محاكاة بعض الأقارب والأصدقاء، كما أن الخلافات الأسرية قد تكون دافعاً للهجرة، وكذا الهروب من انتقام الخصوم في المجتمعات التي تأخذ بالثأر<sup>(10)</sup>.

رابعاً: الأسباب الدينية: تعتبر العوامل الدينية والسياسية من أبرز العوامل التي أدت إلى حدوث العديد من الهجرات على مر التاريخ ليتخلصوا من طغيان وقسوة أعدائهم وعدم احترام الحرية الدينية، وفرض قيود على ممارسة الشعائر الدينية<sup>(11)</sup>.

خامساً: الأسباب الجغرافية: تعتبر البيئة الجغرافية من العوامل الدافعة للهجرة غير الشرعية من ناحية البيئة القاسية والجفاف والكوارث الطبيعية كالفيضانات والجفاف والبراكين والزلازل والانهيارات الجليدية والتبدلات المناخية عوامل تدفع السكان للهجرة.

سادساً: العوامل الصحية والديموغرافية " السكانية ": يعد انتشار الأمراض والأوبئة من العوامل التي تدفع الأفراد إلى الهجرة من الموطن الأصلي، إضافة إلى زيادة عدد السكان بالنسبة لمساحة الدولة<sup>(12)</sup>.

سابعاً: العوامل المحفزة: وتشمل نوعين من الأسباب دور النجاح الاجتماعي، والإعلام<sup>(13)</sup>:

---

(10) عبد اللطيف محمد عمر، مرجع سابق، ص 67، 68، عمرو مسعد عبد العظيم، مرجع سابق، ص 33، 34.

(11) عبد اللطيف محمد عمر، مرجع سابق، ص 66، 67.

(12) عبد اللطيف محمد عمر، مرجع سابق، ص 70، 71؛ أحمد سعد محمد حسين، مرجع سابق، ص 852.

(13) عادل السيد محمد علي، مرجع سابق، ص 300، 301.

1 - دور النجاح الاجتماعي: تلعب عودة المهاجر غير الشرعي لوطنه لقضاء عطلة مع أهله وذوية، وتمكنه من تحقيق الرخاء الاقتصادي وظهوره بمظهر الثري دوراً في تشجيع ودفع الشباب للهجرة غير الشرعية وتحقيق ما حققه هذا المهاجر باعتبارها هي السبيل والأمل الوحيد أمامهم<sup>(14)</sup>.

2 - الإعلام: يعتبر للإعلام دور هام في زيادة الهجرة غير الشرعية فمن خلاله يشاهد فقراء العالم صور الحياة المثالية في دول العالم الغنية، وما يتمتع به سكان هذه الدول من رخاء اقتصادي واجتماعي وسياسي يحلم به أي انسان؛ كما أن لوسائل التواصل الاجتماعي دور كبير في فتح قنوات لتواصل المهاجر مع سكان هذه الدول وغيرهم ممن حصلوا على فرصة الهجرة قبلهم<sup>(15)</sup>.

### الفرع الثالث

#### آثار الهجرة غير الشرعية

هناك العديد من الآثار تترتب على الهجرة غير الشرعية سواء بالنسبة للدول المهاجر منها، ودول المرور، نهاية بالدول المستقبلية للهجرة غير الشرعية، وأكبر هذه الآثار هو أثرها على الدول المستقبلية وهي الآثار التي سنتناولها، والتي في حالتنا هي دول الاتحاد الأوروبي.

أولاً: الآثار الاقتصادية للهجرة غير الشرعية:

يشكل تدفق المهاجرين غير الشرعيين أحد الاعباء التي كلفت دول

(14) عبد العزيز عقبة: ظاهرة الهجرة غير الشرعية، رسالة ماجستير، كلية الاقتصاد والعلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة قاصد مرباح، ورقلة، الجزائر، 2019، ص14.

(15) عبد الحليم بن مشري؛ حسينة شرون، مرجع سابق، ص42، 43.

الاتحاد الأوروبي تكاليف باهظة ووضع ميزانيات اضافية نظير استقبال المهاجرين غير الشرعيين وايوائهم وترحيلهم متى دعت الضرورات لذلك، فرصد الاتحاد الأوروبي مبلغ وصل إلى سبعة مليار يورو خلال الأعوام من 2022- 2024 لمواجهة الهجرة غير الشرعية، كما خصص الاتحاد الأوروبي لتمويل الأمن الداخلي وعمليات المراقبة مبلغ (309) مليار يورو لتعزيز قدرات الشرطة والأجهزة الأمنية لمكافحة الهجرة غير الشرعية؛ وفي مقابل ذلك اسهمت الهجرة غير الشرعية في سد عجز الأيدي العاملة الشابة في ظل أنها بلاد تعاني من الشيخوخة وهو ما جعل بعض هذه البلاد تتبني سياسة توطين المهاجرين ومحاولة دمجهم<sup>(16)</sup>، ومن هذه الآثار الاقتصادية أيضا انتشار البطالة في الدول المستقبلية لأن العمالة المهاجرة تكون أرخص في الأجور من العمالة الوطنية مما يجعل اصحاب الاعمال يستخدموهم بدلا من العمالة الوطنية؛ إضافة لزيادة الطلب علي السلع والخدمات نتيجة وجود المهاجرين مما يؤدي لارتفاع أسعارها، وبالتالي انخفاض في القوة الشرائية للمواطنين وزيادة التضخم الاقتصادي في الدول المصدرة<sup>(17)</sup>.

### ثانياً: الآثار الأمنية والسياسية للهجرة غير الشرعية:

ساعدت الهجرة غير الشرعية في تسلسل الارهابيين مع المهاجرين غير الشرعيين، فطبقاً للإحصائيات الأوروبية أغلب العمليات الإرهابية التي حدثت في الفترة الأخيرة كانت لمواطنين من الأجيال المتعاقبة لمهاجرين غير

(16) محمد علي محمد التائب: آليات مكافحة الجناية لظاهرة الهجرة غير الشرعية وفقاً لأحكام القانون الليبي، مجلة الدراسات الاقتصادية، كلية الاقتصاد، جامعة سرت، مجلد (2)، عدد (2)، إبريل 2019، ص 160.

(17) أحمد رشاد سلام، مرجع سابق، ص 396.

شرعيين نتيجة صعوبة اندماجهم في المجتمع الأوربي، وربط المهاجرين غير الشرعيين بتجارة المخدرات، وبشبكات التجارة في البشر، وهو ما دفع هذه الدول لإنفاق العديد من المليارات لمكافحة الهجرة غير الشرعية لما تشكله من مخاطر يتعذر عليها مواجهتها مستقبلاً<sup>(18)</sup>.

ثالثاً: الآثار الديموغرافية والصحية للهجرة غير الشرعية:

سدت الهجرة غير الشرعية العجز الناتج في الأيدي العاملة نتيجة شيخوخة هذه الدول وساعدت هذه الهجرة في تسريع وتيرة العملية الانتاجية؛ إلا أن البعض يرى أن خطورة هذه الهجرة هو القضاء على الجنس الأبيض في المستقبل، كما تشكل الهجرة غير الشرعية سبباً من اسباب تفشي الأمراض والتي ينقلها المهاجرين غير الشرعيين معهم<sup>(19)</sup>.

## الفرع الرابع

### الهجرة الغير شرعية والحق في التنقل

يعد الحق في التنقل أو السفر أو الخروج أو الضرب في الأرض من أهم الحقوق الشخصية التي حظيت باهتمام وحماية بالغة الأهمية في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية والداستير الحديثة والحق في التنقل يعنى: " حق الفرد في الانتقال من مكان داخل حدود إقليم الدولة التي ينتمي إليها أو خارج حدود هذا الإقليم والعودة لوطنه دون تقييد أو منع إلا طبقاً للشروط

(18) ونيسة الحمروني الورفلي، مرجع سابق، ص 163، 164؛ محمد على محمد النائب، مرجع سابق، ص 161.

(19) محمد على محمد النائب، مرجع سابق، ص 162، عبد الحليم بن مشري؛ حسينة شرون، مرجع سابق، ص 58.

التي يتطلبها القانون، فالحق في التنقل يشمل حق الفرد في الحركة والغدو والرواح داخل حدود الدولة وخارجها دون قيد أو منع<sup>(20)</sup>.

أولاً: الأساس الفلسفي للحق في التنقل:

انطلقت حرية التنقل من الفلسفة الليبرالية النابعة من الفكر التنويري الأوربي والذي يرى من ناحية: بأن الحريات والمساواة وحقوق الإنسان والعدالة والديمقراطية كلها مبادئ ومعايير كونية وعابرة لحدود الدولة لأنها توفر من جهة نظرهم أساساً للتخلص من الصراع العالمي وتكبح جماع القوة، وتحل السلام والتعاون، وتكرس التعددية داخل وبين المجتمعات والدولة ومن ثم تمنع العدوانية وتعزز التحضر الإنساني؛ ويقوم هذا الفكر الليبرالي على أنه لن يكون هناك سلام عالمي إلا إذا قامت المساواة بين البشر في توزيع الحقوق والثروات والفرص وهو ما لن يكون إلا من خلال تعزيز حرية التنقل تحت مفهوم المواطنة العالمية والديمقراطية الكونية؛ ومن ناحية أخرى: أن إنفاذ الحق في التنقل يرتبط بجملة من المكاسب المشتركة للأفراد والمجتمعات والدول فهو يسهم في بناء الدول والمجتمعات عبر ما يسمح به من نقل العقول والخبرات البشرية العابرة للحدود بما يثري التعددية

(20) جوهر قوادري صامت: حماية حق الطفل الجانح في حرية التنقل في ضوء السياسة الجنائية الجزائرية المعاصرة، الملتقى الدولي السنوي للبحث العلمي: التربية على المواطنة وحقوق الإنسان، مركز حقوق جيل البحث العلمي، طرابلس، 2018، ص 226؛ عزة عبد الفتاح محمد عكاشة: حق التنقل والقيود الواردة عليه في القانون الدولي وقت الظروف الاستثنائية أثار حق التنقل على المهاجرين جائحة كورونا نموذج، مجلة الشريعة والقانون بطنطا، جامعة الأزهر، عدد (36)، ج (4)، 2021، ص 482، وما بعدها؛ مولود مغمولي: حرية الفرد في التنقل بين الشريعة والقانون، مجلة ايليزا للبحوث والدراسات، مجلد (7)، العدد (1)، ديسمبر 2022، ص 360، وما بعدها.

اقتصاديًا وسياسيًا وثقافيًا ومجتمعيًا؛ ومن الدول التي استفادة من ذلك الولايات المتحدة الأمريكية خصوصًا في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، فإزالة الحواجز لحرية التنقل كدعم لحق التنقل يسهم برفع معدلات التفاعل بين الشعوب والمجتمعات وزيادة قوة القطاعات المنتجة وتحقيق الثراء للجميع<sup>(21)</sup>.

وتجدر الإشارة أن مسألة تحديد الطبيعة القانونية لحرية التنقل أثارت جدلاً واسعاً لدى جمهور الفقهاء فالبعض يعتبرها من الحريات الشخصية الأساسية وحثهم في ذلك أن وجودها لازم لقيام باقي الحريات والحقوق إذ لا قيمة لتقرير حرية التجارة والصناعة وحق التملك إذا لم يتمكن الفرد من السفر والانتقال من مكان لآخر، في حين يرى جانب آخر بأن حرية التنقل من قبيل الحريات النسبية التي تخضع في ممارستها لقيود عديدة<sup>(22)</sup>، فهي ترتبط بالأنظمة السياسية للدول، حيث تضيق وتتسع تبعاً لاعتبارات سياسية واقتصادية وأمنية، إذ يختلف تنظيمها من دولة إلى أخرى وفقاً لما تعتبره ملائماً لمصلحتها القومية، وبالشكل الذي لا يتعارض مع سيادتها الوطنية<sup>(23)</sup>.

### ثانياً: الأساس القانوني للحق في التنقل في مصر:

هناك عدد من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية وقعتها مصر واصبحت ملزمة لها منها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والصادر عام 1948 فنص

- 
- (21) خالد حنفي علي: حرية التنقل معضلة الفجوة بين المبادئ والواقع، مجلة الديمقراطية، مؤسسة الأهرام، مجلد (17)، عدد (68)، أكتوبر 2017، ص 142، وما بعدها.
- (22) نايف عبد الرحمن محمد العليق: القيود الواردة على حرية التنقل في ظل جائحة كورونا، مجلة مسارات في الأبحاث والدراسات القانونية، ع (21)، 2021، ص 248.
- (23) جوهر قوادري صامت، مرجع سابق، ص 225.

في المادة (13) منه على أن: " 1- لكل فرد حق في حرية التنقل وفي اختيار محل إقامته داخل حدود الدولة. 2- لكل فرد حق في مغادرة أي بلد، بما في ذلك بلده، وفي العودة إلى بلده". وتنص المادة (14) منه على أن: " 1- لكل فرد حق التماس ملجأ في بلدان أخرى والتمتع به خلاصاً من الاضطهاد. 2- لا يمكن التذرع بهذا الحق إذا كانت هناك ملاحقة ناشئة بالفعل عن جريمة غير سياسية أو عن أعمال تناقض مقاصد الأمم المتحدة ومبادئها". وأيضاً العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والصادر عام 1966 نص في المادة (12) منه على أن: " 1- لكل فرد يوجد على نحو قانوني داخل إقليم دولة ما حق حرية التنقل فيه وحرية اختيار مكان إقامته. 2- لكل فرد حرية مغادرة أي بلد، بما في ذلك بلده. 3- لا يجوز تقييد الحقوق المذكورة أعلاه بأية قيود غير تلك التي ينص عليها القانون، وتكون ضرورية لحماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحررياتهم، وتكون متماشية مع الحقوق الأخرى المعترف بها في هذا العهد. 4- لا يجوز حرمان أحد، تعسفاً، من حق الدخول إلى بلده". وتنص المادة (13) منه على أن: " لا يجوز إبعاد الأجنبي المقيم بصفة قانونية في إقليم دولة طرف في هذا العهد إلا تنفيذاً لقرار اتخذ وفقاً للقانون، وبعد تمكينه، ما لم تحتم دواعي الأمن القومي خلاف ذلك، من عرض الأسباب المؤيدة لعدم إبعاده ومن عرض قضيته على السلطة المختصة أو على من تعينه أو تعيينهم خصيصاً لذلك، ومن توكيل من يمثله أمامها أو أمامهم"<sup>(24)</sup>. وهو ما أخذ به الدستور المصري الصادر عام 2014 والذي نص في المادة (62) منه على أن: " حرية التنقل، والإقامة،

(24) نص الدستور المصري الصادر عام 2014 في المادة (93) منه على أن: " تلتزم الدولة بالاتفاقيات والعهود والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان التي تصدق عليها مصر، وتصبح لها قوة القانون بعد نشرها وفقاً للأوضاع المقررة".

والهجرة مكفولة. ولا يجوز إبعاد أى مواطن عن إقليم الدولة، ولا منعه من العودة إليه. ولا يكون منعه من مغادرة إقليم الدولة، أو فرض الإقامة الجبرية عليه، أو حظر الإقامة فى جهة معينة عليه، إلا بأمر قضائى مسبب ولمدة محددة، وفى الأحوال المبينة فى القانون".

ومما سبق يتضح بالرغم من كون الحق فى التنقل هو حق مقيد بعدد من القيود القانونية المرتبطة بالأمن القومي والنظام العام، والصحة العامة، والأداب العامة. وهو ما أوضح سببه جانب من الفقه من أنه بالرغم من أن الفكر الفلسفي الذي رسخ للحق فى التنقل المطلقة والفوائد التي ستعود على العالم من ذلك إلا أن ذات الفكر عدل عن ذلك بحجة أن فكرة المواطنة العالمية تحتاج إلى سلطة فوق قومية تلزم الدولة بهذا الحق فجميع دول العالم تتعامل مع هذا الحق من منظور واقعي مثل السيارة والمصلحة القومية والمواطنة المحلية فكما أن الدول ملزمة أخلاقياً بفتح حدودها إنفاذاً لحق التنقل للأفراد فهي ملزمة بحماية مواطنيها إذا شكل هذا الحق خطراً على أمنهم وقيمهم<sup>(25)</sup>.

### ثالثاً: الأساس القضائي للحق فى التنقل :

نجد أن أحكام القضاء الدستوري والإداري بالرغم من ترسيخها للحق فى التنقل إلا أن القضاء أرجع تنظيم هذا الحق إلى السلطة التشريعية بالدولة تحت رقابة القضاء الدستوري، فلا يجوز تقييد ذلك الحق بقيود تمنع التمتع به فقضي بأن: " وحيث إن حق المواطن فى استخراج وحمل جواز السفر، لا يعد فحسب عنواناً لمصريته التي يشرف بها داخل وطنه وخارجه؛ بل

(25) خالد حنفي علي، مرجع سابق، ص 145، 146.

يعكس فوق ذلك رافداً من روافد حرية الشخصية التي حفى بها الدستور بنصه في المادة 41 على أنها مصونة ولا يجوز المساس بها " وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو.... أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع ويصدر هذا الأمر من القاضي المختص أو النيابة العامة، وذلك وفقاً لأحكام القانون" دالا بذلك على أن حرية الانتقال تنخرط في مصاف الحريات العامة، وأن تقييدها دون مقتضى مشروع، إنما يجرد الحرية الشخصية من بعض خصائصها، ويقوض صحيح بنائها؛ وقد عهد الدستور بهذا النص إلى السلطة التشريعية دون غيرها بتقدير هذا المقتضى، ولازم ذلك، أن يكون تعيين شروط إصدار وثيقة السفر بيد هذه السلطة، والأصل فيها هو المنح، استصحاباً لأصل الحرية في الانتقال؛ والاستثناء هو المنع؛ وأن المنع من التنقل لا يملكه إلا قاض، أو عضو نيابة عامة، يعهد إليه القانون بذلك دون تدخل من السلطة التنفيذية. وحيث إن الدستور قد احتفى - كذلك - بالحقوق المتصلة بالحق في التنقل فنص في المادة 50 منه على حظر إلزام المواطن بالإقامة في مكان معين أو منعه من الإقامة في جهة معينة إلا في الأحوال التي يبينها القانون، وتبعتها المادة 51 لتمنع إبعاد المواطن عن البلاد أو حرمانه من العودة إليها، وجاءت المادة 52 لتؤكد حق المواطن في الهجرة الدائمة أو الموقوتة على أن ينظم القانون هذا الحق وإجراءات وشروط الهجرة ومغادرة البلاد؛ ومقتضى هذا أن الدستور لم يعقد للسلطة التنفيذية اختصاصاً ما بتنظيم شيء مما يمس الحقوق التي كفلها الدستور فيما تقدم، وأن هذا التنظيم يتعين أن تتولاه السلطة التشريعية بما تصدره من قوانين. متى كان ذلك، وكان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أنه إذا ما أسند الدستور تنظيم حق من الحقوق إلى السلطة التشريعية فلا يجوز لها أن تسلب من اختصاصها، وتحيل الأمر برمته إلى السلطة التنفيذية دون أن تقيدها في ذلك بضوابط عامة وأسس

رئيسية تلتزم بالعمل في إطارها، فإذا ما خرج المشرع على ذلك وناط بالسلطة التنفيذية، تنظيم الحق من أساسه، كان متخلياً عن اختصاصه الأصيل المقرر بالمادة 86 من الدستور، ساقطاً - بالتالي - في هوة المخالفة الدستورية<sup>(26)</sup>؛ وقضت كذلك بأن: "أن لكل مواطن حق الهجرة الدائمة أو الموقوتة إلى الخارج وفقاً للقواعد التي يضعها المشرع في شأن شروط الهجرة وإجراءاتها. وجعل الله تعالى حرية الانتقال حقاً وواجباً بأن مهد الأرض لتكون ذلولاً لعباده، يمشون في مناكبها أعزاء غير مقهورين. وتشهد هذه النصوص جميعها بأن حرية الانتقال حق عام، وأن تقييده دون مقتض مشروع، إنما يجرد الحرية الشخصية من خصائصها، ويقوض صحيح بنيانها"<sup>(27)</sup>.

ورسخ القضاء الإداري لهذا الحق في العديد من أحكامه مع وضع ضوابط وقيود له فقضي بأن: "كفل المشرع الدستوري لكل مواطن الحق في التنقل سواء داخل أرض الوطن أو في خارجه في أي وقت سواء بالاقامة في مكان معين بالداخل أو الانتقال منه أو بالسفر بصفة مؤقتة إلى الخارج و العودة أو بالهجرة الدائمة إلى دولة أخرى بصفة دائمة أو مؤقتة - لا يجوز للمشرع العادي إلغاء هذه الحقوق أو تغييرها بما يصل بها إلى درجة الإلغاء - ليس للمشرع العادي إلحاق تنظيم هذه الحقوق وتحديد الإجراءات المتعلقة بمباشرة الأفراد لها وممارستها دون حظر أو تقييد مانع لها أو يتعارض مع الغاية منها - حرية المواطن المصري في التنقل من مكان إلى آخر داخل الدولة أو خارجها حق دستوري أصيل للمواطن المصري وقرر له

(26) راجع حكم المحكمة الدستورية في الدعوى رقم 243 لسنة 21 قضائية "دستورية"- جلسة 2000/11/4.

(27) راجع حكم المحكمة الدستورية في الدعوى رقم 56 لسنة 18 قضائية "دستورية"- جلسة 1997/11/15.

بحكم صفته كإنسان ولا يجوز لجهة الإدارة المساس بهذا الحق دون مسوغ ولا الانتقاص منه بغير مقتضى من المصلحة القومية للمجتمع والدولة وفي حدود التشريعات المنظمة لهذا الحق والتي تتضمن كيفية ممارسته وبما لا يتعارض مع المصلحة العامة - تنظيم حرية المواطن في التنقل من مكان إلى آخر والسفر إلى خارج البلاد أمر تقتضية ضرورة المحافظة على سلامة الدولة في الداخل والخارج وعلى استقرار وحماية الأمن العام وعدم تعطيل سير العدالة نتيجة خروج متهمين أو شهود خارج البلاد بينما هم لازمون للفصل في القضايا أو التصرف في التحقيقات ورعاية مصالح الاقتصاد القومي وذلك كله دون أن يخل التنظيم بمبدأ حرية السفر والتنقل ولا يمس جوهره ومضمونه - المادة 11 من القانون رقم 97 لسنة 1959 تخول وزير الداخلية سلطة تقديرية في رفض منح جواز السفر أو تجديده أو سحبه بعد اعطائه إذا قامت لديه أسباب هامة تبرر هذا القرار<sup>(28)</sup>. وقضت كذلك بأن: "أن انخراط حرية الانتقال في مصاف الحريات العامة بحيث يكون في تقييدها دون مقتض مشروع تجريد لها من بعض خصائصها وتقويض لصحيح بنائها - الأصل هو حرية التنقل والاستثناء هو المنع منه - لا يملك المنع من التنقل إلا قاض أو عضو نيابة عامة يعهد إليه القانون بذلك دون تدخل السلطة التنفيذية - إدراج الطاعن على قوائم الممنوعين من السفر بغير طلب من قاض أو عضو النيابة العامة لأمر استدعيه ضرورة التحقيق - إلى أن يتدخل المشرع لملء الفراغ التشريعي الناشئ عن قضاء المحكمة الدستورية العليا سالف الإشارة فلا يكون قاضي المشروعية الحارس الأمين على الحقوق والحريات العامة والمحافظة على اعتبارات النظام العام واحترام

(28) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1898 لسنة 35 ق.ع - جلسة 22 /1992 /11.

دواعيه مغلول السلطة في تقدير الاعتبارات الخاصة التي تقوم سندا ومتى يصدر التشريع المنظم لحق الانتقال ولكيفية ممارسة القيود التي يمكن أن ترد عليه لحماية اعتبارات النظام العام - على قاضي المشروعية إنزال رقابته الحققة في توازن دقيق لا إفراط ولا تفريط فيه بين الحق في التنقل وبين الاعتبارات التي تتصل بصيانته أمن المجتمع التي تبرر صدقا وحقا تقييد الحق قبل من يتيقن خطورة سفره على أمور تتعلق بالمصلحة العليا للجماعة نزولا على القاعدة الأصولية التي تقضى بترتيب المصالح على ضوء مدراجها - تعلق شبهات بالطاعن قد ترقى إلى دلائل تتصل بمباشرة نشاطا غير مشروع في تجاره غير مشروعة هي الوبال كله على أمن وأمان مصالح المجتمع كبيره وصغيره وإخفاق الطاعن عن إثبات ما يزعم أو يشك من صحة هذه العقيدة التي تكونت في ضمير الحكم المطعون فيه<sup>(29)</sup>.

ومن هنا يتضح أن الحق في التنقل يفرض عليه مجموعة من القيود إلا أن هذه القيود لكي تكون صحيحة واجبة التطبيق لا بد أن تكون هذه القيود منصوص عليه قانونا دون تعسف أو تفرقة بين شخص وآخر من ناحية، وأن تكون معلومة للأفراد مسبقا من خلال نشر القانون في الجريدة الرسمية؛ وأن تكون هذه القيود ضرورية أي تتناسب مع الغرض الذي تم تقييد الحق من أجله أي الموازنة بين تقييد حق الفرد في التنقل وبين تلك المصالح التي يتم حمايتها بمنع الفرد من ممارسة حقه في التنقل، وضرورة أن تكون هذه القيود غير متعارض مع الحقوق والحريات الأخرى المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية مثل أمن الدولة، والنظام العام، والصحة العامة، والاحلاق العامة، حماية حقوق وحريات الآخرين<sup>(30)</sup>.

(29) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 3370 لسنة 44 ق.ع - جلسة 24/2001.

(30) أحمد سعد محمد حسين، مرجع سابق، ص 860، وما بعدها.

ولما كان الحق في التنقل يشمل التنقل داخل حدود الدولة وخارج تلك الحدود وفي حالة الانتقال خارج حدود الدولة لابد من احترام القيود القانونية لهذا الحق في الدولة المنتقل منها والدولة المنتقل اليها وإلا تصبح هجرة غير شرعية.

## المطلب الثاني

### القانون والقضاء المصري ومكافحة الهجرة غير الشرعية

تتصارع التشريعات التي تجرم الهجرة غير الشرعية قاعدتين الأولى: مرتبطة بحق الدولة في السيادة على إقليمها والحفاظ على أمنها وأمن مواطنيها؛ والثانية: حق الإنسان في التنقل؛ فيقوم القانون بتنظيم حق الإنسان في التنقل في ضوء سيادة الدولة على أراضيها.

## الفرع الأول

### الهجرة غير الشرعية في القانون المصري

بدأت مصر في مواجهة الهجرة غير الشرعية من الناحية القانونية منذ تصديق رئيس الجمهورية بالقرار رقم 297 لسنة 2004 على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لعام 2000؛ وقد تأخرت الحكومة المصرية بشأن إعداد قانون لمواجهة الهجرة غير الشرعية وتنفيذًا للالتزامات الدولية الناشئة عن انضمام مصر للاتفاقيات الدولية فقد تم في البداية تشكيل اللجنة الوطنية التنسيقية لمكافحة تهريب المهاجرين بقرار من رئيس مجلس الوزراء الصادر في مارس تحت رقم 380 لعام 2014، وأسند إليها إعداد تشريع مصري موحد لمعالجة قضية تهريب المهاجرين وبالفعل صدر القانون رقم 82 لسنة 2016 باصدار قانون مكافحة الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين والمعدل

بالقانون رقم 22 لسنة 2022<sup>(31)</sup>؛ ثم صدر قرار رئيس مجلس الوزراء 369 لسنة 2023 بتنظيم صندوق مكافحة الهجرة غير الشرعية وحماية المهاجرين والشهود.

### أولاً: خصائص جريمة تهريب المهاجرين:

تتميز جريمة تهريب المهاجرين بعدة خصائص وسمات تميزها عن غيرها من الجرائم والتي تتمثل في الآتي<sup>(32)</sup>

1 - من الجرائم الواقعة على الأشخاص: تعد جريمة تهريب المهاجرين من الجرائم الواقعة على الأشخاص، وذلك لأن موضوع هذه الجريمة هو

---

(31) نشر القانون رقم 82 لسنة 2016 في الجريدة الرسمية في العدد 44 مكرر (أ) في 7 نوفمبر 2016. ونشر التعديل بالعدد 14 مكرر (ج) في 11 أبريل سنة 2022. وكل ما تناوله التعديل غلط العقوبة.

كما تناول دخول واقامة الأجانب بأراضي الجمهورية العربية المتحدة القانون رقم 89 لسنة 1960 والمعدل بالقانون رقم 88 لسنة 2005، والمعدل بالقانون 77 لسنة 2016 في شأن دخول واقامة الأجانب بأراضي جمهورية مصر العربية والخروج منها في المادة الثانية بالنص على أن: " لا يجوز دخول جمهورية مصر العربية أو الخروج منها إلا لمن يحمل جواز سفر أو وثيقة صادرة من السلطة المختصة بذلك في بلدة أو سلطة أخرى معترف بها يخولانه العودة إلى البلد الصادر منها، ويجب أن يكون الجواز أو الوثيقة مؤشرا على أي منها من وزارة الداخلية أو من إحدى البعثات الدبلوماسية أو أي هيئة تتدبها حكومة جمهورية مصر العربية لهذا الغرض".

(32) عمرو مسعد عبد العظيم، مرجع سابق، ص 142، وما بعدها؛ سعيد أحمد قاسم: الحماية الجنائية الموضوعية لجريمة تهريب المهاجرين في القانون 82 لسنة 2016 في شأن مكافحة الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين دراسة مقارنة، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، مصر، عدد (1)، 2018، ص 204، 205؛ دينا عبد العزيز فهمي: المواجهة الجنائية لجرائم الهجرة غير الشرعية في ضوء القانون رقم 82 لسنة 2016 والقانون المقارن، دار النهضة العربية، مصر، 2018، ص 20، وما بعدها.

الإنسان، أي من يتم إدخاله أو إخراجه أو تدبير البقاء له في إقليم الدولة على نحو غير مشروع هو الإنسان.

2 - من الجرائم العمدية: فهي جريمة لا يتصور ارتكابها من قبل الجناة عن طريق الخطأ أو الإهمال خاصة أن أفعال الإدخال أو الإخراج أو تدبير البقاء على نحو غير مشروع في إقليم الدولة يكون بعلم وإرادة هؤلاء الجناة.

3 - من الجرائم المستمرة: هي جريمة ركنها المادي يستغرق بعضا من الوقت لتحققها فبالنسبة لفعل الإدخال أو الإخراج من خلال وسائل النقل البرية أو البحرية أو الجوية من أو إلى إقليم الدولة على نحو غير مشروع فإنه يستغرق فترة زمنية طويلة نسبيا، كما أن فعل تدبير البقاء غير المشروع لكل شخص في إقليم الدولة فإنه يستغرق فترة زمنية طويلة نسبيا بسبب التدخل الإرادي المتجدد من قبل الفاعل كإقراض المال أو توفير العمل أو توفير المأوى... الخ.

4 - من الجرائم العابرة للحدود: فهي جريمة تقوم على تمكين شخص من عبور حدود دولة واحدة أو أكثر، وهذا يعنى أن جريمة تهريب المهاجرين هي من الجرائم العابرة للحدود حيث تتعدى حدودها حدود الدولة الواحدة وتمتد إلى العديد من أقاليم دول العالم، ومن ثم تخضع لمبدأ عالمية الاختصاص الجنائي.

5 - أنها من الجرائم المنظمة: تدخل جريمة تهريب المهاجرين ضمن الجرائم المنظمة وذلك لقيام العصابات الإجرامية بتهريب المهاجرين كمهنة تهدف إلى الحصول على الأرباح المادية.

## ثانياً: الركن المادي لجريمة الهجرة غير الشرعية:

عرف القانون 82 لسنة 2016 في المادة الأولى الفقرة الثالثة منه تهريب المهاجرين بأنه: " تدبير انتقال شخص أو أشخاص بطريقة غير مشروعة من دولة إلى أخرى من أجل الحصول بطريقة مباشرة أو غير مباشرة على منفعة مادية أو معنوية أو لأى غرض آخر". من هذا التعريف يتضح لنا أن الوصف القانوني لقيام أي شخص أو جماعة للعمل على تدبير أية وسائل لنقل آخرين من مكان إلى آخر أو من دولة إلى أخرى، وهو النموذج الذي حدده المشرع لجريمة تهريب المهاجرين في القانون<sup>(33)</sup>. وباستقراء نص المادة السابقة نجد أن القانون حدد الركن المادي لجريمة الهجرة غير الشرعية في عدة صور وذلك إعمالاً لمبدأ شرعية التجريم:

1 - تدبير الدخول أو الخروج أو انتقال شخص أو أشخاص بطريقة غير مشروعة من دولة إلى أخرى.

2 - تتحقق هذه الجريمة بمجرد تمكن الفاعل من إدخال شخص إلى إقليم الدولة أو إخراجه منه بطريقة غير مشروعة ولا يشترط لتحقيق هذه الصورة مرافقة الفاعل للضحية، ويكفي في ذلك إعداد وثيقة سفر غير صحيحة أو هوية مزورة أو أن تكون وثيقة السفر أو الهوية قد صدرت بطريقة غير مشروعة أو حصل الجاني عليها بالاحتيال أو الفساد أو الإكراه أو بأية طريقة أخرى غير مشروعة بغرض تسهيل الدخول غير المشروع أي عبور الحدود دون التقيّد بالشروط اللازمة للدخول المشروع إلى الدولة المستقبلية.

3 - نص القانون على إعفاء المهرب " المهاجر " من المسؤولية الجنائية والمدنية باعتباره ضحية وقد عرفه القانون بأنه: " أي شخص يكون

(33) سعيد أحمد قاسم، مرجع سابق، ص 190.

هدفا للسلوك المجرم بمقتضي المواد أرقام (5، 6، 7) ، ولم يعفي المتهرب " الذي يقوم بالتهريب " : وهو الذي يقوم بتدبير عملية الهروب ووسيلتها سواء أكانت براً وبحراً أو جوا سواء كان المهرب شخصا أو مجموعة اشخاص أو كانت عصابة إجرامية منظمة ، من المسؤولية الجنائية ولا المدنية حتى ولو كان عمله بناء على رضا " المهاجر " (34) ..

4 - أورد النص العقابي على أفعال حددها المشرع وهي : أفعال التأسيس أو التنظيم أو الإدارة والتي يجمع بينها وحدة الغرض الإجرامي المتمثل في الرغبة في الوجود الفعلي للجماعة الإجرامية المنظمة والقيام بعمليات تهريب المهاجرين ؛ والتأسيس يعنى : مرحلة تكوين الجماعة الإجرامية المنظمة ووضع الملامح الرئيسية لها، وتحدد الوسائل المادية لتمويل كل ما يتطلبه تنفيذ النشاط الإجرامي من تهريب المهاجرين ؛ أما التنظيم : فهو وضع ضوابط العمل التي تحكم عمل الجماعة الإجرامية من توزيع ادوار اعضائها ووظيفة كل منهم تحديداً ووسائل التواصل بينهم وتلقي الأوامر ؛ أما الإدارة : تعني تسيير الأمور والتخطيط والتنظيم للعمليات تهريب المهاجرين غير الشرعيين والتنظيم والتنسيق بين اعضائها والإشراف على اعمالهم لتحقيق أغراضها الإجرامية (35).

(34) محمد ذكري إدريس : المواجهة الجنائية للجماعة الإجرامية المنظمة، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة مدينة السادات، مصر، مجلد (8)، عدد (2)، 2022، ص63، 64.

وهو ما نصت عليه المادة (2) من القانون من أن : " لا تترتب أية مسؤولية جنائية أو مدنية على المهاجر المهرب عن جرائم تهريب المهاجرين المنصوص عليها في هذا القانون. ولا يعتد برضاء المهاجر المهرب أو برضاء المسئول عنه أو مسؤولية في جرائم تهريب المهاجرين المنصوص عليها في هذا القانون " .

(35) سعيد أحمد قاسم، مرجع سابق، ص192، وما بعدها. تناول المشرع في المادة الخامسة من القانون 82 لسنة 2016 مسؤولية المهربين بالنص على

5 - تناول المشرع المسؤولية الجنائية للشخص الاعتباري في جرائم الهجرة غير الشرعية والتي قد تكون شركة أو وكالة سفر أو سياحة أو شركات للنقل البري أو البحري أو الجوي ممن لهم خبرة في مجال الهجرة والجنسية والإقامة، فأكد المشرع المصري على المسؤولية الجنائية غير المباشرة للشخص الاعتباري بالإضافة إلى المسؤولية المدنية المقررة على الشخص الاعتباري إعمالاً لقاعدة مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، وتتوقف مسؤوليته الجنائية كمسؤولية تابعة للمسؤولية المباشرة لأحد العاملين لديه وذلك في حالة ارتكاب أحد الأفراد العاملين لديه باسمه ولصالحه، إضافة إلى مسؤولية المسئول عن الإدارة الفعلية للشخص الاعتباري: " الشخص الذي يمارس بكل سيادة واستقلال نشاطاً ايجابياً فعالاً في الإدارة"؛ حيث يقع عليه ذات العقوبة لمرتكب الجريمة إذا ثبت علمه بها أو وقعت نتيجة إخلاله بواجبات وظيفته وذلك لعدم إفلات الاشخاص الاعتبارية من العقاب<sup>(36)</sup>.

6 - ساوى المشرع المصري بين من يقوم بجريمة تهريب المهاجرين

أن: " يعاقب بالحبس كل من أسس أو نظم أو أدار جماعة إجرامية منظمة لأغراض تهريب المهاجرين أو تولى قيادة فيها أو كان أحد أعضائها أو منضماً إليها".  
(36) دينا عبد العزيز فهمي، مرجع سابق، ص128، وما بعدها.  
فنص في المادة (14) من القانون 82 لسنة 2016 قانون مكافحة الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين على أن: " يعاقب المسئول عن الإدارة الفعلية للشخص الاعتباري إذا ارتكب أية جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون بواسطة أحد العاملين لدى الشخص الاعتباري باسمه ولصالحه بذات العقوبات المقررة للجريمة المرتكبة إذا ثبت علمه بها وكانت الجريمة قد وقعت بسبب إخلاله بواجبات وظيفته. ويكون الشخص الاعتباري مسؤولاً بالتضامن عن الوفاء بما يحكم به من عقوبات مالية وتعويضات إذا كانت الجريمة ارتكبت من أحد العاملين لديه باسمه ولصالحه تأمر المحكمة في الحكم الصادر بالإدانة بنشر الحكم على نفقة الشخص الاعتباري في جريدتين يوميتين واسعتي الانتشار، ويجوز للمحكمة أن تقضي بوقف نشاط الشخص الاعتباري لمدة سنة.

ومن يشرع في ارتكاب الجريمة، وذلك نظرا لخطورة هذه الجريمة<sup>(37)</sup>، فالشروع يفترض عدم تحقق جميع عناصر الركن المادي لجريمة تهريب المهاجرين، وذلك لأن الفاعل حاول ارتكاب جريمة تهريب المهاجرين، لكن ظروف خارجة عن إرادته حالت دون تحقق النتيجة الإجرامية التي يعاقب عليها القانون، والشروع في جريمة الهجرة غير الشرعية لا تعد وأن تكون أعمالاً تحضيرية لهذه الجريمة، بالرغم من ذلك عاقب القانون على الشروع بذات عقوبة الجريمة، ومن أمثلة الشروع في جريمة تهريب المهاجرين: عمليات اصطناع جوازات السفر والحصول على نماذج صحيحة ثم القيام بتدليسها، أو كذا عمليات الإيواء أو التنقل السابقة لعملية الإبحار خلسة أو التسلل داخل وسائل النقل البحرية، أو وضع الأشخاص داخل السفينة المهيأة لخروجهم عبر الحدود، أو السماح لهم بالعبور عبر المنفذ دون الاطلاع على الوثائق أو التصاريح اللازمة لعبورهم؛ ولما كانت جريمة تهريب المهاجرين تنحصر مراحلها ما بين إقليم الدولة البحري وتجاوز المياة الإقليمية أو البرية فإن أفعال الشروع ينحصر بنفس الحدود المكانية<sup>(38)</sup>؛ ونرى أن هذا الاتجاه يحمده للمشرع المصري حيث يوسع من صور الحماية الجنائية من جريمة تهريب المهاجرين وتوسيع حالات السلوك الإجرامي - التي تدخل ضمن الركن المادي لجريمة تهريب المهاجرين - وإقامة المسؤولية

---

وللمحكمة أن تقضي بحل أو تصفية الشخص الاعتباري إذا ارتكبت الجريمة من أحد العاملين لديه باسمه ولصالحه مرة أخرى".

(37) فنص في المادة (6) من القانون 82 لسنة 2016 على أن: " يعاقب بالسجن وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تزيد على مائتي ألف جنيه أو بغرامة مساوية لقيمة ما عاد عليه من نفع أيهما أكبر، كل من ارتكب جريمة تهريب المهاجرين أو الشروع فيها أو تورط في ذلك".

(38) دينا عبد العزيز فهمي، مرجع سابق، ص 103، 104.

الجنائية على جميع من يشترك في ارتكاب هذه الجريمة وبالتالي يتم مكافحتها والوقاية منها.

7 - صعوبة الفصل بين الفاعل الأصلي في جريمة تهريب المهاجرين والفاعل التبعي أو المساهم في ارتكاب الجريمة، فجريمة تهريب المهاجرين تمر بمراحل يساهم فيها أشخاص بدرجات متفاوتة تختلف باختلاف المهمة التي يقومون بتنفيذها مثال لذلك: المهربون، والوسطاء، وربان السفينة، وأصحاب المراكب، والقائمين بتزوير وثائق وتأشيرات السفر، فكل هؤلاء فاعلين أصليين في الجريمة، فكل أفعال هؤلاء تكون جريمة تهريب المهاجرين، وكل فعل يشكل جزء من الركن المادي للجريمة، فالركن المادي للجريمة يرتكب منهم جميعاً فلا يوجد فاعل أصلي للجريمة ومساهم تبعي؛ إلا أنه على الرغم من ذلك يمكن تصور وجود المساهمة الجنائية في مساعدة البعض للفاعلين الأصليين في هذه الجريمة مثل ربان السفينة الذي يساعد الجماعة الإجرامية على اتباع أفضل الطرق البحرية البعيدة عن أعين السلطات المختصة بحماية الحدود الوطنية؛ ومن يرشدهم عن الطرق البرية البعيدة عن رجال السلطات، والموظف الذي يعطي لهم تصاريح عمل دون وثائق وتصاريح رسمية مقابل مبالغ مالية<sup>(39)</sup>.

ثالثاً: الركن المعنوي لجريمة تهريب المهاجرين:

جريمة تهريب المهاجرين من الجرائم العمدية، وهى من الجرائم التي تتجه إرادة الجاني نحو ارتكاب الجريمة - سلوك ونتيجة- مع العلم بتوافر أركانها القانونية- أي يجب أن يتوافر لدى الجاني العلم والإرادة، فيجب أن

(39) سعيد أحمد قاسم، مرجع سابق، ص 231، وما بعدها.

يكون الجاني في هذه الجريمة عالماً بأركان الجريمة، كما يجب عليه أن يكون عالماً ببعض الوقائع المادية التي أهمهما: 1- العلم بخطورة السلوك الإجرامي: فيجب أن يتوافر علم الجاني بخطورة السلوك الإجرامي الذي من شأنه أن يؤدي إلى تمكين الغير من الدخول أو الخروج أو البقاء في إقليم الدولة بصورة غير شرعية؛ وبالتالي إذا كان المتهم بهذه الجريمة يعتقد بأن فعل الإدخال أو الخروج أو تدبير الإقامة الذي يرتكبه مشروع غير مخالف لأحكام القانون عندها ينتفي لديه القصد الجنائي؛ فمثلاً: لو اعتقد ضابط الجوازات بأن الأشخاص الذين يقوم بادخالهم يحملون تصريحات دخول صحيحة في حين لا يمتلكون هذه التصريحات، كذلك يجب على الفاعل أن يعلم بأن من شأن السلوك الذي يرتكبه أن يلحق الأذى بالمجني عليه أو يعرض حياته للخطر أو يهدر كرامة المجني عليه الإنسانية أو يعرض الدول التي يتم اجتياز حدودها على نحو غير مشروع. 2- العلم بموضوع الحق المعتدى عليه: ففي جريمة تهريب المهاجرين يجب أن يعلم الجاني بأن فعله يقع على إنسان على قيد الحياة، وبالتالي لا تقع على الميت أو الجنين في رحم أمه؛ أي أن الجاني في هذه الجريمة يقوم بإدخاله أو إخراجه أو تدبير بقائه على نحو غير مشروع في إقليم الدولة هو إنسان حي. فإذا كان الفاعل يعتقد أن سلوكه مقتصر على إدخال أو إخراج الأشياء من إقليم الدولة أو إليها فينتفي القصد الجنائي في هذه الجريمة. 3- العلم بصفة الشخص المهرب: يتصف الشخص المهرب بأنه غير وطني " أجنبي " فيجب أن يكون الجاني على علم بصفة المهرب كونه أجنبي ويقع عبء اثبات انتفاء العلم بجنسية المهرب على المتهم في جريمة تهريب المهاجرين. 4- الإرادة: فيجب أن تتجه إرادة الجاني إلى ارتكاب فعل الإدخال أو الإخراج أو تدبير الإقامة على نحو غير مشروع من أو إلى إقليم الدولة؛ فإذا كان الجاني تحت تأثير الإكراه أو أن جريمة التهريب حدثت نتيجة خطأ غير مقصود من المهرب،

مثل : إذا سمح ضابط الجوازات بدخول شخص يحمل جواز سفر لكنه غير ساري المفعول سهواً. 5- توافر قصد جنائي خاص لجريمة تهريب المهاجرين : لم يكتف المشرع بتوافر القصد الجنائي العام بعنصرية " العلم والإرادة " كما سبق وأن تناولناه بل أضاف قصد جنائي خاص وهو استلزام أن يحصل المتهم في جريمة تهريب المهاجرين على منفعة مالية أو مادية سواء تحققت هذه المنفعة المالية أو المادية بصورة مباشرة أو غير مباشرة<sup>(40)</sup>.

## الفرع الثاني

### قانون الهجرة غير الشرعية المصري في الميزان

تناول قانون الهجرة غير الشرعية المصري رقم 82 لسنة 2016 والمعدل بالقانون 22 لسنة 2022 في نصوصه تنظيم شامل لجريمة تهريب المهاجرين، وأركانها وصورها إلا أنه عمل بشري وكل عمل بشري فيه من المميزات التي يمكن أن نشني عليها ونبني عليها؛ وفيه من المثالب التي يمكن أن ننتقدها ونقترح إصلاحها، وسنحاول فيما يلي توضيح مزايا وعيوب القانون<sup>(41)</sup>:

أولاً: مزايا قانون مكافحة الهجرة غير الشرعية المصري:

يتميز قانون مكافحة الهجرة غير الشرعية المصري بعدد من المزايا أهمها:

(40) عمرو مسعد عبد العظيم، مرجع سابق، ص154.

(41) عادل السيد محمد على، مرجع سابق، ص 324، وما بعدها.

1 - جاء القانون رقم 82 لسنة 2016 في المادة الأولى منه واضعاً تعريفات محددة لا لبس فيها للمقصود بالمصطلحات المرتبطة بالهجرة غير الشرعية وأهمها تعريفه للمهاجر وللمهرب وللسفينة وللبحر الإقليمي وللمنطقة المجاورة مما يساعد القضاء في تطبيق أحكامه.

2 - غلظ القانون رقم 82 لسنة 2016 وتعديله تحت رقم 22 لسنة 2021 في العقوبات الواقعة على الجماعات التي تقوم بنشاط النهرب غير المشروع بالسجن المشدد والغرامة المالية الكبيرة مما يحقق الردع العام.

3 - انشأ القانون رقم 82 لسنة 2016 في مادته (32) صندوقاً خاصاً تابع لرئيس مجلس الوزراء وله موازنة خاصة وشخصية اعتبارية تحت مسمى : " صندوق مكافحة الهجرة غير الشرعية وحماية المهاجرين والشهود" لتوفير الدعم لهم.

4 - أضاف القانون رقم 82 لسنة 2016 في مادته رقم (15) المسؤولية الجنائية والعقوبة الجنائية على كل من علم بارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون أو الشروع فيها ولم يبلغ السلطات المختصة<sup>(42)</sup>.

5 - أضاف القانون رقم 82 لسنة 2016 اختصاصاً للمجلس القومي للطفولة والأمومة بالنص في المادة الثالثة منه على اختصاصه بمباشرة الدعوى التي يكون الهجرة غير الشرعية محلها القصر الغير معروف أسرهم أو من يمثلهم قانوناً.

6 - امتاز القانون رقم 82 لسنة 2016 بالنص في المادة (22) منه

(42) دينا عبد العزيز فهمي، مرجع سابق، ص158، وما بعدها.

على ضرورة التعاون الأمني والقضائي بين الجهات المصرية والدولية من خلال تبادل المعلومات والمساعدات وغير ذلك من صور التعاون.

7 - اعاد القانون رقم 82 لسنة 2016 بالنص في المادة (28) منه على إنشاء اللجنة الوطنية التنسيقية لمكافحة ومنع الهجرة غير الشرعية والاتجار بالبشر، وهي تتبع رئيس مجلس الوزراء ومقرها وزارة الخارجية والغرض التنسيق على المستويين الوطني والدولي لمكافحة الهجرة غير الشرعية.

8 - التزام المشرع عند وضعه القانون رقم 82 لسنة 2016 بكافة البرتوكولات الدولية المتعلقة بالهجرة غير الشرعية وأهمها بروتوكول بالريمو عام 2000.

#### ثانيا: عيوب قانون مكافحة الهجرة غير الشرعية المصري:

تتمثل أوجه النقص والنقد التي يمكن أن توجه لقانون الهجرة غير الشرعية في الآتي:

1 - يجب استبدال عبارة "الهجرة غير النظامية" بعبارة "الهجرة غير الشرعية" في القانون 82 لسنة 2016 إعمالا للاتجاهات الدولية محل الإجماع في هذا الشأن وما جرت عليه الوثائق الدولية ذات الصلة ومنها الاتفاق العالمي من أجل الهجرة الآمنة والمنظمة والنظامية لعام 2018 من أجل تعزيز إدارة الهجرة على نحو يضع مساءلة المهاجرين وحقوقهم الإنسانية في صميمها وتقدم فرصة سانحة من أجل تعزيز حماية حقوق الإنسان لجميع المهاجرين بصرف النظر عن وضعهم وبالنظر إلى أن استخدام وصف "المهاجر غير الشرعي" يصم فعل الهجرة ذاته بعدم المشروعية ويضع المهاجر في وضعية المخالفة القانونية مما يؤثر على نظرت

المجتمعات المستقبلية للمهاجرين بما يعرض أمنهم وحياتهم للخطر<sup>(43)</sup>.

2 - وجود تعريفات غامضة في المادة الأولى من القانون رقم 82 لسنة 2016 في الفقرة الثالثة والرابعة منها مما قد يثير اللبس عند تطبيقه فهناك تعريف للمهاجر المهرب، وتعريف تهريب المهاجرين مما قد يوجد تفسيرات متعددة تؤثر في فعالية تطبيق أحكام القانون.

3 - سير المشروع على نهج البرتوكولات الدولية من عدم تقرير مسؤولية جنائية أو مدنية على المهاجر " المهرب " باعتباره ضحية، في حين أن المهاجر هو مجرم خالف قانون الدولة التي يهاجر منها، ويحاول المساس بسيادة الدولة التي يهاجر إليها وهو عالم بذلك يتوافر إليه العلم والإدارك الكامل لما يفعل وحر الاختيار فهو قد يستخدم وثائق مزورة مثلاً للهجرة وهكذا فاعفاء المهاجر من المسؤولية لن يجعل هناك تطبيقاً للقانون بشكل يحقق الردع الحقيقي فلا بد من تقرير المسؤولية الجنائية والمدنية على المهاجر مثله مثل من يقوم بتهريبه مع تخفيف عقوبة المهاجر.

4 - القانون رقم 82 لسنة 2016 في المادة الأولى منه تحدث على أن من يقوم بعمليات تهريب المهاجرين الجماعة المنظمة والجماعة لا تقل عن ثلاثة اشخاص في اللغة، وهو ما سيترتب عليه إعفاء الفرد الذي يقوم بالتهريب إذا قام بذلك بمفرده لأن الفرد ليس بجماعة فيتعين تعديل النص ليشمل الجماعة المنظمة أو الفرد.

5 - ساوى القانون رقم 22 لسنة 2022 في المادة (6) منه في العقوبة بين الفعل الأصلي والشارع في ارتكاب الجريمة والمساهمين أو المساعدين

---

(43) عادل ماجد: الهجرة غير الشرعية وحقوق الإنسان، دراسات في حقوق الإنسان، الهيئة العامة للاستعلام، عدد (14)، يوليو 2024، ص 17.

أو الوسطاء على ارتكابها وهو ما يخالف أصول التجريم التي تقضي بأن المسؤولية الجنائية تقدر بمقدار الخطورة الإجرامية، ومن ثم لا يجوز المساواة بين من ارتكب الجريمة وبين من شرع أو توسط فيها.

6 - عدم التناسب بين العقوبة والفعل الدافع للعقوبة فالمشرع في القانون رقم 22 لسنة 2022 قرر عقوبات شديدة على افعال أقل خطورة من أفعال قرر لها عقوبات أقل شدة وهو ما ورد النص عليه في مادتيه (5، 6) مما يثير عدم دستورية هذه المواد لتجاوزها حدود التناسب.

7 - ساوى القانون 22 لسنة 2022 في المادة (8) في عقوبة كل من أوى أو ساعد المهاجرين أو قدم لهم التسهيلات والخدمات، بعقوبة السجن المشدد بالرغم من أنه قد يؤدي أو يقدم المساعدات والخدمات من غذاء وعلاج طبي للمهاجرين غير الشرعيين أو ناس بدافع الإنسانية والحفاظ على حياتهم ولا يكون لهم علاقة بالمهربين وهنا سيتساوى المقدمين الخدمة بدافع الإنسانية مع من يقدمها بدافع الربح.

8 - الاعفاء من العقوبة الذي نصت عليه المادة (19) من القانون 82 لسنة 2016 للمبلغين عن جرائم الهجرة غير الشرعية إذا لم تكن السلطات تعلم بها أو إذا أدى إبلاغه للقبض على باقي الجناة ومتحصلات الجريمة، بشكل لا حرية فيه للقاضي سيمكن المهربين من الإفلات من العقاب إذا تعرضت مثلا المركب التي يملكها للغرق وعليها المهاجرين، فيقوم بإبلاغ السلطات بأن مركبه سرق وهو يخشى أن تتم به عمليات مخالفة للقانون.

9 - القانون رقم 82 لسنة 2016 بالرغم من إنشائه صندوق خاص تابع لرئيس مجلس الوزراء وله موازنة خاصة وشخصية اعتبارية تحت مسمى: "صندوق مكافحة الهجرة غير الشرعية وحماية المهاجرين والشهود" بالنص في مادته (32) على ذلك إلا أن القانون لم يوفر الحماية القانونية

الكافية للمبلغين والشهود وضحايا الهجرة غير الشرعية التي تحميهم من عصابات المهربين التي يمكن أن تنتقم منهم.

### الفرع الثالث

#### القضاء المصري والهجرة غير الشرعية

اصدرت محكمة النقض عشرات الأحكام المرتبطة بجريمة الهجرة غير الشرعية والجرائم المرتبطة بها والتي قامت بتحديد أركان جرائم الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين بدقة وفرض عقوبات متدرجة على الجناة مع تشديدها حال توافر أي من الظروف المشددة التي حددها القانون مع مراعاة الجوانب الإنسانية بعدم تقرير المسؤولية الجنائية أو المدنية للمهاجر المهرب مما وأعطى لنصوص القانون 82 لسنة 2016 المعدل بالقانون 22 لسنة 2022 الحياة بوضعها موضع التطبيق ومن هذه الأحكام ما يلي:

أولاً: دور محكمة النقض في تحديد أركان جريمة الهجرة غير الشرعية:

فقضت المحكمة بأن: "كان من المقرر أنه لا يلزم في الحكم أن يتحدث صراحة واستقلالاً عن كل ركن من أركان جريمة تهريب المهاجرين حال كونهم أكثر من شخص إلى دولة أخرى بطريقة غير مشروعة من شأنها تهديد حياتهم وتعريضها للخطر من أجل الحصول على منفعة ما - ما دام الحكم قد أورد من الوقائع ما يدل عليها وكان الحكم المطعون فيه قد بين الدور الذي قام به الطاعنان في تلك الجريمة التي عاقبتهم بها ودل على ذلك تدليلاً كافياً وسائغاً يستقيم معه ما انتهى إليه في ادانتهما، كما ما أورده الحكم في هذا الشأن كان كافياً بذاته للتدليل على اتفاق الطاعنين وباقي المتهمين على ارتكاب تلك الجريمة آنفة البيان من معيبتهم في الزمان والمكان ونوع الصلة بينهم واسهام كل منهم بنصيب من الأفعال المكونة

لها- على النحو المبين بمدوناته- وهو ما يكفي لاعتبارهم جميعا فاعلين اصليين فيها فإن النعي على الحكم في هذا الصدد لا يكون سديد" (44)، وقضت كذلك بأن: " من المقرر أنه لا يلزم في الحكم أن يتحدث صراحة واستقلالاً عن كل ركن من أركان جريمة تهريب المهاجرين ذات الطابع عبر الوطني بواسطة جماعة إجرامية منظمة باستخدام وثيقة سفر مزورة أو الشروع فيها ما دام قد أورد من الوقائع ما يدل عليها وكان من المقرر أن العلم في تلك الجريمة هو مسألة نفسية لا تستفاد فقط من أقوال الشهود بل لمحكمة الموضوع أن تتبينها من ظروف الدعوى وما توحى به ملابساتها ولا يشترط أن يتحدث عنها الحكم صراحة وعلى استقلال ما دامت الوقائع كما اثبتها الحكم يفيد بذاتها توافرها- وكان الحكم المطعون فيه قد استظهر بمدوناته أن الطاعن والمحكوم عليه غيابيا واخرين مجهولين انضموا إلى جماعة إجرامية منظمة لاغراض تهريب المهاجرين واستهداف الاشخاص الراغبين في السفر لتسفيرهم بطرق غير مشروعة مقابل الحصول على مبالغ مالية كبيرة وانه قام باستهداف المجني عليه وتحصل منه على مبلغ مائة وخمسة جنيه وسلمه تأشيرة دخول لدولة سويسرا ثبت تزويرها مع علمه بذلك وانها ضبطت مع المجني عليه أثناء محاولته المغادرة من ميناء القاهرة الجوي، فإن ما أورده الحكم على النحو المتقدم تتوافر به جريمة الشروع في تهريب المهاجرين ذات الطابع عبر الوطني بواسطة جماعة إجرامية منظمة باستخدام وثيقة سفر مزورة بكافة أركانها وظروفها كما هي معرفه في القانون ويكون النعي على الحكم بالقصور في هذا الصدد غير قويم". (45).

(44) راجع حكم محكمة النقض المصرية رقم 8208 لسنة 93 قضائية - جلسة 2024/4/22.  
(45) راجع حكم محكمة النقض المصرية رقم 15480 لسنة 92 قضائية - جلسة 2024/2/14.

ثانياً: دور محكمة النقض في تحديد مدى كفاية تحريات الشرطة لإدانة المتهمين بقضية تهريب المهاجرين:

فقضت المحكمة بأن: "وكان من المقرر أنه ولئن كان الاصل أن للمحكمة أن تُعوّل في تكوين عقيدتها على التحريات باعتبارها معززة لما ساقته من أدلة، إلا أنها لا تصلح وحدها لأن تكون قرينة معينة أو دليلاً أساسياً على ثبوت التهمة بعناصرها، فإنّ تدليل الحكم على قيام الركن المادي لهذه الجريمة يكون غير سائغ وقاصراً عن حمل قضائه، خاصةً وأنّ مجرى التحريات لم يبين للمحكمة مصدر تحرياته لمعرفة ما إذا كان من شأنها أن تؤدي إلى صحة ما انتهى إليه من أنّ هناك ثلاثة أفراد قد قاموا بالفعل بتشكيل جماعة إجرامية قبل عام سابق على ارتكاب الواقعة ودون أن ينسب لهذا التشكيل ارتكاب أي واقعة سابقة على واقعة الدعوى الماثلة، فإنّ التحريات بهذه المثابة لا تعدو أن تكون مجرد رأي لصاحبها يخضع لاحتمالات الصحة والبطلان والصدق والكذب إلى أن يُعرف مصدره ويتحدد كنهه ويتحقق القاضي منه بنفسه حتى يستطيع أن يبسط رقابته على الدليل ويُقدر قيمته من حيث صحته أو فساده وإنتاجه في الدعوى أو عدم إنتاجه، وإذ كانت المحكمة قد جعلت أساس اقتناعها رأي محرر محضر التحريات، فإنّ حكمها يكون قد بُني على عقيدة حصّلها الشاهد من تحريه لا على عقيدة استقلت المحكمة بتحصيلها بنفسها، وكان الحكم المطعون فيه خلا من قيام الدليل على توافر الركن المادي لهذه الجريمة، وكانت مدونات الحكم والمفردات المضمومة قد خلت من دليل آخر للإدانة خلاف ما تقدّم فإنّ المحكمة تقضي بنقض الحكم المطعون فيه، والقضاء مجدداً ببراءة الطاعنين ممّا نُسب إليهما"<sup>(46)</sup>. وفي حكم آخر قضت بكيفية اعتماد المحكمة على

(46) راجع حكم محكمة النقض المصرية رقم 1122 لسنة 92 قضائية - جلسة 2022/11/5.

تحريات سلطات الضبط: " وكان تقدير جدية التحريات هو من المسائل الموضوعية التي تخضع لإشراف محكمة الموضوع، وللمحكمة أن تعول في تكوين عقيدتها على ما جاء بتحريات الشرطة باعتبارها قرينة معززة لما ساقته من أدلة أساسية، فإن ما يثيره الطاعن من تناقض تحريات الشرطة النهائية مع التحريات المبدئية والتي لم يتساند إليها في إدانة الطاعن ولم يورد لها ذكراً إنما ينحل إلى جدل موضوعي في تقدير أدلة الدعوى ولا يجوز مصادرتها فيه أمام محكمة النقض. لما كان ذلك، وكان من المقرر أنه بحسب الحكم كما يتم تدليله ويستقيم قضاؤه أن يورد من الأدلة المنتجة التي صحت لديه على ما استخلصه من وقوع الجريمة المسندة إلى المتهم ولا عليه أن يتعقبه في كل جزئية من جزئيات دفاعه لأن مفاد التفاته عنها أنه اطرحها ومن ثم فإن ما يثيره الطاعن بشأن خلو الأوراق من دليل يقيني على اقترافه الجريمة لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً في تقدير الدليل وفي سلطة محكمة الموضوع في وزن عناصر الدعوى واستنباط معتقدها وهو ما لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض. لما كان ما تقدم، فإن الطعن برمته يكون على غير أساس متعيناً رفضه موضوعاً<sup>(47)</sup>..

ثالثاً: دور محكمة النقض المصرية في تحديد صور الاتفاق في تهريب المهاجرين في ظل غياب المهربين وكذا تقدير المساهمة الجنائية في الجريمة وما الذي يجب توافره في حالات التلبس القانوني بالجريمة وهو حكم جامع شامل لكل التصورات القانونية لهذا الحكم: فقررت عدد المبادئ القانونية في حكم واحد فقضت بأن: " 1 - من المقرر أن الاتفاق على ارتكاب الجريمة لا يقتضي في الواقع أكثر من تقابل إرادة المساهمين ولا يشترط لتوافره مضي وقت معين ومن الجائز عقلاً وقانوناً أن تقع الجريمة بعد

(47) راجع حكم محكمة النقض المصرية رقم 5613 لسنة 90 قضائية - جلسة 11/3/2022.

الاتفاق عليها مباشرة أو لحظة تنفيذها تحقيقاً لقصد مشترك بين المساهمين هو الغاية النهائية من الجريمة أي أن يكون كل منهم قصد قصد الآخر في إيقاع الجريمة المعنية وأسهم فعلاً بدور في تنفيذها بحسب الخطة التي وضعت أو تكونت لديهم فجأة، وأنه يكفي في صحيح القانون لاعتبار الشخص فاعلاً أصلياً في الجريمة أن يسهم فيها بفعل من الأفعال المكونة لها، وكان ما أورده الحكم في بيان واقعة الدعوى مما سلف ومما ساقه من أدلة الثبوت كافياً بذاته للتدليل على اتفاق المتهمين على التهريب الغير شرعي للمهاجرين وأن كلاً منهم قارف فعلاً من الأفعال المكونة لها، فإن ما يثيره الطاعنون في هذا الصدد لا يكون سديداً. 2 - من المقرر أن للمحكمة أن تعول في تكوين عقيدتها على ما جاء بتحريات الشرطة باعتبارها معززة لما ساقته من أدلة ما دامت تلك التحريات قد عرضت على بساط البحث، وكان البين من مطالعة الحكم المطعون فيه - على خلاف ما يزعمه الطاعنون بوجه الطعن - أنه لم يعول في إثبات التهمة في حقهم على تحريات الشرطة وحدها بل استند في ذلك إلى أقوال من أجرى هذه التحريات وإلى أقوال شهود الواقعة، ومن ثم فإن منعى الطاعنين في هذا الشأن يكون ولا محل له. 3 - من المقرر أن القانون لا يوجب حتماً أن يكون رجل الضبط القضائي قد أمضى وقتاً طويلاً في التحريات، وأن له أن يستعين فيما يجريه منها بمعاونيه من رجال السلطة العامة والمرشدين السريين دون أن يكون ملزماً بالإفصاح عن هذه المصادر ما دام أنه اقتنع شخصياً بصحة ما نقل إليه، 4- من المقرر أن وزن أقوال الشهود وتقدير الظروف التي يؤديون فيها شهادتهم وتعويل القضاء على أقوالهم مهما وجه إليها من مطاعن وحام حولها من الشبهات كل ذلك مرجعه إلى محكمة الموضوع تنزله المنزلة التي تراها وتقدره التقدير الذي تطمئن إليه بغير معقب، 5- لما كان الأصل أن تُجرى المحاكمة باللغة الرسمية للدولة - وهي اللغة العربية - ما لم يتعذر

على إحدى سلطتي التحقيق أو المحاكمة مباشرة إجراءات ذلك التحقيق دون الاستعانة بوسيط يقوم بالترجمة أو يطلب منها المتهم ذلك ويكون طلبه خاضعاً لتقديرها، وإذا كان وكيل النيابة الذي أجرى التحقيق قد أثبت في محضره أن أحد الشهود - الشاهد الأول من المجني عليهم - يجيد التحدث باللغة العربية وأنه استعان به لترجمة أقوال المجني عليهم الآخرين، وكان الطاعنون لا يدعون في أسباب طعنهم أنهم طلبوا من جهة التحقيق الاستعانة بوسيط يتولى الترجمة عند سؤال باقي المجني عليهم، وكان مثل هذا الطلب يتعلق بمصلحة خاصة بهم ولم ينبهوا إليها، فإنه لا يقبل منهم ما يعونه في هذا الخصوص ما دام أن الجهة المذكورة لم تر من ناحيتها محلاً لذلك وقد تبينت مدلول أقوال المجني عليهم وردودهم على ما وجهته إليهم من أسئلة وهو أمر موضوعي يرجع إليها في تقدير الحاجة إليه" (48).

رابعاً: دور محكمة النقض في تفعيل صلاحيتها في تعديل وصف الجريمة من جريمة الهجرة غير الشرعية إلى جريم العلم بجريمة الهجرة غير الشرعية وعدم الإبلاغ عنها: فقضت المحكمة بأن: "حيث أن الثابت من الإطلاع على الأوراق أن المحكمة عدلت التهم المرفوعة بها الدعوى على الطاعنين من جناية الانضمام إلى جماعة إجرامية منظمة بغرض تهريب المهاجرين وارتكابها لجريمة تهريب المهاجرين ذات الطابع عبر الوطني حال كون من بين المجني عليهم أطفالاً وتعريض صحتهم وأمنهم للخطر ونقلهم وتهيئة وإدارة مكان لايواء المهاجرين مع علمهم بذلك إلى جريمة العلم بجريمة تهجير المجني عليهم هجرة غير شرعية دون إبلاغ السلطة المختصة بذلك ودون أن تنبه الطاعنين أو المدافع عنهما إلى هذا التعديل فإن التحوير

(48) راجع حكم محكمة النقض المصرية الطعن رقم 8535 لسنة 88 قضائية - جلسة 9/1/2021.

الذي أجرته المحكمة في هذا النطاق حين اعتبرت الطاعنين مرتكبين لجريمة العلم بتهجير المجني عليهم هجرة غير شرعية دون ابلاغ السلطات المختصة بذلك" (49).

خامسًا: دور محكمة النقض في تحديد مدى أثر رضا المجني عليه في جريمة الهجرة غير الشرعية على عقاب المتهمين: فقضت المحكمة بأن: "من بين الاهداف التي استهدفها الشارع حين اصدر القانون رقم 82 لسنة 2016 هو تحقيق الحماية للفئات الأكثر عرضه لمخاطر الهجرة الغير شرعية وهذه الفئات هي الشباب والأطفال وأسرهـم- ومن ثم فإن ما يثيره الطاعن من علم المجني عليه بتزوير تأشيرة سفر ورضائه بهذا الأمر يكون ولا محل له هذا إلى أنه وبفرض صحة هذا الرضا فإن لا يعفي الطاعن من مسئوليته الجنائية ولا أثر له على قيام الجريمة في حقه" (50).

سادسًا: دور محكمة النقض في تحديد شروط اعفاء المتهم في جريمة الهجرة غير الشرعية من العقاب: فقضت المحكمة بأن: " القانون لم يرتب الاعفاء من العقوبة بعد علم السلطات بالجريمة إلا بالنسبة للمتهم الذي يسهم ببلاغه اسهامًا ايجابيًا ومنتجًا وجدياً في معاونة السلطات للتوصل إلى مرتكب الجرائم المعاقب عليها بمقتضي أحكام هذا القانون والكشف عن الجرائم الخطيرة المنصوص عليها في المواد من ذلك القانون باعتبار أن هذا الاعفاء نوع من المكافأة منحها الشارع لكل من يؤدي خدمة للعدالة فإن لم يكن للتبليغ فائدة أو لم يتحقق صدفة بأن كان غير متمس بالمجدية والكفاية

(49) راجع حكم محكمة النقض المصرية الطعن رقم 2374 لسنة 93 قضائية - جلسة 8 / 1 / 2024.

(50) راجع حكم محكمة النقض المصرية الطعن رقم 15480 لسنة 92 قضائية - جلسة 14 / 2 / 2024.

فلا يستحق صاحبه الاعفاء لانتفاء مقوماته وعدم تحقق حكمة التشريع لعدم بلوغه النتيجة التي يجزى عنها بالاعفاء وهي تمكين السلطات من وضع يدها على مرتكبي تلك الجريمة»<sup>(51)</sup>.

سابعًا: دور محكمة النقض في ترسيخ الزام المتهمين بتحمل نفقات سكن المهاجرين ومعيشتهم ومن يرافقهم: قضت المحكمة بأن: "لما كان الحكم المطعون فيه قد اغفل القضاء بعقوبة الزام الطاعن بتحمل نفقات سكن المهاجرين ومعيشتهم ومن يرافقهم لحين انتهاء الاجراءات القضائية والإدارية المنصوص عليها في القانون - فإنه يكون قد خالف القانون مما كان يؤذن لمحكمة النقض تصحيح هذا الخطأ"<sup>(52)</sup>.

## الخاتمة

كرس الدستور المصري الحالي الصادر عام 2014 لحق المواطن في الهجرة بالنص في المادة (62) منه على أن: " حرية التنقل والإقامة والهجرة مكفولة..."، فلكل مواطن حق الخروج من وطنه إلى أي بلد آخر سعيًا وراء الرزق وطلبًا للعلم ومن أجل السياحة والترفيه وهربًا من خطر يهدد حياته..ألخ؛ إلا أن هذا الحق لا بد للمواطن أن يمارسه في إطار القانون الوطني وما تفرضه من شروط وقيود معينه وفي إطار التشريعات والاتفاقيات والبروتوكولات الدولية، وإذا مورس خارج هذا الإطار يعد عمل غير مشروع ويطلق عليها الهجرة غير الشرعية. وقد تناول بحثنا الموسوم بعنوان: "

(51) راجع حكم محكمة النقض المصرية الطعن رقم 19473 لسنة 92 قضائية - جلسة 12/2023 /11.

(52) راجع حكم محكمة النقض المصرية الطعن رقم 3843 لسنة 92 قضائية - جلسة 7/3/2023.

المواجهة القانونية المصرية لظاهرة الهجرة غير الشرعية " تعريف واسباب الهجرة غير الشرعية وكذا النصوص الدستورية وأحكام القضاء الدستوري المتعلقة بها، وتطرقتنا فيه لمحاولة شرح قانون مكافحة الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين رقم 82 لسنة 2016 وتعديله تحت رقم 22 لسنة 2022 وخلصنا من دراستنا إلى عدد من النتائج التالية:

أولاً: هناك عدد من الأسباب تعد الدافعة بشدة للهجرة غير الشرعية للدول المتقدمة دول العالم الأول "المستقبلية" خصوصاً في ظل القيود التي تفرضها هذه الدول على الهجرة المشروعة، ومن هذه الظروف ظروف اقتصادية، وسياسية، ودينية، واجتماعية، إعلامية وغيرها من هذه الأسباب.

ثانياً: يوجد عدد من النصوص الدستورية والمتعلقة بالحقوق الأساسية للمواطنين والتي إذا فعلت حقاً ستحد حدًا كبيرًا من الهجرة غير الشرعية، وهذه النصوص متوافرة في الدستور المصري؛ فتفعيل النصوص الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات ووضعها موضع التطبيق الفعلي، وخروجها من ضفتي كتاب الدستور لتكون حية متحركة سيقى كثيرًا من الهجرة غير الشرعية ويمكننا القول بأن تفعيل هذه النصوص سيكون بمثابة تطبيق فعلي لمقولة: "الوقاية خيرٌ من العلاج". وهو ما يدفع دول العالم المتقدم للضغط على دول العالم المصدرة للهجرة لتفعيل حقوق الإنسان لديها وإعطائها الإعانات المالية لذلك.

ثالثاً: جاء قانون مكافحة الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين رقم 82 لسنة 2016 وتعديله بالقانون 22 لسنة 2022 كتطور للتشريعات المصرية المتخصصة في مجال مكافحة الهجرة غير الشرعية بداية من قانون 64 لسنة 2010 والخاص بمكافحة الاتجار في البشر واضعًا الهجرة غير الشرعية جريمة وسط جرائمه؛ والذي جاء كنتيجة لانضمام مصر لاتفاقية الأمم

المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لعام 2000 بناء على تصديق رئيس الجمهورية بالقرار رقم 297 لسنة 2004.

رابعًا: ورد بقانون مكافحة الهجرة غير الشرعية تنظيم قانوني متكامل لهذه الجريمة بداية من وضع تعريفات محددة بكل ما يتعلق بهذه الجريمة، مرورًا بتحديد الركن المادي للجريمة وصور ارتكاب هذه الجريمة، والركن المعنوي للجريمة، وسأوى بين الشروع في ارتكاب الجريمة والفعل الكامل للجريمة، وتحدث عن الإعفاء من العقوبة حال الإبلاغ عنها قبل ضبطها من قبل سلطات الدولة وأجهزة الأمن فيها، أو ساعد في ضبط باقي المهربين ومتحصلات الجريمة. كما وضع عقوبة لكل من علم بالجريمة أو الشروع فيها أو بأحد أركانها ولم يبلغ. وأنشأ القانون صندوق تابع لمجلس الوزراء مسمى: " صندوق مكافحة الهجرة غير الشرعية وحماية المهاجرين والشهود". وتفعيل التعاون الأمني والقضائي مع دول العالم في مجال مكافحة الهجرة غير الشرعية؛ إلا أن القانون به مثالب منها عدم تناسب العقوبة مع الأفعال المجرمة، وكذلك المساواة بين الجريمة الكاملة والشروع فيها، وعدم تحقيق الحماية الكاملة للشهود وضحايا الهجرة غير الشرعية؛ عدم مساءلة المهاجر " المهرب" سواء جنائيًا أو مدنيًا بالرغم من ارتكابه جرائم مخالفة للقانون الوطنى المصرى، وكذا اعتدائه على سيادة الدولة المهاجر إليها وهو على علم ومدرك إدراك كامل لأركان الجريمة بحجة أنه ضحية وهو ما لا يحقق الردع العام للمهاجرين.

خامسًا: بالرغم من العقوبات الغليظة التى جاء بها القانون ضد المهربين والمساهمين في هذه الجريمة وتفعيل التعاون الدولي في مجال التعاون الأمني والقضائي؛ إلا أن عمليات الهجرة غير الشرعية لازالت موجودة بل في ازدياد بالرغم من المخاطر التي يتعرض لها المهاجرين والتي تصل إلى فقد الحياة، وارتفاع تكاليف الهجرة غير الشرعية التي تدفع

للمهريين، ويرجع ذلك إلى اننا نسعى إلى وضع العلاج الخارجي للظاهرة دون علاج الأسباب الحقيقية الدافعة للهجرة غير الشرعية، وهو ما سيجعل هناك وجود للهجرة غير الشرعية.

سادسًا: لا بد من تغيير عنوان القانون واستبدال عبارة "الهجرة غير الشرعية" بعبارة "الهجرة غير النظامية" حتى يتوافق مع الاتفاقيات الدولية وفكرة أن المهاجر غير النظامي هو مجني عليه وليس جاني متهم.

سابعًا: رسخت محكمة النقض وفصلت ووضعت قانون الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين رقم 82 لسنة 2016 وتعديله بالقانون رقم 22 لسنة 2022 موضع التطبيق بشكل يحقق الهدف من اصداره بداية من تحديد أركان الجريمة، وصورها، العقوبات المقررة على الفاعلين الأصليين والمساهمين، وشروط الاعفاء من العقوبة... الخ.

وفي النهاية أذكر قول الإمام الشافعي: كلما أدبني الدهر أراني نقص عقلي وكلما أزدت علما زادني علما بجهلي.

## ثُبت المراجع

أولاً: الكتب:

- طارق عبد الحميد الشهاوي: الهجرة غير الشرعية رؤيا مستقبلية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2009.
- دينا عبد العزيز فهمي: المواجهة الجنائية لجرائم الهجرة غير الشرعية في ضوء القانون رقم 82 لسنة 2016 والقانون المقارن، دار النهضة العربية، مصر، 2018.
- عبد الحلیم بن مشري؛ حسينة شرون: الهجرة غير الشرعية دراسة في القانونين الجنائي والدولي، دار الوفا، الإسكندرية، مصر، ط1، 2021.
- عبد اللطيف محمد عمر: الهجرة غير الشرعية، المصرية للنشر والتوزيع، 2016.
- عمرو مسعد عبد العظيم: المواجهة الجنائية والأمنية لجرائم الهجرة غير الشرعية، دار النهضة العربية، مصر، 2016.
- ونيسة الحمروني الورفلي: الهجرة غير الشرعية في دول غربي المتوسط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط1، 2016.

ثانياً: الرسائل العلمية:

- عبد العزيز عقبة: ظاهرة الهجرة غير الشرعية، رسالة ماجستير، كلية الاقتصاد والعلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة قاصد مرباح، ورقلة، الجزائر، 2019.

ثالثاً: المجالات العلمية:

- أحمد رشاد سلام: الهجرة غير المشروعة في القانون المصري دراسة في إطار فقه القانون الدولي الخاص، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، مصر، مجلد (67)، عدد 2011.
- أحمد سعد محمد حسين: الاتجاهات الحديثة حول الهجرة غير النظامية في القانون الدولي العام، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة حلوان، عدد (37)، ديسمبر 2017.
- جوهر قوادري صامت: حماية حق الطفل الجانح في حرية التنقل في ضوء السياسة الجنائية الجزائرية المعاصرة، الملتقى الدولي السنوي للبحث العلمي: التربية على المواطنة

- وحقوق الإنسان، مركز حقوق جيل البحث العلمي، طرابلس، 2018.
- خالد حنفي علي: حرية التنقل معضلة الفجوة بين المبادئ والواقع، مجلة الديمقراطية، مؤسسة الأهرام، مجلد (17)، عدد (68)، أكتوبر 2017.
- سعيد أحمد قاسم: الحماية الجنائية الموضوعية لجريمة تهريب المهاجرين في القانون 82 لسنة 2016 في شأن مكافحة الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين دراسة مقارنة، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، مصر، عدد (1)، 2018.
- عادل السيد محمد علي: مكافحة الهجرة غير المشروعة في ميزان القانون ورقابة القضاء، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، فرع دمنهور، مصر، العدد (45)، إبريل 2024.
- عادل ماجد: الهجرة غير الشرعية وحقوق الإنسان، دراسات في حقوق الإنسان، الهيئة العامة للاستعلام، عدد (14)، يوليو 2024.
- عزة عبد الفتاح محمد عكاشة: حق التنقل والقيود الواردة عليه في القانون الدولي وقت الظروف الاستثنائية آثار حق التنقل على المهاجرين جائحة كورونا نموذج، مجلة الشريعة والقانون بطنطا، جامعة الأزهر، عدد (36)، ج (4)، 2021.
- فتيحة كركوش: الهجرة غير الشرعية في الجزائر دراسة تحليلية نفسية اجتماعية، مجلة دراسات نفسية وتربوية، جامعة سعد دحلب، البلدية، مجلد (4)، يونيو 2010.
- محمد ذكري إدريس: المواجهة الجنائية للجماعة الإجرامية المنظمة، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة مدينة السادات، مصر، مجلد (8)، عدد (2)، 2022.
- محمد علي محمد التائب: آليات مكافحة الجنائية لظاهرة الهجرة غير الشرعية وفقاً لأحكام القانون الليبي، مجلة الدراسات الاقتصادية، كلية الاقتصاد، جامعة سرت، مجلد (2)، عدد (2)، إبريل 2019.
- مولود مغمولي: حرية الفرد في التنقل بين الشريعة والقانون، مجلة ايليزا للبحوث والدراسات، مجلد (7)، العدد (1)، ديسمبر 2022.
- نايف عبد الرحمن محمد العليق: القيود الواردة على حرية التنقل في ظل جائحة كورونا، مجلة مسارات في الأبحاث والدراسات القانونية، ع (21)، 2021.



# تنظيم الرهن التأميني في قانون تنظيم القطاع العقاري البحريني رقم (27) لسنة 2017

قراءة تحليلية تأصيلية

سيد إبراهيم محسن العلوي

## الملخص

يحاول هذا البحث تقديم دراسة أكاديمية نقدية لواحد من أبرز التأمينات العينية في القانون البحريني والمقارن، وهو الرهن التأميني الذي يُكسب الدائن حقاً عينياً على عقار يكون له بمقتضاه الأفضلية على الدائنين العاديين والتالين له في المرتبة في استيفاء حقه في أي يد يكون متخذاً من المنهج التحليلي التأصيلي طريقاً لمعالجة المشكلة المتمثلة بمدى جدوى تنظيم الرهن التأميني في قانون تنظيم القطاع العقاري الصادر بموجب القانون رقم (27) لسنة 2017 في ظل تنظيمه في القانون المدني الصادر بموجب المرسوم بقانون رقم (19) لسنة 2001، وذلك بهدف تقييم النصوص المستحدثة تمهيداً لمعرفة المبرر من وجودها في ظل وجود التنظيم العام في القانون المدني.

ولهذا كان من المهم البدء بمدخل تمهيدي يتناول ماهية الرهن التأميني ونطاق تطبيقه في قانون تنظيم القطاع العقاري لاحظنا من خلاله اختلاف تعريف الرهن التأميني عن القانون المدني من حيث جواز رهن العقار الحكمي بصراحة، واختلاف نطاق التطبيق عن القانون المدني تأسيساً على أن تطبيقه لا يمتد لكل الرهون، وإنما يقتصر على رهون خاصة تتعلق بالبيع على الخريطة، والعقار المشترك، والوحدة العقارية المملوكة على الشيوع، وحق المساطحة، والإيجار طويل الأمد، وحق الانتفاع، وهذا لا يدل -

قطعاً - على المبرر المقبول من تنظيم الرهن التأميني مجدداً، فالعبرة ليست باختلاف الرهون المخاطبة بالقانون، وإنما بوجود الحاجة الفعلية لاستحداث هذه النصوص بما يتماشى مع نطاق تطبيق الرهون الخاصة.

وبعد الانتهاء من المدخل التمهيدي، تناول المبحث الأول نشأة الرهن التأميني وفقاً لقانون تنظيم القطاع العقاري، ولاحظنا فيه من جانب بأن الشروط العامة لا تختلف عن القانون المدني سوى في التفويض التشريعي - الذي لم يبين جزاء المخالفة - لمؤسسة التنظيم العقاري بتحديد شخص المرتهن في بعض أنواع الرهون، وجواز رهن فترة المنفعة لصاحب حق الانتفاع، والمساحة، والإيجار طويل الأمد، وهو موقفٌ مرفوض لتعارضه مع غاية الرهن المتمثلة باستيفاء المرتهن حقه من ثمن بيع العقار المرهون، ومن جانب آخر بأن الشروط الخاصة تختلف من حيث الشكلية المطلوبة لانقضاء الرهن، فقانون تنظيم القطاع العقاري يتطلب للانقضاء شكلاً مزدوجاً يتمثل في الكتابة الرسمية والقيود، في حين لا يتطلب القانون المدني إلا الكتابة الرسمية، والقيود لإشهار الرهن حتى يكون حجة تجاه الكافة.

ومن ثم تناول المبحث الثاني آثار وانقضاء الرهن التأميني وفقاً لقانون تنظيم القطاع العقاري، ورأينا في المطلب الأول من ناحية الآثار فيما بين الراهن والمرتهن - بخلاف الآثار فيما بين المرتهن والغير التي لم يرد فيها جديداً سوى إجراءات مباشرة التتبع - استحداث المشرع لعدة أمور، أولها جواز الاتفاق على عدم ترتيب الراهن لأي حق عيني على العقار المرهون للغير إلا بإذن المرتهن وفقاً للمادة (86)، وثانيها جواز الأمر بحجز إيراد العقار المرهون إذا تبين للمحكمة مماثلة الراهن في تنفيذ الالتزام بهدف الإضرار بالمرتهن وفقاً للمادة (ب/88)، وثالثها جواز حوالة الحق الشخصي المضمون للغير بشرط تسجيل التنازل لدى الجهاز، وموافقة المدين وفقاً للمادة (ب/91) بخلاف القانون المدني الذي لا يشترط موافقة المدين أو إعلانه إلا لنفاذ الحوالة، ورابعها النص على إجراءات خاصة للتنفيذ على العقار المرهون تختلف عن الإجراءات الواردة في قانون التنفيذ وفقاً للمواد (101-105)، ورأينا كذلك في المطلب الثاني المخصص لانقضاء الرهن التأميني بأن المشرع لم يأت بأي جديد يُذكر في قانون تنظيم القطاع العقاري، فما أورده في المادة (97) ليس إلا تكراراً لما ورد في المواد (995-996-997) من القانون المدني.

وختامًا، خلص البحث لضرورة التراجع عن جواز رهن المنافع بإلغاء المادتين (98-99)، وحذف بعض نصوص قانون تنظيم القطاع العقاري لوجودها بالصيغة ذاتها أو بصيغة مشابهة في القانون المدني، وإجراء التعديلات اللازمة على البعض الآخر وفقًا لما تم مناقشته، ولعل أهمها إضافة الجزاء المدني المترتب على مخالفة المادة (82)، والعدول عن البطلان المطلق في حال عدم تخصيص الرهن، والعدول عن البطلان المطلق كذلك لشرط التملك عند عدم الوفاء، وشرط الطريق الممهّد. الكلمات المفتاحية: الرهن التأميني، الراهن، المرتهن، قانون تنظيم القطاع العقاري، القانون المدني.

### Abstract

This research presents a critical academic study of one of the most prominent real securities in Bahraini and comparative law: the mortgage, which grants the creditor a real right over real estate, thereby giving them priority over ordinary and lower-ranking creditors in satisfying their rights, regardless of whose possession the property is in. The study adopts an analytical and doctrinal approach to address the issue of the effectiveness of regulating mortgages under the Real Estate Sector Regulation Law No. (27) of 2017, given its existing regulation under the Civil Code promulgated by Decree-Law No. (19) of 2001. The objective is to assess the newly introduced provisions to determine the justification for their existence in light of the general regulation in the Civil Code.

Accordingly, it was essential to begin with a preliminary introduction addressing the nature of the mortgage and its scope of application under the Real Estate Sector Regulation Law. This introduction highlighted differences in the definition of a mortgage from that in the Civil Code, particularly in explicitly permitting the mortgage of notional real estate. It also identified differences in the scope of application, as the Real Estate Sector Regulation Law does not extend to all types of mortgages but is limited to specific cases related to off-plan sales, shared properties, co-owned real estate units, superficies rights, long-term leases, and usufruct rights. However, this does not necessarily justify re-regulating mortgages, as the primary consideration should not be the types of mortgages covered by the law but rather the actual necessity of introducing these provisions in line with the scope of application of special mortgages.

Following the preliminary introduction, the first section examined the emergence of mortgage regulation under the Real Estate Sector Regulation Law. It was observed that the general conditions do not differ significantly from

the Civil Code, except for the legislative delegation-without specifying a sanction for non-compliance-granted to the Real Estate Regulatory Authority to determine the mortgagee in certain types of mortgages. Additionally, the law permits the mortgaging of usufruct rights, superficies, and long-term leases, a stance that is deemed unacceptable as it contradicts the fundamental purpose of a mortgage, which is to satisfy the mortgagee's rights from the proceeds of the sale of the mortgaged property. Moreover, specific conditions for the formation of a mortgage differ in terms of the formal requirements for its conclusion. The Real Estate Sector Regulation Law mandates a dual formality requirement-official writing and registration-whereas the Civil Code requires only official writing, with registration serving merely to establish enforceability against third parties.

The second section explored the effects and termination of mortgages under the Real Estate Sector Regulation Law. The first subsection, concerning the effects of a mortgage between the mortgagor and the mortgagee-aside from its effects on third parties, where no significant new provisions were introduced except for procedures regarding direct pursuit-identified several legislative innovations. First, Article (86) permits an agreement preventing the mortgagor from creating any real right over the mortgaged property without the mortgagee's consent. Second, Article (88)(b) allows the court to seize the revenue of a mortgaged property if it finds that the mortgagor is delaying fulfillment of obligations with the intent to harm the mortgagee. Third, Article (91)(b) permits the assignment of secured personal rights to third parties, subject to registration with the authority and the debtor's consent-unlike the Civil Code, which only requires notification or acceptance by the debtor for the assignment to be enforceable. Fourth, Articles (101-105) introduce specific enforcement procedures for foreclosing on mortgaged properties, differing from those in the Execution Law. The second subsection, on mortgage termination, found that the legislator introduced no substantial novelties in the Real Estate Sector Regulation Law, as Article (97) merely reiterates provisions found in Articles (995-997) of the Civil Code.

In conclusion, the study recommends revoking the permissibility of mortgaging usufruct rights by repealing Articles (98-99), removing certain provisions of the Real Estate Sector Regulation Law that are identical or similar to those in the Civil Code, and amending others as discussed. The most significant recommendations include adding civil sanctions for violations of Article (82), abandoning absolute nullity for failure to specify the mortgage, and reconsidering absolute nullity for the ownership-upon-default clause and the prearranged sale condition.

**Keywords:** Mortgage, Mortgagor, Mortgagee, Real Estate Sector Regulation Law, Civil Code.

## 1 - التعريف بموضوع البحث وأهدافه

إزاء النمو الذي شهده - ولا زال يشهده - العالم في القطاع العقاري، سعت مختلف الدول لتوفير المناخ العقاري الجاذب للمستثمرين من خلال تفعيل الدور القانوني بسنّ التشريعات ذات الصلة بتنظيم وتطوير القطاع العقاري التي سيكون من شأنها رفع كفاءة العمليات التجارية العقارية، وتنظيمها بصورة فعّالة بالشكل المتوافق مع الرؤية التشريعية التي أُنشئت من أجلها<sup>(1)</sup>، ومن هذه الدول البحرين التي أصدر مشرعها بتاريخ 24/7/2014 قانون رقم (28) لسنة 2014 في شأن التطوير العقاري، قبل أن يقوم بإلغائه بتاريخ 27/7/2017م عبر إصداره لقانون تنظيم القطاع العقاري بموجب القانون رقم (27) لسنة 2017<sup>(2)</sup>.

قانونٌ جاء بالكثير من الإصلاحات التشريعية، وسد الكثير من الثغرات التي وقع فيها القانون السابق، فأنشأ مؤسسة التنظيم العقاري التي ألزمها بمباشرة كل ما يلزم لتنظيم القطاع العقاري في البحرين، ونظّم بعض الأمور المستحدثة لأول مرة في التشريع البحريني كالبيع على الخريطة في المواد

(1) من هذه الدول الإمارات التي أصدر مشرعها - بإمارة أبو ظبي - القانون رقم (3) لسنة 2015 في شأن تنظيم القطاع العقاري في إمارة أبو ظبي، والأردن الذي أصدر مشرعها قانون الملكية العقارية رقم (13) لسنة 2019، وقطر الذي أصدر مشرعها قانون رقم (6) لسنة 2014 بتنظيم التطوير العقاري، والعراق الذي أصدر مشرعها قانون الاستثمار رقم (13) لسنة 2006 المعدل بالقانون رقم (2) لسنة 2010، والقانون رقم (50) لسنة 2015، والجزائر التي أصدر مشرعها قانون ( 04/11 ) لسنة 2011 بشأن القواعد التي تنظم الترقية العقارية.

(2) تنص المادة (2/3) من ديباجة هذا القانون على أن: "يلغى القانون رقم (28) لسنة 2014 في شأن التطوير العقاري".

(18-34)<sup>(3)</sup>، وحق المساطحة في المادة (78)، وأعاد تنظيم بعض الأمور التي نظمها فيما سبق في القانون المدني الصادر بموجب المرسوم بقانون رقم (19) لسنة 2001 كحق الانتفاع في المادة (77)، والرهن التأميني في المواد (80-97) لما يُشكله من أهمية في تطوير القطاع العقاري<sup>(4)</sup>، مقررًا في الوقت نفسه سريان أحكام القانون المدني بصفة احتياطية عند خلو قانون تنظيم القطاع العقاري من النص الخاص<sup>(5)</sup>.

والرهن التأميني الذي يعنينا في هذا البحث هو من أهم التأمينات

(3) راجع دراسات عن البيع على الخريطة لدى: وفاء الجناحي، المسؤولية عن الضمان العشري في البيوع على الخرائط وفق التشريع البحريني: قراءة في القانون رقم 27 لسنة 2017 بشأن تنظيم القطاع العقاري والقرارات التنفيذية الصادرة لتنفيذه، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة 7، العدد 3، 2019م. ومحمد محمد القطب مسعد، أحكام عقد البيع على خريطة، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية (كلية الحقوق - جامعة مدينة السادات)، المجلد 6، العدد 1، 2020م.

(4) ذهبت هيئة التشريع والرأي القانوني إلى أن تناول المشرع البحريني لأحكام الرهن التأميني في قانون تنظيم القطاع العقاري يعود لما يشكله هذا الرهن من أهمية في تطوير القطاع العقاري، وذلك بقولها: "إن المشرع تناول بشكل مفصل أحكام خاصة للرهن التأميني، نظراً لما يشكله هذا الرهن من أهمية في التطوير العقاري، حيث أجاز المشرع أن يقع الرهن التأميني على عقار قائم حكماً، وأن يكون رهن ذلك العقار هو مشتري الوحدة العقارية من مشاريع البيع على الخريطة والمسجل في سجل قيد مشاريع التطوير العقاري، واتساقاً مع ما تقدم سمح كذلك للدائن أن يكتسب حقاً عينياً على عقار قائم حكماً لضمان الوفاء بدينه".

انظر الرأي القانوني رقم (ف 3/2020) الصادر بتاريخ 16/3/2020 عن هيئة التشريع والرأي القانوني. والجدير بالملاحظة فإن هذا الرأي، وغيره من الآراء الصادرة من هيئة التشريع والرأي القانوني، والتي سنستعين بها في هذا البحث منشورة في الموقع الإلكتروني: <https://www.lloc.gov.bh/LegalOpinion/Search>، وتجنباً للتكرار لن تتم الإشارة للموقع مرة أخرى.

(5) تنص المادة (ج/80) من قانون تنظيم القطاع العقاري على أن: "تسري أحكام القانون المدني، فيما لم يرد بشأنه نص خاص في أحكام هذا الباب".

العينية التي تؤدي دوراً مهماً في تأمين الدائن من خطر عدم تنفيذ المدين لالتزامه عند حلول الأجل بتخصيصها عقاراً معيناً للوفاء بحق الدائن في أي يد كانت، ودون مزاحمة من الدائنين العاديين والتالين له في المرتبة، وإن تنظيمه مرة أخرى في قانون تنظيم القطاع العقاري موقفٌ يدعو للتأمل، والتساؤل عن المبرر الذي دفع بالمشرع لذلك في ظل تنظيمه السابق في القانون المدني، والمشرع كما يُقال بأنه سيد العقلاء يجب تنزيهه عن العبث واللغو<sup>(6)</sup>، فهل جاء في قانون تنظيم القطاع العقاري بنصوصٍ مستحدثة أم بنصوصٍ مكررة وردت فيما سبق في القانون المدني؟

للإجابة عن هذا التساؤل، وبهدف معرفة مدى الجدوى من تنظيم الرهن التأميني في قانون تنظيم القطاع العقاري جاءت هذه الدراسة متبعةً في ذلك التحليل والتأصيل للنصوص التشريعية المتعلقة بالرهن التأميني على أمل الخروج في نهاية المطاف بإجابة وافية لوجود المبرر من عدمه من جهة، ومدى الحاجة لإجراء التعديلات اللازمة من جهة أخرى.

## 2 - أهمية موضوع البحث:

تتمثل أهمية موضوع البحث في أنه الدراسة الأولى للرهن التأميني وفقاً لقانون تنظيم القطاع العقاري البحريني، فلم يسبق لأحد الباحثين - بحسب بحثنا واطلاعنا - دراسة هذا الموضوع في ضوء قانون تنظيم القطاع

---

(6) وتؤكد على ذلك ما توجهت إليه هيئة التشريع والرأي القانوني بقولها: "وحيث إنه من المستقر عليه في مجال تفسير النصوص القانونية...تنزيه المشرع عن اللغو، فالمشرع يعبر عن إرادته التي يهدف التفسير إلى استجلائها بألفاظ وعبارات، وكل عبارة أو كلمة لها عند المشرع قصدٌ ومعنى، ولو قيل بغير ذلك لكان مَدْخلاً لإهمال المستفاد من ألفاظ وعبارات المشرع بمقولة أنها زائدة".

انظر الرأي القانوني رقم (665/ف/42/2018) الصادر بتاريخ 5/7/2018.

العقاري، بل وكذلك القانون المدني، فكل ما ورد ليس إلا كتباً منهجية تتضمن شرحاً للنصوص، ومخصصةً لطلبة كليات الحقوق.

### 3 - مشكلة البحث :

نظم المشرع البحريني الرهن التأميني في القانون المدني الصادر بموجب المرسوم بقانون رقم (19) لسنة 2001، ومن ثم قام بتنظيمه بنصوص خاصة في قانون تنظيم القطاع العقاري الصادر بموجب القانون رقم (27) لسنة 2017 مقررًا سريان أحكام القانون الأول بصفة احتياطية عند خلو القانون الثاني من النص الخاص، ولهذا تدور مشكلة البحث في الإجابة عن التساؤل التالي: مدى الحاجة لوجود تنظيم تشريعي للرهن التأميني في قانون تنظيم القطاع العقاري في ظل وجود التنظيم العام في القانون المدني؟، فهل هناك مبرر لوجود مثل هذا التنظيم أم أن أحكام القانون المدني كافية؟.

### 4 - منهجية البحث :

سنعتمد في كتابة هذا البحث على المنهج التحليلي التأصيلي من خلال تحليل النصوص القانونية المنظمة للرهن التأميني في قانون تنظيم القطاع العقاري، وتأصيلها للقواعد العامة المقررة في الفقه، والقانون المدني البحريني والمقارن في بعض الأحيان، مع الاستعانة بأحكام القضاء إن وجدت، وآراء هيئة التشريع والرأي القانوني، والاستدلال بآراء الفقه الإسلامي متى اقتضت الحاجة.

### 5 - خطة البحث :

ارتأينا من المناسب تقسيم البحث إلى مبحثين يسبقهما مدخل تمهيدي بعنوان ماهية الرهن التأميني ونطاق تطبيقه في قانون تنظيم القطاع العقاري،

ويتناول المبحث الأول منهما نشأة الرهن التأميني وفقاً لقانون تنظيم القطاع العقاري من خلال مطلبين، أولهما عن الشروط العامة لنشأة الرهن التأميني، وثانيهما عن الشروط الخاصة لنشأة الرهن التأميني، بينما يتناول المبحث الثاني منهما آثار وانقضاء الرهن التأميني وفقاً لقانون تنظيم القطاع العقاري من خلال مطلبين، أولهما عن آثار الرهن التأميني، وثانيهما عن انقضاء الرهن التأميني، وفي الختام انتهى البحث بخاتمة تضمنت أهم النتائج التي توصلنا لها، وأبرز التوصيات التي نأمل من المشرع البحريني الأخذ بها قدر الإمكان.

### مدخل تمهيدي

#### ماهية الرهن التأميني ونطاق تطبيقه في قانون تنظيم القطاع العقاري

عرف القانون الروماني التأمينات الشخصية كالتضامن والكفالة قبل التأمينات العينية التي لم تظهر إلا بعد التمييز بين الشيء والحق الوارد عليه من جهة، وأنواع الحقوق الخاصة من جهة أخرى<sup>(7)</sup>، وذلك في صورتين،

(7) يرى العلامة السنهوري بأن هناك سببين أديا لظهور التأمينات الشخصية قبل العينية: أولاً: إن التأمينات العينية تستوجب حضارة أكثر نمواً، فكان يسبقها تنظيم حق الملكية، وما يتبع هذا الحق من حقوق متفرعة، فضلاً عن التمييز بين الحقوق العينية الأصلية، والحقوق العينية التبعية على اعتبار أن التأمينات العينية ليست إلا حقوقاً عينية تبعية، وهذا يستوجب نمواً في الحضارة، وتنوعاً في الحقوق، ولهذا جاءت بعد التأمينات الشخصية التي لم تكن تستوجب إلا ضم ذمة إلى ذمة أخرى على قدر من المساواة. ثانياً: إن ظهور التأمينات الشخصية قبل العينية أمر طبيعي لأن المدينون كانوا من الفقراء، فلا يملكون ما يقدمونه من تأمينٍ عيني، إذ كان التأمين العيني يقوم على العقار، وكان العقار مُلك لجميع الأسرة، ويمثل الأسرة قانوناً رئيسها بصفته حائزاً للعقار لا مالكاً له، ولذلك يقوم أفراد الأسرة باللجوء للتأمينات الشخصية، وما يساعدهم على ذلك التضامن بين أفراد الأسرة.

لمزيد من التفاصيل راجع: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني

الأولى تتمثل في نقل ملكية الشيء المرهون للدائن الذي يلتزم بعد ذلك بإعادة نقل الملكية للمدين عندما يقوم بالوفاء<sup>(8)</sup>، والثانية تتمثل في انتقال حيازة الشيء المرهون إلى الدائن مع بقاء ملكية هذا الشيء للمدين<sup>(9)</sup>، فظهر على إثر ذلك التأمين الحيازي<sup>(10)</sup>، وبعد هاتين الصورتين ظهرت بعد مدة صورة أكثر تطوراً تتمثل في بقاء الشيء المرهون تحت حيازة المدين، ومنح

(التأمينات الشخصية والعينية)، ج10، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004م، ص11.

(8) عبّر الدكتور أسعد دياب عن هذه الصورة بالبيع الوفاي، وهو تعبير في محله لأن بيع الوفاء كان في بدايته عند القانون الروماني يُلزم الدائن بتسليم المبيع للمدين عند إعادة الثمن، ويُعاب على هذا الأسلوب تجريد المدين من ملكية الشيء المرهون، وإمكانية تصرف الدائن بالمال المرهون، وعندما يستعيد المدين المبيع لا يستعيده إلا بالحقوق التي رتبها الدائن باعتباره الخلف الخاص لسلفه الدائن، وهذا ما أدى إلى ترك هذا الأسلوب، واللجوء لأسلوب حيازة الشيء المرهون.

لمزيد من التفاصيل راجع: أسعد دياب، أبحاث في التأمينات العينية، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، د.س، ص8. وسمير عبدالسيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية (الكفالة - الرهن الرسمي - حق الاختصاص - الرهن الحيازي - حقوق الامتياز)، ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1996م، ص9.

(9) علي كحلون، التعليق على مجلة الحقوق العينية وقانون التحيين، ط3، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015م، ص357.

(10) عرّفت محكمة التمييز البحرينية هذا الرهن بأنه: "...عقد به يلتزم شخص، ضماناً لدين عليه أو علي غيره، أن يسلم إلي الدائن أو إلى شخص آخر يعينه المتعاقدان، شيئاً يترتب عليه للدائن حق عيني يخوله حبس الشيء حتى استيفاء الدين، وأن يتقدم الدائنين العادين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من هذا الشيء في أي يد تكون...".

حكم تمييز بحريني صادر بمناسبة الطعن رقم (19) لسنة 2022 بجلسة 19/6/2023م. والجدير بالملاحظة فإن هذا الحكم وغيره من الأحكام الصادرة من محكمة التمييز البحرينية، والتي سنستعين بها في هذا البحث منشورة في الموقع الإلكتروني للمجلس الأعلى للقضاء: <https://ahkam.sjc.bh>، وتجنباً للتكرار لن تتم الإشارة للموقع مرة أخرى.

الدائن حق تتبع هذا الشيء، وهو ما يُعرف بالتأمين غير الحيازي<sup>(11)</sup>، ولهذا يُقال بأن الرهن التأميني لم يكن ذو شأنٍ كبير في القانون الروماني<sup>(12)</sup>. وكان الرهن في القانون الروماني بنوعين الحيازي والتأميني يرد على العقار والمنقول<sup>(13)</sup>، وسار على خُطاه القانون المدني الفرنسي القديم لغاية القرن السادس عشر، ومنذ ذلك الوقت صار الرهن التأميني يقتصر على العقار، والرهن الحيازي يقتصر على المنقول، وهو الموقف ذاته المقرر في القانون المدني الفرنسي النافذ مع اختلافٍ طفيفٍ يتمثل بجواز رهن المنقول والعقار حيازياً<sup>(14)</sup>، وهو أيضاً الموقف ذاته الذي تبناه القانون المدني المصري<sup>(15)</sup>، والكثير من القوانين العربية<sup>(16)</sup>.

- (11) علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، ط1، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2014م، ص832.
- (12) راجع هذا الرأي لدى: أحمد عبد التواب محمد بهجت، الوجيز في شرح أحكام الضمانات العينية والشخصية (الرهن الرسمي - الرهن الحيازي - الامتياز - الاختصاص - الكفالة)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010م، ص33.
- (13) ذهب رأي ضعيف إلى عدم جواز رهن الأرض في القانون الروماني، ذلك أن قانون الألواح الأثني عشر لئن كان لا يترفق بالمدين، إلا أنه لا يسمح بمصادرة أرضه، فالالتزام رابطة بين شخصين لا ذمتين، والأرض لا تنفصل عن الأسرة، فللدائن استرقاق المدين، ووضع يده على أرض المدين دون أن يكون مالكا لها أو حائزا على تأمين عيني عليها، إذ كانت ملكية المدين مصنونة أكثر من جسده، والحقيقة بأن هذا الرأي يخلط بين التأمين العيني والحق العيني الأصلي المتمثل بالملكية. لمزيد من التفاصيل راجع: فوستيل دي كولانج، وترجمة عباس بيومي، المدينة العتيقة (الأسرة عند الإغريق والرومان)، ط1، وكالة الصحافة العربية، الجيزة، 2023م، ص54-55.
- (14) مُشار إليه لدى: عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص216.
- (15) تنص المادة (1097) من القانون المدني المصري الصادر بموجب القانون رقم (131) لسنة 1948 على أن: "لا يكون محلاً للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني من منقول وعقار".
- (16) منها القانون المدني القطري الصادر بموجب القانون رقم (22) لسنة 2004، والقانون المدني الكويتي الصادر بموجب المرسوم بقانون رقم (67) لسنة 1980، والقانون

أما بخصوص الشريعة الإسلامية فقد أجازت الرهن بإجماع الفقهاء المسلمين بدليل قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانَ مَقْبُوضَةً﴾<sup>(17)</sup>، وما جاء من نصوص في السنة النبوية منها ما ورد عن عبد الله بن سنان قال: "سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن السلم في الحيوان والطعام ويرتهن الرجل بماله رهنا؟ قال: نعم استوثق من مالك"<sup>(18)</sup>، وما ورد عن أبي حمزة عن أبي جعفر عليه السلام قال: "سألته عن الرهون والتكفيل في بيع النسيئة قال: لا بأس به"<sup>(19)</sup>.

وليس صحيحًا القول بأن الفقه الإسلامي لا يعرف الرهن التأميني باعتبار القبض شرطًا لصحة الرهن أو لزومه<sup>(20)</sup>، فالحقيقة بأن محل الخلاف ليس إلا في القبض لأول مرة، فلو أقبضها الراهن للمرتهن ثم ارتجها صح الرهن، ولزم طرفيه بلا خلاف<sup>(21)</sup>، فضلًا عن أن تحرير السند الرسمي للرهن، وحيازة المرتهن له تجعله قادرًا على بيع العقار المرهون لاستيفاء حقه من الثمن عند امتناع الراهن عن الوفاء بعد حلول الأجل، وهذا بحد

- 
- المدني السوري الصادر بموجب المرسوم بقانون رقم (84) لسنة 1949، والقانون المدني العراقي الصادر بموجب القانون رقم (40) لسنة 1951.
- (17) سورة البقرة - الآية رقم (283).
- (18) لمزيد من التفاصيل راجع: محمد بن الحسن الحر العاملي، تفصيل وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، ج18، ط2، مؤسسة آل البيت (عليهم السلام) لإحياء التراث، قم، 1993م، ص379 وما بعدها.
- (19) محمد بن الحسن الطوسي، تهذيب الأحكام في شرح المقنعة للشيخ المفيد، ط1، دار الكتب الإسلامية، طهران، د.س، ص168.
- (20) لمزيد من التفاصيل راجع: روح الله الموسوي الخميني، تحرير الوسيلة، ط1، مؤسسة علي سعد وشركاء للتجليد، دمشق، 1998م، ص5.
- (21) السيد علي الطباطبائي، رياض المسائل، ج8، ط1، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، 1998م، ص506.

ذاته كافيًا لصحة الرهن كما ذهب أحد الفقهاء المسلمين، ولو بقيت يد الراهن على العقار المرهون<sup>(22)</sup>.

زد على ذلك بأن الرأي الصحيح هو عدم اعتبار القبض شرطًا لا في صحة الرهن، ولا في لزومه تأسيسًا على أن الرهن كسائر العقود يتم بإيجاب وقبول، ومتى انعقد على الوجه الشرعي لزم طرفيه بحكم قوله سبحانه: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، وقاعدة المؤمنون عند شروطهم، ولا يتوقف لزومه أو صحته لا على القبض، ولا على غير القبض لانتفاء الدليل الشرعي على ذلك، فالآية الشريفة: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَان مَّقْبُوضَةً﴾ لا تدل على وجوب القبض لأنها لم تتطرق لحكم الرهن في السفر، بل لحكم الدين في السفر مقررةً الرهان على سبيل الإرشاد في حال عدم وجود سبيل للكتابة، وأما الحديث الوارد عن الإمام الباقر عليه السلام: "لا رهن إلا مقبوض"<sup>(23)</sup>، فقد أجيب عنه بضعف السند، وبأنه جاء على سبيل الإرشاد كما جاءت الآية الشريفة<sup>(24)</sup>.

وأما بالنسبة لوضع الرهن التأميني في القانون البحريني، فقد مرّ في عدة مراحل من التطور، أولها عندما نظّمه المشرع في قانون العقود (الملغي)

(22) انظر هذا الرأي بمعنى مقارب لدى: ناصر مكارم الشيرازي، رسالة توضيح المسائل (العبادات والمعاملات)، ط1، دار جواد الأئمة (ع) للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2011م، ص376.

(23) أورد هذه الرواية صاحب مستدرك الوسائل عن دعائم الإسلام عن أبي عبدالله الإمام الصادق عليه السلام بقوله: روينا عن أبي عبدالله (عليه السلام)، أنه قال: لا يكون الرهن إلا مقبوضاً". راجع في ذلك: ميرزا حسين النوري الطبرسي، مستدرك الوسائل ومستنبط المسائل، ج13، ط3، مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، بيروت، 1991م، ص419.

(24) محمد جواد مغنية، فقه الإمام جعفر الصادق (عرض واستدلال)، ج4، ط1، منشورات الرضا، بيروت، 2012م، ص24-25.

لسنة 1969، وثانيها عندما نظّمه المشرع في القانون المدني متبنيًا موقف القانونين الفرنسي والمصري، ومُلغيًا التنظيم الوارد في قانون العقود، وآخرها عندما نظّمه تنظيمًا خاصًا في قانون تنظيم القطاع العقاري دون إلغاء التنظيم الوارد في القانون المدني، ومعرفةً إياه بأنه: "عقد به يكسب الدائن حقًا عينياً على عقار قائم فعلاً أو حكماً يكون له بموجبه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ذلك العقار في أيّ يد يكون".

تعريفٌ في حقيقته يتشابه إلى حد كبير مع تعريف القانون المدني البحريني<sup>(25)</sup>، وهيئة التشريع والرأي القانوني<sup>(26)</sup>، على أن هذا التشابه لا يصل لدرجة التطابق، فالظاهر بأن التعريف الوارد في قانون تنظيم القطاع العقاري يتميز بعبارة اكتساب الدائن حقًا عينياً على عقار قائم فعلاً أو حكماً، في حين أن التعريفين السابقين لم ينصا على تخصيص العقار فعلاً أو حكماً، وإنما أطلقا وصف العقار دون تحديد.

ومع ذلك، لا يُحدث هذا الاختلاف أي إشكال لسببين، الأول منهما تأصيل جواز رهن العقار الحكمي على جواز التعاقد في حال كان محل الالتزام شيئاً مستقبلياً<sup>(27)</sup>، إذ يسمح القانون البحريني بالتعاقد على محل

---

(25) عرّف القانون المدني البحريني الرهن التأميني بأنه: "عقد به يكسب الدائن على عقار حقاً عينياً يكون له بموجبه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ذلك العقار في أي يد يكون".

(26) عرفت هيئة التشريع والرأي القانوني الرهن التأميني بأنه: "...العقد الذي يترتب به للدائن حق عيني على عقار معين مخصص لضمان الوفاء بالدين بحيث إذا تخلف المدين عن الوفاء بالالتزام كان للدائن الحق في التنفيذ على هذا العقار تحت أي يد كان، واقتضاء حقه من ثمنه...". انظر الرأي القانوني رقم (ف 99/2013) الصادر بتاريخ 2016/2/1.

(27) ويُستثنى من ذلك التعامل في شركة إنسان على قيد الحياة، ولو كان برضائه. لمزيد من التفاصيل حول جواز التعاقد على شيء مستقبل الوجود راجع في ذلك: سليمان مرقس،

قابل للوجود في المستقبل طالما كان وجوده ليس رهيناً بمحض الصدفة<sup>(28)</sup>، وما دام أن رهن العقار الحكمي لن يكون وجوده رهيناً بمحض الصدفة فيكون الرهن صحيحاً من هذه الجهة، والثانية منهما جواز القياس على صحة إنشاء الرهن التأميني ضماناً لدين مستقبلي، إذ يسمح القانون البحريني بذلك طالما تم تحديد مبلغ الالتزام المضمون<sup>(29)</sup>، وما دام التعاقد على التزام مستقبلي جائزاً، فما المانع من التعاقد على عقار حكمي.

وعند الرجوع لتعريف قانون تنظيم القطاع العقاري، نلاحظ بأنه أبرز ثلاث مقومات للرهن التأميني، أولها بأنه ينشأ بموجب عقد بين طرفيه الراهن والمرتهن<sup>(30)</sup>، وثانيها بأنه يرد على العقار فقط سواءً أكان موجوداً فعلاً أم حكماً، وثالثها بأنه يُكسب المرتهن حقاً عينياً يمنحه ميزة التقدم على الدائنين العاديين والتالين له في المرتبة باستيفاء حقه من العقار المرهون في

---

الوافي في شرح القانون المدني (في الالتزامات: العقد والإرادة المنفردة)، مج 1، ط 4، مطبعة عالم الكتب، القاهرة، 1987م، ص 260. وعبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي)، ج 1، ط 2، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1963م، ص 165. ومأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، مج 1، ط 2، مطابع دار القلم، بيروت، 1972م، ص 154.

(28) تنص المادة (104/أ) من القانون المدني البحريني على أن: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ما لم يكن وجود هذا الشيء رهيناً بمحض الصدفة".

(29) تنص المادة (952) من القانون المدني البحريني على أن: "يجوز أن يترتب الرهن ضماناً لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالي، كما يجوز أن يترتب ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين".

(30) جرت العادة أن يتم الرهن بين المدين الراهن والدائن المرتهن، إلا أنه ليس ثمة مانع من رهن الغير عقاراً لصالح المرتهن، ويعرف الراهن في هذه الحالة بالكفيل العيني، وهذا ما أكدته المادة (ب/ 83) من قانون تنظيم القطاع العقاري: "ويجوز أن يكون الرّاهن نفس المدين أو كفيلاً عينياً يقدم رهناً لمصلحة المدين".

أيّ يدّ يكون، وهي في حقيقتها المقومات ذاتها التي جاءت في تعريف القانون المدني البحريني، وكتب الفقه<sup>(31)</sup>، ولم يأتِ المشرع بأيّ جديد يُذكر سوى بفكرة جواز رهن العقار الموجود حكمًا، وقد قمنا بتأصيلها فيما سبق إلى جواز التعاقد على محل قابل للوجود في المستقبل.

هذا، وإذا كان الاتفاق وارد في التعريفات، إلا أنه ليس كذلك في نطاق التطبيق، فقد بيّن المشرع نطاق تطبيق النصوص المنظمة للرهن التأميني في قانون تنظيم القطاع العقاري في المادة (أ/ 80) بقوله: "تسري أحكام هذا الباب على رهنّ العقارات والوحدات العقارية إذا كانت تتعلق ببيع على الخريطة أو عقار مشترك أو وحدة مملوكة على الشئوع أو حق مساطحة أو حق إيجار طويل الأمد أو حق انتفاع أو غير ذلك من التصرفات التي يصدر بتحديدتها قرار من مجلس الإدارة".

ويمكننا تسجيل الملاحظات التالية على النص السابق:

أولاً: يشير النص إلى أن تنظيم الرهن التأميني في قانون تنظيم القطاع العقاري ليس من فراغ لأن نطاق تطبيقه يختلف عن القانون المدني، ولكن

---

(31) راجع على سبيل المثال: نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية (الرهن الرسمي - حق الاختصاص - الرهن الحيازي - حقوق الامتياز - الكفالة)، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007م، ص38 وما بعدها. ومحمد حسين منصور، النظرية العامة للإيمان (صور الإيمان وضمائنه والوسائل التقليدية والحديثة لحمايته الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، التمويل العقاري)، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005م، ص215 وما بعدها. وتوفيق حسن فرج، التأمينات الشخصية والعينية (دراسة لعقد الكفالة والرهن والاختصاص والامتياز)، ط1، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، د.س، ص91 وما بعدها. ومحمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (التأمينات العينية: الرهن الرسمي وحق الاختصاص والرهن الحيازي وحقوق الامتياز)، ط2، دار الهدى، عين مليلة، 2021م، ص17 وما بعدها.

العبرة ليست باختلاف الرهون المخاطبة بأحكام القانون بقدر ماهية الحاجة الفعلية لاستحداث هذه النصوص بما يتماشى مع نطاق تطبيق الرهون المذكورة، فإذا انتفت الحاجة وجب عدم إصدار النص، فالمشروع بما أنه سيد العقلاء لا يأتي بنصوص تشريعية دون غاية يرمي لتحقيقها.

ثانياً: قرر المشروع سريان أحكام قانون التنظيم العقاري على ستة أنواع من الرهون التأمينية، أولها المتعلقة بالبيع على الخريطة أي بيع العقار المُفرز على الخريطة قبل الإنشاء أو اكتمال البناء<sup>(32)</sup>، والمتعلقة بالعقار المشترك أي العقار الذي يتم تقسيمه للتملك أو الانتفاع المستقل<sup>(33)</sup>، والمتعلقة بالوحدة العقارية المملوكة على الشيوع أي تلك الوحدة التي يملكها أكثر من شخص، والمتعلقة بحق المساطحة أي الحق العيني الذي يجيز لصاحبه بناء منشآت أو أبنية على أرض الغير لمدة محددة<sup>(34)</sup>، والمتعلقة بالإيجار طويل الأمد أي الحق العيني العقاري الذي يمنح صاحبه حق الانتفاع بالعين المؤجرة طالما لم تقل مدة هذا الحق عن عشر سنوات<sup>(35)</sup>، والمتعلقة بحق الانتفاع أي الحق العيني الذي يجيز لصاحبه

(32) لمزيد من التفاصيل حول تعريف الفقه والتشريعات للبيع على الخريطة راجع: ضحي محمد سعيد، مفهوم بيع العقار على الخريطة وتكييفه القانوني "دراسة مقارنة"، مجلة الشريعة والقانون (جامعة الإمارات العربية)، السنة 26، العدد 49، 2012م، ص 231.

(33) وقد عرفه قانون تنظيم القطاع العقاري بأنه: "كامل المبنى أو أي جزء منه أو الأرض أو كلاهما، والتي يتم تقسيم أي منها إلى وحدات مخصصة للتملك أو الانتفاع المستقل. ويتم تحديد جزء من ذلك المبنى أو الأرض كأجزاء مشتركة".

(34) لمزيد من التفاصيل حول مفهوم حق المساطحة والإشكاليات التي يُثيرها راجع: ريباز أردلان بكر، حق المساطحة وإشكالياته، مجلة العلوم القانونية والسياسية (كلية الحقوق - جامعة ديالى)، المجلد 7، العدد 1، 2018م، ص 256 وما بعدها. وعمار محمود خلف، أحكام عقد المساطحة في الشريعة الإسلامية والقانون العراقي، مجلة كلية المعارف الجامعة، المجلد 30، العدد 1، 2020م، ص 218 وما بعدها.

(35) راجع تعريف الفقه المقارن لحق الإيجار طويل الأمد لدى: زينة غانم العبيدي وجاسم

استعمال العقار واستغلاله طوال المدة المعينة اتفاقاً أو قانوناً.

ثالثاً: أجاز المشرع في ختام النص لمجلس إدارة مؤسسة التنظيم العقاري تحديد تصرفات أخرى يسري عليها أحكام قانون تنظيم القطاع العقاري بموجب قرار إداري.

ويترتب على ما ذكر في الملاحظتين الثانية والثالثة عدم جواز تطبيق أحكام قانون تنظيم القطاع العقاري إذا لم يتعلق الرهن التأميني بأحد الأمور الستة الواردة في الملاحظة الثانية، ولم يصدر قرار إداري من مجلس إدارة مؤسسة التنظيم العقاري بضم أحد التصرفات القانونية، وذلك تأسيساً على أن التعداد الوارد في المادة (أ/ 80) جاء على سبيل الحصر لا المثال.

رابعاً: إذا خلا قانون تنظيم القطاع العقاري من معالجة أي مسألة تتعلق بالرهون الواردة في الملاحظة الثانية، فيجب تطبيق القانون المدني عملاً بنص المادة (ج/ 80): "تسري أحكام القانون المدني، فيما لم يرد بشأنه نص خاص في أحكام هذا الباب"، في الوقت الذي نرى فيه عدم ضرورة هذا النص لأن القاضي بطبيعة الحال سيلجأ لتطبيق القانون المدني عند خلو أي قانون خاص من النص سواءً وُجد نص المادة (ج/ 80) أم لا، وذلك بوصفه الشريعة العامة المنظمة للمعاملات الخاصة.

خضير الملا علي، تعريف حق الإجارة الطويلة وأسباب كسبها (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة بحوث مستقبلية (كلية الحدباء الجامعة)، بدون رقم مجلد، العدد 48، 2021م، ص32 وما بعدها.

## المبحث الأول

### نشأة الرهن التأميني وفقاً لقانون تنظيم القطاع العقاري

تبين مما سبق بأن الرهن التأميني سواء الخاضع لأحكام قانون التنظيم العقاري أم القانون المدني ينشأ عن عقد في الغالب الأعم بين طرفيه المدين الراهن والدائن المرتهن، وحتى ينشأ هذا العقد، ويمنح المرتهن حق عيني على العقار يجب أن تتوافر مجموعة من الشروط التي نص عليها القانون، وإذا كان المشرع بيّن نطاق تطبيق الرهن التأميني في قانون تنظيم القطاع العقاري في المادة (أ/ 80) كما أشرنا فيما تقدم، فهل هذا يعدّ مبرراً مقبولاً لتنظيمه نشأة الرهن التأميني في نصوص خاصة؟ نحاول في هذا المبحث الإجابة عن هذا التساؤل بتناول شروط نشأة الرهن التأميني وفقاً لقانون تنظيم القطاع العقاري من خلال مطلبين، نخصص أولهما للشروط العامة لنشأة الرهن التأميني، ونخصص ثانيهما للشروط الخاصة، وذلك على النحو التالي:

#### المطلب الأول

##### الشروط العامة لنشأة الرهن التأميني

##### وفقاً لقانون تنظيم القطاع العقاري

يُقصد بالشروط العامة لنشأة الرهن التأميني تلك الشروط التي يجب أن تتوافر في كل عقد حتى يعتد به القانون، ويترتب على تخلف بعض هذه الشروط البطلان المطلق أو النسبي بحسب الأحوال، ولذلك قد يقدر البعض بأن البحث في الشروط العامة في هذا الصدد لا يعدّ مجدداً طالما تكفلت القواعد العامة بتنظيمها، وأن ما سيكتب هنا لن يأتي بأي جديد، وسيكون مجرد تكرار لما ورد في الكتب الفقهية العامة، ولكنه تقديرٌ يجانب الصواب

بسبب تنظيم المشرع البحريني لبعض أحكام هذه الشروط في نصوص خاصة في قانون تنظيم القطاع العقاري<sup>(36)</sup>.

وعليه، نحاول في هذا المطلب التعرض للشروط العامة بالتحليل والتأصيل في فرعين، نخصص الأول للشروط العامة بركن الرضاء، والثاني للشروط العامة بركن المحل، وذلك فيما يأتي:

### الفرع الأول

#### الشروط العامة بركن الرضاء

#### وفقاً لقانون تنظيم القطاع العقاري

يكتمل وجود ركن الرضاء في العقد - كقاعدة عامة - باقتران الإيجاب بالقبول وفقاً للشروط التي نص عليها القانون، فليس على الموجب إلا التعبير عن إرادته - بأي وسيلة لا تخالف النظام العام - بتقديم العرض الجازم المحدد المشتمل على المسائل الجوهرية لطبيعة العقد<sup>(37)</sup>، وليس

---

(36) لم ينظم المشرع البحريني ركن السبب في قانون تنظيم القطاع العقاري، ولم نر وجود أي خصوصية لهذا الركن في الرهن التأميني عما هو مذكور في القواعد العامة الأمر الذي يستوجب استعباده من بحثنا مكثفين بالإحالة للمراجع العامة تجنباً للتكرار. لمزيد من التفاصيل حول السبب راجع: حسن علي الذنون، شرح القانون المدني - أصول الالتزام، ط1، مطبعة المعارف، بغداد، 1970م، ص132 وما بعدها. وعبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام، ج1، ط1، المطبعة العالمية، القاهرة، 1960م، ص100 وما بعدها.

(37) وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز البحرينية بأن: "... الإيجاب هو العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه - على وجه جازم - عن إرادته إبرام عقد معين بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد ولا يعتبر التعاقد تاماً وملزماً إلا بتوافر الدليل على تلاقي إرادة المتعاقدين على قيام الالتزام ونفاذه". حكم تمييز بحريني صادر بمناسبة الطعن رقم (146) لسنة 2013 بجلسة 2015/2/24م.

على الموجب له إلا التعبير عن إرادته بالقبول المطابق لهذا العرض.

توصيفاً في حقيقته لا يختلف مع الرهن التأميني، إذ يكتمل هذا الركن باقتران الإيجاب الصادر من الراهن، والقبول المطابق من المرتهن<sup>(38)</sup>، ولا فرق في هذا الصدد بين الرهن التأميني الخاضع لقانون تنظيم القطاع العقاري، والرهن التأميني الخاضع للقانون المدني، ويترتب على ذلك جواز نشأة الرهن التأميني ممن ينوب عن طرفيه، فيجوز للراهن أو المرتهن توكيل شخص آخر لإبرام عقد الرهن، ولكن يجب من جهة الراهن والمرتهن أن يكون التوكيل رسمياً، ويجب من جهة الراهن فقط أن يكون التوكيل خاصاً أي يبيح للوكيل إبرام العقد بموجب عبارة خاصة في محرر التوكيل نفسه، في حين لا يجب من جهة المرتهن التوكيل الخاص الذي يبيح للوكيل إبرام العقد<sup>(39)</sup>، وهذا ما أكدته المادة (أ/644) من القانون المدني البحريني<sup>(40)</sup>، وما جرى عليه العمل بمحكمة التمييز البحرينية<sup>(41)</sup>.

على أن المشرع البحريني خرج عما تقدم في فرضية شخص المرتهن عندما أجاز في المادة (82) من قانون تنظيم القطاع العقاري لمجلس إدارة

(38) ويجوز كذلك أن يحصل العكس، فيكون الإيجاب صادر من المرتهن، والقبول صادر من الراهن.

(39) لمزيد من التفاصيل راجع: نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 44.

(40) تنص المادة (أ/644) من القانون المدني البحريني على أن: "لابد من وكالة خاصة في كل تصرف ليس من أعمال الإدارة، وبوجه خاص في التبرعات والبيع والصلح والرهن والإقرار والتحكيم وكذلك في توجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء".

(41) قضت محكمة التمييز البحرينية بما يلي: "من المقرر وفقاً لنص المادة 644/أ من القانون المدني انه لا بد من وكالة خاصة في كل تصرف ليس من أعمال الإدارة وبوجه خاص في التبرعات والبيع والصلح والرهن والافرار والتحكيم وكذلك في توجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء". حكم تمييزي بحريني صادر بمناسبة الطعن رقمي (1930) و(1942) لسنة 2019 بجلسة 18/3/2020م.

مؤسسة التنظيم العقاري تحديد شخص المرتهن بالشخص الاعتباري الخاص المتمثل بمؤسسة التمويل المالية المرخصة من قبل مصرف البحرين المركزي لمزاولة التمويل العقاري<sup>(42)</sup>، ويعد هذا الجواز موقفاً مستحدثاً ليست له أصولاً تشريعية في أحكام الرهن التأميني في القانون المدني، ولعل أبرز تساؤل يثيره عن الجزاء القانوني المترتب على مخالفة أحكام هذه المادة؟

للإجابة عن هذا التساؤل ينبغي في البدء القول بأن مخالفة هذه المادة لا تثير أي إشكال بخصوص اكتمال ركن الرضاء بين الراهن والمرتهن، فإذا صدر من مجلس إدارة مؤسسة التنظيم العقاري قراراً بتحديد شخص المرتهن في أي رهن خاضع لأحكام قانون تنظيم القطاع العقاري، ولم يلتزم الراهن والمرتهن بذلك، فلا يثور أي إشكال بخصوص وجود ركن الرضاء الذي لا يوجب الالتزام بهذه المادة، وإنما الإشكال يثور في الآثار القانونية الناجمة عن هذه المخالفة أي هل يكون الرهن التأميني صحيحاً أم لا؟

في واقع الأمر، لم يضع المشرع جزاءً على مخالفة المادة (82)، إلا أنه يفهم من خلال استقراء المادة (أ/80) من القانون نفسه بأن الرهن التأميني لا ينعقد إلا بعد قيده لدى جهاز المساحة والتسجيل العقاري، وطالما خالف الراهن والمرتهن إرادة المشرع التي أفصح عنها في المادة (82)، فإن النتيجة المتوقعة عدم قيد الموظف المختص في الجهاز لهذا الرهن، وبذلك يكون الرهن في نهاية المطاف باطلاً لعدم قيده لدى الجهاز.

ومهما يكن من أمر، فإذا كان اقتران الإيجاب بالقبول كافياً لوجود

(42) تنص المادة (82) من قانون تنظيم القطاع العقاري على أن: "يجوز لمجلس الإدارة أن يشترط في بعض أنواع الرهن التأميني الخاضعة لأحكام هذا القانون أن يكون الدائن المرتهن مؤسسة تمويل مرخصة من قبل مصرف البحرين المركزي لمزاولة نشاط التمويل العقاري بالمملكة".

الرضاء في الرهن التأميني، فإنه غير كافٍ لصحة هذا الرضاء الذي لا يكون صحيحاً إلا إذا صدر عن ذي أهلية، وخالياً من العيوب التي تشوبه، ولم ينظم المشرع في قانون تنظيم القطاع العقاري عيوب الإرادة<sup>(43)</sup>، مكتفياً بتنظيم أهلية الراهن في المادة (83) بقوله: "مع عدم الإخلال بأحكام المادة (98) من هذا القانون، يجب أن يكون الرَّاهن مالاً للعقار المرهون أو الوحدة العقارية المرهونة وأهلاً للتصرف فيها".

وأول ما يُلاحظ اقتصار المشرع على معالجة أهلية الراهن دون المرتهن، وعلة ذلك أن الرهن لا يُلزم المرتهن بأي التزام متقابل بوصفه من العقود الملزمة للراهن فقط، فهو بالنسبة للمرتهن من التصرفات النافعة نفعاً محضاً التي لا تتطلب منه إلا أن يكون صبيّاً مميّزاً يتجاوز سنه سبع سنوات<sup>(44)</sup>.

وثاني ما يُلاحظ اشتراط المشرع لأهلية التصرف بالنسبة للراهن، وهذه الأهلية بطبيعة الحال تختلف باختلاف شخص الراهن، فإذا كان المدين هو الراهن أُعتبر الرهن بالنسبة إليه من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، ووجب عندئذٍ - لصحة هذا الرهن - تمتعه بأهلية التصرف<sup>(45)</sup>، وإلا كان الرهن باطلاً بطلاناً نسبياً في حال نقص الأهلية، وباطلاً بطلاناً مطلقاً في

(43) والعلة من هذا الموقف واضحة، إذ لا يثير موضوع عيوب الإرادة أي خصوصية في الرهن التأميني، ولهذا أثر المشرع على عدم معالجته، ونحن نسير على خطى المشرع باستبعاد عيوب الإرادة من نطاق البحث لعدم وجود أي جديد يُذكر.

(44) قضت محكمة التمييز البحرينية بأن: "المقرر أنه وفقاً للمادة 74 من القانون المدني أنه إذا كان الصبي مميّزاً كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً، أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر...". حكم تمييز بحريني صادر بمناسبة الطعن رقم (677) لسنة 2011 بجلسة 2013/1/7م.

(45) راجع بمعنى مقارب: سمير عبدالسيد تناغو، مرجع سابق، ص 62.

حال انعدام الأهلية<sup>(46)</sup>، أما إذا كان الكفيل العيني هو الراهن أعتبر الرهن بالنسبة إليه من التصرفات الضارة ضرراً محضاً، ووجب عندئذٍ تمتعه بأهلية التصرف، وإلا كان الرهن باطلاً بطلائعاً مطلقاً<sup>(47)</sup>.

ولعل الإشكال الذي يثور في هذا الصدد هو عما إذا كان الرهن من أعمال التصرف أم أعمال الإدارة بالنسبة للصبي المميز المأذون بإدارة أمواله دون التصرف فيها، وتبرز هنا أهمية التمييز بين أعمال التصرف وأعمال الإدارة، ويذهب الاتجاه الغالب في الفقه<sup>(48)</sup> إلى اعتبار الرهن من أعمال التصرف تأسيساً على أن الراهن يُقدم على تصرفٍ خطيرٍ يُثقل العقار المرهون بحق عيني تبغي يقلل من صلاحياته، ويعزز أحد الفقهاء<sup>(49)</sup> هذا الاتجاه بقوله أن المعيار الواجب اتباعه ليس نوع التصرف، وما إذا كان ناقل أم غير ناقل للملكية أو الحقوق العينية الأخرى، وإنما كل تصرف في أصل الشيء هو من أعمال التصرف، وطالما كان الرهن التأميني يرد على أصل الشيء فهو دائماً من أعمال التصرف، ولا يجوز صدوره من الصبي المميز المأذون بإدارة أمواله.

وخلافاً لهذا الاتجاه، نذهب إلى أن الرهن التأميني من أعمال الإدارة لا التصرف تأسيساً على أن أعمال التصرف هي تلك الأعمال التي تؤدي إلى افتقار الذمة المالية بخروج أحد عناصرها الإيجابية، وطالما كان الرهن التأميني لا يُخرج العقار المرهون من ذمة المدين، فلا يعدّ من أعمال

(46) انظر بمعنى مقارب: محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 239.

(47) راجع بمعنى مقارب: سمير عبدالسيد تناغو، مرجع سابق، ص 62.

(48) راجع هذا الاتجاه لدى: أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني، ط 5، دار العدالة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2012م، ص 165. وأحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص 43-44.

(49) راجع هذا الرأي لدى: سمير عبدالسيد تناغو، مرجع سابق، ص 62-63.

التصرف، ويكون المعيار الواجب اتباعه لتمييز أعمال التصرف عن أعمال الإدارة هو نوع التصرف، فإذا كان التصرف ناقل للملكية أُعتبر من أعمال التصرف، وإذا كان غير ناقل للملكية أُعتبر من أعمال الإدارة.

وعلى كل حال يمكننا القول بأن المشرع البحريني - بمعالجته لأهلية الراهن في قانون تنظيم القطاع العقاري - لم يأت بأي جديد يُذكر، ولا ينال من ذلك خلو النصوص القانونية المتعلقة بالرهن التأميني من معالجة أهلية الراهن، ذلك أن القواعد العامة أوردت تنظيمًا كافيًا لأهلية المتعاقدين، ولا يوجد ما يمنع من تأصيل المعالجة التشريعية المتعلقة بأهلية الراهن إليها، فالمادة (73/أ) أوردت حكم البطلان المطلق لجميع تصرفات الصغير غير المميز<sup>(50)</sup>، والمادة (74) أوردت حكم صحة تصرفات الصغير المميز إذا كانت نافعة نفعًا محضًا، وبطلانها بطلانًا مطلقًا إذا كانت ضارة ضررًا محضًا، وبطلانها بطلانًا نسبيًا إذا كانت دائرة بين النفع والضرر<sup>(51)</sup>.

(50) تنص المادة (73/أ) من القانون المدني البحريني على أن: "ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله، وتكون جميع تصرفاته باطلة".

(51) تنص المادة (74) من القانون المدني البحريني على أن: "إذا كان الصبي مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعًا محضًا، وباطلة متى كانت ضارة ضررًا محضًا. أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر...".

ومن التطبيقات القضائية قضت محكمة التمييز البحرينية بأن: "المقرر أن مفاد نصوص المواد (2/74)، (113)، (116) من القانون المدني أن التصرفات المالية للصبي المميز والدائرة بين النفع والضرر تكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر، ويؤول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد... وأنه إذا قضى بإبطال العقد القابل للإبطال اعتبر كأن لم يكن أصلاً، وأن الحق في إبطال العقد يسقط إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات من وقت زوال سببه... ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب". حكم تمييز بحريني صادر بمناسبة الطعن رقم (764) لسنة 2015 بجلسة 9/5/2017م.

## الفرع الثاني الشروط العامة بركن المحل وفقاً لقانون تنظيم القطاع العقاري

بعيداً عن اختلاف الفقهاء بشأن تمييز محل العقد عن محل الالتزام<sup>(52)</sup>، فالعملية القانونية التي تنصرف إليها إرادة طرفي التعاقد هي محل العقد<sup>(53)</sup>، ولهذا فإن محل الرهن التأميني إذا نظرنا إليه من جهة الراهن فهو العقار المرهون، وإذا نظرنا إليه من جهة المرتهن فهو مقابل الرهن التأميني أي الالتزام المضمون، الأمر الذي يوجب - من حيث المبدأ - تناول شروط كلاهما في هذا الفرع، إلا أنه سيراً على نهج المشرع في قانون تنظيم القطاع العقاري، وما تعارف عليه الفقه من فصل مقابل الرهن التأميني عن الشروط الواردة على العقار المرهون، نركز في هذا الفرع على شروط العقار المرهون تاركين شروط مقابل الرهن التأميني للمطلب الثاني.

وفي هذا الصدد أوجبت المادتين (83 و84) من قانون تنظيم القطاع العقاري عدة شروط في العقار المرهون، أولها أن يكون الراهن مالاً للعقار المرهون، وثانيها أن يكون العقار موجوداً فعلاً أو حكماً، وثالثها أن يصح التعامل بالعقار، وبيعه استقلالاً بالمزاد العلني، ونتناول هذه الشروط تباعاً:

---

(52) راجع في هذا الشأن: سعد محمد الهاجري وصالح أحمد اللهيبي، تداخل أركان العقد والالتزام دراسة تحليلية مقارنة بين القانونين الإماراتي والكويتي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 21، العدد 3، 2024م، ص 395 وما بعدها.

(53) انظر بمعنى مقارب: جابر محجوب علي وآخرون، النظرية العامة للالتزام، ج 1، ط 1، دار لمار للنشر والتوزيع والترجمة، الجيزة، 2022م، ص 211.

أولاً: أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون

"مع عدم الإخلال بأحكام المادة (98) من هذا القانون، يجب أن يكون الرّاهن مالكا للعقار المرهون أو الوحدة العقارية المرهونة... ويجوز أن يكون الرّاهن نفس المدين أو كفيلاً عينياً يقدم رهناً لمصلحة المدين" (54).

باستقراء النص السابق يتبين اشتراط المشرع - بما لا يدع مجالاً للشك - لملكية الراهن للعقار المرهون متفقاً في ذلك مع الفقه الإسلامي<sup>(55)</sup>، والحكمة من ذلك تتمثل في أن رهن العقار يمنح المرتهن ميزة استيفاء حقه من هذا العقار بالتقدم على الدائنين العاديين والتالين له في المرتبة، فإذا لم يكن الراهن هو المالك، فلا محل لاعتبار المرتهن متقدماً على الدائنين باستيفاء حقه من عقار الغير.

والحقيقة بأن الشق الأول من النص لا يوجد ما يقابله في القانون المدني، ومفاد ذلك يدل - لأول وهلة - على عدم سماح المشرع في قانون تنظيم القطاع العقاري برهن مُلك الغير خلافاً للقانون المدني الذي سمح به للراهن شريطة أن يقره المالك في محرر رسمي، فإذا لم يقره الأخير لا يترتب للدائن حق الرهن إلا من الوقت الذي يصبح فيه العقار المرهون مملوكاً للراهن<sup>(56)</sup>، ولكن هل هذا يعني بأن رهن مُلك الغير وفقاً لقانون تنظيم القطاع العقاري باطلاً؟

(54) المادة (83) من قانون تنظيم القطاع العقاري.

(55) يشترط الفقه الإسلامي لصحة الرهن جواز تصرف الراهن فيه، فإذا قام الراهن برهن مُلك الغير لم يصح هذا الرهن إلا بإجازة المالك.

راجع في ذلك: السيد علي السيستاني، المسائل المنتخبة (العبادات والمعاملات)، ط12، دار المؤرخ العربي، بيروت، 2005م، ص341.

(56) تنص المادة (945) من القانون المدني البحريني على أن: "إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون، فإن عقد الرهن لا ينفذ في حق المالك إلا إذا أقره بورقة رسمية، وإذا

قد يتجه البعض لعدم بطلان رهن مُلك الغير بدليل أن المشرع لم يقض به صراحةً كما فعل في نصوصٍ أخرى<sup>(57)</sup>، إلا أن هذا التوجه برأينا يجانب الصواب، ونرى بأن الصحيح هو بطلان رهن مُلك الغير حتى لو لم يقض المشرع به صراحةً، ذلك أن قيد الرهن لدى الجهاز هو شرط لانعقاد الرهن وفقاً لقانون تنظيم القطاع العقاري، ورهن مُلك الغير لا يتيح للراهن والمرتهن قيده لأن القيد سيكون من غير المالك، وسيمنع الموظف بلا شك عن قيد رهن مُلك الغير، على أن هذا البطلان ينقلب صحيحاً إذا أقر المالك الرهن بمحرر رسمي، وتم قيده بعد ذلك لدى الجهاز، وليس هذا الانقلاب بطبيعة الحال تأسيساً على إجازة العقد الباطل، إذ البطلان المطلق لا ترد عليه الإجازة، وإنما يكون تأسيساً على استيفاء الشروط اللازمة لانعقاد الرهن، فإذا رفض المالك إقرار الرهن بمحرر رسمي، وقيده لدى الجهاز استمر هذا البطلان، وجاز للمرتهن الرجوع على الراهن بالتعويض إذا كان له مقتضى.

وأياً ما كان الأمر، فقد خرج قانون تنظيم القطاع العقاري عن اشتراط ملكية الراهن للعقار، وأجاز لصاحب حق الانتفاع أو المساطحة أو الإيجار طويل الأمد برهن المنفعة على العقار رهناً تأمينياً عن فترة الانتفاع أو المساطحة أو الإيجار طويل الأمد<sup>(58)</sup>، وهو موقفٌ في واقع الأمر يناقض

---

لم يصدر هذا الإقرار فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكاً للراهن".

(57) على سبيل المثال نص المشرع بصراحة على البطلان في المادتين (أ/ 81 - ج/ 84) من قانون تنظيم القطاع العقاري.

(58) تنص المادة (98) من قانون تنظيم القطاع العقاري على أن: "...يجوز لصاحب الحق العيني على العقار أو الوحدة العقارية مثل حق الانتفاع أو حق المُسَاطحة أو الإيجار طويل الأمد متى زادت مدته على عشر سنوات رهناً المنفعة على العقار أو الوحدة العقارية المنتفع بها رهناً تأمينياً عن مدة الانتفاع أو المُسَاطحة أو الإيجار طويل الأمد...".

تعريف القانون الأخير للرهن التأميني، إذ كيف سيستوفي المرتهن حقه من ثمن العقار المرهون طالما كان الرهن التأميني متعلقاً بمنفعة، ولهذا السبب ذهب بعض الفقهاء المسلمين<sup>(59)</sup> لعدم صحة رهن المنافع، والقول بخلاف ذلك يتعارض مع مقصود الرهن المتمثل باستيفاء المرتهن حقه من ثمن بيع العقار المرهون عند تعذر الوفاء.

ثانياً: أن يكون العقار موجوداً فعلاً أو حكماً

"يجب أن يكون العقار المرهون أو الوحدة العقارية المرهونة رهناً تأمينياً قائماً وموجوداً فعلاً أو حكماً على الخريطة عند انعقاده"<sup>(60)</sup>.

إن أهم ما يميز الرهن التأميني في قانون تنظيم القطاع العقاري هو جواز رهن العقار الحكمي - بنص صريح - أي العقار غير الموجود على أرض الواقع، ولكنه موجود ومُفرز حكماً على الخريطة، ولكن إذا لم يكن العقار موجوداً فعلاً أو حكماً لحظة إبرام العقد وقع الرهن باطلاً بطلاناً مطلقاً لانتفاء محله، أما إذا كان العقار موجوداً فعلاً أو حكماً لحظة إبرام العقد ثم هلك لأي سببٍ من الأسباب، فينفسخ الرهن بقوة القانون لاستحالة التنفيذ، على أن هذا الهلاك يقتصر على العقار الموجود فعلاً دون الموجود حكماً على الخريطة عند عدم إنشائه، وعلى أن الانفساخ الجزئي للعقار في الأحوال الممكنة لا يحرم المرتهن من التمسك بالرهن فيما بقي من العقار لضمان تنفيذ الالتزام<sup>(61)</sup>.

(59) راجع في ذلك: محمد جواد مغنية، مرجع سابق، ص 28.

(60) المادة (84/أ) من قانون تنظيم القطاع العقاري.

(61) تنص المادة (146) من القانون المدني البحريني على أن: "أ) في العقود الملزمة لجانب واحد، إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، انفسخ العقد

وجديرٌ بالذكر، فإن جواز رهن العقار الحكمي يمكن تأصيله من الناحية التشريعية إلى نص المادة (أ/104) من القانون المدني البحريني التي تُجيز التعاقد على محل قابل للوجود في المستقبل طالما كان وجوده ليس رهيناً بمحض الصدفة<sup>(62)</sup>، ويمكن كذلك قياسه على جواز إنشاء الرهن التأميني ضمناً لدين مستقبلي طالما كان هذا الدين محدداً<sup>(63)</sup>، وبذلك يتبين بأن المشرع لم يأت بأي جديد يُذكر، ولم يكن هذا التمييز سوى ترديداً لما ورد في القواعد العامة.

### ثالثاً: أن يكون العقار محلاً للتعامل والبيع بالمزاد العلني

"لا يجوز أن يقع الرهن التأميني إلا على عقار أو وحدة عقارية يصح التعامل فيها، وبيعها استقلالاً بالمزاد العلني"<sup>(64)</sup>. يتضح من النص السابق بأن هذا الشرط يتكون من شقين، فيتعين من جهة أن يصح التعامل بالعقار<sup>(65)</sup>، وهذا الشرط يستجيب إلى الغاية من تقرير الرهن التأميني، فإذا

---

من تلقاء نفسه. ب) فإذا كانت الاستحالة جزئية، كان للدائن أن يتمسك بالعقد فيما بقي من الالتزام ممكن التنفيذ".

(62) تنص المادة (أ/104) من القانون المدني البحريني على أن: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ما لم يكن وجود هذا الشيء رهيناً بمحض الصدفة".

(63) تنص المادة (952) من القانون المدني البحريني على أن: "يجوز أن يترتب الرهن ضمناً لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالي، كما يجوز أن يترتب ضمناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين".

(64) المادة (ب/84) من قانون تنظيم القطاع العقاري.

(65) يعبر الفقهاء المسلمين عن هذا الشرط بضرورة صحة التصرف في المال المرهون من الناحية الشرعية أي يجب أن يكون محلاً للبيع والشراء، فلا يجوز رهن ما يُحرم بيعه كالخمر وما شابه. راجع في ذلك: السيد موسى الشبيري الزنجاني، المسائل الشرعية، ط1، منشورات مؤسسة الإمام محمد الباقر الفقهية، قم، 2021م، ص421.

امتنع التعامل بال عقار استحال على المرتهن مباشرة إجراءات بيعه لاستيفاء حقه من الثمن، وعدم صحة التعامل قد تكون بحكم القانون كما هو الحال في عدم جواز رهن العقارات المخصصة للمنفعة العامة، وقد تكون بحكم الاتفاق كما هو الحال في عدم جواز رهن العقار المقترن بشرط المنع من التصرف<sup>(66)</sup>، ولم يرد مثل هذا الشرط في النصوص الخاصة بالرهن التأميني في القانون المدني، وترجع أصوله إلى قاعدة وجوب مشروعية الالتزام الذي يُشوّه العقد<sup>(67)</sup>.

ويتعين كذلك من جهة أخرى إمكانية بيع العقار بالمزاد العلني، وهذا الشرط ليس له أصول في الفقه الإسلامي، ولكنه مستمد من مقصود الرهن المتمثل باستيفاء الحق من جانب، ومن الأثر العملي المترتب على نشأة الرهن التأميني من جانب آخر، فالثمرة التي يحصل المرتهن عليها ليس ضمان استيفاء حقه فقط، بل التمهيد لمباشرة إجراءات التنفيذ على العقار المرهون - إذا امتنع المدين عن الوفاء - بالبيع في المزاد العلني حتى يستوفي حقه من ثمن البيع، فإذا كان لا يجوز بيعه بالمزاد العلني، فلم يكن هناك معنى لوجود الرهن التأميني<sup>(68)</sup>، ولم يتحقق مقصود الرهن.

والحقيقة بأن هذا الشرط ليس مستجدًا في قانون تنظيم القطاع

---

(66) راجع بمعنى مقارب: شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني (دراسة مفصلة لأحكام الرهن الرسمي، وحق الاختصاص، والرهن الحيازي، وحقوق الامتياز)، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1959م، ص156.

(67) تنص المادة (109) من القانون المدني البحريني على أن: "إذا كان محل الالتزام مخالفًا للنظام العام أو الآداب، وقع العقد باطلاً".

(68) راجع بمعنى مقارب: سيد إبراهيم محسن عدنان العلوي، جدوى تنظيم حق الاختصاص في القانون المدني البحريني، بحث مقبول للنشر في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة 13، العدد 1، 2024م، ص11.

العقاري، إذ ورد في المادة (ب/ 947) من القانون المدني<sup>(69)</sup>، وبذلك لا يوجد شيء غير مسبوق بخصوصه إلا في الأثر المتعلق به، والتمثل في مباشرة الإجراءات المتعلقة ببيع العقار بالمزاد العلني، ففي قانون تنظيم القطاع العقاري أفرد المشرع أحكاماً خاصة في الفصل الرابع بعنوان إجراءات التنفيذ على العقار المرهون، بينما في القانون المدني لم يُفرد المشرع أي أحكام خاصة مما يتعين تطبيق أحكام قانون التنفيذ في المواد المدنية والتجارية الصادر بموجب المرسوم بقانون رقم (21) لسنة 2021، ولهذا الفرق نتيجة مهمة مفادها اختلاف إجراءات بيع العقار المرهون، فطبقاً لقانون تنظيم القطاع العقاري يكون بيع العقار بأمر قاضي التنفيذ بعد حلول ميعاد الوفاء، وإخطار الراهن أو الحائز بكتاب مسجل بعلم الوصول قبل ثلاثين يوماً من تقديم طلب التنفيذ<sup>(70)</sup>، بينما طبقاً للقانون المدني يكون بيع العقار بموجب حكم قضائي، ويجب أن يحوز هذا الحكم قوة الأمر المقضي لبدء إجراءات البيع، وإلا كانت هذه الإجراءات باطلة<sup>(71)</sup>.

(69) تنص المادة (ب/ 947) من القانون المدني البحريني على أن: "ويجب أن يكون العقار المرهون مما يصح بيعه استقلالاً بالمزاد العلني...".

(70) راجع المادتين (101 و 102) من قانون تنظيم القطاع العقاري.

(71) تنص المادة (34) من قانون التنفيذ في المواد المدنية والتجارية على أن: "لا يجوز البدء في مباشرة إجراءات بيع العقار بالمزاد العلني إلا بموجب حكم من قاضي محكمة التنفيذ بإتاحة بيعه في المزاد العلني ونقل ملكية العقار لاحقاً لمن يرسو عليه المزاد العلني تبعاً للإجراءات... ولا يتم البدء في إجراءات بيع العقار بالمزاد العلني إلا بعد صيرورة الحكم نهائياً...".

## المطلب الثاني الشروط الخاصة لنشأة الرهن التأميني وفقاً لقانون تنظيم القطاع العقاري

يُقصد بالشروط الخاصة لنشأة الرهن التأميني تلك الشروط التي يجب أن تتوافر في الرهن التأميني للعقار حتى يرتب آثاره القانونية، بحيث يترتب على تخلف أحدها أو كلها بطلان الرهن التأميني بطلاناً مطلقاً، ونخصص هذا المطلب لبحث هذه الشروط في فرعين، أولها للشروط الخاصة بشكل الرهن التأميني، وثانيها للشروط الخاصة بتخصيص الرهن التأميني، وذلك على النحو التالي:

### الفرع الأول الشروط الخاصة بركن الشكل وفقاً لقانون تنظيم القطاع العقاري

أقرت القوانين الحديثة - منها القانون البحريني - الرضائية كقاعدة عامة في التعاقد، فاكتفت لانعقاد العقد توافق إرادتين متطابقتين بأي وسيلة لا تخالف النظام العام، ودون مراعاة أي شكل خاص خلافاً للقوانين القديمة التي كان الشكل فيها يطغى على الإرادة<sup>(72)</sup>، فلا ينعقد العقد إلا بإفراغ الإرادة في الشكل الذي رسمته تلك القوانين.

على أن القوانين الحديثة خرجت عن قاعدة الرضائية في الرهن التأميني مقررَةً بأنه من العقود الشكلية التي لا يكفي لانعقادها مجرد توافق إرادتين متطابقتين، بل لابد من إفراغ هاتين الإرادتين في شكل رسمي حتى ينعقد

(72) راجع بمعنى مقارب: سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 21.

الرهن على وجه صحيح يعتد به القانون<sup>(73)</sup>، وذلك خلافاً للفقهاء الإسلامي الذي يرى كفاية الصيغة اللفظية بين الراهن والمرتهن أو كل ما يدل على انصراف نيتهما لانعقاد الرهن سواء أكان ذلك بالفعل أم الإشارة أم الكتابة<sup>(74)</sup>.

ويعود التأصيل التاريخي للشكلية في الرهن إلى القانون المدني الفرنسي النافذ الذي عبّر عنه بقاعدة الرهن الاتفاقي لا ينشأ إلا بعقد رسمي<sup>(75)</sup>، ومنه أخذها المشرع المصري مقررًا في المادة (1031) من قانونه المدني: "لا ينعقد الرهن إلا إذا كان بورقة رسمية"، ومن ثم حذى حذوه الكثير من المشرعين منهم المشرع البحريني الذي قرر هذه القاعدة أولاً في المادة (أ/943) من القانون المدني: "لا ينعقد الرهن التأميني إلا بورقة رسمية"، وثانياً في المادة (أ/81) من قانون تنظيم القطاع العقاري: "لا ينعقد الرهن التأميني إلا بورقة رسمية وبعد قيده لدى الجهاز، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

تأصيلٌ ينبغي الوقوف عليه من خلال ثلاث ملاحظات نوردتها فيما يأتي:  
أولاً: يُقصد بالورقة الرسمية التي لا ينعقد الرهن التأميني إلا بها هي تلك الورقة التي يحررها الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة في حدود اختصاصهما، وطبقاً للأوضاع التي رسمها القانون، والأول هو الموظف المعين في إدارة التوثيق، والثاني هو الشخص الطبيعي المرخص له بأعمال التوثيق الذي بات يُعرف بكاتب العدل الخاص المستحدث بموجب المرسوم

(73) انظر بمعنى مقارب: محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 263.

(74) راجع في ذلك: موسى الشبيري الزنجاني، مرجع سابق، ص 421. وناصر مكارم شيرازي، مرجع سابق، ص 375.

(75) مُشار إليه لدى: سمير عبدالسيد تناغو، مرجع سابق، ص 21-22.

بقانون رقم (17) لسنة 2017<sup>(76)</sup>، وكان يُستحسن بالمشروع توحيد المصطلحات باستخدام لفظ المحرر الرسمي الذي ورد في قانون الإثبات بدلاً من لفظ الورقة الرسمية<sup>(77)</sup>.

ثانياً: يقوم اشتراط المشرع للشكل الرسمي سالف البيان على عدة اعتبارات تنصب بذاتها على حماية الراهن والمرتهن والغير، فمن ناحية الراهن يؤدي الشكل دوراً مهماً في تنبيهه بخطورة التصرف القانوني الذي سيقدم عليه، ومن ناحية الغير يؤدي الشكل دوراً بحمايته عند شراء العقار المرهون من الراهن بعد انعقاد الرهن، ومن ناحية المرتهن يحقق الشكل له منفعة، إذ يعدّ عقد الرهن التأميني بعد توثيقه من السندات التنفيذية التي تجيز له التنفيذ دون حاجة لاستصدار حكم قضائي.

ومع ذلك، أعاب جانباً من الفقه<sup>(78)</sup> اشتراط المشرع للشكل الرسمي

(76) وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز البحرينية بأنه: "من المقرر أن كاتب العدل الخاص هو شخصٌ طبيعي مكلفٌ بالقيام بخدمة عامة تتعلق بتوثيق المحررات، وهو نظامٌ استحدثه المشرع البحريني بموجب القانون رقم 37 لسنة 2017 بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم 14 لسنة 1971 بشأن التوثيق، وأجاز لوزير العدل منح ترخيص للقيام بكل أو بعض أعمال التوثيق إلى كاتب عدلٍ خاص طبقاً للشروط الواردة بتلك المادة، وكان المستفاد من نصوص المواد 2، 11، 16 من قرار وزير العدل رقم 76 لسنة 2017... أنه يتعين على كاتب العدل الخاص المرخص له القيام بأعمال التوثيق أن يؤدي عمله بدقة وأمانة وإخلاص، وأن يحافظ على أسرار وكرامة المهنة، وأن يلتزم بالضوابط والشروط المنصوص عليها في قانون التوثيق...". حكم تمييز بحريني صادر بمناسبة الطعن رقم (952) لسنة 2020 بجلسة 18 / 5 / 2021م.

(77) تنص المادة (9) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية البحريني الصادر بموجب المرسوم بقانون رقم (14) لسنة 1996 على أن: "المحررات الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما يتم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه...".

(78) مُشار إليه لدى: محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 264-265.

بمقولة أن الرضائية السائدة في عقد البيع لا تقل خطورتها على المركز القانوني للبائع من خطورتها على المركز القانوني للراهن، فضلاً عن أن اشتراط الشكل الرسمي ينطوي على بطلان وتعقيد في إجراءات نشأة الرهن، وهذا كله يتعارض مع مقتضيات سرعة الائتمان، وتيسير إجراءاته، ويؤدي إلى عزوف الكثير عن الرهن التأميني.

سببين مردودٌ عليهما، أما بالنسبة للأول منهما، فإن مجرد إلزام المشرع للبائع بتسليم المبيع، وتجريده من ملكيته لهو في حد ذاته تنبيهٌ كافيٌ له، فضلاً عن أن المشرع إذا رأى عدم كفاية هذا التنبيه في بعض أنواع البيوع اشترط لصحتها اتباع شكل معين كما هو الحال في بيع المتجر<sup>(79)</sup>، أما بالنسبة للثاني منهما، فلو افترضنا من باب الجدل بأن الشكل الرسمي ينطوي على تعقيدات تتعارض مع مقتضيات سرعة الائتمان، فإن هذا التعارض لا ينبغي تفضيله على حماية الغير حسن النية، وأن وجود هذا التعارض عند انعقاد الرهن أفضل بكثير من وجوده بعد امتناع الراهن عن الوفاء عند حلول الأجل، إذ يكون للمرتهن التنفيذ دون حاجة لاستصدار حكم قضائي كما أشرنا، زد على ذلك سهولة معالجة هذا التعارض من خلال التخصيص الجزئي لقطاع التوثيق كما فعل المشرع البحريني.

ثالثاً: ليس ثمة إشكال في بطلان الرهن التأميني إذا لم يتم في محرر

---

(79) وقد قضت محكمة التمييز البحرينية بأنه: "من المقرر في قضاء هذه المحكمة ان بيع المتجر وفقاً لنص المادتين 35، 36 من قانون التجارة هو عقد شكلي لا يتم بمجرد تراضي المتعاقدين، بل يتعين توثيقه في محرر امام كاتب العدل ثم قيده في السجل المعد لذلك بإدارة السجل التجاري، كما يجب نشر ملخصه في احدى الصحف المحلية و يترتب على عدم مراعاة ذلك بطلانه بطلانا مطلقاً...".

حكم تمييز بحريني صادر بمناسبة الطعن رقمي (171 و 203) لسنة 2020 بجلسة 24 / 8 / 2020م.

رسمي سواءً أكان طبقاً لأحكام قانون تنظيم القطاع العقاري أم القانون المدني، وإنما يثور الإشكال عند عدم قيد الرهن لدى جهاز المساحة والتسجيل العقاري بعد إفراغه في المحرر الرسمي، فهل يكون باطلاً وفقاً لقانون تنظيم القطاع العقاري؟

والحقيقة بأن الإجابة عن هذا التساؤل لا تخرج عن احتمالين، الأول منهما - وهو الذي نؤيده - بأن الرهن التأميني باطلاً عند عدم قيده لدى الجهاز، ولو تم إفراغه في محرر رسمي، ذلك أن الصيغة التي جاءت بها المادة (80/أ) تدل على انصراف إرادة المشرع للجمع بين إفراغ الرهن في محرر رسمي، وقيده لدى الجهاز كشرطين يترتب على تخلف أحدهما بطلان الرهن بدليل أنه اختتم المادة ببطلان كل اتفاق يُخالف ذلك، أما الاحتمال الثاني منهما - وهو الذي لا نؤيده - بأن الرهن التأميني لا يكون باطلاً، فما ورد من وجوب القيد ليس إلا شكل لإشهار الرهن ليكون حجة على الكافة، مما يعني بأن الرهن التأميني صحيح، ويُرتب جميع آثاره فيما بين الراهن والمرتهن، وكل ما في الأمر بأنه لا يترتب آثاره فيما بين المرتهن والغير.

## الفرع الثاني

### الشروط الخاصة بتخصيص الرهن التأميني

#### وفقاً لقانون تنظيم القطاع العقاري

لا يكفي إفراغ الرهن التأميني في محرر رسمي، وقيده لدى الجهاز لصحته، بل يجب علاوةً على ذلك تخصيصه، والتخصيص يجب أن ينصب على محل الرهن التأميني، وإذا نظرنا إليه من جهة الراهن فيكون منصباً على العقار المرهون، أما إذا نظرنا إليه من جهة المرتهن فيكون منصباً على

الالتزام المضمون بالرهن، الأمر الذي يُحتم تناول تخصيص العقار المرهون أولاً، وتناول تخصيص الالتزام المضمون ثانياً، وذلك فيما يلي:

### أولاً: تخصيص الرهن التأميني من حيث العقار المرهون

لم يكن تخصيص الرهن مألوفاً عند الرومان، فقد كان الرهن ينصب على جميع عقارات الراهن الحاضرة والمستقبلية، ولا يخرج من نطاق الرهن إلا ما يتم الاتفاق على إخراجه، وقد انتقل هذا المبدأ إلى القانون المدني الفرنسي القديم، ولكن مع اندلاع الثورة الفرنسية برزت بعض المحاولات لمراعاة تخصيص الرهن عند قيده، ومن ثم تطورت هذه المحاولات لتنتج عن ضرورة تخصيص الرهن ليس في القيد فحسب، وإنما في عقد الرهن نفسه، وهذا ما قرره القانون المدني الفرنسي النافذ في الرهن الاتفاقي، وبذلك اندثر مبدأ عمومية الرهن الاتفاقي بالنسبة للراهن والمرتهن، وبقي موجوداً في الرهن القضائي، والرهون القانونية<sup>(80)</sup>.

تطوراً تأثرت به المنظومة القانونية الوطنية عندما أوجب المشرع تخصيص الرهن التأميني في قانون تنظيم القطاع العقاري بموجب المادة (ج/84) منه: "يجب أن يكون العقار أو الوحدة العقارية المرهونة معيّنًا تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق، وإلا وقع الرهن باطلاً"، وتعود الأصول التشريعية لهذه المادة إلى نص المادة (ب/947) من القانون المدني التي أوجبت تخصيص الرهن، ونص المادة (أ/106) من القانون المدني التي أوجبت تعيين محل العقد تعييناً نافياً للجهاالة الفاحشة.

(80) مُشار إليه لدى: نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 90.

ويلاحظ تحديد المشرع لتخصيص العقار المرهون بوجوب تعيينه تعييناً دقيقاً من جانبين، فيجب من حيث طبيعته أي إذا كان محل الرهن عقاراً كاملاً أو شائعاً، موجوداً حكماً أم فعلاً، وإذا كان محل الرهن وحدة عقارية وجب كذلك تعيينها بتعيين العقار الكامل التي تدخل فيه، وإذا كان محل الرهن متعلقاً بالمنفعة وجب كذلك تعيين طبيعة العقار، ومصدر منفعته، ومدة الرهن، ويجب كذلك من جانب آخر تحديد موقع العقار بتحديد عنوانه، ومساحته بالنحو النافي للجهالة الفاحشة، وينطبق الأمر ذاته على الرهن الواقعة على المنفعة.

ويلاحظ أيضاً بأن قانون تنظيم القطاع العقاري أوجب تخصيص العقار المرهون في عقد الرهن نفسه أو في عقد رسمي لاحق، والخيرة بين المسلكين متروكة لمشيئة الراهن والمرتهن، على أن اختيارهما للمسلك الثاني يؤدي إلى عدم انعقاد الرهن التأميني لحين تخصيص العقار المرهون في عقد رسمي، ولا يكون إجراء هذا التخصيص - كما يرى أحد الفقهاء<sup>(81)</sup> - تأسيساً على إجازة للعقد الباطل، إذ البطلان لا يقبل الإجازة، وإنما يكون تأسيساً على استيفاء الشروط اللازمة لانعقاد الرهن، فإذا امتنع إجراء تخصيص العقار المرهون وقع الرهن باطلاً، وعندئذ يتضمن هذا العقد - كما ذهب العلامة السنهوري - وعداً صحيحاً بعقد رسمي آخر، فإذا امتنع الراهن عنه اعتبر مخلاً بوعده، وجاز للمرتهن التنفيذ العيني على الراهن أو التنفيذ بمقابل طبقاً للقواعد العامة لحلّول أجل الالتزام<sup>(82)</sup>.

وبدورنا نختلف مع الرأي الأخير، ونعيب عليه بعدم تقديمه تأصيلاً قانونياً يمكن التسليم به، فإذا حاولنا تأصيله لنظرية تحول العقد سوف

(81) مُشار إليه لدى: نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 93.

(82) راجع هذا الرأي لدى: عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 283.

نصطدم بوجوب اتجاه نية المتعاقدين المحتملة لإبرام عقد الوعد بالرهن<sup>(83)</sup>، في حين أنه يُستحيل التسليم بانصراف نية المتعاقدين لإبرامه، وإذا حاولنا تأصيله لنظرية انتقاص العقد سوف نصطدم باستحالة التطبيق لعدم جواز تجزئة الشكل عن عقد الرهن الرسمي<sup>(84)</sup>، زد على ذلك استحالة التسليم بانصراف نية المتعاقدين لإبرام العقد دون التمسك بالشكل، ولذلك يكون الرهن باطلاً عند عدم تخصيص العقار المرهون دون أن ينقلب وعداً صحيحاً برهن آخر، وعندئذٍ ليس أمام المرتهن إلا المطالبة بالتعويض عما رتبته البطلان من ضرر على أساس المسؤولية غير العقدية بعدما صار الرهن مجرد واقعة مادية<sup>(85)</sup>.

(83) تنص المادة (123) من القانون المدني البحريني على أن: "إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد".

(84) تنص المادة (122) من القانون المدني البحريني على أن: "إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن أحد المتعاقدين ما كان يبرم العقد بغير الشق الباطل أو القابل للإبطال فيبطل العقد كله".

(85) تنص المادة (124/أ) من القانون المدني البحريني على أن: "إذا بطل العقد أو أبطل بسبب خطأ أحد المتعاقدين، كان للمتعاقد الآخر أو الغير أن يطالبه بالتعويض عما يرتبه له البطلان من ضرر"، ومن التطبيقات القضائية قضت محكمة التمييز البحرينية بأنه: "من المقرر أن مفاد النص في المادة 1/119 من القانون المدني أنه "إذا بطل العقد أو أبطل، يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، فإذا استحال ذلك على أحد المتعاقدين فإنه يجوز الحكم عليه بأداء معادل، وأنه إذا تقرر بطلان العقد زال كل أثر له، فيما بين المتعاقدين، وأعيد كل شيء إلى أصله، اللهم إلا إذا كان المتعاقد عديم الأهلية أو ناقصها، فلا يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد، ويجوز للمتعاقد الآخر أن يطالب المتعاقد الذي تسبب بخطئه في إبطال العقد بالتعويض عن كل ما لحقه من ضرر، ويكون أساس رجوعه هو المسؤولية التقصيرية وليس المسؤولية العقدية، بعد أن زال العقد من الوجود وأضحى مجرد واقعة مادية...".

وفي نهاية المطاف، ولئن كان تخصيص العقار المرهون من الأمور المسّلم بها، والمطلوبة لإبعاد المنازعات بين الراهن والمرتهن، وتشجيع حركة الائتمان، وما يترتب عليه من ازدهار الاقتصاد، إلا أننا لا نتفق مع المشرع بتحديد جزاء البطلان عند عدم تخصيص الدقيق للعقار المرهون، ونرى كفاية تعيين العقار في عقد الرهن الرسمي لصحته، بل ولو لم يتم تعيين العقار المرهون، وانصرفت إرادة الراهن والمرتهن لإبرام الرهن وجب اعتباره صحيحاً، وجاز عندئذٍ للمرتهن اللجوء للقضاء عند امتناع الراهن عن إجراء التخصيص للحكم له بتخصيص العقار المرهون بما يتناسب مع مقدار الالتزام المضمون، وبذلك يقوم الحكم القضائي مقام التخصيص الرسمي الموثق.

### ثانياً: تخصيص الرهن التأميني من حيث الالتزام المضمون

من أبرز مميزات الرهن التأميني تبعيته للالتزام الذي يقوم بتأمين الدائن من أخطار عدم تنفيذ المدين للالتزامه عند حلول الأجل، فالرهن حق عيني تابع للالتزام المضمون في نشأته، وانقضائه، وصحته، وبطلانه، ولا يقوم إلا على وجود التزام صحيح<sup>(86)</sup>، فإذا شاب هذا الالتزام البطلان لأي سبب كان امتد هذا البطلان للرهن<sup>(87)</sup>، ولهذا أوجب المشرع في المادة (85) من قانون تنظيم القطاع العقاري تبعية الالتزام المضمون للعقار المرهون، وتخصيص الالتزام المضمون بالرهن بقوله: "يجب أن يترتب الرهن ضماناً

حكم تمييز بحريني صادر بمناسبة الطعن رقمي (705 و 865) لسنة 2021 بجلسة 18/2022م.

(86) نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 49.

(87) والمقصود من الالتزام هنا هو الناشئ عن التصرفات القانونية، إذ لا يتصور البطلان للالتزامات الناشئة عن الوقائع القانونية.

لدين محدّد وثابت في الذمة، ويجوز أن يترتب ضماناً لدين مستقبلي أو احتمالي أو معلق على شرط، أو أن يترتب ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جارٍ، على أن يتحدّد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين".

ويشير النص السابق للملاحظات التالية:

1) كالعادة، لم يأتِ المشرع بأي جديد، فهذا النص مذكور في المادة (952) من القانون المدني بالصيغة نفسها<sup>(88)</sup>، ولا يوجد اختلاف بين النصين سوى في البداية عندما استخدم المشرع في قانون تنظيم العقارات عبارة تفيد بوجود أن يترتب الرهن لضمان التزام محدد، وثابت في الذمة في الوقت الذي خلا نص المادة (952) في القانون المدني منها، ورغم ذلك تؤصل عبارة الوجوب لما توجهت إليه محكمة التمييز البحرينية<sup>(89)</sup>، وما استقر عليه الفقه<sup>(90)</sup> بوجود تحديد مقدار الالتزام المضمون للعقار

(88) تنص المادة (952) من القانون المدني البحريني على أن: "يجوز أن يترتب الرهن ضماناً لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالي، كما يجوز أن يترتب ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جارٍ على أن يتحدّد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين".

(89) قضت محكمة التمييز البحرينية بما يلي: "...يتعين وفقاً لنص المادة 952 من القانون المدني أن يتحدّد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين التزاماً بمبدأ تخصيص الرهن وإلا كان عقد الرهن باطلاً بطلاناً مطلقاً فلا يصح الرهن لضمان كل الديون التي تترتب في ذمة المدين دون تحديد للدين في مقداره ومصدره، ولا يجوز أن يمتد الرهن لضمان أي دين آخر لم يعين مقداره ولا مصدره يثبت في ذمة المدين بعد الدين المضمون بالرهن".

حكم تمييز بحريني صادر بمناسبة الطعن رقم (513) لسنة 2012 بجلسة 28/8/2014م. (90) راجع على سبيل المثال: توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص 137-138. وسمير عبدالسيد تناغو، مرجع سابق، ص 59-60. ومحمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 223.

المرهون، وإلا كان الرهن باطلاً باعتبار تحديد الالتزام المضمون الجزء الثاني من مبدأ تخصيص الرهن.

(2) أوجب المشرع أن يكون الالتزام المضمون محدد وثابت في الذمة سواء أكان الراهن المدين نفسه أم الكفيل العيني، ويجوز أن يكون مصدر هذا الالتزام تصرفاً قانونياً أو واقعة قانونية، ويجوز كذلك أن يكون احتمالياً أو موصوفاً من حيث الرابطة القانونية بين طرفيه كأن يكون معلقاً على شرط أو ضماناً للالتزام احتمالي شريطة تعيين الحد الأقصى لمقدار الالتزام.

(3) لم يبين المشرع صراحةً الجزاء المترتب على عدم تخصيص الرهن من حيث الالتزام المضمون كما فعل بترتيب جزاء البطلان عند عدم تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون، إلا أن محكمة التمييز البحرينية توجهت إلى بطلان الرهن على أساس عدم جواز امتداد الرهن لأي التزام لم يعين مقداره من جهة، ولا مصدره الذي انصب على ذمة المدين من جهة أخرى، وهذا ما توجه إليه غالبية الفقه.

وخلافاً لاتجاه الفقه والقضاء، نرى أن الأفضل عدم بطلان الرهن التأميني في حال عدم تخصيصه من حيث الالتزام المضمون طالما تم تخصيصه من حيث العقار المرهون، وطالما كان تحديد الالتزام المضمون ممكناً، ويكون عندئذٍ الاختصاص للقضاء بتخصيص الالتزام المضمون بما يتناسب مع العقار المرهون الذي تم تخصيصه، ويقوم بذلك حكم القضاء مقام تخصيص الالتزام المضمون، هذا على فرض وجود هذا الالتزام أو إمكانية وجوده، وإلا كان الرهن باطلاً.

## المبحث الثاني آثار وانقضاء الرهن التأميني وفقاً لقانون تنظيم القطاع العقاري

إذا انعقد الرهن التأميني رتب المشرع في قانون تنظيم القطاع العقاري على ذلك عدة آثار، وهذه الآثار وهي في معرض سريانها كلياً أو جزئياً قد تتوقف بقوة القانون في حال انقضى الرهن التأميني لأي سبب من الأسباب، ولهذا يتعين تقسيم هذا المبحث لمطلبين، نخصص الأول منهما لآثار الرهن التأميني وفقاً لقانون تنظيم القطاع العقاري، والثاني منهما لانقضاء الرهن التأميني وفقاً لقانون التنظيم العقاري على أن يكون الهدف من هذا المبحث الإجابة عن التساؤل المتمثل بمدى نجاعة المبرر التشريعي لتنظيم الآثار والانقضاء في قانون تنظيم القطاع العقاري، وذلك على النحو التالي:

### المطلب الأول آثار الرهن التأميني وفقاً لقانون تنظيم القطاع العقاري

إن الآثار القانونية التي يربتها قانون تنظيم القطاع العقاري على نشأة الرهن التأميني تكون على نحوين، الأول منهما الآثار القانونية فيما بين المتعاقدين أي الراهن والمرتهن، والثاني منهما الآثار القانونية فيما بين المرتهن والغير، ولهذا نتناول هذه الآثار في فرعين مستقلين فيما يأتي:

## الفرع الأول

### آثار الرهن التأميني فيما بين المتعاقدين

تترتب عدة آثار فيما بين الراهن والمرتهن، وإذا نظرنا إليها من جانب الراهن فهي على وجهين، أولهما الوجه الإيجابي المتمثل بحق الراهن بالتصرف في العقار المرهون واستعماله واستغلاله<sup>(91)</sup>، وثانيهما الوجه السلبي المتمثل بالتزام الراهن بضمان سلامة العقار المرهون وهلاكه، وإذا نظرنا لها من جانب المرتهن فهي ليست إلا على وجه واحد هو الإيجابي المتمثل بحق التنازل عن الحق الشخصي المضمون، وحق التنازل عن مرتبة الرهن، وحق التنفيذ على أموال المدين الشخصية، وحق بيع العقار المرهون بالمزاد العلني لاستيفاء حقه من ثمن البيع، وتتناول هنا هذه الآثار فيما يلي:

(91) ويضيف أحد الباحثين وجه إيجابي آخر، وهو حق الراهن بفك الرهن الذي عرفه جانب من الفقه الإنجليزي بأنه حق المدين بإزالة الرهن التأميني عن العقار بتنفيذ الالتزام المضمون بالرهن، والأدق - كما يرى جانب آخر من الفقه الإنجليزي - أن يُقال حق الراهن بالوفاء بالالتزام بدلاً من القول بفك الرهن لأن الراهن يبقى مالكا للعقار، وتبقى هذه الملكية لحين غلق الرهن، وقد نص المشرع البحريني على هذا الحق في المادة (67) من قانون التسجيل العقاري (الملغي) الصادر بموجب المرسوم بقانون رقم (15) لسنة 1979 بقوله: " يحصل فك الرهن كله أو بعضه بمحرر رسمي موثق. وتتم إجراءات فك الرهن في صحيفة العقار بطريق التأشير بالهامش بناء على طلب من صاحب الشأن".

وهذا الحق - برأينا - مهما أطلقت عليه من مسميات، فهو ليس إلا ترديدا للقواعد العامة المقررة بأن الرهن ينقضي بصفة تبعية بمجرد انقضاء الالتزام المضمون، وطالما كان الوفاء طريقا لانقضاء الالتزام، فإن ذلك يؤدي إلى انقضاء الرهن بالتبعية لأن الرهن لا ينشأ بمعزل عن الالتزام، وإنما يدور وجودا وهدما مع الالتزام في نشأته وانقضائه، ولهذا أثرنا على عدم تناوله كما تناولنا حق الراهن بالتصرف في العقار المرهون واستعماله واستغلاله. مُشار إليه لدى: يونس صلاح الدين علي، الحق في فك الرهن في القانون الإنكليزي - دراسة تحليلية مقارنة بالقانونين العراقي والإماراتي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 20، العدد 1، 2023م، ص 3-4.

## أولاً: آثار الرهن التأميني بالنسبة للراهن

(1) حق الراهن بالتصرف في العقار: يعدّ عدم خروج ملكية العقار من ذمة الراهن أهم مزايا الرهن التأميني، وطالما كان الراهن هو المالك فيكون له سلطة التصرف في العقار المرهون، ويكون هذا التصرف كأني تصرف آخر على نحوين، أولهما التصرف المادي، وثانيهما التصرف القانوني، أما عن التصرف المادي فللراهن إجراؤه طالما لم يتعارض مع حق المرتهن، فلو كان تصرفاً تافهاً كالتحسينات الجزئية على العقار المرهون أو الإنشاء عليه أو التصليحات البسيطة وما شابه ذلك، فجميعها من التصرفات النافعة التي تزيد قيمة العقار المرهون، ولا يجوز للمرتهن الاعتراض عليها، أما إذا كان التصرف المادي يُنقص من قيمة العقار المرهون كالهدم الجزئي أو الكلي، فيجوز للمرتهن الاعتراض على أساس الضمان الذي يلتزم به الراهن<sup>(92)</sup>.

وأما عن التصرفات القانونية، فلا يوجد ما يمنع الراهن منها سواءً رتبت هذه التصرفات للغير حقوقاً شخصية كالبيع والهبة أم حقوقاً عينية كالانتفاع أو الرهن، ولا يجوز للمرتهن الاعتراض على ذلك لأن التصرف القانوني لا يُضعف الائتمان، ولا يؤثر على حقه باستيفاء الدين عند امتناع الوفاء تأسيساً على أن محل التصرف ينتقل مثقلاً بالرهن التأميني، ولم يضع المشرع في قانون تنظيم القطاع العقاري نصاً خاصاً بهذه المسألة خلافاً للقانون المدني الذي وضع نصاً مقررًا فيه جواز التصرف القانوني في العقار المرهون دون تأثير على حق المرتهن<sup>(93)</sup>.

على أن قانون تنظيم القطاع العقاري وضع نصاً آخر يجيز للمرتهن

(92) توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص 140.

(93) تنص المادة (955) من القانون المدني البحريني على أن: "يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون، وأي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن".

الاتفاق مع الراهن على عدم التصرف في العقار المرهون بأي نوع من التصرفات - سواءً أكانت مادية أم قانونية، ناقلة للملكية أم غير ذلك - إلا بعد الحصول على إذنه شريطة أن يكون هذا الاتفاق مبنياً على باعٍ قوي، وسبب مشروع<sup>(94)</sup>، موقفٌ لو كان هو الأصل أي دون حاجة لاتفاق لكان يتفق مع القاعدة المقررة في الفقه الإسلامي بعدم صحة المعاملات الواردة على العقار المرهون إلا بإذن الراهن<sup>(95)</sup>، وبطبيعة الحال لا يمكن اعتبار هذا الموقف جديداً في التشريع، إذ يمكن تأصيله من ناحية تشريعية لمبدأ سلطان الإرادة من حيث تعيين المتعاقدين لمضمون العقد، ومن ناحية شرعية لقاعدة المؤمنون عند شروطهم، بل يمكن اعتباره أحد أوجه الشرط المانع من التصرف المقرر المادة (774) من القانون المدني البحريني<sup>(96)</sup>.

(94) تنص المادة (86) من قانون تنظيم القطاع العقاري على أن: "يجوز أن يشترط الدائن المرتهن على الرّاهن عدم التّصرّف في العقار المرهون أو الوحدة العقارية المرهونة بأيّ نوع من التّصرّفات أو ترتيب حق عيني عليها إلا بعد الحصول على موافقته. ولا يصح الشرط ما لم يكن مبنياً على باعٍ قوي وسبب مشروع".

(95) وفي هذا الصدد يقول أحد الفقهاء المسلمين: "لا يجوز أي تصرّف ينافي الرهن، ولهذا لا يجوز لا للدائن ولا للمدين أن يهب الشيء المرهون لأحد أو يبيعه من دون إذن الطرف الآخر، ولكن إذا وهب أحدهما ذلك الشيء أو باعه ثمّ أجاز الطرف الآخر بعد ذلك، لم يكن فيه إشكال...". لمزيد من التفاصيل راجع: ناصر مكارم شيرازي، مرجع سابق، ص 376.

(96) تنص المادة (774) من القانون المدني البحريني على أن: "إذا تضمن التصرف القانوني شرطاً يمنع المتصرف إليه من التصرف في المال الذي اكتسب ملكيته بمقتضى ذلك التصرف، أو يقيد حقه في التصرف فيه، فلا يصح الشرط ما لم يكن مبنياً على باعٍ قوي ومقصوراً على مدة معقولة".

ويجب التنويه إلى أن الشرط الوارد في قانون تنظيم القطاع العقاري يختلف عن الشرط الوارد في القانون المدني في مصدر نشأة هذا الشرط، ففي القانون الأول ينشأ الشرط من عقد الرهن الذي لا يسلب الملكية من الراهن، أما في القانون الثاني فيسلب الملكية من المتصرف، وتكون للمتصرف إليه الذي لا يجوز له التصرف فيها طيلة مدة الشرط.

ورغم ذلك، انتقد جانب من الفقه<sup>(97)</sup> الموقف التشريعي سالف البيان مقرررين بطلان الشرط المانع من التصرف بحجة أن وجوده يتعارض مع النظام القانوني للرهن التأميني الذي يجيز للراهن التصرف بالعقار المرهون مع ضمان حقوق المرتهن بعدم الإضرار بها، وهو نقدٌ يجانب الصواب، ذلك أن جواز التصرف بالعقار المرهون بالنسبة للراهن لا يعني اتجاه المشرع لمنع الاتفاق على خلاف ذلك، وطالما لم يمنع المشرع مثل هذا الاتفاق، ولم يكن مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة، فيكون عندئذٍ صحيحاً، ولا ينافي الحكمة من الرهن.

(2) حق الراهن باستعمال العقار واستغلاله: طالما كان الرهن لا يؤدي للمساس بالمركز القانوني للراهن من حيث ملكيته للعقار المرهون، وكان الراهن له حق التصرف به، فيكون من نافلة القول التسليم له بحق استعمال العقار المرهون سواءً أكان استعمالاً مباشراً أم غير مباشر، وحق استغلال العقار بإيجاره، وتسلم الأجرة من المستأجر، وقبض الثمار الطبيعية<sup>(98)</sup>، على أن مباشرة الراهن لهذين الحقين يجب ألا تؤدي للإضرار بمصلحة المرتهن بإنقاص الضمان، فلا يجوز للراهن استغلال العقار بأعمال الإدارة غير المعتادة بدون إذن المرتهن<sup>(99)</sup>.

توصيفٌ في حقيقته لا يختلف مع قانون تنظيم القطاع العقاري الذي أجاز للراهن في المادة (أ/88) منه إدارة العقار المرهون، وقبض ثماره،

(97) مُشار إليه لدى: أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص 85.

(98) أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص 82.

(99) انظر بمعنى مقارب: محمد بشير محمد عريبات، آثار الرهن التأميني وفقاً لأحكام قانون الملكية العقارية الأردني رقم (13) لسنة (2019) مقارنة بالقانون المدني الأردني رقم (43) لسنة (1976)، مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية، المجلد 4، العدد 3، 2023م، ص 126-127.

وجميع إيراداته لحين التأشير بالحجز عليه<sup>(100)</sup>، وهو الموقف ذاته المستقر عليه في الفقه، والمقرر في المادة (956) من القانون المدني<sup>(101)</sup>، ولهذا لم يأت قانون تنظيم القطاع العقاري بأي جديد في هذا الشأن، إلا أنه استحدث نصًا يجيز للمحكمة الأمر بحجز إيراد العقار المرهون إذا تبين لها ماطلة الراهن في تنفيذ الالتزام بهدف الإضرار بالمرتتهن معبرًا عن ذلك في المادة (ب/ 88): "يجوز للمحكمة أن تأمر بحجز إيراد العقار المرهون أو الوحدة العقارية المرهونة اعتباراً من تاريخ قيد دعوى تنفيذ الرهن إذا تبين لها أن الرهن يماطل في سداد دينه إضراراً بالمرتتهن".

استحداثاً نؤيده لما فيه من حماية للمرتتهن من ماطلة المدين المؤدية للإضرار بالمرتتهن لحين التأشير على العقار بالحجز، ذلك أن الراهن قد ينتفع من إيرادات العقار، ويقوم بتبديدها ليضعف الضمان العام ليس إلا للإضرار بالمرتتهن، وغيره من الدائنين، ومع ذلك نرى بأن صياغة النص لم تكن موفقة، فالتأشير على العقار بالحجز لا يكون بموجب دعوى، وإنما بموجب طلب يُقدم لقاضي التنفيذ الذي يُصدر قراراً بحجز العقار تمهيداً لبيعه وفقاً للإجراءات الواردة في القرار رقم (123) لسنة 2019 بشأن تحديد قواعد وإجراءات بيع العقار المرهون بالمزاد العلني.

(3) الالتزام بضمان سلامة العقار المرهون: يلتزم الراهن بضمان سلامة العقار المرهون لحين الوفاء بالالتزام، ويعبّر المشروع عن هذا الالتزام في المادة (96) من قانون تنظيم القطاع العقاري بقوله: "يضمن الرّاهنُ العقارَ

---

(100) تنص المادة (أ/ 88) من قانون تنظيم القطاع العقاري على أن: "للراهن الحق في إدارة العقار المرهون، وله قبض ثماره وكافة إيراداته إلى وقت وضع إشارة الحجز على قيد العقار المرهون أو الوحدة العقارية المرهونة".

(101) المادة (956) من القانون المدني: "للراهن الحق في إدارة العقار المرهون. وله قبض ثماره وكافة إيراداته إلى وقت وضع إشارة الحجز على قيد العقار".

المرهون رهناً تأمينياً، وهو مسئول عن سلامته كاملاً حتى تاريخ وفاء الدَّين. وللمرتهن أن يعترض على كل نقص في ضمانه وأن يتخذ من الإجراءات القانونية ما يحفظ حقه، على أن يرجع بالنفقات على الرَّاهن"، وهو الالتزام ذاته المقرر في القانون المدني مع اختلافٍ طفيف في صياغته لا يؤثر على المعنى المراد منه<sup>(102)</sup>.

ويُلاحظ بأن الرهن كالبائع يلتزم بعدة ضمانات، الأول منها ضمان التعرض الشخصي من الناحية القانونية، والمتمثل بوجود الامتناع عن إجراء أي تصرف قانوني يؤدي إلى تضعيف الائتمان، والثاني منها التعرض الشخصي من الناحية المادية، والمتمثل بوجود الامتناع عن القيام بأي عمل مادي يؤدي إلى إنقاص الائتمان كالهدم الجزئي أو الكلي للعقار المرهون أو تخريبه أو انتزاع بعض الأجزاء لبيعها<sup>(103)</sup>، أما إذا كانت الأعمال المادية تافهة كالتغيير الجزئي لبعض أجزاء العقار، فلا وجه لاعتراض المرتهن عليها لأنها لا تؤدي لإنقاص الائتمان، والثالث منها ضمان التعرض القانوني الصادر من الغير، والمتمثل بوجود ضمان تعرض الغير المتعارض مع حقوق المرتهن، فإذا ادعى الغير ملكيته للعقار المرهون، وأن الرهن صدر من غير المالك وجب على الرهن دفع هذا الادعاء<sup>(104)</sup>، وكذلك إذا ادعى الغير بأن له حق عيني متفرع عن حق الملكية كالانتفاع أو الارتفاق وجب

---

(102) تنص المادة (959) من القانون المدني البحرين على أن: "يلتزم الرهن بضمان سلامة الرهن، وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصاً كبيراً، وله في حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الرهن ما يلزم من الوسائل التحفظية".

(103) انظر بمعنى مقارب: محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 90-91.

(104) ثامر جاسم محمد، آثار الرهن التأميني فيما بين الرهن والمرتهن، مجلة كلية المأمون، العراق، بدون رقم مجلد، العدد 34، 2019م، ص 226.

على الراهن دفع هذا الادعاء طالما انعقد الرهن على أساس عدم وجود مثل هذه الحقوق، خلافاً للتعرض المادي الصادر من الغير الذي لا يضمنه الراهن<sup>(105)</sup>.

ولم يكتفِ المشرع بما تقدم من ضمان، بل كفل للمرتهن الوسائل القانونية التي تمكنه من ضمان سلامة العقار المرهون على نحوين، الأول منهما الاعتراض على كل نقص في الائتمان، فإذا كان التصرف الصادر من الراهن قانونياً كترتيب الرهن للغير جاز للمرتهن الاعتراض بعدم نفاذ التصرف في مواجهته، والثاني منهما اتخاذ الإجراءات التحفظية لوقف الأعمال المادية التي تؤدي لإنقاص الضمان، وتعيين حارس قضائي على العقار المرهون على نفقة الراهن.

وسيلتين لا يمكن القول بحاجتهما، ذلك أنه بالنسبة للوسيلة الأولى فمن نافلة القول التسليم بحق المرتهن بالاعتراض على العمل المُنقَص للضمان طالما ألزم المشرع الراهن بهذا الضمان، وأما بالنسبة للوسيلة الثانية فكذلك من نافلة القول التسليم بحق المرتهن بحكم القانون لاتخاذ كافة الإجراءات التحفظية بما فيها رفع الدعوى المستعجلة أمام قاضي الأمور المستعجلة لوقف أي عمل مادي يُنقص الضمان، وتعيين حارس قضائي، وهو حق لا يكون على أساس نص المادة (96) من قانون تنظيم القطاع العقاري، وإنما على أساس المادة (8) مكرر من قانون المرافعات البحريني<sup>(106)</sup>.

(105) راجع بمعنى مقارب: توفيق حسن الفرج، مرجع سابق، ص 145-146.

(106) تنص المادة (8) مكرر من قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بموجب المرسوم بقانون رقم (12) لسنة 1971 على أن: "يتولى القضاء المستعجل قاض يندبه المجلس الأعلى للقضاء ويشمل اختصاصه جميع الدعاوى المستعجلة عدا ما يدخل في اختصاص المحاكم الشرعية ولو كانت الدعوى موضوعاً من اختصاص محكمة أخرى، ولا يمنع

4) الالتزام بضمان هلاك العقار المرهون: أوجبت المادة (89) من قانون تنظيم القطاع العقاري على الراهن ضمان هلاك العقار المرهون بقولها: "إذا هلك العقار المرهون أو الوحدة العقارية المرهونة أو تلف لأي سبب كان، انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك كالتعويض، ومبلغ التأمين، ومقابل الاستملاك للمنفعة العامة"، وهي ليست إلا ترديداً لما جاء في المادة (961) من القانون المدني<sup>(107)</sup>، ومضمونها يتمثل فيما يلي: إذا أدى هلاك العقار المرهون إلى استحقاق مقابل، كما لو كان الهلاك بخطأ الغير، والتزم بدفع التعويض أو التزم المؤمن بدفع مبلغ التعويض لأن هذا الغير مؤمناً عليه أو تملكته الدولة العقار المرهون للمنفعة العامة، فينتقل الرهن بمرتبته إلى المقابل، فيكون هذا المقابل من حق المرتهن لا الراهن<sup>(108)</sup>.

ويكون التزام الراهن بضمان هلاك العقار المرهون على أنحاء ثلاثة، أولها إذا كان الهلاك بسبب خطأ الراهن كان الخيار للدائن بين اقتضاء تأمين آخر أو استيفاء حقه على الفور<sup>(109)</sup>، وثانيها إذا كان الهلاك بسبب أجنبي،

---

هذا من اختصاص محكمة الموضوع بالفصل في المسائل المستعجلة التي ترفع تبعاً للطلب الأصلي. ويفصل قاضي الأمور المستعجلة بصفة مؤقتة مع عدم المساس بأصل الحق في المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت".

(107) تنص المادة (961) من القانون المدني البحريني على أن: "إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأي سبب كان، انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك كالتعويض، ومبلغ التأمين، ومقابل الاستملاك للمنفعة العامة".

(108) وزارة العدل الكويتية، مجموعة التشريعات الكويتية الجزء الثاني: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، مج2، ط1، مطابع الخط، الكويت، 2011م، ص616.

(109) تنص المادة (960/أ) من القانون المدني البحريني على أن: "إذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك العقار المرهون أو تلفه، كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضي تأميناً كافياً أو أن يستوفي حقه فوراً".

ولم يقبل الدائن بقاء الالتزام بلا تأمين، كان الخيار للمدين بين تقديم تأمينٍ آخر أو الوفاء بالالتزام على الفور<sup>(110)</sup>، وثالثها إذا وقعت أعمال مادية تُعرض العقار المرهون للهلاك أو تجعله غير كافٍ للائتمان جاز للدائن اللجوء للقضاء لإيقاف هذه الأعمال، ومنع إضعاف الائتمان<sup>(111)</sup>.

ثانياً: آثار الرهن التأميني بالنسبة للمرتهن تجاه الراهن

1) التنازل عن الحق الشخصي المضمون: أجازت المادة (ب/91) من قانون تنظيم القطاع العقاري للمرتهن التنازل عن حقه الشخصي المضمون بالرهن التأميني للغير مشروطاً لصحة هذا التنازل موافقة المدين من جهة، وتسجيل سند التنازل لدى جهاز المساحة والتسجيل العقاري من جهة أخرى<sup>(112)</sup>. موقفٌ رغم أنه ليس له مثيل في أحكام الرهن التأميني الواردة في القانون المدني، إلا أنه يؤصل لأحكام حوالة الحق الواردة في الباب الرابع من القانون نفسه، وتحديداً لنص المادة (287) التي أجازت للدائن إحالة حقه الشخصي للغير دون حاجة لموافقة المدين<sup>(113)</sup>، وإن كانت

---

(110) تنص المادة (ب/960) من القانون المدني البحريني على أن: "فإذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبي ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين، كان المدين مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفي الدين فوراً قبل حلول الأجل".

(111) تنص المادة (ج/960) من القانون المدني البحريني على أن: "وفي جميع الأحوال إذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو تجعله غير كافٍ للضمان كان للدائن أن يطلب من المحكمة وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر".

(112) تنص المادة (ب/91) من قانون تنظيم القطاع العقاري على أن: "للدائن المرتهن تحويل حقه المضمون بالرهن لآخر بشرط موافقة المدين وتسجيل سند التنازل لدى الجهاز".

(113) تنص المادة (287) من القانون المدني البحريني على أن: "يجوز للدائن أن يحيل حقه في ذمة مدينه إلى شخص آخر، إلا إذا منع ذلك نص في القانون، أو اتفاق المتعاقدين،

الموافقة تؤدي إلى نفاذها، إلا أنها ليست الخيار الوحيد، إذ قررت المادة (289) نفاذ الحوالة بمجرد إعلان المدين<sup>(114)</sup>.

ويتبين مما تقدم اختلاف قانون تنظيم القطاع العقاري عن القانون المدني بخصوص حق المرتهن بحوالة الحق، فالأول يشترط موافقة المدين لصحة الحوالة، والثاني لا يشترط ذلك إلا لنفاذ الحوالة عند عدم إعلان المدين بها، والصحيح برأينا موقف القانون المدني، ذلك أن الدائن حر في التصرف بحقوقه الشخصية سواءً بنقلها أو إسقاطها طالما كان ذلك في حدود النظام العام، ودون توقف صحة هذا التصرف على موافقة المدين.

2) التنازل عن مرتبة الرهن: أجازت المادة (ج/ 91) من قانون تنظيم القطاع العقاري للراهن التنازل عن مرتبة رهنه بحدود مقدار الالتزام إلى دائن

أو طبيعة الالتزام، وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين"، ومن التطبيقات القضائية قضت محكمة التمييز البحرينية بأنه: "...يجوز للدائن حواله ما له من حق في ذمة مدينه إلى شخص آخر ما لم يمنع من ذلك نص في القانون أو اتفاق الطرفين أو طبيعة الالتزام وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين وإن كانت لا تنفذ في حقه إلا إذا قبلها أو أعلن عنها، ويترتب على نفاذها انتقال الحق المحال إلى المحال له فيحل فيه محل المحيل ويصبح من حقه اجبار المدين على الوفاء له به".

حكم تمييز بحريني صادر بمناسبة الطعن رقم (62) لسنة 2018 بجلسة 2018/12/24م. (114) تنص المادة (289) من القانون المدني البحريني على أن: "لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو الغير، إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها..."، ومن التطبيقات القضائية قضت محكمة التمييز البحرينية بأن: "من المقرر أنه وإن كان يجوز للمقاول الأصلي أن ينزل عن حقه في ذمة رب العمل عن طريق حوالة الحق إلا أنه وفقاً لنص المادة 289 من ذلك القانون (القانون المدني) فإن هذه الحوالة لا تنفذ قبل المدين أو الغير إلا إذا قبلها المدين - أي صاحب العمل - أو أعلن بها، وأن نفاذها في حق الغير - أي المقاول من الباطن - يقبل المدين لها يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ على النحو المبين بالمادة 14 من قانون الاثبات".

حكم تمييز بحريني صادر بمناسبة الطعن رقم (810) لسنة 2022 بجلسة 2023/6/6م.

مرتهن آخر له رهن مقيد على العقار المرهون نفسه، ويترتب على هذا التنازل حلول الدائن المرتهن المتنازل له محل الدائن المرتهن المتنازل<sup>(115)</sup>، فلا يزول الرهن بالنسبة للمرتهن المتنازل، وإنما يتأخر في استيفاء حقه مرتبةً، ويحل محله في استيفاء حقه الدائن المرتهن المتنازل إليه.

ويعدّ هذا الحق من الحقوق التي لم يستحدثها قانون تنظيم القطاع العقاري، فقد ورد النص عليه في جزئية الآثار القانونية فيما بين المرتهن والغير بالقانون المدني البحريني تحديداً في المادة (973)، وحسناً فعل المشرع حينما قصر حق المرتهن بالتنازل عن مرتبة الرهن للمتنازل له بحدود مقدار الالتزام المضمون لما في ذلك من حماية للراهن، ولكنه لم يكن كذلك عندما لم يشترط إعلان الراهن لنفاذ هذا التنازل في مواجهته، ذلك أن اختلاف مرتبة الدائنين المرتهنين محل اعتبار بالنسبة للراهن، وعدم علم الراهن بهذا الاختلاف قد يؤدي للإضرار به لا سيما بأن بعض الدائنين يمنحون أجلاً إضافياً للمدين للوفاء بالالتزام مستهدفين بذلك تجنب الخوض في إجراءات بيع العقار المرهون.

3) مباشرة إجراءات التنفيذ على أموال الراهن: ثمة أمر مسلّم به هنا، وهو أن الرهن التأميني لا يُنشئ أي التزام في ذمة المرتهن، ولا يحرمه من أي حق ينص عليه القانون<sup>(116)</sup>، ولهذا فاعتبار المرتهن صاحب حق عيني لا يؤدي للمساس بحقه الشخصي تجاه الراهن، ويترتب على ذلك إمكانية المرتهن بمباشرة إجراءات التنفيذ على جميع أموال المدين بموجب الحق

---

(115) تنص المادة (ج/ 91) من قانون تنظيم القطاع العقاري على أن: "يجوز للدائن المرتهن أن يتنازل عن مرتبة رهنيه بمقدار دينه إلى دائن آخر له رهن مقيد على ذات العقار المرهون. وفي هذه الحالة يحل كل من المرتهن المتنازل والمتنازل له محل الآخر".

(116) انظر بمعنى مقارب: سيد إبراهيم محسن عدنان العلوي، مرجع سابق، ص 19.

الثابت له كدائن عادي في الضمان العام، ولكن هذا التنفيذ لا يكون إلا مشتركاً مع الدائنين الآخرين، فلا يكون للمرهن التقدم عليهم.

على أنه إذا كان الراهن هو الكفيل العيني اقتصر حق الدائن على مباشرة الإجراءات التنفيذ للعقار المرهون فقط، فلا يجوز له التنفيذ على أموال الكفيل العيني الشخصية تأسيساً على أن ما يجمع الأخير بالمرتهن ليس إلا رابطة شخصية تسمح للمرتهن بمباشرة إجراءات التنفيذ على العقار المرهون عند امتناع المدين عن الوفاء دون أن تمتد للأموال الشخصية، فهو ليس مدينًا بالالتزام حتى يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن تنفيذه، ويَعبر المشرع عن ذلك بقوله: "إذا كان الرَّاهن شخصاً آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على أمواله إلا ما رهن منها"<sup>(117)</sup>، وهو النص ذاته الوارد في المادة (963/أ) من القانون المدني.

وعلى كل حال، فإذا اختار المرتهن التنفيذ على العقار المرهون دون أموال المدين الشخصية امتنع على الكفيل العيني - ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك - الدفع بتجريد أموال المدين خلافاً للكفيل الشخصي<sup>(118)</sup>، وتعتبر المادة (ب/90) من قانون تنظيم القطاع العقاري عن ذلك بنصها: "ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك"، وهي المادة ذاتها الواردة في القانون المدني<sup>(119)</sup>، ورغم ذلك أجاز

(117) المادة (90) من قانون تنظيم القطاع العقاري.

(118) راجع في دفع الكفيل بالتجريد: راقية عبدالجبار علي وحسين اكريم جازع، الدفع بالتجريد في عقد الكفالة - دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية (كلية الحقوق - جامعة بغداد)، المجلد 37، العدد الخاص للتدريسيين وطلبة الدراسات العليا-1، 2023م، ص 555 وما بعدها.

(119) تنص المادة (963/أ) من القانون المدني البحريني على أن: "...ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك".

المشروع للكفيل العيني توحي إجراءات التنفيذ بالتخلي عن العقار وفقاً للأحكام التي يتبعها الحائز في تخلية العقار، ولكنه جوازٌ ليس وفقاً لقانون تنظيم القطاع العقاري الذي خلا من هذا الحكم، وإنما وفقاً للقانون المدني الذي أورد هذا الحكم في المادة (ب/ 963)<sup>(120)</sup>.

وفي هذا الصدد انتقد جانب من الفقه<sup>(121)</sup> حرمان الكفيل العيني من الدفع بتجريد أموال المدين بحجة أن الكفيل العيني كالكفيل الشخصي كلاهما مُلزم تجاه الدائن بتنفيذ التزام المدين، وأن هذا الالتزام تابع لالتزام المدين الأصلي بكل أبعاد التبعية، ولا يعدو الخلاف سوى في مقدار التزام كلاهما، فمسؤولية الكفيل العيني تقتصر على حدود المال المرهون، بينما مسؤولية الكفيل الشخصي تمتد لجميع أمواله.

ورغم ما يحمله هذا الرأي من وجهة، إلا أننا لا نؤيده لعدة أسباب، أولها بأن الكفالة العينية ليست كالكفالة الشخصية، فلا تقوم على تعدد الذمم، بل تقوم على توفير مال مرهون يكون للدائن حق مباشرة إجراءات التنفيذ عليه بمجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه عند حلول الأجل، وثانيها بأن منح الكفيل العيني حق الدفع بالتجريد يتعارض مع غاية الرهن المتمثلة بحق المرتهن باستيفاء حقه من ثمن بيع العقار المرهون عند امتناع الراهن عن الوفاء بحلول الأجل<sup>(122)</sup>، وآخرها صعوبة التطبيق العملي لتجريد أموال المدين لا سيما إذا كثر عدد الدائنين تأسيساً على أن المرتهن مضطر للتراحم

---

(120) تنص المادة (ب/ 963) من القانون المدني البحريني على أن: "ويجوز لهذا الراهن أن يتفادى أي إجراء موجه إليه إذا هو تخلى عن العقار المرهون وفقاً للأوضاع وطبقاً للأحكام التي يتبعها الحائز في تخلية العقار".

(121) مُشار إليه لدى: صالح أحمد اللهيبي، أحكام الكفيل العيني في التشريع الإماراتي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 19، العدد 2، 2022م، ص 262.

(122) أشار للنقد الثاني بمعنى مقارب: المرجع السابق، ص 262.

معهم دون أم يملك حق التقدم، وهذا قد يطيل الفترة الزمنية للتجريد مما يؤدي إلى نبذ الائتمان، وإحجام الكثير عنه.

4) مباشرة إجراءات التنفيذ على العقار المرهون: إذا امتنع المدين عن تنفيذ الالتزام بعد حلول الأجل جاز للمرتهن مباشرة إجراءات التنفيذ على العقار المرهون بإنذار المدين أو الكفيل أو الحائز بحسب الأحوال بكتاب مسجل بعلم الوصول قبل ثلاثين يوماً من تقديم طلب التنفيذ<sup>(123)</sup>، فإذا مرّت هذه المدة دون قيام الراهن بالوفاء وجب على المرتهن تقديم طلب مباشرة إجراءات التنفيذ لقاضي التنفيذ على أن يكون مشفوعاً بالبيانات الشخصية للمرتهن والراهن وفقاً للنموذج المعد لهذا الغرض، وبيانات خلاصة طلب التنفيذ، وبيان صافي أصل الالتزام، وبيان تفاصيل الرسوم والمصاريف المستحقة إن وُجدت، وما يفيد أصل الكتاب المسجل بعلم الوصول، وما يفيد تامين العقار من مئمن عقاري مُرخص له من مؤسسة التنظيم العقاري<sup>(124)</sup>.

وبناءً على الطلب يُصدر قاضي التنفيذ من جهة قرارًا بالحجز على العقار تمهيداً لبيعه بالمزاد العلني<sup>(125)</sup>، ويُصدر من جهة ثانية قرارًا باعتماد القيمة السوقية للعقار، والتمن الأساسي لبدء المزادة بموجب التامين العقاري المُقدم من المرتهن دون إخلال بحق الاستعانة بمئمن عقاري آخر متى اقتضت الحاجة، ويُصدر من جهة ثالثة قرارًا بتكليف المدين بالوفاء قبل بيع العقار بالمزاد العلني<sup>(126)</sup>، فإذا لم يقيم بالوفاء خلال أسبوع من تكليفه،

(123) راجع المادة (101) من قانون تنظيم القطاع العقاري.

(124) وهذا ما أكدته المادة الأولى من القرار رقم (123) لسنة 2019 بشأن تحديد قواعد وإجراءات بيع العقار المرهون بالمزاد العلني.

(125) راجع المادة (102) من قانون تنظيم القطاع العقاري.

(126) راجع المادة الثانية من القرار رقم (123) لسنة 2019 بشأن تحديد قواعد وإجراءات بيع العقار المرهون بالمزاد العلني

ولم يتقدم بطلب تأجيل بيع العقار<sup>(127)</sup>، كلف القاضي أحد الوسطاء العقاريين المرخص لهم بتنظيم عملية بيع العقار بالمزاد العلني بالوسائل الإلكترونية أو أية وسيلة أخرى يراها القاضي مناسبة على أن لا تقل مدة المزايدة عن خمسة عشر يوماً، ولا تتجاوز ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان عن بيع العقار المرهون في الجريدة الرسمية<sup>(128)</sup>، فإذا تمت إجراءات البيع استحق الدائن المرتهن حقه من الثمن ثم استحق الدائنين التاليين له في المرتبة ديونهم، أما إذا كان الثمن غير كافٍ لاستيفاء الدائن المرتهن حقه انتقل حقه للضمان العام بالتنفيذ على الأموال الشخصية<sup>(129)</sup>.

هذا بالنسبة لإجراءات التنفيذ على العقار المرهون وفقاً لقانون تنظيم القطاع العقاري، أما بالنسبة لإجراءات التنفيذ على العقار المرهون وفقاً للقانون المدني، فتكون خاضعة للإجراءات الواردة في قانون التنفيذ التي تستوجب استصدار حكم قضائي يحوز على قوة الأمر المقضي لبدء إجراءات بيع العقار المرهون، وإلا كانت هذه الإجراءات باطلة<sup>(130)</sup>.

(127) يجوز تأجيل بيع العقار بناءً على طلب المدين أو الكفيل العيني لمدة ستون يوماً إذا تبين لقاضي التنفيذ إمكانية السداد، وأن بيع العقار سيحدث ضرر جسيم بالمدين، وهذا ما أكدته المادة (103) من قانون تنظيم القطاع العقاري.

(128) راجع المادة الثالثة من القرار رقم (123) لسنة 2019 بشأن تحديد قواعد وإجراءات بيع العقار المرهون بالمزاد العلني

(129) راجع المادة (105) من قانون تنظيم القطاع العقاري.

(130) وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز البحرينية بأن: "مفاد نص المادة 34 من قانون التنفيذ رقم 22 لسنة 2021 أنه لا يجوز البدء في مباشرة إجراءات بيع العقار المحجوز عليه بالمزاد العلني إلا بموجب حكم من قاضي التنفيذ يشتمل على الأسباب التي بني عليها يقضي بإتاحة بيعه في المزاد العلني ونقل ملكية العقار لاحقاً لمن يرسو عليه المزاد العلني ولصاحب الشأن استئناف هذا الحكم بموجب لائحة يودعها قسم تسجيل الدعاوى لدى المحكمة الكبرى المدنية بصفتها الاستئنافية خلال أربعة عشر يوماً من تاريخ إصداره أو إعلانه بحسب ما إذا كان حاضراً من عدمه، وعلى المحكمة أن تنظر هذا الاستئناف

بقي أن نقول بأن هناك قاعدتان آمرتان تترتبان على ما تقدم، ويعبّر عنهما المشرع في المادة (87) من قانون تنظيم القطاع العقاري<sup>(131)</sup> بقوله: "يقع باطلاً كل اتفاق يجعل للدائن المرتهن الحق عند عدم استيفاء الدّين وقت حلول أجله في أن يتملك العقار المرهون أو الوحدة العقارية المرهونة بالدّين أو بأيّ ثمن كان، أو في أن يبيعه دون مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون، حتى لو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرّهن. ولكن يجوز بعد حلول أجل الدّين أو قسط منه الاتفاق على أن ينزل المدين الرّهن لدائنه عن العقار المرهون أو الوحدة العقارية المرهونة وفاءً لدينه":

أ - بطلان شرط تملك العقار عند عدم الوفاء: يُلاحظ في الفقرة الأولى اتجاه المشرع لبطلان اتفاق المرتهن مع الراهن على تملك العقار المرهون عند امتناع الوفاء، ويرى بشأن ذلك بعض الفقه الغربي<sup>(132)</sup> بأن هذا الاتفاق يلجأ له المرتهن بغرض استغلال موقف الراهن الذي يكون في الغالب الأعمّ ضعيفاً ليفرض عليه هذا الشرط، وغالباً ما يعتقد الراهن بأنه قادر على الوفاء عند حلول الأجل، ونظراً لضعف مركزه يقبل بهذا الشرط، وعادةً ما يخيب أمله، ولا يتمكن من الوفاء، ولهذا أراد القانون حمايته من هذا الاستغلال المخالف للنظام العام مقررًا بطلان هذا الاتفاق بصرف النظر عن الثمن المتفق عليه، وهو في الغالب لا يكون إلا أقل من القيمة الحقيقية للعقار لأن الفرق بين القيمة والثمن هو ما يستفيدة المرتهن من هذا الاتفاق.

---

في جلسة علنية تحددها للخصوم وأن تصدر حكمها فيه مشتملا على الأسباب التي بُني عليها تراعي فيه ما أوجبه نص المادة 189 من قانون المرافعات وإلا كان باطلاً".  
حكم تمييز بحريني صادر بمناسبة الطعن رقم (680) لسنة 2023 بجلسة 2024/7/23م.  
(131) وتطابقها بالصيغة نفسها المادة (964) من القانون المدني البحريني.  
(132) مُشار إليه لدى: عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 283.

وفي السياق ذاته، يرى أحد الباحثين<sup>(133)</sup> بأن هذا البطلان مستلهم من أحكام الفقه الإسلامي، وتحديدًا للحديث الوارد عن الرسول الأكرم (ص): "لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمه وعليه غُرمه"<sup>(134)</sup>، فهذا يدل على عدم جواز اشتراط حصول الدائن على العين المرهونة مقابل الدين عند حلول الأجل، فالرهن لا يؤدي إلى سلب الملكية من الراهن، ويجاب على هذا الاستدلال من عدة أوجه:

❖ إن (اللام) المذكورة في بداية الحديث هي لا النافية وليست الناهية، فالمراد منها ليس النهي عن عدم ملكية المرتهن للمرهون عند امتناع الوفاء، وإنما النفي المتمثل في أن الرهن لا يؤدي إلى نقل ملكية المرهون للمرتهن عند عدم الوفاء بدليل اختتام الحديث بقاعدة الغرم بالغنم، فللراهن منافع المرهون، وعليه ضمانه طالما ينتفع به.

❖ اللبس في تأويل عبارة (لا يغلق الرهن): إذ إن هذا النفي كان موجبه في الجاهلية عندما كان المشهور تملك المرتهن للمرهون دون إذن مالكة إذا لم يوف الدين<sup>(135)</sup>، ولهذا يؤكد الفقيه الطوسي بأن المقصود من

---

(133) راجع هذا الرأي لدى: فايز عبدالله الكندري، تراجع فلسفة حظر غلق الرهن في القانون الكويتي - دراسة تحليلية بالمقارنة مع أحكام الفقه الإسلامي والقانون المقارن، مجلة الحقوق (جامعة الكويت)، المجلد 45، العدد 2، 2021م، ص111.

(134) نقل هذا الحديث أبي هريرة عن النبي الأكرم (ص)، وأخرجه الشافعي، والدارقطني، والحاكم، والبيهقي، وابن حبان في صحيحه، وحسن الدارقطني إسناده. راجع في ذلك: صديق بن حسن القنوجي البخاري، الروضة الندية في شرح الدرر البهية، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1990م، ص82.

(135) مشار للملاحظة الثانية لدى: يونس صلاح الدين علي، غلق الرهن في القانون الإنجليزي - دراسة تحليلية مقارنة بالفقه الإسلامي والقانون المقارن، مجلة جامعة الإمارات للبحوث القانونية، المجلد 36، العدد 3، 2022م، ص430.

عبارة (لا يغلق الرهن) أن المرهون لا يملكه المرتهن<sup>(136)</sup>، وذلك لأن الرهن لا يُخرج المرهون من ذمة الراهن، ولكن في الوقت نفسه لا يوجد ما يمنع من الاتفاق على تملك المرتهن للمرهون عند امتناع الوفاء.

❖ إن هذا الحديث لئن ورد في عدة مصادر للمذاهب الإسلامية، إلا أنه يبقى من الأحاديث المختلف عليها<sup>(137)</sup>، فلم يرد مثلاً في كتب فقهاء الإمامية<sup>(138)</sup>، ومن المعروف في هذا الفقه بأن الحديث غير الوارد بالطرق المعتبرة لا يؤخذ به، ويتم العمل بقريضة البراءة، وطالما لم يرد دليل شرعي على حرمة تملك المرتهن للمرهون بالاتفاق عند امتناع الوفاء، فيكون مثل هذا الاتفاق صحيحاً عملاً بقاعدة المؤمنون عند شروطهم.

وعلى كل حال، عادةً ما يرد مثل هذا الاتفاق في عقد الرهن ذاته، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من وروده في عقد مكمل لاحق، وعندئذٍ يكون كذلك باطلاً بتأكيد المشرع نفسه، على أن هذا البطلان لا يمتد لعقد الرهن إلا إذا تبين بأن الراهن أو المرتهن ما كان ليُبرما الرهن بغير هذا الاتفاق، فإذا أثبت الراهن أو المرتهن بأن الاتفاق الباطل هو الدافع للتعاقد يبطل الاتفاق والرهن معاً، ولكن يصح هذا الاتفاق إذا كان بعد حلول أجل الالتزام لأن

---

(136) محمد بن الحسن الطوسي، الخلاف، ج3، ط1، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، 1987م، ص257.

(137) بدليل ما ذهب بعض فقهاء الشافعية بأن هذا الحديث مُرسل غير متصل. راجع تفصيل ذلك لدى: عبد الملك عبدالله يوسف الجويني، نهاية المطب في دراية المذهب في فروع المذهب الشافعي، ج5، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2010م، ص289 وما بعدها.

(138) والمورد الوحيد الذي جاء فيه هذا الحديث في مصادر الإمامية هو كتاب مستدرك الوسائل الذي أوردته نقلاً عن كتاب دعائم الإسلام لمؤلفه القاضي النعمان المغربي من المدرسة الإسماعيلية. راجع في ذلك: ميرزا حسين النوري الطبرسي، مرجع سابق، ص422.

العلة التي دفعت المشرع لحماية الراهن انتفت بحلول الأجل، وصار موقف المرتهن أقوى من الراهن بنظر المشرع.

وخلالاً لموقف الفقه والمشرع، نرى عدم الحاجة لبطلان اتفاق التملك بطلاناً مطلقاً طالما كان الراهن غير مغبوناً به، أما إذا كان مغبوناً وقع الاتفاق باطلاً بطلاناً نسبياً، وجاز له عندئذٍ رفع دعوى لإبطال هذا الاتفاق أو إجازته لأن البطلان النسبي ترد عليه الإجازة، وعلة ذلك بأن هذا الاتفاق قد يحقق مصلحة الراهن أكثر من المرتهن، فالعمل به يجنب الراهن الخوض في إجراءات بيع العقار التي قد يُنتج عنها إجحافاً بحقه إذا تم بيع العقار بثمان أقل من قيمته الحقيقية، في حين لو تم جواز هذا الاتفاق سيتخلص الراهن من التزامه، وسيكون قيمة تملك المرتهن له أعلى من ثمن بيع العقار في الغالب.

ب) بطلان بيع العقار دون اتباع الإجراءات القانونية: وللحكمة ذاتها قرر المشرع بطلان الاتفاق على بيع العقار المرهون إذا حلَّ أجل الالتزام المضمون دون اتباع الإجراءات الواردة في أحكام المواد (101-105) من قانون تنظيم القطاع العقاري، وأحكام القرار رقم (123) لسنة 2019 بشأن تحديد قواعد وإجراءات بيع العقار المرهون بالمزاد العلني، ويتحقق ذلك عندما يتفق الراهن والمرتهن على بيع العقار قبل حلول الأجل بالطريق الودي أو بالمزاد العلني دون رقابة من القضاء، وهذا ما يُعرف في الفقه باصطلاح شرط الطريق الممهد، وهو كما أشرنا باطل بطلاناً مطلقاً سواء ورد في العقد نفسه أم في عقد مكمل لاحق طالما كان الاتفاق عليه قبل حلول الأجل على أساس وجود شبهة استغلال المرتهن لحاجة الراهن<sup>(139)</sup>، فإذا حلَّ الأجل جاز الاتفاق على هذا الشرط لانتفاء شبهة الاستغلال، ولما

(139) انظر بمعنى مقارب: أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص 88-89.

يحققه الراهن من توفير مصروفات إجراءات التنفيذ<sup>(140)</sup>.

وخلالاً لموقف الفقه والمشرع، نذهب لعدم تأييد البطلان المطلق لشرط الطريق الممهد، فالحجة التي يذكرها الفقه لتبرير البطلان، وهي وجود شبهة استغلال المرتهن لحاجة الراهن لو سلمنا قطعاً بتحققها فالصحيح أن يكون هذا الاتفاق باطل بطلاناً نسبياً لا مطلقاً، وتكون عندئذ الخيرة للراهن بإجازة الرهن إذا كان يحقق مصلحته أو رفع دعوى لإبطاله تمهيداً لتطبيق الإجراءات التي رسمها المشرع لبيع العقار المرهون بالمزاد العلني، ورأينا هذا بخصوص جواز شرط الطريق الممهد يحظى بتأييد بعض الفقه الإسلامي منهم الفقيه محمد جواد مغنية الذي يقول في هذا الصدد<sup>(141)</sup>: "يجوز للمرتهن أن يشترط في عقد الرهن بيع المرهون، واستيفاء حقه منه، ويجوز له مع هذا الشرط أن يبيعه متى شاء ان لم يكن الدين مؤجلاً، وان كان مؤجلاً باعه بعد حلول الأجل، ولا يجب عليه أن يراجع الراهن، ولا الحاكم في أمر البيع".

## الفرع الثاني

### آثار الرهن التأميني فيما بين المرتهن والغير

يرتب قانون تنظيم القطاع العقاري أثاراً في غاية الأهمية فيما بين المرتهن والغير:

الأول منهما يفترض وجود عدة دائنين يرغبون باستيفاء حقهم من ثمن بيع العقار المرهون، فتكون الأولوية للمرتهن باستيفاء حقه، ومن ثم الدائنين

(140) أحمد السعيد الزقرد، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الكويتي: الكفالة - الرهن - حقوق الامتياز، ط1، دن، 1999م، ص159.

(141) محمد جواد مغنية، مرجع سابق، ص34.

التالين له في المرتبة والعاديين، وهذا ما يُعرف بحق التقدم الذي يعبر عنه الفقهاء المسلمون بقاعدة المرتهن أولى من سائر الغرماء القائمة على منق من القول بأن المرتهن له الأولوية على الغرماء إذا استغرقت ديون الراهن أمواله، فإذا زاد ثمن المرهون وجب توزيع الزائد على الغرماء<sup>(142)</sup>. والثاني منهما يفترض تصرف الراهن بملكية العقار بنقلها للغير، ويكون للمرتهن حق تتبع العقار المرهون للتنفيذ عليه في أي يد كان، وهذا ما يُعرف بحق التتبع الذي لا يعرفه الفقه الإسلامي مسماه بالتحديد لأن البعض من هذا الفقه يشترط القبض إما لصحة الرهن أو لزومه، ومع ذلك يرى البعض الآخر بأن الفقه الإسلامي يعرف مضمون هذا الحق، وما يؤديه من دور، وهذا ما يؤكد أحدهم<sup>(143)</sup> بقوله: إذا كان هناك اتجاهين في تصرف الراهن بالمرهون، ذهب الأول لبطلان التصرف، وذهب الثاني لعدم نفاذه في مواجهة المرتهن، فالتتبع ثابت في كلا الاتجاهين، أما ثبوته في الاتجاه الأول فلأن البطلان يؤدي إلى عدم جواز انتقال العين المرهونة إلى يد المتصرف إليه، وبافتراض ذلك فإن يد المتصرف إليه لا تكون يداً شرعية، ولا ريب أن ذلك يحقق للمرتهن أثر الحق في تتبع العقار المرهون، وهو تمكنه من التنفيذ عليه لاستيفاء حقه من ثمن بيعه، وأما ثبوته في الاتجاه الثاني فلأن عدم إجازة المرتهن لتصرف الراهن يستتبع اعتبار التصرف غير نافذ في مواجهته، ولهذا تكون يد المتصرف إليه غير شرعية مما يستوجب على الراهن سداد الدين المضمون عند حلول الأجل بتلك العين المرهونة.

ومهما يكن من أمر، فإن مباشرة المرتهن لهذين الحقين تستلزم بطبيعة

(142) المرجع السابق، ص 31.

(143) مُشار إليه لدى: أحمد عرفة أحمد يوسف، الأحكام الفقهية المتعلقة بالرهون المستجدة، ط1، دار التعليم الجامعي، الإسكندرية، 2020م، ص 193-194.

الحال علم الغير بالرهن قبل أن يترتب له حق عيني على العقار، ولما كان علم الغير من الصعب القطع به، لذلك نص المشرع في قانون تنظيم القطاع العقاري على قرينة قانونية قاطعة مفادها قيد الرهن لدى جهاز المساحة والتسجيل العقاري يؤدي لنفاذه بمواجهة الغير سواء تحقق العلم أم لم يتحقق<sup>(144)</sup>.

وهذا الغير بطبيعة الحال ليس الراهن، ولا المرتهن، فهذان لا يعدّان من الغير لأنهما طرفي عقد الرهن، وإنما المقصود من الغير هو كل شخص له حق تجاه المدين، ويضار من وجود الرهن التأميني، ويكون على أنحاء ثلاثة، أولها كل شخص له حق عيني تبعي على العقار المرهون كالدائن الممتاز، والدائن المرتهن رهناً تأمينياً أو حيازياً للعقار ذاته، وثانيها كل دائن عادي للراهن ليس له حق عيني على العقار المرهون، وثالثها كل شخص له حق عيني أصلي على العقار المرهون<sup>(145)</sup>، وجميع هؤلاء الأشخاص يتأثرون بشكل وبآخر من الرهن التأميني، فإذا نظرنا للفتتين الأولى والثانية فكلتاهما تتأثر من الرهن التأميني لأن المرتهن سيتقدم عليهما باستيفاء حقه من ثمن بيع العقار، وإذا نظرنا للفتة الثالثة فكل من له حق عيني أصلي على العقار سيتأثر لأن الدائن المرتهن سيقوم بمباشرة إجراءات التنفيذ ضده.

وبناءً على ما تقدم، نتناول حق المرتهن في التقدم، ومن ثم حق المرتهن بالتتابع مستبعدين من بحثنا قيد الرهن على اعتبار عدم وجود

---

(144) تنص المادة (أ/91) من قانون تنظيم القطاع العقاري على أن: "لا يكون الرهن نافذاً في حق الغير إلا إذا قُيد وفقاً لأحكام هذا القانون قبل أن يكسب هذا الغير حقاً عينياً على العقار"، وتقابلها المادة (أ/965) من القانون المدني البحريني.  
(145) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 336-353.

خصوصية للقيّد في قانون تنظيم القطاع العقاري، وذلك فيما يلي:

### أولاً: حق المرتهن بالتقدم

أشرنا فيما تقدم إلى أن للمرتهن أفضلية على الدائنين باستيفاء حقه عند امتناع الراهن عن الوفاء<sup>(146)</sup>، ولكن هذه الأفضلية ليست على جميع أموال المدين، وإنما تقتصر على ثمن بيع العقار المرهون أو مبلغ التعويض في حال كان العقار مؤمن عليه، والتزم المؤمن بدفع مبلغ التعويض أو مبلغ التعويض الذي يدفعه مُحدث الضرر بالعقار أو مبلغ التعويض الذي تلتزم به الجهة الإدارية المختصة عند نزع ملكية العقار للمنفعة العامة، فالمرتهن دائن عادي حاله حال الدائنين الآخرين بالنسبة لأموال المدين الشخصية، ويعبر المشرع عن ذلك بقوله: "يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو الوحدة العقارية المرهونة أو من المال الذي حلّ محلّهما بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا قد أجروا القيد في يوم واحد"<sup>(147)</sup>، وهو ذات التعبير المقرر في المادة (970) من القانون المدني مع اختلافٍ طفيفٍ في الأول عن الثاني مفاده وجود لفظ الوحدة العقارية المرهونة، وهو كذلك ما توجهت إليه هيئة التشريع والرأي القانوني قبل صدور قانون تنظيم القطاع العقاري<sup>(148)</sup>.

(146) ويُستثنى من ذلك الدائن الذي له حق امتياز، فهذا يتقدم على الدائن المرتهن بصرف النظر عن ميعاد قيد الرهن، وهذا ما أكدته المادة (1036) من القانون المدني البحريني.

(147) المادة (93) من قانون تنظيم القطاع العقاري.

(148) توجهت هيئة التشريع والرأي القانوني إلى أن: "...أهمية التمييز بين الدائن المرتهن الأول والدائن المرتهن الذي يليه في المرتبة أو الدائن العادي تكمن في الترتيب في استيفاء الديون من ثمن العقار، حيث يكون للدائن المرتهن الأولوية في استيفاء حقه متقدماً في ذلك على الدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة، والدائنين العاديين،

هذا، وقد يحصل عملياً أن يقوم أكثر من مرتين بقيد الرهن على العقار نفسه، فعندئذٍ لا إشكال لو تم القيد في أيامٍ مختلفة، إذ تكون العبرة بتحديد مرتبة الرهن بالرقم التتابعي للتسجيل لدى الجهاز، ويكون الأسبق بالتسجيل من له الأفضلية على حساب الآخر، ولكن يثور الإشكال لو كان التسجيل في اليوم نفسه فهل تكون العبرة بتحديد الأفضلية بالتسجيل المُسبق بالساعات؟

يجيب غالبية الفقه العربي<sup>(149)</sup> عن هذا التساؤل بأن العبرة بتحديد الأفضلية تكون بالساعات، فمن كان طلبه أسبق من غيره ولو بساعة يُقدم على الطالب المتأخر، أما إذا قدم كلاهما الطلب في الساعة نفسها تعادلا في مرتبتهما، ولا يتقدم أحدهما على الآخر، وهو الموقف الذي أيده القانون المدني البحريني متأثراً بالقانون المدني المصري<sup>(150)</sup>، ومن بعده قانون تنظيم القطاع العقاري مقرراً القيد بالوقت سواءً بالساعة أم باليوم معياراً لتحديد الأفضلية بين الدائنين<sup>(151)</sup>.

---

فيستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو من المال الذي حل محل هذا العقار بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا قد أجروا القيد في يوم واحد".

انظر الرأي القانوني رقم (ف 99/2013) الصادر بتاريخ 13/10/2013.

(149) راجع في ذلك: عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 353-336. وأحمد السعيد الزقرد، مرجع سابق، ص 179-180. ونبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 118. ومحمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 325.

(150) راجع المادة (971) من القانون المدني البحريني، والمادة (1057) من القانون المدني المصري.

(151) تنص المادة (94) من قانون تنظيم القطاع العقاري على أن: "تحدّد مرتبة الرهن بالرقم التتابعي للتسجيل لدى الجهاز، فإذا تقدّم أشخاص متعدّدون في وقت واحد لتسجيل رهونهم ضد مدين واحد وعلى عقار واحد فيكون تسجيل هذه الرهون تحت رقم واحد، ويُعتَبَر هؤلاء الدائنون في مرتبة واحدة".

موقفٌ رغم اتفاق غالبية الفقه والتشريع عليه، وقيامه على معيار  
الأسبقية للمفاضلة بين الدائنين، إلا أننا لا نتفق معه لأنه يقوم بتفضيل  
الدائن بمعيار الساعات، وإنما - كما ذهب بعض الفقه الفرنسي<sup>(152)</sup> - لأنه  
يفتح المجال للتواطئ بين بعض الدائنين والموظف المختص بقيد الرهن  
إضراراً بالدائنين الآخرين لتقديم بعضهم على حساب البعض الآخر دون  
وجه حق، وهو ما يصعب ضبطه طالما يكون القيد في اليوم نفسه، ولهذا  
كان يعتبر المشرع الفرنسي في القانون المدني النافذ القيد باليوم معياراً  
للأفضلية بين الدائنين قبل أن يقوم بالعدول عن موقفه في عام 1955م مقررًا  
الوقت بالساعات والدقائق معياراً لتحديد الأفضلية بين الدائنين<sup>(153)</sup>.

### ثانياً: حق المرتهن بالتبعية

أشرنا فيما تقدم لحق المرتهن بتبعية العقار المرهون في أي يد كانت  
لاستيفاء حقه من ثمن بيعه في حال امتناع الراهن عن الوفاء، وهذا يستوجب  
افتراض احتمالين، أولهما خروج العقار من ذمة الراهن للغير، وثانيهما  
ترتيب الراهن لحق عيني قابل للرهن للغير سواءً أكان أصلياً متفرغاً عن حق  
الملكية كالانتفاع أم تبعياً كالرهن الحيازي، ويكون هذا الغير هو الشخص  
الذي تتخذ ضده إجراءات تتبع العقار المرهون، ويُعرف في القانون  
باصطلاح الحائز، وليس المراد منه الشخص الذي يضع يده على العقار بنية  
الظهور بمظهر المالك أو صاحب حق عيني<sup>(154)</sup>، وإنما له مفهوم خاص يعبر

(152) مُشار إليه لدى: سمير عبدالسيد تناغو، مرجع سابق، ص 139.

(153) مُشار إليه لدى: المرجع السابق، ص 139.

(154) لمزيد من التفاصيل حول الحائز وفقاً لهذا المفهوم ومسؤوليته راجع: مرتضى عبدالله  
خيرى، المسؤولية العينية للحائز في الرهن التأميني - دراسة في قانون المعاملات المدنية

عنه المشرع في المادة (ب/ 95) من قانون تنظيم القطاع العقاري بقوله: "ويعتبر حائزاً للعقار كل من انتقلت إليه بعد الرهن ملكيته أو ترتب له أي حق عيني قابل للرهن دون أن يكون مسئولاً مسئولاً شخصية عن الدين المضمون بالرهن" (155).

ويستخلص مما تقدم ضرورة توافر شروط ثلاثة لاعتبار الشخص حائزاً، أولها أن تنتقل له ملكية العقار المرهون بأي تصرف ناقل للملكية أو يترتب له أي حق عيني قابل للرهن كحق الانتفاع، ولهذا فالمستأجر لا يعد حائزاً لأن الملكية لم تنتقل إليه، ولم يترتب له سوى حق شخصي، والغاصب كذلك لا يعد حائزاً لأن الملكية لم تنتقل إليه، ولم يترتب له أي حق عيني، وثانيها أن يكون انتقال الملكية أو ترتيب الحق العيني القابل للرهن بعد قيد الرهن لأن نفاذ الرهن في مواجهة الغير معلق على قيده، فإذا اكتسب الغير الملكية أو أي حق عيني تم قيده قبل قيد الرهن امتنع على المرتهن تتبع العقار لأن الرهن لا يسري في مواجهة هذا الغير، وثالثها ألا يكون الغير مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الالتزام المضمون بالرهن لأنه لو كان كذلك لجاز للمرتهن مباشرة إجراءات التنفيذ فوراً بموجب الضمان العام، وهذا يتعارض مع فلسفة تطهير العقار، فلا يتصور منح المسؤول مسؤولية شخصية حق التطهير من جهة، ومن ثم منح الدائن حق الرجوع عليه ليس كدائناً مرتهاً وفقاً للرهن التأميني، وإنما كدائناً عادياً وفقاً للضمان العام الذي يجعل جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه<sup>(156)</sup>، ولهذا لا

الإماراتي، مجلة الدراسات والبحوث القانونية (جامعة محمد بوضياف)، المجلد 1، العدد 2، 2016م، ص 15 وما بعدها.

(155) وهو النص ذاته الوارد في المادة (ب/ 974) من القانون المدني مع اختلاف طفيف يتعلق باستثناء الميراث كسبب لاكتساب الملكية.

(156) مُشار للشرط الثالث لدى: أنور أحمد الفزيع، مفهوم حائز العقار في الرهن الرسمي -

يعدّ حائزاً المدين المتضامن، والمدين غير المتضامن، والكفيل الشخصي<sup>(157)</sup>، ووارث الراهن<sup>(158)</sup>، والموصى له من الراهن<sup>(159)</sup>، والكفيل العيني<sup>(160)</sup>، ولا يجوز لهم تطهير العقار، ولكن يجوز للكفيل

دراسة في القانون المدني والمقارن، مجلة الحقوق (جامعة الكويت)، المجلد 44، العدد 3، 2020م، ص 29.

(157) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 410.

(158) وذلك تأسيساً على أن الوارث لا تنتقل له ملكية العقار المرهون إلا بعد انقضاء الرهن عملاً بقاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون المقررة في الشريعة الإسلامية، ولهذا لا يملك الوارث عقاراً مرهوناً حتى يكون حائزاً، وعن هذه القاعدة قضت محكمة التمييز البحرينية بأنه: "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الحقوق المالية للشخص تنتقل بالميراث بعد وفاته إلى ورثته فيما عدا ما كان ينقضي منها بموته أو كان متصلاً بشخصه أو متوقفاً على مشيئته، فالوارث يعتبر خلفاً في تلك الحقوق ولا يرد على هذا الأصل سوى ما هو مقرر شرعاً أنه لا تركة إلا بعد سداد الديون...". حكم تمييز بحريني صادر بمناسبة الطعن رقم (878) لسنة 2020 بجلسة 2021/1/4م، ويُنظر كذلك: عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 410.

(159) وذلك تأسيساً على أن المقرر في الشريعة الإسلامية بأن الوصية لا تُنفذ إلا بعد سداد الديون عملاً بما روي عن أبي جعفر عليه السلام قال: "قال أمير المؤمنين صلوات الله عليه: إن الدين قبل الوصية، ثم الوصية على إثر الدين، ثم الميراث بعد الوصية، فإن أول القضاء كتاب الله عز وجل"، فالموصى له لا يستحق العقار المرهون إلا بعد انقضاء الرهن لأن تسديد الدين مقدم على تنفيذ الوصية، وتسديد الدين يؤدي إلى انقضاء الرهن، ولهذا لا يملك الموصى له عقاراً مرهوناً حتى نقول بأنه حائزاً.

لمزيد من التفاصيل راجع: محمد بن يعقوب الكليني، فروع الكافي، ج 7، ط 1، منشورات الفجر، بيروت، 2007م، ص 18.

(160) لا يمكن تصور اعتبار الكفيل العيني حائزاً لأنه رهن العقار ضمناً لا التزام شخص آخر، فالملكية لم تنتقل مُثقلةً بالرهن، ولا يمكن منحه حق التطهير لأن ذلك مصادرة على المطلوب، فطالما أنشأ الرهن بإرادته، فلا يمكن منحه حق التخلص مما أنشأته إرادته لأن الاعتراف بهذا الحق يعدّ خرقاً لالتزامه كراهن، وسيُلحق الضرر بالمرتهن الذي ارتكن إلى الرهن لضمان استيفاء حقه بدون مبرر معقول، وزد على ذلك بأن الكفيل العيني هو مالك العقار المرهون، فكيف يُباشر إجراءات التطهير التي تستهدف نقل

العيني التخلية لأنه غير مسؤول مسؤولية شخصية عن الالتزام إلا في حدود العقار المرهون<sup>(161)</sup>.

وعلى كل حال، فإذا تحقق وصف الحائز، وامتنع الراهن عن الوفاء بعد حلول الأجل جاز للمرتهن تتبع العقار المرهون لاستيفاء حقه، وذلك عملاً بما قرره المادة (أ/ 95) من قانون تنظيم القطاع العقاري: "للدائن المرتهن رهناً تأمينياً حق تتبّع العقار المرهون في يد أيّ حائز له لاستيفاء دينه عند حلول أجل الوفاء بعد إعداره بدفع الدّين، إلا إذا اختار الحائز أن يقوم بوفاء الدّين أو يطهّر العقار من الرّهن أو أن يتخلى عنه"<sup>(162)</sup>.

ويتبين مما تقدم وجوب قيام المرتهن قبل مباشرة حق التتبع بإخطار الحائز بتنفيذ الالتزام، ويكون الإخطار طبقاً للمادة (101) من قانون تنظيم القطاع العقاري بالبريد المسجل بعلم الوصول قبل ثلاثون يوماً من تقديم طلب التنفيذ، فإذا قعد الحائز عن التنفيذ جاز للمرتهن مباشرة إجراءات التنفيذ في مواجهته، على أن القانون منح الحائز ثلاثة خيارات لمواجهة حق المرتهن بالتتبع، أولها تنفيذ الالتزام<sup>(163)</sup>، وثانيها تطهير

---

الملكية للحائز، والكفيل العيني هو المالك ابتداءً، ولن تنتقل إليه الملكية. راجع في

ذلك: أنور أحمد الفزيع، مرجع سابق، ص 30-31.

(161) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 410.

(162) وتطابقها بالصيغة ذاتها المادة (أ/ 974) من القانون المدني البحريني.

(163) لا يثير هذا الخيار أي إشكال، فللحائز تنفيذ الالتزام ثم الرجوع بموجب الدعوى الشخصية على المدين أو بموجب الحلول محل المرتهن بحدود ما أوفاه بحدود ما أوفاه، والأصل فيه - شأنه شأن خيارى التطهير والتخلية - عدم إجبار الحائز عليه لأنه شرّح لمصلحته، فالاستفادة منه متروكة لمشيئته، إلا أن المشرع خرج عن هذا الأصل مجبراً الحائز على الوفاء بحقوق الدائنين إذا كان في ذمته - بسبب امتلاكه للعقار المرهون - مبلغ مستحق الأداء يكفي لتنفيذ الالتزام، فإذا لم يكن الدين الذي في ذمة الحائز مستحق الأداء حالاً أو كان أقل من الديون المستحقة للدائنين جاز للدائنين

العقار<sup>(164)</sup>، وآخرها تخلية العقار<sup>(165)</sup>، وحسناً فعل المشرع عندما لم يحدد إجراءات كل خيار تاركًا إياها للقانون المدني الذي حددها في المواد (976-994) مما يوجب استبعادها من نطاق بحثنا لعدم وجود معالجة خاصة في قانون تنظيم القطاع العقاري.

## المطلب الثاني انقضاء الرهن التأميني وفقاً لقانون تنظيم القطاع العقاري

ينقضي الرهن التأميني على نحوين، الأول منهما الانقضاء بصفة تبعية، ويتحقق إذا انقضى الالتزام المضمون تأسيساً على أن الرهن يدور وجوداً وهدماً مع الالتزام المضمون، فإن زوال الالتزام لأي سبب من الأسباب

---

الاتفاق على مطالبة الحائز بدفع ما في ذمته بقدر المستحق لهم، وفي كلتا الحالتين لا يجوز للحائز الدفع بتخلية العقار، وهذا ما أكدته المادة (978) من القانون المدني البحريني.

(164) يُقصد بتطهير العقار الوسيلة القانونية التي تمكن الحائز من تخلص العقار من الرهن بعرض قيمته على الدائنين قبل تسجيل سند الملكية، فإذا قبل الدائنين عرض الحائز دفع لهم هذه القيمة بحسب ترتيبهم، فإذا رفض بعض الدائنين عرض الحائز وجب عليهم تقديم طلب بيع العقار فوراً، وينتهي الحال إما برسو المزاد علي الحائز أو على الغير، وفي كلا الحالتين يظهر العقار من الرهن.

راجع في ذلك: نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 144-145.

(165) يُقصد بتخلية العقار الوسيلة القانونية التي تمكن الحائز برفع يده عن العقار لتركه لحارس أو أمين تعينه المحكمة بحيث يتم اتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهته، وهذا الخيار هو رخصة للحائز فقط، ويلجأ إليها في الغالب إذا كان غير راغب في مباشرة إجراءات التنفيذ ضده، فإذا لم يقم الحائز بالوفاء أو التطهير أو التخلية جاز للمرتهن مباشرة إجراءات التنفيذ ضده.

راجع في ذلك: أحمد السعيد الزقرد، مرجع سابق، ص 205.

يؤدي إلى زوال الرهن معه بقوة القانون، والثاني منهما الانقضاء بصفة أصلية دون تأثير على الالتزام المضمون، ولهذا نخصص الفرع الأول للانقضاء التبعية للرهن التأميني، ونخصص الفرع الثاني للانقضاء الأصلي للرهن التأميني، وذلك على النحو التالي:

## الفرع الأول الانقضاء التبعية للرهن التأميني وفقاً لقانون تنظيم القطاع العقاري

"ينقضي الرهن التأميني: 1- بانقضاء الدين المضمون، ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها في الفترة ما بين انقضاء الدين وعودته" (166).

يقرر قانون تنظيم القطاع العقاري شأنه شأن القانون المدني انقضاء الرهن التأميني بمجرد انقضاء الالتزام المضمون<sup>(167)</sup>، وذلك تطبيقاً للفكرة العامة في التبعية التي تقضي بتبعية الرهن للالتزام الذي نشأ بموجبه، فلا يمكن بقاء الرهن التأميني بعد انقضاء الالتزام المضمون، على أنه يجب حتى ينقضي الرهن التأميني انقضاء الالتزام كلياً، فإذا انقضى الالتزام جزئياً بقي الرهن التأميني قائماً<sup>(168)</sup>، وتعتبر محكمة التمييز البحرينية عن ذلك بقولها: "المقرر- أن الرهن حقا تابعا للدين الذي يضمنه في وجوده وانقضائه يسير معه وجودا وعلما فينقضي بالوفاء بالدين المضمون ولا يبقى

(166) المادة (97/أ) من قانون تنظيم القطاع العقاري.

(167) ولم يأت قانون تنظيم القطاع العقاري بأي جديد في هذا الشأن، فما أورده بشأن الانقضاء التبعية للرهن التأميني ليس إلا ترديداً لما ورد في المادة (995) من القانون المدني البحريني.

(168) راجع بمعنى مقارب: سيد إبراهيم محسن عدنان العلوي، مرجع سابق، ص 23.

له وجود بعده فيما بين المتعاقدين حتى وإن لم يتم محو قيده" (169).

والمُلاحظ من جهة بأن انقضاء الالتزام المضمون جزئياً لا يؤدي إلى انقضاء الرهن التأميني جزئياً بقدر ما انقضى من الالتزام المضمون عملاً بقاعدة عدم قابلية الرهن للتجزئة التي تقرر بأن كل جزء من الالتزام المضمون مكفولاً بكل الرهن، وكل جزء من العقار المرهون يكفل كل الالتزام المضمون<sup>(170)</sup>، على أن هذا المبدأ لا يتعلق بالنظام العام، فليس ثمة ما يمنع من الاتفاق على التجزئة في عقد الرهن نفسه أو في عقد مكمل لاحق، فهذا المبدأ شرع لمصلحة المرتهن وحده، ويجوز له التنازل عن التمسك به صراحةً أو ضمناً<sup>(171)</sup>.

والمُلاحظ من جهة أخرى بأن زوال السبب الذي أدى إلى انقضاء الالتزام المضمون يؤدي إلى عودة الالتزام مع الرهن، فإذا انقضى الالتزام بالوفاء أو بالوفاء بمقابل أو بالإبراء ثم تقرر بطلان هذا الانقضاء بحكم قضائي لأي سبب كان كإعدام الأهلية أو نقصها، فإن ذلك يؤدي إلى عودة الالتزام مع الرهن بقوة القانون، فيعدّ هذا الانقضاء كأن لم يكن بالنسبة

---

(169) حكم تمييز بحريني صادر بمناسبة الطعن رقم (513) لسنة 2012 بجلسة 28/8/2014م.  
(170) انظر بمعنى مقارب: الرأي القانوني رقم (ف 116/2014) الصادر بتاريخ 24/12/2014.  
وقاعدة عدم تجزئة الرهن تقوم على منطوق القول بأن الرهن بطبيعته لا يقبل الانقسام، فمن يلتزم بترتيب حق الرهن لا يستطيع تقسيم التزامه بحيث يكون جزء من العقار ضامن، والجزء الآخر غير ضامن، فاعتبار العقار المرهون ضامناً للوفاء بالدين بأكمله قاعدة حتمية، وتسري على الضمانات العينية الأخرى رغم تحفظ بعض الفقه على حقوق الامتياز.

يُنظر في ذلك: خالد عطشان الضفيري، التنظيم القانوني لقاعدة عدم تجزئة الرهن في القانون المدني: دراسة مقارنة، مجلة دراسات الخليج والجزيرة العربية (جامعة الكويت)، المجلد 45، العدد 175، 2019م، ص 111 وما بعدها.  
(171) أحمد عرفة أحمد يوسف، مرجع سابق، ص 122.

للراهن والمرتهن، ولكنه لا يعدّ كذلك بالنسبة للغير حسن النية، فقد قرر  
المشرع صراحة عدم المساس بحقوقهم المكتسبة في الفترة المتراوحة بين  
انقضاء الالتزام وعودته، فلو قام المالك بترتيب حق عيني تبقي كالرهن  
التأميني للغير حسن النية، لم ينفذ في حق هذا الأخير الرهن العائد من  
الانقضاء، ويكون له التقدم على المرتهن العائد رهنه من الانقضاء بصفته  
دائماً مرتباً مكتسباً لحق وضع عليه المشرع حماية في الفترة المتراوحة بين  
الانقضاء والعودة متى كان حسن النية، أما إذا كان سيء النية، كما لو  
تواطئ مع المدين إضراراً بالدائن لم تشمله الحماية التي قررها المشرع،  
واعتبر انقضاء الالتزام المضمون العائد مع الرهن بعد زوال سبب الانقضاء  
كأن لم يكن بالنسبة إليه.

بقي أن نقول بأن أسباب انقضاء الالتزام التي تؤدي إلى انقضاء الرهن  
بالتبعية هي الأسباب ذاتها الواردة في القواعد العامة، فقد ينقضي الرهن تبعاً  
لانقضاء الالتزام بالوفاء، وقد ينقضي بما يعادل الوفاء كالوفاء بمقابل أو  
التجديد أو الإنابة بالوفاء أو المقاصة أو اتحاد الذمة، وقد ينقضي دون وفاء  
كالإبراء، واستحالة التنفيذ.

## الفرع الثاني

### الانقضاء الأصلي للرهن التأميني

#### وفقاً لقانون تنظيم القطاع العقاري

قد ينقضي الرهن التأميني بصفة أصلية دون أي تأثير على الالتزام  
المضمون<sup>(172)</sup>، ويُفترض لذلك تحقق احتمالين، الأول عدم انقضاء الالتزام  
المضمون بأحد أسباب انقضائه أو عدم زواله بأي سبب كالفسخ أو التقايل،

(172) راجع بمعنى مقارب: سيد إبراهيم محسن عدنان العلوي، مرجع سابق، ص 23.

والثاني انقضاء الالتزام المضمون ثم عودته مع الرهن بقوة القانون بعد زوال السبب الذي أدى إلى انقضائه، وعندما يتحقق أحد الاحتمالين يُفترض انقضاء الرهن مع بقاء الالتزام المضمون في ذمة المدين<sup>(173)</sup>، ولهذا يُعبر عنه بالانقضاء الأصلي لأن انقضاؤه لا يؤثر على الالتزام، وهو على نوعين، أولهما نصّت عليه المادة (97) من قانون تنظيم القطاع العقاري كإتمام إجراءات التطهير، وبيع العقار بالمزاد العلني، وعدم سماح مرتبة الدائن المرتهن باستيفاء حقه، وثانيهما لم ينص عليه قانون تنظيم القطاع العقاري، ولكن استقر عليه الفقه وقرره المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري الملغي<sup>(174)</sup>، ولهذا نتناول هذين النوعين فيما يأتي:

## أولاً: الأسباب الأصلية لانقضاء الرهن التأميني وفقاً للمادة (97) من قانون تنظيم القطاع العقاري

1) إتمام إجراءات التطهير: "ينقضي الرهن التأميني: ... 2- إذا تمت إجراءات التطهير انقضى حق الرهن التأميني نهائياً، ولو زالت لأي سبب من الأسباب ملكية الحائز الذي طهر العقار..."<sup>(175)</sup>.

ويستخلص من هذا النص بأن انقضاء الرهن بصفة أصلية بسبب إتمام إجراءات التطهير يكون على نحوين: الأول بيع العقار بالمزاد العلني إذا رفض أحد الدائنين عرض الحائز، ورسا المزاد على غير الحائز، ودفع من رسا عليه المزاد الثمن للمرتهين أو أودعه لخزانة المحكمة، فهذا يؤدي إلى تطهير العقار، وانقضاء الرهن، ولو لم تُدفع ديون بعض المرتهين لعدم

(173) راجع بمعنى مقارب: أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص 148.

(174) مُشار للنوع الثاني لدى: المرجع السابق، ص 148.

(175) المادة (97) من قانون تنظيم القطاع العقاري.

كفاية الثمن الذي رسا به المزاد، على أن هذه الديون التي لم تُدفع لئن كان يُصدق عليها أنها السبب الأول لانقضاء الرهن دون الدين، إلا أنها من جانب آخر تنطبق على السبب الثاني لانقضاء الرهن بصفة أصلية، وهو بيع العقار بالمزاد العلني، وتنطبق كذلك على السبب الثالث لانقضاء الرهن بصفة أصلية، وهو عدم سماح مرتبة الدائن المرتهن باستيفاء حقه من ثمن بيع العقار المرهون<sup>(176)</sup>، والثاني إتمام تطهير العقار مع بقاء الملكية للحائز، ويكون ذلك عندما يقبل الدائنين المرتهنين عرض الحائز، ومتى دفع الحائز المبلغ المعروف أو أودعه خزينة المحكمة تطهر العقار، وانقضى الرهن ولو لم يكفِ المبلغ لقضاء جميع الديون<sup>(177)</sup>.

ولم يأتِ المشرع البحريني بأي جديد في هذا الصدد، فما أورده ليس إلا تكراراً لما أورده في المادة (996) من القانون المدني البحريني<sup>(178)</sup>، وتعود أصولها للقانون المدني المصري تحديداً في المادة (1083) منه، والقوانين التي سارت على خطاه كالقانون المدني الكويتي الذي تقول مذكرته الإيضاحية: "...فإذا ما طلب الحائز التطهير وقبل الدائنون القيمة التي عرضها واستقرت ملكية الحائز للعقار نهائياً بإيداع المبلغ الذي عرضه وفقاً لنصر المادة 1014 من المشروع، فيتطهر العقار من الرهن المقيدة ولو كان بعض الدائنين لم يحصل على حقه. ويبقى الرهن منقضياً حتى ولو زالت بعد ذلك ملكية الحائز لأي سبب"<sup>(179)</sup>.

(176) راجع في ذلك بمعنى مقارب: عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 498-499.

(177) راجع بمعنى مقارب: أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص 149-150.

(178) تنص المادة (996) من القانون المدني البحريني على أن: "إذا تمت إجراءات التطهير انقضى حق الرهن التأميني نهائياً، ولو زالت لأي سبب من الأسباب ملكية الحائز الذي طهر العقار".

(179) وزارة العدل الكويتية، مرجع سابق، ص 627.

2) بيع العقار المرهون بالمزاد العلني: "ينقضي الرهن التأميني: 3...- إذا بيع العقار المرهون بيعاً جبرياً بالمزاد العلني سواءً كان ذلك في مواجهة مالك العقار أو الحائز أو الحارس الذي سلّم إليه العقار عند التخليّة، فإن حقوق الرهن على هذا العقار تنقضي بإيداع الثمن الذي رسا به المزاد...» (180).

ويُفهم مما تقدم بأن بيع العقار المرهون بيعاً جبرياً بالمزاد العلني، وبإشراف القضاء يؤدي إلى انقضاء الرهن بصفة أصلية، وذلك بإيداع الثمن الذي رسا به المزاد لخزينة المحكمة، ولهذا يجب استبعاد البيع الذي يتم دون إشراف القضاء حتى لو تم بالمزاد العلني، فمضافاً إلى بطلان هذا الاتفاق إذا كان قبل حلول أجل الالتزام كما قدمنا، فإنه لو صحّ لأدى إلى انقضاء الرهن بصفة تبعية لانقضاء الالتزام المضمون بالوفاء إذا كان المرتهن من رسا عليه المزاد، نعم لو رسا المزاد على غير المرتهن انقضى الرهن بصفة أصلية، وجاز عندئذٍ للمرتهن استيفاء حقه من الثمن، هذا بطبيعة الحال إذا كان الاتفاق صحيحاً أي بعد حلول أجل الالتزام، أما إذا كان الاتفاق باطلاً وجب استبعاد هذا البيع، وعدم اعتبار الرهن منقضيًا بصفة أصلية، إذ ما بُني على باطل فهو باطل.

ويُفهم كذلك بأن بيع العقار جبرياً بالمزاد العلني قد يكون في مواجهة ثلاثة هم المالك أو الحائز أو الحارس، فأما بالنسبة للمالك، فالفرضية هنا بأن العقار لم يخرج من ذمة الراهن، وامتنع الأخير عن الوفاء بعد حلول الأجل، فقام المرتهن بمباشرة إجراءات التنفيذ في مواجهته، وإذا تمت هذه الإجراءات، وأودع من رسا عليه المزاد الثمن لخزينة المحكمة انقضى الرهن بصفة أصلية، وأما بالنسبة للحائز، فالفرضية هنا بأن الراهن نقل ملكية

(180) المادة (97) من قانون تنظيم القطاع العقاري.

العقار أو رتب عليه حق عيني أصلي آخر للغير، فإذا حلّ أجل الالتزام، ولم يستفد الحائز من الخيارات الممنوحة إليه كقضاء الدين أو التطهير أو التخلية، فيقوم المرتهن بمباشرة إجراءات التنفيذ في مواجهته، وأما بالنسبة للحارس، فالفرضية هنا بأن الراهن نقل ملكية العقار أو رتب حق عيني أصلي للحائز، فإذا حلّ أجل الالتزام، وقام الحائز بتخلية العقار للحارس اتخذ المرتهن إجراءات التنفيذ في مواجهته، وينطبق على الحالتين سالفتي الذكر ذات الحكم المنطبق على الحالة الأولى، وهو انقضاء الرهن بصفة أصلية بمجرد إيداع الثمن لدى خزينة المحكمة.

هذا، وكالعادة لم يأتِ المشرع البحريني بأمر غير مسبوق عندما أورد هذا السبب في قانون تنظيم القطاع العقاري، فلا يعدو ذلك سوى ترديد لما ورد في المادة (997) من القانون المدني البحريني<sup>(181)</sup>.

3) عدم سماح مرتبة الدائن المرتهن باستيفاء حقه: يتقاضى الدائنون حقوقهم بحسب مرتبتهم من ثمن بيع العقار المرهون، فإذا لم يكفِ ثمن بيع العقار، فلا يحصل الدائن المتأخر على شيء، ورغم ذلك لا ينقض الالتزام كما انقضى الرهن، بل يبقى ثابتاً في ذمة المدين، ويكون عندئذٍ الدائن المتأخر دائناً عادياً يتحول حقه للتنفيذ بمقتضى ما له من الضمان العام، وتطبيقاً لذلك، فإذا رهن العقار لأكثر من دائن في أوقات زمنية متفرقة، وكان ثمن بيعه لا يكفي لسداد جميع الديون المضمونة، فإن الدائن الأخير - على سبيل المثال - لا يحصل على شيء من ثمن البيع لأنه دائن متأخر،

(181) تنص المادة (997) من القانون المدني البحريني على أن: "إذا بيع العقار المرهون بيعاً جبرياً بالمزاد العلني سواء كان ذلك في مواجهة مالك العقار أو الحائز أو الحارس الذي سلم إليه العقار عند التخلية، فإن حقوق الرهن على هذا العقار تنقضي بإيداع الثمن الذي رسا به المزاد...".

ومرتبته لا تسمح له بالحصول على حقه من هذا الثمن لوجود دائنين أسبق منه في الترتيب التسلسلي، ولهذا ينقضي الرهن دون الالتزام، ويكون انقضاء الرهن بصفة أصلية لا تبعية<sup>(182)</sup>.

ويعبر المشرع عن ذلك بقوله: "إذا بِيَعَ العقار المرهون بِيَعاً جبرياً بالمزاد العلني... فإن حقوق الرهن على هذا العقار تنقضي بإيداع الثمن الذي رسا به المزاد أو بدفعه إلى الدائنين المقيدين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن"<sup>(183)</sup>، وهو تعبيرٌ كسابقه أي ليس سوى تكراراً لما ورد في ختام المادة (997) من القانون المدني البحريني التي تعود أصولها من ناحية تشريعية لختام المادة (1084) من القانون المدني المصري، ومن ناحية فقهية لقاعدة انقضاء كل عقد يتعذر الوفاء بمضمونه<sup>(184)</sup>، وطالما كان تنفيذ الرهن التأميني باستيفاء الدائن المرتهن المتأخر لحقه من ثمن العقار مستحيلاً، فإن ذلك يؤدي إلى انقضاء الرهن بصفة أصلية لا تبعية.

(182) راجع بمعنى مقارب: عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 501.

(183) المادة (97) من قانون تنظيم القطاع العقاري.

(184) وهي قاعدة أقرها الفقهاء المسلمون، وتقوم على فكرة بطلان كل عقد يتعذر الوفاء بمضمونه، فيكون باطلاً كل عقد لا يستطيع أحد المتعاقدين تنفيذه، والمُلاحظ بأن الفقهاء استخدموا لفظ البطلان في الوقت الذي نختلف فيه مع استخدام هذا اللفظ إذا كانت الاستحالة بعد انعقاد العقد، إذ يكون اللفظ الصحيح هو الانفساخ لا البطلان، أما إذا كان قبل الانعقاد فإن لفظ البطلان صحيح لاستحالة المحل.

لمزيد من التفاصيل حول هذه القاعدة راجع: السيد تقي الطباطبائي القمي، الأنوار البهية في القواعد الفقهية، ط1، منشورات مكتبة المحلاتي، قم، 2013م، ص 152 وما بعدها.

## ثانياً: الأسباب الأصلية الأخرى لانقضاء الرهن التأميني التي لم ينص عليها القانون البحري

1) تنازل الدائن المرتهن عن الرهن: وفقاً للقواعد العامة لكل ذي حق التنازل عن حقه إذا كان بطبيعة الحال قابلاً للتنازل، وبهذا يكون للدائن المرتهن التنازل عن حقه العيني التبعي المتمثل بالرهن التأميني طالما كان له التنازل عن حقه الشخصي المضمون بذلك الرهن، وكل ما هو مطلوب لصحة هذا التنازل أن يكون صادراً عن ذي أهلية كاملة، وخالياً من العيوب التي تشوبه دون حاجة لقبول المدين الراهن أو الكفيل العيني تأسيساً على أن التنازل عن الرهن - كإبراء المدين من الالتزام - تصرف قانوني أحادي يرتب أثره بإرادة منفردة دون حاجة لإرادة أخرى تقترب منه، ومتى تم التنازل، وتم شطب الرهن امتنع على الدائن المرتهن التمسك برهنه المتنازل عنه<sup>(185)</sup>.

والتنازل عن الرهن يكون على نحوين هما التنازل الصريح، والتنازل الضمني، فأما التنازل الصريح لا يثير أي إشكال، إذ يكون بإقرار واضح من الدائن المرتهن<sup>(186)</sup>، وأما التنازل الضمني فالمراد منه اتخاذ موقف لا تدع الظروف شكاً في دلالة على حقيقة المقصود منه، بمعنى أنه يستفاد من أعمال قاطعة بدالاتها على التنازل عن الرهن، كما لو اشترك الدائن المرتهن في التوقيع على عقد بيع العقار المرهون بصفته ضامناً لخلو العقار من الحقوق العينية، ولكن توقيعه بصفته شاهداً لا يكفي للدلالة على التنازل الضمني<sup>(187)</sup>. على أن التنازل عن الرهن مهما كان نوعه لا يؤدي للمساس

(185) راجع بمعنى مقارب: أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص 85.  
(186) راجع بمعنى مقارب: سيد إبراهيم محسن عدنان العلوي، مرجع سابق، ص 24.  
(187) محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 197.

بالالتزام المضمون الذي يبقى ثابتاً في ذمة المدين<sup>(188)</sup>، ويترتب على ذلك تحول صفة الدائن المرتهن من دائن له الأولوية على الدائنين العاديين والتالين له في المرتبة إلى دائن عادي يستوفي حقه بمقتضى ما له في الضمان العام بالاشتراك مع الدائنين الآخرين دون الأولوية التي كان يتمتع بها قبل التنازل عن الرهن.

(2) اتحاد الذمة: كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ينص على انقضاء الرهن بصفة أصلية إذا انتقلت ملكية العقار المرهون للدائن المرتهن أو انتقل حق الرهن لمالك العقار المرهون، ولما عُرض هذا التوجه على لجنة المراجعة قامت بحذفه دون إيراد سبب الحذف، وظاهر الأمر بأن السبب لوضوح الحكم، فاتحاد الذمة مانع طبيعي يحول دون بقاء الرهن، وفي هذا الصدد جاء في المذكرة الإيضاحية: "وينقضي (حق الرهن) باتحاد الذمة، إذا انتقلت ملكية العقار المرهون إلى الدائن المرتهن، أو انتقل حق الرهن إلى مالك العقار المرهون. فإن زال السبب في اتحاد الذمة بأثر رجعي، كفسخ البيع الذي ملك به الدائن المرتهن العقار المرهون، عاد الرهن"<sup>(189)</sup>.

وهذا الحكم يتعين الاعتداد به رغم عدم وجود مثل هذا النص في القانونين البحريني والمصري لأن اتحاد الذمة من أسباب انقضاء الحق الشخصي أو مانع من موانع المطالبة به، وهو أيضاً يؤدي الدور نفسه بالنسبة للحقوق العينية<sup>(190)</sup>، ولهذا ينقضي الرهن بسبب اتحاد الذمة في حالتين، الأولى منهما إذا انتقلت ملكية العقار المرهون للدائن المرتهن<sup>(191)</sup>، والثانية

(188) شمس الدين الوكيل، مرجع سابق، ص 386.

(189) مُشار إليه لدى: عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 506.

(190) راجع بمعنى مقارب: سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 204.

(191) يقرر الأستاذ شمس الدين الوكيل انقضاء حق الرهن بالنسبة للدائن المرتهن في حال

منهما إذا انتقل الرهن التأميني لمالك العقار المرهون، فأما بالنسبة للأولى فتقع كثيراً عندما يرسو المزاد في حالة بيع العقار جبرياً أو اختيارياً على الدائن المرتهن، ليكون هذا الأخير مالكا للعقار الذي كان الرهن واقعا عليه، وأما بالنسبة للثانية فيجتمع حق الرهن مع حق الملكية، ليكون مالك العقار المرهون مالكا لحق الرهن، ومن الأمثلة على ذلك أن يرث مالك العقار المرهون الدائن المرتهن، فيكون مالكا للرهن بسبب الميراث، وهو في الوقت نفسه مالكا للعقار المرهون مما يؤدي إلى انقضاء الرهن انقضاءً أصليا<sup>(192)</sup>، على أن زوال السبب في اتحاد الذمة بكلا الحالتين يؤدي إلى عودة الرهن كما لو كانت إجراءات بيع العقار المرهون بالمزاد العلني باطلة، وتقرر البطلان بحكم قضائي أو قضي بفسخ عقد البيع الذي بموجبه انتقلت ملكية العقار المرهون للدائن المرتهن.

**3) هلاك العقار المرهون:** ينقضي الرهن التأميني عندما يقع الهلاك على العقار المرهون سواءً أكان سببه قوة قاهرة أم حادث فجائي أم خطأ الغير أم خطأ الراهن أم خطأ المرتهن، وهذه نتيجة طبيعية لأن العقار المرهون لم يعد له وجود، فيزول هذا الحق بزوال محله<sup>(193)</sup>، وهذا هو الهلاك المادي، وهناك نوع آخر يُعرف بالهلاك القانوني الذي يؤدي إلى زوال العقار المرهون من ناحية قانونية كنزع ملكية العقار المرهون للمنفعة العامة، والهلاك بنوعيه

---

انتقلت إليه ملكية العقار المرهون الذي كان يضمن الوفاء بحقه الشخصي، ولكن انتقال الملكية بهذا المعنى يُضفي على الدائن صفة الحائز، ولهذا يجوز للدائنين الآخرين المزودة حقوقهم الشخصية بتأمين عيني خاص بالتنفيذ على هذا العقار، إذ الرهن انقضى بالنسبة للدائن فقط دون الدائنين الآخرين.

راجع في ذلك: شمس الدين الوكيل، مرجع سابق، ص 392.

(192) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 506-507.

(193) انظر بمعنى مقارب: خليفة الخروبي، قانون مدني التأمينات العينية والشخصية، ط 1، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2014م، ص 232.

يجب أن يتم كلياً لانقضاء الرهن، فالهلاك الجزئي لا يؤدي لانقضاء الرهن إلا بالنسبة للجزء الذي هلك، ويبقى قائماً على الجزء السليم من العقار، ويكون بطبيعة الحال ضامناً لكل الالتزام وفقاً لقاعدة عدم تجزئة الرهن<sup>(194)</sup>.

والنتيجة القانونية المترتبة على الهلاك لا تثير أي إشكال، كما لو كان قانونياً أو مادياً بخطأ الغير، والتزم هذا الغير بدفع مبلغ التعويض أو كان مؤمناً عليه، والتزم المؤمن بدفع مبلغ التعويض، ففي جميع هذه الصور يكون المقابل من حق الدائن المرتهن، ولا يُثير الهلاك المادي بخطأ المرتهن أي إشكال، فللراهن الرجوع عليه بدعوى التعويض بموجب المسؤولية المدنية، فإذا قُضي للراهن بالتعويض انقضى الالتزام بقدر المبلغ المحكوم به عملاً بأحكام المقاصة، ولا يثير كذلك الهلاك المادي بخطأ الراهن أو بقوة قاهرة أو حادث فجائي أي إشكال، فإذا كان بخطأ راهن كان الخيار للدائن بين اقتضاء تأمين آخر أو استيفاء حقه على الفور دون حق الرجوع عليه بالتعويض لأن الضرر انصب على ذمة الراهن لا المرتهن، أما إذا كان الهلاك بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائي، ورفض الدائن بقاء الالتزام بلا تأمين كان له الخيار بين إلزام المدين بتقديم تأمين آخر أو إجباره على الوفاء فوراً.

4) **التقادم المسقط: بدايةً،** يجب التأكيد على أن الحق الشخصي لا يسقط بالتقادم طال الزمان أو قصر، وحسباً فعل المشرع البحريني عندما عبّر عن التقادم بمرور الزمان المانع من سماع الدعوى مستلهماً ذلك من الفقه الإسلامي، ذلك أن الحقوق الشخصية لا تتقادم بمرور المدة، وتبقى في ذمة المدين لكن بدون دعوى تحميها، ولهذا يكون سقوط عنصر المسؤولية في الحق الشخصي بمرور الزمان الذي حدده القانون هو التعبير الأدق من تقادم

(194) راجع بمعنى مقارب: محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 384-385.

الحق<sup>(195)</sup>، وذلك بحسبان أن سقوط الحقوق - دون الوفاء بها أو الإبراء منها - أمر تتأذى منه الفطرة الإنسانية، وترفضه مبادئ القانون الطبيعي، وقواعد العدالة التي تعدّ من المصادر التي يستلهم القاضي منها الأحكام<sup>(196)</sup>.

هذا، وإذا كانت القاعدة العامة تقرر انقضاء الالتزام المضمون بالتقادم المُسقط يستلزم بالتبعية انقضاء الرهن عملاً بمبدأ تبعية الرهن للالتزام المضمون<sup>(197)</sup>، فيُثور التساؤل عن مدى إمكانية انقضاء الرهن بالتقادم المُسقط بصفة أصلية بمعزل عن الالتزام المضمون؟

لا إشكال يُذكر لو كان العقار المرهون في حيازة الراهن، فمن المتفق عليه بأن الرهن لا ينقضي بالتقادم بصفة أصلية عن الالتزام المضمون طالما كان العقار المرهون في حيازة الراهن مديناً كان أم كفيلاً عينياً، ولكن يثور الإشكال في حال انتقال حيازة العقار المرهون من الراهن إلى للحائز، وفي ذلك يقرر القانون المدني الفرنسي انقضاء الرهن بالتقادم بمجرد انتقال الحيازة للحائز، ولم يتمسك الدائن المرتهن بحقه في مواجهة الحائز خلال

---

(195) إلا أننا سنستعمل هذا المفهوم ليس قناعةً بصحته، ولكن لتوافقه مع السياق، ومع ذلك نقصد به تقادم عنصر المسؤولية من الحق، وليس عنصر المديونية الذي لا يسقط مهما طال الزمان.

(196) وفي هذا الشأن قضت محكمة التمييز البحرينية بأن: "...الأصل أن الحق لا يسقط بمضي المدة وإن جاز الحكم بعدم سماع الدعوى به، إذ يظل الحق باقياً في ذمة المدين ولكن بدون دعوى تحميه، بحسبان أن سقوط الحقوق -دون الوفاء بها - أمر تتأذى منه الفطرة الإنسانية وتآباه قواعد العدالة، والتي تعدّ أحد المصادر الذي يستلهم القاضي منها حكمه في النزاع".

حكم تمييز بحريني صادر بمناسبة الطعن رقم (1168) لسنة 2018 بجلسة 12/24 /2019م.

(197) راجع في ذلك: نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 178.

المدة اللازمة لاكتساب ملكية العقار بالتقادم المُكسب، ولا ينقطع هذا التقادم بتجديد القيد، وهذا ما سار عليه المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري (الملغي) الذي تضمن الحكم نفسه، ومن ثم حُذف بسبب الانتقادات الموجهة إليه لا سيما أن موقف القانون المدني الفرنسي منتقداً من بعض الفقه الفرنسي<sup>(198)</sup>.

ولهذا، أجمع الفقه المصري على عدم سقوط الرهن بالتقادم بصفة مستقلة عن الالتزام المضمون سواءً أكان العقار في حيازة الراهن أم انتقل إلى الحائز، ومن غير الممكن قياس الرهن على الحقوق العينية الأخرى التي تسقط بعدم الاستعمال كالانتفاع نظراً لأن أساس هذا السقوط يتمثل في عدم مباشرة صاحبها أعمال الاستعمال والاستغلال طوال مدة التقادم، بينما الدائن المرتهن لا يُلزم بشيء من هذا القبيل، فهو لا يقوم بأعمال مادية كتلك التي يقوم بها المنتفع<sup>(199)</sup>.

## الخاتمة

حاول هذا البحث تقديم دراسة أكاديمية لواحدٍ من أبرز التأمينات العينية في أوساط الفقه الإسلامي، والقوانين المنظمة للمعاملات المدنية متخذاً المنهج من التحليلي التأصيلي طريقاً لمعالجة مشكلة البحث المتمثلة بمدى جدوى التنظيم التشريعي للرهن التأميني في قانون تنظيم القطاع العقاري الصادر بموجب القانون (27) لسنة 2017، وكان من مستلزمات

---

(198) مُشار إليه لدى: محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 385-386.  
(199) مُشار إليه لدى: المرجع السابق، ص 387-388. ويُنظر كذلك: شمس الدين الوكيل، مرجع سابق، ص 392-393. وتوفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص 200. وسمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 206-207.

معالجة هذه المشكلة البدء بمدخل تمهيدي لتعريف الرهن التأميني ونطاق تطبيقه في قانون تنظيم القطاع العقاري، ومن ثم تناول نشأة الرهن التأميني وفقاً لقانون تنظيم القطاع العقاري، وأثار وانقضاء الرهن التأميني وفقاً لقانون تنظيم القطاع العقاري.

وختاماً، وفي ضوء ما تم مناقشته من نصوص قانونية، وآراءٍ فقهية خالص البحث للكثير من النتائج والتوصيات التي نتناول أهمها فيما يلي:

### أولاً: النتائج

(1) الرهن التأميني وفقاً لقانون تنظيم القطاع العقاري هو الذي يُكسب الدائن حقاً عينياً على عقار قائم فعلاً أو حكماً يخوله استيفاء حقه بالتقدم على الدائنين العاديين والتالين له في المرتبة في أي يد يكون، وهو من حيث التعريف لا يختلف عن القانون المدني سوى من حيث جواز رهن العقار الحكمي.

(2) قرر المشرع سريان أحكام قانون التنظيم العقاري على ستة أنواع من الرهون التأمينية، وهي الرهون المتعلقة بالبيع على الخريطة، والعقار المشترك، والوحدة العقارية المملوكة على الشيوع، وحق المساطحة، والإيجار طويل الأمد، وحق الانتفاع، وهو ما يدل على تبرير التنظيم التشريعي الخاص للرهن التأميني، إلا أن العبرة ليست في اختلاف الرهون المخاطبة بنصوص القانون، وإنما مدى وجود الحاجة لاستحداث نصوص تتماشى معها.

(3) استحدث قانون تنظيم القطاع العقاري حكماً يجيز لمجلس إدارة مؤسسة التنظيم العقاري تحديد شخص المرتهن بالشخص الاعتباري المتمثل بمؤسسة التمويل المالية المرخصة لها بمزاولة التمويل العقاري، ولكنه أغفل تنظيم الجزاء المترتب على مخالفة هذا الحكم.

4) خرج قانون تنظيم القطاع العقاري عن شرط وجوب ملكية الراهن للعقار، وأجاز لصاحب حق الانتفاع أو المساطحة أو الإيجار طويل الأمد رهن المنفعة، وهو موقفٌ يتعارض مع غاية الرهن، إذ كيف يستوفي المرتهن حقه من ثمن بيع العقار المرهون طالما تعلق الرهن بالمنفعة.

5) اختلف قانون التنظيم القطاع العقاري مع القانون المدني بخصوص الشكلية المطلوبة لانعقاد الرهن التأميني مقررًا بأن الرسمية والقيّد شرطان لانعقاد الرهن، يترتب على تخلف أحدهما البطلان، في حين قرر القانون المدني كفاية الرسمية لانعقاد الرهن، والقيّد لإشهاره دون أن يترتب على تخلفه البطلان.

6) اشترط قانون تنظيم القطاع العقاري تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون بتعيينه تعيينًا دقيقًا من حيث طبيعته وموقعه في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق مرتبًا البطلان عند عدم التخصيص، ولا تؤيد هذا الموقف، ونرى كفاية تعيين العقار في عقد الرهن الرسمي لصحته، بل ولو يتم تعيين العقار المرهون، وانصرفت الإرادة لإبرام الرهن وجب اعتباره صحيحًا، ويكون للقضاء الحكم بتخصيص العقار المرهون بما يتناسب مع مقدار الالتزام المضمون.

7) اشترط قانون تنظيم القطاع العقاري تخصيص الرهن من حيث الالتزام المضمون بالرهن بتحديد مقداره دون أن يرتب البطلان بصراحة خلافاً لمحكمة التمييز البحرينية، وغالبية الفقه اللذين رتبوا البطلان، في الوقت الذي لا نتفق مع هذا الاتجاه طالما تم تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون، وكان تحديد الالتزام المضمون ممكنًا.

8) استحدث قانون تنظيم القطاع العقاري حكمًا يجيز للمرتهن الاتفاق مع الراهن على عدم التصرف في العقار المرهون بشرط أن يكون هذا

الاتفاق مبنياً على باعثاً قوياً، وسبباً مشروعاً، ويمكن اعتباره أحد أوجه الشرط المانع من التصرف، وتأصيله لمبدأ سلطان الإرادة.

(9) استحدث قانون تنظيم القطاع العقاري حكماً يجيز للمحكمة الأمر بحجز إيراد العقار المرهون إذا تبين مماطلة الراهن في تنفيذ الالتزام بهدف الإضرار بالمرتهن، وهو موقفٌ نُؤيده لما فيه من حماية للمرتهن من مماطلة المدين التي تؤدي للإضرار بالدائن لحين حجز العقار المرهون.

(10) أجازت المادة (ب/ 91) من قانون تنظيم القطاع العقاري للمرتهن التنازل عن حقه الشخصي المضمون بالرهن التأميني للغير بشرط موافقة المدين، وتسجيل سند التنازل لدى جهاز المساحة والتسجيل العقاري، وهو موقفٌ يؤصل لأحكام حوالة الحق التي لم تشترط موافقة المدين إلا لنفاذ الحوالة.

(11) استحدث قانون تنظيم القطاع العقاري إجراءات خاصة لمباشرة إجراءات التنفيذ على العقار المرهون أهمها أن البدء بإجراءات بيع العقار المرهون ليس بحاجة لحكم قضائي، وذلك خلافاً لإجراءات بيع العقار المرهون الخاضع للقانون المدني الذي بحاجة إلى حكم قضائي نهائي، وإلا كانت الإجراءات باطلة.

(12) لا نتفق مع موقف قانون تنظيم القطاع العقاري المتعلق ببطلان شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء، وبطلان شرط الطريق الممهّد، فأما بالنسبة للأول نرى ببطلانه بطلاناً نسبياً فقط إذا كان الراهن مغبوناً به، وأما بالنسبة للثاني فإننا لو سلّمنا بوجود استغلال المرتهن لحاجة الراهن فالصحيح أن يكون هذا الاتفاق باطلاً بطلاناً نسبياً لا مطلقاً.

(13) لم يأت قانون تنظيم القطاع العقاري بأي جديد يُذكر بخصوص

الآثار القانونية للرهن التأميني فيما بين المرتهن والغير، وحالات انقضاءه فيما عدا إجراءات مباشرة حق التبعية.

### ثانياً: التوصيات

(1) التراجع عن جواز رهن المنفعة على العقار عن فترة الانتفاع أو المساطحة أو الإيجار طويل الأمد، وذلك بحذف المادتين (98-99) من قانون تنظيم القطاع العقاري.

(2) حذف المادة (ج/ 80) من قانون تنظيم القطاع العقاري التي تقرر سريان أحكام القانون المدني في حال خلوها من النص الخاص لأن القاضي سيطبق القانون المدني عند خلو أي قانون خاص من النص سواءً وُجد النص المقترح حذفه أم لا.

(3) إضافة الجزاء المدني المترتب على مخالفة المادة (82) من قانون تنظيم القطاع العقاري في فقرة مستقلة بالصيغة التالية: (ب- ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة).

(4) حذف الفقرة الثانية من المادة (81) من قانون تنظيم القطاع العقاري لورودها بالصيغة ذاتها في المادة (ب/ 943) من القانون المدني، واستخدام لفظ المحرر الرسمي بدلاً من الورقة الرسمية الوارد في الفقرة الأولى، ليكون النص بالشكل التالي: (أ- لا ينعقد الرهن التأميني إلا إذا تم في محرر رسمي وبعد قيده لدى الجهاز. ب- ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة).

(5) حذف الفقرتين الأولى والثانية من المادة (83) من قانون تنظيم القطاع العقاري، ذلك أنه بالنسبة للفقرة الأولى فقد ورد شرط ملكية الراهن للعقار المرهون ضمناً في المادة (945) من القانون المدني، وقد وردت

معالجة دقيقة لشرط أهلية الراهن في القواعد العامة تحديداً في المادة (73) وما بعدها، وأما بالنسبة للفقرة الثانية فقد أجازت المادة (944) من القانون المدني أن يكون الراهن كفيلاً عينياً.

6) حذف الفقرات (أ-ب-د) من المادة (84) من قانون تنظيم القطاع العقاري، وتعديل الفقرة (ج) الواردة في المادة نفسها بإزالة جزاء البطلان عند عدم التخصيص، وذلك لتكون بالشكل التالي: (أ- يجب أن يكون العقار أو الوحدة العقارية المرهونة معيناً تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق. ب- فإذا لم يتم ذلك التعيين، وكان هذا التعيين ممكناً، وانصرف إرادة كل من الراهن والمرتهن لإبرام الرهن وجب اعتباره صحيحاً، وجاز عندئذٍ للمرتهن اللجوء للقضاء عند امتناع الراهن عن إجراء التخصيص للحكم له بتخصيص العقار المرهون بما يتناسب مع مقدار الالتزام المضمون).

7) تعديل المادة (85) من قانون تنظيم القطاع العقاري لتكون بالشكل التالي: (أ- يجب أن يترتب الرهن ضمناً للالتزام محدد وثابت في الذمة، ويجوز أن يترتب ضمناً للالتزام مستقبلي أو احتمالي أو معلق على شرط أو أن يترتب ضمناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جارٍ طالما تحدد في عقد الرهن مبلغ الالتزام المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الالتزام. ب- على أنه لا بطلان في حال عدم التخصيص طالما كان تحديد مقدار الالتزام ممكناً. ج- يكون الاختصاص للمحكمة الكبرى المدنية بتخصيص الرهن من حيث الالتزام المضمون بما يتناسب مع العقار المرهون الذي تم تخصيصه).

8) حذف المادة (87) من قانون تنظيم القطاع العقاري التي تقرر بطلان شرط تملك المرتهن للعقار المرهون عند امتناع الراهن عن الوفاء،

وبطلان شرط بيع العقار المرهون بدون اتباع الإجراءات القانونية المعروف بشرط الطريق الممهد.

9) حذف الفقرة الأولى من المادة (88) من قانون تنظيم القطاع العقاري لورودها في المادة (956) من القانون المدني، وتعديل الفقرة الثانية من المادة نفسها باستخدام مصطلح الطلب بدلاً من الدعوى، لتكون المادة بالصيغة التالية: (يجوز للمحكمة أن تأمر بحجز إيراد العقار المرهون أو الوحدة العقارية المرهونة اعتباراً من تاريخ تقديم المرتهن لطلب مباشرة إجراءات التنفيذ إذا ثبت أن الرّاهن يماطل في سداد دينه إضراراً بالمرتهن).

10) حذف المادتين (89-96) من قانون تنظيم القطاع العقاري المتعلقة بالالتزام بالرهان بضمان سلامة العقار المرهون وهلاكه لورودهما في المواد (959-960-961) من القانون المدني، وحذف المادة (90) من قانون تنظيم القطاع العقاري المتعلقة بالمركز القانوني للكفيل العيني عند مباشرة إجراءات التنفيذ ضده لورودها بالصيغة ذاتها في المادة (أ/ 963) من القانون المدني.

11) تعديل المادة (91) من قانون تنظيم القطاع العقاري لتكون بالشكل التالي: (أ- لا يكون الرهن نافذاً في حق الغير إلا إذا قيّد وفقاً لأحكام هذا القانون قبل أن يكسب هذا الغير حقاً عينياً على العقار. ب- يجوز للدائن المرتهن تحويل حقه المضمون بالرهن لآخر، على أن هذا التحويل لا يكون نافذاً في مواجهة المدين إلا بإعلانه كتابةً، وتسجيل سند التنازل لدى الجهاز. ج- يجوز للدائن المرتهن التنازل عن مرتبة رهنه بمقدار الالتزام المضمون إلى دائن آخر له رهن مقيد على العقار المرهون ذاته. د- لا يكون التنازل نافذاً في مواجهة المدين إلا بإعلانه كتابةً، وعندئذٍ يحل كل من المرتهن المتنازل والمتنازل له محل الآخر).

12) تعديل المادة (94) من قانون تنظيم القطاع العقاري المتعلقة بتحديد مرتبة الرهن التأميني باعتماد معيار الأيام بدلاً من الساعات ليكون النص بالشكل التالي: (أ- تحدد مرتبة الرهن بالرقم التتابعي للتسجيل لدى الجهاز مع مراعاة أحكام الفقرتين (ب-ج) من هذه المادة، ب- إذا تقدم عدة أشخاص في وقت واحد لتسجيل رهونهم ضد مدين واحد، وعلى عقار واحد فيكون تسجيل هذه الرهون تحت رقم واحد. ج- إذا تقدم عدة أشخاص في يوم واحد، وبينهم أوقات متفرقة لتسجيل رهونهم ضد مدين واحد، وعلى عقار واحد وجب اعتبار تسجيل جميع هذه الرهون تحت رقم واحد).

13) حذف المادتين (93-95) من قانون تنظيم القطاع العقاري المتعلقة بآثار الرهن التأميني فيما بين المرتهن والغير لأنهما وردتا بالصيغة ذاتها في المادتين (970-974) من القانون المدني، وحذف المادة (97) من قانون تنظيم القطاع العقاري المتعلقة بحالات انقضاء الرهن التأميني لأنها تكراراً لما جاء في المواد (995-996-997) من القانون المدني.

## قائمة المراجع

### أولاً: الكتب

- أحمد السعيد الزقرد، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الكويتي: الكفالة - الرهن - حقوق الامتياز، ط1، دن، 1999م.
- أحمد عبد الثواب محمد بهجت، الوجيز في شرح أحكام الضمانات العينية والشخصية (الرهن الرسمي - الرهن الحيازي - الامتياز - الاختصاص - الكفالة)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010م.
- أحمد عرفة أحمد يوسف، الأحكام الفقهية المتعلقة بالرهن المستجدة، ط1، دار التعليم الجامعي، الإسكندرية، 2020م.
- أسعد دياب، أبحاث في التأمينات العينية، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، د.س.
- أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني، ط5، دار العدالة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2012م.
- توفيق حسن فرج، التأمينات الشخصية والعينية (دراسة لعقد الكفالة والرهن والاختصاص والامتياز)، ط1، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، د.س.
- جابر محجوب علي وآخرون، النظرية العامة للالتزام، ج1، ط1، دار لمار للنشر والتوزيع والترجمة، الجيزة، 2022م.
- حسن علي الذنون، شرح القانون المدني - أصول الالتزام، ط1، مطبعة المعارف، بغداد، 1970م.
- خليفة الخروبي، قانون مدني التأمينات العينية والشخصية، ط1، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2014م.
- روح الله الموسوي الخميني، تحرير الوسيلة، ط1، مؤسسة علي سعد وشركاء للتجليد، دمشق، 1998م.
- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني (في الالتزامات: العقد والإرادة المنفردة)، مج1، ط4، مطبعة عالم الكتب، القاهرة، 1987م.
- سمير عبدالسيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية (الكفالة - الرهن الرسمي - حق الاختصاص - الرهن الحيازي - حقوق الامتياز)، ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1996م.

- السيد تقي الطباطبائي القمي، الأنوار البهية في القواعد الفقهية، ط1، منشورات مكتبة المحلّاتي، قم، 2013م.
- السيد علي السيستاني، المسائل المنتخبة (العبادات والمعاملات)، ط12، دار المؤرخ العربي، بيروت، 2005م.
- السيد علي الطباطبائي، رياض المسائل، ج8، ط1، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، 1998م.
- السيد موسى الشبيري الزنجاني، المسائل الشرعية، ط1، منشورات مؤسسة الإمام محمد الباقر الفقهية، قم، 2021م.
- شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني (دراسة مفصلة لأحكام الرهن الرسمي، وحق الاختصاص، والرهن الحيازي، وحقوق الامتياز)، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1959م.
- صديق بن حسن الفتوحي البخاري، الروضة الندية في شرح الدرر البهية، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1990م.
- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام، ج1، ط1، المطبعة العالمية، القاهرة، 1960م.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية)، ج10، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004م.
- عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي)، ج1، ط2، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1963م.
- عبدالملك عبدالله يوسف الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب في فروع المذهب الشافعي، ج5، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2010م.
- علي كحلون، التعليق على مجلة الحقوق العينية وقانون التحيين، ط3، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015م.
- علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، ط1، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2014م.
- فوستيل دي كولانج، وترجمة عباس بيومي، المدينة العتيقة (الأسرة عند الإغريق والرومان)، ط1، وكالة الصحافة العربية، الجيزة، 2023م.
- مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، مح1،

- ط2، مطابع دار القلم، بيروت، 1972م.
- محمد بن الحسن الحر العاملي، تفصيل وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، ج18، ط2، مؤسسة آل البيت (عليهم السلام) لإحياء التراث، قم، 1993م.
- محمد بن الحسن الطوسي، الخلاف، ج3، ط1، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، 1987م.
- محمد بن الحسن الطوسي، تهذيب الأحكام في شرح المقنعة للشيخ المفيد، ط1، دار الكتب الإسلامية، طهران، د.س.
- محمد بن يعقوب الكليني، فروع الكافي، ج7، ط1، منشورات الفجر، بيروت، 2007م.
- محمد جواد مغنية، فقه الإمام جعفر الصادق (عرض واستدلال)، ج4، ط1، منشورات الرضا، بيروت، 2012م.
- محمد حسين منصور، النظرية العامة للإيمان (صور الإيمان وضمائنه والوسائل التقليدية والحديثة لحمايته الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، التمويل العقاري)، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005م.
- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (التأمينات العينية: الرهن الرسمي وحق الاختصاص والرهن الحيازي وحقوق الامتياز)، ط2، دار الهدى، عين مليلة، 2021م.
- ميرزا حسين النوري الطبرسي، مستدرك الوسائل ومستنبط المسائل، ج13، ط3، مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، بيروت، 1991م.
- ناصر مكارم الشيرازي، رسالة توضيح المسائل (العبادات والمعاملات)، ط1، دار جواد الأئمة (ع) للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2011م.
- نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية (الرهن الرسمي - حق الاختصاص - الرهن الحيازي - حقوق الامتياز - الكفالة)، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007م.
- وزارة العدل الكويتية، مجموعة التشريعات الكويتية الجزء الثاني: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، مج2، ط1، مطابع الخط، الكويت، 2011م.

## ثانياً: البحوث

- أنور أحمد الفزيع، مفهوم حائز العقار في الرهن الرسمي - دراسة في القانون المدني والمقارن، مجلة الحقوق (جامعة الكويت)، المجلد 44، العدد 3، 2020م.
- ثامر جاسم محمد، آثار الرهن التأميني فيما بين الراهن والمرتهن، مجلة كلية المأمون، العراق، بدون رقم مجلد، العدد 34، 2019م.
- خالد عطشان الضفيري، التنظيم القانوني لقاعدة عدم تجزئة الرهن في القانون المدني: دراسة مقارنة، مجلة دراسات الخليج والجزيرة العربية (جامعة الكويت)، المجلد 45، العدد 175، 2019م.
- راقية عبدالجبار علي وحسين اكريم جازع، الدفع بالتجريد في عقد الكفالة - دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية (كلية الحقوق - جامعة بغداد)، المجلد 37، العدد الخاص للتدريسيين وطلبة الدراسات العليا-1، 2023م.
- ريباز أردلان بكر، حق المساطحة وإشكالياته، مجلة العلوم القانونية والسياسية (كلية الحقوق - جامعة ديالى)، المجلد 7، العدد 1، 2018م.
- زينة غانم العبيدي وجاسم خضير الملا علي، تعريف حق الإجارة الطويلة وأسباب كسبها (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة بحوث مستقبلية (كلية الحداثة الجامعة)، بدون رقم مجلد، العدد 48، 2021م.
- سعد محمد الهاجري وصالح أحمد اللهبي، تداخل أركان العقد والالتزام دراسة تحليلية مقارنة بين القانونين الإماراتي والكويتي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 21، العدد 3، 2024م.
- سيد إبراهيم محسن عدنان العلوي، جدوى تنظيم حق الاختصاص في القانون المدني البحريني، بحث مقبول للنشر في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة 13، العدد 1، 2024م.
- صالح أحمد اللهبي، أحكام الكفيل العيني في التشريع الإماراتي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 19، العدد 2، 2022م.
- ضحى محمد سعيد، مفهوم بيع العقار على الخريطة وتكييفه القانوني "دراسة مقارنة"، مجلة الشريعة والقانون (جامعة الإمارات العربية)، السنة 26، العدد 49، 2012م.
- عمار محمود خلف، أحكام عقد المساطحة في الشريعة الإسلامية والقانون العراقي، مجلة كلية المعارف الجامعة، المجلد 30، العدد 1، 2020م.

- فايز عبدالله الكندري، تراجع فلسفة حظر غلق الرهن في القانون الكويتي - دراسة تحليلية بالمقارنة مع أحكام الفقه الإسلامي والقانون المقارن، مجلة الحقوق (جامعة الكويت)، المجلد 45، العدد 2، 2021م.
- محمد بشير محمد عربيات، آثار الرهن التأميني وفقاً لأحكام قانون الملكية العقارية الأردني رقم (13) لسنة (2019) مقارنة بالقانون المدني الأردني رقم (43) لسنة (1976)، مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية، المجلد 4، العدد 3، 2023م
- محمد محمد القطب مسعد، أحكام عقد البيع على خريطة، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية (كلية الحقوق - جامعة مدينة السادات)، المجلد 6، العدد 1، 2020م.
- مرتضى عبدالله خيرى، المسؤولية العينية للحائز في الرهن التأميني - دراسة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، مجلة الدراسات والبحوث القانونية (جامعة محمد بوضياف)، المجلد 1، العدد 2، 2016م.
- وفاء الجناحي، المسؤولية عن الضمان العشري في البيوع على الخرائط وفق التشريع البحريني: قراءة في القانون رقم 27 لسنة 2017 بشأن تنظيم القطاع العقاري والقرارات التنفيذية الصادرة لتنفيذه، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة 7، العدد 3، 2019م.
- يونس صلاح الدين علي، الحق في فك الرهن في القانون الإنكليزي - دراسة تحليلية مقارنة بالقانونين العراقي والإماراتي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 20، العدد 1، 2023م.
- يونس صلاح الدين علي، غلق الرهن في القانون الإنجليزي - دراسة تحليلية مقارنة بالفقه الإسلامي والقانون المقارن، مجلة جامعة الإمارات للبحوث القانونية، المجلد 36، العدد 3، 2022م.





# المقالات العلمية



# أهمية دراسة شخصية المتهم في تأسيس الحكم الجنائي

أ.د. ضاري خليل محمود\*

فرضية ورقة البحث

تستلزم إجراءات المحاكمة الجنائية السليمة والعادلة إطلاع المحكمة على دراسة وافية، من النواحي الاجتماعية والعقلية والنفسية، عن شخصية المتهم قبل إجراء محاكمته.

من المناسب أن نشير في مستهل مناقشة موضوع دراسة شخصية المتهم إلى أن هناك شبه إجماع تشريعي في دول العالم ومنها الدول العربية بوجود إجراء (دراسة شخصية المتهم الحدث) من النواحي الاجتماعية والعقلية والنفسية خلال إجراءات التحقيق الابتدائي معه، ترفق مع ملف الدعوى عند إحالتها على محكمة الأحداث لإجراء محاكمته.

أما بالنسبة إلى (المتهمين البالغين) فإنه وإن كانت الأنظمة القضائية الجنائية في الدول المتطورة ومنها القضاء الجنائي الفرنسي تعتمد أيضاً مبدأ وجوب دراسة شخصية المتهم البالغ دراسة وافية من النواحي الاجتماعية والعقلية والنفسية بحيث يضم هذه الدراسة ملف يُرفق مع ملف التحقيق الابتدائي عند إحالة المتهم إلى المحكمة المختصة لإجراء محاكمته.

(\*) مستشار قانوني - مملكة البحرين، أستاذ القانون الجنائي وقاضٍ ومدعٍ عام سابق - الجمهورية العراقية.

ولكن في المقابل نجد بأن أغلب الأنظمة القضائية الجنائية في الدول العربية ومنها القضاء الجنائي في البحرين، مازالت لا تعتمد هذا النظام بالنسبة للمتهمين البالغين.

وهذا يعني ببساطة أن المتهم البالغ الذي يُحال على المحكمة لإجراء محاكمته بشأن اتهامه بارتكاب جريمة قد تكون من أبشع وأخطر الجرائم، فإنه يمثل أمام المحكمة لإجراء محاكمته عن الاتهام المسند إليه من دون أن يكون لديها إلا القليل من المعلومات الشخصية عنه، كصحيفة سوابقه، بالإضافة إلى ما تطلب المحكمة معرفته من المتهم نفسه لتدوينه في مستهل محضر الجلسة الأولى، والتي تتضمن في المعتاد سؤاله عن اسمه وعمره وعمله ومسائل عامة أخرى.

ولذلك فإن المحكمة تجد نفسها مضطرة إلى استقاء المعلومات الاجتماعية عن المتهم وعن دوافع ارتكابه الجريمة وظروفها من خلال أقوال المتهم وأقوال المجني عليه والشهود، وبعد ذلك تصب قسارى جهدها من خلال إجراءات المحاكمة للكشف عن طبيعة الجريمة المسندة للمتهم وتكييفها القانوني وتمحيص أدلة الدعوى من حيث كفايتها للإدانة من عدمه تمهيداً لإصدار الحكم عليه<sup>(1)</sup>.

وفي هذا المجال يُلاحظ بأن محامي المتهم هو أكثر من يهتم بعرض جوانب معينة من ظروف المتهم الاجتماعية، ينتقيها بعناية، وذلك بالقدر الذي يكون في صالح المتهم، بقصد التأثير على المحكمة لكسب عطفها لتأخذ المتهم بالرفقة عند تقدير العقوبة التي تفرضها عليه<sup>(2)</sup>، كأن يعرض

(1) يُلاحظ بأن تقرير الأدلة الجنائية بالنسبة لأدوات ارتكاب الجريمة والتقارير الطبية بالنسبة للإصابات البدنية للمجني عليه التي يجب أن يتضمنها ملف الدعوى عند إحالته إلى المحكمة، لا تخص شخص المتهم.

(2) ينبغي القول بأن جهود محامي المتهم هذه لا تشكل موقفاً سلبياً بحقه، لأن من صميم واجبات المحامي الدفاع عن مصالح وحقوق موكله.

المحامي بأن المتهم فقير الحال ويعيل أسرة كبيرة لا معيل لها غيره، أو يعرض بأن المتهم شاب في مقتبل العمر وطالب مجتهد يستشرف مستقبلاً زاهراً، وغير ذلك مما يثير عطف المحكمة على المتهم.

يتبين مما تقدم بأن المعلومات التي تتضمنها أوراق الدعوى عن المتهم وما تستوضحه المحكمة من المتهم والشهود وما يعرضه المحامي، على الوصف المتقدم ذكره، تُعد معلومات لا تبين كامل ظروف المتهم، لكونها تغفل الكثير من المعلومات المهمة والجوهرية التي كان يمكن أن تضمها الدراسة العلمية الوافية لشخصية المتهم الاجتماعية، لو كانت قد أُجريت على نحو متطلبات نظام (دراسة الشخصية)<sup>(3)</sup>.

يُستنتج من كل ما تقدم بأن ما تستوضحه المحكمة من أحوال المتهم الاجتماعية عن طريق الشهود الذين قد يكون بعضهم ناقماً على المتهم مثلما قد يكون متعاطفاً معه لصدقة أو قرابة تربطه به، إن هو إلا النزر اليسير مما يجب أن تعرفه عنه، كما أن ما يستقصيه ويعرضه محامي المتهم من أحوال المتهم الاجتماعية لا يتضمن إلا الجزء الذي يساعده على كسب عطف المحكمة لإعمال أسباب الرأفة بالمتهم عند تقدير العقوبة التي تفرضها عليه.

وإذ لا يخفى بأن المتهم المائل أمام المحكمة، مهما كانت بشاعة وخطورة التهم الموجهة إليه، هو في البعد النهائي إنسان يجب أن تُحترم إنسانيته، خاصة وهو بحكم القانون يُعد بريئاً حتى تثبت إدانته، وهو لذلك

---

(3) تجدر الإشارة إلى أن غالبية التشريعات في الدول العربية إذ تأخذ بمبدأ دراسة شخصية المتهمين الأحداث إلا أنها في الوقت نفسه لا تأخذ بمبدأ دراسة شخصية المتهمين البالغين، وهو تمييز يفتقر إلى الأساس العلمي، ذلك أن أهمية وأهداف دراسة شخصية المتهم الحدث لا تختلف عن أهمية وأهداف دراسة شخصية المتهم البالغ بأية حال من الأحوال.

يستحق أن يكون شخصاً مفهوماً بشكل جيد من قبل المحكمة التي تجري محاكمته، من حيث طبيعة شخصيته، وظروف تنشئته الاجتماعية، وظروف ارتكابه جريمته والدوافع التي حدثت به إلى ارتكابها.

وتأتي أهمية الدراسة الاجتماعية التي ينبغي أن تُعرض على المحكمة وفقاً لمبدأ دراسة الشخصية كونها دراسة موضوعية لأهم إن لم يكن لكامل الجوانب الاجتماعية لشخصية المتهم في علاقته بمحيطه الاجتماعي المتنوع التأثير في صيرورته وكيونته الإنسانية التي قد يكون لها في عديد الأحيان الدور الفاعل في دفعه لارتكاب الجريمة.

وإذ نجد أن من ضرورات العدالة الجنائية أن تعرف المحكمة الأحوال الاجتماعية للإنسان الذي يمثل أمامها متهماً بارتكاب جريمة قد تكون عقوبتها جسيمة كالإعدام أو السجن المؤبد. ومن الضروري الإشارة إلى أن المعلومات الاجتماعية الوافية عن المتهم تحقق فوائد عديدة للعدالة الجنائية التي منها:

❖ مساعدة المحكمة على معرفة المتهم المائل أمامها قبل بدء إجراءات المحاكمة، الأمر الذي يتمثل بحق المتهم في أن يكون مفهوماً لدى المحكمة.

❖ مساعدة المحكمة على حسن تطبيق التفريد القضائي الناجع عند فرض الجزاء الجنائي على المتهم، من حيث تقدير عقوبته بين حديها الأعلى والأدنى، أو أخذه بالرفقة وشموله بالظروف المخففة للعقاب.

❖ مساعدة المؤسسة العقابية أيضاً في نجاح عملية التفريد التنفيذي للعقاب عند إيداع المتهم لديها بعد الحكم عليه.

ولكي تكون الدراسة الاجتماعية لشخص المتهم دراسة علمية

وموضوعية، شاملة غير جزئية، ينبغي أن تتضمن المبادئ الآتية:

أولاً: وجوب أن تكون دراسة شخصية المتهم واجبة بحكم القانون في الجنايات المعاقب عليها بالإعدام أو السجن المؤبد، أو في الأقل (جرائم القتل العمد وخاصة المقترنة بظروف مشددة، وكذلك الخطير من الجرائم الأخرى، كإغتصاب الأطفال والمحارم)، وجوازاً بأمر النيابة العامة أو قاضي التحقيق في الجرائم الأخرى بما فيها بعض الجنح.

ثانياً: وجوب دراسة الحالة الاجتماعية للمتهم، هذه الدراسة التي تكون من طبيعة جمع المعلومات وتحليلها واستخلاص النتائج، يُجريها مختصون في علم الاجتماع أو القانون (من الحاصلين على درجة البكالوريوس في الأقل).

على أنه يُشترط أن تشمل الدراسة الاجتماعية على جميع أو معظم النواحي الآتية:

(أ) الولادة والتنشئة الأسرية للمتهم:

ويتضمن هذا الجانب من الدراسة من بين ما يتضمنه، بيان الظروف التي أحاطت بالمتهمة منذ ولادته من قبيل، هل ولد لأبوين توليا رعايته، أم كان والداه منفصلين، ومع من كانت حضائته وما ظروفها وتأثيرها عليه، أم ولد وترعرع يتيماً، ومن تولى حضائته ورعايته من أقاربه، وهل ارتكب أحد والديه أو من تولى رعايته أو أحد إخوته جريمة وما طبيعتها، وهل وقع منه اعتداء على أحد أو كان هو ضحية عنف أو جريمة وما طبيعة العنف أو الجريمة التي كان ضحيتها.

(ب) المسيرة الدراسية والسلوك التربوي للمتهم:

ويتضمن هذا الجانب من الدراسة، بيان مستواه الدراسي ومدى التزامه

بالدوام المدرسي، وبالواجبات المدرسية وما النشاطات المدرسية التي كان يرغب في ممارستها أو يعزف عنها، وما ظروف علاقته بمعلميه وزملائه، وهل تعرض للتنمر أو العنف أو كان هو من قام بالتنمر أو العنف على غيره، وهل تعرض لتحقيق تربوي، وما المخالفات التربوية التي قام بها والجزاءات التي طبقت عليه.

### (ج) السلوك المجتمعي في الحي والمدينة للمتهم:

ويتضمن هذا الجانب من الدراسة، علاقته بأهل الحي الذي يقع فيه مسكنه وخاصة المساكن المجاورة لمسكنه، وما كانت علاقته برفاقه في الحي، وهل كان يحرص على مخالطة القويم منهم، كالمعروفين بالأخلاق الحميدة، أو كان يحرص على مخالطة أصدقاء السوء منهم، كالمعروفين بارتكاب الأفعال العنيفة، أو كانوا من متعاطي الخمر أو المخدرات أو كانوا ممن يتعرضون للغير بتصرفات لا تأتلف مع الأخلاق والأعراف الاجتماعية السليمة.

### (د) السلوك المهني الوظيفي والعملي للمتهم:

ويتضمن هذا الجانب من الدراسة، المسيرة الوظيفية والسلوكية له بدأ من تاريخ استلام وظيفته أو عمله حتى تاريخ ارتكابه الجريمة، وهل كانت مرضية وحصل خلالها على كتب شكر أو جرى تكريمه، أم كانت مسيرته هذه غير مرضية، وارتكب خلالها مخالفات إدارية وما طبيعتها، وهل استوجبت إحالته للتحقيق الإداري، وما العقوبات الإدارية التي وُجّهت إليه.

وفي المحصلة النهائية لطالما أكد الفقه الجنائي مراراً وتكراراً على وجوب دراسة العوامل الاجتماعية التي أحاطت بالمتهم، خاصة تلك التي

دفعته لارتكاب الجريمة، وذلك على نحو مفصل وشامل، توخياً لتحقيق العدالة<sup>(4)</sup>.

وإذ تبين مما تقدم بأن القصد من دراسة شخصية المتهم، تحديد وفهم العوامل الاجتماعية التي قد تكون ساهمت في تكوين شخصيته، ومع ذلك فإن هذه العوامل مهما اشتدت وطأتها، لا تُعدو أن تكون من الأسباب المخففة القضائية للعقاب، فإن اضطراب القوى العقلية والنفسية للمتهم تكون أشد وطأة وأعقد تبعاً، ليس لكونها فقط من المسائل الطبية شديدة التعقيد، وإنما لأنها تؤثر في مسؤولية المتهم الجنائية إلى الحد الذي قد تسبب انعدامها في بعض الأحيان، الأمر الذي يستوجب أن تكون موضع عناية التشريع والقضاء وأن تُجرى على نحو علمي طبي دقيق.

ثالثاً: وجوب دراسة مدى تمتع المتهم بسلامة القوى العقلية والنفسية، على أن تُجرى هذه الدراسة في إحدى المستشفيات الحكومية المختصة بالأمراض العقلية والنفسية، بالنظر إلى أن العديد من هذه الأمراض ذات تأثير يتفاوت في القوة على سلامة الإدراك وحرية الاختيار للمصاب بها وتبعاً لذلك تؤثر في مسؤوليته الجنائية.

ولما كانت إصابة المتهم بالاضطراب العقلي أو النفسي قد ترتب آثاراً خطيرة ومتفاوتة على المسؤولية الجنائية، فإن من المناسب بيانها بإيجاز كالآتي:

(أ) قد تؤدي إصابة المتهم بأحد الأمراض العقلية والنفسية إلى فقد سلامة إدراكه أو حريته في الاختيار، وتؤدي تبعاً لذلك إلى منع قيام مسؤولية

---

(4) كمال عبد الواحد الجوهري - تأسيس الإقناع القضائي والمحكمة الجنائية العادلة - دار وحمود للنشر والتوزيع - القاهرة 1999 - ص 154.

المتهم الجنائية وتعذر فرض العقوبة الجنائية عليه، ولكن قد تفرض المحكمة عليه ما نص عليه القانون من تدابير احترازية علاجية في مستشفى مختص بالأمراض العقلية والنفسية لوقايته ووقاية المجتمع من خطره.

(ب) قد تؤدي الأمراض العقلية والنفسية للمتهم إلى النقص في إدراكه وحرية في الاختيار، وتؤدي حينئذٍ إلى التخفيف الوجوبي للعقاب الذي يفرض عليه بحكم القانون، هذا العقاب الذي يرافقه العلاج الطبي أيضاً.

وعلى الرغم من أن أعراض العديد من اضطرابات الشخصية بسبب الإصابة بالأمراض العقلية وخاصة الأمراض النفسية، قد لا تظهر على المصابين بها ولا يتمكن من كشفها إلا الأطباء من ذوي الاختصاص والخبرة<sup>(5)</sup>، إلا أنه يُلاحظ على الأنظمة القضائية الجنائية التي لا تعتمد نظام دراسة شخصية المتهم قبل إحالته للمحاكمة، أنها تعتمد على عضو النيابة العامة وعلى القاضي الجنائي في ملاحظة الوضع العقلي والنفسي للمتهم لتقرير إحالته للفحص عند الاشتباه في سلامته العقلية أو النفسية، فإذا تعذر - وهو الراجح - على عضو النيابة ملاحظة ذلك استمر في التحقيق، وإذا تعذر على القاضي الجنائي - وهو الراجح أيضاً - ملاحظة ذلك استمر في محاكمة حتى الفصل في الدعوى.

على أننا نؤكد، انطلاقاً من الخبرة العملية القضائية الجنائية الطويلة، على أن بعض المصابين بالأمراض العقلية والنفسية لا تظهر عليهم علامات اختلالات الشخصية إلا بعد الفحص الطبي الدقيق من الأطباء المختصين بالأمراض العقلية والنفسية، هذا الفحص الذي يستغرق أسابيع بل أشهر في بعض الأحيان خاصة بالنسبة لبعض المتهمين الذين يبرعون في تمثيل كونهم

(5) Penny Childs and Paul Dobson - Criminal Law - 5th Edition - Thomson - London - 2008 - p.147.

مصابين بمرض عقلي بمشورة من أنفسهم أو من غيرهم، بمفازة أن يُغروا بالطب والقضاء للحصول على حكم بعدم المسؤولية أو التخفيف الوجودي للعقاب.

والواقع إن أغلب حالات الدفع بعدم مسؤولية المتهم الجنائية بسبب الإصابة بالمرض العقلي أو النفسي تُقدم بحقٍ حيناً وبغير حقٍ أحياناً أخرى، وذلك بهدف أما تأخير حسم الدعوى، أو الحصول على حكمٍ مُخفف للمتهم.

علماً بأنه في بعض الحالات التي يقدم فيها محامي المتهم دعواً بعد مسؤولية المتهم بداعي إصابته بمرض عقلي أو نفسي، يحدث أن يعترض المتهم نفسه لدى المحكمة عند طلب محاميه إحالته للفحص الطبي، مُستنكراً وسمه بالجنون والاخلال بشخصه.

ولذلك يكون تدخل المحكمة عندئذٍ لا مناص منه لحل هذه الإشكالية، هل تُرجح طلب المتهم بعدم عرضه على الفحص الطبي العقلي كونه الأصيل، أم تُرجح دفع المحامي على الرغم من كونه الوكيل، خاصة في الحالات التي تجد فيها المحكمة بأن المتهم متماسك الأفكار والشخصية وتأنس به تمتعه بسلامة الإدراك وحرية الاختيار<sup>(6)</sup>.

ولكن كثيراً ما يتبين للمحكمة عندما تتفادى إشكالية الترجيح بين دفع

(6) من الحق التساؤل كيف أن يمكن - في الواقع العملي - قبول أنه لا يجوز للقاضي تقدير تعويض ضرر أصاب جزءاً بسيطاً من سيارة جرّاء حادث مروري بسيط إلا إذا ندب مختصاً بتصليح السيارات ليقدر هذا التعويض، أو أن يستند إلى قوائم صرف معتمدة، ولكنه يمكن أن يحكم من ظاهر تصرف المتهم أنه غير مصاب بأي مرض عقلي أو نفسي يؤثر على سلامة إدراكه وحرية الاختيار، وهو في ذلك يفصل في مسألة طيبة شديدة التعقيد ولا تدخل في اختصاصه، أليست هذه مفارقة منطقية يُفترض ألا تحدث.

المحامي (وهو الوكيل) وطلب المتهم (وهو الأصيل) وتقرر بنفسها إحالة المتهم للفحص الطبي، بأنه بالفعل كان وقت ارتكاب الجريمة مصاباً بأخطر الأمراض العقلية كالفسام (الشيزوفرنيا)<sup>(7)</sup> وغيرها.

ولذلك فإن فائدة الفحص العقلي والنفسي السابق على إجراء المحاكمة تبدو واضحة جلية في مثل هذه الأحوال.

ولما تقدم فقد أمسى ومن مدة طويلة بأن الراجح لدى الفقه الجنائي أن هذا الميدان هو ميدان لأعقد علاقة بين الطب العقلي والنفسي من جهة، والقانون والقضاء من جهة أخرى، ويُعنى به موضوع (ارتكاب مصاب بمرض عقلي أو نفسي للجريمة)، الأمر الذي تصبح معه هذه العلاقة، من الأمور ذات الطبيعة المزدوجة التي يتدخل فيها علم الطب وعلم القانون والقضاء، لا لكي يتباريا أو ينكر أحدهما دور الآخر وتخصصه العلمي الخاص به، وإنما لكي يتعاونوا ويتكاملا للوصول معاً إلى الحكم القضائي الصائب والعاقل<sup>(8)</sup>، وذلك على النحو الآتي:

(7) الفصام اضطراب عقلي يُعد من الأمراض العقلية الوظيفية التي تؤثر في طريقة تفكير المصاب به وسلوكه. ويرى الأطباء بأن أسبابه مزيج من العوامل الوراثية والبيئية، وإن من أهم وأخطر أعراضه التي تبدأ بسيطة لا يلاحظها أحد كشتت التفكير والقلق والدخول بمشاكل مع الأسرة والأصدقاء فالميل للعزلة، لتتفاقم بعد ذلك إلى إصابة المريض بالهلوسات السمعية والبصرية لسمع أصوات ملائكة أو شياطين تكلمه أو يرى أشخاصاً يتأمرن عليه ليفتكوا به من دون أن يكون لكل هذا أي أساس من الحقيقة. (عبد المنعم الحفني - موسوعة علم النفس والتحليل النفسي - مكتبة مدبولي - الطبعة الرابعة 1994 - ص 763.

والواقع إن مكن خطورة هؤلاء وغيرهم من مرضى العقل والنفس، أنهم يعيشون داخل الأسرة والمجتمع، ولا يُلاحظ عليهم المرض خاصة في مراحل الأولى، ولذلك يُلاحظ أنهم عندما يرتكبون جريمة تكون خاصة من جرائم القتل أو الإيذاء الجسيم، ويكون عدد ضحاياهم كبيراً.

(8) Thomas A. Flannery - meeting the insanity defence - the journal of criminal

(أ) تختص الخبرة الطبية في تحديد نوع الاضطراب العقلي أو النفسي للمتهم، وتحديد درجة تأثيره على سلامة إدراكه وحرية اختياره وقت ارتكاب الجريمة، باعتبار أن هذا الاختصاص هو اختصاص طبي صميم.

(ب) يختص القضاء الجنائي في ضوء ما تنتهي إليه الخبرة الطبية في تحديد درجة مسؤولية المتهم (هل هي تامة أو منعدمة أو ناقصة)، بغية الفصل في الدعوى على النحو الآتي:

❖ قيام مسؤولية التهمة التامة وتطبيق العقاب الجنائي عليه، وفقاً لأحكام القانون، إذا توصلت الخبرة الطبية إلى نفي إصابته بمرض عقلي أو نفسي، وأن القدرة الكاملة على الإدراك والاختيار وقت ارتكابه الجريمة.

❖ امتناع قيام مسؤولية المتهم إذا توصلت الخبرة الطبية إلى إصابته بمرض عقلي أو نفسي أفقده سلامة الإدراك أو حرية الاختيار وقت ارتكابه الجريمة.

❖ قيام مسؤولية المتهم المُخففة وتحديد الجزاء الجنائي بحقه من عقوبة وتدابير احترازية علاجية، إذا توصلت الخبرة الطبية إلى إصابته بمرض عقلي أو نفسي أنقص من سلامة إدراكه أو حرته في الاختيار وقت ارتكاب الجريمة.

وبناءً على ما تقدم يتبين بأنه لا القاضي أو عضو النيابة العامة يختص بمعرفة طبيعة المرض العقلي أو النفسي، ومعرفة درجة تأثيره على سلامة إدراك المتهم وحرته في الاختيار، لكونه اختصاصاً طبيّاً محضاً وليس قانونياً بأي حال، ولا الطبيب يختص بتقدير أثر فقد أو نقص سلامة الإدراك أو

حرية الاختيار على المسؤولية الجنائية للمتهم، مثلما لا يختص الطبيب أيضاً تبعاً لذلك بتحديد الجزاء الجنائي المنصوص عليه قانوناً بحق المتهم، لكونه اختصاصاً قانونياً قضائياً صرفاً وليس طبيّاً بأية حال<sup>(9)</sup>، وذلك لما بين هذين التخصصين العلميين الدقيقين من تباين واختلاف نوعي في الطبيعة وفي الدرجة معاً.

وينبني على ما تقدم بأن تعاون وتكامل الخبرة الطبية في مجال الأمراض العقلية والنفسية، والخبرة القانونية القضائية، هي الكفيلة بتأمين النتائج المفيدة وتحقيق الهدف الأسمى وهو تحقيق العدالة.

ولذلك تكررت دعوات المؤتمرات القانونية الدولية ودعوات الفقه الجنائي إلى اعتماد مبدأ فحص الشخصية للمتهمين قبل إجراء محاكمتهم بوصفه الحل الناجع لتفادي ما يؤدي إليه إهمال الخبرة الفنية من مساوئ تمس حقوق الدفاع لا بل أنها قد تؤدي إلى إفراغ مبادئ السياسة الجنائية في وجوب إقامة المسؤولية الجنائية أو الإعفاء منها على أسس قانونية جنائية عادلة وسليمة<sup>(10)</sup>.

وبعد عرض نظام فحص الشخصية للمتهم على نحو ما تقدم من تفصيل، فإن من المناسب ومن نافلة القول:

(أ) دعوة الأنظمة القضائية الجنائية في الدول العربية ومنها النظام

(9) لو دققنا النظر في الرسائل التي تطلب فيها المحاكم الفحص الطبي العقلي والنفسي على المتهم أن هذه الرسائل تتضمن (هل المتهم مسؤول عن الجريمة)، والصحيح أن يتضمن طلب المحكمة تحديد إصابة المتهم بالمرض من عدمه، وإذا كان مصاباً، ما درجة تأثير المرض على إدراكه وحرية الاختيار، لأن تحديد مسؤولية المتهم من صميم اختصاص المحكمة القانوني والقضائي.

(10) محمود مصطفى - الجوانب الغنية لتفريد القضائي في قوانين الدول العربية - مجلة الشرق الأدنى - دراسات في القانون العدد 70 / 1971 - ص 822

القضائي في البحرين، الى اعتماد نظام وجوب فحص شخصية المتهمين البالغين قبل محاكمتهم في الجنايات أو في الخطير منها في الأقل (كجرائم القتل العمد واغتصاب الأطفال وزنا المحارم مثلاً).

(ب) لإشادة بموقف النظام القضائي في كل من المغرب والجزائر حيث أوجبت أحكام المادتين (88 و 89) من قانون المسطرة الجنائية المغربي، وأوجبت أحكام المادة (68) من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، فحص شخصية المتهمين البالغين وجوباً في الجنايات وجوازاً في الجنح قبل إحالتهم للمحاكمة<sup>(11)</sup>.

وفي مجال البحث عن الأسباب التي حدثت على عدم اعتماد الأنظمة القضائية في الدول العربية نظام (فحص شخصية المتهم) قبل إجراء محاكمته، وهي في ذلك لم تسر على نحو ما سار عليه النظامان القضائيان في المغرب والجزائر، وكذلك عديد الأنظمة القضائية الأوربية وخاصة منها فرنسا.

فإنه ربما يكون بالإمكان تصور أن من أسباب عدم اعتماد مبدأ دراسة الشخصية للمتهمين البالغين كونها:

(أ) تستوجب إنشاء مكاتب لدراسة الشخصية كالمكاتب المنشأة لدراسة المتهمين الأحداث، مما يستدعي تعيين موظفين من خريجي علم الاجتماع أو القانون مثلاً، وما يترتب على ذلك من كلفة مادية تتحملها الدولة.

(ب) أن بإمكان المحكمة الجنائية أن تستعمل سلطتها التقديرية فتتوسع في دراسة الأحوال الاجتماعية للمتهم المائل أمامها عندما ترى لزوم ذلك،

(11) أما عبد الرحيم عثمان الخبرة في المسائل الجنائية - دار مطابع الشعب 1964 - ص 139.

بأن تطلب حضور كل من لديه هذه المعلومات عن المتهم، وأن تستعمل أثناء المحاكمة، سلطتها التقديرية كذلك بإحالة المتهم المشكوك في سلامة صحته العقلية أو النفسية إلى الفحص الطبي.

ولكن يُرد على ذلك ما يأتي:

❖ إن المحكمة الجنائية تكون عادة منهمكة في الانشغال بنظر بعدد كبير من الدعاوى وليس دعوى المتهم المائل أمامها ولا تعرف شيئاً عن العوامل الاجتماعية التي كانت قد أحاطت به وأثرت على سلوكه الإنساني، أو هل أن المتهم المائل أمامها مشكوك في سلامة صحته العقلية إذا تقدم محاميه بهذا الدفع أو كما يتصنع المتهم نفسه ذلك.

والواقع إن من العسير إن لم يكن من المستحيل أن تتوسع المحكمة الجنائية في الانشغال بمهام البحث الاجتماعي في الدعاوى المعروضة أمامها، أو يكون على قاضيتها أن يكون خبيراً في الطب العقلي ليبث في سلامة الصحة العقلية للمتهم.

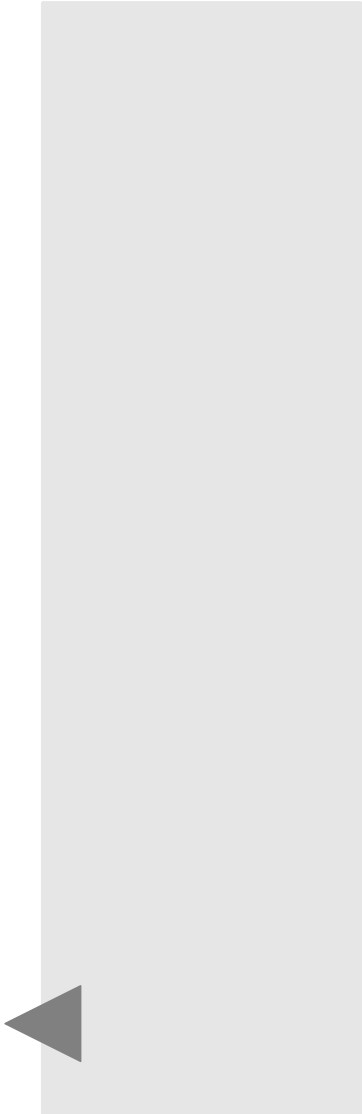
ولا يخفى بأن المحكمة الجنائية بالدرجة الأساس، هي مؤسسة قضاء وحكم، وليس مؤسسة بحث اجتماعي وخبرة في الطب العقلي، ولو قامت المحاكم الجنائية بالبحث الاجتماعي على النحو الوافي المطلوب لكل متهم يمثل أمامها لأثر ذلك على واجبها الأساس في الفصل في الدعاوى المحالة عليها في الوقت المناسب الذي يستلزمه إرساء العدالة الناجعة بين الخصوم.

❖ أما عن الجهد والكلفة المالية فنجيب بأن إقامة العدالة في المجتمع تستحق أقصى الجهد والعطاء لقاء الخدمة الجليلة التي يقدمها نظام (فحص شخصية المتهم) للقضاء والعدالة.

علماً بأنه يمكن الاستفادة من تجربة البحث الاجتماعي للأحداث وإمكان التوسع فيه ليشمل المتهمين البالغين.

❖ أما الفحص العقلي والنفسي فمتوافر في المستشفيات الحكومية المختصة ولا يحتاج الأمر إلا إلى التطوير إن اقتضى الحال ذلك.





شخصیات  
واعلام



## تأملات سوسيو - قانونية

### على هامش قضية جوني ديب وأمبير هيرد<sup>(1)</sup>

د. مشاعل عبد العزيز الهاجري\*

في عام 2018 نشرت الممثلة الأمريكية أمبير هيرد (Amber Laura Heard)، مقالاً في صحيفة واشنطن بوست ذكرت فيه أنها كانت ضحية سوء معاملة زوجها الممثل جوني ديب (Johnny Depp) لها، وقد رفع ديب قضية تشهير ضدها أمام المحاكم الأمريكية بعد ادعائه بأن هذا المقال قد ألحق ضرراً كبيراً بمستقبله المهني. وفي المقابل، رفعت أمبير قضية ضد ديب للمطالبة بحوالي 100 مليون دولار تعويضاً عما لحقها بسببه من أضرار، كما ورد في مطالبتها. وقد بدأ بذلك مسلسل عائلي قضائي / واقعي وطويل، تابعه ملايين المشاهدين من كافة أنحاء العالم للوقوف على تفاصيل هذا الزواج المضطرب غير السعيد.

من المتوقع أن تقترن مثل هذه القضايا العائلية (ذات المطالبات المالية فلكية القيمة)، بزخم عاطفي، وهذا مفهوم. ما ليس مفهوماً، رغم ذلك، هو كيف أنه قد صار لزاماً أن يقترن هذا الخلاف الزوجي بعرضٍ دراميٍّ عالميٍّ

(1) في فكرة هذا المقال، أنا مدينة للتساؤلات الذكية التي أثارته هبة الرغيب، الطالبة لدي في برنامج الدراسات العليا في القانون في كلية الحقوق، جامعة الكويت.  
(\* ) أستاذ مشارك، كلية الحقوق - جامعة الكويت.

لخزائن كاملة من الغسيل القذر والتلفظ العُصابي المريض ذي القواميس المجلدة من الشتيمة والسباب الذي يُستخدم فيه " كل أنواع البلاغة من حقيقةٍ ومَجَازٍ وتشبيهٍ واستعارةٍ وكنايةٍ " ، (وفق تعبير أحمد أمين في وصفه لمشاحنات نساء حارته). عندما نشهد تلك العروض المحزنة لأزواج الأمس الذين تحولوا إلى فُرقاء اليوم، علينا دائماً أن نستحضر مقولة الشافعي: " الحرّ من راعى وِداد لحظةٍ " ، فكيف بسنواتٍ من الحب والموودة والرحمة؟ ولكن الأكيد - على أية حال - هو أن ديب بدا مُحَرَجاً من الأمر برمته، وأنه يرى في محاكمته هذه تهويلاً غير لازم؛ لقد كان الرجل محتفظاً بهدوئه، بخزيٍ وخجلٍ، في حين أن هيرد كانت تذكّرنا تديجياً بما يقال عادة من أن الفن الحقيقي لا بد أن ينطوي على نرجسيةٍ في عمق روح ممارسيه. ولكن ما يهمني هنا هو أن هذا البث المستمر لتطورات هذه القضية قد أثار شئونٍ عدة، لعل على رأسها، فيما يعنينا كقانونيين، هو مسائل تعقد المراكز القانونية بين الرجل والمرأة، ضبط عيار الحقوق، ومعنى فكرة الالتزام.

ففي بدايات القرن العشرين، كثيراً ما كانت القوانين تتغاضي عن حقوق ذوي المراكز الضعيفة، كالنساء والعمال. وبعد تطور الحركات العمالية وكذلك النسوية، تم انتزاع العديد من الحقوق المستحقة، تحقيقاً لما يسمى بـ " العدالة التعاقدية " أو " التوازن العقدي ". ولما كانت العلاقة بين المرأة والرجال أكثر تعقيداً من علاقة العامل برب العمل، فقد كانت دائماً ما تثير التساؤل والحيرة القانونيين. فمن حيث المبدأ يعتبر القانون الجنسين على قدم المساواة، ولكن يحدث - مع ذلك - أن ينحاز إلى المرأة على حساب الرجل على اعتبار إنها تشغل المركز القانوني " الأضعف " ، فيغفل اعتبارات المساواة (كما هو الحال في مشكلات العنف الأسري مثلاً). وهكذا، ففي تنظيمه للمركز القانوني للطرف الأضعف، يسبغ القانون الحقوق على هذا المركز مقابل ترتيب التزاماتٍ أكثر على الطرف الأقوى،

ثم يسمي ذلك " حماية قانونية " ضبطاً للخلل في التوازن العقدي. ولكن القانون يعود إلى قواعده، بعد ذلك، فيؤكد دائماً على فكرة المساواة، مرة أخرى.

وتطبيقاً على قضية ديب وهيرد، فإن الأمر يبدو وكأن بنية المركز القانوني للمرأة لا زالت تتأرجح كالبنودول، الأمر الذي قد ينعكس على فاعلية القواعد القانونية المنظمة لأوضاعها، بما يصح معه التساؤل: هل صارت الحماية القانونية امتيازاً قانونياً للطرف "الأضعف"؟ أم أننا أمام هامش خطأ يتم التسامح بشأنه من أجل الحفاظ على الحقوق (المستحقة؟) لهذا الطرف "الأضعف"؟ أو ربما صار علينا إعادة صياغة القانون من أجل ضبط هذا الهامش؟

ما لفت نظري في هذا الشأن هو الاتجاه الذي سارت فيه القضية لفترة طويلة في بداياتها، والمتمثل في التعاطف العام - المبدئي - مع الخصم/ المرأة على حساب الخصم/ الرجل من خلال منطلقات جندرية، والافتراض المسبق لخطأ الثاني، رغم أن الصورة لم تكن قد اتضحت بعد.

كان كل ما تقدم منظوراً للقضية ذاتها بشكل خاص. أما بشكل عام، فمن منهجي الفكري أنني لا أنظر إلى الأمور مجتزئة، وإنما أراها دائماً ضمن "السياق" الزمني / التاريخي. والسياق - بشأن الموضوع محل النقاش - يخبرنا بالآتي:

قامت هذه القضية في فترة كان يحكم الولايات المتحدة فيها الحزب الديمقراطي (Democratic Party) بيساره "المتطرف" حتى فترة قريبة، الذي بالغ في توجهاته السياسية في السنوات الأخيرة بغرض استقطاب الأقليات لأهداف انتخابية (الأقليات العرقية والدينية والجنسية وذوي الاحتياجات الخاصة). ومن أجل إرضاء هذه الأقليات وضماناً لولائها، صار الحزب

الديمقراطي يتبنى، حالياً، سياسات يسارية "حادة" (نسوية شرسة / مثلية وقحة / سياسات تمييز إيجابي affirmative action مبالغ فيها / وعداها)، في محاولةٍ تعويضيةٍ منه عن عشرات السنين من "طغيان الأغلبية" ضد تلك الأقليات هناك. هذا، علماً بأن هذه الفئات لا تتماهى مع المجتمع بشكلٍ عام، بل هي تمثل "مجتمعات فرعية" (subcultures) بطريقة واضحة، وهو مصطلح يطلق عادة على الأقليات الفكرية التي يجمعها توجه "مختلف" (صادم / مضطرب / غير متناغم مع المجتمع)، والمنعزلة (إرادياً) أو المعزولة (مجتمعياً)، ولعل الحالة الأولى هي الأغلب.

ومع ذلك، فقد تم تجاوز هذه المسألة والتغلب عليها، لأن السلوك السياسي - كما يقال - يسعى دائماً الى تبسيط الأوضاع الفردية والأقلوية المعقدة الى أقصى حدود التبسيط، حتى تصبح مجرد مفهوم مفرغ من كل معنى ("حقوق الأقليات"). فمثلاً، من يستغربون من انتشار فكرة حقوق المثليين انتشاراً واسعاً مؤخراً يفوتهم أن الأمر - موضوعياً وبعيداً عن الميل الشخصي - لا يتطلب "أغلبية" حتى يتحقق الانتصار، وإنما يكفي وجود "أقلية" ذات صوتٍ عال، لا تكل ولا تمل وذات عزمٍ على إضرام النار في عقول الشعب، كما ورد عن أحد سياسيي القرن التاسع عشر.

ولنستحضر هنا، وهذا هامش مهم، ما كان يقوله الفيلسوف الفرنسي جيل دولوز من أن "الأقلية" لا تعني بالضرورة القلة في العدد (فالنساء أو السود، على سبيل المثال، لا ينطبق عليهم معنى القلة العددي)، ومن هنا ينبغي النظر إلى الأقلية باعتبارها "حالة" أو "وضعية"، ولكنها ليست وضعية القلة العددية، وإنما وضعية من فُرضت عليه حالة القصور. وبذلك، فإن الأقلية هي المجموعة القاصرة الذي ترفض الأغلبية أن تعترف لها بالمسؤولية والاستقلال.

وهكذا، تكون الأقلية هي الفئة التي لا تعترف لها الأغلبية بحقوقها في إدارة شؤونها، وتفرض عليها هويتها كأغلبية، والتي تطلب منها التماثل مع أنموذجها والتطابق معه، على اعتبار أن الأقلية لا تملك أنموذجاً خاصاً بها، بل ربما كان الأدق هو أن الأغلبية لا تعترف بأنموذج الأقلية حتى وإن وُجد فعلاً، فتقوم بتشويهه والتقليل من قيمته. ولكن ربما كان ذلك فقط في الظروف السياسية والاجتماعية المضيقّة على الأقليات (وهو ما لا أراه حالة قائمة بقوة في عصرنا هذا، بسبب من الضمانات التي استحدثتها كثير من المعاهدات الدولية، التي وإن كانت غير مثالية إلا أنها تمثل خلفية قانونية لا يُستهان بها).

إن كل ذلك يجعل التوقيت / المناخ هناك مواتٍ للمرأة، إلى درجة يبدو معها وكأن مواقف المرأة "يفترض" فيها الصحة ابتداءً، إلى أن يثبت العكس (في مخالفة واضحة للمبدأ المنطقي / القانوني من أن "الأصل في الأشياء السلامة")، بمعنى أن الأمور تظهر حالياً وكأن الرأي العام سيأخذ جانب المرأة - مسبقاً - في أي خلافٍ يثور بين امرأة ورجل، حتى في غياب الدليل، فما بالك إن كانت هذه المرأة ممثلة، شابة، وجميلة، كما هو الحال في القضية موضوع النقاش؟

هذا سياسياً. أما اجتماعياً، فربما كان السياق يتطلب أن ننتبه أيضاً إلى أنه - عالمياً - بدأ الأمر يتحول إلى ثقافة كوكبية. لنلاحظ أن الأمر ما عاد يقتصر على الولايات المتحدة وحدها، إذ يبدو لي أنه حتى في مجتمعاتنا الخليجية هناك الآن شكل غير سويٍّ من أشكال التقليل من قيمة الرجل بدعوى رفع قيمة المرأة، وكأن هذا يستلزم ذلك، حتى صارت أفكار مثل الرجولة والأبوة والمروءة محل تندرٍ وسخرية، مع ما يستتبعه ذلك من تأثيرات سلبية (ومقلقة) على قيم العائلة والمجتمع، حتى في دولة مثل

الكويت (حيث وضع المرأة فيها أكثر من ممتاز - حتى و إن بقيت بعض الحقوق التي ما زالت تسعى إليها - وهو أمرٌ سيكون من العسف إنكاره).

لكل ما تقدم، نجد أن الرأي العام - وإن كان قد تغير لصالح جنوبي ديب - إلا أنه كان "إبتداء" في صفّ أمير هيرد، ومن قبل حتى أن تتضح الحقائق في وقائع القضية. لقد كان الأمر ينطوي على تعاطفٍ واضح - إلى درجةٍ مقلقة - لصالح طرفٍ في الدعوى دون الطرف الآخر، من دون أدلة، فقط لأن أحدهما كان امرأة فيما الآخر كان رجلاً.

وبعد؛ فما هو موقف القانون من كل ذلك؟

في الأمر، لا شك، هدر لضمانةٍ دستورية (وأخلاقية، ودينية) هامة، وهي المتمثلة في مبدأ "أصل البراءة" أو "قرينة البراءة"، الذي يعتبر مبدأً عالمياً جاء في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 في المادة (1) فقرته الأولى، كما أكدت هذا المبدأ الانفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة لسنة 1966 في المادة (14) فقرة الثانية والتي صادقت عليها الكويت في 1996. ويعتبر هذا الأصل مبدأً أساسياً لضمان حقوق المتهم، كما أكد عليه دستور دولة الكويت في المادة (43) الفقرة الأولى منه.

ومبدأ "أصل البراءة" هذا يجد أساسه في القاعدة المنطقية التي تذهب إلى أن "الأصل في الأشياء السلامة"، مما يقتضي افتراض براءة المتهم إلى أن "يثبت" العكس، بالدليل وليس بالشعور أو بالميل والهوى. فالأصل براءة الشخص إلى أن يثبت جرمه، والأصل أيضاً براءة ذمته المالية وعدم إنشغالها بالدين إلى أن يثبت العكس. بخلاف ذلك، سيكون الاتهام أصلاً إذاً إلى أن يأتي ما يثبت السلامة (أي البراءة)، وهو ما لا يصح قانوناً أو منطقاً. بل ان مبدأ استصحاب أصل السلامة يتعدى القانون والمنطق إلى

الدين أيضا؛ ألم يرد في سورة الكهف استنكار موسى للخضر عند قتله الغلام وتساؤله "أقتلت نفسا زكية" (الآية 74)، إذا ينبغي التوقف هذا للتفكير: كيف وصف موسى هذا الغلام بأنه نفس "زكية" رغم إنه لا يعرفه؟ لقد كان السبب في ذلك هو استصحاب موسى هنا أصل السلامة وفقاً لقاعدة أن الأصل في الأشياء السلامة.

وهكذا، تتمسك السياسات التشريعية الحديثة - لحسن الحظ - باعتبارنا أبرياء دائماً إلى أن يتم اثبات العكس، إي أن يتم إثبات الإدانة قانوناً، فهكذا فقط يمكن أن يتعايش الناس وتقوم المجتمعات البشرية.

في كتابه "أضواء على فلسفة القانون"، يذكرنا بجارن ملكفيك برواية كافكا "المحاكمة"، التي يجسر فيها على أن يتجاوز احترامنا التقليدي للبراءة الإنسانية المفترضة كمنطلق، فيُعْمِل آلة القانون الجهنمية في وجه رجلٍ يعتبر في الرواية مذنب ابتداءً (تفتتح رواية "المحاكمة بهذه العبارة الافتتاحية "لقد جرت الوشاية بالتأكد بحق جوزيف ك.... لأنه من دون ان يرتكب أي خطأ أوقف ذات نهار"). وهكذا، فإن البطل يسعى طوال الرواية كي يكتشف ما هي بالضبط الجريمة المنسوبة إليه، من دون أن يتفضّل أي شخص بإجابته على سؤاله الكبير هذا. بذلك، يقلب كافكا خبراتنا القانونية رأساً على عقب، ليضعنا في مواجهة وضع عبثي، كافكاوي بامتياز، يتمثل في مبتدأ "اللابراءة" الذي لا يربك بطل روايته وحده، بل يربكنا نحن معه.

ما أريد الانتهاء إليه من هو أن الإنسان بريء إلى أن "يثبت العكس". لنحرص على الحفاظ على هذا الحق المبدئي لكل شخص، فإهدار الحقوق لا يكون فقط بالتعديّ عليها، بل بمجرد اتخاذ موقفاً سلبياً أو لا مبالياً تجاهها: فاللامبالاة تعني السلبية، والسلبية تعني عدم الصيانة، وعدم الصيانة يعني التآكل، والتآكل يعني الاضمحلال شيئاً فشيئاً.

إن اضمحلت الحقوق، فكيف تقوم الحضارة؟



## نموذج آلان باديو في مواجهة طغيان نسبية القوانين

باتجاه تعزيز مفهوم جديد للقانون الكوني:

قراءة متقدمة في اصلاح مثالب «مابعد الحداثة»

د. محمد الزكري القضاعي\* & د. علي فيصل الصديقي\*\*

أنج الفكر القانوني ثنائيتين رئيسيتين، شكّلتا الأساس النظري لتأطير المعايير القانونية والأخلاقية، في إطار رؤيتين فلسفيتين متباينتين. تبرز أدبيات الأولى من خلال كتابات مدرسة القانون الطبيعي، التي تمثل توجهًا تأسيسياً (Foundationalism)، حيث تفترض وجود قوانين كونية ثابتة لا تتغير بتغير الزمان أو المكان، باعتبارها مستندة إلى طبيعة الإنسان والأشياء، وتشكل مرجعية عليا لكل تشريع (Aquinas, 1265/1948; Finnis, 1980). في المقابل، تتجلى أدبيات الثانية في كتابات مدرسة القانون الوضعي، التي تميل إلى اللا-تأسيسية (Anti-Foundationalism)، إذ ترى أنّ القانون ليس سوى نتاج بشري يتأثر بالظروف الاجتماعية والتاريخية، وبالتالي فهو نسبي ومتغير طبقاً للمعطيات الثقافية والسياقات السياسية. (Hart, 1961)

ومع تطور الفكر القانوني والأخلاقي المعاصر، تراجعت النزعة الكونية

- 
- (\*) أستاذ جامعي ومحاضر في مادة المناهج العلمية (Academic Methods)، جامعة بي تي يو كوتبس (University of BTU Cottbus)، ألمانيا.
- (\*\*) أستاذ القانون الخاص والدراسات العليا، ومحاضر غير متفرغ (كلية الحقوق - جامعة البحرين/ جامعة العلوم التطبيقية)، مملكة البحرين.

**(Universalism)** لصالح مقاربات نسبية (Relativism) تُعلي من شأن الخصوصية الثقافية والتعدد القيمي (Rorty, 1991; Donnelly, 2007). وفي ضوء هذه التحولات، يمكن رصد تقاطعاتها في بعض الأحيان، وفصل مفترقاتها في أحيان أخرى، بين التوجهات الكونية والنسبية، كما بين التأسيسية واللا-تأسيسية، الأمر الذي ينعكس على تصوراتنا لمسؤوليتنا الأخلاقية؛ فبينما يُنظر إلى المبادئ في إطار القانون الطبيعي كالتزامات كونية واجبة، تُعد في القانون الوضعي مجرد اختيارات ثقافية تقع تحت طائلة شروط سياقاتها الخاصة<sup>(1)</sup>.

(1) لمزيد من التوضيح، ترى النزعة التأسيسية (Foundationalism) أنّ المعرفة الأخلاقية والقانونية تنبع من أسس ثابتة وقاطعة لا تحتاج إلى تبرير إضافي، بوصفها قواعد غير قابلة للنقاش مثل الحق في الحياة والحرية والعدالة، وهي حقوق لا ترتبط بسياقات ثقافية أو اجتماعية. في حين ترى اللا-تأسيسية (Anti-Foundationalism) أنّ المعرفة والقيم ليست وليدة أسس ثابتة، بل هي نتاج تفاعلات اجتماعية وثقافية دائمة التغير. ووفقاً لهذا التصور، فإن المبادئ الأخلاقية أو القانونية لا تحظى بأي مركزية مطلقة، بل تتغير وتُعاد صياغتها بحسب الظروف المحيطة والسياقات المتعددة، وقد أشبعها الفيلسوف الفرنسي ميشيل فوكو تأسيساً في دفاعه عن فكرة تعدد مراكز السلطة. وهو ما يظهر في الإطار القانوني المنظم للتشريعات التي تتغير من ثقافة إلى أخرى، مثل قوانين الزواج أو الطلاق، والتي تعكس خصوصيات ثقافية وسياسية.

أما النسبية (Relativism) فهو مفهوم يسير خطوة إضافية في إنكاره للمعايير الثابتة، ليؤكد أنّ الحقيقة الأخلاقية والمعرفة القانونية لا يمكن تحديدها خارج السياق الاجتماعي والثقافي. فالقيم لا يمكن تعميمها، بل تختلف باختلاف الجماعات وتنوع المجتمعات. من هذا المنظور، لا توجد مرجعية واحدة يُحتكم إليها عند الاختلاف بين الثقافات، بل يُفهم السلوك الإنساني دائماً من خلال العادات والقيم المحلية (Rorty, 1991)، حيث يتجلى هذا الموقف في اختلاف المواقف القانونية تجاه الزواج بين نفس الجنس من بلد إلى آخر، حيث يُقبل في مجتمعات ويُرفض في أخرى بحسب منظومتها الثقافية.

في المقابل، تدافع الكونية (Universalism) عن وجود قيم أخلاقية وقانونية مشتركة بين جميع البشر، بصرف النظر عن اختلافاتهم الثقافية أو الجغرافية. الكونية تفترض أنّ هناك معايير أخلاقية ثابتة تنطبق على الجميع ويجب احترامها عالمياً.

والحق أن انشغال النخب بمشكلات مجتمعاتها المحلية لم يكن يوماً موقفاً استثنائياً أو معزولاً، بل جاء كنتيجة حتمية لتأثرهم بالفلسفة النسبية التي هيمنت على الفكر الإنساني لعهود متتالية. إذ أنّ النسبية، بوصفها مكوناً فكرياً أصيلاً في مدرسة "ما بعد الحداثة"، تنظر في واقع أمرها إلى العالم من خلال عدسة المحليات لا الكونيات. ولكن من الجدير التذكير أنّ "ما بعد الحداثة" نشأت كردّ فلسفي على مشروع "الحداثة" التي ارتكز على مفاهيم كونية شاملة ومتمركزة حول النموذج الغربي (Lyotard, 1984). وقد أسهم هذا التحول من مدرسة "الحداثة" إلى مدرسة "ما بعدها" في إعادة توجيه اهتمام الفكر الإنساني من القضايا العامة المشتركة إلى الاهتمام

ولكن كيف تتداخل وتتقاطع هذه المصطلحات؟ تشير التداخلات بين التأسيسية والكونية إلى أن كليهما يقوم على وجود الأسس الثابتة التي يمكن البناء عليها في صياغة القيم الأخلاقية والأحكام القانونية. فالتأسيسية تضع حجر أساس من خلال مفاهيم كالعدالة المطلقة، بينما تعمل الكونية على تعميم تلك القيم وتطبيقها على الجميع. وفي مقابل ذلك، تتقاطع اللا-تأسيسية مع النسبية في إنكار كل من الفكرتين لمبدأ الثبات المطلق في القيم والمعرفة. فاللا-تأسيسية ترى أنّ المعرفة تخضع للتغيير الدائم وفق البنية الاجتماعية التي تنتجها، في حين أنّ النسبية من شأنها اعتبار أن القيم متغيرة وغير قابلة للتعميم. وهنا يمكن استيضاح الفروقات عبر استحضار أمثلة عملية في نطاق عقود الزواج على سبيل المثال. بحيث يرى التأسيسيون أنّ الزواج مفهوم قائم على رابطة بين رجل وامرأة ترتكز على قانون طبيعي، في حين يرى اللا-تأسيسيون أنّ الزواج ظاهرة اجتماعية تتعدد أشكالها طبقاً للأعراف الثقافية. أما النسبوية، فإنها تشير إلى قبول بعض المجتمعات فكرة الزواج بين الجنس الواحد وترفضه مجتمعات أخرى. أما بالنسبة إلى الكونية فإنها تؤكد ضرورة قيام الزواج على المساواة والشرعية دونما تمييز. هذا العرض الذي يفرق بين كل هذه المفاهيم، تم الاستفادة في صياغته في الهامش (بتصرف) من المعالجة الدقيقة التي قدّمها د. العربي صديقي لمفاهيم التأسيسية واللا-تأسيسية، والكونية والنسبية كما وردت في مقدمات كتابه: البحث عن الديمقراطية العربية: خطابات وخطابات مضادة (Sadiki, 2002)، حيث تُقدّم توصيفاته الغنية والمفصلة وضحاً مفاهيمياً يتمتع بقيمة عالية تم توظيفها في بحثنا الراهن.

بالخصوصيات والسياقات الثقافية المحلية. وبذلك، أصبح تقييم القيم الأخلاقية من داخل بيئاتها الثقافية، لا بوصفها قيماً ملزمة لجميع البشرية، بل بوصفها خيارات نسبية تعكس التعددية والتنوع البشري.

غير أن الأمر لم يقف عند هذا الحد، بل أنّ الحركة "النسبوية" لم تكن مجرد دعوة للاعتراف بالخصوصيات الثقافية (الوضعية القانونية المحليّة)، لكنها شكلت أيضاً ردة فعل نقدية على ما اعتُبر من قيم مدرسة "الحدائثة الكونية" القائمة على زيف، حيث أنها قيم ذات نزعة أوروبية المنشأ (Eurocentrism)<sup>(2)</sup> لها تحيزات البنيوية، فقد أخطأت أديبات "مدرسة الحدائثة" عندما اعتبرتها معايير كونية صالحة للجميع. وبهذا المعنى وفي هذا السياق، جاءت النسبوية لتفكك هذه "الكوننة القسرية" لقيم حدائثة غربية، وتطعن في ادعاء عالميتها، مؤكدةً أن ما يُقدم بوصفه كونياً ليس سوى تعميم غير مشروع لخصوصيات ثقافية أوروبية محددة.

لكن هذه الدوافع النسبويّة عبر مدرسة "ما بعد حدائثة" تسببت بشيء فضيع. حينما رفضت قيماً أخلاقية تحت دعوى أنها ذات نزعة أوروبية في وقتٍ لم تقم بتوفير قيم كونية بديلة تجمع البشرية حول مبادئ أخلاقية عامة يقومون بالدفاع عنها. إذ لم تعد تلك المبادئ الكونية - التي تأسست وفق منظور الحدائثة- تُستدعى بوصفها ضوابط كونية تضبط السلوك الإنساني، بل

(2) المركزية الأوروبية (Eurocentrism) تُعرّف على أنها منظومة اعتقادية تضع أوروبا في موقع المركزية كمحرك رئيسي في تشكيل التاريخ العالمي، ومرّوج للقيم العالمية، ومُتمثل للتقدّم والتطوّر. وترتبط هذه النظرة ارتباطاً وثيقاً بالعنف الاستعماري، حيث تُستخدم لتبرير هيمنة الثقافات غير الأوروبية من خلال سرديات التفوق والرفق الحضاري. للمزيد ينظر:

Blaut, J. M. (1993) *The Colonizer's Model of the World: Geographical Diffusionism and Eurocentric History*. Guilford Press. / Amin, S. (1988). *Eurocentrism*. Monthly Review Press.

صارت خاضعة للتفاوض داخل كل مجتمع حسب رؤيته الخاصة. ومع مرور الوقت، نشأ تيار من "اللامبالاة الأخلاقية" إزاء القضايا الكونية (القانون الطبيعي)، بحجة أن كُـلّ المفاهيم المركزية اليوم، إنما هي مفاهيم مشروطة بثقافات معينة (وضعية قانونية). لقد أدّى ذلك إلى تهميش الشعارات الأخلاقية الكبرى التي طالما شكلت مرجعاً مشتركاً بين الأمم والشعوب، وفي مقدمتها الحديث النبوي الشريف: "كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته" (البخاري، حديث رقم 893)، والذي يعكس تصوراً عابراً للحدود حول المسؤولية الجماعية والكونية في تنظيم الحياة الإنسانية.

لقد كان اندثار حسّ المسؤولية الكونيّة (المرتبط بفكرة القانون الطبيعي) ناتجاً عن مقولة أن ثمة أوضاع معيّنة في أزمنة وأمكنة معيّنة لا يبدو أنها توائم النموذج الكوني. كما أنّ علماء كثيرين رأوا أنّ التعميمات الكلية للقيم والأخلاق والقوانين، إنما هي استنتاجات من تجارب محلية (وضعية قانونية) لا يمكن جعلها مسطرةً يُقاس من خلالها كافة الوجود. من هذه النقطة اجتمعت عناصر الضعف على إنهاء الفكرة الكونية (القانون الطبيعي) بدلاً من أن نحاول تقويم النقاش الدائر حول هذا الموضوع.

### محنة النسبية وتآكل المسؤولية الأخلاقية والقانونية الكونية:

لقد أثر صعود الفكر النسبي في الأخلاق وفلسفة القانون تأثيراً عميقاً على أسس المسؤولية الأخلاقية والقانونية الكونية universal moral responsibility and law. فعلى الرغم من أنّ النسبية نشأت كردّ فعل ضروري على النزعة الأوروبية المركزية وفرض المعايير الغربية على المجتمعات غير الغربية، إلا أنّ هيمنتها (الكولونيالية الغربية) أدت تدريجياً إلى تفكيك الإطار الأخلاقي المشترك (dismantling of any globally shared ethical framework) الذي يمكن أن يشكل قاعدة للاستجابة العالمية للظلم.

تستند النسبية إلى فكرة أن القيم الأخلاقية والمبادئ القانونية والمعايير الاجتماعية هي نتاج ثقافي وسياقي -culturally constructed and context-dependent، مما يقوّض مفهوم القانون الأخلاقي الكوني universal moral law وهو المفهوم الذي تقوم عليه نظرية القانون الطبيعي، والذي يفترض وجود معايير أخلاقية مشتركة تنطبق على جميع البشر، بغض النظر عن اختلاف الزمان والمكان.

ونتيجة لذلك، نشهد ما يُعرف بتفكك ما هو أخلاقي، حيث تُصنّف القضايا العالمية باعتبارها مشاكل محلية تتطلب حلولاً محلية فقط. هذا التحوّل يتيح للجهات الفاعلة القوية، لا سيما في الشق العالمي الشمالي، أن تتصل من مسؤولياتها تجاه المشاكل العالمية. وقد أشار توماس بوغي Thomas Pogge (2002) argues in *World Poverty and Human Rights* في كتابه الفقر العالمي وحقوق الإنسان إلى أن هذا التوجّه الأخلاقي المُفكك يسمح للشمال بتبرئة نفسه من دوره في إنتاج الظلم البنيوي sustaining structural injustices، تحت غطاء احترام التعددية الثقافية.

### ريتشارد رورتي وحدود النسبية:

من اللافت أن ريتشارد رورتي، أحد أبرز المنظرين في فلسفة "ما بعد الحداثة"، والمدافع البارز عن اللا-تأسيسية والمقاربات النسبية، قد أقرّ بأنّ الإفراط في النسبية يمكن أن يؤدي إلى شلل في الفعل الأخلاقي والسياسي. ففي كتابه: الطارئية، السخرية، والتضامن (Contingency, Irony, and Solidarity, 1989)، الصادر عن دار نشر جامعة كامبريدج (Cambridge University Press)، يدعو رورتي إلى تبني "التضامن" بدلاً من "الموضوعية"، مؤكداً أنّ بناء العلاقات الإنسانية على أساس التفاهم والتعاطف المشترك، أكثر أهمية من ادعاء امتلاك الحقيقة المطلقة.

لكن طريقة رورتي في معالجة مثالب النسبوية المتضخمة لم تخلُ من إشكاليات بنبوية، إذ يشير كثير من النقاد إلى أنّ غياب الأسس الأخلاقية الكونية في فكره قد يؤدي إلى تدخلات دولية متناقضة أو انتقائية ومصالحية، بحيث تصبح حكومة بالأهواء السياسية، لا نابعة من التزام مشترك بالمسؤولية الإنسانية. وهو ما يُقوّض فاعلية تلك التدخلات ويُضعف من مشروع المسؤولية الأخلاقية العالمية (The Project of Global Moral Responsibility)، الذي يتطلب وجود مرجعية أخلاقية مشتركة تجمع الإنسانية، وهو ما يعني تقويضاً هيكلياً لمشروع فيلسوف أوروبا الشهير إيمانويل كانط في أطروحته حول السلام العالمي.

ومن هنا، يبقى الفكر الإنساني أسير المعضلة التي أفرزتها محاسن ومثالب النسبية؛ إذ تكمن التحديات الأخلاقية والقانونية المعاصرة لا في التخلي عن مكتسبات الفكر النسبي، بل في إعادة تخيل شكل من أشكال الكونية، كونية تكون شاملة، ناقدة لذاتها، قادرة على ترسيخ مسؤولية أخلاقية عالمية دون إعادة إنتاج هياكل القهر والهيمنة التي وسمت الكونيّات السابقة.

آلان باديو على خط المناقشة:

في هذا الإطار، فإنّ إعادة إحياء المسؤولية الأخلاقية والقانونية الكونية دون الانفصال عن أطروحات ما بعد الحداثة الناقدة للكونيات المعتلّة والمتحيّزة أصلاً للقيم الأوروبية، تمثل مهمةً جديرةً بالبحث. وهنا تسعى هذه المقالة إلى أداء هذا الدور من خلال استعراض أفكار الفيلسوف الفرنسي آلان باديو (Alain Badiou)، واستخدامها كمعول نقدي يهدم جوانب من مثالب أطروحة "ما بعد الحداثة"، تمهيداً لإنتاج نسخة معدّلة منها يمكن أن

نسميها: " الكونية المُمكّنة " كبديل للكونية القسرية الأوروبية التي ارتفعت على أكتاف الاستعمار، أي يدعو إلى فكر ما بعد حداثي، متصالح مع كل من الكونية والنسبية في الوقت نفسه. جدير بنا أن نذكر أن الفرنسي آلان باديو لم يستخدم مصطلح " الكونية " ولم يستخدم مصطلح " النسبية "، ولم يستخدم مفردة " القانون الطبيعي " أو " الوضعي ". ابتعاد آلان باديو عن استخدام مصطلحات مشبعة بأفكار مدرسة الحداثة ومدرسة ما بعد الحداثة يعني إعادة إنتاج نموذج فكري (براداييم شفت) لأفكار جديدة. اشتغلت صياغاته الفكرية على استحداث مصطلحات أخرى لكي يتمكن من تعزيز أفكار تغادر مثالب المدرستين (الحداثة وما بعد الحداثة)، وهي التفاته ذكية تتجاوز الحمولات الثقافية التي تتمتع بها المصطلحات عادةً، كما هو شائع في فلسفة اللغات.

والحقُّ أنّ آلان باديو يهتمّ بالمحليات كما يهتمّ بالكونيات، فهو المفكر الذي يُعيد إحياء صورة «الفيلسوف الجوال في أرجاء العالم»، الذي يحمل هموم البشرية ويُعيد إيقاظ حسّ المسؤولية الكونية الذي خفت بريقه بسبب تفشّي الفكر النسبي. كما يُبرز باديو قيمة الحبّ الروحي، الأخلاقي، الفردي، الجمعي، والكوني، بوصفه قوةً أخلاقية مضادة للثقافة المعاصرة القائمة على الاستهلاك السريع والجنس المادي العابر.

الذات، نواة النسبيّة، والبحث عن الفراغات:

يرى باديو أنّ حياة الإنسان، حياة مرتبطة بحياة " ذاتيّته "، وموته يكون بموت ذاتيّته، والذات تمارس عملية "تذويّتها" أو بداية حياتها الذاتيّة متى ما قامت بإنتاج " الفهم "، ومتى ما توقفت عملية " التذويت " يتعطل إنتاج الفهم، ومعه تنتهي حياة الذات. يواصل أشهر فلاسفة القارة الأوروبية على

قيد الحياة؛ باديو، شارحاً أنّ الفهم الفلسفي لا ينتج إلا من خلال إنتاج "فهم" جديد مرتبط باكتشاف "الفراغ". أي أنّ رصد الفراغ مرتبط بقدره الفيلسوف على التقاط إشارات تتحدّث عن وجود مشكلة في المعرفة حول "وضع" فلسفي معيّن ذي "حدث" خاص به.

وعليه، تعتبر "الحقيقة" قضيةً كبيرة عند المفكر الفرنسي، حيث يقول أنّ القوى الرأسمالية، في لحظة توحشها، استفادت من لحظة ما بعد الحداثة، ما بعد البنيوية المتأثرة بالنسبية والقائلة بأنّ الحقيقة "محلية"، ومن أنّ الحقيقة هائمة في حقول معاني لغوية، يفهمها من ينتمي إلى لغة المحليات فقط، وعليه فإنه لن يتمكّن من هو في الغرب، بجهله اللغوي وبمعاني اللغة ورمزيتها الموجودة، مثلاً، في الشرق، من أن يحكم على ما يجري في الشرق، ولنفس السبب النسبيّ لن يتمكن من هو، مثلاً، في الشمال من أن يفهم ما يجري في الجنوب. ولكن: لماذا جعلنا النسبيّة مُرادفاً لعدم الاكتراث؟

يقول آلان باديو هنا: ولهذا الخلل النسبي المتواجد كمفهوم فيما بعد البنيوية، وفيما بعد الحداثة تتراجع مفردة "الحقيقة" في أدبياتهم. تضع "الحقيقة" ومعها يضيع الحق وتُهدر الحقوق. يتردّد "الكوني" إزاء نُصرة "المحليّ" تحت ذريعة أنهم قالوا له أنّه لا يفهم ثقافتهم، وعليه فإنّ الأمر لا يعنيه. لذلك، وبالرغم من إطراء آلان باديو على مدارس ما بعد البنيوية، وما بعد الحداثة، إلا أنّه يرى ضرورة ترميم سلبياتها.

وهكذا، فإنّ العثور على "الفراغ" يعتبر خرقاً في جسد المعرفة عبر رؤية ما لم يُرى، لأن تصوّر آلان باديو، يقوم على أنّه عندما يعثر الفيلسوف على الفراغ المتمثل في العلاقة بين ما يفقد العلاقة، أو الاهتداء إلى وجود مساحة لا تمثلها المصطلحات السابقة، ولا تعبّر عنها، يكون الفيلسوف أمام

مشكلة يجب عليه إبرازها. كلُّ هذا لا يعني أنّ ذلك الفراغ لم يكن موجوداً، أو أنّه فراغ بلا معلومات، بل يؤكّد آلان باديو أنّه فراغٌ كان دائماً "كامناً" بوجوده، لكن لم تسمح سماء معارفنا الذاتية ببرقِ يوفّر لنا بعضاً من النور المعرفي لرؤيته.

"الكونية المُمكنة" ، أو المسؤولية الكونية المُرقّعة بالنسببات :

"الحقيقة" لدى آلان باديو متكدسة كطبقاتٍ كثيرة، كثيرة جداً. تحتلّ مساحةً أكبر بكثير من مساحة الفراغ. بيد أنّ فهم الفراغ يُمكننا من فهم جزء من الحقيقة لا كلّ الحقيقة. فالحقيقة كونية وهي مشترك كوني يراه عرفاء الفلاسفة الكونيون (فلاسفة القانون الطبيعي). ولن يستطيع الفيلسوف المحلي فهم حقيقة الفراغ من خلال محليته بل عليه البحث عن فراغات أخرى تسمح له بتقصي الحقيقة الكونية، وبالتالي معرفة القانون الطبيعي.

فلو أنّ باحثاً متواجداً في ألمانيا، يكتشف فراغاً يفهمه، فقد يرى "جزء" من الحقيقة المتكثفة في ذلك الفراغ، لكن الذات لن تتمكن من إكمال تَذوُّبِها إلا بالتعرف على "كامل" الحقيقة. لأن الحقيقة عند آلان غشاء يغطي كافة الكون وكل الوجود. وعليه، فإن الذات لا تكتمل من مجرد فهم محليتها عبر المشاكل النسبية، بل تبدأ بالاكتمال بعدما تشرع بالبحث عن فراغات أخرى، قد تكون في جغرافيات أخرى. ربما أمكننا القول إن البحث في جغرافيات خارج إطار الحقوق المحلية يعني انفتاح الذات لتخوض عملية استرقاع أجزاء الحقيقة والحقوق من كل الفراغات التي جربتها الذات الإنسانية، وبعدها تتمدد الذات لتنضج عندما تتمدد عبر فراغات الكون لربط أصول القوانين والحقوق المحلية بالفكرة الكونية. فالطريق الى القانون الطبيعي (الحقوق الكونية) متعدد عبر تذويت كل ذات

لذاتها لكن تبقى الحقيقة الكونية مشترك بشري يراها الفلاسفة الكونيون (أرباب القانون الطبيعي) في منهج آلان باديو المنادي بالحب والجمال الكوني<sup>(3)</sup>.

### الحُب بين اللحظة التَّسبِيَّة، والحقيقة الكونيَّة:

ينطلق آلان باديو عبر تدشين نظريته حول الحُب<sup>(4)</sup>، فهو يرى أنَّ الإنسان يبحث عن حُبٍ وشريكٍ له في مشوار حياته، ويكتشف الإنسان، من خلال الحُبِّ، عدَّة مشكلات وعدَّة حقائق، فالحب ليس قصة نشوة البدايات، بل هو تحدي تشييد بناء يروي سيرة تماسك واستمرار وسيرورة. "الحُب" آليَّة ابتكار وطريقة جديدة للاستمرار، إنَّه آليَّة تعلمنا مفهوماً جديداً للزمن، يُعلمنا الرغبة الدائمة في الدوام، ومن الحُبِّ نتعلم إعادة ابتكار الحياة من أجل الحياة. يصوِّر باديو أننا نحب فكرة الحب لأننا نُحبُّ الحقيقة، فمع الحُب نَجني الخبرة التي من خلالها نشيد نوعاً معيناً من الحقيقة<sup>(5)</sup>.

(3) هنا يجدر التنويه بوجود عدة مدارس واتجاهات حاولت تفسير المقصود بالقانون الطبيعي، أو تعريفه وأصوله. مثلاً على ذلك: يرى الفيلسوف القانوني الكندي بيارن ملكنيك، أن القانون الطبيعي يعتبر خزان من الممارسات المترابطة في تاريخ البشرية، نستقي منه أصول القوانين والمبادئ العلمية التي تشكل أساس القانون الحديث وتطوره.

(4) كل هذه الأفكار استعانت بكتاب آلان باديو "آلان باديو في مدح الحب" كتاب من ترجمة غادة الحلواني والذي نشر في عام 2014 من قبل دار التنوير.

(5) يجدر التنويه هنا أن بعض الفلاسفة في العصر الحديث، قد استخدموا الحب ووظفوه في السياق القانوني، باعتبار أنَّ الحب طريقة للوصول إلى العدالة، عبر تجسير العلاقة بين الغاية قصيرة المدى (الإجراء القضائي والمحكمة) والغاية البعيدة المدى (العدالة). فالإجراءات القضائية عند (بول ريكور مثلاً) نظام يتعرّف على هذه الذات من خلال تلكم الإجراءات القائمة على الحجاج والتعليل والتأويل بناءً على "قصة متماسكة مدعومة قانونياً" قادرة على الكشف عن صاحب الحق، وحيث إنَّ أشكال السرد تتجلى في

يقول باديو: أعتقد بأنّ الحب هو فعلياً ما أسميه في قاموسي الفلسفي "إجراء الحقيقة"، بمعنى، الخبرة التي من خلالها يشيّد نوعٌ معين من الحقيقة، وهذه الحقيقة ببساطة شديدة حقيقة الاثنين؛ حقيقة الاختلاف كما هي، وأعتقد بأنّ الحبّ الذي أسميه "مشهداً من اثنين" هو هذه الخبرة. بهذا المعنى؛ إنّ الحبّ الذي يقبل التحدي ويقبل الاستمرارية، ويقبل خبرة العالم، فإنه من وجهة نظر الاختلاف يُنتج، على هذا النحو، حقيقةً جديدةً حول الاختلاف. لهذا، فإنّ الحبّ الحقيقي محطّ اهتمام الإنسانية كلها دائماً، بغضّ النظر عن تموضعه المحلي الظاهري، وعن تواريه. نحن نعرف كيف ينجرف الناس بقصص الحب! ولا بُدّ أن يسأل الفيلسوف: لماذا يحدث هذا؟ لماذا هناك العديد من الأفلام والروايات والأغاني التي تكرّس تكريساً كاملاً قصصها للحُب؟ لا بدّ أنّ هناك شيئاً ما كلياً (حقيقة كونية) في الحب لكي تثير قصصه اهتمام هذا الجمهور الغفير. إنّ الكلي هو أنّ الحبّ يقَدّم خبرةً جديدةً حول الحقيقة، أي حول كيف أن تكون اثنين وليس واحداً، فأياً كان الحب فهو يعطينا دليلاً جديداً على أنّنا نستطيع أن نقابل العالم، ونختبره بوعيٍ آخرٍ غير الوعي المنعزل، ولهذا نحب الحب؛ كما يقول (سان أوغسطين)، ونُحب أن نُحبّ، لكننا نحب أيضاً أن يُحبنا الآخر، وذلك لأننا نحب الحقائق ببساطة. هذا ما يعطي الفلسفة معناها؛ الناس يحبون الحقيقة حتى عندما لا يدركون هذا<sup>(6)</sup>، كما يقرّر آلان باديو.

---

إجراءات المحاكمة والنطق بالحكم بكل ما يسبقه من أحداث وحكايات يمكن أن تُقال، ليستهدف القاضي في نهاية الأمر معنى للحياة الجيدة التي يسعى إلى تجسيدها. راجع كتابه حول: الحب والعدالة، ترجمة: حسن الطالب، مراجعة: جورج زناتي، دار الكتاب الجديد المتحدة، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى، آذار/مارس 2013م، ص 38-39.

(6) تجد هذا النص في "في فلسفة الحب، آلان باديو يكتب" نشره أحمد بادغيش نقلاً من كتاب "آلان باديو في مدح الحب" كتاب من ترجمة غادة الحلواني. (<https://saqya.com/في-فلسفة-الحب-آلان-باديو-يكتب/>).

وهكذا، فإنَّ الحُبَّ في منهج باديو، مشروعٌ لا ينفصل عن عملية التذويت الجامعة ما بين النسبية والكونية والعلائقية التجريبية. إنه مشروع يُوَظَر عودة الكونية في إطار المسؤولية والمبالاة ببلاءات الكون، كجزءٍ من عملية نضوج الفيلسوف. يغلف آلان باديو آلات هذه التجربة في إطار الحب، وينادي بتجاوز الاهتمام الإثاري المؤقت الذي يعمل من خلاله الوعي الغربي وإعلامه، بل ينادي بديمومة الاهتمام، والعمل على ترقيع ثغراته من أجل البقاء، فمن الحب نتعلم إعادة ابتكار الحياة للحياة، ونؤكد على الحقيقة التي عندما تتأكد، يتأكد معها الحق الكوني (القانون الطبيعي).

لقد أيقظ آلان باديو وعيَ مريدي كتاباته، ليسيحوا كفلاسفة متجولين في أرض المعمورة، أو كباحثين عن الفراغات هنا وهناك لتشخيصها وإيجاد حل لمشاكلها، وأصبح الفيلسوف الرحالة، يخوض تجربته الإنسانية في سعيه إلى الكمال أو "الإنسان الكامل" وهي قضية آلان باديو. وماذا يعني الإنسان الكامل غير الإنسان الملتزم بحقائق الكون (القانون الطبيعي) ولا يخرقها. كلُّ هذا يجب ألا يخلو من مشاعر الحب كما يقول آلان باديو. الحب للذات والحب للزوجة والأسرة والجماعة والبشرية في المعمورة، إنها فكرة نبيلة وأخلاقية ينادي بها المُحب آلان باديو.

### على سبيل الاستنتاج:

الخلاصة، عندما نُحِب. فإننا - وفق باديو، نسعي إلى إجراء الحقيقة. ما الحقيقة سوى القانون الطبيعي الذي لا يتغير بتغير الزمان والمكان، ما الحقيقة سوى الحقوق غير القابلة للاستلاب بتغير الظروف، ومهما حاولت نسياتنا الثقافية ووضعياتنا القانونية تغييرها.

وتأكيداً لذلك، ينتقد باديو النسبية، خاصة في سياق ما بعد الحداثة،

حيث يرى أنّ الفلسفة يجب أن تسعى لإيجاد حقائق موضوعية (مقاربة القانون الطبيعي) تتجاوز النسبية الثقافية والمعرفية. فالمعرفة الكونية (الحق الكوني) عند باديو يعني السعي نحو معرفة شاملة وعميقة تستند إلى أحداث وتحولات جذرية في الفكر والفعل.

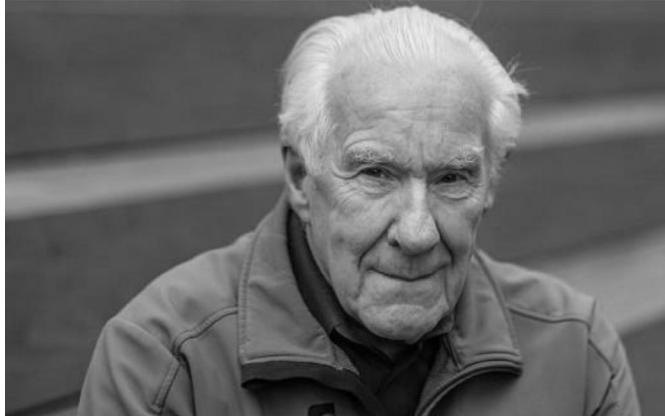
وهكذا، يرى باديو أنّ ما بعد الحداثة تميل إلى التفكك والنسبية المفرطة، مما يؤدي إلى فقدان الاتجاه والتماسك الفكري. لذا، يدعو باديو إلى العودة إلى المفاهيم الكبرى مثل الحقيقة والوجود، أي إلى "الكونية المُمكّنة" لكنه يفعل ذلك بطريقة تتجاوز الأساليب التقليدية، باحثاً عن طرق جديدة لتفعيل هذه المفاهيم في العصر الحديث، بل من خلال مصطلحات وأطر جديدة، تتخلى عن الحمل الثقافي للغة المصطلحات التقليدية، فيستعمل الحُب والحقيقة بدلاً من الكونية والتأسيسية على سبيل المثال.

باختصار، يجمع باديو بين الفلسفة التقليدية والنقد المعاصر، محاولاً إيجاد أرضية جديدة تمكن من التفكير في الحقيقة والوجود بطريقة تتجاوز حدود ما بعد الحداثة، وتستفيد في الوقت ذاته من التحولات الفكرية التي جلبتها.

تذييل:

وهكذا، ونحن نصل إلى ختام مقالتنا المشتركة: "نموذج آلان باديو في مواجهة طغيان نسبية القوانين النسبية باتجاه تعزيز مفهوم جديد للقانون الكوني: قراءة متقدمة في اصلاح مثالب "مابعد الحداثة"، فإننا نؤكد انضمامنا إلى الطليعة الفكرية الداعية إلى مراجعة نقدية لتيارات ما بعد الحداثة، لا بهدف القطيعة معها، بل من أجل تجاوز مثالبها واستثمار مكتسباتها عبر ما أسميناه "الكونية المُمكّنة". ومن هذا المنطلق، نلتقي مع

مجهودات ألان باديو، لا سيّما في دعوته إلى استعادة مفاهيم الحقيقة، والكونية، والمعنى، بوصفها أدوات ضرورية لبناء فكر إنساني يتجاوز التفتت النسبي، ويعيد الاعتبار لقيم مشتركة يمكن أن تشكل أساسًا لمرجعية قانونية وفكرية كونية قابلة للتفاعل مع تنوع المحليات واختلافاتها.



آلان باديو Alain Badiou (مواليد 1937م)



## جمعية المرصد لحقوق الانسان

تؤمن مجلة "الحقوقية" أن القضايا الحقوقية والقانونية لا تنفك بتأناً عن اهتمام مختلف العلوم الاجتماعية والإنسانية، لذلك فإنها تعنى بنشر الدراسات والمقالات والقضايا ذات العلاقة بالشأن الحقوقي والقانوني المرتبط بالواقع العملي قدر الإمكان، وفي سياق استيعاب القراءات الحقوقية والقانونية التي تتصل بالحقول المعرفية المختلفة. وتتوزع موضوعات المجلة على أبواب مختلفة، لكل منها معايير وشروطه الخاصة بالنشر. وترحب المجلة بكل الباحثين والمؤلفين من كافة أرجاء الوطن العربي، وتُعطي الأولوية في النشر للدراسات والمقالات والقضايا التي تتناول مسائل مستجدة على الساحة الحقوقية.

دار الروافد الثقافية - ناشرون  
الإمارات العربية المتحدة - مركز الأعمال - مدينة الشارقة  
للنشر - المنطقة الحرة - خلوي: + 961 3 69 28 28  
email: rw.culture@yahoo.com  
توزيع: دار الروافد الثقافية - الحمراء - شارع ليون -  
برج ليون، ط6 - بيروت - لبنان - ص.ب. 113/6058  
هاتف: + 961 1 74 04 37

ابن النديم للنشر والتوزيع  
51 شارع نهار بلعيد قويدر - وهران  
هاتف: + 213 661 20 76 03  
فاكس: + 213 41 25 97 88  
ص.ب. 357 السانثيا زرباني محمد  
وهران - الجمهورية الجزائرية  
email: nadimediton@yahoo.fr

