

# مجلة جامعة البعث

سلسلة العلوم القانونية



مجلة علمية محكمة دورية

المجلد 45 . العدد 12

1444 هـ - 2023 م

الأستاذ الدكتور عبد الباسط الخطيب

رئيس جامعة البعث

المدير المسؤول عن المجلة

رئيس هيئة التحرير	أ. د. محمود حديد
رئيس التحرير	أ. د. هائل الطالب

مديرة مكتب مجلة جامعة البعث

بشرى مصطفى

عضو هيئة التحرير	د. محمد هلال
عضو هيئة التحرير	د. فهد شريباتي
عضو هيئة التحرير	د. معن سلامة
عضو هيئة التحرير	د. جمال العلي
عضو هيئة التحرير	د. عباد كاسوحة
عضو هيئة التحرير	د. محمود عامر
عضو هيئة التحرير	د. أحمد الحسن
عضو هيئة التحرير	د. سونيا عطية
عضو هيئة التحرير	د. ريم ديب
عضو هيئة التحرير	د. حسن مشرقي
عضو هيئة التحرير	د. هيثم حسن
عضو هيئة التحرير	د. نزار عبشي

تهدف المجلة إلى نشر البحوث العلمية الأصيلة، ويمكن للراغبين في طلبها

الاتصال بالعنوان التالي:

رئيس تحرير مجلة جامعة البعث

سورية . حمص . جامعة البعث . الإدارة المركزية . ص . ب (77)

. هاتف / فاكس : ++ 963 31 2138071

. موقع الإنترنت : [www.albaath-univ.edu.sy](http://www.albaath-univ.edu.sy)

. البريد الإلكتروني : [magazine@ albaath-univ.edu.sy](mailto:magazine@albaath-univ.edu.sy)

**ISSN: 1022-467X**

## شروط النشر في مجلة جامعة البعث

الأوراق المطلوبة:

- 2 نسخة ورقية من البحث بدون اسم الباحث / الكلية / الجامعة) + CD / word من البحث منسق حسب شروط المجلة.
  - طابع بحث علمي + طابع نقابة معلمين.
  - إذا كان الباحث طالب دراسات عليا:  
يجب إرفاق قرار تسجيل الدكتوراه / ماجستير + كتاب من الدكتور المشرف بموافقة على النشر في المجلة.
  - إذا كان الباحث عضو هيئة تدريسية:  
يجب إرفاق قرار المجلس المختص بإنجاز البحث أو قرار قسم بالموافقة على اعتماده حسب الحال.
  - إذا كان الباحث عضو هيئة تدريسية من خارج جامعة البعث :  
يجب إحضار كتاب من عمادة كليته تثبت أنه عضو بالهيئة التدريسية و على رأس عمله حتى تاريخه.
  - إذا كان الباحث عضواً في الهيئة الفنية :  
يجب إرفاق كتاب يحدد فيه مكان و زمان إجراء البحث ، وما يثبت صفته وأنه على رأس عمله.
  - يتم ترتيب البحث على النحو الآتي بالنسبة لكليات (العلوم الطبية والهندسية والأساسية والتطبيقية):  
عنوان البحث .. ملخص عربي و إنكليزي ( كلمات مفتاحية في نهاية الملخصين).
- 1- مقدمة
  - 2- هدف البحث
  - 3- مواد وطرق البحث
  - 4- النتائج ومناقشتها .
  - 5- الاستنتاجات والتوصيات .
  - 6- المراجع.

- يتم ترتيب البحث على النحو الآتي بالنسبة لكليات ( الآداب - الاقتصاد - التربية - الحقوق - السياحة - التربية الموسيقية وجميع العلوم الإنسانية):
- عنوان البحث .. ملخص عربي و إنكليزي ( كلمات مفتاحية في نهاية الملخصين).

1. مقدمة.
2. مشكلة البحث وأهميته والجديد فيه.
3. أهداف البحث و أسئلته.
4. فرضيات البحث و حدوده.
5. مصطلحات البحث و تعريفاته الإجرائية.
6. الإطار النظري و الدراسات السابقة.
7. منهج البحث و إجراءاته.
8. عرض البحث و المناقشة والتحليل
9. نتائج البحث.
10. مقترحات البحث إن وجدت.
11. قائمة المصادر والمراجع.

7- يجب اعتماد الإعدادات الآتية أثناء طباعة البحث على الكمبيوتر:

- أ- قياس الورق 25×17.5 B5.
  - ب- هوامش الصفحة: أعلى 2.54- أسفل 2.54 - يمين 2.5- يسار 2.5 سم
  - ت- رأس الصفحة 1.6 / تذييل الصفحة 1.8
  - ث- نوع الخط وقياسه: العنوان . Monotype Koufi قياس 20
- . كتابة النص Simplified Arabic قياس 13 عادي . العناوين الفرعية Simplified Arabic قياس 13 عريض.

- ج . يجب مراعاة أن يكون قياس الصور والجداول المدرجة في البحث لا يتعدى 12سم.
- 8- في حال عدم إجراء البحث وفقاً لما ورد أعلاه من إشارات فإن البحث سيهمل ولا يرد البحث إلى صاحبه.
- 9- تقديم أي بحث للنشر في المجلة يدل ضمناً على عدم نشره في أي مكان آخر، وفي حال قبول البحث للنشر في مجلة جامعة البعث يجب عدم نشره في أي مجلة أخرى.
- 10- الناشر غير مسؤول عن محتوى ما ينشر من مادة الموضوعات التي تنشر في المجلة

11- تكتب المراجع ضمن النص على الشكل التالي: [1] ثم رقم الصفحة ويفضل استخدام التهميش الإلكتروني المعمول به في نظام وورد WORD حيث يشير الرقم إلى رقم المرجع الوارد في قائمة المراجع.

تكتب جميع المراجع باللغة الانكليزية (الأحرف الرومانية) وفق التالي:  
آ . إذا كان المرجع أجنبياً:

الكنية بالأحرف الكبيرة . الحرف الأول من الاسم تتبعه فاصلة . سنة النشر . وتتبعها معترضة ( - ) عنوان الكتاب ويوضع تحته خط وتتبعه نقطة . دار النشر وتتبعها فاصلة . الطبعة ( ثانية . ثالثة ) . بلد النشر وتتبعها فاصلة . عدد صفحات الكتاب وتتبعها نقطة .  
وفيما يلي مثال على ذلك:

-MAVRODEANUS, R1986- Flame Spectroscopy. Willy, New York, 373p.

ب . إذا كان المرجع بحثاً منشوراً في مجلة باللغة الأجنبية:

. بعد الكنية والاسم وسنة النشر يضاف عنوان البحث وتتبعه فاصلة، اسم المجلد ويوضع تحته خط وتتبعه فاصلة . المجلد والعدد ( كتابة مختزلة ) وبعدها فاصلة . أرقام الصفحات الخاصة بالبحث ضمن المجلة.  
مثال على ذلك:

BUSSE,E 1980 Organic Brain Diseases Clinical Psychiatry News ,  
Vol. 4. 20 – 60

ج . إذا كان المرجع أو البحث منشوراً باللغة العربية فيجب تحويله إلى اللغة الإنكليزية و  
التقيد

بالبنود ( أ و ب ) ويكتب في نهاية المراجع العربية: ( المراجع In Arabic )

## رسوم النشر في مجلة جامعة البعث

1. دفع رسم نشر (40000) ل.س أربعون ألف ليرة سورية عن كل بحث لكل باحث يريد نشره في مجلة جامعة البعث.
2. دفع رسم نشر (100000) ل.س مئة ألف ليرة سورية عن كل بحث للباحثين من الجامعة الخاصة والافتراضية .
3. دفع رسم نشر (200) مئتا دولار أمريكي فقط للباحثين من خارج القطر العربي السوري .
4. دفع مبلغ (6000) ل.س ستة آلاف ليرة سورية رسم موافقة على النشر من كافة الباحثين.

## المحتوى

الصفحة	اسم الباحث	اسم البحث
34-11	فاطمة الزهراء حلي	الاختصاص الشخصي للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار
68- 35	رمزي هنو د. مصطفى أحمد	الأثار ذات الطبيعة الخاصة لبيع التركة
118-69	د. عمار الحمدي	مدى التزام المصرف بتقديم المعلومات للسلطات القضائية
148-119	فاتن حيدر د. كريم أبو حلاوة	تعديل العلمانية في الدراسات الإسلامية المعاصرة. مثلاً محمد أركون





## الاختصاص الشخصي للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

الباحثة: فاطمة الزهراء حلي

قسم القانون الدولي - كلية الحقوق - جامعة حلب

### الملخص

يعتبر المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار إحدى هيئات البنك الدولي للإنشاء والتعمير والذي أنشأ بموجب اتفاقية واشنطن لعام 1965، وذلك للفصل في المنازعات التي تنشأ بين الدول المضيفة للاستثمار وبين مواطني الدول الأخرى. وقد وضعت المادة 25 من اتفاقية واشنطن شروطاً لقبول الدعوى التحكيمية تتعلق بأطراف النزاع، فالدولة المضيفة كشخص من أشخاص القانون الدولي العام تكون طرفاً سواء مباشرة أو عن طريق إحدى وكالاتها، والمستثمر الأجنبي كشخص خاص سواء طبيعي أو معنوي. والملفت في اختصاص المركز أن اتفاقية واشنطن منحت للمستثمر الأجنبي فاقد الشخصية القانونية الدولية أحقية في مواجهة الدولة المضيفة للاستثمار أمام هيئات التحكيم التابعة للمركز، وأبقت على الاختصاص الإقليمي للدولة المضيفة للاستثمار بشكل إرادي والاختصاص الشخصي لدولة الجنسية في حال امتناع الدولة المضيفة عن تنفيذ أحكام التحكيم. وعلى هذا فإننا سنعرض في هذا البحث الاختصاص الشخصي للمركز بنظر منازعات الاستثمار التي تنشأ بين الدول المضيفة للاستثمار وبين المستثمرين الأجانب من رعايا الدول الأخرى المصدقة على الاتفاقية.

**الكلمات المفتاحية:** المركز الدولي، الاختصاص الشخصي، التحكيم، الدولة المضيفة للاستثمار، المستثمر الأجنبي

### **Abstract**

The International Center for Settlement of Investment Disputes is one of the bodies of the International Bank for Reconstruction and Development, which was established according to the Washington Agreement of 1965, in order to adjudicate disputes that arise .between investment host countries and citizens of other countries Article 25 of the Washington Agreement laid down conditions for accepting the arbitration case related to the parties to the dispute. The host country, as a person of public international law, is a party, whether directly or through one of its agencies, and the foreign investor as a private person, whether natural or legal. It is noteworthy in the center's jurisdiction that the Washington Agreement granted the foreign investor who has lost the international legal personality the right to confront the host country for investment before the center's arbitral tribunals, and kept the territorial jurisdiction of the host country for investment voluntarily and the personal jurisdiction of the country of nationality in the event that the host country refrained from implementing the .arbitration provisions

Accordingly, we will present in this research the personal competence of the center to consider investment disputes that arise between the host countries for investment and foreign investors who are nationals of other countries that have ratified the .agreement

**Key words:** international status, personal jurisdiction, arbitration, investment host country, foreign investor

**مقدمة:**

يعتبر المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار واحداً من أهم مؤسسات التحكيم الدولي في الوقت الحالي حيث تم تأسيسه من أجل تحقيق العدالة على المستوى الدولي، وبصفة خاصة حل المنازعات التي تنشأ مباشرة عن عقود أو اتفاقيات الاستثمار بين الدول الأعضاء باتفاقية واشنطن، ورعايا الدول الأخرى من أعضاء الاتفاقية أيضاً، وقد تنشأ هذه المنازعات بين الهيئات أو الوكالات المنبثقة عن تلك الدول وبين رعايا الدول الأخرى المتعاقدة. وقد تضمنت المادة 1/25 من اتفاقية واشنطن لعام 1965 شروط انعقاد الاختصاص الشخصي للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وهذا النص يدل على أن اختصاص المركز لم يقتصر على تحديد الطرف الوطني على المنازعات التي تكون الدولة المتعاقدة ذاتها إحدى أطرافها ولكنها جعلت هذا الاختصاص يشمل كذلك المنازعات التي تكون إحدى أطرافها وكالة أو هيئة تابعة للدولة، وتتمثل الإشكاليات التي تطرح نفسها

**إشكالية البحث:**

من هم أطراف النزاع المعروض على المركز الدولي بموجب شروط اتفاقية واشنطن وهل تقيد المركز بتلك الشروط أم أنه وسع في تفسير نص المادة 25 من اتفاقية واشنطن بهدف منح حماية أكبر للمستثمرين الأجانب؟ هذا ما سنتناوله بالبحث في المطالب التالية:

المطلب الأول: الدولة الطرف في النزاع.

المطلب الثاني: المستثمر الأجنبي.

**أهمية البحث وأهدافه:**

أصبح من المسلمات أن معظم دول العالم تحتاج إلى الاستثمار الأجنبي نظراً لما يحققه من دول فعال في عملية التنمية، وخاصة بعد أن توقيع اتفاقية واشنطن

التي تم بموجبها إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كمؤسسة متخصصة بحل النزاعات الناشئة عن استثمار، والبحث في اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الناشئة بين الدول المضيفة للاستثمار وبين المستثمرين الأجانب له أهمية من الناحية النظرية والعملية نظراً لما مر به من سجال ونقاش قانوني فيما يتعلق بتحديد أطراف النزاع المعروض على المركز، حيث أن أحكام اتفاقية واشنطن حددت اختصاصه الشخصي بضرورة أن يكون الخلاف المعروض أمام هيئات التحكيم في المركز قائماً بين دولة متعاقدة وبين أحد رعايا دولة أخرى متعاقدة وعليه سنحاول التفصيل في الطبيعة القانونية للأشخاص المتنازعة فيها طبقاً لما جاء في المادة 25 من اتفاقية واشنطن.

وعليه فإن البحث يهدف إلى:

1\_ التعريف بالاختصاص الشخصي للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

2\_ التفريق بين الدولة المضيفة للاستثمار وبين المؤسسات والوكالات التابعة لها

من وجهة نظر المركز.

3\_ التعريف بالمستثمر الأجنبي من وجهة نظر المركز، والتفريق بين شروط

الشخص العادي والشخص المعنوي كطرف من أطراف النزاع المعروض على المركز.

### منهج البحث:

سنعتمد في معالجة موضوع بحثنا على المنهج التحليلي الاستقرائي حيث سنقوم

بدراسة نصوص اتفاقية واشنطن وتقصي تطبيقاتها والنتائج المترتبة عليها، ومن ثم سنتبع

المنهج التأصيلي وذلك من خلال عرض بعض القضايا والأحكام الصادرة عن المركز

والبحث عن أسسها القانونية في اتفاقية واشنطن.

## المطلب الأول

## الدولة الطرف في النزاع

اشترطت المادة 25 من اتفاقية واشنطن التي أنشأت المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أن يكون أحد أطراف النزاع دولة طرف في الاتفاقية وأن يكون الطرف الآخر مستثمر أجنبي من رعايا دولة أخرى مصدقة على الاتفاقية أيضاً<sup>1</sup> فالمركز يختص بالنظر في المنازعات التي تثور بين الدول المصدقة على اتفاقية انشائه أو بين المؤسسات والهيئات التابعة لها وبين المستثمرين التابعين لدولة أخرى متعاقدة. وعلى ذلك فالدول غير المصدقة على الاتفاقية لا يحق لها اللجوء إلى التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، فإذا كان النزاع ناشئاً بين دولة غير طرف في الاتفاقية وبين مستثمر أجنبي من رعايا دولة أخرى فلا يختص المركز في نظر النزاع<sup>2</sup>.

كما لا يختص المركز في النظر بالمنازعات الناشئة بين الدول كون هذه المنازعات من اختصاص محكمة العدل الدولية، كما لا يختص بالنظر في المنازعات التي تكون بين الأشخاص الخاصة، سواء أكانوا أشخاص طبيعيين أو اعتباريين كون هذه المنازعات تكون من اختصاص المحاكم الوطنية أو التحكيم الداخلي<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> المادة 1/25 من اتفاقية واشنطن (يمتد الاختصاص القانوني للمركز إلى أية خلافات قانونية تنشأ مباشرة عن استثمار بين دولة متعاقدة (أو أي إقليم فرعي أو أي وكالة تابعة للعضو المتعاقد الذي سبق أن عينته الدولة المتعاقدة إلى المركز) وبين مواطن من دولة أخرى متعاقدة، وبشرط أن يوافق طرفي النزاع كتابة على تقديمها للمركز...)

<sup>2</sup> جلال وفاء محمد، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار القواعد والإجراءات والاتجاهات الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 19.

<sup>3</sup> جلال وفاء محمد، المرجع نفسه، ص 11.

ولا يشترط أن تكون الدولة المضيفة للاستثمار ودولة المستثمر الأجنبي عضوين في الاتفاقية في تاريخ الاتفاق على إحالة النزاع إلى تحكيم المركز، بل يجب أن يكونا عضوين في تاريخ طلب التحكيم من المركز.<sup>4</sup>

ولكن ماذا لو كان النزاع بين مستثمر أجنبي وبين منظمة دولية أو إقليمية تتألف من عدة دول ذات سيادة، حول هذا الموضوع تقرر مبدأ مفاده أن المستثمر الأجنبي لا يستطيع اللجوء إلى التحكيم أمام المركز إذا كان النزاع بينه وبين هيئة دولية مكونة من عدة دول، حتى ولو كان الاستثمار في دولة واحدة من دول تلك الهيئة.<sup>5</sup>

وقد ثار خلاف فقهي حول إمكانية استخدام الدول غير المتعاقدة للتسهيلات التي يقدمها سواء بصورة وقتية أو عارضة، وقد استقر المركز أخيراً بالسماح للدول غير المتعاقدة باستعمال التسهيلات التي يقدمها دون الحق في اللجوء إليه بطلب التحكيم.<sup>6</sup> وسنقسم هذا

<sup>4</sup> محمد أبو العينين، نطاق اختصاص مركز تسوية منازعات الاستثمار ICSID ، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد الرابع، آب 2002، ص 158.

<sup>5</sup> تقرر هذا المبدأ في قضية وست لاند هليكوبتر وملخص هذه القضية أنه ابرم اتفاق استثمار بين الشركة البريطانية لصناعة الطائرات المروحية وبين الهيئة العربية للتصنيع والمكونة من أربع دول هي قطر والسعودية والإمارات ومصر وقد تعهد الأطراف على تأسيس شركة للإشراف على صنع الطائرات المروحية من قبل الشركة البريطانية وبعد توقيع اتفاقية كامب ديفيد انسحب السعودية وقطر والإمارات من الهيئة رغم معارضة مصر واعلانها الاستمرار بالنشاط باسم الهيئة ولكن بسبب انسحاب الدول العربية السعودية وقطر والإمارات من الهيئة لم يتم تنفيذ الالتزامات الواقعة على عاتق الهيئة فتقدمت الشركة البريطانية بطلب التحكيم إلى غرفة التجارة في باريس وقد تمثلت مصر أمام المحكمة ودفعت مصر بعدم اختصاص غرفة التجارة في باريس كون مصر لم تبرم أي اتفاق مع الشركة البريطانية وإن الطرف في النزاع هو الهيئة العربية المؤلفة من قطر والسعودية ومصر والإمارات ويقع على عاتقها الالتزامات المترتبة عن اتفاق الاستثمار وقد أصدرت محكمة التجارة في باريس حكمها التحكيمي بالزام جميع الدول الأعضاء في الهيئة العربية بتنفيذ الالتزامات التي تقع على عاتق الهيئة وقد رفضت محكمة جنيف تنفيذ هذا الحكم وبرت ذلك بأن محكمة التجارة ليست مختصة بنظر النزاع لكي تصدر حكم ضد مصر وحدها وقد تأيد هذا الحكم بحكم صادر من المحكمة الفيدرالية في سويسرا وقد بررت الحكم بأن الهيئة العربية لها شخصية اعتبارية مستقلة عن شخصية الدول الأعضاء فيها وهي المسؤولة عن الالتزامات الناشئة عن اتفاق الاستثمار وكان على محكمة التحكيم اعتبار الهيئة هي الطرف في النزاع وليس الدول الأعضاء فيها. جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار القواعد والإجراءات والاتجاهات الحديثة، مرجع سبق ذكره، ص 22-23.

<sup>6</sup> جلال وفاء محمدين، المرجع نفسه، ص 19.

المطلب إلى فرعين نتحدث في (الفرع الأول) عن الدولة كأحد أطراف النزاع ومن ثم نبحث هيئاتها ومؤسساتها في (فرع آخر)

### الفرع الأول

#### شرط أن تكون الطرف الأول بالنزاع دولة متعاقدة

اشترطت اتفاقية واشنطن على الدول لكي تتمكن من أن تكون طرفاً في التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة في الاستثمار والتي تنشأ بينها وبين المستثمر الأجنبي أن تكون من الدول المصدقة على اتفاقية واشنطن لعام 1965<sup>7</sup>، وعلى الرغم من أن تحديد الدولة كطرف في اتفاق الاستثمار، من أجل تحديد الاختصاص الشخصي للمركز لا يثير أية صعوبة إلا إنه يثير التساؤل عن المقصود بالدولة في نطاق الاتفاقيات الثنائية ومتعددة الأطراف المتعلقة بالاستثمار وخاصة اتفاقية واشنطن؟

فالدولة كما هو معروف هي الشخص المعنوي المتمتع بالشخصية الدولية وبالسيادة، وهي في هذا المعنى تعتمد على كلمة الحكومة. فهل يقصد بمصطلح الدولة التي يحق لها اللجوء إلى التحكيم أمام مركز تسوية منازعات الاستثمار وكطرف من أطراف تلك المنازعات السلطة التنفيذية؟ مما يعني استبعاد السلطة التشريعية والقضائية. كما في بعض القوانين الداخلية لبعض الدول التي تستعمل كلمة الحكومة تقصد بها السلطة التنفيذية فقط، أم أنها تعني السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية؟ كما في بعض قوانين الدول الأخرى التي تأخذ بالتفسير الموسع لمعنى الدولة بحيث أن هذه السلطات الثلاث تباشر أعمالها باسم ولحساب الدولة، والمتتبع لأعمال هيئات التحكيم لدى المركز الدولي يرى أن المركز اعتبر الدولة هي جميع السلطات لتنفيذية والقضائية

<sup>7</sup> شعبان صوفيان، شروط انعقاد اختصاص المركز الدولي CIRD، بحث منشور في مجلة البحوث

القانونية والاقتصادية، المجلد 1، العدد 3، كانون الأول 2018، ص 96.

والتشريعية وبالتالي يلزم جميع السلطات الثلاث<sup>8</sup>.

وبالتالي فمفهوم الدولة بما يتعلق باختصاص المركز باعتبارها طرف من أطراف المنازعة الناشئة عن استثمار يشمل جميع السلطات وذلك يمنح حماية أكبر للمستثمر الأجنبي في إطار الاتفاقية التي أنشأت المركز<sup>9</sup>.

ولكن متى تعتبر الدولة طرفاً في الاتفاقية وبالتالي تخضع لاختصاص المركز الدولي؟ لم تحدد الاتفاقية متى تصبح الدولة طرفاً في الاتفاقية بشكل دقيق، ولكن نصت المادة 68<sup>10</sup> من الاتفاقية على كيفية اعتبار الاتفاقية سارية المفعول بالنسبة للدول المؤسسة للاتفاقية، وللدول المنضمة لاحقاً إليها، حيث تدخل الاتفاقية حيز النفاذ بالنسبة لكل دولة بعد ثلاثين يوماً من إيداع وثيقة تصديقها وقبولها للاتفاقية، وقد ثار الخلاف حول هذه المسألة لأول مرة في قضية HOLIDAY INNS ضد المغرب<sup>11</sup>.

ويتلخص النزاع في أن الشركة الأمريكية هولداي انز والشركة العربية للبتترول أبرمتا عقد مع الحكومة المغربية، وقد تعهدت الشركة بإنشاء وتشغيل أربعة فنادق في المغرب على أن تقوم الحكومة المغربية بتمويل المشروع، ومنح الشركة الأمريكية المستثمرة إعفاءات ضريبية وتسهيلات في صرف العملة من أجل تنفيذ العقد، وقد تضمن العقد السماح للطرف الأجنبي بتحويل الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد إلى

---

<sup>8</sup> قبائلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2012، ص 64-66.

<sup>9</sup> قبائلي طيب، المرجع نفسه، ص 67.

<sup>10</sup> المادة 68/2 من الاتفاقية "يكون لهذه الاتفاقية قوة النفاذ بعد 30 يوم من توقيع 20 دولة على إقرارها أو قبولها أو التصديق عليها وبعد 30 يوم من تاريخ إيداع وثيقة التصديق أو القبول أو الإقرار بالنسبة للدول المنضمة فيما بعد.

<sup>11</sup> لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار، منشورات زين الحقوقية، لبنان بيروت، 2008، ص 22.

شركة أو شركات أخرى يملكها أو فروعها أو إلى شركات يقومان بتعيينها، وقد قامت الشركة الأمريكية بإنشاء شركتين وهي الشركة OCCIDENTAL HOTELS MOROCCO والشركة HOLIDAY INNS GLARUS في سويسرا من أجل تنفيذ الاتفاق، وقد قامت بدورها الشركة السويسرية بتوقيع خطاب ضمان باطلاعها على كافة الالتزامات، وتعهدت بقيامها بكافة الالتزامات التي تقع على عاتق الأطراف الأساسية في العقد الأصلي المبرم بين الحكومة المغربية وبين الشركة الأمريكية.

وقد ثار النزاع بين الشركة السويسرية التابعة للشركة الأمريكية وبين الحكومة المغربية، وقد تقدمت الشركة السويسرية بطلب التحكيم أمام المركز فدفعت الحكومة المغربية بأن المركز غير مختص بنظر النزاع، وذلك لأن المغرب وسويسرا لم يكونا طرفان في الاتفاقية التي أنشأت المركز عند توقيع الاتفاق المبرم بينهما، وإن قد أصبحنا طرفان بالاتفاقية قبل حصول النزاع وقبل اللجوء إلى تحكيم المركز، وقد اعتبرت الحكومة المغربية أن تاريخ توقيع عقد الاستثمار والمتضمن شرط التحكيم هو التاريخ المعتمد به لاعتبار الدولة طرفاً بالاتفاقية، على خلاف الشركة المدعية حيث اعتبرت أن تاريخ تقديم الطلب للتحكيم أمام المركز هو التاريخ المعتمد به.

وقد رفضت هيئة تحكيم المركز الدفع المقدمة من الحكومة المغربية وأفادت بأن التاريخ المعتمد به هو بتاريخ اتفاق الأطراف على اللجوء إلى تحكيم المركز، وقيام الدولة بالتوقيع على الطلب المقدم للمركز لإجراء التحكيم، وعللت ذلك بأن الاتفاقية هي التي قد سمحت للأطراف بالتمسك بالتحكيم ولو كان معلقاً على حصول شرط معين كالانضمام إلى الاتفاقية، أو كاشتراط استنفاد جميع الطرق القضائية والإدارية لتسوية النزاع، وإن التاريخ الذي يعتد به لاعتبار الدولة طرف في الاتفاقية هو تاريخ تحقق الرضا بين

الأطراف للجوء إلى تحكيم المركز الدولي<sup>12</sup>.

وعلى هذا فأنا نجد بأن هيئات التحكيم قد ذهبت إلى أن التاريخ المعتبر لاعتبار دولة طرف في الاتفاقية وبالتالي يتحقق الاختصاص الشخصي للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار والذي يتطلب أن يكون أطراف النزاع دولة منضمة إلى الاتفاقية ومستثمر أجنبي من رعايا دولة أخرى منضمة إلى الاتفاقية، ليس تاريخ إبرام اتفاق الاستثمار بل هو التاريخ الذي يتقدم به أحد الأطراف إلى المركز لطلب التحكيم<sup>13</sup>. وبالتالي فعلى السكرتير العام للمركز أن يرفض أي طلب للتحكيم مقدم من دولة ليست طرف في الاتفاقية أو من مستثمر أجنبي يحمل جنسية دولة ليست طرف في الاتفاقية<sup>14</sup>، وتظهر أهمية هذا الحكم من خلال أن بعض الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالاستثمار تنص على أن لمستثمري كلا الدولتين اللجوء إلى تحكيم أمام المركز حتى ولو كان انضمام دولهم إلى اتفاقية واشنطن لاحقا لتوقيع اتفاق الاستثمار.

<sup>12</sup> محمد أبو العنين، نطاق اختصاص مركز تسوية منازعات الاستثمار ICSID، مرجع سبق ذكره، ص 158.

<sup>13</sup> لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص 24.

<sup>14</sup> جلال وفاء محمد، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار القواعد والإجراءات والاتجاهات الحديثة، مرجع سبق ذكره، ص 22.

## الفرع الثاني

## المؤسسات والوكالات التابعة للدولة

لا يوجد أي مشكلة في تحديد الدول المتعاقدة كطرف من أطراف النزاع إذا ما كانت الدولة هي التي أبرمت اتفاق الاستثمار وذلك لسهولة الاتصال بالمركز، والحصول على قائمة بأسماء الدول الطرف في الاتفاقية ولمعرفة فيما إذا قد حصل أي تغيير، ولكن الصعوبة تظهر عندما يوقع اتفاق الاستثمار عن الدولة أحد الأشخاص العامة التابعة لها،<sup>15</sup> ونلاحظ أن الاتفاقية قد وسعت من اختصاص المركز الدولي حيث شملت المادة 1/25 بالإضافة للدولة المصدقة على الاتفاقية كطرف من أطراف النزاع، الأشخاص العامة التابعة للدولة من المؤسسات والوكالات التابعة لتلك الدولة<sup>16</sup>. والسؤال ما المقصود بالوكالات والمؤسسات والهيئات التابعة للدولة؟ حيث لم تحدد الاتفاقية أي تعريف للأشخاص العامة ولا ما هو المقصود بالمؤسسات والوكالات التابعة للدولة، وذلك لاختلاف المعنى المقصود لهذه المصطلحات من دولة إلى أخرى، وتقديراً لإخراج العديد من الأجهزة التابعة للدولة من إطار اختصاص المركز مما كان يستوجب ترك تحديد المقصود بتلك الهيئات لكل دولة عضو في المنظمة بحسب ما يتوافق مع نظامها القانوني وسطرتها التقديرية.<sup>17</sup> وبالعودة للأعمال التحضيرية للاتفاقية فنجد أن المقصود بالمؤسسات والوكالات التابعة للدولة هي جميع الهيئات العامة والأجهزة التابعة للدولة<sup>18</sup>. ولكن اشترطت الاتفاقية رضاء الدولة لخضوع المؤسسات والوكالات التابعة لها

<sup>15</sup> بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2004، ص16.

<sup>16</sup> شعبان صوفيان، شروط انعقاد اختصاص المركز الدولي CIRD، مرجع سبق ذكره، ص97.

<sup>17</sup> علي ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق. ص325.

<sup>18</sup> علي ملحم، المرجع نفسه. ص326.

إلى التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لكي يبسط المركز اختصاصه، حيث لا يكفي موافقة المؤسسة أو الهيئة التابعة للدولة الطرف في النزاع على اختصاص المركز، بل لابد من تصديق الدولة المتعاقدة على موافقة الهيئة أو المؤسسة بالخضوع إلى تحكيم المركز<sup>19</sup>. وقد أكدت الاتفاقية بالمادة 3/25 على أن تقوم الدولة بتعيين الوكالات والمؤسسات والهيئات التابعة لها والتي تخضع لاختصاص المركز، إلا في حالة موافقتها المسبقة أو تصريحها المسبق بأن موافقتها غير لازمة، فأقرار الدولة هو الذي يكسب موافقة الأشخاص العامة فعاليتها<sup>20</sup>.

ويجب أن تعين الدولة الهيئات والمؤسسات التابعة لها بطريقة رسمية عن طريق الدولة ذاتها، ويجب اخطار المركز بذلك قبل تقديم طلب التحكيم، وعلى هيئات التحكيم في المركز أن تتأكد من أن الهيئة هي فعلاً من الهيئات التابعة للدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، وإن الدولة قد أبدت موافقتها على اتفاق الهيئة على تسوية النزاع أمام المركز<sup>21</sup>. وإن موافقة الدولة الطرف في الاتفاقية على خضوع الهيئة التابعة لها باختصاص المركز قد تأخذ شكل شرط ضمن اتفاق مبرم بينها وبين الدولة المتعاقدة، يتضمن الموافقة على إخضاع النزاعات الناشئة عن تلك الوكالات إلى المركز، أو ممكن أن تأخذ شكل وثيقة تتضمن رضائها على انعقاد الاختصاص للمركز للنظر في المنازعات الناشئة عن تلك الوكالات أو الهيئات، ويدخل النظر في صحة هذه الموافقة

<sup>19</sup> لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص 30.

<sup>20</sup> خالد محمد الجمعة، المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كطريق لحل منازعات الاستثمار المباشر، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 22، العدد 3، أيلول 1998، ص 223.

<sup>21</sup> قبائلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، مرجع سبق ذكره، ص 75.

ضمن اختصاص المركز<sup>22</sup>، وللدولة في كل وقت أن تعدل عن موافقتها بإخضاع الهيئة التابعة لها لاختصاص المركز وتسحب موافقتها علناً، كونه تصرف بالإرادة المنفردة، بشرط ألا يمس ذلك بحقوق المستثمر في حال قد تصرف على أساس وجود هذه الموافقة وعندها تصبح موافقة الدولة ملزمة لها<sup>23</sup>.

واختلف الفقه في تحديد المقصود من معنى المؤسسات والوكالات، فذهب جانب إلى اعتماد معيار قانوني في تحديد الوكالات والمؤسسات، حيث إذا كانت الوكالة أو المؤسسة تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الدولة فإنها تكون مسؤولة عن التزاماتها دون أن تكون الدولة طرفاً في هذه المسؤولية<sup>24</sup>. وذهب الجانب الآخر إلى اعتماد المعيار الاقتصادي، حيث إن تمتع الهيئات بالشخصية القانونية لا يحول دون تبعيتها إلى الدولة، كونها تنفذ السياسة العامة المرسومة من قبل الدولة، فتكون المؤسسة أو الهيئة تابعة للدولة إذا سيطرت الدولة على تكوينها من خلال مجموعة من العناصر المتضافرة<sup>25</sup>.

وبالرجوع إلى أحكام المركز نجد أن أحكام المركز تتعارض مع نص الاتفاقية، فالمركز يقوم بإسناد تصرفات المؤسسات التابعة للدولة إلى الدولة نفسها، كما أن الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالاستثمار قامت بتجسيد مبدأ مقاضاة الدولة بدلاً من هيئاتها العامة في النزاعات التي تكون تلك الهيئات العامة طرفاً فيها، ففي نزاع شركة CGE مع حكومة الأرجنتين تم إبرام عقد بين الشركة الفرنسية CGE وبين مسؤولي محافظة

<sup>22</sup> جلال وفاء محمد، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي

لتسوية منازعات الاستثمار القواعد والإجراءات والاتجاهات الحديثة، مرجع سبق ذكره، ص 26.

<sup>23</sup> لما كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص 34.

<sup>24</sup> حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص القانونية الأجنبية، منشورات الحلبي

الحقوقية، بيروت، 2003، ط3، ص 44.

<sup>25</sup> حفيظة السيد الحداد، المرجع نفسه، ص 49.

Tucuman بالأرجنتين حول تقديم خدمات المياه والصرف الصحي للمواطنين، ولكن المواطنين الأرجنتينيين لم يقوموا بدفع المبالغ المستحقة للشركة فثار خلاف بين الأطراف المتعاقدة، وقد لجأت الشركة إلى التحكيم أمام مركز لتسوية النزاع الذي نشأ بينها وبين الحكومة الأرجنتينية، وقد دفعت حكومة الأرجنتين بعدم اختصاص المركز استناداً لنص المادة 25 من الاتفاقية التي حددت الاختصاص الشخصي للمركز الدولي بأن يكون طرفاً للنزاع دولة مصدقة على الاتفاقية، ومستثمر أجنبي من رعايا دولة أخرى صدقت على الاتفاقية، وحيث إن النزاع ليس بينها وبين الشركة الفرنسية إنما هو نزاع نتج عن عقد امتياز مبرم بين الشركة الفرنسية وبين مسؤولي محافظة Tucuman ، فهي لا تتحمل أي مسؤولية اتجاه الشركة المستثمرة، كما أن الحكومة الأرجنتينية لم توافق صراحة على اعتبار محافظة Tucuman كإحدى الوكالات التابعة لها والمخولة بتمثيلها أمام المركز وفقاً للمادة 25 من الاتفاقية، وذهب إلى أن المختص بفصل النزاع هي المحاكم الإدارية في الأرجنتين استناداً إلى المادة 4/16 من عقد الامتياز المبرم بين الشركة الفرنسية وبين مسؤولي محافظة Tucuman ، والتي نصت على أن المحاكم الإدارية هي المختصة بالنظر في حل المنازعات الناشئة بين الأطراف والمتعلقة بتفسير أو تطبيق العقد. وقد استندت الشركة المدعية إلى الاتفاقية الثنائية المبرمة بين فرنسا والأرجنتين والمتعلقة بتشجيع الاستثمار، وذهبت إلى أن حكومة الأرجنتين مسؤولة عن تصرفات مسؤولي المحافظة وذلك تكون قد خالفت التزاماتها الواردة في الاتفاقية الثنائية المبرمة بين فرنسا والأرجنتين كونها مسؤولة عن هذه التصرفات وليس بسبب إخلالها بعقد الامتياز، كما ذهبت الشركة الفرنسية وبما يخص المادة 4/16 من عقد الامتياز بأنه لا يوجد في نص الاتفاقية الثنائية أي التزام باللجوء إلى المحاكم الإدارية في الأرجنتين، وإن الاتفاق ضمن عقد الامتياز على اللجوء إلى المحاكم الإدارية في حال لجأت الشركة إلى تلك المحاكم بالفعل إنما يكون اختياراً من الشركة إعمالاً لنص

الاتفاقية، ولا يعتبر تنازلاً من جانبها عن حقها في اللجوء إلى تحكيم المركز المنصوص عنه في الاتفاقية، وقد ردت هيئة تحكيم المركز دفوع دولة الأرجنتين وفصلت بالحكم الصادر بتاريخ 2000/2/21<sup>26</sup>.

### المطلب الثاني

#### المستثمر الأجنبي

ذهبت اتفاقية واشنطن على منح الفرد حق الوقوف أمام الدول في نزاع معروض على المركز ودون الحاجة للتدخل من قبل دولهم، وذلك ضماناً لحماية مصالح المستثمرين الأجانب، وتماشياً مع التطورات الحديثة للمجتمع الدولي، الذي ارتأى أن عدم السماح للمستثمر باللجوء إلى محاكم التحكيم سيكون له نتائج سلبية تؤدي إلى إعاقة التقدم في تنمية العلاقات الاقتصادية الدولية.<sup>27</sup>

حيث اشترطت أن يكون الطرف الآخر في النزاع المعروض على تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار هو مستثمر أجنبي من رعايا دولة مصدقة على الاتفاقية، غير الدولة المضيفة للاستثمار، ويمكن أن يكون المستثمر الأجنبي شخص طبيعي، كما يمكن أن يكون شخص اعتباري،<sup>28</sup> ويتبين أن جنسية المستثمر أحد العناصر المهمة لانعقاد الاختصاص للمركز، ولكن تختلف الشروط الواجب توافرها في الشخص الطبيعي عن الشروط الواجب توافرها بالشخص الاعتباري وهذا ما سنحاول تناوله بالفرع الأول والذي سيكون عن الشخص الطبيعي، والفرع الثاني سيكون عن الشخص المعنوي.

<sup>26</sup> حسين الجندي، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية على ضوء اتفاقية واشنطن

الموقعة عام 1965، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 33-35

<sup>27</sup> قبائلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، مرجع سبق ذكره، ص 79.

<sup>28</sup> بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 23.

## الفرع الأول

### الشخص الطبيعي

منحت اتفاقية واشنطن<sup>29</sup> الشخص الطبيعي الحق والقدرة على اللجوء إلى التحكيم أمام مركز تسوية منازعات الاستثمار والوقوف أمام الدول الطرف في النزاع دون أن يحتاج إلى تدخل من دولته أو اذنها في لجوئه إلى المركز والشرط الوحيد الذي يحتاجه المستثمر للسماح له بطلب التحكيم أمام المركز أن يحمل جنسية دولة طرف في الاتفاقية ولكن يجب أن يتوافر للشخص الطبيعي جنسية احدى الدول المتعاقدة في تاريخين معاً وهما تاريخ اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم وتاريخ تسجيل طلب التحكيم من قبل المستثمر لدى السكرتير العام في المركز لتسوية منازعات الاستثمار<sup>30</sup> وان توافر شرط الجنسية في أحد التاريخين فقط يجعل المستثمر الأجنبي غير صالح للجوء إلى التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ويجعل المركز غير مختص في نظر منازعات الاستثمار<sup>31</sup> ، بالإضافة إلى ذلك يجب على المستثمر أن يعلن صراحة أمام المركز عند تقديم طلب التحكيم بأنه لا يحمل جنسية الدولة الطرف في النزاع والمضيئة للاستثمار في أي من التاريخين المذكورين أي تاريخ الاتفاق على اللجوء إلى المركز وتاريخ تقديم طلب التحكيم أمام المركز حيث إن الشخص الطبيعي الذي يحمل جنسيته وجنسية الدول المضيفة للاستثمار لا يعتبر مواطناً أجنبياً ولا يستطيع

---

<sup>29</sup> نصت المادة 2/25 من اتفاقية واشنطن "أي شخص طبيعي يتمتع بجنسية دولة متعاقدة بخلاف الدولة طرف النزاع يوم اتفاق الأطراف على القيام بالتوفيق أو التحكيم لأي نزاع وكذا يوم تسجيل الطلب تطبيقاً للفقرة (3) من المادة (28) أو الفقرة (3) من المادة (36) ولكنه لا يشمل أي شخص يكون قد حصل في أي من التاريخين المذكورين على جنسية الدولة طرف النزاع"

<sup>30</sup> محمد عيساوي، اختصاص المركز الدولي CIRD في حل منازعات الاستثمار الأجنبي في الجزائر، بحث منشور في مجلو العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10 العدد 3، كانون الأول 2019، ص 378.

<sup>31</sup> بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 27.

أن يتقدم بطلب التحكيم أمام المركز لوحدة الجنسية مع الدولة المضيفة للاستثمار<sup>32</sup> إلا أن المركز ورغبة منه في توسيع نطاق اختصاصه ذهب إلى التوسع في تفسير نص المادة 25 من الاتفاقية وقبل الاختصاص في قضايا كان المستثمر فيها يحمل جنسية الدولة المضيفة للاستثمار ففي قضية شركة wena الإنكليزية ضد الحكومة المصرية<sup>33</sup> رغم أن رئيس مجلس إدارة الشركة يحمل الجنسية المصرية ورفع الدعوى أمام المركز على أساس أن يحمل الجنسية البريطانية والباحث يرى أن هذا التوسع من قبل المركز غير مرغوب وفيه مخالفة صريحة لنص المادة 25 من الاتفاقية كما أن هذا الأمر يدفع المستثمر للتحايل بهدف جلب الاختصاص للمركز بأن يحصل على جنسية أخرى ويثور التساؤل عن الشخص الطبيعي الذي يحمل أكثر من جنسية؟ وعن الشخص الطبيعي الذي لا يحمل جنسية أي دولة؟ ليس هناك من مشكلة إذا كانت الجنسيات التي يحملها المستثمر الأجنبي هي لدول متعاقدة وأطراف في الاتفاقية<sup>34</sup> أما بالنسبة للشخص الطبيعي الذي يحمل جنسية دولة متعاقدة وجنسية دولة غير متعاقدة فبالعودة إلى الأعمال التحضيرية للاتفاقية وإلى نص المادة 25 من الاتفاقية نجد أنه يكفي أن يحمل المستثمر جنسية دولة متعاقدة ليكون المركز مختصاً في نظر النزاع الذي يكون المستثمر طرفاً فيه حتى ولو اكتسب المستثمر جنسية دولة أخرى غير متعاقدة أو متعاقدة المهم ألا تكون جنسية الدولة الطرف في النزاع المضيفة للاستثمار حيث لا يجوز له طلب التحكيم من المركز في حال وجود وحدة جنسية بينه وبين الدولة المضيفة للاستثمار فهذه أهم ميزة

<sup>32</sup> لما كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص 36.

<sup>33</sup> حسين الجندي، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية على ضوء اتفاقية واشنطن

الموقعة عام 1965، مرجع سبق ذكره، ص 112.

<sup>34</sup> جلال وفاء محمد، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي

لتسوية منازعات الاستثمار القواعد والإجراءات والاتجاهات الحديثة، مرجع سبق ذكره، ص 29.

من ميزات اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار<sup>35</sup> واستقر الرأي في ظل قواعد القانون الدولي أن قانون الجنسية للدولة المدعى بجنسيتها هو الذي يحكم قواعد اكتساب المستثمر للجنسية وغالباً ما تذهب المحاكم مع محكمة العدل الدولية التي استقرت على أن الجنسية رابطة قانونية بين الشخص الطبيعي وبين دولة ما أساسها الصلة الواقعية بمجتمع معين<sup>36</sup> وأول قضية طرحت على المركز وكان أحد أطرافها شخصاً طبيعياً هي قضية غيث فرعون المستثمر السعودي ضد الحكومة التونسية بتاريخ 24/أيلول عام 1986 وكان موضوع النزاع مشاريع سياحية ومنتجع سياحي وقد تم الاحتجاج بقانون الاستثمار لعام 1969 وقد انتهت القضية بإجراء التسوية بين الطرفين وقد أصدرت المحكمة أمراً بالتوقف في عام 1988 عملاً بأحكام المادة 43 من الاتفاقية<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> لما كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص 36.

<sup>36</sup> جلال وفاء محمد، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيئة للاستثمار أمام المركز الدولي

لتسوية منازعات الاستثمار القواعد والإجراءات والاتجاهات الحديثة، مرجع سبق ذكره، ص 30.

<sup>37</sup> محمد أبو العنين، نطاق اختصاص مركز تسوية منازعات الاستثمار ICSID، مرجع سبق ذكره، ص

## الفرع الثاني

### الشخص الاعتباري

تختلف الشروط المطلوبة في المستثمرين الأجانب ما بين الأشخاص الطبيعية والأشخاص الاعتبارية وبحسب نص المادة 2/25/ب<sup>38</sup> من الاتفاقية فلكي يخضع الشخص الاعتباري لاختصاص المركز يجب أن يحمل جنسية دولة متعاقدة في الاتفاقية غير الدولة الطرف في النزاع، ويجب أن يحمل جنسية دولة غير الدولة الطرف في النزاع في تاريخ الاتفاق بين الطرفين على عرض النزاع على التحكيم أمام المركز. وإن التعديل اللاحق على جنسية المستثمر ليس له أي تأثير على اختصاص المركز بالنظر في النزاع حيث يبقى المركز مختصاً<sup>39</sup>، والهدف من ذلك منع التحايل بإحداث تغييرات في جنسية الشخص المعنوي بهدف جلب الاختصاص للمركز أو لإبعاد الاختصاص عنه<sup>40</sup>.

ولم تحدد الاتفاقية المعيار الذي اتبعته في تحديد جنسية الشخص الاعتباري، وإن احدى المعايير المتبعة في القانون التجاري الدولي هو معيار مكان التأسيس، وعليه فإن أي شركة تم تأسيسها في ظل الدولة المضيفة للاستثمار وفق قوانينها حتما ستتمتع بجنسيتها، وبذلك يتخلف الشرط المتعلق بإن الشخص المعنوي يجب أن يكون له جنسية

<sup>38</sup> نصت المادة 2/25/ب من اتفاقية واشنطن على: أي شخص اعتباري حاصل على جنسية دولة متعاقدة غير طرف في النزاع في تاريخ موافقة الأطراف على تقديم طلب التوفيق أو التحكيم للنزاع وأي شخص اعتباري يتمتع بجنسية دولة متعاقدة طرف النزاع في هذا التاريخ والذي نتيجة لسياسة معاملة الأجانب اتفق الطرفان على معاملته كمواطن لدولة متعاقدة أخرى تحقيقاً لأغراض هذه الاتفاقية"  
<sup>39</sup> هشام مغزي شاعة، الاحتكام إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وأثاره على الأطراف، بحث منشور في مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 7، العدد 1، عام 2018، ص 163.

<sup>40</sup> جلال وفاء محمد، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار القواعد والإجراءات والاتجاهات الحديثة، مرجع سبق ذكره، ص 31.

غير جنسية الدولة المضيفة للاستثمار الطرف في النزاع، خاصة في المشروعات المشتركة التي تقيمها الدولة المضيفة للاستثمار مع المستثمرين الأجانب وفي ظل قوانينها الوطنية<sup>41</sup>.

حيث إن الدول النامية تميل إلى الاشراف على الشركات الأجنبية المستثمرة بإخضاعها إلى قوانينها الداخلية، وبذلك كان أغلب المشروعات التي يعقدها الشخص المعنوي سواء أكانت الفردية أم المشتركة سوف تقلت من اختصاص المركز إلا في حال تم اعتماد معيار آخر غير معيار مكان التأسيس<sup>42</sup>. وذلك استناداً إلى نص المادة 25 من الاتفاقية حيث سمحت للشخص المعنوي اللجوء إلى تحكيم المركز ولو كان يحمل جنسية الدولة المضيفة للاستثمار في حال اتفق أطراف النزاع على معاملته كما لو كانت له جنسية دولة أخرى متعاقدة، وذلك لأغراض الاتفاقية وعلى أساس فكرة الرقابة الأجنبية<sup>43</sup>. ولذا فإن محاكم المركز ليست ملزمة بالأخذ بمعيار معين، طالما أن الاتفاقية لم تحدد المعيار الواجب اتباعه فلها أن تأخذ بمعيار رأس المال أو معيار الرقابة الأجنبية، وعلى العموم وإزالة لكل لبس يجب على أطراف النزاع أن يحددوا جنسية الشخص المعنوي عند الاتفاق على الاستثمار بداية<sup>44</sup>.

وبالرجوع إلى نص المادة 25 إننا نجد أن معيار الرقابة الأجنبية أصبح هو معياراً موضوعياً حيث يستطيع الشخص الاعتباري اللجوء إلى تحكيم المركز في حال كانت له السيطرة سواء بأغلبية رأس المال أو بالإرادة، وذلك طبقاً لمعيار الرقابة الأجنبية

<sup>41</sup>لما كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص 37.

<sup>42</sup>محمد عيساوي، اختصاص المركز الدولي CIRD في حل منازعات الاستثمار الأجنبي في الجزائر، مرجع سبق ذكره، ص 380.

<sup>43</sup>جلال وفاء محمد، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار القواعد والإجراءات والاتجاهات الحديثة، مرجع سبق ذكره، ص 33.

<sup>44</sup>هشام مغزي شاعة، الاحتكام إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وآثاره على الأطراف، مرجع سبق ذكره، ص 163.

ولكن الأخذ بمعيار الرقابة الأجنبية قد يثور عدة اشكاليات أهمها في حال كانت فيه مساواة لرأس المال أو مشروع فيه،<sup>45</sup> ولا بد أن نعترف إن عدم وضع تعريف محدد لمفهوم السيطرة الفعلية يعطي أطراف النزاع حرية واسعة في تحديد هذه السيطرة، الأمر الذي يسمح لهيئات المركز بتوسيع اختصاصها ليشمل كل نزاع يكون فيه الشخص المعنوي رقابة أجنبية.

وعلى ما يبدو أن هذه المادة قد أحدثت من الجدل فيما يتعلق بتطبيقها في الكثير من القضايا التي نظر بها المركز، وكان أولها النزاع بين شركة هوليداي انز وبين الحكومة المغربية.

### الخاتمة

تضع المادة 25 من اتفاقية واشنطن شروطاً لقبول طلب التحكيم أمام المركز وهي أن تكون المنازعة قانونية وتتعلق باستثمار وأن يكون طرفاها دولة متعاقدة ومستثمر أجنبي من رعايا دولة متعاقدة أخرى إلا أن هيئات التحكيم أمام المركز توسعت إلى حد كبير في قبول اختصاصها وفق مبدأ الاختصاص بالاختصاص في قضايا كانت تبدو غير مختصة فيها.

<sup>45</sup> قبائلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، مرجع سبق ذكره، ص 93.

## أولاً\_ النتائج:

1- إن أطراف النزاع التي تخضع لاختصاص المركز هي الدولة المتعاقدة ومواطنو دولة أخرى متعاقدة

2- يوسع المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار من نص المادة 1/25 ليشمل المؤسسات والوكالات التابعة للدولة المضيفة للاستثمار

2\_ المستثمر الأجنبي قد يكون شخصاً طبيعياً وقد يكون شخصاً اعتبارياً

4- يوسع المركز من نطاق اختصاصه عن طريق التوسع بتفسير المادة 25 في تحديد الشخص المعنوي ليشمل جميع المنازعات الناشئة عن الاستثمار

## ثانياً\_ المقترحات:

1- ضرورة أن تتبنى هيئات التحكيم معياراً واضحاً وموحداً في تحديد المؤسسات والوكالات التابعة للدولة المضيفة للاستثمار لكي تكون مؤهلة كطرف في النزاعات التي ينظرها المركز

2- ضرورة أن يتطلب المركز اشتراط الاتفاق الصريح والواضح لاعتبار الشخص الاعتباري الخاضع للرقابة الأجنبية مواطن دولة أخرى متعاقدة لانعقاد الاختصاص للمركز وذلك بما يتفق مع نص المادة 2/25 من الاتفاقية

3- وجوب تفعيل نص الفقرة 4 من المادة 25 من قبل الدول المتعاقدة بحيث تؤكد على عدم اعتبار رضا أي وكالة من وكالاتها أو مؤسسة من مؤسساتها باختصاص المركز إلا بعد أخذ موافقتها صراحة.

## المراجع العربية: References

1. حسين الجندي، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية على ضوء اتفاقية واشنطن الموقعة عام 1965، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
2. علي ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق.
3. محمد أبو العينين، نطاق اختصاص مركز تسوية منازعات الاستثمار ICSID، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد الرابع، آب 2001.
4. قبائلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2012.
5. خالد محمد الجمعة، المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كطريق لحل منازعات الاستثمار المباشر، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 22، العدد 3، أيلول 1998.
6. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص القانونية الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ط3.
7. جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار القواعد والإجراءات والاتجاهات الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2001.

8. لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار، منشورات زين الحقوقية، لبنان بيروت، 2008،
9. شعبان صوفيان، شروط انعقاد اختصاص المركز الدولي ICSID ، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 1، العدد 3، كانون الأول 2018،
- 10.بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2004.
11. هشام مغزي شاعة، الاحتكام إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وآثاره على الأطراف، بحث منشور في مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 7، العدد 1، عام 2018.
- 12\_ اتفاقية واشنطن لعام 1965.

## الآثار ذات الطبيعة الخاصة لبيع التركة

طالب الدراسات العليا: رمزي محمد زهير هنو

كلية: الحقوق - جامعة: حلب

الدكتور المشرف: مصطفى محمد أحمد

### الملخص

بيع التركة من العقود ذات الأحكام الخاصة، فهو يرتب التزامات على عاتق كل من طرفيه تختلف اختلافاً جوهرياً عن التزامات المتعاقدين في عقد البيع بوجه عام، فبالنسبة للبائع: بعض أحكام هذا العقد مستحدثة، كالتزامه برد مشتريات التركة للمشتري، والتزامه بضمان ثبوت الإرث، أما بعضها الآخر وردت في عقد البيع بشكله التقليدي لكن طراً عليها بعض التحوير، كالتزامه بالضمان والتزامه بنقل ملكية الحصة المبيعة.

ويقابل ذلك التزامات خاصة على عاتق المشتري، لا يوجد لها شبيه في عقد البيع العادي، ومنها التزامه بسداد ديون الغير تجاه التركة، والتزامه برد ما كان البائع دائناً به للتركة، وهذان الالتزامان مستمدان من الطبيعة الخاصة لديون التركة واعتبارها ديوناً عينية، فعدم كفاية النصوص القانونية على تنظيم هذا العقد ذو الطبيعة الخاصة، أوجب على الباحث تبيين الأحكام الخاصة لهذا العقد، ودفعه إلى إيجاد النتائج والتوصيات اللازمة لجعل هذا النوع من البيوع أكثر عدالةً ووضوحاً من قبل المقدمين عليه وتجاه للغير.

### Summary

**Selling the estate is one of the contracts with special provisions, It imposes obligations on the shoulders of each of its parties, These obligations are fundamentally different from the obligations of the contracting parties in the sales contract in general, For the seller: Some of the provisions of this contract are new, Such as his obligation to return the contents of the estate to the buyer, And his obligation to ensure the proof of the heir, As for the others, they were mentioned in the sale contract in its traditional form, but they have undergone some modification, Such as his obligation to the guarantee and his obligation to transfer ownership of the sold share, This corresponds to special obligations on the shoulders of the buyer, Including his obligation to pay the debts of others towards the estate, And his obligation to return what the seller owed to the estate, These two obligations derive from the private nature of the estate's debts, and Considering it as a debt in kind, These legal texts are not sufficient to regulate this contract, which contains a special nature, made the researcher show the special provisions of this contract, And prompted him to find the necessary results and recommendations to make this type of contract more fair and clear in relation to those who perform it and towards others.**

## المطلب الاول : خصوصية التزامات بائع التركة

الفرع الأول: الالتزامات الخاصة لبائع التركة

التزام البائع برد مشتريات التركة

التزام البائع بضمان ثبوت ميراثه

الفرع الثاني: الأحكام الخاصة للالتزامات العامة لبائع التركة

التزام البائع بنقل ملكية الحصة المباعة

التزام البائع بالضمان

## المطلب الثاني: خصوصية التزامات مشتري التركة

الفرع الأول: التزامات المشتري تجاه البائع

الالتزام بدفع الثمن

الالتزام بدفع ما كان البائع دائن به للتركة

الفرع الثاني: التزامات المشتري تجاه الغير

التزامات المشتري تجاه دائني التركة

التزامات المشتري تجاه مديني التركة

## مقدمة:

يعد عقد البيع أهم العقود المسماة، ولم يسبقه في القدم عقدٌ من العقود سوى عقد المقايضة، حيث أن دور عقد البيع قد بدأ في الاتساع بعد ما انحسر التعامل بعقد المقايضة وتكشفت عيوبه.

وعلى هذا الأساس بدأ التدخل التنظيمي للمشرع في حياة الأفراد، وأضحى عقد البيع بهذا التدخل من أهم الدعائم في المجتمع القانوني، الأمر الذي دفع المشرع - عبر الأطوار التشريعية المتعاقبة- إلى تنظيم هذا العقد تنظيمًا دقيقاً.

ومع تطور الحياة الاجتماعية في الدولة المدنية، ظهر بشكل متسارع عدد كبير من النماذج المتداول بين الناس عن عقد البيع، اختلفت هذه النماذج في شكلها عن الشكل الذي عرّف به عقد البيع.

ورغم تعدد هذه النماذج وتنوعها، إلا أنها لم تكن جميعها تسعى إلى تغيير عنصرٍ جوهريٍّ في عقد البيع، فإذا كان بعض هذا النماذج يغير عنصر جوهري في العقد، إلا أن هذا الأمر لم يكن ينطبق على البعض الآخر، إذ أن بعضها اقتصر على إضافة وصفٍ خاصٍ على عقد البيع، فيما اقتصر بعضها الآخر على إضافة حكم خاص لعقد البيع لا يوجد شبيه له في النظرية العامة للبيع، لذلك كان لا بد من تدخل المشرع ليعالج كل صورة من هذه الصورة على حدى، ولعل من أبرز هذه الصور الخاصة لعقد البيع: بيع التركة، والذي يعرف بأنه بيع الوارث لنصيبه في التركة بما يشتمله هذا النصيب من حقوق والتزامات<sup>1</sup>.

والحقيقة أن الوضع القانوني لمشتري التركة يشبه إلى حد كبير الوضع الذي أكساه المشرع للمتنازل له في عقد الإيجار، إذ أن المتنازل له في عقد الإيجار يعد في مركز (المحال إليه) بالنسبة لحقوق المستأجر في ذمة المؤجر، ويعد في مركز (المحال

<sup>1</sup> المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري، مجموعة الاعمال التحضيرية، ج4، ص213.

عليه) كذلك بالنسبة لحقوق المؤجر تجاه المستأجر، أي أن المتنازل له يعد باختصار خلفاً خاصاً للمستأجر بما له من حقوق وما عليه من التزامات.

وهذا يشبه إلى حد كبير المركز القانوني لمشتري التركة أو حصة شائعة فيها، حيث أن المشرع يجعله بمثابة الخلف الخاص للبائع، ليس في حقوقه فحسب، بل وفي التزاماته أيضاً، إذ أنه يلزم المشتري بموجب نصوص خاصة أن يدفع ديون التركة، سواء ما كان منها مستحقاً للغير، أم كان مستحقاً للبائع.

وفي ظل الوضع القانوني الذي وضع فيه المشرع مشتري التركة، ترتبت العديد من الأحكام الخاصة في هذا البيع، منها ما كان على عاتق البائع، ومنها ما كان على عاتق المشتري.

#### **منهج البحث:**

تم الاعتماد في كتابة هذا البحث على المنهج التحليلي والمنهج الاستقرائي

#### **أهمية البحث:**

تتبدى أهمية هذا البحث في غلبة شيوعه من جانب، وعدم وضوح أحكامه من جانب آخر، فلا بدّ من توضيح أحكامه بالقدر الذي يساعد القضاء في تحديد التزامات كلٍ من طرفيه، بحيث يكون كلاً منهما قادراً على معرفة مركزه القانوني الذي سيضحي به بعد إبرام هذا العقد، الأمر الذي يترتب عليه ترسيخ أحكام هذا العقد غير المألوف من جهة، وتحقيق الاستقرار الذي ينشده كلا المتعاقدين من خلال هذه العملية التعاقدية من جهة أخرى.

#### **إشكالية البحث:**

تتجلى إشكالية هذا البحث في الطبيعة القانونية لمركز التركة في ظل عدم الاعتراف بشخصية اعتبارية لها، وفي طبيعة الالتزامات التي ألقاها المشرع على عاتق مشتري التركة، بما فيها التزامه بسداد ديون التركة، فمشتري التركة ملترّم بسداد هذه

الديون وفقاً للنصوص القانونية، فما هي الحالات التي يستطيع مشتري الشركة أن يملكها دون أن يلتزم بسداد ديون الشركة، أم أن مشتري الشركة ملزم بسداد جميع ديونها في مطلق الأحوال؟

لذلك سنحاول حل هذه الاشكالية من خلال هذا البحث من خلال تبيان الآثار الخاصة لهذا البيع على مطلبين، نتحدث في الأول عن (خصوصية التزامات بائع الشركة)، فيما نورد المطلب الثاني لنتحدث فيه عن (خصوصية التزامات مشتري الشركة).

## المطلب الأول

### أثر بيع الشركة على التزامات البائع

يتبين من التأمل في نص المادة 441 من القانون المدني السوري<sup>2</sup>، أن المشرع لم يلزم البائع إلا بالتزام وحيد، وهو ضمان ثبوت كونه وارثاً، أما ما تشتمله حصة الوارث من الشركة من حقوق فلا يضمنها الوارث<sup>3</sup> للمشتري.

ورغم ذلك، عاد المشرع السوري في نص المادة 442 وما يليها، والزم البائع بالتزامين آخرين، أولهما نقل ملكية الحصة المبيعة، وثانيهما رد ما اشتملت عليه هذه الحصة للبائع.

وعلى هذا الأساس، فإن البحث في الأحكام الخاصة لالتزامات البائع تجاه المشتري في بيع الشركة، يستوجب البحث في موضوعين أثنين، أولهما: الالتزامات الخاصة للبائع، والتي لم يرد لها مقابل في عقد البيع، وثانيهما: الأحكام الخاصة للالتزامات العامة في عقد بيع الشركة، وسندرس هذين الموضوعين في الفرعين التاليين.

<sup>2</sup> تنص المادة 441 من القانون المدني السوري على ما يلي: ((من باع شركة دون أن يفصل مشتملاتها لا يضمن الا ثبوت إرثه، ما لم يتفق على خلاف ذلك.))

<sup>3</sup> محمد كامل مرسي، العقود المسماة، ج6، المطبعة العامية، القاهرة، ص470.

## الفرع الأول

### الالتزامات الخاصة لبائع التركة

يلتزم بائع التركة بالتزامين جوهريين، لم يرد لهما شبيهه في النظرية العامة لعقد البيع، أولهما: التزام البائع بأن يرد للمشتري مشتملات التركة، وثانيهما: التزام البائع بضمان ثبوت إرثه من التركة.

#### أولاً: التزام البائع برد مشتملات التركة:

يلتزم البائع وفق النظرية العامة للبيع بأن يسلم المشتري المبيع، والمبيع في بيع التركة هو الحصة المبيعة، ولكن البائع يلتزم بأن يسلم المشتري ما اشتملت عليه هذه الحصة المبيعة من أموال، بل ويلتزم فضلاً عن ذلك بأن يرد للمشتري كل ما اشتملت عليه الحصة المبيعة منذ فتح التركة إلى تاريخ التسليم، فالبائع لا يلتزم بأن يسلم الحصة المبيعة بالحالة التي كانت عليها عند إبرام عقد البيع تطبيقاً للقواعد العامة للبيع، بل يلتزم بأن يسلم المشتري كل مالٍ اشتملت عليه حصته من التركة منذ فتحها وحتى بيعها<sup>4</sup>، ولقد آثرنا أن نسمي هذا الالتزام بـ(رد مشتملات التركة)، لأنه يختلف عن التزام البائع بتسليم المبيع في عقد البيع بوجه عام، والفارق بين الالتزامين، هو أن التزام البائع بتسليم المبيع في عقد البيع بشكله العام يسمى تسليماً، لأن البائع يسلم المشتري شيئاً يملكه المشتري في تاريخ البيع، أما تسليم البائع لمشتملات التركة والتي كانت عند فتح التركة على ملكه هو، لا على ملك المشتري، فهو أوسع نطاقاً من التزام البائع في عقد البيع بشكله العام، إذ أن البائع لا يلتزم بتسليم التركة على حالتها عند البيع، بل يمتد التزامه إلى تسليم التركة على الحال التي كانت عليه عند فتح التركة.

ولا يقتصر التزام بائع التركة تجاه مشتريها على رد مشتملاتها من الأعيان فحسب، بل يمتد ليشمل ما تنتجه هذه الأعيان من غلال وثمار، سواءً كانت هذه الأعيان

<sup>4</sup> الياس ناصيف، العقود المسماة، ج9، منشورات الحلبي، بيروت، ص53

عقاراتٍ أو منقولاتٍ أو حقوقٍ في ذمة الغير، فإذا كان البائع قد استوفى بعضاً من حقوق التركة الثابتة في ذمة الغير، أو باع شيء كان من موجوداتها عند فتح التركة، وجب عليه رد ثمنها أو رد ما كان قد استوفاه عند التسليم، وإذا كان ما تصرف فيه البائع من الأشياء القيمية، وجب عليه رد قيمتها عند التسليم، فإن ثار نزاع بين البائع والمشتري حول قيمتها، قام القاضي بتعيين خبيرٍ ليحدد قيمة هذا الشيء عند التسليم، أما إذا كان ما تم التصرف فيه من الأشياء المثلية، فإن البائع يلزم برد قيمتها عند التسليم لا عند فتح التركة<sup>5</sup>، لأن نماء المبيع للمشتري لا للبائع.

وبكل الاحوال فإن البائع لا يلزم تجاه المشتري بأن يرد له ما كان قد استولى عليه من مشتملات التركة وكان ذو صلة بشخص المورث، كشجرة العائلة أو الأوراق والصور العائلية<sup>6</sup>.

ويعد الالتزام السابق خروجاً عن القواعد العامة في عقد البيع كما أسلفنا، فالقاعدة العامة في عقد البيع تقتضي بأن البائع يلتزم بتسليم المبيع بالحالة التي كان عليها عند التعاقد لا عند فتح التركة<sup>7</sup>.

ورغم ذلك، فإن التزام البائع تجاه المشتري برد مشتملات التركة عند فتحها لا يعدُّ من النظام العام، إذ أن الاتفاق بين البائع والمشتري يكون صحيحاً إذا قضى بأن عقد البيع يرد على الأشياء والحقوق الموجودة حالياً دون ما ظهر عند فتح التركة<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> محمد كامل مرسي، مرجع سابق، ص 472

<sup>6</sup> أحمد عيسى، العقود المسماة، منشورات جامعة حلب، 2007، ص345

<sup>7</sup> نبيل سعد، العقود المسماة، عقد البيع، ج1، دار النهضة العربية، بيروت، ص 294

<sup>8</sup> أحمد عيسى، مرجع سابق، ص 345.

## ثانياً: التزام البائع بضمان ثبوت الإرث

إن الوارث عندما يقوم ببيع حصته في التركة لا يبيع مالاً معيناً بذاته، بل يبيع التركة ككل، لذا يرى معظم الفقهاء<sup>9</sup> أن الشرط الجوهرى لاعتبار أي بيع، بيع تركة، هو أن يكون البيع واقعاً على التركة أو على حصةٍ شائعةٍ فيها، لا أن يقع على أعيانٍ معينةٍ.

وتبعاً لذلك فاللتزام البائع لا يمتد ليشمل ضمانه دخول مالٍ معينٍ في الحصة المبيعة، وكذلك لا يشمل ضمانه ألا تقل قيمة التركة عن حد معين<sup>10</sup>، بل ينحصر التزام البائع تجاه المشتري على أمرين فقط، الأول أن يضمن له فتح التركة، بمعنى أن يضمن للمشتري تحقق وفاة المورث الذي يتم التصرف في تركته، لأن عدم تحقق هذا الأمر سيجعل البيع باطلاً باعتباره واقعاً على تركةٍ مستقبليةٍ<sup>11</sup>، وكما هو معلوم أن التصرف في التركات المستقبلية باطل.

والأمر الثاني أن يضمن له ثبوت ميراثه، والمقصود بثبوت ميراث البائع بهذا الصدد أن يضمن البائع للمشتري أن يكون وارثاً للمتوفى بالفعل، فإذا باع أخ حصته الإرثية التي آلت إليه من أخيه المتوفى، ثم تبين بعد ذلك أن المتوفى قد ترك ورائه زوجةً وولداً، فإن البيع في هذه الحالة لا يعد بيع تركة، وإنما يعد بيع مال الغير، فالبايع إذن يجب أن يضمن للمشتري على أقل التقدير حصة في هذه التركة، فإذا تبين أنه غير وارث، وجب تطبيق أحكام بيع ملك الغير، فيكون البيع صحيحاً بالنسبة للبايع، وقابلاً للإبطال لمصلحة المشتري، وغير نافذ في حق الوارث الحقيقي<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 343

<sup>10</sup> الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 57

<sup>11</sup> نبيل سعد، المرجع السابق، ص 138

<sup>12</sup> الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 58.

ورغم ذلك فإن هذا الالتزام لا يعد من النظام العام<sup>13</sup>، إذ أن المشرع أجاز للطرفين الاتفاق على خلافه، وقد يتحقق هذا الاتفاق بأحد صورتين، الصورة الأولى وهي تشديد الضمان، كما لو اشترط المشتري على البائع أن لا تقل قيمة التركة عن قدر معين، أو أن يضمن له دخول مالٍ معينٍ في مشتملات التركة، أو أن يضمن له عدم وجود ورثة آخرين غيره<sup>14</sup>.

أما الصورة الثانية فتتجلى بالاتفاق على تخفيف أحكام هذا الضمان، كما لو اشترط البائع على المشتري، أن لا يضمن للمشتري وجود ورثة آخرين معه، أو أن يشترط البائع على المشتري عدم ضمان وجود مال معين في التركة، بل قد يتفق الطرفان على إعفاء البائع من ضمان ثبوت ميراثه إطلاقاً، ولكن يعد مثل هذا الشرط باطلاً إذا كان عدم ثبوت الميراث معلوم من البائع بشكل مسبق.

ويعد هذا الالتزام كما أسلفنا من الالتزامات الخاصة ببيع التركة، لأن عقد البيع بصورته العامة لا يتضمن ما يقابل هذا الالتزام، وعلى الرغم من ذلك فإن خصوصية بيع التركة لا تتوقف عند هذا الحد، إذ ان المشرع نص على التزامات في بيع التركة تماثل الالتزامات العامة في عقد البيع، إلا أنها تشتمل على أحكامٍ خاصةٍ، فما هي هذا الأحكام.

<sup>13</sup> تنص المادة 441 من القانون المدني السوري على ما يلي ((من باع تركة دون أن يفصل مشتملاتها لا يضمن

الا ثبوت إرثه، ما لم يتفق على خلاف ذلك.))

<sup>14</sup> الياس ناصيف، المرجع السابق، ص58

## الفرع الثاني

### الأحكام الخاصة للالتزامات العامة لبائع التركة

هناك عدد من الالتزامات في بيع التركة، تلتقي كلياً مع الالتزامات العامة لعقد البيع بشكله العام، إلا أنها تختلف معها في الأحكام الخاصة التي أفردتها المشرع في بيع التركة، وتتجلى هذا الالتزامات في صورتين: الأولى هي التزام البائع بنقل ملكية الحصة المبيعة، والثانية التزام البائع بالضمان.

#### أولاً: التزام البائع بنقل ملكية الحصة المبيعة

يلتزم بائع التركة بأن ينقل للمشتري ملكية الحصة المبيعة، وبعد التزام البائع بنقل الملكية: الالتزام الجوهرى الرئيسى الذى يترتب على انعقاد هذا النوع من البيوع، ولكن السؤال الذى يتبادر للذهن فى هذا المقام، متى تنتقل ملكية الحصة المبيعة إلى المشتري، وهل يحتاج انتقالها إلى إجراء معين؟

طبقاً للمادة 204 من القانون المدنى السورى، فإن الالتزام بنقل الملكية ينقل الحق المعقود عليه من تلقاء نفسه وبدون الحاجة إلى اتخاذ أى إجراء ما دام المعقود عليه شيئاً معيناً بالذات، ومادام البائع مالك للمعقود عليه لحظة التعاقد، لكن لا يمكن أن ينطبق حكم هذا النص على الحصة المبيعة فى بيع التركة.

فالتركة لا تعد شيئاً معيناً بالذات، وإنما تعد مجموعة من الأموال، ولا يمكن أن تنتقل ملكية هذه الأموال بمجرد العقد، إذ أن هذه التركة قد تشمل على أشياء معينة بالنوع، وقد تشمل على حقوق ثابتة فى ذمة الغير، بل أنها قد تشمل على عقارات لا تنتقل ملكيتها إلا بالتسجيل فى السجل العقارى.

ورغم أن معظم الفقهاء<sup>15</sup> يرون أن ملكية الحصة المبيعة تنتقل بمجرد إبرام العقد، إلا أننا نميل -من خلال تحليل نص المادة 442- إلى رأي القلة من الفقهاء<sup>16</sup> التي ترى أن مجرد انعقاد العقد لا ينقل ملكية الحصة المبيعة، لأن الأخذ بهذا القول يؤدي إلى الوقوع في التعارض مع صريح المادة 442 من القانون المدني السوري. فالمادة المذكورة لم تحدد وقتاً معيناً لانتقال ملكية الحصة المبيعة، وإنما تنص أن بيع هذه التركة لا يعد نافذ في حق الغير إلا إذا كان المشتري قد راعى الإجراءات اللازمة لانتقال كل حقٍ اشتملت عليه التركة.

وبمعنى أوسع يجب الرجوع لتحديد الوقت الذي تنتقل فيه التركة إلى القواعد العامة في قواعد انتقال الملكية، أما نص المادة 442 فلا يمكن الاستناد عليه لتقرير انتقال ملكية التركة بمجرد العقد، لأنه لا يحتمل هذا التأويل.

فالحكم الوحيد الذي يمكن استنباطه من نص المادة المذكورة، هو سريان البيع في حق الغير، إذ أن المشرع جعل من مسألة (مراعات الإجراءات الواجبة لكل حقٍ اشتملت عليه التركة) شرطاً لنفاذ البيع -بالنسبة لهذا الحق- في مواجهة الغير، فضلاً عن أنه لا توجد غاية يمكن جنيها من التفريق بين نقل ملكية التركة بمجرد البيع، وبين تعليق نقل ملكية مشتملاتها إلى التاريخ الذي يراعى به الإجراءات الخاصة بكل حقٍ اشتملت عليه التركة، فما هي الفائدة أساساً من نقل ملكية الحصة المبيعة بمجرد البيع

<sup>15</sup> أحمد عيسى، المرجع السابق، ص344، وأيضاً: الياس ناصيف المرجع السابق، ص50، وأيضاً: سليمان مرقص، العقود المسماة، عقد البيع، مدونة الكتب الحصرية، عالم الكتب، القاهرة، ط4، 1980، ص320، وأيضاً:

عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، عقد البيع، ج4، دار احياء التراث العربي، بيروت، 2007، ص243

<sup>16</sup> محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص470، وأيضاً: محمد لبيب شنب، شرح عقد البيع، دار النهضة

العربية، بيروت، 1968، ص305

إذا كانت الأموال التي تتكون منها هذه التركة لن تنتقل إلا بعد مراعات الإجراءات الخاصة بكل حق على حدى<sup>17</sup>؟

وبهذا نخلص أن المشرع لا ينقل ملكية التركة إلى المشتري بمجرد انعقاد العقد، بل انه يجزئ التركة إلى مجموعة حقوق، ويعلق انتقال ملكية واحد منها على مراعات الإجراءات الخاصة بانتقاله، فإذا تعلق الأمر بحق عقاري فلا ينتقل هذا الحق العقاري إلا بعد تسجيل السبب المكسب له في السجل العقاري، أما إذا تعلق الأمر بمنقول معين بالذات فإن ملكيته تنتقل بمجرد إبرام العقد<sup>18</sup>، وإذا كان المنقول معيناً بالنوع، فإن ملكية هذا المنقول لا تنتقل إلا بعد إجراء عملية الإفراز<sup>19</sup>، وكذلك إذا كان في التركة حقوق عقارية كحق انتفاع أو حق ملكية أو حق سطحية، فإن هذه الحقوق لا تنتقل إلى المشتري.

### ثانياً: التزام البائع بالضمان

إن التمتع في النصوص القانونية التي أورد المشرع السوري فيها أحكام بيع التركة يوضح أن المشرع ينظر إلى هذا النوع من البيوع على أنه ضرب من ضروب الغرر، فبائع التركة حسب نص (المادة 441) لا يلتزم بالقيام بأي من التزامات البائع في عقد البيع، باستثناء التزامه بضمان الوراثة كما أسلفنا.

وهذا الحكم يمكن استنتاجه من مفهوم الحصر الذي أفرده المشرع في صياغة المادة سالفه الذكر، حيث وردت عبارة (لا يضمن البائع) في مستهل المادة، ثم وردت

<sup>17</sup> محمد لبيب شنب، المرجع السابق، 305

<sup>18</sup> تنص المادة 205 من القانون المدني السوري على ما يلي: ((الالتزام بنقل الملكية، أو أي حق عيني آخر، ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل)).

<sup>19</sup> تنص المادة 206 من القانون المدني السوري، الفقرة الأولى: ((إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه، فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء)).

عبارة (إلا ثبوت الوراثة)، فمدلول العبارة من النص المذكور يدل على البائع لا يلتزم تجاه المشتري بأي من التزامات البائع سوى الالتزام بضمان ثبوت الإرث.

وبناء على ذلك فإن البائع لا ضمن للمشتري ضمان العيوب الخفية التي تظهر في أحد موجوداتها، كما أنه لا يضمن للمشتري تعرض الغير الذي ينصب على بعض التركة أو كلها، وسنستعرض ذلك تباعاً.

#### 1- عدم التزام المشتري بضمان العيوب الخفية:

إن التزام البائع بالضمان لا يمتد ليشمل ضمانه للعيوب الخفية التي تظهر في أحد أعيان التركة بعد البيع، حيث أنه حتى لو اشتملت التركة على أعيان، وظهر في أحدها عيبٌ خفيٌّ، فالبائع لا يضمن للمشتري هذا العيب، وكذلك إذا تبين أن قيمة الحصة مع وجود العيب في أحد مشتملاتها أقل مما قدره المتعاقدان، فإن المشتري لا يضمن للبائع شيئاً، ويرجع ذلك إلى طبيعة البيع كما قدّمنا، فبيع التركة بيعٌ احتماليٌّ قائمٌ على احتمال الربح أو الخسارة، وغالب الحال أن المشتري لا يقدم على نوع كهذا من البيوع إلا بعد قدرٍ من الدراسة والتأمل، فهو كالمقامر في عقده هذا، فأولى أن يتحمل الخسارة مادام يرجو الربح، تطبيقاً للقاعدة الفقهية (الغرم بالغنم)<sup>20</sup>.

#### 2- عدم التزام البائع بضمان التعرض الصادر من الغير

إن البائع لا يلتزم تجاه المشتري بضمان التعرض الصادر من الغير، إذا انصب التعرض على أي عينٍ من أعيان التركة، فإذا استحققت عينٌ من أعيان التركة فإن البائع لا يضمن للمشتري قيمة هذه العين<sup>21</sup>.

ورغم ذلك فإن بعض الفقهاء يرى أبعد من ذلك، حيث يرون أن عدم التزام البائع بالضمان لا يمنع من أن يكون البائع ملتزماً بأن يضمن للمشتري أي عمل يأتيه

<sup>20</sup> الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 59

<sup>21</sup> محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص 470

البائع ويترتب عليه استحقاق التركة أو استحقاق بعض أعيانها، ويستوي عندهم أن يكون هذا العمل، مادياً أو قانونياً، فالبائع يضمن تعرض من يدعي حقاً على أحد أعيان التركة إذا استمد هذا المتعرض حقه من البائع، فكان هذا التعرض مبنياً على عمل أتاه البائع، لذلك فهو ملتزم بالضمان<sup>22</sup>.

ويرجع هذا الحكم إلى القاعدة القانونية المسلم بها والتي تقول بأن (الغش يفسد كل شيء)، فلا يجوز أن يكافئ البائع على ارتكابه هذا الغش أثناء تنفيذ التزاماته، مادام يعلم بأنه عمله هذا سيؤدي إلى وقوع التعرض تجاه المشتري، سواءً كان التعرض شخصياً من ذات البائع، أو صادراً من الغير لكنه مستمد من البائع، وبغض النظر عن محل البيع، سواءً كان المعقود عقاراً أو منقولاً، شيء مادي أو شيء غير مادي، مادام هذا التعرض ينضوي على خرق واضح لمبدأ (حسن النية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية)<sup>23</sup>.

ويرى جانب من الفقهاء أن الضمان إذا وجب على الوارث البائع لإخلاله بالقيام بالتزاماته، يوجب أن يلتزم البائع للمشتري بدفع الثمن المتفق عليه مع فوائده ومصروفاته<sup>24</sup>، دون أن يحق للمشتري أن يطالب بتعويض عن إخلال البائع بالتزامه، لأن القانون ينظر إلى هذا البيع بعين المقت، لما فيه من الجهالة والمضاربة.

ونرى أن القول السابق محل نظر، فالأخذ بهذا الحكم فيه إيراد حكم لما لم يرد فيه نص، فالنص الواجب التطبيق هو نص (المادة 161) والتي يستفاد منها الأثر المترتب على فسخ العقد، ألا وهو إعادة الحال بين المتعاقدين للحال التي كانا عليها قبل التعاقد، فالحال قبل التعاقد تستوجب أن يردّ البائع الثمن إلى المشتري، دون أن يلزم

<sup>22</sup> الياس ناصيف، مرجع سابق، ص 58،

<sup>23</sup> أحمد عيسى، مرجع سابق، ص 108

<sup>24</sup> الياس ناصيف، مرجع سابق، ص 58، وأيضاً: حمد عيسى، مرجع سابق، ص 345

البائع بدفع فوائد عن هذا الثمن، أو مصروفات دفعه، ونص المادة هذه لا يحتمل أبعد من هذا التأويل.

ورغم ذلك فإن الحكم المذكور لا يسلب المشتري حقه في طلب التعويض عن فسخ العقد، فهذا الحق محفوظ له بمقتضى أحكام القانون<sup>25</sup>، ولكن الأساس الذي يرتكز عليه هذا التعويض ليس عقد بيع التركة، لأن العقد بعد فسخه لم يعد يصلح سبباً لإلزام البائع بالتعويض، بل يمكن أن يستند التعويض في هذه الحالة إلى أحكام المسؤولية التقصيرية<sup>26</sup>.

ويرتبط بالتزام البائع بالضمان، أن يتعرض أحد دائني التركة بدين عادي لمشتريها، فهل يلتزم المشتري بأن يدفع للمتعرض ما كان له في ذمة المورث، أم يقع هذا الالتزام على عاتق البائع؟

والإجابة على هذا التساؤل يتعلق بشكل جوهري بالتزامات المشتري، وهذا ما يدفعنا لنخصص المطلب الثاني للحديث عن التزامات المشتري، ونبين بعد ذلك فيما إذا كان المشتري يتحمل هذا النوع من التعرض وحده.

<sup>25</sup> حيث تنص المادة 161 من القانون المدني السوري على ما يلي: ((إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد. فإذا استحال ذلك، جاز الحكم بالتعويض.))

<sup>26</sup> احمد عبد الدائم، شرح القانون المدني، ج 1، مصادر الالتزام، منشورات جامعة حلب، 2007، ص 221

## المطلب الثاني

### أثر بيع التركة على التزامات المشتري

يلتزم المشتري في بيع التركة بالعديد من الالتزامات، فمنها ما يترتب لمصلحة البائع، ومنها ما يترتب لمصلحة الغير، الامر الذي يستوجب الحديث عنه في الفرعين التاليين.

### الفرع الأول

#### التزامات المشتري تجاه البائع

يلتزم مشتري التركة تجاه البائع الوارث بالتزامين رئيسيين، أولهما: (الالتزام بالوفاء بالثمن)، وثانيهما: (الالتزام بدفع ما كان البائع دائن به للتركة).

#### أولاً: الالتزام بدفع الثمن

يلتزم المشتري تجاه البائع بدفع الثمن المتفق عليه، في الزمان والمكان المتفق عليهما، فإن لم يكن هناك اتفاق بين المتعاقدين على زمانٍ أو مكانٍ للوفاء وجب إعمال القواعد التكميلية في عقد البيع والتي تورد حكماً ينظم مكان الوفاء به، وحكماً آخر ينظم زمان الوفاء بهذا الالتزام<sup>27</sup>.

فيوجب القانون عند عدم الاتفاق على وقتٍ معينٍ للوفاء بالثمن أن يتم تحديد الزمان بذات الوقت الذي يتم فيه التسليم، فإذا حدد المتعاقدين وقت لتسليم المبيع ولم يتفقا على وقت تسليم الثمن، كان وقت دفع الثمن هو ذات وقت تسليم المبيع. ولكن المشكلة هنا أن بيع التركة يقع على مبيع متعدد المحلات كما أسلفنا، يسلم على دفعات، فهل يدفع الثمن في هذه الحال على دفعات تتناسب مع الكميات المسلمة من المبيع؟

<sup>27</sup> احمد عيسى، المرجع السابق، ص 179

يرى فريق من الفقهاء أن الأصل في التسليم هو إتمام تسليم آخر جزء من المبيع، وبالتالي إن الوقت الذي يعد التسليم قد تم فيه هو اللحظة التي يسلم فيها آخر جزء من المبيع<sup>28</sup>.

فيما ذهب فريق الآخر أن وقت التسليم هو وقت تسليم كل جزء من أجزاء المبيع، وبالتالي يلتزم المشتري بدفع ثمن كل جزء قام باستلامه من البائع<sup>29</sup>، على أننا لا نؤيد ما ذهب إليه الفريق الثاني بناء على تكييفنا لعقد بيع التركة بأنه عقد واحد يرد على عدة محلات، وليس عبارة عن عقود بيع متعددة لكل منها محله الخاص.

أما مكان دفع الثمن فهو لا يثير أي مشكلة في تحديده، فمكان الوفاء بأقساط الثمن هو ذات المكان الذي سلم فيه أي جزء من أجزاء المبيع، فإن لم يكن الثمن مضافاً إلى أجل، كان المكان المعتبر في تسليم الثمن، هو المكان الذي يسلم فيه آخر جزء من أجزاء المبيع، أما إذا كان الثمن غير مستحق الأداء عند تمام التسليم، وجب أدائه في موطن المشتري، ما لم يكن هناك نص أو عرف يقضي بخلاف ذلك.

وأخيراً فإن التزام المشتري بدفع فوائد الثمن في بيع التركة لا يختلف شيء عن التزامه بدفع فوائد عن الثمن في البيع بوجه عام، فيلتزم المشتري بأن يدفع فوائداً عن الثمن للبائع كلما وجد اتفاق أو عرف يقضي بذلك، وكذلك عندما يكون الثمن مستحق الأداء ويقوم البائع بإعذاره بدفع الثمن، وأخيراً عندما يتسلم المشتري المبيع ويكون هذا المبيع قابلاً لأن ينتج غللاً أو إيرادات أخرى، ولا بد من التوقف عند الحالة الأخيرة، إذ أن المشرع يرتب الفوائد القانونية عن الثمن في الحالة التي يسلم فيها المشتري قابلاً لإنتاج الغلال<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> جميل الشراوي، عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص 240.

<sup>29</sup> الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 60.

<sup>30</sup> تنص المادة 426 من القانون المدني السوري على ما يلي:

فالمبيع في بيع التركة، متعدد المحلات، فقد يكون منتجاً ببعض محلاته للغلال، وغير منتج لها في بعضه الآخر، فهل تترتب الفوائد القانونية عن الثمن إذا كانت بعض مشتملات التركة (بعض أجزاء المبيع) منتجة للغلال، أم أن تطبيق الحكم المذكور يستلزم أن تكون جميع أجزاء المبيع منتجة للفوائد؟

نعتقد أن الوقوف الدقيق على نص المادة 426 لا يمكن أن يرجح أحد الحكامين على الآخر، لكن المنطق القانوني السليم يقتضي أن يفسر الاستثناء في أضيق صورته، ولكن رغم ذلك فإن أجزاء المبيع تعد وحدة متكاملة، ولا يمكن تجزئة المبيع إلى أجزاء منتجة للفوائد وأجزاء أخرى غير منتجة لها، حتى ولو كانت بعض مشتملاتها من ينتج الفوائد فحسب، لأن المبيع ذو المحل الواحد لا يكون منتجاً للفوائد بكل أجزائه وذراته، ورغم ذلك يعد منتجاً للغلال حتى وإن كان معظمه ينتج الفوائد، لذلك لا مجال لاستلزام أن يكون جميع أجزاء المبيع منتجاً للغلال حتى تطبق الحالة المذكورة، لذلك وجب القول بأن المشتري يلتزم بدفع فوائد الثمن بغض النظر عن إنتاج كل أعيان التركة للغلال أم لا.

### ثانياً: الالتزام بدفع ما كان البائع دائن به للتركة

يلتزم المشتري تجاه البائع، بأن يدفع له كل ما كان البائع قد أنفقه في سبيل فتح التركة، ورغم أن هذه النفقات التي أنفقها البائع لا تعد مضمونة بحق امتياز على أموال التركة، إلا أن هناك ترتيباً معيناً لوفاء هذه النفقات من أموال التركة، فنصت المادة 262 من قانون الأحوال الشخصية السوري على ما يجب أداءه من التركة، فأوردت دين تجهيز الميت في المرتبة الأولى، بمعنى أن هذه النفقات واجبة الأداء قبل أي نوع من أنواع

---

1) . لا حق للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن، إلا إذا أعذر المشتري، أو إذا سلم الشيء المبيع وكان هذا الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى. هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره.

2 . وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام المبيع، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً. هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره.))

الديون، ما دامت قد دفعت بالقدر المعقول<sup>31</sup>، وكان يجب على المشرع باعتقادنا أن يعزز من طبيعة هذا الدين فيجعل ديون تجهيز الميت مضمونة بحق امتياز.

ورغم أن توجه المشرع كان واضحاً في التفريق بين الديون العادية التي للدائنين على التركة، وبين الديون التي نشأت أثناء فتح التركة، كديون نفقات المأتم والكفن والقبر وهلمجرأ، إلا أن هذا التفريق لا يفهم منه أن المشرع منح ديون فتح التركة أي امتيازاً على أموال التركة.

ويتجلى التفريق بين هذين النوعين من الديون من خلال الإجراءات المتبعة في تصفية التركات، فالمشرع السوري يوجب على مصفي التركة أن يصرف من مال التركة -وفي الحال- ما يلزم من نفقات لتجهيز الميت ومأتمه وقبره، دون الحاجة إلى استصدار قرارٍ من القاضي بذلك، فيما ألزم المصفي بوقف تصفية أي دين آخر ولو لم يقم بشأنه أي نزاع، حتى يتم الفصل نهائياً بكل منازعة متعلقة بالتركة.

أما إذا كانت التركة غير معسرة، فلا يستطيع المصفي تسوية أي دين حتى يقوم بالإجراءات التي نص القانون من توجيه دعوة علانية لدائني التركة ومدينوها، مروراً بإجراءات الجرد، حتى نهاية إجراءات التصفية.

ولا يقتصر التزام المشتري بدفع نفقات تجهيز الميت، وثمان الكفن، وثمان القبر، وأجرة سيارة دفن الموتى، وأجرة من غسل الميت وكفنه فحسب، بل يمتد ذلك إلى ما تم إنفاقه في مأتم المتوفى، كثمان الطعام وأجرة مكان العزاء، وما يتم دفعه عادةً للقارئ وما شابه ذلك، كل ذلك منوطاً بأن يكون ما تم أداءه من هذه النفقات لا يجاوز ما تعارف عليه الناس، وما يلائم الحالة المادية والاجتماعية للمتوفى<sup>32</sup>، ولكن يجب على البائع حتى يتمكن من استرداد هذه النفقات أن يحيط المشتري علماً بما كان قد أنفقه منها

<sup>31</sup> علي الخفيف، التركة والحقوق المتعلقة بها، دار الفكر العربي، القاهرة، 2010، ط1، ص22

<sup>32</sup> نذير بن ناصر، حقوق غير الورثة في التركة، رسالة ماجستير، جامعة عبد الرحمن ميره، بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2013، ص18

لحظة إبرام عقد البيع، وهذا على خلاف حق باقي شركاء البائع في الرجوع على المشتري بمبلغ هذه النفقات، لأن إخفاء البائع هذه النفقات المدفوعة عن المشتري يعد إخلالاً بالتزام البائع بالإعلام<sup>33</sup>.

ويثور التساؤل في هذا المقام عن مدى التزام المشتري بأن يرد للبائع ما كان الأخير قد وفاه من ديون التركة للغير، فهل يقوم التزام المشتري بالرد، أم أنه لا يلتزم بها؟

أن الإجابة على هذا التساؤل تتضمن توضيح امرين: الأمر الأول هو أن المشرع ألزم المشتري برد ديون التركة للبائع فيما إذا كان الأخير قد وفاها قبل بيع حصته الإرثية، والثاني عدم التزامه بهذه الديون في حال أخفاها البائع عن المشتري غشاً منه. فالمشرع السوري ألزم المشتري بأن يرد للبائع ما كان البائع قد وفاه من ديونها، لكنه لم يوضح فيما إذا كان هذا الالتزام يقوم في حالة عدم معرفة المشتري بها، فالقاعدة العامة في العقد تفيد أن إخفاء البائع أمراً كهذا عن المشتري يعد تدليساً في العقد، والتدليس - كما هو معلوم قانوناً - يجعل العقد قابلاً للإبطال، ونعتقد أن حكم المادة 444 من القانون المدني السوري<sup>34</sup> لا يستفاد منه التزام المشتري بدفع هذه الديون في مطلق الأحوال، فالمفروض أنه يقع على عاتق البائع إحاطة المشتري بما كان قد دفع من هذه الديون عند إبرام عقد البيع، وإلا أتخذ البائع هذه النص القانوني كذريعة ليدلس على المشتري في حقيقة قيمة التركة، لا سيما أنه لا يضمن للمشتري أن تبلغ التركة قدرًا معيناً.

<sup>33</sup> أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص99.

<sup>34</sup> تنص المادة 444 من القانون المدني السوري على ما يلي: ((يرد المشتري للبائع ما وفاه من ديون التركة ويحسب للبائع كل ما يكون دائناً به للتركة ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.))

وبناء عليه، فإن البائع إذا أخل بالتزامه بإحاطة المشتري بمقدار هذه الديون كان من حق الأخير الاختيار بين المطالبة بإبطال العقد وبين المطالبة بالتعويض، تبعاً لنوع التدليس الذي وقع على إرادته.

وأخيراً، فإن تطبيق المادة 444 سالفة الذكر يثير إشكالية واضحة في تطبيقها على الديون التي تكون للبائع في مواجهة التركة، فهل يلتزم المشتري بدفعها للبائع، أم أنها تنقضي؟

يرى معظم الشراح أن حكم المادة 444 من القانون المدني قطعي الدلالة على إلزام المشتري بدفع ما كان البائع دائناً به للتركة<sup>35</sup>، وعلّة ذلك أن دين الوارث في ذمة المورث ينقضي باتحاد الذمة، فإن أمكن فصل الذمتين عن بعضهما، أو نقل أحد الحقوق من إحدى الذمتين إلى ذمة الغير عاد الدين أو الحق إلى الظهور.

وهذا ما يحدث عندما يبيع الوارث حصته للغير، إذ أن التزام التركة بسداد دين الوارث ينتقل إلى الغير بعد أن كان التزام الوارث بسداد الدين تجاه نفسه<sup>36</sup>، على اعتبار أنه لا تركة إلا بعد سداد الديون، ويرجع هذا الحكم إلى أن اتجاه معظم الفقهاء ينصرف إلى أن اتحاد الذمة لا يعد في حقيقته سبباً لانقضاء الالتزام وإنما يعد سبباً لوقف تنفيذه، فالدين بفعل اتحاد الذمة لا ينقضي، بل يصبح من المستحيل أن يطالب الدائن نفسه بالدين، ومن ثم أمكن القول أن اتحاد الذمة لم يكن بالأصل سبباً لانقضاء الالتزام وإنما كان سبباً لوقف نفاذ الدين من ناحية المطالبة.

<sup>35</sup> مصطفى احمد الزرقا، شرح القانون المدني السوري، العقود المسماة، عقد البيع، مطبعة الجامعة السورية، دمشق، 1957، ط3، ص317، وأيضاً: احمد عيسى، مرجع سابق، ص346، وايضاً: محمد كامل مريسي، المرجع السابق، ص474، وأيضاً: خليل احمد حسن قداد، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الرابع، الجزائر العاصمة، 1994، ص245.

<sup>36</sup> الياس ناصيف، المرجع السابق، ص55.

ورغم ذلك فإن تطبيق المادة 444 من القانون المدني على الوجه المذكور يستوجب شرطاً هاماً وجوهياً، وهو أن لا يتقصد البائع لحظة إبرام العقد إخفاء وجود مثل هذه الديون عن المشتري، وإلا جاز للمشتري أن يبطل العقد أو يطالب بالتعويض لوجود عيب التدليس، ونعتقد أن القرينة يجب أن تكون لصالح المشتري مالم يثبت البائع عكس ذلك، بمعنى أن الأصل هو إخفاء البائع وجود الدين عن المشتري حتى يثبت العكس. فإذا ثبت العكس كان للبائع أن يطالب المشتري بهذه الديون<sup>37</sup>.

## الفرع الثاني

### التزامات المشتري تجاه الغير

إن علاقة المشتري بغير البائع لا تقتصر على ثبوت حق المشتري تجاه الغير، على اعتبار أن الحق الثابت في ذمة الغير يعد من حيث المآل من مشتملات التركة. بل إن علاقته تمتد إلى أبعد من ذلك، فتشمل أيضاً حقوق الغير تجاه التركة، والسؤال هنا هل يلتزم المشتري تجاه غير البائع بوفاء هذه الديون، أم أن ذلك يقع على عاتق الوارث على اعتبار أن الأخير يأخذ التركة بما لها وما عليها من الالتزامات. ولتوضيح علاقة المشتري بغير الوارث لا بد من توضيح أمرين، أولهما: التزام المشتري تجاه دائني التركة، وثانيهما: التزامات المشتري تجاه مديني التركة.

### أولاً: التزامات المشتري تجاه دائني التركة.

يلتزم المشتري بوفاء الديون التي كان البائع قد سدها عن التركة، سواء كانت هذه الديون مستحقة الأداء أو كانت غير مستحقة الأداء عند وفاة المورث، أو تلك التي نشأت بعد الوفاة كتكاليف العزاء والمدفن وما شابه ذلك، وهذا الالتزام أمر لا يقبل الأخذ بالرد، فالمشتري ملزم بدفع كل هذه التكاليف للبائع مادام البائع لم يخفي هذه الديون عن المشتري.

<sup>37</sup> عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 953.

ورغم ذلك فإن المشتري لا يلزم بأن يدفع للبائع كل ما سدده الأخير من ديون التركة، لأن البائع إذا كان قد سدد دين عن مورثه، وكان مجموع ما سدده يجاوز نصيبه من هذا الدين، فإن المشتري لا يلزم برد إلا ما نال الحصة التي اشتراها من الدين. فإذا وفى البائع الوارث عن مورثه ديناً بمقدار مليون ليرة وكان النصيب الذي يتحمله حصته من الدين نصف مليون فقط، فإن المشتري لا يلتزم بأن يرد للبائع كل ما وفاه البائع من ديون التركة (أي لا يلتزم المشتري بمثلنا أن يرد للبائع المليون ليرة كاملة)، بل يلتزم بأن يرد له ما كان قد نال الحصة التي اشتراها من الدين (أي يرد له نصف مليون ليرة فقط)، أما ما زاد عن ذلك فإن البائع يرجع فيه على باقي الورثة بالدعوى الشخصية (دعوى الاثراء بلا سبب أو دعوى دفع غير المستحق).

هذا هو الحكم الواجب التطبيق فيما لو كان حق الغير في ذمة المورث معلوماً عند فتح التركة، فما هو الحكم الواجب التطبيق فيما لو كان الدين غير معلوم عند فتح التركة، وهل يلتزم مشتري التركة بوفاء هذه الديون إذا ظهرت بعد انتقال الحصة الإرثية إليه، أم أنها تبقى ملقاة على عاتق البائع؟

الحقيقة أن المشرع السوري لم يتعرض لهذه المسألة ولهذا وجب الرجوع إلى الطبيعة القانونية لهذا البيع لمعرفة فيما إذا كان المشتري ملتزم بهذا النوع من الديون أم لا؟

ولتوضيح ذلك لا بدّ من التوضيح أن هناك أوجهين فقهيين متناقضين في إيجاد حكم لهذه المسألة، الاتجاه الأول من الفقهاء يذهب إلى إلزام مشتري التركة بسداد ديونها<sup>38</sup>، لكنهم اختلفوا في تحديد الأساس القانوني لحق دائن التركة في الرجوع على مشتريها، فالرجوع إلى طبيعة هذا البيع يستمد منها -حسب تقديرهم- أن المشرع ينظر إلى هذا البيع على أنه ضرب من ضروب الغرر، لأن هذا البيع لا يلزم البائع كما ذكرنا

<sup>38</sup> عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص955، وكذلك محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص 477.

بأي التزام سوى بضمان ثبوت ميراثه، الأمر الذي يعني أن البائع لا يلتزم بأن يضمن للمشتري عدم وجود ديون معينة على الشركة، ويتأكد هذا المعنى بوجه أدق بتعريف الفقهاء لعقد الغرر، فمعظم الفقهاء يعرفون عقود الغرر بأنها تلك العقود التي تعرف من جهالة مقادير الالتزامات فيها، فكلما كان أحد المتعاقدان لا يعرف عند إبرام العقد ما له أو ما عليه من الالتزامات، كلما كنا أمام عقد من عقود الغرر، والمشتري في بيع الشركة يقدم على شراء الحصة الإرثية دون أن يعلم بشكل مسبق ما سيترتب عليه من الالتزامات.

والتسليم بأن بيع الشركة عقد من عقود الغرر يسوقنا للقول بأن المشتري يلتزم - بمقتضاه-تجاه الغير بوفاء الديون التي تظهر على الشركة، لأن البائع لا يضمن للمشتري عدم ظهور ديون جديدة على الشركة، إذ أن جلّ التزامات البائع قاصرة على التزامه بثبوت ميراثه من مورثه فحسب، ولكن على الرغم من ذلك لا يكفي هذا التبرير لإلزام المشتري بدفع ديون الشركة.

وبناء عليه، يجب إيجاد أساس قانوني لإلزام مشتري الشركة بتسديد ديونها، وهذا بدوره يستوجب الاستعانة بنصوص القانون، ورغم أنه لا يوجد نص قانوني قطعي الدلالة يرسخ هذا الالتزام، إلا إنه يمكن الرجوع إلى نصوص القانون المدني وقانون الاحوال الشخصية السوريين لإيجاد اساس قانوني لهذا الحكم.

1- فالأساس القانوني الأول يتمثل في نص المادة 856 من القانون المدني السوري، حيث نصت على أنه يتوجب على القاضي توزيع ديون الشركة غير مستحقة الأداء على الورثة إذا لم يتفقوا على إسقاط آجالها، بحيث يتحمل كل وراثٍ من ديونها قدرًا يتناسب مع ما آل اليه من حقوقها، وطبعاً يفترض المشرع في هذه الحالة أن أموال الشركة تجاوز ديونها، لذلك أوجب على الورثة أن يتحملوا ديونها عند حلول آجال هذه الديون.

2- أما الأساس الثاني فيتلخص في نص المادة 262 من قانون الأحوال الشخصية السوري، والذي جاء في مفهومها أنه يتوجب أن يؤدي من التركة ديون الميت دون أن يحدد من المكلف قانوناً بهذه الديون، بمعنى أنه يتبين من النص أن التركة ملزمةٌ بوفاء الديون التي على الميت.

وفي ظل عدم وجود شخصية اعتبارية للتركة، فإن أي شخص تنتقل إليه التركة يجب عليه وفاء ديونها، سواء آلت هذا التركة إلى الورثة بالميراث، أو انتقلت إلى الغير بأي سبب من أسباب انتقال الملكية، كعقد البيع مثلاً.

فسبب اكتساب حق الملكية على التركة ينقل التزام الوراث بوفاء ديون التركة إلى المشتري أو المتصرف إليه، على أنه يستثنى من هذا الحكم حالتان:

تتمثل الحالة الأولى في أن يكون الوارث عند بيع حصته الإرثية للغير يعلم بأنها مثقلة بهذا الدين، ورغم ذلك أخفى هذا الأمر عن المشتري غشاً منه، ويعد هذا الحكم تطبيقاً للقواعد العامة التي تقضي بأنه يحق للمشتري طلب إبطال البيع لوجود التدليس الذي يعد عيباً من عيوب الإرادة، فالمشتري هنا يستطيع أن يتخلص من ديون التركة ومن التركة كلها، إذا استعمل رخصته في الإبطال، حيث أنه لو علم المشتري بهذه الديون عند إبرام العقد لما أقدم على البيع ابتداءً.

أما الحالة الثانية فتتمثل بتعهد البائع عند البيع بتشديد الضمان على نفسه، وذلك بتعهده صراحةً في عقد البيع بأن يلتزم بوفاء ديون التركة التي ستظهر بعد البيع، ويعد هذا الحكم أيضاً تطبيقاً للقواعد العامة لعقد البيع والتي نصت عليها المادة 441 من القانون المدني السوري والتي أجازت تشديد الضمان في عقد البيع.

3- وكذلك فإنه يمكن الارتكاز إلى نص المادة 442 من القانون المدني السوري كأساس لإلزام المشتري بوفاء ديون التركة، حيث أن المادة المذكورة تلزم المشتري بأن يرد للبائع ما وفاه الأخير من ديون التركة قبل بيع الحصة الإرثية مع أن البائع عالم

بهذه الديون، وإعمال قواعد القياس فمن باب أولى أن يلتزم بوفاء الديون التي لم يكن يعلم البائع بوجودها عند إبرام البيع.

4- وأخيراً فإن بعض شراح القانون يذهبون إلى تكييف حق دائن التركة على أنه دينٌ عينيٌّ على التركة، حيث يعرفون "الدين العيني"<sup>39</sup> بأنه أداء معين يتعلق بعين معينة، وأن التصاق هذا الدين بعين معينة من أموال المدين يحدد مسؤولية المدين فيها، وينتقل منه إلى خلفه إذا آلت العين إلى هذا الخلف، على أن يُمكن الأخير من التخلص بهذا الأداء إذا تخلص من العين كلاً<sup>40</sup>.

ولذلك، وتطبيقاً للطبيعة الخاصة لهذا الدين، فإن هذا الدين يلحق العين في أي يد آلت إليها، دون أن يكون حق الدائن حقاً عينياً، أي دون أن يكون له مزية التقديم والتتبع، لأن هاتين المزييتين لا تكونان إلا للحق العيني، وحق دائن التركة لا يتمتع بهذه الصفة مادامت الحقوق العينية مذكورة في القانون على سبيل الحصر<sup>41</sup>.

فإذا رجع الدائن على حائز التركة، واستوفى منه مقدار دينه، تعذر على حائز التركة - ويقصد به مشتري التركة في معرض بحثنا هذا- أن يرجع على من تلقى الحق منه، أي بائع التركة، لان البائع لا يلتزم بالضمان إلا في حدود ضمان ثبوت الوراثة، لذلك أمكن القول بأنه يلزم بدين التركة مشتريها، ولا يرجع بعد ذلك على البائع بشيء.

<sup>39</sup> يعرف الدين العيني بأنه ذلك الدين المتعلق بعين من الأعيان ويلحقها إلى أي يد تؤول إليه، بحيث يحق لصاحبه تتبع العين وملاحقتها والتقدم في استيفاءه على من يكون له حق عليها أو على حائزها، وبهذا تعد نظرية الدين العيني نظرية معروفة في الفقه الإسلامي ومختلفة تماماً عما يعرفه الفقه والقانون من الديون، راجع: أسامة محمد العبيد، العين والدين في الفقه الإسلامي والحق العيني والحق الشخصي في القانون المدني، بحث منشور على الشبكة العنكبوتية،

<http://iso-tec-demos.com/islamfiqh/dataentry/ar/content>

<sup>40</sup> عبد العزيز الصغير، حقوق الدائنين في التركة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط1، 2015، ص32، وراجع أيضاً: عبد الرزاق السنهوري، أسباب كسب الملكية، دار احياء التراث، بيروت، ط4، ص98 حاشية.

<sup>41</sup> عبد العزيز الصغير، المرجع السابق، ص103.

أما الاتجاه الثاني فيذهب إلى رفض فكرة حق دائن التركة في الرجوع على مشتريها بشيء، فعلى الرغم من كل الذي سقناه من الأدلة، فإنهم يرون بأن دائني المورث هم دائنون للتركة ذاتها، حتى ولو باع الوارث حصته للغير، ولا يمكن أن يقال بأنهم أصبحوا دائنين للبائع الوارث أو لخلفه، وبالتالي لا مجال للقول بوجود حوالة دين من الوارث على المشتري، لأن الوارث نفسه غير ملزم بهذا الدين<sup>42</sup>.

### ثانياً: التزامات المشتري تجاه مديني التركة

إن وجود ديون للتركة في ذمة الغير يوجب القول بأن الالتزامات ملقاة على عاتق الغير لمصلحة المشتري لا العكس، ويعد المشتري بهذه الحالة بمثابة المحال له في حوالة الحق، فيما يعد الغير بمثابة المحال عليه، ولا تعد هذه الحوالة نافذة في مواجهة الغير إلا بعد مراعات أحكام حوالة الحق، وعلى هذا لا يشترط لانعقادها موافقة الغير عليها أو قبولها بها، بل يشترط أن يتم الاتفاق بين البائع (المحيل) والمشتري (المحال له) فحسب، ويعد مجرد انعقاد بيع التركة انعقاداً لهذه الحوالة.

ويثور التساؤل في هذا المقام عن الحقوق التي تكون للتركة في ذمة الغير، وعن مدى حق المشتري فيها، فهل تعد هذه الحقوق مملوكة للمشتري أم أن البائع يلتزم بتسليم التركة بحالتها عند البيع لا عند فتح التركة؟

يرى جانب من الفقه<sup>43</sup> أن البائع ملتزم بتسليم التركة بحالتها التي كانت عليها عند البيع لا عند فتح التركة، ونعتقد أن هذا الرأي يخالف صراحةً نص المادة 443 من القانون المدني السوري والذي يوجب أن يرد البائع للمشتري ما كان قد استوفاه من ديون التركة بعد فتحها وقبل التصرف فيها، بل ويعارض صراحةً نص المادة 444 من القانون المذكور والتي توجب على المشتري أن يرد للبائع ما وفاه الأخير من ديون التركة بعد

<sup>42</sup> الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 64

<sup>43</sup> عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 245، وايضاً: الياس ناصيف، ص 45

فتحتها وقبل بيعها، ويمكن توضيح هذا التعارض بالحكم الذي أورده بعض الفقهاء حول نماء المبيع في هذه الفترة.

فالرأي المذكور يلزم البائع بأن يرد للمشتري جميع الثمار والريع والمنتجات التي نشأت عن هذا المال من تاريخ فتح التركة إلى تاريخ تسليمها للمشتري، إذ أن هذا الحكم يقتضي أن يقوم المشتري بتسليم ديون التركة وثمارها للمشتري من يوم فتح التركة، مما يمكن تفسيره على أن الملكية هنا تتصرف بأثر مستند، والمشتري لا يعد مالكا للحصة المبيعة من تاريخ شراءها وإنما من تاريخ فتح التركة، لأن البائع لا يعد مالكا لها من هذا الوقت، لذلك نرى بأن المشتري يعد مالكا لهذه الأموال من تاريخ فتح التركة لا من تاريخ العقد، وإلا فمن غير المقبول أن يرد البائع للمشتري ثمار الأموال إذا كانت أساساً داخلة في ملكه في هذا الوقت.

وحتى يستطيع المشتري أن يطالب البائع بهذه الأموال وثمارها فإنه يتوجب عليه أن يجعل من حوالة الحق هذه نافذة في حقه، وهذا الأمر لا يتحقق إلا بأحد الحالتين: الحالة الأولى: أن يجعل المشتري عقد بيع التركة نافذاً بحق الغير (مدين التركة) عن طريق تبليغ المدين بهذه الحوالة، ويتم التبليغ عادة بإعذار المدين بحصول هذه الحوالة، سواءً بإذاره عن طريق الكاتب بالعدل، أو بما يقوم مقام الإنذار، وتبعاً لذلك فإنه يترتب على الإنذار نفاذ الحوالة في حق الغير، إذ أنه يتمتع على هذا الغير (مدين التركة) وفاء الدين لغير المشتري باعتباره محال إليه، وإذا حصل الوفاء خلافاً للحكم المذكور كان غير نافذ في حق المشتري، ووجب إعادة الوفاء للمشتري، ويحتفظ للغير بحقه بالرجوع على البائع الوارث بما كان قد وفاه إياه بغير حق، وأساس الرجوع في هذه الحالة دعوى الاثراء بلا سبب.

أما الحالة الثانية فتتمثل بقبول مدين التركة لهذه الحوالة، ولا يقصد بالقبول هنا أن يصبح المدين طرفاً في عقد البيع، بل يقصد به أن يكون قبوله بأي شكل سواءً بشكل

صريح أو بشكل ضمني<sup>44</sup>، وكل ما يقصد من مصطلح القبول هو تحقق العلم بهذه الحوالة، سواءً تم ذلك بسند رسمي أو بأي ورقة أخرى ثابتة التاريخ، بل يمكن أن يكون القبول شفاهياً، ولا يحتمل القبول بأي حال النزول عن الدفوع التي كانت للمدين في مواجهة المحيل (البائع)<sup>45</sup>، بل يبقى له أن يبقى له أن يدفع في مواجهة المشتري بكل الدفوع التي كانت له في مواجهة دائنه الأصلي (البائع)، ورغم ذلك فإن تصريح المدين بقبوله بهذه الحوالة سواءً في العقد أو بأي ورقة لاحقة لا يستفاد منها قبوله بهذه الحوالة<sup>46</sup>.

### الخاتمة:

نخلص مما قدمناه أن بيع التركة يترتب عليه ما يترتب على عقد البيع بشكل عام من التزامات على عاتق طرفيه، ولكن يترتب عليه العديد من الأثار التي يتفرد فيها هذا العقد عن باقي أنواع البيوع، وتوصلنا إلى أن هذه الالتزامات تختلف في صورتها عن الالتزامات العادية المترتبة عن عقد البيع العادي، فعقد بيع التركة يتفرد بما أسلفناه من الالتزامات بسبب المركز الخاص للتركة من جانب، حيث أن التركة لا تعد شخصاً اعتبارياً وفقاً للقانون السوري، ومن جانب آخر بسبب الطبيعة القانونية الخاصة لديون التركة، والتي لم يفرد المشرع لها نصوصاً خاصة تحكمها، فديون التركة تتمتع بصفة (الديون العينية) على الرغم من أن المشرع السوري لا يعرف في تقنينه هذا النوع من الديون، رغم أنه استعار العديد من أحكام هذه النظرية وطبقها في مواضع شتى، لذلك

<sup>44</sup> جواني هاجر، رسالة ماجستير، حوالة الحق في القانون المدني، جامعة العربي بن مهيدي، الجزائر، 2016، ص24

<sup>45</sup> عبد الرزاق السنهوري، أوصاف الالتزام، المرجع السابق، ص479

<sup>46</sup> احمد شوقي عبد الرحمن، احكام الالتزام والاثبات، منشأة المعارف، القاهرة، 2008، ص124

نأمل في أن يلجئ المشرع إلى تقنين نظرية الدين العيني ويصنع هذه الصفة على ديون التركة بشكل واضح جلي، وأخيراً توصلنا من خلال هذا البحث إلى النتائج التالية:

1- أن ملكية التركة لا تنتقل من تلقاء ذاتها بمجرد انعقاد العقد، بل إنها تنتشر إلى مجموعة حقوق، بحيث يتعلق انتقال ملكية كل حق من هذه الحقوق على مراعات الإجراءات الخاصة بانتقاله.

2- إن المشرع يلزم البائع بضمان ثبوت إرثه من التركة دون أن يلزمه بأي ضمان آخر.

3- المشرع ألزم المشتري بالتزامين لم يردا في عقد البيع بوجه العام، حيث ألزمه بأن يرد للبائع الوارث كل ما كان الأخير قد قدّمه في سبيل فتح التركة، فيما ألزمه تجاه الغير بأن يدفع ديون التركة.

4- المشرع -وفي ظل عدم وجود شخصية اعتبارية للتركة- يلزم أي شخص تنتقل إليه التركة بسداد ديونها، سواء آلت هذا التركة إلى الورثة بالميراث، أو انتقلت إلى الغير بأي سبب من أسباب انتقال الملكية.

وخلاصة القول أن المشرع وفق للنصوص القانونية التي تنظم بيع التركة لم يستطيع أن يضع قواعداً عامة يوضح فيها تطبيقات كل التزام ألقاه على عاتق أحد طرفي هذا العقد، بل أنه تجاهل في بعض المواضع الحديث عن بعض الالتزامات الأخرى، على الرغم من ثبوتها فقهاً و اجتهاداً، لذلك كان لا بد من الوقوف على بعض

**التوصيات:**

- 1- إدراج نصٍ قانونيٍ يقر مسؤولية المشتري عن الديون التي تظهر بعد فتح التركة.
- 2- إدراج نصٍ قانونيٍ يعفي المشتري من المسؤولية عن ديون التركة إذا اختار التخلي عن حقه فيها.
- 3- النص صراحةً على عدم وجود ضمان التعرض والاستحقاق وعدم ضمان العيوب الخفية في بيع التركة
- 4- النص صراحةً على إلزام مشتري التركة بوفاء ديونها تجاه الغير لا سيما ما يظهر منها بعد البيع.
- 5- إقرار نظرية عامة للدين العيني، وإضفاء هذه الصفة على ديون التركة

### قائمة المراجع:

- 1- محمد كامل مرسي، العقود المسماة، ج6، المطبعة العامية، القاهرة.
- 2- الياس ناصيف، العقود المسماة، ج9، منشورات الحلبي، بيروت.
- 3- أحمد عيسى، العقود المسماة، منشورات جامعة حلب، 2007.
- 4- نبيل سعد، العقود المسماة، عقد البيع، ج1، دار النهضة العربية، بيروت.
- 5- سليمان مرقص، العقود المسماة، عقد البيع، مدونة الكتب الحصرية، عالم الكتب، القاهرة، ط4، 1980.
- 6- محمد لبيب شنب، شرح عقد البيع، دار النهضة العربية، بيروت، 1968.
- 7- احمد عبد الدائم، شرح القانون المدني، ج 1، مصادر الالتزام، منشورات جامعة حلب، 2007.
- 8- جميل الشرفاوي، عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.
- 9- علي الخفيف، التركة والحقوق المتعلقة بها، دار الفكر العربي، القاهرة، 2010، ط1.
- 10- مصطفى أحمد الزرقا، شرح القانون المدني السوري، العقود المسماة، عقد البيع، مطبعة الجامعة السورية، دمشق، 1957، ط3.
- 11- خليل احمد حسن قدارة، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الرابع، الجزائر العاصمة، 1994.
- 12- عبد الرزاق السنهوري، ، العقود المسماة، عقد البيع والمقايضة، الجزء 4، دار حياء التراث العربي، 1996.
- 13- عبد العزيز الصغير، حقوق الدائنين في التركة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط1، 2015.

- 14- جواني هاجر، رسالة ماجستير، حوالة الحق في القانون المدني، جامعة العربي بن مهيدي، الجزائر، 2016.
- 15- عبد الرزاق السنهوري، أوصاف الالتزام، الجزء 3، دار حياء التراث العربي، 1996.
- 16- أحمد شوقي عبد الرحمن، أحكام الالتزام والاثبات، منشأة المعارف، القاهرة، 2008.

#### الرسائل العلمية:

- 1- نذير بن ناصر، حقوق غير الورثة في التركة، رسالة ماجستير، جامعة عبد الرحمن ميره، بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2013.

#### المواقع الالكترونية:

- 1- أسامة محمد العبيد، العين والدين في الفقه الإسلامي والحق العيني والحق الشخصي في القانون المدني، بحث منشور على الشبكة العنكبوتية.

<http://iso-tec-demos.com/islamfiqh/dataentry/ar/content>

## مدى التزام المصرف بتقديم المعلومات للسلطات القضائية

الباحث: د. عمار الحمدي - كلية الحقوق - جامعة حلب

### الملخص:

يجمع المصرف عادةً وبحكم وظيفته معلومات كثيرة عن عملائه وعن سوق الائتمان، لذلك يلتزم وينص القانون بكنم المعلومات التي تخص عملاءه وعملياتهم التجارية، وقد تتطلب المصلحة العامة أن يقدم المعلومات إلى السلطات القضائية في سبيل الوصول إلى الحقيقة، إذا ما طُلب للشهادة أمام المحاكم، كما أنه قد ينشأ نزاع قضائي بين المصرف وعميله، مما يضطره إلى تقديم بعض المعلومات لإثبات حقه في النزاع المعروض أمام القضاء، من دون أن تترتب عليه أي مسؤولية مدنية أو جزائية. وعليه سوف نبيّن ما مدى التزام المصرف بتقديم المعلومات إلى السلطات القضائية في التشريع السوري والتشريع المقارن.

### الكلمات المفتاحية:

المصرف - تقديم المعلومات - القضاء المدني - القضاء الجزائي - نزاع قضائي - الشهادة أمام المحاكم

**Summary:**

The bank usually collects, by virtue of its function, a lot of information about its customers and the credit market, so it is obligated, according to the law, to conceal information about its customers and their commercial operations, but the public interest may require that it present information to the judicial authorities in order to reach the truth, if it is requested to testify before the courts, as That a judicial dispute may arise between the bank and its customer, forcing him to provide some information to prove his right in the dispute before the courts, without entailing any civil or penal liability. Accordingly, we will show the extent of the bank's commitment to providing information to the judicial authorities in the Syrian and comparative legislation.

**key words:**

The bank – providing information – the civil judiciary – the criminal judiciary – a judicial dispute – testifying before the courts

**المقدمة:**

تعدّ المصارف عصب الحياة الاقتصادية في الدولة، نظراً لدورها المهمّ والجوهريّ في تدعيم النشاط الاقتصاديّ، والتنمية الشاملة في مختلف القطاعات، ولهذا فقد اهتمّت الدولة بتنظيم النشاط المصرفيّ، ليكون أداة فعّالة في تحقيق الأهداف المطلوبة، ولاسيما بعد التطّورات التي حدثت في مختلف جوانب الحياة، بصفةٍ عامّة، والنشاط الاقتصاديّ والصناعيّ والتجاريّ بصفةٍ خاصّة، حيث أصبحت المصارف وسيطاً لا غنى عنه في المشاريع الاقتصادية، لما لها من دور في إنشاء وتمويل المشروعات العملاقة، وهو ما يعجز الفرد بمفرده عن القيام به.

وقد تتطّلب المصلحة العامّة تقديم المصرف معلومات تطلبها السلطات القضائية من أجل الوصول إلى الحقيقة، عندها يتوجب على المصرف التوفيق بين التزامه بكنم السرّ المهنيّ، والتزامه بتقديم المعلومات التي نصّ عليها المرسوم التشريعي رقم (30) لعام (2010) الخاصّ بالسريّة المصرفيّة.

وعليه سوف نبين في هذه الدراسة مدى التزام المصرف بتقديم المعلومات للمحاكم المدنيّة، والجزائيّة في التشريع السوريّ، والتشريعات الأخرى العربيّة، والأجنبيّة.

**إشكاليّة البحث:**

من أهم الأدوات التي تعتمد عليها المحاكم عادةً للحصول على الأدلة اللازمة هي: استدعاء الشهود حيث يجب على الشاهد المثل أمام المحكمة، والإفصاح عن جميع المعلومات ذات الصلة بالموضوع المطلوب، ولكن ماذا لو كان هذا الشاهد (المصرف) ملتزماً بكنم السرّ المهنيّ تحت طائلة تعرّضه للمسؤوليّة الجزائيّة، والمدنيّة، وبالتالي كيف للمصرف التوفيق بين التزامه بكنم السرّ المصرفي، وبين التزامه بتقديم

المعلومات للمحاكم القضائية عند استدعائه للشهادة، أو حدوث نزاع قضائيّ المصرف طرف فيه.

### أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى:

1 - ضبط العلاقة بين المصرف الملتزم بكتمان السرّ المصرفي، والمحاكم التي تكون بحاجة إلى الأدلة، والمعلومات التي توصلها إلى معرفة الحقيقة، وبالتالي الموازنة بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة.

2 - حالات إفشاء السرّ المصرفي التي نصّ عليها المرسوم التشريعي رقم (30) لعام (2010) الخاص بالسرّية المصرفية في سورية.

3 - نوع المحاكم التي يستطيع المصرف الاحتجاج بعدم تقديم المعلومات إليها؛ بسبب التزامه بكتمان السرّ المصرفي، من المحاكم التي لا يستطيع الاحتجاج بالالتزام بالسرّ المصرفي في مواجهتها.

### أهمية البحث:

تأتي أهمية هذه الدراسة كونها تشكل خطوة أولى في دراسة التزام المصرف بتقديم المعلومات للسلطات القضائية، في ظل غياب تشريع خاص ينظّم عملية تقديم المعلومات للمحاكم، ورسم الحدّ الفاصل بين المعلومات التي يتوجب على المصرف التكتّم عنها، وبين المعلومات التي يباح له تقديمها إذا ما طلب منه ذلك، إضافة إلى ذلك رُفد المكتبة الحقوقية في سورية بمرجع متخصص بهذا الموضوع؛ حيث تفتقر المكتبة المذكورة للمراجع القانونية المتخصصة بالمصارف عموماً، وبهذا الموضوع على وجه الخصوص.

**منهج البحث:**

لمعالجة إشكالية البحث كان من المنطقي أن نستند في دراستنا إلى المنهج التحليلي في تحليل النصوص القانونية، التي نصّت بشكل عامّ على تقديم المعلومات إلى المحاكم من دون ذكر نوع المحكمة، وكيفية تقديم المعلومات، وكذلك أخذنا بالمنهج المقارن؛ عندما وجدنا الحاجة في المقارنة بين التشريع السوري، والتشريعات الأخرى العربية، والأجنبية.

وسوف تتمّ الإجابة عن هذه الإشكالية من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: الشّهادة أمام المحاكم.

الفرع الأول: الشّهادة أمام القضاء المدني.

الفرع الثاني: الشّهادة أمام القضاء الجزائي.

المطلب الثاني: تقديم المعلومات أثناء وجود نزاع قضائي.

الفرع الأول: المصرف طرف في النزاع.

الفرع الثاني: حجز ما للعميل لدى المصرف.

## المطلب الأول

### الشهادة أمام المحاكم

من أهمّ الأدوات التي تعتمد عليها المحاكم عادةً للحصول على الأدلة اللازمة هي استدعاء الشهود، حيث يجب على الشاهد المثل أمام المحكمة، والإفصاح عن جميع المعلومات ذات الصلة بالموضوع المطلوب الشهادة فيه فالشهادة واجبٌ قانونيٌّ، ولا يمكن للفرد أن يرفض تقديم أيّ مستند مطلوب إذا لزم الأمر، ويمكن للمحكمة إجبار الشاهد على المثل أمامها للإدلاء بشهادته. وعلينا أن نفرّق بين الشهادة أمام القضاء المدنيّ، حيث يكون التنازع بين مصلحتين خاصتين، وبين الشهادة أمام القضاء الجزائيّ، حيث يكون التنازع بين مصلحة خاصّة، ومصلحة عامّة (مصلحة العدالة).

وعليه سوف نتناول ذلك في فرعين على النحو التالي:

**الفرع الأوّل: الشهادة أمام القضاء المدنيّ**

**الفرع الثاني: الشهادة أمام القضاء الجزائيّ**

## الفرع الأول

### الشهادة أمام القضاء المدني

عرّفت محكمة التمييز الكويتية الشهادة بأنها: (تقرير شخص لما يكون قد رآه، أو سمعه بنفسه، أو أدركه على وجه العموم بحواسه، وهي تقتضي بدهة فيمن يؤدها العقل والتمييز)<sup>1</sup>. وتعدّ الشهادة من أهم الأدلة التي يستعين بها أطراف الدعوى لإثبات أحقية كلّ طرف في دعواه، ولكن إذا ما طُلب من موظفي المصرف الشهادة في أمور سرّية، ويجب كتمانها، فهل يحقّ لهؤلاء الموظفين التذرع بمبدأ السّرّية المصرفية؟ وعدم تقديم الشهادة أمام القضاء المدني.

المشرّع السوريّ منح السلطات القضائية الحقّ في أن تطلب الشهادة من موظفي المصارف، دون أن يكون لهؤلاء الموظفين الامتناع بحجة السّرّية المصرفية، وهذا ما أكّده المادة (5) من قانون السّرّية المصرفية السّري رقم 30/ لعام 2010، حيث نصّت على أنه: (لا تطبق أحكام هذا المرسوم التشريعي ولا يجوز الاحتجاج بها بأي حال من الأحوال في الحالات التالية ... بطلب من المحاكم القضائية المختصة بما في ذلك الشهادة أمام المحاكم في معرض دعوى قضائية ...).

ويستفاد من النص السابق: بأنّ المشرّع السوريّ أعطى حقّ طلب المعلومات من المصرف، لأيّ جهة قضائية دون حصر، ولم يميّز بين المحاكم المدنية والجزائية، كغيره من التشريعات مثل سويسرا والجزائر ومصر ولبنان، وذلك لأنّ كلّ المحاكم على اختلاف أنواعها قد تحتاج إلى المعلومات التي يحتفظ بها المصرف للفصل في الدعوى

<sup>1</sup> - محكمة التمييز الكويتية طعن 2005/261 مشار إليه لدى: مناع سعد العجمي، حدود التزام البنك بالسرية المصرفية والآثار القانونية المترتبة عن الكشف عنها، رسالة ماجستير، جامعة شرق الأوسط، 2010، ص106.

المعروضة أمامها، فلو افترضنا وجود دعوة شرعية منظورة بصدد تحديد نفقة الزوجة، وكانت هذه الأخيرة على علم بوجود حساب لزوجها في أحد المصارف، أو أنه موظف فيها، كان للمحكمة الشرعية أن تطلب من المصرف معلومات تبين قيمة حساب الزوج للتأكد من ملاءته عند تحديد مقدار النفقة أو معرفة قيمة دخله، إن كان موظفاً في ذلك المصرف لإثبات يساره<sup>2</sup>.

وبالتالي يزول الالتزام الملقى على عاتق المصرف بحفظ أسرار عملائه، ومن ثم يمكنه أن يعلن عن هوية صاحب الحساب المرّم، أو الخزنة الحديدية، وقيمة حساباته، أو موجوداته، إذا أقيمت دعوى تتعلق بمعاملة مصرفية، وذلك بناء على طلب المحكمة المختصة بنظر الدعوى، ولا يكفي أن يكون النزاع مجرد خلاف، بل لا بدّ من أن يصل هذا النزاع إلى ساحة القضاء، ويعرض على المحاكم، حتى يكون المصرف معفى من التزامه بالسّر المصرفي<sup>3</sup>.

والجدير بالذكر أن المشرّع السوري: لم ينصّ على كشف السّر المصرفي في معرض نزاع أمام هيئة التحكيم، شرط أن يقتصر الإفشاء على معلومات متعلّقة بالنزاع فقط<sup>4</sup>، وطالما أن جلسات هيئة التحكيم سرّية ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك<sup>5</sup>، وتجدر الإشارة إلى أنه في جرائم غسل الأموال وتمويل الإرهاب يتمّ الطلب من المصرف

<sup>2</sup> - نور أحمد المغربي، السرية المصرفية في التشريع السوري والتشريع المقارن، رسالة ماجستير، جامعة دمشق، 2016، ص194.

<sup>3</sup> - د. جمال الدين مكناس، السرية المصرفية في القانون السوري، مجلة دمشق للبحوث الاقتصادية والقانونية، المجلد 18، العدد الثاني، 2002، ص21.

<sup>4</sup> - د. جمال الدين مكناس، السرية المصرفية في القانون السوري، مجلة دمشق للبحوث الاقتصادية والقانونية، المجلد 18، العدد الثاني، 2002، مرجع سابق، ص21.

<sup>5</sup> - المادة (29) ف(3) من القانون رقم(4) لعام 2008 الخاص بالتحكيم.

بتقديم المعلومات عن طريق هيئة مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، وأن تقدّم المعلومات إلى القضاء على وجه السرعة<sup>6</sup>.

بقي أن نذكر: بأنه يمكن الاحتجاج بالسرّ المصرفي في مواجهة النيابة العامة، وقضاة التحقيق استناداً للرأي الصادر عن الجمعية العمومية للفتوى والتشريع في مجلس الدولة السوري رقم 251 بتاريخ 2017/12/18. بأنّ الحق في كشف السرّ المصرفي يقتصر فقط على قضاة الحكم في المحاكم المختصة دون سواهم، وذلك في معرض النظر بالدعوى المعروضة أمامهم<sup>7</sup>.

أمّا في الجزائر فقد أكدّ المشرّع الجزائري في المادة 116 من قانون النقد والقرض على جواز احتجاج المصرف بالسرّ المصرفي في مواجهة القضاء المدني، لأنّ اعتبارات المصلحة العامة المتعلقة بالتحقيق في القضايا الجزائية المرتبطة بإظهار الحقيقة، ليس لها أيّ وجود أمام القضاء المدني، أو توجد هنا مصلحة خاصّة بالعملاء،

<sup>6</sup> - المادة (5) فقرة (9) من المرسوم التشريعي رقم /30/ لعام 2010 الخاص بالسرية المصرفية السوري.

<sup>7</sup> - انظر كذلك تعليق المحامي العام بدمشق حول تعميم رئاسة مجلس الوزارة السوري بمنع قضاة النيابة من كشف السريّة المصرفية للعملاء، ويأتي هذا التعميم رداً على طلب من أحد قضاة النيابة في دمشق برفع السريّة المصرفية عن أحد العملاء، في إشارة إل أنه يمكن للمصرف أن يرفض الطلب المقدم من قاضي النيابة لكشف معلومات مصرفية لأحد العملاء، وأوضح المحامي العام أن هذا التعميم يتناسب مع ما جاء في المرسوم التشريعي رقم 30 لعام 2010 الخاص بالسريّة المصرفية الذي يحظر الاطلاع على معلومات مصرفية دون وجود جرم جزائي قام بارتكابه هذا العميل وأن قضاة النيابة ليسوا قضاة موضوع وبالتالي لا يحق لهم طلب معلومات من المصرف. انظر موقع [enabbaladi.net](http://enabbaladi.net) تاريخ الزيارة /12/ 2023.

وللمصرف أن يرفض الشهادة أمام المحاكم المدنية حول أمور عميله أثناء قيامه بمهامه<sup>8</sup>.

وكذلك في فرنسا، فقد أكدت محكمة النقض الفرنسية: بأنّ المصرف غير ملزم بتقديم المعلومات إلى المحاكم المدنية إذا طلبت منه ذلك، لأنّ كتمان السرّ هو حقّ للمصرف، وليس من حقّ القضاء المدني أن يكشف بيانات عملائه، وتأكيداً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية: بأنّ الحفاظ على سر المهنة يعتبر سبباً لعدم أهلية الشاهد لأداء الشهادة أمام القضاء، لهذا يمنع على المصرف البوح بالمعلومات السريّة للعميل أمام القضاء المدني والتجاري دون الحصول على موافقة العميل، وأن الموظف الذي يقدم معلومات للقضاء أثناء الشهادة سوف يعاقب؛ لأنه يؤدي بشهادته إلى تحقيق مصلحة خاصة لأحد أطراف النزاع<sup>9</sup>.

وهذا ما ذهبت إليه أيضاً محكمة استئناف كولمار في حكمها الصادر بتاريخ 2019/4/3 في دعوى تتلخص أحداثها: ( بأن السيدة XY والسيد ZY حدث بينهما نزاع حول دفع مقابل معاشات التقاعد لصندوق Reuni، حيث تدّعي السيدة XY: بأنّها قامت بدفع كلّ ما يترتّب عليها إلى السيد ZY من تاريخ 2011/4/1 إلى تاريخ 2015/3/2، فطلبت المحكمة من المصرف 'caisse d'pagned' Alsace معلومات عن حساب السيد ZY خلال تلك الفترة التي أدعتها السيدة XY، إلا أنّ المصرف

<sup>8</sup> - بوزيدي إلياس، السرية في المؤسسات المصرفية، اطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، 2018، ص325.

<sup>9</sup> - cass.com8-7-2003,n00-11-993 مشار إليه لدى: مريم الحاسي، التزام البنك بالمحافظة على السر المهني، رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، 2012، ص173.

المذكور رفض ذلك، بحجة السريّة المصرفيّة فرأت المحكمة المذكورة: بأنّ الأمر متروك للمصرف في تقديم هذه المعلومات من عدم تقديمها<sup>10</sup>.

مع العلم أنّ محكمة نيس الفرنسية رأت غير ذلك، وأتته على المصرف تقديم المعلومات للخبير من أجل القيام بمهمته، وكافة المستندات والأوراق التي تلزم للقيام بوظائفه، دون تحديد متى طلب القاضي المدنيّ من المصرف ذلك. وقد تعرض هذا الرأي للنقد؛ بحجّة أنّه لا يحقّ لأيّ شخص، ولا حتّى المحكمة المدنيّة في حال عدم وجود نصّ قانونيّ خاصّ، أن يعفي المصرف من التزامه بكتمان السّر المصرفيّ، وبأنّ المصرف ملزم بالسريّة المهنيّة التي تبرر الثقة المعتمدة كعنصر جوهري في المعاملات بين المصرف وعملائه، والسريّة التي تؤلف الضمانة لهذه الثقة لا توجد فقط لتلبية مصالح العملاء فقط، وإنما لتلبية المصالح الاقتصاديّة قاطبة<sup>11</sup>. وكذلك محكمة استئناف فرساي، فقد قرّرت بحكمها الصادر بتاريخ 2019/10/22 بأنه: (لا يمكن للكاتب بالعدل القيام بمهامه على الوجه الصحيح والمكّلف به في تحديد أصول التركة المتنازع عليها بين الطرفين إذا لم يزوده المصرف بالمعلومات اللازمة والضرورية لذلك، ودون التذرع بالسريّة المهنيّة، مع التزام الكاتب بالعدل بكتمان المعلومات التي وصلت إليه بحكم وظيفته)<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> – Cour d'apple de colmar-ch.civile 02sect. A-3 avril 2019- n 148/2019

تاريخ الزيارة 16-2-2023 Dalloz انظر موقع

<sup>11</sup> – trib.grandeinstance de Nice. 2 juillet 1981,Receuil

مشار إليه لدى: د. نعيم مغيب، السرية المصرفية، بدون D.Sommaire,p.124,note vasseur. دار النشر، 1996، ص197.

<sup>12</sup> – Cour d' appel de versailles- ch- 01sect,01-22 october 2019-n18/03396

Dalloz انظر موقع

اما المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، فقد قرّرت صراحةً في حكمها الصادر بتاريخ 2014/7/1 بأن المصرف ملزم بتقديم المعلومات إلى هيئة المحكمة إذا طلبت ذلك على سبيل الشهادة، كما في قضية الزوجين البرتغاليين اللذين حدث نزاع بينهما حول تصفية، وتقسيم الممتلكات الزوجية، حيث طلبت المحكمة المذكورة أعلاه من المصرف تقديم جميع المستندات، والمعلومات المتعلقة بحسابات الزوجين، ودون أن يكون له الحق في التذرع بالسرية المصرفية<sup>13</sup>.

أما المشرع المصري فقد أكد على تفضيل الالتزام بالسّر المصرفي باعتباره يتفق مع المصلحة الاقتصادية، وخاصة في الفترة التي يتجه فيها الاقتصاد المصري إلى التحرر من قيود القطاع العام والمركزية، والاتجاه إلى الأخذ بسياسة الخصخصة، والارتباط بالسوق العالمي<sup>14</sup>.

وبالتالي إذا طلب المصرف للشهادة أمام القضاء المدني، فإنه يستطيع أن يتمسك بالسرية ويفرض الإدلاء بشهادته، أو تقديم أي بيانات، أو معلومات، وهذه تطبق في حالة طلب خصم العميل من المحكمة أن تلزم المصرف بتقديم دفاتره، ومستنداته أمام القضاء المدني. أما في حالة نشوء نزاع بين المصرف والعميل، فإنّ المصرف في هذه الحالة يعفى من الالتزام بالسرية المصرفية؛ لأنه يدافع عن مصالحه، وإثبات حقوقه، سواء أكان المصرف مدعي أو مدعى عليه في الدعوى، ولكن يشترط على المصرف تقديم المعلومات، وهو مقيد بشرطين<sup>15</sup>:

انظر موقع Cour europeenne des droits de l' home 1 re section comite – 13

تاريخ الزيارة 20-2-2023 Dalloz

14 - د. عبد المولي على متولي، النظام القانوني للحسابات السرية، دار النهضة العربية، 2001، ص367 وما بعدها.

15 - د. عبد المولي على متولي، النظام القانوني للحسابات السرية، مرجع السابق، ص370 وما بعدها.

**الأول:** أن يقتصر تقديم المعلومات على موضوع النزاع فقط دون غيره، أي يكشف المصرف عن الحسابات المتعلقة بالنزاع فقط دون غيرها، أما إذا قَدّم معلومات عن حسابات أخرى لا علاقة لها بموضوع الدعوى، فإنّه بذلك يعدّ متخظياً حقّ الدفاع ومخالفاً لقانون سرية الحسابات، مما يترتب عليه مسؤوليّة جزائية ومدنيّة.

**الثاني:** أن يقتصر تقديم المعلومات عن العميل طرف النزاع فقط دون غيره من العملاء، فإذا كشف المصرف عن حسابات، أو معاملات عميل آخر لا علاقة له بالنزاع، عدّ ذلك خرقاً للسرية المصرفيّة، مما يترتب عليه قيام مسؤوليته المدنيّة والجزائية المنصوص عليها في القانون رقم (194) لعام 2020 الخاص بالبنك المركزي والجهاز المصرفي المصري<sup>16</sup>.

وكذلك الأمر في لبنان، فقد حظر المشرّع اللبناني المصارف من تقديم المعلومات أمام المحاكم القضائيّة، وأنّه من حقّ موظفي المصرف التذرع بالالتزام بالسريّة المصرفيّة تجاه القضاء المدنيّ، وعدم تقديم الشهادة، إلا بحالة واحدة فقط: هي دعاوى الكسب غير المشروع، فإنّه على المصارف مساعدة الجهات القضائيّة بتقديم كافة المعلومات المطلوبة منها بهذا الخصوص<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> - تنص المادة 231 من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي المصري: (يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة وبغرامة لا تقل عن مئتي ألف جنيه ولا تتجاوز خمسمئة ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كلّ من خالف أيّ من أحكام المادتين (140-142) من هذا القانون).

<sup>17</sup> - عبد الله عبد القادر الكيلاني، سرية الحساب المصرفي، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، 2013، ص174.

أمّا في سويسرا، فإنّه حدث انقسام بين قوانين المقاطعات، حيث ذهبت بعض المقاطعات في قوانينها إلى إلزام المصرف بتقديم المعلومات للقضاء إذا طلب للشهادة<sup>18</sup>، في حين ذهبت أغلب المقاطعات الأخرى في قوانينها إلى إعفاء المصرف من أداء الشهادة أمام القضاء، والتمسك بالسّر المصرفي في مواجهة القضاء المدني<sup>19</sup>.

وأنا نؤيد الرأي القائل: بأنّ المصرف يمكنه الاحتجاج بالسّر المصرفي أمام المحاكم المدنية عند استدعائه لأداء الشهادة، لأنّ مصلحة العميل أجدر بالرعاية من مصلحة الطرف الأخر، ويعود تقرير ذلك للمحكمة الناظرة في الدعوى، فإذا رأت أنّ التمسك بهذا السّر له ما يبرره، ويؤيده، وأنّ إفشاءه قد يلحق ضرراً بالعميل، تستطيع أن تعفي المصرف من أداء الشهادة، وتقديم المعلومات<sup>20</sup>. حيث يجب على المحكمة أن تأخذ بالاعتبار التوازن بين مصلحة الوصول إلى المعلومات، ومصلحة الحفاظ على سرية المعلومات، على أساس تحقيق هدف حقيقي من جراء تقديم المعلومات دون أيّ ظلم للعميل<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> - د. رزق الله أنطاكي، د. نهاد السباعي، موسوعة الحقوق التجارية، مطبعة الجامعة السورية، ط2، 1958، ص200. ومن هذه المقاطعات نذكر (بال - برن - آنتيسان)

<sup>19</sup> - د. نعيم مغيب، السرية المصرفية، مرجع سابق، ص197. ومن هذه المقاطعات نذكر (Argovic, Valais).

<sup>20</sup> - مريم الحاسي، التزام البنك بالمحافظة على السر المهني، مرجع سابق، ص174.

<sup>21</sup> - Ameera Al-qayem, the banker customer confidential Relationship, AT Brunel University, 2014.p110.

بقي أن نشير إلى أن المصرف ملزمٌ بتقديم المعلومات أمام القضاء المدني، متى طلب منه ذلك العميل صراحةً أو أحد ورثته، وهذا ما أكدته كل التشريعات، فالعميل هو سيّد سرّه، ويستطيع أن يفشيه بإرادته، أو أن يصرح للغير بإفشائه<sup>22</sup>.

وخلاصة القول: تقرّر أغلب التشريعات (عدا التشريع السوري): حقّ المصرف في الامتناع عند تقديم المعلومات، أثناء نشوء نزاع أمام المحاكم المدنية، ولم يكن المصرف، أو العميل طرفاً فيه، كون أن النزاع القائم أمام القضاء المدني، هو نزاع بين مصلحتين خاصتين، فتكون مصلحة العميل هي الأولى بالرعاية من هاتين المصلحتين، بالإضافة إلى أنّ تمسك المصرف بالسّر المصرفي يصبّ في مصلحته، حيث يجذب له الكثير من العملاء، ويعزز الثقة بينه وبين عملائه، ويطمئن العميل إلى أن المصرف لن يفشي أسرارَه أمام القضاء المدني، إلا بعد الحصول على موافقته.

22 - المادة (5) فقرة (أ) من المرسوم التشريعي رقم /30/ لعام 2010 الخاص بالسرية المصرفية السوري.

## الفرع الثاني

### الشهادة أمام القضاء الجزائي

إذا كان امتناع المصرف عن تقديم المعلومات أمام القضاء المدني بسبب أنّ النزاع متعلق بمصلحتين كلّ منهما خاصة، من ثمّ فإنّه من باب أولى أن تكون مصلحة عميل المصرف هي الأولى بالرعاية من مصلحة أي طرف آخر في النزاع، فإنّ هذا المبرر يفقد قيمته، إذا ما تعلق الأمر بالنزاع المقام أمام المحاكم الجزائية، حيث أن اكتشاف الجرائم، أو منع وقوعها تُعدّ من الوسائل المتعلّقة بالنظام العام، ومن ثمّ فإنّ المصلحة العامّة تفوق في أهميتها مصلحة العميل الخاصّة، المتمثلة بوجوب الحفاظ على أسرارها، أي لا بدّ من تغليب المصلحة العامّة على المصلحة الخاصّة<sup>23</sup>. ولذلك ينبغي على كلّ شاهد تطلبه المحاكم الجزائية للشهادة أن يدلي بشهادته، ويقدم كافة المعلومات التي يطلع عليها، والتي يراها ضرورية للكشف عن الحقيقة<sup>24</sup>.

لذلك نصّ المشرع السوري صراحة: على منح المحاكم القضائية الحقّ في طلب المعلومات من المصارف، ولا سيما المعلومات المتعلّقة بجريمة غسل الأموال، والجرائم التي تنتج أموالاً غير مشروعة، والتي تكون محلاً لجريمة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، بشرط أن يكون طلب المعلومات من هيئة مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، وأن تقدّم هذه الهيئة المذكورة المعلومات للقضاء الجزائي على وجه السّرعة<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> - وليد ناصر شاكر، نظام السرية المصرفية، جامعة بيروت العربية، رسالة ماجستير، 2012، ص70.

<sup>24</sup> - أفيني مريم، نجاري نورة، مدى التزام المصرفي بالسريّة المهنيّة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي مهند أو الحاج . البويرة، 2017، ص32.

<sup>25</sup> - المادة (5) فقرة (9) من المرسوم التشريعي رقم /30/ لعام 2010 الخاص بالسريّة المصرفيّة السوريّ.

كما قد أجاز قانون أصول المحاكمات الجزائية السوريّ لرئيس محكمة الجنايات أن يستدعي ممثل المصرف لسؤاله كشاهد عن الوقائع التي يعاقب عليها عميله، أو يطلب منه كافة الأوراق، والمستندات والوثائق التي يراها ضرورية لظهور الحقيقة، ولا يجوز لممثل المصرف الامتناع عن الشهادة، أو تقديم المعلومات المطلوبة بحجة السرية المصرفية<sup>26</sup>.

أمّا المشرّع المصري فقد نصّ في المادة (141) من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي رقم (194) لعام 2020 على أنه: (للنائب العام أو لمن يفوضه من المحامين العامين الأول على الأقل من تلقاء نفسه أو بناء على طلب جهة رسمية، أو أحد من ذوي الشأن، أن يطلب من محكمة استئناف القاهرة الأمر بالاطّلاع أو الحصول على أية بيانات، أو معلومات تتعلق بالحسابات أو الودائع، أو الأمانات، أو الخزائن المنصوص عليها في المادة السابقة، أو المعاملات المتعلقة بها إذا اقتضى ذلك كشف الحقيقة في جنائية، أو جنحة قامت الدلائل الجدية على وقوعها).

وبهذا النص نجد أنه يشترط لقيام المصرف بتقديم المعلومات أمام القضاء الجزائي شرطين<sup>27</sup>:

1 - أن تكون الجريمة، التي يطلب معلومات من أجلها جنائية أو جنحة، ومن ثم لا يجوز طلب معلومات إذا كانت الدعوى تتعلق بإحدى المخالفات، والعلة في ذلك واضحة حيث تكون الجنائية، أو الجنحة على درجة من الجسامّة تستدعي من أجلها كشف السرّ المصرفي بخلاف المخالفات التي تعتبر أقل أهمية. ولا فرق في ذلك إذا كان العميل

<sup>26</sup> - المادة (266) من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوريّ رقم (112) لعام (1950).

<sup>27</sup> - د. عبد الرحمن السيد قرمان، نطاق الالتزام بالسرّ المصرفي، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، 1999، ص81.

طرفاً في الدعوى، أو لم يكن، ولم يشترط المشرع المصري صفة معينة في المحلّ الذي وقعت عليه الجريمة، فيستوي أن تكون هذه الجريمة من الجرائم التي تقع على الأشخاص، أو أموالهم، أو تقع على المال العام، أو من الجرائم التي تقع على أمن الدولة.

2 - أن تكون هناك دلائل جديّة على وقوعها، حيث يشترط لطلب الاطلاع على حسابات العملاء وفقاً لهذه الحالة أن تقوم دلائل جديّة على وقوع الجناية، أو الجنحة، فلا يكفي مجرد الاشتباه، أو الاتهام الذي ينقصه الدليل، أو أن تكون الجريمة لم تقع بعد، وإنما يجب أن تكون هناك دلائل جديّة على وقوع جنائية أو جنحة من شخص أو أشخاص معينين، ولكنها لا تكفي لكشف الحقيقة، وإنما يلزم صدور هذا الأمر بالاطلاع، أو الحصول على البيانات، أو المعلومات التي توجد لدى المصرف؛ لكي تكتمل الأدلة لكشف الحقيقة بشأن هذه الجناية، أو الجنحة.

كما أكدت المادة السابقة (141) من القانون المصري ذاته: على أنه يكون للنائب العام، أو من يفوضه من المحامين العامين الأوّل على الأقل أن يأمر مباشرةً بالاطلاع، أو الحصول على أيّة بيانات، أو معلومات تتعلق بالجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة غسل الأموال الصادر بالقانون رقم 80 لسنة 2002<sup>28</sup>.

ولعل سبب هذا الاستثناء المقرر بهذه المادة: هو إطلاق يد النيابة العامّة، ومساعدتها بالحصول على البيانات والمعلومات المتعلّقة بجرائم الإرهاب، وجرائم غسل الأموال بالسرّعة اللازمة، بإجراء التحقيق في مثل هذه الجرائم، من دون اللجوء إلى

<sup>28</sup> - انظر نص المادة (141) من القانون رقم 194 لعام (2020) الخاص بالبنك المركزي والجهاز المصرفي المصري.

محكمة استئناف القاهرة، لما لهذا النوع من الجرائم خطورة على الأمن العام، ومصالح الدولة الاقتصادية<sup>29</sup>.

أمّا المشرّع اللبناني فقد نصّ صراحةً في المادة الثانية من قانون سرية المصارف الصادر في 1956/9/3 على منع المصارف من تقديم المعلومات لأيّ سلطة عامة إدارية أو عسكرية أو قضائية إلا إذا أذن لهم بذلك خطأً صاحب الشأن، أو ورثته، أو الموصّى لهم، أو نشأت دعوى تتعلق بمعاملة مصرفية بين المصرف وعملائه.

إلا أن المادة السابعة من القانون ذاته، منعت المصارف من التذرع بالسّر المصرفي بشأن الطلبات التي توجهها السلطات القضائية في دعوى الإثراء غير المشروع<sup>30</sup>.

أمّا عن موقف المشرّع الجزائري، فلم يكن مختلفاً عن غيره في مسألة تقديم المصرف للمعلومات إلى القضاء الجزائري، ترجيحاً منه للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة للعميل، ومن أجل مكافحة الجريمة، لذلك يجب على المصرف أن يدلي بشهادته، وأن يصرح بكافة المعلومات التي تراها المحاكم الجزائرية ضرورية للكشف عن الحقيقة، ودون التذرع بأحكام السريّة المصرفية<sup>31</sup>.

وتأكيداً على ذلك، فقد أكد المشرّع الجزائري على ضرورة حضور المصرف للشهادة إذا ما طلب منه ذلك، تحت تعرضه للغرامة التي تتراوح من 200 - 2000

<sup>29</sup> - د. سمحة القلوبوي، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، ج2، ط 5، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 968.

<sup>30</sup> - نصّت المادة (7) من القانون 1956 الخاص بالسريّة المصرفية اللبناني على أنه: (لا يمكن للمصارف أن تتذرع بسر المهنة بشأن الطلبات التي توجهها السلطات القضائية في دعاوي الإثراء غير المشروع).

<sup>31</sup> - الحاسي مريم، التزام البنك بالمحافظة على السر المهني، مرجع سابق، ص178.

دينار جزائري، مع جواز إحضاره بالقوة من قبل قاضي التحقيق بناءً على طلب النائب العام، ما لم يكن عدم حضوره يرجع لأسباب مشروعة، ومبررة من قبل المصرف<sup>32</sup>.

وبصفة عامة لا يستطيع المصرف الاحتجاج بالسريّة المصرفيّة أمام النيابة العامّة، وضباط الشرطة القضائية بناءً على المادة (36) من قانون الإجراءات الجزائية، وكذلك أمام جهة التحقيق عملاً بنصّ المادة (68) من القانون ذاته، عندما يقوم قاضي التحقيق بجميع إجراءات التحقيق التي يراها ضرورة للكشف عن الجريمة<sup>33</sup>.  
وفي فرنسا فقد ميّز الفقه بين نوعين من الأسرار<sup>34</sup>:

**الأوّل:** أسرار تتضمن مصالح شخصيّة بحتة سواء كانت أدبية، أو دينيّة، أو اجتماعية، فتعدّ هذه الأسرار متعلّقة بالنظام العام، ويتعيّن على الأمناء عليها (الأطباء والمحامين ورجال الدين) الامتناع عن إفشائها سواء أمام القضاء المدنيّ أو الجزائيّ، حتّى ولو حصل على إذن من صاحب الشأن نفسه بإفشائها.

**الثانيّة:** أسرار تتضمن مصالح ماليّة كالسّر المصرفيّ، فإنّه يمكن للأمين عليها (المصرف) إفشاءها، إذا ما طلب منه ذلك أمام القضاء الجزائيّ، لأنّ إظهار الحقيقة أمام هذا القضاء، أجدر بالرعاية من مصلحة العميل في كتمان أسراره، فأمام المصلحة العليا للعدالة يجب أن تتوارى المصلحة الخاصّة.

وقد أكّد المشرّع الفرنسي على ضرورة تقديم المصرف للمعلومات أمام القضاء الجزائيّ، والإجابة عن جميع الأسئلة المطروحة عليه من قبل القضاء المذكور، دون

---

<sup>32</sup> - وهيبة قاضي، التزام البنوك والمؤسسات المالية بالسّر المهني في القانون الجزائري، جامعة مولود معمري، رسالة ماجستير، 2014، ص41.

<sup>33</sup> - أفيني مريم، نجاري نورة، مدى التزام المصرف بالسرية المهنية، مرجع سابق، ص32.

<sup>34</sup> - أشار لهذه الآراء بوزيدي الياس، السرية في المؤسسات المصرفية، مرجع سابق، ص319

الاحتجاج بأحكام السريّة المصرفيّة، أما قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي فقد أكد: على إلزامية حضور الشخص المستدعي لأداء الشهادة، وتقديم كافة المعلومات، والبيانات، والوثائق الضرورية، واللازمة لكشف الحقيقة، ولا يجوز للمصرف أن يقوم بتبليغ العميل المطلوب الاستعلام عنه تحت تعرضه للمسائلة القانونية، وتأكيداً لذلك فقد قضى القضاء الفرنسي بإدانة المستشار الماليّ للمصرف بجريمة إفشاء السّر المصرفي؛ لأنه قام بإخطار العميل المستعلم عنه من قبل القضاء، بالإجراءات التي يقوم بها القضاء ضده<sup>35</sup>.

وكذلك حكم الغرفة الجزائية لمحكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 11/6/2013 التي قرّرت: (أنّ المحققين الذين طلبوا معلومات من مصرف موريشيوس عن التجار المحددين، وعن المعلومات المعينة لم يتصرفوا إلا في إطار الصلاحيات الممنوحة لهم بموجب المادة (77) الفقرة الأولى من قانون الإجراءات الجزائية، التي تسمح صراحةً في هذه الحالة للمصرف بتقديم المعلومات دون أن يترتب عليه أيّ مسؤوليّة بإخلاله بالتزامه بكتمان السّر المهني<sup>36</sup>).

وما ذهب إليه المشرّع الفرنسي يتفق مع الاتجاه السائد في أغلب التشريعات المقارنة من حيث تفضيل مصلحة العدالة ومعاونة السلطات القضائية في إظهار الحقيقة، على مصلحة المصرف، والعميل بالكتمان. ففي سويسرا تلتزم المصارف بأداء الشهادة أمام المحاكم الجزائية، وتقديم المعلومات عن العميل المطلوب الاستعلام عنه، دون التذرع بأحكام السريّة المصرفيّة، إلا أنّ المشرّع السويسري على خلاف المشرّع

<sup>35</sup> - 367-80-00 cass.crim30-1-2001,n مشار إليه لدى مريم الحاسي، التزام البنك بالمحافظة على السر المهني، مرجع سابق، ص180.

<sup>36</sup> - 130-87-12 cour de cassation, chambre criminelle, 6 novembre 2013 تاريخ الزيارة 2023-2-26 <https://www.doctrine.fr> انظر موقع

الفرنسي، قد أجاز للمصارف بإخطار العميل المستعلم عنه من قبل السلطات القضائية، وذلك ليتمكن من المحافظة على حقوقه<sup>37</sup>.

## المطلب الثاني

### تقديم معلومات أثناء وجود نزاع قضائي

يمكن للمصرف التحلّل من التزامه بالمحافظة على السرّ المصرفي وإمكانية كشفه، إذا حصل نزاع قضائي بينه وبين عميله، أو الغير، وذلك بهدف تحصيل حقه. كما قد يحصل نزاع بين العميل والغير، فيصدر القضاء أمراً بالحجز على أموال العميل بما فيها حساباته في المصرف، ومن شأن توقيع هذا الإجراء أن يلتزم المصرف بتقديم المعلومات، والوثائق التي يطلبها القضاء من أجل إتمام إجراءات الحجز.

وعليه سوف نتناول ذلك في فرعين على النحو التالي:

### الفرع الأول: المصرف طرفاً في النزاع.

### الفرع الثاني: حجز مال العميل لدى المصرف.

<sup>37</sup> د. عبد المولي علي المتولي، النظام القانوني للحسابات السرية، مرجع سابق، ص 360. وكذلك المشرّع الألماني، قد ألزم المصرف بتقديم المعلومات، وأداء الشهادة أمام القضاء الجزائي، فالمادة (52) من قانون الإجراءات الجزائية، والتي تتعلق بحق بعض الأشخاص رفض الشهادة، لم تذكر المصارف ضمن الذين يحق لهم رفض الشهادة أمام القضاء الجزائي، ولكن ثار خلاف في الفقه الألماني حول ما إذا كان المصرف ملزماً بإخطار العميل بالطلب الوارد إليه من السلطات القضائية، والذي يستدعي فيه الشهادة، حيث ذهب البعض إلى ضرورة قيام المصرف بإخطار العميل، في حين ذهب البعض الآخر من الفقه إلى أنه ليس هناك ما يدعو إلى إخطار العميل؛ لأنّ المصرف لا يحقّ له رفض الشهادة أمام المحاكم الجزائية.

## الفرع الأول

## المصرف طرفاً في النزاع

قد تقتضي مصلحة المصرف أحياناً التخلي عن التزامه بالسريّة المصرفيّة، وذلك عند وجود نزاع بين المصرف والعميل، أو بين المصرف والغير<sup>38</sup>، وسواءً كان المصرف مدّعياً، أو مدعى عليه، فإنّ للمصرف وهو بصدد إثبات حقه، أو دفع مطالبته أن يقدمّ المستندات، ويكشف المعلومات، باعتبار أنّ ذلك إنّما يشكل الأدلة التي تدعم مركزه، دون أن يأخذ في الاعتبار مصلحة عميله التي تتمثل في كتمان أسرار تعاملاته، ودون أن يعتبر ذلك من قبيل إفشاء السّر غير المشروع، حيث أنّ ذلك يعدّ من أسباب الإباحة في إفشاء السّر<sup>39</sup>. وهذا ما أكّده الغرفة التجاريّة لمحكمة النقض الفرنسية بقرارها الصادر بتاريخ 2015/2/10 حيث قررت: (بأنّ تقديم موظف المصرف الرسائل الهاتفية المتبادلة بينه وبين العميل، والتي ليست رسائل شخصية، إلى هيئة المحكمة لا يشكل خرقاً للسريّة المصرفيّة، لمجرد أن المؤسسة الماليّة طرفاً في دعوى قضائية وخصمها غير مستفيد من السّر المصرفي الذي لم ينكره العميل نفسه)<sup>40</sup>.

فمن المستقر عليه في الفقه والقضاء: أنّ حقّ الدفاع من الحقوق الأساسية المقررة للمتهم التي لا يغطيها الالتزام بالمحافظة على السّر، وبالتالي يجوز للمصرف التحلّ من الالتزام بحفظ السّر بناءً على طلب الجهة القضائية النازرة في النزاع، بتقديم أدلته ودفعه. أما إذا كان هناك مجرد خلاف بين المصرف والعميل فإنّ ذلك لا يكفي

<sup>38</sup> - عبد السلام إمام، النظام القانوني للسريّة المصرفيّة (رؤية على القانون الليبي)، مجلة جيل الأبحاث القانونيّة المعمّقة، العدد 29، 2018، ص 13.

<sup>39</sup> - د. عبد المولي علي المتولي، النظام القانوني للحسابات السرية، مرجع سابق، ص 364.

<sup>40</sup> - cour de cassation, chambre commerciale, 10 fevrier 2015, 13, 14. 779, publie au bulletin. تاريخ 26-2-2023 <https://www.doctrine.fr> للمزيد انظر الموقع

لخرق السرّ المصرفي، إذ يتوجب من أجل التحلّل من الالتزام بالسريّة المصرفيّة وصول النزاع إلى ساحة القضاء<sup>41</sup>. وهذا ما أكّده محكمة استئناف روان في حكمها الصادر بتاريخ 2020/6/2 في دعوى تتلخص وقائعها: ( أن السيدة IF، والسيد BF قاما بفتح حساب جاري مشترك في مصرف Caisse d'Epagne et de prevoyance Normandie وقد لاحظ المصرف المذكور أداءً غير طبيعي للحساب مع العديد من المعاملات غير المعتادة، فشرع مباشرة إلى الإغلاق الفوري لجميع الحسابات الجارية، وأعطى إشعاراً رسمياً للسيد BF والسيدة IF بدفع الرصيد المدين لحسابهما الجاري بتاريخ 20 آذار 2017، وفي 24 تشرين الثاني لعام 2017 عرض النزاع أمام محكمة LAVRE التي قضت بإلزام كلّ من السيد BF والسيدة IF دفع مبلغ 15224 يورو للرصيد المدين للحساب المفتوح لدى المصرف المذكور بالإضافة إلى الفائدة بالسعر القانوني اعتباراً من تاريخ 20 آذار 2017. لكن السيدة IF طعنت بالحكم أمام محكمة استئناف روان وادعت بأن المصرف قد خرق أحكام السريّة المصرفيّة المنصوص عليها في المادة 33-33-511 من القانون النقدي والمالي، موضحة بأن المصرف قد أرفق بأوراق الدعوى المرفوعة أمام محكمة LAVRE كشوف الحسابات المصرفيّة، وجميع المراسلات بينهما بشأن إنهاء الحساب الجاري، أي أنّه كشف عن معاملاتهم المصرفيّة التي ينبغي أن تكون مكتومة حسب المادة المذكورة. رفضت محكمة استئناف روان الطلب وقررت: بأنّه لا يوجد خرق للسريّة المصرفيّة في هذه الحالة؛ لأنّ المصرف في حالة الدفاع عن مصالحه)<sup>42</sup>.

41 - أ. سمير فرنان بالي، السريّة المصرفيّة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002، ص36.

42 - تاريخ الزيارة 2-3-2023 Cour d' appel de Rouen- ch- civile et commercial- 2

Dalloz juin 2020- n 18/ 02241

كما أن التأكيد على حق المصرف في الدفاع عن نفسه، وعن حقوقه في مواجهة العميل أمر منطقي، فالغاية من المحافظة على السرّ المصرفي، تتنفي في هذه الحالة، فالمعلومات المصرفية معلومة لطرفي النزاع، ومن ثمّ لا يوجد ما يعتبره أحد الطرفين سراً على الطرف الآخر، بالإضافة إلى أنّه عندما يقوم المصرف بالدفاع عن حقوقه تجاه العميل، فإنّ ما يكشفه من بيانات يحميها السرّ المصرفي تظل محفوظة أيضاً، لأن كلّ من يعلم بها، أو يطلع عليها بحكم مهنته، أو وظيفته، أو عمله يلتزم هو الآخر بكتمان السرّ ويحظر عليه إفشاؤها إلى الغير<sup>43</sup>.

وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 7 / 4 / 2018 حيث قرّرت بأنّ: (السرّيّة المصرفية تنطبق عندما يكون هناك طرف ثالث غير المصرف والعميل، ولا تنطبق في العلاقة بين المصرف وعميله المستفيد من السرّيّة، ونتيجة لذلك لا يمنع هذا المصرفي عندما يكون طرفاً في محاكمة خصمه العميل من إصدار بيانات، وكشف معلومات عن حساب هذا الأخير، وأنّ الحقّ في الحصول على أدلة يمكن أن يبهر خرق السرّيّة المصرفية، شريطة أن يكون هذا الخرق متناسباً مع المصالح المتضاربة المعنيّة)<sup>44</sup>.

وتطبيقاً لذلك فإذا ادّعى العميل أمام القضاء أنّ المصرف قد اختلس بعض أمواله المودعة لديه، أو أنّه ارتكب أخطاء في كيفية حساب الفائدة، أو في أيّة معاملات بينهما، فإنّ المصرف لا يرتكب جريمة إفشاء السرّ المصرفي، إذا قدّم الوثائق المتضمنة لبيانات خاصة بحساب العميل إلى القضاء وللدفاع عن نفسه، ويقال نفس الشيء، إذا امتنع العميل عن سداد قرض حصل عليه المصرف، وأقام هذا الأخير دعوى قضائية

<sup>43</sup> - بوزيدي إلياس، السرية في المؤسسات المصرفية، مرجع سابق، ص 337.

<sup>44</sup> - cour de cassation, chamber commercial 4 juillet 2018, 17-10.158, inedit

تاريخ الزيارة 2-3-2023 <https://www.doctrine.fr> انظر موقع

للمطالبة بالسداد، فله في سبيل إثبات حقه أن يقدم للقضاء كافة البيانات الضرورية، حتى لو كانت من البيانات المشمولة بالسرية المصرفية<sup>45</sup>.

وسواء قدم المصرف المعلومات المتعلقة بالدعوى من تلقاء نفسه، أو طلب العميل منه ذلك، فإنه في الحالة الأولى يكون في حالة الإباحة للدفاع عن مصالحه، وفي الحالة الثانية يكون تقديم المعلومات، أو المستندات بناءً على طلب العميل، والذي يعدّ هنا بمثابة الإذن الصادر من العميل، والذي يبيح إفشاء السرّ، وتلك هي الحالة التي تتفق عليها جميع القوانين، إذ أنّ العميل هو صاحب السرّ، وأنه مقرر لمصلحته، وله بهذه الصفة أن يأذن، أو يطلب من المصرف كشف ذلك السرّ سواء بنفسه، أو بوكيل مفوض في ذلك<sup>46</sup>.

وقد نص المشرع المصري صراحة على وجوب رفع السرّ المصرفي في حالة وجود نزاع بين المصرف والعميل، فقد نصّت المادة (143) من القانون رقم (194) لعام 2020، الخاص بالمصرف المركزي والجهاز المصرفي على أنه: (لا تخلّ أحكام المادتين (140-142) من هذا القانون بما يلي .... حق البنك أو شركة التمويل العقاري أو شركة التأجير التمويلي في الكشف عن كلّ أو بعض البيانات الخاصة بمعاملات العميل اللازمة لإثبات حق البنك، أو الشركة في نزاع قضائي نشأ مع العميل بشأن هذه المعاملات). غير أن هذا الاستثناء مقيد بعدة شروط:

**القيّد الأول:** أن يقتصر تقديم المعلومات على الحسابات، أو البيانات المثار بشأنها النزاع، فإذا أفشى المصرف سرية حسابات أخرى للعميل لم يكن النزاع مثار بشأنها، كان

45 - د. محمود كبيش، الحماية الجنائية لسرية الحسابات البنكية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص52.

46 - د. عبد المولي على متولي، النظام القانوني للحسابات السرية، مرجع سابق، ص365.

في هذه الحالة مخالفاً لقانون السرية المصرفية، مما يترتب عليه المسؤولية الجزائية والمدنية<sup>47</sup>.

**القيد الثاني:** أن يكون النزاع قضائياً، ومن ثم لا يجوز للمصرف إفشاء أي معلومة، أو بيانات من التي يحميها السر المصرفي، إذا لم يكن النزاع القائم نزاعاً قضائياً، كالشكاوي الإدارية، وبذلك يضمن المشرع ألا يستخدم المصرف مجرد الشكوى، كوسيلة لإفشاء سرية البيانات، والمعلومات التي أراد لها أن تظل سرية، حماية لمصلحة العميل، ولا شك أن ضمانات الحفاظ على مصلحة العميل في حالة تقديم البيانات، أو المعلومات أمام الجهات التي تنتظر المنازعات القضائية هي ضمانات حقيقة، وأكثر فاعلية مما هو موجود أمام غيرها من الجهات<sup>48</sup>.

**القيد الثالث:** أن يقتصر تقديم المعلومات على العميل المثار معه النزاع فقط، دون التطرق إلى المعلومات المتعلقة بحسابات، أو معاملات عملاء آخرين، فإذا كشف المصرف عن حسابات، أو معاملات عميل آخر ليس طرفاً في النزاع، كان مرتكباً لجريمة إفشاء سرية الحسابات، بالإضافة إلى قيام مسؤوليته المدنية عن ذلك<sup>49</sup>.

**القيد الرابع:** أن تكون المعلومات المقدمة من قبل المصرف ضرورية للدفاع عن مصالحه، وتساعد القضاء في الوصول إلى الحقيقة<sup>50</sup>، فلا يجوز للمصرف أن يتخذ من وجود النزاع القضائي ذريعة للتشهير بالعميل أو لكشف كلّ خفايا أعماله التي فرض المشرع الالتزام بالسر المصرفي حماية لها، ولجعلها بعيدة عن مرأى ومسمع الغير، وبالتالي إذا حدث، وكشف المصرف معلومات لم تكن لازمة لممارسة حقّ الدفاع، وإثبات

47 - د. عبد المولي على متولي، النظام القانوني للحسابات السرية، مرجع السابق، ص 371.

48 - د. عبد الرحمن قرمان، نطاق الالتزام بالسر المصرفي، مرجع سابق، ص 76.

49 - د عبد المولي علي متولي، النظام القانوني للحسابات السرية، مرجع سابق، ص 371.

50 - مريم الحاسي، التزام البنك بالمحافظة على السر المهني، مرجع سابق، ص 171.

حقه في مواجهة العميل، فإنه يعتبر متجاوزاً لحدود السريّة المصرفية، وبالتالي قيام مسؤوليته الجزائية والمدنية، والقول بأن المعلومات ضرورية للنزاع من عدمها، يعود لتقدير محكمة الموضوع<sup>51</sup>.

ويذهب رأي إلى: أنه لا فرق بين ما إذا كان الخصم في الدعوى عميلاً لدى المصرف، أم كان من الغير، لأن المصرف، وهو بصدد إثبات حقه، أو دفع مطالب خصمه من حقه أن يقدم جميع المستندات، والمعلومات التي تدعم مركزه، دون أن يأخذ بعين الاعتبار مصلحة عميله في كتمان أسرار معاملاته، ولا يعدّ ذلك من قبيل خرق السريّة المصرفية، بل من حالات إباحة إفشاء السرّ المصرفي<sup>52</sup>.

في حين ذهب رأي<sup>53</sup> آخر إلى القول: بأنّ المصرف لا يسمح له بتقديم معلومات محمية بالسرّ المصرفي إلى المحكمة، في حال كان النزاع المعروف على القضاء بين المصرف والغير، إذ أن هذه الدعاوي يجب ألاّ تشكل وسيلة ملتوية لإفشاء المعلومات السريّة في المصارف، فحقّ المصرف في تقديم المعلومات يقتصر على المعلومات المتعلقة بالعميل الذي نشأ النزاع معه، دون أن يتطرق المصرف في دفاعه إلى معلومات تخص عملاء آخرين، فإذا قام المصرف بإفشاء المعلومات السريّة عن حسابات عميل ليس طرف بالنزاع، فإنه يتعرض للمسؤولية المدنية والجزائية.

وفي التشريع اللبناني، فقد أكّدت المادتين (2، 3) من قانون السريّة المصرفية لعام 1956 على أنه يمكن للمصرف أن يقدم معلومات عن أسرار عملائه، في حالة

51 - د. عبد الرحمن قرمان، نطاق الالتزام بالسرّ المصرفي، مرجع سابق، ص76.

52 - وهيبه قاضي، التزام البنوك والمؤسسات المالية بالسرّ المصرفي في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص60.

53 - مريم مهار، التزام البنك بالمحافظة على سرية الحسابات، جامعة الجزائر، رسالة ماجستير، 2011، ص105.

نشوء دعوى تتعلق بمعاملة مصرفية بينه وبين العميل، حيث جاء في القرار الصادر عن محكمة التمييز اللبنانية أنه: (يجوز للمصرف عند وجود نزاع قضائي بينه وبين عميله، أن يقدم كافة المعلومات التي تثبت صحة موقفه، وذلك استناداً للمادة الثانية من قانون السرية المصرفية)<sup>54</sup>.

وقد أخذ أحد الفقهاء في لبنان بالتفسير الحرفي لعبارة الدعوى الواردة في المادتين (2 و 3) من قانون السرية المذكور، واعتبر أنه لا يحق للمصرف كشف أسرار عملائه، إلا في حالة نشوء نزاع أمام المحكمة فقط. أما مجرد وجود خلاف بين المصرف وعملائه، فإنه لا يحق لموظفي المصرف أن يفشوا سر حساب عملائهم. ولا حتى إذا عرض النزاع أمام هيئة التحكيم<sup>55</sup>.

في حين ذهب رأي آخر إلى الأخذ بالمفهوم الواسع للدعوى وقال: (أنه يحق للمصرف أن يقدم المعلومات، حتى لو عرض النزاع على هيئة التحكيم، ولا يعد المصرف في هذه الحالة مخالفاً بالتزامه في كتمان الأسرار المصرفية<sup>56</sup>).

وفي فرنسا، فقد أكد القضاء على: أنه للمصرف الحق في تقديم كافة المعلومات، والبيانات التي تدعم مركزه، وتثبت صحة دفعه، إذا وجد نزاع قضائي بينه وبين العميل، دون أن يكون متعدياً في التزامه بالكتمان بالسرية المصرفية<sup>57</sup>. وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية بقرارها الصادر في 29 تشرين الثاني لعام 2017 بأنه:

<sup>54</sup> - قرار محكمة التمييز اللبنانية رقم 101 بتاريخ 2006/3/23 مشار إليه لدى: وليد شاكر ناصر، نظام السرية المصرفية، مرجع سابق، ص 67.

<sup>55</sup> - د. روكس رزق، السر المصرفي، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، بدون تاريخ، ص 53.

<sup>56</sup> - د. روكس رزق، السر المصرفي، المؤسسة الحديثة للكتاب، مرجع السابق، ص 53.

<sup>57</sup> - cass.soc,2 novembre 2005,3-47.446,inedit. مشار إليه لدى بوزيدي إلياس، السرية في المؤسسات المصرفية، مرجع سابق، ص 338.

(لا تشكل السريّة المصرفيّة المنصوص عليها في المادة 33-511L من القانون النقدي الماليّ عائقاً مشروعاً بالمعنى المقصود في المادة (145) من قانون الإجراءات المدنيّة، عندما يكون المصرف طرفاً في الدعوى المرفوعة ضده بهدف السعي وراء مسؤوليته المحتملة في تنفيذ الصفقة المتنازع عليها)<sup>58</sup>.

وكذلك الوضع في سويسرا، على الرغم من أن المادة (47) من قانون المصارف وبنوك الادخار لم تشر صراحة إلى وجود استثناء يسمح للمصرف بالإفصاح عن معلومات في حالة نشوء نزاع قضائي بينه وبين عملائه، ولكن في سبيل دفاع المصرف عن موقفه، فإنّه يستطيع التخلي عن التزامه بحفظ السّر المصرفي، على ألاّ يتعدّى الأمر الدفاع عن حقّه، وفي إطار حسن النية، وذلك استناداً إلى المادة الثانيّة من القانون المدنيّ السويسري<sup>59</sup>.

أمّا في سورية، لم ينص المشرّع صراحة في المرسوم التشريعي رقم /30/ لعام 2010 الخاص بالسريّة المصرفيّة على حالة إعطاء المصرف الإذن في تقديم المعلومات، إذا أقيمت دعوى تتعلق بمعاملة مصرفية بينه وبين عملائه، بالرغم من أنّه نصّ على ذلك صراحة في المرسوم السابق لهذا المرسوم رقم 34 لعام 2005 في مادته الثانيّة.

ولكن بالاعتماد على نصّ المادة (5) الفقرة (هـ) من المرسوم رقم /30/ لعام 2010 المتعلّقة بإجازة كشف السّر المصرفي، بطلب من المحاكم القضائيّة المختصّة يمكن القول: بأنّ المصرف يستطيع تقديم المعلومات والمستندات التي بحوزته في حال

<sup>58</sup> - cour de cassation, chamber commercial, 29 novembre 2017, 16-22.060, publie au bulletin. تاريخ الزيارة 3- <https://www.doctrine.fr> للمزيد انظر الموقع. 2023 -3

<sup>59</sup> -وليد شاكر ناصر، نظام السرية المصرفية، مرجع سابق، ص67.

وجود نزاع قضائي بينه وبين عملائه، وبالقدر اللازم للدفاع عن حقه، وحبذا لو نص المشرع على ذلك صراحة، كما فعل في سابقه.

كما أنه لم تنص التشريعات على حالة عرض النزاع أمام هيئة التحكيم، كاستثناء لرفع السرية المصرفية، وجواز تقديم المعلومات التي بحوزة المصرف لإثبات حقه في النزاع، إلا أن المستقر عليه: هو اعتبار هيئة التحكيم كالمحاكم، وأنه للمصرف أن يقدم كافة المعلومات التي تثبت حقه في النزاع المعروض أمام هيئة التحكيم<sup>60</sup>.

وعلى اعتبار أن سجلات، ووثائق المصرف تعتبر من الدفاتر التجارية، فإنه يمكن للمحكمة بناء على طلب الخصم، أو من تلقاء نفسها أن تأمر التاجر (المصرف) بتقديم دفاتره إليها لاستخلاص ما يتعلق بالنزاع المعروض عليها<sup>61</sup>. ولا تسلّم الدفاتر بكاملها إلى المحكمة، إلا في أحوال الإرث، وقسمة الأموال المشتركة، والشركة، والصلح الوافي، والإفلاس.

ولكن نظراً لأن دفاتر المصرف تشمل معلومات، وبيانات يشملها السر المصرفي، وتتعلق بعملاء آخرين ليسوا طرفاً في النزاع، فإن إطلاع المحكمة يجب أن يقتصر على البيانات التي تتعلق بموضوع النزاع فقط (الإطلاع الجزئي)، وذلك بحضور المصرف، وتحت رقابته دون تخليه عن حيافة الدفاتر حفاظاً على أسرار عملائه<sup>62</sup>.

أما إذا كانت المستندات خاصة بالعميل طرف النزاع، فإنه يمكن للمحكمة الإطلاع عليها إطلاعاً كلياً، ولا يجوز للمصرف الامتناع عن تنفيذ قرار المحكمة، أو

60 - أ. سمير فرنان بالي، السرية المصرفية، مرجع سابق، ص 36.

61 - المادة (21) من قانون التجارة السوري رقم 33 لعام 2007.

62 - بوزيدي إلياس، السرية في المؤسسات المصرفية، مرجع سابق، ص 333.

طلب العميل بتقديم المعلومات احتجاجاً بالسّر المصرفي، لأنّ الإلزام بالتقديم في هذه الحالة، يتمّ بصفته طرفاً في النزاع، وليس بصفته أميناً على أسرار الغير<sup>63</sup>.

في حين لم يجبر المشرّع الفرنسي في المادة 23-123 من القانون التجاري الفرنسي الغير على تقديم مستندات خاصة به إلى المحكمة، وذلك لأنّ أيّاً من الخصمين يقدم المستندات التي بحوزته إلى المحكمة، إذا رأى ما يبرر دعواه، لكنّه لا يجبر على تقديم المستندات التي يتمتع هو الاستناد عليها<sup>64</sup>.

لكن محكمة النقض ذهبت إلى غير ذلك في حكمها الصادر بتاريخ 2008/12/16 في قضية تتلخص أحداثها (أنّ مصرفاً أقام دعوة على ورثة كفيل لديه بسداد مبلغ قرض ممنوح للمكفول عميل المصرف، فطلب ورثة الكفيل من المصرف معلومات عن المدين الأصلي، للتأكد من صحّة الموضوع وقيمة المبلغ، فدفّع المصرف ذلك لحجة تمسكه بالسّر المصرفي، إلّا أنّ المحكمة المذكورة قرّرت: أنّ من حقّ هؤلاء الورثة الحصول على المعلومات، والمستندات، والوثائق المتعلقة بالمدين الأصلي، طالما هي ضرورية في الإثبات، وليس للمصرف التمسك بالسريّة المصرفية في مواجهتهم<sup>65</sup>.

وقد نص المشرّع المصري صراحة على: جواز تقديم مستندات العملاء من قبل المصرف إلى المحكمة في حال وجود نزاع قضائي؛ ليثبت المصرف حقّه في النزاع، فقد نصّت المادة (28) من قانون التجارة المصري الجديد رقم 17 لعام 1999 على أنّه: (يجوز للمحكمة بناء على طلب الخصم، أو من تلقاء ذاتها أن تأمر بتقديم دفاتره إليها لاستخلاص ما يتعلّق بالنزاع المعروض عليها. وللمحكمة أن تطلع على الدفاتر بنفسها،

<sup>63</sup> - د. عبد الرحمن قرمان، نطاق الالتزام بالسّر المصرفي، مرجع سابق، ص 77.

<sup>64</sup> - بوزيدي إلياس، السرية في المؤسسات المصرفية، مرجع سابق، ص 336.

<sup>65</sup> - 1037 - E, 2009, J.C.P 16 Decembre 2008, com.16 مشار إليه لدى: نور أحمد

المغربي، السرية المصرفية في التشريع السوري والتشريع المقارن، مرجع سابق، ص 198 وما بعدها.

أو بواسطة خبير تعينه لذلك ... وإذا امتنع التاجر دون عذر مقبول عن تقديم دفاتره للإطلاع عليها، جاز للمحكمة اعتبار ذلك قرينة على صحة الوقائع المطلوب إثباتها من دفاتره).

وقد ذهب رأي<sup>66</sup>: إلى أنه حتى يتجنب كلا الطرفين (المصرف والعميل) إفشاء المعلومات المحمية بالسريّة المصرفية، أن يحلّوا النزاع بشكل ودي، أو أن يلجأ الطرفان إلى التحكيم لفضّ النزاع، ويبقى هذا الحلّ أفضل من اللجوء إلى القضاء نظراً لعلانية الجلسات، والنطق بالأحكام، ولكن في الحياة العملية لا يلجأ الطرفان إلى التحكيم بشأن المنازعات البسيطة والعادية، لذلك لا يبقى أمام العميل في حالة عرض النزاع على القضاء سوى لفت انتباه القاضي إلى الأعمال ذات الطبيعة السريّة، وتجنّب المناقشات العلنية التي من شأنها الإضرار به.

## الفرع الثاني

### حجز ما للعميل لدى المصرف

في إطار اتّخاذ الدائن لإجراءات التنفيذ الجبري على أموال مدينه، قد يوقع حجزاً على أموال هذا المدين تحت يد المصرف، ومن شأن توقيع هذا الحجز أن يلتزم المصرف بتقديم بعض المعلومات، والوثائق عن الأموال المحجوزة. ولكنّ تقديم هذه المعلومات للسلطات القضائية، قد يتعارض مع التزام المصرف بالكتمان، ومع ذلك فإنّ المشرّع قدّر أهميّة استيفاء الدائن لحقه على الالتزام بالكتمان، وذلك لأنّ الدائن لا يملك الوسيلة التي يكشف بها عن أموال المدين لدى الغير، إلّا بتقرير هذا الغير بما في ذمته، ولهذا السبب تقرر أغلب التشريعات، وبنصوص صريحة: إلزام المحجوز لديه بالتقرير

<sup>66</sup> - مريم مهار، التزام البنك بالمحافظة على سرية الحسابات، مرجع سابق، ص 104 وما بعدها.

بما في ذمته، ولا يستثنى من ذلك الملزمون بسر المهنة<sup>67</sup>. وعليه فقد أجاز المشرع السوري بموجب المرسوم التشريعي رقم 30 لعام 2010 إلقاء الحجز التنفيذي على حسابات، وموجودات المودعين المنفذ عليهم في المصرف<sup>68</sup>، ولا يجوز للمصرف الاحتجاج بالتزامه بالسرية المصرفية في معرض اتخاذ إجراءات الحجز التنفيذي على أموال العميل.

إلا أنّ المشرع السوري لم يشترط صفات معينة في السند التنفيذي من أجل إيقاع الحجز التنفيذي. كما فعل بالمرسوم التشريعي القديم رقم 34 لعام 2005 الخاص بالسرية المصرفية في مادته الخامسة التي اشترطت لإمكان الحجز التنفيذي على أموال العميل أن يكون بحوزة الدائن حكم قضائي قطعي، وبالتالي فإنه يجوز إيقاع الحجز التنفيذي وفقاً لكافة الإسناد الرسمية، أو العادية الثابتة بالكتابة، وسواء كانت الأحكام القضائية قطعية، أو غير قطعية<sup>69</sup>.

67 - مريم مهار، التزام البنك بالمحافظة على سرية الحسابات، مرجع سابق، ص 106.

68 - الفقرة (و) من المادة (5) من المرسوم التشريعي رقم (30) لعام 2010. الخاص بالسرية المصرفية.

69 - د. أحمد عادل أبو زيد، مشروعية حق دائن العميل في الحجز التنفيذي على أموال مدينه والالتزام بالسرية المصرفية، دراسة في التشريع السوري والقطري، مجلة العلوم القانونية، جامعة عمان، 2017، ص 97. وتنص المادة (5) من المرسوم التشريعي السابق رقم (34) لعام 2005 الخاص بالسرية المصرفية على أنه: (خلافاً لأي نص نافذ لا يجوز إلقاء أي حجز على الأموال والموجودات المودعة لدى المصارف المشار إليها في المادة الأولى إلا بإذن خطي من أصحابها أو عند صدور أحكام قضائية قطعية ترتب حقوقاً بذمة المودعين لصالح الجهات العامة والخاصة).

وقد انتقد موقف المشرع السوري الجديد بالمرسوم رقم (30) لعام 2010 في أنه يؤدي إلى آثار سلبية خطيرة على الاقتصاد الوطني تظهر<sup>70</sup>:

**بالنسبة للعميل:** في القانون الحالي قد يلجأ العميل تفادياً منه لإجراءات الكشف عن سرية حساباته، إلى سحب أمواله من المصارف، حتى لا يتعرض لمخاطر الكشف عن أمواله من أي شخص يحوز سنداً تنفيذياً في مواجهته، وإيداعها في المصارف خارج سورية.

**بالنسبة للمصارف:** في ظل القانون الحالي، سيؤدي إلى هروب الأموال من المصارف، أو قلة الإيداع فيها، وذلك بسبب خوف كبار العملاء من سهولة كشف سرية حساباتهم المصرفية، وبالتالي عرقلة، وضعف النشاط المصرفي في سورية.

وعلى المصرف تقديم تقرير بما في ذمته للعميل المحجوز عليه إلى رئيس دائرة التنفيذ خلال ثمانية أيام من تبليغه الحجز، ويكون تقديم المعلومات، إما بكتاب عادي يوجه على رئيس التنفيذ، أو ببيان يدونه في محضر التنفيذ<sup>71</sup>.

ويجب أن يتضمن التقرير المقدم من المصرف إلى دائرة التنفيذ البيانات التالية<sup>72</sup>:

1 - مقدار الدين المترتب بذمته للعميل، وإذا كان وارداً على منقولات للعميل في حياته، ترتب عليه أن يرفق تقريراً مفصلاً عنها.

70 - أنظر القرار رقم (685) أساس 2011/736 الصادر عن محكمة الاستئناف المدنية والقاضي بأن أحكام المرسوم التشريعي رقم (30) لعام 2010 لم تعلق الحجز التنفيذي على اكتساب الدرجة القطعية. مشار إليه لدى: نور أحمد المغربي، السرية المصرفية في التشريع السوري والتشريع المقارن، مرجع سابق، ص 201.

71 - د. جمال الدين مكناس، حجز ما للمدين لدى الغير، مجلة جامعة دمشق للبحوث الاقتصادية والقانونية، العدد الأول، المجلد الثامن، 2002، ص 304.

72 - د. جمال الدين مكناس، حجز ما للمدين لدى الغير، مرجع سابق، ص 305.

2 - جميع الحجوزات التي سبق إيقاعها تحت يده والحوالات التي وردت على الحق المحجوز .

3 - إذا كان قد سبق له إيفاء الدين، أو إيفاء جزء منه، أو برئت ذمته منه، فعليه بيان ذلك في التقرير مع ذكر التواريخ.

ويجب أن تكون المعلومات الواردة في التقرير واضحة، ومرفقة بالمستندات، والأوراق المؤيدة لها إذا كانت لدى المصرف مثل هذه الوثائق.

وفي حال امتناع المصرف عن تقديم التقرير، أو لم يقدمه في الميعاد المحدد في القانون (ثمانية أيام)، فإنه يعتبر مسؤولاً مسؤولاً شخصية عن دين العميل المحجوز عليه أمام الدائن الحاجز، كما أنه يتعرض لنفس الجزاء، إذا قدم التقرير في الميعاد القانوني، لكنه قدم معلومات غير حقيقية أو كاذبة، كما لو ذكر في التقرير عدم توافر رصيد للعميل، أو رقماً غير صحيح عن حساباته<sup>73</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أنّ المصرف بإمكانه المحافظة على أسرار عملائه في حالة الحجز التنفيذي، إذا قام بتخصيص مبلغ مساوٍ لمبلغ الدين وإيداعه لدى الجهة المختصة على سبيل الوفاء بالدين، فيعتبر هذا الإيداع سبباً معيماً من تقديم التقرير، وبذلك يكون المصرف قد حقق التوازن بين المصالح المتضاربة، ومصالحه الدائن في حصوله على حقه، ومصالحه العميل في عدم الكشف عن حساباته، ومصالحه المصرف في زرع الثقة في صدور العملاء، وإظهار المصرف بمظهر المحافظ على أسرار، ومعلومات عملائه قدر الإمكان<sup>74</sup>.

<sup>73</sup> - د. أحمد عادل أبو زيد، مشروعية حق دائن العميل في الحجز التنفيذي على أموال مدينه والالتزام بالسرية المصرفية، دراسة في التشريعين السوري والقصري، مرجع سابق، ص 112.

<sup>74</sup> - د. أحمد عادل أبو زيد، مشروعية حق دائن العميل في الحجز التنفيذي على أموال مدينه والالتزام بالسرية المصرفية، دراسة في التشريعين السوري والقصري، مرجع السابق، ص 111.

أمّا فيما يتعلّق بالحجز الاحتياطي، فقد خرج المشرّع السوريّ عن القواعد العامّة الواردة في قانون أصول المحاكمات رقم (1) لعام 2016، وضيّق من إمكانية إلقاء الحجز الاحتياطي على حسابات الودائع المصرفيّة، وحصر ذلك في حالات محددة نص عليها في قانون السريّة المصرفيّة. حيث جاء في المادة السابعة من المرسوم التشريعي رقم /30/ لعام 2010 بأنّه: (لا يجوز في أيّ حال من الأحوال إلقاء الحجز الاحتياطي على حسابات، وموجودات المودعين لدى المؤسسات الماليّة باستثناء قرارات الحجز الاحتياطي الصادرة وفقاً للقوانين والأنظمة النافذة المتعلّقة بمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب).

وتجدر الإشارة إلى أنّ الجهة المختصة بإلقاء الحجز الاحتياطي في جرائم غسل الأموال هي هيئة مكافحة غسل الأموال، وهي: هيئة ذات صفة قضائية يجوز لها تجميد الحسابات المصرفيّة المشبوهة مدة ستة أيام عمل، ويجوز تمديد التجميد لمدة اثني عشر يوماً إضافياً زيادة على الأيام الستة المذكورة، بموافقة لجنة إدارة الهيئة. وفي حال إعلام الهيئة للنيابة العامّة بمعلوماتها وشكوكها، يجوز لها أن تقوم بتجميد الحساب، أو الحسابات المصرفيّة المشبوهة، أو متابعة تجميدها دون التقيد بالمدد السابقة، ويكون للقضاء قرار رفع التجميد، أو مواصلته<sup>75</sup>.

وتكون للنيابة العامّة صلاحية إقامة دعوى الحقّ العام في جرائم غسل الأموال وتمويل الإرهاب، ويكون لقاضي التحقيق الذي أودعت لديه دعوى الحق العام ممارسة الصلاحيات المقررة له قانوناً، بما في ذلك الإجراءات التحفظية، حجز وتجميد الأموال

<sup>75</sup> - المادة (7) ف (د) من المرسوم التشريعي رقم (27) لعام 2011 المعدّل للمرسوم التشريعي رقم 33 لعام 2005 الخاص بمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب.

المتصلة بهذه الجرائم، أو مواصلة تجميد الحسابات المصرفية التي قامت الهيئة بتجميدها<sup>76</sup>.

وهكذا نجد أنه لا يمكن للدائن أن يطلب إلقاء الحجز الاحتياطي على الودائع المصرفية العائدة لمدينه، إلا في حالات معينة، ولعل ذلك يعود إلى رغبة المشرع في الحفاظ على مبدأ السرية المصرفية، على اعتبار أنه يلعب دوراً مهماً في النشاط المصرفي بشكل خاص، وفي مجال النشاط الاقتصادي بشكل عام، فكلما ازدادت حدة السرية المصرفية، ازداد أصحاب رؤوس الأموال تعلقاً بالمصارف وأقبلوا على إيداع أموالهم فيها وبالتالي ازدهار اقتصاد الدولة<sup>77</sup>.

أما المشرع المصري، فقد أجاز الحجز على حسابات وودائع العميل لدى المصرف، ويتم الحجز على حسابات العميل وفقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية عن حسابات، وودائع العميل المحجوز عليه. ويراعى بالنسبة لالتزام المصرف بتقديم المعلومات أثناء الحجز لديه على موجودات العميل، ما جاءت به المادة (141) من القانون رقم (194) لسنة 2020 حيث نصت: (ولأي من ذوي الشأن في حالة التقرير بما في الذمة بمناسبة حجز موقع لدى أحد البنوك الخاضعة لأحكام هذا القانون أن يتقدم بالطلب المشار إليه في الفقرة السابقة إلى محكمة الاستئناف المختصة)، فالمقصود بالطلب المشار إليه بهذه المادة هو طلب يقدم إلى محكمة الاستئناف المختصة لإصدار أمرها بالاطلاع، أو الحصول على أية بيانات، أو معلومات تتعلق بالحسابات، أو

<sup>76</sup> - المادة (7) ف (د)، من المرسوم التشريعي رقم (27) لعام 2011 المعدل للمرسوم التشريعي رقم (33) لعام 2005 الخاص بمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب.

<sup>77</sup> - ليال لؤي عبود، الحجز الاحتياطي على الودائع المصرفية النقدية وواقعه في سورية، مجلة جامعة البعث، العدد (39)، 2017، ص146.

الودائع، أو الأمانات، أو الخزائن الحديدية المنصوص عليها في المادة (140) من القانون ذاته، أو المعاملات المتعلقة بها.

وعلى المصرف أن يقرر بما في ذمته خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إخطاره بالقرار الصادر من المحكمة سائلة الذكر، بالسماح له بالتقرير بما في الذمة، وذلك تبعاً لطبيعة، ونوع المال المحجوز عليه، فإذا كان المال المحجوز عليه يوجد في أحد الحسابات المصرفية، فإنه يتوجب على المصرف قطع الحساب لبيان الرصيد المؤقت للعميل، سواء كان دائناً، أو مديناً، أمّا إذا كان المال المحجوز عليه تحت يد المصرف عبارة عن أمانة، أو عقد وديعة، فإنّ المصرف يلتزم بذكر مقدار، وطبيعة ما للمدين تحت يده<sup>78</sup>.

وقد بيّنت المادة (339) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (13) لعام 1986 وتعديلاته المعلومات التي يجب أن يشتمل عليها التقرير المقدم من المصرف، بما في ذمته للعميل المحجوز عليه وهي:

- 1- يلتزم المصرف بتقديم المعلومات عن مقدار الدين وسببه.
- 2 - يلتزم المصرف بتقديم في حالة انقضاء الدين بتقديم المعلومات عن أسباب انقضائه.
- 3 - يلتزم المصرف بإيداع المستندات التي بحوزته، أو صور عنها مصدقاً عليها.
- 4 - إذا كان المصرف بحوزته منقولات خاصة بالعميل المحجوز عليه، فإنه سيتوجب عليه أن يرفق بالتقرير بياناً مفصلاً بها.

أمّا المشرع الجزائري لم ينص صراحة على حالة تقديم معلومات أثناء تقرير المصرف، بما في ذمته للعميل المحجوز عليه، ولكن بالرجوع إلى قانون الإجراءات

<sup>78</sup> - د. عبد الرحمن قرمان، نطاق الالتزام بالسّر المصرفي، مرجع سابق، ص84.

المدنية والإدارية نجد في المادة (677) أنّ المصرف ملزم بتقديم المعلومات عن حساب العميل المحجوز عليه<sup>79</sup>، وعليه إذا حصل الدائن على أمر بالحجز على حسابات العميل لدى المصرف، توجب على هذا الأخير الاستجابة لأمر القضاء، والإفشاء بحسابات العميل الموجودة لديه لتوقيع الحجز عليها، ودون الاحتجاج بالسرّ المصرفي في هذه الحالة<sup>80</sup>. وعلى المصرف أن يقدم معلومات عن المبلغ الموجود في رصيد حساب المدين المحجوز عليه مع بيان مصدره، كما يبيّن في تقريره جميع الحجزات الواقعة سابقاً على الأموال المحجوزة، وأن يرفق بالتقرير الوردة معلومات جميع الوثائق والمستندات التي تؤكد صحة معلوماته<sup>81</sup>.

وإذا لم يقدم المصرف التقرير بما في ذمته خلال مهلة ثمانية أيام التالية لتاريخ تبليغه أمر الحجز، يلزم بدفع المبلغ المطلوب من ماله، وله في هذه الحالة حق الرجوع على العميل المحجوز عليه بما دفعه<sup>82</sup>.

وفي التشريع الفرنسي يلتزم المصرف بتقديم المعلومات عمّا في ذمته في حالة الحجز على أموال العميل لديه، وذلك طبقاً للمادة (559) من قانون المرافعات الفرنسي، فالمصرف باعتباره محجوزاً لديه، يلتزم بأن يقدم المعلومات عن رصيد حساب العميل، سواء كان دائناً، أم مديناً، وعن كلّ المعلومات التي كانت مطلوبة بموضوع حجز سابق<sup>83</sup>. وإذا أهمل المصرف في أداء التزامه بتقديم المعلومات، أو تقديم معلومات كاذبة

79 - دموش حكيم، مسؤولية البنوك بين السرية المصرفية وتبييض الأموال، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017، ص148.

80 - مريم مهار، التزام البنك بالمحافظة على سرية الحسابات، مرجع سابق، ص106.

81 - دموش حكيم، مسؤولية البنوك بين السرية المصرفية وتبييض الأموال، مرجع سابق، ص148.

82 - عثمان بلال، الحجز على أموال المدين لدى البنك وضرورة إخضاعه إلى نظام قانون خاص، رسالة ماجستير، جامعة يوسف بن خدة، 2009، ص61.

83 - د. نعيم مغرب، السرية المصرفية، مرجع سابق، ص198 وما بعدها.

عن قصد، فإنه يتعرض للمسؤولية والحكم عليه بالتعويض. لذلك على المصرف أن يتخذ كافة التدابير اللازمة لتوفير معلومات دقيقة<sup>84</sup>. وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية بقراراتها الصادرة بتاريخ 1 تموز لعام 1999 بقولها: بما أن التزام المصرف بتقديم المعلومات ينبع من القانون، فلا مبرر للتمسك بالسرية المصرفية في مواجهة الدائن الذي يحق له معرفة وضع الحسابات المقيدة باسم المدين<sup>85</sup>. وكذلك الغرفة المدنية لمحكمة النقض قررت في 5 تموز لعام 2000: بأنّ المصرف عليه التزام بتقديم المعلومات للدائن عن حسابات عميله المدين لمعرفة كمية الرصيد المتبقي من حساباته<sup>86</sup>. كما أكدت ذلك محكمة استئناف بيزانسون ذلك بحكمها الصادر في 16 أيلول لعام 2009 حيث قرّرت بأنّه: (في حال تنفيذ الحجز في يد طرف ثالث، فإنّ هذا الأخير ملزم بإبلاغ الدائن بمدى التزاماته تجاه المدين وفقاً للمادة 60 من المرسوم رقم (755 - 92) المؤرخ 31 تموز لعام 1992 وفي حال امتناع الطرف المحجوز لديه عن تقديم المعلومات إلى الدائن؛ فإنه يتعرض للمسؤولية، ودفع التعويض<sup>87</sup>).

إلا أنّ الوضع يختلف في التشريع اللبناني عمّا غيره من التشريعات السابقة، فقد نصّ المشرّع صراحة في المادة (4) من قانون السرية اللبناني 1956 على

<sup>84</sup> - Maiter Joan Dray, le droit des creanciers d'obtenir des renseignements de la banque, publie, 2014, p3.

<sup>85</sup> - cour de cassation, chamber civile 2, du 1 juillet 1999, 96-19.108, publie au bulletin. تاريخ الزيارة 2023-3-7 <https://www.doctrine.fr> للمزيد انظر الموقع

<sup>86</sup> - cour de cassation, chamber civile 2, du 5 juillet 2000, 97-22.287, publie au bulletin. تاريخ الزيارة 2023-3-7 <https://www.doctrine.fr> للمزيد انظر الموقع

<sup>87</sup> - cour d'appel de Besan con, 16 september 2009, 09/00416. للمزيد انظر الموقع <https://www.doctrine.fr> تاريخ الزيارة 2023-3-7

أنه: (لا يجوز إلقاء أي حجز على الأموال والموجودات المودعة لدى المصارف المشار إليها في المادة الأولى، إلا بإذن خطي من أصحابها).

يلاحظ من نص هذه المادة أنّ المصرف لا يمكنه إعطاء أية معلومات عن حسابات عميله المحجوز عليه، إلا بعد موافقة هذا الأخير، وعلى المصرف في حالة وجود عملية حجز أمامه، أن يتحقق من وجود، أو عدم وجود الموافقة الخطية، قبل أن يقدم أي معلومات عن عميله، أي يجب أن يكون تصرفه مُحاطاً بالحيطه والحذر، وإلا يعتبر ذلك خطأ فادحاً يلقي المسؤولية على عاتقه<sup>88</sup>.

وفي القانون السويسري، لا يلزم الغير الذي يحوز منقولات، أو ديون للمدين أن يقدم تقريراً بما في ذمته إلى المكتب المختص بتنفيذ الحجز، والمتمثل في (مكتب المتابعات للديون والإفلاس). ونظراً لعدم وجود أحكام قانونية خاصة تنظم هذه الموضع، فقد انقسم الفقه إلى اتجاهين:

1 - الاتجاه الأول: يرى أصحاب هذا الاتجاه بأنّ للمصرف الامتناع عن تقديم أية معلومات عن حسابات عميله المحجوز عليه للمكتب المذكور أعلاه، احتراماً لالتزامه بالمحافظة على سر المهنة، لأنّ المشرع عندما يريد إلزام الغير بتقديم معلومات عما يحوزه من أموال المدين، فعليه أن ينص صراحةً على ذلك، وأن يقرر جزاء على مخالفة حكمه هذا<sup>89</sup>.

2 - الاتجاه الثاني: يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه يتوجب على المصرف تقديم كافة المعلومات إلى المكتب المذكور سابقاً، وإذا كان القانون لم ينص صراحة على ذلك، فإنّ المنطق القانوني يسدّ هذا النقص في القانون والذي يعتبر الشخص المؤمن على أموال

88 - د. نعيم مغيب، السرية المصرفية، مرجع سابق، ص 201.

89 - بوزيدي إلياس، السرية في المؤسسات المصرفية، مرجع سابق، ص 352.

المدين، يكون في وضع المدين نفسه، وبالتالي يجب عليه إعطاء معلومات لمكتب الملاحقات، ولا يسعه التذرع بالسريّة المصرفيّة في حالة وجود الحجز<sup>90</sup>.

وحسّمت المحكمة الفيدرالية السويسرية هذا الخلاف بإلزام المصرف بتقديم المعلومات عن حسابات وبيانات عميله المحجوز عليه إلى المكتب المختصّ بتنفيذ الحجز، ولكن لا يلزم المصرف بأن يقدم المعلومات من تلقاء نفسه إلى المكتب المذكور والتي يفنقر إليها الدائن الحاجز<sup>91</sup>.

خلاصة القول: أنّ المشرّع السوريّ، والفرنسيّ، والمصريّ، والجزائريّ قد استثنى حجز ما للمدين لدى الغير من التزام المصرف بالسريّة، وعلى ذلك يلتزم المصرف بتقديم المعلومات من خلال التقرير بما في الذمة، مع ملاحظة أنّه يجب على المصرف أن يقتصر في التقرير على المعلومات التي تفيد الدائن الحاجز في إتمام إجراءات الحجز، دون أن يتجاوز ذلك، ويعطي تقريراً شاملاً عن عمليات العميل، ومعاملاته السابقة على توقيع الحجز.

أمّا المشرّع اللبناني سلك اتّجهاً مختلفاً عمّا سبقه، حيث أجاز للمصرف الامتناع عن تقديم المعلومات إلى الدائن الحاجز عند إصداره أمر من القضاء بالحجز على أموال عميله المحجوز عليه، ما لم يصرح هذا الأخير بذلك صراحةً وبالكتابة. وبذلك يكون قد غلب مصلحة العميل على مصلحة الدائن الحاجز.

وأنتنا ننقد موقف المشرّع اللبناني ونؤيد موقف التشريعات السابقة؛ لأنّها أولت مصلحة الدائن الحاجز بالرعاية، على اعتبار أنّه لا يملك الوسيلة التي يكتشف بها عن

<sup>90</sup> - د. نعيم مغيب، السرية المصرفية، مرجع سابق، ص 199.

<sup>91</sup> - - 16-3-1963. Arret tribunal federal, du 18-3-1963. Arret tribunal federal, du 18-3-1963.

1975. مشار إليه لدى: بوزيدي إلياس، السرية في المؤسسات المصرفية، مرجع سابق، ص 353.

أموال العميل لدى المصرف، إلا بتقرير المصرف بما في ذمته للعميل المحجوز عليه، وبذلك يكون المشرّع اللبناني قد أهدر حقّ الدائن الحاجز الجدير بالحماية والرعاية.

## الخاتمة:

وهكذا تبين لنا: من خلال دراسة التزام المصرف بتقديم المعلومات إلى السلطات القضائية، بأنّ المشرّع السوريّ أعطى حقّ طلب المعلومات من المصرف لأيّ جهة قضائية دون حصر، ولم يميّز بين المحاكم المدنية، والجزائية، كغيره من التشريعات الأخرى، مثل التشريع السويسريّ، والجزائريّ، والمصريّ، واللبنانيّ، التي أعطت المحاكم الجزائية فقط حقّ طلب المعلومات من المصرف دون المحاكم المدنية، وبالتالي يزول الالتزام الملقى على عاتق المصرف بحفظ أسرار عملائه. ومن خلال هذه الدراسة توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات:

## النتائج:

- 1 - يلتزم المصرف بتقديم المعلومات للمحاكم على اختلاف أنواعها من دون الاحتجاج بالتزامه بكنم السرّ المهنيّ.
- 2 - لم يميّز المشرّع السوريّ بين المحاكم المدنية، أو الجزائية، أو الشرعية في حقّ الحصول على المعلومات من المصرف، على خلاف التشريعات الأخرى التي أعطت للمحاكم الجزائية فقط حقّ طلب المعلومات.

3 - يمكن للمصرف الامتناع عن تقديم المعلومات في مواجهة النيابة العامة، وقضاة التحقيق؛ لأنّ الحقّ في كشف السّر المصرفي يقتصر على قضاة الحكم في المحاكم المختصّة دون سواهم.

4 - يقتصر تقديم المعلومات من المصرف إلى المحاكم على العميل الذي يكون طرفاً في النزاع فقط، دون غيره من العملاء، وعن موضوع النزاع فقط، دون غيره من العمليّات التجاريّة الأخرى التي تخصّ العميل الذي طلبت عنه المعلومات.

5 - يلتزم المصرف بتقديم المعلومات عن حساب العميل، سواء كان دائناً، أو مديناً في حالة الحجز على أمواله، وإلا تعرّض للمسؤوليّة، والحكم عليه بالتعويض.

### التوصيات:

1 - على المحاكم أن تأخذ بعين الاعتبار التوازن بين مصلحة الوصول للمعلومات، ومصلحة الحفاظ على سرّيّة المعلومات، على أساس تحقيق هدف حقيقيّ جزاء تقديم المصرف للمعلومات دون إلحاق ضرر، أو ظلم للعميل.

2 - أن يكون الالتزام بتقديم المعلومات بالقدر اللازم لإظهار الحقيقة، والحيلولة دون جعله فقط، وسيلة لخرق السريّة المصرفيّة.

3 - أن تكون جلسات التقاضي أمام المحاكم المصرفية سرّيّة؛ حفاظاً على مصلحة العميل، من أجل بقاء المعلومات طي الكتمان، وزيادة في اطمئنان العملاء، بأنّ معلوماتهم سوف تبقى سرّيّة حتّى وإن حدث نزاع قضائيّ بينهم، وبين المصرف.

4 - النصّ على إعطاء المصرف الإذن في تقديم المعلومات إذا أقيمت دعوى تتعلّق بمعاملة مصرفيّة بينه وبين عملائه في المرسوم التشريعي رقم (30) لعام (2010)، كما فعل ذلك صراحةً في المرسوم السابق الخاصّ بالسريّة المصرفيّة رقم (34) لعام (2005).

5 - أن يكون السند التنفيذي الذي يحقّ بموجبه للدائن إيقاع الحجز التنفيذي على أموال العميل المودعة لدى المصرف مكتسباً للدرجة القطعية، حتّى لا يؤدي ذلك إلى آثار سلبية على الاقتصاد الوطنيّ تظهر في سحب العملاء أموالهم من المصارف السورية إلى الخارج؛ خشية كشف سريّة حساباتهم من أيّ شخص يحوز سنداً تنفيذياً عادياً.

## قائمة المصادر والمراجع

## أولاً: المصادر:

1. القانون رقم (4) لعام 2008 الخاص بالتحكيم السوري.
2. المرسوم التشريعي رقم (30) لعام 2010 الخاص بالسرية المصرفية السوري.
3. القانون رقم (194) لعام 2020 الخاص بالبنك المركزي والجهاز المصرفي المصري.
4. قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري رقم (112) لعام 1950.
5. قانون السرية المصرفية اللبناني لعام 1956.
6. قانون التجارة السوري رقم (33) لعام 2007.
7. المرسوم التشريعي رقم (27) لعام 2011 الخاص بمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب في سوريا.
8. قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (13) لعام 1986 وتعديلاته.
9. قانون أصول محاكمات مدنية رقم (1) لعام 2016 في سورية.

## ثانياً: المراجع:

## أولاً: الكتب:

- 1- د. سميحة القليوبي، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، 2007.
- 2- أ. سمير فرنان بالي، السرية المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002.
- 3- د. روكس رزق، السر المصرفي، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، بدون تاريخ نشر

- 4-د. عبد الرحمن السيد قرمان، نطاق الالتزام بالسّر المصرفي، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، 1999.
- 5-د. عبد المولي علي متولي، النظام القانوني، لحسابات السريّة، دار النهضة العربية، 2001.
- 6-د. محمود كبّيش، الحماية الجنائية لسرية الحسابات البنكية، دار النهضة العربية، 1991.
- 7-د. نعيم مغبغب، السريّة المصرفية، بدون دار النشر، 1996.
- 8-د. نهاد السباعي، د. رزق الله إنطاكي، موسوعة الحقوق التجاريّة، مطبعة الجامعة السوريّة، ط2، 1958.

#### ثانياً: الرسائل العلمية:

- 1- أفيني مريم، نجاري نورة، مدى التزام المصرف بالسريّة المهنيّة، رسالة ماجستير، جامعة ألكلي محند أو الحاج - البويرة، 2017.
- 2- بوزيدي إلياس، السريّة في المؤسسات المصرفية، إطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، 2018.
- 3- دموش حكيمة، مسؤوليّة البنوك بين السريّة المصرفية وتبييض الأموال، إطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2017.
- 4- عبد الله عبد القادر الكيلاني، سرية الحساب المصرفي، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، 2013.
- 5- عثمان بلال، الحجز على أموال المدين لدى البنك وضرورة إخضاعه إلى نظام قانوني خاص، رسالة ماجستير، جامعة يوسف بن خدة، 2009.
- 6- مريم مهار، التزام البنك بالمحافظة على سرية الحسابات، جامعة الجزائر (بن يوسف بن خدة)، رسالة ماجستير، 2011.
- 7- مناع سعد العجمي، حدود التزام البنك بالسريّة المصرفية والآثار القانونية المترتبة عن الكشف عنها، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2010.

- 8- نور أحمد المغربي، السريّة المصرفيّة في التشريع السوريّ والتشريع المقارن، رسالة ماجستير، جامعة دمشق، 2016.
- 9- وليد شاكر ناصر، نظام السريّة المصرفيّة، جامعة بيروت العربية، رسالة ماجستير، 2012.
- 10- وهيبه قاضي، التزام البنوك والمؤسسات الماليّة بالسّر المصرفي في القانون الجزائري، جامعة مولود معمري، رسالة ماجستير، 2014.
- 11- مريم الحاسي، التزام البنك بالمحافظة على السّر المهني، رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، 2012.

### ثالثاً: البحوث العلمية:

- 1- د. أحمد عادل أبو زيد، مشروعية حق دائن العميل في الحجز التنفيذي على أموال مدينه والالتزام بالسريّة المصرفيّة، دراسة في التشريعين السوريّ والقطري، مجلة العلوم القانونيّة، جامعة عمان، 2017.
- 2- د. جمال الدين مكناس، السريّة المصرفيّة في القانون السوريّ، مجلة جامعة دمشق للبحوث الاقتصادية والقانونية، المجلد 18، العدد الثاني، 2002.
- 3- د. جمال الدين مكناس، حجز ما للمدين لدى الغير، مجلة جامعة دمشق للبحوث الاقتصادية والقانونية، المجلد الثامن، العدد الأول، 2002.
- 4- عبد السلام إمام، النظام القانوني للسرية المصرفيّة (رؤية على القانون الليبي)، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد 29، 2018.
- 5- ليال لؤي عبود، الحجز الاحتياطي على الودائع المصرفيّة النقدية وواقعه في سورية، مجلة جامعة البعث، المجلد 39، العدد 39، 2017.

### رابعاً: المواقع الالكترونية:

enabbaladi.net – 1

<https://www.doctrine.fr> – 2

Dalloz – 3

خامساً: المراجع الأجنبية:

- 1- Amera Al-qayem, the Banker customer confidential Relationship, AT Brunel University.2014.
- 2 – Maiter Joan Dray, le droit des creanciers d'obtenir des renseignements de la banque, puplie ,2014.

## تعديل العلمانية في الدراسات الإسلامية المعاصرة.

مثالاً محمد أركون

طالبة الدراسات العليا: فاتن صالح حيدر

كلية العلوم السياسية - جامعة دمشق

إشراف: د. كريم أبو حلاوة

العام الدراسي: 2022-2023م

### الملخص

يهدف هذا البحث إلى إيضاح مفهوم العلمانية وتحديد متطلباتها وجوهرها في إطار الفكر الإسلامي المعاصر من وجهة نظر محمد أركون، ومناقشة مشروعه حول العلاقة بين العلمانية والفكر الإسلامي المعاصر، وتم الاعتماد على المنهج الوصفي والمنهج التحليلي لتحقيق أهداف البحث وتوصلت الباحثة إلى أن جوهر العلمانية هو موقفها من الحياة متضمنة حرية التفكير واحترام الأديان والأيولوجية، والتي تؤدي إلى معرفة علمية موضوعية عن العالم وعن الإنسان، ومن وجهة نظر أركون نجد أن العلمانية ليست نقيضاً للدين ولا في صراع معه كما يشاع عنها بل أنها في خدمة الدين من حيث أنها حماية له من استعمال غير مشروع له سواء كان هذا الاستعمال سياسياً، علمياً، تجارياً أو غير ذلك من الاستعمالات غير المشروعة المنتشرة اليوم في العالم الإسلامي، في حين أن أهم متطلبات العلمانية هي الحداثة والديمقراطية واحترام حقوق الإنسان.

الكلمات المفتاحية: العلمانية - الدراسات الإسلامية المعاصرة - محمد أركون

### **Abstract**

The research aims to clarify the concept of secularism and to determine its requirements and essence within the framework of contemporary Islamic thought from the point of view of Muhammad Arkoun, and to discuss his project on the relationship between secularism and contemporary Islamic thought, and the descriptive approach and the analytical method were relied on to achieve the objectives of the research. The researcher concluded that the essence of secularism is its attitude towards life, including freedom of thought and respect for religions and ideology, which leads to objective scientific knowledge about the world and about human. In terms of protecting it from illegal use of it, whether this use is political, scientific, commercial or other illegal uses prevalent today in the Islamic world, while the most important requirements of secularism are modernity, democracy and respect for human rights.

**Keywords: Secularism - Contemporary Islamic Thought - Muhammad Arkoun**

## 1- المقدمة:

شكل موضوع العلمانية حيزاً واسعاً في الأوساط الإسلامية، فقد ظهر العديد من المفكرين ناقشوا مفهوم العلمانية ودورها في إزالة عائق التخلف الذي وصلت إليه الأمة وللحاق بالركب الحضاري العالمي، وعلى أساسه ظهرت تيارات فكرية مختلفة لمفكرين اسلاميين سعوا فيها إلى إبراز العلمانية كروية حديثة للفكر الإسلامي تتماشى مع الموروث الثقافي، وتؤدي إلى مواجهة الفكر الأصولي الذي حاول استغلال الاسلام من خلال تحريف مبادئه ونشر الفهم الخاطئ لتعاليمه بهدف زرع الفتنة والعداء بين أبناء الوطن الواحد بشكل عام وبين المسلمين بشكل خاص.

ظهر في هذا الأفق مفكرين أصحاب مشاريع تحمل على عاتقها مهمة التصدي لهذا التخلف الفكري، من بين أبرز المفكرين المقدمين لمشاريع تنويرية حديثة للفكر الإسلامي، المفكر الجزائري محمد أركون من خلال مشروعه النقدي الذي سعى من خلاله إلى نقد الفكر الإسلامي من الداخل ثم محاولة تحديثه.

عانت الجمهورية العربية السورية خلال فترة الحرب عليها من هجمات اعلامية وايدولوجية سعت فيها إلى زعزعة التعايش واللحمة الوطنية من خلال محاربة العلمانية في سورية وطرح مفاهيم خاطئة حولها حيث قال الرئيس السوري بشار الاسد (2020) في خطابٍ خلال اجتماع نظمته وزارة الأوقاف في دمشق " الحقيقة أن الهجوم الذي يحصل والطروحات الشاذة التي نسمعها هي طروحات ليبرالية لا علاقة لها بالعلمانية. العلمانية شيء مختلف تماماً. العلمانية هي حرية أديان لا علاقة لها على الإطلاق. "

بالتالي فإن هذا البحث يسلط الضوء على مفهوم العلمانية الصحيح في الفكر الإسلامي المعاصر من وجهة نظر المفكر محمد أركون.<sup>(1)</sup>

## 2- مشكلة البحث:

ما زال الجدل مستمر حول العلمانية لغاية الوقت الحالي حيث كانت الآراء متباينة ما بين الدعوة إلى ضرورة فصل السياسة عن الدين أو ما يُعرف بعدم تسييس الدين وبين الدعوة إلى رفض فكرة العلمانية على إطلاقها باعتبارها مخالفة لتعاليم الإسلام حيث اعتبروها دعوات صريحة إلى التفسخ الأخلاقي وهدم قيم المجتمع المسلم الأخلاقية والاجتماعية. وسلط الضوء على هذه المشكلة السيد الرئيس بشار الأسد رئيس الجمهورية العربية السورية (2020) في خطابٍ ألقاه أمام كبار رجال الدين السوريين وعلماء المسلمين خلال اجتماع نظّمته وزارة الأوقاف في دمشق حيث قال: " أريد أيضاً العودة إلى موضوع العلمانية، لأنّ البعض يعتقد بأنّ مُتطلبات العلمانية، أو جوهر العلمانية، هو فصل الدين عن الدولة.

هذا الطرح خاطئ: لا يوجد أي علاقة بين العلمانية وفصل الدين عن الدولة لأن العلمانية هي حرية الأديان وهي احترام الأديان وهذا في صلب ديننا. "

بالتالي تكمن مشكلة البحث بما يلي:

---

<sup>1</sup> محمد أركون: ولد في عام 1928، بقرية تاويريرت ميمون بمنطقة بني بني التابعة لولاية تيزي وزو، في الجزائر، ترعرع ضمن أسرة كثيرة العدد محدودة الدخل. بدأ يتعلم الفرنسية وعمره سبع سنوات في المدرسة الابتدائية، وبعدها انتقل إلى مدينة وهران في الجزائر ليكمل دراسته الثانوية وهنا كان لزاماً عليه تعلم اللغة العربية التي كان لا يتقنها، وبعد أن أنهى دراسته الثانوية بوهران، التحق بجامعة الجزائر، حيث حصل على شهادة ليسانس في اللغة العربية والأدب العربي في عام 1952، هاجر إلى فرنسا لمزاولة دراسته، فحصل على شهادة دكتوراه في عام 1968، وأصبح أستاذاً في جامعة السوربون الجديدة، ثم بدأ يؤسس لمشروعه "تعد العقل الإسلامي والعلمانية"، توفي في عام 2010 إثر معاناة مع مرض السرطان.

-تحديد ماهية العلمانية ومدى توافقها مع الفكر الإسلامي المعاصر من وجهة نظر محمد أركون.

### 1- التساؤلات البحثية:

من خلال مشكلة البحث يمكن صياغة السؤال البحثي التالي:

- ما مدى توافق جوهر العلمانية ومتطلباتها مع الفكر الإسلامي المعاصر

في فكر محمد اركون؟

### 2- فرضية البحث

- إن جوهر العلمانية ومتطلباتها لا يتعارض مع الفكر الإسلامي.

### 3- أهمية وأهداف البحث:

**أهمية البحث العلمية:** تكمن أهمية البحث في أنه يعالج موضوع من أهم الموضوعات المعاصرة وهو العلمانية، حيث أصبحت العلمانية هاجسا يطغى على أذهان المثقفين الاسلاميين، فالعلمانية لم تبق حبيسة الشعار أو المطلب، بل تحولت إلى إشكالية من إشكاليات الفكر الإسلامي المعاصر، نظراً للجدل المحتدم بينهما، وبين مقومات الشخصية الاسلامية مثل الشعور بالهوية والقومية، وأصبح مطلب الفكر الإسلامي المتعثر حتى الآن هو: النهوض، والتطور، والتقدم.

فكان لزاماً ايضاح مفهوم العلمانية وتحديد جوهرها ومتطلباتها، بسبب الطروحات المغلوطة لهذه المفهوم التي تم طرحها من قبل بعض الأشخاص والتي كانت سبباً للعدائية وزرع الفتنة في العالم الاسلامي، وفي هذا الإطار تم مناقشة وتحليل الأعمال التي قدمها المفكر الجزائري المعاصر محمد أركون في أرتاء الفكر العربي، وذلك نظرا للمنهجية التي اعتمدها في تحليل العلمانية، حيث يقوم بالتحليل والنقد والتفكيك. وسوف

تساهم هذه الدراسة بإغناء المكتبة العلمية بمعلومات ومفاهيم علمية حول العلمانية في الفكر الإسلامي المعاصر من خلال التراكم المعرفي والاستخدام الأمثل للعلمانية. **أما من الناحية العملية:** تتجلى الأهمية العملية من خلال تقييم مدى توافق العلمانية في الفكر الإسلامي المعاصر بهدف معرفة مدى قدرة العلمانية في تحقيق التطور والتقدم للعالم الإسلامي ، حيث حاول هذا البحث تقديم الملامح الأساسية للعلمانية، وعرضه لأهم النقاط التي ترتبط بها محاولاً كسر الحواجز المعنوية، التي تحول دون وصول الإسلام إلى العلمانية، مما يساعد الدول الإسلامية في فهم العلمانية والاستفادة منها بشكل صحيح بما يخدم مسيرة التطور والتنمية في جميع المجالات والتصدي للتيارات الفكرية الإسلامية الرجعية التي تقف في وجه هذا التطور والتنمية.

#### **ويهدف البحث إلى ما يلي:**

- 1- إيضاح مفهوم العلمانية وتحديد متطلباتها وجوهرها في إطار الفكر الإسلامي المعاصر من وجهة نظر محمد أركون.
- 2- مناقشة مشروع المفكر محمد أركون حول العلاقة بين العلمانية والفكر الإسلامي المعاصر.

#### **4- منهج البحث:**

اعتمد في إعداد البحث على المنهج الوصفي بهدف وصف ظاهرة العلمانية وتحديد متطلباتها وجوهرها من خلال المعلومات التي تم جمعها من الدراسات السابقة ومن المؤلفات والكتب التي تناولت هذا الموضوع. واعتمد البحث أيضاً على المنهج التحليلي. من خلال تحليل ومناقشة مفهوم العلمانية في فكر الإسلامي المعاصر واعتمد على افكار المؤرخ محمد اركون كمثال لذلك.

## 5- الدراسات المرجعية:

فيما يلي عرض لأهم الدراسات التي تناولت موضوع العلمانية ودورها في الفكر الإسلامي المعاصر:

أولاً : الدراسات العربية:

1. دراسة ( المرهج، 2018 ) بعنوان: التباس فهم العلمانية في الفكر

العربي المعاصر.

هدفت الدراسة إلى بيان أوجه اللبس لمفهوم العلمانية في الفكر العربي من خلال مناقشة آراء المفكرين ورجال الدين العرب، واعتمد الباحث على المنهج الاستقرائي والمنهج الوصفي لتحقيق هدف هذه الدراسة، وتوصل الباحث إلى النتائج التالية:

تُعد العلمانية مذهباً فلسفياً وإن كانت تحمل بين طيات نشئها تداولياً وتاريخياً بُعداً فلسفياً إلا أنه أقرب لأن تكون مذهباً قانونياً- سياسياً، لأنها تدفع باتجاه الممارسة، والبحث عن نظام حكم يتفق عليه الجماعة داخل إطار جغرافي معين سُمي بالدولة. ولكن لا يمنع من تماهي رؤى دعائها مع مبتغى الفلسفة لا على مستوى الإشغال بعوالم الوجود بل انشغالها بإدارة شؤون الدولة وبالممارسة.

وأن تكون العلمانية في جانبها النظري نتاج للنظر العقلي ولكنها في جانبها العلمي تنبثق عن جملة من الممارسات والإشكاليات التي تتصل بالعلاقة بين الدين والدولة بين السلطة الروحية والسلطة الزمانية.

إن مقتضيات اللبس في فهم العلمانية تكمن في الدمج بين ما هو ديني وما هو دنيوي.

2. دراسة (مراد، 2017) بعنوان: " العلمانية عند محمد أركون "

هدفت الدراسة إلى عرض أفكار المفكر محمد أركون حول العلمانية ومناقشة مؤلفاته، واعتمد الباحث على المنهج المقارن والمنهج التحليلي، وتوصل الباحث إلى النتائج التالية:

أظهر محمد أركون وفق منهجية القراءة الغربي للتاريخ الأوروبي والحضارة الأوروبية، مشروعه الحدائي، أو ما يسميه الإسلامية التطبيقية الذي حاول من خلاله قراءة الأنماط الفكرية الخاصة بالمجتمع العربي الإسلامي من جهة والغربي من جهة أخرى وعلى هذا ارتبط مشروع أركون بالتعامل مع التراث الفكري والديني العربي الإسلامي تعاملًا تحليلياً وتفكيكياً ونقدياً..... إلخ.

لأن المشروع التجديدي لمحمد أركون حاول من خلاله أن يشكل للأمة العربية طريقاً نحو التقدم، ويخلص الفكر الإسلامي من الأزمة الفكرية المعاصرة في إطار الارتباط الوثيق بين الفكر والواقع، وذلك يتوقف على التعامل مع الفكر، والحقيقة بطريقة نقدية، لا بطريقة وصفية خاضعة للأهواء.

وعلى أساس كل ما سبق بنى أركون نظريته الخاصة للعلمانية من خلال اقتفاء واقع الغرب وانشغالاته، وطموحاته، صف إلى ذلك معطيات التاريخ الإسلامي، توصل إلى أن العلمانية تعبر عن موقف معرفي منفتح على الحقائق المختلفة، وليست موقفاً تعسفياً وتجاهلياً للحقائق.

### 3. دراسة (طويل، 2013) بعنوان: الدولة والدين: إشكالية العلمانية في الفكر

#### الإسلامي المعاصر - عبد السلام ياسين نموذجاً -

هدفت هذه الدراسة إلى إلقاء الضوء على تباينات نوعية داخل الفكر السياسي الإسلامي المعاصر، بخصوص الموقف من العلمانية وتعدد المفاهيم والتصورات حولها، حيث تناول الباحث موقف عبد السلام ياسين في سياق نقدي مقارنة.

واعتمد الباحث على المنهج الاستقرائي والمنهج التاريخي لتحقيق هدف الدراسة وتوصل إلى النتائج التالية:

أن الخطاب السياسي لعبد السلام ياسين قابل لقراءة انتقائية من شأنها أن تجتزئ نصوصاً تبرزه مناهضاً للعلمانية من خلال رفضه للديمقراطية، وما يتصل بها من

تعددية، وتداول على السلطة، وإقرار بحقوق الإنسان حيث اعتبر أن السياسة لا تتفك عن الدين إلا أنه في بعض خطابه وجد الباحث أن لديه نزوع صوفي عرفاني، ولكن لا تخرج من إطار نزوع سياسي حركي يهدف إلى هيمنة رجال الدين على الدولة والمجتمع.

### ثانياً : الدراسات الأجنبية

1. دراسة (Musa & Muez, 2020) بعنوان: العلمانية في سنغافورة:

#### وجهات نظر المفكرين حول توافقها مع الإسلام

### Secularism in Singapore: Asatizah's Perspectives on its Reconcilability with Islam

هدفت الدراسة إلى دراسة العلمانية في سنغافورة ومدى توافقها مع الإسلام من وجهة نظر مجموعة من القادة الدينيين والمفكرين في سنغافورة، واعتمدت الدراسة على المنهج الاستنباطي من خلال البحث في الموارد الموجودة في التقاليد والمنح الدراسية الإسلامية للرد على القضايا التي ظهرت بسبب العلمانية والتي لها تأثير على قابلية التوفيق بين العلمانية في سنغافورة والإسلام.

كما يناقش نموذج سنغافورة للعلمانية، وتوصل الباحثان إلى النتائج التالية: يوجد مجموعة من القادة الدينيين والمفكرين في سنغافورة اعتنقوا العلمانية كأيديولوجية سياسية، ويرجع ذلك إلى حد كبير إلى قيمها النفعية والبراغماتية. ومع ذلك، لا يزال بعضهم متشككاً في قابلية التوفيق بين العلمانية والإسلام. نشأ هذا الشك لأن النبي والخلفاء الراشدين الذين خلفوه كانوا قادة دينيين وسياسيين، ومن ثم وضعوا القدوة والأسبقية لنظام حكم إسلامي تحكمه الشريعة الإسلامية.

أن العلمانية هي أحد مؤشرات تفكير ووجهات نظر الجسم الأكبر للقادة الدينيين والمفكرين في سنغافورة الذين هم المؤثرون الأساسيون في الحياة الإسلامية في سنغافورة.

## 2. دراسة (Masud, 2005) بعنوان: بناء وتفكيك العلمانية كإيديولوجيا

في الفكر الإسلامي المعاصر.

### **The Construction and Deconstruction of Secularism as an Ideology in Contemporary Muslim Thought**

هدفت الدراسة إلى إلقاء الضوء على تجارب العلمانية الحديثة في أربع مناطق من العالم الإسلامي (تركيا، العالم العربي، جنوب آسيا وجنوب شرق آسيا)؛ حيث أصبحت العلمانية من القضايا المركزية للخطاب الإقليمي والعالمي التي تمثلت بما يلي: العلمانية من خلال الإصلاح، والقومية من خلال إنهاء الاستعمار، والقومية الإسلامية من خلال تشكيل الدولة، والتسامح من خلال البيئات التقليدية متعددة الأعراق.

اعتمد الباحث على المنهج التحليلي وتوصل إلى النتائج التالية:

في تحليل الكتابات الأساسية لأربع مفكرين مسلمين معاصرين. تحتوي أعمال المودودي على إنكار مطلق للعلمانية، ويعارض الفصل بين العلمانية والدين. ينفي العطاس أن العمليات الغربية للعلمانية الدينية قابلة للتطبيق على تطور الإسلام. من ناحية أخرى، يشير إقبال والرحمن، على الرغم من الحفاظ على تمييز واضح بين العلماني والديني، إلى تزامن الأبعاد الدينية والعلمانية في الحياة السياسية والاجتماعية الحديثة.

#### **-الاختلاف بين الدراسة الحالية والدراسات السابقة:**

هدفت الدراسة السابقة إلى مناقشة مفهوم العلمانية من وجهة نظر بعض المفكرين ورجال الدين، حيث عرضت بعض الدراسات معارضة بعض المفكرين للعلمانية بكل معانيها مثل دراسة (طويل، 2013) ومنهم من كانوا مشككين في قدرة العلمانية على التوافق مع الإسلام مثل دراسة (Masud, 2005) ودراسة (Musa & Muez, 2020)، في حين أن دراسة (مراد، 2017) تناولت أفكار المفكر محمد ارغون بشكل نقدي مقارن من خلال ربط مشروعه الفكري للعلمانية بالأفكار الغربية فعلى الرغم من إبرازها لأهمية

العلمانية في فكر محمد أركون إلا أنها لم تتطرق إلى دور العلمانية في فكر الإسلامي المعاصر المتمثل بمواجهة التحديات التي فرضها الواقع الحالي في العالم الإسلامي مثل التعصب والفتنة وغيرها، من جهة أخرى تطرقت دراسة (Musa & Muez, 2020) إلى أهمية العلمانية في تطور الفكر الإسلامي وتداخلها في الحكم السياسي.

تختلف الدراسة الحالية عن الدراسات السابقة من حيث أن الدراسة الحالية هدفت إلى مناقشة مفهوم العلمانية من وجهة نظر الفكر الإسلامي المعاصر السليم وتسليط الضوء على أهميتها في مواجهة التعصب الديني ودورها في تقدم وتطور المجتمع الإسلامي، بالإضافة إلى تذليل الأفكار الخاطئة المرتبطة بالعلمانية وستعتمد الدراسة على فكر المفكر محمد أركون كمثال من خلال مناقشة أفكاره حول العلمانية ومدى توافقها مع تطور وحدانية الفكر الإسلامي السليم والمعاصر.

## 6- التحليل والمناقشة:

### أولاً : نشأة مصطلح العلمانية:

يعد مفهوم العلمانية من أكثر المفاهيم خلافية منذ نشأتها؛ حيث يقدم كل مفكر تعريفاً مختلفاً لظاهرة العلمانية حسب رؤيته وموقفه منها، وحسب الحقبة التاريخية التي يمثلها، ولكن قبل التطرق إلى مفهوم العلمانية لا بد من شرح أصل الكلمة وكيف نشأت، وفيما يلي عرض لأصل الكلمة وفق اللغة:

**اللغة الإنكليزية:** لفظ سيكلولاريزم secularism الانجليزي مشتق من الكلمة اللاتينية "saeculum" التي تعني العصر أو الجيل (متولي، 2013، ص 12).

وقد تطور المفهوم في العصور الوسطى ليعبر عن العالم في مقابل الكنيسة، فأصبح يستعمل للإشارة إلى كل من كانت له حياة زمنية عادية خارج حياة الكنيسة، وذلك في مقابل الحياة الروحية التي تميز رجال الدين والكنيسة.

وقد استخدم مصطلح secular أول مرة سنة 1648 عقب توقيع صلح وستفاليا الذي أنهى الحروب الدينية في أوروبا وأدى إلى ظهور الدولة، غير أن استعماله في هذه الفترة كان استعمالاً محدوداً جداً، فلم يكن يشير إلا إلى عملية تأميم ممتلكات الكنيسة ووضعها تحت الوصاية القانونية للدولة، غير أنه لم يلبث أن تطور ليأخذ شكل المقولة التحريرية للإنسان من السيطرة الدينية أولاً ثم الميتافيزيقية ثانياً على عقله ولغته (العطاس، 2000، ص 43) بمعنى التقرير بقدرة الإنسان على التحكم والرقى بحياته الشخصية بمعزل عن أي تدخل ديني أو شبه ديني.

وفي عام 1851 عرف المفكر البريطاني (جورج هولبيوك) مصطلح العلمانية بأنها: تحقيق رفاهية وسعادة الإنسان في هذه الحياة الدنيا عن طريق وسائل مادية، مثل: التقدم العلمي (المتولي، 2013، ص12)، مع التأكيد على أن العلمانية لا تعادي الدين، وحتى هذا الاستعمال المحايد للمصطلح لم يفتأ هو الآخر أن لحقه اختزال تبسيطي ليصبح المقولة التي " تفصل الدين عن الدولة " أي تفصل العقائد الدينية عن الأمور الدنيوية. وأصبح هذا الاستعمال الأخير من أكثر الاستعمالات المعبرة عن المصطلح في الغرب كما في الشرق على حد سواء.

**وفي اللغة الفرنسية:** يستعمل لفظ laïcité كلفظ دال على معنى العلمانية، ويقصد بها هنا أيضاً مبدأ للقانون السياسي يتطلع إلى مثل أعلى كوني من تنظيم المدينة. ويشير لفظ اللاتينية المشتق من اللفظ اليوناني laos إلى وحدة الشعب. وهدفت العلمانية laïcisation أن ذلك إلى تحرير الشعب من جميع أشكال السيطرة الممارسة من طرف دين أو إيديولوجيا محددة. وهي بهذا المعنى إذن، الآلية الرامية إلى حماية الشعب من الانقسامات الدينية والفئوية بهدف المحافظة على وحدة الجماعة داخل الدولة وإرساء روح اعتراف متبادل وتضامن مشترك بينهم. (Ruiz, 2004, p70)

أما في اللغة العربية: فقد شاع استعمال مصطلح العلمانية أو العلمانية كترجمة للكلمة الفرنسية laïcité رغم أن هناك اختلافاً بين اللفظين خاصة عند الفرنسيين الذين يميزون بين العلمانية laïcité التي هي موقف محايد إزاء الدين، والعلمانية laïcisme التي هي موقف عدائي ورافض لأي شكل من أشكال الدين.

كما يوجد اختلاف في طريقة نطق اللفظ هل يقال " العلمانية " بفتح العين نسبة إلى العالم أو " العلمانية " أي بكسرها نسبة إلى العلم، والغالب أنها تعجم بالفتحة لا بالكسرة، لأن اتيولوجية اللفظ "علمانية" في السياق العربي على الأقل، توحي كما بين ذلك المفكر العربي جورج طرابيشي إلى العالم وليس إلى العلم (طرابيشي، 2006، ص 216)، وسواء كان اللفظ يحيل إلى العلم أو إلى العالم، فإنه يعبر عن السيورة التي تخرج بها قطاعات تابعة للمجتمع والثقافة عن سلطة المؤسسات والرموز الدينية بمعنى أن العلمانية هي نظرة شاملة إلى العالم تؤكد استقلالية هذا الأخير وإمكانية تطويره في معزل عن الجانب الديني.

### ثانياً : التعريف الاصطلاحي للعلمانية

فيما يلي عرض لأهم تعاريف العلمانية:

ورد في تعريف العلمانية في موسوعة المعارف البريطانية: بأنها حركة اجتماعية تتجه بالاهتمام بالشؤون الأرضية بدلاً عن الاهتمام بالشؤون ما بعد الحياة، وهي تعد جزءاً من النزعة الإنسانية التي سادت منذ عصر النهضة، ودعت لإعلاء شأن الإنسان، بدلاً من التأمل في الله واليوم الآخر. (المسيري، 2005، ص54).

ويعرف قاموس (وبستر) العلمانية أنها: (اللامبالاة أو التي تؤمن بأن الدين يجب ألا ينغمس في مؤسسات الدولة، أو مؤسسات التعليم وغيرها من المؤسسات العامة) . (المتولي، 2013، ص13).

وكان عالم اللاهوت الأمريكي Harvey Cox قد عرفها في كتابه "المدينة العلمانية" الصادر سنة 1965 بأنها عملية انتقال المسؤولية من السلطة الكنسية إلى السلطة السياسية كما أنها عملية تاريخية يتحرر فيها المجتمع من القبضة الدينية والرؤية الميتافيزيقية (مغربي، 2016، ص 117).

واختزل مراد وهبة تعاريف العلمانية بقوله: " (هي) التفكير في النسبي بما هو نسبي وليس بما هو مطلق ". (وهبة، 1995، ص 53).

وعرفها الأستاذ شبلي العيسمي، بأنها جملة من التدابير جاءت وليدة الصراع الطويل... بين السلطتين الدينية والدنيوية في أوروبا، واستهدفت فكّ الاشتباك بينهما، واعتماد فكرة الفصل بين الدين والدولة، بما يضمن حياد هذه تجاه الدين، أي دين، ويضمن حرية الرأي... ويمنع رجال الدين عن إعطاء آرائهم صفة مقدسة، ومن ثم فرضها على الأفراد والمجتمع والدولة. (الاطرش، 2017، ص 5).

بينما عرفها د/فؤاد زكريا بأنها: "إطار فضفاض شديد الاتساع، يمكن أن يحتوي في داخله على شتى أنواع المواقف السياسية والأيدولوجيات؛ فمن الممكن أن يكون هناك علماني يميني، وعلماني يساري، وعلماني ليبرالي، وعلماني ماركسي، وعلماني متدين، وعلماني غير متدين. وهكذا فإن العلمانية لا تكشف لنا عن الطريق الذي ينبغي أن نسير فيه، وإنما تشير بوضوح إلى الطريق الذي ينبغي أن نتجنبه، ثم تترك لنا بعد ذلك حرية اختيار المسار. (الأفندي، 2018، ص 379)

ويعرفها أركون بأنها: أولاً وقبل كل شيء إحدى مكتسبات الروح البشرية...موقف للروح وهي تناضل من أجل امتلاك الحقيقة أو التوصل إلى الحقيقة وعليه فالعلمانية هي بحث عن الوصول للحقيقة وامتلاكها وهي تجسيد للموقف الذي تنشده الروح حول الحقيقة.

ويرى أن الفكر العلماني هو ذلك الفكر المنفتح والممارس بصفته موقفاً نقدياً تجاه كل فعل من أفعال المعرفة وبصفته البحث الأكثر حيادية والأقل تلويناً من الناحية

الإيديولوجية من أجل احترام حرية الآخر، بالتالي فإن العلمانية هي التوجه للواقع دون النظر للا واقع وبحث عن الحقيقة من جهة، وبحث عن طرق وصيغ ايصالها دون المساس بحريات الآخرين انطلاقاً من كون العلمانية تدعو للفكر النقدي الحر البعيد عن كل قيود ومرجعيات سواء كانت اجتماعية أو حتى دينية. (أركون، 1996-أ، ص 9 - 10).

نجد أن جميع التعاريف السابقة اجتمعت على أن العلمانية ليست ضد الدين وإنما يجب إخراج الدين من الصراع السياسي والاجتماعي بشكل عام، لكنها لا تتعرض للإيمان الفردي، أو تعادي فكرة التدين، إنها فقط تسعى إلى عدم انغماس الدين في الحياة العامة، حتى لا يتعارض ولاء الفرد للدين مع ولاءه للدولة، وحتى لا تحدث صراعات بين الأفراد المختلفين مذهبياً ودينياً في المجتمع، وتتبلور بضرورة احترام جميع الأديان للدولة وبالمقابل احترام الدولة لجميع الأديان.

### ثالثاً : جوهر العلمانية في مشروع أركون:

إن العلمانية في فكر محمد أركون هي مسألة حاضرة وملحة وخاصة في العالم الإسلامي، لأنها تسهم في تشكيل الدولة بالمعنى الحديث لكلمة دولة، حيث يرى محمد أركون أنه فرض على الحكومات الإسلامية قانون قسري لا يسمح بأي نوع من أنواع العلمانية يقول محمد أركون: "هذا الكلام صحيح إذا ما قبلنا بالتحديدات التقليدية للقانون المقدس المفروض قسراً على كل أنواع الحكومات السائدة في المجتمعات الإسلامية ". (أركون، 1986، صفحة 179)

ومنه حسب أركون فإن بعض الأطراف حولت القيم الروحية للدين إلى قيم إيديولوجية دافعت بها وجسدت وقوة بها أنظمة اجتماعية وسياسية معينة لخدمة مصالحها وضمان تمسكها بالسلطة والحكم وقتل كل محاولة تغيير قد تمس مصلحة هذا النظام.

يتفق أركون في كتابه " نقد العقل الإسلامي " مع مجمل المشاريع العربية التي تهدف إلى تحديث المجتمعات العربية والإسلامية، غير أن هذه المشاريع المشتركة في الهدف المتضمن تحديث المجتمعات العربية والإسلامية ألا أنها أيضاً مشتركة في التشخيص المتشائم لواقع هذه المجتمعات، على اعتبار أنه لا تتوفر فيها الحد الأدنى من الظروف والشروط الضرورية المواتية لقيام حداثة حقيقية على غرار تلك التي سادت أوروبا بداية من عصر النهضة إلى اليوم.

وكان أركون قد قرر في عدة مناسبات أن السبب في فشل قيام حداثة في العالم العربي الإسلامي يرجع بالدرجة الأولى إلى تقلص الأطر الاجتماعية للمعرفة، وعليه فمن المستحيل إذن حدوث نهضة حداثة إسلامية ما لم يتم توفير هذه الأطر السياسية والاجتماعية والفكرية التي تشكل المناخ الخصب لترسيخ تقاليد المعرفة العلمية في البلدان الإسلامية. (مسرحي، 2006، ص 123)

ومن بين أهم هذه الشروط والأطر السياسية والاجتماعية يركز أركون على شرط العلمانية، فهذا الأخير من شأنه أن يسهم في تشكيل الدولة بالمعنى الحديث للدولة. يرفض أركون المعنى الضيق للعلمانية والذي يجعلها تعبر عن " فصل الدين عن الدولة "، فهذا المعنى ليس صحيح من الناحية النظرية، لأن مثل هذا التفريق بين الدين والدولة موجود فعلياً وعملياً في جميع المجتمعات، ويعود ذلك بطبيعة الحال إلى أن الكيان السياسي الذي هو الدولة كان دائماً سواء في الإسلام أو في المسيحية أمراً دنيوياً في تشكله أو في تطوره ما يجعله تاريخياً وواقعياً بعيداً تماماً عن الدين.

يستثنى من هذا الواقع الدنيوي للدولة بعض المراحل المحددة والمحدودة التي مرت بها الدولة في تطورها، وهي مراحل تميزت فيها بضعفها الداخلي أو الخارجي ما دفع برجل السياسة إلى الاستعانة بالدين أو برجال الدين للحفاظ على استمرارية الدولة وقوتها أو حرصاً على تأمين شرعية لها، وما عدا ذلك لم تكن مسألة ارتباط الدولة بالدين مطروحة

أصلاً، وعليه يقرر أركون أن "الأطروحة التي تضاد الإسلام بالمسيحية وتقول إن المسيحية قد فصلت بين الذروتين الدينية والدينيوية في حين أن الإسلام خلط بينهما منذ البداية هي أطروحة متسعة وسطحية وغير مقبولة". (أركون، 1993، ص 54) ففي العالم المسيحي لم يتم ربط الإمبراطورية الرومانية (الدولة) بالدين المسيحي بشكل فعلي. ومارست بعد ذلك الإمبراطوريات المسيحية الرومانية السلطتين الزمنية والروحية. (أركون، 1986، ص 8)

أما في الإسلام فقد ظل للدين في حياة النبي (ص) السلطة والأولوية لأن النبي (ص) كان يؤسس الشرعية والسيادة بحضوره الجسدي، لكن بقيام الدولة الأموية فإن العلاقة بين الدين والمجتمع انعكست تماماً بحيث أصبح للسياسة اليد العليا على الدين، رغم ذلك لم تتوقف هذه الدولة عن استخدام الدين والاستعانة برجاله لتخضع شرعية لاطالما فقدتها على سلطتها.

واستمر الوضع على هذا الحال فيما يخص هذه النقطة طيلة فترة الحكم الأموي وحتى الآن، بحيث يقرر أركون أن الدين لا يزال تابعا للسياسة وخاضعا لها، حتى في مجتمعاتنا المعاصرة اليوم. وقد كان هذا الفعل سببا في رد فعل حتمي هو لجوء المعارضة السياسية للأنظمة القائمة وتخفيها وراء المشروعية الدينية ذاتها التي تقوم عليها الدولة بقصد سحب بساط الشرعية من تحت أقدامها، مثلما حدث للأمويين على يد العباسيين ومثلما تحاول الحركات الإسلامية القيام به اليوم. (أركون، 1986، ص 8)

إنّ ما يعنيه أركون من وراء العلمانية يتعلق بالدرجة الأولى، بإرادة المعرفة والتعقل، لذلك كان بالإمكان ترجمة العلمانية عنده بالحرية في الفكر أو بالموضوعية في العلم والمعرفة وانعتاق هذه الأخيرة من أي صورة من صور القهر والهيمنة على التفكير والتوجيه الإيديولوجي والمذهبية الدوغمائية والرقابة السياسية والدينية، وباختصار كل ما من شأنه أن يحول دون الوصول إلى الهدف المسطر مسبقا وهو إرساء معرفة علمية موضوعية

حول المجتمعات الإسلامية قصد فهمها جيداً وتشخيص مواطن الضعف فيها ثم إعادة بعثها من جديد. وبهذا المعنى تجد العلمانية بحسب أركون نفسها أمام مسؤوليتين اثنتين:

تتمثل الأولى: في معرفة كيف يمكن تحقيق معرفة علمية موضوعية تحظى بإجماع وتوافق عامين، وهو ما يفترض تجاوز جميع الانتماءات والخصوصيات الثقافية والتاريخية والدينية في عملية البحث.

أما المسؤولية الثانية: فتتمثل في إيجاد الصيغة الملائمة لتوصيل المعرفة المتحصل عليها إلى الآخرين دون أن يكون هذا التوصيل مشروطاً أو مقيداً بأي شرط أو قيد. (أركون، 1996-أ، ص 10)

يؤكد أركون أنه من الخطأ ومن المجازفة اختزال العلاقة بين الدين والعلمانية في مجرد مسألة الفصل القانوني الشكلي بينهما، بل هي مسألة حياتية تتعلق بوجود الإنسان ذاته في جميع تجلياته الاجتماعية، الثقافية، الدينية، السياسية. .. الخ. (أركون، 1996-ب، ص 275)

#### رابعاً : أنواع العلمانية

نجد أنّ محمد أركون يميز بين نوعين من العلمانية:

**1- العلمانية النضالية:** بدأت هذه العلمانية في عصر النهضة عند الغرب حيث حلها أركون بأنها ظهرت بسبب عدم التوافق بين الموقف الديني مع موقف العقل المستقل، وهذه المرحلة تحذف كلياً الموقف الديني وتعتبره شيئاً قديماً بالياً" (أركون، 1996-أ، ص72) لذلك قامت العلمانية الصراعية بتحرير الفكر وصناع القرار من رجال الدين الإكليروسيين وسلطاتهم". (الجميل، 1997، ص 305).

وبالتالي اقترنت العلمانية كشعار إيديولوجي موجه أساسا من طرف نخبة المجتمع الغربي والذي يتضمن حرية التفكير وذلك لأن العقل العلمي هو الذي يحدد المشروعية وليس الدين عندئذ انتقلت البشرية الأوروبية من التبعية الدينية إلى حكم العقل وأصبح علماء الطب والبيولوجيا والقانون هم الذين يحددون السلوك الأخلاقي المستقيم وليس رجال الدين". (أركون، 2001، ص 14).

**2- العلمانية المفتوحة:** في مقابل العلمانية النضالية كما وضحها أركون، كان لا بد من إيجاد صيغة جديدة للعلمانية تلائم الفكر الإسلامي المعاصر تكون مفتوحة على كل أبعاد الإنسان بما فيها البعد الروحي والديني لدى الإنسان وحيث رفض أركون الانسحاق الأعمى للعلمانية الغربية وإنما طالب بـعلمانية تلائم الواقع الإسلامي " للبعد الروحي أو البعد الثقافي والتاريخي للأديان فيما أنه لا يوجد ثقافة دينية أي ثقافة تهتم بدراسة الأديان وكيفية نشوئها وتطورها ووظائفها في المجتمع فإن الناس يضلون الطريق ويذهبون لأي مكان لإشباع حاجياتهم الروحية". (أركون، 2001، ص 211).

فأركون يدعو إلى علمانية صحيحة تقوم على مناهج حديثة ودراسات مقارنة ولكن هذا الطرح لا يعني إلغاء التعليم التقليدي للأنظمة العقائدية والدينية، ولكنه يعني ضرورة موازنته في مجتمعاتنا عن طريق إنشاء المعاهد والكليات لعلم اجتماع الأديان والتاريخ المقارن للأديان. (المسيري، 2005، ص 78)

نجد أن المفهوم المنفتح الذي قدمه أركون عن العلمانية يضع العاطفة الدينية في منأى عن كل الأغراض، كما يفك الارتباط بين مؤسسات الدولة وخاصة المؤسسات التعليمية وطبقة رجال الدين لأن الدولة العلمانية، حيادية وتتعاوى مع التعددية بمختلف أشكالها بمبدأ المساواة.

### خامساً : متطلبات العلمانية:

إن العلمانية كما يراها أركون سواء في البناء الاجتماعي أو العلاقات بين الجماعات أو الأساليب التربوية تطرح ألياتها ومفاهيمها، وقيمها كتجربة قادرة على النهوض، والتعامل مع مستجدات الثورة الرقمية، وهذا ما يجسد واقعاً اجتماعياً مأزوماً يقف حيال تطبيقاتها بشكل رسمي، وفي هذا الصدد يطرح أركون أبرز متطلبات الحياة العلمانية وهي:

#### 1- الحداثة:

يرى محمد أركون أنه لا يجب التسرع في تحديث الفكر العربي والإسلامي لأن هذا يتطلب بحثاً طويلاً مدروساً أي يتطلب دراسة مستفيضة للواقع العربي والإسلامي وتفتيت المعضلات والعقبات التي تعيق تحديث الفكر الإسلامي وتجاوزها لتجسيد الحداثة في جو مهياً تكون فيه القابلية لا الرفض والنقد وحتى تكفير المفكرين الذين يبحثون تحديث الفكر الإسلامي وعليه القضاء على هذه السيطرة الأصولية هو وحده الكفيل بفسح المجال للتحديث والحداثة، كما يرى أركون أن هذه السيطرة الأصولية لا تعني توقيف الحداثة والابتعاد عنها مثلما فعل المثقفون الحداثيون الذين خافوا وتراجعوا وراحوا يقدمون تنازلات للتيار التبجيلي التقليدي الذي أخذ يكتسح الشارع هذا ما تجلى في كتابات العقاد وحتى في كتابات طه حسين. (أركون، 2000، ص 171 - 172 )

يرى محمد أركون أنه رغم وجود مظاهر الحداثة في الساحة الفكرية العربية إلا أن هذه الأخيرة لم تعرف حداثة رصينة حقيقية، ودليل ذلك عجزها عن إخراج دولة ومجتمع حديثين ودليل هذا عدم نزع الإرث القديم الذي ما زال يسيطر على العقلية العربية الإسلامية للفرد والمجتمع، ويظهر ذلك من خلال السيطرة الكلية للأصوليين على الساحة الفكرية بالطول والعرض دون منافس هذا ما قتل حسب أركون روح الفكر الحر والفكر النقدي وهذه أكبر مشكلة تعيق المشروع الحداثي الإسلامي.

لكن هذا لا يعني هذا انعدام المحاولات الباحثة عن التحديث إلا أنها حسب أركون خجولة لم تستطع الوصول إلى عمق التراث الإسلامي وفي هذا يقول أركون: "وراح المستشرقون يصفقون لنجاحات تلاميذهم...ولكن هذه النجاحات كانت نسبية جدا في الواقع، أقصد بالتلاميذ هنا شخصيات مثل: طه حسين وزكي مبارك ويشير فارس فقد قلدوا منهجيات أساتذتهم المستشرقين وحاولوا ترجمتها وتطبيقها على الأدب العربي والتراث الإسلامي ولكن الإسلام وتراثه لم يتأثرا ولم يمسا كثيرا بهذه المحاولات الخجولة". (أركون، 2000، ص 171 )

يرى محمد أركون أن المنهجية التي نقل بها المثقفون المسلمون الحداثة الغربية إلى الساحة الفكرية العربية الإسلامية منهجية تجاوزها التاريخ، كما أن النقل كان مباشراً وكان زرعاً ومحاولة تأصيل مباشر دون مراعاة للاختلاف الكبير بين البيئتين الفكريتين، وكل ما حدث لهؤلاء يتلخص في قول محمد أركون: "قبعد أن جاءت البعثات من مصر ولبنان وغيرها إلى أوروبا انبهر المثقفون المسلمون من هذه الحداثة، فنقلوا منها إلى لغاتهم وبلادهم ما استطاعوا نقله أو فهمه أو استيعابه ولكنهم قطعوا فكر الحداثة الأوروبية عن سياقه الطبيعي إذ زرعه في سياق آخر هو السياق العربي الإسلامي". (أركون، 2000، ص 171)

يرى أركون أن هذه المحاولات لم تأتي بالشيء الذي تبخته الحداثة وهو خلق الفكر الناقد لكل موروث ولكيفية فهمه.

نفس الشأن بالنسبة للموروث الإسلامي الذي لم تستطع المحاولات التحديثية مسه بالقدر المرجو منها، وخير دليل على هذا الفشل حسب أركون هو "أنه لو فعل ذلك لما انفجرت الحركات الأصولية الحالية بمثل هذه القوة والعنف لو أن التراث العربي الإسلامي تعرض لمسح تاريخي شامل وإضاءة نقدية تاريخية شاملة لما حصل ما حصل لاحقاً". (أركون، 2000، صفحة 171 )

وعليه فحسب أركون لو حصل التنوير الإسلامي ونجحت تلك المحاولات لما ظهرت الأصولية التي هي العائق الكبير للحدثة الفكرية الإسلامية حسب أركون، وعليه حدوث العكس كما قلنا سابقاً قطع الطريق أمام الحدثة الفكرية الإسلامية، وفسح المجال للأصولية للسيطرة على الساحة الفكرية والتشبث بالموروث أكثر فأكثر بالتالي قتل لكل روح نقدية.

## 2- الديمقراطية:

إن موقف أركون تجاه مطلب الديمقراطية كان واضحاً فهو لا يعترض إطلاقاً، ولا يفكر لحظة واحدة في الاعتراض على اللعبة الديمقراطية والتعددية السياسية فهو يعتبر ذلك مكسباً حقيقياً لا يمكن التراجع عنه" (رمضاني، 2020، ص 72)، لأن "مسألة الديمقراطية مرتبطة بتطور المجتمعات والقرى الاجتماعية المؤثرة... إذا لا يمكن أن يكون هناك ديمقراطية دون نقاش حر داخل المجتمع حول مشاكل تهمة، يجب أن يكون كل مواطن حراً في قول ما يفكر فيه حول مصير الشعب الذي ينتمي إليه، ويجب بالتالي أن تكون هناك حرية تكوين الجمعيات وحرية النشر والتحليل والاختبار وكل هذا يمثل شرطاً أساسياً لكل تجربة ديمقراطية.

مما يعني أن إشاعة الثقافة الديمقراطية داخل المجتمع ضرورة ملحة لتفعيل الخطاب العلماني، ومن أجل توضيح التجربة الديمقراطية في المجتمعات الإسلامية، أكد أركون " أن كل أنواع الحكومات التي تتابعت في أرض الإسلام، منذ الأمويين حتى يومنا هذا، لم تتح للأمة الاشتراك في ممارسة السلطة السياسية أبداً، فالشعب غائب ومغيب باستمرار على الرغم من كل ما قيل ويقال، ولا يزال هذا الوضع سائداً حتى هذه اللحظة " (أركون، 1990، ص 52)

وذلك بسبب " الجهل السياسي على مستوى أحزاب الدولة، والقادة والرؤساء لمدى الحياة، والديمقراطية الشكلية بلا ديمقراطية" (أركون & مايل، 2004، ص 158)، وبالتالي

فالتجربة الديمقراطية لأي مجتمع من المجتمعات تشكل مكتسبا ثمينا لاكتشاف العلمانية وفتح آفاق وانفتاحات جديدة لها.

### 3- احترام حقوق الإنسان:

من الواضح أن إشاعة الحياة العلمانية في المجتمع مرتبطة أشد الارتباط بمدى احترام حقوق الإنسان حيث يرى أركون أن قيم الإخاء والمساواة، واحترام كرامة الإنسان، قد ترسخت شيئا فشيئا منذ الثورة الفرنسية في الغرب بالتالي نَعَم أبنائه بحقوق جعلتهم يشعرون بالمواطنة فعيلاً، لا شكليا ونظريا كما هي مجسدة في المجتمعات الإسلامية، حيث يرى أركون أن المجتمعات الإسلامية المعاصرة التي تبنت الإعلان الإسلامي لحقوق الإنسان الذي أعلن في اليونسكو عام (1980) خالية من الحريات فحرية التعبير مفقودة وحرية الصحافة كذلك، وحرية التعليم والتربية، ولا شيء. مضمون فيما يخص حقوق الإنسان". (أركون، 1996-ب، ص 97)

هكذا نفهم إذن، انعدام قيم المساواة والتسامح والإخاء، في مجتمع متعدد الطوائف، "ستؤدي إلى توسيع الهوة بين النظرية والتطبيق، بين المبادئ المثالية المعلنة وواقع الحال" (أركون، 1996-ب، ص 97)، وبهذا المعنى بقية المجتمعات الإسلامية بعيدة كل البعد عن تحقيق على الأقل المرحلة الأولى من مرحلة العلمانية وهذا يعني أن احترام حقوق الإنسان يشكل شرطا ضروريا لولوج التجربة العلمانية بصورة أكثر انفتاحاً واتساعاً.

### -مدى توافق العلمانية مع الفكر الإسلامي:

تعتبر العلمانية أولوية بالنسبة لمجتمع إسلامي، لأنها قادرة على خلق الإطار الفكري لتجاوز التخلف الذي يتخبط فيه العالم الإسلامي. وفوق ذلك، بل وأهم من ذلك أن العلمانية لا تعادي الدين ولا تهدده بقدر ما تحميه من كل استعمال يسيء إليه وضد كل احتكار مهما كانت صورتها. فهي السبيل الذي لا مناص منه لإلغاء المشروعية وسحب

البساط من تحت أقدام الحركات الأصولية، والتميز بين المستوى الروحي المتعالي للدين وبين المستوى الإيديولوجي السائد حالياً. (أركون، 1998، ص 226) بل أكثر من ذلك أنها تحمي الدين من كل تدنيس خارجي ومن كل تحريف استعماله مثل ذلك الذي يجعل المقدس "يتجسد في كل الأشياء وفي كل المنتجات والأعمال التي تتوسط بين المؤمنين وبين الإلهي". (أركون، 1993، ص 60).

والذي من حلقاته " ذات الدلالة البالغة على انحراف المقدس وتشوّهه وتحوله هو انتشار الأدبيات التبجيلية والتعظيمية التي تستطيع أن تجد كل الاكتشافات العلمية الحديثة في القرآن، وكذلك الأمر فيما يخص الادعاء بأن الاشتراكية والديمقراطية وإعلان حقوق الإنسان كانت قد عرفت في زمن النبي وصحابته الأولين". (أركون، 1993، ص 60) إن دفاع أركون عن الدين عموماً والدين الإسلامي على وجه الخصوص، لا يقل استماتة عن دفاعه عن الشروط الضرورية-ومن بينها العلمانية-لإرساء حداثة إسلامية، والشواهد على ذلك كثيرة ومتعددة بتعدد كتابات أركون ذاتها. ففي معرض حديثه عن تعارض العلمانية مع الدين وعن جدوى التعليم الديني في المدارس يقرر أركون ما نصه: "ليست العلمانية موقفاً معادياً للدين، إنها موقف فلسفي للعقل أمام مشكلة المعرفة، فبحجة الحياد لا يستبعد التعليم كل اهتمام بالأديان، ويجب أن لا ننسى أن الدين معطى من المعطيات الملموسة في التجربة الإنسانية وأنه موجود في جميع المجتمعات لذا يجب أن يدرس كدين". (هالبير، 2001، ص 18-19)

ولكي يدخل العالم الإسلامي إلى العلمانية فإن عليه أن يتخلص من الكراهية المزروعة بالتاريخ والقيود النفسية واللغوية والأيدولوجية التي تضغط عليه وتثقل كاهله، ليس فقط بسبب بعض الأحداث التاريخية الخاصة به، وإنما أيضاً بسبب العوامل الخارجية والمحيط الدولي.

يرى أركون أن الاسلام ليس منغلق في وجه العلمانية، وإنما مختلف الترسبات والإكراهات النفسية، اللغوية والأيدولوجية والتاريخية وحتى العوامل الخارجية المرتبطة بطبيعة المحيط الدولي هي المساهمة في تشكيل النظرة السلبية نحو العلمانية، كما يبرز أهمية الحاجة للعامل الديني "ذروة السيادة العليا والمشروعية" وعدم القدرة التخلي عنه، بغض النظر عن المحيط الذي تمارس فيه السلطة حسب أركون دينيا أو علمانيا، مُضيفا أن العلاقات الجدلية بين السيادة العليا والسلطة السياسية تتغير وتتحول حسب الأوساط الثقافية والتاريخية (حسب المجتمعات البشرية) ومنه استحالة الفصل الجذري بين العامل الديني والعامل السياسي. (فاطمة، 2014، ص 241)

## 7- الاستنتاجات:

- 1) العلمانية هي موقف من الحياة متضمنة حرية في التفكير واحترام الأديان والأيدلوجية، تؤدي إلى معرفة علمية موضوعية عن العالم وعن الإنسان.
- 2) العلمانية ليست نقيضاً للدين ولا في صراع معه كما يشاع عنها بل يمكن حتى التأكيد على أنها في خدمة الدين من حيث أنها حماية له من استعمال غير مشروع له سواء كان هذا الاستعمال سياسياً، علمياً، تجارياً أو غير ذلك من الاستعمالات غير المشروعة المنتشرة اليوم في العالم الإسلامي.
- 3) إن استغلال بعض التيارات الفكرية المتعصبة للمفهوم الخاطئ للعلمانية ومحاولتها خلط هذا المفهوم مع المفاهيم الأخرى مثل الليبرالية الجديدة خوفاً من إلغاء السيطرة الدينية العمياء على العالم الإسلامي أدى إلى انتشار العدائية على مفهوم العلمانية ووضع العقبات في وجهها.
- 4) من أهم متطلبات تحقق العلمانية في العالم الإسلامي هي الحدأة والديمقراطية واحترام حقوق الإنسان.
- 5) موضوع العلمانية موضوع متنامي ومتطور لا يقف عند مفهوم جامد، ولا يرتبط بنفي الدين وإنما هو شرط مهم لتحديث المجتمعات واحترام حقوق الإنسان والحوار البيني والتواصل الحضاري مع الآخر.
- 6) اعتمد أركون في تحليله للعلمانية على أسلوب تحليلي تفكيكي نقدي سعى من خلاله إلى إعادة النظر في مفهوم العلمانية المتشددة، دون إهمال دورها التاريخي، فهو يركز أساساً على بناء صيغة جديدة للعلاقة بين الدين والدولة أو إلى علمانية جديدة منفتحة تهدف إلى تعزيز العلاقة بين العلمانية والإسلام.

## 8-التوصيات:

- 1) يجب إخضاع النص الديني لمنهج بحث إنساني بأسلوب علمي، متضمن تحكيم العقل بما يتعلق بالأمور الدنيوية المستجدة والناجمة عن عملية التطور والتنمية.
- 2) يجب طرح المواضيع الشائكة والمثيرة التي تهدف إلى تحقق الحداثة وتلبي متطلبات التطور المجتمعات الإسلامي، ويجب أن يكون الطرح مبني على احترام حقوق الأنسان والأديان وبعيد كل البعد عن الشبهات من الأفكار الأصولية أو الأفكار الغربية التي كانت تهجماً على التراث الإسلامي أكثر منها دراسات عرضها الحقيقة.
- 3) يجب استخدام العلمانية في مواجهة النصوص الإسلامية الملفقة والغير شرعية والغير منطقية في محتواها من خلال الدوغمائية والاستعلانية في تعاطيها مع العقل، حيث أنها على الرغم من لباسها الإسلامي إلا أنها بعيدة كل البعد عن المنطق الشرعي الإسلامي.
- 4) ضرورة إيجاد منهج دقيق للعلمانية له مصطلحاته وألياته التي تتعامل مع اللغة العربية (لغة القرآن) يتماشى مع المناهج الحديثة ومتوافق معها في المسلمات العلمية.

## 9-المراجع:

### أولاً : المراجع العربية :

- (1) المرهج، علي عبد الهادي. (2018). التباس فهم العلمانية في الفكر العربي المُعاصر، ج1، العدد 33، بحث في مجلة لارك للفلسفة واللسانيات والعلوم الاجتماعية، الجزائر. ص 737-752.
- (2) العطاس، محمد. (2000)، مداخلات فلسفية في الإسلام والعلمانية، ترجمة محمد طاهر الميساوي. عمان، دار النفاس، ط1.
- (3) المسيري، عبد الوهاب (2005)، العلمانية الجزئية والعلمانية الشاملة، ج1، ط1، دار الشرق، القاهرة.
- (4) الأفندي، سعيد. (2018). العلمانية وأسسها، المجلد 35، العدد 113، مجلة كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، مصر، ص 373-393.
- (5) أركون، محمد. (1986)، تاريخية الفكر العربي الإسلامي، المترجم، هاشم صالح، بيروت: مركز الإنماء.
- (6) أركون، محمد. (1996- أ )، العلمنة والدين، ط 3، ترجمة: هاشم صالح. دار الساقى، بيروت.
- (7) أركون، محمد. (1993)، الفكر الاسلامي. نقد واجتهاد، ترجمة: هاشم صالح، الجزائر، لاقوميك، المؤسسة الوطنية للكتاب.
- (8) أركون، محمد. (1996-ب)، تاريخية الفكر الاسلامي، ترجمة: هاشم صالح. بيروت الدار البيضاء، مركز الانماء القومي، المركز الثقافي العربي. ط1.
- (9) أركون، محمد. (1990)، الإسلام الأخلاق والسياسة، المترجم: هاشم صالح، بيروت، مركز الإنماء القومي
- (10) أركون، محمد. (2001)، الإسلام أوروبا الغرب رهانات المعنى وإرادات الهيمنة، ترجمة هاشم صالح دار الساقى، ط 2، بيروت.
- (11) أركون، محمد. ( 2000 )، قضايا في نقد العقل الديني، كيف نفهم الإسلام اليوم. المترجم : هاشم صالح، بيروت، دار الطليعة للنشر والطباعة.
- (12) أركون، محمد ومايلا، جوزيف. (2004)، من مناهن إلى بغداد ما وراء الخير والنشر، ترجمة عقيل الشيخ حسين، دار الساقى، دار الطليعة، بيروت.

- 13) أركون، محمد. (1998)، قضايا في نقد العقل الديني، ترجمة هاشم صالح، بيروت، دار الطليعة، ط1.
- 14) الاطرش، ريم. (2017)، العلمانية، مركز دمشق للأبحاث والدراسات، دمشق، سورية.
- 15) الجميل، سيار. (1997)، العرب والأترك الانبعاث الحديث من العثمنا إلى العلمنة، مركز دراسات الوحدة العربية، دار الطليعة، بيروت.
- 16) هالبير، رون (2001)، العقل الاسلامي أمام تراث عصر الأنوار في الغرب. ترجمة جمال شحيد، دمشق، الاهالي للطبع والنشر والتوزيع، ط 1.
- 17) وهبة، مراد (1995)، الاصولية والعلمانية، دار الثقافة، ط1، القاهرة.
- 18) طويل، عبد السلام. (2013)، الدولة والدين: إشكالية العلمانية في الفكر الإسلامي المعاصر - عبد السلام ياسين نموذجاً -، مجلة مرصد، (وحدة الدراسات المستقبلية)، مكتبة الاسكندرية، الاسكندرية، مصر.
- 19) طرابيشي، جورج. (2006)، هرطقات عن الديمقراطية والعلمانية والحداثة والممانعة العربية، دار الساقى، ط 1، بيروت.
- 20) مراد، عمران. (2017)، العلمنة عند محمد أركون، رسالة ماجستير في الفلسفة، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة محمد بوضياف-المسيلة، الجزائر.
- 21) متولي، مي سمير عبده. (2013)، العلمانية في الفكر العربي والإسلامي المعاصر، ط 1، المكتب العربي للمعارف، القاهرة.
- 22) مغربي، مرام (2016)، العلمنة والعلاقة بين الدين والدولة في إندونيسيا. المجلد 4 العدد 1، مجلة قدوس للدراسات الاسلامية، إندونيسيا.
- 23) مسرحي، فراح (2006)، الحداثة في فكر محمد أركون، ط 1، منشورات الاختلاف، الدار العربية للعلوم. بيروت.
- 24) رمضان، صباح. (2020) نحو قراءة معاصرة للتراث الإسلامي محمد أركون أنموذجاً، رسالة ماجستير في قسم العلوم الاجتماعية، كلية العلوم الانسانية والاجتماعية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر.
- 25) فاطمة، بقدي. (2014). العلمنة والدين في الفكر السياسي الإسلامي، العدد 5، المجلة الجزائرية للسياسات العامة، جامعة الجزائر.

## ثانياً المراجع الأجنبية :

- 1) Musa, Mohammad Alami & Muez, Nursheila (2020). Secularism in Singapore: Asatizah's Perspectives on its Reconcilability with Islam, Occasional Papers of The Studies in Inter-Religious Relations in Plural Societies Programme, INTERRELIGIOUS RELATIONS, RSIS, Nanyang Technological University, Singapore, 15(2020).
- 2) Masud, Muhammad Khalid (2005). The Construction and Deconstruction of Secularism as an Ideology in Contemporary Muslim Thought, Koninklijke Brill NV, Leiden, A.J.S.S. 33:3 (363–383).
- 3) Ruiz, Henri Pena(2004). Laicite: principes et enjeux actuels.(Cités. N° 18. 2004).