

## المسئولية الاجتماعية للشركات في مجال حقوق الإنسان المدنية والسياسية

الدكتور أحمد المعتصم الشوربجي\*

يحكى أن عقرباً أراد أن يعبر النهر لكنه لم يعرف السباحة. أنتظر العقرب حتى رأى ضفدعاً يقفز بالقرب من النهر، فعرض عليه أن ينقله فوق ظهره إلى الجهة المقابلة من النهر. ولكن الضفدع لم يأمن لدغة العقرب فرفض ذلك. فظل العقرب يطمئن الضفدع ويؤكد له أنه ليس له مصلحة في لدغته، وأنه إن فعل ذلك في وسط النهر غرق وهلكا سوياً. أقتنع الضفدع بحجة العقرب وحمله على ظهره. وفجأة، شعر الضفدع بلدغة العقرب وهو يسبح في النهر وبدأ السم يستشري في جسده. وقبل أن يفارق الحياة، إلتفت الضفدع إلى العقرب متعجباً وسأله عن سبب فعلته. فأجابه العقرب "إنها طبيعتي التي جبلت عليها." (1)

---

\* مدرس القانون التجاري والبحري بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية، حاصل على الماجستير والدكتوراة في القانون من جامعة فيرجينيا بالولايات المتحدة الأمريكية.  
(1) هذه القصة مستوحاة من الأساطير الإغريقية، وتتسبب عادة إلى الراوي الإغريقي "إيسوب" Aesop the Fabulist.

## المقدمة

تمثل شركات المساهمة أحد أهم مصادر الاستثمار بما لها من خصائص تمنحها عظيم القدرة علي تجميع رؤوس الأموال لتمويل المشروعات الضخمة<sup>(1)</sup> ولذا تعد الشركات متعددة الجنسية منها لابعاً رئيسياً في تمويل الاستثمارات الأجنبية المباشرة في ظل ما يشهده عالمنا من انفتاح<sup>(2)</sup> تساهم هذه الاستثمارات وتلك المشروعات في دفع عجلة النمو الاقتصادي من خلال ما توفره من فرص عمل وزيادة الإنتاج ومحاربة الفقر. ولما كانت الأنشطة التي تمارسها هذه الشركات تمس وتتداخل مع العديد من حقوق الإنسان، فقد بات من الضروري تحمل هذه الشركات لمسئوليتها تجاه

(1) تمتاز شركة المساهمة بعدة خصائص جعلت منها الشكل الأهم من بين أشكال الشركات في العالم حيث تمنحها القدرة علي تمويل المشروعات الضخمة بطرق مختلفة لا تتوافر لأشكال الشركات الأخرى في الوقت الذي تحمي مساهميا وتمنحهم الحرية في تداول أسهمهم. ومن أهم هذه الخصائص المسؤولية المحدودة للمساهمين وقابلية الأسهم للتداول. ويكمل هذه الخصائص مركزية إدارة شركة المساهمة عن طريق مجلس إدارة منتخب مما يسر التقلب علي الصعوبات العملية التي تنشأ عن كثرة عدد المساهمين وقلة خبرتهم ناهيك عن صعوبة اتقاقهم وسلبيتهم. أنظر في خصائص شركات المساهمة: محمد فريد العريني، هاني محمد دويدار، محمد السيد الفقهي، أحمد المعتمد الشوريجي، أساسيات القانون التجاري والبحري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 187-190.

(2) ليس أدل علي ذلك من معدل نمو أصول الشركات دولية النشاط الهائل الذي تفوق علي معدل نمو العديد من الدول في مطلع القرن الحالي وفقاً لبيانات مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (الأونكتاد) UNCTAD World Investment Report: TNCs and Export Competitiveness (2002) Hakeem O. Yusuf, Oil and the Export Competitiveness of Developing Countries, *Journal of International Trade and Development*, 13(1), 1-15 (2002).  
on Troubled Waters: Multinational Corporations and Realizing Human Rights in the Developing World, with Specific Reference to Nigeria, 8 African Human Rights Law Journal 79, 98 FN 66 (2008).



الأفراد والمجتمعات عن أعمالها الماسة بحقوقهم. وهذا البحث يُعني بتوضيح حدود هذه المسؤولية فيما يتعلق بحقوق الإنسان المدنية والسياسية.<sup>(1)</sup>

<sup>(1)</sup> لم يميز الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الصادر في عام 1948، والذي يعد أول وأهم الوثائق العالمية في العصر الحديث التي تدشن أساساً قانونياً لحقوق الإنسان، بين الحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية من ناحية، وبين تلك المدنية والسياسية من ناحية أخرى. وإنما ظهرت التفرقة بين هاتين الفئتين من الحقوق إبان الحرب الباردة بين الغرب والشرق. فبينما سادت الرأسمالية دول الكتلة الغربية التي تركز على الحقوق المدنية والسياسية، اعتمدت دول الكتلة الشرقية على النظام الاشتراكي مؤكدةً على أهمية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. وأدى ذلك إلى التفاوض على عهدين منفصلين يختص كل منهما بفئة من حقوق الإنسان. ونتج عن ذلك اتفاقيتان دوليتان هما: العهد الدولي بشأن الحقوق المدنية والسياسية والعهد الدولي بشأن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

<http://www.ohchr.org/AR/Issues/ESCR/Pages/AreESCRfundamentallydifferentfromcivilandpoliticalrights.aspx>

وقد ساهمت الطبيعة المختلفة لكل فئة من هاتين الفئتين من حقوق الإنسان في إحداث هذه التفرقة. فالحقوق المدنية والسياسية - والتي يطلق عليها الجيل الأول من الحقوق - لا تحتاج سوى امتناع الدولة عن التدخل في الحريات الفردية وحمايتها، في حين تتطلب الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية - وتسمى حقوق الجيل الثاني - أموالاً طائلة واستثمارات كبيرة لتوفيرها إذ تحتاج هذه الحقوق لتدخل إيجابي من الدولة. ولذلك فإن الدول تتطلع إلى توفير تلك الأخيرة وتسعى إلى تيسير التمتع بها ولكن فقط في حدود المتاح لها من إمكانيات. ويعرف هذا بمبدأ الأعمال التدريجي للحقوق Progressive Realization Concept. ولا يعني هذا أن الدول لا تلتزم بتوفير هذه الحزمة من الحقوق بالكامل، وإنما تلتزم بتوفيرها تدريجياً عن طريق اتخاذ التدابير الملائمة لإمكاناتها المتاحة.

<http://www.ohchr.org/AR/Issues/ESCR/Pages/WhatarethetheobligationsofStatesonESCR.aspx>

تكمّن مشكلة العلاقة بين أعمال الشركات، وخاصة دولية النشاط منها، وبين حقوق الإنسان في وجود فجوة تشريعية ناتجة عن قصور الإطار القانوني المنظم لأعمال الشركات.<sup>(1)</sup> ذلك أن نظام الحوكمة العالمي Global Governance الذي نشأ وتطور مع تحرير التجارة العالمية وسيطرة

ومع ذلك فإن التفرقة بين هاتين الفئتين من حقوق الإنسان ليست مطلقة. فالأسرة على سبيل المثال هي الوحدة الأصغر في المجتمع، وبعض حقوق الإنسان المرتبطة بالأسرة لا يمكن اعتبارها حقوقاً اجتماعية بحتة، إذ تعد في الوقت ذاته حقوقاً مدنية. حقوق الإنسان إذاً متكاملة لا تقبل التجزئة ويعتمد تطبيقها على بعضها البعض. فالحقوق المدنية والسياسية تنخفض في ظل ضعف الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. كما أنه في غياب الحريات وبدون الحقوق المدنية والسياسية، تغدو الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية عديمة القيمة.

وتشتمل الحقوق المدنية والسياسية على عدة حقوق أهمها الحق في الحياة والحق في سلامة الجسد من التعذيب أو من العقوبات الوحشية، والحق في الكرامة وعدم امتهان الإنسانية. غير أن هذه الحقوق ليست بسيطة ولا مستقلة عن بعضها فالعلاقة بين حقوق الإنسان المختلفة متشابكة ومركبة، ذلك أن حقوق الإنسان يجمعها أكثر مما يفرقها. فإذلال الأشخاص وتحریم كل صور الاسترقاق، والحق في الحرية والأمن، والحرية في الانتقال والتعبير وكذلك حرية الاعتقاد، والمساواة أمام القانون إلى غير ذلك من الحقوق والحريات كلها حقوق متكاملة ومتشابكة. أنظر في تفصيل ذلك:

HECTOR GROS ESPIELL, *The Evolving Concept of Human Rights: Western, Socialist and Third World Approaches*, in HUMAN RIGHTS: THIRTY YEARS AFTER THE UNIVERSAL DECLARATION: COMMEMORATIVE VOLUME ON THE OCCASION OF THE THIRTIETH ANNIVERSARY OF THE UNIVERSAL DECLARATION 44(Bertrand G. Ramcharan ed., 1979); ALEX CONTE & RICHARD BURCHILL, *DEFINING CIVIL AND POLITICAL RIGHTS: THE JURISPRUDENCE OF THE UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COMMITTEE* 2-8 (2ED. 2009).  
<sup>(1)</sup>JOHN RUGGIE, *PROTECT, RESPECT AND REMEDY: A FRAMEWORK FOR BUSINESS AND HUMAN RIGHTS*, UN PUBLIC DOMAIN 189 (2008).

الرأسمالية علي الاقتصاد العالمي جعل لهذه الشركات دوراً بارزاً في العالم يتخطي الدور المالي والاقتصادي إلي ذلك الدور السياسي والاجتماعي والثقافي.<sup>(1)</sup> وعلي الرغم من هذه المكانة التي احتلتها الشركات الكبرى في عمرة هذا النظام العالمي الجديد فإنها تبقى من أشخاص القانون الخاص ولا تخضع لأحكام القانون الدولي العام الذي تعتبر حقوق الإنسان جزء منه.

ففي حين أن نشاط الشركات وما يترتب عليه من آثار تمس بحقوق الإنسان يتعلّق بنظم وأحكام القانون الدولي العام، تخضع الشركات لقواعد الأنظمة القانونية الوطنية، والتي تتفاوت أحكامها وتطورها من بلد إلي آخر. ويتيح هذا الفراغ التشريعي للشركات استغلال ثغرات النظم القانونية الوطنية وكذلك استغلال حاجة الدول النامية للاستثمارات الخارجية لتعظيم أرباحها دون اعتبار لحقوق الأفراد والمجتمع. بل إن الأمر يتعدى ذلك إذ تحاول الشركات إعمال تأثيرها مستغلة قدراتها المالية والاجتماعية للحيلولة دون وقوع أي تغيير من شأنه التأثير علي أعمالها أو تقليل أرباحها، وإن كان هذا التغيير يحقق المصلحة العامة. كما أنه بالرغم من تعدد جنسيات الشركات دولية النشاط حيث تكتسب جنسية الدول المضيفة إلا أنها في الكثير من الأحيان تقدم مصالح دولتها المضيفة (الدولة الأم) حين تتعارض مع مصالح الدول المضيفة.<sup>(2)</sup> وكل هذا قد يمس بحقوق الأفراد ويؤثر في حرياتهم الشخصية بصور مختلفة.

علي أن البحث في أبعاد العلاقة بين أعمال الشركات وتأثيرها علي حقوق الإنسان المدنية والسياسية يقتضي النظر أولاً في مدى تمتع هذه الشركات بالحقوق المدنية والسياسية كمسألة أولية للوقوف علي الأساس

---

(1) يستعمل مصطلح "الحوكمة العالمية" لوصف الوضع المربك والمتنامي للنظام العالمي، الذي باتت تتدخل في تشكيله والتأثير فيه مجموعة من الجهات والتنظيمات غير الحكومية علي رأسها الشركات دولية النشاط. للمزيد حول مفهوم الحوكمة العالمية، أنظر KLAUS DINGWERTH AND PHILIPP PATTBERG, *Global Governance as a Perspective on World Politics*, 12 GLOBAL GOVERNANCE 185, 191 (2006).

(2) Iris Halpern, *Tracing the Contours of Transnational Corporations' Human Rights Obligations in the Twenty-First Century*, 14 Buff. Hum. Rts. L. Rev. 129, 145 (2008).

القانوني للمسئولية الاجتماعية للشركات في مجال الحقوق المدنية والسياسية. ذلك أنه على الرغم من الاعتراف للشركة بالشخصية القانونية، ورغم أن هذه الشخصية محدودة بطبيعة الشركة المعنوية وبغرضها،<sup>(1)</sup> إلا أن تطوراً كبيراً طرأ على شخصية الشركة وعلى الدور الذي تقوم به في مجتمعاتنا جعل من الشركات محلاً لاكتساب بعض حقوق المواطنة.<sup>(2)</sup> وهو الأمر الذي تركز له بعض نظريات حوكمة الشركات التي تؤكد على ضرورة مراعاة الشركة - كعضو في المجتمع- للطوائف المختلفة من أصحاب المصالح وذلك في سعيها لتحقيق أهدافها وتعظيم أرباحها.<sup>(3)</sup> وانعكس هذا الاتجاه على الأدلة الإرشادية لحوكمة الشركات في العالم والتي تبنت جميعها -ولكن بنسب متفاوتة- فكرة المسئولية الاجتماعية للشركات. ولذلك يتناول البحث بالتحليل أولاً التطور التاريخي للشخصية المعنوية الشركة قبل أن يتطرق إلي الأسس النظرية والواقعية لمسئولية الشركات عن حقوق الإنسان.

---

(1) أنظر على سبيل المثال مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1998، ص 46؛ محمد فريد العريني، الشركات التجارية: المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 51-52.

(2) أنظر في التطور التاريخي لاكتساب الشركات لحقوق المواطنة ولجوء الشركات الأمريكية إلى الدستور وتعديلاته وإلى ميثاق الحقوق المكمل للدستور الأمريكي للتصدي للقوانين الحكومية. ومثال ذلك دفع شركة منسوجات أمريكية أمام المحكمة بمبدأ عدم ازدواج العقوبة Double Jeopardy المكفول بموجب التعديل الخامس للدستور الأمريكي، وذلك لتجنب إعادة المحاكمة في قضية احتكار. يعكس هذا امتداد الحماية الدستورية للحقوق إلى الشركات وعدم اقتصاره فقط على الأفراد.

CARL J. MAYER, *Personalizing the Impersonal: Corporations and the Bill of Rights*, 41 HASTINGS L. J. 577, 578-579 (1990).

أنظر: AHMAD A. ALSHORBAGY, PROTECTING MINORITY :<sup>(3)</sup>

SHAREHOLDER RIGHTS IN EGYPTIAN PUBLIC CORPORATIONS A COMPARATIVE STUDY IN CORPORATE GOVERNANCE AND SECURITIES REGULATION 52 (2012).

غنى عن البيان ذلك التأثير الكبير للقوي الاقتصادية في ظل النظام الرأسمالي على السياسات الداخلية والعالمية. ونظراً لتحكم شركات المساهمة العملاقة في اقتصاديات العديد من الدول، فإن الممارسات الفعلية التي تقوم بها هذه الشركات يكون لها أثر عظيم على سياسات الدول التي تحمل جنسيتها. ويتعاضم هذا التأثير مع انتشار الشركات متعددة الجنسية حيث يسمح لها هيكلها التنظيمي بالتأثير على سياسات الدول المضيفة والتدخل في شئونها بطرق غير مباشرة ويؤثر ذلك بالتبعية على حقوق الأفراد فيها.<sup>(1)</sup> ويزيد من حدة الخطورة أن الإطار القانوني لحقوق الإنسان بشقيه -الدولي والداخلي- لم يكن معداً للتطبيق على الشركات لاسيما متعددة الجنسيات منها.<sup>(2)</sup> لذلك يعرض هذا البحث لصور عديدة من هذه الممارسات -المباشرة أو غير المباشرة- التي يكون من شأنها التأثير على الحقوق المدنية والسياسية للأفراد.

ولما كان لهذه الممارسات من الآثار السلبية المحتملة على حقوق الإنسان المدنية والسياسية، فقد تكاتف المجتمع الدولي من أجل التصدي لها بهدف الحد من هذه الآثار.<sup>(3)</sup> ويعد الاتفاق العالمي للأمم المتحدة وما تبعه من مبادئ توجيهية في مجال حقوق الإنسان أبرز الجهود الدولية في هذا الصدد،

---

(1) SURYA DEVA, *Human Rights Violations by Multinational Corporations and International law Where from Here?*, 19 CONN. J. INT'L. L. 1, 2 (2003).

(2) المرجع نفسه.

(3) وقد انعكس ذلك التأثير على المبادرات الدولية حيث صدرت إحدى أولى هذه المبادرات عن الأمم المتحدة باسم "القواعد المتعلقة بالشركات عبر الوطنية وغيرها من المؤسسات التجارية" بهدف فرض مجموعة من الالتزامات - بشكل مباشر وبموجب القانون الدولي- في مجال حقوق الإنسان والتي قبلتها الدول ذاتها بموجب المعاهدات الدولية. أنظر جون روجي (الجمعية العامة للأمم المتحدة)، تقرير الممثل الخاص للأمم المتحدة المعنى بمسألة حقوق الإنسان والشركات عبر الوطنية وغيرها من مؤسسات الأعمال، جون روجي: مبادئ توجيهية بشأن الأعمال التجارية وحقوق الإنسان: تنفيذ إطار الأمم المتحدة المعنون "الحماية والاحترام والانتصاف"، 21 مارس 2011، ص 3-4 (يشار إليه فيما بعد بالمبادئ التوجيهية).

إذ أنه ثمرة ما يدنو من خمسين عاماً من المبادرات والتوجيهات غير الملزمة في مجال المسؤولية الاجتماعية للشركات. غير أن هذا الاتفاق العالمي وغيره من الجهود الدولية لم يأخذ الطبيعة الملزمة للقواعد القانونية بل تطور في صورة مبادرات تطوعية من الشركات وغيرها من منظمات الأعمال. ويتبين من دراسة هذه المبادرات ونقصي تطورها أسباب طبيعتها غير الملزمة، إذ ترتبط هذه الطبيعة الناعمة للمسؤولية الاجتماعية للشركات بتطورها التاريخي، كما يرجع ذلك إلي هيمنة الشركات علي صناعة القرار العالمية. ذلك أن فكرة المسؤولية الاجتماعية للشركات نشأت كرد فعل للوعي المتنامي بآثار أعمال الشركات الضارة بالمجتمعات. فما كان من الشركات إلا أن لجأت إلي القوانين الناعمة لتحسين سمعتها وتجميل صورة النظام الرأسمالي الذي طالما اتصف بالتجدد من خلال إيجاد وسائل مستحدثة لمواجهة تحديات الإنتاج المختلفة اقتصادية كانت أم اجتماعية أم قانونية.<sup>(1)</sup>

وإذا كان الإطار القانوني الدولي للمسؤولية الاجتماعية للشركات غير ملزم، فإن الشركات تخضع للأنظمة القانونية المختلفة للدول التي تمارس أنشطتها بها. وقد تبنت التشريعات الوطنية مذاهب مختلفة فيما يتعلق بالمسؤولية الاجتماعية للشركات. فبالإضافة إلي القواعد الموضوعية التي تنظم عمل الشركات كقانون الشركات وقانون العمل وغيره من القوانين التي تتفاوت أحكامها من دول إلي أخرى، توفر القوانين الإجرائية في بعض الدول حماية إضافية للأفراد لمواجهة ما قد يترتب علي نشاط الشركات من آثار ماسة بحقوقهم، وذلك عن طريق مد نطاق قوانينها الوطنية واختصاص محاكمها استثناءً إلي أعمال الشركات التي تقع خارج نطاق إقليمها. ومن ذلك على سبيل المثال القانون الأمريكي والقانون الفرنسي اللذان يختلف موقفهما في هذا الصدد.

ويتبين من دراسة الإطار القانوني الدولي والداخلي للمسؤولية الاجتماعية للشركات خاصة في مجال حقوق الإنسان أنه غير فعال. فالواقع العملي يشير إلي عدم تقدير الشركات للاعتبارات المجتمعية وتقديمها لمبدأ تعظيم الأرباح دون توان، مستغلة في ذلك قصور التشريعات الوطنية عن حماية حقوق الإنسان من ناحية، وعدم خضوعها لأحكام القانون الدولي العام

---

(1) رنا محمد عبد الرزاق إبراهيم، دور المسؤولية الاجتماعية في ظل سيادة طريقة الإنتاج

الرأسمالية، 2014، ص 41 وما بعدها.

من ناحية أخرى. وهو ما ينتج عنه تحمل الأفراد لتبعات أعمال الشركات التي قد تنال من حقوقهم بصورة فجأة في بعض الأحيان دون أن تتحمل الشركات ذاتها بالمسئولية عما تحدثه من أضرار.

وعلي هذا، ينقسم هذا البحث إلى ثلاثة فصول علي ما يلي:

الفصل الأول: الأساس القانوني لمسئولية الشركات في مجال حقوق الإنسان المدنية والسياسية

الفصل الثاني: صور تدخل الشركات في الحياة السياسية

الفصل الثالث: المعالجة القانونية للمسئولية الاجتماعية للشركات في مجال حقوق الإنسان المدنية والسياسية

## الفصل الأول

### الأساس القانوني لمسئولية الشركات في مجال حقوق الإنسان المدنية والسياسية

تتشعب أعمال الشركات وممارساتها بشكل يؤثر بوضوح علي حقوق الأفراد في المجتمع الذي تعيش فيه وتندمج معه. فالشركات بما لها من شخصية معنوية تكون قادرة علي اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات في حدود شخصيتها التي رسمها لها القانون. ولكن التطورات السياسية والاقتصادية العالمية أدت إلي تطور الدور الذي تقوم به الشركات وأضافت له الكثير، وهو ما أنعكس بدوره علي أبعاد شخصيتها المعنوية حتى أصبحت تتمتع بالعديد من حقوق المواطنة كغيرها من أفراد المجتمع وتتنافس معهم بل تتفوق عليهم في ممارسة تلك الحقوق. ولذلك صار لزاماً البحث عن طرق لتحميل الشركات مسؤوليتها الاجتماعية في هذا الصدد.

ولقد عكفت نظريات حوكمة الشركات الحديثة علي تدشين الأسس النظرية لمسئولية الشركات تجاه المجتمع تعيش فيه بمختلف طوائفه فيما يعرف بحقوق أصحاب المصالح. كما حرصت معظم الأدلة الإرشادية لحوكمة الشركات حول العالم علي إبراز هذه المسئولية ولو بدرجات متفاوتة.

وعلي ذلك، من أجل تحديد الأساس الذي تستند إليه مسئولية الشركات الاجتماعية في مجال حقوق الإنسان المدنية والسياسية يبحث هذا الفصل أولاً في مدى تمتع الشركات ذاتها بمثل هذه الحقوق فيمبحث أول، ثم يتطرق بعد ذلك إلي نظريات حوكمة الشركات لشرح الأساس النظري لتلك المسئولية في مبحث ثان.



## المبحث الأول

### حدود الشخصية المعنوية للشركة

تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية وفقاً لأحكام القانون ويترتب علي ذلك عدة نتائج هامة تجعل الشركة أهلاً لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات بما يمكنها من تحقيق أغراضها<sup>(1)</sup> لكن التطور الذي طرأ علي الدور الذي تقوم به الشركات جعل حدود شخصية الشركة المعنوية غير واضح.

وفي سبيل استيضاح أبعاد الشخصية المعنوية للشركة، ينقسم هذا المبحث إلي مطلبين. المطلب الأول يطرح تساؤل نظري حول مدى تتمتع شركات المساهمة بالحقوق المدنية والسياسية. أما المطلب الثاني فيرصد الاتجاهات القضائية الحديثة في الاعتراف لشركات المساهمة بالحقوق المدنية والسياسية.

### المطلب الأول

هل تتمتع شركات المساهمة بالحقوق المدنية والسياسية؟

قبل التطرق إلى مسؤولية الشركات في مجال الحقوق المدنية والسياسية، يجدر التعرض لمسألة أولية، وهي مدى تتمتع شركات المساهمة بهذه الفئة من الحقوق في المقام الأول. ذلك أن المسؤولية لا تثور إلا عند الإخلال بالتزام، والالتزامات هي الوجه الآخر للحقوق<sup>(2)</sup>.

---

(1) أنظر في ذلك: طه، المرجع السابق، ص46-56؛ العريني، المرجع السابق، 51-60.

(2) على أن ذلك لا يعني أن الشركات -أو غيرها من الأشخاص- لا يمكن أن تخل بحقوق الآخرين دون أن تتمتع هي بذات الحقوق. فممارسات الشركات - وإن لم تكن تتمتع بكافة الحقوق المدنية والسياسية - تؤثر بشكل مباشر على حقوق الأفراد في المجتمع على ما سنوضح لاحقاً.

لا شك في تمتع شركات المساهمة بالشخصية المعنوية التي تؤهلها لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات. فقد أستقر الفقه القانوني على منح شركات المساهمة الشخصية المعنوية منذ أكثر من قرنين<sup>(3)</sup> كما توافق الفقه على حدود هذه الشخصية المعنوية فقيداً بقيدتين: ينبثق القيد الأول من طبيعة الشركة كشخصية اعتبارية من صنع القانون تختلف بالضرورة عن الشخص الطبيعي وما يتمتع به من صفات إنسانية<sup>(4)</sup> وقد انعكس هذا القيد على العديد من التشريعات كالقانون المصري الذي نص في المادة الثالثة والخمسين من التقنين المدني على أن "الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية"<sup>(5)</sup>.

أما القيد الثاني الذي يرد على شخصية الشركة المعنوية فيعزي إلى غرض الشركة، ذلك أن الشركة تنشأ للقيام بنشاط أو أنشطة معينة، مما يستتبع

---

(3) راجع في تطور شركات المساهمة واكتسابها الشخصية المعنوية في الولايات المتحدة الأمريكية:

HERBERT HOVENKAMP, ENTERPRISE AND AMERICAN LAW 1836-1937 42-45 (1991).

تجدد الإشارة إلى بعض التشريعات كالقانون البلجيكي والنمساوي والإيطالي تقتصر على الاعتراف بالشخصية المعنوية لشركات الأموال Corporations دون أن تمدّها إلى شركات الأشخاص Partnerships. غير أن القانون المصري والقانون الفرنسي يعترفان بالشخصية المعنوية لكافة أنواع الشركات. أنظر أحمد عبد الرحمن الملحم، قانون الشركات التجارية الكويتي والمقارن، لجنة التأليف والتعريب والنشر، 2009، ص 231.

(4) العريني، المرجع السابق، ص 51.

(5) قارب المادة 53 من القانون المدني السويسري رقم 210 الصادر بتاريخ 10 ديسمبر 1907.

"Legal entities have all the rights and duties other than those which presupposed intrinsically human attributes, such as gender, age or kinship".

تحديد شخصيتها بحدود غرضها الذي خصصت للاضطلاع به (1) يترتب على ذلك أن للشركة مباشرة كافة التصرفات القانونية التي تمكنها من تحقيق غرضها دون مجاوزة أحكام القانون. (2)

غير أن تطوراً كبيراً طرأ على شخصية الشركات وعلى الدور الذي تلعبه في مجتمعاتنا، وهو ما جعل حدود شخصيتها القانونية ضبابية غير واضحة (3) فقد نتج عن الدور المتنامي للشركات في مختلف الأصعدة الاقتصادية والاجتماعية وعن تدخلها الواضح في عالم السياسة أن بات من العسير تعيين الحدود الفاصلة بين ما هو ملازم لصفة الإنسان الطبيعية وبين ما يمكن أن تتمتع به الشخصية الاعتبارية للشركة كتجمع من الأشخاص وأموال. وخير مثال على ذلك بعض الحقوق المدنية والسياسية كحرية التعبير. فإذا كانت الشركة مجتمع من الأشخاص يتمتع كل منهم بحرية التعبير عن آرائه ومعتقداته بموجب حق دستوري، ألا تمتد هذه الحماية الدستورية المكفولة للأفراد فيحرية التعبير إلى الشركة كشخص معنوي؟ (4)

(1) أنظر المادة 53(2)(ب) من القانون المدني المصري؛ المادة 14 من المرسوم بقانون الشركات الكويتي رقم 25 لسنة 2012 المعدل بالقانون رقم 97 لسنة 2013.

(2) طه، المرجع السابق، ص 49.

(3) للمزيد حول تطور الدور الذي تلعبه شركات المساهمة منذ نشأتها في الغرب كمنحة من الملوك للأثرياء والمقربين لإدارة مشروعات عامة في المستعمرات والولايات المختلفة، أنظر

JAN EDWARDS AND MOLLY MORGAN, "ABOLISH CORPORATE PERSONHOOD," *Reclaimdemocracy.org* (2004) (last visited 16/6/2014).

(4) Bradley Smith, *Corporations Are People, Too* (2009), available at

<http://www.npr.org/templates/story/story.php?storyId=112711410> (last visited 16/6/2014).

يرى سميث أن القول بحرمان شركة المساهمة من تلك الحقوق على أساس أنها شخص معنوي من صنع الدولة في غير محله، ذلك أن الشركة يُوجدها الأفراد باتفاقهم ثم تعترف

من هنا تبرز أهمية التمييز بين الشركة ككيان مادي ينشأ من تجمع لأشخاص طبيعيين أو شخصيات أخرى معنوية، وبين ما تتمتع به الشركة من شخصية قانونية. فإذا ما سلمنا بكون الشركة كيان مادي وقانوني لتجمع الشركاء، فإن ذلك يستتبع أن تكون شخصية الشركة Legal Personality محدودة فقط بالقدر اللازم لتحقيق الغرض الذي أنشأت من أجله دون سواه. وبالتالي تنحصر الحقوق التي تتمتع بها الشركة في الحد الأدنى الذي لا تستطيع الشركة تحقيق غرضها بدونها. وهذا ما يؤهل الشركة لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات عند التعامل مع الغير وكذا الحق في المطالبة بتلك الحقوق أو دفع تلك الالتزامات.

وكان ذلك هو الدافع إلى الاعتراف للشركات بالشخصية المعنوية في الولايات المتحدة الأمريكية في بداية الأمر حيث قضت المحكمة -في سابقة "سانتا كلارا" الشهيرة- باعتبار الشركة شخص لأغراض التعديل الرابع عشر من الدستور الأمريكي حتى لا تفتنت الشركات على حقوق الأفراد.<sup>(1)</sup> ذلك أن

---

الدولة بهذا الوجود. ولا يقدح في ذلك أن الدولة تمنح الشركة بعض الحقوق كالمسؤولية المحدودة والاستمرارية، حيث يتمتع بعض الأفراد أيضاً بمزايا وحقوق من الدولة. ومع ذلك لم يقل أحد مثلاً بحرمان سائق الأجرة من حقوقه الدستورية لأن الدولة منحتة رخصة قيادة خاصة. ولذلك يجب على المنادين بإلغاء شخصية الشركة وقصر تلك الحقوق على الأفراد الانتباه لأن ذلك من شأنه حرمان من يتمتع بحقوق خاصة من الأفراد من حقوقه الدستورية، وهو أمر غير مقبول.

(1) Santa Clara v. S. Pac. R.R. Co., 118 U.S. 394, 396 (1886).

جدير بالذكر أن هذه القضية لم تكن في حقيقتها حول الاعتراف بشخصية الشركة بل كانت تخص المعاملة الضريبية لها. غير أن المحكمة افتتحت حكمها بالقول بأنها ليس لديها رغبة في مناقشة مسألة انطباق نصوص الدستور على الشركات وامتداد حمايته إليها، "فنحن جميعاً نتفق على ذلك".

"The court does not wish to hear argument on the question whether the provision in the 14<sup>th</sup> Amendment to the Constitution, which forbids a State to deny to any person within its jurisdiction the equal

شركات المساهمة في حينها لم تكن تؤسس إلا بموجب تشريع خاص يصدر بالموافقة على نظامها الأساسي. وعادة لم تكن توافق الولايات على تأسيس مثل تلك الشركات ما لم تكن ضرورية لإنشاء مرفق عام أو لتقديم خدمة عامة يصعب توفيرها بطريق آخر. لهذا كانت تعتبر الشركات منحة خاصة أو امتياز من الدولة لمؤسسيها. وكما كانت تلعب الدولة دوراً كبيراً في الموافقة على تأسيس الشركات، كانت تقيدتها بوضع شروط تحكمية في أنظمتها الأساسية تهدف إلى حماية المصلحة العامة من ممارسات الشركات الماسة بحقوق الغير.<sup>(1)</sup>

وأية ذلك أن الدستور الأمريكي لم يرد به ذكر "الشركات"،<sup>(2)</sup> كما لم يمنح الأفراد حقوقاً إيجابية بل أقتصر على منح المواطنين حقوقاً سلبية بضمان عدم تعرض "أشخاص" آخرين لهم. وهو ما وضع الشركات في وضع مميز إذ لم تكن مخاطبة بأحكام الدستور لعدم اعتبارها من "الأشخاص"، وفي ذات الوقت كونها تؤسس بموجب تشريع خاص جعل منها أداة سياسية لتقديم المصالح الخاصة والأهواء الشخصية لأشخاص معينة على الصالح العام.<sup>(3)</sup>

---

protection of the laws, applies to these corporations. We are all of the opinion that it does.”

(1) أنظر HOVENKAMP، المرجع السابق، ص 37، SUSANNA KIM RIPKEN، *Corporate First Amendment Rights after Citizens United: An Analysis of the Popular Movement To End the Constitutional Personhood of Corporations*, 14 U. PENN. J. BUSS. L. 209, 219-20 (2011).

CARL J. MAYER<sup>(2)</sup>، المرجع السابق، ص 578-579.

THOMAS COOPER، (مقتبساً) ص 38، المرجع السابق،<sup>(3)</sup> HOVENKAMP  
LECTURES ON THE  
ELEMENTS OF POLITICAL ECONOMY, 246 (2d ed. 1830))

يصف كوبر حال الشركات حينها بأنها كانت تؤسس بموجب سلطة الحكومة في منح طبقة من الأشخاص المزايا والحصانة التي لا يضاهاها مثل لباقي الأشخاص، بل إن هذه المزايا تمنح على حساب العامة. وأن هذا يحدث تحت ذريعة تحقيق الصالح العام الذي لا يمكن تحديد مفهومه ولا مداه. وهو ما جعل من الدستور الأمريكي حبراً على ورق.

ومن ثم كان الاعتراف للشركات بالشخصية القانونية ضرورياً لحماية الأفراد من عبث الشركات حيث تصبح الأخيرة تحت طائلة القواعد الدستورية. غير أن الشركات استفادت من هذا الوضع أكثر مما أضررت؛ إذ تحولت من مصاف المتحملة بالواجبات بموجب نظامها الأساسي الممنوح من الدولة إلى شخص قانوني يتمتع بحماية الدستور من عسف الدولة.<sup>(14)</sup> فمذ اعتبار الشركة شخص قانوني لأغراض تطبيق نصوص الدستور، لم يستغرق الأمر أكثر من عقدين حتى اكتسبت الشركة حقوق المواطنة وتمتعت بالحماية الدستورية لحقوقها كغيرها من الأشخاص الطبيعيين.<sup>(15)</sup>

إن الاعتراف بأن الشركة شخص قانوني Corporate Personhood يتساوى مع الأشخاص الطبيعيين - فيما عدا ما يكون ملازماً للطبيعة البشرية- يترتب عليه منح الشركات بعض الحقوق الدستورية الأخرى التي تتماشى مع هدف الشركة الرئيسي وهو تعظيم أرباحها.<sup>(16)</sup> وأهم ما تشتمل عليه هذه الحقوق هي الحقوق المدنية والسياسية، والتي - بالرغم من كونها جزء من حقوق الإنسان- فإنها لا تتلزم بالضرورة مع الطبيعة البشرية

---

"[T]hese institutions are founded on the right claimed by government, to confer privileges and immunities on one class of citizens, not only not enjoyed by the rest, but at the expense of the rest. This is always done by the pretence of promoting the general welfare; a pretence of unlimited operation, and indefinable extent; and which has already rendered the constitution of the United States, a dead letter."

EDWARDS & MORGAN<sup>(14)</sup>، المرجع السابق، ص 4.

<sup>(15)</sup> المرجع نفسه.

<sup>(16)</sup> إذا كان باعث الشركاء الدافع على التعاقد هو تحقيق الربح، والذي يكتمل به ركن السبب في عقد الشركة - كما يذهب جانب كبير من الفقه- راجع: العريني، المرجع السابق، ص 23؛ سمير الشراقوي، الشركات التجارية في القانون المصري، دار النهضة العربية، 1986، ص 23، فإن تعظيم الربح هو المحرك الرئيسي لإدارة الشركة وهو ما تقره نظريات حوكمة الشركات ويشهد به الواقع. لتفصيل ذلك أنظر المبحث الثاني من هذا الفصل.

للأفراد (17) وترتيباً على ذلك، تكتسب الشركة بعض حقوق المواطنة بصفقتها  
شخص قانوني وعضو في المجتمع.

وهذه التفرقة ليست محلاً لخلاف فقهي محض، بل إن لها انعكاسات  
واقعية عديدة وبالغة الخطورة. فمن ناحية أولي، نجد أن الشركات تلعب دوراً  
ملحوظاً في شتى المحافل السياسية الداخلية والدولية على حد سواء. ومن ناحية  
أخرى، فإن الاعتراف للشركات بالشخصية القانونية ومنحها الحقوق  
الدستورية يعطيها ميزة كبيرة تتفوق بها على الأفراد الذين لا يملكون ما تملكه  
الشركات من إمكانيات مادية ومقومات اجتماعية. وليس خفياً ما قد يترتب على  
ذلك من عواقب، إذ تستطيع الشركات تكوين جماعات ضغط للتأثير على  
صناع القرار لبسط نفوذها وتنفيذ مخططاتها، سواء كان ذلك بطرق مشروعة  
أم بطرق غير مشروعة؛ بينما لا يملك الأفراد النفوذ الكافي لمجاراة الشركات  
أو إحداث تأثير موازٍ لتأثيرها. وهذا ما يسمح بتقويض حقوق أفراد المجتمع

---

(17) جدير بالذكر أن هذا الخلاف الفقهي حول مدى تمتع الشركة كشخص اعتباري بحقوق  
الإنسان محتدم أيضاً بين فقهاء القانون الدولي، إذ بينما يشهد الواقع تمتع الشركات بطائفة  
من تلك الحقوق، يؤكد البعض أن مفهوم مصطلح "الإنسان" الوارد "بحقوق الإنسان" لا  
يجب أن يمتد ليشمل الأشخاص المعنوية، وإنما هو مرتبط بالوجود المادي أو الجسدي  
للأفراد. يدعم هذا التفسير نشأة قانون حقوق الإنسان في القانون المعاصر، حيث ترتبط  
هذه النشأة التاريخية بما تعرض له الأشخاص من استباحة لحقوقهم الأساسية وكرامتهم  
الإنسانية على مر التاريخ، وهو ما دعي المجتمع الدولي إلى التحرك من خلال الأمم  
المتحدة وغيرها في أعقاب الحرب العالمية الثانية لكي يقرروا حقوق الإنسان بالقدر الذي  
يضمن عدم استباحتها. لتفصيل ذلك الخلاف، أنظر: KINYUA PAUL KENNETH,  
THE ACCOUNTABILITY OF MULTINATIONAL CORPORATIONS FOR  
HUMAN RIGHTS VIOLATIONS: A CRITICAL ANALYSIS OF SELECT  
MECHANISM AND THEIR POTENTIAL TO PROTECT ECONOMIC, SOCIAL  
AND CULTURAL RIGHTS IN DEVELOPING COUNTRIES 7-16 (2009),  
available at <http://ssrn.com/abstract=1599842> (last visited  
15/11/2013).

وحررياتهم لصالح الشركات. وقد دفع ذلك البعض إلى وصف شركات المساهمة في عصرنا الحالي بما يلي:

"لقد أصبحت الشركات كالإنسان الخارق Superhuman في عالمنا، حيث تُمنح الشخصية القانونية لكيان مجرد يمكن تعديله وفقاً للقانون كلما أردنا ذلك. فيمكن أن تعيش شركة المساهمة للأبد، ويمكنها أن تغير هويتها، كما تستطيع أن تقطع أجزاء من نفسها لتنمو منفصلة عنها. ويجوز للشركة أن تمتلك مثيلاتها أو تندمج معهم. ولا تحتاج الشركة إلى هواء تستنشقه ولا لماء تشربه أو لطعام تأكله... وإذا أدينت بجريمة، فإنها لا تسجن."<sup>(18)</sup>

ولعل هذا ما دعا القاضي رينكويسـت Rehnquist في استقراء للمستقبل إلى القول في رأيه المستقل المعارض Dissent للاعتراف للشركات بحرية التعبير في أحد القضايا المعروضة أمام المحكمة الأمريكية بأنه فيما يخص مسألة حقوق الشركات الدستورية، يجب البحث عن الحقوق اللازمة لوجود هذه الشركات وحماية أملاكها فقط، وانتهي من ذلك إلى وجوب اقتصار الاعتراف للشركة بالضمانات الدستورية الإجرائية التي تهدف إلى حماية أملاكها Due Process دون أن يتعدى الأمر إلى حقوق وحرريات ليست فقط غير لازمة لبقاء الشركة وتحقيق أغراضها ولكنها أيضاً تمثل خطورة كبيرة.<sup>(19)</sup>

---

*EDWARDS & MORGAN* (18)، المرجع السابق، ص4.

(19) First National Bank of Boston V. Bellotti, 435 U.S. 765, 823-826 (1978) (Rehnquist dissent).



## المطلب الثاني

### الاتجاهات الحديثة للاعتراف للشركات بالحقوق المدنية والسياسية

واكب التطور الواقعي للدور الذي تقوم به الشركات في المجتمع تطوراً تشريعياً موازياً في بعض الدول كالولايات المتحدة الأمريكية، حيث أصدرت المحكمة الأمريكية العليا حكماً مثيراً للجدل في عام 2010 أكدت فيه على تمتع الشركات - كأشخاص قانونية - بالحقوق الدستورية التي يكفلها التعديل الأول First Amendment من الدستور الأمريكي.<sup>(20)</sup> فقد أثارت مسألة استغلال موارد الشركات في أغراض سياسية جديلاً واسعاً في الولايات المتحدة الأمريكية مما دعا المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية إلى التصدي لهذه المسألة في سابقة سيّيزنز يوناييتد Citizens United فيمطلع عام ٢٠١٠.<sup>(21)</sup>

بدأت أحداث هذه القضية في عام ٢٠٠٨ حينما سعت سيّيزنز يوناييتد -وهي لجنة غير حكومية متخصصة بالعمل السياسي Political Action Committee وتعمل في شكل شركة مساهمة غير هادفة للربح<sup>(22)</sup> إلى إذاعة إعلان تليفزيوني مناهض للمرشحة الرئاسية في ذلك الوقت "هيلاري كلينتون". إلا أن سيّيزنز يوناييتد اصطدمت بقانون تنظيم الحملات الانتخابية لعام ٢٠٠٢، والذي يمنع الشركات والاتحادات والجمعيات من الإنفاق على أي دعاية إعلامية يذكر فيها مرشح بعينه وذلك في الفترة التي تسبق الانتخابات مباشرة. وقد دفع هذا سيّيزنز يوناييتد إلى مقاضاة لجنة الانتخابات

(20) Citizens United V. Federal Election Commission (FEC), 558 U.S. 310 (2010).

(21) المرجع نفسه.

(22) المرجع نفسه، ص 310. وفقاً للقانون الأمريكي، تكتسب صفة "اللجنة المتخصصة بالعمل السياسي" كل منظمة تعمل على جمع الأموال في حملات وتبرع بها لتمويل حملات دعائية لصالح أو ضد مرشح ما أو قانون ما. أنظر في ذلك: KENNETH JANDA, JEFFREY BERRY, JERRY GOLDMAN, THE CHALLENGE OF DEMOCRACY: AMERICAN GOVERNMENT IN A GLOBAL WORLD 309 (10ED. 2008).

الفيدرالية Federal Election Commission مطالبة بإلغاء هذا القانون. ثم أخذت القضية مجراها إلى أن وصلت إلى المحكمة العليا للولايات المتحدة والتي قررت عدم دستورية القانون المعنى.<sup>(23)</sup>

وإذا كان منطوق هذا الحكم -الصادر بأغلبية خمسة قضاة مقابل أربعة-<sup>(24)</sup> والذي سمح للشركات بالإففاق على حملات المرشحين من الأهمية بمكان، فإن أسبابه وحيثياته لا تقل عنه أهمية وتأثيراً. ذلك أن لهذا الحكم تداعياته الخطيرة على عدة أمور. فقد أسست المحكمة قضاءها على أن منع الإففاق السياسي يعد اعتداء على حرية التعبير التي يكفلها الدستور.<sup>(25)</sup> وعلى ذلك فإن المحكمة قد منحت الشركة حقاً في التعبير عن آرائها وأضفت عليه حماية دستورية، وهو ما يلقي بظلاله على حدود الشخصية المعنوية للشركة.

كما أردفت المحكمة بأنه على الرغم من أن الحكومة موكلة بمحاربة الفساد ومظاهره، إلا أنها ليست بمكان يؤهلها من تحديد ما إذا كان هذا الإففاق السياسي الضخم يخفي فساداً. لذلك لا يجوز لها أن تضع قيوداً على الإففاق على هذا الأساس. كما لا يصح أن تقترن حماية حرية التعبير بالقدرة المالية للأشخاص وبالتالي ترفض المحكمة أي تدخل حكومي لمعادلة قدرة الأفراد والجماعات على التأثير في نتيجة الانتخابات.<sup>(26)</sup>

---

(23) قضية سيتينز يوناييتد، المرجع السابق، ص 372.

(24) جدير بالذكر أن القضاة الراضين للحكم أكدوا في رأيهم المعارض أن التعديل الأول للدستور الأمريكي لا يكفل حرية التعبير لتجمع الأشخاص بل للأفراد فقط. كما أن الحكومة منوطة بمحاربة الفساد والحد منه بينما السماح للشركات بالإففاق السياسي دون قيود يقلص من قدرة الحكومة على ذلك، إذ قد يؤدي ذلك إلى التأثير على صناعات القرار. المرجع نفسه، ص 479.

(25) المرجع نفسه، ص 329.

(26) المرجع نفسه، ص 350.

ولا يدع هذا مجالاً للشك أن هذا الحكم يعطي للشركات ميزة واضحة ويمهد لمزيد من سيطرة رأس المال على السلطة (27) ولذلك، تباينت ردود الأفعال إزاء هذا الحكم بين مؤيد ومعارض، فظهرت العديد من الحركات المناهضة لفكرة منح الشركات حقوقاً دستورية مطالبته بتعديل الدستور لقصر أحكامه فقط على الأشخاص الطبيعية دون المعنوية (28).

ويثير هذا الحكم العديد من التساؤلات التي تستدعي التوقف عندها. لقد أصاب الحكم دون شك في اعتبار الشركة شخصاً معنوياً يستقل عن شخصيات مؤسسيه، (29) إلا أن السماح لها بالانخراط بهذه الصورة في الحياة السياسية لا يؤثر فقط على حقوق الأفراد، بل قد يأتي علي حساب الشركاء أنفسهم. فمن ناحية قانون الشركات وحوكمتها، وعلي افتراض أنه من حق الشركة تأييد مرشح ما في أي انتخابات، من يحدد أي مرشح تجب مساندته؟ هل هي إدارة الشركة؟ (30) إذاً، يجب تحديد المقصود بإدارة الشركة، هل المقصود هو مجلس الإدارة باعتباره صاحب السلطة الفعلية في الإدارة، أم الجمعية العامة للشركة التي تضم جميع المساهمين باعتبارهم ملاكها؟ وماذا لو أن هناك أقلية عددية من المساهمين مسيطرة علي أغلبية رأس المال، هل يجوز أن تفرض هذه الأقلية المسيطرة رأبها السياسي علي الأغلبية العددية التي تمثل أقلية رأس المال؟ ثم كيف يكون للشركة كشخصية معنوية تمثل تجمع للشركاء رأي يخالف آراء الشركاء أنفسهم؟ وماذا لو كان من بين الشركاء أشخاص معنوية أخرى تضم بدورها آلاف المساهمين؟ من يحدد

---

(27) للمزيد من التفاصيل حول هذه القضية وتداعياتها، أنظر

<http://reclaimdemocracy.org/who-are-citizens-united/> (الجمعة

CYNTHIA A. WILLIAMS & JOHN Ripken، المرجع السابق؛ (2013/11/15)  
M. CONLEY, *Trends in The Social [Ir]responsibility of American Multinational Corporations: Increased Power, Diminished Accountability?*, 25 FORDHAM ENVTL. L. REV. 46, 49-67 (2013).

Ripken (28)، المرجع السابق، ص 219-220.

WILLIAMS & CONLEY (29)، المرجع السابق، ص 67.

(30) راجع: LUCIAN A. BEBCHUK & ROBERT J. JACKSON, JR., *Corporate Political Speech: Who Decides?*, 124 HARV. L. REV. 83 (2010).

رأي هؤلاء؟ أم ماذا لو كان من بين مساهمي الشركة أجنبى؟ كيف يسمح لأجنبى عن الدولة أن يكون له رأي في مساندة مرشح ما أو في دعم موقف سياسى معين؟

كل هذه تساؤلات مشروعة يصعب إيجاد إجابات أو تفسيرات لها. كما أن اعتبار إرادة الشخص الطبيعى الذى يمثل الشركة هي الإرادة المفترضة للشركة كما هو مستقر عليه لا يجعل الأمر أسهل.<sup>(35)</sup> ذلك أن الحديث عن إرادة الشركة المفترضة إنما يتصور في القرارات الاستثمارية وغيرها من القرارات المتعلقة بإدارة الشركة حيث أناب المساهمون مجلس الإدارة في ذلك، وليس في قرارات ترتبط بحقوقهم المدنية والسياسية، فهذا يقع خارج حدود نيابة مجلس الإدارة وسلطاته.

أياً ما كان الأمر، فإن الواقع يشهد تدخلات عظيمة الأثر في الشؤون السياسية من جانب شركات المساهمة العملاقة، تأخذ بعض هذه الممارسات غطاءً قانونياً حين تفتقد العديد منها لأي أساس من القانون.<sup>(36)</sup> وهو الأمر الذى يؤسس عملياً لمسئولية الشركات الاجتماعية، إذ يستوجب تمتع الشركة بمثل هذه الحقوق مساءلتها عن هذه الممارسات للحد من أثارها السلبية المحتملة. ويكون ذلك إما بتجريم الممارسات غير الشرعية ورد نتائجها إذا كان هذا ممكناً، وهو ما قد يستدعى تدخل المشرع، أو عن طريق الاستناد إلى القواعد العامة في المسئولية التقصيرية التى تلزم كل من تسبب في إحداث ضرر للغير بتعويض المضرور. وإن كانت بعض الأضرار الاجتماعية

---

<sup>(35)</sup> طعن رقم 126 لسنة 2002 (تجاري 3)، جلسة 14 يونيه 2003، الكويت (موسوعة صلاح الجاسم الالكترونية) ("لما كان من المقرر أيضاً أن الشركة باعتبارها شخصاً اعتبارياً تكاملت فيه الشخصية القانونية فإن الشخص الاعتبارى كما أن له وجوداً افتراضه القانون فإن له إرادة مفترضة هي إرادة الشخص الطبيعى الذى يمثله ومن ثم فإن الخطأ الذى يقع من ممثله بصفته هذه يعتبر بالنسبة إلى الغير الذى أصابه الضرر خطأ من الشخص الاعتبارى").

<sup>(36)</sup> أنظر الفصل الثانى من هذا البحث.

يستعصى جبرها بتعويض مادي. كما أن نطاق تطبيق قواعد المسؤولية  
التقصيرية قد لا يمتد إلى بعض حالات المسؤولية.<sup>(37)</sup>

وخلاصة ذلك كله أن المسألة لم تعد متعلقة بما إذا كان يجب مساءلة  
الشركات عن أعمالها بهذا الصدد، بل بكيفية مساءلتها،<sup>(38)</sup> وبمدى كفاية  
الإطار القانوني الحالي المتمثل في القوانين الداخلية إضافة إلى المبادرات  
الدولية غير الملزمة لتحقيق هذا الغرض.

---

<sup>(37)</sup> أنظر المطلب الأول من الفصل الثالث من هذا البحث.

<sup>(38)</sup> DEVA، المرجع السابق، ص 2.

## المبحث الثاني

### حوكمة الشركات والمسئولية الاجتماعية

يتبين مما سبق ضرورة تطوير إطار لمساءلة الشركات اجتماعياً نتيجة لممارساتها العملية التي امتدت إلى الجوانب السياسية ولم تعد مقتصرة على الجوانب الاقتصادية، وهو ما يستتبع التأثير على حقوق الأفراد المدنية والسياسية علي ما سوف نوضح تفصيلاً لاحقاً.

من أجل ذلك، يتناول هذا المبحث دراسة العلاقة بين حوكمة الشركات والمسئولية الاجتماعية، إذ غدت مسئولية الشركات الاجتماعية ضلعاً أساسياً في مبادئ الحوكمة. ويتمثل ذلك في نظريات حوكمة الشركات المختلفة كما ينعكس أيضاً بشكل عملي أدلة حوكمة الشركات الإرشادية والتوجيهية التي تصدرها العديد من الهيئات والدول.

لذا، يتطرق هذا المبحث إلى الأساس النظري لمسئولية الشركات الاجتماعية في مبادئ حوكمة الشركات وذلك في مطلب أول، بينما يستعرض في مطلب ثانٍ لتطبيقات هذا الأساس النظري في مبادئ حوكمة الشركات والعديد من أدلتها الإرشادية.

### المطلب الأول

#### الأساس النظري للمسئولية الاجتماعية للشركات في مجال الحقوق المدنية والسياسية

حوكمة الشركات تعني إدارة الشركة إدارةً رشيدةً تصل بها إلى تحقيق أهدافها مراعية في ذلك المساواة بين مساهميتها والموازنة بين مصالحهم وبين غيرهم من أصحاب المصالح.<sup>(1)</sup>

---

(1) أنظر مبادئ منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية في مجال حوكمة الشركات، 2004، (OECD Principles and Annotations on Corporate Governance)،

وتتنازع نظريات الحوكمة تفسير سلوك الشركات وتسعى إلى وضع النموذج الأمثل الذي يصل بها إلى هذه الإدارة الرشيدة. وفي سبيل ذلك، تنصدى هذه النظريات لمسألتين رئيسيتين: تتعلق الأولى بتوزيع سلطات الإدارة داخل الشركة، بينما تهتم الثانية بتحديد الغرض الذي يجب أن تضعه إدارة الشركة نصب أعينها عند اتخاذ قراراتها.<sup>(45)</sup> والمسألة الثانية هي المعنية هنا.

إذ بينما تكاد تتفق جميع نظريات حوكمة الشركات الحديثة على منح مجلس إدارة الشركة اليد العليا في إدارتها وفي تصريف أمورها، تحاول بعض نظريات حوكمة الشركات التأسيس لمسئوليتها الاجتماعية،<sup>(46)</sup> ولذلك جعلت لإدارة الشركة غرضاً مفتوحاً لا يقتصر على تعظيم أرباح المساهمين فقط - كما ذهب بعض النظريات الأخرى<sup>(47)</sup> - بل يراعى كافة حقوق أصحاب

---

متاحة باللغة العربية علي:

<http://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/350320>

70.pdf؛ وعرف دليل قواعد ومعايير حوكمة الشركات بجمهورية مصر العربية الحوكمة علي أنها "القواعد والنظم والإجراءات التي تحقق أفضل حماية وتوازن بين مصالح مجلس الإدارة، ومديري الشركة والمساهمين فيها، وأصحاب المصالح الآخرين المتأثرين بالشركة." مركز المديرين المصري، دليل قواعد ومعايير حوكمة الشركات بجمهورية مصر العربية، 2011، ص 6؛ قارب المعتصم بالله الغرياني، حوكمة شركات المساهمة : دراسة في الأسس الاقتصادية والقانونية، دار الجامعة الجديدة، ص 17-20، 2008.

(45) راجع في تفصيل نظريات حوكمة الشركات: STEPHEN M. BAINBRIDGE, THE NEW CORPORATE GOVERNANCE IN THEORY AND PRACTICE (2008).  
(46) JEAN JACQUES DU PLESSIS ET AL., PRINCIPLES OF CONTEMPORARY CORPORATE GOVERNANCE 20 (2D ED. 2011).

(47) نفس المرجع، ص 32.

المصالح الأخرى المرتبطة بعمل الشركة من غير حملة الأسهم Non-shareholder stakeholders<sup>(50)</sup>.

ولا تشتمل طائفة أصحاب المصالح على من يتعامل مع الشركة بشكل مباشر فقط كدائنيها أو العاملين بها،<sup>(51)</sup> بل تتسع إلى كل من يتأثر بأنشطة الشركة مثل عملاء الشركة أو مستهلكي منتجاتها أو منافسيها وكذلك سكان المناطق الصناعية الذين يتضررون من مخلفات المصانع. ومن هذا المنطلق، يعد أيضاً من أصحاب المصالح المواطنون الذين يلحق بهم الضرر من جراء الممارسات السياسية للشركة.

يعزز هذه النتيجة كون الشركة مجتمع مصغر يعيش كفرد معنوي من أفراد مجتمع أكبر، وهو ما يعد انعكاساً لفكرة العقد الاجتماعي في مجال الأعمال.<sup>52</sup> فطالما أن المجتمع أترف للشركة بالشخصية المعنوية وقبلها كأحد أفرادها، يجب عليها أن تلتزم بقواعده. ذلك أن المجتمع لم يمنح الشركة حمايته المتمثلة في المسؤولية المحدودة للشركاء والاستمرارية إلا ليستفيد من عملها وإنتاجها، لا ليعطيها ميزة إضافية تتفوق بها على سائر أفراد المجتمع أو تتستر وراءها لاستغلالهم. لذلك، يتعين على الشركات عند الإقدام على أي عمل قد يؤثر على حقوق المواطنين المدنية والسياسية أو غيرها مراعاة تلك المصالح وعدم الإخلال بها بما يلحق بهم الضرر، وإلا انعقدت مسئوليتها تجاه المجتمع عن هذا الإخلال.

ولعل انعكاسات الأزمة المالية العالمية التي عصفت بالعالم بنهاية العقد الأول من الألفية الثانية توضح أهمية تدشين مبادرات المسؤولية الاجتماعية وتشجيعها كوسيلة لدفع عجلة النمو الاقتصادي عبر الخطط طويلة

---

<sup>(50)</sup> أنظر: Margaret Blair & Lynn Stout, *A Team Production Theory of Corporate Law*, 85 VA. L. REV. 247 (1999).  
<sup>(51)</sup> الملحم، المرجع السابق، ص 416.

<sup>(52)</sup> أنظر في ذلك: MICHAEL KEELEY, *A SOCIAL CONTRACT THEORY OF ORGANIZATIONS* (1988); & THOMAS DONALDSON, *CORPORATIONS AND MORALITY* 42-45 (1982).



الأجل. تجلي هذا واضحاً بظهور ما يسمى "بالقطاع الرابع"<sup>(53)</sup> في عدد من الدول علي رأسها الولايات المتحدة الأمريكية والمملكة المتحدة، وذلك في إشارة إلي الشركات الهادفة لتحقيق المنفعة For-benefit Companies، وهي تلك الشركات التي تسعى إلي تحقيق الربح غير أنها لا تنظر فقط إلي الأرباح المالية بل تحتسب أيضاً الأرباح المجتمعية التي تحققها.<sup>(54)</sup>

وعلي هذا الأساس، تحرص الشركات الكبرى في يومنا هذا علي إبراز جوانب سياساتها الاجتماعية للجمهور لما يكون لذلك من مردود إيجابي علي تعزيز سمعتها وخطب ود جمهورها وتوسيع دائرة عملاتها بما يؤدي إلي تعظيم الأرباح وترسيخ قواعد الشركة في الشوق واستدامة أعمالها.<sup>55</sup> ويرجع حرص الشركات علي الإفصاح عن سياساتها وأنشطتها الاجتماعية إلي زيادة الوعي بأهمية المسؤولية الاجتماعية. ومع ذلك فإن ممارسات الشركات الواقعية وخاصة متعددة الجنسية تؤثر بشكل واضح علي حقوق الأفراد وحياتهم، وهو ما يستعرضه الفصل التالي.

---

(53) القطاعات الأخرى هي: القطاع العام، القطاع الخاص، القطاع المجتمعي الغير هادف للربح. أما القطاع الرابع فيضم المؤسسات التجارية التي تهتم بالمصالح المجتمعية في إطار سعيها لتحقيق الربح.

DU PLESSIS ET AL<sup>(54)</sup>، المرجع السابق، ص 69.

(55) الملحم، المرجع السابق، ص 421.

## المطلب الثاني

### تطبيقات المسؤولية الاجتماعية في مبادئ الحوكمة وأدلتها الإرشادية

علي الرغم من عدم وجود نموذج مثالي لحوكمة الشركات يصلح للتطبيق في شتي الدول، إلا أن هناك العديد من الأدلة الإرشادية التي تضع أسس ومبادئ توجيهية لإدارة الشركات. تعد مبادئ حوكمة الشركات الصادرة عن منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية The Organization for Economic Co-operation and Development واحدة من أنجح الأدلة الإرشادية في هذا المجال.

تقدم هذه المبادئ عدة معايير غير ملزمة توضح من خلالها السلوك الجيد في إدارة الشركات وتضع دليلاً للتنفيذ وفقاً لأفضل الممارسات التي يمكن تبنيها في ظروف معينة للدول والأقاليم المختلفة.

(1) أطلق الإصدار الأول من هذه المبادئ عام 1999 ثم روجع في عام 2004. وسرعان ما اكتسبت هذه المبادئ أهمية كبيرة حتى اعتمدها عدة هيئات عالمية كمعايير للاستقرار المالي واتخذها البنك الدولي مكوناً أساسياً لتقاريره التي يصدرها في مجال حوكمة الشركات والتي يُقيم من خلالها مدي تطبيق الدول لمعايير الحوكمة.(2)

يحتوي هذا الدليل الإرشادي علي ستة مبادئ لحوكمة الشركات تشمل المحاور المختلفة المتعلقة بإدارة الشركة.(3) جاء المبدأ الرابع والمعنون "دور

---

(1) منظمة التنمية والتعاون الاقتصادي، مبادئ منظمة التنمية والتعاون الاقتصادي للحكم للمحكم المشترك، ص6 (2004).

(2) يمكن مراجعة هذه المبادئ علي الرابط التالي:

<http://www.oecd.org/daf/ca/2014-review-oecd-corporate-governance-principles.htm>

(3) هذه المبادئ هي: 1. توفير الأساس لإطار فعال لحوكمة الشركات؛ 2. حقوق المساهمين والوظائف الأساسية للملكية؛ 3. المعاملة المتكافئة للمساهمين؛ 4. دور

"دور أصحاب المصالح في حوكمة الشركات" ليؤكد علي أهمية اهتمام الشركة بأصحاب المصالح ورعاية حقوقهم. ذلك أنه لا يتسنى للشركة مزاوله نشاطها ولا تحقيق أغراضها إلا من خلال تدفق رؤوس أموال المستثمرين، كما أن نجاح الشركة يجسد الإسهامات المختلفة لجهات متعددة منها إدارة الشركة ومستثمريها والعاملين بها ودائنيها ومورديها وعملائها. وبالتالي تشكل مساهمات أصحاب المصالح مصدراً مهماً في بناء قدرة الشركة التنافسية وزيادة أرباحها. من هنا يجب علي الشركات أن تحرص علي التعاون مع الفئات المختلفة من أصحاب المصالح والعمل علي توفيق مصالحهم المتضاربة قدر المستطاع.<sup>(1)</sup> ويعكس هذا الاهتمام بحقوق أصحاب المصالح جكح سائتهاكها.<sup>(2)</sup>

وإذا كانت مبادئ منظمة التنمية والتعاون الاقتصادي قد اعتبرت أصحاب المصالح بالمفهوم الواسع ضلعاً أساسياً في حوكمة الشركات، فإن دليل قواعد ومعايير حوكمة الشركات المصري الصادر عن مركز المديرين المصريين لم يخل أيضاً من الإشارة إلي ضرورة مراعاة أصحاب المصالح في حوكمة الشركات.<sup>(3)</sup> فقد عرف الدليل أصحاب المصالح في باب التعريفات علي أنهم "كل من له مصالح بالشركة علي اختلاف أنواعها، مثل الموظفين، العملاء، المورددين، الموزعين، والدائنين"<sup>(4)</sup> كما نص البند رقم 10-2-5 من القواعد المتعلقة بمجلس الإدارة علي أنه "علي المجلس وضع الآليات والنظم التي تضمن احترام الشركة للقوانين واللوائح السارية، والتزامها بالإفصاح

---

أصحاب المصالح في حوكمة الشركات؛ 5. الإفصاح والشفافية؛ 6. مسؤوليات مجلس الإدارة.

(1) منظمة التنمية والتعاون الاقتصادي، المرجع السابق، ص 38-41 (2004).

(2) المرجع ذاته.

(3) مركز المديرين المصريين، دليل قواعد ومعايير حوكمة الشركات بجمهورية مصر العربية (2011). صدر هذا الدليل عام 2005 ثم تم تحديثه لتصدر النسخة الحالية في مارس 2011.

(4) المرجع ذاته، ص 8.

عن المعلومات الجوهرية للمساهمين والدائنين وأصحاب المصالح الآخرين".<sup>(1)</sup>

يتبين من هذا أنه في حين أن دليل قواعد ومعايير حوكمة الشركات المصري لم يحذو مبادئ منظمة التنمية والتعاون الاقتصادي في التوسيع من دور أصحاب المصالح إلا أنه لم يغفل تماماً أهمية اعتبار مصالحهم عند إدارة الشركة. وهو موقف مشابه لموقف تفنين حوكمة الشركات بالمملكة المتحدة الذي يصدر عن مجلس التقارير المالية Financial Reporting Council، والذي اكتفي بالإشارة في البند الأخير من مقدمته إلي أنه بالرغم من أن مجلس الإدارة مسئول بصفة رئيسية تجاه حملة الأسهم وأن علاقة الشركة بمساهميها هي المحور المركزي للحوكمة، لكنه يجب تشجيع الشركات علي الاعتراف بمساهمات مموليها الآخرين والاستماع إلي آرائهم طالما أنها لا تتعارض مع أسلوب المجلس في الإدارة.<sup>(2)</sup>

وبين الموقعين السابقين، اتخذت أدلة حوكمة الشركات بالولايات المتحدة موقفاً وسطاً بشأن دور أصحاب المصالح. فلا هي اعتبرت أصحاب المصالح شريكاً أساسياً في حوكمة الشركات ولا هي اكتفت بمجرد تشجيع الإدارة علي وضع مصالحهم في الاعتبار. يظهر هذا من خلال ما نصت عليه مبادئ حوكمة الشركات الصادرة عن معهد القانون الأمريكي American Law Institute والتي تسمح للشركة في إطار مزاولة نشاطها بأن تخصص بعضاً من مواردها لتحقيق الصالح العام، أو

---

(1) المرجع ذاته، ص 17.

(2) Financial Reporting Council, The UK Corporate Governance Code, 3 (Sept. 2014)

("8. While in law the company is primarily accountable to its shareholders, and the relationship between the company and its shareholders is also the main focus of the Code, companies are encouraged to recognize the contribution made by other providers of capital and to confirm the board's interest in listening to the views of such providers insofar as these are relevant to the company's overall approach to governance.").

وبين الموقفين السابقين، اتخذت أدلة حوكمة الشركات بالولايات المتحدة موقفاً وسطاً بشأن دور أصحاب المصالح. فلا هي اعتبرت أصحاب المصالح شريكاً أساسياً في حوكمة الشركات ولا هي اكتفت بمجرد تشجيع الإدارة علي وضع مصالحهم في الاعتبار. يظهر هذا من خلال ما نصت عليه مبادئ حوكمة الشركات الصادرة عن معهد القانون الأمريكي American Law Institute والتي تسمح للشركة في إطار مزاولتها لنشاطها بأن تخصص بعضاً من مواردها لتحقيق المصالح العام، أو من أجل أغراض إنسانية أو تعليمية أو خيرية، وإن ترتب علي ذلك عدم زيادة أرباح الشركة. كما يجب علي الشركة أن تراعي الاعتبارات الأخلاقية المناسبة للقيام بنشاطها.<sup>(1)</sup>

كما شددت مبادئ حوكمة الشركات الصادرة بالولايات المتحدة الأمريكية أيضاً عن المائدة المستديرة للأعمال Business Roundtable علي ضرورة معاملة الشركة للطوائف المختلفة من أصحاب المصالح بطريقة عادلة ومنصفة Fair and Equitable تعكس أعلى معايير المواطنة، حيث يعود ذلك علي الشركة ومساهمتها بالنفع طويل الأجل.<sup>(2)</sup> كما أكدت المبادئ علي ضرورة قيام الشركة بدور اجتماعي من خلال فتح قنوات الحوار حول التنمية وحول ما يتعلق بها

---

("8. While in law the company is primarily accountable to its shareholders, and the relationship between the company and its shareholders is also the main focus of the Code, companies are encouraged to recognize the contribution made by other providers of capital and to confirm the board's interest in listening to the views of such providers insofar as these are relevant to the company's overall approach to governance.").

(<sup>1</sup>) American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, §2.01(b)(2-3)(2004).

Business Roundtable, Principles of Corporate Governance 3, 32. (<sup>2</sup>)  
(2012)

من قوانين، وأن فشل الشركات في الاضطلاع بهذا الدور الاجتماعي قد يلحق بها الضرر.<sup>(1)</sup>

يعكس هذا موقف العديد من تشريعات الشركات بالولايات المتحدة الأمريكية التي تجيز لمجالس الإدارة صراحة اعتبار مصالح الموظفين؛ والموردين؛ والعملاء؛ والبيئة؛ والمجتمع الذي تعمل به الشركة دون الإخلال بواجباتهم تجاه المساهمين. ومن هذا المنطلق، لا يجوز فهم اهتمام الشركات برعاية أصحاب المصالح الأخرى علي أنها أهداف مستقلة بذاتها، وإنما هي عوامل يجدر مراعاتها في السعي نحو تحقيق أغراض الشركة ومصالحها.<sup>(2)</sup>

ولا شك أن سائر القوانين المتعلقة بحوكمة الشركات - في مختلف الدول - تقرر بعض الحقوق لأصحاب المصالح، وإنما تختلف درجة الاهتمام بتلك الحقوق كما يختلف مدى التزام الشركات بمراعاة المصالح غير المنصوص عليها وفقاً للثقافة السائدة في حوكمة الشركات في كل دولة.<sup>(3)</sup>

---

(1) المرجع ذاته، ص 34.

(2) American Bar Association, Corporate Director's Guidebook 14 (6ed. 2011).

للمزيد حول موقف أدلة حوكمة الشركات الأمريكية من المسؤولية الاجتماعية والمقارنة بينهم، أنظر Weil, Gotshal & Manges LLP, Comparison of Corporate Governance Principles & Guidelines: United States 65 (2012), available at [http://blogs.law.harvard.edu/corpgov/files/2012/02/Weil\\_Comparison-of-Corp-Gov-Practices.pdf](http://blogs.law.harvard.edu/corpgov/files/2012/02/Weil_Comparison-of-Corp-Gov-Practices.pdf)

(3) مركز المديرين المصريين، المرجع السابق، ص 12 "حوكمة الشركات تعلن حوسيلماتعنى فقط مجرد احترام مجموعة من القواعد وتفسيرها تفسيراً ضيقاً وحرفياً، وإن ماهي ثقافة وأسلوب فيضبط

---

العلاقة بين ملاك الشركة ومجلس إدارتها والمتعاملين معها ، ولذلك فكلما اتسع نطاق من يأخذون بها كلما كانت المصلحة أكبر للمجتمع بأسره".

## الفصل الثاني

### صور تدخل الشركات في الحياة السياسية

تتخذ الممارسات التي تقوم بها الشركات للتدخل في الحياة السياسية، والتي يكون من شأنها التأثير على حقوقهم المدنية والسياسية، أشكالاً متعددة يكون بعضها جلياً ومباشراً في حين يكون بعضها الآخر خفياً وغير مباشر. فأحياناً تستخدم الشركات قدراتها المالية الكبيرة لتوجيه الرأي العام أو تشجيع سياسة معينة أو حتى مساندة أشخاص بأعينهم في انتخابات أو غير ذلك من محافل سياسية، وهو ما يعد تدخلاً سياسياً صريحاً يؤثر على أفراد المجتمع كافة. بينما تتخذ الممارسات السياسية للشركات في أحيانٍ أخرى ستاراً حيث تكون أقل وضوحاً للعامّة. ولكن لا ريب أن هذا السلوك الخفي لا يقل خطورة عن ممارسات الشركات الظاهرة إن لم تزد خطورته على حقوق الأفراد الذين لا يكون لهم حيلة في مجابهته حيث أنهم قد لا يشعرون بهذا السلوك إلا بعد أن تظهر آثاره وتتكشف العلاقة بينه وبين سلوك الشركات.

وهذا ما يتناوله هذا الفصل في المبحثين التاليين، إذ يضرب المبحث الأول العديد من الأمثلة على ممارسات الشركات التي يكون من شأنها التأثير بشكلٍ واضحٍ ومباشرٍ على حقوق الأفراد المدنية والسياسية. أما المبحث الثاني فيُمثّل للممارسات التي تؤثر على حقوق الإنسان المدنية والسياسية بشكلٍ مستترٍ أو غير مباشرٍ.



## المبحث الأول

### ممارسات سياسية مباشرة

تمارس الشركات العديد من الأنشطة ذات الطابع السياسي أو التي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالحياة السياسية وتؤثر عليها وعلى أفراد المجتمع. ولكي يتبين مدى تأثير تلك الممارسات على الحياة السياسية وانعكاساتها على حقوق الأفراد، نضرب لذلك النوع من الممارسات مثالين في مطلبين متتاليين: أولهما قيام الشركة بتخصيص جزء من ميزانيتها للإففاق في مصارف سياسية؛ وثانيهما قيامها باستخدام الآلة الإعلامية للتأثير على الرأي العام السياسي.

### المطلب الأول

#### الإففاق في مصارف سياسية

لم يعد سراً أن الشركات تخصص في الكثير من الأحيان أجزاء ضخمة من ميزانياتها للإففاق في مصارف سياسية بغية تحقيق مصالح خاصة لها. ويعد الاشتراك في تمويل الحملات الدعائية في الانتخابات من أبرز صور الإففاق في المصارف السياسية. وإذا كان هذا السلوك معروفاً ومقنناً في العديد من الدول كما سبق أن عرضنا،<sup>(1)</sup> فإنه كان شائعاً في مصر في العقود الأخيرة حيث دأب المرشحون في الانتخابات السياسية وخاصة البرلمانية على تسخير طاقات شركاتهم أو شركات مملوكة لرجال أعمال موالين لهم أو لحزبهم لخدمة حملاتهم الانتخابية رغم أن الانتخابات البرلمانية في مصر كانت تجري بالنظام الفردي حتى يناير من عام 2011.

ولا شك أن ذلك يؤثر على قدرة المرشحين على التنافس، خاصة أنه ليس ثمة إطار قانوني متكامل ينظم مسألة تمويل الحملات الانتخابية في مصر. فلا يوجد سوى القانون رقم 38 لسنة 1972 والذي لا يضع قيوداً فعالة بشأن تمويل الحملات سوى على المرشح نفسه دون غيره من الشركات

(1) أنظر المطلب الأول من المبحث الأول، ص 10 وما بعدها.

الخاصة أو الممولين المستقلين.<sup>(2)</sup> كما لا يتطلب هذا القانون إفصاح المرشحين أو الأحزاب عن أي بيانات بشأن تمويل حملاتهم الانتخابية ومصادرهما.<sup>(3)</sup>

فبينما تحظر الفقرتان الثالثة والرابعة من المادة الحادية عشر من القانون سالف الذكر علي شركات القطاع العام وقطاع الأعمال العام

---

(<sup>2</sup>) القانون رقم 38 لسنة 1972 في شأن مجلس الشعب، المادة 11 تنص على أن: "يتعين الالتزام في الدعاية الانتخابية بمبادئ الدستور والقانون والقواعد الآتية:

(1) حظر استخدام المباني والمنشآت ووسائل النقل والانتقال المملوكة للدولة أو لشركات القطاع العام وقطاع الأعمال العام وللشركات التي تساهم الدولة في رأس مالها في الدعاية الانتخابية.

(2) حظر إنفاق الأموال العامة وأموال شركات القطاع العام وقطاع الأعمال العام والشركات التي تساهم الدولة في رأس مالها في أغراض الدعاية الانتخابية .

(3) حظر تلقي أموال من الخارج من شخص أجنبي أو من جهة أجنبية أو دولية أو من يمثلها في الداخل للإنفاق في الدعاية الانتخابية، أو لإعطائها للناخبين مقابل الامتناع عن إبداء الرأي أو إبدائه على وجه معين.

وذلك فضلا عن القواعد الخاصة بالوسائل والأساليب المنظمة للدعاية الانتخابية بما فيها الحد الأقصى الذي لا يجوز تجاوزه في الإنفاق على تلك الدعاية، والتي يصدر بها قرار من اللجنة العليا للانتخابات، ينشر في جريدتين يوميتين واسعتي الانتشار."

وقد يؤدي ذلك إلى ظهور صور غير تقليدية من الفساد للسيطرة على الحياة السياسية. فبدلاً من اعتماد رجال الأعمال على الصور التقليدية التي ثار عليها المجتمع كالرشوة، قد يلجأ هؤلاء إلى مثل هذه الثغرات القانونية للتواصل مع ناخبهم والتأثير عليهم وهو ما قد يترتب عليه إفساد الحياة السياسية. أنظر في تفصيل ذلك:

M. PATRICK YINGLING & MOHAMED A. ARAFA, *After the Revolution: Egypt's Changing Forms of corruption*, 2 U. BALT. J. INT'L L. 23, 53-59 (2014).

(<sup>3</sup>) المرجع نفسه، ص 58 وهامش 138.

والشركات التي تساهم الدولة في رأس مالها المساهمة في الدعاية الانتخابية أو إنفاق الأموال العامة، لم يمتد هذا الحظر إلى الشركات الخاصة ولا إلى أموالها. وبالمثل فقد حظرت الفقرة السادسة من نفس المادة علي المرشحين تلقي أي تمويل من جهة أجنبية أو دولية أو ممن يمثلها في الدولة للإنفاق علي الدعايات الانتخابية، ولكن هذا الحظر لا يشمل الشركات الخاصة التي تحمل الجنسية المصرية والتي يساهم فيها شركاء أجانب. ومؤدي ذلك أن الشركات الأجنبية التي تزاول أنشطتها في مصر من خلال فرع يتمتع بالجنسية المصرية قد تتمكن من تحريك الرأي العام والتأثير علي توجهات المواطنين من خلال ممارسات لا يمنعها القانون.

بالإضافة إلى المشاركة المستمرة في نفقات الحملات الانتخابية لمرشحي البرلمان والمناصب العليا، تنفق الشركات أموالاً طائلة سعياً إلى تكوين جماعات ضغط للتأثير علي صانع القرار Lobbying.<sup>(4)</sup> ولا شك في مشروعية هدف الشركة في سعيها وراء مصالحها الخاصة بما يتفق و غرضها في تعظيم أرباحها، غير أن المصلحة الخاصة التي تضغط الشركة من أجل تحقيقها قد تتعارض والمصالح العام، وهنا يغدو عمل الشركة غير مشروع. إذ يتحول عمل الشركة في هذه الحالة إلى استغلال نفوذها وفرض سطوتها لتحصيل منفعة خاصة على حساب منفعة عامة أو في منع حدوث تغيير إيجابي

---

<sup>(4)</sup> جدير بالذكر أن هذه المبالغ تقدر بمليارات الدولارات الأمريكية سنوياً، وأنها تتفق في مصارف متعددة تكون بعضها متعلقة بمسائل سياسية بحتة كالدفاع في حين أن بعض المبالغ الأخرى تصرف على أمور أقل ارتباطاً بالسياسة. يكمن الإطلاع على نفقات الشركات الأمريكية الكبرى في هذا الصدد وأوجه هذه النفقات منذ عام 1998 وحتى العام الجاري من سجلات الكونجرس الأمريكي على الرابط التالي: <http://www.opensecrets.org/lobby/> (الجمعة 2013/11/15). أنظر أيضاً حول

هذا الموضوع Robert J. Shapiro & Douglas Dawson, *Corporate Political Spending: Why the New Critics Are Wrong*, Manhattan Institute Legal Policy Report No. 15, June 2012, available at [http://www.manhattan-institute.org/html/lpr\\_15.htm](http://www.manhattan-institute.org/html/lpr_15.htm) (last visited 15/10/2014)

يهدف إبقاء الوضع على ما هو عليه حتى لا تضار مصالح الشركة الخاصة  
Rent Seeking.<sup>(5)</sup>

والأمثلة على ذلك كثيرة في مجتمعاتنا العربية، فلا أدل على استسراء  
الفساد من سيل الثورات العربية المسماة بالربيع العربي.<sup>(6)</sup> ذلك أن تزواج  
المال بالسلطة دون قيد أو محاسبة لا يؤدي سوى إلى المفساد. فلطالما آمن  
الكثير من رجال الأعمال في مصر مثلاً- مناصب سياسية لأنفسهم من خلال  
مؤسساتهم التجارية، حيث سخر هؤلاء إمكانات شركاتهم للحصول على  
مناصب سياسية في الحكومة أو في البرلمان أو غير ذلك، ثم استخدموا تلك

---

(5) ينصرف هذا المصطلح إلى محاولة زيادة الثروة الشخصية عن طريق استخدام الموارد  
الشخصية للحصول على مخرجات الآخرين دون زيادة الإنتاج أو المبادلة.

David John Marotta, *What Is Rent-Seeking Behavior?* FORBES (Feb.  
24, 2013),  
<http://www.forbes.com/sites/davidmarotta/2013/02/24/what-is-rent-seeking-behavior/>.

(6) لا شك أن الفساد السياسي كان سبباً مهماً في قيام الثورات العربية في مطلع العقد  
الجاري، غير أن الظروف الاقتصادية المجحفة وغياب العدالة الاجتماعية واتساع الفجوة  
بين طبقات المجتمع كانت هي المحفز الرئيسي لاندلاع هذه الثورات. للمزيد حول هذا  
الموضوع، أنظر:

Radwa S. Elsaman & Ahmad A. Alshorbagy, *Doing Business in Egypt After the January Revolution, Capital Market and Investment Laws*, 11 RICH. J. GLOBAL L. & BUS. 43, 49 (2011); Zachary Karabell, *The Economic Roots of Egypt's Revolt*, WALL ST. J. (Feb. 1, 2011),

<http://online.wsj.com/news/articles/SB10001424052748703833204576114093360852546?mg=reno64-wsj&url=http%3A%2F%2Fonline.wsj.com%2Farticle%2FSB10001424052748703833204576114093360852546.html.42Id.%3B>.

المناصب لاستخلاص منافع خاصة لأنفسهم ولشركاتهم.(7) وهذا ما أدى إلى الإخلال بحقوق المواطنين واتساع الفجوة بين طبقات المجتمع.(8)

(7) كان "أحمد عز"، على سبيل المثال، أحد أشهر رجال الأعمال المشتغلين بالسياسة في نهاية عصر مبارك، حيث شغل منصب أمين التنظيم وعضو لجنة السياسات بالحزب الوطني الحاكم وقتها وكان أيضاً ممثلاً له في مجلس الشعب لدورات متتالية. وفي ذات الوقت كان لشركاته سطوة على سوق الحديد في مصر حيث تعد أكبر منتج للحديد في مصر والوطن العربي. ومع ذلك فقد شارك عز في وضع وصياغة قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية رقم 3 لسنة 2005 رغم ما أثير حول ذلك من شبهات جمة. أنظر حول هذا الموضوع:

Hany A. Ghaly, *Competition Law and Policy in Developing Countries: The Case of Egyptian Steel Monopoly* (2011) (Unpublished LL.M. dissertation) (on file with the American University in Cairo).

جدير بالذكر أن محكمة جنابات الجيزة قضت بسجن عز 37 عاماً في قضية الاستيلاء على أسهم شركة الدخيلة لتصنيع الحديد، لاتهامه فيها مع آخرين بالتريح والإضرار العمدي الجسيم بالمال العام بما قيمته أكثر من 5 مليارات جنيه. إبراهيم قراعة، جنابات الجيزة تقضي بسجن أحمد عز 37 عاماً في قضية "أسهم حديد الدخيلة"، المصري اليوم (6 مارس 2013)، <http://www.almasryalyoum.com/news/details/293058>.

غير أن محكمة الجناح الاقتصادية قضت لاحقاً ببراءة عز من تهمة ارتكاب ممارسات احتكارية. فاطمة أبو شنب، براءة أحمد عز وجميع المتهمين في قضية "احتكار الحديد"، المصري اليوم (30 يونيو 2013)، <http://www.almasryalyoum.com/news/details/228440>.

(8) للمزيد حول الارتباط بين رجال الأعمال والبرلمان المصري منذ عهد الرئيس السادات الذي تبني فيه سياسة الانفتاح وعن تطور تلك العلاقة في عهد الرئيس مبارك، أنظر: Lisa A. Blydes, *Competition Without Democracy: Elections and Distributive Politics in Mubarak's Egypt 196-199* (2008).

وإذا كان الحال كذلك في الدول العربية، فإنه لا يختلف كثيراً في الغرب حيث تقوم شركات المساهمة العملاقة بممارسات سياسية صارخة. فعلي سبيل المثال، تبين أن قطاع التأمين في الولايات المتحدة الأمريكية أنفق سراً ما يزيد عن مائة مليون دولار أمريكي خلال خمسة عشر شهراً تزامناً مع بدء مشروع الرئيس الأمريكي باراك أوباما "أوباماكير" Obamacare لإصلاح منظومة التأمين الصحي في ٢٠٠٩. المثير للدهشة هو أن شركات التأمين الصحي كانت قد توصلت إلى اتفاق مع الإدارة الأمريكية لدعم مشروع قانون التأمين الصحي، بينما كانت تدفع هذه الشركات أموالها سراً إلى غرفة التجارة الأمريكية -مخفيةً ذلك في دفاتها تحت مسمى حملات تأييد Advocacy- وذلك لتمويل مواد دعائية مناهضة لهذا المشروع حتى تقنع العامة بعدم تمريره.<sup>(٩)</sup> وقد ارتفعت تلك النفقات في عام ٢٠١٢ إلى ما يزيد عن خمسمائة مليون دولار أمريكي وسارت على نفس الوتيرة خلال النصف الأول من العام التالي.<sup>(١٠)</sup> إلا أن هذه الدهشة سرعان ما تزول إذا ما علمنا أن شركات التأمين الصحي الأمريكية قد حققت أرباحاً فائقة تزامناً مع فشل مشروع أوباما للتأمين الصحي.<sup>(١١)</sup>

والأمثلة في هذا الصدد كثيرة. فقد خصصت العديد من شركات التجارة الإلكترونية -على رأسهم شركة أمازون Amazon وشركة جوجل Google- مبالغ ضخمة من أجل تكوين جماعات ضغط لتحديد سياسات

(٩) أنظر:

<http://www.forbes.com/sites/rickungar/2012/06/25/busted-health-insurers-secretly-spent-huge-to-defeat-health-care-reform-while-pretending-to-support-obamacare/> (الجمعة 2013/11/15).

(١٠) أنظر: <http://www.breitbart.com/Big-Government/2013/09/23/Health-Care-Industry-Spent-243-million-Already-in-2013-Lobbying-ObamaCare> (الجمعة 2013/11/15).

(١١) راجع: <http://www.infowars.com/insurance-giants-that-wrote-and-lobbied-for-health-law-cash-in/> (الجمعة 2013/11/15).

المعاملة الضريبية لهذا النوع من التجارة.<sup>(12)</sup> وكذلك دشنت مجموعة من كبار المستثمرين في مجال التكنولوجيا -على رأسهم مارك زاكربرج Mark Zuckerberg وبييل جيتس Bill Gates- جماعة للضغط على الكونجرس الأمريكي لإصلاح منظومتي الهجرة والتعليم حتى يتسنى للشركات الأمريكية الاستفادة من الكفاءات الأجنبية.<sup>(13)</sup> كما طالما عرفت شركة أمازون -وغيرها من الشركات العملاقة كشركتي نايك Nike وستاربوكس Starbucks- بإنفاقها من أجل دعم زواج المثليين والترويج له.<sup>4</sup> وألا شك أن كل هذه الممارسات تؤثر بشكل واضح ومباشر على حقوق الأشخاص وحررياتهم، بل إنها تززع قيم المجتمع كله وتعصف بمعتقداته وتدمر هويته.

## المطلب الثاني

### استخدام الآلة الإعلامية

تتخذ معظم وسائل الإعلام -المرئية والمسموعة والمقروءة- شكل شركات المساهمة. ومع التطور الهائل لوسائل الاتصال والتقنيات المعلوماتية، باتت وسائل الإعلام سلاحاً فتاكاً يوجه الرأي العام؛ إذ يعتمد الجمهور على هذه الوسائل كمصدر أساسي لاستقاء الأخبار والمعلومات. فالإعلام يعمل على غرس الأفكار والآراء في أذهان الجمهور بهدف التأثير على معتقداتهم وتهيتهم نفسياً لاستقبال أمر ما والتحكم في ردود أفعالهم. ذلك أن الآلة الإعلامية بالإضافة إلى دورها الإخباري، تتحكم بشكل كبير في تحديد ما يطرح على الساحة من موضوعات وفي توقيت هذا الطرح وكيفية إثارتها وبالتالي وقعه على الجمهور.

---

<sup>(12)</sup> أنظر: <http://www.washingtonpost.com/blogs/wonkblog/wp/2013/08/06/heres-what-amazon-lobbies-for-in-d-c/>

(الجمعة 2013/11/15) .

<sup>(13)</sup> راجع: <http://www.fwd.us/movement> (الجمعة 2013/11/15).

<sup>(4)</sup> الجمعة <http://www.freerepublic.com/focus/chat/2993317/posts>

(2013/11/15).

إدراكاً لهذا الدور الحيوي الذي تلعبه وسائل الإعلام، فقد عكفت الحكومات والقوى السياسية وكذا المؤسسات التجارية<sup>(15)</sup> على استغلال الآلة الإعلامية لتحقيق مصالحها الخاصة دون مراعاة -في الكثير من الأحيان- للمعايير المهنية والأخلاقية. حيث أن الأمر في عالمنا اليوم لم يعد مقتصرًا على الإعلام الحكومي الذي طالما عبر عن آراء الحكومات ومجّد في الحكام، بل أصبحت الساحة الإعلامية مفتوحة لوسائل الإعلام الخاصة الوطنية منها والأجنبية على حد سواء. ونجد لذلك تطبيقات كثيرة في واقعنا، إذ تعج الشاشات العربية بالفضائيات المملوكة لرجال أعمال أو لمؤسسات تجارية خاصة بجانب القنوات الحكومية، ويسرى نفس الأمر على وسائل الإعلام الأخرى كالصحف والإذاعات.

وتتنافس تلك القنوات الإعلامية في الوصول إلى المشاهد وإقناعه بما تبثه من آراء موجهة، والتي كثيراً ما تتناقض مع ما تعرضه القنوات الأخرى بل إن هذا التناقض يصل في الكثير من الأحيان إلى حد التضاد. ولا يتطلب ذلك مجهوداً لتوضيحه، إذ يكفي أن يشاهد المرء أحد القنوات الإعلامية الحكومية ثم يقارن ما تديعه هذه القناة بما تبثه أي قناة أخرى تابعة للقوى السياسية المعارضة.

والأمثلة على ذلك عديدة في وطننا العربي. فقد لعبت وسائل الإعلام -خاصةً وسائل التواصل الاجتماعي Social Networks/Media- دوراً محورياً في التمهيد للثورات العربية. كما لعبت لاحقاً دوراً لا يقل أهمية في توجيه مسار هذه الثورات. وبينما أيدت وسائل الإعلام الموالية للرئيس

---

(15) من ذلك مثلاً شراء جيف بيزوس Jeff Bezos - المدير التنفيذي لشركة أمازون Amazon - لأكبر صحيفة سياسية في الولايات المتحدة الأمريكية وهي الواشنطن بوست Washington Post.

Paul Farhi, *Washington Post closes sale to Amazon founder Jeff Bezos*, THE WASH. POST (Oct. 1, 2013), [http://www.washingtonpost.com/business/economy/washington-post-closes-sale-to-amazon-founder-jeff-bezos/2013/10/01/fca3b16a-2acf-11e3-97a3-ff2758228523\\_story.html](http://www.washingtonpost.com/business/economy/washington-post-closes-sale-to-amazon-founder-jeff-bezos/2013/10/01/fca3b16a-2acf-11e3-97a3-ff2758228523_story.html).



المصري السابق -الدكتور مرسى- تأييداً مطلقاً، مهدت وسائل الإعلام المعارضة لعزله فشجذت الرأي العام وهيأت الأجواء للاحتشاد. ويستمر هذا الدور -وأيضاً ذاك الانشقاق- إلى يومنا هذا. فما يصفه فريق بصفة يصفه الآخر بضدها.

وتتضاعف خطورة الدور الإعلامي ظل ما نشهده من انفتاحعالمي. وخير مثال على ذلك تعاطي الإعلام لقضية الصراع العربي - الصهيوني وتداعيات ذلك على الرأي العام العالمي، وبالمثل تناول الإعلام لمسألة الحرب على الإرهاب أو لقضية أسلحة الدمار الشامل التي مهدت لغزو العراق عام ٢٠٠٣.

وهنا تكمن المشكلة إذ يتعين الموازنة بين اعتبارات عديدة ومتضاربة حتى تصلح المنظومة الإعلامية. ومن هذه الاعتبارات حرية الإعلام وحرية التعبير وتبني الآراء من ناحية، وكذلك حق الجمهور في المعرفة وفي الإطلاع على الأخبار بموضوعية وشفافية من ناحية أخرى. ذلك أنه لا يخفى خطورة استخدام الآلة الإعلامية على حقوق الأفراد المدنية والسياسية. لذا يجب وضع ضوابط صارمة لعمل المؤسسات الإعلامية بما لا يمس حرياتهم ويحافظ لها على استقلالها، وفي ذات الوقت يضمن عدم التعدي على حقوق الأفراد وحررياتهم.

## المبحث الثاني

### ممارسات سياسية غير مباشرة

علاوة على ما تقدم، تعتمد المؤسسات التجارية إلى أساليب غير مباشرة للضغط على الحكومات من أجل تغيير سياساتها بما يؤثر على حقوق الأفراد. ومن قبيل ذلك دعم وتمويل حملات دعائية أو الترويج لشعارات تؤثر على أفكار ومعتقدات الأفراد وتؤدي إلى تغيير سلوكياتهم تدريجياً. ولا شك في خطورة هذه الممارسات التي قد تؤدي إلى تغيير قيم المجتمع وتحويل مفاهيمه كلياً. وهذا هو الحال في العديد من الدعايات التي نشاهدها كل يوم مثل الحملة الدعائية لأحد منتجات شركة أمازون التي تروج فيها لزواج المثليين والتي تبعتها حملات مماثلة لشركة ميكروسوفت<sup>(16)</sup>.

وتتفاقم الخطورة بسبب الانفتاح الذي يشهده عالمنا اليوم، إذ غدا من الصعوبة بمكان حظر انتقال الأفكار من مكان إلى آخر وإن تعارضت مع أهم قيم المجتمع وأدابه. ذلك أن ما يمكن منعه في وسائل الإعلام الرسمية يجد طريقه إلى الجمهور من خلال الوسائل غير الرسمية التي يصعب التحكم فيها وتضعف الرقابة عليها. كما أن انتشار الشركات العالمية متعددة الجنسيات يلعب دوراً كبيراً في هذا الصدد.

تكمن المشكلة الحقيقية في عدم قدرة الدول النامية على المنافسة وحاجتها في الوقت نفسه لاستثمارات تلك الشركات على أراضيها. وعلى الرغم من وجود قوانين تنظم عمل تلك الشركات في الدول المختلفة بما يسمح لهذه الدول أن تفرض قيوداً على ما تقدمه تلك الشركات، غير أن ذلك قليلاً ما

---

(16) <http://www.marketwatch.com/story/with-amazon-ad-marketers-come-out-of-the-closet-2013-02-22>  
<http://www.webpronews.com/microsoft-like-amazon-embraces-gay-marriage-in-a-product-ad-2013-03>

يجدي نفعاً، فهذه الشركات تنسجم في المجتمع وترسخ أفكارها على مدار سنوات طوال.<sup>(17)</sup>

كما أن حاجة الدول النامية لهذا النوع من الاستثمارات المباشرة يفرض عليها الخضوع لأنظمة قد لا تتماشى وظروفها الاجتماعية والاقتصادية. فعلى سبيل المثال، يضع البنك الدولي شروطاً اقتصادية لها انعكاسات سياسية على الدول طالبة الائتمان تحت مسمى "عقلانية السوق". وهي شروط تمهد لتحويلات اقتصادية وسياسية تتبعها ولكنها ضرورية لجذب الاستثمارات، إذ تعمل كمؤشر لمدى عقلانية السوق وكفاءته. وقد وقع هذا التغيير في مصر مع بداية التحول الاقتصادي مطلع التسعينيات من القرن الماضي.<sup>(18)</sup> وهكذا كانت الحال أيضاً عندما تعثرت اليونان واشتدت حاجتها للمساعدات الأوربية منذ سنوات قليلة، حيث اشترط الإتحاد الأوربي إصلاحات ديمقراطية واقتصادية لمنح المساعدات.<sup>(19)</sup>

فعقلانية السوق Market Rationality وتعزيز الديمقراطية Democratization وغيرها، كلها مصطلحات تستخدم لإملاء تحولات

---

<sup>(17)</sup> ولا أدل على ذلك من تغلغل الشركات متعددة الجنسيات في مجتمعاتنا العربية وتغييرها للعديد من ثقافتنا العربية. فالمأمل في حال المجتمعات العربية يجد أن ثقافة الوجبات السريعة التي تملأ بلدنا -كمثال صارخ- قد صدرت إليها من الخارج حيث لم تكن موجودة منذ عقود قليلة.

<sup>(18)</sup> للمزيد حول التحويلات الاقتصادية في مصر، أنظر:

AHMAD A. ALSHORBAGY, PROTECTING MINORITY SHAREHOLDER IN EGYPTIAN PUBLIC CORPORATIONS: A COMPARATIVE STUDY IN CORPORATE GOVERNANCE AND SECURITIES REGULATION 12-16 (2013); Lama Abo-Odeh, *On Law and the Transition to Market: The Case of Egypt*, 23 EMORY INT'L L. REV. 351 (2009).

<sup>(19)</sup> Marija Bartl, *On Market Rationality and The Prospects of Democracy as a Normative Basis of Law* (Unpublished manuscript, on file with author).

معينة على الدول النامية والتدخل في شؤونها ولو بطريق غير مباشر. إذ تتخذ القوى الاستثمارية من الحاجات المادية والإقتصادية للدول النامية ذريعة لإملاء سياسات تُحدث تغييرات جذرية في هذه المجتمعات. هذه التغييرات - وإن كان بعضها حميد- عادة ما تحبط قدرة الدول النامية على المنافسة وتضعها باستمرار تحت سطوة القوى الإقتصادية.

وهذا ما أدى إلي ظهور ما يطلق عليه الاستعمار الجديد NeoColonialism إذ لم تعد تلجأ الدول الاستعمارية إلي القوة العسكرية للسيطرة علي الدول النامية. فذلك لم يعد مقبولاً بعد أن حرمه الميثاق العالمي للأمم المتحدة في عصرنا الحالي وحيث تسود شعارات حقوق الإنسان. بالمقابل تعمد الدول إلي أعمال سيطرتها علي الدول الأخرى من خلال استغلال فاقتها الإقتصادية. ففي ظل ما يشهده العالم من العولمة وما تفرضه الأخيرة من انفتاح اقتصادي شتى المجالات، لم يعد بمقدور الدول النامية ومنتجيتها منافسة الدول المتقدمة وشركاتها متعددة الجنسيات ولم يتبق لها سوي الانصياع لهذا النظام العالمي الجديد.

## الفصل الثالث

### المعالجة القانونية لمسئولية الشركات الاجتماعية في مجال حقوق الإنسان المدنية والسياسية

لما كان ما تقدم من الاتجاه إلى الاعتراف للشركات بحقوق سياسية وإضفاء حماية دستورية على تلك الحقوق، وكذا من ممارسات سافرة من شأنها المساس بحقوق الأفراد المدنية والسياسية، فقد تكاثفت الجهود على الصعيدين الدولي والوطني للحد من الآثار السلبية لتلك الممارسات. تمخضت المساعي الدولية في هذا الشأن عن صدور "الاتفاق العالمي"<sup>(20)</sup> كما نتج عن ذلك بعض النشاط التشريعي في مختلف الدول.

وعلى ذلك، ينقسم هذا الفصل إلى مبحثين: يتناول المبحث الأول المساعي الدولية لمساءلة الشركات عن حقوق الإنسان المدنية والسياسية، ويضرب المبحث الثاني أمثلة للتشريعات الوطنية المتعلقة بمسئولية الشركات الاجتماعية.

---

(20) يطلق عليه أحياناً الميثاق العالمي ترجمة لمصطلح Global Compact. ولكننا

نستخدم مسمي الاتفاق العالمي أولاً تمييزاً له عن الميثاق العالمي للأمم المتحدة، وثانياً لأن هذه هي الترجمة التي اعتمدها الأمم المتحدة ومبادرة الاتفاق العالمي ذاتها.

مجلة الحقوق لبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الثاني 2015 (47)

## المبحث الأول

### الجهود الدولية لمساءلة الشركات عن حقوق الإنسان

لمس المجتمع الدولي الحاجة إلي مواجهة السيطرة الرأسمالية العالمية بغية الحد من آثار أعمال المؤسسات التجارية علي الأفراد والمجتمعات علي حد سواء، في ظل مجتمع دولي متعولم تسوده المؤسسات التجارية دولية النشاط من ناحية، بينما هي لا تخضع من ناحية أخري لقواعد القانون الدولي العام الذي لا يعترف بتلك المؤسسات كأحد أشخاصه. من ثم تضافرت الجهود الدولية لوضع إطار قانوني دولي لتنظيم أعمال المؤسسات التجارية. علي أن هذه الجهود لم تنجح في وضع إطار قانوني ملزم بعد، بل أسفرت عبر ما يقرب من خمسين عاماً من العمل عن بضع مبادرات وتوجيهات غير ملزمة.

من أجل الوقوف علي أهم ملامح الإطار القانوني الدولي لمسئولية الشركات وخصائصه والأسباب التي أدت إلي تكوينه. في صورته غير الملزمة التي هو عليها، يتناول هذا المبحث بالتحليل في مطلبه الثاني أبرز هذه الجهود متمثلاً في الاتفاق العالمي وما تبعه من مبادئ توجيهية، وقبل ذلك يستعرض المطلب الأول تطور الإطار القانوني الدولي لمسئولية الشركات الاجتماعية. أم المطلب الثالث فيعرض لرودود الأفعال الدولية إزاء هذا الإطار القانوني غير الملزم للشركات.

### المطلب الأول

#### التطور التاريخي للإطار القانوني الدولي لمسئولية الشركات الاجتماعية

تفرض الدول قوانينها علي الشركات التي تؤسس علي إقليمها وتعمل تحت سيادتها، لكن عندما تتوسع تلك الشركات وتتسم أنشطتها بصفة الدولية وتتعدد ما تحمله من جنسيات يدق الأمر. ذلك أن الشركات متعددة الجنسية تلعب دوراً بارزاً في شتي المجتمعات. ولا يقتصر هذا الدور علي الجوانب الاقتصادية للتنمية ولا علي توفير الحاجات الاجتماعية بل يتعدى ذلك إلي رسم السياسات وتغيير الثقافات وتحوير المعتقدات، علي ما سبق بيانه في الفصل السابق.

بدا هذا الدور واضحاً وأخذ في التزايد قبيل أفول الاشتراكية الذي تزامن مع سقوط الاتحاد السوفييتي وسيطرة النظام الرأسمالي علي الاقتصاد العالمي، وما تلي ذلك من ظهور نظام عالمي جديد يعتمد في أسسه علي تحرير التجارة وإزالة الحدود، وهو الأمر الذي سمح بانتقال رؤوس الأموال عبر الحدود وترتب عليه أن باتت الاستثمارات الأجنبية المباشرة *Foreign Direct Investments* المصدر الأول لرؤوس الأموال في الدول النامية وأحد أهم أدوات التنمية في العالم. وإزاء ذلك، لم يكن من الدول النامية إلا أن تستسلم للنظام العالمي الجديد لكي تتمكن من تمويل مشروعاتها والنهوض باقتصادها.<sup>(21)</sup>

ونتج عن عدم تكافؤ القوي الاقتصادية بين الدول النامية الطالبة للاستثمارات وتلك المتقدمة المصدرة للاستثمارات اختلال موازين الإطار القانوني للاستثمارات الأجنبية، ذلك أن الهدف الأساسي من هذه القوانين أصبح هو توفير الحماية القصوى للمستثمرين الأجانب، والتي توفر الشركات متعددة الجنسية الشكل الأمثل لاستثماراتهم، دون اكرتاث لما قد تحدثه هذه الاستثمارات من تأثير وبالتالي دون وضع آليات قانونية للتصدي لهذه الآثار ومعالجتها. وقد أدى ذلك كله إلي إحكام سيطرة الدول المستثمرة من خلال شركاتها علي النظام العالمي السائد حالياً أو بالأحرى أدي إلي إحكام سيطرة رأس المال علي النظام العالمي، فالشركات مالكة رؤوس الأموال تستطيع بما لها من قدرات مالية واجتماعية توجيه السياسات الدولية لما يتماشى مع تحقيق مصالحها.

ولكن الوعي المنتامي لحقوق الإنسان في العصر الحديث والتطور الهائل للبشرية في عصر المعلوماتية كشف عن مدي تأثير الشركات علي المجتمعات والأفراد. ومن ثم، تنبته المنظمات غير الحكومية وحركات حقوق الإنسان لهذا التحدي وأخذت علي عاتقها

---

(21)Theodore H. Moran, *The United Nations and transnational corporations: A Review And A Perspective in* Tagi Sagafi-Nejad & John H. Dunning, *The UN and Transnational Corporations: From Code of Conduct to Global Compact 93-95* (2008), available at [http://unctad.org/en/docs/diaeiia200910a4\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/diaeiia200910a4_en.pdf).

محاولة التصدي له منذ السبعينيات من القرن الماضي.<sup>(22)</sup> وتمثل التحدي في كيفية إلزام الشركات بحقوق الإنسان حيث أصبحت جزءاً من القانون الدولي العام دون أن تكون هي مخاطبة بأحكامه. إن المعاهدات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان - كالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية - تخاطب الدول فقط، ومع ذلك تلتزم الدول المتعاقدة بتطبيق هذه المعاهدات علي كل ما يتم علي أرضها و من ضمنها ما تقوم به الشركات علي أرضها حماية منها لحقوق الإنسان.<sup>(23)</sup>

إدراكاً لقصور أحكام القانون الدولي العام عن الوصول إلي الشركات، حاول المجتمع الدولي سد الفراغ التشريعي الناتج عن دور الشركات الدولي وقصر يد القانون الدولي العام، وظهرت محاولات عدة تعكس تبلور فكرة المسؤولية الاجتماعية للشركات.<sup>(24)</sup> وأسفرت هذه المحاولات عن ثلاث مبادرات دولية رئيسية وهي:

1. مبادئ منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية التوجيهية للشركات متعددة الجنسيات Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) Guidelines on Multinational Enterprises
2. إعلان المبادئ ثلاثي الأطراف بشأن المؤسسات متعددة الجنسية والسياسة الاجتماعية الصادر عن منظمة العمل الدولية International Labor Organization's

---

<sup>(22)</sup> خلال هذه الفترة، ظهر تورط الشركات متعددة الجنسية في فضائح عالمية تمس بحقوق الإنسان بصورة جلية. كان من أبرز الحوادث التي تورطت بها الشركات فضيحة شركة البرق والهواتف الدولية في شيلي، والتي ثبت تورطها في الإطاحة بالرئيس الشيلي المنتخب عن طريق مساعدة خصومه في الترتيب للقيام بانقلاب عسكري. أنظر في ذلك

UN Intellectual History Project, Breifing 17, at 1 (2009).

<sup>(23)</sup> Leeladhara Mangalpady Bhandary, Relationship Between Business Corporations' and Human Rights: A Legal Analysis 10 (2011), available at <http://ssrn.com/abstract=1987032>

<sup>(24)</sup> المرجع ذاته، ص 6.



## (ILO) Tripartite Declaration of Principles 'Concerning Multinational Enterprises

3. الاتفاق العالمي للأمم المتحدة United Nations Global Compact وما تبعه من مبادئ توجيهية.

لعل مبادئ منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية في مجال حوكمة الشركات هي أول خطوة حقيقية علي طريق تحديد واجبات الشركات ومسئوليتها الاجتماعية تجاه كل من يتأثر بأعمالها.<sup>(1)</sup> صدرت هذه المبادئ في عام 1976 وتمت مراجعتها خمس مرات في أعوام 1979، 1982، 1991، 2000، وأخيراً في 2011/5/25.<sup>2</sup>

وبجانب كونها جزء من الإعلان بشأن الاستثمارات الدولية والشركات متعددة الجنسيات Declaration on International Investment and Multinational Enterprises،<sup>(3)</sup> فإن هذه المبادئ لا تتعدي كونها مجرد توصيات من الحكومات للشركات في مجال أخلاقيات العمل سواء في مجال حقوق الإنسان أو المنافسة أو الضرائب وغيرها.<sup>(4)</sup> ولكن لا يعني كون هذه المبادئ غير منزومة للشركات أنها عديمة القيمة، إذ يتعين علي كل دولة موقعة وكذلك علي منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية التأكد من تطبيقها.<sup>(5)</sup> كما أنها تتضمن وسيلة لحل النزاعات التي تنتج عن إساءة تعامل الشركات.<sup>(6)</sup>

(<sup>1</sup>) المرجع ذاته، ص 11.

<sup>2</sup>OECD, Policy Brief: The OECD Guidelines for Multinational Enterprises 3 (2011).

(<sup>3</sup>) المرجع ذاته، ص 3.

Bhandary (<sup>4</sup>)، المرجع السابق، ص 11.

OECD (<sup>5</sup>) ، المرجع السابق، ص 2-3.

(<sup>6</sup>) المرجع ذاته، ص 7.

لكن المجتمع الدولي لم يتوقف عند هذا الحد حيث عملت أيضاً منظمة العمل الدولية منذ السبعينيات علي موضوع مسؤولية الشركات الاجتماعية وانتهت في اجتماعها عام 1976 إلي أهمية وضع مبادئ غير ملزمة بشأن السياسة الاجتماعية للشركات،<sup>(1)</sup> وتم اعتماد إعلان ثلاثي الأطراف بشأن الشركات متعددة الجنسيات والسياسة الاجتماعية في عام 1977 ثم عدلت في عام 2000 وفي عام 2006.<sup>(2)</sup>

تقترب هذه المبادئ من مبادئ منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية في مجال مسؤولية الشركات في كونها غير ملزمة، وأيضاً في طريقة تطبيقها حيث يمكن للأطراف في حالة الاختلاف علي تطبيقها أن يتقدموا لمكتب العمل الدولي بطلب لتفسير معناها. لكن أهم ما يميزها هو مخاطبة الشركات متعددة الجنسيات مباشرة باعتبارها كيانات مستقلة، بالإضافة إلي أن عدد الموقعين علي هذا الإعلان يجعله يقترب من منزلة قواعد العرف الدولي.<sup>(3)</sup>

أما الأمم المتحدة فكان لأبد لها من التحرك في هذا الصدد بعد أن اتجهت لها الأنظار عالمياً لما لها من أهمية دولية. لذلك، بدأت الأمم المتحدة التحرك بتدشينها للجنة الشركات دولية النشاط United Nations Commission on Transnational Companies (UNCTC) في عام 1974،<sup>(4)</sup> والتي أصدرت عدت توصيات

---

تلتزم بهذه المبادئ 42 دولة من بينهم 34 دولة هن أعضاء منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية بالإضافة إلي 8 دول أخرى.

<http://www.oecd.org/daf/newoecdguidelinstoprotecthumanrightsandsocialdevelopment.htm>

Bhandary<sup>(1)</sup>، المرجع السابق، ص 11-12.

<sup>(2)</sup>ILO, Tripartite Declaration of Principles Concerning

.Multinational Enterprises 1 (2006)

<sup>(3)</sup> المرجع ذاته.

<sup>(4)</sup>E.S.C. Res. 1913 (LVII), 1, U.N. Doc. E/RES/1913(LVII) (5 December 1974),

ومسوداتلمدونات قواعد سلوك للشركات دولية النشاط كان آخرها في عام 1990 ولكن أياً منها لم يدخل يوماً حيز التنفيذ.<sup>(35)</sup> وبالرغم من عدم تمكناللجنة من الوصول إلي قواعد سلوك توافق عليها الأطراف المختلفة إلا أن هذا لا يعني فشل اللجنة التام في أعمالها. فبالإضافة إلي ما بذلته اللجنة من جهود حثيثة في هذا الشأن، يعد ما قامت به اللجنة مع مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) من تجميع لبيانات واستخدامها لرفع وعي الدول المختلفة وخاصة النامية وتنمية الكوادر الانجاز الأهم لها علي مدار ما يقرب من عشرين عاماً هي طول مدة عملها، وهو الانجاز الذي مهد الطريق للخطوة اللاحقة.

ففي عام 1999، أعلن الأمين العام للأمم المتحدة كوفي عنان عن تدشين الاتفاق العالمي للأمم المتحدة في المنتدى الاقتصادي العالمي، والذي انطلقت فعالياته عام 2000 بمقره بولاية نيويورك الأمريكية. يتمثل هذا الاتفاق العالمي عشرة مبادئ مستمدة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وإعلان منظمة العمل الدولية بشأن المبادئ والحقوق الأساسية في العمل، وإعلان ريو بشأن البيئة والتنمية، واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.<sup>36</sup> وهذا الاتفاق - الذي هو في جوهره مبادرة مجردة من أي إلزام إذ يعتمد علي محض اختيار وإرادة الشركات وبينني علي فكرة نشر الممارسات الجيدة التي تقوم بها إيماناً بفكرة التعلم المشترك بين الشركات بعضها البعض- جعل حقوق الإنسان في مقدمة اهتماماته. غير أن مبادئ الاتفاق جاءت في عبارات عامة مبهمة ولم تضع لها إطاراً تنفيذياً، وهو ما حدا بمجلس حقوق الإنسان بالأمم المتحدة أن يطالب تعيين ممثل خاص للعمل علي وضع مبادئ الاتفاق موضع التنفيذ

available at

<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/62/2/40/IMG/NR062240.pdf>.

Moran<sup>(35)</sup>، المرجع السابق، ص 92-93.

<sup>(36)</sup> الأمم المتحدة، مسؤولية الشركات عن احترام حقوق الإنسان: دليل تفسيري، ص 12

(2012) (يشار إليه فيما بعد بالدليل التفسيري).

في عام 2005. و صدرت مبادئ أخرى توجيهية مصحوبة بشروحات لها بعد ست سنوات من العمل أي في عام 2011.<sup>(1)</sup>

هذا الاتفاق وما تبعه من مبادئ توجيهية يعتبران ثمرة الجهود الدولية في مجال مسؤولية الشركات الاجتماعية حتى الآن، ومع ذلك لم يرتق أياً منهما إلي مستوي القوانين الملزمة. لذا ينظر البعض لهذه المبادئ علي أنها من القوانين الناعمة Soft Laws التي قد تؤسس لاتفاقيات ملزمة لاحقة.<sup>(2)</sup> علي أية حال، لم تزل الجهود الدولية في هذا المجال حديثة وقائمة ومستمرة وفي تطور دائم. أما في الوقت الراهن فإن هذا الاتفاق وما تبعه من مبادئ توجيهية هما خلاصة الجهود الدولية في مجال مسؤولية الشركات الاجتماعية وخاصة عن حقوق الإنسان، ولذا نفرد لتحليل أحكامهما المطلوب التالي.

## المطلب الثاني

### أهم الملامح القانونية في الاتفاق العالمي والمبادئ التوجيهية

يعد الاتفاق العالمي للأمم المتحدة الصادر في عام ٢٠٠٠ في مجال حقوق الإنسان والعمل والبيئة ومكافحة الفساد – والذي يستند إلى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وإعلان منظمة العمل الدولية بشأن المبادئ الأساسية في العمل، وإعلان ريو بشأن البيئة والتنمية، واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد – أهم مبادرة عالمية تهدف إلى التأكيد علي مسؤولية المؤسسات التجارية الاجتماعية من خلال خلق حس المواطنة لديها. وبالإضافة إلى اعتمادها على عدة موانئ عالمية،<sup>(3)</sup> فإنها تضم أيضاً شبكة من الأشخاص

(1) جون روجي، المبادئ التوجيهية، المرجع السابق.

(2) <http://www1.umn.edu/humanrts/ataglance/compdftun.html#fn1>

(3) جدير بالذكر أن المخاطب بأحكام هذه المبادئ هي المؤسسات التجارية عامة إذ لا يقتصر نطاق تطبيقها علي شركات المساهمة فقط بل يمتد إلي كافة أنواع الشركات وغيرها من منظمات الأعمال. فالمؤسسات التجارية مصطلح عام يشمل كل أشكال المشروعات التجارية سواء كانت ملكيتها فردية أم جماعية، ويقطع النظر عما إذا كانت مملوكة ملكية

وقد استمد الاتفاق هذين المبدأين من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان Universal Declaration of Human Rights الصادر عام 1948. ولم يفرق المبدأن بين حقوق الإنسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وبين الحقوق المدنية والسياسية، إذ جاءت عبارتهما عامة. لذا يسرى على الحقوق المدنية والسياسية ما يسرى على تلك الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. يضع المبدأ الأول على عاتق المؤسسات التجارية التزاماً إيجابياً بدعم حقوق الإنسان واحترامها، بينما يفرض المبدأ الثاني عليها التزاماً سلبياً بعدم الاشتراك في أي انتهاك لحقوق الإنسان. ويقصد بحقوق الإنسان في هذا السياق الحد الأدنى المعترف به دولياً في المواثيق الدولية المتمثلة في الشرعية الدولية لحقوق الإنسان International Bill of Human Rights، وإعلان منظمة العمل الدولية.<sup>(1)</sup>

---

المبدأ السادس: يتعين عليها القضاء على التمييز في مجال التوظيف والمهن؛

ثالثاً: البيئة؛

المبدأ السابع: يتعين على المؤسسات التجارية التشجيع على إتباع نهج احترازي

إزاء جميع التحديات البيئية؛

المبدأ الثامن: يتعين عليها الاضطلاع بمبادرات لتوسيع نطاق المسؤولية عن

البيئة؛

المبدأ التاسع: يتعين عليها التشجيع على تطوير التكنولوجيات غير الضارة بالبيئة

ونشرها؛

رابعاً: مكافحة الفساد؛

المبدأ العاشر: يتعين على المؤسسات التجارية مكافحة الفساد بكل أشكاله، بما

فيها الابتزاز والرشوة.

(1) الأمم المتحدة، الدليل التفسيري، المرجع السابق، ص 12 (المبدأ التوجيهي 12: تحيل

مسؤولية المؤسسات التجارية عن احترام حقوق الإنسان إلى حقوق الإنسان المعترف بها

دولياً، والمعروف أنها تشمل، في الحد الأدنى، الحقوق المعرب عنها في الشرعية الدولية

غير أن المبدئين السابقين – في حين أنهما يضعان إطاراً لمسئولية الشركات في مجال حقوق الإنسان – لم يضعوا آلية تطبيقهما ولم يوضحا سبل دعم حقوق الإنسان ولا المقصود بالاشتراك في انتهاكها. وهو ما حدا بمجلس حقوق الإنسان بالأمم المتحدة إلى طلب تعيين ممثل خاص للأمين العام وتكليفه بإعداد تقرير عن حقوق الإنسان والأعمال التجارية. وقد صدر بالفعل هذا التقرير الذي أقره المجلس في عام ٢٠١١ بعد ست سنوات من العمل في صورة "مبادئ توجيهية بشأن الأعمال التجارية وحقوق الإنسان: تنفيذ إطار الأمم المتحدة المعنون "الحماية والاحترام والانتصاف"<sup>(49)</sup> وعلاوة على ما سبق، أصدرت الأمم المتحدة عدة وثائق توجيهية وتوضيحية لمسئولية الشركات الاجتماعية في مجال حقوق الإنسان كالمذكورة الإيضاحية للعلاقة بين الاتفاق العالمي والمبادئ التوجيهية، وكذلك الدليل التفسيري لمسئولية الشركات عن احترام حقوق الإنسان.

ويعتبر هذا التقرير الخاص بالمبادئ التوجيهية بمثابة الإطار التنفيذي لمبادئ الاتفاق العالمي المتعلقة بحقوق الإنسان ولكنه يبقى غير ملزم بحد ذاته<sup>50</sup> جُل ما في الأمر أن هذا التقرير يوضح الإطار الدولي القائم لمعاهدات حقوق الإنسان الملزمة للدول ويقدم إرشادات بشأن كيفية جعل هذه المبادئ جزءاً من إستراتيجية المؤسسات التجارية بمختلف أنشطتها وذلك بوضع حلول عملية لمزج هذه المبادئ في الممارسات اليومية لمنظمات الأعمال واعتبارها

---

لحقوق الإنسان والمبادئ المتعلقة بالحقوق الأساسية المنصوص عليها في إعلان منظمة العمل الدولية بشأن المبادئ والحقوق الأساسية في العمل)."<sup>(49)</sup> جون روجي، المبادئ التوجيهية، المرجع السابق.

(<sup>50</sup>) المرجع ذاته، ص 7. ("وينبغي عدم قراءة أي شيء في هذه المبادئ التوجيهية على أنه ينشئ التزامات قانونية دولية جديدة، أو يحد أو يقوض أي التزامات قانونية قد تكون أخذتها أي دولة على عاتقها أو قد تكون خاضعة لها بموجب القانون الدولي فيما يتعلق بحقوق الإنسان").

غير أن المبدأين السابقين – في حين أنهما يضعان إطاراً لمسئولية الشركات في مجال حقوق الإنسان – لم يضعاً آلية تطبيقهما ولم يوضحا سبل دعم حقوق الإنسان ولا المقصود بالاشتراك في انتهاكها. وهو ما حدا بمجلس حقوق الإنسان بالأمم المتحدة إلى طلب تعيين ممثل خاص للأمين العام وتكليفه بإعداد تقرير عن حقوق الإنسان والأعمال التجارية. وقد صدر بالفعل هذا التقرير الذي أقره المجلس في عام ٢٠١١ بعد ست سنوات من العمل في صورة "مبادئ توجيهية بشأن الأعمال التجارية وحقوق الإنسان: تنفيذ إطار الأمم المتحدة المعنون "الحماية والاحترام والانتصاف"<sup>(42)</sup> وعلاوة على ما سبق، أصدرت الأمم المتحدة عدة وثائق توجيهية وتوضيحية لمسئولية الشركات الاجتماعية في مجال حقوق الإنسان كالمذكرة الإيضاحية للعلاقة بين الاتفاق العالمي والمبادئ التوجيهية، وكذلك الدليل التفسيري لمسئولية الشركات عن احترام حقوق الإنسان.

ويعتبر هذا التقرير الخاص بالمبادئ التوجيهية بمثابة الإطار التنفيذي لمبادئ الاتفاق العالمي المتعلقة بحقوق الإنسان ولكنه يبقى غير ملزم بحد ذاته.<sup>43</sup> جُل ما في الأمر أن هذا التقرير يوضح الإطار الدولي القائم لمعاهدات حقوق الإنسان الملزمة للدول ويقدم إرشادات بشأن كيفية جعل هذه المبادئ جزءاً من إستراتيجية المؤسسات التجارية بمختلف أنشطتها وذلك بوضع حلول عملية لمزج هذه المبادئ في الممارسات اليومية لمنظمات الأعمال واعتبارها

---

لحقوق الإنسان والمبادئ المتعلقة بالحقوق الأساسية المنصوص عليها في إعلان منظمة العمل الدولية بشأن المبادئ والحقوق الأساسية في العمل)."<sup>(42)</sup> جون روجي، المبادئ التوجيهية، المرجع السابق.

(<sup>43</sup>) المرجع ذاته، ص 7. ("وينبغي عدم قراءة أي شيء في هذه المبادئ التوجيهية على أنه ينشئ التزامات قانونية دولية جديدة، أو يحد أو يقوض أي التزامات قانونية قد تكون أخذتها أي دولة على عاتقها أو قد تكون خاضعة لها بموجب القانون الدولي فيما يتعلق بحقوق الإنسان.")

مكوناً أساسياً في ثقافتها.<sup>(1)</sup> وقد عنيت هذه المبادئ التوجيهية بتوضيح أهمية مراعاة المؤسسات التجارية لحقوق الإنسان. وتقوم هذه المبادئ على ثلاثة محاور، يخصص لكل محور عدة مبادئ تأسيسية وأخرى تنفيذية. والمحاور الثلاثة هي:

١. الحماية Protect: توضح المبادئ المتعلقة بالحماية التزامات الدول القائمة باحترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية وحمايتها وكيفية إعمالها؛

٢. الاحترام Respect: تهتم المبادئ المتعلقة بهذا المحور بتوضيح دور المؤسسات التجارية بوصفها هيئات متخصصة من المجتمع تضطلع بمهام متخصصة، ويُطلب منها الامتثال لجميع القوانين المعمول بها وحماية حقوق الإنسان. وهذا هو لب الموضوع؛

٣. الانتصاف Remedy: أما المبادئ المتعلقة بمحور الانتصاف فتبرز الحاجة إلى سبل علاجية مناسبة وفعالة وعادلة حال انتهاك تلك الحقوق.

تسلط مبادئ المحور الأول الضوء على دور الدولة الهام في حماية حقوق الإنسان.<sup>(2)</sup> ففي ظل النظام الدولي القائم على الاعتراف بالدول كأشخاص للقانون العام دون منظمات الأعمال State-Centric Legal System،<sup>(3)</sup> تعد الدولة هي السلطة الأعلى المنوطة بمنع انتهاك حقوق

---

(1) أنظر مجلس حقوق الإنسان: المنتدى المعني بالأعمال التجارية وحقوق الإنسان (الدورة (الدورة الثانية)، مذكرة معلومات أساسية مقدمة من الأمانة، ص6 (2013) (يشار إليها فيما بعد بالمذكرة الإيضاحية للمبادئ).

(2) المبدأ الأول والثاني من المبادئ الأساسية والمبادئ من الثالث إلي العاشر من المبادئ التنفيذية.

(3) حول ملامح النظام القانوني الدولي لحقوق الإنسان في ظل قواعد القانون الدولي العام العام التي تخاطب الدول والمنظمات الدولية دون المنظمات غير الحكومية ومؤسسات الأعمال وما يترتب على ذلك فجوة بين التشريع والتطبيق، أنظر

Eric De Brabandere, Human Rights obligations and Transnational Corporations: The Limits of Direct Corporate



الإنسان داخل إقليمها والمعاقبة عليه وتوفير سبل الانتصاف منه من خلال وضع سياسات واعية و سن تشريعات فعالة وإصدار أحكام قضائية ناجزة.<sup>(1)</sup> ذلك أن الدولة من خلال سلطاتها تتمتع بقدرة كبيرة علي التأثير علي المنظمات التجارية وعلني طريقة عملها بأكثر من وسيلة.

وبالإضافة إلي ما سبق من أساليب مباشرة وقوانين ملزمة Hard Laws، فيمكن للحكومات أن تُمارس ضغطاً علي الشركات لاحترام حقوق الإنسان من خلال تعزيز مبدأ الشفافية والإفصاح في السوق مثلاً. كما يمكن تحفيز الشركات علي احترام حقوق الإنسان من خلال دمج مفاهيمها في ممارسات الشركة حتى يصبح لدي الشركات والعاملين فيها ثقافة احترام حقوق الإنسان. فإذا ما تم الاعتداد بثقافة احترام حقوق الإنسان لدي الشركات في المجالات المختلفة كتقرير مسؤولية الشركة أمام القضاء، كان ذلك تشجيعاً لها علي تبني ونشر هذه الثقافة.<sup>(2)</sup> كما يجب علي الدولة أن تعلن عن توقعاتها احترام كافة المؤسسات التجارية الخاضعة لقوانينها المتعلقة بحقوق الإنسان في جميع أنشطتها ولو وقعت خارج إقليمها.<sup>(3)</sup>

إذاً، هذه المبادئ لا تنسئ التزامات إضافية علي الدولة غير تلك التي تلتزم بها بموجب أحكام القانون الدولي وقوانينها الداخلية، بل إنها تحث الدول من ناحية علي توفير إطار قانوني فعال وإعمال مبدأ سيادة القانون لحماية حقوق الإنسان. ومن ناحية أخرى، تؤكد هذه المبادئ علي دور القوانين الناعمة Soft Law في التصدي لانتهاكات منظمات الأعمال والشركات لحقوق الإنسان.

---

Responsibility, Human Rights and International Legal Discourse,  
Vol. 4, No. 1, pp. 66-88, at 10-16 (2010), available  
at <http://ssrn.com/abstract=1992945>.

(1) جون روجي، المبادئ التوجيهية، المرجع السابق، ص 8.

(2) Ruggie، المرجع السابق، ص 195.

(3) جون روجي، المبادئ التوجيهية، المرجع السابق، ص 8.

أما مبادئ المحور الثاني الخاص بالاحترام،<sup>(1)</sup> فإنها تخاطب المؤسسات التجارية مباشرة باعتبار ما لأعمالها من تأثير كبير علي حقوق الإنسان.<sup>(2)</sup> تتحمل المؤسسات التجارية وفقاً لهذه المبادئ بواجب احترام حقوق الإنسان أينما عملت. ويعني هذا ضرورة تجنب انتهاك قواعد حقوق الإنسان المتعارف عليها دولياً والمقننة داخلياً،<sup>(3)</sup> وإلا تعرضت المؤسسات التجارية لمحاكمة الرأي العام وفي بعض الأحيان لمحاكمة قضائية تثير مسئوليتها القانونية.<sup>(4)</sup> وينبغي علي المؤسسات التجارية أن تبذل العناية الواجبة لرعاية حقوق الإنسان "من أجل تحديد كيفية معالجة آثار أنشطتها الضارة بحقوق الإنسان، والحيلولة دون حدوثها، والتخفيف من حدتها وتوضيح كيفية معالجتها".<sup>(5)</sup>

مفاد ذلك، أنه لا يكفي مجرد الامتناع عن الإضرار بحقوق الإنسان، بل إن احترام حقوق الإنسان قد يتطلب أن تتخذ الشركة خاصة إذا كانت متعددة الجنسية- إجراءات إيجابية وأن تراعي عدة عوامل قبل البدء في مزاوله عملها في مكان ما. ويأتي علي رأس هذه العوامل أولاً وضع الدولة التي تنوي مباشرة أنشطتها فيها، ثانياً، تأثير أعمال الشركة علي وضع حقوق الإنسان بتلك الدولة، وثالثاً، مدي احتمالية اشتراك الشركة من خلال علاقاتها التجارية بشركائها أو مورديها أو عملائها أو غير ذلك من هيئات حكومية أو غير حكومية في انتهاك حقوق الإنسان.<sup>(6)</sup> والتزام الشركات في هذا الصدد

(1) المبادئ من 11 إلي 15 من المبادئ الأساسية والمبادئ من 16 إلي 24 من المبادئ التنفيذية.

Ruggie<sup>(2)</sup>، المرجع السابق، ص 199.

("there are few if any internationally recognized rights business cannot impact—or be perceived to impact—in some manner.")

(3) أنظر المذكرة الإيضاحية للمبادئ، المرجع السابق، ص 5؛ الأمم المتحدة، الدليل التفسيري، ص 18.

John Ruggie<sup>(4)</sup>، المرجع السابق، ص 199.

(5) جون روجي، المبادئ التوجيهية، المرجع السابق، المبدأ التوجيهي 15، ص 19.

John Ruggie<sup>(6)</sup>، المرجع السابق، ص 201.

التزام مستمر لا يجب أن يتوقف إلا مع انتهاء أعمال الشركة، وهو ما يوجب عليها تقييم نتائج أعمالها ومدى تأثيرها علي حقوق الإنسان بصفة مستمرة ودورية،<sup>(1)</sup> بل أيضاً الاستعداد لتحمل مسؤوليتها عما قد تتسبب فيه من أضرار وتوفير سبل المعالجة المناسبة من تعويضات وغيرها لجبر أي ضرر تتسبب في وقوعه.<sup>(2)</sup>

تتعلق مبادئ المحور الثالث بالانتصاف القائم علي معالجة آثار انتهاك المؤسسات التجارية لحقوق الإنسان.<sup>(3)</sup> وهنا يقع علي الدولة العبء الأكبر في كفالة السبل المناسبة لجبر ما قد يقع من أضرار نتيجة لأعمال الشركات ومعالجة آثارها السلبية علي حقوق الإنسان، وذلك في إطار التزام الدولة بحماية حقوق الإنسان داخل إقليمها. ذلك أن دور الدولة يتألف من شقين: فهي تلتزم بدايةً باتخاذ ما يلزم للحيلولة دون انتهاك حقوق الإنسان من خلال سن التشريعات ومراقبة تنفيذها. وبذلك تُعمل الدولة حماية سابقة *Ex-ante* لحقوق الإنسان. ثم تكفل الدولة حماية لاحقة *Ex-post* من خلال توفيرها سبل لجبر الضرر والتعويض عنه.

لا ريب أن توفير الحماية القضائية للأشخاص عن طريق كفالة الحق في التقاضي أمام قضاء مستقل وناجز من أهم وسائل حماية حقوق الأفراد.<sup>4</sup> ومع ذلك، لا يجب أن يقتصر دور الدولة علي كفالة حق التقاضي، بل يجب أن يمتد إلي مقاضاة الشركات عن الأضرار التي تتسبب فيها.<sup>(5)</sup> كذلك، يمكن

(1) جون روجي، المبادئ التوجيهية، المرجع السابق، ص 25.

(2) المرجع ذاته، ص 25 وما بعدها.

(3) المبدأ 25 من المبادئ الأساسية والمبادئ من 26 إلي 31 من المبادئ التنفيذية.

(4) أنظر جون روجي، المبادئ التوجيهية، المرجع السابق، ص 29.

(5) في هذا السياق، تتعالي الدعوات إلي ضرورة قيام الدولة بدور إيجابي في اقتضاء حق المجتمع من الشركات عن مخالفتها لحقوق الإنسان. أنظر John Ruggie، المرجع السابق، ص 205.

أن تتعدد وسائل التماس الانتصاف بتوفير آليات أخرى غير قضائية للنظم من انتهاكات المؤسسات التجارية. ومثال ذلك أن تخصص الدولة جهة إدارية ترفع إليها الشكاوي أو أن تمنح جهات وسيطة القدرة علي التماس سبل الانتصاف نيابة عن المتضررين كالجهاز الرقابية التابعة للدولة أو التي تعينها السلطات العامة أو حتى كهيئات غير حكومية مستقلة. وتلعب هذه الآليات دوراً غاية في الأهمية في العديد من الدول حتى في بعض الدول التي تتمتع بنظام قضائي جيد،<sup>(1)</sup> إذ أن هذه الآليات لا تتعارض مع دور المحاكم بل تكمله وتعضه.

وكما يمكن أن تتعدد سبل التماس الانتصاف، يمكن أن تتعدد طرق رفع الضرر. فلا يجب أن يقتصر الأمر علي التعويض المدني، إذ أن مجرد إلزام المؤسسات بدفع تعويض مادي قد لا يشكل رادعاً لمنع تكرار انتهاكاتها ولا يكفي لجبر الضرر الواقع. لذا، يجب أن توفر آليات النظم سبل أخرى لجبر الضرر مثل إلزام الشركة المعتدية بالاعتذار، أو بإعادة الحال إلي ما كان عليه قبل وقوع الضرر، أو إعادة التأهيل إلي غير ذلك.<sup>(2)</sup> وكل هذه الآليات والسبل معمول بها في العديد من الدول في مجالات مختلفة.

هذه هي أهم ملامح الاتفاق العالمي والبادئ التوجيهية التي ترسم الإطار القانوني غير الملزم لمسئولية الشركات الاجتماعية في مجال حقوق الإنسان. وفي حين أن هذا الإطار القانوني لاقى ترحيباً واسعاً من العديد من الدول الصناعية والشركات العملاقة، فإنه لم قوبل بالنقد شديد أيضاً من العديد من الدول الأخرى والمنظمات الدولية. يناقش المطلب التالي هذا الانقسام ويعالج أسبابه.

---

ومن هذا المنطلق، أصدر البرلمان النيجيري حكماً بالتعويض علي إحدى الشركات العاملة في قطاع البترول في أحد الأقاليم النيجيرية وأيدت المحكمة العليا هذا الحكم فيما بعد. راجع لاحقاً المبحث الثاني من هذا الفصل، هامش 154.

John Ruggie<sup>(1)</sup>، المرجع السابق، ص 206 وما بعدها.

جون روجي، المبادئ التوجيهية، المرجع السابق، ص 29.

## المطلب الثالث

### المبادئ التوجيهية بين التأييد والرفض

لا شك أن الجهود السابقة قد ساهمت في زيادة وعي الشركات والدول علي حد سواء بمسائل حقوق الإنسان وبأهمية التصدي لها، ومع ذلك يبقى تطبيق هذه مانشأ عنها من مبادرات اختيارياً لا يلزم سوى المشاركين فيها. إزاء ذلك، تباينت ردود الأفعال الدولية تجاه هذه المبادئ التوجيهية بين مؤيد ومعارض. بدايةً، ففيما اعتبرت هيئة الاتفاق العالمي للأمم المتحدة أن التقرير يوفر إطاراً تنفيذياً لمبادئ الاتفاق المتعلقة بحقوق الإنسان،<sup>(1)</sup> أثنت المفوضية السامية لحقوق الإنسان علي عمل "روجي" ورحبت بتقريره واعتبرته حجر الأساس الذي يمكن البناء عليه لتطوير الإطار القانوني لالتزام المؤسسات التجارية بحقوق الإنسان.<sup>(2)</sup> كما لاقى تقرير "روجي" الخاص بالمبادئ التوجيهية تأييداً واسعاً بمجرد صدوره من عدد من المنظمات الدولية وكذلك من عدد من الدول.

يأتي علي رأس المنظمات الداعمة لمبادئ "روجي" التوجيهية منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية OECD، والتي لم تكتف بالإشادة بالمبادئ التوجيهية ولكنها دمجتها ضمن الإرشادات التي تصدرها المنظمة للشركات متعددة الجنسية، والتي تعد من أهم الأدلة التوجيهية في مجال عمل الشركات متعددة الجنسية، وذلك بإضافة فصل جديد في نسختها الأخيرة الصادرة عام 2011 يعالج مسائل حقوق الإنسان بشكل موسع.<sup>(3)</sup> هذا الاتحاد الأوربي أيضاً حذو منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية في الترحيب والإشادة بتقرير المبادئ

---

<sup>(1)</sup> See Robert C. Bliti, *Beyond Ruggie's Guiding Principles on Business and Human Rights: Charting an Embrasive Approach to Corporate Human Rights Compliance*, 48 *Tex. Int'l L. J.* 33, 50-51 (2012).

<sup>(2)</sup> Human Rights Council Res. 17/4, *Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, 17th Sess., June 16, 2011, U.N. Doc. A/HRC/17/L.17/Rev.1, 2 (July 6, 2011).

<sup>(3)</sup> OECD, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, IV Human Rights, 31-34 (2011).

التوجيهية واعتبره مرجعاً هاماً لسياسته في مجال المسؤولية الاجتماعية للشركات.<sup>(1)</sup>

ولم يقتصر الترحيب بتقرير المبادئ التوجيهية علي المنظمات الدولية فقط، بل صدرت بيانات فردية تؤيد ما جاء بالتقرير من عدة دول كالولايات المتحدة وأستراليا، كما أبدت العديد من الشركات الأمريكية والبريطانية وغيرها هذه المبادئ علي المستوي الفردي.<sup>(2)</sup> علي أن ذلك التأييد لا يعني أن التقرير لم يخل من نقد لاذع من جهات كثيرة.

فقد انتقدت منظمات حقوق الإنسان المبادئ التوجيهية لأسباب عدة،<sup>(3)</sup> أهمها أن المبادئ لم ترتق إلي مصاف القوانين حيث تفتقد للطبيعة الملزمة. كما أن هذه المبادئ لا توفر ضماناً حقيقياً لمعالجة الآثار الضارة لأعمال الشركات. وكذلك، لم تحدد المبادئ معياراً عالمياً لقياس احترام حقوق الإنسان بل تعتمد في ذلك علي اعتبارات تتعلق بحجم الشركة والنطاق الجغرافي لأنشطتها، وهو ما قد يفرض علي ذات الشركة التزامات متباينة وفقاً لمكان عملها أو يفرض علي شركات مختلفة تعمل في ذات الإقليم واجبات متفاوتة لاختلاف حجم أعمالهم. ولذلك اعتبرت "هيومن رايتس ووتش" أن التقرير بما أقره من مبادئ توجيهية غير ملزمة قد فوت فرصة لتدشين إطار قانوني ملزم للشركات في مجال حقوق الإنسان.<sup>(4)</sup>

---

(1) Bliti، المرجع السابق، ص 51.

(2) المرجع ذاته، ص 52.

(3) يأتي علي رأس هذه الهيئات والمنظمات الحقوقية هيومن رايتس ووتش Human Rights Watch، منظمة العفو الدولية Amnesty International، والفدرالية الدولية لحقوق الإنسان التي تمثل 178 منظمة حقوق إنسان حول العالم International Federation of Human Rights، إلي غيرهم من المنظمات الحقوقية والهيئات غير الحكومية.

(4) Bliti، المرجع السابق، ص 52-54.

لا عجب أن هناك تباين كبير في ردود الأفعال تجاه المبادئ التوجيهية. ولكن سرعان ما يزول ذلك بنظرة متأنية. في موقف كل من المؤيدين والمنتقدين. يضم المعسكر الأول المؤيد للمبادئ التوجيهية الولايات المتحدة الأمريكية والمملكة المتحدة والاتحاد الأوروبي والعديد من الدول الصناعية الكبرى. كما يشترك في ذلك المعسكر منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية والتي تضم في عضويتها 34 دولة من الاقتصاديات القوية والصاعدة،<sup>(1)</sup> من بينهم إحدى عشرة دولة من مجموعة العظماء العشرين G20.<sup>(2)</sup> وعلي المستوى الفردي، تؤيد كبري الشركات في العالم الإطار القانوني الذي وضعته المبادئ التنفيذية.<sup>(3)</sup> أما علي الصعيد الآخر، تتخذ العديد من المنظمات الحقوقية والهيئات غير الحكومية موقفاً معاكساً بينما لم تعلن معظم الدول عن موقف مؤيد أو معارض.

---

جدير بالذكر أن ورقة عمل الاتحاد الأوروبي التي تدشن الإطار القانوني لمسئولية الشركات الاجتماعية للدول الأعضاء، المسماة بالورقة الخضراء Green Paper والتي صدرت عام 2001، كانت قد لاقت ردوداً فعالاً مماثلة. فبينما أيدت المفوضية الأوروبية ومؤسسات الأعمال ما توصلت إليه الورقة الخضراء من نتائج، طالتها أسهم نقد المنظمات الحقوقية. ذلك أن الإطار القانوني الذي ترسمه هذه الورقة يفتقد إلي عنصر الإلزام، وهو ما لم يرق للمنظمات الحقوقية غير الحكومية بصفة عامة حيث كانت تأمل أن يضع هذا الإطار القانوني حداً أدنى للمعايير التي يجب علي الشركات مراعاتها بدلاً من حث الشركات علي اعتبار حقوق الإنسان في مزاولة أنشطتها. أنظر:

Sorcha Macleod, *Corporate Social Responsibility Within the European Union Framework*, 23 WIS. INT'L L. J. 541, 544-546 (2005).

<sup>(1)</sup> <http://www.oecd.org/about/membersandpartners/#d.en.194378>.

<sup>(2)</sup> وهذه الدول هي: كندا، فرنسا، الولايات المتحدة الأمريكية، المملكة المتحدة، اليابان، ألمانيا، إيطاليا، كوريا الجنوبية، المكسيك، تركيا، الاتحاد الأوروبي.

<sup>(3)</sup> Bliti، المرجع السابق، ص52.

إذاً، بالنظر إلي الفريقين، يتبين أن المبادئ التوجيهية تحظى بتأييد واسع من قبل الدول صاحبة الاقتصاديات الكبرى في العالم وكذلك من الشركات الكبرى. يعكس موقف هذه الدول السياسة العالمية في ظل نظام الحوكمة العالمي Global Governance الذي نعيش فيه.<sup>(1)</sup> فلما كانت الشركات الكبرى وخاصة متعددة الجنسية منها تلعب دوراً محورياً في اقتصاديات الدول وتؤثر علي سياساتها في ظل نظام رأسمالي مستفحل، فإن الدول المتقدمة تسوق للأنظمة القانونية التي تراعي مصالح شركاتها الوطنية. لذلك تساند هذه الدول المبادئ التوجيهية بما لها من طبيعة غير ملزمة لأن ذلك ما يحقق مصالح شركاتها ويقلل من التزاماتها القانونية وأعبائها الاقتصادية.

لكن هذا التأييد لا يعكس بالضرورة الموقف العالمي من المبادئ التوجيهية، إذ أن هذه المجموعة من الدول المتقدمة – وإن كانت الأكثر تأثيراً – لا تمثل إلا عدداً صغيراً من دول العالم. كما أنه رغم ما تدعيه الحكومات والشركات من تأييد لهذا الإطار القانوني لمسئولية الشركات، إلا أن الواقع يشهد عدداً محدوداً من الممارسات الفعلية الجيدة. ويكفي لتوضيح ذلك أن نضرب مثلاً بالاتفاق العالمي ذاته والذي يعد أهم المبادرات الدولية وأكبرها في مجال المسئولية الاجتماعية للشركات. تضم هذه المبادرة ما يربو علي 8000 مشترك حول العالم من بينهم ما يقرب من 6000 منظمة أعمال.<sup>(2)</sup> وهذا العدد لا يمثل إلا نسبة ضئيلة من المؤسسات التجارية التي قدرت الأمم المتحدة عدد الشركات متعددة الجنسية منها بما يزيد عن 70,000 شركة بخلاف المؤسسات المحلية.<sup>(3)</sup>

---

(<sup>1</sup>) حول هذا النظام الجديد الذي يعكس الدور المتنامي للجهات غير الحكومية في حوكمة العالم، أنظر

Klaus Dingwerth and Philipp Pattberg, Global Governance as a Perspective on World Politics, Global Governance 12, 185–203 (2006).

(<sup>2</sup>) <https://www.unglobalcompact.org/ParticipantsAndStakeholders/index.html> (last visited 10/2/2015).

(<sup>3</sup>) Bliti، المرجع السابق، ص 55.



نستخلص من ذلك أن الشركات تعمل تأثيرها محلياً علي الحكومات لتقليص فرص صدور تشريعات وطنية ملزمة لها. لكن امتداد أنشطة الشركات واتساع مجالات أعمالها من جهة، وتنامي الوعي العالمي بحقوق الإنسان وبضرورة احترامها ومجابهة الاعتداء عليها في ظل الانفتاح العالمي الذي نشهده من جهة أخرى، صعب من مهمة الشركات. إذ بات عليها أن تبذل جهوداً أكبر للحيلولة دون صدور تشريعات ملزمة لها ليس فقط علي المستوي المحلي بل علي المستوي الدولي أيضاً، خاصة بعد أن أصبح ثم إطار قانوني ملزم لحقوق الإنسان كجزء من القانون الدولي العام.

من هنا، عمدت الشركات إلي الترويج لفكرة تحمل مسؤوليتها الاجتماعية طواعية من خلال مبادرات غير ملزمة كرد فعل للنبرة العالمية المتصاعدة التي تدعو إلي سن قوانين ملزمة لترويض وحشية الرأسمالية، وذلك بعد أن عارضت هذه الفكرة وتصدت إليها بل أفشلتها لما يزيد عن عقدين.<sup>(1)</sup> وكان الشركات وجدت في مبادئ المسؤولية الاجتماعية ضالتها التي تمكنتها من التهرب من الخضوع لإطار قانوني ملزم يلوح في الأفق، وبالتالي تجنب خطر وشيك يزيد من تكاليفها ويحملها بمسئوليات إضافية. وبذلك، لجأت الشركات إلي القوانين الناعمة لتحسين سمعتها وتجميل صورة النظام الرأسمالي الذي طالما اتصف بالتجديد من خلال إيجاد وسائل مستحدثة لمواجهة تحديات الإنتاج المختلفة اقتصادية كانت أم اجتماعية أم قانونية. ذلك أن المجازفة بتعريض سمعة الشركات إلي الإساءة عند مخالفتها لهذه القوانين الناعمة أفضل لها وأقل تكلفة من خطر مخالفة تشريع ملزم. ويعني هذا أن الشركات قد اختارت أقل الضررين بالنسبة لها.

ولكن الممارسات العملية التي طالما أثبتت تقديم الشركات لمبدأ تعظيم الأرباح ولو علي حساب حقوق أصحاب المصالح الأخرى، وكذلك لجوء الشركات إلي تحمل مسؤوليتها من خلال القوانين الناعمة -التي لا تشبه القوانين إلا في مسمائها فقط- لتجنب سن تشريعات ملزمة لها إنما يدل علي عدم حيدتها عن مبدأ تعظيم الأرباح الراسخ في العقيدة الرأسمالية. ولا يغير من ذلك القول بأن عدم التزام الشركة بهذه القوانين الناعمة يرتب آثاراً سلبية.

---

(1) أنظر المطلب الأول من هذا المبحث.

ذلك أن الأثر المترتب علي مخالفة الشركة لهذه المبادئ يختلف من دولة إلي أخرى وفقاً لمدي تقدم الدول ومدي وعي مواطنيها.

كما أن الدوافع الأخرى التي تساق للترويج لهذا الإطار غير الملزم للمسئولية الاجتماعية وعلي رأسها الحفاظ علي سمعة الشركة وتحسين صورتها أمام المجتمع بما يؤدي إلي توسيع قاعدة عملائها واستدامة أعمالها، مع ما يترتب علي مخالفة الشركة لهذه المبادئ من نتائج عكسية أهمها اهتزاز صورتها والإساءة إلي سمعتها ومقاطعة العملاء لها،<sup>(1)</sup> لم تكن يوماً كافية لتحسين سلوك الشركة وتحملها مسؤولياتها المجتمعية طواعية، وإلا لما كنا سمعنا عن انتهاكات الشركات متعددة الجنسية غير المحصورة في شتي محاور المسئولية الاجتماعية عامة وفي مجال حقوق الإنسان خاصة. وكذلك لما كانت تبنت الشركات هذا الإطار القانوني من القوانين الناعمة ولا غيره لحفظ ماء وجهها تجاه موجات الضغط المتعالية ضدها.

وعلي ذلك، تبقي الجهود الدولية في مجال مسئولية الشركات الاجتماعية هشة وغير كافية، ولكن المجتمع الدولي يسير بخطى متأنية في اتجاه تحميل الشركة بمسئوليات اجتماعية خاصة في مجال حقوق الإنسان علي الأقل من خلال ما تتسبب فيه هذه المساعي من زيادة الوعي لدي الدول والأفراد بدور الشركات. أما والحال كذلك، فلا غني عن الاستعانة بالقوانين الداخلية لكل دولة لمحاسبة الشركات عن انتهاكاتها داخل إقليمها، وهو موضوع المبحث التالي.

---

(<sup>1</sup>)John M. Conley & Cynthia A. Williams, *Engage, Embed, and Embellish: Theory Versus Practice in the Corporate Social Responsibility Movement*, 31 J. CORP. L. 1, 13-18 (2005).

## المبحث الثاني

### التشريعات الوطنية المعنية

تصدت العديد من الدول في تشريعاتها الداخلية لمسائل متعلقة بمسئولية الشركات في مجال حقوق الإنسان بهدف الحد من الآثار السلبية التي قد تنتج عن الممارسات السياسية للشركات. وفي سبيل ذلك، اختلفت القوانين في طريقة معالجتها لمسئولية الشركات الاجتماعية، فتارة مدت القوانين حمايتها الإجرائية من خلال منح محاكمها الوطنية اختصاصاً بنظر الدعاوي عن أعمال الشركات الضارة التي وقعت خارج إقليمها، وتارة أخرى أضفت حماية موضوعية علي حقوق أصحاب المصالح من خلال تنظيم أنشطة الشركات بنصوص موضوعية أمره.

تبرز أهمية الحماية الإجرائية عن طريق منح المحاكم اختصاصاً استثنائياً في دعاوي المسئولية ضد الشركات في الدول المصدرة للاستثمارات حيث تعد هذه الدول هي موطن الغالبية العظمي من الشركات متعددة الجنسية، وبالتالي يوفر هذا الاختصاص ملاذاً للمضور لمقاضاة الشركات في الدول الأكثر تقدماً والتي تعظم مبدأ سيادة القانون حين يعجز القضاء الوطني للدول المستضيفة عن توفير حماية حقيقة لأي سبب من الأسباب، بينما تظهر أهمية الحماية الموضوعية التي تقررها القوانين في الدول المضيفة للشركات والتي من شأنها أن تقيد أعمال الشركة بما لا يمس بحقوق أفراد المجتمع ولا يدع لها مجالاً لاستغلال أي قصور تشريعي في بنائها القانوني. ومن هنا يتبين الدور التكاملي الذي تلعبه كل من الحماية الإجرائية في الدول المصدرة للاستثمارات والحماية الموضوعية في الدول المستوردة لها.

وعلي ذلك ينقسم هذا المبحث إلي مطلبين. يضرب الأول مثالي للقوانين الإجرائية التي تمد اختصاص المحاكم في كل من الولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا. أما المطلب الثاني يلقي الضوء على بعض القوانين الموضوعية التي تنظم بعض أوجه أعمال الشركات وخاصة في مصر.

## المطلب الأول

### المسئولية الاجتماعية للشركات في القوانين الإجرائية

يتناول هذا المطلب مثالين لما تضيفه بعض التشريعات الوطنية من حماية للأفراد في مواجهة أعمال الشركات غير المسئولة عن طريق القوانين الإجرائية، وذلك من خلال منح المحاكم الوطنية اختصاصاً استثنائياً بنظر دعاوي المسئولية المرفوعة من المضرور ضد الشركات عن أعمالها الضارة. ينبع الاستثناء في هذين المثالين من مد اختصاص المحاكم الوطنية في غير الأحوال العادية حيث لا يكون لها اختصاصاً إقليمياً ولا شخصياً.

ينقسم هذا المطلب إلي فرعين يستعرض أولهما أحدث أحكام المحاكم الأمريكية في قضية رويال دوتش بتروليم *Royal Dutch Petroleum* المتعلقة بمسئولية الشركات التقصيرية عن أعمالها خارج إقليم الولايات المتحدة، والتي أثارت جدلاً واسعاً بمناسبة حكم المحكمة الأمريكية العليا برفض تحميل إحدى الشركات الأمريكية العاملة بنيجيريا المسئولية عن مخالفتها لقواعد القانون الدولي.<sup>(1)</sup> أما المثال الثاني الذي نخصص له الفرع الثاني من هذا المطلب فيتناول بالتحليل حكم المادة 14 من القانون المدني الفرنسي التي تعقد للمحاكم الفرنسية الاختصاص للبت في دعاوي المسئولية لمجرد كون المدعي من حاملي الجنسية الفرنسية.

ونعرض في هذين المثالين مذهب كل من المحاكم الأمريكية والفرنسية في مواجهة ما قد يترتب علي أعمال الشركات دولية النشاط من أضرار، باعتبارهما من أكبر الدول المصدرة للاستثمارات والذان يمثلان ولايات قضائية مختلفة أولهما في القارة الأمريكية وآخرهما في الأوربية ممثلاً عن الاتحاد الأوربي.

---

(1) *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S.Ct. 1659 (2013).

(نشير إليها فيما بعد بقضية رويال دوتش)

## الفرع الأول

### قانون المسؤولية التقصيرية للأجانب الأمريكي

يستعرض هذا الفرع لأحدث تطبيق قضائي لنص المادة رقم 1350 من التقنين الأمريكي رقم 28 بشأن دعاوي المسؤولية التقصيرية المقامة من الأجانب Alien Tort Statute والتي تمنح المحاكم الأمريكية اختصاصاً بنظر الدعاوي المدنية التقصيرية المرفوعة من أجانب والناشئة عن انتهاك القانون الدولي العام أو معاهدات دولية تكون الولايات المتحدة الأمريكية طرفاً فيها.<sup>(1)</sup>

صدر حكم المحكمة الأمريكية العليا Supreme Court of the United States في السابع عشر من إبريل عام 2013، بإجماع قضاة المحكمة التسعة مؤيداً لحكم محكمة استئناف الدائرة الثانية برفض الدعوى المرفوعة من المدعين وهم مجموعة من الرعايا النيجيريين المقيمين بالولايات المتحدة الأمريكية ضد مجموعة من الشركات التي تحمل الجنسيات الهولندية والبريطانية والنيجيرية.<sup>(2)</sup>

تعود واقعات هذه القضية إلى بداية التسعينيات حينما كان المدعون يقطنون بإقليم "أوجوني لاند" بنيجيريا، حيث شرعت شركة "شل بيتروليم ديفلوبمنت النيجيرية المحدودة" Shell Petroleum Development Company of Nigeria, Ltd. وهي إحدى الشركات المدعي عليها- في مباشرة أعمال التنقيب عن النفط وإنتاجه.<sup>(3)</sup> يتقاسم ملكية هذه الشركة شركتان

---

(1) 28 U.S.C. §1350 "The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States."

(2) بقضية رويال دوتش، المرجع السابق، ص 1660.

(3) لم تكن هذه الدعوى هي السابقة الأولى بل واحدة من عدة دعاوي في سلسلة الصراعات حول انتهاكات حقوق الإنسان الناتجة عن عمليات استغلال البترول بإقليم أوجوني لاند

قابضتان: الأولى هي شركة "رويال دوتش بيتروليوم" الهولندية Royal Dutch Petroleum والثانية هي شركة "شل ترانسبورت أند تريندينج، ش.ع.م. (شركة عامة محدودة)" Shell Transport and Trading, P.L.C. وتحمل الجنسية الإنجليزية. تمثل هذه الشركات مجتمعة المدعي عليه في هذه الدعوي. (5)

بدأ سكان إقليم أوجوني لاند الاحتجاج علي الآثار البيئية الضارة لأعمال التنقيب عن النفط وإنتاجه. (6) وإزاء التظاهرات المتزايدة، جندت الشركات المدعي عليها الحكومة النيجيرية لقمع المعارضة. زعم المدعون تورط قوات الجيش والشرطة النيجيريين في أعمال عنف ضد قاطني الإقليم. اشتملت هذه الأعمال علي ضرب وقتل واغتصاب السكان، وكذلك إلقاء القبض عليهم ونهب وتدمير ممتلكاتهم. كما أتهم المدعون الشركات المدعي عليها بمساعدة وتحريض القوات النيجيرية علي الاضطلاع بهذه الممارسات

بنيجيريا من قبل شركة شل والشركات التابعة لها. نجح بالفعل سكان الإقليم في الحصول علي عدة أحكام قضائية تثبت تلك الانتهاكات وتؤكد تورط الحكومة النيجيرية والجيش النيجيري فيها. ومن بين تلك الأحكام حكم اللجنة الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب African Commission on Human and People Rights الصادر ضد دولة نيجيريا في قضية سيراك Social and Economic Rights Action Centre and Another v. Nigeria (SERAC) عام 2008. كما سبق ذلك عدة أحكام - ومنها حكم صادر من البرلمان النيجيري، في سابقة من نوعها، يلزم الشركات بدفع تعويض مادي أيده المحكمة النيجيرية العليا لاحقاً- تدين أفعال تلك الشركات أمام المحاكم النيجيرية وتلزمها بدفع تعويضات عما تسببت فيه من أضرار. للمزيد حول هذه القضايا، أنظر Hakeem O. Yusuf، المرجع السابق، ص 91-96.

(5) قضية رويال دوتش، المرجع السابق، ص 1662.

(6) للمزيد حول مشكلات إقليم أوجوني لاند البيئية الناتجة عن عمليات التنقيب عن واستغلال البترول وتاريخ هذه الصراعات، أنظر Hakeem O. Yusuf، المرجع السابق، ص 82-90.

الوحشية، وذلك من خلال تزويد القوات بالغذاء ووسائل الانتقال والسماح لها باستخدام مقر الشركة كقواعد انطلاق لهجمات، بالإضافة إلي مساندهم مادياً.<sup>(1)</sup>

أنتقل المدعون علي إثر تلك الاعتداءات الوحشية التي يدعونها إلي الولايات المتحدة الأمريكية حيث أصبحوا مقيمين شرعيين Legal Residents بعد أن تم منحهم حق اللجوء السياسي. وقد أقام المدعون دعواهم أمام محكمة مقاطعة نيويورك الجنوبية استناداً إلي نص المادة رقم 1350 من التقنين الأمريكي رقم 28 بشأن دعاوي المسؤولية التقصيرية المقامة من الأجانب Alien Tort Statute السابق ذكرها.

اتهم المدعون بصحيفة دعواهم الشركات المدعي عليها بالضلوع في مساعدة وتحريض الحكومة النيجيرية علي ارتكاب سبع جرائم يحرمها القانون الدولي.<sup>(2)</sup> استبعدت المحكمة أربعة من الاتهامات المزعومة تأسيساً علي أنها لا تشكل انتهاكاً للقانون الدولي العام،<sup>(3)</sup> وفي الاستئناف قضت محكمة استئناف الدائرة الثانية برفض الدعوي إجمالاً استناداً إلي أن القانون الدولي العام لا يعرف مسؤولية الشركات.<sup>(4)</sup> وأخيراً أيدت المحكمة العليا ما قضت به محكمة الاستئناف مقررّة أن قرينة إقليمية القوانين والتي تقضي بانحسار النطاق المكاني للقوانين الوطنية عن النزاعات التي تقع خارج إقليم الدولة هي قرينة يقررها القانون الأمريكي Presumption Against Extraterritoriality تنطبق أيضاً علي قانون دعاوي المسؤولية التقصيرية المقامة من الأجانب حيث لا يوجد بهذا التشريع ما يدحض هذه القرينة.<sup>(5)</sup> يؤيد

(1) قضية رويال دوتش، المرجع السابق، ص 1663.

(2) هذه الاتهامات هي: 1. الإعدام بغير حكم قضائي؛ 2. ارتكاب جرائم ضد الإنسانية؛ 3. التعذيب والمعاملة الوحشية؛ 4. الاعتقالات التعسفية؛ 5. انتهاك الحق في الحياة؛ 6. النفي القسري؛ 7. تدمير الممتلكات.

(3) الاتهامات المستبعدة هي: الاتهام الأول والرابع والسادس والسابع من القائمة السابقة. قضية رويال دوتش، المرجع السابق، ص 1663.

(4) 621 F. 3d 111 (2010).

(5) قضية رويال دوتش، المرجع السابق، ص 1669.

هذه القرينة، قرينة أخرى عكسية مفادها أن "قانون الولايات المتحدة الأمريكية يطبق محلياً دون أن يحكم العالم".<sup>(14)</sup>

يعد هذا الحكم من أهم أحكام المحاكم الأمريكية وأحدثها في مجال مسؤولية الشركات، وذلك لما له من آثار جمة علي نطاق هذه المسؤولية، خاصة أن المحكمة علي ما يبدو قد حادت عن قضائها السابق وسلكت مسلكاً مغايراً من شأنه أن يحد من وسائل مساءلة الشركات وسبل تحملها بالمسؤولية عن أفعالها الضارة.

لم تكن القضايا المرفوعة ضد شركة رويال دوتش بتروليم بخصوص أعمالها في نيجيريا التطبيق الأول لقانون المسؤولية التقصيرية للأجانب ضد أشخاص معنوية خاصة كالشركات متعددة الجنسية، بل كان هناك بعض أحكام سابقة للمحاكم الأمريكية ضد شركات أجنبية. فمنذ أن أقرت الدائرة الثانية للمحكمة الفيدرالية أن تطبيق قانون المسؤولية التقصيرية المعني لا يقتصر علي الأشخاص العامة بل يشمل أشخاص القانون الخاص علي حد سواء،<sup>(15)</sup> بات هذا القانون الأساس للعديد من الدعاوي المقامة ضد شركات متعددة الجنسية.

تعد قضية "دوي ضد شركة يونوكال" Doe v. Unocal Corp. التي سوي نزاعها عام 2005 السابقة القضائية الأولى للمحاكم الأمريكية التي مهدت الطريق نحو استخدام قانون المسؤولية التقصيرية للأجانب لمساءلة الشركات دولية النشاط عن أعمالها الماسة بحقوق الإنسان. كانت الشركة المدعي عليها قد وافقت علي التسوية الودية بعد أن اتجهت المحكمة لقبول الدعوي حيث قبلت محكمة الاستئناف الطعن المقدم إليها وأمرت بإعادة نظر

---

.(14) Microsoft Corp. v. AT&T Corp., 550 U.S. 437, 454 (2007)

(15) Kadic v. Karadzic, 70 F.3d 232 (2d Cir. 1995). حكمت المحكمة في هذه الدعوي لصالح المدعين الذين وقعوا ضحية جرائم وحشية شكلت انتهاكاً لأحكام القانون الدولي. وعلي الرغم من أن المدعي عليهم بالقضية لم يكن دولة أو هيئة عامة إلا أن المحكمة قررت أنه يمكن مساءلتهم بصفاتهم كأشخاص خاصة، خاصة أن المدعي عليهم كان لهم زعامة علي الأفراد في منطقتهم بالبوسنة.



الدعوي أمام هيئة المحكمة بكامل تشكيلها.<sup>(16)</sup> وعلي الرغم من أن عدد الدعاوي الناجحة التي انتهت بتسويتها بتعويض مادي أو التي حكمت فيها المحكمة لصالح المدعين يبقو قليلاً،<sup>(17)</sup> إلا أنه كان ينبغي عن طريق جديد نحو مساءلة الشركات عن أفعالها الضارة وانتهاكاتها لحقوق الإنسان والقانون الدولي.

كما لم يكن الحكم في قضية رويال دوتش الأول في النزاع حول معاونة الشركة للحكومة لنيجيرية في ارتكاب انتهاكات مزعومة لحقوق الإنسان. فقد أصدرت ذات المحكمة الأمريكية عدة أحكام في هذا الصدد. اتجهت المحكمة في إحدى هذه القضايا وهي "ويوا ضد رويال شركة دوتش بتروليم" *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.* نحو التوسع في نطاق قبول دعاوي المسؤولية التقصيرية المقامة من أجنبى مقرر أن ولاية المحكمة تمتد إلي نظر الدعوي ضد الشركات الأجنبية المدعي عليها طالما

---

*Doe v. Unocal Corp.*, 395 F. 3d 932 (9th Cir. 2005), *reh'g en banc granted*, 395 F.3d 978 (9th Cir. 2003).

أتهم المدعون أو الطاعنون في هذه الدعوي المطعون ضدهم -ومن بينهم شركة أمريكية- بمساعدة الحكومة البورمية في التهجير القسرى لسكان القرى وكذلك في ارتكاب أعمال عنف واغتصاب وقتل ضدهم وإجبارهم علي العمل بالسخرة من أجل بناء خط أنابيب لنقل غاز الطبيعي عبر ميانمار.

Williams & Conley<sup>(17)</sup>، المرجع السابق، ص 69-70 وهامش 108.

بالإضافة إلي قضية ويوا المشار إليها سابقاً، تمت التسوية في قضية دوي ضد شركة يونوكال *Doe v. Unocal Corp.* كما فصلت المحكمة لصالح المدعين في قضيتي مرفوعتين ضد شركات. صدر الحكم في القضية الأولى عام 2008 وهي قضية ليسيا ضد شركة كوراكاو دريدوك *Licea v. Curacao Drydock Co., Inc.*, 584 F. Supp. 2d 1355، ثم اتبعه الحكم في قضية تشودهارى ضد وورلدتل بانجلاديش القابضة، المحدودة *Chowdhury v. Worldtel Bangladesh Holding, Ltd.* عام 2009.

أن لها تمثيل مستمر في نيويورك،<sup>(1)</sup> كما قررت المحكمة أن وجود محكمة أخرى أقدر علي الفصل في النزاع *forum non conveniens* لا يعد سبباً كافياً لرفض الدعوي أو الحكم بعدم اختصاص المحكمة، بل إنه يجب مراعاة اختيار المدعي للمحكمة المقامة أمامها الدعوي.<sup>(2)</sup> وكان لاتجاه المحكمة هذا مردوده علي سير هذه الدعوى إذ لجأ الأطراف علي إثر ذلك إلي تسوية القضية مقابل دفع الشركات المدعي عليها مبلغ 15,5 مليون دولار أمريكي.<sup>(3)</sup>

أمريكي.<sup>(3)</sup>

لذلك يعتبر حكم المحكمة في هذه القضية عدولاً عن موقفها السابق الذي كان يوسع من نطاق مسؤولية الشركات عن أعمالها بالخارج وإن كانت أجنبية طالما أن لها صلة كافية بالولايات المتحدة الأمريكية كوجود فرع أو مقر دائم لها بإحدى الولايات، بل إن هذا الحكم قد يأذن بنهاية استخدام تشريع المسؤولية التقصيرية للأجانب لمساءلة الشركات عن أعمالها الضارة بالغير.<sup>(4)</sup>

---

Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co., 226 F. 3d 88, 95-96 (2d Cir. <sup>(1)</sup> 2000).

الإدعاء في هذه القضية كان مشابهاً لمثيله في قضية رويال دوتش حيث اتهمت الشركات المدعي عليها بأنها جندت الحكومة النيجيرية للقبض علي كين سارو-ويوا Ken Saro-Wiwa، الكاتب المعروف وزعيم "حركة بقاء شعب الأوجوني" Movement for the Survival of Ogoni People المقاومة لأعمال شركات البترول في الإقليم، وكذلك القبض علي زعماء الحركة الآخرين وتعذيبهم ومحاكمتهم بتهم باطلة وبأدلة ملفقة وسجنهم وإعدامهم دون وجه حق.

<sup>(2)</sup> المرجع ذاته، ص 99-100.

<sup>(3)</sup> Williams & Conley، المرجع السابق، ص 67.

<sup>(4)</sup> John Knox, *Death of a Statute: The Kiobel Ruling*, CENTER FOR PROGRESSIVE REFORM (Apr. 19, 2013), <http://www.progressivereform.org/CPRBlog.cfm?idBlog=2>

وعلي الرغم من أن القضية المعنية تتعلق بشكل مباشر بمسئولية الشركات عن أعمالها الضارة بالغير غير أن المحكمة لم تبحث في مسؤولية الشركات المدعي عليها في أي درجة من درجات التقاضي، بل كان لحكمها برفض طلبات المدعي أسباب أخرى أدت إلى إفلات الشركة من مسؤوليتها. فقد قررت محكمة الاستئناف كسبب لرفض الدعوي بمجملها أن المسؤولية الشخصية عن انتهاك قواعد القانون الدولي العام *Jus cogens* تقتصر فقط على الأشخاص الطبيعيين دون أن تمتد إلي الشخصيات المعنوية.<sup>(1)</sup> واستندت واستندت المحكمة في ذلك علي أن القانون الدولي العام والأعراف الدولية دون القوانين الوطنية هي التي تحدد نطاق هذه المسؤولية، وأن تلك الأعراف مستقرة علي أنه لا يمكن مساءلة الشركات عن ارتكاب جرائم دولية حيث لم يسبق لأي محكمة بالعالم الحكم بذلك.<sup>(2)</sup> ومع ذلك ليس هناك ما يمنع من

---

(1) 621 F. 3d 111, 119 (2010)

(2) المرجع ذاته، ص 120.

استشهدت المحكمة لتدعيم رأيها والتدليل علي صحة مذهبها بمحاكمات نورنبرج الشهيرة والتي حوكم فيها العديد من القادة الألمان بتهم متعلقة بارتكاب جرائم حرب وذلك في أعقاب الحرب العالمية الثانية. وكان من بين المتهمين في هذه المحاكمات شركة آيجي فارين IG Farben الألمانية ومديرها. آي جي فارين كانت تتكون من مجموعة من الشركات Conglomerate التي تعمل في إنتاج المواد الكيميائية، واشتهرت بمعاونتها للجيش النازي علي ارتكاب جرائم حرب من خلال إمداده بالمواد الكيميائية التي تنتجها. أدانت المحكمة 13 من قادة الشركة دون إنزال عقوبة جنائية بالشركة ذاتها واستمرت الشركة في مباشرة عملها بصورة محدودة بهدف دفع تعويضات لعمالها وذلك بعد أن تم تقسيمها والحجز علي معظم أصولها إلي أن تم الإعلان عن تصفيتها بصورة رسمية عام 1952. للمزيد حول دور هذه الشركة في الحرب وحول هذه المحاكمة، أنظر Jonathan A. Bush, *The Prehistory of Corporations and Conspiracy in International Criminal Law: What Nuremberg Really Said?* 109 COLUM. L. REV. (2009) 1094. (يري جوناثان أنه بالرغم من أنه لم يتم معاقبة الشركات المتهمه في

الأساسي من الأشخاص الطبيعيين بما في ذلك رؤساء الشركات ومديريها وموظفيها.<sup>(1)</sup>

يتبين من هذا التحليل أن محكمة الاستئناف اعتبرت أن المسألة برمتها مسألة قانون دولي عام بحتة، وتجاهلت أن ثمة شقمنها يتعلق بالتعويض المدني بها، وأنه من المستقر عليه في القوانين الوطنية أنه يمكن مساءلة الشركة عن أفعالها الضارة إذا هي سببت ضرراً للغير وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية. وبذلك يكون الحكم قد خلط بين المسؤولية الجنائية التي لم تتقرر علي الشركات في معظم دول العالم وبين مسؤوليتها المدنية المقررة في أحكام المحاكم الأمريكية وغيرها في شتي الدول. وهذا ما يتفق معه ويوضحه أحد قضاة المحكمة ذاتها في رأيه المستقل Concurrence الذي يؤيد فيه حكم المحكمة ولكنه يختلف معه في أسباب الحكم. يوضح القاضي ليفال Justice Leval في رأيه أنه بينما أصاب الحكم في أن الأعراف الدولية هي التي تحدد ما يعد انتهاكاً لقواعد القانون الدولي العام، فإنه يترك للقانون الداخلي تحديد كيفية التطبيق سواء عن طريق إنزال عقوبة جنائية من خلال محاكمة جنائية أمن خلال دعوي مدنية يقضي فيها بتعويض جابر لما وقع من ضرر.<sup>(2)</sup>

المحاكمات جنائياً، إلا أن دراسة أوراق المحاكمة ومراسلاتها تبين بوضوح أن التهم والعقوبات الجنائية للشركات كان مسموحاً به وإن لم تلجأ المحكمة إليها).  
علي أن البعض يري أن تقسيم الشركة وتصفياتها بسبب دورها في الحرب العالمية يعد بمنزلة العقوبة علي الشركة. أنظر Williams & Conley، المرجع السابق، ص 74 (مشيراً إلي رأي القاضي بوسنر Posner في قضية فلومو Flomo، 643 F.3d at 1017).

(1) 621 F. 3d 111, 120-126 (2010).

(2) المرجع ذاته، ص 152. يستقيض القاضي ليفال شارحاً أن السبب وراء عدم الاعتراف بالمسؤولية الجنائية للشخص الاعتباري هو استحالة توافر النية لارتكاب الجريمة. وهذا ما يعرف بالقصد الجنائي الذي يشكل الركن المعنوي لأي جريمة. ويضيف إلي ذلك أن العقوبات الجنائية لن تجدي نفعاً إذا ما وقعت علي الشخص الاعتباري حيث لن تحقق

من هذا المنطلق كان حرياً بالمحكمة البحث في مدى مسؤولية الشركات المدعي عليها عن الأضرار التي لحقت بالمدعين كمسألة متعلقة بالمسؤولية التقصيرية تخضع للقانون الداخلي. ولا يؤثر في ذلك غياب السوابق القضائية لمعاقبة الشركة، إذ أنه كما سبق أن بينا أنه من المستقر عليه جواز مساءلة الشركات عن أفعالها الضارة مسؤولية مدنية. كما أنه حتى علي فرض صحة عدم وجود سوابق قضائية<sup>(39)</sup> فإن هذا لا يجب أن يؤثر علي موقف المحكمة أو يمنعها من البحث في مسؤولية الشركة المدنية، ذلك أن القضاء الأمريكي له دور تشريعي في ظل نظام القانون العمومي السائد بالولايات المتحدة الأمريكية Common Law System.

ثم أنه إذا كان من الجائز مساءلة مديري الشركات علي جرائمهم وإنزال عقوبات جنائية عليهم وكذلك مطالبتهم بتعويض مادي عمّا أحدثوه من أضرار، ألا يجوز مساءلة الشركة بالتبعية عن أعمال تابعيها؟ وكذا، ألا تنور مسؤولية الشركات القابضة المالكة للشركة التابعة؟ إذاً، المسألة محل النظر ليست متعلقة بالمسؤولية الجنائية أو المباشرة للشركة بل بمسئوليتها التبعية عن أعمال تابعيها وهي أحد أشكال المسؤولية التقصيرية المستقرة أحكامها في مختلف القوانين.<sup>(40)</sup>

أما المحكمة العليا الأمريكية فقد أسست قضاءها علي مبدأ إقليمية القوانين. ومفاد ذلك أن هناك قرينة بسيطة علي انحسار النطاق المكاني لتطبيق القانون الأمريكي داخل حدود إقليم الدولة دون أن يمتد إلي خارج إقليمها. وينطبق هذا المبدأ علي جميع التشريعات ما لم ينص القانون ذاته علي امتداد نطاق تطبيقه إلي خارج الإقليم في أحوال معينة أو تتوافر أسباب تقتنع المحكمة بتقويض هذه القرينة. أما وقد رأت المحكمة العليا في قضية رويال دوتش بترولويوم أنه ليس هناك ما يدعو إلي تقويض قرينة إقليمية قانونا للمسؤولية

---

أغراض العقوبة. بالمقابلة، فإن الحكم بتعويض مدني يؤدي غرضه في جبر الضرر اللاحق بالمضرور كما هو معمول به في أي مكان بالعالم. أنظر أيضاً Williams & Conley، المرجع السابق، ص72.

(39) راجع هامش 102.

Williams & Conley<sup>40</sup>، المرجع السابق، ص75-76.

التقصيرية للأجانب،<sup>(48)</sup> قضت المحكمة بعدم انطباقه علي النزاع في هذه القضية.<sup>(49)</sup>

وبالرغم من اختلاف سند المحكمة العليا عما ذهبت إليه محكمة الاستئناف، فإنها لم تتعرض في حكمها لأسباب حكم الاستئناف أو تفننها. فبعد أن استعرضت المحكمة في حكمها نص التشريع وتاريخه وفلسفته، قررت أنه لا يوجد ما يدعو إلي العدول عن قرينة انحسار النطاق المكاني للقانون المذكور.

مرة أخرى، لم تبحث المحكمة في مسئولية الشركات المدعي عليها، بل إن اعتمادها علي قرينة إقليمية القوانين دعاها إلي بحث مدي ارتباط وقائع وأطراف النزاع بالولايات المتحدة الأمريكية. وبناء علي ذلك، رأت المحكمة أن مجرد تواجد الشركة بالولايات المتحدة الأمريكية لا يكفي لتقويض هذه القرينة ومد أحكام القانون الوطني إلي الوقائع المعروضة عليها، خاصة في ظل انتشار الشركات متعددة الجنسيات.<sup>(50)</sup> وتأسيساً علي ذلك قضت المحكمة بأنه لما كانت كل وقائع القضية حدثت خارج إقليم الولايات المتحدة الأمريكية وأنها لا تمس ولا تعني Touch and Concern إقليم الولايات المتحدة بقوة

---

<sup>48</sup>يري البعض أن المحكمة أخطأت فيما قضت به من تطبيق مبدأ إقليمية القوانين في هذه القضية لعدة أسباب منها (1) أن قانون المسئولية التقصيرية للأجانب والذي يفترض أن يعكس إرادة الكونجرس الأمريكي قد صدر قبل أن تقر المحكمة قرينة إقليمية القوانين، (2) أن المحكمة الفيدرالية أصدرت العديد من الأحكام متعلقة بأعمال تمت خارج حدود إقليم الولايات المتحدة دون ادني اعتراض من الكونجرس الأمريكي، (3) حتى وإن صح أن قرينة الإقليمية تنطبق علي هذه القضية، فإن وقائع القضية من شأنها أن تعكس هذه القرينة وتمتد نطاق القانون إليها. راجع في تفصيل ذلك John Knox، المرجع السابق.

<sup>49</sup>قضية رويال دوتش، المرجع السابق، ص 1678.

(50) المرجع ذاته، ص 1669.

كافية Sufficient Force وأن الشركات المدعي عليها أجنبية<sup>(51)</sup> فإنه لا يكفي مجرد وجود مكتب يمثلها في الولايات المتحدة للتصدي لهذه الدعوي<sup>(52)</sup>.

علي أن بعض قضاة المحكمة أكدوا أن نطاق هذا الحكم يقتصر علي وقائع هذه الدعوي ولا يتعداها إلي غير ذلك من وقائع وأن المحكمة تركت المجال مفتوحاً لتفسير قانون المسؤولية التقصيرية للأجانب وتحديد مداه<sup>(53)</sup> وهو ما يعني إمكانية إعادة نظر المحكمة في مسألة الارتباط الذي من شأنه أن يمد تطبيق قانون المسؤولية التقصيرية للأجانب إلي شركات أجنبية في ظل وقائع أخرى غير مماثلة لوقائع قضية رويال دوتش بتروليموم.

لكن لا يخفي ما يحمل هذا الحكم من الحد من آليات محاسبة الشركات عن انتهاكاتها حيث يستبعد ولو بصورة مؤقتة- وسيلة مهمة لمقاضاة الشركات متعددة الجنسية الأجنبية والتي غالباً ما تكون ممثلة في الولايات المتحدة الأمريكية، وهو ما ينتج عنه إفلات الشركات من المسؤولية عما تحدثه من أضرار جسيمة تمس بحقوق الإنسان وعلي رأسها الحق في الحياة حتى

---

Anupam Chander, Reflecting on Kiobel: Unshackling Forrign<sup>(51)</sup>  
Corporation: Kiobel's Unexpected Legacy, 107 AM. J. INT'L L.  
829,831 (2013).

<sup>(52)</sup> قضية رويال دوتش، المرجع السابق، ص 1669.

<sup>(53)</sup> المرجع ذاته، ص 1669 (ورد ذلك بتعقيب مستقل Concurrence للقاضي كندي Justice Kennedy. كما وافقه علي ذلك القاضيان أليتو Alito، و بريير Breyer في تعقيباتهما المستقلة).

ويري القاضي بريير -الذي يتفق مع الأغلبية في الحكم لكنه يختلف معهم في التسبب- أنه استناداً إلي مبادئ وممارسات العلاقات الخارجية، يمتد اختصاص المحاكم الأمريكية لنظر مثل هذه الدعاوي متى (1) كانت الوقائع المثيرة للمسؤولية التقصيرية حدثت علي أراضي أمريكية، (2) كان المدعي عليه مواطن أمريكي، أو (3) كان سلوك المدعي عليه من شأنه أن يحدث تأثيراً سلبياً علي مصالح مواطن أمريكي). المرجع ذاته، ص 1671.

عندما تكون المحكمة متأكدة من إدانة الشركة كما هو ثابت في حق الشركات المدعي عليها في قضية رويال دوتش بترول يوم (1)

يتبين مما سبق أن القضاء الأمريكي يضيق من نطاق المسؤولية الاجتماعية للشركات في مجال حقوق الإنسان خاصة الأجنبية منها، ذلك أنه من الصعوبة بمكان وفقاً لحكم المحكمة أن تنشأ رابطة قوية بين أعمال الشركات الأجنبية بالخارج تقع المحكمة بالعدول عن قرينة الإقليمية. وإن كانت الشركات الأمريكية تبقى تحت طائلة المحاسبة وفقاً لهذا القانون وغيره من القوانين الأمريكية وفقاً لمبدأ شخصية القوانين (2)

إذا كان هذا اتجاه القضاء الأمريكي بشأن مسؤولية الشركات، فماذا عن اتجاه المحاكم الأوربية؟ هذا ما يتناوله الفرع التالي.

## الفرع الثاني

### الاختصاص الاستثنائي للمحاكم الفرنسية

تنص المادة 14 من التقنين المدني الفرنسي علي أن "الأجنبي، وإن لم يكن مقيماً بفرنسا، يجوز أن يستدعي أمام المحاكم الفرنسية للوفاء بالتزام تعاقدية أبرم في فرنسا مع شخص فرنسي؛ كما يجوز أن يستدعي أمام المحاكم الفرنسية بخصوص التزامات تعاقدية أبرمت في دولة أجنبية تجاه شخص فرنسي." (3)

(1) راجع هامش 88، 93 (صدرت عدة أحكام من محاكم وطنية نيجيرية ومن اللجنة الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب تؤكد تورط الشركات المدعي عليها في انتهاك القانون الدولي وهو ما يؤكد صحة العديد من الاتهامات المنسوبة إليها).

(2) Chander، المرجع السابق، ص 830-832.

(3) القانون المدني الفرنسي، المادة 14 ("L'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour



تعقد هذه المادة الاختصاص للمحاكم الفرنسية بصورة استثنائية في غياب أي رابطة حقيقية يقوم عليها اختصاص المحكمة كما تقضي القواعد العامة في المرافعات المدنية والتجارية. وبيان ذلك أن اختصاص المحاكم ينعقد وفقاً لأحد معايير ثلاثة رئيسية يضمن توافرها وجود رابطة حقيقية بين المحكمة وبين أطراف النزاع أو موضوعه تمكن المحكمة من الفصل في النزاع المعروض عليها. المعيار الأول معيار إقليم مفاده أن المحاكم تكون مختصة بنظر النزاعات التي تقع في إقليم معين. وأما الثاني فهو معيار موضوعي يتعلق بموضوع النزاع، ومؤداه أن المحكمة تختص بنظر النزاعات متى كان موضوعها يقع ضمن اختصاصها. وأما المعيار الثالث فهو شخصي يمنح محكمة موطن المدعي عليه الاختصاص بصرف النظر عن مكان الوقائع التي تار بسببها النزاع أو موضوعها.

وكما يبدو واضحاً من نص المادة المعنية أنها في حين أعلنت المعيار الإقليمي في شقها الأول، فإنها لم تستند إلي أي من هذه المعايير في منح الاختصاص للمحاكم الفرنسية في شقها الثاني. ذلك أن النص السابق يفرق بين حالتين مختلفتين. الحالة الأولى تقع إذا ما أبرم عقد في الإقليم الفرنسي مع شخص فرنسي، وهي الحالة التي يتفق حكمها مع القواعد العامة إذ تكون المحاكم الفرنسية هي الأقدر على الفصل في النزاع الذي يثور بسبب التزام تعاقدية نشأ على أرض فرنسية. أما الحالة الثانية فهي التي تمنح المحاكم الفرنسية اختصاصاً استثنائياً. ومؤدي ذلك أن المحاكم الفرنسية تكون مختصة بنظر أي نزاع يثور بسبب عقد أبرم خارج الإقليم الفرنسي مع مواطن فرنسي. فهذه الحالة أطلقت اختصاص المحاكم الفرنسية بعيداً ليطول كل التعاقدات التي تتم بين مواطنين فرنسيين وغيرهم بصرف النظر عن مكان التعاقد أو موضوع النزاع.

ويبدو وجه الاستثناء جلياً بالرجوع إلي الأعمال التحضيرية للقانون الذي يكشف عن النص الأصلي للمادة المذكورة. ذلك أنه تم حذف عبارة جوهرية من الشق الثاني من المادة المذكورة قبل صدور القانون، حيث كان

---

l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français.")

ينص علي "....، وإذا كان متواجداً في فرنسا، يجوز أن يستدعي [الأجنبي] أمام المحاكم الفرنسية بخصوص التزامات تعاقدية أبرمت في دولة أجنبية تجاه شخص فرنسي." (112) ويعني هذا أن نية المشرع الفرنسي أتجهت في البداية إلي منح المحاكم الفرنسية الاختصاص بناء علي وجود المدعي عليه في فرنسا ولو كان هذا التواجد مؤقتاً. ولا شك أن الدافع وراء ذلك هو حماية المواطن الفرنسي من خشية وهن الأنظمة القانونية الأجنبية أو عدم حياد المحاكم الأجنبية. أما وقد حذفت عبارة "إذا كان متواجداً في فرنسا"، فقد أصبح نطاق المادة 14 غير مقيد بشروط، بل إن المحاكم الفرنسية تكون مختصة في أي حالة طالما أن أحد أطراف الالتزام في النزاع المعروض عليها فرنسياً.

ولقد دأبت المحاكم الفرنسية علي تفسير نص المادة 14 تفسيراً واسعاً حتى أصبح تطبيقها يجاوز مقتضي صريح نص المادة. فمقتضي صريح عبارة النص أن هذا الاختصاص الاستثنائي ينعقد للمحاكم الفرنسية إذا كان النزاع متعلق بالالتزام تعاقدية سواء أبرم العقد في فرنسا أو خارجها طالما كان أحد أطرافه فرنسياً. غير أن القضاء الفرنسي بسط نطاق تطبيق هذه المادة إلي حالات المسؤولية غير العقدية. كما لم يشترط القضاء الفرنسي لقبول الدعوي أن يكون المدعي مقيماً بالفعل في فرنسا طالما أنه يحمل الجنسية الفرنسية. وبناء علي ذلك، يتبين أن المادة 14 تمنح الاختصاص للمحاكم الفرنسية في دعاوي المسؤولية العقدية والتقصيرية علي حد سواء التي يكون

---

(112) أنظر: Pierre-Antoine Fenet, RECUEIL COMPLET DES TRAVAUX: PRÉPARATOIRES DU CODE CIVIL 12 (Otto Zeller 1968) (1827) مشار إليه في: Kevin M. Clermont & John R. B. Palmer, French Article 14 Jurisdiction, Viewed from the United States, Cornell Law School research paper No. 04-011, 10 FN 26 (2004), available at [http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1012&context=lsrp\\_papers](http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1012&context=lsrp_papers)

("L'étranger, même non résidant en France, peut être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français; et s'il est trouvé en France, il peut être traduit devant les tribunaux de France même pour des obligations contractées par lui en pays étranger envers des Français.")

المدعي فيها فرنسياً، وذلك بقطع النظر عن مكان نشوء الالتزام أو عن موطن المدعي عليه أو عن موضوع الالتزام محل النزاع. وكل ذلك بداعي حماية التجارة الفرنسية الخارجية وتوفير الحماية القضائية للمواطنين الفرنسيين داخل دولتهم<sup>(1)</sup>

لكن ذلك لا يعني أن اختصاص المحاكم الفرنسية لا يخضع لأي قيود إذ استبعد القضاء الفرنسي من نطاق تطبيق المادة 14 النزاعات المتعلقة بعقارات كائنة خارج حدود فرنسا، أو تلك التي تستلزم تدخل السلطات الأجنبية. وبالطبع لا تنطبق هذه المادة عندما يتنازل المواطن الفرنسي عن حقه في اللجوء إلي القضاء الفرنسي كما لو تضمن العقد الذي ثار بسببه النزاع شرط تحكيم، أو منح الاختصاص لمحاكم دولة أخرى. وأيضاً، فإن هذه المادة لا تنطبق علي الحالات التي تمنح الاختصاص لمحاكم أخرى بموجب معاهدة دولية تلتزم بها فرنسا<sup>(2)</sup>

علي أنها يجب قراءة هذا النص مستقلاً لأنه بذاته لا يشكل تهديداً حقيقياً للمدعي عليه. إذ حتى علي فرض صدور حكم من المحاكم الفرنسية في حق المدعي عليه الأجنبي غير المقيم في فرنسا، فإنه لن يتسنى تنفيذ هذا الحكم ما لم يوجد أملاك خاصة بالمدعي عليه في فرنسا يمكن التنفيذ عليها، وهو فرض بعيد التحقق للأجانب غير المقيمين، أو ما لم يوجد اتفاقية خاصة بتنفيذ الأحكام الأجنبية بين فرنسا ودولة المدعي عليه.

أما الخطورة الكبيرة التي يشكلها هذا النص فتنبع من الإطار القانوني لقواعد المرافعات وتنفيذ الأحكام المدنية والتجارية بالاتحاد الأوربي European Union - التي تنطبق علي فرنسا باعتبارها عضواً في الاتحاد الأوربي- فهذه الأخيرة هي التي تعظم من أهمية المادة 14 من القانون المدني الفرنسي. فتم اتفاقيات إقليمية بين الدول الأوربية بخصوص اختصاص المحاكم والاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها. أهم هذه الاتفاقيات هي قواعد بروكسل Brussels Regulation لعام 2001 ومعاهدة لوجانو Lugano

(1) المرجع ذاته، ص 12.

(2) المرجع ذاته (شارحاً التطور التاريخي لنطاق تطبيق هذه المادة في ضوء أحكام المحاكم الفرنسية).

Convention لعام 2007. تنظم قواعد بروكسل الإطار العام لقواعد اختصاص المحاكم والاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها بين دول الاتحاد الأوروبي، بينما تمد معاهدة لوجانو هذا الإطار لدول رابطة التجارة الحرة الأوروبية European Free Trade Association.

تكمن خطورة هذه القواعد في مسألتين. أولاً، أنه وفقاً للفقرة الثانية من المادة الثانية من قواعد بروكسل، ينطبق علي الأشخاص المقيمين من غير المواطنين في الدول الأعضاء نفس قواعد الاختصاص التي تطبق علي المواطنين.<sup>(1)</sup> ويعني هذا أن المقيمين الشرعيين في فرنسا من غير الفرنسيين، ولو لم يكونوا متواجدين فعلاً في فرنسا، ينطبق عليهم المادة 14 المعنية. وبالتالي يمتد اختصاص المحاكم الفرنسية لنظر دعاوي المسؤولية -عقدية كانت أم تقصيرية- التي تثور بين مواطنين فرنسيين أو غيرهم من المقيمين الشرعيين في فرنسا وبين أجنبي، وذلك أيضاً بصرف النظر عن محل إقامة المدعي عليه أو موضوع النزاع أو مكان نشأته. وبهذا يتسع نطاق تطبيق المادة 14 لتشمل المواطنين والمقيمين علي حد سواء.

ثانياً، تنص الفقرة الأولى من المادة 33 علي أن "يعترف بالحكم الصادر في دولة عضو في غيره من الدول الأعضاء دون حاجة إلي أي إجراء خاص"<sup>(2)</sup> ومؤدي هذا أن الحكم الصادر من المحاكم الفرنسية يحوز تلقائياً علي اعتراف محاكم الدول الأعضاء دون أي إجراء آخر ما لم يخالف هذا الحكم النظام العام في هذه الدول أو يصدر دون مراعاة لحق المدعي عليه في الدفاع أو يتعارض مع حكم سابق في نزاع بين نفس الأطراف صادر من محاكم هذه الدولة أو في دولة أخرى وحائز للحجية<sup>(3)</sup> كما أنه يجوز تنفيذ

---

"2. Persons who are not nationals of the Member State in which they<sup>(1)</sup> are domiciled shall be governed by the rules of jurisdiction applicable to nationals of that State."

" 1. A judgment given in a Member State shall be recognized in the other<sup>(2)</sup> Member States without any special procedure being required."

(3) المادة 34 من قواعد بروكسل.

الأحكام القابلة للنفاز الصادرة في دول متعاقدة في أي دولة أخرى متعاقدة بناء على طلب الطرف صاحب المصلحة وبعد استيفاء الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في القواعد<sup>(1)</sup>.

يستخلص من ذلك أنه يمكن للفرنسيين وكذلك المقيمين في فرنسا استخدام المادة 14 لمقاضاة أطراف أجنبية عن التزامات منبئة الصلة بالقضاء الفرنسي، كما يمكنهم لاحقاً تنفيذ الحكم الصادر في مثل هذه الدعوي علي أملاك المدعي عليه في أي دولة متعاقدة في قواعد بروكسل أو اتفاقية لوجانو، أي في غالبية الدول الأوروبية. بتطبيق هذه النتيجة علي الشركات متعددة الجنسية، يتبين أنه يمكن مساءلة الشركات الأجنبية عن أعمالها الضارة التي وقعت خارج إقليم فرنسا ولو لم يكن لهذه الشركات فرع أو مقر فرنسا أو غير ذلك من رابطة واقعية أو قانونية تربطها بفرنسا، شريطة أن يكون المدعي في هذه الدعوي من حاملي الجنسية الفرنسية أو من المقيمين الشرعيين فيها وإن لم يتواجد فعلياً بفرنسا.

وبالرغم من عدم ذبوع الاستناد إلي هذا النص،<sup>(2)</sup> لا ريب في أنه يمثل تهديداً عظيماً للشركات متعددة الجنسية التي من النادر ألا يكون لها أموال في دولة أوروبية طرف في أحد الاتفاقيتين السابقتين، والذين يلتزمون بالاعتراف بحكم المحكمة الفرنسية الصادر ضد هذه الشركات وتنفيذه بمجرد صيرورته قابلاً للنفاز وفقاً للقانون الفرنسي. وعلي ذلك يتضح أن القانون الفرنسي يوفر إطاراً قانونياً فعالاً لمساءلة الشركات الأجنبية بعكس القانون الأمريكي الذي يضيق من نطاق مسئولية الشركات الأجنبية.

(1) المادة 38 (1) من قواعد بروكسل.

(2) Clermont & Palmer، المرجع السابق، ص14 وهامش 53.

## المطلب الثاني

### المسئولية الاجتماعية للشركات في القوانين الموضوعية في مصر

المثال الآخر الذي نضربه للتشريعات الوطنية المرتبطة بمسئولية الشركات عن حقوق الإنسان وخاصة المدنية منها والسياسية فهو يتعلق بمشروع قانون الإعلام في مصر. ولسنا بموضع دراسة أحكام مشروع هذا القانون الذي كان قد أعدّه البرلمان المصري المنحل في مايو ٢٠١٢ إذ أنه لم ير النور حتى الآن، وإنما لا شك أن مثل هذا الطرح يعكس وعياً مجتمعياً ورغبة حقيقية في مواجهة الانحراف الإعلامي ووضع ضوابط تكفل الموازنة بين استقلال الإعلام وحرية بينما تحافظ على حقوق الأفراد. ويتسق هذا والاتجاه العالمي في تطوير قانون للإعلام Media Law يتصدى للتحديات التي تواجهه مثل حرية التعبير والشفافية ومسئولية الإعلام.

وهذه القوانين – كما سبق أن أوضحنا – ترتبط ارتباطاً وثيقاً بمسئولية الشركات الاجتماعية وإن لم تكن تنظم عمل الشركات بصورة مباشرة. وذلك هو حال العديد من التشريعات الأخرى التي تنظم بصورة أو بأخرى بعض أوجه عمل الشركات وكذلك تحملها بالمسئولية الاجتماعية بل الجنائية في بعض الأحيان. وهذا هو شأن قانون العمل الذي يفرض على الشركة مراعاة حدود دنيا لحقوق العاملين بالشركة كالحدا الأدنى للأجور والقيود الخاصة بسن العاملين وساعات العمل والإجازات إلى غير ذلك من القيود الواجب رعايتها<sup>(١)</sup> وكذلك أيضاً هي حال قانون حماية البيئة الذي يفرض على الشركات احترام البيئة وعدم تلويثها<sup>(٢)</sup> فكل تلك القوانين ترسم حدوداً لمسئولية الشركات.

على أن السؤال لم يزل مطروحاً حول مدى فعالية هذه القوانين الداخلية المتفرقة في الحد من ممارسات الشركات وخطورتها. فمثل تلك القوانين لا يكاد يخلو منها تشريع أي من دول العالم، ومع ذلك نري انتهاكات

(١) قانون العمل الموحد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣.

(٢) القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٤ في شأن حماية البيئة.

الشركات حتى في أكثر دول العالم تقدماً وإعمالاً لسيادة القانون، (1) فليس ثمة واعز داخلي لدى الشركات يحد من ميولها لتقليل تكاليفها وتعظيم أرباحها

(1) أمثلة ذلك كثيرة ومنها تنصت الحكومات بالاتفاق مع شركات الاتصالات على مكالمات المواطنين والإطلاع على بياناتهم كما حدث إبان حكم إدارة بوش في الولايات المتحدة.

James Risen and Eric Lichtblau, *Bush Lets U.S. Spy on Callers Without Courts*, N.Y. TIMES, Dec. 16, 2005, available at [http://www.nytimes.com/2005/12/16/politics/16program.html?pagewanted=all&\\_r=0](http://www.nytimes.com/2005/12/16/politics/16program.html?pagewanted=all&_r=0) (last visited 3/8/2014).

ومنها أيضاً تفضيل مصنعو السيارات تعظيم الأرباح على حساب معايير الجودة والسلامة. الأمر الذي تكرر حدوثه عدة مرات ومنها على سبيل المثال سيارة "فورد بينتو" Ford Pinto التي تبين من التحقيقات لدى نظر محكمة استئناف ولاية كاليفورنيا لقضية جريمشو ضد شركة فورد موتور *Grimshaw v. Ford Motor Co.*, 119 Cal. App. 3d (1981) أن الشركة آثرت طرح السيارة طراز "بينتو" في الأسواق رغم سابق علمها بعيب في تصنيع خزان الوقود يجعل منها عرضة للاشتعال عند أي اصطدام. غير أن الشركة رأت أن تكلفة إعادة تصميم السيارة وطرحها مجدداً والذي لم يكن يتعدى 15,3 دولاراً أمريكياً للسيارة الواحدة يفوق تكلفة التعويضات المحتمل أن تدفعها. ولذلك قررت الشركة طرح السيارة كما هي. وقد حدث ما توقعه منتج السيارة بالفعل إذ تسبب خزان الوقود باشتعال السيارة واحتراقها لدى اصطدام خزان الوقود في حادث، وهو ما أودى بحياة السائق ونتج عنه إصابات خطيرة للطفل الراكب الذي لم يتعد عمره ١٣ سنة.

وقد عبرت المحكمة عن مأساة هذا الحادث الأليم بالقول بأن الشركة في دراسة الجدوى "قد وازنت بين حياة الإنسان وسلامة جسده وبين أرباح الشركة" ثم حكمت بتعويض مادي لصالح المدعى.

Christopher Leggett, *The Ford pinto Case: The valuation of Life as It Applies to the To the Negligence-Efficiency Argument* (1999), available at <http://users.wfu.edu/palmitar/Law&Valuation/Papers/1999/Leggett-pinto.html>

على حساب الآخرين. ولذا فإنه في غياب الوازع الأخلاقي لا يمكن الاعتماد عليه بأي حال لإدارة الشركة، لا يمكن أن نتوقع وضع مدراء الشركات التكلفة الاجتماعية لأعمال شركاتهم نصب أعينهم وتحملها على حساب تقليل أرباحها.<sup>(1)</sup>

علاوة على ذلك، فإن التفاوت في درجة سيادة القانون وتطور التشريعات قد يدفع الشركات الأجنبية إلى استغلال قصور القوانين في الدول الأقل تقدماً من أجل تعظيم أرباحها وتفادي النفقات التي يمكن تجنبها.<sup>(2)</sup> وهذا

---

المؤسف أنه ليس هناك مجالاً لمساءلة الشركة جنائياً ومعاقبتها عن فعلتها التي لو قام بها شخص طبيعي لأمكن اتهامه بالاشتراك في جريمة قتل عمداً أو خطأ علي أقل تقدير. بل أكثر من ذلك، فإن تصرف إدارة الشركة يتفق وأهداف حوكمة الشركات التي تحض على تعظيم الإرباح. وهذا يعني أن إدارة الشركة عندما اتخذت قرارها المدروس عن غير إهمال قد قامت بواجباتها. بل إن العجيب أن مديري الشركة حال اتخاذهم قراراً آخر غير الذي اتخذوه يمكن إثارة مسؤوليتهم تجاه الشركة إذ أنهم لم يراعوا مصلحة الشركة وحادوا عن مبدأ تعظيم الأرباح. وهذا ما يؤكد ضرورة وجود رادع -أو حافز- داخلي لدى الشركات يحثها على اعتبار المصالح الاجتماعية في سعيها لتعظيم الأرباح.

Kent Greenfield, *The Disaster at Bhopal: Lessons for Corporate Law?*, 42 *New England L. Rev.* 755, 758-59 (2008).

<sup>(2)</sup> يشيع هذا السلوك بين الشركات العالمية إذ تحاول هذه الشركات نقل مصانعها إلى دول تقل فيها تكلفة الأيدي العاملة حتى تقلل من نفقاتها. وأيضاً يحدث ذلك في الدول التي تقل بها التشريعات البيئية حيث تحاول الشركات التخلص من النفايات السامة إلي غير ذلك. بل إن هذا يحدث حتى في الدول الأكثر تقدماً -كما أوضحنا من قبل- حيث يعتمد رجال الأعمال إلي تكوين جماعات ضغط لتسيير مصالحهم والحيلولة دون صدور تشريعات تزيد من تكاليف إنتاجهم أو تقلل من أرباحهم ولو كان ذلك علي حساب المصلحة العامة. ومن ذلك استخدام الأخوة كوش. Koch Brothers ثروات شركتهم العاملة في مجال البترول والتي تعد من أكثر الشركات تلويناً للبيئة بالولايات المتحدة الأمريكية لتكوين جماعات



ما يؤكد ضرورة وجود قواعد دولية ملزمة للشركات تنطبق عليها بصرف النظر عن جنسيتها أو مكان أعمالها.

---

ضغط لمحاربة التشريعات البيئية، وذلك من خلال المساهمة في تأسيس وتمويل مراكز بحثية مناهضة لإصدار تلك التشريعات. أنظر في تفصيل ذلك: Jane Mayer, Covert Operations: *The billionaire brothers who are waging a war against Obama*, New Yorker, Aug. 30,2010, available at <http://www.newyorker.com/magazine/2010/08/30/covert-operations>(last visited 15/10/2014).

## الخاتمة

تناول هذا البحث المسؤولية الاجتماعية للشركات عن حقوق الإنسان المدنية والسياسية. فنعرض في البداية إلى الأساس القانوني والنظري لهذه المسؤولية. ونجد أن الاتجاه الغالب يعترف للشركة بشخصية قانونية تتمتع بحقوق وحرريات ترتقي إلى مصاف حقوق المواطنة المحمية دستورياً. ويترتب على ذلك أن الشركات قد تتنافس مع الأفراد في رسم سياسات الدولة وهي منافسة غير متكافئة حيث يفتقر الأفراد إلى سطوة رأس المال التي تحوزها الشركات. لذا وجب مساءلة الشركات عن أي مساس بحقوق الأفراد المدنية والسياسية. وهذا ما تكرر له بعض نظريات حوكمة الشركات وتعكسه نصوص أدلتها الإرشادية بدرجات متفاوتة.

تطرق البحث بعد ذلك لعرض العديد من صور انتهاك الشركات لحقوق الإنسان المدنية والسياسية. فضرب أمثلة متعددة لممارسات الشركات التي تؤثر بشكل مباشر على تلك الحقوق ومنها الإففاق في المصارف السياسية وإساءة استخدام الآلة الإعلامية. ثم استعرض بعض صور الممارسات التي تؤثر على حقوق الأفراد بصورة غير مباشرة كالحملات الدعائية للشركات التي تزعزع ثوابت المجتمع وتعمل على تغيير معتقداته.

أخيراً تناول البحث الإطار القانوني لمسؤولية الشركات الاجتماعية عن حقوق الإنسان سواء على المستوى الدولي متمثلاً في الاتفاق العالمي للأمم المتحدة بصفة أساسية، أم على المستوى الداخلي في بعض الدول في شكل تشريعات وطنية لمعالجة بعض أوجه مخالفة الشركات للالتزاماتها. ويبدو واضحاً من خلال استعراض هذا الإطار أن التصدي إلي مسؤولية الشركات الاجتماعية عن حقوق الإنسان بصفة عامة، وعن الحقوق المدنية والسياسية بصفة خاصة، غير فعال. ففي حين أن الشركات تتمتع بقدرات ضخمة ومكنات متنوعة لإحداث تأثيرات سياسية واجتماعية واقتصادية تؤثر بالضرورة على حقوق الأفراد، فإن سبل مساءلتها وآليات محاسبتها لا تتناسب البتة مع تلك القدرات.

ومرد ذلك أن الجهود الدولية في هذا الشأن تفتقر إلى عنصر الإلزام، في حين أن التشريعات الوطنية – وإن كانت ملزمة للشركات الوطنية – قاصرة بشكل كبير عن التصدي إلى ممارسات الشركات المختلفة التي كثيراً

ما تُؤتي بشكل غير مباشر أو غير معلن مما يجعل إثبات مسؤولية الشركات عسيراً في أحيان كثيرة. بالإضافة إلي تفاوت هذه التشريعات من حيث التطور بين الأقاليم المختلفة وهو ما تستغله الشركات للقيام بأعمالها دون إثارة مسؤوليتها. كما أن التشريعات الوطنية محدودة بمبدأ إقليمية القوانين، وهو ما يحد من تطبيقها على بعض الممارسات التي تقع خارج إقليم الدولة التي تحمل الشركة الأم جنسيتها في حالة تعدد جنسيات الشركة، وهي الحالة الغالبة. كل ذلك يؤكد أهمية تركيز الجهود الدولية من أجل إيجاد وسيلة لمحاسبة الشركات عما تسببه من أضرار اجتماعية في مجال حقوق الإنسان وكذلك في غيره من المجالات.

وهذا قد يتأتى بأحد طريقتين: أولهما هو اعتبار الشركات متعددة الجنسية من أشخاص القانون الدولي العام أسوة بالمنظمات الدولية كما سبق الاعتراف لها بالشخصية القانونية التي تؤهلها إلى التمتع بحقوق المواطنة وبالحمية الدستورية. فإذا ما تم ذلك فسيترتب عليه خضوع الشركات للقانون الدولي والمواثيق الدولية بصورة مباشرة. أما ثانيهما، فهو العمل على تحويل الجهود الدولية من مجرد مبادرات إلى قوانين ملزمة. ويكون ذلك من خلال إعداد معاهدة دولية ملزمة ودعوة الدول إلى الانضمام إليها بحيث تلتزم الدولة المصدقة بتعديل قوانينها بما يتماشى والمعايير الدولية المتفق عليها.<sup>(1)</sup>

يبقى بعد هذا التأكيد على أهمية العلاقة بين الشركات التجارية وحقوق الإنسان. فالأولى هي خلاصة الفكر الإنساني الذي تطور على مدار العصور ليوفر إطاراً فعالاً لاحتراف أعمال التجارة ويضمن استدامتها. أما الثانية فهي الحقوق التي اتفق البشر على أنه لا يجب أن يحيا الإنسان بدونها، فهي الحقوق التي تكفل الكرامة الإنسانية. ومسئولية الشركات الاجتماعية هي التي تضمن ألا ينقلب السحر على الساحر فتسيطر المادة على الإنسان وتتحكم فيه إلى أن تدمره كما قتل العقرب الضفدع فغرقا سوياً.

---

(1) أنظر بحثنا: Ahmad A. Alshorbagy, *CSR And the Arab Spring Revolutions: How is CSR Not Applied in Egypt?* (In progress).

## قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية

أحمد عبد الرحمن الملحم، قانون الشركات التجارية الكويتي والمقارن، لجنة التأليف والتعريب والنشر، 2009

الأمم المتحدة، مسؤولية الشركات عن احترام حقوق الإنسان: دليل تفسيري، 2012

جون روجي (الجمعية العامة للأمم المتحدة)، تقرير الممثل الخاص للأمين العام المعنى بمسألة حقوق الإنسان والشركات عبر الوطنية وغيرها من مؤسسات الأعمال، جون روجي: مبادئ توجيهية بشأن الأعمال التجارية وحقوق الإنسان: تنفيذ إطار الأمم المتحدة المعنون "الحماية والاحترام والانتصاف"، 21 مارس 2011

رنا محمد عبد الرزاق إبراهيم، دور المسؤولية الاجتماعية في ظل سيادة طريقة الإنتاج الرأسمالية، 2014

سمير الشرفاوي، الشركات التجارية في القانون المصري، دار النهضة العربية، 1986

طعن رقم 126 لسنة 2002 (تجاري 3)، جلسة 14 يونيو 2003، الكويت (موسوعة صلاح الجاسم الالكترونية)

مبادئ منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية في مجال حوكمة الشركات، 2004

مجلس حقوق الإنسان: المنتدى المعني بالأعمال التجارية وحقوق الإنسان (الدورة الثانية)، مذكرة معلومات أساسية مقدمة من الأمانة، 2013

محمد فريد العريني، الشركات التجارية: المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007

محمد فريد العريني، هاني محمد دويدار، محمد السيد الفقي، أحمد المعتصم الشوربجي، أساسيات القانون التجاري والبحري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013

مركز المديرين المصري، دليل قواعد ومعايير حوكمة الشركات بجمهورية مصر العربية، 2011

مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1998

المعتصم بالله الغرياني، حوكمة شركات المساهمة : دراسة في الأسس الاقتصادية والقانونية، دار الجامعة الجديدة، 2008

منظمة التنمية والتعاون الاقتصادي، مبادئ منظمة التنمية والتعاون الاقتصادي للحكم المشترك، 2004

إبراهيم قراعة، جنایات الجیزة تقضي بسجن أحمد عز 37 عامًا في قضية "أسهم حديد الدخيلة"، المصري اليوم (6 مارس 2013)، <http://www.almasryalyoum.com/news/details/293058>

فاطمة أبو شنب، براءة أحمد عز وجميع المتهمين في قضية "احتكار الحديد"، المصري اليوم (30 يونيو 2013)، <http://www.almasryalyoum.com/news/details/228440>

ثانياً: المراجع الأجنبية

الكتب والمقالات:

Ahmad A. Alshorbagy, *CSR And the Arab Spring Revolutions: How is CSR Not Applied in Egypt?(In progress)*

AHMAD A. ALSHORBAGY, PROTECTING MINORITY SHAREHOLDER IN EGYPTIAN PUBLIC CORPORATIONS: A COMPARATIVE STUDY IN CORPORATE GOVERNANCE AND SECURITIES REGULATION (2013)

ALEX CONTE & RICHARD BURCHILL, DEFINING CIVIL AND POLITICAL RIGHTS: THE JURISPRUDENCE OF THE UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COMMITTEE (2ED. 2009)

American Bar Association, Corporate Director's Guidebook (6ed. 2011)

American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations (2004)

Anupam Chander, Reflecting on Kiobel: Unshackling Foreign Corporation: Kiobel's Unexpected Legacy, 107 AM. J. INT'L L. 829 (2013)

Business Roundtable, Principles of Corporate Governance (2012)

CARL J. MAYER, *Personalizing the Impersonal: Corporations and the Bill of Rights*, 41 HASTINGS L. J. 577 (1990)

CYNTHIA A. WILLIAMS & JOHN M. CONLEY, *TRENDS IN THE SOCIAL [IR]RESPONSIBILITY OF AMERICAN MULTINATIONAL CORPORATIONS: INCREASED POWER, DIMINISHED ACCOUNTABILITY?*, 25 FORDHAM ENVTL. L. REV. 46 (2013)

Eric De Brabandere, Human Rights obligations and Transnational Corporations: The Limits of Direct Corporate Responsibility, *Human Rights and International Legal Discourse*, Vol. 4, No. 1 (2010)

FINANCIAL REPORTING COUNCIL, *THE UK CORPORATE GOVERNANCE CODE* (SEPT. 2014)

Hakeem O. Yusuf, Oil on Troubled Waters: Multinational Corporations and Realizing Human Rights in the Developing World, with Specific Reference to Nigeria, 8 *African Human Rights Law Journal* 79 (2008)

Hany A. Ghaly, Competition Law and Policy in Developing Countries: The Case of Egyptian Steel Monopoly (2011)

HECTOR GROS ESPIELL, *The Evolving Concept of Human Rights: Western, Socialist and Third World Approaches*, in *HUMAN RIGHTS: THIRTY YEARS AFTER THE UNIVERSAL DECLARATION: COMMEMORATIVE VOLUME ON THE OCCASION OF THE THIRTIETH ANNIVERSARY OF THE UNIVERSAL DECLARATION* 44 (Bertrand G. Ramcharan ed. 1979)

HERBERT HOVENKAMP, *ENTERPRISE AND AMERICAN LAW 1836-1937* (1991)

Iris Halpern, Tracing the Contours of Transnational Corporations' Human Rights Obligations in the Twenty-First Century, 14 Buff. Hum. Rts. L. Rev. 129, 145 (2008)

JEAN JACQUES DU PLESSIS ET AL., PRINCIPLES OF CONTEMPORARY CORPORATE GOVERNANCE 20 (2D ED. 2011)

John M. Conley & Cynthia A. Williams, *Engage, Embed, and Embellish: Theory Versus Practice in the Corporate Social Responsibility Movement*, 31 J. CORP. L. 1 (2005)

JOHN RUGGIE, PROTECT, RESPECT AND REMEDY: A FRAMEWORK FOR BUSINESS AND HUMAN RIGHTS, UN PUBLIC DOMAIN (2008)

Jonathan A. Bush, *The Prehistory of Corporations and Conspiracy in International Criminal Law: What Nuremberg Really Said?* 109 COLUM. L. REV. 1094 (2009)

KENNETH JANDA, JEFFREY BERRY, JERRY GOLDMAN, THE CHALLENGE OF DEMOCRACY: AMERICAN GOVERNMENT IN A GLOBAL WORLD 309 (10ED. 2008)

Kent Greenfield, The Disaster at Bhopal: Lessons for Corporate Law?, 42 New England L. Rev. 755, 758-59 (2008)

KINYUA PAUL KENNETH, THE ACCOUNTABILITY OF MULTINATIONAL CORPORATIONS FOR HUMAN RIGHTS VIOLATIONS: A CRITICAL ANALYSIS OF SELECT MECHANISM AND THEIR POTENTIAL TO PROTECT



ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS IN DEVELOPING COUNTRIES (2009)

KLAUS DINGWERTH AND PHILIPP PATTBURG, *Global Governance as a Perspective on World Politics*, 12 GLOBAL GOVERNANCE 185, 191 (2006)

Klaus Dingwerth and Philipp Pattberg, *Global Governance as a Perspective on World Politics*, GLOBAL GOVERNANCE 12 (2006)

Lama Abo-Odeh, *On Law and the Transition to Market: The Case of Egypt*, 23 EMORY INT'L L. REV. 351 (2009)

Leeladhara Mangalpady Bhandary, *Relationship Between Business Corporations' and Human Rights: A Legal Analysis* (2011)

LISA A. BLAYDES, *COMPETITION WITHOUT DEMOCRACY: ELECTIONS AND DISTRIBUTIVE POLITICS IN MUBARAK'S EGYPT* 196-199 (2008)

LUCIAN A. BEBCHUK & ROBERT J. JACKSON, JR., *Corporate Political Speech: Who Decides?*, 124 HARV. L. REV. 83 (2010)

M. PATRICK YINGLING & MOHAMED A. ARAFA, *AFTER THE REVOLUTION: EGYPT'S CHANGING FORMS OF CORRUPTION*, 2 U. BALT. J. INT'L L. 23 (2014)

Margaret Blair & Lynn Stout, *A Team Production Theory of Corporate Law*, 85 VA. L. REV. 247 (1999)

Marija Bartl, *On Market Rationality and the Prospects of Democracy as a Normative Basis of Law*

MICHAEL KEELEY, A SOCIAL CONTRACT THEORY OF ORGANIZATIONS (1988); & THOMAS DONALDSON, CORPORATIONS AND MORALITY (1982)

Radwa S. Elsaman & Ahmad A. Alshorbagy, *Doing Business in Egypt After the January Revolution, Capital Market and Investment Laws*, 11 RICH. J. GLOBAL L. & BUS. 43 (2011)

Robert C. Bliti, *Beyond Ruggie's Guiding Principles on Business and Human Rights: Charting an Embrasive Approach to Corporate Human Rights Compliance*, 48 Tex. Int'l L. J. 33 (2012)

Sorcha Macleod, *Corporate Social Responsibility Within the European Union Framework*, 23 WIS. INT'L L. J. 541 (2005)

STEPHEN M. BAINBRIDGE, THE NEW CORPORATE GOVERNANCE IN THEORY AND PRACTICE (2008)

SURYA DEVA, *Human Rights Violations by Multinational Corporations and International law Where from Here?*, 19 CONN. J. INT'L. L. 1 (2003)

SUSANNA KIM RIPKEN, *Corporate First Amendment Rights after Citizens United: An Analysis of the Popular Movement To End the Constitutional Personhood of Corporations*, 14 U. PENN. J. BUSS. L. 209 (2011)

Weil, Gotshal & Manges LLP, Comparison of Corporate Governance Principles & Guidelines: United States (2012)

OECD, OECD Guidelines for Multinational Enterprises, IV: Human Rights(2011)

OECD, Policy Brief: The OECD Guidelines for Multinational Enterprises (2011)

ILO, Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises (2006)

UN Intellectual History Project, Breifing 17 (2009)

UNCTAD World Investment Report: TNCs and Export Competitiveness (2002)

المقالات والأخبار المتاحة علي شبكة المعلومات:

Bradley Smith, Corporations Are People, Too (2009),  
<http://www.npr.org/templates/story/story.php?storyId=112711410>

Christopher Leggett, *The Ford pinto Case: The valuation of Life as It Applies to the To the Negligence-Efficiency Argument* (1999), available at  
<http://users.wfu.edu/palmitar/Law&Valuation/Papers/1999/Leggett-pinto.html>

David John Marotta, *What Is Rent-Seeking Behavior?*  
FORBES (Feb. 24, 2013),

<http://www.forbes.com/sites/davidmarotta/2013/02/24/what-is-rent-seeking-behavior/>

James Risen and Eric Lichtblau, *Bush Lets U.S. Spy on Callers Without Courts*, N.Y. Times, Dec. 16, 2005, available

at [http://www.nytimes.com/2005/12/16/politics/16program.html?pagewanted=all&\\_r=0](http://www.nytimes.com/2005/12/16/politics/16program.html?pagewanted=all&_r=0)

JAN EDWARDS AND MOLLY MORGAN, "ABOLISH CORPORATE PERSONHOOD," Reclaimdemocracy.org (2004)

Jane Mayer, *Covert Operations: The billionaire brothers who are waging a war against Obama*, New Yorker, Aug. 30, 2010, available at

<http://www.newyorker.com/magazine/2010/08/30/covert-operations>

John Knox, *Death of a Statute: The Kiobel Ruling*, CENTER FOR PROGRESSIVE REFORM (Apr. 19, 2013),

<http://www.progressivereform.org/CPRBlog.cfm?idBlog=225B214A-B7B5-401A-372F9EE967F2A21C>

Kevin M. Clermont & John R. B. Palmer, *French Article 14 Jurisdiction, Viewed from the United States*, Cornell Law School research paper No. 04-011, 10 FN 26 (2004), available

at [http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1012&context=lsrp\\_papers](http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1012&context=lsrp_papers)

Paul Farhi, *Washington Post closes sale to Amazon founder Jeff Bezos*, THE WASH. POST (Oct. 1, 2013),

[http://www.washingtonpost.com/business/economy/washington-post-closes-sale-to-amazon-founder-jeff-bezos/2013/10/01/fca3b16a-2acf-11e3-97a3-ff2758228523\\_story.html](http://www.washingtonpost.com/business/economy/washington-post-closes-sale-to-amazon-founder-jeff-bezos/2013/10/01/fca3b16a-2acf-11e3-97a3-ff2758228523_story.html)

Robert J. Shapiro & Douglas Dawson, *Corporate Political Spending: Why the New Critics Are Wrong*, Manhattan Institute Legal Policy Report No. 15, June 2012, available at [http://www.manhattan-institute.org/html/lpr\\_15.htm](http://www.manhattan-institute.org/html/lpr_15.htm)

Theodore H. Moran, The United Nations and transnational corporations: A Review And A Perspective in Tagi Sagafi-Nejad & John H. Dunning, *The UN and Transnational Corporations: From Code of Conduct to Global Compact* 93-95 (2008), available at [http://unctad.org/en/docs/diaeiia200910a4\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/diaeiia200910a4_en.pdf)

Zachary Karabell, *The Economic Roots of Egypt's Revolt*, WALL ST. J. (Feb. 1, 2011), <http://online.wsj.com/news/articles/SB10001424052748703833204576114093360852546?mg=reno64-wsj&url=http%3A%2F%2Fonline.wsj.com%2Farticle%2F10001424052748703833204576114093360852546.html.42Id.%3B>

- Chowdhury v. Worldtel Bangladesh Holding, Ltd (2009)
- Citizens United V. Federal Election Commission (FEC),  
558 U.S. 310 (2010)
- Doe v. Unocal Corp., 395 F. 3d 932 (9th Cir. 2005), *reh'g en banc* granted, 395 F.3d 978 (9th Cir. 2003)
- First National Bank of Boston V. Bellotti, 435 U.S. 765 (1978)
- Kadic v. Karadzic, 70 F.3d 232 (2d Cir. 1995)
- Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co., 133 S.Ct. 1659 (2013)
- Licea v. Curacao Drydock Co., Inc., 584 F. Supp. 2d 1355 (2008)
- Microsoft Corp. v. AT&T Corp., 550 U.S. 437 (2007)
- Santa Clara v. S. Pac. R.R. Co., 118 U.S. 394 (1886)
- Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co., 226 F. 3d 88 (2d Cir. 2000)

E.S.C. Res. 1913 (LVII), 1, U.N. Doc. E/RES/1913(LVII)  
(5 December 1974)

Human Rights Council Res. 17/4, Human Rights and  
Transnational Corporations and Other Business  
Enterprises, 17th Sess., June 16, 2011, U.N. Doc.  
A/HRC/17/L.17/Rev.1, 2 (July 6, 2011)

مواقع علي شبكة المعلومات:

<https://www.unglobalcompact.org/ParticipantsAndStakeholders/index.html>

<http://www1.umn.edu/humanrts/ataglance/compdfun.html#fn1>

<http://www.oecd.org/about/membersandpartners/#d.en.194378>

<http://www.fwd.us/movement>

<http://www.freerepublic.com/focus/chat/2993317/posts>

<http://www.oecd.org/daf/newoecdguidelinstopprotecthumanrightsandsocialdevelopment.htm>

<http://www.marketwatch.com/story/with-amazon-ad-marketers-come-out-of-the-closet-2013-02-22>

<http://www.webpronews.com/microsoft-like-amazon-embraces-gay-marriage-in-a-product-ad-2013-03>

<http://www.forbes.com/sites/rickungar/2012/06/25/busted-health-insurers-secretly-spent-huge-to-defeat-health-care-reform-while-pretending-to-support-obamacare/>

<http://www.washingtonpost.com/blogs/wonkblog/wp/2013/08/06/heres-what-amazon-lobbies-for-in-d-c/>

<http://www.breitbart.com/Big-Government/2013/09/23/Health-Care-Industry-Spent-243-million-Already-in-2013-Lobbying-ObamaCare>



## المحتويات

### المقدمة

الفصل الأول: الأساس القانوني لمسئولية الشركات في مجال حقوق الإنسان المدنية والسياسية

المبحث الأول: حدود الشخصية المعنوية للشركة

المطلب الأول: هل تتمتع شركات المساهمة بالحقوق المدنية والسياسية؟

المطلب الثاني: الاتجاهات الحديثة للاعتراف للشركات بالحقوق المدنية والسياسية

المبحث الثاني: حوكمة الشركات والمسئولية الاجتماعية

المطلب الأول: الأساس النظري للمسئولية الاجتماعية للشركات في مجال الحقوق المدنية والسياسية

المطلب الثاني: تطبيقات المسئولية الاجتماعية في مبادئ الحوكمة وأدلتها الإرشادية

الفصل الثاني: صور تدخل الشركات في الحياة السياسية

المبحث الأول: ممارسات سياسية مباشرة

المطلب الأول: الإتفاق في مصارف سياسية

المطلب الثاني: استخدام الآلة الإعلامية

المبحث الثاني: ممارسات سياسية غير مباشرة

الفصل الثالث: المعالجة القانونية لمسئولية الشركات الاجتماعية في مجال حقوق الإنسان المدنية والسياسية

المبحث الأول: الجهود الدولية لمساءلة الشركات عن حقوق الإنسان

المطلب الأول: التطور التاريخي للإطار القانوني الدولي لمسئولية الشركات الاجتماعية

المطلب الثاني: أهم الملامح القانونية في الاتفاق العالمي والمبادئ التوجيهية

المطلب الثالث: المبادئ التوجيهية بين التأييد والرفض

المبحث الثاني: التشريعات الوطنية المعنية

المطلب الأول: المسئولية الاجتماعية للشركات في القوانين الإجرائية

الفرع الأول: قانون المسئولية التقصيرية للأجانب الأمريكي

الفرع الثاني: الاختصاص الاستثنائي للمحاكم الفرنسية

المطلب الثاني: المسئولية الاجتماعية للشركات في القوانين الموضوعية في مصر

# **Corporate Social Responsibility for Civil and Political Human Rights**

**By: Ahmad A. Alshorbagy**

The UN Global Compact established the basis for corporate social responsibility. The first two principles outlines corporations' responsibilities in the area of human rights without distinguishing between social and economic rights or civil and political rights. This paper explores social corporate reasonability dimensions for civil and political human rights.

The article starts with an investigation of the preliminary question of whether corporations as legal persons enjoy human rights. In this context, Part I analyses the corporate personality question from both theoretical and practical perspectives. Part II then demonstrates the significant impact corporate practices have on civil and political human rights. The gravity of such practices is amplified due to multinational corporations' proliferation, whose legal structure and financial abilities allow to meddle with states' policies and hence influence citizens' rights.

Whereas the UN Global Compact appears as the most prominent endeavor on the international level, national legislations play a vital role in shaping corporate social responsibility basis. Part III provides an overview of national and international efforts to hold corporations liable to their actions and analyzes both frameworks. Part IV then concludes.

بحث مقدم للنشر في مجلة كلية الحقوق جامعة الاسكندرية

ومضات مضيئة للقضاء الادارى في طريق الرقابة الدستورية على الاغفال  
التشريعى

دراسة تحليلية لحكم القضاء الادارى برئاسة استاذنا المستشار يحيى  
راغب دكرورى نائب رئيس مجلس الدولة ورئيس محكمة القضاء الادارى  
بامتناع المشرع عن تنظيم حد ادنى للمعاشات

بقلم المستشار الدكتور / محمد عبد الوهاب خفاجى

نائب رئيس مجلس الدولة

رئيس الدائرة الاولى بحيرة بمحكمة القضاء الادارى بالاسكندرية

## تقديم وتمهيد :

ان مبدأ الفصل بين السلطات بات - نتيجة جهد الفلاسفة - أحد الركائز الجوهرية للحكم فى الدولة (9) ، واضحى اهم قواعد النظام الديمقراطى الحديث ، وقطب الرحى الذى تدور حوله جميع الصور المتباينة للانظمة السياسية المعاصرة ، ويتلخص معناه فى ان السلطة تتوزع على ثلاث سلطات تتولى كل منها هيئة مغايرة عن الأخرى ، اذ تتولى الاولى سلطة التشريع وتتولى الثانية سلطة التنفيذ وتقوم الثالثة على سلطة القضاء والفصل فى المنازعات ، وهى التى تسمى بالسلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية ، وكل منها تعمل فى الحدود المرسومة لها دستوريا بالتعاون مع الأخرى ، ودون ان تطغى احداها على غيرها ، بحيث يكون الفصل بينها من المرونة وليس الاطلاق حتى لا تتحول كل سلطة الى دولة داخل الدولة ، ولا ريب ان مبدأ الفصل بين السلطات وجد لتحقيق مبدأ المشروعية وفرض حكم القانون على الجميع بما يمليه من خضوع الحاكم والمحكوم للقانون على حد سواء ، كما يساهم فى حماية الحريات العامة وصون حقوق الافراد ويمثل سياجا واقيا ضد عوامل الاستبداد والفساد ، ومن مقتضيات مبدأ المشروعية ان تعمل كل سلطة وفقا للحدود المرسومة لها فى الدستور المنظم لاختصاصاتها ، لذا فقد شرعت الرقابة الدستورية لحمل تلك السلطات على الالتزام بحدود الدستور ونطاقه وحتى لا يظل مجرد شعارات جوفاء تناقض ارادة الشعوب الواعية الساعية للحرية .

والتساؤل الذى يطرح نفسه فى هذا المجال : هل السلطة التشريعية حرة فى وضع القوانين للدرجة التى تمتنع فيها عن اصدارها حال الزام الدستور لها بتنظيم الحقوق والحريات ؟ بمعنى ان سلطتها فى سن القوانين تقديرية بصفة مطلقة ام يمكن تصورهما مقيدة طبقا لما وضعه الدستور من مبادئ ؟

(9) يراجع فى مبدأ الفصل بين السلطات : رسالتنا للدكتوراه المقدمة لكلية الحقوق جامعة الاسكندرية بعنوان : " الاساس التاريخى والفلسفى لمبدأ الفصل بين السلطات " عام 1997 .

هذا التساؤل له وجاهته الظاهرة في ظل مبدأ الفصل بين السلطات ، وهو ما يثير ما يسمى بالنشاط الايجابي للمشرع ، والنشاط السلبي له ، فمن المعلوم ان رقابة دستورية القوانين انما تنبسط على النشاط الايجابي للمشرع ، وهذه هي الصورة التقليدية في مجال رقابة دستورية القوانين ، فهل يمكن اعمال الرقابة الدستورية كذلك على النشاط السلبي للمشرع اى في الحالة التي يمتنع فيها المشرع عن تناول موضوع معين من الحقوق والحريات حال الزام الدستور له بتنظيمها ؟ وهو ما يعرف حديثا بظاهرة الاغفال التشريعي

ان مناط طرح هذا التساؤل يرجع في الاساس الى حكم قضائي جديد قيم  
تعرض لمناطق جديدة في الفكر الدستوري اصدرته محكمة القضاء الاداري  
الدائرة الاولى بالقاهرة برئاسة استاذنا العلامة المستشار/ يحيى راغب  
دكروري نائب رئيس مجلس الدولة ورئيس محكمة القضاء الاداري في  
الدعوى رقم 18414 لسنة 68 ق بجلسة 27 يوليو 2015 بوقف نظر  
الدعوى وباحالة اوراقها الى المحكمة الدستورية العليا للفصل في مدى  
دستورية المواد 19 و 20 و 21 و 22 و 23 و 24 و 51 و 52 و 54 من  
قانون التأمين الاجتماعي الصادر بالقانون رقم 79 لسنة 1975 فيما لم  
تتضمنه من النص على تحديد حد ادنى للمعاشات يضمن الحياة الكريمة ،  
مما يثير مواطن الخيال العلمي للباحث بالتعرض له بدراسة عاجلة نحو  
هذا الموضوع ، خاصة وان مصر تشهد اول تشكيل لمجلس النواب الجديد  
عقب صدور الدستور المعدل الصادر في 18 يناير 2015 .

وسوف نعرض في هذا البحث العاجل لسبعة مطالب متتالية على النحو  
التالي :

**المطلب الاول :** تحديد معنى النشاط السلبي للمشرع او ما يسمى بالاغفال  
التشريعي ومناطه ومضاره وصوره .

**المطلب الثاني :** الاساس التاريخي والفلسفي والدستوري للرقابة  
الدستورية على الاغفال التشريعي والاستلها من ابداعات القضاء  
الاداري .

**المطلب الثالث:** مبدأ سمو الدستور و مدخل الرقابة الدستورية على ظاهرة  
الاغفال التشريعي.

المطلب الرابع : اتجاه الفقه التقليدي القائل بإطلاق السلطة التقديرية للمشرع ومدى الاعتراف بتقييدها دستوريا والامثلة الدالة في الدستور المعدل الصادر في 18 يناير 2014.

المطلب الخامس : اسس حكم القضاء الادارى بالاحالة للدستورية لامتناع المشرع عن تحديد حد ادنى للمعاشات ومضاته المضينة .

المطلب السادس : ملامح الاغفال التشريعي في فكر المحكمة الدستورية العليا .

المطلب السابع : ملامح الاغفال التشريعي في فرنسا واطاليا .

### المطلب الاول

تحديد معنى النشاط السلبي للمشرع او ما يسمى بالاغفال التشريعي ومناطه ومضاره وصوره

وسوف نعرض في المطلب الاول لمعنى النشاط السلبي للمشرع او ما يسمى بالاغفال التشريعي ومناطه ومضاره وصوره في اربع نقاط متتالية على النحو التالي .

#### اولا : المقصود بالاغفال التشريعي :

يقصد بالنشاط السلبي للمشرع او ما يسمى بالاغفال التشريعي ان يتخذ المشرع موقفا سلبيا من اختصاصه الدستوري نحو اصدار قانون ما كان من الواجب عليه اصداره ، متسلبا من ممارسة هذا الاختصاص ، ممتنعا عن اصدار قانون حال ان الدستور خصه بالحماية الدستورية ، وبغض النظر عن ان هذا الامتناع كليا او جزئيا ، وسواء كان عن عمد او اهمال ، مما يترتب عليه الاخلال بأحد الضمانات الدستورية محل تنظيم الحقوق والحريات (1) .

(1) يراجع في ذلك : د. عبد الحفيظ على الشيمي : رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا - دار النهضة العربية.

## ثانيا : مناهج النشاط السلبي للمشرع او ما يعرف بالاغفال التشريعي :

وترتيباً على ما تقدم ، فان مناهج النشاط السلبي للمشرع او الاغفال التشريعي انما يتمثل في احجام المشرع وعدم تدخله لتنظيم ما كان من الواجب عليه ان يشملها بنصوص صريحة ، وقوامه - على هذا النحو - يمثل اعتصاماً من المشرع بالصمت ، وتقاعساً عن التدخل لتنظيم احد الحقوق او الحريات بالتنظيم ، ويترتب على هذا الاغفال التشريعي قصور في التنظيم التشريعي لتلك الحقوق والحريات بما يؤدي الى الحرمان او الانتقاص منها على خلاف احكام الدستور (1)

## ثالثاً : مضار النشاط السلبي للمشرع او ما يعرف بالاغفال التشريعي :

لا مرية في ان هذا التقاعس والاحجام من المشرع عن ممارسه اختصاصه بهذا الشأن بما يحقق الاغفال التشريعي يؤدي الى مضار كثر ، اذ يخالف الدستور ويهدر احكامه ويعطلها ويجرد المواطنين من الحماية الدستورية المقررة لحقوقهم وحرياتهم ، ولا يخفى ان النشاط السلبي للمشرع او الاغفال التشريعي له عواقب وخيمة تتمثل في تبيد ثقة المواطنين بالدستور ، ومن شأنه كذلك ان يجعل نصوص الدستور مجرد شعارات جوفاء لا تساوي ما كتبت به من مداد لا تنتج اثراً ولا تغيير واقعاً ، على الرغم من انها في الاصل قواعد تتمتع بأعلى درجات الالزام الدستوري ، وهي التي شرعت لتطبيق وتحيا بين الناس لتلقى واجب الاحترام في تعاملهم مع الدولة وليست اضغاث احلام او امانى في الخيال يمني بها الناس ويوعدون (2)!

- عبد الرحمن عزوى : " الرقابة على السلوك السلبي للمشرع ، الاغفال التشريعي نموذجاً " مجلة العلوم القانونية والادارية والسياسية كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة ابوبكر بلقايد الناشر ابن خلدون 2010 الجزائر الشقيق

- l'omission de la loi ne doit pas être confondue avec l'imperfection de loi , cette notion met en évidence la forme principale d'expression du droit contemporain, problème de l'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle

- www.portail deperiodicon . i d p . edu

(1) يراجع في ذلك الحكم القيم - محل البحث - الذي اصدرته الدائرة الاولى بمحكمة القضاء الاداري بالقاهرة برئاسة استاذنا المستشار يحيى راغب دكروري في الدعوى رقم 18414 لسنة 68 ق بجلسة 2015/7/27

(2) يراجع في ذلك : الحكم القيم - محل البحث - الذي اصدرته الدائرة الاولى بمحكمة القضاء الاداري بالقاهرة المشار اليه .



## رابعاً : صور الاغفال التشريعي :

ينقسم الاغفال التشريعي الى صورتين : هما الاغفال التشريعي الكلي ، والاغفال التشريعي الجزئي ، ويكون الاغفال التشريعي الكلي حينما يتخلى المشرع عن اصدار القانون بصفة كلية بصدد حالة محددة مشمولة بالحماية الدستورية ، ولا يخفى ما لهذا الاغفال من نتائج سيئة تجعل الحقوق والحريات محل الحماية الدستورية تحت سلطان هوى السلطة التنفيذية ، الامر الذي يخل بمبدأ الفصل بين السلطات ، اما الاغفال الجزئي فيعني ان التشريع يتضمن تنظيمًا جزئيًا للحقوق والحريات وليس تنظيمًا كاملاً ، وهو ما يعد مخالفاً للدستور كالمساس بمبدأ المساواة مثلاً ، الامر الذي يؤدي الى الاخلال بالمراكز القانونية المتماثلة لذوى الاقران .

ويذهب الاتجاه الدستوري الحديث الى ان الرقابة الدستورية تنصب على حالة الاغفال الجزئي دون حالة الاغفال الكلي المحجوز للمشرع (1).

## المطلب الثاني

### الاساس التاريخي والفلسفي والدستوري للرقابة الدستورية على الاغفال التشريعي والاستلها من ابداعات القضاء الاداري

وسوف نعرض في المطلب الثاني للاساس التاريخي والفلسفي والدستوري للرقابة على الاغفال التشريعي وفكرة الاقتباس او الاستلها من القضاء الاداري في ثلاث نقاط متتالية على النحو التالي .

### اولاً : الاساس التاريخي للرقابة الدستورية في حالة الاغفال التشريعي والاستلها من ابداعات القضاء الاداري :

والحق ان الرقابة الدستورية على النشاط السلبي للمشرع او ما يسمى بالاغفال التشريعي لم يتجرأ عليها القضاء الدستوري من تلقاء ذاته

(1) يراجع في ذلك : " اطلالة على الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ضوء مبدأ الفصل بين السلطات " ورقة مقدمة من وفد جمهورية مصر العربية الى المؤتمر العالمي الثاني حول العدالة الدستورية . ريو دي جانيرو - البرازيل المدة من 16 الى 18 يناير 2011

ومحض عندياته ، وانما اقتبسها من ابداعات القضاء الادارى وهذا الاقتباس هو الذى يشكل الاساس التاريخى لتلك الرقابة من ناحيتين :

**الناحية الاولى :** تتمثل فى السلطة التقديرية للادارة حال تحديد المشرع مدة زمنية معينة للتعبير عن قرارها ايجابا او سلبا حسبما تقتضيه طبيعة النصوص ، ومدى اعتبار سكوت الادارة بعد استنفاد المدة القانونية التى قررها المشرع للرد خلالها بمثابة قرار ضمنى بالرغض او قرار ضمنى بالقبول ، وهو ما تنظمه طبيعة النصوص لحالة السكوت الملايس ، وهذه الفكرة التى ابدعها القضاء الادارى القصد منها مواجهة السكوت المتجاهل للادارة تجاه الافراد وهو ما يؤدى الى اهدار الكثير من المراكز القانونية لهم

**والناحية الثانية :** تتمثل فى فكرة القرار الادارى السلبى - وباعتبار ان القرار الادارى لا يتسم بشكل معين يصاغ فيه بل هو افساح الادارة عن ارادتها الملزمة بقصد احداث اثر قانونى معين - وهو يكون عندما يفرض القانون على الادارة ان تتخذ موقفا ايجابيا لاحداث اثر قانونى معين يتعين عليها اتخاذه فتمتنع عن اتخاذه فيكون قرارها السلبى مخالفا لحكم القانون ويخضع لرقابة القضاء الادارى دون التقيد بمواعيد دعوى الالغاء طالما ظلت حالة الامتناع قائمة .

وهكذا نرى ان القضاء الادارى هو الاسبق فى طرح الفكرة السالف بيانها وبسط رقابته فى حالتى السكوت الملايس للادارة و القرار الادارى السلبى ، فجاء القضاء الدستورى واستلهم الفكرة واقتبسها - ولا غضافة فى ذلك - وهو الذى رفضها منذ البداية - وعلى نحو ما سوف نرى - ثم اخذ بها على استحياء ثم طورها فى المجال الدستورى بشكل رانع لا يقل روعة عن ابدع اصل انشائها ، ومن ثم بسط رقابته على النشاط السلبى للمشرع او ما يسمى بظاهرة الاغفال التشريعى حال ان تلك الموضوعات مشمولة بالحماية الدستورية .

**ثانيا : الاساس الفلسفى للرقابة الدستورية فى حالة الاغفال التشريعى :**

وإذا كان الاساس التاريخى يمثل استلهما للقضاء الدستورى من القضاء الادارى فان الاساس الفلسفى للرقابة الدستورية على النشاط السلبى للمشرع او ما يعرف بالاغفال التشريعى هو من خلق القضاء الدستورى ذاته ،

ويكمن ذلك في مبدأ علو وسمو الدستور ، وسمو الدستور يكون من الناحيتين الشكلية والموضوعية ، وطبقا للمعيار الشكلي فان الدستور يأتي في المرتبة الاولى في البيان القانوني للدولة ، اذ تضعه السلطة التأسيسية وبالتالي فانه من الصعوبة بمكان بالنظر الى سمو قواعده ان تتخلى احدى سلطات الدولة عن الاختصاص الذي نيظ بها ممارستها .

وطبقا للمعيار الموضوعي فان الدستور يتناول اختصاصات السلطات العامة وعلاقتها ببعضها البعض ، كما يعالج حقوق الافراد وحررياتهم العامة ، وكل ذلك يدخل في اسمى القواعد القانونية التي توجب على كل سلطة واهمها السلطة التشريعية الا تصمت عن ممارسة الاختصاصات المعهودة اليها في الدستور او ان تتسلب منها او تتفاسد عن تناولها بالتنظيم (i) .

### ثالثا : الاساس الدستوري للرقابة على الاغفال التشريعي :

غنى عن البيان ان المحكمة الدستورية العليا بسطت رقابتها على حالة الاغفال الجزئي وليس الكلي - كما سبق القول - ويكمن الاساس الدستوري للرقابة على الاغفال التشريعي في انه يكفل لحقوق المواطنين وحررياتهم العامة المشمولة بالحماية الدستورية الرعاية الكاملة من الناحية العملية والتطبيقية وليس مجرد الوقوف على جوانبها النظرية ، وتلك الرعاية العملية هي الشرط الجوهرى او حجر الزاوية للانتفاع بتلك الحقوق والحرريات كما صاغها الدستور وصونا لها ، حتى يكون تنظيمها كافلا لتمتع المخاطبين بها ضمانا لقيمتها العملية في حياة المواطنين ، فاذا تدخل المشرع - ونفاذا لحكم الدستور - بالتنظيم لحق معين فإن تدخله يجب أن يكون متكامل الجوانب مفعلاً لكافة الضمانات الدستورية لهذا الحق بحيث إذا أغفل جانباً فإن ذلك من شأنه أن يقلل من الحماية الدستورية لهذا الحق بما يخالف الدستور.

وقد عبرت المحكمة الدستورية العليا عن الاساس الدستوري لتلك الرقابة وذهبت الى ان رقابتها للنصوص التشريعية إنما تتغير ردها الى أحكام الدستور تغليباً لها على ما دونها وتوكيداً لسموها على ما عداها لتظل الكلمة

(1) (i) يراجع في ذلك : د . عبد الحفيظ على الشيمي : " رقابة الاغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا " ، المرجع السابق الإشارة اليه .

العليا للدستور باعتباره القانون الأساسي الأعلى الذي يرسى القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم فيحدد للسلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية صلاحياتها واضعاً الحدود التي تقيد أنشطتها وتحول دون تدخل كل منها في أعمال الأخرى ، مقررأ الحقوق والحريات العامة مرتبأ ضماناتها ، وأن نصوص الدستور تتوخى أن تحدد لأشكال من العلائق السياسة والاجتماعية والاقتصادية مقوماتها ، ولحقوق المواطنين وحررياتهم تلك الدائرة التي لايجوز اقتحامها ، فلا يمكن أن تكون النصوص الدستورية - وتلك غاياتها - مجرد نصوص تصدر لقيم مثالية ترنو الأجيال إليها ، وإنما قواعد ملزمة لايجوز تهميشها أو تجريدها من أثارها أو إيهانها من خلال تحوير مقاصدها أو الإخلال بمقتضياتها أو الإعراض عن متطلباتها، فيجب دوماً أن يعلو الدستور و يسمى (2).

وبهذه المثابة فانه اذا تعمد المشرع مخالفة الدستور او انزلق الى تلك المخالفة دون وعى او قصد فانه يتعين قمع تلك المخالفة (3) والتغلب عليها عن طريق الرقابة الدستورية صونا لحقوق الافراد وحررياتهم وحمايتهم كما تصورهما الدستور .

(2) يراجع في ذلك : حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 11 لسنة 13 قضائية "دستورية" بجلسة 2000/7/8 .

(3) يراجع في هذا المعنى : المستشار الدكتور عوض المر الرئيس الاسبق للمحكمة الدستورية العليا " الرقابة على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية " مركز رينيه جان ديوى للقانون والتنمية ص 1416 وما بعدها

### المطلب الثالث

#### مبدأ سمو الدستور و مدخل الرقابة الدستورية على ظاهرة الاغفال التشريعي

من الجدير بالذكر ان الدستور يعد حجر الزاوية في البنيان القانوني لكل دولة ويحتل قمة التنظيم القانوني بها ، وهو الذى يحدد سلطات الدولة ويبين اختصاصاتها فمن ثم كان بدهيا ان تخضع تلك السلطات للدستور ولا تحيد عنه ، لذا تسمو مبادئ وقواعد الدستور على كافة القواعد القانونية الاخرى ، وحتى يمكن ضمان عدم مخالفة تلك السلطات لاحكام الدستور فان طريق الرقابة على دستورية القوانين هي السبيل الوحيد الذى يجعل للدستور مكانة واجبة الاحترام عند تلك السلطات تأكيدا لمبدأ سمو الدستور وخضوع الدولة للقانون .

وغنى عن البيان ، ان مبدأ سمو الدستور بات من المبادئ الاصلية في العلم الدستوري وهو يعد مظهرا من مظاهر مبدأ سيادة القانون الذى يعنى خضوع كافة السلطات بالدولة للقانون وهو من الضمانات الجوهرية لحماية حقوق الافراد وحررياتهم ، وموذى ذلك ولازمه ، ان خضوع سلطات الدولة للقانون وعلى قمتهما السلطتين التشريعية والتنفيذية فيما تصدره من قوانين او قرارات انما يكون بمراعاة القاعدة القانونية الاعلى المتمثلة فى الدستور ، ذلك انه لا يكفى لضمان حقوق وحریات الافراد ان يتضمن الدستور نصوصا بشأنها لان الدستور يترك امر تنظيمها للقوانين العادية والتي يمكن ان تتعرض لانتهاك اثناء تنظيمها ،ومن ثم وجب ان تكون هناك جهة تحمى حقوق الافراد وحررياتهم حال تناولها بالاعتداء عليها عن طريق الرقابة الدستورية على القوانين لتأكيد مبدأ سمو الدستور وخضوع الدولة للقانون كضمانة هامة لحماية حقوق الافراد وحریاتهم .

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا على مبدأ علو الدستور (4) اذ ذهبت الى ان الدستور هو القانون الأساسى الأعلى الذى يرسى القواعد والأصول التى يقوم عليها نظام الحكم ويحدد السلطات العامة ويرسم لها وظائفها ويضع الحدود والقيود الضابطة لنشاطها ويقرر الحريات والحقوق العامة ويرتب الضمانات الأساسية لحمايتها، ومن ثم فقد تميز الدستور بطبيعة خاصة

(4)يراجع فى ذلك : حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية الدستورية رقم 37 لسنة 9 قضائية بجلسة 1990/5/19 .

تضقى عليه صفة السيادة والسمو بحسبانه كفيل الحريات ومونلها و عماد الحياء الدستورية وأساس نظامها، وحق لقواعده أن تستوى على القمة من البناء القانونى للدولة وتنبوأ مقام الصدارة بين قواعد النظام العام باعتبارها أسمى القواعد الأمرة التى يتعين على الدولة التزامها فى تشريعها وفى قضائها وفيما تمارسه من سلطات تنفيذية، ودون أى تفرقة أو تمييز - فى مجال الالتزام بها - بين السلطات العامة الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية، ذلك أن هذه السلطات كلها سلطات مؤسسة أنشأها الدستور، تستمد منه وجودها وكيانها وهو المرجع فى تحديد

وظائفها، ومن ثم تعتبر جميعها أمام الدستور على درجة سواء، وتقف كل منها مع الأخرى على قدم المساواة، قائمة بوظيفتها الدستورية متعاونة فيما بينها فى الحدود المقررة لذلك، خاضعة لأحكام الدستور الذى له وحده الكلمة العليا وعند أحكامه تنزل السلطات العامة جميعاً، والدولة فى ذلك إنما تلتزم أصلاً من أصول الحكم الديمقراطى، هو الخضوع لمبدأ سيادة الدستور، وهو ما حرص الدستور القائم على تقريره بالنص على ان سيادة القانون أساس الحكم فى الدولة والنص على أن تخضع الدولة للقانون، ولا ريب فى أن المقصود بالقانون فى هذا الشأن هو القانون بمعناه الموضوعى الأعم الذى يشمل كل قاعدة عامة مجردة أيا كان مصدرها ويأتى على رأسها وفى الصدارة منها الدستور بوصفه أعلى القوانين وأسمها.

وإذ كان خضوع الدولة بجميع سلطاتها لمبدأ سيادة الدستور أصلاً مقررأً وحكماً لازماً لكل نظام ديمقراطى سليم، فإنه يكون لازماً على كل سلطة عامة أيا كان شأنها وأيا كانت وظيفتها وطبيعة الاختصاصات المسندة إليها، النزول عند قواعد الدستور ومبادئه والتزام حدوده وقيوده، فإن هى خالفتها أو تجاوزتها شاب عملها عيب مخالفة الدستور، وخضع - متى انصبت المخالفة على قانون أو لائحة - للرقابة القضائية التى عهد بها الدستور إلى المحكمة الدستورية العليا بوصفها الهيئة القضائية العليا التى اختصها دون غيرها بالفصل فى دستورية القوانين واللوائح بغية الحفاظ على أحكام الدستور وصونها وحمايتها من الخروج عليها .

ومما تجدر الإشارة إليه - وكما قضت المحكمة الدستورية العليا فى مصر - فإن علو بعض النصوص القانونية على بعضها يفيد بالضرورة تدرجها فيما بينها وفق ترتيبها، فلا يكون ادناها مقيدا لاعلاها بل دائرا فى اطاره، ولا كذلك النصوص التى ينتظمها الدستور، إذ تتحد جميعها فى قوتها ومنزلتها

ومدارجها وتتساند كذلك فيما بينها منشئة من مجموعها تلك الوحدة العضوية التي تضمها وتحقق تماسكها وتكفل انصرافها الى الاغراض التي ربطها الدستور بها ، فلا تتنافر توجهاتها وانما تعمل جميعها في اطار منظومة واحدة تتناغم قيمها وثوابتها فلا يكون بعضها لبعض تكبير (5)

ومن المعلوم ان الرقابة الدستورية التقليدية على دستورية القوانين تكمن في النشاط الايجابي للمشرع من خلال الحكم على مدى اتساق مواد القانون مع نصوص احكام الدستور ، بيد ان التطور الدستوري العالمي الحديث كشف النقاب عن بسط الرقابة الدستورية كذلك على النشاط السلبي للمشرع وهو ما يعرف بظاهرة الاغفال التشريعي ، وهو يكون حينما يمتنع المشرع عن سن القوانين طبقا لما نصت عليه مواد الدستور ، وقد استبان للقضاء الدستوري العالمي خطورة ما يترتب على الاغفال التشريعي من حدوث فراغ تشريعي في تنظيم احد الحقوق او الحريات العامة للمواطنين ، فيكون الامر اكثر خطرا عند تحقق الاغفال التشريعي من استغلال السلطة التنفيذية بما يستشف منه هواها ، فتكون النتيجة اخلال باحدى الضمانات الجوهرية لتلك الحقوق والواجبات .

وقد يرى الفقه التقليدي في بادئ الامر على ان امتناع المشرع عن التشريع في مسألة انما هو اختصاص محجوز له بموجب سلطته التقديرية التي لا معقب عليها بحيث يصبح البرلمان السيد لقراره - على حد تعبير احد رؤساء مجلس الشعب السابقين - ولكن روح التطور والتلاحق كشف على ان الرقابة الدستورية تنبسط في حالة الاغفال التشريعي ايضا لمراعاة اعتبارين جوهريين : يتمثل الاعتبار الاول في انه يتوجب بصفة دائمة منع اى مخالفة للدستور سواء كان ذلك عن عمد او اهمال فلم تعد الغاية العمدية وحدها مناط الاهتمام ، وانما يمكن ان يتولد ذلك عن اهمال ، ويتمثل الاعتبار الثانى في انه يتوجب بصفة دائمة ان يكون انتفاع المواطنين بحقوقهم وحرياتهم انتفاعا كاملا طبقا لما نص عليه الدستور وليس منقوصا ، ذلك انه بغير تحقيق الانتفاع الكامل بالحقوق والحريات المنصوص عليها دستوريا فسوف تظل تلك النصوص الدستورية غير فعالة ومحض حقوق نظرية ، مما يفقد ثقة المواطنين في احكام ذلك الدستور وهو الامر الذى

(5) يراجع في ذلك : حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 116 لسنة 18 قضائية دستورية بجلسة 1997/8/2 .

يكون له عواقب وخيمة على المستوى الشعبى والسياسى ويؤدى الى الاضطراب والفوضى .

### المطلب الرابع

اتجاه الفقه التقليدى القائل باطلاق السلطة التقديرية للمشرع ومدى الاعتراف بتقيدها دستوريا والامثلة الدالة فى الدستور المعدل الصادر فى 18 يناير 2014

السلطة التقديرية تعنى حرية الاختيار الممنوحة لسلطة ما فى ممارسة اختصاصاتها ، ومن ثم فالسلطة التقديرية للمشرع تعنى تمتعه بالحرية الكاملة فى سن القوانين كيفما شاء ووقتما شاء ، ولكن هذه السلطة التقديرية قد تواجه عقبات فى بعض الحالات - وعلى سبيل الاستثناء - حينما يرسم الدستور للمشرع التزاما عليه فى مجال الحقوق والحريات يتعين عليه الا يحيد عنه فحينئذ تكون سلطة المشرع محددة بتلك المبادئ والالتزامات الدستورية .

وعلى الرغم من ذلك ، يذهب بعض الفقهاء<sup>6</sup> الى عدم جواز ان تكون سلطة المشرع فى سن القوانين مقيدة بل هى دائما سلطة تقديرية بصفة مطلقة ، وانه لا يجوز ان يرد على سلطته اى حد او قيد ، ووجته فى ذلك انه ولئن ساغ التقدير والتقييد على سلطة الادارة فانه من غير المتصور ان يرد ذلك على سلطة التشريع ، لان السلطة التقديرية للمشرع هى جوهر التشريع ، وليس من المعقول ان يرسم الدستور طرقا معينة يتحتم على المشرع سلوكها ، فى حين ان الغاية من التشريع هى ان يواجه المشرع لما يطرحه تطور الجماعة .

ونحن نرى انه ولئن كان الاصل العام الذى لا مرية فيه هو ان يتمتع المشرع بالسلطة التقديرية فى سن القوانين ، الا انه وبتطور المجتمعات الساعية للحرية وكفاحها ضد الاستبداد ، اضحى من المتصور الاعتراف بان الدستور الذى يتم وضعه وغالبا للتعبير عن الحاجات الاساسية للمجتمع

6 ا . د محمد عصفور : " مذاهب المحكمة الادارية العليا فى الرقابة والتفسير والابتداع " الجزء الاول المطبوعة العالمية 1957 ص 139 .

- ا . د . سليمان الطماوى : " النظرية العامة للقرارات الادارية " ص 35

- Favoreu Louis : " Le droit constitutionnel jurisprudentiel " , Mars 1983- - Mars 1986" , R . D.P . , 1986 . P.437



في مبادئه العليا يمكن ان يقيد سلطة المشرع بحدود معينة يتعين عليه الا يحيد عنها ، وعلى سبيل التمثال والتبيين لا الحصر والتعيين حينما ينص الدستور المعدل الصادر في 18 يناير 2014 في المادة ( 9 ) منه على ان " تلتزم الدولة بتحقيق تكافؤ الفرص بين جميع المواطنين دون تمييز " فلا يجوز للمشرع ان يسن تشريعا يخالف فيه مبدأ تكافؤ الفرص ولا ان يتغافل عن تقريره لذوى الاقران ، وكذلك حينما ينص هذا الدستور في المادة ( 40 ) منه على انه " المصادرة العامة للاموال محظورة ولا تجوز المصادرة الخاصة الا بحكم قضائي " فمن غير الجائز ان يقدم المشرع على وضع تشريع يخالف فيه مبدأ حظر المصادرة العامة للاموال ، او ان ينظم جواز المصادرة الخاصة في غيبة من السلطة القضائية التي خصها الدستور باقرار ذلك ، او ان يصمت عن تقرير ذلك التنظيم ، ومثاله كذلك ما نص عليه الدستور

السالف من انه " تلتزم الدولة بحماية قناة السويس وتنميتها ، والحفاظ عليها بصفتها ممرا مائيا دوليا مملوكا لها كما تلتزم بتنمية قطاع القناة باعتباره مركزا اقتصاديا متميزا " وبالتالي فان المشرع ملتزم دوما في سن القوانين بما يحافظ على قناة السويس بصفتها ممرا مائيا دوليا مملوكا لمصر ودون ان يكون له وضع قاعدة من شأنها ايلولة ملكيتها الى دولة اخرى او شركة متعددة الجنسيات مثلا ، وليس له ان يتسلب من ممارسة هذا الاختصاص بالامتناع عن تقرير ما احتواه ذلك النص الدستوري الهام ، وهكذا فانه ينبغي الاعتراف انه على سبيل الاستثناء فان سلطة المشرع يمكن ان تكون مقيدة بحدود معينة نص عليها الدستور ، فالتقدير هو الاصل والتقييد هو الاستثناء ، ومن هنا لاحت في الافق حديثا ظاهرة الاغفال التشريعي عندما يمتنع المشرع عن اصدار قانون حال شموله بالحماية الدستورية ، لوضع رغبة المشرع الدستوري الناطقة باسم الشعب لمواجهة طغيان السلطة او الاستبداد ، موضع التطبيق الفعلي خاصة في مجال حماية الحقوق والحرريات .

## المطلب الخامس

### اسس حكم القضاء الادارى بالاحالة للدستورية لامتناع المشرع عن تحديد حد ادنى للمعاشات وومضاته المضئية

ان الحكم الذى اصدرته محكمة القضاء الادارى الدائرة الاولى بالقاهرة برئاسة استاذنا المستشار/ يحيى راغب دكرورى نائب رئيس مجلس الدولة ورئيس محكمة القضاء الادارى يقدم نمونجا حيا لاول تطبيق عملى يعد تاليا لصدور الدستور المعدل الصادر فى 18 يناير 2014 عن فكرة الرقابة على النشاط السلبى للمشرع العادى او ما يعرف بفكرة الاغفال التشريعى<sup>(7)</sup>. وهو ما نعرض له فى اربع نقاط على النحو التالى .

### اولا : القضاء الادارى وبيان الرقابة الدستورية على النشاطين الايجابى والسلبى للمشرع :

وقد استند هذا الحكم الى اسس عادلة وبيّن فى صراحة ووضوح النشاطين الايجابى والسلبى للمشرع وارتأى الحكم انيساط رقابة المحكمة الدستورية العليا على النشاط السلبى مثله فى ذلك مثل النشاط الايجابى ، ذلك ان المحكمة الدستورية فى سبيل اداء رسالتها فى حماية الدستور وممارسة اختصاص الرقابة على دستورية القوانين واللوائح لم تقصر هذه الرقابة على النصوص التشريعية الصريحة التى تصدر من المشرع وانما بسطت رقابتها ومدتها الى حالات الاغفال التشريعى التى تقع من المشرع عند تنظيمه الحقوق التى كفلها الدستور حين يحجم المشرع ولا يتدخل لتنظيم ما كان من الواجب عليه ان يشملها بنص صريح .

وقد رتب حكم القضاء الادارى على هذا الاغفال التشريعى قصور فى التنظيم التشريعى للحقوق يودى الى الحرمان او الانتقاص منها على خلاف احكام الدستور وهو الامر الذى ينطبق على النصوص التشريعية محل التطبيق فى الدعوى المشار اليها حيث لم يتدخل المشرع للنص على حد ادنى للمعاشات واغفل ذلك وهو ما ارتأت معه المحكمة وقف نظر الدعوى

(7) يراجع فى ذلك : الحكم - محل البحث والدراسة - الذى اصدرته الدائرة الاولى بمحكمة القضاء الادارى بالقاهرة برئاسة استاذنا المستشار يحيى راغب دكرورى فى الدعوى رقم 18414 لسنة 68 ق بجلسة 2015/7/27 .

وأحالة أوراقها بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في مدى دستورية المواد أرقام 19 و20 و21 و22 و23 و24 و51 و52 و54 من قانون التأمين الاجتماعي الصادر بالقانون رقم 79 لسنة 1975 فيما لم يتضمنه من النص على تحديد حد أدنى للمعاشات يضمن الحياة الكريمة وفقا لما نصت عليه المادة 27 من الدستور الحالي .

### ثانيا : حكم القضاء الإداري وبيان الإلزام الدستوري للمشرع بممارسة اختصاصه وكشف النتائج الضارة على مخالفته :

أوضح حكم القضاء الإداري المضار الناجمة عن النشاط السلبي للمشرع أي سكوت المشرع عن وضع نصوص الدستور موضع التطبيق الفعلي ، إذ لا يجوز للمشرع أن يدير ظهره للدستور ولا أن يغفل عن وضع ما نص عليه الدستور في هذا الشأن موضع التنفيذ ، وعلى المشرع أن ينقل الحماية الدستورية التي تقررت للمؤمن عليهم وللمستحقين عنهم من نطاق عمومية المبادئ الدستورية إلى دائرة الحقوق القانونية الممكنة والمتاحة حتى يتمكن المواطنون من الظفر بحقوقهم ، وإذا اعتصم المشرع بالصمت وتقاوس عن التدخل لتحديد حد أدنى للمعاشات على وجه يضمن الحياة الكريمة فإنه بذلك يتخلى عن الوفاء باستحقاق اجتماعي أوجبه الدستور .

ولم يفت القضاء الإداري أن يحدد النتائج الضارة على الأغفال التشريعي تتمثل في مخالفة الدستور وأهدار أحكامه وتعطيلها ، وتجريد المواطنين من الحماية الدستورية المقررة لحقهم في العدالة الاجتماعية وفي الضمان الاجتماعي وفي الحصول على المعاش الذي يضمن الحياة الكريمة ، وهو ما يلقي بظلاله الكثيفة نحو تبيد ثقة المواطنين بالدستور وتحويل نصوص الدستور من قواعد تتمتع بأعلى درجات الإلزام إلى شعارات جوفاء لا تساوي ما كتبت به من مداد ولا تنتج أثرا ولا تغير واقعا في حين أن مبادئ الدستور شرعت في الأصل من أجل تطبيقها واحترامها وليست إيماني يمني بها الناس ويوعدون !.

### ثالثا : القضاء الإداري يحدد مفهوما راقيا للمعاش :

وقد حدد حكم القضاء الإداري مفهوما دستوريا راقيا للمعاش ، وذهب إلى أن المعاش في مفهوم الدستور ليس صدقة تتصدق بها الدولة على المواطنين

وانما هو حق للمؤمن عليهم او المستحقين عنهم والتمتع بالحقوق لا يتم الا باتاحة كاملة دون جور عليها او تطفيف يفرغها من مضمونها ، واذ كان من حق المواطن ان يتمتع بكل حقوقه المضمونة دستوريا فان تمتعه بكل حق على حده يجب ان يكون كاملا غير منقوص ، ولم يرد النص فى الدستور على تحديد حد ادنى للمعاشات عبثا ، وانما قصد منه تقرير حق دستورى للمؤمن عليهم او المستحقين عنهم فى الحصول على معاش يضمن لهم الحياة الكريمة من غير بخس او ظلم .

### رابعا : القضاء الادارى يحدد العلة الدستورية فى شمول الحد الادنى للمعاشات بالحماية الدستورية :

ولم يفت حكم القضاء الادارى القيم ان يعرض للعلة الدستورية التى جعلت المشرع الدستورى يرقى بالالتزام بالحد الادنى للمعاشات الى مصاف الالتزامات الدستورية ، اذ ان الغاية من نظام التأمين الاجتماعى هى ضمان توفير الحماية الاقتصادية والاجتماعية للمؤمن عليهم واسرهم ومنهم من بلغ سن التقاعد بعد ان افنى شبابه فى العمل ، ومن امسى عاجزا عن العمل بسبب اصابته باصابة عمل او بمرض من امراض المهنة او ابناء صغار او ارامل او غيرهم من المستحقين عن المؤمن عليهم بعد وفاتهم ، وقد اوجب الدستور فى نص واضح المعنى صريح

الدلالة - لاشبهه فيه ولا مظنة ولا غموض - ان يكون للمعاش حد ادنى وان يضمن المعاش الحياة الكريمة ، وحتى يحقق نظام التأمين الاجتماعى اهدافه وفقا للدستور يجب ان يكون المعاش الذى يصرف كافيا لضمان اعباء الحياة ، ويصون الكرامة ويحمى من ذل الحاجة ويوفر الحياة اللائقة لجموع من المواطنين يغلب عليهم تعذر الكسب .

وصفوة القول ان الحكم القيم الذى اصدرته محكمة القضاء الادارى بالقاهرة فى دائرتها الاولى برئاسة استاذنا العلامة المستشار/ يحيى راغب دكرورى نائب رئيس مجلس الدولة هو اول حكم قضائى يعتبر تاليا لصدور الدستور المعدل فى 18 يناير 2014 لمواجهة ظاهرة الاغفال التشريعى وفرض الرقابة الدستورية على النشاط السلبى للمشرع حال الزام الدستور له بتنظيم الحقوق والحريات انما يعد حكما مبسطا ميسورا ومستفيضا مسجورا واوغل نجابة وحذقا وهو فى طريق الحق رتقا وفى المجمل يكسوه ومضات مضيئة افاء الله بها على رجال القضاء الادارى من نعمه

فأخرجوا للناس مما جادت به قرائحهم في العلم وكشفوا مغاليق في وجه الحرية فتحت ابوابها لازكاء روح العدالة اللازمة لتفعيل مواد الدستور ، فإن لم تفعل السلطة التشريعية تلك المواد لتكون نصوصاً حية بين الناس فإنها تصبح كأعجاز نخل خاوية وإذا تسلب منها المشرع واعتصم ، فهل ترى لها في نظر الشعوب من باقية ؟!

ان ما يراه بعض الفقهاء التقليديين الذين ينادون بالسلطة المطلقة للمشرع وينتقدون الرقابة على النشاط السلبي للمشرع العادي بل ويعتبرونه خلقاً مشوهاً ان لم يكن ولد موهباً مثل دعواتهم كمثل غيث يعجب الكفار نباته ثم يهيج فتراه مصفراً ذلك مبلغهم من العلم ألا ساء ما يزرعون ، ويومئذ لا ينفع الذين نطقوا باطلاق سلطة المشرع دون رقيب معذرتهم ولا هم يستعتبون و في ميزان الحق ما هم الا المبتطلون ، ولو ان اصحاب هذا الرأي سمحوا فتخففوا وجاءوا برأيهم على محمل التغليب لكان قولهم سانغاً لكنهم اوردوه مورد الاطلاق فضيقوا على انفسهم الخناق ، اذ السلطة - وعلى حد تعبير مأتور عن احد كبار رجال الفكر السياسي البريطاني اللورد اکتون Acton " مفسدة ، والسلطة المطلقة مفسدة مطلقة " ، فاطلاق سلطة المشرع في غيبة من الالزام الدستوري يؤدي الى طغيان احدى اهم سلطات الدولة ، فضلاً عن تعارضه مع علو الدستور ، ذلك ان السكوت المطلق للمشرع عن تنظيم الحقوق والحريات لا يمكن السكوت عليه ، وهو في حقيقته تأمر على الدولة مادام الناس يشعرون ان نصوص الدستور مجرد وهم غير قابل للتطبيق ، فالدستور ليس مجرد نصوص تصدر لقيم مثالية ترنو الأجيال إليها ، وإنما يتضمن قواعد ملزمة لسلطات الدولة لايجوز تهميشها أو تجريدها من آثارها أو إيهانها من قوتها بتحويل مقاصدها أو الإخلال بمقتضياتها أو الإعراض عن متطلباتها ، ومن ثم فإن حكم القضاء الإداري - محل الدراسة والبحث - يهدف الى مواجهة ظاهرة خطيرة قد تؤثر على البنيان القانوني لسلطات الدولة تتمثل في حدوث الفراغ التشريعي الذي يؤدي الى البلبلة والاضطراب والفوضى داخل المجتمع لعدم تنظيم الحقوق التي تعبر عن حاجات الناس .

و فضلاً عن ذلك فان الحكم - محل الدراسة والبحث - الذي اصدره استاذنا المستشار يحيى دكرورى نائب رئيس مجلس الدولة ورئيس محكمة القضاء الإداري من شأنه ان يؤدي الى

ترسيخ مفهوم جديد لاركان التوازن الفعال لمبدأ الفصل بين السلطات  
لتمارس السلطة التشريعية اختصاصاتها دون تسلب او اعتصام ، وللحيلولة  
دون استغلال السلطة التنفيذية لهذا الامر ومظنة خضوعه تحت لواء هواها  
بما يجوز على حقوق المواطنين وحرياتهم ، وحتى لا تهدر ثقة الناس في  
الدستور ولا تتبدد ، مادم ينظرون الى ان نصوص الدستور محض حقوق  
نظرية يكون مكانها متحف التاريخ وهي التي شرعت لتكون على القمة من  
وهج الحياة اليومية وهو الامر الذي يكون له عواقب وخيمة على المستوى  
الشعبى والسياسى ويؤدى الى الاضطراب والفوضى ، ومن ثم يكون هذا  
الحكم - وبحق - قيمة علمية فى قضاء مجلس الدولة الحديث وعلامة  
عملية فارقة فى تاريخ الفكر السياسى والدستورى المعاصر .

### المطلب السادس

#### ملاحح الاغفال التشريعى فى فكر المحكمة الدستورية العليا

وسوف نعرض فيما يلى للاتجاه التقليدى للمحكمة الدستورية العليا الراض  
للقابة على الاغفال التشريعى ثم نعرض تطور فكر المحكمة فى اتجاهها  
الحديث المؤيد لتلك الرقابة .

#### اولا : الاتجاه التقليدى للمحكمة الدستورية العليا الراض للرقابة الدستورية على الاغفال التشريعى :

فى بادئ الامر اتخذت المحكمة الدستورية العليا فى مصر موقفا تقليديا  
رافضا الاعتراف بالرقابة الدستورية على النشاط السلبى للمشرع اى  
الاغفال التشريعى ، اكتفاء بالرقابة الدستورية على النشاط الايجابى للمشرع  
فقط ، اى بسطت رقابتها على مدى دستورية القوانين الصادرة من المشرع  
، لا القوانين التى يجب عليه اصدارها ، ولم يكن امر الرقابة على الاغفال  
التشريعى متصورا لديها ، وحجة القضاء الدستورى فى هذا الاتجاه هي ان  
سن القوانين من الملاءمات التى يستقل بتقديرها المشرع دون معقب عليه .  
وقد افصحت المحكمة الدستورية العليا عن هذا الاتجاه بوضوح فى حكمها

الصادر بجلسة 16 فبراير 1980 فى القضية رقم 13 لسنة 1 قضائية " دستورية "

### ثانيا : الاتجاه الحديث للمحكمة الدستورية العليا المؤيد للرقابة الدستورية على الاغفال التشريعى :

وفى تطور لاحق وتمشيا مع الاتجاهات الدستورية الدولية بسطت المحكمة الدستورية العليا رقابتها على النشاط السلبى للمشرع اى على الاغفال التشريعى ، ومن بين الاحكام التى تعبر عن هذا الاتجاه حكمها الصادر بشأن المحميات الطبيعية بجلسة 1994/10/1 فى القضية الدستورية رقم 20 لسنة 15 قضائية اذ قضت بعدم دستورية المادة الاولى من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 450 لسنة 1986 بإنشاء محميات طبيعية بمنطقة جب علبة بالبحر الحمر وذلك فيما تضمنته من عدم تعيين الحدود التى تبين النطاق المكانى لتلك المحميات ، استنادا الى أن اغفال نشر خريطة المحميات التى تبين حدود كل محمية من شأنه أن يجهل بالركن المادى لجريمة الاعتداء على المحميات بما يفقد التجريم خاصية اليقين ويجعله مخالفاً للدستور .

كما انه وفى مجال رقابة المحكمة الدستورية العليا على الإغفال التشريعى حكمها الصادر بجلسة 1999/5/2 فى القضية رقم 182 لسنة 1999 قضائية " دستورية " اذ قضت المحكمة بعدم دستورية المادة (13) من قانون حماية الآثار الصادر بالقانون رقم 117 لسنة 1983 فى مجال تطبيقها على الملكية الخاصة ، وذلك فيما لم تتضمنه من تعويض المالك عن اعتبار ملكه اثراً ، وقد أستندت المحكمة فى قضائها على إن الحماية التى كفلها الدستور للملكية الخاصة تفترض ألا ترهق القيود التى يفرضها المشرع عليها- فى إطار وظيفتها الاجتماعية- جوهر بنيانها، وألا

يكون من شأنها تعطيل الانتفاع بها بما يفقدها علة وجودها، وينحدر بالحماية المقررة لها إلى ما يفرضها من مضمونها، ذلك أن صون الملكية الخاصة و إعاقبتها لا يجتمعان، وكلما تدخل المشرع مقوضاً بنيانها من خلال قيود ترهقها إلى حد ابتلاعها، كان عمله افتئاتاً عليها منافياً للحق فيها ، واعتبرت ان النص الطعين قد عطل- دون تعويض- كل خيار لمالك العقار فى توجيهه الوجهة التى يقدر أنها فى صالحه، حائلاً بذلك دون الانتفاع به اقتصادياً فى الأغراض المقصودة منه، فإنه يتمخض تدميراً للملكية الخاصة لا تسامح فيه

أيا كان نطاق المصالح التي يتذرع بها المشرع ، ذلك أن مشروعية المصلحة حدها قواعد الدستور ، إذ هي مدخلها وقاعدة بنيانها، ولا يتصور أن تقوم مصلحة على خلافها.

وفي الالفية الجديدة استمر نهج المحكمة الدستورية العليا على الرقابة الدستورية على الاغفال التشريعي ولكن هذه المرة عن طريق اخلال المشرع بأحد المبادئ الدستورية التي باتت في ضمير الشعوب وهو مبدأ المساواة ، وذلك من خلال حكمها الصادر بجلسة 2002/4/14 فى القضية الدستورية رقم 6 لسنة 20 قضائية حيث قضت بعدم دستورية نص المادة (17) من القانون 136 لسنة 1981 فى شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر ، فيما تضمنه من قصر استمرار عقد الإيجار على الزوجة المصرية وأولادها من زوجها المستأجر غير المصرى عند انتهاء إقامته بالبلاد فعلاً أو حكماً دون الزوج المصرى وأولاده من زوجته المستأجرة غير المصرية ، وقد استندت المحكمة الى أن مبدأ المساواة كان يحتم أن يمد مظلة حكم النص المطعون فيه إلى الزوج المصرى وأولاده من المستأجرة الأجنبية عند انتهاء إقامتها بالبلاد إن فعلاً وإن حكماً . وإذ لم يفعل النص ذلك فإنه يكون مخالفاً لمبدأ المساواة ويتصادم مع الدستور .

### المطلب السابع

#### ملامح الاغفال التشريعي فى فرنسا وإيطاليا

وسوف نعرض لتلك الملامح فى نقطتين متتاليتين على النحو التالى :

#### أولاً : ملامح الاغفال التشريعي فى فرنسا :

من المعلوم ان المجلس الدستورى الفرنسى - وهو الذى يتولى الرقابة الدستورية - يبسط رقابته على الاغفال التشريعي ، وقد ذهب المجلس الدستورى الفرنسى الى ان تنظيم المشرع لاحدى الموضوعات المشمولة بالحماية الدستورية تنظيمياً ليس كافياً فإنه يقرر عدم دستورية هذا الموضوع فيما تضمنه من اغفال المشرع تنظيم الموضوع بكامله دون حرمان او نقصان .



ومن بين الامثلة الحديثة على رقابة المجلس الدستوري الفرنسي على النشاط السلبى للمشرع او ما يسمى بالاغفال التشريعى ما انتهى اليه هذا المجلس من عدم دستورية النص الذى ينظم جرائم الارهاب وذلك بسبب ان المشرع لم يحدد مفهوم الجريمة الارهابية بصورة كافية الامر الذى قد ينجم عنه تعسف السلطة العامة فى هذا الصدد (8)

### ثانيا : ملامح الاغفال التشريعى فى ايطاليا :

وفى ايطاليا اصدرت المحكمة الدستورية عام 1971 حكمها بعدم دستورية المادة 304 مكرر من قانون الاجراءات الجزائية وقد استندت المحكمة فى ذلك الى اغفال المشرع ذكر حق المدافع فى الحضور اثناء استجواب المتهم فى مرحلة التحقيق ، وقد اعتبرت المحكمة الدستورية الايطالية هذا الاغفال من جانب المشرع مخالفة دستورية للنص الدستورى السالف المتعلق باحد الضمانات الجوهرية للمتهم (9) .

وبهذه المثابة ، تبدو القيمة العلمية لحكم محكمة القضاء الادارى برئاسة استاذنا المستشار يحيى راغب دكرورى نائب رئيس مجلس الدولة ورئيس محكمة القضاء الادارى الخاص بالاغفال التشريعى بامتناع المشرع عن تنظيم حد ادنى للمعاشات يضمن الحياة الكريمة ويكون كافيا لضمان اعباء الحياة ، ويصون الكرامة ويحمى من ذل الحاجة ويوفر الحياة اللائقة لجموع من المواطنين يغلب عليهم تعذر الكسب ، وهو حكم ينم عن تطور القضاء الادارى المصرى بشأن القواعد التى ينشئها اخذا فى الاعتبار مدى الخلق الابداعى لها ، وهكذا يبدو للاحكام كذلك ومضات مضيئة فى حياة الشعوب الطواقم للحرية والساعية للعدالة الاجتماعية.

---

(8) يراجع فى ذلك : د. عبد الحفيظ على الشيمى : " رقابة الإغفال التشريعى فى قضاء المحكمة الدستورية العليا " المشار اليه سلفا ص 61 - وكذلك يراجع : " رقابة الإغفال فى القضاء الدستورى " المستشار د. محمد عبد العزيز سالماني.

(9) يراجع فى ذلك د. عبد الحفيظ على الشيمى : المرجع السابق ص 145 وما بعدها.

## عدم صلاحية القاضى

الذى أصدر الحكم الغيابى فى جنائية

للحكم فى الدعوى عند إعادة إجراءات المحاكمة

القاضى زغول البلشى نائب رئيس محكمة النقض

البين من استقرار التشريعات المتعاقبة أن الشارع قد حرص على التنصيص - وعلى سبيل الحصر- على الأسباب التى تنتفى معها صلاحية القاضى لنظر الدعوى والفصل فيها، فأوردها فى المادة 313 من قانون المرافعات القديم ومنها استقى المشرع المادة 247 من قانون الإجراءات الجنائية التى جرى نصها على أن " يمتنع على القاضى أن يشترك فى نظر الدعوى إذا كانت الجريمة قد وقعت عليه شخصيا ، أو إذا كان قد قام فى الدعوى بعمل مأمور الضبط القضائى أو بوظيفة النيابة العامة أو المدافع عن أحد الخصوم أو أدى فيها شهادة، أو باشر عملا من أعمال اهل الخبرة 0 ويمتنع عليه كذلك أن يشترك فى الحكم إذا كان قد قام فى الدعوى بعمل من أعمال التحقيق أو الإحالة أو أن يشترك فى الحكم فى الطعن إذا كان الحكم المطعون فيه صادرا منه"0 وكذلك المادة 146 من قانون المرافعات المدنية والتجارية التى تنص على أن " يكون القاضى غير صالح لنظر الدعوى ممنوعا من سماعها ولو لم يرده أحد الخصوم فى الأحوال الآتية " :1- إذا كان قريبا أو صهرا لأحد الخصوم الى الدرجة الرابعة 0 2- إذا كان له أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم فى الدعوى أو مع زوجته 0 3- إذا كان وكيلا لأحد الخصوم فى أعماله الخصوصية أو وصيا عليه أو قيما أو مظنونة وراثته له، أو كانت له صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة بوصى أحد الخصوم أو بالقيم عليه أو بأحد أعضاء مجلس ادارة الشركة المختصة أو بأحد مديريها وكان لهذا العضو أو المدير مصلحة شخصية فى الدعوى 0 4- إذا كان له أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب أو لمن يكون هو وكيلا عنه أو وصيا أو قيما عليه مصلحة فى الدعوى القائمة 0 5- إذا كان قد أفتى أو ترفع عن أحد الخصوم فى الدعوى، أو كتب فيها ولو كان

ذلك قبل اشتغاله بالقضاء، أو كان قد سبق له نظرها قاضيا أو خبيراً أو محكماً ، أو كان قد أدى شهادة فيها" 0 وقد جاء في المذكرة الايضاحية تعليقا على نص المادة 313 من قانون المرافعات القديم المقابلة لنص المادة 146 من قانون المرافعا الحالي " أن المتأمل في أسباب رد القضاة الموجودة في القانون الحالي (الأهلي) ليجد من بينها علاقات للقاضي بالدعوى المطروحة عليه أو بأحد الخصوم فيها0 ومثل هذه العلاقات مما يقتضى بذاته وبغير حاجة الى طلب من أحد الخصوم تنحية القاضي عن نظر الدعوى استيفاء لمظهر الحيطة الذي يجب أن يظهر به أمام الخصوم والجمهور، وضنا بأحكامه أن تعلق بها الاسترابة من جهة شخصه لدواع يدعن لها أغلب الخلق 000 وأن المعنى الجامع في الأسباب الواردة في المادة المذكورة هو كونها مما تضعف له النفس في الأغلب الأعم ، وكونها معلومة للقاضي ويبعد أن يجهلها"0

وهو ما يدل على شرعة المشرع ومنهاجه في أصل من أصول قضاء الحكم تحصيلنا للقاضي من مواطن التأثير الذي يدعن لها البشر ، واستشرافا لترسيخ مبدأ الحيطة ، وهو جوهر العدالة في صدور المواطنين ، وقطعا لدابر الاسترابة في حكم القاضي ، وحفاظا على توقيره وجلال الحكم في نفوس الناس عامة ، أيا كان مأل الحكم في الدعوى ، ورتب البطلان جزاء على مخالفة ما حظره ، الأمر الذي نصت عليه المادة 147 من قانون المرافعات المدنية والتجارية بأنه " يقع باطلا عمل القاضي أو قضاؤه في الأحوال المتقدمة الذكر ولو تم باتفاق الخصوم " 0 فقد أوجب على القاضي التنحي إذا قام به سبب من الأسباب المنصوص عليها حتى ولو لم يكن هناك طلب من الخصوم برده ، ذلك لأن صلاحية القاضي هي من القواعد المتعلقة بالنظام العام والتي يترتب على مخالفتها بطلان تشكيل المحكمة ، وبالتالي بطلان جميع الإجراءات التي باشرتها (10)

والنص في المادة 146 من قانون المرافعات على ان يكون القاضي غير صالح لنظر الدعوى ممنوعا من سماعها ولو لم يرده احد الخصوم في الاحوال الآتية : 1- 2 000 - 3 000 - 4 000 - 5 000- إذا كان قد أفتى أو ترفع عن أحد الخصوم في الدعوى، أو كتب فيها ولو كان ذلك قبل اشتغاله بالقضاء ، أو كان قد سبق له نظرها قاضيا أو خبيراً أو محكماً ، أو كان قد أدى شهادة فيها " ، وفي الفقرة الأولى من المادة 147 منه على ان " يقع باطلا عمل

(10) (1) نقض جناني 1985/5/16 الطعن رقم 657 لسنة 55 ق مجموعة المكتب الفني السنة 36 ص

القاضي أو قضاؤه في الأحوال المتقدمة الذكر ولو تم باتفاق الخصوم " ، يدل على أن علة عدم صلاحية القاضي في الدعوى الذي سبق نظرها قاضيا هو الخشية أن يلتزم برأيه الذي يشف عنه عمله المتقدم ، واستنادا إلى أساس وجوب امتناع القاضي عن نظر الدعوى وعلى ما جلته المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الملغى تعليقا على المادة 313 المقابلة هو قيامه بعمل يجعل له رأيا في الدعوى أو معلومات شخصية تتعارض مع ما يشترط في القاضي من خلو الذهن عن موضوعها ليستطيع أن يزن حجج الخصوم وزنا مجردا، أخذا بأن إظهار الرأي يدعو إلى

التزامه ، مما يتنافى مع حرية العدول عنه ، فإذا كان القاضي قد عرض لحجج الخصوم لدى فصله في الدعوى السابقة وأدلى برأى فيها لم تتوافر له مقومات القضاء الحائز لقوة الأمر المقضى به ، فإنه يكون غير صالح لنظر الدعوى من بعد أو أى دعوى أخرى تتصل بالدعوى السابقة ، إذ في هذه الحالة تتوافر خشية تشبته برأيه الذي أبداه فيشمل تقديره ويتأثر به (11) 0

وأحوال عدم الصلاحية المنصوص عليها في المادتين (313 من قانون المرافعات القديم) 146 من قانون المرافعات الحالي و 247 من قانون الاجراءات الجنائية هي مما يتعلق بالنظام العام ، وقد أوجب الشارع امتناع القاضي فيها من تلقاء نفسه عن الحكم ولو لم يطلب أحد الخصوم رده) وهو ما أكدته محكمة النقض بقولها أن المادة 146 من قانون المرافعات - ونصها عام في بيان عدم الصلاحية - قد نصت في فقرتها ( خامسا) : على أن القاضي يكون غير صالح لنظر الدعوى ممنوعا من سماعها " إذا كان قد أفتى أو ترفع عن أحد الخصوم في الدعوى أو كتب فيها 000 أو سبق له نظرها قاضيا 000 إلخ" ، ومن هذه المادة أقتبس واضع قانون الإجراءات الجنائية حكم المادة 247 التي تنص في فقرتها الثانية على أنه يمتنع عليه ( على القاضي) كذلك أن يشترك في الحكم إذا كان قد قام في الدعوى بعمل من أعمال التحقيق أو الإحالة أو أن يشترك في الحكم في الطعن إذا كان الحكم المطعون فيه صادرا منه ، وقد ورد بالمذكرة الإيضاحية تعليقا على هذه المادة أن أساس وجوب امتناع

(11) (1) نقض مدني 1984/3/12 الطعن رقم 888 لسنة 53 ق مجموعة المكتب الفني السنة 35 ص 657 ونقض مدني 1989/3/16 الطعن رقم 2048 لسنة 52 ق في مجموعة المكتب الفني السنة 40 ص 787 من 24 رقم 101 0

القاضي عن نظر الدعوى هو قيامه بعمل يجعل له رأيا في الدعوى أو معلومات شخصية تتعارض مع ما يشترط من خلو الذهن عن موضوع الدعوى ليستطيع أن يزن حجج الخصوم وزنا مجردا 00 فإذا كان الدفاع عن الطاعن قد أبدى للمحكمة ما يستشعره من حرج لمناسبة ما سجلته في حكمها السابق ، وكانت الأحوال المنصوص عليها في المادتين 146 من قانون المرافعات و 247 من قانون الإجراءات الجنائية هي أحوال عدم الصلاحية مما يتعلق بالنظام العام، أوجب الشارع امتناع القاضي من تلقاء نفسه عن الحكم ولو لم يطلب أحد الخصوم رده ، لما كان ذلك فإن ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه

من أن الطاعن لم يسلك الطريق المرسوم للرد ، هو مذهب لا يقره القانون ، ويكون ما تمسك به الطاعن في هذا الوجه في محله (12)0

وأستقر قضاء محكمة النقض على أن النص في المادة 146 من قانون المرافعات على أن يكون القاضي غير صالح لنظر الدعوى ممنوعا من سماعها ولو لم يرده أحد الخصوم في الأحوال الآتية: " 5- إذا كان قد أفتى أو ترفع عن أحد الخصوم في الدعوى أو كتب فيها ولو كان ذلك قبل اشتغاله بالقضاء، أو كان قد سبق نظرها قاضيا أو خبيرا أو محكما ، أو كان قد أدى شهادة فيها" ، يدل على أن المعول عليه في إبداء الرأي الموجب لعدم صلاحية القاضي إفتاء كان أو مرافعة أو قضاء أو شهادة ، هو أن يقوم القاضي بعمل يجعل له رأيا في الدعوى أو معلومات شخصية تتعارض مع ما يشترط فيه من خلو الذهن عن موضوع الدعوى حتى يستطيع أن يزن حجج الخصوم وزنا مجردا مخافة أن يتشبه برأيه الذي يشف عنه عمله المتقدم ، حتى ولو خالف مجرى العدالة وضنا بأحكام القضاء من أن يعلق بها استرابة من جهة شخص القاضي لدواعي يذعن لها عادة أغلب الخلق (13)

وإنه ولئن كان ظاهر النص يفيد أنه يلزم أن يكون إبداء الرأي في ذات القضية المطروحة إلا أنه يتعين - وعلى ما استقر عليه قضاء محكمة النقض - تفسير ذلك بالمعنى الواسع ، فيؤخذ به ولو كان القاضي قد كشف عن رأيه

(12) نقض جنائي 1955/6/7 الطعن رقم 426 لسنة 25 ق مجموعة المكتب الفني السنة 6 ص

0 1087

(13) نقض مدني 1979/3/14 الطعن رقم 5 لسنة 47 ق مجموعة المكتب الفني السنة 30 ص 798

ونقض 1979/4/11 الطعن رقم 721 لسنة 48 ق مجموعة المكتب الفني السنة 30 ص 101 ونقض جنائي

1955/6/7 سالف الذكر 0

في دعوى سابقة متصلة بالدعوى المطروحة عليه ، وذلك متى توافرت أربعة شروط : أولها: أن تكون الخصومة مرددة بين نفس الخصوم ، وإن اكتفت بعض أحكام النقض بأن تكون متصلة بالدعوى الراهنة<sup>0</sup> وثانيها: أن يكون الفصل فيها يستوى الإدلاء بالرأى في نفس الحجج والأسانيد التي أثرت به في الدعوى السابقة بحيث تعتبر الدعوى الحالية استمرارا لها أو عودة إليها<sup>0</sup> وثالثها : أن يكون القاضى قد عرض عند فصله في الدعوى السابقة لهذه الحجج والأسانيد وأبدى فيها رأيه<sup>0</sup> ورابعها: ألا يكون القضاء في الدعوى السابقة قد حاز قوة الأمر المقضى بصيرورته نهائيا، أما إذا كان الحكم قد حاز قوة

الأمر المقضى فإنه لا يمنع القاضى من الفصل في الدعوى الجديدة بتقدير أن حجيته ستفيد غيره من القضاة بما كان قضى به، أما إذا لم يكن قد حاز تلك القوة فتكون مكنة التقدير والمخالفة متاحة<sup>0(14)</sup>

فقيام القاضى بإصدار الحكم الابتدائى بفقده صلاحية نظر استئناف هذا الحكم ، والحكم فيه<sup>0(15)</sup>

وإذا كانت الهيئة التى أصدرت الحكم المطعون فيه قد سبق لها أن أصدرت الحكم المستأنف ، فإن حكمها يكون باطلا طبقا لنص المادة 147 من قانون المرافعات<sup>0(16)</sup> ويفقد القاضى صلاحيته لنظر الدعوى إذا كان قد سبق له أن

(14) (1) نقض مدنى 1989/3/16 الطعن رقم 2048 لسنة 52 ق مجموعة المكتب الفنى السنة 40 ص 787

(15) (1) نقض جنائى 1998/11/16 الطعن رقم 17052 لسنة 60 ق مجموعة المكتب الفنى السنة 49 ص 1287 ونقض جنائى 1998/1/10 الطعن رقم 18245 لسنة 63 ق مجموعة المكتب الفنى السنة 49 ص 76 ونقض جنائى 1996/2/4 مجموعة المكتب الفنى السنة 47 ص 150 ونقض جنائى 1995/5/12 الطعن رقم 63033 لسنة 59 ق مجموعة المكتب الفنى السنة 46 ص 880 ونقض جنائى 1994/6/8 الطعن رقم 14628 لسنة 61 ق مجموعة المكتب الفنى السنة 45 ص 734 ونقض جنائى 1967/2/27 الطعن رقم 2081 ق السنة 18 ص 284 و 1990/5/31 ص 8282 لسنة 58 ق مجموعة المكتب الفنى لسنة 41 ص 799 ونقض جنائى 1976/1/5 الطعن 1488 لسنة 45 ق السنة 26 ص 46 ونقض مدنى 1983/3/29 الطعن رقم 1369 لسنة 49 ق مجموعة المكتب الفنى السنة 34 ص 857 ونقض مدنى 1979/5/28 الطعن رقم 1152 لسنة 47 ق مجموعة المكتب الفنى السنة 30 ص 464 0

(16) نقض جنائى 63033 لسنة 59 ق مجموعة السنة 46 ص 880 سالف الذكر

بإشراف عملاً من أعمال التحقيق الابتدائي في الدعوى بوصفه وكيل النيابة قبل تعيينه قاضياً (17)

وكذلك إذا كان وكيل النيابة قد حضر الجلسة وطلب تأييد الحكم المستأنف (18) وإذا كان الثابت أن عضو اليسار بالهيئة التي أصدرت الحكم المطعون فيه هو الذي أسبغ - بوصفه وكيلًا للنائب العام قبل تعيينه قاضياً - على الواقعة القيد والوصف القانوني عليها وأمر بتكليف المتهم بالحضور أمام محكمة أول درجة مما كان لزمه أن يتمتع عن نظرها والحكم فيها ، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه يكون باطلاً (19) 0 وكذلك إذا كان الثابت أن عضو اليسار بالهيئة التي أصدرت الحكم المطعون فيه كان وكيل النائب العام الذي طعن بالاستئناف في الحكم الابتدائي الذي أيده الحكم المطعون فيه فإن هذا الحكم يكون قد وقع باطلاً (20) 0 ويكون الحكم المطعون فيه باطلاً إذا كان أحد أعضاء الهيئة الاستئنافية قد سبق له الحكم برفض معارضة الطاعن وتأييد القضاء بإدانتته ، ذلك أن القانون قد أوجب امتناع القاضي عن الاشتراك في الحكم في الطعن إذا كان الحكم المطعون فيه صادراً منه (21) 0 وإذا تبين أن أحد أعضاء هيئة محكمة الجنايات التي أصدرت الحكم المطعون فيه قد أصدر قراراً بإحالة المطعون ضده إلى المحكمة المذكورة لمحاكمته ، وكان القانون قد أوجب امتناع القاضي عن الاشتراك في الحكم إذا قام في الدعوى بعمل من أعمال الإحالة فإن الحكم المطعون فيه يكون باطلاً (22) 0

وإذا كانت محكمة أول درجة قد قضت في موضوع الدعوى إلا أن قضاءها قد وقع باطلاً بطلاناً متصلاً بالنظام العام لصدوره من قاض محظور

(17) نقض جنائي 1997/10/30 الطعن رقم 5874 لسنة 63 ق مجموعة المكتب الفني السنة 48 ص 1166 ونقض جنائي 1989/1/12 الطعن رقم 1604 لسنة 57 ق السنة 40 ص 68 ونقض جنائي 1988/1/31 الطعن رقم 2 لسنة 56 ق السنة 39 ص 516 ونقض جنائي 1981/12/2 الطعن رقم 470 لسنة 51 ق مجموعة المكتب الفني السنة 32 ص 1236 ونقض جنائي 1981/12/31 الطعن رقم 593 لسنة 51 مجموعة المكتب الفني السنة 32 ص 1021 0  
(18) نقض جنائي 1978/12/10 مجموعة المكتب الفني السنة 29 ص 907 0  
(19) نقض جنائي 1981/12/31 الطعن رقم 593 لسنة 51 ق مجموعة المكتب الفني السنة 32 ص 1236 0  
(20) بنقض جنائي 1981/12/2 الطعن رقم 470 لسنة 51 ق مجموعة المكتب الفني السنة 32 ص 1021 0  
(21) نقض جنائي 1976/1/5 الطعن رقم 1488 لسنة 45 ق مجموعة المكتب الفني السنة 27 ص 46 0  
(22) نقض جنائي 1972/3/6 الطعن رقم 123 لسنة 42 ق مجموعة المكتب الفني السنة 23 ص 334 0

عليه الفصل فيها ، فإنه لا يعتد به كدرجة أولى للتقاضى ولا يجوز لمحكمة ثانية درجة تصحيح هذا البطلان ، عملا بالفقرة الأولى من المادة 419 من قانون الإجراءات الجنائية ، لما فى ذلك من تفويت تلك الدرجة على الطاعن مما يتعين معه أن يكون النقض مقرونا بإلغاء الحكم الابتدائى المستأنف وإحالة القضية الى محكمة أول درجة للفصل فيها مجددا من قاض آخر (24)

وإذا كانت المادة 206 من قانون الإجراءات الجنائية- الواردة فى باب التحقيق بمعرفة النيابة العامة – المعدلة بالقانون رقم 37 لسنة 1972 إذ أجازت للنيابة العامة تفتيش غير المتهم أو منزل غير منزله متى أتضح من أمارات قوية أنه حائز لأشياء تتعلق بالجريمة ، وإذ أجازت لها أن تراقب المحادثات السلكية واللاسلكية متى كان لذلك فائدة فى ظهور الحقيقة ، قد اشترطت لاتخاذ أى من هذه الإجراءات الحصول مقدما على إذن بذلك من القاضى الجزئى الذى يصدر الإذن بعد اطلاعه على الأوراق، وسماعه – إن رأى لزوما لذلك – أقوال من يراد تفتيشه أو تفتيش منزله أو مراقبة المحادثات المتعلقة به ، فإن مفاد ذلك أن الإذن الذى يصدره القاضى بشئ من ذلك إنما هو من إجراءات التحقيق ، وأن للقاضى مطلق الحرية فى الإذن أو الرفض، فإذا صدر الإذن من القاضى فإنه ينطوى على إظهار رأيه بأنه اقتنع بجدية وقوع الجريمة ، ومن ثم يتعارض مع ما يتطلب فى القاضى من خلو الذهن عن موضوع الدعوى ليستطيع أن يزن حجج الخصوم وزنا مجردا ، وتتوافر به الحكمة التى تغياها الشارع من درء شبهة تأثر القاضى برأى سيق أن أبداه فى الدعوى صونا لمكانة القضاء وعلو كلمته بين الناس (25)

وإذا كان اثنان من أعضاء هيئة المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه ، قد اشتركا فى الهيئة التى نظرت الطعن فى قرار النيابة العامة بالأوجه لإقامة الدعوى الجنائية قبل المطعون ضده وفصلت فيه بإلغاء الأمر ، وهو ما يعنى كفاية الأدلة قبل المتهم لتقديمه للمحاكمة ، فإن حكمها يكون باطلا لعدم الصلاحية (26) وكذلك إذا كانت المحكمة قد سجلت رأيا فى حكم سابق فى الدعوى (3) (27) 0

(24) نقض جنائى 1972/6/21 الطعن رقم 529 لسنة 42 ق مجموعة المكتب الفنى السنة 23 ص 914 ونقض جنائى 1988/3/31 الطعن رقم 2 لسنة 56 ق مجموعة المكتب الفنى السنة 39 ص 516 ص 0  
(25) نقض جنائى 1972/6/12 الطعن رقم 529 لسنة 42 ق مجموعة المكتب الفنى السنة 23 ص 914  
(26) نقض جنائى 1969/3/17 الطعن رقم 2225 لسنة 38 ق مجموعة المكتب الفنى السنة 20 ص 331  
(27) نقض جنائى 1955/6/7 الطعن رقم 426 لسنة 25 ق مجموعة المكتب الفنى السنة 6 ص 1087



وإن أساس وجوب امتناع القاضى عن نظر الدعوى هو قيامه بعمل يجعل له رأيا فيها أو معلومات شخصية تتعارض مع ما يشترط فى القاضى من خلو الذهن عن موضوع الدعوى ليستطيع أن يزن حجج الخصوم وزنا مجردا (0) والتحقيق والإحالة فى مفهوم حكم المادة 247 من قانون الإجراءات الجنائية كسبب لامتناع القاضى عن الحكم هو ما يجريه القاضى أو يصدره فى نطاق الدعوى الجنائية سواء بصفته سلطة تحقيق أو حكم ، لما كان ذلك ، وكانت المادة

373 مكررا من قانون العقوبات – قبل إلغائها بالمادة الحادية عشرة من القانون رقم 23 لسنة 1992 – قد أجازت للنياية العامة فى حالة قيام دلائل كافية على جدية الاتهام فى الجرائم المنصوص عليها فى الباب الرابع عشر من الكتاب الثالث من قانون العقوبات ، الخاص بانتهاك حرمة ملك الغير أن تأمر باتخاذ إجراء تحفظى لحماية الحياة وناطت بالقاضى الجزئى المختص إصدار قرار مسبب – خلال ثلاثة أيام من عرض الأمر عليه – بتأييد الأمر الصادر من النياية العامة فى هذا الشأن أو بتعديله أو بإلغائه ، وإذ كان ورود هذا النص فى قانون العقوبات لا يغير من طبيعته كنص من النصوص المتعلقة بالإجراءات الجنائية ويباشره فى الدعوى بصفته سلطة تحقيق فى مرحلة سابقة على المحاكمة التى تفصل فيها المحكمة فى النزاع وينطوى على إظهار رأيه بأنه اقنع بقيام أو عدم قيام الدلائل الكافية على جدية الاتهام بالجريمة ، ومن ثم يتعارض مع ما يتحتم توافره فى القاضى من خلو الذهن عن موضوع الدعوى (28)

وإن المادة العاشرة من القانون رقم 62 لسنة 1975 فى شأن الكسب غير المشروع قد ناطت بهيئات الفحص والتحقيق بإدارة الكسب غير المشروع أن تأمر بمنع المتهم أو زوجته أو أولاده القصر من التصرف فى أموالهم وأن تعرض هذا الأمر على محكمة الجنايات المختصة والتى تصدر حكمها إما بتأييده أو تعديله أو بإلغائه ، وإذ كان ورود هذا النص فى قانون الكسب غير المشروع لا يغير من طبيعته كنص من النصوص المتعلقة بالإجراءات الجنائية ، ومن ثم فإن الحكم الذى تصدره محكمة الجنايات فى هذا الشأن يعتبر من أعمال التحقيق فى حكم المادة 247 من قانون الإجراءات الجنائية وتباشره فى الدعوى بصفتها سلطة تحقيق فى مرحلة سابقة على المحاكمة التى

(28) نقض جنائى 1995/3/15 الطعن رقم 8132 لسنة 62 ق مجموعة المكتب الفنى السنة 46 ص 548

ونقض جنائى 1994/6/8 الطعن رقم 14628 لسنة 61 ق مجموعة المكتب الفنى السنة 45 ص 734

تفصل في النزاع وينطوى على إظهار رأيها بأنها اقتنعت بقيام أو عدم قيام الدلائل الكافية على جدية الاتهام بالجريمة ، ومن ثم يتعارض مع ما يتحتم توافره في القاضى من خلو الذهن عن موضوع الدعوى ، لما كان ذلك ، وكان الثابت من المفردات أن السيد المستشار رئيس الهيئة التى قضت بتأييد قرار هيئة الفحص والتحقيق بإدارة الكسب

غير المشروع بمنع الطاعن من التصرف فى أمواله هو نفسه رئيس المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه ، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه يكون باطلا لصدوره من هيئة فقد رئيسها صلاحيته<sup>(34)</sup> 0

وإذا كان عضو يسار الهيئة التى أصدرت الحكم المطعون فيه كان ممثلا للنيابة العامة – قبل تعيينه قاضيا – وطلب تأييد الحكم المستأنف بتلك الجلسة ، مما كان لازمه أن يمتنع عن نظرها والحكم فيها ، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ صدر من هيئة كان أحد أعضائها ممثلا للنيابة العامة فى جلسة سابقة أثناء نظرها ، يكون قد وقع باطلا<sup>(35)</sup> 0

وإذا كان أحد أعضاء الهيئة التى أصدرت الحكم المطعون فيه هو الذى أصدر الحكم الغيابى ، وكان القانون قد أوجب امتناع القاضى عن الاشتراك فى الحكم فى الطعن إذا كان الحكم المطعون فيه صادرا منه ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد صدر باطلا<sup>(36)</sup> 0

وكذلك يفقد القاضى صلاحيته إذا كان قد سبق له أن باشر تحقيقا فى الدعوى بصفته وكيلًا للنيابة أو قاضيا للتحقيق مهما كان ضئيلا ولو لم يبد رأيه فيه ، كما أن إصداره حكما فى الدعوى ولو كان غيابيا يمنعه من نظر الاستئناف ، واشتراكه برفض الدفع بعدم جواز الطعن بالتزوير وبجوازه يجعله غير صالح للاشتراك فى نظر الاستئناف الذى يرفع عن الحكم المنهى للخصومة الذى يصدر فى الدعوى ذاتها ولو لم يشترك فى إصداره ، واشتراكه فى حكم تضمنت أسبابه عدم الاطمئنان إلى أحد العقود يجعله غير

(34) (1) نقض جنائى 1999 /12/7 الطعن رقم 2127 لسنة 61 ق مجموعة المكتب الفنى السنة 50

ص 627 0

(35) نقض جنائى 1978/12/10 الطعن رقم 1321 لسنة 48 ق مجموعة المكتب الفنى السنة 29 ص 907

(36) نقض جنائى 1990/5/31 الطعن رقم 8282 لسنة 58 ق مجموعة المكتب الفنى السنة 41 ص 799

صالح لنظر الدعوى التي ترفع بصحة ونفاذ هذا العقد ، واشترائه في إصدار الحكم المنقوص يمنعه من الاشتراك في الدائرة التي تحال اليه إليها الدعوى

0

وليس من الضروري لقيام عدم الصلاحية بسبب سبق أداء الشهادة أن تكون شهادة القاضي قد وردت على ذات الخصومة المطروحة أمامه ، وإنما يكفي أن يكون قد شهد في خصومة

أخرى تعتبر الخصومة الحالية استمرارا لها أو تكون مرتبطة بها ارتباطا وثيقا ، ولكن لا يكفي أن يكون القاضي قد أكتفى في شهادته بأنه لا يعرف شيئا أو إذا كان قد أعلن رأيه في الأحوال المتقدمة الذكر ولو تم باتفاق الخصوم " ، يدل على أن علة عدم صلاحية القاضي في الدعوى التي سبق له نظرها قاضيا هو الخشية أن يلتزم برأيه الذي يشف عنه عمله المتقدم ، واستنادا إلى أساس وجوب امتناع القاضي عن نظر الدعوى وعلى ما جلته المذكرة الإيضاحية لقانون العقوبات الملغى تعليقا على المادة 313 المقابلة هو قيامه بعمل يجعل له رأيا في الدعوى أو معلومات شخصية تتعارض مع ما يشترط في القاضي من خلو الذهن عن موضوعها ليستطيع أن يزن حجج الخصوم وزنا مجردا ، أخذا بأن إظهار الرأي يدعو إلى التزامه ، مما يتنافى مع حرية العدول عنه ، فإذا كان القاضي قد عرض لحجج الخصوم لدى فصله في الدعوى السابقة وأدلى برأى فيها لم تتوافر له مقومات القضاء الحائز لقوة الأمر المقضى ، فإنه يكون غير صالح لنظر الدعوى من بعد أو أى دعوى أخرى تتصل بالدعوى السابقة إذ في هذه الحالة تتوافر خشية تشبثه برأيه الذي أبداه فيشل تقديره ويتأثر به للشهادة بقصد منعه من نظر الدعوى أو كان الخصوم قد انتزوا دعوته شاهدا فيها()

غير أنه إذا كان رفض القاضي إصدار أمر بالأداء لا يوجب القانون تسببيه فإن هذا الرفض لا ينبىء بذاته عن تكوين القاضي رأيا خاصا في موضوع الحق ، ومن ثم فإنه لا يفقد صلاحيته للفصل في النزاع حول الحق موضوع الطلب - لما كان ذلك - وكان طلب استصدار أمر أداء بالأقساط المستحقة كمقابل انتفاع لا يمنع من نظر دعوى الطرد لعدم سداد الأجرة أو التأخر فيه عن الميعاد المحدد بعقد الإيجار لاختلاف الموضوع والسبب في كل منهما ،

فإن رفض القاضى إصدار أمر أداء بأقساط مقابل الانتفاع لا يتوافر به سبب من أسباب عدم الصلاحية (1) 0

ولا يعتبر سببا لعدم صلاحية القاضى لنظر الدعوى مجرد حضور القاضى الجلسة التى تداولت فيها الدعوى أمام محكمة أول درجة فلا يمنعه ذلك من نظر الاستئناف الذى يرفع عن الحكم الذى لم يشترك فى إصداره ، أو إذا كان عمله فى الدعوى اقتصر على سماع شهادة

المجنى عليه ، ثم أجلها لجلسة أخرى لسماع شهادة محرر المحضر دون أن يبدى فيها رأيا أو يصدر حكما (2) 0

ولا يمنعه من الاشتراك فى الفصل فى الاستئناف أن يكون قد أصدر فى الدعوى أمام محكمة أول درجة حكما تمهيديا بإحالة الدعوى الى التحقيق ، أو نذب خبير فيها ، مادام لا يبين من ذلك أن المحكمة كونت رأيا فى موضوع النزاع ، أو أظهرت ما يكشف عن تكوين عقيدة المحكمة فى الدعوى المنظورة أمامها (3) 0

وإنه لما كان الحكم فى المسائل المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقت هو حكم مؤقت فإنه لا يمنع من أصدره من أن يعود فيحكم فى أصل الحق وفقا للمادتين 49، 52 من قانون المرافعات وبالتالي لا يكون سببا لعدم الصلاحية (4) 0

وقيام القاضى بالفصل فى إشكال فى التنفيذ ، أو إصداره قرارات وقتية فى شأنه لا يمنعه من الفصل فى إشكال لاحق (5) 0

(1) نقض مدنى 1989/5/14 الطعن رقم 1916 لسنة 54 ق مجموعة المكتب الفنى السنة 40 ص 280

(2) نقض جنائى 1971/12/6 الطعن رقم 666 لسنة 41 ق مجموعة المكتب الفنى السنة 22 ص 713

ونقض جنائى 1945/10/15 الطعن رقم 1368 لسنة 15 ق مجموعة عمر جزء 6 ص 765 0

(3) نقض مدنى 1994/6/16 الطعن رقم 778 لسنة 6 ق مجموعة المكتب الفنى السنة 45 ص 1021 ،

ونقض مدنى 1985/3/4 الطعن رقم 2267 لسنة 53 ق مجموعة المكتب الفنى السنة 36 ص 350

(4) نقض مدنى 1966/12/14 الطعن رقم 30 لسنة 31 ق مجموعة المكتب الفنى السنة 17 ص 1900

(5) نقض مدنى 1990/1/18 الطعن رقم 2335 لسنة 51 ق مجموعة المكتب الفنى السنة 41 ص 146

واشتراك القاضى فى الفصل فى استئناف مرفوع من بعض المحكوم عليهم لا يمنعه من نظر الاستئناف المرفوع عن الحكم نفسه من غيرهم (6)

ونظر القاضى دعوى الطاعة لا يمنعه من نظر دعوى التظليق لاختلاف كل من الدعويين عن الأخرى (6) (7) ونظر دعوى النفقة ، لا يمنعه من نظر دعوى التظليق للفرقة لاختلاف كل من الدعويين عن الأخرى (7) (8)

ونظر القاضى الاستئناف المرفوع من الطاعنين فى دعوى أخرى ، وقضائه فيه بإعادة وضع يد المطعون ضده على الأطيان تأسيسا على بطلان التنفيذ الذى تم – بتسليمها للطاعنين نفاذا لقرار لجنة الإصلاح الزراعى – لمخالفتها القواعد العامة فى ملكية المال الشائع ، لا يمنعه من نظر الدعوى المرفوعة – من المطعون ضده – بطلب التعويض عن الأضرار الناشئة عن هذا التنفيذ لاختلاف كل من الدعويين عن الأخرى (8)

والبين من كل هذه الحالات أن القاضى لم يتعرض فيها لموضوع الدعوى ولم يبد رأيا أو يكون عقيدة ، أو يصدر حكما فيه (9)

ومع ذلك قضت محكمة النقض بأن مجرد اشتراك القاضى فى إصدار حكم بנדب خبير لا يفقده صلاحية نظر الاستئناف الذى يرفع عن الحكم الذى يصدر فى الدعوى متى كان الحكم قد خلا مما يكشف عن رأى المحكمة فى موضوع النزاع (س 30 ص 224)

ونصت المادة 384 من قانون الاجراءات الجنائية – الواردة فى الفصل الثالث من الباب الثالث من الكتاب الثانى تحت عنوان " فى الإجراءات الجنائية التى تتبع فى مواد الجنايات فى حق المتهمين الغائبين " – على أنه " إذا صدر أمر بإحالة متهم بجناية الى محكمة الجنايات ولم يحضر يوم الجلسة بعد إعلانه قانونا بأمر الإحالة وورقة التكليف بالحضور ، يكون للمحكمة أن تحكم فى غيبته ، ويجوز لها أن تؤجل الدعوى وتأمر بإعادة تكليفه بالحضور " ونصت المادة 386 على أن " يتلى فى الجلسة أمر الإحالة ، ثم الأوراق المثبتة لإعلان المتهم وتبدى النيابة والمدعى بالحقوق المدنية إن وجد ، أقوالهما

(6) نقض مدنى 1979/3/14 الطعن رقم 5 لسنة 47 ق مجموعة المكتب الفنى السنة 30 ص 798

(7) نقض مدنى 1972/5/24 الطعن رقم 4 لسنة 40 ق ك مجموعة المكتب الفنى السنة 23 ص 1003

(8) نقض مدنى 1976/6/1 الطعن رقم 50 لسنة 39 ق مجموعة المكتب الفنى السنة 27 ص 1247

وطلباتهما وتسمع المحكمة الشهود ، إذا رأيت لذلك ضرورة وتفصل في الدعوى " 0 ونصت المادة 381 علن أن " تتبّع أمام محكمة الجنايات جميع الأحكام المقررة في الجرح والمخالفات ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك "

لما كان ذلك ، وكانت – وعلى ما سلف بيانه – علة عدم صلاحية القاضى فى الدعوى التى سبق له نظرها قاضيا هو الخشية أن يلتزم برأيه الذى يشف عنه عمله المتقدم ، واستنادا إلى أساس وجوب امتناع القاضى عن نظر الدعوى وعلى ما جلته المذكورة الإيضاحية لقانون العقوبات الملغى تعليقا على المادة 313 المقابلة هو قيامه بعمل يجعل له رأيا فى الدعوى

أو معلومات شخصية تتعارض معه ما يشترط فى القاضى من خلو الذهن عن موضوعها – ليستطيع أن يزن حجج الخصوم وزنا مجردا ، أخذاً بإظهار الرأى يدعو إلى التزامه ، مما يتنافى مع حرية العدول عنه ، فإذا كان القاضى قد عرض لحجج الخصوم لدى فصله فى الدعوى السابقة وأدلى برأى فيها لم تتوافر له مقومات القضاء الحائز لقوة الأمر المقضى ، فإنه يكون غير صالح لنظر الدعوى من بعد أو أى دعوى أخرى تتصل بالدعوى السابقة إذ فى هذه الحالة تتوافر خشية تشبته برأيه الذى أبداه فيشمل تقديره ويتأثر به<sup>(9)</sup>

ولما كان من المقرر أن إعادة المحاكمة طبقاً لنص المادة 395 من قانون الاجراءات الجنائية ، هى بحكم القانون محاكمة مبدأة ، وبالتالي فإنه – وعلى ما أستقر عليه قضاء محكمة النقض – يكون لمحاكمة الإعادة أن تفصل فى الدعوى بكامل حريتها غير مقيدة بشيء مما جاء بالحكم الغيابى<sup>(9)</sup> 0

وأن قانون الإجراءات الجنائية لم يستوجب فى مواد الجنايات أن تعاد المحاكمة أمام هيئة أخرى غير الهيئة التى أصدرت الحكم الغيابى فى حالة حضور المحكوم عليه أو القبض عليه قبل سقوط العقوبة المحكوم بها بمضى

(9) نقض جنائى 1997/12/6 الطعن رقم 20996 لسنة 65 ق مجموعة المكتب الفنى السنة 48 ص 1354 – ونقض جنائى 1997/10/2 الطعن رقم 13853 لسنة 65 ق مجموعة المكتب الفنى السنة 48 ص 995 – ونقض جنائى 1991/1/17 الطعن رقم 61333 لسنة 59 ق مجموعة المكتب الفنى السنة 42 ص 995 – ونقض جنائى 1971/4/4 الطعن رقم 51 لسنة 41 ق مجموعة المكتب الفنى السنة 22 ص 339

المدة ، كشرط لصحة الإجراءات ، بل كل ما تطلبته المادة 395 من ذلك القانون في هذه الحالة هو إعادة نظر الدعوى أمام المحكمة (10)

لما كان ذلك، وكان أساس وجوب امتناع القاضى عن نظر الدعوى - وعلى ما ورد بالمذكرة الإيضاحية للمادة 313 من قانون المرافعات القديم المقابلة للمادة 146 من قانون المرافعات الحالى - هو قيامه بعمل يجعل له رأيا فى الدعوى أو معلومات شخصية تتعارض مع ما يشترط فى القاضى من خلو الذهن عن موضوع الدعوى ليستطيع أن يزن حجج الخصوم

وزنا مجردا ، لأنه إذا ما كشف القاضى عن اقتناعه برأى معين فى الدعوى قبل الحكم فيها فإنه يفقد صلاحيته للحكم ، فإن قضاء محكمة النقض بأن القانون لم يستوجب فى مواد الجنائيات أن تعاد المحاكمة أمام هيئة أخرى غير الهيئة التى أصدرت الحكم الغيابى فى حالة حضور المحكوم عليه أو القبض عليه ، يكون محل نظر للأسباب الآتية :

أولا: أن المادة 395 من قانون الإجراءات الجنائية لا توجب إعادة محاكمة المحكوم عليه غيابيا فى جناية أمام نفس المحكمة التى أصدرت الحكم الغيابى ، وكل ما أوجبه أنه إذا حضر المحكوم عليه فى غيبته أو قبض عليه ، قبل سقوط العقوبة بمضى المدة، يحدد رئيس محكمة الاستئناف أقرب جلسة لإعادة نظر الدعوى، ولم يوجب النص ان يكون تحديد الجلسة أمام نفس المحكمة التى أصدرت الحكم الغيابى0

ثانيا: ولا يجوز التحدى فى ذلك بأن المعارضة تنظر أمام نفس المحكمة التى أصدرت الحكم الغيابى المعارض فيه - وقد تكون أمام نفس القاضى الذى أصدر الحكم الغيابى- ، ذلك بأن المادة 401 من قانون الإجراءات الجنائية قد نصت على أنه " يترتب على المعارضة إعادة نظر الدعوى بالنسبة الى المعارض أمام المحكمة التى أصدرت الحكم الغيابى ، ولا يجوز بأى حال أن يضار المعارض بناء على المعارضة المرفوعة منه " 0 وهو استثناء من الأصل العام المنصوص عليه فى المادتين 146 من قانون المرافعات و 247 من قانون الإجراءات الجنائية، والاستثناء لا يقاس عليه ويجب تفسيره فى أضيق نطاق ، وفى الحدود المنصوص عليها فى القانون ، وقد خلا قانون

(10) نقض جنائى 1996/5/8 الطعن رقم 11311 لسنة 64 ق مجموعة المكتب الفنى السنة 47 ص 596

الإجراءات الجنائية من نص مماثل بالنسبة للمحكمة التي تنتظر الدعوى عند إعادة إجراءات المحاكمة بالنسبة للمحكوم عليه غيابيا في جناية من محكمة الجنائيات إذا حضر أو قبض عليه<sup>(1)</sup>

ثالثا: أنه إذا كان قانون الإجراءات الجنائية لم يستوجب في مواد الجنائيات أن تعاد المحاكمة أمام هيئة أخرى غير الهيئة التي أصدرت الحكم الغيابي في حالة حضور المحكوم عليه أو القبض عليه قبل سقوط العقوبة بمضى المدة كشرط لصحة الإجراءات ، وأن كل ما تطلبته المادة 395 من ذلك القانون في هذه الحالة هو إعادة نظر الدعوى أمام محكمة، فإنه - من ناحية أخرى- لم ينص على أن تكون المحاكمة أمام نفس المحكمة كما فعل بالنسبة للمعارضة في الأحكام الغيابية الصادرة في الجرح المعاقب عليها بعقوبة مقيدة للحرية ، ولو شاء المشرع ذلك بالنسبة لإعادة محاكمة المحكوم عليه غيابيا في جناية - من محكمة الجنائيات - إذا حضر أو قبض عليه ، لما أعوزه النص على ذلك صراحة ، كما فعل في المادة 401 من قانون الإجراءات الجنائية بالنسبة للمعارضة في الجرح المذكورة<sup>(2)</sup>

رابعا: إذا كانت الأحكام الجنائية بالإدانة تبنى على التثبيت والجزم واليقين لا على الفرض والظن والاحتمال<sup>(11)</sup> وكان قضاء محكمة الجنائيات - سواء كان حضوريا أو غيابيا - بالإدانة قد بنى لا شك على عقيدة استقرت في وجدانها عن قطع وجزم و يقين ، وهو ما جعل لها رأيا في الدعوى يتعارض مع ما يشترط في القاضي من خلو الذهن عن موضوعها ليستطيع أن يزن حجج الخصوم وزنا مجردا، أخذا بأن إظهار الرأي يدعو إلى التزامه مما يتنافى مع حرية العدول عنه، فإنه يكون غير صالح لنظر الدعوى من بعد عند إعادة إجراءات المحاكمة - إذا حضر المحكوم عليه غيابيا أو قبض عليه - إذ في هذه الحالة تتوافر خشية تشبثها برأيها الذي أبدته في الحكم الغيابي فيشل تقديرها وتتأثر به<sup>(2)</sup>

(11) 1- نقض جنائي 1963/6/4 والطعن رقم 2643 لسنة 32 ق مجموعة المكتب الفني السنة 14 ص 486 - ونقض جنائي 1973/1/29 الطعن رقم 1429 لسنة 42 ق مجموعة المكتب الفني السنة 24 ص 114- ونقض جنائي 1967/11/27 الطعن رقم 1302 لسنة 37 ق مجموعة المكتب الفني السنة 18 ص 1158- ونقض جنائي 1967/12/11 الطعن رقم 1987 لسنة 37 ق مجموعة المكتب الفني السنة 18 ص 1250- ونقض جنائي 1992/7/12 الطعن رقم 6100 لسنة 59 ق مجموعة المكتب الفني السنة 43 ص (638)



خامسا: إذا كان قضاء النقض على أنه إذا كان أحد أعضاء الهيئة التي أصدرت الحكم الاستئنافي المطعون فيه هو الذي أصدر الحكم الغيابي الابتدائي ، أو سبق له الحكم بفرض معارضة الطاعن وتأييد القضاء بإدانتته ، فإن الحكم الاستئنافي المطعون فيه يكون قد صدر باطلا، ذلك أن القانون قد أوجب امتناع القاضى عن الاشتراك فى الحكم فى الطعن إذا كان الحكم المطعون فيه صادرا منه (12)

فكيف يكون للهيئة التي أصدرت الحكم الغيابي فى جناية أن تنظر الدعوى والحكم فيها عند إعادة إجراءات محاكمة المحكوم عليه غيابيا إذا حضر أو قبض عليه ، مع توافر ذات العلة، وهى سبق إبدائها رأيا فى الدعوى، يخشى معه تشبهها برأيها، وهو ما يشل تقديرها ، وتأثرها به (13)

سادسا: كيف يفقد القاضى صلاحيته طبقا لنص المادة 247 من قانون الإجراءات الجنائية، إذا كان قد سبق له أن يأسر عملا من أعمال التحقيق الابتدائي فى الدعوى بصفته وكيل النيابة العامة قبل تعيينه قاضيا (13) وكذلك إذا كان وكيل النيابة قد حضر الجلسة وطلب تأييد الحكم المستأنف (14) وأيضا إذا كان - قبل تعيينه قاضيا- هو الذى أسبغ القيد والوصف القانوني على الدعوى وأمر بتكليف المتهم بالحضور أمام محكمة أول درجة (15) وكذلك يفقد القاضى صلاحيته لنظر الدعوى إذا كان - وهو وكيل النيابة العامة - قبل تعيينه قاضيا- هو الذى طعن بالإستئناف فى الحكم الابتدائي الذى أيده الحكم المطعون فيه (16) ويكون القاضى الذى يأسر عملا من أعمال التحقيق النهائي فى الدعوى أثناء نظر الدعوى فى جناية أمام محكمة الجنايات صالحا لنظر الدعوى عند إعادة إجراءات المحاكمة أمام محكمة الجنايات إذا حضر المتهم المحكوم عليه غيابيا أو قبض عليه، أليست العلة واحدة فى الحالتين ، وهى سبق إبدائه رأيا فى الدعوى (17)

(12) 1- نقض جنائي 1990/5/31 الطعن رقم 8282 لسنة 58 ق مجموعة المكتب الفنى السنة 51 ص

(799)

(13) نقض جنائي 1997/10/30 الطعن رقم 5874 لسنة 63 ق مجموعة المكتب الفنى السنة 48 ص

1166- ونقض جنائي 1989/1/12 الطعن رقم 1604 لسنة 57 ق مجموعة المكتب الفنى السنة 40 ص

68- ونقض جنائي 1988/1/31 الطعن رقم 2 لسنة 56 ق مجموعة المكتب الفنى السنة 40 ص 68-

ونقض جنائي 1988/1/31 الطعن رقم 2 لسنة 56 ق مجموعة المكتب الفنى السنة 39 ص 516

(14) نقض جنائي 1978/12/10 الطعن رقم 1321 لسنة 48 ق مجموعة المكتب الفنى السنة 29 ص 907

(15) نقض جنائي 1981/12/31 الطعن رقم 593 لسنة 51 ق مجموعة المكتب الفنى السنة 32 ص 1236

(16) نقض جنائي 1981/12/2 الطعن رقم 470 لسنة 51 ق مجموعة المكتب الفنى السنة 32 ص 1021

(147)

سابعاً: لما كانت المادة 39 من القانون رقم 57 لسنة 1959 بشأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض قد نصت على أنه " إذا قدم الطعن أو أسبابه بعد الميعاد تقضى المحكمة بعدم قبوله شكلاً، وإذا كان الطعن مقبولاً شكلاً وكان مبنياً على مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله، تصح المحكمة الخطأ وتحكم بمقتضى القانون 0 وإذا كان الطعن مبنياً على بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر فيه، تنقض المحكمة الحكم وتعيد الدعوى الى المحكمة التي أصدرته لتحكم فيها من جديد مشكلة من قضاة آخرين 0 ومع ذلك يجوز عند الاقتضاء إعادتها الى محكمة أخرى 0000 الخ" وكان قضاء محكمة النقض قد أستقر على أن البطلان وإعادة نظر الدعوى أمام محكمة الجنايات مقصوران على الأحكام الصادرة بالعقوبة في غيبة المتهم بجناية دون الأحكام الصادرة بالبراءة حسماً يبين من نص المادة 395 من قانون الإجراءات الجنائية ، وأن الأحكام الصادرة غيابياً بالبراءة من محكمة الجنايات لا تسقط بحضور المتهم أو القبض عليه ، فهي أحكام قطعية وليست مجرد أحكام تهديدية ، ولا يقبل الطعن إلا من النيابة العامة بطريق النقض ، فكيف يسوغ في حكم العقل والمنطق أن تكون إعادة المحاكمة عند نقض الحكم أمام المحكمة مشكلة من قضاة آخرين ، أو أمام محكمة أخرى ، ولا تكون إعادة إجراءات المحاكمة - عند حضور المتهم أو القبض عليه - في الحكم الصادر غيابياً بالإدانة أمام المحكمة مشكلة من قضاة آخرين أو أمام محكمة أخرى، وتكون أمام نفس الهيئة التي أصدرت الحكم الغيابي ، مع أن الحكم الغيابي الصادر بالإدانة يبنى في الغالب على تشكك المحكمة في أدلة الإدانة ، حين أن الحكم الغيابي الصادر بالبراءة يبنى على الجرم والقطع واليقين وليس على مجرد الظن والشك والتخمين ، وكيف يسوغ في حكم العقل والمنطق أن يكون القاضي في حالة الحكم بالبراءة قد أبدى رأياً يفقده صلاحية نظر الدعوى بعد النقض والإعادة ، وأنه لم يبد رأياً في الدعوى في حالة الحكم بالعقوبة ، ومن ثم يجوز له نظر الدعوى إذا حضر المتهم المحكوم عليه غيابياً أو قبض عليه 0

ثامناً: وإذا كان قضاء محكمة النقض على أنه لا يوجد في القانون ما يمنع محكمة الجنايات عند إعادة محاكمة المتهم الذي كان غائباً من أن تورد الأسباب ذاتها التي اتخذها الحكم الغيابي الساقط أسباباً لحكمها، واتخاذ نفس الأدلة التي اتخذها الحكم الغيابي، مادامت تصلح في ذاتها لإقامة قضائها بالإدانة (1) وكان هذا المسلك من المحكمة التي تنظر إعادة الإجراءات يدل على أن المحكمة قد تأثرت برأيها الذي سبق أن أبدته في حكمها الغيابي ، وأن

المحظور بنص المادتين 247 من قانون الإجراءات الجنائية و146 من قانون المرافعات ، قد وقع ، وأن ما خشيه الشارع قد تحقق مهما بدا الظاهر غير ذلك 0

تاسعا: لو أشتراك متهمان في جريمة قتل وتمثلت مراكزهما في ارتكاب الجريمة ، وقدمتا للمحاكمة، وحضر الأول وتغيب الثاني ، ودفع الحاضر بقيام حالة الدفاع الشرعي ، ورفضت المحكمة هذا الدفع تأسيسا على أنهما من بدأ التعدي، وقضت بإدانتهم عن جريمة القتل، ثم حضر الثاني - الغائب- وأثناء إعادة إجراءات محاكمته ، أعاد الدفع بقيام حالة الدفاع الشرعي، وقضت المحكمة برفض الدفع على الأساس السابق ، وأدانتة عن جريمة القتل، فهل في هذه الحالة يمكن القول بأن المحكمة لم تبد رأيا في موضوع الدعوى، وأن رأيها السابق لم يكن له من أثر على حكمها اللاحق - ما لم تكن قد تأثرت به فعلا والتزمته - ، بمقولة أنها محاكمة مبتدأة ، وأن قانون الإجراءات الجنائية لم يستوجب في مواد الجنايات أن تعاد المحاكمة أمام هيئة أخرى غير الهيئة التي أصدرت الحكم الغيابي في حالة حضور المحكوم عليه أو القبض عليه قبل سقوط العقوبة المحكوم بها بمضى المدة ، كشرط لصحة الإجراءات ، بل كل ما تطلبته المادة 395 من ذلك القانون في هذه الحالة هو إعادة نظر الدعوى أمام محكمة ، ألا يتعارض هذا مع ما يشترط في القاضى من خلو الذهن عن موضوع الدعوى ليستطيع أن يزن حجج الخصوم وزنا مجردا

---

نقض جنائي 1955/12/16 الطعن رقم 919 لسنة 25 ق مجموعة المكتب الفنى السنة 6 ص 1548 ونقض جنائي 1961/3/13 الطعن رقم 2620 لسنة 30 ق مجموعة المكتب الفنى السنة 12 ص 340 ونقض جنائي 1963/12/30 الطعن رقم 828 لسنة 33 ق مجموعة المكتب الفنى السنة 14 ص 1003 ونقض جنائي 1978/3/13 الطعن رقم 985 لسنة 47 ق مجموعة المكتب الفنى السنة 29 ص 271 ونقض جنائي 1982/3/10 الطعن رقم 4877 لسنة 51 ق مجموعة المكتب الفنى السنة 33 ص 322 ونقض جنائي 1997/10/2 الطعن رقم 13853 لسنة 65 ق مجموعة المكتب الفنى السنة 48 ص 995 ونقض جنائي 1998/5/14 الطعن رقم 10498 لسنة 66 ق مجموعة المكتب الفنى السنة 49 ص 702

## المقابل فى العقد وفقاً للقانون الانجلىزى

بخت مقدم من

د. برىهان أبوزىد

مدرس القانون المبنى بكلية الدراسات القانونية والمعاملات الدولية

جامعة فاروس

## المقابل في العقد وفقاً للقانون الإنجليزي<sup>(17)</sup>

### المقدمة:

يعد العقد من المصادر الأساسية للالتزامات سواء في النظام القانوني الانجلوسكسوني مثل القانون الإنجليزي أو في النظام القانوني اللاتيني مثل القانون المصري. وقد عرف الفقه المصري العقد بأنه توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين سواء أكان بغرض إنشاء التزام أم نقله أم تعديله أم إنهائه<sup>(18)</sup>. بينما عرفه النظام الانجلوسكسوني بأنه إتفاق بين شخصين أو أكثر أو بين كيانات يتضمن بنود معينة يعد فيها كل طرف بأن يقوم بأمر ما في مقابل الحصول على منفعة له في المقابل<sup>(19)</sup>.

فأركان العقد في القانون المصري إذن هم التراضي والمحل والسبب، بينما أركان العقد في القانون الإنجليزي والنظام الانجلوسكسوني عموماً تتمثل في: التراضي الذي يتكون بدوره من الإيجاب Offer والقبول Acceptance، وأهلية التعاقد Capacity to Contract، والمقابل Consideration،

(17) بحث مقدم من د. بريهان أبو زيد، مدرس القانون المدني بكلية الدراسات القانونية والمعاملات الدولية بجامعة فاروس، Post Doctorate Fellow لمركز القانون الاقتصادي والحوكمة بالجامعة الحرة ببروكسل بلجيكا.

(18) أ.د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (تنقيح المستشار/ أحمد مدحت المراغي)، الجزء الأول: نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام، منشأة المعارف، 2004، ص 238.

وقد نصت المادة 89 من القانون المدني المصري على أن "يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع قانونية".

Legal Dictionary: Contract <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/contract> <sup>(19)</sup>

## وأخيراً اتجاه الإرادة إلى إنشاء روابط قانونية Intention to Create Legal Relations<sup>(20)</sup>

ويتضح إذن من تعريف النظام الأنجلوسكسوني للعقد أنه يشترط توافر المقابل في العقد لنشأته ونفاذه، فمتى تخلف المقابل أضحى الالتزام غير ملزم ولا يجوز لمن تقرر لمصلحته اللجوء إلى القضاء للمطالبة بتنفيذه. وفي هذه الدراسة سنتعرف على المقابل وفقاً لما أرساه القانون الإنجليزي المنتمى لطائفة النظم القانونية الأنجلوسكسونية حيث سنتناول بالدراسة مفهوم المقابل وكذلك مدى توافر المقابل في العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد والشروط الواجب توافرها في المقابل.

وتنقسم الدراسة في هذا البحث إلى مبحثين:

**المبحث الأول:** مفهوم المقابل في العقد وفقاً للقانون الإنجليزي.

**المبحث الثاني:** الشروط الواجب توافرها في المقابل.

### المبحث الأول

#### مفهوم المقابل في العقد وفقاً للقانون الإنجليزي

نتناول في هذا المبحث بالدراسة مفهوم المقابل وأنواعه، والمقابل في العقود الملزمة للجانبين والملزمة لجانب واحد وكذلك مدى الاختلاف أو التقارب بين المقابل كركن في العقود في النظام الأنجلوسكسوني والقانون الإنجليزي وبين السبب كركن أساسي في العقود في النظام اللاتيني والقانون المصري. وتنقسم الدراسة في هذا المبحث إلى المطالب الآتية:

**المطلب الأول:** المقصود بالمقابل في العقد.

**المطلب الثاني:** أنواع المقابل في العقد.

**المطلب الثالث:** المقابل في العقود الملزمة للجانبين والملزمة لجانب واحد وفقاً للقانون الإنجليزي.

The Law Handbook: Elements of Contract, <sup>(20)</sup>

<http://www.lawhandbook.org.au/handbook/ch12s01s02.php>

## المطلب الأول

### مفهوم المقابل

يعد المقابل ركنا أساسيا لنشأة العقد ونفاذه فى النظام القانونى الانجلوسكسونى بما فى ذلك القانون الانجليزى. فلا يعد العقد ملزما وناظدا إذا لم يتوافر هذا الركن فى العقد. ويعرف الفقه الانجليزى المقابل بأنه المصلحة التى تتقرر لصالح المتعاقد الذى يتعهد بتنفيذ التزام معين فى العقد أو العبء الذى سيتحمل به المتعاقد الاخر لصالح الأول.<sup>(1)</sup> وفى تعريف اخر عرف البعض المقابل بأنه ما تم الاتفاق عليه من مصلحة متبادلة والسبب الدافع للالتزام.<sup>(2)</sup> وبعبارة أخرى فإن العقد يجب أن ينطوى على مصلحة متبادلة لطرفيه حتى يكون نافذا.

وفى ذات السياق جرت المحاكم الانجليزية على تعريف المقابل حيث عرفته فى قضية Currie V Misa فى 1875 بأنه ما يتضمنه العقد من حق أو مصلحة أو ربح لأحد المتعاقدين أو التزام أو عبء على المتعاقد الاخر<sup>(3)</sup>

---

Catherine Elliot and Frances Quinn, Contract Law, Pearson <sup>(1)</sup>  
Education, Fourth Edition, 2003, P. 66.

Enforceability: Consideration, Formalities, and Promissory <sup>(2)</sup>  
Estoppel,

[http://www.oup.com/uk/orc/bin/9780199644841/chenwishart4e\\_ch03.pdf](http://www.oup.com/uk/orc/bin/9780199644841/chenwishart4e_ch03.pdf)  
Currie v Misa (1875) LR 10 Ex 153; (1875-76) LR 1 App Cas <sup>(3)</sup>  
554.

وفى هذه القضية عرفت المحكمة المقابل بأنه:

“A valuable consideration, in the sense of the law, may consist either in some right, interest, profit, or benefit accruing to the one

ويبدو إلينا هذا التعريف مقتضبا لأنه يوضح ما يحصل عليه طرفا واحدا بالعقد دون الآخر. وفي قضية *Dunlop v Selfridge* في 1915 عرفت المحكمة المقابل بأنه يتمثل في القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو الالتزام بتقديم شيئا معيناً بحيث يكون ذلك الالتزام هو الثمن الذي يلتزم به المتعاقد في مقابل حصوله على شيء آخر من المتعاقد الآخر.<sup>(1)</sup>

ويوضح الفقه الإنجليزي كذلك أن التعريف المتواتر عليه للمقابل في القانون الإنجليزي يشترط تقديم شيئا ذو قيمة كأن يكون التزاما أو عبء على المتعاقد الآخر (الموجب إليه) أو مصلحة ستقرر للموجب في مقابل ما سيحصل عليه الموجب إليه من منفعة. فعلى سبيل المثال يعد الثمن الذي يدفعه المشتري هو المقابل للالتزام البائع بتسليم الشيء المبيع وبالتالي فإنه يعتبر مصلحة للأخير وعبء على الأول، وعلى العكس يعد تسليم المبيع بمثابة المصلحة للمشتري وعبء على البائع.<sup>(2)</sup>

---

party, or some forbearance, detriment, loss, or responsibility, given, suffered, or undertaken by the other.”

*Dunlop v Selfridge Ltd* [1915] AC 847. <sup>(1)</sup>

وفي هذه القضية رأَت المحكمة أن:

“An act or forbearance of one party, or the promise thereof, is the price for which the promise of the other is bought, and the promise thus given for value is enforceable.”

Treitel, Gunter, *The Law of Contract*, Sweet and Maxwell, 11<sup>th</sup> (2) edition, 2003, P. 68.

وفي هذا السياق يرى Treitel أن:

“The traditional definition of consideration concentrates on the requirement that “something of value” must be given and accordingly states that consideration is either some detriment to the



ويرى بعض الفقهاء أن أهمية ركن المقابل في العقد ترجع إلى أنه يؤكد جدية المتعاقدين ونيتهما في الالتزام بما تم الاتفاق عليه في العقد، كما أنه يرسى دعائم التبادلية المعروفة بـ *quid pro quo* وبالتالي يسبغ قدراً من العدالة في المعاملات بين الأفراد. ومن جهة أخرى فإنه في الحالة التي يخفق فيها أحد المتعاقدين عن الوفاء بالتزاماتهم المتفق عليها في العقد، فإن المقابل الذي كان متفقاً عليه يساعد في تقدير حجم التعويض المستحق وفقاً لما فات المتعاقد الآخر من كسب وما لحقه من خسارة. كما أنه في الحالة التي يكون فيها المقابل يسيراً للغاية ولا يتناسب على الإطلاق مع ما يلتزم به المتعاقد من التزامات أو يحصل عليه من حقوق فإن ذلك يكون سبباً لكي تنقضى المحكمة عن مدى وجود إكراه أو تدليس<sup>(1)</sup>.

وقد يثور التساؤل حول ما إذا كان المقابل يقارب أو يخالف ركن السبب في العقد وفقاً للنظم اللاتينية والقانون المصري؟ وقد نصت المادة 136 من القانون المدني المصري على أنه "إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام والآداب كان العقد باطلاً". فالسبب إذن هو الغرض المباشر الذي يهدف المتعاقد تحقيقه من خلال إبرام العقد. ولا ينبغي خلط السبب بالإرادة وإن كان وثيق الصلة بها لأنه الغرض المباشر الذي اتجهت إليه

---

promisee (in that he may give value) or some benefit to the promisor (in that he may receive value). Usually, this detriment and benefit are merely the same thing looked at from different point of views. Thus payment by a buyer is consideration for the seller's promise to deliver and can be described as a detriment to the buyer or as a benefit to the seller and conversely deliver by a seller is consideration for the buyer's promise to pay and can be described either as a detriment to the seller or as a benefit to the buyer."

Emily M. Weitzenboeck, English Law of Contract, February (1)

2012,

<http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUS5260/v12/undervisningsmateriale/Consideration.pdf>

الإرادة.<sup>27</sup> والجدير بالذكر أن النظرية التقليدية للسبب كانت تنظر إليه باعتباره الغرض المباشر والمجرد الذي يريد المتعاقد تحقيقه من وراء الالتزام.<sup>(28)</sup> وكانت النظرية التقليدية للسبب تفرق بينه وبين الباعث، حيث يتمثل الأول في النتيجة الأولى التي يرمى المتعاقد إلى تحقيقها مثل حصول البائع على الثمن في عقد البيع، ويتمثل الثاني في الغرض غير المباشر، أو السبب القصدى، من إبرام العقد والذي يرتبط بنفس المتعاقد كأن يكون باعث البائع من إبرام عقد البيع هو الحصول على المال اللازم للنفقة على أبنائه.<sup>(29)</sup> ولم تكن النظرية التقليدية للسبب تعند بالباعث للمتعاقد وإنما تشترط فقط في السبب أن يكون موجودا وصحيحا ومشروعا. ووفقاً للنظرية التقليدية للسبب فإن السبب في العقود الملزمة للجانبين يتمثل في التزامات المتعاقدين في مواجهة بعضهم البعض أو بمعنى أدق فإن سبب الالتزام المتعاقد هو رغبته في الحصول على الالتزام المقابل الذي يلتزم المتعاقد الآخر بتنفيذه مثل حصول البائع على الثمن وحصول المشتري على الشيء المبيع. أما في العقود الملزمة لجانب واحد مثل عقود التبرعات فإن الرغبة في التبرع هي سبب التزام المتبرع.<sup>(30)</sup>

أما النظرية الحديثة للسبب فقد فرقَت بين سبب الالتزام وبين سبب العقد، فسبب الالتزام هو الغاية المباشرة والقريبة التي يهدف المتعاقدين من ورائها إبرام العقد والتحمل بالالتزام وهي تتسم بطابع موضوعي لارتباطها بموضوع العقد ذاته مثل نقل الملكية ودفع الثمن في عقد البيع، وبين سبب العقد وهو الباعث الدافع لإبرام العقد مثل إبرام عقد البيع للحصول على الثمن وسداد ديون البائع.<sup>(31)</sup>

---

(27) أ.د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 338.

(28) أ.د. محمود جلال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، الطبعة الثالثة، 1978، ص 199.

(29) المرجع السابق، ص 200 و 201.

(30) المرجع السابق، ص 203 و 205.

(31) أ.د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2006، ص 226 و 272 و 232 و 233.

وقد اعتدت النظرية الحديثة للسبب بالباعث الدافع للتعاقد كلما اتصل بالمتعاقد الاخر سواء أكان بعلمه الفعلي به أم باستطاعته العلم به كأن يكون باعث المشتري الذي دفعه لشراء العقار هو إدارته في أعمال تخالف النظام العام والاداب وكان البائع على علم بهذا الباعث أو على الأقل كان يستطيع العلم به. ووفقاً للنظرية الحديثة للسبب فإن السبب في العقود الملزمة للجانبين يتمثل في الغرض المباشر الذي أراد المتعاقد تحقيقه من وراء إبرامه للعقد وفي نفس الوقت بالباعث الدافع لهذا التعاقد متى اتصل بالمتعاقد الاخر. أما في العقود الملزمة لجانب واحد وتحديد عقود التبرعات فإن السبب يتمثل في الرغبة في التبرع للمتعاقد الاخر وكذلك الباعث الدافع للتبرع متى كان من الممكن التعرف عليه(32)

ويرى بعض الباحثين أن ركن المقابل في النظام الانجلوسكسوني لا يجب خلطه بركن السبب في النظام اللاتيني ذلك لأن السبب، وفقاً لهم ينحصر فقط فيما إذا كان الباعث أو الدافع للعقد مشروعاً لا يخالف القانون(33) ونحن وإن كنا نتفق مع وجوب التمييز وعدم الخلط بين المقابل وفقاً للنظام الانجلوسكسوني والسبب وفقاً للقوانين اللاتينية والقانون المصري إلا أننا نختلف في أساس وجوب التمييز. فالمقابل في النظام الانجلوسكسوني يتعلق بالمصلحة التي تنقرر لصالح المتعاقد الذي يتعهد بتنفيذ التزام معين في العقد أو العبء الذي سيتحمل به المتعاقد الاخر لصالح الأول، أما السبب فهو يتعلق بالغرض من إبرام العقد والذي يجب أن يكون مشروعاً لا يخالف القانون. كذلك فإن الشروط التي يتطلبها القانون الانجليزي والنظام الانجلوسكسوني في المقابل، كما سبلى فيما بعد، من وجوب أن يكون المقابل كافياً، وألا يكون المقابل مقابلاً سابقاً، ووجوب صدوره من المتعاقد الاخر، عدم جواز اعتبار

---

(32) أ. د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة: دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الاسلامي، 1984، ص 442 و 443.

Adam Kramer, 'The Gratuitous Variation of Contracts in (33) England and Wales, France and Québec', P.3.

<http://ebookbrowse.com/amk-gratuitous-variation-of-contracts-in-england-and-wales-france-and-quebec-doc-d20045775>

الالتزامات السابقة القائمة مقابلًا صحيحًا، كل ذلك يفيد بأنه من الخطأ اعتبار أن المقابل يمثل ركن السبب في العقد وفقاً للقانون المصري.

والجدير بالذكر أن مبادئ العقود التجارية الدولية المعروفة بـ Principles of International Commercial Contracts (UNIDROIT) لعام 1994 في المادة 3.2 نصت على أن إبرام وتعديل وإنهاء العقود يتم بمجرد اتفاق أطرافه على ذلك دون الحاجة إلى أية شروط أخرى،<sup>(34)</sup> وجاء في التعليق الرسمي للمبادئ أن نص المادة يفيد بعدم اشتراط توافر المقابل أو السبب في العقد التجاري الدولي حتى يكون صحيحاً وناظراً ذلك لأن العقود التجارية بطبيعتها تقول على مبدأ التبادلية كما أنها ليست بحاجة إلى توافر ركن السبب لأنه بدهة سيكون متوفراً بها ومع ذلك فإن التعليق يضيف أن عدم اشتراط توافر ركن السبب وفقاً للمبادئ السابقة لا يعنى عدم اشتراط مشروعية العقد.<sup>(35)</sup>

---

Principles of International Commercial Contracts<sup>(34)</sup>

(UNIDROIT) 1994

<http://www.jus.uio.no/lm/unidroit.international.commercial.contracts.principles.1994.commented/3.2.html#544>

Article 3.2 (Validity of mere agreement) states that:

“A contract is concluded, modified or terminated by the mere agreement of the parties, without any further requirement.”

(35) المرجع السابق.

## المطلب الثانى

### أنواع المقابل فى العقد

استقر النظام الانجلوسكسونى والقانون الانجليزى على نوعين للمقابل فى العقد وهما المقابل الذى يتم الوفاء به أو تنفيذه عند أو بعد إبرام العقد Executory Consideration والمقابل الذى تم الوفاء به أو تنفيذه قبل إبرام العقد Executed Consideration.

**أولاً: المقابل الذى يتم الوفاء به أو تنفيذه عند أو بعد إبرام العقد:**

فى هذا النوع يكون المقابل فى العقد التزام يتم الوفاء به أو تنفيذه عند إبرام العقد أو فى المستقبل أو ما يعرف بـ *in futuro*.<sup>(36)</sup> وذلك كأن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين على سبيل المثال ويلتزم فيها طرفى العقد بأداء التزامات متقابلة لمصلحة كل طرف كأن يلتزم البائع فى العقد بتسليم المبيع بعد إبرامه ويلتزم المشتري فى المقابل بدفع الثمن لدى التسلم.<sup>(37)</sup>

**ثانياً: المقابل الذى تم الوفاء به أو تنفيذه قبل إبرام العقد:**

أما فى هذا النوع من نوعى المقابل يكون المقابل قد تم الوفاء به أو تنفيذه قبل إبرام العقد. ويضرب الفقه الانجليزى مثلاً شهيراً لهذا النوع من المقابل بالحالة التى يتعهد فيها شخص ما بدفع مبلغ معين من المال أو تقديم جائزة

---

M. P. Furmston, Cheshire, Fifoot and Furmston's: Law of<sup>(36)</sup>  
Contract, Butterworths – LexisNexis, Fourteenth edition, 2001, P.

83

(37) المرجع السابق:

Catherine Elliot and Frances Quinn, P. 68.

لمن يعثر على شئ ضائع مملوكا له. فإذا عثر أحد الجمهور على هذا الشئ وأراد الحصول على المال أو الجائزة المتعهد بتقديمها إنعقد العقد. ففي هذا المثال كان المقابل للجائزة هو العثور على الشئ الضائع، وكان قد تم الوعد بها والالتزام بتقديمها قبل العثور الشخص عليها أى قبل إنعقاد العقد. فالعقد هنا، وفقاً للنظام الأنجلوسكسوني، ينعقد بقبول الإيجاب أى بالعثور على الشئ الضائع وتقديمه للمتعاقد الذى وعد بالجائزة (38)

ولعل المثال السابق يبرز قدرا كبيرا من الاختلاف بين النظام القانوني الأنجلوسكسوني والنظام القانوني المصري فالتكييف القانوني وفقاً للأخير هو أن التزام من وعد بدفع مبلغا من المال أو تقديم جائزة فى حالة عثور فرد من الجمهور على ما فقده هو التزام مصدره الارادة المنفردة وليس العقد. ويستوى فى ذلك أن يكون من وجد الشئ الضائع ونشأ حقه فى طلب المبلغ الموعود به أو الجائزة كان يعلم بها عند عثوره على الشئ وتقديمه لصاحبه الواعد أو لم يعلم بها (39) فالالتزام فى هذه الحالة لا يتوقف على قبول من وجد الشئ وإنما ينشأ ويتقرر بعثوره عليه وتقديمه لصاحبه. وسنتناول بقدر من التفصيل هذه المسألة بالمطلب القادم عند دراسة العقود الملزمة للجانبين والملزمة لجانب واحد فى قانون العقد الانجليزى ومدى تقاربهما واختلافهما عن نظيرهما المصرى.

ويبقى أن نشير أخيرا فى هذا الصدد أنه يقع على المتعاقد الذى يرغب فى اثبات وجود مقابل لعقد سيتم تنفيذه لاحقا أو تم تنفيذ مقابله بالفعل، عبء اثبات أن التزامه هو مقابل للالتزام المتعاقد الاخر، وأن كلا من الالتزامين يرتبطان بعقد واحد أو معاملة واحدة (40)

---

(38) المرجع السابق، ص 68. وكذلك M. P. Furmston, Cheshire, Fifoot and Furmston's: Law of Contract, المرجع السابق، ص 83.

(39) أ.د. نبيل سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول: مصادر الالتزام، منشأة المعارف، 2001، ص 363.

(40) المرجع السابق:

M. P. Furmston, Cheshire, Fifoot and Furmston's: Law of Contract, P. 83.

### المطلب الثالث

#### المقابل في العقود الملزمة للجانبين والملزمة لجانب واحد وفقاً للقانون الانجليزي

يهيئنا أولاً قبل أن نبحث في توافر المقابل في العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد في القانون الانجليزي، أن نوضح ماهيتهما في كلا من القانون المدني المصري والقانون الانجليزي.

فالعقد الملزم للجانبين في القانون المدني المصري هو ذلك العقد الذي يلتزم فيه جميع أطرافه بالتزامات متبادلة ومتقابلة تجاه بعضهما البعض مثل عقد البيع حيث يكون البائع ملتزماً بتسليم الشيء المبيع بينما يلتزم المشتري بدفع الثمن. وفي عقد الإيجار يكون المؤجر ملتزماً بتأمين المستأجر من الانتفاع بالعين المستأجرة في مقابل أن يدفع الأخير الأجرة المتفق عليها في موعدها.(41) أما العقود الملزمة لجانب واحد فهي تلك العقود التي يكون أحد أطرافها فقط محملاً بالتزام في مواجهة الطرف الآخر دون أن يكون الأخير ملتزماً بأية التزامات في مواجهته. ولعل أشهر الأمثلة للعقود الملزمة لجانب واحد هو عقد الهبة حيث يلتزم الواهب بالشيء الموهوب به ويكون للموهوب له الحق في قبول الهبة أو رفضها.(42)

والمفهوم السابق للعقود الملزمة للجانبين والملزمة لجانب واحد وفقاً للقانون المدني المصري يختلف في بعض المفاهيم عن مفهومه في القانون الانجليزي والنظام الانجلوسكسوني. فوفقاً للنظام الانجلوسكسوني فإن العقد الملزم للجانبين هو العقد الذي يلتزم فيه طرفي العقد بالتزامات متقابلة كأن يلتزم أحدهما بالتزام معين في مقابل أن يلتزم المتعاقد الآخر بالتزام مقابل له. وفي هذا النوع من العقود يتضح ركن المقابل بجلاء كأحد أركان العقد في النظام الانجلوسكسوني والقانون الانجليزي. ويلاحظ أنه في هذا النوع من العقود لا بد أن يصل فيه القبول إلى الموجب حتى ينقصد العقد كما هو الحال

(41) أ.د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 61.

(42) المرجع السابق ص 62.

في سائر العقود وفقاً للنظام اللاتيني والقانون المصري. وكما هو الحال أيضاً في القانون المدني المصري فإن عقد البيع والإيجار والتأمين من العقود الملزمة للجانبين في القانون الإنجليزي. ففي عقد البيع على سبيل المثال يكون إيجاب البائع متمثلاً في عرض المبيع للبيع ويكون وفاء المشتري بالثمن هو القبول الذي ينطوي على المقابل، الركن الثالث للعقد، في ذات الوقت.<sup>(43)</sup>

أما العقد الملزم لجانب واحد في النظام الانجلوسكسوني والقانون الإنجليزي فإنه ذلك العقد الذي يلتزم فيه الموجب بأمر ما في حالة قيام الموجب إليه بالتزام معين، فإذا ما قام الأخير بتنفيذ الالتزام انعقد العقد. وبعبارة أخرى فإن العقد الملزم لجانب واحد يكون القبول فيه هو بتنفيذ جميع ما اشترطه الموجب بل أن التنفيذ الجزئي له لا يعطى الموجب له الحق في طلب ما التزم به الموجب.<sup>(44)</sup>

ففي قضية *Luxor (Eastbourne) Ltd v Cooper* طلبت إحدى الشركات من سمسار عقارات إيجاد مشترياً لبعض عقاراتها وحددت له حداً أدنى لثمن البيع. وقد عثر السمسار على مشتري يرغب في شراء العقارات وفقاً للثمن الأدنى الذي وضعته الشركة. وبعد عدة مفاوضات إيجابية بين الشركة والمشتري، أصدر مدير الشركة قراراً بالتوقف عن المفاوضات للعثور على مشترٍ آخر يعرض ثمناً أفضل. وقد دفع هذا الأمر بالسمسار إلى طلب عمولته من الشركة على إعتبار أن عقد البيع كان قد أوشك أن يتم وأنه بذل مجهوداً كبيراً في العثور على مشتري يرغب في شراء العقارات بالثمن الذي حددته الشركة. وفي هذه القضية كيفت المحكمة العقد الذي نشأ بين الشركة البائعة والسمسار على أنه من قبيل العقود الملزمة لجانب واحد حيث لا التزام على السمسار بالعثور على مشتري كما أن التزام الشركة البائعة في مواجهة السمسار لا ينشأ إلا إذا عثر السمسار على مشتري وتم البيع. وبما أن الشركة

---

Williston, Samuel, Consideration in Bilateral Contracts, <sup>(43)</sup>  
Harvard Law Review, Volume 27, No. 6 (April 1914), P. 518,  
available at JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/1326781?seq=2>

<sup>(44)</sup> المرجع السابق:

9.Catherine Elliot and Frances Quinn, P. 6



قد عثرت من خلال جهودها الذاتية على مشترٍ آخر وباعت له عقاراتها فإنها لا تكون ملتزمة أمام السمسار بدفع العمولة لأن التزامه لم يتم.<sup>(45)</sup>

كما استقرت المحاكم الإنجليزية على عدم جواز رجوع الموجب في إيجابه متى بدأ الموجب له الوفاء بالالتزام الذي اشترطه الموجب. ففي قضية *Daulia Ltd v Millbank Nominees Ltd* انتهت المحكمة إلى أنه بمجرد وأن يبدأ الموجب له في تنفيذ الالتزام الذي اشترطه الموجب فإنه لا يجوز للأخير الرجوع في إيجابه إلا إذا كان الموجب له قد توقف عن تنفيذه.<sup>(46)</sup> وفي قضية *Errington v Errington* قام أحد الأشخاص بشراء منزل بهدف إعطائه إلى ابنه وزوجة ابنه ونظرا لأن ثمن المنزل لم يكن متوفرا له قام بإبرام عقد رهن لسداد ثمنه. وبعد مرور بعض الوقت وعد الأب ابنه ووزجته بأنهما إذا قاما بسداد الرهن فإن هذا المنزل سيصير ملكهما. وتمكن الزوجان فعلا من سداد قرض الرهن بالرغم من أنهما لم يعبرا صراحة عن نيتهما في تملك المنزل. وبعد وفاة الأب حاول باقى الورثة التحلل من التزام مورثهم بالرجوع في الإيجاب. إلا أن المحكمة رأت عدم جواز الرجوع في الإيجاب الذي صدر عن المورث وذلك لأن الابن وزوجته قاما بسداد القرض وأنهما إذا كانا قد توقفا عن سداد قرض الرهن فإنه كان يجوز انذاك الرجوع في الإيجاب.<sup>(47)</sup>

ولقد تعرض لبعض النقد اشتراط أن يكون قبول الموجب له في العقود الملزمة لجانب واحد عن طريق التنفيذ الكامل للالتزام الذي اشترطه الموجب، على أساس أنه يضيق من نطاق التعبير عن القبول بقدر كبير يجافى الاعتبارات العملية ويستبعد طرق التعبير عن الإرادة المتعارف عليها مثل القبول الشفهي أو الكتابي.<sup>(48)</sup>

ويجدر الإشارة إلى أنه يجوز أن يكون الإيجاب في العقود الملزمة لجانب واحد موجها لشخص واحد أو طائفة معينة من الأفراد أو الجمهور. ففي قضية

*Luxor (Eastbourne) Ltd v Cooper* [1941] AC 108.<sup>(45)</sup>

*Daulia Ltd v Four Millbank Nominees Ltd* [1977] EWCA Civ 5.<sup>(46)</sup>

*Errington v Errington* [1952] 1 KB 290.<sup>(47)</sup>

Contracts Law in Action: Types of Contracts including <sup>(48)</sup>

Unilateral Ones, University of Miami – School of Law Blog,

[http://contractsLawinAction.law.miami.edu/?page\\_id=134](http://contractsLawinAction.law.miami.edu/?page_id=134)

Smoke Ball شركة Carlill v Carbolic Smoke Ball Co، الشركة المدعى عليها، قد أعلنت عن منتج جديد لها يسمى بالـ Carbolic Smoke Ball لعلاج نزلات البرد وأضافت في إعلانها أنه في حالة عدم نجاح علاجها في شفاء المستهلك الذي بناء على هذا الاعلان اشترت المدعية هذا المنتج إلا أنه لم يحقق لها العلاج المرجو من البرد ولذلك رفعت دعوى ضد الشركة إلا أن الأخيرة دفعت بأنها غير ملتزمة بدفع المبلغ الذي أعلنت عنه لعدم وجود عقد يربط بينها وبين المدعية. وفي هذه الدعوى رأَت المحكمة الانجليزية أن هناك عقدا نشأ بين الشركة المدعى عليها والمدعية حيث أن اعلان الشركة عن منتجها الجديد بهدف حث الجمهور على شراؤه يعد بمثابة إيجاب موجه للجمهور وأن قيام المدعية بشراء الدواء وتجربته يعد قبولا لهذا الإيجاب.

ويستقر الفقه الانجليزي على أن العقود الملزمة لجانب واحد تتخذ في الغالب صورة الوعد بالجائزة حيث يعلن أحد الأفراد عن التزامه بمنح جائزة لمن يقوم بعمل معين يشترطه، فإذا ما قام أحد الأشخاص بتنفيذ هذا الالتزام انعقد العقد الملزم لجانب واحد<sup>(49)</sup> ولعل هذا الأمر، كما أشرنا انفا، يشير إلى قدر الاختلاف في تأصيل الوعد بالجائزة بين كلا من القانون المدني المصري والقانون الانجليزي. إذ أن الوعد بالجائزة في القانون المدني المصري يعد من قبيل الالتزامات الناشئة عن الإرادة المنفردة التي تتجه نحو إحداث أثر قانوني معين<sup>(50)</sup>.

والالتزامات القائمة على الإرادة المنفردة في القانون المدني المصري تكون كذلك لأنها التزامات تتجه فيها الارادة نحو إحداث أثر قانوني معين دون أن يتوقف ذلك على قبول الاخرين لها مثل الحال في الوصية والوعد بالجائزة. وتبدو لنا الوصية مثالا واضحا للالتزام القائم على الارادة المنفردة حيث يتقرر حق الموصى له في المال الموصى به بمجرد وفاة الموصى دون أن يتوقف ذلك الحق على علم أو قبول الموصى له<sup>(51)</sup> ومع ذلك فإنه في الوعد بالجائزة

Wormser, I. Maurice, The True Conception of Unilateral<sup>(49)</sup> Contracts, The Yale Law Journal, Volume 26, No. 2 (December 1916), P. 138, available at JSTOR,

<http://www.jstor.org/stable/786315?seq=2>

<sup>(50)</sup> أ.د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 39.

<sup>(51)</sup> المرجع السابق، ص 38.

قد يختلط الأمر حيث يمكن القول بأن إشتراط الواعد قيام أحد الأشخاص من الجمهور بتنفيذ عملاً معيناً أو تقديم شيئاً ما يعد من قبيل القبول اللاحق وأن هذا الإشتراط ما هو إلا إيجاب موجه للجمهور. ومع ذلك فإنه يمكن الرد على ذلك من خلال ما استقر عليه الفقه المصرى من أن الواعد بالجائزة يكون ملتزماً بها بمجرد قيام أحد الأشخاص بتنفيذ الإلتزام الذى إشتراطه سواء أكان الأخير عالماً بالجائزة وقام بتنفيذه من تلقاء نفسه ولكنه علم بها فيما بعد وطلب الحصول عليها بعد ذلك<sup>(52)</sup> وبالتالي فإن القول بأن تنفيذ ما إشتراطه الواعد بالجائزة وطلب الحصول عليها يمكن اعتباره بمثابة قبولاً لاحقاً لإيجاب كان موجهها للجمهور لا يستقيم تطبيقه على حالة الوعد بالجائزة.

وكما هو واضح فإن هناك فرقا جلياً فى مفهوم العقود الملزمة لجانب واحد فى كلا من القانون المدنى المصرى والقانون الانجليزى للعقد. فإذا كان العقد الملزم لجانب واحد فى القانون المدنى المصرى يشير إلى تحمل أحد أطراف العقد بالإلتزام فإن القانون الانجليزى للعقد يشير إلى مدى الإلتزام الموجب له بالعقد ومتى يصبح العقد ملزماً للموجب.

ويبقى أن نشير أخيراً إلى أن النظام الأنجلوسكسونى يعرف ما يمكن وصفه بالإرادة المنفردة وفقاً لمفهومها المستقر عليه فى القانون المصرى وذلك إذا كان الإلتزام الناشئ عن الإرادة المنفردة تم إفراغه فى مستند كتابى وهو ما يعرف بـ Deeds أى صك أو وثيقة أو إقرار. وفى الغالب تتم الهيات عن طريق مثل هذه الصكوك التى تسمح للموهور له بأن يطالب بالمال الموهور به<sup>(53)</sup> ولقد حدد القانون الانجليزى للملكية لعام 1989 الشروط الواجب توافرها فى الصكوك حتى تعتبر صحيحة ومنها أن يكون الصك يعبر بصورة صريحة وواضحة عن اتجاه ارادة المقر إلى التصرف الوارد به، وأن يحمل توقيعاً أو توقيع وكيله<sup>(54)</sup>.

(52) أ.د. نبيل سعد، المرجع السابق، ص 364.

(53) المرجع السابق:

Mindy Chen – Wishart, Contract Law, P. 166.

United Kingdom's Law of Property (Miscellaneous Provisions)<sup>(54)</sup>.

Act 1989.

## المبحث الثاني

### الشروط الواجب توافرها في المقابل

كما قدمنا من قبل فإن المقابل يعد ركنا أساسيا من أركان العقد في النظام الأنجلوسكسوني والقانون الانجليزي. ولكي يكون المقابل صحيحا وينفذ معه العقد فإن هناك قواعد حاكمة أرساها النظام الانجلوسكسوني والقانون الانجليزي وهي التي سنتناولها بالبحث في المطالب الآتية:

**المطلب الأول: يجب أن يكون المقابل كافيا.**

**المطلب الثاني: يجب ألا يكون المقابل مقابلا سابقا.**

**المطلب الثالث: يجب أن يصدر المقابل من المتعاقد الاخر.**

**المطلب الرابع: الالتزامات السابقة القائمة لا تعد مقابلا صحيحا.**

**المطلب الخامس: يجوز أن يكون المقابل التزاما في مواجهة الغير.**

## المطلب الأول

### يجب أن يكون المقابل كافيا

لكي يكون المقابل صحيحا فإنه يجب أن يكون كافيا أي Sufficient وإن كان لا يشترط فيه أن يكون ملائما Adequate. فإذا كان المقابل كما قدمنا من قبل ينطوي على مصلحة للموجب أو على إلتزام على الموجب له فإن هذه المصلحة أو الإلتزام لا يشترط في أيهما أن يكونا متساويين لما يحصل عليه كل متعاقد. وبعبارة أخرى فإن المحكمة لا تنتظر عند تقدير مدى كفاية المقابل في العقد إلى مدى عدالة الحقوق والالتزامات التي يحصل عليها المتعاقدين منه وذلك احتراما لمبدأ حرية التعاقد Freedom of Contracts. فطالما خلا العقد من عيوب الإرادة كالغلط أو الاكراه أو التدليس أو الاستغلال فإن

المقابل الذي يحصل عليه أطراف العقد لا يشترط فيه أن يكون مساوياً أو ملائماً مع بعضهم. (55)

ويجدر الإشارة إلى أن الفقه الانجليزي والأنجلوسكسوني يعرف الـ Nominal Consideration أى المقابل البسيط أو الصوري وهو المقابل الذي لا يعبر عن القيمة الحقيقية لما يحصل عليه المتعاقد من حقوق أو يتحمله من التزامات ولكن يتم اشتراطه في العقد حرصاً على نفاذ العقد ودرءاً لامكانية القضاء ببطلانه في حالة تخلفه. فالمقابل الصوري أو البسيط إذن تقبله المحكمة حتى ولو لم يكن يعبر عن القيمة الحقيقية للصفقة التي تمت بموجب العقد شريطة أن يكون المقابل كافياً وليس بالضرورة ملائماً. (56)

وقد استقر القضاء الانجليزي على شرط كفاية المقابل ففي قضية Thomas v Thomas في 1842 كانت المدعية أرملة وكان زوجها قبيل وفاته أوصى لها بالبقاء في منزله بعد وفاته على أن يعود المنزل بعد ذلك إلى أبنائه بعد وفاتها. فسمح القائم على إدارة تركة الزوج المتوفى للأرملة بالبقاء في منزل الزوجية في مقابل أن تدفع مبلغاً سنوياً بسيطاً للغاية وأن تعد بالحفاظ على المنزل واجراء الصيانة الدورية اللازمة له. وعند محاولة ورثة الزوج المتوفى استعادة المنزل من المدعية رفعت ضدّهم هذه الدعوى وفيها دفعوا بأن المقابل في العقد الذي تم بين الأرملة والقائم على إدارة التركة غير صحيح لأنه بخس للغاية وبالتالي فإن العقد فقد أحد أركانه الأساسية ويجب القضاء ببطلانه. وفي هذه القضية رأت المحكمة أن ما التزمت به المدعية مع القائم على إدارة التركة من دفع مبلغاً سنوياً إضافة إلى الاعتناء بالمنزل وعمل الصيانة الدورية اللازمة له يعد مقابلاً كافياً لحقها في البقاء بمنزل زوجها المتوفى، وأنه لا يشترط أن يكون المقابل مساوياً أو حتى ملائماً لما سيحصل عليه المتعاقد الآخر بل يكفي أن يكون كافياً فقط. (57)

(55) المرجع السابق:

Catherine Elliot and Frances Quinn, P. 70.

Ewan Mckendrick, Contract Law: Text, Cases and Materials, (56)

Oxford University Press, Second Edition, 2005, P. 165.

Thomas v. Thomas (1842) 2 Q.B. 851, 114 E.R. 330. (57)

كما إعتد القضاء الأنجلوسكسوني أيضاً بالامتناع عن العمل كمقابل في العقد. ففي قضية *Hamer v Sidway* كان السيد William Story وعد ابن أخيه، المدعى، بأن يدفع له مبلغ كبيراً من المال إذا امتنع عن التدخين وتناول الخمر والرهان حتى بلوغ 21 عاماً. وكان العم أعرب عن التزامه هذا في حفل كبير حضره العديد من أفراد العائلة وعلموا بهذا الالتزام. وقد نفذ المدعى ما اشترطه عليه عمه وبلغ السن المحدد وطلب من عمه الوفاء بما التزم به فكتب له العم خطاباً أكد فيه على التزامه بدفع المبلغ الذي سبق وأن التزم به بل وعن حقه في الحصول على فوائد تأخير من وقت بلوغه هذا السن. وقد مر أكثر من اثني عشر عاماً على خطاب العم دون أن يفى بالتزامه تجاه ابن أخيه وتوفى دون دفعه وهو ما حداً بالأخير أن يطلب من القائم على تصفية شركة عمه دفع هذا المبلغ مع الفائدة المستحقة. إلا أن القائم على تصفية الشركة رفض دفع المبلغ فرفع ابن الأخ دعوى طالب فيها بأحقية في الحصول على المبلغ. وفي هذه الدعوى دفع القائم على تصفية الشركة، المدعى عليه، بأن المقابل في الاتفاق الذي تم بين العم وابن أخيه غير موجود وبالتالي عدم نفاذ العقد. كما دفع بأن ما التزم المدعى بالامتناع عن القيام به لم يعود بالنفع على العم في شيء وإنما على المدعى باعتبار أنه جنبه مخاطر التدخين وتناول الخمر، وهذا بالتالي لا يرقى لأن يكون مقابلاً كافياً في العقد. فالعقد وفقاً للمدعى عليه لم يجلب منفعة للعم أو حمل ابن أخيه بالتزامات شكلت أعباءً عليه، وحيث أن العقد خلا من ذلك فإن ركن المقابل يكون قد تخلف (1).

وفي هذه الدعوى رأت المحكمة أن الامتناع عن القيام بفعل أو عمل يجوز أن يكون مقابلاً يصبح معه العقد نافذاً وملزماً. وقد جاء في حكم المحكمة أن القضاء لا ينظر فيما إذا كان المقابل يشكل منفعة للمتعاقد الآخر أو شخص من الغير أو أنه يتضمن أي منفعة حقيقية إليهم، إذ أنه يكفي أن يكون المقابل التزاماً ما سيقوم به المتعاقد أو يتحمل به أو يمتنع عنه ويشكل قدر من العبء لم يكن متحماً به قبل العقد (2) ولذلك رأت المحكمة أن امتناع المدعى عن

(1) *Hamer v. Sidway*, 124 N.Y. 538, 27 N.E. 256 (N.Y. 1891).

(2) وفي هذه القضية رأت المحكمة أن القضاء:

“... will not ask whether the thing which forms the consideration does in fact benefit the promisee or a third party, or is of any substantial value to any one. It is enough that something is promised, done, forborne, or suffered by the party to whom the

التدخين وتناول الخمر حتى بلوغ سن الرشد يمكن أن يكون مقابلاً كافياً لأن المدعى الذى التزم بالامتناع عنه كان باستطاعته عدم الامتناع عن ذلك. كما رأت المحكمة أنه لا يجوز تقييم قدر الجهد الذى بذله المدعى لتقدير مدى كفاية المقابل فى هذا العقد. فمن وجهة نظر المحكمة يكفى أن يكون المدعى قد قيد حريته فى القيام بأعمال معينة كان يحق له القيام بها إعتقاداً منه بأن عمه سيقى بالتزامه إذا امتنع عنها وذلك دون النظر فى قدر النفع الذى عاد على العم من جراء هذا المقابل.<sup>(1)</sup>

وتعد أيضاً قضية *Chappell v Nestle* فى 1960 من القضايا التى تم فيها بحث مدى كفاية المقابل فى العقد، حيث قامت شركة *Nestle* بالإعلان عن عرض لزيادة بيع أحد منتجاتها الجديدة فأعلنت عن إعطاء أسطوانة مجانية لأغنية *Rocking Shoes* الشهيرة آنذاك، إذا أرسل المستهلك مبلغاً معيناً بالإضافة إلى إرفاق ثلاث أغلفة لأحد منتجات الشيكولاتة التى تنتجها الشركة. وكان هذا العرض سبباً فى أن ترفع الشركة المنتجة لهذه الأغنية دعوى ضد شركة *Nestle* تطالبها فيه بدفع العوائد المستحقة عن كل أسطوانة. ولهذا السبب كان يجب على المحكمة أن تنظر فى المقابل الذى اشترطت شركة *Nestle* على المستهلكين دفعه. وقد رأت شركة *Nestle* أن

promise is made as consideration for the promise made to him. In general a waiver of any legal right at the request of another party is a sufficient consideration for a promise. Any damage, or suspension, or forbearance of a right will be sufficient to sustain a promise.”

(1) كما رأت المحكمة أن:

“We need not speculate on the effort which may have been required to give up the use of those stimulants. It is sufficient that he restricted his lawful freedom of action within certain prescribed limits upon the faith of his uncle’s agreement, and now, having fully performed the conditions imposed, it is of no moment whether such performance actually proved a benefit to the promisor, and the court will not inquire into it; but, were it a proper subject of inquiry, we see nothing in this record that would permit a determination that the uncle was not benefited in a legal sense.”

المقابل الذي اشترطته كان يتمثل في اشتراط دفع مبلغ بسيط للغاية وأن اشترط ارسال أغلفة منتجاتها لا ينبغي احتسابها جزءا من المقابل لأنها لم تكن ستستفيد منه. إلا أن المحكمة رفضت ما دفعت به شركة Nestle ورأت أن المقابل يجب أن يدخل في احتسابه المبلغ الذي فرضته الشركة إضافة إلى أغلفة منتجاتها لأنها تشكل أرباحا للشركة ومن ثم يمكن اعتبارها مقابلا كافيا<sup>(1)</sup>

وفي قضية أكثر حداثة هي قضية Pitt v PHH Asset Management Ltd في 1994 عرضت الشركة المدعى عليها، وهي شركة لبيع العقارات المرهونة، أحد العقارات لبيعه بالمزاد حيث تقدم كلا من المدعى وسيدة أخرى هي السيدة Buckle. وبدأ المزاد بثمن 185 ألف جنيه استرليني فرفع المدعى عطاءه إلى 200 ألف جنيه استرليني فعرضت السيدة Buckle ذات الثمن الذي عرضه المدعى. ونظرا لأن المدعى كان أسبق في عرضه وافقت الشركة المدعى عليها على العرض إلا أنها جعلت موافقتها النهائية مرتبطة بإبرام عقد البيع مع المدعى. وفي خلال هذه الفترة عرضت السيدة Buckle على الشركة زيادة ثمن العقار إلى 210 ألف جنيه استرليني. ونظرا لأن الشركة علقت موافقتها النهائية على عرض المدعى على إبرام العقد معه، فقامت بإخطاره بأنها تتحلل من اتفاقها معه لوجود عرض أفضل. وقد دفع ذلك المسلك من الشركة إلى أن هددها المدعى باللجوء إلى القضاء ومقاضاتها عن الأضرار التي تكبدها خلال فترة مفاوضات عقد البيع. ويجدر الإشارة هنا أن قانون الملكية الانجليزي لعام 1989 اشترط أن يبيع العقارات يجب أن تكون مكتوبة حتى تكون ملزمة لأطرافها كما يجب أن تتضمن جميع الشروط التي اتفق عليها كلا من البائع والمشتري<sup>(2)</sup>

ولقد نجح تهديد المدعى بالفعل في حمل الشركة المدعى عليها على الاتفاق معه على عدم النظر في عروض الشراء المقدمة من مشتريين آخرين إذا تم إبرام العقد خلال أسبوعين من تاريخ استلام المدعى مسودة عقد الشراء الذي

(1) Chappell & Co Ltd v Nestle Co Ltd [1960] AC 87.

(2) فقد نصت المادة الثانية من قانون الملكية الانجليزي لعام 1989 على أن:

"The sale or other disposition of an interest in land can only be made in writing and only by incorporating all the terms which the parties have expressly agreed in one document or, where contracts are exchanged, in each."



ستقدمه له الشركة ويعرف ذلك بـ Lock Out Agreement وهو اتفاق تقييدي للبائع حيث يلتزم فيه بعدم النظر في أية عروض أخرى تقدم له من مشتريين آخرين خلال مدة معينة<sup>(1)</sup> وللمرة الثانية لم تلتزم الشركة باتفاقها مع المدعى فأخطرت به بنيتها في بيع العقار إلى السيدة Buckle بثمن 210 ألف جنيه استرليني إلا أنها أعطت له مهلة يوما لكي يقرر فيها ما إذا كان يرغب في شراء العقار بالثمن الجديد أم لا، إلا أن المدعى رفض ذلك وباعت الشركة العقار إلى المشتري الجديدة. ونتيجة لذلك رفع المدعى دعواه طالبا فيها التعويض عن الأضرار التي لحقت من جراء اخلال الشركة المدعى عليها بالتزامها التعاقدى معه<sup>(2)</sup> وفي هذه الدعوى دفعت الشركة المدعى عليها بأن الاتفاق الذي تم بينها وبين المدعى لا يرقى إلى أن يكون عقدا لأنه لم يقدم مقابلا في العقد وبالتالي فإن الاتفاق غير ملزم بالنسبة للشركة. إلا أن المحكمة في هذه الدعوى لم تعند بهذا الدفع ورأت أنه وإن صح أن القانون الإنجليزي للملكية لعام 1989 لا يعتد سوى بالكتابة لانعقاد العقود التي ترد على بيع العقارات وهو ما يسمح لكلا من البائع والمشتري في البيوع العقارية التحلل من اتفاقاتهم دون مسؤولية قانونية على أحدهما وهو ما أدى في بعض الأحيان إلى التهرب من إبرام العقد بعد أن يكون المتعاقدين قد قطعا شوطا كبيرا في المفاوضات التي تسبق العقد، ويزيد الأمر سوءا وتعقيدا إذا كان أحد المتعاقدين قد رتب أوضاعه على ذلك كأن يسحب وديعة من البنك لم يحن أجل استحقاقها بعد أو أن يرفض عروض شراء أخرى من مشتريين آخرين. فجميع هذه الأمور لا تثير مسؤولية أي من البائع والمشتري بغض النظر عن الأضرار التي قد تنجم منها نظرا لأن القانون اشترط الكتابة لانعقاد البيوع العقارية. ولذلك فإن المحكمة لم تثر مسؤولية الشركة المدعى عليها القانونية فيما يتعلق بإخطارها المدعى بعدم رغبتها في اتمام عقد البيع معه لوجود عقد أفضل. ومع ذلك فإن المحكمة وجدت أن موافقة الشركة المدعى عليها على إبرام اتفاق تقييدي مع المدعى تقيد فيه حريتها في النظر في عروض الشراء المقدمة إليها من المشتريين الآخرين ومنها المشتري الجديدة التي باعت الشركة المدعى عليها العقار إليها. فمثل هذا الاتفاق هو الذي يثير المسؤولية القانونية للشركة المدعى عليها ويعتبرها قد أخلت بالتزامها تجاه المدعى لأنها التزمتها

Business Dictionary: Lock-out Agreement, (1)

<http://www.businessdictionary.com/definition/lockout-agreement.html>

Pitt v PHH Asset Management Ltd [1994] 1 WLR 32. (2)

كان يتمثل في عدم النظر في عروض الشراء الأخرى لفترة معينة وهو الأمر الذي لم تحترمه الشركة.(1)

(1) وفي هذه الدعوى رأت المحكمة أن:

“For very many people their first and closest contact with the law is when they come to buy or sell a house. They frequently find it a profoundly depressing and frustrating experience. The vendor puts his house on the market. He receives an offer which is probably less than his asking price. He agonises over whether to accept or hold out for more. He decides to accept, perhaps after negotiating some increase. A deal is struck. Hands are shaken. The vendor celebrates, relaxes, makes plans for his own move and takes his house off the market. Then he hears that the purchaser who was formerly pleading with him to accept his offer has decided not to proceed. No explanation is given, no apology made. The vendor has to embark on the whole dreary process of putting his house on the market all over again.

For the purchaser the process is, if anything, worse. After a series of futile visits to unsuitable houses he eventually finds the house of his dreams. He makes an offer, perhaps at the asking price, perhaps at what the agent tells him the vendor is likely to accept. The offer is accepted. A deal is done. The purchaser instructs solicitors to act. He perhaps commissions an architect to plan alterations. He makes arrangements to borrow money. He puts his own house on the market. He makes arrangements to move. He then learns that the vendor has decided to sell to someone else, perhaps for the price already offered and accepted, perhaps for an increased price achieved by a covert, unofficial auction. Again, no explanation, no apology. The vendor is able to indulge his self-interest, even his whims, without exposing himself to any legal penalty.

ونظرا لأن ركن المقابل يعد ركنا أساسيا في نشأة العقد في النظام الانجلوسكسوني والقانون الانجليزي فقد دفعت الشركة المدعى عليها بإنتفائه في الاتفاق التقيدي الذي تم بينها وبين المدعى، وهو ما كان لزاما على المحكمة بحثه والتحقق من وجوده لأنه إذا تخلف أصبح العقد باطلا ولا يمكن لأحد المتعاقدين التمسك به. وقد رأيت المحكمة أن ركن المقابل توافر في هذا الاتفاق التقيدي بل وكافيا ذلك لأن الشركة إذا كانت التزمت في مواجهة المدعى بعدم النظر في العروض الأخرى التي تقدم إليها من مشتريين آخرين فإن المدعى التزم في المقابل بإبرام عقد البيع النهائي خلال أسبوعين من

---

The reasons why purchaser and vendor can act in this apparently unprincipled manner are to be found in two legal rules of long standing: first, the rule that contracts for the sale and purchase of land must be evidenced (or now made) in writing; secondly, the rule that terms agreed subject to contract do not give rise to a binding contract. These rules are deeply imbedded in statute and authority. They make possible the behaviour I have described, but the validity and merits of those rules are not, and could not be, the subject of challenge in this appeal.

For the purchaser there is, however, one means of protection: to make an independent agreement by which the vendor agrees for a clear specified period not to deal with anyone other than that purchaser. The effect is to give that purchaser a clear run for the period in question. The vendor does not agree to sell to that purchaser, such an agreement would be covered by section 2 of the Act of 1989, but he does give a negative undertaking that he will not for the given period deal with anyone else. That, I am quite satisfied, is what happened here, as the judge rightly held. The vendor and the prospective purchaser made what has come to be called a "lock-out agreement." That was a contract binding on them both. The vendor broke it. He is liable to the prospective purchaser for damages which remain to be assessed. I would dismiss the appeal."

تاريخ استلامه لمسودة عقد البيع من الشركة وهو ما يعنى أن الشركة كانت تعلم أنها إذا ما سلمت إليه مسودة العقد فإنه كان ملتزماً في مواجهتها بإبرام العقد وهو الأمر الذى لم يحدث وقامت الشركة بمخالفته<sup>(1)</sup>

وفى قضية *Cook v Wright* كان المدعى، مفوض البلدية، قد أخطر المدعى عليه بضرورة سداد نصيبه من المبالغ المستحقة عن الإصلاحات التى قامت البلدية بإجرائها فى الشارع الذى يقطن فيه. إلا أن المدعى عليه دفع بأنه غير ملتزم قانوناً بسداد مستحقات البلدية لأنه غير مالك للوحدة التى يقطن

(1) وفى هذا الشق رأت المحكمة أن:

“On the second point, the consideration moving from the plaintiff, (council for the defendant) submitted that in reality there was no consideration provided by the plaintiff. The plaintiff was expressing himself to be ready, willing and able to proceed to exchange contracts, which was he submitted, simply what he would have to do in any case. Further, he said that the judge rightly described the threat by the plaintiff to issue an injunction as vapid, that is to say of no substance. He accordingly submitted that there was nothing by way of valuable consideration which the defendant received. I can not accept these submissions either. I accept that the threat of an injunction only had a nuisance value in that I can not see how the plaintiff could have succeeded in any claim.

Nevertheless, that nuisance was something which the defendant was freed from by the plaintiff agreeing to the lock out agreement. Further, the threat of causing trouble with Miss Buckle was again a matter which could have been a nuisance to the defendant and again removal of that threat provided some consideration. But I also believe that the promise by the plaintiff to get on by limiting himself to just two weeks if he was to exchange contracts was of some value to the defendant. The defendant had the benefit of knowing that if it chose to give the plaintiff a draft contract to agree, there would be no delay on the plaintiff's part beyond a maximum of two weeks thereafter. The judge held that these three items constituted valuable consideration sufficient to the lock out agreement and I respectfully agree with him.”

فيها وإنما هو وكيل عن المالكة وبالتالي فإنه ليس مسئولاً بصفة شخصية عن سدادها. وإزاء إصرار مفوض البلدية في المطالبة بالمستحقات المالية وافق المدعى عليه على أن يدفع جزءاً من المستحقات على ثلاث دفعات وتم تحرير اتفاق بذلك. وبالفعل سدد المدعى عليه الدفعة الأولى من المستحقات إلا أنه رفض دفع الدفعة الثانية والثالثة من المبلغ وهو ما دفع مفوض البلدية إلى رفع دعوى ضد المدعى عليه لمطالبته الوفاء بباقي المبالغ المستحقة. وفي هذه الدعوى طرحت المحكمة جانباً مسألة وقوع المدعى عليه في غلط وذلك فيما يتعلق بمدى مسئوليته القانونية عن دفع المبالغ المستحقة للبلدية، فقد رأت المحكمة أن المدعى عليه كان يعلم بعدم أحقية البلدية قانوناً في مطالبته بهذه المبالغ وأنه لم يحرر الاتفاق مع البلدية، والذي اتفق فيه على دفع المبالغ المستحقة على ثلاث دفعات، إلا درءاً لاحتمال مقاضاة البلدية له ورسوم التقاضى والمحاماة التي قد يضطر لدفعها. ورأت المحكمة أن الاتفاق الذي تم بين المدعى والمدعى عليه توافر فيه ركن المقابل الذي تمثل في حصول البلدية على مستحقاتها وعدم مقاضاتها للمدعى عليه، فالمقابل بالنسبة للأخير كان يتمثل في درء خطر أو مضار التقاضى. وقد رأت المحكمة أن هذا المقابل كافياً، وبالتالي صحة ونفاذ العقد.<sup>(1)</sup>

---

*Cook v Wright.* (1861) 30 LJQB 321.<sup>(1)</sup>

وفى هذه الدعوى رأت المحكمة أن:

“It appeared on the evidence that (the defendant) believed himself not to be liable, but he knew that the plaintiffs thought him liable, and would sue him if he did not pay, and in order to avoid the expense and trouble of legal proceedings against himself he agreed to a compromise, and the question is, whether a person who has given a note as a compromise of a claim honestly made on him, and which but for that compromise would have been at once brought a legal decision, can resist the payment of the note on the ground that the original claim this compromised might have been successfully resisted.”

وتجدر الإشارة إلى أن شرط كفاية المقابل تبريره في قاعدة سلطان الارادة وأن العقد شريعة المتعاقدين. فالمحكمة عند نظرها دعوى يكون فيها المقابل في العقد محلاً للدعوى فإنها لا تنظر في مدى عدالة المقابل الذي يدفعه المتعاقدين في العقد بل فقط في مدى كفايته من وجهة نظرهم حتى وإن كان بسيطاً.<sup>(1)</sup> ويعبر عن ذلك المعيار القاضى Bowen في قضية Miles v New Zealand Alford Estate Co بأن المقابل في العقد لا ينبغي أن تقدره المحكمة وفقاً لمعايير موضوعية وما يراه القانون مناسباً أو ملائماً وإنما يجب أن تضع المحكمة في اعتبارها عند تقديره ما يراه المتعاقد نفسه ملائماً أو كافياً.<sup>(2)</sup>

ولعل قضية Hamer v Sidway السابق الإشارة إليها تعكس اتجاه القضاء الانجلوسكسونى إلى التوسيع من نطاق كفاية المقابل وعدم قصره على الالتزامات التي يكون فيها المقابل متمثلاً في تقديم عملاً أو شيئاً ما للمتعاقد الاخر بل إمكانية أن يتمضن الامتناع عن عمل معين. كما أن الحكم في الدعوى السابقة أجاز أن يتضمن المقابل على مصلحة لمن وعد بالالتزام به حتى ولو لم تتجلى بصورة واضحة المصلحة التي قد تعود على المتعاقد الاخر. وفي نظرنا هذا الاتجاه من القضاء الأنجلوسكسونى يعكس محاولة التوفيق بين عدة أمور لعل أولها عدم التضيق من حرية المتعاقدين في اشتراط الالتزامات والحقوق التي تتفق ومصالحهم الشخصية وذلك بعدم تضيق نطاق شرط كفاية المقابل، وثانياً الإبقاء على صحة ونفاذ العقد عن طريق

(<sup>1</sup>) المرجع السابق:

M. P. Furmston, Cheshire, Fifoot and Furmston's: Law of Contract, P. 90.

*Miles v New Zealand Alford Estate Co* (1886) 32 Ch.(<sup>2</sup>)

وقد عبر القاضى Bowen عن ذلك في حكمه بأن:

The reality of the claim which is given up must be measured, not by the state of the law as it is ultimately discovered to be, but by the state of the knowledge of the person who at the time of has to judge and make the concession. Otherwise you would have to try the whole cause to know if the man had a right to compromise it.

الإعداد بركن المقابل فيه حتى ولو لم يتمخض عن مصلحة مباشرة لمن سيتم الالتزام في مواجته به وهو العم في القضية السابقة.

## المطلب الثاني

### يجب ألا يكون المقابل مقابلا سابقا

يشترط الفقه الانجليزي ألا يكون المقابل مقابلا سابقا *Consideration must not be past*. والمقصود بهذا الشرط أنه متى كان المتعاقد قد وعد بتقديم أمر ما أو تنفيذ التزام معين قبل التعاقد ولم يكن ينتظر العقد والتعاقد للوفاء به فإن ذلك لا يصلح لأن يكون مقابلا في العقد.<sup>(1)</sup> وبعبارة أخرى متى كان الالتزام الذي وعد المتعاقد الوفاء به يسبق التعاقد ولا يرتبط به فإنه لا يجوز أن يكون مقابلا في العقد وذلك لأن المقابل يجب أن يكون في إطار الالتزامات التبادلية المتقابلة بين طرفي العقد.

ولا ينبغي الخلط بين المقابل السابق الذي لا يجوز الاعتماد عليه في نشأة العقد ونفاذه وبين النوع الآخر للمقابل الذي تم تقديمه أو تنفيذه قبل إبرام العقد، الذي أشرنا له سابقا ونحن بصدد دراسة أنواع المقابل. ففي المقابل الذي تم تقديمه أو تنفيذه قبل إبرام العقد يكون المتعاقد قد صدر عنه إيجاب حدد فيه عناصره الجوهرية وتضمن ذلك المقابل الذي يسعى للحصول عليه من التعاقد ولكنه كان بانتظار القبول من المتعاقد الآخر أو الجمهور إذا كان إيجابا موجها للجمهور. فالمقابل اذن في ذلك النوع يرتبط بالعقد ويعد معاملة أو صفقة واحدة يرغب المتعاقد في إتمامها من خلال العقد.

أما في المقابل الذي يعد مقابلا سابقا فإن الفقه الانجليزي يضرب مثلا له بالحالة التي يكون فيها شخصا قد أدى عملا ما أو قدم شيئا لشخص آخر دون انتظار مقابلا منه، فإذا وعده الأخير بعد ذلك بدفع مبلغ من المال كمقابل لما

(1) المرجع السابق،

حصل عليه من عمل أو شيء فإن الأول لا يستطيع الزامه بتنفيذ ذلك لأنه عندما أدى العمل أو قدم الشيء لم يكن بانتظار ذلك.<sup>(1)</sup>

وتعد قضية Eastwood v Kenyon من القضايا الشهيرة في القضاء الانجليزي التي تناولت هذا الشرط وتتلخص وقائعها في أن السيد John Sutcliffe توفي وترك لابنته Sarah جميع تركته. وكان السيد Eastwood هو مصفى الشركة وفي ذات الوقت الوصي على ابنته لحين بلوغها سن الرشد. ونظرا لأن شركة John Sutcliffe لم تكن تكفي لتغطية نفقات دراسة ابنته وإدارة وصيانة المزرعة التي تركها فإن مصفى الشركة اضطر للاقتراض من السيد Blackburn لتغطية هذه المصروفات. وعند بلوغ Sarah سن الرشد تخلى السيد Eastwood عن إدارة الشركة وأصبحت هي القائمة على إدارة الأموال التي ورثتها عن أبيها ووعدت بالوفاء بالمبلغ الذي تم اقتراضه من السيد Blackburn لتغطية نفقات دراستها. وتزوجت Sarah من المدعى عليه ووعده زوجها السيد Eastwood بأن يفى بالمبلغ المقترض إلى السيد Blackburn وتبرئة ذمته من ذلك المبلغ. إلا أن زوج Sarah لم يتمكن من الوفاء بالمبلغ المقترض وهو ما دفع السيد Eastwood إلى رفع قضية ضده يطالبه فيها بالوفاء بالمبلغ. وفي هذه الدعوى رأت المحكمة أنه لا يجوز للمدعى أن يطالب الزوج المدعى عليه بالوفاء بالمبلغ الذي تم اقتراضه للانفاق على نفقات دراسة زوجته لأن المدعى عندما اقترض المبلغ وقامه بصرفه على السيدة Sarah لم يكن ينتظر أن يقوم زوجها بالوفاء بهذا المبلغ، وهو المقابل في هذه الدعوى. وبالتالي فإن المقابل يعد أمراً سابقاً لا يجوز معه إرغام المدعى عليه على الوفاء به.<sup>(2)</sup>

وفي قضية Roscorla v Thomas باع المدعى عليه أحد الخيول التي يمتلكها للمدعى، وبعد أن تم البيع صرح المدعى عليه للمشتري بأن الحصان الذي باعه له في حالة جيدة للغاية وهو ما ثبت عدم صحته بعد مرور فترة وجيزة من شرائه. وعندما رفع المشتري المدعى دعوى ضد البائع ليرجع فيها عليه بناء على ما ادعاه خطأ بخصوص حالة الحصان، وجدت المحكمة

(1) المرجع السابق،

Ewan Mckendrick, Contract Law: Text, Cases and Materials, P. 221.

Eastwood v Kenyon (1840) 11 A & E 438; 113 ER 482.<sup>(2)</sup>



عدم جواز ذلك لأن البائع أشار إلى حالة الحصان بعد بيعه وإتمام عقد البيع وبالتالي فإن المشتري لم يكن يعتمد على بيان البائع ليشتري الحصان وبالتالي فإن حالة الحصان لم تكن مقابلاً لقيام المشتري بدفع الثمن وإتمام التعاقد.<sup>(1)</sup>

وفي قضية *Re McArdle* توفي أحد الأشخاص بعد أن أوصى أن تسكن أرملته في مسكن الزوجية حتى وفاتها وبعد ذلك يرثه أبنائهما الخمسة بالتساوي. وأثناء حياة الأم سكن معها أحد أبنائها وزوجته وقامت الأخيرة بالانفاق على بعض التحسينات التي تم إجرائها للمنزل. وبعد إجراء التحسينات بالمسكن وقع الأبناء الأربعة على إقرار بدفع مبلغ معين كمقابل لقيمة التحسينات التي أجرتها زوجة شقيقهم. وعقب وفاة الأم طالبت زوجة الأخ أشقائه بالوفاء بالمبلغ الذي دفعته إلا أنهم رفضوا دفعه فرفعت ضدّهم دعوى للمطالبة به. وفي هذه الدعوى رأّت المحكمة أنه بالرغم من أن الإقرار الذي كتبه ووقعه الأشقاء لزوجته شقيقهم يفيد بأنه بمثابة مقابل لما دفعته من تجديرات وتحسينات بالمسكن إلا أنه كان مقابلاً سابقاً لأنه تم الوعد به بعد أن قامت الزوجة بالتحسينات فعلاً ودون انتظار لأن يقوم أشقائه زوجها بدفع قيمتها.<sup>(2)</sup>

وينبغي الإشارة إلى أن القضاء الإنجليزي وضع استثنائين على شرط ألا يكون المقابل مقابلاً سابقاً وكان ذلك في قضية *Lampleigh v Brathwait* الشهيرة وقضية *Re Casey's Patents* واللاتي بالرغم من قدمهما إلا أن معظم مراجع قانون العقد في النظام الانجلوسكسوني تشير إليهما عند الحديث عن المقابل في العقود. ففي قضية *Lampleigh v Brathwait* كان المدعى عليه السيد *Brathwait* قد أدين بقتل أحد الأشخاص ولذلك طلب من المدعى السيد *Lampleigh* أن يحصل له عفو من ملك انجلترا نتيجة لقربه منه. وبالفعل استطاع المدعى الحصول على عفو من الملك لصالح المدعى عليه وكان نتيجة ذلك أن وعده الأخير بأن يدفع له مبلغاً لتمكنه من الحصول على العفو. وعلى عكس ما قضت به المحاكم الإنجليزية في القضايا السابق الإشارة إليها، فقد وجدت أنه بالرغم من أن وعد المدعى عليه للمدعى بدفع مبلغ نتيجة حصوله على العفو جاء بعد صدور العفو فعلاً وفرحة المدعى عليه به إلا أنه كان هناك ما يشير إلى أن المدعى عليه كان يستشعر أن ما قام به المدعى سيحصل عليه مقابل خاصة وأن المدعى لم يحصل للمدعى عليه على العفو

*Roscorla v Thomas*. (1842) 3 QB 234.<sup>(1)</sup>

*Re McArdle*. [1951] 1 All ER 905.<sup>(2)</sup>

إلا بعد أن طلب منه الأخير ذلك، وهو الأمر الذي اعتمدت عليه المحكمة في نفيها عن المقابل وصف انه كان سابقاً.<sup>(1)</sup>

وفي قضية *Re Casey's Patents* كان المدعى عليهم يمتلكون عدة براءات اختراع وكان المدعى يقوم بإدراجها لهم وتنظيم استغلالها وهو ما دفع المدعى عليهم أن يكتبوا إقرار يقدرون فيه جهود المدعى المبذولة في إدارة براءات الاختراع والتزامهم بأن يدفعوا له ثلث العوائد والأرباح التي يحصلون عليها منها. وعند مطالبة المدعى لهم بنصيبه من العوائد وفقاً لوعدهم السابق تحلل المدعى عليهم من ذلك وهو ما دفع الأول إلى أن يرفع دعواه. وفي هذه الدعوى رأت المحكمة أنه من الواضح أن التعامل الذي تم بين المدعى والمدعى عليهم كان يشير إلى أنه سيكون له مقابل لأنه من غير المتصور أن يقوم الأول بمثل هذه الخدمات لهم بلا مقابل وأن ما أقر به المدعى عليهم وقاموا بإثباته في إقرارهم كان لتأكيد هذا التزام وتحديد قدره تجاه المدعى. وأضافت المحكمة أن المدعى لم يقدم هذه الخدمات للمدعى عليهم إلا بناء على طلبهم وهذا يشير إلى أنه في الغالب كان لديهم الاعتقاد بأنه سيكون هناك مقابل سيضطروا لتقديمه لقاء خدمات المدعى.<sup>(2)</sup>

ويرى بعض الفقهاء أن المقابل السابق يمكن أن يتمثل في صورتين، الأولى: وقد سبق الإشارة إليها آنفاً وهي أن يكون المتعاقد قد أوفى بأمر ما دون أنتظار مقابل من المتعاقد الاخر وهنا لا يجوز أن يكون ما تم الوفاء به أو تقديمه مسبقاً مقابلاً في العقد، والثانية: أن يكون هناك مقابلاً في العقد قد تم الوعد به أو تنفيذه فعلاً ونشأ به العقد ونفذ إلا أنه لا يجوز مع ذلك أن يستخدم

---

*Lampleigh v Braithwait* [1615] EWHC KB J 17.<sup>(1)</sup>

*Re Casey's Patents, Stewart v Casey.* [1892] 1 Ch 104.<sup>(2)</sup>

وفي هذه الدعوى رأت المحكمة أن:

“An act done before the giving of a promise to make a payment or to confer some other benefit can sometimes be consideration for the promise. The act must have been done at the promisor's request, the parties must have understood that the act was to be remunerated further by a payment or the conferment of some other benefit, and payment, or the conferment of a benefit must have been legally enforceable had it been promised in advance.”

ذات المقابل كمقابل جديد لعقد جديد. ولمزيد من الإيضاح حول الصورة الثانية للمقابل السابق يضرب الفقه مثلا بالحالة التي يوافق فيها أحد الأشخاص على بيع شيئا ما بثمن معين ووافق على ذلك المشتري، إلا أن المشتري لا يستطيع إرغام البائع على أن يبيع له شيئا آخر مماثل لما سبق بيعه بنفس الثمن.<sup>(1)</sup>

ففي قضية *Williams v Roffey Brothers* كان المدعى عليهم متخصصون في مقاولات البناء والتشييد وقد طلبت منهم أحد الشركات العقارية إعادة ترميم مبنى مملوك لها مكون من 27 شقة. ولضمان قيام المقاولون، المدعى عليهم، بالتسليم في الميعاد المحدد تضمن عقد المقاوله شرطا جزائيا في حالة التأخر عن التسليم في الميعاد المتفق عليه. وبدأ المقاولون في أعمال الترميمات وعهدوا إلى المدعى أعمال النجارة الخاصة بالمبنى في مقابل 20 ألف جنيه استرليني. وبعد مرور ستة أشهر من بدأ أعمال الترميمات وجد المدعى أن المبلغ الذي سيتقاضاه لا يكفي لإتمام الأعمال المعهودة إليه وأن المبلغ بسيط للغاية. لذلك طلب المدعى من المدعى عليهم زيادة المبلغ المتفق عليه لعدم كفايته ووافقوا بالفعل على الزيادة المقترحة حرصا منهم على استمرار العمل بالمشروع والتسليم في الميعاد المتفق عليه. إلا أن المدعى عليهم أوفوا بجزء فقط من المبلغ المتفق عليه ورفضوا بباقي المبلغ وكان نتيجة ذلك أن المدعى لم يستطع إكمال باقى أعمال النجارة الخاصة بالترميمات. وإزاء ذلك عهد المدعى عليهم بأعمال النجارة المتبقية إلى شخص آخر ولم يوفوا بباقي المبلغ للمدعى. وفي هذه الدعوى طالب فيها المدعى المدعى عليهم بالوفاء بالمبالغ المتبقية إلا أنهم دفعوا بأنه ليس من حق المدعى طلب الوفاء بالمبالغ المتبقية لأنه لم يقدم مقابلا لها أى أعمالا خاصة بها. إلا أن افي هذه الدعوى رأت المحكمة خلاف ذلك، فقد وجدت ما الاتفاق الذي تم بين المدعى والمدعى عليهم يعد عقدا جديدا اشترط فيه المدعى زيادة المبالغ المدفوعة له لقاء استكمال أعمال النجارة والترميمات وبالتالي تفادى المدعى عليهم توقيع الشركة مالكة البناء للشرط الجزائى الذى كان منصوصا عليه فى عقد المقاوله.<sup>(2)</sup> فكان تفادى توقيع الشرط الجزائى من قبل الشركة المالكة للمشروع بمثابة المقابل الذى حصل عليه المدعى عليهم.

---

Mindy Chen – Wishart, Contract Law, Oxford University Press, (1) 2005, P. 128.

*Williams v Roffey Bros* [1990] 2 WLR 1153.<sup>(2)</sup>

ويبدو إلينا أن تحديد ما إذا كان المقابل يعد مقابلاً سابقاً وفقاً للمعنى الذي قدمناه هي مسألة واقع تقدرها المحكمة بالنظر إلى وقائع إبرام العقد وصدور الإيجاب والقبول من الطرفين والتزامات طرفي العقد وما إذا كان ما يقدمه أحد المتعاقدين كمقابل في العقد يعد التزاماً سابقاً لم يكن المتعاقد الآخر ينتظره. وفي رأينا أن السوابق القضائية التي سقناها تشير إلى أن المعول الرئيسي في تقدير ذلك هو أحد أمرين هما: الأول: ما إذا كان المتعاقد قام بتنفيذ أمراً ما بناء على طلب المتعاقد الآخر، والثاني: ما إذا كان ما تم تنفيذه يغلب عليه أن يحصل المتعاقد الذي قام به على مقابل. والحالة الأولى تمثلت في قضية *Re Casey's Patents* التي رأت فيها المحكمة أن المدعى قام بإدارة براءات الاختراع المملوكة للمدعى عليهم بناء على طلبهم وليس من تلقاء نفسه. أما الحالة الثانية تجلت في قضية *Lampleigh v Brathwait* التي قضت فيها المحكمة بتوافر المقابل في العقد لأن المدعى ما كان ليسعى للحصول على عفو من الملك لمصلحة المدعى عليه إلا بناء على طلبه.

ونرى أن مثل هذا الشرط قد يؤدي إلى نتائج مجحفة مثل تحلل المتعاقد من التزامه تجاه المتعاقد الآخر. ففي قضية *Eastwood v Kenyon* رأت المحكمة أن المقابل يعد مقابلاً سابقاً وتمكن المدعى عليه والسيدة Sara زوجته من عدم دفع مصروفات دراستها التي تكبدها المدعى وذلك لأن الزوج وعد بالوفاء بهذه المبالغ بعد أن أنفق المدعى هذه المصروفات. كذلك فإنه في قضية *Re McArdle* رأت المحكمة أن المقابل هو مقابلاً سابقاً ولم تحصل المدعية على ما أنفقته من تجديلات وذلك لأنها أنفقتها من تلقاء نفسها وبدون أن تنتظر مقابلاً من أشقاء زوجها بالرغم من أنهم حرروا إقراراً لاحقاً أعربوا فيه عن التزامهم بدفع قيمة التجديلات. ولا شك أن ذلك يؤدي إلى نتائج مجحفة في مثل هذه القضايا ولا يخفف منها سوى أن يتمسك المدعى بالرجوع على المدعى عليهم وفقاً لأحكام الأثرء بلا سبب *Unjust Enrichment*.

### المطلب الثالث

#### يجب أن يصدر المقابل من المتعاقد الآخر

تتمثل القاعدة الثالثة للمقابل في التزام المتعاقد، الذي يرغب في انفاذ العقد، بإتيان أنه قدم مقابلاً للمتعاقد الآخر وإن كان لا يشترط أن يكون هذا الوفاء قد تم إلى الأخير شخصياً حيث يمكن أن يتم لشخص آخر اشتراطه. ويعبر عن ذلك بأن *consideration must move from the promisee but*

need not move to the promisor. والمقصود بذلك أنه وإن كان المقابل في العقد يفيد بأن كلا من المتعاقدين سيحصل على منفعة متبادلة أو سيتحمل بالتزامات متقابلة فإنه يجب أن يكون اشتراط المقابل من المتعاقدين أنفسهما وإن كان يجوز لأحدهما أن يشترط أن يكون الوفاء لمصلحة شخص من الغير. ويعد الإشتراط لمصلحة الغير أحد صور نسبية أثر العقد التي تعرف في الفقه الأنجلوسكسوني بـ Privity Rule.

ففي قضية Tweddle v Atkinson في 1861 التي عقد فيها المدعى خطبته بعد أن اتفق كلا من والده ووالد خطيبته على أن يدفع له مبلغا سنويا لمساعدته هو وزوجته في تحمل نفقات الحياة. وأبقى والد المدعى على التزامه إلا أن والد زوجته توفي قبل أن يدفع له أية من المبالغ الموعود بها، فرفع الزوج المدعى دعواه مطالبا بالحصول على هذه المبالغ من تركة والد زوجته المتوفى. وقد رفضت المحكمة ذلك الطلب تأسيسا على أن العقد تم بين كلا من والد المدعى ووالد الزوجة وبالتالي لم يكن الزوج المدعى طرفا فيه كما أنه لم يقدم المقابل في العقد أو بمعنى آخر لم يصدر عنه ومن ثم لا يحق له رفع الدعوى لأنه يعد من الغير طبقا لمبدأ نسبية العقد.<sup>(1)</sup>

وفي قضية Price v Easton كان السيد William Price قد اشترى رسالة خشب من السيد John Price ولم يدفع ثمنها كاملا. ثم قام السيد William ببعض أعمال النجارة للسيد Easton وكان من المتفق عليه أن يقوم الأخير بدفع جزء من المبالغ المستحقة للأول إلى السيد John للوفاء بالمبالغ التي يدين بها السيد William إلا أنه لم يقم بذلك. ونتيجة لعدم حصول البائع على باقي مستحقاته رفع دعوى ضد السيد Easton يطالبه فيها بالوفاء بالمبالغ المستحقة للمشتري حتى يستوفي حقوقه منها. ونظرا لأن المدعى لم يكن طرفا في عقد البيع المبرم بين المشتري والمدعى عليه فقد رأت المحكمة الانجليزية أنه يعد من الغير وبالتالي لا يجوز له المطالبة بتلك المبالغ. كما رأت المحكمة أنه إذا كان المدعى في هذه الدعوى قدم مقابلا لما وعد به السيد Easton من أن يقوم بالوفاء بالمبالغ المستحقة للأول فإنه كان يمكن إعتبار ذلك عقدا يمكن التمسك به والمطالبة بتنفيذه.<sup>(2)</sup> ففي هذه القضية اعتبرت المحكمة أن ما وعد به المدعى عليه لم يقابل بمقابل من قبل المدعى ولذلك فإنه لا يجوز له المطالبة بتنفيذ العقد. ويعد ذلك تطبيقاً صارما لقاعدة

<sup>(1)</sup> Tweddle v Atkinson [1861] 1 BS 393.

<sup>(2)</sup> Price v. Easton (1833) 4 B. & AD. 432.

نسبية أثر العقد التي أدت أحيانا كثيرة إلى نتائج مجحفة في حق الغير أو المتعاقدين ولذلك وضع النظام الانجلوسكسونى والقانون الانجليزى بعض الاستثناءات لتفاديها ليست ضمن نطاق دراستنا في هذا البحث.

وفي قضية *De La Bere v Pearson Limited* كانت المدعى عليها صحيفة أعلنت على صفحاتها أن أحد محرريها سيقدم استشارات اقتصاية ومالية لاستفسارات القراء. فأرسل المدعى، الذى كان من قراءها، بعض الاستفسارات حول كيفية الاستثمار الامن وطلب أسم لسمسار أوراق مالية موثوق به. فقامت الصحيفة بنشر رد المحرر على استفسار المدعى والذى تضمن أعطائه اسما لأحد السماسرة تبين بعد ذلك أنه كان مفلس ويعانى الكثير من المشاكل المالية إلا أن المحرر لم يتحرى عن ذلك بالرغم من سهولة هذا الاجراء. وبناء على نصيحة المحرر أرسل المدعى أموالا للسمسار كى يقوم باستثمارها إلا أنه أساء ذلك وفقد المدعى هذه الأموال. وعند رفع المدعى دعوى ضد الصحيفة المدعى عليها للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التى لحقت من جراء الاستشارة التى قدمها له محرر الصحيفة، دفعت الأخيرة بإنتفاء ركن المقابل لأنها قدمت الاستشارة بلا مقابل مالى أى بعبارة أخرى مجانا. وفي هذه الدعوى وجدت المحكمة أن هناك عقدا نشأ بين المدعى والمدعى عليها وأن ركن المقابل قد تم استيفاءه. فقد اعتبرت المحكمة أن ايجاب الصحيفة تمثل فى الاعلان عن خدمة الاستشارات المالية والاقتصادية وأن إرسال المدعى للصحيفة خطابا يتضمن استفساره يعد بمثابة قبولا لهذا الايجاب. كما رأت أنه بالرغم من أن السمسار هو من قام بالاستثمار لحساب المدعى وليست الصحيفة إلا أنه قام بذلك بناء على طلب الصحيفة. كما أن ركن المقابل قد تحقق وتمثل فى تقديم محرر الصحيفة للاستشارات المالية للقارئ وقبول القارئ لنشر استفساره والرد عليه فى الصحيفة.<sup>(5)</sup>

وفي قضية *McEvoy v Belfast Banking Co Ltd* قام أحد الأشخاص بإيداع مبلغ 10 الف جنيه استرلينى فى حساب مشترك باسمه واسم ابنه القاصر لدى البنك المدعى عليه. وبعد فترة من الوقت توفى الأب المودع وقام مصرفى التركة بسحب هذا المبلغ من الحساب لإدارة التركة وأملك العائلة إلا أنه خسرها. وبعد بلوغ الابن سن الرشد رفع الابن دعوى ضد البنك لسماحه للمصرفى بسحب أمواله المودعة باسمه. وفي هذه الدعوى دفع البنك بأن الابن لم يكن له حقوق على المبلغ المودع لأنه لم يقدم مقابلا لعقد فتح الحساب

*De La Bere v Pearson Limited, [1908], 1 KB 280.*<sup>(5)</sup>

المشترك لديه. إلا أن المحكمة رفضت هذا الدفع واعتبرت أن فتح الحساب المشترك يعنى أن الاب قام بذلك لحسابه ولحساب ابنه ومن ثم فإن ما قدمه الأب كمقابل يعد باسمه وباسم ابنه أيضاً.<sup>(6)</sup>

ولقد خفف قانون حقوق الغير لعام 1999 الصادر بالمملكة المتحدة من حدة قاعدة نسبية أثر العقد بالقانون الانجليزي حتى يتفادى التطبيق الصارم لهذه القاعدة حيث سمح للغير بأن يطالب بتنفيذ العقد إذا سمح لهم العقد صراحة ذلك أو إذا كان العقد يمنح الغير مصلحة ما شريطة عدم قيام طرفي العقد باستبعاد حق الغير في ذلك. والحالتان يكملان بعضهما البعض، فالحالة الاولى إشتطت أن ينص العقد صراحة على ذلك الحق للغير في المطالبة بتنفيذ العقد حتى ويستفاد من ذلك أنه حتى ولو لم يكن مستفيدا من العقد فإنه يجوز له ذلك. أما الحالة الثانية فهي تشترط فقط أن يكون الغير مستفيدا من العقد حتى ولو لم يكن العقد قد نص على ذلك الحق للغير أو نص صراحة على استبعاد أو حرمان الغير من ذلك الحق.

ويجدر الإشارة إلى أن القانون السابق الإشارة إليه لم يؤثر على اشتراط أن يكون المقابل صادرا من المتعاقد الاخر وإنما فقط ساهم في حماية مصالح المتعاقدين والغير في الحالة التي لا يكون فيها واضحا كيفية تقديم المقابل من المتعاقد الاخر فكما رأينا من القضايا والقواعد السابق الإشارة إليها أن تقييم المقابل هو مسألة واقع يكون فيها للمحكمة سلطة تقديرية واسعة في تقييمها.

---

*Belfast Banking Co Ltd* [1935] AC 24. <sup>(6)</sup>

وفي هذا السياق رأت المحكمة أن:

“The contract on the face of it purports to be made with A and B, and I think with them jointly and severally. A purports to make the contract on behalf of B as well as himself, and the consideration supports such as contract”.

## المطلب الرابع

### الالتزامات السابقة القائمة لا تعد مقابلا صحيحا

استقر النظام الانجلوسكسونى والقانون الانجليزى على عدم جواز أن تكون الالتزامات السابقة القائمة Performance of an Existing Duty فى ذمة المتعاقد من قبيل المقابل الذى يصح الالتزام به فى العقد. ويفرق القانون الانجليزى بين نوعين من هذه الالتزامات. الأولى وتتمثل فى الالتزام الذى يفرضه واجب عام Existing Public Duty، والثانية الالتزام الذى يفرضه واجب تعاقدى Contractual Duties. ونعالج ذلك فى الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: الالتزام الذى يفرضه واجب عام.

الفرع الثانى: الالتزام الذى يفرضه التزام تعاقدى آخر.

### الفرع الأول

#### الالتزام الذى يفرضه واجب عام

يشترط القانون الانجليزى ألا يكون المقابل الذى يقدمه المتعاقد فى حقيقته التزاما سابقا يفرضه عليه القانون أو بعبارة أخرى أن المتعاقد كان ملتزما بأدائه فى جميع الأحوال بموجب القانون وليس العقد الذى تم الاتفاق عليه. وفى قضية Collins v Godefroy كان المدعى قد طلبت المحكمة شهادته فى أحد الدعاوى التى يمثل بها المدعى عليه. فطلب منه المدعى عليه الحضور فيها للدلاء بشهادته فى مقابل أن يدفع له مبلغا من المال. وعند مطالبة المدعى للمدعى عليه بالمال رفض الأخير فلجأ الأول إلى القضاء مطالبا فيها المدعى عليه الوفاء بما التزم به وإلا كان مخلا بالتزامه. وفى هذه القضية اعتبرت المحكمة أن قيام المدعى بالشهادة تنفيذا استجابة لطلب المحكمة لا يجوز أن يعد مقابلا فى العقد لأنه كان بمثابة التزام بأداء واجب عام يفرضه القانون وليس من قبيل الالتزامات التعاقدية.<sup>(1)</sup>

<sup>(1)</sup> Collins v Godefroy (1831) 1 B & Ad 950; 109 ER 1040.

وفى هذه الدعوى رأت المحكمة أن:

“If it be a duty imposed by law upon a party regularly subpoenaed, to attend from time to time to give his evidence, then a promise to



Glasbrook Brothers v Glamorgan Country Council قضية ففى العكس ففى Country Council كان المدعون شركة تمتلك منجما للفحم وكان عمال الفحم قد أضربوا عن العمل لحين الوفاء ببعض المطالب لهم. فطلب المدعون من شرطة المدينة أن تتولى تأمين المنجم خلال الإضراب وزيادة أعداد عناصر الشرطة به. إلا أن الشرطة رفضت زيادة عناصرها بالمنجم ورأت أنه لا يوجد داعى لزيادة الاعداد والاكتفاء بأحد عناصرها فقط. ولخشية المدعون من تفاقم الإضراب واحتمال الاضرار بالمنجم اتفق المدعون مع شرطة المدينة أنها إذا قامت بزيادة عناصرها بالمنجم سيدفعون لها مبلغ 2,200 جنيه استرليني. وبالفعل قامت الشرطة بزيادة أعدادها وعندما طلبت من المدعين الوفاء بالمبالغ التي التزموا بها رفضوا ذلك. وعند عرض النزاع على المحكمة دفع المدعون بأن الشرطة كان لديها واجب عام بتأمين المنجم وأنها بالتالى لم تقدم مقابلا يمكن الاعتداد به فى العقد. وفى هذه القضية رأت المحكمة أنه وإن صح أن الشرطة لديها واجب عام بالحفاظ على الأمن والنظام إلا أنها رأت أنه لم يكن هناك حاجة لتأمين المنجم بأكثر من عنصر أو عنصرين، وأنها عندما قامت بزيادة عناصرها فى المنجم تعتبر قدمت مقابلا فى العقد ومن ثم يجوز لها مطالبة المدعون بتنفيذ التزاماتهم فى العقد. كما أضافت المحكمة أنه إذا كانت الشرطة رأت أن هناك دواعى أمنية لزيادة عناصرها بالمنجم فإنه ما كان يحق لها أن تطالب المدعون بتنفيذ ما عليهم من التزامات. (12)

give him any remuneration for loss of time incurred in such attendance is a promise without consideration.”

Glasbrook Brothers v Glamorgan County Council [1925] AC (12) 270.

وفى هذه الدعوى رأت المحكمة أن:

“If in the judgement of the police authorities, formed reasonably and in good faith, the garrison was necessary for the protection of life and property, then they were not entitled to make a charge of it.”

وفى قضية *Harris v Sheffield United Football Club Ltd* طلب المدعى عليه وهو أحد أندية كرة القدم بانجلترا من الشرطة زيادة أعدادها لتأمين مباراة كرة قدم ستتم مساء أحد أيام السبت. وفى هذه الدعوى دفع الفريق المدعى عليه بأن تأمين المباراة كان يستدعى زيادة أعداد الشرطة للحفاظ على الأمن والنظام وبالتالي لا يوجد داعى لأن يدفع الفريق أية مبالغ للشرطة. إلا أن المحكمة رأت أنه وإن كان هناك حاجة لزيادة عدد عناصر الشرطة لتأمين المباراة إلا أن الفريق هو الذى حدد أن تجرى المباراة مساء يوم السبت وهو يوم العطلة الأسبوعية وذلك حتى يضمن حضور أكبر عدد من المشجعين وتحقيق أعلى عائد من المباراة وبالتالي فإنه يحق للشرطة أن تطالب الفريق بمقابل عن ذلك.<sup>(16)</sup>

وفى قضية *Ward v Byham* عاشت السيدة Ward المدعية مع السيد Byham المدعى لمدة خمس سنوات فى منزله أنجبت خلالها أبنتهما إلا أن الخلافات دبت بينهما وانفصلا وتركت المنزل. وفى البداية احتفظ السيد Byham بحضانة ابنته ولكنه بعد عدة أشهر طلب من السيدة Ward أن تكون الحاضنة لابنتهما وأن تتولى رعايتها بعناية فى مقابل أن يدفع لها مبلغا شهريا كنفقة اعاشة لابنتهما وهو ما وافقت عليه. واستمر السيد Byham فى الوفاء بالنفقة الشهرية بصورة دورية إلا أنه امتنع عن الوفاء بها لدى زواج المدعية وهو ما دفعها إلى إقامة هذه القضية. وفى هذه الدعوى دفع المدعى بأن قيام المدعية بحضانة ابنتهما وتربيتهما لا يعد مقابلا لما تعهد بدفعه من نفقات لأنها لديها واجب قانونى عام بالقيام بذلك ومن ثم لا يعتبر العقد صحيحا ولا يجوز بالتالى للمدعية أن تطالبه بدفع هذه النفقات. إلا أن المحكمة رأت أن المدعية قدمت مقابلا بالفعل وتمثل فى القيام بتربية الابنة وأنه وإن صح أنها ملتزمة قانونا بذلك إلا أن من واجب المدعى عليه المساهمة فى نفقات ابنته.<sup>(17)</sup>

---

*Harris v Sheffield United Football Club Ltd* [1987] 2 All ER (16) 838.

*Ward v Byham* [1956] 1 WLR 496.<sup>(17)</sup>

## الفرع الثاني

### الالتزام الذي يفرضه التزام تعاقدي آخر

كان القانون الانجليزي يعتبر أن الالتزام الذي يفرضه التزام تعاقدي آخر على أحد المتعاقدين لا يجوز أن يعد مقابلاً في عقد آخر إلا أن هذا الإتجاه شهد تغييراً نسبياً على مر السنوات . ففي قضية *Stilk v Myrick* كان المدعى عليه قبطاناً لأحد السفن وأثناء رسوها في أحد المدن غادرها بعض من طاقم بحارتها العمل بها فاضطر قبطان السفينة أن يعد باقى البحارة بزيادة أجرهم اليومي إذا إستمروا في العمل وأبحروا بها للعودة إلى لندن. إلا أنه وبعد وصول السفينة إلى ميناء لندن رفض القبطان أن يدفع للبحارة الزيادة التي وعدهم فقاموا بمقاضاته. وفي هذه الدعوى اعتبرت المحكمة أن البحارة لم يقدموا مقابلاً جديداً لقبطان السفينة لقاء زيادة أجرهم لأنهم كانوا ملتزمين في الأصل بالإبحار بالسفينة إلى لندن وأنه لم يطرأ تعديل على ذلك الالتزام التعاقدي ومن ثم لا يجوز لهم المطالبة بالزيادة التي وعد بها القبطان.<sup>(1)</sup>

---

*Stilk v Myrick* [1809] EWHC KB J58.<sup>(1)</sup>

وفي هذه الدعوى رأت المحكمة أن:

“Here, I say, the agreement is void for want of consideration. There was no consideration for the ulterior pay promised to the mariners who remained with the ship. Before they sailed from London they had undertaken to do all that they could under all the emergencies of the voyage. They had sold all their services till the voyage should be completed. If they had been at liberty to quit the vessel at Cronstadt, the case would have been quite different; or if the captain had capriciously discharged the two men who were wanting, the others might not have been compellable to take the whole duty upon themselves, and their agreeing to do so might have been a sufficient consideration for the promise of an advance of wages. But the desertion of a part of the crew is to be considered an emergency of the voyage as much as their death; and those who remain are bound by the terms of their original contract to exert themselves to the utmost to bring the ship in safety to her destined

و على نقيض الحكم السابق وفي قضية أحدث نسبيا من السابقة وهي قضية Hartley v Ponsbony كان نصف طاقم بحارة احدى السفن تركوا العمل بها فوعد قبطان السفينة باقى البحارة بزيادة اجرهم اليومي إذا أبحروا بالسفينة إلى بومباى بالهند. وعند وصول السفينة إلى ميناء الوصول طالب البحارة قبطان السفينة بالزيادة التي وعدهم بها إلا أنه رفض. وعند عرض الأمر على القضاء دفع قبطان السفينة، المدعى عليه، بأن البحارة كان عليهم التزام تعاقدى فى الاصل بالإبحار بالسفينة إلى بومباى ولذلك فإنهم لم يقدموا مقابلا جديدا لقاء ما التزم به. وعلى عكس ما قضت بها المحكمة فى قضية Stilk v Myrick فقد رأت المحكمة أن ترك نصف البحارة للسفينة جعل مهمة باقى البحارة شاقا للغاية بل ويحفها المخاطر وأن قبول هؤلاء البحارة بالبقاء والإبحار بالسفينة يعد مقابلا جديدا يحق معه أن يطالبوا بالزيادة التي وعدهم بها القبطان.(22) وكما يبدو فإن المحكمة الانجليزية فى هذا الحكم خففت من حدة النتيجة السابقة فى قضية Stilk v Myrick وأوجدت فى وقائع النزاع ما يمكن اعتباره التزاما جديدا على عاتق البحارة التزموا به فى مقابل زيادة أجرهم.

ولعل الحكم الأخير يذكرنا بقضية Williams v Roffey Brothers السابق الإشارة إليها والتي رأت فيها المحكمة أن أن ثمة عقدا جديدا تم إبرامه بين المدعى والمدعى عليهم، وفيه اشترط المدعى زيادة المبالغ المدفوعة له لقاء استكمال أعمال النجارة والترميمات وبالتالي تفادى المدعى عليهم توقيع الشركة مالكة البناء للشرط الجزائى الذى كان منصوصا عليه فى عقد المقاولة. فكان تفادى توقيع الشرط الجزائى من قبل الشركة المالكة للمشروع بمثابة المقابل الذى حصل عليه المدعى عليهم. فبالرغم من أن طبيعة التزام المدعى فى العقد الأول والثانى ذات طبيعة واحدة وهى أعمال النجارة إلا أن المحكمة وجدت أن تفادى توقيع الشرط الجزائى من قبل الشركة صاحبة المشروع ما يعد مقابلا جديدا قدمه المدعى. وكان المحكمة الإنجليزية تحاول

---

port. Therefore, without looking to the policy of this agreement, I think it is void for want of consideration, and that the plaintiff can only recover at the rate of £5 a month.”

Hartley v Ponsbony [1857] 26 LJ QB 322.(22)

الحد من أثر إشتراط المقابل كأحد أركان العقد وصعوبة استيفاءه في بعض الأحيان وما قد يفرض ذلك إلى خطر التحلل من الالتزامات بين المتعاقدين.

## المطلب الخامس

### يجوز أن يكون المقابل التزاما في مواجهة الغير

استقر القضاء الانجليزي على جواز أن يكون المقابل التزاما قائما في مواجهة الغير. ويتمثل ذلك الأمر في الحالة التي يتفق فيها المتعاقدان على أن يكون التزام أحدهما هو تقديم شيئا أو خدمة ما إلى الغير ثم أكد هذا المتعاقد التزامه بأن وعد الغير بتنفيذه فوعده الأخير أيضاً بتقديم مقابل لذلك الالتزام. ففي هذه الحالة اعتبر القضاء الانجليزي على أن تأكيد المتعاقد لالتزامه في مواجهة الغير وتقديم الأخير مقابلا لذلك يصلح لأن يكون مقابلا في العقد بالرغم من أن المتعاقد لم يلتزم إلا بما سبق له الوعد به. ففي قضية *Scotson v Pegg* تعاقد السيد *Scotson*، المدعى، مع أحد الأشخاص على توريد شحنة فحم إليه أو إلى من يحددهم له، وبناء على ذلك الاتفاق طلب منه الأخير توريد الفحم إلى السيد *Pegg* الذي كان بمثابة الغير للعقد الذي تم بينهما. وبناء على ذلك وعد *Pegg* السيد *Scotson* بأن يقوم بتفريغ الفحم المرسل إليه بنفسه ودون أن يحمله الأخير تكلفة ذلك وهو ما وافق عليه المدعى. إلا أن السيد *Pegg* أخفق في تنفيذ ما التزم به وهو ما دفع المدعى إلى إقامة دعواه ضد السيد *Pegg* تأسيسا على أن ثمة عقدا جديدا نشأ بينهما التزم فيه المدعى بتوريد الفحم إليه في مقابل أن يقوم بتفريغه وتحمل مصروفاته. وفي هذه الدعوى دفع المدعى عليه بأنه لا يجوز أن يعد ذلك عقدا جديدا بين المدعى والمدعى عليه لأن التزام المدعى في مواجهته ما هو إلا التزاما سابقا كان الأخير ملتزما به في مواجهة المتعاقد الأول. وفي هذه الدعوى رأت المحكمة أن المدعى كان ملتزما بتوريد شحنة الفحم للغير، المدعى عليه، وفقاً للاتفاق الذي تم بينه وبين المتعاقد الذي اشترط ذلك وإنه في حالة تخلفه عن توريد الشحنة فإن مسؤوليته تثور في مواجهة المتعاقد وليس في مواجهة الغير. ومع ذلك رأت المحكمة أن الاتفاق اللاحق الذي تم بين المدعى والمدعى عليه ووعد الأخير بأن يتحمل مصروفات تفريغ الشحنة تضمن مقابلا جديدا وبالتالي عقدا

جديدا يحق معه للمدعى أن يرفع دعواه ضد المدعى عليه ويطالبه فيها بالوفاء بالتزامه.<sup>(24)</sup>

وفي قضية *New Zealand Shipping v Satterthwaite* في 1974 (Eurymedon) باعت شركة إنجليزية، المدعية، آلات تنقيب إلى المدعى الذي كان يعيش بنيوزيلانده. وحتى يتم نقل البضاعة التي تم التعاقد على بيعها، قامت الشركة بإبرام سند شحن مع أحد الناقلين البحريين الذي نقل البضاعة وإستعان بدوره بأحد الشركات لكي تقوم بتفريغ الآلات من السفينة ونقلها إلى المكان الذي يقطن فيه المشتري. وتضمن سند الشحن شرطا لتحديد مسؤولية الناقل يغطي كذلك مسؤولية مستخدميه وعماله ووكلائه وأي مقاول اخر يمكن أن يستعين به.<sup>(25)</sup>

إلا أنه أثناء عملية التفريغ سقطت الآلات ونجم عن ذلك أضراراً بالغة بها، فأرادت الشركة المدعية مطالبة الناقل بالتعويض الكامل عنها إلا أن سند الشحن لم ينص على ذلك. وإزاء ذلك الأمر لم يكن أمام الشركة سوى مقاضاة الشركة التي تولت عملية التفريغ. وفي هذه الدعوى تمسكت الشركة المدعى عليها بأنها مثل الناقل يشملها الشرط المعفى من المسؤولية أثناء عملية التفريغ، وهو الأمر الذي رفضته المدعية تأسيساً على أن المدعى عليها لم تكن طرفاً في سند الشحن وبالتالي لا يمكن أن تتمسك بهذا الشرط أيضاً.

وفي هذه الدعوى رأت المحكمة أن شرط تحديد المسؤولية يغطي أيضاً الشركة المدعى عليها التي تولت تفريغ الآلات من السفينة على إعتبار أنها شركة مقاوله تقوم بتفريغ ونقل البضاعة إلى المكان الذي حدده المشتري، المرسل إليه، لإستلام البضاعة. ورأت المحكمة كذلك أنه بالرغم من أن سند الشحن تم إبرامه بين الشركة المدعية الشاحنة للآلات وبين الشركة الناقلة إلا أن هذا العقد يشمل أيضاً من سيقوم بتفريغ السفينة باعتباره عقداً ملزماً لجانب واحد وفقاً للمفهوم الانجلوسكسوني. وبالرغم من أن الشركة المدعى عليها ملتزمة بتفريغ السفينة في مواجهة الشركة الناقلة، إلا أن هذا الالتزام يجوز أن يكون مقابلاً أيضاً لالتزام الشركة المدعية بدفع مصروفات النقل والشحن

---

*Scotson v Pegg*. (1861) 30 LJEx 225.<sup>(24)</sup>

*New Zealand Shipping Co Ltd v A M Satterthwaite & Co* (25)  
Ltd [1974] UKPC 1.

والتفريغ. وبذلك فإنه يجوز أن يكون المقابل التزاما كان يجب على المتعاقد الوفاء به في مواجهة الغير.

وفي الواقع إن إمكانية أن يكون المقابل التزاما قائما في مواجهة الغير يثير التساؤل حول مدى تعارضه مع الشرط السابق للمقابل الذي يفيد بأن الالتزامات السابقة القائمة لا تعد مقابلا صحيحا سواء أكانت التزاما يفرضه واجب عام أم التزما يفرضه التزام تعاقدى آخر؟ إذ لا يبدو إلينا وجوب معاملة الالتزام القائم في مواجهة الغير بحكم يختلف عن ما استقر عليه القضاء الانجليزي والانجلوسكسوني بالنسبة للالتزامات السابقة القائمة سواء التي يفرضها واجب عام أم التي يفرضها التزام تعاقدى آخر.

### الخاتمة:

تناولنا في هذا البحث دراسة المقابل كأحد الأركان الأساسية للعقد في النظام القانوني الانجلوسكسوني والقانون الانجليزي، وأوضحنا أنه لكي يصبح العقد ملزما ونافذا فإنه لا بد من توافره. وكما قدمنا فإن المقابل هو المصلحة التي تتقرر لصالح المت عاقد الذي يتعهد بتنفيذ التزام معين في العقد أو العبد أو العبد الذي سيتحمل به المتعاقد الآخر لصالح الأول، أو هو ما تم الاتفاق عليه من مصلحة متبادلة وهو السبب الدافع للالتزام. وفي هذه الدراسة ميزنا بين المقابل والسبب باعتبار الأخير أحد أركان العقد في النظام اللاتيني والقانون المصري ذلك لأن المقابل يتعلق بالمصلحة التي تتقرر لصالح المتعاقد الذي يتعهد بتنفيذ التزام معين في العقد أو العبد الذي سيتحمل به المتعاقد الآخر لصالح الأول، أما السبب فهو يتعلق بالغرض من إبرام العقد والذي يجب أن يكون مشروعاً لا يخالف القانون. وأضافنا أن الشروط التي يتطلبها القانون الانجليزي والنظام الانجلوسكسوني في المقابل تستبعد كونه يمثل ركن السبب في العقد وفقاً للقانون المصري.

وتناولنا بالدراسة أيضاً المقابل في العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد في القانون الانجليزي وأوضحنا أنه وإن كان مفهوم الطائفة الأولى من العقود يتفق مع نظيرها في القانون المصري إلا أن الطائفة الثانية تختلف اختلافاً كبيراً حيث أننا نتمثل في العقد الذي يلتزم فيه الموجب بأمر ما في حالة قيام الموجب إليه بالتزام معين، فإذا ما قام الأخير بتنفيذ الالتزام

انعقد العقد. فالعقد الملزم لجانب يكون القبول فيه بتنفيذ جميع ما اشترطه الموجب. فإذا كان العقد الملزم لجانب واحد في القانون المدنى المصرى يشير إلى تحمل أحد أطراف العقد بالالتزام فإن القانون الانجليزى للعقد يشير إلى مدى إلتزام الموجب له بالعقد ومتى يصبح العقد ملزما للموجب.

كما تناولنا بالبحث الشروط الواجب توافرها فى المقابل وهى أن يكون المقابل كافيا، وألا يكون المقابل مقابلا سابقا، ووجوب صدوره من المتعاقد الآخر، عدم جواز اعتبار الإلتزامات السابقة القائمة مقابلا صحيحا كما رأينا أنه يجوز أن يكون المقابل التزاما فى مواجهة الغير. وفى الواقع إن إمكانية أن يكون المقابل التزاما قائما فى مواجهة الغير يثير التساؤل حول مدى تعارضه مع الشرط السابق للمقابل الذى يفيد بأن الإلتزامات السابقة القائمة لا تعد مقابلا صحيحا سواء أكانت التزاما يفرضه واجب عام أم التزاما يفرضه التزام تعاقدى آخر؟ إذ لا يبدو إلينا وجوب معاملة الإلتزام القائم فى مواجهة الغير بحكم يختلف عن ما استقر عليه القضاء الانجليزى والانجلوسكسونى بالنسبة للإلتزامات السابقة القائمة سواء التى يفرضها واجب عام أم التى يفرضها التزام تعاقدى آخر.

ومن جهة أخرى رأينا أن المحاكم الانجليزية فى بعض القضايا توسعت فى تفسير شرط أن يكون المقابل كافيا مثل قضية *Hamer v Sidway* السابق الإشارة إليها التى لم تنقيد فيها المحكمة بأشترط أن يكون المقابل متمثلا فى تقديم عملا أو شيئا ما للمتعاقد الآخر بل إمكانية أن يشمل أيضاً الامتناع عن عمل. ويعد هذا فى نظرنا محاولة لعدم التضييق من حرية المتعاقدين فى اشتراط الإلتزامات والحقوق التى تنفق ومصالحهم الشخصية من خلال عدم تضييق نطاق شرط كفاية المقابل وفى نفس الوقت الإبقاء على صحة ونفاذ العقد عن طريق الاعتداد بركن المقابل فيه حتى ولو لم يتمخض عن مصلحة مباشرة لمن سيتم الإلتزام فى مواجهته.

وعلى عكس الاتجاه السابق فقد لمسنا اتجاه المحكمة الانجليزية إلى التضييق على المتعاقدين فى تفسيرها لشرط وجوب ألا يكون المقابل سابقا مثل الحال فى قضية *Eastwood v Kenyon* التى رأت المحكمة أن المقابل كان مقابلا سابقا وتمكن المدعى عليه والسيدة Sara زوجته من عدم دفع مصروفات دراستها التى تكبدها المدعى وذلك لأن الزوج وعد بالوفاء بهذه المبالغ بعد أن أنفق المدعى هذه المصروفات. كذلك الحال فى قضية *Re McArdle* التى رأت فيها المحكمة أن المقابل كان مقابلا سابقا وبالتالي لم



تحصل المدعية على ما أنفقته من تجديدات وتحسينات للعقار وذلك لأنها أنفقتها من تلقاء نفسها ودون انتظار مقابل من أشقاء زوجها بالرغم من أنهم حرروا إقرارا لاحقا أعربوا فيه عن التزامهم بدفع قيمة التجديدات. ولا شك أن مثل هذا التضييق يؤدي إلى نتائج مجحفة حيث أنها تسمح لأحد المتعاقدين من التهرب من التزاماتهم العقدية.

وفي رأينا أن ركن المقابل لا ينبغي أن يكون سببا لإهدار إرادة المتعاقدين خاصة وأنه ليس الهدف منه هو ضمان سلامة الإرادة لأن هذه تعالجها عيوب الإرادة. وبالتالي فإن المقابل ينحصر دوره في ضمان تبادلية العقود في النظام الأنجلوسكسوني سواء في العقود الملزمة للجانبين أو الملزمة لجانب واحد.

## قائمة المراجع

### المؤلفات المصرية:

- أ.د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والارادة المنفردة: دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الاسلامي، 1984.

- أ.د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (تنقيح المستشار/ أحمد مدحت المراغي)، الجزء الاول: نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام، منشأة المعارف، 2004.

- أ.د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2006.

- أ.د. محمود جلال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، الطبعة الثالثة، 1978.

- أ.د. نبيل سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول: مصادر الالتزام، منشأة المعارف، 2001.

### المؤلفات أجنبية:

Adam Kramer, 'The Gratuitous Variation of Contracts in England and Wales, France and Québec'.

<http://ebookbrowse.com/amk-gratuitous-variation-of-contracts-in-england-and-wales-france-and-quebec-doc-d20045775>.

Catherine Elliot and Frances Quinn, Contract Law, Pearson Education, Fourth Edition, 2003.

Ewan Mckendrick, Contract Law: Text, Cases and Materials, Oxford University Press, Second Edition, 2005.

M. P. Furmston, Cheshire, Fifoot and Furmston's: Law of Contract, Butterworths – LexisNexis, Fourteenth edition, 2001.

Mindy Chen – Wishart, Contract Law, Oxford University Press, 2005.

The Law Handbook: Elements of Contract,

<http://www.lawhandbook.org.au/handbook/ch12s01s02.php>

Treitel, Gunter, The Law of Contract, Sweet and Maxwell, 11<sup>th</sup> edition, 2003.

#### الأبحاث:

Enforceability: Consideration, Formalities, and Promissory Estoppel,

[http://www.oup.com/uk/orc/bin/9780199644841/chenwis hart4e\\_ch03.pdf](http://www.oup.com/uk/orc/bin/9780199644841/chenwis hart4e_ch03.pdf)

Emily M. Weitzenboeck, English Law of Contract, February 2012,

<http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUS5260/v12/un dervisningsmateriale/Consideration.pdf>

Williston, Samuel, Consideration in Bilateral Contracts, Harvard Law Review, Volume 27, No. 6 (April 1914), available at JSTOR,

<http://www.jstor.org/stable/1326781?seq=2>

Wormser ,I. Maurice, The True Conception of Unilateral Contracts, The Yale Law Journal, Volume 26, No. 2 (December 1916), P. 138, available at JSTOR,

<http://www.jstor.org/stable/786315?seq=2>

## قضايا أجنبية:

- Belfast Banking Co Ltd [1935] AC 24.  
Carlill v Carbolic Smoke Ball Company [1893] EWCA Civ 1.  
Chappell & Co Ltd v Nestle Co Ltd [1960] AC 87.  
Collins v Godefroy (1831) 1 B & Ad 950; 109 ER 1040.  
Cook v Wright. (1861) 30 LJQB 321.  
Currie v Misa (1875) LR 10 Ex 153; (1875-76) LR 1 App Cas 554.  
Daulia Ltd v Four Millbank Nominees Ltd [1977] EWCA Civ 5.  
De La Bere v Pearson Limited, [1908], 1 KB 280.  
Dunlop v Selfridge Ltd [1915] AC 847.  
Eastwood v Kenyon (1840) 11 A & E 438; 113 ER 482.  
Errington v Errington [1952] 1 KB 290.  
Glasbrook Brothers v Glamorgan County Council [1925] AC 270.  
Hamer v. Sidway, 124 N.Y. 538, 27 N.E. 256 (N.Y. 1891).  
Harris v Sheffield United Football Club Ltd [1987] 2 All ER 838.  
Hartley v Ponsonby [1857] 26 LJ QB 322.  
Lampleigh v Braithwait [1615] EWHC KB J 17.  
Luxor (Eastbourne) Ltd v Cooper [1941] AC 108.  
Miles v New Zealand Alford Estate Co (1886) 32 Ch.  
New Zealand Shipping Co Ltd v A M Satterthwaite & Co Ltd [1974] UKPC 1.  
Pitt v PHH Asset Management Ltd [1994] 1 WLR 32.  
Price v. Easton (1833) 4 B. & AD. 432.

Re McArdle. [1951] 1 All ER 905.  
Re Casey's Patents, Stewart v Casey. [1892] 1 Ch 104.  
Roscorla v Thomas. (1842) 3 QB 234.  
Scotson v Pegg. (1861) 30 LJEx 225.  
Stilk v Myrick [1809] EWHC KB J58.  
Thomas v. Thomas (1842) 2 Q.B. 851, 114 E.R. 330.  
Tweddle v Atkinson [1861] 1 BS 393.  
Ward v Byham [1956] 1 WLR 496.  
Williams v Roffey Bros [1990] 2 WLR 1153.

### قوانين أجنبية وموائيق دولية:

Principles of International Commercial Contracts  
(UNIDROIT) 1994

<http://www.jus.uio.no/lm/unidroit.international.commercial.contracts.principles.1994.commented/3.2.html#544>.

United Kingdom's Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989.

### صفحات الانترنت:

Legal Dictionary: Contract <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/contract>.

Contracts Law in Action: Types of Contracts including Unilateral Ones, University of Miami – School of Law Blog,

[http://contractslawinaction.law.miami.edu/?page\\_id=134](http://contractslawinaction.law.miami.edu/?page_id=134).

Business Dictionary: Lock-out Agreement,

<http://www.businessdictionary.com/definition/lockout-agreement.html>.

## الجوانب السلبية للعقود الإلكترونية

دكتور

عادل عبدالحميد الفجال

دكتوراه في القانون الخاص كلية الشريعة والقانون

جامعة الأزهر - فرع دمنهور

أستاذ مساعد ومشرف على وكالة كلية إدارة الأعمال للجودة والتطوير

جامعة حائل بالمملكة العربية السعودية

1436 هـ - 2015م

بسم الله الرحمن الرحيم

ﷺ

الحمد لله الذي أكمل لنا الدين، وأتم علينا النعمة، وجعل أمتنا والله الحمد خير أمة أخرجت للناس، وبعث فينا رسولاً منا يتلو علينا آياته ، ويزكينا ويعلمنا الكتاب والحكمة، أحمدده على نعمه الجمّة .  
وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، شهادة تكون لمن اعتصم بها عصمة، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، أرسله للعالمين رحمة، وفرض عليه بيان ما أنزل علينا، فأوضح لنا كل الأمور المهمة، وخصه بجوامع الكلم، صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه صلاة تكون لنا نوراً من كل ظلمة، وسلم تسليماً كثيراً.

**وبعد :**

فإنه قد شاعت في هذا العصر التطورات الإلكترونية، وأصبح العالم كله قرية واحدة، من خلال شبكة الإنترنت؛ بحيث يستطيع أي شخص أن يتعرف على ما يحدث في أي مكان في بلده وفي العالم وهو جالس في بيته، فالإنترنت أصبح لغة العصر، نستطيع من خلاله أن نتسوق ما نريده من سلع، حيث أصبح العالم كله سوقاً تجارية واحدة، يمكن لأي مواطن في أي مكان أن يتجول فيها، ويجري عملياته التجارية من بيع وشراء وتسويق دون أن يغادر مكانه وهو جالس في بيته لا يتكلف مشاق السفر، وذلك من خلال المواقع المخصصة لذلك .

فقد اختلفت النظم التشريعية والحضارية في نظرتها إلى العقود والحقوق المالية سواء في كيفية انعقادها أو في شروطها وأحكامها أو آثارها اختلافاً قد يصل إلى حد التباین.

فمثلاً كانت بعض القوانين الوضعية تشترط الشكلية في انعقاد العقود، فلا يصح العقد ولا يُعتبر إلا إذا كان بهيئة معينة وشكل محدد، ثم تطورت إلى الرضائية بعد المرور بمراحل مختلفة<sup>(1)</sup>، أما الشريعة الإسلامية فقد جعلت الرضا منذ البداية هو الأساس في نشأة العقود بأي شكل كانت يقول تعالى :  
﴿إِيَّائِهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ

(1) د/عدنان خالد التركماني : ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، ص 18، دار المطبوعات الحديثة، جدة،

المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية. 1413هـ.

تَرَاضٍ مِنْكُمْ] [النساء : 29] "أي بطيبة نفس كل واحد منكم"<sup>(2)</sup> ويقول الرسول ص: "إنما البيع عن تراض"<sup>(3)</sup>.

إن منهجية الإسلام في تقريره لهذه القاعدة - الرضا - أساساً لصحة نشأة العقود دلالة إعجاز تشريعي واضح، يؤكد أنها شريعة خالدة صالحة لكل زمان ومكان وفي كل بيئة ومجتمع.

وقد مرت العصور السابقة بأنواع مختلفة من أشكال انعقاد العقود كالبيع عن طريق الراديو والتلفزيون والهاتف والفاكس والتلكس وغيرها، وها نحن نشهد في السنوات الأخيرة تطوراً هائلاً في وسائل الاتصال المختلفة وخاصة التقنيات الإلكترونية التي دخلت جميع مجالات الحياة بما فيها المجال التجاري وظهر ما يسمى "بالتسوق الآلي" أو "تجارة الإنترنت" أو "التجارة الإلكترونية" أو "التعاقد عن بعد" عبر شبكة الإنترنت التي ربطت العالم بعضه مع بعض وألغت الحدود الجغرافية والوسائط المالية وأصبح بإمكان تاجر التجزئة أن يشتري مباشرة من المنتج، والمستهلك أن يتسوق وهو في منزله.

وانتشرت التجارة الإلكترونية في الأعوام الأخيرة وأسست الكثير من الشركات العالمية والمحلية مواقع خاصة بها على شبكة الإنترنت وتقدر بعض الدراسات حجم التجارة الإلكترونية حالياً بـ 20% من مجمل التجارة العالمية ويتوقع أن ترتفع النسبة إلى أكثر من ذلك خلال هذا العقد<sup>(4)</sup>. وعلى أهمية هذا الموضوع ومسيس الحاجة إليه إلا أننا نجد قلة الدراسات الفقهية فيه التي تبين أحكامه، وتقترح البديل المناسب عند عدم صلاحية بعض أعماله لأحكام الشريعة الإسلامية.

فهذا بحث في الجوانب السلبية للعقود الإلكترونية، حفزني لكتابته كثرة التعامل في العقود التي تجري عبر الوسائل الإلكترونية الحديثة، وما تثيره

---

(2) تفسير البغوي المسمى (معالم التنزيل) لحسين بن مسعود البغوي 331/1، دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الأولى 1414هـ.

(3) سنن ابن ماجه : لأبي محمد بن يزيد القزويني، كتاب التجارات، باب بيع الخيار برقم 2176 ، طبعة دار إحياء التراث العربي - بيروت، سنن الترمذي : لأبي عيسى الترمذي ، كتاب البيوع برقم 1169 ، دار الكتب العلمية - بيروت .

(1) د/حسن الحفني : التجارة الإلكترونية في الوطن العربي، الفرص والتحديات، ص 19 ، من إصدارات مركز الخليج للدراسات الإستراتيجية 2002م.



من إشكالات وسلبيات، يغلب على ظني أن أكثر المتعاملين بهذه العقود لا إمام لهم بأحكامها الفقهية، وربما لا يعرفون القوانين التي تحكمها، لذا قمت بإجراء هذا البحث لعله يساهم بقسط يسير في تنبيه الذين يتعاقدون إلكترونياً. وعليه قمت بتقسيم البحث إلى مقدمة، بيّنت فيها السبب الذي دفعني للكتابة في هذا الموضوع، وأربعة مباحث، الأول في ماهية العقود الإلكترونية، والثاني عن أهمية العقود الإلكترونية وطبيعتها، بينما الثالث فهو مجالاً للحديث عن أهم سلبيات ومعوقات التجارة الإلكترونية بصفة إجمالية، بينما الرابع فتم تخصيصه لبيان المظاهر السلبية للعقود الإلكترونية، ثم ختمت البحث بخاتمة ضمنيتها أهم ما خلصت إليه من نتائج وتوصيات ثم حلّيته بثبت للمصادر والمراجع التي استعنت بها في كتابته.

## المبحث الأول

### في مفهوم العقود الإلكترونية

قد يثور تساؤل هام عن الفرق بين العقود التقليدية التي نعرفها جميعاً، وبين العقود الإلكترونية، وفي هذا المبحث نتناول مفهوم العقود التقليدية والعقود الإلكترونية، ومدى العلاقة بينهما، وذلك من خلال المطالب التالية:

## المطلب الأول

### مفهوم العقود التقليدية

#### أولاً: العقد في اللغة .

يُطلق العقد ويُراد به الربط والشد، يُقال عقدت الحبل من باب ضرب فأنعقد، والعقد ما يمسكه ويوثقه، ومنه قيل: عقدت البيع، ونحوه، وعقدت اليمين وعقدتها بالتشديد توكيد، وعقدة النكاح وغيره إحكامه وإبرامه.. ويُطلق العقد على العهد، وعاقده عاهده(1).

ويطلق العقد على الربط الحسي والمعنوي، فالحسي كربط الحبل، والمعنوي كربط الإيجاب والقبول في عقد البيع والإجارة(2).

#### ثانياً: العقد في اصطلاح الفقهاء .

يُطلق العقد في اصطلاح الفقهاء على معنيين: معنى عام- معنى خاص، وذلك على النحو التالي:

1- **المعنى العام:** وهو كل ما يعقده (بعزمه) الشخص أن يفعله هو، أو يعقد على غيره فعله على وجه إزمائه إياه، فيسمى البيع والنكاح والإجارة وسائر عقود المعاوضات عقوداً؛ لأن كل واحد منهما ألزم نفسه التمام عليه والوفاء به، وسمي اليمين على المستقبل عقداً؛ لأن الحالف قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من فعل أو ترك، والشركة والمضاربة ونحوها تُسمى أيضاً عقوداً؛

(1) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير : لأحمد بن محمد بن علي الفيومي ، الناشر : المكتبة العلمية، مادة (ع ق د ) ص 421 / وأيضاً : المغرب : لناصر الدين بن عبد السيد أبو المكارم المطرزي ، الناشر : دار الكتاب العربي ، مادة ( ع ق د ) ص 323 .

(2) القاموس المحيط : مجد الدين بن محمد بن يعقوب الفيروز آبادي الشيرازي، 327/1 .

لما وصفناه من اقتضائه الوفاء بما شرطه على كل واحد من الربح والعمل لصاحبه وألزمه نفسه، وكذلك العهد والأمان، لأن معطيها قد ألزم نفسه الوفاء بها، وكذلك كل شرط شرطه إنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد، وكذلك النذور وإيجاب القرب، وما جرى مجرى ذلك<sup>(1)</sup>.

2- **المعنى الخاص:** وبهذا المعنى يُطلق العقد على ما ينشأ عن إرادتين لظهور أثره الشرعي في المحل<sup>(2)</sup>، وبهذا المعنى عرفه الجرجاني<sup>(3)</sup> بقوله: العقد هو ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول.

كما عرفه الزركشي<sup>(4)</sup> بقوله: العقد هو ارتباط الإيجاب بالقبول الإلزامي، كعقد البيع والنكاح وغيرهما.

كما عرفته مجلة الأحكام العدلية، فقد نصت المادة (103) على أن: العقد هو التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً، وهو ارتباط الإيجاب بالقبول<sup>(5)</sup>.

### ثالثاً: العقد في القانون الوضعي.

عرف فقهاء القانون العقد بأنه: "توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني بإنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه"<sup>(6)</sup>.

وهذا التعريف يستفاد من نص المادة 89 من القانون المدني المصري بأنه: (يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين).

(1) أحكام القرآن: للإمام أبي بكر أحمد الرازي الجصاص 2/ 416-417، طبعة دار الفكر.

(2) الموسوعة الفقهية: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت 199/30.

(3) التعريفات: لعلي بن محمد بن علي الجرجاني، ص 196، الناشر: دار الريان للتراث.

(4) المنشور في القواعد الفقهية: ليدر الدين بن محمد بن محمدر الزركشي 2/ 227، الناشر: وزارة الأوقاف الكويتية.

(5) درر الحكام شرح مجلة الأحكام: لعلي حيدر 1/ 104، الناشر دار الجيل.

(6) د/ عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (1) المجلد الأول - نظرية الالتزام

بوجه عام - المجلد الأول - مصادر الالتزام، ص 150، د/ عبد الحي حجازي: النظرية العامة للالتزام

وفقاً للقانون الكويتي (دراسة مقارنة) الجزء الأول - مصادر الالتزام (العقد والإرادة المنفردة) المجلد الأول، ص

52، مطبوعات جامعة الكويت، د/ عبد المنعم فرج الصلدة: نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، ص 51

، الناشر: دار النهضة العربية، عام 1974.

ومعنى توافق الإرادتين: تراضيهما كما يتراضى البائع والمشتري، والمستأجر والمؤجر، أما الأثر القانوني المترتب على هذا التوافق فمثل تسليم البائع الشيء المبيع للمشتري، ودفع المشتري الثمن إلى البائع .

أما التعديل فقد يتمثل في نقص الأجرة أو زيادتها في عقد الإيجار، وكذلك الثمن في عقد البيع<sup>(1)</sup>.

## المطلب الثاني

### مفهوم العقد الإلكتروني

ذهب الفقهاء في تعريف العقد الإلكتروني إلى اتجاهات متعددة :

فمنهم من ذهب إلى أنه هو: " اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، وبفضل التفاعل بين الموجب والقابل"<sup>(2)</sup>.

وقيل هو: "ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري، والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفاً ومعالجة إلكترونياً، وتنشئ التزامات تعاقدية"<sup>(3)</sup>.

وقيل هو: "ذلك العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب والقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات، ويقصد إنشاء التزامات تعاقدية"

فالعقد الإلكتروني: هو ارتباط الإيجاب بالقبول عبر رسالة البيانات التي يتبادل فيها المتعاقدان التعبير عن إرادتين متطابقتين على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر، فهو ارتباط الإيجاب بالقبول عبر رسالة البيانات على وجه يثبت أثره في المعقود عليه.

(1) د/ لاشين محمد يونس الغاياتي : دروس في مصادر الالتزام ، ص 19 ، الطبعة الأولى 2001م .

(2) د/ أسامة أبو الحسن مجاهد: خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، ص 29 ، دار النهضة العربية ، عام 2000م.

(3) د/ خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، ص 51 ، دار نشر الثقافة، الإسكندرية، ط1، 2007م

وتُعدّ رسالة البيانات وسيلة للتعبير عن الإرادة - كلياً أو جزئياً - بغرض إبداء الإيجاب والقبول، بقصد إنشاء التزام تعاقدي.

ورسالة البيانات يقصد بها: المعلومات التي يتم إنتاجها، أو إرسالها، أو تسلمها، أو تخزينها؛ بوسائل إلكترونية أو بصرية، أو وسائل تقنية أخرى، بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي.

وعُرف العقد الإلكتروني أيضاً بأنه هو: ((العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات بقصد إنشاء التزامات تعاقدية)).

ويعتبر العقد الإلكتروني من عقود المسافة "العقود عن بعد Remote Contracts"، وقد عرّف المُشرّع الكندي في القانون الخاص بولاية كويبيك Quebec لحماية المستهلك التعاقد عن بُعد، في القسم (20) بأنه: ((تعاقد بين تاجر ومستهلك بدون وجود مادي بينهما سواء في حالة الإيجاب أو القبول، أو حال كون الإيجاب غير موجه لمستهلك معين))<sup>(13)</sup>.

وعرّف بعض الفقهاء الأمريكيان العقد الإلكتروني بأنه: "هو ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري والتي تكون قائمة على صيغ معدّة سلفاً، ومعالجة إلكترونيًا، وتنشئ التزامات تعاقدية"<sup>(14)</sup>.

فالعقد الإلكتروني إذاً: هو التقاء إيجاب صادر من الموجب بشأن عرض مطروح بطريقة إلكترونية، سمعية أو مرئية أو كليهما على شبكة للاتصالات والمعلومات بقبول مطابق له صادر من الطرف القابل بذات الطرق دون الحاجة إلى التقاء الأطراف المادي والتقاؤهم في مكان معين بهدف تحقيق عملية أو صفقة معينة يرغب الطرفان في إنجازها<sup>(1)</sup>.

(13) د/ خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، ص 74.

(14) د/ خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، ص 74.

(2) د/ خالد ممدوح: المرجع السابق: نفسه/ وأيضاً: مقال للأستاذ عادل حامد أبو عزة - بجمعية

الحاسبات السعودية- بعنوان: العقود الإلكترونية، خصائصها والقانون الواجب التطبيق عليها، منشور بمجلة الجزيرة، العدد 158، بتاريخ: 18 ربيع أول 1427هـ - 16 إبريل عام 2006م.

فالعقد الإلكتروني مثل عقد النقل البحري، وعقد الإيجار، وعقود إجراء العمليات الطبية، وعقود إنشاء المواقع الإلكترونية، وعقود الالتحاق بالمؤسسات التعليمية، وعقود العمل والخدمات وغيرها<sup>(15)</sup>.

### صور العقد الإلكتروني:

تتعدد طرق التعاقد عبر الإنترنت ومن أهمها وأكثرها انتشاراً التعاقد عبر شبكة المواقع ويب (web) والتعاقد عبر البريد الإلكتروني (Email) والتعاقد بطريق المحادثة والمشاهدة.

### أولاً: التعاقد عبر شبكة المواقع (web) :

تعتمد كثير من الشركات إلى عرض سلعتها وخدماتها على شبكة المواقع web وتقوم بتصوير السلعة بطريقة ثلاثية الأبعاد مع تسجيل سعرها ومواصفاتها، ويكون ذلك في موقع خاص بالشركة، وفي المقابل يقوم الراغب في التعاقد بالبحث عن السلعة أو الخدمة التي يريدتها عن طريق استخدام الرمز الذي يساعد في الوصول إلى هذه السلعة أو الخدمة، وعند اقتناعه بها وبالشركة العارضة لها ومعرفة سعرها ومواصفاتها يقوم بالتعاقد على الشراء بعد التأكد من السعر الفردي والإجمالي (في حال شراء مجموعة سلع) وذلك بالنقر على مفتاح الموافقة فيظهر العقد المتعلق بالشراء والمعد من قبل الشركة العارضة الذي يتضمن آلية الدفع وشروط التعاقد ومكانه وكيفية التسليم والقانون الذي يحكم العقد وغير ذلك من الشروط والمعلومات التي تختلف كثرة وقلّة بحسب كل شركة أو عقد<sup>(1)</sup>.

### ثانياً: التعاقد عبر البريد الإلكتروني (E.mail) :

يُقصد بالبريد الإلكتروني: استخدام شبكات الحاسب الآلي في نقل الرسائل بدلاً من الوسائل التقليدية، حيث يخصص لكل شخص صندوق بريد إلكتروني خاص به، وهذا الصندوق عبارة عن ملف وحدة الأقراص الممغنطة التي تستخدم في استقبال الرسائل.

(3) د/مصطفى موسى العجارمة: التنظيم القانوني للتعاقد على شبكة الإنترنت، ص 30، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010م.

(1) د/أحمد العجلوني: التعاقد عن طريق الإنترنت- دراسة مقارنة- ص16، دار الثقافة، الأردن، عمان 2002م.

وللتعاقد عبر البريد الإلكتروني أنواع متعددة منها: أن بعض الشركات تقوم بإرسال رسائل دعائية لنوع معين من السلع أو الخدمات في البريد الإلكتروني الخاص بالشخص، فإذا نظر صاحب البريد هذه الرسالة ورغب في السلعة أو الخدمة قام بمراسلة الشركة حول التعاقد معهم على هذه السلعة أو الخدمة ثم تتم المباشرة بالطريقة السابقة في التعاقد عبر شبكة المواقع<sup>(1)</sup>.

**ثالثاً: التعاقد بالمحادثة عبر الإنترنت :**

توجد برامج تُتيح للشخص تبادل الحديث صوتياً مع الطرف الآخر بشكل مباشر سواءً كان طرفاً أو أكثر، كما يوجد أيضاً برنامج يمكن من خلاله إرسال صور فيديو للتعبير عن الحركة<sup>(2)</sup>.

يستخدم العقد الإلكتروني لكافة التصرفات محل الاتفاقات على الشبكة، وبشكل رئيسي إنزال البرامج أو الملفات عن الشبكة، الدخول إلى خدمات الموقع وتحديداً التي تتطلب اشتراكاً خاصاً في بعض الأحيان أو مقابل مالي أو لغايات الحصول على الخدمة ( كالمحادثة ومجموعات الأخبار أو الإعلان والأدلة) أو لغايات التسجيل والالتزام العقدي بإنفاذ الخدمة المعروضة مجاناً بشروط الموقع كخدمات البريد المجاني والاستضافة المجانية وغيرها، وكذلك لإبرام التصرفات القانونية على الخط كالبيع والشراء، والاستئجار، وطلب القرض، وإجراء عملية حوالة مصرفية وإبرام بوالص التأمين، ودفع الثمن، وغيرها.

ومن خلال ما سبق يتبين لنا تمييز العقد الإلكتروني بصفته العالمية التي تغطي كل دول العالم لكونه يتم في معظم الأحيان عن طريق شبكة المعلومات ( الإنترنت ) كما يتميز أيضاً بصفته الانفتاحية، فالشبكة متاحة لكل من يرغب الدخول فيها، ويتميز العقد الإلكتروني أخيراً بصفته الإلكترونية لكونه يتم بواسطة أجهزة وبرامج إلكترونية تنقل إرادة المتعاقدين بعضهم إلى بعض دون حضور مادي معاصر لهم، وبالتالي فهو عقد ينتمي إلى طائفة العقود عن بعد<sup>(1)</sup>.

(1) د/ الصالحين محمد أبو بكر العيش: الشكلية في عقود الإنترنت والتجارة الإلكترونية، نقلا عن :

[http://www.tashraat.com/view\\_studies2.asp?id=425&std\\_id=66](http://www.tashraat.com/view_studies2.asp?id=425&std_id=66)

### المطلب الثالث

#### تمييز العقود الإلكترونية عن العقود التقليدية

مما سبق يتبين أن التعاقد الإلكتروني يتفق مع التعاقد التقليدي في أنهما ينعقدان بتوافق إرادتي المتعاقدين، أي تطابق الإيجاب والقبول، وهذا ما نصت عليه المادة (89) من القانون المصري، إلا أن العقود الإلكترونية تمتاز عن العقود التقليدية بالميزات التالية:

**أولاً: العقود الإلكترونية تُبرم بمجلس عقد حكومي<sup>(1)</sup>، "افتراضي":**

فالعقد الإلكتروني يتم إجراؤه بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي، فمجلس العقد الحقيقي هو ذلك المجلس الذي يكون فيه طرفا التعاقد حاضرين معاً في مكان واحد، وزمان واحد، ويتبادلان الإيجاب والقبول شفاهة، وبطريقة مباشرة، بحيث يكون وجودهما معاً وجوداً مادياً محسوساً، ويُسمى التعاقد في هذه الحالة بالتعاقد بين الحاضرين<sup>(2)</sup>، ومجلس العقد في التعاقد الإلكتروني مجلس حكومي، ويُقصد به المجلس الذي يكون أحد المتعاقدين غير حاضر فيه، ويتم التعاقد فيه عن طريق الكتابة، أو الرسول، أو ما يقوم مقامهما، ويُعرف بالتعاقد بين الغائبين<sup>(3)</sup>.

والعقد الإلكتروني إما أن يكون متعصراً، أي أن الإيجاب والقبول يتمان في زمنين متقاربين، وفي هذه الحالة يكتف بأنه عقد فوري، وإما أن يكون غير متعاصر، أي أن الإيجاب والقبول لا يجمعهما زمان واحد، وفي هذه الحالة يكتف بأنه عقد متراخ.

والعقد الإلكتروني فيه شبه ببعض العقود التي تتم عن بُعد، مثل التعاقد بالفاكس، أو التليفون، أو المراسلة (الكتلوج).

**ثانياً: العقود الإلكترونية تُبرم باستخدام الوسائل الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت:**

فهي لا تختلف عن العقود التقليدية من حيث موضعها لكنها يختلف عنها من حيث طريقة إبرامها، حيث تختلف فيها الكتابة باعتبار أنها أهم وسائل التعبير عن الإرادة، وهي من أقوى طرق الإثبات، وأنها حجة على طرفيها إذا كان

(1) د/أحمد أبو ستيت: نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، ص 27، 1945م، د/إسماعيل غانم: النظرية العامة لمصادر الالتزام، ص 39، 1968م.

(2) د/جابر عبد الهادي سالم الشافعي: مجلس العقد في الفقه الإسلامي، والقانون الوضعي، ص 238، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001م.

(3) المرجع السابق، ص 525.



سند إثباتها عرفياً، وحجة على الكافة إذا كان سند إثباتها رسمياً<sup>(1)</sup>، وفي العقد الإلكتروني تختفي المستندات الورقية (الدعائم الورقية)، وتبرز الدعائم الإلكترونية مكانها، وهذا يقتضي تكييف المستندات الإلكترونية من حيث حجيتها في الإثبات، فإن كانت معتمدة من جهة مخول لها اعتمادها كانت سنداً رسمياً، فتكون حجة على الكافة وإلا صارت حجة قاصرة على طرفيها فقط. كما أنه لا بد من النظر في إسناد المستندات الإلكترونية إلى الشخص الذي صدرت عنه، فربما يكون الموقع الإلكتروني مملوكاً له، ولكن قد يصدر السند عبر الموقع عن شخص فضولي، غير مخول له استخدام الموقع. إن مفهوم شبكة الاتصالات الإلكترونية مفهوم واسع - فيما يخص التعاقد الإلكتروني - فهو ينطبق على كل نوع من أنواع الاتصالات التي يتم التعبير فيها عن الإرادة بطريقة الصوت، أو الصورة، أو الإشارة الدالة على مقصودها، سواء أتم الاتصال بالوسائل السلكية، أو اللاسلكية، أو عبر الأقمار الاصطناعية، أو غيرها.

**ثالثاً: العقود الإلكترونية يغلب عليها الطابع التجاري الاستهلاكي.** يغلب على العقود الإلكترونية الصفة التجارية الاستهلاكية، لأن أغلب معاملات التجارة الإلكترونية عبارة عن عقود بيوع استهلاكية، وكونه استهلاكي لأن سمته البارزة هي الاستهلاك، فهو غالباً ما يقع بين تاجر أو مهني ومستهلك، وبما أنه عقد استهلاكي - غالباً - فإنه يخضع لقواعد قوانين حماية المستهلك.

**رابعاً: العقود الإلكترونية عقود دولية.** إن طبيعة الوسط المستخدم لإبرام العقود الإلكترونية، المتمثلة في الشبكة الدولية للاتصالات "الإنترنت" طبيعة دولية، إذ تجعل معظم دول العالم في اتصال دائم على الخط "Online" وهذا يُمكن من إجراء عقود مختلفة بين أطراف في دول متعددة، وبين أشخاص يغلب عليهم أنه لا يعرف بعضهم بعضاً.

---

(1) د/محمد حسين منصور: المسؤولية التقصيرية الإلكترونية، ص 19، دار الجامعة الجديدة للنشر 2003م، د/خالد مندوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، ص 76، د/مصطفى أبو مندور موسى: دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية، ص 29، دار النهضة العربية، 2000م.

**خامساً: الوفاء في العقود الإلكترونية يتم عن طريق الدفع الإلكتروني .**  
يتم السداد في العقود الإلكترونية عن طريق: البطاقات البلاستيكية "البنكية"، مثل: Visa Card و The Master Card و The Carrier Card و بطاقة الصراف الآلي ATMS، والبطاقات الذكية، والتي من صورها الموندكس Mondex Card. وكذلك الأوراق التجارية الإلكترونية، ويتم الدفع الإلكتروني عن طريق النقود الإلكترونية "Electronic Money"، وهي نوعان: النقود الرقمية "Digital Money"، والمحفظة الإلكترونية "Electronic Wallet". وهناك وسائل أخرى للسداد، مثل الذهب الإلكتروني "E-Gold"، والشيك الإلكتروني "E-Check".  
فعملية تحويل الأموال إلكترونياً (Electronic Fund Transfer EFT) بين أطراف العقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت تتم بواسطة جمعية الاتصالات المالية بين البنوك "Swift" أو عن طريق شبكة الاتصالات بين البنوك والتي يطلق عليها مشروع بوليرو "Bolero Project".  
وتمشياً مع طرق الدفع الإلكتروني ظهرت مجموعة من الخدمات البنكية الإلكترونية، مثل: خدمة التوكيل الإلكتروني "Factoring"، وخدمة الصراف الآلي Automatic Teller Machine (ATM) وخدمة نقاط البيع (POS) Points Of Sales وخدمة الحصول على الأعمال البنكية من المنزل أو المكتب Home & Office Bank والتي يمكن الحصول عليها عن طريق الهاتف المزود بشاشة "Smart Phone"، وخدمات المقاصة الإلكترونية "Automatic Clearing House".  
فيتم سداد ثمن العقد المبرم عبر الشبكة بعدة طرق من أسهلها استخدام بطاقات الإنتمان (الفيزا كارد والماستر كارد ونحوها) ويكون إعطاء معلومات البطاقة عبر الهاتف أو الفاكس وذلك تجنباً لإرسالها عبر الإنترنت مما يؤدي إلى سرقة المعلومات المتعلقة بالبطاق، وقد يكون الدفع عن طريق النقود الإلكترونية (البينز) حيث يتم تحويل النقود العادية إلى وحدات نقدية إلكترونية يكون من الممكن التعامل بها بشكل آمن عبر شبكة الإنترنت، كما يمكن الدفع عبر الشيك المصدق والمصرفي أو الشبكات الإلكترونية وغير ذلك من الطرق المتعددة<sup>(1)</sup>.

(1) انظر تفصيل هذه الطرق التجارة الإلكترونية في الوطن العربي، د/حسن الحفني، ص 13-17 والتعاقد بالبيع بواسطة بواسطة الإنترنت . محمد أبو الهيجاء ص 54 ، نقلاً عن د/محمود حمودة صالح مُنزل: إشكالات العقود الإلكترونية: بحث

**سادساً: الإثبات في العقود الإلكترونية يكون عن طريق المستند الإلكتروني:**

تمتاز العقود الإلكترونية على العقود الورقية "التقليدية" بأن وسيلة الإثبات فيها هي الدعائم الإلكترونية، المُوقَّع عليها إلكترونياً، والتوقيع الإلكتروني هو الذي يُضفي على المستند حجتيته، لأنه مصدق به من جهة رسمية مؤدنة. واعتماد التوقيعات الإلكترونية يحتاج لجهة رسمية تطمئن إليها جميع الأطراف التي تتعاقد عن طريق الوسائل الإلكترونية.

**سابعاً: تنفيذ العقود الإلكترونية يكون عن طريق الوسائط الإلكترونية:** فالعقد الإلكتروني يتم إبرامه عبر شبكة الإنترنت، وكذلك يتم تنفيذه عبرها، دون حاجة للوجود المادي الخارجي للأطراف أو محل التعاقد، فبعض المنتجات تُسلم تسليمياً حكماً: مثل برامج الحاسب، والتسجيلات، والكتب، وكذلك بعض الخدمات مثل: الاستشارات الفقهية، والقانونية، والطبية، حيث يكون بإمكان العميل نسخ البرنامج Software على شبكة الإنترنت عن طريق تنزيل البرنامج Download.

وقد نصَّ قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة 2007م على قابلية الصكوك الإلكترونية للتداول، وأجاز استخدام الشبكة الإلكترونية، وبطاقات الدفع الإلكتروني، وأي وسيلة أخرى يعتمدها البنك المركزي للوفاء بالعقد.

**ثامناً: العقود الإلكترونية مقترنة بحق العدول Right of Repent:**

تقرر القواعد العامة للنظرية العامة للعقود في كافة التشريعات العربية أنه متى ما ارتبط القبول بالإيجاب فإنه لا يحق لأحد طرفي العقد العدول عنه، إلا عن طريق الإقالة، ولكن مراعاة لخصوصية العقد الإلكتروني، وخاصة عدم قدرة المستهلك الفعلية على رؤية السلعة، ومعرفة خصائصها بدقة قبل إبرام العقد، فقد منح الطرف الآخر حق الرجوع عنه في بعض التشريعات<sup>(21)</sup>.

---

مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية بالسودان، العدد (18) رمضان 1432هـ أغسطس 2011م، ص 146 وما بعدها .

(21) م/ 26 / 121، قانون حماية المستهلك الفرنسي.

## المبحث الثاني

### أهمية العقود الإلكترونية وطبيعتها

في هذا المبحث نبين أهمية العقود الإلكترونية، ثم نحاول بيان طبيعة العقود الإلكترونية وهل هي تعاقد بين حاضرين، أم تعاقد بين غائبين، أم تعاقد ذو طبيعة خاصة؛ وذلك حتى يتسنى لنا معرفة الجوانب السلبية لهذه العقود الإلكترونية، وعليه تم تقسيم هذا المبحث للمطالب التالية:

### المطلب الأول

#### أهمية العقود الإلكترونية

في هذا العصر عصر المعلومات باتت مهمة الجميع أقرب إلى السهولة واليسر لما أتاحتها التكنولوجيا من سبل عدة تُرشدنا إلى ضالتنا، ومع استمرارية التقدم التكنولوجي ظهر ما يُعرف بشبكة الانترنت تلك الشبكة وبكل ما تحتويه من علوم وفنون وثقافة وتاريخ هي تنادينا لنجوب في أرجائها ملتسمين العلم والمعرفة لتثير الدروب، والجميع عبر هذه الشبكة لا بد وأن يجنوا من ثمارها ما يسد رمقهم ويعينهم على تمام متطلباتهم بإبرام العقود ومن ثم توفير الوقت والجهد والمال<sup>(1)</sup>.

فتقنية العقود الإلكترونية توفر قدرة التعاقد على الشبكة وفي بيئتها، والحصول على الخدمات والبضائع والمصنفات بأرخص الأسعار، ومن خلال قوائم اختيار معروفة وواسعة، ومن أي موقع أو مصدر للموردين على الخط، كما تُتيح هذه العقود الإلكترونية للمورد تحديد التزاماته بوضوح وتحديد نطاق المسؤولية عن الخطأ والأضرار جراء التعاقد أو بسبب محل التعاقد كأخطاء البرمجيات ومشاكلها، فضلاً عن أنها تُساهم في تسهيل المقاضاة بين الطرفين لما تقرره من قواعد شاملة بالنسبة للحقوق والالتزامات.

(1) د/ محمد إبراهيم أبو الهيجاء: التعاقد بالبيع بواسطة الانترنت ، ص 45، دار الثقافة والدار العلمية

الدولية للنشر والتوزيع الأردن .

## المطلب الثاني

### طبيعة العقود الإلكترونية(1)

يثور التساؤل عند دراسة العقود الإلكترونية هل هي تعاقداً بين حاضرين، أم تعاقداً بين غائبين؟ . ذلك أن أحكام التعاقد بين حاضرين تختلف عن أحكام التعاقد بين غائبين، فمعرفة طبيعة هذا التعاقد تجعلنا نعرف أهم الجوانب السلبية لهذه العقود الإلكترونية .

### آراء الفقهاء حول طبيعة العقود الإلكترونية:

الصورة التي نحن بصددنا وهي أن شخصين يتعاقدان عن طريق شبكة الإنترنت على سلعة معينة تجعلنا نقول أن هذا التعاقد هو تعاقداً بين غائبين؛ وذلك لعدم وجود الشخصين في مكان واحد وقت التعاقد، غير أن العلماء ليسوا متفقين على هذا القول، ولكنهم اختلفوا في طبيعة هذا التعاقد على النحو التالي:

**أولاً: الاتجاه الأول:** ذهب اتجاه فقهي إلى أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقداً بين غائبين زماناً ومكاناً شأنه في ذلك شأن التعاقد بطريق المراسلة أو التعاقد بطريق التليفون، ولا يختلف عنهم إلا في الوسيلة التي يتم بها؛ حيث أصبحت وسيلة التعاقد الإلكترونية(1).

ويذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن ما يبرر أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقداً بين غائبين هو أن ثمة فاصلاً زمنياً بين صدور القبول وعلم الموجب به(2). **ثانياً: الاتجاه الثاني:** ذهب اتجاه آخر إلى أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقداً بين حاضرين؛ حيث يكون العاقدان على اتصال مباشر فيما بينهما، فليس هناك فاصلاً فيما بين صدور القبول من الطرف الموجه إليه الإيجاب والعلم به،

---

(1) د/منير محمد الجنبهي ومدوح محمد الجنبهي: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، ص 20، طبعة دار الفكر الجامعي الإسكندرية .

(1) د/مدحت عبد الحليم رمضان: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية - دراسة مقارنة، ص 20، دار النهضة العربية، عام 2001م، د/ سمير عبد السميع الأودن: العقد الإلكتروني، ص 63، منشأة المعارف 2005م.

(2) د/ أسامة أحمد بدر: حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، ص 225، دار الجامعة الجديدة، عام 2005 م .

ويكون مجلس العقد حينئذ مجلساً حكماً ، تُطبق عليه قواعد التعاقد بين حاضرين<sup>(1)</sup>.

**ثالثاً: الاتجاه الثالث :** ذهب اتجاه ثالث إلى أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان<sup>(2)</sup>. ويذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن التعاقد عبر شبكة الإنترنت يتم بواسطة سمعية بصرية، كما هو الحال في استخدام الشبكة الرقمية للخدمات المتكاملة، مما يسمح بالتفاعل بين طرفين يضمهما مجلس واحد حكومي افتراضي، ولذا فإن التعاقد الإلكتروني يُعتبر تعاقداً بين حاضرين من حيث الزمان، ولأن طرفي التعاقد يتواجدان في أماكن مختلفة سواء داخل الدولة أو خارجها فإن التعاقد حينئذ يكون بين غائبين.

ويُضيف البعض إلى أن هذا التكييف يسري إذا كان الاتصال بين مقدم العرض والمتلقي في حالة القبول عن طريق الضغط أو ملامسة زر الموافقة أو عن طريق غرف المحادثة والوسائل المرئية، بعكس ما إذا كان القبول عن طريق البريد الإلكتروني فقد لا يتحقق فيه الاتصال اللحظي؛ نظراً لأن جهاز الكمبيوتر الموجب قد يكون مغلقاً وقت بث الرسالة القابل مثلاً، أو أن يكون هناك عطل في الشبكة يعوق وصول القبول فيحول دون الاتصال اللحظي، ولذا فإنه إذا تم التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني ففي هذه الحالة إذا لم يوجد فاصل زمني بين الإيجاب والقبول يكون التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان غائبين من حيث المكان، أما إذا وجد فاصلاً بينهما فيكون التعاقد بين غائبين زماناً ومكاناً<sup>(3)</sup>.

**رابعاً: الاتجاه الرابع:** ذهب اتجاه رابع إلى أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين ذو طبيعة خاصة؛ ذلك أنه لا يمكن إعطاء وصف التعاقد بين حاضرين للعقد الإلكتروني، لأن أطراف التعاقد لا يتبادلون عملية الإيجاب والقبول من خلال الوسائل المادية التقليدية كالخطابات والتي تستغرق فترة زمنية بين إرسال القبول ووصوله إلى من وجه إليه، إنما يكون من خلال تبادل الرسائل إلكترونياً عبر شبكة الإنترنت، حيث يتحقق لهم الاتصال

(1) د/ محمد السعيد رشدي : التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ، ص 39 ، 1998 م .

(2) د/ أحمد عبد الكريم سلامة : القانون الدولي الخاص النوعي ، (الإلكتروني - السياحي - البيئي ) ، ص 69 ، دار النهضة العربية ، عام 2002 م ، د/ ممدوح محمد خيرى هاشم : مشكلات البيع الإلكتروني عن طري الإنترنت في القانون المدني ، ص 19 ، 20 ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، عام 2000 م .

(3) د/ خالد ممدوح : إبرام العقد الإلكتروني ، مرجع سابق ، ص 292 .

المباشر، فإن غاب الالتقاء المادي للمتعاقدين إلا أن هناك نوعاً من الالتقاء الافتراضي المتزامن، كما لا ينطبق أيضاً على التعاقد الإلكتروني وصف التعاقد بين غائبين؛ لأن التعاقد بين غائبين يقوم على فكرة تفاوت المسافات والزمن معاً، في حين أن التفاوت الزمني غير موجود بالنسبة للتعاقد الإلكتروني، حيث يكون طرفا العقد على اتصال في وقت واحد<sup>(1)</sup>.

### صفوة القول:

أنه لا يوجد اتفاقاً على كون التعاقد الإلكتروني تعاقداً بين حاضرين أم تعاقداً بين غائبين؛ نظراً لعدم وجود طرفي العقد في مكان واحد عند التعاقد، ولأن قبول التعاقد يشبه إلى حد كبير القبول في التعاقد بالرسالة. والأقرب إلى القبول هو القول بأن التعاقد عن طريق شبكة الإنترنت تعاقداً بين غائبين، كالتعاقد بالرسالة، ويكون جهاز الحاسب الآلي وسيلة لإرسال الرسالة، ويؤيد هذا قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17-23 شعبان 1410 هـ الموافق 14-20 (مارس) 1990م، بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة، قرر ما يلي:-

أولاً: إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد، ولا يرى أحدهما الآخر معاينة، ولا يسمع كلامه، وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة أو السفارة (الرسول)، وينطبق ذلك على البرق والتلكس والفاكس وشاشات الحاسب الآلي (الحاسوب)، ففي هذه الحالة انعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الموجّه إليه وقبوله<sup>(1)</sup>.

وعلى هذا: فإنه يمكن القول بأن التعاقد التجاري الذي يتم من خلال شبكة الإنترنت هو تعاقد بين غائبين، تنطبق عليه أحكام التعاقد بين غائبين في الفقه الإسلامي والقانون المدني.

---

(1) د/فاروق الأباصيري : عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية ، دراسة تطبيقية لعقود الإنترنت ،

ص 61 ، دار النهضة العربية ، عام 2003 م .

(1) مجلة مجمع الفقه الإسلامي : الدورة السادسة ، المجلد الثاني ، ص 1265 .

### المبحث الثالث

أهم سلبيات ومعوقات التجارة الإلكترونية  
مع تمتع التجارة الإلكترونية بعدد كبير من السمات الهامة إلا أنها لا تخلوا من السلبيات والمعوقات نقلها الضوء من خلال المطالب التالية:

#### المطلب الأول

#### أهم سلبيات التجارة الإلكترونية

- 1- عدم الوثوقية وخاصة في هذا النوع من التجارة ما بين الأطراف غير المعروفة بالنسبة لبعضهم البعض والتي لا تتمتع بالشهرة التجارية الكافية.
  - 2- ليست في مأمّن من اللصوصية والتطفل في الشبكات العالمية والذي يحصل في مثل هذه المواقع من أجل سرقة المعلومات والوصول للأرقام السرية للحسابات وبطاقات الائتمان.
  - 3- وجود التجسس الدولي من قبل بعض الحكومات والشركات الكبيرة ومتعددة الجنسيات على أعمال وتجارة بعض الشركات والأفراد تحت ذريعة الأسباب الأمنية يتم الحصول على أسرار الصفقات التجارية وتمريضها للعملاء المنافسين.
  - 4- عملية النصب والاحتيال التي يتم مزاولتها تحت أسماء معروفة، وذلك بقصد الابتزاز والحصول على المال من اقصر الطرق.
  - 5- عدم وجود الأنظمة والقوانين الملزمة لكافة الدول في العالم، وإن وجدت في بعض الدول فهي تختلف في تشريعها فيما بينها، وبالتالي لا تصلح إلا في البلد المشرع، علماً أن هذا النوع من التجارة يتعدى الحدود والأقاليم الجغرافية، اختلاف الأنظمة والقوانين الدولية في القبول أو عدم القبول في المعاملات التي تجرى في شبكات الاتصال الإلكترونية<sup>(22)</sup>.
  - 6- عدم توفر البنية التحتية التي تحتاج إليها شبكات الاتصالات والمعلومات في جميع الدول مما يجعلها مقتصر: وحكراً لبعض الدول في العالم دون غيرها.
  - 7- تحتاج إلى الكادر الفني والتقني الذي يقوم على إدارتها بالإضافة إلى الكادر المتخصص في إدارتها، مما يحملها أعباء إضافية.
  - 8- تحتاج إلى مستوى عالي من المخاطرة.
- على رغم من كل هذه العيوب التي تؤخذ عن التجارة الإلكترونية إلا أن العالم يشهد اليوم تطوراً كبيراً وملحوظاً في تخطي هذا، وهناك زيادة فعلية وواضحة

(22) أ/إبراهيم معروف: التجارة الإلكترونية والبنوك وتوظيفات استخدام الانترنت المصرفية عربياً وعالمياً هل

ارتقت إلى طابعها الاستثماري؟ Line Bankington .



في حجم التجارة الإلكترونية بصورة تفوق الخيال والتوقعات لكل الشركات المتخصصة في مثل هذا المجال من الدراسات والتحليل وإعداد التنبؤات، الأمر الذي أدى إلى حدوث تفاوت كبير بين الأرقام الصادرة من المراكز البحثية المختلفة عن نفس الفترة الزمنية والمنطقة نفسها تحت الدراسة، هذا الأمر أحدث إرباك في عمل هذه المراكز المتخصصة، والتي أصبحت في الوقت الراهن تصدر عدة نشرات (تقارير) للتنبؤات بشكل دوري. والمتابع لهذه الدوريات يلحظ الاختلاف الكبير في أرقام هذه الإصدارات المتتالية<sup>(1)</sup>. فلقد أدى هذا التضارب في الأرقام بين الشركات المتخصصة إلى عدم الاتفاق على رقم محدد للتجارة الإلكترونية سواء كان في الماضي أو الحاضر أو المستقبل ويتراوح الرقم المحتمل الوصول إليه في عام 2002م بين 350 مليار دولار في بعض التنبؤات وبعضها الآخر وصل هذا الرقم إلى 1.2 تريليون دولار في حين نجد أن هذا الرقم وصل 2.3 تريليون دولار في بعض التنبؤات المتفائلة، أي أن هذا التزايد في حجم التعامل بالتجارة الإلكترونية بلغ 200% سنوياً، حيث بلغ عدد الشركات العارضة نحو 600 ألف شركة وزاد عدد المشتركين ليصبح 250 مليون مشترك، وفيما يلي نسرد بعضاً من الحقائق التي تعتبر سبباً في التفاوت الكبير لهذه الأرقام المتباينة فيما بينها:

- 1- الافتقار إلى التعريف المحدد والدقيق للمفهوم المتكامل للتجارة الإلكترونية، على سبيل المثال: هل إتمام التعاقدات التجارية من خلال البريد الإلكتروني وإجراء باقي المعاملات بالطرق التقليدية هو جزء من التجارة الإلكترونية أو جزء من المعاملات التجارية العادية؟
- 2- عدم القدرة على المتابعة الدقيقة وحصر حجم الأعمال التي تتم إنجازها في معاملات التجارة الإلكترونية.
- 3- تنوع واختلاف مجالات الأنشطة التي تتم عبر الشبكة والتي تخضع لمفهوم التجارة الإلكترونية الشامل كالتعاملات المالية والمضاربة في الأسهم وما إلى ذلك من أنشطة مالية.

---

(1) د/حسن الحفني : التجارة الإلكترونية في الوطن العربي، الفرص والتحديات، ص 19 .

## المطلب الثاني

### أهم معوقات التجارة الإلكترونية العربية

يمكننا أن نجمل جملة العوائق في هذا النوع من التجارة في الوطن العربي على النحو التالي:

1- افتقار المواقع العربية إلى الخصائص الفنية التي تُضفي إلى المواقع الجاذبية وتجعل العملاء يقدمون على مواقعهم.

2- مشكلة اللغة العربية والافتقار للبرامج العربية ذات محركات البحث القوية القادرة على الحد من نقطة الضعف هذه، خاصة وأن اللغة الإنجليزية هي اللغة المستخدمة في تبادل المعلومات على مستوى الشبكات العالمية.

3- الافتقار إلى النظم المصرفية في أغلب الدول العربية القادرة على حل مشكلات السداد والدفع عن طريق الإنترنت وبطاقات الائتمان، وتبرز في هذا السياق مسألة استخدام بطاقة الصرف الإلكترونية، وهي الوسيلة الأولى في البيع والشراء، حيث أورد تقرير (إي ماركت) الأميركي أن 41 في المائة من عمليات التجارة عبر الإنترنت شهدت حالات استخدام غير مشروعة، وتم سحب أموال بطريقة غير شرعية من التجار المتعاملين بهذا النوع من التجارة، وتمثل هذه النسبة ارتفاعاً من 35% من عمليات استخدام البطاقات غير المشروع، وطبقاً لنفس التقرير فقد أفاد 57% من التجار بأنهم يخشون أن يتعرضوا إلى الإفلاس بسبب تكرار عمليات التصرف غير المشروع ببطاقات الصرف الإلكتروني<sup>(23)</sup>.

4- الافتقار إلى التشريع القانوني المناسب لضبط عمليات التجارة الإلكترونية فيما بين الدول العربية وحتى على مستوى الدولة العربية الواحدة.

5- الافتقار إلى البنية الأساسية للتجارة الإلكترونية في أغلب الدول العربية وهي شهادة المصدر.

6- الافتقار إلى البنية الأساسية التقنية للتجارة الإلكترونية في أغلب الدول العربية وخاصة ارتفاع ثمن التجهيزات الإلكترونية وارتفاع ثمن أجور الاتصالات وصعوبة توفرها في بعض الدول العربية.

---

(23) د/ عبد الفتاح بيومي حجازي: النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، ص 64 ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2002م ، د/حسن الحفني: التجارة الإلكترونية في الوطن العربي، الفرص والتحديات ، ص 123 ، من إصدارات مركز الخليج للدراسات الاستراتيجية 2002م .

- 7- الحكومات العربية بطريقة تعاملها مع التجارة الإلكترونية في ظل غياب استراتيجيات واضحة ومحددة وخاصة مع تكنولوجيا المعلومات وتشكيل الشبكات الوطنية التي توفر قاعدة البيانات الضرورية لهذا النوع من التجارة.
- 8- العادات والتقاليد الاجتماعية التي يؤمن بها المستهلكين تعتبر عائقاً في وجه الاستفادة القصوى من فوائد الشبكات العالمية للتجارة الإلكترونية، لذا يتوجب علينا أن نحاول تجاوز العامل النفسي الذي يقف عائقاً بيننا وبين التقدم والإقدام على التعامل مع هذا النوع من التجارة، وبنفس الوقت يتوجب علينا أن نعد أبنائنا إعداداً جيداً للمستقبل لنضمن لهم التقدم والتفوق العالمي.
- 9- تكلفة بناء المواقع الإلكترونية في الشبكات العالمية ما تزال مكلفة لأنها تعتمد على المحترفين في إنشائها وإدارتها وصيانتها لضمان نجاحها، مما يحمل هذا النوع من التجارة نفقات إضافية.
- 10- الافتقار إلى مراكز البحث والتطوير من أجل تقديم الاستشارات ومساعدة المواطنين في بلدانهم في التخلص من أميتهم الإلكترونية أولاً ومن ثم بناء الإنسان المعلوماتي ثانياً.

#### المبحث الرابع

##### المظاهر السلبية للعقود الإلكترونية

لما كان التعاقد الإلكتروني يُثير عدة سلبيات، وذلك لأنه عقد يقع عن بُعد، أي بين عاقدين غائبين عن بعضهما، وهو عقد يقع في مجلس تعاقد حكومي، كما أن إجراءه يتم عن طريق وسائل اتصالات إلكترونية وآليات جامدة، وفضلاً عن أنه عقد يقع بين عاقدين ينتميان لدولتين مختلفتين، ويتبع كل واحد منهما نظاماً قانونياً مختلفاً عن الآخر، وهذا أمر يُثير مشكلة تنازع القوانين، وتحديد القانون الواجب التطبيق، والمحكمة المختصة بفض النزاع إن وقع، وبما أنه عقد يقع بين غائبين، فهذا أمر يثير مشكلة تحديد هويتهما، والتأكد من شخصيتهما، ومدى ملائمتها المالية لإجراء عقد من عقود المعاولات المالية، وبما أنه عقد يتم إجراؤه عبر وسائط إلكترونية فإن ذلك يثير جملة قضايا منها صحة التوقيع الإلكتروني ونسبته لمن صدر عنه، ومنها طريقة تسليم السلع وغيرها.

لذا كان هذا المبحث مجالاً لتناول هذه السلبيات بالبحث والتفصيل، وذلك من خلال المطالب التالية:

## المطلب الأول

### التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية

إن وجود الإرادة واتجاهها نحو ترتيب أثر قانوني، لا يجعل منها إرادة يُعتد بها القانون طالما لم يتم ترجمتها في شكل تعبير خارجي محسوس، وبالتالي فإن وضع الشخص توقيعه على أي مستند سواء كان هذا المستند كتابي أو إلكتروني، فإنه يُفترض موافقته على ما ورد في السند .

والتعبير عن الإرادة العقدية يصح بكل ما يدل على مقصود المتعاقدين، شريطة أن يكون مفهوماً لدهيما، فكل ما يدل أو يفصح عن الإرادة (النية) الكامنة في النفس يصلح وسيلة للتعبير عنها سواء أكان قولاً، أو فعلاً، أو كتابة، أو إشارة مفهومة عرفاً، أو أي موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في أنه يقصد به التعاقد، والتعبير عن الإرادة قد يكون صريحاً، وقد يكون ضمناً ما لم يشترط القانون شكلاً خاصاً للتعبير عنها<sup>(24)</sup>.

والإرادة قد تكون باطنة، وهي الإرادة الحقيقية، وقد تكون ظاهرة، وهي التي يعلن عنها.

وقد أجازت الاتفاقيات الدولية، وفتاوى المجامع الإسلامية الفقهية، والقانون، التعاقد عن طريق آلات الاتصال الحديثة ووسائله، فقد أجاز مجمع الفقه الإسلامي بجدة عام 1410هـ/1990م، إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة واستثنى منها ثلاثة عقود هي عقد الصرف لوجوب التقابض، وعقد السلم لوجوب حلول رأس المال، وعقد الزواج لوجوب الإشهاد والإشهار<sup>(25)</sup>. ولقد قرر عدد من الأنظمة العربية التي نظمت المعاملات الإلكترونية صراحة جواز التعاقد الإلكتروني، حيث قررت أن التسجيل الإلكتروني يُعادل المستند المكتوب بالخط اليدوي، أخذين بمبدأ المعاملة المتساوية، أو التنظير الوظيفي (Functional Equivalent) بين السجلات المكتوبة والسجلات الإلكترونية.

(24) د/عמוד حمودة صالح مُنزل: إشكالات العقود الإلكترونية: ، ص 163 وما بعدها

(25) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، إصدار/منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة - المملكة العربية السعودية،

الدورة السادسة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، 1410هـ/1990م، العدد (6): 783/2 - 1268.

وأقرت اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري<sup>(26)</sup> حيث أجازت أن يكون الإيجاب والقبول بالهاتف، أو التلكس، أو غير ذلك من وسائل الاتصال الفوري، والفقرة الأخيرة هذه وضعت لإدخال أي وسيلة اتصال يمكن اختراعها مستقبلاً، ويدخل فيها الشبكة الإلكترونية.

ونص قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الدولية الذي اعتمده لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1996م على جواز التعبير عن الإرادة من خلال تبادل البيانات الإلكترونية في الأعمال التجارية، حيث نص على أنه: ((في سياق تكوين العقد - وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك - يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض، وقبول العرض، وعند استخدام رسائل البيانات في تكوين العقد، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ بمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض<sup>(27)</sup> وهذا يُستفاد منه جواز التعبير عن الإرادة العقدية بطريقة إلكترونية)).

فلاقت أجازات القواعد العامة لنظرية العقد الواردة في قوانين المعاملات المدنية، سواء أكانت موضوعية، أو إجرائية، وكذلك قواعد القوانين الإلكترونية الخاص المختلفة تجيز التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية، شريطة تحقيق شروط صحة الإرادة والتعبير عنها.

وتكمن مشكلة التعبير عن الإرادة إلكترونياً في مدى درجة الثقة في الوسائل المستخدمة للتعبير عنها، وفي التعرف على هوية الطرف الآخر، وشخصيته، ودرجة الاطمئنان لتأمين تلك الوسائل من الاختراق، والقرصنة الإلكترونية. ولمعالجة هذه المشكلة قررت الاتفاقيات الدولية، والقوانين الإلكترونية، وقوانين جرائم المعلوماتية، ابتكار وسائل عالية الثقة في الوسائط التي تجري بها العقود الإلكترونية، وقررت اتخاذ جميع الإجراءات الكفيلة بضمان الاطمئنان لتلك الوسائل، وجرمت كل من يتعدى، أو يعتدي على تلك الوسائل.

---

(26) انظر: م/20-1، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لسنة 1980م، د/محمد شكري سرور: اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، ص 87، دار النهضة العربية، دراسة في قانون التجارة الدولي 1988م.

(27) المادة (11)، قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996م.

## المطلب الثاني

### "افتراضية" مجلس العقود الإلكترونية

بيّن الفقهاء الأحكام المتعلقة بمجلس العقد، ولكنهم لم يضعوا له تعريفاً جامعاً مانعاً، ومعلوم أن مجلس العقد يرتبط بأشخاص المتعاقدين، ويرتبط بمكان وجودهما، والزمان الذي يجريان فيه العقد، وبالشئ المعقود عليه "محل العقد" وبالصيغة التي يتم بها إجراء العقد، ولذلك ذهبوا في مجلس العقد عدة اتجاهات، فمنهم من ذهب إلى أنه وحدة مكانية، ومنهم من رأى أنه وحدة زمانية، ومنهم من يقول بأنه هيئة معينة يكون عليها طرفا التعاقد، وقت إجراء العقد، وذهب آخرون إلى أنه وحدة معنوية يظل فيها المجلس قائماً ما لم يتشاغل طرفا العقد بما يقطعه عرفاً<sup>(28)</sup>.

وقد عرّف مجلس العقد بأنه: ((مكان وزمان التعاقد، والذي يبدأ بالانشغال البات بالصيغة، وينفض بانتهاء الانشغال بالتعاقد))<sup>(29)</sup>.  
إن مجلس العقد إما أن يكون حقيقياً، وهو الذي يتم فيه التعاقد بين حاضرين، وإما أن يكون حكماً وهو المجلس الذي يكون فيه أحد المتعاقدين غير موجود به.

تظهر في العقود الإلكترونية، أو التي تجرى عبر وسائل الاتصال الحديثة مشكلة تكييف مجلس العقد، هل هو حقيقي أم حكمي؟ ويترتب على تكييفه تحديد الأحكام المتعلقة به.

تحصر بعض القوانين الوضعية فكرة مجلس العقد فيما إذا كان الإيجاب غير مقترن بمدة، وحضور المتعاقدين في مجلس العقد، ويخرج عن فكرة مجلس العقد اقتران الإيجاب بمدة سواء حضر المتعاقدان، أو أن أحدهما كان حاضراً، والآخر غير حاضر في المجلس<sup>(30)</sup>.

وفكرة مجلس العقد في الفقه الإسلامي يدخل فيها ما جرى عليه نظر القوانين الوضعية وما استنتته منها فهي أوسع مما هو عليه المسألة في القوانين الوضعية.

(28) د/جابر عبد الهادي سالم الشافعي: مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ص 86 وما بعدها.

(29) المرجع السابق، ص 128.

(30) د/جابر عبد الهادي سالم الشافعي: مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ص 287،

د/محمد حمودة صالح مُنزل: إشكالات العقود الإلكترونية:، ص 176 وما بعدها.

فلقد أجاز الفقهاء التعاقد بين الغائبين، وبما أن مجلس العقد الحكمي هو المجلس الذي يكون فيه أحد المتعاقدين غير حاضر فيه، فإن التكييف الفقهي لمجلس العقد في العقود التي يتم إجراؤها عن طريق وسائل الاتصال الحديثة هو أنه مجلس حكمي.

وعليه ولما كان مجلس العقد في التعاقد الإلكتروني مجلس حكمي، وهو الذي يكون أحد المتعاقدين غير حاضر فيه، ويتم التعاقد فيه عن طريق الكتابة، أو الرسول، أو ما يقوم مقامهما، ويعرف بالتعاقد بين الغائبين، فهو إما أن يكون متعاصراً، أي أن الإيجاب والقبول يتّمان في زمنين متقاربين، وفي هذه الحالة يكتفٍ بأنه عقد فوري، وإما أن يكون غير متعاصر، أي أن الإيجاب والقبول لا يجمعهما زمان واحد، وفي هذه الحالة يكتفٍ بأنه عقد متراخ.

### المطلب الثالث

#### هوية أطراف العقود الإلكترونية

إن العقد الإلكتروني ينشأ بين متعاقدين غائبين قد تفصل بينهما مسافات مكانية شاسعة، وأوقات زمنية متباعدة، أو مختلفة، كما أنه - يغلب - عليه أن يكون عقداً عابراً للحدود الجغرافية للأقطار، بل والقارات.

هذا الوضع يثير إشكالية تحديد هوية المتعاقدين ومعرفة شخصيتهما بصورة باتة وقاطعة، ويثير كذلك مسألة أهليتهما التعاقدية، كما يثير مسألة مواعدهما المالية، وقدرتهما على الوفاء بالتزاماتهما المتبادلة.

حدد قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الدولية الذي اعتمده لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1996م الكيفية التي يتم عبرها التعرف على شخصية أطراف التعاقد الإلكتروني، وذلك من خلال الوظائف التي أنيطت بالتوقيع الإلكتروني وهي:

- تحديد هوية المتعاقدين.

- التيقن من مشاركة ذلك الشخص بذاته في إجراء التوقيع.

- توفير ما يؤكد الربط بين ذلك الشخص بالذات، ومضمون المستند الإلكتروني<sup>(1)</sup>.

---

(1) د/مصطفى موسى العجارمة: التنظيم القانوني للتعاقد على شبكة الإنترنت، ص 156، وما بعدها، دار الكعب القانونية - مصر، ودار شتات للنشر والبرمجيات، القاهرة - مصر، 2010م، د/محمود حمودة صالح منزل: إشكالات العقود الإلكترونية: ، ص 176 وما بعدها .

يُعدّ التوقيع التقليدي على المستندات الوسيلة الكاشفة عن إرادة صاحبه على الالتزام بما جاء بالمستند، وموافقته على مضمون المستند الموقع عليه، كما أن التوقيع يفصح عن هوية مَنْ وقّع السند، وأهليته للالتزام.

وقد منحت معظم التشريعات الحديثة التوقيع الإلكتروني (الرقمي) وظائف التوقيع التقليدي (بخط اليد) ويظهر ذلك من خلال تعريفات القوانين للتوقيع الإلكتروني، ومن خلال الأحكام التي يرتبها، من ذلك ما نص عليه قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة 2007م حيث جاء فيه:

((م/2 تفسير - التوقيع الرقمي: يُقصد به التوقيع الذي يتم إنشاؤه، أو إرساله، أو استقباله، أو تخزينه بوسيلة إلكترونية، ويتخذ شكل حروف، أو أرقام، أو رموز، أو إشارات يكون لها طابع متفرد ويُسمح بتحديد هوية، وتمييز شخصية الموقع عن غيره)).

اشتراط هذا النص أن يقوم التوقيع الرقمي بتحديد هوية الشخص الموقع عليه، وتمييزه عن غيره من الأشخاص، وعُرِّفَت المادة (2) ذاتها الشخص الموقع بأنه: ((يُقصد به أي شخص حائز على أداة توقيع رقمي خاص به من الشخص الموثق، ويقوم بالتوقيع بشخصه أو عن طريق وكيل له على رسالة، وذلك باستخدام هذه الأداة)).

هذا النص يحصر الشخص الموقع في مَنْ حاز أداة توقيع رقمي صادرة عن الشخص الموثق، ومثبتة بشهادة توثيق.

وقد أكد القانون على معادلة التوقيع الرقمي "الإلكتروني" للتوقيع اليدوي، واشتراط لاستيفاء المعادلة الآتي:

اقتران التوقيع الرقمي بشهادة معتمدة من جهة مخول لها التصديق عليها.

استخدام آلية لتحديد هوية صاحب التوقيع الرقمي بفرض التدليل على موافقته على المعلومات الواردة في رسالة البيانات الإلكترونية.

إذا كانت تلك الآلية مما يعتمد عليه بالقدر المناسب، هذه الإجراءات تفصح عن الضوابط التي وضعها القانون للكشف عن هوية الشخص الذي يجري العقد عن طريق العقود الإلكترونية، وشخصيته وأهليته للتعاقد.



## المطلب الرابع

### القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة

لما كانت العقود الإلكترونية يتم إجراؤها بين أطراف من دول مختلفة – غالباً – فإن ذلك يُثير مشكلة القانون الواجب التطبيق، والمحكمة المختصة بنظر النزاع إن وقع.

فمنازعات العقود الإلكترونية تُعدّ منازعات دولية – غالباً – لغلبة صفة الدّولية إليها، ولهذا تختلف القواعد التشريعية والنظم القانونية التي تحكم هذه المنازعات مما يصعب معه فصلها ما لم يتفق طرفا العقد على القانون الواجب التطبيق على منازعاتهما، والمحكمة المختصة بنظر النزاع.

إن الأصل في مثل هذه المسألة أن يطبق قانون الإرادة، وذلك لأن الأصل في العقود أنها تجري بحرية إرادة أطرافها، فلأطراف العقد – أيضاً – الحرية الكاملة في اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعاتهما، فإذا كان تحديدهما للقانون الواجب التطبيق صريحاً يُسمى اتفاقهما بـ " شرط الاختصاص التشريعي" وقد يكون تحديدهما للقانون الواجب التطبيق ضمناً، وفي هذه الحالة فإن المسألة تخضع لسلطة القاضي التقديرية بغرض تحديد القانون الواجب التطبيق، والقاضي يستشف المسألة من نيّة الأطراف، وظروف التعاقد، وملابساته، والعملّة التي سيتم الدفع بها، ومكان الدفع، أو التنفيذ، ولغة العقد<sup>(1)</sup>.

فالأصل أن يُحدد القانون الواجب التطبيق لحظة إبرام العقد، ويجوز أن يكون تحديده لاحقاً لإبرام العقد وقبل وقوع النزاع، والأولى أن يقوم أطراف التعاقد باختيار القانون الواجب التطبيق على نزاعهما إن وقع، والمحكمة المختصة بفض النزاع، أو أية آلية أخرى كالتحكيم والتوفيق. هذه بعض الجوانب السلبية التي تُصاحب العقود الإلكترونية بمختلف أنواعها، ومسمياتها، ويبدو أن السلبيات تتطور بتطور التقنيات الحديثة.

## المطلب الخامس

### الوفاء بالتعاقدات الإلكترونية

العقد الإلكتروني، هو العقد الذي يتم إبرامه عن طريق وسائط الكترونية وذلك باستخدام تقنيات الاتصال الحديثة، ومن أبرزها وأكثرها تطوراً شبكة المعلومات الدولية "الانترنت" ولما كان العقد الإلكتروني يُبرم عبر وسائط الكترونية ويتميز بالسرعة في إبرامه، لذلك كان من الضروري إيجاد وسيلة

(1) د/مصطفى موسى العجارمة: التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، ص 194 – 195.

يتم من خلالها الوفاء بالثمن بصورة تتلائم مع طبيعة هذا العقد والوسائل المستخدمة في إبرامه، ولذلك ظهرت طريقة الوفاء أو الدفع الإلكتروني.

إن الوفاء الإلكتروني يحصل من خلال استعمال النقود الإلكترونية "Electronic Money" والتي تعرف بأنها "قيمة نقدية مخزونة على وسيلة الكترونية تستعمل كأداة للدفع ولتحقيق أغراض مختلفة".

ويلاحظ بأن اللجوء إلى الوفاء بالتعاقدات الإلكترونية عن طريق النقود الإلكترونية يُسبب الكثير من التحديات والمخاطر، فقد تتعرض البطاقات الإلكترونية التي يملكها المستهلك أو التاجر والمخزونة عليها القيمة النقدية إلى خطر السرقة أو التزيف، ويتم معاملتها باعتبارها نقوداً إلكترونية أصلية، وقد يحدث أن يتم التزوير عن طريق تعديل البيانات المخزونة على البطاقات الإلكترونية أو على البرمجيات أو على القرص الصلب للكمبيوتر الشخصي، كما تُسبب النقود الإلكترونية الكثير من المخاطر والتحديات القانونية، والتي تحدث من خلال انتهاك القوانين والأنظمة مثل جرائم غسل الأموال، وإفشاء أسرار العميل، وقد تحدث هذه المخاطر نتيجة تقنين حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة المتعاملة بالنقود الإلكترونية بطريقة غير دقيقة.

فضلاً عن ذلك، فإن استعمال النقود الإلكترونية يزيد من جرائم التهريب الضريبي، إذ يكون من الصعب على الجهات الحكومية المكلفة بجمع الضرائب القيام بربط الضريبة على الصفقات والعقود المبرمة عبر شبكة الانترنت نظراً إلى أن تلك الصفقات والعقود تتم خفية عبر هذه الشبكة.

ولتجاوز التحديات والصعوبات في مجال الوفاء الإلكتروني، يجب على السلطات التشريعية إصدار تشريع يتعلق بالمعاملات الإلكترونية وخاصة الوفاء أو الدفع الإلكتروني، على أن يتضمن هذا التشريع تعريف دقيق للنقود الإلكترونية، وبيان التزامات وحقوق الأطراف المتعاملة بالنقود الإلكترونية فضلاً على ذلك فإن التعامل بالنقود الإلكترونية قد يكون عابراً للحدود، وبالتالي يستلزم أن يتضمن التشريع المتعلق بالمعاملات الإلكترونية على النصوص الكفيلة بمعالجة المشكلات التي تنشأ بسبب تدويل التعامل بالنقود الإلكترونية وخاصة مشكلة المسؤولية القانونية لكل طرف والمحكمة المختصة بنظر المنازعات التي تثيرها النقود الإلكترونية.

ولتجاوز التحديات أعلاه يستلزم الأمر خضوع الجهة المصدرة للنقود الإلكترونية للإشراف والرقابة الدقيقة.

## المطلب السادس

### إثبات العقود الالكترونية

يُعرف الإثبات، بأنه إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق المحددة في القانون على صحة واقعة قانونية يترتب على ثبوتها ضرورة الاعتراف بالحق الناشئ عنها.

وللإثبات أهمية كبيرة، إذ إن الحق لا يكون له أي قيمة إذا لم يقم الدليل على الواقعة التي يستند عليها، فالدليل قوام الحق ومعقد النفع فيه، حتى صدق القول بأن الحق مجرداً من دليله يصبح عند المنازعة فيه هو والعدم سواء، ومن الجدير بالذكر، إن مسألة الإثبات في نطاق العقود التقليدية قد تواجه بعض التحديات أو الصعوبات التي تتعلق بإثبات هذه العقود وهذه التحديات أخذت بُعداً خاصاً في نطاق العقود الالكترونية المبرمة عبر الإنترنت، وذلك بسبب غياب الوسيط المادي الذي يتم تحرير العقد عليه، واتخاذها شكلاً آخر هو الدعائم الالكترونية، مما يثير إشكالية إعطاء وسائل التخزين التقني للمعلومات حجية ووسائل التخزين العادي في الإثبات.

فضلاً عن ذلك، فإن المحرر الالكتروني لا يتضمن التوقيع بخط اليد، إذ اتخذ التوقيع شكلاً آخر هو التوقيع الالكتروني، وبذلك يظهر تحدي يتمثل بمدى مساواة التوقيع الالكتروني للتوقيع العادي، خاصة إن اتخاذ التوقيع الشكل الالكتروني وانفصاله عن شخصية صاحبه يُساعد القرصنة والمتسللين عبر شبكة الإنترنت على اختراق أنظمة المعلومات واكتشاف التوقيع أو فك شفرته والاستيلاء عليه، مما يؤدي إلى استخدامه دون علم أو موافقة صاحبه، وقد يقومون بإطلاق الفيروسات عبر شبكة الإنترنت والتي تؤدي إلى إتلاف الملفات، مما يؤدي إلى التقليل من قيمة التوقيع الالكتروني كدليل للإثبات. بالإضافة إلى ذلك، فإن التعاقد عبر الإنترنت يثير إشكالية تتمثل باصطناع الخصم دليلاً لنفسه وهذا يتعارض مع مبادئ الإثبات التي تقضي بأن الشخص لا يجوز أن يصطنع دليلاً لنفسه، فمن المعلوم إن السند الموقع إلكترونياً يكون من صنع من أصدره وبالتالي لا يُعتد به ولا يُعتبر دليلاً للإثبات لأن الخصم لا يجوز له أن يصطنع دليلاً لنفسه.

ولتجاوز هذه التحديات والصعوبات الناشئة عن إثبات العقود الالكترونية، فإن الأمر يقتضي إجراء تعديل تشريعي على قوانين الإثبات من أجل جعل هذه القوانين قادرة على مواكبة التطور التقني في مجال إبرام العقود وإثباتها بالطرق الالكترونية، على أن تتضمن هذه التعديلات التشريعية بيان مفهوم الإثبات الالكتروني ومدى جواز استعمال المحررات الالكترونية كدليل في الإثبات مع الإشارة إلى جواز الإثبات بالوسائل أو الدعائم الالكترونية من

عدمه، وذلك أسوة بالكثير من التشريعات العربية والتي أصدرت قوانين لمعاملات الإلكترونيات بهذا الخصوص.

فإذا كان المبدأ العام هو وجوب الإثبات بالكتابة، وهو ما أقرته أغلب التشريعات، فإن هذه التشريعات قد خرجت عن هذا المبدأ، خاصة في المعاملات التجارية، وهو ما أكدته المادة 51 من قانون التجارة الأردني رقم (12-1966م) والتي نصت على أنه "لا يخضع إثبات العقود التجارية مبدئياً للقواعد الحصرية الموضوعية للعقود المدنية، فيجوز إثبات العقود المشار إليها بجميع طرق الإثبات، مع الاحتفاظ بالاستثناءات الواردة في الأحكام القانونية الخاصة"، والمشرع المغربي بدوره قد تطرق لهذه النقطة خاصة من خلال المادة 334 من مدونة التجارة والتي جاء فيها "تخضع المادة التجارية لحرية الإثبات، غير أنه يتعين الإثبات بالكتابة إذا نص القانون أو الاتفاق على ذلك"، وهذا ما يعني أنه إن كان المبدأ في القانون المدني هو الإثبات بالكتابة، فإن المبدأ في القانون التجاري هو حرية الإثبات والاستثناء هو الإثبات بالكتابة<sup>(2)</sup>.

إلا أن مجرد صدور قانون ينظم الأحكام الخاصة بالمعاملات التي يتم إجراؤها عن طريق الأدوات الإلكترونية، ويرتب على ضوئها مسؤوليات والتزامات على أطرافها واجبة النفاذ يُعد في حد ذاته حجة على الكافة عند إجراء معاملات عبر هذه الوسائط.

وقد رتب قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة 2007م عدة آثار قانونية على السند الإلكتروني، وكذلك التوقيع الرقمي، وصكوك الوفاء الإلكتروني بالتزامات.

فقد نصت المادة 10-5: ((لا ينكر الأثر القانوني للمعلومات الواردة في السجلات الإلكترونية من حيث صحتها، وإمكان العمل بمقتضاها لمجرد ورودها كلياً أو جزئياً في شكل سجل إلكتروني أو الإشارة إليها في هذا السجل)). ونصت المادة (10) في فقراتها الثانية على أنه متى ما نص القانون على إثبات المعلومات عن طريق الكتابة، أو رتب أثراً قانونياً على عدم

(2) د/نور الدين الناصري: "مخرجات الإلكترونيات وحيثتها في إثبات التصرفات المدنية والتجارية"، ص 53، مجلة المحاكم المغربية، عدد 112 يناير-فبراير 2008م، مطبعة النجاح الجديدة، د/غازي أبو عرابي والدكتور فياض القضاة، حجية التوقيع الإلكتروني، دراسة في التشريع الأردني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 20، العدد الأول، 2003م، ص 169.

الالتزام بذلك، فإن وردت المعلومات في سجل إلكتروني مستوفٍ لذلك الإجراء يفى بمتطلبات القانون، وكذلك الحال إذا قدمت المعلومات لشخص آخر وفق شرط الكتابة مع مراعاة الشروط التي أوجبتها المادة 10- (3) منه. وقد جعل القانون للتوقيع الرقمي أثراً قانونياً من حيث صحته، وإمكان العمل بموجبه، كما أن القانون إذا أوجب التوقيع على مستند، أو رتب أثراً قانونياً على خلوه من التوقيع الرقمي عليه يفى بمتطلبات ذلك القانون، وقد ساوى القانون بين حجية التوقيع الرقمي، والتوقيع اليدوي، وفق مقتضيات المادة 8- (3) منه.

وعلى هذا المنوال جعل القانون الصكوك الإلكترونية - المعرف منها وغير المعروف - حجة في الوفاء بالالتزامات المتبادلة بين أطرافها<sup>(1)</sup>.

---

(1) أ/فيصل سعيد الغريب: "التوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات"، ص 215، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، بحوث ودراسات 2005م، د/نور الدين الناصري: "المعاملات والإثبات في مجال الاتصالات الحديثة"، ص 65.64، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، العدد 12، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى 1428هـ 2007م، الصفحتين .

## الخاتمة

أحمد الله سبحانه وتعالى الذي يسّر لي إتمام هذا البحث، وأذكر في نهايته أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها وهي ما يلي:

## أهم النتائج

**أولاً:** حاجة الأفراد والمجتمعات والحكومات لمتابعة التطورات التقنية العالمية الحديثة، وهذا يقتضي تطوير الذات، وبنائها على القابلية للاستزادة من العلم والتعلم، واستخدام آلية المرونة في تقبل الآخر، وألية التواصل معه، بغرض تبادل المنافع والمصالح المشتركة.

**ثانياً:** إن العقود الإلكترونية تُثير جملة من السلبيات تحتاج لدراسة متأنية، ومستقصية لجميع جوانبها، ومن ثمّ وضع الحلول المناسبة لكل سلبية على حدة، وذلك بغرض توفير الثقة بين أطرافها، وتسهيل إجرائها.

**ثالثاً:** أن التعاقد التجاري الذي يتم من خلال شبكة الإنترنت هو تعاقد بين غائبين، تنطبق عليه أحكام التعاقد بين غائبين في الفقه الإسلامي والقانون المدني.

**رابعاً:** الحاجة لوضع قواعد قانونية موحدة تحقق الحد الأدنى بغرض ضبط التعامل عبر وسائل الاتصال الحديثة كافة، بهدف استخلاص أقصى فائدة منها.

## أهم التوصيات

**أولاً:** ضرورة تضمين القوانين الخاصة بالمعاملات الإلكترونية نصوصاً تحدد بوضوح وجلاء كيفية اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات العقود الإلكترونية إن وقعت، وكذا تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع، مع تعزيز آليات التوفيق والتحكيم ونشر ثقافتها بين المجتمعات.

**ثانياً:** أن التعاقد عبر الانترنت يثير الكثير من التحديات ومن أهمها، التحديات في مجال الوفاء بالعقود الإلكترونية، وهذا الأمر يتطلب من المشرع التدخل لمعالجة هذه التحديات من خلال إصدار التشريعات في مجال المعاملات الإلكترونية، وكذلك من خلال تعديل التشريعات القائمة لكي يجعلها تتلائم مع العقود الإلكترونية وبما يواكب التطورات الحاصلة في مجال الوفاء وإثبات العقود الإلكترونية.

**ثالثاً:** يُقترح من أجل نشر الوعي المعلوماتي لدى أفراد المجتمع إقامة مناهج تدريبية تعمل على تشجيع الأفراد على استخدام وسائل الاتصال الحديثة في إبرام العقود المختلفة.

**رابعاً:** لا بد من تفعيل قنوات التواصل والتعاون الدولي في بناء الثقة بين المتعاملين وملاحقة اللصوص والمتطفلين والمتجسسين على المعلومات .

### أهم مراجع البحث(1)

- أ/إبراهيم معروف: التجارة الإلكترونية والبنوك وتوظيفات استخدام الانترنت المصرفية عربياً وعالمياً هل ارتقت إلى طابعها الاستثماري.
- أ/عادل حامد أبو عزة - بجمعية الحاسبات السعودية- مقال بعنوان : العقود الإلكترونية ، خصائصها والقانون الواجب التطبيق عليها، منشور بمجلة الجزيرة ، العدد 158 ، بتاريخ : 18 ربيع أول 1427هـ - 16 إبريل عام 2006م
- أ/فيصل سعيد الغريب: "التوقيع الإلكتروني وحججه في الإثبات"، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، بحوث ودراسات 2005م.
- أحكام القرآن : للإمام أبي بكر أحمد الرازي الجصاص ، طبعة دار الفكر .
- التعريفات: لعلي بن محمد بن علي الجرجاني، الناشر : دار الريان للتراث .
- تفسير البغوي المسمى (معالم التنزيل) لحسين بن مسعود البغوي، دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الأولى 1414هـ.
- د/ أحمد أبو ستيت: نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ، ، 1945م .
- د/ أحمد عبد الكريم سلامة : القانون الدولي الخاص النوعي ، (الإلكتروني - السياحي - البيئي ) ، دار النهضة العربية ، عام 2002 م .
- د/ أسامة أبو الحسن مجاهد: خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية ، عام 2000م.
- د/ أسامة أحمد بدر: حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، عام 2005 م .
- د/ الصالحين محمد أبو بكر العيش: الشكلية في عقود الإنترنت والتجارة الإلكترونية .

(1) هذه المراجع مرتبة ترتيباً أبجدياً .

- د/ سمير عبد السميع الأودن : العقد الإلكتروني ، منشأة المعارف 2005م.
- د/ عبد الحي حجازي : النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي (دراسة مقارنة) الجزء الأول - مصادر الالتزام (العقد والإرادة المنفردة) المجلد الأول ، مطبوعات جامعة الكويت .
- د/ عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (1) المجلد الأول - نظرية الالتزام بوجه عام - المجلد الأول - مصادر الالتزام
- د/ عبد الفتاح بيومي حجازي: النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2002م .
- د/ عبد المنعم فرج الصدة : نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، الناشر : دار النهضة العربية ، عام 1974م .
- د/ لاشين محمد يونس الغاياتي : دروس في مصادر الالتزام ، الطبعة الأولى 2001م .
- د/ محمد إبراهيم أبو الهيجاء: التعاقد بالبيع بواسطة الانترنت ، دار الثقافة والدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع الأردن .
- د/ محمد السعيد رشدي : التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ، 1998م .
- د/ ممدوح محمد خيرى هاشم : مشكلات البيع الإلكتروني عن طري الإنترنت في القانون المدني ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، عام 2000م
- د/ أحمد العجلوني: التعاقد عن طريق الإنترنت- دراسة مقارنة- دار الثقافة، الأردن، عمان 2002م .
- د/ إسماعيل غانم: النظرية العامة لمصادر الالتزام، 1968م .
- د/ جابر عبد الهادي سالم الشافعي: مجلس العقد في الفقه الإسلامي، والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001م .
- د/ حسن الحفني : التجارة الإلكترونية في الوطن العربي، الفرص والتحديات، من إصدارات مركز الخليج للدراسات الإستراتيجية 2002م.
- د/ خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، دار نشر الثقافة، الإسكندرية، ط1، 2007م .
- د/ عدنان خالد التركماني : ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الحديثة، جدة، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية. 1413هـ.
- د/ غازي أبو عرابي والدكتور فياض القضاة، حجية التوقيع الإلكتروني، دراسة في التشريع الأردني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 20، العدد الأول، 2003م .
- د/ فاروق الأباصيري : عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية ، دراسة تطبيقية لعقود الإنترنت ، دار النهضة العربية ، عام 2003م



د/محمد حسين منصور: المسؤولية التقصيرية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر 2003م .

د/محمد شكري سرور: اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، دراسة في قانون التجارة الدولي 1988م.

د/مدحت عبد الحليم رمضان: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية – دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، عام 2001م

د/مصطفى أبو مندور موسى: دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية ، دار النهضة العربية، 2000م.

د/مصطفى موسى العجارمة: التنظيم القانوني للتعاقد على شبكة الإنترنت، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010م.

د/منير محمد الجنبهي وممدوح محمد الجنبهي: الطبعة القانونية للعقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي الإسكندرية .

د/نور الدين الناصري: "المحررات الإلكترونية وحجيتها في إثبات التصرفات المدنية والتجارية، مجلة المحاكم المغربية، عدد 112 يناير-فبراير 2008م، مطبعة النجاح الجديدة.

د/نور الدين الناصري: "المعاملات والإثبات في مجال الاتصالات الحديثة"، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، العدد 12، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى 1428 هـ 2007م.

درر الحكام شرح مجلة الأحكام : نعلي حيدر ، الناشر دار الجيل .  
سنن ابن ماجه : لأبي محمد بن يزيد القزويني، طبعة دار إحياء التراث العربي – بيروت .

سنن الترمذي : لأبي عيسى الترمذي ، دار الكتب العلمية – بيروت .

القاموس المحيط : لمجد الدين بن محمد بن يعقوب الفيروز آبادي الشيرازي.

مجلة مجمع الفقه الإسلامي : الدورة السادسة ، المجلد الثاني .

مجلة مجمع الفقه الإسلامي، إصدار/منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة – المملكة العربية السعودية، الدورة السادسة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، 1410 هـ 1990م، العدد (6) .

المصباح المنير في غريب الشرح الكبير : لأحمد بن محمد بن علي الفيومي ، الناشر : المكتبة العلمية.

المغرب : لناصر الدين بن عبد السيد أبو المكارم المطرزي ، الناشر : دار الكتاب العربي .

المنثور في القواعد الفقهية : لبدر الدين بن محمد بن بهادر الزركشي ، الناشر : وزارة الأوقاف الكويتية .

الموسوعة الفقهية : وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت .  
النصوص القانونية:

- [1] قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الدولية الذي اعتمده لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1996م.
- [2] قانون المعاملات الإلكترونية [السوداني] لسنة 2007م.
- [3] القانون المدني المصري .
- [4] قانون التجارة الأردني رقم (12-1966م).

<b>مقدمة البحث</b>	
<b>المبحث الأول</b>	
<b>مفهوم العقود الإلكترونية</b>	
العقود	المطلب التقليدي الأول: مفهوم
المطلب الثاني: مفهوم العقد الإلكتروني.....	
المطلب الثالث: تمييز العقود الإلكترونية عن العقود التقليدية.....	
<b>المبحث الثاني</b>	
<b>أهمية العقود الإلكترونية وطبيعتها</b>	
العقود	المطلب الإلكتروني الأول: أهمية
المطلب الثاني: طبيعة العقود الإلكترونية.....	
<b>المبحث الثالث</b>	
<b>أهم سلبيات ومعوقات التجارة الإلكترونية</b>	
المطلب الأول: أهم سلبيات التجارة الإلكترونية.....	
المطلب الثاني: أهم معوقات التجارة الإلكترونية العربية.....	
<b>المبحث الرابع</b>	
<b>المظاهر السلبية للعقود الإلكترونية</b>	
المطلب الأول: التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية.....	
العقود	المطلب الثاني: "افتراضية" مجالس العقود الإلكترونية.....
المطلب الثالث: هوية أطراف العقود الإلكترونية.....	

المطلب الرابع: القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة.....
المطلب الخامس: الوفاء بالتعاقدات الالكترونية.....
المطلب السادس: إثبات العقود الالكترونية.....
الخاتمة
أهم مراجع البحث

واجب الإنماء  
في الشريعة الغراء

دكتور

محمد أحمد شحاتة حسين

## بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، نحمده ونستهديه ونعوذ به من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا. اللهم صل على سيدنا محمد إمام المرسلين، وخير ولد آدم أجمعين، وجازه خير ما جازيت به نبيا عن أمته.

ثم أما بعد.

تُقاس قوة الأمم وتقدمها على قدر ما تقدمه من مساهمات فاعلة في الحياة الإنسانية بالمقارنة بالأمم الأخرى، فكلما تعاظم دورها الإقتصادي، والإنمائي والعلمي تقلدت لواء الصدارة، وما لا فلا.

وتُعد قضية التنمية والإنماء تحد الوقت، والسباق الراهن، فيه يتحقق النهوض، وترتقي حياة الأفراد نحو الرفاه، وتتحصن الأمة ضد إعوزات الفاقة والاستدانة وتحكم الدول الكبرى، ومؤسسات النقد الدولية، ومن ثم فحصول الإنماء والتنمية على المستويات الإنتاجية والاقتصادية، بل وعلى مستوى العنصر البشري الأهم في تلك المنظومة أضحي من الأهمية بمكان بحيث يجدر الانتباه له، فلم تعد تلك القضية رفاهية اختيار، ولكنها باتت لزوم حال، ومن عدمها ضعف للأفراز وازدياد فاقتهم، وإضعاف للأمة وتأخرها عن ركبها الطبيعي في ريادة الأمم.

ومن ثم يصح السؤال عن ماهية الإنماء، وعن حكمه الشرعي، وحال وجوبه من عدمه، وصفة الوجوب إن كان. ثم ما وصفه وأهميته، وما قد يحول دونه. ولما كان الأمر كذلك فقد شرعنا في تناول هذه المسألة من خلال منهج تأصيلي تحليلي ونكملة بجانب استقرائي استنباطي، وذلك من خلال خطة بحث وقعت في مقدمة ومبحثين بكل مبحث مطلبين، ثم خاتمة وتوصيات. وذلك وفق الآتي:

المقدمة.

المبحث الأول: التعريف بواجب الإنماء وصفته.

المطلب الأول: تعريف واجب الإنماء وحكمه.

الفرع الأول: تعريف الإنماء في اللغة والاصطلاح.

الفرع الثاني: الإنماء والواجب.

المطلب الثاني: صفة الإنماء وأهميته.

الفرع الأول: الإنماء الإنتاجي.  
الفرع الثاني: الإنماء البشري.  
المبحث الثاني: موانع الإنماء.  
المطلب الأول: تعريف المانع وإطاره في الإنماء.  
الفرع الأول: تعريف المانع في اللغة والاصطلاح.  
الفرع الثاني: إطار موانع الإنماء الأصلية.  
المطلب الثاني: نطاق موانع الإنماء التبعية.  
الفرع الأول: موانع الحریم والحمی.  
الفرع الثاني: موانع الإقطاع والتحصير.  
الخاتمة والتوصيات.  
المصادر والمراجع.  
الفهرس.

هذا جُهد المقل وجُهدُه، فإن أحسنت فهو توفيق من الله تعالى  
نحمده سبحانه وله الفضل والمنة فيه، وإن كان غير ذلك من خطأ أو نسيان  
فإنما من نفسي ومن الشيطان، نؤوب إلى الله منه ونستغفره ونتوب إليه، وظني  
أني قد رغبت في الأجرين فإن كانت وإلي فالأجر، وحسبي قول الله سبحانه  
وتعالى: {إِنْ أَرِيدُ إِلَّا الْإِصْلَاحَ مَا اسْتَطَعْتُ وَمَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ  
وَإِلَيْهِ أُنِيبُ} (88)هود.

وَالْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ

د./ محمد أحمد شحاتة حسين

الإسكندرية - مصر

## المبحث الأول

### التعريف بواجب الإنماء وصفته

لم يهمل الإسلام دور الفرد من حيث هو بعلمه وعمله ونشاطه وكسبه وتطوعه في النهوض بالدولة والمجتمع، وتنامي إنمائه وتنميته المتلاحقة في كافة المجالات، وبخاصة في مجالات القضايا الاجتماعية والحياة الاقتصادية<sup>(2)</sup>، وما لهنذين المجالين من هيمنة خاصة على باقي تفاصيل الحياة داخل المجتمع الإسلامي، وما يمكن أن يُمثِّت من آثاره للنواحي الخارجية وعلاقات المجتمع بالمجتمعات الأخرى، وكلما زاد نشاط الإنسان وإسهاماته لخدمة المجتمع زادت مكانته عند الله تعالى وعند الناس، وكذلك لم يترك النظام الإداري للدولة في الإسلام تلك العلاقات الهامة للناس يطبقونها كل بحسب تقواه وورعه، أو وفق بطشه وقدرته.

وإنما كان لمنهج الإسلام السابق في إقامة التوازن بين مسؤوليات الحاكم وما يمثله من مؤسسات الحكم في صفة ولي الأمر، وبين رغبة الأفراد بالانخراط في مقومات الحياة الاقتصادية والمضي نحو إنماء المجتمع وأفراده والرقي بهم اجتماعيا واقتصاديا، وهذا التوازن يقوم على تشجيع المشاركات الفعالة الهادفة لمصلحة المجتمع وإفادة الناس، وكذلك تحصيل فائدة معتبرة للفرد، تركز له الحافز الكافي والمشجع نحو الانطلاق إلى الإنماء والتطوير وتحقيق النهوض. ومن جهة أخرى تيسر رقابة ولي الأمر على حقوق المجتمع في مجموعته، وحقوق المعوزين وذوي الحاجات، وما يستلزم ذلك من وجود قوة قادرة مُهابة، تتمكن من فرض القانون والنظام بعدل دون حيف فيه ولا محاباة.

---

2 - عرف الإسلام تنظيمًا دقيقًا واضح المنهج دقيق العدالة وسطي لا إفراط فيه ولا تفريط لكافة محاور الحياة ومسائلها ومجالاتها شكلاً وموضوعاً كلياً وتفصيلاً، ونظراً لضيف مقام البحث، وانحصار مادته المعروضة على موضوع إحياء الموات المرتبط بصورة مباشرة بنظرية الإنماء وما يصاحبها من نهوض اقتصادي واجتماعي، فإننا نقصر الكلام على موضوع البحث، ونرجو من الله تعالى أن يوفقنا إلى بحث باقي الموضوعات أو جلها بهداية منه سبحانه وإعانتة جلّ وعلا.



ونخلص إلى أن الأنشطة الإنمائية، وواعدة بخيرات للعباد والبلاد، على السواء، وحتى يتضح الأمر، ونتمكن من إدراك التصور الصحيح للإنماء، ومن ثم نطلب الحكم عليه، ولا يكون هذا إلا بعد تصوره، إذ الحكم على الشيء فرع عن تصوره. وعلى هذا نتناول هذا المبحث من خلال مطلبين متتاليين، نخصص الأول منهما لتعريف الإنماء وحكمه في شريعة الإسلام، أما المطلب الثاني فنخصصه لإبانة صفة الإنماء وأهميته. وذلك على النحو الآتي:

## المطلب الأول

### تعريف واجب الإنماء وحكمه

نتناول في هذا المطلب تعريف الإنماء من جهة، ثم تعريف الواجب من جهة أخرى، وتمييز أقسام ثم توقيع واقع الإنماء وماهيته في وصف الواجب، حتى نتبين حكمه التكليفي. ونعرض لذلك في فرعين متتاليين، الأول منهما في تعريف الإنماء لغة واصطلاحاً، أما الثاني فنعرض فيه للواجب والإنماء. وذلك فيما يلي:

## الفرع الأول

### تعريف الإنماء في اللغة والاصطلاح

حتى نتمكن من استكناه معنى الإنماء بوصفها كلمة نطالع معناها في اللغة، والوصول إلى ضبط معناها على هيئة مفيدة في موضوع بحثنا هذا؛ ولذا نعرض أولاً لتعريف الإنماء في اللغة، ثم ثانياً نبيّن تعريفها في الاصطلاح الفقهي. وذلك على النحو الآتي:

## أولاً: تعريف الإنماء في اللغة:

"إنماء": أصلها نما - نمى، ولها عدة معان، ولعل أهمها: نمي: النَّمَاءُ: الزيادة. نَمَى يَنْمِي ونُمياً ونَمَاءً: زاد وكثر، وربما قالوا نمو يَنْمُو نمو نُمُوًا المحكم: قال أبو عبيد قال الكسائي ولم أسمع ينمو، بالواو، إلا من أخوين من بني سليم، قال: ثم سألت عنه جماعة بني سليم فلم يعرفوه بالواو؛ قال ابن سيده: هذا قول أبي عبيد، وأما يعقوب فقال يَنْمَى ونمو، يَنْمُو فسوى بينهما، وهي نمو النُّمُو، وأنماه الله إنماءً. قال ابن بري: ويقال نماه الله، فيعدي بغير همزة، ونَمَاه، فيعديه بالتضعيف؛ قال الأعرور الشنفي، وقيل: ابن خذاق:

لَقَدْ عَلِمَتْ عَمِيرَةٌ أَنَّ جَارِي  
إِذَا ضَنَّ الْمُئَمِّي، مِنْ عِيَالِي

وَأَنْمَيْتُ الشَّيْءَ وَنَمَيْتَهُ: جَعَلْتُهُ نَامِيًا. ورد في المأثور: [أن رجلاً أراد الخروج إلى تبوك فقالت له أمه أو امرأته كيف بالودي؟ فقال: "الغَرْوُ أَنْمَى للودي"]، أي يَنْمِيهِ الله للغازي ويحسن خلافته عليه. والأشياء كلها على وجه الأرض نامٍ وصامت: فالنَّامِي مثل النبات والشجر ونحوه، والصامت كالحجر والجبل ونحوه. وومنه: نَمَى الحديدُ يَنْمِي: اِرْتَفَعَ. وَنَمَيْتَهُ: رَفَعْتَهُ. وَأَنْمَيْتُهُ: أَدَعْتَهُ عَلَى وَجْهِ النَّمِيمَةِ، وَقِيلَ: نَمَيْتُهُ، مُشَدِّدًا، أَسْنَدْتَهُ وَرَفَعْتَهُ، وَنَمَيْتُهُ، مُشَدِّدًا أَيْضًا: بَلَّغْتَهُ عَلَى جَهَةِ النَّمِيمَةِ وَالْإِشَاعَةِ، وَالصَّحِيحُ أَنْ نَمَيْتَهُ رَفَعْتَهُ عَلَى وَجْهِ الإِصْلَاحِ، وَنَمَيْتُهُ، بِالتَّشْدِيدِ: رَفَعْتَهُ عَلَى وَجْهِ الإِشَاعَةِ أَوْ النَّمِيمَةِ (1). وفي الحديث: عن أم كلثوم بنت عقبة بن أبي معيط أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "ليس بكاذبٍ من أصلح بين الناس فقال خيرا أو أَنْمَى خيرا" (2)، وقال الأصمعي:

1 - "ابن منظور": محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (المتوفى: 711هـ)، لسان العرب، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، 1414هـ، باب الواو والياء، فصل النون، ج 15 ص 341:343. - "الزبيدي": "الزبيدي": المؤلف: محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى الزبيدي (المتوفى: 1205هـ)، تاج العروس من جواهر القاموس، المحقق: مجموعة من المحققين، دار الهداية، دون نكر تاريخ النشر ورقم الطبعة، فصل النون مع الواو والياء، (نمو - نمي)، ج 40 ص 131:138.

2 - حديث إسناده صحيح: - "الأصبهاني": صدر الدين، أبو طاهر السلفي أحمد بن محمد بن أحمد بن محمد بن إبراهيم سلفه الأصبهاني (المتوفى: 576هـ) الطيوريات، انتخاب من أصول أبي الحسين المبارك بن عبد الجبار الصيرفي الطيوربي (المتوفى:

يقال نَمَيْتُ حَدِيثَ فُلَانٍ، مَخْفَافًا، إِلَى فُلَانٍ أَنْمِيَهُ نَمْيًا إِذَا بَلَغْتَهُ عَلَى وَجْهِ  
 الإِصْلَاحِ وَطَلَبِ الْخَيْرِ، وَقَالَ: أَصْلُهُ الرِّفْعُ، وَمَعْنَى قَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ  
 "وَنَمَى خَيْرًا"، أَي بَلَغَ خَيْرًا وَرَفَعَ خَيْرًا. وَقَالَ ابْنُ الْأَثِيرِ: قَالَ الْحَرَبِيُّ نَمَى  
 مُشَدَّدَةً، وَأَكْثَرُ الْمُحَدِّثِينَ يَقُولُونَهَا مَخْفَافَةً، قَالَ: وَهَذَا لَا يَجُوزُ، وَسَيَدُنَا رَسُولُ  
 اللَّهِ، صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، لَمْ يَكُنْ يَلْحَنُ، وَمَنْ خَفَفَ لَزَمَهُ أَنْ يَقُولَ خَيْرٌ بِالرِّفْعِ،  
 قَالَ: وَهَذَا لَيْسَ بِشَيْءٍ فَإِنَّهُ يَنْتَصِبُ بِنَمَى كَمَا انْتَصَبَ بِقَالَ، وَكِلَاهُمَا عَلَى  
 زَعْمِهِ لِأَزْمَانٍ، وَإِنَّمَا نَمَى مُتَعَدٍّ، يُقَالُ: نَمَيْتُ الْحَدِيثَ أَي رَفَعْتَهُ وَأَبْلَغْتَهُ. وَنَمَيْتُ  
 الشَّيْءَ عَلَى الشَّيْءِ: رَفَعْتَهُ عَلَيْهِ. وَكُلُّ شَيْءٍ رَفَعْتَهُ فَقَدْ نَمَيْتَهُ؛ وَمِنْهُ قَوْلُ  
 النَّابِغَةِ:

فَعَدَّ عَمَا تَرَى، إِذْ لَا ارْتِجَاعَ لَهُ      وَأَنْتُمْ الْقَتُودُ عَلَى عَيْرَانَةِ أَجْدٍ  
 وَلِهَذَا قِيلَ: نَمَى الْخَضَابُ فِي الْيَدِ وَالشَّعْرُ، إِنَّمَا هُوَ ارْتَفَعَ وَعَلَا وَزَادَ فَهُوَ  
 يَنْمِي، وَقَالَ بَعْضُ النَّاسِ إِنْ يَنْمُو لُغَةً. وَقَالَ ابْنُ سَيِّدِهِ: وَأَمَّا الْخَضَابُ إِذَا دَادَ  
 حَمْرَةً وَسَوَادًا، وَقَالَ اللَّحْيَانِيُّ: فِي قَوْلِ الْكِسَائِيِّ إِنْ أَبَا زِيَادَ أَنْشَدَهُ:  
 يَا حُبَّ لَيْلِي، لَا تَعْزِزْ وَارْزُدِ      وَأَنْتُمْ كَمَا يَنْمُو الْخَضَابُ فِي الْيَدِ  
 وَقَالَ ابْنُ سَيِّدِهِ: وَالرَّوَايَةُ الْمَشْهُورَةُ "وَأَنْتُمْ كَمَا يَنْمِي". وَقَالَ الْأَصْمَعِيُّ: التَّنْمِيَةُ  
 مِنْ قَوْلِكَ نَمَيْتَ الْحَدِيثَ أَنْمِيَهُ تَنْمِيَةً بِأَنْ تَبْلُغَ هَذَا عَنْ هَذَا عَلَى وَجْهِ الإِفْسَادِ  
 وَالتَّنْمِيمَةِ، وَهَذِهِ مَذْمُومَةٌ وَالْأُولَى مَحْمُودَةٌ، قَالَ: وَالْعَرَبُ تَفْرُقُ بَيْنَ نَمَيْتٍ مُخَفَّفًا  
 وَبَيْنَ نَمَيْتٍ مُشَدَّدًا بِمَا وَصَفْتُ، قَالَ: وَلَا اخْتِلَافَ بَيْنَ أَهْلِ اللُّغَةِ فِيهِ. وَقَالَ  
 الْجَوْهَرِيُّ: وَتَقُولُ نَمَيْتُ الْحَدِيثَ إِلَى غَيْرِي نَمْيًا إِذَا أَسْنَدْتَهُ وَرَفَعْتَهُ؛ وَمِنْهُ قَوْلُ  
 سَاعِدَةَ بِنِ جَوْيَةَ:

فَبَيْنَا هُمْ يَتَابِعُونَ لِيَنْتَمُوا      بِقُدْفِ نِيَافٍ مُسْتَقَلِّ صُخُورُهَا  
 أَرَادَ: لِيَصْعَدُوا إِلَى ذَلِكَ الْقَدْفِ.

وَنَمَيْتُهُ إِلَى أَبِيهِ نَمْيًا وَنَمِيًّا وَأَنْمَيْتُهُ: عَزَوْتَهُ وَنَسَبْتَهُ. وَأَنْتَمَى هُوَ إِلَيْهِ: انْتَسَبَ.  
 وَفُلَانٌ يَنْمِي إِلَى حَسَبٍ وَيَنْتَمِي: يَرْتَفِعُ إِلَيْهِ<sup>(5)</sup>. وَفِي الْحَدِيثِ مِمَّا أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ  
 بِسَنَدِهِ عَنْ إِبْرَاهِيمَ التَّيْمِيِّ، عَنْ أَبِيهِ، قَالَ: خَطَبْنَا عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ، فَقَالَ: مَنْ  
 زَعَمَ أَنْ عِنْدَنَا شَيْئًا نَقْرُوهُ إِلَّا كِتَابَ اللَّهِ وَهَذِهِ الصَّحِيفَةُ، قَالَ: وَصَحِيفَةٌ مَعْلُوقَةٌ  
 فِي قِرَابِ سَيْفِهِ، فَقَدْ كَذَبَ، فِيهَا أَسْنَانُ الْإِبِلِ، وَأَشْيَاءٌ مِنَ الْجِرَاحَاتِ، وَفِيهَا قَالَ  
 النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "الْمَدِينَةُ حَرَمٌ مَا بَيْنَ عَيْرٍ إِلَى ثَوْرٍ، فَمَنْ أَحْدَثَ

500هـ)، دراسة وتحقيق: دسمان يحيى معالي، عباس صخر الحسن، مكتبة أضواء السلف،  
 الرياض، الطبعة الأولى، 1425 هـ - 2004م، الجزء الخامس، ح 393 ج 2 ص 448.  
 5 - "ابن منظور": لسان العرب، الموضوع السابق. - "الزبيدي": تاج العروس من  
 جواهر القاموس، الموضوع السابق.

فيها حدثا، أو آوى محدثا، فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين، لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفا، ولا عدلا، وذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم، ومن ادعى إلى غير أبيه، أو انتمى إلى غير مواليه، فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين، لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفا، ولا عدلا<sup>(1)</sup>،

1 - حديث صحيح أخرجه مسلم وغيره، وعندهم بعض الاختلاف لفظا وأما المعنى فذاته عند الجميع: - "مسلم": "مسلم": مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: 261هـ)، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، الشهير بـ (صحيح مسلم)، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون ذكر تاريخ النشر، كِتَابُ الْحَجِّ، بَابُ فَضْلِ الْمَدِينَةِ، وَدَعَاءِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِيهَا بِالْبِرْكَةِ، وَبَيَانِ تَحْرِيمِهَا، وَتَحْرِيمِ صَيْدِهَا وَشَجَرِهَا، وَبَيَانِ حُدُودِ حَرَمِهَا، ح 467- (1370)، ج 2 ص 994، و كِتَابُ الْعَتَقِ، بَابُ تَحْرِيمِ تَوَلِّيِ الْعَتِيقِ غَيْرَ مَوَالِيهِ، ح 20- (1370)، ج 2 ص 1147. - "الترمذي": محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (المتوفى: 279هـ)، سنن الترمذي، المحقق: أحمد محمد شاكر، و محمد فؤاد عبد الباقي، و إبراهيم عطوة عوض، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الثانية، 1395هـ/1975م، أَبْوَابُ الْوَصَايَا عَنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، بَابُ مَا جَاءَ لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ، ح 2121 ج 4 ص 434. - "البيهقي": أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخراساني البيهقي (المتوفى: 458هـ)، السنن الصغير للبيهقي، المحقق: عبد المعطي أمين قلجعي، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي، باكستان، الطبعة الأولى، 1410هـ/1989م، كِتَابُ الْمَنَاسِكِ، بَابُ حَرَمِ مَدِينَةِ الرَّسُولِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ح 1593 ج 2 ص 167. - "أبو داود": أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السمرقندي (المتوفى: 275هـ)، سنن أبي داود، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، دون ذكر تاريخ النشر، صيدا، بيروت، أَبْوَابُ النَّوْمِ، بَابُ فِي الرَّجُلِ يَنْتَمِي إِلَى غَيْرِ مَوَالِيهِ، ح 5115 ج 4 ص 330. - "الدارمي": أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام بن عبد الصمد الدارمي التميمي السمرقندي (المتوفى: 255هـ)، مسند الدارمي المعروف بـ (سنن الدارمي)، المحقق: حسين سليم أسد الداراني، دار المغني للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1412هـ/2000م، مِنْ كِتَابِ السَّبْرِ، بَابُ: فِي الَّذِي يَنْتَمِي إِلَى غَيْرِ مَوَالِيهِ، ح 2571 ج 3 ص 1644. - "الدارقطني": أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني (المتوفى: 385هـ)، سنن الدارقطني، حقه

والشاهد انتمى أي انتسب إليهم ومال وصار معروفا بهم. ونمو تَمَوَّت إليه الحديث فأنما نمو أنموه وأنميه، وكذلك هو نمو يئمو إلى الحسب ويئمي، ويقال: انتمى فلان إلى فلان إذا ارتفع إليه في النسب. ونمَاه جده إذا رفع إليه نسبه؛ ومنه قوله: "نَمَانِي إِلَى الْعَلِيَاءِ كُلِّ سَمِيدَع"  
 وكلُّ ارتفاع انتماء. يُقَالُ: انتمى فلان فوق الوسادة؛ ومنه قول الجعدي:  
 إِذَا انْتَمَيْتَ فَوْقَ الْفُرَاشِ، عَلَاهُمَا. تَضَوُّعٌ رِيًّا رِيحٌ مَسْلُكٌ وَعَنْدِرٌ  
 وَنَمَيْتُ فَلَانَا فِي النِّسْبِ أَي رَفَعْتَهُ فَانْتَمَى فِي نَسَبِهِ. وَتَنَمَّى الرَّيْءُ تَنَمِيًّا: ارْتَفَعَ، قَالَ الْقَطَامِي:

فَأَصْبَحَ سَيْلُ ذَلِكَ قَدْ تَنَمَّى إِلَى مَنْ كَانَ مَنزَلُهُ يَفَاعَا  
 وَنَمَيْتُ النَّارَ تَنَمِيَةً إِذَا أَلْقَيْتَ عَلَيْهَا حَطْبًا وَذَكَيْتَهَا بِهِ. وَنَمَيْتُ النَّارَ: رَفَعْتَهَا وَأَشْبَعْتُ وَقَوَّدَهَا. وَالنَّمَاءُ: الرَّيْعُ. وَنَمَى الْإِنْسَانُ: سَمِنَ. وَالنَّامِيَةُ مِنَ الْإِبِلِ: السَّمِينَةُ. يُقَالُ: تَمَّتِ النَّاقَةُ إِذَا سَمِنَتْ. وَفِي الْمَثُورِ عَنْ مَعَاوِيَةَ: "لَبِعْتَ الْفَانِيَةَ وَأَشْتَرَيْتُ النَّامِيَةَ" أَي لَبِعْتَ الْهَرْمَةَ مِنَ الْإِبِلِ وَأَشْتَرَيْتِ الْفَتِيَةَ مِنْهَا. وَنَاقَةٌ نَامِيَةٌ: سَمِينَةٌ، وَقَدْ أَنْمَاهَا الْكَلْبُ. وَنَمَى الْمَاءُ: طَمَا. وَانْتَمَى الْبَازِي وَالصَّقْرُ وَغَيْرُهُمَا وَتَنَمَّى: ارْتَفَعَ مِنْ مَكَانٍ إِلَى آخَرَ؛ قَالَ أَبُو ذُؤَيْبٍ:

وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1424هـ/2004م، كتاب النبوغ، ح2960 ج3 ص454. - "ابن حنبل": أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (المتوفى: 241هـ)، مسند الإمام أحمد بن حنبل، المحقق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، وآخرون، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1421هـ/2001م، مُسْنَدُ الشَّامِيِّينَ، خَبِيثُ عَمْرُو بْنِ خَارِجَةَ، ح17665 ج29 ص214، ح17666 ج29 ص215. - "الطبراني": سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني (المتوفى: 360هـ)، المعجم الكبير، المحقق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، الطبعة الثانية، باب العين، عَمْرُو بْنُ خَارِجَةَ الْأَسْعَدِيِّ وَيُقَالُ: خَارِجَةُ بْنُ عَمْرُو وَالصَّوَابُ: عَمْرُو بْنُ خَارِجَةَ خَلِيفُ أَبِي سُفْيَانَ بْنِ حَزْبِ بْنِ أُمَيَّةَ بْنِ عَبْدِ شَمْسٍ بْنِ عَبْدِ مَنَافٍ، ح60، 61، 62، 64، 65، 68 ج17 ص32. - "الطبراني": سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني (المتوفى: 360هـ)، الدعاء للطبراني، المحقق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1413هـ، بَابُ ذِكْرِ مَنْ لَعَنَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ح2127 ص584.

تَنَمَّى بِهَا الْيَعْسُوبُ، حَتَّى أَقْرَهَا إِلَى مَالَفٍ رَخْبِ الْمَبَاءَةِ عَاسِلٍ  
 أَي ذِي عَسَلٍ. وَالنَّامِيَةُ: الْقَضِيبُ الَّذِي عَلَيْهِ الْعِنَاقِيدُ، وَقِيلَ: هِيَ عَيْنُ الْكُرْمِ  
 الَّذِي يَتَشَقَّقُ عَنْ وَرْقِهِ وَحَبِيهِ، وَقَدْ أُنْمِيَ الْكُرْمُ الْمَفْضَلُ: يُقَالُ لِلْكُرْمَةِ إِنَّهَا  
 لِكثِيرَةِ النَّوَامِيِّ وَهِيَ الْأَغْصَانُ، وَاحْدَتُهَا نَامِيَةٌ، وَإِذَا كَانَتْ الْكُرْمَةُ كَثِيرَةً  
 النَّوَامِيُّ فِيهَا عَاطِيَةٌ، وَالنَّامِيَةُ خَلَقَ اللَّهُ تَعَالَى. وَفِي الْمَأْتُورِ عَنْ عَمْرِو رَضِيَ  
 اللَّهُ عَنْهُ: "بِنَامِيَةِ اللَّهِ أَي بِخَلْقِ اللَّهِ"؛ لِأَنَّهُ يَنْمِي، مِنْ نَمَى الشَّيْءُ إِذَا زَادَ وَارْتَفَعَ.  
 وَقَوْلُهُمْ "يَنْمِي صَعْدًا" أَي يَرْتَفِعُ وَيَزِيدُ صَعُودًا. وَأُنْمِيتُ الصَّيْدَ فَنَمَى يَنْمِي:  
 وَذَلِكَ أَنَّ تَرْمِيَهُ فَتَصِيبُهُ وَيَذْهَبُ عَنْكَ فَيَمُوتُ بَعْدَ مَا يَغِيبُ، وَنَمَى هُوَ؛ قَالَ  
 أَمْرُو الْقَيْسِ:

فَهُوَ لَا تَنْمِي رَمِيَّتَهُ مَالَهُ؟ لَا عُدَّ مِنْ نَقَرِهِ

وَرَمِيَتْ الصَّيْدَ فَأُنْمِيَّتُهُ إِذَا غَابَ عَنْكَ ثُمَّ مَاتَ (10). وَفِي الْمَأْتُورِ مَا رَوَاهُ أَبُو  
 يُوسُفَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ قَالَ: أَتَاهُ عَبْدُ أَسْوَدَ فَقَالَ: إِنِّي فِي  
 غَمٍّ لِأَهْلِي، وَأَنَا بِسَبِيلِ مِنَ الطَّرِيقِ، وَإِنِّي أَسْأَلُ فَاسْتَقِي بَعِيرٍ. إِذْنِ أَهْلِي، قَالَ:  
 "لَا"، قَالَ: فَإِنِّي أَرْمِي فَأَصْمِي وَأَنْمِي قَالَ: "كُلُّ مَا أَصْمَيْتَ، وَدَعَّ مَا أَنْمَيْتَ،  
 وَالْإِصْمَاءُ مَا رَأَيْتَهُ، وَالْإِنْمَاءُ مَا تَوَارَى عَنْكَ" (11)، وَالْإِنْمَاءُ: تَرْمِي الصَّيْدَ  
 فَيَغِيبُ عَنْكَ فَيَمُوتُ وَلَا تَرَاهُ وَتَجِدُهُ مَيْتًا، وَإِنَّمَا نَهَى عَنْهَا؛ لِأَنَّكَ لَا تَدْرِي هَلْ  
 مَاتَتْ بِرَمِيكَ أَوْ بِشَيْءٍ غَيْرِهِ، وَالْإِصْمَاءُ: أَنْ تَرْمِيَهُ فَتَقْتُلَهُ عَلَى الْمَكَانِ بَعِيْنَهُ  
 قَبْلَ أَنْ يَغِيبَ عَنْهُ، وَلَا يَجُوزُ أَكْلُهُ لِأَنَّهُ لَا يُؤْمَنُ أَنْ يَكُونَ قَتْلُهُ غَيْرَ سَهْمِهِ الَّذِي  
 رَمَاهُ بِهِ. وَيُقَالُ: أَنْمَيْتُ الرَّمِيَةَ، فَإِنْ أُرِدْتَ أَنْ تَجْعَلَ الْفَعْلَ لِلرَّمِيَةِ نَفْسَهَا قَلْتَ

10 - "ابن منظور": لسان العرب، الموضع السابق. - "الزبيدي": تاج العروس من  
 جواهر القاموس، الموضع السابق.

11 - "أبو يوسف": أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن سعد بن حبة الأنصاري  
 (المتوفى: 182هـ)، الآثار، المحقق: أبو الوفاء، دار الكتب العلمية - بيروت، باب الأذنان،  
 ح 1062 ص 240. - "الطبراني": المعجم الكبير، باب العين، سعيد بن جبير، عن  
 ابن عباس، ح 12370 ج 12 ص 27. - "البيهقي": السنن الصغير للبيهقي، كتاب  
 الصَّيْدِ وَالذَّبَائِحِ، بَابِ الصَّيْدِ وَالذَّبَائِحِ، ج 4 ص 41. - "البيهقي": أبو بكر أحمد بن  
 الحسين بن علي بن موسى الخُشْرُوجَرْدِي الخُرَّاسَانِي البيهقي (المتوفى: 458هـ)، السنن  
 الكبرى، المحقق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة،  
 1424هـ/2003م، كتاب الصَّيْدِ وَالذَّبَائِحِ، بَابِ الْإِرْسَالِ عَلَى الصَّيْدِ يَتَوَارَى عَنْكَ ثُمَّ تَجِدُهُ  
 مَقْتُولًا، ح 18901 ج 9 ص 404.

قَدْ نَمَتْ تَنْمِي أَي غَابَتْ وَارْتَفَعَتْ إِلَى حَيْثُ لَا يَرَاهَا الرّامِي فَمَاتَتْ، وَتَعْدِيهِ  
 بِالْهَمْزَةِ لَا غَيْرَ فَتَقُولُ أَنْمَيْتُهَا، مَنْقُولٌ مِنْ نَمَتْ، وَقَوْلُ الشّاعِرِ أَنْشَدَهُ شَمْرُ:  
 وَمَا الدَّهْرُ إِلَّا صَرَفُ يَوْمٍ وَأَيْلَةٌ  
 وَمُوتَغَةٌ تَنْمِي، وَمُوتَغَةٌ الْمَعْنَتَةُ. وَيُقَالُ: أَنْمَيْتُ  
 لِفُلَانٍ وَأَمَدَيْتُ لَهُ وَأَمَضَيْتُ لَهُ، وَتَفْسِيرُ هَذَا تَتْرَكُهُ فِي قَلِيلِ الْخَطَا حَتَّى يَبْلُغَ  
 أَقْصَاهُ فَتَعاقِبُ فِي مَوْضِعٍ لَا يَكُونُ لِصَاحِبِ الْخَطَا فِيهِ عَذْرٌ. وَالنَّامِي: النَّاجِي؛  
 قَالَ التَّغْلِبِيُّ:

وَقَافِيَةٌ كَأَنَّ السُّمَّ فِيهَا  
 صَرَفَتْ بِهَا لِسَانَ الْقَوْمِ عَنْكُمْ  
 وَقَالَ الْأَعَشِيُّ:

لَا يَنْتَمِي لَهَا فِي الْقَيْظِ يَهْبِطُهَا  
 إِلَّا الَّذِينَ لَهُمْ، فِيمَا أَتَوْا، مَهَلٌ  
 وَفِيهِ قَالَ أَبُو سَعِيدٍ: أَي لَا يَعْتَمِدُ عَلَيْهَا. وَعَنْ ابْنِ الْأَثِيرِ: فِي الْمَأْتُورِ عَنْ ابْنِ  
 عَبْدِ الْعَزِيزِ أَنَّهُ طَلَبَ مِنْ امْرَأَتِهِ نَمِيَّةً أَوْ نَمَامِيٍّ لِيَشْتَرِيَ بِهَا عُنْبًا فَلَمْ يَجِدْهَا،  
 النَّمِيَّةُ: الْفَلْسُ، وَجَمَعَهَا نَمَامِيٌّ كَدُرِّيَّةٍ وَدَرَارِيٍّ. قَالَ ابْنُ الْأَثِيرِ: قَالَ الْجَوْهَرِيُّ  
 النَّمِي الْفَلْسُ بِالرُّومِيَّةِ، وَقِيلَ: الدَّرْهَمُ الَّذِي فِيهِ رِصَاصٌ أَوْ نَحَاسٌ، وَالْوَاوِدَةُ  
 نَمِيَّةٌ. وَقَالَ: النَّمُّ وَنَمُو النَّمُو الْقَمْلُ الصَّغَارُ (12).  
 وَقَالُوا: نَمَا: نَمَا الشَّيْءُ يَنْمُو نُمُوًا، وَنَمَى يَنْمِي نَمَاءً أَيْضًا. وَأَنَمَاهُ اللَّهُ: رَفَعَهُ،  
 وَزَادَ فِيهِ إِنْمَاءً، وَنَمَاهُ أَيْضًا، قَالَ النَّابِغَةُ:

إِلَى صَعْبِ الْمَقَادَةِ مُنْذَرِيٍّ  
 نَمَاهُ فِي فُرُوعِ الْمَجْدِ نَامِيٍّ  
 وَنَمَا الْخِضَابُ يَنْمُو نُمُوًا إِذَا زَادَ حُمْرَةً وَسَوَادًا. وَنَمَيْتُ فَلَانًا فِي الْحَسَبِ، أَي:  
 رَفَعْتُهُ، فَانْتَمَى فِي حَسَبِهِ، وَفِي أَثَرِ ابْنِ عَبَّاسٍ: "كُلُّ مَا أَصْمَيْتُ وَدَعَّ مَا  
 أَنْمَيْتُ" (13)، أَي: مَا يَرْجَحُ مِنْ مَكَانِهِ مِنَ الطَّيْرِ فَعَابَ عَنْكَ. وَالشَّيْءُ يَنْتَمِي، أَي:  
 يَرْتَفِعُ مِنْ مَكَانٍ إِلَى مَكَانٍ. وَتَمَنَّى الشَّيْءُ تَنْمِيًا، إِذَا ارْتَفَعَ، قَالَ الْقَطَّامِيُّ:  
 فَأَصْبَحَ سَيْلٌ ذَلِكَ قَدْ تَنَمَّى  
 إِلَى مَنْ كَانَ مَنْزِلُهُ يَفَاعَا  
 وَالْمَعْنَى: مَنْ كَانَ عَنْ هَذَا بِمَعْزَلٍ أَدْرَكَهُ شَرْهٌ وَالْأَشْيَاءُ كُلُّهَا عَلَى وَجْهِ  
 الْأَرْضِ نَامٍ وَصَامِتٌ، فَالنَّامِي: مِثْلُ النَّبَاتِ وَالشَّجَرِ وَنَحْوِهِ، وَالصَّامِتُ:

12 - "ابن منظور": لسان العرب، الموضع السابق. - "الزبيدي": تاج العروس من  
 جواهر القاموس، الموضع السابق.  
 13 - سبب تخريجه.





رفيع، ونما إلى علمي خبير نجاحه. وفيه: أنمى يُنمي، أنم، إنماء، فهو مُنمٍ، والمفعول مُنمى (للمتعدّي). أما انتمى، أي انتمى إليه، وينتمي إلى، أنتم، انتماء، فهو مُنتمٍ، والمفعول مُنتمى إليه. وفيه: تنامى إلى يتنامى، تنام، تنامياً، فهو مُتنامٍ، والمفعول مُتنامى إليه. وكذلك: نمى ينمي، نم، تنمية، فهو مُنمٍ، والمفعول مُنمى. وإنماء (مفرد)، ومصدر أنمى. وانتماء (مفرد)، ومصدر انتمى، أو انتمى إلى. أما انتمائية فمفرد أيضاً، وهو اسم مؤنث منسوب إلى انتماء كقولهم: "تربطه بالثقافة العربية علاقة انتمائية جذرية. ومصدر صناعي من انتماء: كقولهم: "عبر شوقي في شعره عن انتمائية واضحة لموطنه". أما تنمية فمفرد، ومصدرها نمى. ونام مفرد أيضاً، الجمع نامون ونوام، ومؤنثها نامية، وجمعها ناميات. ونوام: اسم فاعل من نما. ونماء مصدر نما. وكذلك نمو فهي: مصدر "نما" ومنه قولهم: ناقص النمو، أي غير تام بصورة طبيعية أو متكاملة. نما للجسم الحي، أي ازدياد حجم الجسم بما ينضم إليه نسبة طبيعية. والنمو الاقتصادي الزيادة النوعية في دخل الفرد أو في الناتج القومي أو المحلي الإجمالي. وتام النمو، صفة كائن حي بلغ كمال نموه. وفرط النمو، زيادة حجم عضو من الأعضاء بسبب ازدياد حجم الخلايا دون أن تكون ورمًا سرطانياً. ومن: نمى ينمي، أنم، نماء، فهو نامٍ، والمفعول منمي (للمتعدّي): نمى المال: زاد وكثر، مثل: "نماء ثروة، نمى إيراد المصنع الجديد". ونماه حسبه: رفعه وأعلى شأنه. وأنمى العنب: ظهرت قصبائه التي تحمل العناقيد. وأنمى إنتاجه: نماه وزاده كقولهم: "أنمى ثروته، وإنماء رأس المال: استثماره، أنمى ماله بالدأب والحرص". وانتمى الشخص إلى الجبل: صعبه "يهوى انتماء المرتفعات". وتنامى الزرع: نمى شيئاً فشيئاً، وفي كل شيء دال على الزيادة والاطراد الطبيعي فيها، كقولهم: "العناية بتتقيف الأولاد يساعد على إيجاد أرض خصبة لتناميهم". وتنامى الخبز إليه: بلغه، تناهى إليه. ومنه: نمى ينمي، نم، تنمية، فهو مُنمٍ، والمفعول مُنمى، نمى إنتاجه: زاده وكثره، رفع معدله. ونمى النار: أشبع وقودها. ونمى الأمر: طوره، مثل قولهم: "نمى العلاقات بين البلدين، تنمية التعاون الدولي، شجع التنمية الإقليمية لمنطقة الخليج، نمى شركته، نمى مواهبه". ونمى ذاكرته: أنعشها وقواها، وكذلك قولهم: "النمارين البدنية تُنمي الجسم"<sup>(1)</sup>.

1 - "مختار": د./ أحمد مختار عمر، معجم الصواب اللغوي دليل المتكف العربي، بمساعدة بمساعدة فريق عمل، عالم الكتب، القاهرة، الطبعة الأولى، 1429هـ/2008م، النون، النون

## ثانياً: تعريف الإنماء في الاصطلاح الفقهي:

لم يحفل قدامى الفقهاء بتعريف الإنماء اصطلاحاً، نظراً لتفشي معناها اللغوي عندهم ويكاد يستوعب استعمالهم لها دون حاجة إلى ضبط زائد، فالإنماء من النمو بالضم مصدر نما نماء، وهو مطلق الزيادة الطبيعية وفق أسبابها الكونية العبادية، سواء أكانت بتدخل الإنسان أم دون تدخله، وهي تقابل في اللغة الإنجليزية كلمة: (Growth)<sup>(19)</sup>، ولأن الحال تغيّر كثيراً في العصور المتأخرة عنه في العصور المتقدمة، مع ضعف السليقة العربية ونقاء فطرتها الأولى، فإن الكلمة تحتاج إلى ضبط اصطلاحياً.

فإن كان الإنماء على نحو ما قدمنا من نَمَا المألُ فصيحة في اللغة، وكذلك نَمَى المألُ فصيحة، فالاستعمالان فصيحان في اللغة، ومقبولاً الضبط على معناه اللغوي في الاستعمال الفقهي، ومع أن هناك العديد من الأفعال تتعاقب في عينها أو لامها الواو والياء، وإن كان بعضها أفصح بالواو، فإن هذا لا يمنع استعمالها بالياء، وقد وردت الكلمتان بالمعجم وكتب الفقه "نَمَا يَنُمُو" بالواو، و "نَمَى يَنُمِي" بالياء، بمعنى زاد وكَثُرَ<sup>(20)</sup>. ومن قولهم: "نم الحديث" نما: ظهر. ونمى الشيء: انتشرت رائحته وتزايد<sup>(21)</sup>.

وبالموازنة بين المعاني المتقدمة، وبقليل من التأمل يمكن استنباط أن النماء وما اشتق منه، كالإنماء، كلمة محورية المعنى، أي كل معانيها ومشتقاتها تتمركز حول الزيادة المتكررة، المنتظمة والتي ترجع لسنة غير مستغرب وأسباب ألفها الناس، ويستحسنونه، وإن كان غير ذلك فلا يطلقون عليه نمواً أو إنماء، ولكن يقولون في شأنه شيئاً آخر، كقولهم: "متورم، سرطان، تضخم"، وما جرى مجرى هذه المعاني التي قد تدل بذاتها على معنى الزيادة غير المحمودة، أو أن تدله عليه بالقرينة البسيطة.

19 -- "قلعجي، قنبيبي": محمد رواس قلعجي، حامد صادق قنبيبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 1408هـ/1988م، حرف النون، ص488.

20 -- "مختار": معجم الصواب اللغوي دليل المثقف العربي، النون، 5113 - نمى، ج1 ص769.

21 -- "أبو جيب": القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، حرف النون، ص362.

تضخم"، وما جرى مجرى هذه المعاني التي قد تدل بذاتها على معنى الزيادة غير المحمودة، أو أن تدله عليه بالقرينة البسيطة.

ومن هذا نخلص أن الإنماء في أصله ومطلق استعماله عند العرب والفقهاء ليدل على الزيادة المحمودة والمتوقعة، والتي جاءت وفق نظامها الطبيعي، والتي يغلب أن تتطوي هذه الزيادة على خير قد يكون الشخص في انتظاره، ولا يكفي في ذلك التقدير الشخصي للمُنْمِي أو لمستشاريه وأعوانه، ولكن يجب أن يكون موافقا للشرع. كما نلاحظ أن النماء الذي يقع في الحياة العادية للناس في غالبه هو نتيجة مترتبة ومتسلسلة على أسباب، أعينها العمل المبذول من المحيي نفسه، أو ما كان بإدارته وإشرافه سواء أكان بأدميين أم حيوانات أم جمادات كالألات، وهذا العمل يسبق من المُنْمِي بأن يكون حصله، وقام به، إما على سبيل الإنشاء كالبناء وشق الترع والمجاري المائية، وإما على سبيل التعهد والرعاية، كالزراعة وتربية الحيوانات وتسمينها، وهذه المعاني جميعا تصح في الأمور المادية وكذلك في الأمور المعنوية، كتربية الأدمي، ورفع مهاراته ومواهبه وقدراته المهنية والعلمية، وبذلك نستبعد من إطار معنى الإنماء في إحياء الموات، النمو والتنمية غير المتصلة في سببها بعمل المُنْمِي.

كما أن شخص المحيي أي المُنْمِي يصح أن يكون طبيعيا آدميا، ويصح أن يكون معنويا اعتباريا، فكلمة (شخص) يلزم أن توضع مطلقة غير مقيدة.

ومن خلال المادة السابق يمكن أن نعرف الإنماء في الاصطلاح بأنه:

"حُصُولُ إِثْرٍ إِثْرًا مَشْرُوعٍ مَادِيٍّ وَمَعْنَوِيٍّ فِي مَحَلٍّ نَامٍ نَتِيجَةً لِعَمَلِ شَخْصٍ تَقَدَّمَ".

ونلاحظ أن الإنماء بهذا المعنى يفيد إحياء الموات أو هو هو، أو في معناه، فيُعرف إحياء الموات بأنه: "حصول العمران لأرض بعد لم يكن"، كما يمكن أن نعرفه بأنه: "إنماء أرض لم يسبق إليها عمران"، والناظر إن دقق يجد أن الإنماء يعرف به الإحياء، وهو وسيلته من جانب، وموضوعه من جانب آخر، فهما صنوان وقد يستعمل أحدهما مكان الآخر، وبخاصة أن غايتهما حصول العمران.

## الفرع الثاني

### الإنماء والواجب

كي تتمكن من إيجاد العلاقة بين الإنماء والواجب، والمتمثلة في الحكم التكليفي القائم في الإنماء، وبعد أن عرضنا لتعريف الإنماء في اللغة وفي اصطلاح الفقهاء، لم يبق لنا إلا التعرف على الواجب، وذلك من خلال تعريفه في اللغة واصطلاح الأصوليين، ثم نعرض لحكم الإنماء من خلال مفهوم الواجب. وذلك وفق التالي:

**أولاً: تعريف الواجب في اللغة والاصلاح:**  
الحكم التكليفي عند الأصوليين هو: "خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء، أو التخيير"<sup>(1)</sup>. وقالوا هو: "ما اقتضى طلب فعل من المكلف أو

---

1- "الإسنوي": جمال الدين أبو محمد عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعي (المتوفى: 772هـ)، نهاية السؤل شرح منهاج الوصول، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1420هـ/1999م، ص16. - "الأصفهاني": شمس الدين أبو التثاء محمود بن عبد الرحمن (أبي القاسم) ابن أحمد بن محمد الأصفهاني (المتوفى: 749هـ)، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، المحقق: محمد مظهر بقا، دار المدني، السعودية، الطبعة الأولى، 1406هـ/1986م، ص325:331. - "الرازي": أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (المتوفى: 606هـ)، المحصول، المحقق: د. طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، 1418هـ/1997م، دون ذكر مكان النشر، ج1 ص95:96. - "ابن قدامة": أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ)، روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 1423هـ/2002م، ج1 ص100، ص175. - "الأمدي": أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الأمدي (المتوفى: 631هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، المحقق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، لبنان، دون ذكر تاريخ النشر، ج1 ص95. - "القرافي": أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى:

كفه عن فعل أو تخييره بين فعل والكف عنه<sup>(1)</sup>. والاقضاء طلب الفعل، فإن كان طلبا جازما، فاقتضاؤه له على وجه التحريم والإلزام، فهو الإيجاب وأثره الوجوب والمطلوب فعله هو الواجب. وإن كان طلبا غير جازم، فاقتضاؤه له ليس على وجه التحريم والإلزام فهو الندب وأثره الندب والمطلوب فعله هو المندوب. وإن اقتضى طلب كف عن فعل، وكان طلبا جازما بالكف، فاقتضاؤه على وجه التحريم والإلزام، فهو التحريم وأثره الحرمة، والمطلوب الكف عن فعله هو المحرم. وإن كان طلب الكف ليس جازما، فاقتضاؤه له ليس على وجه التحريم والإلزام فهو الكراهة، وأثره الكراهة، والمطلوب الكف عن فعله فهو المكروه. وإن لم يتعلق بالطلب فعل ولا كف، فاقتضاؤه تخيير المكلف بين فعل الشيء وتركه، وهو الإباحة وأثره الإباحة والفعل الذي خير بين فعله وتركه هو المباح<sup>(2)</sup>.

وحيث إن ممكن الكلام عن الواجب، لتعلقه بموضوع البحث، فسنقصر تناولنا عليه، من حيث تعريفه وعرض أقسامه، ومن ثم يتسنى لنا استكناه موقع

684هـ)، شرح تنقيح الفصول، المحقق: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، الطبعة الأولى، 1393هـ/1973م، دون ذكر مكان النشر، ص 67:68.

1- "ابن اللحام": ابن اللحام، علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد بن عباس البعلي الدمشقي الحنبلي، ابن اللحام (المتوفى: 803هـ)، القواعد والفوائد الأصولية وما يتبعها من الأحكام الفرعية، المحقق: عبد الكريم الفضيلى، المكتبة العصرية، 1420هـ/1999م، دون ذكر مكان النشر، ص 33. - "خلاف": عبد الوهاب خلاف (المتوفى: 1375هـ)، علم أصول الفقه، مكتبة الدعوة، شباب الأزهر (عن الطبعة الثامنة لدار القلم)، دون ذكر تاريخ النشر، ص 101. - "العنزي": عبد الله بن يوسف بن عيسى بن يعقوب اليعقوب الجديع العنزي، تيسير علم أصول الفقه، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1418هـ/1997م، ص 18.

2- "السمعاني": أبو المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد المروزي السمعاني التميمي الحنفي ثم الشافعي (المتوفى: 489هـ)، قواطع الأدلة في الأصول، المحقق: محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1418هـ/1999م، ج 1 ص 64. - "خلاف": علم أصول الفقه، ص 105. - "القطان": مناع بن خليل القطان (المتوفى: 1420هـ)، تاريخ التشريع الإسلامي، مكتبة وهبة، القاهرة، الطبعة الخامسة، 1422هـ/2001م، ص 60. - "النملة": عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، المَهْدَبُ فِي عِلْمِ أَصُولِ الْفِقْهِ الْمُقَارِنِ، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، 1420هـ/1999م، ج 1 ص 137:138.

الإنماء في الإيجاب، وتعلق فعل المكلفين في الإنماء بالواجب من عدمه. وذلك من مسائل ثلاثة متوالية، هي تعريف الواجب في اللغة والاصطلاح، ثم أقسام الواجب، ثم توقعه على واقع الإنماء لاستكناه مدى تعلقه بحكم الوجوب. وهذا فيما يلي:

#### أ) تعريف الواجب في اللغة:

الواجب من "وجب": الواو والجيم والباء: أصل واحد، يدل على سقوط الشيء ووقوعه، ثم يتفرع. ووجب البيع وجوباً: حق ووقع. ووجب الميت: سقط، والقتيل واجب. وفي التنزيل قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ جَعَلْنَاهَا لَكُمْ مِنْ شَعَائِرِ اللَّهِ لَكُمْ فِيهَا خَيْرٌ فَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهَا صَوَافَّ فَإِذَا وَجَبَتْ جُنُوبُهَا فَذُلُّوا مِنْهَا وَأَطَعُوا الْقَانِعَ وَالْمُعْتَرَّ كَذَلِكَ سَخَّرْنَاهَا لَكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾ (الحج، 36) أي سقطت. ووجب الشيء وجوباً، ووجب عليه الحق. ووجب الشيء، أي لزم، يجب وجوباً. وأوجبه الله. واستوجبه، أي استحقه وأوجبه ووجبه. ووجب الشمس وجباً: غابت. وسمعت لها وجبة، أي: وقعة. مثل شيء يقع على الأرض. والموجب من الدواب: الذي يفرع من كل شيء. ويُقال: الوجاب<sup>(1)</sup>

1- "الفراهيدي": كتاب العين، حرف الجيم، الثلاثي المعتل من حرف الجيم، باب الجيم والباء و (واي) معهما ج بء، ج ب، بء ج، ج ب ي، ج ي ب، ج وب، وج ب، ب وج مستعملات، ج 6 ص 93. - "الهروي": أبو منصور محمد بن أحمد بن الأزهرى الهروي (المتوفى: 370هـ)، تهذيب اللغة، المحقق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 2001م، باب الجيم والباء، ج 11 ص 151. - "ابن سيده": أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي [ت: 458هـ]، المحكم والمحيط الأعظم، المحقق: عبد الحميد هندراوي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1421هـ/2000م، حرف الجيم، الجيم والباء والواو، مقلوبه: (وج ب)، ج 7 ص 570: 572. - "ابن فارس": أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي (المتوفى: 395هـ)، معجم مقاييس اللغة، المحقق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1399هـ/1979م، دون تكر مكان النشر، كتاب الواو، باب الواو والجيم وما يتلثهما، (وجب)، ج 6 ص 89: 90. - "الأزدي": أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي (المتوفى: 321هـ)، جمهرة اللغة، المحقق: رمزي منير بعلبكي، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الأولى، 1987م، أبواب الثلاثي الصحيح وما تشعب منه حرف الباء وما يتصل به في الثلاثي

وعلى فالواجب، يدل على الإلزام والتحكم، فالساقط ثبت على الأرض وتحقق عليها، وكذلك اللازم والمتحكم ثبت في حق من لزمه وتحتم في ذمته

### ب) تعريف الواجب في اصطلاح الأصوليين:

لم يقع اختلاف ذو بال بين الفقهاء حول حد الواجب، بل يكادون أن يتفقوا على المعنى وبخاصة إن نحينا بعض المصطلحات تغليباً للمعنى على المبنى.

ومن ذلك قولهم: إن الواجب: "ما ذم تاركه شرعاً"، وقيد الشرع احتراز عن العرف<sup>(1)</sup>. وقولهم: ويرسم<sup>(2)</sup> الواجب بأنه: "الذي يذم شرعاً تاركه قصداً مطلقاً"، أي يذم تارك الفعل المأمور به والذي يرد في كتاب الله تعالى، أو في

الصحيح، باب الباء والجيم مع سائر الحروف التي تليها في الثلاثي الصحيح، (ب ج و)، ج1 ص272. - "الفارابي": أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (المتوفى: 393هـ)، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، المحقق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الرابعة، 1407هـ/1987م، باب الباء، فصل الواو، (وجب)، ج1 ص231:232. - "ابن منظور": محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (المتوفى: 711هـ)، لسان العرب، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، 1414هـ، حرف الباء، فصل الواو، ج1 ص793:796. - "الرازي": زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (المتوفى: 666هـ)، مختار الصحاح، المحقق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، الدار النونجية، بيروت، صيدا، الطبعة الخامسة، 1420هـ/1999م، باب الواو، (وج ب)، ص333. - "الزبيدي": محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، الزبيدي (المتوفى: 1205هـ)، تاج العروس من جواهر القاموس، المحقق: مجموعة من المحققين، دار الهداية، دون ذكر تاريخ النشر ومكانه، باب البناء المؤحدة، فصل الواو، (وجب)، ج4 ص333:339.

1- "القرافي": شرح تنقيح الفصول، ص71.

2- المعرفات للماهية خمسة: الحد التام، والحد الناقص، والرسم التام، والرسم الناقص، وتبديل لفظ بلفظ أشهر منه، فالحد التام هو التعريف بالجنس، والفصل، كقولنا في الإنسان: إنه الحيوان الناطق، والحد الناقص كالتعريف بالفصل وحده كقولنا: الناطق، والرسم التام هو التعريف بالجنس والخاصة كقولنا: الإنسان حيوان ضاحك، أو كاتب فالضحك معنى خاص بالإنسان والتبديل باللفظ الأشهر كقولنا: البئر هو القمح.

- "الإسنوي": نهاية السؤل شرح منهاج الوصول، ص21.

سنة رسوله، أو إجماع الأمة ما يدل على أنه بحالة لو تركه لكان مستنقضا وملوما بحيث ينتهي الاستنقاص واللوم إلى حد يصلح لترتب العقاب. وقوله: مطلقا أي أن يقصد المكلف على ترك الواجب من جميع وجوهه الموسعة والمضيقة والمعينة والمخيرة والمحددة عينا والتي على الكفاية، وليس مجرد ترك الواجب على اعتبار مع جواز أن يأتيه باعتبار آخر (1).

وقالوا: "فعل غير كف ينتهي تركه سببا للعقاب؛ لأنه هو الذي تعلق به". وقالوا هو: "ما يذم تاركه شرعا بوجه ما". وذكرهم "شرعا"، ليوافق أن الحكم لا يثبت إلا من جهة الشرع. وذكره "بوجه ما" ليدخل في حده الواجب الموسع وواجب الكفاية؛ لأنهما لا يذم تاركهما مطلقا، بل يذم بوجه ما (2). فحد الواجب كل ما ورد الشرع بالذم بتركه من حيث هو ترك له (3).

وقالوا إن الواجب: "ما يثاب المكلف على فعله ويعاقب على تركه"، ولو قيل "ما كان في تركه عقاب"، أجزأ وتميز من المندوب، والمكروه والحرام والمباح، إذ ليس فيه تركها جميعا ذم ولا عقوبة. والواجب هو الحتم واللازم والمكتوب (4). وقالوا هو: "ما توعد بالعقاب على تركه"، وقالوا: "ما يستحق

1- "الإسنوي": نهاية السؤل شرح منهاج الوصول، ص 21:24.

2- "الأصفهاني": بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، ص 332:337. - "الرازي": المحصول، ج 1 ص 95:96. - "الغزالي": أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (المتوفى: 505هـ)، المستصفي، المحقق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1413هـ/1993م، ص 53.

3- "الجويني": عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني ركن الدين أبو المعالي، الملقب بإمام الحرمين (المتوفى: 478هـ)، كتاب التلخيص في أصول الفقه، المحقق: عبد الله جولم النبالي، و بشير أحمد العمري، دار البشائر الإسلامية، بيروت، دون ذكر تاريخ النشر، ج 1 ص 163:164.

4- "العكبري": أبو علي الحسن بن شهاب بن الحسن بن علي بن شهاب العكبري الحنبلي (المتوفى: 428هـ)، رسالة في أصول الفقه، المحقق: د. موفق بن عبد الله بن عبد القادر، المكتبة المكية، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، 1413هـ/1992م، ص 36.



تاركه العقاب على تركه"، ويُكْتَفَى بالتوَعَد بالعقاب، أو الإشارة باستحقاقه، لكون العقاب غير مؤكد لاحتمال عفو الله عن التارك(1).

وقالوا هو: "ما أمر به الشارع على وجه الإلزام". وبذلك يخرج غير المأمور به كالمحرم والمكروه، والمباح لذاته، ويخرج المندوب بقيد "على وجه الإلزام". وقالوا: "الواجب يثاب فاعله امتثالاً ويستحق العقاب تاركه"، أي يفعله المكلف على وجه الطاعة والقربة، ولا يُجزم بلحوق العقاب؛ لأنه من الجائز أن الله قد يعفو عن التارك، فهو مستحق للعقاب، لكن قد يعاقب وقد لا يعاقب(2).

وقالوا هو: "ما يثاب على فعله ويعاقب على تركه". وبه يخرج الحرام والمكروه والمباح، "فإنها لا يثاب فاعلها، ويخرج المندوب؛ فإنه يثاب على فعله، لكن لا يعاقب على تركه(3). ويكفي في صدق العقاب وجوده لواحد من العصاة مع العفو عن غيره، ويجوز أن يعني ترتب العقاب على تركه كما عبر به غيره فلا ينافي العفو(4). وقالوا هو: "الواجب شرعاً هو ما طلب الشارع فعله من المكلف طلباً حتماً بأن اقترن طلبه بما يدل على تحريم فعله كما إذا كانت صيغة الطلب نفسها تدل على التحريم أو دل على تحريم فعله ترتيب العقوبة على تركه أو أية قرينة شرعية أخرى"، ويشمل عامة المأمورات

1- "ابن قدامة": روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج1 ص102. - "الأمدي": الإحكام في أصول الأحكام، ج1 ص97:98.

2- "المنياوي": أبو المنذر محمود بن محمد بن مصطفى بن عبد اللطيف المنياوي، الشرح الكبير لمختصر الأصول من علم الأصول، المكتبة الشاملة، مصر، الطبعة الأولى، 1432هـ/2011م، ص96:108.

3- "المارديني": شمس الدين محمد بن عثمان بن علي المارديني الشافعي (المتوفى: 871هـ)، الأنجم الزاهرات على حل ألفاظ الورقات في أصول الفقه، المحقق: عبد الكريم بن علي محمد بن النملة، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الثالثة، 1999م، ص88:89.

4- "المحلى": جلال الدين محمد بن أحمد بن محمد بن إبراهيم المحلي الشافعي (المتوفى: 864هـ)، شرح الورقات في أصول الفقه، المحقق: د. / حسام الدين بن موسى عفانة، جامعة القدس، فلسطين، الطبعة الأولى، 1420هـ/1999م، ص71. - "أبو يعلى": العدة في أصول الفقه، ج1 ص159:160.

التي وردت بها صيغة الأمر مطلقة ودل على تحريم فعلها ما ورد في عدة نصوص من استحقاق المكلف العقاب بتركها. فمتى طلب الشارع الفعل ودلت القرينة على أن طلبه على وجه التحريم كان الفعل واجبا سواء أكانت القرينة صيغة الطلب ذاتها أم أمرا خارجيا<sup>(1)</sup>.

### الواجب أم الفرض:

الفرض هو الواجب في الصحيح عند جمهور الأصوليين؛ لأن حدهما في الشرع سواء، ولم يمايز بينهما إلا الأحناف، ورواية عن أحمد<sup>(2)</sup>. فقالوا إن الفرض: "ما كان في أعلى مراتب الإيجاب، والواجب دون الفرض"، فإن ثبت التكليف بدليل قطعي مثل الكتاب والسنة المتواترة فهو الفرض كالصلوات الخمس، وإن ثبت بدليل ظني كخبر الواحد والقياس فهو الواجب. وبرروا ذلك بقولهم: الوتر واجب، وليس بفرض، وصلاة العيد واجبة، وليست بفرض. وقالوا إن معنى الفرض في الأصل هو الأثر الحاصل بالجزاء الواقع في السنة ونحوها، فشيء ما لزم وثبت بذلك الأثر، والوجوب في الأصل هو السقوط، لقول الله سبحانه وتعالى: {فإذا وجبت جنوبها} الحج<sup>36</sup>، يعني سقطت، ويقال: وجبت الشمس إذا سقطت. فجعل ما لزم في الشرع بمنزلة الشيء الذي سقط، ويثبت في الموضوع، فكان معنى الفرض أثبت منه؛ لأن هناك أثرا لا يزول، والساقط في الموضوع فقد زال عن الموضوع من غير تأثير يحصل فيه، فلما كان الفرض في موضوع اللغة أثبت من الوجوب، كان كذلك حكمه في الشرع. كما أن الفرض التقدير. ومنه فرائض المواريث، وفرائض الإبل في الصدقات، وهو للزوم من هذا أيضا، كأنه قدر له شيء من التركة، ومنه مجاوزته إلى غيره<sup>(3)</sup>.

أما عند الجمهور، فالفرض هو الواجب؛ لاستواء حدهما، وترادفهما. وردوا قول الحنفية، لما فيه من تخصيص اسم الفرض بما عرف وجوبه بدليل قطعي؛ لأنه هو الذي يعلم من حاله أن الله تعالى قدره علينا، وهذا الفرق المذكور

1- "خلاف": علم أصول الفقه، ص 106:105.

2- "العكبري": رسالة في أصول الفقه، ص 37.

3- "الجصاص": أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (المتوفى: 370هـ)، الفصول في الأصول، وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة الثانية، 1414هـ/1994م، ج 3 ص 236. - "ابن قدامة": روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج 1 ص 103. - "أبو يعلى": العدة في أصول الفقه، ج 1 ص 162:160.

ضعيف؛ لأن الفرض هو المقدر، لا أنه الذي ثبت كونه مقدرًا علماً أو ظناً، كما أن الواجب هو الساقط، لا أنه الذي ثبت كونه ساقطاً علماً أو ظناً. وإذا كان كذلك كان تخصيص كل واحد من هذين اللفظين بأحد القسمين تحكما محضاً. بل هما من الألفاظ المترادفة كالحتم واللازم. ولم ينكر الجمهور انقسام الواجب في استناده إلى الدليل إلى مقطوع ومظنون. كما أن هذه التفرقة ليس في اللغة ولا في الشرع ما يقتضيها، ومن ثم استند قولهم إلى دعوى غير مقترنة ببرهان، وليس في العقل ما يقتضي هذا التفصيل. ومادام ليس في أدلة السمع ما يوجب وليس في وضع اللغات فصل بين المفروض والواجب نصاً، فما الداعي إليه. ولم يبق لهم إلا أن تكون تفرقتهم مشكلة لفظية اصطلاحية، فلا مشاحة في الاصطلاح، ولا حجر في الاصطلاحات بعد فهم المعاني، والحاصل أنه لنزاع لفظي. وبهذا يثبت الواجب، على نحو تعريفه، وكذلك يُسميه الأصوليون فرضاً، وفريضة، وحتماً، ولازماً، فكلها مصطلحات دالة على المدلول ذاته<sup>(1)</sup>.

#### ثانياً: أقسام الواجب:

ينقسم الواجب إلى أربع تقسيمات باعتبارات مختلفة. نتناولها فيما يلي:

**التقسيم الأول: الواجب من جهة وقت أدائه، إما مؤقت وإما مطلق عن التوقيت:** فالواجب المؤقت هو ما طلب الشارع فعله حتماً في وقت معين كالصلوات الخمس، حيث يحدد لأداء كل صلاة منها وقتاً معيناً، وكصوم رمضان لا يجب في غيره، فلا تجب قبله، ويأثم المكلف إن أخرها عنه بغير

1- "الإسنوي": نهاية السؤل شرح منهاج الوصول، ص24. - "الرازي": المحصول، ج1 ص96:95. - "الغزالي": المستصفي، ص53. - "الجويني": كتاب التلخيص في أصول الفقه، ج1 ص168:164. - "الشيرازي": أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: 476هـ)، التبصرة في أصول الفقه، المحقق: د. / محمد حسن هيتو، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، 1403هـ، ص94:95. - "المنياوي": الشرح الكبير لمختصر الأصول من علم الأصول، ص110:108. - "الأمدي": الإحكام في أصول الأحكام، ج1 ص99:98. - "ابن قدامة": روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج1 ص104:103. - "أبو يعلى": العدة في أصول الفقه، ج1 ص162.

عذر لا يجب قبل الشهر ولا يؤدي بعده وكذلك كل واجب عين الشارع وقتاً لفعاله.

والواجب المطلق عن التوقيت هو ما حتم الشارع فعله إلزاماً، ولم يحدد له وقتاً لأدائه، مثل الكفارات الواجبة، بمناسبة الحنث بحلف اليمين، فليس له وقت معين فإن شاء الحانث كفر على الفورية وإن شاء كفر على التراخي<sup>(1)</sup>.

والواجب ينقسم بالإضافة إلى الوقت إلى مضيق وموسع، بحيث إن تعلق بوقت فإما أن يساوي الفعل كصوم رمضان وهو المضيق، أو ينقص عنه فيمتنع؛ لأنه من التكليف بالمحال، إلا لغرض القضاء كوجوب الظهر على الزائل عذره، وقد بقي قدر تكبيرة أو يزيد عليه من الوقت، فيقتضي إيقاع الفعل في أي جزء من أجزائه. أما الاحتمال الثالث: أن يزيد الوقت على الفعل، وهو الذي يُسمى بالواجب الموسع، ولقيام المكلف بالأمر يقتضي إيقاع الفعل في أي جزء من أجزاء الوقت بلا بدل، سواء أكان أوله أم آخره؛ لقوله صلى الله عليه وسلم فيما أخرجه مسلم بسنده عن أبي بكر بن أبي موسى، عن أبيه، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، أنه "أتاه سائل يسأله عن مواقيت الصلاة، فلم يرد عليه شيئاً، قال: فأقام الفجر حين انشق الفجر، والناس لا يكاد يعرف بعضهم بعضاً، ثم أمره فأقام بالظهر، حين زالت الشمس، والقائل يقول قد انصفت النهار، وهو كان أعلم منهم، ثم أمره فأقام بالعصر والشمس مرتفعة، ثم أمره فأقام بالمغرب حين وقعت الشمس، ثم أمره فأقام العشاء حين غابت الشفق، ثم أحرر الفجر من الغد حتى انصرفت منها، والقائل يقول قد طلعت الشمس، أو كادت، ثم أحرر الظهر حتى كان قريباً من وقت العصر بالأمس، ثم أحرر العصر حتى انصرفت منها، والقائل يقول قد احمرت الشمس، ثم أحرر المغرب حتى كان عند سقوط الشفق، ثم أحرر العشاء حتى كان ثلث الليل الأول، ثم أصبح فدعا السائل، فقال: "الوقت بين هذين"<sup>(2)</sup>، فتناول لجميع أجزائه،

1- "الغزالي": المستصفي، ص55:56. - "ابن حزم": أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: 456هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، المحقق: أحمد محمد شاكر، دار الآفاق الجديدة، بيروت، دون تكر تاريخ النشر، ج3 ص52:56. - "خلاف": علم أصول الفقه، ص106:107.

2- حديث صحيح: - "مسلم": مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: 261هـ)، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، الشهير ب(صحيح مسلم)، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي،

وليس تعيين بعض الأجزاء للوجوب بأولى من تعيين البعض الآخر. وذهب آخرون إلى أن الواجب أول الوقت وأما آخره يكون قضاءً وليس أداءً. وذهب بعضهم الأصوليين من المتكلمين وهو قول الشافعي إلى أن الحكم كذلك لكن لا يجوز تركه في الجزء الأول إلا بشرط العزم على الفعل في الجزء الثاني، وهو الراجح<sup>(1)</sup>.

**التقسيم الثاني:** ينقسم الواجب من جهة المطالب بأدائه إلى واجب عيني وواجب كفايي. فالوجوب إما أن يتناول كل واحد كالصلوات الخمس، أو واحداً معيناً كالتهجد، ويسمى فرض عين، أو غير معين كالجهاد وطلب العلم، ويسمى فرض كفاية، فإن ظن كل طائفة أن غيره فعل سقط عن الكل، وإن ظن أنه لم يفعل وجب على من بلغه أن الواجب لم يُقْم. وفرض الكفاية يتعلق بطائفة غير معينة. وقالوا إن الواجب على الكفاية يتعلق بالجميع، ولكن يسقط

بيروت، دون ذكر تاريخ النشر، كِتَابُ الْمَسَاجِدِ وَمَوَاضِعِ الصَّلَاةِ، بَابُ أَوْقَاتِ الصَّلَوَاتِ الْخُمْسِ، ح 178 - (614) ج 1 ص 429. - "الحاكم": أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع (المتوفى: 405هـ)، المستدرك على الصحيحين، المحقق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1411هـ/1990م، كِتَابُ الطَّهَارَةِ، بَابُ فِي مَوَاقِيَتِ الصَّلَاةِ، ح 693 ج 1 ص 306. - "البيهقي": أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُو جَرْدِي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: 458هـ)، السنن الكبرى، المحقق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1424هـ/2003م، كِتَابُ الصَّلَاةِ، جُمَاعُ أَبْوَابِ الْمَوَاقِيَتِ، بَابُ آخِرِ وَقْتِ الظُّهْرِ وَأَوَّلِ وَقْتِ العَصْرِ، ح 1713 ج 1 ص 539. - "الترمذي": سنن الترمذي، أبواب الصلاة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب ما جاء في مواقيت الصلاة عن النبي صلى الله عليه وسلم، ح 152 ج 1 ص 286.

1- "الإسنوي": نهاية السؤل شرح منهاج الوصول، ص 41:43. - "الأصفهاني": بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، ج 1 ص 356:362. - "القرافي": شرح تنقيح الفصول، ص 150:152. - "الرازي": المحصول، ج 2 ص 173:183. - "الأمدي": الإحكام في أصول الأحكام، ج 1 ص 105:109. - "خلاف": علم أصول الفقه، ص 107:108.

بفعل بعضهم. ولا بد أن يكون الواجب الكفائي قد وجب عن الكل، وإلا لما كان قيمة لقولهم بسقوطه بعد فعله من البعض، وسقوطه عن الكل يتوقف على تكليفهم به؛ ولذا يأتى الكل عند الترك إجماعاً ولو تعلق بالبعض لما أتم الكل. كما أن الخطاب متعلق في الكفاية بالمشترك؛ لأن المطلوب فعل إحدى الطوائف، فتنقضي الحاجة من المطلوب، ومفهوم إحدى الطوائف قدر مشترك بينها لصدقه على كل طائفة، وهو مقتضى اللغة في النصوص الواردة بفرض الكفاية، كقول الله سبحانه وتعالى: ﴿وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾ (104) آل عمران؛ وقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنفِرُوا كَافَّةً فَلَوْلَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ﴾ (122) التوبة؛ ونحو هذه النصوص نلاحظ فيها أن المخاطب غير معين، وهو مشترك بين الطوائف المعينات. ونرصد أنه كي يُعتمد بإقامة واجب الكفاية أن يكون الذين أدوه بلغوا من حيث العدد وإنجاز موضوعه حد الكفاية، فإن قلوا في هذا أو ذاك يبقى الواجب على الجميع، ويأتمون بعدم إقامته. فحاصل الواجب العيني هو ما طلب الشارع فعله من كل فرد من أفراد المكلفين ولا يجزىء قيام مكلف به عن آخر كالصلاة والزكاة والحج والوفاء بالعقود واجتناب الخمر والميسر. وحاصل الواجب الكفائي هو ما طلب الشارع فعله من مجموع المكلفين لا من كل فرد منهم، بحيث إذا قام بعض المكلفين فقد أدى الواجب وسقط الإثم والحرَج عن الباقيين، وإذا لم يقم به أي فرد من أفراد المكلفين أتموا جميعاً بإهمال هذا الواجب، كالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والصلاة على الموتى وبناء المستشفيات وإنقاذ الغريق وإطفاء الحريق والطب والصناعات التي يحتاج إليها الناس والقضاء والإفتاء ورد السلام وأداء الشهادة. وبإهمال الواجب الكفائي يأتمون جميعاً، وفيه يأتى القادر لإهماله واجبا قدر على أدائه وأتم غيره لإهماله حت القادر وحمله على فعل الواجب المقدور له، وهذا مقتضى التضامن في أداء الواجب، فلو رأى جماعة غريقاً يستغيث وفيهم من يحسنون السباحة ويقدرّون على إنقاذه وفيهم من لا يحسنون السباحة ولا يقدرّون على إنقاذه فالواجب على من يحسنون السباحة أن يبذل بعضهم جهده في إنقاذه، وإذا لم يبادر من تلقاء نفسه إلى القيام بالواجب، فعلى الآخرين حثه وحمله على أداء واجبه، فإذا أدى الواجب فلا إثم على أحد وإذا لم يؤد الواجب أتموا جميعاً. أما إن تعيّن فرد لأداء الواجب الكفائي، فيصير واجبا عينياً على من تعيّن عليه، فإن شهد الغريق الذي يستغيث شخصاً واحداً يحسن السباحة، تعيّن للإنقاذ. وإن لم ير الحادث إلا واحداً ودعي للشهادة، تعيّن

لشهادة. وإن لم يوجد في البلد إلا طبيب واحد، تعين للإسعاف. فهؤلاء الذين تعينوا لأداء الواجب الكفائي، يكون الواجب بالنسبة إليهم عينياً<sup>(1)</sup>.

**التقسيم الثالث:** ينقسم الواجب من جهة المقدار المطلوب منه إلى محدد وغير محدد. فالواجب المحدد هو ما عين له الشارع مقدارا معلوما بحيث لا تبرأ ذمة المكلف من هذا الواجب إلا إن أداه على ما عينه الشارع، كالصلوات الخمس والزكاة والديون المالية، وذلك على نحو ما ورد بالشرع من شروط وأسباب وهيئة. أما الواجب غير المحدد، فهو ما لم يرتبه الشارع ويحدد مقداره، بل طلبه من المكلف بغير تحديد، كالإنفاق في سبيل الله، والتعاون على البر والتصدق على الفقراء، وإطعام الجائع وإغاثة الملهوف، ونحو ذلك<sup>(2)</sup>.

**التقسيم الرابع:** ينقسم الواجب إلى واجب معين وواجب مخير. الوجوب قد يتعلق بمعين محدد مثل الصلاة والصوم والعلم والجهاد، وقد يتعلق بمبهم من أمور معينة مذكورة في النص الشرعي، كخصال الكفارة، ونصب واحد من عدد يكونوا قد رُشِحوا للإمامة. والحاصل أن الواجب على التخيير، يختار المكلف أحد الواجبات، وهو على قسمين، قسم يجوز الجمع بين تلك الأمور وتكون أيضا أفرادها محصورة أي تلك المحددة بالنص، كالكفارات، فإن الوجوب تعلق بواحد من الإطعام والكسوة والعنق، ومع ذلك يجوز إخراج الجميع. أما القسم الثاني فلا يجوز الجمع فيه، ولا تكون أفراده محصورة، كما إذا مات الإمام الأعظم، ووجدت جماعة قد استعدوا للإمامة، أي: اجتمعت فيهم الشرائط فإنه يجب على الناس أن ينصبوا منهم واحدا، ولا يجوز نصب زيادة عليه، وكذلك كاختيار القضاة من بين متهيين له، وكاختيار المرأة لزوج واحد من بين متقدمين. ولاخلاف في المعنى عند الفقهاء ولا المتكلمين في

1- "القرافي": شرح تنقيح الفصول، ص155:158. - "الإسنوي": نهاية السؤل شرح منهاج الوصول، ص44. - "الأصفهاني": بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، ج1 ص345:342. - "الرازي": المحصول، ج2 ص185:186. - "الأمدي": الإحكام في أصول الأحكام، ج1 ص99:100. - "خلاف": علم أصول الفقه، ص108:109.  
2- "خلاف": علم أصول الفقه، ص109:110.

حقيقة الأمر. وفيه قالت المعتزلة: الكل واجب على أنه لا يجوز الإخلال بالجميع، ولا يجب الإتيان بالجميع. وذهب الأشاعرة والفقهاء أن الواجب من المخير واحد لا يعينه، ويتعين بفعل المكلف، وأطلق الجبائي وابنه القول بوجود الجميع على التخيير. وقيل في المخير: أنه واجب معين عند الله تعالى دون الناس. وفي المحصول ومختصراته أن الأقسام الثلاثة أيضا، تجري في الواجب المخير، فتحریم الجمع كنصب المستعدين للإمامة، وتزويج المرأة من خاطبين، وإباحة الجمع كستر العورة بثوب بعد ثوب، واستحبابه كخصال كفارة اليمين، على أن يراعى ما يناسب الواجب والمكلف وحال التحليف. فإن كان الاختيار من محصور نصابا فالغالب جواز الجمع، وإن كان المخير بالصفة من بين غير محصور فالغالب عدم جواز الجمع<sup>(3)</sup>

مسألة ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب:

وجوب الشيء مطلقا يوجب وجوب ما لا يتم إلا به وكان مقدورا. وقيل: يوجب السبب دون الشرط. وقيل: لا يوجب هذا ولا ذلك. والراجح أن التكليف بالمشروط دون الشرط محال. وما لا يوجد الواجب إلا بوجوده يجب مطلقا سواء أكان سببا وهو الذي يلزم من جوده الوجود ومن عدمه العدم، أم شرطا وهو الذي يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم. وسواء أكان السبب شرعا كالصيغة بالنسبة إلى العتق الواجب، أم كان عقليا كالنظر المحصل للعمل الواجب، أو عاديا كحز الرقبة بالنسبة إلى القتل الواجب، وسواء أكان الشرط أيضا شرعا كالوضوء مثلا أو عقليا، وهو الذي يكون لازما للمأمور به عقلا كترك أصدقاء المأمور به، أو عاديا أي لا ينفك عنه عادة كغسل جزء من الرأس في الوضوء. فالتكليف بالشيء يقتضي التكليف بما لا يتم إلا به. ويترتب على ذلك وجوب السعي إلى الجمعة، والسفر إلى

3- "الإسنوي": نهاية السؤل شرح منهاج الوصول، ص 40:35. - "الأصفهاني": بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، ج 1 ص 345:356. - "القرافي": شرح تنقيح الفصول، ص 152:155. - "الرازي": المحصول، ج 2 ص 159:169. - "ابن حزم": الأحكام في أصول الأحكام، ج 3 ص 75:76. - "الغزالي": المستصفى، ص 54:55. - "الشيرازي": التبصرة في أصول الفقه، ص 70:72. - "الأمدي": الأحكام في أصول الأحكام، ج 1 ص 100:104. - "خلاف": علم أصول الفقه، ص 110:111.



الحج وإلى مواضع المناسك، والعمل لتحصيل نفقة من تلزمه النفقة، ونحو ذلك<sup>(1)</sup>

### ثالثاً: حكم الإنماء التكليفي:

سبق أن تناولنا تعريف الإنماء، وتصوره وإدراكه. كما عرضنا لتعريف الواجب وأنقسامه. ومن خلال الموازنة والمقارنة، نرصد أن موضوع الإنماء لم يتعلق به مأمور شرعي على الفرد المسلم، حيث لم يثبت دليل يوجب الإنماء إيجاباً معيناً.

ولكننا نلاحظ العديد من النصوص القرآنية التي تحت المسلمين في عمومهم على إعمار الأرض وإنمائها، وكذلك وردت نصوص من السنة المشرفة. ومن ذلك:

قول الله سبحانه وتعالى: ﴿هُوَ أَنْشَأَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا فَاسْتَنْفِرُوهُ ثُمَّ قُتِلُوا إِلَيْهِ إِنَّ رَبِّي قَرِيبٌ مُجِيبٌ﴾<sup>(61)</sup> {مرد، تشير الآية إن نعمة الإنشاء في الأرض، وجعل البشر يعمرونها، ونعمة الجعل والمقدرة على الإعمار والإنماء وإحداث العمران نعمة تستحق الحمد والشكر، كما توجب التوبة عما قد يحدثه العامر أو المنمي، إن تجاوز فيما حده الله تعالى<sup>(2)</sup>.

1- "الإسنوي": نهاية السؤل شرح منهاج الوصول، ص45:49. - "الأصفهاني": بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، ج1 ص368:377. - "الغزالي": المستصفي، ص57:58. - "الأمدي": الأحكام في أصول الأحكام، ج1 ص110:113.

2- "الطبري": محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي، أبو جعفر الطبري (المتوفى: 310هـ)، جامع البيان في تأويل القرآن، المحقق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1420هـ/2000م، سورة هود الآية: 61، ج15 ص368:369. - "الرازي": أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (المتوفى: 606هـ) مفاتيح الغيب (التفسير الكبير)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثالثة، 1420 هـ، سورة هود الآية: 61، ج18 ص367:368. - "الغز": أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء (المتوفى: 660هـ)، تفسير القرآن (وهو اختصار لتفسير الماوردي)، المحقق: الدكتور عبد الله بن إبراهيم اليوهبي، دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى، 1416هـ/1996م، سورة هود الآية: 61، ج2 ص93. - "البيضاوي": ناصر الدين أبو سعيد عبد الله بن عمر بن محمد الشيرازي البيضاوي (المتوفى: 685هـ)، أنوار التنزيل وأسرار التأويل، المحقق: محمد عبد الرحمن المرعشلي،

وقول الله سبحانه وتعالى: {قَالَ تَزْرَعُونَ سَبْعَ سِنِينَ دَأْبًا فَمَا حَصَدْتُمْ فَذَرُوهُ فِي سُنْبُلِهِ إِلَّا قَلِيلًا مِمَّا تَأْكُلُونَ} (47) ثُمَّ يَأْتِي مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ سَبْعَ شَدَادٍ يَأْكُلْنَ مَا قَدَّمْتُمْ لَهُنَّ إِلَّا قَلِيلًا مِمَّا تَحْصِنُونَ (48) ثُمَّ يَأْتِي مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ عَامٌ فِيهِ يُغَاثُ النَّاسُ وَفِيهِ يَعْصَرُونَ (49)}، إلى قوله سبحانه وتعالى: {قَالَ اجْعَلْنِي عَلَى خَزَائِنِ الْأَرْضِ إِنِّي حَفِيظٌ عَلَيْمَ} (55) وَكَذَلِكَ مَكَّنَّا لِيُوسُفَ فِي الْأَرْضِ يَتَّبِعُوا مِنْهَا حَيْثُ يَشَاءُ نُصِيبُ بِرَحْمَتِنَا مَن نَّشَاءُ وَلَا نُضِيعُ أَجْرَ الْمُحْسِنِينَ (56) وَلَا جُزْءَ الْأَخْزِرَةِ حَيْرٍ لِلَّذِينَ آمَنُوا وَكَانُوا يَتَّقُونَ (57)} يوسف، تحكي الآيات عن النبي الكريم يوسف عليه السلام، فيما أرسله الله به من مقدرة وقدرة على الإعمار والإنماء، وقد وضع للناس خطة إنمائية زراعية اقتصادية جلييلة، متوسطة الأجل لمدة خمس عشرة سنة، حتى أطعم الناس وأنقذهم من الهلاك، وهم وما جاورهم من الأمم، حتى روى الناس وسقوا وعصروا، أي حقق الرفاه، بعد نجاحه من خلالها تحقيق وفرة في الإنتاج. ولا شك هو شرع لمن قبلنا، في شرعنا ما يؤيده في الجملة، ولا يعارضه في التفاصيل؛ ولذا هو توجيه كريم بضرب المثل وتقديم النموذج في ضرورة الإنماء والإعمار وفائدته الجلييلة (1).

دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 1418هـ، سورة هود الآية: 61، ج 3 ص 140:139. - "ابن كثير" أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (المتوفى: 774هـ)، تفسير القرآن العظيم، المحقق: محمد حسين شمس الدين، دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون، بيروت، الطبعة الأولى، 1419هـ، سورة هود الآية: 61، ج 4 ص 331. - "القرطبي": أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (المتوفى: 671هـ)، الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي)، المحقق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية القاهرة، الطبعة الثانية، 1384هـ/1964م، سورة هود الآية: 61، ج 9 ص 55:58. - "الزمخشري": جار الله أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد الزمخشري (المتوفى: 538هـ)، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثالثة 1407هـ، سورة هود الآية: 61، ج 2 ص 406:407. - "الشعراوي": محمد متولي الشعراوي (المتوفى: 1418هـ)، تفسير الشعراوي، الخواطر، مطابع أخبار اليوم، سورة هود الآية: 61، ج 11 ص 6527:6532.

1 - "الطبري": جامع البيان في تأويل القرآن، سورة يوسف الآية: 47:57، ج 16 ص 125:153. - "الرازي": مفاتيح الغيب (التفسير الكبير)، سورة يوسف الآية: 47:57، ج 18 ص 465:476. - "العز": تفسير القرآن (وهو اختصار لتفسير الماوردي)، سورة يوسف الآية: 47:57، ج 2 ص 124:128. - "البيضاوي": أنوار التنزيل وأسرار التأويل،

وقول الحق سبحانه وتعالى: {رَبَّنَا إِنِّي أَسْكَنْتُ مِنْ ذُرِّيَّتِي بُوَادٍ غَيْرِ ذِي زَرْعٍ عِنْدَ بَيْتِكَ الْمُحَرَّمِ رَبَّنَا لِيُقِيمُوا الصَّلَاةَ فَاجْعَلْ أَفْنَدَةً مِنَ النَّاسِ تَهْوِي إِلَيْهِمْ وَارْزُقْهُمْ مِنَ الثَّمَرَاتِ لَعَلَّهُمْ يَشْكُرُونَ} (37) إبراهيم، الآية تشير إلى موقف إبراهيم النبي عليه السلام، وقد ابتلاه الله سبحانه، وأمره أن يترك زوجته وابنه في صحراء جرداء لا زرع فيها ولا ماء، والخطاب في الآية يبين أن هذا ابتلاء شديد، لدرجة أنها تستحق الذكر في مقام مناجاة نبي كريم، أن الوادي من شدته غير ذي زرع، ومن ثم يفهم منه بمفهوم المخالفة أن إيجاد الزرع والنماء نعمة تستحق الشكر، وقد أنعم الله تعالى على زوجته وولدها ففجر عين زمزم، فرووا وأحدثوا عمراناً عامراً ليوم القيامة<sup>(7)</sup>. وفي هذا إشارة والحق للإنماء والإعمار.

وقال الله سبحانه وتعالى: {آمَنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَأَنْفَقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلِفِينَ فِيهِ فَالَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَأَنْفَقُوا لَهُمْ أَجْرٌ كَبِيرٌ} (7) الحديد، تحت الآية على الانفاق في سبيل الله، مما استخلف فيه الناس، وقد استخلف فيهم المال والجسد والعقل والأولاد وغير ذلك من مقومات الحيات والعمران، وفيها إشارة إلى تحبيذ

سورة يوسف الآية: 57:47، ج 3 ص 166:168. - "ابن كثير": تفسير القرآن العظيم، سورة يوسف الآية: 57:47، ج 4 ص 192:197. - "القرطبي": الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي)، سورة يوسف الآية: 57:47، ج 9 ص 202:220. - "الزمخشري": الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، سورة يوسف الآية: 57:47، ج 2 ص 476:483. - "الشعرابي": تفسير الشعراوي، الخواطر، سورة يوسف الآية: 57:47، ج 11 ص 6976:7005.

7 - "الطبري": جامع البيان في تأويل القرآن، سورة إبراهيم الآية: 37، ج 18 ص 18:27. - "الرازي": مفاتيح الغيب (التفسير الكبير)، سورة إبراهيم الآية: 37، ج 19 ص 103:108. - "العز": تفسير القرآن (وهو اختصار لتفسير الماوردي)، سورة إبراهيم الآية: 37، ج 2 ص 167. - "البيضاوي": أنوار التنزيل وأسرار التأويل، سورة إبراهيم الآية: 37، ج 3 ص 200:201. - "ابن كثير": تفسير القرآن العظيم، سورة إبراهيم الآية: 37، ج 4 ص 513:514. - "القرطبي": الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي)، سورة إبراهيم الآية: 37، ج 9 ص 368:374. - "الزمخشري": الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، سورة إبراهيم الآية: 37، ج 2 ص 558:560. - "الشعرابي": تفسير الشعراوي، الخواطر، سورة إبراهيم الآية: 37، ج 12 ص 7574:7579.

الإنفاق لإحداث الإعمار والنماء، هذا غير أنه من جملة الإنفاق المحمود لما يرتبه من خير للعباد والبلاد<sup>(8)</sup>.

وقال الله سبحانه وتعالى: {إِنَّ رَبَّكَ يَعْلَمُ أَنَّكَ تَقُومُ أَدْنَىٰ مِنْ ثُلُثِي اللَّيْلِ وَنِصْفَهُ وَثُلُثَهُ وَطَائِفَةٌ مِنَ الَّذِينَ مَعَكَ وَاللَّهُ يُقَدِّرُ اللَّيْلَ وَالنَّهَارَ عَلِمَ أَنْ لَنْ تُحْصَوْهُ فَتَابَ عَلَيْكُمْ فَاقْرَءُوا مَا تَيَسَّرَ مِنَ الْقُرْآنِ عَلِمَ أَنْ سَيَكُونُ مِنْكُمْ مَرْضَىٰ وَأَخْرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ وَأَخْرُونَ يِقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَاَقْرَبُوا مَا تَيَسَّرَ مِنْهُ وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَأَقْرَبُوا اللَّهَ قُرْبًا حَسَنًا وَمَا تَقْدِمُوا لِأَنْفُسِكُمْ مِنْ خَيْرٍ تَجِدُوهُ عِنْدَ اللَّهِ هُوَ خَيْرٌ وَأَعْظَمُ أَجْرًا وَاسْتَغْفِرُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ} (20) {المزمل}، الآية وردت في شأن قيام الليل، والتخفيف من حيث أنه مفروضاً وكل ليلة، إلى أنه مسنوناً وجزء من الليل، وكان من أسباب التخفيف ما علمه الله تعالى من وجود أناس تضرب في الأرض، أي تسعى وتعمل، وتعمّر وتنمي، فالسعي للإعمار ولكسب العيش وطلب الأرزاق وسعتها عذر خفف الله به عبادة من أجل العبادات<sup>(9)</sup>.

8 - "الطبري": جامع البيان في تأويل القرآن، سورة الحديد الآية: 7، ج 23 ص 171:172.  
- "الرازي": مفاتيح الغيب (التفسير الكبير)، سورة الحديد الآية: 7، ج 29 ص 449:450.  
- "العز": تفسير القرآن (وهو اختصار لتفسير الماوردي)، سورة الحديد الآية: 7، ج 3 ص 284.  
- "البيضاوي": أنوار التنزيل وأسرار التأويل، سورة الحديد الآية: 7، ج 5 ص 186.  
- "ابن كثير": تفسير القرآن العظيم، سورة الحديد الآية: 7، ج 8 ص 10:12.  
- "القرطبي": الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي)، سورة الحديد الآية: 7، ج 17 ص 238.  
- "الزمخشري": الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، سورة الحديد الآية: 7، ج 4 ص 473.

9 - "الطبري": جامع البيان في تأويل القرآن، سورة المزمل الآية: 20، ج 23 ص 696:700.  
- "الرازي": مفاتيح الغيب (التفسير الكبير)، سورة المزمل الآية: 20، ج 30 ص 693:695.  
- "العز": تفسير القرآن (وهو اختصار لتفسير الماوردي)، سورة المزمل الآية: 20، ج 3 ص 382:383.  
- "البيضاوي": أنوار التنزيل وأسرار التأويل، سورة المزمل الآية: 20، ج 5 ص 257:258.  
- "ابن كثير": تفسير القرآن العظيم، سورة المزمل الآية: 20، ج 8 ص 257:260.  
- "القرطبي": الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي)، سورة المزمل الآية: 20، ج 19 ص 51:58.  
- "الزمخشري": الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، سورة المزمل الآية: 20، ج 4 ص 642:644.

وكذلك نصت السنة المشرفة وحثت على الإعمار والإنماء، في نصوص كثيرة منها ما أخرجه البخاري بسنده عن عائشة رضي الله عنها، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "مَنْ أَعْمَرَ أَرْضًا لَيْسَتْ لِأَحَدٍ فَهُوَ أَحَقُّ"، قَالَ عَزْرُؤُ: "قَضَى بِهِ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي خِلَافَتِهِ"<sup>(10)</sup>. الحديث دال على تحبيذ النبي صلى الله عليه وسلم للإعمار لمن ينمي أرضاً مهملة لا ينميها أحد، ولا يختص بها أحد، بما ورد بضوابطه في باب إحياء الموات، ولعل كافة ما ورد وهو كثير من النصوص في باب الإحياء، هو نص في باب الإنماء إذ هما نوعان لجنس طلب العمران.

مما سبق يستبين أن الإنماء مطلوب شرعي مثله في ذلك مثل إحياء الموات، ولكنه مطلوب في الجملة على المجموع، وليس على الأفراد معيناً، وبالنظر إلى الحث على الإنماء والإعمار، وفي ظل ما تمر به بلادنا من حالة عسيرة في الاقتصاد والانتاج في مجالات كثيرة، سواء أكانت المجالات الزراعية أم الصناعية أم التجارية أم الإدارية والعلمية، والحرفية المدربة الماهرة، أم العناصر البشرية وما يلزمها من تهيئة، كل هذا وغيره مما في معناه بغرض إحداث نهضة وتقوية الدولة لتسد حاجاتها، وتقوي شوكتها، وتمنعها من استغلال الغير، وما لذلك من آثار خطيرة، ليس فقط على المستوى الجمعي، بل تصل إلى كافة المستويات المؤسسية، والفردية، وأول من تضرهم بل قد تهلكهم الفقراء وأهل العوز والحاجة.

وحيث إن في إزكاء حركة الإنماء وتنشيطها من شأنه أن يقلل الأمة من كل هذه العثرات ويغنيها ويسد حاجات الفقراء والمحتاجين واعوزهم، لم يتوفر من خلال الإنماء من فرص عمل، وارتقاء بشري وبمهارة العنصر البشري وعلومه وحرفيته وخبرته، وكذلك حدوث طفرات في المجالات الإنتاجية سواء أكانت زراعية أم صناعية، مما يتبعه رواج تجاري وازدهار اقتصادي، وكذلك بالنظر إلى ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب. ويترتب على هذا أن الإنماء واجب، وقسمه واجب الكفاية، وغالب الظن أن الأمة في حاجة للإنماء، ولم ينهض حد الكفاية الكافي لأداء الواجب، كما أن إعفاف الناس وإعفاف

10- حديث صحيح: - "البخاري": محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه - الشهرير ب ( صحيح البخاري )، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، الطبعة الأولى، 1422هـ، كتاب المزارعة، باب مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَوَاتًا، ح 2335 ج 3 ص 106.



## الفرع الأول

### الإنماء الإنتاجي

الإنماء الإنتاجي يمثل الجانب المادي الإنتاجي للإنماء، وهو لا يقتصر على مجرد الزراعة أو الصناعة بوصفها حرفة أو مهارة يدوية، ولكنه يقدم نموذجا متطور يكفل الارتقاء والوفرة. ونعرض له من خلال مسائل الإنماء الزراعي والصناعي والتعديني. وذلك فيما يلي:

#### أولاً: الإنماء الزراعي:

لا شك أن الزراعة وما توفره من الغذاء قطاع اقتصادي مؤثر في جميع النشاطات الاقتصادية والحياتية في المجتمع، فلا تقتصر الحاجة للغذاء عند حدود الإطعام والإشباع، فكثير من الأغذية تنتقل إلى الصناعات، حيث يجري عليها تحويلات صناعية لتكون المادة الخام الرئيسية لكثير من المنتجات المصنعة. وكون الزراعة تعد المادة الأولية لكثير من الصناعات، فإنها تعود وتوزع النمو الاقتصادي على باقي القطاعات التي تعتمد عليها، غير ما تؤديه من دور فاعل ومباشر في التجارة الداخلية، وكذلك ما يسهم على مستوى التجارة الخارجية متمثلاً في زيادة الصادرات، بالتالي تؤثر على حجم النقد الأجنبي الذي يساعد في عملية تمويل الإنماء الاقتصادي في القطاعات الأخرى جميعاً. كما أن انعكاسات هذه الزيادة في الإنتاج الزراعي والنمو الاقتصادي الذي يتسبب فيه في القطاعات الأخرى، سيؤدي إلى زيادة توظيف نسبة العمل في رأس المال الثابت، وهذا من شأنه أن ينعكس على زيادة الدخل وزيادة الإنفاق، وإيجاد أسواق أخرى للإنتاج الصناعي والغذائي وزيادة الخدمات.

والحقيقة أن الرقعة الإسلامية على ظهر المعمورة وبخاصة في معظم أرجاء عالمنا العربي، ووطننا العزيز مصر، يعاني من قصور في تطوير القطاع الزراعي، مع انتشار العادات والظواهر التي تزيد من الاستهلاك بوتيرة متزايدة، وذلك بسبب التقليد والمحاكاة والتشبه بأنماط الاستهلاك الأوروبية، ونفسيها في مجتمعنا، وهذا يستدعي وضع سياسات هادفة ومجدية لتنمية وتطوير الإنتاج الزراعي وتنويعه، وتغيير هيكلته وبنيته، ثم ملازمته

للتوعية الاجتماعية المستمدة من حضارتنا الإسلامية العربية لضبط كثير من الاستهلاك الذي لا يتناسب معها.

ويجب أن يؤخذ في الحسبان أبعاداً أخرى من أهمها القوة العاملة الفائضة في الدول النامية وكيفية امتصاصها للحد من الهجرة نحو المدينة، وذلك بزيادة الإصلاح الزراعي في الدول العربية ليشمل المواطن والأرض، والبناء التحتي، وتصنيع الريف من أجل أن نجد الحافز على التشبث بالأرض الريفية، وزيادة إنتاجها الذي يترتب عليه سلسلة من النشاطات في القطاعات الاقتصادية الأخرى.

وأما هذه المعادلة نرصد تعاضد الاعتماد على المصادر الخارجية مع توفير متطلبات الغذاء، وأصبح يشكل عبئاً مالياً كبيراً تتوء بحمله غالبية الأقطار الإسلامية وبخاصة العربية، مما أحدث آثاراً سلبية بالغة على قدرات هذه الدول في تحقيق معدلات معقولة في التنمية الاقتصادية والاجتماعية بوجه عام، والزراعية بشكل خاص. وحيث إن إنتاج الغذاء عامل مهم جداً في تطوير التنمية الاقتصادية، مع عدّ الزيادة السريعة في إنتاج الكفاية الزراعية ذات أهمية كبيرة؛ لأنها تمكن المجتمع من الحصول على امتلاك غذائه وتوفير المواد الغذائية بأسعار منخفضة نسبياً، فيزداد الطلب الفعال على منتجات هذه القطاعات، الأمر الذي يشجع الإقبال على الاستثمار فتزداد فرص العمل في هذه القطاعات ومن ناحية أخرى، يعني انخفاض أسعار المواد الغذائية ارتفاعاً حقيقياً في الأجور، ويقلل ضغط الطبقة العاملة في طلبها رفع الأجور، وهذا بالتالي يزيد من عائدات النشاطات غير الزراعية والإقبال على الاستثمار فيها تبعاً لذلك. وواضح أن مثل هذه النتائج تكون ذات أهمية كبيرة في الدول النامية في المراحل الأولى للتنمية، حيث معدل نمو السكان فيها مرتفع إلى درجة تجعل الطلب المتزايد على المواد الغذائية في حين لا تتمكن الدولة من إشباع هذا الطلب من الإنتاج المحلي فتضطر إلى أن تلجأ إلى رصيدها المحدود من العملات الأجنبية لاستيراد المواد الغذائية، وهذا يضعف قدرتها على استخدام هذا الرصيد في استيراد ما تحتاجه من أدوات وآلات ومواد خام للصناعة الأخذة في النمو وفقاً لمشاريع التصنيع الجاري وتنفيذها. ويتبين من هذا التحليل أنه يجب ألا تقلل من أهمية وجود مصادر كافية للمواد الغذائية في الدول النامية فوجود مثل هذه المصادر يضعف من موجات التضخم التي تعرقل خطط التنمية إضافة إلى



رفع مستوى تغذية الطبقة العاملة، وهو أمر له أهمية بالنسبة لكفايتها الإنتاجية(11).

ثم إن اعتماد الدولة على المصادر الخارجية في توفير الحاجات الغذائية لمواطنيها، يمثل عبئاً مالياً إضافياً على ما يمكن توجيهه للتنمية الاقتصادية فيها، إذ إن اعتمادها على استيراد المواد الغذائية سيؤدي إلى استنزاف مواردها من احتياطيها من العملات الأجنبية، الأمر الذي يشكل عبئاً مالياً على ميزان مدفوعاتها من جهة، ويعيقها من جهة ثانية عن تحقيق المعدلات المعقولة من النمو الاقتصادي والاجتماعي، حتى لو كانت هذه الدول من البلدان النفطية؛ لأن إنتاج الغذاء العالمي سوف يتناقص، وإن عدد السكان سوف يزداد، وقد بينت الدراسات أن نسبة الإنتاج العالمي من الحبوب سوف تتناقص بكمية 100 مليون طن عام 1984، و250 مليون طن عام 2000(12).

وعندما نرصد أن كثيراً من الدول العربية تغطي حاجتها الغذائية من الاقتراض أو المنح، مع أنها أوجدت لتساعد التنمية الاقتصادية، وليس لمساعدة النزعة الاستهلاكية، وتوسيع استيراد السلع الاستهلاكية. هذا الأمر بحتميته أدى إلى زيادة العجز في ميزان المدفوعات والتجارة الخارجية، وأضعف الادخار المحلي، وازدياد المديونية العربية عموماً. مع أن علماء الاقتصاد يؤكدون على غير ذلك، إذ المفروض أن التدفقات المالية الموجبة بما فيها الديون تعد بذاتها زيادة في إمكانية الاستثمار، وتقليصاً في عجز المدفوعات، وبالتالي يجب أن تسهم في توليد الإنتاج والدخل. هذا غير مدفوعات خدمة الدين، وهي حتماً سلبية الأثر بالنسبة لميزان الحساب الجاري، ولموارد النقد الأجنبي المتاح للاستثمار(13). هذا بالإضافة إلى الشروط التي تُقرن وتُفرض مع القروض أو الديون أو المنح، ومن ثم فإن إنتاج الغذاء عن طريق استصلاح الأراضي الزراعية وإحياء مواتها، مع

11- "هيكل": د./ عبد العزيز هيكل، التصنيع والزراعة في البلدان النامية، معهد الإنماء العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 1976م، ص55.

12- "مركز البحوث الاقتصادية": مجلة البحوث الاقتصادية والإدارية، بغداد، المجلد التاسع، 1976، ص154.

13- "كاظم": د./ غفار عباس كاظم، المديونية الخارجية وأثرها على التنمية في الوطن العربي، مجلس الوحدة الاقتصادية، الأمانة العامة، الأردن، 1986م، ص16.

وجود الحافز الدافع، فإنه يدعم التنمية وانشاط الاقتصادى، ويخلصنا من الدوران في فلك الدول المهيمنة والمسيطرة المنتجة للغذاء.

ولا يمكن إنكار ما للزراعة من أهمية عظمى في التنمية الاقتصادية، وبخاصة إن حصل التوسع فيها، ولوصول للاكتفاء الذاتى، ثم تحقيق الفائض في الإنتاج، ذلك لكونها مصدراً هاماً لتوفير العملات الأجنبية الصعبة، وتكوين رأس المال، الأمر الذي يساعد في تمويل برامج التنمية الاقتصادية، ولعل هذه الحلقة هي الحاسمة في إرادة التوجه نحو التنمية الشاملة، وتوفير العوائد وموارد التمويل اللازمة، "إن إحلال السلع الزراعية المحلية محل الاستيراد الزراعي وخفض الاستيراد الزراعي عن طريق إحداث تغيير في نماذج الاستهلاك، والتحول نحو منتجات غذائية محلية . والبلدان التي تخصصت ونجحت في تصدير إحدى السلع تجد تخفيض الاستيراد بواسطة الاكتفاء الذاتى الزراعي طريقة مغرية لزيادة توافر النقد الأجنبي لأجل التوسع الصناعى" (14).

ومن نافلة القول أن الزراعة اقتصاد حقيقي، لا ريعي ولا خدمي، وهي مصدر مهم للرأسمال الذي تتزود بها الأنشطة الاقتصادية الأخرى، كما أنه مورد هام لبيت المال أو الخزانة العامة، وذلك عن طريق ما يكون في المنتجات الزراعية من زكاة أو خراج، أو ما قد يُفرض من الضرائب، وما يمكن تحقيقه من الوفرة والادخار، فقد ساهمت الزراعة اليابانية - على سبيل المثال- في السنوات الأخير من القرن العشرين بحوالي ثمانين في المائة (80%) من ميزانية الدولة (15). كما تعدّ الزراعة مصدراً للجزء الأكبر من الوعاء الضريبي في الأقطار النامية، إذ تستثمر تلك الأقطار حصيلة الضرائب في تمويل مشاريع الرأسمال الاجتماعى والجيش وغيرها. أما المدخرات الزراعية فتُمثل القناة الثانية التي تسلكها رؤوس الأموال من الزراعة إلى باقى الأنشطة الاقتصادية، علماً بأن حجم تلك المدخرات يتأثر بعوامل عديدة من العلاقات الإنتاجية السائدة، أو النظم الحيازية، ومستوى الدخل والإنتاجية، إلى جانب التقدم التكنولوجى في الزراعة، وميل

14- "جون وميلر": المظاهر الاقتصادية للنهضة الزراعية، ترجمة لجنة من الأساتذة، دار الفرقان الجديدة، بيروت، ص 78 .

15- "شاهو": د./ عزيز شاهو إسماعيل ، سياسة التنمية الزراعية، وزارة التعليمى العالى، بغداد، 1981م، ص 89 .

المزارعين للإدخار ونمط توزيع الدخل. ومن الطبيعي في ضوء هذا أن انخفاض أسعار المواد الغذائية يعني زيادة الأجر الحقيقية للمشغلين في هذه القطاعات، وهذا يؤثر على الحد من التضخم، ويؤدي إلى زيادة الأجر الحقيقية والقدرة على الإدخار تبعاً لذلك. ثم إن هذه الأموال تتوفر نتيجة زيادة الرقعة الزراعية عن طريق إحياء ما يكون متاحاً من الأراضي الموات، واستصلاحها، ثم تحوّل إلى الأنشطة الاقتصادية، وبالأخص التصنيع الغذائي، والتي ستزيد من تدفق وتوفير العملات الصعبة، وتزيد من الدخل وتحسين مستوى المعيشة الذي سيتطلب وجود صناعات أخرى لتلبية الزيادة في الدخل والاستهلاك، وهذا سيؤدي إلى نمو الصناعات في كل المجالات. حيث إنه تعدد المواد الأولية الزراعية مصدراً لقيام العديد من الصناعات التحويلية الرئيسية، إذ إن قيام تلك الصناعات رهن بتوفر المواد الأولية ذات الأصل الزراعي، فمثلاً تعد المحاصيل السكرية واللحوم والفواكه والخضراوات مواداً أولية مهمة في قيام الصناعات الغذائية الحيوية والضرورية للمجتمع<sup>(16)</sup>.

ومن ثمّ نستطيع الربط بين توفير العملات الصعبة وإنتاج الغذاء وتطوير الصناعات الأخرى، وهنا يجدر بنا التمييز بين نوعين من السلع الإنتاجية التي تستخدم كأحد عناصر الإنتاج الزراعي وغيرها. فكلما زاد استخدام الزراعة لهذه السلع زاد الطلب عليها، ويترتب على ذلك أن اتسعت الأنشطة الاقتصادية المنتجة لها، ونمت، ويكفي للتدليل على أهمية ما تسهم به الزراعة في ذلك المجال، أن مبيعات تلك السلع الوسيطة تقدر بحوالي عشرين مليون (20000000.00) دولار سنوياً في الزراعة الأمريكية وذلك في منتصف الستينات<sup>(17)</sup>.

### الزراعة والبطالة:

البطالة مشكلة مؤرقة ولا ريب، ولعل الزراعة وما يتيحها إحياء الأراضي الموات من فرص استصلاحها وإيمانها، وبخاصة أن استغلال الأراضي الزراعية لم يصل إلى الحد الأمثل من الاستخدام، وما تستلزمه من توفير

16- "شاهو": سياسة التنمية الزراعية، ص 95.

17- "خليل": محمد عبد داود خليل، الاقتصاد الزراعي العربي، دار المطبوعات الجديدة، الإسكندرية، 1973، ص 89.

الأيدي العاملة ورؤوس الأموال والموارد الطبيعية، هي عوامل مساعدة وبالغة التأثير على امتصاص البطالة، ويتصاعد دور الزراعة إزاء تفتت مشكلة البطالة باستخدام عناصر الإنتاج استخداماً كفوياً، وفتح مجالاتها. وبالنظر إلى اعتماد كثير من بلدان العالم العربي في تأمين احتياجاته على الاستيراد، وهو ما سيوفر أسواقاً مباحة وبديلة للإنتاج الآتي من إحياء الأراضين، كما أن قلة التصنيع الغذائي وتحت ضغط الوفرة الإنتاجية ووجود المواد المطلوبة لعمليات التصنيع الغذائي المتنوعة، سيثب إنتاج التصنيع الغذائي متجاوزاً مستوى الحاجة إلى ما فوق مستوى الوفرة، من أجل تلبية السوق المفتوحة من جانبيها، سواء جانب توافر المواد والأيدي العاملة ورؤوس الأموال، أم من جانب الأسواق والطلب الاستهلاكي، مما يفتح مجالات لاستيعاب الأيدي العاملة، وتزايد الرغبة لاستصلاح الأراضي واستثمار الأموال.

وقد ظهر أن الأقطار التي طبقت فيها برامج الإصلاح الزراعي أصبحت نسبة البطالة فيها أقل، وبدأت تنمو فيها الصناعات التحويلية، وحيث إن الأقطار المختلفة زراعياً تتميز بوجود فائض في الأيدي العاملة، ومن الممكن إيجاد فرص لتلك الأيدي في الريف، وهذا بدوره سيؤدي إلى امتصاص جزء كبير منها. ومن الطبيعي أن رفع مستوى الإنماء ووسائل الإنتاج الزراعي يؤدي إلى إيجاد فرص عمل جديدة، سواء في الأيدي العاملة أو رؤوس الأموال، وهو ما سيؤدي إلى سلسلة من الاستخدام الاقتصادي لاستغلال الإنتاج الزراعي الناتج عنه. ومنه زيادة الصناعات التي تساهم في عملية الإنتاج الزراعي، والتي تقوم عليه، وهذا بدوره سيتمص كثيراً من الأيدي العاملة العاطلة. ولعل تطبيقات الفقه الإسلامي في إحياء الأراضي الموات الممزوج بالمعاملات الأخرى مثل، المضاربة، والمشاركة، والسلم، وغيرها مما يكون مناسباً، والتي تحترم الجهد البشري وتستقطبه، ثم إن فريضة الزكاة ستؤدي إلى وجود الوفرة المالية للاستثمار، وإذا اقترنت الحاجة إلى الغذاء مع توفر الأرض الموات، والمال الجاهز للاستثمار مع الأيدي العاملة المدربة للإحياء والاستصلاح سيؤدي إلى وجود فائض في الإنتاج الزراعي. وهذا لا يعني أن الاستثمار سيقصر على الأرض، بل إن وجود الفائض الزراعي الناتج عن زيادة الإنتاج الزراعي والأموال غير المستثمرة ووجود الأسواق الجاذبة، سيؤدي إلى التوجه نحو الصناعات الأخرى والتقدم في استخدام الإنتاج الزراعي وتوفير الأيدي العاملة للصناعات، وامتصاص المزيد منها.

وهذه العملية المتوالية ستؤدي إلى توفير كثير من المدخرات، وكذلك توفير العملات الصعبة، بإحلال الإنتاج الزراعي والغذاء محل المستورد وتحويلها إلى النشاطات الاقتصادية الأخرى التي ستساعد على امتصاص الأيدي العاملة، بالإضافة إلى ما يمكن تصديره للخارج. كما أن مشكلة ازدحام السكان في المناطق الزراعية والريفية وتحويلهم إلى القطاعات الأخرى للاقتصاد القومي عن طريق التنمية السريعة لهذه القطاعات، كالصناعات التحويلية، والتصنيع السريع بشكل عام، غير أن هذا الحل غالباً لا يكون متيسراً في الأجل القصير؛ لأن توفير فرص العمل في القطاعات غير الزراعية للعديد من القوى العاملة الزراعية بالإضافة إلى أن الزيادة السنوية في الأيدي العاملة الزراعية وغير الزراعية، يمكن أن يكون فقط هدفاً طويلاً الأجل. لذلك فإنه يتحتم العمل على زيادة فرص العمل في الزراعة، بالإضافة إلى زيادتها بشكل موازٍ في القطاعات الأخرى، حتى يمكن توفير فرص العمل للزيادات السنوية في القوة العاملة وتقليل الازدحام السكاني في الزراعة<sup>(18)</sup>.

وتستطيع الزراعة أن تتحكم بالأيدي العاملة بزيادة المساحة المزروعة وزيادة مشروعات الري والمساحة المروية، ومشروعات تكثيف الزراعة بشكل عام، ويشمل زيادة استخدام الأسمدة ومقاومة الآفات، والأمراض الزراعية، وباستخدام طرق الزراعة المحسنة واستخدام التقاوي المنتقاة السلالات عالية الإنتاجية وتنويع الإنتاج الزراعي، وتنمية الإنتاج الحيواني وتنمية الغابات وهذه المشروعات تعمل على زيادة فرص العمل والاستخدام في الزراعة. كما تستطيع الزراعة أن تتحكم بمشكلة الكثافة السكانية وقلتها وفقاً لاستخدام الميكنة الزراعية في الدول ضعيفة السكان، والاستخدام التقليدي المتطور في الدول كثيفة السكان، فإن كون الزراعة مصدراً للقوة العاملة يعني أن يحدث نتيجة ارتفاع الإنتاجية الزراعية فائضاً في القوة العاملة الزراعية يمكن استخدامه في غير الزراعة. إلا أن ذلك يتوقف إلى حد كبير على مدى حركية عنصر العمل التي تتوقف بدورها على كثير من العوامل الاجتماعية والاقتصادية والتنظيمية والقانونية<sup>(19)</sup>. وهذا يتطلب التمييز بين نوعين من الدول النامية فيما يتعلق بانتقال القوة العاملة من

18 - "الداهري": عبد الوهاب الداهري، اقتصاديات الأرض والإصلاح الزراعي، بغداد الطبعة

الأولى، مطبعة المعاني، 1970م، ص 175.

19 - "عبد الجليل": محمد عبد الجليل، الاقتصاد الزراعي العربي، ص 88.

الزراعة إلى الصناعات الأخرى، فالدول كثيفة السكان مثل مصر والهند وغالبية الدول الآسيوية، والدول قليلة السكان مثل غالبية دول أمريكا اللاتينية وإفريقيا، فحيثما توجد أراضي زراعية لم تزرع بعد يمكن أن تمتص الزراعة الازدياد السكاني، أما إذا اختلف الحال عن ذلك فإن فائض القوة العاملة الزراعية عليه أن يجد فرصاً للعمل في أنشطة اقتصادية أخرى. وقد يحدث في الدول قليلة السكان بطالة مقنعة نتيجة لعدم استزراع مزيد من الأراضي في الأوقات الملائمة، وقد حدث ذلك في بعض بلاد أمريكا اللاتينية مثل بوليفيا وبيرو والواقع أنه لا يمكن استخدام الأساليب الإنتاجية المؤدية إلى ازدياد الإنتاجية العمالية مثل ميكنة الزراعة، إلا إذا توفرت فرص العمل للعمال الزراعيين خارج الزراعة وعلى المدى الطويل فإن أفراد القوة العاملة في الريف يتوقف على درجة التقدم التكنولوجي ففي المراحل الأولى للتنمية الاقتصادية تكون الأساليب الزراعية من النوع المستخدم للعمل الموفر لرأس المال، مما يعني انخفاض إنتاجية العمل الزراعي.

### الزراعة والإثراء وتوزيع الثروة والدخل:

إن من مكتسبات إثراء الأراضي الموات واستصلاحها والأهداف المنوطة بها تحقيق عدالة توزيع الثروة، والدخل وذلك من خلال إعادة توزيع الأراضي على الذين لا يملكونها، وعندهم القدرة على العمل في الزراعة بالإثراء والاستصلاح، وهذا سيؤدي إلى زيادة الإنتاج الذي ينعكس بدخول العاملين في القطاع الزراعي. وهو ما يجعل استصلاح الأراضي إزالة حالة اللامساواة الواضحة في توزيع الأرض، والثروة الزراعية بين الفئات الاجتماعية الريفية المختلفة، وإلغاء السخرة، وتصفية العلاقات الاحتكارية، والتخفيف من حدة الظلم الاجتماعي، وسوء توزيع الدخل الناجم عن سوء توزيع الملكية، وخلف الفرصة الاجتماعية لمختلف الفئات الريفية المحرومة، والقضاء على النظم والقبيلية والأعراف والارتباطات العشائرية اللاحضارية، والعمل على إيجاد الدوافع التي من شأنها تحقيق التطور الاجتماعي بالنسبة للمجتمع بكافة فئاته، وكل هذا يعني تكريس العدالة الاجتماعية<sup>(20)</sup>.

20- "عبدي": د. عبد الخالق محمد عبدي، اقتصاديات الأرض والإصلاح الزراعي، مطبعة سليمان الأعظمي، بغداد، 1977م، ص45.

وبالنظر في مسألة إنماء القواحل والسواحل أي الأرض الموات فالملكية المشروطة بالإئتمام، ونجد أنها عامل مهم على استثمار وتوزيع الأرض على من يستثمرها، وهذا يؤدي إلى توزيع الثروة على المواطنين، وزيادة الإنتاج الزراعي، وارتفاع زيادة مساهمة الزراعة في الناتج القومي الإجمالي مما يؤدي إلى وجود فئة عريضة من الناس ستمتلك الأراضي ولا يملكون إلا قوة عملهم وقدرتهم على مسايرة أصحاب الأراضي الشاسعة، وهم الذين كانوا بالأمس لا يجدون سبيلاً لامتلاك الأراضي. وهذا حافز لتثبيت الفلاح بالريف والقرية وعدم الهجرة منهما. وهذا يتطلب مواقف إيجابية من الدولة المساهمة في رفع المستوى الاجتماعي للمزارعين، وتوفير البنية التحتية للمناطق الريفية، وتهيئة كل عوامل الإئتمام والاستصلاح. ثم إن تحقيق الإئتمام واستصلاح الأراضي سيؤدي إلى زيادة إنتاج السلع الغذائية المستهلكة محلياً والتصديرية، وبالتالي سيؤدي إلى رفع مستوى الاقتصاد العام للدولة، ورفع الدخل الفردي للعاملين في الإنتاج الزراعي، وهناك فرق بين الدخل المتكون من استثمار أراضي مستصلحة وأخرى غير مستصلحة، سواءً على المستوى العام أو على مستوى الدخل الفردي.

ثم إن تطوير الصناعة وتحديث الريف، وتأمين الاتصال بينه وبين المدينة، وزيادة الإنتاج وارتفاع مستويات الدخل في الزراعة، من شأنه إحداث تحول في أسلوب الاستغلال الزراعي، حيث يبدأ المزارع بالتركيز على المحاصيل الزراعية التي تدخل في النشاطات الاقتصادية الأخرى، وهنا تتسع علاقات التبادل بين الزراعة والصناعة تمهيداً للدمج بين فروع النشاط الاقتصادي الزراعي مع الأنشطة الاقتصادية الأخرى. كما أن تطور الصناعة وارتفاع دخول العاملين فيها يؤدي إلى توسع الطلب على السلع الزراعية، وبالتالي توسع أسواق تلك المنتجات مما يؤدي إلى تحفيز النشاط الإنتاجي الزراعي على النمو والتطور. وعلى العكس من ذلك فإن سوء التوزيع للثروة وانعكاساته على الدخل، يؤدي إلى زراعة متخلفة، ودخل متدنٍ، وصناعة ضعيفة، وحدوث اختلالات في ميزان المدفوعات، وزيادة التضخم، والتبعية الخارجية وبطالة عناصر الإنتاج.

## ثانياً: الإنماء الصناعي:

### معنى الصناعة:

سبق تعريف الإنماء، أما الصناعة، فأصلها (صنع) وصنع: صنَّعه يَصْنَعُهُ صنْعاً، فَهُوَ مَصْنُوعٌ وَصُنِّعَ: عَمِلَهُ. وَمِنْهُ قَوْلُ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى: ﴿وَتَرَى الْجِبَالَ تَحْسِبُهَا جَمَادَةً وَهِيَ تَمُرُّ مَرَّ السَّحَابِ صُنِّعَ اللَّهُ الَّذِي أَنْفَقَ كُلَّ شَيْءٍ إِنَّهُ خَبِيرٌ بِمَا تَفْعَلُونَ﴾ (88) النمل، والصناعة: حِرْفَةُ الصَّانِعِ، وَعَمَلُهُ الصَّنْعَةُ. وَالصَّنَاعَةُ: مَا تَسْتَصْنَعُ مِنْ أَمْرٍ، وَفِي الْإِنْجِلِيزِيَّةِ: Handicraft. و(Craft، art، technique، وفي الفرنسية: (technique، art، Metier). ورجلٌ صنَّعَ اليَدَ وَصَنَّاغُ اليَدِ مِنْ قَوْمِ صَنَّعَى الْيَدِيِّ وَصُنِّعَ وَصُنِّعَ، أَي صَانِعٌ حَادِقٌ، وَقَوْمٌ صِنَاعِيَّةٌ أَي يَصْنَعُونَ الْمَالَ وَيُسَمِّنُونَهُ. وَالصَّنَاعَةُ: بِالْفَتْحِ تَسْتَعْمَلُ فِي الْمَحْسُوسَاتِ وَبِالْكَسْرِ فِي الْمَعَانِي، وَهِيَ أَخْصَصُ مِنَ الْحِرْفَةِ، لِأَنَّهَا تَحْتَاجُ فِي حَصُولِهَا إِلَى الْمَزَاوَلَةِ، وَصِنِّعَ: عَمِلَ شَيْئاً ذَا قِيَمَةٍ. وَعَرَفَهَا اصطلاحاً بِأَنَّهَا: "مَلَكَةٌ نَفْسَانِيَّةٌ يَصْدُرُ عَنْهَا الْأَفْعَالُ الْإِخْتِيَارِيَّةُ مِنْ غَيْرِ رُؤْيَةٍ، أَوْ الْعِلْمُ الْمُتَعَلِّقُ بِكَيْفِيَّةِ الْعَمَلِ". وَقَالُوا: "الصَّنَاعَةُ حِرْفَةُ الصَّانِعِ وَهُوَ الْعَمَلُ بِيَدِهِ". وَالصَّنَاعَةُ: بِكَسْرِ الصَّادِ وَقَتْحِهَا، جَمْعُهَا صِنَانِعٌ وَصِنَاعَاتٌ، وَهِيَ: "الْمَزَاوَلَةُ الْيَدِيَّةُ لِإِبْجَادِ الْأَشْيَاءِ"، وَهِيَ: "حِرْفَةُ الصَّانِعِ وَكُلُّ عِلْمٍ أَوْ فَنٍ مَارَسَهُ الْإِنْسَانُ حَتَّى يَمُهرَ فِيهِ وَيُصْنِجَ حِرْفَةً لَهُ"، وَهِيَ: "فَنُ اسْتِخْرَاجِ الْمَوَادِّ الْأَوَّلِيَّةِ وَعَمَلِهَا وَتَحْوِيلِهَا إِلَى مَوَادِّ لِلْاسْتِعْمَالِ"، وَهِيَ نَوْعَانُ: صِنَاعَةُ خَفِيفَةٌ كَالْمَوَادِّ الْغِذَائِيَّةِ، وَصِنَاعَةُ ثَقِيلَةٌ كَالسُّفُنِ وَالطَّائِرَاتِ، وَالصِّنَاعَاتُ الْإِلِكْتَرُونِيَّةُ، وَصِنَاعَةُ الْمَاكِينَاتِ وَالْأَدْوَاتِ الْكَبِيرَةِ الْمَعْقَدَةِ. وَصِنَاعِيٌّ اسْمٌ مَنْسُوبٌ إِلَى صِنَاعَةٍ، وَمُجْمَعٌ صِنَاعِيٌّ: مَكَانٌ تَتَجَمَّعُ فِيهِ عِدَّةُ صِنَاعَاتٍ، وَمَرْكَزٌ صِنَاعِيٌّ: مَكَانٌ تَوْجَدُ فِيهِ عِدَّةُ نَشَاطَاتٍ وَسِوَاهَا مَجْتَمَعَةٌ فِيهِ (1).

1- "ابن منظور": لسان العرب، كتاب العين المهمة، فصل الصاد المهمة، ج 8 ص 208:213. - "الزبيدي": تاج العروس من جواهر القاموس، فصل الصاد المُهملة مع العين، (صنع)، ج 21 ص 363:376. - "الحموي": المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، كتاب الصاد، الصاد مع الثون وما يثليثهما، (ص ن ع)، ج 1 ص 248. - المعجم الوسيط: باب الصاد، ج 1 ص 525. - "عمر": معجم اللغة العربية المعاصرة، حرف الصاد، (ص ن ع)، ج 2 ص 1324. - "دوزي": تكملة المعاجم العربية، حرف الصاد، (صنع)، ج 6 ص 471:475. - "التهانوي": موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، حرف الصاد، ج 2 ص 1097. - "نكري": دستور العلماء (جامع العلوم في اصطلاحات الفنون)، باب الصاد مع الثون، ج 2 ص 181. - "الكفوي": الكليات معجم



## أهمية الصناعة:

تتمثل أسباب ضعف القطاع الصناعي عامة، في أنه أقل إغراء للمستثمرين من القطاعات الأخرى، نظراً لما يحتاجه من تخصيص ضخم لرؤوس الأموال، ولوجود بعض المعوقات الإدارية، وصعوبة التنافس في ظل تحرير التجارة، وقد يزداد وضعه سوءاً إذا فتحت البلاد على مصراعيها أمام المنتجات الأجنبية دون أي ضوابط، وحرمت المنتجات الوطنية من أية حماية في ظل منافسة حادة غير متكافئة. وهذه العوامل تساهم في عزوف رأس المال عن الاستثمار في القطاع الصناعي، وهذا بالإضافة إلى أن هذا القطاع لا يحقق الربح السريع كباقي القطاعات الأخرى؛ وذلك فإن الأمر يقتضي ضرورة توسيع مساهمة الدولة في تشجيع هذا القطاع الهام والحيوي للاقتصاد القومي. إن تعزيز قدرة الاقتصاد الوطني، وتوسيع مصادر إيرادات الخزينة، والكف عن سياسة الاعتماد على التوسع الضريبي بشكل رئيس، وخاصة الضرائب غير المباشرة، التي تسهم برفع كلفة السلع الأساسية، وتحد سلبياً من الدخل الحقيقي للفرد، ومن قدرة الأفراد على توفير الاحتياجات والادخار، وتؤدي إلى سوء الأوضاع المعيشية، وترك الآثار المؤلمة على ذوي الدخل المحدود، ويسهم في تباطؤ النمو الاقتصادي بسبب تراجع القدرة الشرائية لدى المواطنين.

هذا ويحتل قطاع الصناعة أهمية متزايدة في الاقتصاد القومي والوطني باعتباره قاطرة للتنمية الاقتصادية الاجتماعية، ذلك أنه ضماناً لزيادة القيمة المضافة، كما يساعد على تأمين الاكتفاء الذاتي وتحسين الموازين الاقتصادية ودفع عملية التنمية خاصة في الدول النامية، ومن أهم أسباب ذلك ما يلي:

يسهم قطاع الصناعة في إيجاد فرص عمل، وكلما زاد حجم الإنتاج الصناعي أفضياً وعمودياً نقص عدد العاطلين عن العمل.  
تسهم تنمية القطاع الصناعي في زيادة الدخل القومي والوطني، فكلما ترتفع نسبة إسهام قطاع الصناعة في الناتج المحلي الإجمالي تزداد الصادرات، ويقل

---

في المصطلحات والفروق اللغوية، فصل الصاد، ص544. - "الحدادي": التوقيف على مهمات التعاريف، باب الصاد، فصل النون، ص219. - "السيوطي": معجم مقاليد العلوم في الحدود والرسوم، الباب التاسع في المعاني والنبات، ص93. - "الجرجاني": كتاب التعريفات، باب الصاد، ص134. - "البركاتي": التعريفات الفقهية، الصاد، (الصناعة)، ص131. - "قلعجي، قنبيبي": معجم لغة الفقهاء، حرف الصاد، ص277.

عندئذ الاعتماد على تصدير المواد الأولية؛ لأن الاعتماد على تصديرها فقط يعرض الدول النامية لحدوث التقلبات الاقتصادية فيها، بسبب تقلب الطلب الخارجي حين تتعرض الدول الصناعية الكبرى لموجات الكساد الاقتصادي. يسهم نمو قطاع الصناعة في رفع مستوى الإنتاجية؛ وذلك لأنه من أكثر القطاعات قدرة على تطبيق استخدام التقنية والتكنولوجيا الحديثة وهذا يسهم في رفع الإنتاجية.

يسهم في رفع معدل النمو في الاقتصاد القومي والوطني العام والفردي؛ ويساعد على رفع النمو في القطاعات الأخرى أيضاً، مثل قطاع الزراعة وقطاع الخدمات لترابط العلاقات بينه وبين القطاعات الأخرى، فقطاع الصناعة يمد قطاع الزراعة بكثير من مستلزمات الإنتاج مثل الآلات الزراعية الأسمدة الكيماوية والمبيدات الحشرية وغيرها، كما يعد في الوقت ذاته مجالاً لتسويق كثير من المنتجات الزراعية التي يتم تصنيعها في قطاع الصناعة. نمو بعض الصناعات يدفع صناعات أخرى مرتبطة بها إلى النمو؛ إضافة إلى قدرة قطاع الصناعة على ابتكار واختراع منتجات و سلع صناعية جديدة، مما يسهم في رفع معدل النمو الاقتصادي.

يسهم قطاع الصناعة في توفير موارد للقطع الأجنبي وفي علاج مشاكل عجز ميزان المدفوعات في الدول النامية، بتصنيع سلع تحل محل المستوردات أو تصنيع سلع للتصدير الخارجي. وكذلك في الاستفادة من السيولة المائية المحلية التي تهدر في المضاربات المالية، أو تجمد في العقارات والأراضي.

ومن الطبيعي أن مراحل النمو الاقتصادي تحتاج إلى تدخل الدولة وتحمس الحكومات، وبخاصة في بداية مرحلة النمو الاقتصادي، وذلك بإنشاء مشاريع البنية الأساسية التي تعدّ ضرورية في عملية التنمية والتصنيع، مثل: مشروعات توليد الكهرباء والمياه والطرق والمواصلات والاتصالات، والأماكن الصالحة لنوعيات الصناعة المختلفة، وتخصيص تجمعات مكانية بعيدة عن العمران تتكامل فيها الصناعات ويتاح لها فرص التمدد والتوسع، وكذلك إقامة صناعات ثقيلة تحتاج إلى حجم ضخم من رؤوس الأموال، ومع ازدياد النمو الاقتصادي وتحسنه، تزداد قدرة القطاع الخاص على التوسع في الصناعات الثقيلة والمكلفة، وترتفع أهميته النسبية. ويمكن رصد تأثير السياسات التشريعية والحكومية في حجم الاستثمار في قطاع الصناعة ونموه وإمكانية دخول منشآت جديدة في الصناعة وعدد المنشآت في الصناعة وحجمها، ولاحقاً نستطيع أن تؤثر على هيكل الصناعة ودرجة التركيز فيه، ثم

التأثير على درجة المنافسة أو الاحتكار في السوق. كما تستطيع الحكومة أن تؤثر سلوك المنشآت الصناعية من حيث تحديد حجم الإنتاج وتحديد سعر السلعة المنتجة، كما تستطيع أن تؤثر في أداء المنشآت الصناعية ومستوى الكفاءة الإنتاجية فيها بالشكل الذي يحقق أكبر مستوى من الكفاءة وأفضل استخدام للموارد في المجتمع.

هذا وتعد الصناعة أحد الركائز الأساسية لعملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية سواء في الدول المتقدمة أم النامية، لدرجة أنها أصبحت مؤشراً لقياس التقدم الاقتصادي. ويحتل القطاع الصناعي درجة عالية من الأهمية في الاقتصاد المصري، تزداد بصفة خاصة مع التطورات المحلية والدولية التي شهدتها عقد التسعينيات من القرن العشرين وبداية القرن الحادي والعشرين، حيث تلعب الصناعة دوراً كبيراً في توفير فرص العمل والحد من مشكلات البطالة، هذا بالإضافة إلى دورها في تنمية الأنشطة الاقتصادية المختلفة، وتقليل الاعتماد على الاستيراد ودعم القدرات التصديرية للبلاد. ويقاس الاقتصاديون تقدم الدولة في مجال التصنيع بثلاثة مؤشرات أساسية، هي: نصيب الصناعة التحويلية - أي دون حساب التعدين والتشييد - في الناتج الإجمالي، ونصيبها في العمالة، ونصيبها في الصادرات. فكلما ارتفعت هذه المؤشرات، وانخفضت أنصبة الزراعة والمواد الأولية والخدمات، كان هذا دليلاً على التقدم في التصنيع.

ولعلنا نلاحظ أن أهم التحديات أمام التنمية الصناعية اختيار المكان أو الأرض التي سيقام عليها المشروع الصناعي، وتوفير رأس المال اللازم، والحافز الذي سيثجع أصحاب رؤوس الأموال إلى إنفاق المخصصات المالية اللازمة للإنماء الصناعي على المستوى المطلوب، وقد اتخذت الدول في سبيل تدليل تلك المعوقات سبلًا شتى، ومن ذلك ما انتهجته الحكومات المصرية الحديثة. فنجد توجهها لإنشاء المناطق الصناعية المتخصصة، حيث عملت على إنشاء مناطق صناعية متخصصة تشمل السيارات والنسيج والتصنيع الزراعي والصناعات الثقيلة وغيرها، مما أدى إلى توسيع المجال وإعطاء فرص وبدائل أمام المستثمرين ساعدت على توسيع المجال الصناعي في مصر. وتعد المناطق الصناعية من أهم وسائل جذب الاستثمارات نظراً لما تقدمه الدولة من حوافز بهذه المناطق، أهمها تخصيص الأراضي في بعض المناطق بالمجان أو بأسعار رمزية، وتساهم هذه المناطق في توزيع الاستثمارات بصورة متوازنة بين مختلف محافظات مصر بما يحقق التنمية العادلة بينها.

كما جُهزت المناطق الصناعية بالمرافق والخدمات الأساسية لتشجيع التوطن الصناعي وبخاصة في محافظات الصعيد، وأنشئت الهيئة العامة للتنمية الصناعية بقرار من رئيس الجمهورية لتتولى تقديم كافة التيسيرات اللازمة للمستثمرين، سواء في أسعار الأراضي اللازمة للاستثمار أو التراخيص والإجراءات، وكذلك إنشاء مناطق صناعية متخصصة كاملة المرافق. وقد قامت هيئة التنمية الصناعية بتخفيض أسعار الأراضي المخصصة للاستثمار الصناعي، وتقديم تسهيلات في السداد والسماح بالبناء على خمسة وستين في المائة (65%) من مساحة أراضي الاستثمار الصناعي بدلا من خمسين في المائة (50%)، مما أدى إلى انخفاض تكلفة الأرض للمستثمر بنسبة خمسة وعشرين في المائة (25%). كما اتجهت الحكومات إلى إنشاء المناطق الحرة، حيث وصلت إلى سبع (7) مناطق حرة عامة مجهزة بالمرافق والبنية الأساسية لاستقبال المشروعات. وتقدم الأراضي مقابل حق انتفاع سنوي وتوجد هذه المناطق الحرة بالقرب من الموانئ، وقد نجحت هذه المناطق في جذب الاستثمارات وتنمية الصادرات إلى حد ما، حيث تصدر ما قيمته خمسين في المائة (50%) من إنتاجها للخارج. وبالإضافة إلى المناطق الحرة العامة توجد مناطق حرة خاصة لمزاولة المشروعات، ويشترط تصدير ما قيمته خمسين في المائة (50%) من إنتاج المشروع للخارج وأن يستوفي كافة الشروط الخاصة بالمباني والتي تحددها اللوائح والنظم. وتتمتع المناطق الحرة في مصر بأفضل المزايا والحوافز الاستثمارية والضمانات والإعفاءات، فهي نمط استثماري متميز. فقد أريد لها عند التفكير في شأنها أن تمثل آلية هامة من آليات زيادة الصادرات وزيادة الناتج القومي وإيجاد فرص عمل جديدة. وتعمل المناطق الحرة في إطار قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم 8 لسنة 1997م<sup>(1)</sup>.

ولعلنا نرصد بوضوح أهمية عنصر الأرض في النهوض الصناعي لأي دولة، ولعل الحافز في تلك الأرض هو ما يدفع أصحاب رؤوس الأموال للإنفاق، ومن أهم الميزات عنصر ثمن الأرض بل وتخصيصها مجانا إن اقتضى

1- انظر شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت): - الموقع الرسمي للهيئة العامة للإستعلامات. الموقع الرسمي لوزارة التجارة والصناعة. والموقع الرسمي لمركز تحديث الصناعة. الموقع الرسمي لوزارة الاستثمار.

الأمر؛ ولذلك نعي قيمة أحكام إحياء الموات في الفقه الإسلامي وما أحكمه الشرع الحنيف في منظومتها، فقد كافأ الشرع الحنيف من يرصد أمواله للإحياء والإعمار بأن يترك الأرض التي أحيها، دون شرط حقيقي إلا الإنماء وتحقق الإعمار.

### السياسة الصناعية:

لجأت البلدان المختلفة، وبخاصة النامية منها، منذ منتصف القرن الماضي إلى استخدام السياسة الصناعية من أجل توسيع القاعدة الصناعية ودفع عجلة التنمية الاقتصادية إلى الأمام. وقد تحققت نتائج ملموسة في العديد من البلدان الآسيوية فيما لم تتحقق مثل هذه النتائج في بلدان أمريكا اللاتينية وأفريقيا. وقد تراجع التأييد لتطبيق السياسة الصناعية منذ منتصف ثمانينيات القرن الماضي بسبب النتائج السلبية الناتجة عنها، ثم عودتها مجدداً في الفترة الأخيرة. وتسعى البلدان النامية بمختلف الوسائل والسبل لتحقيق التنمية الاقتصادية سواء من خلال إقامة البنية التحتية الملائمة أو تشجيع الاستثمار (العام والخاص) أو تنويع بنية الإنتاج وتحقيق النمو الاقتصادي. ونظراً لأهمية القطاع الصناعي ودوره في عملية التنمية، فإن هذه البلدان تعتمد الاستراتيجيات والخطط التنموية وتحديد السياسات الصناعية الملائمة. ويمكننا رصد إشكاليات قد تواجه الحكومات في سبيل التنمية، ففي حين أن لجأت العديد من البلدان، في منتصف القرن الماضي، في معظم مناطق العالم إلى توسيع القاعدة الصناعية وتطوير القطاعات الرئيسية فيها من خلال تطبيق السياسة الصناعية، حيث لاتزال السياسة الصناعية تلعب دوراً في قرارات السياسة العامة للبلدان، وتؤثر في سلوك المجالات التنموية الأخرى. ولوحظ تحقق نتائج ملموسة في العديد من البلدان، في إقامة الصناعات المختلفة، إلا أنه في عقد الثمانينيات تغيرت الفكرة السائدة عن السياسة الصناعية إذ أن المقاربات التقليدية للسياسة الصناعية قد أدت إلى سوء توزيع العمل ورأس المال فيما بين الصناعات المختلفة، ولم يتحقق التحسن المتوقع في النمو طويل الأمد في الانتاجية الكلية؛ ولذا عدّ البعض أن السياسة الصناعية أضافت تكاليف كثيرة على الاقتصادات المعنية أنعكست بشكل فساد وأنظمة مالية ضعيفة، فضلاً عن أنها تعمل على إعادة توزيع الموارد بين الصناعات بالشكل الذي لا يتطابق مع إشارات السوق وبذلك تعمل على تشويه السوق. ولذا ظهرت الحاجة إلى سياسة صناعية رشيدة، وهي منظومة من الإجراءات الحكومية مصممة لدعم

الصناعات التي تمتلك إمكانات تصديرية وإيجاد فرص العمل ودعم البنية التحتية للإنتاج. كما تشمل كل السياسات لدعم الصناعة بما فيها محفزات الاستثمار المالية والنقدية والاستثمار المباشر وبرامج التجهيز ومحفزات للبحوث والتطوير وسياسات دعم الصناعات الصغيرة والمتوسطة. وتحسين البنية التحتية المادية والاجتماعية والسياسية والتجارية وسياسة المنافسة وإجراءات منع تشكل الاحتكار. وعليه فإن السياسة الصناعية، تعد بمثابة وسيلة لتحقيق الهدف التنموي ببناء طاقة إنتاجية وتصنيع. تعتمد عملية تطبيق السياسة الصناعية على مجموعة من الأدوات المختلفة<sup>(2)</sup>، منها:

إقامة الصناعات الاستراتيجية الأساسية وغيرها من قبل الحكومة مباشرة. تأسيس أو تشجيع إقامة التجمعات الصناعية، وهذه تعني اتحاد عدد من الصناعات مع بعضها بمؤسسة واحدة. استخدام وسائل الحماية المختلفة السعرية وغير السعرية لتشجيع الاستثمار الصناعي.

توفير التمويل الميسر قصير ومتوسط وطويل الأمد للاستثمار الصناعي. تأسيس البنى التحتية وتقديم مختلف الخدمات التي تحتاجها الصناعة بما فيها إقامة ما يعرف بالعناقيد الصناعية (Industrial Clusters) وهي عبارة عن تجمع مصانع متشابهة في مكان واحد قرب مصنع كبير وبما يشبه عناقيد العنب، فضلاً عن دعم جهود البحث والتطوير وتأسيس ودعم المصارف وتطوير مؤسسات تسويق الصادرات وتوفير المعلومات للقطاعين العام والخاص.

ما يسدده المستثمر للدولة، في صورة زكاة أو خراج أو ضرائب.

وبالموازنة نجد أنه لا شك في أن التنمية الصناعية باتت منظومة شديدة التعقيد، وفي الوقت ذاته لا يمكن تجاهلها، إذ هي بوابة العبور للأمم إلى العصر الحديث، ومن ثم يلزم الالتفات لها عن جد واهتمام، ولذا من الطبيعي أن اهتماما خاصا لنظرية إنماء الأراضي البوار والموات يبور الإنماء الصناعي، بجانب شتى سبيل الإنماء، ولعل إنماء الأراضي الموات صناعيا بات في عالم الناس

<sup>2</sup> - "القرشي": مدحت كاظم القرشي، السياسة الصناعية والتنمية في البلدان النامية (بين المؤيدين والمعارضين)، مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية، جامعة بغداد، العدد 76 المجلد 20 لسنة 2014.

اليوم ذا أهمية خاصة، حيث إننا نرصد، في أساسيات البناء الصناعي وركائز سياستها الرشيدة توافر عنصر الأرض المناسبة المتسعة القابلة للتمدد والتنامي، وما يلزمها من ضخ لاستثمارات مالية ضخمة، يدفعها حافز الميزة النسبية، في تقليل نفقات الإنتاج وإقامة الصناعة المعنية، مع وفور السوق والريح، ولعل هذا ما يوفره إحياء الموات للمستثمر، وبخاصة إن تناولته الحكومات على حمل الجد، وأعدت تنظيم التنمية الصناعية من خلال فكرة الإنماء، مع وجود تنظيم عام من جهة الإمام أي الدولة وفق خطة استراتيجية بعيدة المدى، تضع في حساباتها النمو العمراني والزراعي، وما يمكن تحجيره لغرض التنمية الصناعية المستدامة.

### ثالثاً: الإنماء التعديني:

التعدين أصلها عدن، وأنعين والدال والنون أصل صحيح يدل على الإقامة والثبات. يعدن عدوتاً إذا أقام بالمكان، ومعدن الذهب والفضة سمي معدنا لإنبات الله جل وعز فيه جوهرهما وإثباته إياه في الأرض حتى عدن أي ثبت فيها، وكذلك كل معدن. والمعدن مخرج الصخر من المعدن ثم يكسره، يُتَعَى فيه الذهب ونحوه. والمعدن مفرد والجمع معادن، وعامة هو كل مادة صلبة قابلة للطرق والتمدد وتوصيل الحرارة والكهرباء كالحديد والنحاس والذهب والألمنيوم والفضة ونحوها، ومنه يُقال معدنٌ ثمينٌ أو معدنٌ نفيسٌ، أي غالي الثمن كالذهب والبلاتين. وكذلك هو كل ما يُستخرج من باطن الأرض صلْباً أو سائلاً، كمعدن البترول، وكل عنصر أو مركب غير عضوي يُوجد في الأرض أو على سطحها تكون بعمليات غير عضوية، وقد يُطلق على مواد عضوية تخلفت عن حفريات مثل الزيت المعدني والفحم. والمعدن: مكان كل شيء، وأصله ومبتدؤه، والأصل الشريف ماديا ومعنويا، نحو الذهب، والفضة والجوهر، والأشياء، والنسب الشريف أيضا. وهو المركز والمحور، فمركز كل شيء: معدنه. ومنه: جنات عدن. وعدن به الأرض تعدينا: ضربها بالمعدن. العدان من الزمان سبع سنين، والعدانة الجماعة من الناس. (والتعدين) "علم استخراج الخامات المعدنية من الأرض واستخلاص المعادن منها"، وقالوا: "علم وصناعة يُعنيان باستخراج المعادن كالذهب والنحاس من جوف الأرض"<sup>(1)</sup>.

1- "الفراهيدي": كتاب العين، بقية حرف العين، بقية باب الثلاثي الصحيح من حرف العين، باب العين والدال والنون معهما ع د ن- ع ن د- د ن ع مستعملات د ع ن- ن ع د- ن د ع مهملات، ج 2 ص 42. - "الزبيدي": تاج العروس من جواهر القاموس،

وقد تناول الفقهاء المعدن والتعدين في اصطلاحهم الفقهي فقال الحنفية والحنابلة إنه: "ما كان جوهره الذي أودعه الله في جواهر الأرض بارزاً، كالملح، والكبريت"<sup>(1)</sup>. وقال المالكية، إنه: "ما خلقه الله تعالى في الأرض

فصل العين) مع الثون، (عدن)، ج 35 ص 381:385. - "ابن منظور": لسان العرب، حرف النون، فصل العين المهملة، ج 13 ص 279:281. - "ابن سيده": المحكم والمحيط الأعظم، حرف العين، العين والدال والثون، ج 2 ص 18. - "ابن سيده": المخصص، الإقامة بالمكان لا يبرح منه واعتماره، ج 3 ص 319. - "الحموي": المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، كتاب العين، العين مع الدال وما يتلثثهما، (ع د ن)، ج 2 ص 397. - "الفيروزآبادي": مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي (المتوفى: 817هـ)، القاموس المحيط، المحقق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الثامنة، 1426هـ/2005م، باب الثون، فصل العين، ص 1214. - "الزمخشري": أساس البلاغة، كتاب العين، (ع د ن)، ج 1 ص 638. - "الفارابي": الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، باب النون، فصل العين، (عدن)، ج 6 ص 2162. - "ابن فارس": معجم مقاييس اللغة، كتاب العين، باب العين والدال وما يتلثثهما، (عدن)، ج 4 ص 248. - "الهوري": تهذيب اللغة، باب العين والدال مع النون، (ع د ن)، ج 2 ص 129:130. - "الكجراتي": مجمع بحار الأنوار في غرائب التنزيل ولطائف الأخبار، حرف العين، (عدن)، ج 3 ص 537:538. - المعجم الوسيط: باب العين، ج 2 ص 588. - "عمر": معجم اللغة العربية المعاصرة، حرف العين، (ع د ن)، ج 2 ص 1470. - "عمر": معجم اللغة العربية المعاصرة، حرف العين، (ع د ن)، ج 2 ص 1470:1471. - "دوزي": تكملة المعاجم العربية، حرف العين، (عدن)، ج 7 ص 160. - "أبو جيب": القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، حرف العين، ص 244:245.

1- "ابن عابدين": محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: 1252هـ)، رد المختار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، 1412هـ/1992م، ج 6 ص 433:434. - "الحصكفي": الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، ص 671. - "الزركشي": شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي (المتوفى: 772هـ)، شرح الزركشي، دار العبيكان، الطبعة الأولى، 1413 هـ/1993م، ج 2 ص 510. - "النجدي": عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي (المتوفى: 1392هـ)، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، دون ذكر دار النشر، الطبعة الأولى، 1397هـ، ج 3 ص 237. - "الفوزان":



من ذهب أو فضة أو غيرهما"<sup>(1)</sup>، وقالوا: المعدن: "عروق أنبتها الله عزَّ وجلَّ في الأرض فلم تكن ركارًا لأنها بغير وضع آدمي"<sup>(2)</sup>. وقال الشافعية إنه: "مكان الجواهر المخلوقة فيه ويطلق عليه نفسها كنفد وحديد ونحاس"<sup>(3)</sup>. وقالوا: "حقيقة البقعة التي أودعها الله تعالى جوهرًا ظاهراً وباطناً"<sup>(4)</sup>. وهو عند الحنابلة: "ما استخرج من الأرض مما خلق فيها من غير جنسها سواء كان جامداً كالذهب والفضة والحديد والبلور والعقيق

- 
- صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان، الملخص الفقهي، دار العاصمة، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1423هـ، ج 1 ص 338.
- 1- "عبيد": الحاجة كوكب عبيد، فقه العبادات على المذهب المالكي، مطبعة الإنشاء، دمشق، سوريا، الطبعة الأولى، 1406هـ/1986م، ص 284.
- 2- "البغدادي": أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي (المتوفى: 422هـ)، المعونة على مذهب عالم المدينة (الإمام مالك بن أنس)، المحقق: حميش عبد الحق، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز، مكة المكرمة، دون ذكر تاريخ النشر والطبعة، ج 1 ص 379.
- 3- "الهيتمي": تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج 3 ص 282. - "ابن الصلاح": تقي الدين أبو عمرو عثمان بن عبد الرحمن المعروف بابن الصلاح (المتوفى: 643هـ)، شرح مشكل الوسيط، المحقق: د. عبد المنعم خليفة أحمد بلال، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1432هـ، 2011م، ج 3 ص 149.
- 4- "الهيتمي": تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج 6 ص 224. - "الرملي": نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج 5 ص 349.

والكبريت وأشباهاها أو مانعاً كالزرنينخ والنفط ونحوها"<sup>(1)</sup>. وقالوا: "كل متركد في الأرض لا من جنسها ليس نباتاً"<sup>(2)</sup>. ونلاحظ على تعريفات الفقهاء وإجمالي تناول أهل اللغة له، أنها جميعاً ركزت على بيان مفهوم المعدن، مع إطلاق معناه لغير ما ذكره تحرزاً لما قد يكتشفه الناس في قابل الأيام، وكذلك مكان وجود المعدن وتصنيعه، وأنه يفيد في معاني القوة والثروة والاجتماع وجماعة الناس والسعة المكانية. ومن ثم يمكننا من خلال تلك الصورة وبتصورها بأفق واسع يتناسب مع مستجدات العصر الحديث والتطور العلمي والتقني الهائل، والحاجات الجديدة الحاصلة، أن نتفهم الإنماء للغير العامر بطريق التعدين أكثر عمقا.

إن تنمية الثروة المعدنية في بلادنا بهدف جعلها عنصراً أساسياً من عناصر الدخل القومي يعد هدفاً قومياً لا بد من العمل المخطط والجاد لتحقيقه انطلاقاً من أن الثروة المعدنية والتعدينية في أي دولة من دول العالم إنما هي أحد الدعائم الأساس، التي تركز عليها في تطوير صناعاتها وتنمية اقتصادها، وإن عمليات استغلال هذه الثروات يجب أن تكون مبنية على أسس علمية ومدروسة وفق مجموعة من الإجراءات والتدابير اللازمة لتنشيط عمليات البحث والاستكشاف عن هذه الخامات واستخدام أفضل الطرق لاستخراجها واستغلالها بطريقة اقتصادية. وتأتي خامات المناجم والمحاجر والملاحات في مقدمة الثروات الطبيعية في مصر وغالبية البلاد العربية، والتي إذا أحسن استغلالها سوف تساهم بشكل كبير في زيادة الإنتاج القومي، وذلك بالاستغلال العلمي الأمثل لما تكتنزه أراضينا وصحرواتنا من الثروات المعدنية،

- 1- "العظيمين": الشرح الممتع على زاد المستنقع، ج 6 ص 20. - "الكلوذاني": أبو الخطاب محفوظ بن أحمد بن الحسن الكلوذاني، الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني، المحقق: عبد اللطيف هميم، و، ماهر ياسين الفحل، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1425هـ/2004م، ص 140:141. - "ابن قدامة": الكافي في فقه الإمام أحمد، ج 20 ص 60. - "المرداوي": الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج 3 ص 108. - "البهوتي": منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى: 1051هـ)، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، الطبعة الأولى، 1414هـ/1993م، ج 1 ص 424. - "السيوطي": مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ج 2 ص 76.
- 2- "الحجاري": الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج 1 ص 266. - "البهوتي": كشاف الفناع عن متن الإقناع، ج 2 ص 222.

وباستخراجها وتجهيزها وتصنيعها، وتصدير الفائض منها للخارج على هيئة ركائز أو مواد نصف مصنعة أو مصنعة، الأمر الذي يترتب عليه زيادة موارد بلادنا من العملات الأجنبية، هذا بالإضافة إلى تنمية قطاع التعدين والصناعة عن طريق إنشاء مجتمعات صناعية في أماكن تواجد هذه الخامات، وما سيؤدي إليه ذلك من تعاظم نصيب بيت المال أو الخزانة العامة، لما يستحقه حينئذ من زكوات وخراج أو ضريبة بعد ذلك إن كان لها محل. ويؤدي تنمية هذه الخامات ذات الميزة النسبية وإنتاجها فتح فرص تصدير هائلة وفرص عمل عديدة للشباب وصغار المستثمرين وإيجاد صناعات ونشاطات وسيطة ومجالات للإستخدامات محلياً وخارجياً، وتحقيق عائد مادي للمستثمر وقدر كبير من العملات الصعبة عند التصدير والمشاركة بفاعلية في قضية التنمية، هذا غير ما سيقوم من تجمعات عمرانية جراء ما أحيى من أرض كانت موات. ولاشك أن تنشيط عمليات تسويق الخامات المعدنية وإستخدامها في الصناعة أو تصديرها للخارج وفتح أسواق محلية أو خارجية لها سوف يؤدي بالضرورة إلى تزايد الطلب على هذه الخامات، ومنتجاتها المصنعة، الأمر الذي سيحفز الكثيرين على الإستثمار وفتح مناجم ومحاجر جديدة يزداد عددها وتحسن إنتاجيتها بتزايد الطلب، ويؤدي بالتالي إلى تولد أرباح لدى المستثمر تشجعه على أن يدفع بجزء منها للبحث والتقيب لمزيد من الخامات ولتحسين الأداء، وإنشاء عمارات وإعمارات لأراضي موات بتلك الصحروات الممتدة<sup>(1)</sup>.

ويمكننا رصد تنامي أهمية الثروة التعدينية، وبخاصة في واقع قطاع التعدين ومستقبله، ومن ذلك:

تعد صناعة التعدين واحدة من أهم الدعامات الأساسية للصناعة والنمو في الإقتصاديات الحديثة. ويشكل توفر مخزون من المعادن ضماناً قوية لإمكانية قيام مثل هذا النوع من الصناعات. فبلد مثل مصر أو السودان يتميز بوفرة وتنوع وجوده في كثير من المعادن الأمر الذي سيساعد بالنهوض بمهارات التنمية المعدنية و التصنيع التعديني.

بالرغم من الأهمية النسبية لقطاع التعدين في الإقتصاد القومي إلا أن هذا القطاع لم تتوفر له دراسات مُعمقة وشاملة تتناول جوانبه المختلفة المتمثلة في التعرف على مشاكله و عقباته المستعصية وإجراءاته وسياساته التي تتداخل

1- انظر شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت): الموقع الرسمي لوزارة البترول المصرية.

فيما بينها مشكّلة عثرات في طريق إنسياب رؤوس الأموال لهذا القطاع الحيوي.

عند تناول معالم وخطط المستقبل، نرصد إمكانية تحقيق طفرة في المرحلة القادمة لقطاع المعادن، وسيتعزز ذلك باكتمال خارطة لمواقع المعادن، مصحوبة بتنظيم علمي عادل ومساو لاستغلالها.

يلزم من إصدار نظام الإستثمار التعدين الجامع والموحد ولا بد أن يصبح نظاماً منافساً لنظم التعدين في الدول التعدينية المتقدمة، وتوضح فيه الأراضي ونظام التعامل عليها، وما فيها من موات، مع إيجاد التشريعات التي تستلهم أحكام الإنماء التعدين من نظرية إحياء الموات في الفقه الإسلامي، لما تعطيه من مميزات للمستثمر، وفائدة للمجتمع<sup>(1)</sup>.

وحيث إن التعدين إنماء في وجهة نظر الشرع الحنيف، وقد استبانته أحكامه، فلا حاجة للمجتمع أن يحرم نفسه من فائدة الإنماء وإحياء القاحل من أراضينه وحصول العمران لها، كما لا يعد من العدل منع أرباب الأموال من الاستفادة مما رتبته الشرع لهم من حقوق على الأرض المحياه، طالما أنماها بحقها.

## الفرع الثاني

### الإنماء البشري

الإنماء البشري، أول ما يبدأ من نقطة الإنماء العلمي، فإن احتجر رب مال الأرض أو أقطعها الإمام له، ثم عمل على إنشاء تجمع علمي تعليمي متكامل، فلا ريب أنه إحياء شرعي يمتلك بموجبه ما أحيا عليه من أرض، بحيث يجد العمل على توفير بنية أساسية للتعليم العام الأولي، وكذلك للتعليم الفني، يكون إعداد المعلم في صدارة متطلباتها، ثم الأماكن المناسبة من حيث التجهيزات والمساحة والأدوات والمعامل والمكتبات، وموقعها من المواصلات، مع وجود مناهج تربوية وتعليمية متطورة تحافظ على عراقة التاريخ والبعث الحضاري وأصالته، مع إعداد الطالب وفق أحدث النظريات والتأهيلات العلمية. ثم العناية بالمجال البحثي، من خلال برامج تعليم عالي جامعي ومراكز بحث علمي على اطلاع بأكثر التقنيات تطورا في عالم العلم، دون

1- انظر شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت): الموقع الرسمي للأمانة العامة لهيئة المستشارين، بوزارة رئاسة مجلس الوزراء السوداني.

توان ولا تقصير، وذلك لإيجاد مجتمع ذو مزاج علمي وبيئة ثقافية علمية، تقدر العلم والعمل العلمي وأن الإنفاق على العلم استثمار فائق الربحية وإن كان بعيد المدى إلا أنه الأكثر ديمومة وفائدة من جهة، ومن جهة أخرى فتح الأبواب على مصاريعها للإنباء التكنولوجي، بحيث تحسن الاستفادة من أجيال الفنيين والحرفين، والجامعيين في تطبيق النظريات العلمية والاستفادة منها في مجال التصنيع، حتى لا تظل حبيسة الأدرج في أوراها لا تتعدى النظرية الجامدة، ومن ثم نتمكن من تطبيق العلوم، وإتاحة الفرصة للابتكارات والاكتشافات والإبداعات العلمية في شتى المجالات، وما يستتبع ذلك من إنشاء المعامل وحقوق التجريب، لمختلف العلوم والتقنيات.

ولعل الأمر يتخطى مسلمة العلم فإن العلم وتقنياته مفتتح الإحياء بالإنباء البشري، والأمر يجعلنا نرصد أكثر من محور في الإنماء البشري بعد العلم وتقنياته، ومن ثم نعرض لأهمية الإنماء البشري وبيان أثر الإنماء به في ترسيخ التنمية المجتمعية والمهارية والتدريبية والوجدانية المعنوية، وذلك فيما يلي:

فمن المسلم له أن للإسلام رؤية تنموية تنبعث من فلسفته في العلاقة بين الإنسان والكون ومالكهما رب العالمين. وهذه الرؤية تحتاج إلى مجاهدة لاستخراجها من خلال الدرر القيمة المكونة في تلافيف الكتاب العزيز. وفي تاريخنا الحضاري اكتشف المسلمون بعضها وعاشوا بها، وما زالت كنوزها تحتاج إلى جهود العلماء الأتقياء لينفضوا عنها ما تراكم حولها من جهالات التصورات وكسل بعض الصالحين. فإن معين القيم وصيرورة النماء والتنمية، ما زالت تفجر الطاقات من كتاب الله تعالى، وقد قال الله سبحانه: ﴿قُلْ لَوْ كَانَ الْبَحْرُ مَدَادًا لِكَلِمَاتِ رَبِّي لَنَفِدَ الْبَحْرُ قَبْلَ أَنْ تَنْفَدَ كَلِمَاتُ رَبِّي وَلَوْ جِئْنَا بِمِثْلِهِ مَدَدًا﴾ (109) قُلْ إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ مِثْلُكُمْ يُوحَى إِلَيَّ أَنَّمَا إِلَهُكُمُ إِلَهٌ وَاحِدٌ فَمَنْ كَانَ يَرْجُوا لِقَاءَ رَبِّهِ فَلْيَعْمَلْ عَمَلًا صَالِحًا وَلَا يُشْرِكْ بِعِبَادَةِ رَبِّهِ أَحَدًا﴾ (110) {الكهف، فالآيات صريحة في أن مداد الله ومدده لا يفرغ وما زال متدفقا، والدعوة قائمة للعمل وتأهيل الذات المناسبة والقادرة على العمل حتى يكون صالحا على خير إحسان، وما هي كلمات الله إلا هذه القيم التي نكتشفها كل يوم لنصنع بها حياتنا ونصوغ منها أعمالنا. ولعلنا نرصد في رحلة العبد الصالح مع موسى عليه السلام، وتفسير الرجل الصالح لما قام به من إصلاح السور في قرية أبي أهلها أن يضيفوهما، قال الله تعالى: ﴿ وَأَمَّا الْجِدَارُ فَكَانَ لِغُلَامَيْنِ يَتِيمَيْنِ فِي الْمَدِينَةِ وَكَانَ تَحْتَهُ كَنْزٌ لَهُمَا وَكَانَ أَبُوهُمَا

صَالِحًا فَأَرَادَ رَبُّكَ أَنْ يَبْلُغَا أَشُدَّهُمَا وَيَسْتَخْرِجَا كَنْزَهُمَا رَحْمَةً مِنْ رَبِّكَ وَمَا فَعَلْتُهُ عَنْ أَمْرِي ذَلِكَ تَأْوِيلُ مَا لَمْ تَسْطِعْ عَلَيْهِ صَبْرًا (82) {الكهف، هذه الآيات ذات قيمة اقتصادية اجتماعية مكونة نحن في أشد الحاجة إليها هذه الأيام. هذه القيمة الاقتصادية تتحدث عن الركاز تحت الأرض، والقاعدة أننا في حالة الضعف نستره من أعين البغاة، وذلك حتى تبلغ الأمة رشدًا وتملك من وسائل القوة ما تستطيع به حماية ركازها وثرواتها الطبيعية تحت أرضها. وفي سبيل تفهم أكثر لنظرية الإنماء التنموي البشري في الإسلام نحاول تلمسها من خلال سبعة محاور، هي:

- المحور الأول: أهداف التنمية في الإسلام.
- المحور الثاني: عناصر التنمية في الإسلام.
- المحور الثالث: ضوابط التنمية في الإسلام.
- المحور الرابع: طيف التنمية في الإسلام.
- المحور الخامس: آليات التنمية ودور الدولة والفرد في الإسلام.
- المحور السادس: صراع الأنساق التنموية أم صراع الحضارات.
- المحور السابع: الطاقة البشرية في منظومة التنمية في الإسلام.

#### المحور الأول: أهداف التنمية في الإسلام:

يقول الله سبحانه وتعالى: {إِلْيَافٍ قَرْنِيشٍ} (1) إِيْلَافِهِمْ رِحْلَةَ الشِّتَاءِ وَالصَّيْفِ (2) فَلْيَعْبُدُوا رَبَّ هَذَا الْبَيْتِ (3) الَّذِي أَطْعَمَهُمْ مِنْ جُوعٍ وَأَمَّنَّهُمْ مِنْ خَوْفٍ (4) {قريش. ويظهر الإطعام من جوع والأمن من خوف هما العنصران الأساسان في أهداف التنمية في الإسلام. والإطعام ليس من شبع ولكن من جوع، والأمن ليس عن غفلة ولكن أمن من خوف. وكان الأصل في حياة الإنسان أن يتخفف من ثقل الطين فلا يأكل إلا من جوع، وكذلك ينبغي أن يظل الإنسان في حالة انتباه وخوف فيأتيه الأمن من ربه. وحالتنا "الجوع والخوف" هما المقابلتان لحالتي "الترف والغفلة". والإسلام يكره "الترف المفسد والمنسي للواجبات والغفلة"، وأصل الداء في كل مجتمع هو هذا المزيج النكد "الترف المفسد والغفلة"، وفيه نجد قول الله تعالى: {وَإِذَا أَرَدْنَا أَنْ نُهْلِكَ قَرْيَةً أَمَرْنَا مُتْرَفِيهَا فَفَسَقُوا فِيهَا فَحَقَّ عَلَيْهَا الْقَوْلُ فَدَمَّرْنَاهَا تَدْمِيرًا} (16) {الإسراء، إذن ليس من سمات التنمية أن تؤدي إلى ترف مفسد وإلى غفلة هي حرام شرعًا. ولا يكون الترف في البناء والتشييد والإقامة العمرانية، وإنما ذلك في شأنه جهدٌ وجُهدٌ، وإذا توافرت متطلبات الإطعام والأمن للفرد ثم لمجتمع الثقافة العلمية الواعي، فإنه ينطلق نحو إنماء الحياة

ذاتها، في العلم والابتكار والزراعة والصناعة والتجارة والتثقيف والفكر والأدب وغيرها مما يكثر في ذلك الباب.

### المحور الثاني: عناصر التنمية:

رصد أرباب الفكر أن لكل تنمية عناصر أساسية تحدد ملامحها، ومن أهمها: القصد، والوظيفية، والحجم، والجمال، والقدرة التعليمية والتدريبية، والامتداد الزماني، والامتداد المكاني.

أما القصد والاقتصاد: كل سعي في الحياة ينبغي أن يكون قاصداً، فالله تعالى يقول: {وَاقْصِدْ فِي مَشْيِكَ وَاعْضُدْ مِنْ صَوْتِكَ إِنَّ أَنْكَرَ الْأَصْوَاتِ لَصَوْتُ الْحَمِيرِ (19)} لقمان، أي اجعل لمشييك قصداً، والمشي في الحياة هو السعي فيها. أما تحديد القصد الذي ينبغي على الإنسان أن ينضبط به فهو القصد الذي حدده الله تبارك وتعالى: {وَعَلَى اللَّهِ قَصْدُ السَّبِيلِ وَمِنْهَا جَائِرٌ وَلَوْلَا إِسَاءَةُ مَا فِي بَنِينَ مِنْ السَّمَاءِ مَاءٌ لَكُمْ مِنْهُ شَرَابٌ وَمِنْهُ شَجَرٌ فِيهِ تُسِيمُونَ (10)} يُنْبِتُ لَكُمْ بِهِ الزَّرْعَ وَالزَّيْتُونَ وَالنَّخِيلَ وَالْأَعْنَابَ وَمِنْ كُلِّ النَّمْرَاتِ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَةً لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ (11) وَسَخَّرَ لَكُمْ الَّلَّيْلَ وَالنَّهَارَ وَالشَّمْسَ وَالْقَمَرَ وَالنَّجُومَ مُسَخَّرَاتٍ بِأَمْرِهِ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْقِلُونَ (12) وَمَا نَرَا لَكُمْ فِي الْأَرْضِ مُخْتَلِفًا أَلْوَانُهُ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَةً لِقَوْمٍ يَذَكَّرُونَ (13) وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ الْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا وَتَسْتَخْرِجُوا مِنْهُ حَبْلَةً حَلِيبِيًّا وَمِنْهَا وَرَقُ الْفُلْكِ مَوَازِرَ فِيهِ وَلِتَبْتَغُوا مِنْ فَضْلِهِ وَلِعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ (14)} النحل، ويقول سبحانه وتعالى: {فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ وَاذْكُرُوا اللَّهَ كَثِيرًا لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ (10)} الجمعة، هو وحده الذي يحدد لنا قصد سبلنا من خلال القيم المستكنة في كتابه الكريم فالتوجه إلى الله تعالى ثم العمل القائم على التماس أفضل ما يستطيعه الإنسان، كيف لا وقد طلب من الله الاستمداد، فليكن حينها على وعي ممن يأخذ وإلى من سيؤدي، إنه الله سبحانه. والقصد والاقتصاد جوهر التعامل الإنساني مع البيئة المحيطة في النظرة الإسلامية، وفيها قوله سبحانه: {وَابْتَغِ فِيمَا آتَاكَ اللَّهُ الدَّارَ الْآخِرَةَ وَلَا تَنْسَ نَصِيبَكَ مِنَ الدُّنْيَا وَأَحْسِنْ كَمَا أَحْسَنَ اللَّهُ إِلَيْكَ وَلَا تَبْغِ الْفُسَادَ فِي الْأَرْضِ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُفْسِدِينَ (77)} التمس، فابتغاء وجه الله وعدم الإفساد في الأرض والإحسان إلى من حولك والعمل على أحسن وجه من العلم والتدريب والإتقان، وأخذك النصيب من الدنيا هو القصد، ولكن كل هذا في إطار قوله سبحانه وتعالى: {وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَى عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُومًا مَحْسُورًا (29)} الإسراء. وإنه ينبغي

توجيه العمل والعامل نحو القصد والادخار من الناتج ومواد الإنماء والإنتاج، ومن ثم ينبغي أن يخطط المجتمع المسلم للتنمية، بحيث لا تؤدي بطائفة من هذا المجتمع أو بالمجتمع بأكمله إلى نزيف مهلك، فإذا كان الخيار في تخطيط منظومتنا التنموية بين تكثيف العمل أو تكثيف الإنتاجية اخترنا تكثيف العمل، ذلك أنه يمكن تكثيف الإنتاجية من خلال الميكنة بينما نكثف العمل من خلال جهد الناس، وفي ظروف مجتمعاتنا حيث يستدعي تكثيف الإنتاجية رأس مال ضخّم لشراء مصانع من غيرنا يصبح الخيار واضحًا لا لبس فيه، ألا وهو خيار تكثيف العمل.

أما الوظيفية: فنعني بها تعظيم استعمال الشيء على ما صنّع من أجله، وما يناسبه أو ما الذي يناسب هو وذلك من حيث الزمان والمكان والمجتمع والعادات. فالمخطط التنموي في بلاد كالقاهرة من الأفضل أن يقيم مصنعًا للسيارات الخاصة أم مصنعًا للحافلات؟ أيهما يخدم الناس وينفعهم في مدينة مكتظة؟ والمخطط التنموي يقارن بين البدائل التنموية المختلفة، ويحاول أن يختار ذات الوظيفية العالية، بالطبع أخذًا في الاعتبار كل العناصر الأخرى وكل الضوابط الشرعية.

أما الجمالية: من وجهة النظر التنموية نلاحظ التنمية الرعوية حيث يحدثنا الله تعالى في قوله سبحانه: {وَالْأَنْعَامَ خَلَقَهَا لَكُمْ فِيهَا دِفْءٌ وَمَنَافِعُ وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ} (5) وَلَكُمْ فِيهَا جَمَالٌ حِينَ تُرِيحُونَ وَحِينَ تَسْرَحُونَ (6) وَتَحْمِلُ أَثْقَالَكُمْ إِلَىٰ بَلَدٍ لَّمْ تَكُونُوا بِالْغَيْبِ إِلَّا يَشِيقُ الْأَنْفُسَ إِنَّ رَبَّكُمْ لَرَعُوفٌ رَّحِيمٌ (7) وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً وَيَخْلُقُ مَا لَا تَعْلَمُونَ (8) وَعَلَىٰ اللَّهِ قَسْدُ السَّبِيلِ وَمِنْهَا جَايزٌ وَلَوْ شَاءَ لَهَدَاكُمْ أَجْمَعِينَ (9) النمل. فالدفء والمنافع والأكل والركوب الموزون كلها مقاصد وظيفية، والجمال في هذا الخلق كله مقصد رباني مطلوب للنفس البشرية التي ينبغي عليها أن تحقق الوظيفية والجمال في كل عمل تنموي تنشئه.

كما نحتاج كل تنمية إلى نظام تعليمي وتربوي مناسب. ومع التعليم والتدريب نحتاج إلى نظام إعلامي يحببها ويزينها في قلوب الناس حتى يقبلوا على حياتهم بطمأنينة وحب. من أجل ذلك ينبغي أن يكون الاختيار التنموي مراعيًا لقدرات الناس العلمية والتقنية.

أما الامتداد الزمني: لكل تنمية مُبْتَنِيَّة لا جذور لها في تاريخنا ولا امتداد لها لأحفادنا هي تنمية غير مفيدة. أما الحفاظ على ما ورثناه وعشنا به قرونا أمدًا وتسجيله وتطويره للوارثين من بعدنا عمل مطلوب حضاريًا. وكذلك الامتداد



المكاني: فلكل تنمية أرض تعلق فيها وتزدهر وتتفاعل فيها الجغرافيا مع القيم والتقنية السائدة. وقد يكون عالم الأشياء الذي تنتج هذه التنمية مهماً لأقوام آخرين بتعديلات مختلفة، ولذا برزت الأهمية الخاصة لإحياء الأراضي الموات، والعمل على إعمار كل أرض، والتواصل من كل عمار، وفي ذلك نلاحظ قول الله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمْ الْأَرْضَ ذُلُولًا فَأَمْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِنْ رِزْقِهِ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ﴾ (15) {الملك}، إنها دعوة لإعمار الأرض بأخلاق الإسلام ومنهجه العادل، فالذين يكتظون في الأرض يتدافعون بالمناكب في كل شيء فتنشأ بينهم أمراض الاكتظاظ، ويكثر فيهم الصراع ويستدعي ذلك ضيقاً شديداً من قبل الدولة يتحول مع الأيام إلى قهر واستبداد وتقلص حرية الأفراد رويدا رويدا حتى تصير إلى زوال. ولقد رأينا ذلك كله في مدننا المكتظة التي فقدت فرصها التنموية كما فقدت الحرية. والتنمية الحقة هي التي تحقق وسطية بين فضيلة الانتشار في الأرض المطلوبة من أجل الإعمار، وبين قدرة الدولة على السيطرة الأمنية واستدعاء الأطراف عند الخوف من غير أن يسحق الإنسان في اكتظاظ مرضي أو أن يفقد الانتماء في انتشار تخلخل يفقده الارتباط بالدولة وفكرتها.

### المحور الثالث: طيف التنمية:

يمكن تناول طيف التنمية المرجو في ثلاثة عناصر هي الأساس، تنمية البقاء، تنمية النماء، تنمية السبق، وهي:

**تنمية البقاء:** ونعني بها الاستخدام الأمثل للموارد الطبيعية وعزائم الرجال من أجل تحقيق اكتفاء كريم في متطلبات الحياة الأساسية من طعام وشراب وكساء واضعين نصب أعيننا طهارة البيئة من حولنا والقصد والاقتصاد في كل شيء. وفي هذا النوع من التنمية يُخطط عالم الأشياء بحيث يحقق العيش الكريم، بحيث يصنع أغلبية إن لم يكن كله بأيدي الناس، مقللين ما استطعنا من الميكنة.

**أما تنمية النماء:** حيث يتبنى هذا النوع من التنمية عالم أشياء من النوع السائد في الحضارة المعاصرة وخاصة الضروري منه مما يتعلق بوسائل الدفاع واستخراج كنوزنا المدفونة وتصنيعها وما يستتبع ذلك من نظام تعليمي وتدريبى وبحثى. وفي العادة يكون من ثمرات هذا الطريق نمو عالم الأشياء نمواً سرطانياً قد يضر بالإنسان، ومن ثم فإنه ينبغي تصميم منظومة تنمية النماء بحيث تحاول تلافي ما حدث في الغرب من إفساد شديد للبيئة.

والقاعدة التي ينبغي أن نحرص عليها هي ألا نتبنى من عالم أشياء، ونحن غير قادرين على تصنيعها أو خدمات يصنعها لنا غيرنا، ومن ثم ينبغي أن يكون معدل النمو في عالم أسياننا أبداً من تقدمنا العلمي والتقني إلا في حالات الضرورة القصوى.

وتستطيع برامج تنمية النماء أن تعمل على تطوير آليات تنمية البقاء من خلال البحوث المتقدمة التي تهتم بتطوير الوسائل المستخدمة وإبداع طرائق جديدة لترشيد الطاقة وتحسين الأنواع والقضاء على المعوقات والأمراض، وكذلك عمليات التكامل بين الأنشطة المختلفة في تنمية البقاء. فمثلاً تستطيع البرامج المتقدمة في تنمية النماء أن تعمل على تصميم طواحين هوائية مناسبة لرفع المياه وتوليد الكهرباء بحيث يمكن تصنيعها في ورش صغيرة مما يندرج في تنمية البقاء. كما يمكن استنباط أنواع جديدة من السلالات يدرّب عليها المزارعون. كما يمكن عمل بحوث عن طرائق بسيطة لتصنع الطوب من طفلة متوفرة وتصميم منزل قروي مناسب، كما يمكن تطوير الآلات المستخدمة في الزراعة وغير ذلك مما في بابها. كل ذلك وغيره لا يمكن القيام به إلا من خلال منظومة علمية بحثية لا يمكن توافرها إلا من خلال نوع متقدم من التنمية وما يستتبع ذلك من عملية تعليمية وتدريبية تستدعي برامج جديدة في المعاهد والجامعات.

**نخلص إلى القول:** إن مهمة تنمية النماء البشري هو: التحسين المستمر لآليات تنمية البقاء بحيث تظل مبقية على طهارة البيئة، والتشغيل الأمثل لطاقات البشر، مع العمل على الحد من تخليق عوامل أشياء ترفيهية قدر الإمكان.

**أما تنمية السبق:** ونعني بها في مثل ظروفنا أن نختار لأنفسنا بعض الميادين التي نستطيع السبق فيها وأن ننجز فيها على مستوى الأمة أو على مستوى العالم شيئاً مرموقاً. فمثلاً في بلد كمصر لها نصيب الأسد من ناصية الثقافة العربية والإسلامية، وتستطيع السبق تنموياً بهذه الثقافة؛ لأن خدمة هذه الثقافة العربية الإسلامية تقوم على فكر تنموي لتصنيع الكتاب والشريط والفيلم والبرامج الدراسية وتسويق ذلك كله في كل أنحاء العالم.

#### **المحور الرابع: ضوابط التنمية:**

هناك ضابطان أساسان لأي نظام تنموي: ضابط للنواحي الإنسانية وضابط للنواحي الكونية. فمن الناحية الإنسانية كل تنمية لا بد أن تحافظ على

الأهداف القيمة في الإسلام، وهي: تعظيم السكينة الاجتماعية وتفعيل القيم التي جاءتنا وحياً، ومن ثم فكل تنمية تضعف منظومة القيم، مثل المساس بالأواصر الأسرية هي تنمية مرفوضة، وكل تنمية تؤدي إلى شيوع الترف المفسد بين قلة باغية، وشيوع الفقر بين كثرة مسحوقة تنمية مرفوضة، وكل تنمية تؤدي إلى هشاشة النظام السياسي والاقتصادي والاجتماعي تنمية مرفوضة، وكل تنمية تدفع الناس بعيداً عن ربهم وعن شريعة دينهم تنمية مرفوضة.

أما من الناحية الكونية فإننا في حضارتنا الإسلامية نتعامل مع البيئة المحيطة بنا بالقصد والاقتصاد. والبيئة خلق من خلق الله نحيا ونفهمها ونسخرها في سبيل الله. ونعمرها كما أمر سبحانه، وعلى النحو الذي شرع. وفي حضارتنا لا نعرف كلمة قهر الطبيعة. فإن ضابط البيئة في حضارتنا ضابط شديد البأس، فنحن من أمة -حتى وهي في الحرب- لا تقطع شجرة ولا تحرق نخلة، وقد بين لنا الله خطور ذلك فقال سبحانه: **ظَهَرَ الْفَسَادُ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ بِمَا كَسَبَتْ أَيْدِي النَّاسِ لِيُذِيقَهُمْ بَعْضَ الَّذِي عَمِلُوا لَعَلَّهُمْ يَرْجِعُونَ** (41) الروم، إذن الفساد من صنع الناس إن خالفوا منهج الصلاح وكسلوا عن الإصلاح، فإن وقع الفساد فعليهم الإقلاع عنه، والرجوع إلى الصلاح، ولكن الرجوع عملية صعبة جداً، فمن الذي يطالب الشركات الجبارة العابرة للقارات أن توقف هذه الصناعات التي تلوث البيئة تلوثاً عظيماً، إذن على التنمية الإسلامية أن تقدم النموذج الصالح للعمران البشري والأفضل في الوقت ذاته.

### المحور الخامس: دور الدولة ودور الفرد ودور الجماعات الحضارية في التنمية:

أما من حيث دور الدولة: وهو يتلخص في التخليّة والتدعيم للإنسان وترابه الوطني ليتفاعل معه في ظل عقيدة وشريعة ونظام ليصنع طعامه وشرابه ولباسه، ورفاهه وتأمين مستقبله، قوياً مهيباً على أساس من العلم. وهي التخليّة تستدعي أموراً عدة من قبل الدولة، منها:

فلسفة وسياسة تنموية راشدة وتخطيط حكيم يؤدي إلى ترجمة التنمية إلى خريطة مشروعات حقيقية يمكن القيام بها من خلال مؤسسات حقيقية وطنية. توفير البنية الأساسية والتي تصمم بعناية بحيث يقوم أصحاب المشاريع بتوسيعها كل في اتجاهه.

القيام على التعليم والتدريب وهما الأساسان، وينبغي ربطهما بمشاريع التنمية الأساسية على أن يترك أمر التعليم المتقدم للجهد التنموي ليحقق متطلباته من التعليم والتدريب.

حماية الأسواق الوطنية من خلال فلسفة راشدة للاستيراد والتصدير في توازن لكل القطاعات التنموية المرجوة.

الصياغة التنموية لكل مشروعات الدولة.

إدارة مشروعات الدولة التنموية بمفاهيم إدارية تقوم على العدل مثل "الثواب والعقاب" والأجر والحياة الكريمة وغير ذلك مما في بابه.

إنشاء المنظومة البشرية التي تخطط للتنمية، وتتأكد من اندفاع البشر إليها ثم القيام بقياس النتائج وتصحيح المسارات.

ونوره أن اندفاع البشر نحو تحقيق أي فكر تنموي سوف يتطلب بعنًا ثقافيًا، وإعدادًا عقليًا، وتدريبًا سلوكيًا، وإقناعًا مصلحيًا، ومن ثم لا بد أن تتيقن الدولة من المنظومة القادرة على هذا كله سواء من خلال جهدها أو من خلال جهد الجماعات الحضارية والهيئات الشعبية.

دور الفرد: هو البالغ في الأهمية في أي مهمة تنموية، فكل تخطيط من قبل الدولة يحتاج بالضرورة إلى مواصفات خلقية ومهنية من قبل الفرد حتى يمكن للجماعة أن تنجز مهامها، فالفرد هو المناط به التحلي بالتعليم والتدريب والتأهيل، ثم العمل والإنجاز مع وفور الحماسة والإيمان بقضية التنمية.

أما دور الجماعة، فيتلخص في أن تحرص من خلال نظمها القانونية والاقتصادية والاجتماعية والسياسية على تحجيم الفتنة لدى الأفراد في مواقعهم في الحياة. حتى لا تواجه قوانين تضطرننا اضطرارًا أن نتقلت منها، بحيث يصبح هناك شرعان: شرع حكومي وشرع عرفي.

ومن واجبات الجماعة إنشاء مؤسسات الحض على إطعام المساكين ومؤسسات الماعون. إن الحض على طعام المساكين وتقديم الماعون هي مهمة المسلم الإيمانية، ومن أجل ذلك لا بد أن يكون هناك بالضرورة طعام يطعم وماعون يقدم، ففاقد الشيء لا يعطيه. والمجتمع الذي يفتقر إلى هذه القوى الحضوية التعاونية سوف ينهار لا محالة من داخله. ذلك أن أي مجتمع يحتاج إلى قوى تماسكية تمسك به، والمجتمع المسلم يستخدم قوى كثيرة لهذا التماسك أهمها قوى الحض والماعون. والحض يمكن أن يكون فرديًا بأن تحض نفسك، ولكن ليؤتى الأمر أكله لا بد من قيام مؤسسات حضارية تقوم

على هذا الأمر، وهي بطبيعة الحال مؤسسات تنموية توفر فرص العمل الكريم للناس، فرص عمل حقيقية تؤدي إلى إعمار حقيقي.

إن في العالم ما يزيد على مائة ألف منظمة خيرية تنفق على أبواب الخير من علوم وتكنولوجيا لا تجد منها في بلادنا منظمة واحدة، فمعظم منظماتنا الخيرية مشغولة بدفن الموتى أو بأشكال تافهة من النشاط الاجتماعي المظهري. ولعل الوقف الخيري هو القادر على التنمية قد يصير فرض عين على القادرين، ويجب من تبني الدعوة إلى إنشاء مؤسسة للتنمية التقنية وتبناها اتحاد المنظمات الهندسية الإسلامية.

### المحور السادس: صراع الأنساق التنموية:

غالبا ما يُروَّج الغرب اليوم لفكرة "صراع الحضارات"، والحقيقة أن هذا غطاء خادع لحقيقة "صراع الأنساق التنموية"، حيث يحيطوننا من كل جهاتنا الأربع ومن فوق رؤوسنا ومن تحت أقدامنا بعالم الأشياء المادية الخاصة بثقافتهم في التنمية، من أجل أن نستبدل بهذا الأدنى الذي هو خير من عالم أسياننا من طيبات ما رزقنا الله. والغريب أنهم يزينون لنا تبني عالم أسيانهم بإعلام ساحر أنفقنا فيه أموالاً، ومذيعين ومعدّي برامج وفنيين. ومن ثم علينا إدراك طبيعة النسق التنموي الإسلامي، وعدم الاحتياط عنه، نظرا لارتباطه بالعقيدة والشريعة الحنيفة، وفيه مصلحة العباد اعتقادا واعتقادا.

### المحور السابع: الطاقة البشرية لتحقيق وإدراك التنمية:

نحتاج إلى طيف من الرجال نبدأ فيه من الفلاسفة الذين يستطيعون أن يدرسوا إمكانيات المجتمع الإنسانية والمادية، ويدرسوا الضغوط الدولية والمحلية، ثم يخرجون علينا بأهداف واضحة جزئية تترجم الأهداف الكبرى للتنمية الإسلامية: ومن ذلك قول الله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنفِرُوا كَافَّةً فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ﴾ (122) آل عمران، فإذا كان التصور الدعوي والتنظيري وتأطير الثقافة والقاعدة العلمية واضحا فإن المهمة التالية هي مهمة علماء النظم، كل في تخصصه، عالم النظام الزراعي أو الصناعي أو الكيميائي أو غيرهم يأخذ هذه الأهداف وينظر إلى المنظومة الموجودة، فإن كانت تحقق ما نريد فخيرًا، وإلا فنعود عليها بالتطوير والتغيير ونقيس أداءها حتى تصبح كما نريد. وسوف يحتاج علماء النظم أن ينظروا في كل

المنظومات المعاونة لمنظومة التنمية مثل منظومة التعليم ومنظومة التدريب ومنظومة الخدمات ومنظومة الطاقة، ويحاولوا أن يضعوا لها أهدافًا تجعلها قادرة على إنجاز الأهداف الكلية.

### حاصل الإنماء البشري:

وحيثما نصل إلى إطار التنمية من خلال جوهر الشرع الحنيف، ووسائله في الإنماء البشري، وفي اللب منه إحياء الأرض الموات، وفي العملية الإنمائية يكرون الإحياء للموات إنمائيًا، كما أشرنا أول المسألة، فالإنماء المجتمعي، بتصوير الأرض الموات إلى تجمعات عمرانية وسكانية متكاملة المرافق والخدمات، من منازل صالحة مناسبة، ومدارس وجامعات ومعامل، ومؤسسات للعمل وخدمات صحية وأمنية، ومواصلات ووسائل ترفيه، وقد يكون الإنماء هنا في شكل مدن أو قرى، أو أي تكوين اجتماعي آخر، فإن استطاع المحيي تقديم هذا النموذج استحق ملكه من جهة، ومن جهة أخرى استحق بيعه وتحصل على عوائده.

وكذلك يكون الإحياء في الإنماء المهاري، وذلك بإقامة مراكز التدريب، وتعليم المهارات وتنميتها، وإقامة ما يستلزمها من معامل وأدوات تدريب وساحاتها المناسبة.

أما الإنماء معنوي، وما يتطلبه من اشباع وجداني، بحيث يقيم المحيي مراكز ومؤسسات تشبع الفرد والجماعة من الناحية الوجدانية، ولعل من أهمها الدين، فينشئ الخلوات ومراكز التتقيف، والآداب والفنون، تلك التي تسخر فنها وأدبها في خدمة القيم الدينية والأخلاقية، وتوسيع مدارك العقول والثقافات وترسيخ التجربة الإنسانية. ومنه الإنماء الترفيهي، فمن أحيا أرضا مواتا بإقامة مجمع أو منتجع كبير خصصه لإتاحة فرصة أمام الناس للترفيه، والراحة بعد عناء العمل، وضبطها بحيث لا تتسرب إليه العادات أو السلوكيات التي يرفضها الإسلام، فلهذا المحيي ملك ما أحيا عليه وله عوائده.

## المبحث الثاني

### موانع الإنماء

لما استبان الإنماء في مجالاته ومحاوره جديرا بالانتباه، وبه تكتسب القوة، وفيه البأس، وفيه الرفاه والغناء وسد الحاجات، فهو من باب لقمة الفأس التي تجعل الكلمة من الرأس. ولذلك فمن شأنه أن يغري كثيرين كي يفتحموا الإنماء اقتحاما، من ذوي سلطان أو مال، وهم في سبيل ذلك قد يعتدون على حق الغير، سواء أكان هذا الغير المجتمع في مجموعته، أم كان فردا من الأفراد، فلكل حقه، وكل حق مصون. والأصل أن ينمي الإنسان ما يملكه، ولكن أباح الله تعالى إنماء كل قاحل ما لم يترتب عليه حق لأي شخص معنوي أو طبيعي، إذ الإنماء يُستهدف به غير العامر وغير المُتمنى، فالعامر والنامي لا يُنشأ من جديد، وقد ثبت للغير حقوق عليه وبه، وهو يُصان ويحفظ ويُطور من ماله أو من يتولى شؤونه. أما غير العامر فهو القصيد في الإنماء، وقد جعل الشرع لذلك ضوابط، مكنتها في اجتناب موانع الإنماء، ولمتغبي الإنماء أن ينمي ما وراء ذلك كيفما شاء طالما التزم شروطه، ولا حرج عليه.

وتتمة لفائدة، نتناول هذا المطلب من خلال التعرف على موانع الإنماء وأطرها، سواء أكانت الأطر والنطق الأصلية أم التبعية، وذلك في مطلبين متتاليين. على النحو الآتي:

### المطلب الأول

#### تعريف المانع وإطاره في الإنماء

حتى يمكننا تصور ما يحد سلطان طالب الإنماء في إيمانه مع وفور قدره، يلزم أن نتصور بدايةً المانع، وهو ما نتناوله في الفرع الأول من هذا المطلب. أما الفرع الثاني فتتناول فيه الموانع التي تمثل أطر تحول دون تمكين طالب الإنماء من الإنماء. وذلك في محل ثبت فيه حق للغير، أما هذه الموانع فهي آليات وأسباب أخرى للإنماء في ذاتها. ونتناول ذلك على النحو الآتي:

## الفرع الأول

### تعريف المانع في اللغة والاصطلاح

تصور الشيء بغرض حصول الصورة لدى النفس الناطقة، هام لتحقيق مسألة الإدراك، والتي من خلالها يمكننا الحكم على الشيء واستكناه أغواره. ولإيضاح ذلك نتناول تعريف المانع في اللغة ثم تعريفه في اصطلاح الأصوليين. وذلك وفق الآتي:

#### أولاً: تعريف المانع في اللغة:

المانع في اللغة أصله منع، و(مَنَعَ): أَمِيحٌ وَالنُّونُ وَالْعَيْنُ أَصْلٌ وَاجِدٌ، وَهُوَ خِلَافُ الإِعْطَاءِ. ومنع الشيء، وَمَنَعْتُهُ الشَّيْءَ مَنَعًا، وَهُوَ مَانِعٌ وَمَنَاعٌ. وَمَكَانٌ مَنِيْعٌ. وَهُوَ فِي عَزٍّ وَمَنَعَةٍ. ومنع: مَنَعْتُهُ أَمْنَعُهُ مَنَعًا فَاَمْتَنَعُ - أَي حَلَّتْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ إِرَادَتِهِ. ورجل منيع: لَا يُخْلَصُ إِلَيْهِ، وَهُوَ فِي عَزٍّ وَمَنَعَةٍ، وَامْرَأَةٌ مَنِيْعَةٌ: مَتَمَّنَعَةٌ لَا تُؤَاتِي عَلَى فَاحِشَةٍ، وَقَدْ مَنَعَتْ مَنَاعَةً، وَكَذَلِكَ الْحَصْنُ وَنَحْوَهُ. وَمَنَعَ مَنَاعَةً إِذَا لَمْ يُرْمَ. والمَنَعُ: مصدر مَنَعَ يَمْنَعُ مَنَعًا فَهُوَ مَانِعٌ وَالْمَفْعُولُ مَمْنُوعٌ، وَرَجُلٌ مَنِيْعٌ مِنْ قَوْمٍ مَنَعَاءٌ وَمَنَعَ مَنَاعَةً، إِذَا صَارَ مَنِيْعًا، وَهُوَ فِي مَنَعَةٍ مِنْ قَوْمِهِ، أَي فِي عَزٍّ. وَقَالُوا إِنْ الْمَنَعُ أَنْ تَحُولَ بَيْنَ الرَّجُلِ وَبَيْنَ الشَّيْءِ الَّذِي يُرِيدُهُ. يُقَالُ: مَنَعْتُهُ فَاَمْتَنَعُ. وَالْمَانِعُ مِنْ صِفَاتِ اللَّهِ تَعَالَى لَهُ مَغْنِيَانِ، أَحَدُهُمَا أَنَّهُ عَزٌّ وَجَلٌّ يُعْطَى مِنْ أَسْتَحَقَّ الإِعْطَاءَ، وَيَمْنَعُ مَنْ لَمْ يَسْتَحِقَّ إِلَّا الْمَنَعَ، وَيُعْطَى مِنْ يَشَاءُ وَيَمْنَعُ مَنْ يَشَاءُ، وَهُوَ الْعَادِلُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ، وَالْمَعْنَى الثَّانِي أَنَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَمْنَعُ أَهْلَ دِينِهِ أَي يَحُوطُهُمْ وَيَنْصُرُهُمْ. وَمَانَعْتَهُ الشَّيْءَ مَمَانَعَةً. وَمَكَانٌ مَنِيْعٌ أَي حَصِينٌ، وَقَدْ مَنَعَ بِالضَّمِّ مَنَاعَةً. وَيُقَالُ: الْمَنَعَةُ جَمْعُ مَانِعٍ، مِثْلُ كَافِرٍ وَكَفْرَةٍ. وَمَنَعَ الشَّيْءَ مَنَعًا حَمَاهُ وَالرَّجُلُ مَنَعَ حَقَّهُ حَجَبَهُ عَنْهُ. وَيُقَالُ لِلرَّجُلِ مَانِعٌ وَمَنَاعٌ، وَمِنْ ذَلِكَ قَوْلُ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى: {مَنَاعٌ لِلْخَيْرِ مُعْتَدٍ مُرِيْبٍ} (25) ق، وَقَوْلُهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى: {مَنَاعٌ لِلْخَيْرِ مُعْتَدٍ أَيْمٍ} (12) ق، وَقَوْلُهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى: {وَإِذَا مَسَّهُ الْخَيْرُ مَنُوعًا} (21) المعارج. وَمَنَعَ مَنَعَةً وَمَنَاعَةً، فَهُوَ مَنِيْعٌ. وَيُقَالُ: هُوَ تَحْجِيْرُ الشَّيْءِ، مَنَعَهُ يَمْنَعُهُ مَنَعًا وَمَنَعَهُ فَاَمْتَنَعُ مِنْهُ وَتَمْنَعُ. وَرَجُلٌ مَنُوعٌ وَمَانِعٌ وَمَنَاعٌ: ضَمِيْنٌ مُمَسِّكٌ. وَالْمَنِيْعُ أَيْضًا الْمَمْتَنِعُ، وَالْمَنُوعُ الَّذِي مَنَعَ غَيْرَهُ. وَمَنَعْتَهُ الأَمْرَ، وَمَنَعْتَهُ مِنَ الأَمْرِ مَنَعًا فَهُوَ مَمْنُوعٌ مِنْهُ مَحْرُومٌ، وَالْفَاعِلُ مَانِعٌ، وَمَنَعَ الْحَصْنَ مَنَاعَةً فَهُوَ مَنِيْعٌ. وَيُقَالُ أَيْضًا: مَنَعَهُ مِنْ كَذَا، وَعَنْ كَذَا، وَيُقَالُ مَنَعَهُ مِنْ حَقِّهِ، وَمَنَعَ حَقَّهُ مِنْهُ، لِأَنَّهُ يَكُونُ بِمَعْنَى الْحِيلُولَةِ بَيْنَهُمَا، وَالْحَمَائِيَّةِ، وَالْمَوَانِعُ: جَمْعُ مَانِعٍ. وَتَمَانَعَا: اِمْتَنَعَا. وَالأَصْلُ أَنْ (مَنَعَ) فَعَلَ يَتَعَدَى بِذَاتِهِ لِمَفْعُولِهِ وَلِمَفْعُولِيهِ، كَمَا وَرَدَ فِي الْمَعَاجِمِ مُتَعَدِّيًّا إِلَى الْمَفْعُولِ الأَوَّلِ بِذَاتِهِ،



وبحرف الجر (من) إلى مفعوله الثاني، وكذلك ورد متعديًا بحرف الجر (عن) إلى مفعوله الثاني، فجاء فيه، مَنَعَهُ كَذَا، ويقال أيضًا: منعه من كذا، وعن كذا<sup>(13)</sup>

ومن اللغة نستظهر أن المانع هو الحيلولة دون الشيء، عن قوة وَمَنَعَة، وكأنه يحجر عن الشيء فلا يقع، والمانع: اسم فاعل من منع يمنع الشيء، وجمعه موانع، وهو ما يحول بين شيء وآخر، وهو في اللغة الإنجليزية: Preventive ، وقد يطلق عليه: Legal impediments، وفي اللغة الفرنسية: prohibitive . وهو ما يحول دون ترتب الحكم مع وجود السبب، فالقتل مانع للارث وإن وجدت القرابة التي هي سبب الميراث. والمانع أنواع منها: المانع الحسي: كالجب فهو مانع من الوطئ حسا. والمانع الشرعي: كالصيام والاحرام فهما مانعان من الوطئ بحكم الشرع. والمانع الطبيعي: كالحيض والنفاس فهما مانعان من الوطئ طبعًا، لأن الطباع السليمة تنفر من ذلك<sup>(14)</sup>.

13 - "الفراهيدي": كتاب العين، باب بقية حرف العين، بقية باب الثلاثي الصحيح من حرف العين، باب العين والنون والميم معهما ع ن م، ن ع م، م ع ن، م ن ع مستعملات، ج 2 ص 163. - "ابن منظور": لسان العرب، كتاب العين المهملة، فصل الميم، ج 8 ص 343:344. - "الزبيدي": تاج العروس من جواهر القاموس، فصل الميم مع العين، (منع)، ج 22 ص 218:222. - "الأزدي": جمهرة اللغة، باب العين والميم، مع ما بعدهما من الخُزوف، (عَمَنَ)، ج 2 ص 952. - "الفارابي": الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، باب العين، فصل الميم، (منع)، ج 3 ص 1287. - "الحموي": المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، كتاب الميم، الميم مع النون وما يتلثهما، (م ن ع)، ج 2 ص 580. - "الحميري": شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، حرف الميم، باب الميم والنون وما بعدهما، الأفعال، الزيادة، التفعيل - التمنية، ج 9 ص 6392. - "الرازي": مختار الصحاح، باب الميم، (م ن ع)، ص 299. - "ابن فارس": معجم مقاييس اللغة، كتاب الميم، باب الميم والنون وما يتلثهما، (مَنَعَ)، ج 5 ص 278. - "الهروي": تهذيب اللغة، باب العين والنون، ج 3 ص 14:15. - "مختار": معجم الصواب اللغوي دليل المتقف العربي، قسم الكلمات، حرف الميم، (مَنَعَهُ عَنَ)، ج 1 ص 734. - "دوزي": تكملة المعاجم العربية، باب الميم، (منع)، ج 10 ص 120:121.

14 - "قلعجي، قنيبي": معجم لغة الفقهاء، حرف الميم، ص 397:398.

وعلى ذلك نسج الفقهاء مفهومهم للمانع في الاصطلاح الفقهي، بحيث جعلوه حائلا دون ترتب الحكم، وذلك عن منعة وقوة في الحكم الشرعي الوضعي المتمثل في المنع الشرعي، فنقتضي عدم الحكم إن قام المانع.

### ثانيا: المانع في الاصطلاح الأصوليين:

عرف الأصوليون المانع بتعريفات متعددة، ولكنها جميعا متحدة في معناها، وأيس بينها اختلاف جوهري، ومن ذلك قولهم: "المانع ما يلزم من وجوده العدم ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم لذاته"<sup>(16)</sup>. وقالوا هو: "ما يلزم من وجوده العدم ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم"<sup>(17)</sup>. وقالوا إن المانع: "ما لا يلزم من عدمه وجود ولا عدم"<sup>(18)</sup>. وقالوا هو: "ما يوجب انعدام الحكم عند وجود السبب". مثل المانع من الإرث، فهو: "عبارة عما يوجب انعدام الحكم بالإرث مع وجود سبب الإرث"<sup>(19)</sup>. وقالوا هو: "أمر يوجد مع تحقق السبب وتوافر شروطه، ويمنع من ترتب المسبب على سببه"، وفقد الشرط لا يسمى مانعا في اصطلاحهم، وإن كان يمنع من ترتب المسبب على السبب. وقد يكون المانع مانعا من تحقق السبب الشرعي لا من ترتب حكمه عليه، كالدين لمن ملك نصابا من أموال الزكاة، فإن دينه مانع من تحقق السبب لإيجاب الزكاة عليه؛ لأن مال المدين كأنه ليس مملوكا له ملكا تاما، نظرا لحقوق دائنيه؛ ولأن تخلص ذمته مما عليه من الدين أولى من مواساته الفقراء والمساكين بالزكاة، وهذا في الحقيقة مخل بما يشترط توافره في السبب الشرعي فهو من باب عدم توافر الشرط، لا من قبيل وجود المانع<sup>(20)</sup>. والمانع عكس الشرط، وهو: "ما يلزم من وجوده عدم وجود الحكم"، كالدين مع وجوب الزكاة، والأبوة مع القصاص. ووجه العكس فيه: أن الشرط ينتفي الحكم بانتفائه، والمانع ينتفي الحكم لوجوده، فوجود المانع وانتفاء الشرط سواء

16 - "القرافي": شرح تنقيح الفصول، ص 82. - "القرافي": الفروق (أنوار البروق في أنواع الفروق)، ج 1 ص 62.

17 - "السنكي": الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، ص 82.

18 - "الطوفي": شرح مختصر الروضة، ج 1 ص 434.

19 - "البركاتي": التعريفات الفقهية، ص 191.

20 - "خلاف": علم أصول الفقه، ص 120:121.

في استلزامها انتفاء الحكم، وانتفاء المانع ووجود الشرط سواء في أنهما لا يلزم منهما وجود الحكم ولا عدمه<sup>(1)</sup>.

والمانع ينقسم إلى مانع الحكم، ومانع السبب. أما مانع الحكم، فهو كل وصف وجودي ظاهر منضبط مستلزم لحكمة مقتضاها بقاء نقيض حكم السبب مع بقاء حكمة السبب، كالأبوة في باب القصاص مع القتل العمد العدوان. وأما مانع السبب، فهو كل وصف يخل وجوده بحكمة السبب يقينا، كالدين في باب الزكاة مع ملك النصاب<sup>(2)</sup>.

ثم الموانع الشرعية في الاعتداد بملازمتها للحكم على ثلاثة أقسام: أحدها: ما يمنع ابتداء الحكم واستمراره، كالرضاع يمنع صحة النكاح ابتداء ويقطعه دواما، إن عرف أثنائه. وثانيها: ما يمنعه ابتداء لا دواما، كالعدة تمنع ابتداء النكاح لغير من هي منه، ولو طرأت على نكاح صحيح بوطء شبهة لم يقطعه، وكذلك الردة. وثالثها: ما يمنعه دواما لا ابتداء، كالكفر بالنسبة لمالك الرقيق المسلم لا يمنع في الابتداء لتصويره بالإرث، وغيره من الصور التي تنتهي إلى نحو الأربعين، ويمتنع دوامه بل ينقطع بنفسه كشراء من يعتقد عليه أو بالإجبار على إزالته<sup>(3)</sup>.

والمانع لا يلزم من عدمه شيء، وبقيام المانع يلزم العدم، ولا يلزم من عدمه وجوده ولا عدم لذاته، والمعتبر من المانع وجوده، حتى يرتب أثره، وللمتميز بينه وبين الشرط والسبب، نجد أن المعتبر من الشرط عدمه ومن السبب وجوده وعدمه، وبالنظر إلى الزكاة نجدتها تصلح مثلا للثلاثة، فبلوغ المال

1 - "الزركشي": البحر المحيط في أصول الفقه، ج 12 ص 13:12.

2 - "الأمدي": الإحكام في أصول الأحكام، ج 1 ص 130. - "الزركشي": البحر المحيط في أصول الفقه، ج 12 ص 13:12. - "الشاطبي": الموافقات في أصول الشريعة، ج 1 ص 300، ص 441.

3 - "الزركشي": البحر المحيط في أصول الفقه، ج 12 ص 13:12. - "القرافي": شرح تنقيح الفصول، ص 84. - "ابن النجار": شرح الكوكب المنير، ج 1 ص 458:456. - "السيناوني": الأصل الجامع لإيضاح الدرر المنظومة في سلك جمع الجوامع، ج 1 ص 15. - "سانو": معجم مصطلحات أصول الفقه، حرف الميم، ص 379:380. - "قراج": أصول الفقه الإسلامي، ص 386:387. - "الشرنباصي": أصول الفقه الإسلامي، ص 286:287. - "محمود الشافعي": أصول الفقه الإسلامي، ص 278:280.

النصاب سبب أما حولان الحول شرط، بينما الدين مانع<sup>(1)</sup>. أما المُمتنع هو ما منعه المانع، وقالوا أنه: "مَا أَقْتَضَتْ ذَاتَهُ عَدَمَ وَجُودِهِ فِي الْخَارِجِ"<sup>(2)</sup>. هذا وإن تعارض المانع والمقتضي قُدِّم المانع، ومن فروعها إن اسْتُشْهِدَ الجنب، فالأصح أنه لا يغسل. وإن ضاق الوقت أو الماء عن سنن الطهارة: حُرِّمَ فعلها<sup>(3)</sup>.

## الفرع الثاني إطار موانع الإنماء الأصلية

يثور التساؤل عن الأمور التي إن قامت امتنع حكم الإنماء، كما تمتنع ترتيب آثاره، إن قام به من يجهل وجود المانع أو أنه تعمد الفعل رغم علمه، ففي الحالتين لا يستفيد طالما كان المانع موجودا. وتلك الموانع ستة، هي الملك، العمران، والحريم، والحمى، والإقطاع، والتجوير. ولكن ما هو أصلي وهي الملك والعمران، ومنها ما هو تبعي، وهي البقية. وحيث أن الموانع الأصلية ناسبت كونها إطار لانضباط وضوحها ومباشرتها، فردفها في هذا الرفع ردف تعريف المانع. أما التبعية والتي تتكأ على أصل سابق، فهي غير مباشرة، ولذا ناسبها استقلالها بمطلب، فنتناولها المطلب التالي. ومن ثم نتناول في هذا الفرع مسألتَي الملك والعمران، بوصفهما إطارَي أصل تمنع الإنماء عن طالبه لاختصاص صاحب الحق على المحل. وذلك على النحو التالي:  
أولاً: الملك:

جريان الملك في الأرض، سواء أكانت عامرة أم غير عامرة، ومهما كانت مظاهر المواتان جذب وبُعد وخراب ونحوه بادية عليها، فقد امتنعت عن جريان الإنماء عليها وبها، لغير مالكها، وصار الملك الحاصل مانعا من أن يختص أحد بإحيائها، وذلك أيا كان شخص مالكها، سواء أكان شخصا طبيعيا أم شخصا معنويا، في صورة جهة، مثل بيت المال والوقف ونحوهما، وسواء أكان مالكها مسلما أم غير مسلم، فإنه لا يجوز إحيائها إلا بإذن ذلك المالك.

1 - "القرافي": الفروق (أنوار البروق في أنواء الفروق)، ج 1 ص 60. - "الطوفي": شرح مختصر الروضة، ج 1 ص 436.

2 - "السيوطي": معجم مقاليد العلوم في الحدود والرسوم، ص 70.

3 - "السيوطي": الأشباه والنظائر، ص 115.

ولم يختلف الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية في منع الملك من جريان أحكام إحياء الموات على الأرض، واستدلوا عليه بالسنة والإجماع، فمن السنة ما أخرجه الطبراني بسنده عن كثير بن عبد الله، عن أبيه، عن جده، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "من أحيأ مواتا من الأرض في غير حق مسلم فهو له وليس لعرق ظالم حق"<sup>(1)</sup>، ومارواه البخاري بسنده عن عائشة رضي الله عنها، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "من أعمر أرضا ليست لأحد فهو أحق"، قال عزوة: "قضى به عمر رضي الله عنه في خلافته"<sup>(2)</sup>، وما رواه مالك بسنده مالك عن ابن شهاب، عن سالم بن عبد الله، عن أبيه؛ أن عمر بن الخطاب قال: "من أحيأ أرضا ميتة فهي له"<sup>(3)</sup>. وما رواه البيهقي والنسائي بسنده عن عائشة، عن رسول الله صلى الله عليه

1 - الحديث صحيح: - "الطبراني": المعجم الكبير، باب العين، عمرو بن عوف بن ملحمة المزني، ح 4 ج 17 ص 13. - "البخاري": صحيح البخاري، كتاب المزارعة، باب من أحيأ أرضا مواتا، ترجمة الباب، ج 3 ص 106. - "البيهقي": السنن الكبرى، كتاب إحياء الموات، باب من أحيأ أرضا ميتة ليست لأحد، ولا في حق أحد، فهي له، ح 11777 ج 6 ص 236. - "ابن زنجويه": الأموال لابن زنجويه، كتاب أحكام الأراضي واقطاعها وإحيائها وحماها ومياهاها، باب: إحياء الأرض وإحيائها، والدخول على من أحيأها حدثنا حميد، ح 1052 ج 2 ص 637.

2 - حديث صحيح: - "البخاري": صحيح البخاري، كتاب المزارعة، باب من أحيأ أرضا مواتا، ح 2335 ج 3 ص 106.

3 - رواه مالك وغيره: قال أبو عيسى حديث حسن صحيح: - "مالك": مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: 179هـ)، موطأ مالك برواية محمد بن الحسن الشيباني، تعليق وتحقيق: عبد الوهاب عبد اللطيف، المكتبة العلمية، الطبعة الثانية، مزينة منقحة، كتاب الصرف وأبواب الريا، باب: إحياء الأرض بإذن الإمام، أو بغير إذنه، ح 834 ج 1 ص 295. - "أبو داود": سنن أبي داود، كتاب الخراج والإمارة والفقيه، باب في إحياء الموات، ح 3074 ج 3 ص 178. - "الترمذي": سنن الترمذي، أبواب الأحكام عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب ما نكح في إحياء أرض الموات، ح 1379 ج 3 ص 655. - "البيهقي": السنن الكبرى، كتاب إحياء الموات، باب من أحيأ أرضا ميتة فهي له يعطية رسول الله صلى الله عليه وسلم دون السلطان، ح 11782 ج 6 ص 237. - "الطبراني": المعجم الكبير، باب العين، طاووس عن ابن عباس، ح 10935 ج 11 ص 28.

وَسَلَّمَ قَالَ: "مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيِّتَةً لَيْسَتْ لِأَحَدٍ فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا"<sup>(1)</sup>، وما رواه الشافعي بسنده عن ابن طاووس، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: "مَنْ أَحْيَا مَوْتًا مِنَ الْأَرْضِ فَهُوَ لَهُ، وَعَادِي الْأَرْضِ لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ، ثُمَّ هِيَ لَكُمْ مِنِّي"<sup>(2)</sup>، وما أخرجه ابن الملقن بسنده عن ابن عباس: "موتان الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم مني"<sup>(3)</sup>، ونجد أن الأحاديث دلت صراحة على أن الإحياء يجري على الأرض الموات، والأرض الموات ليست غير العامرة والخربة أو المهجورة فقط، وإنما كذلك هي التي لا مالك لها<sup>(4)</sup>، وعدم الملك أساس معتد به، لا يجوز تجاوزه، كما صرحت بعض الأحاديث بعدم اختصاص أحد بملك الأرض محل الإنماء، ونفت التعرّق في ملك الغير غصبا لاستحقاق آثار الإنماء، ولو عجز أهلها عن إنمائها بسبب الإقلال أو لغيره، ومن ثمّ فالملك الجاري في الأرض هو مانع يمنع أي شخص من أعمال الإنماء بها وفيها<sup>(5)</sup>.

1 - رواه البيهقي وغيره: - "البيهقي": السنن الكبرى، كتاب إحياء الموات، مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيِّتَةً لَيْسَتْ لِأَحَدٍ، ح 5727 ج 5 ص 324. - "النسائي": أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي (المتوفى: 303هـ)، السنن الكبرى، المحقق: حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، 1421 هـ/2001م، بَابُ كِتَابِ الْإِحْيَاءِ، مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيِّتَةً لَيْسَتْ لِأَحَدٍ، ح 5727 ج 5 ص 324.

2 - "الشافعي": المسند للشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (المتوفى: 204هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1400هـ، وَمِنْ كِتَابِ الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ وَعِمَارَةِ الْأَرْضِينَ مِمَّا لَمْ يَسْمَعْ الرَّبِيعُ مِنَ الشَّافِعِيِّ وَقَالَ: أَعْلَمُ أَنَّ ذَا مِنْ قَوْلِهِ، وَبَعْضُ كَلَامِهِ هَذَا سَمِعْتُهُ فِي كِتَابِهِ الْكَبِيرِ الْمُنَبَّطِ، ص 382.

3 - "ابن الملقن": ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (المتوفى: 804هـ)، خلاصة البدر المنير، الطبعة الأولى، 1410هـ/1989م، كتاب السلم، كتاب إحياء الموات، ح 1664 ج 2 ص 110.

4 - سبق وتناولنا تحقيق مسألة الملك، وما يتفرع عنها كالحاصل في أرض الإسلام وغيره، والحاصل قبل الإسلام وبعده وما بعد زمنه غابرا، وما دنا، والإسلامي والجاهلي، وغير ذلك، ومن ثمّ نحيل إليها في شأن تفصيل الملك.

5 - "المرغيناني": الهداية في شرح بداية المبتدي، مجلد 2 ج 4 ص 383. - "ابن نجيم": البحر الرائق، ج 8 ص 385. - "الزبيدي": الجوهرة النيرة، ج 10 ص 57. - "الكاساني":

أما استدلالهم بالإجماع فمما رواه ابن عبد البر وغيره، أنه قد أجمع الصحابة رضي الله عنهم والفقهاء من بعدهم على أن ما عُرف بِمَلِكٍ مَالِكٍ غَيْرِ مُنْقَطِعٍ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِحْيَاؤُهُ لِأَحَدٍ غَيْرِ أَرْبَابِهِ، وحصول الملك في الأرض يمنع إحيائها، ولا يجوز لشخص أن يقوم بأي عمل من أعمال الإنماء إلا أن يأذن المالك، فإن لم يأذن أو لم يصل إليه ليستأذنه، فلا يجوز القيام بالإنماء، وإن قام لا يرتب آثاره<sup>(1)</sup>.

### ثانياً: العمران:

لا شك أن هدف تشريع الإنماء إحداث عمران بالأرض الدائرة والدارسة وما في حكمها مما تحققت بها معاني موات الأرض وانعدام العمران بها ومظاهره، فلا يملك بالإنماء معمور وإن اندرست العمارة، لقوله صلى الله عليه وسلم: "من أحيأ أرضاً ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق"<sup>(2)</sup>، والعرق

بدائع الصنائع، ج 8 ص 305. - "الكمال ابن الهمام": فتح القدير، ج 10 ص 69. - "ابن عابدين": حاشية ابن عابدين ج 5 ص 377. - "القرافي": الذخيرة، ج 5 ص 279. - "بري": سراج السالك، ج 2 ص 185. - "الصاوي": بلغة السالك، ج 3 ص 578. - "الشيرازي": المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج 16 ص 77. - "الماوردي": الحاوي الكبير، ج 7 ص 475:474. - "النووي": روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج 4 ص 345. - "المقري": إخلاص الناوي، ج 2 ص 437. - "الجمال": حاشية الجمال، ج 5 ص 563. - "ابن قدامة": المغني لابن قدامة، ج 5 ص 563. - "إبراهيم المقدسي": العدة شرح العمدة، ص 255. - "ابن حزم": المحلى بالآثار، ج 7 ص 73، ص 77:76.

1- "ابن قدامة": المغني لابن قدامة، ج 5 ص 562:563. - "المرداوي": الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج 6 ص 336.

2- رواه البيهقي وغيره: - "البيهقي": السنن الكبرى، كتاب الفُضْب، باب لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ، ح 11538 ج 6 ص 164. - "الترمذي": سنن الترمذي، أبواب الأحكام عَنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، باب مَا تَكَرَّرَ فِي إِحْيَاءِ أَرْضِ الْمَوَاتِ، ح 1378 ج 3 ص 654. - "أبو داود": سنن أبي داود، كتاب الخراج والإمارة والنهي، باب في إحياء الموات، ح 3073 ج 3 ص 178. - "النسائي": السنن الكبرى، كتاب إحياء الموات، مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً لَيْسَتْ لِأَحَدٍ، ح 5729 ج 5 ص 325. - "الطبراني": المعجم الكبير، باب العين، عَمْرُو بْنُ عَوْفٍ بْنِ مَلْحَةَ الْمُرْنِيَّةِ، ح 17 ج 13.

الظالم كل ما أحتقر أو أخذ أو غرس بغير حق، وقد تقدم أن الموات لغة ما لم يتقدم عليه ملك، ولا ينتفع به، ومنطوق الحديث يقتضي ترتب الملك على الإنماء في الميت، ومفهومه يقتضي عدم ترتبه في غيره، كما أن أسباب تملك المباح الفعلية تبطل ببطلان وجود المباح المعتبر في شأنها، أما أسباب الملك القولية لا يبطل الملك ببطلانها؛ لأنها إنما ترد على مملوك غالباً، فأصل الملك قبلها وإفادتها للملك قوى، وأما الفعل بمجرد له قوة رفع الملك المعتبر، بل يبطل ذلك الفعل، كمن بنى في ملك غيره. ويتفرع عنه بالنسبة لخراب يبعد عن المدينة وكان مملوكاً، ولا يُعرف له أهل وصار أكواماً، فلا يحييه أحد، بل وليس للإمام إقطاعه، لتقدم الملك عليه. وهو ملك عقاري ثابت لا يخشى هلاكه، بخلاف اللقطة المنقولة، التي يخشى هلاكها أو ضياعها. أما إن صارت الأملاك العامرة شعاري، أي مهجورة خربة لا عمران فيها، أو إن انحلت عنه أهلها وبادوا، وطال زمانها نظر فيها الإمام، ويجوز له أن يملكها، بالإنماء، وللشافعية قولان في جواز تملكها قياساً على اللقطة، الأول بجواز التملك والثاني بعدم الجواز، وقد سبق وفرقنا بين اللقطة والأرض، لاختلاف طبيعة المالكين بين العقار الثابت، والمنقول. والحاصل أن العمران ما دام جارياً، ولا يوجد موات، فلا محل من حيث الأصل لإثارة مسألة الإحياء؛ لأنه لا موات في حقيقة الأمر، وقد دل مطلق الأحاديث الواردة في تشريع إحياء الموات وعموميتها، في التأكيد على موتان الأرض لجريان الإنماء بها، ومعنى المواتان هو عدم العمران. ثم إن العمران يقتضي وجود الملك حقيقة أو حكماً، بحيث أن العاقر لا بد ممن أعمره سابقاً، وحصل عمرانها، فإن كان فهو لمن أعمر، وهو المالك، أما إن كان هذا العمران عن سابقة موات فهو لمن أحياه سابقاً، كما أن العاقر إن لم يكن له مالك شخص، فقد يكون من المنافع التي رتبها الإمام للناس، ومن ثم فالعاقر هنا ملكية عامة لا خاصة، والفقهاء وهم يرصدون أمر العمران إن كان متحققاً، وجدوه من جميع الوجوه لا مدخل للإحياء فيه، بل نصوا على ضرورة أن يبعد موضع الإحياء عن العمران، لمذئنة الملك في العمران، ولانقضاء صفة الموات، عن الأرض العامرة، وموات الأرض ركن لا وجود لإحياء الموات دونه<sup>(1)</sup>.

1- "المرخنياني": الهداية في شرح بداية المبتدي، مجلد 2 ج4 ص383. - "ابن نجيم": البحر الرائق، ج8 ص388. - "الزبيدي": الجوهرة النيرة، ج10 ص58:57. - "الكاساني": بدائع الصنائع، ج8 ص305. - "الكمال ابن الهمام": فتح القدير، ج10 ص70. - "ابن عابدين": حاشية ابن عابدين ج5 ص378. - "القرافي": الذخيرة، ج5 ص280:282. -



## المطلب الثاني

### نطاق موانع الإنماء التبعية

الموانع التبعية نطق تحد من إمكانية إنماء المحل المبتغى، ليس لذاتها، إذ بذاتها محال للإنماء، ولكنها موانع من باب تعلق المحل المُنمى بغيرها. وهي الحریم، الذي لا يستقل بذاته، لأنه لا يوجد ما يُسمى حریم، دون وجود ما يكون حریما له، كحریم المدينة والقرية والأنهار وغيرها. ومثل الحمى وهو مثله، وكذلك الإقطاع حيث يستند لفعل الإمام ومثله التحجير. ومن ثم نتناولها في فرعين متواليين، بحيث نخصص الحریم والحمى في الفرع الأول، لتقاربها، ونجعل الإقطاع والتحجير لكونهما متقاربان في الفرع الثاني. وذلك وفق الآتي:

### الفرع الأول

#### موانع الحریم والحمى

الحریم والحمى، كلاهما نطاق يُضرب حول المكان العامر النامي لمصلحة العمران فيه، أو لعامريه. ونتناول كل منهما فيما يلي:

#### أولاً: حریم العمران:

يقصد بحریم العمران تلك المساحة التي تتبعه، بحيث قد يقع ضرر إن لم توجد أو احتلها آخر، وأقام عليها عمارة قد تؤثر على الأول وعمارته، أو قد يتضرر منها ليس فقط مادياً، بل معنوياً أيضاً، كأنكشاف عورة داره أو نسائه، أو التضييق على النساء، أو منع نسائم الريح وإمكانية اتخاذ من الحریم ساحة

---

"الصاوي": بلغة السالك، ج3 ص579. - "الماوردي": الحاوي الكبير، ج7 ص474:475، ج480:479. - "المقري": إخلاص الناوي، ج2 ص433. - "الجمال": حاشية الجمال، ج5 ص563:562. - "ابن قدامة": المغني لابن قدامة، ج5 ص563. - "إبراهيم المقدسي": العدة شرح العدة، ص255. - "المرداوي": الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج6 ص341.

خدمات للعامر أو مستلزماته أو مشروعاته التوسعية اللازمة له، ويدخل في ذلك مرعاه ومقوده ومخازنه وترفيهه وتجهيز خاماته ومنتجاته، بل وتخزين وسائل نقله وأماكن الانتظار، وعامة كل ما يدخل في هذه المعاني ماديا ومعنويا.

وقد تناول الفقهاء هذه المسألة على مستويين، الأول الحريم ذاته، وهو الملاصق للعامر، والمستوى الثاني هو حد الحريم، ومدى البعد عنه، والذي قد يؤثر في احتياجات العامر أو تحسيناته. والفقهاء يكادون يتفقون دون خلاف معتبر على الأول. أما حد الحريم فكان اختلافهم فيه بينا. ولمزيد من الإيضاح نتناولها المسألتين فيما يلي:

### المستوى الأول: حريم العمران ذاته:

ذهب بعض الشافعية والحنابلة في رواية لأحمد إلى جواز إحياء حريم العامر من غير مالك العامر الملاصق<sup>(1)</sup>، ومن ثم فحريم العمران على قولهم ليس مانعا من الإحياء. بينما في قول ثان اتفق الفقهاء في عمومهم على عدّ حريم العامر تابعا للعامر ومتمم لملكه، ويختص به مالكة، ولا يجوز إحياءه من الغير، ذهب إلى ذلك عموم الفقهاء من الحنفية والمالكية وبعض الشافعية وجمهور الحنابلة والظاهرية<sup>(2)</sup>.

1- "ابن قدامة": المغني لابن قدامة، ج 5 ص 567. - "الماوردي": الحاوي الكبير، ج 7 ص 480.

2- "المرغيناني": الهداية شرح بداية المبتدي، مجلد 2 ج 4 ص 384. - "الكاساني": بدائع الصنائع، ج 8 ص 310. - "ابن نجيم": البحر الرائق، ج 8 ص 388. - "الكمال ابن الهمام": فتح القدير، ج 10 ص 70. - "ابن عابدين": حاشية ابن عابدين ج 5 ص 378. - "القرافي": الذخيرة، ج 5 ص 283:282. - "بري": سراج السالك، ج 2 ص 185. - "الصاوي": بلغة السالك، ج 3 ص 579:580. - "المقري": إخلاص الناوي، ج 2 ص 436. - "الشيرازي": في فقه الإمام الشافعي، ج 16 ص 78:80. - "الماوردي": الحاوي الكبير، ج 7 ص 479. - "النووي": روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج 4 ص 348. - "الجمل": حاشية الجمل، ج 5 ص 562:563. - "ابن قدامة": المغني لابن قدامة، ج 5 ص 566:567، ص 571. - "ابن قدامة": الكافي في فقه الإمام أحمد، ج 22 ص 17. - "ابن حزم": المحلى بالآثار، ج 7 ص 81:83.

وقد استدلل أصحاب القول الأول على أنه يجوز إحياء حريم العامر، وبالتالي إلى أن الحريم ليس مانعاً، بالسنة والمعقول. فقالوا يجوز إحياءه. فقد قال أحمد، في رواية أبي الصقر، في رجلين أحبباً قطعتين من موات، وبقيت بينهما رقعة، فجاء رجل ليحييها، فليس لهما منعه، وقال في جبانة بين قريتين: من أحيهاها، فهي له. لعموم قوله عليه الصلاة والسلام: "من أحيأ أرضاً ميتة فهي له"<sup>(1)</sup>، وما أخرجه ابن شبة بسنده عن مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى قَالَ: حَدَّثَنَا مَنْ نَشِقُ بِهِ مِنْ آلِ حَزْمٍ وَغَيْرِهِمْ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَقْطَعَ بِلَالُ بْنُ الْحَارِثِ الْمُزْنِيَّ الْعَقِيقَ، وَكَتَبَ لَهُ فِيهِ كِتَابًا نُسَخْتُهُ: "بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ، هَذَا مَا أَعْطَى مُحَمَّدٌ رَسُولَ اللَّهِ بِلَالُ بْنُ الْحَارِثِ، أَعْطَاهُ مِنَ الْعَقِيقِ مَا أَصْلَحَ فِيهِ مُعْتَمَلًا"<sup>(2)</sup>. دل الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم، أقطع بلال بن الحارث المزني العقيق، وهو يعلم أنه بين عمارة المدينة. ولأنه موات لم يتعلق به مصلحة العامر، فجاز إحياءه كالبعيد.

ويؤخذ على هذا القول أنه عموم النص دون تخصيصه تخصيصاً مقارناً أو غير مقارن، وما قد يقيد من شروط وموانع، تعرف بنصوص وطرق آخر غير النص المذكور، إذ نصوص الشرع وأدلته تؤخذ جملة، ولا يجوز النظر لبعضها دون البعض، أو إعمال بعضها وإهمال بعضها الآخر، ولكن إعمالها جميعاً دون إهمال شيء منها مقدم. ومن ثم فقد وردت نصوص أخرى تعتد

1 - رواه مالك وغيره: قال أبو عيسى حديث حسن صحيح: - "مالك": مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: 179هـ)، موطأ مالك برواية محمد بن الحسن الشيباني، تعليق وتحقيق: عبد الوهاب عبد اللطيف، المكتبة العلمية، الطبعة الثانية، مزيّدة منقحة، كتاب الصَّرْفِ وَأَبْوَابِ الرِّيَا، بَاب: إِحْيَاءِ الْأَرْضِ بِإِذْنِ الْإِمَامِ، أَوْ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، ح 834 ج 1 ص 295. - "ابو داود": سنن أبي داود، كتاب الخُرَاجِ وَالْإِمَارَةِ وَالْفَيْءِ، بَاب فِي إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ، ح 3074 ج 3 ص 178. - "الترمذي": سنن الترمذي، أَبْوَابِ الْأَحْكَامِ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، بَابُ مَا نَكَرَ فِي إِحْيَاءِ أَرْضِ الْمَوَاتِ، ح 1379 ج 3 ص 655. - "البيهقي": السنن الكبرى، كِتَابُ إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ، بَابُ مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ بِعَطِيَّةِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ثَوْنِ السُّلْطَانِ، ح 11782 ج 6 ص 237. - "الطبراني": المعجم الكبير، باب العين، طَاوُسُ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، ح 10935 ج 11 ص 28.

2- "ابن شبة": تاريخ المدينة لابن شبة، مَا كَانَ يُفْعَلُ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي صَلَاةِ الْإِسْتِسْقَاءِ، ج 1 ص 149:150.

بالحریم<sup>(1)</sup>، وقد فهم الصحابة رضوان الله عليهم الجميع معتدين بذلك كله، وقضوا بحريم العامر لمالك العامر. كما أن قولهم أن الحریم لم يتعلّق به مصلحة العامر محل نظر، ولا يمكن التسلم له، فحريم العمران من تمام الانتفاع بملكه، بالإضافة إلى ما فيه من معان الصيانة لحرمان العمران المادية والمعنوية، وفي إبطال حق الحریم تضييع لكامل نفع العامر.

أما أصحاب القول الثاني الذين قالوا إن حريم العمران يختص به صاحب العمارة وقاله الأئمة دون خلاف يُعتد به بينهم، حيث نصوا على عدّ حريم العمران ضمن منافعه، ولا يجوز لأحد غير محيي الموات إحياء حريمه، واستدلوا على ذلك بالسنة والمعقول.

ومن استدلالهم بالسنة ما أخرجه الحاكم بسنده عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا ضرر ولا ضرار، من ضرّ ضراره الله، ومن شاق شاق الله عليه"<sup>(2)</sup>. دل الحديث على مطلق رفع الضرر، ومن ثم فكل ما يضر للمحيي فيما أعمر له منعه، ومن ذلك قولهم ليس لبئر الماشية ولا للزرع ولا للعيون حريم محدود إلا ما أضر البئر في الأرض الرخوة، يختلف عن آخر في أرض صلبة أو في صفاء، ولأهل البئر منع من يبني أو يحفر في ذلك الحریم نفيًا للضرر عنهم ولو لم يضر بهم الحفر لصلاية الأرض، حيث سيمنع كمال الانتفاع على أي وجه مما يناسب نوع

1- سنورد بعضها في أدلة أصحاب القول الثاني، بالفقرة التالية.

2 - الحديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يُخرجه هو ولا البخاري: - "الحاكم": المستدرک على الصحيحين، کتاب البئوع، وأما حديث معمر بن راشد، ح 2345 ج 2 ص 66. - "البيهقي": السنن الكبرى، کتاب الصلح، باب لا ضرر ولا ضرار، ح 11384 ج 6 ص 114. - "مالك": مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبجي المدني (المتوفى: 179هـ)، الموطأ، المحقق: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، أبو ظبي، الإمارات، الطبعة الأولى، 1425هـ/2004م، كتاب الأفضية، القضاء في المرفق، ح 600/2758 ج 4 ص 1078. - "ابن حنبل": مسند الإمام أحمد بن حنبل، ومن مسند بني هاشم، مسند عبد الله بن عباس بن عبد المطلب، عن النبي صلى الله عليه وسلم، ح 2865 ج 5 ص 55. - "ابن ماجه": سنن ابن ماجه، أبواب الأحكام، باب من بئى في حقه ما يضر بجاره، ح 2340 ج 3 ص 430. - "الطبراني": المعجم الكبير، باب الماء، ثعلبة بن أبي مالك القرظي، ح 1387 ج 2 ص 86.

الإعمار الحاصل، فما ناسب إعمار البناء غير ما يناسب إعمار الصناعة أو التعليم أو الترفيه أو غيره، ومن ذلك ما يحتاجه إعمار التربية والتسمين والرعي، فيلزمها مثلاً مناخ الإبل ومرابض المواشي. فإن حاول أحد الحفر في حريم بئر مُحياه، فللحافر الأول الذي سبق بالإحياء منع ما ينقص الماء، ويمنع المرعى أيضاً. صونا لتعبه عن الضياع، وهذا كله أصل في نفي الضرر من غير تحديد نظراً لاعتبار المعنى<sup>(1)</sup>.

وما أخرجه البيهقي بسنده عن بلال العنسي، عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "لَا حِمَى إِلَّا فِي ثَلَاثٍ: ثَلَاثَةُ الْبَيْرِ، وَطَوَّلِ الْفَرَسِ، وَحَلَقَةِ الْقَوْمِ"<sup>(2)</sup>، ثَلَاثَةُ الْبَيْرِ: أَنْ يَحْتَقِرَ الرَّجُلُ بَيْراً فِي مَوْضِعٍ لَيْسَ بِمَلِكٍ لِأَحَدٍ، فَلَهُ مِنْ حَوَالِي الْبَيْرِ مِنَ الْأَرْضِ، مَا يَكُونُ مَلْقَى لثَلَاثَةِ الْبَيْرِ، وَهُوَ مَا يَخْرُجُ مِنْ تَرَابِهَا لَا يَدْخُلُ فِيهِ عَلَيْهِ أَحَدٌ. وَطَوَّلِ الْفَرَسِ: أَنْ يَكُونَ الرَّجُلُ فِي الْعَسْكَرِ، فَيُرْبِطُ فَرَسَهُ، فَلَهُ مِنْ ذَلِكَ الْمَكَانِ مَسْتَدَارٌ لِفَرَسِهِ فِي طَوْلِهِ يَحْمِيهِ مِنَ النَّاسِ. أَمَا حَلَقَةُ الْقَوْمِ يَعْنِي لَا يَجْلِسُ فِي وَسْطِ حَلَقَتِهِمْ، وَيُقَالُ: هُوَ أَنْ يَتَخَطَّى الْحَلَقَةَ، فَإِنَّهَا حِمَى لِأَهْلِهَا<sup>(3)</sup>. ودل الحديث على جعل الحريم للمحتفر؛ لأنه السابق إلى الأرض الميتة بالإحياء فاستحق بذلك حريمها لعطنه. وهو قول أبي هريرة والشعبي وسفيان الثوري، وعن مالك بن أنس أنه كان لا يرى في الحريم حداً مؤقتاً، وإنما هو بقدر ما لا يدخل البئر الضرر، وكان يرى في الأمصار من الحريم للآبار نحو ذلك، فلو أن رجلاً احتقر في داره بئراً، ثم احتقر جاره بئراً في داره بعد الأول، فغار ماء الأولى إلى الآخرة، أمر الآخر بأن ينحيتها عنه. أما سفيان فيرى حريم للآبار في البوادي والمفاوز فقط<sup>(4)</sup>.

1- "القرافي": النخيرة، ج 5 ص 283:284.

2- "البيهقي": السنن الكبرى، كتاب إحياء الموات، باب ما جاء في حريم الآبار، ج 6 ص 258. - "ابن زنجويه": الأموال لابن زنجويه، كتاب أحكام الأراضي وإقطاعها وإحيائها وحماها ومياهاها، باب: إحياء الأرض وإحيائها، والدخول على من أحيائها حديثاً حميد، ج 1083 ص 656.

3- "البيهقي": محيي السنة أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغدادي الشافعي (المتوفى: 516هـ)، شرح السنة، المحقق: شعيب الأرنؤوط، و، محمد زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، دمشق، بيروت، الطبعة الثانية، 1403هـ/1983م، كتاب البيوع، باب الحمى، ج 8 ص 275.

4- "ابن زنجويه": الأموال لابن زنجويه، ج 2 ص 656.

وما أخرجه الحاكم بسنده عن أبي سفيان بن الحارث بن عبد المطلب، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إِنَّ اللَّهَ لَا يَقْدِسُ أُمَّةً لَا يَأْخُذُ الضَّعِيفَ حَقَّهُ مِنَ الْقَوِيِّ وَهُوَ غَيْرُ مُتَمَتِّعٍ» (1). أي: لا يطهرها (2). وما أخرجه الطبراني بسنده عن كثير بن عبد الله، عن أبيه، عن جده، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "من أحيأ مواتا من الأرض في غير حق مسلم فهو له وليس لعرق ظالم حق" (3). ودل الحديثان كالسابق على تعظيم حرمة حق المسلم، وقدرته في الانتفاع بماله، ومجهوده وحق داره وأولاده، والعنت به في هذا ثبوت الحق وكمال ما ينتفع به، مهما كان صاحبه ضعيفا والأخر قويا، فقد جاء الشرع لنصرة الحق، وللانتصار للضعيف فيه حقه من القوي المعتدي.

أما استدلالهم من المعقول فمنه أن ما قرب من العامر، وتعلق بمصالحه، من طرقة، ومسيل مائه، ومطرح قمامته، وملقى ترابه والآتة، ومعداته ومخازنه ومواقفه وإمكانيات تمدده وتوسعته ونحو ذلك، فلا يجوز إحياءه، بغير خلاف

1- حديث صحيح، صححه الحاكم والألباني، وروي دون عبارة: "وهو غير متمتع": - "الحاكم": المستدرک علی الصحیحین، کتاب مغرقة الصخابة رضي الله عنهم، يكر مناقب أبي سفيان بن الحارث بن عبد المطلب رضي الله عنه، ح 5117 ج 3 ص 287. - "البيهقي": السنن الكبرى، كتاب إحياء الموات، باب: سواء كل موات لا مالك له أين كان، ح 11801 ج 6 ص 241، وكتاب آداب القاضي، باب ما يستدل به على أن القضاء وسائر أعمال الولاية مما يكون أمرا بمغزوف، أو نهيا عن منكر من فروض الكفایات، ح 20201 ج 10 ص 160. - "الطبراني": المعجم الكبير، باب العين، ح 10534 ج 10 ص 222. - "الشافعي": المسند للشافعي، ومن كتاب الطعام والشراب وعمارة الأرضين مما لم يسمع الربيع من الشافعي وقال: أعلم أن ذا من قوله، وبعض كلامه هذا سمعته في كتابه الكبير المنبسط، ص 381.

2- "البغوي": شرح السنة، كتاب البيوع، باب إحياء الموات، ج 8 ص 271.

3- الحديث صحيح: - "الطبراني": المعجم الكبير، باب العين، عمرو بن عوف بن ملحة المزني، ح 4 ج 17 ص 13. - "البخاري": صحيح البخاري، كتاب المزارعة، باب من أحيأ أرضا مواتا، ترجمة الباب، ج 3 ص 106. - "البيهقي": السنن الكبرى، كتاب إحياء الموات، باب من أحيأ أرضا ميتة ليست لأحد، ولا في حق أحد، فهي له، ح 11777 ج 6 ص 236. - "ابن زنجويه": الأموال لابن زنجويه، كتاب أحكام الأراضي وإقطاعها وإحيائها وحماها ومياهاها، باب: إحياء الأرض وإحيائها، والدخول على من أحيأها حديثا حميدا، ح 1052 ج 2 ص 637.

في المذاهب. وكذلك ما تعلق بمصالح القرية المحياه، كفنائها، ومرعى ماشيتها، ومحتطبها، وطرقها، ومسيل مائها، لا يملك بالإحياء. ولا يُعلم في هذا خلاف بين أهل العلم. وكذلك حريم البئر والنهر والعين، وكل مملوك لا يجوز إحياء ما تعلق بمصالحه؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "من أحيأ أرضاً ميتة في غير حق مسلم، فهي له"<sup>(1)</sup>. ومفهومه أن ما تعلق به حق مسلم لا يملك بالإحياء، وهو عامة ما يحتاج إليه لمصلحة العامر من المرافق، كحريم البئر وفناء الدار والطريق ونحوها، ولأنه تابع للمملوك، ولو جوزنا إحياءه، لبطل الملك في العامر على أهله، وهذا عكس المقصود من الإحياء ومن الانتفاعات عموماً<sup>(2)</sup>. ومسيل الماء لا يجوز إحياءه لأنه تابع للعامر فلا يملك بالإحياء؛ ولأنه إن جاز إحياءها بطل الملك في العامر على أهله، وكذلك ما بين العامر من الرحاب والشوارع ومقاعد الأسواق لا يجوز تملكه بالإحياء؛ لأن الشرع قد ورد بإحياء الموات، وهذا من جملة العامر، وإن جاز ذلك لضيق على الناس في أملاكهم وطرقهم وهذا لا يجوز. ولا يجوز لغير مالك العامر إحياءه؛ لأنه تابع للعامر، مملوك لصاحبه<sup>(3)</sup>.

ولأن حريم العامر قد كان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم على عهد خلفاءه رضي الله عنهم، مُقراً على أهله، ولم يتعرض أحد لإحياءه مع ما انتهوا إليه عند كثرتهم من ضيق العامر بهم، ولأنه لو جاز إحياء حريم العامر ومنع أهله منه بالإحياء لبطل العامر على أهله وسقط الانتفاع به، لأنه يقضي إلى أن يبني الرجل داراً يسد بها باب جاره فلا يصل الجار إلى منزله، أو محله أو مزرعته أو مصنعه أو معمله أو غير ذلك مما أحياء وعمره، وما قد يؤدي إلى هذا من الضرر كان ممنوعاً منه، وليس الحريم بهذا المعنى مواتاً<sup>(4)</sup>.

- 1 - رواه البيهقي وغيره: - "البيهقي": السنن الكبرى، كتاب إحياء الموات، من أحيأ أرضاً ميتةً لَيْسَتْ لأحد، ح 5727 ج 5 ص 324. - "النسائي": السنن الكبرى، باب كتاب الإجازة، من أحيأ أرضاً ميتةً لَيْسَتْ لأحد، ح 5727 ج 5 ص 324.
- 2 - "ابن قدامة": المغني لابن قدامة، ج 5 ص 566:567.
- 3 - "النووي": روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج 4 ص 349:350. - "ابن قدامة": الكافي في فقه الإمام أحمد، ج 22 ص 17. - "ابن حزم": المحلى بالآثار، ج 7 ص 81:82.
- 4 - "الماوردي": الحاوي الكبير، ج 7 ص 476.

## القول الراجح:

مما سبق يترجح ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني، الذين قالوا إن حريم العامر لا يجوز إحياءه من غير مالك العامر نفسه، وهو مانع من الإحياء؛ وذلك لقوة أدلتهم ووجاهة منطقتهم، وما يحققه هذا القول من مصلحة راجحة يقرها الشرع، سواء عامة أم خاصة.

ونخلص من هذا إلى اتفاق الفقهاء إلى أن الحريم ذاته مانع من الإحياء، ولكن ما هو حد هذا الحريم، وما معياره؟ وفي إجابة هذا السؤال اختلف الفقهاء، وهذا ما نتناوله فيما يلي:

## المستوى الثاني: حد حريم العمران:

عرضنا لحريم العمران، وهو ما كان تاليا له مجاورا له وملاصقا، بحيث لا تتم الفائدة من العامر إلا بحريمه، ولكن إن بعدت المسافة عن العامر، فإلى أي مدى يمتد الحريم، وهل له معيار محدد؟ وفي هذه المسألة فرق الفقهاء بين مطلق حريم العمران من جهة، وحريم مصادر المياه الأرضية مثل الأنهار الآبار والعيون والقنوات وما في حكمها من جهة أخرى. ونتناول كل من النقطتين فيما يلي:

## مطلق حريم العمران:

اختلف الفقهاء في مطلق حريم العمران فذهبوا إلى ثلاثة أقوال، هي: القول الأول ذهب إليه الحنفية وقالوا يمتد الحريم بمدى انتهاء صوت الرجل الجمهوري الصوت. أما القول الثاني ذهب إليه الليث بن سعد وقال يمتد الحريم إلى مسافة غلوة بمقدار خمسة فراسخ. أما القول الثالث فقد ذهب إليه جمهور الفقهاء المالكية وبعض الشافعية وجمهور الحنابلة، وقالوا يحدد حريم العمران العرف الجاري في مكان العمران والعرف المعمول به في مثل نوع الإحياء الحاصل. ونتناول هذه الأقوال وأدلتها فيما يلي:

استدل بالمعقول أصحاب القول الأول الذين قالوا إن يمتد الحريم بمدى انتهاء صوت الرجل الجمهوري الصوت، وهذا الحريم البعيد من القرية أو المدينة أو



الأرض المحيية، بحيث إن وقف إنسان جهوري الصوت من أقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت فيه فقد انتهى الإحياء والعمران وحریمهما معا، وما بعده موات جاز إحياءه، ولا يتعلق به حق العامر ولا حریمه، وعامة لا يجوز إحياء ما قرب من العامر ويترك مرعى لأهل العمران ومطرحا لحصاندهم؛ لتحقق حاجتهم إليها حقيقة أو دلالة، ولا يكون مواتا لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر<sup>(1)</sup>.

يؤخذ على هذا القول أنه مغرق في شخصية المعيار، فلا يمكن الاعتماد على جهورية الصوت وارتفاعه، وبخاصة في مثل أيامنا هذه، حيث نمط الحياة الحديث والمتطور، والمزحوم بالمبتكرات الحديث في مجال الصوتيات وغيرها، فهل يجهر الإنسان من أجل حد حريم عامره بصوته الطبيعي أم بألة مكبرة للصوت. وهل يتناسب هذا مع نوع الإعمار الحاصل، فيكون حريم الإعمار الحاصل بالبناء هو ذاته حد حريم إعمار تسمين المواشي والغنام، وهو هو حريم الإعمار بالتعليم والبحث العلمي أو بالصناعة أو الزراعة أو غير ذلك مما في هذا الباب.

ثم ما هو معيار الجهورية، والإنسان الجاهر، في ظل هذا العصر وانتشار الآلة والحاسوب، وماذا إن استعمل أهل قرية تقنية توصل الصوت للبعيد لا القريب، أو تقنية أخرى توصل الصوت للقريب لا للبعيد، أو تقنية ثالثة توصل الصوت للقريب والبعيد معا؟ والحاصل أن أصحاب هذا القول لم يذكروا دليلا معتبرا من نصوص الشرع، فصادم قولهم المنقول والمعقول، ومن ثم يتعذر التسليم لهم.

أما القول الثاني ذهب إليه الليث بن سعد، وقال يمتد الحريم إلى مسافة غلوة بمقدار خمسة فراسخ<sup>(2)</sup>. والفرسخ: جمع وواحد الفراسخ، فارسي معرب<sup>(3)</sup>.

1- "المريغاني": الهداية شرح بداية المبتدي، مجلد 2 ج 4 ص 383. - "الكاساني": بدائع الصنائع، ج 8 ص 305. - "ابن نجيم": البحر الرائق، ج 8 ص 386. - "الكمال ابن الهمام": فتح القدير، ج 10 ص 70:69. - "ابن عابدين": حاشية ابن عابدين ج 5 ص 378.

2- "ابن قدامة": المغني لابن قدامة ج 5 ص 567.

3- "الفارابي": الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، باب الخاء، فصل الفاء، (فرسخ)، ج 1 ص 428. - "الرازي": مختار الصحاح، حرف الفاء، (ف ر س خ)، ص 237.

وسمي: الفَرَسَخُ فَرَسَخاً لأنه إذا مشى صاحبه استراح عنده وجلس (8). والفرسخ من المسافة المعلومة في الأرض. وهو من الأطوال أو الأوقات المرتبطة بمسافة طولية، وقيل في معياره أكثر من قول، منها: أنه مُقاس بالغلوة، و(الغلوة) مقدار رمية (وعن الليث) الفرسخ التام خمس وعشرون غلوة ويقال (غلا بسهمه غلوا أو غالي به غلاء) إذا رمى به أبعد ما قدر عليه (9). والفرسخ: السكون، وقالوا: فراسخ الليل والنهار ساعتها وأوقاتها، ويُقال: هؤلاء قوم لا يعرفون مواقيت الدهر وفراسخ الأيام، وقالوا: حيث يأخذ الليل من النهار. وقالوا فيه: الفرسخ: ثلاثة أميال أو ستة، سمي بذلك لأن صاحبه إذا مشى قعد واستراح من ذلك كأنه سكن، والفرسخ: الفرجة، ويقال لشيء لا فرجة فيه: فرسخ، كأنه على السلب، وهو ضد. وقولهم انتظرتك فرسخاً، أي الطويل من الزمان، أي من الليل أو من النهار، وكأن الفرسخ أخذ من هذا، والفرسخ الفينة، وهو ما بين السكون والحركة. ولفرسخ: الشيء الدائم الكثير الذي لا ينقطع (10). والفرسخ في الإنجليزية League، وفي الفرنسية Lieue، ويُنطق في العربية بفتح الفاء والسين وبينهما راء مهملة ساكنة، وهو ثلاثة أميال، وهو على ثلاثة أقسام: فرسخ طولي ويسمى بالخطي أيضاً، وهو اثنا عشر ألف ذراع طولي، وهو المشهور. وقيل ثمانية عشر ألف ذراع أو اثني عشر ألف ذراع (نحو ثمانية كيلو مترات). وفرسخ سطحي وهو مربع الطولي. وفرسخ جسمي وهو مكعب الطولي (11).

ونلاحظ أن الإمام الليث لم يبين لنا رأيه في مقدار الفرسخ على وجه الحسم، على الرغم من أن ظاهر قوله أراد منه حسم الخلاف حول حريم العمران بواسطة تحديد مقداره بمسافة طولية، ولكن هذه المسافة قد تناسب عامراً ولا

8 - "الهرابي": تهذيب اللغة، باب الخاء والسين، (خ س) ج 7 ص 269.

9 - "الخوارزمي": المغرب في ترتيب المغرب، باب الغين، الغين مع اللام، ص 344.

10 - "ابن منظور": لسان العرب، كتاب الخاء المعجمة، فصل الفاء، ج 3 ص 44.

"الزبيدي": تاج العروس من جواهر القاموس، فصل الفاء مع الخاء المعجمة، (فرسخ)، ج 7 ص 317.

11 - "التهانوي": موسوعة كشف اصطلاحات الفنون والعلوم، حرف الفاء، ج 2 ص 1267.

- "الفراهيدي": كتاب العين، حرف الخاء، أبواب الرباعي، الخاء والسين، ج 4 ص 332.

- "البستي": مشارق الأنوار على صحاح الآثار، حرف الفاء مع سائر الحروف، فصل الاختلاف والوهم، (ف ر س)، ج 2 ص 153. - "أبو جيب": القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، حرف الفاء ص 282.

تناسب آخر، فما تناسب العمران الزراعي أو التسميني أو البنائي، قد لا يناسب العمران التعليمي أو البحثي أو الصناعي أو الترفيهي، كما أن المساحة الإجمالية للعمران وحجمه ومدخلاته ومخرجاته ولوازمه الأخرى المعتبرة فيه وله، تختلف من نشاط لآخر، ومن ثم سيختلف باختلافها ما يلزمها من حريم. ثم إن الإمام الليث لم يسند قوله إلى نص من الشرع يوجب التوقف عنده، والغالب أن قوله هذا كان فتوى مبناها العرف على عهده، أو مصلحة راجحة انقدحت في عقله حينها، أما يوم الناس هذا فغالبا أمرهم لا يناسبهم مثل هذا التحديد الجامد المبهم في قطعية دلالاته.

أما أصحاب القول الثالث وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء المالكية وبعض الشافعية وجمهور الحنابلة، والذين قالوا يُحدد حريم العمران العرف الجاري في مكان العمران، مع مراعاة طبيعة العرف المعمول به في مثل نوع الإحياء الحاصل وما يناسبه. فقد استدلوا على صحة قولهم بالمعقول.

فقالوا إن التحديد لا يُعرف إلا بالتوقيف من جهة الشرع، ولا يُعرف بالرأي والتحكم، ولم يرد من الشرع في ذلك تحديد، فوجب أن يرجع في ذلك إلى العرف. أما قول من حدد في هذا الأمر هو تحكّم بغير دليل، وليس قولهم في ذلك أولى من إمكانية تحديد حريم العمران بشيء آخر، مثلما إن قلنا ميل ونصف ميل، أو هكتار أو كيلو متر، أو نحو ذلك. كما أن هذا التحديد سواء بالصوت أم بالفراسخ لا يجوز أن يكون حدا لكل ما قرب من عامر؛ لأنه يفضي إلى أن من أحيا أرضا في موات، حرم إحياء شيء من ذلك الموات على غيره، ما لم يخرج عن ذلك الحد، وقد لا يكون لصاحب العامر قدرة على إحيائه أو رغبة فيه، كما قد يكون هذا الحد قليل على ما يحتاجه العامر من حريم يناسب عمرانه(12).

12- "ابن قدامة": المغني لابن قدامة، ج5 ص568.

## القول الراجح:

يتضح من العرض السابق أن القول الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب القول الثالث القائلين إن حريم العمران يتحدد بالعرف، وذلك لقوة إحالتهم للشرع، ورجاحة منطقتهم. حيث إن العرف من الأدلة المعتبرة في الشرع والتي يصح الاعتماد عليها عند عدم وجود نص أعلى منها من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس وغيره، طالما لم يناقض شرعا أو يضاده.

وفي ذلك يقول الله سبحانه وتعالى: { خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ (190) } الأعراف، والعرف هو ما تعارفه الناس وساروا عليه، من قول، أو فعل، أو ترك، ويسمى العادة. وفي لسان الشرعيين: لا فرق بين العرف والعادة، فالعرف العملي: مثل تعارف الناس البيع بالتعاطي من غير صيغة لفظية. والعرف القولي: مثل تعارفهم إطلاق الولد على الذكر دون الأنثى، وتعارفهم على أن لا يطلقوا لفظ اللحم على السمك. والعرف يتكون من تعارف الناس على اختلاف طبقاتهم عامتهم وخاصتهم بخلاف الإجماع فإنه يتكون من اتفاق المجتهدين خاصة، ولا دخل للعامّة في تكوينه. والعرف نوعان: عرف صحيح، وعرف فاسد. فالعرف الصحيح: هو ما تعارفه الناس، ولا يخالف دليل شرعي ولا يحل محرماً ولا يبطل واجباً. كتعارف الناس عقد الاستصناع، وتعارفهم تقسيم المهر إلى مقدم ومؤخر، وتعارفهم أن الزوجة لا تزف إلى زوجها إلا إذا قبضت جزءاً من مهرها، وتعارفهم أن ما يقدمه الخاطب إلى خطيبته من حلي وثياب هو هدية لا من المهر، أو العكس. وأما العرف الفاسد فما تعارفه الناس، ولكنه يخالف الشرع أو يحل المحرم أو يبطل الواجب، مثل تعارف الناس كثيراً من المنكرات في الموالد والماتم، وتعارفهم أكل الربا و عقود المقامرة. والعرف الصحيح يجب مراعاته في التشريع وفي القضاء، وعلى المجتهد مراعاة في تشريعه، وعلى القاضي مراعاته في قضائه؛ لأن ما تعارفه الناس وما ساروا عليه صار من حاجاتهم ومتقفاً ومصالحهم، فما دام لا يخالف الشرع وجبت مراعاته، والشارع راعي الصحيح من عرف العرب في التشريع، ففرض الدية على العاقلة، وشرط الكفاءة في الزواج واعتبر العصبية في الولاية والإرث. ولهذا قال العلماء: "العادة شريعة محكمة"، و"العرف في الشرع له اعتبار"، والإمام مالك بنى كثيراً من أحكامه على عمل أهل المدينة، وأبو حنيفة وأصحابه اختلفوا في أحكام كثيرة بناء على اختلاف أعرافهم، والشافعي لما هبط إلى مصر غير بعض الأحكام التي كان قد ذهب إليها وهو في بغداد، بسبب تغير العرف، ومن هذا كان له مذهبان قديم وجديد. وفي فقه الحنفية أحكام كثيرة مبنية على

العرف، منها إذا اختلف المتداعيان ولا بينة لأحدهما فالقول لمن يشهد له العرف، وإذا لم يتفق الزوجان على المقدم والمؤخر من المهر فالحكم هو العرف، زمن حلف لا يأكل لحما فأكل سمكا لا يحنث بناء على العرف، والمنقول يصح وقفه إذا جرى به العرف، والشرط في العقد يكون صحيحا إذا ورد به الشرع أو اقتضاه العقد أو جرى به العرف. وقد أُلّف العلامة المرجوم ابن عابدين رسالة سماها: "نشر العرف فيما بني من الأحكام على العرف"، ومن القواعد الفقهية المشهورة في هذا المقام: "المعروف عرفا كالمشروط شرطا"، و"الثابت بالعرف كالثابت بالنص"، و"التعيين بالعرف كالتعيين بالنص". وأما العرف الفاسد فلا تجب مراعاته؛ لأن في مراعاته معارضة دليل شرعي أو إبطال حكم شرعي. والأحكام المبنية على العرف تتغير بتغيره زمانا ومكانا؛ لأن الفرع يتغير بتغير أصله، ولهذا يقول الفقهاء في مثل هذا الاختلاف: "إنه اختلاف عصر وزمان، لا اختلاف حجة وبرهان" (20).

ومن خلال مراعاة العرف حسب الزمان والمكان مع عرف نوع النشاط العمراني، يقوم الإمام بالموازنة وترتيب حدود العوامر ونظامها ومساقاتها التي تفصلها عن العمران. وبهذا يصير كل حريم لعمران مانع من إحياء ما ثبت فيه من موات.

20- "خلاف": علم أصول الفقه، ص 101:99. - "النملة": عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، الجامع لمسائل أصول الفقه وتطبيقاتها على المذهب الراجح، ص 393:395. - "النملة": المُهَدَّبُ فِي عِلْمِ أَصُولِ الْفِقْهِ الْمُقَارَنِ، ج 3 ص 1020:1024. - "العنزي": عبد الله بن يوسف بن عيسى بن يعقوب اليعقوب الجديع العنزي، تيسيرُ علم أصول الفقه، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1418هـ/1997م، ص 214:211. - "سانو": معجم مصطلحات أصول الفقه، حرف العين، ص 284:285. - "فراج": أصول الفقه الإسلامي، ص 164:158. - "الشرنباصي": أصول الفقه الإسلامي، ص 131:123. - "محمود الشافعي": أصول الفقه الإسلامي، ص 191:186. - "الحموي": أحمد بن محمد مكي أبو العباس شهاب الدين الحسيني الحموي الحنفي (المتوفى: 1098هـ)، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1405هـ/1985م، ج 1 ص 296. - "أبو الحارث الغزوي": موسوعة القواعد الفقهية، ج 2 ص 417. - "الزرقا": أحمد بن الشيخ محمد الزرقا (1285هـ/1357هـ)، شرح القواعد الفقهية، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق/ سوريا، الطبعة الثانية، 1409هـ/1989م، ص 241.

## حريم مصادر المياه الأرضية:

مصادر المياه الأرضية هي ما كانت وجوده في الأرض مثل الآبار والعيون، أو كانت جارية عليها مثل الأنهار والجداول والقنوات، ولا شك في أنّ لتلك المصادر أهمية ركنية في حياة الناس، نظرا لضرورة المياه في كل شأن من شؤون الحياة اليومية للإنسان، فمنها كل شيء حي خلقه الله تعالى ولا حياة للبشر وما يفتنون به ويرتون إلا بالمياه، وفي ذلك يقول الله سبحانه وتعالى: {أُولَئِكَ الَّذِينَ كَفَرُوا أَنَّ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ كَانَتَا رَتْقًا فَفَتَقْنَاهُمَا وَجَعَلْنَا مِنَ الْمَاءِ كُلَّ شَيْءٍ حَيٍّ أَفَلَا يُؤْمِنُونَ} (30) {الأنبياء}.

ونظرا لتلك الأهمية المتصاعدة للمياه وبخاصة في ظل تناقصها المستمر وتزايد أعداد البشر من جهة أخرى، فمن المناسب عرض ما تناوله الفقهاء في هذا الشأن، والفقهاء تكلموا عن الأنهار وحكم حريمها، وتكلموا عن الآبار والعيون من جانب آخر، ومن ثم نبدأ بتناول حريم الأنهار وما في حكمها، ثم حريم الآبار والعيون وما في حكمها، وذلك فيما يلي:

## حريم الأنهار:

الأنهار هي المجاري العظيمة للمياه والتي لها مساقط ومصادر ولها مصب، ويكون جريانها في أكثر من إقليم غالبا، وذلك فمعظم الأنهار عابر لحدود الدول، ويدخل في حكمها المجاري الكبيرة مثل الترع والقنوات الكبيرة، والتي لا تتجاوز حدود الدولة الواحدة في غالب أمرها، وقد يطلق الفقهاء عليها نهرا من باب المجاز، وحريمها ما أحاط بها من أرض الوادي ملاصقا لها مكونا لحواف جانبيها، وكذلك ما انكشفت من جزر بفعل الطرح ونحوه.

وقد اتفق الفقهاء على غير خلاف بينهم إلى أن هذه الأنهار لا يجوز حوزها ولا تحجيرها ولا اختصاص أحد بإحياء حريمها إن كان موات، وهي وحريمها ملك مشاع مشترك بين الناس، ويلتزم الإمام بترتيب أموره وإحيائه والانتفاع به، وتكون نفقته من بيت المال، وفانته للناس عامة، وإن أقام أحد الناس فيه عملا إحيائيا أو إنمائيا، فلا يجوز له أن يختص به لنفسه ولا يجوز له أن يأخذ مالا من الناس في انتفاعهم بما أحيى من حريم النهر أو النهر ذاته. واستدلوا على ذلك بالسنة والمعقول، ومنه ما أخرجه البيهقي بسنده عن أبي خدّاش، عن رجل من أصحاب النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " الْمُسْلِمُونَ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ: الْمَاءِ وَالْكَأْلِ وَالنَّارِ "، وفي

روايات أخرى: عَنْ أَبِي خِدَاشٍ قَالَ: كُنَّا فِي عَزَاةٍ فَنَزَلَ النَّاسُ مَنَزَلًا فَقَطَعُوا الطَّرِيقَ وَمَدُّوا الْحَبَالَ عَلَى الْكَلَا، فَلَمَّا رَأَى مَا صَنَعُوا قَالَ: سُبْحَانَ اللَّهِ لَقَدْ عَزَوْتُ مَعَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَزَوَاتٍ فَسَمِعْتُهُ يَقُولُ: «النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ: فِي الْمَاءِ وَالْكَأِ وَالنَّارِ» (25)، دل الحديث على عموم إثبات الشركة للناس كافة، سواء أكانوا مسلمين أم غير مسلمين في هذه الأشياء الثلاثة، وتفسير هذه الشركة في المياه التي تجري في الأودية، والأنهار العظام كجيحون وسيحون، والفرات، ودجلة، والنيل فإن الانتفاع بها بمنزلة الانتفاع بالشمس، والهواء ويستوي في ذلك المسلمون، وغيرهم، وليس لأحد أن يمنع أحدا من ذلك، وهو بمنزلة الانتفاع بالطرق العامة من حيث التطرق فيها، ولا يختص بها أحد دون غيره. ومراد الفقهاء من كلمة الشركة بين الناس بيان أصل الإباحة، والمساواة بين الناس في الانتفاع لا أنه مملوك لهم فالماء في هذه الأودية ليس بملك لأحد (26).

والناس جميعا شركاء في الفرات، وفي كل نهر عظيم أو واد يستقون منه، ويستقون منه الشقة، والخف، والحافر ليس لأحد أن يمنع أحدا من ذلك، وليس لأهل المسقط أو المصدر أن يمنعوا من يلونهم من أهل المجرى والمصب؛ لأن الانتفاع بمثل هذه الأنهار كما سبق كالانتفاع بالشمس والقمر، والطرق العامة، فكما لا يمنع أحد أحدا من التطرق في الطريق العام، فكذلك لا يمنعه

25- حديث صحيح لغيره، وصححه الألباني، رواه البيهقي وغيره: - "البيهقي": السنن الكبرى، كِتَابُ إِخْيَاءِ الْمَوَاتِ، بَابُ مَا لَا يَجُوزُ إِقْطَاعُهُ مِنَ الْمَعَادِنِ الظَّاهِرَةِ، ح 11832 ج 6 ص 248. - "ابن حنبل": مسند الإمام أحمد بن حنبل، أَحَادِيثُ رِجَالٍ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ح 23082 ج 3338 ص 174. - "أبو داود": سنن أبي داود، أَبْوَابُ الْإِجَارَةِ، بَابُ فِي مَنْعِ الْمَاءِ، ح 354 ج 1 ص 97. - "ابن ماجه": سنن ابن ماجه، كِتَابُ الرَّهُونِ، بَابُ الْمُسْلِمُونَ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ، ح 2472 ج 3 ص 528. - "ابن أبي أسامة": أبو محمد الحارث بن محمد بن داهر التميمي البغدادي الخصيب المعروف بابن أبي أسامة (المتوفى: 282هـ)، المنتقى: أبو الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان بن أبي بكر الهيثمي (المتوفى: 807 هـ)، بغية الباحث عن زوائد مسند الحارث، المحقق: د./ حسين أحمد صالح الباكري، مركز خدمة السنة والسيرة النبوية، المدينة المنورة، الطبعة الأولى، 1413هـ/1992م، كِتَابُ التَّبُوعِ، بَابُ: النَّاسِ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ، ح 449 ج 1 ص 580.

26- "السرخسي": المبسوط، مجلد 12 ج 23 ص 164.

من الانتفاع بهذا النهر العظيم، وهذا؛ لأن الماء في هذه الأنهار على أصل الإباحة ليس لأحد فيه حق على الخصوص فإن ذلك الموضع لا يدخل تحت قهر أحد. ولكل قوم شرب أرضهم، ونخلهم، وشجرهم، لا يحبس عن أحد دون أحد، وإن أراد رجل أن يكري منه نهرا في أرضه، فإن كان ذلك يضر بالنهر الأعظم لم يكن له ذلك، وإن كان لا يضر به فله ذلك بمنزلة من أراد الجلوس في الطريق، فإن كان لم يضر بالمارة لم يمنع من ذلك، وإن كان يضر بهم في المنع من التطرق يمنع من ذلك، ولكل واحد منعه من ذلك الإمام وغيره في ذلك سواء، فكذلك في النهر الأعظم. وإن كسر ضفة النهر الأعظم ربما يضر بالناس ضررا عاما من حيث إن الماء يفيض عليهم، وقد قال النبي عليه الصلاة والسلام: "لا ضرر، ولا ضرار" (29) في الإسلام، وعند خوف الضرر يمنع من ذلك لدفع الضرر، وعلى الإمام كراء هذا النهر الأعظم وخدمته وصيانته، إن احتاج إلى الكراء؛ لأن ذلك من حاجة عامة المسلمين، ومال بيت المال معد لذلك، فإن مال المسلمين أعد للصرف إلى مصالحهم (30).

والانتفاع بحريم الأنهار كحافيتها لوضع الأحمال والأثقال وجعل زريبة من قصب لحفظ الأمتعة كما هو واقع اليوم في بعض سواحل الأنهار، فإن فعله للارتفاق به ولم يضر بانتفاع غيره ولا ضيق على المارة ونحوهم ولا عطل أو نقص منفعة النهر كان جائزا، ولا يجوز له أخذ عوض منه على ذلك وإلا حرم ولزمته الأجرة لجميع المسلمين. وكذا يقال فيما لو انتفع بمحل انكشف عنه النهر في زرع ونحوه، وما يحدث في خلال النهر من الجزائر، ويمتنع إحياء هذه؛ لأنها من النهر أو من حريمه والاحتياج إليها واجد للناس، كراكب البحر والمار به، سواء لوضع الأحمال وتداول البضائع أم للاستراحة والمرور ونحو ذلك. بل هي أولى بمنع إحيائها من الحريم الذي يتباعد عنه الماء (31).

29- حديث صحيح سبق تخريجه.

30- "السرخسي": المبسوط، مجلد 12 ج 23 ص 174:175.

31- "الجملة": حاشية الجملة، ج 3 ص 564. - "ابن قدامة": الكافي في فقه الإمام أحمد، ج 22 ص 19. - "ابن قدامة": المغني لابن قدامة، ج 5 ص 583:585.



وعمارة حافات هذه الأنهار، من وظائف بيت المال، ويجوز أن يبني عليها الإمام ما شاء قنطرة لعبور الناس إن كان الموضع مواتاً. وما بين العمران، فهو كحفر البئر في الشارع لمصلحة المسلمين(32).

ولا شك في أن عدم جواز إباحة الأنهار وما في حكمها وحریمها للإحياء لما قد يكون فيها من موات، هو عين الصواب، فإن الصراع محتدم وما زال على المياة بين الأمم، ولعل تنافس الدول وتسابقها لتكريس اختصاصها بالمياة ومصادرهما دون غيرها، لضمان حياتها ورغدها، بل وكذلك لأهداف أخرى كالسيطرة والهيمنة بل ولابتزاز مناطق قد تشح عنها المياة إن غيبت بمصدرها، ولذلك عرفت البشرية الحديثة كثير من المعاهدات والاتفاقيات الدولية لترسيم وترتيب نظم جريان الأنهار ومنع احتجازها أو إعاقة سيرها، ومنع ما يقام عليها وعلى حريمها من عمارات قد تؤثر في استحقاق باقي الناس لمياة النهر وتدفق مجراه، بل وصل الأمر للمحاكم الدولية وغير ذلك من الصراعات، وما أدق قول الفقهاء من خلال عبارة ابن مسعود في هذا المقام حين قال وعن ابن مسعود - رضي الله عنه - قال أسفل النهر أمر علي أهل أعلاه حتى يرووا. وما أخرجه الهيتمي بسنده عن ابن مسعود قال: "أهل أسفل الشرب أمراء على أهل أعلاه" (34)، وفيه دليل أنه ليس لأهل الأعلى أن يسكروا النهر ويحبسوا الماء عن أهل الأسفل؛ لأن حقهم جميعاً ثابت فلا يكون لبعضهم أن يمنع حق الباقيين ويختص بذلك. وفيه دليل على أنه إذا كان الماء في النهر حيث لا يجري في أرض كل واحد منهم إلا بالسكر، فإنه يبدأ بأهل الأسفل حتى يرووا، ثم بعد ذلك لأهل الأعلى أن يسكروا ليرتفع الماء إلى أراضيهم، وهذا؛ لأن في السكر إحداث شيء في وسط النهر المشترك، ولا يجوز ذلك في حق جميع الشركاء، وحق أهل الأسفل ثابت ما لم يرووا، فكان لهم أن يمنعوا أهل الأعلى من السكر، ولهذا سماهم أمراء؛ لأن لهم أن يمنعوا أهل الأعلى من السكر، وعليهم

32- "النوي": روضة الطالبين وعمدة المفتين ج4 ص370.

33- "الهيتمي": أبو الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيتمي (المتوفى: 807هـ)، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، المحقق: حسام الدين القدسي، مكتبة القدسي، القاهرة، 1414هـ/1994م، كتاب النبوع، باب الماء يمر على البساتين، ح6810 ج4 ص161.

34- "الطبراني": المعجم الكبير، باب العين، خطبة ابن مسعود، ومن كلامه، ح9154 ج9 ص236.

طاعتهم في ذلك، ومن تلزمك طاعته فهو أميرك<sup>(36)</sup>. كما يدل الخبر على عدم جواز إقامة السدود والقناطر بل والمعايير طالما أثرت على تدفق المجرى، وذلك من أهل مساقط ومنابع النهر إلا أن يسمح ويأذن عن طيب خاطر أهل المصب أي أهل أسفل النهر، ومن ذلك فإن اتفاقية كاتفاكية "عنتيبي" الخاصة بتنظيم بعض أمور نهر النيل فإنها لا يجوز أن تبيح لأهل بلاد أعالي النيل مثل إثيوبيا أو غيرها أن تقيم أي إشغالات أو إنشاءات مثل السدود أو القناطر أو غيرها على جسم النهر أو أحد فروعه أو روافده أو المجاري والمنابع المؤدية لنهر النيل، إلا أن يأذن صراحة أهل أسفل نهر النيل وهي دولة المصب مصر، وعلى شريطة ألا يخلف ما أذنت فيه ضررا محتملا يؤثر على تدفق المياه وجريان النهر حتى آخر نقطة من مصبه.

ولعل هذا عينه ما انتهت إليه الدراسات القانونية والواقعية التي أجرتها المؤسسات الدولية القانونية وعلى رأسها الأمم المتحدة والمحاكم ذات الصفة الدولية، والتي صدر بموجبها إعلانات واتفاقيات وقرارات ملزمة تنظم عمل الأنهار وحقوق أصحاب المنابع وكذلك حقوق أصحاب المصب، ومن أمثلة ذلك:

قواعد هلسنكي عام 1966م: في شأن حريات وحقوق استعمال مجاري الأنهار الدولية، وبخاصة المادة الخامسة منها.

اتفاقية الأمم المتحدة لعام 1997: وبخاصة في مادتها السادسة، والتي عيّنت بتنظيم حقوق الدول على مجاري الأنهار ومياهها.

قواعد برلين عام 2004: وبخاصة في مادتها الثالثة عشر، والتي تنظم حقوق دول المصب تجاه دول المنبع وحريات استغلال الأنهار الدولية.

إعلان مونتيفيديو: بشأن أوجه الاستخدام الصناعي والزراعي للأنهار الدولية، الذي اعتمده المؤتمر الدولي السابع للدول الأمريكية.

قانون أسونسيون: بشأن استخدام الأنهار الدولية، والتي وقع عليه وزراء خارجية دول حوض نهر لاباتا (الأرجنتين، الأوروغواي، بارجواي، البرازيل، بوليفيا).

خطة عمل مارديل بلاتا: بشأن استغلال الأنهار.

مؤتمر البيئة البشرية: الذي عقدته الأمم المتحدة عام 1972م وأصدر إعلان استوكهولم.

تقرير هيئة الخبراء المنشأة بقرار من المجلس الاقتصادي والاجتماعي: في شأن التنمية المتكاملة لأحواض الأنهار.

<sup>36</sup>- "السرخسي": المبسوط، مجلد 12 ج 23 ص 163.

تقرير الأمين العام للأمم المتحدة: المقدم إلى لجنة الموارد الطبيعية التابعة للمجلس الاقتصادي والاجتماعي.  
دراسة اللجنة الاقتصادية الأوروبية: في شأن الاستخدام الأمثل للأنهار الدولية.  
تقرير هيئة الخبراء المنشأة بالأمانة العامة للأمم المتحدة: في شأن حقوق استخدام الأنهار الدولية.  
دراسات معهد القانون الدولي للأمم المتحدة: في شأن حقوق استعمال الأنهار وحياتها.  
دراسات جمعية القانون الدولي: في شأن الأنهار الدولية وقواعد استخدامها وسلطة الدول المشاطئة.  
وغير هذه الدراسات والإعلانات والاتفاقيات واتجاهات المحاكم الدولية<sup>(37)</sup>، إذ نحت منحى الشريعة الإسلامية في حفظ حقوق أصحاب سفلى النهر من جور أصحاب أعلاه دون تضييع أي من الحقين.

وبالتأمل نجد أن كل هذا وغيره مما في معناه يزيد في إبراز عظمة ذلك التشريع الإسلامي العادل الذي أعطى كل ذي حق حقه، ومنع الجور والحيث والطمع ومطلق الظلم، وقد أشار الله تعالى لأهمية المياه عامة ولخصوصية أهمية الأنهار ما ينبغي أن تتمتع به من استحقاق عام للبشر، كالشمس والهواء كما عبر الفقهاء، ومن ذلك قول الله سبحانه وتعالى: {اللَّهُ الَّذِي خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ وَأَنْزَلَ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً فَأَخْرَجَ بِهِ مِنَ الثَّمَرَاتِ رِزْقًا لَكُمْ وَسَخَّرَ لَكُمْ الْفَلَكَ لِتَجْرِيَ فِي الْبَحْرِ بِأَمْرِهِ وَسَخَّرَ لَكُمْ الْأَنْهَارَ} (32) إبراهيم، أي لكم جميعاً أيها الناس، وليس لأهل المحلة أو لأهل الإيمان فقط، وفي المقابل في مقام الذم والتقريع، سخر الله تعالى من كل جبار أو متسلط يتحكم في مياه النهر وقرن

37- هناك الكثير من الدراسات الدولية والإعلانات والاتفاقيات الدولية، وأحكام المحاكم الدولية في هذا الشأن وجميعها نحى منحى الشريعة الإسلامية على نهج النص الشريف المشار إليه، ولمزيد من الاطلاع والتعمق يرجى النظر في أبواب القانون الدولي العام الخاصة بالمياه. - "حمزة: د./ ياسر حمزة، بحث "الرؤية القانونية حول أزمة السودان على الأنهار"، والمقدم لمؤتمر ومعرض أسبوع المياه العربي الثالث تحت عنوان: "الابتكارات والحلول المستدامة لقطاع المياه فى المنطقة العربية"، الذى تنظمه جامعة الدول العربية (LAS) بالشراكة مع المجلس الوزاري العربي للمياه (AMWC) ووزارة المياه والري الأردنية، والمنعقد بمركز الملك الحسين بن طلال للمؤتمرات - البحر الميت، بالمملكة الأردنية، في المدة من 11 يناير 2015م إلى 15 يناير 2015م.

هذا الجرم بأعظم جريمة هي ادعاء الربوبية، فذكر تعالى ذاما لفرعون وادعاءاته الباطلة، في قوله سبحانه وتعالى: {وَنَادَى فِرْعَوْنُ فِي قَوْمِهِ قَالَ يَا قَوْمِ أَلَيْسَ لِي مُلْكُ مِصْرَ وَهَذِهِ الْأَنْهَارُ تَجْرِي مِن تَحْتِي أَفَلَا تُبْصِرُونَ} (51) {الزخرف}، ومن ثم نخلص إلى أن حريم الأنهار وما في حكمها لا يجوز اختصاص أحد به، وحده جوانبه وما يطرحه أو ينحسر عنه، وكل ما يلزم جريان النهر دون عوائق أو احتجاز، ويمكن أن يرتب الإمام حدود حريم النهر، ويراجعه كل مدة ليعدل ما يقتضي ذلك بسبب تغير عوامل التغيرات الجغرافية وحاجات الناس، ثم إن على الإمام أن يرتب حدود حريم النهر مع الدول الأخرى التي يجري فيها النهر، سواء أكانت دول مصدر أم دول مصب، ويجتهد في منع أي تعدٍ يؤثر على تدفق مياه النهر إلى دولته، مهما بلغ ذلك الحد، وعليه أن يحتاط في ذلك لما يمكن أن تستعمله الدول الأخرى من تقنيات حديثة وابتكارات علمية فائقة التأثير، تؤثر بشكل ما أو بآخر في جريان النهر أو تدفقه وكمية الماء اللازمة للدولة وللمستقبل الأجيال؛ ولذلك فإن حريم النهر وما في حكمه مانع لإحياء الموات.

#### حريم الآبار والعيون:

حريم البئر والعيون والأفلاج وما في حكمها هو ما أحاط بها لتتمام نفعها وكمالها وعدم حصول الضرر لصاحب البئر، فإن تلك الموارد المائية تحتل أهمية قصوى، حيث إنها تلي الأنهار، بل لها الأهمية الأولى في البلاد التي لا تجري فيها الأنهار، ومن ثم فإن بيان حكمها يحتل أهمية خاصة، والبئر أو العين قد يتضرر ماؤها من احتقار بئر أخرى في حريمها، فتغور الماء من البئر الأول إلى الثاني، ومن ثم يفقد صاحبها مصدر حياته وإحيائه هو وكل أهل بلدته أو مكانه الذي يفيد من البئر، كما أن استباحة حريمها بما يمنع صاحبها من تنظيم سقيها وترتيب ريه وزرعه وعامة انتفاعه بالبئر ومياهه، يعطل المنفعة منه ويعطل الإحياء والعمران القائم عليه، وفي هذا هلاك محقق للناس وزرعهم ودرعهم وخراب للعمران وإنهيار للإنماء؛ ومن أجل ذلك اهتم الشر ببيان حرمة حريم الآبار والعيون وما في حكمها ومعناها كالغدير الصغير والجدول الصغير والقناة الصغيرة.

وقد اتفق الفقهاء دون خلاف على عدم جواز احتلال حريم الآبار وما في حكمها ولا استغلاله على أي وجه من غير صاحبها، حتى لو لم يحيي صاحبها مواتها، لا يجوز إحياءه من غيره. ولكن الفقهاء اختلفوا في حد ذلك الحريم ومسافته ومدى قربه أو بعده عن البئر أو العين أو ما في حكمها، وكان

رائدهم في ذلك تحقيق مصلحة مالك البئر وما يتبعه من عمران ينتفع به، ودفع ما قد يلحق من ضرر، وفي سبيل ذلك اختلفوا في شأن البئر والعيون وما في حكمها إلى سبعة أقوال، هي: ما قاله أبو حنيفة في القول الأول إن حريم البئر أربعون ذراعاً (48). أما القول الثاني فذهب إليه صاحبان أبو يوسف ومحمد وغيرهما من الحنفية وقالوا إن حريم البئر أربعون ذراعاً أو ستون ذراعاً إن كان للناضح، وخمسمائة ذراعاً إن كان للعين (49). أما القول الثالث فذهب إليه جمهور المالكية، وقالوا إن حريم البئر خمسة وعشرون ذراعاً للعادية وخمسون للبدئ وبئر الزرع خمسمائة ذراعاً (50). أما القول الرابع فذهب إليه بعض الحنابلة، وقالوا إن حريم البئر خمسة وعشرون ذراعاً للبدئ وخمسون ذراعاً للعادية وبئر الزرع ثلاثمائة ذراعاً (51). أما القول الخامس فذهب إليه بعض المالكية، وقالوا إن حريم البئر ما يكفي لدفع الضرر عنها (52). أما القول السادس فذهب إليه الشافعية، وقالوا إن حريم البئر ما يلزمها من مطارح وأماكن حولها لتمام نفعها ويقاس بقدر عمقها (53). أما القول السابع، فذهب إليه جمهور الشافعية وجمهور المالكية، وقالوا إن حريم البئر يُقدر حسب حاجتها وحاجة العمران الذي تخدمه وتحببه، ويدخل العرف في تقدير ذلك حسب الحاجة (54).

ونتناول فيما يلي هذه الأقوال وأدلتها، ثم نبين الراجح منا:

استدل أصحاب القول الأول على أن حريم البئر أربعون ذراعاً، وحريم العين خمسمائة ذراعاً بالسنة والمعقول، ومن ذلك ما أخرجه أحمد بسنده عن أبي

48- "السرخسي": المبسوط، المجلد 6 ج 12 ص 161.

49- "ابن نجيم": البحر الرائق، ج 5 ص 389.

50- "القرافي": الذخيرة ج 5 ص 284.

51- "إبراهيم المقدسي": العدة شرح العمدة، ص 256. - المرادوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج 6 ص 350:352.

52- "الصاوي": بلغة السالك لأقرب المسالك، ج 3 ص 579.

53- - "النووي": روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج 4 ص 350.

54- - "ابن عرفة": كفاية النبيه في شرح التتبيه، ج 11 ص 388. - المرادوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج 6 ص 351.

هُرَيْرَةَ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "حَرِيمُ الْبَيْرِ أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا مِنْ حَوَالِيهَا كُلِّهَا، لِأَعْطَانِ الْإِبِلَ وَالْعَنَمَ، وَابْنُ السَّبِيلِ أَوَّلَ شَارِبٍ، وَلَا يَمْنَعُ فَضْلُ مَاءٍ لِيَمْنَعَ بِهِ الْكَلْبُ"<sup>(1)</sup>، وما أخرجه ابن أبي شيبة بسنده عن الحسن، وعن جابر، عن الشَّعْبِيِّ، قالوا: «حَرِيمُ الْبَيْرِ أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا"<sup>(2)</sup>، فمن كان له بئر ورثها أو اشتراها أو احتقرها في الموات من الأرض، فعند أبي حنيفة دل الحديث على أن البئر لها حريم مستحق من قبل أن حافر البئر لا يتمكن من الانتفاع ببئرته إلا بما حوله فإنه يحتاج أن يقف على شفير البئر يسقي الماء، وإلى أن يبني على شفير البئر ما يُرَكَّبُ عليه البكرة، وإلى أن يبني حوضا يجمع فيه الماء، وإلى موضع تقف فيه مواشيه عند الشرب، وربما يحتاج أيضا إلى موضع تنام فيه مواشيه بعد الشرب فاستحق الحريم لذلك. وقدر الشرع ذلك بأربعين ذراعا، وطريق معرفة المقادير النص دون الرأي، ومن العلماء من يقول أربعين ذراعا من الجوانب الأربعة من كل جانب عشرة أذرع؛ لأن ظاهر اللفظ يجمع الجوانب الأربعة، والأصح أن المراد التقدير بأربعين ذراعا من كل جانب؛ لأن المقصود دفع الضرر عن صاحب البئر الأول لكي لا يحفر أحد في حريمه بئرا أخرى فيتحوّل إليها ما ببئرته، وهذا الضرر ربما لا يندفع بعشرة أذرع من كل جانب فإن الأراضي تختلف بالصلابة والرخاوة، وفي مقدار أربعين ذراعا من كل جانب يتيقن بدفع هذا الضرر، ويستوي في مقدار الحريم بئر العطن وبئر الناضح<sup>(3)</sup>. ولأن حريم البئر كفاء الدار وصاحب

1- حديث إسناده صحيح، أخرجه أحمد وغيره: - "ابن حنبل": مسند الإمام أحمد بن حنبل، حنبل، مُسْنَدُ الْمُكْتَبِينَ مِنَ الصَّحَابَةِ، مُسْنَدُ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، ح10411 ج16 ص259. - "ابن زنجويه": الأموال لابن زنجويه، كتاب أحكام الأراضي وإقطاعها وإحيائها وحماها ومياهاها، باب: إحياء الأرض وإحيائها، والدخول على من أحيها حدثنا حميد، ح1075 ج2 ص653.

2- "ابن أبي شيبة": المصنف في الأحاديث والآثار، كِتَابُ الْبُيُوعِ وَالْأَقْضِيَةِ، فِي حَرِيمِ الْأَبَارِ كَمْ يَكُونُ ذِرَاعًا؟، ح21356 ج4 ص389.

3- عطن: العطن: ماء حول الحوض والبئر من مبارك الإبل ومناخ القوم، ويجمع على أعطان، وكل مبرك يكون مألفا له فهو عطن له بمنزلة الوطن للغنم والبقر، وغيرها مما يقتنيه الإنسان في العامر، طالما له نفع في العامر، وإن لم يكن معتادا مثل الأفيال والأسود ونحوها.

- "الفراهيدي": كتاب العين، بقية حرف العين، بقية باب الثلاثي الصحيح من حرف العين، باب العين والطاء والنون معهما (ع ط ن - ع ن ط - ط ع ن ع ن ط - ن ط

الدار أحق بفناء داره، فكذا حريم البئر. وقوله أربعون ذراعاً من كل جانب أربعون هو الصحيح. ولا بد للشرب من قسمة وهو إخراج نصيب من الماء لصاحب الحق الأولى ولأراضه وبهائمهم، في ذلك يقول الله سبحانه وتعالى: {قَالَ هَذِهِ نَاقَةٌ لَهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَعْلُومٍ} (155) {الشعراء}، وقال سبحانه وتعالى: {وَنَبِّئُهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلٌّ شِرْبٌ مَحْنُضٌ} (28) {السر}، ولهذا جازت قسمة الماء بين الشركاء، وتكون على النحو الذي يجيء به الشرع. وقد بُعِثَ رسول الله - صلى الله عليه وسلم - والناس يفعلون ذلك فأقرهم عليه، والناس تعاملوه من لدن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إلى يومنا هذا من غير تكثير منكر (1).

وحريم العين خمسمائة ذراع وثبت ذلك بالسنة والإجماع والمعقول، فأما السنة فمما أخرجه ابن زنجويه بسنده عن الزهري، قال: "حريم العيون خمسمائة

(ع) مستعملات (طن ع) مهمل، ج 2 ص 14. - "ابن منظور": لسان العرب، حرف النون، فصل العين المهملة، ج 13 ص 286. - "الزبيدي": تاج العروس من جواهر القاموس، فصل العين مع النون، (عطن)، ج 35 ص 402:404.

- النَّاضِح:

الْجَمَلُ يُسْتَقَى عَلَيْهِ لِسْفِي أَرْضٍ أَوْ شُرْبٍ. وَقِيلَ النَّضْحُ هُوَ الْخَوْضُ الصَّغِيرُ الَّذِي فِيهِ الْمَاءُ وَقِيلَ مَا قَرِبَ الْبَيْرِ مِنْهَا وَالنَّاضِحُ جَمْعُهُ نَوَاضِحٌ، وَهُوَ فِي اللُّغَةِ الْإِنْجِلِيزِيَّةِ: Camel used for watering.

- "الحربي": أبو إسحاق إبراهيم بن إسحاق الحربي (198 - 285)، غريب الحديث، المحقق: د. / سليمان إبراهيم محمد العايد، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، 1405هـ، غريب ما روى أسامة بن زيد عن النبي صلى الله عليه، الحديث الخامس، باب: نضح، ج 2 ص 897. - "البيسي": مشارق الأنوار على صحاح الآثار، حرف النون، فصل الاختلاف والوهم، (ن ض ح)، ج 2 ص 16. - "قلعجي، قنيبي": معجم لغة الفقهاء، حرف النون، ص 872.

1- "السرخسي": المبسوط، مجلد 12 ج 23 ص 161:162. - "ابن نجيم": البحر الرائق، ج 8 ص 388:389. - "الزبيدي": الجوهرة النيرة، ج 10 ص 58:59.

ذراع" (1)، كما أجمع الفقهاء على أن حريم العين خمسمائة ذراع؛ ولأن العين تستخرج للزراعة فلا بد من وطن يستقر فيه الماء ومن موضع يجري فيه إلى الزراعة، وقدّر الشارع ذلك بخمسمائة ولا مدخل للرأي في المقادير، ثم قيل الخمسمائة من الجوانب الأربعة من كل جانب مائة وخمسون ذراعاً والأصح أن الخمسمائة ذراع من كل جانب والذراع هو المكسر وهو ست قبضات، كما أن الآثار اتفقت على ذلك (2).

ويؤخذ على هذا القول مع فرض صحة الخبر أن هذا التقدير لا يلزم بأنه توقيفي، نظراً لاختلاف معايير التقدير ووسائله، كما أن البيئات والأعراف تختلف مع اختلاف الزمان والمكان وأحوال الناس، بالإضافة إلى أن تقنيات التطور العلمي ووسائل القياس والمعايرة ووسائل الانتفاع بالآبار والعيون وحريمها، قد بلغت من التطور شأواً فقد يتمكن الجار أو راغب الإحياء من استعمال تقنية تقيّه الجور على صاحب الحريم، أو إصابته بضرر في بئرهِ ومائه، كما قد يتمكن من جانب آخر أن يجور ويؤثر على ماء البئر وحريمه معاً، مهما بعد عن البئر وحريمه؛ ولذلك من منطلق حاكمية النص الشرعي على كل زمان ومكان وهيمنته حقيقةً وحكماً، فلا بد من رفعا ما قد يظن من تعارض ظاهري بين النص الشرعي من جهة والعلم وتقنياته الشديدة التطور من جهة أخرى، ولعل هذا يظهر إن حملنا النص على التقدير الحاجي لظروف الحياة حينها، وما كان جارياً من عرف ومن تقتضي به حاجة الانتفاع بالبئر وحريمه على وجه الحقيقة (3).

أما حريم العين فيسري عليها ما ذكرناه، وبالنسبة لدعوى الإجماع فلم يثبتها الإمام الكاساني ولم يرد بها سند صحيح، والغالب أنه إجماع داخل المذهب.

1- "ابن زنجويه": الأموال لابن زنجويه، كتاب أحكام الأراضي وإقطاعها وإحيائها وحماها ومياهاها، باب: إحياء الأرض وإحيائها، والدخول على من أحيائها حدثنا حميد، ح 1081 ج 2 ص 656.

2- "النيرخسي": المبسوط، مجلد ج 23 ص 162:163 - "ابن نجيم": البحر الرائق، ج 8 ص 389. - "الكاساني": بدائع الصنائع، ج 8 ص 311.

3- "ابن قدامة": المغني لابن قدامة، ج 5 ص 593.



واستدل أصحاب القول الثاني الذين قالوا إن حریم البئر أربعون ذراعاً للعادية أو ستون ذراعاً إن كان للناضح<sup>(1)</sup>، وخمسمائة ذراعاً إن كان للعين. بالسنة والمعقول، ومن ذلك ما روي عن النبي - عليه الصلاة والسلام قال: "حریم العين خمسمائة ذراع وحریم بئر العطن أربعون ذراعاً وحریم بئر الناضح ستون ذراعاً"<sup>(2)</sup>؛ ولأن استحقاق الحریم باعتبار الحاجة، وحاجة صاحب البئر الناضح إلى الحریم أكثر؛ لأنه يحتاج إلى موضع يسير فيه الناضح ليستقي فيه الماء من البئر بذلك، وفي بئر العطن إنما يستقي بيده فلا يحتاج إلى هذا الموضع، واستحقاق الحریم بقدر الحاجة، حيث إن صاحب العين يستحق من الحریم أكثر مما يستحق صاحب البئر؛ لأن ماء العين يفيض على الأرض، ويحتاج صاحبه إلى اتخاذ المزارع حول ذلك لينتفع بما يفيض من الماء، وإلى أن يبني غديراً، أو بحيرة صغيرة يعدها لذلك، حتى يجتمع فيها الماء فاستحق لذلك زيادة الحریم، وقالوا يتقدر حریمه بستين ذراعاً من كل جانب إلا أن يكون الرشا أطول من ذلك، فهذا دليل على أن المذهب التقدير من كل جانب بما سمي من الأذرع، ثم الاستحقاق من كل جانب من الجهة الأخرى للعمران وهو ما يقع في الموات من الأرض بعد ذلك الحریم، بما لا

1- البئر العادية: القديمة التي لا يعرف لها مالك ولا صاحب ولا حافر، بها ماء أم جافة، وهي لمن أحياء واستخرج ماءها، أو أحيأ ما حولها. وقالوا: بئر عادية: العادية بتثنيدها والياء: القديمة منسوبة إلى عاد، ولم ترد عاد بعينها، لكن لما كانت في الزمن الأول، وكانت لها آبار في الأرض، نسب إليها كل قديم في الأرض. - "الهروي": تهذيب اللغة، باب القاف والألمج 9 ص 144. - "البعلي": شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي الفتح بن أبي الفضل البعلي (المتوفى: 709هـ)، المطلع على ألفاظ المقنع، المحقق: محمود الأرناؤوط و، ياسين محمود الخطيب، مكتبة السوادى للتوزيع، الطبعة الأولى، 1423هـ/2003م، كتاب الغصب، باب إحياء الموات، ص 339. - "ابن منظور": لسان العرب، حرف الباء، فصل القاف، ج 1 ص 689. - "الزبيدي": تاج العروس من جواهر القاموس، فصل القاف، (قلب)، ج 4 ص 72.

2- "ابن حجر": الدررية في تخريج أحاديث الهداية، كتاب إحياء الموات، ح 986 ج 2 ص 245. - "العيني": بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى الحنفى العيني (المتوفى: 855هـ)، نخب الأفكار في تنقيح مباني الأخبار في شرح معاني الآثار، المحقق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، الطبعة الأولى، 1429هـ/2008م، كتاب الطهارة، باب: الماء تقع فيه النجاسة، ج 12 ص 348.

حق لأحد فيه. أما العيون فحريمها خمسمائة ذراع كما ذهب أبو حنيفة في القول السابق، وذهب رأي عند الأحناف إلى أن حريم العين ثلاثمائة ذراع، ولكن الصحيح من المذهب والمفتى به الأول، وهو أن حريمها خمسمائة ذراعاً، بدلالة دعوى الإمام الكسائي المذكورة سابقاً بالإجماع عليها(1).

يؤخذ على هذا الرأي التقدير والمحدد بأذرع معينة، وهو ما لا يناسب كل البيئات والأراضي، وبخاصة أن الأراضي تختلف في قوتها ورخاوتها وصلابتها، وفي حبسها للماء، وغير ذلك، كما أن الأعمار ذاته يختلف ويتنوع وتختلف معه آتاه وتقنياته وأدواته، ولذلك فإن هذا التقدير محل نظر، وبالموازنة نجد أن الحديث محل الاستدلال ضعيف الإسناد، ولم نجده في كتب روايات الأحاديث المعتمدة، وقد صرح بذلك الإمامان ابن حجر والعيني(2).

واستدل أصحاب القول الثالث الذين قالوا إن حريم البئر خمسة وعشرون ذراعاً للعادية وخمسون للبدئي(3)، وبئر الزرع خمسمائة ذراعاً، أما بئر الزرع فخمسمائة ذراعاً، وقال ابن نافع حريم البئر العادية خمسون ذراعاً والتي ابتدئ عملها خمسة وعشرون، وإن قطع غياضاً لا يستطيع حرثه ولا عمارته ترك له؛ لأنه ملكه بالإحياء وله بيعه(4).

يؤخذ على هذا القول أنه لم يسند قوله لدليل شرعي يعتد به، بل جاء قوله على عكس تقدير الروايات، كما سنذكرها في الوقل التالي، كما أنهم قدروا حريم

1-- "السرخسي": الميسوط، مجلد 12 ج 23 ص 162. - "ابن نجيم": البحر الرائق، ج 8 ص 389. - "الزبيدي": الجوهرة النيرة، ج 10 ص 59.

2-- "ابن حجر": الدراية في تخريج أحاديث الهداية، ج 2 ص 245. - "العيني": نخب الأفكار في تنقيح مباني الأخبار في شرح معاني الآثار، ج 12 ص 348.

3-- البدء والبدئي: البئر التي حُفرت في الإسلام. والجديدة والحادثة التي يعرف لها صاحب أو حافر. - "الفارابي": الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، باب الالف المهموزة، فصل البناء، (بدأ)، ج 1 ص 35. - "ابن سيده": أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي (المتوفى: 458هـ)، المخصص، المحقق: خليل إبراهيم جفال، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 1417هـ/1996م، اشتقاق أسماء الله عز وجل، ج 5 ص 226. - المعجم الوسيط، باب البناء، ج 1 ص 42.

4-- "القرافي": الذخيرة، ج 5 ص 284.

بئر الزرع بخمسائة ذراعا، وهو تقدير دون سند لدليل من المنقول ولا المعقول، ومن ثم يتعذر التسليم لهم. كما أنه تقدير الغالب فيه أنه يلي الاحتياجات الآتية والعرفية لبيئة القائلين به، وذكر التحديد من باب المجاز لا الحقيقة (1).

واستدل أصحاب القول الرابع الذين قالوا إن حريم البئر خمسة وعشرون ذراعا للبدء وخمسون ذراعا للعادية وبئر الزرع ثلاثمائة ذراعا بالسنة والمعقول، ومن ذلك، حيث إن من حفر بئرا فوصل إلى الماء ملك حريمه، وهو خمسون ذراعا من كل جانب إن كانت البئر عادية، وحريم البئر البديء خمسة وعشرون ذراعا، وذلك لما أخرجه ابن زنجويه بسنده عن سعيد بن المسيب، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "حريم بئر العادية خمسون ذراعا وحريم بئر البديء خمسة وعشرون ذراعا"، وقال سعيد بن المسيب: "حريم بئر الزرع ثلاثمائة ذراع" (2)، وما أخرجه الدارقطني بسنده عن سعيد بن المسيب، عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «حريم البئر البديء خمسة وعشرون ذراعا، وحريم البئر العادية خمسون ذراعا، وحريم العين السابحة ثلاثمائة ذراع، وحريم عين الزرع ستمائة ذراع» (3)، وما أخرجه البيهقي بسنده عن الزهري قال: أخبرني سعيد بن المسيب: "أن حريم البئر البديء خمسة وعشرون ذراعا نواحيها كلها، وحريم العادية خمسون ذراعا نواحيها كلها، وحريم بئر الزرع ثلاثمائة ذراع من نواحيها كلها" قال: وقال الزهري: وسمعت الناس يقولون: حريم العيون خمسمائة ذراع" (4)، دلت الآثار على أن من حفر بئرا في موات، ملك حريمها، وحريم البئر البديء خمسة وعشرون ذراعا من كل جانب. ومن سبق

1- "ابن قدامة": الكافي في فقه الإمام أحمد، ج 22 ص 18.

2- "ابن زنجويه": الأموان لابن زنجويه، كتاب أحكام الأرضين وإقطاعها وإحيائها وحماها ومياهاها، باب: إحياء الأرض وإحيائها، والدخول على من أحيها حدثنا حميد، ح 1078 ج 2 ص 653.

3- حديث مرسل، وفي إسناده وهم: - "الدارقطني": سنن الدارقطني، كتاب في الأفضية والأحكام وغير ذلك، في المرأة تفتل إذا ارتدّت، ح 4519 ج 5 ص 393.

4- "البيهقي": السنن الكبرى، كتاب إحياء الموات، باب ما جاء في حريم الآبار، ح 1:1869 ج 6 ص 257.

إلى بئر عادية فاحتقرها، فحريمها خمسون ذراعًا من كل جانب؛ لما روي عن سعيد بن المسيب. ولأن الحاجة إلى البئر لا تنحصر في ترقية الماء، فإنه يحتاج إلى ما حولها عطنا لإبله، وموقفًا لدوابه وغنمه، وموضعًا يجعل فيه أحواضًا يسقي منها ماشيته، وموقفًا لدابته التي يستقي عليها وأشباه ذلك، فلا يختص الحريم بما يحتاج إليه لترقية الماء (1).

يؤخذ على هذا القول ضعف سند الأثر الدليل، وعدم راحة منطقتهم في المعقول، فإنه ليس من اللازم أن تكون حاجة البئر وما في حكمها أقل من التقدير بالتحديد المذمور، كما أنه ما دام عمران البئر يحتاج إلى سعة فما المانع أن نوسع له في الحريم حتى يستكفي وتتحصل منافعه موارد فقهه المعتبره في بابه، بل قد تكون الحاجة الداعية لما قد يتطلبه حريم البئر وعمارته وما يحتاجه عمرانها إلى أضعاف ما تحدد، والغالب أن هذا التحديد إما أنه من باب المجاز، وإما من باب الفتوى لحاجة الناس في بيئة القائل به، كما أن هذا التحديد لا يناسب كل أرض ولا كل عمران حاصل كما سبق إيضاحه.

واستدل أصحاب القول الخامس الذين قالوا إن حريم البئر ما يكفي لدفع الضرر عنها، حيثوا نصوا على أن حريم البئر ما يندفع به ما يضيق على وارد لشرب أو سقي، ويضر بماء لو حُفرت بئر أخرى للبئر صاحبة الحريم، كما أن حريم البئر كل ما يتصل بها من الأرض التي من حقها أن لا يحدث فيها ما يضر بها، لا باطنًا من حفر بئر ينشف ماءها أو يذهبها، أو يغيره بطرح نجاسة يصل إليها وسخها، ولا ظاهرا كالبناء والغرس (2).

يؤخذ على هذا القول فضفاضيته واقتصاره على جانب الضرر وهو معيار شديد الإبهام، فاقد الضبط. حيث فقد جانب النفع والفائدة المرجوة في الحريم لكمال الاستفادة ومنفعة العمران، لأن العامر لا يقيم عمرانها ويحقق إنمائه دفع الضرر فقط، وإنما كل ما يجلب المنفعة أيضا.

1- "ابن قدامة": المغني لابن قدامة، ج 5 ص 593:594. - "ابن قدامة": الكافي في فقه الإمام أحمد، ج 22 ص 18. - "إبراهيم المقدسي": العدة شرح العمدة، ص 256.  
2- "الصاوي": بلغة السالك لأقرب المسالك، ج 3 ص 579:580.

واستدل أصحاب القول السادس الذين قالوا إن حريم البئر ما يلزمها من مطارح وأماكن حولها لتنماف نفعها ويقاس بقدر عمقها. بالمعقول حيث حدوا حريم البئر بقدر عمقها من كل جانب، ولم ير الشافعي -رحمه الله- التحديد، وحمل اختلاف روايات الحديث في التحديد، على اختلاف القدر المحتاج إليه (1).

يؤخذ على هذا القول أنه فاقد للدليل من المنقول، كما أنه لم يسعه من معقول ما يرجحه، وهو من قبيل البحث عن معيار ولكنه أتى بعيد الشقة، فما علاقة عمق البئر بسعة الانتفاع بحريمها أو ضيقه، وهو أمر قد تبطله طبيعة الأرض ما بين الرخاوة أو الصلابة، والحابسة وغير الحابسة للماء، والتي ماؤها فياض أو غير فياض، فقد تتماثل بئران في عمقهما ولكنهما يختلفان في نفعهما ووفور مائهما ومنتسغ نفع حريمهما. ومن ثم فإن هذا القول متهافت ولا يقدم لنا رأياً يتعمد عليه، كما أنه فقد المعقول والمنقول معا.

واستدل أصحاب القول السابع، الذين قالوا إن حريم البئر يُقدر حسب حاجتها وحاجة العمران الذي تخدمه وتحببها، ويدخل العرف في تقدير ذلك حسب الحاجة، بالسنة والمعقول، ومن ذلك أن حريم البئر على الحقيقة ما تحتاج إليه في ترقية مائها منها، فإن كان بدولاب فقدر مدار الثور أو غيره، حسب الآلة المستعملة وما يمكنها وما يلزم لها. وإن كان بساقية فبقدر طول البئر؛ لما أخرجه ابن ماجة بسنده عن أبي سعيد الخدري، قال: قال رسول الله صلى الله

---

1- "النووي": روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج4 ص350. - "الرافعي": أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني (المتوفى: 623هـ)، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، المحقق: علي محمد عوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1417 هـ/1997م، ج6 ص214. - "السنكي": زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنكي (المتوفى: 926هـ)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي، دون ذكر تاريخ النشر ومكانه، ج2 ص446. - "القليوبي و، عميرة": أحمد سلامة القليوبي و، أحمد البرلسي عميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة، دار الفكر، بيروت، دون ذكر تاريخ النشر ومكانه، 1415هـ/1995م، ج3 ص90.

عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "حَرِيمُ الْبُنْرِ مَذْرُؤَاتُهَا"<sup>(1)</sup>، دل الحديث على أن رشاء البئر يقدر به حريمها، ورشأؤها دلالة على ألتها في الانتفاع بمياهها؛ ولأن حريم البئر هو المكان الذي تمشي إليه البهيمة. أما إن كان يستقي منها بيده، فبقدر ما يحتاج إليه الواقف عندها. وإن كان المستخرج عينا، فحريمها القدر الذي يحتاج إليه صاحبها للانتفاع بها، وقدرته على ذلك دون أن يلحق ضرر بالبئر ونفعها، ولا يستضر بأخذها منها ولو على ألف ذراع؛ لأن هذا إنما ثبت للحاجة، فينبغي أن تراعي فيه الحاجة دون غيرها. ويدخل في تقدير الحريم الموضع الذي يقف فيه النازح، والذي يجهز فيه أعمال العمران وما يتعلق بعمر البئر والاستفادة منها، وموضع الدولاب ومرتدد البهيمة إن كان الاستقاء بهما، ومصعب الماء، والموضع الذي يجتمع فيه لسقي الماشية والزروع من حوض ونحوه، والموضع الذي يطرح فيه ما يخرج منه، وكل ذلك مما يجري في معنى المقام وهو غير محدود، وإنما هو بحسب الحاجة، كما يؤخذ في الاعتبار الاحتراز من الانهيار والانكسار، والنظر إلى صلابة الأرض ورخاوتها. وهذا إنما ثبت للحاجة، فينبغي أن تراعي فيه الحاجة وما تستلزمه<sup>(2)</sup>.

1- حديث ضعيف الإسناد: - "ابن ماجة": سنن ابن ماجه، الرُّهُون، بَابُ حَرِيمِ الْبُنْرِ، ج3 ص2487 ج3 ص538. - "الألباني": أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم، الأشقودري الألباني (المتوفى: 1420هـ)، ضعيف الجامع الصغير وزيادته

المؤلف: المكتب الإسلامي، حرف الحاء، ج2708 ص400.

2- "النوي": روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج4 ص349:350. - "المنهاجي": شمس الدين محمد بن أحمد بن علي بن عبد الخالق، المنهاجي الأسيوطي ثم القاهري الشافعي (المتوفى: 880هـ)، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، المحقق: مسعد عبد الحميد محمد السعدني، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1417هـ/1996م، ج1 ص241. - "الرافعي": العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، ج6 ص214:215. - "ابن عرفة": كفاية النبيه في شرح التنبية، ج11 ص388. - "ابن قدامة": المغني لابن قدامة، ج5 ص593:594. - "ابن قدامة": الكافي في فقه الإمام أحمد، ج22 ص18. - "المرداوي": الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج6 ص351.

## القول الراجح:

من خلال أقوال الفقهاء واستدلالاتهم يترجح ما ذهب إليه أصحاب القول السابع، القائلين بأن حريم البئر والعين وما جرى في معناهما، ما كان على قدر حاجتها، بالنظر إلى اتساعها وفيضان مائها وطبيعة أرضها من حيث الرخاوة والصلابة، وقدرتها على احتباس الماء، وكذلك قرب الماء أو بعده، وما تستعمل من الأدوات والآلات والتقنيات العلمية الداخلة، وما يلزم كل هذا من مساحة وما تقوم البئر بعد ذلك من خدمته وعمرانه.

ومع هذا القول يمكن أن نضيف أن يؤخذ كل هذا في الاعتبار بجانب تقرير ودراسات أهل الخبرة والعلماء المتخصصين، والعرف الجاري لأهل البلاد ولأهل الاختصاص في نوع العمران الحاصل الذي تخدمه البئر أو العين أو ما جرى في حكمهما، ثم على الإمام أن يرتب ذلك رفعا للنزاع وحسما للخلاف.

وبذلك يكون الحكم أقرب لتمام المنفعة وأحسم لما قد ينشأ من خلاف.

ويترتب على إجمالي ما سبق أن حريم العمران ذاته، ومدى حد حريمه هو في معنى العمران وبه تمامه، وهو على أملاك العامر الشخص الفرد أو الشخص المعنوي أم الشخص العام المعنوي وهو الدولة أو أحد مؤسساتها وهيئاتها، وبالتالي فالحريم ومدى حده ليس مواتا، ومن ثم لا يجوز إحيائه، ويثبت أنه مانع من الإحياء وإن جرى فيه معنى ظاهر من معان الموات فيه لا يجوز إحياءه أيضا.

## ثانيا: الحمى:

### معنى الحمى:

الحمى في اللغة: أصلها حَمَى، يَحْمِي، وَحَمَى الشَّيْءَ حَمِيًّا وَحَمِيًّا وَحِمَايَةً وَمَحْمِيَّةً: مَنَعَهُ وَدَفَعَ عَنْهُ. قَالَ سَبْيَوِيَّةُ: لَا يَجِيءُ هَذَا الضَّرْبُ عَلَيَّ مَفْعِلٍ إِلَّا وَفِيهِ النَّهَاءُ، لِأَنَّهُ إِنْ جَاءَ عَلَيَّ مَفْعِلٍ بَعِيرٍ هَاءٍ اِعْتَلَّ فَعَدَلُوا إِلَى الْأَخْفِ. وَقَالَ أَبُو حَنِيْفَةَ: حَمَيْتُ الْأَرْضَ حَمِيًّا وَحَمِيَّةً وَحِمَايَةً وَحَمُوَّةً، وَالْأَخِيرَةُ نَادِرَةٌ. وَالْحِمِيَّةُ وَالْحَمِي: مَا حَمَيْ مِنْ شَيْءٍ، يُمَدُّ وَيُقْصَرُ، وَتَنْبِيئُهُ حَمِيَانٌ عَلَى الْقِيَاسِ وَحَمَوَانٌ عَلَى غَيْرِ قِيَاسٍ. وَيُقَالُ: فَلَانٌ أَحْمَى أَنْفًا وَأَمْنَعُ ذِمَارًا مِنْ فَلَانٍ. وَحَمَاهُ النَّاسُ يَحْمِيهِ إِهَامٌ حَمِيٌّ وَحِمَايَةٌ: مَنَعَهُ. وَالْحَامِيَّةُ: الرَّجُلُ يَحْمِي أَصْحَابَهُ فِي الْحَرْبِ، وَهِيَ أَيْضًا الْجَمَاعَةُ يَحْمُونَ أَنْفُسَهُمْ؛ قَالَ لَبِيدٌ:

وَمَعِي حَامِيَةٌ مِنْ جَعْفِرٍ      كَلَّ يَوْمَ تَبَنَّلِي مَا فِي الْخَلِّ

وَقَلَانٌ عَلَى حَامِيَةِ الْقَوْمِ أَي آخِرُ مَنْ يَحْمِيهِمْ فِي أَنْهَارِهِمْ. وَأَحْمَى الْمَكَانَ: جَعَلَهُ حِمَىً لَا يُقْرَبُ. وَأَحْمَاهُ: وَجَدَهُ حِمَىً. وَقَالَ الْأَصْمَعِيُّ: يُقَالُ حَمَى فُلَانٌ الْأَرْضَ يَحْمِيهَا حِمَىً لَا يُقْرَبُ. وَعَنِ اللَّيْثِ: الْحِمَى مَوْضِعٌ فِيهِ كَلْبٌ يُحْمَى مِنَ النَّاسِ أَنْ يُزْعَى. وَكَانَ مِنْ عَادَاتِ الْعَرَبِ فِي الْجَاهِلِيَّةِ أَنْ الشَّرِيفُ مِنْهُمْ إِذَا نَزَلَ بَلَدًا فِي عَشِيرَتِهِ اسْتَعْوَى كَلْبًا فَحَمَى لِحَاصَّتِهِ مَدَى عَوَاءِ الْكَلْبِ لَا يَسْرُكُهُ فِيهِ غَيْرُهُ فَلَمْ يَزْعَهُ مَعَهُ أَحَدٌ وَكَانَ شَرِيكَ الْقَوْمِ فِي سَائِرِ الْمَرَاعِ حَوْلَهُ (1).

أما الحمى في الاصطلاح: فقد تناول الفقهاء تعريفه من خلال صيغ متعددة، وقد تكون مكررة المعنى، ولعل مجمل معاني ما عرفوه من التعريفات تجتمع في التعاريف التالية:

فالحمى عند الحنفية فهو: "أن يحمي السلطان أرضاً من الموات يمنع الناس رعي ما فيها" (2)، يؤخذ على هذا التعريف أنه أطلق المنع، ولم يمنع دخول ما منعه الإمام لغير المصلحة العامة للدولة، ومن ثم فهو غير مانع، وقالوا: "ما حمى من الأرض" (3)، ويؤخذ على هذا التعريف دائريته حيث عرفوا المعروف بالمعروف به، وأطلق معظم مفرداته فصار غير مانع، حيث يدخل فيه ما منع الإمام وما منع غيره، وما كان المنع بغرض المصلحة العامة وما كان لغير ذلك. أما الحمى عند الشافعية: "هُوَ الْمَنْعُ مِنْ إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ لِيَتَوَقَّرَ فِيهِ

1- "ابن منظور": لسان العرب، باب الواو والياء من المعتل، فصل الحاء المهملة، ج 14 ص 198:199. - "الفراهيدي": كتاب العين، حرف الحاء، باب الثلاثي المعتل، باب الحاء والميم و (واي) معهما ح م و، ح م ي، ح و م، م ح و، و ح م، م ي ح مستعملات، ج 3 ص 312:313. - "الزبيدي": تاج العروس من جواهر القاموس، فصل الحاء مع الواو والياء، (حمى)، ج 37 ص 477:479. - "الهروي": تهذيب اللغة، باب الحاء والميم، ج 5 ص 177:178. - "الفارابي": الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، باب الواو والياء، فصل الحاء (حمى)، ج 6 ص 2320:2321. - "الصاوي": بلغة السالك لأقرب المسالك، ج 3 ص 581. - "الماوردي": الحاوي الكبير، ج 7 ص 481. - "ابن قدامة": المغني، ج 5 ص 580.

2- "العيني": البناية شرح الهداية، ج 12 ص 293.

3- "المنبجي": جمال الدين أبو محمد علي بن أبي يحيى زكريا بن مسعود الأنصاري الخزرجي المنبجي (المتوفى: 686هـ)، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب، المحقق: د. محمد فضل عبد العزيز المراد، دار القلم/الدار الشامية، سوريا، دمشق/لبنان، بيروت، الطبعة الثانية، 1414هـ/1994م، ج 2 ص 563.



الكلأ فترعاه المَواشي" (1). يؤخذ على التعريف أنه لم يحدد صاحب الحق في إقامة الحمى، كما أنه قصر سببه على الكلأ والماشية، وهذا غير دقيق ويخالف الواقع. والحمى عند الحنابلة: "أَنْ يَحْمِيَ أَرْضًا مِنَ الْمَوَاتِ، يَمْنَعُ النَّاسَ رَعِي مَا فِيهَا مِنَ الْكَلَأِ، لِيَخْتَصَّ بِهَا دُونَهُمْ" (2). ويؤخذ على تعريف الحنابلة أنهم قصرُوا الحمى على منفعة الرعي، وأن المستفيد من الحمى من حمى، وهذا نظر في غير محله؛ لأنه تضييق وتخصيص دون مقتضى ولا نص. وقال غيرهم: "أَنْ يَحْمِيَ أَرْضًا لَا يَدْخُلُهَا غَيْرُهُ" (3). وَقَالَ الْإِمَامُ الْبَاجِي هُوَ: "أَنْ يَحْمِيَ مَوْضِعًا لَا يَقَعُ بِهِ التَّضْيِيقُ عَلَى النَّاسِ لِلْحَاجَةِ الْعَامَّةِ لِذَلِكَ لِمَاشِيَةِ الصَّدَقَةِ وَالْخَيْلِ الَّتِي يُحْمَلُ عَلَيْهَا" (4)، ويؤخذ على هذا التعريف أن فيه ما يُوجبُ الدُّورَ، وعرف المعرف بالمعرف به، ولا يمكننا من خلال التعريف الوقوف على صاحب الحق في إقامة الحمى، هل هو الإمام أم لكل شخص أن يحمي. وقالوا: "أَنْ يَحْمِيَ الْإِمَامُ مَكَانًا خَاصًا لِحَاجَةِ غَيْرِهِ" (5)، كذلك هذا التعريف دارَ وعرف المعرف بالمعرف به، كما أنه خلط بين خصوصية المكان محل الحمى، وبين خصوصية سببه، فلا يمكننا استبانة هل ما يُحمى هو المكان الخاص، أم أن الحمى يرتب استحتمالا خاصا أو استفادة خاصة لشخص أو لعمل. وقالوا هو: "أَنْ يَحْمِيَ أَرْضًا لَا يَدْخُلُهَا غَيْرُهُ" (6)، ويؤخذ على هذا التعريف دائريته بالمعرف، وإطلاق صاحب السلطة فيه. وقالوا الحمى: "الحریم؛ لأنه يُحمى ويُحفظ ويُدافع عنه"، هو: "ما يحميه الإمام لمواشي الصدقة ونحوها" (7)، ويؤخذ على هذا التعريف تضييقه من فائدة الحمى ومن وظيفته في المجتمع إذ يقصره على ما يخص من أجل حماية

1- "الماوردي": الحاوي الكبير، ج 7 ص 483.

2- "ابن قدامة": المغني لابن قدامة، ج 5 ص 580.

3- "ابن فارس": أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، (المتوفى: 395هـ)، حلية الفقهاء، المحقق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، الشركة المتحدة للتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، 1403هـ/ 1983م، ص 152.

4- "الرصاص": أبو عبد الله محمد بن قاسم الأنصاري الرصاصي التونسي المالكي (المتوفى: 894هـ)، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية. (شرح حدود ابن عرفة للرصاص)، المكتبة العلمية، الطبعة: الأولى، 1350هـ، ص 410.

5- "أبو جيب": القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، حرف الحاء، ص 104.

6- "ابن فارس": حلية الفقهاء، ص 152.

7- "البركاتي": التعريفات الفقهية، الحاء، (الحمى)، ص 81.

مواشي الصدقة منا في حكمها مثل إبل الصدقة وخيلها وغنمها، ولكنه لم بين هل ما يُحمى أرض أم غيرها، وهل من حق الإمام أن يحمي أرضاً لغير ما يحمي المواشي وما في معناها، مثل أماكن تدوير القمامة والنفايات، وأماكن انتظار الحافلات أو محطات الركوب والموانئ البرية والبحرية والجوية. نخلص مما سبق أن (الحمى) -بكسر الحاء-، هو كل ما يُحمى ويدافع عنه، وهو في الإنجليزية Inaccessible anything sacred (١). ومنه حميت المكان وأحميته، إذا منعه من الرعي، وهو ما يخصه الإمام من الأرض لمواشي الدولة وخيلها وإبلها وغنمها ومركباتها، وعامة ينصرف معنى الحمى لكل ما يخص من أرض للمنفعة العامة للناس، ويشمل أيضاً كل ما يلزم لإعاشة وصلاح كل هذا وخدمته من مبان وأراض، ومطلق دوابهم لأغراض الكلاء والرعي والشرب والبيطرة، وكذلك كل ما يدخل في هذا المعنى لأي شيء آخر كالمركبات البرية والسفن والطائرات، وما قد يخص لخدمة مرفق حيوي من مرافق الدولة، كالتعليم أو الصناعة أو الزراعة أو الصرف الصحي أو الطاقة أو غير ذلك مما يدخل في عموم المصلحة العامة للناس عامة دون اختصاص شخص معين بها، سواء أكان هذا الشخص طبعياً أم معنوياً، وبموجب هذه الخصيصة في تعيين الأرض لمصلحة عامة من مصالح الناس فيمنع الإمام الناس عن أرض الحمى التملك بالإحياء وإن كانت خارج العمران، وغير مملوكة لأحد وتوافرت شروط الإحياء، كما يمنع عن أي انتفاع بها في غير ما خصص الحمى من أجله. فإن خصص الحمى لرعي الحيوانات، فلا يجوز استعماله لانتظار السيارات، وإن خصص الحمى لمصانع تدوير النفايات لا يجوز الرعي فيها، وهكذا في كل معنى أو انتفاع. ومن ثم ومن خلال المادة السابقة يمكننا تعريف (الحمى) بأنه: " كل أرض غير مملوكة منع الإمام تملكها وإحياءها والانتفاع بها لأحد الناس، وقصرها على منفعة عامة".

### أنواع الحمى وأحكامه:

الحمى ثلاثة أنواع حسب مصدره، وهي: ما حمى الرسول صلى الله عليه وسلم، وما حمى الإمام، وما حمى الواحد من عموم الناس، ونتاجولها وحكم كل منها فيما يلي:

١- "قلمجي، قنبيبي": معجم لغة الفقهاء، حرف الحاء، ص 185:186.

## النوع الأول: حمى الرسول صلى الله عليه وسلم:

هو ما ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم حماه من الأرض، وهو مشروع ولازم واجب في حق المسلمين إنفاذه، وثبت هذا النوع بالسنة والإجماع، ولا خلاف فيه بين الفقهاء. أما استدلالهم من السنة فما أخرجه البخاري بسنده عن ابن عباس رضي الله عنهما: أَنَّ الصَّعْبَ بْنَ جَنَامَةَ، قَالَ: إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: "لَا حِمَى إِلَّا لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ"، وَقَالَ: بَلَّغْنَا "أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَمَى النَّقِيعِ"، وَأَنَّ عُمَرَ "حَمَى السَّرَفَ وَالرَّبْدَةَ"<sup>(1)</sup>.

دل الحديث على أن النبي صلى الله عليه وسلم حمى النقيع -بالنون-، وشرع الحمى، وأن حماه صلى الله عليه وسلم ثابت، ولم يلغ، فلا ينقض بعد موته صلى الله عليه وسلم، وليس لأحد أن ينقضه، وذلك إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، وقد أجمع على ذلك فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية<sup>(2)</sup>. وقال بعض الشافعية يجوز نقض ما حماه النبي صلى الله عليه وسلم إن كان ناطقاً ما حماه بحاجة وانقضت الحاجة، فينقض الحمى لانقضاء سببه<sup>(3)</sup>. وهو قول له وجاهته، ويحقق المصلحة التي رعاها النبي صلى الله عليه وسلم، ويلتزم حكم نصح عليه الصلاة والسلام.

1- حديث صحيح أخرجه البخاري وغيره: - "البخاري": صحيح البخاري، كتاب المساقاة، باب: لا حمى إلا لله ولرسوله صلى الله عليه وسلم، ح 2370 ج 3 ص 113. - "ابو داود": سنن أبي داود، كتاب الخراج والإمارة والقيء، باب في الأرض يخميها الإمام أو الرجل، ح 3074 ج 3 ص 178. - "النسائي": السنن الكبرى، كتاب إحياء الموات، الحمى، ح 5743 ج 5 ص 330. - "البيهقي": السنن الكبرى، باب ما جاء في الحمى، ح 11805 ج 6 ص 241. - "الشافعي": المسند للشافعي، ومن كتاب الطعام والشراب وعمارة الأرضين مما لم يسمع الزبيغ من الشافعي وقال: أعلم أن ذا من قوله، ويغض كلامه هذا سمعته في كتابه الكبير المنسوط، ص 381.

2- "العيني": البناية شرح الهداية، ج 12 ص 293. - "المنبجي": للباب في الجمع بين السنة والكتاب، ج 2 ص 563، ص 618. - "القرافي": الذخيرة، ج 5 ص 287. - "الصاوي": بلغة السالك، ج 3 ص 581. - "الماوردي": الحاوي الكبير، ج 7 ص 483. - "الشيرازي": المهذب، ج 16 ص 83. - "المقري": إخلاص الناوي، ج 2 ص 439. - "الجمال": حاشية الجمال، ج 3 ص 568. - "ابن قدامة": المغني، ج 5 ص 581. - "المرداوي": الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج 7 ص 367. - "ابن حزم": المحلى، ج 7 ص 77.

3- "الشيرازي": المهذب، ج 16 ص 84.

وعلى هذا فحمى الرسول صلى الله عليه وسلم يرتب حقاً لعموم الناس وللدولة على الأرض الموات، ومن ثم فهو مانع لطالب الإحياء من حيازتها لغرض من أغراض الإحياء.

### النوع الثاني: حمى الإمام:

حق الإمام بما له من ولاية وسلطان في أن يحمي أرضاً، ويمنعها من الإحياء اختلف فيه الفقهاء، وذهبوا إلى قولين، فذهب بعض الشافعية وهو أحد قولي الشافعي، ومعهم الظاهرية إلى عدم جواز حمى الإمام. أما جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية وجمهور الشافعية، والحنابلة فذهب إلى صحة حمى الإمام. وقد استدل أصحاب القول الأول على أنه لا يجوز للإمام أن يحمي الأرض، ويمنعها من الإحياء بالسنة والمعقول، أما استدلالهم من السنة فما أخرجه البخاري بسنده عن عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أَنَّ الصَّعْبَ بْنَ جَثَلَمَةَ، قَالَ: إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: "لَا حِمَى إِلَّا لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ" (١). وما أخرجه البخاري بسنده عن أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: "لَا تَمْنَعُوا فَضْلَ الْمَاءِ لِمَنْعُوا بِهِ فَضْلَ الْكَلْبِ"، وهو ما جاء في رواية أحمد وابن حبان بسندهما عن أَبِي سَعِيدٍ، مَوْلَى غِفَارٍ، قَالَ: سَمِعْتُ أَبَا هُرَيْرَةَ يَقُولُ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: "لَا تَمْنَعُوا فَضْلَ الْمَاءِ، وَلَا تَمْنَعُوا الْكَلْبَ فَيَهْزَلَ الْمَالُ، وَيَجُوعَ الْعِيَالُ" (٢)، وما

1- حديث صحيح أخرجه البخاري وغيره: - "البخاري": صحيح البخاري، كتاب المساقاة، باب: لَا حِمَى إِلَّا لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ح 2370 ج 3 ص 113. - "ابو داود": سنن أبي داود، كتاب الخراج والإمارة والقيء، باب في الأرض يحميها الإمام أو الرجل، ح 3074 ج 3 ص 178. - "النسائي": السنن الكبرى، كتاب إحياء الموات، الحمى، ح 5743 ج 5 ص 330. - "البيهقي": السنن الكبرى، باب ما جاء في الحمى، ح 11805 ج 6 ص 241. - "الشافعي": المسند للشافعي، ومن كتاب الطعام والشرب وعمارة الأرضين مما لم يسمع الربيع من الشافعي وقال: أعلم أن ذا من قوله، وبعض كلامه هذا سمعته في كتابه الكبير المنسوط، ص 381.

2- حديث صحيح أخرجه الشيخان وغيرهما: - "البخاري": صحيح البخاري، كتاب المساقاة، باب من قال: إن صاحب الماء أحق بالماء حتى يزوي لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "لَا يُمْنَعُ فَضْلُ الْمَاءِ"، ح 2354 ج 3 ص 110. - "مسلم": صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم بيع فضل الماء الذي يكون بالفلاة ويحتاج إليه لرعي الكلب،

أخرجه أحمد بسنده عن أبي خدّاش عن رجلٍ من أصحاب النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "المُسْلِمُونَ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ: المَاءِ وَالْكَأِ وَالنَّارِ" (1).

دلّت هذه الأحاديث وما في معناها على أن الكأ والماء وما في حكمهما مما تنبت الأرض، ولا يختص به أحد أي لم يكن في ملك شخص، فإن الناس جميعاً شركاء فيه، أي لا يجوز منع الناس عنه، والحاصل فيما يحمى من الأراضي أن غالبها يكون للرعى لما فيه من كأ أو ماء، كما أن ما يحميه الإمام إنما يكون أرض لا مالك لها فيما ما يصح أن تكون منفعة ظاهرة للناس، ومن ثم فلا يجوز منع الناس عنها؛ ولأن حمى الإمام يمنع الناس فلا يجوز له أن يحمى. أما استدلالهم من المعقول فإن الإمام قد يحمى لنفسه أو للأغنياء ولحاشيته ولأهله والمقربين منه، وقد يحمى دون مصلحة متحققة فيعطل الأرض ويعطل مصالح الناس بمنعهم، وفي هذا تضيق على الناس وهو غير جائز (2).

وَتَحْرِيمٌ مَنَعٌ بَدْلُهُ، وَتَحْرِيمٌ يَنْجُ ضِرَابِ الْفَخْلِ، ح 37 - (1566) ج 3 ص 1198. -  
"البيهقي": السنن الكبرى، كتاب إحياء الموات، باب ما جاء في النهي عن منع فضل الماء، ح 11844 ج 6 ص 250. - "ابن زنجويه": الأموال لابن زنجويه، كتاب أحكام الأرضين وإقطاعها وإحيائها وحماها ومياهاها، باب: حمى الأرضين ذات الكأ والماء، ح 1091 ج 2 ص 660. - "ابن حنبل": مسند الإمام أحمد بن حنبل، مُسْنَدُ الْمُكْتَبِينَ مِنَ الصَّخَابَةِ، مُسْنَدُ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، ح 9458 ج 15 ص 271. - "ابن حبان": الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، كتاب البيوع، باب البيع المنهي عنه، يكرّر العلة التي من أجلها رُجِرَ عَنْ هَذَا الْفِعْلِ، ح 4956 ج 11 ص 332.

1- حديث صحيح، صححه الألباني وغيره، وأخرجه أحمد وغيره: - "ابن حنبل": مسند الإمام أحمد بن حنبل، أحاديث رجالٍ من أصحاب النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ح 23082 ج 38 ص 174. - "ابن ماجه": سنن ابن ماجه، كتاب الرهون، باب المسلمون شركاء في ثلاث، ح 2472 ج 2 ص 826. - "أبو داود": سنن أبي داود، أبواب الإجازة، باب في منع الماء، ح 3477 ج 3 ص 278. - "البيهقي": السنن الكبرى، كتاب إحياء الموات، باب ما لا يجوز إقطاعه من المقادير الظاهرة، ح 11832 ج 6 ص 248.

2- "الماوردي": الحاروي الكبير، ج 7 ص 483. - "الشيرازي": المهذب، ج 16 ص 84. - "المقري": إخلاص النابوي، ج 2 ص 439:440. - "الجمال": حاشية الجمال، ج 3

أجيب على هذه الأدلة أن الخبر إنما هو نص عام في منع استنثار طائفة دون أخرى، اعتماداً على بطش أو سلطان بمنافع الأرض غير المملوكة، وما جعله الله تعالى فيها من منافع، أما حمى الإمام فلا يكون بالهوى ولا المجاباة وينظر فيها بالاجتهاد لمصالح عموم العباد والدولة، فيكون حمى الإمام حكم خاص في إطار عموم حكم المنع، وهو يهدف إلى الغرض ذاته من تحقيق المصلحة العامة للبلاد والعباد. وكذلك ما أثاره المعقول فهو محل نظر؛ لأن الإمام لا يجوز له أن يحمى لطائفة دون أخرى أو لنفسه أو لحاشيته، وإنما باعته واجتهاده في الحمى يكون للمصالح العام للدولة وللناس عموماً، وأيد هذا النحو أن الخلفاء الراشدين بعد النبي صلى الله عليه وسلم حموا مواضع مثل السرف وغيره(8).

وقد استدل أصحاب القول الثاني الذين قالوا إن للإمام أن يحمى ما يراه من الأراضي، على أن يكون في ما لا مالك له منها، ولا يحمى لنفسه ولا لحاشيته أو الأغنياء خاصة، وأن يكون حماه باجتهاده للمصلحة العامة للبلاد والعباد، واستدلوا على جواز ذلك بالأثر والإجماع والمعقول.

أما استدلالهم بالأثر فمما أخرجه البخاري بسنده عن عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أَنَّ الصَّعْبَ بْنَ جَثَامَةَ، قَالَ: إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: "لَا حِمَى إِلَّا لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ"، وَقَالَ: "بَلَّغْنَا" أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَمَى النَّوْبِيعَ، وَأَنَّ عُمَرَ "حَمَى السَّرْفَ وَالرَّبِيدَةَ"(9). دل الخبر على أن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما حميا، وما كان لهما أن يخالفا أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا سنته وهما أحرص الخلق على طاعته صلى الله عليه وسلم واتباع أمره.

وما أخرجه ابن زنجويه بسنده عن زيد بن أسلم، عن أبيه، أن عمر استعمل مولى له يدعى هنيا على الحمى، فقال له: "يا هنيا اضمم جناحك عن المسلمين، واتق دعوة المظلوم، فإن دعوة المظلوم مستجابة، وأدخل رب

ص568. -"النووي": روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج4 ص357. - "ابن

حزم": المحلى، ج7 ص79.

8- -"الماوردي": الحاوي الكبير، ج7 ص483:484. - "الشيرازي": المهذب، الموضوع

السابق. - "المقري": إخلاص الناوي، ج2 ص440. - "الجمل": حاشية الجمل،

الموضوع السابق. -"النووي": روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج4 ص357:358.

9- حديث صحيح أخرجه البخاري وغيره: سبق تخرجه.

الصريمة ورب الغنيمة وإيبي ونعم ابن عفان، ونعم ابن عوف، فإنهما إن تهلك ماشيتهما يرجعان إلى زرع ونخل وإن رب الصريمة ورب الغنيمة إن تهلك ماشيتهما يأتيني بنيه، فيقول: يا أمير المؤمنين افتاركهم أنا لا أبالك؟ فالماء والكأ أيسر علي من الذهب والورق وأيم الله إنهم ليرون أنني قد ظلمتهم أنها لبلادهم قاتلوا عليها في الجاهلية، وأسلموا عليها في الإسلام، والذي نفسي بيده، لولا المال أحمل عليه في سبيل الله، ما حميت عليهم من بلادهم شبرا" (10). وكذلك أخرج ابن زنجويه بسنده عن زيد بن أسلم، عن عامر بن عبد الله بن الزبير، قال: "أتى أعرابي عمر، فقال: يا أمير المؤمنين، بلادنا قاتلنا عليها في الجاهلية وأسلمنا عليها في الإسلام، علام تحميها؟ قال: فأطرق عمر وجعل ينفخ ويفتل شاربه، وكان إذا كربه أمر فتل شاربه ونفخ، فلما رأى الأعرابي ما به جعل يردد ذلك، فقال عمر: المال مال الله، والعباد عباد الله، والله لولا ما أحمل عليه في سبيل الله ما حميت من الأرض شبرا في شبر". حدثنا حميد قال مالك: بلغني أنه كان يحمل في كل عام على أربعين ألفا من الظهر (11). وأخرج ابن شبة بسنده عن ابن شهاب: "أن عمر رضي الله عنه حمى الربيعة، وأن عثمان رضي الله عنه حمى السرف" (12). وأخرجه الحكم بسنده عن أبي سعد، مولى أبي أسيد الأنصاري قال: سمع عثمان بن عفان رضي الله عنه، أن وفد أهل مصر قد أقبلوا، فاستقبلهم، فلما سمعوا به، أقبلوا نحوه قال: وكره أن يقدموا عليه المدينة، قال: فأتوه فقالوا له: ادع بالمصحف، وافتتح السابعة، وكانوا يسمون سورة يونس السابعة، فقرأها حتى أتى على هذه الآية: **قُلْ أَرَأَيْتُمْ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ لَكُمْ مِنْ رِزْقٍ فَجَعَلْتُمْ مِنْهُ حَرَامًا وَحَلَالًا قُلْ اللَّهُ أَدِينُ لَكُمْ أَمْ عَلَى اللَّهِ تَفْتَرُونَ** يونس: 59، فقالوا له: قف، أرايت ما حميت من الحمى الله أين لك أم على الله تفتري؟ قال: فقال: امضه،

10- "ابن زنجويه": الأموال لابن زنجويه، كتاب أحكام الأرضين وإقطاعها وإحيائها وحماها ومياهاها، باب حمى الأرضين ذات الكأ والماء، ح 1108 ج 2 ص 666. - "الشافعي": المسند للشافعي، ومن كتاب الطعام والشراب وعجارة الأرضين مما لم يسمع الربيع من الشافعي وقال: أعلم أن ذا من قوله، وبغض كلامه هذا سمعته في كتابه الكبير المنسوط، ص 381.

11- "ابن زنجويه": الأموال لابن زنجويه، كتاب أحكام الأرضين وإقطاعها وإحيائها وحماها ومياهاها، باب حمى الأرضين ذات الكأ والماء، ح 1110 ج 2 ص 668.

12- "ابن شبة": تاريخ المدينة لابن شبة، مسير عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى الشام، ج 3 ص 840.

نَزَاتٍ فِي كَذَا وَكَذَا فَأَمَّا الْحَمِي فَإِنَّ عَمَرَ حَمَى الْحَمَى قَبْلِي لِإِبْلِ الصَّدَقَةِ، فَلَمَّا  
وَلَيْتُ، وَزَادَتْ إِبْلُ الصَّدَقَةِ، فَزِدْتُ فِي الْحَمَى، لَمَّا زَادَ فِي الصَّدَقَةِ" (1). ودلت  
هذه الآثار وغيرها على أن كبار الصحابة المعروفين بالفقه حموا في سبيل  
الله، ولصالح المسلمين عامة، كما أن هذا وقع بمحضر الصحابة جميعا في  
عهد الخلافة الراشدة الأول، ولم يعرف لهذا معارض، وقد أقره الجميع ووافقوا  
عليه فكان منهم إجماعا على جواز حمى الإمام. كما يؤيد هذا المعقول لأن ما  
كان لمصالح المسلمين، قامت الأئمة فيه مقام رسول الله صلى الله عليه  
وسلم (2)، وذلك لما أخرجه البيهقي بسنده عن أبي الطفيل قال: جَاءَتْ فَاطِمَةُ  
إِلَى أَبِي بَكْرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا فَقَالَتْ: يَا خَلِيفَةَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ  
وَسَلَّمَ، أَنْتَ وَرِثْتَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَمْ أَهْلُهُ؟ قَالَ: لَا يَلُ أَهْلُهُ،  
قَالَتْ: فَمَا بِأَلِ الْخُمْسِ؟ فَقَالَ إِنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ  
يَقُولُ: "إِذَا أَطْعَمَ اللَّهُ نَبِيًّا طَعْمَةً ثُمَّ قَبِضَهُ، كَانَتْ لِلَّذِي يَلِي بَعْدَهُ". فَلَمَّا وَلَيْتُ  
رَأَيْتُ أَنْ أُرَدَّهُ عَلَى الْمُسْلِمِينَ، قَالَتْ: أَنْتَ وَرَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ  
أَعْلَمُ، ثُمَّ رَجَعْتُ" (3). ودل الأثر على أن الأئمة يقومون مقام رسول الله صلى  
الله عليه وسلم في تصريف شئون الأمة لصالح العباد والبلاد.

1- حديث صحيح على شرط مسلم، صححه الحاكم وأخرجه وغيره: - "الحاكم": المستدرک  
على الصحيحين، کتاب التفسیر، تفسیر سورة یونس بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ، ح 3300  
ج 2 ص 369. - "ابن راهويه": أبو يعقوب إسحاق بن إبراهيم بن مخلد بن إبراهيم الحنظلي  
المروزي المعروف بابن راهويه (المتوفى: 238هـ)، مسند إسحاق بن راهويه، المحقق: د./  
عبد الغفور بن عبد الحق البلوشي، مكتبة الإيمان، المدينة المنورة، الطبعة الأولى،  
1412هـ/1991م، ما يُروى عن عروة بن الرُّبَيْرِ، عن خَالَتِهِ عَائِشَةَ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ  
عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ح 859 ج 2 ص 332.

2- "العيني": البناية شرح الهداية، ج 12 ص 293. - "المنبجي": الباب في الجمع بين  
السنة والكتاب، ج 2 ص 564. - "القرافي": الذخيرة، ج 5 ص 287:288. - "الصاوي":  
بلغة السالك، ج 3 ص 581. - "الماوردي": الحاوي الكبير، ج 7 ص 483:484. -  
"الشيرازي": المهذب، ج 16 ص 84. - "المقري": إخلاص الناوي، ج 2 ص 439. -  
"الجمال": حاشية الجمل، ج 3 ص 568. - "ابن قدامة": المغني، ج 5 ص 581:582. -  
"المرداوي": الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج 7 ص 367.

3- حديث رجاله رجال الصحيح، أخرجه البيهقي وغيره: - "البيهقي": السنن الكبرى،  
کتاب قَسَمِ الْفَيْءِ وَالْغَنِيمَةِ، بَابُ بَيَانِ مَضْرَفِ خُمْسِ الْخُمْسِ وَأَنَّهُ بَعْدَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ



## القول الراجح:

من العرض السابق تستبين رجاحة القول الثاني، والذي يرى حق الإمام في أن يحمي الحمى للمصلحة العامة، لما يكون فيه مصلحة الدولة وصالح عموم الناس، دون أن يكون له أن يحمي لنفسه أو لحاشيته أو للأغنياء خاصة، وعليه أن يبذل طاقته ويجتهد في ذلك لما يحقق مصالح الناس عامة، هذا لقوة حجتهم وصحة أدلتهم ورجاحة منطقتهم واستقامة معقولهم، وسلامة قولهم من المعارضة المؤثرة.

وعلى هذا فحمى الإمام يرتب حقاً لعموم الناس وللدولة على الأرض الموات، ومن ثم فهو مانع لطالب الإحياء من حيازتها لغرض من أغراض الإحياء.

## النوع الثالث: حمى الواحد من عموم الناس:

أجمع الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية على عدم جواز حمى أحاد الناس؛ لأن الواحد من عوام المسلمين إن حمى لنفسه فقد تحكم، وتعدى بمنعه، وإن حماه للمسلمين عامة فغير جائز أيضاً؛ لكونه ليس من أهل الولاية عليهم، ولا ممن يؤثر اجتهاده لهم. وقد أخرجه البخاري بسنده عن أبي هريرة رضي الله عنه: **أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: "لَا تَمْنَعُوا فَضْلَ الْمَاءِ لِتَمْنَعُوا بِهِ فَضْلَ الْكَلْبِ"**، ومثله أخرج أحمد وابن حبان بسندهما عن أبي سعيد، مولى غفار، قال: **سَمِعْتُ أَبَا هُرَيْرَةَ يَقُولُ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: "لَا تَمْنَعُوا فَضْلَ الْمَاءِ، وَلَا تَمْنَعُوا الْكَلْبَ"**

عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَى الَّذِي يَلِي أَمْرَ الْمُسْلِمِينَ يُضَرِّفُهُ فِي مَصَالِحِهِمْ، ح 12746 ج 6 ص 494.

- "أبو يعلى": أبو يعلى أحمد بن علي بن المثنى بن يحيى بن عيسى بن هلال التميمي، الموصلي (المتوفى: 307هـ)، مسند أبي يعلى، المحقق: حسين سليم أسد، دار المأمون للتراث، دمشق، الطبعة الأولى، 1404هـ/1984م، مُسْنَدُ فَاطِمَةَ بِنْتِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، ج 12 ص 6752.

- "البيزار": أبو بكر أحمد بن عمرو بن عبد الخالق بن خالد بن عبيد الله العتكي المعروف بالبيزار (المتوفى: 292هـ)، مسند البيزار المنشور باسم البحر الزخار، المحقق: محفوظ الرحمن زين الله، عادل بن سعد، و، صبري عبد الخالق الشافعي، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، الطبعة الأولى (بدأت 1988م، وانتهت 2009م)، مُسْنَدُ أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، مَا رَوَى أَبُو الطُّفَيْلِ وَأَسْمُهُ عَامِرُ بْنُ وَائِلَةَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ، ح 54 ج 1 ص 124.

فِيهِزُلُ الْمَاءِ، وَيَجُوعُ الْعِيَالُ" (27)، ومن ثم فحمى الواحد من الناس محظور، للنهي الوارد، ولعدم الولاية ولما فيه من التعدي. ولم يخالف في هذا أحد من أهل العلم.

وعلى هذا فحمى أحاد الناس غير معتبر ولا يرتب حقا لعامة الناس ولا للدولة ولا لأي فرد على الأرض الموات، ومن ثم فهو ليس مانعا لطالب الإحياء وله حيازتها لأي غرض من أغراض الإحياء.

## الفرع الثاني

### موانع الإقطاع والتحجير

الأصل أن الإقطاع والتحجير بإذن الإمام فيما يُراد من إنماء الأرض التي لا حق عليها لأحد وليست عامرة، ولكنهما يفترقان في استحقاق كل منهما، وفي تقسيماته، وأثارها. وذلك ما نتناوله في المسألتين الآتيتين، لكل منهما مسألة:

27- حديث صحيح أخرجه الشيخان وغيرهما: - "البخاري": صحيح البخاري، كتاب المساقاة، باب مَنْ قَالَ: إِنَّ صَاحِبَ الْمَاءِ أَحَقُّ بِالْمَاءِ حَتَّى يَرَوِيَ لِقَوْلِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "لَا يُمْنَعُ فَضْلُ الْمَاءِ"، ح 2354 ج 3 ص 110. - "مسلم": صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب تَحْرِيمِ بَيْعِ فَضْلِ الْمَاءِ الَّذِي يَكُونُ بِالْفَلَاةِ وَيُخْتَاَجُ إِلَيْهِ لِرَعِي الْكَلَاءِ، وَتَحْرِيمِ مَنْعِ بَدْلِهِ، وَتَحْرِيمِ بَيْعِ ضِرَابِ الْفُحْلِ، ح 37 - (1566) ج 3 ص 1198. - "البيهقي": السنن الكبرى، كتاب إحياء الموات، باب مَا جَاءَ فِي النَّهْيِ عَنْ مَنْعِ فَضْلِ الْمَاءِ، ح 11844 ج 6 ص 250. - "ابن زنجويه": الأموال لابن زنجويه، كتاب أحكام الأرضين وإقطاعها وإحيائها وحماها ومياهاها، باب: حمى الأرضين ذات الكلاً والماء، ح 1091 ج 2 ص 660. - "ابن حنبل": مسند الإمام أحمد بن حنبل، مُسْنَدُ الْمُكْتَرِبِينَ مِنَ الصَّخَابَةِ، مُسْنَدُ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، ح 9458 ج 15 ص 271. - "ابن حبان": الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، كتاب البيوع، باب الْبَيْعِ الْمُنْهَوِيِّ عَنْهُ، يَكُرُّ الْعِلَّةُ الَّتِي مِنْ أَجْلِهَا رُجِرَ عَنْ هَذَا الْفِعْلِ، ح 4956 ج 11 ص 332.

## أولاً: الإقطاع:

معنى الإقطاع:

الإقطاع في اللغة: أصله (قطع) وله معان متعددة، منها: أَقْطَعْتُ مِنَ الشَّيْءِ قِطْعَةً، يُقَالُ: اقْتَطَعْتُ قِطْعِيًّا مِنْ عَنَمِ فُلَانٍ، وَالْقِطْعَةُ مِنَ الشَّيْءِ: الطَائِفَةُ مِنْهُ. وَأَقْطَعُ طَائِفَةً مِنَ الشَّيْءِ: أَخَذَهَا. وَالْقِطِيعَةُ: مَا اقْتَطَعْتَهُ مِنْهُ. وَأَقْطَعَنِي إِيَّاهَا: أَذِنَ لِي فِي اقْتِطَاعِهَا. وَاسْتَقْطَعَهُ إِيَّاهَا: سَأَلَهُ أَنْ يُقْطِعَهُ إِيَّاهَا. وَأَقْطَعْتُهُ قِطِيعَةً أَي طَائِفَةً مِنْ أَرْضِ الْخَرَاجِ. وَأَقْطَعَهُ نَهْرًا: أَبَاحَهُ لَهُ. وَالإِقْطَاعُ يَكُونُ تَمْلِيكًا وَغَيْرَ تَمْلِيكٍ. يُقَالُ: اسْتَقْطَعَ فُلَانٌ الإِمَامَ قِطِيعَةً فَأَقْطَعَهُ إِيَّاهَا إِذَا سَأَلَهُ أَنْ يَقْطِعَهَا لَهُ وَيَبِينَهَا مَلَكَ لَهُ فَأَعْطَاهُ إِيَّاهَا، وَالْقِطَاعُ إِذَا تَجَوَّزَ فِي عَفْوِ الْبِلَادِ الَّتِي لَا مَلَكَ لِأَحَدٍ عَلَيْهَا وَلَا عِمَارَةَ فِيهَا لِأَحَدٍ، فَيَقْطَعُ الإِمَامُ الْمَسْتَقْطَعَ مِنْهَا قَدْرَ مَا يَتَّهِيأُ لَهُ عِمَارَتَهُ بِإِجْرَاءِ الْمَاءِ إِلَيْهِ، أَوْ بِاسْتِخْرَاجِ عَيْنٍ مِنْهُ، أَوْ بِتَحْجَرِ عَلَيْهِ لِلْبِنَاءِ فِيهِ. وَمِنَ الإِقْطَاعِ إِقْطَاعُ إِرْفَاقٍ لَا تَمْلِيكٍ فِيهِ<sup>(1)</sup>. وَالإِقْطَاعُ: أَقْطَعَهُ شَيْئًا مِنْ مَالِهِ: أَي أَعْطَاهُ. وَأَقْطَعَهُ الْوَالِي أَرْضَ كَذَا. وَأَقْطَعَهُ قَضِيْبَانًا مِنَ الشَّجَرِ: أَي أَذِنَ لَهُ فِي قِطْعِهَا<sup>(2)</sup>.

أما الإقطاع في الاصطلاح<sup>(\*)</sup>: فتناوله الفقهاء لاستنباطه، واستكناه ضبطه، حيث عرفه الحنفية بأنه: "ما يعطيه الامام من الأراضي رغبة أو منفعة لمن

1- "ابن منظور": لسان العرب، كتاب العين المهملة، فصل القاف، ج 8 ص 280:281.  
- "الزبيدي": تاج العروس من جواهر القاموس، فصل القاف مع الطاء والعين، (قطع)، ج 22 ص 40:24. - "البيهقي": المطلع على ألفاظ المقنع، كتاب الغصب، باب إباحة المَوَاتِبِ، ص 339.

2- "الحميري": شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، حرف القاف، باب القاف والطاء والطاء وما بعدهما، الأفعال، الزيادة، (الإقطاع)، ج 8 ص 557.

\*- الإقطاع في الاصطلاح المعنوي الإسلامي يخالف مفهومه في كثير من النظم غير الإسلامية، والتي تراه نظاما يتحكم فيه المالك في الأرض ومن فيها من الناس، ويقولون: "هو من ذوي الإقطاع- انقضى عهد الإقطاع". وهو نظام يمنح فيه السادة قطائع من الأرض لنوابهم ولأولادهم. وبمقتضاه يملك الإقطاعي الأرض ومن عليها من الناس، ويستغل الإقطاعيون جهود الفلاحين المنتجين. وذلك بغرض فرض السيطرة على أكبر قدر من الأقطان والعقارات، وذا فهو النظام الذي يمكن مالك الأرض من التحكم في الارض ومن فيها من الناس.

له حق في بيت المال". جاء تعريف الأحناف أكثر ضيقاً من غيره، ولكنه مع جامعيته فلم يمنع من دخول غير المعروف، حيث يدخل في أعطية الإمام أشياء غير الإقطاع، وكذلك لم يجزم كون العطاء بعوض أم دون عوض، واللفظ في التعريف مطلق يحمل المعنيين، كما أن إطلاق الأراضين يموه في تعيين الإقطاع بالموات فقط أم أن يدخل فيه أراضي العمران، فصار غير مانع. وعرفه الخوارزمي الحنفي، فقال إن الإقطاع: "أن يقطع السلطان رجلاً أرضاً فتصير له رقبته"، وتسمى تلك الأرضون: قطائع وأحدثها: قطيعة<sup>(33)</sup>. ويؤخذ على هذا التعريف عدم جامعيته لأفراد المعروف، فقد أهمل إقطاع الإرفاق، وهو تعريف دائري حيث عرّف المَعْرَفَ بالمَعْرَفِ ذاته، وكذلك عدم ضبطه لماهية المعروف، من حيث وقوع أرض الإقطاع في العمران أم هي موات فقط. والإقطاع عند المالكية: "تسويغ الإمام من مال الله شيئاً لمن يراه أهل لذلك". وأكثر ما يستعمل في الأرض، وهو أن يخرج منها لمن يراه ما يحوزه، إما بأن يملكه إياه فيعمره. وإما بأن يجعل له غلته مدة. هذا التعريف غير مانع، فقد أتى بالجنس البعيد في استعماله كلمة (مال) فالمال يشمل الأرض وغيرها، فصار جنساً بعيداً للأرض الموات، كما لم يبين نوع التسويغ، فصار تعريفاً فضفاضاً يصعب تعيين المعروف. وقال القزويني الرازي: "أن يقطع الإمام له ناحية من الأرض، أو شيئاً من الأشياء، فيجعله له"<sup>(34)</sup>. هذا التعريف جاء غير ضابط لمفهوم المعروف من حيث الماهية، وغير مانع من دخول الغير، فما هي الأرض التي يمكن إقطاعها، وما الأشياء الأخرى، وما طبيعة التصرف الواقع، كما أنه أتى دائرياً فعرّف المَعْرَفَ بالمَعْرَفِ ذاته. وعرفه الرصاع المالكي بأنه: "تَمْلِيكُ الْإِمَامِ جُزْءًا مِنْ أَرْضٍ، وَذَلِكَ بِغَيْرِ عَوْضٍ"، والإقطاع إذا أُطِيقَ مُجَرَّدًا فَإِنَّهُ يُحْمَلُ عَلَى التَّمْلِيكِ وَهُوَ يَدُلُّ عَلَى

- "عمر": معجم اللغة العربية المعاصرة، حرف القاف، 4053 - (إنن)، ج 3 ص 1836.

- "قلعجي"، قنيبي: معجم لغة الفقهاء، حرف الهمزة، ص 84.

33- "الخوارزمي": أبو عبد الله محمد بن أحمد بن يوسف الكاتب البلخي الخوارزمي (المتوفى: 387هـ)، مفاتيح العلوم، المحقق: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، ص 86.

34- "القزويني": حلية الفقهاء، ص 152. - الإمام القزويني الرازي اللغوي المفسر الفقيه، كان شافعياً على مذهب أبيه، ثم صار مالكيًا في آخر أمره. حلية الفقهاء ص 10.

الْحَقِيقَةُ الشَّرْعِيَّةُ فِي التَّمْلِيكِ، وَإِذَا أُرِيدَ الْإِحْيَاءُ، فُقِدَ (35). يؤخذ على هذا التعريف أنه جمع لأفراد المعرف مع غيره فلم يمنع من دخول غير المعرف، كما أنه أخرج من المعرف بعض أفرادها مثل إقطاع الأرقاق، كما حمل على التملك دون عوض، ولعل هذا المفهوم تدخل فيه غير الإقطاعات مثل الهبة والعطية، كما لم يضبط الماهية، ولم بين محله فلا يمكننا استنباط أرض الإقطاع هل يصح أن تكون في العمران أم فقط في الموات. والإقطاع عند الشافعية، والحنابلة: "ما يخص به الإمام بعض الرعية من الأرض الموات، فيختص به، ويصير أولى بإحيائه ممن لم يسبق إلى إحيائه" (36). هذا التعريف رغم بساطته ووضوحه النسبي إلا أنه جاء مبهما غير مانع، فلم بين طبيعة الاختصاص، هل هو للملك أم للارتفاق أم لكليهما، أم لغير ذلك، وكذلك كلمة (بعض) حيث لا يظهر منها إن كان الاختصاص يصير لأحد الناس أم للجماعات كذلك، وإن كانت الكلمة تُصرف للجماعة فوق الاثنين، وهذا محل نظر يتعسر التسليم له. وعرفه السيوطي الشافعي، فقال إن الإقطاع: "أن يُعطي السلطان أرضاً لرجل فيصير له رقبته، ويؤدي عشرها ويكون لورثته بعده" (37). ويؤخذ على هذا التعريف أنه غير جامع حيث أخرج إقطاع الأرقاق، ولم بين ماهية الإقطاع من حيث التملك أو غيره، ولم بين طبيعة محل الإقطاع، أهو من الموات أم من العمران، أم منهما.

مما سبق يستبين لنا أن الإقطاع مصدر من أقطعه، وذلك إذا ملكه أو أذن في التصرف بالشئ، وهو في الإنجليزية: Feudal system، ومفهومه أن يعطي السلطان شخصاً أرضاً من أراضي الدولة له ولأولاده من بعده (38). أي أن الإقطاع من السلطان لرجل: هو إعطاؤه أرضاً وتخصيصه بها (39). ويجوز فيه أن يملكه المنفعة للأرض المعطاه مدة من الزمن طال أم قصرت، وهو ما يعرف بالأرقاق، ويختص التملك بالأرض الموات، أما الأرقاق فجانز في العمران والموات، والإقطاع بمفهومه هذا لا يكون لعموم الناس، وإنما هو يختص بشخص يسميه الإمام، ولا يتعداه إلى غيره، وقد يكون الشخص طبعياً،

35- " الرصاع ": شرح حدود ابن عرفة، كتاب إحياء الموات، باب الإقطاع، ص410.

36- " أبو جيب": القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، حرف القاف ، ص306.

37- "السيوطي": معجم مقاليد العلوم في الحدود والرسوم، الباب السادس عشر في الإشتياف، ص161.

38- "قلعجي ، قنبيي": معجم لغة الفقهاء، حرف الهمة، ص84.

39- "البركاتي": التعريفات الفقهية، الهمة المقصورة، الإقطاع من السلطان لرجل، ص33.

وقد يكون معنويا، وذلك بالنظر لمصلحة معتبرة عامة ومنفعة لذلك الشخص، وفق قواعد وضوابط عادلة يتساوى فيها أصحاب المراكز والحقوق المتماثلة. ولهذا يمكننا أن نعرّف الإقطاع بأنه: "ما خصّصه الإمام من أرض موات تملكها، أو ما أرفق انتفاعه أو استغلاله من أرض، لأحد الناس، لمصلحة معتبرة عادلة".

### أنواع الإقطاع ومشروعيته:

الإقطاع ثلاثة أنواع، الأول إقطاع التملك، والثاني إقطاع الإرفاق، والثالث إقطاع الاستغلال، ونتناول كل منها فيما يلي:

### النوع الأول: إقطاع التملك:

إقطاع التملك يخص الإمام بموجبه أحد الرعية القادر على الإحياء أرضا من الموات الخارجة عن حاجة الناس، على أن يحييها المُقْتَطِع فيما لا يزيد عن ثلاث سنوات، وإلا استردها الإمام أو أقطعها غيره، أو تعود مواتا مباحا لمن أراد إحياءها. وهذا الإقطاع يماثل في عصرنا الحديث قرارات التخصيص التي تصدر لشخص بعينه، يملك بموجب هذا القرار الأرض المُخَصَّصَة، والتي تكون خارج كرادون المدن، أي ما ينطبق عليها وصف الموات من الأراضي، ويكون التخصيص بغرض إعمارها، وإنائها أو استثمارها صناعيا أو زراعيا أو سكنيا أو غير ذلك من صور الإنماء والاستثمار. وقد أجمع الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية ومن المحدثين على مشروعية إقطاع التملك، وحق الإمام فيه، وثبوت حق المققطع فيما اقتطع من أرض. ولكنهم اختلفوا في وقت ثبوت ملك الأرض المقطعة للمقطع، فذهب بعض المالكية وبعض الحنابلة إلى أن المققطع يملك أرض الإقطاع بمجرد صدور أمر الإمام بالإقطاع. وذهب الجمهور وهم الحنفية وجمهور المالكية والشافعية وجمهور الحنابلة والظاهرية إلى أن المققطع يملك الأرض التي أقطعها له الإمام بعد إحيائها، لا من وقت إقطاعها. ولمزيد من الإيضاح نتناول القولين فيما يلي:

استدل بالمعقول بعض المالكية وبعض الحنابلة على أن إقطاع التملك على النحو المذكور، ولكن المققطع يثبت له الملك على الأرض المقطعة بمجرد صدور أمر الإمام بالإقطاع؛ وذلك لأن الملك ثبت بالإقطاع لا بالإحياء، ومن

ثم فإنه يثبت بثبوت الإقطاع ولا يفتقر في ذلك إلى إحياء الأرض حتى يثبت الملك<sup>(46)</sup>.

ويؤخذ على هذا القول معارضته لكثير من نصوص السنة الحاضرة على الإحياء فيما يحوزة الشخص، وكذلك كثير من الآثار الصريحة التي ربطت ملك المقتطع للأرض بإحيائها ربط السبب بالمسبب<sup>(47)</sup>، كما أن القول بهذا من ناحية المعقول من شأنه أن يناقض الحكمة من تشريع الإقطاع ذاته، إذ من حكمته إسناد قطعا من أراضي الدولة الموات إلى من لديه قدرة على إحيائها لتحصيل العمران والتنمية، ومن ثم عموم الفائدة على المجتمع جميعه جراء ما سيكون من عمران ومعاش، أما القول بعدم اعتبار الإحياء في ثبوت الملك من شأنه أن يشجع حائزي الأراضي المقتطعين على التكاثر وعدم الإنفاق الملازم لإعمارها، بل تركها حتى يزحف إليها العمران بطيئا أو سريعا، وحينها يستفيدون منها على هينتها الجديدة التي ستكون مرتفعة القيمة، وقد يبيعونها بأثمانها الجديد والتي ستكون مرتفعة، وهو ما يطلق عليه بعض الناس في يومنا هذا (نظام تسقيع الأراضي)، ومن ثم فإن المقتطع يثري على حساب المجتمع فيما لم يلبي مصلحة المجتمع، وإنما مصلحة المقتطع الشخصية فقط، ولا ضير عليه في فعله هذا إن هو اشترى الأرض بثمنها العادل وبقما يتبايع مع الدولة. ولكن حكمة الإقطاع ونظامه يتأبى على الإثراء الذاتي على حساب المجتمع دون حق، وأن يضيع المقتطع مصلحة رعاها الشارع الحكيم ومن أجلها منحه ملك الأرض المقتطعة. وعلى هذا فلا يمكن التسليم لأصحاب هذا القول فيما ذهبوا إليه من ثبوت ملك المقتطع بمجرد أمر الإمام به؛ وذلك لضعف حجته وانعدام الدليل، وفساد ماله.

أما الجمهور من الأحناف وجمهور المالكية والشافعية وجمهور الحنابلة والظاهرية، الذين ذهبوا إلى أن إقطاع التمليك حق للأمام يخص بمقتضاه قطعة أرض من الموات الخارج عن حاجة الناس، ويجعلها لأحد الرعية القادر على إحياء وإنمائها، في ما لايزيد عن ثلاث سنوات، ولا يثبت ملك المقتطع

46- "القرافي": الذخيرة، ج 5 ص 285. - "المرداوي": الإنصاف في معرفة الراجح من

الخلاف، ج 6 ص 357.

47- أثرتنا أن نورد ضمن نصوص السنة والآثار ضمن أدلة أصحاب القول الثاني بالمسألة

التالية؛ وذلك منعا للتكرار.

على الأرض المقتطعة إلا بعد إحيائها، وليس بمجرد أمر الإمام بها (54). وقد استدلوا على ذلك بالسنة والأثر والمعقول، وهي:

ثبت اقطاع التملك بالسنة، وذلك في غير مناسبة وحديث لرسول الله صلى الله عليه وسلم، ومنها ما اخرج البخاري بسنده عن أسماء بنت أبي بكر رضي الله عنهما، قالت: "كُنْتُ أَنْقُلُ النَّوَى مِنْ أَرْضِ الرَّبِيعِ الَّتِي أَقْطَعَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَى رَأْسِي، وَهِيَ مِنِّي عَلَى ثَلَاثِي فَرَسَخٍ"، وَقَالَ أَبُو ضَمْرَةَ، عَنْ هِشَامٍ، عَنْ أَبِيهِ: "أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَقْطَعَ الرَّبِيعَ أَرْضًا مِنْ أَمْوَالِ بَيْتِي النَّضِيرِ" (55). وما أخرجه البيهقي بسنده عن عبد الله بن أبي بكر قال: جَاءَ بِلَالُ بْنُ الْحَارِثِ الْمُرْنِيُّ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَاسْتَقْطَعَهُ أَرْضًا، فَقَطَعَهَا لَهُ طَوِيلَةَ عَرِيضَةٍ، فَلَمَّا وَلِيَ عُمَرَ قَالَ لَهُ: "يَا بِلَالُ، إِنَّكَ اسْتَقْطَعْتَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَرْضًا طَوِيلَةَ عَرِيضَةٍ قَطَعَهَا لَكَ، وَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَمْ يَكُنْ لِيَمْنَعَنَّ شَيْئًا بِسَأَلِهِ، وَأَنْتَ لَا تُطِيقُ مَا فِي يَدَيْكَ،" فَقَالَ: أَجَلٌ، قَالَ: "فَانظُرْ مَا قَوِيَتْ عَلَيْهِ مِنْهَا فَأَسْبِغْهُ، وَمَا لَمْ تُطِيقْ فَأَدْفَعْهُ إِلَيْنَا نَقْسِمَهُ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ." فَقَالَ: لَا أَفْعَلُ وَاللَّهِ، شَيْءٌ أَقْطَعْتِيهِ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ عُمَرُ: "وَاللَّهِ لَتَفْعَلَنَّ"، فَأَخَذَ مِنْهُ مَا عَجَزَ عَنْ عِمَارَتِهِ فَقَسَمَهُ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ". والحديث في رواية أخرى للبيهقي بسنده عن الحارث بن بلال، عن أبيه: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَخَذَ مِنْ مَعَادِنِ الْقَبِيلَةِ الصَّدَقَةَ، وَأَنَّهُ أَقْطَعَ بِلَالُ بْنُ الْحَارِثِ الْعَقِيقَ

54- "العيني": البناية شرح الهداية، ج 12 ص 292. - "المنبجي": الباب في الجمع بين السنة والكتاب، ج 2 ص 564. - "المرغيناني": الهداية في شرح بداية المبتدي، مجلد 2 ج 4 ص 384. - "ابن نجيم": البحر الرائق، ج 8 ص 388. - "القرافي": الذخيرة، ج 5 ص 285. - "الصاوي": بلغة السالك، ج 3 ص 580: 581. - "بيري": سراج السالك، ج 2 ص 185. - "الشيرازي": المهذب، ج 16 ص 82. - "الماوردي": الحاوي الكبير، ج 7 ص 482. - "النووي": روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج 4 ص 354، 359. - "المقري": إخلاص الناوي، ج 2 ص 438: 439. - "الجمال": حاشية الجمل، ج 3 ص 567. - "ابن قدامة": الكافي في فقه الإمام أحمد، ج 22 ص 21. - "ابن قدامة": المغني، ج 5 ص 570، 578: 580. - "المرداوي": الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج 7 ص 357. - "ابن حزم": المحلى، ج 7 ص 79. - "سابق": سيد سابق، فقه السنة، ج 3 ص 143: 144.

55- "البخاري": صحيح البخاري، كتاب فرض الخمس، باب ما كان النبي صلى الله عليه وسلم يُعْطِي الْمُؤَلَّفَةَ قُلُوبَهُمْ وَعَجِزَهُمْ مِنَ الْخُمْسِ وَتَحْوِهِ، ح 3151 ج 4 ص 95.



أَجْمَعَ، فَلَمَّا كَانَ عَمْرٌ قَالَ لِبَلَالٍ: "إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَمْ يَقْطَعْكَ لِتَحْجِرَهُ عَنِ النَّاسِ، لَمْ يَقْطَعْكَ إِلَّا لِتَعْمَلَ". قَالَ: فَقَطَّعَ عَمْرُ بْنُ الْخَطَّابِ لِلنَّاسِ الْعَقِيقَ. وفي رواية لابن شبة: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَقْطَعَ بِلَالَ بْنَ الْحَارِثِ الْمُرْزِيَّ الْعَقِيقَ، وَكَتَبَ لَهُ فِيهِ كِتَابًا نُسَخَتْهُ: "بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ، هَذَا مَا أُعْطِيَ مُحَمَّدٌ رَسُولُ اللَّهِ بِلَالَ بْنَ الْحَارِثِ، أُعْطَاهُ مِنَ الْعَقِيقِ مَا أُصْلِحَ فِيهِ مُعْتَمَلًا" وَكَتَبَ مُعَاوِيَةَ. قَالَ: فَلَمْ يَعْمَلْ بِلَالَ فِي الْعَقِيقِ شَيْئًا فَقَالَ لَهُ عَمْرُ بْنُ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي وَايَتِهِ: "إِنْ قَوَيْتَ عَلَيَّ مَا أُعْطَاكَ رَسُولُ اللَّهِ مِنْ مُعْتَمَلِ الْعَقِيقِ فَأَعْتَمَلُهُ، فَمَا اعْتَمَلْتَ فَهُوَ لَكَ كَمَا أُعْطَاكَ، فَإِنْ لَمْ تَعْمَلْهُ قَطَّعْتَهُ بَيْنَ النَّاسِ، وَلَمْ تَحْجِرْهُ عَلَيْهِمْ؟ فَقَالَ بِلَالٌ: أَتَأْخُذُ مِنِّي مَا أُعْطَايَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؟ فَقَالَ لَهُ عَمْرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: "إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَدْ اشْتَرَطَ عَلَيْكَ فِيكَ شَرْطًا". فَقَطَّعَهُ عَمْرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بَيْنَ النَّاسِ، وَلَمْ يَعْمَلْ فِيهِ بِلَالَ شَيْئًا، فَلِذَلِكَ أَخَذَهُ عَمْرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مِنْهُ<sup>(1)</sup>. وما أخرجه ابن حبان بسنده عن علقمة بن وائل، عن أبيه:

1- صححه الحاكم والذهبي، وقال الحاكم ووافقه الذهبي، هذا حديث صحيح، ولم يخرجه البخاري ولا مسلم، ولما أثار بعض المحدثين ضعف نعيم والدراوردي، قال قد احتج البخاري بنعيم بن حماد ومسلم بالدراوردي، الحديث أخرجه البيهقي والحاكم وغيرهما: - "البيهقي": السنن الكبرى، كتاب إختيائ الموات، باب من أقطع فطبيعة أو تحجر أرضاً ثم لم يعمرها أو لم يعمر بعضها، ح 11824 ج 6 ص 246. وكذلك: كتاب الزكاة، ج 4 ص 256. - "الملك": المستدرک علی الصحیحین، کتاب الزکاة، وأما حديث محمد بن أبي حفصة، ح 1467 ج 1 ص 561. - "ابن خزيمة": صحيح ابن خزيمة، كتاب الزكاة المختصر من المختصر من المسند على الشريعة التي نكرتها في أول الكتاب، باب يكر أخذ الصدقة من المغنين إن صنع الخير، فإن في القلب من اتصال هذا الإسناد، ح 2323 ج 4 ص 44. - "ابن شبة": تاريخ المدينة لابن شبة، ما كان يفعل النبي صلى الله عليه وسلم في صلاة الاستسقاء، ج 1 ص 149:150. - "ابن الملقن": ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (المتوفى: 804هـ)، تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج (على ترتيب المنهاج للنووي)، المحقق: عبد الله بن سعاف اللحياني، دار حراء، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، 1406هـ، ح 939 ج 2 ص 63:64. - "ابن الملقن": ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (المتوفى: 804هـ)، البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، المحقق: مصطفى أبو الغيط، و، عبد الله بن سليمان و، ياسر بن كمال، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية،

"أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَقْطَعَهُ أَرْضًا، وَأَرْسَلَ مَعَهُ مُعَاوِيَةَ أَنْ أُعْطِيَهَا إِيَّاهُ"، فَقَالَ مُعَاوِيَةُ: أَرَدْتَنِي خُلْفَكَ، قَالَ: لَا تَكُنْ مِنْ أَرْدَافِ الْمَلُوكِ، فَقَالَ: أُعْطِنِي نَعْلَكَ، فَقَالَ: انْتَعِلْ ظِلَّ النَّاقَةِ، فَلَمَّا اسْتَخْلَفَ مُعَاوِيَةَ أَتَيْتُهُ، فَأَقْبَضَنِي مَعَهُ عَلَى السَّرِيرِ وَذَكَرَ لِي الْحَدِيثَ، قَالَ: وَدِدْتُ أَنِّي كُنْتُ حَمَلْتُهُ بَيْنَ يَدَيَّْ" (1). وما أخرجه أحمد بسنده عن ابن عمر: "أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ

الطبعة الأولى، 1425هـ/2004م، باب زكاة المعدن والركاز، الحديث الأول، ج 5 ص 598:599. - "ابن حجر": التلخيص الحبير، كتاب الزكاة، باب زكاة المعدن والركاز، ح 1081 ج 3 ص 1378:1379. "ابن دقيق العيد": تقي الدين أبو الفتح محمد بن علي بن وهب بن مطيع القشيري، المعروف بابن دقيق العيد (المتوفى: 702هـ)، الإمام بأحاديث الأحكام، المحقق: حقق نصوصه وخرج أحاديثه حسين إسماعيل الجمل، دار المعراج الدولية، دار ابن حزم، السعودية، الرياض/ لبنان، بيروت، الطبعة الثانية، 1423هـ/2002م، ح 610 ج 1 ص 319:320. - "عبد الهادي الحنبلي": شمس الدين محمد بن أحمد بن عبد الهادي الحنبلي (المتوفى: 744هـ)، تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق، المحقق: سامي بن محمد بن جاد الله و، عبد العزيز بن ناصر الخباني، أضواء السلف، الرياض، الطبعة الأولى، 1428هـ/2007م، ح 1574 ج 3 ص 87.

1- الحديث صحيح، وقال الأرنؤوط صحيح على شرط مسلم، وقال الترمذي حسن صحيح، وصححه الألباني وغيرهم: - "ابن حبان": صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، كتاب إخباره صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ مَنَاقِبِ الصَّخَابَةِ، رَجَالَهُمْ وَبَسَائِهِمْ بِكُرِّ أَسْمَائِهِمْ رَضْوَانُ اللَّهِ عَلَيْهِمْ أَجْمَعِينَ، يَكُرُّ وَإِلَّ بْنَ حُجْرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، ح 7205 ج 16 ص 182. - "البيهقي": السنن الكبرى، كتاب إحياء الموات، باب إقطاع الموات، ح 11789 ج 6 ص 238. - "ابن حنبل": مسند الإمام أحمد بن حنبل، مُسْنَدُ الْقَبَائِلِ، حَدِيثُ وَإِلَّ بْنِ حُجْرٍ، ح 27239 ج 45 ص 212:213. - "اليزار": مسند اليزار المنشور باسم البحر الزخار، مُسْنَدُ وَإِلَّ بْنِ حُجْرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، ح 4475 ج 10 ص 345. -- "ابن كثير": أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (المتوفى: 774هـ)، جامع المسانيد والسُنن الهادي لأقوم سنن، المحقق: د. / عبد الملك بن عبد الله الدهيش، دار خضر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان/ مكتبة النهضة الحديثة، مكة المكرمة، الطبعة الثانية، 1419هـ/1998م، حرف الواو، وإئل بن حجر بن سعد بن مسروق، ح 10642 ج 8 ص 401. - "ابن زنجويه": الأموال لابن زنجويه، كتاب أحكام الأراضي وإقطاعها وإحيائها وحماها ومياها، باب الإقطاع، ح 1018 و، ح 1019 ج 2

وَسَلَّمَ أَقْطَعَ الزُّبَيْرَ حُضْرَ فَرَسِهِ، بِأَرْضٍ يُقَالُ لَهَا: ثُرَيْرٌ، فَأَجْرَى الْفَرَسَ حَتَّى قَامَ، ثُمَّ رَمَى بِسَوْطِهِ، فَقَالَ: "أَعْطُوهُ حَيْثُ بَلَغَ السَّوْطُ"<sup>(1)</sup>. وما أخرجه الشافعي بسنده عن هشام، عن أبيه: "أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَقْطَعَ الزُّبَيْرَ أَرْضًا، وَأَنَّ عَمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ أَقْطَعَ الْعَقِيقَ أَجْمَعَ وَقَالَ: أَيْنَ الْمُسْتَقْطَعُونَ؟ وَالْعَقِيقُ قَرِيبٌ مِنَ الْمَدِينَةِ"<sup>(2)</sup>. وأخرج ابن أبي شيبة بسنده عن هشام بن عروة، عن أبيه: "أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَقْطَعَ الزُّبَيْرَ أَرْضًا مِنْ أَرْضِ بَنِي النَّضِيرِ فِيهَا نَخْلٌ، وَأَنَّ أَبَا بَكْرٍ أَقْطَعَ الزُّبَيْرَ الْجَرْفَ وَأَنَّ عَمَرَ أَقْطَعَهُ الْعَقِيقَ أَجْمَعَ"<sup>(3)</sup>.

دلت السنة في صحيح سندها وصريح متنها، على أن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع، وشرط الإحياء فيما أقطع، وفهم الصحابة هذا من بعده، وقد تأسوا

ص614:615. - "ابن الملقن": البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في

الشرح الكبير، كتاب إحياء الموات، الحديث الثالث عشر، ج 7 ص 69:70.

1- حديث رجاله ثقات رجال الصحيح، وقال الألباني اسناده ضعيف لضعف عبد الله العمري: - "ابن حنبل": مسند الإمام أحمد بن حنبل، مُسْنَدُ الْمُكْرَبِينَ مِنَ الصَّحَابَةِ، مُسْنَدُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، ح 6458 ج 10 ص 485:486. - "البيهقي": السنن الكبرى، كتاب إحياء الموات، باب إقطاع الموات، ح 11790 ج 6 ص 238. - "ابو داود": سنن أبي داود، كتاب الخراج والإمارة والفتىء، باب في إقطاع الأرضين، ح 3072 ج 3 ص 177. - "الطبراني": المعجم الكبير، باب العين، نافع، عن ابن عمر، ح 13352 ج 12 ص 363.

2- "الشافعي": المسند للشافعي، وَمِنْ كِتَابِ الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ وَعِمَارَةِ الْأَرْضِينَ مِمَّا لَمْ يَسْمَعْ الزُّبَيْرُ مِنَ الشَّافِعِيِّ وَقَالَ: أَعْلَمُ أَنَّ دَا مِنْ قَوْلِهِ، وَبَعْضُ كَلَامِهِ هَذَا سَمِعْتُهُ فِي كِتَابِهِ الْكَبِيرِ الْمُنَسْوُطِ، ص 381:382.

3- حديث حسن صحيح، الألباني: - "ابن أبي شيبة": المصنف في الأحاديث والآثار، كتاب السير، مَا قَالُوا فِي الْوَالِيِّ أَلَّهُ أَنْ يَقْطَعَ شَيْئًا مِنَ الْأَرْضِ، ح 33025 ج 6 ص 472. - "البيهقي": السنن الكبرى، كتاب إحياء الموات، باب إقطاع الموات، ح 11792 ج 6 ص 239. - "ابو داود": سنن أبي داود، كتاب الخراج والإمارة والفتىء، باب في إقطاع الأرضين، ح 3069 ج 3 ص 176. - "الطبراني": المعجم الكبير، مُسْنَدُ النِّسَاءِ، بَابُ الْأَلْفِ، مَا رَوَى عُرْوَةُ بْنُ الزُّبَيْرِ، عَنْ أَسْمَاءَ، هِشَامُ بْنُ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، ح 215 ج 24 ص 82.

به، فأقطعوا وشرطوا، وأثبتوا ملك من أحيى واسترجعوا الأرض المقطعة ممن لم يحيها(1).

أما استدلالهم من الأثر فمنه ما أخرجه ابن أبي شيبة بسنده عن موسى بن طلحة: "أَنَّ عُمَانَ، أَقْطَعَ خُمْسَةَ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ابْنَ مَسْعُودٍ وَسَعْدًا وَالزُّبَيْرَ وَخَبَابًا وَأَسَامَةَ بْنَ زَيْدٍ"(2). وأخرجه ابن أبي شيبة بسنده عن جعفر، عن أبيه: "أَنَّ عُمَرَ، أَقْطَعَ عَلِيًّا يَنْبَعُ وَأَضَافَ إِلَيْهَا غَيْرَهَا"(3). وكذلك أخرجه ابن أبي شيبة بسنده عن محمد بن عبيد الله التقي، قال: "أَتَى عُمَرَ رَجُلٌ مِنْ ثَقِيفٍ يُقَالُ لَهُ: نَافِعُ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ، قَالَ: فَكَانَ أَوَّلَ مَنْ أَقْطَعَنِي الْفُلاَ بِالْبَصْرَةِ، قَالَ: فَقَالَ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، إِنَّ قَبْلَنَا أَرْضًا بِالْبَصْرَةِ لَيْسَتْ مِنْ أَرْضِ الْخَرَاجِ وَلَا تَصْرُ بِأَحَدٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ فَإِنَّ رَأَيْتَ أَنْ تَقْطَعِيبَهَا أَتَّخِذُهَا قِصًّا لِخِيَلِي فَافْعَلْ، قَالَ: فَكَتَبَ عُمَرُ إِلَى أَبِي مُوسَى: "إِنْ كَانَ كَمَا قَالَ فَأَقْطَعُهَا إِيَّاهُ"(4). وما أخرجه أحمد بسنده نافع قال: "أَنَّ الزُّبَيْرَانَ بْنَ بَدْرٍ، وَالْأَفْرَعَ بْنَ حَابِسٍ طَلَبَا إِلَى أَبِي بَكْرٍ أَنْ يَقْطَعَهُمَا، فَأَقْطَعَهُمَا وَكَتَبَ لَهُمَا كِتَابًا، فَقَالَ لَهُمَا عُمَانُ: أَشْهَدُا عُمَرَ فَإِنَّهُ الْخَلِيفَةُ بَعْدَهُ، وَهُوَ أَجْوَزُ لِأَمْرِكُمَا، فَأَتِيَا عُمَرَ بِالْكِتَابِ، فَلَمَّا نَظَرَ فِيهِ بَرَّقَ فِيهِ ثُمَّ ضَرَبَ بِهِ وُجُوهَهُمَا ثُمَّ قَالَ: لَا، وَلَا نِعْمَةَ عَيْنٍ، اللَّهُ لَتَقْلُقَنَّ وُجُوهَ الْمُسْلِمِينَ بِالسُّيُوفِ وَالْحِجَارَةِ ثُمَّ لَتَكْتَبَنَّ لَكُمْ

1- "الكاساني": بدائع الصنائع، ج 8 ص 305. - "ابن نجيم": البحر الرائق، ج 8 ص 387:388. - "القرافي": النخيرة، ج 5 ص 284:285. - "الماوردي": الحاوي الكبير، ج 7 ص 482. - "الجمال": حاشية الجمل، ج 3 ص 567:568. - "ابن قدامة": المغني لابن قدامة، ج 5 ص 578:580. - "المرداوي": الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج 6 ص 357:358.

2- "ابن أبي شيبة": المصنف في الأحاديث والآثار، كتاب السير، ما قالوا في الوالي أنه أن يُقْطِعَ شَيْئًا مِنَ الْأَرْضِ، ح 33028 ج 6 ص 472. - "المتقي الهندي": كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، حرف الجيم، كتاب الجهاد من قسم الأفعال، باب في أحكام الجهاد، الأرزاق والعطايا، ح 11715 ج 4 ص 586.

3- "ابن أبي شيبة": المصنف في الأحاديث والآثار، كتاب السير، ما قالوا في الوالي أنه أن يُقْطِعَ شَيْئًا مِنَ الْأَرْضِ، ح 33029 ج 6 ص 472.

4- "ابن أبي شيبة": المصنف في الأحاديث والآثار، كتاب السير، ما قالوا في الوالي أنه أن يُقْطِعَ شَيْئًا مِنَ الْأَرْضِ، ح 33030 ج 6 ص 472.

لَفِينِهِمْ، فَرَجَعَا إِلَى أَبِي بَكْرٍ فَقَالَا: وَاللَّهِ مَا نَدْرِي أَنْتَ الْخَلِيفَةُ أَمْ عُمَرُ؟ قَالَ: وَمَا ذَاكَ؟ فَأَخْبَرَاهُ بِالَّذِي صَنَعَ، فَقَالَ: "وَأَنَا لَا نَجِيزُ إِلَّا مَا أَجَارَهُ عُمَرُ" (1). دلت هذه الآثار وما رُوي ضمن نصوص السنة على النحو السابق ذكره، وغير ذلك على أن الصحابة رضوان الله عليهم، ومنهم الخلفاء الراشدين، أقطعوا واشترطوا في إقطاعهم، وقد أقطع أبو بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم، ونظروا فيمن سيقطعون من حيث استحقاقه من عدم ذلك، فأقطعوا من يثبت قدرته وحقه، ومنعوا غير القادر أو غير الجاد، ومن لم يثبت له في هذا المدخل حق، كما وقع مع الأقرع بن حابس، كما نظروا فيما أقطعوا، وقد استرد عمر ما لم يحييه المقتطع، وأقطعه غيره، وجعلها للمسلمين، دون اختصاصه لعدم حصول العمران المتغبي من الإقطاع (2).

أما استدلالهم من المعقول فإنما شرع الإقطاع حتى تُحیی الموات، ويحصل العمران، فإن نظرنا في كل ما هو معتبر في الإقطاع وأهمنا شرط التمليك وجعله بعد الإحياء، لحمل الناس على الشح بأموالهم، ولا ينفقونها في إعمار ما اقتطعوه طمعا في مكاسب دون إنفاق، أو أنهم يرغبون في ضم الأراضي والأموال إلى أملاكهم، دون أن يقوموا بحق المال المقتطع، ومن ثم لن تتحقق فائدة من مثل هذا الإقطاع الذي يملك الأرض دون أن يقيم اعتبارا حقيقيا لإحياء ما اقتطع، وكذلك ليس له أن يحجر الأرض عن نفسه دون عمارتها،

1- "ابن حنبل": أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (المتوفى: 241هـ)، فضائل الصحابة، المحقق: د. / وصي الله محمد عباس، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، 1403هـ/1983م، فضائل أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه، إسلام عمر بن الخطاب رضي الله عنه، ح 383 ج 1 ص 292. - "ابن زنجويه": الأموال لابن زنجويه، كتاب أحكام الأراضي وإقطاعها وإحيائها وحماها ومياهاها، باب الإقطاع، ح 1024 ج 2 ص 623. - "المتقي الهندي": كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، الكتاب الرابع في إحياء الموات، باب في أحكام الجهاد، الأرزاق والعطايا، قسم الأفعال، فصل في الترغيب فيه، ح 9515 ج 3 ص 914.

2- "الفرافي": الذخيرة، ج 5 ص 285. - "الشيرازي": المهذب، ج 16 ص 82:83. - "الماوردي": الحاوي الكبير، ج 7 ص 482:483. - "ابن قدامة": المغني، ج 5 ص 579:578. - "المرداوي": الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج 7 ص 357. - "ابن حزم": المحلى، ج 7 ص 79. - "سابق": سيد سابق، فقه السنة، ج 3 ص 144.

وعن غيره أيضا، وفي هذا إتلاف لقيمة الأرض وتعطيل لمنفعتها وهو غير جائز شرعا، كما المقتطع إن لم يحيي الأرض تسترد منه بعد ثلاث سنوات، فإن تملكها قبل ذلك وتصرف فيها كيف تسترجع منه<sup>(1)</sup>؛ ولذا يلزم من إرجاء إثبات ملكية الأرض المقتطعة لما بعد إحيائها ضمانا للجديفة وتحقيقا لحكمة الإعمار.

### القول الراجح:

بالموازنة بين القولين السابقين يستبين رجحان ما ذهب إليه الجمهور، الذين قالوا إن إقطاع التملك للأرض الموات جائز بأمر الإمام، ليخص به أحد الناس من الرعية، يكون لديه القدرة على إعمار الأرض ويمهله ثلاث سنين، ولا يثبت الملك للمقتطع إلا بعد الإحياء. وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها من المعارضة، ولرجاحة منطقتهم وصحة معقولهم. ولاتفاق ما ذهبوا إليه مع الواقع العملي، ومن شأنه أن يمنع التحايل والاستيلاء بغير حق على أموال الدولة وحقوق الرعية، ولا يجعلونها ثولة بين الأغنياء بغير سلطان من الشرع ولا الضمير.

وعلى هذا فإقطاع التملك يرتب حقا للمقتطع على الأرض الموات، يجعل المقتطع مالكا لتلك الأرض، ومن ثم فهو مانع لطالب الإحياء من حيازتها لغرض من أغراض الإحياء.

### النوع الثاني: إقطاع الإرفاق:

إقطاع إرفاق، أي المنفعة والفائدة، دون تقرير حق رقبة، وذلك كإقطاع مقاعد السوق، والطرق الواسعة، ورحاب المساجد، للسابق إليها بالجلوس فيها، فإنه يكون للإمام إقطاعها لمن يجلس فيها؛ لأن له في ذلك اجتهادا، على ألا يضيق على الناس، ولا يخل بمصلحة معتبرة للامة ولا للدولة ولا لأحد الناس. ولا يملك المقتطع بما يثبت له من إقطاع الإرفاق، بل يكون أحق بالجلوس فيها والانتفاع به من غيره، واستحق المقتطع بإقطاع الإمام، فلا يزول حقه بنقل متاعه، ولا لغيره الجلوس فيه، أو الانتفاع به دون أن يأذن، وبما لا يخل بشرط

1- "الماوردي": الحاوي الكبير، ج 7 ص 488. - "ابن قدامة": المغني لابن قدامة، ج 5 ص 578.

الإمام فيما أقر إقطاعه انتفاعاً. ويكون في الموات والعامر سواء، فقد يرفق الإمام شخصاً لما في الصحاري وطرق المواصلات والسفر كمحطات الركوب والاستراحات على الطرق، ويكون داخل العامر كالأكشاك، والمقاعد والمحلات المتتبع بها، وبالأسواق وغيرها من الأماكن ذات النفع، كما يجوز في الأبنية والعمارات والتجمعات العمرانية والسكانية، وهو ما يماثل في بعض صورته ترخيص إشغال الطريق في عرف الناس اليوم. وللمقتطع في الرحاب أو الطرق أن يظلل على نفسه بما لا ضرر فيه من الوسائل المناسبة، والتي يقرها الإمام، وليس له بناء شيء في الطريق، ولا في رحبة المسجد، لما فيه من التضييق، وللإمام أن يأذن له في إرفاقه بالبناء إن كان لا يضر ولا يضيق، ولا يمكنه هذا من مطالبة التملك بحال<sup>(1)</sup>.

وعلى هذا فإقطاع الارتفاق يرتب حقاً للمقتطع على الأرض مدة ارتفاقه، ومن ثم فهو مانع لطالب الإحياء من حيازتها لغرض من أغراض الإحياء.

### النوع الثالث: إقطاع الاستغلال:

إقطاع الاستغلال يقطع الإمام أرضاً لأحد الناس، مدة معلومة أو إلى أجل جزائي أو مدة حياة المقتطع، ولا تورث بذات الإقطاع، وهي قابلة للاستغلال والانتفاع بغلتها سواء للزراعة أو للتعدين، كاستخراج المعادن ونحوها، ولا يملكها المقتطع له مهما طال مد استغلالها، بل ترجع لحالها الأول من عدم الملك مشاعاً عاماً للمسلمين، وذلك بعد انتهاء مدة الاستغلال. وقد ذهب إلى هذا النوع من الإقطاع بعض الحنابلة<sup>(2)</sup>، ومع أنهم لم يقدموا دليلاً قوياً يؤيد وجهتهم في ذكر هذا النوع وتخصيصه بحكم على هذا النحو، إلا أنه من حيث تفاصيل الواقع العملي ومصالح التنظيم وعدم خلط مراكز الحقوق مع جمهور المتعاملين لدى أجهزة الدولة الحديثة فيما يتعلق بإحياء الموات وتسهيل

1- "الماوردي": الحاوي الكبير، ج 7 ص 498:499. - "السنيني": أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج 2 ص 452:453. - "الهيتمي": تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج 6 ص 132، ص 224. - "البجيرمي": حاشية البجيرمي على شرح المنهاج، ج 3 ص 198. - "ابن قدامة": المغني لابن قدامة، ج 5 ص 577:578. - "الكويت": الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 3 ص 136، و ج 6 ص 81:83، ج 39 ص 35. - "الزحيلي": د. وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 6 ص 4645:4646. 2- "المرداوي": الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج 6 ص 357.

الإعمار وترتيب العمران، فإن تعيين مثل هذا النوع، وخصه بحكم واضح لا يلتبس مع غيره، يكون مفيداً، ويعد مصلحة للناس وللدولة. ولا يستساغ القول إن هذا النوع متضمن في اقطاع الارتفاق، لأن الإرفاق على وفق ما عرضنا، يختلف عن الاستغلال، فالإرفاق جائز في العمران وغيره، أما الاستغلال في الموات، كما أن الإرفاق موقوت بمدد قصيرة، أما الاستغلال قد تطول مدته.

وعلى هذا فإقطاع الاستغلال يرتب حقاً للمقتطع على الأرض الموات، ومن ثم فهو مانع لطالب الإحياء من حيازتها لغرض من أغراض الإحياء.

### ثانياً: التحجير:

معنى التحجير: للتحجير معنيان، الأول في اللغة والأخر في اصطلاح الفقهاء، وتتناولهما فيما يلي:

#### التحجير في اللغة:

التحجير أصلها (حجر)، حَجَرَ فهو حاجر، وَحَجَّرَ فهو محجَّرٌ، يُحَجِّرُ تَحْجِيرًا، ولها في اللغة معان كثيرة، منها، (حَجَرَ): الحَاءُ وَالْجِيمُ وَالرَّاءُ أَصْلٌ وَاحِدٌ مُطَّرِدٌ، وَهُوَ الْمَنْعُ وَالْإِحَاطَةُ عَلَى الشَّيْءِ. وَالْحَجْرُ: مصدر حَجَرْتُ عليه حَجْرًا، وَالْحَجْرُ: حَجْرُ الْإِنْسَانِ، وقد يقال بكسر الحاء، وَحَجَّرَ: قصبه اليمامة، وَالْحَجْرُ: العقل، قال الله عز وجل: {هَلْ فِي ذَلِكَ قَسَمٌ لِّذِي حِجْرٍ} (5) {الفجر، وَالْحِجْرُ: العقل لإمساكه ومنعه عن حماقات، وإحاطته بالتمييز. وتحجر ما وسعه الله: ضيقه على نفسه. وَحَجَرَ الشَّيْءُ ضيقه وَفِي الْحَدِيثِ مما أخرجه البخاري بسنده عن الزُّهْرِيِّ، قَالَ: أَخْبَرَنِي أَبُو سَلَمَةَ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، أَنَّ أَبَا هُرَيْرَةَ، قَالَ: "قَامَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي صَلَاةٍ وَقَمْنَا مَعَهُ، فَقَالَ أَعْرَابِيٌّ وَهُوَ فِي الصَّلَاةِ: اللَّهُمَّ ارْحَمْنِي وَمَحَمَّدًا، وَلَا تَرْحَمْ مَعَنَا أَحَدًا. فَلَمَّا سَلَّمَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ لِأَعْرَابِيٍّ: "لَقَدْ حَجَرْتُ وَأَسِعَا" يُرِيدُ رَحْمَةَ اللَّهِ" (1). وحجر: أي الأحجار: وجمعه في القلة أَحْجَارٌ، وفي الكثرة حَجَارٌ وَجِجَارَةٌ، وَالْحَجْرَانِ: الذهب والفضة. وَالْحَجْرُ ساكن الوسط: مصدر قولك حَجَرَ عليه القاضي يَحْجُرُ حَجْرًا: إذا منعه من التصرف في ماله. وَالْحِجْرُ: حِجْرُ الكعبة، وَالْحِجْرُ: ديار ثمود، قال الله جل ثناؤه: {وَلَقَدْ كَذَّبَ أَصْحَابُ الْحِجْرِ الْمُرْسَلِينَ} (80) {الحجر. وَالْحِجْرُ وَالْحُجْرُ لغتان: وهو الحرام، وكان الرجل يلقى غيره في الأشهر الخُرْم فيقول: حِجْرًا مَحْجُورًا أَي حَرَامًا

1- "البخاري": صحيح البخاري، بَابُ رَحْمَةِ النَّاسِ وَالْبَهَائِمِ، كِتَابُ الْأَدَبِ، ح 6010 ج 8 ص 10.



مُحَرَّمٌ عَلَيْكَ فِي هَذَا الشَّهْرِ فَلَا بَدْوَةَ بِشَرِّهِ؛ وَلِذَلِكَ يَقُولُ الْمُشْرِكُونَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ لِلْمَلَائِكَةِ: جَجْرًا مَحْجُورًا، وَيَطْنُونَ أَنْ ذَلِكَ يَنْفَعُهُمْ كِفَعْلِهِمْ فِي الدُّنْيَا، وَهُوَ فَاغُولٌ مِنَ الْمَنْعِ، يَعْنِي بِمَعَاذٍ. يَقُولُ: إِنِّي مُتَمَسِّكٌ بِمَا يَعِيدُنِي مِنْكَ وَيَحْجُبُكَ عَنِّي، وَمِنْهُ قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى: {يَوْمَ يَرَوْنَ الْمَلَائِكَةَ لَا بُشْرَى يَوْمَئِذٍ لِلْمُجْرِمِينَ وَيَقُولُونَ جَجْرًا مَحْجُورًا (22)} {الفرقان}، وَمَعْنَاهَا فِي وَجْهِهِ: أَي يَقُولُونَ "حَجْرًا" تَمَّ الْكَلَامَ، وَهُوَ مِنْ قَوْلِ الْمُجْرِمِينَ، ثُمَّ يَقُولُ اللَّهُ تَعَالَى: "مَحْجُورًا" أَي مَحْجُورًا عَلَيْهِمْ أَنْ يَعَاذُوا، وَأَنْ يَجَارُوا كَمَا كَانُوا يَعَاذُونَ فِي الدُّنْيَا وَيَجَارُونَ، فَحَجْرٌ اللَّهُ ذَلِكَ عَلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ أَي مَنَعَهُمْ مِمَّا يَرْجُونَ. وَالْمُحَجَّرُ: الْمُحَرَّمُ. وَالْمَحْجَرُ: حَيْثُ يَقَعُ عَلَيْهِ النِّقَابُ مِنَ الْوَجْهِ، وَمَا بَدَأَ مِنَ النِّقَابِ فَهُوَ مَحْجَرٌ. وَأَحْجَارُ الْخَيْلِ مَا اتَّخَذَ مِنْهَا لِلنَّسْلِ، وَيُقَالُ هَذَا جَجْرٌ مِنْ أَحْجَارِ خَيْلِي، يَعْنِي الْفَرَسَ الْوَاحِدَ، وَسَمِيَتْ الْأَنْثَى مِنَ الْخَيْلِ حَجْرًا لِأَنَّهَا حَجَرَتْ عَنِ الذُّكُورِ إِلَّا عَنِ قَحْلِ كَرِيمٍ، جَعَلَهَا كَالْمُحَرَّمِ يَبْعُثُهَا وَرُكُوبُهَا. وَالْحَجْرُ: أَنْ تَحْجُرَ عَلَى إِنْسَانٍ مَالَهُ فَتَمْنَعَهُ أَنْ يُفْسِدَهُ. وَالْحَجْرُ: قَدْ يَكُونُ مَصْدَرًا لِلْحَجْرَةِ الَّتِي يَحْتَجِرُهَا الرَّجُلُ، وَحِجَارُهَا: حَائِطُهَا الْمَحِيطُ بِهَا. وَالْحَاجِرُ مِنْ مَسِيلِ الْمَاءِ وَمَنَابِتِ الْعُشْبِ: مَا اسْتَدَارَ بِهِ سَنْدٌ أَوْ نَهْرٌ مُرْتَفِعٌ، وَجَمْعُهُ حُجْرَانٌ، وَالْحَجْرَةُ: نَاحِيَةٌ كُلِّ مَوْضِعٍ قَرِيبًا مِنْهُ. وَحَجْرُ الْمَرْأَةِ وَحَجْرُهَا، لِعَتَانِ: لِلْحِضْنَيْنِ. وَحَجَرَتْ عَيْنَهُ إِذَا غَارَتْ، لَمَّا يَبْدُو حَوْلَهَا مِنْ بَرُوزِ عَظْمِ الْجُمُجُمَةِ فَكَأَنَّهَا تَحْجَرَتْ أَي صَارَ حَوْلَهَا صُورٌ وَمَحْجَرُ الْعَيْنِ: مَعْرُوفٌ وَهُوَ مَا يَظْهَرُ مِنَ النِّقَابِ. وَحَجَرُ الْقَمَرِ إِذَا صَارَتْ حَوْلَهُ دَارَةٌ. وَأَصْلُ الْحَجْرِ فِي اللُّغَةِ مَا حَجَرَتْ عَلَيْهِ أَي مَنَعَتْهُ مِنْ أَنْ يُوَصَلَ إِلَيْهِ، فَالْحَجْرُ، الْمَنْعُ، حَجَرَ عَلَيْهِ يَحْجُرُ حَجْرًا وَحُجْرًا وَحُجْرَانًا وَحَجْرَانًا، مَنَعَ. وَكُلُّ مَا مَنَعَتْ مِنْهُ فَقَدْ حَجَرَتْ عَلَيْهِ، وَكُلُّ شَيْءٍ حُجِرَتْ عَلَيْهِ فَقَدْ مُنِعَتْ عَنْهُ. وَيُقَالُ: فَلَانَ لِحَاجِرٍ أَي فِي مَنَعَةٍ. وَلَا حُجْرَ عَنْهُ، أَي لَا دَفْعَ مِنْهُ. وَالْحَجْرُ: الصَّخْرَةُ، وَأَرْضٌ حَجْرَةٌ وَحَجِيرَةٌ وَمُتَحَجِّرَةٌ، كَثِيرَةٌ الْجِجَارَةُ، وَرُبَّمَا كُنِيَ بِالْحَجْرِ عَنِ الرَّمْلِ. وَمَجَاحِرُ الْقَوْمِ: مَكَانُهُمْ. وَالْحَجْرَةُ: الْخَائِطُ يَحْجُرُ عَلَى دَارٍ أَوْ غَيْرِهَا وَالْجَمْعُ حَجَرَاتٌ وَحَجْرٌ. وَالْحَاجِرُ: الْأَرْضُ تَرْتَفِعُ عَلَى مَا حَوْلَهَا وَيَنْخَفِضُ وَسَطُهَا فَيَجْتَمِعُ فِي ذَلِكَ الْإِنْخِفَاضِ مَاءُ السَّمَاءِ وَيَمْنَعُهُ الْحَاجِرُ أَنْ يَفِيضَ. وَالْحَاجِرُ مِنْ مَسَائِلِ الْمِيَاهِ وَمَنَابِتِ الْعُشْبِ: مَا اسْتَدَارَ بِهِ سَنْدٌ أَوْ نَهْرٌ مُرْتَفِعٌ وَالْجَمِيعُ الْحَجْرَانِ، وَالْمَحَاجِرُ: الْحِدَائِقُ، وَاحِدُهَا مَحْجَرٌ، وَهِيَ مَا حَاطَهَا مَالِكُهَا حَتَّى لَا يَدْخُلَهَا النَّاسُ. وَاسْتَحْجَرَ الطَّيْنَ وَتَحْجَرَ: صَلَبَ كَالْحَجْرِ. وَحَجَرَ حَوْلَ أَرْضِهِ، أَحَاطَهَا وَمَنَعَهَا. وَحَجَرَ الْأَرْضَ وَعَلَيْهَا وَحَوْلَهَا وَضَع

على حُدُودهَا أعلاما بِالْجِجَارَةِ وَنَحْوَهَا لِحِيَازَتِهَا(1). وحجر على الشيء له: اختصه به، وحجر على الموضوع: منع الناس من الدخول إليه، ويقال حَجَّرَ أرضه (بالتشديد)، وحجَّرَ على أرضه.

وفي الإنجليزية حَجَّرَ الشيء وعليه، tutor testamentarius(2).

### التحجير في الاصطلاح:

لم يهتم معظم الفقهاء كثيرا بوضع تعريف اصطلاحى للتحجير، وذلك اعتمادا على شهرة المعنى ورسوخه في البيئة العربية، ولكننا نرصد بعضها مبنوثا

1- "الفراهيدي": كتاب العين، حرف الحاء، باب الثلاثي الصحيح، باب الحاء والجيم والراء معهما ح ج ر، ج ح ر، ح ر ج، ر ج ح مستعملات، ج 3 ص 73:75. - "ابن السكيت": أبو يوسف ابن السكيت يعقوب بن إسحاق (المتوفى: 244هـ)، إصلاح المنطق، المحقق: محمد مرعب، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى 1423هـ/2002م، باب فَعَلٍ، وَفِعْلٍ، باختلاف المعنى، ص 20. - "ابن منظور": لسان العرب، حَزَفَ الرَّأءِ، فصل الحاء المهملة، ج 4 ص 165:202. - "الزبيدي": تاج العروس من جواهر القاموس، فصل الحَاءِ الْمُهْمَلَةِ مَعَ الرَّأءِ، حجر، ج 10 ص 530:553. - "الزمخشري": أساس البلاغة، كتاب الحاء، (ح ج ر)، ج 1 ص 169. - "الأزدي": جمهرة اللغة، باب الْجِيمِ وَالْحَاءِ مَعَ مَا يَلِيهِمَا مِنَ الْخُرُوفِ فِي الثَّلَاثِي الصَّحِيحِ، (ح ج ر)، ج 1 ص 436:437. - "المهروي": تهذيب اللغة، أبواب الحاء والجيم، حجر، جرح، جرح، حجر، رجح: (مستعملات)، (ح ج ر)، ج 4 ص 80:84. - "الفارابي": الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، باب الراء، فصل الحاء، (حجر)، ج 2 ص 623:624. - "ابن فارس": مجمل اللغة لابن فارس، كتاب الحاء من مجمل اللغة، باب الحاء والجيم وما يتلثهما، ج 1 ص 364:365. - "ابن فارس": معجم مقاييس اللغة، كِتَابُ الْحَاءِ، بَابُ الْحَاءِ وَالْجِيمِ وَمَا يَتْلِيهُمَا، (حَجَّرَ)، ج 2 ص 138:139. - "ابن سيده": المحكم والمحيط الأعظم، حرف الحَاءِ، الْحَاءُ وَالْجِيمُ وَالرَّاءُ، ج 3 ص 65:70. - "الحميري": شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، حرف الحاء، باب الحاء والجيم وما بعدهما، الأسماء، المجرد، فعل، يفتح الفاء وسكون العين، ويكسر الفاء، (ر)، (الحجر)، ج 3 ص 140:142. - "الرازي": مختار الصحاح، بَابُ الْحَاءِ مَعَ الْجِيمِ وَالرَّاءِ، (ح ج ر)، ص 67. - "الحموي": المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، كِتَابُ الْحَاءِ، الْحَاءُ مَعَ الْجِيمِ وَمَا يَتْلِيهُمَا، (ح ج ر)، ج 1 ص 121. - المعجم الوسيط: بَابُ الْحَاءِ، ج 1 ص 157.

2- "دوزي": تكملة المعاجم العربية، حرف الحاء، (حجر)، ج 3 ص 63.

في كتب الفقهاء والكتب ذات الصلة، ومن أهمها، ما ذهب إليه الأحناف أن التحجير: "حجر - بتشديد الجيم - يجوز أن يكون من الحجر بفتح الجيم - ويجوز أن يكون من الحجر بسكون الجيم - فعلى الأول: "معناه أعم بوضع الأحجار حوله؛ لأنهم كانوا يفعلون ذلك"، وعلى الثاني: "معناه يمنع الغير من إحيائها"؛ لأن الحجر في اللغة: المنع فكان التحجير ما هو إلا: "الأعلام؛ لأنهم كانوا يعلمونه بوضع الأحجار حوله لحجر غيرهم عن إحيائه"(1). والمراد بالمحجر: "المعلم بعلامة في موضع، واشتقاق الكلمة من الحجر، وهو المنع فإن من أعلم في موضع من الموات علامة فكأنه منع الغير من إحياء ذلك الموضع فسمي فعله تحجيراً". وبيان ذلك أن الرجل إذا مر بموضع من الموات فقصده إحياء ذلك الموضع، فوضع حول ذلك الموضع أحجاراً أو حصداً ما فيها من الحشيش، والشوك، وجعلها حول ذلك فمنع الداخل من الدخول فيها فهذا تحجير، ولا يكون إحياء، إنما الإحياء أن يجعلها صالحة للزراعة بأن كربها أو ضرب عليها المسناة أو شق لها نهراً(2). وفي قول الخوارزمي الحنفي: "اخْتَجَرَ الْأَرْضَ أَعْلَمَ عَلَمًا فِي حُدُودِهَا لِيَحْجُوزَهَا وَيَمْنَعَهَا"(3). وهو عند المالكية قالوا: "أَصْلُ الْحَجْرِ، مِنَ الْحَائِطِ يُدَارُ حَوْلَ الْأَرْضِ"، وَسُمِّيَ حَجْرًا لِامْتِنَاعِهِ وَصَلَابَتِهِ"(4).

وجاء فيما اتفقت عليه الحنفية والشافعية، في قولهم: "يُقَالُ حَجَرَتِ الْأَرْضَ وَاحْتَجَرْتَهَا إِذَا ضَرَبْتَ عَلَيْهَا مَنَارًا تَمْنَعُهَا بِهِ عَنِ الْغَيْرِ"(5). وعرف

1- "العيني": البناية شرح الهداية، ص 293. - "الزيدي": الجوهرة النيرة، ج 10 ص 58.

2- "السرخسي": المبسوط، مجلد 12 ج 22 ص 167:168.

3- "الخوارزمي": المغرب في ترتيب المغرب، بَابُ الْحَاءِ، الْحَاءُ مَعَ الْجِيمِ، (ح ج ر)، ص 103.

4- "القزويني" (المالكي): حلية الفقهاء، كتاب البيوع، باب الرهن والتفليس والحجر وغير ذلك، ص 142.

5- "ابن الأثير" (الشافعي): النهاية في غريب الحديث والأثر، حرف الحاء، باب الحاء مع الجيم، (حجر)، ج 1 ص 341. - "الكجراتي": جمال الدين، محمد طاهر بن علي الصديقي الهندي الفُنِّي الكجراتي، الحنفي (المتوفى: 986هـ)، مجمع بحار الأنوار في غرائب التنزيل ولطائف الأخبار، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، الطبعة الثالثة، 387/1967م، حرف الحاء، (حجر)، ج 1 ص 454. - "الأصبهاني": أبو موسى محمد بن عمر بن أحمد بن عمر بن محمد الأصبهاني المدني، الشافعي (المتوفى: 581هـ)، المجموع المغيَّب في

الشافعية التحجير بأنه: "مانع لغيره منه، من الحجر وهو المنع"، ويصير المحتجر أحق بها من غيره، و(أحق) في كلام العرب لها معنيان: أحدهما استيجاب الحق كقولك: فلان أحق بماله، أي لا حق لغيره فيه، وهو المراد هنا. والثاني: الترجيح، أي تكون له وإن كان للآخر فيه نصيب" (1). وعند الحنابلة في قولهم تحجر الموات هو: "الشروع في إحيائه، مثل أن يدير حول الأرض تراباً أو أحجاراً، أو يحيطها بجدار صغير، أو يحفر بئراً لم يصل إلى مائها" (2). وذهب الزمخشري إلى: أن حجر أي يحظره لنفسه دون غيره، ومنه احتجرت الأرض: "إذا ضربت عليها مناراً أم أعلمت علماً في حدودها للحيازة" (3). ومن المحدثين قولهم: حجّر الأرض وحجّر عليها وحجّر حولها: "وضع على حدودها أعلاماً بالحجارة ونحوها لحيازتها" (4).

يؤخذ على هذه التعريفات أنها غير مانعة، حيث لم تمنع دخول جميع أنواع الأراضي الأخرى التي يجعل لها حدود ومعالم، ويحميها أصحاب الحق عليها ويمنعونها، كما أنها لم تُبين ماهية التحجير وطبيعته.

#### التعريف المختار:

وحيث أن التحجير عبارة عن حيازة لأرض من الأراضي الموات محددة ومعينة ولها معالمها وتوقيعها الفعلي، وذلك لمدة معينة في حدود ثلاث سنين

غربي القرآن والحديث، المحقق: عبد الكريم العزاوي، جامعة أم القرى، مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، مكة المكرمة، دار المدني للطباعة والنشر والتوزيع، جدة، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ومن كتاب الحاء، ومن باب الحاء مع الجيم، (حجر)، ج 1 ص 403.

1- "الجمل": حاشية الجمل، ج 3 ص 567.

2- "المرداوي": الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج 6 ص 354.

3- "الزمخشري": جار الله أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري (المتوفى: 538هـ)، الفائق في غريب الحديث والأثر، المحقق: علي محمد البجاوي، و، محمد أبو الفضل إبراهيم، دار المعرفة، لبنان، الطبعة الثانية، حرف الحاء، الحاء مع الجيم، ج 1 ص 261.

4- "عمر": معجم اللغة العربية المعاصرة، حرف الحاء، (ح ج ر)، ج 1 ص 446. -  
"أبو جيب": القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، حرف الحاء، ص 77.

أو أقل، حسبما يشترط الإمام أو يراه من مصلحة معتبرة في هذا الشأن، ثم يلي المحتجر إحياء هذه الأرض وإعمارها واستثمارها فيما لا يتجاوز المدة المضروبة، ثم يثبت له ملكها بعد الإحياء، ويعد الإحياء شرطاً لثبوت الملك بموجب التحجير. ومن ثم يمكننا تعريف التحجير بأنه:

**"حيازة الشخص لأرض من الموات معينة ومبينه الحدود والمعالم، بغرض تملكها بشرط الإحياء خلال أجل معلوم".**

### مشروعية التحجير:

حيث إن التحجير عبارة عن حيازة مؤقتة لأرض موات، بغرض ترتيب الملك وثبوته عليها، على شرط إحيائها، ومن ثم فإن التحجير في حد ذاته مقدمة للإحياء، وتوطيد له، وتمكين لطالب الإحياء من إحيائه للموات دون أن يزعجه أحد، أو ينازعه أحد فيما يعمل وقد تتضارب المصالح وتختلف الاتجاهات والرؤى، وقد يؤدي الأمر إلى الصراع وأن يتلف كل من المتصارعين للآخر ما أتمر أو يفسده، وتقاديا لهذا كانت حكمة التحجير، بحيث يحتجز طالب الإحياء الأرض التي له مقدرة على إحيائها بإشراف الإمام، ويعينها ويحددها بمعالم وحدود واضحة، ثم يشرع في إحيائها، وله في سبيل ذلك مهلة زمنية يتمكن خلالها من الإحياء، فإن تم هذا يثبت ملكه على الأرض التي احتازها، وإلا فلا. هذا مفاد التحجير، ونلخص فيه شروطاً هي:

أن تُعيَّن الأرضُ وتُحدَّدَ وتُبيَّنَ معالمها.

أن تكون الأرض من الموات.

أن يكون المحتجر قادر على الإحياء.

أن يحيي الأرض في خلال الأجل المضروب للإحياء.

أن يكون في فعله هذا قاصداً ومنتوياً الإحياء.

ألا يثبت ملك الأرض للمحتجر إلا بعد الإحياء.

وفق هذه الشروط دار التناول الفقهي لمسألة التحجير، بحيث إن أقامها

المُحتَجِرُ اكتسب ملكية الأرض المُحتَجَرَةَ؛ ولذلك فإن التحجير يصير إن تم

مانعا من موانع إحياء غير المحتجر للأرض المحتجرة مدة احتجازها، لما

يمثله من حق مرجح للمحتجر على الأرض.

ومن خلال هذا المفهوم وعلى أساس تلك الشروط، اختلف الفقهاء في

مشروعية التحجير وحكمه، فذهبوا إلى ثلاثة أقوال، الأول أنكر التحجير،

وقالوا أنه غير مشروع، وذهب إليه بعض المالكية. أما القول الثاني فذهب إلى

ثبوت التحجير وأنه يثبت به ملك الأرض المحتجرة بمجرد تحجيرها ووضع الحدود والعلامات، وهو مانع لإحياء الغير، وذهب إليه قول عند الشافعية. أما القول الثالث فذهب إلى مشروعية التحجير وأنه مقدمة للإحياء، ويثبت ملك المحتجر القادر على الإحياء للأرض بعد إحيائها في الأجل، وأنه مانع لإحياء غير المحتجر، قال به الجمهور من الفقهاء فقد ذهب إليه الحنفية وجمهور المالكية وجمهور الشافعية والحنابلة والظاهرية ومن المحدثين.

ولبيان تلك الأقوال نتناولها وما استدلوا به فيما يلي:

بالنسبة للقول الأول قال ابن القاسم لا يعرف مالك التحجير إحياءً، ولا ما قيل من حجر أرضاً ترك ثلاث سنين، فإن أحيائها وإلا فهي لمن أحيائها؛ لأن الأشياء المباحة لا تملك إلا بالأسباب المملكة لها، وما دون ذلك من العلامات الدالة على إرادة تحصيل السبب لا يمنع الغير من تحصيله. كنصب الشباك للأسماك والطيور ونحوهما لا يصير صاحبها أولى، أما الأحاديث الواردة في شأن التحجير فمحمولة على من سبق بسبب شرعي، وإلا انتقض. والموات تملك بسبب الإحياء بشيء مما يحصل به العمران، وذلك بخلاف الخط والتحجير، فمن وضع خطاً على أرض موات أو أحاطها بأحجار بغير أن يحدث فيها أمراً يكون سبباً لحيازتها، فإنه لا يملكها بذلك، وليس له أن يمنع أحداً يتصرف فيها، بل هي مباحة (1).

ورد هذا القول بأنه قدم رأياً بالمعقول في مواجهة نصوص من السنة وآثار الصحابة (2)، كما أنه حكم القياس في النصوص، فنص الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم جاء فيه: "مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْهُ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ لَهُ" (3)، جاء مطلقاً وليس مخصصاً في شيء دون شيء من المباح أو الموات. كما أن قياسهم على نصب الشباك للأسماك والطيور، غير صحيح، لأنه أرادوا به إبطال حق المحتجر، لأنه لا يقدم ناصبهما على غيره في استحقاق مطلق سمك البحر أو طير السماء، ولكنهم لم يذكروا أنه بالقطع أحق بما حازه في شباكه من أسماك أو طير، رغم ما يحتمل من تغلب بعضها قبل الإمساك بها، فحيازة الأسماك والطيور في الشباك بعد نصبها وقبل قبضها والإمساك بما حوت، هو مناط القياس، وهو هو تحجير الأرض، فالمحتجر يحوز الأرض ويشرع في

1- "القرافي": الذخيرة، ج 5 ص 287. - "بري": سراج السالك، ج 2 ص 186.

2- سنذكر الأحاديث والآثار ضمن أدلة أصحاب القول الثالث، فنحيل إليها معنا للتكرار.

3- سبق تخريجه.

إحيائها رغم احتمال تعطله وعدم إتمامه لمشروعه الإنمائي، ومن ثم خروجها من حيازته وفقده ملكها كلها أو بعضها؛ ولذا فإن هذا القول لم يثبت له دلال ولا دلالة.

أما أصحاب القول الثاني الذي ذهبوا إلى أن المحتجر يملك الأرض بمجرد التحجير، وذلك فيما حكاه ابن القطان الشافعي في وجهه. فهو قول لم يقل به سواه، ولم يسق أي دليل عليه لا من المنقول ولا من المعقول، ولم يقدم مصلحة تدعوا إلى اعتباره، وقد قال عنه فقهاء الشافعية قبل غيرهم إنه قول شاذ ضعيف(4)، ومن ثم فلا يمكن الاعتداد به.

أما القول الثالث الذين أثبتوا مشروعية التحجير على النحو المذكور سابقا ووفق ذكر من الشروط، وأنه مقدمة للإحياء ولا يثبت به الملك بذاته، وإنما تثبت به حيازة مؤقتة، تمكن صاحبها من إحياء ما احتجر من موات، فإن أحيا ثبت ملكه على ما أحياء. وقالوا لو حجر الأرض الموات لا يملكها بالإجماع؛ لأن الموات يملك بالإحياء؛ لأنه عبارة عن وضع أحجار أو خط حولها يريد أن يحجر غيره عن الاستيلاء عليها، وشيء من ذلك ليس بإحياء فلا يملكها ولكن صار أحق بها من غيره حتى لم يكن لغيره أن يزعه؛ لأنه سبقت يده إليه والسبق من أسباب الترجيح في الجملة. ثم التحجير قد يكون بغير الحجر بأن غرز حولها أغصانا يابسة أو نقى الأرض وأحرق ما فيها من الشوك أو خصد ما فيها من الحشيش أو الشوك، وجعلها حولها وجعل التراب عليها من غير أن يتم المسناة ليمنع الناس من الدخول، أو حفر من بئر ذراعا أو ذراعين، وفي الأخير ورد الخبر. ولو كربها وسقاها فعن محمد أنه إحياء، ولو فعل أحدهما يكون تحجيرا، ولو حفر أنهارها ولم يسقها يكون تحجيرا، وإن سقاها مع حفر الأنهار كان إحياء لوجود الفعلين، ولو حوطها أو سنمها بحيث يعصم الماء يكون إحياء؛ لأنه من جملة البناء، وكذا إذا بذرها(5). للمحتجر ولاية التحجير بغير إذن الإمام، فيجعل حفره بغير إذن الإمام تحجيرا لا إحياء، فإذا

4- "النووي": روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج 4 ص 352.

5- "العيني": البناية شرح الهداية، ج 12 ص 289.

كان كذلك فقد فعل ما له فعله، ولا يكون متعدياً فلا يضمن ما تولد فيه (1) وإذا صار أحق بها فلا يقطعها الإمام غيره إلا إذا عطلها المتحجر ثلاث سنين ولم يعمرها (2)، والشارع في إحياء الموات متحجر ما لم يتمه، وكذا إذا أعلم عليه علامة للعمارة، من نصب أحجار، أو غرز خشبات، أو قصبات، أو جمع تراب، أو خط خطوط، وذلك لا يفيد الملك، بل يجعله أحق به من غيره (3). وإذا تحجر أرض موات فقد صار بالحجر عليها أحق الناس بها، لثبوت يده عليها (4)، وذلك على ألا يحجر ما يضعف عنه، فإن رأى الإمام لمن حجر قوة على العمارة للذي حجر خلاله، والإقطع لغيره، ولا يكون أولى لأجل التحجير إلا أن يُعلم أنه حجره ليعمله إلى أيام يسيرة لا ليقطعه عن الناس ويعمله يوماً ما إلا أن يكون قصده العمارة بعد زوال مانع من يبس الأرض، أو له عمل على الأجر ونحو ذلك من الأعدار، فهو أحق فإن حجر ما لا يقوى على عمله سوغ للناس ما لم يعمل إذا لم يقو على الباقي" (5).

وقد استدلوا بالسنة والأثر والمعقول، أما استدلالهم من السنة، فمما أخرجه البيهقي بسنده من حديث أمّ جنوب بنت ثُمَيْلَةَ عَنْ أُمِّهَا سُؤَيْدَةَ بِنْتِ جَابِرٍ، عَنْ أُمِّهَا عَقِيلَةَ بِنْتِ أَسْمَرَ بْنِ مُضَرَّسٍ، عَنْ أَبِيهَا أَسْمَرَ بْنِ مُضَرَّسٍ قَالَ: أَتَيْتُ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَبَايَعْتُهُ، فَقَالَ: "مَنْ سَبَقَ إِلَيَّ مَا لَمْ يَسْبِقْهُ إِلَيْهِ مُسَلِّمٌ فَهُوَ لَهُ" (6). وما أخرجه الصنعاني بسنده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "منى مباح لمن سبق" (7). وما خرجه ابن حجر العسقلاني أن النبي

1- "العيني": البناية شرح الهداية، ج 12 ص 302. - "ابن نجيم": البحر الرائق، ج 8 ص 390.

2- "الكاساني": بدائع الصنائع، ج 8 ص 310.

3- "النووي": روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج 4 ص 352.

4- "الماوردي": الحاوي الكبير، ج 7 ص 489. - "ابن قدامة": المغني لابن قدامة،

ج 5 ص 569. - "المرداوي": الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج 6 ص 354.

5- "القرافي": الذخيرة، ج 5 ص 287.

6- أخرجه البيهقي وأبو داود، وابن السكن في سننه الصحاح: سبق تخريجه.

7- "الصنعاني": الحسن بن أحمد بن يوسف بن محمد بن أحمد الزبائعي الصنعاني (المتوفى

(المتوفى : 1276هـ)، فتح الغفار الجامع لأحكام سنة نبينا المختار، المحقق: مجموعة

من العلماء بإشراف الشيخ علي العمران، دار عالم الفوائد، الطبعة الأولى، 1427هـ، كتاب



صلى الله عليه وسلم قال: "من حفر في بئر مقدار ذراع فيه فهو متحجر" (1). وما رواه أبو يوسف بسنده عن طاووس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "عادي الأرض لله وللرسول ثم لكم من بعد؛ فمن أحيا أرضاً ميتة فهي له، وليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين" (2). وما أخرجه ابن زنجويه بسنده عن سمرة، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "من أحاط حائطاً على أرض فهي له" (3)، أي من أحاطها ليحييا فهي له بعد الإحياء. دلت السنة على مشروعية التحجير، وأنه بغية الإحياء وحصول العمران، ويكون للقادر عليه ولأجل مضروب لا يتعداه (4).

أما استدلالهم من الآثار فكثير ومنها، ما أخرج البيهقي بسنده عن عمرو بن شعيب: "أن عمر جعل التحجر ثلاث سنين، فإن تركها حتى يمضي ثلاث سنين فأحيها غيره فهو آحق بها" (5). وأخرج أيضا عن سالم بن عبد الله، عن أبيه قال: كان الناس يحجرون على عهد عمر رضي الله عنه، فقال: "من أحيا أرضاً فهي له" زاد مالك: مواتاً، قال يحيى: كأنه لم يجعلها له بالتحجر حتى يحيها (6). وكذلك أخرج البيهقي عن علقمة بن نضلة: "أن أبا

الحج، أبواب ما يتجنبه المحرم وما يباح له، باب المبيت بمنى ليالي منى ورمي الجمار في أيامها، ح 3285 ج 2 ص 1068.

1- "ابن حجر": الدرية في تخريج أحاديث الهداية، كتاب إحياء الموات، ح 985 ج 2 ص 245.

2- "أبو يوسف": أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن سعد بن حبة الأنصاري (المتوفى: 182هـ)، الخراج، المحقق: طه عبد الرؤوف سعد، و، سعد حسن محمد، المكتبة الأزهرية للتراث، باب في قسمة الغنائم إذا أصيبت من العدو، فصل في موات الأرض في الصلح والغنوة وغيرهما، ص 77.

3- "ابن زنجويه": الأموال لابن زنجويه، كتاب أحكام الأرضين وأقطاعها وإحيائها وحماها وميائها، باب إحياء الأرض وإحيائها، والدخول على من أحياها، ح 1073 ج 2 ص 652.

4- "العيني": البناية شرح الهداية، ج 12 ص 289، 291. - "سابق": فقه السنة، ج 3 ص 143.

5- "البيهقي": السنن الكبرى، كتاب إحياء الموات، باب ما يكون إحياء، وما يُرجى فيه من الأجر، ح 11821 ج 6 ص 245.

6- "البيهقي": السنن الكبرى، كتاب إحياء الموات، باب ما يكون إحياء، وما يُرجى فيه من الأجر، ح 11820 ج 6 ص 245.

سَفِيَّانَ بَيْنَ حَرْبٍ قَامَ بَيْنَهُمَا دَارَهُ فَضَرَبَ بِرَجُلِهِ وَقَالَ: سَتَامُ الْأَرْضِ إِنْ لَهَا سَتَامًا، زَعَمَ ابْنُ فَرْقَدٍ الْأَسْلَمِيُّ أَنِّي لَا أَعْرِفُ حَقِّي مِنْ حَقِّهِ، لِي بِيَاضِ الْمَرْوَةِ وَلَهُ سَوَادُهَا، وَلِي مَا بَيْنَ كَذَا إِلَى كَذَا، فَبَلَغَ ذَلِكَ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَقَالَ: "لَيْسَ لِأَحَدٍ إِلَّا مَا أَحَاطَ عَلَيْهِ جُدْرَانُهُ، إِنْ إِخْيَاءَ الْمَوَاتِ مَا يَكُونُ زُرْعًا أَوْ حَفِيرًا أَوْ يَحَاطُ بِالْجُدْرَانِ" (19). وروى أبو يوسف بسنده عن عمرو بن شعيب عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أَفْطَعَ لِأَنَاسٍ مِنْ مُزَيْنَةَ أَوْ جُهَيْنَةَ أَرْضًا؛ فَلَمْ يَعْرِمُوهَا فَجَاءَ قَوْمٌ فَعَمَرُوهَا فَخَاصَمَهُمُ الْجُهَيْنِيُّونَ أَوْ الْمُزَيْنِيُّونَ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ؛ فَقَالَ: لَوْ كَانَتْ مِنِّي أَوْ مِنْ أَبِي بَكْرٍ لَرَدَدْتُهَا؛ وَلَكِنَّهَا قَطِيعَةٌ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ. ثُمَّ قَالَ: مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ ثُمَّ تَرَكَهَا ثَلَاثَ سِنِينَ فَلَمْ يَعْمُرْهَا فَعَمَرَهَا قَوْمٌ آخَرُونَ فَهُمْ أَحَقُّ بِهَا" (20). وما روى أبو يوسف عن سالم بن عبد الله أن عمر بن الخطاب، رضي الله عنه، قال على المنبر: "من أحيا أرضا ميتة فهي له، وليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين. وذلك أن رجلا كانوا يحتجرون من الأرض ما لا يعملون أي لا يستثمرونها" (21). وخرج الزيلعي بسنده عن سعيد بن المسيب، قال: قَالَ عُمَرُ: مَنْ أَحْيَى أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ، وَلَيْسَ لِمُحْتَجِرٍ

19- "البيهقي": السنن الكبرى، كتاب إحياء الموات، باب ما يكون إحياء، وما يُرَجَى فِيهِ مِنَ الْأَجْرِ، ح 11822 ج 6 ص 245.

20- "أبو يوسف": الخراج، باب فِي قِسْمَةِ الْغَنَائِمِ إِذَا أُصِيبَتْ مِنَ الْعَدُوِّ، فصل في حكم أرض النَّصْرَةِ وَخِرَاسَانَ، ص 73. - "النميري": أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى: 463هـ)، الاستكثار، المحقق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1421هـ/2000م، كتاب الإقضية، باب الْقَضَاءِ فِي عِمَارَةِ الْمَوَاتِ، ج 7 ص 187:188. - "الأمير": عز الدين أبو إبراهيم محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، المعروف بالأمير (المتوفى: 1182هـ)، التَّحْبِيرُ لِإِيضَاحِ مَعَانِي النَّبِيِّ، المحقق: أبو مصعب مُحَمَّدُ صُنْحِي بن حَسَنِ خَلَّاق، مَكْتَبَةُ الرَّشْدِ، الرِّيَاضُ، الْمَمْلَكَةُ الْعَرَبِيَّةُ السُّعُودِيَّةُ، الطبعة الأولى، 1433هـ/2012م، حرف الهمزة، (الكتاب السادس) قوله: كتاب إحياء الموات، ج 1 ص 361. - "الأحول": أبو زكرياء يحيى بن آدم بن سليمان القرشي بالولاء الكوفي الأحول (المتوفى: 203هـ)، الخراج، المطبعة السلفية ومكتبتها، الطبعة الثانية، 1384هـ، بابِ التَّحْبِيرِ، ص 86.

21- "أبو يوسف": الخراج، باب فِي قِسْمَةِ الْغَنَائِمِ إِذَا أُصِيبَتْ مِنَ الْعَدُوِّ، فَضَّلَ فِي مَوَاتِ الْأَرْضِ فِي الصُّلْحِ وَالْعُنُوتِ وَغَيْرِهِمَا، ص 77.

حَقَّ بَعْدَ ثَلَاثِ سِنِينَ" (22). وما خرج يحيى والزبلي بسندهما عن عمرو بن شعيب قال: "أَفْطَعَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَسًا مِنْ مَرْيَنَةَ أَوْ جُهَيْنَةَ أَرْضًا، فَعَطَّلُوهَا، فَجَاءَ قَوْمٌ فَأَخْبَوْهَا، فَقَالَ عُمَرُ: "لَوْ كَانَتْ قَطِيعَةً مِنِّي، أَوْ مِنْ أَبِي بَكْرٍ لَرَدَدْتُهَا، وَلَكِنْ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قَالَ: وَقَالَ عُمَرُ: "مَنْ عَطَّلَ أَرْضًا ثَلَاثَ سِنِينَ لَمْ يُعْمَرْهَا، فَجَاءَ غَيْرُهُ، فَعَمَّرَهَا، فَهِيَ لَهُ" (23).

دللت الآثار على ثبوت التحجير من عمر وتنظيمه له، وكان بمحضر من الصحابة فان بمثابة الإجماع، وتناولت الآثار ضبط التحجير من حيث ثبوت الملك بالإحياء لا به، وتمكين المحتجر من الأرض الموات، ومهله المدة الكافية، والتي قدرها عمر رضي الله عنه بثلاث سنين(24).

أما استدلالهم من المعقول فكؤن الإمام يهدف للمصلحة العامة، وحصول العمران من أخصها، ومن ثم فإن إحياء الموات من شأنه يفيد البلاد والعباد، لأنه يؤدي إلى العمران وتمكين الإعمار، واستفادة الدولة من الخراج والعشور، واستفادة المجتمع من حركة الإعمار والنشاط الاقتصادي الحاصلة، والحركة التجارية والكيانات والعلاقات الاجتماعية، التي يثيرها الإحياء، ولا يكون شيء من هذا إلا بتمكين طالب الإحياء من الأرض الموات التي يقصد إنماءها، وأن يُمنع غيره عن مزاحمتها أو إزعاجها، وفي الوقت

22- "الزبلي": جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزبلي (المتوفى: 762هـ)، نصب الرأية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمي في تخريج الزبلي، المحقق: محمد عوامة، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، بيروت، لبنان/ دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة، السعودية

الطبعة الأولى، 1418هـ/1997م، كتاب إحياء الموات، ج 4 ص 290.

23- "الزبلي": نصب الرأية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمي في تخريج الزبلي، كتاب إحياء الموات، ج 4 ص 290. - "الأحول": أبو زكرياء يحيى بن آدم بن سليمان القرشي بالولاء الكوفي الأحول (المتوفى: 203هـ)، الخراج، المطبعة السلفية ومكنتها، الطبعة الثانية، 1384هـ، باب التَّحْجِيرِ، ح 287 ص 86.

24- "العيني": البناية شرح الهداية، ج 12 ص 289:290. - "المرغيناني": الهداية في شرح بداية المبتدي، مجلد ج 4 ص 384. - "السرخسي": المبسوط، مجلد ج 22 ص 167. - "سابق": فقه السنة، ج 3 ص 142.

ذاته، يلزم من التأكد من نية طالب الإحياء وإثبات جديته نحو الإحياء؛ ولتحقيق هذه الموازنة كان تشريع التحجير، وهو يعطي حيازة متمكنة فترة مناسبة يستطيع خلالها طالب الإحياء من القيام بنشاطه نحو تحقيق العمران وحصول الإحياء، دون إزعاج من الغير ولا منازعة، ثم هو لا يملك الأرض بمجرد حيازته للأرض، أو شروعه في الإحياء، ولكنه يملكها بإتمام عملية الإحياء، وبذلك تتحقق المصلحة العامة في حصول العمران، ويحصل المحيي على مكافأته في إثبات ملكه على الأرض التي أحيائها، وتستفيد الدولة من حصول خزائنها على العشر والخراج، إذن فالتحجير يعد رومانة الميزان لكفتي إحياء الأرض الموات من جهة، وحصول المحتجر المحيي على حقة في تملك تلك الأرض من جهة أخرى (25).

### القول الراجح:

من خلال العرض السابق يترجح ما ذهب إليه القول الثالث، والذين ذهبوا إلى ثبوت مشروعية التحجير، وأن يكون مصحوباً بنية الإحياء، ولمدة معلومة، وأن يقع على أرض من الموات تكون محددة ومعينة؛ وذلك لقوة أدلتهم، حيث أن كثرة الروايات وتعدد طرقها من شأنه أن يقوي بعضها بعضاً، فيما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم، وكذلك فيما ثبت عن الصحابة رضي الله عنهم، وبخاصة عمر بن الخطاب رضي الله عنه. كما يتسم هذا القول برجاحة منطقته، وصحة وجهته، وسلامته من المعارضة المؤثرة.

### مدة التحجير المادي:

إذا ثبت التحجير وتبذت حكمته، فما هي مدته، لأن المدة إن كانت قصيرة قد تخل بإمكانية المحجر من الإحياء، ومن ثم تضره وتبطل منفعته، كما أنه إن طالبت المدة فوق الحاجة قد تؤدي إلى تضييع حق الدولة، وتبطل المصلحة العامة، وتحمل المحجر على التكاثر؛ ولذا كانت مسألة ضبط مدة حيازة المحتجر للأرض الموات حاضرة في التناول الفقهي، من حين حيازتها إلى حين إحيائها، تجنباً لهاتين الإشكاليتين، وقد اختلف الفقهاء في شأن المدة على

25- "السرخسي": المبسوط، مجلد ج 22 ص 167:168. - "ابن نجيم": البحر الرائق، ج 8 ص 387:388. - "ابن قدامة": الكافي في فقه الإمام أحمد، ج 22 ص 18:19. - "ابن قدامة": المغني لابن قدامة، ج 5 ص 569. - "المرادوي": الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج 6 ص 354.

ثلاثة أقوال، فذهب القول الأول إلى أن المحتجر لا يمهل مدة طويلة وإنما تكون المدة شهرا أو شهرين، ويجتهد فيها الإمام، تحقيقا للمصلحة العامة، ومراعاة لظروف الإحياء ونوعه وما يتطلبه من مجهود وإمكانيات وزمن، ذهب إلى هذا القول الشافعية. وذهب أصحاب القول الثاني إلى أن مدة التحجير ثلاث سنين، ذهب إلى هذا القول الحنفية. وذهب أصحاب القول الثالث إلى أن المحتجر يمهل مدة بسيطة يقدرها الإمام يراعي فيها ظروف الإحياء ونوعه وما يستلزمه من وقت أو أعمال، فإن طالقت المدة ولم يكن هناك توقيف من الإمام كان التحجير ثلاث سنين. ولمزيد من الإيضاح نعرض لتلك الأقوال فيما يلي:

استدل أصحاب القول الأول القائلين إن مدة التحجير تكون للإمام يقدرها باجتهاده، وتكون قريبة غير طويلة بالمعقول، فقالوا ينبغي على المحجر أن يشتغل بالعمارة عقيب التحجير. فإن طالقت المدة ولم يحيي يأمره الإمام بالإحياء أو رفع يده عن الأرض المحتجرة، فسأل التأجيل والإنظار أجله الإمام مدة قريبة، وإن ظهر له أضرار ويرجى قرب زوالها من إعداد آلة أو جمع رجال أو قدم مال قريب الغيبة، ولا يؤجله إلى ما يطول زمانه أو ما لا تظهر فيه أضراره<sup>(26)</sup>؛ وذلك حتى لا يصير مضرا بالتحجير، وتعطيل العمارة. والنظر في تقدير مدة التحجير إلى رأي الإمام، ولا تتقدر بالمدة اليسيرة التي لا تفيد عملا كان تكون بالأيام على الأصح، فإذا مضت ولم يشتغل بالعمارة، بطل حقه. وليس لطول المدة الواقعة بعد التحجير حد معين، وإنما الرجوع فيه إلى العادة. وحق المتحجر يبطل بطول الزمان وتركه العمارة، وإن لم يُرفع الأمر إلى الإمام؛ لأن التحجير ذريعة إلى العمارة، وهي لا تؤخر عن التحجير إلا بقدر تهيئة أسبابها؛ ولهذا لا يصح تحجير من لا يقدر على تهيئة الأسباب، كمن يتحجر ليعمر في السنة القابلة، وكفقير يتحجر ليعمرها إذا قدر وأثري، والواجب إذا تأخر المحتجر وطال، أن تعود الأرض التي احتجرها مواتا كما كانت، ومن الأفضل أن يكون رفع حق المحتجر عما احتجره بأمر الإمام<sup>(27)</sup>.

26- "الماوردي": الحاوي الكبير، ج 7 ص 490. - "ابن قدامة": الكافي في فقه الإمام

أحمد، ج 22 ص 19.

27- "النووي": روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج 4 ص 352:353. - "ابن قدامة":

المغني لابن قدامة، ج 5 ص 569. - "المرداوي": الإنصاف في معرفة الراجح من

الخلافا، ج 6 ص 354:355.

يؤخذ على هذا القول أنه أفرط في تسليط الإمام على المتحجر، بشكل قد يسهل العسف، فكل شيء في المدة وإجرائها والإمهال والإعذار تقديري للإمام، وماذا إن لم يتدخل الإمام منذ البداية، أو أنه تركه دون حد، فهل يكون للمتحجر أن يحجر الأرض عشر سنوات أو أكثر، وهل إن تنبه الإمام لآخر وفرض عليه أن يحييها فيما لا يزيد عن شهرين فقط، هذه المفارقة المستهجنة، تجعل هذا القول من لدرجة الميوعة، وعدم الضبط، إذ يلزم من حد أقصى، للمتحجر المتكاسل الذي لا عذر له، ونحن نرصد أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه عندما قدر التحجير بثلاث سنوات كانت للحد الأقصى، لمنع التحايل والتهرب من رقابة الإمام، وحيازة الأرض ثم الاستفادة منها لتحقيق المآرب الشخصية بقطع النظر عن المصلحة العامة.

واستدل أصحاب القول الثاني القائلين إن مدة التحجير ثلاث سنوات بالأثر والمعقول:

أما استدلالهم بالأثر فمما أخرجه البيهقي بسنده عن عمرو بن شعيب: "أَنَّ عَمَرَ جَعَلَ التَّحْجِيرَ ثَلَاثَ سِنِينَ، فَإِنْ تَرَكَهَا حَتَّى يَمْضِيَ ثَلَاثَ سِنِينَ فَأَحْيَاهَا غَيْرُهُ فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا" (1) وأخرج أيضا عن سالم بن عبد الله، عن أبيه قال: كَانَ النَّاسُ يَحْجِرُونَ عَلَى عَهْدِ عَمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فَقَالَ: "مَنْ أَحْيَا أَرْضًا فَهِيَ لَهُ" زَادَ مَالِكٌ: مَوَاتًا، قَالَ يَحْيَى: كَأَنَّهُ لَمْ يَجْعَلْهَا لَهُ بِالتَّحْجِيرِ حَتَّى يُحْيِيهَا (2). وما روى أبو يوسف عن سالم بن عبد الله أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، قال على المنبر: "من أحيا أرضا ميتة فهي له، وليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين. وذلك أن رجلا كانوا يحتجرون من الأرض ما لا يعملون أي لا يستثمرونه" (3). وخرج الزبلي بسنده عن سعيد بن المسيب،

1- "البيهقي": السنن الكبرى، كتاب إحياء الموات، باب ما يكون إحياء، وما يُزجى فيه من الأجر، ح 11821 ج 6 ص 245.

2- "البيهقي": السنن الكبرى، كتاب إحياء الموات، باب ما يكون إحياء، وما يُزجى فيه من الأجر، ح 11820 ج 6 ص 245.

3- "أبو يوسف": الخراج، باب في قسمة الغنائم إذا أصيبت من العدو، فصل في موات الأرض في الصلح والغنوة وغيرهما، ص 77.

قَالَ: قَالَ عُمَرُ: "مَنْ أَحْيَى أَرْضًا مَيِّتَةً فَهِيَ لَهُ، وَلَيْسَ لِمُخْتَجِرٍ حَقٌّ بَعْدَ ثَلَاثِ سِنِينَ" (42).

دلت الآثار على أن من حجر أرضاً، فله مدة ثلاث سنوات ليعمرها، فإن لم يعمرها بعد الثلاث سنين استرجعها الإمام ودفعها إلى غيره (43).

أما استدلالهم من المعقول فلأن المحتجر لما انتوى الإحياء وحجر الموات فإنه أعلم الإمام، ولا بد له من زمان يدبر فيه الأعمال، ويرجع فيه إلى وطنه، ويفتقر إلى زمان يهيئ أموراً فيه، ثم زمان يرجع فيه إلى ما يحجره فكان التقدير بثلاث سنين؛ لأن ما دونها من الساعات والأيام والشهور لا يفي بذلك، وأنه إن لم يحضر بعد انقضائها فالظاهر أنه تركها، ومن ثم يجوز لغيره إحيائها، وكذلك إن التقدير بثلاث سنين؛ لأن الغالب أن الأراضي تزرع في السنة مرة وأكثر ما جعل للارتياح في جنس ما يستدل به على الرغبة والاختيار الثلاث وهي الثلاث من ذلك النوع فإذا تركها هذا القدر فالظاهر أنه قصد إتلافها وموتها فوجب على الإمام إزالة يده عنها (44).

ورُدَّ على أدلة هذا القول ووجه دلالاته، بأن تأجيل الأرض في يد المحتجر ثلاث سنين فيه تضييع لمصالح ظاهرة، فيمكنه إبطال منفعتها، وعدم إعمارها، ولا يخاطب فيها، ولا يخرج فيها عشر ولا خراج، ولم تدر عجلة اقتصاد ولا نشاطه. والحق أنه بعد مرور فترة وجيزة كافية يستدل منها عدم جديته، وعدم شروعه في الإحياء يتحتم نزاعها منها، ودفعها لم يكون جادا للإحياء. أما الاستدلال بأن عمر رضي الله عنه جعل أجل الإقطاع ثلاثة سنين، فهذا القول

---

42- "الزيلي": جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلي (المتوفى: 762هـ)، نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمي في تخريج الزيلي، المحقق: محمد عوامة، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، بيروت، لبنان/ دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة، السعودية

الطبعة الأولى، 1418هـ/1997م، كتاب إحياء الموات، ج4 ص290.

43- "العيني": البناء شرح الهداية، ج12 ص288. - "المرغيناني": الهداية شرح بداية المبتدي، مجلد 2 ج4 ص384. - "سابق": فقه السنة، ج3 ص142.

44- "السرخسي": المبسوط، مجلد 12 ج22 ص168. - "المرغيناني": الهداية شرح

بداية المبتدي، مجلد 2 ج4 ص384. - "الزبيدي": الجوهرة النيرة، ج10 ص58.

- "الكاساني": بدائع الصنائع ج8 ص310.

لا وجه له، وعمر رضي الله عنه إنما جعل ذلك في بعض الأحوال لمصلحة رأيا، ولم يجعل ذلك أجلا شرعيا في جميع الحالات، لأن النبي - صلى الله عليه وسلم- لم يقدر فيها أجلا(45).

أما أصحاب القول الثالث القائلين، بأن المدة يجتهد في تحديدها الإمام مراعيًا في ذلك نوع الإحياء ومساحة الأرض وموقعها واحتياجاتها، ومصلحة الدولة والناس والمحتجر، فإن لم ينتبه الإمام لتحجير، وإن لم يقم الإمام بمراقبة المحتجر أم مخاطبته في مدة التحجير، فلا يجوز له أن يمسك الأرض بعد ثلاث سنين، إلا إن كان أحياءها، فإن لم يحيها ينتزعا منها الإمام، وتدفع إلى غيره. وينظر الإمام فيما إن كان للمحتجر عذر سبب التأخير، فيمهله قدر عذره، فإن لم يكن للمحتجر عذر في ترك العمارة، فيُخير بين الإعمار دون مهلة أو رفع يده، فإن لم يعمرها، عادت الأرض مواتا، وكان لغيره عمارتها. والإمام إن لم ينتبه أو غفل عن رقابة المحتجر، يكون التقدير على ما ذهب عمر بن الخطاب رضي الله عنه في أن التحجير ثلاث سنين، و"من تحجر أرضا فعطلها ثلاث سنين، ثم جاء قوم فعمروها، فهم أحق بها"(46)، ويكون للإمام استرجاع الأرض، سواء أظلت مواتا أم أعطاها لآخر فيحبيها.

#### القول الرابع:

مما سبق يتضح أن ما ذهب إليه أصحاب القول الثالث الذين ذهبوا إلى أن الإمام يجتهد في تقدير مدة التحجير اللازمة للإحياء، فإن لم يقدرها الإمام، بقت الأرض الموات مع المحتجر ثلاث سنين؛ وذلك لرعاية منطقتهم وصحة وجهتهم، لما فيه من سعة وضبط في آن واحد، فالإمام عن طريق معاونيه ومساعديه وما يستعين بهم من خبراء وعلماء وعمال، ينظر في أمر كل متقدم للتحجير بغرض الإحياء مراعيًا في ذلك نوع الإحياء ومساحة الأرض وموقعها واحتياجاتها وما يلزم لها من مجهود وإنفاق ووقت وحجم الأعمال، ويوازن معها حجم العمالة والآلات المستعملة وتقنيات العصر ومستجداته ومبتكراته، ثم هو يقدر لكل مشروع وقته وزمانه المناسب والكافي، وما يمكن أن يمهل صاحبه وضوابط ذلك، فإن فات الإمام شيء من ذلك دون قصد، أو

45- "الماوردي": الحاوي الكبير، ج 7 ص 490.

46- "ابن قدامة": المغني لابن قدامة، ج 5 ص 569. - المرادوي: الإنصاف في

معرفة الراجح من الخلاف، ج 6 ص 354:355.



بفعل وعمد المتحجر فيتخفى عن رقابة الإمام، ولم يتمكن الإمام من رقابته، فإن ذلك لا يظل لما لا حدود له، وما يفيد منه المصالح الشخصية فقط، وإنما لا يتجاوز الثلاث سنوات، استثناسا بأثر عمر رضي الله عنه، من جهة كما أن الثلاث سنوات، مدة كافية جدا لإقامة العمران، فلا يكون لمحتجر حجة في أنه كان سوف يعمل إن لم يتدخل الإمام ويسترجع الأرض، ثم إنها مدة ليست طويلة على المدى البعيد، فلا يستطيع سيء النية أن يزعم ملكها أو أي حقوق عينية عليها.

### المنازعة بين المحتجر والمتغلب:

قد يحدث أن يبادر أحد الأشخاص إلى أرض محتجرة ويتغلب عليها ويقوم بإحيائها أو تكملة الإحياء. وذلك رغم ثبوت حق المحتجر عليها، وقد تباينت آراء الفقهاء في إطار هذه المسألة فذهبوا إلى سبعة أقوال، هي: القول الأول ذهب إليه بعض الشافعية وبعض الحنابلة، وقالوا إن غلب المتغلب سواء أشرع المتحجر في العمارة أم لم يشرع، فإنه يملك لما أتمه وأكمله. القول الثاني ذهب إليه بعض الشافعية، وقالوا إن كان المحتجر ضامًا إلى تحجيرها إقطاع الإمام يملك هو ولا شيء للمتغلب. القول الثالث ذهب إليه لمالكية، وقالوا إن المحتجر والمتغلب شريكان. القول الرابع ذهب إليه بعض الحنفية وبعض الشافعية، وقالوا إن المتغلب كمستام يملك بما غلب وأحیی مع كراهة فعله. القول الخامس ذهب إليه بعض الشافعية، وقالوا إن المتغلب يملك بما أحیی إن لم يكن المحتجر شرع في الإحياء. القول السادس ذهب إليه بعض الشافعية، وقالوا إن المتغلب لا يملك إن كان المحتجر شرع في إحياء الأرض الموات. أما القول السابع فذهب إليه بعض جمهور الحنفية وبعض الشافعية وجمهور الحنابلة، وقالوا إن المتغلب لا شيء له على الأرض المتحجرة طالما ثبت تحجير المحتجر، ويملكها المتحجر بإحيائها. ولمزيد من الإيضاح نتناولها فيما يلي:

استدل أصحاب القول الأول على أنه إن يغلب المتغلب على الأرض الموات المحتجرة، سواء أكان ذلك بعد شروع المتحجر وأخذه في العمارة أم أنه لم يشرع؛ وذلك لما أتمه المتغلب وأكمله من إحياء للأرض(47)، ويملك؛ لأنه أحيا أرضًا مينة، فيدخل في عموم حديثه صلى الله عليه وسلم: "مَنْ أَحْيَا أَرْضًا

47- "الماوردي": الحاوي الكبير، ج 7 ص 489. - "النووي": روضة الطالبين وعمدة

المفتين، ج 4 ص 353. - "الجمل": حاشية الجمل، ج 3 ص 567.

مَيِّتَةٌ فَهِيَ لَهُ" (1)؛ ولأن الإحياء يملك به، فُقدِم على التحجير الذي لا يملك به (2)، به (2)، فإن سبق المتغلب فأحيا ما يحتجره المتحجر، يملكه؛ لاختصاص الملك بالإحياء، والتحجير ليس كذلك، فثبت الملك بما يملك به دون ما لا يملك به، كمن سبق إلى معدن أو مشرعة ماء، فجاء غيره، فأزاله وأخذه (3).

رُد على هذا القول بأن قولهم يعارض نصوص السنة، ومن ذلك ما أخرجه الترمذي بسنده عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيِّتَةً فَهِيَ لَهُ وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ". والحديث يبين تحريم التعدي على حق الغير بالغارس، والشجر، وعمامة مطلق الإحياء، وجعل فاعله ظالماً؛ لأنه ثبت في غير حقه (4)، والتحجير يثبت حقا للمحجر، وهو ثابت كما استبان سابقا. وما أخرجه مسلم بسنده عن سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل، أن أروى خاصمته في بعض داره، فقال: دَعَوْهَا وَإِيَّاهَا، فَأَيُّ سَمِعْتَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، يَقُولُ: "مَنْ أَخَذَ شَبْرًا مِنَ الْأَرْضِ بِغَيْرِ حَقِّهِ، طَوَّقَهُ فِي سَبْعِ أَرْضِينَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ"، اللَّهُمَّ، إِنْ كَانَتْ كَادِبَةً فَأَعْمِ بَصَرَهَا، وَاجْعَلْ قَبْرَهَا فِي دَارِهَا، قَالَ: "فَرَأَيْتَهَا عَمِيَاءَ تَلْتَمِسُ الْجَدْرَ تَقُولُ: أَصَابَتْنِي دَعْوَةُ سَعِيدِ بْنِ زَيْدٍ، فَبَيْنَمَا هِيَ تَمْشِي فِي الدَّارِ مَرَّتْ عَلَى بِنْرِ فِي الدَّارِ، فَوَقَعَتْ فِيهَا، فَكَانَتْ قَبْرَهَا" (5). يبين الحديث عظم إثم من غصب حقا من آخر، وبخاصة غصب

1- سبق تخريجه.

2- "ابن قدامة": الكافي في فقه الإمام أحمد، ج 22 ص 19.

3- "ابن قدامة": المغني، ج 5 ص 569. - "المرداوي": الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج 6 ص 355:356.

4- الحديث صحيح صححه الألباني وغيره، وقال الترمذي حديث حسن، ومثله عند البخاري البخاري عن عمرو بن عوف: - "البخاري": صحيح البخاري، كتاب المزارعة، باب مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَوَاتًا، ج 3 ص 106. - "مالك": الموطأ، كتاب الأفضية، القضاء في عمارة المَوَاتِ، ح 596/2750 ج 4 ص 1076. - "ابو داود": سنن أبي داود، كتاب الخراج والإمارة والقيء، باب فِي إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ، ح 3073 ج 3 ص 178. - "ابن زنجويه": الأموال لابن زنجويه، كتاب أحكام الأرضين وأقطاعها وإحيائها وجماعها ومياهها، باب إِحْيَاءِ الْأَرْضِ وَإِحْيَائِهَا، وَاللَّخْوَلُ عَلَى مَنْ أَحْيَاهَا، ح 1054 ج 2 ص 637.

5- حديث صحيح متفق عليه: - "مسلم": صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب تَحْرِيمِ الظُّلْمِ وَغَضَبِ الْأَرْضِ وَغَيْرِهَا، ح 139-1610 (ج 3 ص 1231). - "البخاري": صحيح البخاري، كتاب بدء الخلق، باب مَا جَاءَ فِي سَبْعِ أَرْضِينَ، ح 3198 ج 4 ص 107. -

الأرض، ولو كان شبراً، كما يبين من رواية مسلم إثم الادعاء بغير حق، والحاصل أن التحجير طالما يثبت حقاً للمحتجر يجعله يحوز الأرض دون منازعة الغير طيلة مدة التحجير، ثم يملكها، أما تمكين الغاصب بتغلبه ظلماً من حق المحتجر فقد اعتدى والتعدي محرم بالإجماع، فإن كان ذلك فإنه لا يجوز تمكين المتغلب من الأرض المحتجرة.

واستدل أصحاب القول الثاني على أنه إن انضم إلى التحجر إقطاع السلطان، لم يملك المحيي المتغلب، وإنما تظل الأرض المحتجرة مختصة بحق المحتجر، أما إن لم يتدعم تحجير المحتجر بأمر إقطاع من الإمام يخص له تلك الأرض المحتجرة، وتغلب على أرضه آخر، وشرع بتغلبه في إحيائها فإنه يملك، الأرض المحتجرة، ولا شيء للمحتجر(56).

ورُدَّ على هذا القول بأنه يحل التغلب والغصب وهو مذموم في الشرع، محل الحق المشروع والمؤيد بالسنة وعمل الصحابة وأثارهم، وهذا غير جائز، وكما وهم أصحاب القول الأول ورُدَّ على قولهم فكذلك هذا القول لا دليل له من نص أو معقول، وإنما من شأن قوله تمكين الظالم وإقراره على ظلمه وغصبه، فجاء القول معارضاً للنص والمعقول معاً، فكان هدرًا.

واستدل أصحاب القول الثالث فيما قال ابن يونس قال أشهب: إذا حجر شخص، ثم بادر متغلب إلى ما حجر وشرع في الإحياء، فقام المحجر يريد حقه، فهما شريكان(57).

ورُدَّ على هذا القول، أنه مع ثبوت حق المحتجر فيما حجر، وثبوت حقه في التمكين من التحجير، تمهيدا لحقه في تملك الأرض، وفي الوقت ذاته ثبوت

---

"الدرامي": سنن الدارمي، وَمِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ، بَابُ مَنْ أَخَذَ شَيْئًا مِنَ الْأَرْضِ، ح 2648 ج 3 ص 1699. - "ابن حنبل": مسند الإمام أحمد بن حنبل، مُسْنَدُ الْعَشْرَةِ الْمُبْتَسِّرِينَ بِالْحَنَّةِ،

مُسْنَدُ سَعِيدِ بْنِ زَيْدِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ نَفِيلٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، ح 1641 ج 3 ص 183. - "ابن حبان": الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، فَضْلٌ فِي الشَّهِيدِ، يَكْرُ خَيْرٌ قَدْ يُوْهُمُ عَالِمًا مِنَ النَّاسِ أَنْ خَبَرَ بِنَ عَيْنِنَا الَّذِي كَرْنَاهُ مُنْقَطِعٌ غَيْرَ مُتَّصِلٍ، ح 3195 ج 7 ص 468.

56- "النووي": روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج 4 ص 353.

57- "القرافي": الذخيرة، ج 5 ص 287.

تحريم الغصب والتغلب بغير حق، فلا يجوز إشراك المتغلب في حق المحتجر؛ لأن في ذلك إقرار للمتغلب الغاصب بتمكينه من جزء من حق صاحب الحق على الأرض، وهو تمكين بغير حق ولا سند له من الشرع، وقد جاء مناقضا لنصوص الشرع ومعقوله، ومن ثم فهو جدير بالهدر.

واستدل أصحاب القول الرابع على أن الأرض المحتجرة تكون للثاني المحيي المتغلب، وليست للمحتجر، وذلك كالاستيماء في البيع مع الكراهة، وقالوا إن الاحتجار ليس بإحياء، وإنما هو بمنزلة الاستيماء على الإحياء، فلا يفيد ملكا كاستيماء في باب البيع، فلو بادر أجنبي قبل أن يبطل حق المحتجر، فأحيا ما تحجره، ملكه المحيي على الأصح المنصوص، لأنه حقق سبب الملك وإن كان ظالما، كما لو دخل في سوم أخيه واشترى(61)، إلا أنه يكره إحياء الثاني المتغلب قبل مضي ثلاث سنين مراعاة لحق المحجر ونفيا للوحشة عنه(62).

رُدَّ على هذا القول أنه يعارض صحيح السنة، ويخالف صريح المعقول، وفيه ترسيخ لحق المتغلب الظالم، لا لشيء إلا أنه استطاع الغلبة وأمكن له قوته وقدرته أن يغصب حق غيره، وهذا غير جائز بإجماع، فلم يأت الشرع الحنيف ليحافظ للظلمة على ما غلبوه أو غصبوه، وإنما نهى الله تعالى في عموم كتابه عن الظلم واتباع الظالمين، ومن ذلك قوله سبحانه وتعالى: {وَمَا أَنْفَقْتُمْ مِنْ نَفَقَةٍ أَوْ نَذَرْتُمْ مِنْ نَذْرٍ فَإِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُهَا وَمَا لِلظَّالِمِينَ مِنْ أَنْصَارٍ(270)} البقرة؛ وقوله سبحانه: {مَنْ جَعَلْنَاكَ عَلَى شَرِيعَةٍ مِنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ (18) إِنَّهُمْ لَنْ يُغْنُوا عَنْكَ مِنَ اللَّهِ شَيْئًا وَإِنَّ الظَّالِمِينَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَاللَّهُ وَلِيُّ الْمُؤْمِنِينَ(19)} الجنية؛ وغير ذلك من نصوص كتابه الكريم التي في المعنى ذاته، فلا يجوز بحال التسويغ لمتغلب غاصب ظالم أن يُقرَّ على شيء مما غصبه، وقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالعدل، ونهى عن الظلم، ونهى تفصيلا عن أمور هي من الظلم وغصب الحقوق، لما فيها من فساد، ومن ذلك ما أخرجه البخاري بسنده عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التلقي، وأن يبتاع المهاجر للأعرابي،

61- "النووي": روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج 4 ص 353.

62- "العيني": البنائية شرح الهداية، ج 12 ص 289.

وَأَنْ تَشْتَرِطَ الْمَرْأَةُ طَلَاقَ أُخْتِهَا، وَأَنْ يَسْتَأْمَ الرَّجُلُ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ، وَنَهَى  
عَنِ النَّجْشِ، وَعَنِ التَّصْرِيَةِ" (1).

والعجيب أنهم يقرون بالسوم ويقيسون عليه رغم نهيه صلى الله عليه وسلم عن السوم، ويقرون بأنه عندهم مكروه، فكيف يجيزن ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم، كراهة أو تحريماً، ففي هذه الصورة لا يعد السوم مماكسة بين المتبايعين، وإنما هو السوم الممقوت الذي يزيد فيه مشتر على مشتر آخر، أو يقلل بائع عن بائع آخر للمشتري ذاته، فالمشتري للسلعة يُعرض عليه سلع البائع بثمن، فيقول بائع آخر عندي مثلها بأقل من هذا الثمن، أو أن يأت مشتر ويقول للبائع أدفع فيها أكثر، فيكون النهي عاماً في البائع والمشتري. وعمل الفقهاء أن المتبايعين إذا تقاربا في البيع لم يجز لآخر أن يساوم بعد ما راما أن يعقدها، ويُخرج السلعة من يد المشتري الأول بزيادة على ما استقرَّ الأمرُ عليه بين المتبايعين ورَضِيَا بِهِ، وذلك ممنوعٌ بنص الحديث لِمَا فِيهِ مِنَ الْإِفْسَادِ(2).

1- حديث صحيح، رواه البخاري وغيره، وفيه اختلافات في الألفاظ ولكن المعنى متحد، وثابت عند الجميع حرمة السوم على السوم: - "البخاري": صحيح البخاري، كِتَابُ الشُّرُوطِ، بَابُ الشُّرُوطِ فِي الطَّلَاقِ، ح 2727 ج 3 ص 192. - "مسلم": صحيح مسلم، كِتَابُ النِّبُوعِ، بَابُ تَحْرِيمِ بَيْعِ الرَّجُلِ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ، وَسَوْمِهِ عَلَى سَوْمِهِ، وَتَحْرِيمِ النَّجْشِ، وَتَحْرِيمِ التَّصْرِيَةِ، ح 12- (1515) ج 3 ص 1515. - "ابن حنبل": مسند الإمام أحمد بن حنبل، مُسْنَدُ الْمُكْتَبِينَ مِنَ الصَّحَابَةِ، مُسْنَدُ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، ح 9334 ج 15 ص 193. - "أبو عوانة": أبو عوانة يعقوب بن إسحاق بن إبراهيم النيسابوري الإسفراييني (المتوفى: 316هـ)، مستخرج أبي عوانة، المحقق: أيمن بن عارف الدمشقي، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الأولى، 1419هـ/1998م، كِتَابُ الْحَجِّ، بَيَانُ النَّهْيِ عَنِ بَيْعِ الرَّجُلِ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ وَعَلَى السَّوْمِ عَلَى سَوْمِهِ، وَالذَّلِيلُ عَلَى أَنْ مَنْ فَعَلَهُ كَانَ غَاصِبًا بِفِعْلِهِ، ح 4890، ح 4891 ج 3 ص 260.

2- "أبو جيب": القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، حرف السين، ص 187. - "الحميدي": أبو عبد الله بن أبي نصر محمد بن فتوح بن عبد الله بن فتوح بن حميد الأزدي الميورقي الحميدي (المتوفى: 488هـ)، تفسير غريب ما في الصحيحين البخاري ومسلم، المحقق: د./ زبيدة محمد سعيد عبد العزيز، مكتبة السنة، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1415هـ/1995م، وفي مُسْنَدِ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، ص 287. - "الحموي": المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، كِتَابُ السَّيْنِ، السَّيْنُ مَعَ الْوَاوِ وَمَا يَتْلُوهُمَا، (س وم)، ج 1 ص 297.

كما أن عمل الصحابة وأثارهم تناقض هذا القول، فقد صح ما أخرجه معمر بن راشد بسنده عن معمر، قال: وَحَدَّثَنِي بَعْضُ أَهْلِ الْمَدِينَةِ، قَالَ: حَطَبْنَا أَبُو بَكْرٍ فَقَالَ: "يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنِّي قَدْ وُلِّيتُ عَلَيْكُمْ وَلَسْتُ بِخَيْرِكُمْ، فَإِنْ ضَعُفَتْ فِتْوَاؤُنِي، وَإِنْ أَحْسَنْتُ فَأَعِينُونِي، الصَّدَقُ أَمَانَةٌ، وَالكَذِبُ خِيَانَةٌ، الضَّعِيفُ فِيكُمْ الْقَوِيُّ حَتَّى أُرِيحَ عَلَيْهِ حَقَّهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ، وَالْقَوِيُّ فِيكُمْ الضَّعِيفُ عِنْدِي حَتَّى أَخَذَ مِنْهُ الْحَقَّ إِنْ شَاءَ اللَّهُ، لَا يَدْعُ قَوْمَ الْجِهَادِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ إِلَّا ضَرَبَهُمُ اللَّهُ بِالْفَقْرِ، وَلَا ظَهَرَتْ - أَوْ قَالَ: شَاعَتْ - الْفَاحِشَةُ فِي قَوْمٍ إِلَّا عَمَّاهُمْ الْبَلَاءُ، أَطِيعُونِي مَا أَطَعْتُ اللَّهَ وَرَسُولَهُ، فَإِذَا عَصَيْتُ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَلَا طَاعَةَ لِي عَلَيْكُمْ" (69). ونجد أبا بكر الصديق يخطب بمحضر من الصحابة على عدم إقرار القوي فيما عسف وغلب غصبا أو ظلم فيه، بل يقسرونه رضاءً أو جبرا على نزع ما غصب وظلم، ويعطونه صاحب الحق وإن كان ضعيفا فإن الإمام يقويه حتى يستوفي حقه بقوة الدولة، هذا ما خطب به أبو بكر كبار الصحابة ووافقوه وأقروه فصار إجماعا، فكيف يأتي بعدهم من يقول إن غلب الغاصب يملك ما غصبه، رغم ثبوت صاحب الحق فيما غُصِبَ.

- "الزبيدي": تاج العروس من جواهر القاموس، فصل السنين المُهملة مع الميم، (س وم)، ج32 ص429. - "ابن منظور": لسان العرب، حرف الميم، فصل السين المهملة، ج12 ص310.

69 - "معمر بن راشد": أبو عروة البصري معمر بن أبي عمرو راشد الأزدي مولاهم، نزيل اليمن (المتوفى: 153هـ)، الجامع (منشور كملحق بمصنف عبد الرزاق)، المشهور بـ(جامع معمر بن راشد)، المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي بباكستان، وتوزع المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، 1403هـ، باب لا طاعة في معصية، ج11 ص336. - "عبد الرزاق": أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الصنعاني (المتوفى 211هـ)، المصنف، المحقق: أيمن نصر الدين الأزهرى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1421هـ/2000م، باب لا طاعة في معصية، ج10 ص293. - "مالك": الموطأ، الرواة عن مالك، باب القاف، ج1 ص161. - "الدينوري": أبو بكر أحمد بن مروان الدينوري المالكي (المتوفى: 333هـ)، المجالسة وجواهر العلم، المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، جمعية التربية الإسلامية (البحرين - أم الحصم)، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1419هـ، الجزء التاسع، ج4 ص112.

فطالما كان المحتجر ثابت الحق في احتجاره للأرض المحتجرة فإنه صاحب حق عيني على تلك الأرض، ولا يجوز لغيره غصب هذا الحق.

واستدل أصحاب القول الخامس بالمعقول على أن المتغلب إن تغلب قبل شروع المتحجر في الإحياء، فالأرض للمتغلب لما أحياءه(1).

ورُدَّ على هذا القول، بالإضافة لما قيل في رد الأقوال السابقة، فإن هذا الغاصب لم يحيي أرضاً مواتاً خالية من الحقوق، وإنما غصب أرضاً عليها حق محتجر، وطالما كان المحتجر في مدة احتجاره، فهو صاحب الحق عليها، ولا يجوز إقرار المتغلب دون رضاء المحتجر.

واستدل أصحاب القول السادس بالمعقول على أن المحتجر إن هو شرع وأخذ في العمارة بغرض الإحياء، يثبت له الملك بعد تمام الإحياء، ولا يُقر المتغلب. وإن لم يشرع المحتجر في أعمال الإحياء، وجاء المتغلب وشرع، فإنه يملك دون المحتجر(2).

ورُدَّ على هذا القول أنه فرق في مركز الحق الواحد بين احتمالين، باعتبار الغلبة والتمكين وظهور الإحياء، والأمر غير ذلك، لأن الاعتداد هنا بثبوت الحق السابق، وهو التحجير، والتحجير ثابت للمحتجر دون المتغلب، وهو مازال في مدته، أما المتغلب بما له من قوة الغلبة يسهل عليه تعطيل المحتجر صاحب الحق، ثم غصبه الأرض ومنعه المحتجر، ثم إظهار فعله وإحيائه، ومن ثم فإن هذا القول يحمل من ساءت سريرته على التحايل وإظهار الغلبة والغصب ما أمكنه، وهذا مخالف لصحيح السنة وصريح المعقول، وفيه إقرار للظالم على ظلمه، والتجافي عن صاحب الحق وخذلانه.

واستدل أصحاب القول السابع على أن الأرض المحجرة للمحتجر، وليست للغاصب المتغلب؛ لأن فعل المحتجر يفيد الملك المؤقت، فإذا جاء إنسان آخر قبل مضي مدته المضروبة فأحياءه لا يملكها، وذلك لما روي من

1- "الماوردي": الحاوي الكبير، ج 7 ص 489. - "الجمال": حاشية الجمال، ج 3 ص 567.

2- "الماوردي": الحاوي الكبير، الموضوع السابق. - روضة ج 4 ص 353. - "الجمال": حاشية الجمال، الموضوع السابق.

صحيح السنة وآثار الصحابة وما ثبت عن قضاء عمر رضي الله عنه (1)، ولا يملك المتغلب المبادر؛ لنلا يبطل حق غيره وهو المحتجر فيما حجره (2)؛ ولأن حق المتحجر أسبق، فكان أولى، كحق الشفيع في المشتري (3)، ولا يملك الثاني المتغلب بحال؛ لأن مفهوم قوله صلى عليه وسلم: "من أحيأ أرضاً ميتة ليست لأحد"، وقوله: "في حق غير مسلم، فهي له"، وقوله: "من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم، فهو أحق به" (4). أنها لا تكون له إذا كان لمسلم فيها حق، والحاصل أن المحتجر يثبت حقه (5).

### القول الراجح:

من خلال العرض السابق يترجح ما ذهب إليه أصحاب القول السابع الذين ذهبوا إلى ثبوت حق المحتجر فيما احتجره من الأرض الموات، وعدم إقرار المبادر المتغلب فيما غلب عليه وغصبه من الأرض الموات المحتجرة، ويبقى المتغلب هو صاحب الحق عليها طيلة مدة تحجيره، فإن أحيائها ثبت ملكه عليها، وإن لم يحيها، وانقضت المدة انقضاء تاماً، ترجع الأرض مواتاً مرة أخرى ويكون لأي أحد أن يحتجرها ويحيها.

وترجح قولهم لقوة أدلتهم وموافقتها لصحيح السنة وصريح المعقول، واتفاقها مع مقاصد الشرع الحنيف في العدل، وحفظ الحقوق، وكذلك راحة منطقتهم ووجاهة مفهومهم وصحته، وسلامة قولهم من المعارضة الفعالة أو المؤثرة.

### الخلاصة:

نخلص مما سبق في شأن التحجير، أنه يقرر حقا عينيا مؤقتا على الأرض الموات، يفيد حيازتها والتحكمين من إحيائها، بشتى وسائل الإنماء وأنواعه، لحصول العمران، وإما أن ينتهي هذا الحق بانتقالها إلى حق عيني دائم بثبوت ملكية المحتجر على الأرض الموات التي احتجرها وأحيائها خلال المدة

1- "العيني": البناية شرح الهداية، ج 12 ص 289. - "الماوردي": الحاوي الكبير، ج 7 ص 489.

2- "النووي": روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج 4 ص 353.

3- "ابن قدامة": الكافي في فقه الإمام أحمد، ج 22 ص 19.

4- الأحاديث صحيحة، وسبق تخريجها.

5- "ابن قدامة": المغني، ج 5 ص 569. - "المرداوي": الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج 6 ص 355:356.



المضروبة. وإما أن ينتهي الحق العيني المؤقت بعدم تمكن المحتجر بإحياء الأرض التي حبرها خلال المدة المضروبة، وتنقضي المدة دون الإحياء فينتهي حق المحتجر على الأرض وتعود مواتا لمن يريد إحيائها.

ومن ثمَّ فإن التحجير خلال مدته المضروبة يكون مانعا من الإحياء لغير المحتجر على الأرض محل التحجير.

## الخاتمة والتوصيات

الإنماء مفهوم، تنموي للإعمار، وتحقيق الوفرة والرفاه، ويؤدي حتماً إلى العمران، بموازنة في الحقوق، للفرد المحيي والدولة وللمجتمع عموماً، فأعطى لكل ذي حق حقه بالعدل والقسطاس المستقيم، ويحتوي ويتقبل في منظوماته العمرانية التنموية، نظماً عرفها التطور البشري قريبا، مثل نظم التخصيص، والتشغيل ونظام الـ (BOT & BOOT)، ولكن الإنماء جاء أكثر تطوراً منها وأكثر جرأة في اقتحام مشكلة التنمية، وأكثر واقعية في الآثار لكل الأطراف. فهمة الإنماء لمصلحة الإنسان، أولاً، ثم النفع المادي ثانياً، وهذا ضد ما تتبناه المنظومات الحديثة.

وقد تناولناه في هذا البحث من خلال مبحثين، عرضنا في الأول لتعريفه، ولحكمه الشرعي، وتوصلنا إلى أن حكمه التكليفي الواجب على الكفاية، وفي ظروفنا الحالية يكاد يتعين الواجب الكفائي نظراً لاحتياج العباد والبلاد مع وفرة المصادر والطاقات الطبيعية المتاحة. وعرضنا لصفته، وهو يتحقق في مجالات شتى، أهمها الزراعة والصناعة والتعدين، والتقنية العلمية، وكذلك في تنمية وإنماء العنصر البشري من خلال إعداده وتهيئته لمشاريع الإنماء ونقل خبراته ومهاراته. ثم عرضنا لما قد يحول دونه من موانع أصلية أو تبعية، والتي تنطوي في ذاتها على منظومات إنمائية مستقل إن حسن توظيفها وتنظيمها القانوني مثل الإقطاع والتجوير.

## التوصيات:

مما سبق ومن خلال المادة المعروضة والمستنبطة، ولعلها ما يحفزنا أن نوصي بالآتي:

نشر ثقافة الشرع الإسلامي الحنيف، لتكون الأساس في تناول الثقافي والاقتصادي والمجتمعي والإنساني.

تقرير دراسة النظريات ذات الطبيعة الاقتصادية والتنموية على طلاب المدارس الثانوية، والجامعات كل فيما يناسب تخصصه.

إقامة المؤتمرات الفاعلة فيما يخص التعريف بالإنماء ومسائله ومجالات تطبيقه من منظور الشرع الحنيف.

دعوة رجال الإعلام وبخاصة التلفزة الفضائية، والمجلات والصحف الرانجة لإبراز أهم التجارب الناجحة في الإنماء ونشر ثقافته، وتعريف الناس به وبفوائده وعوائده على الفرد والمجتمع.

دعوة المؤسسات التشريعية بالدول الإسلامية وفي المقدمة منها مصر، إلى تغيير وتعديل نظمها القانونية، كي تقوم بتنظيم أحكام الإنماء ومجالات التنمية الانتاجية والبشرية على النحو الذي يحقق الفائدة المرجوة من برامج التنمية والإنماء العام والخاص، وذلك من خلال المنظور الشرعي بجانب بقية النظريات والأطروحات.

## المصادر والمراجع

نتناول تبويب المصادر والمراجع، وفق ترتيبها على أساس اسم الشهرة للمؤلف، أو اسم العائلة، مع إهمال (ال التعريف ، ابن ، بنت ، أبو) وذلك على حروف المعجم بترتيبة الهجائي الحديث (أبتجج)، مع تصنيفها موضوعيا، في سبع طوائف، كما يلي:

أولاً: تفسير القرآن الكريم وعلومه.

ثانياً: السنة النبوية المشرقة وعلومها.

ثالثاً: اللغة العربية وعلومها.

رابعاً: المعاجم الفقهية:

خامساً: الفقه.

سادساً: أصول الفقه وقواعده.

سابعاً: المراجع العامة، وفيه المجالات والمراجع الإلكترونية.

أولاً: تفسير القرآن الكريم وعلومه:

"البيضاوي": ناصر الدين أبو سعيد عبد الله بن عمر بن محمد الشيرازي البيضاوي (المتوفى: 685هـ)، أنوار التنزيل وأسرار التأويل، المحقق: محمد عبد الرحمن المرعشلي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 1418هـ.

"الرازي": أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (المتوفى: 606هـ) مفاتيح الغيب (التفسير الكبير)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثالثة، 1420هـ. "الزمخشري": جار الله أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد الزمخشري (المتوفى: 538هـ)، الكشف عن حقائق غوامض التنزيل، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثالثة 1407هـ.

"الشعراوي": محمد متولي الشعراوي (المتوفى: 1418هـ)، تفسير الشعراوي، الخواطر، مطابع أخبار اليوم، دون ذكر تاريخ النشر.

"الطبري": محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي، أبو جعفر الطبري (المتوفى: 310هـ)، جامع البيان في تأويل القرآن، المحقق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1420هـ/2000م.

"العز": أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء (المتوفى: 660هـ)، تفسير القرآن (وهو اختصار لتفسير الماوردي)، المحقق: الدكتور عبد الله بن إبراهيم الوهبي، دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى، 1416هـ/1996م.

"القرطبي": أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (المتوفى: 671هـ)، الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي)، المحقق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية القاهرة، الطبعة الثانية، 1384هـ/1964م.

"ابن كثير": أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (المتوفى: 774هـ)، تفسير القرآن العظيم، المحقق: محمد حسين شمس الدين، دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون، بيروت، الطبعة الأولى، 1419هـ.

#### ثانياً: السنة النبوية المشرفة وعلومها:

"ابن الأثير": مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير (المتوفى: 606هـ)، النهاية في غريب الحديث والأثر، المحقق: طاهر أحمد الزاوي و، محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت، 1399هـ/1979م.

"ابن أبي أسامة": أبو محمد الحارث بن محمد بن داهر التميمي البغدادي الخصب المعروف بابن أبي أسامة (المتوفى: 282هـ)، المنتقى: أبو الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان بن أبي بكر الهيثمي (المتوفى: 807هـ)، بغية الباحث عن زوائد مسند الحارث، المحقق: د. حسين أحمد صالح الباكري، مركز خدمة السنة والسيرة النبوية، المدينة المنورة، الطبعة الأولى، 1413هـ/1992م.

"الألباني": أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم، الأشقودري الألباني (المتوفى: 1420هـ)، ضعيف الجامع الصغير وزيادته المؤلف، المكتب الإسلامي، دون ذكر تاريخ النشر ومكانه.

"الأمير": عز الدين أبو إبراهيم محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، المعروف بالأمير (المتوفى: 1182هـ)، التَّحْبِيرُ لِإِبْطَاحِ مَعَانِي التَّيْسِيرِ، المحقق: أبو مصعب مُحَمَّدُ صُنْحِي بن حَسَن خَلَّاق، مَكْتَبَةُ الرُّشْد، الرياض، المملكة العَرَبِيَّةُ السَّعُودِيَّة، الطبعة الأولى، 1433هـ/2012م.

"البخاري": محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه- الشهير بـ (صحيح البخاري)، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، الطبعة الأولى، 1422هـ.

"اليزار": أبو بكر أحمد بن عمرو بن عبد الخالق بن خالد بن عبيد الله العتكى المعروف باليزار (المتوفى: 292هـ)، مسند اليزار المنشور باسم البحر الزخار، المحقق: محفوظ الرحمن زين الله، و، عادل بن سعد، و، صبري عبد الخالق الشافعي، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، الطبعة الأولى (بدأت 1988م، وانتهت 2009م).

"اليستي": أبو الفضل عياض بن موسى بن عياض بن عمرو بن يحيى بن عبيد الله اليستي (المتوفى: 544هـ)، مشارق الأنوار على صحاح الآثار، المكتبة العتيقة ودار التراث، دون ذكر تاريخ النشر.

"البغدادي": أبو عبيد القاسم بن سلام بن عبد الله الهروي البغدادي (المتوفى: 224هـ)، غريب الحديث، المحقق: د. محمد عبد المعيد خان، مطبعة دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد، الدكن، الطبعة الأولى، 1384هـ/1964م.

"البعوي": محيي السنة أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البعوي الشافعي (المتوفى: 516هـ)، شرح السنة، المحقق: شعيب الأرنؤوط، و، محمد زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، دمشق، بيروت، الطبعة الثانية، 1403هـ/1983م.

"البيهقي": أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُوْجْردي الخراساني البيهقي (المتوفى: 458هـ)، السنن الكبرى، المحقق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1424هـ/2003م.

"البيهقي": أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُوْجْردي الخراساني البيهقي (المتوفى: 458هـ)، السنن الصغير للبيهقي، المحقق: عبد المعطي أمين قلججي، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي، باكستان، الطبعة الأولى، 1410هـ/1989م.

"الترمذي": أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك، الترمذي (المتوفى: 279هـ)، سنن الترمذي، المحقق: أحمد محمد شاكر، و، محمد فؤاد عبد الباقي، و، إبراهيم عطوة عوض، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الثانية، 1395هـ/1975م.

"الحاكم": أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع (المتوفى: 405هـ)، المستدرک علی الصحیحین، المحقق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1411هـ/1990م.

"ابن حبان": أبو حاتم محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن معبد، التميمي الدارمي البُستي (المتوفى: 354هـ)، (الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان)، ترتيب: الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي (المتوفى: 739هـ)، حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، 1408هـ/1988م.

"ابن حجر": أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: 852هـ)، التمييز في تلخيص تخريج أحاديث شرح الوجيز المشهور بـ(التلخيص الحبير)، المحقق: الدكتور محمد الثاني بن عمر بن موسى، دار أضواء السلف، الطبعة الأولى، 1428هـ/2007م.

"ابن حجر": أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: 852هـ)، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، المحقق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة، بيروت، دون ذكر تاريخ النشر.

"ابن حجر": أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: 852هـ)، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، المحقق: أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب، مؤسسة قرطبة، مصر، الطبعة الأولى، 1416هـ/1995م.

"الحربي": أبو إسحاق إبراهيم بن إسحاق الحربي (198 - 285)، غريب الحديث، المحقق: د. سليمان إبراهيم محمد العايد، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، 1405هـ.

"ابن حنبل": أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (المتوفى: 241هـ)، مسند الإمام أحمد بن حنبل، المحقق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، وآخرون، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1421هـ/2001م.

"الحميدي": أبو عبد الله بن أبي نصر محمد بن فتوح بن عبد الله بن فتوح بن حميد الأزدي الميورقي الحميدي (المتوفى: 488هـ)، تفسير غريب ما في الصحيحين البخاري ومسلم، المحقق: د. زبيدة محمد سعيد عبد العزيز، مكتبة السنة، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1415هـ/1995م.

"ابن خزيمة": أبو بكر محمد بن إسحاق بن خزيمة بن المغيرة بن صالح بن بكر السلمى النيسابوري (المتوفى: 311هـ)، صحيح ابن خزيمة، المحقق: د. محمد مصطفى الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، دون ذكر تاريخ النشر.

"الدارقطني": أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني (المتوفى: 385هـ)، سنن الدارقطني، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الارنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1424هـ/2004م.

"الدرامي": أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام بن عبد الصمد الدارمي التميمي السمرقندي (المتوفى: 255هـ)، مسند الدارمي المعروف بـ (سنن الدارمي)، المحقق: حسين سليم أسد الداراني، دار المغني للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1412هـ/2000م. "أبو داود": أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (المتوفى: 275هـ)، سنن أبي داود، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، دون ذكر تاريخ النشر.

"ابن دقيق العيد": تقي الدين أبو الفتح محمد بن علي بن وهب بن مطيع القشيري، المعروف بابن دقيق العيد (المتوفى: 702هـ)، الإلمام بأحاديث الأحكام، المحقق: حقق نصوصه وخرج أحاديثه حسين إسماعيل الجمل، دار المعراج الدولية، دار ابن حزم، السعودية، الرياض/ لبنان، بيروت، الطبعة الثانية، 1423هـ/2002م.

"الدينوري": أبو بكر أحمد بن مروان الدينوري المالكي (المتوفى : 333هـ)، المجالسة وجواهر العلم، المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، جمعية التربية الإسلامية (البحرين - أم الحصم)، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1419هـ.

"ابن راهويه": أبو يعقوب إسحاق بن إبراهيم بن مخلد بن إبراهيم الحنظلي المروزي المعروف بابن راهويه (المتوفى: 238هـ)، مسند إسحاق بن راهويه، المحقق: د. عبد الغفور بن عبد الحق البلوشي، مكتبة الإيمان، المدينة المنورة، الطبعة الأولى، 1412هـ/1991م.

"الزمخشري": جار الله أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري (المتوفى: 538هـ)، الفائق في غريب الحديث والأثر، المحقق: علي محمد الجاوي و، محمد أبو الفضل إبراهيم، دار المعرفة، لبنان، الطبعة الثانية، دون ذكر تاريخ النشر.

"ابن زنجويه": أبو أحمد حميد بن مخلد بن قتيبة بن عبد الله الخرساني المعروف بابن زنجويه (المتوفى: 251هـ)، الأموال لابن زنجويه، المحقق



د./ شاكِر ذيب فياض، مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية، السعودية، الطبعة الأولى، 1406هـ/1986م.

"الزيلي": جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلي (المتوفى: 762هـ)، نصب الرأية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمي في تخريج الزيلي، المحقق: محمد عوامة، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، بيروت، لبنان/ دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة، السعودية، الطبعة الأولى، 1418هـ/1997م.

"الشافعي": المسند للشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلي القرشي المكي (المتوفى: 204هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1400هـ.

"ابن شبة": أبو زيد عمر بن شبة (واسمه زيد) بن عبيدة بن ربطة النميري البصري (المتوفى: 262هـ)، تاريخ المدينة لابن شبة، المحقق: فهم محمد شلتوت، طبع على نفقة: السيد حبيب محمود أحمد، جدة، 1399هـ.

"ابن أبي شيبة": أبو بكر عبد الله بن أبي شيبة بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي (المتوفى: 235هـ)، المصنف في الأحاديث والآثار، المحقق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، 1409هـ.

"الصنعاني": الحسن بن أحمد بن يوسف بن محمد بن أحمد الرباعي الصنعاني (المتوفى: 1276هـ)، فتح الغفار الجامع لأحكام سنة نبينا المختار، المحقق: مجموعة من العلماء بإشراف الشيخ علي العمران، دار عالم الفوائد، الطبعة الأولى، 1427هـ.

"الطبراني": أبو القاسم سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، الطبراني (المتوفى: 360هـ)، المعجم الكبير، المحقق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، الطبعة الثانية، دون ذكر تاريخ النشر.

"الطبراني": سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني (المتوفى: 360هـ)، الدعاء للطبراني، المحقق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1413هـ.

"عبد الرزاق": أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الصنعاني (المتوفى: 211هـ)، المصنف، المحقق: أيمن نصر الدين الأزهرى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1421هـ/2000م.

"عبد الهادي الحنبلي": شمس الدين محمد بن أحمد بن عبد الهادي الحنبلي (المتوفى: 744هـ)، تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق، المحقق: سامي بن

محمد بن جاد الله و، عبد العزيز بن ناصر الخباني، أضواء السلف، الرياض، الطبعة الأولى، 1428هـ/2007م.

"أبو عوانة": أبو عوانة يعقوب بن إسحاق بن إبراهيم النيسابوري الإسفراييني (المتوفى: 316هـ)، مستخرج أبي عوانة، المحقق: أيمن بن عارف الدمشقي، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الأولى، 1419هـ/1998م.

"العيني": بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين العنيتابي الحنفي العيني (المتوفى: 855هـ)، نخب الأفكار في تنقيح مباني الأخبار في شرح معاني الآثار، المحقق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، الطبعة الأولى، 1429هـ/2008م.

"ابن كثير": أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (المتوفى: 774هـ)، جامع المسانيد والسُنن الهادي لأقوم سنن، المحقق: د./ عبد الملك بن عبد الله الدهيش، دار خضر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان/ مكتبة النهضة الحديثة، مكة المكرمة، الطبعة الثانية، 1419هـ/1998م.

"ابن ماجة": أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (المتوفى: 273هـ)، سنن ابن ماجة، المحقق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، محمد كامل قره بللي، عبد اللطيف حرز الله، دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى، 1430هـ/2009م.

"مالك": مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: 179هـ)، موطأ مالك برواية محمد بن الحسن الشيباني، تعليق وتحقيق: عبد الوهاب عبد اللطيف، المكتبة العلمية، الطبعة الثانية، دون ذكر تاريخ النشر.

"مالك": مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: 179هـ)، الموطأ، المحقق: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، أبو ظبي، الإمارات، الطبعة الأولى، 1425هـ/2004م.

"المتقي الهندي": علاء الدين علي بن حسام الدين ابن قاضي خان القادري الشاذلي الهندي البرهانفوري ثم المدني فالمكي الشهير بالمتقي الهندي (المتوفى: 975هـ)، كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، المحقق: بكرى حيانى و، صفوة السقا، مؤسسة الرسالة، الطبعة الخامسة، 1401هـ/1981م.

"مسلم": مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: 261هـ)، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، الشهير بـ (صحيح مسلم)، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون ذكر تاريخ النشر.

"معمر بن راشد": أبو عروة البصري معمر بن أبي عمرو راشد الأزدي مولاهم، نزيل اليمن (المتوفى: 153هـ)، الجامع (منشور كملحق بمصنف عبد الرزاق)، المشهور بـ(جامع معمر بن راشد)، المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي بباكستان، وتوزيع المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، 1403هـ.

"ابن الملقن": ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (المتوفى: 804هـ)، البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، المحقق: مصطفى أبو الغيط، و، عبد الله بن سليمان، و، ياسر بن كمال، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، 1425هـ/2004م.

"ابن الملقن": ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (المتوفى: 804هـ)، خلاصة البدر المنير، الطبعة الأولى، 1410هـ-1989م.

"ابن الملقن": ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (المتوفى: 804هـ)، تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج (على ترتيب المنهاج للنووي)، المحقق: عبد الله بن سعاف اللحياني، دار حراء، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، 1406هـ.

"النسائي": أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي (المتوفى: 303هـ)، السنن الكبرى، المحقق: حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، 1421هـ/2001م.

"التميري": أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى: 463هـ)، الاستذكار، المحقق: سالم محمد عطاء، محمد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1421هـ/2000م.

"الهيثمي": أبو الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي (المتوفى: 807هـ)، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، المحقق: حسام الدين القدسي، مكتبة القدسي، القاهرة، 1414هـ/1994م.

أبو يعلى": أبو يعلى أحمد بن علي بن المثنى بن يحيى بن عيسى بن هلال التميمي، الموصلي (المتوفى: 307هـ)، مسند أبي يعلى، المحقق: حسين سليم أسد، دار المأمون للتراث، دمشق، الطبعة الأولى، 1404هـ/1984م.

"أبو يوسف": أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن سعد بن حبة الأنصاري (المتوفى: 182هـ)، الآثار، المحقق: أبو الوفاء، دار الكتب العلمية - بيروت، دون ذكر تاريخ النشر.

### ثالثاً: اللغة العربية وعلومها:

(إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار): المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، دار الدعوة، دون ذكر تاريخ النشر.  
"الأزدي": أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي (المتوفى: 321هـ)، جمهرة اللغة، المحقق: رمزي منير بعلبكي، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الأولى، 1987م.

"الأصبهاني": صدر الدين، أبو طاهر السلفي أحمد بن محمد بن أحمد بن محمد بن إبراهيم سلفه الأصبهاني (المتوفى: 576هـ) الطيوريات، انتخاب من أصول أبي الحسين المبارك بن عبد الجبار الصيرفي الطيوري (المتوفى: 500هـ)، دراسة وتحقيق: دسمان يحيى معالي، عباس صخر الحسن، مكتبة أضواء السلف، الرياض، الطبعة الأولى، 1425 هـ - 2004م.

"الجصاص": أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (المتوفى: 370هـ)، الفصول في الأصول، وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة الثانية، 1414هـ/1994م.

"ابن الجواليقي": أبو منصور موهوب بن أحمد بن محمد بن الخضر بن الحسن (المتوفى: 540هـ)، ما جاء على فعلت وأفعلت بمعنى واحد مؤلف على حروف المعجم، المحقق: ماجد الذهبي، دار الفكر - دمشق، دون ذكر تاريخ النشر.

"الحموي": أبو العباس أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي (المتوفى: نحو 770هـ)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، دون ذكر تاريخ النشر ورقم الطبعة.

"الرازي": زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (المتوفى: 666هـ)، مختار الصحاح، المحقق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت، صيدا، الطبعة الخامسة، 1420هـ/1999م.

"الزبيدي": المؤلف: محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى الزبيدي (المتوفى: 1205هـ)، تاج العروس من جواهر القاموس، المحقق: مجموعة من المحققين، دار الهداية، دون ذكر تاريخ النشر ورقم الطبعة.

"الزمخشري": جار الله أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد الزمخشري (المتوفى: 538هـ)، أساس البلاغة، المحقق: محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1419هـ/1998م.

"سانو": د./ مصطفى قطب سانو، معجم مصطلحات أصول الفقه، دار الفكر المعاصر، بيروت- لبنان، دار الفكر، دمشق- سورية، دون ذكر تاريخ النشر.

"ابن السكيت": أبو يوسف ابن السكيت يعقوب بن إسحاق (المتوفى: 244هـ)، إصلاح المنطق، المحقق: محمد مرعب، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى 1423هـ/2002م.

"ابن سيده": أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي (ت: 458هـ)، المحكم والمحيط الأعظم، المحقق: عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1421هـ/2000م.

"ابن سيده": أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي (المتوفى: 458هـ)، المخصص، المحقق: خليل إبراهيم جفال، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 1417هـ/1996م.

"الشيرازي": أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: 476هـ)، التبصرة في أصول الفقه، المحقق: د./ محمد حسن هيتو، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، 1403هـ.

"عمر": د./ أحمد مختار عبد الحميد عمر (المتوفى: 1424هـ)، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، الطبعة الأولى، 1429هـ/2008م.

"ابن فارس": أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي (المتوفى: 395هـ)، مجمل اللغة لابن فارس، المحقق: زهير عبد المحسن سلطان، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، 1406هـ/1986م.

"الفارابي": أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (المتوفى: 393هـ)، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، المحقق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الرابعة 1407هـ/1987م.

"الفراهيدي": أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري (المتوفى: 170هـ)، كتاب العين، المحقق: د./ مهدي المخزومي، د./ إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، دون ذكر تاريخ النشر.

"الفيروزآبادي": مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي (المتوفى: 817هـ)، القاموس المحيط، المحقق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الثامنة، 1426هـ/2005م.

"مختار": د./ أحمد مختار عمر، معجم الصواب اللغوي دليل المثقف العربي، بمساعدة فريق عمل، عالم الكتب، القاهرة، الطبعة الأولى، 1429هـ/2008م.  
"ابن منظور": محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (المتوفى: 711هـ)، لسان العرب، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، 1414هـ.  
"الهروي": أبو منصور محمد بن أحمد بن الأزهرى الهروي (المتوفى: 370هـ)، تهذيب اللغة، المحقق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 2001م.

#### رابعاً: المعاجم الفقهية:

"الأصبهاني": أبو موسى محمد بن عمر بن أحمد بن عمر بن محمد الأصبهاني المدني، الشافعي (المتوفى: 581هـ)، المجموع المغيبي في غريب القرآن والحديث، المحقق: عبد الكريم العزباوي، جامعة أم القرى، مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، مكة المكرمة، دار المدني للطباعة والنشر والتوزيع، جدة، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ج1 (1406 هـ/1986م)، ج2، 3 (1408هـ/1988م).

"البركتي": محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، التعريفات الفقهية، دار الكتب العلمية (إعادة صف للطبعة القديمة في باكستان 1407 هـ - 1986م)، الطبعة الأولى، 1424هـ/2003م.

"البعلبي": شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي الفتح بن أبي الفضل البعلبي (المتوفى: 709هـ)، المطالع على ألفاظ المقنع، المحقق: محمود الأرنؤوطو، ياسين محمود الخطيب، مكتبة السوادي للتوزيع، الطبعة الأولى، 1423هـ/2003م.

"التهانوي": محمد بن علي ابن القاضي محمد حامد بن محمد صابر الفاروقي الحنفي التهانوي (المتوفى: بعد 1158هـ)، موسوعة كشف اصطلاحات الفنون والعلوم، المحقق: د./ علي دحروج، الترجمة الأجنبية: د./ جورج زيناتي، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، الطبعة الأولى، 1996م.

"الجرجاني": علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (المتوفى: 816هـ)، كتاب التعريفات، المحقق: جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 1403هـ/1983م.

- "أبو جيب": د./ سعدي أبو جيب: القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، دار الفكر، دمشق، سورية، الطبعة الثانية 1408هـ/1988م، تصوير: 1993م.
- "الحدادي": زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي القاهري (المتوفى: 1031هـ)، التوقيف على مهمات التعاريف، عالم الكتب، القاهرة، الطبعة الأولى، 1410هـ/1990م.
- "الحميري": نشوان بن سعيد الحميري اليميني (المتوفى: 573هـ)، شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، المحقق: د./ حسين بن عبد الله العمري ومطهر بن علي الإرياني و د./ يوسف محمد عبد الله، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، و، دار الفكر، دمشق، سورية، الطبعة الأولى، 1420هـ/1999م.
- "الخوارزمي": برهان الدين أبو الفتح ناصر بن أبي المكارم عبد السيد ابن علي الخوارزمي المُطَرِّزِي (المتوفى: 610هـ)، المغرب في ترتيب المغرب، دار الكتاب العربي، الطبعة دون ذكر تاريخ النشر.
- "الخوارزمي": أبو عبد الله محمد بن أحمد بن يوسف الكاتب البلخي الخوارزمي (المتوفى: 387هـ)، مفاتيح العلوم، المحقق: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، دون ذكر تاريخ النشر.
- "دوزي": رينهارت بيتر أن دوزي (المتوفى: 1300هـ)، تكملة المعاجم العربية، نقله إلى العربية وعلق عليه: محمد سليم النعيمي و، جمال الخياط، وزارة الثقافة والإعلام، الجمهورية العراقية، الطبعة الأولى، من 1979/2000م.
- "الرصاع": أبو عبد الله محمد بن قاسم الأنصاري الرصاع التونسي المالكي (المتوفى: 894هـ)، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية. (شرح حدود ابن عرفة للرصاع)، المكتبة العلمية، الطبعة: الأولى، 1350هـ.
- "السنيني": زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيني (المتوفى: 926هـ)، الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، المحقق: د. مازن المبارك، دار الفكر المعاصر، بيروت، الطبعة الأولى، 1411م.
- "السيوطي": عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: 911هـ)، معجم مقاليد العلوم في الحدود والرسوم، المحقق: د./ محمد إبراهيم عبادة، مكتبة الآداب، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1424هـ/2004م.

"ابن فارس": أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، (المتوفى: 395هـ)، حلية الفقهاء، المحقق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، الشركة المتحدة للتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، 1403هـ/1983م.

"ابن فارس": أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي (المتوفى: 395هـ)، معجم مقاييس اللغة، المحقق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1399هـ/1979م.

"قلعجي و قنبيي": محمد رواس قلعجي - حامد صادق قنبيي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 1408هـ/1988م.

"الكجراتي": جمال الدين، محمد طاهر بن علي الصديقي الهندي القنبي الكجراتي، الحنفي (المتوفى: 986هـ)، مجمع بحار الأنوار في غرائب التنزيل ولطائف الأخبار، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، الطبعة الثالثة، 387هـ/1967م.

"الكفوي": أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي الحنفي (المتوفى: 1094هـ)، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، المحقق: عدنان درويش و محمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، دون ذكر تاريخ النشر.

"نكري": القاضي عبد النبي بن عبد الرسول الأحمد نكري (المتوفى: 12هـ)، دستور العلماء (جامع العلوم في اصطلاحات الفنون)، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، 1421هـ/2000م.

#### خامسا: الفقه:

##### الفقه الحنفي:

"الحصكفي": محمد بن علي بن محمد الحصني المعروف بعلاء الدين الحصكفي الحنفي (المتوفى: 1088هـ)، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، المحقق: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1423هـ/2002م.

"الزبيدي": أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيدي اليمني الحنفي (المتوفى: 800هـ)، الجوهرة النيرة- شرح مختصر القدوري في فروع الحنفية، دار نوبليس، مصر، الطبعة الأولى، 2009.

"السرخسي": محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: 483هـ)، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1414هـ/1993م.



"ابن عابدين": محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: 1252هـ) حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار)، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، 1412هـ/1992م.

"العيني": بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي العيني (المتوفى: 855هـ)، البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1420هـ/2000م.

"الكاساني": علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1418هـ/1997م.

"المرغيناني": أبو الحسن برهان الدين علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني (المتوفى: 593هـ)، الهداية في شرح بداية المبتدي، المحقق: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون ذكر تاريخ النشر.

"المنبجي": جمال الدين أبو محمد علي بن أبي يحيى زكريا بن مسعود الأنصاري الخزرجي المنبجي (المتوفى: 686هـ)، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب، المحقق: د. محمد فضل عبد العزيز المراد، دار القلم/الدار الشامية، سوريا، دمشق/لبنان، بيروت، الطبعة الثانية، 1414هـ/1994م.

"ابن نجيم": زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: 970هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى، 1418هـ/1997م.

"ابن الهمام": كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (المتوفى: 861هـ)، فتح القدير، دار الفكر، دون ذكر تاريخ النشر.

#### الفقه المالكي:

"بري": السيد عثمان بن حسنين بري الجعلي المالكي، سراج السالك شرح أسهل المسالك، المكتبة الثقافية، بيروت، دون ذكر تاريخ النشر.

"البغدادي": أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي (المتوفى: 422هـ)، المعونة على مذهب عالم المدينة (الإمام مالك بن أنس)، المحقق: حميش عبد الحق، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز، مكة المكرمة، دون ذكر تاريخ النشر والطبعة.

"الصاوي": أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي، الشهير بالصاوي المالكي (المتوفى: 1241هـ)، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي

على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك)، الدار السودانية للكتب، الخرطوم، دون ذكر تاريخ النشر.

"عبيد": الحاجة كوكب عبيد، فقه العبادات على المذهب المالكي، مطبعة الإنشاء، دمشق، سوريا، الطبعة الأولى، 1406هـ/1986م.  
"القرافي": شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: 684هـ)، الذخيرة، المحقق: أبو إسحاق أحمد عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1422هـ/2001م.

### الفقه الشافعي:

"البجيرمي": سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي المصري الشافعي (المتوفى: 1221هـ)، التجريد لنفع العبيد (حاشية البجيرمي على شرح المنهج، وهو: (منهج الطلاب) اختصره زكريا الأنصاري من (منهاج الطالبين للنووي) ثم شرحه في (شرح منهج الطلاب)، - مطبعة الحلبي، 1369هـ/1950م.

"الجمال": سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهرى، المعروف بالجمال (المتوفى: 1204هـ)، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمال (منهج الطلاب اختصره زكريا الأنصاري من منهاج الطالبين للنووي ثم شرحه في شرح منهج الطلاب)، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون ذكر تاريخ النشر.

"الرافعي": أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني (المتوفى: 623هـ)، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، المحقق: علي محمد عوض و، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1417هـ/1997م.

"الرملي": شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (المتوفى: 1004هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأخيرة، 1404هـ/1984م.

"السنيني": زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيني (المتوفى: 926هـ)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي، دون ذكر تاريخ النشر ومكانه.

"الشيرازي": أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، موسوعة فقه الإسلام، دار نوبليس، الطبعة الأولى، 2009م.

"ابن الصلاح": تقي الدين أبو عمرو عثمان بن عبد الرحمن المعروف بابن الصلاح (المتوفى: 643هـ)، شرح مشكل الوسيط، المحقق: د./ عبد المنعم خليفة أحمد بلال، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1432هـ، 2011م.

"ابن عرفة": نجم الدين أبو العباس أحمد بن محمد بن علي الأنصاري، المعروف بابن الرفعة (المتوفى: 710هـ)، كفاية النبيه في شرح التنبيه، المحقق: مجدي محمد سرور باسلوم، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 2009م.

"القليوبي و، عميرة": أحمد سلامة القليوبي و، أحمد البرلسي عميرة، حاشيتنا قليوبي وعميرة، دار الفكر، بيروت، دون ذكر تاريخ النشر ومكانه، 1415هـ/1995م.

"الماوردي": أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: 450هـ)، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، المحقق: الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1419هـ/1999م.

"المقرئ": شرف الدين إسماعيل بن أبي بكر المقرئ، إخلاص الناوي، المحقق: عبد العزيز عطية زلط، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية، دون ذكر تاريخ النشر.

"المنهاجي": شمس الدين محمد بن أحمد بن علي بن عبد الخالق، المنهاجي الأسيوطي ثم القاهري الشافعي (المتوفى: 880هـ)، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، المحقق: مسعد عبد الحميد محمد السعدني، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1417هـ/1996م.

"النووي": أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المحقق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، دون ذكر تاريخ النشر.

"الهيتمي": أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، روجعت وصححت: على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء، المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، 1357هـ/1983م.

## الفتاه الحنبلي:

"إبراهيم المقدسي": عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد، أبو محمد بهاء الدين المقدسي (المتوفى: 624هـ)، العدة شرح العمدة، دار المعرفة، بيروت، دون ذكر تاريخ النشر.

"البهوتي": منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى: 1051هـ)، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، دون ذكر دار النشر والطبع.

"البهوتي": منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى: 1051هـ)، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، الطبعة الأولى، 1414هـ/1993م.

"الحجاوي": شرف الدين، أبو النجا موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي ثم الصالحي (المتوفى: 968هـ)، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، المحقق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة بيروت، لبنان، دون ذكر دار النشر والطبع.

"الزركشي": شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي (المتوفى: 772هـ)، شرح الزركشي، دار العبيكان، الطبعة الأولى، 1413هـ/1993م.

"السيوطي": مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيباني مولدا ثم الدمشقي الحنبلي (المتوفى: 1243هـ)، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، 1415هـ/1994م.

"العثيمين": محمد بن صالح بن محمد العثيمين (المتوفى: 1421هـ)، الشرح الممتع على زاد المستنقع، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، 1422هـ/1428هـ.

"الفوزان": صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان، الملخص الفقهي، دار العاصمة، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1423هـ.

"ابن قدامة": أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ)، المغني لابن قدامة، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، لبنان، دون ذكر تاريخ النشر.

"ابن قدامة": أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ)، الكافي في فقه الإمام أحمد، دار نوبليس، موسوعة فقه الإسلام، الطبعة الأولى، 2009.

"الكلوذاني": أبو الخطاب محفوظ بن أحمد بن الحسن الكلوذاني، الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني، المحقق: عبد اللطيف هميم و، ماهر ياسين الفحل، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1425هـ/2004م.

"المرداوي": علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرادوي السعدي الحنبلي (المتوفى: 885هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المحقق: أبو عبد الله محمد حسن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1418هـ/1997م.

"النجدي": عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي (المتوفى: 1392هـ)، حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع، دون ذكر دار النشر، الطبعة الأولى، 1397هـ.

#### الفقه الظاهري:

"ابن حزم": أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: 456هـ)، المحلى بالآثار، المحقق: د./ عبد الغفار سليمان البندري، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، دون ذكر تاريخ النشر.

#### سادسا: أصول الفقه وقواعده:

"الأمدي": أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الأمدي (المتوفى: 631هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، المحقق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، لبنان، دون ذكر تاريخ النشر.

"الإسنوي": جمال الدين أبو محمد عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعي (المتوفى: 772هـ)، نهاية السؤل شرح منهاج الوصول، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، دون ذكر تاريخ النشر.

"الأصفهاني": شمس الدين محمود بن عبد الرحمن (أبي القاسم) ابن أحمد بن محمد، أبو التناء، الأصفهاني (المتوفى: 749هـ)، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، المحقق: محمد مظهر بقاء، دار المدني، السعودية، الطبعة الأولى، 1406هـ/1986م.

"الجويني": عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني ركن الدين أبو المعالي، الملقب بإمام الحرمين (المتوفى: 478هـ)، كتاب التلخيص في أصول الفقه، المحقق: عبد الله جولم النبالي، و بشير أحمد العمري، دار البشائر الإسلامية، بيروت، دون ذكر تاريخ النشر.

"أبو الحارث الغزي": محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو، مؤسوسة القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 1424هـ/2003م.

"ابن حزم": أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: 456هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، المحقق: أحمد محمد شاكر، دار الأفاق الجديدة، بيروت، دون ذكر تاريخ النشر.

"الحموي": أحمد بن محمد مكي أبو العباس شهاب الدين الحسيني الحموي الحنفي (المتوفى: 1098هـ)، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1405هـ/1985م.

"خلاف": عبد الوهاب خلاف (المتوفى: 1375هـ)، علم أصول الفقه، دار الحديث، القاهرة، 1422هـ/2003م.

"الرازي": فخر الدين الرازي أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي خطيب الري (المتوفى: 606هـ)، المحصول في علم أصول الفقه، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود و علي محمد معوض، المكتبة العصرية، صيدا، لبنان، الطبعة الثانية، 1420هـ/1999م.

"الزرقا": أحمد بن الشيخ محمد الزرقا (1285هـ/1357هـ)، شرح القواعد الفقهية، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق/سوريا، الطبعة الثانية، 1409هـ/1989م.

"الزركشي": أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (المتوفى: 794هـ)، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتب، الطبعة الأولى، 1414هـ/1994م.

"السيانوي": حسن بن عمر بن عبد الله السيانوي المالكي (المتوفى: بعد 1347هـ)، الأصل الجامع لإيضاح الدرر المنظومة في سلك جمع الجوامع، مطبعة النهضة، تونس الطبعة الأولى، 1928م.

"السيوطي": عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: 911هـ)، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1411هـ/1990م.

"الشاطبي": إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (المتوفى: 790هـ)، الموافقات في أصول الشريعة، المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى 1417هـ/1997م.

"الشافعي": د./ أحمد محمود الشافعي، أصول الفقه الإسلامي، المكتب العربي للطباعة، 1409هـ/1989م.

- "الشرنباصي": د./ رمضان على السيد الشرنباصي، أصول الفقه الإسلامي، دون ذكر دار النشر، 1421هـ/2000م.
- "الطوفي": نجم الدين أبو الربيع سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي الصرصري (المتوفى: 716هـ)، شرح مختصر الروضة، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1407هـ/1987م.
- "العكبري": أبو علي الحسن بن شهاب بن الحسن بن علي بن شهاب العكبري الحنبلي (المتوفى: 428هـ)، رسالة في أصول الفقه، المحقق: د./ موفق بن عبد الله بن عبد القادر، المكتبة المكية، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، 1413هـ/1992م.
- "العنزي": عبد الله بن يوسف بن عيسى بن يعقوب اليعقوب الجديع العنزي، تيسير علم أصول الفقه، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1418هـ/1997م.
- "الغزالي": أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (المتوفى: 505هـ)، المستصفي، المحقق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، 1420هـ/2000م.
- "ابن الفراء": القاضي أبو يعلى، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء (المتوفى: 458هـ)، العدة في أصول الفقه، المحقق: د./ أحمد بن علي بن سير المبارك، بدون ذكر دار النشر، الطبعة الثانية، 1410هـ/1990م.
- "فراج": د./ أحمد فراج حسين، أصول الفقه الإسلامي، دار الهدى للطبوعات، الإسكندرية، 2000م.
- "الفناري": شمس الدين محمد بن حمزة بن محمد الفناري (أو الفنري) الرومي (المتوفى: 834هـ)، فصول البدائع في أصول الشرائع، المحقق: محمد حسين محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2006م/1427هـ.
- "ابن قدامة": أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ)، روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 1423هـ/2002م.
- "القرافي": أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: 684هـ)، شرح تنقيح الفصول، المحقق: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، الطبعة الأولى، 1393هـ/1973م.

"القرافي": أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: 684هـ)، الفروق (أنوار البروق في أنواء الفروق)، عالم الكتب، الطبعة، دون ذكر تاريخ النشر.

"القطان": مناع بن خليل القطان (المتوفى: 1420هـ)، تاريخ التشريع الإسلامي، مكتبة وهبة، القاهرة، الطبعة الخامسة، 1422هـ/2001م.

"ابن اللحام": ابن اللحام، علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد بن عباس البعلبي الدمشقي الحنبلي، ابن اللحام (المتوفى: 803هـ)، القواعد والفوائد الأصولية وما يتبعها من الأحكام الفرعية، المحقق: عبد الكريم الفضيلي، المكتبة العصرية، 1420هـ/1999م، دون ذكر مكان النشر.

"المارديني": شمس الدين محمد بن عثمان بن علي المارديني الشافعي (المتوفى: 871هـ)، الأنجم الزاهرات على حل ألفاظ الورقات في أصول الفقه، المحقق: عبد الكريم بن علي محمد بن النملة، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الثالثة، 1999م.

"المحلي": جلال الدين محمد بن أحمد بن محمد بن إبراهيم المحلي الشافعي (المتوفى: 864هـ)، شرح الورقات في أصول الفقه، المحقق: د. حسام الدين بن موسى عفانة، جامعة القدس، فلسطين، الطبعة الأولى، 1420هـ/1999م.

"المروزي": أبو المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد المروزي السمعاني التميمي الحنفي ثم الشافعي (المتوفى: 489هـ)، قواطع الأدلة في الأصول، المحقق: محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1418هـ/1999م.

"المنياوي": أبو المنذر محمود بن محمد بن مصطفى بن عبد اللطيف المنياوي، الشرح الكبير لمختصر الأصول من علم الأصول، المكتبة الشاملة، مصر، الطبعة الأولى، 1432هـ/2011م.

"ابن النجار": تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوح (المتوفى: 972هـ)، شرح الكوكب المنير، المحقق: محمد الزحيلي، ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، الطبعة الثانية 1418هـ/1997م.

"النملة": عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، المَهْدَبُ فِي عِلْمِ أَصُولِ الْفِقْهِ الْمُقَارِنِ (تحريرٌ لمسائله ودراستها دراسةً نظريَّةً تطبيقيَّةً)، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، 1420هـ/1999م.

"النملة": عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، الجامع لمسائل أصول الفقه وتطبيقاتها على المذهب الراجح، مكتبة الرشد، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1420هـ/2000م.



سابعا: المراجع العامة، والمجلات والالكترونية:

"الأحول": أبو زكرياء يحيى بن آدم بن سليمان القرشي بالولاء الكوفي الأحول (المتوفى: 203هـ)، الخراج، المطبعة السلفية ومكتبتها، الطبعة الثانية، 1384هـ.

"جون وميلر": المظاهر الاقتصادية للنهضة الزراعية، ترجمة لجنة من الأساتذة، دار الفرقان الجديدة، بيروت، دون ذكر تاريخ النشر.

"حمزة": د./ ياسر حمزة، بحث "الرؤية القانونية حول أزمة السدود على الأنهار"، والمقدم لمؤتمر ومعرض أسبوع المياه العربي الثالث تحت عنوان: "الابتكارات والحلول المستدامة لقطاع المياه في المنطقة العربية"، الذي تنظمه جامعة الدول العربية (LAS) بالشراكة مع المجلس الوزاري العربي للمياه (AMWC) ووزارة المياه والري الأردنية، والمنعقد بمركز الملك الحسين بن طلال للمؤتمرات - البحر الميت، بالمملكة الأردنية، في المدة من 11 يناير 2015م إلى 15 يناير 2015م.

"ابن حنبل": أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (المتوفى: 241هـ)، فضائل الصحابة، المحقق: د./ وصي الله محمد عباس، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، 1403هـ/1983م.

"خليل": محمد عبد داود خليل، الاقتصاد الزراعي العربي، دار المطبوعات الجديدة، الإسكندرية، 1973م.

"الداهري": عبد الوهاب الداهري، اقتصاديات الأرض والإصلاح الزراعي، بغداد الطبعة الأولى، مطبعة المعاني، 1970م.

"الزحيلي": د./ وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (الشامل للدلالة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها)، دار الفكر، سورية، دمشق، الطبعة الرابعة، دون ذكر تاريخ النشر.

"سابق": سيد سابق، فقه السنة، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة، منشورات دار الكتب، الجزائر، 1417هـ/1997م.

"شاهو": د./ عزيز شاهو إسماعيل، سياسة التنمية الزراعية، وزارة التعليم العالي، بغداد، 1981م.

"عبيد": د./ عبد الخالق محمد عبيد، اقتصاديات الأرض والإصلاح الزراعي، مطبعة سليمان الأعظمي، بغداد، 1977م.

"كاظم": د./ غفار عباس كاظم، المديونية الخارجية وأثرها على التنمية في الوطن العربي، مجلس الوحدة الاقتصادية، الأمانة العامة، الأردن، 1986م.

"الكويت": وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت (مجموعة من العلماء)، الموسوعة الفقهية الكويتية، صادر عن: عدد الأجزاء: 45 جزءاً، الطبعة: (من 1404هـ: 1427هـ)، الأجزاء 1: 23 الطبعة الثانية، دار السلاسل، الكويت، الأجزاء 24: 38 الطبعة الأولى، مطابع دار الصفاة، مصر، الأجزاء 39: 45، الطبعة الثانية، طبع الوزارة.

"هيكل": د./ عبد العزيز هيكل، التصنيع والزراعة في البلدان النامية، معهد الإنماء العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 1976م.

"أبو يوسف": أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن سعد بن حبة الأنصاري (المتوفى: 182هـ)، الخراج، المحقق: طه عبد الرؤوف سعد و، سعد حسن محمد، المكتبة الأزهرية للتراث، دون ذكر تاريخ النشر.

#### المجلات:

"مجلة البحوث الاقتصادية والإدارية": مركز البحوث الاقتصادية، بغداد، المجلد التاسع.

"مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية": - "القرشي": مدحت كاظم القرشي، السياسة الصناعية والتنمية في البلدان النامية (بين المؤيدين والمعارضين)، جامعة بغداد، العدد 76 المجلد 20 لسنة 2014.

#### مراجع الالكترونية: انظر شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت):

الموقع الرسمي للهيئة العامة للإستعلامات المصرية.

الموقع الرسمي لوزارة التجارة والصناعة المصرية.

الموقع الرسمي لمركز تحديث الصناعة المصرية.

الموقع الرسمي لوزارة الإستثمار المصرية.

الموقع الرسمي لوزارة البترول المصرية.

الموقع الرسمي للأمانة العامة لهيئة المستشارين، بوزارة رئاسة مجلس الوزراء السوداني.

.....	المقدمة:
.....	المبحث الأول: التعريف بواجب الإنماء وصفته:
.....	المطلب الأول: تعريف واجب الإنماء وحكمه:
.....	الفرع الأول: تعريف الإنماء في اللغة والاصطلاح:
.....	أولاً: تعريف الإنماء في اللغة:
.....	ثانياً: تعريف الإنماء في الاصطلاح الفقهي:
.....	الفرع الثاني: الإنماء والواجب:
.....	أولاً: تعريف الواجب في اللغة والاصطلاح:
.....	تعريف الواجب في اللغة:
.....	تعريف الواجب في اصطلاح الأصوليين:
.....	الواجب أم الفرض:
.....	ثانياً: أقسام الواجب:
.....	الواجب المؤقت والواجب المطلق عن التوقيت:
.....	الواجب العيني والواجب الكفائي:
.....	الواجب المحدد والواجب غير المحدد:
.....	الواجب المعين والواجب المخير:
.....	مسألة ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب:
.....	ثالثاً: حكم الإنماء التكليفي:
.....	المطلب الثاني: صفة الإنماء وأهميته:
.....	الفرع الأول: الإنماء الإنتاجي:
.....	أولاً: الإنماء الزراعي:
.....	الزراعة والبطالة:
.....	الزراعة والإحياء وتوزيع الثروة والدخل:
.....	ثانياً: الإنماء الصناعي:
.....	أهمية الصناعة:
.....	السياسة الصناعية:
.....	ثالثاً: الإنماء التعديني:
.....	الفرع الثاني: الإنماء البشري:
.....	المحور الأول: أهداف التنمية في الإسلام:

- المحور الثاني: عناصر التنمية: .....
- المحور الثالث: طيف التنمية: .....
- المحور الرابع: ضوابط التنمية: .....
- المحور الخامس: دور الدولة والفرد والجماعات في التنمية: .....
- المحور السادس: صراع الأنساق التنموية: .....
- المحور السابع: الطاقة البشرية لتحقيق وإدراك التنمية: .....
- حاصل الإنماء البشري: .....
- المبحث الثاني: موانع الإنماء: .....
- المطلب الأول: تعريف المانع وإطاره في الإنماء: .....
- الفرع الأول: تعريف المانع في اللغة والاصطلاح: .....
- أولاً: تعريف المانع في اللغة: .....
- ثانياً: المانع في الاصطلاح الأصوليين: .....
- الفرع الثاني: إطار موانع الإنماء الأصلية: .....
- أولاً: الملئك: .....
- ثانياً: العمران: .....
- المطلب الثاني: نطاق موانع الإنماء التبعية: .....
- الفرع الأول: موانع الحريم والحمى: .....
- أولاً: حريم العمران: .....
- المستوى الأول: حريم العمران ذاته: .....
- المستوى الثاني: حد حريم العمران: .....
- مطلق حريم العمران: .....
- حريم مصادر المياه الأرضية: .....
- حريم الأنهار: .....
- حريم الآبار والعيون: .....
- ثانياً: الحمى: .....
- الحمى في اللغة: .....
- الحمى في الاصطلاح: .....
- أنواع الحمى وأحكامه: .....
- النوع الأول: حمى الرسول صلى الله عليه وسلم: .....
- النوع الثاني: حمى الإمام: .....
- النوع الثالث: حمى الواحد من عموم الناس: .....
- الفرع الثاني: موانع الإقطاع والتحجير: .....
- أولاً: الإقطاع: .....

الإقطاع في اللغة:	.....
أما الإقطاع في الاصطلاح:	.....
أنواع الإقطاع ومشروعيته:	.....
النوع الأول: إقطاع التملك:	.....
النوع الثاني: إقطاع الإرفاق:	.....
النوع الثالث: إقطاع الاستغلال:	.....
ثانيا: التحجير:	.....
التحجير في اللغة:	.....
التحجير في الاصطلاح:	.....
مشروعية التحجير:	.....
مدة التحجير المادي:	.....
المنازعة بين المحتجر والمتغلب:	.....
الخاتمة والتوصيات:	.....
المصادر والمراجع:	.....
أولا: تفسير القرآن الكريم وعلومه:	.....
ثانيا: السنة النبوية المشرفة وعلومها:	.....
ثالثا: اللغة العربية وعلومها:	.....
رابعا: المعاجم الفقهية:	.....
خامسا: الفقه:	.....
الفقه الحنفي:	.....
الفقه المالكي:	.....
الفقه الشافعي:	.....
الفقه الحنبلي:	.....
الفقه الظاهري:	.....
سادسا: أصول الفقه وقواعده:	.....
سابعا: المراجع العامة، والمجلات والالكترونية:	.....
الفهرس:	.....

تقديم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية  
"دراسة مقارنة في فرنسا ومصر ولبنان"

دكتور

محمد سعيد عبد الرحمن

أستاذ قانون المرافعات المساعد بكلية الحقوق – جامعة المنوفية  
أستاذ قانون أصول المحاكمات المدنية المشارك بكلية الحقوق والعلوم  
السياسية جامعة بيروت العربية

2015

الناشر

دار النهضة العربية

32 ش عبد الخالق ثروت - القاهرة

## مقدمة

### 1- تحقيق الاستقرار أحد وظائف القانون:

يعتبر تحقيق الاستقرار في المجتمع أحد الأهداف الرئيسية للنظام القانوني<sup>(1)</sup>، فحاجة المجتمع إلى الاستقرار لا تقل بأي حال عن حاجته إلى النظام والأمن والعدل، فهو فاتحة كل حضارة<sup>(2)</sup> وأساس كل تقدم، وذلك لأن المجتمع الذي يسوده الاستقرار يكون أقدر على النمو والتقدم والرخاء من المجتمع الذي تسوده الفوضى والاضطراب وعدم الاستقرار<sup>(3)</sup>.

(1) أنظر: منصور مصطفى منصور- دروس في المدخل لدراسة العلوم القانونية- ط 1972- دار النهضة العربية- بند 43- ص 79، وجدي راغب- مبادئ القضاء المدني- ط 2001- دار النهضة العربية- ص 49، حمدي عبد الرحمن- فكرة القانون- ط 1979- دار الفكر العربي- بند 11- ص 24، أحمد إبراهيم حسن- غاية القانون- ط 2000- دار المطبوعات الجامعية- ص 178، محمد حسن قاسم- المدخل لدراسة القانون- الجزء الأول- القاعدة القانونية- ط 2008- منشورات الحلبي الحقوقية- ص 15، وأنظر:

P. Roubier, Théorie général du droit, éd. Sirey 1951, P. 319.

(2) أنظر: أحمد إبراهيم حسن- المرجع السابق- ص 179.

(3) ويبدو ذلك جلياً بالنسبة للاستثمارات، وطنية كانت أم أجنبية، وهي أحد أهم روافد الاقتصاد الوطني ونموه، فهذه الاستثمارات تتجه دائماً إلى البلاد التي يسودها الاستقرار والهدوء وعدم الاضطراب، وتهرب من البلاد التي يسودها الفوضى وعدم الاستقرار، فيخسر الاقتصاد الوطن أحد أهم روافده ونموه، وهو ما يعود بالسلب على الوطن والمواطن. ولذلك تعقد المؤتمرات لجذب هذه الاستثمارات تقديراً لأهميتها وضرورتها لنمو المجتمعات وتقدمها وازدهارها.

ويتحقق الاستقرار باليقين القانوني *La certitude juridique*<sup>(4)</sup>، ويقصد به معرفة الأفراد لمراكزهم القانونية على نحو دقيق ومؤكد وواضح، إذ يمكنهم ذلك من معرفة ما لهم من حقوق وما عليهم من واجبات والتزامات، وهو ما يتيح لهم التصرف في هذه الحقوق واستعمالها واستغلالها دون خوف أو قلق من نتائج ذلك في المستقبل، لأنهم يستندون في ذلك إلى ما تخوله لهم حقوقهم ومراكزهم القانونية من مكانات وسلطات.

2- ونظراً لأهمية وضرورة الاستقرار في المجتمع تبنت القوانين الوضعية العديد من القواعد والمبادئ والنظم التي تهدف إلى تحقيقه وترسيخه. ومن أهم هذه المبادئ والقواعد ما يأتي<sup>(5)</sup>:

3-(أ)- قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين": ومفاد هذه القاعدة<sup>(6)</sup> أن الالتزام الناشئ عن العقد يعادل في قوته الالتزام الناشئ من القانون، وحيث لا يجوز للفرد أن يتحلل من التزام فرضه القانون فلا يجوز للمتعاقد أن يتحلل من عقد كان هو طرفاً فيه. وكما يقول العلامة السنهوري في هذا الصدد "ويطبق القاضي العقد كما لو كان يطبق قانوناً، لأن العقد يقوم مقام القانون في تنظيم

---

(4) أنظر: وجدي راغب- الإشارة السابقة.

(5) راجع دراسة مفصلة للعديد من هذه المبادئ والقواعد: حمدي عبد الرحمن- فكرة القانون- بند 11 وما بعده- ص 24 وما بعدها، أحمد إبراهيم حسن- غاية القانون- المرجع السابق- ص 193 وما بعدها.

(6) أنظر في هذه القاعدة والاستثناءات التي ترد عليها: عبد الرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- المجلد الأول- نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام- ط 2003- منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت- لبنان- بند 411 وما بعده- ص 697 وما بعده، عبد الحي حجازي- النظرية العامة للالتزام- المصادر الإرادية- ط 1958- بند 318 وما بعده- ص 245 وما بعدها، عبد الودود يحيى- الموجز في النظرية العامة للالتزام- ط 1994- دار النهضة العربية- بند 14- ص 175 وما بعدها.



العلاقات التعاقدية فيما بين المتعاقدين، بل هو ينسخ القانون فيما يخرج منه عن دائرة النظام العام والآداب"<sup>(1)</sup>.

وتهدف هذه القاعدة إلى تحقيق الاستقرار بشأن ما يتم بين الأفراد من عقود ومعاملات وتصرفات، فنفرض على كل طرف أن يلتزم بما يقضى به العقد، بحيث لا يجوز له أن ينقضه أو يعدله أو يفسخه بإرادته المنفردة. وبدون هذه القاعدة التي اعتمدها المشرع الفرنسي في المادة 1134 من القانون المدني والمشرع المصري في المادة 147 من القانون المدني والمشرع اللبناني في المادة 166 من قانون الموجبات والعقود سينصرف الأشخاص عن إبرام العقود وتندعم الثقة بينهم وتتعطل حركة المعاملات في المجتمع، وهو ما يعود بالسلب على الأفراد والمجتمع نفسه.

**4-(ب)- قاعدة "عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون":** ومفاد هذه القاعدة<sup>(2)</sup> أنه بمجرد نفاذ التشريع ومضى الوقت المحدد لنفاذه تقوم قرينة قاطعة على علم الأفراد به، فلا يستطيع أحد بعد ذلك الادعاء بجهله بالقانون. وقد اعتمدت محكمة النقض هذه القاعدة في العديد من أحكامها، فقد قضت بأن "نشر القانون

---

(1) راجع: عبد الرزاق السنهوري- الإشارة السابقة.

(2) أنظر: عبد المنعم البدرأوي- المدخل للعلوم القانونية- ط1962- بند 129- ص 195 وما بعدها، عبد الحي حجازي- المدخل لدراسة القانون -1- ط 1966- بند 224- ص 262، منصور مصطفى منصور- دروس- المرجع السابق- بند 177- ص 309، نعمان نجمة- دروس في المدخل للعلوم القانونية- ط 1980- ص 227، سمير تناغو- النظرية= العامة للقانون- ط 1974- منشأة المعارف- بند 180- ص 594، حمدي عبد الرحمن- فكرة القانون- بند 84- ص 147، أحمد حسن- غاية القانون- ص 198، محمد حسن قاسم- المدخل- المرجع السابق- ص 211.

بالجريدة الرسمية وبدء العمل بأحكامه يفترض علم الكافة بهذا القانون، ولا يقبل من أحد الاعتذار بجهله لأحكامه"<sup>(1)</sup>.

وتهدف هذه القاعدة إلى تحقيق الاستقرار القانوني بما يعنيه من ثبات ويقين في المراكز القانونية<sup>(2)</sup>، إذ أنها تغلق الباب أمام التحايل والتهرب من سريان حكم القانون تحت ادعاء وزعم عدم العلم بأحكامه، وما يمكن أن يؤدي إليه ذلك من اضطراب وعدم استقرار للحقوق والمراكز القانونية وللعلاقات والمعاملات والتصرفات بالمجتمع.

5- (ج) - مبدأ "عدم رجعية القانون": ويقصد بهذا المبدأ الدستوري أن القانون يسرى بأثر مباشر على الوقائع والمراكز التي تقع أو تتم بعد نفاذه ولا يسرى بأثر رجعي على الوقائع السابقة عليه إلا إذا تقرر ذلك بنص خاص. فالقانون الجديد - وكما قيل بحق<sup>(3)</sup> - لا يملك إعادة النظر فيما تم في ظل القانون القديم من تكون أو انقضاء مركز قانوني أو من توافر بعض عناصر هذا التكون أو الانقضاء أو من ترتب آثار معينة على مركز قانوني.

---

(1) أنظر: نقض 1965/4/8 - مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاماً -

إصدار نادي القضاة - الجزء الثامن في المواد المدنية - المجلد الأول - رقم 110 - ص

198، نقض 1965/11/16 - مجموعة القواعد السابقة الإشارة إليها - رقم 113 -

ص 199، نقض 1973/12/22 - مجموعة القواعد - رقم 112 - ص 199.

(2) أنظر: عبد الحي حجازي - المدخل - المرجع السابق - بند 226 - ص 265، منصور

مصطفى منصور - دروس - بند 177 - ص 309، أحمد حسن - غاية القانون - ص

198، محمد حسن قاسم - الإشارة السابقة، وأنظر:

J. Carbonnier, Droit Civil, Thémis, T.I, Paris 1959-1960, P. 93.

وأنظر في نطاق هذا المبدأ والاستثناءات التي ترد عليه: محمد حسن قاسم - المدخل - المرجع السابق - ص 212 وما بعدها.

(3) أنظر: أحمد حسين - غاية القانون - ص 198.

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض بأنه<sup>(1)</sup> "لا يجوز للمحاكم أن تعود إلى الماضي لتطبيق القانون الجديد على ما نشأ من علاقات قانونية وما يترتب عليها من آثار قبل العمل بأحكامه، وإنما يجب عليها وهي بصدد بحث هذه العلاقات وتلك الآثار أن ترجع إلى القانون الذي نشأت في ظلّه". والحكمة من مبدأ عدم رجعية القانون هي تحقيق الاستقرار في المجتمع<sup>(2)</sup>، وذلك بإشاعة الثقة والطمأنينة بين الناس بشأن ما يقومون به من أعمال وتصرفات فيما بينهم. إذ لن يتحقق أي استقرار أو أمان للأفراد - وكما يقول العلامة Planiol<sup>(3)</sup> - إذا كانت حقوقهم وثرواتهم وحالتهم الشخصية والآثار التي تترتب على تصرفاتهم وحقوقهم الشخصية يمكن في أية لحظة أن تتأثر أو تعدل أو تزول بسبب تغير في إرادة المشرع.

**6- (د)- الوضع الظاهر:** القاعدة<sup>(4)</sup> أن القانون لا يحمي إلا الأوضاع التي تتفق مع أحكامه، أي لا يحمي إلا المراكز القانونية. ومن ثم، فإن الأوضاع غير القانونية، أي المركز الفعلية *Les Situations de fait*، لا تستحق حماية القانون، لأن هذه الأوضاع تنشأ وتتكون وتوجد في الواقع الاجتماعي على خلافه، وذلك لافتقادها أحد العناصر اللازمة لاتفاقها مع قواعد القانون وأحكامه<sup>(5)</sup>.

(1) أنظر: نقض 1977/3/23 - مجموعة القواعد - 1-2 - رقم 394 - ص 312، نقض

1982/12/19 - مجموعة القواعد - 1-2 - رقم 404 - ص 314.

(2) أنظر: عبد المنعم البدرابي - المدخل - بند 173 - ص 256، منصور مصطفى منصور -

دروس - بند 137 - ص 241، سمير تناغو - النظرية العامة - بند 203 - ص 655،

نعمان دعة - دروس - ص 238، أحمد حسن - غاية القانون - ص 199، محمد حسن

قاسم - الإشارة السابقة.

(3) مشار إليه في: سمير تناغو - الإشارة السابقة.

(4) أنظر: حمدي عبد الرحمن - فكرة القانون - بند 13 - ص 26.

(5) أنظر: عاطف نصر مسلمي - نظرية الأوضاع الظاهرة في القانون الإداري - رسالة - عين

شمس - 1992 - ص 111، شوقي محمد صلاح - نظرية الظاهر في القانون المدني -

ومن أمثلة هذه المراكز الفعلية: المالك الظاهر، الوارث الظاهر، الوكيل الظاهر، الدائن الظاهر، الحائز الظاهر، الموصى له الظاهر، الزواج الظاهر، الجنسية الظاهرة،.. إلخ.

وفي هذه المراكز، يظهر الشخص أمام الناس بأنه صاحب حق أو مركز قانوني، ويتعامل مع الناس ويتعاملون معه على هذا الأساس وبهذه الصفة مع أنه في الحقيقة ليس كذلك. فهل يعتد بهذا التعامل وهذا التصرف؟ وهل يفضل الغير على صاحب الحق الذي لم يكن طرفاً في هذه العلاقة، أم يفضل صاحب الحق أو المركز القانوني على أساس أن صاحب المركز الفعلي لا يستطيع أن ينقل للغير حقوقاً ليست له وأن فاقده الشيء لا يعطيه؟ هل يغلب الواقع على القانون أو يغلب القانون على الواقع؟

---

ط 2002- دار الفكر العربي- بند 5- ص 3، وراجع في دراسة المراكز الفعلية: نعمان جمعة- أركان الظاهر كمصدر للحق- مطبوعات المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم- ط 1977- ص 5 وما بعدها، حمدي عبد الرحمن- فكرة القانون- ص 5 وما بعدها، سعودي حسين سرحان- نحو نظرية لحماية الغير حسن النية المتعاملين مع الشركات التجارية- رسالة- عين شمس- 1983- ص 22 وما بعدها، عاطف نصر مسلمي- المرجع السابق- ص 110 وما بعدها، شوقي محمد صلاح- المرجع السابق- الإشارة السابقة، وأنظر:

H. Mazeaud, la maxime "Error communis fact jus", R.T.D. civ. 1924, P. 951 ets; R. Houin, Les situations de fait, Report général et discussion; Travaux de L'association H. Capitant, 1957; J. Noirel, Le droit civil contemporain et les situations de fait, R.T.D. civ., 1959, P. 457 ets.; Leveneur, situations de fait et droit privé, L.G.G.J. 1990, Préface Gobert; J. Ghestin, G. Goubeaux= et M. Fabre- Magnan, Traité de droit civil, Introduction de droit civil, introduction général, 4<sup>éd</sup>.L.G.D.J. 1994, N° 838, P. 828 ets.

لقد حسم الأمر لمصلحة الواقع على حساب القانون<sup>(1)</sup>، وتم الاعتداد بالمراكز الفعلية واعتمادها والتعويل عليها وحماية من يتعامل مع أصحابها على أساس أنهم أصحاب مراكز قانونية. ولقد كانت الوسيلة الفنية لاعتماد المراكز الفعلية والاعتداد بها والتعويل عليها هي فكرة الوضع الظاهر، ذلك أن الظاهر هو المركز الفعلي الذي يخالف الحقيقة، أي الذي لا يستند إلى القانون<sup>(2)</sup>، وبموجب هذه الفكرة - فكرة الوضع الظاهر - تم الاعتداد بالتصرف الذي يبرم بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية الذي أقدم على التعامل مع هذا الشخص وهو يعتقد اعتقاداً مبرراً يسانده الواقع أنه يتعامل مع ذي صفة ومع صاحب الحق أو المركز القانوني الذي تعامل معه بشأنه. فأصبح تصرف صاحب الظاهر صحيحاً وناظراً في مواجهة صاحب الحق أو المركز القانوني الحقيقي لمصلحة الغير حسن النية<sup>(3)</sup>.

ولقد كان الدافع وراء الاعتداد بالمراكز الفعلية، ومن ثم بالوضع الظاهر، هو حماية الاستقرار في المجتمع، وتحقيق الأمان والاطمئنان لمعاملات وتصرفات الأفراد، وحماية حركة التعامل بينهم وتوفير جو من الثقة لهم في هذه المعاملات، بل وتحقيق المصلحة العامة للمجتمع والمصلحة الخاصة للأفراد<sup>(4)</sup>.

---

(1) راجع في عرض الخلاف حول هذا الأمر بين التيار الفردي الذي يقيم النظام القانوني على أساس نشاط الفرد ومصلحه وحقوقه المكتسبة والذي يغلب المراكز القانونية على حساب المراكز الفعلية، والتيار الاجتماعي الذي يهتم بالمجتمع وينظر إليه نظرة شاملة دون أن يتقيد بالمبادئ والقيم المستقرة المتوارثة والذي يغلب المراكز الفعلية على حساب القانون، نعمان جمعة- أركان الظاهر- ص 10 وما بعدها.

(2) أنظر: نعمان جمعة- أركان الظاهر- ص 6، محسن البيه- نظرية الوارث الظاهر- ط 199- مكتبة الجلاء الجديدة- بند 5- ص 8.

(3) أنظر: محسن البيه - المرجع السابق- ص 5.

(4) أنظر: نعمان جمعة- أركان الظاهر- ص 14 وما بعدها، حمدي عبد الرحمن- فكرة القانون- ص 26، شوقي محمد صلاح- نظرية الظاهر- بند 5- ص 13 وما بعدها.

وقد قضت محكمة النقض تطبيقاً لذلك، واعتداداً وإعمالاً لفكرة الوضع الظاهر بأن "التصرفات الصادرة من صاحب المركز الظاهر المخالف للحقيقة إلى الغير حسن النية يترتب عليها ما يترتب على التصرفات الصادرة من صاحب المركز الحقيقي متى كانت الشواهد المحيطة بالمركز الظاهر من شأنها أن تولد الاعتقاد العام بمطابقة هذا المركز للحقيقة، ويحتج بهذه التصرفات على صاحب المركز الحقيقي" (1).

ثم زادت محكمة النقض الأمر وضوحاً بموجب هيئتها العامة، فجعلت من الوضع الظاهر قاعدة عامة واجبة الأعمال وليست استثناء وأوضحت شروط تطبيقها. فقد قضت بأن "الأصل أن العقود لا تنفذ إلا في حق عاقيدها، وأن صاحب الحق لا يلتزم بما صدر عن غيره من تصرفات بشأنها، إلا أنه باستقراء نصوص القانون المدني يبين أن المشرع قد اعتد في عدة تطبيقات هامة بالوضع الظاهر لاعتبارات توجب العدالة وحماية حركة التعامل في المجتمع وتنضبط جميعاً مع وحدة علتها واتساق الحكم المشترك فيها بما يحول ووصفها بالاستثناء، وتصبح قاعدة واجبة الأعمال متى توافرت موجبات أعمالها واستوفت شرائط تطبيقها، ومؤداها أنه إذا كان صاحب الحق قد أسهم بخطئه - سلباً أو إيجاباً - في ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحبه مما يدفع الغير حسن النية إلى التعاقد معه، للشواهد المحيطة بهذا المركز والتي من شأنها أن تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المركز للحقيقة، مقتضاه نفاذ التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية في مواجهة صاحب الحق" (2).

---

(1) أنظر: نقض 1981/12/21 - مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة النقض المصرية -

32- رقم 432 - ص 2374.

(2) أنظر: نقض (هيئة عامة) 1986/2/16 - مجموعة الأحكام - 33-639، وفي نفس

المعنى أنظر: نقض 1988/2/5 - قضاء النقض في المواد المدنية - ج2- المجلد الأول -

رقم 537 - ص 174، نقض 1989/12/28، 1991/4/11 = = قضاء

النقض - المرجع السابق - رقم 538 - ص 175، نقض 1996/2/21 - مجلة

القضاة - إصدار نادي القضاة - السنة 29 - 1 - رقم 28 - ص 461.

## 2- نظام التقادم أحد وسائل تحقيق الاستقرار في المجتمع:

7- إذا كان تحقيق الاستقرار أحد أهم وظائف القانون في المجتمع، فإن نظام التقادم (مرور الزمن) هو أحد أهم الآليات والوسائل التي اعتمدها المشرع لتحقيق الاستقرار للحقوق والمراكز القانونية للأفراد<sup>(1)</sup>، فبدونه يتزعزع التعامل بين الناس وتحل الفوضى محل الاستقرار.

فالتقادم المكتسب، والذي يؤدي إلى اكتساب ملكية العقار أو المنقول أو حقاً عينياً على أي منهما، وذلك بحيازته مدة معينة من الزمن (خمسة عشر عاماً في القانون المصري - المادة 968 من القانون المدني) يقوم على أساس تحقيق الاستقرار. فمنطق استقرار المعاملات في المجتمع يقتضي التسليم بالحق لمن حازه مدة طويلة وتعامل معه الناس على هذا الأساس. وبذلك، يغلب المشرع الحيازة، وهي مركز فعلي واقعي، على الحق بفرض تحقيق الاستقرار وإشاعة الطمأنينة في نفوس المتعاملين<sup>(2)</sup>. فإهمال المالك الحقيقي الدفاع عن ملكه والمطالبة باسترداد مدة طويلة يجعله غير جدير بحماية القانون، ويجعل تغليب استقرار المعاملات على مصالحته الخاصة أمراً مقبولاً تقتضيه مصلحة المجتمع<sup>(3)</sup>.

كما أن فكرة استقرار الحقوق والمراكز القانونية تقف خلف نظام التقادم المسقط للالتزام<sup>(4)</sup> الذي نص عليه المشرع المصري من المادة 374 من القانون المدني، فلا يستند سقوط الالتزام في هذه الحالة على قرينة الوفاء به أكثر مما يقوم على الرغبة في استقرار المعاملات<sup>(5)</sup>. فتحقيق الاستقرار يحتم تحديد ميعاد معين للدائن للمطالبة بحقه، بحيث إذا انقضى هذا الميعاد فلا يستطيع الدائن المطالبة

<sup>(1)</sup> أنظر: محمد لبيب شنب- الوجيز في الحقوق العينية الأصلية- ط 1998/1999- بند

182- ص 210، أحمد إبراهيم حسن- غاية القانون- ص 199.

<sup>(2)</sup> أنظر: لبيب شنب- الوجيز- بند 182- ص 211 وما بعدها، أحمد إبراهيم حسن-

المرجع السابق- ص 200.

<sup>(3)</sup> أنظر: لبيب شنب- الإشارة السابقة، أحمد إبراهيم حسن- الإشارة السابقة.

<sup>(4)</sup> أنظر: حمدي عبد الرحمن- فكرة القانون- بند 13- ص 26.

<sup>(5)</sup> أنظر: عبد الودود يحيى- الوجيز- المرجع السابق- بند 452- ص 741.

به، وإذا طالب يمنع القاضي من الفصل في دعواه. وفي ذلك يقوم الأستاذ الدكتور عبد المنعم البدر اوي "فالدولة إذن عندما تضع أجلاً لحماية القانون، إنما تفعل ذلك مراعاة منها للصالح العام، فهي ترى بعد هذا الأجل أن إثبات الحق يصبح أمراً عسيراً إن لم يكن مستحيلًا، وذلك لتقادم الزمن على الوقائع المراد إثباتها أو لاحتمال وفاة الشهود، أو ولغير ذلك من الأسباب، فمع مرور الزمن يصبح تعرف الحقيقة أمراً صعباً، مما يعرض القضاء لخطر الاعتماد على مجرد المصادفات، فالاستقرار الاجتماعي إذن يوجب منع القاضي من الفصل في مسائل طال عليها الزمن"<sup>(1)</sup>.

كما يقول العلامة Laurant في هذا الصدد "أنا لو تصورنا لحظة حال مجتمع تسمح قوانينه للأفراد للمطالبة بحقوقهم، ولو فات على هذه المطالبة آلاف السنين، لهالنا الأمر، إذ يترتب على ذلك اضطراب لا نهاية له وزعزعة في المراكز القانونية لا مدى لها، وفوضى في النظام الاجتماعي يجب أن تنتزه عنه المجتمعات"<sup>(2)</sup>.

كما يقول العلامة السنهوري في هذا الصدد "يرتكز التقادم المسقط على اعتبارات تمت للمصلحة العامة بسبب وثيق، فإن استقرار التعامل يقوم إلى حد كبير على فكرة التقادم، ويكفي أن نتصور مجتمعاً لم يدخل التقادم في نظمه القانونية، لنندرك إلى أي حد يتزعزع فيه التعامل وتحل الفوضى محل الاستقرار... أليس واجباً لاستقرار التعامل أن يفترض في الدائن الذي سكت مدة طويلة عن المطالبة بدينه أنه قد استوفاه، أو في القليل قد أبرأ ذمة المدين منه بعد هذا السكوت الطويل؟ وكما يجب وضع حد للمنازعة في الحقوق وذلك بتقرير قوة الأمر المقضي، كذلك يجب وضع حد للمطالبة بالحقوق وذلك بتقرير مبدأ التقادم. ولا بد أن تستقر الأوضاع في الحالتين، فلا يتجدد النزاع في كل وقت ولا يبقى حق الدائن في المطالبة إلى غير نهاية. فالتقادم المسقط لا يقوم على قرينة الوفاء أكثر مما يقوم على وجوب احترام الأوضاع المستقرة

(1) عبد المنعم البدر اوي- أثر مضي المدة في الالتزام- ط 1950- بند 14- ص 25.

(2) راجع: لوران- القانون المدني الفرنسي- ج32- رقم 6- ص 15، مشار إليه في: عبد المنعم البدر اوي- المرجع السابق- الإشارة السابقة.



التي مضى عليها من الزمن ما يكفي للاطمئنان إليها وإحاطتها بسياج من الثقة المشروعة<sup>(1)</sup>.

وقد قضت محكمة بداية بيروت في هذا الصدد بأن "مبدأ مرور الزمن يرتكز على استقرار المعاملات بين الناس"<sup>(2)</sup>. كما قضى مجلس شورى الدولة بـ "إن الأحكام المتعلقة بمرور الزمن ترمى إلى تأمين الاستقرار في العلاقات القانونية التي تقوم بين الناس، فيعتبر نهائياً وغير قابل للمراجعة ما ينشأ من الأوضاع بنتيجة تلك العلاقات بعد مرور الزمن المعين، إن لم يتوقف أو ينقطع هذا الزمن بأي من الأسباب المحددة في القانون لوقفه أو انقطاعه"<sup>(3)</sup>. كما قضت محكمة النقض السورية أيضاً في هذا الصدد "إن أعمال التقادم ليس من النظام العام وإنما هو حق من حقوق الطرفين وهو نظراً لاختلاف الأسس التي يبنى عليها في كل نوع منه، فهو يهدف إلى احترام الأوضاع المستقرة في التقادم الطويل"<sup>(4)</sup>.

### 3- تقادم الأحكام القضائية (مشكلة البحث):

8- إذا كان التقادم (مرور الزمن) يلحق الحقوق والمراكز القانونية التي لم يطالب بها أصحابها في المدة المحددة في القانون، فيحول دون سماع دعواهم للمطالبة بهذه الحقوق والمراكز بعد فوات هذه المدة، فهل يلحق هذا التقادم

---

(1) أنظر: عبد الرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد 3- نظرية الالتزام

بوجه عام- الأوصاف، الحوالة، الانقضاء- الطبعة الثالثة الجديدة- 2000- منشورات الحلبي الحقوقية- لبنان- بند 952- ص 996 وما بعدها.

(2) أنظر: بداية بيروت- الغرفة الثالثة المدنية- 1967/3/3- مجموعة حاتم- ج74- ص 52.

(3) أنظر: مجلس شورى الدولة رقم 161 بتاريخ 1969/6/12- النشرة القضائية- 1973- ص 1025.

(4) أنظر: نقض سوري رقم 119 بتاريخ 1978/11/15- صادر بين التشريع والاجتهاد- مرور الزمن- ط2005- المنشورات الحقوقية- صادر- ص 30.

الأحكام القضائية صادرة بشأن هذه الحقوق والمراكز، بحيث إذا مر على صدورها المدة الزمنية اللازمة للتقادم لتتقادم هذه الأحكام ولا يجوز لمن صدرت لصالحهم المطالبة بما تضمنته من حقوق ومراكز بعد مرور هذه المدة؟ أم أن نظام التقادم لا يمكن أن يلحق الأحكام القضائية مهما مر على صدورها من زمن، فتكون محصنة ضده وبمناى عنه فلا تخضع له ولا ينطبق عليها لأنها صادرة من السلطة القضائية المختصة بالفصل في المنازعات بين الأفراد، ويكون لمن صدرت لصالحهم المطالبة بمضمونها والاستفادة مما قررت له في أي وقت بعد صدورها ولو بعد عشرات أو مئات السنين؟

9- في الواقع، لا توجد إجابة موحدة في هذا الصدد، ذلك أن بعض الأحكام القضائية قد يلحقها التقادم، في حين أن البعض الآخر منها يستعصى على الخضوع لهذا النظام.

ويستدعي ذلك ويستلزم الإجابة على الأسئلة الآتية: ما هو المقصود بتقادم الأحكام القضائية؟ وما هي شروط تقادم هذه الأحكام؟ وما الذي يميز تقادم الأحكام القضائية عن غيرها من الأفكار التي قد تختلط بها؟ وهل اعتمد المشرع فكرة تقادم الأحكام القضائية أم لا؟ وما هو المجال الذي تطبق فيه هذه الفكرة حال اعتمادها؟ وما هي قواعد تقادم الأحكام القضائية؟ وما هي الآثار التي قد تترتب على هذا التقادم؟

#### 4- أهمية الدراسة:

10- تمثل دراسة تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية أهمية بالغة من الناحيتين العلمية والعملية:

فمن الناحية العلمية، تشكل هذه الدراسة محاولة لدراسة نظام التقادم في قانون المرافعات وبخاصة في مجال الأحكام القضائية، وذلك أسوة بغيره من فروع القانون الأخرى التي لاقت فيها هذه الفكرة اهتماماً بالغاً<sup>(12)</sup>.

---

(12) أنظر: عبد المنعم البدرابي- أثر مضي المدة في الالتزام- 1950- مطبعة جامعة فؤاد

ولا يخفى على أحد أهمية النظريات الإجرائية، فهي – كما يقول العلامة وجدي راغب<sup>(13)</sup> – تعبير عن تطور العلم الإجرائي ليلحق بسائر العلوم القانونية الموضوعية، كفقته القانون المدني والجنائي والإداري، وهي إذ تنسق القواعد الإجرائية وتكشف منطقتها الخاص تيسر السيطرة على زمام هذه القواعد، تفسيراً وتطبيقاً بل وتطويراً.

أما من الناحية العملية، فإن لفكرة تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية أهمية لا يمكن إنكارها، ويظهر ذلك من كثرة الحالات التي طرحها وآثارها الخصوم أمام القضاء للتخلص من الحقوق والالتزامات التي تضمنتها هذه الأحكام في مواجهتهم للإفلات من الآثار التي تترتب عليهم استناداً إليها. وهو ما يستدعي ويستلزم التصدي لدراسة هذه الفكرة ومحاولة معالجتها وإيضاح موقف القانون بشأنها.

## 5- خطة الدراسة:

11- نتناول دراسة فكرة تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية في فصلين، على النحو التالي:

الفصل الأول: الفكرة العامة لتقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية.

الفصل الثاني: النظام القانوني لتقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية.

---

<sup>(13)</sup> وجدي راغب- نحو فكرة عامة للقضاء الوقي في قانون المرافعات- مجلة العلوم القانونية

والاقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق- جامعة عين شمس- السنة 15- العدد الأول-

يناير 1973- ص 167 وما بعدها.

## الفصل الأول

### الفكرة العامة لتقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية

#### 12- تمهيد وتقسيم:

يلزم لوضع فكرة عامة لتقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية تحديد ماهية هذه الفكرة، وتحديد النطاق والمجال الذي يمكن أن تطبق فيه، وهو ما سنتناوله في المبحثين الآتيين.

## المبحث الأول

### ماهية تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية

13- نتناول في هذا المبحث تحديد مفهوم تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية، وتمييزه عن غيره من الأفكار المشابهة له، وتحديد الأساس القانوني لتبرير وجود هذه الفكرة في قانون المرافعات، وهو ما سنعرضه له في المطلبين الآتيين.

## المطلب الأول

### مفهوم تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية

#### الفرع الأول

### المقصود بتقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية

#### أولاً: تعريف تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية:

14- يتحدث جانب كبير من الفقه<sup>(1)</sup> - وهو بصدد تحديد آثار حكم الإلزام، عن أنه يترتب على هذا الحكم تغيير مدة التقادم المسقط للدين - عن تقادم الدين

---

(1) أنظر: وجدي راغب فهمي - النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات - منشأة

المعارف - 1974 - ص 262 وما بعدها، فتحني والي - الوسيط في قانون القضاء المدني -

دار النهضة العربية - ط 2001 - بند 77 - ص 126، إبراهيم نجيب سعد - القانون

القضائي الخاص - الجزء الثاني - منشأة المعارف - 1980 - بند 369 - ص 199،

وأنظر في فرنسا:

الناشي عن هذا الحكم لا عن تقادم هذا الحكم ذاته. فيقرر هؤلاء الفقهاء أنه – وطبقاً للمادة 2/385 من القانون المدني – إذا كان الدين من الديون التي تسقط بمدد أقل من المدد العادية، وصدر حكم بالدين، فإن المدة الجديدة للتقادم لا تكون هي المدة القديمة كما هي القاعدة في الانقطاع، وإنما تكون المدة الجديدة دائماً خمس عشرة سنة، أي المدة العادية في التقادم المسقط.

ويؤسس هؤلاء الفقهاء القاعدة السابقة التي يترتب عليها سقوط حق المحكوم له تجاه المحكوم عليه لا على أساس تقادم الحكم القضائي، بل على أساس آخر هو ما يترتب عليه حكم الإلزام من أثر تنفيذي، فالدعوى التنفيذية أو الحق في التنفيذ التي تنشأ عن حكم الإلزام هي التي تتقادم بالمدة العادية أيأ كان الحق الموضوعي الذي تحميه<sup>(21)</sup>.

وطبقاً لهذا الاتجاه، فإنه لا يوجد تقادم للحكم الصادر بالدين، بل إن التقادم يكون للحق الذي أثبتته هذا الحكم وألزم المدين بسداده. فالتقادم لا يرد على الحكم القضائي الذي لا يصلح أن يكون محلاً له، بل يرد التقادم على الحق مضمون هذا الحكم. في حين أن وجود هذا الحق والإلزام بسداده هو أثر للحكم الذي قضى به وفرع له، فكيف يتقادم الفرع دون الأصل؟ وما هو مصير الحكم الذي قضى بهذا الحق وألزم المدين بسداده؟ هل يظل قائماً أو يزول؟

---

Planiol et Ripert, Droit civil, 2<sup>e</sup>éd. Par Esmein, N° 361,  
R. Meurisse, La prescription d'une condamnation  
resultant du jugement, J.C. P. 1961, I. Doc. 1665, N°  
12 et 17.

(21) أنظر: وجدي راغب- المرجع السابق- ص 263 وما بعدها، فتحى والي- الإشارة

السابقة، إبراهيم نجيب سعد- الإشارة السابقة، وأنظر:

Aubry et RAU, Droit Civil, 5<sup>e</sup>éd. Par Partin, N° 215, P.  
496; TROPLONG, Droit Civil, II. 683;

وأنظر في انتقاد هذا الرأي:

Garsonnet et Cezar- BRU, Traité théorique et pratique  
de procédure civile et commerciale, t.3, 2. partie, 1913,  
N° 739, P. 481 ets.

15- ويرى جانب آخر من الفقه<sup>(27)</sup> أن التقادم يرد على الأحكام القضائية، حيث يقرر أنه "يترتب على صدور الحكم الحاسم للنزاع على أصل الحق كله انقضاء الحق في الدعوى، فإذا لم ينفذ هذا الحكم إن كان قابلاً للتنفيذ خلال خمسة عشرة سنة فإنه يسقط بالتقادم هو والحق الموضوعي الثابت به". ويقرر بعض أنصار هذا الاتجاه<sup>(28)</sup> صراحة أنه "يمر الزمن على الأحكام حتى المعلنة منها Jugements déclaratifs، وتطبق بشأنها القاعدة العامة، فتكون مدة مرور الزمن عشر سنوات، أيأ تكن مدة مرور الزمن على الحقوق التي تعلنها أو تنشئها هذه الأحكام. وهذا ما تضمنته المادة 2/359 موجبات وعقود التي نصت على أنه "إذا جرى الاعتراف بالدين في صك أو أثبت هذا الدين بحكم فالمهلة الجديدة لمرور الزمن تبقى عشر سنوات".

16- أما القضاء فقد كان حاسماً وقاطعاً في أن التقادم يرد على الأحكام القضائية كما يرد على الحقوق والمراكز القانونية:

فقد قضت محكمة النقض المصرية منذ ما يزيد على ستين عاماً بأن "الحكم لا يتقادم إلا بمضي خمس عشرة سنة من تاريخ صدوره"<sup>(29)</sup>.

كما قضت محكمة النقض السورية في هذا الصدد بأن "الأحكام تتقادم بمرور خمسة عشرة سنة"<sup>(30)</sup>، كما قضت أيضاً بـ"أن الحكم الصادر في زمن نفاذ قانون الإجراء العثماني يسقط بمرور 15 سنة من تاريخ صدوره"<sup>(31)</sup>. كما

---

(27) أنظر: نبيل إسماعيل عمر- قانون أصول المحاكمات المدنية- ط2011- منشورات الحلبي

الحقوقية- بيروت- بند 23- ص 475.

(28) أنظر: الياس ناصيف- موسوعة العقود المدنية والتجارية- ط1991- ص 199.

(29) أنظر: نقض 1951/11/115- مجموعة الأحكام الصادرة من الجمعية العمومية

والدائرة المدنية- إصدار المكتب الفني لمحكمة النقض- السنة الثالثة- رقم 9- ص 48.

(30) أنظر: نقض سوري قرار رقم 1287 بتاريخ 1964/6/14- مجلة القانون- تصدرها

وزارة العدل السورية- السنة 15- 1964- العدد السابع- ص 645.

(31) أنظر: نقض سوري قرار رقم 297 بتاريخ 1969/7/22- مجلة القانون- المرجع

السابق- ص 27.

قضت محكمة التمييز اللبنانية في هذا الخصوص بأن "الحكم الصادر من محكمة كولومبانية يبقى حكماً أجنبياً، بالرغم من إعطائه الصيغة التنفيذية بعد النظر في الأساس، وبالتالي تسري عليه مدة مرور الزمن المعينة في القانون الكولومباني. وبمقتضى القانون المذكور يمر الزمن على الديون والأحكام الصادرة بسندات دين بعد انقضاء أربع سنوات. فلا يجوز إعطاء الصيغة التنفيذية لحكم سقط بمرور الزمن"<sup>(32)</sup>.

كما قضت محكمة التمييز في حكم آخر بأن "مرور الزمن يسري على الأحكام كما يسري على السندات والحقوق، وقد أحسنت محكمة الاستئناف بأخذها بهذا المبدأ وأحسنت تطبيق القانون"<sup>(33)</sup>.

كما قضت أيضاً في هذا الصدد بـ "إن الحكم القضائي الذي لا يسري عليه مرور الزمن (في القضايا العقارية) هو فقط الحكم الذي يثبت حقاً مسجلاً تسجيلاً نهائياً في السجل العقاري، أما سائر الأحكام وإن تعلقت بعقار أو بحق عيني، فإنها تبقى عرضة للسقوط بمرور الزمن، إذ أن الحق المثبت في هذه الأحكام يبقى محافظاً على طابعه الشخصي طالما لم يسجل أصولاً ونهائياً في السجل العقاري نتيجة لتنفيذ الحكم"<sup>(34)</sup>.

17- ويمكننا تعريف تقادم الأحكام في المواد المدنية والتجارية بأنه "مرور فترة طويلة من الزمن على صدور حكم قضائي بات يتعلق بمسائل وموضوعات وحقوق ومراكز يمكن أن تكون محلاً للتقادم دون أن يتخذ المحكوم له أي إجراء من الإجراءات في مواجهة المحكوم له ينبئ عن

---

(32) أنظر: محكمة التمييز اللبنانية- الغرفة الثانية المدنية- قرار رقم 48 تاريخ 1953/9/9-

مجلة المحامي- فهرس السنة 19-1954- ص 111.

(33) أنظر: تمييز مدني- الغرفة الثالثة قرارات ثمانية- القرار رقم 98- تاريخ 1963/12/6-

مجموعة باز- خلاصة عن جميع القرارات الصادرة عن محكمة التمييز المدنية خلال سنة

1963- مطبعة الفردوس- بيروت- ص 291.

(34) أنظر: تمييز مدني- غرفة ثانية- قرار رقم 2012/2- تاريخ 2012/1/5- المرجع-

كيساندر- المجلد 1-2012/4- ص 67.

رغبته في الحصول على ما قرره الحكم لصالحه أو ما ألزم المحكوم عليه بأدائه له، ودون أن يوجد ما يمنعه أو يحول بينه وبين ذلك".

ثانياً: شروط تقادم الأحكام المدنية والتجارية:

18- يتضح من التعريف السابق، أنه يشترط لتقادم الحكم القضائي في المواد المدنية والتجارية عدة شروط، وهي:

الشرط الأول: أن نكون بصدد حكم قضائي:

19- ويقصد بذلك أنه لا يمكن الحديث عن تقادم الأحكام القضائية إلا بوجود حكم قضائي قائم وموجود، أي حكم توافرت فيه الأركان اللازمة لوجوده وترتيبه لأثاره القانونية. وتتمثل هذه الأركان في صدور الحكم من محكمة لها ولاية إصداره، ومشكلة تشكياً صحيحاً من قضاة لهم ولاية القضاء، في خصومة انعقدت على نحو قانوني صحيح، وبالشكل الذي يحدده القانون للأحكام<sup>(40)</sup>. فالحكم القضائي الذي تتوافر فيه هذه الأركان هو الذي يصلح أن يكون محلاً للتقادم. أما إذا تخلف ركن من هذه الأركان، فإن ما صدر من المحكمة لا يعد حكماً موجوداً وقائماً، ولا يترتب أي أثر من الآثار القانونية التي تترتب عليه، بل هو حكم منعدم، أي حكم غير موجود من الناحية القانونية أو الواقعية منذ صدوره. وانعدام الحكم يعني عدم وجوده كعمل قضائي وهو

---

(40) راجع في التمييز بين أركان الحكم ومقومات وجوده وبين شروط صحته: أحمد أبو الوفا-

نظرية الأحكام في قانون المرافعات- الطبعة السادسة- 1989- منشأة المعارف- بند

136 وما بعده- ص 320 وما بعدها، وجدي راغب- النظرية العامة للعمل القضائي-

ص 413 وما بعدها، عبد الباسط جمعي- مبادئ المرافعات- ط 1980- دار الفكر

العربي- ص 501 وما بعدها، محمود هاشم- اعتبار الخصومة كأن لم تكن في قانون

المرافعات- 1989- ص 73 وما بعدها، أحمد ماهر زغلول: الحجية الموقوفة- ط2-

1995- بند 77 وما بعده- ص 112 وما بعدها، وراجع في فكرة الانعدام في القانون

الجنائي: غنام محمد غنام- نظرية الانعدام في الإجراءات الجنائية- الطبعة الأولى- 1991-

جامعة الكويت.



ما ينفي إمكانه ترتيبه للأثار القانونية للأحكام.. وجسامة العيب تحول دون إمكانه تصحيحه، فهو عيب غير قابل للتصحيح. ويمكن التمسك بالانعدام الحكم في هذه الحالة داخل الإجراءات عن طريق الطعن فيه. كما يمكن التمسك بذلك خارج الإجراءات سواء يرفع دعوى أصلية ببطلانه، أو يدفع بالانعدام بيدي في مسار خصومة تستند إلى الحكم المنعدم، أو يدفع بعدم التنفيذ يعترض سير إجراءات تنفيذ هذا الحكم. كما يمكن أيضاً رفع دعوى جديدة بذات المسألة المقضى فيها بين الخصوم دون إمكان دفعها استناداً إلى الحكم المنعدم<sup>(1)</sup>. وبالإضافة إلى هذه الآثار، فإن الحكم المنعدم لا يمكن أبداً أن يكون محلاً للتقادم، لأن التقادم يرد على حكم قائم وموجود يرتب آثاره القانونية، وحيث أن الحكم المنعدم غير موجود، فلا يصلح أن يكون محلاً للتقادم.

أما إذا توافرت للحكم أركان ومقومات وجوده، ثم تخلف شرط من شروط صحته، كالقصور في التسبب<sup>(2)</sup> أو الفساد في الاستدلال أو مخالفة حقوق الدفاع، فهو حكم قائم وموجود وإن شابه عيب، وإذا لم يتم الطعن في هذا الحكم لإزالة هذا العيب فقد أصبح الحكم صحيحاً قانوناً، ومن ثم يكون محلاً للتقادم.

**الشرط الثاني: أن يكون الحكم القضائي حكماً باتاً:**

**20-** يجب للحديث عن تقادم الحكم القضائي أن يكون هذا الحكم باتاً<sup>(3)</sup>، أي لا لا يقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن، سواء العادية أو غير العادية،

---

(1) راجع: أحمد ماهر زغلول- مراجعة الأحكام بغير الطعن فيها- ط2 - 1997- بند 84- ص 148 وما بعدها. وراجع أيضاً: غنام محمد غنام- نظرية الانعدام- بند 102 وما بعدها- ص 252 وما بعدها.

(2) راجع في تسبب الأحكام: أحمد السيد صاوي- الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية- دار النهضة العربية- القاهرة- ط2001- بند 449 وما بعده- ص 718 وما بعدها.

(3) أنظر في دراسة أنواع الأحكام القضائية: أحمد أبو الوفا- نظرية الأحكام- بند 170 وما بعده- ص 370 وما بعدها، أحمد صاوي- الوسيط- بند 443 وما بعده- ص 705

سواء باستنفادها أو استغلالها ذلك أن هذا الحكم دون غيره من الأحكام هو الذي يعد بالفعل عنواناً لحقيقة، ويمكن للمحكوم له التعويل عليه ومطالبة المحكوم عليه بما جاء به وإلزامه وإجباره على ذلك، والتصرف فيما أثبتته له هذا الحكم واستعماله واستغلاله دون الخوف من نتائج هذا التصرف في المستقبل، وذلك لأنه استند إلى أقوى أنواع الأحكام، وهو الحكم البات. ذلك أن حكم أول درجة (الحكم الابتدائي) قد يعدل أو يلغى من محكمة الاستئناف، كما أن الحكم الصادر من محكمة الاستئناف (وهو الحكم الحائز لقوة الأمر المقضى)، وإن كان قابلاً للتنفيذ الجدي، قد يعدل أو يلغى من محكمة النقض، وقد لا يفضل المحكوم له تنفيذ هذا الحكم طالما يمكن أن يعدل أو يلغى من محكمة النقض، فيتعرض في هذه الحال لإعادة الحال لما كان عليه قبل التنفيذ<sup>(50)</sup>، فيفضل ألا يقوم بتنفيذ ما قضى له به أو المطالبة به أو الاستناد إليه إلا بعد أن يستنفد الحكم الصادر لصالحه كافة طرق الطعن، حتى يكون هذا الحكم قد حسم على نحو نهائي وقاطع وبات المنازعة التي أثيرت حول الحق أو المركز القانوني، حيث يكون الحق أو المركز القانوني قد ثبت واستقر له بطريقة نهائية، وكذلك التنفيذ الذي باشره ومارسه تجاه المحكوم عليه.

فطالما أن الحكم القضائي ما زال محلاً للطعن فلا يمكن أن يلحقه تقادم مهما طال مدة بقاء هذا الحكم أمام القضاء للفصل في الطعن المرفوع ضده. إذ كيف يسري التقادم ويمر الزمن على حكم هو محل للطعن في حين أن المطالبة القضائية قد قطعت منذ رفعها مدة التقادم، وهو ما يحول دون سريان التقادم على الحكم غير البات، فهو لا يصلح أن يكون محلاً لهذه الفكرة، وإلا كان في ذلك إلحاق أكبر الضرر بالخصوم وتحميلهم ضياع حقوقهم ومراكزهم القانونية لتقادم الأحكام الصادرة لهم رغم أنها محلاً للطعن لا لسبب إلا لتأخر القضاء مدة طويلة في الفصل في الطعون المرفوعة ضد هذه الأحكام.

وبالإضافة إلى ذلك "فإن المطالبة القضائية تحفظ الحق، أي أن رفع الدعوى يؤدي إلى الحفاظ على الحق الموضوعي بحيث لا يتأثر هذا الحق من طول

---

وما بعدها، أحمد هندي- أصول المحاكمات المدنية والتجارية- ط 1989- الدار

الجامعية- بند 232- ص 336.

(50) راجع: أحمد ماهر زغلول- آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها- دار النهضة العربية- ط

1994.

إجراءات التقاضي، وبالتالي فإن آثار الحكم الصادر في الطلب تسري من وقت تقديم الطلب إلى المحكمة لا من وقت الحكم فيه، أي أن الحكم الذي يمنح الحماية القضائية للمدعى يرتب جميع آثاره كأنه صدر يوم تقديم الطلب<sup>(51)</sup>.

فكيف أن المطالبة القضائية تحفظ الحق طوال إجراءات التقاضي، ومنها مرحلة الطعن، ثم يقبل أن يتقادم الحكم رغم قابليته للطعن فيه أو الطعن فيه بالفعل ولم يفصل في هذا الطعن. فطالما لم يصبح الحكم باتاً، فلا يمكن الحديث عن تقادم هذا الحكم بسبب قابليته للطعن، إنما يمكن الحديث عن تقادم الحكم من الوقت الذي يصير فيه باتاً.

وقد أكد القضاء على ضرورة توافر هذا الشرط لتقادم الأحكام القضائية، فقد قرر القاضي المنفرد في جبل لبنان بتاريخ 1972/10/26 أنه "وبما أن الحكم المؤيد للحق العيني يتعلق مصيره بمصير هذا الحق فقد استقر الاجتهاد على اعتبار أن الحكم القاطع المبرم المؤيد كحق عيني ما لحق الملكية يستعصى على مرور الزمن لأن طبيعة الحق الذي يؤيده هذا الحكم غير قابلة للسقوط بعدم الاستعمال مهما طال الزمن. وبما أن الأحكام التي لا تسقط بمرور الزمن لتعلقها بحق عيني هي الأحكام التي لا تسقط بمرور الزمن لتعلقها بحق عيني هي الأحكام التي إكسبت صفة الإبرام دون سواها من الأحكام. أما الأحكام الغيابية - وبوجه عام - الأحكام القابلة للطعن والتي لم تنفذ فتبقى خاضعة لمرور الزمن لأن الحق الذي تؤيده هذه الأحكام لم يصبح بعد مكرساً نهائياً وبصورة قاطعة بل هو معرض للزوال عن طريق الطعن في هذه الأحكام. وبما أن الحق العيني الذي يستعصى على مرور الزمن هو ذلك الحق الثابت الأكيد غير المنازع فيه. فإذا كان الحق مستنداً وكان هذا الحكم منازعاً فيه وقابلاً للطعن فإن مثل هذا الحق وبالتالي مثل هذا الحكم يخضع لمرور الزمن لأن هذا الحكم ليس سنداً قاطعاً للملكية ولم يقترن بالتنفيذ"<sup>(52)</sup>.

---

(51) نبيل عمر- قانون أصول المحاكمات المدنية- بند 125- ص 290.

(52) منفرد مدني جبل لبنان- الغرفة العقارية 1972/10/26- النشرة القضائية- السنة

كما قضت محكمة التمييز اللبنانية في هذا الصدد بـ "إن الحق بالملكية الناشئ عن حكم لم يبرم يسقط بمرور الزمن إذا انقضت المدة المعينة دون أن يقترن بأية معاملة تنفيذية"<sup>(53)</sup>.

الشرط الثالث: أن يصلح الحكم القضائي لأن يكون محلاً للتقادم:

2-1 لا يكفي لتقادم الأحكام القضائية أن تكون بصدد حكم قضائي قائم وموجود، وأن يكون هذا الحكم باتاً، بل يجب بالإضافة إلى ذلك أن يصلح هذا الحكم أن يرد عليه للتقادم، أي أن يصلح أن يكون محلاً للتقادم. فليست كل الأحكام القضائية تخضع لنظام التقادم، وإلا اضطربت الحياة في المجتمع وسادت الفوضى وعدم الاستقرار، وتآبدت المنازعات بشأن الحقوق والمراكز القانونية للأفراد، وانشغل القضاء بالفصل في منازعات سبق الفصل فيها. فلا يقبل عقلاً ولا منطقياً ولا قانونياً أن يطلب من كل من حصل على حكم قضائي لصالحه أيأ كانت طبيعة الحقوق والمراكز التي فصل فيها أن يجدد هذا الحكم كل فترة زمنية قبل أن يدركه التقادم، أي بوجوب رفع دعوى جديدة للفصل فيما سبق الفصل فيه من قبل والحصول على حكم جديد خوفاً من تقادم الحكم السابق بمرور مدة التقادم عليه بعد صدوره.

فهناك أحكام إذا ما صدرت وأصبحت باتة كانت هي عنوان الحقيقة مدى الحياة، سواء حياة من صدرت لصالحه أو خلفه إلى ما لا نهاية أو من صدرت ضده وخلفه إلى ما لا نهاية، ولا يمكن أن يرد عليها التقادم مهما مر من زمن. ومن ذلك على سبيل المثال الأحكام الصادرة في مسائل الأحوال الشخصية، من زواج وطلاق ونسب وإرث... إلخ، والأحكام الصادرة بصحة التوقيع، والأحكام المؤيدة للحق العيني المسجل بالسجل العقاري (في لبنان). فهذه الأحكام لا يمكن أن يلحقها تقادم، لأنها غير صالحة لأن تكون محلاً له. فلا يجوز أن يقال أن الحكم الصادر في هذه المسائل يتأثر بمرور الزمن، ويتقادم بعد مرور فترة من الزمن على صدوره، ويلزم من حصل على حكم بالزوجية أو النسب أو صحة التوقيع أن يرفع دعوى جديدة بما قضى له من قبل لتثبيت

---

(53) أنظر: قرار إعدادي غرفة ثانية سنة 1960 رقم 5، وقرار نهائي غرفة ثالثة سنة 1963

رقم 27- مشار إليهما في: نعمة سلوان وجرجس سلوان- مرور الزمن في الفقه

والاجتهاد- الجزء الأول- الطبعة الأولى- 1978- رقم 133- ص 81.

وتأكيد وتجديد حقه أو مركزه القانوني الثابت بالحكم السابق خوفاً من أن يدرکه السقوط بالتقادم.

وقد أكدت على هذا الشرط لتقادم الأحكام القضائية المادة 558 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، حيث نصت هذه المادة على أنه "لا يسري مرور الزمن... على حكم يقضي بثبوت حق غير قابل للسقوط بمرور الزمن". فهذا النص قاطع في أن التقادم لا يسري على كافة الأحكام القضائية، إذ أن هناك طائفة من هذه الأحكام لا تصلح أن تكون محلاً للتقادم، ومنها الأحكام الصادرة بشأن حقوق ومراكز لا تقبل السقوط مهما مر عليها من زمن، حيث تنتقل هذه الخصيصة - عدم السقوط بمرور الزمن - من الحق أو المركز القانوني إلى الحكم الذي يصدر بشأنه.

وقد أكد القضاء اللبناني أيضاً على ضرورة هذا الشرط، فقد جاء في حكم القاضي العقاري في جبل لبنان بتاريخ 1972/10/26 أنه "وبما أن الحكم في حقيقته هو عبارة عن حجة تؤيد الحق فمصيره بالتالي مرتبط بمصيره، فإذا سقط الحق بمرور الزمن سقط الحكم تبعاً له، أما إذا كان هذا الحق مستعصياً بطبيعته على مرور الزمن فإن هذا يسري على الحكم المؤيد لهذا الحق، وانطلاقاً من هذا يقتضى معرفة نوع الحق المؤيد بالحكم لدى البحث في مرور الزمن بالنسبة له"<sup>(54)</sup>.

كما قضت محكمة استئناف جبل لبنان بتاريخ 2009/2/5 بأنه "عملاً بالمادة 19 من القرار 188 وبالمادة 255 من قانون الملكية العقارية لا يسري مرور الزمن على الحقوق المدونة في السجل العقاري، وبالتالي فإن الزمن لا يمر على الحقوق العينية المسجلة في السجل العقاري ولا على الحكم المؤيد للحق العيني المسجل، لأن طبيعة الحق الذي يؤيده هذا الحكم غير قابلة للسقوط بعدم

---

(54) أنظر: القاضي العقاري في جبل لبنان - 1973/10/26 - النشرة التشريعية - مجلة

شهرية تصدر عن وزارة العدل اللبنانية - السنة 29 - الجزء الأول - كانون الثاني 1973 -

الاستعمال مدة من الزمن، وبالتالي فإن كل حق عيني مسجل في السجل العقاري يصبح بمنأى عن احتمال سقوطه أو اكتسابه بمرور الزمن<sup>(55)</sup>.

**الشرط الرابع: مرور فترة طويلة من الزمن على صدور الحكم:**

22- يجب لتقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية- بالإضافة إلى الشروط السابقة - أن تمر فترة من الزمن على صدور الحكم القضائي، وهي فترة طويلة تسمح للمحكوم له أن يطالب بما قضى له به هذا الحكم في مواجهة المحكوم عليه. وهذه الفترة تعادل فترة تقادم الحقوق والمراكز القانونية بعد صدور حكم بشأنها. فإذا لم يبادر المحكوم له بتنفيذ ما جاء بهذا الحكم لصالحه طوال هذه الفترة سقط وتقدم الحكم الصادر لصالحه، ولا يلومن في هذا الأمر إلا نفسه، وذلك حرصاً على استقرار الحقوق والمراكز القانونية الواردة بهذا الحكم. فليس معنى صدور حكم لصالح أحد الأشخاص أن يكون له أن يطالب المحكوم عليه بما جاء فيه في أي وقت وإلى ما لا نهاية من الزمن، بل يجب أن يقوم بالحصول على الحماية القضائية الواردة بالحكم لصالحه في المدة التي قررها المشرع وإلا سقط حقه في مواجهة المحكوم عليه لتقادم الحكم الصادر لصالحه. فتحقيق الاستقرار للحقوق والمراكز القانونية أولى من الأحكام القضائية التي لم يطالب أصحابها بما حكم لهم بموجبها، ومرور الوقت دون ذلك يؤدي إلى تقادم هذه الأحكام.

وتختلف القوانين فيما بينها في تحديد المدة اللازمة لتقادم الأحكام القضائية. ففي القانون المصري تتقادم الأحكام المدنية بمضي خمس عشرة سنة على صدورها، يؤكد ذلك نص المادة 2/385 من القانون المدني التي جاء بها "على أنه إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضي... كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة". أما الأحكام الصادرة في المواد التجارية فتتقادم بمضي عشر سنوات بشرط أن تكون أحكاماً نهائية، يؤكد ذلك نص المادة 68 من قانون التجارة المصري رقم 97 لسنة 1999، حيث جاء بها "تتقادم الدعاوى الناشئة عن التزامات التجار قبل بعضهم البعض والمتعلقة بمعاملاتهم التجارية بمضي سبع سنوات من تاريخ حلول ميعاد الوفاء بالالتزام إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك، وكذلك تسقط بمضي عشر سنوات الأحكام النهائية الصادرة في تلك الدعاوى".

(55) أنظر: محكمة استئناف جبل لبنان المدنية- الغرفة الثالثة- قرار رقم 2009/11- تاريخ

2009/2/5- المرجع- كساندر- 2-2009- ص 364.

أما في القانون اللبناني، فإن الأحكام القضائية تتقادم بمضي عشر سنوات على صدورها، يستفاد ذلك من نص المادة 2/359 من قانون الموجبات والعقود التي تقرر أنه "إذا جرى الاعتراف بالدين في صك، أو أثبت هذا الدين بحكم فالمهلة الجديدة لمرور الزمن تبقى عشر سنوات".

أما في القانون الفرنسي، فإن الأحكام القضائية الصادرة من جهة القضاء المدني والإداري والاتفاقات التي يمنحها هذين القضاءين القوة التنفيذية والأحكام الأجنبية والأحكام التحكيمية ومحاضر الصلح الموقع عليها من القاضي والخصوم تتقادم بمضي عشر سنوات، وهو ما نصت عليه صراحة المادة 23 من القانون رقم 561-2008 الصادر في 17 يونيو 2008 والخاص بتعديل مواد التقادم في المواد المدنية<sup>(1)</sup>، حيث جاء بها "بعد المادة الثالثة من القانون، رقم 650-1991 الصادر في 9 يوليو 1991 الذي تضمن تعديل قانون المرافعات المدنية بخصوص التنفيذ، أدرجت المادة 1/3 أعلى النحو التالي: المادة 1/3: لا يجوز المطالبة بتنفيذ السندات التنفيذية الواردة بالفقرات الثلاث الأولى من المادة الثالثة إلا في خلال عشر سنوات، إلا إذا كانت الدعاوى الخاصة بتحصيل الديون الثابتة بهذه السندات تتقادم بمدة أطول. ولا يسري الميعاد المذكور بالمادة 2232 من القانون المدني على الحالات المنصوص عليها من الفقرة الأولى".

ويلاحظ في هذا الصدد أن المادة الثالثة من القانون رقم 650-91 الصادر في 9 يوليو 1991 قد أصبحت برقم 3-111 L من المرسوم رقم 1895-2011 الصادر في 19 ديسمبر 2011 والخاص بالجزء التشريعي لقانون المرافعات

---

(1) راجع هذا القانون في: Gaz.pal. 2008, Légis., P. 2485  
ets;

وراجع في شرح هذا القانون:

Bénédicte Fauvarque Cosson et Jérôme Fran Çois, commentaire de la loi du 17 juin 2008 partant réforme de la prescription en matière civil, D. 2008, P. 2512 et S.; YVES- MARIE, Le nouveau droit Français de la prescription existentielle et le rapport "Limitation of actions" de la law commission anglaise, D. 2008, P. 2538 ets.

المدنية الخاصة بالتنفيذ، والذي بدأ العمل به من أول يناير 2012 وبذات ألفاظها وعباراتها ومضمونها.

الشرط الخامس: عدم اتخاذ المحكوم له أي إجراء في مواجهة المحكوم عليه ينبئ عن رغبته في الحصول على الحماية القضائية التي قررها له الحكم طوال المدة اللازمة لتقدمه وعدم حدوث ما يوقف أو يقطع هذه المدة:

23- يلزم كذلك لتقدم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية ألا يتخذ المحكوم له أي إجراء ينبئ عن رغبته في الحصول على ما جاء بالحكم الصادر لصالحه في مواجهة المحكوم عليه طوال الفترة اللازمة لتقدم الحكم، أي عدم اتخاذه لأي إجراء يقطع هذه المدة، إذ أن ذلك يعد تقصيراً منه في المطالبة بحقه الثابت بهذا الحكم، كما قد يفسر ذلك بحصوله على هذا الحق، وفي الحالين يسقط حقه في مطالبة المحكوم عليه بما ورد لصالحه في هذا الحكم، لتقدم هذا الحكم بمرور الزمن. ومن الأمثلة على ذلك، عدم تقديم المحكوم له طيلة مدة تقدم الحكم طلباً بتنفيذه إلى الجهة المختصة، وعدم إعلانه السند التنفيذي المتضمن التكليف بالوفاء إلى المحكوم عليه. وكذلك عدم تبليغ الحكم للمدعى عليه في لبنان، وفي الحالات التي تستلزم ذلك في مصر، وعدم تنفيذه. فقد قضت محكمة بداية بيروت بتاريخ 1950/3/8 بأنه "إذا ترك المدعي الحكم دون أن يبلغه المدعى عليه ودون أن ينفذه فيكون قد سقط بمرور زمن العشر سنوات المنصوص عليه في المادة 139 من قانون الموجبات والعقود"<sup>(1)</sup>.

كما يلزم كذلك لتقدم الأحكام القضائية أن لا تحدث ظروف أو أحداث أو وقائع يترتب عليها وقف مدة تقدم هذه الأحكام أو تجعله في حالة استحالة (مادية أو معنوية) تحول بينه وبين المطالبة بما جاء بهذا الحكم لصالحه، إذ لا يجوز سريان مدة تقدم الأحكام القضائية ضد من تتوافر في حقه هذه الظروف والأحداث والوقائع، إذ نكلفه في هذه الحالة بما لا يطبق، والقاعدة الأصولية أنه "لا تكليف بمستحيل". ومن الأمثلة على ذلك، حدوث قوة قاهرة تحول بين المحكوم له وبين المطالبة بتنفيذ ما جاء بالحكم لصالحه، أو حدوث تحايل من

(1) أنظر: محكمة بداية بيروت - الغرفة الثالثة المدنية - القرار رقم 179 بتاريخ 1950/3/8 -

صادر بين التشريع والاجتهاد - مرور الزمن - 2005 - رقم 11 - ص 52، مجموعة

حاتم - الجزء السادس - الطبعة الثانية - 1957 - ص 68.



المحكوم عليه يحول دون تنفيذ الحكم في مواجهته. وقد قضت محكمة بداية طرابلس المدنية في هذا الصدد بـ"إن الاستحالة القانونية الموقفة لمرور الزمن هي الاستحالة التي تجعل صاحب الحق فيما لو لم يطالب بحقه خلالها معذوراً ولا يمر على حقه الزمن المسقط بل يتوقف لصالحه، بمعنى أن صاحب الحق كان بإمكانه المطالبة بحقه القائم الفاعل خلالها"<sup>(1)</sup>.

## الفرع الثاني

تميز تقادم الأحكام القضائية عن غيره من الأفكار المشابهة لها

24- يلزم لإيضاح فكرة تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية تمييزها عن غيرها من الأفكار القريبة منها والمشابهة لها، وذلك منعاً للخلط بينهما. ومن هذه الأفكار تقادم الخصومة والتنازل عن الحكم واعتبار الحكم كأن لم يكن، وهو ما نعرض له:

أولاً: تقادم الحكم القضائي وتقدم الخصومة:

25- توجد أوجه اختلاف كثيرة بين تقادم الحكم القضائي وتقدم الخصومة: فتقدم الحكم إنما يكون لعدم سعي المحكوم له للحصول على الحماية المقررة لصالحه بموجب هذا الحكم خلال فترة زمنية طويلة بعد صدور الحكم، وقد ذكرنا أن هذه المدة هي عشر سنوات في فرنسا ولبنان وخمس عشرة سنة في مصر. أما تقدم الدعوى - وهو ما يطلق عليه في مصر انقضاء الدعوى بمضي المدة ويطلق عليه في لبنان سقوط المحاكمة بمضي المدة - فإنه يرجع إلى عدم السير في الخصومة وتركها راکدة أمام القضاء مدة عامين من آخر إجراء صحيح، حيث تنص المادة 140 من قانون المرافعات على أنه "في جميع الأحوال تنقضي الخصومة في جميع الأحوال بمضي سنتين من آخر إجراء صحيح فيها". وتنص المادة 509 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبني على أنه "إذا تركت المحاكمة، أيّاً كان موضوعها، بلا ملاحقة مدة سنتين منذ آخر إجراء صحيح تم فيها، جاز لكل من الخصوم أن يطلب إسقاطها". كما تنص المادة 2/512 على أنه "إذا تحققت المحكمة بما لديها من وسائل الإثبات من أن المحاكمة تركت بلا ملاحقة مدة خمس سنوات منذ آخر

(1) أنظر: محكمة بداية طرابلس المدنية - حكم رقم 182 تاريخ 1963/4/25 - النشرة القضائية -

إجراء صحيح تم فيها فيجوز لها أن تقرر إسقاطها تلقائياً بدون دعوة الخصوم بقرار رجائي نافذ على أصله".

كذلك، فإنه في حال تقادم الحكم تنتهي الخصومة بحكم في الموضوع يكون عرضة للتقادم بمضي المدة. أما في حال تقادم الدعوى، فإن الخصومة تنقضي دون الحكم في موضوعها، أي تنقضي. انقضاءً مبتسراً دون الوصول إلى النهاية الطبيعية لها بصور حكم في موضوعها.

أيضاً، فإن الهدف من إقرار فكرة تقادم الأحكام القضائية هو تحقيق الاستقرار للحقوق والمراكز القانونية التي لم يطالب بها أصحابها بعد صدور حكم يثبتها لهم ويلزم المحكوم عليه بأدائها إليها. أما الهدف من تقادم الدعوى فهو وضع حد لتراكم القضايا الراكدة أمام المحاكم<sup>(1)</sup>، والتي يهمل أصحابها السير فيها.

وبالإضافة إلى ذلك، فإن تقادم الحكم القضائي يؤدي إلى انقضاء الحق في الدعوى ويحول بين أي من الخصوم وبين تجديد الدعوى بذات موضوعها وسببها وخصومها، إذ أن حجية الأمر المقضي تحول دون ذلك. أما تقادم الدعوى فإنه لا يؤدي إلى انقضاء الحق في الدعوى<sup>(2)</sup>، ومن ثم فإنه لا يحول دون رفع دعوى جديدة بذات الحق موضوع الدعوى السابقة التي تقادمت واستناداً لذات السبب الذي بنيت عليه وبين ذات الخصوم في الدعوى الأولى ما لم يكن الحق ذاته قد انقضى بالتقادم<sup>(3)</sup>. وقد نصت المادة 514 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على أنه "يترتب على الحكم بسقوط المحاكمة سقوط جميع إجراءاتها بما في ذلك الاستحضار وسقوط الأحكام الصادرة فيها بإجراءات الإثبات... كما لا يسقط الحق". وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد بأن "انقضاء الخصومة لا يترتب عليه انقضاء الحق الذي رفعت به الدعوى. خضوع الحق في انقضائه لقواعد القانون

---

(1) أنظر: فتحي والي- الوسيط- بند 324- ص 607، وجدي راغب- مبادئ- ص 674.

(2) أنظر: أحمد أبو الوفا- المرافعات- بند 488- ص 640، فتحي والي- الوسيط- بند 324- ص 609.

(3) أنظر: فتحي والي- الإشارة السابقة، وجدي راغب- مبادئ- ص 675 وما بعدها.

المدني" (1). وقد قضت محكمة التمييز اللبنانية تطبيقاً لذلك بأنه "... وحيث أن محكمة الاستئناف التي اعتبرت أن سقوط الدعوى يؤدي إلى زوال إجراءاتها وهو أثر يتعلق بالشكل والإجراءات، ولا يتعداها إلى أساس الحق الذي يستمر قائماً... تكون قد طبقت أحكام المادة 514 أ.م.م. على الحالة الواقعة تحت حكمها دون تحريف" (2)..

### ثانياً: تقادم الحكم القضائي والتنازل عن الحكم:

26- يتفق تقادم الحكم مع التنازل عن الحكم في أنه يترتب على كل منهما عدم جواز رفع دعوى جديدة بإجراءات مبتدئة بين نفس الخصوم واستناداً لذات السبب وبفس الموضوع.

وفيما عدا ذلك، فإن أوجه الاختلاف متعددة بين الفكرتين:

فالحكم القضائي يتقادم نتيجة عمل سلبي، هو إهمال المحكوم له الحصول على ما قضى له به الحكم طوال الفترة الزمنية اللازمة لتقادم الحكم، فيوجد تقصير من جانب المحكوم له هو الذي أدى إلى هذا التقادم. أما في حالة التنازل عن الحكم، فيوجد عمل إيجابي من قبل المحكوم له اتخذته عن وعي وإرادة بعد ثبوت حقه بموجب الحكم.

كذلك، فإن تقادم الحكم القضائي بمرور الزمن يؤدي إلى سقوط هذا الحكم، ومن ثم سقوط الحق الثابت به لصالح المحكوم له. أما في حالة التنازل عن الحكم، فيؤدي ذلك إلى زوال هذا الحكم والتنازل عن الحق الثابت به لصالح المحكوم عليه. وهو ما قرره صراحة المادة 145 من قانون المرافعات المصري، حيث جاء بها "النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به". وهو نفس ما قرره المادة 526 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، حيث جاء بها "التنازل عن الحكم يستتبع التنازل عن الحق الثابت فيه". وشتان ما بين زوال الحق نتيجة لسقوط الحكم بالتقادم وزوال الحق كنتيجة للتنازل عن الحكم الذي قضى به للمحكوم له.

كذلك، فإن تقادم الحكم القضائي لعدم الحصول على ما جاء به طوال الفترة اللازمة لتقادمه يسري في مواجهة المحكوم له سواء كان كامل الأهلية أو

(1) أنظر: نقض 1967/3/16 - مجموعة الأحكام - 18 - 672 - 104.

(2) أنظر: تمييز مدني - القرار رقم 2006/40 - تاريخ 2006/4/18 - المرجع - كساندر -

قاصراً أو عديم الأهلية، ولا يكون له في الحالتين الأخيرتين سوى الرجوع بالتعويض على ممثله القانوني لعدم سعيه للحصول على ما جاء بالحكم القضائي لصالحه. أما في حالة التنازل عن الحكم، فلأنه تصرف قانوني يلحق الضرر بالمحكوم له ويخرج ما قضى له به من ذمته المالية إلى ذمة المحكوم عليه، فهو يستلزم توافر أهلية التصرف فيمن يتناول عن الحكم الصادر لصالحه، وفي حال التنازل من الممثل القانوني للمحكوم له فيلزم موافقة المجلس الحسبي على ذلك التنازل محافظة على حق المحكوم له القاصر، ما لم يكن هذا الأخير مأذوناً له بالإدارة والتصرف في حدود ما قضى له به.

وبالإضافة إلى ذلك، فإنه في حالة تقادم الحكم القضائي لا يجوز رفع دعوى جديدة بإجراءات مبتدأة، بين نفس الخصوم ولذات السبب ولنفس الموضوع، والإقضى بعدم جواز نظرها لسابقة الفضل فيها إعمالاً لحجية الأمر المقضي (الأثر السلبي). أما في حالة التنازل عن الحكم القضائي، فإنه لا يجوز رفع دعوى جديدة بين نفس الخصوم واستناداً لذات السبب ولنفس موضوع الدعوى السابقة، وذلك لانقضاء الحق في الدعوى بسبب التنازل عن الحق الموضوعي. ولاشك أن التأسيس القانوني لعدم الفصل في الدعوى الجديدة يختلف في الحالتين، وإن كان يؤدي إلى نفس الهدف.

**ثالثاً: تقادم الحكم القضائي واعتبار الحكم كأن لم يكن:**

27- ينص المشرع في بعض الحالات على اعتبار الحكم الصادر من المحكمة كأن لم يكن. من قبيل ذلك ما تنص عليه المادة 1/478 من قانون المرافعات الفرنسي الحالي على أن "الحكم الغيابي والحكم المعتمد حضورياً بسبب أنه يقبل الاستئناف يعتبر كأن لم يكن Non avenue إذا لم يتم إعلانه في خلال ستة أشهر من تاريخ صدوره"<sup>(1)</sup>.

---

(1) ويلاحظ في هذا الصدد أن نص المادة 478 من قانون المرافعات الفرنسي لا يطبق بالنسبة

للأحكام التي لا تستند ولاية القاضي، أنظر:

Cass.civ.2<sup>e</sup>, 6 janv. 2005, J.C.P 2005. I. 183, N° 14, obs. Amrani – Mekki;

كما لا تنطبق هذه المادة على الأحكام الصادرة من محكمة النقض، أنظر:

Cass.civ., 3<sup>e</sup>, 13 oct 2004, Bull. Civ. I I I, N° 172.

كما تنص المادة 1/474 من قانون أصول المحاكمات المدنية على أنه "إذا صدر حكم غيابي ولم يطلب تبليغه ولم تدفع الرسوم عنه في خلال ثلاثة أشهر من تاريخ النطق به يعتبر ساقطاً حكماً". كما تنص المادة 472 من هذا القانون على أنه "إذا حضر الخصم الغائب في الجلسة نفسها أو في جلسة لاحقة اعتبر القرار الصادر بمحاكمته غيابياً كأن لم يكن". كما تنص المادة 984 من هذا القانون على أنه "يحق للمنفذ عليه في خلال عشرة أيام من صدور قرار الإحالة أن يودع صندوق الخزينة أو مصرفاً مقبولاً مبلغاً كافياً لإيفاء جميع الديون والمصاريف، ويترتب على هذا الإيداع زوال قرار الإحالة ورفع الحجز". وقرار الإحالة هو الحكم الصادر بإيقاع بيع العقار على من رسا عليه المزاد.

كما تنص المادة 86 من قانون المرافعات المصري على أنه "إذا حضر الخصم الغائب قبل انتهاء الجلسة اعتبر كل حكم صدر عليه فيها كأنه لم يكن". وقد يثور الخلط أو اللبس بين تقادم الحكم القضائي وبين اعتبار الحكم القضائي كأن لم يكن رغم أن الفكرتين مختلفتين تماماً:

فالحكم القضائي يتقادم بسبب أن المحكوم له يتخذ موقفاً سلبياً تماماً، وهو عدم المطالبة بما جاء في هذا الحكم لصالحه طوال الفترة اللازمة لتقادمه.

ولكن الحكم يعتبر كأن لم يكن إما لعدم قيام الخصم المحكوم له بإجراء معين بعد صدوره، كعدم تبليغه للمحكوم عليه في المدة التي حددها القانون، أو بسبب قيام المحكوم عليه في القانون اللبناني بتصرف معين بعد صدور الحكم وفي

---

كما أن الخصم الذي تخلف عن الحضور *La Partie non comparante* هو وحده الذي له الحق في أن يتمسك بعدم تبليغ الحكم المعتبر حضورياً في خلال ستة أشهر من تاريخ صدوره، أنظر:

Cass.civ., 3<sup>e</sup>, 20 Juin 2007, Bull. Civ. I I I, N<sup>o</sup>. 110;  
Julien, D. 1981, I.R. 374 (obs.sous paris, 25 sept. 1980);

وراجع دراسة مفصلة لفكرة اعتبار الحكم كأن لم يكن: =

=M. SÉVESTRE, quelques décisions sur les jugements non avenues, Bull. Avoués, 1991,2,46.

المدة التي حددها القانون، أو لمجرد حضور الخصم الغائب قبل انتهاء الجلسة التي صدر فيها الحكم عليه غيابياً.

فالسبب الذي يبني عليه تقادم الحكم يختلف عن سبب اعتبار الحكم كأن لم يكن. وبالإضافة إلى ذلك، فإنه يترتب على تقادم الحكم زوال هذا الحكم وسقوطه بمضي المدة وسقوط زوال الحق الثابت به للمحكوم له، ولا يجوز رفع دعوى جديدة بالحق مضمون هذا الحكم بين نفس الخصوم ولنفس السبب، وذلك إعمالاً لقواعد حجية الأمر المقضي التي تحول دون تجديد المطالبة بما طوِّب به من قبل وقضى به (المادة 101 من قانون الإثبات المصري و 116 من قانون المرافعات المصري، والمادة 480 من قانون المرافعات الفرنسي، والمادة 303 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني)، في حين يترتب على اعتبار الحكم كأن لم يكن لعدم إعلانه إذا كان غيابياً أو معتبراً حضورياً زوال هذا الحكم وسقوطه<sup>(1)</sup>، ولكن هذا الحكم لا يحول دون تكرار المطالبة

<sup>(1)</sup> وقد ثار الخلاف في القانون الفرنسي حول الأثر المترتب على عدم إعلان الحكم، فيذهب

اتجاه إلى القول بأن الحكم الذي اعتبر كأنه لم يكن يعد حكماً باطلاً، أنظر:

Cass.civ., 2<sup>e</sup>, 22 nov 2001, Bull. Civ. I I, N<sup>o</sup>. 171;  
Cass.civ., 2<sup>e</sup>, 6 janv 2012, N<sup>o</sup> 1016. 289, procedure  
2012, N<sup>o</sup> 65, obs. Perrot;

في حين يذهب اتجاه آخر إلى القول بانعدام الحكم في هذه الحالة، أنظر:

Dijon, 18 janr. 1980, J.C.P. 1980. II. 19460, obs. J.A.

في حين يذهب اتجاه ثالث إلى القول بتقادم الحكم في هذه الحالة أنظر:

J. Vincent et S. Guinchard, procedure civile, 23<sup>e</sup>d.

Dalloz 1994, N<sup>o</sup> 1266, P. 751;

Julien, obs., D. 1981, I.R. 374 (sous, paris, 25 sept.  
1980).

والحقيقة أن اعتبار الحكم كأن لم يكن لا يتضمن بطلاناً للحكم الصادر، كما لا يشكل انعداماً لهذا الحكم، لأن الحكم قد صدر صحيحاً خالياً من أي عيب يؤثر في وجوده أو في صحته، فهو حكم قائم وموجود وصحيح، ولكن ما يؤدي إلى اعتباره كأن لم يكن هو لسبب خارجي عن الحكم ولا حق على صدره، وهو عدم إعلانه خلال مدة معينة. كما

من جديد بما تم المطالبة به في هذا الحكم الذي سقط وزال، وذلك بموجب إجراءات مبتدئة (م 2/478 من قانون المرافعات الفرنسي)<sup>(1)</sup>. والسبب في ذلك، أن اعتبار الحكم كأن لم يكن يشمل هذا الحكم فقط دون الحق الثابت به للمحكوم له، فالحق الموضوعي الذي صدر به هذا الحكم لا يسقط مع اعتبار الحكم الذي يتضمنه كأن لم يكن، بل يظل موجوداً، وهو ما يجيز رفع دعوى جديدة للمطالبة به دون إمكان دفعها بعدم جواز نظرها لسابقة الفصل فيها، ذلك أنه ليس حجة على الخصم الذي لم يحضر في الخصومة التي صدر فيها هذا الحكم، إذ يجب إعلانه إليه في مدة محددة وإلا اعتبر كأن لم يكن.

وبالإضافة إلى ما تقدم، فإن تقادم الحكم القضائي بمرور المدة الطويلة دون مطالبة المحكوم له بالحق الثابت فيه لا يحول دون اقتضاء المصاريف والرسوم القضائية الخاصة به من المحكوم عليه، إذ يظل ملزماً بها ويلزم بدفعها طالما لم تتقادم المطالبة بها.

أما عند اعتبار الحكم كأن لم يكن لعدم إعلانه للمحكوم عليه في الميعاد الذي حدده المشرع، فإن المحكوم عليه في هذا الحكم يعفي من المصاريف والرسوم التي حكم بها عليه بموجب هذا الحكم<sup>(2)</sup>، حيث قد زال وسقط هذا الحكم في مواجهته، فيسقط ويزول التزامه بالمصاريف والرسوم التي حكم بها عليها بالتبعية.

---

أن اعتبار الحكم كأن لم يكن لعدم تبليغه لا يشكل تقادماً للحكم. والحقيقة أن اعتبار الحكم كأن لم يكن يشكل سقوطاً للحكم، فالحكم بعدم تبليغه بعد صدوره غيائياً أو إذا كان معتبراً حضورياً في الميعاد المحدد قانوناً يسقط رغم صدوره صحيحاً، قارب في هذا المعنى:

L. Cadiet, Droit Judiciaire Privé, éd. Litec, 1992, N° 1170, P. 611.

(<sup>1</sup>) أنظر: 18 (Sous, Dijon, 18) I I. 19460 (J.A., obs. J.C.P. 1980. janv. 1980); Vincent et Guinchard, op.cit loc. Cit.

(<sup>2</sup>) أنظر: Vincent et Guinchard, Op.cit., N° 1266, P. 751.

## المطلب الثاني

### أساس تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية

28- بعد أن تناولنا تعريف فكرة تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية، وحددنا الشروط اللازمة لوجودها، وميزناها عن غيرها من الأفكار التي قد تختلط بها، فإننا نتساءل عما إذا كانت هذه الفكرة هي مجرد فكرة نظرية افتراضية بحتة، أم أن لها أسساً تقوم عليها وتستند إليها تبرر وتؤكد وجودها في هذا الفرع من فروع القانون، وهو قانون المرافعات؟ في الحقيقة، أن لفكرة تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية أسساً تشريعية وفنية تقوم عليها وتستند إليها تؤكد وجودها في قانون المرافعات. وهو ما سنعرض له فيما يلي:

## الفرع الأول

### الأساس التشريعي – النصوص القانونية

29- قد يكون لأحد الأشخاص حق ما في ذمة شخص آخر، ويجب على هذا الشخص – إذا أراد الحصول على هذا الحق – أن يطالب به المدين قبل أن يتقادم. ويتقادم حق الدائن تجاه المدين بمضي مدة طويلة من وقت استحقاقه، وهي خمسة عشر عاماً في القانون المصري (م 374 مدني) وعشر سنوات في القانون اللبناني (المادة 349 من قانون الموجبات والعقود). وقد يتقادم هذا الحق بمضي مدة قصيرة من وقت استحقاقه، تتراوح ما بين سنة وخمس سنوات، طبقاً لما يقرره المشرع في هذا الشأن (المواد 375، 376، 377، 378 من القانون المدني المصري، المواد 350، 351، 352 من قانون الموجبات والعقود اللبناني).

وقد لا يتخذ الدائن موقفاً سلبياً تجاه مدينه حتى يتقادم حقه تجاهه بمرور الوقت، بل يلجأ إلى القضاء كي يقضي له به في مواجهته، ويحكم له القضاء بذلك، فهل لصدور الحكم القضائي أي أثر على حق الدائن تجاه المدين؟

30- لا شك أن الحكم القضائي يشكل مستنداً جديداً لحق الدائن، ويزيد من قوته تجاه المدين المحكوم عليه، ولا يستطيع هذا الأخير تجديد المنازعة حول هذا الحق بعد ذلك، إعمالاً لحجية الأمر المقضي. ولكن، هل لهذا الحكم من آثار على التقادم الذي أوشك أن يسقط الحق محل الدعوى التي صدر فيها



لصالح المدين؟ فهل يوقف سريان هذا التقادم؟ هل يقطعه؟ هل تظل مدة التقادم الخاصة بالحق كما كانت قبل رفع الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم؟ هل تدخل المشرع لتوضيح أثر صدور هذا الحكم على تقادم الحق الذي قضى به؟ بالفعل، تدخل المشرع على نحو واضح وصريح لتوضيح هذا الأثر، فقد نصت المادة 2/385 من القانون المدني المصري "على أنه إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضي... كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة". كما نصت المادة 2/359 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه "إذا جرى الاعتراف بالدين في صك، أو أثبت هذا الدين بحكم فالمهلة الجديدة لمرور الزمن تبقى عشر سنوات". كما تنص المادة 1/558 من قانون أصول المحاكمات المدنية على أنه "أياً كانت مدة مرور الزمن على الحق المتنازع عليه فهذه المدة تكون عشر سنوات بالنسبة إلى الحق الذي ثبت في الحكم".

وطبقاً لهذه النصوص الواضحة والصريحة، فإن التقادم الذي كان يهدد الحق قد طالت مدته وابتعد شبحه لمدة طويلة عنه، بحيث أصبح هذا الحق بعيداً إلى حد كبير عن أن يقع في يد المدين في وقت قريب. وما نال الحق هذه الحماية الجديدة إلا بصدور الحكم القضائي، فقد أمد هذا الحكم الحق الذي أثبتته وقضى به بقوة فوق القوة التي حازها بالحكم من حيث تقوية هذا الحق وعدم إمكان رفع دعوى جديدة بشأنه، حيث تبدأ مدة تقادم جديدة له بعد صدور الحكم.

والحقيقة أن الحق هو أساس الحكم، ولكنه في نفس الوقت نتيجة لهذا الحكم الذي أكده وأثبتته وقضى به وتضمنه في محتواه، وما كانت حياة الحق لتطول وتضاف إليها مدة جديدة طويلة إلا بالحكم الذي قضى به. فالسبب في إضفاء الحماية القضائية على الحق محل الدعوى وإضفاء مدة تقادم جديدة طويلة وإضافية له على مسرح الحياة القانونية هو الحكم الذي هو أساس وجود الحق بعد صدوره. والتقادم عندما يمر على الحق بعد صدور الحكم لا يسري فقط على هذا الحق الثابت بالحكم، ولكنه يسري أيضاً على هذا الحكم الذي كان الحق نتيجة وأثراً لصدوره. فالتقادم يرد على الأحكام القضائية كما يرد على الحقوق، فإذا لم يطالب المحكوم له بالحق الوارد بالحكم الصادر لصالحه طوال المدة الجديدة بعد صدوره، فقد سقط هذا الحق لتقادم الحكم الذي قرره. وقد

قضت محكمة التمييز اللبنانية تطبيقاً لذلك بـ"إن مرور الزمن يسري على الأحكام كما يسري على السندات والحقوق"<sup>(1)</sup>.

فلا مجال والحال كذلك للحديث عن تقادم الدعوى بالحق، ولا تقادم الحق، بل يكون الحديث فقط عن تقادم الحكم الذي أثبت حق المدعى. وقد قضت محكمة التمييز تأكيداً لذلك بأنه "إذا كانت الدعوى تقطع مرور الزمن على الحق ما دام هذا الحق لم يقض، لا نفيًا ولا إثباتًا، فإنه بصدور الحكم فيها بضد الحق موضوع النزاع تكون قد استنفدت غايتها وقام الحكم إما مكرساً حق المدعى فلم يعد بحاجة للقول بقطع مرور الزمن عليه قبل تكريسه، وإما نافيًا له برد الدعوى وعندها يكون قد فقد الحق المتذرع به فلم يعد من مجال للحديث عن قطع مرور الزمن بضد حق لم يعد قائماً، الأمر الذي أقره الفقه والاجتهاد والذي أشارت إليه المحكمة الاستئنافية فكان قولها في محله قانوناً"<sup>(2)</sup>.

وهو ما أكدته وأثبتته ونص عليه المشرع صراحة في النصوص السابقة ذكرها. ولذلك قيل بحق في القانون اللبناني أنه "يمر الزمن على الأحكام حتى المعلنة منها Jugements déclaratif، وتطبق بشأنها القاعدة العامة، فتكون مدة مرور الزمن عشر سنوات، أيًا تكن مدة مرور الزمن على الحقوق التي تعلنها أو تنشئها هذه الأحكام. هذا ما تضمنته المادة 2/359 موجبات وعقود، التي نصت على أنه "إذا أجرى الاعتراف بالدين في صك، أو أثبت هذا الدين في حكم فالمهلة الجديدة لمرور الزمن تبقى عشر سنوات"<sup>(3)</sup>.

ولذلك، فإن نص المادتين 2/385 من القانون المدني المصري والمادة 2/359 من قانون الموجبات والعقود اللبناني يعد تكريساً تشريعياً واعتماداً لفكرة تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية.

**30-** وفي المسائل التجارية، تنشأ التزامات بين التجار نتيجة لمعاملاتهم التجارية. وفي هذه الحالة، يجب على من له حق تجاه غيره بسبب هذه

---

(1) أنظر: تمييز لبناني- الغرفة الثالثة- القرار رقم 98- تاريخ / 1963/ - باز 1963- ص 84.

(2) أنظر: تمييز لبناني، القرار رقم 38- تاريخ 1974/6/12.

(3) أنظر: الياس ناصيف- موسوعة العقود المدنية والتجارية- الجزء السادس- 1991- ص 199.

المعاملات أن يطالب به قبل أن تتقادم الدعاوى الناشئة عن هذه الالتزامات. وقد نص المشرع على مدة محددة لتقادم هذه الدعاوى تبدأ من تاريخ حلول ميعاد الوفاء بالالتزام، بحيث إذا رفعت بعد ذلك كان للمدعى عليه أن يدفع أمام المحكمة بسقوط حق المدعى بالتقادم.

وقد حدد المشرع هذه المدة بسبع سنوات، فقد نصت المادة 68 من قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 على أنه "تتقادم الدعاوى الناشئة عن التزامات التجار قبل بعضهم البعض والمتعلقة بمعاملاتهم التجارية بمضي سبع سنوات من تاريخ حلول ميعاد الوفاء بالالتزام إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك".

وإذا لجأ التاجر إلى القضاء قبل أن تتقادم دعواه قبل غيره من التجار والمتعلقة بمعاملاتهم التجارية، وحصل على حكم لصالحه في هذه الدعوى فقد أنقذ حقه من السقوط بالتقادم، ويكون له أن يطالب خصمه المحكوم عليه بأداء وتنفيذ ما جاء بالحكم القضائي الصادر ضده. ولكن، إلى أي وقت يكون للتاجر المحكوم له أن يطالب خصمه المحكوم عليه بذلك؟ وما هي الآثار التي تترتب على عدم الحصول على حقه الوارد بالحكم في هذا الوقت؟ وهل تدخل المشرع لتحديد وقت معين لتنفيذ هذه الأحكام وتحديد الآثار التي تترتب على عدم تنفيذها خلال هذا الوقت؟

في الحقيقة، أن المشرع المصري قد تدخل لتحديد الوقت الذي يجب على المحكوم له أن يطالب بحقه الذي أثبت له الحكم والمتعلق بمعاملاته التجارية، ورتب على عدم التزام المحكوم له بهذا الوقت أثراً خطيراً، وهو سقوط الحكم الصادر له في الدعاوى التجارية، أي بسبب تقادم الحكم القضائي الصادر لصالحه. فقد نصت المادة 68 من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999، بعد أن نصت على تقادم الدعاوى الناشئة عن التزامات التجار بسبع سنوات، على أنه "وكذلك تسقط بمضي عشر سنوات الأحكام النهائية الصادرة من تلك الدعاوى".

وطبقاً لهذا النص الواضح والصريح، فإنه إذا لم يطالب التاجر المحكوم له التاجر المحكوم عليه بما جاء في الحكم النهائي لصالحه والمتعلق بمعاملاتهما التجارية، وذلك في خلال عشر سنوات من تاريخ صدوره، فإن هذا الحكم يسقط، أي يتقادم بمضي المدة، ولا يجوز له بعد ذلك مطالبة المحكوم عليه بما جاء في هذا الحكم لصالحه. وبموجب هذا النص، فقد اعتمد المشرع المصري فكرة تقادم الأحكام القضائية في المواد التجارية، حيث نص صراحة وبما لا يدع مجالاً للشك على ذلك بموجب المادة 68 سالف الذكر.

ولذلك، يعد هذا النص - في اعتقادنا - أساساً تشريعياً وتكريساً تشريعياً لفكرة تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية.

31- وقد يرغب أحد الأشخاص في الحصول على الحق الذي يدعيه في مواجهة خصمه ويطالب بالتنفيذ على أمواله اقتضاء لهذا الحق. ولا يستطيع هذا الشخص الحصول على حقه إلا إذا كان يحوز سنداً تنفيذياً يعطيه هذا الحق. وقد أكدت المادة 1/280 من قانون المرافعات المصري على ذلك، فقد نصت على أنه "لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي"<sup>(1)</sup>. وهو نفس ما جاء بالمادة 1/835 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، وما جاء أيضاً بالمادة الثالثة من القانون رقم 650-91 سالفه (والتي أصبحت المادة 3-111 L من المرسوم رقم 1895-2011 الصادر بتاريخ 2011/12/19 والخاص بالجزء التشريعي لقانون المرافعات المدنية للتنفيذ الذي بدأ العمل به ابتداءً من أول يونيه 2012).

وقد حددت المادة الثالثة من القانون رقم 650-1991 سالفه الذكر (والتي أصبحت المادة 3-111 L من المرسوم 1895-2011 المذكور أعلاه) السندات التنفيذية التي يمكن للدائن مباشرة التنفيذ الجبري على أموال مدينه استناداً إليها في ست فقرات، جاء بالفقرات الثلاث الأولى منها أن السندات التنفيذية هي:

- 1- الأحكام القضائية الصادرة من جهة القضاء العادي والإداري عندما تحوز القوة التنفيذية والاتفاقات Les accords التي يمنحها هذين القضاءين القوة التنفيذية.
- 2- المحررات والأحكام الأجنبية والأحكام التحكيمية المقرر تنفيذها بحكم لا يقبل طعناً يوقف التنفيذ.
- 3- صور محاضر الصلح الموقعة من القاضي والخصوم.

---

(<sup>1</sup>) راجع في شرح السندات التنفيذية، فتحي والي - التنفيذ الجبري - ط 1988 - دار النهضة

العربية - بند 20 وما بعده - ص 36 وما بعدها، وجدي راغب - التنفيذ القضائي - ط

1995 - ص 72 وما بعدها، أحمد هندي - أصول التنفيذ الجبري - ط 2007 - دار

الجامعة الجديدة - ص 13 وما بعدها.

وإذا حاز الدائن حكماً قضائياً يصلح أن يكون سنداً تنفيذياً، ويتمكن بموجبه أن يطالب بمباشرة إجراءات التنفيذ الجبري على أموال مدينه استيفاء لحقه، فإلى أي وقت يمكنه أن يطالب بذلك؟ هل يظل هذا الحكم سيقاً مسلطاً بيد الدائن في مواجهة المدين يستخدمه في الوقت الذي يريده ومهما طال الزمن؟ ألا يشكل ذلك إغناً للمدين وإرهاقاً له وفرض حالة من عدم الاستقرار له بالنسبة لأمواله التي يملكها والتي تصلح أن تكون محلاً للتنفيذ وتعطيلاً لسلطاته عليها؟ ألم يتدخل المشرع لمعالجة هذا الوضع وتحديد مدة زمنية لا يتمكن بعدها الدائن من استعمال الحكم القضائي الذي يحوزه في مواجهة مدينه بسبب تقادم هذا الحكم لعدم المطالبة بتنفيذه خلال هذه المدة؟

بالفعل، تدخل المشرع الفرنسي لمعالجة هذا الوضع ضمن تدخله لتعديل قواعد التقادم في المواد المدنية، والذي تم في عام 2008، بموجب القانون رقم 561-2008<sup>(1)</sup>. حيث نصت المادة 23 من هذا القانون على أنه "تضاف إلى المادة الثالثة من القانون رقم 650-91 الصادر في 9 يوليو 1991 والذي تضمن تعديل قانون المرافعات المدنية بالنسبة للتنفيذ<sup>(2)</sup> المادة 1/3 على النحو التالي:

---

(1) أنظر هذا القانون في: Gaz. Pal. 2008, Legis. P. 2485  
=ets.

= وأنظر في شرحه:

F.ANCEL, La loi N° 2008- 561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, gaz. Pal. 2008, P. 2118 ets; B. FAUVARQUE- COSSON ET J. FRANÇOIS, commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, D. 2008, P. 2512 ets; Y-M. LAITHIER, le nouveau droit Français de la prescription extinctive et le rapport "Limitation of actions" de la law commission anglaise, D. 2008, P. 2538 ets.

(2) أصبحت المادة الثالثة من القانون رقم 650-91 المذكورة أعلاه المادة رقم 3-111 L من القانون رقم 1895-2011 الصادر بتاريخ 2011/12/19، والخاص بالجزء

المادة 1/3: لا يجوز المطالبة بتنفيذ السندات التنفيذية الواردة بالفقرات الثلاث الأولى من المادة الثالثة إلا في خلال عشر سنوات، إلا إذا كانت الدعاوى الخاصة بتحصيل الديون الثابتة بهذه السندات تتقدم بمدة أطول. ولا يطبق الميعاد المذكور في المادة 2232 من القانون المدني على الحالات المنصوص عليها في الفقرة الأولى".

كما تدخل المشرع الفرنسي أيضاً لمعالجة هذا الوضع في إطار قانون المرافعات المدنية، حيث نصت المادة 4-111 L. من قانون المرافعات المدنية للتنفيذ (الجزء التشريعي) الصادر بالقانون رقم 1895 لسنة 2011 بتاريخ 2011/12/19، والذي بدأ العمل به ابتداءً من 2012/6/1، على أنه "لا يجوز المطالبة بتنفيذ السندات التنفيذية الواردة بالفقرات من 1:3 من المادة 3-111 L. وأولها الأحكام القضائية – إلا في خلال عشر سنوات إلا إذا كانت الدعاوى الخاصة بتحصيل الديون السابقة بهذه السندات تتقدم بمدة أطول. ولا يطبق في الميعاد المذكور في المادة 2232 من القانون المدني على الحالات المنصوص عليها في الفقرة الأولى".

ومطبقاً لهذين النصين، فإن الحكم القضائي، وهو أحد السندات التنفيذية المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة الثالثة من القانون رقم 650 لسنة 1991 والمادة 3-111 L. من القانون رقم 1895 لسنة 2011، يجب أن ينفذ خلال عشر سنوات من صلاحيته للتنفيذ الجبري، فإذا مرت هذه المدة دون تنفيذ لا يستطيع الدائن أن يطالب بعد ذلك بمباشرة إجراءات التنفيذ على أموال مدينه، فقد سقط حقه في ذلك لتقادم الحكم القضائي الذي يحوزه. وقد أكد الفقه الفرنسي على هذا المعنى، أي تقادم الأحكام القضائية بعد فوات المدة التي يجب أن تنفذ خلالها، إذ بدأ الحديث عن تقادم التنفيذ الجبري وتقادم السندات التنفيذية منذ القانون رقم 561 لسنة 2008<sup>(1)</sup>.

---

التشريعي من قانون المرافعات المدنية المتعلقة بالتنفيذ، والذي بدأ العمل به من أول يونيه 2012.

(<sup>1</sup>) أنظر: PH. Hoonakker, La prescription de L'exécution Forcée depuis la loi N° 2008- 561 du 17 juin 2008, Revue Droits et procedures, 2009, N° 1, 62<sup>e</sup> année, janv- Févr. 2009; T. Moussa, prescription des titres

ولذلك، يعد نص المادة 23 من القانون الفرنسي بتعديل التقادم في المواد المدنية رقم 561 لسنة 2008 ونص المادة 4-111 L من قانون المرافعات المدنية الفرنسي للتنفيذ رقم 1895 لسنة 2011- في اعتقادنا - أساساً تشريعياً وتكريساً تشريعياً لفكرة تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية، إذ نص بما لا يقبل الجدل ولا يحتمل الاجتهاد على عدم جواز المطالبة بتنفيذ الأحكام القضائية بعد مضي عشر سنوات، وهو ما يفيد ويؤكد تقادمها.

32- وقد يحدث أن يرفع أحد الأشخاص دعوى ضد شخص آخر يطالبه فيها بحق له تجاهه، ويكون هذا الحق مما يقبل السقوط بالتقادم، أي بمرور الزمن، فتحكم المحكمة له بهذا الحق في مواجهة المحكوم عليه على النحو الذي طلبه. فهل يتقادم الحكم القضائي في هذه الحالة، بمعنى أنه يكون للمحكوم له أن يطالب المحكوم عليه بالحق الثابت له في هذا الحكم قبل أن يتقادم هذا الحكم بمرور الزمن، ويسقط حقه في هذه المطالبة إذا ما انقضت المدة اللازمة لتقادم هذا الحكم؟ وهل تعرض المشرع صراحة لمواجهة هذه الحالة ومعالجتها وإيضاح ما إذا كان التقادم يرد على الحكم القضائي من عدمه حتى يكون الأفراد على بينة في تعاملاتهم وتصرفاتهم والأحكام القضائية الصادرة بشأنها؟

بالفعل تعرض المشرع وتدخل لمواجهة ومجابهة هذه الحالة، فقد نصت المادة 5/558 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على أنه "لا يسري مرور الزمن على حكم ينفي وجود حق مدعى به ولا على حكم يقضي بثبوت حق غير قابل للسقوط بمرور الزمن".

ويفهم من هذا النص صراحة - وبمفهوم المخالفة- أن التقادم (مرور الزمن) يسري على الأحكام التي تقضي بثبوت حق مدعى به يقبل السقوط بالتقادم. ولذلك، يعد هذا النص - في اعتقادنا - أساساً تشريعياً وتكريساً تشريعياً لفكرة تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية.

33- ويتضح من النصوص السابقة، أن لفكرة الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية أساساً تشريعية تقوم عليها وتستند إليها وتؤكد وجودها وبما لا يدع مجالاً للشك ولا محلاً للاجتهاد في هذا الفرع من فروع القانون، وهو قانون المرافعات.

---

exécutoires et prescription de L'action, Rev. huissiers,  
2001, 248.

## الفرع الثاني الأساس الفني

34- توجد قاعدتان هامتان تتكاملان وتمثلان الأساس الفني لفكرة تقادم الأحكام القضائية؛ أي تبرران وجود هذه الفكرة في الحياة القانونية وتقفان وراء المشرع لاعتمادها وتكريسها والنص عليها صراحة. وهاتان القاعدتان هما: تحقيق الاستقرار في المجتمع، و"لا ضرر ولا ضرار". ونعرض فيما يلي لهاتين القاعدتين:

### القاعدة الأولى: المصلحة في الاستقرار:

35- إذا كان تحقيق الاستقرار للحقوق والمراكز القانونية في المجتمع هو أحد الأهداف الرئيسية والهامّة للقانون، وكان نظام التقادم هو أحد الأنظمة المعتمدة لتحقيق هذا الاستقرار، وأنه لا يمكن تصور وجود مجتمع بدون وجود نظام التقادم، فإنه إذا أثار نزاع حول الحقوق والمراكز القانونية، وانتقل هذا النزاع إلى القضاء وفصل فيه بحكم قضائي يثبت ويؤكد حقوقاً لأحد الخصوم في مواجهة الآخر، فيجب على المحكوم له أن يطالب بما حكم له به خلال فترة زمنية معينة وإلا سقط حقه الوارد بالحكم لتقادم هذا الحكم بمرور الزمن. فلا يجوز أن يكون للمحكوم له أن يطالب بحقه المقرر قضائياً مدى الحياة وبدون تحديد مدة لهذه المطالبة، إذ يتعارض ذلك مع الاستقرار، بل ويهدره ويقوضه. فتوجد إذن مصلحة في تحقيق هذا الهدف، يطلق عليها "المصلحة في الاستقرار واليقين القانوني"<sup>(8)</sup> *Interêt du scurité et de certitude juridique*. ومن ثم، فإن عدم مطالبة المحكوم له بما قضى به لصالحه خلال فترة زمنية طويلة قد يستخلص منها استيفاءه وحصوله على ما قرره الحكم لصالحه، وقد يستخلص منه كذلك ترك ما قضى به لصالحه دون المطالبة به إهمالاً أو تعمداً، وهو ما يجعل المحكوم عليه يمتلك هذا الحق بالتقادم بمرور الزمن. وفي الحالتين، يجب أن يتقادم الحكم القضائي تحقيقاً لاستقرار الحقوق والمراكز القانونية في المجتمع حتى تلك التي صدر بها حكم قضائي لم يهتم من حصل عليه بالمطالبة بمضمونه.

كما أن المصلحة في الاستقرار هي التي تقف خلف عدم قابلية بعصر الأحكام القضائية للتقادم، كالأحكام الصادرة في مسائل الأحوال الشخصية، ودعاوى

(8) أنظر في فكرة المصلحة في الاستقرار بصفة عامة:

CH. Gignoux, *Les actions préventives*, thé, Paris 1935, N° 89, P. 117.



صحة العقود، ودعاوى صحة التوقيع، والأحكام الصادرة في دعاوى الملكية العقارية المسجلة بالسجل العقاري في لبنان... إلخ. فلا يمكن أن يكون الحكم الصادر في هذه المواد معرضاً للتقادم بمرور الزمن، بحيث يكون علي المحكوم له بأي منها تجديده قبل انقضاء مدة تقادمه، وإلا شكل ذلك إرهاباً للمتقاضين وشغلاً لمرفق القضاء بدعاوى سبق الفصل فيها وصدر بشأنها حكم قضائي. فيكفي تدخل قضائي واحد للفصل في المنازعات التي تتعلق بهذه المواد، ولا يتقادم الحكم الصادر بشأنها مدى الحياة، وإلا هدم الاستقرار في المجتمع ودبت الفوضى في أرجائه وتعاضت وتناقضت الأحكام الصادرة بشأن الموضوع الواحد، وهو ما لا يجوز.

فإذا كان تحقيق الاستقرار في المجتمع هو الذي يقف خلف نظام التقادم المسقط والمكسب للحقوق والمراكز القانونية، فهو أيضاً الذي يقف خلف تقادم الأحكام القضائية الصادرة بشأن هذه الحقوق والمراكز ويبرره لتحقيق هذا الهدف.

**القاعدة الثانية: لا ضرر ولا ضرار:**

36- من القواعد الأصولية الكلية الفقهية قاعدة "لا ضرر ولا ضرار"<sup>(9)</sup>. وهذه القاعدة لفظ حديث شريف حسن، حيث يقول الرسول (p) "لا ضرر ولا ضرار"<sup>(10)</sup>. وفي رواية أخرى "لا ضرر ولا ضرار في الإسلام"<sup>(11)</sup>.

والمعنى العام لهذه القاعدة "أن الضرر تجب إزالته، لأن الضرر ظلم وغدر والواجب عدم إيقاعه، لأن الأضرار مرفوعة ومزالة، ولا يحق أن تقع أصلاً"<sup>(12)</sup>. والمقصود بمنع الضرر هو "نقي الأذى في الضرر الذي لا يفيد سوى التوسع في دائرته، لأن الإضرار، ولو على سبيل المقابلة، لا يجوز أن

---

(9) أنظر في هذه القاعدة: محمد الزحيلي - القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي -

ط4-2004- مطبوعات جامعة الكويت، عبد العزيز محمد عزام - القواعد الفقهية -

ط2005 - دار الحديث - القاهرة.

(10) أنظر: محمد الزحيلي - المرجع السابق - ص 187.

(11) أنظر: عبد العزيز عزام - المرجع السابق - ص 128.

(12) أنظر: عبد العزيز عزام - المرجع السابق - ص 126.

يكون هدفاً مقصوداً وطريقاً عاماً، وإنما يلجأ إليه اضطراراً عندما لا يكون غيره من طرق التلافي والقمع أنفع منه"<sup>(13)</sup>.

"وإطلاق الضرر يفهم منه أن التحريم ليس قاصراً على الأضرار الواقعة بالفعل، بل يشمل ما كان منها ابتداءً بعدم تشريع حكم يلزم منه ضرر سواء كان ذلك الحكم تكليفاً أو وضعياً، كما يشمل أيضاً الضرر الحاصل بسبب الأضرار الطارئة، ويشمل ما كان بالتدارك أي بتشريع الأحكام التي يتدرك بها الضرر الحاصل كأنه لم يحدث. فلا يجوز شرعاً لأحد أن يلحق ضرراً ولا ضرراً"<sup>(14)</sup>.

وكما يقول علماء الأصول، فإن "استغراق النفي في الحديث الشريف يفيد تحريم سائر أنواع الضرر في الشرع، لأنه نوع من الظلم؛ ونفي الضرر يفيد دفعه قبل وقوعه بطريقة الوقاية الممكنة، ورفع بعد وقوعه بما يمكن من التدابير التي تزيله وتمنع تكراره، كما يفيد الحديث اختيار أهون الشرين لدفعه أعظمهما، لأن في ذلك تخفيفاً للضرر عندما لا يمكن منعه منعاً باتاً"<sup>(15)</sup>.

والفرق بين الضرر والضرار كما قال ابن حجر في شرح الأربعين النووية "أن معنى الضرر إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً، والضرار إلحاق مفسدة بالغير على وجه المقابلة"<sup>(16)</sup>.

وتشكل هذه القاعدة أساساً فنياً لفكرة تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية. فلا ضرر يلحق المحكوم له نتيجة لتقادم الحكم الذي حصل عليه في مواجهة المحكوم عليه ويثبت له حقاً تجاهه، لأنه بعدم مطالبته بما جاء بهذا الحكم طوال المدة اللازمة للتقادم يكون إما قد حصل على هذا الحق الوارد بالحكم أو تنازل عن مطالبته به. وفي الحالتين لا يوجد أي ضرر لحق به لعدم مطالبته بحقه طوال الفترة اللازمة للتقادم. ولو كان يوجد ضرر فهو ليس من قبل المحكوم عليه الذي لم يلحق به أي ضرر، بل هو - أي المحكوم له - الذي ألحق الضرر بنفسه، فلا يلومن إلا نفسه، ولا يعذر أحد بجعله بالقانون.

(13) أنظر: محمد الزحيلي - القواعد الفقهية - المرجع السابق - ص 188.

(14) أنظر: عبد العزيز عزام - القواعد الفقهية - المرجع السابق - ص 126.

(15) أنظر: محمد الزحيلي - الإشارة السابقة.

(16) أنظر: عبد العزيز عزام - الإشارة السابقة.

كذلك، وطبقاً لهذه القاعدة، لا يجوز للمحكوم له أن يلحق الضرر بالمحكوم عليه على وجه المقابلة، فحيث لم يحدث أي ضرر من المحكوم عليه للمحكوم له، حيث أن هذا الأخير هو الذي أسقط حقه تجاهه لعدم مطالبته به خلال الميعاد المحدد قانوناً، فلا يجوز له أن يطالبه به بعد فوات هذه المدة، لأن ذلك يشكل إنهاكاً وأضراراً بالمحكوم عليه، وهو ما لا يجوز. فمما لا شك فيه أنه لو أجاز للمحكوم له أن يطالب بحقه ولو بعد مرور مدة طويلة من صدور الحكم – وهي عشر سنوات في بعض القوانين وخمس عشرة سنة في البعض الآخر – وصلاحيّة هذا الحكم لاقتضاء ما ورد به، فإنه يلحق أشد الضرر بالمحكوم عليه ويشكل إضراراً به يجب رفعه. إذ أن ذلك يجعل الحصول على الحق المحكوم به معلقاً على محض إرادة المحكوم له وفي الوقت الذي يريد مدى الحياة، وهو ما يشكل بالفعل إضراراً بالمحكوم عليه، إذ يظل منتظراً مدة غير محددة وغير معروفة لمطالبته بما جاء بالحكم الصادر ضده، كما أنه يكون مجبراً بكف يده عما حكم به عليه وإبعاده عن مجال تصرفاته إلى الوقت الذي يختاره المحكوم له ليطالبه به. ولا يوجد ضرر يلحق بشخص أكثر من ضرر الانتظار وعدم إمكان التصرف فيما يملك نتيجة حكم صدر ضده دون أن يطالبه المحكوم له بما جاء به لصالحه، ولا يعرف الوقت الذي قد يطالبه فيه. بل وقد يمتد هذا الانتظار وغل اليد عن التصرف إلى ورثة المحكوم عليه الذين يجب عليهم الانتظار وعدم تقسيم التركة المدة اللازمة لتقادم الحكم الصادر ضد مورثهم.

## المبحث الثاني

مجال تقادم الأحكام القضائية ونطاق تطبيقها في المواد المدنية والتجارية  
37- تمهيد:

بعد أن أوضحنا ماهية تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية، يتعين أن نحدد مجال هذه الأحكام ونطاق تطبيقها. وحتى يمكن تحقيق ذلك على نحو دقيق، يجب - في اعتقادي - أن نوضح الأحكام القضائية التي لا يسري عليها نظام التقادم، وتلك التي تخضع لهذا النظام. وهو ما سنعرض له في المطلبين التاليين:

### المطلب الأول

#### الأحكام القضائية التي لا يسري عليها نظام التقادم

38- توجد طائفة من الأحكام القضائية لا يسري عليها نظام التقادم ولا تصلح من ثم أن تكون محلاً له. وقد يكون السبب في عدم خضوع هذه الأحكام لنظام التقادم وعدم سريانه عليها هو نص القانون، وقد يكون السبب هو طبيعة هذه الأحكام التي تحول دون خضوعها لهذا النظام. وسنعرض لذلك في الفرعين التاليين:

### الفرع الأول

#### الأحكام القضائية التي لا يسري عليها نظام التقادم بنص القانون

39- قد ينص المشرع صراحة على عدم سريان نظام التقادم على بعض الأحكام القضائية، وهو ما يحول دون خضوعها له وعدم سريان أحكامه عليها. ومن ذلك، ما تنص عليه المادة 2/558 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني من أنه "لا يسري مرور الزمن على حكم ينفي وجود مدعى به ولا على حكم يقضي بثبوت حق غير قابل للسقوط بمرور الزمن".

ويستفاد من هذا النص صراحة، أن هناك طائفتين من الأحكام القضائية لا تصلحان بنص القانون أن تكونا محلاً لنظام التقادم ولا تخضعان لأحكامه، وهاتان الطائفتان هما:

أولاً: الأحكام القضائية التي تنفي وجود حق مدعى به:

40- إذا رفع أحد الأشخاص دعوى يطالب فيها شخصاً آخر بحق ما ولم يستطع إثبات هذا الحق تجاهه، وقضت المحكمة برفض الدعوى (رد الدعوى)، أي نفت أن يكون له حق تجاه المدعى عليه، فإن هذا الحكم لا يمكن

أن يتقادم بمرور الزمن. فمهما مر من زمن سيظل الحكم قائماً يرتب آثاره القانونية في مواجهة أطرافه، فلا يمكن لمرور الزمن مهما طال أن يثبت حقاً للمحكوم عليه تجاه المحكوم له سبق وأن نفى الحكم وجوده بالنسبة له. وهو ما نصت عليه صراحة المادة 2/558 من قانون أصول المحاكمات المدنية حيث جاء بها أنه "لا يسري مرور الزمن على حكم ينفي وجود حق مدعى به".

وقد اختلف الأحكام الصادرة من محكمة التمييز اللبنانية في هذا الصدد:

فقد قضت الغرفة الثانية لهذه المحكمة بتاريخ 1956/3/13 بـ<sup>(20)</sup> "إن الحكم ببرد دعوى المدعى لا يسقط بمرور الزمن لأن الرد يعني عدم الاعتراف بالحق الذي يطلبه المدعى، وهو يخلق وضعية سلبية لا تحتاج إلى تنفيذ كيما يقال أنه بعد مدة من الوقت لا يجوز للمحكوم له أن يطلب تنفيذها لمرور الزمن على الحكم الصادر فيها.

وحيث أن الأحكام التي يمكن الإدعاء بمرور الزمن عليها هي التي تقضي لمصلحة أحد المتداعين بمبالغ من المال يدفعه له المحكوم عليه أو بعمل يقوم به هذا الأخير، أما تلك التي تقضي لأحد الفريقين بحق أو ترد دعوى المدعى فإنها لا يمر عليها الزمن لأن لا مرور زمن مسقط على حق الملكية ولأنه عندما ترد دعوى المدعى تقضي المحكمة بعدم الاعتراف بالحق الذي يدعيه فلا يمكن أن يتأتى على مرور مدة مهما طالنت على صدور الحكم بالرد إحياء حق قالت المحكمة عند إصدارها الحكم أنه لا وجود له.

وحيث أنه إذا قلنا أن الزمن يسقط الحكم الصادر ببرد الدعوى فهو بالتالي يسقط أيضاً ومن باب أولى ذات الدعوى، الأمر الذي يتأتى عنه نتيجة مماثلة للقول بعدم مرور الزمن على الحكم ببرد الدعوى، فالحكم ببرد الدعوى يؤيد وضعية المدعى عليه التي يشكو منها المدعى ويريد إزالتها، كما أن القول بسقوط

---

<sup>(20)</sup> أنظر: تمييز مدني لبناني- الغرفة الثانية- القرار رقم 21 تاريخ 1956/3/13: مجموعة

باز - 1956 - ص 172 وما بعدها، النشرة القضائية اللبنانية- مجلة حقوقية شهرية

تصدرها وزارة العدل اللبنانية- السنة 12-1956- ص 283 وما بعدها، وفي نفس

المعنى أنظر: محكمة استئناف بيروت المدنية- الغرفة التاسعة- قرار رقم 2009/1161-

تاريخ 2009/8/27- المرجع- كساندر- 8-2009- ص 1475.

الدعوى وسقوط الحكم بها بمرور الزمن ينتج عنه دعم تلك الوضعية والإبقاء عليها بسبب سقوط الدعوى التي كانت ترمى إلى إزالتها".

في حين قضت الغرفة الثانية لهذه المحكمة بـ "إن الحكم القاضي برد الدعوى يسقط بمرور الزمن العشري على أساس أن مرور الزمن يسري على الأحكام كما يسري على السندات والحقوق، وقد أحسنت محكمة الاستئناف بأخذها بهذا المبدأ"<sup>(24)</sup>.

والحقيقة أن الاتجاه الأولي بالتأييد والإتباع هو الاتجاه الأول الذي يقرر عدم مرور الزمن على الحكم الذي يفي بوجود الحق المدعى به، لأنه من ناحية لا يجوز الاجتهاد مع صراحة النص، أي نص المادة 2/558 أصول محاكمات مدنية لبناني، ومن ناحية أخرى أنه لا يمكن لمجرد مرور الزمن أن يخلق حقاً لشخص سبق وأن نفاه عنه الحكم الصادر، وإلا فإن مجرد مرور الزمن سيصبح أداة لتقويض الاستقرار في المجتمع بل وأداة لتقويض وهدم القانون والمجتمع ذاته بدلاً من وظيفته الأصلية وهي تحقيق الاستقرار في المجتمع، حيث ستصبح كافة الأحكام التي قضت برد الدعوى (برفض الدعوى) لعدم ثبوت حق المحكوم عليه فيها غير قائمة وغير موجودة ولا ترتب آثارها القانونية، وذلك لتقدمها، ويحل محلها وضعية جديدة تماماً وهي إثبات وجود الحق الذي سبق نفيه بالأحكام السابقة لا لشيء إلا لمجرد مرور الزمن دون أن تقتزن به أية إثباتات جديدة عكس ما صدر استناداً إليها الحكم السابق.

ولكن يمكن القول أن الحكم السابق الذي قضى برد الدعوى (رفض الدعوى) لعدم أحقية المحكوم عليه فيما طالب به المحكوم له يمكن ألا يكون له قيمة قانونية إذا وضع المحكوم عليه يده على الشيء الذي كان محلاً للحكم برد الدعوى في مواجهته المدة الطويلة المكسبة للملكية. فهنا يحتج بمرور الزمن الطويل، أي بالتقدم، في مواجهة الحكم السابق الصادر برد الدعوى، وذلك لأن الوضعية الجديدة هي وضعية إيجابية نشأت وتكونت بعد صدور الحكم السابق استناداً إلى مرور الزمن الطويل المكسب للملكية. وبالتالي، فإن الحكم السابق الصادر برد الدعوى لا يتقدم بمرور الزمن بقدر ما يفقد قيمته القانونية الواردة به بسبب الوضعية الجديدة للمحكوم عليه في هذا الحكم الذي كون وأنشأ مركزاً قانونياً جديداً بمرور الزمن يحتج به في مواجهة الحكم السابق

(24) أنظر: تمييز لبناني- قرار نهائي- غرفة ثالثة- تاريخ 1963/12/6- مجموعة باز-

ويرتب الآثار القانونية لصالح المحكوم عليه على عكس ما ورد بالحكم السابق.

ثانياً: الأحكام العقارية التي تثبت حقاً عينياً مسجلاً في السجل العقاري في القانون اللبناني:

41- تنص المادة 19 من القرار رقم 188 الصادر في 15/3/1926، والخاص بإنشاء السجل العقاري، على أنه "لا يسري مرور الزمن على الحقوق المدونة في السجل العقاري". كما تنص المادة 255 من القرار رقم 3339/ل.ر. الصادر في 12/11/1930، والخاص بقانون الملكية العقارية، على أنه "لا يسري مرور الزمن على الحقوق المقيدة في السجل العقاري".

ومفاد هاتين المادتين أن مرور الزمن "التقادم" لا يسري على الحقوق المقيدة والمدونة والمسجلة في السجل العقاري، فهذه الحقوق لا تخضع لهذا النظام ولا ينطبق عليها.

وإذا ثار نزاع حول حق من هذه الحقوق المدونة والمقيدة في السجل العقاري، وصدر حكم من القضاء يثبتها لأحد الطرفين المتنازعين، فإن هذا الحكم القضائي لا يسقط هو الآخر بمرور الزمن، حيث تنص المادة 2/558 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على أنه "لا يسري مرور الزمن... على حكم يقضي بثبوت حق غير قابل للسقوط بمرور الزمن". فطالما أن المشرع قد نص صراحة على أن الحقوق المقيدة والمدونة في السجل العقاري لا يسري عليها الزمن، أي لا تسقط بمرور الزمن، فكان منطقياً أن يكون الحكم الذي يقضي بثبوتها هو الآخر لا يسقط بمرور الزمن، وهو الأمر الذي نص عليه المشرع اللبناني في المادة 2/558 أصول محاكمات مدنية.

42- وتطبيقاً لصريح نص المادتين السابقتين، فإنه يراعى الآتي:

(أ) أن الأحكام القضائية التي لا يسري عليها مرور الزمن في القضايا العقارية هي فقط تلك الأحكام التي تثبت وتكرس وتؤيد حقاً مسجلاً في السجل العقاري: أما تلك الأحكام التي لا تثبت حقاً على النحو السابق فإنها تكون عرضة للسقوط بمرور الزمن.

وقد حسمت محكمة التمييز اللبنانية بقرارها الصادر بتاريخ 2012/2/5 كل اجتهاد يمكن أن يثار في هذا الصدد وأعملت صحيح القانون وطبقت النصوص القانونية تطبيقاً سليماً ولم ترّ محلاً للاجتهاد مع صراحة هذه النصوص. فقد قضت هذه المحكمة بأنه "وفقاً للمادتين 19 من القرار 188 و 255 ملكية

عقارية فإن كون الحق مدوناً في السجل العقاري هو المعيار الأساسي والعامل الجوهري الذي يحول دون سقوط هذا الحق بمرور الزمن. يبني على ما تقدم أن الحكم القضائي الذي لا يسري عليه مرور الزمن في القضايا العقارية هو فقط الحكم الذي يثبت حقاً مسجلاً تسجيلاً نهائياً في السجل العقاري. أما سائر الأحكام، وإن تعلقت بعقار أو بحق عيني، فإنها تبقى عرضة للسقوط بمرور الزمن، إذ أن الحق المثبت في هذه الأحكام يبقى محافظاً على طابعه الشخصي طالما أنه لم يسجل أصولاً ونهائياً في السجل العقاري نتيجة لتنفيذ الحكم. وما تقدم يتوافق مع نية المشرع الهادفة إلى تأمين الاستقرار وإلى تفادي تكرار الخصومات والمنازعات حول ذات الموضوع، فأخرج الحكم المثبت لحق غير قابل للسقوط بمرور الزمن من دائرة مرور الزمن ليحرم مدعى الحق المزعوم من إمكانية تكرار دعواه كل عشر سنوات، ومن إمكانية المنازعة مجدداً في ملكية أو في حق عيني مدون في السجل العقاري. القرار الصادر عام 1948 لم يثبت أي ملكية للمميزين في العقار المنازع عليه. يكون خاضعاً، كسواه من الأحكام القضائية، لمرور الزمن ويكون الحق الذي أقره للأهالي (مرفق بحق الانتفاع للمدعى والاحتطاب) عرضة هو الآخر للسقوط بمرور الزمن طالما أنه لم يسجل نهائياً على الصحيفة العينية للعقار المذكور وتكون أحكام الفقرة الأولى من المادة 558 مدنية واجبة التطبيق" (29).

(ب) أن الأحكام القضائية التي تقتصر فيها المحكمة على التصديق على الاتفاقات التي تتم بين الأطراف، والتي تتعلق بالعقار، دون أن تقضى في أية منازعة بينهما لا تعتبر أحكاماً قضائية، وإنما هي عقود قضائية ويسري عليها مرور الزمن:

وقد قضت محكمة استئناف البقاع في هذا الصدد - لجهة السبب المدلى به من المستأنف والمتعلقة بوجود حكم بقسمة العقار محل النزاع يمنع قبول دعوى

(29) أنظر: تمييز مدني - غرفة ثانية - القرار رقم 2012/2 - تاريخ 2012/1/5 - المرجع -

كساندر - المجلد 1-2012/4 - ص 67، وأنظر: تمييز مدني - غرفة ثانية - قرار رقم

94/21 - تاريخ 1994/3/30 - كساندر - العدد 3 - آذار 1994 - ص 65،

وقد جاء به "إن المطالبة بحق عيني غير مسجل في السجل العقاري تبقى مطالبة بحق

شخصي تسقط بمرور الزمن العشري، لأن قيود السجل العقاري وحدها تجعل الحق العيني

غير قابل للسقوط مهما مر الزمن عليه."



الشفعة - أنه "حيث يتبين من الاطلاع على صورة الحكم المنذرع به أن هذا الحكم قد قضى فقط بالتصديق على الاتفاق الحاصل بين الفريقين على قسمة العقارين رقم 15 و16 منطقة الخيارة منهياً النزاع الذي كان عالقاً بينهما.

وحيث أن هذا الحكم الذي اقتضت فيه المحكمة على التصديق على الاتفاق الذي تم بين الطرفين دون أن يقضى في أية منازعة بينهما لا يعتبر حكماً قضائياً منشأً للحقوق وليس من شأنه بالتالي تغيير طبيعة العمل الحاصل بين الفريقين المتصالحين الذي يبقى مجرد اتفاق وإنما يصبح بالتصديق عليه عقداً قضائياً.

وحيث أن الاتفاق المذكور الذي لم ينفذ في أمانة السجل العقاري ليس من شأنه أن ينقل الملكية وكل ما ينتج عنه أنه يولى أحد أطرافه المطالبة بالتسجيل، وهو موجب شخصي عرضة للسقوط بمرور الزمن.

وحيث أن الزمن العشري، قد مر على الحكم المشار إليه وأن ما يدلى به المستأنف من وجود تصرف بالاستقلال يؤدي إلى وقف مرور الزمن غير حري بالقبول لافتقاره إلى الدليل ولعدم عرض المستأنف مثل هذا الدليل<sup>(30)</sup>.

### الفرع الثاني

#### الأحكام القضائية التي لا يسري عليها نظام التقادم بسبب طبيعتها

43- توجد بعض الأحكام القضائية لا تخضع لنظام التقادم (مرور الزمن) ولا يسري عليها هذا النظام، وذلك بسبب طبيعتها التي تتنافى مع هذا النظام وتتناقض معه، ولا يمكن تطبيقه عليها، وإلا عمت الفوضى وساد عدم الاستقرار في المجتمع.

والحقيقة أن الأحكام التي لا يسري عليها التقادم في هذه الحالة، أي بسبب طبيعتها، إنما ترجع في الأساس إلى طبيعة الحق الذي صدرت بخصوصه، فطالما أن الحق بطبيعته لا يقبل التقادم بمرور الزمن فإن الحكم الذي صدر استناداً إليه لا يقبل هو الآخر التقادم بمرور الزمن. وفي هذا يقول القاضي المنفرد في جبل لبنان "وبما أن الحكم في حقيقته هو عبارة عن حجة تؤيد الحق فمصيره بالتالي مرتبط بمصيره، فإذا سقط الحق بمرور الزمن سقط الحكم تبعاً له أما إذا كان هذا الحق مستغنياً بطبيعته على مرور الزمن فإن

(30) أنظر: محكمة استئناف البقاع المدنية- الغرفة الثانية- 1988/11/12- النشرة

القضائية- العدد العاشر- 1988- ص 1197 وما بعدها.

هذا لا يسري على الحكم المؤيد لهذا الحق، وانطلاقاً من هذا يقتضى معرفة نوع الحق المؤيد بالحكم لدى البحث في مرور الزمن بالنسبة لها<sup>(33)</sup>. ويمكن تقسيم هذه الأحكام إلى عدة طوائف، وهي:

#### أولاً: الأحكام المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية:

44- إن المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، من زواج وطلاق ونسب ووصية... إلخ، هي من المسائل التي لا يلحقها التقادم (مرور الزمن) ولا يسري عليها ولا تخضع له. والسبب في ذلك هو طبيعة هذه المسائل التي لا يمكن أن تكون محلاً للتقادم بمرور الوقت. فلا يتصور مثلاً أن يرد التقادم على صفة الشخص كزوج أو زوجة، ولا على علاقة النسب، ولا على درجة القرابة بين الأشخاص، ولا على صفة الشخص كموصى له... إلخ.

وقد أكدت على ذلك محكمة التمييز اللبنانية، فقد قضت الغرفة الثالثة لهذه المحكمة بتاريخ 1973/4/25 بأنه<sup>(34)</sup> "وبما أن المادة 344 م.ع تنص على ما يلي: "تسقط الموجبات بتقاعس الدائن الذي يتخلف عن التذرع بحقوقه سبحانه مدة من الزمن". وبما أن النص المشار إليه ورد في سياق أحكام قانون الموجبات والعقود هذا القانون الذي اقتصر على بحث الموجبات من حيث مصادرها ومفاعيلها وانتقالها وسقوطها إلخ... ولم يتناول مسائل الأحوال الشخصية. وبما أن مرور الزمن الذي تضمنه النص المذكور هو أحد أسباب سقوط الموجبات فلا يتعداها حكمه إلى الحقوق الداخلة في نطاق الأحوال الشخصية والتي لا تدخل في مفهوم الموجبات وقد جاء النص قاطعاً في دلالاته من هذه الناحية حين قال "تسقط الموجبات...".

---

(33) أنظر: منفرد مدني جبل لبنان- الغرفة العقارية- 1972/10/26- النشرة القضائية-

1973- ص 126.

(34) أنظر: تمييز لبناني- الغرفة الثالثة- قرار رقم 57- تاريخ 1973/4/25- مجموعة باز-

21- 1973- ص 223.

كما أكدت الغرفة الخامسة لمحكمة التمييز على ذلك، فقد قضت هذه الغرفة بتاريخ 2004/3/18 بأن<sup>(1)</sup> "المراجعة - الاعتراض على قرار حصر الإرث - تتعلق بدرجة القرابة بين الأشخاص وهي صفة ملتصقة بهم وتشكل مسألة من مسائل الأحوال الشخصية التي لا يمكن أن يتناولها حكم مرور الزمن المنصوص عليه في المادة 344 م. وع".

وإذا ما ثار نزاع أمام القضاء بشأن مسألة من مسائل الأحوال الشخصية وصدر بشأنها حكم من القضاء، فإن هذا الحكم يظل قائماً مدى الحياة، لا يلحقه تقادم، ولا ينال منه مرور الزمن، ولا يمكن أن يثار بشأنه أي نزاع من جديد في المستقبل حول وجوده وقيامه وترتيب آثاره القانونية. ومن ذلك الأحكام الصادرة بإثبات النسب أو بنفيه، الأحكام الصادرة بإثبات علاقته الزوجية أو نفيها، الأحكام الصادرة بالتطبيق أو بالخلع، الأحكام الصادرة بإثبات صفة للشخص كموصي له أو كوارث... إلخ من الأحكام الصادرة في مسائل الأحوال الشخصية.

وقد قضت محكمة التمييز المدنية اللبنانية، بتاريخ 1987/9/15 في هذا الصدد بأنه "وبما أنه بما خص القول بأن الحكم الصادر سنة 50 عن محكمة جونية الذي أعطى الوصية المنظمة في لوس أنجلوس الصيغة التنفيذية في لبنان قد سقط، فإن الزمن لا يمر على الأحكام التي تعلن صفة المميز عليها كموصي لها بكامل التركة، علماً بأن هذا الحكم قد أخذ طريقه إلى التنفيذ وأن الموصي لها قد تشبث بمفاعيله بنقل ملكية معظم التركة على اسمها وبتصرفها الفعلي بالجزء الآخر الذي لم يتم نقل ملكيته بعد"<sup>(2)</sup>.

كما قضت هذه المحكمة أيضاً بتاريخ 2003/4/30 بأنه "بما أن المميّزة تدلي بان محكمة الاستئناف خالفت المادة 558 أصول محاكمات مدنية إذ أنها استندت إلى حكم صادر عن القاضي المنفرد في... بتاريخ 1975/3/5 سقط بمرور الزمن لعدم تنفيذه، ذلك عندما قررت إعادة قيد المميز عليه في حين أنه كان يجب في حال الاستجابة لمطلب هذه الأخيرة قيدها على خاتمة والدها

---

(1) أنظر: تمييز مدني - قرار رقم 2004/42 - تاريخ 2004/3/18 - المرجع - كساندر -

3-2004 - ص 376.

(2) أنظر: محكمة التمييز المدنية - الغرفة الثانية - قرار رقم 5 تاريخ 1987/9/15 - مجموعة

اجتهادات حاتم - ج 195 - 1988 - ص 325 وما بعدها.

وليس إعادة قيدها... وبما أن محكمة الاستئناف اعتبرت أن ما ذهب إليه القاضي المنفرد الناظر في الأحوال الشخصية لجهة إعادة قيد المستدعية بدلاً من تقرير قيدها أمر لا تأثير له طالما أن وسائل الإثبات المتوافرة في الملف تثبت صحة كل من الطرفين لأن النتيجة واحدة في كل الحالتين، فإن محكمة الاستئناف لا تكون قد خالفت المادة 558 أصول محاكمات مدنية إذ أن الأحكام المتعلقة بحالة الأشخاص لا تسقط بمرور الزمن<sup>(1)</sup>.

#### ثانياً: الأحكام التي تنشئ مراكز قانونية ثابتة:

45- إذا رفع الأمر إلى القضاء بشأن بعض المراكز القانونية، وصدرت أحكام قضائية بشأنها، سواء لإقرار المدعى عليه بحق المدعى واعترافه به أو لتنازل المدعى عن الحق المدعى به للمدعى عليه أو لتيقن القضاء من صحة ما يدعيه المدعى أو من بطلانه، فإن هذه الأحكام تكون قد فصلت بصفة نهائية وقاطعة في وجود هذه المراكز القانونية التي كانت مطروحة على القضاء، ولا يمكن على الإطلاق إثارة أية منازعات مستقبلية بخصوص هذه المراكز ولمدى الحياة.

فالمراكز التي نشأت عن هذه الأحكام هي مراكز ثابتة مستقرة لا يمكن ولا يتصور أن يلحقها تقادم بعد صدور أحكام قضائية بشأنها، فتظل هذه المراكز تنتج آثارها القانونية على الدوام دون أن يكون أصحابها في حاجة إلى اللجوء إلى القضاء كل فترة من الزمن لتجديد الأحكام الصادرة بشأنها خوفاً من تقادم الحماية القضائية التي حصلوا عليها بشأنها وسقوطها بمرور الزمن، ويظل أصحابها يتمتعون بالسلطات والمكنات التي تقررها لهم هذه المراكز القانونية ويتصرفون بها ويستعملونها ويستغلونها على الدوام دون خوف من نتائج هذه التصرفات في المستقبل، ولا يمكن للمحكوم عليهم فيها أن يثيروا تقادمها بمرور الزمن.

والسبب في ذلك، أن الأحكام القضائية التي أنشأت هذه المراكز القانونية الثابتة لا يمكن أن يلحقها التقادم ولا يميز عليها الزمن، وتظل تنتج وترتب آثارها القانونية بين أطرافها والخلف العام والخاص لهم مدى الحياة وإلى ما لا نهاية،

(1) أنظر: تمييز مدني- العرفة الخامسة- قرار رقم 2003/78- تاريخ 2003/4/30-

المرجع- كساندر، 4-2003-ق 569.

ولا يمكن أن يثار أي نزاع بشأن وجودها في أي وقت في المستقبل، وذلك استناداً إلى طبيعة هذه الأحكام التي تحول بينها وبين أن تخضع لنظام التقادم أو أن تسري عليها أحكامه، وإلا عمت الفوضى في المجتمع وانهار الاستقرار الذي هو أحد أهم أهداف القانون، بل وإنهاء القانون ذاته.

فالحكم الصادر بصحة التوقيع على سبيل المثال لا يمكن أن يلحقه أي تقادم ولا يمكن أن يكون معرضاً للسقوط بمرور الزمن مهما مر من وقت على صدور هذا الحكم. فهذا الحكم يسري بين الخصوم وورثتهم وورثة وورثتهم مدى الحياة، وذلك لأن هذا الحكم أنشأ مركزاً ثابتاً ونهائياً لا يجوز المساس به على الإطلاق، وهو ما يحول بين أحد الأشخاص وبين الإدعاء بتقادم هذا الحكم وسقوطه بمرور الزمن، فهذا الحكم بسبب طبيعة المركز الذي أنشأه لا يخضع لنظام التقادم ولا تسري عليه أحكامه. ولا يكون لمن صدر لصالحه هذا الحكم بحاجة إلى تجديد هذا الحكم – برفع دعوى جديدة بصحة التوقيع – خوفاً من تقادمه بمرور الزمن، لأن هذا الحكم لا يتقادم ولن يسقط مهما مر عليه من زمن، ويظل هكذا متعدي الأثر في خصوص ما قضى به مدى الحياة.

ويسري ذلك على كافة الأحكام التي تنشئ مراكز ثابتة، كالحكم الصادر بصحة العقد أو بطلانه أو بفسخه. فهذه الأحكام لا يمكن أن تتقادم على الإطلاق ولا تسقط بمرور الزمن، وذلك لأن المراكز التي أنشأتها ورثتها هذه الأحكام مراكز ثابتة لا يمكن المساس بها بعد صدورها. فلا يمكن أن يدعى أن الحكم الذي قضى بصحة العقد قد تقادم وسقط بمرور الزمن، بحيث يزول هذا الحكم ولا يكون موجوداً، ويكون من صدر لصالحه هذا الحكم بحاجة إلى رفع دعوى جديدة للمطالبة من جديد بصحة هذا الحكم. فالقول بذلك سيؤدي إلى انهيار الاستقرار وانهيار القانون داخل المجتمع وانهيار العلاقات القانونية بين الأفراد. والذي يحول دون ذلك كله هو أن هذه الأحكام لا تتقادم ولا تسقط بمرور الزمن.

وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد بأنه "التنازل الذي يتضمن إبراء الدائن مدينه من التزام إنما هو وسيلة من وسائل انقضاء الالتزامات. وإذا كان التقادم المسقط هو وسيلة أخرى من وسائل انقضاء الالتزام دون الوفاء به فإنه لا يمكن أن يرد على مثل هذا التنازل. ومن ثم فإنه متى صدر التنازل نهائياً فإنه ينشئ مركزاً قانونياً ثابتاً ولا يتقادم أبداً ويحق للمتنازل له

أن يطلب في أي وقت إعمال الآثار القانونية لهذا التنازل ومنها إبطال ما اتخذه المتنازل من إجراءات بالمخالفة لتنازله"<sup>(1)</sup>.

ثالثاً: الأحكام القضائية المتعلقة بالحقوق اللصيقة بشخص الإنسان:

46- توجد طائفة من الحقوق والمراكز القانونية للأفراد يطلق عليها الحقوق المعنوية للإنسان<sup>(2)</sup>، ويمكننا أن نسميها بالحقوق اللصيقة بشخص الإنسان، لشدة ارتباطها به واتصالها بشخصه وأهميتها له ربما أكثر من غيرها من الحقوق. ومن هذه الحقوق: حق الإنسان على اسمه، وحقه على أعماله العلمية والفنية، وحقه على مبتكراته واختراعاته واكتشافاته وسائر ما ينتج عن عقله وفكره، وكذلك حقه في الجنسية التي يحملها.

وهذه الحقوق والمراكز القانونية المعنوية لا تسقط بالتقادم ولا يكتسبها الغير بمرور الزمن مهما طال هذا الزمن. وحتى ولو أصبحت في الدومين العام بعد فترة من الزمن فإنها تظل باسم صاحبها ولا يمكن أن تصبح لغيره. بل ولو حتى تم شراء الجانب المادي منها بالمال فيبقى الحق المعنوي باسم صاحبه ولا يمكن أن ينسب لغيره بمرور الزمن.

وفي هذا المعنى يقول البعض أن "هناك حقوقاً معنوية لا تسقط بمرور الزمن كحق الشخص على اسمه"<sup>(3)</sup>.

---

(1) أنظر: نقض مدني 1964/5/28 (مشار إليه في: صادر بين التشريع والاجتهاد- مرور

الزمن- ط 2005- المنشورات الحقوقية صادر- رقم 15- ص 40.

(2) راجع في هذا المصطلح "الحقوق المعنوية" بخصوص اسم الشخص: جورج سيوفي- النظرية

العامة للموجبات والعقود- ج2- 1994- ص 286.

(3) أنظر: جورج سيوفي- الإشارة السابقة، وقارب نقض 1959/12/10- مجموعة القواعد

القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية في خمسين عاماً- الجزء الثاني في المواد المدنية- المجلد

الأول- إصدار نادي القضاة- 1987- رقم 695- ص 434، حيث جاء به أن "الأصل

أن لكل تاجر أن يتخذ من اسمه الشخصي "ويدخل في ذلك اللقب" اسماً تجارياً لتمييز محله

وقد قضت محكمة النقص المصرية في هذا الصدد بتاريخ 2006/7/10 على أنه "النص في المواد 138، 143، 144، 145، 149 من القانون رقم 82 لسنة 2002 بإصدار قانون حماية الملكية الفكرية يدل على أن المشرع أفصح بجلاء عن الطبيعة المزدوجة لحقوق المؤلف على مصنفه وفرق بين الحقوق المالية والحقوق الأدبية وأورد لكل منها أحكاماً تتفق وطبيعة الحق الذي تحميه، فالحقوق المالية باعتبارها موقوتة محدودة بأجل تسقط بانقضائه وذات طبيعة مالية محضة، ولذلك وضع المشرع الضوابط التي تنظم التعامل والتصرف فيها وهي لا تتعلق بالنظام العام، ومن ثم يحكمها القانون الذي تمت في ظله كما يحكم آثارها المستقبلية. أما الحقوق الأدبية المنصوص عليها في القانون التي تخول المؤلف وحده حق تقرير نشر أو عرض مصنفه على الجمهور ونسبته إلى نفسه وسحبه من التداول وإلزام الغير باحترام المصنف بمنعه من إجراء أي تعديل عليه فقد نص المشرع على أن هذه الحقوق دائمة غير قابلة للتقادم ولا تسقط بالنزول عنها أو عدم استعمالها مهما طال الزمن وتخرج عن دائرة التعامل باعتبار أن المصنف هو ثمار تفكير الإنسان ومظهر من مظاهر شخصيته ذاتها يعبر عنها ويفصح عن كوامنها ويكشف عن فضائلها أو نقائصها، هذه الصلة الوثيقة الدائمة بين المصنف ومؤلفه بوصفه امتداداً لشخصيته تجعل الحقوق الأدبية سائلة البيان من الحقوق اللصيقة بشخص الإنسان وهي غير قابلة للتصرف بطبيعتها وكل تصرف بشأنها يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً متعلقاً بالنظام العام تحكمها القوانين القائمة بما لها من أثر مباشر" (1).

وإذا ثار نزاع أمام القضاء حول أي من هذه الحقوق المعنوية وصدر حكم قضائي يتعلق بها، بأن يثبت حق الشخص في اسم معين، أو حقه على أعماله العلمية والفنية وعلى مبتكراته واختراعاته واكتشافاته ورسومه الهندسية والصناعية أو حقه في الجنسية، فإن هذا الحكم لا يمكن أن يرد عليه التقادم ولا يسقط بمرور الزمن، ويظل قائماً ينتج ويرتب آثاره القانون بخصوص أحقية الشخص في هذه المراكز مدى الحياة، ولا يكون الشخص بحاجة إلى

التجاري عن نظائره، ومن ثم فلا يتأتى تجريد شخص من اسمه التجاري المستمد من اسمه المدني

لجرد التشابه بينه وبين أسماء الآخرين".

(1) أنظر: نقض 2006/7/10 - مجلة المحاماة - العددان الخامس والسادس - سبتمبر

2009 - ص 528

اللجوء إلى القضاء كل فترة من الزمن لتجديد هذا الحكم - برفع دعوى جديدة - للحكم له بما سبق الحكم به خوفاً من تقادم هذا الحكم وضياع الحماية القضائية التي قررت لصالحه.

والسبب في عدم تقادم هذه الأحكام وعدم سقوطها بمرور الزمن، أن الحقوق التي صدرت بشأنها واستناداً إليها لا تتقادم ولا تسقط بمرور الزمن، فأخذت طبيعتها واصطبغت بصبغتها وخضعت لنفس أحكامها، ومنها عدم تقادمها أو سقوطها بمرور الزمن.

#### رابعاً: الأحكام المنعدمة:

47- يجب التفرقة بين الأحكام القضائية الباطلة والأحكام القضائية المنعدمة<sup>(1)</sup>:

فالأحكام الباطلة هي التي تفقد شرطاً من شروط صحتها<sup>(2)</sup>. وشروط صحة الحكم في أن يصدر من محكمة مختصة، بناءً على صحيفة دعوى صحيحة، مراعاة حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة والمساواة بين الخصوم، تسبب الحكم تسبباً كافياً، حدوث المداولة بين القضاة، تقدير الوقائع وتطبيقه القانون على نحو صحيح، ذكر البيانات الجوهرية التي حددها القانون.

ويمكن تصحيح البطلان الذي شاب الأحكام القضائية عن طريق الطعن فيها بالطرق التي قررها المشرع وفي المواعيد التي حددها. فإذا ما انقضت هذه المواعيد أصبحت هذه الأحكام صحيحة قانوناً، ويترتب عليها الآثار التي يقررها القانون، ولأصحابها أن يتمسكوا بها وبما تقرره لهم من حقوق ومراكز قانونية.

أما الأحكام المنعدمة، فهي تلك الأحكام التي فقدت ركناً من أركانها الأساسية، وهي: صدورها من محكمة لها ولاية إصدارها، مشكلة تشكيلاً صحيحاً من قضاة لهم ولاية القضاء، في خصومة انعقدت أمامها على نحو صحيح قانوناً،

(1) أنظر: نبيل عمر - قانون أصول المحاكمات المدنية - بند 215 وما بعده - ص 446 وما

بعدها.

(2) أنظر: نبيل عمر - الإشارة السابقة.



بالشكل الذي حدده المشرع<sup>(1)</sup>. فإذا ما اختل ركن من هذه الأركان "فقد شاب الحكم عيب جسيم ينال من مقوماته ووجوده، فيعدم وجوده ويحول دونه ودون تحقيق وظيفته، وينزل به إلى مرتبة العدم، فلا يرتب آثاره ولا تكون له حصانة"<sup>(2)</sup>. وبالإضافة إلى ذلك، فإن "انعدام الحكم يعني عدم وجوده كعمل قضائي، وهو ما ينفي إمكان ترتيبه للآثار القانونية للأحكام. وجسامة العيب تحول دون إمكان تصحيحه، فهو عيب غير قابل للتصحيح. ويمكن التمسك بانعدام الحكم في هذه الحالة داخل الإجراءات عن طريق الطعن فيه. كما يمكن التمسك بذلك خارج الإجراءات سواء برفع دعوى أصلية ببطلانه، أو بدفع

---

(1) راجع في دراسة أركان الحكم القضائي: أحمد أبو الوفا- نظرية الأحكام في قانون المرافعات- بند 136 وما بعده- ص 320 وما بعدها، وجدي راغب- النظريات العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات- ط 1974- ص 413 وما بعدها وص 403 وما بعدها، عبد الباسط جميعي- مبادئ المرافعات- ط 1980- دار الفكر العربي- ص 501 وما= بعدها، نبيل عمر- قانون أصول المحاكمات المدنية- ص 446، محمود هاشم- اعتبار الخصومة كأن لم تكن في قانون المرافعات- ط 1989- ص 73 وما بعدها، أحمد ماهر زغلول- الحجية الموقوفة- ط 2-1995- بند 77 وما بعده، وأنظر في القانون الفرنسي:

Glasson, Tissier et Morel, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure en matière civile et commerciale*, 3<sup>e</sup>éd 1929. t.3, N° 72, P. 3; R. Moré, *Traité élémentaire de procédure civile*, 2<sup>e</sup>éd, 1949, N° 545, P. 431; CH. Déveze, *De la règle : voies de nullité n'ont lieu contre les jugements*, thèse, Toulouse 1938, P. 54 ets; L. Cadet, *Droit judiciaire privé*, éd. litec, 1992, N° 1080, P. 566.

(2) راجع: أحمد ماهر زغلول- مراجعة الأحكام بغير الطعن فيها- ص 31 وما بعدها.

بالانعدام يبدي في مسار خصومة تستند إلى الحكم المنعدم، أو بدفع بعدم التنفيذ يعترض سير إجراءات تنفيذ هذا الحكم. كما يمكن أيضاً رفع دعوى جديدة بذات المسألة المقضي فيها بين الخصوم دون إمكان دفعها استناداً إلى الحكم المنعدم<sup>(1)</sup>. ويمكن للقاضي أن يقرر انعدامه من تلقاء نفسه إذا جرى التمسك بهذا الحكم أمامه<sup>(2)</sup>. ويقول العلامة وجدي راغب "أن الحكم المنعدم يكون غير قابل للتصحيح، لأن غير الموجود لا يمكن تصحيحه"<sup>(3)</sup>.

الحكم المنعدم إذن هو والعدم سواء، لا توجد أية قيمة قانونية له، ولا يعتد به ولا يعول عليه، ولا يرتب أي أثر من آثار الحكم. فهذا الحكم لا يستنفذ ولاية القاضي، ولا يحوز حجية الأمر المقضي، ولا يجوز تنفيذه، كما لا يمكن الاستناد إليه في أية دعوى أخرى، ولا يتحصن ضد مواعيد الطعن.

**48-** ومن أهم الآثار الخاصة بالأحكام المنعدمة أن التقادم لا يسري عليها، حيث لا تصلح هذه الأحكام أن تكون محلاً له، فالتقادم يسري على شيء موجود وقائم، والأحكام المنعدمة لا وجود قانوني لها، وهو ما يحول بينها وبين أن تكون محلاً للتقادم.

وإن ذلك، فإن الأحكام المنعدمة لا يمكن أن تصبح صحيحة بمرور الزمن، فمهما طال الزمن على صدور هذه الأحكام فهي غير موجودة وغير قائمة، ولا يمكن أن تصبح موجودة أو قائمة في أي وقت من الأوقات، كما أن الأحكام المنعدمة لا ترتب لمن صدرت لصالحه أية حقوق أو مراكز قانونية تجاه المحكوم عليه، ولا يجوز للمحكوم له في هذه الأحكام أن يتمسك بما جاء بها مهما مر من زمن على صدورها، فالتقادم أو مرور الزمن لا شأن له ولا صلة به بالأحكام المنعدمة.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد بأن "خلو الحكم من أسماء القضاة الذين أصدروه هو عيب لا يمكن تصحيحه، ومن ثم لا يسري عليه

(1) راجع: أحمد ماهر زغلول- المرجع السابق- ص 148 وما بعدها.

(2) راجع: وجدي راغب- العمل القضائي- ص 404.

(3) راجع: وجدي راغب- الإشارة السابقة.

التقادم"<sup>(1)</sup>. والسبب في ذلك هو أن هذا الحكم منعدم، فهو غير موجود، فلا يعد حكماً ولا تسري عليه آثار الأحكام.

## المطلب الثاني

### الأحكام القضائية التي يسري عليها نظام التقادم

49- يعد أن عرضت للأحكام القضائية التي لا يسري عليها نظام التقادم (مرور الزمن)، نعرض في هذا المطلب للأحكام القضائية التي يسري عليها هذا النظام. ويستلزم ذلك بداية تحديد الأحكام القضائية التي يسري عليها نظام التقادم، وتطبيقات للأحكام القضائية التي يسري عليها هذا النظام.

## الفرع الأول

### تحديد الأحكام القضائية التي يسري عليها نظام التقادم

50- فيما عدا الأحكام السابق ذكرها، والتي لا يسري عليها نظام التقادم، فإن هذا النظام يسري على بقية الأحكام القضائية وتخضع لنظامه. ويثور التساؤل في هذا الصدد حول ما إذا كان التقادم يسري على كافة الأحكام أياً كانت طبيعتها، أي سواء كانت أحكام إلزام أم أحكاماً تفريرية أم أحكاماً منشئة، أم يسري على طائفة محددة منها فقط؟

51- يذهب الاتجاه الأول إلى أن التقادم (مرور الزمن) لا يسري إلا على أحكام الإلزام التي تقبل التنفيذ الجبري دون غيرها من الأحكام. وفي ذلك يقول الأستاذ الدكتور نبيل إسماعيل عمر أنه "وإذا صدر حكم في الموضوع لصالح المدعى ولم يقم هذا الأخير بتنفيذه فإن مدة تقادم جديدة تبدأ من تاريخ صدور

---

(1) أنظر: Cass, 1<sup>re</sup>, 28 janv. 2009. procedure, N° 4 avril 2009, commentaires, N° 106, P. 17, obs. R. PERROT;

وأنظر في نفس المعنى:

Cass- 3<sup>e</sup>. Civ, 11 oct, 2005, N° de Pourvoi 04-1663, Legi France; Cass. Soc., 5 déc- 2007, N° de pourvil 06-41807, Legi France.

هذا الحكم. وإذا اتخذ أي إجراء من إجراءات التنفيذ فإن ذلك يؤدي إلى قطع مدة التقادم وذلك فيما يتعلق بالأحكام القابلة للتنفيذ الجبري. أما الأحكام الغير قابلة للتنفيذ الجبري فهي لا تلزم المدين بأداء ما يسقط بالتقادم<sup>(1)</sup>.

كما يقول أيضاً "يترتب على صدور الحكم الحاسم للنزاع على أصل الحق كله انقضاء الحق في الدعوى. فإذا لم ينفذ هذا الحكم إن كان قابلاً للتنفيذ خلال خمسة عشرة سنة فإنه يسقط بالتقادم هو والحق الموضوعي الثابت به. أما إذا كان لا يقبل التنفيذ الجبري، كالأحكام المنشئة والمقررة، فطالما الحكم قائم فهو قاطع لأي مدة تقادم قد توجد"<sup>(2)</sup>.

كما قضت محكمة بداية طرابلس المدنية في هذا الصدد بـ "إن الحكم الذي يسقط بمرور الزمن هو الحكم الذي يتضمن إلزاماً وبالتالي يكون قابلاً للتنفيذ جبراً إن لم يكن رضاء ما دام المراد من التنفيذ قهر المدين لتمكين الدائن من استيفاء حقه"<sup>(3)</sup>.

وقد نص المشرع الفرنسي صراحة على أن الأحكام القضائية التي يسري عليها نظام التقادم وتخضع له هي الأحكام القضائية التي تقبل التنفيذ الجبري، أي أحكام الإلزام، دون غيرها من الأحكام، حيث نصت المادة 23 من القانون رقم 561-2008 الصادر في 17 يونيو 2008 والخاص بتعديل أحكام التقادم في المواد المدنية على أنه<sup>(4)</sup> "بعد المادة الثالثة من القانون رقم 650-91 الصادر في 9 يوليو 1991 الذي تضمن تعديل قانون المرافعات المدنية للتنفيذ، أدرجت المادة 1/3 على النحو التالي: المادة 3-1 لا يجوز المطالبة بتنفيذ

(1) أنظر: نبيل إسماعيل عمر - قانون أصول المحاكمات المدنية - منشورات الحلبي الحقوقية - ط

2011 - بند 125 - ص 289.

(2) أنظر: نبيل عمر - المرجع السابق - بند 231 - ص 475.

(3) أنظر: محكمة بداية طرابلس المدنية - حكم رقم 182 تاريخ 1963/4/25 - النشرة

القضائية اللبنانية - مجلة حقوقية شهرية تصدرها وزارة العدل اللبنانية - السنة 19 -

1963 - ص 735.

(4) أنظر هذا القانون في: Gaz. Pal. 2008, Légis., P. 2485

ets.

السندات التنفيذية الواردة بالفقرات الثلاث الأول من المادة الثالثة إلا خلال عشر سنوات، إلا إذا كانت الدعاوى الخاصة بتحصيل الديون الثابتة بهذه السندات تتقدم بمدة أطول". والمادة الثالثة من القانون رقم 560-91 تنص على أن "السندات التنفيذية هي فقط Seuls ما يأتي: 1- الأحكام القضائية الصادرة من جهتي القضاء العادي والقضاء الإداري عندما تحوز القوة التنفيذية Force Exécutoire ... 2- المحررات والأحكام الأجنبية والأحكام التحكيمية المقرر تنفيذها بحكم لا يقبل طعناً بوقف التنفيذية"<sup>(1)</sup>.

وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بذلك منذ ما يزيد على 120 عاماً، فقد قضت الدائرة المدنية بتاريخ 20 يوليو 1892 بأن "الحكم الذي يقضي بوجود طريق ويلزم المحكوم عليه بإعادته يسقط إذا لم يتم تنفيذه في خلال ثلاثين سنة"<sup>(2)</sup>. كما قضت هذه الدائرة بتاريخ 16 يونيو عام 1998 بأن "المطالبة بتنفيذ الأحكام التي تتضمن الإلزام بالوفاء بالنفقات المنصوص عليها في المادة 2277 مدني تخضع للتقدم العادي من القانون وهو ثلاثون سنة"<sup>(3)</sup>. كما قضت هذه الدائرة أيضاً بتاريخ 27 سبتمبر عام 2001 بأنه "يكون صحيحاً ومطابقاً للقانون حكم محكمة الاستئناف الذي قرر أن المطالبة بتنفيذ حكم يتضمن إلزاماً بأداء أقساط الدخل المرتب يخضع للتقدم الثلاثيني للقانون العادي، على خلاف المطالبة بدفع هذه الأقساط التي تخضع للتقدم الخمسي الذي نصت عليه المادة 2277 من القانون المدني"<sup>(4)</sup>. كما قضت هذه الدائرة بتاريخ 14 يناير 2003 بـ "إن المطالبة بتنفيذ الأحكام التي تتضمن إلزاماً بدفع

---

(1) وقد أصبحت المادة 3 من القانون رقم 650-91 برقم 3-111 L من المرسوم رقم

1895-2011 الصادر في 2011/12/19 والخاص بالجزء التشريعي لقانون

المرافعات المدنية للتنفيذ الذي بدأ العمل به من 2012/6/1.

(2) أنظر: I. 1893. D.P. 1892, jull. 20 Civ. 86.

(3) أنظر: N° I. Bull. Civ. 1998, juin. 16 Civ. 214.

(4) أنظر: N° I. Bull. Civ. 2001, sept. 27 Civ. 147.

تعويضات ومبالغ مستحقة للمساهمة في رعاية أطفال تخضع للتقادم الذي نص عليه القانون، وهو ثلاثون سنة<sup>(1)</sup>.

أما الاتجاه الثاني فيذهب إلى أن التقادم (مرور الزمن) يسري على كافة الأحكام، سواء كانت أحكام إلزام تقبل التنفيذ الجبري أم أحكاماً مقررّة أو منشئة. ويقول الدكتور إلياس ناصيف في هذا الصدد أنه "يمر الزمن على الأحكام حتى المعلنة منها Judgments declaratives وتطبق بشأنها القاعدة العامة، فتكون مدة مرور الزمن عشر سنوات، أيّاً تكن مدة مرور الزمن على الحقوق التي تعلنها أو تتشبهها هذه الأحكام. هذا ما تضمنته المادة 2/359 موجبات و عقود التي نصت على أنه "إذا جرى الاعتراف بالدين في صك أو أثبت هذا الدين بحكم فالمهلة الجديدة لمرور الزمن تبقى عشر سنوات"<sup>(2)</sup>. ويقول أيضاً تأكيداً لموقفه "يؤدي مرور الزمن على الأحكام (أو القرارات) إلى انقضاء ما ينتج عنها من مقررات، سواء كانت تقضي بالتنفيذ بكل ما تتضمنه كلمة تنفيذ من معنى، أو لم تكن تقضي به"<sup>(3)</sup>.

52- والحقيقة - في اعتقادنا - أن التقادم (مرور الزمن) يسري على كافة الأحكام القضائية أيّاً كانت طبيعتها، أي سواء كانت هذه الأحكام أحكام إلزام أو أحكاماً تفريرية أو أحكاماً منشئة<sup>(4)</sup>. فالأحكام التي تقضي بالزام المحكوم عليه بأداء معين يقبل التنفيذ الجبري يسري عليها نظام التقادم، بحيث لا يكون

---

(1) أنظر: Civ. 14 janv. 2003, Bull. Civ. I. N° 8.

(2) أنظر: إلياس ناصيف - موسوعة العقود المدنية والتجارية - البحث السادس - أحكام العقد - الجزء السادس - ط 1991 - ص 199 وما بعدها.

(3) أنظر: إلياس ناصيف - الإشارة السابقة.

(4) أنظر في تعريف الحكم التفريري والحكم المنشئ وحكم الإلزام: فتحي والي - الوسيط - بند 66 وما بعده - ص 144 وما بعدها، وجدي راغب - مبادئ القضاء المدني - دار النهضة العربية - ط 2001 - ص 59 وما بعدها، وأنظر:

Vincent et Guinchard, Op.Cit., N° 192 ets., P. 171 ets.

للمحكوم له أن يجبر المحكوم عليه على أداء ما حكم به عليه إذا مرت المدة اللازمة لتقادم هذا الحكم.

وبالإضافة إلى ذلك، فإن الأحكام التقريرية، وهي التي تقضي بوجود أو عدم وجود حق أو مركز قانوني دون إلزام المحكوم عليه بأداء معين، يسري عليها نظام التقادم، بحيث إذا لم يطالب المحكوم له في هذه الأحكام بإلزام المحكوم عليه بمضمون ما قضى له به طوال مدة التقادم، فإن هذه الأحكام تتقادم، ولا يكون له من ثم حق المطالبة بما حكم له به لتقادم الحكم الذي قرر له هذا الحق وتقاوعس هو عن استكمال الإجراءات ورفع دعوى لإلزام المحكوم عليه بأداء ما جاء بالحكم الذي قرر له حقاً في مواجهته. فعلى سبيل المثال، إذا قضى أحد الأحكام بأحقية المحكوم له بملكية أرض أو بدين في مواجهة المحكوم عليه، وهو حكم تقريري، ولم يقم المحكوم له برفع دعوى لإلزام المحكوم عليه بتسليم الأرض أو بأداء الدين المحكوم له بهما إلى أن انقضت المدة اللازمة للتقادم، فإن الحكم الصادر لصالحه يكون قد تقادم بمرور الزمن، ولا يمكنه من ثم الحصول على حكم ضد المحكوم عليه بأداء ما حكم له به إذا دفع هذا الأخير بسقوط الحكم الأول الصادر ضده بالتقادم.

وقد قضت محكمة التمييز اللبنانية بتاريخ 13 مارس عام 1956 في هذا الصدد بأن "مرور عشر سنوات على الحكم القاضي بإعلان ملكية شخص على عقار - وهو الحكم التقريري في القانون اللبناني - أو برد دعوى المدعى يسقط حق الطعن في هذا الحكم، وذلك لأن طرق المراجعة ضد حكم هي حقوق شخصية تمنح إلى من كانوا ممثلين في الدعوى، وهي كسائر الحقوق الشخصية ويجب أن تنفذ خلال مدة مرور الزمن العادية إذا لم يبلغ الحكم"<sup>(1)</sup>.

كما قضت محكمة استئناف بيروت بتاريخ 27 فبراير عام 1964 بأنه "يقتضي التفريق بين الحالة التي يقضي فيها الحكم برد الدعوى والحالة التي يقضي فيها بإثبات الدين. ففي الأولى لا تتبدل مهلة مرور الزمن، أما في الثانية فتصبح مهلة مرور الزمن عشر سنوات مهما كانت هذه المهلة قبل صدور

---

(1) أنظر: محكمة التمييز اللبنانية- قرار رقم 21- تاريخ 13 مارس سنة 1956- النشرة

الحكم"<sup>(1)</sup>. ولا جدال في أن الحكم بإثبات الدين هو حكم تقريري، وقد جاء بالحكم أن التقادم يلحق هذا الحكم بعد مضي عشر سنوات من تاريخ صدوره. كما أن الأحكام المنشئة، وهي التي تقضي بإنشاء أو تعديل أو إنهاء حق أو مركز قانوني، كالأحكام الصادر بالإفلاس أو بتعديل الالتزام التعاقدية أو بفسخ العقد أو الحكم بالشفعة، تحتاج في غالبها إلى مواصلة الإجراءات للحصول على نتائج ما قضى به للمحكوم له، كاتخاذ الإجراءات اللازمة لوجود التفليسة أو المطالبة بالتعويض عن فسخ العقد أو المطالبة بتسليم العقار الذي حكم بالشفعة فيه للمحكوم له أو المطالبة بالتعويضات والنفقات المترتبة على حكم التلطيق، فإذا لم تتابع الإجراءات ومرت المدة اللازمة للتقادم فإن هذا الحكم يتقادم فيما يترتب عليه من آثار جوهرية غير الأثر الأصلي الذي قضى به (الإفلاس- الفسخ- التلطيق- الشفعة)، بحيث إذا لم يطالب المحكوم له بما يترتب على هذا الحكم طوال مدة التقادم سقط الحكم المنشئ فيما قضى به لصالحه.

ويؤكد على رأينا السابق نص المادة 2/385 من القانون المدني المصري التي تنص على أنه "إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضي... كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة". حيث يتضح من هذا النص أن المشرع لم يحدد طبيعة معينة للحكم حتى يسري عليه التقادم، فكل ما اشترطه هو أن يصدر حكم بالدين أياً كانت طبيعة هذا الحكم، ملزماً كان أو تقريرياً أو منشئاً، وأن يحوز هذا الحكم قوة الأمر المقضي".

ومن ثم، فإن محاولة حصر الأحكام التي يسري عليها نظام التقادم في أحكام الإلزام دون غيرها من الأحكام يتعارض مع صراحة نص المادة 2/385 مدني. وهو ما أكدت عليه أيضاً المادة 2/359 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، حيث نصت هذه المادة على أنه "إذا جرى الاعتراف بالدين في صك، أو أثبت هذا الدين بحكم فالمهلة الجديدة لمرور الزمن تبقى عشر سنوات". فالمشرع اللبناني بموجب هذا النص أكد بما لا يدع مجالاً للشك أن الحكم التقريري، وهو الحكم الذي يثبت الدين، يسري عليه التقادم، دون أن يشترط أن يكون هذا الحكم من أحكام الإلزام التي تقبل التنفيذ الجبري. ومن ثم، فإن محاولة القول بأن التقادم يسري على أحكام الإلزام دون الأحكام التقديرية أو

(1) أنظر: محكمة استئناف بيروت- الغرفة المدنية- قرار رقم 299- تاريخ 1964/2/27-

صادر بين التشريع والاجتهاد- مرور الزمن- رقم 20- ص 213 وما بعدها.



المنشئة يتعارض وصراحة نص المادة 2/359 موجبات وعقود، ويخصصها بلا مخصص ويقيدها رغم إطلاقها، رغم أن القاعدة الأصولية هي أن "العام يبقى على عمومه ما لم يرد ما يخصصه، والمطلق يبقى على إطلاقه ما لم يرد ما يقيد".

53- وقد أكد المشرع المصري على أن التقادم يسري على كافة الأحكام أياً كانت طبيعتها، وذلك بموجب نص المادة 68 من قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 التي جاء بها أنه "تتقادم الدعاوى الناشئة عن التزامات التجار قبل بعضهم البعض والمتعلقة بمعاملاتهم التجارية بمضي سبع سنوات من تاريخ حلول ميعاد الوفاء بالالتزام إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك، وكذلك تسقط بمضي عشر سنوات الأحكام النهائية الصادرة في تلك الدعاوى".

فالأحكام الصادرة في دعاوى التزامات التجار، أياً كان طبيعة هذه الأحكام بصريح نص المادة 68، تقادم بمضي عشر سنوات. فلم يحدد المشرع نوعاً معيناً من الأحكام يسري عليه التقادم دون غيره من الأحكام ويستبعد باقي الأحكام من الخضوع للتقادم، وإنما أطلق المشرع كلمة الأحكام، أي سواء كانت أحكام إلزام أو أحكاماً تفريرية أو أحكاماً منشئة. فسواء كان حكم بالإلزام أحد التجار بأداء دين تجاري لآخر أو حكم بأحقيقته بهذا الدين دون إلزام، أو حكم بالإفلاس للتوقف عن دفع الدين، فجميعها يسري عليها نظام التقادم وتخضع لأحكامه متى كانت أحكاماً نهائية.

### الفرع الثاني

تطبيقات الأحكام القضائية المدنية والتجارية التي يسري عليها نظام التقادم

54- ذكرنا فيما سبق أنه فيما عدا الأحكام التي لا يسري عليها التقادم سواء بنص المشرع أو بسبب طبيعتها، فإنه كافة الأحكام القضائية يسري عليها هذا التقادم أياً كانت طبيعتها، أي سواء كانت أحكاماً تفريرية أو منشئة أو أحكام إلزام. ويشمل ذلك هذه الأحكام أياً كان مضمون ما قضت به، أي سواء قضت بأداء مبلغ من النقود امتنع المحكوم عليه عن الوفاء به للمحكوم له، أو قضت بالتنفيذ العيني أو بالتعويض لصالح المحكوم له، أو قضت بإنهاء العلاقة التعاقدية والتعويض عن تسبب في ذلك من المتعاقدين.

ونعرض - فيما يلي - لبعض الأحكام القضائية التي يسري عليها التقادم:

أولاً: الأحكام التي تقضي بأداء معين أو بعمل أو بالامتناع عن العمل:

55- إن الحكم الذي يقضي للمحكوم له بأداء معين تجاه المحكوم عليه، كدفع مبلغ من المال، يتقادم إذا مرت المدة اللازمة للتقادم ولم يطالب المحكوم له المحكوم عليه بهذا الأداء. فليس معنى أن المحكوم عليه قد أصبح بحكم القضاء مدينياً بمبلغ معين أن يظل مدينياً به مدى الحياة ومهما مر من زمن على صدور الحكم الصادر ضده، وبحيث يظل هذا الحكم ينتج أثره في مواجهته ومواجهة ورثته. فإذا لم يطالب المحكوم له المحكوم عليه بتنفيذ ما حكم عليه بأدائه المدة اللازمة للتقادم فإن حقه في مواجهته يسقط لسقوط الحكم الصادر لصالحه بالتقادم.

كما أن الحكم الذي يقضي بقيام المحكوم عليه بعمل معين لصالح المحكوم له، كسد مطل فتح على خلاف القانون أو تنفيذ الأعمال المتفق عليها في عقد المقاولة، ولم يطالب المحكوم له المحكوم عليه بالقيام بالعمل المكلف به طيلة المدة اللازمة لتقادم الحق، فإن حقه يسقط في مواجهته لتقادم الحكم الصادر لصالحه بالقيام بهذه الأعمال.

وبالإضافة إلى ما تقدم، فإنه إذا صدر حكم ضد أحد الأشخاص يمنعه من القيام بعمل معين تجاه المحكوم له، كمنعه من المرور بأرضه لأنه لا حق له يسمح بالمرور أو بوقف الأعمال الجديدة التي كان قد بدأها على أرضه حماية لحيازة المحكوم له أو بعدم المنافسة أو بعدم استخدام علامته التجارية، ولم يقم المحكوم له باتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة لتنفيذ الحكم الصادر لصالحه وترك المحكوم عليه يقوم - تحت سمعه وبصره - بالعمل الذي لجأ إلى القضاء لمنعه من القيام به أو الاستمرار فيه وذلك طوال المدة اللازمة للتقادم، فإن الحكم الصادر لصالحه يتقادم في مواجهة المحكوم عليه.

وقد قضت محكمة التمييز اللبنانية في هذا الصدد بتاريخ 13 مارس عام 1956 بـ "إن الحكم برد دعوى المدعى لا يسقط بمرور الزمن لأن الرد يعني عدم الاعتراف بالحق الذي يطلبه المدعى وهو يخلق وضعية سلبية لا تحتاج إلى تنفيذ كيما يقال أنه بعد مدة من الوقت لا يجوز للمحكوم له أن يطلب تنفيذها لمرور الزمن على الحكم الصادر فيها. أما الأحكام التي يمكن الإدعاء بمرور

الزمن عليها فهي التي تقضي لمصلحة أحد المتداعين بمبلغ من المال يدفعه له المحكوم عليه أو يقوم بعمل لهذا الأخير"<sup>(3)</sup>.

ثانياً: الأحكام القضائية التي تقضي بحفظ حق المحكوم له بالمطالبة بأمر معين<sup>(4)</sup>:

56- قد يصدر من المحكمة حكماً يقضي بحفظ حق المحكوم له في مطالبة المحكوم عليه بأمر معين. واستناداً إلى هذا الحكم يكون للمحكوم له مطالبة المحكوم عليه بما قرره الحكم لصالحه.

ولكن يلاحظ أن هذا الحكم لا ينتج مفعوله لصالح المحكوم له تجاه المحكوم عليه مدى الحياة، بحيث يمكنه الاستناد إلى هذا الحكم في أي وقت لمطالبة المحكوم عليه بما تم التحفظ له تجاهه. فإذا مرت المدة اللازمة لتقادم هذا الحكم دون أن ينفذه للحصول على حقه فقد سقط هذا الحكم، ولم يعد للمحكوم له الاستناد إليه لمطالبة المدعى عليه بما قضى به الحكم.

وقد قضت محكمة التمييز اللبنانية في هذا الصدد بأنه "بما أن خلاصة وقائع هذه الدعوى تنحصر بأن محكمة إعادة المحاكمة أصدرت بتاريخ 9 ك2 سنة 1947 قراراً بحفظ حق المميز للمطالبة بالمصاريف التي اضطر إلى دفعها بشأن العقد الذي كان جارياً بينه وبين الأستاذ... والذي أبطل بنتيجة دعوى كان قد أقامها بشأنه، وعملاً بهذا القرار أقام هذه الدعوى بتاريخ 12 آذار سنة 1957.

وبما أن القاضي البدائي وبعده محكمة الاستئناف ردت دعوى المميز لمرور أكثر من عشر سنوات على صدور قرار إعادة المحاكمة. وبما أن المميز طعن بالقرار الاستئنافي.

وبما أن محكمة الاستئناف استندت بقرارها - لرد دعوى المميز لعدة مرور الزمن - إلى أن حكم الإعادة لم ينفذ لجهة المطالبة بالحق المدعى به إلا بتاريخ 12 آذار سنة 1957 تاريخ إقامة الدعوى الحالية، وأن من تاريخ هذا الحكم

---

(3) أنظر: محكمة التمييز اللبنانية 1956/3/13 - القرار رقم 21 - النشرة القضائية - السنة

(4) راجع: الياس أبو ناصيف - موسوعة العقود المدنية والتجارية - المرجع السابق - ص 200.

الموافق في 9 ك2 سنة 1947 لغاية 12 آذار سنة 1957 وقد تقاعس عن ممارسة حقه فسقط بذلك لعلة مرور الزمن.

وبما أن قرار إعادة المحكمة قد حفظ للميز الحق بإقامة الدعوى بالمصاريف ولم يقمها إلا بعد مرور عشر سنوات لم يثبت أنه قام بخلاها بعمل بقطع مرور الزمن.

وبما أن محكمة الاستئناف قد راعت أحكام المادة 349 موجبات كما راعت المادة 348 منه لأن حق المميز بالمطالبة به من تاريخ صدور قرار إعادة وقد تقاعس عن ممارسة حقه فسقط بذلك لعلة مرور الزمن<sup>(13)</sup>.

**ثالثاً: الأحكام الصادرة بملكية العقارات والتي سجلت بالشهر العقاري والسجل العيني في القانون المصري:**

57- قد يرفع أحد الأشخاص دعوى بملكية أحد العقارات، أرض زراعية، أرض بناء، شقق سكنية... إلخ، أو يرفع دعوى بصحة ونفاذ عقد اشترى بموجبه أحد العقارات، ويصدر حكم لصالحه في الحالة الأولى بملكية هذا العقار والزام المدعى عليه بتسليمه إياه، ويصدر حكم في الحالة الثانية بصحة ونفاذ عقد العقار الذي اشتراه. ورغم صدور هذه الأحكام فإن الملكية لا تنتقل إليه إلا بتسجيل الحكم الصادر لصالحه في الشهر العقاري أو السجل العقاري، فيقوم بتسجيل هذا الحكم في هذه السجلات، ومن ثم يكون هو المالك للعقار المحكوم له به.

ورغم صدور الحكم الصادر للمدعى بملكية العقار وتسجيله بالشهر العقاري أو بالسجل العيني، فإن الغير قد يضع يده على هذا العقار المدة الطويلة المكسبة للملكية. فأيهما يعتد به في هذا الصدد، الحكم القضائي بالملكية المسجل بالسجلات الرسمية بالدولة أم وضع اليد المدة الطويلة دون أي سنداً آخر؟

58- في الحقيقة أن الذي يعتد به ويعول عليه في هذه الحالة هو وضع اليد وليس الحكم القضائي المسجل، وذلك تحقيقاً للاستقرار في المجتمع الذي يحمي المراكز التي استمرت مدة طويلة من الزمن وإن كانت مراكز فعلية. أما الحكم القضائي الذي صدر وسجل بالشهر العقاري فقد تقادم بمرور الزمن

---

(13) أنظر: محكمة التمييز اللبنانية- الغرفة الثانية- تاريخ 1962/6/7- رقم القرار 39-

باز 1962- ص 184 وما بعدها.

وعدم قيام المحكوم له إما بعدم تنفيذه في مواجهة المحكوم عليه بالملكية والتسليم المدة الطويلة اللازمة للتقادم، وإما بترك عقاره الذي حصل على حكم بصحة ونفاذ العقد المبرم بخصوصه تحت يد الغير المدة الطويلة المكسبة للملكية.

فالحكم القضائي المسجل بالشهر العقاري أو بالسجل العيني لا يحمى ملكية العقار الواردة به إذا ما وضع الغير يده على هذا العقار المدة اللازمة لاكتسابه بالتقادم، وذلك لسقوط هذا الحكم بالتقادم. وإذا أراد من صدر لصالحه هذا الحكم تنفيذه والحصول على العقار الذي حكم له بملكيته وتسلمه أو حكم له بصحة ونفاذ العقد الذي اشتراه بموجبه، وذلك بعدما يزيد على خمسة عشرة سنة من صدوره لصالحه وصلاحيته للحصول عليه، فإن يجاب إلى طلبه ولن يعتد بهذا الحكم لأنه قد سقط بالتقادم، وسيحكم لمن وضع يده على نحو قانوني صحيح بتثبيت الملكية لصالحه، ويرجح وضع يده على الحكم القضائي المسجل.

وتأكيداً على ذلك، فقد قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ 1998/6/6<sup>(14)</sup> بعدم دستورية المادة 37 من قانون السجل العيني الصادر بالقانون رقم 142 لسنة 1964 التي نصت على أنه "السجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه. ولا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل".

ومما جاء بهذا الحكم "... أن الحيازة هي السيطرة المادية على الحق أو الشيء محل الحق من خلال أعمال مادية يأتيتها الحائز ابتداءً أو انتقالاً من الغير، ويستتقيها - ولو كان مغتصباً للحق موضوعها - مع اقتدائها بقصد استعمال هذا الحق محدداً على ضوء محتواه. ولا تعتبر الحيازة - باجتماع عنصرها هذين، وبالنظر إلى طبيعتها - حقاً عينياً أو شخصياً، ولا هي بحق أصلاً، ولكنها تنقل الحقوق موضوعها - وعند توافر شروطها - إلى من يكسبونها بأثر رجعي يترد إلى تاريخ بدنها. ولا تعتبر الحيازة بالتالي مجرد قرينة لا يجوز دحضها على أن الحائز صار مالكاً للشيء محلها بعد أن حازه المدة التي عينها المشرع، ولكنها تتمحض سبباً مباشراً لنقل ملكية الحق موضوعها. والحيازة بذلك تحيل الأوضاع الفعلية التي استقر أمرها بعد أن امتد زمنها من خلال التقادم، إلى حقائق قانونية لا تنزع بها الملكية بعد اكتمال الحق فيها،

(14) أنظر: حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بتاريخ 1998/6/6 - الطعن رقم 42

وإنما تخلص لحائز اتصل بها، وظهر عليها أمداً، مباشراً سلطاتها دون اعتراض من مالكيها. وكان منطقياً أن يقدم المشرع على مصلحته التي أهمل الدفاع عنها ورد من يناهضوها على أعقابهم، مصلحة حائز اطمأن الناس إلى الأوضاع الظاهرة التي بسطها، والتي يقدرون معها امتداد زمنها، إلى ملكية كاملة، ولو كان مغتصباً للحق فيها.

وحيث أن الحماية التي أظلم بها الدستور الملكية الخاصة لضمان صونها من العدوان، لا تقتصر على الصور التي تظهر الملكية فيها بوضعها الأصل الذي تنفرد عنه الحقوق العينية الأصلية جميعها، وإنما تمتد هذه الحماية إلى الأموال كلها دون تمييز بينها، باعتبار أن المال حق ذو قيمة مالية، سواء كان هذا الحق شخصياً أو عينياً أو كان من حقوق الملكية الأدبية أو الفنية أو الصناعية، ذلك أن الحقوق العينية التي يكون العقار محلها، تعتبر مالاً عقارياً. أما ما يقع منها على منقول، وكذلك الحقوق الشخصية – أي ما كان محلها – فإنها تعد مالاً منقولاً. وإلى هذه الأموال كلها تنبسط الحماية التي كفلها الدستور لحق الملكية، فلا تخلص لغير أصحابها. وحيث أن نظم الشهر على اختلافها – ما كان منها شخصياً أو عينياً – تشترط اشتقاق الحقوق التي تسجلها أو تقيدتها في صحائفها من أسبابها التي حددها المشرع حصراً، تقديراً بأن أسبابها هذه هي التي تقيمها وفقاً للقانون، حتى ولو كان السجل عينياً، وكان ما يقيد في هذا السجل إما أن يكون تصرفاً قانونياً أو عملاً مادياً، وكان كلاهما مصدرراً للحقوق العينية يكسبها وفقاً للشروط التي نص عليها القانون، فإن استكمالها لشروطها هذه يظل مناط صحتها.

وما تنص عليه المادة 13 من قانون السجل العيني من أن الحقوق التي يطلب أصحابها قيدها في السجل استناداً إلى وضع اليد لا يجوز إثباتها إذا كان من المحررات المشهورة ما يناقضها، يعتبر انفلاتاً عن كل منطق. ذلك أن التقادم طويلاً كان أم قصيراً – وعلى ما تقضى به المادتان 968 و969 من القانون المدني على التوالي – يعتبر سبباً ناقلاً للملكية من أصحابها، فإذا كان طويلاً تمحض حيازة استتال زمنها مع اقترانها بقصد استعمال الحق موضوعها، وإن كان قصيراً، فإن واقعة الحيازة يظل لها دورها، وإنما ينبغي أن يدعمها حسن نية الحائز، واقتران يده على الشيء محلها بما يكون سبباً صحيحاً وفقاً للقانون. ويعتبر كذلك كل سند يصدر عن شخص ليس مالكاً للشيء. والحيازة بالتالي تناقض بالضرورة حقوق ملكية قائمة مشهر سندها.

وحيث أن القول بأن قانون السجل العيني يعتبر بالنصوص التي تضمنها – ملغياً أحكام القانون المدني في شأن الحيازة المكسبة للملكية، مردود أولاً: بأن

الأصل في النصوص القانونية، هو أن تتحدد مضامينها على ضوء موضوعها، وبمراعاة مقاصدها، وبما لا يخرج عبارة تضمنها النص عن سياقها. ولا شأن لقانون السجل العيني بمصادر الحقوق العينية الأصلية في غير مجال إثباتها، ومن ثم يبقيا، مخصصاً على ضونها طبيعة الحقوق التي يراد إثباتها في السجل ونطاقها، متوخياً من رسدها وتحقيق مشروعيتها، أن يحل تدريجياً محل نظام يكون الشهر فيه شخصياً، وليس للتسجيل بمقتضاه، ما للقيد في السجل العيني من أثر. ومردود ثانياً: بأن تعلق قيد الحقوق العينية في السجل العيني بمجال إثباتها، هو ما تنص عليه المادة الأولى من قانون إصدار قانون هذا السجل، وكذلك الفقرة الأولى من المادة 37 من هذا القانون اللتان تصرحان بأن شهر المحررات مرتبط بإثباتها في السجل وفقاً للشروط والأوضاع المنصوص عليها في القانون، وأن مؤدى إثباتها فيه، إسباغ قوة مطلقة على بياناتها، فلا تنزع صحتها. ومردود ثالثاً: بأن إلغاء النصوص القانونية - وعلى ما تقضى به المادة الثانية من القانون المدني - إما أن يكون صريحاً أو ضمناً. وهو لا يكون ضمناً إلا إذا أعاد المشرع تنظيم موضوعها بما يناقض النصوص التي كان قد قررها في شأن هذا الموضوع. ويفترض ذلك أن يكون التنظيم القديم والجديد، دائرين حول المسائل عينها، وأنهما تعامداً بالتالي على محل واحد. ولا كذلك القانون المدني وقانون السجل العيني، ذلك أن أولهما لا يتناول الحقوق العينية إلا على صعيد أسبابها التي تنشئها أو تنقلها بعد استكمالها لعناصرها. ولا يتصور أن يكون قانون السجل العيني - وباعتباره لاحقاً للقانون المدني - معدلاً من روافد حقوق لا يعنى بغير إثباتها. وحيث إن ما تنص عليه المادة 38 من قانون السجل العيني - واستثناء من حكم المادة السابقة عليها - من جواز قيد الحقوق استناداً إلى وضع اليد المكسب للملكية، إذا رفعت الدعوى أو صدر الحكم فيها خلال خمس سنوات من انقضاء المدة المنصوص عليها في القرار الوزاري المشار إليه في المادة الثانية من قانون الإصدار؛ مؤداه أن الحيازة في ذاتها، لا تناقض بالضرورة طبيعة السجل العيني، ولا تحول - بخصائصها ولا بآثارها - دون قيد الحقوق الناشئة عنها؛ وكان القيد وإن تناول أصلاً الحقوق التي يكون سندها تصرفاً قانونياً، إلا أن النصوص التي تضمنها قانون السجل العيني، لا تحول دون قيد الحقوق التي تكون الوفاة - وهي واقعة مادية - مصدرها لها. وحيث إن مؤدى النص المطعون فيه، حظر تملك الحقوق العينية الأصلية من خلال قيدها بالسجل العيني إذا كان التقديم سبب كسبها؛ وكانت دستورية النصوص القانونية تفترض ارتباطها عقلاً بأهدافها بما يقيم علاقة منطقية بين الوسائل وغاياتها؛ وكانت المذكرة الإيضاحية لهذا النص، تراه دارناً لخطر: أولهما

ألا يفاجأ من يملكون الحقوق العينية الأصلية المقيدة في السجل، بأخرين ينازعونهم فيها من خلال اغتصابها عن طريق الحيازة. ثانيهما أن من يطلبون حقوقاً عينية أصلية يدعون تملكها بالحيازة، يطرحون موقفاً يناهض القوة المطلقة التي أثبتتها السجل، فلا يجوز قيدها؛ وكان هذان الخطران متوهمين، ذلك إن الحيازة لا تتمحض غصباً في كل صورها وأحوالها. وحتى إن كانت كذلك، فإن الأوضاع العملية التي تستمد منها، هي التي قلبها المشرع إلى قوانين قانونية يتم التعامل على أساسها، فلا تكون أوضاعها الظاهرة الإقرين مشروعيتها. كذلك فإن التأشير الهامشي، يرد عن الحيازة المخاطر التي يدعى اتصالها بها، وبمقتضاه لا تقيد الحقوق العينية الأصلية التي تنقلها الحيازة في السجل العيني، إلا بعد التأشير بدعواها على هامش صحيفة السجل للوحدة العقارية المتعلقة بها، وصدور حكم نهائي بصحتها يترد أثره إلى تاريخ هذا التأشير. فلا يكون التغيير في السجل بناء على التملك بالتقادم، إلا في الحدود التي يقوم فيها الدليل عليه نقياً كاملاً. وحيث إنه متى كان ما تقدم؛ وكان النص المطعون فيه قد أخل بالحماية التي كفلها الدستور لحق الملكية؛ ويقدم فيما بين الحقوق العينية الأصلية تمييزاً من جهة أسبابها لا يستند إلى أسس موضوعية تقتضيها طبيعة القيد في السجل العيني؛ وكانت تنمية الدخل القومي وفقاً لنص المادة 23 من الدستور، لا يكفها من أهمل أعياناً يملكها، أو تركها مواتاً متخلياً عنها؛ وإنما يربحها من اتصال بهذه الأعيان، وبسط يده عليها لإحيائها واستثمارها؛ فإن النص المطعون فيه يكون مخالفاً أحكام المواد 23 و32 و34 و40 من الدستور. فلهذه الأسباب حكمت المحكمة بعدم دستورية ما نصت عليه المادة 37 من قانون السجل العيني الصادر بالقانون رقم 142 لسنة 1964 بنظام السجل العيني من حظر التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل، وبسقوط نص المادة 38 من هذا القانون، والزمته الحكومة المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة".

وقد قضت محكمة النقض المصرية بتاريخ 2 يونيو 2005 - وتطبيقاً لحكم المحكمة الدستورية العليا - بأن "المقرر - وعلى ما استقر عليه قضاء محكمة النقض - أنه يترتب على صدور حكم من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه اعتباراً من اليوم التالي لنشر الحكم في الجريدة الرسمية وهذا الحكم ملزم لجميع سلطات الدولة وللکافة ويتعين على المحاكم باختلاف أنواعها ودرجاتها أن تمتنع عن تطبيقه على الوقائع والمراكز القانونية المطروحة عليها ولو كانت سابقة على صدور الحكم بعدم الدستورية باعتباره قضاء كاشفاً عن عيب لحق النص منذ نشأته



بما ينفي صلاحيته لترتيب أي أثر من تاريخ نفاذه ولازم ذلك أن الحكم بعدم دستورية نص في القانون يصبح ملزماً من اليوم التالي لتاريخ نشره فلا يجوز تطبيق النص من هذا التاريخ على أية دعوى ولو كانت منظورة أمام محكمة النقض وهو أمر متعلق بالنظام العام تعمله المحكمة من تلقاء نفسها.

إذ كانت المحكمة الدستورية العليا قد قضت بتاريخ 1998/6/6 في القضية رقم 42 لسنة 17ق "دستورية" والمنشور في الجريدة الرسمية بالعدد رقم 35 تابع بتاريخ 1998/6/18 بعدم دستورية ما نصت عليه المادة 37 من قانون السجل العيني الصادر بالقانون رقم 142 لسنة 1964 بنظام السجل العيني من حظر التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل وبسقوط نص المادة 38 من هذا القانون مما مؤداه جواز اكتساب ملكية العقارات الخاضعة لنظام السجل العيني بالتقادم. وكان الطاعنون قد تمسكوا في دفاعهم أمام محكمة الموضوع بتملكهم أطيان النزاع بالتقادم الطويل بعد ضم مدة حيازة البائعة لهم إلى مدة حيازتهم ودلوا على ذلك بالمستندات التي قدمت أمام الخبير فإن الحكم المطعون فيه إذ أعرض عن بحث وتحقيق هذا الدفاع رغم أنه دفاع جوهري يترتب عليه إن صح تغيير وجه الرأي في الدعوى ركوناً منه إلى قاعدة حظر التملك بالتقادم على خلاف الثابت بالسجل العيني والمقضي بعدم دستوريتها وخلص إلى تأييد الحكم الابتدائي الذي قضى بطردهم من أطيان النزاع، فإنه يكون مع مخالفته للقانون قد ران عليه القصور المبطل"<sup>(25)</sup>.

**رابعاً: الأحكام الصادرة بإلزام المحكوم عليه (المدين) بتسجيل عقار غير مقيد بالسجل العقاري في القانون اللبناني:**

58- ذكرنا فيما سبق أن الأحكام القضائية التي لا يسري عليها مرور الزمن في القضايا العقارية هي فقط الأحكام التي تثبت حقاً مسجلاً تسجيلاً نهائياً في السجل العقاري.

أما الأحكام الصادرة بإلزام المدين بتسجيل العقار الذي باعه في السجل العقاري، حيث لم يكن هذا العقار مسجلاً في هذا السجل، فقد ثار الخلاف حول

---

(25) أنظر: نقض 2005/6/2- الطعن رقم 1376 لسنة 73 ق- البوابة القانونية لمحكمة

النقض المصرية، وهي تنشر أحكام هذه المحكمة على الإنترنت.

سقوطها بمرور الزمن (تقدمها) في القضاء اللبناني. ويمكن حصر هذا الخلاف في اتجاهين:

الاتجاه الأول يذهب إلى أن الحكم الصادر بتسجيل عقار لا يسقط بمرور الزمن. وقد قضت محكمة استئناف بيروت في هذا الصدد، بتاريخ 15 مارس 1955 بأنه "بحسب نص المادة 2/204 من القرار 3339، أن من يكتسب عقاراً بحكم أو بنزع الملكية فهو مالك قبل التسجيل ويعتبر الحكم بين الفرقاء بمثابة سند مؤقت للملكية. وطالما أنه حق الملكية لا يسقط بمرور الزمن فإن الحكم الذي قضى به لا يسقط بمرور الزمن أيضاً، بسبب عدم قيده خلال مدة معينة"<sup>(28)</sup>. كما قضت محكمة بداية بيروت بتاريخ 6 مارس عام 1973 بـ "إن المادة 11 من القرار 188 تاريخ 1926/3/15 والمادة 393 موجبات وعقود، وقد تناولنا الحقوق الناشئة عن الصكوك والاتفاقات الرضائية واعتبرنا أن لا مفعول لها حتى بين المتعاقدين إلا من تاريخ التسجيل، لم تتناول الحقوق الناتجة عن اكتساب العقار بموجب حكم قضائي، ولا مجال بالتالي لتطبيق هذين النصين على الأحكام. وبما أن مرور الزمن المسقط المنصوص عليه في المادة 349 موجبات وعقود لا يطبق على الحق في العقار المكتسب بحكم وفقاً للمادة 204 ملكية عقارية لاخلاف هذا الحق العيني عن الحقوق الشخصية التي تناولها قانون الموجبات والعقود"<sup>(29)</sup>.

أما الاتجاه الثاني فإنه يذهب إلى أن الحكم الصادر بتسجيل عقار يسقط بمرور الزمن. وقد قضت محكمة التمييز اللبنانية بتاريخ 16 مايو عام 1952 بأن "حق التسجيل الذي ينشأ عن الأحكام أو الوصية أو الاستهلاك يمر عليه الزمن تجاه الغير، إذا كان صاحب الحق لم يستعمل حقه من خلال مدة العشر سنوات المنصوص عنها في المادة 349 موجبات وعقود"<sup>(30)</sup>. كما قضت أيضاً في حكم آخر بأنه "إذا لم يرد نص على سقوط الأحكام المدنية سواء كانت عقارية

---

(28) أنظر: استئناف بيروت- قرار رقم 293- تاريخ 1995/3/15- النشرة القضائية- 1955- ص 266.

(29) أنظر: محكمة بداية بيروت- 1973/3/6- مجموعة حاتم- ج 158- ص 52.

(30) أنظر: تمييز لبناني 1952/5/16- مجموعة باز- 1952- رقم 17 (مشار إليه لدى:

إلياس أبو ناصيف- المرجع السابق- ص 203- هامش رقم (2).

أم مالية بمرور الزمن فإن سقوطها يتبع سقوط الحق الذي يقضي به الحكم، فإذا كان حقاً مالياً ناشئاً عن موجبات تعاقدية أو لا تعاقدية فإنه يسقط بمرور المدة التي يسقط فيها ذلك الحق، وإذا كان حقاً عقارياً فإنه يسقط بعدم الاستعمال مدة من الزمن أو أنه يسقط باكتساب المحكوم عليه أو أي شخص آخر حق الملكية مدة مرور الزمن المكسب<sup>(31)</sup>.

وقد اتجهت بعض الأحكام القضائية التي تدرج في هذا الاتجاه إلى التنازل لتوضيح السبب في تقادم الحكم بتسجيل العقار. فقد قضت محكمة جبل لبنان بتاريخ 25 أكتوبر عام 1974 بـ "إن الحكم المطلوب إسقاطه قضى بالزام المستأنفة بالتسجيل، أي أنه وضع على عاتق المستأنفة موجباً شخصياً بالتسجيل، وهذا الموجب وإن كان موضعه حقاً عينياً فهو عرضة للسقوط بالتقادم حتى ولو كان تكرر بحكم. إن الأحكام المستعصية على التقادم هي الأحكام التي تكرر حقاً عينياً، أي تلك التي تعتبر الدائن مالكاً لعقار أو لحق ارتفاق بالمرور، فهذه الأحكام لا تسقط بالتقادم لأنها لم تلزم بموجب ما بل تكرر وضعاً قائماً غير قابل بطبيعته للسقوط بالتقادم المسقط. أما الأحكام التي تلزم بتسجيل عقار ما فإنها تقضي على المدين بموجب لا يستقيم ويخرج مفاعيله إلا بالتسجيل وهذا الموجب كغيره من الموجبات يسقط بالتقادم إذا تخلف الدائن عن التذرع به سحابة مدة مرور الزمن المسقط"<sup>(32)</sup>.

كما قضت محكمة استئناف جبل لبنان أيضاً في هذا الصدد بتاريخ 5 فبراير عام 2009 بأنه "عملاً بالمادة 19 من القرار 188 وبالمادة 255 من قانون الملكية العقارية لا يسري مرور الزمن على الحقوق المدونة في السجل العقاري، وبالتالي فإن الزمن لا يمر على الحقوق العينية المسجلة في السجل العقاري ولا على الحكم المؤيد للحق العيني المسجل، لأن طبيعة الحق الذي يؤيده هذا الحكم غير قابلة للسقوط بعدم الاستعمال مدة من الزمن، وبالتالي فكل حق عيني مسجل في السجل العقاري يصبح بمنأى عن احتمال سقوطه أو اكتسابه بمرور الزمن. إن القرار القاضي بلزوم الوقف وصحته والصادر

(31) أنظر: تمييز لبناني- الغرفة الثانية المدنية- قرار رقم 61- تاريخ 1953/7/1- صادر

بين التشريع والاجتهاد- مرور الزمن- رقم 9- ص 210.

(32) أنظر: محكمة استئناف جبل لبنان المدنية الأولى- قرار رقم 281- تاريخ 25 تشرين

الأول 1974- مجموعة حاتم- ج 158- سنة 1975- ص 51.

بمواجهة الواقف يضع على عاتق المحكوم عليه موجباً شخصياً بأداء الحق العيني بتسجيل العقار وهذا الموجب يسقط بمرور الزمن عملاً بالمادة 349 م. و.ع. وإن تكرر بحكم<sup>(37)</sup>.

كما قضت محكمة التمييز أيضاً في هذا الخصوص وبتاريخ 5 يناير عام 2012 بأنه "وفقاً للمادتين 19 من القرار 188 و 255 ملكية عقارية فإن كون الحق مدوناً في السجل العقاري وهو المعيار الأساسي والعامل الجوهرى الذي يحول دون سقوط هذا الحق بمرور الزمن. يبني على ما تقدم أن الحكم القضائي الذي لا يسري عليه مرور الزمن في القضايا العقارية هو فقط الحكم الذي يثبت حقاً مسجلاً تسجيلاً نهائياً في السجل العقاري، أما سائر الأحكام، وإن تعلقت بعقار أو بحق عيني، فإنها تبقى عرضة للسقوط بمرور الزمن إذ أن الحق المثبت في هذه الأحكام يبقى محافظاً على طابعه الشخصي طالما أنه لم يسجل أصولاً ونهائياً في السجل العقاري نتيجة لتنفيذ الحكم. القرار الصادر عام 1948 لم يثبت أي ملكية للمميزين في العقار المنازع عليه يكون خاضعاً كسواه من الأحكام القضائية لمرور الزمن ويكون الحق الذي أقره للأهالي (مرفق بحق الانتفاع للمرعى والاحتطاب) عرضة هو الآخر للسقوط بمرور الزمن طالما أنه لم يسجل نهائياً على الصفحة العينية للعقار، وتكون أحكام الفقرة الأولى من المادة 558 مدنية واجبة التطبيق"<sup>(38)</sup>.

59- والحقيقة أن الاتجاه الثاني، الذي يقول بسقوط الحكم الصادر بتسجيل عقار بمرور الزمن هو الأولي بالتأييد، لأنه يتفق وصرحة نص المادة 19 من القرار 188 التي تنص على أنه "لا يسري مرور الزمن على الحقوق المدونة في السجل العقاري"، والمادة 255 من القرار 3339 التي تنص على أنه "لا يسري مرور الزمن على الحقوق المقيدة في السجل العقاري أو الخاضعة لإدارة أملاك الدولة". والقاعدة الأصولية أنه لا اجتهاد مع صراحة النص. كما أنه يتفق مع طبيعة الحق الوارد بالحكم، فالحكم الذي قضى بملكية عقار مسجلاً بالسجل العقاري كرس وصفاً قائماً غير قابل للتقادم بسبب طبيعة

(37) أنظر: محكمة استئناف جبل لبنان المدنية - الغرفة الثالثة - قرار رقم 2009/11 - تاريخ

2009/2/5 - كساندر - 2-2009 - ص 364.

(38) أنظر: محكمة التمييز المدنية اللبنانية - الغرفة الثانية - القرار رقم 2012/2 - تاريخ

2012/1/15 - كساندر - المجلد 1-2012/4 - ص 67.

الحق الوارد به. أما الحكم الذي قضى بالإلزام بتسجيل عقار غير مقيد بالسجل العقاري فإنه يتضمن موجباً شخصياً، وهو يسقط إذا لم ينفذ خلال مدة التقادم. ولا يجوز الاحتجاج في هذا الصدد بما جاء بالمادة 2/204 من القرار رقم 3339 من أنه "وكل من اكتسب عقاراً بالإرث أو بنزع الملكية أو بحكم فهو مالك قبل التسجيل، ولكن لا يكون للاكتساب مفعول إلا بعد التسجيل". ذلك أن من تملك عقاراً بموجب حكم قضائي، وكان هذا العقار غير مسجل بالسجل العقاري، فإن ملكيته تكون معلقة على تسجيل هذا الحكم بالسجل العقاري، فإن سجله ثبتت له الملكية، وإن لم يسجله فيكون عرضة للتقادم. فالملكية العقارية لا تنتقل إلا بالتسجيل في السجل العقاري، إما بتسجيل الصكوك الرضائية والاتفاقات<sup>(39)</sup> (م 202 ملكية عقارية) وتسجيل الأحكام القضائية الصادرة بالملكية.

60- ويلاحظ في هذا الصدد أن الحكم الذي يقضي بتصديق الاتفاق على القسمة العقارية يجب أن ينفذ لدى أمانة السجل العقاري، وإلا كان عرضة للسقوط بمرور الزمن. وقد قضت محكمة استئناف البقاع في هذا الصدد بتاريخ 11 نوفمبر عام 1988 بأن الحكم الذي اقتضت فيه المحكمة على التصديق على الاتفاق الذي تم بين الطرفين دون أن تقضي في أية منازعة بينهما لا يعتبر حكماً قضائياً منشأً للحقوق وليس من شأنه بالتالي تغيير طبيعة العمل الحاصل بين الفريقين المتصالحين الذي يبقى مجرد اتفاق وإنما يصبح بالتصديق عليه عقداً قضائياً. وهذا الاتفاق الذي لم ينفذ في السجل العقاري ليس من شأنه أن ينقل الملكية وكل ما ينتج عنه أنه يولى أحد أطرافه المطالبة بالتسجيل، وهو موجب شخصي عرضة للسقوط بمرور الزمن، وأن الزمن العشري يمر على هذا الحكم<sup>(40)</sup>.

---

(39) أنظر: تمييز مدني- الغرفة التاسعة- قرار رقم 2008/11- تاريخ 2008/1/31-

كساندر- المجلد 1- 2008- ص 126.

(40) أنظر: محكمة استئناف البقاع المدنية- الغرفة الثانية- تاريخ 1988/11/12- النشرة

القضائية- العدد العاشر- 1988- ص 1197 وما بعدها.

## خامساً: الأحكام القضائية التي لم تعلن أو لم تنفذ:

61- من الآثار التي تترتب على صدور الحكم القضائي ميلاد الحق في الطعن لمن يريد من الخصوم<sup>(44)</sup>. وتنص المادة 213 من قانون المرافعات المصري على أن "يبدأ ميعاد الطعن في الحكم من تاريخ صدوره ما لم ينص القانون على غير ذلك. ويبدأ هذا الميعاد من تاريخ إعلان الحكم إلى المحكوم عليه في الأحوال التي يكون فيها قد تخلف عن الحضور في جميع الجلسات المحددة لنظر الدعوى ولم يقدم مذكرة بدفاعه أمام المحكمة ولا أمام الخبير، وكذلك إذا تخلف عن الحضور ولم يقدم مذكرة إلى المحكمة ولا إلى الخبير في جميع الجلسات التالية لتعجيل الدعوى بعد وقف السير فيها لأي سبب من الأسباب. كما يبدأ الميعاد من تاريخ إعلان الحكم إذا حدث سبب من أسباب انقطاع الخصومة وصدر الحكم دون اختصاص من يقوم مقام الخصم الذي توفي أو فقد أهليته للخصومة أو زالت صفته".

وطبقاً لهذا النص، فإن الأصل أن يبدأ ميعاد الطعن في الحكم من تاريخ صدوره، والاستثناء هو أن يبدأ هذا الميعاد من تاريخ إعلان الحكم إلى المحكوم عليه في الحالات التي حددها النص أعلاه.

وتنص المادة 616 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على أنه "تسري المهلة التي بانقضائها يسقط الحق بالطعن من تاريخ تبليغ الحكم، ما لم ينص القانون على تاريخ آخر يبدأ منه سريانها".

وطبقاً لهذا النص، فإن الأصل في القانون اللبناني هو أن يبدأ ميعاد الطعن في الحكم من تاريخ تبليغه، والاستثناء هو أن يبدأ هذا الميعاد من تاريخ صدور الحكم.

يجب إذن إعلان "تبليغ" الحكم إلى المحكوم عليه، سواء على سبيل الاستثناء في القانون المصري أو بحسب الأصل في القانون اللبناني، كي يتمكن من الطعن في الحكم إذا أراد أن يمارس هذا الحق الإجرائي المقرر له. فإذا تم إعلانه إعلاناً صحيحاً، فإن ميعاد الطعن يسري في حقه، فإذا لم يطعن في هذا الميعاد سقط حقه في الطعن وأصبح الحكم باتاً يرتب كافة آثاره القانونية.

ولكن إذا لم يعلن الحكم إلى المحكوم عليه، فلا يسري ميعاد الطعن من حقه. وإذا استطلت مدة عدم إعلان الحكم إلى المحكوم عليه المدة اللازمة للتقدم

(44) أنظر: نبيل عمر- قانون أصول المحاكمات المدنية- المرجع السابق- بند 231- ص

"خمس عشرة سنة في مصر وعشر سنوات في لبنان"، فما هو الوضع القانوني لهذا الحكم؟ هل يظل قائماً رغم مرور المدة اللازمة للتقدم أم يتقدم هذا الحكم؟

62- لا شك أن الحكم إذا لم يعلن إلى المحكوم عليه المدة الطويلة اللازمة للتقدم، فإنه يتقدم ويسقط بمرور الزمن.

وقد ينص القانون على ميعاد قصير لتقدم الحكم في حال عدم إعلانه إلى المحكوم عليه، كما هو الحال في إعلان الحكم الغيابي في القانون اللبناني، حيث جعل هذه المدة ثلاثة أشهر فقط. حيث تنص المادة 1/474 من قانون أصول المحاكمات المدنية على أنه "إذا صدر حكم غيابي ولم يطلب تبليغه ولم تدفع الرسوم عنه في خلال ثلاثة أشهر من تاريخ النطق به يعتبر ساقطاً حكماً".

كما أن المادة 1/487 من قانون المرافعات الفرنسي على أن "الحكم الغيابي والحكم المعتبر حضورياً يسبب قابليته للاستئناف يعتبر كأن لم يكن إذا لم يعلن في خلال ستة أشهر من تاريخ صدوره". وإذا لم يعلن الحكم في هذا الميعاد فإن هذا الحكم يسقط<sup>(1)</sup>.

أيضاً، قد يصدر حكم قضائي لصالح أحد الأشخاص في مواجهة شخص آخر، ويلزم الأخير بأداء معين، أي يتضمن تنفيذاً جبرياً، ولكن لا يقوم المحكوم له بتنفيذ الحكم الصادر لصالحه المدة الطويلة اللازمة للتقدم تاركاً حقه تحت يد المحكوم عليه لا يطالبه بتنفيذ الحكم الصادر ضده. في هذه الحالة أيضاً، يتقدم الحكم القضائي بمرور الزمن، أي يسقط ولم يعد له وجود ولا يرتب أية آثار قانونية في مواجهة المحكوم عليه.

وتطبيقاً لما سبق، قضت محكمة بداية بيروت المدنية بتاريخ 8 مارس عام 1950 بـ "إن مجرد وضع إشارة الدعوى على صحيفة العقار العينية والحكم

---

(1) أنظر في ذلك: Vincent et Guinchard, Op.Cit., N° 1266, P. 751,

=والأحكام التي أشار إليها،

ولا ينطبق نص المادة 1/478 على الأحكام الصادرة من محكمة النقص، أنظر:

Cass. 2e civ., 2 mars 2000, J.C.P. 2000, éd. Général. I I. 10285, P. 639 ets.

بالملكية لا يكسب المدعى حق ملكية العقار المدعى به إلا بعد تنفيذ الحكم المذكور وقيد الحق المحكوم به بواسطة دائرة الإجراء على الصحيفة المشار إليها. فإذا ترك المدعى الحكم دون أن يبلغ للمدعى عليه ودون أن ينفذه فيكون قد سقط بمرور زمن العشر سنوات المنصوص عليها في المادة 349 من قانون الموجبات<sup>(1)</sup>.

كما قضت محكمة استئناف البقاع في هذا الصدد وبتاريخ 23 أكتوبر عام 1953 على أنه "إذا مر على الحكم الغيابي منذ تاريخ صدوره أو تجديده عشر سنوات، دون تبليغه للمدعى عليه ودون تنفيذه، فإنه يسقط بمرور زمن العشر سنوات المنصوص عليه في المادة 349 من قانون الموجبات والعقود، ويكون الاعتراض على هذا الحكم الباطل بمرور الزمن دون موضوع ويقتضي رده شكلاً لأنه مبني على شيء باطل"<sup>(2)</sup>.

كما قضت محكمة التمييز اللبنانية في هذا الصدد وبتاريخ 12 أكتوبر عام 1959 بأنه "من مراجعة حكم 23 آب سنة 1950 تبين أنه اعتبر في إحدى حيثياته أن الحكم الصادر في 20-3-1940 هو حكم غيابي وقد سقط عملاً بأحكام المادة 502 أصول مدنية لعدم تنفيذه ضمن مدة الثلاثة أشهر وحكم بالتالي بوقف التنفيذ وبرفع الحجز... وبما أن رئيس الإجراء أمر بوقف التنفيذ لأن الحكم الجاري تنفيذه هو بنظره ساقط بمرور الزمن فمسألة سقوط الحكم لا يمكن فصلها عن مسألة وقف التنفيذ، فسقوط حكم 20 آذار سنة 1940 واستحالة تنفيذه أصبح موضوع حكم اكتسب الدرجة القطعية ويتمتع بقوة القضية المحكمة... وبما أن الحكم الصادر عن رئيس الإجراء في 23 آب سنة 1950 اعتبر أن حكم 20-3-1940 أصبح ساقطاً بمرور الزمن فلا يسوغ

---

(1) أنظر: محكمة بداية بيروت المدنية الثالثة- رقم الحكم 179- تاريخ 1950/3/8-

مجموعة حاتم- ج6- طبعة ثانية- 1957- رقم 2- ص 68.

(2) أنظر: محكمة استئناف البقاع- الغرفة المدنية- قرار رقم 161- تاريخ 1953/10/23-

النشرة القضائية- السنة 10-1954- الطبعة الثانية- ص 59.



إعادة بحث هذه النقطة مجدداً من قبل ذات الأشخاص بعد أن انبرم ذلك الحكم واكتسب قوة القضية المقضية كما هو مبين أعلاه<sup>(1)</sup>.

### سادساً: الأحكام المدنية الصادرة عن القضاء الجنائي:

63- إذا كان الأصل أن ترفع دعاوى الحقوق المدنية أمام المحاكم المدنية، إلا أن المشرع قد أجاز على الاستثناء - وذلك بموجب المادة 251 إجراءات جنائية - لمن أصيب بضرر من الجريمة أن يرفع الدعوى المدنية أمام المحكمة الجنائية يطالب فيها بالتعويض عن الأضرار التي أصابته من الجريمة والحكم بالرد والمصاريف لصالح المدعى بالحقوق المدنية. والحكمة من اختصاص المحكمة الجنائية بنظر الدعوى المدنية هي التيسير على المتقاضين نظراً لنشوء الدعويين عن فعل واحد<sup>(2)</sup>.

إلا أن اختصاص المحكمة الجنائية بنظر الدعوي المدنية يستلزم توافر مجموعة من الشروط، هي الأول: أن تكون الدعوى المدنية بالتعويض تابعة للدعوى الجنائية<sup>(3)</sup>، والثاني: أن يكون الحق المدعى به ضرراً شخصياً مباشراً

---

(1) أنظر: محكمة التمييز اللبنانية- قرارات نهائية- غرفة أولى- رقم 71- تاريخ 1959/10/12- مجموعة باز- 1959- ص 89.

(2) أنظر: نقض 1979/3/30- المحامة- 59- العددان الخامس والسادس- رقم 7- ص 60.

(3) أنظر: نقض 1959/10/26: مجموعة الأحكام- 10- ص 820، الموسوعة الذهبية للفكهازي وحسني- ج6- الإصدار الجنائي- رقم 1413- ص 631، وقد جاء به أن: "الأصل أن ولاية المحاكم الجنائية بالنسبة إلى الحكم بالتعويضات المدنية هي ولاية استثنائية تقتصر على تعويض الضرر الناشئ مباشرة عن الفعل المكون للجريمة المرفوعة بما الدعوى الجنائية ولا تتعداها إلى الأفعال الأخرى غير المحمولة على الجريمة ولو كانت متصلة بالواقعة التي تجرمي المحاكمة عنها لانتفاء علة التبعية التي تربط الدعوى المدنية بالدعوى الجنائية. ولما كانت قيمة الشيك ليست تعويضاً عن جريمة" = إصدار أمر بعدم دفع قيمته

التي دين المتهم بها، بل هي عبارة عن دين سابق على وقوعها غير مترتب عليها مما تنتفي مع ولاية المحاكم الجنائية في الحكم به، فإنه لا تعارض بين استبعاد قيمة الشيك من مبلغ التعويض وبين القضاء للمدعى بالحق المدني بما لحقه من ضرر فعلي نشأ مباشرة عن الجريمة". وأنظر: نقض 1993/1/13-القضاة- 27-1- رقم 149- ص 899، وقد جاء به أنه: "لما كان الأصل في دعاوى الحقوق المدنية أن ترفع إلى المحاكم المدنية، وإنما أباح القانون استثناء رفعها إلى المحكمة الجنائية متى كانت تابعة للدعوى الجنائية وكان الحق المدعى به ناشئاً مباشرة عن ضرر وقع للمدعى من الجريمة. فإذا لم يكن الضرر الذي لحق به ناشئاً عنها سقطت تلك الإباحة وسقط معها اختصاص المحكمة الجنائية بنظر الدعوى المدنية. ولما كان الحكم بالبراءة بنى على أن الواقعة المرفوعة بها الدعوى الجنائية هي منازعة مدنية بحيث تدور حول عدم الوفاء بقرض وقد ألبست ثوب جريمة التبديد على غير أساس من القانون أو سند من الواقع، فإن القضاء بالبراءة لهذا السبب يلزم معه الحكم بعدم الاختصاص بنظر الدعوى المدنية"، وأنظر: نقض 1993/4/18-القضاة- 27-1- رقم 148- ص 898 وما بعدها، وقد جاء به أنه: "لما كان البين من المفردات المضمومة أن المدعى بالحقوق المدنية قد بني طلب التعويض قبل المسئول عن الحقوق المدنية لا عن الضرر الناشئ عن جريمة إصدار شيك بدون رصيد التي رفعت بها الدعوى الجنائية، وإنما عن الضرر الذي لحقه نتيجة تظهير المسئول عن الحقوق المدنية للشيك موضوع الدعوى له، وهو فعل وإن اتصل بواقعة الدعوى الجنائية المكونة لجريمة إصدار شيك بدون رصيد، إلا أنه غير محمول عليها مما لا يجوز الإدعاء به أمام المحاكم الجنائية لانتفاء علة التبعية التي تربط الدعوى المدنية بالدعوى الجنائية. ومن ثم، فإن الحكم المطعون فيه إذا قضى باختصاص تلك المحاكم بنظر الدعوى المدنية وتصدى لموضوعهما وفصل فيه بإلزام المسئول عن الحقوق المدنية بالتعويض لصالح المدعى بالحقوق المدنية يكون قد شابه الخطأ في القانون، وهو ما يتسع له وجه الطعن بما يتعين معه نقضه فيما قضى به في الدعوى المدنية وتصحيحه بالقضاء بعدم اختصاص المحكمة الجنائية بنظرها".

ناشئاً عن الجريمة ومحقق الوقوع حالاً أو مستقبلاً (المادة 251 مكرر إجراءات جنائية)<sup>(1)</sup>. الثالث: أن ترفع الدعوى المدنية بالتعويض قبل إقفال باب المرافعة في الدعوى الجنائية<sup>(2)</sup> (المادة 251 إجراءات جنائية). الرابع: ألا يترتب على رفع الدعوى المدنية تأخير الفصل في الدعوى الجنائية (المادة 251 إجراءات جنائية).

فإذا لم تكن الدعوى المدنية تابعة للدعوى الجنائية، أو إذا لم يكن الحق المطالب به ضرراً شخصياً مباشراً ناشئاً عن الجريمة ومحقق الوقوع أو رفعت الدعوى المدنية بعد إقفال باب المرافعة في الدعوى الجنائية، أو كان يترتب على رفعها تأخير الفصل في الدعوى الجنائية، فلا تختص المحكمة الجنائية بنظرها تبعاً للدعوى الجنائية المطروحة عليها والمنظورة بواسطتها<sup>(3)</sup>.

وللمدعي بالحق المدني أن يدخل في دعواه بالتعويض المسئول عن الحقوق المدنية، وله أن يختصم شركة التأمين الملتزمة بتعويض الضرر وفقاً لوثيقة التأمين.

64- ويلاحظ في هذا الصدد أنه يتبع في الفصل في الدعوى المدنية التي ترفع أمام المحاكم الجنائية الإجراءات المقررة في قانون الإجراءات الجنائية وذلك فيما يتعلق بالمحاكمة والأحكام وطرق الطعن فيها، (المادة 266 من قانون الإجراءات الجنائية).

وقد أكدت ذلك محكمة النقض، فقد قضت بأنه<sup>(4)</sup> "من المقرر أن الدعاوى المدنية تخضع أمام القضاء الجنائي للقواعد المقررة في مجموعة الإجراءات الجنائية فيما يتعلق بالمحاكمة والأحكام وطرق الطعن فيها". وقد أوضحت

---

(1) راجع: أحكام النقض المشار إليها في الهامش السابق.

(2) أنظر: نقض 1980/6/8 - المحاماة - 64 - العددان السابع والثامن - رقم 51 - ص

139، وقد جاء به أن: "الإدعاء مدنياً أمام المحكمة الجنائية حق لمن لحقه ضرر من

الجريمة جوازه حتى إقفال باب المرافعة. المادتان 251-275 إجراءات جنائية".

(3) راجع: أحكام النقض المشار إليها في الهوامش السابقة.

(4) أنظر: نقض 1972/2/10 - المحاماة - 55 - رقم 21 - ص 25.

ذلك بجلاء محكمة مصر الكلية الأهلية، فقد قضت بأنه<sup>(1)</sup>: "توجب الفكرة التشريعية في ضم الدعوى المدنية للدعوى العمومية في قضاء واحد أن تخضع الدعوى المدنية لجميع قواعد الإجراءات التي تحكم سير الدعوى أمام المحكمة الجنائية وصدور الحكم فيها وطرق الطعن فيه ومواعيده، فهي جميعاً إجراءات الحكم في الدعوى تخضع لأحكام قانون تحقيق الجنايات. فلا يجوز للمتهم مثلاً أن يطلب إبطال المرافعة في الدعوى المدنية إذا غاب المدعى المدني، ولا يجوز لهذا الأخير أن يستأنف استئنافاً فرعياً في استئناف المتهم، وميعاد الطعن في الحكم المدني بالمعارضة أو الاستئناف هو المقرر في قانون تحقيق الجنايات".

65- ولكن ليس معنى إجازة رفع الدعوى المدنية أمام المحكمة الجنائية وخضوعها لما نص عليه في قانون الإجراءات الجنائية أنها قد فقدت استقلالها، فما زال لها هذا الاستقلال. ومن مظاهر ذلك: 1- أن سقوط الدعوى الجنائية لأي سبب بعد رفعها لا يؤثر في سير الدعوى المدنية التي سبق رفعها، فيجوز للقاضي الجنائي أن يمضي في نظر الدعوى المدنية إلى أن يفصل فيها بحكم مستقل<sup>(2)</sup>. 2- إن نظر الدعوى المدنية أمام المحكمة الجنائية لا يخرجها

---

(1) أنظر: محكمة مصر الكلية الأهلية (أمر مستعجلة) 1932/10/20 - المحاماة - 15-

العدد الخامس - رقم 163 - ص 359.

(2) أنظر: نقض 1995/2/27 - القضاة - 28 - العددان الأول والثاني - رقم 90 - ص

725، وقد جاء به أن: "مضى أكثر من ثلاث سنوات من أول جلسة نظر فيها الطعن حتى تاريخ نظره بالجلسة التالية دون اتخاذ أي إجراء قاطع للتقدم. أثره. انقضاء الدعوى الجنائية بنص المادة. انقضاء الدعوى الجنائية بمضي المدة لا تأثير له على الدعوى المدنية المرفوعة معها بالتبعية"، نقض 2000/1/4 - القضاة - 23-1 - رقم 8 - ص 638، وقد جاء به أن: "الأصل في الدعوى المدنية التي ترفع صحيحة بالتبعية للدعوى الجنائية أن يكون الفصل فيها وفي موضوع الدعوى الجنائية بحكم واحد... وقد ورد على هذا الأصل أحوال استثناها القانون، من بينها حالة سقوط الدعوى الجنائية بعد رفعها لسبب من الأسباب الخاصة بها المنصوص عليها في الفقرة الأخيرة من المادة 259 من قانون

من طبيعتها المدنية، فما زالت دعوى مدنية والحكم الذي يصدر فيها يعد حكماً مدنياً.

وقد أكدت محكمة النقض هذا المعنى، فقد قضت بأنه: "لما كان المدعى بالحقوق المدنية لا يملك استعمال حقوق الدعوى الجنائية أو التحدث عن الوصف الذي يراه هو لها وإنما يدخل فيها بصفته مضروراً من الجريمة التي وقعت طالباً تعويضاً مدنياً عن الضرر الذي أصابه، إذ أن دعواه مدنية بحتة ولا علاقة لها بالدعوى الجنائية إلا في تبعيتها لها، فإن نعي المدعين بالحق المدني على الحكم المطعون فيه بأنه لم يستجب لطلبهم تعديل وصف التهمة لا يكون سديداً"<sup>(1)</sup>.

وترتيباً على ذلك، لا تختص المحكمة الجنائية بنظر منازعات التنفيذ التي تثار عند تنفيذ الحكم الصادر في الدعوى المدنية، وإنما يختص به قاضي التنفيذ<sup>(2)</sup>، وذلك لعدة أسباب وهي<sup>(3)</sup>:

الإجراءات الجنائية كالتقادم، فإن صدور الحكم الجنائي بانقضاء الدعوى الجنائية بمضي المدة لا يؤثر في سير الدعوى المدنية التي سبق رفعها معها، فيسوغ للقاضي الجنائي عندئذ أن يمضي في نظر الدعوى المدنية إلى أن يفصل فيها بحكم مستقل، ولكن يلاحظ في هذا الصدد أن القضاء بعدم قبول الدعوى الجنائية بالنسبة لواقعة ما يستوجب القضاء بعدم قبول الدعوى المدنية الناشئة عنها، وذلك لعلاقة التبعية بينهما، أنظر: نقض 1980/10/29 - المحاماة - 65 - العددان الثالث والرابع - رقم 48 - ص 119.

<sup>(1)</sup> أنظر: نقض 1980/5/12 - المحاماة - 64 - العددان السابع والثامن - رقم 44 - ص 128.

<sup>(2)</sup> أنظر: فتحي والي - التنفيذ - بند 78 - ص 154، مصر الابتدائية مستعجل 1935/1/9 - المحاماة - 35 - 2 - 455 - 208.

<sup>(3)</sup> أنظر: محمد عبد اللطيف - القضاء المستعجل - ط 4 - ص 560، الدناصوري وعكاز - التعليق - ج 2 - ص 579، أحمد عبد الظاهر - إشكالات - بند 89 - ص 155 وما بعدها، نقض 1979/1/30، سبق الإشارة إليه، وقد جاء به أن: "المحكمة

(أ) أن الحكم الصادر من المحكمة الجنائية في الدعوى المدنية له كيان مستقل عن الحكم الجنائي:

وقد أكدت محكمة النقض على هذا الاستقلال، فقضت بأنه: "إذا أصدرت المحكمة الجنائية حكماً في الدعويين الجنائية والمدنية، فإن الحكم الصادر في الدعوى المدنية يكون له كيان مستقل عن الحكم الجنائي، لأنه يقرر حقاً مالياً يخضع لأحكام القانون المدني من حيث سقوطه أو بقاءه".

كما أكدت ذلك أيضاً محكمة مصر الكلية الأهلية، فقد قضت بأن: "الوحدة بين الدعويين المدنية والجنائية، والتي تخضع فيها الدعوى المدنية لجميع قواعد الإجراءات التي تحكم سير الدعوى أمام المحكمة الجنائية وصدور الحكم فيها والظعن فيه ومواعيده، تنتهي إلى هذا الحد، فإذا صدر الحكم في الدعوى المدنية من المحكمة الجنائية فإنه يقرر حقاً مدنياً يخضع لأحكام القانون المدني من حيث سقوطه أو بقاءه ومن حيث تنفيذه على مال المدعى عليه وما إلى ذلك. فإن الحكم في الدعوى هو دليل الحق وسنده فيها يحل محل سند الأصيلي ويستبدل به، وبذلك لا يستلزم مجرد صدور الحكم في الدعوى المدنية من المحكمة الجنائية أن تختص هذه المحكمة بالفصل في كل ما يعترض تنفيذه من الصعوبات. فإن صح ذلك في كل ما يمس هذا الحكم من أسباب الظعن في شكله أو إجراءات القضاء به فلا يصح فيما يمس الحق موضوعه مساساً يرجع إلى أحكام القانون المدني، فإن قاضي الأمور المستعجلة (قاضي التنفيذ الآن) هو الهيئة الطبيعية المختصة بالفصل في ذلك"<sup>(1)</sup>.

(ب) أنه لا يمكن أن تثار في منازعات تنفيذ الأحكام الصادرة في الدعوى المدنية من المحاكم الجنائية منازعات تتعلق بالعقوبة الجنائية: وإنما كل ما يثار هو منازعات مدنية بحتة مما تختص به المحاكم المدنية.

(ج) أن المادة 2/461 من قانون الإجراءات الجنائية قد حسمت هذا الاختصاص لصالح قاضي التنفيذ: فهذه المادة تنص على أن: "الأحكام الصادرة

---

المستعجلة (قاضي التنفيذ) تختص بنظر الإشكال باعتباره متعلقاً بشق مدني دون الشق الجنائي، وإذا صح القول بأن المحكمة الجنائية تختص بنظر الدعوى المدنية بالتبعية للدعوى الجنائية إلا أن ذلك لا يفيد بطريق اللزوم اختصاص المحكمة الجنائية بالفصل في الإشكالات المتعلقة بتنفيذ الأحكام المدنية الصادرة من المحكمة الجنائية".

(1) أنظر: محكمة مصر الكلية الأهلية 1932/10/20 - سبق الإشارة إليه.

في الدعوى المدنية يكون تنفيذها بناء على طلب المدعى بالحقوق المدنية وفقاً لما هو مقرر بقانون المرافعات المدنية والتجارية". فطالما أن قانون المرافعات هو الذي يحكم تنفيذ الأحكام الصادرة من المحاكم الجنائية في الدعوى المدنية فيجب أن ترفع المنازعة في تنفيذ هذه الأحكام- سواء من أطراف التنفيذ أو الغير - أمام قاضي التنفيذ وليس أمام المحكمة الجنائية التي أصدرت الحكم.

66- وإذا كان للأحكام المدنية الصادرة من المحاكم الجنائية استقلالها التام وكيانها المستقل عن الأحكام الجنائية على النحو السابق، فإن لها استقلالها التام عنها كذلك من حيث تقادمها بمرور الزمن. والسبب في ذلك هو اختلاف أساس التقادم بين هذين النوعين من الأحكام. وكما يقول الأستاذ جندي عبد الملك في هذا الصدد<sup>(1)</sup> "نص قانون تحقيق الجنايات على سقوط الحق في تنفيذ العقوبات الجنائية بمضي المدة ولكنه لم يذكر شيئاً عن سقوط الأحكام المدنية. ذلك لأن أساس التقادم ليس واحداً في الحالتين. فإنه بينما يقوم سقوط الحق في تنفيذ الأحكام المدنية على إهمال الدائن تنفيذ حكمه في مدة معينة وما يشعر به هذا الإهمال المستمر من تنازله عن حقه يقوم سقوط الحق في تنفيذ العقوبات الجنائية على نسيان الجريمة بمرور الزمن وعدم وجود مصلحة للهيئة الاجتماعية في توقيع العقوبة. من أجل ذلك ترك المشرع المصري الأحكام المدنية خاضعة من حيث التقادم لقواعد القانون المدني، فهي تسقط بخمس عشرة سنة لا بعشرين سنة ولا بخمس سنين ولا بسنة واحدة كما هو الشأن في سقوط العقوبات الجنائية".

فالأحكام المدنية الصادرة عن القضاء الجنائي لا تخضع لقواعد التقادم المنصوص عليها في القانون الجنائي، وإنما لقواعد التقادم المنصوص عليها في قانون المرافعات كونها أحكاماً مدنية وليست أحكاماً جنائية حتى ولو كانت صادرة من المحاكم الجنائية.

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على ذلك في أحدث أحكامها، فقد قضت هذه المحكمة بتاريخ 25 مارس 2014<sup>(2)</sup> بأن الأحكام القضائية الصادرة

---

(1) أنظر: جندي عبد الملك- الموسوعة الجنائية- الجزء الرابع- الطبعة 1941- رقم 107- ص 391.

(2) أنظر: Cass. Com. 25 mars 2014, R.T.D. Civ. 2014, P. 442. obs. R. Perrot.

بالتعويض من القضاء الجنائي تخضع في تقادمها للقانون المدني دون غيره من القوانين، وحيث أن مدة التقادم في هذا القانون هي عشر سنوات بموجب القانون الصادر في 17 يونيو 2008، فإن الأحكام المدنية الصادرة من القضاء الجنائي تتقادم بمضي هذه المدة إن لم يتم تنفيذها أو المطالبة بما قضت به، ولا يجوز التمسك بمدة أقصر منصوص عليها في قانون آخر، لأن العبرة بطبيعة الحكم الصادر لا بالمحكمة التي أصدرته.

### سابعاً: الأحكام الصادرة في المواد التجارية:

67- يدخل التجار أثناء ممارستهم للأعمال التجارية في معاملات شتى مع بعضهم البعض، ويترتب على هذه المعاملات نشوء التزامات يجب الوفاء بها من قبل من ترتبت عليه. وقد يتقاعس أحد التجار عن الوفاء بهذه الالتزامات، وفي هذه الحالة يجوز للدائن بها أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بالوفاء بهذه الالتزامات. إلا أن اللجوء للقضاء ليس متاحاً أمام الدائن التاجر بحيث يمكنه مطالبة مدينه التاجر بما عليه من التزامات ولو بعد انقضاء مدة طويلة من الزمن، وذلك حتى تستقر الأمور في الحياة التجارية. ولذلك، استحدث المشرع المصري حكماً جديداً<sup>(1)</sup> في هذا الخصوص بموجب قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 بشأن دعاوى التي يجوز رفعها للمطالبة بالتزامات التجار، حيث نصت المادة 68 من هذا القانون على أنه "تتقادم الدعاوى الناشئة عن التزامات التجار قبل بعضهم البعض والمتعلقة بمعاملاتهم التجارية بمضي سبع سنوات من تاريخ حلول الوفاء بالالتزام إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك".

وعندما يصدر حكم نهائي في هذه الدعاوى يلزم أحد التجار بالتزام ما لصالح الطرف الآخر، فإنه لا يجوز أن يترك للمحكوم له أن يطالب بتنفيذه في مواجهة المحكوم عليه في أي وقت يختاره ولو بعد مدة طويلة من صدور هذا الحكم، إذ أن ذلك يؤثر بالسلب على الحياة التجارية نفسها، ويجعل التاجر المحكوم عليه مهدداً لفترة طويلة من الزمن بتنفيذ هذا الحكم على أمواله. وهو ما يجعله منشغلاً بوقت التنفيذ على أمواله بدلاً من الانشغال بتجارته وتنميتها، وهو ما يدفعه أيضاً إلى تجنب جزء من هذه الأموال خارج دائرة تعاملاته رسداً لمدين الدائن الذي يحوز حكماً نهائياً في مواجهته لاحتمال مطالبته بمضمونه

(1) أنظر: المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 بشأن المادة 68.



في أي وقت، وبما يترتب على ذلك من آثار سيئة على نشاطه التجاري وعدم الاستقرار في ممارسته.

ولمواجهة هذه الآثار السلبية التي قد تنجم عن إعطاء التاجر الحق في تنفيذ الحكم النهائي الذي يحوزه ولو بعد مدة طويلة من صدوره، استحدث المشرع المصري حكماً جديداً، وذلك حتى لا يظل التاجر المحكوم عليه مهدداً بتنفيذ الحكم على أمواله في أي وقت. فقد نصت المادة 68 من قانون التجارة المصري على أنه "وكذلك تسقط بمضي عشر سنوات الأحكام النهائية الصادرة في تلك الدعاوى".

وبموجب هذا النص، فإنه الحكم النهائي الصادر في المسائل التجارية بين التجار بشأن معاملاتهم التجارية يتقادم بمرور عشر سنوات من تاريخ صدوره، فيسقط هذا الحكم بما يترتب عليه من آثار، ولا يصلح أن يكون سنداً تنفيذياً في مواجهة التاجر المحكوم عليه.

ومما لا شك فيه أن هذا الموقف يحسب للمشرع المصري، حيث نص صراحة على تقادم الأحكام الصادرة في المسائل التجارية، وقصر مدة تقادم هذه الأحكام عن المدة المقررة لتقادم الأحكام المدنية فجعلها عشر سنوات بدلاً من خمس عشرة سنة، وذلك مراعاة لخصوصية المعاملات التجارية. ولاشك أن هذا النص يعد أساساً تشريعياً وتكريساً تشريعياً لفكرة تقادم الأحكام القضائية في المواد التجارية.

وفي قانون التجارة البرية اللبناني الصادر بالمرسوم الاشتراعي رقم 304 الصادر بتاريخ 1942/12/24، تنص المادة 262 على أنه "في الوضع التجاري يسقط الحق في إقامة الدعاوى بمرور عشر سنوات إن لم يعين أجل أقصر. وإذا صدر قرار يتضمن حكماً ما فإن الدعوى الناتجة عن القضية المحكمة تسقط في كل الأحوال بمرور عشر سنوات". وطبقاً لهذا النص، فإن الحكم الصادر في المواد التجارية يسقط بمرور عشر سنوات، وذلك أن دعاوى المطالبة الناتجة عن القضية المحكمة تسقط بمضي عشر سنوات.

وقد قضت محكمة استئناف جبل لبنان في هذا الصدد بتاريخ 27 مايو عام 1958 بأنه "يصح مرور الزمن على الدين التجاري عشر سنوات متى ثبت

بحكم عملاً بالمادة 359 من قانون الموجبات والعقود بالنظر لعدم وجود نص في القوانين التجارية يخالفها<sup>(1)</sup>.

أما في القانون الفرنسي، فإن المادة 4-110 L. من قانون التجارة تنص على أن "الالتزامات الناشئة عن ممارسة التجارة بين التجار Commerçants أو بين التجار وغير التجار Non- Commerçants تتقادم بمضي عشر سنوات ما لم تكن خاضعة لتقادم خاص Prescription Spéciale أقصر من ذلك". وقد قضت الدائرة المختلطة بمحكمة النقض الفرنسية في هذا الخصوص، بتاريخ 26 مايو 2006، بأن مدة التقادم تتحدد طبقاً لطبيعة الدين Par le nature de la créance وأن الدين التجاري يتقادم بمضي عشر سنوات<sup>(2)</sup>. كما قضت الدائرة الأولى المدنية لهذه المحكمة بتاريخ 12 يوليو 2007 بما قضت به الدائرة المختلطة من أن الدين التجاري يتقادم بمضي عشر سنوات وتكون محكمة الاستئناف قد أخطأت برفضها تطبيق المادة 4-110 L. من قانون التجارة<sup>(3)</sup>.

ويطبق التقادم على الشخص المعنوي Personne morale وعلى الشخص الطبيعي سواء بسواء، طالما أنه يمارس نشاطاً في الواقع العملي يعد عملاً تجارياً Acte de commerce<sup>(4)</sup>.

---

(1) أنظر: محكمة استئناف جبل لبنان- الغرفة المدنية- قرار رقم 651- تاريخ

1958/5/27- صادر بين التشريع والاجتهاد- مرور الزمن- رقم 1- ص 144.

(2) أنظر: Cass. Ch.mixte, 26 mai 2006, J.C.P. 2006, éd. G.,

I I 1012, note H.C  
ROZE.

(3) أنظر: Cass. 1<sup>re</sup> Civ. 12 juill. 2007, D. 2007, P. 2159, note

X. Delpech.

(4) أنظر: Cass. Com., 17 juill. 2001, RJDA 01/2002, N°

116.

ويطبق التقادم على الالتزامات التجارية أياً كان أساسها، تعاقدياً أو غير تعاقدي، أنظر:

ويلاحظ في هذا الصدد أن المادة 4/110 لم تفرق بين الالتزامات المدنية أو التجارية تعاقدية كانت هذه الالتزامات أو شبه تعاقدية أو ناتجة عن أعمال مختلطة<sup>(1)</sup>. ولا يهم الشكل الذي أثبتت فيه هذه الالتزامات<sup>(2)</sup>. كما لا يهم أن يكون العمل المنازع فيه سنداً تنفيذياً (كحكم مثلاً)<sup>(3)</sup>. ومن ثم، فإن الحكم القضائي الصادر بدين تجاري يتقدم بمضي عشر سنوات.

وإذا كان يوجد اختلاف بين مدة تقادم الأحكام المدنية ومدة تقادم الأحكام التجارية، حيث أن المدة في الأولى 30 سنة وفي الثانية 10 سنوات، فإنه بعد صدور القانون رقم 561 لسنة 2008 والخاص بتعديل التقادم في المواد المدنية (م23) وقانون المرافعات المدنية للتنفيذ رقم 1895 لسنة 2011 (المادة 4-111.L) أصبحت مدة تقادم الأحكام المدنية عشر سنوات. وبذلك أصبحت مدة تقادم الأحكام المدنية والأحكام التجارية واحدة. ومن ثم، أصبحت مدة تقادم الأحكام القضائية الصادرة في المواد التجارية في مصر وفرنسا ولبنان واحدة، وهي عشر سنوات.

---

Cass. Com. 12 mai 2009, J.C.P. 2004, Pano. 990;

كما أنه يطبق على الالتزام برد ما دفع بغير حق، أنظر:

Cass. Com. 23 oct. 2001, RJDA, 3/2002, N° 228.

كما أنه ينطبق على دعوى المنازعة في الرهن، أنظر:

Cass. 3<sup>e</sup>, Civ. 24 avr. 2003, RJDA, 8-9/2003, N° 884.

Cass. 1<sup>re</sup>. Civ., 29 avr. 1997, R.T.D. Com., 1997, (1) أنظر:  
627, obs. Deruppé.

Cass. 1<sup>re</sup>, Civ., 11 févr. 2003, J.C.P. 2003, Pano. (2) أنظر:  
511.

J.M. Campana, code de commerce, 18<sup>éd</sup>. Litec, P. (3) أنظر:  
14 (sous L'article  
110/4).

## الفصل الثاني

### النظام القانوني لتقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية

#### 68- تمهيد وتقسيم:

بعد أن عرضنا للفكرة العامة لتقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية، يجب توضيح النظام القانوني لتقادم هذه الأحكام، ويكون ذلك بعرض قواعد هذا التقادم وإيضاح الآثار التي تترتب عليه. وهو ما نعرض له في المبحثين الآتيين:

#### المبحث الأول

##### قواعد تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية

69- نتناول في هذا المبحث دراسة بدء سريان تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية، وموقف الخصوم والمحكمة من هذا التقادم، وعوارض تقادم هذه الأحكام، وذلك في المطلبين الآتيين:

#### المطلب الأول

بدء سريان تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية  
وموقف الخصوم والمحكمة من هذا التقادم

#### الفرع الأول

بدء سريان تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية  
أولاً: يبدأ سريان تقادم الأحكام القضائية في الوقت الذي تصبح فيه هذه الأحكام باتة:

70- يرى جانب من الفقه أن بدء سريان تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية يكون من اليوم الذي تصبح فيه هذه الأحكام قابلة للتنفيذ<sup>(1)</sup>.

71- والحقيقة- في اعتقادنا - أن ميعاد سريان التقادم (مرور الزمن) بالنسبة للأحكام القضائية الصادرة في المواد المدنية والتجارية يكون من اليوم الذي

(1) أنظر: جندي عبد الملك- الموسوعة الجنائية- المرجع السابق- بند 109- ص 392،

إلياس ناصيف- موسوعة العقود المدنية والتجارية- البحث الأول- الجزء السادس- رقم

تصبح فيه هذه الأحكام باتة، أي لم تعد قابلة للطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن غير العادية، إما لاستنفاد هذه الطرف أو لاستغلاقتها (بفوات مواعيد الطعن فيها أو بقبول الحكم رغم قابليته للطعن فيه بأي من هذه الطرق)<sup>(1)</sup>، أو لأن الحكم لا يقبل الطعن فيه بطرق الطعن غير العادية، أي صدوره من محكمة الاستئناف باتاً. فمن اليوم الذي يصبح فيه الحكم القضائي باتاً يبدأ سريان التقادم بالنسبة له، أما قبل ذلك فإنه لا يمكن أن يبدأ ميعاد سريان التقادم، إذ ما دام الحكم القضائي يقبل الطعن فيه بطرق الطعن غير العادية فإن ما قضى به لصالح المحكوم عليه قد يتم تأييده أو تعديله أو إلغاؤه. أي أن الحق الوارد في الحكم الذي يقبل الطعن بهذه الطرق حق غير ثابت، لم يتأكد بصفة نهائية لا رجوع فيها للمحكوم له. فمن الوقت الذي يصبح فيه حق المحكوم له ثابتاً بطريقة نهائية ويقينية لا رجوع فيها ولا مجال للطعن في الحكم الذي قرر هذا الحق يبدأ سريان ميعاد تقادم هذا الحكم. أما قبل ذلك فلا يجوز الحديث عن بدء سريان هذا الميعاد.

فالحكم الحائز لقوة الأمر المقضي (وهو الحكم القطعي في القانون اللبناني) حكم يقبل التنفيذ الجبري طالما توافرت فيه شروط هذا التنفيذ، ولكن هذا الحكم يجوز الطعن فيه بطرق الطعن غير العادية، أي لم يصبح الحق الثابت به يعد نهائياً ويقينياً لا يجوز الرجوع فيه أو تعديله، وهو ما يحول في معظم الأحوال

- 
- (1) راجع في تعريف الحكم البات: أحمد أبو الوفا- المرافعات المدنية والتجارية- منشأة المعارف- الطبعة 15- 1990- بند 532- ص 724، رمزي سيف- الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية- دار النهضة العربية- الطبعة التاسعة- بند 541- ص 694، إبراهيم نجيب سعد- القانون القضائي الخاص- منشأة المعارف- الجزء الثاني- 1980- بند 372- ص 207، أحمد السيد صاوي- الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية- دار النهضة العربية- ط 2000- بند 445- ص 708، نبيل عمر- قانون أصول المحاكمات المدنية- المرجع السابق- ص 450، حلمي الحجار- الوسيط في أصول المحاكمات المدنية- الطبعة الخامسة- 2002- بند 797- ص 228، أحمد هندي- أصول المحاكمات- ص 336.

بين الدائن المحكوم له وبين أن يبدأ إجراءات التنفيذ ضد المحكوم عليه لاستيفاء حقه الذي قرره له الحكم، خوفاً من أن يلغى ما حكم به لصالحه أو يعدل أمام محكمة الطعن غير العادي، ويكون من شأن ذلك أن يعيد الحال إلى ما كانت عليه<sup>(3)</sup>، وهو ما قد يتعذر، بل وقد يستحيل عليه أن يقوم به، بجانب ما قد يحكم عليه بالتعويض نتيجة تنفيذ الحكم رغم أنه لم يعد باتاً بعد.

ولا أدل على صحة ما نقول به أن الرأي الذي ذكر بأن ميعاد سريان ميعاد التقادم يبدأ منذ أن يصبح الحكم قابلاً للتنفيذ، قد استدرك قابلية الحكم للطعن فيه وقال "وينتج عن ذلك أن سلك أحد طرق المراجعة الذي يوقف تنفيذ الحكم يشكل عائقاً يقف بوجه مرور الزمن على الحكم. وإذا كان الأمر متعلقاً بطريق من طرق المراجعة ليس من شأنه أن يوقف التنفيذ، كطلب النقض أمام محكمة التمييز، فإنه مرور الزمن يتوقف بانتظار نتيجة المراجعة. فإذا ردت المراجعة شكلاً، يستأنف مرور الزمن سريانه من تاريخ القرار القاضي برد المراجعة شكلاً. وإذا قبلت المراجعة شكلاً، ونظرت المحكمة في الأساس، فلا يبدأ مرور الزمن إلا من تاريخ صدور الحكم"<sup>(4)</sup>.

وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد بأنه "متى كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر تاريخ الفصل في الدعوى رقم... باعتبارها آخر القضايا التي حضر فيها الطاعن محامياً عن المطعون عليها مبدأ لسريان التقادم، وكان الطاعن لم يقدم الدليل على أنه قام بعد هذا التاريخ بأعمال أخرى يستحق أتعباً عنها، فإن النعي الحكم بهذا السبب يكون عارياً عن الدليل"<sup>(5)</sup>.

كما قضت محكمة النقض أيضاً بأن "مؤدى نص المادة 172 من القانون المدني أنه إذا كان العمل الضار يستتبع قيام دعوى جنائية إلى جانب دعوى التعويض المدنية فإن الدعوى المدنية لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية، فإذا انفصلت

<sup>(3)</sup> أنظر: أحمد ماهر زغلول- آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها- دار النهضة العربية- ط

1994.

<sup>(4)</sup> أنظر: الياس ناصيف- المرجع السابق- الإشارة السابقة.

<sup>(5)</sup> أنظر: نقض 1973/6/28- مشار إليه لدى: أنور طلبه- مجموعة المبادئ التي قررتها

محكمة النقض في خمسين عاماً- ج6- ط 1985- دار نشر الثقافة بالإسكندرية-

رقم 10- ص 679.

الدعوى المدنية عن الدعوى الجنائية فإن سريان التقادم بالنسبة للمضروب يقف طوال المدة التي تدوم فيها المحاكمة الجنائية، فإذا انقضت الدعوى الجنائية بصدور حكم جنائي فيها بإدانة المدعى... فإنه يترتب على ذلك عودة سريان تقادم دعوى التعويض المدنية مثلاً الأصلية وهي ثلاث سنوات<sup>(6)</sup>.

كما قضت هذه المحكمة تأكيد لهذا المعنى بأن "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مؤدى أحكام المادتين 172، 382 من القانون المدني أنه إذا كان العمل غير المشروع يشكل جريمة بما يستتبع قيام الدعوى الجنائية إلى جانب دعوى التعويض المدنية فإن الدعوى المدنية لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية، فإذا انفصلت الدعويان بأن اختار المضروب الطريق الجنائي للمطالبة بتعويض الضرر الناشئ عن الجريمة فإن سريان التقادم بالنسبة له يقف ما بقي الحق في رفع الدعوى الجنائية أو تحريكها أو السير فيها قائماً ويظل الوقف سارياً حتى تنقضي الدعوى الجنائية، وهذا الانقضاء يكون بصدور حكم بات فيها من محكمة النقض أو بصيرورة الحكم الصادر فيها باتاً بفوات ميعاد الطعن فيه أو بسبب آخر من أسباب الانقضاء، ومن تاريخ هذا الانقضاء يعود تقادم دعوى التعويض إلى السريان، ذلك أن بقاء الحق في رفع الدعوى الجنائية أو تحريكها أو السير فيها قائماً يعد في معنى المادة 1/382 من القانون المدني مانعاً يتعذر معه على المضروب المطالبة بحقه في التعويض"<sup>(7)</sup>.

كما قضت محكمة التمييز اللبنانية في هذا الصدد، وتأكيداً لمبدأ سريان تقادم الأحكام القضائية من وقت أن يصبح الحكم باتاً، بأنه "وحيث أن قرار هذه المحكمة أي محكمة التمييز بهيئتها السابقة الذي قضى بنقض الحكم الجنائي الأنف الذكر قد صدر بتاريخ 1974/6/13 وهو يمثل آخر معاملة قضائية حصلت لبدء حساب مرور الزمن، وحيث أنه يكون قد مر الزمن على العقوبة موضوع الحكم الجنائي... لهذه الأسباب وبعد الاستماع إلى مطالعة النيابة

---

(6) أنظر: نقض 1977/12/15 - مشار إليه لدى: أنور طلبه - مجموعة المبادئ - المرجع

السابق - رقم 47 - ص 696.

(7) أنظر: نقض 1990/2/15 - مجموعة الأحكام - 41-1 - رقم 87 - ص 425.

العامة نحكم على المتهم بالإجماع بإسقاط العقوبة موضوع الحكم لمرور الزمن... " (15).

72- وفي فرنسا، يذهب الفقه والقضاء (16) أن ميعاد بدء سريان التقادم يكون من الوقت الذي يصبح فيه الحكم باتاً Irrévocable. وتفسيرهم لذلك أنه بمجرد رفع الدعوى ينقطع التقادم، ويظل هذا الانقطاع سارياً مرتباً آثاره إلى أن تنتضي الخصومة، أي يمتد التقادم إلى أن يفصل في النزاع، ويقصد بالخصومة هنا الخصومة الأخيرة أي خصومة الطعن، وذلك أن الخصومة تمتد من المطالبة القضائية Demande en Justice إلى الحكم النهائي La dernière décision الصادر من القضاء النهائي المختص بنظر الطعن La dernière juridiction saisie sur recours.

ثانياً: النزول عن تقادم الأحكام القضائية لا يمنع من بدء ميعاد سريانه:  
73- قد يحدث أن يتفق المتعاقدان على أن يكون حكم أول درجة باتاً، أي لا يقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن. وقد يتفقا أيضاً على أن يتنازل المحكوم عليه عن تقادم الحكم الصادر لصالح المحكوم له، أي أنه يجوز لهذا الأخير تنفيذ هذا الحكم في مواجهة المحكوم عليه في أي وقت ولو بعد انقضاء مدة تقادم هذا الحكم.

---

(15) أنظر: محكمة التمييز الجزائرية- الغرفة السادسة- قرار رقم 43- تاريخ 1994/3/8-

النشرة القضائية اللبنانية- العدد العاشر- 1994- ص 1259.

(16) أنظر:

N. Fricero, La nouveau régime de la prescription et la procédure civile (Loi N° 2008- 651 du 17 juin 2008), Colloque à la cour de cassation (11 mai 2009), N° 19 et 22; Civ. 1<sup>re</sup>, 16 jan. 2001, D. 2001, 3575, note matsopoulou; civ, 2e, 8avr. 2004, J.C.P. 2004. IV. 2156, Cass. Civ. I II. 15 Févr. 2006, R.T.D. Civ. 2006, P. 374, obs. Perrot.



وهذا النزول من قبل المحكوم عليه عن تقادم الحكم الصادر ضده بعد باطلاً ولا يرتب أثر ولا يعتد به، ولا يحول دون بدء سريان ميعاد تقادم الحكم في حق المحكوم له. وفي هذا تنص المادة 1/388 من القانون المدني على أنه "لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه". ويقول أحد الفقهاء في هذا المعنى تبريراً لذلك (17) "أنه لو أجاز للدائن أن يشترط على المدين عدم تقادم الدين، لاستطاع الدائنون فرض هذا الشرط على المدينين، ولأصبح هذا الشرط مألوفاً في التعامل، الأمر الذي يؤدي إلى هدم نظام التقادم وتعطيل أحكامه والقضاء على الحكمة التي دعت إلى تقريره".

وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد بأنه "لا يجوز قانوناً النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه. ولا يثبت هذا الحق إلا باكتمال مدة التقادم. وإنما يجوز النزول عن المدة التي انقضت في تقادم لم يكتمل وهذا النوع من النزول إنما يقطع التقادم على أساس اعتباره إقراراً من المدين بحق الدائن" (18).

والحقيقة أن السبب في عدم جواز نزول المحكوم عليه عن تقادم الحكم الصادر ضده هو أن المحكوم له قد يستغل حاجة المحكوم عليه عند إبرام العقد ويفرض عليه هذا الشرط، فيقبله مرغماً. ولا شك في عدم قانونية الاستغلال عند نشأة العلاقة القانونية بين الأطراف وبطلان كل شرط يتضمنه (19)، حرصاً على حرية الأفراد عند إبرام عقودهم ومعاملاتهم.

---

(17) راجع: رمضان أبو السعود- أحكام الالتزام- ص 614.

(18) أنظر: نقض مصري 1969/1/30- الطعن رقم 577 لسنة 34ف- مشار إليه في:

أنور طلبه- المرجع السابق- رقم 344- ص 837.

(19) أنظر في فكرة الاستغلال في قانون المرافعات: وجدي راغب- التنفيذ القضائي- ط 95-

غير مذكور دار النشر- ص 32 وما بعدها، أحمد ماهر زغلول- أصول التنفيذ الجبري

القضائي- ط 2000- دار النهضة العربية- بند 27- ص 59 وما بعدها.

## الفرع الثاني

### موقف الخصوم والمحكمة من تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية

أولاً: موقف الخصوم من تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية:

74- توجد بعض القواعد المتعلقة بتقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية، والتي يجب على الخصوم مراعاتها والالتزام بها. ومن أهم هذه القواعد ما يلي:

1- يجب على الخصم المحكوم عليه أن يتمسك بتقادم الحكم القضائي الصادر ضده أمام محكمة الموضوع:

قد يصدر حكم قضائي لصالح أخذ الأشخاص ويتأخر في تنفيذه في مواجهة المحكوم عليه إلى أن يسقط بالتقادم، ورغم ذلك قد يباشر المحكوم له في تنفيذ الحكم الصادر لصالحه أو يستند إليه في دعوى أخرى. فإذا أراد المحكوم عليه أن يحول دون ترتيب هذا الحكم لآثاره القانونية في مواجهته، فيجب عليه أن يتمسك بتقادم هذا الحكم أمام محكمة الموضوع<sup>(23)</sup>.

وإذا لم يتمسك الخصم الصادر ضده الحكم، والذي يريد المحكوم له مباشرة إجراءات التنفيذ استناداً إليه أو الذي يستند إليه للحكم له في دعوى أخرى،

---

(23) قارب: نقض 1975/2/18- الطعن رقم 349 لسنة 39ق- مشار إليه لدى: أنور

طلبه- مجموعة المبادئ- رقم 320- ص 827، وقد جاء به "لما كان يبين من الاطلاع على الطلب الذي قدمه الطاعنون إلى المطعون عليه أنهم بعد أن = أشاروا فيه إلى أن الحكم المنفذ قد سقط بالتقادم أبدوا رغبتهم في دفع الدين المحكوم به ومصاريفه دون الفوائد، وكان مقتضى هذه العبارة أن الطاعنين يتمسكون بالتقادم بالنسبة للفوائد فإن الحكم المطعون فيه إذ استخلص من العبارة المذكورة أن النزول عن التقادم يشمل الفوائد وقضى برفض دعوى الطاعنين ببراءة ذمتهم منها فإنه يكون قد انحرف عن المعنى الظاهر للعبارة سالفة الذكر مما يعيب الحكم بالخطأ في تطبيق القانون".

بتقادم هذا الحكم بمرور الزمن، فإنه يمكن للمحكوم له أن ينفذ هذا الحكم في مواجهته، وتكون إجراءات التنفيذ للحصول على الحق الثابت في هذا الحكم والذي سقط بالتقادم صحيحة لا يشوبها ولا يعتورها أي بطلان، كما يمكن للمحكوم له الذي استند إلى الحكم الذي سقط بالتقادم في دعوى أخرى يكون أساساً لصدور هذا الحكم ومقدمة ضرورية له أن يتمسك بهذا الحكم الجديد في مواجهة المحكوم عليه بهذا الحكم القديم ويتمسك بكافة الآثار القانونية للحكم الجديد.

74- ويجوز للمدعى عليه التمسك بتقادم الحكم الصادر ضده ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، ذلك أن الدفع بالتقادم هو من الدفوع الموضوعية التي يجوز إثارتها لأول مرة أمام هذه المحكمة<sup>(24)</sup>. وهو ما نصت عليه صراحة المادة 2/387 مدني وبصفة عامة بالنسبة للتمسك بالتقادم حيث جاء بها "ويجوز التمسك بالتقادم في أية حالة كانت عليها الدعوى، ولو أمام المحكمة الاستئنافية".

وقد قضت محكمة النقض في خصوص التمسك بالتقادم بصفة عامة وهو ما ينطبق على الدفع بتقادم الحكم بأن "الدفع بالتقادم - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - دفع موضوعي، يجوز إبدائه في أية حالة كانت عليها الدعوى، ولأول مرة في الاستئناف، والنزول عنه لا يفترض ولا يؤخذ بالظن"<sup>(25)</sup>. كما قضت أيضاً بأن<sup>(26)</sup> "النص في المادة الثانية من المادة 378 من القانون المدني على أنه "يجوز التمسك بالتقادم في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئنافية" مؤداه أن من فاتته الدفع بالتقادم أمام محكمة الدرجة

---

(24) أنظر: فتحى والي- الوسيط- بند 283- ص 486، وجدي راغب- مبادئ، ص 491 و 493، أحمد صاوي- الوسيط- ص 289 وما بعدها، نبيل عمر- قانون أصول المحاكمات المدنية- ص 317 وما بعدها.

(25) أنظر: نقض 1974/2/26- مشار إليه لدى: أنور طلبه- مجموعة المبادئ- رقم 322- ص 828.

(26) أنظر: نقض 1967/11/22- مشار إليه لدى: أنور طلبه- مجموعة المبادئ- رقم 329- ص 831.

الأولى سواء لأنه كان يجهله أو كان يعلمه ومبقياً على التمسك به أمام محكمة الدرجة الثانية إذا ما أخفق في دفاعه أمام محكمة الدرجة الأولى، فإنه يسوغ له التمسك به لأول مرة أمام محكمة الاستئناف. ما لم ينطو تأخيره في إيدائه على معنى النزول عنه ضمناً - وهو بهذه المثابة يعتبر من الدفوع الموضوعية التي يجوز التمسك بها أمام محكمة الاستئناف ولو لم يسبق إثارتها أمام محكمة الدرجة الأولى، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر الدفع بالتقادم من قبل الطلبات الجديدة التي يمتنع إيدؤها لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، وكان الثابت في الدعوى أن الطاعنة لم تنزل عن الدفع صراحة أو دلالة، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه".

وإذا لم يتمسك الخصم بتقادم الحكم الصادر ضده أمام محكمة الموضوع فلا يجوز له أن يتمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض. وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد بأن "الدفع بالتقادم من الدفوع المتعلقة بموضوع الدعوى، وإذا كان الطاعن لم يتمسك بهذا الدفع أمام محكمة الموضوع، فإنه يعتبر سبباً جديداً لا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض" (27). كما قضت محكمة التمييز اللبنانية أيضاً بأنه "حيث أن مرور الزمن لا يتعلق بالنظام العام وما دام المميزون لم يدلوا به استئنافاً فلا يمكنهم التذرع به لأول مرة تمييزاً..." (28).

75- وإذا كان يجب على الخصم المحكوم عليه أن يتمسك بتقادم الحكم القضائي الصادر ضده أمام محكمة الموضوع إذا ما أراد أن يتخلص من هذا الحكم ومن آثاره في مواجهته، فإنه يجوز لدائنيه أن يتمسكوا بتقادم الحكم الصادر ضده حتى لا يشاركهم المحكوم له في الضمان العام على أموال مدينهم، وذلك بموجب الدعوى غير المباشرة أو التدخل في إجراءات التنفيذ أو التدخل في الدعوى التي يستند فيها إلى هذا الحكم.

وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد بأن "مفاد المادة 387 من القانون المدني أن للدائنين استعمال حق مدينهم في التمسك بالتقادم ليصلوا بذلك إلى إبعاد الدائن الذي تقادم حقه عن مشاركتهم في قسمة أموال المدين،

(27) أنظر: نقض 1978/4/27 - مشار إليه لدى أنور طلبه - مجموعة المبادئ - رقم

312 - ص 825.

(28) أنظر: تمييز لبناني - الغرفة الرابعة المدنية - رقم 12 - تاريخ 1987/7/2 - مجموعة

حاتم - ج2 - 197 - ص 422.

ويشترط لاستعمال الدائن حقوق مدينه وفقاً للمادة 235 مدني أن يكون دينه في ذمة المدين محقق الوجود على الأقل، فإن كان ذلك الدين محل نزاع فإنه لا يعد محقق الوجود إلا إذا فصل القضاء بثبوتة"<sup>(29)</sup>.

76- ولا يكفي أن يتمسك الخصم المحكوم عليه بتقادم الحكم القضائي الصادر ضده أمام محكمة الموضوع أثناء سير الدعوى أو الطعن، بل يجب أن يصر عليه حتى إقفال باب المرافعة وفي كافة المذكرات التي يقدمها حتى هذا الوقت. فإذا ما تمسك الخصم بتقادم الحكم الصادر ضده بموجب مذكرة قدمها للمحكمة أو يدفع أثبته في محضر الجلسة أو أبداه في حافظة مستندات ثم قدم مذكرة خلت من تمسكه بالدفع بالتقادم فهذا مؤداه أنه - مدع أو طاعن - في ختام دفاعه لم يتمسك بدفعه هذا أو لم يظهر - كما تقول محكمة النقض المصرية - تصميمه عليه، ومن ثم فلا يحق له أن ينعى على الحكم المطعون فيه أنه لم يتعرض لهذا الدفع"<sup>(30)</sup>.

2- يجب أن يتمسك الخصم المحكوم عليه بتقادم الحكم الصادر ضده في عبارات واضحة وحاسمة لا تحتمل شكاً أو تأويلاً أو إبهاماً<sup>(31)</sup>.

77- لا يكفي الخصم أن يتمسك أمام محكمة الموضوع بتقادم الحكم القضائي الصادر ضده كي لا يحتج به عليه ولا يرتب آثار القانونية في مواجهته. بل يجب بالإضافة إلى ذلك أن يتم هذا التمسك بعبارات واضحة ومحددة وحاسمة لا تحتمل معنى آخر غير التمسك بتقادم الحكم، وإلا فلن يكون لهذا التمسك أي أثر في مواجهته ولا يحول دون تنفيذ الحكم الذي تقادم في مواجهته أو الاستناد إليه في أية دعوى أخرى يعتبر هذا الحكم أساساً لصدور الحكم الذي سيصدر فيها. من ذلك على سبيل المثال، أن يدعى المنفذ ضده أمام قاضي التنفيذ ببطلان إجراءات تنفيذ الحكم الذي يراد التنفيذ في مواجهته استناداً إليه لسبب

(29) أنظر: نقض 1964/12/3- الطعن رقم 5 لسنة 30 ق- مشار إليه لدى: أنور

طلبه- مجموعة المبادئ- رقم 335- ص 833.

(30) قارب: نقض 1977/12/15- مجموعة الأحكام- السنة 28- الجزء الثاني- رقم

311- ص 1821.

(31) راجع: صادر بين التشريع والقضاء- رقم 6- ص 32.

آخر غير تقادم هذا الحكم، أو يطالب برفض الدعوى التي يطالب فيها بأمر ما استناداً إلى الحكم الذي تقادم في مواجهته.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بخصوص الدفع بالتقادم بصفة عامة، وهو ما ينطبق على الحكم القضائي الذي تقادم، بأن "الدفع بالتقادم لا يتعلق بالنظام العام وينبغي التمسك به أمام محكمة الموضوع في عبارة واضحة لا تحتمل الإبهام ولا يغنى عن ذلك طلب الحكم برفض الدعوى، كما لا يغنى عنه التمسك بنوع آخر من أنواع التقادم لأن لكل تقادم شروطه وأحكامه"<sup>(42)</sup>.

**3- يجوز أن يتمسك الخصم بتقادم الحكم القضائي الصادر بصورة أصلية أو احتياطية<sup>(43)</sup>:**

**78-** إذا تمسك الخصم المحكوم عليه أمام محكمة الموضوع بتقادم الحكم القضائي الصادر ضده للحيلولة دون تنفيذه في مواجهته أو الاستناد إليه لإصدار حكم آخر عليه في عبارات واضحة وحاسمة، فلا يهم بعد ذلك الطريقة التي تمسك فيها بتقادم هذا الحكم، أي يستوي أن يكون قد تمسك بالتقادم بموجب طلب أصلي أم بموجب طلب احتياطي، ففي الحالتين يرتب التمسك بتقادم الحكم أثره القانوني في عدم الاعتداد بهذا الحكم في مواجهة المحكوم عليه، إذا ما تأكدت المحكمة المطروح عليها الدفع بالتقادم من توافر شروط هذا التقادم.

وقد قضت محكمة التمييز اللبنانية في هذا الصدد بأنه "حيث أن المميز عليها سواء ركزت دعوها بصورة أصلية على مرور الزمن أم بصورة استطرادية فإن النتيجة القانونية هي واحدة ما دام أنه يجوز الإدلاء بمرور الزمن في جميع أطوار المحاكمة حتى في الاستئناف للمرة الأولى عملاً بأحكام المادة 345 موجبات و عقود"<sup>(44)</sup>.

---

(42) أنظر: نقض 1962/5/24 - الطعن رقم 531 لسنة 26 ق - مشار إليه لدى: أنور

طلبه - مجموعة المبادئ - رقم 331 - ص 831.

(43) راجع: صادر - المرجع السابق - رقم 4 - ص 32.

(44) أنظر: تمييز لبناني - الغرفة الثانية المدنية - رقم 107 - تاريخ 1969/7/24: صادر -

رقم 4 - ص 32، باز - 1969 - ص 288.

4- لا يجوز للخصم المحكوم عليه أن يتمسك بتقديم الحكم القضائي بموجب دعوى مستقلة على خلاف حجية الأمر المقضي:

79- إن حجية الأمر المضي تحول دون رفع دعوى جديدة بإجراءات مبتدئة بين نفس الخصوم وبذات الموضوع ولنفس السبب، فإذا ما رفعت هذه الدعوى فيجب على المحكمة من تلقاء نفسها أن تحكم بعدم جواز نظرها لسابقة الفصل فيها (المادة 101 إثبات مصري و116 مرافعات مصري، المادة 303 أصول محاكمات مدنية لبناني)، والسبب في ذلك هو تحقيق الاستقرار القانوني في المجتمع وعدم تأييد المنازعات ومنع تعارض الأحكام<sup>(45)</sup>.

وتطبيقاً لذلك، لا يجوز للخصم المحكوم عليه أن يتمسك بتقديم الحكم القضائي الصادر ضده بموجب دعوى جديدة يرفعها على خصمه الذي يطالب بتنفيذ هذا الحكم في مواجهته طالما اتحد الخصوم والموضوع والسبب في الدعويين السابقة والحالية، وذلك احتراماً لقاعدة حجية الأمر المقضي للأحكام القضائية.

وقد قضت محكمة التمييز اللبنانية في هذا الصدد بأنه "حيث يتبين أن... طلب تجديد الحكم الغيابي الصادر عن محكمة لبنان الشمال بتاريخ 24-12-37 على ورثة... لمصلحة... المنتقل... (مقدم الطلب) بالشراء وأن الحاكم المنفرد في بشري قضى بتاريخ سنة 1954 بتجديد الحكم الغيابي فاعتراض ورثة... على هذا الحكم فقضى الحاكم بقبول الاعتراض شكلاً ورده أساساً وأن هذا الحكم تصدق استثنافاً وتمييزاً وأصبح مبرماً وبوشر بتنفيذه أمام دائرة التنفيذ فأتى وكيل الورثة بدعواه هذه طالباً الحكم بمرور الزمن الطويل وإبطال المعاملة الإجرائية.

وحيث أن الحكم المجدد أصبح مبرماً ويتمتع بقوة القضية المحكمة ولا يجوز الطعن به من قبل من تمثلوا في المحاكمات السابقة.

وحيث أن الإدلاء مجدداً بمرور الزمن لا يعد سبباً جديداً يجيز النظر بالدعوى مجدداً بل هو سبيل من سبل الدفع التي لا تغير شيئاً من قوة القضية المحكمة وكان يجب الإدلاء به في المحاكمة السابقة التي اقترنت بحكم مبرم ولا يجوز الإدلاء به مجدداً بدعوى مستقلة إذ أن من شروط المحاكمة أن يدلي المتدعون

---

(45) راجع في الحكمة من قاعدة حجية الأمر المقضي: أحمد صاوي- الوسيط- بند 186-

بأسباب الثبوت والدفع جميعها مرة واحدة ولا يقبل بعد ذلك مطلب جديد على ما جاء في المادة 392 أصول مدنية.

وحيث أن شروط القضية المحكمة على ما جاء في المادة 449 أصول مدنية متوفرة بهذه القضية إذ أن هذه الدعوى قائمة بين نفس المتداعين الذين مثلوا في المحاكمة السابقة وتتعلق بنفس الحكم وإبطال المعاملة الإجرائية.

وحيث أن المحكمة قالت بأنه على فرض أن الدعوى هي اعتراض على اعتراض فهي غير مقبولة وأسندت قرارها إلى أساس قانوني هو قوة القضية المقضية<sup>(49)</sup>.

**5- سكوت المحكوم عليه عن التمسك بتقادم الحكم القضائي الصادر ضده لا يعد تنازلاً منه<sup>(50)</sup>.**

**80-** إذا كان يجوز للخصم المحكوم عليه أن يتمسك بتقادم الحكم القضائي الصادر ضده لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، ودون أن يعد موقفه هذا طلباً جديداً يحظر إيدأوه أمام هذه المحكمة، فلا يمكن أن يفسر سكوته عن التمسك بتقادم الحكم أمام محكمة أول درجة على أنه تنازل منه عن هذا الحق المقرر لصالحه، وذلك طالما أنه لم يتنازل عن هذا الدفع صراحة أو ضمناً. فطالما لم يتنازل المحكوم عليه عن التمسك بتقادم الحكم الصادر ضده، فيمكنه التمسك بهذا التقادم لأول مرة أمام محكمة الاستئناف رغم سكوته عن ذلك أمام محكمة أول درجة. فقد لا يتمسك المحكوم عليه بهذا الدفع لأنه كان يجهله أو كان يعلمه ويبقى على التمسك به أمام محكمة الدرجة الثانية إذا ما أخفق في دفاعه أمام محكمة الدرجة الأولى<sup>(51)</sup>. فمجرد السكوت إذن لا يعتبر تنازلاً عن التمسك بتقادم الحكم، فالنزول لا يفترض ولا يؤخذ بالظن<sup>(52)</sup>.

وقد قضت محكمة النقض السورية في هذا الصدد بأنه "حيث أنه يجوز التمسك بالتقادم في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئنافية (ف 2

(49) أنظر: تمييز مدني لبناني- قرارات نهائية ثانية- رقم 31- تاريخ 1959/4/17- باز-

1959- ص 112.

(50) راجع: صادر- رقم 24- ص 35.

(51) أنظر: نقض 1967/11/22- سبق الإشارة إليه.

(52) أنظر: نقض 1974/2/26- سبق الإشارة إليه.



من المادة 384) وسكوت الخصم عن التمسك بالتقادم في مرحلة من مراحل المحاكمة أمام درجتي التقاضي لا يعد تنازلاً إلا إذا كان المطعون ضده قد تنازل صراحة أو ضمناً وهذا ما لم يتوفر في القضية الماثلة مما يتعين معه رفض السبب الأول من الطعن<sup>(53)</sup>.

وقد قضى رئيس دائرة تنفيذ بيروت في هذا الصدد بـ"إن الفقه والاجتهاد أقرّا أن قبض المؤجر جزءاً من البدلات بعد صدور حكم بالإخلاء ليس من شأنه أن يلاشى مفاعيل هذا الحكم على اعتبار أن الحق الناشئ عن الحكم لا يمكن التنازل عنه إلا بصورة واضحة لا لبس فيها، لأن التنازل يستلزم أعمالاً وأقوالاً لا تحتمل إلا تأويلاً واحداً ولا يعترىها شبهة أو إبهام بحيث لا تدع مجالاً للشك في حصول التنازل والقبول به"<sup>(54)</sup>.

**81-** والتنازل عن تقادم الحكم القضائي، فضلاً عن أنه لا يجوز قبل ثبوت الحق فيه إعمالاً للمادة 388 مدني، يمكن أن يكون بصورة صريحة أو ضمنية. والتنازل الضمني يجب على المحكمة أن تستخلصه من واقع الدعوى ومن كافة الظروف والملابسات المحيطة التي تدل على هذه الإرادة بوضوح. وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد بشأن التنازل عن التقادم بصفة عامة، وهو ما ينطبق على تقادم الأحكام القضائية لعمومية قواعد التقادم الواردة بالقانون المدني واعتبارها الشريعة العامة فيه، أنه "لئن كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن النص في المادة 388 من القانون المدني على أنه لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه... وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه أن ينزل ولو ضمناً عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه يدل على أن النزول عن التقادم بسائر أنواعه عمل قانوني من جانب واحد يتم بمجرد إرادة المتنازل وحدها بعد ثبوت الحق فيه، وأن النزول عن التقادم لا يخضع لأي شرط شكلي فكما يقع صراحة بأي تعبير عن الإرادة يفيد معناه، فإنه يجوز أن يكون ضمناً يستخلص من واقع الدعوى ومن كافة الظروف والملابسات المحيطة التي تظهر منها هذه الإرادة بوضوح لا

---

(53) أنظر: نقض سوري- رقم 186- تاريخ 1981/2/3- مشار إليه لدى: صادر بين

التشريع والاجتهاد- المرجع السابق- رقم 24- ص 35.

(54) أنظر: رئيس دائرة التنفيذ في بيروت- مجلة العدل- السنة 48- 2014- العدد الأول-

غموض فيه، إلا أن الإرادة الضمنية لا تستخلص إلا من واقع لا يدل إلا عليها ولا يحتمل إلا انصراف النية إلى التعبير عنها ضمناً، أما إذا كان هذا الواقع يدل على أكثر من احتمال فلا يمكن استخلاص الإرادة الضمنية منه لأنه ترجيح لأحد الاحتمالات على الآخر بغير مرجح"<sup>(1)</sup>.

**ثانياً: موقف المحكمة من تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية:**

82- قد يطلب من القضاء تنفيذ حكم قضائي رغم تقادم هذا الحكم بمرور الزمن، وقد يطلب منه إصدار حكم قضائي استناداً إلى حكم آخر يعد أساساً له رغم تقادم هذا الحكم الأخير، وقد يطلب منه إصدار حكم إلزام لما جاء بحكم تقريره رغم تقادم هذا الأخير. فما هو موقف القضاء من هذا الحكم الذي تقادم بمرور الزمن؟ هل يجوز لها أن تثير هذا التقادم من تلقاء نفسها؟ وما هي سلطة المحكمة إذا ما دفع أمامها بتقادم الحكم المطروح عليها؟  
نعرض لذلك في النقاط الآتية:

1- لا يجوز للمحكمة أن تثير تقادم الحكم المطروح عليها من تلقاء نفسها:

83- إذا طرح على المحكمة حكم قضائي وطلب منها مباشرة إجراءات تنفيذ هذا الحكم أو بطلان هذه الإجراءات لسبب لا يتعلق به أو طلب منها إصدار حكم آخر استناداً إليه، واتضح لها أن هذا الحكم المطروح عليها قد تقادم بمرور الزمن، أي تقادم، ولم يتمسك الخصم المحكوم عليه أو ورثته بتقادم هذا الحكم، فإنه لا يجوز للمحكمة على الإطلاق أن تثير هذا التقادم من تلقاء نفسها<sup>(2)</sup>. والسبب في ذلك أن التقادم لا يتعلق بالنظام العام، وإنما يتعلق

---

<sup>(1)</sup> أنظر: نقض 1984/12/30 - مجموعة الأحكام- 1-35 - رقم 437 - ص 2316.

<sup>(2)</sup> والأمر على عكس ذلك في المسائل الجنائية، حيث يتعلق مرور الزمن بالنظام العام. وقد قضت محكمة التمييز المدنية - هيئة عامة- في هذا الصدد بأن "الدفع بمرور الزمن في المسائل الجزائية يتعلق بانتظام العام ويكون للمحكمة إثارته عفواً في أي من الجرائم المعروضة عليها وفي كافة مراحل المحاكمة، حتى لأول مرة أمام محكمة التمييز، ولا يتأثر

بالمصلحة الخاصة، فإذا لم يتمسك به الخصم ذو المصلحة أمام محكمة الموضوع فلا يجوز لها أن تثيره من تلقاء نفسها، فيجب أن يثار تقادم الحكم من المحكوم عليه أو من دائنيه أو كل ذي مصلحة. وقد نصت على ذلك صراحة المادة 1/387 من القانون المدني، حيث نصت على أنه "لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طب دائنيه أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين".

وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد بأن "الدفع بالتقادم لا يتعلق بالنظام العام وينبغي التمسك به أمام محكمة الموضوع في عبارة واضحة لا تحتمل الإبهام"<sup>(1)</sup>. كما قضت محكمة التمييز اللبنانية كذلك بأنه "بما أن مسألة مرور الزمن لا تتعلق بالانتظام العام بدليل أنه لا يحق للقاضي إثارتها عفواً

---

هذا الدفع بطلبات الفرقاء"، أنظر: تمييز مدني- هيئة عامة- قرار رقم 2010/23- تاريخ 2010/5/10- كساندر- 2010/5- ص 920، كما قضى أيضاً بأن مرور الزمن في الحقل الجزائي يتعلق بالانتظام العام ويقتضي إثارته عفواً في أي طور من أطوار الملاحقة الجزائية. انقضاء أكثر من عشر سنوات ما بين حصول الأفعال المنسوبة للمتهمين وما بين تنظيم ورقة =الطلب التي حركت الدعوى العامة. انقضاء الجرم بمرور الزمن"، أنظر: تمييز جزائي- قرار رقم 2011/391- تاريخ 2011/9/22- كساندر- 2011/9- رقم 114- ص 1701، وأنظر: نقض جنائي مصري 2012/11/8- رقم 114- ص 635؛ وقد جاء به أن "الدفع بانقضاء الدعوى الجنائية بالتقادم من الدفع المتعلقة بالنظام العام ويجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض ما دامت مدونات الحكم ترشح له".

(1) أنظر: نقض 1926/5/24- سبق الإشارة إليه، نقض 1962/11/29- مشار إليه لدى: أنور طلبه- مجموعة المبادئ- رقم 332- ص 832.

إنما أمر الإدلاء بها متروك للمتقاضين عملاً بأحكام المادة 345 موجبات<sup>(1)</sup>. كما قضت هذه المحكمة بـ"إن مرور الزمن لا يتعلق بالنظام العام، وما دام المميزون لم يدلوا به استئنافاً فلا يمكنهم التذرع به لأول مرة تمييزاً والنعي على المحكمة لمخالفة المادة 344 موجبات كونها لم تثره من تلقاء نفسها إذ لم يكن من حقها إثارتها عفواً"<sup>(2)</sup>. كما قضت أيضاً بـ"إن مرور الزمن لا يتعلق بالنظام العام وهو عملاً بأحكام المادة 345 م.وع.، لا يجري حكماً بل يجب أن يدلى به من ثم في مصلحته وأنه لا يجوز للقاضي أن يطبقه أو أن يثيره من تلقاء نفسه"<sup>(3)</sup>.

**2- يجب على المحكمة أن ترد على الدفع بتقادم الحكم المطروح عليها:**  
84- إذا تمسك الخصم أمام المحكمة التي يطلب منها تنفيذ حكم قضائي في مواجهته أو التي يطلب منها إصدار حكم استناداً إلى حكم آخر سبق صدوره بأن هذا الحكم قد سقط بالتقادم بما يحول دون ترتيب آثاره القانونية في مواجهته، فإنه يجب على المحكمة أن ترد على هذا الدفع وتفحصه وتتأكد من مدى توافر شروطه وإعمال آثاره القانونية، ولا يجوز لها أن تلتفت عنه وإلا كان حكمها مشوباً بالقصور معرضاً للإلغاء من محكمة الطعن. والسبب في ذلك أن الدفع بتقادم الحكم المطروح على المحكمة هو دفاع جوهرى قد يتغير به وجه الرأي في الدعوى إذا ما كان صحيحاً.

وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الخصوص بأن "التمسك بالدفع بالتقادم المسقط دفاع جوهرى لو صح لتغير به وجه الحكم في الدعوى، ومن ثم فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أغفل الرد على هذا الدفع- رغم تمسك الطاعن به أمام محكمة الموضوع- فإنه يكون مشوباً بالقصور مما يستوجب نقضه. ولا يمنع من هذا النظر ما يثيره المطعون عليه أمام محكمة النقض من

---

(<sup>1</sup>) أنظر: تمييز- الغرفة الأولى المدنية- قرار رقم 58- تاريخ 1962/7/6- باز- 1962-

(<sup>2</sup>) أنظر: محكمة التمييز المدنية- الغرفة الرابعة- قرار رقم 12- تاريخ 1987/7/2- النشرة

(<sup>3</sup>) أنظر: محكمة التمييز المدنية- الغرفة المدنية- قرار رقم 2008/120- تاريخ

أن ذلك التقادم المسقط قد انقطع أو أوقف سريانه لسبب من أسباب الانقطاع أو الوقف إذ أن هذا الدفاع يخالطه واقع لم تنتظر فيه محكمة الموضوع ولا تجوز إثارته أمام محكمة النقض<sup>(1)</sup>.

وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد بتاريخ 2014/2/20 بأنه "حسب محكمة الموضوع أن يدفع أمامها بالتقادم حتى يتعين عليها أن تبحث شرائطه القانونية ومنها المدة بما يعترضها من وقف أو انقطاع إذ أن حصول شيء من ذلك يحول دون اكتمال مدة التقادم مما يقتضى التثبيت من عدم قيام أحد أسباب الوقف أو الانقطاع، ومن ثم يكون للمحكمة - ولو من تلقاء نفسها - أن تقرر وقف التقادم إذا طالعتها أوراق الدعوى بقيام سببه"<sup>(2)</sup>. كما قضت هذه المحكمة أيضاً بتاريخ 2014/6/2 بأن "المقرر - في قضاء محكمة النقض - أنه يجب على المحكمة متى دفع أمامها بالتقادم أن تبحث من تلقاء نفسها شرائطه القانونية ومنها المدة وفقاً للتكليف القانوني الصحيح للالتزام"<sup>(3)</sup>.

85- ويلاحظ في هذا الصدد أنه كي تكون المحكمة ملزمة بالرد على الدفع بتقادم الحكم القضائي أن يكون الخصم ذي المصلحة قد أصر على تمسكه بهذا الدفع في مذكراته الختامية، فإن لم يفعل ولم يظهر تصميمه على ذلك فلا يحق له أن ينعى على الحكم أنه لم يتعرض لهذا الدفع. فإذا تمسك الخصم بتقادم الحكم بوجه حافظة المستندات المقدمة منه قبل المذكرة الختامية التي خلت من هذا الدفع، فلا يعاب على الحكم عدم رده على هذا الدفع<sup>(4)</sup>.

---

(1) أنظر: نقض 1961/12/14 - مشار إليه لدى: صادر - المرجع السابق - رقم 14 - ص 34.

(2) أنظر: نقض 2014/2/20 - البوابة القانونية لمحكمة النقض المصرية.

(3) أنظر: نقض 2014/6/2 - البوابة القانونية لمحكمة النقض المصرية.

(4) قارب: نقض 1977/12/15 - مجموعة الأحكام - السنة 28 - الجزء الثاني - رقم

311 - ص 1821، وقد جاء بهذا الحكم أنه:

لئن كان قد ورد بوجه حافظة المستندات التي قدمها الطاعن ملخصاً لإشهار البيع الصادر له في 1949/1/9 أنهاء بعبارة "بذلك تكون دعوى الوزارة التي رفعت بفسخ عقد بيع

### 3- سلطة المحكمة في استخلاص التنازل عن تقادم الحكم القضائي:

86- قد يدفع المحكوم له أمام المحكمة أن المحكوم عليه الذي دفع بتقادم الحكم القضائي الذي قدم للمحكمة وطلب منها تنفيذه أو الاستناد إليه قد تنازل عن هذا التقادم بعد أن ثبت له الحق في التمسك به، كأن لا يرد على الإنذار الذي وجهه إليه أو سكوته عند توقيع الحجز على أمواله إعمالاً لهذا الحكم. وفي هذه الحالة، يكون للمحكمة كامل السلطة التقديرية<sup>(1)</sup> في اعتبار سكوت المحكوم ضده تنازلاً عن تقادم الحكم القضائي الصادر ضده وفي استخلاص النزول عن هذا التقادم، ولا معقب عليها في ذلك من محكمة النقض متى أقامت حكمها على أسباب سائغة تؤدي إليه.

وقد قضت محكمة استئناف بيروت في هذا الصدد بأنه "حيث أن المستأنف يدلي بأن المستأنف عليه تنازل عن الإدلاء بمرور الزمن بسكوته بعد إرسال الإنذار إليه في 1963/3/25، وحيث أن السكوت على الإنذار لا يكفي وحده دليلاً على التنازل عن تقادم اكتملت مدته قبل الإنذار إذ لا بد من أن ترافق السكوت ظروف تنظيمه لتجعل واقعة التنازل ثابتة جزماً. وحيث أن مثل هذه الظروف لم تتجمع في القضية الحاضرة ولم يأت المستأنف بما يدل على هذه الظروف، وحيث أنه لا محل لافتراض التنازل عن حق بتأويل سكوت يحتمل أكثر من جهة نظر في تفسيره". وحيث أنه على كل فإن المستأنف سار بعد مطالبته بالسند عن طريق دائرة الإجراء يعارض في التنفيذ محتجاً بانقضاء

---

تم في سنة 1944 وعلى الأقل في 1949/1/19 تاريخ صدور قرار اللجنة قد سقطت لأن الدعوى رفعت في أكتوبر سنة 1963" إلا أنه يبين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن تقدم بجملة 1973/4/8 أي بعد تقديمه لتلك الحافظة بمذكرة لا تخرج عن مضمون ما جاء بصحيفة الاستئناف التي خلت من تمسكه بالدفع بسقوط الحق في رفع الدعوى بالتقادم مما مؤداه أن الطاعن في ختام دفاعه الذي طلب الحكم في الاستئناف على مقتضاه لم يتمسك بدفعه ولم يظهر تصميمه عليه فلا يحق له أن ينعى على الحكم المطعون فيه أنه لم يتعرض لهذا الدفع".

(1) راجع في السلطة التقديرية للقاضي: نبيل عمر- السلطة التقديرية للقاضي في المواد المدنية والتجارية- ط 84- منشأة المعارف.

الدين بمرور الزمن مما ينبئ بأن أمر التنازل لم يكن كما ورد في ذهنه" (1). كما قضت محكمة النقض المصرية أيضاً في هذا الخصوص بأن "استخلاص النزول عن التقادم المسقط بعد ثبوت الحق فيه مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع ولا معقب عليها في ذلك من محكمة النقض متى كان هذا الاستخلاص سائغاً، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص أن سكوت المطعون عليه عن إبداء الدفع بالتقادم وقت توقيع الحجز تحت يده لا يفيد النزول عن حقه في التمسك بالتقادم فإن هذا الاستخلاص سائغ لا مخالفة فيه للقانون ولا تكون مجادلة الطاعن في هذا الخصوص إلا جدلاً موضوعياً لا تجوز إثارتة أمام محكمة النقض" (2).

## المطلب الثاني

### عوارض تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية

87- قد يعترض سريان تقادم الأحكام القضائية في المواد التجارية والتجارية بعض العوارض التي تحول دون اكتمال مدة هذا التقادم ومن ثم دون ترتيب آثاره القانونية. والعوارض التي تواجه تقادم الأحكام القضائية هي وقف هذا التقادم وانقطاعه. وهو ما نعرض له في الفرعين الآتيين:

---

(1) أنظر: استئناف بيروت- الغرفة الثانية المدنية- قرار رقم 263- تاريخ 1970/3/4-

مجلة العدل- تصدرها نقابة المحامين في بيروت- العدد الرابع- ص 701.

(2) أنظر: نقض 1962/12/13- مشار إليه لدى: صادر- المرجع السابق- رقم 14-

ص 40.

## الفرع الأول

وقف تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية:

أولاً: أسباب وقف تقادم الأحكام القضائية:

88- قد يصدر الحكم القضائي، وقبل أن يبدأ سريان ميعاد تقادم هذا الحكم أو بعد بدأ سريان هذا الميعاد وقبل انقضائه قد تحدث بعض الظروف أو الأحداث التي تحول بين المحكوم له وبين المطالبة بتنفيذ هذا الحكم الصادر لصالحه أو تحول دون مطالبته بالحصول على أحكام أخرى تبني على هذا الحكم وتؤسس عليه. ومن هذه الأسباب:

### 1- القوة القاهرة:

89- إن القوة القاهرة هي حادث لا يمكن للمحكوم له أن يتوقعه، ولا يمكنه أن يدفعه أو يدفع الآثار التي تترتب عليه، ولا دخل لإرادته في حدوثه ولا ينسب إليه أي تقصير أو إهمال في هذا الصدد، ويستحيل عليه في ظله أن يطالب بتنفيذ الحكم الصادر لصالحه أو أن يطالب باستصدار أحكام أخرى يكون هذا الحكم أساساً لها. ومن أمثلة ذلك أن يفقد المحكوم له ذاكرته إثر حادث تعرض له، أو أن يتم أسرهم من قبل العدو ولا يتمكن من الاتصال بأهله وذويه، أو أن يعتقل في سجن في مكان سحيق ولا توجد به الإجراءات اللازمة كي يتمكن الأفراد من خلالها من المطالبة بحقوقهم المحكوم بها، أو أن تقوم حرب مدمرة أو اضطرابات داخلية مسلحة تحارب فيها جماعات مسلحة الحكومة المركزية تؤدي إلى السيطرة على بعض أجزاء الدولة وفصلها عن سلطة الدولة وتهجير المواطنين المقيمين في هذه المناطق وتغيير النظام القضائي وانهيار سلطة الدولة في هذه المناطق.

وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد بأنه "إذ كان تقادم الخصومة من شأنه أن يلغى آثار ذات أهمية نشأت عن الإجراءات التي اتخذت وقد يؤثر في حقوق للخصوم تعلق مصيرها بهذه الإجراءات، فقد وجب إخضاع سريانه للوقف والانقطاع تطبيقاً للمبادئ العامة الأساسية في شأن التقادم المسقط، وهي مبادئ مقررة كأصل عام في التشريعات الإجرائية أسوة بالتشريعات الموضوعية، والإجراء القاطع لمدة تقادم الخصومة هو الإجراء الذي يتخذ في الخصومة ذاتها وفي مواجهة الخصم الآخر قصداً إلى استئناف السير فيها، وأما وقف مدة هذا التقادم فيتحقق بقيام مانع مادي يتمثل في وقوع حادث يعد من قبيل القوة القاهرة ويستحيل معه على الخصم مواصلة السير في الخصومة



أو مانع قانوني يحول دون مباشرة إجراءات الخصومة ومواصلة السير فيها<sup>(1)</sup>.

وقد قضت محكمة القضاء الإداري في هذا الصدد بأن "اعتقال المدعى في الطور، وهو معتقل بعيد بعداً سحيقاً عن بلده وليس فيه ما يوجد في السجون الأخرى من نظام يكفل للمسجونين أن يقوموا بما يريدون القيام به من إجراءات قانونية"<sup>(2)</sup>.

## 2- المانع أو العذر:

**90- العذر والمانع لفظان مترادفان، إذ يستعملان للدلالة على معنى واحد. فالعذر هو المانع الذي يتعذر معه على الشخص أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بحقوقه ومراكزه القانونية في المواعيد المحددة قانوناً<sup>(3)</sup>. وقد نص المشرع صراحة على أن المانع يوقف سريان التقادم، حيث نصت المادة 1/382 مدني على أنه "لا يسري التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً. وكذلك لا يسري التقادم فيما بين الأصيل والنائب".**

**91- ويلاحظ في خصوص المانع الذي يوقف سريان التقادم بصفة عامة - وتقادم الأحكام القضائية باعتباره نموذجاً لهذا التقادم - أن المشرع لم يحدد هذه الموانع على سبيل الحصر، بل ذكر لفظ "المانع" بصفة عامة أيأ كان الطرف الذي حال بين الشخص وبين المطالبة بحقه أو مركزه القانوني طالما توافرت فيه شروط المانع. وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد بتاريخ 2015/5/18 أنه "من المقرر أن النص في الفقرة الأولى من المادة 382 من القانون المدني على أنه "لا يسري التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه... مفاده وعلى ما ورد بالأعمال التحضيرية للقانون المدني، أن المشرع نص بصفة عامة على وقف سريان التقادم إذا كان ثمة مانع يستحيل معه على الدائن أن يطالب بحقه في الوقت المناسب، ولم يرد المشرع**

(1) أنظر: نقض 1988/3/2 - مجموعة الأحكام - 35-1 - رقم 3 - ص 26.

(2) أنظر محكمة القضاء الإداري 1951/5/15 - مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري -

السنة 5 - رقم 246 - ص 947.

(3) أنظر: عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ج3 - بند 623 - ص

إيراد موانع هذا الوقف على سبيل الحصر، بل عمم الحكم لتمشيه مع ما يقضى به العقل. وإذا كان من المقرر أن النزاع على عقد أمام القضاء من شأنه وقف سريان التقادم في الالتزامات المترتبة على هذا العقد، فمؤدى ذلك أنه قياساً على العقد، باعتباره مصدراً للالتزام، يكون لقرار نزع الملكية ذات الأثر في وقف التقادم في الالتزامات المترتبة عليه<sup>(4)</sup>.

وإذا كان المانع أو العذر، يختلف تماماً عن القوة القاهرة، فلا يشترط فيهما ما يشترط لوجود وتحقق القوة القاهرة، حيث يكفي لقيامه ألا يكون مصدره خطأ الدائن<sup>(5)</sup> أو الخصم أو الشخص الذي يجب عليه اتخاذ إجراء معين وأن يتعذر معه على من حدث له أن يطالب بحقوقه ومراكز القانونية أو يقوم باتخاذ الإجراءات اللازمة للمحافظة عليها أو تنفيذ الواجبات والأعباء الإجرائية الملقة على عاتقه في المواعيد المحددة قانوناً، إلا أنهما – أي القوة القاهرة والمانع – يتفقان من ناحية الأثر الذي يترتب عليهما، فيترتب على هاتين الفكرتين وقف سريان مواعيد سقوط الحق أو المركز القانوني أو الإجراء اللازم اتخاذه ما دام قائمين.

92- وتتعدد أسباب الموانع التي يتعذر معها على الشخص أن يطالب بحقه<sup>(6)</sup> أو يدافع عنه أو ينفذ الواجبات والأعباء الإجرائية الملقة على عاتقه، أو توقف تقادم الأحكام القضائية:

أ- فقد ترجع هذه الموانع إلى أسباب قانونية: كأن تصدر قوانين يترتب عليها ألا يتمكن الأشخاص من المطالبة بحقوقهم ومراكزهم القانونية أو تنفيذ الأحكام

(4) أنظر: نقض 2015/5/18- الطعن رقم 17977 لسنة 80ق- البوابة القانونية لمحكمة النقض المصرية.

(5) أنظر في التفرقة بين القوة القاهرة والمانع: السهوري- الوسيط- انقضاء الالتزام- ص

1293- هامش رقم 1، الأوصاف- بند 625- ص 1083- هامش رقم 2،

المؤلف- القوة القاهرة في قانون المرافعات- ط 2011- بند 76- ص 92 وما بعدها.

(6) أنظر: عبد الرزاق السنهوري- المرجع السابق- بند 623- ص 1278، محمد لبيب

شنب- الوجيز في الحقوق العينية الأصلية- ط 1999/1998- بند 191- ص

الصادرة لصالحهم أو استصدار أحكام من القضاء استناداً إلى هذه الأحكام. مثال ذلك فرض الحراسة على أموال أحد الأشخاص أو أيلولة هذه الأموال إلى الدولة، إذ يترتب على ذلك غل يد الخاضعين للحراسة عن إدارة هذه أموالهم والنقاضي بشأنها قبل واضعي اليد عليها، إذ تصبح الدولة هي صاحبة الصفة في المطالبة بهذه الأموال. وقد قضت الهيئة العامة لمحكمة النقض في هذا الصدد بأن "وضع أموال الرعايا البريطانيين تحت الحراسة مانع لهم من حق النقاضي بشأنها. أثره وقف مواعيد سقوط الحق ومواعيد الإجراءات التي تسري في حقهم. استئناف سيرها بمجرد إنهاء الحراسة"<sup>(7)</sup>. كما قضت أيضاً بأن "المانع كما يكون مرجعه أسباب متعلقة بشخص الدائن فقد يكون مرجعه أسباباً قانونية يتعذر معها عليه المطالبة بحقوقه، والنص في المادة الأولى من القرار بقانون 99 لسنة 1963 من شأنه أن يحول بين الأشخاص الطبيعيين الخاضعين للأوامر الصادرة بفرض الحراسة على أموالهم وممتلكاتهم وفقاً لقانون الطوارئ وبين المطالبة بحقوقهم بشأنها أمام جميع جهات القضاء سواء من الناحية الولائية أو النوعية لما يترتب عليها من غل أيديهم وتولى الجهة القائمة على تنفيذ تلك الأوامر إدارتها وتمثيلهم أمام القضاء بشأنها. وأن مفاد المادتين الأولى والثانية من القانون 150 لسنة 1964 من أن تؤول إلى الدولة ملكية الأموال والممتلكات الخاصة بالأشخاص الطبيعيين الذين فرضت عليهم الحراسة بمقتضى أوامر جمهورية طبقاً لأحكام قانون الطوارئ وهي الأموال التي خضعت للحراسة حتى تاريخ بدء العمل به أن الدولة أصبحت بموجبها صاحبة الصفة في المطالبة بهذه الأموال والممتلكات ولم يعد للخاضعين وقت ذلك حق التقاضي والمطالبة بشأنها بحسبان أنها أصبحت من أموال الدولة الخاصة وفقاً للمادة 970 من القانون المدني، ومن ثم يكون القانونين سالفين البيان مانعاً قانونياً يتعذر معه عليهم المطالبة بحقوقهم قبل واضعي اليد عليها ما دام العمل بهما قائماً وحتى صدور الحكم بعدم دستوريتها ونشر الحكم

(7) أنظر: هيئة عام 1989/6/12 - مجلة القضاة - إصدار نادي القضاة - السنة 25 -

بالجريدة الرسمية في 1976/7/29 بالنسبة للقانون الأول و 1981/6/4  
للقانون الثاني" (8).

كما قضت الهيئة العامة لمحكمة النقض أيضاً بأن "النص في المادة الأولى من القانون رقم 99 لسنة 1963 مفاده حرمان كل من خضع لتدبير الحراسة من اللجوء إلى القضاء بشأن إدارة أموالهم أو الطعن فيما صدر من تصرفات لها من الحارس العام.

وقد ظلت أحكام هذه المادة نافذة حتى قضى بعدم دستوريته من المحكمة العليا في القضية رقم 5 لسنة قضائية (دستورية) ونشر حكمها في الجريدة الرسمية بتاريخ 29 يوليو لسنة 1976، وإن صدر خلال فترة نفاذها القرار الجمهوري رقم 2156 لسنة 1971 باستثناء الطاعنين من أحكام القانون رقم 150 لسنة 1964، وتم نشره بالجريدة الرسمية بتاريخ 2 من سبتمبر سنة 1971، وقصرت المادة الأولى منه حق مورث الطاعنين وعائلته على مجرد تسليم ثمن بيع ممتلكاتهم التي تصرفت فيها الحراسة بالبيع قبل صدوره ومنها العقار محل النزاع، فإنه والحال كذلك لم يكن للطاعنين وفقاً له حق التقاضي أو المطالبة بشأن هذا العقار بما يعد كل ذلك مانعاً قانونياً يتعذر معه عليهما المطالبة بحقوقهما قبل واضعي اليد عليه طوال الفترة من فرض الحراسة على مورثهما وعليهما بالتبعية وحتى اليوم التالي لتاريخ نشر حكم المحكمة العليا بعدم دستورية المادة الأولى من القانون رقم 99 لسنة 1963 بالجريدة الرسمية في 29 يوليو سنة 1976، فإنه يترتب عليه وقف مدة التقادم المكسب للملكية بالتقادم الخمسي الذي تمسك به شاغلوا وحدات العقار محل النزاع طوال تلك الفترة فلا تحسب ضمن المدة اللازمة لكسب ملكية كل منهم" (9).

ب- وقد ترجع الموانع إلى العلاقة بين المحكوم له والمحكوم عليه: أي أن يكون المانع الذي حال بين الشخص المحكوم له وبين مطالبة مدينه بحقوقه ومراكزه القانونية الواردة بالحكم في الميعاد المحدد قانوناً مانعاً أدبياً. فالعلاقة بين الزوجين تعد مانعاً أدبياً للمحكوم له منهما أن يطالب بما جاء بالحكم

---

(8) أنظر: هيئة عامة 1997/4/9 - مجموعة الأحكام - 48 - رقم 123 - ص 635 وما

بعدها.

(9) أنظر: هيئة عامة 1999/5/25 - القضاة - 31 - العددان الأول والثاني - رقم 85 -

ص 527.

الصادر لصالحه ما دامت علاقة الزوجين قائمة. كما تعد العلاقة بين الأصول والفروع مانعاً أدبياً يحول دون المطالبة بالحقوق والمراكز القانونية المحكوم بها. وقد تكون علاقة القرابة مانعاً أدبياً يحول دون المطالبة بهذه الحقوق والمراكز إذا كانت هذه العلاقة وثيقة واقتربت بملاسات تؤكد هذا المعنى، كالعلاقة بين الأشقاء، وعلاقة الأعمام والأخوال بأولاد الأخ أو أولاد الأخت. وقد قضت محكمة النقض في هذا الخصوص بأن "نفاذ نص المادة 1/384 من القانون المدني أنه يجوز وقف سريان التقادم كلما وجد مانع ولو كان أدبياً يمنع من المطالبة بالحق.

ويدخل تقدير المانع من سريان التقادم في سلطة محكمة الموضوع متى كان استخلاصها سائغاً. وإذا كان يبين من الحكم الابتدائي الذي أيده الحكم المطعون فيه وأحال إلى أسبابه أنه قرر أن المطعون عليها ربيت في كنف مورث الطاعنين منذ طفولتها، إذ كان زوجها لوالدها وبعد ذلك من محارمها، وقد ظلت في مقام البنوة منه تقوم على رعايته حتى وفاته، ثم رتب على هذه الاعتبارات قيام مانع أدبي لدى المطعون عليها من مطالبة مورث الطاعنين بدينها حتى وفاته، مما يترتب عليه سريان التقادم على دينها حتى وفاة المورث، وهو استخلاص سائغ استنبطه الحكم من أوراق الدعوى وظروفها، وكان لا يغير ذلك ما يقول به الطاعن من أن المطعون عليها كانت تستكتب مورثه إقرارات بدينها، إذ لا صلة بين إثبات الدين بالكتابة وقيام المانع الأدبي من المطالبة به، فإن النعي على الحكم بالخطأ في تطبيقه القانون والفساد في الاستدلال يكون على غير أساس" (10).

كما قضت محكمة النقض أيضاً بأن "المادة 382 من القانون المدني تنص على أنه "لا يسري التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً"، وصلة القرابة مهما كانت درجتها لا تعتبر في ذاتها مانعاً أدبياً، بل يرجع في ذلك إلى ظروف كل دعوى على حدة تستخلص منها محكمة الموضوع بما لها من سلطة تقديرية قيام أو انتفاء المانع دون معقب عليها متى أقامت استخلاصها على أسباب سائغة لها أصل ثابت في الأوراق" (11). وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن "المشرع نص بصفة عامة على وقف سريان التقادم إذا كان ثمة مانع يستحيل معه على الدائن أن

(10) أنظر: نقض 1971/3/16 - مجموعة الأحكام - 22 - رقم 49 - ص 305.

(11) أنظر: نقض 1978/4/17 - مجموعة الأحكام - 29 - رقم 200 - ص 1015.

يطالب بحقه في الوقت المناسب ولو كان المانع أدبياً. ولم يرد المشرع إيراد الموانع على سبيل الحصر بل عمم الحكم لتمثيه مع ما يقضي به العقل. لما كان ذلك ولما كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدفع بالتقادم على ما انتهى إليه من أن صلة القربى بين الطاعنة وابن شقيقتها المطعون عليه وإقامة هذا الأخير خارج البلاد واستيلاء جهة الإصلاح على الأرض المبيعة فترة من الزمن تعتبر مانعاً يتعذر معه على المطعون عليه المطالبة بحقه في الفوائد وكان التعامل بين الطرفين بالكتابة ليس من شأنه أن يبقى وحده قيام المانع في علاقة المطعون عليه بخالته الطاعنة، لما كان ما تقدم وكان تقدير قيام المانع الموقوف لسريان التقادم موكولاً أمره إلى محكمة الموضوع دون معقب متى اعتمدت على أسباب سائغة، وكان ما استخلصه الحكم المطعون فيه من قيام مانع لوقف التقادم سائغاً وكفي لحمله فإن النعي عليه بهذا الوجه يكون على غير أساس<sup>(12)</sup>.

#### ثانياً: أثر حدوث الطارئ أو المانع على تقادم الأحكام القضائية:

93- إذا حدثت قوة قاهرة أو مانع وكان من شأنه أي منهما استحالة أو تعذر تنفيذ الأحكام القضائية أو اللجوء إلى القضاء لاستصدار أحكام أخرى استناداً إليها لاستكمال الحماية القضائية للحقوق والمراكز القانونية، فإنه يترتب على ذلك عدم بدء سريان تقادم هذه الأحكام إذا جاء أي منهما في أول الميعاد أو وقف سريان هذا التقادم بعد بدئه إذا حدثت القوة القاهرة أو المانع أثناء سريان الميعاد.

والحكمة من ذلك هي عدم إلحاق الضرر بالشخص الصادر لصالحه الحكم نتيجة لعدم تمكنه من تنفيذ هذا الحكم أو الحصول على أحكام أخرى استناداً إليه دون أي خطأ أو تقصير أو إهمال من جانبه<sup>(13)</sup>.

(12) أنظر: نقض 1984/12/6 - مجموعة الأحكام - 35 - ج2 - رقم 377 - ص

1987 وما بعدها.

(13) أنظر: نبيل عمر - قانون أصول المحاكمات المدنية - ص 31.

وهذا الأثر يجد أساسه في القاعدة الأصولية التي تقرر "عدم سريان الميعاد في حق من لا يتمكن من اتخاذ الإجراءات للمحافظة على حقه"<sup>(14)</sup> Conra على أحكام أخرى استناداً إليه للحصول على حقوقه ومراكزه القانونية فلا يمكن أن يسري ميعاد تقادم الأحكام القضائية في مواجهته، وإلا كان ذلك إرهاباً وإعنائاً للأشخاص في المجتمع وعدم مراعاة الأحداث والظروف والموانع التي تحول بينهم وبين الاستفادة من الأحكام الصادرة لصالحهم وتكليفهم بما لا يطيقون، والقاعدة الأصولية أنه "لا تكليف بمستحيل"<sup>(15)</sup>.

(14) أنظر في هذه القاعدة: أحمد أبو الوفا- نظرية الدفوع في قانون المرافعات- ط 8-

1988- منشأة المعارف- بند 37- ص 64، أحمد نشأت- رسالة الإثبات في

التعهدات- ج 1- ط 1955- دار الفكر العربي- ص 552 وهامش (4) ص

553، نبيل عمر- المرجع السابق- الإشارة السابقة، أصول المرافعات المدنية والتجارية-

ط 1986- منشأة المعارف- بند 696- ص 778، وأنظر:

Sallé de la Marnierre, la déchéance comme mode d'extinction d'un droit, R.T.D. Civ. 1933, N° 20, P. 1077 ets.; M. Levasseur, Delais Préfix, delais de prescription, delais de procedure, R.T.D. Civ. 1950, P. 439 ets.; M.A. Omar, La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé, thé. paris 1967, N° 353, P. 175; M. Bandarac, La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile, éd. Economica, 1986, N° 199, P. 190 ets.; N. Fricero, La nouveau régime de la prescription et la procedure civile (loi N° 2008-651 du 17 juin 2008), Op.cit. N° 8.

(15) أنظر: مدونة جستنيان- ترجمة عبد العزيز فهمي باشا- طبعة عالم الكتب- بيروت- بدون

تاريخ- الملحق الثاني في تقريرات جستنيان- القاعدة رقم 44- ص 368.

ويقول المولى عز وجل في كتابه الكريم "لا يكلف الله نفساً إلا وسعها"<sup>(16)</sup>. أي لا يكلف الله أحداً فوق طاقته<sup>(17)</sup>. ويقول الرسول (p) في حديثه الشريف "... وإذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم"<sup>(18)</sup>، فقد ربط الرسول (p) الإتيان بالفعل بالاستطاعة، فدل على سقوطه مع العجز عن إتيانه والقيام به<sup>(19)</sup>. كما أكد فقهاء الشريعة الإسلامية على هذه القواعد بصفة عامة، فمن القواعد التي أقروها في هذا الصدد أنه "لا واجب مع العذر"<sup>(20)</sup>، فإذا عجز الإنسان عن الإتيان بما وجب عليه سقط عنه، لأنه خارج عن استطاعته وقدرته، ولهذا قالوا "الطاعة على قدر الطاقة" و "التكليف بالمحال محال"<sup>(21)</sup>.

94- وإذا كان يترتب على حدوث بعض الحوادث والظروف والموانع عدم بدء ميعاد تقادم الأحكام القضائية إذا حدثت بمجرد صدورهما أو وقف هذا الميعاد إذا حدثت بعد صدوره، فإن هذا المنع من سريان ميعاد التقادم أو وقف هذا الميعاد يظل قائماً إلى أن تزول هذه الأحداث والظروف والموانع ومهما طالت مدة بقائها، وبمجرد زوال هذه الأمور يزول معها المنع أو الوقف الذي ترتب عليها، فيبدأ سريان الميعاد الذي حالت هذه الأمور دون بدنه، أو يتابع سيره بعد وقفه.

(16) الآية 286 من سورة البقرة.

(17) أنظر: محمد علي الصابوني- صفوة التفاسير- ج 1- ط 1993- دار التراث العربي

للطباعة والنشر- ص 181.

(18) أنظر: صحيح البخاري- كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة- باب الاقتداء بسنن رسول

الله (p)- رقم 7288، صحيح مسلم- كتاب الحج- باب فرض الحج مرة في العمر-

رقم 1337.

(19) راجع في ذلك: ربيع دردير محمد علي- الوجيز في القواعد الكلية الفقهية- ط 2001-

دار النهضة العربية- ص 91 وما بعدها.

(20) راجع في ذلك: ربيع دردير محمد علي- الإشارة السابقة.

(21) راجع في ذلك: ربيع دردير محمد علي- الإشارة السابقة.



95- ويلاحظ بخصوص سريان ميعاد تقادم الأحكام القضائية بعد وقفه أن المدة السابقة على الوقف تؤخذ في الاعتبار وتضاف إلى المدة التي تتم بعد زوال الوقف، وتحسب مدة تقادم الأحكام القضائية بعد جمع هاتين المادتين، فإن كان مجموعها يعادل المدة اللازمة للتقادم فقد تقادم الحكم القضائي ويستطيع المحكوم عليه أن يدفع بهذا التقادم، وإن كان العكس بأن كان مجموع المدتين قبل الوقف وبعده، لا يعادلان مدة التقادم فهذا معناه عدم تقادم الحكم واستمرار بقاءه ووجوده ومن ثم ترتيب كافة آثاره القانونية لصالح المحكوم له في مواجهة المحكوم عليه.

وقد أوضحت محكمة النقض المصرية بجلاء الأثر الذي يترتب على وقف تقادم الأحكام القضائية وكيفية حساب المواعيد نتيجة لهذا الوقف، فقد قضت في هذا الصدد بأنه: "يترتب على فرض الحراسة على أموال وممتلكات بعض الأشخاص طبقاً للأمر رقم 138 لسنة 1961 سريان التدابير المنصوص عليها في الأمر العسكري رقم 4 لسنة 1956 في شأن الأشخاص الخاضعين لأحكامه، وقد نصت المادة 16 من الأمر رقم 4 لسنة 1956 على أن تمتد جميع مواعيد سقوط الحق وجميع مواعيد الإجراءات التي تسري ضد هؤلاء الأشخاص ما دامت أموالهم خاضعة لأحكام هذا الأمر، مما مؤداه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع أراد وقف جميع مواعيد سقوط الحق وجميع مواعيد الإجراءات التي سرت أو تسري ضد هؤلاء الأشخاص ما دامت أموالهم موضوعة تحت الحراسة بحيث لا تجري هذه المواعيد أو تنفتح في حقهم خلال فترة الحراسة وبحيث تعود فتستأنف سيرها أو تبدأ بمجرد زوال سبب الوقف طبقاً للأحكام المقررة في القانون، ووضع نظام لإدارة أموال الخاضعين للحراسة على النحو المقرر بالأمر رقم 4 لسنة 1956 المشار إليه يغل يدهم عن إدارتها أو التصرف فيها فلا يكون لهم تبعاً لذلك حق التقاضي بشأنها أثناء الحراسة" (22).

كما قضت أيضاً بأن "ميعاد الطعن بحسابه من مواعيد السقوط يرد عليه الوقف وفقاً للقانون، ويترتب على وقف سريان الميعاد ألا تحسب المدة التي وقف سير الميعاد خلالها ضمن مدة السقوط، وإنما تعتبر المدة السابقة على

(22) أنظر: نقض 1984/3/7 - مجموعة الأحكام - 35 - 1 - رقم 117 - ص 623.

الوقف معلقة حتى يزول سببه، فإذا زال يعود سريان الميعاد وتضاف المدة السابقة إلى المدة اللاحقة عند حساب ميعاد الطعن"<sup>(23)</sup>.

كما قضت المحكمة الإدارية العليا في هذا الصدد بأنه "إذا كان ذو الشأن قد مرض خلال ميعاد الطعن واستحال عليه بالنظر لحالته المرضية اتخاذ الإجراءات اللازمة، لإقامة الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا فيعتبر ذلك بمثابة قوة قاهرة خارجة عن إرادته من شأنها أن توقف ميعاد الطعن حتى تزول. ويترتب على وقف ميعاد الطعن عدم احتساب المدة التي وقف خلالها، وحساب المدة السابقة والمدة التالية. وإذا كانت قد مضت من ميعاد الطعن قبل أن يصاب الطاعن بالشلل النصفي المفاجئ مع فقد النطق والحركة مدة تسعة وثلاثين يوماً فإنه إذا أودع تقرير الطعن قلم كتاب المحكمة بعد إثني عشر يوماً من تاريخ مزيلة حالة العجز إياه فإن الطعن يكون قد أقيم في الميعاد ومقبول شكلاً"<sup>(24)</sup>.

كما أوضحت هذا الأثر أيضاً محكمة التمييز اللبنانية، فقد قضت "بما أن المادة 43 من قانون 10-5-50 صريحة بأن طلب المعونة القضائية ضمن المهلة المعينة لاستدعاء النقص يوقف سير هذه المدة، بمعنى أن طلب المعونة القضائية ضمن مهلة التمييز يوقف سير هذه المهلة بحيث أن المدة التي تمر قبل القيام بطلب المعونة لا تسقط من الحساب النهائي لمهلة التمييز بل تبقى محفوظة وعندما تعود المهلة إلى مجراها فإن المدة السابقة تضم إلى المدة اللاحقة بالوقت الذي تعود المهلة إلى مجراها"<sup>(25)</sup>.

كما قضت محكمة النقض المصرية في حكم حديث لها بتاريخ 20 فبراير عام 2014 بأنه "حسب محكمة الموضوع أن يدفع أمامها بالتقادم حتى يتعين عليها أن تبحث شرائطه القانونية ومنها المدة بما يعترضها من وقف أو انقطاع إذ أن وصول شيء من ذلك يحول دون اكتمال مدة التقادم مما يقتضي التثبيت من

---

(23) أنظر: نقض 1984/4/4 - مجموعة الأحكام - 35-1- رقم 170 - ص 902.

(24) أنظر: المحكمة الإدارية العليا 1966/12/24 - الطعن رقم 1868 لسنة 2ق - مشار

إليه في: سمير صادق - ميعاد رفع دعوى الإلغاء - ط 1969 - دار الفكر العربي - ص

(25) أنظر: تمييز لبناني - 1960/6/11 - مجموعة باز - 8 - ص 170.

عدم قيام أحد أسباب الوقف أو الانقطاع ومن ثم يكون للمحكمة - ولو من تلقاء نفسها - أن تقرر وقف التقادم إذا طالعتها أوراق الدعوى بقيام سببه، وأن القاعدة الصحيحة في احتساب مدة التقادم ألا تحسب المدة التي وقف سيره في خلالها ضمن مدة التقادم وإنما تعتبر المدة السابقة على الوقف معلقة حتى يزول سبب الوقف، فإذا زال يعود سريان المدة وتضاف المدة السابقة إلى المدة اللاحقة<sup>(26)</sup>. كما قضت أيضاً الدائرة الجنائية لمحكمة النقض المصرية في هذا الصدد بأنه "... لما كان ذلك وكان قيام سبب لإيقاف التقادم من شأنه عدم احتساب مدة الوقف من مدة التقادم، فإذا زال سبب الوقف فإن المدة التي تمضي بعد زواله تكمل المدة التي سرت قبل طروءه"<sup>(27)</sup>.

96- ولا يجوز للمحكمة على الإطلاق أن تحتسب مدة وقف تقادم الأحكام من ضمن مدة التقادم، وإلا كان حكمها مشوباً بالقصور والخطأ في تطبيق القانون، وهو ما يوجب إلغاؤه من محكمة الطعن.

وقد قضت محكمة النقض تأكيداً لذلك بأن "القاعدة الصحيحة في احتساب مدة التقادم ألا تحسب المدة التي وقف سيره في خلالها ضمن مدة التقادم وإنما تعتبر المدة السابقة على الوقف معلقة حتى يزول سبب الوقف، فإذا زال يعود سريان المدة وتضاف المدة السابقة إلى المدة اللاحقة؛ لما كان ذلك، وكان الثابت بالأوراق أن الطاعن تمسك في صحيفة استئنافه بعدم اكتمال مدة التقادم الدعوى التي رفعها بطلب تمكينه من العين محل النزاع استناداً لعقد الإيجار المؤرخ 1975/8/1 لوقف سريانه بتنفيذه عقوبة الأشغال المؤبدة المقضي بها عليه في الجنائيتين رقمي .../... كلى لسنة 1977، 94/... كلى لسنة 1986..... الأولى في 1977/4/21 حتى عينت المحكمة المدنية زوجه عليه قيما بتاريخ 1981/2/17 في الدعوى رقم.... لسنة 1981 كلى..... ثم عاد للتقادم سريانه حتى أوقف مرة ثانية في 1986/12/30 تاريخ تنفيذ العقوبة في الجنائية الثانية إلى أن عاد سيرته الأولى بتعيين ابنه قيما عليه في الدعوى رقم..... لسنة 1995 بما مؤداه عدم احتساب المدة التي وقف سير التقادم في

(26) أنظر: نقض 2014/2/20- الطعن رقم 835 لسنة 74 ق- البوابة القانونية لمحكمة النقض المصرية.

(27) أنظر: نقض جنائي 2013/10/8- الطعن رقم 5957 لسنة 78 ق- البوابة القانونية لمحكمة النقض المصرية.

خلالها ضمن مدة تقادم الدعوى وأن تقتصر مدة التقادم على المدة السابقة للوقف واللاحقة عليه وقدم الطاعن تأييداً لدفاعه شهادتين من جدول الجنايات بالنيابة المختصة بشأن تنفيذ العقوبة المقضي بها في الجنايتين سالفتي الذكر والمستندات الدالة على تعيين قيماً لإدارة أشغاله الخاصة وإذ لم يلزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه بسقوط حق الطاعن في إقامة الدعوى بالتقادم لانقضاء أكثر من خمسة عشر عاماً من تاريخ تعيين زوجته قيماً لإدارة أشغاله في 1981/2/17 حتى رفع الدعوى في 2001/1/18 دون أن يعرض لهذا الدفاع رغم أنه دفاع جوهري من شأنه أن يتغير به وجه الرأي في الدعوى فإنه فضلاً عن قصوره يكون قد أخطأ في تطبيق القانون مما يوجب نقضه على أن يكون مع النقص الإحالة" (28).

كما قضت الدائرة الجنائية بمحكمة النقص المصرية في هذا الصدد بأنه "ومن حيث إن النيابة العامة تنعى على الحكم المطعون فيه أنه إذ قضى بسقوط العقوبة المقضي بها على المطعون ضده بمضي المدة قد أخطأ في تطبيق القانون ذلك بأن أقام قضاءه على أساس مرور عشرين سنة من تاريخ الحكم الغيابي الصادر في 1981/6/15 وأن المطعون ضده لم يصل إلى البلاد إلا في عام 2003 في حين أن وجود المذكور خارج البلاد مانعاً بوقف سريان مدة التقادم إعمالاً لنص الفقرة الثانية من المادة 532 من قانون الإجراءات الجنائية المضافة بالقانون رقم 80 لسنة 1997 مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

ومن حيث إن البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون ضده حكم عليه غيابياً في جناية بتاريخ .../.../1981 بالأشغال الشاقة لمدة خمس سنوات، وأن الحكم المطعون فيه قد تساند في قضائه بسقوط العقوبة المقضي بها بالتقادم على ما ورد بمذكرة وحدة تنفيذ الأحكام التي تضمنت أنه قد وصل إلى البلاد قادماً من السعودية في .../.../2003. لما كان ذلك، وكانت المادة 528 من قانون الإجراءات الجنائية تنص على أن "العقوبة المحكوم بها في جناية تسقط بمضي عشرين سنة ميلادية إلا عقوبة الإعدام" كما تنص المادة 529 من ذات القانون على أن تبدأ مدة سقوط العقوبة المحكوم بها غيابياً من محكمة الجنايات في جناية من يوم صدور الحكم، وإخضاع هذا الحكم للتقادم المسقط للعقوبة بيبره خطة الشارع في حرصه على ألا يكون وضع المحكوم عليه الهارب الذي يصدر ضده الحكم غيابياً أفضل من وضع المحكوم عليه

(28) أنظر: نقض 2014/2/20 - سبق الإشارة إليه.

الذي يحضر ويصدر ضده الحكم حضورياً ويخضع للتقادم المسقط للعقوبة، فأخضعهما معاً لهذا النوع من التقادم كي يكون لهما ذات المركز القانوني. كما نص الشارع في المادة 532 من القانون ذاته على أن كل مانع يحول دون مباشرة التنفيذ سواء كان قانونياً أو مادياً يوقف التقادم، واعتبر وجود المحكوم عليه في الخارج مانعاً يوقف سريان المدة وذلك بمقتضى التعديل الذي أجراه بمقتضى القانون رقم 80 لسنة 1997 المعمول به من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية وهو الأمر الذي من شأنه إعمال أحكامها بأثر فوري على الأحكام السابقة على صدورها حتى وإن كان في ذلك تسويي لمركز المحكوم عليه مادام أنه لم يكتسب حقاً باكتمال مدة التقادم، وباعتبار أن الأمر خاص بأحكام إجرائية تتعلق بالنظام العام والتي لا تسرى عليها أحكام المادة الخامسة من قانون العقوبات التي لا تمس إلا النصوص التي تتصل بالتجريم وتقرير العقاب أو تعديله ولا شأن لها بالقواعد الإجرائية. لما كان ذلك، وكان قيام سبب لإيقاف التقادم من شأنه عدم احتساب مدة الوقف من مدة التقادم، فإذا زال سبب الوقف فإن المدة التي تمضى بعد زواله تكمل المدة التي سرت قبل طروءه. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد أخذ بما ورد بمذكرة وحدة تنفيذ الأحكام بقنوم المحكوم عليه من الخارج في 203/1/26 دون أن يُعنى بوضعه بعد صدور الحكم الغيابي في حقه وعمّا إذا كان موجوداً بالبلاد أم خارجها، وتاريخ خروجه منها ومدة مكوثه في الخارج توصللاً لاحتساب مدة الإيقاف المترتبة عليها فإنه يكون فوق فساده في الاستدلال مشوب بالقصور في التسبب الذي له الصدارة على أوجه الطعن المتعلقة بمخالفة القانون مما يعجز محكمة النقض عن أن تقول كلمتها فيما تثيره الطاعنة بوجه الطعن مما يتعين معه نقض الحكم المطعون فيه والإعادة<sup>(29)</sup>.

---

(29) أنظر: نقض جنائي 2013/10/8 - سبق الإشارة إليه.

## الفرع الثاني

### انقطاع تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية

97- نعرض في هذا الفرع لتعريف انقطاع تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية وموقف المحكمة إزاء هذا الانقطاع، كما نعرض أيضاً لحالات وأسباب هذا الانقطاع، وذلك على النحو التالي:

أولاً: تعريف انقطاع تقادم الأحكام القضائية وموقف المحكمة منه:

#### 1- تعريف انقطاع تقادم الأحكام القضائية:

98- إن انقطاع تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية يعني أن مرور الزمن لم يعد يسري إزاء هذه الأحكام نتيجة حصول أحد الأسباب التي ينص عليها القانون، وبما يحفظ لهذه الأحكام وجودها وترتيب آثارها القانونية، ويبدأ سريان مرور الزمن من جديد وبمدة تقادم جديدة تعادل مدة التقادم العادي للأحكام القضائية، وذلك من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع. وتنص المادة 1/385 من القانون المدني في هذا الصدد على أنه "إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد، يسري من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع، وتكون مدته هي مدة التقادم الأول".

99- ويتضح من هذا التعريف أن انقطاع تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية يتسم بالخصائص الآتية:

أ- أنه انقطاع قانوني: أي أن القانون هو الذي يقرر هذا الانقطاع ويحدد مدته التي تبدأ بعد زواله، دون أن يكون للأفراد أي دخل في هذا الصدد. فلا يجوز للأفراد الاتفاق على تقصير المدة التي تبدأ بعد زوال أثر الانقطاع، كما لا يجوز لهم الاتفاق على إطالتها، وإذا تم الاتفاق على شيء من ذلك كان هذا الاتفاق باطلاً، فلا يعتد بهذا الاتفاق ولا يعمل به، وتظل مدة التقادم بعد الانقطاع خمسة عشر عاماً، حيث قد صدر حكم قبل الانقطاع. فقد نصت المادة 1/388 مدني على أنه "لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون". ويقول العلامة السنهوري في هذا الصدد أن التنفيذ المدني المصري بهذه المادة قد "نص على تحريم الاتفاق على إطالة مدة التقادم أو تقصيرها، واعتبر مدة التقادم التي حددها القانون ملزمة للطرفين

فلا يجوز لهما أن يتفقا على تعديلها. فتكون مدة التقادم إذن من النظام العام، ولا يجوز أن يترك تحديدها لمشئنة الأفراد"<sup>(30)</sup>.

وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد بأنه "إذ تقضي المادة 1/388 من القانون المدني بأنه لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون، فإنه لا يجوز أن يترك تحديد مدة التقادم لمشئنة الأفراد، ويحظر كل تعديل اتفاقي في مدة التقادم المقررة بالقانون"<sup>(31)</sup>.

ب- أنه انقطاع حمائي: أي أنه يهدف إلى حماية الشخص المحكوم له، والذي لم يقصر في المطالبة بحقه الثابت في الحكم القضائي الصادر لصالحه، وإنما قام باتخاذ إجراء يدل على نيته في الحصول على هذا الحق قبل أن يتقادم هذا الحكم. وذلك عكس انقطاع تقادم الأحكام الجنائية، الذي يكون هدفه ليس فقط حماية حق المحكوم له، وإنما أيضاً عقاب المحكوم عليه وعدم إفلاته من الجريمة التي ارتكبها.

وقد قضت محكمة النقض في هذا الخصوص بأنه: "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن التعويض المنصوص عليه في القانون رقم 92 لسنة 1964 في شأن تهريب التبغ يعتبر عقوبة تكميلية تنطوي على عنصر التعويض وتلازم عقوبة الحبس أو الغرامة التي يحكم بها على الجاني تحقيقاً للغرض المقصود من العقوبة من ناحية كفايتها للردع والزجر، وقد حدد الشارع مقدار هذا التعويض تحديداً تحكيمياً غير مرتبط بوقوع أي ضرر وسوى فيه بين الجريمة التامة والشروع فيها مع مضاعفته في حالة العود، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز الحكم به إلا من محكمة جنائية وأن الحكم به حتمي تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها على المسؤولين عن ارتكاب الجريمة دون سواهم فلا يمتد إلى ورثتهم ولا إلى المسؤولين عن الحقوق المدنية وتلتزم المحكمة في تقديرها بالحدود التي رسمها القانون ولأنها لا تقوم إلا على الدعوى الجنائية فإن وفاة

---

<sup>(30)</sup> أنظر: عبد الرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- 3- نظرية الالتزام

بوجه عام- الأوصاف، الحوالة، الانقضاء- ط 1958- مكتبة النهضة المصرية- بند

612- ص 1053.

<sup>(31)</sup> أنظر: نقض 1970/2/3- الطعن رقم 524 لسنة 35 ق- مشار إليه في: أنور

طلبه- المرجع السابق- رقم 308- ص 823.

المحكوم عليه بالتعويض أثناء نظر الدعوى يستتبع حتماً عدم الاستمرار في الإجراءات والحكم بانقضاء الدعوى الجنائية إعمالاً لنص المادة 14 من قانون الإجراءات الجنائية، كما تنتضي أيضاً بمضي المدة المقررة في المادة 15 من ذات القانون، لا يغير من هذا النظر أنه أجاز في العمل على سبيل الاستثناء - لمصلحة الجمارك أن تتدخل في الدعوى الجنائية بطلب ذلك التعويض والطعن فيما يصدر بشأن طلبها من أحكام ذلك بأن هذا التدخل وإن وصف بأنها دعوى مدنية أو وصفت مصلحة الجمارك بأنها مدعية بالحقوق المدنية لا يغير من طبيعة التعويض المذكور مادام أنه ليس مقابل ضرر نشأ بالفعل عن الجريمة بل هو في الحقيقة والواقع عقوبة رأى الشارع أن يكمل بها العقوبة الأصلية وليست من قبيل التعويضات المالية الصرفة، كما أن طلب مصلحة الجمارك فيه يخرج عن طبيعته وخصائصه عن الدعوى المدنية التي ترفع بطريق التبعية أمام المحاكم الجنائية بطلب التعويض عن الضرر الناشئ عن الجريمة بالفعل والتي يمكن توجيهها للجاني والمسئول عن الحقوق المدنية على السواء ويكون فيها التعويض متمشياً مع الضرر الواقع، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر وانتهى إلى أن التعويض موضوع الدعوى هو عقوبة جنائية تسقط المطالبة به بمضي المدة المقررة لسقوط العقوبة المحكوم بها في مواد الجرح فإنه يكون قد وافق صحيح أحكام القانون. ومن المقرر طبقاً لنصوص المواد 528، 529، 530 من قانون الإجراءات الجنائية أن العقوبة المحكوم بها في مواد الجرح تسقط بمضي خمس سنوات من وقت صيرورة الحكم نهائياً وتنتقطع هذه المدة بالقبض على المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية وبكل إجراء من إجراءات التنفيذ التي تتخذ في مواجهته أو تصل إلى علمه<sup>(1)</sup>.

علمه<sup>(1)</sup>.

**جـ يؤدي إلى زوال التقادم المنقطع وبدأ تقادم جديد:** يترتب على انقطاع تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية زوال مدة التقادم التي سرت قبل حدوث الانقطاع، وبدأ مدة تقادم جديدة تعادل مدة التقادم الأول، وهي خمسة عشر عاماً في مصر وعشرة أعوام في فرنسا ولبنان، لأن المدة الأولى كانت نتيجة لصدور حكم قضائي. بما معناه أن المدة التي سرت قبل حدوث الانقطاع لن تؤخذ في الاعتبار، وإنما تبدأ مدة تقادم جديدة تماماً تبدأ من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع. ويعنى ذلك، أن الانقطاع

(<sup>1</sup>) أنظر: نقض 1993/3/28 - مجموعة الأحكام - 44-1 - رقم 65 - ص 355 وما

بعدها.



أي أن انقطاع التقادم يجدد شباب الأحكام القضائية ويوفر حماية جديدة بمدة تقادم جديدة للمحكوم له الذي لم يقصر في المطالبة بحقوقه ومراكزه القانونية الواردة بالحكم الصادر لصالحه. وهو ما يساعده من جديد على اقتضاء حقه من المحكوم عليه. وذلك على عكس وقف التقادم الذي لا يترتب عليه هذا الأثر. ويسري التقادم الجديد من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع.

وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد بأن "مفاد نص المادة 385 من القانون المدني أنه إذا انتهى السبب الذي قطع التقادم السابق بحكم نهائي، فإن مدة التقادم الجديد الذي بدأ سريانه منذ صدور هذا الحكم النهائي، تكون خمس عشرة سنة كاملة، اعتباراً بأن الحكم النهائي يقوي الالتزام ويمده بسبب جديد للبقاء. لما كان ذلك، وكان الحكم النهائي الصادر - من محكمة الاستئناف - في الطعن على قرار لجنة التقدير قد حدد رأس المال الحقيقي المستثمر بمبالغ معينة، فإنه يسري منذ صدور هذا الحكم تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة، ولا محل للتحدي بأن هذا الحكم لم يحدد مقدار الضريبة في منطوقه، ذلك أن الحكم بين العناصر التي يمكن فيها تحديد مقدار الضريبة، إذ قدر رأس المال الحقيقي المستثمر الذي يمكن على أساسه احتساب الضريبة الاستثنائية بنسبة مئوية حددها القانون من رأس المال المذكور" (1).

كما قضت محكمة النقض أيضاً في هذا الصدد بأن "مؤدى نص المادة 385 مدني يدل على أنه إذا انقطع التقادم زال أثره وحل محله تقادم جديد مماثل للتقادم الأول الذي انقطع في مدته وطبيعته يسري من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع إلا إذا صدر بالدين حكم نهائي حائز لقوة الأمر المقضي فيبدأ تقادم جديد من وقت صدور هذا الحكم تكون مدته دائماً خمس عشرة سنة" (2).

---

(1) أنظر: نقض 1972/5/24 - الطعن رقم 288 لسنة 34ق - مشار إليه في: أنور

طلبه - المرجع السابق - رقم 180 - ص 756.

(2) أنظر: نقض 1981/1/22 - الطعن رقم 617 لسنة 48ق - مشار إليه في: أنور

طلبه - المرجع السابق - رقم 168 - ص 750، وفي نفس المعنى أنظر: نقض

## 2- موقف المحكمة من انقطاع تقادم الأحكام القضائية:

**100-** إذا كان لا يجوز للمحكمة - طبقاً للمادة 1/378 مدني - أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها، إذ يجب أن يكون ذلك بناءً على طلب المدين أو بناءً على طلب دائنيه أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين، فإنه إذا دفع بالتقادم أمامها فإنه يجب عليها أن تبحث وتمحص في مدى توافر شروطه التي حددها المشرع، ومن ذلك شرط المدة التي حددها القانون وما يعترضها من انقطاع، ويكون للمحكمة من تلقاء نفسها أن تقرر انقطاع تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية إذا توافرت أحد أسبابه من واقع الأوراق المعروضة على المحكمة. والسبب في ذلك أن انقطاع تقادم الأحكام القضائية يحول دون اكتمال مدة هذا التقادم، وهو ما يستلزم ويستوجب أن تتحقق المحكمة وتثبت من عدم وجود وحدث أحد الأسباب التي تؤدي إلى هذا الانقطاع.

وقد قضت محكمة النقض في هذا الخصوص بأنه "جرى قضاء هذه المحكمة على أنه حسب محكمة الموضوع أن يدفع أمامها بالتقادم حتى يتعين عليها أن تبحث شرائطه القانونية ومنها المدة بما يعترضها من انقطاع إذ أن حصول الانقطاع يحول دون اكتمال مدة التقادم مما يقتضي التثبت من عدم قيام أحد أسباب الانقطاع، ومن ثم فللمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تقرر بانقطاع التقادم إذا طالعتها أوراق الدعوى بقيام سببه"<sup>(37)</sup>.

ثانياً: أسباب انقطاع تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية:

**101-** ينقطع تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية بذات الأسباب الواردة في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة في التقادم. وقد نصت المادة 383 مدني على هذه الأسباب على النحو التالي: "ينقطع التقادم

---

1972/1/22 - الطعن رقم 22 لسنة 35ق - مشار إليه في: أنور طلبه - المرجع

السابق - ص 751.

(37) أنظر: نقض 1978/3/16 - مجموعة الأحكام - 1-29 - رقم 152 - ص 773،

وفي نفس المعنى: نقض 1981/12/28 - مجموعة الأحكام - 2-32 - رقم 447 -

ص 2452، نقض 2012/2/20 - الطعن رقم 835 لسنة 74ق - البوابة القانونية

لمحكمة النقض المصرية.

بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة، وبالتنبيه، وبالحجز، وبالطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفريل أو في توزع، وبأي عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى".

والأسباب التي تقطع التقادم هي تلك التي نص عليها القانون، وهي - في القانون المصري - من النظام العام، فلا يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها ولا يجوز لهم الاتفاق على أسباب لقطع التقادم لم ينص عليها القانون، وإذا تم مثل هذا الاتفاق فإنه لا يعتد به ولا يترتب أثراً. وذلك على عكس الحال في القانون الفرنسي، حيث يجوز للأفراد أن يتفقوا على أسباب أخرى غير ما ورد النص عليها في القانون لقطع التقادم، وذلك طبقاً لما قرره المادة 2/2254 من القانون المدني الفرنسي، وذلك طبقاً للقانون رقم 561 لسنة 2008 الصادر في 17 يونيو 2008<sup>(38)</sup>. وهو ما قرره محكمة النقض الفرنسية، حيث أجازت وقبلت أسباب انقطاع التقادم الاتفاقية *Les clauses d'interruption conventionnelles*<sup>(39)</sup>. ولكن لا يجوز للأفراد أن يستبعدوا الأسباب التي نص عليها القانون لانقطاع التقادم<sup>(40)</sup>.

**102-** كما ينقطع تقادم الأحكام القضائية أيضاً بأي سبب غير ما جاء في القانون المدني إذا ما ورد به نص في قانون خاص، إذ القاعدة الأصولية أن

<sup>(38)</sup> وقد جاء نص هذه المادة على النحو التالي:

Les Parties peuvent également, d'un commun accord, ajoutées aux causes de suspension ou interruption de la prescription prévues par la loi”;

وأنظر في ذلك:

Natalie Fricero, la nouveau régime de la prescription et de la procédure civile (loi N° 2008-651 du 17 juin 2008), colloque de la cour de cassation, 11 mai 2009, N° 9, P.6.

<sup>(39)</sup> أنظر: Civ. 1<sup>re</sup>, 25 juin 2002, D. 2003, P. 155, note PH.

Stoffel- Munck; R.T.D.Civ. 2002, P. 815 obs. J. Mester et B. Fages.

<sup>(40)</sup> أنظر: Natalie Fricero, Op.et Loc.

Cit.

الخاص يقيد العام، ويجب إعمال ما ورد به من أسباب لقطع التقادم بجانب ما جاء في القانون العام، وهو القانون المدني. ومثال لك ما جاء بالمادة 86 من قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983 من أنه "يسقط حق المحامي في مطالبة موكله أو ورثته بالأتعاب عند عدم وجود اتفاق كتابي بشأنها بمضي خمس سنوات من تاريخ انتهاء الوكالة أو من تاريخ وفاة الموكل حسب الأحوال، وتنقطع هذه المدة بالمطالبة بها بكتاب موسى عليه".

وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد، وبموجب حكمها الصادر في 4 يناير عام 2015، بأنه "لما كان المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أنه متى قدم الخصم إلى محكمة الموضوع مستنداً مؤثراً في الدعوى وتمسك بدلالته وجب عليها أن تتناوله بالبحث والتحصيل وتعمل دلالته على الواقع في الدعوى وإلا كان حكمها مشوياً بالقصور المبطل، وكان المقرر - أيضاً - أنه مع قيام القانون الخاص لا يرجع إلى أحكام القواعد العامة إلا فيما فات القانون الخاص من أحكام ولا يجوز إهدار القانون الخاص بذريعة إعمال قاعدة عامة لما في ذلك من منافاة للغرض الذي من أجله وضع القانون الخاص وكان النص في المادة 86 من القانون رقم 17 لسنة 1983 بإصدار قانون المحاماة على أن "يسقط حق المحامي في مطالبة موكله أو ورثته بالأتعاب عند عدم وجود اتفاق كتابي بشأنها بمضي خمس سنوات من تاريخ انتهاء الوكالة أو تاريخ وفاة الموكل حسب الأحوال وتنقطع هذه المدة بالمطالبة بها بكتاب موسى عليه" مفاده أن التقادم المنصوص عليه في هذه المادة يكفي لانقطاعه الكتاب المسجل الموسى عليه أو أي إجراء قانوني آخر يكون أقوى منه كالإنذار على يد محضر ولو لم تنص عليه المادة 383 من التقنين المدني ذلك لأن قانون المحاماة قانون خاص وتعتبر نصوصه مقيدة لأحكام القانون العام التي تتعارض معها مما يتعين معه تطبيق الفقرة الأخيرة من المادة 86 سالفة الذكر على النزاع المطروح في الطعن المائل باعتبارها نص خاص، لما كان ذلك - وكان الثابت بالأوراق أن الطاعن تمسك في صحيفة استئنافه وأمام محكمة الدرجة الثانية بدفاعه الوارد في سبب الطعن وشفعه بحافزة مستندات طويت على إنذار موجه للمطعون ضدهم مؤرخ 1998/8/27 معلن مع والدتهم المطعون ضدها الرابعة يطالبهم فيه بسداد أتعابه المتفق عليها إلا أن الحكم التفت عن ذلك المستند ولم يبحثه أو يمحصه رغم ما له من دلالة في قطع مدة التقادم فإنه يكون معيباً بالقصور المبطل الذي جره إلى مخالفة القانون

والخطأ في تطبيقه بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة إلى بحث باقي أسباب الطعن" (46).

103- ونعرض فيما يلي لأسباب انقطاع تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية:

### 1- المطالبة القضائية:

104- قد يصدر حكم قضائي يقرر حقاً لأحد الأشخاص في مواجهة غيره، وهذا الحكم التقريري يحوز حجية الأمر المقضي، ولكنه لا يقبل التنفيذ الجبري (47)، "فالقانون لا يعترف له بأي قوة تنفيذية، ولا يصلح بالتالي سنداً للتنفيذ القضائي، إذ يقتصر دوره على تحقيق اليقين القانوني" (48). فالتنفيذ الجبري قاصر على أحكام الإلزام الحائزة لقوة الأمر المقضي أو المشمولة بالنفذ المعجل دون غيرها من الأحكام (49). ولذلك "إذا أراد المحكوم له الحصول على حقه الذي اعترف به الحكم التقريري عن طريق التنفيذ الجبري فإنه يرفع دعوى جديدة يطالب فيها بالإلزام المدعى عليه بأداء معين، ويكون القاضي مقيداً في هذه الدعوى بحجية الحكم التقريري" (50).

وقد يتأخر المحكوم له في المطالبة بالإلزام المحكوم عليه بأداء ما جاء بالحكم التقريري الصادر ضده، وهو ما قد يهدد هذا الحكم بسقوطه بالتقادم. فإذا ما قام المحكوم له برفع دعوى ضد المحكوم عليه لإلزامه بأداء ما ورد بالحكم الصادر ضده، فإن هذه المطالبة القضائية تقطع تقادم الحكم الصادر لصالحه.

105- ويلاحظ في خصوص الدعوى القضائية حتى تقطع تقادم الحكم القضائي - ما يأتي (51):

(46) أنظر: نقض 2015/1/4- الطعن رقم 2892 لسنة 76ق- البوابة القانونية لمحكمة النقض المصرية.

(47) أنظر: وجدي راغب- مبادئ- ص 61.

(48) راجع: وجدي راغب- الإشارة السابقة.

(49) أنظر: فتحي والي- الوسيط- بند 77- ص 125، وجدي راغب- مبادئ- ص 64.

(50) راجع: وجدي راغب- مبادئ- ص 61.

(51) قارب: فتحي والي- الوسيط- ص 436- هامش (3).

أ- أن صحيفة هذه الدعوى لا تقطع تقادم الحكم إلا إذا رفعت ممن يسري التقادم ضده على من يسري التقادم لصالحه أو على من ينوب عنه: وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد بأن "صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما، لا تعتبر قاطعة للتقادم إلا إذا وجهت إلى المدين الذي ينتفع بالتقادم أو إلى من ينوب عنه، فلو وجهت إلى من ليست له صفة في تمثيله فإنها لا تقطع التقادم، وتصحيح الدعوى بتوجيهها إلى الممثل القانوني للخصم لا ينسحب أثره في قطع التقادم إلى تاريخ رفع الدعوى، ذلك أن تصحيح الصفة يجب أن يتم في الميعاد المقرر وألا يخل بالمواعيد المحددة لرفع الدعاوى ويمدد التقادم"<sup>(1)</sup>.

كما قضت هذه المحكمة أيضاً في هذا الصدد بأن "المطالبة القضائية التي تقطع التقادم طبقاً للمادة 383 من القانون المدني هي التي ترفع ممن يسري التقادم ضده على من يسري التقادم لصالحه سواء في صورة دعوى أصلية أو في صورة طلب عارض، فإذا رفعت على غيره ليست له صفة في تمثيله فلا تقطع التقادم بالنسبة له"<sup>(2)</sup>.

ب- إن المطالبة القضائية التي تقطع تقادم الحكم القضائي هي المطالبة الصريحة الجازمة بالحق الذي يراد اقتضاؤه وإلزام المدعى عليه به: وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد بأنه "يشترط في المطالبة القضائية التي تقطع التقادم المسقط أن يتوافر فيها معنى الطلب الجازم بالحق الذي يراد اقتضاؤه، ولهذا لا تعتبر صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما قاطعة له إلا في خصوص هذا الحق وما التحق به من توابعه مما يجب بوجوبه أو يسقط بسقوطه، فإذا تغير الحقان أو تغير مصدرهما فالطلب الحاصل بأحدهما لا يكون قاطعاً لمدة التقادم بالنسبة للحق الآخر"<sup>(3)</sup>.

(1) أنظر: نقض 1981/12/21- الطعن رقم 354 لسنة 44 ق- مشار إليه لدى: أنور

أنور طلبه- المرجع السابق- رقم 74- ص 709.

(2) أنظر: نقض 1981/11/29- الطعن 687 لسنة 45 ق- مشار إليه لدى: أنور طلبه-

المرجع السابق- رقم 76- ص 710.

(3) أنظر: نقض 1978/4/22- الطعن رقم 435 لسنة 42 ق- مشار إليه لدى: أنور

طلبه- المرجع السابق- رقم 81- ص 713، وفي نفس المعنى: نقض 1979/4/30-

ج- إن المطالبة القضائية التي تقطع تقادم الحكم القضائي هي المطالبة الصحيحة: فإذا كانت المطالبة باطلة فإنه لا يترتب على رفع صحيفة قطع تقادم الحكم القضائي. وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد بأن "المطالبة القضائية لا تقطع التقادم طبقاً للمادة 383 من القانون المدني إلا إذا تمت بإجراء صحيح بحيث إذا كانت صحيفة الدعوى باطلة ليعيب في الشكل فلا يترتب عليها أي أثر ولا تقطع التقادم"<sup>(1)</sup>.

---

الطعن رقم 215 لسنة 46ق- المرجع السابق- رقم 79- ص 711، نقض  
1980/12/1- الطعن رقم 170 لسنة 50ق- طلبه- رقم 78- ص 711.  
(<sup>1</sup>) نقض 1975/5/20- الطعن رقم 326 لسنة 40ق- طلبه- رقم 92- ص 718،  
وأنظر عكس ذلك في القانون الفرنسي، حيث قررت المادة 2241 من القانون المدني  
الفرنسي المعدلة بالقانون رقم 561 لسنة 2008 الصادر في 17 يونيو سنة 2008  
أن المطالبة القضائية، ولو رفعت إلى محكمة مستعجلة، تقطع ميعاد التقادم ولو كان من  
مواعيد السقوط Forclusion، وهي تقطع التقادم ولو رفعت إلى قضاء غير مختص  
أو كانت باطلة ليعيب في الشكل Un vice de Procédure؛ أنظر:

Natalie Fricero, La nouveau régime de la prescription et  
de la procedure civile, art. Préc., No 14;

وأنظر:

Bénédicte Fauvarque- Cosso Net Jérôme François,  
Commentaire de la loi du 17 juim 2008 portant réforme  
de la prescription en matière civile, D. 2008, P. 2512 ets,  
N° 14; François Ancel, La lai N° 2008- 561 du 17 juin  
2008 portant réforme de la prescription en matière civile,  
gaz. Pal. 2008, P. 2124.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد بأن التقادم ينقطع حتى ولو كانت صحيفة  
الدعوى باطلة ليعيب في الشكل، أنظر:

د- أن المطالبة القضائية تقطع تقادم الحكم القضائي من وقت إيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة (م 383 مدني)<sup>(1)</sup>: ويظل هذا الانقطاع سارياً ما دامت الخصومة قائمة مهما طال وقت نظرها والفصل فيها، ومن ثم يظل حق المحكوم له الوارد بالحكم التقريري محفوظاً<sup>(2)</sup> حتى يفصل في هذه الدعوى بحكم بات، وذلك حتى لا يضار المحكوم له من تأخر القضاء<sup>(3)</sup> في الفصل في دعوى الإلزام.

هـ- إن المطالبة بجزء من الحق المحكوم به لا تقطع تقادم الحكم القضائي الذي قرره بالنسبة للأجزاء الأخرى من الحقوق الواردة به: وذلك إذا كانت الحقوق الواردة بالحكم المراد الحصول على حكم إلزام بخصوصها قابلة للانقسام واقتصرت الدعوى المرفوعة للحصول على هذا الحكم الأخير على أحدها وليس جميعها، أو إذا كان الحكم التقريري الصادر لصالح رافع دعوى الإلزام كان يتضمن القضاء بأكثر من طلب للمحكوم له ورفعت دعوى الإلزام بخصوص أحدها دون غيره. كأن يقضي الحكم التقريري بإثبات الملكية للمدعى وبمبدأ المسؤولية عن غضب العين المحكوم بملكيتها، واقتصرت

---

Cass. 1<sup>re</sup>, Civ. 25 Nov. 2010, Procédure, 2011, comm., 50. obs. Perrot;

كما قضت أيضاً بأنه عند غياب نص خاص فإن القوانين المتعلقة بالإجراءات وطرق التنفيذ تطبق في الحال، والمطالبة القضائية لعب في الشكل Pour un vice de procédure في منازعة سابقة على دخول القانون الصادر في 17 يونيو 2008 حيز التنفيذ تحتفظ بأثرها القاطع للتقادم، أنظر:

Cass. 2e, Civ. 17 Févr. 2011, Procédure, 2011, comm..., 132, obs. Perrot.

(<sup>1</sup>) أنظر: وجدي راغب- مبادئ- ص 603، نبيل عمر- قانون أصول المحاكمات المدنية- مرجع سابق- بند 125- ص 289.

(<sup>2</sup>) أنظر: فتحي والي- الوسيط- بند 265- ص 436، نبيل عمر- المرجع السابق- بند 125- ص 290.

(<sup>3</sup>) أنظر: فتحي والي- الإشارة السابقة، نبيل عمر- الإشارة السابقة.



دعوى الإلزام على طلب إلزام المحكوم عليه بتسليم العين المحكوم بملكيته دون المطالبة بالتعويض، فهنا يقتصر أثر المطالبة القضائية في قطع تقادم الحكم القضائي على ما قضى به من إثبات الملكية دون ما قضى به من الحق في التعويض.

أما إذا كانت المطالبة الجزئية تدل على قصر صاحب الحق التمسك بكامل حقه المحكوم به فإنها تعد قاطعة لتقادم الحكم بأكمله<sup>(1)</sup>. وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد بأنه "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه ليس في اعتبار المطالبة بجزء من الحق قطعاً للتقادم بالنسبة لباقيه ما يخالف القانون طالما أن المطالبة الجزئية دلت على التمسك بالحق جميعه الناشئ عن مصدر واحد"<sup>(2)</sup>.

## 2- التنبيه:

106- يعتبر التنبيه من الإجراءات الهامة القاطعة لتقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية. فبعد أن يصدر الحكم القضائي يبدأ سريان التقادم بالنسبة له طالما لم يتخذ المحكوم له أي إجراء يدل على رغبته في تنفيذ هذا الحكم والحصول على ما قرره له في مواجهة المحكوم عليه. فإذا ما قام المحكوم له بتنبيه المحكوم عليه (المنفذ ضده) فإن سريان تقادم الحكم الصادر له ينقطع.

ويتخذ التنبيه الذي يرتب هذا الأثر عدة صور منها:

### أ- إعلان السند التنفيذي وتكليف (تنبيه) المدين بالوفاء:

107- تنص المادة 281 من قانون المرافعات على أنه "يجب أن يسبق التنفيذ إعلان السند التنفيذي لشخص المدين أو في موطنه الأصلي وإلا كان باطلاً. ويجب أن يشتمل هذا الإعلان على تكليف المدين بالوفاء وبيان المطلوب...". ويتضح من هذا النص مدى ضرورة إعلان السند التنفيذي وضرورة تضمينه تكليف المدين بالوفاء. ويقول العميد فتحي والي في هذا الصدد "يلزم إعلان السند التنفيذي والتكليف بالوفاء بالنسبة لكل تنفيذ جبري سواء كان تنفيذاً مباشراً أو تنفيذاً ينزع الملكية، وسواء كان تنفيذاً بالحجز على المنقول أو على العقار.

(1) قارب: فتحي والي- الوسيط- ص 436- هامش (3) (د).

(2) أنظر: نقض 1978/2/18- الطعن رقم 36 لسنة 44ق- طلبه- مرجع سابق- رقم

ويستوي أن يكون السند التنفيذي حكماً أو محرراً موثقاً أو غيرهما من السندات"<sup>(1)</sup>.

ويترتب على إعلان الحكم القضائي كسند تنفيذي وتكليف المحكوم عليه (تنبيهه) بالوفاء للمحكوم له بما جاء بهذا الحكم انقطاع التقادم الساري في مواجهته.

وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد بأن "إعلان السند التنفيذي متى تضمن التنبيه بالوفاء يعتبر إجراء قاطعاً للتقادم"<sup>(2)</sup>.

وقد أوضحت محكمة النقض هذا الأمر، فقضت بحكم بأن "المقصود بالتنبيه الذي يقطع التقادم هو التنبيه المنصوص عليه في قانون المرافعات الملغى بالمادتين 384 أهلي و437 مختلط وفي قانون المرافعات القائم بالمادة 460 والذي يوجب المشرع اشتماله على إعلان المدين بالسند التنفيذي مع تكليفه بالوفاء بالدين. وإذا كان الإنذار الذي وجهه الطاعنون إلى المطعون عليها قد تضمن إعلانها بصورة رسمية بسيطة من الحكم الصادر بإلزام مورثتها مع أخبار المطعون عليها بوقوع المقاصة القانونية بين هذا الدين الذي أحيل إلى الطاعنين وبين الدين المقضي ضدهم بأدائه إلى مورث المطعون عليها، فإن ذلك الإنذار لا يعتبر تنبيهاً قاطعاً للتقادم لأنه علاوة على أنه لا يشتمل على إعلان الصورة التنفيذية للحكم الصادر بإلزام مورثة المطعون عليها بالدين فإنه لا يتضمن تكليف المطعون عليها بالوفاء، بل إن كل ما ينطوي عليه هو مجرد إخطار المدينة بسبق انقضاء دينها الذي في ذمتهم وديونهم قبلها نتيجة لوقوع المقاصة بين الدينين، ولا يحمل الإخطار بانقضاء الدين معنى التكليف

---

(1) راجع: فتحي والي- التنفيذ الجبري- ط 1988- دار النهضة العربية- بند 117- ص

235، وأنظر في الاستثناءات على هذه القاعدة- نفس المرجع- ذات الإشارة.

(2) أنظر: نقض 1964/12/3- الطعن رقم 24 لسنة 30ق- مشار إليه لدى: أنور طلبه:

مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض- مرجع سابق- رقم 119- ص

بأدائه"<sup>(1)</sup>. كما زادت هذه المحكمة الأمر وضوحاً، فذكرت أنه لا يشترط عبارات معينة للتكليف بالوفاء، فقضت بأنه "من المقرر قانوناً أن الذي يقطع التقادم هو إعلان السند التنفيذي المتضمن التكليف بالوفاء، ولم يشترط المشرع عبارات معينة لهذا التكليف فيكفي أي عبارة بذاتها تدل على تصميم صاحبها على هذا التكليف"<sup>(2)</sup>.

وتؤكد محكمة النقض المصرية على موقفها السابق الثابت بحكم حديث أصدرته بتاريخ 2012/6/10 قضت فيه بأن "المقرر- في قضاء هذه المحكمة - أن التقادم وفقاً لنص المادة 383 من القانون المدني إنما ينقطع بالمطالبة القضائية أو بالتنبيه أو بالحجز والتكليف بالوفاء السابق على رفع الدعوى أو الإعذار أو الإنذار الذي يوجهه دائن ليس بيده سنداً تنفيذياً صالح لإجراءات التنفيذ الجبري لا يعتبر تنبيهاً قاطعاً للتقادم وإنما هو إنذار بالدفع لا يكفي لترتيب هذا الأثر، إذ المقصود بالتنبيه الذي يقطع التقادم هو التنبيه المنصوص عليه في المادة 281 من قانون المرافعات والذي يوجب على المشرع اشتماله على إعلان المدين بالسند التنفيذي مع تكليفه بالوفاء بالدين"<sup>(3)</sup>.

---

(<sup>1</sup>) انظر: نقض 1964/12/31- الطعن رقم 5 لسنة 30ق- مشار إليه لدى أنور طلبه- المرجع السابق- رقم 120- ص 729.

(<sup>2</sup>) أنظر: نقض 1981/12/31- مجموعة الأحكام- السنة 32- رقم 457- ص 2505.

(<sup>3</sup>) أنظر: نقض 2012/6/10- الطعن رقم 676 لسنة 71ق- الحديث في مبادئ أحكام النقض المدني 2012 حتى 2013- إعداد وجدي شفيق- الطبعة الأولى 2014- رقم 5- ص 123، وقد جاء بهذا الحكم أيضاً "إذ كان البين من الأوراق أن الطاعن تمسك بسقوط حق الهيئة المطعون ضدها في المطالبة بالمبالغ المطالب بها (دين الأجرة) فيما زاد على الخمس سنوات السابقة على تاريخ رفع الدعوى في 1997/1/7 بالتقادم الخمسي المنصوص عليه المادة 275 من القانون المدني غير أن الحكم المطعون فيه قد اعتبر الإنذارين المؤرخين 1991/3/4، 1995/3/20 الموجهين من الهيئة = المطعون

ويلاحظ في هذا الصدد أن التنبيه الذي يقطع التقادم هو ذلك الذي يشتمل على إعلان المدين (المحكوم عليه) بالسند التنفيذي (ومنه الحكم القضائي) مع تكليفه بالوفاء بالدين، أما ما عدا ذلك فلا يعد تنبيهاً ولا يقطع من ثم تقادم الحكم القضائي.

وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد بأن "التقادم وفقاً لنص المادة 383 من القانون المدني لا ينقطع إلا بالمطالبة القضائية أو بالتنبيه أو بالحجز، والتكليف بالوفاء السابق على طلب أمر الأداء لا يعتبر تنبيهاً قاطعاً للتقادم، وإنما هو مجرد إنذار بالدفع لا يكفي لترتيب هذا الأثر، إذ المقصود بالتنبيه الذي يقطع التقادم هو التنبيه المنصوص عليه في المادة 460 من قانون المرافعات السابقة، وفي المادة 281 من قانون المرافعات القائم، والذي يوجب المشرع اشتماله على إعلان المدين بالسند التنفيذي مع تكليفه بالوفاء"<sup>(1)</sup>.

#### ب- تنبيه نزع الملكية:

108- تنص المادة 401 من قانون المرافعات - وبشأن التنفيذ على العقار على أنه "يبدأ التنفيذ بإعلان التنبيه بنزع ملكية العقار إلى المدين لشخصه أو لموطنه مشتملاً على البيانات الآتية: 1- بيان نوع السند التنفيذي وتاريخه ومقدار الدين المطلوب الوفاء به وتاريخ إعلان السند 2- إعدار المدين بأنه إذا لم يدفع الدين يسجل التنبيه ويبيع عليه العقار جبراً...".

ويتضح من هذا النص مدى ضرورة التنبيه بنزع الملكية في التنفيذ على العقار، حيث لا يبدأ التنفيذ إلا بإعلان هذا التنبيه مشتملاً على البيانات الواردة بالمادة 401. وكما يقول العميد فتحي والتي في هذا الصدد "ويتم حجز العقار بالقيام بعمل قانوني مركب يتكون من عنصرين: تنبيه بنزع الملكية يعلن إلى المدين، ثم تسجيل هذا التنبيه في مكتب الشهر العقاري. وكل عنصر من هذين

---

ضدها إلى الطاعن قاطعين للتقادم ورتب على ذلك رفض ذلك لعدم اكتمال مدة التقادم في شأن المبالغ المطالب بها عن الفترة سالفة الذكر مع إلزامه بأدائها إلى الهيئة المطعون ضدها فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون".

(<sup>1</sup>) أنظر: نقض 1978/4/17 - الطعن رقم 416 لينة 45ق - مشار إليه لدى أنور طلبه - المرجع السابق - رقم 115 - ص 727، وفي نفس المعنى: نقض 1969/10/21 - مشار إليه لدى: أنور طلبه - المرجع السابق - رقم 116 - ص 728.

العصرين وحده لا يعتبر حجزاً. فالتنبيه وحده لا يرتب آثار الحجز، والتسجيل الذي لا يسبقه تنبيه صحيح لا يكفي أيضاً لترتيب هذه الآثار<sup>(1)</sup>.

"ويعتبر التنبيه بنزع الملكية وإن كان لا يترتب آثار الحجز إجراء من إجراءات التنفيذ، وقد حرصت المادة 401 على تأكيد هذا بنصها على أن "يبدأ التنفيذ بإعلان التنبيه بنزع ملكية العقار"<sup>(2)</sup>. والسبب في اعتبار التنبيه بنزع ملكية العقار من إجراءات التنفيذ هو - كما يقول العميد فتحي والي - "أن هذا التنبيه يعلن على الكافة - عن طريق تسجيله. وهذا التسجيل حتى يحقق الغرض منه يجب أن يرد على ورقة تشتمل على تحديد لمحل التنفيذ. وإذا وجب أن يشتمل التنبيه العقاري على محل التنفيذ فإنه لا يمكن أن يعد مجرد مقدمة له. إذ مقدمة التنفيذ لا تحدد محل التنفيذ، بل يمكن بحسب تأصيلها النظري أن تتم دون أن يوجد أي محل صالح للتنفيذ عليه"<sup>(3)</sup>.

109- مع أن التنبيه بنزع الملكية لا يعتبر حجزاً للعقار طالما لم يتم تسجيله، فإن هذا التنبيه يؤدي إلى قطع التقادم<sup>(4)</sup>، أي قطع تقادم الحكم الذي بدأ تنفيذه بهذا التنبيه لاقتضاء الحق الثابت به من المحكوم عليه.

وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد بأنه "متى كان قد حكم ببطالان التنازل الصادر من المطعون عليهم إلى آخر عن دينهم المنفذ قبل تنبيه نزع الملكية المعلن منهم للطاعين، وكان للحكم المذكور حجيبته على الطاعنين لصدوره في دعوى كان مورثهما طرفاً فيها، فإن مقتضى هذا الحكم أن يعود الوضع إلى ما كان عليه قبل حصول التنازل ويصبح المطعون عليهم هم وحدهم أصحاب الحق في المطالبة بالدين واتخاذ إجراءات التنفيذ ضد المدينين،

(1) راجع: فتحي والي - التنفيذ الجبري - بند 187 - ص 370.

(2) راجع: فتحي والي - المرجع السابق - بند 188 - ص 374.

(3) راجع: فتحي والي - المرجع السابق - بند 188 - ص 374 وما بعدها.

(4) أنظر: فتحي والي - المرجع السابق - بند 188 - ص 375 وهامش (2) من ذات

الصفحة.

وبالتالي يكون تنبيه نزع الملكية الموجه منهم إلى الطاعنتين صحيحاً ومنتجاً  
لأثره في قطع تقادم الفوائد"<sup>(1)</sup>.

ولكن يلاحظ في هذا الصدد أنه إذا حكم بإلغاء تنبيه نزع الملكية فإن أثره في  
قطع تقادم الحكم يزول. وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد بأن "الحكم  
في معارضة المدين في تنبيه نزع الملكية بإلغاء هذا الحكم يترتب عليه اعتباره  
كأن لم يكن وزوال ما كان للتنبيه من أثر في قطع التقادم"<sup>(2)</sup>.

110- وإذا حكم ببطلان الحكم سند التنفيذ أو حكم ببطلان حق الحاجز في  
التنفيذ به، فإنه يترتب على ذلك بطلان التنبيه بنزع الملكية وانعدام أثره في  
قطع تقادم هذا الحكم، فبطلان الأساس والأصل (وهو الحكم القضائي الذي تم  
التنبيه بنزع الملكية استناداً إليه) يستتبع بطلان الفرع (التنبيه) وزوال أي أثر  
ترتب عليه، ومنها قطع التقادم.

وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد بأن "قيام الدائن بالتنبيه أو بالحجز  
على المدين لنزع ملكية عقاره إن كان يعد بذاته إجراءً قاطعاً للتقادم المسقط  
لحقه في ذمة مدينه يبدأ بموجبه سريان التقادم من جديد، إلا أن الحكم بإلغاء  
قائمة شروط البيع لبطلان سند التنفيذ أو بطلان حق الحاجز في التنفيذ به  
يستتبع حتماً بطلان التنبيه الذي أعلن دون سند صحيح يخول الحق في التنفيذ  
بمقتضاه فلا يكون للتنبيه أثر من قطع التقادم"<sup>(3)</sup>.

111- ودعوى الحراسة القضائية لا تعد تنبيهاً، ومن ثم فهي لا تقطع التقادم.  
والسبب في ذلك أنها ليست من إجراءات التنفيذ، وإنما هي إجراء تحفظي  
مؤقت. وقد قضت محكمة النقض في هذا الخصوص بأن "دعوى الحراسة

---

(1) أنظر: نقض 1964/3/5- الطعن رقم 121 لسنة 29ق- مشار إليه لدى: أنور

طلبه- المرجع السابق- رقم 118- ص 728.

(2) أنظر: نقض 1966/12/13- الطعن رقم 279 لسنة 27ق- أنور طلبه- رقم

117- ص 728.

(3) أنظر: نقض 1966/11/22- الطعن رقم 168 لسنة 32ق- أنور طلبه- رقم

126- ص 732.

القضائية إنما هي إجراء تحفظي مؤقت لا يمس موضوع الحق، فهي بذلك لا تعد من إجراءات التنفيذ ولا تقوم مقام التنبيه أو الحجز في قطع التقادم"<sup>(1)</sup>.

### 3- الحجز:

112- إذا قام المحكوم له بالحجز على أموال مدينه، فإن التقادم الساري ضد هذا الحكم ينقطع. وقد نصت على ذلك صراحة المادة 383 من القانون المدني المصري بقولها "ينقطع التقادم... وبالحجز..".

ويتم حجز المنقول لدى المدين بموجب محضر محرره المحضر في مكان المنقولات المطلوب حجزها (م 353 مرافعات)، وتصبح هذه المنقولات محجوزة بمجرد ذكرها في محضر الحجز ولو لم يعين عليها حارس (المادة 362 مرافعات مصري).

أما الحجز على العقار، فإن "القانون قد جعل بداية التنفيذ على العقار هو تنبيه نزع الملكية (م 401 مرافعات)، هذا التنبيه لا يعتبر حجزاً، فالعقار لا يعتبر محجوزاً إلا بتسجيل التنبيه"<sup>(2)</sup>. فقد نصت المادة 401 من قانون المرافعات على أن "يبدأ التنفيذ بإعلان التنبيه بنزع ملكية العقار إلى المدين لشخصه أو لمواطنه مشتتلاً على البيانات الآتية..."، كما نصت المادة 404 مرافعات على أنه "يترتب على تسجيل التنبيه اعتبار العقار محجوزاً". وكما يقول العميد فتحي والي في هذا الصدد "ويتم حجز العقار بعمل قانوني مركب يتكون من عنصرين تنبيه بنزع الملكية إلى المدين، ثم تسجيل هذا التنبيه في مكتب الشهر العقاري، وكل عنصر من هذين العنصرين وحده لا يعتبر حجزاً"<sup>(3)</sup>.

أما حجز ما للمدين لدى الغير فيتم وينتج آثاره بإعلان الحاجز ورقة الحجز إلى المحجوز لديه"<sup>(4)</sup>.

(1) أنظر: نقض 1966/11/22 - الطعن رقم 168 لسنة 32ق - مشار إليه في: أنور

طلبه- مرجع سابق- رقم 111- ص 726.

(2) راجع: فتحي والي - التنفيذ - بند 129 - ص 256.

(3) راجع: فتحي والي - التنفيذ - بند 187 - ص 370.

(4) أنظر: فتحي والي - التنفيذ - بند 164 - ص 319 - بند 167 - ص 327.

وأياً كان طريق الحجز - حجز المنقول لدى المدين وحجز العقار وحجز ما للمدين لدى الغير - فإنه يترتب عليه قطع تقادم الحكم القضائي الذي يعد سنداً لاقتضاء حق الدائن الثابت به من المحكوم عليه. وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد بأن "مقتضى الحجز أياً كان نوعه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - وضع المال المحجوز تحت أمر القضاء بما يمتنع معه على المحجوز لديه الوفاء به لدائنه أو تسليمه إليه، كما يمتنع على المحجوز عليه التصرف فيه بما يؤثر في ضمان الحاجز، وحجز ما للمدين لدى الغير يتم وينتج أثره بمجرد إعلان الحجز إلى المحجوز لديه، وإذا كانت المادة 383 من التقنين المدني تقضي بأن التقادم الساري ينقطع بالحجز وهي عبارة عامة تسري على حجز ما للمدين لدى الغير، فإنه يترتب على إعلان ورقة الحجز للمحجوز لديه قطع التقادم الساري لمصلحته في مواجهة المحجوز عليه اعتباراً بأن الحجز من أسباب قطع التقادم وكذلك قطع التقادم الساري لمصلحة المحجوز عليه في مواجهة الحاجز، لأن الحجز وإن كان يعلن إلى المحجوز لديه إلا أنه يقصد توجيهه فعلاً إلى المحجوز عليه وينصب على ماله"<sup>(1)</sup>.

113- ولكن يلاحظ في هذا الخصوص، أنه ليس كل حجز يقطع تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية. فالحجز الذي يقطع تقادم الأحكام القضائية هو الحجز التنفيذي دون غيره من أنواع الحجز. وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد بأن "الحجز إجراء من إجراءات التنفيذ قاطع للتقادم"<sup>(2)</sup>. فالحجز الذي يعد إجراءً من إجراءات التنفيذ هو وحده دون غيره الذي يقطع تقادم الأحكام القضائية، ذلك أنه يتم استناداً إلى سند تنفيذي، حكم قضائي أو إذن قضائي، وينبئ عن رغبة الدائن في حصوله على الحق الوارد بهذا الحكم.

---

(1) أنظر: نقض 1975/4/3 - الطعن رقم 383 لسنة 35ق - مشار إليه لدى: أنور

طلبه - المرجع السابق - رقم 124 - ص 731.

(2) أنظر: نقض 1993/1/28 - الطعن رقم 276 لسنة 59ق - مجموعة الأحكام -

1-144 - رقم 65 - ص 355.



114- ويترتب على ذلك أن ما لا يعد جزءاً تنفيذياً لا يقطع تقادم الأحكام القضائية، ومن ذلك:

أ- الحجز التحفظي Saisie consevatoire: فالحجز التحفظي ليس إجراء من إجراءات التنفيذ الجبري ne constitue pas une mesure d'exécution forcée لا في القانون الفرنسي<sup>(1)</sup> ولا في القانون المصري. ومن ثم فلا يترتب على توقيعه على أموال المدين قطع تقادم الحكم القضائي، وذلك لأمر بديهي أنه يتم دون حكم.

(1) أنظر N° Natalie Fricero, art. Préc., 22;

وأنظر أيضاً:

PH. Hoonakker, La prescription de l'exécution force depuis la loi N° 2008- 561 du 17 juin, N° 16, P. 18.

ولكن يلاحظ في هذا الصدد أنه إذا كانت المادة 71L من القانون رقم 650 لسنة 1991 قد نصت على أن إعلان المدين بالإجراء التحفظي La mesure conservatoire يقطع تقادم الدين محل هذا الإجراء، فإن هذه المادة قد ألغيت بالأمر رقم 1895 لسنة 2011 الصادر في 19 ديسمبر 2011 والذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 1 يونيو عام =2012، والتي لم ترتب على الحجز التحفظي قطع التقادم. بل وأكثر من ذلك، فإن المادة 2244 من القانون المدني المعدلة بالقانون رقم 2008/561 الصادر في 17 يونيو 2008 قد نصت على أن ميعاد التقادم ينقطع بإجراء التنفيذ الجبري، وهو ما يعنى بمخالفة، إن الحجز التحفظي لا يقطع ميعاد التقادم، وأنظر عكس ذلك:

G. Couchez, Voies d' execution, 4eéd. Sirey, 1996, N° 350, P. 155,

حيث يرى أن إعلان المدين بالحجز التحفظي يقطع تقادم الدين استناداً إلى المادة 71L من القانون رقم 650 لسنة 1991.

وقد قضت محكمة النقض السورية في هذا الصدد بأنه: "من حيث أن الأحكام تتقادم بمرور خمس عشرة سنة فالحق الذي يقرره الحكم يسقط إذا لم يبادر المحكوم له لتنفيذه خلال هذه المدة.

وحيث أن الأسباب التي تؤدي لقطع التقادم على الأحكام تقتصر والحالة هذه على المباشرة بالإجراءات التنفيذية ضد هذه الأحكام بعد صدورها من حجز أو تدخل أو تفليس أو توزيع أو مزاد أو غير ذلك من إجراءات التنفيذ التي يقوم بها المحكوم له لتحصيل حقه.

وحيث أن الحجز الذي يقطع التقادم بالنسبة للأحكام إنما هو الحجز التنفيذي الذي يقوم به المحكوم له للحصول على حقه دون اعتداد بالحجز الاحتياطي الذي يقوم به قبل صدور الحكم والذي وإن كان يعتبر قاطعاً للتقادم بالنسبة للدعوى إلا أنه لا يعدو كونه إجراء تحفظياً يقصد منه منع تهريب المال المنقول أو العقار وذلك تمهيداً للتنفيذ على هذا المال بعد صدور الحكم، فإذا لم يقم المحكوم له بعد صدور الحكم بتنفيذ هذا الحجز باتخاذ الإجراءات التنفيذية فإن التقادم ضد الحكم يسري اعتباراً من تاريخ صدوره.

وحيث أن وضع إشارة الحجز الاحتياطي على صحيفة العقار لا يعتبر قاطعاً للتقادم الساري على الحكم إذا لم يبادر المحكوم له لتنفيذه لأن الأثر القانوني لهذه الإشارة لا تعدو إعلان الغير بوجودها ولا يبدل من طبيعة التدبير واعتباراً حجزاً تنفيذياً.

وحيث أن الأساس الذي يقوم عليه التقادم المسقط هو وجوب احترام استقرار التعامل بين الأفراد والجماعات فإذا سكت الدائن مدة مرور الزمن عن مطالبة المدين دون عذر حق لهذا المدين أن يطمئن إلى هذا الوضع الهادي المستقر ووجب مراعاة مركزه فإذا لم يكن الدائن استوفى حقه فعلاً أو إبراء ذمة المدين فإنه يكون أهمل إهمالاً لا مبرر له يوجب ترجيح حق المدين.

وحيث أن الأخذ بهذا المبدأ بالنسبة لتقادم الأحكام يستتبع اعتبار إعراض المحكوم له عن اتخاذ الخطوات القانونية لتنفيذ الحكم إهمالاً يؤدي لسقوط حقه وبالتالي فإن الحجز الاحتياطي الذي لا يعتبر خطوة تنفيذية لا يصلح لقطع هذا التقادم إذ لا يفصح في ذاته عن إرادة تنفيذ الحكم تلك الإرادة التي يجب أن تتجلى بعد صدور الحكم وذلك لاستحالة تنفيذ الحكم قبل صدوره.

وحيث أن الحكم المطعون فيه الذي اعتبر الحجز الاحتياطي قاطعاً للتقادم قد أخطأ في تفسير القانون وتأويله بصورة تعرضه للنقض. لذلك حكمت المحكمة بالأكثرية بنقض الحكم المطعون فيه<sup>(1)</sup>.

ب- الحجز الإداري الذي يوقع ضد الموفى عن المدين لا يقطع التقادم بالنسبة للمدين<sup>(2)</sup>: وذلك لأن الحجز يجب - حتى يقطع تقادم الحكم القضائي - أن يوجه إلى المحكوم عليه (المدين)، فإذا وقع على شخص آخر غيره فلا يعتد به ولا يرتب أثراً في مواجهة المدين (المحكوم عليه) ولا يقطع تقادم الحكم الصادر ضده، وذلك لتوجيه الحجز إلى غير ذي صفة.

وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد - وبخصوص أحد الإجراءات القاطعة للتقادم، وهو ما يسري على كافة الإجراءات القاطعة للتقادم - بأن "المطالبة القضائية التي تقطع التقادم طبقاً للمادة 383 من القانون المدني هي التي ترفع ممن يسري التقادم ضده على من يسري التقادم لصالحه سواء في صورة دعوى أصلية أو في صورة طلب عارض، فإذا رفعت على غيره ليست له صفة في تمثيله فلا تقطع التقادم بالنسبة له"<sup>(3)</sup>.

---

(1) أنظر: نقض سوري 1964/6/14 - قرار رقم 1287 - مجلة القانون - مجلة تصدرها

وزارة العدل السورية - السنة 15 - تموز 1964 - العدد السابع - ص 645 وما بعدها.

(2) أنظر: نقض 1968/2/29 - الطعن رقم 269 لسنة 34ق - مشار إليه لدى: أنور

طلبه - مرجع سابق - رقم 125 - ص 732.

(3) أنظر: نقض 1981/11/29 - الطعن رقم 687 لسنة 45ق - طلبه - مرجع سابق -

رقم 76 ص 710.

#### 4- طلب الحصول على صورة تنفيذية للحكم القضائي:

115- القاعدة أنه لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي (المادة 1/281 مرافعات مصري والمادة 835 أصول محاكمات مدنية لبناني). والأصل أنه لا يجوز التنفيذ إلا بصورة من السند عليها الصيغة التنفيذية<sup>(4)</sup>، ويسمى ذلك بالصورة التنفيذية، وهي صورة من الحكم القضائي مزيلة بالصيغة التنفيذية<sup>(5)</sup>.

ويقوم كاتب المحكمة التي أصدرت الحكم بتسليم الصورة التنفيذية للخصم الذي تعود عليه منفعة من تنفيذ الحكم (م 181 مرافعات مصري والمادة 564 أ.م.ل.). ولا يجوز تسليم صورة تنفيذية ثانية لذات الخصم إلا في حالة ضياع الصورة الأولى، وتحكم المحكمة التي أصدرت الحكم في المنازعات المتعلقة بتسليم الصورة الثانية عند ضياع الأولى بناء على عريضة تعلن من أحد الخصوم إلى خصمه الآخر (المادة 183 مرافعات مصري والمادة 556 أ.م.ل.).

فهل تقديم طلب للحصول على صورة تنفيذية للحكم القضائي الذي صدر أو الدعوى التي ترفع للحصول على صورة تنفيذية ثانية بدلاً من الصورة التي ضاعت أو فقدت يؤدي إلى انقطاع تقادم هذا الحكم؟

116- في القانون اللبناني قضت محكمة استئناف جبل لبنان المدنية بتاريخ 17 كانون أول عام 1957 بأنه "لا شك أن طلب إعطاء الصيغة التنفيذية لحكم أجنبي يقطع مرور الزمن، وأنه إذا كان الحكم الأجنبي خاضع للترقين بحال عدم متابعة تنفيذه بمهلة معينة عملاً بقوانين البلاد التي أصدرته فإن طلب إعطاء الصيغة التنفيذية لهذا الحكم في لبنان من شأنه أن يحول دون الترفقين،

---

(4) وهذه الصيغة - كما وردت بالمادة 3/280 مرافعات مصري هي على الجهة التي يناط بها التنفيذ أن تبادر إليه متى طلب منها وعلى السلطات المختصة أن تعين على إجراءاته ولو باستعمال القوة متى طلب إليها ذلك". أنظر في شرح هذه الصورة التنفيذية، فتحي والي- التنفيذ- بند 59 وما بعد- ص 115 وما بعدها.

(5) راجع في هذه الاستثناءات: المادة 286 مرافعات مصري.

لأن طلب إعطاء الصيغة التنفيذية هو عمل تنفيذي أو على الأقل عمل تمهيدي للتنفيذ" (1).

(1) أنظر: محكمة استئناف جبل لبنان المدنية- 17 كانون الأول سنة 1957- القرار رقم 969- النشرة القضائية- السنة 6-1958، ص 140، وقد جاء "حيث أن المستأنف عليه يطلب إعطاء الصيغة التنفيذية لحكم صادر بتاريخ 13 آذار = سنة 950 عن المحكمة الثانية في مقاطعة لوس ريوس (الكاودور) قاضي بأن الدعوى التي كانت عالقة بين المستأنف عليه ومورث المستأنفين والتي صدر بنتيجتها حكم عن المحاكم العليا في الكاودور بتاريخ 21 حزيران 1940 أصبحت متروكة لمرور أكثر من ثلاث سنوات على آخر معاملة حصلت فيها.

وحيث أن المستأنفين ينكرون وجود الحكم المطلوب إعطائه الصيغة التنفيذية بالاستناد إلى إفادة مصدق عليها وفقاً للأصول صادرة عن القاضي الثاني في محكمة لوس ريوس بأنه لا يوجد قرار بأن الدعوى العالقة بين مورث المستأنفين والمستأنف عليه قد أهملت لمرور الزمن.

وحيث أن المستأنف عليه لم يطعن بهذا المستند ولم يبين عدم صحته وفي هذه الحالة يقتضي الركون إليه واعتبار أن لا وجود للحكم المطلوب تنفيذه.

وحيث أنه فضلاً عن ذلك حتى ولو افترضنا أن الحكم المطلوب إعطائه الصيغة التنفيذية صحيح وأنه أصبح قابل التنفيذ وأن التبليغات فيه حصلت حسب الأصول وإذا أمعنا البحث بأساس النزاع المتعلق بهذا الحكم المطلوب إعطائه الصيغة التنفيذية عملاً بأحكام المادة 6 من القرار 1113 لعدم وجود معاملة بالمثل بين لبنان والكاودور يتبين أن هذا الحكم قد اعتبر مورث المستأنفين لم يعد يتابع الدعوى التي صدر فيها عن المحاكم العليا في الكاودور حكم 21 حزيران 1940 بما يزيد عن ثلاث سنوات وقضى إن هذه الدعوى أصبحت بالتالي متروكة.

وحيث انه ثابت أن المستأنفين كانوا قد تقدموا بطلب إعطاء الصيغة التنفيذية في لبنان منذ 28 نيسان سنة 939 لحكم صادر لهم في الاكوادور بتاريخ 1938 صدق بالحكم الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 21 حزيران 1940 وأن محكمة الاستئناف المدنية (غرفة إعادة المحاكمة) أعطت لهذا الحكم بموجب القرار الصادر بتاريخ 31 آذار سنة 1950 الصيغة التنفيذية في لبنان.

وحيث لا شك أن طلب إعطاء الصيغة التنفيذية لحكم أجنبي بقطع مرور الزمن وأنه إذا كان الحكم الأجنبي خاضع للترقين بحال عدم متابعة تنفيذه بمهلة معينة عملاً بقوانين البلاد التي أصدرته فإن طلب إعطاء الصيغة التنفيذية لهذا الحكم في لبنان من شأنه أن يحول دون الترقين لأن طلب إعطاء الصيغة التنفيذية هو عمل تنفيذ أو على الأقل عمل تمهيدي للتنفيذ.

وحيث يحق للمحكمة المطلوب إليها إعطاء الصيغة التنفيذية لحكم أجنبي إذا أعادت النظر بأساس النزاع المتعلق بهذا الحكم أن تستند على وقائع جديدة لم تعرض على المحكمة الأجنبية مصدرة الحكم.

Lapradelle et Niboyet t T. Décisions judiciaires étrangères N°. 389.

R.P.D. VII V° Jugements et arrêt N°. 1505.

وحيث ثابت أن الحكم الصادر بتاريخ 21 حزيران سنة 940 عن المحكمة العليا في الاكوادور لم يترك بل أن المستأنفين طلبوا إعطاء الصيغة التنفيذية في لبنان قبل مضي ثلاث سنوات على صدوره وتابعوا المعاملة حتى صدور القرار النهائي بتاريخ 31 آذار سنة 950 عن محكمة إعادة المحاكمة القاضي بإعطاء الحكم المشار إليه الصيغة التنفيذية. وحيث أنه والحالة هذه لا يمكن القول أن الحكم الصادر عن المحكمة العليا في الاكوادور بتاريخ 21 حزيران سنة 940 قد أصبح متروكاً لمرور أكثر من ثلاث سنوات على آخر

كما قضت محكمة التمييز اللبنانية بتاريخ 2012/2/16 بأن "تقديم طلب لوضع إشارة الدعوى على صحيفة العقار موضوع النزاع والاستحصال على صورة ثانية صالحة للتنفيذ عن القرار الاستئنافي، لفقدان الصورة الأولى، يقطع مرور الزمن سنداً للفقرة الأولى من المادة 357 م.وع. لأنه يعتبر مطالبة قضائية لتنفيذ الحكم طالما أن الهدف من تقديم طلب الاستحصال على صورة ثانية صالحة للتنفيذ هو تنفيذ الحكم الذي لا يمكن طلب تنفيذه من دون نسخة أصلية صالحة للتنفيذ"<sup>(7)</sup>.

إلا أن محكمة الاستئناف المدنية في بيروت -الغرفة التاسعة- قد اتخذت منحاً آخر بخلاف الأحكام السابقة، حيث قضت بتاريخ 2012/5/8 بـ"إن الاستحصال على صورة صالحة للتنفيذ عن الحكم المقر للحق ليس بعمل موجه ضد المدين، وهو حتى ولو انطوى على نية الملاحقة غير أن هذه النية

---

معاملة حصلت بشأنه كما جاء في الحكم الصادر بتاريخ 13 آذار سنة 950 عن المحكمة الثانية في مقاطعة لوس ريوس المطلوب إعطائه الصيغة التنفيذية. وحيث أنه يقتضي بالتالي رد طلب إعطاء الصيغة التنفيذية لهذا الحكم الأخير. "لهذه الأسباب":=

=تقرر قبول الاستئناف شكلاً وفي الأساس فسخ الحكم المستأنف ورؤية الدعوى انتقلاً والحكم برد طلب إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم الصادر بتاريخ 13 آذار سنة 1950 عن المحكمة الثانية في مقاطعة لوس ريوس (أكوادور) وتضمن المستأنف عليه الرسوم والمصاريف ومئة ليرة لبنانية وأتعاب محاماة وإعادة مبلغ التأمين ورد باقي المطالب الزائدة المخالفة قراراً أعطي وأفهم علناً بتاريخ صدوره الواقع في 17 كانون الأول سنة 1957".  
(<sup>7</sup>) أنظر: تمييز مدني- 2012/2/16- القرار رقم 2012/7- كساندر- 2-2012- ص 289.

لم تقترن بالتعبير عنها بوجه المدين لجعلها مكتملة، فمجرد توافر النية غير قاطع لمرور الزمن ما لم تتجسد هذه النية بإجراء يعبر عنها تجاه المدين<sup>(9)</sup>.  
وقد جاء بهذا الحكم، تبريراً وشرحاً لما قضى به أعلاه، ما يأتي:

"وحيث أن المطروح أمام هذه المحكمة يتلخص في ما إذا كان استحصال الدائن على صورة صالحة للتنفيذ عن الحكم الذي كرس له حقه تجاه مدينه هو بمثابة الإجراء القاطع لمرور الزمن أم لا.

وحيث أن المادة 357 من قانون الموجبات والعقود - حددت الأعمال التي تصدر عن الدائن والتي تكون قاطعة لمرور الزمن، وقد نصت على المطالبة القضائية وغير القضائية التي تجعل من المدين بحالة التأخر عن تنفيذ الموجب كما نصت على كل عمل احتياطي يتناول أموال المديون أو عريضة ترمي إلى نيل الإذن في إجراء عمل من هذا النوع، علاوة على طلب قبول دين الدائن في تقليسة المديون.

وحيث إن صح أن الفقه والاجتهاد سارا على الأخذ بالعمل الذي ينم عن إرادة الدائن بالمطالبة بدينه لاعتباره قاطعاً لمرور الزمن غير أنه غني عن البيان إن هذا العمل يفترض أن يصدر بوجه المدين أو من حل محله (أي التقليسة) وذلك، بطبيعة الحال لجعل هذا الأخير بحالة التأخر عن تنفيذ الالتزام الملقى على عاتقه وتطبيقاً لما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 357 المذكورة.

وحيث أن الاستحصال على صورة صالحة للتنفيذ عن الحكم المقر للحق ليس بعمل موجه ضد المدين، وهو حتى ولو انطوى على نية الملاحقة غير أن هذه النية لم تقترن بالتعبير عنها بوجه المدين لجعلها مكتملة، فمجرد توافر النية غير قاطع لمرور الزمن ما لم تتجسد هذه النية بإجراء يعبر عنها تجاه المدين.

وحيث لا مجال أيضاً لاعتبار أن استحصال المصرف قيد التصفية على صورة صالحة للتنفيذ هو إجراء ينطبق عليه ما جاء في الفقرة 3 من المادة 357 م.ع أي أنه من الأعمال الاحتياطية التي تتناول أملاك المديون وذلك لأنه لم يكتمل بتقديم طلب حجز على أموال هذا الأخير، فهو ليس إلا عمل مههد لطلب الحجز المقترض توجيهه ضد المديون وعلى أمواله، كغيره من

(9) أنظر: محكمة الاستئناف المدنية في بيروت - الغرفة التاسعة - 2012/5/8 - القرار رقم

766 - مجلة العدل - تصدرها نقابة المحامين في بيروت - السنة 44 - 2013 - العدد

الرابع - الاجتهاد - ص 1974.



الأعمال التحضيرية التي يقوم بها الدائن قبل تقديم طلب حجز مستوفي الشروط القانونية، كما لا مجال لاعتباره إجراءً يرمي منه إلى أخذ الإذن لإجراء عمل من هذا النوع وذلك لأن لا حاجة للاستحصال على مثل هذا الإذن في القضية الحاضرة.

وحيث تأسيساً على ما تقدم، وبعد القول بأن عمل المصرف قيد التصفية لا تنطبق عليه أي من الحالات المنصوص عليها في المادة 357 م.ع أي انه غير قاطع لمرور الزمن العشري المنصوص عليه في المادة 349 م.ع والذي انقضى منذ صدور الحكم المكرس للحق أي منذ 1995/12/12 حتى تاريخ تقديم المصرف المذكور طلب التنفيذ أي في 2006/9/26، يكون الحكم الابتدائي واقعاً موقعه القانوني الصحيح ولا يعاب عليه مخالفته مفهوم المادة 357 م.ع وفقاً لما جاء أعلاه".

117- أما في القانون المصري، فإن القضاء يتجه إلى أن الدعوى بطلب تسليم صورة تنفيذية عن السند التنفيذي لا أثر لها في انقطاع تقادم الحكم القضائي. فقد قضت محكمة النقض المصرية بتاريخ 1964/11/19 بأن "المطالبة أمام القضاء المستعجل بتسليم صورة تنفيذية عن السند التنفيذي وإن كانت تمهد للتنفيذ إلا انه لا يستنتج منها المطالبة الصريحة بالحق المهدد بالسقوط ولا تنصب على أصل الحق. إذ هي تعالج صعوبة تقوم في سبيل صاحب الحق الذي فقد سنده التنفيذي فلا أثر لها في انقطاع سير التقادم<sup>(10)</sup>.

كما قضت هذه المحكمة في حكم آخر لها بتاريخ 1979/4/30 بأن "المطالبة القضائية التي تقطع مدة التقادم هي المطالبة الصريحة الجازمة أمام القضاء بالحق الذي يراد اقتضاؤه. ولما كانت مطالبة البنك الطاعن من القضاء بتسليمه صورة تنفيذية ثانية من أمر الأداء السابق صدوره لصالحه على المطعون ضدهما - وإن كانت تمهد للتنفيذ به - إلا أنها لا تعتبر مطالبة صريحة بالحق المثبت في أمر الأداء والمهدد بالسقوط، ولا تنصب على أصل الحق، بل هي تعالج صعوبة تقوم في سبيل الطاعن الذي فقد الصورة التنفيذية الأولى من

---

(10) أنظر: نقض 1964/11/19 - صادر بين التشريع والاجتهاد - مرور الزمن - 2005 -

أمر الأداء المشار إليه. فالحق في استلام صورة تنفيذية ثانية يغير الحق الصادر به الأمر، ومن ثم فلا أثر لهذه المطالبة في انقطاع مدة التقادم<sup>(17)</sup>.

**118-** والحقيقة أن الرأي الأولي بالتأييد هو الموقف الذي اعتمدته محكمة التمييز اللبنانية ومحكمة استئناف جبل لبنان، والذي يرى أن تقديم طلب للحصول على صورة تنفيذية من السند التنفيذي (الحكم القضائي) أو رفع دعوى للحصول على صورة تنفيذية ثانية عند فقد أو ضياع الصورة الأولى يقطع مرور الزمن (التقادم) الساري في مواجهة الحكم القضائي، وذلك لأنه يعتبر مطالبة قضائية لتنفيذ الحكم طالما أن الهدف من تقديم الطلب أو رفع الدعوى هو تنفيذ الحكم الذي لا يمكن تنفيذه دون نسخة أصلية صالحة للتنفيذ أو دون نسخة ثانية من الصورة التنفيذية، أو هو عمل تنفيذ أو على الأقل عمل تمهيدي للتنفيذ. والقول بغير ذلك فيه تعسف في مواجهة الدائن الذي يريد أن يحمي الحكم الصادر لصالحه من السقوط بالتقادم، فقد بدأ الإجراءات اللازمة للمطالبة بحقه المحكوم له في مواجهة المحكوم عليه، وهو لا يمكنه أن يكلفه بالوفاء أو ينبه عليه إلا استناداً إلى السند التنفيذي الذي تقدم بطلب أو رفع دعوى للحصول عليه. فهو قد قدم طلباً للحصول على هذا السند أو رفع دعوى للحصول عليه، وكلاهما يتضمنان مطالبة بحقه الثابت في هذا السند. وهو قد اتجهت نيته بالفعل إلى المطالبة بحقه بدليل تقديمه هذا الطلب أو رفعه لهذه الدعوى، وهو يطالب به في مواجهة المدين ويرفع الدعوى للحصول على الصورة الثانية في مواجهة المدين وبعد دعوته للحضور أمام المحكمة للحصول على الصورة الثانية للسند بعد فقد أو ضياع الصورة الأولى، ويعد ذلك بالفعل مطالبة قضائية يجب أن يترتب عليها قطع التقادم الساري في مواجهة الحكم الذي صدر لصالحه والذي يسعى للحصول على صورة تنفيذية يمكنه من خلالها الحصول على هذا الحق جبراً عن المحكوم عليه. والقول بغير ذلك فيه تضييع لحق المحكوم له دون أي منطوق قانوني، بل التمسك بتفسيرات ضيقة لمعنى المطالبة القضائية تؤدي إلى إهدار الحق بدلاً من إنقاذه من السقوط بالتقادم، وما هكذا يكون تفسير النصوص القانونية، فهو تفسير يضر بالأفراد. ويضيق حقوقهم، والأولى الأخذ بروح القانون وبالتفسير الواسع لمعنى المطالبة القضائية بحيث تشمل طلب الحصول على الصورة

(17) أنظر: نقض 1979/4/30 - الطعن رقم 215 لسنة 46ق - مشار إليه لدى: أنور

التنفيذية أو الدعوى المرفوعة للحصول على هذه الصورة. وهو تفسير يتمشى مع روح النص، بل ومع عباراته، فالعبارة ليست للألفاظ والمباني ولكن للمقاصد والمعاني المستقاة من النصوص.

#### 5- طلب التنفيذ:

119- "لا يقوم المحضر بإجراء التنفيذ الجبري إلا بناء على طلب من ذي الصفة في التنفيذ"<sup>(18)</sup>. وقد نصت على هذا الطلب صراحة المادة 278 من قانون المرافعات، حيث جاء بها "يعد بكل إدارة تنفيذ سجل خاص تقيد فيه طلبات التنفيذ التي تقدم إلى مدير إدارة التنفيذ". كما نصت على هذا الطلب أيضاً المادة 1/279 من هذا القانون، حيث جاء بها "يجري التنفيذ بواسطة معاوني التنفيذ، وهم ملزمون ببناء على طلب ذي الشأن متى سلم السند التنفيذي إدارة التنفيذ". ولم تحدد هاتين المادتين بيانات معينة يجب أن يشتمل عليها طلب التنفيذ، "ولكن لكي يحقق هدفه يجب أن يتضمن اسم الدائن ولقبه وموطنه واسم الشخص المطلوب التنفيذ ضده ولقبه وموطنه وتحديد طريق التنفيذ المطلوب إتباعه والأموال التي يراد التنفيذ عليها، وعلى طالب التنفيذ أن يقدم مع طلبه الصورة التنفيذية للسند المطلوب التنفيذ بمقتضاه، وما يثبت تحقق الشرط إذا كان التنفيذ معلقاً على شرط واقف، أن يقدم الخلف العام أو الخاص ما يثبت خلافته، إذ بغير هذا لا تثبت له صفة من التنفيذ"<sup>(19)</sup>.

كما نصت على طلب التنفيذ المادة 837 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، حيث جاء بها "يقدم طلب التنفيذ بعريضة تودع دائرة التنفيذ، وتشتمل على اسم طالب التنفيذ ولقبه ومقامه وصفته، وعلى اسم المنفذ عليه ولقبه ومقامه وصفته، وعلى بيان السند المراد تنفيذه ومبلغ الدين أو ماهية الالتزام والأموال المطلوب حجزها. ويرفق بالطلب السند المطلوب تنفيذه".

120- والسؤال المطروح في هذا الصدد هو هل يترتب على تقديم طلب التنفيذ إلى إدارة التنفيذ قطع النقاد (مرور الزمن) الساري ضد الحكم القضائي الصادر لصالح المحكوم له؟

121- في القانون اللبناني يترتب على تقديم طلب التنفيذ قطع مرور الزمن الساري ضد الحكم القضائي، وذلك استناداً إلى المادة 1/357 من قانون

(18) أنظر: فتحي والي- التنفيذ- بند 121- ص 246.

(19) راجع: فتحي والي- التنفيذ- بند 121- ص 246.

الموجبات والعقود والتي تنص على أنه "ينقطع حكم مرور الزمن: 1- بكل مطالبة قضائية أو غير قضائية ذات تاريخ صحيح من شأنها أن تجعل المدينون في حالة التأخر عن تنفيذ الموجب ولو قدمت لمحكمة لا صلاحية لها أو حكم بفسادها شكلاً".

وقد قضت محكمة استئناف بيروت في هذا الصدد بتاريخ 1960/8/11 بأنه "يعول لقطع مرور الزمن على تاريخ طلب التنفيذ لا تاريخ إبلاغه"<sup>(27)</sup>. كما قضت هذه المحكمة أيضاً بتاريخ 1974/6/3 أنه "يقتضي معرفة ما إذا كان مفعول الاستدعاء التنفيذي، لجهة قطع مرور الزمن، يبقى قائماً عند إبطال هذا الاستدعاء. وإن يكن إبطال الاستدعاء التنفيذي يفقده مفاعيله القضائية لجهة الإجراءات التنفيذية التي تبني عليه، إلا أنه يبقى لهذا الاستدعاء كيان قائم بذاته، لجهة ما ينطوي عليه من إفصاح عن نية الدائن المطالبة بدين، ويشكل بذلك مطالبة غير قضائية بالدين. إن للمطالبة غير القضائية مفعولاً قاطعاً لمرور الزمن، وفقاً لأحكام المادة 357 من قانون الموجبات والعقود (خلافاً لما هو الأمر في القانون الفرنسي). ويتعين على ما تقدم اعتبار أن

---

(27) أنظر: استئناف بيروت- الغرفة الأولى المدنية- 1960/8/11- القرار رقم 1402-

صادر- مرجع سابق- رقم 10- ص 220، وقد قضت محكمة التمييز اللبنانية بتاريخ 198/2/13 بـ "إن عملية التنفيذ تبدأ بتسجيل طلب التنفيذ في دائرة التنفيذ، فإن هذه المحكمة ترى أن جميع العمليات التي تلي هذا التسجيل بما في ذلك طلب التنفيذ تكون من إجراءات التنفيذ، ولا تكون من إجراءات التنفيذ جميع الإجراءات السابقة لها". أنظر: التمييز 1998/2/13 - قرار = رقم 1998/20 - النشرة القضائية اللبنانية- 1998 - ص 53، كما قضى رئيس دائرة التنفيذ في بيروت بتاريخ 2013/11/20 بـ "إن عملية التنفيذ تبدأ بتسجيل طلب التنفيذ في دائرة التنفيذ، وبالتالي فإن جميع العمليات التي تلي هذا التسجيل بما في ذلك طلب التنفيذ تكون من إجراءات التنفيذ، ولا تكون من إجراءات التنفيذ جميع الإجراءات السابقة له"، أنظر: رئيس دائرة التنفيذ في بيروت 2013/11/20-قرار رقم 351-العدل-48-العدد الأول-ص 425.

المراجعة الحاصلة بموجب الاستدعاء التنفيذي قد قطعت مرور الزمن على الدين الجاري تنفيذه"<sup>(28)</sup>.

ولم يكتف القانون اللبناني بتقرير أن طالب التنفيذ يقطع مرور الزمن (التقادم) الساري ضد الحكم القضائي، بل إنه ذهب إلى من أجد ذلك بكثير. فقد قرر أنه إذا سقطت المعاملة التنفيذية لعدم متابعتها مدة سنة كاملة وأبطل استدعاء التنفيذ نتيجة لذلك، فإن هذا السقوط لا يؤدي إلى زوال الأثر المترتب على انقطاع مرور الزمن الساري ضد الحكم القضائي. فقد نصت المادة 843 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم 90 لسنة 1983 على أنه "إذا انقضت سنة كاملة ولم يقيم طالب التنفيذ أو أحد المشتركين في المعاملة التنفيذية بعمل لمتابعتها تسقط هذه المعاملة بقرار يتخذه رئيس دائرة التنفيذ بناءً على طلب أحد الأطراف فيها أو تلقائياً وبعد إبلاغ الأطراف لتقديم ملاحظاتهم خلال مهلة خمسة أيام، إلا إذا كان قد صدر قرار بوقف التنفيذ أو قام حائل قانوني دون متابعة معاملة التنفيذ. يترتب على هذا السقوط بطلان استدعاء التنفيذ والإجراءات التالية ما لم تكن قد استنفدت مفاعيلها. ولا يؤدي السقوط إلى زوال الأثر المترتب على انقطاع مرور الزمن"<sup>(29)</sup>.

أما في القانون السوري، فإن تقديم طلب التنفيذ لا يقطع التقادم الساري ضد الحكم القضائي. وقد قضت محكمة النقض السورية في هذا الصدد بـ "إن ما قرره الحكم المطعون فيه من أن إيداع السند دائرة التنفيذ لا يقطع التقادم يبدو سديداً، ذلك أن هذا الإيداع ليس له من أثر في إيقاف سريان التقادم من تاريخ الإيداع حتى تاريخ تفهم الدائن مراجعة المحكمة في حال إنكار المدين كما هو عليه نص المادة 475 من قانون أصول المحاكمات (السوري)، ولو أراد

---

(28) أنظر: استئناف بيروت- الغرفة السادسة المدنية-1974/6/3- القرار رقم 847-

صادر-مرجع سابق-رقما 11، 13-ص 220.

(29) أنظر في ذلك: كبريال سرياني وغالب غانم- قوانين التنفيذ في لبنان مشروحة حسب

تسلسل المواد- ج1- ط 1987- دار المنشورات الحقوقية صادر- بند 2- ص 187.

المشرع أن يكون هذا الإيداع قاطعاً للتقادم لصرح بذلك مما يوجب رفض ما يثيره الطاعن بهذا الشأن في السبب الثالث من طعنه" (34).

122- وفي القانون المصري، فإن طلب التنفيذ يعد من مقدمات التنفيذ، ومقدمات التنفيذ تقطع التقادم، فقد جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني- بخصوص المادة 383 وتعليقاً على حذف لجنة مجلس الشيوخ للنص الذي يجعل الإنذار الرسمي كافياً لقطع التقادم - "لأن ما يقطع التقادم يجب أن يكون التنفيذ أو مقدماته وليس الإنذار، ولكن تكون أسباب قطع التقادم أكثر دلالة على رغبة صاحب الحق في اقتضائه وتحفزه لذلك، فلا يكفي مجرد إرسال إنذار من حين إلى آخر" (35).

123- وفي القانون الفرنسي، تنص المادة 2244 من القانون المدني - معدلة بالقانون رقم 561 لسنة 2008 الصادر في 17 يونيو عام 2008 - على أن "ميعاد التقادم Le delai de prescription أو ميعاد السقوط Le delai Interrompu par un " de Forclusion ينقطع بإجراء التنفيذ الجبري " acte de execution Forcée".

وطبقاً لهذا النص الواضح الصريح، فإن المشرع الفرنسي قد أضاف سبباً جديداً لقطع التقادم إلى جانب الأسباب التي حددتها المادة 2240 من القانون المدني، وهي إقرار المدين بحق الدائن والمطالبة القضائية. وهذا السبب الجديد هو أعمال التنفيذ الجبري. ومن ثم، فإن الإنذار الرسمي على يد محضر والذي لا يشتمل على السند التنفيذي Sommation extra judiciaire délivrée sans titre exécutoire والخطاب الموصى عليه بعلم الوصول letter recommandé avec accuse de reception لا يترتب عليهما انقطاع التقادم (36) الساري ضد الأحكام القضائية كونهما لا يعتبران من إجراءات التنفيذ. وطبقاً لهذا النص الجديد، فإن تقادم السندات التنفيذية - ومنها أولها الأحكام القضائية - ينقطع بأي إجراء تنفيذ جبري، وقد عدل المشرع الفرنسي عن الصياغة السابقة للمادة 2244 من القانون المدني التي كانت تنص على أن

(34) أنظر: نقض سوري- 1970/6/18- رقم 731- صادر- مرجع سابق- رقم 16-

ص 221.

(35) أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية- ج3- ص 334.

(36) أنظر: PH. Hoonakeer, art. Préc., N°

17.

الحجز والإنذار يقطعان التقادم، وطبقاً للصياغة الجديدة لهذا النص فإن الإجراءات السابقتين - الحجز التحفظي والإنذار - لا يقطعان التقادم، وذلك لأنهما لا يعدان إجراءً تنفيذياً جبرياً<sup>(37)</sup>.

124- ومما لا شك فيه، أن طلب التنفيذ يهدف به صاحبه إلى الحصول على ما جاء بالحكم القضائي الصادر لصالحه من أموال المحكوم عليه، ولا أدل على ذلك من ضرورة تسليم السند التنفيذي - الحكم في حالتنا - إلى إدارة التنفيذ، حيث يوضح هذا السند حق المحكوم له تجاه المحكوم عليه والزام هذا الأخير بأدائه لمقدم طلب التنفيذ. فهل هناك ما هو أكثر دلالة على رغبة صاحب الحق - المحكوم له - في اقتضائه وتحفره لذلك؟! وهو ما تستلزمه الأعمال التحضيرية للإجراء القاطع للتقادم<sup>(38)</sup>.

وبالإضافة إلى ذلك، فإن تقديم طلب التنفيذ إلى إدارة التنفيذ يعد - في اعتقادنا - في حكم المطالبة القضائية الصحيحة الجازمة في اقتضاء حق المحكوم له تجاه المحكوم عليه، بل هي مطالبة قضائية بالفعل طبقاً للبيانات التي يجب أن تشمل عليها والمستندات التي يجب أن تقدم مع طلب التنفيذ: السند التنفيذي - وهو هنا الحكم القضائي - الذي يتضمن أسماء إلى الخصوم - طالب التنفيذ والمنفذ ضده - وأسماء القضاة الذين أصدروا هذا الحكم، والشئ المطلوب من المحكوم عليه أداءه للمحكوم له على نحو دقيق ومحدد، إن كان مبلغاً من النقود، أو منقولاً أو عقاراً محدداً تحديداً كافياً، بل ومزيجاً بالصيغة التنفيذية التي توجب على كافة الجهات المختصة في الدولة أن تبادر إلى تنفيذ هذا الحكم. والمطالبة القضائية يترتب عليها انقطاع التقادم بمجرد إيداع صحيفة الدعوى قلم كتاب المحكمة حتى ولو لم تعلن، وهو ما ينطبق تماماً على طلب التنفيذ. إذن، يترتب على تقديم طلب التنفيذ قطع تقادم الحكم القضائي، وهو السند الذي يراد تنفيذه من إدارة التنفيذ. ويقول الأستاذ الدكتور / طلعت دويدار في هذا الصدد "من المعلوم أن طلب التنفيذ وما تلاه من قرار الحجز وسائر الإجراءات التنفيذية في شأنها أن تدل على إرادة قاطعة من الدائن في اقتضاء

(37) أنظر: PH. Hoonakeer, art. Préc., No 15 et

16.

(38) راجع: طلعت دويدار - النظرية العامة من التنفيذ القضائي من قانون أصول المحاكمات

المدنية اللبناني وقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري - منشورات الحلبي الحقوقية -

ط 2008 - ص 425.

حقه، ومن شأن ذلك أن ينقطع ميعاد تقادم الحق الموضوعي المدعى به، وفق المادة 357 من قانون الموجبات والعقود، مثلما يفعل ذلك الطلب القضائي. وكان مقتضى سقوط المعاملة التنفيذية أن يزول الطلب التنفيذي، كما يزول الطلب القضائي بسقوط المحاكمة بكل مفاعيله، ومنها الأثر القاطع للتقادم. ولذلك أبدينا الخشية من التفاعل الذي يحدث بين الأثر المباشر للجزاء الإجرائي على العمل القانوني الإجرائي والأثر غير المباشر له على الحق الموضوعي إذا انقضى ميعاد تقادم هذا الحق، وزال الأثر القاطع للتقادم، وكأنه لم ينقطع. ولذلك حسناً فعل المشرع اللبناني أن استثنى صراحةً من بوتقة السقوط الأثر القاطع للتقادم كأحد مفاعيل طلب التنفيذ وأبقاه بقاءً اصطناعياً رغم سقوط الإجراء القادم للتقادم برمته، وهو طلب التنفيذ، وذلك حتى لا يفاجأ الدائن - بعد السقوط - بانقضاء حقه الموضوعي الثابت بالسند التنفيذي عندما يريد استعمال هذا السند بالبداية بمعاملة تنفيذية جديدة بعد المعاملة التي سقطت<sup>(43)</sup>. ويقول أيضاً "ويعتبر قاطعاً للميعاد كل عمل إجرائي إيجابي من شأنه متابعة وموالة المعاملة التنفيذية، سواء صدر من طالب التنفيذ أو من أحد المشتركين من الحجز، من ذلك مثلاً طلب تحديد جلسة البيع، طلب تعيين خبير، طلب حجز جديد، طلب الاشتراك في الحجز، طلب زيادة إعلانات أو نشرات البيع"<sup>(44)</sup>.

ويقول القاضيان كبريال سرياني وغالب غانم<sup>(45)</sup>، تعليقاً على المادة 843 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني "السقوط لا يؤدي إلى زوال الأثر المترتب على انقطاع مرور الزمن، كما يتضح من صراحة النص الذي حسم خلافاً قام في القضاء حول هذه المسألة. فقد كان بعض الاجتهاد يعتبر أن سقوط المعاملة التنفيذية يجعل طلب التنفيذ بحكم المعدوم، وبالتالي غير قاطع لمرور الزمن ومانع من سريان الفوائد، واعتبر البعض الآخر العكس. وقد جاء في الأسباب الموجبة للمشروع السابق لقانون أصول المحاكمات المدنية أن الإبطال أي السقوط لا يؤثر على قطع مرور الزمن الذي أحدثه طلب التنفيذ

(43) راجع: طلعت دويدار - المرجع السابق - ص 425.

(44) راجع: طلعت دويدار - المرجع السابق - ص 420.

(45) راجع: كبريال سرياني وغالب غانم - قوانين التنفيذ في لبنان مشروحة حسب تسلسل

المواد - ج 1 - دار المنشورات الحقوقية صادر - الطبعة الأولى - 1987 - بيروت -

بند 20 - ص 187.



وذلك باعتبار أن هذا الطلب، مهما كان مصيره، يظل مستجعماً خصائص الإنذار العادي وينتج مفعوله بغض النظر عن الإجراءات التي اتخذت على أساسه".

## المبحث الثاني

### آثار تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية

125- إذا توافرت الشروط اللازمة لتقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية وتمسك المحكوم عليه بهذا التقادم، فإنه يترتب على ذلك بعض الآثار القانونية. ونقسم الآثار التي تترتب على تقادم الأحكام القضائية إلى آثار إجرائية وآثار موضوعية. ونعرض لذلك في المطلبين الآتيين:

#### المطلب الأول

##### الآثار الإجرائية لتقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية

126- تتمثل الآثار الإجرائية لتقادم الأحكام القضائية في سقوط وزوال الحكم القضائي وزوال حجية الأمر المقضي لهذا الحكم، ونعرض لهذه الآثار في الفرعين الآتيين:

#### الفرع الأول

##### سقوط وزوال الحكم القضائي في المواد المدنية والتجارية

127- إذا توافرت الشروط اللازمة لتقادم الحكم القضائي في المواد المدنية والتجارية فإن هذا الحكم يسقط كنتيجة حتمية لازمة للتقادم. ويعني ذلك أن يزول هذا الحكم من الحياة القانونية ولم يعد له وجود يعتد به أو يعول عليه ولا يرتب أي أثر من آثار الأحكام. وقد اعتمدت هذا الأثر الإجرائي صراحة المادة 68 من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999، حيث نصت هذه المادة على أنه "تتقادم الدعاوى الناشئة عن التزامات التجار قبل بعضهم البعض والمتعلقة بمعاملاتهم التجارية بمضي سبع سنوات من تاريخ حلول ميعاد الوفاء بالالتزام إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك، وكذلك تسقط بمضي عشر سنوات الأحكام النهائية الصادرة في تلك الدعاوى". كما اعتمدت هذا الأثر أيضاً المادة 4-111 L من قانون المرافعات المدنية الفرنسي للتنفيذ (الجزء التشريعي *Partie Législative*) الصادر بالقانون رقم 1895 لسنة 2011 بتاريخ 2011/12/19 والذي بدأ العمل به ابتداءً من 2012/6/1 التي نصت على أن "لا يجوز المطالبة بتنفيذ السندات التنفيذية الواردة في الفقرات الثلاث الأولى للمادة 3-111 L إلا في خلال عشر سنوات إلا إذا كانت الدعاوى الخاصة باستيفاء الديون الثابتة بهذه السندات تتقادم بمدة أطول".

وسقوط الحكم القضائي كأثر لتقادمه يتم بمجرد توافر الشروط اللازمة لهذا التقادم، أي انه لا يحتاج إلى حكم جديد يصدر ويقرر سقوط هذا الحكم. وإذا ما أراد المحكوم عليه أن يستصدر حكماً بسقوط الحكم الصادر ضده كأثر لتقادمه، فإن هذا الحكم يكون حكماً كاشفاً Declaratif وليس منشئاً، إذ أن يقتصر على الكشف عن واقعة أو أمر حدث وتم قبل صدوره، وهو تقادم الحكم، أي تقرير عدم وجود حق أو مركز قانوني للمدعي تجاه المدعى عليه بسبب هذا التقادم.

**128-** ويتحقق سقوط الحكم القضائي كأثر إجرائي لتقادمه إما بدعوى ترفع بهذا السقوط، أو - وهو الغالب عملاً - بمجرد دفع بيديه المحكوم عليه إذا ما أراد المحكوم له تنفيذ هذا الحكم في مواجهته أو عندما يستند إليه المحكوم له في أية دعوى أخرى يكون هذا الحكم الذي سقط أساساً ضرورياً للحكم في هذه الدعوى، كأن يرفع المحكوم له دعوى يطالب فيها بالريع استناداً إلى الحكم الصادر بالملكية رغم تقادم هذا الحكم، أو كأن يرفع المحكوم له دعوى يطالب فيها بالفوائد رغم سقوط الحكم الصادر بالدين كأثر لتقادمه.

**129-** ولا يجوز للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بتقادم الحكم المتمسك به أمامها، حيث يتوقف ذلك على طلب يتقدم به أي شخص ذي مصلحة. وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد بـ"إن المادة 1/387 من القانون المدني إذ نصت على أنه "لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو طلب دائنيه أو أي شخص آخر له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين" فقد أفادت بذلك أن إبداء الدفع بالتقادم المسقط قاصر على من له مصلحة فيه. ولا ينتج هذا الدفع أثره إلا في حق من تمسك به. وأنه وإن جاز للمدين المتضامن طبقاً للمادة 292 من القانون المدني أن يدفع بتقادم الدين بالنسبة إلى مدين متضامن آخر بقدر حصة هذا المدين إلا أنه إذا أبدى أحد المدنين المتضامين هذا الدفع فإن أثره لا يتعدى إلى غيره من المدنيين المتضامين الذي لم يتمسكوا به"<sup>(1)</sup>.

**130-** وإذا تمسك المحكوم عليه بسقوط الحكم القضائي الصادر ضده نتيجة لتقادم هذا الحكم، وتوافرت شروط هذا التقادم ولا توجد أسباب لوقف مدة

---

(1) أنظر نقض 1968/4/2 - الطعن رقم 149 السنة 30 ق. - مشار إليه لدى: أنور

طلبه - مجموعة المبادئ - مرجع سابق - رقم 327 - ص 830.

التقادم أو انقطاعها فلا توجد أدنى سلطة تقديرية للمحكمة التي تم أمام التمسك بالسقوط، فلا يجوز لها أن ترفض الحكم به طالما توافرت شروط التقادم.

131- وقد يقتصر تمسك المحكوم عليه بسقوط الحكم الصادر ضده على بعض أجزاء هذا الحكم دون الأجزاء الأخرى، فيقتصر أثر السقوط على ما تمسك به المحكوم عليه دون الجزء الآخر الذي لم يدفع بسقوطه.

وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد بأنه "لما كان يبين من الإطلاع على الطلب الذي قدمه الطاعنون إلى المطعون عليه أنهم بعد أن أشاروا فيه إلى أن الحكم المنفذ قد سقط بالتقادم وأبدوا رغبتهم في دفع الدين المحكوم به ومصاريفه دون الفوائد، وكان مقتضى هذه العبارة أن الطاعنين يتمسكون بالتقادم بالنسبة للفوائد فإن الحكم المطعون فيه إذ استخلص من العبارة المذكورة أن النزول عن التقادم يشمل الفوائد وقضى برفض دعوى الطاعنين ببراءة ذمتهم منها فإن يكون قد انحرف عن المعنى الظاهر للعبارة سالفة الذكر مما يعيب الحكم بالخطأ في تطبيق القانون"<sup>(2)</sup>.

وإذا سقط الحكم القضائي نتيجة لتقادمه فإنه يترتب على ذلك سقوط وزوال أية إجراءات تكون قد اتخذت استناداً إليه، كفرض الحراسة على أموال المحكوم عليه أو منعه من التصرف فيها أو إلقاء الحجز عليها تمهيداً لبيعها لاستيفاء حق الدائن من حصيلة هذا البيع.

132- وقد لا يتمسك المحكوم عليه بسقوط الحكم الصادر ضده بالتقادم. وفي هذه الحالة، فإنه يدخل في سلطة محكمة الموضوع استخلاص ما إذا كان ذلك يعد نزولاً عن حقه في التمسك بتقادم هذا الحكم.

وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد بأن "استخلاص النزول عن التقادم المسقط بعد ثبوت الحق فيه مما يدخل في سلطة قاضي الموضوع ولا معقب عليه في ذلك من محكمة النقض متى كان هذا الاستخلاص سائغاً، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص أن سكوت المطعون عليه عن إبداء الدفع بالتقادم وقت توقيع الحجز تحت يده لا يفيد النزول عن حقه في التمسك بالتقادم

(2) أنظر: نقض 1975/2/18 - الطعن رقم 349 لسنة 39 ق. - مشار إليه لدى:

أنور طلبه - مجموعة المبادئ - مرجع سابق - رقم 320 - ص 827.

فإن هذا الاستخلاص سائغ لا مخالفة فيه للقانون ولا تكون مجادلة الطاعن في هذا الخصوص إلا جدلاً موضوعياً أمام محكمة النقض"<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثاني

#### زوال حجية الأمر المقضي للحكم الذي تقادم

133- تعد قاعدة حجية الأمر المقضي من أهم الآثار الإجرائية للحكم القضائي<sup>(4)</sup>. ويقصد بهذه القاعدة<sup>(5)</sup> "أن القرار القضائي إذ يطبق إرادة القانون في الحالة المعينة فإنه يحوز الاحترام سواء أمام المحكمة التي أصدرته أو أمام المحاكم الأخرى، بحيث إذا رفع أحد الخصوم نفس الدعوى التي فصل فيها مرة أخرى تعين عدم قبولها، وإذا أثير ما قضى به أمام القضاء وجب التسليم به دون بحث مجدد". وتعنى هذه القاعدة أيضاً<sup>(6)</sup> "تقييد الخصوم بالرأي القضائي في الدعوى مما يضمن على مضمون الحكم القضائي الصادر فيها حجية تجعله غير قابل للمنازعة، وبذلك يحقق القضاء الموضوعي غايته، وهي التعيين القانوني". "فما سبق عرضه على القضاء وتم الفصل فيه، لا يجوز أن يطرح للنقاش مرة أخرى أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم، أو أمام أي محكمة أخرى، ليفصل فيه من جديد، إلا بالطرق وفي المواعيد التي حددها القانون"<sup>(7)</sup>.

(3) أنظر: نقض 1962/12/13 - الطعن رقم 279 لسنة 27 ق. - مشار إليه لدى:

أنور طلبه - مجموعة المبادئ - رقم 359 - ص 486.

(4) أنظر: وجدي راغب - النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات - مرجع سابق

- ص 158. وأنظر دراسة موسعة: أحمد صاوي - الشروط الموضوعية للدفع بحجية

الشيء المقضي فيه - رسالة - القاهرة - 1971.

(5) راجع: فتححي والي - الوسيط في قانون القضاء المدني - بند 82 - ص 135.

(6) راجع: وجدي راغب - مبادئ القضاء المدني - ص 52.

(7) راجع: أحمد السيد صاوي - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية - مرجع

سابق - بند 186 - ص 331.

والحكمة من تقرير قاعدة حجية الأمر المقضي هي تحقيق الاستقرار القانوني في المجتمع وضرورة وضع حد للمنازعات وتجنب تناقض الأحكام<sup>(1)</sup>، وهو ما لا يتحقق ولن يتحقق إذا سمح للأفراد بإمكان رفع دعوى جديدة بإجراءات مبتدئة للفصل فيما تم الفصل فيه من قبل مع وحدة الخصوم والسبب والموضوع. ويقول العلامة وجدي راغب في هذا الصدد "والحقيقة أن حكمة هذه القاعدة إنما نجدها في وظيفة العمل القضائي، لأنه بدون هذه الحجية لا يمكن للعمل القضائي تحقيق اليقين القانوني للمراكز القانونية، بل تظل هذه المراكز نهياً للإدعاءات. وهكذا تبدو حجية الأمر المقضي هي المؤدى الطبيعي للعمل القضائي، وهي أدواته في تحقيق وظيفته"<sup>(2)</sup>.

ولذلك نصت على هذه القاعدة المادة 101 من قانون الإثبات المصري، والمادة 116 من قانون المرافعات المصري، والمادة 303 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني والمادتين 1350 من القانون المدني الفرنسي و 480 من قانون المرافعات الفرنسي.

134- وتؤدي قاعدة حجية الأمر المقضي وظيفتها عن طريق أثرين أحدهما سلبي والآخر إيجابي<sup>(3)</sup>.

---

(1) أنظر: وجدي راغب - النظرية العامة - ص 159 وما بعدها، أحمد صاوي - الوسيط - المرجع السابق - ص 331.

(2) راجع: وجدي راغب - النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المراجععات - مرجع سابق - ص 160.

(3) أنظر في آثار حجية الأمر المقضي: فنجي والي - الوسيط - بند 82 - ص 135،

وجدي راغب: النظرية العامة - ص 160 وما بعدها، مبادئ - ص 53، أحمد ماهر زغلول - أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي وضوابط حجيتها - ط -

1997- بند - ص ، أنظر:

J. VINCENT et S. GUINCHARD, *procedure civile*, op.cit., no. 179, p. 158; L.CADIET, *Droit judiciaire* révisée, éd. Letic, 1992, no. 1102 et S., P. 576

ويتمثل الأثر السلبي للحجية في منع إعادة الفصل في الدعوى التي سبق الفصل في موضوعها. ويجب على المحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم قبول هذه الدعوى لتعلق الحجية بالنظام العام، وذلك لأهميتها وضرورتها في تحقيق الاستقرار القانون ومنع تناقض الأحكام، وقد نصت على هذا الأثر 2/101 من قانون الإثبات حيث جاء بها "... وتقضى المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها"، كما تنص المادة 116 من قانون المرافعات على أن "الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيما تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها".

أما الأثر للحجية فيتمثل في احترام مضمون الحكم القضائي الصادر في موضوع الدعوى في أية دعوى أخرى يثار مضمون ما قضى به هذا الحكم كمسألة أولية. إذ يجب على المحكمة أن تفصل في هذه الدعوى الفرعية على أساس هذا الحكم السابق وطبقاً له دون أن تناقش ما جاء به من جديد، إذ يجب التسليم بما جاء بهذا الحكم وإعمال مقتضاه بالنسبة لموضوع الدعوى الجديدة.

**135-** وحجية الأمر المقضي هي - كما ذكرنا سابقاً - من أهم الآثار الإجرائية للأحكام الموضوعية، بل ومن أهم الفعاليات التي تترتب على هذه الأحكام، وهي تحيط الأحكام القضائية بحصانة *immunité* تحول دون المساس بها من قبل أية محكمة أخرى، بل وتفرض مضمون هذه الأحكام على القضاة في أية دعوى أخرى تتفرع عن هذه الأحكام.

**136-** وحجية الأمر المقضي على هذا النحو هي فرع لأصل هو الحكم القضائي، وهي نتيجة لمقدمة هي هذا الحكم. ولذلك يرتبط وجودها بوجوده، فطالما أن هذا الحكم القضائي موجود وقائم فإنه يرتب كافة آثاره القانونية ومنها حجية الأمر المقضي، أما إذا أُلغى هذا الحكم فإنه يزول وتزول معه الحجية التي تترتب عليه. فحجية الأمر المقضي ترتبط بالحكم الذي رتبها بعلاقة طردية، فهي تبقى ببقائه وتزول بزواله.

---

ets; T.BRAS, Autorite positive et autorite negative de chose jugée, en regards croisés sur l'autorite de la chose jugée, colloque, université de caen, 3 et 4 mai 2007, procedure, no. 8 - 9, aout - septembre 2007, p. 9 ets.

وقد أكدت محكمة النقض المصرية على هذا المعنى بقولها أنه<sup>(1)</sup>: "لكي يجوز التمسك بحجية الحكم يتعين كشرط أساسي أن يكون هناك حكم قضائي صادر من جهة قضائية لها ولاية في النزاع المطروح عليها وأن يظل هذا الحكم قائماً ولم يتم إلغاءه من جهة القضاء المختصة، وأن المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أنه يترتب على نقض الحكم إلغاء جميع الأحكام أياً كانت الجهة التي أصدرتها والأعمال اللاحقة للحكم المنقوض متى كان ذلك الحكم المنقوض أساساً لها وتعود الخصومة إلى ما كانت عليه قبل صدور الحكم المنقوض كما يعود الخصوم إلى مراكزهم الأولى، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن الحكم الصادر في الجنحة المباشرة رقم 2700 لسنة 1978 الدقي لا يحوز حجية على دعوى التعويض الماثلة على قوله (... لا يسوغ الاستناد إلى الحكم الصادر من محكمة النقض في إثبات نهائية الحكم الصادر في الدعوى المدنية والقاضي بتعويض مؤقت، وغير سديد أن هذا الحكم قد أضحي نهائياً وحائزاً قوة الأمر المقضي ذلك أن مفاد حكم النقض هو إلغاء الحكم الاستئنافي فيما قضى به في الدعوى المدنية والقضاء بعدم اختصاص محكمة الجنح المستأنفة بنظر تلك الدعوى إعمالاً لأحكام القانون 115 لسنة 1980 والذي يعمل به اعتباراً من 1980/5/31 وأن الدعوى قد غدت وعلى ما جاء في حكم النقض من اختصاص محكمة أمن الدولة الجزئية ولا يقدر في ذلك وعلى نحو ما أثبت حكم النقض في مدوناته ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة من القانون المشار إليه من أنه لا يقبل الإدعاء المدني أمام محكمة أمن الدولة إذ أن مناط تقدير ذلك هو لمحكمة أمن الدولة... ومفاد كل ذلك أنه غير سديد قانوناً ما ذهب إليه المستأنفون من أن الحكم القاضي بتعويض مؤقت لا زال قائماً أو أنه اكتسب أية حجية، وكان هذا الذي أقام عليه الحكم قضاءه يتفق وصحيح القانون من أنه ليس للحكم الصادر في الجنحة سالفة الذكر بالنسبة للدعوى المدنية وجود بعد نقض الحكم الصادر من محكمة الجنح المستأنفة وبعدم اختصاصها بنظر الدعوى المدنية.

(1) أنظر: نقض 1993/4/29 - مجموعة الأحكام - 44-2 - رقم 187 - ص



وإذ رتب الحكم على هذا تكييفه للدعوى المقامة من الطاعنين بأنها دعوى مبتدأة بالتعويض وليست دعوى تكملة للتعويض يكون سديداً ويضحى النعي على غير أساس".

كما أكدت محكمة النقض على المعنى السابق بموجب الحكم الصادر منها بتاريخ 2003/3/13، فقد قضت المحكمة في هذا الحكم أنه "من سعى في نقض ما تم من جهته فسخيه مردود عليه وكان المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن أحكام المحكمين شأنها شأن أحكام القضاء تحوز حجية الأمر المقضي بمجرد صدورها وتبقى هذه الحجية طالما بقي الحكم قائماً، وكان قضاء محكمة النقض يحوز هذه الحجية في حدود المسألة التي تناولها ويمتنع على المحكمة المحال عليها عند إعادة النظر في الدعوى، المساس بهذه الحجية، ويتعين عليها أن يقتصر نظرها على موضوع الدعوى في نطاق المسألة التي أشار إليه الحكم الناقض، كما يمتنع على الخصوم أن يعودوا إلى المناقشة في شأنها من جديد، وأنه متى فصل الحكم المحاج به في مسألة كلية شاملة امتنع النظر في مسألة فرعية منفرعة عنها"<sup>(1)</sup>.

وقد جاء بهذا الحكم الذي نعرضه لأهميته وضرورته ما يأتي:

"وحيث أن الطعن أقيم على سببين تنعى الطاعنة بالسبب الأول منهما على الحكم المطعون فيه، مخالفة القانون، والخطأ في تطبيقه، وتأويله، إذ قضى برفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها بحكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم الأمريكية Arbitration (AAA) American Association.

في 7 من مايو سنة 1997 على ما ذهب إليه من أن الفقرة (1) من المادة 58 من القانون رقم 27 لسنة 1994 في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية تشترط لتنفيذ الحكم، إلا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع، فإنه يكون بذلك قد خلط بين الحالات التي تناولتها تلك المادة لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وبين حجية تلك الأحكام التي انتظمتها المادة الثالثة من اتفاقية نيويورك الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية سنة 1958، والتي لا ينال منها صدور الحكم الابتدائي رقم 499 لسنة 1994

(1) أنظر: نقض 2003/3/13 - الدائرة التجارية - الطعن رقم 1973/76 - مجلة

التحكيم - 2009 - العدد الأول - ص 542 وما بعدها.

جنوب القاهرة الابتدائية بتاريخ 29 من فبراير سنة 1996، والذي لم تثبت له الحجية بعد لكونه محلاً للاستئناف فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه.

وحيث أن هذا النعي غير سديد، ذلك بأنه، ولئن كان الأصل أنه متى حاز الحكم حجية الأمر المقضي فإن مناط التمسك به في المنع من العودة إلى مناقشة المسألة التي فصل فيها بأية دعوى تالية يثار فيها ذات النزاع هو تقديم صورة رسمية من الحكم الصادر فيها والتمسك بآثره فور صدوره، فإذا استطلت تمسك الخصم - في دعوى مقامة بالفعل - إلى أمد ينبئ بتنازله عن الحق الثابت فيه فإنه يتعين عدم الاعتداد بآثره على المراكز القانونية التي استقرت لخصمه في تاريخ لاحق على صدور هذا الحكم الذي ساهم بفعله في تحققها اتساقاً مع القاعدة الأصولية التي تقضي بأن من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه، وكان المقرر - في قضاء هذه المحكمة - إن أحكام المحكمين شأنها شأن أحكام القضاء تحوز حجية الأمر المقضي بمجرد صدورها وتبقى هذه الحجية طالما بقي الحكم قائماً، وكان قضاء محكمة النقض يحوز هذه الحجية في حدود المسألة التي تتناولها ويمتنع على المحكمة المحال عليها عند إعادة النظر في الدعوى، المساس بهذه الحجية، ويتعين عليها أن يقتصر نظرها على موضوع الدعوى في نطاق المسألة التي أشار إليها الحكم الناقض، كما يمتنع على الخصوم أن يعودوا إلى المناقشة في شأنها من جديد، وأنه متى فصل الحكم المحاج به في مسألة كلية شاملة امتنع النظر في مسألة فرعية متفرعة عنها. لما كان ذلك، وكان الواقع في الدعوى حسبما حصله الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق أن حكم محكمة أول درجة قضي بأحقية المطعون ضدها الأولى في المبلغ محل الحجز التحفظي رقم 128 لسنة 1994 جنوب القاهرة وبتثبيته مع إلزام الطاعنة بأن تؤدي له مبلغ مليون دولار تعويضاً عن الأضرار التي لحقت به قد صدر بتاريخ 29 من فبراير سنة 1996 وتأييد بالحكم الصادر في الاستئناف رقم 1377 لسنة 113 ق القاهرة بتاريخ 18 من يونيو سنة 1997، وإذ طعن الطاعنة عليه بطريق النقض تحت رقم 405 لسنة 67 ق، وقضت محكمة النقض فيه بتاريخ 26 من أبريل سنة 1999 برفض ما تمسكت به من نفي لخطئها في توريد و شحن رسالة القمح إلى المطعون ضدها الأولى، بعد أن ثبت لها من أسباب الحكم الاستئنافي السائغة والتي لها معيبتها من الأوراق أن ما أصابها من تلف كان سابقاً على شحنها، وما رتبته هذا القضاء من مسؤولية الطاعنة عما أصاب المطعون ضدها الأولى من ضرر سببه ذلك الخطأ، على نحو تعد هذه المسألة التي فصل فيها حكم النقض مسألة كلية شاملة حازت حجية الأمر المقض

بالنسبة إليها وما يتفرع عنها من مسائل فرعية، منها بيان عناصر الضرر المؤسس عليه طلب التعويض والذي كان محلاً لنقض الحكم المطعون فيه، وكانت الطاعة على الرغم من صدور حكم هيئة التحكيم الأمريكية في ذات النزاع بينها وبين المطعون ضدها الأولى بتاريخ 7 مايو سنة 1997، لم تتقدم به وبترجمة رسمية له للتمسك بأثره في منع محكمة الاستئناف من الاستمرار في النظر في الدعوى أمامها، إلا بجلسة 27 من أكتوبر سنة 2002 على نحو ينبئ بتنازلها عن الحق الثابت به بما يمتنع معه إعمال أثره على المركز القانوني الذي تحقق للمطعون ضدها الأولى بقضاء محكمة النقض الصادر في الطعن رقم 405 لسنة 67ق - على النحو سالف البيان - والذي ساهمت الطاعة فيه. وإذا انتهى الحكم المطعون فيه إلى هذه النتيجة فإنه لا يعيبه خطأه في أسبابه القانونية بالاستناد إلى المادة 2/58 من القانون رقم 27 لسنة 1994، إذ لمحكمة النقض أن تنشئ أسباباً جديدة تقوم بها هذا القضاء دون أن تنقضه".

137- وتطبيقاً لما تقدم، فإنه إذا ما تقدم الحكم القضائي، بتوافر الشروط اللازمة لتقادمه وتمسك المحكوم عليه، والذي يراد التمسك بهذا الحكم في مواجهته بهذا التقادم، فإن أثر ذلك ونتيجته الحتمية هو زوال حجية الأمر المقضي التي تترتب على هذا الحكم. فهذه الحجية فرع عن أصل وهو الحكم القضائي، فإذا ما سقط وزال الأصل سقط وزال الفرع التابع له والمنبثق عنه، وهي قاعدة من القواعد الأصولية التي يجب إعمالها وترتيب آثارها عليها<sup>(1)</sup>. وتعني هذه القاعدة "أن الشيء الذي يكون وجوده أصلاً لوجود شيء آخر يتبعه في الوجود يكون ذلك الفرع مبني عليه، فإذا سقط الأصل سقط الفرع المبني عليه"<sup>(2)</sup>. فالحجية هي وسيلة إجرائية لحماية الحكم القضائي وعدم المساس به من قبل القضاء والخصوم، فهي ليست هدفاً بذاتها، بل وسيلة لتحقيق هدف.

(1) راجع في قاعدة "إذا سقط الأصل سقط الفرع"، معناها وفروعها وتطبيقاتها واستثناءاتها:

عبد العزيز محمد عزام- القواعد الفقهية- ط 2005- دار الحديث- القاهرة- ص

520، محمد الزحيلي- القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي- ط2-

2004- مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت- ص 402.

(2) راجع: محمد الزحيلي- الإشارة السابقة.

ويلاحظ في هذا الصدد أنه ليس معنى زوال حجبية الأمر المقضي للحكم الذي تقادم إمكان رفع دعوى جديدة بإجراءات مبتدأة بين نفس الخصوم ولذات السبب للفصل في الموضوع الذي سبق الفصل فيه بموجب هذا الحكم. والسبب في ذلك هو أن الحق موضوع الحكم قد ثبت للمحكوم عليه على وجه نهائي وبات بعدم مطالبة المحكوم له به طوال المدة القانونية التي حددها القانون، والتي بعد مرورها لا يكون للمحكوم له حق تجاه المحكوم عليه تحقيقاً للاستقرار في المجتمع. فقد ظلت حجبية الأمر المقضي تؤدي دورها في حماية الحكم لمدة خمسة عشر عاماً في مصر وعشر سنوات في فرنسا ولبنان وتحول دون المساس به أو النيل منه طوال هذه المدة، فإذا ما سقط هذا الحكم ولم يعد له وجود لتقادمه سقطت معه حجبيته ولم يعد لها وجود لعدم الحاجة إليها.

### المطلب الثاني

الأثار الموضوعية لتقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية  
138- يترتب على تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية بعض الأثار الموضوعية، وهي انقضاء الالتزام الوارد بهذه الأحكام وعدم جواز إعطاء الصيغة التنفيذية لهذه الأحكام. وهو ما نعرض له في الفرعين الآتيين.

#### الفرع الأول

##### انقضاء الالتزام الوارد بالأحكام القضائية التي تقادمت

139- يترتب على تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية انقضاء الالتزام الذي تضمنت هذه الأحكام، وذلك أياً كانت طبيعة هذا الالتزام، أي سواء كان التزام بأداء أو التزام بعمل أو التزام بالامتناع عن عمل. وقد نصت على هذا الأثر الموضوعي لتقادم الأحكام القضائية صراحة المادة 1/386 مدني مصري بقوله "يترتب على التقادم انقضاء الالتزام". وقد نصت على هذا الأثر أيضاً المادة 361 موجبات وعقود لبناني بقولها "إن حكم الزمن لا يقتصر على إسقاط حق الدائن في إقامة الدعوى بل يسقط أيضاً الموجب نفسه فلا يمكن بعد ذلك الاستفادة منه بوجه من الوجوه لا بإقامة دعوى ولا بتقديم دفع". وهو ما قضت به أيضاً المادة 23 من القانون رقم 561 لسنة 2008 والصادر في 17 يونيو 2008 والخاص بتعديل التقادم في المواد المدنية، حيث جاء بها: المادة 3-1 "لا يجوز المطالبة بتنفيذ السندات التنفيذية الواردة بالفقرات الثلاث الأولى من المادة الثالثة من القانون رقم 650 لسنة 1991- وأولها الأحكام القضائية الصادرة من جهتي القضاء العدلي والإداري - إلا

خلال عشر سنوات إلا إذا كانت الدعاوى الخاصة بتحصيل الديون الثابتة بهذه السندات تتقدم بمدة أطول". وهو نفس ما نصت عليه المادة رقم 4-111.L من قانون المرافعات المدنية الفرنسي للتنفيذ رقم 1895 لسنة 2011 الصادر في 2011/12/19 (الجزء التشريعي) والذي دخل حيز التنفيذ في 2012/6/1، حيث جاء بها أنه "لا يجوز المطالبة بتنفيذ السندات التنفيذية الواردة بالفقرات الثلاثة الأولى للمادة 3-111.L من هذا القانون (وأهمها الأحكام القضائية الصادرة من جهتي القضاء المدني والإداري) إلا خلال عشر سنوات إلا إذا كانت الدعاوى الخاصة بتحصيل الديون الثابتة بهذه السندات تتقدم بمدة أطول".

وقد قضت محكمة استئناف لبنان الشمالي في هذا الصدد بأنه "بما أن الحكم المنفذ بالمعاملة الإجرائية رقم 1959/29 قد سقط بمرور أكثر من عشر سنوات على عدم تنفيذه وبالتالي الحق المكرس بهذا الحكم يكون سقطاً"<sup>(3)</sup>. كما قضت دائرة تنفيذ بيروت بأنه "وحيث أنه ما دام أنه قد مضى بين 1962/11/9 تاريخ صدور القرار الاستئنافي المطلوب تنفيذه وبين 1974/8/14 تاريخ طلب تنفيذ القرار المذكور أكثر من عشر سنوات فيكون إدعاء المدعين الحاضرين بأن الحق المثبت بالقرار المذكور قد سقط بمرور الزمن جدياً"<sup>(4)</sup>.

**140-** ويلاحظ بخصوص انقضاء الالتزام الذي تضمنه الحكم القضائي نتيجة لتقدم هذا الحكم ما يأتي:  
أولاً: أنه يجب لانقضاء الالتزام بالقرار القضائي أن يدفع المحكوم عليه بانقضاء الحق نتيجة لتقدم الحكم: والسبب في ذلك أن تقدم الحكم القضائي في المواد المدنية والتجارية لا يتعلق بالنظام العام، ومن ثم لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، بل يجب أن يدفع بتقدم الحكم من قبل المحكوم عليه أو كل ذي مصلحة.

<sup>(3)</sup> أنظر: محكمة استئناف لبنان الشمالي- قرار رقم 716 تاريخ 23 كانون الأول سنة

1959- النشرة القضائية اللبنانية- السنة 16-1960- ط2- ص 246.

<sup>(4)</sup> أنظر: دائرة تنفيذ بيروت- حكم رقم 43 تاريخ 24 تشرين الثاني 1977- مجموعة

حاتم- الجزء 168- ص 106 وما بعدها خاصة ص 168.

وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد بأن "الالتزام لا ينقضي بمجرد اكتمال مدة التقادم بل يظل التزاماً مدنياً واجب الوفاء إلى أن يقضى بتقادمه"<sup>(5)</sup>. كما قضت هذه المحكمة أيضاً بأن "الدفع بالتقادم لا يتعلق بالنظام العام وينبغي التمسك به أمام محكمة الموضوع في عبارة واضحة - لا تحتل الإبهام. ولا يغني عن ذلك طلب الحكم برفض الدعوى كما لا يغني عنه التمسك بنوع آخر من أنواع التقادم لأن لكل تقادم شروطه وأحكامه"<sup>(6)</sup>.

ثانياً: أن تقادم الحكم القضائي لتوافر شروطه والدفع به يترتب عليه أن يتخلف في ذمة المحكوم عليه التزم طبيعي: وقد نصت على ذلك صراحة المادة 1/386 مدني مصري، حيث جاء بها أنه "يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزم طبيعي". ولكن يلاحظ أنه إذا ما تنازل المحكوم عليه عن تقادم الحكم القضائي الصادر ضده بعد اكتمال مدته فإن ذمته تظل مشغولة بالالتزام المدني الوارد بالحكم القضائي ولا يتخلف عنه التزم طبيعي.

وقد قضت محكمة النقض في هذا الخصوص بأن "الالتزام لا ينقضي بمجرد اكتمال مدة التقادم بل يظل التزاماً مدنياً واجب الوفاء إلى أن يقضى بتقادمه، فإذا انقضى الالتزام المدني بالتقادم تخلف عنه التزم طبيعي في ذمة المدين. ولما كان الثابت أن الطاعنين نزلوا عن التقادم بعد أن اكتملت مدته وقبل أن يرفعوا دعواهم التي تمسكوا فيها بانقضاء الدين بالتقادم "فإن مؤدى ذلك أن يبقى الالتزام مدنياً ويلزم الطاعنين بأداء الدين ولا يتخلف عنه التزم طبيعي"<sup>(7)</sup>.

ثالثاً: إن سقوط الحق بالتقادم نتيجة لسقوط الحكم الذي تضمنه بالتقادم يؤدي إلى سقوط الفوائد وغيرها من الملحقات ولو لم تكتمل مدة تقادمها (م 2/386 مدني مصري)، والسبب في ذلك أن الفوائد وغيرها من الملحقات هي بمثابة

---

<sup>(5)</sup> أنظر: نقض 1975/2/18- الطعن رقم 349 لسنة 39ق- مشار إليه لدى: أنور

طلبه- مجموعة المبادئ- مرجع سابق- رقم 342- ص 836.

<sup>(6)</sup> أنظر: نقض 1962/5/24- الطعن رقم 531 لسنة 26ق- مشار إليه لدى: أنور

طلبه- مرجع سابق- رقم 331- ص 831 .

<sup>(7)</sup> أنظر: نقض 1975/2/18- سبق الإشارة إليه.

الفرع عن الأصل، فإذا ما سقط الأصل (الحق) بالتقادم لسقوط الحكم الذي تضمنه، ترتب على ذلك سقوط الفرع (الفوائد والملحقات)، إذ كيف يبقى الفرع مع سقوط وزوال الأصل.

وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد بأنه "إذ كان مقتضى الفقرة الثانية من المادة 386 من القانون المدني أنه إذا سقط الحق بالتقادم سقطت معه الفوائد وغيرها من الملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات وكانت المبالغ الإضافية من فوائد وغرامات موضوع الطعن تعتبر من ملحقات الحق الأصلي وهو دفع الاشتراكات الذي يسقط بالتقادم، فإن تلك المبالغ الإضافية تسقط هي الأخرى مع هذا الحق"<sup>(8)</sup>.

### الفرع الثاني

#### عدم جواز تنفيذ الأحكام التي تقادمت

**141-** إذا توافرت الشروط اللازمة لتقادم الحكم القضائي في المواد المدنية والتجارية فإنه يترتب على ذلك عدة آثار تتعلق بتنفيذ هذا الحكم، وهي:  
أولاً: لا يجوز إعطاء الصورة التنفيذية لهذا الحكم؛ والصورة التنفيذية هي صورة من الحكم تختم بخاتم المحكمة ويوقعها الكاتب بعد أن يذيلها بالصيغة التنفيذية، ولا تسلم إلا للخصم الذي تعود عليه منفعة من الحكم (المادة 181 مرافعات مصري والمادة 565 أصول محاكمات مدنية لبناني). فيجب على قلم الكتاب أن يمتنع عن إعطاء الصورة التنفيذية لحكم ثبت له - بناءً على طلب المحكوم عليه - أنه قد تقادم. وقد نص قانون المرافعات المصري صراحة على التزام قلم المحكمة بذلك، حيث نصت المادة 181 على أنه "ولا تسلم له إلا إذا كان الحكم جائزاً تنفيذه"، وهو ما أكدت عليه أيضاً المادة 1/5655 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، حيث جاء بها "... وبعد التحقق من أن الحكم جائز التنفيذ".

وقد قضت محكمة التمييز اللبنانية في هذا الصدد بـ"إن قرار إعطاء الصيغة التنفيذية لحكم أجنبي لا ينشأ عنه إبدال الحكم المذكور بحكم صادر عن القضاء اللبناني حتى في حالة النظر في أساس الدعوى. وبناءً على ذلك فالحكم الصادر من محكمة كولومبانية يبقى حكماً أجنبياً، بالرغم من إعطائه الصيغة التنفيذية بعد النظر في الأساس، وبالتالي تسري عليه مدة مرور الزمن المعينة في

(8) أنظر: نقض 1976/11/14 - الطعن رقم 194 لسنة 41ق - مشار إليه لدى أنور

طلية - مرجع سابق - رقم 352 - ص 843.

القانون الكولومبياني. وبمقتضى القانون المذكور يمر الزمن على الديون والأحكام الصادرة بسندات دين بعد انقضاء أربع سنوات. فلا يجوز إعطاء الصيغة التنفيذية لحكم سقط بمرور الزمن"<sup>(9)</sup>.

وقد جاء بهذا الحكم ما يأتي:

"حيث أن الحكم المطلوب إعطاؤه الصيغة التنفيذية صادر عن محكمة كولومبانية. وحيث أن مفاعيل هذا الحكم والمدة التي خلالها يمكن للمحكوم له أن يطلب تحصيل الحقوق المعترف لها بها فيه يجب أن تعين وفقاً لأحكام القانون الكولومبياني:

La prescription des jugements enfin depend aussi de la loi du juge qui les a rendus et non de celled du débiteur.

Battifol: Traité Élémentaire de droit International Privé No 731, P. 747.

وحيث أن المميز عليها ادعت بأن القانون الكولومبياني لا يجيز تنفيذ حكم صادر عن محكمة لبنانية دون النظر في أساس الدعوى وأنه بالاستناد إلى المادة 6 من القرار رقم 1113 المعدلة بالقرار رقم 2525 الصادر في 25 نيسان سنة 929 يجب على المحاكم اللبنانية اتباعاً لقاعدة المعاملة بالمثل عند بحثها طلب إعطاء حكم صادر عن محكمة كولومبانية أن تنتظر هي أيضاً في أساس الدعوى. وأن محكمتي البداية والاستئناف عملاً بالقاعدة المشار إليها نظرتا في أساس الدعوى. وإن القرار الذي أعطي في نتيجة هذا البحث والمتضمن إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي يكون كأنه صدق على حكم صادر عن محكمة لبنانية وبالتالي فإن مدة مرور الزمن على هذا الحكم هي مدة مرور الزمن المعينة والمحددة في القانون اللبناني.

وحيث إن هذا الرأي هو في غير محله وذلك لأن قرار إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي لا ينشأ عنه إبدال الحكم المذكور بحكم صادر عن المحاكم اللبنانية حتى في حالة النظر في أساس الدعوى لأن النظر في أساس الدعوى لا يعني تحويل المحكمة اللبنانية حق تعديل الحكم الأجنبي وإبداله بحكم صادر

(9) أنظر: محكمة التمييز اللبنانية- الغرفة المدنية الثانية- قرار رقم 48 تاريخ 9 حزيران

1953- مجلة المحامي - فهرس السنة 19- 1954- ص 111.



عنها بل فقط حق رد طلب إعطاء الحكم الأجنبي الصيغة التنفيذية إذا تبين للمحكمة اللبنانية عند بحثها في أساس الدعوى أن الحكم مخالف للقانون.

وحيث إن ما ورد في الفقرة الأخيرة من المادة 6 المعدلة من القرار رقم 1113 المؤرخ في 19 2 سنة 921 من أنه إذا لم يكن هناك معاملة بالمثل فعلى المحكمة أن تدقق في الحكم شكلاً وأساساً ويمكنها إعادة النظر فيه كلياً أو جزئياً لا يتعارض مع الرأي المذكور وذلك لأن ما عناه الشارع اللبناني بإعادة النظر ليس إبدال الحكم الأجنبي بالحكم اللبناني بل حق بحث أساس القضية مجدداً والنظر فيما إذا كان الحكم الأجنبي موافقاً للقانون أم لا حتى إذا ثبت للمحكمة في لبنان أنه مخالف لأحكام القانون تقضي فقط برد طلب الصيغة التنفيذية وإذا كان موافقاً للقانون تمنحه الصيغة التنفيذية Batiffol N° 788.

وحيث أن محكمة البداية قد قضت بإعطاء الحكم الأجنبي الصيغة التنفيذية، وحيث أن الحكم المذكور رغم إعطاء المحكمة اللبنانية حق بحث أساس الدعوى يبقى إذن أجنبياً وبالتالي تسري عليه مدة مرور الزمن كما هي محددة في القانون الأجنبي.

وحيث أنه يتبين من مراجعة الحكم الصادر عن محكمة كولومبيا في 18 آب سنة 952 المبرزة صورة مطابقة للأصل عنه ومصدقة أن مدة مرور الزمن على الديون وعلى الأحكام الصادرة بسندات دين هي أربع سنوات.

وحيث أنه انقضى بين معاملة التنفيذ الأولى المؤرخة في 13 أيلول سنة 938 والمعاملة الثانية المؤرخة في 9 آب سنة 948 أكثر من أربع سنوات.

وحيث أن الحكم المطلوب إعطاؤه الصيغة التنفيذية يكون بالاستناد إلى القانون الكولومباني قد سقط بفعل مرور الزمن وبالتالي لا يجوز إعطاء ما هو ساقط ومعدوم الصيغة التنفيذية.

"لهذه الأسباب"

فإن الغرفة الثانية لدى محكمة التمييز بعد اطلاعها على تقرير المستشار المقرر تقرر ما يأتي:

في الشكل: قبول التمييز.

في أسباب التمييز: قبول السبب الثاني ونقض الحكم الاستئنافي المميز وإعادة مبلغ الغرامة التمييزية إلى المميزين.

في الدعوى الاستئنافية: قبول الاستئناف في الشكل وفي الأساس وفسخ الحكم البدائي ورد دعوى إعطاء الحكم الصادر بتاريخ 22 شباط سنة 932 عن

محكمة جيرا دوطا بين المتداعين الصيغة التنفيذية وإعادة مبلغ الغرامة الاستثنائية إلى المستأنفين...".

وقد قضت محكمة النقض المصرية في أحدث أحكامها الصادر بتاريخ 2014/12/15 بأنه لا يجوز إعطاء صورة تنفيذية من الحكم الذي تقدم بمضي خمسة عشرة سنة من تاريخ صيرورته نهائياً. وقد جاء بهذا الحكم<sup>(10)</sup>: "بعد الاطلاع على الأوراق وسماع التقرير الذي تلاه السيد القاضي المقرر/ نائب رئيس المحكمة" والمرافعة، وبعد المداولة. حيث إن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية.

وحيث إن الوقائع تنحصر - حسبما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - في أن المطعون ضدهم أقاموا الدعوى... لسنة 2010م ك طنطا على الطاعنات - وآخرين غير مختصمين في الطعن - بطلب الحكم بتسليمهم صورة تنفيذية ثانية من الحكم الصادر في الدعوى... لسنة 1971م ك طنطا المؤيد بالاستئناف رقم... لسنة 38ق... وقالوا شرحاً لدعواهم أنهم حصلوا على الحكم سالف الذكر بتثبيت ملكيتهم للعين محل التداعي وإذ تسلم وكيلهم الصورة التنفيذية الأولى إلا أنه توفي ولم يعثروا على صورة الحكم ومن ثم أقاموا الدعوى. حكمت المحكمة برفض الدعوى بحكم استأنفه المطعون ضدهم برقم... لسنة 61ق... وبعد أن أحالت الدعوى للتحقيق قضت بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء بالطلبات، طعن الطاعنات في هذا الحكم بطريق النقض وقدمت النيابة مذكرة دفعت فيها بعدم قبول الطعن إذا قعد الطاعنون عن إدخال باقي المحكوم عليهم بعد تكليفهم بذلك، وأبدت رأيها في الموضوع برفض الطعن. وإذ عرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره وفيها اقتصمت الطاعنات باقي المحكوم عليهم، والتزمت النيابة برأيها في موضوع الطعن.

وحيث إن مما تنعاه الطاعنات على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والقصور في التسيب إذ تمسكن في دفاعهن أمام محكمة الموضوع بتقديم الحق موضوع الحكم الذي يطالب المطعون ضدهم بصورة تنفيذية ثانية منه بانقضاء ما يزيد عن خمس عشرة سنة من تاريخ صيرورة الحكم نهائياً بما يتعين معه رفض طلبهم، إلا أن الحكم المطعون فيه أطرَح هذا الدفاع قولاً منه

(10) أنظر: نقض 2014/12/15 - الطعن رقم 6389 لسنة 83ق - البوابة القانونية

بأن دعوى تسليم صورة تنفيذية ثانية منه لا تتسع لبحثه وقضى للمطعون ضدهم بطلبهم مما يعيبه ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي في محله، ذلك بأنه لما كان النص في المادة 181 من قانون المرافعات على أن: -"تختم صورة الحكم التي يكون التنفيذ بموجبها بخاتم المحكمة ويوقعها الكاتب بعد أن يزيلها بالصيغة التنفيذية. ولا تسلم إلا للخصم الذي تعود عليه منفعة من تنفيذ الحكم ولا تسلم له إلا إذا كان الحكم جائزاً تنفيذه. وفي المادة 183 منه على أنه:- "لا يجوز تسليم صورة تنفيذية ثانية لذات الخصم إلا في حال ضياع الصورة الأولى. وتحكم المحكمة التي أصدرت الحكم في المنازعات المتعلقة بتسليم الصورة التنفيذية الثانية عند ضياع الأولى بناءً على صحيفة تعلن من أحد الخصوم إلى خصمه الآخر". يدل على أن الشروط المنصوص عليها في المادة 181 سالفة البيان لتسليم الصورة التنفيذية الأولى أو إجابة طلب تسليم صورة تنفيذية ثانية يتسع لبحث أي دفع أو دفاع يبديه المدعى عليه من شأنه إلا يحكم للمدعى بطلبه باعتبار أن تحقيقه والفصل فيه من إجراءات الخصومة ذاتها، إلا إذا كان هذا الدفاع يثير مسألة تخرج عن اختصاص المحكمة المرفوع إليها الدعوى، وكانت معارضة المحكوم عليه في تسليم صورة ثانية من الحكم تأسيساً على انقضاء الحق الثابت به بمضي خمس عشرة سنة من تاريخ صيرورته نهائياً يعد دفاعاً جوهرياً يترتب على قبوله رفض طلب تسليم صورة تنفيذية لحكم لا يمكن تنفيذه، ولا محل للقول بأن دعوى تسليم صورة تنفيذية ثانية لا تتسع لبحث انقضاء الحق موضوع الحكم بالتقادم على سند من أن هذه المسألة تعتبر منازعة موضوعية في التنفيذ يختص بالفصل فيها قاضي التنفيذ، ذلك بأن اختصاص قاضي التنفيذ مقصور على المنازعات المتعلقة بالتنفيذ دون غيرها والتي تنصب على إجراء من إجراءاته أو مؤثرة في سيره، فهو يختص بمنازعات التنفيذ الموضوعية ولو كان مبناهم مسألة لا تدخل في اختصاصه كطلب بطلان إجراءات التنفيذ لانقضاء الحق بالتقادم باعتبار أن المسألة الأخيرة مسألة أولية يتوقف الفصل فيها على الحكم في الطلب الأصلي وهو بطلان إجراءات التنفيذ، أما إذا رفعت الدعوى بطلب انقضاء الحق بالتقادم أو بطلب مستقل لا يرتبط به طلب ينصب على إجراء من إجراءات التنفيذ فإنه لا يُعد منازعة تنفيذ موضوعية ولا يدخل في اختصاص قاضي التنفيذ. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واطرح دفاع الطاعنات بتقادم الحق الثابت بالحكم المطالب بصورة تنفيذية ثانية منه بانقضاء ما يزيد عن خمس عشرة سنة من تاريخ صيرورة الحكم نهائياً قولاً منه بأن دعوى تسليم صورة تنفيذية ثانية لا تتسع لبحث هذا الدفاع برغم أنهم لم يبدوا أي طلب مرتبط به

يتعلق بإجراء التنفيذ فإنه يكون قد خالف القانون وتحجب بهذه المخالفة عن بحث مدى توافر شرائط هذا الدفع مما يعيبه أيضاً بالقصور في التسبب بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن".

ثانياً: يجب عدم البدء في تنفيذ الحكم الذي تقادم أو وقف هذا التنفيذ: فقد يستحصل المحكوم له على صورة تنفيذية للحكم الصادر لصالحه رغم تقادم هذا الحكم، وبخاصة الصورة التنفيذية الأولى التي لا يشترط حضور المحكوم عليه أثناء تنفيذها، فيفاجأ هذا الأخير بمباشرة إجراءات التنفيذ في مواجهته استناداً إلى الحكم الصادر ضده والذي تقادم. وفي هذه الحالة، يجوز له أن يتمسك أمام قاضي التنفيذ بتقادم هذا الحكم ومن ثم عدم البدء في التنفيذ. بل ويجوز له أن يتمسك أمام قاضي التنفيذ بتقادم الحكم الذي يراد تنفيذه في مواجهته حتى بعد البدء في إجراءات التنفيذ. وفي الحالتين، يجب على قاضي التنفيذ أن يمتنع عن البدء بالتنفيذ أو وقف هذا التنفيذ متى أثبت له المحكوم عليه تقادم الحكم الصادر ضده والذي يراد تنفيذه في مواجهته. ويدخل في سلطة قاضي التنفيذ التأكد من صلاحية السند التنفيذي الذي يقدم له للتنفيذ، حيث يثير أمامه المنفذ ضده أن السند الذي يستند إليه طالب التنفيذ لا يصلح للتنفيذ لأنه لم يعد حكماً بعد سقوطه بمرور الزمن عليه دون تنفيذ.

وقد قضت محكمة التمييز اللبنانية في هذا الصدد بـ "وبما أنه من مراجعة حكم 23 آب سنة 1950 تبين أنه اعتبر في إحدى حبيثاته أن الحكم الصادر في 20-3-1940... هو حكم غيابي وقد سقط عملاً بأحكام المادة 520 أصول مدنية لعدم تنفيذه ضمن مدة الثلاثة أشهر وحكم بالتالي بوقف التنفيذ وبرفع الحجز وبما أنه إذا كانت قوة القضية المحكمة لا تغطي مبدئياً إلا للفقرة الحكمية غير أنها تشمل حكماً الأسباب التي بنيت عليها هذه القوة والتي هي مرتبطة بها ارتباطاً وثيقاً. وبما أن رئيس الإجراء أمر بوقف التنفيذ لأن الحكم الجاري تنفيذه هو بنظره ساقط بمرور الزمن فمسألة سقوط الحكم لا يمكن فصلها عن مسألة وقف التنفيذ، فسقوط حكم 20 آذار سنة 1940 واستحالة تنفيذه أصبحا موضوع حكم اكتسب الدرجة القطعية ويتمتع بقوة القضية المحكمة" (11).

(11) أنظر: تمييز لبناني قرارات نهائية - غرفة أولى رقم 71 - تاريخ 12/10/1959 - مجموعة

## الخاتمة

بعد الانتهاء من هذه الدراسة نكشف عن النتائج الأساسية التي توصلت إليها:

1- إذا كان الاستقرار هو أحد أهم الأهداف الرئيسية للقانون، فإن نظام التقادم هو أحد أهم الآليات والوسائل الفنية لتحقيق هذا الهدف. ولا يقتصر إعمال هذا النظام على مجرد الحقوق والمراكز القانونية للأفراد، بل يمتد هذا النظام إلى الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية، بحيث إذا لم يطالب المحكوم له بما قررته هذه الأحكام لصالحه خلال الفترة التي حددها القانون، فإن هذه الأحكام تتقادم وتسقط ويزول أثرها ولا تصبح هي الأساس التي يحكم وينظم العلاقات القانونية بين الأفراد في المجتمع، بل يصبح الواقع هو الذي يحكم وينظم هذه العلاقات، فنظام والتقادم- مرور الزمن- يسري على الأحكام القضائية كما يسري على العلاقات والمعاملات بين الأفراد في المجتمع.

2- وقد أوضحت هذه الدراسة المقصود بتقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية، وهو "مرور فترة طويلة من الزمن على صدور حكم قضائي بات يتعلق بمسائل وموضوعات وحقوق ومراكز يمكن أن تكون محلاً للتقادم دون أن يتخذ المحكوم له أي إجراء من الإجراءات في مواجهة المحكوم له ينبئ عن رغبته في الحصول على ما قرره الحكم لصالحه وما ألزم المحكوم عليه بأدائه له، ودون أن يوجد ما يمنعه أو يحول بينه وبين ذلك".

3- كما أوضحت هذه الدراسة الشروط التي يجب توافرها لتقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية، وهي:

أ- أن تكون بصدد حكم قضائي.

ب- أن يكون الحكم القضائي حكماً باتاً.

ج- أن يصلح الحكم القضائي لأن يكون محلاً للتقادم.

د- مرور فترة طويلة من الزمن على صدور الحكم القضائي.

هـ- عدم اتخاذ المحكوم له أي إجراء في مواجهة المحكوم عليه ينبئ عن رغبته في الحصول على الحماية القضائية التي قررها له الحكم القضائي طوال المدة اللازمة لتقادمه وعدم حدوث ما يوقف أو يقطع هذه المدة.

4- وميزت هذه الدراسة بين تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية وبعض الأفكار التي قد تختلط بها، فميزت هذه الفكرة عن تقادم الخصومة والتنازل عن الحكم واعتبار الحكم كأن لم يكن.

5- وأوضحت هذه الدراسة أن فكرة تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية تستند إلى أسس تشريعية تؤكد تبني المشرع لها من قانون المرافعات وأسس فنية تبرر وجودها في هذا الفرع من فروع القانون:

أ- وتتمثل الأسس التشريعية في المواد: 2/385 من القانون المدني المصري والمادة 2/359 من قانون الموجبات والعقود اللبناني. وكذلك المادة 68 من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999. والمادة 23 من القانون الصادر في فرنسا برقم 561 لسنة 2008 والخاص تبعد قواعد التقادم في القانون المدني الفرنسي والمادة 4-111.L من قانون المرافعات المدنية الفرنسي للتنفيذ (الجزء التشريعي) الصادر بالقانون 1895 لسنة 2011 الصادر في 2011/12/19 والذي بدأ العمل به في 2012/6/1. وأيضاً المادة 2/558 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.

ب- أما الأسس الفنية لتقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية فتتمثل في قاعدتين أساسيتين، الأولى: المصلحة في الاستقرار، والثانية: لا ضرر ولا ضرار.

6- وقد أوضحت هذه الدراسة أيضاً مجال تقادم الأحكام القضائية ونطاق تطبيقها في المواد المدنية والتجارية:

أ- فحددت الأحكام التي لا يسري عليها نظام التقادم، سواء بنص القانون (وهي الأحكام التي تنفي وجود حق مدعى به والأحكام التي تثبت حقاً عينياً مسجلاً في السجل العقاري في القانون اللبناني)، أو بسبب طبيعتها (وهي: الأحكام المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية، والأحكام التي تنشئ مراكز قانونية ثابتة، والأحكام المتعلقة بالحقوق للصيقة بشخص الإنسان، والأحكام المنعدمة).

ب- كما حددت هذه الدراسة الأحكام القضائية التي يسري عليها نظام التقادم: فحددت طبيعة الأحكام التي يسري عليها هذا النظام، وأوضحت أن هذا النظام يسري على كافة الأحكام القضائية التي تخضع له أياً كانت طبيعتها، أي سواء كانت أحكاماً تقريرية أو أحكاماً منشئة أو أحكاماً إلزامية. كما عرضت هذه الدراسة لبعض الأحكام التي يسري عليها نظام التقادم (ومنها: الأحكام التي تقضي بأداء معين أو بعمل أو بالامتناع عن عمل، والأحكام التي تقضي بحفظ

حق المحكوم له بالمطالبة بأمر معين، والأحكام الصادرة بملكية العقارات والتي سجلت في الشهر العقاري والسجل العيني في مصر، والأحكام الصادرة بإلزام المحكوم عليه بتسجيل عقار غير مقيد بالسجل العقاري فن القانون اللبناني، والأحكام القضائية التي لم تعلن أو لم تنفذ، والأحكام المدنية الصادرة عن القضاء الجنائي، والأحكام الصادرة في المواد التجارية).

7- أوضحت هذه الدراسة أن سريان تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية يبدأ من الوقت الذي تصبح فيه هذه الأحكام باتة، وأن النزول عن هذا التقادم لا يمنع من بدء سريان هذا الميعاد.

8- كما أوضحت هذه الدراسة بعض القواعد التي يجب على الخصوم والمحكمة مراعاتها بخصوص تقادم الأحكام القضائية:

أ- فيما يتعلق بالخصوم: يجب على الخصم المحكوم عليه أن يتمسك بهذا التقادم أمام محكمة الموضوع، وأن يكون ذلك بعبارات واضحة وحاسمة لا تحمل شكاً أو تأويلاً أو إبهاماً، وأنه يمكنه التمسك بهذا التقادم بصورة أصلية أو احتياطية، وأنه لا يجوز له أن يتمسك بهذا التقادم بموجب دعوى مستقلة، وأن سكوته عن التمسك بهذا التقادم لا يعد تنازلاً منه.

ب- وفيما يتعلق بالمحكمة: فلا يجوز لها أن تثير تقادم الحكم المطروح عليها من تلقاء نفسها، ويجب عليها أن ترد على الدفع بتقادم الحكم المطروح عليها وإلا كان حكمها مشوباً بالقصور بما يعرضه للإلغاء من محكمة الطعن.

9- كما أوضحت الدراسة العوارض التي قد تعترض سريان تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية. وتتمثل هذه العوارض في وقف تقادم هذه الأحكام (فأوضحت أسباب هذا الوقف وآثاره)، أو في انقطاع هذا التقادم (فأوضحت تعريف هذا الانقطاع وموقف المحكمة منه وأسبابه).

10- كما كشفت هذه الدراسة أخيراً عن الآثار التي تترتب على تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية، سواء الآثار الإجرائية أو الآثار الموضوعية:

أ- وتتمثل الآثار الإجرائية في: سقوط وزوال الحكم القضائي، وزوال حجية الأمر المقضي لهذا الحكم.

ب- وتتمثل الآثار الموضوعية في: انقضاء وسقوط الالتزام الوارد بهذه الأحكام، وعدم جواز تنفيذ هذه الأحكام.

"وما توفيقى إلا بالله، عليه توكلت وإليه أنيب"



## قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية:

### 1- المؤلفات العامة:

- إبراهيم نجيب سعد: القانون القضائي الخاص- ج2- 1980- منشأة المعارف- الإسكندرية.
- أحمد إبراهيم حسن: غاية القانون- ط2000- دار المطبوعات الجامعية- الإسكندرية.
- أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية- ط15- 1990- منشأة المعارف.
- أحمد السيد صاوي: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية- ط2000- دار النهضة العربية- القاهرة.
- أحمد ماهر زغلول: أصول التنفيذ الجبري القضائي- ط2000- دار النهضة العربية- القاهرة.
- أحمد هندي: - أصول المحاكمات المدنية والتجارية- ط1989- الدار الجامعية- الإسكندرية.
- أصول التنفيذ الجبري- ط2007- دار الجامعة الجديدة- الإسكندرية.
- إلياس ناصيف: موسوعة العقود المدنية والتجارية- ج6- ط1991- غير مذكور دار النشر.
- جندي عبد الملك: الموسوعة الجنائية- ج4- ص 1941.
- حلمي الحجار: الوسيط في أصول المحاكمات المدنية- ط5- 2002.
- حمدي عبد الرحمن: فكرة القانون- ط1979- دار الفكر العربي- القاهرة.
- رمزي سيف: الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية- ط1970/1969- دار النهضة العربية- القاهرة.
- سمير تناغو: النظرية العامة للقانون- ط1974- منشأة المعارف- الإسكندرية.
- طلعت دويدار: النظرية العامة للتنفيذ القضائي- ط2008- منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت.

- عبد الباسط جمعي: مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد- ط1980- دار الفكر العربي- القاهرة.
- عبد الحي حجازي: المدخل لدراسة القانون- ج1- ط1966.
- عيد الرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- المجلد الأول- نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام- ط2003- منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت.
- عبد العزيز عزام: القواعد الفقهية- ط2005- دار الحديث- القاهرة.
- عبد المنعم البدر اوي: - المدخل للعلوم القانونية- ط1962.
- النظرية العامة للالتزام- المصادر الإرادية- ط1958.
- عبد النودود يحيى: الموجز في النظرية العامة للالتزام- ط1994- دار النهضة العربية- القاهرة.
- عز الدين الدناصوري وحامد عكاز: التعليق على قانون المرافعات- ج2- ط2000.
- فتحي والي: - الوسيط في قانون القضاء المدني- ط2001- دار النهضة العربية- القاهرة.
- التنفيذ الجبري- ط1988- دار النهضة العربية- القاهرة.
- كبريال سرياني وغالب غانم: قواعد التنفيذ الجبري حسب تسلسل المواد- ج1- 1987- دار المنشورات الحقوقية- صادر.
- محمد الزحيلي: القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي- ط2004- مطبوعات جامعة الكويت- الكويت.
- محمد حسن قاسم: المدخل لدراسة القانون- ج1- القاعدة القانونية- ط2008- منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت.
- محمد لبيب شنب: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية- ط1998 / 1999.
- منصور مصطفى منصور: دروس في المدخل لدراسة العلوم القانونية- ط1972- دار النهضة العربية.
- نبيل إسماعيل عمر: - أصول المرافعات المدنية والتجارية- ط1986- منشأة المعارف- الإسكندرية.

- قانون أصول المحاكمات المدنية- ط2011- منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت.
- نعمان جمعة: دروس في المدخل للعلوم القانونية- ط1980.
- وجدي راغب فهمي: - مبادئ القضاء المدني- ط2001- دار النهضة العربية- القاهرة.
- التنفيذ الجبري- ط1995.

## 2- المؤلفات الخاصة بالرسائل والأبحاث والمقالات:

- أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام في قانون المرافعات- ط6- 1989- منشأة المعارف- الإسكندرية.
- أحمد السيد صاوي: الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المقضي به- رسالة- القاهرة- 1971.
- أحمد ماهر زغلول: - آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها- ط1992- دار النهضة العربية- القاهرة.
- الحجية الموقوفة- ط2- 1995.
- سعودي حسن سرحان: نحو نظرية لحماية الغير حسن النية المتعاملين مع الشركات التجارية- رسالة- عين شمس- 1983.
- شوقي محمد صلاح: نظرية الظاهر في القانون المدني- ط2002- دار النهضة العربية- القاهرة.
- عاطف نصر مسلمي: نظرية الأوضاع الظاهرة في القانون الإداري- رسالة- عين شمس- 1992.
- غنام محمد غنام: نظرية الانعدام في الإجراءات الجنائية- ط1- 1991- منشورات جامعة الكويت.
- محسن البيه: نظرية الوارث الظاهر- ج1- 1993- مكتبة الجلاء الجديدة- المنصورة.
- محمود هاشم: اعتبار الخصومة كأن لم تكن في قانون المرافعات- ط1989.

- نبيل إسماعيل عمر: سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية. ط1984- منشأة المعارف- الإسكندرية.
- نعمان جمعة: أركان الظاهر كمصدر للحق- مطبوعات المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم- ط1977.
- نعمة سلوان وجرجس سلوان: مرور الزمن في الفقه والاجتهاد- ج1- ط1- 1978.
- وجدي راغب فهمي: - النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات- ط1974- منشأة المعارف- الإسكندرية.
- نحو فكرة عامة للقضاء الوقتي في قانون المرافعات- مجلة العلوم القانونية والاقتصادية- تصدرها كلية الحقوق- جامعة عين شمس- السنة 15- العدد الأول- يناير 1973.

### 3- الدوريات ومجموعات الأحكام:

- مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للدوائر المدنية والتجارية ودائرة الأحوال الشخصية والدوائر الجنائية لمحكمة النقض المصرية- إصدار المكتب الفني لمحكمة النقض- ويشار إليها بمجموعة الأحكام.
- مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاماً- إصدار نادي القضاة- المواد المدنية- الجزء الثاني في المواد المدنية- المجلد الأول.
- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية في خمسين عاماً- 1981:1931- ج6- ط1985- للمستشار أنور طلبة.
- البوابة القانونية لمحكمة النقض المصرية- وهي تنشر أحكام النقض المصرية على شبكة الإنترنت.
- مجلة القانون: تصدرها وزارة العدل السورية.
- مجموعة باز: خلاصة القرارات الصادرة عن محكمة التمييز- منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت.
- النشرة القضائية اللبنانية: مجلة شهرية تصدرها وزارة العدل اللبنانية.
- العدل: مجلة تصدرها نقابة المحامين في بيروت.
- مجموعة اجتهادات حاتم: للمحامي شاهين حاتم.

- كساندر: المرجع- نشرة إحصائية توثيقية شهرية.
- صادر بين التشريع والاجتهاد: مرور الزمن- 2005.
- صادر في التمييز- القرارات المدنية- المنشورات الحقوقية- صادر.

ثانياً: باللغة الفرنسية:

1- المؤلفات العامة:

- A AUBRY et RAU, Droit Civil, 5éd. Par Partin.
- CADIET (L.), Droit Judiciaire Privé, éd. Litec, 1992.
- CARBONNIER (J.), Droit Civil, éd. thémis, T.I, Paris 1959-1960.
- COUCHEZ (J.), Voies d' exécution, 4eéd. Sirey, 1996.
- GARSONNET et CÉZAR- BRU, Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale, t.3, 3éd, 1913.
- GLASSON, TISSIER et MOREL, Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile, t.3. 3éd 1929.
- MORÉL (R.), Traité élémentaire de procedure civile, 2éd, 1949.
- PLANIOL et RIPERT, Droit civil, 2éd. Par Esmein.
- ROUBIER (P.), Théorie général du droit, Sirey 1951.
- VINCENT et S. GUINCHARD, procedure civile, 23éd. Dalloz 1994.

2- المؤلفات الخاصة والرسائل والمقالات:

- ANCEL (F.), La loi No 2008- 561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, gaz. Pal. 2008, P. 2124.

- BRAS (T.), Autorité positive et autorité négative de chose jugée en regards croisés sur l'autorité de la chose jugée, colloque, université caen, 3-4 mai 2007, Revue de procédure, no. 8 – 9, août – sep 2007.
- COSSON (B.F.) et FRANÇOIS (J.), commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, D. 2008, P. 2512 ets.
- FRICERO (N.) La nouveau régime de la prescription et la procédure civile (loi No 2008–561 du 17 juin 2008, colloque de la cour de cassation, 11 mai 2009.
- GIGNOUX (H.), Les actions préventives, thé, Paris 1935.
- HOONAKKER (PH.) , La prescription de l'exécution forcée depuis la loi No 2008- 561 du 17 juin 2008, Revue Droits et procédures, 2009, No 1, 62 année, janv- Févr. 2009.
- HOUIN (R.), Les situations de fait, Report général et discussion; Travaux de L'association H. Capitant, 1957.
- LEVASSEUR, Delais Préfix, delais de prescription, delais de procédure, R.T.D. Civ. 1950, P. 439 ets.
- MAZEAUD (H.), la maxime "Error communis fact jus", R.T.D. civ. 1924, P. 951 ets.
- MOUSSA (T.), prescription des titres exécutoires et prescription de L'action, Rev. huissiers, 2001, 248.
- MURISSIE (R.), La prescription d'une condamnation résultant du jugement, J.C. P. 1961, I. Doc. 1665.
- YVES- MARIE, Le nouveau droit Français de la prescription extinctive et le rapport "Limitation of actions" de la law commission anglaise, D. 2008, P. 2538 ets.

### 3- التعليقات على الأحكام:

- AMRANI – MEKKI, J.C.P 2005, I. 183, No 14, (Sous Cass.civ.2e, 6 janv. 2005).
- DELPECH, D. 2007, P. 2159 (sous cass. civ. 12 juin 2007).
- DERUPPÉ, R.T.D. com. 1997, P. 627 (sous cass. civ. 29 avr. 1997).
- J.A., J.C.P. 1980. I I. 19460 (sous Dijon 8 janv. 1980).
- JULIEN, D. 1980, I.R. 374 (sous paris 25 sept. 1980).
- MESTRE (J.) et FAGES (B.) R.T.D. civ. 2002. P. 815 (sous cass. civ. 25 juin 2002).
- PERROT (R.) - Procédure, 2012, N° 65 (sous cass. civ. 6 janv. 2012);
- R.T.D. civ. 2014, P.442 (sous cass. com. 2 mars 2014).
- ROZE (H.C.), J.C.P. 2006, éd. G. I I. 1012 (sous cass. mixte, 26 mai 2006).
- STOFFEL- MUNCK, D. 2003. P. 155. (sous cass. civ. 25 juin 2002).

- 1- تحقيق الاستقرار أحد وظائف القانون
- 2- نظام التقادم أحد وسائل تحقيق الاستقرار في المجتمع
- 3- تقادم الأحكام القضائية (مشكلة البحث)
- 4- أهمية الدراسة
- 5- خطة الدراسة

## الفصل الأول

الفكرة العامة لتقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية

تمهيد وتقسيم

### المبحث الأول

ماهية تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية

### المطلب الأول

مفهوم تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية

الفرع الأول: المقصود بتقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية

أولاً: تعريف تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية

ثانياً: شروط تقادم الأحكام المدنية والتجارية

الشرط الأول: أن تكون بصدد حكم قضائي

الشرط الثاني: أن يكون الحكم القضائي حكماً باتاً

الشرط الثالث: أن يصلح الحكم القضائي لأن يكون محلاً للتقادم

الشرط الرابع: مرور فترة طويلة من الزمن على صدور الحكم



الشرط الخامس: عدم اتخاذ المحكوم له أي إجراء في مواجهة المحكوم عليه ينبى  
عن رغبته في الحصول على الحماية القضائية التي قرر لها الحكم طوال المدة  
اللازمة لتقادمه وعدم حدوث ما يوقف أو يقطع هذه المدة

الفرع الثاني: تمييز تقادم الأحكام القضائية عن غيره من الأفكار المشابهة لها

أولاً: تقادم الحكم القضائي وتقدم الخصومة

ثانياً: تقادم الحكم القضائي والتنازل عن الحكم

ثالثاً: تقادم الحكم القضائي واعتبار الحكم كأن لم يكن

### المطلب الثاني

أساس تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية

الفرع الأول: الأساس التشريعي - النصوص القانونية

الفرع الثاني: الأساس الفني

### المبحث الثاني

مجال تقادم الأحكام القضائية ونطاق تطبيقها في المواد المدنية والتجارية

### المطلب الأول

الأحكام القضائية التي لا يسري عليها نظام التقادم

الفرع الأول: الأحكام القضائية التي لا يسري عليها نظام التقادم بنص القانون

أولاً: الأحكام القضائية التي تنفى وجود حق مدعى به

ثانياً: الأحكام العقارية التي تثبت حقاً عينياً مسجلاً في السجل العقاري في القانون

اللبتاني

الفرع الثاني: الأحكام القضائية التي لا يسري عليها نظام التقادم بسبب طبيعتها

أولاً: الأحكام المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية

ثانياً: الأحكام التي تنشئ مراكز قانونية ثابتة

ثالثاً: الأحكام القضائية المتعلقة بالحقوق اللصيقة بشخص الإنسان

رابعاً: الأحكام المنعدمة

### المطلب الثاني

الأحكام القضائية التي يسري عليها نظام التقادم

الفرع الأول: تحديد الأحكام القضائية التي يسري عليها نظام التقادم

الفرع الثاني: تطبيقات الأحكام القضائية المدنية والتجارية التي يسري عليها نظام

التقادم

أولاً: الأحكام التي تقضي بأداء معين أو بعمل أو بالامتناع عن العمل

ثانياً: الأحكام القضائية التي تقضي بحفظ حق المحكوم له بالمطالبة بأمر معين

ثالثاً: الأحكام الصادرة بملكية العقارات والتي سجلت بالشهر العقاري والسجل العيني

في القانون المصري

رابعاً: الأحكام الصادرة بإلزام المحكوم عليه (المدين) بتسجيل عقار غير مقيد

بالسجل العقاري في القانون اللبناني

خامساً: الأحكام القضائية التي لم تعلن أو لم تنفذ

سادساً: الأحكام المدنية الصادرة عن القضاء الجنائي

سابعاً: الأحكام الصادرة في المواد التجارية

### الفصل الثاني

النظام القانوني لتقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية

تمهيد وتقسيم

#### المبحث الأول

قواعد تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية

#### المطلب الأول

بدء سريان تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية  
وموقف الخصوم والمحكمة من هذا التقادم

الفرع الأول: بدء سريان تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية

أولاً: يبدأ سريان تقادم الأحكام القضائية في الوقت الذي تصبح فيه هذه الأحكام

باتة

ثانياً: النزول عن تقادم الأحكام القضائية لا يمنع من بدء ميعاد سريانه

الفرع الثاني: موقف الخصوم والمحكمة من تقادم الأحكام القضائية في المواد

المدنية والتجارية

أولاً: موقف الخصوم من تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية

ثانياً: موقف المحكمة من تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية

المطلب الثاني  
عوارض تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية  
الفرع الأول: وقف تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية

أولاً: أسباب وقف تقادم الأحكام القضائية

ثانياً: أثر حدوث الطارئ أو المانع على تقادم الأحكام القضائية

الفرع الثاني: انقطاع تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية

أولاً: تعريف انقطاع تقادم الأحكام القضائية وموقف المحكمة منه

ثانياً: أسباب انقطاع تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية

1- المطالبة القضائية

2- التنبية

3- الحجز

4- الطلب الحصول على صورة تنفيذية للحكم القضائي

طلب التنفيذ

المبحث الثاني  
آثار تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية  
المطلب الأول  
الآثار الإجرائية لتقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية  
الفرع الأول: سقوط وزوال الحكم القضائي في المواد المدنية والتجارية

الفرع الثاني: زوال حجية الأمر المقضي للحكم الذي تقادم

### المطلب الثاني

الآثار الموضوعية لتقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية  
الفرع الأول: انقضاء الالتزام الوارد بالأحكام القضائية التي  
تقادمت

الفرع الثاني: عدم جواز تنفيذ الأحكام التي  
تقادمت

الخاتمة

قائمة  
المراجع

الفهرس

تحكيم ما قبل التحكيم  
Pre-arbitral arbitration

" تحكيم الطوارئ "  
"Emergency Arbitration"

دكتور  
أحمد سيد أحمد محمود  
مدرس بقسم قانون المرافعات  
كلية الحقوق جامعة عين شمس

1436 هـ - 2015 م

إن التحكيم، كوسيلة بديلة للقضاء، أصبح كالقضاء يحتاج إلى زمن لينتهي بحكم فاصل في الموضوع، إذ قد يستغرق التحكيم سنة أو سنتين<sup>(1)</sup>. من هنا تظهر الأهمية البالغة للتدابير الوقائية والتحفظية في مجال التحكيم لحفظ الحقوق و الأدلة و جعل الفصل فيهما أمراً متجدياً. و للتدابير الوقائية أيضاً أهمية في تحقيق فعالية لإجراءات التحكيم. فالحماية الوقائية (أو المستعجلة) للحق أو المركز هامة لحماية النهائية. كما أن المبدأ هو أنه لا يجوز أن تتأثر حقوق الأطراف أو تُضر بسبب تأخير الفصل في القضية<sup>(2)</sup>.

قد تقتضي طبيعة موضوع النزاع أو ظروف وملابسات دعوى التحكيم سرعة اتخاذ بعض التدابير التحفظية أو المؤقتة، أو إصدار بعض الأحكام الوقائية تجنباً لأضرار بالغة قد تلحق بأحد أطراف التحكيم نتيجة الانتظار حتى صدور حكم التحكيم المنهي للخصومة<sup>(3)</sup>.

وعليه، منذ بعض عقود زمنية فقط خولت قواعد التحكيم الوطنية و الدولية المحكم أو محكمة التحكيم سلطة إصدار التدابير الوقائية والتحفظية. و الآن معظم قوانين التحكيم الوطنية تمنح تلك السلطة للمحكمين، رغم وجود نصوص إلزامية Mandatory provisions في بعض الدول التي ما زالت تمنع المحكم من سلطة إصدار التدابير الوقائية لأنها مسألة يستأثر بها قضاء الدولة<sup>(4)</sup>.

(1) Ali Yesilirmak , Provisional Measures in International Commercial Arbitration, (Kluwer Law International 2005) P.3.

(2) The underlying principle is that no party's rights should be prejudiced or affected due to the duration of adjudication.

(2) Ali Yesilirmak , Provisional Measures in International Commercial Arbitration, (Kluwer Law International 2005) P.5.

(3) أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية، الطبعة الثالثة 2010، بند 176، ص 245.

(4) كقانون التحكيم في الصين و تايلند و الأرجنتين.

Christopher Boog, "The Law Governing Interim Measures" in Conflict of Laws in International Arbitration, Franco Ferrari, Stefan Kroll (eds), European Law Publishers, 2011, Munich, 416.

إن أساس صلاحية هيئة التحكيم في إصدار مثل هذه التدابير هو اتفاق الطرفين على تخويلها هذه السلطة، فإذا ما تم الاتفاق على ذلك كان لها سلطة تقديرية في اتخاذ ما تراه من هذه التدابير بناء على طلب الطرف صاحب المصلحة والذي يخشى التأخير<sup>(5)</sup>.

إن الأمر قد لا يحتمل التأخير لحين تشكيل محكمة التحكيم<sup>(6)</sup>، ويحتاج إلى سرعة السرعة-على حد تعبيرى- لمواجهة حالات الاستعجال القصوى extra- urgency أو ما يطلق عليها حالة الطوارئ<sup>(7)</sup> Emergency، ويصبح صدور القرارات التحفظية أو المؤقتة بعد تشكيل محكمة التحكيم عديم النفع و الجدوى بل يصل إلى حد صدورها على غير محل.

حالة الطوارئ هذه تتوافر كما في الأحوال التي تستدعي طلب تعيين خبير لإثبات حالة تلف بضائع قبل تسليمها إلى المشتري أو غرق أو حريق مصنع أو شركة، أو وضع أموال تحت الحراسة<sup>(8)</sup>، أو وقف تسهيل خطاب ضمان، أو وقف أعمال جديدة أو استمرارها ، أو وقف إعلان تليفزيوني، أو الأمر بالبيع العاجل للأموال محل النزاع التحكيمي لهلاكها أو تلفها وحفظ الأدلة أو التعويض المؤقت أو طلب سماع شاهد.

---

(5) أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية، الطبعة الثالثة 2010، بند 176، ص246.

(6) حفيفة السيد حداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر العربي 1996 ص13. أحمد صدقي محمود، التدابير التحفظية اللازمة للفصل في خصومة التحكيم، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2005، ص7.

(7) ويطلق أيضاً على التدابير التي تواجه حالة " الطوارئ" تدابير الطوارئ Emergency relief أو emergency measures، ويطلق على المحكم الذي يصدر تلك التدابير أيضاً بـ"محكم الطوارئ (EA) Emergency Arbitrator.

(8) اختلف الفقه المصري في سلطة المحكم في إصدار تدبير الحراسة على مال. منهم من رأى أن المحكم لا يملك ذلك؛ لأن تدبير الحراسة لا يتضمن سلطة إجبار بل هو مجرد إجراء تحفظي (قتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية و التجارية الدولية علما وعملا، منشأة المعارف، طبعة أولى 2014، ص 507 خاصة هامش4)، ومنهم من يرى أنه يتضمن سلطة الإجبار والمحكم لا يملك إصداره (سمير الشراوي، التحكيم، ص393 هامش 373).



إن فكرة تدابير الطوارئ emergency relief في مجال التحكيم ليست جديدة على الساحة. المجتمع التحكيمي ومنذ فترة يناقش مسألة سلطة المحكم في إصدار تدابير وقائية أو تحفظية في فترة ما قبل تشكيل هيئة التحكيم<sup>(9)</sup>.

ونظراً لأن حاجة أطراف التحكيم للحصول على تدابير وقائية أو تحفظية في مرحلة ما قبل التحكيم، أي ما قبل تشكيل الهيئة، قد تكون طارئة تستدعي تدابير وقائية و تحفظية طارئة Emergency Relief . ونتيجة للعولمة globalization و التعقيد و البيروقراطية و ومؤسسية التحكيم institutionalization of arbitration الذين جعلوا الفترة اللازمة لتشكيل هيئة التحكيم قد تطول إلى أسابيع بل إلى شهور، بسبب عدم استيفاء الشروط اللازمة لتحويل الملف للهيئة كدفع مصاريف مقدمة the Advance on Cost أو لتقديم طلب رد المحكمين<sup>(10)</sup>. كما أنه إذا أُجبر الطرف طالب التدابير وقائية على الانتظار لحين تشكيل الهيئة سيكون استصدارها غير مجدٍ و تضحي مصلحته في استصدار تدابير وقائية نظرية؛ لأن الضرر سيكون قد

(9) Gary B. Born, *International Arbitration: Law and Practice* (London: Kluwer Law International, 2012), pp.203–220.

(10) Ali Yesilirmak , *Provisional Measures in International Commercial Arbitration* ,(Kluwer Law International 2005) P.114.

وعلى سبيل المثال فإن إحصائيات مركز التحكيم بغرفة التجارة إستكهولم SCC (Stockholm Chamber of Commerce) تشير إلى أن معدل الوقت اللازم لتشكيل هيئة التحكيم منذ تقديم طلب التحكيم الدولي هو 4 شهور و التحكيم الداخلي 3 شهور. انظر:

Patricia Shaughnessy, *Pre-arbitral Urgent Relief: The New SCC Emergency Arbitrator Rules* in Michael J.Moser and Dominique T. Hascher (eds), *Journal of International Arbitration*, (Kluwer Law International 2010 Volume 27 Issue 4 ) p337.

ظهرت آلية التشكيل السريع لهيئة التحكيم Expedited Formation of Arbitral Tribunal في حالات الطوارئ كما تنص عليها المادة (9A) من قواعد التحكيم الخاصة محكمة لندن للتحكيم الدولي (LCIA) 2014 على الموقع التالي:

[http://www.lcia.org/Dispute Resolution Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx](http://www.lcia.org/Dispute%20Resolution%20Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx)

آخر زيارة ( فبراير/2015).

إن التشكيل السريع يمكن أن يتم بألية تسمى "التحكيم السريع" أو "التحكيم ذات المسار السريع" 'fast-track' arbitration. وسوف نميز بين تلك الآليات و آلية تحكيم الطوارئ أو اللجوء إلى محكم الطوارئ. انظر ما يلي ص81.

وقع بالفعل وليس وشيكاً<sup>(1)</sup>. فكان لطرف التحكيم أحد الخيارين الآتيين: إما أن أن ينتظر لحين تشكيل هيئة التحكيم لو كان من اختصاصها- قانوناً أو اتفاقاً- إصدار تدابير وقائية أو تحفظية، أو اللجوء إلى القضاء الوطني، إذا كان قانون القضاة (القانون الإجرائي) يخول له هذا الاختصاص.

ولكن يزول هذا الخيار السابق إذا كانت التدابير الوقائية في التحكيم غير متوافرة وفق القانون الوطني أو قواعد التحكيم المؤسسي، فلا مفر عندئذ من لجوء الأطراف إلى القضاء الوطني<sup>(2)</sup>. على الرغم من أن نية كانت واضحة - بالاتفاق على التحكيم- في الهروب من القضاء الوطني، بتعقيدات إجراءاته و علنية جلساته وعدم حياد أعضائه أحياناً<sup>(3)</sup>، واللجوء إلى طرف ثالث محايد (المحكم) في محيط من السرية و ببساطة الإجراءات<sup>(4)</sup>.

بيد أنه إذا كانت إرادة الأطراف حرة في اللجوء إلى التحكيم أو القضاء لاستصدار التدابير الوقائية أحياناً، فإنها قد تكون مجبرة على اللجوء إلى المحاكم الوطنية أحياناً أخرى، ومنها: إذا كان التدبير الوقائي أو التحفظي موجه ضد الغير، أي من ليس طرفاً في التحكيم، أو كان التدبير قهرياً، يستلزم سلطة الإيجاب و الاستعانة بالقوة والسلطة العامة<sup>(5)</sup>، كالأمر بالحجز التحفظي على أموال المدين<sup>(6)</sup> (Freezing of assets (La saisie conservatoire)؛

(1) كاستصدار أمر بالتحفظ على أموال المدين تنفيذاً للدين بعد نفاذ أمواله أو استصدار أمر بحفظ دليل بعد زواله أو استصدار أمر بإثبات حالة البضاعة المستوردة عند تسلمها بعد هلاكها.  
(2) حفيظة السيد حداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقائية و التحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي، بدون سنة نشر أو طبع، ص 21.

(3) قد تكون المحكمة الوطنية هي محكمة موطن الطرف طالب التدبير، والتي قد تكون غير محايدة وتميل إلى الخصم الذي يحمل جنسيتها لاسيما إذا كان الطالب هو الدولة المضيفة، في مواجهة المستثمر، في منازعات الاستثمار.

(4) G. Lemenez/P. Quigley, *The ICDR's Emergency Arbitrator Procedure in Action, Part I: A Look at the Empirical Data*, *Dispute Resolution Journal* (August/October 2008) P 2.

(5) كالأمر بالمحافظة على البضاعة وإيداعها لدى الغير المؤتمن، أو الأمر ببيعها متى كانت قابلة للتلف أو إلزام أحد الأطراف بتقديم ضمان معين وهو ما ينطبق بالنسبة لسلطة هيئة التحكيم في إصدار تدابير وقائية أو تحفظية. انظر: حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص 24.

(6) الحجز التحفظي كتدبير لازم للفصل في خصومة التحكيم يكون من اختصاص المحاكم الوطنية، ووفقاً لقانون التحكيم المصري لمحكمة المادة 9 (المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع أو محكمة استئناف القاهرة أو أي محكمة استئناف أخرى لو كان التحكيم تجارياً دولياً). انظر المادة 14 التي

لأن المحكم لا يملك سلطة الإجبار Imperium سلطته مقيدة و محددة بأطراف اتفاق التحكيم. أو إذا كانت التدابير الوقتية تتطلب مباغثة الطرف الآخر في ظل نظام (أي التحكيم) لا يعرف إجراءات الأمر على عريضة الذي ينفذ نفاذاً معجلاً والمقرر أمام القضاء<sup>(1)</sup>. فالأصل أن المحكم لا يملك إصدار تدابير وقتية أو تحفظية في غياب الطرف الآخر مواجه بتلك التدابير Ex parte<sup>(2)</sup>. ومن الأسباب الأخرى التي تجبر الأطراف على اللجوء إلى القضاء الوطني إشكالية عدم قابلية التدابير الوقتية أو التحفظية الصادرة في التحكيم للتنفيذ الجبري على المستوى الوطني أو على المستوى الدولي لا سيما في نطاق اتفاقية نيويورك للاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية 1958 .

كما أنه رغم المستقر عليه في فقه التحكيم من أن اللجوء إلى المحاكم الوطنية لا يتناقض مع لجوء الأطراف إلى التحكيم ولا مع الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في استبعاد القضاء<sup>(3)</sup>؛ لأن ذلك لا يتنافى مع نية الأطراف، كما أن استصدار التدابير الوقتية يجعل من اتفاق التحكيم أكثر فعالية و يضمن النتائج النهائية له<sup>(4)</sup>، بالإضافة إلى أن الاتفاق على التحكيم ينصب على موضوع

---

تتص على أن : "يجوز للمحكمة المشار إليها في المادة9 من هذا القانون أن تأمر، بناء على طلب أحد طرفي التحكيم، باتخاذ تدابير وقتية أو تحفظية سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها". (انظر: أحمد صدقي محمود، مرجع سابق، ص40).

(1) أبو الوفاء، التحكيم الاختياري و الإجمالي، منشأة المعارف، 1988 ،ص136.

(2) ولكن كما سنرى فيما بعد إن لمحكم الطوارئ وفق بعض القواعد المؤسسية سلطة إصدار تدابير طوارئ في غيبة الطرف الآخر Ex-parte و إن كان سلطته تلك محل نقاش واعتراض من البعض لما فيه من إخلال بمبدأ المواجهة كمبدأ متعلق بالنظام العام الإجرائي على المستوى الوطني و الدولي. انظر ما يلي ص114.

(3) ويرى البعض أن اللجوء إلى المحاكم أحياناً لاستصدار تدبير يعتقد المحتكم الطالب أنه وقتي يتضمن تنازلاً عن التحكيم خاصة لو كان التدبير المطلوب هو أمر أداء permanent injunction لأنه يمس موضوع التحكيم.

ICC Interim Award 5896 of 1991, extracts published in 11 (1) ICC Int'l Ct Arb Bull 37 (2000).

(4) انظر التقرير المتعلق بالتطبيق التحليلي على مسودة القانون النموذجي (UNICTRAL) رقم A/CN.9/264/25 مارس 1985. على الموقع الآتي باللغة الإنجليزية:

<http://daccess-dds>

[ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V85/244/18/PDF/V8524418.pdf?OpenElement](http://ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V85/244/18/PDF/V8524418.pdf?OpenElement)

(آخر زيارة 2015/2/27).

النزاع والحكم الصادر من المحكمة بتدبير وقتي لا يحوز حجة أمام هيئة التحكيم أو بالنسبة لموضوع التحكيم<sup>(1)</sup>.

إلا أن اللجوء إلى القضاء الوطني قبل تشكيل محكمة التحكيم<sup>(2)</sup> لا يجذب أطراف التحكيم لا سيما إذا وضع في الاعتبار متطلبات السرية و النفقات و الوقت و الاستقلال و الحيادة في نظام التحكيم. إن اللجوء إلى المحاكم الوطنية لا يضمن السرية في مجال التجارة و الأعمال، و كذلك يتطلب فترة زمنية حتى يسفر عنه عمل قضائي، بالإضافة إلى احتمالية عدم حيادية القضاء الوطني بالذات في منازعات الاستثمار ما بين الدولة و المستثمر الأجنبي.

لذلك قام واضعوا قواعد بعض مؤسسات التحكيم الآليات تكميلية Complementary mechanisms مؤداها منح أطراف التحكيم الحق في استصدار تدابير وقتية في مرحلة ما قبل تشكيل هيئة التحكيم Pre-formation stage بصفة خاصة أو ما قبل التحكيم pre-arbitral بصفة عامة أمام طرف ثالث محايد؛ احتراماً لإرادة أطراف التحكيم المصرة في البعد عن القضاء الوطني.

واليوم إشباعاً للحاجة التحكيمية تلك، لأطراف التحكيم الاختيار بين اليتين إما حرة Ad hoc أو مؤسسية institutional للاستصدار تدابير وقتية أو تحفظية في مرحلة ما قبل التحكيم، أي إما بالنص صراحة في اتفاق التحكيم على آلية الحصول على أي تدبير وقتي أو تحفظي من قبل طرق ثالث محايد،

(1) سيد أحمد محمود، سلطة المحكم في إصدار الأحكام الوقتية و الأوامر في القانون المقارن و الكويتي و المصري، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة الخامسة و العشرون- جمادي الآخرة 1422هـ- سبتمبر 2001م، ص 94. حفيفة السيد حداد، مرجع سابق، ص 32. لذلك تنص المادة 9 من قانون التحكيم النموذجي (UNICTRAL) على أنه: "لا يناقض اتفاق التحكيم طلب أحد الأطراف، قبل أو أثناء سير إجراءات التحكيم، استصدار تدبير مؤقت للحماية من إحدى المحاكم و للمحكمة أن تتخذ محكمة هذا الإجراء بناء على هذا الطلب".

"It is not incompatible with an arbitration agreement for a party to request, before or during arbitral proceedings, from a court an interim measure of protection and for a court to grant such measure".

انظر فيما بعد الاختصاص المشترك بين محكم الطوارئ و قضاء الدولة ما يلي ص 97.  
(2) سيد أحمد محمود، مرجع سابق، ص 92.

أو للأطراف أن يتفقوا على اللجوء إلى قواعد أحد مؤسسات أو مراكز التحكيم التي تقرر مثل تلك الآلية<sup>(1)</sup>.

لما تقدم فإن أطراف التحكيم قد يتفقوا على وضع إجراءات حرة خاصة بهم لاستصدار تدابير طوارئ في مرحلة ما قبل تشكيل محكمة التحكيم أو إحالة الملف إليها، بالاتفاق على أن تعهد هذه المهمة إلى محكم فرد أو ثلاثة محكمين. ولكن الاتفاق الحر هذا يحمل أطرافه نفقات باهظة. كما أن تلك الأطراف، غالباً وعملاً، يفشلوا في الاتفاق على إجراءات تدابير طارئة إذا نشأ نزاع بالفعل<sup>(2)</sup>. بالإضافة إلى أن الوقت اللازم لإصدار تدابير وقائية طارئة قد يستغرق وقتاً طويلاً يضحى التدبير الوقتي الطارئ معه غير مجد أو فعال.

لذلك، يفضل أطراف التحكيم اللجوء إلى تحكيم الطوارئ المؤسسي. إذ يوجد، الآن، العديد من مؤسسات التحكيم في العالم تضع آليات تكميلية مؤسسية تأخذ أحد شكلين. الأول: تمنح رئيس المؤسسة أو جهاز تابع للمؤسسة سلطة إصدار تدابير طارئة<sup>(3)</sup>. الثاني: تسن قواعد بشأن إجراءات تدابير الطوارئ emergency provisional relief procedures، هذه القواعد

---

(1) جدير بالذكر هنا أن بعض المؤسسات تنص على آلية أخرى، غير تحكيمية، للاستصدار تدابير تحفظية أو وقائية تتعلق بالأدلة مثل: آلية الخبير الفني في مرحلة ما قبل التحكيم pre-arbitral technical expert. ولن نتطرق لهذه الآلية لأنها لا تهدف أساساً إلى حماية الحقوق بقدر ما تهدف إلى حفظ الأدلة أمام طرف ثالث خبير. لمزيد من التفاصيل في هذا الموضوع انظر:

Yves Derains, "Technical Expertise and Refere Arbitral" in: Pieter Sanders (ed.), *New Trends in the Development of International Commercial Arbitration and the Role of Arbitral and Other Institutions*, ICCA Congress Series No. 1 (Kluwer: Hamburg 1982), 183-184 ("New Trends").

وانظر في التمييز بين تحكيم الطوارئ و الخبرة ما يلي ص85.

(2) Ali Yesilirmak, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, (Kluwer Law International 2005) P. 117.

(3) انظر على سبيل المثال: المادة 13 من قواعد الجمعية الفرنسية للتحكيم the French Arbitration Association ("FAA") <http://www.afa-arbitration.com/> و المادة R37 من قواعد التحكيم الرياضي the Court of Arbitration for Sport (cas.org/en/arbitration/code-procedural-rules.html) [http://www.tas-arbitration.com/en/arbitration-rules/#Article\\_13](http://www.tas-arbitration.com/en/arbitration-rules/#Article_13)

تضع آلية لمنح شخص يُعين من قبل الأطراف أو المؤسسة سلطة إصدار تدابير وقائية<sup>(6)</sup>.

وجدير بالذكر هنا، أنه على الرغم من أن التوقعات تشير إلى زيادة استخدام التدابير الوقائية في مجال التحكيم لا سيما التحكيم التجاري الدولي، ولكن ما يساهم في سرعة تلك الزيادة هو فرصة اللجوء إلى تحكيم الطوارئ والتي تمنحها الآن العديد من مراكز التحكيم في العالم<sup>(7)</sup>. ونضيف أن في تبني قواعد محكم الطوارئ المؤسسية أهمية كبيرة في تطوير العمل المؤسسي في مجال التحكيم من حيث تقديم التسهيلات الإدارية و الفنية، مما يشعر أطراف التحكيم بالأطمئنان و الثقة في أن إجراءات التحكيم وما يصدر عنها من قرارات سيكون في ظل قواعد تلك المراكز، حتى وإن كان يتكبد مصروفات أو أتعاب زائدة مقارنة بالتحكيم الحر<sup>(8)</sup>.

إذا كان سن قواعد محكم الطوارئ دليل على تحول متطور في التحكيم كآلية بديلة للقضاء، فإنه أدل على وجود حافز شديد و لجوء كتزايد لأطراف المنازعات إلى هذه الآلية، بما تتمتع بها من مزايا تجنبهم عيوب التقاضي أمام قضاء الدولة.

لما سبق كله، رأينا أن تلك الدراسة واجبة ليس فقط لعرض النظام الإجرائي لتحكيم الطوارئ باعتباره نظاماً جديداً في عالم التحكيم في الخمس سنوات الفائتة، و لكن لنرى مدى فعالية آلية تحكيم الطوارئ في إشباع حاجة أطراف النزاع إلى الحماية الوقائية و التحفظية الطارئة أي لحين تشكيل هيئة التحكيم ، ومدى أفضليتها عن اللجوء إلى القضاء الوطني أو الانتظار حتى تشكيل محكمة التحكيم واستصدار التدابير الوقائية منها، وللوقوف على فعالية

---

(6) الحاجة إلى هذه القواعد تزداد في بعض المنازعات لا سيما تلك طويلة الأجل أو التي تستلزم الحفاظ على أسرار تجارية أو الملكية الفكرية، والتي تستوجب السرية التامة وسرعة الفصل فيها. Ali Yesilirmak , Provisional Measures in International Commercial Arbitration ( Kluwer Law International 2005) P.118.

(7)Edgardo MUÑOZ: How urgent shall an emergency be? – The standards required to grant urgent relief by emergency arbitrators in Yearbook on International Arbitration Volume IV.p.45.

[http://www.internationalprivatelaw.com/files/Munoz\\_Urgent\\_Measures\\_in\\_YIA\\_p.\\_1-29\\_1\\_.pdf](http://www.internationalprivatelaw.com/files/Munoz_Urgent_Measures_in_YIA_p._1-29_1_.pdf) (visited 6/6/2015).

(8) انظر فيما بعد نفقات اللجوء إلى محكم الطوارئ ص126.

تحكيم الطوارئ و جدواه سوف نطرح في ثنايا الدراسة المقارنة أيضا فيما بين نظام التدابير الوقائية أمام قضاء الدولة (المستعجل) و محكمة التحكيم من ناحية و محكمة الطوارئ من ناحية أخرى.

### ثانياً: إشكاليات الدراسة

نضع إشكاليات الدراسة في شكل تساؤلات تجيب عليها الدراسة، بإذن الله تعالى، كالتالي:

ما المقصود بتحكيم الطوارئ وعناصره، وما يميزه عن آليات التحكيم الأخرى التي تواجه حالات الاستعجال القصوى أو الطوارئ؟ ما هي الأسباب التي تجعل أطراف التحكيم يفضلون اللجوء إلى آلية تحكيم الطوارئ عن اللجوء إلى المحاكم الوطنية للحصول على الحماية الوقائية الطارئة؟ وهل لتحكيم الطوارئ خصائص ومميزات تجعلها آلية فعالة منتجة في إشباع حاجتهم في الحماية الطارئة لحقوقهم أو الأدلة؟

ماهي المبادئ التي تحكم نظام تحكيم الطوارئ وإجراءاته حتى يوتي ثماره في مواجهة حالة الطوارئ في مرحلة ما قبل التحكيم، وكيف نوازن بين مصلحة الأطراف فيها ومبادئ التحكيم الأساسية سواء التي تتضمنها قوانين التحكيم الوطنية (كقانون التحكيم المصري و قواعد تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الواردة في قانون المرافعات المدنية و التجارية) والقوانين المؤسسية للتحكيم و تلك القوانين النموذجية الدولية؟

ما هي إجراءات تحكيم الطوارئ، وكيف تتنافس مراكز التحكيم فيها للوصول إلى أقصى إشباع لحاجيات أطراف التحكيم للحصول على تدابير طوارئ؟

ما مدى فعالية تحكيم الطوارئ بصدد مسألة تنفيذ قرار محكم الطوارئ على المستوى أنظمة القوانين الوطنية ومنها النظام القانوني المصري، أو على مستوى قوانين التحكيم النموذجية أو على مستوى دولي في ظل اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية سنة 1958؟

## ثالثاً: معوقات الدراسة

تواجه هذه الدراسة العديد من المعوقات وهي:

1- إن قضايا تحكيم الطوارئ العملية نادرة، وذلك يرجع - في نظري- إلى عدم نشر تلك القضايا؛ لأن أطراف التحكيم يفضلون دائماً سرية الإجراءات حفاظاً على مصالحهم وحقوقهم ومراكزهم القانونية ولتحقيق فعالية إجراءات التحكيم. اللهم إلا إذا أحييت القضية لقضاء الدولة لإعمال سلطتها في الرقابة بصدد نظر دعوى بطلان أو طلب تنفيذ.

2- إن نظام تحكيم الطوارئ نظام حديث. فهو نظام يعتمد أساساً على القواعد المؤسسية الحديثة. وبالتالي لا توجد قوانين تحكيم وطنية - إلا ما ندر- تواجه تلك الظاهرة الحديثة، لا تعريفاً ولا أحكاماً.

3- لا توجد مراجع عربية تتطرق إلى ماهية تحكيم الطوارئ وقواعده وأحكامه على عكس الحال بالنسبة للمراجع الأجنبية، خاصة الإنجليزية. حيث أن المراجع العربية<sup>(29)</sup>، عندما تناولت الحماية المستعجلة في مرحلة ما قبل التحكيم، أحالت المسألة إلى قضاء الدولة في زمن لم يكن نظام محكم الطوارئ موجوداً<sup>(30)</sup>.

## رابعاً: تسمية ومنهج وخطة الدراسة

إن مراكز التحكيم في العالم، والتي تضمنت قواعد تحكيم الطوارئ، تفضل تسمية تلك القواعد بقواعد "محكم الطوارئ Emergency Arbitrator(EA)"; ويرجع ذلك في نظرنا إلى أن محكم الطوارئ هو العمود الفقري- كما سنبين لاحقاً- في إجراءات تحكيم الطوارئ. كما أن آلية تعيين محكم الطوارئ و كيفية ممارسة مهمته وتقديره لإصدار تدابير وقائية

(29) انظر: حفيظة السيد حداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر العربي 1996ص13..سيد أحمد محمود، سلطة المحكم في إصدار الأحكام الوقائية و الأوامر في القانون المقارن والكويتي والمصري، مجلة الحقوق، جامعة الكويت العدد الثالث، السنة الخامسة والعشرون- جمادي الآخرة 1422هـ- سبتمبر 2001م. ص92. أحمد صدقي محمود، مرجع سابق، ص7، 82.

(30) مع الأخذ في الحسبان أنه ابتدعت قواعد " حكم التدابير الوقائية أو التحفظية في مرحلة ما قبل التحكيم " بمركز ICC سنة 1990.



في مرحلة ما قبل إجراءات التحكيم العادي، وبشكل مؤسسي، تشكل جميعها أساس وجوه تحكيم الطوارئ وضمان فعاليته.

إلا أن تسمية تلك القواعد بقواعد "محكم الطوارئ" توحى بالتركيز على قواعد لمحكم الطوارئ، كأحد أشخاص تحكيم الطوارئ، من حيث تعيينه وواجباته وحقوقه ومهمته، وضمائنه، ومسئوليته. ولكن الأمر أوسع من ذلك عند التعرض لتلك القواعد، فنجد أنها لا تقتصر فقط على تنظيم "محكم الطوارئ"، بل نراها تمتد لتنظيم باقي عناصر التحكيم من حيث الموضوع (التدابير الوقائية الطارئة) والسبب (الحاجة إلى التدابير الوقائية و الاتفاق)، كما أن تلك القواعد تسن نظاماً إجرائياً متكاملأً لتحكيم الطوارئ من بداية الإجراءات وحتى نهايتها، بالإضافة إلى أنها تضع مبادئ تضبط تحكيم الطوارئ بما يتناسب وفلسفته و غايته. لذلك فضلنا تسمية تلك الدراسة بـ"تحكيم الطوارئ" وليس "محكم الطوارئ" للتركيز على تحكيم الطوارئ باعتباره تحكيمياً قبل التحكيم<sup>(31)</sup>.

هديا بما تقدم، سوف نتبع في هذه الدراسة المنهج "التأصيلي" في تأصيل فكرة "تحكيم الطوارئ" ببيان ماهيتها و عناصرها وتمييزها عن الأفكار الأخرى، وكذلك المنهج "التحليلي" لتحكيم الطوارئ بتحليل قواعد وأحكام هذا النوع من التحكيم، وكذلك نظامه الإجرائي ومدى فعاليته، وذلك كله مع اتباع منهج "الدراسة المقارنة"، بالمقارنة بين قواعد محكم الطوارئ المؤسسية المختلفة والحديثة.

---

(31) وأضيف أن دراستنا تتطرق للمقارنة بين قواعد تحكيم الطوارئ في مرحلة ما قبل التحكيم العادي باختلاف مسميات المحكم فيها سواء سُمي بـ "حكم referee التدابير الوقائية و التحفظية" كما هو الحال بقواعد " حكم التدابير الوقائية و التحفظية" بمركز ICC سنة 1990، والتي مازالت سارية المفعول حتى الآن، أو سُمي بـ"محكم الطوارئ" حديثاً، تأكيداً على اعتباره محكماً بالمعنى الفني من ناحية، و تجنباً للشبهات التي أثرت حول "الحكم referee" لاعتباره محكماً بسبب تلك التسمية من ناحية أخرى.

إن هذه الدراسة تنقسم إلى مبحثين رئيسيين:

مبحث أول: ماهية تحكيم الطوارئ  
مطلب أول: عناصر تحكيم الطوارئ  
مطلب ثان: تمييز تحكيم الطوارئ عن غيره

مبحث ثان: قواعد تحكيم الطوارئ و فعاليتها  
مطلب أول: قواعد تحكيم الطوارئ  
مطلب ثان: فعالية تحكيم الطوارئ

## المبحث الأول ماهية تحكيم الطوارئ

تمهيد وتقسيم :

إن قواعد محكم الطوارئ المؤسسية<sup>(32)</sup> لم تضع تعريفاً لتحكيم الطوارئ arbitration emergency أو حتى لمحكم الطوارئ emergency arbitrator<sup>(33)</sup>. ويرجع ذلك في رأبي إلى سببين. السبب الأول: أن مهمة تعريف المصطلحات القانونية تعهد إلى الفقه وليس المشرع. السبب الثاني: إن تحديد طبيعة تحكيم الطوارئ وما إذا كان تحكيمياً بالمعنى الفني وما إذا كان أيضاً محكم الطوارئ محكماً بالمعنى الفني مسائل رمادية، يحيطها العديد من الشكوك، ساهمت بشكل كبير في صعوبة وضع تعريف جامع مانع له<sup>(34)</sup>.

(32) تحكيم الطوارئ قد يكون حراً ad-hoc أو مؤسسياً institutional وهو الغالب في العمل. انظر ما يلي ص59.

(33) Jason Fry, Clifford Chance: The Emergency Arbitrator - Flawed Fashion or Sensible Solution?, Dispute Resolution International. Int'l 179. November, 2013.

وتقتصر القوانين الوطنية على تعريف هيئة التحكيم لفظاً و ليس اصطلاحاً بأنه المحكم الفرد أو الهيئة المشكلة من أكثر من محكم. كذلك الأمر بالنسبة للفظ "التحكيم" ينصرف إلى التحكيم الحر أو المؤسسي. انظر على سبيل المثال المادة 4 من قانون التحكيم المصري. كما أن الفقه الذي تعرض إلى دراسة تحكيم الطوارئ أو محكم الطوارئ لم يعرفهما، بل تطرق إلى الركائز الأساسية التي تحكمه، هروباً من تحديد طبيعته؛ لأنه لازم التعريف بتحكيم الطوارئ تحديد طبيعته و عناصره.

(34) انظر حول طبيعة تحكيم الطوارئ و مهمة محكم الطوارئ لاحقاً ص54 وما بعدها.

ولكن يمكن القول بأن تحكيم الطوارئ هو تحكيم أي اتفاق الأشخاص على استصدار تدابير وقتية طارئة، في مرحلة ما قبل التحكيم العادي-pre arbitral، على فرد(محكم الطوارئ) يختارونه مباشرة أو يعهدوا لمؤسسة تحكيم سلطة تعيينه، وهو الغالب، ليصدر في النهاية قراراً له طبيعة قضائية ملزمة لهم ومؤقت لحين تشكيل محكمة التحكيم أو إحالة الملف إليها<sup>(1)</sup>.

إن تحكيم الطوارئ غالباً وعملاً، وكما جاء في تعريفنا، هو تحكيم مؤسسي أكثر من أن يكون حراً؛ نظراً لصعوبة الاتفاق على تحكيم الطوارئ في مرحلة ما قبل التحكيم لعدم دراية الأطراف بها أو اتجاه نيتهم إليه في مرحلة المفاوضات.

إن أشهر القواعد المؤسسية وأولها من التي وضعت اللجنة الأولى لتحكيم الطوارئ، هي قواعد الـ ICC غرفة التجارة الدولية International Chamber of Commerce بشأن "الحكم في ما قبل التحكيم" - Pre-arbitral Referee Procedure عام 1990<sup>(2)</sup>، والمستمدة قواعدها من قواعد الإجراءات المستعجلة في القانون الفرنسي<sup>(3)</sup>. ونظراً لندرة تطبيق

(1) وأطلقت عدة تسميات على إجراءات تحكيم الطوارئ ومنها emergency relief proceedings إجراءات تدابير الطوارئ كما في قواعد التحكيم السويسري 2012 تبدأ في النفاذ من أول يونيو 2012 على الموقع التالي:

[https://www.swissarbitration.org/sa/download/SRIA\\_english\\_2012.pdf](https://www.swissarbitration.org/sa/download/SRIA_english_2012.pdf).

وسُميت أيضاً بـ Emergency Measures of Protection إجراءات التدابير الطارئة للحماية المنصوص عليها في قواعد التحكيم في إجراءات فض المنازعات الدولية معلة ودخلت حيز النفاذ في أول يونيو 2014 الصادر عن مركز ICDR انظر الموقع الرسمي:

<https://www.icdr.org/icdr/>

(2) يترجمها بعض الفقه بنظام قضاء التحكيم المستعجل. حفيظة حداد، مرجع سابق، ص 171. في شأن هذه القواعد بلغات عديدة ومنا العربية على الموقع الرسمي لغرفة التجارة الدولية التالي (آخر زيارة 2015/3/1):

<http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/pre-arbitral-referee/rules-for-a-pre-arbitral-referee-procedure/>

(3) ينشأ عن الكثير من العقود، وبخاصة تلك التي تتضمن عمليات طويلة الأجل، مشاكل تتطلب إجراءات مستعجلة. وغالباً ما يصعب الحصول على قرار نهائي من محكمة تحكيم أو محكمة قضائية ضمن المهلة المطلوبة. لذا، وضعت غرفة التجارة الدولية نظاماً للتدابير المؤقتة والتحفظية السابقة للتحكيم، يسمح للأطراف الاتفاق على اللجوء بسرعة إلى شخص يسمى "حكم التدابير المؤقتة والتحفظية" يحق له أن يأمر بتدابير تهدف إلى حل مشكلة طارئة، بما في ذلك تسجيل الأدلة أو المحافظة عليها. قد يقدم القرار المستعجل حلاً مؤقتاً للنزاع وقد يرسى أسس حله النهائي من

قواعد "حكم التدابير الوقتية والتحفظية" في مرحلة ما قبل التحكيم منذ عام 1990 وحتى 2012، حيث لم تُستخدم تلك القواعد عملياً سوى في اثنتي عشرة مرة من سنة 1990 وحتى 2012<sup>(38)</sup>؛ ويرجع ذلك لسببين رئيسيين وهما أن المحكّمين أو ممثليهم من المحالين لم يكونوا في ذلك الوقت على دراية بوجود قواعد الحكم في مرحلة ما قبل التحكيم والتي لم تكن قواعدها جزءاً من قواعد التحكيم ICC الأساسية بل كانت منفصلة عنها. فضلاً عن أن تطبيق تلك القواعد يستلزم الاتفاق الخاص والصريح من قبل أطراف التحكيم ولا يتم تلقائياً بمجرد إحالة اتفاق التحكيم إلى قواعد ICC للتحكيم<sup>(39)</sup>؛ لأن تلك القواعد لم تكن مندمجة في قواعد التحكيم ICC الأساسية. كذلك الأمر بالنسبة للقواعد الاختيارية لتدابير الحماية الطارئة من قواعد AAA (جمعية التحكيم

خلال التسوية أو أي وسيلة أخرى. لا يشكل اللجوء إلى التدابير المؤقتة والتحفظية السابقة للتحكيم تعدياً على صلاحية أي محكمة تحكيمية أو قضائية مختصة للبت في أساس النزاع. نظام التدابير المؤقتة والتحفظية السابقة للتحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية نافذاً اعتباراً من أول كانون الثاني/يناير 1990، وما زالت تلك قواعد "حكم التدابير الوقتية والتحفظية" سارية حتى الآن. انظر تلك القواعد الموقع التالي:

<http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/pre-arbitral-referee/rules-for-a-pre-arbitral-referee-procedure/>.

وعلى ذات نهج غرفة التجارة الدولية ICC، أصدرت المنظمة العالمية للملكية الفكرية WIPO سنة 1996 قواعد التدابير الطارئة، ثم أصدرت محكمة التحكيم الأوروبية The European Court of Arbitration (ECA) قواعد الحكم في ما قبل التحكيم سنة 1997 وتابعتها جمعية التحكيم الأمريكية (American Arbitration Association AAA) سنة 1999 ووضعت القواعد الاختيارية بشأن التدابير الطارئة للحماية للحمية Optional Rules For Emergency Measures Of Protection.

<sup>(38)</sup> بل استغرقت أكثر من عشر سنوات لتطبيق تلك القواعد على قضيتين مختلفتين:

Emmanuel Gaillard and Philippe Pinsolle, *The ICC Pre-Arbitral Referee: First Practical Experiences*, Arbitration International, (Kluwer Law International 2004 Volume 20 Issue 1 ) pp.1-19. Carlos de los Santos Lago/Victor Bonnin, "Emergency Proceedings Under the New ICC Rules", in Miguel Angel Fernández-Ballesteros and David Arias (eds.), *Spain Arbitration Review* (Wolters Kluwer España 2012), Vol. 2012, Issue 13, p. 5.

<sup>(39)</sup> حيث تنص المادة 3(1) من قواعد الحكم في مرحلة ما قبل التحكيم على أن الاتفاق على تطبيق إجراءات الحكم ما قبل التحكيم لا بد أن يكون مكتوباً.

"An agreement to use the Pre-Arbitral Referee Procedure must be in writing".

الأمريكية) سنة 1999<sup>(40)</sup> - وكان يستلزم تطبيقها الاتفاق الصريح المكتوب من قبل أطراف التحكيم على تطبيقها، بعيداً عن الاتفاق الأساسي على التحكيم<sup>(41)</sup>، وهو ما يسمى بنظام اختيار التطبيق opt-in system<sup>(42)</sup>.

والآن وبصفة أساسية ومنذ الفترة ما بين 2006 وحتى الانتهاء من دراستنا هذه، قامت العديد من مؤسسات التحكيم<sup>(43)</sup> بسن قواعد لتحكيم الطوارئ regulations Emergency Arbitration، والتي تبنت نظام اختيار الاستبعاد System opt-out في تطبيقها<sup>(44)</sup>، منها قواعد مركز الـ

---

(40) G. Lemenez/P. Quigley, *The ICDR's Emergency Arbitrator Procedure in Action, Part I: A Look at the Empirical Data*, *Dispute Resolution Journal* (August/October 2008)p. 2.

(41) حيث تنص المادة الأولى من قواعد نظام التدابير المؤقتة والتحفيزية السابقة للتحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية، والذي جاء في ديباجته نافذاً اعتباراً من أول كانون الثاني/ يناير 1990 أن توصي غرفة التجارة الدولية جميع الأطراف الراغبين في اللجوء إلى نظام التدابير المؤقتة والتحفيزية السابقة للتحكيم لدى غرفة التجارة الدولية أن يضمنوا عقودهم نموذج الشرط التالي: "لكل طرف متعاقد أن يلجأ إلى نظام التدابير المؤقتة والتحفيزية السابقة للتحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية مع التزام الأطراف بأحكام هذا النظام". انظر الموقع الآتي:

<http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/pre-arbitral-referee/rules-for-a-pre-arbitral-referee-procedure/>

آخر زيارة 2015/2/28.

(42) J.-Y. Garaud/Ch.-H. de Taffin, *The ICC Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure*, *ICC Bull Vol. 16 No. 1* (2005) 33, 38.

انظر بالتفصيل عن هذا النظام أو نظام اختيار الاستبعاد opt-out system ما يلي ص 47. (43) أول من ابتدع تحكيم الطوارئ المركز الدولي لفض المنازعات التابع لجمعية التحكيم الأمريكية AAA في سنة 2006، ثم قواعد مركز هونكونج للتحكيم الدولي HKIAC سنة 2008 ومركز سنغافورة SIAC ومركز ستوكهولم SCC سنة 2010، ثم مركز ICC غرفة التجارة الدولية والقواعد السويسرية SWISS RULES سنة 2012. ومركز لندن للتحكيم الدولي LCIA سنة 2014 وغيرها كالمركز البلجيكي للتحكيم والوساطة CEPANI (The Belgian Center for Arbitration and Mediation) في يناير 2013 تعديلاً لتسعة قواعد سنة 2005. غرفة البحرين لفض المنازعات the Bahrain Chamber for Dispute Resolution (BCDR) في يناير 2010.

(44) تجنباً للعب الذي أصاب تطبيق قواعد الـ ICC سنة 1990 من جراء تبني نظام اختيار التطبيق opt-in system منذ 1990، ونظام اختيار الاستبعاد يعني التطبيق التلقائي لقواعد محكمة الطوارئ عند الاتفاق على تطبيق قواعد الـ ICC للتحكيم ما لم يتفق الأطراف على استبعاد قواعد محكمة الطوارئ.

ICC للتحكيم<sup>(1)</sup> وغيرها من مؤسسات التحكيم التي سعت إلى تطوير قواعدها قواعدها المؤسسية لتوفير إجراءات الحصول على تدابير طارئة emergency relief لا تنتظر حتى تشكيل هيئة التحكيم للبدء في إجراءات التحكيم الأساسية. أول تلك المراكز المركز الدولي لفض المنازعات (ICDR) International Centre for Dispute Resolution (2) سنة 2006 قواعد مركز سنغافورة للتحكيم الدولي Singapore International Arbitration Centre (SIAC) سنة 2010<sup>(3)</sup> و غرفة ستوكهلم للتجارة Stockholm Chamber of Commerce (SCC) سنة 2010<sup>(4)</sup> وقواعد غرفة التجارة الدولية International Chamber of

(1) جدير بالذكر أيضاً أن قواعد ICC للتدابير الوقائية أو التحفظية ما زالت سارية المفعول حتى مع سريان قواعد محكم الطوارئ 2012. ولكن يستحيل على أطراف التحكيم منعاً من التناقض الذي يعصف بالثقة التي يولدها التحكيم الاتفاق صراحة على تطبيق قواعد 1990 مع الاتفاق على تطبيق قواعد ICC للتحكيم من تاريخ أول يناير 2012 تاريخ سريان قواعد محكم الطوارئ ينص البند 6 من المادة 29 من قواعد ICC 2012 على أنه : "لا تنطبق الأحكام الخاصة بمحكم الطوارئ إذا:

(أ) كان اتفاق التحكيم الموافق للقواعد قد أبرم قبل تاريخ دخول القواعد حيز النفاذ،  
(ب) اتفق الأطراف على عدم الخضوع للأحكام الخاصة بمحكم الطوارئ أو؛  
(ج) اتفق الأطراف على اللجوء إلى إجراءات أخرى تسبق التحكيم تنص على إمكانية اتخاذ تدابير تحفظية أو وقتية أو إبي إجراءات مماثلة".

(2) هذا المركز هو النزاع الدولي لجمعية التحكيم الأمريكية American Arbitration Association (AAA). وردت قواعد التدابير الطارئة للحماية في المادة 37 من إجراءات فض النزاع الدولي. وكذلك المادة 6 من قواعد المركز الدولي لفض المنازعات أول يونيو 2014. على الموقع: [www.ICDR.org](http://www.ICDR.org)

(3) SIAC Rules (2010) art.26(2) and Sch.I.

(4) المالحق الثاني APPENDIX II من قواعد التحكيم سنة 2010 والذي أحالت إلى المادة 32 فقرة 4 من قواعد التحكيم الأساسية، سارية النفاذ منذ أول يناير 2010. على الموقع التالي:  
[http://www.sccinstitute.com/media/40129/k4\\_skiljedomsregler-eng-arbtryck\\_1\\_100927.pdf](http://www.sccinstitute.com/media/40129/k4_skiljedomsregler-eng-arbtryck_1_100927.pdf)

لم تقم تلك المراكز أو المؤسسات بوضع تعريف لتحكيم الطوارئ، ولكن يمكن استخلاص عناصره منها سواء أشخاصه (أطراف التحكيم، ومحكم الطوارئ) وموضوعه (تدابير الطوارئ) وسببه أي أساسه القانوني ( الحاجة إلى تدابير وقائية) و الاتفاقية (اتفاق التحكيم).

(49) وجدير بالذكر أن محكمة لندن للتحكيم الدولي LCIA عند مواجهتها الظروف الطارئة التي لا تحتمل الانتظار لحين تشكيل هيئة التحكيم، فشلت في تبني قواعد للتدابير الطارئة عام 1998، معتقدة أن الطرف الثالث المحايد الذي يصدر مثل تلك التدابير لا يعد محكماً بالمعنى الفني وأن التدبير الوقائي من غير محكم أمر غير مقبول. على الرغم مما تقضي به المادة 9 منها على التشكيل السريع "expedited formation" لهيئة التحكيم التي تنظر الموضوع كآلية تعويض غياب نصوص محكم الطوارئ.

Ali Yesilirmak , Provisional Measures in International Commercial Arbitration, ( Kluwer Law International 2005) P.121. Note 42 .

ولكن عملاً بهذه الآلية، إن محكمة LCIA ، في حالة الطوارئ الاستثنائية exceptional urgency، بدلاً من أن تقوم بتعيين محكم طوارئ ليفصل في مسائل طارئة لا تحتمل الانتظار حتى تعيين هيئة التحكيم، تقوم بالإسراع في تشكيل هيئة التحكيم وكذلك المحكم البديل، بإنقاص الفترة الزمنية اللازمة لتعيين الهيئة أو المحكم البديل، ولها أيضاً إنقاص أو تقليص الفترة الزمنية للرد على طلب التحكيم أو أي مسائل أو وثائق لم يتضمنها طلب التحكيم . انظر المادة 9 من قواعد LCIA 1998 على الموقع التالي (آخر زيارة 2015/3/3):

[http://www.lcia.org/Dispute\\_Resolution\\_Services/LCIA\\_Arbitration\\_Rules.aspx](http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Arbitration_Rules.aspx)

وبعد ثبوت فشل تلك الآلية في مواجهة الظروف الطارئة، لاشرطتها "ظروف طارئة استثنائية" بالإضافة إلى تفضيل الممارسين للتحكيم، في اللجوء إلى استصدار التدابير الوقائية و التحفظية، إما الانتظار لحين تشكيل هيئة التحكيم أو اللجوء إلى قضاء الدولة، وعلى إثر ذلك اضطرت محكمة لندن للتحكيم الدولي، وبعد نجاح تجربة تعيين محكم طوارئ فرد على ذات نهج الكثير من مؤسسات التحكيم، إلى سن قواعد لمحكم الطوارئ Emergency Arbitrator وينفذ أول أكتوبر من سنة 2014 كما سنوضح بالمتن. انظر قواعد 2014 على الموقع التالي(آخر زيارة 2015/3/3):

[http://www.lcia.org/Dispute\\_Resolution\\_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx](http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx)

(50) اخترنا التركيز في هذه الدراسة على قواعد محكم الطوارئ في هذه المراكز والمؤسسات ، المشار إليها في المتن؛ نظراً لأنهم الأكثر صيغاً في عالم التحكيم عموماً و تحكيم الطوارئ خصوصاً. بل هي الأكثر تطبيقاً لتلك القواعد في الواقع العملي كما سنبين في دراستنا.

من ناحية أخرى، لا يكفي لتحديد ماهية تحكيم الطوارئ الوقوف فقط على عناصره، بل لابد من التعرض لطبيعته وخصائصه الذاتية، وصولاً إلى تمييز تحكيم الطوارئ عن آليات و أنظمة أخرى قد تتشابه معه.

وفي ضوء ما تقدم سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين كالتالي:

### مطلب أول: عناصر تحكيم الطوارئ

### مطلب ثان: تمييز تحكيم الطوارئ عن غيره

#### المطلب الأول

#### عناصر تحكيم الطوارئ

إن كنا قد عرفنا تحكيم الطوارئ على أنه اتفاق الأشخاص على استصدار تدابير وقائية طارئة، في مرحلة ما قبل التحكيم العادي (pre-arbitral، على فرد (محكم الطوارئ) يختارونه مباشرة أو يعهدوا لمؤسسة تحكيم سلطة تعيينه، وهو الغالب، ليصدر في النهاية قراراً له طبيعة قضائية ملزمة لهم ومؤقت لحين تشكيل محكمة التحكيم أو إحالة الملف إليها. فمن هذا التعريف يمكن أن نخرج إلى عناصر تحكيم الطوارئ والتي تتمثل في أشخاص تحكيم الطوارئ (فرع أول)، وموضوعه (فرع ثان) وسببه (فرع ثالث).

#### الفرع الأول

#### أشخاص تحكيم الطوارئ

المقصود بأشخاص تحكيم الطوارئ هم أطراف تحكيم الطوارئ و محكم الطوارئ:

#### أولاً: أطراف تحكيم الطوارئ

إن تحكيم الطوارئ- كالتحكيم العادي<sup>(51)</sup>- هو اتفاق أطراف التحكيم العادي على وسيلة لفض طلب التدابير الوقائية الطارئة التي لا تحتمل التأخير لحين تشكيل هيئة التحكيم باللجوء إلى شخص ثالث محايد يسمى " محكم

(51) التحكيم ينشأ نتيجة لاتفاق الأطراف عليه، إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة. (انظر: أمال الفزائري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، منشأة المعارف، طبعة 1997، ص24).



الطوارئ"، عن طريق اتفاق التحكيم العادي ذاته بالإحالة إلى قواعد مؤسسية تتضمن قواعد "محكم الطوارئ" أو "تحكيم الطوارئ". أي لا يحتاج تطبيق قواعد تحكيم الطوارئ إلى اتفاق خاص أو منفصل أو مستقل عن اتفاق التحكيم العادي. فيترتب على الاتفاق على الإحالة إلى قواعد مركز يتضمن قواعد محكم الطوارئ تطبيقها تلقائياً ما لم يتفق الأطراف على استبعادها، وهو ما يسمى بنظام اختيار الاستبعاد opt-out system كما أسلفنا.

وبالتالي أطراف تحكيم الطوارئ هم أطراف التحكيم العادي، فالصفة أو الأهلية المطلوبة للاتفاق على التحكيم العادي هي ذاتها المطلوبة لتحكيم الطوارئ. وإن كان لا يشترط أهلية التقاضي la capacité d'ester en justice في اللجوء إلى قضاء الدولة لطلب التدابير الوقائية؛ لأنه لا يمس أصل الحق أو موضوع النزاع<sup>(1)</sup>، فيشترط الأهلية الكاملة (أهلية التصرف) في اللجوء إلى تحكيم الطوارئ لسبب بسيط وهو الاتفاق على تحكيم الطوارئ هو ذاته الاتفاق على التحكيم العادي، و الأخير يتطلب في أطرافه الأهلية اللازمة للتصرف في الحق المتنازع عليه للنتيجة الخطيرة المترتبة على اتفاق التحكيم، وهي التنازل عن اللجوء إلى القضاء العادي، فلا يكفي توافر أهلية التقاضي<sup>(2)</sup>.

التقاضي<sup>(2)</sup>.

وإذا كان اتفاق التحكيم العادي، الذي ينتج عنه التطبيق التلقائي لقواعد محكم الطوارئ، باعتباره عقداً يخضع لمبدأ نسبية العقد، فلا يستفيد ولا يضر من اتفاق التحكيم سوى أطرافه، ورغم ذلك يجوز استثناء امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير في أحوال معينة<sup>(3)</sup>. فهل يخضع تحكيم الطوارئ لمبدأ النسبية و يقبل قبل الامتداد للغير<sup>(4)</sup>؟

(1) ولأن شرط الاستعجال يتنافى مع ما يحتاجه الحرص على صحة التمثيل القانوني من وقت (نقض مصري 1981/3/26، طعن رقم 69 لسنة 48 ق. مشار إليه في: سيد احمد محمود، القضية المستعجلة، وفقاً لقانون المرافعات، الطبعة الثانية، سنة 2006، ص20.

(2) أسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، دار النهضة العربية، طبعة 2004، بند 27، ص29.

(3) لمزيد من التفاصيل عن أحوال امتداد اتفاق التحكيم على الغير انظر: فتحي والي، مرجع سابق، ص 191- 201 بند 97- 104. أسامة أحمد شوقي المليجي، مرجع سابق، بند 22، ص24-26.

(4) تجيب على هذا التساؤل فيما بعد عند التعرض لنسبية تحكيم الطوارئ كأحد المبادئ التي تحكم تحكيم الطوارئ ص106.

1) شروط تعيين محكم الطوارئ :

إن محكم الطوارئ هو العمود الفقري لتحكيم الطوارئ، لذلك سمت غالبية قواعد المراكز والمؤسسات الحديثة قواعد تحكيم الطوارئ بقواعد "محكم الطوارئ (Emergency Arbitrator (EA"<sup>(1)</sup>. رغم ذلك لم تشترط كل قواعد محكم الطوارئ المؤسسية شروطاً معينة يجب توافرها في محكم الطوارئ، ولكن يُكتفى بتوافر الشروط اللازم توافرها في المحكم العادي<sup>(2)</sup>.

ولما كانت مهمة محكم الطوارئ أسرع تماماً من مهمة المحكم العادي وتسدعي الموازنة بين السرعة والكفاءة والفنية ومدى قربه الجغرافي من أطراف النزاع ومحلّه، فيتمتعين وضع شروط خاصة بمحكم الطوارئ، اتفاقاً، تتلاءم و طبيعة مهمته الخاصة ومستلزماتها، إما بصفة مباشرة من قبل أطراف التحكيم، أو بصفة غير مباشرة في قواعد مؤسسة أو مركز التحكيم التي اتفق الأطراف على الإحالة إليها في فض النزاع.

وفي اعتقادنا يمكن الاهتداء بالموصفات التي وضعتها قواعد "حكم التدابير الوقائية أو التحفظية"<sup>(3)</sup> بمركز ICC لسنة 1990، حيث تضمنت نصاً نصاً يقضي بأنه عند تعيين "الحكم" من قبل الرئيس (رئيس الهيئة الدولية للتحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية) يتم تعيينه مع الأخذ في الاعتبار مؤهلاته الفنية والمهنية وجنسيته ومحل إقامته وعلاقته الأخرى مع البلدان التي يقيم

(1) وأطلقت عدة تسميات على إجراءات تحكيم الطوارئ ومنها emergency relief proceedings وأطلقت إجراءات تدابير الطوارئ كما في قواعد التحكيم السويسري 2012 تبدأ في النفاذ من أول يونيو 2012 على الموقع التالي:

[https://www.swissarbitration.org/sa/download/SRIA\\_english\\_2012.pdf](https://www.swissarbitration.org/sa/download/SRIA_english_2012.pdf).

وسميت أيضاً بـ Emergency Measures of Protection إجراءات التدابير الطارئة للحماية المنصوص عليها في قواعد التحكيم في إجراءات فض المنازعات الدولية معلنة ودخلت حيز النفاذ في أول يونيو 2014 الصادر عن مركز ICDR انظر الموقع الرسمي:

<https://www.icdr.org/icdr/>

(2) انظر في مدى اعتبار محكم الطوارئ محكماً بالمعنى الفني ما يلي ص 54 وما بعدها.  
(3) على الرغم من أن مهمة "الحكم" تتميز عن مهمة "محكم الطوارئ". انظر ما يلي ص 86.

و المهنية و جنسيته و محل إقامته و علاقته الأخرى مع البلدان التي يقيم فيها الأطراف أو التي لديهم فيها صلة، إضافةً إلى أي اقتراح يتقدم به الأطراف بخصوص اختيار حكم التدابير الوقائية<sup>(1)</sup>.

## (2) سلطة محكم الطوارئ:

أ- مضمون سلطة محكم الطوارئ:

- يملك محكم الطوارئ سلطة هيئة التحكيم في إصدار التدابير الوقائية أو التحفظية:

إن محكم الطوارئ يملك ذات سلطة محكمة التحكيم في إصدار التدابير الوقائية أو التحفظية بل قد يملك أوسع منها<sup>(2)</sup>، حسب قواعد محكم الطوارئ المؤسسية التي تحكم سلطته في هذا الشأن<sup>(3)</sup>.  
في ظل قواعد SCC و القواعد السويسرية (Swiss Rules)، إن محكم الطوارئ يملك سلطة تقديرية واسعة لإصدار التدابير الوقائية و التحفظية التي يراها مناسبة، كما تقضي القواعد العامة في إصدار التدابير الوقائية أو التحفظية من هيئة التحكيم العادي<sup>(4)</sup>.

وعلى ذات النهج، تقضي قواعد محكم الطوارئ في الملحق الأول من قواعد SIAC أن محكم الطوارئ يتعين منحه ذات السلطة المقررة لهيئة التحكيم بخصوص هذه القواعد ومنها سلطة الحكم في الاختصاص، و عليه

(1) المادة 4.2 من قواعد "حكم التدابير الوقائية" بمركز ICC سنة 1990.

(2) انظر في المقارنة بين معايير استصدار التدابير الوقائية أمام محكمة التحكيم و أمام محكم الطوارئ. ما يلي ص 31 وما بعدها.

(3) سلطة المحكم في اتخاذ التدابير الوقائية تخضع لقانون إجراءات التحكيم. لذلك، بالنسبة لسلطة محكم الطوارئ: فإن قواعد المركز أو المؤسسة الذي اتفق الأطراف على تطبيقها. هي التي تحدد سلطة محكم الطوارئ وإذا لم تتضمن قواعد المركز حكماً في هذه المسألة يتم اللجوء إلى قانون دولة مقر التحكيم. انظر الآراء الفقهية في تلك المسألة: حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص 38-39.

(4) انظر: المادة 2/1 من الملحق الثاني من قواعد SCC و المادة 3-1/32 من قواعد الأخيرة، وكذلك المادة 1/43 و المادة 26 من القواعد السويسرية (Swiss Rules).

أن يفض أي منازعات تتعلق بطلب تحكيم الطوارئ، وفي سبيل ذلك له إصدار حكم أو أمر بتدابير طارئة يرى أنها ضرورية<sup>(1)</sup>.

بل أبعد من ذلك، إن قواعد محكم الطوارئ في LCIA تقضي صراحة بأن الأخير يملك إصدار القرارات التي تصدرها هيئة التحكيم بناء على اتفاق التحكيم، فيما عدا نفقات التحكيم، ولها تأجيل نظر كل الادعاءات في طلب تحكيم الطوارئ أو جزء منها إلى هيئة التحكيم العادي بعد تشكيلها<sup>(2)</sup>.

والفارق بين سلطة محكم الطوارئ و هيئة التحكيم العادي، أن الأخير على عكس الأول لا يستطيع أن يحيل كل طلب استصدار التدابير الوقتية أو جزءاً منها إلى هيئة أو جهة أخرى، فلا يجوز كأصل عام- لهيئة التحكيم أن تحيل طلب استصدار التدابير الوقتية إلى القضاء<sup>(3)</sup>، بينما يجوز لمحكم الطوارئ أن يحيل الطلب كله أو جزءاً منه إلى هيئة التحكيم العادي بعد تشكيلها كما في قواعد LCIA.

إن القواعد المؤسسية لم تقيد سلطة محكم الطوارئ في إصدار تدابير وقتية أو تحفظية معينة على سبيل الحصر، بل منحت سلطة تقديرية واسعة بما يراه مناسباً appropriate أو ملائماً convenient أو ذي صلة

(1) انظر عجز المادة 5 من قواعد محكم الطوارئ في الملحق رقم 1 من قواعد SIAC و المادة 6 والبنود 3، 4 من قواعد تدابير الحماية الطارئة في قواعد ICDR. والأخيرة تقضي بامتداد سلطة محكم الطوارئ في إصدار تدابير الزجر "injunctive relief" (التي تأمر بالقيام بعمل أو امتناع عن عمل للحفاظ على الوضع الراهن) أو تدابير حماية و الحفاظ على الملكية measures for the protection or conservation of property.

(2) انظر المادة 9.8 من قواعد محكم الطوارئ (المادة 9B) والتي نصها كالتالي:

"The Emergency Arbitrator may make any order or award which the Arbitral Tribunal could make under the Arbitration Agreement (excepting Arbitration and Legal Costs under Articles 28.2 and 28.3); and, in addition, make any order adjourning the consideration of all or any part of the claim for emergency relief to the proceedings conducted by the Arbitral Tribunal (when formed)".

(3) إلا لو احتاج الأمر إلى سلطة الإلزام و المساس بحقوق الغير بالنسبة لاتفاق التحكيم.

relevant أو ضرورياً necessary؛ لأن التدابير الوقائية لا يمكن حصرها مسبقاً سواء في القانون الواجب التطبيق على التحكيم أو على الموضوع<sup>(1)</sup>.

وفي اعتقادنا أنه إذا لم تنص القواعد المؤسسية لتحكيم الطوارئ على معايير محددة لاستصدار أو إصدار التدابير الوقائية يمكن الرجوع فيها إلى قانون التحكيم أو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. و إذا خلا الأخيران منهم يمكن الاستناد بالمعايير التي وضعتها المادة 26 من قانون الأونسيترال للتحكيم أو المادة 17 من القانون النموذجي<sup>(2)</sup> UNCITRAL.

(1) Marius looked Gili, The Decision "Emergency Arbitrator". Your Content, Enforceability and Enforcement , Spain Arbitration Review | Journal of the Spanish Arbitration Club (Wolters Kluwer España 2013 Volume 2013 Issue 16) p. 43.

(2) تنص المادة 26 من قانون الأونسيترال للتحكيم على أن:

1- يجوز لهيئة التحكيم أن تُصدر تدابير مؤقتة بناءً على طلب أحد الأطراف.  
2- التدبير المؤقت هو أي تدبير وقائي يأمر بمقتضاه هيئة التحكيم أحد الأطراف، في أي وقت يسبق إصدار قرار التحكيم الذي يفصل في المنازعة نهائياً، أن يقوم، على سبيل المثال لا الحصر، بأي مما يلي:

(أ) أن يُقيي الحال على ما هو عليه، أو أن يعيده إلى ما كان عليه إلى حين الفصل في المنازعة؛  
(ب) أن يتخذ إجراء يمنع حدوث<sup>1</sup>، ضررٍ حاليٍّ أو وشيكٍ أو<sup>2</sup>، مساسٍ بعملية التحكيم نفسها، أو أن يمتنع عن اتخاذ إجراء يُحتمل أن يسبب ذلك الضرر أو المساس؛ (ج) أن يُوفّر وسيلةً لصورن الموجودات التي يمكن أن تُستخدم لتنفيذ قرار لاحق؛ (د) أن يُحافظ على الأدلة التي قد تكون مهمةً وجوهريّةً في حسم المنازعة.

3- يُقَدِّم الطرف الذي يطلب التدبير المؤقت بمقتضى الفقرة 2 (أ) إلى (ج) ما يُقنع هيئة التحكيم بما يلي: (أ) أن عدم اتخاذ التدبير يُرجّح أن يحدث ضرراً لا يمكن جبره على نحو واف بمنح تعويضاتٍ، وأن ذلك الضرر يفوق بكثير الضرر الذي يُحتمل أن يُلحق بالطرف المستهدف بذلك التدبير إذا ما اتخذ؛ (ب) أن هناك احتمالاً معقولاً أن يُفصل في موضوع المنازعة لصالح الطرف الطالب بناءً على وجهة دعواه. على أن البت في هذا الاحتمال لا يمس بما تتمتع به هيئة التحكيم من صلاحية تقديرية في اتخاذ أي قرار لاحق.

4- فيما يتعلّق بطلب اتخاذ تدبير مؤقت بمقتضى الفقرة ٢ (د) (تدابير حفظ الأدلة) ، لا تسري المتطلبات الواردة في الفقرة 3 (أ) (ب) إلا متى رأت هيئة التحكيم ذلك مناسباً.

5- يجوز لهيئة التحكيم أن تُعزل أو تُعلّق أو تُنهي أي تدبير مؤقت كانت قد اتخذته، وذلك بناءً على طلب أي طرف أو، في ظروف استثنائية وبعد إشعار الأطراف مسبقاً، بمبادرة من هيئة التحكيم ذاتها.

6- يجوز لهيئة التحكيم أن تُلزم الطرف الذي يطلب تدبيراً مؤقتاً بتقديم ضمانة مناسبة فيما يخص ذلك التدبير.

7- يجوز لهيئة التحكيم أن تُلزم أي طرف بأن يُسارع بالإفصاح عن أي تغييرٍ جوهري في الظروف التي استند إليها في طلب التدبير المؤقت أو اتخاذ.

فرغم السلطة التقديرية الواسعة الممنوحة لمحكم الطوارئ في إصدار التدابير الوقتية الطارئة، نؤيد ما ذهب إليه البعض<sup>(1)</sup> من ضرورة اتباع محكم الطوارئ نهجاً دولياً "International Approach" لمعايير إصدار التدابير الوقتية، ويمكن الاهتداء بالنهج المرسوم في المادة 26 من قواعد UNICTRAL سنة 2010 والذي ينال رضاً دولياً international consensus.

## - سلطة محكم الطوارئ في الاختصاص ( مبدأ الاختصاص بالاختصاص):

إن مبدأ الاختصاص بالاختصاص compétence de compétence أو jurisdiction jurisdiction of الحديثة. وهو مبدأ يعني أن محكمة التحكيم هي المختصة ببحث مدى اختصاصها بموضوع النزاع، ويكون لمحكمة التحكيم هذا الاختصاص ولو دفع أمامها بانعدام أو بطلان أو سقوط اتفاق التحكيم<sup>(2)</sup>.

إذا كان لا خلاف حول اختصاص محكمة التحكيم بمسألة اختصاصها أثناء إجراءات التحكيم، فإنه لا خلاف أيضاً حول اختصاص قضاء الدولة

8- يجوز تحميل الطرف الذي يطلب تدبيراً مؤقتاً تبعاً أي تكاليف وأضرار يتسبب فيها ذلك التدبير لأي طرف، إذا رأت هيئة التحكيم لاحقاً ذلك التدبير، في الظروف السائدة آنذاك، ما كان ينبغي اتخاذه. ويجوز لهيئة التحكيم أن تُصدر قراراً بالتعويض عن تلك التكاليف والأضرار في أي وقت، أثناء الإجراءات.

9- لا يُعتبر طلب أي طرف من السلطة القضائية اتخاذ تدابير مؤقتة عملاً مناقضاً لاتفاق التحكيم أو نزولاً عن ذلك الاتفاق.

أما المادة 17 من القانون النموذجي: (1) يجوز لهيئة التحكيم أن تصدر تدابير مؤقتة بناء على طلب أحد الطرفين، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك. (2) التدبير المؤقت هو أي تدبير وقتي، سواء أكان في شكل قرار أم في شكل أمر، تأمر فيه هيئة التحكيم أحد الطرفين، في أي وقت يسبق إصدار القرار الذي يفصل نهائياً في النزاع، بما يلي: (أ) أن يبقى الحال على ما هو عليه أو يعيده إلى ما كان عليه إلى حين الفصل في النزاع، أو (ب) أن يتخذ إجراء يمنع حدوث ضرر حالي أو وشيك أو مساس بعملية التحكيم نفسها، أو أن يمتنع عن اتخاذ إجراء يحتمل أن يسبب ذلك الضرر أو المساس، أو (ج) أن يوفر وسيلة للمحافظة على الموجودات التي يمكن بواسطتها تنفيذ قرار لاحق، أو (د) أن يحافظ على الأدلة التي قد تكون هامة وجوهرية في حل النزاع.

(1) Patricia Shaughnessy, Pre-arbitral Urgent Relief: The New SCC Emergency Arbitrator Rules in Michael J. Moser and Dominique T. Hascher (eds), Journal of International Arbitration, (Kluwer Law International 2010 Volume 27 Issue 4 ) pp. 342-343.

(2) فتحي والي، مرجع سابق، ص 231.

بالدعوى المتعلقة باتفاق التحكيم قبل بدء في إجراءات التحكيم وتشكيل هيئة التحكيم، ذلك أن القول بغير ذلك يؤدي إلى فراغ في الاختصاص، وبالتالي مخالفة لحق الانتجاع إلى القضاء<sup>(1)</sup>.

غير أنه في ظل وجود نظام محكم الطوارئ، إن الحديث عن اختصاص محاكم الدولة، في مرحلة ما قبل التحكيم، بمسألة الاختصاص يكون مستبعداً. إذ أن قواعد محكم الطوارئ المؤسسية تقر بمبدأ الاختصاص بالاختصاص<sup>(2)</sup>، وتنص صراحة على اختصاص محكم الطوارئ بنظر مسألة اختصاصه<sup>(3)</sup>. ولمحكم الطوارئ تقدير مدى اختصاصه بطلب استصدار التدابير و مدى قبول هذا الطلب بتقدير مدى توافر حالة الطوارئ أو الاستعجال القصوى extra urgency.

على سبيل المثال، المادة 3/6 من قواعد تدابير الحماية الطارئة ICDR سنة 2014 تنص على أنه: "يتعين على محكم الطوارئ أن يملك السلطة المخولة لمحكمة التحكيم في ظل المادة 19، مشتملاً على سلطة الحكم في اختصاصه، و يجب أن يحسم أي منازعات بشأن تطبيق تلك المادة"<sup>(4)</sup>.

بل يرى البعض<sup>(5)</sup> أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يجب فرضه حتى ولو لم ينص على ذلك في تحكيم الطوارئ، كما هو الحال في القواعد السويسرية (Swiss Rules) سنة 2012 وقواعد SCC سنة 2010. ونؤيد وجهة النظر السابقة بسبب أن تحكيم الطوارئ هو تحكيم بالمعنى الفني و

(1) فتحي والي، مرجع سابق، ص 237.

(2) في معيار اختصاص محكم الطوارئ و مقارنته بمحكمة التحكيم انظر ما يلي ص 33.

(3) المادة 2/6 من الملحق الخامس من قواعد ICC و المادة 3/6 من قواعد تدابير الحماية الطارئة ICDR والفقرة 5م الملحق رقم 1 (قواعد محكم الطوارئ) SIAC سنة 2013 و المادة 9.13 من قواعد محكم الطوارئ والتي أحوالت إلى المادة 23 المتعلقة بمبدأ الاختصاص بالاختصاص في قواعد التحكيم العادي في LCIA.

(4) "The emergency arbitrator shall have the authority vested in the arbitral tribunal under Article 19, including the authority to rule on her/his own jurisdiction, and shall resolve any disputes over the applicability of this Article".

(5) Yesilirmak, Ali, Provisional Measures in international commercial arbitration, Kluwer Law International 2005, p. 137.

محكم الطوارئ هو محكم بالمعنى الفني أيضاً، تنطبق عليهم ذات القواعد، مع مراعاة التمييز بينهما<sup>(1)</sup>.

### - سلطة محكم الطوارئ في اشتراط ضمانات مالية:

إن محكم الطوارئ يملك، في جميع الأحوال، سلطة تعليق قراره بشأن طلب تدابير الطوارئ على شروط يراها مناسبة كتقديم ضمان مناسب. تلك السلطة قررتها صراحةً بعض قواعد محكم الطوارئ المؤسسية<sup>(2)</sup>، والبعض الآخر منها لم تقررها صراحةً بل اعتبرت سلطة ضمنية تستخلص من أن محكم الطوارئ يملك ذات سلطات هيئة أو محكمة التحكيم عند إصدار التدابير الوقائية لحين إحالة الملف لهيئة التحكيم أو اعتبار قرار محكم الطوارئ غير ملزم، كما هو الحال في قواعد محكم الطوارئ SCC والقواعد السويسرية Swiss Rules، والتي من ضمنها سلطة اشتراط تقديم ضمان مالي مناسب Appropriate Security<sup>(3)</sup>.

كما أن سلطة محكم الطوارئ في اشتراط ضمان مالي ليست مطلقة، بل مقيدة باتفاق التحكيم أو القانون. اتفاقاً، كما هو منصوص عليه في قواعد محكم الطوارئ LCIA إذ يقضي البند 9.8 من قواعد محكم الطوارئ في المادة

(1) انظر ما يلي ص 54 وما بعدها.

(2) انظر: المادة 7/6 من قواعد محكم الطوارئ بالملحق الخامس ICC: "يجوز لمحكم الطوارئ أن يعلق الأمر على الشروط التي يراها مناسبة، بما في ذلك طلب تقديم ضمان مناسب". والمادة 7/6 من قواعد محكم الطوارئ ICDR. المادة 8 من قواعد محكم الطوارئ SIAC.

(3) Article 1-2 (Emergency Arbitrator SCC): "The powers of the Emergency Arbitrator shall be those set out in Article 32 (1)-(3) of the Arbitration Rules. Such powers terminate when the case has been referred to an Arbitral Tribunal pursuant to Article 18 of the Arbitration Rules or when an emergency decision ceases to be binding according to Article 9 (4) of this Appendix."

حيث أحالت المادة 43 من القواعد السويسرية (Swiss Rules) بشأن سلطة محكم الطوارئ إلى المادة 26 - بقرتها الثانية من ذات القواعد والتي تجيز لهيئة التحكيم اشتراط تقديم ضمان مناسب لإصدار تدابير وقائية.

Article 26-2 (INTERIM MEASURES OF PROTECTION): "Interim measures may be granted in the form of an interim award. The arbitral tribunal shall be entitled to order the provision of appropriate security."



9B بأن لمحكم الطوارئ أن يصدر أي أمر أو حكم يجوز لهيئة التحكيم إصداره وفق اتفاق التحكيم (فيما عدا نفاذات التحكيم و النفاذات القانونية في المواد 28.2، 28.3)<sup>(1)</sup>.

وقانوناً، قد تمنع قواعد القانون الإجرائي واجب التطبيق، لاسيما لو كانت تلك القواعد إلزامية Mandatory، محكم الطوارئ من الأمر بتأمينات أو ضمانات مالية. فقانون الإجراءات المدنية والتجارية الفرنسي- في المادة 1/1468 منه- يمنع المحكم من إصدار تدابير الحجز التحفظي و التأمينات القضائية des saisies conservatoires et sûretés judiciaires إذ تدخل في الاختصاص الحصري أو الاستثنائي لقضاء الدولة<sup>(2)</sup>، وهو منع ينسحب على محكم الطوارئ أيضاً.

ب- انقضاء سلطة محكم الطوارئ:

- أسباب انقضاء سلطة محكم الطوارئ:

إن سلطة محكم الطوارئ مؤقتة، فما لجأ الأطراف إليه إلا لحالات الطوارئ و الاستعجال القصوى التي لا تحتل التأخير لخير تشكيل هيئة أو محكمة التحكيم. تنتهي سلطة محكم الطوارئ إما نهاية طبيعية بصدور قرار منه، أو تنتهي نهاية غير طبيعية أو مبتسرة بتشكيل هيئة التحكيم العادي<sup>(3)</sup> أو بانقضاء إجراءات تحكيم الطوارئ بسحب أو ترك طلب تعيين محكم

(1) "The Emergency Arbitrator may make any order or award which the Arbitral Tribunal could make under the Arbitration Agreement (excepting Arbitration and Legal Costs under Articles 28.2 and 28.3); ...".

(2) Article 1468 : Modifié par Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 - art. 2:

Le tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune. Toutefois, la juridiction de l'Etat est seule compétente pour ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires

(3) انظر المادة 1/6 من قواعد ICDR والتي تنص على أنه:

"The emergency arbitrator shall have no further power to act after the arbitral tribunal is constituted."

الطوارئ<sup>(1)</sup> أو بانقضاء مدة الفصل في طلب تحكيم الطوارئ<sup>(2)</sup> أو لإنهاء سلطة الإدارة في مركز التحكيم (كرئيس المحكمة court بمركز ICC) إجراءات تحكيم الطوارئ<sup>(3)</sup> أو حكم برد مُحكم الطوارئ.

كما تنقضي مهمة محكم الطوارئ إذا مضت فترة زمنية معينة منذ تقديم طلب تعيين محكم الطوارئ ولم يقدم فيها طلب التحكيم العادي<sup>(4)</sup> أو لفوات فترة زمنية منذ استلام طلب تعيين محكم الطوارئ حتى إعلان التحكيم العادي<sup>(5)</sup>، كدليل على عدم استقلال إجراءات تحكيم الطوارئ وتبعيةها لإجراءات التحكيم العادي<sup>(6)</sup>.

(1) و الذي يستتبعه تجريد قرار محكم الطوارئ من قوته الإلزامية، إذ يعتبر قرار محكم الطوارئ غير ملزم في الأحوال الآتية : د) أو سحب جميع الطلبات أو إنهاء التحكيم قبل صدور حكم نهائي. (م/6 من قواعد محكم الطوارئ الواردة في قواعد ICC.

Carlos de los Santos Lago and Victor Bonnin, Emergency Proceedings Under the New ICC Rules in Miguel Ángel Fernández-Ballesteros and David Arias (eds), Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje, (Wolters Kluwer España 2012 Volume 2012 Issue 13 ). p.10

(2) في أحكام ميعاد تحكيم الطوارئ انظر ما يلي ص135.  
(3) المادة 6/1 من الملحق الخامس من قواعد ICC تقضي بأن: "على الرئيس أن ينهي إجراءات محكم الطوارئ إذا لم تستلم الأمانة العامة طلب التحكيم العادي خلال 10 أيام من استلام الأمانة العامة لطلب تعيين محكم الطوارئ، ملم يقرر محكم الطوارئ ضرورة منح مدة أطول".  
(4) انظر أيضاً المادة 6/1 في ذات الإشارة السابقة.

(5) المادة 10/43 من القواعد السويسرية (Swiss Rules) ونصها كالتالي: "إن قرار محكم الطوارئ لا يعد ملزماً للأطراف إذا انقضت إجراءات تحكيم الطوارئ (لأنه لم يتم إعلان التحكيم العادي خلال 10 أيام من يوم استلام طلب تعيين محكم الطوارئ لدى الأمانة العامة) أو انقضت إجراءات التحكيم العادي، أو صدر حكم التحكيم النهائي، ما لم تقرر محكمة التحكيم غير ذلك، صراحةً، في حكمها النهائي".

"Any measure granted by the emergency arbitrator ceases to be binding on the parties either upon the termination of the emergency relief proceedings pursuant to Article 43(3), upon the termination of the arbitral proceedings, or upon the rendering of a final award, unless the arbitral tribunal expressly decides otherwise in the final award".

(6) انظر في خصائص تحكيم الطوارئ أنه ذاتي غير مستقل ما سيلي ص61.

ونود الإشارة هنا وبصدد نهاية مهمة محكم الطوارئ بتشكيل محكمة التحكيم أو بإحالة الملف إليها، أن نهاية سلطة محكم الطوارئ تكون عندئذ معتمدة على إرادة الطرف طالب التدابير الوقائية، فمن مصلحة الأخير أن يماطل ويؤجل تشكيل محكمة التحكيم، وبالتالي إحالة الملف إليها، حتى يضمن استمرار سلطة محكم الطوارئ. وفي اعتقادنا أن هذا العيب يجعل من تحكيم الطوارئ وسيلة مماثلة و تسويق للتحكيم العادي في موضوع النزاع، يمكن علاجه بتعليق نهاية سلطة محكم الطوارئ على سبب خارج إرادة طالب التدابير الوقائية، كأن تنتقصي سلطته إذا لم يبدأ التحكيم العادي خلال فترة زمنية معينة من تقديم طلب تعيين محكم الطوارئ.

### - مدى جواز تحول محكم الطوارئ، بعد انقضاء سلطته، إلى محكم عادي:

سلطة محكم الطوارئ سلطة مؤقتة و كذلك القرار الصادر عنه مؤقت لحين أن تقرر محكمة التحكيم غيره، حتى لو أخذ قراره هذا شكل "حكم award"<sup>(1)</sup>. لذلك المقرر وفق قواعد محكم الطوارئ المؤسسية أنه لا يجوز لمحكم الطوارئ أن يكون عضواً في هيئة أو محكمة التحكيم التي تنتظر موضوع النزاع، أو يعمل كمحكم في أي تحكيم يتعلق بالنزاع بصفة عامة أو الذي أفضى إلى تقديم طلب اتخاذ التدابير أو المتعلق بما فصل فيه محكم الطوارئ. بينما قررت قواعد بعض المراكز هذا الحظر ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك<sup>(2)</sup>.

ويبدو أن الحكمة من هذا الحظر هي أن محكم الطوارئ قد كَوّن رأياً بخصوص المسألة التي فصل فيها بقرار منه، وبالتالي لن يكون محايداً إذا أثرت أمامه ذات المسألة أو النزاع المرتبط به المسألة التي فصل فيها، وإلا يمكن النعي على قراره بسبب عدم حياده، ما لم يتفق الأطراف في الإبقاء عليه محكما فرداً أو عضواً في هيئة التحكيم؛ لأنهم مقتنعون بكفاءته الخاصة

(1) بشأن شكل قرار محكم الطوارئ انظر ما يلي ص140.

(2) انظر المادة 4/4 من قواعد محكم الطوارئ بمركز SCC و المادة 11/43 من القواعد السويسرية (Swiss Rules) و البند 4 من الملحق الأول من قواعد SIAC، باستثناء المادة 6/2 من قواعد ICC و المادة 5/6 من قواعد تدابير الحماية الطارئة ICDR اللذين لم يجيزا الاتفاق على خلاف ذلك. ولم تنص قواعد محكم الطوارئ بمركز LCIA على هذا الحظر.

ويبتقون فيه وهو ما يعد إعلاءً لمبدأ سلطان الإرادة في التحكيم عموماً و تحكيم الطوارئ خصوصاً.

وغير خافٍ أن محكم الطوارئ إذا اشترك في تشكيل هيئة التحكيم أو أصبح محكماً فرداً فيتحول من محكم طوارئ إلى محكم عادي، تتخلع عنه كافة سلطاته كمحكم طوارئ، وتؤول إليه كافة سلطات المحكم العادي أو محكمة التحكيم، حكم أو اشترك في الحكم، سواء عند النظر في طلبات تخص موضوع النزاع أو طلبات تدابير وقائية أو تحفظية.

بل ننصح أطراف النزاع أن يتفقوا على اشتراك محكم الطوارئ للحكم في موضوع النزاع؛ لأن ذلك سيساهم في الفصل في موضوع النزاع في وقت قصير، لما اكتسبه محكم الطوارئ من خلفية حول النزاع ولو دون تعمق أو مساس بأصل الحق.

### (3) مسؤولية محكم الطوارئ:

إن غالب قواعد محكم الطوارئ المؤسسية تقضي، كأصل عام، بإعفاء محكم الطوارئ من المسؤولية عن أي تصرف يتعلق بتحكيم الطوارئ<sup>(1)</sup>، فمنها ما قررت عدم مسؤولية محكم الطوارئ- أو المركز أو المحكمة- بأي تصرف أو إهمال له علاقة بالتحكيم، ومعظمها تقضي بأن محكم الطوارئ غير ملزم بالإدلاء بأي تصريح يمس عملية التحكيم.

واستثناءً من هذا الأصل، محكم الطوارئ- أو المحكمة أو المركز- يُسأل عن أفعاله إذا كان الإعفاء من المسؤولية محظور عملاً بالقانون الواجب

(1) انظر: المادة 40 من قواعد ICC لسنة 2012، والمادة 38 من قواعد ICDR، المادة 31 من قواعد LCIA والمادة 48 من قواعد SCC، والمادة 45 من القواعد السويسرية (Swiss Rules)، والمادة 34 من قواعد SIAC.

ولكن يُحاج هذا الرأي بأن هناك من التدابير التي تعالج أخطاء محكم الطوارئ، منها أن لمحكم الطوارئ نفسه، أو محكمة التحكيم بعد تشكيلها، أن يعدل أو يلغي أو ينهي قرار تحكيم الطوارئ. بل يجوز لمحكم الطوارئ أن يأمر بتأمين أو ضمان مالي مناسب<sup>(1)</sup> appropriate security. وأكثر من ذلك، حتى في الأحوال التي لا يجوز له الأمر بتأمين مالي، له أن يحكم بالتعويض ويجبر الضرر الذي أصاب المدعى عليه من إصدار قراره في طلب تدابير الطوارئ<sup>(2)</sup>.

## الفرع الثاني

### موضوع تحكيم الطوارئ

إن موضوع تحكيم الطوارئ هو طلب استصدار تدابير وقائية لمواجهة حالة الطوارئ في مرحلة ما قبل التحكيم العادي، تلك تدابير الطوارئ لها أنواع و مقتضيات، وذلك على النحو التالي:

### أولاً: أنواع تدابير الطوارئ

العديد من قوانين التحكيم لا تضع قائمة محددة على سبيل الحصر لأنواع التدابير الوقائية التي يمكن للمحكم، عامةً، إصدارها<sup>(3)</sup>. حيث إن تشريعات التحكيم الحديثة تخول المحكم سلطة تقديرية واسعة في إصدار التدابير الوقائية التي يراها مناسبة أو ضرورة لفعالية التحكيم وحكم التحكيم.

ومقارنةً بسلطة قاضي الدولة، إن قائمة التدابير الوقائية التي يملك المحكم إصدارها أوسع من تلك القائمة أمام قضاء الدولة<sup>(4)</sup>. إن قاضي الدولة في مصر مثلاً مقيد عند إصدار التدابير الوقائية في شكل أمر على عريضة بالحالات

(1) انظر في سلطة محكم الطوارئ في اشتراط ضمانات مالية ما سبق ص 22.

(2) Yesilirmak, Ali, Provisional Measures in international commercial arbitration, Kluwer Law International, 2005, p. 151.

(3) فيما عدا القلة مثل قانون التحكيم الإنجليزي في قسم 3، 4، 6، 38 و المادة 17 / 2 من قواعد UNICTRAL سنة 2006 والتي تتضمن قائمة غير حصرية للتدابير الوقائية.

(4) Andrea Carlevaris, Pre-Arbitral Interim Relief: Different Models and the ICC Experience, at: Interim Relief: What, Why, When, How?, New York 2013, program available at: <http://blogs.law.nyu.edu/transnational/wp-content/uploads/2013/09/Interim-Measures-Brochure-Oct-7-2013.pdf> (6/6/2015).

ولكن يُحاج هذا الرأي بأن هناك من التدابير التي تعالج أخطاء محكم الطوارئ، منها أن لمحكم الطوارئ نفسه، أو محكمة التحكيم بعد تشكيلها، أن يعدل أو يلغي أو ينهي قرار تحكيم الطوارئ. بل يجوز لمحكم الطوارئ أن يأمر بتأمين أو ضمان مالي مناسب<sup>(1)</sup> appropriate security. وأكثر من ذلك، حتى في الأحوال التي لا يجوز له الأمر بتأمين مالي، له أن يحكم بالتعويض ويجبر الضرر الذي أصاب المدعى عليه من إصدار قراره في طلب تدابير الطوارئ<sup>(2)</sup>.

## الفرع الثاني

### موضوع تحكيم الطوارئ

إن موضوع تحكيم الطوارئ هو طلب استصدار تدابير وقائية لمواجهة حالة الطوارئ في مرحلة ما قبل التحكيم العادي، تلك تدابير الطوارئ لها أنواع و مقتضيات، وذلك على النحو التالي:

### أولاً: أنواع تدابير الطوارئ

العديد من قوانين التحكيم لا تضع قائمة محددة على سبيل الحصر لأنواع التدابير الوقائية التي يمكن للمحكم، عامةً، إصدارها<sup>(3)</sup>. حيث إن تشريعات التحكيم الحديثة تخول المحكم سلطة تقديرية واسعة في إصدار التدابير الوقائية التي يراها مناسبة أو ضرورة لفعالية التحكيم وحكم التحكيم.

ومقارنةً بسلطة قاضي الدولة، إن قائمة التدابير الوقائية التي يملك المحكم إصدارها أوسع من تلك القائمة أمام قضاء الدولة<sup>(4)</sup>. إن قاضي الدولة في مصر مثلاً مقيد عند إصدار التدابير الوقائية في شكل أمر على عريضة بالحالات

(1) انظر في سلطة محكم الطوارئ في اشتراط ضمانات مالية ما سبق ص 22.

(2) Yesilirmak, Ali, Provisional Measures in international commercial arbitration, Kluwer Law International, 2005, p. 151.

(3) فيما عدا القلة مثل قانون التحكيم الإنجليزي في قسم 3، 4، 6، 38 و المادة 17 / 2 من قواعد UNICTRAL سنة 2006 والتي تتضمن قائمة غير حصرية للتدابير الوقائية.

(4) Andrea Carlevaris, Pre-Arbitral Interim Relief: Different Models and the ICC Experience, at: Interim Relief: What, Why, When, How?, New York 2013, program available at: <http://blogs.law.nyu.edu/transnational/wp-content/uploads/2013/09/Interim-Measures-Brochure-Oct-7-2013.pdf> (6/6/2015).

المنصوص عليها في القانون حصراً<sup>(1)</sup>، على عكس الحال لو اتخذ قراره شكل الحكم المستعجل، فيكفي إثبات حالة الخشية من فوات الوقت و عدم المساس بالحق<sup>(2)</sup>. أما المحكم، عموماً، فلا يتقيد بالقانون الداخلي الوطني في أنواع التدابير الوقائية المراد استصدارها طالما تهدف إلى حفظ مصالح وحقوق أطراف التحكيم وأدلتها، واختصاص محكمة التحكيم، وموضوع النزاع لحين الفصل فيه نهائياً<sup>(3)</sup>.

غير أن سلطة المحكم العادي – ومحكم الطوارئ- قد تكون مقيدة في أحيان أخرى، كأن تكون مقيدة بقانون مكان التحكيم *seat of arbitration*، إذ قد يحرم قانون مكان التحكيم المحكم من سلطة إصدار بعض التدابير التي تدخل في الاختصاص الاستثنائي لقضاء الدولة المتعلق بالنظام العام<sup>(4)</sup>.

---

(1) انظر المادة 194 مرافعات مصري و التي تنص على أنه: "في الأحوال التي ينص فيها القانون على أن يكون للخصم وجه في استصدار أمر، يقدم عريضة بطلبه إلى قاضي الأمور الوقائية بالمحكمة المختصة، أو إلى رئيس الهيئة التي تنظر الدعوى،...".

(2) انظر المادة 1/45 من قانون المرافعات المصري و التي تنص على أن: "يندب في مقر المحكمة الابتدائية قاض من قضائتها ليحكم بصفة مؤقتة ومع عدم المساس بالحق. في المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت...".

(3) G. B. Born, *International Commercial Arbitration* (2009)p.1993.

(4) قانون الإجراءات المدنية والتجارية الفرنسي- في المادة 1/1468- يمنع المحكم من إصدار تدابير الحجز التحفظي و التأمينات القضائية *des saisies conservatoires et sûretés judiciaires* إذ تدخل في الاختصاص الحصري أو الاستثنائي لقضاء الدولة، وقانون التحكيم السويدي يمنع المحكم ومحكم الطوارئ من إصدار أمر بالغرامة أو أي جزاء مالي بصدد التدابير الوقائية، وإلا انتفت ولاية المحكم.

Edgardo MUÑOZ: How urgent shall an emergency be? – The standards required to grant urgent relief by emergency arbitrators in *Yearbook on International Arbitration Volume IV*.p.52.

[http://www.internationalprivatelaw.com/files/Munoz\\_Urgent\\_Measures\\_in\\_YIA\\_p.\\_1-29\\_1\\_.pdf](http://www.internationalprivatelaw.com/files/Munoz_Urgent_Measures_in_YIA_p._1-29_1_.pdf) (visited 6/6/2015).

Article 1468 :Modifié par Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 - art. 2:

Le tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune. Toutefois, la juridiction de l'Etat est seule compétente pour ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires.

على أية حال، إن التدابير الوقائية التي قد يصدرها المحكم عديدة ومتنوعة<sup>(1)</sup> تلك التدابير الوقائية قد تتعلق بحماية حقوق الأطراف الموضوعية والإجرائية<sup>(2)</sup>، وأخرى تتعامل مع العلاقة بين هؤلاء الأطراف لإنقاذ أو منع الضرر الذي قد يصيب أحدهم أو إجراءات التحكيم.

ووقوفاً على تاريخ تحكيم الطوارئ في بيان أنواع تدابير الطوارئ التي ينتج عنها، إن قواعد "حكم التدابير الوقائية أو التحفظية"، بمركز ICC في مرحلة ما قبل التحكيم سنة 1990، تخول "الحكم" سلطة الأمر بتدابير وقائية أو تحفظية وفق قائمة محددة قابلة للتعديل باتفاق خطي وصريح من قبل الأطراف<sup>(3)</sup>. وإذا قيدت تلك النصوص "الحكم" بتدابير معينة فلم تقيدته في تقدير شروط استصدارها مثل الشرط الأولي الخاص باحتمالية و ظاهرية وجود حق للطرف طالب التدابير Prima facie right ولا يعد "الحكم" عندئذ متجاوزاً سلطته ومهمته<sup>(4)</sup>.

ومن الأوامر التي صدرت عن "حكم التدابير الوقائية و التحفظية" في قضية Société Nationale des Pétroles du Congo and République du Congo v TotalFinaElf E&P Congo (2003) الأمر بإلزام المدعى عليه بالاستمرار في تنفيذ عقد بيع البترول order<sup>(5)</sup> to prevent blocking the execution of sale oil contract.

(1) راجع: أحمد صدقي محمود، مرجع سابق، ص 16 وما بعدها.

(2) انظر: المادة 2/17 من قواعد UNICTRAL سنة 2006 .

(3) كالأمر بتدبير تحفظي أو تدبير عاجل لإعادة الحال إلى ما كانت عليها عاجلة ضرورية لمنع ضرر حال أو لا يمكن إصلاحه للحفاظ على أي حقوق أو أموال تعود لأحد الأطراف ويملك "الحكم" أن يأمر طرفاً بأن يدفع لطرف آخر أو إلى شخص آخر أي مبالغ يتوجب عليه دفعها. وله أن يأمر طرفاً باتخاذ أي تدبير يجب اتخاذه بموجب العقد المبرم فيما بين الأطراف، متضمناً توقيع أو تسليم مستند أو تدخل طرف ما للتوقيع أو التسليم. وله أيضاً أن يأمر بتدابير ضرورية لحفظ أو إقامة دليل ( انظر: م 2.1 من قواعد حكم التدابير الوقائية بمركز ICC).

(4) إن سلطة "الحكم" هي ذات سلطة محاكم الدولة و هيئة التحكيم في إصدار التدابير الوقائية ومقيدة بذات الشروط في إصدار تدابير فورية، مبنية على حالة الاستعجال بناء على احتمالية وجود حق، دون المساس بموضوع القضية.

Emmanuel Gaillard and Philippe Pinsolle, The ICC Pre-Arbitral Referee: First Practical Experiences, Arbitration International, (Kluwer Law International 2004 Volume 20 Issue 1 ) p.15, 29.

(5) في تفاصيل تلك القضية أنظر ما يلي ص 158 وما بعدها.



غير أن السمة العامة لتدابير الطوارئ الصادرة عن "محكم الطوارئ"، وفق قواعد محكم الطوارئ المؤسسية الحديثة، أياً كانت سياستها، أنها غير مدرجة في قوائم محددة، بل تخضع للسلطة التقديرية الواسعة لمحكم الطوارئ دون تحديد أو تقييد بنوع أو أنواع معينة منها، فمنها من منح محكم الطوارئ سلطة لا تتجاوز سلطة المحكم العادي و منها من قيدت سلطته بما يراه مناسباً أو ضرورياً.

طبقاً لقواعد محكم الطوارئ الحديثة بمركز ICC فلمحكم الطوارئ أن يصدر تدابير وقتية أو تحفظية التي لا تحتمل التأخير لحين تشكيل هيئة التحكيم العادي، وله أيضاً تقدير مدى اختصاصه بطلب استصدار التدابير ومدى قبول هذا الطلب بتقدير مدى توافر حالة الطوارئ<sup>(1)</sup> أو الاستعجال القصوى "extra" urgency.

وفي ظل قواعد SCC و القواعد السويسرية (Swiss Rules)، لمحكم الطوارئ سلطة تقديرية واسعة لإصدار التدابير الوقائية و التحفظية التي يراها مناسبة، على غرار القواعد العامة في إصدار التدابير الوقائية أو التحفظية عن هيئة التحكيم العادي والتي مؤداها إصدار التدابير الوقائية المناسبة و سلطة إلزام طالب التدابير بدفع تأمين مالي Security<sup>(2)</sup>.

وعلى ذات النهج تمنح قواعد محكم الطوارئ بمركز SIAC محكم الطوارئ ذات السلطة المقررة لهيئة التحكيم، ومنها سلطة الحكم في

---

(1) انظر: المادة 1/29 و المادة 2/6 من قواعد محكم الطوارئ في الملحق رقم 5 والتي تمنح المحكم سلطة القرار في مسألة قبول الطلب و مدى اختصاصه. ونصها كالتالي:

"In the Order, the emergency arbitrator shall determine whether the Application is admissible pursuant to Article 29(1) of the Rules and whether the emergency arbitrator has jurisdiction to order Emergency Measures".

(2) انظر: المادة 2/1 من الملحق الثاني من قواعد SCC و المادة 3-1/32 من قواعد الأخيرة. وكذلك المادة 1/43 و المادة 26 من القواعد السويسرية (Swiss Rules). و المادة 6/7 من قواعد محكم الطوارئ بالملحق الخامس من قواعد ICC.

The emergency arbitrator may make the Order subject to such conditions as the emergency arbitrator thinks fit, including requiring the provision of appropriate security.

الاختصاص و عليه أن يفرض أي منازعات تتعلق بطلب تحكيم الطوارئ، وفي سبيل ذلك له إصدار حكم أو أمر بتدابير طارئة يرى أنها ضرورية<sup>(1)</sup>.

بل أبعد من ذلك، إن قواعد محكم الطوارئ، في LCIA و القواعد السويسرية Swiss Rules، تقضي صراحة بأن الأخير يملك إصدار القرارات التي تصدرها هيئة التحكيم بناء على اتفاق التحكيم، فيما عدا نفقات التحكيم، ولها تأجيل نظر كل الادعاءات في طلب تحكيم الطوارئ أو جزء منها إلى هيئة التحكيم العادي بعد تشكيلها<sup>(2)</sup>.

ومن التدابير التي يملك محكم الطوارئ إصدارها تدابير الحفاظ أو إعادة الوضع الراهن<sup>(3)</sup> *status quo* كالقرار بإنهاء اتفاق، أو بيع أموال محل نزاع، أو تغيير الشكل القانوني لشركة<sup>(4)</sup>، سواء تضمنت التدابير التزاماً بالقيام

---

(1) انظر: عجز المادة 5 من قواعد محكم الطوارئ في الملحق رقم 1 من قواعد SIAC و المادة 6 . والبنود 3، 4 من قواعد تدابير الحماية الطارئة في قواعد ICIDR. والأخيرة تقضي بامتداد سلطة محكم الطوارئ في إصدار تدابير الزجر "injunctive relief" (التي تأمر بالقيام بعمل أو امتناع عن عمل للحفاظ على الوضع الراهن) أو تدابير حماية و الحفاظ على الملكية *measures for the protection or conservation of property*.  
(2) انظر المادة 9.8 من قواعد محكم الطوارئ (المادة 9B) والتي نصها كالتالي:

"The Emergency Arbitrator may make any order or award which the Arbitral Tribunal could make under the Arbitration Agreement (excepting Arbitration and Legal Costs under Articles 28.2 and 28.3); and, in addition, make any order adjourning the consideration of all or any part of the claim for emergency relief to the proceedings conducted by the Arbitral Tribunal (when formed)".

كما أحالت المادة 43 من القواعد السويسرية (Swiss Rules) بشأن سلطة محكم الطوارئ إلى المادة 26 – بفقرتها الثانية – من ذات القواعد والتي تجيز لهيئة التحكيم اشتراط تقديم ضمان مناسب لإصدار تدابير وقائية.

Article 26-2 (INTERIM MEASURES OF PROTECTION): "Interim measures may be granted in the form of an interim award. The arbitral tribunal shall be entitled to order the provision of appropriate security."

(3) معيار الإثبات لاستصدار تدابير إعادة الحال أعلى مما لو استصدرت تدابير وقائية أخرى غير ها. غير ها.

G. B. Born, *International Commercial Arbitration* (2009). p.1966.

(4) G. B. Born, *Op.cit.* p.1994.

بعمل أو الامتناع عن عمل (كالتدبير بمنع المدعى عليه من إفشاء معلومات سرية).

ومن السوابق التحكيمية المسجلة في تحكيم الطوارئ، بشأن أنواع التدابير الوقائية التي يصدرها محكم الطوارئ بمركز SIAC و SCC، طلب إصدار تدبير بمنع المدعى عليه من المطالبة بماليات على غير أساس<sup>(16)</sup>. كذلك طلب تدبير وقائي من محكم الطوارئ بمنع المدعى عليه من اختراق النصوص السرية الواردة في الاتفاق<sup>(17)</sup>. وبخصوص نزاع حول جودة حمولة معينة، الطالب (البائع) طلب من محكم الطوارئ السماح له ببيع حمولة البضائع المرتجعة وأمر المدعى عليه (المشتري) بالتعاون بينه وبين البائع للسماح بمغادرة الحمولة من لميناء<sup>(18)</sup>.

وفي نزاع آخر، بصدد عقد توزيع، طُلب أمام محكم الطوارئ أمر المدعى عليه بعدم إنهاء العقد والاستمرار فيه لحين الانتهاء من إجراءات التحكيم<sup>(19)</sup>. كذلك قدم المدعي طلباً أمام محكم الطوارئ بمنع المدعى عليه من نقل أو رهن أو تحميل أو بيع أو أي تصرف آخر في أسهم الشركة المبيعة إلى المدعى

---

<sup>(16)</sup> في نزاع حول مشروع مبنى المدعي طُلب من محكم الطوارئ تدبير بأمر المدعى عليه من جمع الأموال تحت خطاب ضمان بنكي مقدم من المدعي.

Raja Bose/Ian Meredith, *Emergency Arbitration Procedures: A Comparative Analysis*, *International Arbitration Law Review* (2012) 5, 189; SCC Emergency Arbitration 2010/0139 in Johan Lundstedt, *SCC Practice: Emergency Arbitrator Decisions*, Stockholm 2014, 6-8, available at [http://www.sccinstitute.com/filearchive/4/46698/SCC%20practice%202010%20-%202013%20emergency%20arbitrator\\_FINAL.pdf](http://www.sccinstitute.com/filearchive/4/46698/SCC%20practice%202010%20-%202013%20emergency%20arbitrator_FINAL.pdf) (13/6/2015):

<sup>(17)</sup> Raja Bose/Ian Meredith, *Emergency Arbitration Procedures: A Comparative Analysis*, *International Arbitration Law Review* (2012) 5, 189.

<sup>(18)</sup> René-Alexander Hirth, Chapter IX: SIAC Rules, in: Rodolf A. Schütze (ed.), *Institutional Arbitration - Article-by-Article Commentary*, Munich 2013, 655 in Edgardo MUÑOZ: How urgent shall an emergency be? – The standards required to grant urgent relief by emergency arbitrators in *Yearbook on International Arbitration Volume IV*.pp.53-54.

<sup>(19)</sup> Raja Bose/Ian Meredith, *Op.cit.*, 190.

وعلى أية حال، تخضع شروط استصدار التدابير الوقائية للقانون الإجرائي الواجب التطبيق، وإذا لم يتفق الأطراف فيكون لمحكم الطوارئ سلطة تقديرية لتحديد تلك الشروط<sup>(1)</sup>. وعملياً قد تنبع تلك الشروط من خلفيات محكم الطوارئ الطوارئ الوطنية أو السوابق المحلية.

وعلى الرغم من أن الكثير من قوانين التحكيم الوطنية لا تتضمن معاييراً ومقتضيات لاستصدار التدابير الوقائية عن محكمة التحكيم، إلا أن البعض منها وبعض قواعد التحكيم المؤسسية و سوابق التحكيم تهتدي بالمقتضيات الموضوعية لاستصدار التدابير الوقائية أمام قضاء الدولة والتي تتلخص في خمسة مقتضيات وهم: اختصاص المحكم بطلب التدابير الوقائية، و رجحان وجود الحق في الموضوع **Prima facie case on the merits**، والإضرار أو احتمال الإضرار بطلب التدابير بأضرار لا يمكن إصلاحها **Irreparable harm suffered or likely to be suffered by the applicant**، وتوافر حالة الاستعجال **Urgency** لدرء ضرر حال أو محتمل<sup>(2)</sup>، وميل كفة طالب التدابير عند تطبيق مبدأ التناسب **proportionality**.

ويمكن لمحكم الطوارئ تطبيق تلك المقتضيات الموضوعية<sup>(3)</sup>، ولكن مع مراعاة ما اتفق عليه الأطراف و قانون التحكيم *dex arbitri*، إذا رأى

---

المنازعة لصالح الطرف الطالب بناءً على وجهة دعواه. على أن البت في هذا الاحتمال لا يمس بما تتمتع به هيئة التحكيم من صلاحية تقديرية في اتخاذ أي قرار لاحق.  
4- فيما يتعلق بطلب اتخاذ تدبير مؤقت بمقتضى الفقرة ٢ (د) تدابير حفظ الأدلة، لا تسري المتطلبات الواردة في الفقرة 3 (أ) و (ب) إلا متى رأت هيئة التحكيم ذلك مناسباً.

(1) Ali Yesilirmak , Provisional Measures in International Commercial Arbitration. (Kluwer Law International 2005) P.162.

(2) تشترط العديد من قواعد محكم الطوارئ المؤسسية على محكم الطوارئ أن يضع في حسابه حالة الاستعجال في إجراءات تحكيم الطوارئ. انظر على سبيل المثال المادة 6/43 من القواعد السويسرية (Swiss Rules) و المادة 2/5 من الملحق الخامس من قواعد ICC و المادة 7 من الملحق الثاني من قواعد SCC.

(3) وبشأن المقتضيات الإجرائية و الشكلية لاستصدار تدابير طوارئ انظر فيما يلي العناصر الشكلية في طلب تحكيم الطوارئ ص124.

وعلى أية حال، تخضع شروط استصدار التدابير الوقائية للقانون الإجرائي الواجب التطبيق، وإذا لم يتفق الأطراف فيكون لمحكم الطوارئ سلطة تقديرية لتحديد تلك الشروط<sup>(1)</sup>. وعملياً قد تنبع تلك الشروط من خلفيات محكم الطوارئ الطوارئ الوطنية أو السوابق المحلية.

وعلى الرغم من أن الكثير من قوانين التحكيم الوطنية لا تتضمن معاييراً ومقتضياتٍ لاستصدار التدابير الوقائية عن محكمة التحكيم، إلا أن البعض منها وبعض قواعد التحكيم المؤسسية و سوابق التحكيم تهتدي بالمقتضيات الموضوعية لاستصدار التدابير الوقائية أمام قضاء الدولة والتي تتلخص في خمسة مقتضيات وهم: اختصاص المحكم بطلب التدابير الوقائية، و رجحان وجود الحق في الموضوع **Prima facie case on the merits**، والإضرار أو احتمال الإضرار يطالب التدابير بأضرار لا يمكن إصلاحها **Irreparable harm suffered or likely to be suffered by the applicant**، وتوافر حالة الاستعجال **Urgency** لدرء ضرر حال أو محتمل<sup>(2)</sup>، وميل كفة طالب التدابير عند تطبيق مبدأ التناسب **proportionality**.

ويمكن لمحكم الطوارئ تطبيق تلك المقتضيات الموضوعية<sup>(3)</sup>، ولكن مع مراعاة ما اتفق عليه الأطراف و قانون التحكيم *lex arbitri*، إذا رأى

---

المنازعة لصالح الطرف الطالب بناءً على وجهة دعواه. على أنّ البتّ في هذا الاحتمال لا يمسّ بما تتمتع به هيئة التحكيم من صلاحية تقديرية في اتخاذ أيّ قرار لاحق.

4- فيما يتعلّق بطلب اتخاذ تدبير مؤقت بمقتضى الفقرة ٢ (د) (تدابير حفظ الأدلة) ، لا تسري المتطلبات الواردة في الفقرة 3 (أ) و (ب) إلا متى رأت هيئة التحكيم ذلك مناسباً".

(1) Ali Yesilirmak , Provisional Measures in International Commercial Commercial Arbitration, (Kluwer Law International 2005) P.162.

(2) تشترط العديد من قواعد محكم الطوارئ المؤسسية على محكم الطوارئ أن يضع في حسبانته حالة الاستعجال في إجراءات تحكيم الطوارئ. انظر على سبيل المثال المادة 6/43 من القواعد السويسرية (Swiss Rules) و المادة 2/5 من المعلق الخامس من قواعد ICC و المادة 7 من الملحق الثاني من قواعد SCC.

(3) وبشأن المقتضيات الإجرائية و الشكلية لاستصدار تدابير طوارئ انظر فيما يلي العناصر الشكلية في طلب تحكيم الطوارئ ص124.

مبادئ إجرائية عامة<sup>(42)</sup>، وبما يتناسب مع فلسفة تحكيم الطوارئ<sup>(43)</sup>، وذلك على النحو التالي:

## 1- اختصاص محكم الطوارئ:

إن اختصاص محكم الطوارئ يكون كافياً إذا كان ظاهرياً أو راجحاً، ولا يشترط أن يكون البحث عن اختصاصه بتعمق، بل يكفي أن يكون من ظاهر الأوراق؛ لأن التعمق في الاختصاص سيكون من مهمة محكمة التحكيم عند

---

(42) لا يضع قانون التحكيم السويدي، مثلاً، أية مقتضيات موضوعية لإصدار تدابير وقائية، فإن محكم الطوارئ بمركز SCC قضى، بشأن تحكيم يجري في السويد، بأن: المقتضيات التي ينص عليها قانون الإجراءات المدنية السويدي لإصدار التدابير الوقائية يمكن قصرها على معيارين وهما رجحان وجود الحق وحالة الاستعجال.

“the requirements under Swedish procedural law for granting interim measures in essence can be reduced to the two criteria that the petitioner prima facie must have proved his case and that there must be an urgent need for the requested interim relief”.

Jason Fry/Simon Greenberg/Francesca Mazza, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, Paris 2012, 290, 304; SCC Emergency Arbitration 70/2011 in Johan Lundstedt, *SCC Practice: Emergency Arbitrator Decisions*, Stockholm 2014, 12-15:

available at  
[http://www.sccinstitute.com/filearchive/4/46698/SCC%20practice%202010%20-%202013%20emergency%20arbitrator\\_FINAL..pdf](http://www.sccinstitute.com/filearchive/4/46698/SCC%20practice%202010%20-%202013%20emergency%20arbitrator_FINAL..pdf)  
(13/6/2015)

(43) Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 2nd ed., Alphen aan den Rijn .69-2468, 2014

تشكيها(44). بينما ينطبق معيار اختصاص المحكم العادي بطريقة أشد، حيث يشترط أن يكون اختصاص الأخير مبنياً على أسباب معقولة(45).

إن اختصاص محكم الطوارئ قد يبدو تحققه من أول وهلة، مثلاً، بمجرد تقديم طلب التعيين من أطراف التحكيم أو خلفائهم كما هو مقرر في قواعد محكم الطوارئ بمركز ICC(46)، أو من مجرد إحالة أطراف النزاع في تعاقدهم إلى قواعد المركز التي تتضمن قواعد محكم الطوارئ، في حل النزاع(47). فضلاً عن أن سلطة التعيين في مركز التحكيم تبحث حالة الاستعجال قبل تعيين محكم الطوارئ، مما يخفف العبء عن كاهل محكم الطوارئ، وبما يتفق مع فلسفة السرعة المتطلبة(48).

كما أن ظاهرة عدم اختصاص محكم الطوارئ قد تبدو واضحة إذا كان التدبير الوقفي يمس مصالح الغير (كينك أو سلطة في الدولة أو غيرها) الذي لا يعد طرفاً في تحكيم الطوارئ(49) و يحوز الأموال التي تخص طالب التدابير، أو كانت التدابير الوقفية المنشودة تستدعي سلطة الإجاز والتي لا يملكها محكم الطوارئ؛ فمصدر سلطته اتفاق الأطراف وفاقد الشيء لا يعطيه.

---

(44) SCC Emergency Arbitration 0139/2010 in Johan Lundstedt, SCC Practice: Emergency Arbitrator Decisions, Stockholm 2014, 6-8, available at [http://www.sccinstitute.com/filearchive/4/46698/SCC%20practice%202010%20%202013%20emergency%20arbitrator\\_FINAL.pdf](http://www.sccinstitute.com/filearchive/4/46698/SCC%20practice%202010%20%202013%20emergency%20arbitrator_FINAL.pdf) (13/6/2015).

(45) Jason Fry/Simon Greenberg/Francesca Mazza, The Secretariat's Guide to ICC Arbitration, Paris 2012, 291.

(46) المادة 5/29 من قواعد ICC.

(47) SCC Emergency Arbitration 70/2011 in *ibid.*, 12-15.

(48) المادة 5/1 من قواعد محكم الطوارئ بالملحق الخامس من قواعد ICC و المادة 2/4 من الملحق الثاني من قواعد SCC والمادة 9.6 من قواعد LCIA و المادة 2/43 من القواعد السويسرية (Swiss Rules).

(49) لذلك قضي بعدم اختصاص محكم الطوارئ بمركز SCC لان التدبير الوقفي المطلوب يلزم مؤسسة مالية تحوز أموال محل النزاع.

SCC Emergency Arbitration 064/2010 in Johan Lundstedt, *Op.cit.*, 3-5.

## 2- رجحان الحق في الموضوع:

إن الحكم برجحان الحق يجب الرجوع فيه ليس إلى قانون التحكيم بل إلى القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. على سبيل المثال كأن يكون القانون الواجب التطبيق على العقد موضوع النزاع أو شروط العقد أو المبادئ العامة.

عموماً، ينطبق هذا المقتضى أو الشرط بصفة أقل حدة من معيار رجحان الحق عن استصدار التدابير الوقائية عن محكمة التحكيم. لدرجة أن محكم الطوارئ في إحدى القضايا بنى رجحان الحق على أسباب محتملة عرضت أمامه، حيث عرض طالب التدابير قائمة بمخالفات تعاقدية قام بها المدعى عليه و الأخير لم يبدي أي ردود على تلك الوقائع أو حتى أنكر (56).

و معيار رجحان الحق أمام محكم الطوارئ ينطبق بأقل حدة مما عليه أمام محكمة التحكيم وذلك لأسباب عديدة؛ أن محكم الطوارئ لا يصدر الحكم الصادر في موضوع النزاع على عكس محكمة التحكيم، فالأخيرة قد تفصل في طلب التدابير الوقائية و موضوع النزاع، وبالتالي لا يكون هناك مخاطر يتحملها محكم الطوارئ إذا تبين عدم رجحان الحق عند الفصل في موضوع النزاع.

فضلاً عن أن محكم الطوارئ يُمنع من الاشتراك في الحكم في موضوع النزاع، طبقاً لقواعد محكم الطوارئ المؤسسية (57). كما أن محكم الطوارئ- على عكس محكمة التحكيم- مطالب بإصدار التدابير الطارئة خلال أيام (58)، بعدها يترك لمحكمة التحكيم سلطة تعديل التدابير أو إلغاؤها أو إنهاؤها (59).

(56) SCC Emergency Arbitration 187/2010 and SCC Emergency Arbitration 187/2010 in *ibid.* Johan Lundstedt, SCC Practice: Emergency Arbitrator Decisions, Stockholm 2014, 10-12, available at

[http://www.sccinstitute.com/filearchive/4/46698/SCC%20practice%202010%20-%202013%20emergency%20arbitrator\\_FINAL.pdf](http://www.sccinstitute.com/filearchive/4/46698/SCC%20practice%202010%20-%202013%20emergency%20arbitrator_FINAL.pdf).

(57) انظر ما سبق ص 24.

(58) راجع ميعاد تحكيم الطوارئ ما يلي ص 135.

(59) Jason Fry/Simon Greenberg/Francesca Mazza, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, Paris 2012, 306.



### 3- المعاناة من ضرر فعلي أو محتمل يتعذر إصلاحه:

إن طالب التدابير الوقائية الطارئة أمام محكم الطوارئ يقع عليه عبء إثبات أن ضرراً لا يمكن إصلاحه، أو ظاهرياً لا يمكن إصلاحه، سيعاني منه إذا لم يصدر التدبير الوقائي، على غرار الوضع أمام محكمة التحكيم عند استصداره منها التدابير الوقائية. فعلى طالب التدابير أن يثبت أن ضرراً فعلياً أو محتملاً وقوعه سوف يصيبه من جهة و استحالة إصلاحه من جهة أخرى بحكم في موضوع التحكيم.

تطبيقاً لذلك، وفي قضية تحكمها قواعد محكم الطوارئ بمركز SCC سنة 2010، أبدى المدعي طلباً أمام محكم الطوارئ بمنع المدعى عليه من نقل أو رهن أو تحميل أو بيع أو أي تصرف آخر في أسهم الشركة المبيعة إلى المدعي عليه و المعلق دفع ثمنها. محكم الطوارئ رفض هذا الطلب؛ مستنداً على أن الطالب لم يثبت أن هناك ضرراً سوف يمنعه قرار محكم الطوارئ أو الطبيعة المستعجلة له، فلم يثبت أن التصرف في أسهم الشركة بالبيع أو التنازل سيسببه بأضرار كدائن للمدعى عليه ويحرمه من ضمانات كثيرة<sup>(60)</sup>.

وفي قضية أخرى، رفض محكم الطوارئ طلب التدابير؛ إذ لا توجد أدلة على أن الضرر لا يمكن إصلاحه بتعويض يقرره حكم التحكيم الموضوعي؛ لأن حجم وسمعة شركة والدي المدعى عليه يجعل من الحكم لصالح المدعي مرجح تنفيذه بنجاح ضد المدعى عليه<sup>(61)</sup>.

---

(60) SCC Emergency Arbitration 064/2010 in Johan Lundstedt, SCC Practice: Emergency Arbitrator Decisions, Stockholm 2014, 3-5, available at: [http://www.sccinstitute.com/filearchive/4/46698/SCC%20practice%202010%20-%202013%20emergency%20arbitrator\\_FINAL.pdf](http://www.sccinstitute.com/filearchive/4/46698/SCC%20practice%202010%20-%202013%20emergency%20arbitrator_FINAL.pdf) (13/6/2015).

(61) SCC Emergency Arbitration 10/2012 in ibid., 16-19.

#### 4- حالة الاستعجال القصوى (الطوارئ):

إن قواعد محكم الطوارئ المؤسسية تقضي بأن محكم الطوارئ عليه أن يأخذ في حسبانته حالة الاستعجال في إجراءات تحكيم الطوارئ<sup>(62)</sup>. إن معيار حالة الاستعجال أمام محكم الطوارئ ينطبق بأكثر صرامة هنا من ذلك المتطبق أمام محكمة التحكيم عند إصدارها التدابير الوقائية<sup>(63)</sup>، فحالة الاستعجال تصل إلى أقصاها أمام محكم الطوارئ وتصل إلى درجة عدم احتمال الانتظار حتى تشكيل هيئة التحكيم وليس لحين إصدار حكم نهائي في التحكيم<sup>(64)</sup>. وقد تستدعي الحالة عدم الاعتماد على معيار قوي في الإثبات كما

---

(62) على سبيل المثال انظر: المادة 6/43 من القواعد السويسرية (Swiss Rules) و المادة 2/5 من الملحق الخامس قواعد ICC و المادة 7 من الملحق الثاني من قواعد SCC . ذهب رأي إلى أن حالة الاستعجال لا تعد من مستلزمات استصدار تدابير الوقائية في مجال التحكيم، كما تم تنص عليه، صراحة، قواعد "الحكم" فيما قبل التحكيم بمركز ICC سنة 1990. على عكس ما قررته قواعد محكم الطوارئ بقواعد ICC حيث تقضي المادة 2/5 من الملحق الخامس منه على أن: "يدير محكم الطوارئ الإجراءات بالطريقة التي يعتبرها ملائمة، مع أخذ طبيعة طلب اتخاذ التدابير و مدى استعجاله بعين الاعتبار...". بل تغني عن حالة الاستعجال عوامل كثيرة تؤخذ في الحسبان كما عند تقدير الأضرار التي لا يمكن إصلاحها التي يعاني منها طالب التدابير الوقائية إذا لم تصدر أو الطرف الآخر إذا صدرت التدابير إعمالاً لمبدأ التناسب.

Christopher Boeg, Swiss Rules of International Arbitration– Time to Introduce an Emergency Arbitrator Procedure? in Matthias Scherer (ed), ASA Bulletin, (Kluwer Law International 2010 Volume 28 Issue 3) p. 466.note19.

(63) المادة 1/17 من القانون النموذجي UNCITRAL. كما لم تضع المادة 1/17 من القانون النموذجي الأونسيترال UNCITRAL Model Law و المادة 3/26 من قواعد الأونسيترال للتحكيم UNCITRAL Arbitration Rules الاستعجال، صراحة، كمتطلب خاص لإصدار التدابير الوقائية. وإنما يكفي بأن عدم إصدار التدبير يرجح أن يحدث ضرراً لا يمكن جبره بصورة وافية من خلال منح تعويضات، وبأن هذا الضرر يفوق بكثير الضرر الذي يحتمل أن يلحق بالطرف المستهدف بذلك التدبير إذا ما أصدر، وبأن هناك احتمالاً معقولاً أن ينجح الطرف الطالب بناء على وقائع المطالبة. ولا يجوز للقرار المتعلق بهذا الاحتمال أن يمس بما تتمتع به هيئة التحكيم من صلاحية تقديرية في اتخاذ أي قرار لاحق.

(64) Gary B. Born, International Commercial Arbitration, 2nd ed., Alphen aan den Rijn, 2014; Jason Fry/Simon Greenberg/Francesca Mazza, The Secretariat's Guide to ICC Arbitration, Paris 2012, 294.

لو أمر المحكم ببيع البضاعة القابلة للهلاك بسرعة قبل تشكيل محكمة التحكيم<sup>(65)</sup>.

نتيجة لما تقدم، يقع على عاتق طالب تدابير الطوارئ أن يثبت عدم جدوى الانتظار لحين تشكيل هيئة التحكيم لإصدارها تلك التدابير، وأن ضرراً لا يمكن إصلاحه أو تفاقماً في الأضرار التي ستصيبه حال الانتظار. فالاستعجال المتطلب هنا هو "استعجال الاستعجال" -على حد تعبيرنا- أو حالة الاستعجال القصوى أو حالة الطوارئ لاتخاذ خطوات حقيقية لدرء أو تجنب أو منع ضرر محتمل في المستقبل. وحسبما يبين مما سبق، أن حالة الطوارئ -كأحد مقتضيات اللجوء إلى محكم الطوارئ- تتداخل مع مقتضى معاناة طالب تدابير الطوارئ من ضرر يتعذر إصلاحه.

ولذلك إن غالب القواعد المؤسسية بشأن تحكيم الطوارئ تستلزم في طلب تعيين محكم الطوارئ ذكر أسباب استصدار تدابير وقائية طارئة لا تحتمل لحين تشكيل هيئة التحكيم، وطبيعة تلك التدابير، وسبب منحها لأحد الأطراف<sup>(66)</sup>.

والتطبيق يوضح المقال، وبخصوص إحدى قضايا تحكيم الطوارئ، محكم الطوارئ قضى بأن هناك ترابطاً بين شرط الطوارئ أو الاستعجال و شرط الضرر الذي لا يمكن إصلاحه خاصة في الحالات التي يفترض أن المدعى عليه سيقوم بتبديد أو تهريب أمواله لو نفذ حكم معاكس للحكم بالتدبير الوقتي، وقضى بأنه يجب على المدعى إثبات أن المدعى عليه، ولو ظاهرياً، لسبب محتمل، سيتخذ أفعالاً تبديد الأموال محل النزاع<sup>(67)</sup>.

وفي قضية أخرى تتعلق بنزاع حول بضائع خاصة تصنع من قبل البائع، وجد محكم الطوارئ أن التدابير المطلوبة من المشتري (المدعي) والتي

(65) G. B. Born, *International Commercial Arbitration* (2009), p.2006.

(66) انظر: المادة 1،2/1 من قواعد محكم الطوارئ بالملحق لخامس من قواعد ICC. والمادة الثانية من قواعد محكم الطوارئ بالملحق الثاني من قواعد SCC والتي لم تستلزم ذكر أسباب استصدارها قبل تشكيل هيئة التحكيم ولكن اشترطت فقط يان التدبير و سبب استصداره. والمادة 43 فقرة أولى من القواعد السويسرية (Swiss Rules). والمادة الأولى من قواعد محكم الطوارئ بالملحق الأول من قواعد SIAC و المادة 1/6 من قواعد تدابير الحماية الطارئة من قواعد ICDR. والبند 9.5 من المادة 9B من قواعد LCIA.

(67) SCC Emergency Arbitration 70/2011 in *ibid.*, 12-15.

تتضمن أمر البائع بتسليم البضائع كانت طارئة لدرجة عدم وجود مصدر بديل لتزويده للمشتري و تجاوز حده النهائي لتسليم تلك البضائع وفق الاتفاق مع أحد الأعيان (68).

وفي قضية تحكيم طوارئ وفق قواعد SCC لسنة 2010، محكم الطوارئ رفض طلب المدعي في استصدار تدابير طوارئ بمنع المدعي عليه من المطالبة بأموال من البنك الضامن الذي تعهد المدعي بها لتكملة مشروع المبنى؛ لأنه فشل في إثبات الطبيعة المستعجلة أو الطارئة أن هناك خطر لاضرر لا يمكن إصلاحه. فلو على فرض أن المطالبة بأموال من البنك الضامن غير صحيحة، فالمدعي لم يثبت حالة الاستعجال التي تستدعي ذلك خاصة وأنه، حال نجاح دعواه في الموضوع، يمكن أن تجبر أضراره بحكم نهائي من محكمة التحكيم (69).

### 5- مبدأ التناسب proportionality:

إن مبدأ التناسب يعني الملاءمة بين أضرار طالب التدابير الوقائية حال عدم إصدارها من ناحية و الأضرار التي تصيب المدعي عليه حال إصدارها من ناحية أخرى. وبعبارة أخرى، وفق مبدأ التناسب على المدعي أن يظهر أن مصالحه في إصدار التدابير الوقائية تعلق على الأضرار التي تصيب المدعي عليه. فلا يتصور إصدار تدابير طوارئ عن محكم الطوارئ لصالح عشرين شركة تطلب منع المدعي عليه من استخدام ترخيص صادر عن العشرين شركة والمدعي عليه متجر صغير قد يشهر إفلاسه بسبب هذا التدبير.

(68) SCC Emergency Arbitration 10/2012 in Johan Lundstedt, SCC Practice: Emergency Arbitrator Decisions, Stockholm 2014, 16-19, available at

[http://www.sccinstitute.com/filearchive/4/46698/SCC%20practice%202010%20%202013%20emergency%20arbitrator\\_FINAL.pdf](http://www.sccinstitute.com/filearchive/4/46698/SCC%20practice%202010%20%202013%20emergency%20arbitrator_FINAL.pdf)

(69) SCC Emergency Arbitration 0139/2010 in ibid., 6-8.

وقد يبدو غريباً أن المدعي طالب بتلك التدابير الوقائية أمام محكم الطوارئ ولم يطالب بها أمام قضاء الدولة، باعتباره تدبيراً يمس حقوق الغير، ولكن يبدو أيضاً أن البنك الضامن في دولة اللجوء إلى قضائها للمساعدة لم يكن اختياراً صحيحاً.

ويرى البعض<sup>(70)</sup> أن إعمال مبدأ التناسب لصالح طالب تدابير الطوارئ يمكن أن يكون مقترضاً في تحكيم الطوارئ؛ لأن الأضرار التي ستصيب المدعي، لو انتظر لحين تشكيل محكمة التحكيم، ستكون أعظم بطبيعة الحال من الأضرار التي تصيب المدعى عليه لو أنصاع لقرار محكم الطوارئ. ولا مانع من إعمال هذا الافتراض لو وضعنا في الاعتبار أن لمحكمة التحكيم، حال حدوث عكس الافتراض، أن تعدل أو تلغي أو توقف قرار محكم الطوارئ<sup>(71)</sup>.

ومن تطبيقات تحكيم الطوارئ في إعمال مبدأ التناسب، في نزاع ناشئ عن اتفاق بين شركاء مساهمين، أمام محكم الطوارئ التابع لمركز SCC الذي قضى بأن المتطلب الوحيد لإصدار التدابير الوقائية هو أن يكون إصدارها مناسباً<sup>(72)</sup>. فكل ما هنالك أن المدعي يثبت أن هناك سبباً مرجحاً لقضيته وأن تلك التدابير ضرورية للمحافظة على حقوقه الموضوعية. وجد محكم الطوارئ، في النهاية، أن عرض المدعى عليه لبيع أسهم لشركاء آخرين يعد خرقاً ظاهرياً للعقد، كافياً لإثبات الحاجة إلى تدابير الطوارئ لحماية مكانة المدعي<sup>(73)</sup>.

وفي قضية أخرى، المدعي طلب من محكم الطوارئ أمر المدعى عليه بالوفاء بالتزاماته التعاقدية وفق اتفاق بيع وشراء. دفع المدعى عليه بأن أداءه المحتمل للاتفاق سيكون مخالفاً للقوانين الإلزامية للدولتين Y و Z، وأن إنهاء الاتفاق مبرر قانوناً. وبالنظر إلى مبدأ التناسب، قضى محكم الطوارئ بأن

---

(70) Edgardo MUÑOZ: How urgent shall an emergency be? – The standards required to grant urgent relief by emergency arbitrators in Yearbook on International Arbitration Volume IV.p.63.

[http://www.internationalprivatelaw.com/files/Munoz\\_Urgent\\_Measures\\_in\\_YIA\\_p.\\_1-29\\_1.pdf](http://www.internationalprivatelaw.com/files/Munoz_Urgent_Measures_in_YIA_p._1-29_1.pdf) (visited 6/6/2015).

(71) راجع سلطة محكمة التحكيم في مراجعة قرار محكم الطوارئ ما يلي ص149 وما بعدها.

(72) راجع سلطة محكم الطوارئ في إصدار التدابير الوقائية التي يراها مناسبة أو ضرورية ما سبق ص18.

(73) SCC Emergency Arbitration 187/2010 in Johan Lundstedt, SCC Practice: Emergency Arbitrator Decisions, Stockholm 2014, 10-12, available at

[http://www.sccinstitute.com/filearchive/4/46698/SCC%20practice%202010%20%202013%20emergency%20arbitrator\\_FINAL.pdf](http://www.sccinstitute.com/filearchive/4/46698/SCC%20practice%202010%20%202013%20emergency%20arbitrator_FINAL.pdf)

إصدار مثل هذا التدبير يمكن أن يحمل المدعى عليه مسؤولية مدنية و جنائية وفق قوانين هاتين الدولتين السابقتين، وبناء عليه رُفض طلب المدعى في هذا التدبير الطارئ<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث

#### سبب تحكيم الطوارئ

إن فكرة سبب تحكيم الطوارئ يقصد بها أساس اللجوء إلى تعيين محكم الطوارئ أو قد يقصد به المصدر أو الواقعة التي أنشأت الحق في اللجوء إلى تحكيم الطوارئ.

إذا كان أساس الحماية الوقتية أو المستعجلة، عموماً، هو مبدأ عدم جواز الإضرار بحقوق أطراف القضية نتيجة الوقت المستغرق للفصل في القضية<sup>(2)</sup>، فإن أساس طلب تحكيم الطوارئ هي الحاجة إلى استصدار تدابير وقتية أو تحفظية في حالة الطوارئ<sup>(3)</sup>. إن تحكيم الطوارئ يشيع حاجة أطراف أطراف النزاع للابتعاد عن اللجوء على قضاء الدولة، قبل تشكيل محكمة التحكيم<sup>(4)</sup>.

إن تحكيم الطوارئ – كأى تحكيم- مصدره الاتفاق. لكن الاتفاق على تحكيم الطوارئ هو ذات الاتفاق على التحكيم العادي. فلا يحتاج تحكيم الطوارئ إلى اتفاق خاص أو مستقل أو منفصل عن اتفاق التحكيم العادي.

(1) SCC Emergency Arbitration 10/2012 in *ibid.*, 16-19.

(2) The principle is that no party's rights should be prejudiced or affected due to the duration of adjudication.

Yesilirmak, Ali, *Provisional Measures in international commercial arbitration*, Kluwer Law International 2005, p. 5.

(3) الحاجة إلى حماية قضائية أو تحكيمية معينة تعبر عن شرط المصلحة كشرط من شروط قبول أي طلب لهذه الحماية. كما أن طلب تحكيم الطوارئ- كطلب التحكيم العادي أو طلب القضاء عموماً- يحتاج إلى توافر شرط " المصلحة interest " لقبوله و سماعه. والحماية التحكيمية الطارئة أيضاً تعبر عن شرط المصلحة لقبول طلب تحكيم الطوارئ. وبخصوص شرط الصفة في تقديم طلب تعيين محكم الطوارئ انظر مبدأ نسبية تحكيم الطوارئ ما يلي ص 106.

(4) Edgardo MUÑOZ: How urgent shall an emergency be? – The standards required to grant urgent relief by emergency arbitrators in *Yearbook on International Arbitration Volume IV*.p.46.

[http://www.internationalprivatelaw.com/files/Munoz\\_Urgent\\_Measures\\_in\\_YIA\\_p.\\_1-29\\_1\\_.pdf](http://www.internationalprivatelaw.com/files/Munoz_Urgent_Measures_in_YIA_p._1-29_1_.pdf) (visited 6/6/2015).

فيكفي للجوء إلى محكم الطوارئ الاتفاق على التحكيم العادي بالإحالة إلى قواعد مركز تحكيم يتضمن قواعد محكم الطوارئ.  
أولاً: أساس تحكيم الطوارئ

أساس تحكيم الطوارئ يكمن في الحاجة إلى استصدار تدابير وقتية في مرحلة ما قبل التحكيم pre-arbitral أي دون احتمال الانتظار لحين تشكيل محكمة التحكيم. وبالتالي فأساس تحكيم الطوارئ هو أساس قانوني يتمثل في الحاجة إلى استصدار تدابير وقتية و أساس زمني يتمثل في مرحلة ما قبل التحكيم pre-arbitral.

### (1) الحاجة إلى تدابير وقتية:

إن التدابير الوقتية interim relief مصطلح عام قد يُستخدم ليشمل التدابير المؤقتة provisional measures أو التدابير التحفظية conservatory measures أو تدابير الحماية الوقتية interim measures of Protection أو في النظام الانجلوسكسوني الأوامر التمهيدية "preliminary injunctions" أو التدابير الوقتية للطوارئ "emergency interim relief".

التدبير المؤقت، كما عرفته المادة 2/26 من قانون الأونسيترال للتحكيم، هو أيُّ تدبير وقتي تأمر بمقتضاه هيئة التحكيم أحد الأطراف، في أيِّ وقت يسبق إصدار قرار التحكيم الذي يفصل في المنازعة نهائياً، أن يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل<sup>(1)</sup>. وهو، كما عرفته المادة 2/17 من القانون النموذجي، أي تدبير وقتي، سواء أكان في شكل قرار أم في شكل آخر، تأمر فيه هيئة التحكيم

(1) المادة 2/26 تنص على أن: " التدبير المؤقت هو أيُّ تدبير وقتي تأمر بمقتضاه هيئة التحكيم أحد الأطراف، في أيِّ وقت يسبق إصدار قرار التحكيم الذي يفصل في المنازعة نهائياً، أن يقوم، على سبيل المثال لا الحصر، بأيِّ مما يلي:

(أ) أن يُبقي الحال على ما هو عليه، أو أن يعيده إلى ما كان عليه إلى حين الفصل في المنازعة؛  
(ب) أن يتخذ إجراء يمنع حدوث<sup>1</sup>، ضررٍ حاليٍّ أو وشيكٍ أو<sup>2</sup>، مساسٍ بعملية التحكيم نفسها، أو أن يمتنع عن اتخاذ إجراء يُحتمل أن يسبب ذلك الضرر أو المساس؛ (ج) أن يُوفّر وسيلةً لصون الموجودات التي يمكن أن تُستخدم لتفويض قرار لاحق؛ (د) أن يُحافظ على الأدلة التي قد تكون مهمةً وجوهريّةً في حسم المنازعة".

أحد الطرفين، في أي وقت يسبق إصدار القرار الذي يفصل نهائياً في النزاع<sup>(1)</sup>.

وعرف بعض الفقه<sup>(2)</sup> التدابير التحفظية أو الوقتية بصفة عامة بأنها مجموع ما يؤمر به الإجراءات، على وجه الاستعجال، بناء على طلب كل ذي مصلحة للمحافظة على الحق ودرء الخطر عنه، تمهيداً لتحقيقه في المستقبل عند طلب الحماية أمام قضاء لموضوع، ويوصف التدبير بالتحفظي أو الوقتي؛ لأنه يصدر قبل تأكيد إرادة القانون بغرض ضمان التحقيق العملي لهذه الإرادة في المستقبل. وعلى هذا الأساس يمكن فيما بعد العدول عن هذا التدبير الوقتي أو تغييره أو تأكيده. وعرف البعض الآخر<sup>(3)</sup> أنه كل إجراء يكون لازماً في الوقت المناسب لدرء خطر عاجل عن أحد الخصوم، يستوي بعد ذلك أن يكون لحفظ الدليل أو لضمان تنفيذ حكم التحكيم المتوقع صدوره فيما بعد. فهي إذن تدابير مؤقتة تهدف إلى تجنب نتائج غير عادلة unjust results قبل صدور أحكام التحكيم الموضوعية النهائية<sup>(4)</sup>.

وأدرج الفقه عدة تقسيمات للتدابير الوقتية في التحكيم<sup>(5)</sup>. ومنها أنها تنقسم إلى تدابير لحفظ الأدلة<sup>(6)</sup>، وأخرى تتعلق سير التحكيم والعلاقة بين الأطراف

(1) بما يلي: (أ) أن يبقي الحال على ما هو عليه أو يعيده إلى ما كان عليه إلى حين الفصل في النزاع، أو (ب) أن يتخذ إجراء يمنع حدوث ضرر حالي أو وشيك أو مساس بعملية التحكيم نفسها، أو أن يمتنع عن اتخاذ إجراء يحتمل أن يسبب ذلك الضرر أو المساس، أو (ج) أن يوفر وسيلة للمحافظة على الموجودات التي يمكن بواسطتها تنفيذ قرار لاحق، أو (د) أن يحافظ على الأمانة التي قد تكون هامة وجوهرية في حل النزاع.

(2) رجدي راغب، نحو فكرة عامة للقضاء الوقتي في قانون المرافعات، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية 1973 العدد الأول ص 167 وما بعدها.

(3) أحمد صدقي محمود، مرجع سابق، ص 14.

(4) Margaret L. Moses, The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, 179-180.

(5) انظر بالتفصيل في أنواع التدابير الوقتية التي يملك محكم الطوارئ إصدارها ما سبق ص 27.

(6) إن حاجة طالب تدابير الأدلة أيضاً قد تبدو ملحة في مرحلة ما قبل تشكيل هيئة التحكيم في المحافظة على دليل أو إقامته باعتبار سبب لتحقيق فعالية التحكيم، فيكون له مصلحة في استصدار أمر ضد الطرف الآخر بالاحتفاظه بالمستندات دون إهدارها.

Massimo Benedettelli, Interim Measures between Party Autonomy and State Powers, at: Interim Relief: What, Why, When, How?, New York 2013, program available at:



أثناء هذا السير وأخرى تهدف إلى تسهيل تنفيذ حكم التحكيم فيما بعد و أخيرة وهي تدابير الدفع (تشمل تدابير الكفالة أو التأمين أو أي ضمان مالي لإصدار التدابير الوقائية)<sup>(1)</sup>.

تظهر أهمية التدابير الوقائية، خاصة الطارئة، في بعض المنازعات عبر الحدود كمنازعات الرياضة التي يُستصدر فيها الكثير من تدابير إعادة الوضع كما كان عليه قبل النزاع *restore the status quo* عند الاعتراض على القرارات اللانحائية، حيث يقوم اللاعب الرياضي باستصدار تدابير رفع الجزاءات الموقعة عليه. كالوقف- من قبل الفيفا (الاتحاد الرياضي)<sup>(2)</sup>.

وغير خافٍ أن التدابير الوقائية قد تتعاضد أهميتها عن أحكام التحكيم الموضوعية النهائية؛ لأن رد فعل الطرف الخاسر قد يجعل من إصدار حكم التحكيم غير ذي جدوى للطرف الكاسب. لذلك، وبحق، قد يكون التدبير الوقائي، على الرغم من "تأقيته"، نهائياً<sup>(3)</sup>. فما فائدة حكم التحكيم بصدد بضائع سريعة التلف إذا لم يصدر تدبير وقائي يبيعه فوراً، وما جدوى حكم التحكيم

<http://blogs.law.nyu.edu/transnational/wpcontent/uploads/2013/09/Interim-Measures-Brochure-Oct-7-2013.pdf> (13/6/2015).

(1) Ali Yeşilirmak, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, Kluwer, London, 2005, 10-12.

ومن الأمثلة على التدابير الوقائية أو التحفظية طلب بيع ضائع معرضة للتلف أو تدابير حفظ الأدلة وذلك من خلال إبقاء الوضع كما هو عليه كالأمر الصادر إلى أحد المتعاقدين بالسماح للطرف الآخر المناقش بأن يفحص البضائع أو التجهيزات الموجودة تحت سيطرة الطرف الأول حتى لا يكون عاجزاً عن تقديم أي دليل يدعم حقه أو كالتدابير الصادرة بالتعويض المؤقت. (انظر: أحمد عبدالكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، بند 264، ص 934).

(2) حيث يجوز اللجوء إلى الرئيس في محكمة التحكيم الرياضية Court of Arbitration for Sports (CAS) لإصدار تدابير وقائية قبل تشكيل هيئة التحكيم، التي تفصل في موضوع النزاع، ليصدر قراره خلال أيام.

Dominico Dipietro, *Interim Measures in International Arbitration: Practical Approaches*, at: *Interim Relief: What, Why, When, How?*, New York 2013, program available at:

<http://blogs.law.nyu.edu/transnational/wp-content/uploads/2013/09/Interim-Measures-Brochure-Oct-7-2013.pdf> (visited 13/6/2015).

(3) Ali Yeşilirmak, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, Kluwer, London, 2005, 14.

بالتعويضات إذا لم يصدر تدبير وقتي بإيقاف المدعى عليه عن منعه توريد الطاقة للمدعي لتشغيل التجهيزات والمفاعلات عنده، وما أهمية حكم التحكيم إذا لم ينفذ التدبير الوقتي بعدم إفشاء أسرار و معلومات أو ما جدوى التحكيم وفعاليتها عن عدم تنفيذ التدابير الوقتية بمنع تبديد أموال المدين.

الحاجة إلى تلك التدابير الوقتية على مستوى التحكيم تزداد يوماً بعد يوم، بل أن هيئات التحكيم تتجه نحو منح التدابير الوقتية المطلوبة لصالح طالبيها<sup>(1)</sup>، لا سيما في عالم الأعمال و التجارة<sup>(2)</sup>. لذلك تم تعديل القانون النموذجي UNCITRAL في سنة 2006<sup>(3)</sup>؛ لأن النصوص القديمة لم تعالج بشكل كافٍ سلطة المحكم في إصدار التدابير الوقتية و التحفظية، والذي كان يعد عنصراً منفراً من التحكيم، كالذي تضمنته المادة 17 منه، حيث كانت تمنح تلك المادة هيئة التحكيم سلطة إصدار "أمر" بالتدابير الوقتية التي تراها ضرورية و متعلقة بموضوع النزاع. ولم تتضمن منح هيئة لتحكيم سلطة إصدار تلك التدابير في غيبة الطرف الأخر أو قواعد لتنفيذ تلك التدابير على غرار اتفاقية نيويورك 1958 باعتبار أن تنفيذها يخضع للقوانين الداخلية<sup>(4)</sup>.

(1) على سبيل المثال تشير الإحصائيات مثلاً أمام مركز LCIA أن من ضمن 701 قضية تحكيم وفق واعدها لسنة 1998 توجد 126 قضية تحكيم طلب فيها تدابير وقتية من هيئة التحكيم.

P. Turner/R. Mohtashami, *A Guide to the LCIA Arbitration Rules* (2009).

G. B. Born, *International Commercial Arbitration* (2009) 1976.

(2) Christopher Boog, *Swiss Rules of International Arbitration— Time to Introduce an Emergency Arbitrator Procedure?* in Matthias Scherer (ed), *ASA Bulletin*, (Kluwer Law International 2010 Volume 28 Issue 3) p. 462.

(3) انظر النصوص قبل التعديل وبعده و أسباب التعديل والمذكرة التفسيرية على الموقع الرسمي : [http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration.html](http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html).

(4) حيث كان النص القديم كالتالي:

“ Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may at the request of a party, order any party to take such interim measure of protection as the tribunal may consider necessary in respect of the subject matter of the dispute. The arbitral tribunal may require any party to provide appropriate security in connection with such measure.”.

وفي سنة 2006 أدخلت تعديلات على المادة 17 بحيث تسمح لهيئة التحكيم إصدار تدابير وقائية، في شكل "أمر" أو "حكم" في غيبة الطرف الآخر، وأضحت التدابير الوقائية صالحة للاعتراف والتنفيذ من قبل المحاكم المختصة ويمكن رفض التنفيذ لأسباب معينة. غير أن المادة 17 قبل التعديل أو بعده لا تتضمن سلطة إصدار التدابير الوقائية في مرحلة ما قبل التحكيم. ولكن ذهب البعض<sup>(1)</sup> إلى أنه يمكن تنفيذ قرار محكم الطوارئ وفق المادة 17<sup>(2)</sup>.

ويلزم التنويه أخيراً إلى أثر هام مترتب على اعتبار أساس تحكيم الطوارئ هو الحاجة إلى تدابير وقائية، أنه إذا كان يترتب على تقديم طلب التحكيم، إذا تضمن المطالبة بحق للطالب، قطع التقدم باعتباره مطالبة قضائية. ذلك أن تقديم الطلب بحق معين يوضح حرص الطالب على المحافظة على حقه<sup>(3)</sup>. فإن طلب تحكيم الطوارئ، أو استصدار تدابير طوارئ وقائية، قبل تشكيل محكمة التحكيم، لا يتضمن المساس بأصل الحق، ولا يستلزم التعمق و البحث في موضوع الحق، فإن طلب تحكيم الطوارئ أو تعيين محكم طوارئ لا يقطع التقدم<sup>(4)</sup>.

---

(1) Christopher Boog and Bertrand Stoffel: Preliminary Orders and the Emergency Arbitrator: Urgent Interim Relief by an Arbitral Decision Maker in Exceptional Circumstances - 10 Years of Swiss Rules of International Arbitration - ASA Special Series No. 44.2014.p.81.

(2) انظر بخصوص قياس تنفيذ قرارات محكم الطوارئ على تنفيذ التدابير الوقائية الصادرة عن هيئة التحكيم ما يلي ص 181.

(3) فتحي والي، مرجع سابق، ص 419، بند 213.

(4) الطلب المستعجل لا يقطع مدة التقدم. انظر: سيد احمد محمود، القضية المستعجلة، ص 86. وانظر إلى الأحكام القضائية والمراجع الفقهية في الهامش (1). غير أن الطلب المستعجل- في القانون الفرنسي- يقطع مدة التقدم، عملاً بالفقرة الأولى من المادة 2241 من القانون المدني الفرنسي ونصها كالتالي:

« La demande en justice, même en référé, interrompt le délai de prescription ainsi que le délai de forclusion ».

## 2) الحاجة إلى تدابير وقتية في مرحلة ما قبل التحكيم(حالة الطوارئ):

إن الحاجة إلى التدابير الوقتية في حالات الطوارئ من قبل أطراف التحكيم فيما قبل تشكيل هيئة التحكيم قد تكون قائمة<sup>(1)</sup>، خاصةً أن للتدابير الوقتية دوراً فعالاً إذا كان الخطر الذي تواجهه أسرع في حدوثه من تشكيل محكمة التحكيم كأن يتم تهريب أموال المدين ونقلها أسرع من تشكيل محكمة التحكيم.

إذا كان أطراف النزاع، وقبل نشوء آلية تمكنهم من استصدار تدابير وقتية في مرحلة ما قبل التحكيم، مجبرين على اللجوء إلى قضاء الدولة لاستصدارها بقرارات قابلة للتنفيذ. إلا أنه في أحيان أخرى قد يكون اللجوء إلى قضاء الدولة اختياراً ممنوعاً- أو مقيداً- اتفاقاً أو قانوناً أو قضاءً.

إن اللجوء إلى قضاء الدولة لاستصدار التدابير الوقتية قد يكون محظوراً اتفاقاً، كما في حالة إذا اتفق الأطراف على استبعاد قضاء الدولة عن إصدار التدابير الوقتية، حيث تجيز قوانين بعض الدول مثل هذا الاتفاق على الاستبعاد<sup>(2)</sup>. كما أن عدم اللجوء إلى قضاء الدولة قد يكون لرغبة الأطراف في تجنبه، ودليل ذلك هو اتفاقهم على اللجوء إلى التحكيم للحفاظ على

---

(1) Christopher Boog, The New ICC Emergency Arbitrator Rules, Transnational Notes

Reflections on Transnational Litigation and Commercial Law, 27 September 2011.

<http://blogs.law.nyu.edu/transnational/2011/09/the-new-icc-emergency-arbitrator-rules/>.

(2) كما هو الحال في سويسرا، فأجاز الفقه هناك الاتفاق على استبعاد قضاء الدولة من إصدار التدابير الوقتية سواء كان الاتفاق قبل تشكيل هيئة التحكيم أو بعده. والبعض من الفقه ذهب إلى بطلان مثل هذا الاتفاق على الأقل فيما قبل تشكيل هيئة التحكيم. في تفاصيل تلك الآراء انظر إلى المراجع السويسرية المشار إليها في:

Christopher Boog, Swiss Rules of International Arbitration– Time to Introduce an Emergency Arbitrator Procedure? in Matthias Scherer (ed), ASA Bulletin, (Kluwer Law International 2010 Volume 28 Issue 3) p. 463.note 5.

السرية<sup>(1)</sup> أو للخبرة الفنية غير المتوافرة في قضاة الدولة أو لتحقيق سرعة السرعة (الطوارئ)<sup>(2)</sup> - على حد تعبيرى- المطلوبة لإصدار تدابير الطوارئ، فالتأخير قد يكون على السبيل المثال بسبب تحديد الاختصاص القضائي كما لو كان مكان التحكيم مجهولاً. لذا، يفضل الأطراف اللجوء إلى شخص ثالث محايد؛ لأن التدابير الوقتية الصادرة من التحكيم- على عكس القضاء- غير قابلة للطعن فيها بالاستئناف، أو لأن أحد الأطراف لا يثق في حياد قاضي دولة الطرف الآخر، كما في تحكيم الاستثمار، فأحد أطرافه لن يرضى ولن يفتتح باللجوء إلى قضاء دولة خصمه ليضمن الحيادية في شخص ثالث (محكم وليس قاضي الدولة) و القانون الواجب التطبيق<sup>(3)</sup>، أو بسبب أن قائمة التدابير الوقتية التي يستطيع المحكم إصدارها أوسع من تلك التي يصدرها قاضي الدولة<sup>(4)</sup>.

كما أنه قد يُحظر اللجوء إلى قضاء الدولة قانوناً، إذا كان قانون قاضي الدولة يحظر اختصاصه بإصدار بعض التدابير الوقتية<sup>(5)</sup>. بل الغريب أن محاكم الدولة، الدرجة الأولى منها، قد تمنع من إصدار تدابير وقتية لأسباب دينية<sup>(6)</sup>، أو لأسباب اقتصادية خاصة بعد الأزمة الاقتصادية في سنة 2009،

---

(1) Andrea Carlevaris, Pre-Arbitral Interim Relief: Different Models and the ICC Experience, at: Interim Relief: What, Why, When, How?, New York 2013, program available at: <http://blogs.law.nyu.edu/transnational/wp-content/uploads/2013/09/Interim-Measures-Brochure-Oct-7-2013.pdf> (6/6/2015).

(2) تحكيم الطوارئ تحكيم سريع انظر ما يلي بالتفصيل ص65.

(3) G. Lemenez/P. Quigley, *The ICDR's Emergency Arbitrator Procedure in Action, Part I: A Look at the Empirical Data*, Dispute Resolution Journal (August/October 2008)p. 2.

(4) Andrea Carlevaris, Pre-Arbitral Interim Relief: Different Models and the ICC Experience, at: Interim Relief: What, Why, When, How?, New York 2013, program available at: <http://blogs.law.nyu.edu/transnational/wp-content/uploads/2013/09/Interim-Measures-Brochure-Oct-7-2013.pdf> (6/6/2015).

(5) Christopher Boog, op. cit. p. 464.

(6) أنظر القضية ( ) 03/23. مشار إليها في المرجع السابق والتي اتفق فيها على التحكيم و على أن القانون اليهودي هو الواجب التطبيق على موضوع التحكيم وإجراءاته، على الموقع:

أضحت قيمة البضائع و الخدمات عرضة للتغير المفاجئ صعوداً و نزولاً بسببة 100% بحسب الأحوال اليومية، ويستعصي على قاضي الدولة مواجهتها بتدابير طارئة<sup>(1)</sup>.

بل قد يمنع قضاء الدولة ذاته اللجوء إليه لاستصدار تدابير وقتية، حيث ذهبت بعض المحاكم الأمريكية<sup>(2)</sup> إلى حرمانها من تلك السلطة كأثر سلبي لاتفاق التحكيم و إعلاءً لمبدأ سلطان الإرادة في التحكيم.

وعلى أية حال، إن الحاجة إلى الحماية المستعجلة الطارئة بألية اتفاقية قبل تشكيل هيئة التحكيم، وفي ظل الحالات التي يمتنع الأطراف عن اللجوء إلى قضاء الدولة، للأسباب سالفة الذكر، قد تبدو ملحة لتجنب الوقوع في ظاهرة إنكار العدالة Le déni de justice و حرمان الأطراف من ممارسة

<http://www.nadr.co.uk/articles/published/ArbitLawReports/Kastner%20v%20Jason%20No1%202004.pdf>.

<sup>(1)</sup>Eduardo MUÑOZ: How urgent shall an emergency be? – The standards required to grant urgent relief by emergency arbitrators in Yearbook on International Arbitration Volume IV.p.47.

[http://www.internationalprivatelaw.com/files/Munoz\\_Urgent Measures in YIA p. 1-29 1 .pdf](http://www.internationalprivatelaw.com/files/Munoz_Urgent_Measures_in_YIA_p._1-29_1_.pdf) (visited 6/6/2015).

<sup>(2)</sup> موقف القضاء الأمريكي الراجح هو إعلاء واضح لمبدأ سلطان الإرادة وعدم قبول طلبات التدابير الوقائية أمامها رغم وجود اتفاق التحكيم، حيث يتعارض ذلك مع المادة 2-3 من معاهدة نيويورك والتي تنص على أنه: "على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة، أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل، لا أثر له، أو غير قابل للتطبيق". على الرغم من أن الاتجاه الحديث في القضاء الأمريكي يميل إلى عكس ذلك . انظر القضايا التالية:

(*Mc Creary Tire & Rubber Company v CEAT, S.p.A.*, 501 F. 2d 1032 (3rd Cir, 1974); *Robert R. Cooper v Ateliers de la Motobécane, S.A.*, 57 N.Y 2d 408 (NY CA, 1982) = 442 N.E.2d 1239 (1982) *Drexel Burnham Lambert, Inc. v Ruebsamen*, 139 A.D.2d 323 = 531 N.Y.S.2d 547 (N.Y. App. Div. 1998). *Toyo Tire Holdings of Americas, Inc. v Continental Tire North America, Inc.*, 2010 WL 2496133 (9th Cir, 2010).

مشار إليها في:

G. B. Born, *International Commercial Arbitration* (2009)p.2030.

حق التقاضي باعتباره حق من حقوق الإنسان وحقه في الحصول على تدابير طوارئ في مدة معقولة<sup>(1)</sup>.

لذلك، قامت العديد من مؤسسات التحكيم بإضفاء الطابع المؤسسي على إجراءات استصدار تدابير وقائية في مرحلة ما قبل التحكيم، بسن قواعد مؤسسية لإجراءات محكم الطوارئ تجيز للأطراف حال الاتفاق على تطبيقها، بطريق مباشر أو غير مباشر، على اللجوء إليه أي محكم الطوارئ لاستصدار تدابير وقائية قبل تشكيل هيئة التحكيم. بجانب هذا الحل المؤسسي، يوجد حل اتفاقي حر أي حرية الأطراف في الاتفاق على اللجوء مباشرة إلى طرف ثالث محايد لإصدار تدابير وقائية ملزمة<sup>(2)</sup>.

ونذكر هنا، للتدليل على أن الظروف قد تستلزم الحاجة إلى تدابير وقائية طارئة، تطبيقات عملية عن التدابير الوقائية أو تحفظية التي صدر عن محكم الطوارئ وفق قواعد ICDR في الفترة ما بين 2006 سنة إصدارها و سنة 2008. شملت تدابير منع الطرف من استعمال أو إفشاء معلومات سرية وحساسة، وتدابير منع المدعى عليه من التصرف في الحصص أو الأصول وتوزيعها، ومنع المدعى من حرمان المدعى عليه من تحريك أجهزته من موقع العمل محل النزاع<sup>(3)</sup>. وأمر محكم الطوارئ بتسليم رخصة التكنولوجيا والأوراق التي تتضمن المعلومات السرية و حقوق الملكية الفكرية و باقي محددات أخرى وأي معلومة أخرى تسلمها المدعى عليه من المدعى لحارس وقتي محايد interim neutral custodian<sup>(4)</sup>.

(1) باعتبار ممارسة حق التقاضي أيضا من مستلزمات المحاكمة أو القضية العادلة procès equitable وفق المادة 6 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

(2) P. Tercier, *Le référé pré-arbitral*, 22 ASA Bull (2004)pp. 464, 465.

(3) G. Lemenez/P. Quigley, *The ICDR's Emergency Arbitrator Procedure in Action, Part I: A Look at the Empirical Data*, Dispute Resolution Journal (August/October2008) p. 5.

(4) بمناسبة عقد ترخيص تمت الإحالة في المنازعات الناسئة عنه إلى قواعد ICDR الذي قام بتعيين محكم طوارئ بعد تقديم طلب التعيين بتاريخ 2011/8/10 و أصدر المحكم قراره في 2011/8/31 في القضية:

IN THE MATTER OF THE ARBITRATION BETWEEN: CLAIMANT,  
Claimant / Counter-RESPONDENT, Respondent, vs.  
RESPONDENT, Respondent / Counter-CLAIMANT, Claimant.

## ثانياً: مصدر تحكيم الطوارئ (الاتفاق)

هل تطبيق قواعد محكم الطوارئ يكون تلقائياً بالاتفاق على تطبيق قواعد التحكيم الأساسية أم لا بد من اتفاق خاص لتطبيق قواعد محكم الطوارئ؟. و هل يتم تطبيق قواعد محكم الطوارئ حديثة الإصدار بأثر فوري على اتفاقات التحكيم أو الإجراءات التي تلت دخول تلك القواعد حيز النفاذ أم بأثر رجعي على نفاذها؟<sup>(1)</sup>.

إن القواعد المؤسسية لتحكيم الطوارئ تبنت أحد النظامين الآتين للتطبيق. نظام اختيار التطبيق opt-in system ويعني أنه لا يكفي لتطبيق قواعد تحكيم الطوارئ مجرد الاتفاق على تطبيق قواعد المركز للتحكيم بل لا بد من اتفاق خاص ومستقل على تطبيق قواعد تحكيم الطوارئ. أما النظام الثاني وهو نظام اختيار الاستبعاد opt-out system وهو عكس النظام الأول يكفي فيه اتفاق أطراف التحكيم على تطبيق قواعد المركز ليشمل ضمناً الاتفاق على تطبيق قواعد تحكيم الطوارئ بالمركز دون الحاجة إلى اتفاق خاص أو مستقل لتطبيق قواعد تحكيم الطوارئ ما لم يتفق الأطراف على استبعادها.

تبنت قواعد "حكم التدابير الوقائية أو التحفظية" فيما قبل التحكيم ICC Pre-Arbitral Refree سنة 1990 منهج اختيار التطبيق Opt-in. ذلك انه كان لا يكفي لتطبيق قواعد "الحكم Refree" أن يتم الاتفاق على تطبيق قواعد ICC للتحكيم، ولكن كان لا بد من اتفاق مستقل و صريح و خاص بتطبيق قواعد "الحكم Refree" ذاتها، أي كان يستبعد التطبيق التلقائي لتلك القواعد الأخيرة.

إن تبني نظام اختيار التطبيق opt-in system كان أحد أسباب عدم فعالية آلية "الحكم referee" سنة 1990، بمركز ICC، في الحصول على الحماية المستعجلة قبل تشكيل هيئة التحكيم<sup>(2)</sup>، وندرة تطبيقها على أرض الواقع في مجتمع التحكيم؛ لأن أطراف التحكيم عند صياغتهم للعقد المتضمن

---

ICDR Case Number: \*\*\*\*\*518-11 2012 WL 10276673 (ICDR). ©  
2015 Thomson Reuters.

(1) سوف نجيب على هذا التساؤل عند التعرض للأثر الرجعي لاتفاق تحكيم الطوارئ ما يلي ص92.

(2) انظر ما سبق ص12.



شرط التحكيم لم يكونوا على دراية بالاختيارات و الآثار المترتبة على اختيار تطبيق نص خاص يحكم مرحلة ما قبل تشكيل هيئة التحكيم.

لذلك لجأ مركز ICC ، منذ 2005، إلى وضع صياغة للاتفاق الخاص opt-in على تطبيق تلك القواعد، ورغم ذلك كان التطبيق لها في الواقع محدوداً جداً<sup>(1)</sup>. لكن وبعد مراجعة قواعد ICC في سنة 2012 تم تجنب نظام اختيار التطبيق opt-in و استبداله بنظام اختيار الاستبعاد Opt-out. وبالتالي إن الاتفاق على الإحالة إلى قواعد مركز ICC يمتد و يشمل تطبيق قواعد محكم الطوارئ ما لم ينفق الأطراف على استبعاد قواعد محكم الطوارئ<sup>(2)</sup>.

---

(1) Patricia Shaughnessy, Pre-arbitral Urgent Relief: The New SCC Emergency Arbitrator Rules in Michael J. Moser and Dominique T. Hascher (eds), *Journal of International Arbitration*, (Kluwer Law International 2010. Volume 27 Issue 4 ) p.350.

(2) تنص المادة 6/29 على أن: "لا تنطبق الأحكام الخاصة بمحكم الطوارئ إذا: أ) كان اتفاق التحكيم الموافق للقواعد قد أبرم قبل تاريخ دخول القواعد حيز النفاذ ب) اتفق الأطراف على عدم الخضوع للأحكام الخاصة بمحكم الطوارئ". وذلك بعد دخول القواعد حيز النفاذ في أول يناير 2012. ولذلك وضع مركز ICC للتحكيم صيغة اتفاق تحكيم يستبعد تطبيق قواعد محكم الطوارئ، ويكون كالتالي:

"[a]ll disputes arising out of or in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules. The Emergency Arbitrator Provisions shall not apply".

وهو ذات النهج الذي قررته قواعد محكم الطوارئ الحديثة كما في قواعد SCC<sup>(1)</sup> سنة 2010 و قواعد السويسرية يוניو 2012<sup>(2)</sup> و قواعد SIAC في أول إبريل 2013 ووفق المادة 9.14 من قواعد LCIA للتحكيم التي دخلت حيز التنفيذ بعد أول يونيو 2014<sup>(3)</sup>.

كما تشترط بعض مراكز التحكيم أن يكون الاتفاق على استبعاد محكم الطوارئ مكتوباً على عكس قواعد محكم الطوارئ في مراكز أخرى. إذ تقضي المادة 9.14 من قواعد مركز LCIA بعدم جواز تطبيق قواعد محكم الطوارئ في حالتين، إحداهما إذا اتفق الأطراف، كتابةً، في أي وقت، على استبعاد قواعده<sup>(4)</sup>. إن عدم استيفاء شكل الكتابة لا يستتبع بطلان الاتفاق - في نظري- تطبيقاً لمبدأ لا بطلان إلا بنص، وهو مبدأ وإن كان مقررًا في إجراءات التقاضي أمام محاكم الدولة، تطهيراً للإجراءات أولاً بأول، فتتطبق

(1) كذلك ذات النهج عند تطبيق قواعد SCC بشأن محكم الطوارئ التي دخلت حيز التنفيذ أول يناير 2010 حيث جاء بديابجتها أن قواعد محكم الطوارئ تنطبق تلقائياً بالإحالة إلى قواعد التحكيم فيها حيث يفترض أن الأطراف بهذه الإحالة قد اتفقوا على تطبيق قواعد محكم الطوارئ: "Under any arbitration agreement referring to the Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (the "Arbitration Rules") the parties shall be deemed to have agreed that the following rules, or such amended rules, in force on the date of the commencement of the arbitration, or the filing of an application for the appointment of an Emergency Arbitrator, shall be applied unless otherwise agreed by the parties".

(2) تنص المادة 1/43 منه على أن :

"Unless the parties have agreed otherwise, a party requiring urgent interim measures pursuant to Article 26 before the arbitral tribunal is constituted may submit to the Secretariat an application for emergency relief proceedings...".

(3) إن قواعد LCIA طبقت نظام "اختيار التطبيق Opt-in" على اتفاقات التحكيم التي أبرمت قبل أكتوبر 2014 وطبقت نظام "اختيار الاستبعاد Opt-out" على اتفاقات التحكيم فيما بعد هذا التاريخ.

(4) Article 9B shall not apply if either: (i) the parties have concluded their arbitration agreement before 1 October 2014 and the parties have not agreed in writing to 'opt in' to Article 9B; or (ii) the parties have agreed in writing at any time to 'opt out' of Article 9B.

من باب أولى على التحكيم، الذي يعتمد فلسفة السرعة و مبدأ صحة الإجراءات. و شرط الكتابة هنا للإثبات وليس للانعقاد.

وفي جميع الأحوال، إن قواعد محكم الطوارئ تنطبق تلقائياً بمجرد الاتفاق على الإحالة إلى قواعد المركز أو المؤسسة التي تتضمن قواعد تحكيم الطوارئ، ولا يشترط الاتفاق الصريح و المستقل على تطبيق قواعد تحكيم الطوارئ ذاتها. إن نظام "اختيار الاستبعاد opt-out" يقوم على فلسفتين. الفلسفة الأولى: أن أطراف التحكيم أو ممثلهم وقت المفاوضات أو التعاقد لا يعيرون أهمية لتضمين اتفاق التحكيم نصوصاً تتعلق بمرحلة ما قبل التحكيم، ولكن يكتفوا فقط بالإحالة إلى قواعد مؤسسة للتحكيم. فعدم الاتفاق على إجراءات تحكيم الطوارئ لا يعني اتجاه نية الأطراف إلى تجنب تطبيقها، بل على عدم الدراية بها. الفلسفة الثانية: أن أطراف التحكيم، إذا علموا بوجود نظام تحكيم الطوارئ وأخطروا بأهمية الاتفاق عليها حال المفاوضات وصياغة عقودهم النهائية المتضمنة لشرط التحكيم لأدجوها في الأخيرة<sup>(1)</sup>، وعدم تفكيرهم في آلية مثل تحكيم الطوارئ يعود لحاجتهم للتدابير طارئة قبل تشكيل هيئة التحكيم بحيث يكونوا في وضع الاستعجال في أقصى درجاته، وعندها لا تسمح حالتهم تلك بالاتفاق على تطبيق قواعد محكم الطوارئ على استقلال عن اتفاق التحكيم العادي.

ونشير تساؤلاً هاماً وهو إذا كانت قواعد محكم الطوارئ تنطبق تلقائياً حال الإحالة إلى قواعد المركز ما لم يتفق الأطراف على استبعادها، فهل يعني اتفاق الأطراف على تطبيق قواعد إجرائية أخرى استبعاداً لقواعد محكم الطوارئ؟.

بدايةً نود الإشارة إلى أن الاتفاق على اللجوء إلى قواعد مركز التحكيم، كسلطة إدارية و تنظيمية لعملية التحكيم، لا يحول دون اتفاقهم على إجراء تعديلات للإجراءات بما يخالف تلك الواردة في قواعد هذا المركز سواء كان

(1) Patricia Shaughnessy, Pre-arbitral Urgent Relief: The New SCC Emergency Arbitrator Rules in Michael J. Moser and Dominique T.Hascher (eds), Journal of International Arbitration, (Kluwer Law International 2010. Volume 27 Issue 4 ) p.350.

اتفاقهم صريحاً أو ضمناً<sup>(1)</sup>، لهيمنة مبدأ سلطان الإرادة وحريتها على عملية التحكيم.

وللإجابة على التساؤل يجب أن نفرق بين ثلاثة فروض:

**الفرض الأول:** أن القانون الإجرائي واجب التطبيق اتفاقاً لا يعالج استصدار تدابير وقائية في مرحلة ما قبل التحكيم pre-arbitral . على سبيل المثال، حال أن اتفق الأطراف على اللجوء إلى مركز SCC كسلطة إدارة، كأن يخول لها سلطة تعيين المحكمين و الفصل في طلبات ردهم و الفصل في النزقات و إدارتها، مع تطبيق قواعد UNCITRAL كقانون إجرائي واجب التطبيق على عملية التحكيم<sup>(2)</sup>، والتي لا تواجه مرحلة ما قبل التحكيم أو تتضمن أحكاماً لتحكيم الطوارئ، في هذه الحالة لا يعد اتفاق الأطراف على تطبيق قواعد الأونسيترال استبعاداً ضمناً لقواعد محكم الطوارئ<sup>(3)</sup>.

**الفرض الثاني:** أن القانون الإجرائي واجب التطبيق اتفاقاً يعالج استصدار تدابير وقائية في مرحلة ما قبل التحكيم. فإذا كان القانون الإجرائي يتضمن قواعد محكم الطوارئ أو ما يشابهها فيحكم تلك المسألة مبدأ عدم جواز الجمع بين قواعد محكم الطوارئ وقواعد إجراءات أخرى تسبق التحكيم تنص على إمكانية اتخاذ تدابير تحفظية أو وقائية أو أي إجراءات مماثلة<sup>(4)</sup>. ولكن في ذات

(1) ما دام هذا الاتفاق لا يخالف المبادئ الأساسية في التقاضي المتعلقة بالنظام العام. انظر: محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، ص293، بند205. فتحي والي، مرجع سابق، ص385، بند198.

(2) انظر في إدارة مركز SCC للتحكيم في ظل قواعد (THE ) UNCITRAL ADMINISTRATION OF ARBITRATIONS UNDER THE UNCITRAL ARBITRATION RULES) على الموقع الرسمي للمركز:

<http://www.sccinstitute.com/dispute-resolution/uncitral-at-scc/>

(3) مع مراعاة ما تتطلبه بعض قواعد محكم الطوارئ المؤسسية من أن يكون الاتفاق على الاستبعاد مكتوباً. إذ تقضي، على سبيل المثال، المادة 9.14 من قواعد مركز LCIA على عدم جواز تطبيق قواعد محكم الطوارئ في حالتين ثانيهما إذا اتفق الأطراف، كتابةً، في أي وقت، على استبعاد قواعده.

(4) بل لا يجوز الجمع بين إجراءات استصدار تدابير وقائية أو تحفظية حتى لو صادرة عن مركز تحكيم واحد. فعلى سبيل المثال لا يجوز الجمع بين قواعد " حكم التداييز الوقائية" بمركز ICC سنة 1990 سارية المفعول حتى الآن - والتي لم تلغها قواعد ICC الحديثة- و قواعد ICC بشأن محكم الطوارئ الواردة بالمعلق الخامس من قواعد ICC لسنة 2012. وانظر بالتفصيل في هذا المبدأ ما يلي ص104.

الوقت يجوز الجمع بين تطبيق قواعد محكم الطوارئ و اللجوء إلى قضاء الدولة لاستصدار تدابير الطوارئ في مرحلة ما قبل التحكيم<sup>(1)</sup>.

**الفرض الثالث:** أن القانون الإجرائي واجب التطبيق اتفاقاً يتضمن قواعد ملزمة تدخل استصدار التدابير قبل التحكيم في الاختصاص الاستثنائي لقضاء الدولة. حيث تنص بعض قواعد محكم الطوارئ المؤسسية على أنه حال التعارض بين إحدى قواعد المركز و قاعدة ملزمة في القانون الواجب التطبيق على التحكيم، الذي لا يجوز للأطراف أن يتفقوا على مخالفته، فإن هذه القاعدة الملزمة هي الغالبة<sup>(2)</sup>. وفي اعتقادنا أن هذا النص السابق يعالج حالة ما إذا كان القانون الواجب التطبيق الموضوعي أو الإجرائي لا يسمح، صراحةً، لأطراف التحكيم استصدار تدابير مستعجلة قبل أو أثناء أو بعد التحكيم إلا من القضاء الوطني، حيث تمنع نصوص إلزامية Mandatory provisions في بعض قوانين التحكيم الوطنية المحكم سلطة إصدار تدابير وقتية وقصرها على قضاء الدولة كاختصاص استثنائي<sup>(3)</sup>، وإن كان تطبيق قواعد محكم الطوارئ لا يتعارض مع القوانين الداخلية لكثير من دول العالم.

وجدير بالذكر أخيراً في هذا الصدد أن في التمييز بين نظام اختيار التطبيق opt-in و اختيار الاستبعاد opt-out أثر هام في طبيعة قرار محكم الطوارئ و مدى صلاحيته للنفاد<sup>(4)</sup>. إن قضية تحكيم فيما بين شركة بترول وجمهورية الكونجو Société Nationale des Pétroles du Congo

(1) في الاختصاص المشترك بين محكم الطوارئ و قضاء الدولة انظر ما يلي ص 97.

(2) انظر: القاعدة الأولى من قواعد مركز SIAC النافذة في أول إبريل 2013 :

#### Rule 1: Scope of Application and Interpretation

1.1: Where parties have agreed to refer their disputes to SIAC for arbitration, the parties shall be deemed to have agreed that the arbitration shall be conducted and administered in accordance with these Rules. If any of these Rules is in conflict with a mandatory provision of the applicable law of the arbitration from which the parties cannot derogate, that provision shall prevail.

وهو ذات الحكم في قواعد ICDR للتحكيم الدولي وفقاً للمادة الأولى منها.

(3) كقانون التحكيم في الصين و تايلند و الأرجنتين.

Christopher Boog, "The Law Governing Interim Measures" in Conflict of Laws in International Arbitration, Franco Ferrari, Stefan Kroll (eds), European Law Publishers, 2011, Munich, 416.

(4) انظر مدى صلاحية قرار محكم الطوارئ للنفاد فيما يلي ص 156 وما بعدها.

and République du Congo v TotalFinaElf E&P Congo (2003) خير تطبيق لذلك<sup>(10)</sup>. في هذه القضية عقد يتضمن شرط تحكيم و شرطاً إضافياً يجيز اللجوء إلى قواعد ICC بشأن "الحكم الوقتي فيما قبل التحكيم" Pre-arbitral referee والتي تتبنى نظام اختيار التطبيق opt-in كما بيتنا. وبخصوص بحث مسألة تكييف قرار "الحكم" ومدى قبول دعوى بطلان هذا القرار. قضت محكمة استئناف باريس بأن "الحكم referee" لا يعد في الواقع مُحكماً<sup>(11)</sup>، وأن قراراته تأخذ الطابع التعاقدى أكثر من الطابع القضائي، وبالتالي أنكرت المحكمة صلاحية قرار "الحكم referee" للنفاذ<sup>(12)</sup>. هذا الحكم الصادر عن محكمة باريس بخصوص "الحكم referee" سببه أن قواعد الأخير لا تندمج - على عكس قواعد محكم الطوارئ الحديثة - في قواعد التحكيم العادي، بل لا بد من اتفاق أو شرط خاص للجوء إليه، اتباعاً لنظام اختيار التطبيق opt-in مما شكك تلك المحكمة في اعتباره تحكيمياً بالمعنى الفني. لذلك حفز حكم محكمة باريس هذا مراكز التحكيم في العالم، التي تتبنى نظام محكم الطوارئ حديثاً، على نظام التطبيق التلقائي أو اختيار الاستبعاد opt-out أي دمج قواعد محكم الطوارئ في قواعد التحكيم العادي، فيمجرد الاتفاق على تطبيق قواعد التحكيم العادي في المؤسسة تطبيق قواعد محكم الطوارئ ما لم يتفق الأطراف على استبعاده<sup>(13)</sup>.

ويمكن أن نستنتج من حكم محكمة باريس، المتقدم ذكره، أن إجراءات تحكيم الطوارئ وفق القواعد الحديثة، في ظل نظام اختيار الاستبعاد opt-out، تصطبغ بصبغة إجراءات التحكيم العادي، فتحكيم الطوارئ هو تحكيم بالمعنى الفني. إذ أن تلقائية تطبيق قواعد محكم الطوارئ خير دليل على ذلك. فصبغة التحكيم العادي تمتد لتشمل إجراءات تحكيم الطوارئ. فإذا كانت صبغة التحكيم العادي وفلسفته ممتدة حتى في مرحلة ما بعد صدور الحكم post-arbitral proceedings. إذ أن الحكم الصادر في موضوع التحكيم حجيته

(10) في تفاصيل وقائع هذه القضية انظر ما يلي ص 158.

(11) في طبيعة محكم الطوارئ وما اذا كان محكماً بالمعنى الفني من عدمه انظر ما يلي ص 54.  
(12) CA Paris, 1e ch C (29 April 2003) ('the Republic of Congo Pre-arbitral Reference case').

(13) Michael Dunmore: Interim Measures by Arbitral Tribunals: The Enforceability Conundrum, Asian International Arbitration Journal, (Singapore International Arbitration Centre (in co-operation with Kluwer Law International 2012 Volume 8 Issue 2 ) p. 228.

لا تتعلق بالنظام العام؛ لأن مصدره الاتفاق، وهو حكم بات غير قابل للطعن فيه بالطرق المقررة في الأحكام القضائية، وكذلك في مرحلة تنفيذ حكم التحكيم فإن اتفاق التحكيم يضيف على حكم التحكيم قوة تنفيذية خاصة حيث لا ينفذ جبراً بصفة تلقائية<sup>(14)</sup>، بل لابد من الرجوع إلى قضاء الدولة كمرآب على عملية التحكيم. كذلك الأمر، فإن صبغة التحكيم و فلسفته تمتد إلى مرحلة ما قبل التحكيم، فإجراءات تحكيم الطوارئ تشبه تماماً إجراءات التحكيم العادي من حيث طبيعته المختلطة- من وجهة نظرنا- التعاقدية و القضائية. ولكن ما يميزهما عن بعضهما البعض حالة "الطوارئ" emergency" جوهر تحكيم الطوارئ وخاصته<sup>(15)</sup>.

### المطلب الثاني

#### تمييز تحكيم الطوارئ عن غيره

إن تمييز تحكيم الطوارئ عن غيره من الأفكار أو الآليات الأخرى التي تشابهه وتتداخل معه، يستلزم الوقوف أولاً على طبيعة تحكيم الطوارئ و خصائصه الذاتية والتي تعد في ذات الوقت من مميزاته. إذ من أكثر المناطق الرمادية في تحكيم الطوارئ طبيعته و الشكوك عديدة حولها وما يترتب على ذلك من آثار تخص مدى صلاحية قرار محكم الطوارئ للنفذ. لذلك، سوف نتعرض لطبيعة وخصائص تحكيم الطوارئ المميزة كأساس لتمييزه عن غيره (فرع أول) ثم نعرض لمضمون هذا التمييز فيما بين تحكيم الطوارئ و الآليات أو الأفكار الأخرى التي تشابهه (فرع ثان).

(14) يرى البعض أن قرار المحكم وإن اعتبر عقداً، وفقاً للنظرية التعاقدية، إلا أنه بصور الأمر بتنفيذه يعتبر بمثابة الحكم القضائي، ومن ثم يخضع عند تنفيذه لقواعد تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية. انظر: أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، طبعة 1981، بند 20، ص 33.

(15) في طبيعة تحكيم الطوارئ وما إذا كان تحكيمياً بالمعنى الفني من عدمه انظر ما يلي ص 54.

## الفرع الأول أساس تمييز تحكيم الطوارئ عن غيره

إن أساس التمييز بين تحكيم الطوارئ عن غيره من المفاهيم يتمثل في طبيعته وخصائصه الذاتية. وهي كالتالي:

أولاً: تحكيم الطوارئ اتفاق أم قضاء أم الأثنان معاً؟

قد يبدو أول وهلة من تسمية قواعد محكم الطوارئ، بمراكز التحكيم، محكم الطوارئ بالمحكم Arbitrator ، وتحكيم الطوارئ بالتحكيم Arbitration أنه لا غبار على اعتبار تحكيم الطوارئ تحكيمياً أو محكم الطوارئ محكماً. فالأدلة الشكلية عديدة على اعتبار تحكيم الطوارئ تحكيمياً بالمعنى الفني، فكل مؤسسات التحكيم التي تضمنت قواعد تحكيم الطوارئ تستخدم مصطلح "تحكيم arbitration"، و "محكم arbitrator"، و القرار الصادر عنه هو "حكم تحكيم award".

رغم ذلك تثار الشكوك حول اعتبار محكم الطوارئ "محكماً" بالمعنى الفني، والسبب الرئيسي في ذلك هو أن قوانين التحكيم الوطنية لم تضع تعريفاً للمحكم عموماً و لمحكم الطوارئ خصوصاً<sup>(22)</sup>. حتى ولو كانت بعض القوانين الوطنية أو القانون النموذجي الأونسيترال تعرف محكمة التحكيم لفظاً، وليس اصطلاحاً، بأنه المحكم الفردي أو هيئة مشكلة من أكثر من محكم<sup>(23)</sup>، إلا أن واضعيها لم يكونوا على دراية أصلاً بنظام تحكيم الطوارئ؛ لأنه ببساطة نظام حديث عن صياغة قوانين التحكيم الوطنية، أو حتى عن التعديل الأخير للقانون النموذجي سنة 2006 بشأن أحكام التدابير الوقائية.

أول ما أثرت الشكوك حول مدى اعتبار تحكيم الطوارئ تحكيمياً بالمعنى الفني أثرت عند البحث في طبيعة القرار الصادر عن "حكم التدابير الوقائية أو التحفظية فيما قبل التحكيم Pre-Arbitral Referee" بمركز ICC سنة 1990، بمناسبة قضية فيما بين شركة بترول وطنية بالكونجو ضد جمهورية

(22) Jason Fry, Clifford Chance: The Emergency Arbitrator - Flawed Fashion or Sensible Solution?, Dispute Resolution International. Int'l 179. November, 2013.

(23) المادة 2 من القانون النموذجي UNCITRAL و المادة 2/4 من قانون التحكيم المصري رقم 17 لسنة 1994.



الكونجو Société Nationale des Pétroles du Congo and (2003) République du Congo v TotalFinaElf E&P Congo (24). بدأت الكونجو باتخاذ إجراءات دعوى البطلان ضد قرار "الحكم". قضت محكمة استئناف باريس بعدم قبول دعوى بطلان؛ لأنه لا يمكن اعتبار قرار "الحكم" حكماً تحكيمياً arbitral award (25). لم تركز المحكمة على شكل قرار "الحكم" سواء كان أمراً أو حكماً، ولكن على مدى تصرف "الحكم" كمحكم و بالتالي مدى اعتبار قراره حكماً تحكيمياً من الأساس.

وانتهت المحكمة إلى أن "الحكم referee" لا يتصرف كمحكم وليس لديه أهلية المحكم العادي وصلاحيته، و القرار الصادر عنه لا يعد حكماً تحكيمياً بالمعنى الفني، ولكن لقراره مدلول تعاقدي فقط (26).

وجدير بالذكر هنا أن محكمة لندن للتحكيم الدولي LCIA عند مواجهتها الظروف الطارئة التي لا تحتمل الانتظار لحين تشكيل هيئة التحكيم، فشلت في تبني قواعد للتدابير الطارئة عام 1998 معتقدة أن الطرف الثالث المحايد الذي يصدر مثل تلك التدابير لا يعد محكماً بالمعنى الفني وأن التدبير الوقتي من غير محكم أمر غير مقبول (27).

و غير خافٍ أن آثار عدم اعتبار تحكيم الطوارئ تحكيمياً أو محكم الطوارئ محكماً جد خطيرة ومنها عدم صلاحية قرار محكم الطوارئ للتنفيذ و بالتالي فعالية تحكيم الطوارئ. إذ أن اتفاقية نيويورك الخاصة بتنفيذ أحكام

(24) انظر في تفاصيل وقائع هذا التحكيم ما يلي ص 158 وما بعدها.

(25) Emmanuel Gaillard/Philippe Pinsolle, "The ICC Pre-Arbitral Referee: First Practical Experiences", in *Arbitration International* (Kluwer Law International 2004), Vol. 20, Issue 1, p. 20.

(26) وفي التعليق على هذا الحكم أبدى بعض الفقه تحفظهم على اعتماد محكمة باريس على الطبيعة العقدية لقرار "الحكم" ولكن كان عليها أن تركز على الطبيعة الوقتية لقرار "الحكم" و مدى تطابقه مع شرط "النهائية" لحكم التحكيم المتطلب من قبل المحاكم الفرنسية.

Emmanuel Gaillard/Philippe Pinsolle, "The ICC Pre-Arbitral Referee: First Practical Experiences", in *Arbitration International* (Kluwer Law International 2004), Vol. 20, Issue 1, p. 22-21.

(27) على الرغم من أن المادة 9 من ذات القواعد نصت على التشكيل السريع "expedited formation" لهيئة التحكيم التي تنظر الموضوع كآلية تعوض غياب نصوص محكم الطوارئ. وفي التمييز بين آلية التشكيل السريع و تحكيم الطوارئ انظر ما يلي ص 81.

التحكيم الأجنبية 1958 لن تنطبق على قرار محكم الطوارئ<sup>(34)</sup>، فضلاً عن أنه إذا لم يُعتبر تحكيم الطوارئ تحكيمياً بالمعنى الصحيح، سيخضع تنفيذ القرارات الصادرة عنها، في رأينا، لقواعد تنفيذ الأحكام الأجنبية في قانون المرافعات<sup>(35)</sup>.

وللوصول إلى اعتبار محكم الطوارئ محكماً بالمعنى بالفني، لا بد من توضيح المعنى الفني للمحكم، ومعاييرها. تم تعريف المحكم العادي على أنه قاضٍ خاص يُعين من قبل من يريدون حل منازعاتهم<sup>(36)</sup>. لذا، إن مهمة المحكم قضائية<sup>(37)</sup>.

وعلى الرغم من أن قوانين التحكيم لم تحدد ملامح تلك المهمة القضائية، حاول الكثير من الفقه تحليل المهمة القضائية للمحكم مقارنةً بمهمة قاضي

---

<sup>(34)</sup> Azelius Krister, Bergqvist Lina , Linde Emma: Making Use of the New SCC Rules on Emergency Arbitration, Juridisk tidskrift, 2010.P.941.

[https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CCAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.vinge.com%2FGlobal%2FPublikationer%2FArtiklar%2FBergqvist\\_Olsson\\_Azeliuz\\_JT\\_SARTRYCK.pdf&ei=svJvVd7el8iN7Aap0lBw&usg=AFQjCNEz1IT6OaQEZVFW5sl4o57Dvgmtkw](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CCAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.vinge.com%2FGlobal%2FPublikationer%2FArtiklar%2FBergqvist_Olsson_Azeliuz_JT_SARTRYCK.pdf&ei=svJvVd7el8iN7Aap0lBw&usg=AFQjCNEz1IT6OaQEZVFW5sl4o57Dvgmtkw).

<sup>(35)</sup> للمواد 296، 297، 298 مرافعات مصري والتي تحكم تنفيذ الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي أياً كانت الجهة أو الهيئة التي أصدرتها و ليس للمادة 299 والمتعلقة بتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية.

<sup>(36)</sup> Thomas Clay, L'arbitre, (Daloz, Paris 2001), 18. Halsbury's Laws of England (Butterworths, 1991), 332.

<sup>(37)</sup> Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard & Berthold Goldman, International Commercial Arbitration (E. Gaillard and J Savage editors Paris 1999), 12; Jean-François Poudret & Sebastien Besson, Comparative Law of International Arbitration, (Thomson, London 2007), 9

الدولة<sup>(38)</sup>. واعتمد البعض الآخر<sup>(39)</sup> في تحديد مهمة المحكم القضائية على معيارين، الأول: معيار حل النزاع، بتطبيق مبادئ قانونية<sup>(40)</sup>. والثاني: إلزامية قرار المحكم. هل يمكن تطبيق هذين المعيارين على مهمة محكم الطوارئ؟ وما موقف قواعد محكم الطوارئ المؤسسية الحديثة منهما؟.

بالنسبة للمعيار الأول، تثار الشكوك حول مهمة محكم الطوارئ في فض النزاع؛ لأن النزاع dispute يفترض أن يكون في الموضوع merits، وقرار محكم الطوارئ لا يمس موضوع النزاع فهو قرار وقتي ومؤقت، ولذلك لا ينطبق على قرار محكم الطوارئ اتفاقية نيويورك 1958؛ لأنها معنية بحكم التحكيم الموضوعي الذي يفرض النزاع في موضوعه<sup>(41)</sup>. بينما يرى البعض الآخر<sup>(42)</sup> -ونميل إليه- أن النزاع المتعلق بالتدابير الوقائية يأخذ مفهوم النزاع كأى نزاع آخر. مفهوم النزاع لا يقتصر على النزاع في الموضوع بل يمتد إلى النزاع في التدابير الوقائية، وبالتالي ينطبق على قرار محكم الطوارئ اتفاقية نيويورك 1958. بالإضافة إلى أن مبادئ التقاضي الأساسية يحترمها

(38) David St John Sutton, Judith Gill & Matthew Gearing, *Russell on Arbitration*, (Sweet & Maxwell, London 2007), 160.

انظر في الفقه المصري النظرية القضائية للتحكيم: فتحي والي، مرجع سابق، ص 37 وما بعدها بند 19. كما يرى البعض، وفقاً للاتجاهات الحديثة، إلى أن هيئة التحكيم هيئة ذات اختصاص قضائي، وأبنته حكم محكمة الدستورية العليا صادر في 4 أغسطس 2001. دستورية عليا، مصر، 2001/8/4، طعن رقم 8 لسنة 2002 قضائية (تنزاع) غير منشور. انظر بالتفصيل: أسامة أحمد شوقي المليجي، مرجع سابق، بند 71، ص 76 وما بعدها.

(39) Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard & Berthold Goldman, *International Commercial Arbitration* (E Gaillard and J Savage editors Paris 1999), 12; See also, for a complete definition Henry Motulsky, 'Etudes et Notes sur l'arbitrage' (Dalloz, 1974), pref.

(40) أنصار الاتجاه القضائي للتحكيم يرون أن المحكم يتفق مع القاضي في أن كلا منهما يفصل في منازعة قانونية من خلال تطبيق القانون. فجوهر النظامين، هو فض المنازعة بإعمال حكم القانون. في تفاصيل هذا الاتجاه انظر: أسامة أحمد شوقي المليجي، مرجع سابق، بند 51، ص 55 وما بعدها.

(41) Charles Jarrosson, 'Note- Cour d'appel de Paris 29 avril 2003', (2003). *Rev Arb* 1299; Charles Jarrosson, 'Les frontières de l'arbitrage' (2001), 1 *Rev Arb* 5, 25. Gary Born, *International Arbitration: Law and Practice*, (Kluwer Arbitration International, 2012), 278.

(42) Pierre Mayer, 'Référé pré-arbitral CCI', (2004), 2 *JDI* 511.

محكم الطوارئ كما يحترمها المحكم العادي، كمبدأ المواجهة والدفاع و المساواة<sup>(51)</sup>.

وبالنسبة للمعيار الثاني وهو إلزامية قرار محكم الطوارئ، إن قواعد محكم الطوارئ المؤسسية الحديثة تنص على أن قرار محكم الطوارئ ملزم<sup>(52)</sup>. على سبيل المثال قواعد محكم الطوارئ بمركز ICC، كسائر المراكز الأخرى، تقضي بأن قرار محكم الطوارئ يجب أن يكون ملزماً *shall be binding* في مواجهة أطراف تحكيم الطوارئ ويلقى على عاتقهم الامتثال لقرارته. بل أكثر من ذلك، أضافت قواعد مركز SCC جملة "دون تأخير *without delay*"<sup>(53)</sup>، فلم تنفي الأخيرة التزام الأطراف بالانصياع لقرارات محكم الطوارئ بل حثت على سرعة هذا الانصياع، كمستلزم من مستلزمات سرعة إجراءات تحكيم الطوارئ. كما أن وصف قرار محكم الطوارئ بـ "الأمر" دون "الحكم" لا يحول دون إلزاميته، فقرار المحكم ملزم، سواء اتخذ شكل "حكم *award*" أو "أمر *order*"، ليس لمدلوله الاتفاقي فقط بل القضائي<sup>(54)</sup>.

(51) انظر في تطبيق تلك المبادئ على تحكيم الطوارئ ما يلي ص 109 وما بعدها.

(52) انظر في القوة الملزمة لقرار محكم الطوارئ ما يلي ص 143.

(53) المادة 9/3، من قواعد محكم الطوارئ بالملحق الثاني من قواعد SCC. ونصها كالتالي:

Article 9 (Binding effect of emergency decisions):

(1) An emergency decision shall be binding on the parties when rendered.

(2) The emergency decision may be amended or revoked by the Emergency Arbitrator upon a reasoned request by a party.

(3) By agreeing to arbitration under the Arbitration Rules, the parties undertake to comply with any emergency decision without delay.

<sup>(54)</sup> Christopher Boog and Bertrand Stoffel: Preliminary Orders and the Emergency Arbitrator: Urgent Interim Relief by an Arbitral Decision Maker in Exceptional Circumstances - 10 Years of Swiss Rules of International Arbitration - ASA Special Series No. 44.2014.p.79.

زيادة على ذلك، إن بعض قواعد محكم الطوارئ المؤسسية تنص على أن قرار محكم الطوارئ له ذات الآثار المترتبة على قرار المحكم العادي<sup>(55)</sup>، مما يدل على نية المشرع المؤسسي الصريحة والقاطعة في اعتبار محكم الطوارئ محكماً بالمعنى الفني يصدران الأثنان قرارات لها ذات الآثار.

يمكن القول، وبحق، أن محكم الطوارئ- وفق قواعده المؤسسية الحديثة- يعد محكماً بالمعنى الفني لاعتبارات أخرى عديدة. منها أن كل قواعد محكم الطوارئ المؤسسية اشترطت أن يكون محايداً و نزيهاً و مستقلاً، وإلا أمكن رده<sup>(56)</sup>. كما أن نية أطراف النزاع، ليست كذلك الموجودة عند الاتفاق على اللجوء إلى "حكم التدابير الوقائية"، صريحة في منح المحكم سلطة حسم مسألة determination of an issue<sup>(57)</sup>، تطبيقاً لمبدأ سلطان إرادة أطراف التحكيم. كما أن تبني قواعد محكم الطوارئ الحديثة لنظام اختيار الاستبعاد opt-out في تطبيقها، أي عدم حاجة تطبيق قواعد محكم الطوارئ إلى اتفاق خاص أو مستقل عن اتفاق التحكيم العادي بل تنطبق تلقائياً بمجرد الاتفاق على التحكيم وفق لقواعد المركز<sup>(58)</sup>. ولا ننسى القول بأن عمل "محكم الطوارئ" ليست ذات طبيعة اتفاقية محضة، ولكن له طبيعته القضائية، لاسيما إن قورنت مهمة "الحكم Referee" مع مهمة "الخبير expert"<sup>(59)</sup>.

---

<sup>(55)</sup> حيث تقضي المادة 8/43 من القواعد السويسرية (Swiss Rules) بأن قرار محكم الطوارئ له نفس آثار القرارات المتخذة طبقاً للمادة 26 ( التي تنص على قرار محكمة التحكيم في التدابير الوقائية).

"A decision of the emergency arbitrator shall have the same effects as a decision pursuant to Article 26."

وهو ذات الأمر الذي تقرره قواعد محكم الطوارئ LCIA، في المادة 9.9 منها و المادة 1,3/9 من قواعد محكم الطوارئ بالملحق الثاني من قواعد SCC.

<sup>(56)</sup> Jason Fry, Clifford Chance: The Emergency Arbitrator - Flawed Fashion or Sensible Solution?, Dispute Resolution International. Int'l 179. November, 2013.

<sup>(57)</sup> M Dunmore, 'Interim Measures by Arbitral Tribunals: The Enforceability Conundrum', (2012) 8 Asian Int'l Arb J, 221, 227.

<sup>(58)</sup> على عكس نظام اختيار التطبيق opt-in، كما في ظل قواعد "حكم التدابير الوقائية أو التحفظية" بمركز ICC سنة 1990. وفي التفرقة بين نظام اختيار التطبيق opt-in و نظام اختيار الاستبعاد opt-out. انظر ما سبق ص 47.

<sup>(59)</sup> انظر في تمييز تحكيم الطوارئ عن الخبرة ما يلي ص 85.

مجمل القول إذن، أن محكم الطوارئ هو محكم كالمحكم العادي. ولكن الفارق بينهما يكمن في أن مهمة محكم الطوارئ مهمة مؤقتة، مؤقتة في الزمن و النزاع، فهو لا يصدر قراراً يمس موضوع النزاع<sup>(66)</sup>.

ثانياً: تحكيم الطوارئ تحكيم مؤسسي أم حر؟

في ظل انتفاء قواعد وطنية أو إقليمية أو دولية تسن نظاماً لمحكم الطوارئ، على عكس قواعد الكثير من مراكز التحكيم ومؤسساته- كما أنف الذكر- التي تسعى إلى تقديم خدمات تحفيزية و جاذبة للتحكيم، وحال عدم تضمين اتفاق التحكيم أي نص يتعلق بمحكم الطوارئ سواء بصفة مباشرة باتفاق حر أو بطريق غير مباشر باللجوء إلى لائحة من لوائح مركز تحكيم، فهل يجوز- قانوناً- اتفاق الأطراف على تعيين محكم طوارئ اتفاقاً حرّاً بدون اللجوء إلى قواعد مؤسسية؟

بداية نود الإشارة هنا إلى أن القانون الذي يجب أن نرجع إليه لتحديد ما إذا كان يجوز للأطراف اللجوء إلى إجراءات تحكيم الطوارئ هو قانون الدولة التي يُعقد على إقليمها تحكيم الطوارئ، قياساً على القانون الذي يحدد سلطة المحكم في إصدار تدابير وقائية<sup>(67)</sup>.

المسلم أن اتفاق التحكيم هو الشرارة الأولى للتحكيم، وأن مبدأ سلطان الإرادة هو المهيمن على نظام التحكيم، وأن اتفاق التحكيم هو دستور التحكيم. ولذلك إذا كان القانون منح الأشخاص سلطة اللجوء إلى التحكيم كوسيلة بديلة للقضاء الوطني للفصل في موضوع النزاع. فلا مانع - في اعتقادي - من منح هؤلاء سلطة إرادية في اللجوء إلى تحكيم الطوارئ قبل الفصل في موضوع النزاع سواء بطريق مباشر أي بالاتفاق الحر ad-hoc أو بطريق غير مباشر بالاتفاق على تطبيق لائحة تحكيم مؤسسي تتضمن قواعد لمحكم الطوارئ في مرحلة ما قبل التحكيم. فطالما أن القانون منح الأكثر وهو اللجوء

(66) Christopher Boog and Bertrand Stoffel: Preliminary Orders and the Emergency Arbitrator: Urgent Interim Relief by an Arbitral Decision Maker in Exceptional Circumstances - 10 Years of Swiss Rules of International Arbitration - ASA Special Series No. 44.2014.p.78.

(67) حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص38-39.

إلى التحكيم في فض النزاع موضوعياً، فيمنح لهم الأقل وهو فض الشق المستعجل من منازعاتهم أيضاً عبر التحكيم.

إن تحكيم الطوارئ هو غالباً وعملاً تحكيم مؤسسي. فكما سبق وأن بينا، وتطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة حتى في مرحلة ما قبل التحكيم، يجوز لأطراف النزاع الاتفاق على وضع إجراءات خاصة بهم لتحكيم الطوارئ ولاستصدار تدابير طوارئ، في مرحلة ما قبل تشكيل محكمة التحكيم أو إحالة الملف إليها، بالاتفاق على أن تعهد هذه المهمة إلى محكم فرد أو ثلاثة محكمين، دون الالتجاء إلى مركز تحكيم.

غير أنه نتيجة أن الأطراف، باللجوء إلى تحكيم الطوارئ الحر ad-hoc emergency arbitration، سوف تتكبد نفقات باهظة. كما أن الأطراف عملاً كثيراً ما يفشلوا في الاتفاق على إجراءات تدابير طارئة إذا نشأ نزاع بالفعل<sup>(68)</sup>، ذلك أن الوقت اللازم لإصدار تدابير وقائية طارئة قد يستغرق وقتاً طويلاً يضحي التدبير الوقائي الطارئ معه غير مجد أو فعال. لذا، سيكون تحكيم الطوارئ مؤسسياً institutional أفضل مما لو كان حراً.

وعلى أية حال، يكفي- في اعتقادي- أن يتم الاتفاق على مجرد اللجوء إلى المركز أو المؤسسة كسلطة إدارية و تنظيمية لعملية التحكيم، ولا يحول دون ذلك الاتفاق على قانون إجرائي آخر غير قواعد المركز. وبالتالي تنطبق قواعد محكم الطوارئ حال أن اتفق الأطراف على اللجوء إلى قواعد مركز تحكيم يتضمنها، كسلطة تنظيمية لعملية التحكيم، مع الاتفاق على تطبيق قواعد إجرائية أخرى غير الواردة في قواعد هذا المركز كقانون إجرائي واجب التطبيق على عملية التحكيم<sup>(69)</sup>، وهو ما يؤكد في نظرنا أن قواعد محكم الطوارئ قواعد مؤسسية.

### ثالثاً: تحكيم الطوارئ تحكيم ذاتي غير مستقل

إن إجراءات محكم الطوارئ تسعى دائماً لئلا تكون لها ذاتية خاصة ومتميزة عن إجراءات التحكيم العادية. وتبدو ذاتية تحكيم الطوارئ في موضوعها و أساسها و فلسفتها المتمثلين في إشباع حاجة الطالب في

(68) Ali Yesilirmak , Provisional Measures in International Commercial Arbitration, (Kluwer Law International 2005) P.117.

(69) انظر بالتفصيل في تلك المسألة ما سبق ص 50.

استصدار تدابير وقائية طارئة، لا تمس موضوع النزاع، بأقصى سرعة ومرونة، في مرحلة ما قبل التحكيم العادي.

إن مظاهر ذاتية إجراءات تحكيم الطوارئ عن إجراءات التحكيم العادي عديدة ومتنوعة، قد تظهر في مهمة محكم الطوارئ، أو ميعاده أو مدده، أو عناصره الشكلية كاللغة والمكان.

وأول ما يكشف عن ذاتية تحكيم الطوارئ ذاتية مهمة محكم الطوارئ، وذلك من خلال القاعدة التي من مؤداها أنه لا يجوز لمحكم الطوارئ أن يكون محكماً أو عضواً في هيئة التحكيم العادية، ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك. حيث تنص المادة 6/2 من الملحق رقم 5 (قواعد محكم الطوارئ) بقواعد ICC للتحكيم على أن: "لا يعمل محكم الطوارئ كمحكم في أي تحكيم يتعلق بالنزاع الذي أفضى إلى تقديم طلب اتخاذ التدابير"<sup>(74)</sup>. كما نقضي، على سبيل المثال أيضاً، الفقرة 11 من المادة 3 من القواعد السويسرية (Swiss Rules) للتحكيم الدولي على أنه: "لا يمكن للمحكم الاستعجالي أن يكون محكماً في تحكيم له صلة بالنزاع الذي شغل فيه منصب المحكم، إلا إذا وقع الاتفاق على خلاف ذلك من الأطراف"<sup>(75)</sup>.

ومن مظاهر ذاتية إجراءات تحكيم الطوارئ عن إجراءات التحكيم العادي أن مواعيد تحكيم الطوارئ لا تحتسب أو تستقطع من مواعيد التحكيم العادي. فإذا تحددت مدة التحكيم، اتفاقاً أو قانوناً أو قضاءً أو من خلال محكمة التحكيم، فلا يحتسب منها المدة المقررة لإجراءات تحكيم الطوارئ. والسبب في ذلك بسيط وهو أن فلسفة تحكيم الطوارئ قائمة على أساس إشباع حماية مستعجلة طارئة لاستصدار تدابير وقائية لا تمس موضوع النزاع، قبل البدء

---

(74) كذلك الفقرة 4 من المادة 4 من قواعد SCC سنة 2010 و الفقرة 6 من المادة 37 من قواعد ICDR و قواعد التحكيم في إجراءات فض المنازعات الدولية معجلة ودخلت حيز التنفيذ في أول يونيو 2014 الصادر عن مركز ICDR في عجز الفقرة الخامسة من المادة 6 منها. والفقرة 4 من اللائحة رقم 1 من قواعد SIAC ونصها كالآتي:

" An Emergency Arbitrator may not act as an arbitrator in any future arbitration relating to the dispute, unless agreed by the parties." .

لمزيد من التفاصيل حول الحكمة من تلك القاعدة انظر ما سبق ص 24 وما بعدها.

(75) انظر في ترجمة تلك القواعد باللغة العربية على الموقع الرسمي:

[https://www.swissarbitration.org/sa/download/SRIA\\_arabic\\_2012.pdf](https://www.swissarbitration.org/sa/download/SRIA_arabic_2012.pdf)



أصلا في إجراءات التحكيم العادي للفصل في موضوع النزاع، أو بمعنى أدق قبل تشكيل هيئة التحكيم، فلو تشكلت الأخيرة يُجب ذلك إجراءات تحكيم الطوارئ ويصبح طلب تدابير الطوارئ لا مصلحة في تقديمه أو الفصل فيه.

ومن مظاهر الذاتية أيضاً أن طلب التدبير يمكن، وفق بعض القواعد المؤسسية، أن يُحال إلى محكم الطوارئ قبل إحالة طلب التحكيم أو إعلانه إلى هيئة التحكيم<sup>(76)</sup>. وعلى سبيل المثال تقضي الفقرة الأولى من المادة الأولى من قواعد محكم الطوارئ SCC (ملحق رقم 2) بأن: "للمحكّم أن يطلب تعيين محكم طوارئ حتى إحالة ملف التحكيم إلى محكمة التحكيم طبقاً للمادة 18 من قواعد التحكيم"<sup>(77)</sup>. ومفاد هذا النص أن قواعد SCC لم تحدد نقطة بداية تقديم طلب تعيين محكم الطوارئ، ولكن نقطة نهاية وهي إحالة الملف إلى محكمة التحكيم، وبالتالي يجوز تقديم طلب تحكيم الطوارئ من وقت ما قبل تقديم طلب التحكيم العادي إلى ما بعد إحالة طلب التحكيم العادي إلى محكمة التحكيم وإحالة الملف إليها.

وعلى غرار ما سبق، تقضي الفقرة الأولى من المادة 29 (محكم الطوارئ) من قواعد ICC على أنه: "يجوز للطرف الذي يحتاج لتدابير تحفظية أو وقتية عاجلة لا يمكنها انتظار تشكيل هيئة التحكيم - التدابير الطارئة- أن يتقدم بطلب لاتخاذ مثل هذه التدابير وفقا لقواعد محكم الطوارئ الواردة في الملحق 5. ويقبل مثل هذا الطلب فقط إذا تسلمته الأمانة العامة قبل إرسال الملف لهيئة التحكيم وفقا للمادة 16 وبغض النظر عما إذا كان الطرف الذي تقدم بطلب تعيين محكم الطوارئ كان قد تقدم بطلب التحكيم من عدمه".

---

(76) انظر: الفقرة الأولى من المادة الأولى من قواعد محكم الطوارئ SCC (ملحق رقم 2). و ما تنص على الفقرة 3 من المادة 43 من قواعد السويسرية للتحكيم سنة 2012، حيث تقضي بأنه إذا قدم طلب تحكيم الطوارئ إلى محكم الطوارئ قبل إعلان التحكيم العادي للمحكّم ضده على المحكمة court أن تنهي إجراءات تحكيم الطوارئ إذا لم يتم تقديم إعلان التحكيم خلال 10 أيام من تاريخ استلام طلب تحكيم الطوارئ. وذلك حتى لا يساء استخدام هذا الحق في طلب تدابير طارئة للمماطلة والتسويف لبدء إجراءات التحكيم العادية.

(77) " A party may apply for the appointment of an Emergency Arbitrator until the case has been referred to an Arbitral Tribunal pursuant to Article 18 of the Arbitration Rules".

وتبدو ذاتية تحكيم الطوارئ في موضع آخر في عناصره الشكلية كاللغة The language أو المكان The seat<sup>(87)</sup>. إذ يمكن الاتفاق على لغة تحكيم الطوارئ ومكانه بطريقة مختلفة عن لغة ومكان التحكيم العادي. أهتمت قواعد محكم الطوارئ بمركز ICC بلغة تحكيم الطوارئ حيث تقضي تلك القواعد أن لغة تحكيم الطوارئ هي اللغة التي رضي بها الأطراف في اتفاق التحكيم، وهذا يعني أن للأطراف أن يتفقوا في اتفاق التحكيم على لغة لتحكيم الطوارئ تختلف عن لغة التحكيم العادي كأن تكون لغة المستندات المتبادلة بين الطرفين أو لغة دولة مكان التحكيم أو لغة محكم الطوارئ، وفي حال عدم الاتفاق تتحدد اللغة بلغة اتفاق التحكيم العادي ذاته<sup>(88)</sup>، وإذا كان اتفاق التحكيم حرر بعدة لغات فتكفي إحداهم لتكون لغة تحكيم الطوارئ<sup>(89)</sup>.

بينما اهتمت القواعد السويسرية (Swiss Rules) بمكان تحكيم الطوارئ، إذ تقضي بأنه إذا لم يتفق الأطراف على مكان التحكيم أو كان تحديده غير واضح أو ناقصاً، فإن مكان تحكيم الطوارئ يتحدد بناء على المحكمة court، دون الإخلال بقواعد مكان التحكيم العادي الواردة في المادة 1/16 من قواعد التحكيم السويسرية<sup>(90)</sup>، أو يتم تحديده عن طريق اللجنة Board كما في قواعد محكم الطوارئ SCC<sup>(91)</sup>. إن مكان تحكيم الطوارئ قد يتحدد لظروف معينة بطريقة تختلف عن مكان التحكيم العادي، كأن يكون قريباً من الأموال محل التدابير الوقائية، أو من إقامة محكم

(87) انظر في عناصر طلب تحكيم الطوارئ الشكلية ما يلي ص124.

(88) انظر: المادة 1/4 من قواعد محكم الطوارئ ICC.

(89) Carlos de los Santos Lago and Victor Bonnín, Emergency Proceedings Under the New ICC Rules in Miguel Ángel Fernández-Ballesteros and David Arias (eds), Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje, (Wolters Kluwer España 2012 Volume 2012 Issue 13 ). p.11.

(90) انظر: المادة 5/43 من قواعد التدابير الطارئة Emergency relief في القواعد السويسرية (Swiss Rules).

"If the parties have not determined the seat of the arbitration, or if the designation of the seat is unclear or incomplete, the seat of the arbitration for the emergency relief proceedings shall be determined by the Court without prejudice to the determination of the seat of the arbitration pursuant to Article 16(1)".

(91) انظر: المادة 5 من قواعد محكم الطوارئ SCC.

الطوارئ؛ لأن لتحديد مكان تحكيم الطوارئ أهمية بالنسبة لتنفيذ قرار محكم الطوارئ الصادر دون مشاكل أو صعوبات<sup>(1)</sup>.

وأخيراً نود الإشارة إلى أن ذاتية إجراءات تحكيم الطوارئ لا يعني استقلالها التام عن إجراءات التحكيم العادي، بل على العكس<sup>(2)</sup>. وأية ذلك مثلاً أن تطبيق قواعد تحكيم الطوارئ لم يعد يستلزم اتفاقاً، خاصاً أو مستقلاً، على تحكيم الطوارئ عن اتفاق التحكيم العادي كما لو اتبع نظام اختيار التطبيق opt-in system، بل أصبح الاتفاق على التحكيم العادي يشمل بالتبعية الاتفاق على تحكيم الطوارئ في مرحلة قبلية، ما لم يتفق الأطراف على استبعاد قواعد تحكيم الطوارئ وهو ما سُمي بنظام " اختيار الاستبعاد - opt-out"<sup>(3)</sup>.

ولا يقدر ذاتية إجراءات تحكيم الطوارئ عن إجراءات التحكيم العادي في تبعية الأولى للأخيرة، ودلائل ذلك عديدة. إذ أن تحكيم الطوارئ لا يستطيع العيش وحيداً. إن جاز التعبير - بصفة مستقلة عن التحكيم العادي، فهو تابع له، ليس فقط في بدايته بل في استمراره وفعالته. حيث تشترط بعض القواعد المؤسسية أن يُقدم طلب تعيين محكم الطوارئ إما مع طلب التحكيم العادي أو لاحقاً عليه<sup>(4)</sup>. بل تعلق بعض القواعد المؤسسية الأخرى إلزامية قرار محكم الطوارئ على عدم سحب جميع طلبات التحكيم أو الحكم بإنهاء التحكيم العادي<sup>(5)</sup>، وتعلقها أيضاً على عدم انقضاء فترة زمنية معينة من يوم صدور

(1) وفي تحديد ما إذا كان قرار محكم الطوارئ وطنياً أم أجنبياً وصلاحيته للتنفيذ انظر ما يلي ص 156 وما بعدها.

(2) ونرى أنه إذا كان اتفاق التحكيم هو ذاته مصدر تحكيم الطوارئ فاتفق على الأخير يدور وجوداً و عدماً وصحةً وبطلاناً وسقوطاً مع اتفاق التحكيم العادي. بل أنه أيضاً يخضع لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم، ويعني ذلك أنه إذا كان اتفاق التحكيم صحيحاً في ذاته، فإن بطلان العقد الأصلي الذي تضمنه، لا يمس صحة وسلامة اتفاق التحكيم، بما يسمح بالجوء إلى التحكيم للتمسك ببطلان العقد وبفسخه أو بإنهائه. (أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، طبعة 1981، بند 24، ص 37).

(3) في تطور نظام تحكيم الطوارئ من تبني نظام اختيار التطبيق opt-in إلى تبني نظام اختيار الاستبعاد opt-out أو التطبيق التلقائي ما لم يتفق على الاستبعاد انظر ما سبق ص 47.

(4) في شأن معيار تقديم طلب تحكيم الطوارئ انظر ما يلي بالتفصيل ص 120.

(5) طبقاً للمادة 6/36 من قواعد ICC والتي تنص على أن: "في حالة عدم الالتزام بتسديد الدفعة المقدمة على حساب المصاريف، يجوز للأمين العام، بعد التشاور مع هيئة التحكيم، أن يطلب منها تطبيق عملها وأن تحدد مهلة لا تقل عن 15 يوم، وبانقضاء هذه المهلة تعتبر الطلبات المتعلقة بالدفعة المتأخرة مسحوبة...."

قرار محكم الطوارئ حتى يتم تشكيل محكمة التحكيم<sup>(1)</sup> أو البدء في التحكيم العادي أو إحالة الملف إليها<sup>(2)</sup>، أو انقضاء فترة زمنية من يوم تقديم طلب تعيين محكم الطوارئ حتى يُطلب التحكيم العادي<sup>(3)</sup> أو من يوم استلام طلب تعيين محكم الطوارئ حتى إعلان التحكيم العادي<sup>(4)</sup>.

#### رابعاً: تحكيم الطوارئ تحكيم سريع و مرن

إن السرعة و المرونة من الخصائص التي تميّز التحكيم عموماً كوسيلة بديلة لفض المنازعات. إلا أن السرعة و المرونة في تحكيم الطوارئ في أقصى

(1) إن قرار محكم الطوارئ، وفق البند 7 من قواعد محكم الطوارئ SIAC، يعد غير ملزم إذا فأت 90 يوم من صدوره ولم تتشكل محكمة التحكيم، والنص كالتالي:

Any order or award issued by the Emergency Arbitrator shall, in any event, cease to be binding if the Tribunal is not constituted within 90 days of such order or award or when the Tribunal makes a final award or if the claim is withdrawn.

(2) كما تقضي به نصوص قواعد محكم الطوارئ (30 SCC يوم حتى يبدأ التحكيم) أو (90 يوم حتى يحال الملف إلى هيئة التحكيم)، عملاً بالمادة 4/9 من قواعد محكم الطوارئ SCC:

(4) The emergency decision ceases to be binding if: i) the Emergency Arbitrator or an Arbitral Tribunal so decides; ii) an Arbitral Tribunal makes a final award; iii) arbitration is not commenced within 30 days from the date of the emergency decision; or iv) the case is not referred to an Arbitral Tribunal within 90 days from the date of the emergency decision.

(3) تقضي المادة 6/1 من الملحق الخامس من قواعد ICC بأن: "على الرئيس أن ينهي إجراءات محكم الطوارئ إذا لم تستلم الأمانة العامة طلب التحكيم العادي خلال 10 أيام من استلام الأمانة العامة لطلب تعيين محكم الطوارئ، ولم يقرر محكم الطوارئ ضرورة منح مدة أطول".

(4) المادة 10/43 من القواعد السويسرية (Swiss Rules) ونصها كالتالي: "إن قرار محكم الطوارئ لا يعد ملزماً للأطراف إذا انقضت إجراءات تحكيم الطوارئ (لأنه لم يتم إعلان التحكيم العادي خلال 10 أيام من يوم استلام طلب تعيين محكم الطوارئ لدى الأمانة العامة) أو انقضت إجراءات التحكيم العادي، أو صدر حكم التحكيم النهائي، ما لم تقرر محكمة التحكيم غير ذلك، صراحةً، في حكمها النهائي".

"Any measure granted by the emergency arbitrator ceases to be binding on the parties either upon the termination of the emergency relief proceedings pursuant to Article 43(3), upon the termination of the arbitral proceedings, or upon the rendering of a final award, unless the arbitral tribunal expressly decides otherwise in the final award".

درجاتهما، ولا غرابة في ذلك؛ لأن غاية إجراءات تحكيم الطوارئ هي السعي سريعاً حثيثاً وبأقصى سرعة لإصدار تدابير وقائية لا تحتتمل التأخير لحين البدء في التحكيم العادي، وإلا كانت تدابير الطوارئ دون نفع أو جدوى.

إن سرعة تحكيم الطوارئ تظهر منذ بداية إجراءاته و خلالها وحتى نهايتها. ولكن لا بد ألا تأتي تلك السرعة على حساب العدالة، فيتعين الموازنة بين السرعة القصوى و عدم الإخلال بمبادئ قانونية تؤدي إلى بطلان أو إنهاء قرار محكم الطوارئ<sup>(1)</sup>.

إن السرعة القصوى التي يتميز بها تحكيم الطوارئ تظهر في تعيين محكم الطوارئ وعند إصدار قراره. إذ أن قواعد محكم الطوارئ تقرر أنه لا بد من تعيينه خلال عدد قليل من الأيام بعد استلام المركز لطلب تحكيم الطوارئ. فضلاً عن أن سلطة التعيين في مركز التحكيم تبحث حالة الاستعجال قبل تعيين محكم الطوارئ مما يخفف العبء عن كاهل محكم الطوارئ وبما يتفق مع فلسفة السرعة المتطلبة<sup>(2)</sup>. بل إن بعض القواعد، كالقواعد السويسرية (Swiss Rules) المعدلة سنة 2012، كانت أكثر مرونة حيث لم تشترط إطاراً زمنياً معيناً لتعيين محكم الطوارئ ولكن تقضي بوجوب تعيين محكم الطوارئ من قبل المحكمة Court في أسرع وقت ممكن بعد استلام الطلب "as soon as possible after receipt of the Application"<sup>(3)</sup>. وفور تعيين محكم الطوارئ يجب أن يصدر قراره أيضاً خلال أيام معدودات بل وصل الميعاد إلى 24 ساعة<sup>(4)</sup>.

ولما كانت السرعة القصوى هو شعار تعيين محكم الطوارئ فيدفع هذا الأمر مراكز التحكيم إلى وجوب تحضير و تطوير قائمة مرشحي مهمة محكم طوارئ بحيث يكونوا متاحين available في أي وقت، ومستعدين للقيام بتلك

(1) في المبادئ و الركائز الأساسية التي تحكم تحكيم الطوارئ انظر ما يلي ص 91 وما بعدها.

(2) المادة 5/1 من قواعد محكم الطوارئ بالملحق الخامس من قواعد ICC و المادة 2/4 من الملحق الثاني من قواعد SCC و المادة 9.6 من قواعد LCIA و المادة 2/43 من القواعد السويسرية (Swiss Rules).

(3) انظر: المادة 2/43 من القواعد السويسرية (Swiss Rules) للتحكيم .

(4) في مدد ومواعيد تحكيم الطوارئ انظر ما يلي بالفصل ص 135.

المهمة، وقادرين على تحديد الفترات الزمنية الشاغلين فيها لتلك المهمة أيضا<sup>(1)</sup>.

كما أن مظاهر السرعة ليست فقط في تعيين محكم الطوارئ الذي يكون خلال أيام قليلة بل خلال 24 ساعة في بعض القواعد المؤسسية، ولكن أيضا تمتد فلسفة تلك السرعة حتى إلى ميعاد تقديم طلب رد محكم الطوارئ، حتى يفصل محكم الطوارئ في النزاع بسرعة، إذ يقدم طلب الرد خلال 24 ساعة أيضا أو خلال أيام قليلة جداً لا تجاوز الثلاثة أيام<sup>(2)</sup>.

وحتى تتجلى ذاتية سرعة تحكيم الطوارئ عن التحكيم العادي، فالغريب هنا و المثير للانتباه أن قواعد LCIA للتحكيم – على عكس باقي المؤسسات الأخرى لم تعطي أية خصوصية لرد محكم الطوارئ بل مدت نطاق تطبيق قواعد رد هيئة التحكيم العادي على رد محكم الطوارئ دون مراعاة لفلسفة و أيديولوجية نظام تحكيم الطوارئ و السرعة المتطلبة لفعاليتها. حيث يحيل البند 9.6 من قواعد محكم الطوارئ إلى المادة 10 من قواعد LCIA و التي تقضي بدورها بأن يقدم طلب رد المحكم – وبالتالي محكم الطوارئ- خلال 14 يوم من تاريخ تعيينه أو علمه بسبب الرد<sup>(3)</sup>، وهو ما يعد- في نظري- نقطة ضعف في قواعد محكمة لندن للتحكيم يجب تقويتها بتعديل الميعاد ليتناسب مع مبدأ السرعة الذي يسود نظام تحكيم الطوارئ ليكن على سبيل المثال خلال أيام قليلة لا تتعدى ثلاثة أيام.

---

(1) Marc S. Palay & Tanya Landon, Sidley Austin LLP: "A Comparative Review of Emergency Arbitrator Provisions: Opportunities and Risks," (2012), The International Comparative Legal Guide to: International Arbitration 2012. Global Legal Group Ltd , London. P.3. ([www.iclg.co.uk](http://www.iclg.co.uk) last visited 26/3/2015).

(2) انظر في إجراءات تعيين محكم الطوارئ ورده ما يلي ص 131 وما بعدها.

(3) 10.3: A party challenging an arbitrator under Article 10.1 shall, within 14 days of the formation of the Arbitral Tribunal or (if later) within 14 days of becoming aware of any grounds described in Article 10.1 or 10.2, deliver a written statement of the reasons for its challenge to the LCIA Court, the Arbitral Tribunal and all other parties.

وفي أول تجربة تحكيم الطوارئ بمركز SCC بالسويد توضح بأن الإجراءات اتخذت بسرعة غير عادية، حيث أن مركز SCC استقبل طلب تحكيم الطوارئ في منتصف إبريل 2010 مساءً عن طريق البريد الإلكتروني ومجلس إدارة المركز SCC board عينت محكم الطوارئ بعد 12 ساعة. إذ تقدم طالب تدابير الطوارئ بطلب التحكيم العادي وطلب تعيين محكم الطوارئ في آن واحد. لا أحد من الأطراف المحكّمين كان سويدياً والمحكّم ضده حضر. ولكن مجلس إدارة المركز مدّ المدة اللازمة لإصدار حكم الطوارئ بناء على طلب مسبب من محكم الطوارئ، ورغم ذلك كله صدر قرار محكم الطوارئ بعد عشرة أيام من تقديم طلب محكم الطوارئ<sup>(1)</sup>.

ونضيف على ما تقدم امتداد فلسفة السرعة حتى في الامتثال لقرار محكم الطوارئ، إذ أن قواعد محكم الطوارئ المؤسسية تقضي بأن قرار محكم الطوارئ ملزم وله حجّيته في مواجهة أطراف تحكيم الطوارئ ويلقى على عاتقهم واجب الامتثال لقرارته<sup>(2)</sup>، ولكن أضافت قواعد مركز SCC- على سبيل المثال- جملة "دون تأخير without delay"<sup>(3)</sup>، فلم تقتصر على إلزام الأطراف بالانصياع لقرارات محكم الطوارئ بل حثت على سرعة هذا الانصياع، كمستلزم من مستلزمات سرعة إجراءات تحكيم الطوارئ.

فضلاً عن أنه، وعلى عكس قواعد التحكيم العادي التي تتطلب من المحكم أن يستشير الأطراف بالجدول الزمني للإجراءات، فإن قواعد تحكيم الطوارئ

---

(1) Patricia Shaughnessy, Pre-arbitral Urgent Relief: The New SCC Emergency Arbitrator Rules in Michael J. Moser and Dominique T. Hascher (eds), Journal of International Arbitration, (Kluwer Law International 2010 Volume 27 Issue 4 ) p.338.

(2) انظر ما يلي ص 143.

(3) المادة 9/3 من قواعد محكم الطوارئ بالملحق الثاني من قواعد SCC. ونصها كالتالي:

Article 9 (Binding effect of emergency decisions):

(1) An emergency decision shall be binding on the parties when rendered.

(2) The emergency decision may be amended or revoked by the Emergency Arbitrator upon a reasoned request by a party.

(3) By agreeing to arbitration under the Arbitration Rules, the parties undertake to comply with any emergency decision without delay.

لا تلزم محكم الطوارئ بذلك بما يتفق مع فلسفة تحكيم الطوارئ في التسريع من إجراءاته expedite the proceedings ليحقق هدفه المنشود<sup>(1)</sup>.

بل طالت السرعة اجتماعات تحكيم الطوارئ، فكان اجتماعات تحكيم الطوارئ -على غرار التحكيم العادي- قد يختلف عن مكان إجراءاته. حيث تقضي المادة 2/4 من قواعد محكم الطوارئ بقواعد ICC بأنه يجوز عقد الاجتماعات مع محكم الطوارئ عن طريق حضور الأشخاص أنفسهم في أي مكان يعتبره المحكم ملائماً، أو عن طريق الفيديو كون فرنس (المؤتمر المرئي) أو عن طريق الهاتف أو وسائل الاتصال الحديثة، وهو ما يتناسب مع فلسفة تحكيم الطوارئ في سرعة السرعة.

وتظهر سرعة استصدار التدابير الوقائية من تحكيم الطوارئ القصوى، فعلاً، عند المقارنة بينها وبين سرعتها أمام قاضي الدولة، وفق قانون المرافعات في مصر أو الإمارات على سبيل المثال. إن معظم قواعد محكم الطوارئ المؤسسية تقرر الاختصاص المشترك بين محكم الطوارئ وقاضي الدولة في استصدار التدابير الوقائية. بل إن قانون المرافعات المصري، في مادته 34<sup>(2)</sup>، يقضي باختصاص المحاكم المصرية بالتدابير الوقائية المراد التنفيذ على أرضها حتى ولو لم تكن مختصة بموضوع النزاع لوجود شرط التحكيم مثلاً. وعليه يجوز لأطراف التحكيم اللجوء إلى المحاكم المصرية لاستصدار التدابير الوقائية والتي يأمر قانون المرافعات فيها القاضي المختص بإصدار أوامر وقائية في الأحوال التي نص فيها القانون على أن يكون للخصم وجه لاستصدارها.

ويرى البعض<sup>(3)</sup>، بصدد قانون المرافعات (الإجراءات المدنية) الإماراتي، أنه يُوجب على القاضي إصدار أمره على عريضة في اليوم التالي

(1) Carlos de los Santos Lago and Victor Bonnin, Emergency Proceedings Under the New ICC Rules in Miguel Ángel Fernández-Ballesteros and David Arias (eds), Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje, (Wolters Kluwer España 2012 Volume 2012 Issue 13 ). p.15.

(2) التي تنص على أن: "تختص محاكم الجمهورية بالأمر بالإجراءات الوقائية والتحفظية التي تنفذ في الجمهورية ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية".

(3) Mohammed Al Marzouqi & John Gaffney: The Use of Emergency Arbitrator Procedures in the UAE: Some Practical Considerations.



لتقديمها على الأكثر، عملاً بالمادة 2/140 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتية المقابلة للمادة 195 من قانون المرافعات المصري، وبذلك يكون استصدار التدابير الوقائية في شكل أمر على عريضة أسرع من إجراءات تحكيم الطوارئ التي يصدر المحكم فيها قراره خلال أيام ولو قليلة.

غير أننا لا نتفق مع الرأي السابق؛ لأنه وحتى نختبر مدى سرعة الأوامر على عرائض الصادرة عن قاضي الدولة بالمقارنة بقرار محكم الطوارئ. يجب أن ننظر نظرة كلية في منهج إصدار الأوامر على عرائض حتى نهايته، فلا ننظر فقط في ميعاد إصدار الأمر، بل في وقت إصدار الأمر على عريضة و التظلم منه. بمعنى أنه إذا كان قانون المرافعات يوجب على القاضي إصدار أمره في اليوم التالي على الأكثر لتقديم العريضة<sup>(1)</sup>، ولكن يجوز للخصم أو لذوي الشأن التظلم من الأمر على عريضة بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى بما يستلزمه من إعلانات ومراحل نظرها إلى أن يصدر الحكم<sup>(2)</sup> الذي يخضع للطرق المقررة للطعن (بالاستئناف أو النقض) في الأحكام المستعجلة<sup>(3)</sup>، وما

على الموقع التالي:

<http://www.tamimi.com/en/magazine/law-update/section-11/february-7/the-use-of-emergency-arbitrator-procedures-in-the-uae-some-practical-considerations.html#sthash.Pxrlo5y8.dpuf>

(1) مادة 194 تنص على أنه: "في الأحوال التي نص فيها القانون على أن يكون للخصم وجه في استصدار أمر، يقدم عريضة يطلبه إلى قاضي الأمور الوقائية بالمحكمة المختصة، أو إلى رئيس الهيئة التي تنظر الدعوى، وتكون هذه العريضة من نسختين متطابقتين ومشملة على وقائع الطلب وأسانيده، وتعيين موطن مختار للطالب في البلدة التي بها مقر المحكمة وتسفح بها المستندات المؤيدة لها".

مادة 195- يجب على القاضي أن يصدر أمره بالكتابة على إحدى نسختي العريضة في اليوم التالي لتقديمها على الأكثر. ولا يلزم ذكر الأسباب التي بني عليها الأمر إلا إذا كان مختلفاً لأمر سبق صدوره فعندئذ يجب ذكر الأسباب التي اقتضت إصدار الأمر الجديد وإلا كان باطلاً.  
(2) الحكم الصادر في التظلم من الأمر على عريضة حكم قضائي حل به القاضي الأمر محل المحكمة الابتدائية وليس مجرد امر ولائي. (نقض مدني 1962/2/6 م.ج. السنة 12 ق ص 1099).

(3) مادة 197(1) - لذوي الشأن الحق في التظلم إلى المحكمة المختصة إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك. ويكون التظلم بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى أمام المحكمة خلال عشرة أيام من تاريخ صدور الأمر بالرفض أو من تاريخ البدء في تنفيذ الأمر أو إعلانه بحسب الأحوال. وتحكم المحكمة فيه بإصدار الأمر أو بتأييد الأمر الصادر أو بتعديله أو بإلغائه. ويجب أن يكون التظلم مسبباً وإلا كان باطلاً.

مادة 198 - يجوز رفع التظلم تبعاً للدعوى الأصلية في أية حالة تكون عليها ولو أثناء المرافعة بالجلسة.

يترتب عليه من تأخير ونفقات ورسوم قضائية أكثر ارتفاعاً وهي إجراءات أكثر تعقيداً- في نظري - من إجراءات تحكيم الطوارئ. إذ أن القرار الصادر عن محكم الطوارئ يستعصي على رفع دعوى البطلان بشأنه<sup>(1)</sup>. كما أن بعض قواعد محكم الطوارئ المؤسسية لم تشترط أن يصدر قرار محكم الطوارئ وهو مسبب<sup>(2)</sup>. بل أزيد من ذلك، إن القواعد السويسرية Swiss Rules لم تشترط التسبب أصلاً، بما يتفق مع فلسفة السرعة التي يقوم عليها تحكيم الطوارئ، طالما أنه خاضع للمراجعة الذاتية من قبل محكم الطوارئ ومراجعة لاحقة من قبل محكمة التحكيم<sup>(3)</sup>.

كما أن في أحوال استصدار تدابير وقائية في شكل "حكم مستعجل" في حالات الاستعجال أو الخشية من فوات الوقت (عملاً بالمادة 45 مرافعات مصري)، فالقضاء المستعجل في قانون المرافعات مستعجل اسماً، على حد تعبير البعض<sup>(4)</sup>، فالواقع يؤكد على أن الدعوى المستعجلة تستغرق وقتاً طويلاً.

ونضيف أن اهتمام مراكز التحكيم بكل عناصر تحكيم الطوارئ حتى لغة التحكيم ومكانه<sup>(5)</sup> يسهم بشكل كبير في تحقيق السرعة والمرونة المتطلبين للقضاء على أية محاولات لتأجيل إجراءات التحكيم بسبب عدم الاتفاق أو

---

مادة 199 (1) - لنوى الشأن بدلاً من التظلم للمحكمة المختصة الحق في التظلم منه لنفس القاضي الأمر، بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى ولا يمنع من ذلك قيام الدعوى الأصلية أمام المحكمة. ويحكم القاضي في التظلم بتأييد الأمر أو بتعديله أو بإلغائه ويكون حكمه قابلاً لطرق الطعن المقررة للأحكام.

(1) في مدى جواز وملاءمة رفع دعوى بطلان قرار محكم الطوارئ انظر ما يلي ص 151.

(2) وانظر أيضاً المادة 6 من الملحق الأول من قواعد SIAC.

The Emergency Arbitrator shall give reasons for his decision in writing.

انظر المادة 4/6 من قواعد ICDR:

The emergency arbitrator shall give reasons in either case.

(3) انظر بالتفصيل في هذا الشأن ما يلي ص 147.

(4) فتحني والي، المستحدث في قانون المرافعات 23 لسنة 1992، مركز البحوث والدراسات القانونية والتدريب المهني القانوني- جامعة القاهرة 1993 ص 72-73. أحمد صدقي محمود، مرجع سابق، ص 95.

على عكس الحال أمام المحاكم الإنجليزية، فالمسألة نسبية تختلف من ظروف قضاء دولة إلى أخرى.

(5) انظر في لغة تحكيم الطوارئ ومكانه ما يلي ص 124.

الفشل في الاتفاق. وقواعد محكم الطوارئ الأنجح في نظري هي تلك القواعد التي تغني الأطراف عن اللجوء إلى قضاء الدولة للمساعدة لما قد يطيح بمزايا التحكيم وهو اتجاه يسمى بـ"فضائية التحكيم Judicialization of Arbitration".

وأخيراً قد يُحاج بأنه إذا كانت إجراءات تحكيم الطوارئ سريعة، إلا أنها إجراءات فيما قيل إجراءات التحكيم العادي تضاف إليها، مما يؤدي إلى إطالة أمد وزمن إجراءات التحكيم العادي للحصول على حكم في الموضوع. فإجراءات تحكيم الطوارئ قد تستعمل استعمالاً يحدد بالتحكيم عن هدفه، وهو السرعة، بالإضافة إجراءات سابقة على إجراءات ما قبل التحكيم Pre-arbitral proceedings. ولكن يُرد على ذلك بأن العديد من القواعد المؤسسية<sup>(1)</sup> ما تواجه خشية إطالة أمد النزاع فتقرر فترة زمنية معينة يجب خلالها أن يقدم فيها المدعي طلب التحكيم أو إعلانه بعد تقديم طلب تعيين محكم الطوارئ أو تعاصراً معه<sup>(2)</sup> و هي قاعدة مقررة كمظهر من مظاهر الحماية الإجرائية لمصلحة المدعي عليه من طلبات تحكيم الطوارئ الكيدية والتسويقية<sup>(3)</sup>.

كما أن تحكيم الطوارئ يتميز -بالإضافة إلى سرعتها القصوى- بمرونته الشديدة، والبعد عن الشكلية المفرطة التي تطيل أمد تحكيم الطوارئ دون داعٍ.

(1) حيث تقرر مثلا قواعد ICC أو القاعد السويسرية ميعاد 10 أيام منذ استلام طلب تعيين محكم الطوارئ يجب خلالها أن يقدم طلب التحكيم أو إعلانه و هو ميعاد قابل للامتداد بقرار من محكم الطوارئ أو المحكمة Court حيث تنص المادة 6/1 من قواعد محكم الطوارئ في ICC على أنه يتعين على الرئيس(رئيس المحكمة) إنهاء إجراءات محكم الطوارئ إذا لم تستلم الأمانة العامة طلب التحكيم من المدعي خلال 10 أيام من استلام الأمانة العامة طلب محكم الطوارئ. ما لم يأمر محكم الطوارئ بمدته لفترة أطول في حالة الضرورة". وتنص المادة 3/43 من القواعد السويسرية (Swiss Rules) للتحكيم على أنه إذا قدم طلب تعيين محكم الطوارئ قبل إعلان التحكيم العادي ، على المحكمة أن تنتهي إجراءات تحكيم الطوارئ إذا لم يقدم إعلان التحكيم خلال 10 أيام من تاريخ استلام طلب تعيين محكم الطوارئ. وفي ظروف استثنائية، للمحكمة أن تمد هذا الميعاد". والنهج مختلف في قواعد SCC حيث تقرر أن قرار محكم الطوارئ لا يعد ملزماً للأطراف لو لم يبدأ التحكيم العادي خلال 30 يوم من تاريخ صدور قرار محكم الطوارئ حيث تنص المادة 4/9 وفي البند الثالث من قواعد محكم الطوارئ الملحق رقم 2.

(2) انظر ما سيلي ميعاد تقديم طلب تحكيم الطوارئ ص120.

(3) Nathalie Voser, "Overview of the Most Important Changes in the Revised ICC Arbitration Rules", in Matthias Scherer (ed.), ASA Bulletin, Vol. 29, No. 4, 2011, pp. 783-820 at pp. 817-818.

فالمرونة تؤدي إلى السرعة. تلك المرونة لها أيضاً مظاهر عديدة و متنوعة من بداية الإجراءات ثم سيرها وحتى نهايتها.

ومن مظاهر مرونة تحكيم الطوارئ أن بعض قواعد محكم الطوارئ المؤسسية، كقواعد SIAC وقواعد ICDR، لم تشترط الإعلان الفعلي بل يكفي إبداء حسن النية في اتخاذ خطوات لإعلان الطرف الآخر، حتى ولو لم يعلم بطلب تعيين محكم الطوارئ بالفعل، على الرغم من أنها تتطلب الإعلان الفعلي بطلب التحكيم العادي، وهو مظهر من مظاهر المرونة في الشكلية، والبعد عن الشكليات المفرطة التي تطيل أمد التحكيم دون داع. إذ تقضي قواعد SIAC، في المادة الأولى من قواعد محكم الطوارئ الملحق رقم 1، وقواعد ICDR في المادة 1/6 ( تدابير الحماية الطارئة)<sup>(1)</sup>، بوجوب إعلان طلب تعيين محكم الطوارئ- مع أو بعد إعلان التحكيم العادي- السجل Registrar و باقي الأطراف كتابةً بطبيعة التدبير المطلوب استصداره و أسبابه المبينة على حالة الطوارئ. ويجب أن يتضمن هذا الإعلان على بيان يفيد تمام إخطار باقي الأطراف أو شرح لخطوات اتخذت بحسن نية لإعلان باقي الأطراف<sup>(2)</sup>.

---

(1) Article 6/1(Emergency Measures of Protection): A party may apply for emergency relief before the constitution of the arbitral tribunal by submitting a written notice to the Administrator and to all other parties setting forth the nature of the relief sought, the reasons why such relief is required on an emergency basis, and the reasons why the party is entitled to such relief. The notice shall be submitted concurrent with or following the submission of a Notice of Arbitration. Such notice may be given by email, or as otherwise permitted by Article 10, and must include a statement certifying that all parties have been notified or an explanation of the steps taken in good faith to notify all parties.

(2) Article 1: The party shall notify the Registrar and all other parties in writing of the nature of the relief sought and the reasons why such relief is required on an emergency basis. The application shall also set forth the reasons why the party is entitled to such relief. Such notice must include a statement certifying that all other parties have been notified or an explanation of the steps taken in good faith to notify other parties.

إن مرونة تحكيم الطوارئ تتجلى أيضا من خلال ما تنص عليه معظم قواعد محكم الطوارئ من حرية هذا المحكم في تنظيم الإجراءات وعقد الاجتماعات بالطريقة التي يراها مناسبة والتي قد تأخذ أشكال مختلفة من مذكرات مكتوبة و اجتماع بالتلفون أو بالفيديو أو شخصياً. حيث تقضي، مثلاً، المادة 2/5 من الملحق رقم 5 من قواعد محكم الطوارئ بمركز ICC بأن يدير محكم الطوارئ الإجراءات بالطريقة التي يعتبرها ملائمة، مع أخذ طبيعة طلب اتخاذ التدابير و مدى استعجاله بعين الاعتبار...<sup>(1)</sup>.

كذلك تنص الفقرة 5 من الملحق رقم 1 (قواعد محكم الطوارئ) SIAC سنة 2013 على أن: "...جدول Schedule الإجراءات قد يسمح باتخاذ الأخير بقاء هاتفياً أو بمذكرات متبادلة كبدائل للمرافعة الرسمية..."<sup>(2)</sup>. كما تنص الفقرة 3 من المادة 6 من قواعد ICDR 2014 على السماح بإجراء المرافعة عن طريق الفيديو أو أي وسيلة مناسبة بدلاً من المرافعة الشخصية<sup>(3)</sup>.

وتتميز أيضا قواعد LCIA في هذا الشأن إذ أنها تخول محكم الطوارئ سلطة تقدير الحاجة إلى سماع المرافعة الشفوية hearing أو الاكتفاء بالمرافعة الكتابية أو المستندات<sup>(4)</sup>، ولما سبق تأثير كبير على المرونة

---

(1) انظر: نص المادة 7 من الملحق الثاني من قواعد محكم الطوارئ SCC وعلى ذات السياق الفقرة 6 من المادة 43 من قواعد سويسرا للتحكيم الدولي 2012.

(2) The Emergency Arbitrator shall, as soon as possible but in any event within two business days of appointment, establish a schedule for consideration of the application for emergency relief. Such schedule shall provide a reasonable opportunity to all parties to be heard, but may provide for proceedings by telephone conference or on written submissions as alternatives to a formal hearing. The Emergency Arbitrator shall have the powers vested in the Tribunal pursuant to these Rules, including the authority to rule on his own jurisdiction, and shall resolve any disputes over the application of this Schedule 1.

(3) "...Such schedule shall provide a reasonable opportunity to all parties to be heard and may provide for proceedings by telephone, video, written submissions, or other suitable means, as alternatives to an in-person hearing ...".

(4) البند 9.7 من قواعد محكم الطوارئ في المادة 9B في قواعد LCIA و منها التالي:

المتطلبية، خاصةً لو وضعنا في الاعتبار تأثير الاكتفاء بالمستندات دون اللجوء إلى المرافعة الشفوية على الإسراع من سير إجراءات تحكيم الطوارئ.

فضلاً عن أن المرونة طالبت سلطة محكم الطوارئ في إصدار التدابير الوقائية. فمن القواعد المؤسسية ما وصلت مرونتها إلى حد أن قواعد مركز SCC - على سبيل المثال - وعملاً بالمادة 2/1 من قواعد محكم الطوارئ في الملحق الثاني<sup>(1)</sup>. تخول محكم الطوارئ ذات سلطات هيئة التحكيم المنصوص ليها في المادة 1/32-3 في إصدار التدابير الوقائية بل قد يملك أوسع منها<sup>(2)</sup>.

وأخيراً، من مظاهر المرونة والممتدة حتى نهاية إجراءات تحكيم الطوارئ، أن قرار محكم الطوارئ قد يأخذ إما شكل "الأمر order" أو "حكم award". ولمحكم الطوارئ سلطة في اتخاذ الشكل المناسب<sup>(3)</sup>. كما أنه لا يستنفد محكم الطوارئ ولايته بمجرد إصداره قراراً بتدابير الطوارئ، بل له أن يعدل عنه أو يقوم بتعديله أو إنهائه، بل إن لمحكمة التحكيم، بعد تشكيلها، سلطة العدول أو التعديل في قرار محكم الطوارئ<sup>(4)</sup>.

---

"... The Emergency Arbitrator is not required to hold any hearing with the parties (whether in person, by telephone or otherwise) and may decide the claim for emergency relief on available documentation..."

(1) The powers of the Emergency Arbitrator shall be those set out in Article 32 (1)-(3) of the Arbitration Rules.

Article 32 (1)-(3):

(1) The Arbitral Tribunal may, at the request of a party, grant any interim measures it deems appropriate.

(2) The Arbitral Tribunal may order the party requesting an interim measure to provide appropriate security in connection with the measure.

(3) An interim measure shall take the form of an order or an award.

(2) انظر: المقارنة في معايير إصدار التدابير الوقائية أمام محكمة التحكيم و أمام محكم الطوارئ.

ما سبق ص 32 .

(3) انظر في شكل قرار محكم الطوارئ ما يلي ص 140.

(4) انظر ما يلي بالتفصيل ص 148.

## الفرع الثاني مضمون تمييز تحكيم الطوارئ عن غيره

إن تحكيم الطوارئ يتمتع بطبيعة وخصائص ومميزات كما تقدم- نستطيع من خلالها أن نميز بين تحكيم الطوارئ و الآليات أخرى قانونية قضائية أو اتفاقية أو مختلطة (أي اتفاقية قضائية) تشبع حاجة اطراف النزاع لاستصدار تدابير وقتية. وحتى نقف على تمييز تحكيم الطوارئ تمييزاً صحيحاً و منتجاً كان لابد من التمييز أيضاً بين تحكيم الطوارئ و بين الآليات التي تهدف إلى إشباع الحماية الوقتية في مرحلة ما قبل التحكيم. وذلك على النحو التالي:

### أولاً: تمييز تحكيم الطوارئ عن قضاء الدولة (المستعجل)

إن التمييز بين تحكيم الطوارئ وقضاء الدولة (المستعجل) يبدو هاماً إذا وُضع في الاعتبار أن قواعد تحكيم الطوارئ تجيز للأطراف اللجوء على قضاء الدولة لاستصدار تدابير طارئة، قبل تشكيل هيئة التحكيم، رغم اتفاقهم على تحكيم الطوارئ، مقررَةً الاختصاص المشترك فيما بين تحكيم الطوارئ وقضاء الدولة.

هذا الاختصاص المشترك لا يفترض في حالات يُجبر فيها أطراف تحكيم الطوارئ على اللجوء إلى قضاء الدولة، كما في أحوال استصدار تدابير وقتية طارئة لا تدخل في ولاية محكم الطوارئ بحسب طبيعة مهمته أو بحسب القانون. بحسب طبيعة مهمة محكم الطوارئ، فالأخير -كأي محكم- يتمتع عليه إصدار تدابير تستدعي سلطة الإجماع أو تدخل السلطة العامة، أو التي تمس حقوق الغير من ليس طرفاً في اتفاق التحكيم كتدابير الحجز الموجهة ضد بنك لا يعد طرفاً في التحكيم. وبحسب القانون، حيث تمنع نصوص إلزامية Mandatory provisions في بعض قوانين التحكيم الوطنية المحكم، عموماً، سلطة إصدار تدابير وقتية و تجعلها في الاختصاص الاستثنائي لقضاء الدولة<sup>(1)</sup>. فلا مفر لهم عندئذ سوى اللجوء إلى قضاء الدولة.

(1) كقانون التحكيم في الصين و تايلند و الأرجنتين.

لذا، إن تحكيم الطوارئ، على عكس التحكيم العادي، لا يعد آلية بديلة عن قضاء الدولة في كل الحالات بل مكملة له<sup>(1)</sup>.

وعلى الرغم من مميزات اللجوء، حتى الاختياري منه، إلى قضاء الدولة، التي تتمثل في سرعة إصدار تدابير وقائية في شكل أوامر على عرائض خلال يوم على الأكثر ( كما هو مقرر في نظام الأوامر على عرائض في قانون المرافعات المصري)، وفي أحوال تستدعي مباغثة المدعى عليه<sup>(2)</sup>، وصلاحية تدابير محاكم الدولة للنفاذ، بل للنفاذ المعجل لطبيعتها الوقائية أو المستعجلة على الأقل في حدود إقليم تلك الدولة<sup>(3)</sup>.

بيد أن لتحكيم الطوارئ، لا سيما في حالات الاختصاص المشترك، مميزات عديدة عن قضاء الدولة تتمثل في<sup>(4)</sup>: مرونة سلطة محكم الطوارئ في إصدار التدابير الوقائية، عن قاضي الدولة، حيث لا يتقيد بما يتمتع على محاكم الدولة بإصدار أوامر الزجر injunctive relief . بل أنه، ومقارنة بسلطة قاضي الدولة، إن قائمة التدابير الوقائية التي يملك محكم الطوارئ

---

Christopher Boog, "The Law Governing Interim Measures" in Conflict of Laws in International Arbitration, Franco Ferrari, Stefan Kroll (eds), European Law Publishers, 2011, Munich, 416.

(1) وذهب رأي إلى أن الأخذ بنظام اللجوء إلى قاضي الدولة قبل أو أثناء سير إجراءات التحكيم وفق المادة 14 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 يعني عن فكرة تعيين محكم يختص بنظر المسائل المستعجلة أو التحفظية التي تأخذ بها بعض الأنظمة كنظام غرفة التجارة الدولية، كما أنه لا يصطدم معه لأنه يوسع الأطراف اللجوء إلى قضاء الدولة إذا لم يتفقوا على هذا المحكم المستعجل. (محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1999، ص 81). غير أن الرأي السابق يذهب بعيداً عما تقضي به نصوص " حكم التدابير الوقائية" أو كما يسميه " المحكم المستعجل" لسنة 1990 حيث لا تمنع تلك النصوص الاختصاص المشترك بين الحكم و قضاء الدولة انظر ما يلي ص 97.

(2) انظر رأينا في اعتبار تحكيم الطوارئ أسرع من القضاء المستعجل في إصدار التدابير الوقائية ما سبق ص 68.

(3) في عرض رأي آخر مخالف انظر:

Gilles Cuniberti, : *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger* (thesis, LGDJ, Paris, 2000).

(4) Emmanuel Gaillard and Philippe Pinsolle, The ICC Pre-Arbitral Referee: First Practical Experiences, Arbitration International, (Kluwer Law International 2004 Volume 20 Issue 1 ) p.23.



إصدارها أوسع من تلك القائمة أمام قضاء الدولة<sup>(1)</sup>، إذ أن قاضي الدولة في مصر مثلاً مقيد عند إصدار التدابير الوقائية، في شكل أمر على عريضة، بالحالات المنصوص عليها في القانون حصرأ<sup>(2)</sup>. كما أن الاستعجال كمتطلب لإصدار التدابير الوقائية أمام قضاء الدولة، لا يتقيد به محكم الطوارئ كشرط لإصدار جميع التدابير الوقائية<sup>(3)</sup>. بل إن قرار محكم الطوارئ، وإن كانت هناك شكوك حول قابليته للتنفيذ الجبري، ولكن لا شك في تنفيذه الاختياري من قبل الأطراف لأن في تنفيذه الرضائي أو عدمه آثاره السلبية وتداعيات على موقفه أمام هيئة التحكيم فيما بعد حال تشكيلها للفصل في الموضوع<sup>(4)</sup>.

وتظهر أهمية اللجوء إلى محكم الطوارئ مقارنة بقضاء الدولة، في الأحوال التي يقدس فيها قضاء الدولة اتفاق التحكيم وأثره السلبي، ويمنع نفسه عن إصدار تدابير وقائية يخص النزاع محل اتفاق التحكيم الدولي، كما هو الحال أمام المحاكم الأمريكية<sup>(5)</sup>، وعندئذ لا مفر لأطراف النزاع، في مرحلة ما قبل إجراءات التحكيم، سوى اللجوء إلى طلب تعيين محكم الطوارئ.

---

(1) Andrea Carlevaris, Pre-Arbitral Interim Relief: Different Models and the ICC Experience, at: Interim Relief: What, Why, When, How?, New York 2013, program available at: <http://blogs.law.nyu.edu/transnational/wp-content/uploads/2013/09/Interim-Measures-Brochure-Oct-7-2013.pdf> (6/6/2015).

(2) انظر المادة 194 مرافعات مصري و التي تنص على أنه: "في الأحوال التي ينص فيها القانون على أن يكون للخصم وجه في استصدار أمر، يقدم عريضة يطلبه إلى قاضي الأمور الوقائية بالمحكمة المختصة، أو إلى رئيس الهيئة التي تنتظر الدعوى،..."

(3) انظر في معيار تطبيق حالة الاستعجال أمام محكم الطوارئ ما سبق ص 35.

(4) انظر ما يلي بالتفصيل الوسائل غير المباشرة لتنفيذ قرار الطوارئ ص 184.

(5) على الرغم من أن الاتجاه الحديث عكس ذلك . انظر القضايا:

*(Mc Creary Tire & Rubber Company v CEAT, S.p.A., 501 F. 2d 1032 (3rd Cir. 1974); Robert R. Cooper v Ateliers de la Motobécane, S.A., 57 N.Y 2d 408 (NY CA, 1982) = 442 N.E.2d 1239 (1982) Drexel Burnham Lambert, Inc. v Ruebsamen, 139 A.D.2d 323 = 531 N.Y.S.2d 547 (N.Y. App. Div. 1998). Toyo Tire Holdings of Americas, Inc. v Continental Tire North America, Inc., 2010 WL 2496133 (9th Cir. 2010).*

مشار إليها في:

G. B. Born, *International Commercial Arbitration* (2009)p.2030.

## ثانياً: تمييز تحكيم الطوارئ عن التحكيم العادي

إن التمييز بين تحكيم الطوارئ و التحكيم العادي يتضح من خلال هذه الدراسة كاملة، ولكن يمكن القول ببساطة شديدة أن تحكيم الطوارئ ابتدع لقضاء حاجة الأطراف في استصدار التدابير الوقتية في حالة الطوارئ أي في مرحلة ما قبل التحكيم أو ما قبل تشكيل محكمة التحكيم التي سوف تنظر موضوع النزاع، أو للفصل طلب التدابير الوقتية التي لا يستطيع الأطراف تحمل عدم استصدارها لحين تشكيل محكمة التحكيم.

إن مظاهر التمييز بين تحكيم الطوارئ و التحكيم العادي عديدة، يمكن إجمالها في الآتي:

1- إن إجراءات تحكيم الطوارئ تكون في مرحلة قبلية عن إجراءات التحكيم العادي<sup>(11)</sup>. بينما يكون التحكيم العادي في مرحلة بعدية عن تحكيم الطوارئ<sup>(12)</sup>.

2- إن التحكيم العادي له طبيعة اتفاقية قضائية، بينما تثار الشكوك حول طبيعة تحكيم الطوارئ القضائية و ميلها إلى الطبيعة الاتفاقية<sup>(13)</sup>.

3- إن التحكيم العادي يحتاج إلى اتفاق في صورة شرط (قبل النزاع) أو مشاركة (بعد النزاع) أو بالإحالة. بينما تحكيم الطوارئ لا يحتاج إلى اتفاق خاص، في القواعد المؤسسية الحديثة، بل إن الاتفاق على التحكيم العادي وفق قواعد مركز يتضمن قواعد محكم الطوارئ

(11) قد تبدأ إجراءات تحكيم الطوارئ مع البدء في إجراءات التحكيم العادي. انظر ما يلي مدد ومواعيد تقديم طلب تحكيم الطوارئ ص120.

(12) ولكن لا مانع من استمرار إجراءات تحكيم الطوارئ حتى بعد البدء في إجراءات التحكيم العادي لحين تشكيل محكمة التحكيم وإحالة الملف إليها انظر ما يلي بالتفصيل ص120.

(13) في طبيعة وخصائص تحكيم الطوارئ هل هو اتفاق أم قضاء، وراينا أنه كالتحكيم العادي له طبيعة اتفاقية قضائية. انظر ما سبق ص54.

يحمل في طياته اتفاقاً على تطبيق قواعد الأخير، ما لم يتفق الأطراف على استبعادها، وفق نظام اختيار الاستبعاد opt-out<sup>(14)</sup>.

4- إن تحكيم الطوارئ غالباً و عملاً هو تحكيم مؤسسي<sup>(15)</sup>. بينما التحكيم العادي قد يكون حراً تارة وقد يكون مؤسسياً تارة أخرى حسب اتفاق الأطراف.

5- التحكيم العادي في موضوع النزاع يستعصي على الاختصاص المشترك بين التحكيم و القضاء، إعمالاً للأثر السلبي لاتفاق التحكيم<sup>(16)</sup>، على عكس تحكيم الطوارئ فيحكمه مبدأ الاختصاص المشترك<sup>(17)</sup>. فإذا كان التحكيم العادي بديلاً للقضاء، فتحكيم الطوارئ مكمل للقضاء.

6- إجراءات التحكيم العادي مستقلة، بينما إجراءات تحكيم الطوارئ تابعة لإجراءات التحكيم العادي. إذ أن انقضاء تحكيم الطوارئ و إلزامية القرار الصادر عنه مرتبطان بالبداية في إجراءات التحكيم العادي واستمرارها.

7- إذا كان التحكيم، كوسيلة بديلة لفض المنازعات، وسيلة سريعة ومرنة مقارنة بقضاء الدولة، فإن تحكيم الطوارئ، من وصفه فهو طارئ، أي يتميز بسرعة السرعة والمرونة القصوى، منذ البدء في إجراءاته و أثناء سيرها وحتى نهايتها<sup>(18)</sup>.

8- إن محكم الطوارئ هو محكم واحد فرد، يُعين مؤسسياً، بما يتناسب مع فلسفة السرعة القصوى التي تسود نظام "تحكيم الطوارئ" و تجنباً لما يترتب على التعدد في المحكمين من مشاكل أو تأخير يضرب بحالة الطوارئ عرض الحائط. بينما في التحكيم

(14) انظر في هذا النظام وتمييزه عن نظام اختيار التطبيق opt-in ما سبق ص 47.

(15) ولا مانع قانوني من الاتفاق على إجراءات تحكيم الطوارئ حراً ad-hoc ولكن له عيوب كثيرة تفرغه من مضمونه. انظر ما سبق ص 59.

(16) هو التزام أطراف الاتفاق بعدم اللجوء إلى قضاء الدولة لنظر المنازعة محل التحكيم.

(17) انظر في الاختصاص المشترك بين محكم الطوارئ و قضاء الدولة ما يلي ص 97.

(18) انظر ما سبق ص 65.

العادي قد تتكون محكمة التحكيم من محكم واحد أو أكثر من محكم بعدد فردي يتم تشكيلهم اتفاقاً أو قانوناً أو قضاءً.

9- إن معايير استصدار التدابير الوقائية من محكم الطوارئ أخف وأيسر من استصدارها من محكمة التحكيم<sup>(27)</sup>.

10- تثار الشكوك حول مدى جواز رفع دعوى ببطلان قرار محكم الطوارئ أو صلاحيته للتنفيذ إما لانتفاء النهائية Finality عنه أو للطبيعة الاتفاقية لتحكيم الطوارئ، كما يرى البعض. كما أن فلسفة سرعة تحكيم الطوارئ جعلت مراجعة القرارات الصادرة عنه مراجعة فورية، أو لاً بأول، إما ذاتية من محكم الطوارئ نفسه أو عن طريق محكمة التحكيم، كل داخل إطار التحكيم دون الحاجة إلى اللجوء إلى قضاء الدولة. فإذا كان قضاء الدولة يلعب دور المراقب لعملية التحكيم العادي في دعوى بطلان حكم التحكيم أو طلب تنفيذه، فيتقهر هذا الدور في تحكيم الطوارئ حيث نميل إلى عدم قبول دعوى بطلان قرار محكم الطوارئ<sup>(28)</sup>.

جدير بالذكر أخيراً أنه لا يقدح هذا التمييز بين النظامين في أن العلاقة بين تحكيم الطوارئ و التحكيم العادي وطيدة، كما أسلفنا القول إن إجراءات تحكيم الطوارئ ليست مستقلة تماماً عن إجراءات التحكيم العادي، ومظاهر ذلك عديدة منها:

1- إذا لم يبدأ طالب التدابير الوقائية في التحكيم العادي خلال مدة معينة ينتهي تحكيم الطوارئ حتى لا يكون استعمال الأخير سبباً في إطالة أمد الأول. بل إن إلزامية قرار محكم الطوارئ معلقة على عدم سحب جميع الطلبات أو إنهاء التحكيم قبل صدور الحكم النهائي. كما ربطت بعض قواعد محكم الطوارئ المؤسسية بين انتفاء القوة الملزمة لقرار محكم الطوارئ وانقضاء فترة زمنية معينة من يوم

(27) انظر المقتضيات الموضوعية لاستصدار التدابير الوقائية الصادرة عن محكم الطوارئ وتمييزها عن استصدارها عن محكمة التحكيم ما سبق ص32.

(28) انظر بشأن مدى جواز وملاءمة رفع دعوى بطلان قرار محكم الطوارئ ما يلي ص151.

صدور قرار محكم الطوارئ (30 يوم حتى يبدأ التحكيم أو 90 يوم حتى يحال الملف إلى هيئة التحكيم)<sup>(29)</sup>.

2- إن قرار محكم الطوارئ قابل للتعديل أو الإنهاء من قبل محكمة التحكيم العادي<sup>(30)</sup>، وهو نوع من الرقابة اللاحقة التي تمارسها الأخيرة على قرارات محكم الطوارئ.

3- يجوز لهيئة التحكيم أن تشمل التعويضات التي أصدرها محكم الطوارئ في حكمها النهائي حال اتفاق الأطراف على ذلك، أو حتى دون اتفاق كما تقضي بعض القواعد المؤسسية كما في قواعد ICC حيث تنص ICC4/29 على أن: " لمحكمة التحكيم أن تحكم بالتعويض عن عدم تنفيذ قرار محكم الطوارئ أو في مسألة تتعلق بإجراءات تحكيم الطوارئ".

### ثالثاً: تمييز تحكيم الطوارئ عن نظام "الفصل adjudication"

إن "نظام الفصل adjudication"<sup>(31)</sup> وسيلة استحدثتها المملكة المتحدة سنة 1996، بموجب قانون منح الإسكان و التشييد و التجديد، وهي آلية سريعة ناجزة لتسوية المنازعات المؤقتة التي تنشأ عن عقود الإنشاءات. وتضمن الفصل 3/108 (بعنوان: الحق في اللجوء إلى القرار القضائي) من هذا القانون سالف الذكر أنه: " يجب النص في العقد، كتابةً، على أن القرار الصادر عن نظام الفصل ملزم حتى حسم النزاع نهائياً، بالإجراءات القانونية أو بالتحكيم (متى نص في العقد على التحكيم أو اتفاق الأطراف بطريقة أخرى على

(29) انظر في القوة الملزمة لقرار محكم الطوارئ ما يلي ص143.

(30) انظر ما يلي ص148.

(31) Domenico DI PIETRO "What Constitutes an Arbitral Award Under the New York Convention,," in Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards - The New York Convention in Practice 139 (E. Gaillard and D. Di Pietro eds., 2008), pp.148-149.

التحكيم) أو بالاتفاق. ويجوز للأطراف الاتفاق على قبول القرار الصادر عن نظام الفصل نهائياً حاسماً للنزاع"<sup>(37)</sup>.

لما تقدم، توجد أوجه للتقارب بين تحكيم الطوارئ و نظام الفصل adjudication تتمثل في أن كلا منهما آلية تمنح الحماية القضائية الوقتية في مرحلة سابقة على اللجوء إلى التحكيم، و القرار الصادر عن "نظام الفصل adjudication" ملزم بشكل مؤقت فقط ولا يمكن اعتباره نهائياً و حاسماً لموضوع النزاع القائم بين الطرفين.

كما يمكن وصف القرار الصادر عن نظام الفصل بأنه مجرد قرار مؤقت لإسباغ الحماية القضائية الوقتية على الحق موضوع النزاع، ونتيجة قيام خطر عاجل يتعذر تداركه انتظاراً لإقامة الدعوى القضائية و اللجوء إلى التحكيم للفصل في الموضوع. ويرى البعض<sup>(38)</sup> أن اتفاق الأطراف قد يكون له أثر في تحويل نظام الفصل إلى شكل من أشكال التحكيم غير الرسمي ويكون ما ينتج عنه من أحكام قابلة للتنفيذ في الخارج بموجب اتفاقية نيويورك، طالما أنها صدرت في إطار محاكمة عادلة تم السماح فيها للأطراف بعرض قضيتهم على قدم المساواة.

ولا يعد نظام الفصل بديلاً عن الإجراءات القضائية أو التحكيم التي تتبعه، وبالتالي لا تعتبر أي إجراءات قانونية تبدأ بعد صدور قرار نظام الفصل استثناءً له بل هي إجراءات قانونية جديدة ومستقلة عنه بحيث لا يمثل فيها قرار نظام الفصل أي أهمية وليس له تأثير على ما يسفر عنه الفصل في موضوع النزاع فيما بعد من خلال الإجراءات القانونية أو التحكيم. ونظام الفصل لا يعد تحكيمياً بالمعنى الفني، على عكس تحكيم الطوارئ الذي يعد تحكيمياً بالمعنى الفني<sup>(39)</sup>، وعلى الرغم من ذاتية تحكيم الطوارئ، إلا أننا لا

(37) *The contract shall provide in writing that the decision of the adjudicator is binding until the dispute is finally determined by legal proceedings, by arbitration (if the contract provides for arbitration or the parties otherwise agree to arbitration) or by agreement. The parties may agree to accept the decision of the adjudicator as finally determining the dispute.*

(38) Domenico DI PIETRO: "What Constitutes an Arbitral Award Under the New York Convention. Op.cit, p.149.

(39) انظر ما سبق ص54.

نسلم-كما أسلفنا- باستقلال إجراءاته التام عن إجراءات تحكيم موضوع النزاع<sup>(1)</sup>.

### رابعاً: تمييز تحكيم الطوارئ عن التشكيل السريع و التحكيم المختصر

إن التشكيل السريع Expedited Formation أو التحكيم المختصر summary arbitral proceedings من الآليات التي تواجه حالات الحاجة إلى حماية مستعجلة، في مرحلة ما قبل التحكيم، مضمونها الإسراع و الاختصار في تشكيل هيئة أو محكمة التحكيم ذاتها، بإنقاص الفترة الزمنية اللازمة لتعيين محكمة التحكيم، وإنقاص أو تقليص مدة الرد على طلب التحكيم أو أي مسائل أو وثائق لم يتضمنها طلب التحكيم.

أول من ابتدع نظام التشكيل السريع لهيئة التحكيم هو محكمة لندن للتحكيم الدولي LCIA عند مواجهتها الظروف الطارئة التي لا تحتتمل الانتظار لحين تشكيل هيئة التحكيم، حيث فشلت في تبني قواعد للتدابير الطارئة عام 1998 معتقدةً أن الطرف الثالث المحايد الذي يصدر مثل تلك التدابير لا يعد محكماً بالمعنى الفني وأن التدبير الوقتي من غير محكم أمر مرفوض، على الرغم مما تقضي به المادة 9 منها على التشكيل السريع "expedited formation" لهيئة التحكيم التي تنظر الموضوع كآلية تعوض غياب نصوص محكم الطوارئ<sup>(2)</sup>.

ولكن عملاً بهذه الآلية، إن محكمة LCIA ، في حالة الاستعجال الاستثنائية exceptional urgency، بدلاً من أن تقوم بتعيين محكم طوارئ ليفصل في مسائل طارئة لا تحتتمل الانتظار حتى تعيين هيئة التحكيم، كما هو الحال في تحكيم الطوارئ، تقوم بالإسراع في تشكيل هيئة التحكيم ذاتها وكذلك المحكم البديل، بإنقاص الفترة الزمنية اللازمة لتعيين الهيئة أو المحكم البديل، ولها أيضاً إنقاص أو تقليص الفترة الزمنية للرد على طلب التحكيم أو أي مسائل أو وثائق لم يتضمنها طلب التحكيم<sup>(3)</sup>.

(1) انظر ما سبق ص 61.

(2) Ali Yesilirmak , Provisional Measures in International Commercial Arbitration, (Kluwer Law International 2005) P.121. Note 42 .

(3) Ali Yesilirmak: Provisional Measures in International Commercial Arbitration, (Kluwer Law International 2005) P.121. Note 42.

ويتضح مما سبق أنه في ظل قواعد التشكيل السريع هيئة التحكيم هي وحدها التي سوف تفصل معاً في موضوع النزاع و طلب التدابير الوقائية. وكل ما هنالك أن تشكيل هيئة التحكيم يتم في وقت مختصر عن الوقت المعتاد. وبالتالي لا اختلاف بين طلب التدابير الوقائية عملاً بالمادة 25 من قواعد LCIA و طلب التدابير الطارئة المقدم لمركز LCIA قبل تشكيل هيئة التحكيم كمبرر للتعجيل من تشكيل هيئة التحكيم<sup>(43)</sup>. لذا، إن كان الاختصار في الوقت لا يهم أطراف التحكيم فيفضل اللجوء إلى نظام التشكيل السريع، وأن محكمة تحكيم واحدة تنظر كل المسائل. بينما في تحكيم الطوارئ يُعين شخص ثالث محايد "محكم الطوارئ" في مرحلة ما قبل تشكل محكمة التحكيم يتمتع عليه، كأصل عام، الاشتراك في عضوية محكمة التحكيم<sup>(44)</sup>.

بل إن بعض الفقه<sup>(45)</sup> يرى أنه لا مجال للمقارنة أصلاً بين نظام تحكيم الطوارئ و التشكيل السريع حيث أن الأخير لا يتعلق بإجراءات تشكيل هيئة التحكيم لإصدار تدابير وقائية أو تحفظية، ولكن هي إجراءات سريعة لتشكيل

انظر المادة 9 من قواعد LCIA سنة 1998 على الموقع التالي (آخر زيارة 2015/3/3):

[http://www.lcia.org/Dispute\\_Resolution\\_Services/LCIA\\_Arbitration\\_Rules.aspx](http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Arbitration_Rules.aspx)

ويعد ثبوت فشل تلك الآلية في مواجهة الظروف الطارئة، لاشتراطها "ظروف طارئة استثنائية" بالإضافة إلى تفضيل الممارسين للتحكيم طالبي التدابير الوقائية و التحفظية إما الانتظار لحين تشكيل هيئة التحكيم أو اللجوء إلى قضاء الدولة، وعلى أثره اضطرت محكمة لندن للتحكيم الدولي، وبعد نجاح تجربة تعيين محكم طوارئ فرد على ذات نهج الكثير مؤسسات التحكيم، إلى سن قواعد لمحكم الطوارئ Emergency Arbitrator وينفذ أول أكتوبر من سنة 2014 كما سنوضح بالمتن: انظر قواعد 2014 على الموقع التالي (آخر زيارة 2015/3/3):

[http://www.lcia.org/Dispute\\_Resolution\\_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx](http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx)

(43) Christopher Boog, Swiss Rules of International Arbitration– Time to Introduce an Emergency Arbitrator Procedure? in Matthias Scherer (ed), ASA Bulletin, (Kluwer Law International 2010 Volume 28 Issue 3 ) p.472.

(44) انظر ما سبق ص 24.

(45) Carlos de los Santos Lago and Victor Bonnin, Emergency Proceedings Under the New ICC Rules in Miguel Ángel Fernández-Ballesteros and David Arias (eds), Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje, (Wolters Kluwer España 2012 Volume 2012 Issue 13 ) p.7. Note 6.



الهيئة التي تصدر قراراً في موضوع النزاع. فنهاية إجراءات تحكيم الطوارئ هي تدابير وقتية في شكل "حكم" أو "أمر"، أما نهاية إجراءات التشكيل السريع أو التحكيم المختصر حكم في موضوع النزاع أو في طلب التدابير الوقتية بـ"أمر" وليس "حكم".

وعند المقارنة بين نظام محكم الطوارئ و التشكيل السريع تتضح ميزة هامة للتشكيل السريع وهو وجود هيئة واحدة تحكم في الدعاوى الموضوعية والمستعجلة وهي هيئة الحكيم العادي، بينما في تحكيم الطوارئ فمحكم الطوارئ هو الذي يفصل في طلب التدابير المستعجلة الطارئة في مرحلة ما قبل تشكيل محكمة التحكيم و الأخيرة هي التي تفصل في الموضوع<sup>(46)</sup>.

بيد أن ما يعيب التشكيل السريع أنه ليس مقررأً فحسب لاستصدار التدابير الوقتية أو التحفظية بل لمسائل أخرى، كموضوع النزاع، فتطبيقه عام. وهو الأمر الذي معه قد يخرج التشكيل السريع عن أهدافه وغاياته المحددة<sup>(47)</sup>. كما أن التشكيل السريع قد يخرج عن هدفه الأساسي وهو السرعة إذا كانت الهيئة المراد تشكيلها سريعاً مكونة من أكثر من محكم واحد بأن كانت من ثلاثة محكمين، بالإضافة إلى عدم وجود وقت محدد لانتهاء من التشكيل السريع<sup>(48)</sup>.

كما أن ما يعيب نظام التحكيم السريع أو المختصر أن القرار الناتج عنه تتور الشكوك حول صلاحيته للنفاد و حول مدى اعتباره حُكماً تحكيمياً سواء في القوانين الداخلية، كالقانون السويسري على سبيل المثال، أو الفقه<sup>(49)</sup> أو القضاء<sup>(50)</sup>، وبالتالي فالقرار الناتج عن التحكيم المختصر غير قابل للدعاء

(46) والقاعدة انه لا يجوز لمحكم الطوارئ أن يكون عضواً في هيئة التحكيم أو محكماً ليفصل في موضوع التحكيم ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك. انظر ما سبق ص24.

(47) Christopher Boog, Swiss Rules of International Arbitration— Time to Introduce an Emergency Arbitrator Procedure? in Matthias Scherer (ed), ASA Bulletin, (Kluwer Law International 2010 Volume 28 Issue 3 ) p.474.

(48) Peter J.W. Sherwin and Douglas C. Rennie, "Interim Relief Under International Arbitration Rules and Guidelines: A Comparative Analysis", The American Review of International Arbitration, Hans Smit and Juris Publishing Inc, New York, 2009, 346-347.

(49) Peter J.W. Sherwin and Douglas C. Rennie, Op.cit, 346-347.

(50) راجع القرار رقم 4A\_582/2009 الصادر عن المحكمة العليا الفيدرالية السويسرية مشار إليه في المرجع السابق.

ببطلانه أو للتنفيذ بسهولة، على غرار قرار محكم الطوارئ، وعلى عكس حكم التحكيم الموضوعي.

وما يميز إجراءات تحكيم الطوارئ عن إجراءات التحكيم المختصر أن إجراءات الأول غير مستقلة على عكس الثاني. فالزامية قرار محكم الطوارئ معالقة على البدء في إجراءات التحكيم خلال مدة معينة أو لا يقبل طلب تعيين محكم الطوارئ إلا مع تقديم طلب التحكيم العادي أو لاحقاً عليه وليس سابقاً كما تشترط بعض القواعد المؤسسية<sup>(65)</sup>.

وغير خاف أن قواعد الأكسيد ICSID للتحكيم (المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار) تم تعديلها في سنة 2006 لتضع إجراءات ووقت حصول الأطراف على تدابير وقائية provisional measures. هذا التعديل يهدف إلى أكثر من مجرد ابتداع آلية تسريع تشكيل المحكمة، بل إلى إصدار تدابير طارئة بالسماح قبل تشكيل المحكمة باختصار Briefing طلب التدابير الوقائية. هذا الطلب يمكن تقديمه قبل تسجيل طلب التحكيم العادي، وللسكرتارية العامة Secretary-General تحديد جدول زمني لاختصار طلب التدابير الوقائية الذي سوف تفصل فيه محكمة التحكيم، ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك<sup>(66)</sup>. إن محكمة التحكيم، بمجرد تشكيلها، عليها أن تفحص طلب التدابير الوقائية على رأس أعمالها حتى ولو قبل بحث مسألة الاختصاص. فالأثر النهائي لاختصار الإجراءات هو السماح باختصار طلب

(65) انظر ما يلي ص 120.

(66) تنص المادة 5/39 من قواعد التحكيم بالأكسيد على أنه : " إذا قدم الطرف طلب تدابير وقائية قبل تشكيل المحكمة، على السكرتارية العامة، بناء على طلب أي من الأطراف، أن تحدد جدول زمني للأطراف ليعرضوا اعتراضاتهم على الطلب، ليتسنى لمحكمة التحكيم أن تنظر الطلب و الاعتراضات عليه فور تشكيلها".

Article 39 (5) : If a party makes a request pursuant to paragraph (1) before the constitution of the Tribunal, the Secretary-General shall, on the application of either party, fix time limits for the parties to present observations on the request, so that the request and observations may be considered by the Tribunal promptly upon its constitution.

التدابير الوقائية لتسري إجراءاته موازياً لسريان إجراءات تشكيل محكمة التحكيم التي قد تحتاج إلى شهور عديدة<sup>(67)</sup>.

وجدير بالذكر القول بأن هناك الكثير من مؤسسات أو مراكز التحكيم تعترف وتقرر أكثر من آلية لمواجهة الحالات المستعجلة والطارئة في التحكيم، في مرحلة ما قبل التحكيم، كالتشكيل السريع و محكم الطوارئ<sup>(68)</sup> يختار الأطراف فيما بينهما بما يتناسب مع ظروف قضيتهم، تلك المراكز أو المؤسسات تتمتع بجاذبية أكثر بالسبب للمنتازعين عن غيرها من المراكز أو المؤسسات التي تقرر آلية واحدة.

### خامساً: تمييز تحكيم الطوارئ عن الخبرة

إن التحكيم يتميز عن أعمال الخبرة بالتمييز بين مهمة المحكم عن المهمة المنوطة بالخبير. و المعيار الذي نؤيده للتمييز هو أن المحكم يفصل في نزاع قانوني ويقرر حقوق طرفي النزاع، أما الخبير فهو يصدر رأياً في مسألة فنية، ولكنه لا يفصل في نزاع قانوني بين الطرفين ولا يقرر حقوقهما<sup>(69)</sup>.

ولما كانت مهمة محكم الطوارئ أيضاً هي الفصل في نزاع قانوني بين الأطراف. هذا النزاع متعلق بالتدابير الوقائية، فمفهوم النزاع لا يقتصر على النزاع في الموضوع، كما أسلفنا، بل يمتد إلى النزاع إلى التدابير الوقائية والتي تستدعي من محكم الطوارئ التحقق من شروط استصداره و الموازنة بين مصلحة المدعي و المدعى عليه، بل إن التدابير الوقائية قد تؤدي، أحياناً، إلى

(67) JAMES HOSKING, ERIN VALENTINE CHAFFETZ LINDSEY: *PRE-ARBITRAL EMERGENCY MEASURES OF PROTECTION: NEW TOOLS FOR AN OLD PROBLEM*. Published in *COMMERCIAL ARBITRATION 2011: NEW DEVELOPMENTS AND STRATEGIES FOR EFFICIENT, COST-EFFECTIVE DISPUTE RESOLUTION*, at 199 (PLI Litig. & Admin. Practice, Course Handbook Ser. No. H-865, 2011).

<http://www.chaffetzlindsey.com/wp-content/uploads/2011/10/000954671.PDF>.

(68) مركز سنغافورة للتحكيم الدولي (SIAC (Singapore International Arbitration Centre)

(69) فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية و التجارية الدولية علماً و عملاً، منشأة المعارف، طبعة أولى 2014، بند 13، ص 28.

حل النزاع نهائياً<sup>(77)</sup>. لذلك، تتميز مهمة محكم الطوارئ، كمهمة المحكم العادي، عن مهمة الخبير.

ومن أوجه التمييز بين تحكيم الطوارئ و الخبرة الفنية أن القرار الصادر عن محكم الطوارئ يعد ملزماً على عكس أعمال الخبرة لا تحوز أي قوة ملزمة للأطراف بل هي رأي فني في مسألة واقعية. ولإيضاح ذلك أعطى أحد الفقهاء الفرنسيين<sup>(78)</sup> مثالاً بالحكم المستعجل - référé - الذي يقرب من محكم الطوارئ-الذي يقرر ما اذا كانت أعمال البناء يتعين وقفها نظراً لنقص المواد المحددة في العقد أم يتعين الاستمرار في البناء مع استخدام مواد أخرى بديلة في عملية البناء، وإن كان أقل من المواد المحددة و المتفق عليها. فإذا أصدر الحكم قراراً فيجب قبوله كحل نهائي وملزم بالنسبة للمسألة المحددة المطروحة ومسألة مدى الاستمرار في البناء وفقاً لهذه المواد البديلة.

وعلى أية حل، إن قرار الحكم الوتقي لن يقيد المحكمين مستقبلاً في الحكم بأن المقاول يضطلع بالمسئولية عن النقص في إمداد البناء بالمواد المحددة في العقد، أو على العكس بأن المالك هو المسؤول عن تأخير تنفيذ البناء زاعماً ومتمكناً على النقص في المواد المطلوبة وبالتالي صدور حكم تحكيم بالتعويض أو الرفض بحسب لأحوال.

غير أنه لا يكفي القول في تمييز تحكيم الطوارئ عن الخبرة بأن القرار الصادر عن محكم الطوارئ ملزم على عكس تقارير الخبراء أو مقترحات الاستشاريين. لأن الأطراف يجوز لهم الاتفاق على اعتبار تقرير الخبير ملزماً لهم<sup>(79)</sup>.

#### سادساً: تمييز تحكيم الطوارئ عن نظام "حكم التدابير الوقائية أو التحفظية"

إن مركز ICC في سنة 1990 تبني نظاماً قد يتشابه مع نظام محكم الطوارئ الحديث، وهو اللجوء إلى "حكم التدابير الوقائية أو

(77) انظر ما سبق ص 54 وما بعدها.

(78) Yves Derains, "Technical Expertise and Refere Arbitral" in: Pieter Sanders (ed.), New Trends in the Development of International Commercial Arbitration and the Role of Arbitral and Other Institutions, ICCA Congress Series No. 1 (Kluwer: Hamburg 1982), 183-184 ("New Trends")

(79) انظر المادة 4/12 من قواعد الخبرة في الـ ICC. فتحي والي، مرجع سابق، بند 13، ص 28.

التحفظي "referee" في مرحلة ما قبل التحكيم لاستصدار تدابير وقائية، يكون باتفاق خاص ومستقل عن اتفاق التحكيم الذي أحال إلى تطبيق قواعد ICC وفق نظام اختيار التطبيق opt-in، بينما قواعد محكم الطوارئ تنطبق تلقائياً بمجرد الاتفاق على الإحالة إلى قواعد المركز ولا بد من الاتفاق الصريح على استبعادها تطبيقاً لنظام اختيار الاستبعاد opt-out.

أول ما يميز بين إجراءات تحكيم الطوارئ و إجراءات نظام "حكم التدابير الوقائية أو التحفظية" هو أن إجراءات استصدار التدابير الوقائية عن حكم التدابير الوقائية قد تستغرق وقتاً أطول من وقت إجراءات تحكيم الطوارئ، حيث قد تستغرق الإجراءات الأولى 38 يوم<sup>(80)</sup>.

ومن مظاهر التمييز أيضاً أن إجراءات حكم التدابير الوقائية و التحفظية قد يتبعها الفصل في موضوع الدعوى بإجراءات تقاضي أمام قضاء الدولة أو محكمة التحكيم، بينما في تحكيم الطوارئ من غير المتصور أن يتبعها إجراءات الفصل في موضوع أمام قضاء الدولة؛ لأن الاتفاق على تحكيم الطوارئ ناتج أساساً عن الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم في موضوع النزاع<sup>(81)</sup>، بما للأخير من أثر سلبي يمنع القضاء من الفصل في موضوع الدعوى.

كما أن إجراءات "حكم التدابير الوقائية" مستقلة تماماً عن إجراءات التحكيم العادي، فلا يشترط أن يقدم طلب تعيين "الحكم" مع طلب التحكيم العادي أو لاحقاً عليه. كما أن إلزامية قرار "الحكم" ليست متوقفة على مدة زمنية معينة يجب بدء إجراءات التحكيم العادي فيها، كما هو الحال في بعض القواعد المؤسسية لمحكم الطوارئ<sup>(82)</sup>. كل ما هنالك أن لحكم التدابير الوقائية الحق في أن يخضع تنفيذ قراره المستعجل لشروط يراها مناسبة ومنها البدء

(80) Peter J.W. Sherwin and Douglas C. Rennie, "Interim Relief Under International Arbitration Rules and Guidelines: A Comparative Analysis", Op.cit, 339.

(81) راجع التطبيق التلقائي لقواعد محكم الطوارئ بمجرد الاتفاق على الإحالة إلى قواعد المركز أو المؤسسة الذي يتضمن القواعد الأولى ما سبق ص 47.

(82) راجع ما يلي ص 145.

في إجراءات موضوع الدعوى أمام الجهة المختصة (محكمة الدولة أو محكمة التحكيم) من قبل أحد الأطراف ضمن مهلة معينة<sup>(92)</sup>.

إن التمييز بين النظامين يعتمد أيضاً على التمييز بين الشخص الثالث فيهما، من حيث سلطته، وطبيعة مهمته والقرارات الصادرة عنه. إن سلطة محكم الطوارئ في إصدار التدابير الوقائية أوسع وأسرع من "الحكم". إذ ذهب رأي<sup>(93)</sup> إلى أن حالة الاستعجال لا تعد من مستلزمات استصدار تدابير الوقائية في مجال التحكيم عموماً، كما لم تنص عليه، صراحةً، قواعد "الحكم" فيما قبل التحكيم بمركز ICC سنة 1990، على عكس ما قررته قواعد محكم الطوارئ بقواعد ICC الحديثة. حيث تقضي المادة 2/5 من الملحق الخامس منه على أن: "يدير محكم الطوارئ الإجراءات بالطريقة التي يعتبرها ملائمة، مع أخذ طبيعة طلب اتخاذ التدابير ومدى استعجاله بعين الاعتبار...".

بيد أنه يجب التمييز أيضاً بين سلطة محكم الطوارئ وسلطة "الحكم"؛ لأن الأول، وفق معظم القواعد المؤسسية، يتميز عن "الحكم refree"، بأنه طبقاً للقواعد المؤسسية يتمتع بكافة السلطات التي تملكها هيئة التحكيم.

بالإضافة إلى أنه وبمناسبة الحكم الصادر عن محكمة باريس في قضية Société Nationale des Pétroles du Congo and République du Congo v TotalFinaElf E&P Congo<sup>(94)</sup> وخصوصاً قواعد "الحكم refree" التي لا تندمج قواعده. على عكس قواعد محكم الطوارئ. في قواعد التحكيم العادي، بل لا بد من اتفاق أو شرط خاص للجوء إليه، وهو الأمر الذي شكك محكمة باريس في اعتبار نظام "الحكم" تحكيمياً كقضاء خاص. لذلك حفز حكم محكمة باريس مراكز التحكيم في العالم التي تبنت نظام محكم الطوارئ على نظام التطبيق التلقائي أو اختيار الاستبعاد

(92) انظر المادة 6.4 من قواعد "حكم التدابير الوقائية" ICC سنة 1990.

(93) Christopher Boog, Swiss Rules of International Arbitration– Time to Introduce an Emergency Arbitrator Procedure? in Matthias Scherer (ed), ASA Bulletin, (Kluwer Law International 2010 Volume 28 Issue 3) p. 466.note19.

(94) في تفاصيل هذه القضية انظر ما يلي ص158.

opt-out<sup>(1)</sup>، أي دمج قواعد محكم الطوارئ في قواعد التحكيم العادي، فبمجرد الاتفاق على تطبيق قواعد التحكيم العادي في المؤسسة تنطبق قواعد محكم الطوارئ، ما لم يتفق الأطراف على استبعاده<sup>(2)</sup>.

وإذا كانت محكمة باريس تشكك في اعتبار "الحكم" محكماً، فإنه لا شك لدينا في اعتبار محكم الطوارئ محكماً بالمعنى الفني، وليس كما يدعي البعض من الفقه<sup>(3)</sup> اعتباره شبه محكم "quasi-arbitrator". ذلك أن محكم الطوارئ يُعين من قبل سلطة إدارة مركز التحكيم. وقبل البدء في مهمته- كأى محكم عادي- يوقع على بيان يفيد استقلاليته وحياده، ولا يجوز له الاشتراك كمحكم أو عضو في هيئة التحكيم ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك. كما أن سلطاته واسعة وغير مقيدة بإصدار تدابير وقتية معينة كمحكمة التحكيم.

وعليه، إذا كانت طبيعة الأمر الصادر عن "حكم التدابير الوقائية أو التحفظية" تعاقدية، على العكس فإن قرار محكم الطوارئ ذو طبيعة تعاقدية وقضائية في نظرنا. ومن مظاهر التمييز أيضاً أن "الحكم" يصدر فقط قراره في شكل "أمر" order، بينما قرار محكم الطوارئ قد يأخذ شكل "الأمر" أو "الحكم" award<sup>(4)</sup>.

---

(1) على عكس الأمر بالنسبة لقواعد "الحكم" referee، والتي تبنت نظام التطبيق الاختياري، أي لتطبيق قواعد "الحكم" لابد من اتفاق خاص منفصل عن اتفاق التحكيم العادي و لا تنطبق تلقائياً. انظر ما سبق في نظام اختيار التطبيق opt-in أو اختيار الاستبعاد opt-out.

(2) Michael Dunmore: Interim Measures by Arbitral Tribunals: The Enforceability Conundrum, Asian International Arbitration Journal, (Singapore International Arbitration Centre (in co-operation with Kluwer Law International 2012 Volume 8 Issue 2 ) p. 228.

(3) K.-P. Berger, *Pre-Arbitral Referees: Arbitrators, Quasi-Arbitrators, Hybrids or Creatures of Contract Law?*, in: Aksen/Böckstiegel/Mustill/Patocchi/Whitesell (eds), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner* (2005) .p.73.

(4) على الرغم من أن بعض القواعد المؤسسية كتلك في مركز ICC سنة 2012 تقصر شكل قرار محكم الطوارئ في "الأمر" دون "الحكم". انظر في شكل قرارات محكم الطوارئ ما يلي ص140.

## المبحث الثاني قواعد تحكيم الطوارئ و فعاليتها

### تسهيّد وتقسيم:

إن مضمون تحكيم الطوارئ هو استصدار تدابير وقتية، وغايته إشباع حاجة أطراف التحكيم لهذه التدابير في حالات الطوارئ في مرحلة زمنية قصيرة فيما قبل البدء في إجراءات التحكيم العادي أو تشكيل محكمة التحكيم، أي في ظروف لا تحتمل التأخير أبداً، حفاظاً على نفعية الفصل في الحقوق والمراكز، وفعالية إجراءات التحكيم للفصل في موضوع النزاع.

وحتى يحقق تحكيم الطوارئ أهدافه وغاياته تلك، لا بد من أن يعمل خلال أحكام معينة. هذه الأحكام تتمثل في مبادئ قانونية أساسية تضبط إجراءات تحكيم الطوارئ منذ بدئها حتى نهايتها؛ لتصل إلى أهدافها المنشودة؛ تحقيقاً لموازنات صعبة. من هذه الموازنات الصعبة الموازنة بين إشباع حاجة طالب التدابير في الحصول عليها في حالات الطوارئ و حماية الحقوق الإجرائية للمدعى عليه. فضلاً عن الموازنة بين مقتضيات السرعة القصوى و المرونة في إجراءات تحكيم الطوارئ و احترام مبادئ النفاضي الأساسية والتي تعد أطر فكرة "القضية العادلة"، كمبدأ المساواة و المواجهة و الدفاع، باعتبارها من حقوق الإنسان الإجرائية. فلا يجوز أن تأتي السرعة على حساب العدالة. كما أن قواعد تحكيم الطوارئ تتمثل في نظامه الإجرائي له. إن تحكيم الطوارئ، أي نعم شرارته الأولى اتفاق الأطراف، ولكن تسري إجراءاته من خلال قواعد قانونية مؤسسية، ليست كاشفة عن إرادة الأطراف بقدر ما تكشف عن إرادة القانون. وسوف نظهر كيف أن مؤسسات و مراكز التحكيم المختلفة تتنافس فيما بينها في تحقيق الموازنات الصعبة، سائلة الذكر، لجذب أكبر قدر من جمهور التحكيم، فوضعت كل منها نظاماً إجرائياً مختلفاً عن الآخر في جزئياته ولكن تتشابه في كليته. فيجمع فيما بين قواعد محكم الطوارئ المؤسسية متشابهات و اختلافات، وصولاً إلى غاية واحدة وهو تحقيق أكبر قدر من الجاذبية، وفي ذلك فليتنافس المتنافسون.

وسوف نركز في دراستنا تلك على قواعد المركز الدولي لفض المنازعات (ICDR)<sup>(1)</sup> سنة 2006، وقواعد مركز سنغافورة للتحكيم الدولي

(1) هذا المركز هو الذراع الدولي لجمعية التحكيم الأمريكية (American Arbitration Association (AAA). وردت قواعد التدابير الطارئة للحماية في المادة 37 من إجراءات فض



سنة 2010 (1) Singapore International Arbitration Centre (SIAC) وغرفة ستوكهولم للتجارة Stockholm Chamber of Commerce (SCC) (2) وقواعد غرفة التجارة الدولية International Chamber of Commerce (ICC) 2012 (3) ومحكمة لندن للتحكيم الدولي (4) London Court of International Arbitration (LCIA). و ركزت في هذه الدراسة على تلك القواعد المشار إليها نظراً لأنهم الأكثر صيغاً في عالم التحكيم عموماً و تحكيم الطوارئ خصوصاً، بل هي الأكثر تطبيقاً للتحكيم الطوارئ في الواقع العملي.

ومن ناحية أخرى، ما جدوى وفعالية تحكيم الطوارئ، بأحكامه ونظامه، إذا لم تكن مخرجاته محل تنفيذ على أرض الواقع. إن فعالية تحكيم الطوارئ تتأكد من خلال قابلية القرارات التي ينتهي إليها للتنفيذ. فلا بد أن تبرز قرارات محكم الطوارئ عن أنيابها وإلا كان تحكيم الطوارئ لا يسمن ولا يغني من جوع.

لذلك، إظهاراً لفعالية تحكيم الطوارئ وجب علينا التعرض إلى مدى صلاحية وقابلية قرارات تحكيم الطوارئ للنفاد. ولكن قبل هذا، لا بد أن نبحث في قرار محكم الطوارئ و آثاره، فنتطرق إلى طبيعة قرار محكم الطوارئ وشكل وحجيته وقوته الملزمة تجاه الأطراف و محكم الطوارئ ومحكمة التحكيم أو حتى خارج التحكيم.

---

النزاع الدولي. وكذلك المادة 6 من قواعد المركز الدولي لفض المنازعات أول يونيو 2014. على الموقع: [www.ICDR.org](http://www.ICDR.org)

(1) SIAC Rules (2010) art.26(2) and Sch.I.

(2) الملحق الثاني APPENDIX II من قواعد التحكيم سنة 2010 والذي أحالت إلى المادة 32 فقرة 4 من قواعد التحكيم الأساسية، سارية النفاذ منذ أول يناير 2010. على الموقع التالي:

[http://www.sccinstitute.com/media/40129/k4\\_skiljedomsregler-eng-arbtryck\\_1\\_100927.pdf](http://www.sccinstitute.com/media/40129/k4_skiljedomsregler-eng-arbtryck_1_100927.pdf)

(3) على الموقع الرسمي لغرفة التجارة الدولية بباريس بلغات متعددة:

<http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages/>

(4) انظر قواعد 2014 على الموقع التالي (آخر زيارة 2015/3/3):

[http://www.lcia.org/Dispute\\_Resolution\\_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx](http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx)

وفي ضوء ما تقدم، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين كالتالي:  
**المطلب الأول:** قواعد تحكيم الطوارئ  
**المطلب الثاني:** فعالية تحكيم الطوارئ

### المطلب الأول

#### قواعد تحكيم الطوارئ

إن تحكيم الطوارئ تحكمه مبادئ قانونية تعينه على الوصول إلى غايته وهو إشباع حاجة المدعي في الحصول على تدابير وقائية طارئة فيما قبل تشكيل محكمة التحكيم، مع احترام الحقوق الإجرائية للمدعي عليه في ذات الوقت. كما أنه طالما أن تحكيم الطوارئ يعتبر تحكيمياً بالمعنى الفني، كما بينا<sup>(1)</sup>، فيخضع لمبادئ التقاضي الأساسية أيضاً، باعتبارها آلية ذات طبيعة قضائية اتفافية. هذا بالإضافة إلى أنه هناك من المبادئ التي تحكم اتفاق تحكيم الطوارئ ومنها ما يحكم إجراءاته (فرع أول).

لتحكيم الطوارئ إجراءات سريعة ومرنة، ونظام إجرائي يحكم بدايته و سيره ونهايته. تفتتح إجراءات تحكيم الطوارئ بطلب تعيين محكم الطوارئ من قبل سلطة الإدارة بمركز التحكيم، مروراً بإجراءات للفصل في الطلب سريعة، ووصولاً إلى صدور قرار ينهي خصومة تحكيم الطوارئ ولا ينهي خصومة التحكيم ككل (فرع ثان).

### الفرع الأول

#### مبادئ تحكيم الطوارئ

الكثير من مراكز التحكيم الآن- كما ذكرنا- تتضمن قواعد محكم الطوارئ أو قواعد التدابير الطارئة. فيما بين تلك القواعد المتنوعة والمختلفة توجد أفكار مشتركة وركائز أساسية بجانب الاختلافات البسيطة و الجوهرية. تلك الركائز الأساسية هي المبادئ الرئيسية التي تحكم إجراءات التحكيم الطارئ وهي:

#### أولاً: الأثر الرجعي لقواعد محكم الطوارئ بنظام الاستبعاد opt-out

هل تنطبق قواعد محكم الطوارئ بأثر فوري أم رجعي؟ وقبل ذلك ما المقصود بالأثر الفوري أو الرجعي بالنسبة لقواعد محكم الطوارئ؟ هل المقصود به النطاق الزمني لتطبيق تلك القواعد بالنسبة لإجراءات التحكيم أم

(1) انظر في ذلك ما سبق ص 54 وما بعدها.

اتفاق التحكيم؟ أي هل تنطبق هذه القواعد على اتفاقات التحكيم التي أبرمت منذ وقت نفاذها أم على اتفاقات التحكيم التي أبرمت قبل نفاذها؟

بدايةً، تظهر أهمية الإجابة على هذه الأسئلة حال أن اتفق أطراف التحكيم، على سبيل المثال، على اللجوء إلى قواعد الـ ICC للتحكيم دون الإشارة إلى نسختها المعدلة، بأن كانت مثلاً قواعد سنة 2012 والتي تحتوي على قواعد محكم الطوارئ، أو النسخة السابقة عليها التي لا تحتوي على قواعد محكم الطوارئ. عندئذ نكون أمام أحد افتراضين. إما افتراض اتجاه إرادة الطرفين إلى تطبيق قواعد التحكيم سارية المفعول وقت إبرام اتفاق التحكيم أو افتراض اتجاهها إلى تطبيق القواعد سارية المفعول عند البدء في إجراءات التحكيم.

فقهيًا، أجابت على هذا التساؤل مجموعة عمل تابعة للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، حيث اعتمدت افتراضاً مؤداه أن الأطراف يحيلوا إلى القواعد سارية المفعول وقت البدء في التحكيم، وهذا إذا كان اتفاق التحكيم تم بعد سريان النسخة المعدلة، ولا ينطبق هذا الافتراض على اتفاقات التحكيم التي أبرمت قبل سريان النسخة المعدلة<sup>(1)</sup>. وبالتالي لن يكون لقواعد محكم الطوارئ أثر رجعي على اتفاقات التحكيم المبرمة قبل نفاذها بل أثر فوري.

(1) حيث تنص مسودة المادة (2)2 على أن : "يفترض موافقة أطراف اتفاق التحكيم المبرم بعد (تبنى قواعد UNCITRAL المعدلة) على الإحالة إلى القواعد سارية المفعول عند البدء في التحكيم. هذا الافتراض لا ينطبق إذا ابرم اتفاق التحكيم بقبول عرض تم قبل هذا التاريخ، ما لم يتفق الأطراف على تطبيق نسخة تعديل معينة".

"Unless the parties have agreed to apply another version of the Rules, the parties to an arbitration agreement concluded after [date of adoption by UNCITRAL of the revised version of the Rules] shall be presumed to have referred to the Rules in effect on the date of commencement of the arbitration. That presumption does not apply where the arbitration agreement has been concluded by accepting after] date of adoption by UNCITRAL of the revised version of the Rules] an offer made before that date".

انظر مناقشات مجموعة العمل الثانية (في التحكيم) التابعة للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الجلسة 49 بتاريخنا 15-19 سبتمبر 2008 على الموقع التالي (آخر زيارة 2015/3/21):  
[http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working\\_groups/2Arbitration.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/2Arbitration.html)

وبالتطبيق على قواعد محكم الطوارئ فلا تنطبق تلك القواعد إلا على إجراءات التحكيم التي بدأت وقت أو بعد نفاذها وهذا إذا كان اتفاق التحكيم العادي أبرم عند أو بعد نفاذها أيضاً. وبالتالي لن تكون لقواعد محكم الطوارئ أثر رجعي وإنما أثر فوري<sup>(1)</sup>.

ويبدو أن الأثر الرجعي لقواعد محكم الطوارئ، لتطبيق على اتفاقات التحكيم المبرمة قبل سريان تلك القواعد، فكرة منبوذة؛ لأنها تفترض اتفاق الأطراف على قواعد محكم الطوارئ في وقت لم تكن موجودة أصلاً، وتفترض أيضاً أن قواعد مركز التحكيم تتضمن قواعد محكم الطوارئ وقتئذ على عكس الحقيقة.

بينما ذهب البعض الآخر إلى افتراض موافقة الأطراف على تطبيق القواعد السارية عند البدء في إجراءات التحكيم و ليست تلك سارية المفعول وقت إبرام اتفاق التحكيم<sup>(2)</sup>. وتطبيقاً لهذا الرأي فإن قواعد محكم الطوارئ في النسخ المعدلة لقواعد التحكيم المؤسسي تنطبق بأثر رجعي حتى على الاتفاقات التي أبرمت قبل سريان و دخول تلك القواعد حيز النفاذ.

---

(1) وهو ما تقضي به قواعد محكم الطوارئ في ICC سنة 2012، فالمادة 6/29-أ من قواعد التحكيم العادي تقضي بأنه لا تنطبق نصوص محكم الطوارئ لو اتفق على التحكيم العادي قبل تاريخ نفاذ تلك القواعد (أول يناير 2012).

The Emergency Arbitrator Provisions shall not apply if :

a) the arbitration agreement under the Rules was concluded before the date on which the Rules came into force...

(2) Patricia Shaughnessy, 'Pre-arbitral Urgent Relief: The New SCC Emergency Arbitrator Rules' (2010) 27 Journal of International Arbitration, Issue 4, p.352.

وأشار هذا المرجع إلى ما قضت به إحدى المحاكم السويدية بخصوص تطبيق نسخة قواعد SCC للتحكيم لسنة 2007 الذي كان يسمح لهيئة التحكيم بإصدار حكم مستقل بالدفعات المقدمة من نفقات التحكيم، رغم أن الاتفاق على التحكيم أبرم في سنة 2005 وقضت المحكمة بأن الأطراف لم يتقيدوا بتطبيق القواعد لسنة 2007 لا في اتفاق التحكيم ولا في اتفاق لاحق و هو مما يعني رفض دعوى البطلان المؤسس على عدم تطبيق قواعد 2007.

Auto Connect Sweden A.B. v. Consafe IT A.B., T 754-09, 2009-05-18 (Svea Court of Appeal).

ويؤيد الرأي السابق البعض في الفقه المصري<sup>(1)</sup>، فإذا حدث تعديل في قواعد مركز التحكيم في الفترة ما بين اتفاق التحكيم و بين بدء إجراءات التحكيم وفقاً لها، فإن القواعد السارية عند بدء الإجراءات تسري ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك.

وفي ظل واقع قواعد محكم الطوارئ المؤسسية الحديثة، إن الأثر الرجعي لقواعد محكم الطوارئ، لتتطبق حتى على اتفاقات التحكيم المبرمة قبل نفاذ الأولى، هو المبدأ السائد. إذ تلك القواعد، وهي تنص على نطاق تطبيق قواعدها بتعديلاتها صراحةً، تفترض دراية ووعي الأطراف عند إبرام اتفاق التحكيم بأن تلك المؤسسات تعدل قواعدها بما يستتطلب المرادين للتحكيم، وبالتالي تؤسس موافقة الأطراف على الموافقة الضمنية *implied consent*. وما يدفع- في اعتقادي- تلك المراكز إلى تحديد النطاق الزمني لتطبيق قواعدها وتعديلاتها هو تجنب المشاكل التي قد تنشأ من عدم تحديد الأطراف النسخة واجبة التطبيق لقواعد المركز، إذ أنهم يكتفون- غالباً- بالإحالة إلى قواعد المركز بغض النظر عن نسختها، الأمر الذي قد يستغله أحد الأطراف في طلب بطلان حكم التحكيم أو عدم تنفيذه.

ومن تلك القواعد المؤسسية ما نص عليه في ديباجة قواعد SCC للتحكيم من أنه حال الاتفاق على تطبيق قواعد SCC للتحكيم، يعتبر الأطراف قد اتفقوا على تطبيق تلك القواعد، بتعديلاتها، سارية المفعول من وقت بدء التحكيم، أو وقت تقديم طلب تعيين محكم الطوارئ، ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك<sup>(2)</sup>. وذات النهج تبنته المادة الأولى ( نطاق تطبيق قواعد التحكيم الدولي) من قواعد ICDR التي دخلت حيز النفاذ أول يونيو 2014<sup>(3)</sup>. كذلك يقضي البند

(1) محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، ص177، بند 113. فتحي والي، مرجع سابق، ص385، بند 198.

(2) Under any arbitration agreement referring to the Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (the "Arbitration Rules") the parties shall be deemed to have agreed that the following rules, or such amended rules, in force on the date of the commencement of the arbitration, or the filing of an application for the appointment of an Emergency Arbitrator, shall be applied unless otherwise agreed by the parties.

(3) Article 1: Scope of These Rules :1. Where parties have agreed to arbitrate disputes under these International Arbitration Rules

الثاني من القاعدة الأولى من قواعد SIAC بأن قواعده تدخل حيز النفاذ من أول إبريل 2013، وتنطبق على التحكيم الذي بدء منذ ذلك التاريخ أو بعده، ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك<sup>(1)</sup>. وتقضي المادة 3/1 ( نطاق التطبيق ) من القواعد السويسرية Swiss Rules بتطبيق قواعد محكم الطوارئ التي دخلت حيز النفاذ من أول يونيو 2012 على كل إجراءات التحكيم الذي قدم إعلان التحكيم فيها عند هذا التاريخ أو بعده<sup>(2)</sup>.

وعلى عكس معظم قواعد محكم الطوارئ المؤسسية، تبنت قواعد محكم الطوارئ في ICC سنة 2012 مبدأ الأثر الفوري لقواعد محكم الطوارئ صراحةً. إذ تقضي المادة 6/29-أ من قواعد التحكيم العادي بأنه لا تنطبق نصوص محكم الطوارئ لو اتفق على التحكيم العادي قبل تاريخ نفاذ تلك القواعد ( أول يناير 2012)<sup>(3)</sup>. أي أن مركز ICC بشأن قواعد محكم الطوارئ يأخذ بالتطبيق الفوري لا الرجعي بالنسبة لاتفاق التحكيم. على الرغم من تبنيها مبدأ الأثر الرجعي لقواعد التحكيم العادي على اتفاقات التحكيم المبرمة قبل إصدارها وهو مفاد نص المادة 6 من قواعد تحكيم ICC العامة والذي يقضي

---

("Rules"), or have provided for arbitration of an international dispute by the International Centre for Dispute Resolution (ICDR) or the American Arbitration Association (AAA) without designating particular rules, the arbitration shall take place in accordance with these Rules as in effect at the date of commencement of the arbitration, subject to modifications that the parties may adopt in writing. The ICDR is the Administrator of these Rules.

<sup>(1)</sup> Rule 1.2: These Rules shall come into force on 1 April 2013 and, unless the parties have agreed otherwise, shall apply to any arbitration which is commenced on or after that date.

<sup>(2)</sup> Article 1: 3 . This version of the Rules shall come into force on 1 June 2012 and, unless the parties have agreed otherwise, shall apply to all arbitral proceedings in which the Notice of Arbitration is submitted on or after that date.

<sup>(3)</sup> 6 The Emergency Arbitrator Provisions shall not apply if :

a) the arbitration agreement under the Rules was concluded before the date on which the Rules came into force...

بتطبيق قواعد التحكيم السارية وقت البدء في إجراءات التحكيم، ما لم يتفق الأطراف على تطبيق القواعد السارية عند اتفاق التحكيم<sup>(1)</sup>.

غير أن قواعد محكم الطوارئ بمركز LCIA، في المادة 9B، اتخذت موقفاً وسطاً بين موقف معظم المراكز (الأثر الرجعي) وموقف مركز ICC (الأثر الفوري). حيث لا تنطبق قواعد محكم الطوارئ بمركز LCIA إذا أبرم الأطراف اتفاق التحكيم قبل أول أكتوبر 2014، ولم يتفق الأطراف، كتابةً، على تطبيق قواعد محكم الطوارئ<sup>(2)</sup>. فتنبت قواعد مركز LCIA الأثر الفوري لتطبيق قواعد محكم الطوارئ لديها على اتفاقات التحكيم المبرمة بعد أول أكتوبر 2014، والأثر الرجعي على اتفاقات التحكيم المبرمة قبل هذا التاريخ حال أن اتفق الأطراف، كتابةً، على تطبيقها. فتنبت الأثر الفوري بتطبيق قواعد محكم الطوارئ بنظام اختيار الاستبعاد opt-out، وتنبت الأثر الرجعي عند تطبيق تلك القواعد بنظام اختيار التطبيق opt-in<sup>(3)</sup>.

وفي اعتقادي أن تطبيق قواعد محكم الطوارئ بأثر رجعي حتى على اتفاقات التحكيم التي أبرمت قبل دخولها حيز النفاذ يهدم مبدأ سلطان الإرادة الذي يعد مركز ثقل وقوة التحكيم. فإذا كانت إرادة أطراف التحكيم مفترضة و متفقة ضمناً نحو تطبيق قواعد التحكيم في أحدث نسختها حتى ولو سارت مفعولها فيما بعد الاتفاق. فإن هذا الافتراض لا ينطبق على تطبيق قواعد محكم الطوارئ الحديثة؛ لأن الإرادة لا تفترض أبداً تعديل اتفاق التحكيم ليشمل تطبيق قواعد في مرحلة ما قبل التحكيم العادي. خاصةً، في ظل أن تقريباً كل

(1) تنص المادة 1/6 من قواعد ICC على أن: "يخضع الأطراف، باتفاقهم على اللجوء إلى التحكيم وفقاً للقواعد، إلى القواعد النافذة يوم البدء في التحكيم، ما لم يتفق الأطراف على الخضوع للقواعد النافذة في تاريخ اتفاق التحكيم".

"Where the parties have agreed to submit to arbitration under the Rules, they shall be deemed to have submitted ipso facto to the Rules in effect on the date of commencement of the arbitration, unless they have agreed to submit to the Rules in effect on the date of their arbitration agreement".

(2) 9.14 Article 9B shall not apply if either: (i) the parties have concluded their arbitration agreement before 1 October 2014 and the parties have not agreed in writing to 'opt in' to Article 9B; or (ii) the parties have agreed in writing at any time to 'opt out' of Article 9B.

(3) في التفرة بين نظام opt-out ونظام opt-in انظر ما سبق ص 47.

قواعد محكم الطوارئ تتبنى نظام "اختيار الاستبعاد opt-out"<sup>(1)</sup>. فكيف نفترض اتجاه إرادة الأطراف إلى قواعد محكم الطوارئ في وقت كانوا على غير دراية به أو كانت مراكز التحكيم تنوي سنها، وإذا كان الافتراض بالتطبيق لما لا يكون أيضاً بالاستبعاد؟! دون نسيان أن نظام اختيار الاستبعاد opt-out أو التطبيق التلقائي لقواعد محكم الطوارئ يواجه صعوبة اتفاق الأطراف على تعيين محكم الطوارئ استقلاً عن اتفاق التحكيم العادي.

ونود أخيراً الإشارة إلى تساؤل آخر مهم وهو إذا كان الافتراض الذي تميل إليه معظم القواعد المؤسسية هو افتراض اتفاق أطراف التحكيم على تطبيق قواعد التحكيم سارية المفعول عند أو بعد البدء في التحكيم، فمن أي وقت يبدأ التحكيم؟ هل من وقت البدء في إجراءات التحكيم العادي أم من البدء في إجراءات تحكيم الطوارئ؟

نحن هنا أمام أكثر من احتمال:

الاحتمال الأول أن ينص في قواعد المركز صراحةً على أن الافتراض يشمل القواعد سارية المفعول عند البدء في طلب تعيين محكم الطوارئ، كما هو الوضع في مركز SCC<sup>(2)</sup>، وهذا يعني، ضمناً، وعلى عكس ما نراه<sup>(3)</sup>، أن المركز يعتبر إجراءات تحكيم الطوارئ منفصلة عن إجراءات التحكيم العادي وليست الأخيرة امتداداً للأولى.

(1) يعني التطبيق التلقائي لقواعد محكم الطوارئ بمجرد الاتفاق على التحكيم وفق قواعد مركز تتضمن قواعد محكم الطوارئ دون حاجة إلى اتفاق خاص ومستقل لتطبيق الأخيرة، ما لم يتفق الأطراف على استبعادها.

(2) انظر ديباجة قواعد SCC للتحكيم ونصها كالتالي:

Under any arbitration agreement referring to the Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (the "Arbitration Rules") the parties shall be deemed to have agreed that the following rules, or such amended rules, in force on the date of the commencement of the arbitration, or the filing of an application for the appointment of an Emergency Arbitrator, shall be applied unless otherwise agreed by the parties.

(3) انظر في اعتبار إجراءات تحكيم الطوارئ غير مستقلة تماماً عن إجراءات التحكيم العادي ما

سبق ص 61.



الاحتمال الثاني عدم وجود نص صريح على أن افتراض الاتفاق يشمل القواعد السارية وقت البدء في التحكيم الطوارئ. وعندئذ يكون الافتراض- في رأينا- في الاتفاق على تطبيق القواعد السارية وقت البدء في إجراءات التحكيم وليس وقت البدء في إجراءات تحكيم الطوارئ؛ لأنه إذا كان افتراض اتفاق أطراف التحكيم على تطبيق قواعد المؤسسة، حتى تعديلاتها، يستند على أن الأطراف يؤمنوا بأن تلك التعديلات تمشي في صالح إدارة قضية التحكيم وتحسين سيرها بما يتفق مع مصالحهم، فإن هذا الأمر لا ينطبق إذا كانت تلك القواعد الجديدة استحدثت إجراءات في مرحلة ما قبل التحكيم Pre-arbitral حتى وإن كان نظام محكم الطوارئ به مزايا عديدة تصب في مصلحتهم.

كما أن رأينا هذا نصر عليه وبشدة خاصة في ظل قواعد تبيح إصدار تدابير طارئة من محكم الطوارئ في شكل الأوامر التمهيدية Preliminary order وهو أشبه بالأوامر على عرائض أي في غيبة الطرف الآخر Ex-parte كما هو الحال في قواعد SCC.

### ثانياً: الاختصاص المشترك بين تحكيم الطوارئ و قضاء الدولة

إن تحكيم الطوارئ ليس وسيلة بديلة عن القضاء بل مكملة له<sup>(1)</sup>. إذا كان الاختصاص بإصدار تدابير وقائية يثبت لقضاء الدولة المستعجل لو كان النزاع في أصل الحق قائم أمام قضاء الموضوع أو أمام قضاء التحكيم<sup>(2)</sup>، فهل يثبت لقضاء الدولة لو كان النزاع أمام محكم الطوارئ؟

بصفة عامة، إن فقه التحكيم يجمع الآن على أن قضاء الدولة المستعجل يثبت له الاختصاص بإصدار التدابير المستعجلة في مرحلة ما قبل تشكيل هيئة التحكيم<sup>(3)</sup>. وفي مصر، عملاً بالمادة 14 من قانون التحكيم المصري<sup>(4)</sup>،

(1) انظر في التمييز بين التحكيم العادي وتحكيم الطوارئ في هذا الشأن ما سبق ص 76.

(2) أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ص 937-948.

(3) في عرض هذا الإجماع انظر: أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 937.

(4) حيث تقضي المادة 14 من قانون التحكيم المصري 1994/27 بأن: "يجوز للمحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون أن تأمر، بناء على طلب احد طرفي التحكيم، باتخاذ تدابير وقائية أو تحفظية سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها".

تختص محكمة المادة 9 (محكمة النزاع أصلاً لو كان التحكيم وطنياً أو محكمة الاستئناف لو كان التحكيم تجارياً دولياً) ولو قبل البدء في إجراءات التحكيم طالما أتفق على اللجوء إلى التحكيم<sup>(1)</sup>.

كذلك، كل القواعد المؤسسية في تحكيم الطوارئ-بالإجماع- تبقى على اختصاص القضاء الوطني بإصدار التدابير الوقائية في مرحلة ما قبل التحكيم، فيجوز لأطراف التحكيم، ورغم وجود اتفاق التحكيم، اللجوء إلى القضاء الوطني، قبل تشكيل هيئة التحكيم لاستصدار التدابير الوقائية<sup>(2)</sup>.

وأبعد من ذلك، إن بعض القواعد المؤسسية تقضي بجواز اللجوء إلى قضاء الدولة لاستصدار تدابير طارئة حتى بعد البدء في إجراءات تحكيم الطوارئ، في ظروف معينة، أو في كل الظروف لكن مع استلزام شرط شكلي كإبلاغ جهة بالتدبير الصادر من الجهة الأخرى. من تلك القواعد قواعد ICC في مادتها 7/29 والتي تقضي بأن: "نصوص محكم الطوارئ لا تمنع أي طرف من استصدار تدابير طارئة وقتية أو تحفظية من السلطة القضائية المختصة في أي وقت قبل إعداد طلب استصدار تلك التدابير، أو حتى بعد ذلك، في ظروف مناسبة appropriate circumstances، طبقاً للقواعد المقررة. أي طلب استصدار تلك التدابير أمام السلطة القضائية المختصة لا يعتبر انتهاكاً أو تنازلاً عن اتفاق التحكيم. أي طلب و أي تدابير تتخذها السلطة

(1) ويدخل ذلك في الاختصاص الحصري لمحكمة المادة 9. انظر: فتحي والي، مرجع سابق، بند 113، ص 212.

(2) انظر: المادة 7/29 من قواعد ICC و المادة 26.3 من قواعد SIAC والمادة 5/26 والتي أحالت إليها المادة 43 بشأن تدابير الطوارئ من القواعد السويسرية (Swiss Rules). غير أن المادة 7/6 من قواعد تدابير الحماية الطارئة ICDR و المادة 5/32 من قواعد SCC "A request for interim measures made by a party to a judicial agreement or with authority is not incompatible with the arbitration (these Rules)", لم يقضياً بأن لجوء أحد الأطراف إلى التحكيم لا يعد تنازلاً عن حق اللجوء إلى القضاء لاستصدار التدابير الوقائية كما أوضحت المادة 5/26 من قواعد السويسرية Swiss Rules:

By submitting their dispute to arbitration under these Rules, the parties do not waive any right that they may have under the applicable laws to submit a request for interim measures to a judicial authority. A request for interim measures addressed by any party to a judicial authority shall not be deemed to be incompatible with the agreement to arbitrate, or to constitute a waiver of that agreement.

القضائية لابد أن تعلن، وبدون تأخير، للأمانة العامة (بمركز ICC) ". على ذات النهج سارت قواعد SIAC إذ تنص المادة 26.3 منها على أن طلب استصدار تدابير وقائية من أحد الأطراف أمام سلطة قضائية قبل تشكيل المحكمة أو، في "ظروف استثنائية exceptional circumstances"، بعد التشكيل، لا يعد تعارضاً مع تلك القواعد<sup>(1)</sup>.

وحتى الانتهاء من هذه الدراسة لم تظهر تطبيقات عملية على فكرة " الظروف المناسبة" أو "الاستثنائية" التي يجوز فيها اللجوء إلى قضاء الدولة لاستصدار تدابير طارئة أثناء إجراءات تحكيم الطوارئ، ولكن في اعتقادنا تلك الظروف "المناسبة" أو "الاستثنائية" ليست بعيدة عن الظروف التي تنتفي فيها ولاية محكم الطوارئ لإصدار بعض التدابير الطارئة<sup>(2)</sup>، كذلك التي يقتضي تفعيلها استخدام سلطة الإيجار أو تدخل السلطة العامة، أو تستدعي التنفيذ الجبري على أموال، أو تمس حقوقاً للغير (من ليس طرفاً في التحكيم) كتدابير الحجز في مواجهة الغير<sup>(3)</sup>، أو التي تستلزم غياب الطرف الآخر ( المحتكم ضده)، أو يتعذر فيها محكم الطوارئ إكمال مهمته<sup>(4)</sup>.

(1) 26.3 : "A request for interim relief made by a party to a judicial authority prior to the constitution of the Tribunal, or in exceptional circumstances thereafter, is not incompatible with these Rules".

(2) وهو ما ذهب إليه البعض عند تفسير تلك الظروف، التي وردت في قواعد ICC قبل تعديلها سنة 2012، بمناسبة استصدار التدابير الوقائية أمام قضاء الدولة بعد اللجوء على هيئة التحكيم: Yves Derain-Eric A. Schwartz, A Guide to the ICC Rules of Arbitration, Kluwer Law International, Second Edition, The Hague, 2005, 300.

(3) قضي في فرنسا بجواز توقيع الحجز التحفظي بموجب حكم التحكيم دون حاجة لأمر التنفيذ. (محكمة النقض الفرنسية - الدائرة المدنية الأولى- 12 أكتوبر 2006- مجلة التحكيم- العدد الأول بند 11 ص 620) ويؤيده جانب من الفقه المصري سواء لتوقيع حجز على منقول لدى المدين أو على المدين لدى الغير: مشار إليهم في: (فتحي والي، مرجع سابق، ص 613). ولنا تحفظ على ما سبق حيث أن المحكم - كمحكم الطوارئ- لا يملك سلطة الإيجار وإجراءات الحجز التحفظي تستدعي وضع أموال المدين رغماً عن إرادته تحت تصرف القضاء، و على الأقل لا يملك تلك السلطة في مواجهة من لم يكن طرفاً في التحكيم أي الغير. وكل ما هنالك أن محكم الطوارئ يملك القرار بتدابير تقرب من تدابير الحجز كأمر المدعى عليه بوضع أموال في حساب ضمان order a party to pay a sum to an escrow account G. B. Born, *International Commercial Arbitration* (2009), p.1961396.

(4) كأن يتوفى محكم الطوارئ.

كما أن قواعد محكم الطوارئ بمركز LCIA- في المادة 9B منها- لا تخل بحق أي طرف في اللجوء إلى قضاء الدولة أو أي سلطة قانونية أخرى لاستصدار أي تدابير وقائية أو تحفظية قبل تشكيل محكمة التحكيم، و لا يجب أن تعامل كإجراء لممارسة هذا الحق. وأي طلب أو أمر من تلك المحكمة أو السلطة يتعين إبلاغها فوراً وكتابةً لمحكم الطوارئ، و الأمانة Registrar و باقي كل الأطراف، خلال إجراءات تحكيم الطوارئ<sup>(1)</sup>. ويستنتج مما سبق، أن قواعد LCIA لم تشترط في اللجوء إلى قضاء الدولة أثناء إجراءات تحكيم الطوارئ ظروفًا مناسبة أو استثنائية بل جعلتها قاعدة عامة كما في حالة اللجوء إلى قضاء الدولة قبل البدء في إجراءات تحكيم الطوارئ. وتجنباً من وقوع تناقض بين ما أصدرته أو ستصدره قضاء الدولة من تدابير وقائية مع ما سيصدره محكم الطوارئ، أوجبت القواعد على طالب التدابير أن يبلغ فوراً وكتابةً محكم الطوارئ و جميع الأطراف بطلب التدابير أمام قضاء الدولة أو القرار الصادر عنه بحسب الأحوال.

وعلى أية حال، إن مبدأ الاختصاص المشترك بين القضاء الوطني و محكم الطوارئ، وما يترتب عليه من آثار وهي اختصاص قضاء الدولة بإبداء التدابير الوقائية في مرحلة ما قبل التحكيم، وأن اللجوء إلى قضاء الدولة لا

---

Ali Yesilirmak, "Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitral Practice", 11(1) ICC International Court of Arbitration Bulletin, Spring 2000, 35, no 47-48.

(1) Article 9.12: "Article 9B shall not prejudice any party's right to apply to a state court or other legal authority for any interim or conservatory measures before the formation of the Arbitration Tribunal; and it shall not be treated as an alternative to or substitute for the exercise of such right. During the emergency proceedings, any application to and any order by such court or authority shall be communicated promptly in writing to the Emergency Arbitrator, the and all other parties".

يعني تنازلاً عن التحكيم الذي يفصل في موضوع النزاع بشكل نهائي<sup>(1)</sup>، من المبادئ التي تسود تحكيم الطوارئ، على غرار التحكيم العادي<sup>(2)</sup>.

ولكن السؤال الهام الذي نظرحه في هذا الصدد هو: هل يجوز لأطراف التحكيم أن يتفقوا على الامتناع عن اللجوء إلى قضاء الدولة لاستصدار تدابير وقتية قبل تشكيل هيئة التحكيم و الاقتصار على اللجوء إلى محكم الطوارئ؟

على الرغم من أن الإجابة بالإيجاب على هذا السؤال قد تبدو واضحة وسهلة إذا وضع في الاعتبار مبدأ سلطان الإرادة الذي يسود التحكيم. إلا أن مبدأ حرية الإرادة وسلطانها قد يتقيد أعمالها بقواعد مؤسسية اتفق الأطراف على الإحالة إليها لفض منازعاتهم. بمعنى أن بعض قواعد محكم الطوارئ المؤسسية تنص صراحةً على التنازل الصريح عن تحكيم الطوارئ حال اللجوء إلى قضاء الدولة لاستصدار التدابير الوقائية ولا تفر بمبدأ الاختصاص المشترك، كما في قواعد التحكيم محكمة التحكيم الرياضية (CAS) التي تمنع اللجوء إلى قضاء الدولة لاستصدار التدابير الوقائية التي طلبت من قبل أمام التحكيم، فطلب التدابير أمام التحكيم يعني التنازل الصريح express waiver عن حق التقاضي بشأن هذا الطلب أمام قضاء الدولة مع احتفاظ الأطراف بحق استئناف حكم التحكيم<sup>(3)</sup>.

(1) كما هو حال الاختصاص المشترك بين قضاء الدولة و محكمة التحكيم في إصدار التدابير الوقائية لمزيد من التفاصيل حول هذا المبدأ ونتاجه. انظر: حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص 28-47.

(2) وهو ما تقتضي به المادة 14 من قانون التحكيم المصري حيث يجوز للمحكمة المشار إليها في المادة 9 من هذا القانون أن تأمر بناءً على طلب أحد طرفي التحكيم، باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها". مستوحى من نص المادة 9 من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي أنه: "لا يعتبر مناقضا لاتفاق التحكيم أن يطلب أحد الطرفين، قبل بدء إجراءات التحكيم أو خلالها، من إحدى المحاكم أن تتخذ إجراءً وقائياً مؤقتاً، وأن تتخذ المحكمة إجراءً بناءً على هذا الطلب". ما لم تقرر قواعد المركز التي اتفق الأطراف على الإحالة إليها منع الاختصاص المشترك و دخول استصدار التدابير الوقائية في الاختصاص الانفرادي لمحكمة التحكيم.

(3) انظر المادة R37 من قواعد محكمة التحكيم للرياضة :

The President of the relevant Division, prior to the transfer of the file to the Panel, or thereafter, the Panel may, upon application by a party, make an order for provisional or conservatory measures. In

وحال عدم وجود نص صريح على التنازل، يرى البعض<sup>(9)</sup>، وبمناسبة قواعد "حكم التدابير الوقائية أو التحفظية" سنة 1990 بمركز الـICC، أنه يمكن للأطراف، عموماً، أن يتفقوا على الامتناع عن اللجوء إلى المحاكم الوطنية لاستصدار تدابير وقائية طوال فترة التحكيم العادي، استناداً على قضاء محكمة النقض الفرنسية الصادر في 18 نوفمبر 1986، إذ ذهبت هذه المحكمة إلى أنه لا يمكن استبعاد محاكم الدولة في اتخاذ إجراءات وقائية إلا بناء على اتفاق صريح من الأطراف أو بناء على اتفاق ضمني يستشف من تبني لائحة تحكيم تفيد ذلك الاستبعاد وهو ما يتحقق عندما تقوم الأطراف، بشرط عدم وجود اتفاق مخالف على قبول التحكيم وفقاً لقواعد المركز الدولي للاستثمار، وهو أيضاً ما تلجأ إليه الأطراف بشكل ضمني عندما تخضع اللائحة إلى قواعد الحكم في ما قبل التحكيم *refree pre-arbitral* سنة 1990<sup>(10)</sup>.

نتيجة لما تقدم، إن قبول اختصاص "حكم *referee* التدابير الوقائية" وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية يعني-وفق رأي البعض<sup>(11)</sup>- التنازل عن اللجوء إلى المحاكم الوطنية بشأن كل الإجراءات المستعجلة ومثل هذا التنازل

---

agreeing to submit any dispute subject to the ordinary arbitration procedure or to the appeal arbitration procedure to these Procedural Rules, the parties expressly waive their rights to request any such measures from state authorities or tribunals.

على الموقع الرسمي :

<http://www.tas-cas.org/>

<sup>(9)</sup> Cass, 18 nov. 1986, Clunet 1987, p.125 note E. Gaillard, Rev. crit, 1987, p.760 note B. Audit, Rev. arb, 1987. P.315, note G.Flecheux.

مشار إليهم في: حفظة السيد حداد، مرجع سابق، ص40.

<sup>(10)</sup> Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 18 novembre 1986, 85-11.324., Publié au bulletin.

بل ذهب البعض إلى صحة اتفاق أطراف إجراءات "الحكم" على استبعاد اختصاص قضاء الدولة بالمسألة التي يفصل فيها "حكم التدابير الوقائية أو التحفظية".

Andreas Reiner, ARP Andreas Reiner & Partners, Vienne : La rédaction de clauses de référé pré-arbitral *In* SÉMINAIRE IAI DU 31 MAI 2002 LES PREMIÈRES APPLICATIONS DU RÈGLEMENT DE RÉFÉRÉ PRÉ-ARBITRAL DE LA CCI. ([http://www.iaiparis.com/pdf/actes\\_colloque.pdf](http://www.iaiparis.com/pdf/actes_colloque.pdf)).

<sup>(11)</sup> حفظة السيد حداد، مرجع سابق، ص41.

مشروع، وذلك في إطار انصراف إرادة الأطراف إلى الخضوع للقرار الصادر عن الحكم référé بشأن الإجراءات الوقتية المذكورة في هذه اللائحة.

إلا أنه لدينا تحفظ على ما ذهب إليه الرأي السابق، حيث تجب التفرقة بين مرحلتين. المرحلة الأولى: مرحلة ما بعد تعيين "حكم التدابير الوقتية أو التحفظية" بالفعل، يحتفظ فيها "الحكم" بصلاحيته ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك أو ما لم يصدر قضاء الدولة قراراً بخلاف ذلك؛ لأن المادة 2.4 من قواعد "حكم التدابير الوقتية" -التي اتفق الأطراف على تطبيقها- تقضي بأنه: "في حال رفع النزاع أما الجهة المختصة ( المحكمة التحكيمية أو القضائية) بعد تعيين حكم التدابير الوقتية أو التحفظية، يحتفظ هذا الحكم بصلاحيته الأمر بتدابير ضمن المهل المحددة في المادة 6.2 ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك أو ما لم تصدر الجهة المختصة قراراً بخلاف ذلك. أما المرحلة الثانية: في مرحلة ما قبل تعيين "الحكم"، فيجوز للأطراف الاتفاق على الامتناع عن اللجوء إلى القضاء، ولا يجوز للأخير أن يتجاهل هذا الاتفاق و يجب عندئذ تغليب الاتفاق، ولكن في حدود فقط التدابير الوقتية التي لا يمنع القانون محكم الطوارئ إصدارها، وإلا أدى تغليب الاتفاق- في نظري- إلى إنكار العدالة. فإذا كان تدبير الطوارئ المطلوب استصداره يتضمن سلطة إجبار فلا يغلب الاتفاق وإلا مُنع طالب التدابير من اللجوء إلى قضاء الدولة اتفاقاً و إلى محكم الطوارئ قانوناً وبالتالي نصبح أمام حالة إنكار للعدالة.

أما الوضع في قواعد محكم الطوارئ المؤسسية الحديثة مختلف، فهي تعترف بالاختصاص المشترك. حيث تبقى تلك القواعد- كما رأينا- على اختصاص القضاء الوطني بإصدار التدابير الوقتية في مرحلة ما قبل التحكيم، على الرغم من اتفاق أطراف التحكيم على إجراءات تحكيم الطوارئ، قبل تشكيل هيئة التحكيم، قاضية بأن طلب استصدار تدابير وقتية لا يتعارض مع اتفاق التحكيم أو الاتفاق على إجراءات تحكيم الطوارئ، كما أن اللجوء إلى إجراءات تحكيم الطوارئ لا يعني تنازل الأطراف عن اللجوء إلى قضاء الدولة<sup>(1)</sup>.

(1) انظر المادة 5/32 من قواعد SCC:

A request for interim measures made by a party to a judicial authority is not incompatible with the arbitration agreement or with these Rules.

ونرى أن اتفاق الأطراف على الامتناع عن الالتجاء إلى قضاء الدولة حال الاتفاق على تحكيم الطوارئ، سواء قبل تقديم طلب تعيين محكم الطوارئ أو بعده، يقع باطلاً؛ لأن مبدأ الاختصاص المشترك بين قضاء الدولة و محكم الطوارئ تظهر أهميته الكبرى، كما أسلفنا، في الحالات التي يتمتع محكم الطوارئ قانوناً على التدخل فيها<sup>(19)</sup> أو في الحالات التي يتمتع على قاضي الدولة التدخل فيها<sup>(20)</sup>، وبالتالي تجنب إنكار العدالة *Le déni de justice* و حرمان الأطراف من ممارسة حق التقاضي باعتباره حق من حقوق الإنسان وحقه في الحصول على تدابير طوارئ في مدة معقولة<sup>(21)</sup>. كما يبطل اتفاق أطراف تحكيم الطوارئ على المنع من اللجوء على قاضي الدولة إذا وضعنا في الاعتبار الشكوك التي تدور حول قابلية قرار محكم الطوارئ للتنفيذ المباشر على عكس الحال بالنسبة لقرارات قضاء الدولة بالتدابير الوقائية<sup>(22)</sup>.

إذا كنا نرى بطلان اتفاق أطراف تحكيم الطوارئ على المنع من الالتجاء إلى قضاء الدولة لاستصدار التدابير الوقائية. ففي المقابل ليس في أعمال مبدأ الاختصاص المشترك بين قضاء الدولة و محكم الطوارئ احتمالية التنازع في الاختصاص بينهما و التناقض بين القرارات الصادرة عن كل منهما؟

قبل الإجابة على هذا السؤال يجب أن نحدد، بادئ ذي بدء، نطاقه. إذ نستبعد من نطاقه الفرض الذي تكون فيه التدابير الوقائية المطلوبة أمام القضاء

المادة 5/26 من قواعد السويسرية Swiss Rules.

By submitting their dispute to arbitration under these Rules, the parties do not waive any right that they may have under the applicable laws to submit a request for interim measures to a judicial authority. A request for interim measures addressed by any party to a judicial authority shall not be deemed to be incompatible with the agreement to arbitrate, or to constitute a waiver of that agreement.

<sup>(19)</sup> في الحالات التي يستعصي على محكم الطوارئ إصدار تدابير وقائية فيها كالتدابير التي تستدعي تدخل السلطة العامة في الدولة، أو تستوجب سلطة الإيجار *imperium* التي لا يملكها المحكم العادي أو محكم الطوارئ، وفي الحالات التي تقتضي تدخل الغير ممن لا يعد طرفاً في اتفاق التحكيم كما في تدابير حجز التحفظي و حجز ما للمدين لدى الغير.

<sup>(20)</sup> انظر في أحوال امتناع قاضي الدولة عن إصدار تدابير وقائية ما سبق ص 44.

<sup>(21)</sup> باعتبار ممارسة حق التقاضي أيضاً من مستلزمات المحاكمة أو القضية العادلة *procès equitable*

وفق المادة 6 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

<sup>(22)</sup> انظر مدى صلاحية قرار محكم الطوارئ للتنفيذ ما يلي ص 156.



تختلف عن تلك المطلوبة في تحكيم الطوارئ؛ لأن القواعد المؤسسية جميعها تقرر بالاختصاص المشترك بين قضاء الدولة و محكم الطوارئ. أما الفرض الذي نقضه هو أن التدابير الوقائية الطارئة المطلوبة أمام قضاء الدولة هي ذاتها المطلوبة أما محكم الطوارئ ويدخل في اختصاص كل منهما قانوناً<sup>(23)</sup>. وفي هذا الفرض الأخير نحن أمام احتمالات ثلاثة:

**الاحتمال الأول:** إذا قُدم طلب التدابير الوقائية الطارئة أمام القضاء الوطني قبل تقديمه أمام محكم الطوارئ. وفي هذه الحالة تستلزم بعض القواعد المؤسسية-وليس كلها- إبلاغ سلطة إدارية بالمركز كالأمانة العامة بمركز ICC أو المسجل Registrar بمركز LCIA و محكم الطوارئ و باقي الأطراف<sup>(24)</sup>. والحكمة من ذلك- في نظرنا- هي أن يقرر محكم الطوارئ عدم اختصاصه أو على الأقل تطبيق الإجراءات أمامه لحين صدور قرار من القضاء الوطني. ولو صدر بالفعل قرار من القضاء الوطني فيتمسك بحججته أمام محكم الطوارئ خشية الوقوع في تناقض بين قرارين أحدهما من القضاء و الآخر من محكم الطوارئ.

**الاحتمال الثاني:** إذا قُدم طلب التدابير الوقائية الطارئة أمام محكم الطوارئ أولاً قبل تقديمه للقضاء الوطني، فتقضي بعض القواعد المؤسسية في تحكيم الطوارئ- وليس كلها- بعدم جواز اللجوء إلى القضاء الوطني إلا في ظروف مناسبة أو استثنائية، كما بينا<sup>(25)</sup>. ولم تشر أية سوابق تحكيمية أو قضائية بتعريف تلك الظروف و لكن ذهبنا إلى أنها لا تخرج عن الحالات التي لا يستطيع فيها محكم الطوارئ إصدار تدابير طوارئ قابلة للتنفيذ.

**الاحتمال الثالث:** تمسك كل من القضاء الوطني و محكم الطوارئ بنظر طلب تدابير الطوارئ، و صدر عن كل منهما قرار يناقض الآخر، وعلى الرغم

(23) ونستبعد أيضاً فرض التدابير الوقائية التي يحتكرها القضاء أو التي تتعلق بفكرة النظام العام وهي الحالات التي تستدعي سلطة الإيجاب، كتدابير الحجز التحفظي أو الماسة بحقوق الغير؛ لأن الاختصاص القاصر للقضاء الوطني من القيود التي ترد على مبدأ الاختصاص المشترك. راجع في ذلك: حفيظة حداد، مرجع سابق، ص 43.

(24) ويشترط الإبلاغ أن يكون كتابةً وفقاً للبند 9.12 من قواعد محكم الطوارئ LCIA.  
(25) انظر ما سبق بالتفصيل ص 98. أما عن تقدير تلك الظروف المناسبة هل يخضع لمحكم الطوارئ تطبيقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص أم من سلطة القضاء الوطني؟ نرى بأنه يخضع لتقدير محكم الطوارئ إذا قُدم طلب التدابير الوقائية أمامه أولاً تطبيقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص. راجع تفاصيل هذا المبدأ ما سبق ص 21.

من أن الشكوك التي تنتاب نهائية و صلاحية قرار محكم الطوارئ في النفاذ كما سنبين لاحقاً<sup>(32)</sup> تقلل- في نظرنا- من خطورة الوقوع في مثل هذا التناقض.

لذلك لا تثور المشكلة عند وجود تناقض بين قرار قاضي الدولة و قرار محكم الطوارئ عندما يكون أحدهما ابتدائياً أو كلاهما، لأن الطعن على قرار القاضي أو مراجعة قرار محكم الطوارئ من قبل الأخير نفسه أو من محكمة التحكيم بعد تشكيلها قد يفض هذا التناقض. ولكن المشكلة تثور، وبحق، عند التناقض بين قرار قاضي الدولة و قرار محكم الطوارئ وكان القراران نهائين وقابلين للتنفيذ<sup>(33)</sup>. نعتقد أن الحل المناسب هنا هو وقف تنفيذ القرار اللاحق؛ لأنه صدر مخالفاً للقرار السابق، الحائز لحجية الأمر المقضي المؤقتة<sup>(34)</sup>، سواء صدر عن محكم الطوارئ أو قاضي الدولة.

### ثالثاً: لا يجوز الجمع بين تحكيم الطوارئ و إجراءات أخرى تشابهها

إذا كانت إجراءات تحكيم الطوارئ ليست بديلة للقضاء بل مكملة له، إعمالاً لمبدأ الاختصاص المشترك، فإن إجراءات تحكيم الطوارئ إجراءات بديلة لأي إجراءات تشابهها في الموضوع (استصدار تدابير وقائية في مرحلة ما قبل التحكيم أو إجراءات مماثلة)، و اتفق عليها الأطراف. على سبيل المثال، تقضي المادة 6/29 من قواعد محكم الطوارئ بـ ICC 2012 بأنه لا تنطبق الأحكام الخاصة بمحكم الطوارئ إذا: ...ج) اتفق الأطراف على اللجوء على إجراءات أخرى تسبق التحكيم تنص على إمكانية اتخاذ تدابير تحفظية أو وقائية أو أي إجراءات مماثلة.

لما تقدم، لا يجوز للأطراف الاتفاق على تطبيق قواعد تتضمن إجراءات استصدار تدابير وقائية أو تحفظية في مرحلة ما قبل التحكيم في ذات الوقت الذي اتفقوا فيه على تطبيق قواعد محكم الطوارئ، سواء كانت تلك القواعد

<sup>(32)</sup> بخصوص مدى نهائية قرار محكم الطوارئ وصلاحيته للنفاذ انظر ما يلي ص156 وما بعدها.  
<sup>(33)</sup> وهذا على فرض أن نهائية قرار محكم الطوارئ كنهائية التدابير الوقائية الصادرة عن هيئة التحكيم البعض عملاً بالمادة 17 ح من قانون الأونسيترال النموذجي. انظر ما يلي في نهائية finality قرار محكم الطوارئ وصلاحيته للتنفيذ ص156 وما بعدها.  
<sup>(34)</sup> ما لم يصدر قرار في موضوع النزاع من محكمة التحكيم أو قاضي الموضوع يلغي قرار التدابير الوقائية.

اتفاقية أو مؤسسية كما في مراكز التحكيم الأخرى مثل : SCC , SWISS Rules, SIAC, ICDR, LCIA.

بل لا يجوز الجمع بين إجراءات استصدار تدابير وقائية أو تحفظية حتى لو صادرة عن مركز تحكيم واحد. فعلى سبيل المثال لا يجوز الجمع بين قواعد "حکم التدابير الوقائية" بمركز ICC سنة 1990 -سارية المفعول حتى الآن والتي لم تلغها قواعد ICC الحديثة<sup>(35)</sup>- و قواعد ICC بشأن محكم الطوارئ الواردة بالمحلق الخامس من قواعد ICC لسنة 2012.

حتى وإن كانت بعض القواعد المؤسسية مثل قواعد LCIA بشأن محكم الطوارئ بأن اللجوء إلى محكم الطوارئ لا يخل بحق أي طرف في اللجوء إلى قضاء الدولة أو أي سلطة قانونية أخرى لاستصدار أي تدابير وقائية أو تحفظية قبل تشكيل محكمة التحكيم<sup>(36)</sup>. فإن عبارة "وأي سلطة قانونية أخرى" يجب أن تفسر تفسيراً ضيقاً في حدود سلطات الدولة وليس سلطة مصدرها الاتفاق. وعليه، لا يجوز الجمع بين قواعد محكم الطوارئ بمركز LCIA و قواعد "حکم التدابير الوقائية" المقررة بمركز ICC سنة 1990.

وحال الجمع بين قواعد محكم الطوارئ و قواعد أي وسيلة أخرى مشابهة، عدا تلك التي تتبع قضاء الدولة، ينطبق- في رأينا- معيار الأسبقية الزمنية في تحديد القواعد واجبة التطبيق، فإذا اتفق الأطراف على تطبيق قواعد "حکم التدابير الوقائية" أولاً قبل قواعد محكم الطوارئ غلبت الأولى على الثانية.

(35) راجع الموقع الرسمي:

<http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/pre-arbitral-referee/>.

(36) Article 9.12: "Article 9B shall not prejudice any party's right to apply to a state court or other legal authority for any interim or conservatory measures before the formation of the Arbitration Tribunal; and it shall not be treated as an alternative to or substitute for the exercise of such right. During the emergency proceedings, any application to and any order by such court or authority shall be communicated promptly in writing to the Emergency Arbitrator, the and all other parties".

والحكمة من حظر الجمع واضحة تتمثل في احترام إرادة الأطراف وسلطانها، ومنع حدوث التناقض أو التضارب بين الإجراءات لا سيما لو وردت على ذات المحل (التدابير الوقائية في مرحلة ما قبل التحكيم)، وما تنتهي إليه من قرارات الذي يعصف بالثقة في عملية التحكيم و الثقة مركز ثقل التحكيم و قوته. بالإضافة إلى الصعوبات العملية التي قد تنتج عن الجمع كما يرى البعض<sup>(1)</sup> في عقود الفيديك FIDIC contracts؛ لأن رئيس المحكمة President of the court يُطلب منه تقدير مدى توافر إجراءات ما قبل التحكيم لكل عقد على حدة.

#### رابعاً: مبدأ نسبية تحكيم الطوارئ

الأصل أن اتفاق التحكيم- كأى عقد- وهو مصدر تطبيق قواعد محكم الطوارئ تطبيقاً لنظام اختيار الاستبعاد opt-out system - له أثر نسبي من حيث أطرافه<sup>(2)</sup> و موضوعه، فلا يستفيد و لا يضار من التحكيم سوى أطرافه. وعليه، يخضع تحكيم الطوارئ- كأصل عام- لمبدأ النسبية بحيث لا يستفيد منه و لا يضار سوى أطراف اتفاق التحكيم.

إن مبدأ نسبية تحكيم الطوارئ أقرته صراحةً بعض مؤسسات التحكيم منها قواعد الـ ICC للتحكيم في المادة 5/29 منها، ومفادها أن قواعد محكم الطوارئ تنطبق فقط على الأطراف الموقعين على اتفاق التحكيم العادي و خلفائهم<sup>(3)</sup>، وهو ما يعد تطبيقاً صارماً لمبدأ نسبية التحكيم. وهذا يعني أنه إذا

(1) Nathalie Voser, "Overview of the Most Important Changes in the Revised ICC Arbitration Rules", in Matthias Scherer (ed.), ASA Bulletin, Vol. 29, No. 4, 2011, p. 814.

(2) عقد التحكيم كغيره من العقود يخضع - بشأن تحديد نطاقه الشخصي- لمبدأ نسبية أثر العقد l'effet relative du contrat وهو مبدأ كرسه القانون المدني المصري في المادة 145 منه. (انظر: أسامة أحمد شوقي المليجي، مرجع سابق، بند 21، ص 23).

(3) حيث تنص المادة 5/29 من قواعد ICC لسنة 2012 على أن تطبق المواد 29(1)-29(4) و القواعد المنظمة لمحكم الطوارئ الواردة في الملحق رقم 5 (ويطلق عليها جميعاً "الأحكام الخاصة بمحكم الطوارئ") فقط على الأطراف الموقعة على اتفاق التحكيم الموافق للقواعد والذي يستند إليه طلب اتخاذ التدابير الطارئة أو على من يخلفهم.

Articles 29(1)-29(4) and the Emergency Arbitrator Rules set forth in Appendix V (collectively the "Emergency Arbitrator Provisions") shall apply only to parties that are either signatories of the arbitration

كان اتفاق التحكيم العادي يمتد أحياناً إلى أطراف غير موقعين على اتفاق التحكيم و تتسحب عليهم آثاره وفقاً لأسانيد عديدة<sup>(1)</sup>، حتى في ظل قواعد الـ ICC، إلا أن مبدأ النسبية ينطبق بصرامة، في ظل قواعد محكم الطوارئ في الـ ICC، فلا تمتد الأخيرة لغير الموقعين على أطرافه و خلفائهم. وهي قاعدة مقررّة لحماية المتحكّم ضده (المدعى عليه) respondent في طلب تحكيم الطوارئ.

والحكمة من تقرير قاعدة نسبية تحكيم الطوارئ هو ضمان فعالية قرار محكم الطوارئ بتأكد رئيس المحكمة President of Court من اعتراف و تنفيذ قرار المحكم في وقت قصير و هو الأمر الذي يصعب حدوثه في مواجهة غير الموقعين على اتفاق التحكيم<sup>(2)</sup>.

ويترتب على تطبيق مبدأ نسبية تحكيم الطوارئ، بحيث لا يستفيد منه سوى أطرافه الموقعين و خلفائهم، استبعاد تطبيق قواعد تحكيم الطوارئ، على الأقل في ظل قواعد الـ ICC، على ما يسمى بالتحكيم على أساس معاهدة treaty-based arbitrations<sup>(3)</sup>.

agreement under the Rules that is relied upon for the application or successors to such signatories.

(1) انظر في الأسس القانونية لامتداد اتفاق التحكيم لغير الموقعين عليه :

THE EXTENSION OF THE ARBITRATION PIERRE MAYER. CLAUSE TO NON-SIGNATORIES — THE IRRECONCILABLE POSITIONS OF FRENCH AND ENGLISH COURTS. AM. U. INT'L L. REV.

لمزيد من التفاصيل عن أحوال امتداد اتفاق التحكيم على الغير انظر: فتحي والي، مرجع سابق، ص 191- 201 بند 97- 104. أسامة أحمد شوقي الملجبي، مرجع سابق، بند 22، ص 24-26.

(2) Nathalie Voser, "Overview of the Most Important Changes in the Revised ICC Arbitration Rules", in Matthias Scherer (ed.), ASA Bulletin, Vol. 29, No. 4, 2011, pp. 783-820 at pp. 816-817.

(3) تحكيم الاستثمار يفترض أن شركة أو فرد من دولة قامت باستثمارات على إقليم دولة أخرى. تلك الدولة المضيفة للاستثمار قامت بتصرفات تعيق هذه الاستثمارات. لو أن معاهدة الاستثمار أبرمت بين الدولة المضيفة للاستثمار و دولة المستثمر، للمستثمر اللجوء إلى التحكيم رغم عدم وجود اتفاق بينه شخصياً و بين الدولة المضيفة بل بين دولته والدولة المضيفة. وهذا ما يسمى بـ "التحكيم المبني على معاهدة treaty-based arbitration".

Christopher Boog, The New ICC Emergency Arbitrator Rules, Transnational Notes

و عند صياغة نص المادة 5/29 من قواعد غرفة التجارة بباريس، المقررة للنسبية، كانت تعتبر أن المستثمر و الدولة المضيفة للاستثمار ليسا موقعين على اتفاق التحكيم الذي أبرم بناء على إيجاب الدولة الذي تضمنته معاهدة الاستثمار الثنائية BIT و قبول المستثمر الذي تضمنه إعلان الدعوى أو طلب التحكيم<sup>(1)</sup>.

غير أن بعض من الفقه<sup>(2)</sup> يرى بأن موافقة المستثمر (من خلال التوقيع على طلب التحكيم أو طلب تعيين محكم الطوارئ أو على أية وثيقة تتضمن موافقة المستثمر) على إيجاب التحكيم الذي تضمنه معاهدة الاستثمار الموقعة من الدولة كافية لاستيفاء شرط التوقيع المنصوص عليه في المادة 5/29 من قواعد ICC.

لكن ماذا عن مراكز التحكيم الأخرى التي لم تتضمن قواعد محكم الطوارئ فيها أي نصوص صريحة بشأن مبدأ النسبية؟

للإجابة على هذا السؤال نأخذ على سبيل المثال قواعد مركز SCC للتحكيم؛ لأنه يتصدر المناقشة في إدارة التحكيم الاستثمارية مع باقي مؤسسات التحكيم الأخرى، إذ تسمح بتطبيق قواعد محكم الطوارئ حتى على التحكيم المبنية على معاهدات الاستثمار الثنائية BITs<sup>(3)</sup>. إن قواعد محكم

---

Reflections on Transnational Litigation and Commercial Law, 27 September 2011.

<http://blogs.law.nyu.edu/transnational/2011/09/the-new-icc-emergency-arbitrator-rules/>

(1) راجع تقرير صادر عن لجنة غرفة التجارة بباريس سنة 2012

ICC COMMISSION REPORT. STATES, state entities and icc arbitration.2012.

على الموقع التالي (آخر زيارة 2015/3/9):

<http://www.iccwbo.org/Data/Policies/2012/ICC-Arbitration-Commission-Report-on-Arbitration-Involving-States-and-State-Entities-under-the-ICC-Rules-of-Arbitration,-2012/>

(2) Eliseo CASTINEIRA: "The Emergency Arbitrator in the 2012 ICC Rules of Arbitration," 2012(1) Cahiers de l'arbitrage/Paris J. of Int'l Arb. 65, at 88.

(3) جدير بالذكر أن التقرير الصادر عن غرفة التجارة بباريس ICC يشير إلى أن نسبة 18% من من المعاهدات الثنائية للاستثمار الدولي (BITs) (Bilateral Investment Treaties) تحيل

الطوارئ بمركز SCC جاءت خالية من أية نصوص تخص نسبية تحكيم الطوارئ أو مدى انطباقها على التحكيم المبني على المعاهدات الثنائية أو متعددة الأطراف. ويعني انتفاء نصوص تفيد تطبيق قواعد محكم الطوارئ على الموقعين فقط أنه ينطبق حتى على التحكيم المبني على معاهدة استثمار؛ لأن موافقة المستثمر (من خلال التوقيع على طلب التحكيم أو طلب تعيين محكم الطوارئ أو على أية وثيقة تتضمن موافقة المستثمر) على إيجاب التحكيم الذي تضمنه معاهدة الاستثمار الموقعة من الدولة تعد كافيةً في نظرنا- لتطبيق قواعد محكم الطوارئ التي يحيل إليها الاتفاق السابق ذكره بين المستثمر و الدولة المضيفة.

لذلك يجب أن تسعى مراكز التحكيم الأخرى، جذياً للمستثمر، إلى تبني ذات نهج مركز SCC. خاصةً أن حجج تطبيق مبدأ النسبية في ظل قواعد ICC – في اعتقادنا- غير مبررة إذا وضع في الاعتبار أن مهمة محكم الطوارئ مهمة مؤقتة لحين تشكيل هيئة التحكيم و لا يمس خلالها أصل الحق أو موضوع التحكيم.

---

تحكيم ICC ، بينما توجد 61 معاهدة ثنائية للاستثمار الدولي تحتكم إلى قواعد تحكيم غرفة ستوكهولم SCC وكذلك معاهدات الطاقة متعددة الأطراف (Multilateral ECT(Energy) Charter Treaty).

تقرير ICC على الموقع الآتي ( آخر زيارة 2015/3/11):

<http://www.iccwbo.org/Advocacy-Codes-and-Rules/Document-centre/2012/ICC-Arbitration-Commission-Report-on-Arbitration-Involving-States-and-State-Entities-under-the-ICC-Rules-of-Arbitration/>

وبالنسبة لإحصائية مركز SCC على الموقع التالي(آخر زيارة 2015/3/11):

<http://www.sccinstitute.com/dispute-resolution/investment-disputes/>

وعلى العكس تحكيم الطوارئ غير متوافر في قواعد تحكيم الأوكسيد) ICSID المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار (أو قواعد الأونسيترال) UNCITRAL لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي) لأجل التحكيم في منازعات الاستثمار.

Joel Dahlquist, Uppsala Universitet, Juridiska Institutionen. Emergency Arbitrators in Investment Treaty Disputes. At site(Last visited 11/3/2015):

<http://kluwarbitrationblog.com/blog/2015/03/10/emergency-arbitrators-in-investment-treaty-disputes/>.

## خامساً: مبادئ التقاضي الأساسية تسود تحكيم الطوارئ

يسود سير تحكيم الطوارئ – كالتحكيم العادي و قضاء الدولة- مبادئ التقاضي الأساسية والتي تعتبر من النظام العام الإجرائي والموضوعي، وطنياً ودولياً. من هذه المبادئ مبدأ المساواة بين الأطراف، ينتج عن هذا المبدأ مبدأ حرية الدفاع من ناحية و مبدأ المواجهة من ناحية أخرى.

### (1) مبدأ المساواة بين أطراف تحكيم الطوارئ:

جاءت قواعد محكم الطوارئ المؤسسية تقر بمبدأ المساواة بين الأطراف؛ حتى لا تكون إجراءات تحكيم الطوارئ، بما تنتهي إليه من قرار، مشوبة بأي بطلان لهذا السبب. وتؤكد تلك القواعد على الحقوق الإجرائية للأطراف، على قدم المساواة، أثناء سير إجراءات تحكيم الطوارئ ومنها الحق في تعيين محكم طوارئ محايد و الحق في منحهم فرصة معقولة ومتكافئة ومتساوية في سماعهم و عرض قضيتهم<sup>(1)</sup>.

من مظاهر تطبيق مبدأ المساواة بين اطراف تحكيم الطوارئ التزام طالب التدابير بدفع تأمين مالي مقابل استصدار تدابير وقائية قبل الفصل في موضوع النزاع عن طريق إجراءات التحكيم العادي، ولاحتمال إصابة المدعى عليه بأضرار نتيجة إصدار تلك التدابير الوقائية. إن العديد من قواعد محكم الطوارئ المؤسسية تقضي بمنح محكم الطوارئ سلطة الأمر بتدبير تأمين مالي على طالب التدابير الوقائية إعمالاً لمبدأ المساواة<sup>(2)</sup>، كما في قواعد SCC

(1) انظر المادة 2/5 من قواعد محكم الطوارئ الملحق رقم 5 من قواعد ICC. والمادة 19 من قواعد SCC و المادة 7 من قواعد الملحق رقم 2 منها بشأن محكم الطوارئ و المادة 6/43 من القواعد السويسرية (Swiss Rules) للتحكيم. والمادة 5 من قواعد محكم الطوارئ SIAC و البند 3 من المادة 6 من قواعد تدابير الحماية الطارئة في ICDR. و البند 9.7 من قواعد محكم الطوارئ في المادة 9B في قواعد LCIA.

(2) انظر: المادة 2/1 من الملحق الثاني من قواعد SCC و المادة 3-1/32 من قواعد الأخيرة. وكذلك المادة 1/43 و المادة 26 من القواعد السويسرية (Swiss Rules). والمادة 6/7 من قواعد محكم الطوارئ بالملحق الخامس من قواعد ICC.

The emergency arbitrator may make the Order subject to such conditions as the emergency arbitrator thinks fit, including requiring the provision of appropriate security.



و القواعد السويسرية (Swiss Rules)، فلمحكم الطوارئ ذات سلطة هيئة التحكيم العادي، أي له سلطة تقديرية واسعة لإصدار التدابير الوقائية و التحفظية المناسبة و له سلطة إلزام طالب التدابير بدفع تأمين Security<sup>(58)</sup>.

وإذا كان المقرر أن لمحكم الطوارئ أن يأمر بتأمين مالي security، إلا أنه حتى في الأحوال التي لا يجوز له القرار بتأمين مالي فله أن يحكم بالتعويض و يجبر الضرر الذي أصاب المدعى عليه من إصدار التدبير الوقائي<sup>(59)</sup>، تطبيقاً لمبدأ المساواة.

ونظراً لأن ليس كل قواعد محكم الطوارئ المؤسسية تمنح محكم الطوارئ سلطة الأمر بتأمين مالي، فإن المدعى عليه أمام محكم الطوارئ قد يتمتع بحماية إجرائية أقل مما هو عليه الحال أمام محكمة التحكيم التي تتمتع بسلطة الأمر بتأمين مالي على طالب التدابير الوقائية في غالب قوانين التحكيم الوطنية. وإذا كان هناك التزام بدفع مصاريف فهذه الأخير لتغطية مصاريف المركز و ليس لتأمين مصالح المدعى عليه<sup>(60)</sup>.

و على العكس قد يُحاج بأن المدعى عليه أمام محكم الطوارئ يتمتع بحماية إجرائية أكثر من تلك المقررة أمام محكمة التحكيم؛ لوجود شكوك حول سلطة محكم الطوارئ في فرض جزاءات مالية وحول سلطته في إصدار تدابير

---

(58) ومع ذلك قد تنقيد سلطة محكم الطوارئ بالقواعد المؤسسية التي البعض منها لا يقرر تلك السلطة للمحكم أو بقانون التحكيم، حيث قد يتقيد بالقانون الإجرائي و اجب التطبيق لاسيما لو كانت من القواعد الإلزامية Mandatory. إن قانون الإجراءات المدنية و التجارية الفرنسي- في المادة 1/1468- يمنح المحكم من إصدار تدابير حجز التحفظي و التأمينات القضائية des saisies conservatoires et sûretés judiciaires إذ تدخل في الاختصاص الحصري أو الاستثنائي لقضاء الدولة.

Article 1468 : Modifié par Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 - art. 2:

Le tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune.

(59) Yesilirmak, Ali, Provisional Measures in international commercial arbitration, Kluwer Law International, 2005, p. 151.

(60) بشأن نفقات تحكيم الطوارئ انظر ما يلي ص125.

وقتية في غيبة الطرف الآخر<sup>(70)</sup> و أيضا شكوك بشأن تنفيذ قرار محكم الطوارئ<sup>(71)</sup> أو الآثار المترتبة على عدم التنفيذ<sup>(72)</sup>.

ومن مظاهر تطبيق مبدأ المساواة قاعدة اللجوء إلى التحكيم العادي بعد تحكيم الطوارئ دون تسوية أو مماثلة. فقد تستعمل إجراءات تحكيم الطوارئ استعمالاً يحد بالتحكيم عن هدفه وهو سرعة فض المنازعات، بإضافة إجراءات سابقة على إجراءات التحكيم العادي أي ما قبل التحكيم Pre-arbitral proceedings تطيل أمد النزاع. لذلك تقرر قواعد تحكيم الطوارئ المؤسسية فترة زمنية معينة يجب خلالها أن يقدم فيها المدعي طلب التحكيم أو إعلانه بعد تقديم طلب تعيين محكم الطوارئ<sup>(73)</sup>. هذه القاعدة مقررة كمظهر من مظاهر الحماية الإجرائية لمصلحة المدعي عليه من طلبات التحكيم الكيدية والتسوية، و حتى لا يسيء المدعي استخدام قواعد محكم الطوارئ في تسوية و إطالة أمد التحكيم العادي بما يتعارض مع فلسفة السرعة و تجنب البطء الذي أصاب نظام قضاء الدولة، كذلك حتى لا يتعسف المدعي في استخدام طلب تعيين محكم الطوارئ في الضغط على المدعي عليه وحتى نواجه حالة التسوية التي قد تنشأ عن ذلك<sup>(74)</sup>.

(70) انظر ما يلي ص 114.

(71) انظر ما يلي ص 156.

(72) انظر ما يلي ص 184.

(73) حيث تقرر مثلاً قواعد ICC أو القاعد السويسرية ميعاد 10 أيام منذ استلام طلب تعيين محكم الطوارئ يجب خلالها أن يقدم طلب التحكيم أو إعلانه و هو ميعاد قابل للامتداد بقرار من محكم الطوارئ أو المحكمة Court حيث تنص المادة 6/1 من قواعد محكم الطوارئ في ICC على أنه يتعين على الرئيس (رئيس المحكمة) إنهاء إجراءات محكم الطوارئ إذا لم تستلم الأمانة العامة طلب التحكيم من المدعي خلال 10 أيام من استلام الأمانة العامة طلب محكم الطوارئ. ما لم يأمر محكم الطوارئ بمدد لفترة أطول في حالة الضرورة". وتنص المادة 3/43 من القواعد السويسرية (Swiss Rules) للتحكيم على أنه إذا قدم طلب تعيين محكم الطوارئ قبل إعلان التحكيم العادي ، على المحكمة أن تنهي إجراءات تحكيم الطوارئ إذا لم يقدم إعلان التحكيم خلال 10 أيام من تاريخ استلام طلب تعيين محكم الطوارئ. وفي ظروف استثنائية، للمحكمة أن تمد هذا الميعاد". والنهج مختلف في قواعد SCC حيث تقرر أن قرار محكم الطوارئ لا يعد ملزماً للأطراف لو لم يبدأ التحكيم العادي خلال 30 يوم من تاريخ صدور قرار محكم الطوارئ حيث تنص المادة 4/9 وفي البند الثالث من قواعد محكم الطوارئ الملحق رقم 2.

(74) Nathalie Voser, "Overview of the Most Important Changes in the Revised ICC Arbitration Rules", in Matthias Scherer (ed.), ASA Bulletin, Vol. 29, No. 4, 2011, pp. 783-820 at pp. 817-818.

ويتفرع عن مبدأ المساواة مبدأ حياد محكم الطوارئ. إذ أن جميع المراكز التي تتضمن قواعد تحكيم الطوارئ تتطلب أن يكون محكم الطوارئ محايداً impartial و مستقلاً independent عن الأطراف، ولأي طرف أن يردده (1). كما أن محكم الطوارئ يوقع على بيان - قبل تعيينه بقبوله المهمة و بجاهزيته و استقلاله و حيده (2).

## (2) مبدأ الدفاع:

إن حرية الدفاع تعد سمة رئيسية لحسن إقامة العدالة. فليس هناك من هو أقدر من أطراف التحكيم أو ممثليهم على تزويد المحكم بوسائل اكتشاف الحقيقة. إن تحكيم الطوارئ تحكيم سريع، كما أسلفت، وربما تصطدم سرعة هذا النوع من التحكيم وقصر مدته بممارسة أطرافه لحق الدفاع.

فعلى سبيل المثال أثرت مسألة مدى حق طالب التدابير الوقائية، أمام "حكّم التدابير الوقائية" فيما قبل التحكيم وفق قواعد مركز ICC سنة 1990، في تعديل طلباته الأصلية كأحد مظاهر ممارسة حق الدفاع. ففي قضية أمام هذا "الحكّم" احتج المدعى عليه، في سبيل منع المدعي من تعديل طلباته، بالمادة 2.2 من تلك القواعد سألفة الذكر والتي تنص على أنه: "لا يجوز لحكّم التدابير الوقائية أو التحفظية الأمر بتدابير تتجاوز تلك التي طلبها أي من الأطراف وفقاً للمادة 3".

وذهب البعض - ونؤيده- إلى أنه لا يجب تفسير تلك المادة تفسيراً شكلياً مفرطاً فيه، حيث أن هذه المادة وإن كانت تقيد "الحكّم" بالأمر بما لم يطلبه الأطراف، إلا أنها لا تمنع الطرف من ممارسة حقه في أن يعدل أو حتى يضيف إلى طلبه الأصلي بالتدابير الوقائية لو تغيرت الظروف في الفترة ما بين تقديم طلب التدابير و غلق باب الإجراءات، وفي حال المنع سيضطر طالب التدابير أن يبدأ إجراءات جديدة (3). ونضيف أن مبدأ "تطور النزاع"

(1) انظر: المادة 4/2 من الملحق رقم 5 قواعد ICC و المادة 3/4 من الملحق رقم 2 من قواعد SCC و المادة 4/43 من القواعد السويسرية (Swiss Rules) للتحكيم.

(2) انظر: المادة 5/2 من قواعد محكم الطوارئ ICC، و المادة 3 من قواعد محكم الطوارئ في قواعد SIAC.

(3) في تفاصيل تلك القضية وهذا الرأي انظر:

يمكن تطبيقه حتى في إجراءات إصدار التدابير الوقائية لما لهذا المبدأ من مزايا يحققها من سرعة والاقتصاد في الإجراءات و النفقات و الجهد وهو ما يتفق مع فلسفة تحكيم الطوارئ في تسريع الإجراءات<sup>1</sup>.

بل نميل إلى أكثر من ذلك، فيجوز في اعتقادنا للطرف الآخر(المدعى عليه) أن يقدم طلب عارض counterclaim بتدابير وقائية، طالما سكتت القواعد المؤسسية عن ذلك، ويمكن للمحكمة court – في قواعد ICC- أن تستخدم سلطتها، عندئذ في ضم consolidation التحكيمين الطارئين مع بعضهما البعض، المقررة في المادة 10 من قواعد ICC والتي تجيز للمحكمة، بناء على طلب أي من الأطراف، ضم دعويين تحكيميّتين أو أكثر من الدعاوى الجارية وفقاً للقواعد في دعوى تحكيمية واحدة<sup>(2)</sup>.

والمسألة الأخرى التي يثيرها تطبيق مبدأ الدفاع في تحكيم الطوارئ هي قصر مدة تحكيم الطوارئ أي مدة إصدار التدابير الوقائية و أثر ذلك على الإخلال بحق الدفاع، فهل يجوز لأحد طرفي تحكيم الطوارئ أن يدعي بطلان قرار محكم الطوارئ استناداً إلى الإخلال بحق الدفاع لقصر وقت تحكيم الطوارئ و عدم كفايته لتقديم قضيته و منحه فرصة سماعه؟

في اعتقادنا أن هذا الادعاء غير مقبول؛ لأن إرادة أطراف تحكيم الطوارئ- ومنهم مدعي البطلان- اتفقت على اللجوء إلى قواعد محكم الطوارئ بالاتفاق على تطبيق قواعد مؤسسة التحكيم. وانطلاقاً من أن الشخص الذي يسعى إلى نقض ما تم من جهته فسيح مردود عليه، فلا يقبل الادعاء ببطلان قرار محكم الطوارئ لقصر مدته من طرف رضي بقواعد محكم الطوارئ ومنها مدده ومواعيده القصيرة والمختصرة.

---

Emmanuel Gaillard and Philippe Pinsolle, *The ICC Pre-Arbitral Referee: First Practical Experiences*, *Arbitration International*, (Kluwer Law International 2004 Volume 20 Issue 1 ) pp.16-17.

(1) في تفاصيل مبدأ "تطور النزاع" والامتداد الإجرائي للقضية انظر: رسالتنا للدكتوراه، نحو نظرية للامتداد الإجرائي في قانون المرافعات، نوقشت بكلية الحقوق جامعة عين شمس، سنة 2011.

(2) ولا يتعارض ذلك مع مبدأ عدم جواز الجمع بين تحكيمين طارئين؛ لأن محل الطلب الأصلي مختلف محل الطلب العارض. في مبدأ عدم جواز الجمع بين تحكيم الطوارئ و غيرها من الآليات التي تشابهها انظر ما سبق ص104.

ونرى أنه إذا كان مواعيد تحكيم الطوارئ بطبيعتها قصيرة جداً، مقارنة بإصدار التدابير من محكمة التحكيم، مما يؤثر على ممارسة المدعى عليه لحقوق الدفاع، فالأفضل النص على منح محكم الطوارئ سلطة الأمر بتأمين مالي، ولو يزيد عن ذلك المقرر أمام قضاء الدولة المستعجل عند إصداره حكم مستعجل.

وتزيد المشكلة لاسيما في تحكيم الطوارئ في منازعات الاستثمار في ظل قواعد محكم الطوارئ بمركز SCC. إذ يتصدر مركز SCC الصدارة، وبحق، في تحديد أقصر ميعاد لإصدار قرار تحكيم الطوارئ، حيث تحدد بخمسة أيام من تاريخ إحالة الطلب لمحكم الطوارئ<sup>(1)</sup>. ويرى البعض<sup>(2)</sup> أن المدعى عليه، لا سيما لو كان الدولة المضيفة للاستثمار، وفي ظل الخمسة أيام اللازمة للفصل في طلب تحكيم الطوارئ، لن يكون في وضع جيد لممارسة حق الدفاع، خاصة لو اخذ في الحسبان واقع أن الحكومات الصغيرة في بعض الدول المضيفة للاستثمار لا يتوافر لديها من يتكلم اللغة الإنجليزية – وهي اللغة السائدة في تحكيم الاستثمار - بطلاقة من طاقمهم القانوني، مما يستدعي من تلك الحكومات اللجوء إلى مكاتب محاماة دولية للترجمة الأمر الذي قد يستغرق وقتاً لا يتسع للخمسة أيام سالفة الذكر.

بالإضافة إلى أن الحكومة قد تستغرق وقتاً طويلاً لاختيار طاقم للدفاع عن مصالحها سواء من الداخل أو الخارج في منازعة الاستثمار، وناهيك عن تعقيد وطول الإجراءات الروتينية التي تتطلبها بعد القانونين الإجرائية الإدارية أو الاستثمارية. مما يثير ذلك كله مشكلات بشأن العدالة الإجرائية و ممارسة حق الدفاع. غير أنه لا يجب نسيان أن الدولة التي ترى عدم كفاية الوقت لممارسة الدفاع سوف تجد صعوبة في الاحتجاج بعدم عدالة القواعد الزمنية الواردة في قواعد تحكيم الطوارئ بعد أن رضيت بتطبيقها و الإقبال

(1) مقارنة بقواعد محكم الطوارئ في ICC والتي تحدد مدة 15 يوم لإصدار قرار من محكم الطوارئ. انظر: المادة 4/6 من قواعد ICC لمحكم الطوارئ. والمادة 1/8 من قواعد محكم الطوارئ SCC، ويمتد الميعاد بقرار من اللجنة Board في مركز SCC بناء على طلب مسبب من محكم الطوارئ أو في حالة الضرورة.

(2) Joel Dahlquist, Uppsala- Universitet, Juridiska Institutionen. Emergency Arbitrators in Investment Treaty Disputes. At site (Last visited 11/3/2015):

<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2015/03/10/emergency-arbitrators-in-investment-treaty-disputes/>

عدم رضائها بدفع " الاستوبل Estoppel"، الذي يبدي حال أن وقعت الدولة في التناقض في سلوكياتها.

ومما يخفف من حدة تلك المشكلة، في نظري، إمكانية مد ميعاد الخمسة أيام بقرار من اللجنة Board في مركز SCC بناء على طلب مسيب من محكم الطوارئ أو في حالة الضرورة<sup>(1)</sup>. والواقع العملي سوف يثبت ما إذا كان تحديد مدة الخمسة أيام تحديداً واقعياً أم خيالياً. و ما إذا كان امتداد هذا الميعاد استثناءً أم يصير قاعدة<sup>(2)</sup>.

### (3) مبدأ المواجهة:

إن الموازنة بين تحقيق فلسفة السرعة القصوى في تحكيم الطوارئ و مبدأ صحة الإجراءات أمر لا غنى عنه. وفي سبيل أعمال هذه الموازنة، معظم قواعد التحكيم المؤسسي، وبصفة عامة، تحترم مبدأ المواجهة contradictoire باستلزام أن يتم اتخاذ إجراءات تدابير محكم الطوارئ في حضور الطرف أو المحكم الآخر Inter- Parte وليس في غيبة الطرف الآخر Ex-Parte حتى يعلم بها.

لذلك من مظاهر تطبيق مبدأ المواجهة في تحكيم الطوارئ ما تقضي به المادة 5/6 من قواعد محكم الطوارئ، بالملحق الخامس من قواعد ICC، من أنه خلال المدة المحددة وفق المادة 6(4) من قواعد محكم الطوارئ بالملحق الخامس يجب على محكم الطوارئ أن يرسل الأمر الصادر عنه للأطراف، بنسخة للأمانة العامة، عن طريق أي وسيلة للاتصال المسموح بها في المادة 3(2) من تلك القواعد، والتي يرى محكم الطوارئ أنها تكفل الاستلام الفوري للأمر<sup>(3)</sup>.

(1) المادة 1/8 من قواعد محكم الطوارئ SCC. ويمتد الميعاد بقرار من اللجنة Board في مركز SCC بناء على طلب مسيب من محكم الطوارئ أو في حالة الضرورة.

(2) Marc S. Palay & Tanya Landon, Sidley Austin LLP: "A Comparative Review of Emergency Arbitrator Provisions: Opportunities and Risks," (2012), P.4.

(3) Within the time limit established pursuant to Article 6(4) of this Appendix, the emergency arbitrator shall send the Order to the parties, with a copy to the Secretariat, by any of the means of

والأصل العام أن المحكم لا يملك الإخلال بمبدأ المواجهة<sup>(1)</sup>، كما أن إصدار التدابير في غيبة الطرف الآخر وفق نظر البعض تتنافى والطبيعة الرضائية للتحكيم و ما يستلزمها من معاملة أطراف النزاع على سواء تطبيقاً لمبدأ المساواة و مبدأ المواجهة<sup>(2)</sup>.

إلا أن بعض قواعد محكم الطوارئ المؤسسية كالقواعد السويسرية Swiss rules للتحكيم الدولي تجيز أن تتخذ إجراءات تحكيم الطوارئ في غيبة الطرف الآخر. حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 43 ( قواعد تدابير الطوارئ) منها على أن طلب التحكيم الطوارئ يكون وفقاً للمادة 26 قبل تشكيل هيئة التحكيم و المادة الأخيرة تقضي بأنه : "في الظروف الاستثنائية<sup>(3)</sup>، لمحكمة التحكيم أن تفصل في طلب التدابير الوقائية بطريق الأمر الوقائي Preliminary order – قريب من نظام الأمر على عريضة. قبل اتصال طلب التحكيم بالطرف الآخر، شريطة إعلام الطرف الآخر بالأمر على عريضة، بعد صدوره، ومنح الأطراف فوراً فرصة الرد"<sup>(4)</sup>.

communication permitted by Article 3(2) of the Rules that the emergency arbitrator considers will ensure prompt receipt.

(7<sup>(1)</sup>) أمال الفزائري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، منشأة المعارف، طبعة 1997، بند2، ص9.

(2) Christopher Boog and Bertrand Stoffel: Preliminary Orders and the Emergency Arbitrator: Urgent Interim Relief by an Arbitral Decision Maker in Exceptional Circumstances - 10 Years of Swiss Rules of International Arbitration - ASA Special Series No. 44.2014.p.73.

(3) تلك الظروف الاستثنائية فسرت على أنها حالات الاستعجال و حالات يكون في إعلان الطرف الآخر بطلب التدابير تهدد الهدف من السعي إلى تلك التدابير الوقائية.

Christopher Boog and Bertrand Stoffel: Preliminary Orders and the Emergency Arbitrator: Urgent Interim Relief by an Arbitral Decision Maker in Exceptional Circumstances - 10 Years of Swiss Rules of International Arbitration - ASA Special Series No. 44.2014.p.75.

(4) Article 26: " In exceptional circumstances, the arbitral tribunal may rule on a request for interim measures by way of a preliminary order before the request has been communicated to any other party, provided that such communication is made at the latest together with the preliminary order and that the other parties are immediately granted an opportunity to be heard".

ليست فقط القواعد السويسرية (Swiss Rules) ما تجيز إصدار التدابير الوقتية في غيبة الطرف الآخر ex-parte، بل قد توجي عبارات نص المادة 9.7 من قواعد محكم الطوارئ بمركز LCIA سنة 2014 أنها لا تمنع- على الأقل- من اتخاذ إجراءات تحكيم الطوارئ في غيبة الطرف الآخر، حيث تقضي هذه المادة بأن: "يجوز لمحكم الطوارئ أن يتخذ إجراءات الطوارئ بطريقة يراها هو مناسبة في الظروف، أخذاً في الحسبان طبيعة تلك الإجراءات الطارئة، والحاجة لحمل كل طرف، إن كان ممكناً، فرصة استشارته في طلبه بتدابير الطوارئ (سواء اغتتم أو لم يغتتم تلك الفرصة)، والطلب و أسباب استصدار تدابير الطوارئ و مذكرات الأطراف اللاحقة (إن وجدت)"<sup>(1)</sup>.

بالإضافة إلى أن قانون الأونسيترال النموذجي في مادته 17 ب فقرة أولى تقرر جواز استصدار أوامر أولية بتدابير وقتية، تشبه تلك الصادرة عن محكم الطوارئ، في غياب الطرف الآخر Ex-parte<sup>(2)</sup>. حيث تقضي هذه المادة بأنه: "يجوز لأحد الطرفين أن يقدم، دون إشعار أي طرف آخر، طلباً لاستصدار تدبير مؤقت مع طلب لاستصدار أمر أولي يوعز لأحد الطرفين بالأحيط الغرض من التدبير المؤقت المطلوب، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك".

وفي اعتقادنا أنه ليس في منح محكم الطوارئ سلطة- كقاعدة أو استثناء- إصدار التدابير الوقتية في غيبة الطرف الآخر مخالفة لمبدأ المواجهة، إذ

(1) 9.7: The Emergency Arbitrator may conduct the emergency proceedings in any manner determined by the Emergency Arbitrator to be appropriate in the circumstances, taking account of the nature of such emergency proceedings, the need to afford to each party, if possible, an opportunity to be consulted on the claim for emergency relief (whether or not it avails itself of such opportunity), the claim and reasons for emergency relief and the parties' further submissions (if any).

(2) Parkin, L. ; Wade, S. : Emergency Arbitrators and the State Courts: Will They Work Together?. ARBITRATION -LONDON-; 80, 1; 48-54 In British Institute of International and Comparative Law workshop on international arbitration 2013: do England's expansive grounds for recourse increase delay and interference in arbitration. Institute of Arbitrators , London.2014. (Westlaw).



يُراعى مبدأ المواجهة حتى ولو بعد صدور التدبير الوقفي. حيث يتعين على محكم الطوارئ أو هيئة التحكيم، وفق القواعد السويسرية (Swiss Rules)<sup>(1)</sup>، وقانون الأونسيترال<sup>(2)</sup>، أن يبلغ الطرف الصادر ضده الأمر بطلب استصدار الأمر و الأمر فور صدوره و له الاعتراض على هذا الأمر فور تبليغه به. وهذا يعني أن محكم الطوارئ يراجع و يعيد النظر في قراره هذا بالتعديل أو الإلغاء أو التأكيد. بل إن من الضمانات التي تخفف من حدة مخالفة مبدأ المواجهة حال إصدار التدابير الوقفية في غيبة الطرف الآخر هو التأمين المالي SECURITY الذي يقدره محكم الطوارئ كالتزام على عاتق طالب التدابير. هذا التأمين جبر للأضرار التي قد تصيب المدعى عليه من صدور التدبير في غيبته<sup>(3)</sup>.

(1) المادة 3/26 من القواعد السويسرية (Swiss Rules) تنص على أن: "في حالة ظروف استثنائية يمكن للهيئة التحكيمية أن تقرر في طلب تدابير مؤقتة على طريقة قرار أولي وذلك قبل أن يقع إعلام أي طرف آخر بذلك الطلب شريطة أن يقع ذلك الإعلام في أجل لا يتجاوز الإعلام بالقرار الأولي مع إعطاء الأطراف الأخرى و مباشرة فرصة للرد."

(2) حيث تنص المادة 17 جيم على قواعد خاصة بشأن الأوامر الأولية :

1- يتعين على هيئة التحكيم، فور اتخاذ قرارها بشأن طلب استصدار أمر أولي، أن تشعر جميع الأطراف بطلب إصدار التدبير المؤقت و بطلب استصدار الأمر الأولي وبالأمر الأولي، إن وجد، وجميع الاتصالات الأخرى، بما في ذلك تبين مضمون أي اتصال شفوي، بين أي طرف و هيئة التحكيم بهذا الشأن.

2- يتعين على هيئة التحكيم، في الوقت نفسه، أن تتيح لأي طرف مستهدف بالأمر الأولي فرصة لكي يعرض قضيته في أقرب وقت ممكن عملياً.

3- يتعين على هيئة التحكيم أن تثبت بسرعة في أي اعتراض على الأمر الأولي.

4- ينقضي أجل أي أمر أولي بعد عشرين يوماً من التاريخ الذي تصدره فيه هيئة التحكيم، بيد أنه يجوز لهيئة التحكيم أن تصدر تدبيراً مؤقتاً يعتمد الأمر الأولي أو يعمله، بعد أن يكون الطرف المستهدف بالأمر الأولي قد أشعر بذلك و اتاحت له فرصة لعرض قضيته.

5- يكون الأمر الأولي ملزماً للطرفين، ولكنه لا يكون خاضعاً للإنفاذ من جانب محكمة. ولا يشكل ذلك الأمر الأولي قراراً تحكيمياً.

(3) Christopher Boog and Bertrand Stoffel: Preliminary Orders and the Emergency Arbitrator: Urgent Interim Relief by an Arbitral Decision Maker in Exceptional Circumstances - 10 Years of Swiss Rules of International Arbitration - ASA Special Series No. 44.2014.p.76.

و بشأن سلطة محكم الطوارئ في الأمر بتأمين مالي انظر ما سبق بالتفصيل ص22.

وذهب البعض (1) إلى أن لقضاء الدولة ميزة تميزه عن محكم الطوارئ تمثل في أن الأمر على عريضة الصادر من قاضي الدولة يكون في غياب الطرف الآخر- كنظام Ex-parte- وهو ما يفيد في ابتغاء مباغنة أو مفاجأة الطرف بتدابير وقتية خشية أن يقوم بتهريب أمواله أو التصرف فيها. وهو ما ينتفي وجوده - على سبيل القاعدة(2)- في إجراءات تحكيم الطوارئ. غير أن إصدار التدابير الوقائية في غيبة الطرف الآخر تثير مشاكل عديدة تتعلق بتنفيذ تلك التدابير لمخالفتها لمبدأ المواجهة المتعلق بالنظام العام المحلي و الدولي(3).

### سادساً: التحكيم العادي يُجِب تحكيم الطوارئ

إن الهدف الأساسي من تحكيم الطوارئ هو الحصول على تدابير مستعجلة (وقائية أو تحفظية) قبل تشكيل هيئة التحكيم أو قبل البدء في إجراءات التحكيم العادي. لذا يكون تحكيم الطوارئ لا غاية له و لا هدف لحظة البدء في إجراءات التحكيم العادي أو تشكيل هيئة التحكيم. وبالتالي يُجِب التحكيم العادي تحكيم الطوارئ.

لما تقدم، لا يجوز البدء في تحكيم الطوارئ بعد بدء التحكيم العادي. إذ تقضي بعض قواعد محكم الطوارئ المؤسسية بعدم جواز تعيين محكم الطوارئ بعد إرسال الملف إلى هيئة التحكيم(4). بينما البعض الآخر من قواعد محكم الطوارئ المؤسسية لا يجيز تقديم طلب تحكيم الطوارئ بعد تشكيل هيئة التحكيم(5). بعبارة أخرى، اتبعت بعض المراكز نهج "جواز تعيين محكم

(1) Mohammed Al Marzouqi & John Gaffney: The Use of Emergency Arbitrator Procedures in the UAE: Some Practical Considerations.

على الموقع التالي:

<http://www.tamimi.com/en/magazine/law-update/section-11/february-7/the-use-of-emergency-arbitrator-procedures-in-the-uae-some-practical-considerations.html#sthash.Pxrl05y8.dpuf>

(2) انظر في استثناء القواعد السويسرية (Swiss Rules) في اتباع نظام ex-parte - كنظام الأوامر على عر انض- من قبل محكم الطوارئ كما أشرنا في المتن.

(3) انظر ما سبق ص 114.

(4) حيث تنص المادة 1/29 من قواعد ICC أو الفقرة 2 من المادة 2 من الملحق 5 قواعد ICC على أنه : "لا يجوز تعيين محكم الطوارئ بعد إرسال الملف إلى هيئة التحكيم بموجب المادة 6 من القواعد". والمادة 1/1 من ملحق الثاني من قواعد SCC.

(5) عملاً بالمادة الأولى من الملحق 1 لقواعد محكم الطوارئ SIAC. والمادة 1/6 من قواعد

ICDR 2014.

الطوارئ حتى إحالة الملف لمحكمة التحكيم"، والبعض الآخر اتبع نهج آخر وهو " جواز تعيين محكم الطوارئ حتى تشكيل محكمة التحكيم".

وبالنسبة لنهج عدم تقديم طلب تحكيم الطوارئ بعد إحالة الملف، يترتب عليه بمفهوم المخالفة جواز تعيين محكم الطوارئ أو تقديم طلب تحكيم الطوارئ- حيث يتخللها أيام قليلة جداً- حتى بعد تشكيل هيئة التحكيم؛ لأن إرسال ملف التحكيم يأتي في مرحلة زمنية لاحقة على تشكيل هيئة التحكيم.

ويتم إحالة الملف بعد تشكيل هيئة التحكيم و تسديد دفعة مقدمة من مصاريف التحكيم advance on costs ثم تقوم الإدارة ( الأمانة العامة أو السكرتارية) بإحالة الملف إلى هيئة التحكيم<sup>(1)</sup>. وبالتالي قد يستغرق تسديد الدفعة المقدمة من مصاريف التحكيم مهلة أو فترة زمنية؛ لأن المادة 4 من قواعد ICC<sup>(2)</sup>، على سبيل المثال، تنص على أن للأمانة العامة أن تمنح المحتكم المدعي مهلة لتسديد تلك الدفعة المقدمة، وإلا حفظ الطلب دون إخلاله بإبداء طلب جديد للتحكيم في تاريخ لاحق. ولحين انتهاء المهلة الممنوحة من الأمانة العامة أو لحين تقديم طلب جديد لحفظ الطلب الأول قد يتم خلال تلك الفترة إصدار تدبير طوارئ من محكم الطوارئ يشبع حاجة أطراف التحكيم لمواجهة حالة طارئة لا تنتظر حتى إرسال ملف التحكيم إلى هيئة التحكيم العادي.

ويتضح مما سبق أن نهج " جواز تعيين محكم طوارئ حتى إرسال الملف لمحكمة التحكيم" يتيح اللجوء إلى محكم الطوارئ لفترة أطول من نهج "جواز تعيين محكم الطوارئ حتى تشكيل هيئة التحكيم" وهو ما يعد عنصراً جاذباً للطرف المحتاج لتدابير التحكيم الطارئة.

وعلى أية حال، يترتب على أن التحكيم العادي يُجب تحكيم الطوارئ إنهاء سلطة محكم الطوارئ فور تشكيل هيئة التحكيم أو إحالة الملف إليها، إذ

(1) المادة 18 من قواعد SCC والمادة 16 من قواعد ICC.

(2) تنص الفقرة الأخيرة من المادة 4 من قواعد التحكيم ICC على أن: "... وإذا خالف المدعي أحد هذه الشروط (ومنها تسديد رسوم الدعوى المقررة في الملحق 3 " مصاريف وأتعاب التحكيم" والمعول به يوم التقدم بالطلب)، يجوز للأمانة العامة أن تمنحه مهلة لاستيفائها، فإذا انقضت المهلة دون استيفاء الشروط، حفظ الطلب دون الإخلال بحقوق المدعي في إبداء ذات الطلبات في تاريخ لاحق بواسطة طلب آخر. ". وهي ذات القواعد المنصوص عليها في المادة 3 من قواعد التحكيم SCC.

يصبح محكم الطوارئ لا ولاية له، فولايته استثنائية ومؤقتة بفترة زمنية معينة  
لحين إحالة القضية إلى محكمة التحكيم<sup>(1)</sup> أو فور تشكيل الأخيرة<sup>(2)</sup>. وإذا قدم  
طلب تعيين محكم الطوارئ بعد ذلك يصبح وارداً على غير محل غير مقبول  
لانتفاء المصلحة.

## الفرع الثاني

### النظام الإجرائي لتحكيم الطوارئ

نعرض الآن للنظام الإجرائي لتحكيم الطوارئ، مرتكزين على قواعد  
المركز الدولي لفض المنازعات Centre for Dispute International Resolution  
(ICDR) سنة 2006، وقواعد مركز سنغافورة للتحكيم  
الدولي (SIAC) Singapore International Arbitration Centre سنة  
2010، وغرفة ستوكهلم للتجارة Stockholm Chamber of  
Commerce (SCC) سنة 2010، و قواعد غرفة التجارة الدولية  
(ICC) International Chamber of Commerce سنة 2012، ومحكمة  
لندن للتحكيم الدولي London Court of International Arbitration  
(LCIA) سنة 2014<sup>(3)</sup>.

توجد بين تلك القواعد سאלفة الذكر عوامل مشتركة فيما بينهم و اختلافات  
تخص مدى جواز إبداء طلب تعيين محكم طوارئ في غيبة الطرف الآخر  
ex-parte ومواعيد إصدار القرار و شكل قرار محكم الطوارئ و نفقات  
تحكيم الطوارئ.

### أولاً: تقديم طلب تحكيم الطوارئ

#### (1) ميعاد تقديم طلب تحكيم الطوارئ:

تعددت مناهج القواعد المؤسسية في تحديد وقت تقديم طلب تحكيم  
الطوارئ أو طلب تعيين محكم الطوارئ. فمنهم من حدد نقطة البداية من إيداع

(1) نص المادة 2/1 من قواعد محكم الطوارئ SCC.

(2) المادة 7 من الملحق (1) من قواعد SIAC. و المادة 5/6 من قواعد ICDR سنة 2014.

(3) التركيز في هذه الدراسة على تلك القواعد المشار إليها في المتن يرجع على أنها الأكثر صيماً  
في عالم التحكيم عموماً و تحكيم الطوارئ خصوصاً، بل هي الأكثر تطبيقاً لتحكيم الطوارئ في  
الواقع العملي.

إعلان التحكيم، ومنهم من اكتفى بتحديد نقطة النهاية حتى تشكيل هيئة التحكيم أو حتى إحالة الملف لهيئة التحكيم.

حيث تسمح قواعد ICC وقواعد SCC والقواعد السويسرية ( Swiss Rules) للأطراف بتقديم طلب تعيين محكم الطوارئ ليس فقط قبل تشكيل هيئة التحكيم بل وقبل البدء في إجراءات التحكيم العادي<sup>(1)</sup>.

ففي قواعد مركز SCC للتحكيم يجوز تقديم طلب التدابير الوقائية الطارئة ليس فقط قبل تشكيل هيئة التحكيم، ولكن أيضاً قبل البدء في إجراءات التحكيم العادي أي حتى في الفترة ما بين تشكيل محكمة التحكيم و بدء إجراءات التحكيم الأساسية – سواء بتقديم طلب التحكيم Request of Arbitration أو بإعلان التحكيم Notice of Arbitration - والتي قد تأخذ شوطاً ليس

---

(1) حيث يقبل طلب تعيين محكم الطوارئ فقط إذا تم استلامه من قبل سكرتارية ICC " قبل إحالة ملف إلى محكمة التحكيم عملاً بالمادة 16" (م 29 من قواعد ICC). وتتص المادة الأولى من الملحق رقم 2 من قواعد SCC على أنه يقبل طلب تعيين محكم الطوارئ حتى إحالة القضية لمحكمة التحكيم عملاً بالمادة 18 من قواعد التحكيم. ولا تضع- على عكس الحال في CC أو SCC- المادة 43 من قواعد السويسرية أية قيود زمنية بالنسبة لوقت تقديم طلب تحكيم الطوارئ. وجدير بالذكر أنه أبدى البعض وجود تناقض ما بين نص المادة 29 من قواعد ICC والتي تتيح تقديم طلب تعيين محكم الطوارئ حتى فيما بعد تشكيل هيئة التحكيم وقبل إحالة الملف إليها و ما تشترطه المادة 3/1 من قواعد محكم الطوارئ بالملحق الخامس من ضرورة ذكر الأسباب التي أدت إلى طلب اتخاذ تدابير وقائية أو تحفظية عاجلة لا تحتمل الانتظار لحين تشكيل هيئة التحكيم وليس لحين إحالة الملف إليها.

Carlos de los Santos Lago and Victor Bonnin, Emergency Proceedings Under the New ICC Rules in Miquel Ángel Fernández-Ballesteros and David Arias (eds), Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje, (Wolters Kluwer España 2012 Volume 2012 Issue 13 ). Note13.

ولكن في اعتقادنا أنه لا يوجد تناقض؛ لأن المادة 3/1 سألقة الذكر تخاطب طالب تحكيم الطوارئ بالمعلومات التي لا بد أن يتضمنها طلبه و الأخير ملتزم بتقديم طلبه في تعيين محكم الطوارئ فيما قبل تشكيل هيئة التحكيم عملاً بالفقرة الثانية من المادة 1/29 و التي وضعت الحد الأقصى لقبول هذا الطلب وحدته في ميعادين، الأول ملتزم به طالب تحكيم الطوارئ وهو حتى ما قبل تشكيل هيئة التحكيم و الآخر ملتزم به الأمانة العامة وهو حتى ما قبل إرسال الملف لهيئة التحكيم. مع الأخذ في الاعتبار أنه قد تتخلل إجراءات تقديم الطلب ثم تسلمه من الأمانة العامة ثم إرسال الملف للهيئة فترات زمنية.

بقصير، بسبب التأخر في دفع مصاريف مقدمة الدفع أو لرد الهيئة أو أحد أعضائها<sup>(1)</sup>.

ولكن قد يستغل طالب التدابير تلك الفترة ما بين تشكيل المحكمة وإحالة الملف إليها في إطالة أمد النزاع، فيتعمد تأخير دفع الدفعات المقدمة لا سيما لو كانت تلك التدابير الوقائية أو التحفظية في صالحه أو حتى على فرض عدم تقديم طلب التدابير الطارئة بعد. وحتى تواجه محكمة التحكيم هذا التسويف عليها أن تعتبر عدم دفع المقدمات من قبيل سحب طلب التحكيم<sup>(2)</sup> و الذي يستتبعه تجريد قرار محكم الطوارئ من قوته الإلزامية<sup>(3)</sup>.

وفي جميع الأحوال، لا يجوز تعيين محكم الطوارئ بعد إرسال الملف إلى محكمة التحكيم<sup>(4)</sup>. وبالتالي، وبمفهوم المخالفة، يجوز تعيين محكم الطوارئ أو تقديم طلب تحكيم الطوارئ- حيث يتخللها أيام قليلة جدا- حتى بعد تشكيل هيئة التحكيم. لأن إرسال ملف التحكيم يأتي في مرحلة زمنية لاحقة

(1) عملاً بالمادة الأولى من قواعد محكم الطوارئ SCC :

Article 1 Emergency Arbitrator: (1) A party may apply for the appointment of an Emergency Arbitrator until the case has been referred to an Arbitral Tribunal pursuant to Article 18 of the Arbitration Rules.

Article 18: Referral to the Arbitral Tribunal When the Arbitral Tribunal has been appointed and the Advance on Costs has been paid, the Secretariat shall refer the case to the Arbitral Tribunal.

(2) طبقاً للمادة 6/36 من قواعد ICC والتي تنص على أن: "في حالة عدم الالتزام بتسديد الدفعة المقدمة على حساب المصاريف، يجوز للأمين العام، بعد التشاور مع هيئة التحكيم، أن يطلب منها تعليق عملها وأن تحدد مهلة لا تقل عن 15 يوم، وبانقضاء هذه المهلة تعتبر الطلبات المتعلقة بالدفعة المتأخرة مسحوبة..."

(3) يعتبر قرار محكم الطوارئ غير ملزماً في الأحوال الآتية (د) أو سحب جميع الطلبات أو إنهاء التحكيم قبل صدور حكم نهائي. (م) 6/6 من قواعد محكم الطوارئ الواردة في قواعد ICC.

Carlos de los Santos Lago and Victor Bonnín, Emergency Proceedings Under the New ICC Rules in Miguel Ángel Fernández-Ballesteros and David Arias (eds), Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje, (Wolters Kluwer España 2012 Volume 2012 Issue 13 ). p.10

(4) حيث تنص المادة 1/29 من قواعد ICC أو الفقرة 2 من المادة 2 من الملحق 5 قواعد ICC على أن : "لا يجوز تعيين محكم الطوارئ بعد إرسال الملف إلى هيئة التحكيم بموجب المادة 6 من القواعد". والمادة 1/1 من الملحق الثاني من قواعد SCC.

على تشكيل هيئة التحكيم. ويتضح من ذلك، كما أسلفنا، أن النهج الأول (حتى إرسال الملف للهيئة) يتيح اللجوء إلى محكم الطوارئ لفترة أطول من النهج الثاني (حتى تشكيل هيئة التحكيم) وهو ما يعد عنصراً جاذباً للطرف المحتاج لتدابير التحكيم الطارئة. ولكن البعض الآخر من قواعد محكم الطوارئ المؤسسية لا تجيز تقديم طلب تحكيم الطوارئ بعد تشكيل هيئة التحكيم<sup>(1)</sup>.

بل أكثر القواعد المؤسسية تشدداً<sup>(2)</sup> تلك التي لا تسمح بتقديم طلب تعيين محكم الطوارئ إلا مع أو بعد إيداع إعلان التحكيم concurrent with or following the filing the notice of arbitration دون تحديد فترة زمنية معينة، و قبل تشكيل هيئة التحكيم، حتى تضمن تجنب تسويق المدعي إذا كان طلب تعيين محكم الطوارئ لم يقصد منه سوى إطالة أمد النزاع.

وتشدت قواعد LCIA أكثر من ذلك، حيث اشترطت أن يرفق بطلب تعيين محكم الطوارئ المكتوب- إذا قدم من المدعي - طلب التحكيم العادي، أو يرفق به- إذا قدم من المدعي عليه<sup>(3)</sup>- نسخة من الرد على طلب التحكيم<sup>(4)</sup>.

---

(1) عملاً بالمادة الأولى من الملحق 1 لقواعد محكم الطوارئ SIAC . والمادة 1/6 من قواعد ICDR 2014. أو حتى بعد التشكيل السريع المعمول به في قواعد LCIA سنة 2014 ( عملاً بالبند 9.4 من المادة 9B من قواعد محكم الطوارئ).  
(2) قواعد SIAC حيث تنص المادة الأولى من قواعد محكم الطوارئ في الملحق رقم 1 والتي نصها كالآتي:

"A party in need of emergency relief may, concurrent with or following the filing of a Notice of Arbitration but prior to the constitution of the Tribunal, make an application for emergency interim relief...".

وكذلك تنص المادة 1/6 من قواعد ICDR سنة 2014 على أن إعلان طلب تعيين محكم الطوارئ يقدم تبعاً أو بعد تقييم إلا عن التحكيم العادي. ونصها كالآتي :

"...The notice shall be submitted concurrent with or following the submission of a Notice of Arbitration...".

(3) والذي يجب إيداعه خلال 28 يوم من بدء إجراءات التحكيم عملاً بالبند 2.1 من المادة الثانية.

(4) انظر البند 9.5 من المادة 9B بشأن قواعد محكم الطوارئ في قواعد LCIA ونصها كالآتي:

"Such an application shall be made to the Registrar in writing (preferably by electronic means), together with a copy of the Request (if made by a Claimant) or a copy of the Response (if made by a Respondent),...".

ومن القواعد المؤسسية ما تقرر فترة زمنية معينة يجب خلالها أن يقدم فيها المدعي طلب التحكيم أو إعلانه بعد تقديم طلب تعيين محكم الطوارئ، وهي قاعدة مقررة لحماية المدعى عليه، و حتى لا يسيء المدعي استعمال قواعد محكم الطوارئ في تسويق وإطالة أمد التحكيم العادي، وهو ما يتعارض مع فلسفة التحكيم في السرعة و تجنب البطء الذي أصاب نظام قضاء الدولة.

على سبيل المثال تقرر قواعد ICC، والقواعد السويسرية ( Swiss Rules) ميعاد 10 أيام منذ استلام طلب تعيين محكم الطوارئ يجب خلالها أن يقدم طلب التحكيم أو إعلانه. وهو ميعاد قابل للامتداد بقرار من محكم الطوارئ أو المحكمة Court<sup>(1)</sup>. والنهج مختلف في قواعد SCC حيث تقرر أن قرار محكم الطوارئ لا يعد ملزماً للأطراف لو لم يبدأ التحكيم العادي خلال 30 يوم من تاريخ صدور قرار محكم الطوارئ<sup>(2)</sup>.

والاختلاف بين النهجين في طول الفترة الزمنية (30 يوم)، و بداية حسابها(من تاريخ صدور قرار محكم الطوارئ)، وفي الجزاء(وهو تجرد قرار محكم الطوارئ من إلزاميته) وليس إنهاء إجراءات تحكيم الطوارئ. فإن كانت قواعد SCC تضمن استمرار إجراءات تحكيم الطوارئ لحين صدور قرار بالتدبير الطارئ، على عكس القواعد المؤسسية الأخرى سألقة الذكر (ICC و Swiss Rules)، ولكنها تسمح للمدعي بإساءة استخدام طلب تعيين محكم الطوارئ.

---

(1) حيث تنص المادة 6/1 من قواعد محكم الطوارئ في ICC على أنه يتعين على الرئيس (رئيس المحكمة) إنهاء إجراءات محكم الطوارئ إذا لم تستلم الأمانة العامة طلب التحكيم من المدعي خلال 10 أيام من استلام الأمانة العامة طلب محكم الطوارئ. ما لم يأمر محكم الطوارئ بمده لفترة أطول في حالة الضرورة". وتنص المادة 3/43 من القواعد السويسرية (Swiss Rules) للتحكيم على أنه إذا قدم طلب تعيين محكم الطوارئ قبل إعلان التحكيم العادي، على المحكمة أن تنتهي إجراءات تحكيم الطوارئ إذا لم يقدم إعلان التحكيم خلال 10 أيام من تاريخ استلام طلب تعيين محكم الطوارئ. وفي ظروف استثنائية، للمحكمة أن تمد هذا الميعاد".

(2) انظر: المادة 4/9 وفي البند الثالث من قواعد محكم الطوارئ الملحق رقم 2.



## 2) عناصر طلب تحكيم الطوارئ:

إن طلب تحكيم الطوارئ له مقتضيات شكلية وأخرى موضوعية<sup>(1)</sup>، وفق قواعد محكم الطوارئ المؤسسية. تلك المقتضيات تستلزمها طلب التدابير الوقائية الطارئة في مرحلة ما قبل تشكيل هيئة التحكيم.

وبشأن المقتضيات الشكلية، كما في طلب التحكيم العادي، إن طلب تعيين محكم الطوارئ يتم نسخه بعدد كاف، نسخة للطرف الآخر، وآخر لمحكم الطوارئ وآخر للأمانة العامة. كما لا بد أن يتضمن حد أدنى من المعلومات عن أسباب استصدار تدابير وقائية طارئة لا تحتمل لحين تشكيل هيئة التحكيم وطبيعة تلك التدابير، وسبب منحها لأحد الأطراف، بجانب بيانات الأطراف، واتفق التحكيم وملابسات النزاع أو ملخصه، وأي اتفاق بخصوص مكان التحكيم أو القانون الواجب التطبيق أو اللغة، وما يثبت دفع الرسوم أو أنه سيدفع الرسوم<sup>(2)</sup>.

وجدير بالذكر هنا أن بعض القواعد المؤسسية اهتمت بتفاصيل أكثر تخص المقتضيات الشكلية لتحكيم الطوارئ. فقواعد ICC - على عكس القواعد المؤسسية الأخرى - قد اهتمت بتفاصيل مسألة لغة التحكيم. إذ تقضي تلك القواعد أن لغة تحكيم الطوارئ هي اللغة التي رضي بها الأطراف في اتفاق التحكيم، وفي حال عدم الاتفاق تتحدد اللغة بلغة اتفاق التحكيم ذاته<sup>(3)</sup>، وإذا كان اتفاق التحكيم حرر بعدة لغات فتكفي إحداها لتكون لغة تحكيم الطوارئ<sup>(4)</sup>.

(1) إن المقتضيات الموضوعية لطلب تحكيم الطوارئ هي المقتضيات الموضوعية لاستصدار التدابير الوقائية أمام محكم الطوارئ. انظر ما سبق ص 31 وما بعدها.

(2) انظر: المادة 1/2، من قواعد محكم الطوارئ بالملحق الخامس من قواعد ICC. والمادة الثانية من قواعد محكم الطوارئ بالملحق الثاني من قواعد SCC. والمادة 43 فقرة أولى من قواعد السويسرية (Swiss Rules). والمادة الأولى من قواعد محكم الطوارئ بالملحق الأول من قواعد SIAC و المادة 1/6 من قواعد تدابير الحماية الطارئة من قواعد ICDR. والبند 9.5 من المادة 9B من قواعد LCIA.

(3) انظر: المادة 1/4 من قواعد محكم الطوارئ ICC.

(4) Carlos de los Santos Lago and Victor Bonnin, Emergency Proceedings Under the New ICC Rules in Miguel Ángel Fernández-Ballesteros and David Arias (eds), Spain Arbitration Review |

بينما اهتمت القواعد السويسرية (Swiss Rules) وقواعد SCC أكثر  
بمكان تحكيم الطوارئ. إذ تقضي القواعد السويسرية (Swiss Rules) بأنه  
إذا لم يتفق الأطراف على مكان التحكيم أو كان تحديده مبهماً أو ناقصاً، فيحدد  
مكان تحكيم الطوارئ بناء على قرار المحكمة court بدون الإخلال بقواعد  
مكان التحكيم العادي الواردة في المادة 1/16 من قواعد التحكيم السويسرية<sup>(11)</sup>  
أو يتم تحديده عن طريق اللجنة Board كما في قواعد محكم  
الطوارئ SCC<sup>(12)</sup>.

ونرى أن اهتمام مراكز التحكيم بكل عناصر تحكيم الطوارئ حتى لغة  
التحكيم ومكانه يسهم بشكل كبير في تحقيق السرعة والمرونة المتطلبتين  
للقضاء على أية محاولات لتأجيل إجراءات التحكيم بسبب عدم الاتفاق أو  
الفشل في الاتفاق<sup>(13)</sup>. وقواعد محكم الطوارئ الأنجح في نظرنا هي تلك  
القواعد التي تغني الأطراف عن اللجوء إلى قضاء الدولة للمساعدة لما قد  
يطيح بمزايا التحكيم باللجوء إلى ما يسمى بـ"قضائية التحكيم  
Judicialization of Arbitration".

ونرى عموماً في حال عدم اتفاق الأطراف على عنصر ما من عناصر  
تحكيم الطوارئ، كلفة التحكيم أو مكان التحكيم أو القانون الواجب التطبيق  
على التحكيم، فيمكن الرجوع إلى قواعد تحديد تلك العناصر في التحكيم  
العادي<sup>(14)</sup>، الاتفاقية وإلا المؤسسية منها، ولكن بما يتناسب مع طبيعة تحكيم  
الطوارئ الخاصة<sup>(15)</sup>. وعلى سبيل المثال، إن تحديد القانون الواجب التطبيق

Revista del Club Español del Arbitraje, (Wolters Kluwer España  
2012 Volume 2012 Issue 13 ). p.11.

(11) انظر: المادة 5/43 من قواعد التدابير الطارئة Emergency relief في القواعد السويسرية  
(Swiss Rules).

"If the parties have not determined the seat of the arbitration, or if  
the designation of the seat is unclear or incomplete, the seat of the  
arbitration for the emergency relief proceedings shall be determined  
by the Court without prejudice to the determination of the seat of the  
arbitration pursuant to Article 16(1)."

(12) المادة 5 من قواعد محكم الطوارئ SCC.

(13) انظر في اعتبار تحكيم الطوارئ مرناً وسريعاً ما سبق ص 65.

(14) لذلك تشترط بعض المراكز أن يرفق بطلب تعيين محكم الطوارئ اتفاق التحكيم العادي حتى  
يستأنس بعناصر التحكيم فيها. انظر المادة الأولى من الملحق الخامس في قواعد ICC.

(15) انظر خصائص تحكيم الطوارئ ما سبق ص 54 وما بعدها.

على تحكيم الطوارئ قد يختلف عن ذلك المنطبق على التحكيم العادي؛ لأن التدابير الوقائية أو التحفظية قد لا يعترف بها في مكان التحكيم، أو أن المحكم قد يمنع من إصدار بعض التدابير<sup>(16)</sup>.

وأخيراً، يقدم طلب تحكيم الطوارئ إلى السلطة الإدارية بالمؤسسة و التي سوف تقوم بتعيين محكم الطوارئ خلال ساعات أو أيام.

### (3) نفقات تحكيم الطوارئ:

تضع مراكز التحكيم نفقات لإجراءات تحكيم الطوارئ، وسوف نركز هنا فقط على ثلاثة نماذج للقواعد المؤسسية أحدهما أخذ الطابع المتشدد في النفقات و التوزيع كما في قواعد ICC، و الآخر أخذ الطابع التخفيفي كما في قواعد SCC و الأخير أخذ الطابع المعتدل كما في القواعد السويسرية (Swiss Rules).

إن مركز ICC يضع أعلى مصاريف ونفقات لتحكيم الطوارئ. فعلى طالب التحكيم أن يدفع 40 ألف دولار أمريكي، يشمل 10 آلاف دولار للرسوم الإدارية و 30 ألف دولار مقابل مقدم رسوم ونفقات محكم الطوارئ (م 7 من الملحق رقم 5 من قواعد ICC). لرئيس محكمة غرفة التجارة الدولية سلطة رفع أو خفض تلك الدفعات المقدمة من النفقات سواء الرسوم الإدارية أو نفقات محكم الطوارئ بالاعتماد على طبيعة الإجراءات.

ويتعين على محكم الطوارئ تحديد نفقات إجراءات تحكيم الطوارئ في قراره و له سلطة تقديرية في تحديد كيفية توزيع النفقات بين أطراف التحكيم. ولكن تلك القواعد تختلف عن قواعد نفقات التحكيم العادي؛ لأن القواعد

---

(16) Carlos de los Santos Lago and Victor Bonnín, Emergency Proceedings Under the New ICC Rules in Miguel Ángel Fernández-Ballesteros and David Arias (eds), Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje, (Wolters Kluwer España 2012 Volume 2012 Issue 13 ). p.14.

الأخيرة تترك أمر تحديد نفقات ومصاريف المحكمين و الرسوم الإدارية لمحكمة ICC (22).

وعملاً بقواعد محكم الطوارئ بمركز SCC يتعين على طالب التدابير الطارئة دفع مبلغ 15 ألف دولار (3 آلاف رسو الطلب و 12 ألف مقابل رسوم و نفقات محكم الطوارئ). واللجنة Board بمركز SCC لها سلطة رفع أو خفض النفقات طبقاً لطبيعة الإجراءات. وعلى عكس قواعد ICC، فليس لمحكم الطوارئ في SCC سلطة توزيع نفقات بين أطراف التحكيم، ولكن هذه السلطة تؤول إلى محكمة التحكيم والتي لها، بناء على طلب الطرف، أن تقرر نفقات إجراءات تحكيم الطوارئ في حكمها النهائي (23).

وفيما بين قواعد مركز ICC وقواعد مركز SCC تبنت القواعد السويسرية (Swiss Rules) حلاً وسطاً في تحديد و توزيع نفقات تحكيم الطوارئ. فلمحكم الطوارئ أن يحدد نفقات إجراءات تحكيم الطوارئ و يحيل مسودة لسكرتارية مقدماً للموافقة أو التعديل من قبل محكمة التحكيم. كما أن توزيع النفقات بين الأطراف يكون من سلطة محكمة التحكيم ما لم تتشكل بعد، فيكون لمحكم الطوارئ أن يفصل في التوزيع في النفقات بحكم منفصل separate award (24).

و جدير بالذكر أن نفقات تحكيم الطوارئ قد تبدو أعلى أحياناً عن نفقات استصدار التدابير الوقائية من محكمة التحكيم، وهي أعلى بكثير من نفقات استصدار التدابير الوقائية من قضاء الدولة (المستعجل)، ولو كان التقاضي على درجتين أو وصل أمام المحكمة العليا في الدولة.

## ثانياً: إعلان الطرف الآخر Notification to respondent

### (1) القاعدة:

إن معظم قواعد محكم الطوارئ المؤسسية كقاعدة- تستوجب إعلان طاب تعيين محكم الطوارئ للمدعى عليه. وهو ما يعد تطبيقاً لمبدأ المواجهة

(22) انظر: المادة 2 من الملحق 3 من قواعد التحكيم ICC.

(23) المادة 10 من الملحق الثاني من قواعد SCC

(24) انظر: م9/43 من القواعد السويسرية (Swiss Rules) للتحكيم.

وممارسةً لحق الدفاع وهم من مبادئ التقاضي الأساسية سواء أمام قاضي الدولة أو المحكم، فهي تعتبر من الحقوق الدستورية بل من حقوق الإنسان الإجرائية التي لا غنى لأي وسيلة فض منازعات- أياً كان شكلها أو نظامها- عنها، خشية تعرض قرار المحكم للبطلان أو عدم تنفذه لعدم مراعاة صحة الإجراءات<sup>(25)</sup> process due.

وبالتالي لا يجوز- كقاعدة- اتخاذ إجراءات تحكيم الطوارئ في غيبة الطرف الآخر (Ex-parte application). إن مبدأ المواجهة وحق الدفاع- كمبادئ تقاضي أساسية- تعد من القواعد الملزمة أو الإلزامية mandatory provision التي إذا تعارضت مع قواعد محكم الطوارئ غلبت الأولى على الثانية<sup>(26)</sup>.

ولا بد أن يتم الإعلان الفوري للمحتكم ضده في تحكيم الطوارئ سواء قبل تعيين محكم الطوارئ أو فور تعيينه. حيث وفقاً لقواعد SCC يتعين إعلان المدعى عليه إعلاناً مبكراً وفور استلام طلب تعيين محكم الطوارئ، حتى ولو قبل تمام تعيين محكم الطوارئ<sup>(27)</sup>. بل تلزم قواعد ICC الأمانة العامة فيها على إعلان الأطراف فور تعيين محكم طوارئ وقبل إحالة الملف إليه<sup>(28)</sup>.

(25) انظر ما سبق ص 114.

(26) تنص القاعدة الأولى على انه حال اتفاق الأطراف على إحالة النزاع إلى SIAC فيعني ذلك اتفاقهم على أن التحكيم يجرى وفقاً لتلك القواعد. وحال أن تعارضت إحدى تلك القواعد مع قاعدة ملزمة في القانون الواجب التطبيق على التحكيم الذي لا يجوز للأطراف أن يتفقوا على مخالفته، فإن هذه القاعدة الملزمة هي واجبة التطبيق".

## Rule 1: Scope of Application and Interpretation

1.1: Where parties have agreed to refer their disputes to SIAC for arbitration, the parties shall be deemed to have agreed that the arbitration shall be conducted and administered in accordance with these Rules. If any of these Rules is in conflict with a mandatory provision of the applicable law of the arbitration from which the parties cannot derogate, that provision shall prevail.

وهو ذات الحكم في قواعد ICDR للتحكيم الدولي وفقاً للمادة الأولى منها.

(27) انظر: المادة 3 من قواعد محكم الطوارئ بالملحق رقم 2 من قواعد SCC.

(28) انظر: المادة 3/2 من قواعد محكم الطوارئ في الملحق رقم 5 من قواعد ICC.

كما أن قواعد ICDR في المادة 1/6 ( تدابير الحماية الطارئة)<sup>(34)</sup>، تقضي بوجوب إعلان طلب تعيين محكم الطوارئ- مع أو بعد إعلان التحكيم العادي- السجل Registrar و باقي الأطراف كتابةً بطبيعة التدبير المطلوب استصداره و أسبابه المبنية على حالة الطوارئ. ويجب أن يتضمن هذا الإعلان بياناً يفيد تمام إخطار باقي الأطراف أو شرح لخطوات اتخذت بحسن نية لإعلان باقي الأطراف<sup>(35)</sup>.

والملاحظ أن قواعد SIAC وقواعد ICDR في تحكيم الطوارئ لم يستلزم الإعلان الفعلي، بل يكفي إبداء حسن النية في اتخاذ خطوات لإعلان الطرف الآخر، حتى ولو لم يعلم الطرف الآخر فعلياً بطلب تعيين محكم

---

<sup>(34)</sup> Article 6/1(Emergency Measures of Protection): A party may apply for emergency relief before the constitution of the arbitral tribunal by submitting a written notice to the Administrator and to all other parties setting forth the nature of the relief sought, the reasons why such relief is required on an emergency basis, and the reasons why the party is entitled to such relief. The notice shall be submitted concurrent with or following the submission of a Notice of Arbitration. Such notice may be given by email, or as otherwise permitted by Article 10, and must include a statement certifying that all parties have been notified or an explanation of the steps taken in good faith to notify all parties.

بينما تشترط المادة الأولى من قواعد محكم الطوارئ SIAC بأن يتم تقديم طلب تعيين محكم الطوارئ- وليس إعلانه- عند أو بعد إعلان التحكيم العادي.

“A party in need of emergency relief may, concurrent with or following the filing of a Notice of Arbitration but prior to the constitution of the Tribunal, make an application for emergency interim relief”.

<sup>(35)</sup> Article 1: The party shall notify the Registrar and all other parties in writing of the nature of the relief sought and the reasons why such relief is required on an emergency basis. The application shall also set forth the reasons why the party is entitled to such relief. Such notice must include a statement certifying that all other parties have been notified or an explanation of the steps taken in good faith to notify other parties.

الطوارئ، على الرغم من أنها تتطلب الإعلان الفعلي بطلب التحكيم العادي، وهو مظهر من مظاهر المرونة أحد خصائص تحكيم الطوارئ.

بيد أن الفارق بين قواعد SIAC وقواعد ICDR يتمثل في أن قواعد ICDR - على عكس قواعد SCC- جعلت من الإعلان المكتوب للطرف الآخر - والمدير the Administrator - ليس فقط إجراء لعلم الطرف الآخر بطلب تعيين محكم الطوارئ بل لبدء إجراءات تحكيم الطوارئ ذاتها. كما أن قواعد SIAC لم تحدد ميعاداً معيناً لإعلان الطرف الآخر بطلب تحكيم الطوارئ، سواء تم تعيين محكم الطوارئ قبل أو بعده، حيث يتم تعيين محكم الطوارئ خلال يوم عمل من استلام السجل لطلب تعيين محكم الطوارئ (م 2 من قواعد محكم الطوارئ الملحق رقم 1). بينما قواعد ICDR حددت ميعاد إعلان تحكيم الطوارئ قبل تعيين محكم الطوارئ، حيث يجب أن يتم تعيين محكم الطوارئ خلال يوم عمل من يوم استلام إعلان طلب تحكيم الطوارئ (البند 2 من المادة 6 "تدابير الحماية الطارئة").

ويلاحظ أيضاً أن قواعد ICDR هي الوحيدة - عن باقي القواعد المؤسسية الأخرى- التي حددت الشكل الذي يتم فيه الإعلان المكتوب، حيث تقضي بأن يتم بالبريد الإلكتروني Email أو أي وسيلة حددتها المادة 1/10 منها والتي تنص على أن يتم بأي شكل يسمح بتسجيل إرساله بما فيها البريد الإلكتروني أو البريد السريع أو الفاكس أو أي شكل كتابي آخر للاتصال الإلكتروني يتم إرساله إلى الطرف أو ممثله في آخر عنوان معروف له أو بالخدمة الشخصية، ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك<sup>(1)</sup>. ووفقاً للبند 9.5 من المادة 9B من قواعد محكم الطوارئ في LCIA اشترطت استلام أو إعلان المدعى عليه لطلب تعيين محكم الطوارئ، ولكن دون تحديد ميعاده

(1) أو ما لم تأمر محكمة التحكيم بغير ذلك. والبيهي عدم تصور صدور أمر محكمة التحكيم السابق السابق حيث أننا في مرحلة ما قبل تشكيلها في إطار تحكيم الطوارئ بل وقبل تعيين محكم الطوارئ لأن الإعلان يتم قبل تعيينه. ونص المادة 10 كالتالي:

Article 10: Unless otherwise agreed by the parties or ordered by the arbitral tribunal, all notices and written communications may be transmitted by any means of communication that allows for a record of its transmission including mail, courier, fax, or other written forms of electronic communication addressed to the party or its representative at its last-known address, or by personal service.

لتعيين محكم الطوارئ ودون تحديد شكل للإعلان كسائر القواعد المؤسسية الأخرى.

## (2) الاستثناء:

واستثناء من القاعدة العامة سالفه الذكر والتي تقضي بوجوب إعلان المدعى عليه بطلب تحكيم الطوارئ، لم تقرر القواعد السويسرية (Swiss Rules) للتدابير الطارئة، لا سيما في المادة 43 منها، أي التزام بإعلان المدعى عليه في تحكيم الطوارئ. بل أشارت تلك المادة الأخيرة إلى المادة 26 منها، والتي تسمح لمحكمة التحكيم، وفي ظروف استثنائية exceptional circumstances، أن تفصل في طلب التدابير الوقائية بأوامر تمهيدية preliminary order قبل اتصال الطلب بعلم الطرف الآخر، ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك<sup>(45)</sup>. وبالتالي يمكن اتخاذ إجراءات تحكيم الطوارئ، في ظل القواعد السويسرية (Swiss Rules)، في غيبة الطرف الآخر لحين صدور القرار، وهو ما يعرف بـ"الطلب في غيبة الطرف الآخر ex parte application" وهو نظام أشبه ما يكون بنظام الأوامر على عرائض في قانون المرافعات.

لذلك، القاعدة، في ظل نصوص القواعد السويسرية (Swiss Rules)، هي منح الطرف الآخر فرصة سماعه في طلب إجراءات تدابير الطوارئ، عملاً بالفقرة 6 من المادة 43 في قواعد تدابير الطوارئ والتي تقضي بأن محكم الطوارئ يسير إجراءات تدابير الطوارئ بأسلوب يقدره مناسباً، ... مع التأكد من أن كل طرف لديه فرصة معقولة لسماعه في الطلب تحكيم

(45) تنص المادة 3/26 من القواعد السويسرية (Swiss Rules) على أن: "في ظروف استثنائية، يجوز لمحكمة التحكيم أن تفصل في طلب التدابير الوقائية بطريق إصدار أمر تمهيدي قبل اتصال الطلب بعلم أي طرف آخر، شريطة أن هذا الاتصال يتم أخيراً مع إصدار الأمر التمهيدي وأن يمنح باقي الأطراف فوراً فرصة سماعهم".

"In exceptional circumstances, the arbitral tribunal may rule on a request for interim measures by way of a preliminary order before the request has been communicated to any other party, provided that such communication is made at the latest together with the preliminary order and that the other parties are immediately granted an opportunity to be heard".



الطوارئ<sup>(46)</sup>. ولكن استثناءً، في ظروف استثنائية، يجوز لمحكم الطوارئ أن يفصل في طلب تدابير الطوارئ بأمر تمهيدي أي في غيبة الطرف الآخر، و لكن مع منح فرصة أيضاً لسماعه عند وبعد إصداره. وفي اعتقادنا أنه يمكن تفسير "الظروف الاستثنائية" بالظروف التي يشكل إعلان لطرف الآخر فيها خطراً داهماً على حقوق طالب تحكيم الطوارئ يخشاه، لاحتمالية أن يقوم المدعي عليه بتهرب أمواله أو جعل تحكيم الطوارئ غير فعال وغير مجد لو تم إعلانه.

### ثالثاً: تعيين محكم الطوارئ و رده

#### 1) تعيين محكم الطوارئ :

كل قواعد محكم الطوارئ المؤسسية تتفق فيما بينها على تقرير السرعة غير العادية و المرونة القصوى في إجراءات تعيين محكم الطوارئ. إذ تقضي كلها بضرورة سرعة تعيين محكم الطوارئ. وتظهر تلك السرعة في مسألة تعيين المحكم مؤسسياً وليس اتفاقياً أو حراً، أي وضع تلك المسألة في يد مراكز التحكيم المؤسسية، و ليس في يد أطراف النزاع<sup>(47)</sup>. وهنا ينحسر ويتقهقر مبدأ سلطان الإرادة الذي يسود التحكيم بصفة عامة.

غير أن تلك القواعد المؤسسية في مراكز التحكيم المختلفة تتباين فيما بينها في مناهج السرعة في تعيين محكم الطوارئ. فكل منهم يتنافس و يتسابق مع الآخر في الوصول إلى سرعة قصوى لتعيين محكم الطوارئ لتحقيق أكثر فعالية لتدابير الطوارئ المنشودة.

---

(46) The emergency arbitrator may conduct the emergency relief proceedings in such a manner as the emergency arbitrator considers appropriate, taking into account the urgency inherent in such proceedings and ensuring that each party has a reasonable opportunity to be heard on the Application.

(47) ولكن الوضع في ظل قواعد ICC "حكم التدابير الوقائية أو التحفظية" لسنة 1990 أن طلب التعيين يقدم لأمانة محكمة ICC الدولية للتحكيم. وإذا لم يتفق الأطراف على تعيين "الحكم" معين يتم تعيينه من قبل رئيس المحكمة. ولا توجد قائمة بالحكام و لكن وضعت المادة 4.2 من تلك القواعد معايير تؤخذ في الحسبان عند اختيار "الحكم" تتعلق بخبرة فنية أو مهنية أو الجنسية أو الوطن.

وينتصدر هذه المنافسة وهذا السباق- وفقاً لرأي البعض<sup>(1)</sup> - مركز SCC و قواعد SIAC سنة 2013. لأن اللجنة Board في مركز SCC يجب أن تسعى إلى تعيين محكم الطوارئ خلال 24 ساعة من تاريخ استلام طلب تعيين محكم الطوارئ أو كذلك الأمر في قواعد مركز SIAC خلال يوم عمل من قبل الرئيس The President<sup>(2)</sup>. ولكن جملة "تسعى إلى تعيين" "will" "seek to appoint" في النصوص سابقة الذكر، تشير إلى وجود قدر من المرونة في حالة عدم استطاعة اللجنة تعيين محكم الطوارئ خلال 24 ساعة<sup>(3)</sup>، حيث أن التجربة العملية تثبت صعوبة استيفاء إجراءات تعيين محكم الطوارئ خلال 24 ساعة<sup>(4)</sup>. فهذا الميعاد- في اعتقادنا- أقرب لئلا يكون ميعاداً تنظيمياً وليس جوهرياً يحث فيه المشرع المؤسسي اللجنة على

(1) Marc S. Palay & Tanya Landon, Sidley Austin LLP: "A Comparative Review of Emergency Arbitrator Provisions: Opportunities and Risks," (2012), The International Comparative Legal Guide to: International Arbitration 2012. Global Legal Group Ltd, London. P.3.

(www.iclg.co.uk last visited 26/3/2015).

(2) انظر المادة 4 من الملحق رقم 2 بشأن قواعد محكم الطوارئ ونصها كالتالي:

Article 4 Appointment of the Emergency Arbitrator:

(1)The Board shall seek to appoint an Emergency Arbitrator within 24 hours of receipt of the application for the appointment of an Emergency Arbitrator.

والمادة 2 من قواعد محكم الطوارئ SIAC نصها كالتالي:

The President shall, if he determines that SIAC should accept the application, seek to appoint an Emergency Arbitrator within one business day of receipt by the Registrar of such application and payment of any required fee.

(3) Patricia Shaughnessy "Pre-arbitral Urgent Relief: The New SCC Emergency Arbitrator Rules", in Michael Moser/Dominique Hascher (eds.), Journal of International Arbitration, (Kluwer Law International 2010), Vol. 27, Issue 4, p.340.

(4) Marc S. Palay & Tanya Landon, Sidley Austin LLP: "A Comparative Review of Emergency Arbitrator Provisions: Opportunities and Risks," (2012), The International Comparative Legal Guide to: International Arbitration 2012. Global Legal Group Ltd, London. P.3.

(www.iclg.co.uk last visited 26/3/2015).

بشدة في تعيين محكم الطوارئ، ولا يترتب على عدم الالتزام بميعاد الأربع وعشرين ساعة أية جزاء إجرائي أو مسئولية على المركز<sup>(54)</sup>.

وفي اعتقادنا أن من يتصدر هذه المنافسة في تلك المسألة، أي سرعة تعيين محكم الطوارئ، من القواعد المؤسسية، هي قواعد ICDR. إذ توجب على المدير Administrator تعيين – وليس السعي إلى التعيين كما في قواعد SCC و SIAC سالف الذكر- خلال يوم عمل من تاريخ استلام الإعلان<sup>(55)</sup>.

وعملاً بقواعد ICC يُعين رئيس المحكمة the President of the Court محكم الطوارئ في أقصر وقت ممكن و عادة خلال يومين منذ استلام الأمانة العامة للطلب<sup>(56)</sup>، وعلى ذات النهج سارت قواعد LCIA ولكن تقضي بتعيينه خلال 3 أيام<sup>(57)</sup>.

كما أن القواعد السويسرية (Swiss Rules) المعدلة سنة 2012 كانت أكثر مرونة حيث لم تشترط إطاراً زمنياً معيناً لتعيين محكم الطوارئ ولكن تقضي بوجوب تعيين محكم الطوارئ من قبل المحكمة Court في أسرع وقت ممكن بعد استلام الطلب "as soon as possible after receipt of the Application"<sup>(58)</sup>.

<sup>(54)</sup> انظر في مبدأ الإعفاء من المسئولية في تحكيم الطوارئ ما سبق ص 25.

<sup>(55)</sup> حيث جاء نص البند 2 من المادة 6 بشأن قواعد تدابير الحماية الطارئة" كالتالي:

"Within one business day of receipt of the notice as provided in Article 6(1), the Administrator shall appoint a single emergency arbitrator..."

<sup>(56)</sup> المادة 1/2 من قواعد محكم الطوارئ في الملحق رقم 5 من قواعد ICC:

The President shall appoint an emergency arbitrator within as short a time as possible, normally within two days from the Secretariat's receipt of the Application.

<sup>(57)</sup> البند 9.6 من قواعد محكم الطوارئ في المادة 9B ونصها كالتالي:

"...an Emergency Arbitrator shall be appointed by the LCIA Court within three days of the Registrar's receipt of the application (or as soon as possible thereafter)..."

<sup>(58)</sup> انظر: المادة 2/43 من القواعد السويسرية (Swiss Rules) للتحكيم.

## (2) رد محكم الطوارئ:

جميع المراكز التي تتضمن قواعد تحكيم الطوارئ، نتيجة تطبيق مبدأ المساواة بين الأطراف<sup>(68)</sup>، تتطلب أن يكون محكم الطوارئ محايداً impartial و مستقلاً independent عن الأطراف، وإلا حق لأي طرف أن يردده<sup>(69)</sup>. كما أن محكم الطوارئ يوقع على بيان قبل تعيينه بقبوله المهمة وجاهزيته و استقلاله وحيدته<sup>(70)</sup>.

ومرة أخرى، وتطبيقاً لمبدأ السرعة يوجب مركز SCC<sup>(71)</sup> أن يقدم الأطراف طلب الرد خلال 24 ساعة من الساعة التي علم طالب الرد فيها بالظروف التي تبرر الرد. بينما يقدم طلب الرد وفق قواعد SIAC أو ICDR خلال يوم عمل واحد من تاريخ إبلاغ أمين السجل (Registrar) الأطراف بتعيين المحكم أو اكتشاف ظروف أو أسباب الرد<sup>(72)</sup>. كما أن قواعد ICC والقواعد السويسرية (Swiss Rules) تفرض ثلاثة أيام من إعلان تعيين محكم الطوارئ أو من علمه بظروف وأسباب الرد كميعاد محدد للرد. وعلى

(68) انظر في مبدأ المساواة بين أطراف تحكيم الطوارئ ما سبق ص 109.

(69) انظر: المادة 4/2 من الملحق رقم 5 قواعد ICC و المادة 3/4 من الملحق رقم 2 من قواعد SCC و المادة 4/43 من القواعد السويسرية (Swiss Rules) للتحكيم.

(70) انظر: المادة 5/2 من قواعد محكم الطوارئ ICC، و المادة 3 من قواعد محكم الطوارئ في قواعد SIAC.

(71) انظر المادة 3/4 من قواعد محكم الطوارئ SCC ونصها كالتالي:

“Article 15 of the Arbitration Rules applies except that a challenge must be made within 24 hours from when the circumstances giving rise to the challenge of an Emergency Arbitrator became known to the party”.

(72) انظر: عجز المادة 3 من قواعد محكم الطوارئ في قواعد SIAC – ذات نص المادة 2/6 من قواعد ICDR - ونصها كالتالي:

“Any challenge to the appointment of the Emergency Arbitrator must be made within one business day of the communication by the Registrar to the parties of the appointment of the Emergency Arbitrator and the circumstances disclosed”.

أية حال، تنطبق أحكام رد محكمة التحكيم فيها على محكم الطوارئ فيما عدا المدة (73).

والغريب هنا و المثير للانتباه، أن قواعد LCIA للتحكيم – على عكس باقي المؤسسات الأخرى-لم تعطي أية خصوصية لرد محكم الطوارئ بل مدت نطاق تطبيق قواعد رد هيئة التحكيم العادي على رد محكم الطوارئ دون مراعاة لفلسفة و أيديولوجية نظام تحكيم الطوارئ و السرعة المتطلبة لفعاليتها. حيث تحيل البند 9.6 من قواعد محكم الطوارئ إلى المادة 10 من قواعد LCIA و التي تقضي بدورها بأن يقدم طلب رد محكم الطوارئ خلال 14 يوم من تاريخ تعيينه أو علمه بسبب الرد(74). والذي يعد في نظري نقطة ضعف في قواعد محكمة لندن للتحكيم يجب تقويتها بتعديل الميعاد ليتناسب مع مبدأ السرعة الذي يسود نظام تحكيم الطوارئ ليكن خلال أيام قليلة لا تتعدى ثلاثة أيام.

واهتمت قواعد محكم الطوارئ ICC أكثر بتفاصيل الفصل في طلب الرد حيث أوضحت أن المحكمة court تفصل في طلب الرد بعد السماح لمحكم الطوارئ وللطرف الآخر أن يقدموا تعليقاتهم خلال فترة زمنية مناسبة(75)، وما يعيبها هنا أنها لم تحدد فترة محدودة لإبداء تعليقات كل من الطرف الآخر ومحكم الطوارئ.

ونقترح أخيراً أن ينص صراحة على أن محكم الطوارئ يفصح عن أية شكوك حول حياده أو استقلاله "فوراً" immediately ليناسب ذلك مع فلسفة السرعة التي يعتمد عليها تحكيم الطوارئ(76).

(73) انظر: المادة 1/3 من قواعد محكم الطوارئ ICC المادة 4/43 من القواعد السويسرية (Swiss Rules).

10.3 A party challenging an arbitrator under Article 10.1 shall, (74) within 14 days of the formation of the Arbitral Tribunal or (if later) within 14 days of becoming aware of any grounds described in Article 10.1 or 10.2, deliver a written statement of the reasons for its challenge to the LCIA Court, the Arbitral Tribunal and all other parties.

(75) المادة 2/3 من قواعد محكم الطوارئ ICC .

(76) تحكيم الطوارئ تحكيم سريع أنظر ما سبق ص 65.

1) سير إجراءات تحكيم الطوارئ :

إن معظم قواعد محكم الطوارئ المؤسسية تمنح السلطة التقديرية للمحكم في تنظيم سير الإجراءات بالطريقة التي يراها مناسبة، مع الوضع في الحسبان حالة الطوارئ في طلب التحكيم. وتؤكد تلك القواعد أيضاً على الحقوق الإجرائية للأطراف أثناء سير إجراءات تحكيم الطوارئ، ومنها الحق في تعيين محكم طوارئ محايد، والحق في منحهم فرصة معقولة ومتكافئة ومتساوية في سماعهم وعرض قضيتهم<sup>(82)</sup>.

وبالنسبة لإعداد جدول زمني لسير الإجراءات، لم توجب بعض قواعد محكم الطوارئ في مختلف المؤسسات محكم الطوارئ بإعداد جدول زمني لسير الإجراءات خلال مدة معينة، على عكس قواعد التحكيم العادي، بما يتماشى مع فلسفة تحكيم الطوارئ في التسريع من إجراءاته expedite the proceedings ليحقق هدفه المنشود<sup>(83)</sup>. ولكن تتميز قواعد ICC وكذلك قواعد SIAC و ICDR في هذا الشأن بأنها تنص على إلزام محكم الطوارئ بعمل جدول زمني إجرائي لسير إجراءات محكم الطوارئ procedural timetable for the emergency arbitrator بأقصر وقت ممكن وعادة خلال يومين من تاريخ إحالة ملف لمحكم الطوارئ أو وفق قواعد SIAC و ICDR خلال يومين عمل من تاريخ تعيين المحكم<sup>(84)</sup>.

(82) انظر المادة 2/5 من قواعد محكم الطوارئ الملحق رقم 5 من قواعد ICC. والمادة 19 من قواعد SCC و المادة 7 من قواعد الملحق رقم 2 منها بشأن محكم الطوارئ و المادة 6/43 من القواعد السويسرية (Swiss Rules) للتحكيم. والمادة 5 من قواعد محكم الطوارئ SIAC و البند 3 من المادة 6 من قواعد تدابير الحماية الطارئة في ICDR. والبند 9.7 من قواعد محكم الطوارئ في المادة 9B في قواعد LCIA.

(83) Carlos de los Santos Lago and Victor Bonnín, Emergency Proceedings Under the New ICC Rules in Miguel Ángel Fernández-Ballesteros and David Arias (eds), Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje, (Wolters Kluwer España 2012 Volume 2012 Issue 13 ). p.15.

(84) المادة 1/5 من قواعد محكم الطوارئ ICC. والمادة 5 من قواعد محكم الطوارئ في SIAC. والبند 3 من المادة 6 بشأن قواعد تدابير الحماية الطارئة في قواعد ICDR.

وبالنسبة لكيفية إجراء المرافعة ومكانها، تتميز أيضاً قواعد LCIA في هذا الشأن إذ أنها تخول محكم الطوارئ سلطة تقدير الحاجة إلى سماع المرافعة الشفوية hearing أو الاكتفاء بالمرافعة الكتابية أو المستندات<sup>(1)</sup>، خاصة لو وضعنا في الاعتبار تأثير الاكتفاء بالمستندات دون اللجوء إلى المرافعة الشفوية على الإسراع من سير إجراءات تحكيم الطوارئ.

كما أن مكان اجتماعات تحكيم الطوارئ، وعلى غرار التحكيم العادي، قد يختلف عن مكان إجراءات التحكيم. حيث تقضي المادة 2/4 من قواعد محكم الطوارئ بقواعد ICC بجواز عقد الاجتماعات مع محكم الطوارئ عن طريق حضور الأشخاص ذاتياً في أي مكان يعتبره المحكم ملائماً، أو عن طريق الفيديو كونفرنس (المؤتمر المرئي Video Conference) أو عن طريق الهاتف أو وسائل الاتصال الحديثة، وهو ما يتناسب مع فلسفة تحكيم الطوارئ في السرعة والمرونة<sup>(2)</sup>.

## 2) ميعاد تحكيم الطوارئ:

امتداداً لحالة الطوارئ و السرعة في تحكيم الطوارئ، يتوجب على محكم الطوارئ أن يتعامل مع ملف تحكيم الطوارئ بأقصى سرعة ممكنة؛ حفاظاً على فعالية قرارات محكم الطوارئ، و لمواجهة حالة لا تحتمل الانتظار لحين تشكيل هيئة التحكيم العادي. وتبقى المنافسة والسباق أيضاً بين مراكز أو مؤسسات التحكيم المختلفة في تحديد الوقت اللازم لصدور قرار محكم الطوارئ بالتدبير الوقتي الطارئ.

ولكن في تحديد الوقت اللازم للفصل في طلب تحكيم، لا بد من الموازنة بين مصلحة المدعي في مواجهة حالة الطوارئ و السرعة القصوى المتطلبية لإصدار تدابير طارئة فعالة من جانب، و مصلحة المدعى عليه في المحافظة على حقوقه الإجرائية، مراعاة لمبدأ المساواة من جانب آخر؛ لأنه قد يأتي تقصير المدة اللازمة للفصل بشكل مفرط على حساب ممارسة المدعى عليه

(1) البند 9.7 من قواعد محكم الطوارئ في المادة 9B في قواعد LCIA و منها التالي:

"... The Emergency Arbitrator is not required to hold any hearing with the parties (whether in person, by telephone or otherwise) and may decide the claim for emergency relief on available documentation...".

(2) انظر ما سبق ص 65.

في حق الدفاع، وقد يكون في إطالة هذه المدة الإتيان على حساب طالب التدابير؛ لأن الوقت بالنسبة له حاسم في مدى فعالية التدابير الوقائية و إشباع حاجته، لمنع تبديد أموال المدعى عليه أو للحفاظ على الوضع الراهن قبل تشكيل هيئة التحكيم. لذلك يستحسن- في نظرنا- إما أن تقرر مؤسسات التحكيم مدة قصيرة محددة مع السماح بامتدادها في حالات معينة أو تقرير مدة تقدرها مناسبة للموازنة بين مصالح الطرفين أي المدعي و المدعى عليه.

يتصدر هنا مركز SCC الصدارة، وبحق، في المنافسة في تحديد أقصر ميعاد لإصدار قرار تحكيم الطوارئ<sup>(1)</sup>. حيث تحددت بخمسة أيام من تاريخ إحالة الطلب لمحكم الطوارئ، مع إمكانية مد هذا الميعاد<sup>(2)</sup>. والواقع العملي سوف يثبت ما إذا كان تحديد مدة الخمسة أيام تحديداً واقعياً أم خيالياً. و ما إذا كان امتداد هذا الميعاد هو القاعدة أم الاستثناء<sup>(3)</sup>.

وفي ظل قواعد ICC والقواعد السويسرية Swiss Rules يتعين صدور قرار محكم الطوارئ خلال 15 يوم من تاريخ إحالة الملف لمحكم الطوارئ أو خلال 14 من تاريخ تعيين محكم الطوارئ في قواعد LCIA<sup>(4)</sup>.

وجدير بالذكر هنا أنه إذا كانت المدة اللازمة للفصل في القواعد السويسرية Swiss Rules طويلة (15 يوم) مقارنة بالمدة المقررة في مؤسسة SCC (5 أيام). غير أن القواعد السويسرية Swiss Rules تتيح طلب تحكيم الطوارئ في غيبة الطرف الآخر ex parte application<sup>(5)</sup>، مما يحقق مصلحة المدعي في الحصول على تدابير سريعة جداً، ولكن على حساب

(1) إن قواعد "حكم التدابير الوقائية أو التحفظية" بمركز ICC لسنة 1990 وفي المادة السادسة منها توجب إصدار التدابير بأمر مسبب خلال 30 يوم من تاريخ تحويل الطلب له ويمكن لرئيس المحكمة Chairman of the ICC Court مد هذا الميعاد إذا كان يبدو مناسباً.

(2) المادة 1/8 من قواعد محكم الطوارئ SCC. ويمتد الميعاد بقرار من اللجنة Board في مركز SCC بناء على طلب مسبب من محكم الطوارئ أو في حالة الضرورة.

(3) Marc S. Palay & Tanya Landon, Sidley Austin LLP: "A Comparative Review of Emergency Arbitrator Provisions: Opportunities and Risks," (2012), P.4.

(4) انظر: المادة 4/6 من قواعد ICC لمحكم الطوارئ، و المادة 7/43 من القواعد السويسرية (Swiss Rules). و البند 9.8 من قواعد محكم الطوارئ في المادة 9B من قواعد LCIA والتي

تقبل امتداد هذا الميعاد بقرار من محكمة LCIA أو بناء على اتفاق مكتوب من الأطراف. (5) في طلب تحكيم الطوارئ في غيبة الطرف الآخر Ex-parte application في القواعد السويسرية (Swiss Rules) انظر ما سبق ص114.



الطرف الآخر الغائب الذي لم يُمكن من ممارسة حق الدفاع قبل إصدار تدابير الطوارئ.

ونضيف أنه إن كان في احتساب ميعاد الإصدار من يوم تعيين محكم الطوارئ حدثاً من المشرع المؤسسي على إصدار تدابير الطوارئ بأقصى سرعة، ولكن بدء احتساب الميعاد من وقت إحالة الملف إلى محكم الطوارئ هو الأفضل والأكثر عدالة في نظرنا؛ لأنه لا يجب أن تأتي السرعة على حساب وقت محكم الطوارئ للفصل و النظر والفحص في طلب التدابير، رغم أن كل القواعد المؤسسية تلزم سلطة الإدارة بإحالة الملف إلى محكم الطوارئ فور تعيين الأخير<sup>(1)</sup>.

وما يخفف من حدة قصر مواعيد تحكيم الطوارئ وتأثيرها على ضمان حقوق الدفاع، إن ميعاد تحكيم الطوارئ قابل للامتداد من قبل المؤسسة في ظروف مناسبة، ولكن قد يصبح الامتداد ضرورياً كما هو الحال لتأكيد على أن الأطراف منحوا الفرصة الكافية لعرض ما لديهم و ممارسة حق الدفاع.

ولكن قد يبدو من تحديد ميعاد صدور قرار محكم الطوارئ خلال أيام من تاريخ إحالة الملف إليه أن هذا الميعاد يمتد إلى حتى ما بعد تشكيل هيئة التحكيم<sup>(2)</sup>. ولكن نرى أنه في جميع الأحوال لا يجوز مد الميعاد إلى ما بعد تشكيل هيئة التحكيم أو إحالة الملف إليها؛ لأن عندها تنتهي ولاية محكم الطوارئ<sup>(3)</sup>، بل أنه يُحكم بعدم قبول طلب تعيين محكم الطوارئ لوروده على غير محل و انتفاء المصلحة؛ فبتشكيل هيئة التحكيم تؤول سلطة إصدار التدابير الوقتية إلى محكمة التحكيم، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك<sup>(4)</sup>.

(1) انظر على سبيل المثال المادة 3/2 من قواعد محكم الطوارئ بالملحق الخامس من قواعد ICC. (2) G. Lemenez/P. Quigley, *The ICDR's Emergency Arbitrator Procedure in Action, Part I: A Look at the Empirical Data*, *Dispute Resolution Journal* (August/October 2008)p.8.

(3) انظر: المادة الأولى الفقرة الثانية من قواعد الملحق الثاني بشأن محكم الطوارئ من قواعد SCC. والمادة 6.8 من قواعد محكم الطوارئ ICC والتي تنص على أن: "يجوز لمحكم الطوارئ أن يعدل أو ينهي أو يبطل الأمر، بناء على طلب مسبب من أحد الأطراف، ومقدم قبل إحالة الملف لهيئة التحكيم وفق لمادة 16 من القواعد".

(4) انظر في أن التحكيم العادي يجب تحكيم الطوارئ ما سبق ص 118.

قد يجري تحكيم الطوارئ دون ميعاد محدد عندما يتفق الأطراف على تطبيق قواعد مؤسسية لا تشترط ميعاداً معيناً. حيث لم تضع بعض القواعد المؤسسية ميعاداً محدداً – بمرونة أو بدونها- لإصدار التدابير الوقائية الطارئة، كما هو الحال في قواعد SIAC و ICDR. عندئذ لا يجوز لمحكم الطوارئ أن يتعدى وقت تشكيل هيئة التحكيم كحد أقصى لإصدار التدابير الطارئة، وهو ما يتماشى مع خصائص تحكيم الطوارئ ومبادئه التي تحكمه(1)، وما يمكن استنتاجه مما تقضي به قواعد SIAC و ICDR، صراحةً، من أن محكم الطوارئ لا يملك سلطة الحكم فيما بعد تشكيل محكمة التحكيم(2).

وفي اعتقادنا، وفي أحوال عدم تحديد ميعاد لإصدار تدابير الطوارئ، يجوز للأطراف الاتفاق على منح محكم الطوارئ سلطة الفصل في طلب تلك التدابير في ميعاد معين أو في الميعاد الذي يراه محكم الطوارئ مناسباً، في الجدول الزمني للإجراءات procedural timetable، حتى قبل تشكيل هيئة التحكيم. وفي جميع الأحوال تستنفد ولاية محكم الطوارئ بمجرد تشكيل هيئة أو محكمة التحكيم أو بحد أقصى إحالة الملف إليها.

نخلص من ذلك، أن لميعاد إصدار قرار محكم الطوارئ حداً أقصى، سواء تم تحديد هذا الميعاد بفترة زمنية معينة أم لا، وسواء كان قابلاً للامتداد من عدمه، وهو حتى تشكيل محكمة التحكيم أو إحالة الملف إليه(3).

**ولكن السؤال الذي نطرحه الآن ما هو الأثر المترتب على انقضاء ميعاد تحكيم الطوارئ؟**

يرى البعض(4) أن التأخير في ميعاد إصدار تدابير الطوارئ ينتج عنه مسئولية محكم الطوارئ أو المركز أو المؤسسة المقيد بها. بل إن المسئولية

(1) ذات الإشارة السابقة.

(2) انظر: المادة 8 من الملحق الأول من قواعد SIAC و المادة 5/6 من قواعد ICDR.

(3) وهو ما يتفق مع تأسيس تحكيم الطوارئ على فكرة "الطوارئ" انظر ما سبق ص 44. وراجع نص المادة 7/43 من القواعد السويسرية (Swiss Rules) والتي أجازت إصدار قرار محكم الطوارئ حتى في ذات الوقت التي يحال فيها الملف إلى هيئة التحكيم.

The decision on the Application may be made even if in the meantime the file has been transmitted to the arbitral tribunal.

(4) Marius looked Gili, The Decision "Emergency Arbitrator". Your Content, Enforceability and Enforcement , Spain Arbitration Review

تقام أيضا حال الخطأ أو التعسف أو الغش في استعمال سلطة مد الميعاد من قبل السلطة المعنية بالمركز.

ولا نذهب مع الرأي السابق في تقريره المسؤولية في كل الأحوال، فلا بد من التقييد في هذه المسألة بقواعد المركز أو المؤسسة التي اتفق الأطراف على تطبيق قواعدها، وأيضا بالقانون الواجب التطبيق.

فمن قواعد محكم الطوارئ المؤسسية ما تقرر عدم مسؤولية محكم الطوارئ أو المركز أو المحكمة بأي تصرف أو إهمال له علاقة بالتحكيم<sup>(1)</sup>، كما هو الحال في المادة 40 من قواعد ICC لسنة 2012<sup>(2)</sup>. غير أن محكم الطوارئ أو المحكمة أو المركز يُسألون عن أفعالهم إذا كان الإعفاء من المسؤولية محظوراً عملاً بالقانون الواجب التطبيق<sup>(3)</sup> أو كانت أفعالهم تنطوي على خطأ عمدي أو إهمال جسيم<sup>(4)</sup>. وفي اعتقادنا أن تجاوز ميعاد تحكيم الطوارئ أو مخالفة قواعد مده- كأن يمتد الميعاد في غير حالات مناسبة أو في غير حالات الضرورة- ودون أعمال محكم الطوارئ سلطته في العدول عن قراره يمكن أن يدخل في نطاق الإهمال الجسيم أو الخطأ العمدي، وبالتالي تقام المسؤولية. ولدينا أيضا أن سلطة الإدارة لدى المركز- محكمة court أو لجنة Board أو غيرها- لا تملك إنهاء إجراءات تحكيم الطوارئ، ما لم تخول القواعد في المؤسسة أو المركز، صراحة، تلك السلطة حال الإخلال بميعاد

---

| Journal of the Spanish Arbitration Club (Wolters Kluwer España 2013 Volume 2013 Issue 16) p. 47.

(1) في إعفاء محكم الطوارئ من المسؤولية انظر ما سبق ص 25.

(2) انظر المادة 34 من قواعد SIAC و التي لم تقرر أية استثناءات على مبدأ الإعفاء من المسؤولية.

(3) انظر المادة 38 من قواعد ICDR. وكذلك المادة 40 من قواعد ICC:

“The arbitrators, any person appointed by the arbitral tribunal, the emergency arbitrator, the Court and its members, the ICC and its employees, and the ICC National Committees and Groups and their employees and representatives shall not be liable to any person for any act or omission in connection with the arbitration, except to the extent such limitation of liability is prohibited by applicable law.”.

(4) انظر المادة 31 من قواعد LCIA والمادة 48 من قواعد SCC. وانظر المادة 45 من القواعد السويسرية (Swiss Rules) و اللتين تقضيان بالإعفاء من المسؤولية إلا في حالات الخطأ العمدي أو الإهمال الجسيم intentional wrongdoing or gross negligence.

تقديم طلب التحكيم العادي المقرر بعد تقديم طلب تحكيم الطوارئ خشية التسوية<sup>(1)</sup>.

ولكن المشكلة الأكبر هو مدى تأثير مخالفة ميعاد إصدار قرار محكم الطوارئ أو مده على صحة هذا القرار بعد صدوره<sup>(2)</sup>. لم تنص القواعد المؤسسية صراحة على جزاء الإخلال بميعاد تحكيم الطوارئ، وإن كان له تأثير على صحة القرار الصادر عنه. غير أنه ذهب رأي<sup>(3)</sup> - نؤيده - إلى أن محكم الطوارئ عند تجاوزه ميعاد إصدار القرار على النحو الوارد في قواعد المركز يكون غير ذي ولاية و بالتالي يكون قراره باطلاً. وفي اعتقادنا يجوز للطرف الصادر ضده الأمر أن يطلب من محكم الطوارئ<sup>(4)</sup>، باعتبار الأخير يملك سلطة تعديل قراره، أو من محكمة التحكيم بعد تشكيلها، أن تعتبر قرار

(1) على سبيل المثال انظر المادة 6/1 من قواعد محكم الطوارئ بالملحق الخامس ICC.  
(2) لذلك تشترط المادة 3/6 من قواعد محكم الطوارئ بالملحق الخامس ICC أن يكون أمر محكم الطوارئ مؤرخاً.

(3) Marius looked Gili, The Decision "Emergency Arbitrator". Your Content, Enforceability and Enforcement , Spain Arbitration Review | Journal of the Spanish Arbitration Club (Wolters Kluwer España 2013 Volume 2013 Issue 16) p. 48.

(4) والمقرر قانوناً أنه إذا صدر قرار التحكيم، عموماً، بعد انقضاء ميعاد التحكيم فإن حكم التحكيم يكون باطلاً لصدوره ممن ليس له ولاية إصداره. وتتوافر عندئذ الحالة التي تجيز فيها المادة 53/أ من قانون التحكيم المصري رفع دعوى بطلان حكم التحكيم، وهي حالة ما إذا كان اتفاق التحكيم قد سقط بانتهاء مدته. (انظر: فتحي والي، مرجع سابق، ص 525 بند 290). ويترتب على انقضاء ميعاد التحكيم انقضاء الخصومة عملاً بالمادة 1477 من قانون الإجراءات المدنية والتجارية الفرنسي.

L'expiration du délai d'arbitrage entraîne la fin de l'instance arbitrale.  
ولكن توجد تشريعات وطنية كقانون التحكيم الإسباني لا تجعل لانقضاء ميعاد التحكيم أثر على صحة اتفاق التحكيم أو على صحة حكم التحكيم ولكن دون الإخلال بمسئولية المحكم الممكنة، ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك. راجع المادة 37 من قانون التحكيم الإسباني و الذي تم تعديله بقانون 2011/11.

Marius looked Gili, The Decision "Emergency Arbitrator". Your Content, Enforceability and Enforcement , Spain Arbitration Review | Journal of the Spanish Arbitration Club (Wolters Kluwer España 2013 Volume 2013 Issue 16) p. 47.

محكم الطوارئ ملغياً أو باطلاً أو على الأقل غير ملزم<sup>(1)</sup>، وهو الأمر الذي يتفق مع روح نصوص محكم الطوارئ<sup>(2)</sup>.

### خامساً: قرار محكم الطوارئ

إن إجراءات تحكيم الطوارئ قد تنتهي نهاية مبسرة أو مختصرة أي قبل صدور قرار من محكم الطوارئ بالتدبير الوقتي، أو نهاية طبيعية بصدور التدبير الوقتي. ولأننا سبق وأن تعرضنا لنهاية إجراءات تحكيم الطوارئ المبسرة عند تعرضنا لانقضاء ولاية محكم الطوارئ المبسرة<sup>(3)</sup>، فنقتصر هنا على بيان النهاية الطبيعية بصدور قرار محكم الطوارئ.

#### 1) شكل قرار محكم الطوارئ وعناصره:

إن قرار محكم الطوارئ قد يتخذ شكل " الأمر Order " أو " الحكم Award " أو الأثنين معاً. فوفقاً لقواعد محكم الطوارئ بمرکز ICC يأخذ قرار محكم الطوارئ فقط شكل " الأمر " (4) الذي يقابل " الحكم " الصادر عن محكمة التحكيم<sup>(5)</sup>. ويبدو أن واضعوا قواعد ICC تعمدوا ذكر مصطلح " أمر "

(1) حيث يُخول لمحكم الطوارئ تلك السلطة. انظر المادة 8/6 من قواعد محكم الطوارئ بالملحق الخامس ICC وكذلك لهيئة التحكيم سلطة إلغاء أو إبطال قرار محكم الطوارئ أو اعتباره غير ملزم. انظر: المادة 3/29، 4 من قواعد ICC والمادة 9 من قواعد محكم الطوارئ في الملحق الثاني من قواعد SCC. والمادة 8/43 من القواعد السويسرية (Swiss Rules).

(2) حيث تقضي المادة 8 من الملحق الخامس (محكم الطوارئ) ICC بأن: "في الأمور المتعلقة بالإجراءات أمام محكم الطوارئ والتي لم يرد بشأنها نص صريح في هذا الملحق، تلتزم المحكمة والرئيس و محكم الطوارئ بمراعاة روح القواعد و هذا الملحق".

"In all matters concerning emergency arbitrator proceedings not expressly provided for in this Appendix, the Court, the President and the emergency arbitrator shall act in the spirit of the Rules and this Appendix".

(3) راجع ما سبق ص 23.

(4) يصدر الأمر كتابياً متضمناً الأسباب التي بني عليه و يكون الأمر مؤرخاً و موقعا من محكم الطوارئ. (م 3/6 من قواعد محكم الطوارئ ملحق 5 من قواعد ICC).

(5) انظر: المادة 2/29 من قواعد تحكيم ICC بالمقابل للمواد 30-35.

لأخذ في الاعتبار أن الأوامر لا تصلح للتنفيذ<sup>(1)</sup>. ورغم ذلك يتوقع أن تكون محلاً للتنفيذ في الدول التي تتبنى تشريعاتها قواعد القانون النموذجي UNCITRAL خاصة المادة 17 منها<sup>(2)</sup>.

بينما النصوص في معظم قواعد محكم الطوارئ المؤسسية تتمتع بأكثر مرونة<sup>(3)</sup>، حيث لم تتطلب شكل معين في قرار محكم الطوارئ، بل وصلت المرونة إلى حد أن قواعد مركز SCC – عملاً بالمادة 2/1 من قواعد محكم الطوارئ في الملحق الثاني<sup>(4)</sup> تخول محكم الطوارئ ذات سلطات هيئة التحكيم المنصوص عليها في المادة 3-1/32 في إصدار التدابير الوقائية، والتي تتضمن سلطة إصدار تلك التدابير في شكل "أمر" أو "حكم تحكيم".

أما القرار الصادر عن محكم الطوارئ، وفق القواعد السويسرية (Swiss Rules)<sup>(5)</sup>، قد يأخذ شكل الحكم الوقفي "interim award" أو الأمر التمهيدي "preliminary order" الذي يصدر في غيبة الطرف

---

(1) وتنص المادة 2/29 من قواعد ICC على أن الأطراف يلتقي على عاتقهم الامتثال بالأمر الصادر عن محكم الطوارئ "undertake to comply with any order made by the emergency arbitrator" ونصه كالتالي: "يتخذ قرار محكم الطوارئ شكل أمر. ويلتزم الأطراف بتنفيذ أي أمر صادر عن محكم الطوارئ".

(2) Nathalie Voser, "Overview of the Most Important Changes in the Revised ICC Arbitration Rules", in Matthias Scherer (ed.), ASA Bulletin, Vol. 29, No. 4, 2011, p. 818-819.

(3) انظر: المادة 2/1 من قواعد محكم الطوارئ في الملحق الثاني من قواعد SCC و البند 6 من الملحق الأول (قواعد محكم الطوارئ) من SIAC. والبند 9.8 من المادة LCIA 9B. والمادة 4/6 من قواعد ICDR.

(4) The powers of the Emergency Arbitrator shall be those set out in Article 32 (1)-(3) of the Arbitration Rules.

Article 32 (1)-(3):

(1) The Arbitral Tribunal may, at the request of a party, grant any interim measures it deems appropriate.

(2) The Arbitral Tribunal may order the party requesting an interim measure to provide appropriate security in connection with the measure.

(3) An interim measure shall take the form of an order or an award.

(5) المادة 8/43 و المادة 2-3/26

الأخر، كالأوامر على عرائض التي تصدر عن قاضي الدولة وفق قانون المرافعات<sup>(1)</sup>.

ويخصوص عناصر قرار محكم الطوارئ، اشترطت قواعد محكم الطوارئ بالمحلق الخامس من قواعد ICC أن يكون أمر محكم الطوارئ موقعاً من المحكم ومؤرخاً ومسبباً<sup>(2)</sup>. ويصدد تسبب قرار محكم الطوارئ، اشترطت معظم قواعد محكم الطوارئ المؤسسية أن يكون قراره مسبباً، فيما عدا القواعد السويسرية Swiss Rules التي لم تشترط التسبب، صراحةً، في قرار محكم الطوارئ. ونرى أنه في الحالة الأخير لا يشترط لصحة قرار محكم الطوارئ أن يصدر مسبباً، بما يتفق مع فلسفة السرعة التي يقوم عليها تحكيم الطوارئ، دون أن نعوض البصر عن أن تسبب قرار محكم الطوارئ له أثر بالغ في تعاضم فرص انصياح أطراف التحكيم و تنفيذهم لقرار محكم الطوارئ.

ولكن حتى على مستوى القواعد المؤسسية التي اشترطت التسبب، منها من اشترط صدور قرار المحكم مسبباً، أي صدوره متضمناً التسبب<sup>(3)</sup>. ومنها من اشترط أن يكون مسبباً ولو بعد صدوره<sup>(4)</sup>.

(1) في مدى جواز إصدار تدابير وقائية في غيبة الطرف الآخر - استثناء - في القواعد السويسرية (Swiss Rules) وقواعد LCIA انظر ما سبق ص 114.  
(2) المادة 3/6 من الملحق الخامس من قواعد ICC:

The Order shall be made in writing and shall state the reasons upon which it is based. It shall be dated and signed by the emergency arbitrator.

واشترطت قواعد محكم الطوارئ SCC إضافة لذلك أن يحدد مكان تحكيم الطوارئ في قرار محكم الطوارئ ونعتقد أن السبب في ذلك يتعلق بعملية تنفيذه في دولة خارج مكان إصداره. (م 2/8 من الملحق الثاني من قواعد SCC).  
(3) المادة 9.9 من قواعد LCIA و نصها كالتالي:

An order of the Emergency Arbitrator shall be made in writing, with reasons.

و راجع المادة 3/6 - سالفه الذكر - من الملحق الخامس من قواعد ICC.

(4) انظر المادة 6 من الملحق الأول من قواعد SIAC.

The Emergency Arbitrator shall give reasons for his decision in writing.

انظر المادة 4/6 من قواعد ICDR:

وعلى أية حال، حتى لو وجب تسبب قرار محكم الطوارئ، غير أن هذا التسبب غير ملزم لمحكمة التحكيم عند تشكيلها وبدء مهمتها في مراجعة قرار محكم الطوارئ.

## (2) إعلان قرار محكم الطوارئ:

العديد من مؤسسات التحكيم المتضمنة لقواعد إجراءات محكم الطوارئ توجب على محكم الطوارئ أو سلطة الإدارة إعلان القرار الصادر بتدابير الطوارئ فور صدوره- أو خلال ميعاد إصداره<sup>(1)</sup>- للأطراف و للمركز أو المؤسسة، إعمالاً لمبدأ المواجهة، بوسائل الاتصال التقليدية (التسليم مقابل إيصال أو البريد العادي) أو الحديثة الإلكترونية أو تلك التي توفر دليل مسجل عليه عملية الإرسال telecommunication<sup>(2)</sup> و بالإضافة إلى النسخة الورقية بجانب الإلكترونية و في حالة التباين بينهما تغلب النسخة الإلكترونية<sup>(3)</sup>.

بل إن الإعلان الفوري لقرار محكم الطوارئ يكون أسرع إذا صدر القرار في غيبة الطرف الآخر Ex-parte - كما هو الحال وفق قواعد محكم الطوارئ بالقواعد السويسرية (Swiss Rules)- تطبيقاً لمبدأ المواجهة وحتى يعطى فرصة للطرف الصادر ضده الأمر فورية لسماعه<sup>(4)</sup>.

## (3) آثار قرار محكم الطوارئ:

إن تحكيم الطوارئ يعد تحكيمياً بالمعنى الفني. وبالتالي إن قرار محكم الطوارئ يعد قراراً تحكيمياً. وتقضي الكثير من قواعد محكم الطوارئ

---

The emergency arbitrator shall give reasons in either case.

وهو ما يستفاد من هذه النصوص أنها لم تشترط كقواعد ICC و LCIA- أن يصدر مسيئاً.

(1) انظر: المادة 4/6 من قواعد محكم الطوارئ بالملحق الخامس ICC.

(2) انظر: المادة 3/8 من قواعد محكم الطوارئ بالملحق الثاني من قواعد SCC.

(3) انظر: البند 9.11 من قواعد محكم الطوارئ بالمادة 9B في قواعد LCIA.

(4) المادة 3/26 والتي أحالت إليها المادة 1/43 من القواعد السويسرية (Swiss Rules) تقضي بأن اتصال قرار المحكم بالطرف الآخر يتم مع إصداره ليعطي فرصة فورية لسماعه.

“... communication is made at the latest together with the preliminary order and that the other parties are immediately granted an opportunity to be heard.”.



المؤسسية<sup>(1)</sup> على أن قرار محكم الطوارئ له ذات آثار الحكم الصادر عن هيئة التحكيم في طلب التدابير الوقائية. فهل آثار قرار محكم الطوارئ هي ذات آثار قرار التحكيم العادي بصفة مطلقة أم بما لا يتعارض مع طبيعة تحكيم الطوارئ وخصائصه الذاتية؟

### أ- القوة الملزمة لقرار محكم الطوارئ ( الحجية):

إن قرار محكم الطوارئ يجب أن يكون ملزماً *shall be binding* في مواجهة أطراف تحكيم الطوارئ، وهو ما أقرته كل قواعد محكم الطوارئ صراحةً أو ضمناً. ومن القواعد المؤسسية التي أقرت صراحةً بالقوة الملزمة لقرار محكم الطوارئ قواعد محكم الطوارئ بـ LCIA، في المادة 9.9 منها و المادة 1،3/9 من قواعد محكم الطوارئ بالملحق الثاني من قواعد SCC، حيث تقضي تلك القواعد بأن لـ "حكم" محكم الطوارئ ذات آثار حكم التحكيم العادي ومنها القوة الملزمة للأطراف<sup>(2)</sup>. ولم تكتفي هذه القواعد بالتأكيد على امتثال والتزام أطراف تحكيم الطوارئ بقرار محكم الطوارئ، ولكن أضافت "دون تأخير *without delay*"<sup>(3)</sup>. فلم تكتفي بالزام الأطراف بالانصياع

(1) حيث تقضي المادة 8/43 من القواعد السويسرية (Swiss Rules) بأن قرار محكم الطوارئ له نفس آثار القرارات المتخذة طبقاً للمادة 26 ( التي تنص على قرار محكمة التحكيم في التدابير الوقائية).

"A decision of the emergency arbitrator shall have the same effects as a decision pursuant to Article 26."

وهو ذات الأمر الذي تقرره قواعد محكم الطوارئ بـ LCIA، في المادة 9.9 منها و المادة 1،3/9 من قواعد محكم الطوارئ بالملحق الثاني من قواعد SCC.

(2) حيث تقضي المادة 8/43 من القواعد السويسرية (Swiss Rules) بأن قرار محكم الطوارئ له نفس آثار القرارات المتخذة طبقاً للمادة 26 ( التي تنص على قرار محكمة التحكيم في التدابير الوقائية).

"A decision of the emergency arbitrator shall have the same effects as a decision pursuant to Article 26."

وهو ذات الأمر الذي تقرره قواعد محكم الطوارئ بـ LCIA، في المادة 9.9 منها و المادة 1،3/9 من قواعد محكم الطوارئ بالملحق الثاني من قواعد SCC.

(3) حيث تقضي المادة 9.9، بالإحالة إلى المادة 26.8، بأن: "حكم محكم الطوارئ لها آثار حكم التحكيم عملاً بالمادة 26.8."

An award of the Emergency Arbitrator shall comply with Article 26.2 and, when made, take effect as an award under Article 26.8

والمادة 26.8 تنص على أن: "أي حكم يعد نهائياً و ملزم للأطراف. الأطراف يلتزمون بتنفيذ الحكم فوراً دون تأجيل."

أقرارات محكم الطوارئ بل حثت على سرعة هذا الانصياع، كمستلزم من مستلزمات سرعة إجراءات تحكيم الطوارئ.

بينما من القواعد المؤسسية ما أقرت، ضمناً، بالقوة الملزمة لقرار محكم الطوارئ، بالنص على أن قرار محكم الطوارئ يحسم المنازعات التي تتعلق بتحكيم الطوارئ. كما ورد في الفقرة 5 من الملحق رقم 1 (قواعد محكم الطوارئ) من قواعد SIAC سنة 2013 ، والمادة 3/6 من قواعد تدابير الحماية الطارئة ICDR سنة 2014 التي تنص على أن: "يتعين على محكم الطوارئ أن يملك السلطة المخولة لمحكمة التحكيم في ظل المادة 19، مشتملاً على سلطة الحكم في اختصاصه، و يجب أن يحسم أي منازعات بشأن تطبيق تلك المادة"<sup>(1)</sup>.

وجدير بالذكر، في ظل قواعد محكم الطوارئ المؤسسية إن وصف قرار محكم الطوارئ بـ"الأمر" دون "الحكم" لا يحول دون إلزاميته، فقرار decision المحكم- كقاعدة- ملزم سواء اتخذ شكل "حكم" أو "أمر"، باستثناء قواعد LCIA التي قصرت القوة الملزمة، صراحةً، على قرار محكم الطوارئ إذا اتخذ شكل "الحكم award" فقط<sup>(2)</sup>.

26.8 Every award (including reasons for such award) shall be final and binding on the parties. The parties undertake to carry out any award immediately and without any delay.

المادة 9/3، 1 من قواعد محكم الطوارئ بالملحق الثاني من قواعد SCC. ونصها كالتالي:

Article 9 (Binding effect of emergency decisions):

(1) An emergency decision shall be binding on the parties when rendered.

(2) The emergency decision may be amended or revoked by the Emergency Arbitrator upon a reasoned request by a party.

(3) By agreeing to arbitration under the Arbitration Rules, the parties undertake to comply with any emergency decision without delay.

(1) "The emergency arbitrator shall have the authority vested in the arbitral tribunal under Article 19, including the authority to rule on her/his own jurisdiction, and shall resolve any disputes over the applicability of this Article".

(2) حيث تنص المادة 9.9 بأن: "حكم محكم الطوارئ لها آثار حكم التحكيم عملاً بالمادة 26.8".

بيد أن قرار محكم الطوارئ لا يكون ملزماً للأطراف في أحوال معينة ، وهي كالتالي(1):

(أ) إنهاء الرئيس للإجراءات أمام محكم الطوارئ(2).

(ب) قبول المحكمة طلب رد محكم الطوارئ.

(ت) إصدار محكمة التحكيم حكمها النهائي، ما لم تقرر غير ذلك صراحة(3).

(ث) سحب جميع الطلبات أو إنهاء التحكيم قبل صدور حكم النهائي.

(ج) إذا قرر محكم الطوارئ أو محكمة التحكيم اعتبار قرار تحكيم الطوارئ غير ملزم.

---

An award of the Emergency Arbitrator shall comply with Article 26.2 and, when made, take effect as an award under Article 26.8 :

(1) انظر: م/6/6 من قواعد محكم الطوارئ بالملحق 5 من قواعد ICC و المادة 10/43 من القواعد السويسرية (Swiss Rules) و المادة 4/9 من قواعد محكم الطوارئ SCC و البند 7 من قواعد محكم الطوارئ SIAC.

(2) المادة 6/1 من الملحق الخامس من قواعد ICC تقضي بأن: "على الرئيس أن ينهي إجراءات محكم الطوارئ إذا لم تستلم الأمانة العامة طلب التحكيم العادي خلال 10 أيام من استلام الأمانة العامة لطلب تعيين محكم الطوارئ، ولم يقرر محكم الطوارئ ضرورة منح مدة أطول".

(3) المادة 10/43 من القواعد السويسرية (Swiss Rules) ونصها كالتالي: "إن قرار محكم الطوارئ لا يعد ملزماً للأطراف إذا انقضت إجراءات تحكيم الطوارئ (لأنه لم يتم إعلان التحكيم العادي خلال 10 أيام من يوم استلام طلب تعيين محكم الطوارئ لدى الأمانة العامة) أو انقضت إجراءات التحكيم العادي، أو صدر حكم التحكيم النهائي، ما لم تقرر محكمة التحكيم غير ذلك، صراحةً، في حكمها النهائي".

"Any measure granted by the emergency arbitrator ceases to be binding on the parties either upon the termination of the emergency relief proceedings pursuant to Article 43(3), upon the termination of the arbitral proceedings, or upon the rendering of a final award, unless the arbitral tribunal expressly decides otherwise in the final award".

ح) انقضاء فترة زمنية معينة من يوم صدور قرار محكم الطوارئ حتى يتم تشكيل محكمة التحكيم<sup>(1)</sup> أو يبدأ التحكيم العادي أو يحال الملف إليها<sup>(2)</sup>، أو من يوم تقديم طلب تعيين محكم الطوارئ حتى يُطلب التحكيم العادي<sup>(3)</sup> أو من يوم استلام طلب تعيين محكم الطوارئ حتى إعلان التحكيم العادي<sup>(4)</sup>.

وعلى أية حال، إذا كان قرار تحكيم الطوارئ ملزماً وله حجبه في مواجهة أطرافه، فيعد غير ملزم ولا حائز للحجية في مواجهة هيئة التحكيم

(1) إن قرار محكم الطوارئ، وفق البند 7 من قواعد محكم الطوارئ SIAC، يعد غير ملزم إذا فات 90 يوم من صدوره ولم تتشكل محكمة التحكيم، والنص كالتالي:

Any order or award issued by the Emergency Arbitrator shall, in any event, cease to be binding if the Tribunal is not constituted within 90 days of such order or award or when the Tribunal makes a final award or if the claim is withdrawn.

(2) كما تقضي به نصوص قواعد محكم الطوارئ (30 SCC يوم حتى يبدأ التحكيم) أو (90 يوم حتى يحال الملف إلى هيئة التحكيم)، عملاً بالمادة 4/9 من قواعد محكم الطوارئ SCC:

The emergency decision ceases to be binding if: i) the Emergency Arbitrator or an Arbitral Tribunal so decides; ii) an Arbitral Tribunal makes a final award; iii) arbitration is not commenced within 30 days from the date of the emergency decision; or iv) the case is not referred to an Arbitral Tribunal within 90 days from the date of the emergency decision.

(3) تقضي المادة 6/1 من الملحق الخامس من قواعد ICC بأن: "على الرئيس أن ينهي إجراءات محكم الطوارئ إذا لم تستلم الأمانة العامة طلب التحكيم العادي خلال 10 أيام من استلام الأمانة العامة لطلب تعيين محكم الطوارئ، ولم يقرر محكم الطوارئ ضرورة منح مدة أطول".

(4) المادة 10/43 من القواعد السويسرية (Swiss Rules) ونصها كالتالي: "إن قرار محكم الطوارئ لا يعد ملزماً للأطراف إذا انقضت إجراءات تحكيم الطوارئ (لأنه لم يتم إعلان التحكيم العادي خلال 10 أيام من يوم استلام طلب تعيين محكم الطوارئ لدى الأمانة العامة) أو انقضت إجراءات التحكيم العادي، أو صدر حكم التحكيم النهائي، ما لم تقرر محكمة التحكيم غير ذلك، صراحةً، في حكمها النهائي".

"Any measure granted by the emergency arbitrator ceases to be binding on the parties either upon the termination of the emergency relief proceedings pursuant to Article 43(3), upon the termination of the arbitral proceedings, or upon the rendering of a final award, unless the arbitral tribunal expressly decides otherwise in the final award".

التي تفصل في موضوع النزاع؛ لأن موضوع تحكيم الطوارئ -إصدار تدابير وقائية- لا تمس الموضوع<sup>(1)</sup>. فلا يلزم قرار محكم الطوارئ محكمة التحكيم فيما يتعلق بأي مسألة أو موضوع أو نزاع فصل فيه هذا القرار. ويجوز لمحكمة التحكيم أن تقوم بتعديل أو إنهاء أو إبطال القرار أو أي تعديل طرأ عليه بواسطة محكم الطوارئ<sup>(2)</sup>.

ولكن لا يقدح عدم حيازة قرار محكم الطوارئ قوة ملزمة اتجاه محكمة التحكيم في حيازة قرار محكم الطوارئ حجبة الأمر المقضي حتى صدور حكم في الموضوع يجبه، وذلك على غرار الأحكام القضائية المستعجلة التي يُرجح حيازتها حجبة الأمر المقضي المؤقتة، حتى يصدر حكم في الموضوع، والشرطية<sup>(3)</sup> أي تنقيد بنبات الظروف. وإذا كان قرار محكم الطوارئ غير مقيد لمحكمة التحكيم، فلا يرجع ذلك إلى عدم حيازته للحجبة وإنما إلى تغيير عناصر القضية التحكيمية من حماية وقتية إلى حماية موضوعية<sup>(4)</sup>.

ونود الإشارة أخيراً إلى أن القوة الملزمة لقرار محكم الطوارئ وحجبيته قد تمتد حتى بعد صدور حكم نهائي في موضوع التحكيم، وفق ما تقضي به بعض القواعد المؤسسية صراحةً، كقواعد محكم الطوارئ بمرکز ICC<sup>(5)</sup> والقواعد السويسرية التي تنص على أن: " قرار محكم الطوارئ لا يعد ملزماً للأطراف إذا انقضت إجراءات تحكيم الطوارئ) لأنه لم يتم إعلان التحكيم

(1) وهو ما تنص عليه صراحةً المادة 5/9 من قواعد SCC ونصها كالتالي:

An Arbitral Tribunal is not bound by the decision(s) and reasons of the Emergency Arbitrator.

(2) انظر: المادة 9.11 من قواعد محكم الطوارئ في LCIA من المادة 9B والمادة 7 من قواعد محكم الطوارئ SIAC بالملحق الأول و المادة 5 من قواعد تدابير الحماية الطارئة ICDR و المادة 8/43 من القواعد السويسرية (Swiss Rules) و المادة 3/29 من قواعد تحكيم ICC. و المادة 5/9 من قواعد SCC الملحق لثاني ونصها كالتالي:

" An Arbitral Tribunal is not bound by the decision(s) and reasons of the Emergency Arbitrator.."

(3) سيد أحمد محمود، القضية المستعجلة، الطبعة الثانية، سنة 2006، ص 122-123. انظر عكس ذلك: محمود مصطفى يونس، مرجع سابق، ص 84 و ص 85. و الآراء الفقهية التي تبني وجهة نظره و التي أشار إليها بهامش (192) من ذات الصفحة.

(4) ونميل إلى أن حجبة الأمر المقضي للقرار الصادر عن محكم الطوارئ نميل إلى اعتبارها غير متعلقة بالنظام العام على غرار أحكام التحكيم عموماً انظر في الخلاف الفقهي حول مدى اعتبار حجبة أحكام التحكيم متعلقة بالنظام العام: فتحي والي، مرجع سابق، بند 324، ص 590-592.

(5) انظر: المادة 6/6C من قواعد محكم الطوارئ في الملحق الخامس من قواعد ICC.

مجلة الحقوق لبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الثاني 2015 (799)

العادي خلال 10 أيام من يوم استلام طلب تعيين محكم الطوارئ لدى الأمانة العامة) أو انقضت إجراءات التحكيم العادي، أو صدر حكم التحكيم النهائي، ما لم تقرر محكمة التحكيم غير ذلك، صراحةً، في حكمها النهائي<sup>(1)</sup>. ومفاد ما سبق أن لمحكمة التحكيم، رغم إصدارها الحكم النهائي، أن تقرر إلزامية قرار محكم الطوارئ.

### ب- استنفاد ولاية محكم الطوارئ :

إذا كانت القاعدة أنه بمجرد صدور حكم التحكيم الموضوعي أو الإجرائي تستنفد محكمة التحكيم ولايتها فلا تستطيع تعديله أو إلغائه أو الرجوع فيه<sup>(2)</sup>. إلا أن قرار محكم الطوارئ لا يستنفد به محكم الطوارئ ولايته، فيجوز له، طالما لم يتم تشكيل هيئة التحكيم، إجراء أي تعديل أو إلغاء أو إنهاء قراره، من تلقاء نفسه، حسبما يراه أو لسبب جيد *good cause shown* أو بناء على طلب مسبب من أحد الأطراف<sup>(3)</sup>.

وفي اعتقادنا أن قرار محكم الطوارئ، على غرار الأحكام القضائية المستعجلة<sup>(4)</sup>، يستنفد به ولايته حتى ولو كان قابل للإلغاء أو الإيقاف أو التعديل

(1) المادة 10/43 من القواعد السويسرية (Swiss Rules).

(2) يقصد باستنفاد ولاية المحكمة عموماً هو أن المحكمة التي أصدرت الحكم- الإجرائي أو الموضوعي- تستنفد ولايتها أو سلطتها فيه بمجرد صدوره منها، فلا تستطيع العدول عنه أو تعديله حتى ولو كان ما قضى به باطلاً؛ لأن تصحيح هذا البطلان يكون بطرق الطعن المقررة قانوناً للأحكام. ويبدو الفارق جوهرياً بين استنفاد الولاية و حجية الأمر المقضي حيث أن الاستنفاد يقدم لكل مسألة يفصل فيها داخل الخصومة، فآثارها قاصرة عليها بعكس الحجية فهي تعمل خارج الخصومة أي بالنسبة للخصومات التي تتور في المستقبل بشأن المسألة التي فصل فيها بحكم موضوعي وذلك لضمان استقرار الحماية القضائية التي منحها الحكم، وبالتالي فإن الاستنفاد يشمل على الأحكام القطعية الموضوعية أو لإجرائية، بعكس الحجية فهي تقتصر على الأحكام الموضوعية. (انظر: سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، دار النهضة العربية، سنة 2009، ص764-765). وهو ما ينطبق على أحكام التحكيم. (انظر: فتحي والي، التحكيم، مرجع سابق، بند 325، ص593).

(3) انظر: المادة 2/9 من قواعد محكم الطوارئ بمركز SCC بالملاحق الثاني، والمادة 8/43 من قواعد السويسرية (Swiss Rules) و المادة 8/6 من قواعد محكم الطوارئ في الملحق 5 من قواعد ICC، والمادة 6 من قواعد محكم الطوارئ SIAC بالملاحق الأول والمادة 4 من قواعد تدابير الحماية الطارئة ICDR.

(4) سيد أحمد محمود، القضية المستعجلة، الطبعة الثانية، سنة 2006، ص127. وراجع الآراء الفقهية والأحكام القضائية التي تؤيد ذلك في هامش ذات الصفحة.

من قبل محكم الطوارئ؛ لأن استنفاد ولاية محكم الطوارئ معلقة على شرط ثبات الظروف التي صدر فيها قرار محكم الطوارئ المؤقت، ولكن إلى حين تغييرها مما يستدعي وقتئذٍ تدخل محكم الطوارئ مرة أخرى. وما يؤيد وجهة نظرنا السابقة أن محكم الطوارئ لا يجوز له الرجوع في قراره بتعديل أو إلغاء أو إيقاف قراره، من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب أحد الأطراف، إلا مع التسبب. والتسبب واجب لتبيان تغير الظروف المعلق عليها استنفاد ولاية محكم الطوارئ. وإذا لم تتغير الظروف فلا يقبل محكم الطوارئ طلب التعديل أو الإلغاء أو الإيقاف أو يرفضه.

والمقرر أيضاً أن سلطة محكم الطوارئ في الرجوع عن قراره بالتدابير الوقائية، بالتعديل أو الإنهاء أو الإبطال، تنتهي بانتهاء ولايته كمحكم طوارئ التي تنتهي هي الأخرى بإرسال الملف إلى هيئة التحكيم<sup>(14)</sup> أو بتشكيل هيئة التحكيم وإحالة الملف إليها<sup>(15)</sup>.

ونخلص من ذلك إذن، أن استنفاد ولاية محكم الطوارئ، كأثر إجرائي لصدور قراره، معلق على شرط وهو تغير الظروف التي صدر فيها قراره<sup>(16)</sup>، ومضاف إلى أجل في ذات الوقت لحين تشكيل محكمة التحكيم وإحالة الملف إليها.

كما أن ما تقضي به قواعد محكم الطوارئ المؤسسية ليس ببعيد عما تقضي به قواعد الأونسيترال للتحكيم في المادة 26 منها، أو قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة 17/د منه، حيث يجيزان لمحكمة التحكيم أن تُعَدِّلَ أو تُعَلِّقَ أو تُنهي أي تدبير مؤقت كانت قد اتخذته، وذلك بناء على طلب أي طرف أو، في ظروف استثنائية وبعد إشعار الأطراف مسبقاً،

(14) انظر المادة 2/9 من قواعد محكم الطوارئ بمركز SCC بالملحق الثاني ونصها كالآتي:

" The emergency decision may be amended or revoked by the Emergency Arbitrator upon a reasoned request by a party.."

المادة 8/43 من القواعد السويسرية (Swiss Rules) ونصها كالتالي:

" Any interim measure granted by the emergency arbitrator may be modified, suspended or terminated by the emergency arbitrator or, after transmission of the file to it, by the arbitral tribunal.."

(15) (م/8/6 من قواعد محكم الطوارئ في الملحق 5 من قواعد ICC).

(16) المادة 7/6 من قواعد محكم الطوارئ بالملحق الخامس ICC تنص على أن: "يجوز لمحكم الطوارئ أن يعلق الأمر على الشروط التي يراها مناسبة، بما في ذلك طلب تقديم ضمان مناسب".

بمبادرة من محكمة التحكيم ذاتها. ولا تتعارض السلطة المقررة لمحكمة التحكيم في الرجوع عن قرارها بالتدابير الوقتية مع قابليتها للتنفيذ، إذ يجوز تنفيذ التدابير الوقتية الصادرة عن محكمة التحكيم، في ظل المادة 17/ط من القانون النموذجي، ما لم يُقرر إنهائها أو تعليقها من جانب هيئة التحكيم، أو من جانب محكمة الدولة التي يجري فيها التحكيم أو التي صدر التدبير المؤقت بمقتضى قانونها حيثما تكون تلك المحكمة مخولة بذلك<sup>(25)</sup>.

### جسنةهائية قرار محكم الطوارئ:

إن نهائية finality قرار محكم الطوارئ تعني حيازته لقوة الأمر المقضي. فإذا كان قرار محكم الطوارئ يحوز حجية الأمر المقضي، فهل يتمتع قرار محكم الطوارئ بالنهائية أو قوة الأمر المقضي؟

بادئ ذي بدء نقصد بنهائية قرار محكم الطوارئ عدم قابليته للمراجعة من قبل سلطة أخرى غير محكم الطوارئ أو محكمة التحكيم، أيًا كانت طريقة المراجعة، سواء عن طريق الفحص أو الدراسة المسبقة scrutiny أو طرق الطعن المقررة أمام القضاء؛ لأن قرار محكم الطوارئ، في اعتقادنا، يخضع للمراجعة على مراحل زمنية مختلفة. فهو يخضع للرقابة أو المراجعة الذاتية أي رقابة و مراجعة من محكم الطوارئ نفسه، فيجوز لمحكم الطوارئ، طالما لم يتم تشكيل هيئة التحكيم، إجراء أي تعديل أو إلغاء أو إنهاء قراره حسبما يراه من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الأطراف<sup>(26)</sup>. كما يخضع للمراجعة أو الرقابة اللاحقة أي تلك التي تعهد لمحكمة التحكيم التي لها أن تقوم بتعديل أو إنهاء أو إبطال القرار أو أي تعديل طرأ عليه بواسطة محكم الطوارئ<sup>(27)</sup>. ولا يعني خضوع قرار محكم الطوارئ للمراجعة من قبل محكم الطوارئ أو محكمة التحكيم أنه ليس نهائياً. فالمراجعة استثنائية شرطية، فهي استثنائية لا

(25) انظر ما سبق هامش (67).

(26) راجع ما سبق ص 147.

(27) انظر: المادة 9.11 من قواعد محكم الطوارئ في LCIA من المادة 9B والمادة 7 من قواعد محكم الطوارئ SIAC بالملحق الأول و المادة 5 من قواعد تدابير الحماية الطارئة ICDR و المادة 8/43 من القواعد السويسرية (Swiss Rules) و المادة 3/29 من قواعد تحكيم ICC. والمادة 5/9 من قواعد SCC الملحق لثاني .



يُلجأ إليها إلا بأسباب مبررة، ومعلقة على شرط تغيير الظروف التي صدر القرار فيها.

أما بالنسبة لنظام الفحص المسبق scrutiny من المحكمة court-وهي ليست محكمة التحكيم Tribunal- الذي توجيهه قواعد بعض المراكز، كما توجيهه المادة 33 من قواعد التحكيم العادي ICC، على الحكم الصادر عن هيئة التحكيم، حيث تقضي بأنه يتعين على هيئة التحكيم أن تقدم إلى المحكمة court مسودة حكم التحكيم قبل توقيعه. وللمحكمة تلك أن تدخل تعديلات تتعلق بشكل الحكم ولها أيضاً، دون المساس بما لمحكمة التحكيم من حرية الفصل في النزاع، أن تُلغى انتباه محكمة التحكيم إلى مسائل تتعلق بالموضوع. ولا يجوز أن يصدر أي حكم من محكمة التحكيم حتى توافق المحكمة court عليه من حيث الشكل<sup>(28)</sup>.

ويبدو أن واضعوا قواعد محكم الطوارئ بمركز ICC قصدوا اقتصار شكل قرار محكم الطوارئ على شكل "الأمر" تجنباً لن يرضع قرار محكم الطوارئ إذا اتخذ شكل "الحكم" لهذا الفحص أو التدقيق Scrutiny.

غير أنه في نظرنا أن تلك الدراسة المسبقة من المحكمة لا تنطبق على قرار محكم الطوارئ، حتى لو اتخذ شكل "الحكم"؛ لأن النص واضح في اقتصاره على الأحكام الصادرة عن "محكمة التحكيم" و ليس "محكم الطوارئ". فضلاً عن أن عدم تطبيق نظام الفحص و التدقيق على قرارات محكم الطوارئ يتماشى مع فلسفة تحكيم الطوارئ في السرعة وتجنب التسويف والإطالة.

أما عن جواز الطعن في قرار محكم الطوارئ، أكدت بعض قواعد محكم الطوارئ المؤسسية، صراحةً، على عدم جواز الطعن في قرار محكم الطوارئ. حيث ينص البند 11 من قواعد محكم الطوارئ بالملحق الأول من قواعد SIAC على أن: "لمحكم الطوارئ أن يقرر بأي طريقة يراها مناسبة

---

(28) Carlos de los Santos Lago and Victor Bonnín, Emergency Proceedings Under the New ICC Rules in Miguel Ángel Fernández-Ballesteros and David Arias (eds), Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje, (Wolters Kluwer España 2012 Volume 2012 Issue 13 ) p.16.

يجب تطبيق تلك القواعد (قواعد محكم الطوارئ)، وقراره في مثل هذه المسائل نهائي و غير قابل للاستئناف"<sup>(37)</sup>.

وقبل ابتداء نظام "محكم الطوارئ"، وفي ظل قواعد "حكّم التدابير الوقائية أو التحفظية" بمركز ICC سنة 1990 إذ تنص المادة 6.6 منها على أن الأطراف متفقون على الالتزام بأمر "الحكم" بدون تأجيل وعلى تنازلهم عن حقهم في الطعن بكل أنواعه استئناف أو إعادة النظر أو معارضة أو أي طلب لمحكمة أو أي سلطة أخرى لتعديل الأمر.

وإذا لم تنص بعض قواعد محكم الطوارئ المؤسسية، صراحةً، على عدم جواز الطعن، فنرى عدم جواز الطعن كأصل عام على قرار محكم الطوارئ – كقرار محكمة التحكيم- بأي طريق من طرق الطعن المقررة أمام قضاء الدولة؛ لأن تحكيم الطوارئ يعد تحكيمياً بالمعنى الفني و لأن محكم الطوارئ محكماً بالمعنى الفني<sup>(38)</sup>.

إن كان قرار محكم الطوارئ نهائياً لا يخضع لنظام "الفحص المسبق" أو طرق الطعن المقررة في القضاء، فبقي أن نتساءل عن مدى جواز رفع دعوى بطلان في قرار محكم الطوارئ؟

بدايةً تجب الإشارة إلى أنه لا علاقة بين مدى جواز رفع دعوى البطلان في قرار محكم الطوارئ ونهائيته، قياساً على حكم التحكيم العادي؛ لأن دعوى بطلان حكم التحكيم – أو قرار محكم الطوارئ إن أجزى- لا تتعرض المحكمة فيها لموضوع النزاع. فيجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم ولو اعتُبر نهائياً أو باتاً، فدعوى البطلان ليس طعنًا عليه بالاستئناف<sup>(39)</sup>.

أول ما أثيرت مسألة مدى قبول دعوى بطلان قرار صادر عن تحكيم الطوارئ أثيرت بشأن القرار الصادر عن "الحكم فيما قبل التحكيم Pre-

---

(37) " The Emergency Arbitrator may decide in what manner these Rules shall apply as appropriate, and his decision as to such matters is final and not subject to appeal."

(38) راجع ما سبق ص54.

(39) انظر نقض تجاري 2007/2/8 في الطعن 7307 لسنة 76 ق . استئناف القاهرة 91 تجاري) 2003/11/22 في القضية 46 لسنة 119 ق تحكيم. و 2004/2/28 في القضية 120 لسنة 120 ق. مشار إليهم في : فتحي والي، مرجع سابق، بند 392، ص712.

Arbital Referee "بقواعد الـ ICC لسنة 1990<sup>(40)</sup>، بمناسبة قضية فيما بين شركة بترول وطنية بالكونجو ضد جمهورية الكونجو Société Nationale des Pétroles du Congo and République du Congo v TotalFinaElf E&P Congo (2003)<sup>(41)</sup>. بدأت الكونجو باتخاذ إجراءات دعوى البطلان ضد قرار "الحكم" أمام محكمة استئناف باريس. قضت محكمة استئناف باريس بعدم قبول دعوى بطلان لأنه لا يمكن اعتبار قرار "الحكم" حكماً تحكيمياً arbitral award<sup>(42)</sup>.

وانتهت المحكمة إلى أن "الحكم" لا يتصرف كمحكم وليس لديه أهلية المحكم وصلاحيته و القرار الصادر عنه لا يعد حكم تحكيم بالمعنى الفني، ولكن لقراره مدلول تعاقدي فقط. لم تركز المحكمة، إذن، على شكل قرار "الحكم" سواء كان "أمراً" أو "حكماً"، ولكن على مدى اعتبار "الحكم" حكماً و بالتالي مدى اعتبار قراره حكماً تحكيمياً من الأساس.

بينما ذهب الفقه الفرنسي<sup>(43)</sup> إلى أن الأمر الصادر عن "الحكم" يصلح لئن يكون موضوعاً لدعوى البطلان أمام محكمة مكان التحكيم<sup>(44)</sup> وتحفظ البعض على اعتماد محكمة باريس على الطبيعة العقدية لقرار "الحكم" على أساس أنه كان حسب هذه المحكمة أن تركز على الطبيعة الوقتية لقرار "الحكم"، و مدى تطابقه مع شرط "النهائية" لحكم التحكيم المتطلب من قبل المحاكم الفرنسية.

(40) تنص المادة 6.6 من قواعد "حكم التدابير الوقتية أو التحفظية" بمركز ICC سنة 1990 على أن الأطراف اتفقا على الالتزام بأمر "الحكم" بدون تأجيل و تنازلهم عن حقهم في الطعن بكل أنواعه استئناف أو إعادة النظر أو معارضة أو أي طلب لمحكمة أو أي سلطة أخرى لتعديل الأمر. (41) في تفاصيل وقائع هذه القضية انظر ما يلي ص 158.

(42) Emmanuel Gaillard/Philippe Pinsolle, "The ICC Pre-Arbitral Referee: First Practical Experiences", in Arbitration International (Kluwer Law International 2004), Vol. 20, Issue 1, p. 20.

(43) Emmanuel Gaillard/Philippe Pinsolle, "The ICC Pre-Arbitral Referee: First Practical Experiences", in Arbitration International (Kluwer Law International 2004), Vol. 20, Issue 1, p. 22-21.

(44) بل يصلح للنفاد في ظل اتفاقية نيويورك (ذات الإشارة السابقة). كما سيأتي بالتفصيل فيما بعد بالمتن.

وفي اعتقادنا أن فلسفة تحكيم الطوارئ تتنافى مع نظام دعوى البطلان وذلك لأسباب عديدة، ليس منها مبدئياً أن قرار محكم الطوارئ غير نهائي. إن تحكيم الطوارئ يعتمد على السرعة بل سرعة السرعة -على حد تعبيرنا- للحصول على تدابير طوارئ فيما قبل البدء في إجراءات التحكيم العادي. ودعوى البطلان تستدعي شهوراً لفرصة رفعها و الفصل فيها<sup>(1)</sup> و تخضع في نظامها إلى القانون الإجرائي للدولة التي صدر فيها الحكم، أي بمعنى آخر تخضع لقواعد المرافعات ومبادئها ومنها التقاضي على درجتين و بما يتسم به التقاضي أمام قضاء الدولة من عيوب لجأ الأطراف إلى تحكيم الطوارئ لتجنبها.

ولا يعني ميلنا إلى عدم قبول دعوى بطلان قرار محكم الطوارئ أن الأخير لا يخضع للمراجعة بل يخضع كما أسلفنا للمراجعة الذاتية من محكم الطوارئ ذاته، كما يخضع لرقابة لاحقة من قبل محكمة التحكيم.

ونضيف أن تنافي دعوى البطلان مع فلسفة السرعة القصوى في تحكيم الطوارئ تعد نقطة قوة فيه تميزه عن قرارات قضاء الدولة بشأن التدابير الوقائية في شكل "حكم" أو "أمر" والتي تخضع لنظام الطعن المقررة أمام القضاء<sup>(2)</sup>، و تميزه عن قرارات محكمة التحكيم في هذا الشأن أيضا في شكل "حكم" أو "أمر"، التي قد تخضع لدعوى البطلان<sup>(3)</sup>.

---

(1) على سبيل المثال ترفع دعوى بطلان حكم التحكيم خلال التسعين يوماً التالية لتاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه. (1/54 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994). بل لا يجوز تنفيذ حكم التحكيم إلا بعد انقضاء هذه المدة (م1/58).

(2) يطعن على قرار التحكيم بالتدابير الوقائية، إذا اتخذ شكل "الحكم" بالاستئناف إذا كانت محكمة المختصة هي محكمة المادة (9) محكمة استئناف بخصوص تحكيم تجاري دولي؛ لأن الاختصاص بإصدار تدابير وقائية في شكل حكم أو أمر يدخل في الاختصاص الحصري لمحكمة المادة (9) حيث تقضي المادة 14 من قانون التحكيم المصري 1994/27 بأن: "يجوز للمحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون أن تأمر، بناء على طلب أحد طرفي التحكيم، باتخاذ تدابير وقائية أو تحفظية سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها". قرب ذلك: فتحي والي، مرجع سابق، ص212. ويخضع قرار التحكيم بالتدابير الوقائية في شكل "أمر" لنظام المراجعة (التظلم و الاستئناف) الذي تخضع له الأوامر على عرائض.

(3) على الرغم من أن مسألة مدى جواز رفع دعوى فورية ببطلان الحكم الوقي الصادر عن المحكم المحكم مسألة خلافية في الفقه المصري و الفرنسي على أساس عدم اعتبار حكم التحكيم الوقي حكم تحكيم بالمعنى الصحيح أو للشكوك حول قطعيتها و الرأي الآخر يرى بجواز رفع هذه الدعوى

ولكن لا يقدر في ذلك أن تقبل دعوى البطلان ولكن في حكم التحكيم الصادر عن محكمة التحكيم بشأن مراجعة قرار محكم الطوارئ بتعديله أو إنهائه أو إبطاله. فدعوى البطلان تكون واردة عندئذ على حكم التحكيم وليس قرار محكم الطوارئ. فضلاً عن قبول دعوى البطلان هذه حال أن اعتمدت محكمة التحكيم قرار محكم الطوارئ وأبقت عليه<sup>(58)</sup>.

ولا يُحاج رأينا بأن قرار محكم الطوارئ تقبل دعوى البطلان فيه استناداً على أنه يرتب ذات آثار الحكم الصادر عن هيئة التحكيم في طلب التدابير الوقائية، كما تنص على ذلك صراحةً، بعض القواعد المؤسسية<sup>(59)</sup>؛ لأن قرار محكم الطوارئ يملك ذات آثار قرار محكمة التحكيم بما لا يتعارض مع فلسفة وطبيعة وخصائص تحكيم الطوارئ المتميزة عن التحكيم العادي<sup>(60)</sup>.

---

تحكيم صحيحي لا أثر له في الفصل في الموضوع. (راجع: فتحي والي، مرجع سابق، ص 707-709، بند 389).

ورتب رأي في الفقه المصري على ما سبق أنه لا يلزم تسبيب قرار (وليس شكل أمر على عريضة) الصادر عن المحكم بالتدابير الوقائية ولا يجوز التظلم أو الطعن فيه، كما لا يقبل رفع الدعوى ببطلانه. رضا السيد عبدالحميد، تدخل القضاء في التحكيم بالمساعدة والرقابة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1997، ص 71.

وراجع في استلزام معظم قواعد محكم الطوارئ المؤسسية أن يكون قرار محكم الطوارئ مسبباً أيضاً كان شكله "أمر order" أو "حكم award" ما سبق ص 141.

<sup>(58)</sup> حيث تنص قواعد محكم الطوارئ المؤسسية على سلطة محكمة التحكيم في الإبقاء على القوة الملزمة و آثار قرار محكم الطوارئ حتى ولو صدر منها حكم نهائي في الموضوع. انظر: المادة 6/6/c من قواعد محكم الطوارئ في الملحق الخامس من قواعد ICC. والمادة 10/43 من القواعد السويسرية (Swiss Rules) التي تنص على أن: " إن قرار محكم الطوارئ لا يعد ملزماً للأطراف إذا انقضت إجراءات تحكيم الطوارئ (لأنه لم يتم إعلان التحكيم العادي خلال 10 أيام من يوم استلام طلب تعيين محكم الطوارئ لدى الأمانة العامة) أو انقضت إجراءات التحكيم العادي، أو صدر حكم التحكيم النهائي، ما لم تقرر محكمة التحكيم غير ذلك، صراحةً، في حكمها النهائي". <sup>(59)</sup> حيث تقضي المادة 8/43 من القواعد السويسرية (Swiss Rules) بأن قرار محكم الطوارئ له نفس آثار القرارات المتخذة طبقاً للمادة 26 ( التي تنص على قرار محكمة التحكيم في التدابير الوقائية).

"A decision of the emergency arbitrator shall have the same effects as a decision pursuant to Article 26."

وهو ذات الأمر الذي تقرره قواعد محكم الطوارئ بـ LCIA، في المادة 9.9 منها و المادة 3/9، من قواعد محكم الطوارئ بالملحق الثاني من قواعد SCC.

<sup>(60)</sup> راجع في تمييز تحكيم الطوارئ عن التحكيم العادي ما سبق ص 76.

## المطلب الثاني فعالية تحكيم الطوارئ

إن فعالية أي آلية قانونية لفض المنازعات تكمن في القرار الصادر عنها والآثار التي يرتبها في مواجهة الكافة. لذلك تتمثل فعالية تحكيم الطوارئ في فعالية قرار محكم الطوارئ، إن كان محكم الطوارئ محكماً بالمعنى الفني وتحكيم الطوارئ تحكيمياً بالمعنى الفني، فإن آثار قرار محكم الطوارئ هي ذات آثار حكم محكمة التحكيم، ولكن كما نؤكد عليه بما يتماشى مع طبيعة تحكيم الطوارئ وخصائصه. فهل لقرار محكم الطوارئ قوة تنفيذية تقترب على الأقل من قوة حكم التحكيم في طلب استصدار التدابير الوقائية<sup>(65)</sup>.

في تقييم مدى انصياع أطراف تحكيم الطوارئ لقرار محكم الطوارئ تبين أن في غالب قضايا تحكيم الطوارئ ينفذ الأطراف القرارات الصادرة عن محكم الطوارئ بإرادتهم واختيارهم<sup>(66)</sup> دون الحاجة إلى البحث عن آلية لتنفيذها جبراً أو وسائل للإكراه على التنفيذ، أي بتنفيذه تنفيذاً اختيارياً *Voluntary Compliance*. يرجع البعض ذلك إلى أن عدم تنفيذ قرار محكم الطوارئ في مرحلة ما قبل التحكيم يعطي انطباعاً سيئاً لدى محكمة التحكيم عند البدء في إجراءات التحكيم.

بينما يذهب البعض<sup>(67)</sup> إلى أن نسبة التنفيذ الاختياري لقرار محكم الطوارئ قد تضعف مقارنة بتنفيذ قرار "الحكم referee" لسببين. السبب الأول: أن الاتفاق على تحكيم الطوارئ كما أسلفنا<sup>(68)</sup> يعتمد الآن على نظام اختيار الاستبعاد *Opt-out* أو الاتفاق التلقائي أي أنه إذا اتجهت الأطراف على إحالة النزاع إلى مركز تحكيم يتضمن قواعد محكم الطوارئ، فيعني ذلك

(65) أيضاً من الآثار المترتبة على قرار محكم الطوارئ والتي تثبت فعالية تحكيم الطوارئ القوة الملزمة لقرار محكم الطوارئ أو حجبه ونهائيته. راجع في هذا الشأن ما سبق ص 143 وما بعدها و ص 149.

(66) Craig W. Laurence, Park, William W., and Paulsson, Jan, International Chamber of Commerce Arbitration, 3rd edition, Oceana Publications, 2000, p. 460.

(67) Craig W. Laurence, Park, William W., and Paulsson, Jan, Op.cit, 2000, p. 460.

(68) انظر ما سبق ص 47.

افتراض اتجاه إرادتهم أيضا إلى اتخاذ إجراءات تحكيم الطوارئ ما لم يقرروا استبعادها. على عكس قواعد "حكم التدابير الوقئية" بمركز ICC سنة 1990 وقواعد تحكيم الطوارئ المؤسسية التي تبنت قديماً- نظام اختيار التطبيق opt-in يعني ضرورة الاتفاق الخاص على قواعد تحكيم الطوارئ حتى لو اتفق الأطراف على اللجوء إلى مركز التحكيم المتضمن لقواعد حكم التدابير الوقئية أو محكم الطوارئ. وعند المقارنة بين النظامين السابقين تبين أن نسبة التنفيذ الاختياري لقرار محكم الطوارئ في نظام اختيار الاستبعاد opt-out أعلى من تلك المقررة في ظل نظام اختيار التطبيق opt-in.

السبب الثاني هو أن مدة الفصل في طلب تحكيم الطوارئ وفق قواعد "الحكم referee" 30 يوم أطول من مدة الحكم في قواعد محكم الطوارئ قد تصل إلى 5 أيام<sup>(69)</sup>، مما قد يعطي انطبعا للأطراف أن محكم الطوارئ- عكس "الحكم"- لم يتم بالتحليل و التمهيص والتدقيق الكافي لإصدار تدابير الطوارئ.

ولما كان لا جدوى من تحكيم الطوارئ، بماهيته وأحكامه التي بينهاها، دون أن يكون لقرار محكم الطوارئ أنياب تكشف عنها، أي دون أن يكون لقرار محكم الطوارئ قوة تنفيذية مستعجلة بل طارئة على أرض الواقع. فهل قرار محكم الطوارئ- سواء اتخذ شكل "الحكم" أو "الأمر" قابل للتنفيذ، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، على المستوى الدولي وفق اتفاقية نيويورك 1958 و القوانين النموذجية أو على مستوى الأنظمة القانونية الوطنية والقانون المصري؟. وإن كانت الشكوك حول قابلية تنفيذ قرار محكم الطوارئ تنفيذاً مباشراً، فهل يمكن تنفيذه، على الأقل بوسائل غير مباشرة؟. نجيب على هذه الأسئلة في الفروع الآتية:

(69) انظر ما سبق ص136.

## الفرع الأول مدى قابلية قرار محكم الطوارئ للتنفيذ

إن كانت التدابير الوقتية الصادرة عن قضاء الدولة سواء في شكل حكم وقتي أو مستعجل أو أمر على عريضة واجبة التنفيذ نفاذاً معجلاً بقوة القانون، ولو كانت ابتدائية<sup>(82)</sup>، وإذا كان مدى قابلية قرارات محكمة التحكيم بالتدابير الوقتية للتنفيذ أمر معقد، على المستوى الوطني أو الدولي وفق اتفاقية نيويورك 1958<sup>(83)</sup>، فإن الأمر جد مختلف ويزداد تعقيداً عند التعرض لمدى نفاذ قرارات محكم الطوارئ.

بالنسبة للتدابير الوقتية الصادرة عن محكمة التحكيم، نظراً لافتقار المحكم العادي سلطة الإيجاب فإنه يُعول، كما يرى البعض<sup>(84)</sup>، على الاحترام التلقائي من قبل الأطراف لهذه الإجراءات الصادرة منه في مواجهتهم، ولكن ليس هناك ما يحول بين المحكم العادي وبين أخذه بعين الاعتبار مسلك الطرف سيء النية والذي امتنع عن تنفيذ هذه الإجراءات وذلك عند إصداره للحكم التحكيمي النهائي الموضوعي.

ولكن ماذا عن تنفيذ التدابير الوقتية التي يتضمنها قرار محكم الطوارئ فهل تقبل التنفيذ؟

سوف نتعرض لتنفيذ قرار محكم الطوارئ ووفق اتفاقية نيويورك، وفق القوانين الوطنية والقانون المصري وقانون الأونسيترال النموذجي على النحو التالي:

---

(82) المادة 288 من قانون المرافعات المصري والتي تقضي بأن: "النفاذ المعجل بغير كفالة واجب بقوة القانون للأحكام الصادرة في المواد المستعجلة أيا كانت المحكمة التي أصدرتها، وللأمر الصادرة على عراض، وذلك ما لم ينص الحكم أو الأمر على تقديم كفالة".

(83) إن مركز ثقل التحكيم، وما يميزه عن القضاء أو حتى الوسائل الأخرى البديلة للقضاء هو اتفاقية نيويورك 1958. والمشكلة بصفة عامة أن اتفاقية نيويورك لا تتعرض لتنفيذ التدابير الوقتية في التحكيم بل المشكلة الأخرى الأكبر هي أنها لم تتعرض لتعريف حكم التحكيم.

(84) حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص 24.



## أولاً: مدى قابلية تنفيذ قرار محكمة الطوارئ وفق اتفاقية نيويورك 1958

إن اتفاقية نيويورك سكتت عن اعتراف وتنفيذ التدابير الوقائية أو التحفظية، عموماً، سواء صدرت من محكمة التحكيم أو محكمة الطوارئ أو أي آلية تحكيم أخرى<sup>(1)</sup>.

إن اتفاقية نيويورك لم تضع شروطاً إيجابية للاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، وإنما تركت ذلك للقواعد الإجرائية الداخلية لبلد التنفيذ، ولكن شريطة ألا تفرض شروطاً للاعتراف أو التنفيذ أشد من تلك المفروضة عند اعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية<sup>(2)</sup>. وبالتالي تلقى الاتفاقية التزاماً على الدول الموقعة عليها التزاماً بالتقريب بين أحكام التحكيم الأجنبية و أحكام التحكيم الداخلية<sup>(3)</sup>.

لذلك العديد من الشكوك تتناب صلاحية قرار محكمة الطوارئ للنفاد، على غرار التدابير الوقائية عموماً الصادرة عن محكمة التحكيم enforceability<sup>(4)</sup>، في ظل اتفاقية نيويورك لاعتراف و تنفيذ أحكام

(1) Margaret L. Moses, The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, 182.

(2) تنص المادة 3 من اتفاقية نيويورك على أن: " على كل دولة متعاقدة أن تعترف بأحكام التحكيم كقرارات ملزمة وأن تقوم بتنفيذها وفقاً للقواعد الإجرائية المتبعة في الإقليم الذي يحتج فيه بالحكم، طبقاً للشروط الواردة في المواد التالية. ولا تفرض على الاعتراف بأحكام التحكيم التي تنطبق عليها هذه الاتفاقية أو على تنفيذها شروط أكثر تشدداً بكثير أو رسوم أو أعباء أعلى، بكثير مما يفرض على الاعتراف بأحكام التحكيم المحلية أو على تنفيذها".

(3) أحمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة 2001، ص 25-26.

(4) تجب التفرقة في هذا الصدد بين القوة الملزمة لقرار محكمة الطوارئ و صلاحيته للنفاد. يحوز قرار محكمة الطوارئ – أمراً كان أو حكماً قوة ملزمة باعتباره قرار تعاقدي مبني على تعاقده وهو اتفاق التحكيم الذي أحال – تلقائياً- إلى تطبيق قواعد محكمة الطوارئ المؤسسية، وباعتباره قراراً قضائياً فصل به محكمة الطوارئ في طلب التدابير الوقائية بالقانون. ويجوز حال عدم التزام الطرف الصادر ضده القرار بتنفيذه يجوز للطرف الصادر لصالحه القرار أن يدعي المسؤولية المدنية التعاقدية. أما صلاحية قرار محكمة الطوارئ للنفاد أي صلاحيته لتنفيذه على أرض الواقع جبراً عن الطرف الصادر ضده القرار، عندما يأخذ شكل حكم نهائي صادر عن محكمة بالمعنى القانوني له كما هو موضح بالمتن.

## التحكيم الأجنبية (NY convention 1958) New York Convention (1)

والسبب في ذلك أن اتفاقية نيويورك لم تعني سوى بـ"حكم التحكيم arbitral award" النهائي final . كما أن اعتبار محكم الطوارئ محكماً بالمعنى القانوني كالمحكم العادي، وبالتالي اعتبار حكمه بمثابة حكم تحكيم Arbitral Award، منطقة رمادية في الفقه وكذلك الأمر بالنسبة لشرط نهائية Finality قرار محكم الطوارئ. وبالتالي يجب الربط بين مدى اعتبار قرار محكم الطوارئ "حكم تحكيم" "نهائياً" حتى يمكن خضوعه لاتفاقية نيويورك وبالتالي صلاحيته للنفاد.

### 1) مدى اعتبار قرار محكم الطوارئ "حكم تحكيم":

إن مسألة مدى اعتبار قرار محكم الطوارئ "حكم تحكيم" مرتبطة بمسألة مدى اعتبار محكم الطوارئ محكماً بالمعنى الفني، وذكرنا فيما سبق (2) أن أول ما أثبتت تلك المسألة أثبتت أمام محكمة استئناف باريس بخصوص "الأمر order" الصادر من الحکم فيما قبل إجراءات التحكيم Pre-arbitral refree في ظل قواعد ICC الصادرة سنة 1990 في قضية Société Nationale des Pétroles du Congo and République du Congo v TotalFinaElf E&P Congo (2003) (3).

(1) أوصى البعض قبل إعلان التعديلات بصياغة بروتوكول تكميلي لاتفاقية نيويورك يجيز الاعتراف و التنفيذ للتدابير الوقتية بشروط تتناسب وطبيعتها الخاصة ، كما يجوز أن يكون التدبير الوقتي المراد تنفيذه خاضعاً للتعديل أو الإلغاء من جانب هيئة التحكيم في مرحلة لاحقة ، ولا يجب على المحكمة أن تطلب ضماناً للتنفيذ، وأن يتم السماح بتنفيذه بغض النظر عن مكان التحكيم، ومع فرض جزاءات لعدم الالتزام خلال فترة زمنية معينة، كما يجب أن يكون موضوع النزاع قابلاً للتحكيم و غير مخالف للنظام العام في بلد التنفيذ. وفي جميع الأحوال هناك صعوبة بالغة في تحقيق الاتساق فيما بين الدول بشأن مسألة الحماية الوقتية للحقوق حتى في ظل وجود نصوص في القانون النموذجي.

Ali Yesilirmak , Provisional Measures in International Commercial Arbitration, ( Kluwer Law International 2005 ), pp.266-269.

(2) انظر في طبيعة تحكيم الطوارئ ما سبق ص 54 وما بعدها.

(3) CA Paris, 1e ch C (29 April 2003) ('the Republic of Congo Pre-arbitral Reference case').

في تفاصيل هذا الحكم انظر :

إذ تتلخص وقائع هذه القضية في أن جمهورية الكونجو و الشركة الوطنية للبتروول التابعة لها The Republic of Congo and the Société Congo (SNCP) Nationale des Pétroles du اتفاق في 10 سبتمبر 2001 مع شركة للبتروول تدعى " the company Total Final Elf E&P Congo (TEP Congo)" يتضمن تعهد بأساليب دفع مقابل النفط الخام لإعادة تمويل ديون جمهورية الكونجو، وشمل شرطاً يجيز للأطراف اللجوء إلى إجراءات "الحكم referee" وفق قواعد ICC سنة 1990. جمهورية الكونجو و الشركة الوطنية، وبمناسبة رفعهما دعوى بطلان على أمر "الحكم"، بيّنا أن هذا الأمر صدر بناء على طلب شركة TEP والتي قصدت إنهاء البروتوكول سالف الذكر بسبب الجدل حول صيغة الشهادات التي استلمتها الجمهورية و الشركة التابعة لها من قبل الشركة TEP كمشغل لمحطات النفط، واحتج المدعيان بأن الأمر الصادر عن "الحكم"، يمنعها من وقف تنفيذ عقد بيع النفط بالإرادة المنفردة لحين صدور حكم من هيئة التحكيم في الموضوع، مع النفقات و المصاريف المناصفة فيما بين المدعيان و المدعى عليها، هو في حقيقته "حكم award"؛ لأنه فصل في النزاع المرفوع أمام "الحكم" المخول له سلطة قضائية jurisdictional power لإحداث هذا الأثر. وعليه، تقبل دعوى بطلان الأمر الصادر عن "الحكم"، و نعي المدعيان على هذا الأمر بأن "الحكم" – بإصداره الأمر الصادر ضدّهما- تجاوز حدود مهمته و خالف مبدأ المواجهة.

دفع المدعى عليها (شركة TEP) دعوى البطلان بعدم قبولها؛ لأن الأمر الصادر عن "الحكم" لا يعد حكم تحكيم للأسباب الآتية: أن إجراءات "حكم التدايبر الوقتية و التحفظية" لا ترقى إلى مرتبة قواعد تحكيم. كما أن الأمر الصادر عن "الحكم" لا يعد "حكماً award" لأنه ليس نهائياً.

إلا أن محكمة باريس قضت بعدم قبول دعوى البطلان على أساس أن قبول دعوى البطلان لا يعتمد على شكل القرار الصادر عن "الحكم" ما إذا كان "حكماً" أم "أمرأ" بقدر ما يعتمد على طبيعة مهمة "الحكم" وإجراءاته التي لا ترقى إلى قواعد تحكيم does not amount to arbitration rules. فضلاً عن أن قواعد استصدار تدايبر وقتية عن "الحكم" مصممة لتحقيق

---

Emmanuel Gaillard and Philippe Pinsolle, The ICC Pre-Arbitral Referee: First Practical Experiences, Arbitration International, (Kluwer Law International 2004 Volume 20 Issue 1 ) pp.20-24.

غرض معين وهو اللجوء في وقت قصير إلى شخص ثالث "الحكم" مخول له سلطة إصدار تدابير لمواجهة حالة الطوارئ emergency بقرار لا يفصل في موضوع النزاع. فضلاً عن أن تلك القواعد، بنصوصها التي تتعمد تجنب مصطلح "التحكيم arbitration"، تقضي بأنه باتفاق الأطراف على اللجوء إلى "الحكم" يكون قد ارتضوا الانصياع لأمره بدون تأجيل the parties إن القرار الصادر عن "الحكم" صادر بناء على آلية تعاقدية بحتة من الأساس يستمد منها "الحكم" سلطته<sup>(1)</sup>.

---

(1) "Considering that, the Republic of Congo and SNPC affirm, in order to have their appeal declared admissible, that the order of the pre-arbitral Referee is, despite its title, an arbitral award because it settles the dispute submitted to the Referee, vested with a jurisdictional power to this effect; Considering that, the admissibility of the appeal for annulment of the Referee's decision does not put into question the description of the decision rendered as an award likely to be appealed against on account of article 1504 of the New Code of Civil Procedure, or as an order, unlikely to be appealed against - which already implies admitting the similarity between a Referee and an arbitrator – but puts into question the Referee's task because, as TEP Congo has remarked, the pre-arbitral Referee procedure does not amount to rules of arbitration; Considering that, according to the preamble of the ICC Rules for Pre-Arbitral Referee Procedure adopted by the parties, the Rules 'provide the business world with a new procedure through which rapid action may be taken when certain difficulties arise in the course of a contractual relationship. These Rules are designed to meet a specific need: that of having recourse at very short notice to a third person – the "Referee" – who is empowered to order provisional measures needed as a matter of urgency'; That it is evident that the term arbitration has been carefully avoided by erasing any reference to expressions invoking such a term; Considering that the relief granted by the order of 6 February 2002, prohibiting the Republic of Congo and SNCP from blocking the execution of the sale of oil contract entered into with TEP Congo as long as the merits are not ruled upon by the competent arbitral tribunal, does not prejudice the

وتعليقاً على حكم محكمة باريس، ذهب البعض<sup>(1)</sup> إلى أن هذا الحكم اعتمد في أسبابه المختصرة على عدم اعتبار قرار "الحكم" حكم تحكيم باعتبار مهمة "الحكم" ذات طبيعة تعاقدية وعلى عدم حيازة قراره حجية الأمر المقضي res

---

merits, nor change the position of the parties or the arbitral tribunal (the latter's intervention being foreseen by the arbitration clause of the general protocol of the agreement) nor pronounce on the merits; Considering that the Republic of Congo, SNCP and TEP Congo entrusted Mr. Tercier with the task of rendering a decision, which the parties contractually, and in advance, agreed to execute according to Article 6.6 of the ICC Rules for Pre-Arbitral Referee Procedure which provides that, 'the parties agree to carry out the Referee's order without delay'; Considering that the order of 6 February 2002, rendered according to a contractual mechanism founded on the cooperation of the parties, has, despite its designation, a contractual nature in the sense that it derives its authority from the agreement, and that, consequently, an appeal for annulment filed against an award is inadmissible;...".

مشار إليه في:

Emmanuel Gaillard and Philippe Pinsolle, *The ICC Pre-Arbitral Referee: First Practical Experiences*, Arbitration International, (Kluwer Law International 2004 Volume 20 Issue 1 ) pp.20-24.

<sup>(1)</sup>Alexis Mourre, 'Référé pré-arbitral de la CCI: To Be or Not to Be a Judge' in (2003) *Gaz. Pal.* (28-29 May) 5, 7.

Emmanuel Gaillard and Philippe Pinsolle: *The ICC Pre-Arbitral Referee: First Practical Experiences*, Arbitration International, (Kluwer Law International 2004 Volume 20 Issue 1 ) p.22.

judicata، أكثر من اعتماده على أنه قرار غير نهائي<sup>(1)</sup>، رغم أن فكرة "النهائية Finality" قد تنطبق بطريقة مختلفة في أنظمة القانون الأخرى<sup>(2)</sup>.

وبناءً على حكم محكمة استئناف باريس سالف الذكر، اختلف الفقه الفرنسي في مدى انطباق اتفاقية نيويورك على الأمر الصادر عن "حكم التدابير الوقتية"، فمنهم من أيد اعتبار القرار الصادر عن "الحكم" ذات طبيعة تعاقدية، وعدم تنفيذه يرتب التعويضات. بينما ذهب فريق آخر إلى أن الأمر الصادر عنه يصلح للنفاد في ظل اتفاقية نيويورك و يكون موضوعاً لدعوى البطلان أمام محكمة مكان التحكيم<sup>(3)</sup>.

---

(1) فالمقرر في قضاء فرنسا أن حكم التحكيم arbitral award أو sentence arbitrale هو فقط الذي يعد نهائياً.

Cour d'appel de Paris (1ère Ch. C.) *Société Sardisud*, 25 March 1994, comment by Charles Jarrosson in (1994) *Rev. Arb.* 391; Cour d'appel de Paris (1ère Ch. C.) *Guignier. ès qualité c/ SA HRA Europe*, 25 May 2000, comment by Philippe Pinsolle in (2001) *Rev. Arb.* 199.

(2) قارن حكم المحكمة الأمريكية التالي وسوف نشير إليه فيما بعد بالمتن:

*Publicis v. The North Communications*, US Court of Appeals, Seventh Circuit, 14 March 2000: (2000) *ICCA Yearbook* 1152; comment by Philippe Pinsolle in (2000) *Rev. Arb.* 657.

بينما قضت المحكمة العليا في Queensland برفض تنفيذ قرار هيئة التحكيم بتدبير وقتي (منع المدعى عليهم من إبرام أو الدخول في اتفاق مع أي جهة بديلة بخلاف شركة (Resort Condominiums International Inc) لأنه لا يحسم نهائياً حقوق الأطراف. وأضافت أن وصف الهيئة لقرارها انه "حكم" لا يجعل منه حكم تحكيم في ضوء معنى الاتفاقية و بالتالي لا يمكن تطبيقها على أي أوامر أو أحكام ليست نهائية.

*Resort Condominiums International Inc. v. Ray Bolwell and Resort Condominiums, Pty. Ltd.*, Supreme Court of Queensland, Australia, 29 October 1993, XX Y.B. COM. ARB. 628 (1995).

(3) في هذا الخلاف بالتفصيل انظر:

Emmanuel Gaillard and Philippe Pinsolle, "The ICC Pre-Arbitral Referee: First Practical Experiences", "The ICC Pre-Arbitral Referee: First Practical Experiences", 20(1) *Arbitration International*, 23-24. <http://www.shearman.com/files/Publication/a1108147-d2f3-4f5f-9b78-3db43531b99c/Presentation/PublicationAttachment/b0f48c35->

غير أننا نرى عدم جواز قياس حكم محكمة استئناف باريس سالف الذكر على قواعد محكم الطوارئ؛ لأن الأخير، وفق القواعد المؤسسية له، يتميز عن " الحكم referee ". فمحكم الطوارئ، طبقاً للقواعد المؤسسية، يتمتع بكافة السلطات التي تملكها هيئة التحكيم عند إصداره طلب التدابير الوقائية. كما أنه على فرض صحة عدم اعتبار محكم الطوارئ محكماً، فلما يُمنع عليه الفصل في موضوع القضية كمحكم عادي، ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك، إلا إذا كانت مهمته قضائية، والقرار الصادر عنه يفصل في نزاع بالمعنى الفني<sup>(1)</sup>. فالتدابير الوقائية، سواء صادرة عن محكمة التحكيم أو محكم الطوارئ، تفصل في حقوق الأطراف، بهدف الحفاظ على الوضع الراهن لحين انتهاء النزاع موضوعياً، أو لتأكيد تنفيذ ما ينتهي إليه النزاع في الموضوع، هذا الهدف يتميز عن الهدف المرجو من الحل النهائي للنزاع<sup>(2)</sup>.

بالإضافة إلى أن الحكم الصادر عن محكمة باريس صدر بشأن قواعد " الحكم referee " بمرکز ICC سنة 1990 و التي لا تندمج قواعده- على عكس قواعد محكم الطوارئ- في قواعد التحكيم العادي، بل لأبد من اتفاق أو شرط خاص للجوء إليه مما شكك محكمة باريس في اعتباره تحكيم كقضاء خاص بل غلبت الطابع التعاقدية. لذلك حفز حكم محكمة باريس هذا مراكز التحكيم في العالم التي تبنت نظام محكم الطوارئ على نظام التطبيق التلقائي-opt out<sup>(3)</sup>، أي دمج قواعد محكم الطوارئ في قواعد التحكيم العادي، فبمجرد

[0933-451a-ac7f-44b2057800bf/IA\\_ICC%20Pre-Arbitral%20Referee\\_040308\\_07.pdf](http://0933-451a-ac7f-44b2057800bf/IA_ICC%20Pre-Arbitral%20Referee_040308_07.pdf) (2015/5/18).

(1) انظر رأينا في اعتبار محكم الطوارئ محكماً ما سبق ص 54.

(2) " an interim award seeks to provisionally determine the parties' rights, in order to preserve the *status quo* pending the dispute or to ensure the enforcement of the ultimate dispute on the merits. This objective is distinguishable from the one aiming at the final resolution of a dispute".

T Kojovic: 'Court Enforcement of Arbitral Decisions on Provisional Relief: How Final is Provisional?' (2001) 18 *Journal of International Arbitration* .P.524.

(3) على عكس الأمر بالنسبة لقواعد " الحكم referee " والتي تبنت نظام التطبيق الاختياري أي لتطبيق قاعد " الحكم " لأبد من اتفاق خاص منفصل عن اتفاق التحكيم العادي و لا تنطبق تلقائياً انظر ما سبق في نظام اختيار التطبيق opt-in أو اختيار الاستبعاد opt-out .

الاتفاق على تطبيق قواعد التحكيم العادي في المؤسسة تنطبق قواعد محكم الطوارئ ما لم ينفق الأطراف على استبعاده<sup>(1)</sup>.

ورغم تحفظاتنا سالفة الذكر نؤيد حكم محكمة استئناف باريس فيما قضت به من عدم التعويل على شكل قرار محكم الطوارئ- أمراً كان أو حكماً- في تحديد ما إذا كان حكماً تحكيمياً بالمعنى الفني، وفي تحديد مدى قبول دعوى بطلانه أو قابليته للنفاذ؛ لصعوبة وضع معيار حاسم رغم محاولات القضاء<sup>(2)</sup> والفقهاء<sup>(3)</sup>.

وحتى وإن أمكن التمييز بين "الحكم" أو "الأمر"، لتطبيق اتفاقية نيويورك على "الحكم Award"، يجب في اعتقادنا عند تكييف القرار الصادر

---

(1) Michael Dunmore: Interim Measures by Arbitral Tribunals: The Enforceability Conundrum, Asian International Arbitration Journal, (Singapore International Arbitration Centre (in co-operation with Kluwer Law International 2012 Volume 8 Issue 2 ) p. 228.

(2) عرفت محكمة استئناف القاهرة حكم التحكيم أنه "هو الذي تكتمل فيه العناصر الجوهرية للأحكام بصفة عامة ويتضمن فصلاً في خصومة محددة يحسم النزاع بشأنها بصفة نهائية ويحوز حجية الأمر المقضي ويكون قابلاً للتنفيذ مباشرة بعد الأمر بتنفيذه". وقضت أيضاً بأن العبرة في وصف ما يصدر عن المحكمين بأنه حكم هو بمضمون القرار الذي يصدرونه وليس بالوصف الذي يخلعونه عليه". (استئناف القاهرة (91) تجاري 2004/2/28 في القضية 52 لسنة 120 ق). ومن الواضح أن هذا التعريف هو تعريف حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها. (فتحي والي، مرجع سابق، ص 687، هامش 2) وفي رأينا أن المحكمة خلطت بين تعريف حكم التحكيم في ذاته وأثاره.

(3) Margaret L. Moses, The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, 179-180.

ذهب إلى أن الحكم هو القرار الحاسم لحقوق الأطراف الموضوعية، بينما أوامر التدابير الوقائية هي قرارات مؤقتة تتعلق بمسألة إجرائية التي يجب حسمها للمضي قدماً في إجراءات التحكيم وهي محل للتعديل أو الوقف أو الإنهاء من قبل هيئة التحكيم. كما أن الحكم- على عكس الأمر- نهائي يخضع للمراجعة من قبل قضاء الدولة.

وحاول البعض الآخر تعريف "الحكم award"، والذي غاب عن اتفاقية نيويورك، بطريق الاستبعاد أي استبعدت الأوامر orders، والأوامر الإجرائية procedural orders وقرارات decisions الصادرة عن هيئة التحكيم. انظر:

R Bismuth: 'Anatomy of the Law and Practice of Interim Protective Measures in International Investment Arbitration' (2009).26. Journal of International Arbitration 773 at 790.



عن محكم الطوارئ أن نتبع معياراً موضوعاً وليس شكلياً، أي العبرة في تكييف قرار المحكم ليس بشكله ولكن بموضوعه.

على أية حال، إن الفقه اختلف في تطبيق اتفاقية نيويورك على التدابير الوقتية، عموماً، سواء صدر عن محكمة التحكيم أو محكم الطوارئ، بين فريق مؤيد وفريق رافض. أما عن الفريق المؤيد، ذهب البعض<sup>(1)</sup> لاعتبار القرار الصادر عن محكم الطوارئ بالتدابير الوقتية قابلاً للتنفيذ إلى أن محكم الطوارئ يعد شبه محكم "quasi-arbitrator"<sup>(2)</sup>. بينما أسس البعض<sup>(3)</sup> تأييده على أن كلمة "حكم" لا تعني "حكماً نهائياً". كما أسس البعض الآخر<sup>(4)</sup> في مد نطاق تطبيق اتفاقية نيويورك إلى التدابير الوقتية بأنها تصلح للنفذ كأحكام التحكيم، وفق لعموم نصوص الاتفاقية، وبما يتفق أساساً مع الغرض من الاتفاقية في تحقيق فعالية للقضية التحكيمية.

غير أن الفريق الرافض لتطبيق اتفاقية نيويورك على التدابير الوقتية عموماً أسس رفضه على أن واضعوا نصوص الاتفاقية لم ينووا تطبيق الاتفاقية سوى على الأحكام النهائية Final Awards وبالتالي نستبعد "التدابير الوقتية" ذات الطبيعة المؤقتة<sup>(5)</sup>.

(1) K.-P. Berger, *Pre-Arbitral Referees: Arbitrators, Quasi-Arbitrators, Hybrids or Creatures of Contract Law?*, in: Aksen/Böckstiegel/Mustill/Patocchi/Whitesell (eds), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner* (2005) p.73. (2) ولكن نميل إلى اعتبار محكم الطوارئ محكماً بالمعنى الفني لأسباب عديدة تقدم ذكرها. راجع ما سبق ص56.

(3) Yves Derain-Eric A. Schwartz, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, Kluwer Law International, Second Edition, The Hague, 2005, 298.

(4) Gary B Born: *International Commercial Arbitration* (2009), Kluwer Law and Business. n 4 at p 2023. T Kojovic, 'Court Enforcement of Arbitral Decisions on Provisional Relief: How Final is Provisional?' (2001) 18 *Journal of International Arbitration* 511 at 513.

(5) Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, 182.

إن اتفاقية نيويورك<sup>(1)</sup> تقضي في المادة 5-1/ه بأنه: " لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يجتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على: ... (ه): أن الحكم لم يصبح ملزماً للأطراف أو ألغته أو أوقفته السلطة المختصة في البلد التي فيها أو بموجب قانونها صدر الحكم. وبشأن هذه المادة نثير السؤالين الآتيين:

2) هل اتفاقية نيويورك لتنفيذ الأحكام الأجنبية 1958 تشترط لتطبيقها، فعلاً، أن يكون حكم التحكيم نهائياً *final award* حتى يقبل تنفيذه، وبالتالي نستبعد منها قرار محكم الطوارئ الأجنبي؟.

أجازت اتفاقية نيويورك، وفق المادة سالفه الذكر، طلب رفض التنفيذ إذا كان الحكم لم يصبح ملزماً *Binding* للأطراف. وينظر في تحديد هذه الحالة إلى النظام القانوني الذي يخضع له حكم التحكيم الأجنبي وهو قانون التحكيم *Lex arbitri*.

واختلف الفقه في مفهوم كون الحكم ملزماً<sup>(2)</sup>. فذهب رأي أول إلى أنه ملزم إذا كان نهائياً (حائزاً لقوة الأمر المقضي) وذهب رأي ثان إلى اعتباره كذلك إذا حاز حجية الأمر المقضي، وذهب رأي ثالث إلى اعتباره ملزماً إذا كان قابلاً لأن يصدر أمر بتنفيذه في الدولة التي صدر فيها أو النظام القانوني الذي يضع له، ولا يلزم أن يكون قد صدر أمر بتنفيذه بالفعل. ونميل إلى الفريق الذي اعتبر أن الحكم الملزم لا يشترط أن يكون نهائياً، فيجب التمييز بين إلزامية الحكم ونهائيته<sup>(3)</sup>.

كما أن اتفاقية نيويورك هجرت عبارة أن يكون الحكم نهائياً *Final* حتى يمكن تنفيذه، والتي كانت سائدة في اتفاقية جنيف 1927. والمقصد الأساسي من ذلك هو تجنب الازدواج في الأمر بالتنفيذ حيث كان يشترط - في ظل

(1) على الموقع الرسمي التالي:

[http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/NY-convention/1958NYConvention\\_A.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/NY-convention/1958NYConvention_A.pdf)

(2) وفي هذا الاختلاف انظر: فتحي والي، مرجع سابق، بند 355 ص 644. والمراجع الفرنسية التي أشار إليها. أحمد هندي، مرجع سابق، بند 10، ص 51-60.

(3) على الرغم من أن فريق من الفقه، لا سيما الانجلوسكسوني، يخلط بينهما.

اتفاقية جنيف<sup>(1)</sup>. أن يحصل طالب التنفيذ على أمر تنفيذ من دولة إصدار الحكم، كدليل على نهائية الحكم، ثم الحصول على أمر آخر بالتنفيذ. ولكن بموجب اتفاقية نيويورك الآن أصبح حكم التحكيم من دولة الإصدار يأتي مباشرة إلى بلد التنفيذ غير مكتسب بصيغة أمر التنفيذ، ويكفي أن يُطلب تنفيذه في دولة التنفيذ<sup>(2)</sup>.

إن توصيف القرار بالملزم هو وصف غامض، وهذا الغموض مقصود من جانب واضعي اتفاقية نيويورك حتى تفسره كل دولة التفسير المناسب لها، ولذلك تختلف تفسيراته بين الفقه اللاتيني و الانجلوسكسوني<sup>(3)</sup>. حيث يميل الفقه الأخير إلى اعتباره مرادفاً لئن يكون نهائياً، بينما يميز فريق من الأول أي الفقه اللاتيني- ونؤيده- بين كونه ملزماً و نهائياً، فلا يجب أن يكون حكم التحكيم نهائياً حتى يتم تنفيذه بل يكفي أن يصدر ملزماً، ما لم يتم إلغائه أو وقفه بالفعل، وهو ما يتماشى مع الهدف من اتفاقية نيويورك المتمثل في التيسير من تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، و توحيد قواعد تنفيذه حتى يتقل من نظام التحكيم كوسيلة بديلة للقضاء. كما نضيف أن عبارات البند 5 من الفقرة الأولى بالمادة 5 من الاتفاقية: "أن الحكم لم يصبح ملزماً للأطراف أو ألغته..." توهي بالمغايرة بين إلزامية حكم التحكيم و نهائيته (أي عدم قابليته للإلغاء).

ويلزم التنويه إلى أن كون قرار المحكم ملزماً (Binding-obligatoire) يختلف عن كونه إلزامياً (Condemnation-condamnation). فالحكم الإلزامي هو الحكم الذي يتضمن أمراً بالتزام معين إما القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء، وهو حكم لا يعتبر

(1) كما أن مقصد اللجنة واضحة نصوص الاتفاقية من مصطلح "نهائي وناقد" أن حكم التحكيم يكون قطعياً حاسماً لكل نواحي المسألة، وأن يكون له كامل آثاره القانونية.

The expression "final and operative" was intended by the committee to mean that an award must be a definitive adjudication of all matters at issue, and must have full legal force and effect .

(2) أنظر الأعمال التحضيرية لاتفاقية نيويورك 1958 بند 32 ، 33 في خصوص المادة الثالثة من الاتفاقية على الموقع التالي:

<http://daccess-ods.un.org/TMP/9499679.80384827.html>.

(3) ويختلف تحكيم القانون المكتوب civil law عن تحكيم القانون العام common law في الجوهر. فبينما يقوم هذا التحكيم الأخير على أساس اتفاقي، إذ بتحكيم القانون المكتوب يقوم على اعتبار التحكيم قضاء و المحكم من معاوني القضاة وقراره حكماً. (محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، ص 67، بند 55).

سنداً تنفيذياً ولا يصلح للتنفيذ ولكن يصلح للاعتراف<sup>(1)</sup> recognition. بينما الحكم الملزم هو الحكم الذي لا يجوز للأطراف التصل منه وإلا وقع جزاء ينص عليه القانون، ويصلح للاعتراف و التنفيذ معاً، ويمكن القول بأن كل حكم إلزامي هو ملزم و ليس كل حكم ملزم يعد إلزامياً. كما أن قرار محكم الطوارئ يتمتع بالقوة الملزمة، كما أشرنا<sup>(2)</sup>، وبالتالي يستوفي شرط أن يكون حكم التحكيم ملزماً الذي اشترطته اتفاقية نيويورك.

**3) السؤال الآخر هل اتفاقية نيويورك لتنفيذ الأحكام الأجنبية 1958 تشترط لتطبيقها أن يكون حكم التحكيم نهائياً final award، بمعنى عدم خضوعه للإلغاء أو الوقف، وبالتالي نستبعد منها قرار محكم الطوارئ الأجنبي؟.**

بداةً نرى أن اتفاقية نيويورك، في المادة 5-1/هـ سالفه الذكر، لم تشترط لتنفيذه ألا يكون قابلاً للإلغاء أو الإيقاف. بل اشترط الإلغاء أو الوقف فعلاً من محكمة مكان التحكيم أو محكمة الدولة التي صدر حكم التحكيم في ظلها. وبالتالي يجوز تنفيذ حكم التحكيم طالما أنه ملزم حتى يتم إغاؤه أو إيقافه فعلاً.

إن إثارة الشكوك حول قابلية قرار محكم الطوارئ للتنفيذ يكمن سببها الرئيسي في أن قرار محكم الطوارئ قابل للتعديل أو الإلغاء أو الإبطال من قبل محكم الطوارئ ذاته أو من محكمة التحكيم، من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من أحد أطراف التحكيم. فقرار المحكم لا يستنفد به ولايته طالما لم تتشكل بعد هيئة التحكيم و أحيل إليها ملف قضية التحكيم، كما أن قرار محكم الطوارئ ليس له حجية في مواجهة محكمة التحكيم<sup>(3)</sup>.

وعلى فرض التسليم بأن اتفاقية نيويورك اشترطت نهائية حكم التحكيم وربطت بين نهائيته وعدم قابليته للإلغاء أو الإيقاف، وهو ما نرفضه كما بينا، فإن ما يدل على نهائية قرار محكم الطوارئ هو أن بمجرد صدور الحكم عن محكم الطوارئ تستنفد ولايته و هو حكم يفصل في مسألة محددة و منفصل عن الحكم المنهي للنزاع. ونتيجة لذلك، فقرار محكم الطوارئ نهائي final بالنسبة للمسألة الوقتية التي فصل فيها و بالنسبة للأطراف<sup>(4)</sup>.

(1) فتحي والي، مرجع سابق، بند 337، ص612.

(2) في القوة الملزمة لقرار محكم الطوارئ راجع ما سبق ص143.

(3) في آثار قرار محكم الطوارئ عموماً انظر ما سبق ص142 وما بعدها.

(4) قرب هذا المعنى:

ورغم ذلك كله، فإن احتمالات رفض الاعتراف و تنفيذ، عملاً باتفاقية نيويورك، قرار محكم الطوارئ متصورة كما إذا صدر في غيبة الطرف الأخرى Ex-parte<sup>(1)</sup>. ويستند رفض التنفيذ، بناء على طلب، على الإخلال بحق الدفاع ومبدأ المواجهة اللازمين لصحة الإجراءات due process عملاً بالمادة 1/5 ب والتي تقضي بأن: " لا يجوز رفض الاعتراف بالقرار وتنفيذه، بناء على طلب الطرف المحتج ضده بهذا القرار، إلا إذا قدم ذلك الطرف إلى السلطة المختصة التي يطلب إليها الاعتراف والتنفيذ ما يثبت: ... (ب) أن الطرف الذي يحتج ضده بالقرار لم يخطر على الوجه الصحيح بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو كان لأي سبب آخر غير قادر على عرض قضيته، ...".

هدياً بما تقدم إذا لم يعلن الطرف المطلوب التنفيذ ضده بقرار محكم الطوارئ بادعاءات طرفه، أو لم يعلم بأوقات المرافعة، أو إذا لم يمكن من الحضور أو الدفاع، أو لم تتح له فرصة المناقشة لما أثاره محكم الطوارئ، كان قراره مخالفاً لحقوق الدفاع ومبدأ المواجهة مما يحول دون تنفيذه سواء كان قراراً وطنياً أو أجنبياً باعتبار أن حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة من المبادئ المستقرة في الضمير العالمي و الدولي يجب احترامهما بغض النظر عن أي قانون وطني محدد<sup>(2)</sup>.

بل نرى أن لقاضي دولة التنفيذ أن يعترض، من تلقاء نفسه ex-officio، على تنفيذ قرار محكم الطوارئ الصادر في غيبة الطرف الآخر على أساس مخالفته للنظام العام، لإخلاله بمبادئ إجرائية أساسية وأهمها حق الدفاع ومبدأ المواجهة، تأسيساً على نص المادة 2/5 ب والتي تقضي بأن: " يجوز كذلك رفض الاعتراف بقرار التحكيم ورفض تنفيذه إذا تبين للسلطة المختصة في البلد الذي يطلب فيه الاعتراف بالقرار وتنفيذه: ... (ب) أن الاعتراف بالقرار أو تنفيذه يتعارض مع السياسة العامة لذلك البلد...".

---

P Shaughnessy, 'Pre-arbitral Urgent Relief: The New SCC Emergency Arbitrator Rules' (2010) 27 *Journal of International Arbitration* 337 at 345.

(1) انظر في جواز إصدار قرار محكم الطوارئ في غيبة الطرف الآخر وفق القواعد السويسرية (Swiss Rules) و قواعد مركز LCIA ما سبق ص 114.

(2) أحمد هندي، مرجع سابق، ص 39-40.

ثانياً: موقف القوانين الداخلية وقانون الأونسيترال النموذجي من تنفيذ قرار  
محكم الطوارئ

(1) موقف القوانين الوطنية من تنفيذ قرار محكم الطوارئ :

أ- موقف القانون المقارن من تنفيذ قرار محكم الطوارئ:

في أمريكا، على الرغم من صدور حكم من المحكمة الأمريكية، في 27 مايو 2011، ينكر الطابع النهائي لحكم محكم الطوارئ كما هو الحال في قضية Southern District of California in Chinmax Medical Systems v Alere San Diego، إلا أنه حديثاً جداً صدرت عدة أحكام من المحاكم الأمريكية<sup>(1)</sup>، ومنها محكمة US Court of Appeals for the Seventh Circuit في قضية Publicis Communication v. True North Communications Inc رفضت التفرقة النظرية المجردة بين الأمر أو الحكم في إضفاء القوة التنفيذية عليهما واعتبرت القرار الصادر بالتدبير الوتقي حكماً نهائياً Final award<sup>(2)</sup>. وذهب رأي في الفقه الأمريكي

(1) *Pacific Reinsurance Management Corp. v Ohio Reinsurance Corp.*, 935 F.2d 1019 (9th Cir. 1991); *Polidefkis Corp. v Transcontinental Fertiliser Co.*, 1996 WL 683629 (E.D.Pa.); *Southern Seas Navigation Limited v Petroleos Mexicanos*, 606 F.Supp. 692;

حيث قضت المحكمة الأمريكية بأن حكم التحكيم المؤقت بشأن إجراء مؤقت يكون هدفاً في ذاته لأن غرضه الأساسي هو توضيح حقوق الأطراف خلال فترة مؤقتة حتى صدور القرار النهائي حول الوقائع، والمرحلة الوحيدة التي يكون فيها حكم التحكيم هذا جائز التنفيذ هي عندما يتم إصداره قبل وليس بعد انتهاء المحكمين من إتمام دراسة كل ادعاءات الأطراف.

*Island Creek Coal Sales Company v City of Gainesville, Florida*, 729 F.2d 1046 (6th Cir. 1984); *Publicis Communications and Publicis S.A. v True North Communications, Inc.*, 206 F.3d 725 (7th Cir. 2000); *Banco de Seguros Del Estado v Mutual Marine Offices, Inc.*, 230 F.Supp.2d 362; *Arrowhead Global Solutions, Inc. v Datapath Inc*, 166 Fed.Appx. 39, 2006, 2006 WL 278393 (C.A.4 Va.)..

(2) وكانت وقائع هذه القضية تخلص في أن شركة True North ومقرها شيكاغو قد دخلت في مشروع مشترك مع شركة Publicis ومقرها باريس، وعقب حل المشروع انفقتا على اللجوء إلى التحكيم أمام محكمة لندن للتحكيم التجاري الدولي طبقاً لقواعد الأونسيترال للتحكيم، حيث طلبت شركة True North من هيئة التحكيم إلزام شركة Publicis برد سجلات ضريبية معينة إليها لتقدمها إلى بورصة الأوراق المالية فأصدر رئيس الهيئة أمراً إلى Publicis لتزويد شركة

إلى معاملة التدابير الوقائية معاملة واحدة سواء صدرت عن محكمة التحكيم أو محكم الطوارئ<sup>(1)</sup>.

كما أنه قريباً في سنة 2013 أكدت المحكمة الأمريكية District Court for the Southern District of New York (2013) في قضية Yahoo! Inc. v Microsoft Corporation<sup>(2)</sup> على أن الحصول على

True North بالمعلومات الضريبية المطلوبة في موعد معين. وإذا لم تلتزم Publicis بهذا الأمر لجأت True North إلى المحكمة المحلية Illinois لتأكيدته وبالفعل تم تأكيد الأمر فطعنت عليه Publicis أمام الدائرة السابعة بمحكمة الاستئناف الأمريكية تأسيساً على أن قرار التحكيم لم يكن سوى أمر وقتي ووفقاً لاتفاقية نيويورك لا يجوز التأكيد سوى على حكم نهائي. وبدلاً، كان يتعين على True North أن تلجأ إلى هيئة التحكيم ذاتها أو إلى المحاكم الإنجليزية حيث مكان التحكيم. هناك، وأضافت أن الهيئة استخدمت مصطلح "أمر order" يدل على أنه غير قابل للتنفيذ باعتباره حكماً، إلا أن محكمة الاستئناف رفضت التفرقة التي تدعيها Publicis بين "الأمر" و"الحكم"، مقررة أن نهائية قرار التحكيم تتحدد بحسب موضوعه لا بحسب تسميته وأن اتفاقية نيويورك وقواعد الأونسيترال و الفقه عندما يتحدثون عن حكم التحكيم ونهائيته فأنهم لا يقصدون بذلك إغفال المترادفات الأخرى التي تتسم كذلك بالنهائية وهي القرار decision والرأي opinion و الأمر order والفصل ruling وخلصت المحكمة الاستئنافية من ذلك إلى القول بأن الأمر بإعادة السجلات الضريبية يعد نهائياً وقابل للتأكيد والتنفيذ وأنه لا يهجم في هذا الصدد كون هذا "الأمر" قد صدر قبل الفصل في طلبات أخرى بين الأطراف، نظراً لأن الفصل في شأن امر محدد متوقف على مسألة وقت معين لإعماله قد يكون صالحاً للتأكيد، على الرغم من أن هناك طلبات أخرى ما زالت معلقة دون الفصل فيها من المحكمين، وأضافت المحكمة مقررة أن " محكمة التحكيم قد جنبت موضوع السجلات الضريبية عن باقي المسائل المطروحة في الدعوى؛ لأنه لا يمكن تأجيل تسليمها وجعلها تنتظر حتى يصدر الحكم النهائي في الدعوى برمتها".

*Publicis Communications and Publicis S.A. v True North Communications, Inc.*, 206 F.3d 725 (7th Cir. 2000).

(1) وهي نقطة قوة في نظري في قرار محكم الطوارئ المعين الصادر في ظل قواعد مركز ICDR:

G. Lemenez/P. Quigley, *The ICDR's Emergency Arbitrator Procedure in Action, Part II: Enforcing Emergency Arbitrator Decisions*, *Dispute Resolution Journal* (November 2008/January 2009) 2, 70.

(2) *Yahoo! Inc. v. Microsoft Corp.*, No. 13 CV 7237, 2013 U.S. Dist. LEXIS 151175, at \*1 (S.D.N.Y. October 21, 2013).

وتتلخص تلك القضية في الآتي:  
أبرم عقد بين شركة Yahoo و شركة Microsoft تضمن دمجاً للقدرات البحثية في الدول الأجنبية للتنافس بشكل أفضل مع جوجل. العقد المبرم بينهما ينص على التحكيم الطوارئ في ظروف معينة. عندما قالت yahoo أنه سيتوقف أدائها بموجب العقد، ولن تكون قادرة على الوفاء

حكم نهائي في موضوع التحكيم لا يمنع محكم الطوارئ من إصدار حكم نهائي بالتدابير الوقائية لغرض الاعتراف به وتنفيذه<sup>(1)</sup>.

وفي إنجلترا وطبقاً لقانون التحكيم الإنجليزي 1996 حيث، عملاً بالمادة 39 منه، يمكن للأطراف الاتفاق على منح محكمة التحكيم سلطة الأمر المؤقت لأي إجراء أو تدبير تتخذه في الحكم التحكيمي النهائي<sup>(2)</sup>. كما أن أي قرار

بالمواعيد النهائية التعاقدية، قدمت شركة Microsoft طلب أمام محكم الطوارئ المعين من قبل جمعية التحكيم الأمريكية ("AAA").

كان هناك اجتماع واسع لتحكيم الطوارئ، بعد يومين من جلسات الاستماع وشهادة 10 شهود، بما في ذلك كبار المديرين التنفيذيين من كلا الطرفين. أصدر محكم الطوارئ أمراً قضائياً injunction ضد Yahoo، تأمرها بإداء مهامها على النحو المطلوب بموجب العقد. رفعت Yahoo دعوى قضائية في محكمة المقاطعة، وطلبت من المحكمة بإلغاء قرار محكم الطوارئ التحكيم، بينما قدمت شركة Microsoft طلباً عارضاً بتأييد قرار المحكم. جادلت yahoo أن قرار محكم الطوارئ يجب إلغاؤه؛ لأن محكم الطوارئ منح Microsoft "علاج دائم ونهائي" على الرغم من اتفاق الأطراف وقواعد الطوارئ بجمعية AAA تسمح فقط بتدبير مؤقت interim relief وليس نهائياً. كما ادعت yahoo أن الأمر الزجري the injunctive relief نهائي التأثير؛ لأن الإجراءات المطلوبة من yahoo لا رجعة فيها. رفضت المحكمة حجج Yahoo، موضحة أن اتفاق التحكيم أعطى لمحكم الطوارئ سلطة منح ليس فقط "تدابير وقائية" ولكن أيضاً "أمر زجري أو تدبير الطوارئ injunctive or emergency relief". اعترضت yahoo أيضاً بأن المحكم تجاوز سلطته بالفشل في إثبات وجود حالة الطوارئ التي من شأنها أن تمنحه سلطة الطوارئ له. وفق وجهة نظر yahoo، أن هذا التأخير مثل أي تأخير آخر في المسار العادي لأداء العقد، وبالتالي تنتفي حالة الطوارئ.

أخيراً، رفضت المحكمة حجج yahoo أن المحكم تجاهل تجاهلاً واضحاً للقانون. وقضت بأن yahoo لم تشر إلى أي قاعدة واضحة في القانون المحكم تجاهلها أو رفض تطبيقها. على العكس من ذلك، وجدت المحكمة (نقلاً عن فقرات يحتويها قرار محكم الطوارئ) أن المحكم قد فصل وفق القانون الواجب التطبيق بمنح أمر قضائي. فيما يتعلق بطلب Microsoft المعارض لتأكيد قرار محكم الطوارئ، ادعت Yahoo عدم جواز تأكيد قرار محكم الطوارئ محل النزاع لأنه لم يكن سوى قرار مؤقت. لكن المحكمة قد وجدت بالفعل (في رأيها في وقت سابق) أن قرار محكم الطوارئ هو حكم نهائي. وأكدت المحكمة قرار محكم الطوارئ حيث قضت بأن: "حكم التحكيم بتدبير عادل مستنداً على وقوع ضرر لا يمكن إصلاحه يكون له أي معنى على الإطلاق، ولا بد من منح الأطراف حق تنفيذه أو إلغاؤه من وقت صدوره".

"if an arbitral award of equitable relief based upon a finding of irreparable harm is to have any meaning at all, the parties must be capable of enforcing or vacating it at the time it is made".

(1) وعلى ذات النهج سارت المحاكم الهندية خاصة محكمة بومباي في قضية HSBC PI (Holdings (Mauritius) v Avitel Post Studioz (2014).

(2) يمكن للمحكمة التحكيمية على سبيل المثال:



يتخذ بهذا الشأن لا يخل بالحكم النهائي للمحكمة التحكيمية التي تأخذ هذا القرار بعين الاعتبار في الحكم النهائي في موضوع النزاع أو المتعلق بالمصاريف. ولا يمكن للمحكمة التحكيمية أن تصدر القرارات المشار إليها في الفقرات السابقة إلا إذا حولتها الأطراف تلك السلطة<sup>(1)</sup>.

بل إن قانون التحكيم الإنجليزي، وبطريق غير مباشر يقضي بفعالية قرار محكم الطوارئ<sup>(2)</sup>. حيث تقضي المادة 66 من قانون التحكيم بأنه: "يمكن تنفيذ حكم التحكيم الصادر عن المحكمة بناء على اتفاق التحكيم بموجب إذن من القاضي مثله مثل أي حكم أو أمر صادر عن القاضي وصالح للتنفيذ"<sup>(3)</sup>. وبالتالي يمكن تفسير كلمة "المحكمة" تفسيراً واسعاً لتشمل محكم الطوارئ.

---

(أ) الأمر بصورة مؤقتة بدفع مبلغ من المال أو تخصيص مال معين لأحد الأطراف.  
(ب) الأمر بالدفع المؤقت على حساب مصاريف التحكيم.

(1) Power to make provisional awards.

(1)The parties are free to agree that the tribunal shall have power to order on a provisional basis any relief which it would have power to grant in a final award.

(2)This includes, for instance, making—

a)a provisional order for the payment of money or the disposition of property as between the parties, or

b)an order to make an interim payment on account of the costs of the arbitration.

(3)Any such order shall be subject to the tribunal's final adjudication; and the tribunal's final award, on the merits or as to costs, shall take account of any such order.

(4)Unless the parties agree to confer such power on the tribunal, the tribunal has no such power.This does not affect its powers under section 47 (awards on different issues, &c.).

(2) Parkin, L. ; Wade, S. : Emergency Arbitrators and the State Courts: Will They Work Together?. ARBITRATION -LONDON-; 80, 1; 48-54 *In* British Institute of International and Comparative Law workshop on international arbitration 2013: do England's expansive grounds for recourse increase delay and interference in arbitration. Institute of Arbitrators , London.2014. (Westlaw).

(3) "An award made by the tribunal pursuant to an arbitration agreement may, by leave of the court, be enforced in the same manner as a judgment or order of the court to the same effect".

وفي تركيا، بمناسبة قانون الإجراءات المدنية التركي، المعدل بقانون رقم 6100 والمنشور بالجريدة الرسمية 2011/2/4، تنص المادة 2/414 منه على أنه يتعين على المحكم، بناء على طلب أحد الأطراف، الحكم بنفاذ التدابير الوقائية الصادر عن المحكم أو محكمة التحكيم شريطة صحة اتفاق التحكيم<sup>(1)</sup>. وذهب بعض الفقه التركي هناك أن هذا النص يسمح بتنفيذ التدابير بمساعدة محكمة الدولة حتى تلك الصادر عن محكم الطوارئ. ويطلب مد نطاق هذه المادة على التحكيم الدولي على غرار الوطني منه<sup>(2)</sup>.

وفي آسيا، قامت بعض الدول ( قانون سنغافورة و هونكونج)<sup>(3)</sup> بتعديل قوانينها الإجرائية، كخطوة لجذب الاستثمار وتحقيق أكثر فعالية للتحكيم في منازعات الاستثمار. حيث قامت سنغافورة بتعديل نصوص قانون التحكيم الدولي سنة 2012 والتي تنص على أن مركز محكم الطوارئ هو ذات مركز هيئة التحكيم<sup>(4)</sup>، وأن قرارات كل منهما سواء كان في شكل أمر order أو

---

(1) *"at the request of a party, the court shall rule that a decision for interim measure granted by an arbitrator or arbitral tribunal be enforced with the condition that there is a valid arbitration agreement"*.

(2) وما يثير الانتباه في قانون الإجراءات المدنية التركي هو أن للمحكم أو محكمة التحكيم، في التحكيم الوطني، أن يعدل أو ينهي التدابير الوقائية الصادرة عن محكمة الدولة عملاً بالمادة 5/414 من قانون الإجراءات.

Ozen Atliha: THE MAIN PRINCIPLES GOVERNING INTERIM MEASURES IN THE PRE-ARBITRAL PROCEEDINGS - SPECIFICALLY, THE ICC EMERGENCY ARBITRATOR RULES (2012), [Annales XLIII, N. 60, 203-262, 2011], FCULTY OF LAW in Istanbul. P.244-245.

<http://www.journals.istanbul.edu.tr/iaufdi/article/download/1023016891/1023016080>.

(3) ومتوقع أن سويسرا سوف تقوم بتعديل القانون الدولي الخاص لديها خاصة الفصل 12 منه لتتلاقح سنغافورة و هونكونج.

Christopher Boog and Bertrand Stoffel: Preliminary Orders and the Emergency Arbitrator: Urgent Interim Relief by an Arbitral Decision Maker in Exceptional Circumstances - 10 Years of Swiss Rules of International Arbitration - ASA Special Series No. 44.2014.p.79.

(4) وتذكر بأن المادة 8/43 من القواعد السويسرية (Swiss Rules) تقضي بأن قرار محكم الطوارئ له نفس آثار القرارات المتخذة طبقاً للمادة 26 ( التي تنص على قرار محكمة التحكيم في التدابير الوقائية ).

حكم award يصلح للنفاد في سنغافورة<sup>(5)</sup>؛ لأن العبرة بصلاحيته نفاذ قرار محكمة الطوارئ وفق قانون الدولة المراد تنفيذ التدبير الوتقي فيها. هاتان المادتان مكملتان لقواعد محكمة الطوارئ بمركز SIAC و أي قواعد مؤسسية لتحكيم يتخذ من سنغافورة مكاناً للتحكيم<sup>(6)</sup>.

وفي هونكونج، تم تعديل قانون التحكيم في سنة 2013 والذي يقضي بأن أي تدبير طوارئ صادر، داخل هونكونج أو خارجها، عن محكمة الطوارئ تحت قواعد التحكيم المعنية، قابل للنفاد بذات أسلوب تنفيذ الأمر أو القرار الصادر عن القضاء، ولكن بإذن من قضاء الدولة<sup>(7)</sup>.

### ب- موقف القانون المصري من محكمة الطوارئ و تنفيذ قراراته:

هل يمكن تطبيق نظام "تحكيم الطوارئ" في مصر؟ إن تطبيق نظام "تحكيم الطوارئ" في مصر تواجهه في رأينا- عقبتان. العقبة الأولى: الاعتراف الصريح بنظام "تحكيم الطوارئ". إن نظام "تحكيم الطوارئ" الحديث غير موجود، لا صراحةً ولا ضمناً، في نصوص قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 ولا في نصوص قانون المرافعات رقم 13 لسنة 1968 المعنيين بأمر التحكيم في مصر. العقبة الثانية: الاعتراف و تنفيذ

"A decision of the emergency arbitrator shall have the same effects as a decision pursuant to Article 26."

وهو ذات الأمر الذي تقرره قواعد محكمة الطوارئ LCIA، في المادة 9.9 منها و المادة 1,3/9 من قواعد محكمة الطوارئ بالملحق الثاني من قواعد SCC. ولكن نود الإشارة إلى أن قرار محكمة الطوارئ لا يخضع في تنفيذه سوى لقانون دولة التنفيذ وليس للقواعد المؤسسية التي اتفق الأطراف على تطبيقها.<sup>(5)</sup> وتقضي المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون سنغافورة بأن التعديل يهدف إلى جعل قرار محكمة الطوارئ قابل للتنفيذ بطريقة عادية.

انظر الموقع الرسمي للبرلمان في سنغافورة كالتالي:

[www.parliament.gov.sg/sites/default/files/interational%20arbitration%20\(Amendment\)%20Bill%2010-2012.pdf](http://www.parliament.gov.sg/sites/default/files/interational%20arbitration%20(Amendment)%20Bill%2010-2012.pdf).

<sup>(6)</sup> Jason Fry, Clifford Chance: The Emergency Arbitrator - Flawed Fashion or Sensible Solution?, Dispute Resolution International. Int'l 179. November, 2013.

<sup>(7)</sup> 'any emergency relief granted, whether in or outside Hong Kong, by an emergency arbitrator under the relevant arbitration rules, is enforceable in the same manner as an order or direction of the court that has the same effect, but only with the leave of the court'.

قرارات تحكيم الطوارئ في مصر. حتى وإن وصلنا إلى أن نصوص هذين القانونين لا تمنع - على الأقل - من اتفاق أطراف التحكيم على تعيين محكم الطوارئ أو اللجوء إلى تحكيم الطوارئ، فهل تسعف تلك النصوص من تنفيذ القرار الصادر عن تحكيم الطوارئ في مصر، وبالتالي تحقيق فعالية هذا النظام؟.

لا شك أن العقبتين، سالفتي الذكر، مرتبطتان ببعضهما البعض؛ لأن المنطق يستدعي أن نعترف في مصر أولاً بنظام تحكيم الطوارئ و القرارات الصادرة عنه، حتى يتسنى تنفيذ تلك القرارات على الأراضي المصرية. لذلك نعرض لهاتين العقبتين - بمزيد من التفاصيل - وعلاجهما.

بادئ ذي بدء إن قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 (17)، وقانون المرافعات المصري رقم 13 لسنة 1968، المعنيان بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية عموماً (18)، لا يعرفان "محكم الطوارئ"، إذ صدر في وقت لم يبتدع نظام "محكم الطوارئ" بعد في عالم التحكيم. فضلاً عن أن قانون التحكيم المصري مستمدة نصوصه من قواعد القانون النموذجي الأونسيترال سنة 1985 أي حتى قبل إصدار النسخة المعدلة في سنة 2006 التي شملت نظاماً للاعتراف و تنفيذ التدابير الوقائية من محكمة التحكيم.

على الرغم من أن قانون التحكيم المصري يتضمن نصاً - في المادة 24/ فقرة أخيرة (19) - يخول هيئة التحكيم سلطة إصدار إذن باتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ التدابير المؤقتة و التحفظية، ما لم تتضمن إجراءات تنفيذها مساساً بحق الغير (أي من ليس طرفاً في التحكيم) أو تستدعي تدخل السلطة العامة، فيجوز للطرف الصادر لصالحه التدابير أن يطلب من رئيس المحكمة

(17) نص المادة الأولى من قانون التحكيم المصري كالتالي: "مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيمياً تجارياً دولياً يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون".

(18) باعتبار قانون المرافعات المصري الشريعة العامة الإجرائية للتحكيم في مصر، حتى ولو - في اعتقادي - ليس بصفة مطلقة.

(19) تنص المادة 24/فقرة أخيرة على أن: "وإذا تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه، جاز لهيئة التحكيم، بناء على طلب الطرف الآخر، أن تأذن لهذا الطرف في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه، وذلك دون إخلال بحق هذا الطرف في أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون الأمر بالتنفيذ".

المشار إليها في المادة 9 من هذا القانون الأمر بالتنفيذ. إلا أن المقصود بهيئة التحكيم، المخول لها سلطة إصدار التدابير الوقائية، كما أوضحتها المادة 2/4 تحكيم مصري، أنها الهيئة المشكّلة من محكم واحد أو أكثر للفصل في النزاع المحال إلى التحكيم أي النزاع الموضوعي. أي تلك السلطة مخولة لهيئة التحكيم بعد تشكيلها في إجراءات التحكيم العادي وليس في مرحلة ما قبل تشكيلها.

أما لو أراد أحد أطراف التحكيم استصدار تدابير وقائية في مرحلة ما قبل البدء في إجراءات التحكيم العادي أو قبل تشكيل هيئة التحكيم، فإن فقه التحكيم المصري يجمع على أن قضاء الدولة يثبت له الاختصاص بإصدار التدابير المستعجلة في مرحلة ما قبل تشكيل هيئة التحكيم<sup>(20)</sup>. وعملاً بالمادة 14 من قانون التحكيم المصري<sup>(21)</sup>، تختص محكمة المادة 9 (محكمة النزاع أصلاً لو كان التحكيم وطنياً أو محكمة الاستئناف لو كان التحكيم تجارياً دولياً) ولو قبل البدء في إجراءات التحكيم طالما أتفق على اللجوء إلى التحكيم<sup>(22)</sup>.

ولكن هل يجوز لأطراف التحكيم اللجوء إلى محكم الطوارئ أو تعيينه في مصر في ظل المادة 14 سالفة الذكر؟.

ذهب رأي في الفقه المصري إلى أن الأخذ بنظام اللجوء إلى قاضي الدولة قبل سير إجراءات التحكيم، وفق المادة 14 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، يغني عن فكرة تعيين محكم يختص بنظر المسائل المستعجلة أو التحفظية<sup>(23)</sup>.

يُحسب لهذا الرأي أنه لم يقطع، صراحةً، بوجود مانع قانوني من اتفاق أطراف التحكيم في مصر على اللجوء إلى محكم طوارئ أو تعيينه، حراً أو

(20) في عرض هذا الإجماع انظر: أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 937.

(21) حيث تقضي المادة 14 من قانون التحكيم المصري 1994/27 بأن: "يجوز للمحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون أن تأمر، بناء على طلب أحد طرفي التحكيم، باتخاذ تدابير وقائية أو تحفظية سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها".

(22) ويدخل ذلك في الاختصاص الحصري لمحكمة المادة 9. انظر: فتحي والي، مرجع سابق، بند

113، ص 212.

(23) محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1999، ص 81.

مؤسسياً<sup>(33)</sup>، في مرحلة ما قبل تشكيل محكمة التحكيم. وبالفعل نرى أنه لا مانع في قانون التحكيم المصري من اتفاق الأطراف على تعيين محكم الطوارئ؛ تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة، وتحت ظل مبدأ الاختصاص المشترك بين قضاء الدولة ومحكم الطوارئ- الذي يحكم تحكيم الطوارئ. ولا ينال من ذلك ما تقضي به المادة 34 من قانون المرافعات المصري من أن: "تختص محاكم الجمهورية بالأمر بالإجراءات الوقتية والتحفظية التي تنفذ في الجمهورية ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية"<sup>(34)</sup>؛ لأن هذه المادة، تحت الفصل الأول من الباب الأول بعنوان " الاختصاص الدولي للمحاكم"، تحكم تنازع الاختصاص القضائي الدولي فيما بين المحاكم المصرية والمحاكم الأجنبية وليس التحكيم.

إلا أننا لا نميل إلى ما ذهب إليه الرأي السابق من أن اللجوء إلى قضاء الدولة يعني عن اللجوء إلى محكم الطوارئ بصفة مطلقة. بعيداً عن مزايا اللجوء إلى تحكيم الطوارئ مقارنة بقضاء الدولة<sup>(34)</sup>، فإن هذا الرأي يتعارض مع مبدأ الاختصاص المشترك الذي يسود تحكيم الطوارئ، الذي سبق أن أوضحناه بمزاياه<sup>(35)</sup>. فضلاً عن أن تحكيم الطوارئ سريع يشبع حاجة أطراف التحكيم إلى الحماية المستعجلة أسرع من القضاء المصري المستعجل أو الولائي<sup>(36)</sup>.

وعلى أية حال، إن كنا نعتقد بأنه لا توجد موانع قانونية في نصوص قانون التحكيم المصري من اتفاق الأطراف في مصر على تعيين محكم الطوارئ، غير أن تلك النصوص بوضعها الحالي، قد لا تسعف في تنفيذ القرار الوطني الصادر عن محكم الطوارئ بالتدابير الوقتية في مصر، وبالتالي لا تسعف في تحقيق فعالية تحكيم الطوارئ.

وعليه، نوصي المشرع المصري في قانون التحكيم المصري، وعلى ذات نهج قانون سنغافورة، بتعديل المادة 2/4 تحكيم مصري، والتي تنص على أن: (وتتصرف عبارة "هيئة التحكيم" إلى الهيئة المشكلة من محكم واحد أو أكثر

(33) لأنه على حد علمي، وحتى الانتهاء من هذه الدراسة، لا توجد مراكز وطنية في مصر تتبنى نظام "محكم الطوارئ"، حتى على المستوى الإقليمي لا يتبنى مركز القاهرة الإقليمي ومقره مصر هذا النظام أيضاً.

(34) انظر ما سبق ص 68 وما بعدها و ص 74 وما بعدها.

(35) انظر ما سبق ص 97 وما بعدها.

(36) انظر ما سبق ص 68 وما بعدها و ص 74 وما بعدها.

للفصل في النزاع المحال إلى التحكيم)، لتشمل انصراف عبارة "هيئة التحكيم" أيضاً إلى محكم الطوارئ.

وبهذا التعديل يكون هناك اعتراف صريح من القانون المصري بنظام "محكم الطوارئ"، واعتراف أيضاً بقراراته بالتدابير الوقائية والتمهيد لجواز تنفيذها بذات الصورة التي ينفذ بها قرار المحكم العادي بالتدابير الوقائية و التحفظية.

ولكن إذا صدر قرار أجنبي بالتدابير الوقائية عن محكم الطوارئ خارج مصر ويراد تنفيذه في مصر، فهل يمكن تنفيذه في مصر؟

بدايةً، وقبل الإجابة على هذا السؤال، يجب أن نوضح ما هو القانون الواجب التطبيق على شروط وإجراءات تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي عامةً أو قرار محكم الطوارئ الأجنبي خاصةً. هل هو اتفاقية نيويورك 1958<sup>(1)</sup> أم قانون المرافعات<sup>(2)</sup> أم قانون التحكيم المصري<sup>(3)</sup>؟

إن اتفاقية نيويورك قد عرّفت حكم التحكيم الأجنبي و حددت شروطاً للأمر بتنفيذه وأحوال لرفض الأمر بالتنفيذ، ولكنها لم تحدد القاضي المختص بإصدار الأمر بالتنفيذ ولا إجراءات استصداره، فيما عدا ما تستلزمه المادتان 3 و 4 من الاتفاقية<sup>(4)</sup>. وإذا كانت جمهورية مصر العربية، باعتبارها دولة

(1) انضمت مصر إلى اتفاقية نيويورك 1958 في سنة 1959 وأصبحت بالمصادقة عليها جزءاً من التشريع المصري. و جدير بالذكر أن اتفاقية نيويورك تنطبق على حكم التحكيم الأجنبي، مؤسسياً كان أو حراً. وسواء كان حكم التحكيم فصل في كلا الطلبات أو كان حكماً جزئياً. فالحكم الأجنبي الجزئي يجوز طلب الأمر بتنفيذه في مصر. (فتحى والي، مرجع سابق، بند 347، ص 634).

(2) انظر: المواد 296-301 مرافعات مصري.

(3) انظر: المواد 56-58 تحكيم مصري.

(4) المادة 3 من الاتفاقية تنص على أن: "على كل دولة متعاقدة أن تعترف بقرارات التحكيم كقرارات ملزمة وأن تقوم بتنفيذها وفقاً للقواعد الإجرائية المتبعة في الإقليم الذي يحتج فيه بالقرار، طبقاً للشروط الواردة في المواد التالية. ولا تفرض على الاعتراف بقرارات التحكيم التي تنطبق عليها هذه الاتفاقية أو على تنفيذها شروط أكثر تشدداً بكثير أو رسوم أو أعباء أعلى، بكثير مما يفرض على الاعتراف بقرارات التحكيم المحلية أو على تنفيذها".

أما المادة 4 تنص على أن: "1- للحصول على الاعتراف والتنفيذ المذكورين في المادة السابقة، يقوم الطرف الذي يطلب الاعتراف والتنفيذ، وقت تقديم الطلب، بتقديم ما يلي:

(أ) القرار الأصلي مصدقاً عليه حسب الأصول المتبعة أو نسخة منه معتمدة حسب الأصول.

متعاقدة موقعة على اتفاقية نيويورك<sup>(49)</sup>، تلتزم بتنفيذ الأحكام الأجنبية، عملاً بالمادة 3 منها، وفقاً للقواعد الإجرائية المتبعة في إقليمها الذي يحتج فيه بالقرار، أي وفقاً للقانون المصري الإجرائي الذي يمتثل إما في قانون المرافعات المصري أو قانون التحكيم المصري.

إلا أن الفقه المصري اختلف حول القانون الذي يخضع له تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، بالنسبة للاختصاص و الإجراءات، ما إذا كان قانون المرافعات أو قانون التحكيم المصري<sup>(50)</sup>. والفارق بينهما أن المادة 297 من قانون المرافعات تتطلب رفع دعوى بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى أمام المحكمة الابتدائية التي يراد التنفيذ في دائرتها، بينما تكفي المادة 56 من قانون التحكيم المصري بأن يختص رئيس محكمة المادة 9 من هذا القانون<sup>(51)</sup> أو من يندبه من قضائتها بإصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين بناء على عريضة.

فمال فريق، تؤيده كثير من أحكام القضاء المصري<sup>(52)</sup>، إلى تطبيق أحكام قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 إذا كان التحكيم يجري في مصر، أو كان تحكيمياً تجارياً دولياً يجري في الخارج، وأتفق أطرافه على إخضاعه

---

(ب) الاتفاق الأصلي المشار إليه في المادة الثانية أو صورة منه معتمدة حسب الأصول.  
2- متى كان الحكم المذكور أو الاتفاق المذكور بلغة خلاف اللغة الرسمية للبلد الذي يحتج فيه بالقرار، وجب على الطرف الذي يطلب الاعتراف بالقرار وتنفيذه أن يقدم ترجمة لهاتين الوثيقتين بهذه اللغة. ويجب أن تكون الترجمة معتمدة من موظف رسمي أو مترجم محلف أو ممثل دبلوماسي أو قنصلي".  
(49) انضمت مصر إلى اتفاقية نيويورك 1958 في سنة 1959 وأصبحت بالمصادقة عليها جزءاً من التشريع المصري.

(50) في عرض هذا الاختلاف بالتفصيل انظر: قنحي والي، مرجع سابق، ص 660-674.  
(51) المادة 9 تنص على أن: "يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصري للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع. أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً سواء جرى في مصر أو في الخارج فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر".

(52) حكم محكمة استئناف القاهرة (دائرة 63 تجاري) 1999/2/17 في الدعوى رقم 76 لسنة 115ق. وحكم الدائرة 91 التجارية 2003/2/27 في الدعوى رقم 7 لسنة 120ق. الدائرة المدنية والتجارية لمحكمة النقض جلسة 10 يناير 2005- في الطعن 966 لسنة 73ق. نقض تجاري- جلسة 8 مايو 2008 في الطعن رقم 945 لسنة 69ق. مشار إليهم في: قنحي والي، مرجع سابق، ص 663 هامش (1).



لأحكام هذا القانون، عملاً بالمادة الأولى من قانون التحكيم المصري<sup>(53)</sup> أو حتى ولو لم يتفق الأطراف على تطبيقه؛ لأن إجراءات التنفيذ فيه أكثر يسراً من تلك الواردة في قانون المرافعات بما يتفق ونص المادة 2/3 من اتفاقية نيويورك التي تتطلب من الدول المتعاقدة عدم فرض شروط أكثر شدة من تلك التي تفرض للتنفيذ الأحكام الوطنية.

وانحاز فريق آخر<sup>(54)</sup> إلى تطبيق قانون المرافعات، في مادته 299، على أحكام التحكيم الأجنبية، ولو اتفق الأطراف على تطبيق قانون التحكيم. وبناء عليه يجب رفع دعوى بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى للحصول على الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي؛ لأن اتفاقية نيويورك لم تتعرض سوى لشروط موضوعية للتنفيذ و الرسوم دون الإجراءات<sup>(55)</sup> التي تخضع لنص المادة 299 من قانون المرافعات وهو نص خاص، متعلق بالنظام العام وسيادة الدولة، معني بنوع خاص من أحكام التحكيم و هي الأجنبية منها، والنص ما زال سارياً حتى مع صدور قانون التحكيم.

والواضح أن سبب الاختلاف الفقهي هو أن كل من الفريقين يعتقد بأن تنفيذ حكم تحكيم الأجنبي لا يمكن أن يخضع سوى لأحد القانونين إما قانون المرافعات أو قانون التحكيم، كل مستقل عن الآخر. وفي اعتقادنا أن لكل من أحكام قانون المرافعات و قانون التحكيم مجال للتطبيق ولا تعارض فيما بينهما، ويمكن الجمع بينهما، فيما لا يتعارض مع اتفاقية نيويورك<sup>(56)</sup>. والجمع

---

(53) نص المادة الأولى كالتالي: "مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيميا تجاريا دوليا يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون".

(54) فتحي والي، مرجع سابق، بند 368، ص 665. عاشور مبروك، النظام القانوني لتنفيذ أحكام المحكمين، سنة 1999، بند 168، ص 257.

(55) إذ تنص المادة 2/3 من اتفاقية نيويورك على أن: "ولا تفرض على الاعتراف بقرارات التحكيم التي تطبق عليها هذه الاتفاقية أو على تنفيذها شروط أكثر تشدداً بكثير أو رسوم أو أعباء أعلى، بكثير مما يفرض على الاعتراف بقرارات التحكيم المحلية أو على تنفيذها".

(56) تنص المادة 301 مرافعات مصري على أن: "العمل بالقواعد المنصوص عليها في المواد السابقة (ومن هنا المادة 299) لا يخل بأحكام المعاهدات المعقودة أو التي تعقد بين الجمهورية و بين غيرها من الدول في هذا الشأن". كما تنص المادة الأولى من قانون التحكيم المصري على ذات المسألة.

بينها مقدم؛ لأن أعمال النص الصحيح خير من إهماله<sup>(60)</sup>، ولكن مع الوضع في الاعتبار أن الجمع يكون في حدود تعيين الإجراءات واجبة الاتباع لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي<sup>(61)</sup>، دون شروط التنفيذ التي تخضع لاتفاقية نيويورك بشكل مباشر<sup>(62)</sup>. خاصة وأن قواعد تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية الواردة في قانون المرافعات هي- على حد تعبير البعض<sup>(63)</sup>- جزء من قواعد التحكيم.

هدياً بما تقدم، إن كانت اتفاقية نيويورك هي واجبة التطبيق بخصوص تحديد شروط تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية المراد تنفيذها في مصر، ما لم يتضمن قانون التحكيم أو المرافعات المصريين شروطاً أيسر، تطبيقاً للمادة 5/3 من الاتفاقية. ولما كانت تلك الاتفاقية يتسع نطاقها في اعتقادنا كما سبق وأن بينا<sup>(64)</sup> لتنفيذ قرار محكم الطوارئ الأجنبي. فإن شروط- لا إجراءات- تنفيذ قرار محكم الطوارئ الأجنبي تخضع لاتفاقية نيويورك 1958.

---

(60) وبالتالي لا ضرورة لإلغاء نص المادة 299 مرافعات كما يدعي البعض. عزت البحيري،

تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، دار النهضة العربية، 1997، ص 216، 89.

(61) الهدف من اتفاقية نيويورك هو تيسير الاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، وهي لم تهدف الإجراءات الواجبة الاتباع للاعتراف و التنفيذ بل تركت مهمة تحديدها لقانون دولة التنفيذ إعمالاً أيضاً لقاعدة من قواعد القانون الدولي الخاص. وانظر: عاشور مبروك، النظام القانوني لتنفيذ أحكام المحكمين، سنة 1999، بند 166، ص 253.

(62) حيث نؤيد من ذهب إلى أن اتفاقية نيويورك هي واجبة التطبيق عند التعرض لشروط التنفيذ، بينما تركت مسألة الإجراءات لقانون دولة التنفيذ كما سبق وأن بينا. ولا نؤيد فيما ذهبت إليه محكمة النقض المصري حكم مشار إليه هامش 653 من أن الشكل الواجب الاتباع لتنفيذ الحكم ( أمر على عريضة أو بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى) يعد من شروط التنفيذ، بل هي من إجراءات التنفيذ.

(63) فتحي والي، مرجع سابق، بند 368، ص 671.

(64) انظر في مدى اتساع اتفاقية نيويورك لتنفيذ قرار محكم الطوارئ الأجنبي ما سبق ص 157.

أما عن إجراءات تنفيذ قرارات محكم الطوارئ الأجنبية<sup>(65)</sup>، كأحكام التحكيم العادي الأجنبية، الصادرة خارج مصر<sup>(66)</sup>، تخضع لقانون التحكيم المصري- تطبيقاً للمادة الأولى منه- إذا كان التحكيم تحكيمياً تجارياً دولياً واتفق أطرافه على تطبيق أحكامه تارة<sup>(67)</sup>، وتخضع لقانون المرافعات كما في حالة ما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً ولم يتفق الأطراف على إخضاعه لقانون التحكيم المصري تارة<sup>(68)</sup> أخرى.

**ولكن هل تسعف نصوص قانون التحكيم و قانون المرافعات-بوضعها الحالي- في تنفيذ قرارات محكم الطوارئ الأجنبية وفقاً لإجراءاتها؟**

(65) أي الحكم الذي صدر خارج مصر ويراد تنفيذه في مصر. ولا يعتبر حكم التحكيم الصادر في مصر حكم تحكيم أجنبي، سواء صدر في تحكيم وطني أو في تحكيم تجاري دولي. على عكس القانون الفرنسي الذي اعتبر أحكام المحكمين في التحكيم التجاري الدولي أحكاماً أجنبية ولو صدرت في فرنسا. انظر: المادة 1524 وما بعدها من أحكام لائحة بقانون رقم 48 لسنة 2011 الفرنسي. كما ذهب اختلف الفقه المصري حول ما إذا كانت الاتفاقية تنطبق على حكم التحكيم الوطني الصادر في مصر في تحكيم تجاري دولي بين مؤيد ومعارض. انظر: فتحي والي، مرجع سابق، بند 347، ص 634 و هامش ذات الصفحة. وإن كنا نميل إلى أن اتفاقية نيويورك تنطبق وفق معيارين. الأول: معيار جغرافي وهو صدور حكم التحكيم في بلد غير مصر وهو معيار لا اختلاف فيه. الثاني: معيار قانوني وهو إذا كان حكم التحكيم يعتبر غير وطنياً وفق قانون دولة التنفيذ لو صدر فيها الحكم. حسبما تقضي به المادة 1/1 من اتفاقية نيويورك على أن: "تنطبق هذه الاتفاقية على الاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها متى صدرت هذه القرارات في أراضي دولة خلاف الدولة التي يطلب الاعتراف بهذه القرارات وتنفيذها فيها، ومتى كانت ناشئة عن خلافات بين أشخاص طبيعيين أو اعتباريين. وتنطبق أيضاً على قرارات التحكيم التي لا تعتبر قرارات محلية في الدولة التي يطلب فيها الاعتراف بهذه القرارات وتنفيذها." ولا يحول دون ذلك نص المادة الأولى من قانون التحكيم المصري بأن قانون التحكيم المصري ينطبق على التحكيم الذي يجري في مصر، أو كان تحكيمياً تجارياً دولياً يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون، و لا يحول دون ذلك أيضاً نص المادة 299 مرافعات- عملاً بالمادة 301 مرافعات؛ لأن تطبيق القانونين يكون مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية. (66) تجدر الإشارة في هذا الصدد أن مكان تحكيم الطوارئ هو ذات مكان التحكيم العادي، وإذا لم يتفق الأطراف على تحديد مكان تحكيم الطوارئ يتم تحديده وفق أحكام تحديد مكان التحكيم العادي. راجع مكان تحكيم الطوارئ فيما سبق ص 124.

(67) على عكس الرأي الذي ذهب إلى تطبيق قواعد المرافعات ولو اتفقوا على تطبيق قانون التحكيم.

انظر ما سبق هامش (662).

(68) قرب ذلك انظر: محمود مختار البريري، التحكيم التجاري الدولي، بند 163، ص 306. إبراهيم

احمد، التحكيم الدولي الخاص، ص 308.

في اعتقادنا أن قرار محكم الطوارئ الأجنبي قابل للتنفيذ على الأراضي المصرية وفق الإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات فقط، فنصوص الأخير تسعف في تنفيذ قرار محكم الطوارئ الأجنبي، على عكس نصوص قانون التحكيم، إذ أن عبارات نصوص قانون المرافعات في هذا الشأن مرنة تتسع لتشمل قرارات محكم الطوارئ الأجنبية.

تفصيل ذلك، أنه من المقرر، عملاً بالمادة 296 من الفصل الرابع (تنفيذ الأحكام و الأوامر الأجنبية والسندات الرسمية الأجنبية) من قانون المرافعات، أن: "الأحكام و الأوامر الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها بنفس الشروط المقررة في قانون ذلك البلد لتنفيذ الأحكام و الأوامر المصرية فيه". وتطبق تلك المادة على أحكام المحكمين الأجنبية، تطبيقاً للمادة 299 من ذات القانون، إذ تنص الأخيرة على أن: "تسري أحكام المواد السابقة على أحكام المحكمين الصادرة في بلد أجنبي ...".

ومفاد ما سبق أن المشرع المصري أجاز تنفيذ الأحكام و الأوامر الأجنبية الصادرة في بلد أجنبي، غير جمهورية مصر العربية، أيأ كانت الجهة أو الهيئة التي تصدر عنها تلك الأحكام أو الأوامر، سواء كانت محكمة أو محكم أو سلطة غير قضائية أو غيرها. فمعيار تطبيق نص المادة 296 هو أن نكون أمام أحكام أو أوامر صادرة في بلد أجنبي، أيأ كانت الجهة التي أصدرتها. وبالتالي يمكن في رأينا سحب هذه المادة أنفة البيان على أحكام و أوامر محكم الطوارئ الأجنبية.

بالإضافة أيضاً إلى أن السندات التنفيذية، عملاً بالمادة 280 من قانون المرافعات المصري، واردة على سبيل الحصر و ليس المثال، ومنها الأحكام والأوامر. ولم تشترط الفقرة الثانية من المادة 280 مرافعات<sup>(75)</sup> في الأحكام والأوامر التي تصلح كسندات تنفيذية، أن تصدر من المحاكم فقط، بل أيأ كانت الجهة أو السلطة، وبالتالي تتسع لتشمل الأحكام والأوامر الأجنبية الصادرة عن محكم الطوارئ.

وإذا وصلنا إلى نتيجة مؤداها أن نصوص قانون المرافعات المرنة، وبتفسيرها الواسع، تساعد تنفيذ قرار محكم الطوارئ الأجنبي، فإن ذلك الأمر

(75) تنص المادة 208 / 2 مرافعات على أن: "السندات التنفيذية هي الأحكام والأوامر والمحرمات الموثقة ومحاضر الصلح التي تصدق عليها المحاكم أو مجالس الصلح والأوراق الأخرى التي يعطيها القانون هذه الصفة".

يتماشي مع فلسفة اتفاقية نيويورك من أنه لا مانع للدولة الطرف في الاتفاقية أن تقرر نفاذ أحكام التحكيم الأجنبية بشروط أخف من تلك الواردة في الاتفاقية هي الحد الأدنى<sup>(76)</sup>.

خلاصة القول إذن، أنه بالنسبة لشروط تنفيذ القرار الأجنبي الصادر عن محكم الطوارئ فهي تخضع لتلك الشروط الواردة في اتفاقية نيويورك، دون تلك الواردة في المادة 298 مرافعات؛ لأنها الأيسر<sup>(77)</sup>. كما يخضع تنفيذ قرارات محكم الطوارئ الأجنبية للإجراءات المنصوص عليها في المادة 297 من قانون المرافعات والتي تقضي بأن يقدم طلب الأمر بالتنفيذ إلى المحكمة الابتدائية التي يراد التنفيذ في دائرتها وذلك بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى.

وحتى لا تكون قابلية قرارات محكم الطوارئ للتنفيذ، وفق شروط أو إجراءات قانون التحكيم المصري، مرهونة باجتهادات قهوية، مما يطيح بنظام "تحكيم الطوارئ" وفعاليته وأثره في جذب الاستثمارات في مصر، نوصي المشرع المصري في قانون التحكيم المصري -بالإضافة إلى ذكر "محكم الطوارئ" صراحةً كما ذكرت- إما بتبني قواعد قانون الأونسيترال في نسختها المعدلة سنة 2006 على الأقل. إذ تنص المادة 17 حاء منها على أنه يتعين الاعتراف بالتدبير المؤقت الصادر عن هيئة التحكيم كتدبير ملزم ويتعين

---

(76) Azelius Krister, Bergqvist Lina , Linde Emma: Making Use of the New SCC Rules on Emergency Arbitration, Juridisk tidskrift, 2010.P.941.

[https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CCAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.vinge.com%2FGlobal%2FPublikationer%2FArtiklar%2FBergqvist\\_Olsson\\_Azeliuz\\_JT\\_SARTRYCK.pdf&ei=svJvVd7eI8iN7Aap0lBw&usg=AFQjCNEz1IT6OaQEZVFW5sl4o57Dvvgmtkw](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CCAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.vinge.com%2FGlobal%2FPublikationer%2FArtiklar%2FBergqvist_Olsson_Azeliuz_JT_SARTRYCK.pdf&ei=svJvVd7eI8iN7Aap0lBw&usg=AFQjCNEz1IT6OaQEZVFW5sl4o57Dvvgmtkw).

(77) إذ تقضي المادة 298 مرافعات على أن: لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتي:

- 1- أن محاكم الجمهورية غير مختصة بالمنازعة التي صدر فيها الحكم أو الأمر وأن المحاكم الأجنبية التي أصدرته مختصة بها طبقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها.
- 2- أن الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم قد كلفوا الحضور ومثلوا تمثيلاً صحيحاً.
- 3- أن الحكم أو الأمر حاز قوة الأمر المقضي طبقاً لقانون المحكمة التي أصدرته.
- 4- أن الحكم أو الأمر لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من محاكم الجمهورية ولا يتضمن ما يخالف النظام العام أو الآداب العامة.

ولم تتضمن اتفاقية نيويورك 1958 شرط أن يكون الحكم أو الأمر الصادر من محكم الطوارئ حائزاً لقوة الأمر المقضي كما استلزمت المادة 298 مرافعات سאלفة الذكر.

إنفاذه بناء على طلب يقدم إلى المحكمة المختصة، بصرف النظر عن البلد الذي أصدر فيه، رهنا بأحكام المادة 17 طاء، ما لم تنص هيئة التحكيم على خلاف ذلك. خاصة أنه ذهب بعض الفقه<sup>(80)</sup> -نؤيده- إلى أن التشريعات الوطنية التي تبنت قانون الأونسيترال في نسختها المعدلة سنة 2006، خاصة المادة 17 أنفة البيان، تعترف إذن بتنفيذ القرارات الصادرة عن محكم الطوارئ. أو أن يضيف المشرع المصري في قانون التحكيم نصاً مؤداه أن مركز محكم الطوارئ هو ذات مركز هيئة التحكيم. وأن قرارات محكم الطوارئ ترتب ذات الآثار القانونية المترتبة على قرارات هيئة التحكيم سواء كانت في شكل أمر أو order أو حكم award.

## (2) موقف قانون الأونسيترال النموذجي من تنفيذ قرار محكم الطوارئ :

على الرغم من أن بعض تشريعات التحكيم الوطنية خلت من أية نصوص صريحة تحكم مسألة تنفيذ قرارات محكم الطوارئ أو حتى تنفيذ التدابير الوقائية الصادرة عن محكمة التحكيم. إلا أن بعض الدول تبنت في تشريعاتها توصيات قانون النموذجي الأونسيترال بشأن تنفيذ التدابير أمام المحاكم الوطنية التي تقع في مكان التحكيم، وأجازت أن يأمر القضاء الوطني بتنفيذ

---

(80) Nathalie Voser, "Overview of the Most Important Changes in the Revised ICC Arbitration Rules", in Matthias Scherer (ed.), ASA Bulletin, Vol. 29, No. 4, 2011, pp. 783-820 at p. 818. Christopher Boog, "Swiss Rules of International Arbitration – Time to Introduce an Emergency Arbitrator Procedure?" in Matthias Scherer (ed.), ASA Bulletin, Vol. 28, Issue 3, pp.474- 475.

التدابير الوقائية الصادرة عن هيئة التحكيم<sup>(1)</sup>. فغير خاف أنه لا قيمة حقيقية للتدابير الوقائية أو التحفظية بدون صلاحيتها للتنفيذ وأن تكثُر عن أنيابها<sup>(2)</sup>.

لذلك تم تعديل قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (1985) في سنة 2006، لتسمح بتنفيذ التدابير الوقائية الصادرة عن محكمة التحكيم. إذ تنص المادة 17 حاء على أنه يتعين الاعتراف بالتدبير المؤقت الصادر عن هيئة التحكيم كتدبير ملزم ويتعين إنفاذه بناء على طلب يقدم إلى المحكمة المختصة، بصرف النظر عن البلد الذي أصدر فيه، رهنا بأحكام المادة 17 طاء، ما لم تنص هيئة التحكيم على خلاف ذلك<sup>(3)</sup>.

(1) القانون الدولي الخاص السويسري في المادة 2/183 و قانون التحكيم الإنجليزي 1996 بند 1/42 و قانون المرافعات الألماني البند 2/1041 والمادة 593(3-5) من قانون الإجراءات المدنية النمساوي و قانون هونكوج للتحكيم المعدل بأمر رقم 2 لسنة 2000. مشار إلى ذلك في: Gary Born, *International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International, 2009), p. 2019; Christopher Boog, *Swiss Rules of International Arbitration— Time to Introduce an Emergency Arbitrator Procedure?* in Matthias Scherer (ed), *ASA Bulletin*, (Kluwer Law International 2010 Volume 28 Issue 3) p. 470.

(2) UN Doc. A/CN.9/460 ¶¶ 117, 121 et seq.; UN Doc. A/54/17 ¶¶ 371 et seq., 380; cf. V. V. Veeder, *The Need for Cross-border Enforcement of Interim Measures Ordered by a State Court in Support of the International Arbitral Process*, in: van den Berg (ed.), *New Horizons in International Commercial Arbitration and beyond*, ICCA Congress Series No. 12 (2005) 242, 242, regarding the comparable situation of court-ordered interim relief in support of international arbitrations.

(3) المادة 17 طاء تنص على: أسباب رفض الاعتراف أو الإنفاذ:

1- لا يجوز رفض الاعتراف بالتدبير المؤقت أو إنفاذه إلا في الحالات التالية:

(أ) إذا اقتنعت المحكمة، بناء على طلب الطرف المستهدف بالتدبير، بما يلي:

"1" أن ثمة ما يسوغ ذلك الرفض للأسباب المبينة في الفقرات (1) (أ) "1" أو "2" أو "3" أو "4" من المادة 36، أو

"2" أنه لم يمثل لقرار هيئة التحكيم بشأن تقديم ضمانات فيما يتعلق بالتدبير المؤقت الصادر عن هيئة التحكيم، أو

"3" أن التدبير المؤقت قد أنهى أو علق من جانب هيئة التحكيم، أو من جانب محكمة الدولة التي يجري فيها التحكيم أو التي صدر التدبير المؤقت بمقتضى قانونها حيثما تكون تلك المحكمة مخولة بذلك، أو

(ب) إذا وجدت المحكمة:

وذهب بعض الفقه<sup>(1)</sup> إلى أن التشريعات الوطنية التي تبنت قانون الأونسيترال في نسختها المعدلة سنة 2006<sup>(2)</sup>، خاصة المادة 17 أنفة البيان، تعترف بتنفيذ القرارات الصادرة عن محكم الطوارئ. بل اقترح البعض من الفقه<sup>(3)</sup> بتعديل القانون النموذجي UNCITRAL Model Law ليتضمن نصوصاً تجيز الحصول على تدابير وقائية من سلطة مؤقتة سريعة التعيين قبل تشكيل محكمة التحكيم.

ولا يقدح في ذلك أنه غالباً ما يتم تنفيذ التدابير الوقائية تنفيذاً اختياراً وإرادياً من قبل الطرف الصادر ضده التدبير؛ لأن عدم التنفيذ الاختياري للتدبير الصادر عن محكمة التحكيم ضد طرف من الأطراف يعطي انطباعاً لديها عند

---

"1" أن التدبير المؤقت يتعارض مع الصلاحيات المخولة للمحكمة، ما لم تقرر المحكمة إعادة صياغة التدبير المؤقت بالقدر اللازم لجعله متوافقاً مع صلاحيتها وإجراءاتها لأغراض إنفاذ ذلك التدبير المؤقت ودون تعديل مضمونه، أو

"2" أن أياً من الأسباب المبينة في الفقرتين (1) (ب) "1" أو "2" من المادة 36 ينطبق على الاعتراف بالتدبير المؤقت وإنفاذه.

2- لا يكون أي قرار تتخذه المحكمة لأي من الأسباب الواردة في الفقرة 1 من هذه المادة نافذ المفعول إلا لأغراض طلب الاعتراف بالتدبير المؤقت وإنفاذه. ولا يجوز للمحكمة التي يلتمس لديها الاعتراف بالتدبير المؤقت أو إنفاذه أن تجري، لدى اتخاذ ذلك القرار، مراجعة لمضمون التدبير المؤقت.

(1) Nathalie Voser, "Overview of the Most Important Changes in the Revised ICC Arbitration Rules", in Matthias Scherer (ed.), ASA Bulletin, Vol. 29, No. 4, 2011, pp. 783-820 at p. 818. Christopher Boog, "Swiss Rules of International Arbitration – Time to Introduce an Emergency Arbitrator Procedure?" in Matthias Scherer (ed.), ASA Bulletin, Vol. 28, Issue 3, pp.474- 475.

(2) تبنت 15 دولة القانون النموذجي UNCITRAL بنسختها المعدلة في 2006 الآتية: بيرو، أستراليا، بلجيكا، إيرلندا و نيوزلندا، رومانيا و سلوفاكيا، بروناي دار السلام، هونكونج، كوستاريكا، جورجيا، ليثوانيا، موريشوس، جزر فيرجن البريطانية، ولاية فلوريدا بأمريكا. على الموقع الرسمي:

[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html)

(3) Dana Renee Bucy, "How to best protect party rights: The Future Of Interim Relief In International Commercial Arbitration Under The Amended UNCITRAL Model Law", 25(3) American International Law Review, 2010, 606-607.



الفصل في موضوع النزاع عن عدم جدية و تنصل هذا الطرف<sup>(1)</sup>. لذلك سوف نتعرض للوسائل غير المباشرة لتنفيذ قرارات محكم الطوارئ.

## الفرع الثاني

### الوسائل غير المباشرة لتنفيذ قرار محكم الطوارئ

إن أطراف التحكيم، في حالات الالتجاء الاختياري إلى قضاء الدولة لاستصدار التدابير الوقائية، يفضلون ويصرّون على اللجوء إلى آلية التحكيم بدلاً من القضاء. فلا بد إذن البحث عن وسائل لتنفيذ قرار محكم الطوارئ ولو كانت غير مباشرة. ويقترح البعض وسائل غير مباشرة لتنفيذ قرار محكم الطوارئ ومنها تنفيذ قرار محكم الطوارئ كالتزام تعاقدي، وإلا قامت المسؤولية العقدية في مواجهة الطرف رافض التنفيذ. كما اقترح البعض الآخر وسائل أخرى غير مباشرة لتنفيذ قرار محكم الطوارئ كالقرينة العكسية و adverse inferences و القوة الثبوتية لقرار محكم الطوارئ أمام قضاء الدولة، والغرامة الاتفاقية Contractual Penalty of fine على التفصيل التالي:

### أولاً: تنفيذ قرار محكم الطوارئ كالتزام تعاقدي

تحكيم الطوارئ مصدره المباشر هو الاتفاق و مصدره غير المباشر هو القواعد المؤسسية التي تقره، فالاتفاق على اللجوء إلى التحكيم المؤسسي والإحالة إلى قواعد المؤسسة في تنظيم عملية التحكيم يتضمن اتفاقاً تلقائياً على تطبيق قواعد تحكيم الطوارئ طالما تتضمن تلك الأخيرة و لم يتفق الأطراف

---

(1) Christopher Boog, Swiss Rules of International Arbitration– Time to Introduce an Emergency Arbitrator Procedure? in Matthias Scherer (ed), ASA Bulletin, (Kluwer Law International 2010 Volume 28 Issue 3 ) p.476.

على استبعادها وهو ما يسمى بنظام اختيار الاستبعاد opt-out كما ذكرت<sup>(1)</sup>. كما أن الاتفاق على اللجوء إلى إجراءات تحكيم الطوارئ يتضمن أيضاً اتفاقاً على إلزامية القرار الصادر عن محكم الطوارئ في مواجهة الأطراف<sup>(2)</sup>.

في ظل قواعد "حكم التدابير الوقائية أو التحفظية" بمركز ICC لسنة 1990 ذهب البعض من الفقه<sup>(3)</sup> إلى إضفاء الطابع التعاقدية- ليس القضائي- لأمر "الحكم"، وهو ما يبرر عدم قابلية أمر "الحكم" للطعن أو للتنفيذ أمام محاكم الدولة. حيث تقضي نصوص تلك القواعد بالمسئولية المدنية حال رفض أو عدم تنفيذ قرار "الحكم" و حال تنفيذه تنفيذاً ضاراً بأحد الأطراف<sup>(4)</sup>.

(1) راجع ما سبق ص 47.

(2) فكل قواعد محكم الطوارئ المؤسسية تنص على القوة الملزمة لقرار محكم الطوارئ على الأطراف. (راجع ما سبق ص 143). وبسبب أن الالتزام بقرار المحكم التزام تعاقدي أستهجن الأثر الرجعي لقواعد محكم الطوارئ على اتفاقات التحكيم التي أبرمت قبل دخول تلك القواعد حيز النفاذ إذ كيف يفترض اتفاق أطراف التحكيم على إلزامية قرار محكم الطوارئ في وقت كانت قواعد تحكيم الطوارئ غير سارية أصلاً!

(3) J.-P. Beraudo, *Recognition and Enforcement of Interim Measures of Protection Ordered by Arbitral Tribunals, A Comparison with the Republic of Congo Pre-arbitral Referee Case*, JIntArb Vol.22 No. 3 (2005) 245, 253; W.L. Craig/W.W. Park./J. Paulsson, *Op.cit.* (2000).p. 708; Chr. Hausmaninger 'The ICC Rules for a Pre-arbitral Referee Procedure: a Step Towards Solving the Problem of Provisional Relief in International Arbitration?' in (1992) 7 ICSID Rev.-Foreign Investment LJ 103; cf. Cour d'appel de Paris, 29.4.1993, *Société Nationale des Pétroles du Congo et Republic de Congo v Société Total Fina Elf E&P Congo*, Revue de l'arbitrage (2003) 1296.

(4) تنص المادة 6.8.1، من قواعد "حكم التدابير الوقائية" بمركز ICC سنة 1990، على أنه: "في حال رفض أحد الأطراف تنفيذ قرار مستعجل أو لم ينفذه، يحق للجهة المختصة هيئة التحكيم أو محكمة الدولة المختصة أصلاً بنظر النزاع) أن تحدد ما إذا كان هذا الطرف مسؤولاً تجاه الطرف الآخر عن الضرر الناتج عن هذا الرفض أو عدم التنفيذ". كما تنص المادة 6.8.2 على أنه: "في حال طلب أحد الأطراف من حكم التدابير المؤقتة أو التحفظية إصدار قرار تسبب تنفيذه بضرر إلى الطرف الآخر، يعود للجهة المختصة أن تحدد ما إذا كان هذا الطرف مسؤولاً تجاه الطرف الآخر عن الضرر الذي لحق به".

ولكن ذهب البعض الآخر<sup>(1)</sup> إلى قابلية تنفيذ الأمر الصادر عن "الحكم"؛ لأن الأخير له ذات الآثار القانونية المترتبة على التدابير الوقتية الصادرة عن هيئة التحكيم، وبالتالي يمكن تنفيذه أمام محاكم الدولة ولكن عند توافر مقترضات التنفيذ الأخرى.

وذهب رأي ثالث<sup>(2)</sup> إلى أن طبيعة أمر "الحكم" متوقفة على مهمته حسبما يحددها إرادة الأطراف في اتفاقهم على تخويله مهمة تعاقدية أو قضائية. فإن اتفقوا على أن تكون مهمته تعاقدية اتخذ شكل قرار "الحكم" أمراً، وبالتالي لا يصلح للتنفيذ بأمر من محاكم الدولة. وإن اتفقوا على أن تعهد إليه مهمة قضائية أخذ شكل قراره شكل "الحكم"، وعندئذ يقبل للتنفيذ بأمر من محاكم الدولة. وما يعيب هذا الرأي في اعتقادنا أنه رهن طبيعة مهمة "الحكم" و شكل قراره وقابليته للتنفيذ على اتفاق الأطراف بصفة بحتة دون القانون، مما يعد ذلك قدسية مفرطة لمبدأ سلطان الإرادة لا أساس له في القانون.

وفي ظل قواعد محكم الطوارئ المؤسسية الحديثة، يلتزم أطراف تحكيم الطوارئ بتنفيذ قرارات محكم الطوارئ. حيث تنص المادة 2/29 من قواعد مركز ICC على أنه: "يتخذ قرار محكم الطوارئ شكل أمر. ويلتزم الأطراف بتنفيذ أي أمر صادر عن محكم الطوارئ"<sup>(3)</sup>. على الرغم من أن هذا النص لا يشير صراحة إلى اعتبار الالتزام بتنفيذ قرار محكم الطوارئ التزاماً تعاقدياً فقط.

(1) S. Besson, *Arbitrage international et mesures provisoires, Etude de droit comparé* (1998) p.91. P. Tercier, *Le référé pré-arbitral*, 22 ASA Bull (2004) p.475.

(2) J.-Y. Garaud/Ch.-H. de Taffin, *The ICC Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure*, ICC Bull Vol. 16 No. 1 (2005) p.56.

(3) وتقضي أيضاً المادة 9.9 من قواعد LCIA، بالإحالة إلى المادة 26.8، بأن: "حكم محكم الطوارئ لها آثار حكم التحكيم عملاً بالمادة 26.8".

An award of the Emergency Arbitrator shall comply with Article 26.2 and, when made, take effect as an award under Article 26.8

والمادة 26.8 تنص على أن: "أي حكم يعد نهائياً و ملزم للأطراف. الأطراف يلتزمون بتنفيذ الحكم فوراً دون تأجيل".

26.8 Every award (including reasons for such award) shall be final and binding on the parties. The parties undertake to carry out any award immediately and without any delay.

غير أنه يرى البعض<sup>(1)</sup> إلى أن ما يشير إلى الالتزام التعاقدى لتنفيذ قرار محكمة الطوارئ، في ظل قواعد ICC، هو نص المادة 4/29 والتي تخول لهيئة التحكيم بعد تشكيلها سلطة الفصل في أي ادعاءات تنشأ عن أو تتعلق بالالتزام أو عدم الالتزام بتنفيذ الأمر الصادر عن محكمة الطوارئ<sup>(2)</sup>. وترتبطا عما سبق، يجوز للطرف الصادر لصالحه قرار محكمة الطوارئ أن يطالب بالتعويضات. أمام السلطة القضائية المختصة أو هيئة التحكيم. عما لحقه من خسائر وأضرار نتيجة عدم تنفيذ القرار بالتدابير الطارئة.

وفي اعتقادنا أنه إذا كان تغليب الطابع التعاقدى على نظام "حكم التدابير الوقائية" بمركز ICC سنة 1990 له ما يبرره في اتباعها نظام اختيار التطبيق opt-in أي لا بد من الاتفاق المستقل على تطبيق تلك القواعد بعيداً عن اتفاق التحكيم العادي. فإن الوضع مختلف في نظام "محكم الطوارئ" والذي يتبع نظام اختيار الاستبعاد opt-out، تجنباً لعيوب نظام اختيار التطبيق opt-in، والذي مؤداه أنه لا حاجة إلى اتفاق مستقل على تطبيق قواعد محكمة الطوارئ بل إن الاتفاق على التحكيم العادي، وفق قواعد مؤسسية تتضمن قواعد محكمة الطوارئ، هو ذاته الاتفاق على تحكيم الطوارئ، مما يعد دليلاً على أن النتيجة في النهاية واحدة، وهي قرار قابل للتنفيذ، سواء صدر من تحكيم الطوارئ أو التحكيم العادي.

كما أن قواعد محكمة الطوارئ المؤسسية، وإن كان البعض منها<sup>(3)</sup>، تنص صراحة على الالتزام بتنفيذ قرار محكمة الطوارئ وإلا قامت المسؤولية بالتعويض، فإنها لا تعني إضفاء الصفة التعاقدية البحتة على تحكيم الطوارئ والقرار الصادر عنها. بل إن المسؤولية المدنية التعاقدية أثر من آثار عدم تنفيذ قرار محكمة الطوارئ على أرض الواقع، كخطأ تقصيري-لا تعاقدى-ناتج عن

(1) Carlos de los Santos Lago and Victor Bonnin, Emergency Proceedings Under the New ICC Rules in Miguel Ángel Fernández-Ballesteros and David Arias (eds), Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje, (Wolters Kluwer España 2012 Volume 2012 Issue 13 ). p.17.

(2) المادة 4/29 تنص على أن: "تفصل هيئة التحكيم في أي طلبات تتعلق بالإجراءات أمام محكمة الطوارئ، بما في ذلك إعادة توزيع تكاليف هذه الإجراءات وأي ادعاءات تنشأ عن أو تتعلق بالالتزام أو عدم الالتزام بتنفيذ الأمر الصادر عنه".

(3) انظر في الصفة الاتفاقية القضائية لتحكيم الطوارئ ما سبق ص 54.

مخالفة نصوص قواعد محكم الطوارئ المؤسسية. فالقانون هو المصدر المباشر للالتزام بتنفيذ قرار محكم الطوارئ.

وأخيراً، على الرغم من أن التدبير الوقتي قد يكون غير قابل للتنفيذ وفق تشريع أو قانون معين، فإنه يكون ملزماً للطبيعة العقدية، كما يذهب البعض<sup>(1)</sup>، حيث صدوره بناء على اتفاق الأطراف، تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة. فاتفاق الأطراف على اللجوء إلى الغير أو طرف ثالث ليفصل في مسائل متنازع عليها فيما بينهما يعني الاتفاق على تنفيذ الالتزام التعاقدى للقرار الصادر عن هذا الغير.

ولكن نرى بأن كل قرار يصدر عن جهة محايدة، لتسوية نزاع بين طرفين أو أكثر في "قضية عادلة" ينبغي أن يكون من الناحية الفعلية قابلاً لخضوعه لاتفاقية نيويورك، وهو ما ينطبق على قرار محكم الطوارئ. وجدير بالذكر هنا أن المحكمة الإيطالية العليا وصلت لدرجة أن تبنت وجهة النظر التي تدعم قابلية أحكام "التحكيم غير الرسمي Arbitrato Irrituale" للتنفيذ بموجب اتفاقية نيويورك، وهو نوع من التحكيم يستند كلية إلى قانون العقد، ولا تنطبق عليه نصوص التحكيم<sup>(2)</sup>.

### ثانياً: القرينة العكسية adverse inferences

إن القرينة العكسية أداة إجرائية لتقييم الدليل وتقديره يُستخدم في إجراءات التحكيم التجاري الدولي، أسسه القضاء الانجلوسكسوني، بصفة عامة، على فكرة أن الطرف غير الراغب في التنفيذ يعني أنه يخفي شيئاً و مذنب و سيء

(1) Michael Dunmore: Interim Measures by Arbitral Tribunals: The Enforceability Conundrum, Asian International Arbitration Journal, (Singapore International Arbitration Centre (in co-operation with Kluwer Law International 2012 Volume 8 Issue 2 ) p.228.

(2) وأضافت أن تطبيق الاتفاقية يستلزم أن يكون حكم التحكيم ملزماً للأطراف وهو ما يعد متوافراً في التحكيم غير الرسمي حيث أن الأطراف يلتزمون فعلياً بحكم التحكيم الصادر في نهاية الإجراءات الخاصة بالتحكيم غير الرسمي. واختلفت أحكام المحاكم الدنيا في ألمانيا فمنها من رفضت تنفيذه ومنها من أيدت ومنها من أيدت الاعتراف به دون تنفيذه، مشار إليه في: هشام محمد إسماعيل محمد، الحماية الدولية لأحكام التحكيم الأجنبية، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق – جامعة عين شمس، 2010، ص208-209.

النية، وتؤسس تلك الفكرة في التحكيم التجاري الدولي على الالتزام التعاقدى لأطراف التحكيم<sup>(1)</sup>.

وبما أن فكرة " القرينة العكسية" أداة إجرائية تتعلق بالإثبات يمكن حصر استخدامها على التدابير الوقائية الصادرة عن محكم الطوارئ فيما تتعلق بحفظ الأدلة the preservation of evidence<sup>(2)</sup>.

وبالتطبيق على تحكيم الطوارئ وعدم تنفيذ القرار الصادر عنها، ومع الأخذ في الحسبان أن القرينة العكسية أداة إجرائية تنقل أو تغير عبء الإثبات، تستطيع محكمة التحكيم- بعد انتهاء إجراءات تحكيم الطوارئ- إعمالها على الطرف الراض لتتخذ قرار محكم الطوارئ بتدابير حفظ الأدلة باعتباره أنه يخفي أو يكتم شيئاً، مما يترتب معه إما تعزيز أدلة الطرف الآخر الصادر

---

(1) "When a party is once found to be fabricating, or suppressing, documents, the natural, indeed the inevitable, conclusion is that he has something to conceal, and is conscious of guilt."; Judge Learned Hand in Warner Barnes & Co. v. Kokosai Kisen Kabushiti Kaisha, 2nd Cir, 1939, 102 F. 450, 453.

مشار إليه في :

Azelius Krister, Bergqvist Lina , Linde Emma: Making Use of the New SCC Rules on Emergency Arbitration, Juridisk tidskrift, 2010.P.941.

[https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CCAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.vinge.com%2FGlobal%2FPublikationer%2FArtiklar%2FBergqvist\\_Olsson\\_Azeliuz\\_JT\\_SARTRYCK.pdf&ei=svJvVd7e18iN7Aap01Bw&usg=AFQjCNEz1IT6OaQEzVFW5sl4o57Dvgmtkw](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CCAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.vinge.com%2FGlobal%2FPublikationer%2FArtiklar%2FBergqvist_Olsson_Azeliuz_JT_SARTRYCK.pdf&ei=svJvVd7e18iN7Aap01Bw&usg=AFQjCNEz1IT6OaQEzVFW5sl4o57Dvgmtkw).

(2) Azelius Krister, Bergqvist Lina , Linde Emma: Making Use of the New SCC Rules on Emergency Arbitration, Juridisk tidskrift, 2010.P.941.

[https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CCAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.vinge.com%2FGlobal%2FPublikationer%2FArtiklar%2FBergqvist\\_Olsson\\_Azeliuz\\_JT\\_SARTRYCK.pdf&ei=svJvVd7e18iN7Aap01Bw&usg=AFQjCNEz1IT6OaQEzVFW5sl4o57Dvgmtkw](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CCAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.vinge.com%2FGlobal%2FPublikationer%2FArtiklar%2FBergqvist_Olsson_Azeliuz_JT_SARTRYCK.pdf&ei=svJvVd7e18iN7Aap01Bw&usg=AFQjCNEz1IT6OaQEzVFW5sl4o57Dvgmtkw).

لصالحه القرار أو تخفيف عبء الإثبات من جانبه، أو الإنقاص من أدلة الطرف الراض للتنفيذ.

إن مسألة أخذ محكمة التحكيم قرينة عدم تنفيذ قرار محكم الطوارئ في اعتبارها قرينة عكسية قد يُعترض عليها بأن محكمة التحكيم غير ملزمة أصلاً بقرار محكم الطوارئ؛ لأنه لا يمس موضوع النزاع<sup>(1)</sup>. كما أن حكم محكمة التحكيم، في موضوع القضية، لا يجب أن يعتمد قرينة مبنية على تصرفات الأطراف أثناء الإجراءات، على عكس الحال لو طبقت القرينة العكسية حال عدم تنفيذ قرارات محكمة التحكيم ذاتها.

وجدير بالذكر هنا أن فكرة " القرينة العكسية" لها نطاق تطبيق واسع، وموجودة في قواعد التحكيم المؤسسية SCC و ICC و UNCITRAL و LCIA و AAA و التي تمنح محكمة التحكيم سلطة إعمالها حال فشل أحد الأطراف عن تقديم مستند ما في القضية<sup>(2)</sup>. على الرغم من أن تلك المراكز تمنح سلطة فرض تلك القرينة العكسية عند عدم تنفيذ قرارات محكمة التحكيم لا محكم الطوارئ، ولكن يمكن سحبها على قرارات محكم الطوارئ؛ لأن القرينة العكسية لا تنقرر فحسب حال عدم الانصياع لقرار التحكيم بل لأي نص من نصوص التحكيم ومنها نصوص محكم الطوارئ المندمجة في قواعد التحكيم بصفة عامة<sup>(3)</sup>.

(1) Patricia Shaughnessy, *Pre-arbitral Urgent Relief: The New SCC Emergency Arbitrator Rules* in Michael J. Moser and Dominique T. Hascher (eds), *Journal of International Arbitration*, (Kluwer Law International 2010 Volume 27 Issue 4 ) p.346.

(2) وتنص عليها قواعد مؤسسة النقابة الدولية بشأن الأخذ بالأدلة في التحكيم الدولي IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration في المادة 9.

(3) على سبيل المثال تنص المادة 3/30 من قواعد SCC على أن: " إذا فشل طرف بدون مبرر في الانصياع لأي نص أو متطلب من تلك القواعد (أي قواعد التحكيم) أو أي امر إجرائي مقضي به من قبل محكمة التحكيم ، لمحكمة التحكيم أن تأخذ في اعتبارها مثل تلك القرائن إذا رأت ذلك مناسباً."

If a party without good cause fails to comply with any provision of, or requirement under, these Rules or any procedural order given by the Arbitral Tribunal, the Arbitral Tribunal may draw such inferences as it considers appropriate .

### ثالثاً: القوة الثبوتية لقرار محكم الطوارئ أمام قضاء الدولة

إن القوة الثبوتية لقرار محكم الطوارئ من الوسائل غير المباشرة لتنفيذ قرار محكم الطوارئ عن طريق تدخل قضاء الدولة. فأهمية القوة الثبوتية لقرار محكم الطوارئ تظهر بصفة أساسية في الدول التي تأخذ بنظام رفع الدعوى عند تنفيذها أحكام التحكيم الأجنبية. إذ من المسلم به أن الدول لا تسير على وتيرة واحدة عند تنفيذها للأحكام، فمنها من يتبع نظام رفع الدعوى، ومنها من يتبع نظام الأمر بالتنفيذ<sup>(1)</sup>.

إذ ينبغي، في الدول التي تأخذ بنظام رفع الدعوى، على صاحب المصلحة أن يرفع دعوى جديدة أمام محاكم دولة التنفيذ للفصل في الحق - الذي صدر فيه حكم التحكيم- إذا أراد اقتضاء حقه، على أن يقدم الحكم الأجنبي - الصادر في الخارج- في تلك الدعوى الجديدة إما بوصفه دليلاً له قوة ثبوتية تقبل إثبات العكس<sup>(2)</sup>، وإما بوصفه دليلاً قطعياً في الدعوى لا يقبل إثبات العكس من ناحية الوقائع والقانون حتى ولو كان الحكم الأجنبي معيباً؛ لأن محاكم دولة التنفيذ لا تعد محاكم استئنافية لمحاكم إصدار الحكم الأجنبي هذا، وذلك طالما توافرت فيه جملة شروط أهمها أن يكون صادراً من محكمة مختصة دولياً، وأن تراعي في إصداره العدالة، وأن يكون حائزاً للحجية، ولم يُبَيَّن على غش<sup>(3)</sup>.

(1) أما نظام الأمر بالتنفيذ - وهو السائد في الدول اللاتينية- فرنسا وإيطاليا ومصر، وكذلك ألمانيا- ومعظم الدول- فيجيز تنفيذ الحكم الأجنبي إذا تبين من الفحص الذي تجريه المحكمة الوطنية توافر الشروط الأساسية، وتتراوح الدول التي تأخذ بنظام الأمر بالتنفيذ بين أسلوبيين. أسلوب المراجعة (يتأكد القاضي الوطني من أن المحكمة الأجنبية أحسن القضاء من حيث الواقع والقانون وله تعديل هذا الحكم)، وهو أسلوب اتبعته محكمة النقض الفرنسية في البداية. وأسلوب المراقبة - وهو الأكثر انتشاراً- تقوم المحكمة الوطنية بموجبه بنوع من الرقابة الخارجية على الحكم الأجنبي وانه قد استوفى شروط شكلية وخارجية. (انظر: أحمد هندي، مرجع سابق، ص 97 هامش (2).

(2) كما في الدول الإسكندنافية خاصة السويد و هولندا.

(3) كما هو الحال في دول النظام الأنجلو أمريكي خاصة في إنجلترا و أمريكا.



يرى البعض<sup>(1)</sup> أنه طالما أن قرار محكمة الطوارئ لا يحوز حجية الأمر المقضي *res judicata*، فيجوز لأطراف تحكيم الطوارئ طلب التدابير الوقتية أمام محكمة الطوارئ و قضاء الدولة في ذات الوقت. وبناء عليه، يجوز لطالب التدابير أن يحصل على قرار محكمة الطوارئ ليحتج به في مواجهة قضاء الدولة لما يتمتع به قرار محكمة الطوارئ من قوة ثبوتية.

وبالتالي يكون طالب التدابير الوقتية قد جمع بين ميزة و خبرة محكمة الطوارئ بإصدار قرار منه له قوته الثبوتية أمام قضاء الدولة من ناحية و قابلية تنفيذ حكم قضاء الدولة في طلب التدابير الوقتية من ناحية أخرى.

إلا أنه لا ضمان في أن قرار محكمة الطوارئ يقنع قاضي الدولة. فلأخير سلطة تقديرية في الأخذ بالأدلة أو طرحها، ولكن لا يقدح في ذلك أن يأخذ قاضي الدولة قرار محكمة الطوارئ في عين الاعتبار.

بيد أنه حتى يكون قرار محكمة الطوارئ مقنعاً داخلاً في اعتبار القاضي فلا بد من تسببه<sup>(2)</sup>. وغير خافٍ أيضاً أهمية تسبب قرار محكمة الطوارئ في تعاضل فرص انصياع أطراف التحكيم و تنفيذهم لقرار محكمة الطوارئ.

ولكن ما يعيب هذه الوسيلة غير المباشرة لتنفيذ قرار محكمة الطوارئ عن طريق قضاء الدولة، أن استصدار التدابير الطارئة من قضاء الدولة يضرب بالسرية مركز ثقل التحكيم- عرض الحائط؛ لأن الأصل في جلسات قضاء الدولة العلنية، خاصة أن إفشاء السرية في طلبات التدابير الطارئة قد ينقص من فعاليتها، و يرتب أضراراً جمة بأعمال الأطراف، كذلك بالنسبة للمعلومات التي تتضمن أسراراً تجارية، فلا يوجد ضمان من قاضي الدولة بعدم إفشائه

---

(1) Azelius Krister, Bergqvist Lina , Linde Emma: Making Use of the New SCC Rules on Emergency Arbitration, Juridisk tidskrift, 2010.P.945.

[https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CCAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.vinge.com%2FGlobal%2FPublikationer%2FArtiklar%2FBergqvist\\_Olsson\\_Azeliuz\\_JT\\_SARTRYCK.pdf&ei=svJvVd7eI8iN7Aap0IBw&usg=AFQjCNEz1IT6OaQEZVFW5sl4o57Dvgmtkw](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CCAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.vinge.com%2FGlobal%2FPublikationer%2FArtiklar%2FBergqvist_Olsson_Azeliuz_JT_SARTRYCK.pdf&ei=svJvVd7eI8iN7Aap0IBw&usg=AFQjCNEz1IT6OaQEZVFW5sl4o57Dvgmtkw)

(2) بخصوص تسبب قرار محكمة الطوارئ راجع ما سبق ص 141.

للمستندات أو المعلومات اللازمة للفصل في طلب تدابير الطوارئ<sup>(1)</sup>. كما أن طالب تدابير الطوارئ، في المجال الدولي، سيتكبد مصاريف زائدة ووقت أطول و جهد أكبر، حتى يستصدر تلك التدابير من قضاء أجنبي يخضع لقانون أجنبي، بعد نهاية إجراءات تحكيم الطوارئ.

#### رابعاً: الغرامة الاتفاقية Contractual Penalty of fine

إن الغرامة الاتفاقية تعد من الوسائل غير المباشرة لتنفيذ قرار محكم الطوارئ<sup>(2)</sup>. إذ يجوز لأطراف التحكيم، عملاً بمبدأ أن الاتفاق دستور التحكيم، وإعلاء لمبدأ سلطان الإرادة، أن يضمنوا اتفاق التحكيم شرطاً يخول محكم الطوارئ سلطة الأمر بالغرامة حال عدم الانصياع وعدم تنفيذ قراره. وتوصف هذه الغرامة بأنها اتفاقية، فمصدرها اتفاق التحكيم.

ويبدو من أول وهلة هنا إثارة مسألة مدى قابلية هذه الغرامة التي أمر بها محكم الطوارئ للتنفيذ، وبالتالي الوقوع في المصادرة على المطلوب والوقوع أيضاً في حلقة مغلقة، إذا لم تكن قابلة للتنفيذ، فعلاج مسألة عدم قابلية قرار محكم الطوارئ بغرامة، يتضمنها قرار محكم الطوارئ، تثور الشكوك حول قابليتها هي أيضاً للتنفيذ.

(1) مع انه قد يقال بأن العلنية قد تكون وسيلة ضغط على الطرف غير الراغب في تنفيذ التدابير الوقائية، ولكن الأضرار الناتجة عن العلنية تغلب منافعتها.

(2) Azelius Krister, Bergqvist Lina , Linde Emma: Making Use of the New SCC Rules on Emergency Arbitration, Juridisk tidskrift, 2010.P.946.

[https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CCAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.vinge.com%2FGlobal%2FPublikationer%2FArtiklar%2FBergqvist\\_Olsson\\_Azeliuz\\_JT\\_SARTRYCK.pdf&ei=svJvVd7eI8iN7Aap0lBw&usg=AFQjCNEz1IT6OaQEZVFW5sl4o57Dvgmtkw](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CCAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.vinge.com%2FGlobal%2FPublikationer%2FArtiklar%2FBergqvist_Olsson_Azeliuz_JT_SARTRYCK.pdf&ei=svJvVd7eI8iN7Aap0lBw&usg=AFQjCNEz1IT6OaQEZVFW5sl4o57Dvgmtkw)

وإن كنا نفضل تسمية الجزاء المالي " بالتعويض " وليس الغرامة؛ حتى نعمل عليها قواعد التعويض عن المسؤولية العقدية باعتبار أنه جزء اتفاقي سببه المباشر هو اتفاق التحكيم.

ولكن يمكن حل تلك المشكلة بأن يتم تضمين الغرامة في الحكم النهائي الصادر عن محكمة التحكيم في موضوع النزاع، والأخير قابل للتنفيذ، باعتبار أن محكمة التحكيم ملتزمة بتنفيذ اتفاق التحكيم بما يحتويه من شرط الغرامة الاتفاقية حال عدم الانصياع لقرار محكم الطوارئ.

وذلك قياساً على سلطة محكمة التحكيم في أن تشمل التعويضات التي أصدرها محكم الطوارئ في حكمها النهائي اتفاقاً أو قانوناً. أي حال اتفاق الأطراف على ذلك أو حتى دون اتفاق بأن يسمح للهيئة ذلك قانوناً، كما هو الحال في قواعد محكم الطوارئ بمركز ICC حيث تقضي المادة 4/29 للهيئة أن تحكم بالتعويض عن عدم تنفيذ قرار محكم الطوارئ أو في مسألة تتعلق بإجراءات تحكيم الطوارئ.

لما تقدم، سوف يُواجه الطرف غير المنفذ لقرار محكم الطوارئ بجزاء الغرامة الاتفاقية أو التعويض عن المسؤولية العقدية. على حد تعبيرنا(1)- يتضمنه حكم محكمة التحكيم، بغض النظر عن موقف وجهة نظر تلك المحكمة في موضوع النزاع، فتحكم محكمة التحكيم على هذا الطرف بالجزاء المالي حتى ولو حكمت لصالحه في موضوع النزاع.

ورغم أن قرار محكم الطوارئ يعد قراراً ملزماً أيضاً بقوة القواعد المؤسسية لمحكم الطوارئ ذاتها، فيفترض التزام الأطراف بتنفيذ قرار محكم الطوارئ اختيارياً. ولكن تُثار المسؤولية العقدية على الطرف الذي لم ينفذ قرار المحكم والذي بقلته يكون قد أخل بالتزام منصوص عليه في اتفاق التحكيم، يحق معه للطرف الذي صدر له القرار أن يطالب الطرف غير الملتزم بقرار

---

(1) بينما يصر البعض من الفقه السويدي على اعتبارها غرامة تقترب من الغرامة الإجرائية التي تفرضها قوانين الإجراءات المدنية، ولكن ما يميز الغرامة الاتفاقية عن الإجرائية أن الأولى مصدرها المباشر الاتفاق وليس القانون، تدفع للطرف الآخر وليس الدولة. لذلك فإن الغرامة الاتفاقية تحسن من مركز طالب التدابير الوقائية بينما الغرامة الإجرائية تؤثر في الموقف المالي للطرف غير الراغب في التنفيذ، ولكن لا تعطي أي علاج لجبر ضرر طالب التدابير الوقائية نتيجة عدم تنفيذها.

Westberg, Peter, Skiljeförfarande och avtal om civil processuella säkerhetsåtgärder, Festskrift till Lars Gorton, Juristförlaget, 2008, p. 633.

مشار إليه في:

Azelius Krister, Bergqvist Lina , Linde Emma: op. cit.,p.946.

محكم الطوارئ بالتعويض عن الإخلال بالالتزام التعاقدي<sup>(1)</sup>. ليس لإخلاله فقط بما يتضمنه اتفاق الأطراف على اللجوء إلى تحكيم الطوارئ، وإنما أيضا بما يتضمنه الاتفاق على الانصياع لقرار محكم الطوارئ و إلزاميته تجاههم.

وأخيراً في اعتقادنا أنه إذا كان لمحكم الطوارئ، إذا لم تتشكل محكمة التحكيم بعد، أو لمحكمة التحكيم حال تشكيلها في حكمها النهائي فيما بين الأطراف، الأمر بتوزيع نفقات تحكيم الطوارئ<sup>(2)</sup>، فإنه يجوز تحميل الطرف غير الملتزم بقرار محكم الطوارئ بالنفقات كلياً أو جزئياً جزاء عدم انصياعه وعدم تنفيذه.

---

(1) وهو ما نادى به البعض في قرارات محكم الطوارئ بمركز ICC:

Carlos de los Santos Lago/Victor Bonnin, "Emergency Proceedings Under the New ICC Rules", in Miguel Angel Fernández-Ballesteros and David Arias (eds.), Spain Arbitration Review (Wolters Kluwer España 2012), Vol. 2012, Issue 13, p.15-16.

(2) انظر على سبيل المثال المادة 9/43 من القواعد السويسرية (Swiss Rules).

## خاتمة

### النتائج والتوصيات:

بعد الانتهاء من الدراسة فإننا نلخص نتائجها و نوضح توصياتها في النقاط الآتية:

1- إن تحكيم الطوارئ هو "تحكيم" مسبق أي قبل التحكيم العادي. أي أنه اتفاق الأشخاص على استصدار تدابير وقائية طارئة، في مرحلة ما قبل التحكيم العادي (pre-arbitral)، على فرد (محكم الطوارئ) يختارونه مباشرة أو يعهدوا لمؤسسة تحكيم سلطة تعيينه، وهو الغالب، ليصدر في النهاية قراراً له طبيعة قضائية ملزمة لهم ومؤقت لحين تشكيل محكمة التحكيم العادي أو إحالة الملف إليها.

2- أطراف تحكيم الطوارئ هم نفس أطراف التحكيم العادي؛ لأن الاتفاق على تحكيم الطوارئ هو اتفاق التحكيم العادي ذاته بالإحالة إلى قواعد مؤسسية تتضمن قواعد لتحكيم الطوارئ، أي لا يحتاج تطبيق قواعد تحكيم الطوارئ، حديثاً، إلى اتفاق خاص أو منفصل أو مستقل عن اتفاق التحكيم العادي كما هو الحال إذا اتبعنا نظام اختيار التطبيق opt-in القديم، ما لم يتفق الأطراف على استبعاده، وهو ما يسمى بنظام اختيار التطبيق opt-out system.

3- إن محكم الطوارئ هو محكم عادي بالمعنى الفني له، يملك ذات سلطة محكمة التحكيم في استصدار التدابير الوقائية في مرحلة ما قبل التحكيم. ولمحكم الطوارئ أن يحكم في اختصاصه وقبول طلب التحكيم أمامه، وله أيضاً أن يقرر اشتراطات مالية لإصدار تدابير الطوارئ. وتنتهي ولايته، بصفة رئيسية، بتشكيل محكمة التحكيم وإحالة الملف إليها.

4- رغم السلطة تقديرية الواسعة الممنوحة لمحكم الطوارئ لإصدار ما يراه مناسباً *appropriate* أو ملائماً *convenient* أو ذي صلة *relevant* أو ضرورياً *necessary* من التدابير الوقائية التي لا يمكن حصرها مسبقاً سواء في القانون الواجب التطبيق على التحكيم أو في الموضوع، ولكن لا بد من اتباع محكم الطوارئ نهجاً دولياً "International Approach" لمعايير إصدار التدابير الوقائية.

لذلك نوصي-في تعديل قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994- بالاستئناس بالنهج المرسوم في المادة 26 من قواعد UNICTRAL سنة

2010 والذي ينل رضاءً دولياً *international consensus* ، بما يتناسب مع طبيعة تحكيم الطوارئ وخصائصه التي تميزه عن محكمة التحكيم و قضاء الدولة المستعجل.

5- إن أساس تحكيم الطوارئ يتمثل في الحاجة إلى حماية مستعجلة طارئة بألية اتفاقية قبل تشكيل محكمة التحكيم، لا سيما في ظل الحالات التي يمتنع الأطراف عن اللجوء إلى قضاء الدولة لأسباب عديدة لاستصدار تدابير وقتية، تجنباً من الوقوع في ظاهرة إنكار العدالة *Le déni de justice* و حرمان الأطراف من ممارسة حق التقاضي باعتباره حقاً من حقوق الإنسان وحقه في الحصول على تدابير طوارئ في مدة معقولة.

6- إن طبيعة تحكيم الطوارئ الاتفاقية القضائية، وخصائصه الذاتية، و تبعية إجراءاته لإجراءات التحكيم العادي، وفلسفة السرعة القصوى والمرونة الشديدة هم أساس تمييز تحكيم الطوارئ عن القضاء المستعجل و التحكيم العادي و التحكيم السريع أو المختصر و الخبرة و نظام الفصل *adjudication* و عن "حكم التدابير الوقتية" وفق قواعد مركز ICC سنة 1990.

7- إن قواعد وإجراءات تحكيم الطوارئ تحكمها العديد من المبادئ التي تتفق مع فلسفته وأهدافه. فتنطبق قواعد محكم الطوارئ المؤسسية الحديثة بأثر رجعي، أي حتى على اتفاقات التحكيم التي أبرمت قبل سريان تلك القواعد مما يزيد من فعاليتها في مجتمع التحكيم.

8- مبدأ الاختصاص المشترك، بين قضاء الدولة و محكم الطوارئ، هو المبدأ السائد في تحكيم الطوارئ. وهو مبدأ مقرر لمواجهة حالات يستعصي على أي من الجهتين إصدار تدابير وقتية قابلة للتنفيذ الجبري، تجنباً من الوقوع في حالة إنكار عدالة.

9- يحكم إجراءات تحكيم الطوارئ مبدأ عدم جواز الجمع بين تحكيم الطوارئ وإجراءات أخرى تسبق التحكيم تنص على إمكانية اتخاذ تدابير تحفظية أو وقتية أو أي إجراءات مماثلة، خشية الوقوع في تناقض.

10- تحكيم الطوارئ، باعتباره اتفاقاً، يخضع لمبدأ نسبية الاتفاق، فلا يستفيد كقاعدة من تحكيم الطوارئ سوى أطرافه أي الموقعين على اتفاق التحكيم العادي وخلفائهم.

11- تحكيم الطوارئ، باعتباره قضاءً، يحكمه مبادئ التقاضي الأساسية ك مبدأ المساواة بين أطراف تحكيم الطوارئ و حرية الدفاع و مبدأ المواجهة و هي مبادئ عالمية تتعلق بالنظام العام الإجرائي الداخلي والدولي.

12- إن الهدف الأساسي من تحكيم الطوارئ هو الحصول على تدابير مستعجلة ( و قتيية أو تحفظية) قبل تشكيل هيئة التحكيم أو قبل البدء في إجراءات التحكيم العادي. لذا يكون تحكيم الطوارئ لا غاية له و لا هدف لحظة البدء في إجراءات التحكيم العادي أو تشكيل هيئة التحكيم. وبالتالي يجب التحكيم العادي تحكيم الطوارئ.

13- لتحكيم الطوارئ نظام إجرائي يتمتع بالسرعة القصوى و المرونة الشديدة من بدايتها حال تقديم طلب تعيين محكم الطوارئ و تعيينه، و أثناء سيرها و الفصل في طلب تدابير الطوارئ و حتى نهايتها نهاية طبيعية يصدر قرار من محكم الطوارئ ملزم للأطراف.

14- إن قرار محكم الطوارئ، سواء اتخذ شكل "الأمر" أو "الحكم" award" يتمتع بحجية الأمر المقضي و له قوته الملزمة للأطراف، قابل للمراجعة و إعادة النظر ذاتياً من قبل محكم الطوارئ نفسه و لاحقاً من قبل محكمة التحكيم حين تشكيلها. لذلك نميل إلى عدم جواز رفع دعوى بطلان -على استقلال- بصدد قرار محكم الطوارئ، ما لم تكن متعلقة بحكم التحكيم العادي.

15- اختلف الفقه الدولي حول مدى قابلية قرار محكم الطوارئ للتنفيذ، الوطني أو الأجنبي، في ظل اتفاقية نيويورك 1958 و التشريعات الوطنية المقارنة و القانون النموذجي UNCITRAL المعدل في سنة 2006، لوجود شكوك أثرت حول نهائية finality قرر محكم الطوارئ و لأنه قرار و قتي لا يمس موضوع النزاع ولا ينهيه.

16- أصدرت تشريعات حديثة، كما في سنغافورة و هونكونج، تنص صراحةً على قابلية قرار محكم الطوارئ للتنفيذ، وضمنت مصطلح "محكم الطوارئ emergency arbitrator في تعريف محكمة التحكيم.

17- نوصي المشرع المصري في قانون التحكيم المصري بتعديل المادة 2/4، والتي تنص على أن: "وتتصرف عبارة (هيئة التحكيم) إلى الهيئة المشكلة من محكم واحد أو أكثر للفصل في النزاع المحال إلى التحكيم"، لتتصرف عبارة "هيئة التحكيم" أيضاً إلى محكم الطوارئ. ونوصي بإضافة

نص مؤداه أن مركز محكم الطوارئ هو ذات مركز هيئة التحكيم، وأن قرارات محكم الطوارئ ترتب ذات الآثار القانونية المترتبة على قرارات هيئة التحكيم سواء كانت في شكل أمر order أو حكم award. كما نوصي بتبني قواعد قانون الأونسيترال في نسختها المعدلة سنة 2006 التي تعترف بتنفيذ التدابير الوقتية أياً كان البلد الذي صدرت فيه.

18- لما كانت إجراءات تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية في مصر تخضع، كما نميل، لقانون المرافعات المصري وفق المادة 299 منه التي تنص على أن: "تسري أحكام المواد السابقة على أحكام المحكمين الصادرة في بلد أجنبي ويجب أن يكون الحكم صادراً في مسألة يجوز التحكيم فيها طبقاً لقانون الجمهورية". فنوصي إضافة عبارة "وقرارات محكم الطوارئ" إلى المادة آنفة البيان، لما لهذه التعديلات من أهمية في ضمان فعالية قرارات محكم الطوارئ على الأراضي المصرية ولما لها من تأثير على جاذبية نظام التحكيم وبالتالي الاستثمار.

19- ابتدع الفقه وسائل غير مباشرة لتنفيذ قرار محكم الطوارئ حال عدم تنفيذه اختيارياً وهي قيام المسؤولية المدنية العقدية أو الغرامة الاتفاقية Contractual Penalty of fine المستندة على الطابع الاتفاقي لتحكيم الطوارئ وتنفيذ قراراته، ومنها أيضاً القوة الثبوتية لقرار محكم الطوارئ أمام قضاء الدولة التي تأخذ بنظام رفع الدعوى عند تنفيذها أحكام التحكيم الأجنبية. كذلك القرينة العكسية adverse inferences لاسيما بالنسبة لتدابير الأدلة الصادرة عن محكم الطوارئ.

20- أطراف التحكيم، لاسيما في منازعات الاستثمار، أحب إليهم الالتجاء إلى تحكيم الطوارئ عن الالتجاء إلى قضاء الدولة في حالات معينة، كما إذا كانت السرية في الإجراءات المستعجلة أهم من عدم قابلية تدابير الطوارئ للتنفيذ، وكما في حالة ما إذا كان الشيء أو المال محل التدابير الوقتية يقع في دولة الالتجاء إلى قضائها لن يكون الاختيار الصائب أو تقع في دولة تقر بتنفيذ التدابير الوقتية الأجنبية في التحكيم. كما أن أطراف الاستثمار سيؤثرون الالتجاء إلى تحكيم الطوارئ إذا كان متوقفاً انصياعاً وتنفيذ الطرف الصادر ضده قرار محكم الطوارئ تنفيذاً اختيارياً وجبرياً.



## الاختصارات

<b>ICDR</b>	International Centre for Dispute Resolution	المركز الدولي لفض المنازعات
<b>SIAC</b>	Singapore International Arbitration Centre	مركز سنغافورة للتحكيم الدولي
<b>SCC</b>	Stockholm Chamber of Commerce	غرفة ستوكهلم للتجارة
<b>ICC</b>	International Chamber of Commerce	غرفة التجارة الدولية
<b>LCIA</b>	London Court of International Arbitration	محكمة لندن للتحكيم الدولي
<b>AAA</b>	American Arbitration Association	جمعية التحكيم الأمريكية
<b>UNCITRAL</b>	United Nations Commission on International Trade Law	لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية

## قائمة المراجع

### أولاً: المراجع العربية

- 1) أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، طبعة 1981.
- 2) أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري و الإجباري، منشأة المعارف ، 1988.
- 3) أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية، الطبعة الثالثة، 2010.
- 4) أحمد صدقي محمود، التدابير التحفظية اللازمة للفصل في خصومة التحكيم، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2005.
- 5) أحمد عبدالكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية.
- 6) أحمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة 2001.
- 7) أسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، دار النهضة العربية، طبعة 2004.
- 8) أمال الفزايري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، منشأة المعارف، طبعة 1997.
- 9) حفيظة السيد حداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر العربي، 1996.
- 10) رضا السيد عبدالحميد، تدخل القضاء في التحكيم بالمساعدة والرقابة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1997.
- 11) سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، دار النهضة العربية، سنة 2009.

- 12) سيد أحمد محمود، القضية المستعجلة، وفقاً لقانون المرافعات، الطبعة الثانية، سنة 2006.
- 13) سيد أحمد محمود، سلطة المحكم في إصدار الأحكام الوقتية والأوامر في القانون المقارن والكويتي والمصري، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة الخامسة والعشرون- جمادي الآخرة 1422 هـ سبتمبر 2001م.
- 14) عاشور مبروك، النظام القانوني لتنفيذ أحكام المحكمين، سنة 1999.
- 15) فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية و التجارية الدولية علماً وعملاً، منشأة المعارف، طبعة أولى 2014.
- 16) فتحي والي، المستحدث في قانون المرافعات 23 لسنة 1992، مركز البحوث والدراسات القانونية والتدريب المهني القانوني- جامعة القاهرة 1993.
- 17) محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية.
- 18) محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين و قيمتها أمام قضاء الدولة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1999.

### ثانياً: المراجع الأجنبية:

- 1) Alexis Mourre, 'Référé pré-arbitral de la CCI: To Be or Not to Be a Judge' in (2003) Gaz. Pal. (28-29 May).
- 2) Ali Yesilirmak, Provisional Measures in International Commercial Arbitration. (Kluwer Law International 2005).
- 3) Andrea Carlevaris, Pre-Arbitral Interim Relief: Different Models and the ICC Experience, at: Interim Relief: What, Why, When, How?, New York 2013, program.

- 4) Andreas Reiner, ARP Andreas Reiner & Partners, Vienne : La rédaction de clauses de référé pré-arbitral *In* SÉMINAIRE IAI DU 31 MAI 2002 LES PREMIÈRES APPLICATIONS DU RÈGLEMENT DE RÉFÉRÉ PRÉ-ARBITRAL DE LA CCI.
- 5) Azelius Krister, Bergqvist Lina , Linde Emma: Making Use of the New SCC Rules on Emergency Arbitration, *Juridisk tidskrift*, 2010.
- 6) Carlos de los Santos Lago and Victor Bonnín: Emergency Proceedings Under the New ICC Rules *in* Miguel Ángel Fernández- Ballesteros and David Arias (eds), *Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje*, (Wolters Kluwer España 2012 Volume 2012 Issue 13).
- 7) Christopher Boog and Bertrand Stoffel: Preliminary Orders and the Emergency Arbitrator: Urgent Interim Relief by an Arbitral Decision Maker in Exceptional Circumstances - 10 Years of Swiss Rules of International Arbitration - ASA Special Series No. 44.2014.
- 8) Christopher Boog and Bertrand Stoffel: Preliminary Orders and the Emergency Arbitrator: Urgent Interim Relief by an Arbitral Decision Maker in Exceptional Circumstances - 10 Years of Swiss Rules of International Arbitration - ASA Special Series No. 44.2014.
- 9) Christopher Boog, “The Law Governing Interim Measures” in *Conflict of Laws in International Arbitration*, Franco Ferrari, Stefan Kroll (eds), European Law Publishers, 2011, Munich.

- 10) Christopher Boog, Swiss Rules of International Arbitration– Time to Introduce an Emergency Arbitrator Procedure? *in* Matthias Scherer (ed), ASA Bulletin, (Kluwer Law International 2010 Volume 28 Issue 3 ).
- 11) Christopher Boog, The New ICC Emergency Arbitrator Rules, Transnational Notes. Reflections on Transnational Litigation and Commercial Law, 27 September 2011.
- 12) Dana Renee Bucy, “How to best protect party rights: The Future Of Interim Relief In International Commercial Arbitration Under The Amended UNCITRAL Model Law”, 25(3) American International Law Review, 2010.
- 13) Domenico DI PIETRO, "What Constitutes an Arbitral Award Under the New York Convention.," in Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards - The New York Convention in Practice 139 (E. Gaillard and D. Di Pietro eds., 2008).
- 14) Dominico Dipietro, Interim Measures in International Arbitration: Practical Approaches, at: Interim Relief: What, Why, When, How?, New York 2013, program.
- 15) Edgardo MUÑOZ: How urgent shall an emergency be? – The standards required to grant urgent relief by emergency arbitrators in Yearbook on International Arbitration Volume IV.

- 16) Eliseo CASTINEIRA: "The Emergency Arbitrator in the 2012 ICC Rules of Arbitration," 2012(1) Cahiers de l'arbitrage/Paris J. of Int'l Arb. 65.
- 17) Emmanuel Gaillard and Philippe Pinsolle, The ICC Pre-Arbitral Referee: First Practical Experiences, Arbitration International, (Kluwer Law International 2004 Volume 20 Issue 1).
- 18) G. Lemenez/P. Quigley, The ICDR's Emergency Arbitrator Procedure in Action, Part I: A Look at the Empirical Data, Dispute Resolution Journal (August/October2008) .
- 19) Gary B. Born, International Arbitration: Law and Practice (London: Kluwer Law International, 2012).
- 20) Gary B. Born, International Commercial Arbitration (2009).
- 21) Gary B. Born, International Commercial Arbitration, 2nd ed., Alphen aan den Rijn.69-2468 ،2014.
- 22) Gilles Cuniberti,: Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger (thesis, LGDJ, Paris, 2000).
- 23) Hausmaninger,' The ICC Rules for a Pre-arbitral Referee Procedure: a Step Towards Solving the Problem of Provisional Relief in International Arbitration?' in (1992) 7 ICSID Rev.-Foreign Investment LJ 107.
- 24) J.-P. Beraudo, Recognition and Enforcement of Interim Measures of Protection Ordered by Arbitral

Tribunals, A Comparison with the Republic of Congo Pre-arbitral Referee Case, JIntArb Vol.22 No. 3 (2005).

25) J.-Y. Garaud/Ch.-H. de Taffin, The ICC Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure, ICC Bull Vol. 16 No. 1 (2005).

26) JAMES HOSKING, ERIN VALENTINE CHAFFETZ LINDSEY: PRE-ARBITRAL EMERGENCY MEASURES OF PROTECTION: NEW TOOLS FOR AN OLD PROBLEM. Published in COMMERCIAL ARBITRATION 2011: NEW DEVELOPMENTS AND STRATEGIES FOR EFFICIENT, COST-EFFECTIVE DISPUTE RESOLUTION, at 199 (PLI Litig. & Admin. Practice, Course Handbook Ser. No. H-865, 2011).

27) Jason Fry, Clifford Chance: The Emergency Arbitrator - Flawed Fashion or Sensible Solution?, Dispute Resolution International. Int'l 179. November, 2013.

28) Joel Dahlquist, Uppsala Universitet, Juridiska Institutionen. Emergency Arbitrators in Investment Treaty Disputes.

29) Johan Lundstedt, SCC Practice: Emergency Arbitrator Decisions, Stockholm 2014.

30) K.-P. Berger, Pre-Arbitral Referees: Arbitrators, Quasi-Arbitrators, Hybrids or Creatures of Contract Law?, in: Aksen/Böckstiegel/Mustill/Patocchi/Whitesell (eds), Global Reflections on International Law,

Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner (2005).

31) M Dunmore, 'Interim Measures by Arbitral Tribunals: The Enforceability Conundrum', (2012) 8 Asian Int'l Arb J, 221, 227.

32) Marc S. Palay & Tanya Landon, Sidley Austin LLP: "A Comparative Review of Emergency Arbitrator Provisions: Opportunities and Risks," (2012), The International Comparative Legal Guide to: International Arbitration 2012. Global Legal Group Ltd , London.

33) Margaret L. Moses, The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

34) Marius looked Gili, The Decision "Emergency Arbitrator". Your Content, Enforceability and Enforcement , Spain Arbitration Review | Journal of the Spanish Arbitration Club (Wolters Kluwer España 2013 Volume 2013 Issue 16) .

35) Massimo Benedettelli, Interim Measures between Party Autonomy and State Powers, at: Interim Relief: What, Why, When, How?, New York 2013.

36) Michael Dunmore: Interim Measures by Arbitral Tribunals: The Enforceability Conundrum, Asian International Arbitration Journal, (Singapore International Arbitration Centre (in co-operation with Kluwer Law International 2012 Volume 8 Issue 2 ).



37) Mohammed Al Marzouqi & John Gaffney: The Use of Emergency Arbitrator Procedures in the UAE: Some Practical Considerations.

38) Nathalie Voser, "Overview of the Most Important Changes in the Revised ICC Arbitration Rules", in Matthias Scherer (ed.), ASA Bulletin, Vol. 29, No. 4, 2011.

39) Ozen Atlıha: THE MAIN PRINCIPLES GOVERNING INTERIM MEASURES IN THE PRE-ARBITRAL PROCEEDINGS - SPECIFICALLY, THE ICC EMERGENCY ARBITRATOR RULES (2012), [Annales XLIII, N. 60, 203-262, 2011], FCULTY OF LAW in Istanbul.

40) P. Tercier, Le référé pré-arbitral, 22 ASA Bull (2004).

41) P. Turner/R. Mohtashami, A Guide to the LCIA Arbitration Rules (2009).

42) Parkin, L. ; Wade, S. : Emergency Arbitrators and the State Courts: Will They Work Together?. ARBITRATION -LONDON-; 80, 1; 48-54 In British Institute of International and Comparative Law workshop on international arbitration 2013: do England's expansive grounds for recourse increase delay and interference in arbitration. Institute of Arbitrators , London.2014. (Westlaw).

43) Patricia Shaughnessy, Pre-arbitral Urgent Relief: The New SCC Emergency Arbitrator Rules in Michael J.Moser and Dominique T. Hascher (eds), Journal of

International Arbitration, (Kluwer Law International 2010 Volume 27 Issue 4 ).

44) Peter J.W. Sherwin and Douglas C. Rennie, “Interim Relief Under International Arbitration Rules and Guidelines: A Comparative Analysis”, The American Review of International Arbitration, Hans Smit and Juris Publishing Inc, New York, 2009.

45) Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard & Berthold Goldman, International Commercial Arbitration (E. Gaillard and J Savage editors Paris 1999).

46) Pierre Mayer, ‘Référé pré-arbitral CCI’, (2004), 2 JDI 511.

47) Raja Bose/Ian Meredith, Emergency Arbitration Procedures: A Comparative Analysis, International Arbitration Law Review (2012).

48) René-Alexander Hirth, Chapter IX: SIAC Rules, in: Rodolf A. Schütze (ed.), Institutional Arbitration - Article-by-Article Commentary, Munich2013, 655 in Edgardo MUÑOZ: How urgent shall an emergency be? – The standards required to grant urgent relief by emergency arbitrators in Yearbook on International Arbitration Volume IV.

49) S. Besson, Arbitrage international et mesures provisoires, Etude de droit comparé (1998) .

50) T Kojovic: ‘Court Enforcement of Arbitral Decisions on Provisional Relief: How Final is Provisional?’ (2001) 18 Journal of International Arbitration.

51) Thomas Clay, *L'arbitre*, (Daloz, Paris 2001).

52) Yves Derain-Eric A. Schwartz, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, Kluwer Law International, Second Edition, The Hague, 2005.

الموضوع
مقدمة
المبحث الأول: ماهية تحكيم الطوارئ
المطلب الأول: عناصر تحكيم الطوارئ
الفرع الأول: أشخاص تحكيم الطوارئ
أولاً: أطراف تحكيم الطوارئ ثانياً: محكم الطوارئ
الفرع الثاني: موضوع تحكيم الطوارئ
أولاً: أنواع تدابير الطوارئ ثانياً: المقترضات الموضوعية لاستصدار تدابير الطوارئ
الفرع الثالث: سبب تحكيم الطوارئ
أولاً: أساس تحكيم الطوارئ ثانياً: مصدر تحكيم الطوارئ
المطلب الثاني: تمييز تحكيم الطوارئ عن غيره
الفرع الأول: أساس تمييز تحكيم الطوارئ عن غيره
أولاً: تحكيم الطوارئ اتفاق أم قضاء أم الاثنان معاً؟ ثانياً: تحكيم الطوارئ تحكيم مؤسسي أم تحكيم حر؟ ثالثاً: تحكيم الطوارئ تحكيم ذاتي ولكن غير مستقل رابعاً: تحكيم الطوارئ تحكيم سريع و مرن
الفرع الثاني: مضمون تمييز تحكيم الطوارئ عن غيره
أولاً: تمييز تحكيم الطوارئ عن قضاء الدولة (المستعجل)

<p>ثانياً: تمييز تحكيم الطوارئ عن التحكيم العادي  ثالثاً: تمييز تحكيم الطوارئ عن نظام "الفصل" adjudication  رابعاً: تمييز تحكيم الطوارئ عن التشكيل السريع و التحكيم  المختصر  خامساً: تمييز تحكيم الطوارئ عن الخبرة  سادساً: تمييز تحكيم الطوارئ عن نظام "حكم التداير الوقتية أو  التحفظية"</p>
<p><b>المبحث الثاني: قواعد تحكيم الطوارئ وفعاليتها</b></p>
<p><b>المطلب الأول: قواعد تحكيم الطوارئ</b></p>
<p><b>الفرع الأول: مبادئ تحكيم الطوارئ</b></p> <p>أولاً: الأثر الرجعي لقواعد محكم الطوارئ بنظام الاستبعاد-opt  out  ثانياً: الاختصاص المشترك بين تحكيم الطوارئ و قضاء الدولة  ثالثاً: لا يجوز الجمع بين تحكيم الطوارئ و إجراءات أخرى تشابهها  رابعاً: مبدأ نسبية تحكيم الطوارئ  خامساً: مبادئ التقاضي الأساسية تسود تحكيم الطوارئ  سادساً: التحكيم العادي يجب تحكيم الطوارئ</p>
<p><b>الفرع الثاني: النظام الإجرائي لتحكيم الطوارئ</b></p> <p>أولاً: تقديم طلب تحكيم الطوارئ  ثانياً: إعلان الطرف الآخر Notification to respondent  ثالثاً: تعيين محكم الطوارئ و رده  رابعاً: سير إجراءات تحكيم الطوارئ وميعاده  خامساً: قرار محكم الطوارئ</p>
<p><b>المطلب الثاني: فعالية تحكيم الطوارئ</b></p>
<p><b>الفرع الأول: مدى قابلية قرار محكم الطوارئ للتنفيذ</b></p> <p>أولاً: مدى قابلية تنفيذ قرار محكم الطوارئ وفق اتفاقية نيويورك  1958</p>

ثانياً: موقف القوانين الداخلية وقانون الأونسيترال النموذجي من تنفيذ قرار محكمة الطوارئ
الفرع الثاني: الوسائل غير المباشرة لتنفيذ قرار محكمة الطوارئ
أولاً: تنفيذ قرار محكمة الطوارئ كالتزام تعاقدي ثانياً: القرينة العكسية adverse inferences ثالثاً: القوة الثبوتية لقرار محكمة الطوارئ أمام قضاء الدولة رابعاً: الغرامة الاتفاقية Contractual Penalty of fine
خاتمة
الاختصارات
المراجع
الفهرس

الاختصاص بالدعاوى غير القابلة للتقدير  
وفقاً للتعديل الجديد لقانون الإجراءات المدنية؟

د. عبدالله عبدالرحمن الجناحي الخطيب  
أستاذ قانون الإجراءات المدنية المساعد  
كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة

يونيو 2015م

## مقدمة

أصدر المشرع الاتحادي القانون الاتحادي رقم (10) لسنة 2014م بشأن تعديل بعض أحكام قانون الإجراءات المدنية رقم (11) لسنة 1992م،<sup>1</sup> وقد قوبلت هذه التعديلات بكثير من الحماس والتقدير من قبل القائمين والمعنيين بالشأن القانوني والقضائي في الدولة، نظراً لكونها جاءت على قدر التطلعات، وتجاوبت مع التطور السريع والجديد للواقع الاجتماعي في الدولة وتحديداً في مجال الاتصال والتواصل، فلم تعد وسيلة التواصل مقتصرة على التسليم اليدوي المباشر أو البريد، بل تطورت ودخلت التقنية الحديثة المجال، فحكومة الإمارات العربية المتحدة انتقلت خطوتين جبارتين، فلم تعد حكومة تعتمد على الأوراق في تعاملاتها، بل انتقلت إلى الحكومة الإلكترونية في عام 2001م واعتمدت على الانترنت في إنجاز معاملاتها، ثم أثبتت الحكومة نضجها ووضوح فكرتها واستمرت في خطتها في التطوير، وقررت في عام 2013م أن الحكومة الإلكترونية أصبحت من الماضي وأن العهد الآن هو عهد الحكومة الذكية حيث المعاملات تتم من خلال راحة يد العميل عن طريق هاتفه النقال.

ومع هذه التطورات الهائلة في مجال الاتصال والتواصل لم يعد مقبولاً أن يظل قانون الإجراءات المدنية معتمداً على الإعلان الورقي، كما وحدث تطور آخر في الواقع الاجتماعي، فمع ارتفاع المستوى المعيشي للأفراد وكذلك القدرة الشرائية للدرهم في الأسواق، لم يعد النصاب المالي المعتبر أساساً للاختصاص الابتدائي أو النهائي للمحاكم مقبولاً، وكان لا بد من زيادته، لهذا كان لصدور التعديل الأخير لقانون الإجراءات المدنية صداه الإيجابي، فقد شملت التعديلات إجراءات الإعلان وتشكيل مكتب لإدارة الدعوى ينظم عملية سير الدعوى وتعجل من نظرها، كما وراجعت التعديلات الجديدة قيم الدعاوى والنصاب المالي للمحاكم على ضوء آخر المؤشرات الاقتصادية لتواكب الواقع العملي ولتأتي تلك القيم محققة لغايات المشرع حينما قرر التنوع في تشكيل تلك المحاكم وتقسيمها إلى دوائر جزئية يشكل كل منها من قاض فرد، أو كلية يشكل كل منها من ثلاثة قضاة.

ورغم أن هذه التعديلات جاءت مواكبة للتغيرات كما أسلفنا، إلا أنها لم تأت كاملة، حيث إنها غفلت عن مسألة هامة، ونقصد بالتحديد القيمة الافتراضية للدعاوى غير القابلة للتقدير، والمنطق كان يقتضي أن الزيادة في قيمة نصاب اختصاص الدائرة الجزئية والتي شملها التعديل لتصبح خمسمائة

<sup>1</sup> تم العمل بهذا التعديل ابتداءً من تاريخ الأول من مارس لعام 2015م.



ألف درهم بعد أن كانت مائة ألف درهم يجب أن يواكبه تغيير في قيمة الدعوى غير القابلة للتقدير والمنصوص عليها في المادة (49) البند التاسع، فالتعديل لا يزال يفترض أنها تجاوز مائتي ألف درهم، هذا التقدير كان مقبولاً في ظل القانون قبل التعديل باعتبار أن هذه الصيغة واضحة في جعل هذه الدعوى تدخل ضمن اختصاص الدائرة الكلية فضلاً على قابلية الحكم الصادر فيها من الاستئناف للطعن بالنقض، إلا أن الوضع في ظل القانون الجديد ليس كذلك، فالاختصاص القيمي للدائرة الجزئية قد تغير ليصل إلى مبلغ خمسمائة ألف درهم، ومن ثم فإن مصير الدعوى غير القابلة للتقدير غير واضح على اعتبار أن عبارة المشرع جاءت مطلقة بأن قيمتها تجاوز مائتي ألف درهم، الأمر الذي يوقع لبساً ويثير غموضاً حول أي من الدائرتين الجزئية أم الكلية تكون المختصة بنظرها.

من هنا كان هذا البحث، لدراسة مسألة الاختصاص القيمي للدعوى غير القابلة للتقدير في ظل التعديلات الجديدة لقانون الإجراءات المدنية الاتحادي، والإجابة على السؤال الأهم وهو تحديد الدائرة المختصة بنظر هذه الدعوى، وقد اعتمدت في البحث على المنهج التحليلي المقارن، حيث اعتمدت على النصوص القانونية القديمة والجديدة، الوطنية منها والأجنبية، من خلال تحليلها واستشراف غاية المشرع من تقسيم المحاكم إلى دوائر جزئية أو كلية، ومن ثم الوصول إلى إجابة التساؤل الذي يثيره البحث وهو تحديد الدائرة المختصة بنظر الدعوى غير القابلة للتقدير.

وقد قسمت البحث إلى تمهيد وعدة مطالب، أما التمهيد فيقدم لبعض الأسس والقواعد العامة المرتبطة بالمسألة عنوان البحث، كالمقصود بالاختصاص القيمي ومبررات تقسيم المحاكم بناء على قيمة الدعوى، وأهمية تقدير قيمة الدعوى، ثم مدى تعلق هذه القواعد بالنظام العام، فيما يأتي المطلب الأول ليعالج الدعوى غير القابلة للتقدير من حيث بيان المقصود بها، والتفرقة بينها وبين الدعوى الأخرى المشابهة لها، أما المطلب الثاني فيبين القيمة الافتراضية لهذه الدعوى، فيما يبحث المطلب الثالث مسألة تحديد الدائرة المختصة بالنظر في الدعوى غير القابلة للتقدير، وأخيراً خاتمة لأهم نتائج البحث وتوصياته.

والصلاة والسلام على الرسوم الكريم، وبسم الله تعالى نبداً وعليه

التكلان...

## تمهيد

### أولاً: تعريف الاختصاص القيمي

بداية وقبل الخوض في تعريف الاختصاص القيمي فإنه تجدر الإشارة إلى أن بعض الفقه يرى بأن مصطلح الاختصاص القيمي ليس دقيقاً، وذلك على اعتبار أن التوزيع بين قسمين من التشكيلات القضائية لمحاكم الدرجة الأولى، أحدهما يتكون من قاض فرد والآخر يتكون من قضاة متعددون، ليس إلا توزيعاً نوعياً يقوم على أساس التفرقة بين القضايا الصغرى والقضايا الكبرى، وما القيمة إلا معيار لتحديدها،<sup>(2)</sup> ومن ثم فإن الاختصاص القيمي ليس إلا صورة من صور الاختصاص النوعي.

غير أن جانباً كبيراً من الفقه يستخدم مصطلح الاختصاص القيمي كمصطلح مستقل إلى جانب الاختصاص النوعي، كما وإن المشرع الإماراتي عنون للفصل الثاني من الباب الأول في الكتاب الأول من قانون الإجراءات المدنية بعنوان "الاختصاص النوعي والقيمي للمحاكم"، فضلاً على أنه أكد المصطلح وغياب بينه وبين الاختصاص النوعي في المادة (85): "الدفع بعدم اختصاص المحكمة لانتفاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها..."، عليه فإننا وإن كنا لا نخالف الرأي السابق بأن الاختصاص النوعي يمكن أن يشمل تقسيم المحاكم بحسب قيمتها، باعتبار أن القيمة ليست إلا معياراً لتحديد نوع الدعوى أهي من اختصاص المحكمة الجزئية أم من اختصاص المحكمة الكلية، إلا إنه ولدواعي لزوم الدقة في المصطلحات وإزالة اللبس في الأذهان ولحسن تنظيم مفردات قانون الإجراءات فإننا نؤيد رأي أغلبية الفقه بصحة مصطلح الاختصاص القيمي ودقته.

أما تعريف الاختصاص القيمي فيقصد به نصيب المحكمة أو توزيع ولاية القضاء على المحاكم المختلفة داخل الجهة القضائية الواحدة بالنظر إلى

(2) عبدالباسط جميعي ومحمد محمود إبراهيم، مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد والقوانين المعدلة، (القاهرة: دار الفكر العربي، 1978م)، ص: 186؛ وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، (القاهرة: دار الفكر العربي، 1986م)، ط1، ص: 237؛ أحمد خليفة شرقاوي، الدفع بعدم الاختصاص، (القاهرة: دار الكتب القانونية، 2011م)، ص: 264، 440؛ أبو اليزيد علي المتيت، الأصول العلمية والعملية لإجراءات التقاضي، (الإسكندرية: المكتب الجامعي الحديث)، ص: 19.

قيمة الدعوى المرفوعة، وذلك في غير الأحوال التي تكون فيها المحكمة مختصة بالنظر إلى نوع الدعوى.<sup>(1)</sup>

وقد اتخذ المشرع الإماراتي الاختصاص القيمي - وليس النوعي- أساساً في توزيع الاختصاص بين محاكم الدرجة الأولى،<sup>(2)</sup> ويبدل هذا التوزيع على أن أهمية النصاب المالي للدعوى ليست مقصورة على الناحية الاقتصادية فحسب بل وتتعداها إلى الناحية القانونية،<sup>(3)</sup> ولضمان حسين سير العدالة فإنه يقتضي من المشرع أن يراجع النصاب المالي بصورة مستمرة حتى تكون متناسبة مع التطورات الاقتصادية والاجتماعية وما يطرأ من زيادة الأسعار

(1) محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، (القاهرة: دار الفكر العربي، 1981م)، بند: 217؛ نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، (الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2011م)، بند: 51؛ أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، (الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2013م)، بند: 66؛ أمير فرح يوسف، الشرح والتعليق على قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، (المكتب الجامعي الحديث، 2014م)، المادة (49)، ص: 227؛ أحمد صدقي محمود، قواعد المرافعات في دولة الإمارات، (دبي: مطابع البيان، 1999م)، ص: 167؛ أحمد خليل، أصول المحاكمات المدنية، (بيروت: الدار الجامعية، 1995م)، بند: 73؛ أمينة النمر، قوانين المرافعات، (الإسكندرية: مؤسسة الثقافة الجامعية، 1982م)، ج: 1، بند: 166؛ أنظر في تأسيس الاختصاص القيمي من ناحية الفقه الإسلامي، شرفاوي، الدفع بعدم الاختصاص، ص: 441.

(2) وهو أيضاً موقف المشرع المصري، أنظر أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، (القاهرة: دار النهضة العربية، 2000م)، بند: 260؛ نبيل إسماعيل عمر، الوسيط، بند: 51؛ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، (القاهرة: مطبعة جامعة القاهرة، 2008م)، بند: 136؛ هندي، المرافعات، بند: 66؛ علي عبدالحميد تركي، شرح قانون الإجراءات المدنية، (القاهرة: دار النهضة العربية، 2011م)، ط2، بند: 261؛ أمينة النمر، مرافعات، ج: 1، بند: 166.

(3) صاوي، الوسيط، بند: 261.

ومعدل الرواتب وانعكاسها بالتالي على قيمة الدعوى ضماناً لحسن توزيع العمل بين محاكم الدرجة الأولى.<sup>(1)</sup>

من هنا قسم المشرع الإماراتي المحاكم الابتدائية إلى دوائر جزئية مشكلة من قاض فرد، ومنحها - إضافة إلى اختصاصها النوعي - ولاية النظر في الدعاوى المدنية والتجارية والعمالية التي لا تتجاوز قيمتها مبلغ 500 ألف درهم، فيما أنشأ في المقابل دوائر كلية مشكلة من ثلاثة قضاة، جعلها مختصة - إضافة إلى اختصاصها النوعي - بجميع الدعاوى المدنية والتجارية والعمالية التي لا تدخل في اختصاص الدوائر الجزئية،<sup>(2)</sup> أي بطبيعة الحال الدعاوى التي تتجاوز قيمتها مبلغ 500 ألف درهم.

ثانياً: مبررات تقسيم المحاكم بناء على قيمة الدعوى  
لقد قدر المشرع - وحسناً فعل - بأن الدعاوى ليست جميعها متساوية القيمة والأهمية،<sup>(3)</sup> فمنها الدعاوى المهمة أو المعقدة أو التي تستغرق جهداً ووقتاً للنظر فيها، ومنها في المقابل الدعاوى البسيطة أو قليلة القيمة، وهذا التباين بين الدعاوى لا يرجع إلى قيمتها فحسب بل قد يكون مرده إلى نوع الدعوى وطبيعتها، ولأن تشكيل المحاكم يمكن أن يقوم على أساس انفراد القاضي أو تعدده، فإن المشرع الإماراتي قد ارتأى ألا يقتصر على إحدى الطريقتين دون الأخرى وأن يتخذهما معاً عند تشكيل المحاكم لما لكل منهما

(1) المرجع السابق.

(2) أنظر في النظام المصري، صاوي، الوسيط، بند: 263؛ أحمد أبو الوفاء، المرافعات

المدنية والتجارية، (الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 2007م)، بند: 280.

(3) تجدر الإشارة إلى أن المقصود بقيمة الدعوى هي قيمة المطالبة وليس الحق في الدعوى،

ذلك أن الدعوى حق مجرد يخول صاحبه اللجوء إلى القضاء للحصول على حمايته، فهذا

الحق لا يمكن تقييمه، أنظر أحمد خليل، أصول المحاكمات، بند: 76.

من مزايا تفرد بها عن الأخرى،<sup>(1)</sup> مع ملاحظة أنه وكأصل عام اتخذ من تعدد القاضي أساساً في تشكيل المحاكم.<sup>(2)</sup>

وعلى هذا الأساس جاء تقسيم المشرع للمحاكم الابتدائية - وهي تسمى أيضاً في القانون الإماراتي بمحاكم الدرجة الأولى - إلى فئتين، مطلقاً عليهما مصطلح الدوائر الكلية والدوائر الجزئية متخذاً في ذلك معيارين هما قيمة الدعوى<sup>(3)</sup> ونوعها، وسنقصر مجال البحث على قيمة الدعوى دون النوع لخروجه عن موضوع هذا البحث.

أما من حيث قيمة الدعوى فقد وجد المشرع بأن بعض الدعاوى من البساطة والسهولة بحيث لا يبرر الأخذ بمعيار تعدد القضاة، فهذه الدعاوى ونظراً لقيمتها الضئيلة يكون من الأفضل للخصوم بل وحتى لمصلحة العدالة وحسن تنظيم مرفق القضاء ومنعاً لتكدس القضايا أمام المحاكم أن تنظر أمام قاضٍ فرد بحيث يستطيع أن يعالجها بسرعة وفاعلية دون الحاجة إلى وجوب حضور قضاة متعددين، وما قد يترتب على ذلك من صعوبة في تحديد جلسات نظر الدعوى، فضلاً على قيامهم بالمداولة والتشاور في مسألة عادة ما تكون واضحة أو بسيطة لا تستحق ذلك العناء أو التكلفة، كما وأن عرضها على أكثر من قاضٍ سيعني بالضرورة زيادة نفقاتها وإتقال خزانة الدولة بدفع أجورهم في مسائل بسيطة.

أما الدعاوى الكبيرة القيمة، فإنها وبلا شك لها أهمية كبيرة فهي ذات أبعاد اجتماعية واقتصادية أوسع، بحيث يبرر أن تولي أهمية خاصة من قبل المشرع، لهذا حرص أن تكون منظورة من قبل هيئة مشكلة من قضاة متعددين بحيث يمكنهم أن يتداولوا الحكم ويتشاوروا فيما بينهم إعمالاً للعدالة وإمعاناً في الوصول إلى الحكم الصحيح.

---

(1) راجع في مزايا وعيوب نظام انفراد القاضي وتعددته كلاً من، رمزي سيف، قانون المرافعات المدنية والتجارية وفقاً للقانون الكويتي، (الكويت: جامعة الكويت، 1974م)، بند: 31؛ صاوي، الوسيط، بند: 30؛ والي، الوسيط، بند: 130.

(2) أغلب المحاكم المشكلة في النظام القضائي في الدولة تتخذ من مبدأ تعدد القاضي أساساً لها، فالمحاكم الكلية ومحاكم الاستئناف ومحاكم النقض جميعها تشكل من قضاة متعددين، أما انفراد القاضي فلا يوجد إلا في المحاكم الجزئية ومحاكم الأمور المستعجلة والتنفيذ.

(3) أنظر تركي، الإجراءات، بند: 292؛ علي الحديدي، القضاء والقاضي، ص: 254.

ثالثاً: المقصود بالدوائر في النظام القضائي الإماراتي تعتبر الدائرة الكلية والدائرة الجزئية في التنظيم القضائي الإماراتي محكمتان بكل ما تحمله الكلمة من معنى، لكل منهما اختصاصها المستقل عن الأخرى، وليستا دائرتين بالمفهوم المعروف في بعض النظم القضائية الأخرى.

فالتنظيم القضائي المصري مثلاً يستخدم مصطلح الدوائر بمعنى لا يجعل كلاً منها محكمة مستقلة عن الدائرة الأخرى، فالمحكمة الجزئية في مصر يمكن أن تشكل من عدة دوائر ويتم توزيع العمل بين هذه الدوائر كمسألة تنظيمية أو إدارية ودون أن يخلق ذلك نوعاً من الاختصاص تنفرد به دائرة دون الدوائر الأخرى التابعة لنفس المحكمة الجزئية، وينطبق نفس المعنى أيضاً على الدوائر التي تشكل منها المحكمة الابتدائية، ويترتب على ذلك أن عدم احترام التوزيع بين الدوائر لا يترتب مطلقاً الحكم بعدم الاختصاص.

أما التنظيم القضائي الإماراتي فإنه يستخدم مصطلح الدائرة الجزئية للدلالة على المحكمة الجزئية، ومصطلح الدوائر الكلية للدلالة على المحكمة الكلية، ولذلك فإن توزيع العمل بين هاتين الدائرتين ليس توزيعاً تنظيمياً وإنما هو توزيع للاختصاص، ويترتب على ذلك أنه إذا رفعت الدعوى أمام دائرة جزئية وكانت تدخل في نطاق عمل الدائرة الكلية فإن عليها أن تحكم بعدم الاختصاص والإحالة إلى الدائرة الأخرى رغم أن كلاهما يتبعان نفس المحكمة، وإلا فإن الحكم يعتبر صادراً من محكمة غير مختصة.

ولكن قد يستخدم المشرع الإماراتي تعبير الدائرة بالمعنى المعروف في القانون المصري، ذلك أن الدائرة الجزئية الإماراتية التابعة لمحكمة ابتدائية معينة قد تتشكل من عدة دوائر، وكذلك الأمر بالنسبة للدائرة الكلية، وعندئذ سوف يكون توزيع العمل بين دوائر الدائرة الجزئية الواحدة هو محض توزيع داخلي لعمل الدائرة على القضاة بها وليس توزيعاً للاختصاص، وكذلك الشأن بالنسبة لتوزيع العمل بين الدائرة الكلية الواحدة.<sup>(1)</sup>

(1) أنظر في نقد مسلك المشرع في استخدام مصطلح الدوائر بدلاً من المحاكم، علي الحديدي، القضاء والتقاضى (دبي: أكاديمية شرطة دبي، 2002م)، ج: 1، ص: 326.

#### رابعاً: أهمية تقدير قيمة الدعوى

وجدنا مما تقدم أن لتقدير قيمة الدعوى أهمية كبيرة في تحديد المحكمة المختصة بنظر الدعوى، ولكن هذه الأهمية لا تقتصر على هذا الأمر فحسب، وإن كان هذا من أهم الأسباب، بل إن تحديد قيمة الدعوى أهمية مرتبطة بمسائل أخرى: وهي مدى جواز الطعن بالحكم سواء بالاستئناف أو بالنقض، وتحديد رسوم الدعوى، وأخيراً تقدير أتعاب المحاماة<sup>(1)</sup>.

أولاً: تحديد المحكمة المختصة بنظر الدعوى: قد سبقت الإشارة إلى أن المشرع قسم المحاكم الابتدائية إلى دوائر جزئية وأخرى كلية، بحيث جعل الدوائر الجزئية وبشكل عام مختصة بالنظر في الدعاوى التي لا تتجاوز قيمتها 500 ألف درهم، بينما جعل الدعاوى التي تتجاوز قيمتها 500 ألف درهم من اختصاص الدوائر الكلية، عليه فإنه بدون معرفة قيمة الدعوى لن يكون بالإمكان تحديد الدائرة المختصة بنظرها.

ثانياً: تحديد مدى قابلية الحكم للطعن: في حين أجاز المشرع الطعن بالاستئناف في أحكام الدوائر الكلية جميعها باعتبارها صادرة في دعاوى عادة ما تكون كبيرة القيمة أو الأهمية، إلا أنه حدد نصاباً مالياً للطعن بالاستئناف في الأحكام الصادرة من الدوائر الجزئية، فقد جعل هذه الأحكام انتهائية إذا كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز 20 ألف درهم، ومع أن المادة المتعلقة بهذا الحكم – وهي المادة (30) من قانون الإجراءات المدنية – قد شملها التعديل الجديد لقانون الإجراءات المدنية بشكل جذري، بحيث كان من أهم التعديلات فيها

(1) جميعي، مبادئ المرافعات، ص: 221؛ محمود هاشم، قانون القضاء، بند: 223؛ رمزي سيف، المرافعات، بند: 63؛ صاوي، الوسيط، بند: 260؛ عاشور مبروك، النظرية العامة لقانون القضاء في دولة الإمارات العربية المتحدة، (العين: جامعة الإمارات العربية المتحدة، 1999م)، ط2، ج: 1، بند: 311؛ مصطفى المتولي قنديل، الوجيز في القضاء والتقاضى، (عمان: الآفاق المشرقة، 2010م)، ص: 159؛ بكر عبدالفتاح سرحان، قانون الإجراءات المدنية، (الشارقة: مكتبة الجامعة، 2013م)، ص: 159؛ نبيل عمر، الوسيط، بند: 51؛ هندي، المرافعات، بند: 66؛ أحمد صدقي، المرافعات، ص: 169؛ تركي، الإجراءات، بند: 284؛ أمينة النمر، المرافعات، بند: 168؛ عبدالحميد الشواربي، قواعد الاختصاص القضائي، (الإسكندرية، منشأة المعارف، 1985م)، ص: 153.

رفع قيمة النصاب المالي للدوائر الجزئية والكلية من مبلغ 100 ألف درهم إلى 500 ألف درهم، إلا أن هذا التعديل لم يطل النصاب الانتهائي لحكم الدوائر الجزئية والتي بقيت منذ آخر تعديل للقانون في عام 2005م محدداً بمبلغ 20 ألف درهم،<sup>(1)</sup> وهو ما يعني بأن المشرع رجح مبدأ أهم وهو مبدأ التقاضي على درجتين وفضل عدم التوسع في إهداره بأن مكن الخصوم من الطعن بالاستئناف، وإن كان ذلك سيشتغل محاكم الاستئناف بقضايا قد تعتبر في هذا الوقت قليلة القيمة والأهمية.<sup>(2)</sup>

أما من حيث الطعن بالنقض، فهو كذلك مرتبط بقيمة مالية، فتنزيهاً لمحكمة النقض من النظر في دعاوى قليلة القيمة، خاصة أنها نظرت لمرتين، وكانت في مرحلة الاستئناف معروضة أمام هيئة مشكلة من ثلاثة قضاة، وحفظاً لمصلحة الخصوم في منع استغراقهم بهدر أموالهم أمام القضاء جراء الرسوم المترتبة من رفع الدعوى وتقديم الطعون ومصاريف التقاضي من نسخ للأوراق وإجراء للتحقيقات وتعيين للخبراء والانتقال بالإضافة إلى أتعاب المحاماة؛<sup>(3)</sup> ارتأى المشرع ألا يترك باب الطعن مفتوحاً لكل من خسر دعواه أمام محكمة الاستئناف بإشغال محكمة النقض بالنظر فيها، بل حدد نصاباً مالياً للطعن بالنقض، بحيث لم يجز الطعن بالنقض إلا إذا كانت قيمة الدعوى تجاوز 200 ألف درهم.<sup>(4)</sup>

---

(1) كان النصاب الانتهائي للمحكمة الابتدائية في السابق مبلغ 3 آلاف درهم، ثم عدل بالقانون الاتحادي رقم (30) لسنة 2005 الصادر بتاريخ 2005/11/30م والمنشور في العدد رقم (440) من الجريدة الرسمية.

(2) أنظر في هذا الرأي، صاوي، الوسيط، بند: 261.

(3) أنظر في مصاريف التقاضي الباهظة وضرورة مساعدة المتقاضين المعوزين، عاشور مبروك، النظام القانوني لمساعدة غير القادرين على دفع المصروفات القضائية، (المنصورة، مكتبة الجلاء الجديدة، 1987م)، بند: 21.

(4) الإجراءات المدنية الاتحادي، المادة: 1/173؛ محكمة التمييز دبي: الطعن رقم 54 لسنة 2009، تجاري، جلسة 2009/4/14م؛ محكمة النقض أبوظبي: الطعن رقم 33 لسنة 2011، س 5، ق. أ، جلسة 2011/12/27م، مدني؛ الطعن رقم 379 لسنة



ثالثاً: تقدير رسوم الدعوى: (1) من المسلم به أن المحكمة مرفق عام، وإن الاستفادة من خدماتها تقتضي من الأفراد دفع رسوم نظير تلك الخدمات، ولا يقدح هذا الأمر في مبدأ مجانية القضاء، إذ إن تلك الرسوم ما هي إلا رسوم رمزية وضعت لغايات منع المشاكسين وأصحاب الأهواء العلية من إشغال المحاكم بدعاوى كيدية أو تافهة، فضلاً على أن الخصوم لا يدفعون للقضاة مقابل نظرهم للدعاوى بل إنهم - أي القضاة - يستحقون مرتباتهم من خزانة الدولة باعتبارهم موظفين عموميين، (2) والمحاكم تقوم باستيفاء رسوم من المدعي عند تسجيل الدعوى، (3) ولغايات تقدير هذه الرسوم وحتى تكون موضوعية وعادلة ارتئي تقديرها باحتساب نسبة مئوية من قيمة الدعوى ذاتها، (4) وتقدير قيمة الدعوى هنا وفقاً لقواعد خاصة لا تتطابق بالضرورة مع

2010، س 4، ق. أ، جلسة 2010/9/23م، تجاري؛ الطعن رقم 587 لسنة 2009، س 3، ق. أ، جلسة 2009/6/25م، تجاري.

(1) يقصد برسوم الدعوى: "بالغ معينة يلزم بدفعها مقدماً ممن يرغب في الحصول على الحماية القضائية بأنواعها المتعددة وأشكالها المختلفة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"، عاشور مبروك، النظام القانوني، بند: 14.

(2) أنظر في مفهوم مجانية القضاء والاختلاف الفقهي بشأن تأييد فرض الرسوم من عدمها، عاشور مبروك، النظام القانوني، بنود: 9-12، 15-20؛ ولهذا ذهب بعض الفقه إلى القول بأن قواعد تقدير قيمة الدعوى لا تعبر عن القيمة الحقيقية لمحل الدعوى وإنما تستخدم كوسيلة فنية لتحديد اختصاص المحكمة أو قابلية الحكم للاستئناف، أنظر وجدي راغب، مبادئ القضاء، ص: 240.

(3) القانون الاتحادي رقم 32 لسنة 2005 بشأن الرسوم القضائية أمام المحاكم الاتحادية، المادة 3: "لا يجوز قيد دعوى أو طعن أو طلب إلا بعد استيفاء الرسم المستحق كاملاً".

(4) القانون الاتحادي رقم 32 لسنة 2005 بشأن الرسوم القضائية أمام المحاكم الاتحادية، المادة (4): "تقدر قيمة الدعوى وفق طلبات الخصوم عند رفع الدعوى...". أما المادة (6) فتتنص: "يفرض على الدعاوى معلومة القيمة وأوامر الأداء رسم نسبي حسب الفئات الآتية: 4% عن المائة ألف درهم الأولى. 5% فيما زاد على ذلك...؛ أنظر في طرق

تلك القواعد التي تحدد قيمة الدعوى لغايات الاختصاص أو التقابلية للطعن، ومن ثم فإن في معرفة قيمة الدعوى أهمية واضحة في تقدير رسومها، على أنه وعند صدور الحكم فإن المحكمة وكقاعدة عامة تحكم بالرسوم على المحكوم عليه.<sup>(1)</sup>

رابعاً: تقدير أتعاب المحاماة: من المعلوم بأن المحامي يتقاضى أتعابه من الموكل مباشرة بناء على العقد المحرر بينهما، لهذا قد يكون من المستغرب القول بأن قيمة الدعوى ذات ارتباط بتحديد أتعاب المحاماة، ولكن يزول الاستغراب إذا علمنا بأنه قد يثور خلاف بين المحامي وموكله حول مقدار الأجر، وذلك في حال لم يتم تحديده كتابةً في العقد، أو كان العقد باطلاً، أو كانت الأتعاب مبالغاً فيها، خاصة وأن المشرع أجاز للموكل أن يلجأ إلى المحكمة بطلب إنقاص الأتعاب المتفق عليها،<sup>(2)</sup> وهنا تظهر أهمية تحديد قيمة الدعوى، إذ تنتظر المحكمة في هذه الحالة لتحديد الأتعاب إلى قيمة الدعوى في المقام الأول، كما ولها أن تسترشد إلى مقدار الجهد الذي بذله المحامي وإلى ما عاد على الموكل من نفع، والجدير بالذكر هنا أيضاً أن قواعد تقدير قيمة الدعوى الموضوعية بغرض توزيع الاختصاص بين الدوائر الكلية والدوائر الجزئية ليست واجبة الإلتباع هنا أيضاً.

#### خامساً: تعلق قواعد الاختصاص القيمي بالنظام العام

تعتبر قواعد الاختصاص القيمي متعلقة بالنظام العام،<sup>(3)</sup> ذلك أن المشرع ما قصد من توزيع الدعاوى بين الدوائر الجزئية والدوائر الكلية

---

فرض الرسوم القضائية، هدى محمد مجدي، النظام القانوني للرسوم القضائية، (القاهرة: دار النهضة العربية، 2009م)، بنود: 18-20.

<sup>(1)</sup> الإجراءات المدنية الاتحادي، المادة 133: "1- يجب على المحكمة عند إصدار الحكم الذي تنتهي به الخصومة أمامها أن تحكم من تلقاء نفسها في مصروفات الدعوى. 2- ويحكم بمصروفات الدعوى على الخصم المحكوم عليه فيها...".

<sup>(2)</sup> القانون الاتحادي رقم (23) لسنة 1991م في شأن تنظيم مهنة المحاماة، المادة (29).

<sup>(3)</sup> محكمة التمييز دبي: الطعن رقم 36 لسنة 2011، مدني، جلسة 2011/6/22م؛ المحكمة الاتحادية العليا: الطعن رقم 244، سنة 24 قضائية، جلسة 2004/10/30م، شرعي؛ أمينة النمر، تقدير قيمة الدعوى، (الإسكندرية: منشأة المعارف، 1979م)، بند:

للمحكمة الابتدائية الواحدة إلا حماية مصلحة عامة هي حسن سير العدالة، وليست مقررة لرعاية مصلحة خاصة للأفراد،<sup>(13)</sup> فضلاً على أن قيمة الدعوى تحدد مسائل أخرى - كما سلف سابقاً - مثل قابلية الحكم للطعن، وهي مما يتصل بأسس التنظيم القضائي والقواعد الأساسية فيه.<sup>(14)</sup> وعليه فإنه لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة هذه القواعد،<sup>(15)</sup> ويجوز لأي من الخصوم أن يتمسك بإثارتها في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض، كما ويجب على المحكمة أن تحكم بها من تلقاء نفسها.<sup>(16)</sup>

### سادساً: قواعد تقدير قيمة الدعوى

لا تنور إشكالية في تقدير قيمة الدعوى حينما يكون موضوعها مبلغاً من المال، ولكن الوضع ليس هكذا دائماً، فقد ترفع الدعوى للمطالبة بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو تقرير حق أو مركز قانوني أو اتخاذ إجراء مؤقت أو مستعجل، لهذا ولمعالجة هذه الحالات وضع المشرع قواعد خاصة

---

29؛ عبد الحميد المنشاوي، التعليق على قانون المرافعات، (الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 2007م)، المادة: 36؛ أنظر ما ذكره أستاذنا رمزي سيف من أن بعض النظم لا تعتبر الاختصاص النوعي من النظام العام إذا كان الاختصاص قائماً على أساس قيمة الدعوى، أما إذا كان قائماً على أساس نوع الدعوى فإنه يعد من النظام العام، رمزي سيف، المرافعات، بند: 85.

(13) تركي، الإجراءات، بند: 284؛ أمير فرج، التعليق، ص: 227.

(14) وجدي راغب، مبادئ القضاء، ص: 240؛ تركي، الإجراءات، بند: 284.

(15) بمفهوم المخالفة للمادة 5/31 من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي؛ وكذلك أبو الوفا، مرافعات، بند: 315.

(16) قانون الإجراءات المدنية، المادة: 85؛ محكمة التمييز دبي: الطعن رقم 627 لسنة 2003، حقوق، جلسة 2004/6/6م.

– إلى جانب القواعد العامة<sup>(21)</sup> - لتقدير قيمة الدعوى جاءت مفصلة في المادة (49) من قانون الإجراءات المدنية.

ومع أن بعض هذه القواعد قد تكررت وذكّرت في قوانين أخرى كقانون الرسوم القضائية أو قانون الإثبات إلا أن العبرة في تقدير قيمة الدعوى – لغايات الاختصاص أو الطعن – إنما تكون بقواعد المرافعات ولا يعتد بغيرها من القوانين،<sup>(22)</sup> وذلك في حال كان هناك تعارض بين تلك القوانين وقانون المرافعات،<sup>(23)</sup> وباستقراء هذه القوانين المنظمة من قبل المشرع الاتحادي فإننا لا نجد تعارضاً بينها، وإن وجد تعارض فإن العبرة في المسائل المتعلقة بالإجراءات تكون لقواعد قانون الإجراءات المدنية باعتباره القانون الإجرائي العام، وما جاء في القوانين الأخرى فإنها تكون متعلقة بنطاق تطبيق تلك القوانين فحسب وذلك لاختلاف غاية المشرع بين تلك القوانين،<sup>(24)</sup> فقواعد التقدير في قوانين المرافعات تستهدف تحديد الاختصاص ومدى قابلية الحكم للطعن، بينما قواعد التقدير في قانون الرسوم القضائية تستهدف تحديد ما

---

(21) جاءت القواعد العامة لتقدير قيمة الدعوى في المادة (48) من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي.

(22) محكمة التمييز دبي: الطعن رقم 85 لسنة 2008، مدني، جلسة 2008/6/1م؛ المحكمة الاتحادية العليا: الطعان رقما 540 و 580، سنة 22 ق، مدني، جلسة 2001/4/24م؛ جميعي، مبادئ المرافعات، ص: 222؛ أبو الوفا، مرافعات، بند: 306؛ أمينة النمر، تقدير قيمة الدعوى، ص: 12؛ المنشاوي، التعليق، ص: 82؛ تركي، الإجراءات، بند: 284؛ مفلح عواد النضاه، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، (عمان: دار الثقافة، 2004م)، ص: 127.

(23) كما هو الحال في النظام المصري، أنظر أبو الوفا، مرافعات، هامش (2)، بند: 306؛ أمينة النمر، تقدير قيمة الدعوى.

(24) أمينة النمر، تقدير قيمة الدعوى، ص: 11-12؛ هدى محمد مجدي، الرسوم القضائية، ص: 6.

يستحق على الدعوى من رسوم،<sup>(1)</sup> وإذا كان من الميسور تحديد قيمة الدعوى عندما تنطبق عليها قاعدة من قواعد التقدير التي حددها القانون، فإن الصعوبة تنشأ عندما تكون الدعوى غير قابلة للتقدير، وهو ما يفرض علينا التعرض لهذه المسألة في الفقرات التالية.

### المطلب الأول: الدعاوى غير القابلة للتقدير

#### الفرع الأول: المقصود بالدعاوى غير القابلة للتقدير

أشرنا في التمهيد السابق إلى أن المشرع وضع قواعد خاصة لتقدير قيمة الدعوى لمعالجة حالات ومسائل متعددة، ولكن قد يتقدم المدعي بطلبات لا يمكن حتى بإعمال تلك القواعد تقديرها، لهذا اصطلح على تسميتها بالدعاوى غير القابلة للتقدير، وتعرف هذه الدعاوى بأنها تلك الدعاوى التي تتنافى بطبيعتها مع إمكان تقديرها بالنقود، أو التي لم يضع المشرع لها قاعدة معينة لتقديرها،<sup>(2)</sup> مثل دعوى إثبات النسب، أو دعوى إثبات الزوجية،<sup>(3)</sup> أو تقرير الجنسية، أو الإلزام بعمل مثل تقديم حساب، تسليم عين أو حبسها، أو نقل تكليف من اسم إلى اسم، أو إقامة بناء، أو إعادة عامل مفصول إلى عمله، أو نقل كفالة أو تسليم شهادة خبرة أو شهادة عدم المناعة في العمل

(1) رمزي سيف، المرافعات، بند: 63، على أنه يلاحظ بأن أستاذنا رمزي سيف يرى بجواز إعمال قواعد قانون الرسوم في حال خلو قانون المرافعات من قواعد التقدير، طالما لم تكن متعارضة مع القواعد العامة المقررة في فقه المرافعات.

(2) المرجع السابق، بند: 72؛ والي، الوسيط، بند: 155؛ محمود هاشم، قانون القضاء، بند: 230؛ صاوي، الوسيط، بند: 281؛ تركي، الإجراءات، بند: 302؛ أبو طلبة، موسوعة المرافعات المدنية والتجارية، (الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 1993م)، ج: 1، ص: 489؛ عز الدين الدناصوري وحامد عكار، التعليق على قانون المرافعات، (بدون دار نشر، 1995م)، ط8، ج: 1، ص: 246؛ أحمد خليل، أصول المحاكمات، بند: 105؛ الشواربي، الاختصاص القضائي، ص: 174.

(3) على أنه يلاحظ أن دعاوى الأحوال الشخصية تدخل وبنص القانون في اختصاص الدوائر الدوائر الجزئية مهما بلغت قيمتها وذلك باعتبار نوعها.

الغير،<sup>(1)</sup> أو الامتناع عن عمل مثل وقف عمل ضار، أو وقف هدم بناء، أو طلب شطب الرهن، أو إبطال عقد وكالة، أو كف المنازعة، أو إزالة الغراس،<sup>(2)</sup> أو دعاوى الإبطال، كإبطال إجراءات التنفيذ،<sup>(3)</sup> أو أحكام التحكيم،<sup>(4)</sup> أو دعوى رد القاضي،<sup>(5)</sup> أو بطلان القرار الإداري.<sup>(6)</sup> ويشترط لكي تعتبر مشكلة الدعوى غير قابلة للتقدير في مفهوم المادة (9/49) من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي - وهي الدعوى محل هذا البحث - ذات أهمية؛ ألا تكون مما تدخل في اختصاص محكمة ما بحسب نوعها، كما لو كانت من الدعوى المستعجلة والتي تدخل دائماً في اختصاص المحكمة المستعجلة اختصاصاً نوعياً، أو كانت منازعة تنفيذ مما يدخل نوعياً

---

<sup>1</sup> محكمة النقض أبوظبي: الطعن رقم 803 لسنة 2009، س 3 ق. أ، جلسة 2009/10/27م، مدني - عمالي، 1361.

<sup>2</sup>(صاوي، الوسيط، بند: 281؛ والي، الوسيط، بند: 155؛ أبو الوفا، مرافعات، بند: 327؛ 327؛ تركي، الإجراءات، بند: 302؛ الشواربي، الاختصاص القضائي، ص: 174؛ ولمزيد حول الدعوى غير القابلة للتقدير أنظر أمينة النمر، تقدير قيمة الدعوى، بند: 46.

<sup>3</sup>(قانون الإجراءات المدنية الاتحادي: المادة 309، مع ملاحظة إن هذه الدعوى تختص بها محكمة التنفيذ نوعياً بنظرها.

<sup>4</sup>(قانون الإجراءات المدنية الاتحادي: المادة 216، مع ملاحظة إن هذه الدعوى تنظرها المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع.

<sup>5</sup>(قانون الإجراءات المدنية الاتحادي: المادة 121، مع ملاحظة أنها تدخل في اختصاص محكمة الاستئناف التابع لها المحكمة الابتدائية المرفوعة أمامها الدعوى الأصلية.

<sup>6</sup>(محكمة النقض أبوظبي: الطعن رقم 879، 882، لسنة 2010، س 4، ق. أ، جلسة 2010/10/31م، إداري؛ الطعن رقم 251، لسنة 2010، س 4، ق. أ، جلسة 2010/5/27م، تجاري؛ الطعن رقم 46، لسنة 2010، س 4، ق. أ، جلسة 2010/3/23م، مدني.

الجزئية،<sup>(43)</sup> أما لو كان الطلب العارض غير القابل للتقدير المقدم على الدائرة الجزئية طلباً متقابلاً، فإن مشكلة تقديره ليست بذات شأن نظراً لأنه – باعتباره متقابلاً – سيدخل في اختصاص هذه الدائرة في جميع الأحوال،<sup>(44)</sup> وكذلك الشأن لو كان الطلب العارض غير القابل للتقدير مقدماً إلى الدائرة الكلية – سواء كان طلباً متقابلاً أم إضافياً – فإنه سيدخل في جميع الأحوال في اختصاص هذه الدائرة.<sup>(45)</sup>

أما إذا كان الطلب تابعاً لطلب آخر أو مندمجاً فيه أو تخييرياً أو احتياطياً، فإنه لا يعتبر من الدعاوى غير القابلة للتقدير،<sup>(46)</sup> مثال الطلب التابع أن يكون الطلب غير القابل للتقدير من ملحقات الطلب الأصلي، ففي هذه الحالة لا تدخل قيمة الطلب غير القابل للتقدير في تقدير قيمة الدعوى،<sup>(47)</sup> إذ يستفاد هذا المعنى من مفهوم المخالفة من نص المادة (49) من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي على أنه "يدخل في تقدير قيمة الدعوى ما يكون مستحقاً يوم

---

(43) أنظر محكمة النقض أبوظبي: الطعن رقم 193، لسنة 2011، س 5، ق. أ، جلسة 2011/5/26م، تجاري، حيث قضت المحكمة بأن الدعوى تظل غير قابلة للتقدير كونها ابتدأت بطلب ندب خبير لتقدير الحساب ولو عدل المدعي طلباته إلى مبلغ يقل عن نصاب الطعن بالنقض، إذ اعتبرت الطلب الأخير طلباً عارضاً وليس تعديلاً عن الطلب الأصلي بندب خبير.

(44) قانون الإجراءات المدنية الاتحادي، المادة : 2/30/ج.

(45) قانون الإجراءات المدنية الاتحادي، المادة : 1/30/أ.

(46) أمينة النمر، تقدير قيمة الدعوى، بند: 46؛ للمزيد حول الدعاوى غير القابلة للتقدير، أنظر والي، الوسيط، بند: 155؛ أبو الوفاء، المرافعات، ص: 450؛ في حين ذهب رأي إلى أنه في حال كانت الطلبات تخيرية بين طلب قابل للتقدير وآخر غير قابل للتقدير فإن الدعوى تكون مجهولة القيمة ومن ثم تتجاوز نصاب اختصاص المحكمة الجزئية، عبدالعزيز خليل بديوي، بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام، (القاهرة: دار الفكر العربي، 1978م)، ص: 215.

(47) وجدي راغب، مبادئ القضاء، ص: 247.

رفعها من التضمينات والريع والمصرفات وغير ذلك من الملحقات المقدرة القيمة،...<sup>(48)</sup>

أما مثال الطلب المندمج أن ترفع دعوى بطلب ثبوت الدين مع صحة الحجز، فإن الدعوى تعتبر قابلة للتقدير بالرغم من أن الطلب الثاني وهو صحة الحجز يعتبر من الدعاوى غير القابلة للتقدير ولكن لن يثير مشكلة، وذلك لأن طلب صحة الحجز مندمج مع طلب ثبوت الدين والذي يمكن تقديره بقيمة الدين نفسه،<sup>(49)</sup> ومن ثم فإن اختصاص المحكمة سيتحدد بحسب قيمة الدين ولا عبارة للطلب الثاني.

**الفرع الثاني: التفرقة بين الدعاوى غير القابلة للتقدير وما يشابهها من الدعاوى**

**أولاً: الدعاوى غير المقدرة القيمة**

قد يلتبس الأمر فيظن بأن الدعوى غير القابلة للتقدير هي ذاتها الدعوى غير المقدرة القيمة، ولكن هناك فرق بينهما، وللأسف عزز المشرع من هذا اللبس حينما ذكر في المادة (173) الدعوى غير مقدرة القيمة بينما كان في الواقع يقصد الدعوى غير القابلة للتقدير.<sup>(50)</sup>

فالدعوى غير القابلة للتقدير في مفهوم المادة (9/49) من قانون الإجراءات المدنية - وهي محل الاهتمام في هذه الدراسة - لا يمكن تقدير قيمتها وفقاً للقواعد التي نص عليها القانون في قواعد تقدير قيمة الدعوى،<sup>(51)</sup>

(48) محكمة التمييز دبي: الطعن رقم 59 لسنة 2010، عمالي، جلسة 2010/11/1م.

(49) قانون الإجراءات المدنية الاتحادي، المادة : 7/49؛ أنظر أيضاً أمينة النمر، تقدير

قيمة الدعوى، بند: 46؛ وجدي راغب، مبادئ القضاء، ص: 248؛ والي، الوسيط، بند:

143.

(50) أنظر في تأييد استخدام مصطلح الدعاوى غير المقدرة القيمة أمينة النمر حيث ترى

بأن تعبير الدعوى غير المقدرة القيمة أفضل لكونه يشمل جميع الدعاوى سواء غير

القابلة للتقدير وكذلك غير المحددة القيمة، أمينة النمر، تقدير قيمة الدعوى، بند: 214.

(51) قانون الإجراءات المدنية الاتحادي، المادتان: 48 و 49.



إذ إن العبرة باستحالة تقييمها،<sup>(52)</sup> وتظل الدعوى غير قابلة للتقدير في حال استحالة تقديرها بحسب قواعد قانون الإجراءات المدنية حتى ولو كانت قابلة للتقدير بحسب قواعد قانون آخر، لأن العبرة وكما تقدم بقانون الإجراءات المدنية وليست بالقوانين الأخرى.<sup>(53)</sup>

بينما الدعوى غير المقدرة ليست كذلك، فهذه ما هي إلا دعوى لم يقم المدعي بتقدير قيمتها، ولكن وبحسبة بسيطة يمكن تقديرها وفقاً للقواعد التي ينص عليها القانون،<sup>(54)</sup> فلو رفع المدعي دعوى بطلب صحة عقد بيع دون تقدير لقيمتها، فإنه يعتبر طلباً قابلاً للتقدير إذ تنص المادة (4/49) من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي على أنه يجب تقدير قيمتها بالنظر إلى قيمة المتعاقد عليه.

### ثانياً: الدعاوى غير المحددة

كما وينبغي كذلك التفريق بين الدعاوى غير القابلة للتقدير بمعنى الكلمة لعدم انطباق قاعدة من قواعد التقدير عليه وبين الدعوى غير المحددة، مثل الدعوى بطلب غير محدد أو غير معلوم المقدار وإن كانت قابلة للتقدير بحسب قاعدة من هذه القواعد،<sup>(55)</sup> وفي هذه الحالة ينبغي التفريق بين ثلاثة فروض،<sup>(56)</sup> الأول: أن يكون مقدار المبلغ المطالب به معروفاً للخصم ويمكن تقديره ولكنه لم يقم بتحديدده، كأن يطالب بقيمة بضاعة أو أجر مستحق، ففي هذه الحالة يكون الطلب غير معين تعييناً كافياً بحيث لا تصح من ثم المطالبة به كون القانون يشترط على المدعي أن يحدد طلباته تحديداً نافياً للجهالة،<sup>(57)</sup> ولكن حتى تحكم المحكمة ببطالان صحيفة الدعوى للجهالة فإنها يجب أولاً أن

(52) وجدي راغب، مبادئ القضاء، ص: 245؛ أبو الوفا، المرافعات، بند: 327؛ نبيل

عمر، الوسيط، بند: 59؛ والي، الوسيط، بند: 155.

(53) أمينة النمر، تقدير قيمة الدعوى، بند: 46.

(54) رمزي سيف، المرافعات، بند: 72؛ وجدي راغب، مبادئ القضاء، ص: 245؛ والي،

الوسيط، بند: 155؛ نبيل عمر، الوسيط، بند: 59؛ تركي، الإجراءات، بند: 302.

(55) والي، الوسيط، بند: 155.

(56) أمينة النمر، تقدير قيمة الدعوى، بند: 47.

(57) المرجع السابق.

تكون مختصة، وهي لن تكون مختصة إلا بعد أن تتحد قيمة الدعوى وتكون هذه القيمة داخلة في اختصاصها وإلا اكتفت بالحكم بعدم الاختصاص، ولذلك نرى أنه يتوجب على المحكمة في هذا الفرض أن تستوضح أولاً من المدعي تحديد قيمة ما يطالب به، فإذا استجاب لطلبها زالت مشكلة عدم التقدير وإلا صارت عاجزة عن تحديد اختصاصها وكان حكمها بعدم الاختصاص مبرراً، وربما تعين المادة (2/73) من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي على تأييد الحل الذي نقول به، فقد قررت هذه المادة أن: للمحكمة من تلقاء نفسها أن تستوضح من الخصوم ما تراه من نقص في الدعوى أو مستنداتها".

الفرض الثاني: أن لا يكون مقدار المبلغ المطلوب معلوماً للمدعي مسبقاً وإن كان بالإمكان تقديره فيما بعد، فالقيمة وإن كانت مجهولة هنا إلا إنها ليست مستحيلة التقدير، فهي قابلة للتقدير ويمكن تحديد قيمتها من واقع أوراق الدعوى أو بالنظر إلى ظروفها،<sup>(58)</sup> مثال ذلك الدعوى بطلب ما يستجد من أجرة العقار، فإنه لا يعلم قيمتها وقت رفعها ولكن يمكن تحديد قيمة الأجرة عند صدور الحكم.<sup>(59)</sup>

أما الفرض الثالث: ألا يحدد المدعي مقدار المبلغ المطلوب بأن يترك تحديده وتقديره للمحكمة، كما لو طالب بالتعويض عن الأضرار ويترك أمر تقديرها للمحكمة، وهذا الأمر جائز، والواقع العملي يفرز حالات كثيرة لدعاوى بالتعويض يترك المدعون فيها أمر تقدير التعويض فيها للقاضي، لكن السؤال الذي يطرح نفسه: ما قيمة الدعوى في هذه الحالة؟ هل تعتبر من الدعاوى غير القابلة للتقدير؟ ذهب رأي في الفقه إلى اعتبار هذه الدعاوى من الدعاوى غير القابلة للتقدير ومن ثم فإنها تكون من اختصاص الدوائر الكلية،<sup>(60)</sup> ومما يجوز الطعن فيها بالاستئناف والنقض، إلا إننا نرى بأن هذه الدعاوى ليست من الدعاوى غير القابلة للتقدير وإنما هي دعوى غير محددة القيمة ولكنها قابلة للتقدير، وتكمن إجابتنا في التفريق بين ما إذا كان هذا الطلب هو الوحيد في الدعوى أم مقروناً بطلب آخر مقدر القيمة، ففي الحالة الأولى

(58) والي، الوسيط، بند: 155.

(59) أبو الوفاء، المرافعات، بند: 327.

(60) أمينة النمر، تقدير قيمة الدعوى، بند: 47؛ وقد أخذت به محكمة النقض أبوظبي:

الطعن رقم 132، لسنة 2010، س 4، ق. أ، جلسة 2010/4/28م، تجاري؛ الطعن رقم 215 لسنة 2009 س 3 ق. أ، جلسة 2009/4/14 مدني.

تعتبر الدعوى غير معينة تعييناً كافياً مما يمتنع معه قبولها، ولكن قبل الحكم بذلك يجب أولاً استيضاح قيمتها من المدعي كما ذكرنا في الفرض الأول، أما في الحالة الثانية فإن قيمة الدعوى تحدد بقيمة الطلب الآخر المعين مقداره، ولا تلتفت المحكمة إلى الطلب غير المعين طالما أصر المدعي على عدم تعيينه.

وأخيراً تجدر الإشارة إلى أنه لا يعتد بتقدير قيمة الدعوى من الخصوم إذا كانت مخالفة للأسس والقواعد التي حددها المشرع، إذ قد تقدم بأن هذه القواعد متعلقة بالنظام العام،<sup>(61)</sup> ومن ثم فإن على المحكمة أن تحدد هي قيمة الدعوى وفقاً للقانون، إلا أنها تخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض باعتبار أن تقدير الدعوى تكليف قانوني لطبيعة الطلب موضوع الدعوى وهو مما تملك محكمة النقض الرقابة عليه.<sup>(62)</sup>

### المطلب الثاني: القيمة الافتراضية للدعاوى غير القابلة للتقدير في الأنظمة المقارنة

نظراً لكون بعض الدعاوى غير قابلة للتقدير، فإن المشرع لم يشأ أن يترك أمر تقديرها لمخيلة مكتب إدارة الدعوى<sup>(63)</sup> أو القضاة، إذ تقتضي الحكمة أن تتحدد قيمة الدعوى وقت رفعها حتى يمكن تعيين المحكمة المختصة بنظرها وتحصيل رسوم رفعها، فضلاً على تحديد ما إذا كان الحكم الصادر بشأنها قابلاً للطعن عليه من عدمه، لهذا ارتأى المشرع وضع قاعدة احتياطية تحدد قيمة افتراضية لهذه الدعاوى بغض النظر عن نوعها أو أهميتها للأطراف، عليه فإننا سنخرج في عجلة على هذه القيمة الافتراضية في بعض الأنظمة القانونية المقارنة.

(61) أمينة النمر، تقدير قيمة الدعوى، بند: 47؛ مفلح الفضاه، أصول المحاكمات، ص: 130.

(62) أمينة النمر، تقدير قيمة الدعوى، بند: 47.

(63) وهو الهيئة المنوط بها أعباء قلم الكتاب كما كان يطلق عليه قبل التعديلات الأخيرة للقانون.

## أولاً: جمهورية مصر العربية

جاءت المادة (41) المعدلة بالقانون رقم (76) لسنة 2007م لقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري لتنص بأن الدعوى إذا اشتملت على طلب غير قابل للتقدير فإن قيمتها تعتبر زائدة على أربعين ألف جنيه،<sup>(64)</sup> الأمر الذي يدخلها ضمن اختصاص المحاكم الابتدائية (الكلية بتعبير المشرع الإماراتي).<sup>(65)</sup>

كما وإن المشرع المصري أجاز الطعن بالنقض دائماً في الأحكام الصادرة في الدعاوى غير القابلة للتقدير بحسب نوعها وليس قيمتها، إذ نص صراحة في المادة (248) على أن للخصوم أن يطعنوا في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف إذا كانت قيمة الدعوى تجاوز مائة ألف جنيه أو كانت غير مقدره القيمة.<sup>(66)</sup>

## ثانياً: دولة الكويت

أما في الكويت فإن المادة (44) من المرسوم بقانون رقم (38) لسنة 1980م بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية<sup>(67)</sup> تنص على أنه: "إذا

(64) كانت المادة (41) في ظل قانون المرافعات المصري القديم وقبل التعديل بالقانون رقم (76) لسنة 2007 تنص على أن قيمة الدعوى غير القابلة للتقدير زائدة على عشرة آلاف جنيه؛ أنظر في الدعاوى غير القابلة للتقدير في مصر، محمود هاشم، قانون القضاء، بند: 230؛ نبيل عمر، الوسيط، بند: 59؛ هندي، المرافعات، بند: 79؛ شرقاوي، الدفع بعدم الاختصاص، ص: 473.

(65) تنص المادة (47) من قانون المرافعات المصري: "تختص المحكمة الابتدائية بالحكم ابتدائياً في جميع الدعاوى المدنية والتجارية التي ليست من اختصاص محكمة المواد الجزئية ويكون حكمها انتهائياً إذا كانت قيمة الدعوى لا تجاوز أربعين ألف جنيه"، بينما نصت المادة (42) على أن نصاب محكمة المواد الجزئية هو مبلغ خمسة آلاف جنيه؛ أنظر شرقاوي، الدفع بعدم الاختصاص، ص: 264.

(66) أنظر حول هذا الموضوع، نبيل عمر، الوسيط، بند: 527؛ هندي، المرافعات، بند:

318.

(67) آخر تعديل للقانون كان بالقانون رقم (38) لسنة 2007م.

كانت الدعوى يطلب غير قابل للتقدير اعتبرت قيمتها زائدة على خمسة آلاف دينار"، مما يعني بأنها تدخل في اختصاص المحكمة الكلية (وهي تقابل الدائرة الكلية في النظام الإماراتي)، إذ تنص المادة (34) بأن المحكمة الكلية تختص بكل ما لا يدخل في اختصاص المحكمة الجزئية، وبالنظر إلى المادة (29) والتي تبين اختصاصات المحكمة الجزئية فإنها تنص بأن اختصاص المحكمة الجزئية يكون في الدعوى التي لا تتجاوز قيمتها 5 آلاف دينار،<sup>(1)</sup> مع ملاحظة ملاحظة أن القانون وقيل تعديله كان يعقد الاختصاص بالدعوى غير القابلة للتقدير للمحكمة الكلية اختصاصاً نوعياً.<sup>(2)</sup>

### ثالثاً: دولة قطر

أشار المشرع القطري في المادة (24) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (13) لسنة 1990م وهو بصدد بيان اختصاصات المحكمة الابتدائية المشكلة من ثلاثة قضاة (وتسمى بالمحكمة الكلية) بأنها تختص بالنظر في جميع المسائل المدنية والتجارية والعقود الإدارية التي تزيد فيها قيمة الدعوى على مائة ألف ريال وكذلك الدعوى مجهولة القيمة،<sup>(3)</sup> إذن فنص

---

(1) مجموعة التشريعات الكويتية: قانون المرافعات المدنية والتجارية ومكرته التفسيرية، وزارة العدل، الطبعة الأولى، فبراير 2011م.

(2) رمزي سيف، المرافعات، بند: 72؛ والي، قانون القضاء المدني الكويتي، بند: 117، مستندين إلى المادتين 6 و7 من قانون تنظيم القضاء رقم 19 لسنة 1959م؛ للمزيد حول الاختصاص القيمي في دولة الكويت راجع فتحي والي، قانون القضاء المدني الكويتي، بنود: 112-117.

(3) عدت المادة 538 من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري بعض الدعوى مجهولة القيمة، منها دعوى صحة التوقيع، دعوى التزوير الأصلية، ودعوى إخلاء أو تسليم الأماكن المؤجرة التي لا تتضمن طلباً بفسخ العقد، دعوى تفسير الأحكام وتصحيحها، طلب رد القضاة والخبراء والمحكمين... وغيرها، ولئن كانت هذه المادة واردة ضمن مواد قانون المرافعات إلا إنها مرتبطة بالرسوم القضائية أكثر من الإجراءات كونها جاءت في الكتاب الخامس والمتعلق بالرسوم.

القانون صريح على اختصاص المحاكم الكلية بنظر الدعاوى مجهولة القيمة دون ما حاجة إلى تقدير قيمة افتراضية لهذه الدعاوى.<sup>(71)</sup> كما ويلاحظ بأن القانون لم يحدد نصاً انتهائياً سواء لأحكام المحاكم الجزئية أو الكلية أو حتى قابلية الحكم للطعن بالاستئناف أو النقض،<sup>(72)</sup> مما يعني قابلية الأحكام الصادرة في الدعاوى مجهولة القيمة للطعن في جميع الأحوال، هذا مع ملاحظة أن القانون أجاز للخصوم أن يتفقوا حتى قبل رفع الدعوى على جعل الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية انتهائية.<sup>(73)</sup>

#### رابعاً: مملكة البحرين

لم يشر المشرع البحريني في قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم بقانون رقم (12) لسنة 1971م إلى الدعاوى غير القابلة للتقدير، وإنما اكتفى في المادة الثامنة ببيان المسائل التي تدخل في اختصاص المحكمة الصغرى (وتقابل في الإمارات الدائرة الجزئية)، فيما ترك باقي المسائل مما لم يأت ذكرها لتكون من اختصاص المحكمة الكبرى (وتقابل في الإمارات الدائرة الكلية)، كما وإن القانون لم يجعل للطعن في أحكام المحاكم نصاً مالياً، الأمر الذي يخول الخصوم استئناف جميع الأحكام الصادرة بصفة ابتدائية أمام محكمة ثاني درجة.<sup>(74)</sup>

<sup>(71)</sup> أنظر، حيدر أحمد دفع الله أحمد، أصول المرافعات المدنية والتجارية، (الدوحة: مكتبة المناعي، 1997م)، ط1، ص: 39-41؛ علي أحمد الخنجي، التعليق على قانون المرافعات القطري، (الدوحة، المؤلف، 1996م)، ج: 1، ص: 67-71.

<sup>(72)</sup> لم يعالج المشرع القطري طريق الطعن بالنقض أمام محكمة التمييز في قانون المرافعات وإنما جاءت معالجته من خلال قانون خاص هو القانون رقم (12) لسنة 2005 بشأن حالات وإجراءات الطعن بالتمييز في غير المواد الجنائية، والقانون المذكور لم يقيد الطعن بالنقض بنصاب مالي معين.

<sup>(73)</sup> قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري رقم (13) لسنة 1990، المادة: 163.

<sup>(74)</sup> تنص المادة (11) على أن استئناف أحكام المحاكم الصغرى تكون أمام المحكمة الكبرى، فيما تنص المادة (12) بأن استئناف أحكام المحاكم الكبرى الصادرة بصفة ابتدائية تكون أمام محكمة الاستئناف العليا.

## خامساً: سلطنة عمان

اعتمد المشرع العماني مصطلح الدائرة بمعنى المحكمة كما هو شأن المشرع الإماراتي، ولذلك قسم المشرع العماني المحاكم الابتدائية إلى دوائر مشكلة من قاض فرد وأخرى مشكلة من ثلاثة قضاة،<sup>(1)</sup> كما وبين في المادتين (36) و (37) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني اختصاصات كل دائرة، وقد كان العمل في السابق وقبل تعديل القانون على اعتبار قيمة الدعوى غير القابلة للتقدير زائدة على 15 ألف ريال،<sup>(2)</sup> ومن ثم كانت تختص بنظرها المحكمة المشكلة من ثلاثة قضاة على اعتبار أن المحكمة المشكلة من قاض فرد لا تختص إلا بالدعاوى التي لا تجاوز قيمتها 15 ألف ريال،<sup>(3)</sup> فضلاً على أن المشرع ذكر صراحة بأن المحكمة المشكلة من ثلاثة قضاة تختص بنظر الدعاوى غير المقدرة، مما يعني بأنها تدخل في اختصاصها نوعياً،<sup>(4)</sup> لكن وبعد تعديل القانون بالمرسوم السلطاني رقم 92 لسنة 2005 قصر المشرع اختصاص المحكمة المشكلة من ثلاثة قضاة على الدعاوى المدنية والتجارية المقدرة القيمة التي تزيد قيمتها على سبعين ألف ريال، بينما ذكر في المادة (37) بأن المحكمة المشكلة من قاض فرد أصبحت تختص بجميع النزاعات التي لا تدخل في اختصاص المحكمة الابتدائية المشكلة من ثلاثة قضاة،<sup>(5)</sup> ولم يغير من قيمة الدعوى غير القابلة للتقدير إذ ظلت مجرد زائدة

(1) قانون السلطة القضائية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 1994/93م، المادة: 6؛ أنظر مبارك بن عبدالله بن حامد الراشدي، السلطة القضائية في تونس وعمان بين الفقه والقانون، رسالة دكتوراه، 1996م، (تونس: الجامعة الزيتونية، 2002م)، ص: 247؛ علي هادي العبيدي، قواعد المرافعات المدنية في سلطنة عمان، (الإسكندرية: المكتب الجامعي الحديث، 2006م)، ص: 31.

(2) قانون الإجراءات المدنية العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 29 لسنة 2002، المادة: 63.

(3) قانون الإجراءات المدنية العماني، المادة: 37.

(4) علي العبيدي، المرافعات، ص: 146.

(5) تختص المحكمة المشكلة من ثلاثة قضاة نوعياً ببعض الدعاوى مثل الإفلاس، التأمين، الملكية الفكرية، المادة: 36.

على 15 ألف ريال، مما يعني بأن الدعاوى غير القابلة للتقدير أصبحت الآن تدخل في اختصاص المحكمة المشكلة من قاض فرد من وجهين: بحسب نوعها وبحسب قيمتها، ومن ثم لم يعد للمادة (63) - وهي المادة التي تبين القيمة الافتراضية للدعوى غير القابلة للتقدير - مجال للتطبيق.<sup>(1)</sup>

#### سادساً: المملكة العربية السعودية

لم يشر نظام المرافعات الشرعي في المملكة العربية السعودية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/1) بتاريخ 1435/1/22 هـ إلى الدعاوى غير القابلة للتقدير، ولكن يمكن القول بأنها تكون من اختصاص المحكمة العامة باعتبارها صاحبة الولاية العامة<sup>(2)</sup> وذلك في مواجهة ما للمحاكم الجزئية<sup>(3)</sup> وديوان المظالم من اختصاصات حصرية.

كما وعددت المادة (32) من اللائحة التنفيذية للنظام بعض المسائل التي تعتبر غير قابلة للتقدير وجعلتها مما تدخل نوعياً في اختصاص المحاكم العامة، من مثل إصدار حجج الاستحكام، إثبات الوقف، وسماع الإقرار به، إثبات الزواج، والوصية والطلاق، والخلع، والنسب، والوفاة، وإقامة

(1) أسامة روبي، مبادئ المرافعات والتنظيم القضائي في سلطنة عمان، (القاهرة: دار النهضة العربية، 2008م)، بند: 121.

(2) نظام المرافعات الشرعية، المادة: 31؛ كذلك عبدالمنعم عبدالعظيم جيرة، نظام القضاء في المملكة العربية السعودية، (الرياض: معهد الإدارة العامة، 1988م)، ص: 520؛ أنظر كذلك أحمد صالح مخلوف، الوسيط في شرح التنظيم القضائي الجديد بالمملكة العربية السعودية، (الرياض: معهد الإدارة العامة، 2013م)، ص: 149.

(3) حصرت اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية في المادة (31) اختصاصات المحكمة الجزئية، منها النظر في الدعاوى التي لا تزيد قيمتها على 10 آلاف ريال، مع ترك كيفية تقدير قيمة الدعوى إلى اللائحة التنفيذية، جدير بالذكر بأنه تم بناء على قرار مجلس القضاء الأعلى رقم 20 بتاريخ 1422/6/23 هـ تعديل النصاب المالي للمحكمة الجزئية إلى الدعاوى التي لا تزيد قيمتها على 20 ألف ريال؛ أنظر في الاختصاص القيمي في نظام المرافعات الشرعية السعودي، عبدالمنعم جيرة، نظام القضاء، ص: 510.



الأوصياء، والأولياء، والنظار، والإذن لهم في التصرفات التي تستوجب إذن القاضي، وعزلهم عن الاقتضاء، وتزويج من لا ولي لها من النساء، والحجر على السفهاء والمفلسين.<sup>(1)</sup>

ونصت اللائحة التنفيذية للنظام والصادرة بقرار الوزير رقم 3285 بتاريخ 1428/3/15 هـ بأنه يرجع في تقدير قيمة الدعوى إلى طلب المدعي، فإن لم يمكن فيتم التقدير من قبل اثنين من أهل الخبرة،<sup>(2)</sup> مما يعني بأنه لا توجد طلبات غير قابلة للتقدير، فهي إما تقدر من قبل أهل الخبرة أو تكون مما تدخل في اختصاص المحكمة العامة نوعياً طالما أنها لا تدخل في الاختصاص النوعي للمحاكم الأخرى.

### سابعاً: المملكة الأردنية الهاشمية

جعل المشرع الأردني الدعوى غير القابلة للتقدير مما تدخل نوعياً في اختصاص محكمة البداية (وهي تقابل الدائرة الكلية في القانون الإماراتي) باعتبارها صاحبة الاختصاص العام في مقابل الاختصاص الجزئي لمحاكم الصلح (وهي تقابل الدائرة الجزئية في القانون الإماراتي) والتي تنظر وبتحد أقصى في الدعوى التي لا تجاوز قيمتها ثلاثة آلاف دينار،<sup>(3)</sup> حيث تنص المادة (55) وبصراحة على أنه: "إذا كانت الدعوى غير قابلة للتقدير بحسب القواعد المتقدمة، اعتبرت قيمتها زائدة على الحد الصلحي"،<sup>(4)</sup> كما وإنه لا مانع من القول بأن هذه الدعوى تعتبر داخلة في الاختصاص القيمي – وليس

<sup>1</sup> نظام المرافعات الشرعية، المادة: 32 فقرات ب، ج، هـ، و.

<sup>2</sup> اللائحة التنفيذية للنظام: 10/31.

<sup>3</sup> قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، المادة: 55؛ مفلح القضاة، أصول المحاكمات، ص: 134؛ عوض علي الزعبي، أصول المحاكمات المدنية، (عمان: دار وائل، 2002م)، ج: 1، ص: 288.

<sup>4</sup> حول النظام القضائي في المملكة الأردنية الهاشمية وتقسيم محاكم الدرجة الأولى أنظر، مفلح القضاة، أصول المحاكمات، ص: 127-137؛ الزعبي، أصول المحاكمات، ص: 237-309؛ عباس العبودي، شرح أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية، (عمان: دار الثقافة، 2006م)، ص: 84.

النوعي – لمحكمة البداية، إذ تعتبر قيمتها وفقاً للمادة (55) السابقة متجاوزة لمبلغ ثلاثة آلاف دينار.

### ثامناً: الولايات المتحدة الأمريكية

لا تتور مشكلة الدعاوى غير القابلة للتقدير إذا كانت الدعوى مما يدخل في اختصاص المحاكم الفيدرالية، إذ لا يوجد سوى نوع واحد من المحاكم الفيدرالية هو محاكم المقاطعات US District Courts،<sup>(1)</sup> وهي تختص بنظر جميع الدعاوى بصرف النظر عن قيمتها.

كذلك الأمر بالنسبة لولاية لويزيانا والتي تعتبر أقرب الولايات الأمريكية إلى النظام اللاتيني، حيث لا تتور مشكلة هذه الدعاوى، ذلك أن محكمة المقاطعة تعد محكمة ذات الاختصاص العام بحيث تملك سلطة النظر في جميع الدعاوى بما فيها الدعاوى غير القابلة للتقدير، بينما تعد المحاكم الأخرى محاكم ذات اختصاص محدود لا يمكنها تجاوزه.<sup>(2)</sup>

إلا أن مسألة تحديد قيمة الدعوى تثار حال رغب المدعى عليه في إزاحة الدعوى من محكمة الولاية إلى المحكمة الفيدرالية،<sup>(3)</sup> وذلك بسبب

(1) تشير بعض الترجمات إلى هذه المحكمة باسم المحكمة الجزئية، وهي ترجمة في اعتقادنا تثير لبساً كبيراً كونها توحي بوجود محكمة كلية تقابلها، مع أن النظام لا يعرف سوى محكمة واحدة فقط، روبرت أ. كارب و رونالد ستيدهام، الإجراءات القضائية في أمريكا، ترجمة علاء أبو زيد، (القاهرة: الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، 1997م)، ص 62.

(2) تقسم المحاكم في لويزيانا إلى محاكم مقاطعة District courts وعددها 43 محكمة، ومحاكم أبرشية Parish Courts وعددها 3 محاكم، ومحاكم المدينة City Courts وعددها 49 محكمة، ومحاكم الصلح Justice of the Peace Courts وعددها 390 محكمة، ومحاكم ذات الاختصاص المحدود Trial Courts of Limited Jurisdiction، أنظر قانون الإجراءات المدنية لولاية لويزيانا، الكتاب الثامن، محاكم الموضوع ذات الاختصاص المحدود، المواد من 4831 - 4847، 4911 - 5004.

(3) remove the action، ويشبه هذا النظام ما تنص عليه المادة 3/116 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني (الصادر بالمرسوم الاشتراعي رقم 90 لسنة 1983م)

خشيتته من أن تكون المحكمة الأولى أكثر تعاطفاً مع المدعين باعتبارهم من مواطني ولاية المحكمة،<sup>(1)</sup> وفي الأونة الأخيرة أثيرت مسألة تحديد قيمة الدعوى في شأن الدعاوى الجماعية Class Action وخاصة حينما يكون المطلوب القيام بعمل أو الامتناع عن عمل injunctive relief، والقانون الجديد بشأن الدعاوى الجماعية Class Action Fairness Act of 2005 (CAFA) رقم 28 U.S.C. § 1332(d)، يشترط لإزاحة الدعوى من محكمة الولاية إلى المحكمة الفيدرالية ثلاثة شروط: (1) أن يوجد اختلاف في موطن أطراف الدعوى بحيث يكونوا مواطني ولايات مختلفة؛ (2) أن يكون حجم الفئة المرفوعة عنها الدعوى لا يقل عن مائة شخص؛ (3) ألا تقل قيمة الدعوى عن مبلغ 5 ملايين دولار.<sup>(2)</sup>

وتثور المشكلة حينما يكون الطلب المقدم من المدعين في الدعوى الجماعية القيام بعمل أو مبلغاً غير محدد، فعندها يقع عبء الإثبات على

---

من جواز نقل الدعوى في حال وجود سبب للارتياح في حياد المحكمة، ونحن نفضل استخدام مصطلح إزاحة الدعوى لأن هذا التعبير أدق في وصف الإجراء، فعلى الرغم من أن المدعي هو الذي يحدد المحكمة التي يرغب في رفع الدعوى أمامها، إلا أن هذا النظام يجيز للمدعى عليه أن يقوم بإزاحة الدعوى من أمام المحكمة التي اختارها المدعي لينقلها إلى محكمة أخرى، وتجدر الإشارة إلى أن النقل هنا نقل ولائي وليس نقلاً محلياً، فهو يقتصر فقط على النقل من محكمة محلية إلى محكمة فيدرالية وليس العكس.

Linda S. Mullenix: *Let Us Count the Ways: How Should the Amount in Controversy Be <sup>1</sup> Calculated in Diversity Class Action?* Univ. Texas, HeinOnline, 2002-2003 Preview U.S. Sup. Ct. Cas. 49 (2003-2003).

Michael R. Nelson & Alexander P. Fuchs: *Supreme Court to address Standard of Removal<sup>2</sup> Under the Class Action Fairness Act*, Class Action Quarterly: Vol. 2, Issue 2 (June 2014), (accessed 1/6/2015) www.nelsonbrownc.com

المدعى عليه لتقدير قيمة الدعوى وبأنها تزيد على مبلغ 5 ملايين دولار حتى يتمكن من إزاحة الدعوى إلى المحكمة الفيدرالية.

وقد انقسمت المحاكم الابتدائية إلى رأيين في هذا الشأن، الأول: أن يتم تقدير قيمة الدعوى من منظور المدعي (Plaintiff viewpoint rule)، والتي تقوم على تحديد القيمة بحسب الحق الذي يطلب المدعي الحكم به، وقد أخذت بهذا الرأي محاكم الدوائر الاستئنافية الخامسة، الثامنة، والحادية عشرة، أما الرأي الثاني: أن يتم تقدير قيمة الدعوى من منظور مشترك (Either viewpoint rule)، أي تقوم المحكمة بتقدير قيمة الدعوى إما بالنظر إلى مقدار الفائدة التي تعود على المدعي أو مقدار التكلفة التي يلزم بها المدعي عليه،<sup>(1)</sup> وهذا الرأي تبنته محاكم الدوائر الاستئنافية الأولى، السابعة، التاسعة، والعاشر.<sup>(2)</sup>

عليه، فإنه يتضح بأن تقدير الطلبات غير القابلة للتقدير غير محددة من قبل المشرع الأمريكي وإنما تخضع لتقدير المحكمة، والواقع العملي يوضح بأن محاكم الولايات تتشدد في الاستجابة لطلب إزاحة الدعوى إلى المحكمة الفيدرالية، وهي غالباً ما تقتنع بالتقدير المقدم من قبل المدعي، وتتنظر بعين الشك والرغبة إلى التقدير المقدم من قبل المدعى عليه وأنه يبالغ فيه ولم يقصد منه سوى سلبها الاختصاص ومنعها من نظر الدعوى.

الوضع في دولة الإمارات العربية المتحدة:

أما في دولة الإمارات العربية المتحدة فإن المشرع نحا إلى ما نحا إليه بعض أقرانه في الأنظمة القانونية المقارنة وجعل للدعوى غير القابلة للتقدير قيمة افتراضية حددها في المادة (49) بأنها تتجاوز مبلغ 200 ألف

---

(1) تجدر الملاحظة بأن المحكمة الفيدرالية العليا قضت بأن المدعين في الدعوى الجماعية لا يمكنهم التحايل على القانون ومنع الدعوى من إزاحتها إلى المحكمة الفيدرالية لمجرد تقديرهم قيمة الدعوى بمبلغ يقل عن 5 ملايين دولار، أنظر *Standard Fire ins. Co. v. Knowles*, 133 S. Ct. 1345, 1348 (2103).

(2) *Kymerly Kochis and Mark H. Rosenberg: The Cost of Doing Nothing? Injunctive Relief and the Amount in Controversy*, (18/6/2014), [www.lexology.com](http://www.lexology.com) (accessed 13/6/2015).

درهم،<sup>(1)</sup> وقد كان القانون الإماراتي قبل التعديلات الأخيرة موافقاً في ذلك معظم الأنظمة المقارنة من حيث إنه كان يجعل تجعل هذه الدعاوى مباشرة وبلا خلاف من اختصاص الدوائر الكلية وهي الدوائر المشكلة من عدة قضاة، ذلك لأن الاختصاص القيمي للدائرة الكلية كان وقتها مرهوناً بأن تزيد قيمة الدعوى على 100 ألف درهم، وقد كان هذا التنظيم منطقياً حين جعل قيمة الدعوى غير القابلة للتقدير متجاوزة مبلغ 200 ألف درهم، رغم أنه كان يكفي لجعل الدعوى غير القابلة للتقدير داخلية في اختصاص الدائرة الكلية أن تعتبر زائدة على مبلغ مائة ألف درهم، فالسبب في منطوقية هذا التنظيم هو أنه اراد أن يأخذ بالأحوط ويجعل الحكم الصادر في هذه الدعاوى قابلة للطعن بالنقض إذا ما كان صادراً من محاكم الاستئناف، إذ لو اقتصر نظر المشرع على مسألة الاختصاص وقرر أن قيمة الدعوى غير القابلة للتقدير تعتبر متجاوزة لمبلغ مائة ألف درهم لكان الحكم الصادر فيها من محكمة الاستئناف غير قابل للطعن فيه بالنقض نظراً لأن الطعن بالنقض يتطلب في الحكم المطعون أن يكون صادراً في منازعة تزيد قيمتها على مبلغ مائتي ألف درهم، وذلك لم يكون يثور أدنى شك في قابلية الأحكام الصادرة في الدعاوى غير القابلة للتقدير للطعن بالنقض وذلك من وجهين، أولهما: أن قيمتها تتجاوز 200 ألف درهم وهو النصاب المالي للطعن بالنقض، ثانيهما: أن المشرع نص صراحة في المادة (173) وبعد أن قيد الطعن بتجاوز قيمة الدعوى مبلغ 200 ألف درهم بأن أرفد بالدعاوى غير القابلة للتقدير معتبراً في ذلك نوع الدعوى وليس قيمتها.

وقد يفهم من ذلك أن أساس الطعن بالنقض في الدعاوى غير القابلة للتقدير طبيعتها النوعية وليست قيمتها المالية، ونرى بأن المشرع لم يكن بحاجة إلى وضع هذا الأساس في المادة (173) لأنه قد سبق أن افترض لهذه

(1) تجدر الإشارة إلى أن المادة (10/49) كانت حين صدور القانون تقدر الدعوى غير المقدره بمبلغ عشرة آلاف درهم، مما كان يدخلها في نصاب الدائرة الجزئية باعتبارها تختص بالدعاوى التي لا تتجاوز مبلغ 100 ألف درهم، ولكنها في الوقت ذاته تخالف المادة 30 والتي كانت تجعل الدعاوى غير القابلة للتقدير مما تدخل نوعياً في اختصاص الدوائر الكلية، أنظر محمد نور عبدالهادي شحاته، الوجيز في الإجراءات المدنية، (دبي: كلية شرطة دبي، 1995م)، ج: 1، ص: 486؛ علي الحديدي، القضاء والتقاضى، ص: 349.

الدعاوى قيمة افتراضية في المادة (49) توافق نصاب الطعن بالنقض، ومن ثم فإنها كانت ستدخل في الحالة الأولى المذكورة في المادة (173) باعتبار قيمتها متجاوزة مبلغ 200 ألف درهم.

على أن هذا ما كان العمل عليه في ظل القانون قبل تعديله بالقانون رقم (10) لسنة 2014م، دون أن يثير الموضوع أية إشكالية، أما الآن وبعد صدور التعديل الجديد فإنه تنور إشكالية في تحديد الدائرة المختصة بنظر الدعاوى غير القابلة للتقدير، فإذا كان التعديل طال النصاب القيمي لكل من الدوائر الجزئية والدوائر الكلية، إلا أنه لم يطل القيمة الافتراضية للدعاوى غير القابلة للتقدير، الأمر الذي يثير إشكالية حقيقية حول الدائرة المختصة بنظرها، ومما يزيد من أهمية هذه المشكلة ما قد سبقت الإشارة إليه من أن تحديد الدائرة المختصة بنظر الدعوى قيمياً متعلق بالنظام العام بحيث يؤدي عدم إتباعه إلى بطلان الحكم الصادر فيها.

لهذا السبب ولتفادي إشكالية تقدير قيمة افتراضية للدعاوى غير القابلة للتقدير رأى جانب من الفقه - وبحق - ضرورة جعلها من اختصاص المحكمة الكلية بحسب نوعها وليس قيمتها.<sup>(1)</sup>

### المطلب الثالث: الدائرة المختصة بنظر الدعاوى غير القابلة للتقدير

إلى أن يتدخل المشرع ويقنن الحل السابق فإنه تبقى مسألة تحديد الدائرة المختصة بنظر الدعاوى غير القابلة للتقدير جديرة بالدراسة المعمقة حيث لم تقم بشأنها دراسات متخصصة بحسب علمنا، ونقطة الانطلاق أن الإجابة على المسألة قد تحتل رأيين<sup>(2)</sup> وهما، الأول: أن هذه الدعاوى تدخل في اختصاص الدائرة الكلية لأن المشرع لم يضع سقفاً للقيمة المالية لتلك الدعاوى، فعبارة النص جاءت مطلقة بأنها تتجاوز مبلغ 200 ألف درهم، ومن ثم فإن المجال مفتوح للتقدير ويمكن أن تتجاوز مبلغ 500 ألف درهم طالما لم يحددها المشرع بسقف معين بأن أطلق حدها الأعلى دون تحديد، أما الرأي الثاني: فيرى بأنه يمكن أن يفهم من تحديد المبلغ بتجاوزة مبلغ 200 ألف درهم

(1) أمينة النمر، تقدير قيمة الدعوى، بند: 45؛ الزعبي، أصول المحاكمات، ص: 290؛

علي العبيدي، المرافعات، ص: 175.

(2) المستشار فتيحة قره في ندوة التعديلات الجديدة على قانون الإجراءات المدنية، معهد

التدريب والدراسات القضائية، الشارقة، 2015/2/24م (محاضرة غير منشورة).

بأنه تقريب للقيمة الافتراضية للدعوى، ومن ثم ينبغي عدم التوسع في التقدير والمبالغة فيه، بحيث لا يعقل أن يصل إلى مبلغ يتجاوز 500 ألف درهم خاصة أن الفرق بينهما يتجاوز القيمة الافتراضية ذاتها، وعليه وبحسب هذا الرأي فإن الدعوى غير القابلة للتقدير لا يمكن أن تكون إلا من اختصاص الدوائر الجزئية.

**الفرع الأول: هل يمكن الاستناد إلى قواعد تقدير الرسوم لتقدير قيمة الدعوى غير القابلة للتقدير؟**

هل بالإمكان الرجوع إلى الرسوم المفروضة في المحاكم لمعرفة قيمة الدعوى غير القابلة للتقدير؟ قد تقدمت الإجابة بالنفي، إذ سبقت الإشارة إلى أن العبرة في تحديد النصاب القيمي للمحكمة ونصاب الطعن هو بقواعد قانون الإجراءات المدنية وليس بالقوانين الأخرى سواء كانت قوانين الرسوم القضائية أو الإثبات.

وبالنظر إلى الواقع العملي في المحاكم فإننا نجد بأنه تُفرض رسوم رمزية على الدعوى غير القابلة للتقدير،<sup>(1)</sup> وذلك بالرغم من أن المشرع قد نص صراحة على أنها تتجاوز مبلغ 200 ألف درهم؛ فكان المنطق يقتضي أن تكون الرسوم المفروضة على هذه الدعوى لا تقل كحد أدنى عن رسوم الدعوى العادية المقدرة القيمة التي تكون قيمتها مبلغ 200 ألف درهم، فعلى سبيل المثال لو كانت الرسوم 4% من قيمة الدعوى فإنه يفترض أن تكون رسوم الدعوى غير القابلة للتقدير هو مبلغ 8 آلاف درهم، ولكن الواقع العملي غير ذلك، إذ تبلغ هذه الرسوم مبلغ 100 درهم في محاكم دبي، ومبلغ 200 درهم في المحاكم الاتحادية، فقواعد قانون الرسوم القضائية لا تطبق إلا بغرض تحصيل الرسوم وليس لتحديد الاختصاص أو القابلية للاستئناف، لهذا حسناً قيل بأن العبرة في تقدير قيمة الدعوى هي بقواعد المرافعات وليس بقواعد قوانين أخرى.

---

(1) أنظر التطبيق في مصر، هدى محمد مجدي، الرسوم القضائية، ص: 26، حيث تفرض رسوم زهيدة على الدعوى مجهولة القيمة تبلغ قروشاً.

الفرع الثاني: الدائرة المختصة بنظر الدعاوى غير القابلة للتقدير هي الدائرة الكلية

في ظل عدم وجود إجابة صريحة، فإنه لا بد من اجتهاد الفقه، وإبداء الرأي في هذه المسألة، ونحن نميل إلى القول بأنها تدخل في اختصاص الدائرة الكلية، مدفوعين في ذلك بالأسباب التالية:

أولاً: الدائرة الكلية صاحبة الاختصاص العام

إن الدائرة الكلية هي صاحبة الاختصاص العام، وهذا الأمر لم يتغير حتى قبل التعديلات الأخيرة، إذ يدل على ذلك ما جاء في نص المادة (30) فهي حينما عرجت على اختصاص الدوائر الكلية فإنها استهلكت بمنحها الاختصاص العام، وذلك بإدخال جميع ما لا يدخل في اختصاص الدوائر الجزئية من الدعاوى المدنية والتجارية والعمالية ليكون من اختصاص الدوائر الكلية، والدوائر الجزئية ليست إلا استثناء، والاستثناء لا يقاس عليه ولا يجوز التوسع فيه.

فضلاً على أن الدعاوى المرفوعة أمام الدوائر الجزئية ينبغي أن تكون معلومة ومقدرة القيمة حتى يمكن تحديدها بمبلغ 500 ألف درهم وأقل، أما إذا لم يكن بالإمكان تقدير قيمتها فإنها ترجع إلى "الوعاء الأصلي" لسائر الدعاوى وهو وعاء الدائرة الكلية.<sup>(1)</sup>

ثانياً: العرف أو السوابق القضائية

قد يكون بالإمكان الاستناد إلى العرف أو السوابق القضائية في الإجابة على هذا التساؤل،<sup>(2)</sup> على اعتبار أن العرف مصدر من مصادر القانون، فطالما كانت الإجابة غير متوفرة في صريح القانون وفي مصدره الأساسي، فالتعويل يكون على العرف، عملاً بحكم المادة الأولى من قانون المعاملات

(1) جميعي، مبادئ المرافعات، ص: 201.

(2) أنظر خلاف هذا الرأي أستاذنا الفقيه والي، الوسيط، بند5، ص8، حيث يرى سيادته بأنه "مهما كانت درجة ثبات ما تجري عليه العادة في الحياة العملية من إجراءات أمام المحاكم لم يقض بها نص تشريعي، فليس لها ما للقانون من اعتبار"، ونحن إذ نستند إلى العرف فذلك من باب الاستشهاد وتأكيد الرأي ليس إلا، ولا نقصد بإمكانية مجاوزة العرف للنص القانوني أو إقرار وضع إجرائي غير موجود.



المدنية الاتحادي: "... لا مسأغ للاجتهاد في مورد النص القطعي الدلالة، ... فإذا لم يجد القاضي حكم بمقتضى العرف ..."، كما أنه لا يجوز إنكار الطابع الإلزامي - ولو من الناحية الأدبية - للسوابق القضائية.

وقد جرت العادة واستقر على أن الدعاوى غير القابلة للتقدير تكون من اختصاص الدوائر الكلية، ففي ظل قانون الإجراءات والذي بدأ تطبيقه وجرت عليه المحاكم منذ 1992م (أي أكثر من 23 عاماً)، ظلت الدعاوى غير القابلة للتقدير داخلة ضمن اختصاص الدوائر الكلية.<sup>(1)</sup>

### ثالثاً: قابلية الحكم للطعن بالنقض

لما كانت الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف في الدعاوى غير القابلة للتقدير تقبل الطعن بالنقض حتى بعد التعديلات الأخيرة باعتبارها تتجاوز نصاب النقض وهو مائتي ألف درهم، وكانت قبل ذلك كقاعدة عامة أحكاماً صادرة في دعاوى كانت من اختصاص الدائرة الكلية، باعتبار أن الأحكام الصادرة من الدائرة الجزئية تكون متعلقة في الغالب بدعاوى لا تتجاوز قيمتها 100 ألف درهم، ومن ثم تقبل الطعن أمام محاكم الاستئناف ولكن لا تقبل بعد ذلك الطعن بالنقض، من هنا نقول بأنه إذا كانت قيمة الدعوى من الأهمية بحيث يبرر عرضها على محكمة النقض كونها تتجاوز 200 ألف درهم، فإن ينبغي أن تعرض من باب أولى على محكمة كلية مشكلة من ثلاثة قضاة بدلاً من محكمة جزئية مشكلة من قاض فرد، ولما كانت الدعاوى غير القابلة للتقدير يجوز الطعن في الحكم الصادر بشأنها أمام محكمة النقض فإنه ينبغي من باب أولى ألا يكون نظرها إلا من اختصاص الدائرة الكلية.

---

(1) المحكمة الاتحادية العليا: الطعن رقم 244، سنة 24 ق، شرعي، جلسة 2004/10/30م؛ الطعن رقم 540 و 580 سنة 22 ق، مدني، جلسة 2001/4/24م؛ محكمة النقض أبوظبي: طعن رقم 57 لسنة 2009 س 3 ق أ، جلسة 2009/2/25، أحوال شخصية؛ طعن رقم 1002 لسنة 2009 س 3 ق أ، جلسة 2009/12/13م، مدني - عمالي؛ محكمة التمييز دبي: الطعن رقم 134 لسنة 2008، تجاري، جلسة 2008/10/7م.

## رابعاً: التحوط في الإجراء القضائي

إنه لمن المعلوم أن الدعاوى تختلف في قيمتها وأهميتها، وهذه الأهمية قد تكون نابعة من أسباب موضوعية أو أسباب شخصية، وقد وضع المشرع معياراً موضوعياً في تحديد أهمية الدعوى من خلال قيمة الدعوى، لكن الدعاوى غير القابلة للتقدير لا يمكن أن تقيد بمعايير موضوعية فهي تختلف في أهميتها وقيمتها من فرد إلى آخر،<sup>(1)</sup> كما وإن طبيعتها ونوعها قد تختلف من دعوى لأخرى، لهذا استقرت أغلب التشريعات المقارنة ومن باب الاحتياط على اعتبار هذه الدعاوى من الأهمية – لأنها قد تكون بالفعل كذلك- بحيث تعامل معاملة الدعاوى الداخلة في اختصاص الدائرة الكلية، فالمنطق يستلزم أن يفترض لهذه الدعاوى قيمة تجاوز النصاب المالي للدائرة الجزئية، إعمالاً للعدالة وحتى لا يتضرر الخصوم سواء من مسألة عدم قابلية الحكم للطعن أو من قصر نظر الدعوى من قبل قاض فرد قد يكون احتمال تأثره أو خطئه وارداً بشكل كبير.

ويؤيد هذا الاتجاه ما ذهبت إليه لجنة الخبراء المكلفة بوضع نظام أو قانون موحد للإجراءات المدنية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربي، حيث نصت المادة (25) من النظام على إخراج الدعاوى غير القابلة للتقدير من اختصاص المحكمة الجزئية وغدخالها في اختصاص الدائرة الكلية: "تختص المحكمة الجزئية بالحكم ابتداء في الدعاوى المدنية والتجارية التي لا تزيد قيمتها على الحد الأقصى الذي يعينه قانون كل دولة، كما يحدد القانون قواعد تقدير قيمة الدعاوى، وإذا كانت الدعوى يطلب غير قابل للتقدير اعتبرت قيمتها زائدة على نصاب اختصاص المحكمة الجزئية."<sup>(2)</sup>

(1) أحمد أبو الوفاء، التعليق على نصوص قانون المرافعات، (الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 2007م)، المادة: 41، ص: 339.

(2) انتهت لجنة الخبراء إلى وضع وثيقة المنامة للنظام (القانون) الموحد للإجراءات المدنية – المرافعات بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربي، واعتمدت من المجلس الأعلى في الدورة الثانية والعشرين في مسقط بتاريخ 30-31 ديسمبر 2001م لتكون قانوناً استرشادياً لمدة أربع سنوات؛ وثيقة المنامة، الأمانة العامة، 2002م، ص 19.

## الخاتمة

لم يكن الغرض من هذا البحث النقصي عن العطل أو التصيد للتشريع الجديد، بقدر ما كان لمواجهة إشكالية حقيقية عملية قد تقع حال تنفيذ قانون الإجراءات المدنية الجديد والذي دخل حيز التنفيذ منذ شهر مارس 2015م، وما دفعنا إلى الكتابة في مسألة تحديد الدائرة المختصة بنظر الدعاوى غير القابلة للتقدير وابداء الرأي بشأنه ما أعرب عنه المختصون من قلق إزاء هذه المسألة بالذات، ولا نعلم سبب عدم تعديل المادة (49) من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي أسوة بباقي المواد الأخرى، هل كان سهواً من المشرع؟ أم أن المشرع لم ير داعياً للتعديل؛ مكتفياً بما تتمتع به الدائرة الكلية من اختصاص عام، بحيث اعتبر كل ما لا يدخل في اختصاص الدائرة الجزئية سيكون تلقائياً من اختصاص الدائرة الكلية؟

إن في وجوب تحديد الدائرة المختصة بنظر الدعاوى غير القابلة للتقدير أمر ضروري وحاجة عملية، ولا يمكن ترك المسألة للتكهنات، ذلك أن الاختصاص القيمي من النظام العام، لهذا كان لا بد من تقديم إجابة قطعية بحيث تمنع أي لغط قد يثور حال رفعت مثل هذه الدعاوى.

وإننا نرى بوجوب جعل الدعاوى غير القابلة للتقدير من اختصاص الدائرة الكلية بحسب نوعها وليس قيمتها، وذلك حتى لا يضطر المشرع بين الفينة والأخرى إلى تغيير قيمتها ومراجعتها كلما تغير نصاب الدوائر أو نصاب الطعن في الأحكام، فقد ظهرت فعلاً بعض هذه الإشكالات في بعض النظم التي غفل المشرع فيها عن تعديل قيمة الدعاوى غير القابلة للتقدير رغم تعديله لنصاب الاختصاص، وقد تقدم بيان ذلك في سلطنة عمان، وهو الحاصل الآن في الإمارات وبسببه جاء إعدادنا لهذا البحث.

عليه، فإننا نهيىب بالمشرع إلى تعديل نص المادة (30) من قانون الإجراءات المدنية ونقترح عليه إضافة الدعاوى غير القابلة للتقدير للبند (أ) من الفقرة الثانية لتدخل في اختصاص الدوائر الكلية بحسب نوعها، وذلك على النحو الآتي:

"... 2- تختص الدوائر الكلية المشكلة من ثلاثة قضاة بما

يأتي:

أ- الحكم في جميع الدعاوى المدنية والتجارية والعمالية التي

ليست من اختصاص الدوائر الجزئية، وكذلك الدعاوى غير

القابلة للتقدير..."

وهذا الاقتراح يضمن أيضاً - ودون الحاجة إلى تعديل آخر - للأحكام

الصادرة من محاكم الاستئناف في هذه الدعاوى أن تكون قابلة للطعن بالنقض

نظراً لأن المادة (173) تجعل الدعاوى غير القابلة للتقدير داخلة في اختصاص نصاب هذا الطعن.

كما ونقترح إلغاء الفقرة التاسعة من المادة (49) والتي تضع قيمة افتراضية للدعاوى غير القابلة للتقدير كونها لن يكون لها مجال للتطبيق بعد أن أصبحت هذه الدعاوى وبموجب الاقتراح السابق تدخل ضمن اختصاص الدائرة الكلية بحسب نوعها.

وختاماً فإننا نشد على يد المشرع ونعضده في تعديلاته الجديدة، فهي جاءت لمصلحة النظام القضائي والذي نرجو أن يكون نظاماً فعالاً ناجزاً، وأن تكون تلك التعديلات على قدر التطلعات والطموحات التي جاءت مصاحبة لها، ونهيب بالممارسين التعاون مع المشرع في إنهاء النزاعات والابتعاد عن اللدد والشطط في الخصومات، فالقانون الإجرائي ما وضع إلا لضمان إقرار الحق وسيادة القانون وإرساء العدالة؛ من خلال إرجاع الحقوق لأصحابها، ولم يكن أبداً مطية لبخس الناس حقوقهم أو تعطيل حصولهم عليها.

وأخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبيه الأمين، وعلى آله وصحبه أجمعين.

## المصادر والمراجع

1. أبو اليزيد علي المتيت، الأصول العلمية والعملية لإجراءات التقاضي، (الإسكندرية: المكتب الجامعي الحديث، بدون سنة نشر).
2. أحمد أبو الوفاء، التعليق على نصوص قانون المرافعات، (الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 2007م).
3. أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، (الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 2007م).
4. أحمد خليفة شرقاوي، الدفع بعدم الاختصاص، (القاهرة: دار الكتب القانونية، 2011م).
5. أحمد خليل، أصول المحاكمات المدنية، (بيروت: الدار الجامعية، 1995م).
6. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، (القاهرة: دار النهضة العربية، 2000م).
7. أحمد صالح مخلوف، الوسيط في شرح التنظيم القضائي الجديد بالمملكة العربية السعودية، (الرياض: معهد الإدارة العامة، 2013م).
8. أحمد صدقي محمود، قواعد المرافعات في دولة الإمارات، (دبي: مطابع البيان، 1999م).
9. أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، (الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2013م).
10. أسامة روبي، مبادئ المرافعات والتنظيم القضائي في سلطنة عمان، (القاهرة: دار النهضة العربية، 2008م).
11. أمير فرج يوسف، الشرح والتعليق على قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، (المكتب الجامعي الحديث، 2014م).
12. أمينة النمر، تقدير قيمة الدعوى، (الإسكندرية: منشأة المعارف، 1979م).
13. أمينة النمر، قوانين المرافعات، (الإسكندرية: مؤسسة الثقافة الجامعية، 1982م).
14. أنور طلبة، موسوعة المرافعات المدنية والتجارية، (الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 1993م).
15. بكر عبدالفتاح سرحان، قانون الإجراءات المدنية، (الشارقة، مكتبة الجامعة، 2013م).
16. حيدر أحمد دفع الله أحمد، أصول المرافعات المدنية والتجارية، (الدوحة: مكتبة المناعي، 1997م)، ط1.

17. رمزي سيف، قانون المرافعات المدنية والتجارية وفقاً للقانون الكويتي، (الكويت: جامعة الكويت، 1974م).
18. روبرت أ. كارب و رونالد ستيدهام، الإجراءات القضائية في أمريكا، ترجمة علاء أبو زيد، (القاهرة: الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، 1997م).
19. عاشور مبروك، النظام القانوني لمساعدة غير القادرين على دفع المصروفات القضائية، (المنصورة، مكتبة الجلاء الجديدة، 1987م).
20. عاشور مبروك، النظرية العامة لقانون القضاء في دولة الإمارات العربية المتحدة، (العين: جامعة الإمارات العربية المتحدة، 1999م)، ط2.
21. عباس العبودي، شرح أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية، (عمان: دار الثقافة، 2006م).
22. عبدالباسط جميعي ومحمد محمود إبراهيم، مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد والقوانين المعدلة، (القاهرة: دار الفكر العربي، 1978م).
23. عبدالحميد الشواربي، قواعد الاختصاص القضائي، (الإسكندرية: منشأة المعارف، 1985م).
24. عبدالحميد المنشاوي، التعليق على قانون المرافعات، (الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 2007م).
25. عبدالعزيز خليل بديوي، بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام، (القاهرة: دار الفكر العربي، 1978م).
26. عبدالمنعم عبدالعظيم جيرة، نظام القضاء في المملكة العربية السعودية، (الرياض: معهد الإدارة العامة، 1988م).
27. عزالدين الدناصوري وحامد عكاز، التعليق على قانون المرافعات، (بدون دار نشر، 1995م)، ط8.
28. علي أحمد الخنجي، التعليق على قانون المرافعات القطري، (الدوحة: المؤلف، 1996م).
29. علي الحديدي، القضاء والتقاضي، (دبي: أكاديمية شرطة دبي، 2002م).
30. علي عبدالحميد تركي، شرح قانون الإجراءات المدنية، (القاهرة: دار النهضة العربية، 2011م)، ط2.
31. علي هادي العبيدي، قواعد المرافعات المدنية في سلطنة عمان، (الإسكندرية: المكتب الجامعي الحديث، 2006م).

32. عوض أحمد الزعبي، أصول المحاكمات المدنية، (عمان: دار وائل، 2002م).
33. فتحي والي، قانون القضاء المدني الكويتي، (الكويت: جامعة الكويت، 1977م).
34. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، (القاهرة: مطبعة جامعة القاهرة، 2008م).
35. مبارك بن عبدالله بن حامد الراشدي، السلطة القضائية في تونس و عمان بين الفقه والقانون، رسالة دكتوراه، 1996م (تونس: الجامعة الزيتونية، 2002م).
36. محمد نور عبدالهادي شحاته، الوجيز في الإجراءات المدنية، (دبي: كلية شرطة دبي، 1995م).
37. محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، (القاهرة، دار الفكر العربي، 1981م).
38. مصطفى المتولي قنديل، الوجيز في القضاء والتقاضي، (عمان: الآفاق المشرقة، 2010م).
39. مفلح عواد القضاء، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، (عمان: دار الثقافة، 2004م).
40. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، (الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2011م).
41. هدى محمد مجدي، النظام القانوني للرسوم القضائية، (القاهرة: دار النهضة العربية، 2009م).
42. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، (القاهرة: دار الفكر العربي، 1986م)، ط1.

## المراجع الأجنبية

1. Linda S. Mullenix: *Let Us Count the Ways: How Should the Amount in Controversy Be Calculated in Diversity Class Action?* Univ. Texas, HeinOnline, 2002-2003 Preview U.S. Sup. Ct. Cas. 49 (2003-2003).
2. Michael R. Nelson & Alexander P. Fuchs: *Supreme Court to address Standard of Removal Under the Class Action Fairness Act*, Class Action Quarterly: Vol. 2, Issue 2 (Published 23/6/2014), www.nelsonbrownco.com.
3. Kymberly Kochis and Mark H. Rosenberg: *The Cost of Doing Nothing? Injunctive Relief and the Amount in Controversy*, (Published 18/6/2014), www.lexology.com.

## القوانين والتشريعات

1. قانون الإجراءات المدنية الاتحادي الإماراتي رقم (11) لسنة 1992م وتعديلاته.
2. قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي الصادر بالمرسوم بقانون رقم (38) لسنة 1980م والمعدل بالقانون رقم (38) لسنة 2007م.
3. قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني الصادر بالمرسوم رقم (12) لسنة 1971م.
4. قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري رقم (13) لسنة 1990م.
5. القانون القطري رقم (12) لسنة 2005م بشأن حالات وإجراءات الطعن بالتمييز في غير المواد الجنائية.
6. قانون الإجراءات المدنية العماني المعدل بالمرسوم السلطاني رقم (29) لسنة 2002م.
7. قانون السلطة القضائية العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (93) لسنة 1994م.
8. نظام المرافعات الشرعية في المملكة العربية السعودية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/1) في 1435/1/22 هـ.



9. اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية بالمملكة العربية السعودية الصادرة بقرار الوزير رقم 3285 بتاريخ 15/3/1428هـ.
10. وثيقة المنامة للنظام (القانون) الموحد للإجراءات المدنية – المرافعات بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربي، 2002م.
11. قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (24) لسنة 1988م مع تعديلاته.
12. قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (76) لسنة 2007م.
13. قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الصادر بالمرسوم الاشتراعي رقم 90 لسنة 1983م.
14. قانون الإجراءات المدنية الفيدرالية الأمريكي U.S. Federal Rules of Civil Procedure.
15. قانون الإجراءات المدنية لولاية لويزيانا Louisiana Civil Code of Procedure.
16. قانون الدعوى الجماعية الأمريكي Class Action Fairness Act of 2005.

ورقة بحثية بعنوان :

النزوح واللجوء  
في إطار تحديد المفاهيم والحلول المقترحة

إعداد

د. صليحة علي صداقة

أستاذ القانون الدولي العام المشارك

كلية القانون درنة - جامعة عمر المختار

2014

## تقديم :

النزوح واللجوء ، ظواهر ارتبطت جميعها بالحرak السكاني . فالإنسان عرف الانتقال والتحرك من مكان لآخر منذ القدم (1) .  
واللاجئ وفقاً لتعريف اتفاقية الأمم المتحدة للاجئين عام 1951 هو : " أي شخص يوجد خارج الدولة التي يحمل جنسيتها نتيجة لأحداث تسبب تخوف له ما يسوغه من التعرض لاضطهاد ، لأسباب ترجع إلى عرقه أو دينه أو جنسيته أو انتمائه لعضوية فئة اجتماعية معينة ، أو آرائه السياسية ، وغير قادر ، أو لا يريد بسبب ذلك التخوف أن يستظل بحماية دولته " ، كما تنطبق صفة لاجئ وفقاً لتعريف الاتفاقية على كل شخص لا يتمتع بجنسية ، ويوجد خارج دولة إقامته المعتادة بسبب التخوف من التعرض لاضطهاد ، ولا يستطيع أو لا يرغب بسبب هذا التخوف أن يعود إلى تلك الدولة (2) .

وبذلك فإن اللاجئ يختلف عن النازح الذي ينتقل في ظل الظروف نفسها إلى مكان آخر داخل حدود دولته ، وأن يكون متمتعاً بحمايتها ورعايتها طالما ظل داخل حدود هذه الدولة ، بينما تكون حماية اللاجئ مسؤولية دولة الملجأ والمجتمع الدولي (3) .

كما أن اللاجئ يختلف عن المهاجر الذي يترك دولته بحثاً عن فرص أفضل ، ويملك قرار العودة إليها بخلاف اللاجئ الذي يترك دولته خوفاً على أمنه وسلامته ، ولا يستطيع العودة إلى دولته طالما استمرت بها حالة عدم الاستقرار ، أو مصدر الاضطهاد (4) .

وقد ازداد أعداد النازحين في الدول التي قامت فيها الحروب الأهلية ، خاصة الدول الأفريقية ، وما سمي ، كذلك ، بثورات الربيع العربي ... وتحتل معاناة النازحين في معظم الأحيان جزءاً كبيراً من عمليات الإغاثة الإنسانية ، خصوصاً بعد أن تم وضع الدليل العالمي الأول الذي يتناول قضية المجتمعات النازحة عام 1998 ، والذي حمل عنوان "المبادئ التوجيهية حول النزوح الداخلي" .

وعلى عكس القانون الدولي الإنساني، تعتبر البنود الثلاثين التي تتكون منها هذه المبادئ "قانوناً غرضاً" بمعنى أنها غير ملزمة قانوناً ، بل تشير فقط إلى مجموعة واسعة من قوانين حقوق الإنسان والقوانين الإنسانية ، وتبقى في نطاق كونها مجموعة مبادئ...

كما تفاقمت أعداد اللاجئين في العالم بشكل ملحوظ. وللدلالة على ذلك تكفي الإشارة إلى أنه عند إنشاء المفوضية العليا لشؤون اللاجئين عام 1951 (5) كانت مهمتها رعاية مليون لاجئ ، وهي ترعى ، حالياً ، وفقاً لإحصائية 2010 " 41 " مليون لاجئ . ومما يزيد من حجم المشكلة أن أغلبهم يكون من الأطفال والنساء (6) ... ولا يخفى على ما يترتب على ذلك من آثار ..

ومع هذا التزايد قامت بعض الاجتهادات لتفسير ظاهرة اللجوء خاصة في الدول النامية ، فأرجعها البعض إلى عوامل داخلية وأخرى خارجية ..

ويتسع نطاق المناقشات حول مدى كفاية الإطار القانوني الدولي الحاكم لقضايا النازحين واللاجئين ، والحاجة إلى تطوير اتفاقية الأمم المتحدة للاجئين لعام 1951 م على اعتبار أن الاتفاقية لا تتعامل مع أسباب اللجوء والنزوح ، أو الاحتياجات الخاصة للاجئين من الأطفال والنساء . كما أنها لا تطرح الكثير من الحلول للحماية ، بل إن البعض (7) ذهب إلى أن الاتفاقية قد عفى عليها الزمن ، ولا يمكن إعمالها على أرض الواقع الدولي المعاصر ، وأنها باتت غير ذات جدوى ، وتفتقر إلى المرونة . وفي المقابل تدافع اتجاهات أخرى عن الاتفاقية بوصفها اتفاقاً عالمياً يضع معايير بشأن كيفية حماية اللاجئين ، وأن هناك العديد من الجهود تبذل لتطوير هذه الحماية على أرض الواقع .

وفي إطار تحديد هذه المفاهيم ، لا بد من الوقوف أمام مصطلحات " النزوح واللجوء ، والمشاكل المترتبة عليها في واقعنا المعاصر ، وارتباط ذلك بقضايا حقوق الإنسان ، والتدابير المتخذة وفقاً للتشريعات المقررة ، وكذلك الحلول المقترحة .. وبموجب ما هو كائن .. وما ينبغي أن يكون .. نتناول هذا الموضوع في المطالب التالية :

المطلب الأول / النزوح .

أولاً / تعريف النزوح .

ثانياً / الحقوق والواجبات .

ثالثاً / الفرق بين النزوح والنازح .

المطلب الثاني / اللجوء .

أولاً / مفهوم اللاجئ .

ثانياً / طبيعة حق اللجوء .

ثالثاً / الحماية الدولية للاجئين .

المطلب الثالث / النتائج والحلول المقترحة .

أولاً / النتائج .

1. تحديد معنى النازح واللاجئ .
2. أهمية التفرقة بين النزوح والهجرة .
3. الإطار القانوني لحماية النازحين واللاجئين .

ثانياً / الحلول المقترحة .

1. فيما يتعلق باللجوء .
2. وبخصوص النزوح .

الهوامش .

## المطلب الأول النزوح (8)

أولاً / تعريف النزوح :

تعنى كلمة نزوح displacement فى المعجم الإنجليزى الإنتقال أو ترك المكان المعتاد. كما أستعملت عبارة Internal Displaced Persons فى القانون الدولى لتشير الى الأفراد اللذين إنتقلوا من أماكن إقامتهم وتركوا مناطقهم الأصلية الى مناطق أخرى داخل حدود دولتهم ، خوفاً من النزاعات والحروب الأهلية ، أو بسبب إنتهاك حقوقهم الأساسية، أو حماية لأنفسهم من الكوارث الطبيعية. وقد أستخدمت بعض الترجمات العربية تعبير " التشرّد الداخلي " وإستخدمت ترجمات أخرى كلمة " نازحين " لتعريف مصطلح نازحين وهى الأكثر تعبيراً عن المعنى الإصطلاحى ، لأن المتشرّد يعرف قانوناً بالشخص الذى لا يعرف له مكان إقامة أو عنوان محدد .

ثانياً / الحقوق والواجبات :

ومن النقاط المهمة التى ركزت عليها المبادئ التوجيهية حول النزوح الداخلى لعام 1998 حقيقة أن للنازحين حقوق وواجبات متساوية، فالتعرض للنزوح لا يعنى بالضرورة الانتفاص من حقوق النازح كموطن ، كما تشير المبادئ الى أن الحكومات مسؤولة مباشرة عن حماية مواطنيها وعندما لا تستطيع ذلك أو تختار عدم القيام بذلك، يصبح من واجب المجتمع الدولى ضمان حماية النازحين. وقد وضعت المبادئ التوجيهية مجموعة من المعايير يمكن للحكومات ومنظمات الأمم المتحدة ومنظمات الإغاثة الدولية الرجوع إليها فى حالات النزوح .

ثالثاً / الفرق بين النزوح والنازح (9) :

النزوح ، مصطلح سياسى ظهر فى العقود الماضية ، ولم تتطرق القرارات والاتفاقيات الدولية لتعريف النازح على غرار مفهوم اللاجئ عموماً ، والسمة المميزة لنزوح الأشخاص هى فقدان الإرادة، لكونهم لم يتركوا مناطقهم وأماكن إقامتهم المعتادة بطوعهم وإختيارهم ، بل مكرهين بأسباب خارجة عن إرادتهم . فلو لا الأسباب القاهرة لما هجرو منازلهم ومناطقهم الى مكان آخر بحثاً عن الأمن والسلام ...

فالنزوح إذأ هو حالة يجد فيها الشخص نفسه مرغماً على ترك مكان إقامته الأصلية والإنتقال الى مكان آخر بحثاً عن الأمن والحماية .

أما النازح ، فهو الشخص الذى تهددت حياته وممتلكاته بسبب النزاعات والحروب الداخلية أو إنتهاك حقوقه الأساسية أو بسبب الكوارث الطبيعية ...

وبالتالي لا يشمل هذا التعريف الأشخاص المهاجرون اللذين يتركون مناطقهم بطوعهم وبإختيارهم ولأسباب إقتصادية واجتماعية وثقافية... وقد بدأ المجتمع الدولي الاهتمام بمشكلة النازحين مع بداية التسعينات، ففي عام 1992 أولت المفوضية الدولية لحقوق الإنسان اهتماماً بدراسة أسباب وملاسات مشكلة النازحين وتحديد وضعيتهم القانونية ومعرفة احتياجاتهم وبالتالي إيجاد السبل الكفيلة لتحسين وسائل الحماية الإنسانية لهم. وفي عام 1998 ، أنشأت وثيقة الأمم المتحدة الإرشادية لحماية النازحين<sup>(10)</sup> والتي أستخدمت فيما بعد دليلاً يستمد مصدره من تجميع وتحليل القوانين الدولية ، ومرشداً يستعين به موظفو الحماية الدولية في أعمالهم الميدانية.

وقد عرفت هذه الوثيقة النازح بأنه : " شخص أو مجموعة أشخاص أرغموا أو ألزموا بمغادرة مأواهم ومناطقهم الأصلية تقادياً لنزاع مسلح أو كوارثاً طبيعية أو هرباً من اضطهاد أو انتهاكاً لحقوقهم الأساسية رابعاً / مدى أحقية النازح في طلب اللجوء السياسي لأي دولة أخرى . منحت المادة 14 / 2 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان حق اللجوء السياسي ، كما عرفته إتفاقية جنيف لسنة 1951 ، واشترط المبدأ الثاني من وثيقة الأمم المتحدة للمبادئ الإرشادية لحماية النازحين عدم تفسير هذه المبادئ كمقيدة أو ناسخة لأي نص من نصوص قانون حقوق الإنسان أو القانون الدولي الإنساني . كما أكد نفس المبدأ في فقرته الثانية على تطبيق هذه المبادئ دون المساس بحق اللجوء السياسي . أما المبدأ الخامس عشر فقد نص صراحة على حق النازحين في المغادرة إلى أي بلد آخر وحققهم في طلب اللجوء السياسي .

## المطلب الثاني

### اللجوء (11)

#### أولاً / مفهوم اللاجئ :

اللاجئ هو ذلك الشخص الموجود خارج وطنه الأصلي، ويعانى من اضطهاد له ما يبرره بسبب عرقى أو إثنى أو بسبب الدين أو الجنسية أو الانتماء إلى مجموعة اجتماعية معينة أو بسبب آرائه السياسية، وهو غير قادر على أن ينتفع أو يحصل على حماية من بلده وغير قادر على العودة إلى هناك بسبب الخوف من الاضطهاد<sup>(12)</sup> . وقد ورد النص قانوناً على تعريف اللاجئ في الاتفاقية الدولية لوضع اللاجئين عام 1951 ( وفقاً لما أشرنا إليه أعلاه ) . بينما حددت الدول الأفريقية في اتفاقيتها الإقليمية ( اتفاقية منظمة الوحدة الأفريقية للاجئين لعام 1999 ) قواعد

أكثر مرونة مما وصفتها اتفاقية الأمم المتحدة، فقد جاء تعريفها للاجئ أكثر اتساعاً من تعريف الاتفاقية الدولية لعام 1951، فبالإضافة إلى عنصر الاضطهاد الوارد في الاتفاقية الدولية، أضافت الاتفاقية الأفريقية إلى تعريف اللاجئ: " أي شخص أجبر على ترك مكان إقامته المعتادة للبحث عن ملجأ في مكان آخر خارج دولة إقامته أو جنسيته، وذلك بسبب عدوان أو احتلال خارجي أو سيطرة أجنبية أو أحداث تخل بالنظام العام إما في جزء أو كل من الدولة التي ينتمي إليها بأصله أو جنسيته (13) .

وقد أكدت الاتفاقية على أن تقوم الدول الأفريقية بكل ما بوسعها لاستقبال اللاجئين وتوفير أماكن للإقامة الآمنة تبعد بشكل كافي عن حدود دولتهم، كما أكدت على مبدأ العودة الطوعية للاجئين (14) .

### ثانياً / طبيعة حق اللجوء (15) :

حق اللجوء هو عمل سلمي وليست له أية صبغة سياسية وهو حق تقدمه الدولة تحت سيادتها ويجب أن لا ينظر إليه على أنه عمل عدواني من قبل أية دولة وخصوصاً البلد الأصلي للاجئ.

### ثالثاً / الحماية الدولية للاجئين (16) :

هي أولاً وبشكل رئيسي مسؤولية الدولة في حماية مواطنيها، وعندما تكون الدولة غير قادرة، أو كارهة لحماية مواطنيها، يعنى الأفراد، من انتهاكات خطيرة لحقوقهم الشخصية ويجبروا على ترك وطنهم ليبحثوا عن الحماية والأمان في بلد آخر.

والإشكال هنا يدور حول أن الشخص الذي لا يتمتع بالأمان يجد نفسه مجبراً على الهروب من وطنه وطلب اللجوء في دولة أخرى، ويعرف هذا الشخص بطالب اللجوء .. ويبقى طالب اللجوء متمتعاً بهذه الصفة إلى أن تتم دراسة طلبه، وخلال هذه الفترة الانتقالية تبقى حقوق طالب اللجوء في منطقة رمادية غير واضحة المعالم .. الأمر الذي دفع العديد من الدول إلى اتباع ممارسات متباينة في التعامل معه، وذلك لأن جل اهتمام الوثائق الدولية والتشريعات المحلية التي تناولت هذا الموضوع انصب على اللاجئ دون الالتفات للمرحلة السابقة، وهي مرحلة طالب اللجوء (17) ..

وفي جميع الأحوال يجب أن يتمتع اللاجئ كأي إنسان آخر بكل حقوق الإنسان الأساسية. وقد تضمنت اتفاقية 1951 والخاصة بحقوق وحماية اللاجئين التي أقرتها الأمم المتحدة، واتخذت أساساً لعمل المفوضية العليا لشؤون اللاجئين. في المادة 33 النص على أهم هذه الحقوق، بنصها: "



يجب على الدول الموقعة على هذه الاتفاقية أن لا تطرد أو تعيد لاجيء مهمما كانت الطريقة، إلى حدود المناطق التي قد تكون فيها حياته مهددة بالخطر بسبب جنسه أو دينه أو عرقه أو عضويته في مجموعة اجتماعية معينة أو أرائه السياسية " .

### المطلب الثالث النتائج والحلول المقترحة

أولاً / النتائج :

تبين من دراسة هذا الموضوع " النزوح واللجوء في إطار تحديد المفاهيم والحلول المقترحة " التوصل إلى بعض النتائج ، واقتراح بعض الحلول ، وفقاً لما يلي :

#### 1 . تحديد معنى النازح واللاجئ :

رغم تشابه الأسباب التي تؤدي للنزوح واللجوء، إلا أن هناك فرق واضح بين الفئتين . فاللاجئ يترك

موطنه لنفس الظروف والأسباب المذكورة إلا أنه يتعدى حدود دولته وينتقل إلى دولة أخرى، بينما ينتقل النازح في داخل حدود دولته.

وخلافا لحالة اللاجئين فإن النازح لا يكتسب وصفا قانونيا يوفر له الحماية الدولية لكونه نازحا، وذلك

لعدم وجود قانون دولي " اتفاقي أو عرفي " يعرف النازحين ويحدد حقوقهم ، وبالتالي يلزم الدول بحمايتهم واحترام حقوقهم ، وبالتالي يبقى الأمر على حاله في إطار المبادئ التوجيهية للنزوح لعام 1998 .

#### 2 . أهمية التفرقة بين النزوح والهجرة :

الملاحظ أن ، النزوح لا يندرج تحت مفهوم الهجرة الاختيارية للمواطن داخل وطنه أو وفوده من

منطقة إلى أخرى على الرغم من تشابهها في عدم العبور لحدود دولة أخرى ، فالنزوح يختلف عن الهجرة لأنه يتم قسراً بلا رغبة واختيار من الفرد أو الجماعة . كما أنه قد يحدث فجأة دون سابق تخطيط ، والنزوح قد يكون شاملاً وذلك بأن تنزح قبائل بأكملها دون أن يحمل هؤلاء النازحون ما يكفيهم من احتياجاتهم المادية والعينية .

أما الهجرة Migration فتعني انتقال الافراد من منطقة ما الى منطقة أخرى. سواءا كان ذلك داخل حدود الدولة، وهو ما يطلق عليه الهجرة الداخلية ، أو الهجرة خارج حدود الدولة " الهجرة الخارجية " وقد تتم الهجرة بشكل

قانوني، أو قد تتم من خلال تسرب المهاجر الى الدولة المقصودة بطرق غير شرعية، مثل ادعاء الدخول بغرض الزيارة ، ثم الاستمرار في البقاء داخل الدولة بهدف العمل.

وتتميز الهجرة الداخلية بالحرية ، بمعنى أن قرار الانتقال من مكان لآخر داخل حدود الدولة يتم بمحض رغبة الافراد ، والذي دائما ما يكون قائما على العوامل الاقتصادية ، وقد يحدث في بعض الاحيان أن تكون الهجرة الداخلية اجبارية وعادة ما تكون مخططة .

أما في حالة الهجرة الخارجية، فانها لا تكون غالبا حرة. وحتى في حالة كونها حرة فان على الفرد دائما أن يستوفي متطلبات الدخول الى بلد المهجر، فاذا لم يتم بذلك اعتبر مهاجرا غير قانوني. بخلاف هجرة العقول والكفاءات العلمية والفنية التي تعاني منها أغلب الدول العربية والأفريقية .. وهكذا ، تتم الهجرة عن سابق تمعن وتفكير وقد تكون هجرة فردية أو جماعية . والهجرة تتم عبر مراحل مما يسهل استيعابها في موطن الاستقبال ، على عكس النزوح الذي تعجز المجتمعات فيه عن استيعاب كل الأعداد النازحة مرة واحدة بما يفوق مقدرة المجتمع فيؤدي ذلك إلى إفرازات سلبية في المناطق المستقبلية.

### 3. الإطار القانوني لحماية النازحين واللاجئين :

أ . لوضع إطار قانوني شامل لحماية النازحين واللاجئين يجب الأخذ في الاعتبار أن القضية ليست قضية قانونية فقط ، ولكن تتشابك فيها عوامل عدة إنسانية ، وسياسية ، واجتماعية ، واقتصادية.. فلا شك أن حركتهم إلى المدن ، أو دول الملجأ تؤثر على التكوين الاجتماعي والاقتصادي والبيئي..، وتمثل تهديدا للاستقرار..

ب . كما أن وجود اللاجئين في دول الملجأ خاصة الدول النامية يشكل ضغطا حادا على تلك الدول التي تحاول بقدر الإمكان الموازنة بين الاعتبارات الاقتصادية واعتبارات أمنها القومي من ناحية والاعتبارات الإنسانية من ناحية أخرى . فاللاجئون يشكلون عبئا اقتصاديا على دول الملجأ لاحتياجهم لوظائف وخدمات اجتماعية في الوقت الذي يحتاج فيه سكان دول الملجأ ، أيضا ، لهذه الخدمات . وقد يخلق ذلك شعورا بالرفض وعدم القبول تجاه اللاجئين ، وضغوطا على حكومات دول الملجأ للتضييق على الهجرة وحق اللجوء .

ج . يرتبط النزوح واللجوء بصعوبات في إيجاد المأوى الآمن وبالمشكلات الأمنية والصراعات القبلية ، وكذلك العرقية ، وأصبح ينظر إلي النازحين واللاجئين بمزيد من الشك والريبة ، فقد أصبح النزوح مؤثراً في العوامل البيئية والاقتصاد ، المرتبط بارتفاع الأسعار ، وأصبح اللجوء ينظر إليه على أنه وسيلة قد تمكن الإرهابين وغيرهم من غير المرغوب فيهم من الانتقال من دولة إلى أخرى.

د . لا توجد حلول جاهزة لمشكلة النازحين واللاجئين في العالم ، وهي مستمرة ..، وتبقى الحلول السياسية لهذه المشاكل متعثرة في معظم الأحوال .. ورغم كثرة الهيئات والمؤسسات التي تتعامل مع هذه المشكلة إلا أن حلولها لا بد أن تعتمد على اقتراب متعدد الأبعاد لا يتعامل مع الآثار الإنسانية للظاهرة فقط ، أو انحصارها في إطار قانوني فقط .. بل يتعامل مع جذورها السياسية والاقتصادية والبيئية والتنمية... وهي أبعد من ذلك بكثير إذا صدقت النوايا...

## ثانياً / الحلول المقترحة :

### 1 . فيما يتعلق باللجوء :

أ . انضمام الدول إلى الاتفاقيات الخاصة باللجوء ، سواءً كانت عالمية أو إقليمية ، والالتزام بقواعدها في تشريعاتها الداخلية ، وخضوعها للتحديث والتطور ووفقاً للمستجدات الدولية المعاصرة..

ب . ينبغي النظر إلى طالبي اللجوء باعتبارهم أشخاصاً ضعفاء ، فقدوا الحماية في دولهم ، وفي حاجة تدخل المجتمع الدولي ، والمنظمات الدولية المعنية لمساعدتهم وحماية حقوقهم .

ج . وضع تدابير فعالة وسريعة للنظر في طلبات اللجوء وعدم إطالة فترة الانتظار للفصل فيها ، وأن يتمتع أصحابها بالحماية ، وعدم القيام باعتقالهم أو التمييز بينهم خلال فترة النظر في طلبات اللجوء .

د . حق اللجوء ، حق ثابت ، وأن أكثر ما يحتاجه الشخص الهارب من بلده الأصلي عبر الحدود إلى بلد آخر بحثاً عن الملجأ في ظروف معينة هو توفير الحماية له في إطار مواجهة عدم الرد.

## 2. وبخصوص النزوح :

أ . إن إنهاء أية قضية أو نزاع وإعادة بناء مؤسسات دولة ، أو مجتمعات ممزقة نتيجة اختلافات أو حروب ، لمهمة غاية في الحساسية والأهمية .. خاصة عندما تكون المجموعات المعنية في المجتمع ليست مشتركة جميعاً في الحوار الهادف لحل المشكلة ، والمرتبطة بعملية تحديد الأولويات لكي تكون مضمونة ، والتي ستؤدي إلى غرس الإحساس بالمسؤولية وتقبلها ، وصولاً إلى إعادة البناء والاستقرار ، وفقاً لما تتطلبه الأسس المتعلقة بالمساءلة ، ثم المصالحة .

ب . لا يمكن فرض الثقة أو استيرادها بين أبناء الشعب الواحد ، حيث يتم بناؤها من خلال الانخراط الجماعي في مناقشة القضايا، الصغيرة منها والكبيرة ، كقضية واحدة تهم المجتمع ككل ، وينبغي التمييز بين القضايا المثيرة للإنقسام والتجزئة وبين مجرد الاختلاف في الآراء. ومن خلال تعهد والتزام بوضع الحلول المناسبة في وجود حكومة فاعلة تسعى لاستقرار سيادة الدولة . وبالتالي تعطي للمؤسسات شرعيتها وتساعد الأفراد والجماعات على مواصلة انخراطهم ومشاركتهم في بناء السلام والأمان الدائم .

ج . دور الحكومات في دعم التوصل إلى حلول مستدامة : يقع على عاتق الحكومات مسؤولية إيجاد حلول مستدامة للنازحين على أراضيها . وذلك من خلال وضع وتطبيق التشريعات والسياسات والبرامج المعدة خصيصاً لمعالجة مسألة النزوح الداخلي، في أغلب الحالات ، وإيجاد حلول مستدامة لاسيما عند العودة .

وما زال النزوح يشكل عاملاً حاسماً في تعرض الأشخاص للاستضعاف في جميع أرجاء العالم.

ورغم احتمال تعرض السكان من غير النازحين وخصوصاً في مناطق النزوح، إلى نفس الانتهاكات

والعراقيل، يجد النازحون أن كونهم نازحين يحد من التمتع بالأمن والسلامة البدنية وضرورات الحياة الأساسية وما إلى ذلك من حقوق .

د . شهدت ليبيا الكثير من الأزمات والمشاكل التي حدثت بين عدة قبائل ، وبعض المدن ، خاصة بعد قيام ثورة 17 / فبراير / 2011 ، وخاصة بين المدن المتجاورة ، وأعقدها ، على سبيل المثال ، ما حدث بين مصراتة وتاورغاء...

وقد تسببت تلك الخلافات والأزمات بوجود صراعات دامية وآلام مستمرة حتى يومنا هذا...

ولم تستطع مختلف الجهات المتدخلة لحل الأزمة أن تجد الحلول المناسبة والنايعة ، بالتأكيد ، من روح الإسلام والمعتمدة على الفهم الحقيقي لأحكام التشريعة السمحاء ..

فهل أن ليبيا اليوم ، كدولة إسلامية قد خلت من العقلاء والحكماء والمفكرين حتى يصل الأمر بها إلى اللجوء إلى الآخر لإيجاد الحلول لأزمته؟ أم أن الحلول التي تأتي من الآخر هي فقط التي تساهم في حل المشاكل والنزاعات بين أبناء الشعب الواحد؟ وإن كان ذلك صحيحاً! فما هو تفسير ما يجري لوطننا الغالي ليبيا؟؟.

هـ. لا شك أن من يريد الوصول إلى الحلول اللازمة سوف لن يجد صعوبة لإيجادها إذا توفرت النوايا الصادقة ، والجهود المخلصة لدى من يبحث عن إيجاد الحل فعلاً وبصيف ذات طابع إنساني وشرعي بعيداً عن الأهواء والمصالح الضيقة ، ومن المؤكد أن العلاج لمثل تلك الأزمات نابع من روح التشريع السماوي بالدرجة الأولى ، وموافق لما يقتضيه العقل والمنطق ومراعي لمصلحة الشعب المسلم ، ومستنداً على أسس وقواعد المساءلة قبل المصالحة ... ولا بد من تهيأت العوامل اللازمة لتقبل الحلول ، ومن بين أهم تلك العوامل ، نذكر :

- الترويج للمفاهيم الإسلامية القائمة على أساس التسامح والتعايش ونبذ العنف بين أبناء المجتمع ، وإدخال تلك المفاهيم ضمن المناهج التربوية والتعليمية .
- التشجيع على قول الحق والابتعاد عن التملق ، حتى يواجه المجتمع من قام بالاعتداء أو تسبب في حصول النزاع وجعله أمام الأمر الواقع حتى لا يكون بوسعهم أن يرفض ما يمليه عليه الحق والواجب .
- إشاعة ثقافة الاعتراف بالخطأ، فلو حصل ذلك في مجتمعنا ، واعتترف المذنب بذنبه وصاحب الخطأ بخطئه لكان من المهم المساهمة بفض جميع النزاعات .
- العفو ، وهذه الصفة يجب أن يتحلى بها القوي قبل الضعيف والغني قبل الفقير وصاحب السلطة قبل الإنسان البسيط، ومن خلالها يستطيع من يعترف بخطئه أن يطمئن إلى وجود من يعفو عنه ويسامحه.

● الصفح، وهي مسألة مرتبطة بمكارم الأخلاق التي جاء بها نبي هذه الأمة ومنقذها ، سيدنا "محمد" ( ص ) ومن خلالها استطاع أن يقضي على أكبر النزاعات التي كانت في جزيرة العرب بين قبيلتي الأوس والخزرج، الذين أصبحوا إخواناً يرحم بعضهم بعضاً، قال تعالى ( وَإِنْ تَعَفَّوْا وَتَصَفَّحُوا وَتَغْفِرُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ) آية 14 سورة التغابن ) .

● رد الإساءة بالإحسان، وهو منتهى العقل والحكمة ويمثل أعلى مستويات الحضارة والإنسانية حيث يقول تعالى في كتابه الكريم ( ادْفَعْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ فَإِذَا الَّذِي بَيْنَكَ وَبَيْنَهُ عَدَاوَةٌ كَأَنَّهُ وَلِيٌّ حَمِيمٌ ) آية 34 سورة فصلت ) .

● تعميق لغة الحوار، وهي مطلب إنساني وحضاري لفض أغلب النزاعات حتى وإن وصل الأمر إلى حالة من النزاع الحربي، فالعنف لا يولد إلا عنف مثله أو يفوقه..

وبوجود تلك العوامل وغيرها .. قد نستطيع قطع الطريق أمام من له غرض في إثارة الفتنة والنزاع في جسد الشعب الواحد .... والله المستعان ... حفظ الله ليبيا .

## المصادر

1. تعريفات من الموسوعة السياسية ( دنيا الوطن العربي )،  
<http://www.noreldonia.com/vb/showthread.php?t=1922>

--اتحاد وكالات الأنباء العربية :

[tp://www.fananews.com/look/article.tpl?IdLanguage=17&IdPublication=1&NrArticle=487015&NrIssue=5&NrSection=1.](http://www.fananews.com/look/article.tpl?IdLanguage=17&IdPublication=1&NrArticle=487015&NrIssue=5&NrSection=1)

2. يمكن الحصول على التوجيه حول مراقبة الحقوق الإنسانية للأشخاص النازحين داخليا من: دليل التدريب على مراقبة حقوق الإنسان، سلسلة تدريبات المحترفين رقم (7)، مكتب المفوض السامي للأمم المتحدة للشؤون الإنسانية، 2001 ( الفصل 10 ) .

- GLOBAL refugee trends , United Nations High commissioner for refugees ( UNHCR) ., June 2004,p.89.

3. د. أيمن أديب سلامة الهلسه، مسؤولية الدولة تجاه طالب اللجوء، رسالة دكتوراه غير منشورة، كلية الحقوق: جامعة القاهرة، 2004 ، ص .أوما بعدها . وانظر :

-جلبرت جيجر تاريخ الحماية الدولية للاجئين المجلة الدولية للصليب الأحمر، عدد 843 ، 2001 :

<http://www.icrc.org/ara/resources/documents/misc/5yqfyk.htm>

-the 1951 convention relation to the status of Refugees , article 1.

-اتفاقية 1951 الخاصة بوضع اللاجئين: أسئلة وأجوبة، من منشورات مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، قسم الإعلام، نيويورك، بدون سنة

نشر، ص 9؛ أو على موقع المفوضية السامية لشئون اللاجئين على شبكة الإنترنت [www.unhcr.org.eg](http://www.unhcr.org.eg)

4. جمال الشجي: مدن نسكنها ومدن تسكننا، صحيفة البيان، بتاريخ 19 يونيو 2010 / <http://www.albayan.ae/opinions/1265978204282-2010-06-19-1.256668>

د.سارة حمود، الهجرة الأفريقية عبر ليبيا إلى أوروبا وتكلفتها الإنسانية، برنامج دراسات اللاجئين والهجرة القسرية: الجامعة الأمريكية بالقاهرة، 2006 ، ص 16. وانظر :

-Ebenezer Q.Blavo , the Problems of Refugees in Africa : Boundaries and Borders , )England : ashgate Publishing LTD , 1999 .)P.12

منظمة العفو الدولية ، مبادئ توجيهية بشأن النزوح الداخلي ، لمجلة الإلكترونية، العدد 21 ،

<http://www.amnestymena.org>

5. د.إبراهيم نصر الدين ، " اللاجئين في المنازعات الداخلية في أفريقيا " في : إبراهيم نصر الدين ( محرر ) الموسوعة الأفريقية ، المجلد الخامس ، مايو 1997. ولاحظ بالخصوص :

د. مصطفى عبد العزيز مرسي، تأثير الهجرة غير الشرعية إلى أوروبا على صورة المغترب العربي، ورقة بحثية مقدمة لندوة المغتربون العرب من شمال أفريقيا في المهجر الأوروبي، المنعقدة بمقر الأمانة العامة لجامعة الدول العربية: القاهرة، خلال الفترة 23- 24 أبريل 2007 ، ص19.

-محمد بن عبدالله العتيق ، اللاجئين والمهجرون وقت الحروب ، الاحتياجات الطبية والإنسانية ، نوافذ 31 3 . 2013 . <http://www.islamtoday.net/nawafeth/artshow-45-2016.htm>

6.د. رجاء ناجي ،الأطفال المهمشون : قضاياهم وحقوقهم ، المنظمة الإسلامية للدراسات والعلوم والثقافة - إيسيسكو- 1999 ، ص 50 - 51 . وانظر :



-الاتفاقية الدولية بشأن القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري لعام 1965 ، واتفاقية منع جريمة إبادة الجنس والمعاقبة عليها لعام 1948 ، واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لعام 1979 ، واتفاقية حقوق الطفل لعام 1989، والاتفاقية الخاصة بحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم لعام 1990.

-تقرير بعنوان : الأزمات التي تواجه الأطفال والنساء في شرق وجنوب إفريقيا، منشور بموقع اليونسيف:

[www.unicef.org/arabic/hac2011/hac\\_esaro.html](http://www.unicef.org/arabic/hac2011/hac_esaro.html)

7.حازم حسن جمعة ، " مفهوم اللاجئين في المعاهدات الدولية " في أحمد الرشيدى ( محرر ) ، الحماية الدولية للاجئين ، ( جامعة القاهرة ، مركز الدراسات السياسية ، 1997 ) ، ص 16. وانظر:

د. بخاري عبدالله الجعلي ، الجوانب القانونية الأساسية لحماية اللاجئين في القانون الدولي ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، عدد 40 ، 1984 ، ص 18 وما بعدها .

8.شبكة الأبناء الإنسانية ، مكتب الأمم المتحدة لتنسيق الشؤون الإنسانية ( أوتشا ) ، التعريف بحقوق النازحين ، على شبكة المعلومات . وانظر أيضاً :

كيفية انجاح تطبيق اتفاقية كمبالا في مساعدة النازحين داخلياً ، دليل المجتمع المدني بشأن دعم وتنفيذ اتفاقية لحماية ومساعدة النازحين داخلياً في أفريقيا ، على شبكة المعلومات .

-هارون سليمان ، حقوق اللاجئين والنازحين وشروط العودة في القانون الدولي :

[www.sudanjem.org](http://www.sudanjem.org)

د. محمد أحمد المخلافي، الشرعية الدولية لحقوق الإنسان، ورقة بحثية مقدمة للدورة التدريبية الأولى لضباط الشرطة في مجال حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، صنعاء 3- 4 مارس 2002 ، مركز المعلومات والتأهيل لحقوق الإنسان (Hritc) تعز، ص 4 - 7 .

9.جمعية المساعدة القانونية لحقوق الإنسان ، برنامج دعم اللاجئين : النزوح الداخلي ، الاتجاهات العالمية للنزوح الناشئ عن النزاع ، المجلة الدولية

لصليب الأحمر ، المجلد 91 ، العدد 875 ، سبتمبر 2009 ، على شبكة المعلومات .

10 يمكن تحميل المبادئ التوجيهية حول النزوح الداخلي من موقع المشروع العالمي للنازحين داخليا للمجلس النرويجي للاجئين من على شبكة الإنترنت

<http://0w.ly>

[www.brookings.edu/about/projects/idp/unmandate/francis-deng](http://www.brookings.edu/about/projects/idp/unmandate/francis-deng)

[www.brookings.edu/about/projects/idp/unmandate/walter-kalin](http://www.brookings.edu/about/projects/idp/unmandate/walter-kalin)

[www.brookings.edu/fp/projects/idp/conferences/mexreport.pdf](http://www.brookings.edu/fp/projects/idp/conferences/mexreport.pdf)

11. إريكا فيلر " اتفاقية وضع اللاجئين في عامها الخمسين : مستقبل حماية اللاجئين " نشرة الهجرة القسرية ، برنامج دراسات اللاجئين بجامعة أكسفورد ، العدد العاشر ، يوليو 2001 ، ص 6-10 . وأنظر :

د. خديجة المضمض، اللجوء في القانون الدولي والشريعة الإسلامية، كتاب حقوق الإنسان، بيروت، ط ، 1989م، ص 126 وما بعدها .

12. ماثيوج غيني " الأمن وأخلاقيات اللجوء بعد الحادي عشر من سبتمبر " نشرة الهجرة القسرية ، العدد 13 ، يونيو 2002 ص 40 – 43. وأنظر :

د. أحمد أبو لسين ، النزوح واللجوء الأسباب، الآثار وأفاق رؤية للمشكلة الليبية ، صحيفة فبراير ، العدد 627 ، 2014 ، النسخة الالكترونية .

-Ruud lubbers " after September 11: New challenges to Refugee Protection " World Refugee survey 2003 , Us committee for Refugee , PP.2-6

- اللاجئين ، من هو اللاجئ ؟ رابطة تعليم حقوق الإنسان، على شبكة المعلومات :

<http://www.hrea.org>

13. Jeff Crisp . " Africa's Refugees: Patterns ; Problems and policy challenges " Journal of contemporary African studies , vol.18.no.2,2000.

وانظر : -إسماعيل آدم ، الهجرة من إفريقيا إلى إفريقيا ، صحيفة الشرق الأوسط ، العدد 10328 ، 2007 ، على شبكة المعلومات .

-الإعلان النهائي للمؤتمر البرلماني الإفريقي حول «إفريقيا والهجرة: التحديات، المشكلات والحلول»، الرباط، المغرب، من 22 إلى 24 مايو / 2008 .

-النزاعات في إفريقيا، تقرير منشور بموقع وكالة الأنباء الكويتية (كونا).

-ملفات المعرفة – موقع: [www.aljazeera.net](http://www.aljazeera.net) .

14.د. عرفات جمال " المخيمات والحريات : أوضاع اللجوء طويلة الأجل في أفريقيا" نشرة الهجرة القسرية ، العدد 16 ، ابريل 2003 ، ص 4-6 ، وأنظر :

- د. أحمد ابراهيم محمود ، الحروب الأهلية في أفريقيا ، ( القاهرة : مركز الدراسات السياسية والاستراتيجية بالأهرام ، 2001 ، ص 352-353.

- Ray Wilkinson “ Africa on the edge “ Refugees 131 Magazine UNHCR, no 2003, p.13.

15.راجع :

-د. حافظ الطوي ، مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين ، ندوة الحماية الدولية للاجئين ، مركز البحوث والدراسات السياسية ، جامعة القاهرة ، 1997 ، وما بعدها.

-د. خديجة المضمن ، اللجوء في القانون الدولي ، المجلة المصرية للعلوم السياسية ، عدد 21 ، 1982 ، ص 12 – 13 .

-مونييت زارد " الاستبعاد والإرهاب واتفاقية اللاجئين " نشرة الهجرة القسرية ، العدد 13 يونيو 2002 ص 32-34 .

16. نشرة الهجرة القسرية ، الحماية الدولية للاجئين ، يصدرها برنامج دراسات اللاجئين ، مؤسسة الأهرام للترجمة والنشر ، القاهرة ، عدد 25 ، 2005 ، ص 53 . وأنظر :

د. عبد الله صالح ، الحماية الدولية للحق في المساواة ، بحث منشور بمجلة السياسة الدولية، العدد 173 ، ، المجلد 43، يوليو 2008 ، ص 8.  
الإنسان وحماية اللاجئين ، المجلد الأول والثاني ، على شبكة المعلومات :

[www.unhcr-arabic.org](http://www.unhcr-arabic.org)

د. فوزية عبد الستار ، الإسلام وحقوق الإنسان، مؤسسة الأهرام: القاهرة، 2007، ص 73-77.

-اليات الحماية الدولية للاجئين ومصداقيتها ، مركز عمان لدراسات حقوق الإنسان :

[www.achrs.org](http://www.achrs.org)

17. مجموعة من الموثيق الدولية والإقليمية الخاصة باللاجئين وغيرهم ممن يدخلون في نطاق اهتمام المفوضية السامية لشؤون اللاجئين ، المكتب الإقليمي ، القاهرة 2006، ص 144 . وأنظر :

د. السيد علي فرحان ، حق اللجوء السياسي في الدساتير والقوانين الحديثة ( رسالة دكتوراه ) ، كلية الدراسات العليا ، أكاديمية الشرطة ، القاهرة ، غير منشورة ، 2008 ، ص 115 وما بعدها .

- اللجوء واللجوء السياسي ، على شبكة المعلومات :

[/ http://refugee.wordpress.com](http://refugee.wordpress.com)

-دليل طالبي اللجوء لسنة 2014 ، على شبكة المعلومات :

[/http://cilvektiesibas.org.lv/en/publications](http://cilvektiesibas.org.lv/en/publications)

بحث بعنوان  
الحماية الدولية للشعوب الأصلية (الأصلية)  
دراسة فى إطارى  
( القانون الدولى الإنسانى والقانون الدولى لحقوق الإنسان )

للدكتور | عاطف عبدالله عبدربه  
مدرس القانون الدولى العام  
كلية الحقوق – جامعة جنوب الوادى

بسم الله الرحمن الرحيم  
يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ ۖ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ  
لِتَعَارَفُوا ۗ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ۗ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ "

سورة الحجرات ، آية : 13

## المقدمة

في افتتاحية هذا المقام نستله بقول الله (عز وجل وعلا) : " يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتَقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ" (1). والمستفاد من الآية الكريمة وغايتها والمتغياه أن الله (سبحانه وتعالى) خلق الخلق فجعل منه الشعوب والقبايل للتعارف ، والمعرفة أن الفيصل في التفضيل هي تقوى الله . على أية حال فمن الشعوب والقبايل التي حافظت على نسلها وأصالتها عبر الأزمن الغابرة ، ومن الشعوب والقبايل التي اختلطت أجناسها مع بعضها البعض . بيد أن الشعوب التي حافظت على أصالتها ، أو ما يطلق عليها الشعوب الأصلية ( الأصلية ) (2) تواجه حرباً من جانب المستوطنين ، أو حرباً على كل ما هو أصيل ، كما نشاهده عيان في فلسطين . فهناك اقتلاع لأصالة الشعب الفلسطيني وزرع المستوطنين تارة بالإبادة ، وتارة بالإبعاد القسري وتارة بالتمييز العنصري للشعب الفلسطيني الأصيل. وعملت

(1) سورة الحجرات ، آية : 13

(2) - أصل : جمع أصل وأصول - أساس يقام عليه ، أو ل الء ومادته التي يتكون منها " أصل الموضوع ، - { ما قُلْتُمْ مِنْ لَيْتَةٍ أَوْ نَكْتِهِنَّ قَائِمَةٌ عَلَىٰ أُصُولِهَا } " في الأصل : في البداية ، أساساً . - جنر " { لَمَّا تَرَ كَيْفَ ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا كَلِمَةً طَيِّبَةً كَشَجَرَةٍ طَيِّبَةٍ أَضَلَّتْهَا نَابُثٌ وَفَرَعُهَا فِي السَّمَاءِ } " . - نسب ، حسب " كرم الأصل ، - لا أصل له ولا فصل : لا حسب له ولا نسب ، - اعترفتي بأصله الشريف ، - لعمرك ما يعني الفتى طيب أضاه ... وقد خالف الآباء في القول والفعل " . - منشأ ، مؤلف " سورى الأصل " . نسخة أولى معتمدة فيما ينسخ منها " صَوَّرَ عَدَّةً نَسَخَ مِنَ الْأَصْلِ " طبق الأصل / وفق الأصل : مماثل له . - ( الأحياء ) سلف أو أساس يتحصن الكائن الحي منه . - ( الفلسفة والتصوُّف ) ما يُ بنى عليه الء أو ما يتوقَّف عليه ، ويُطلق على المبدأ في الزمان أو على العلة في الوجود . - ( الاقتصاد ) أي شيء ذي قيمة تمتلكه شركة أو مؤسسة ، وقد يكون على شكل سيولة نقدية أو استثمارات " تم بيع جزء من أصول الشركة لسداد ديونها " . أضلاً : قط ، أبداً " ما فعلته أضلاً ، - لا أفعله أضلاً " . أصل الكلمة : ( العلوم اللغوية ) جذرها ، الوضع الأول لها . أصل المال : ( الاقتصاد ) مبلغ اللّين الأصلي ، وتقابله الفوائد . الأضلان : علم الكلام وعلم أصول الفقه. راجع معجم اللغة المعاصر ، باب أصل . راجع المعجم الوسيط ص 19 . أصل - ج أصل وأضلان وأصال وأصائل . أصيل في النسب راسخ وشريف. والأصيل الوقت حين تصفر الشمس لمغربها. راجع المعجم الوسيط ، ص1

الحكومات الإسرائيلية المتعاقبة على إبعاد المواطنين منذ عام 1967 ، من خلا ممارسة عمليات طرد السكان عن أرضهم ووطنهم وأسرههم بأشكال جماعية وعشوائية (3).

بيد أن الشعب الفلسطيني ليس وحده الذى يتعرض للانتهاكات والاقْتلاع من الجذور ، والثبور ، حيث أن هناك كثير من الشعوب الأصلية على هذا الحال ، وقعوا فى مضايق كأنها أخرات الإبر . حيث تقدر بعض المصادر أن هناك أكثر من 250 مليون نسمة من الشعوب الأصلية أو القبلية فى جميع أنحاء العالم يعيشون فى أكثر من سبعين بلداً (4). بيد أن البنك الدولى يرى أن الشعوب الأصلية تمثل نحو 370 مليون نسمة يعيشون فى 90 بلداً ويشكلون نحو 15 % من فقراء العالم. يعيش قرابة 80 % من أبناء الشعوب الأصلية فى آسيا، وتصل نسبتهم إلى 5 % من إجمالي سكان العالم، وذلك بحسب تقرير البنك الدولي الصادر حديثاً (5).

والحقيق بالحق والإحقاق أن الأمر الذى يمكن أن نتخن فيه، أن الشعوب الأصلية تملك إرثاً ثميناً من التقاليد واللغات التي تحمل معنى تاريخياً، علماً أن 90 % من لغات الشعوب الأصلية قد تنقرض خلال الـ 100 سنة القادمة. وتتميز هذه الشعوب بتنوعها الثقافى وهوياتها الخاصة، وترتبط ارتباطاً وثيقاً بالأرض التي تعيش عليها والموارد الطبيعية التي تُنتجها . فى العالم اليوم ما يزيد على 7500 إثنية وجماعة من الشعوب الأصلية باتت فى حكم

---

(3) - محمود أبو صوى : مشروعية الإبعاد القسرى للسكان المقدسين فى ظل أحكام القانون الدولى الإنسانى : قضية النواب المقدسين - معهد إبراهيم أبو لغد للدراسات الدولية - جامعة بيرزيت ، سلسلة أوراق عمل 2011 - نموذج دراسات الهجرة واللجوء ، ص 1 .

**Julian Burger, The Gaia Atlas of First Peoples, New York, Anchor**

(4) Books, 1990, p. 18.

(5) راجع تقرير البنك الدولى : دراسة تحت عنوان " الشعوب الأصلية، الفقر والتنمية ، الناشر دار المعلومات التابعة للبنك الدولى بواشنطن 2010 ص 20-1

الأقليات ، وفيه أيضاً 6700 لغة وعدد لا يحصى من الأديان والمعتقدات المنتشرة في القارات الست ، وفي الدول الأعضاء في منظمة الأمم المتحدة (1) ولا بد من استكمال هذه الحقيقة الأولى المؤيدة بالأرقام التي تشهد على مبلغ ثراء كوكبنا بحقيقة ثانية مثيرة للقلق . فوفقاً لبعض المصادر- التي باتت قديمة الآن- يتعرض ٢,٢ بليون شخص للتمييز أو التقييد فيما يخص حريتهم في الفكر والضمير والدين والمعتقد أو فيما يخص هويتهم الإثنية(2).

والجدير بالتنويه ، كنا نعتقد أن التقدم العلمي والتكنولوجي سيواكبه التقدم في رقي الفكر على نقيض الإصر القديم . بيد أن أقنوم الواقع الحالي كان مرارياً ومفجعاً وأسناً ؛ لأن الغزوات الاستعمارية، فضلاً عن التأثير المستمر الأكثر خفاء الذي يحدثه النجم الهادي به في عصرنا الراهن، ألا وهو التقدم العلمي والتكنولوجي، قد دفعا بالشعوب الأصلية وثقافتها إلى حافة الانقراض . فكثيراً ما اعتمدت الدول القومية سياسات استيعاب ودمج تقوم على نظرية فرّق تسُد، مما ترك الأمم الأولى مقتلعة أساساً من

---

-*Joseph Yacoub, Les 938perc938tio dans le monde, Paris, Desclée de 1998 .p.28 et 29(1) Brouwer*

(2) -*Odio-Benito, "Historique de la liberté religieuse et de la Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction", Conscience et liberté, 1985, No 30,p.40 à 48;*

- *see also J.A. Walkate "La 938perc938tion des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction de 1981. 938perc historique". Conscience et liberté, 1991, No 42, p. 7 à 13*



جذورها، وجعلها مهمّشة ومجرّدة من ملكيتها. ومع ذلك، فإن العديد من الشعوب الأصلية لم تتلاش؛ ولم تتخلّ عن ثقافتها، ولا عن عوالمها الداخلية. لقد تغلبت تلك الشعوب، بمعاونة تكنولوجيا الاتصال الحديثة، على عزلتها الثقافية والسياسية، وانضمت معًا لتطلب استرداد هويتها الأساسية ودورها على ساحة صنع القرار العالمية<sup>(3)</sup>.

وما من شك أن الظلم التاريخي يُساهم في أوجه الحرمان المعاصرة و المتعددة الأشكال التي تعاني منها الشعوب الأصلية، ما يزيد من احتمال مثل أفراد من الشعوب الأصلية أمام نظام القضاء. وبالتالي، لا يمكن النظر إلى العلاقة التي تربط بين الشعوب الأصلية ونظم العدالة الجنائية في منأى عن العوامل التاريخية أو الوضع الاقتصادي والاجتماعي والثقافي الراهن للشعوب الأصلية. علاوة على ذلك، تؤثر مجالات أخرى من مجالات القانون، بما في ذلك قانون الأسرة وقانون حماية الطفل والقانون المدني في هذه العلاقة. ولا تقتصر الحلول على إصلاح نظم العدالة الجنائية بذاتها فحسب، بل تشمل أيضًا تدابير من أجل معالجة الوضع الاجتماعي - الاقتصادي للشعوب الأصلية<sup>(1)</sup>. ومن ثم عانت وماقتنت تعاني الشعوب الأصلية في كل أنحاء العالم الشدائد من جراء الاستعمار التاريخي لأراضيها وغزوها، وتواجه التمييز بسبب ثقافتها وهويتها وطرق معيشتها المتميزة. وقد أولى المجتمع الدولي اهتمامًا خاصًا في العقود الأخيرة لأحوال حقوق الإنسان الخاصة بالشعوب الأصلية، على نحو ما بينه اعتماد معايير

---

Siegfried Wiessner: United Nations Declaration on Rights of Indigenous  
Audiovisual Library of International Law United (3)-peoples" United Nations  
Nations, 2009.p.1

(1) - UN\A\HRC\EMRIP\2013\2\29 April 2013\p.29

ومبادئ توجيهية دولية، علاوة على إنشاء مؤسسات وهيئات موجهة بخاصة إلى شواغل هذه الشعوب. وقد تعززت حقوق الشعوب الأصلية بأكثر من ذلك باعتماد آليات حقوق الإنسان الدولية والإقليمية<sup>(2)</sup>.

بيد أن الحقيقة - التي لا مرأى فيها - أن أكثر دول العالم صخباً في التحدث عن حقوق الإنسان وشعاراته هي التي مارست عبر التاريخ تعدياً على حقوق الشعوب الأصلية، إذ بدأت هذه الانتهاكات مع الفتوحات والغزوات الاستعمارية وشملت جوانب الحياة كافة. ونقلت وكالة رويترز في تقرير لها في 5 أيار/مايو 2012 أن "الانتهاكات التي تعرضت لها الشعوب الأصلية طالت طمس الهوية والتمييز العنصري وفصل الأطفال عن أسرهم"<sup>(3)</sup>. واتهمت منظمة العفو الدولية في تقرير لها في آب/أغسطس 2012 حكومات دول قارة أمريكا بوضع المكاسب قبل الحياة المادية والثقافية لآلاف السكان الأصليين، واعتبرت أن الحكومات تفشل في الالتزام بالتشاور مع الشعوب الأصلية حول مشاريع التنمية المتعلقة بالطرق السريعة وخطوط الأنابيب والسدود الكهرمائية والمناجم في أراضيها التقليدية أو المحيطة بها<sup>(4)</sup>. واستناداً إلى تقرير جديد لمنظمة الأمم المتحدة، تواجه الشعوب الأصلية

---

(2) -United Nations Human Rights Council, Twenty fourth session, Agenda item 3 . Promotion and protection of all human rights, civil political, economic, social and cultural rights, including the right to development Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, James Anaya.25 April 2013 .pp.1-21

(2) -تقلاً عن نداء عطوي، الشعوب الأصلية... كي لا تنسى البشرية، أفق، نشرة إلكترونية تصدرها مؤسسة الفكر العربي، العدد: 242 التاريخ: 2012/9/5، على الموقع التالي <http://www.ofka.com.eg>

(4) - راجع تقرير منظمة العفو الدولية في آب/أغسطس 2012 على موقعها الشبكي

في العالم معدلات مقلقة من الفقر والجريمة والمشاكل الصحية وانتهاكات حقوق الإنسان. وبحسب التقرير تعيش هذه الشعوب أكثر ملامح التغير حدة، وهي تعاني من الفقر والظلم الاجتماعي. وتتعرض للتمييز والتهميش، في ظل غياب التنمية الشاملة والمستدامة. ويؤكد البنك الدولي أن تحسين أوضاع هذه الشعوب يتطلب نمواً اقتصادياً واسع النطاق ومستداماً، فضلاً عن وضع استراتيجيات لمعالجة مصادر حرمانهم والقضايا التي تؤثر بهذه الشعوب تأثيراً مباشراً، بما في ذلك تغير المناخ<sup>(1)</sup>. ويؤكد تقرير صادر عن منظمة الصحة العالمية أن الشعوب الأصلية لا تزال على هامش المجتمع، وهي أفقر من باقي الشعوب الأخرى وأقل منها تعليماً، كما أنها تتوفى في سن أبكر وتتعرض لمخاطر الانتحار بنسبة أكبر وتتسم بحالة صحية أسوأ

---

- *Shelton H. Davis: The World Bank and Indigenous Peoples, The World Bank.2005.pp.1-15* (1)

- See also *Ibrahim F. I. Shihata, "The World Bank and Non-Governmental Organizations," Cornell International Law Journal, Vol. 25, No. 3, Spring 1992, pp. 623-641*. see also *Office of Environmental and Scientific Affairs, Five-Year Implementation Review*, p. 70. see also *The reference to the UN assessment was to the report by Jose R. Martinez Cabo, Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations, United Nations, Geneva, 1986.* -see also *In March 1993, the Bank issued a new Forestry Policy which makes specific reference to the need to incorporate local people (including "forest dwellers") in environmentally sound forestry conservation and development plans. See, Operational Policy 4.3 6, para 1 (d) (ii) ..*

عموماً. كما أن الأطفال المولودين في أسر الشعوب الأصلية غالباً ما يعيشون في مناطق نائية لا تستثمر الحكومات فيها لتوفير الخدمات الاجتماعية الأساسية، ويتعرضون لمخاطر عدم التسجيل عند الميلاد والحرمان من وثائق تُثبت هويتهم.<sup>(2)</sup>

ونشر البنك الدولي في العام 2010 دراسة تحت عنوان " الشعوب الأصلية، الفقر والتنمية "، خلّصت إلى أن الشعوب الأصلية في أنحاء العالم لا زالت مقارنةً بغيرها، من أشد سكان العالم فقراً، وتعاني من تدني التعليم، وزيادة معدلات الإصابة بالأمراض، والتمييز. وركزت الدراسة على كيفية تطور الأوضاع الاجتماعية بين عامي 2005 و2010 في 7 بلدان هي: جمهورية أفريقيا الوسطى والصين والكونغو والجابون والهند ولاوس وفيتنام.<sup>(3)</sup>

واستنتجت دراسة هي الأولى من نوعها حول "حالة الشعوب الأصلية في العالم" أصدرتها الأمم المتحدة في نيويورك في كانون الثاني/يناير 2010، أن ثلث الشعوب الأصلية هم من الفقراء. وقالت (ميرنا كانينجام) التي أسهمت في كتابة فصل في التقرير، إنه "من الاستنتاجات المثيرة للجزع، هو العدد الهائل من لغات الشعوب الأصلية المهددة بالتلاشي، والأفوال، إذ إن 90% من لغات العالم التي تحدثها الشعوب الأصلية قد تنقرض خلال سنة قادمة"<sup>(1)</sup>.

(2) راجع التقرير الصادر من منظمة الصحة العالمية على موقعها الشبكي .

(3) راجع تقرير البنك الدولي : دراسة تحت عنوان " الشعوب الأصلية، الفقر والتنمية 2010 ، مرجع سابق، ص1-20

(1) - وذكر التقرير أنه في الولايات المتحدة وحدها يفوق احتمال إصابة الأميركي الأصلي ببدء السلسل بنحو 600 مرة مقارنة بعموم السكان. كما يفوق معدل احتمال انتحاره بنسبة 62%. وفي أستراليا يموت طفل السكان الأصليين قبل نظيره من عموم المواطنين بموالي 20 سنة. وتبلغ فجوة العمر المتوقع 20 سنة أيضاً في نيبال، في حين تبلغ 13 سنة في غواتيمالا و11 سنة في نيوزيلندا. وفي مناطق من الإكوادور، يفوق احتمال إصابة السكان الأصليين بسرطان الخنجر المتوسط الوطني بنحو 30 مرة. وعلى المستوى

من أجل ماتقدم فإن الجمعية العامة للأمم المتحدة أولت اهتماماً بحقوق الشعوب الأصلية ، نابغاً من غايات ومبادئ ميثاق الأمم المتحدة، وانطلاقاً من حسن النية في الوفاء بالالتزامات التي تقع على عاتق الدول وفقاً لأحكام الميثاق. ومن ثم أكدت الجمعية العامة على مساواة الشعوب الأصلية مع جميع الشعوب الأخرى، وسلمت في أن الوقت بحق جميع الشعوب في أن تكون مختلفة وفي أن تعتبر نفسها مختلفة وفي أن تحترم بصفتها هذه. وعلاوة على ذلك أكدت الجمعية العامة على أن جميع الشعوب تساهم في تنوع وثراء الحضارات والثقافات التي تشكل تراث الإنسانية المشترك، وأن جميع المذاهب والسياسات والممارسات التي تستند أو تدعو إلى تفوق شعوب أو أفراد على أساس الأصل القومي أو الاختلاف العنصري أو الديني أو العرقي أو الثقافي مذاهب وسياسات وممارسات عنصرية وزائفة علمياً وباطلة قانوناً ومدانة أخلاقياً وظالمة اجتماعياً<sup>(2)</sup>.

**الجدير بلفت الانتباه أن الجمعية العامة للأمم المتحدة أكدت على أنه ينبغي للشعوب الأصلية، في ممارستها لحقوقها، أن تتحرر من التمييز أيا كان نوعه ، أنه يساورها القلق لما عانته الشعوب الأصلية من أشكال ظلم**

---

العالمي، يعاني ما يزيد على 50% من البالغين في صنوف السكان الأصليين من الصنف الثاني من داء السكري وهي نسبة مرشحة للارتفاع. راجع الأمم المتحدة، حالة الشعوب الأصلية في العالم" أصدرتها الأمم المتحدة في نيويورك في كانون الثاني/ يناير 2010، ص 1-50

<sup>(2)</sup> الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة الحادية والستون، البند 67 من جدول الأعمال قرار رقم 95 2161 اتخذته الجمعية العامة إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الشعوب الأصلية 2 أكتوبر 2007، ص 1 وما بعدها.

تاريخية، نجمت عن أمور عدة منها استعمارها وسلب حيازتها لأراضيها وأقاليمها ومواردها، وبالتالي منعها بصفة خاصة من ممارسة حقها في التنمية وفقاً لاحتياجاتها ومصالحها الخاصة، ودعت المجتمع الدولي إلى الحاجة الملحة إلى احترام وتعزيز الحقوق الطبيعية للشعوب الأصلية المستمدة من هياكلها السياسية والاقتصادية والاجتماعية ومن ثقافتها وتقاليدها الروحية وتاريخها وفلسفاتها، ولا سيما حقوقها في أراضيها وأقاليمها ومواردها. كما شددت على الحاجة الملحة إلى احترام وتعزيز

حقوق الشعوب الأصلية المكرسة في المعاهدات والاتفاقات وغيرها من الترتيبات البناءة المبرمة مع الدول. كما رحبت الجمعية العامة للأمم المتحدة بتنظيم الشعوب الأصلية أنفسها من أجل تحسين أوضاعها على المستويات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية ومن أجل وضع حد لجميع أشكال التمييز والقمع حيثما وجدت<sup>(1)</sup>.

والجدير بالتنبيه - أيضاً - أن الجمعية العامة للأمم أضحت مقتنعة بأن سيطرة الشعوب الأصلية على التطورات التي تمسها وتمس أراضيها وأقاليمها ومواردها ستمكنها من الحفاظ على مؤسساتها وثقافتها وتقاليدها وتعزيزها، ومن تعزيز تنميتها وفقاً لتطلعاتها واحتياجاتها، وأن احترام معارف الشعوب الأصلية وثقافتها وممارساتها التقليدية يساهم في تحقيق تنمية مستدامة ومنصفة للبيئة وفي حسن إدارتها، وأن تجريد أراضي وأقاليم الشعوب الأصلية من السلاح يساهم في إحلال السلام وتحقيق التقدم

(1) الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة الحادية والستون، البند 67 من جدول الأعمال قرار رقم 95/2161 اتخذته الجمعية العامة إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الشعوب الأصلية 2 أكتوبر 2007، مزج سابق، ص 1 وما بعدها.

والتنمية على الصعيدين الاقتصادي والاجتماعي والتفاهم وإقامة علاقات ودية بين أمم العالم وشعوبه، وأن لأسر ومجتمعات الشعوب الأصلية الحق في الاحتفاظ بالمسئولية المشتركة عن تربية أطفالها وتدريبهم وتعليمهم ورفاههم، بما يتفق وحقوق الطفل (2).

ولأخال أحداً ينكر أن الحقوق المكرسة في المعاهدات والاتفاقات والترتيبات البناءة الأخرى المبرمة بين الدول والشعوب الأصلية أمور تثير- في بعض الحالات- شواغل واهتمامات دولية وتنشئ مسئوليات دولية وتتخذ طابعاً دولياً. وأن المعاهدات والاتفاقات والترتيبات البناءة الأخرى، والعلاقة التي تمثلها، هي الأساس الذي تقوم عليه شراكة قوية بين الشعوب الأصلية والدول. وأن ميثاق الأمم المتحدة والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية وكذلك إعلان وبرنامج عمل فيينا كرسوا ورسخوا الأهمية الأساسية لحق جميع الشعوب في تقرير المصير، الذي بمقتضاه تقرر الشعوب بحرية وضعها السياسي وتسعى بحرية لتحقيق تنميتها الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، أنه ليس في هذا إعلان وبرنامج عمل فيينا ما يجوز الاحتجاج به لحرمان أي شعب من الشعوب من ممارسة حقه في تقرير المصير وفقاً للقانون الدولي، بأن الاعتراف بحقوق الشعوب الأصلية في هذا الإعلان سيعزز علاقات التوافق والتعاون بين الدولة والشعوب الأصلية، استناداً إلى مبادئ العدل والديمقراطية

(2) المرجع السابق . ص 1 وما بعدها .

واحترام حقوق الإنسان وعدم التمييز وحسن النية ، وأن على الدول أن تتقيد بجميع التزاماتها بموجب الصكوك الدولية وتنفذها بفعالية، وبخاصة الصكوك المتعلقة بحقوق الإنسان حسبما تنطبق على الشعوب الأصلية ، وذلك بالتشاور والتعاون مع الشعوب المعنية ، وأن للأمم المتحدة دورًا هامًا ومستمرًا تؤديه في تعزيز وحماية حقوق الشعوب الأصلية<sup>(1)</sup>.

وأخيراً أقرت الجمعية للأمم المتحدة بأن لأفراد الشعوب الأصلية أن يتمتعوا دونما تمييز بجميع حقوق الإنسان المعترف بها في القانون الدولي وبأن للشعوب الأصلية حقوقًا جماعية لا غنى عنها لوجودها ورفاهيتها وتنميتها المتكاملة كشعوب، وأن حالة الشعوب الأصلية تختلف من منطقة إلى أخرى ومن بلد إلى آخر وأنه ينبغي مراعاة ما للخصائص الوطنية والإقليمية ومختلف المعلومات الأساسية التاريخية والثقافية من أهمية<sup>(2)</sup>.

بيد أن الكلام جميل غير أن الواقع مرير ،ومن ثم فإن اشكاليات موضع البحث هذا تقوم على أنه هناك نقص وتهميش للشعوب الأصلية وقلب الباطل إلى حق ، وفرض سياسة الأمر الواقع ، غير أننا في ذلك البحث نحاول تأصيل الحماية القانونية الدولية لبعض حقوق الشعوب الأصلية الأولى

---

<sup>(1)</sup> راجع إعلان وبرنامج عمل فيينا صدر عن المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان المعقود في فينا خلال الفترة من 14 إلى 25 حزيران/يونيه 1993

<sup>(2)</sup> الأمم المتحدة ، الجمعية العامة ، الدورة الحادية والسبعون ، البند 67 من جدول الأعمال قرار رقم 95/2161 اتخذته الجمعية العامة إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الشعوب الأصلية 2 أكتوبر 2007 ، مرجع سابق ، ص 1 وما بعدها .



بالحماية ، والجرائم التي يتعرض لها الشعوب الأصلية، لذا قسمنا البحث إلى مقدمة وأربعة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول : مفهوم الشعوب الأصلية وتصنيفها.

المبحث الثاني: الأليات الدولية التي تحمي حقوق الشعوب الأصلية.

المبحث الثالث: حقوق الشعوب الأصلية ذات الأولوية في الحماية الدولية

المبحث الرابع : الجرائم المرتكبة ضد الشعوب الأصلية .

## المبحث الأول

### مفهوم الشعوب الأصلية وتصنيفها

يرى كل من ( Roger Plant, Soren Hvalkof ) : أن تعريف الشعوب الأصلية قضية معقدة<sup>(1)</sup>بينما يرى (S.James.Anaya) : على الرغم أن العالم متنوع الثقافات ، بيد أن الأصلية مصدرها من المميّزة بأن هناك مجتمعات كبيرة مغلقة على نفسها ، ومفهوم مصطلح الأصلية يرجع إلى

---

- Roger Plant, Soren Hvalkof. Land Titling and Indigenous Peoples. American Development Bank. Felipe Herrera <sup>(1)</sup>Inter-Library, Washington, D. C.. August 2001.p.20

معظم السلالات أو أجزاء من الهجرة الإنسانية<sup>(2)</sup>. الشعوب الأصلية هي شعوب المحددة في التشريعات الدولية أو الوطنية على أنها مجموعة من الحقوق الخاصة على أساس العلاقات التاريخية لإقليم معين، والتمايز الثقافي أو التاريخي من الشعوب الأخرى التي غالباً ما تكون المهيمنة سياسياً. فمفهوم الشعوب الأصلية هي الجماعات التي هي عرضة للاستغلال والتهميش والقمع. من ثم أعلنت الجمعية العامة للأمم المتحدة في ديسمبر 1991، بأن لأفراد الشعوب الأصلية أن يتمتعوا دونما تمييز بجميع حقوق الإنسان المعترف بها في القانون الدولي<sup>(3)</sup>. إن حقوق الإنسان تنطبق على جميع الناس لأنهم ببساطة بشر. ومع ذلك فإن بعضهم يواجه مصاعب خاصة في إحقاق حقوقهم بسبب هويتهم. ومن الشعوب الأصلية التي تقوَّعت على نفسها وأصبحت منعزلة تماماً، ومنها من اتصل بالشعوب الأخرى. وعلى ما تقدم سنقسم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:

#### المطلب الأول: مفهوم الشعوب الأصلية.

#### المطلب الثاني: تصنيف الشعوب الأصلية.

---

- *James Anaya: International Human Rights and Indigenous Peoples, the Multicultural State. Arizona Legal Studies, (2) The Move Toward - Discussion Paper No. 09-34 The University of James E. Rogers College of Law. October 2009 or Arizona journal of International & Comparative Law, Vol 21.No1. 2004. p.13*

- *Robert K.Hitchcoch, International Human rights, the Indigenous Peoples, Colorado Journal of Environment, and Internatioal Environmental law and policy(5 Colo. J. Int'l Envntl. L. & Pol'y 1 (1994).P.2*

## المطلب الأول

### مفهوم الشعوب الأصلية

في بداينة كنهة الأمر ، نشير إلى أنه حتى بعد الحرب العالمية الثانية لم يكن موضوع السكان الأصليين موضوعاً للنقاش في الساحة الدولية لحقوق الإنسان. لأنه كما يقول (John R. Bowen) بعد الحرب العالمية الثانية وعلى الأخص في العقود الثلاثة ، ركزت النقاشات على حقوق الأفراد - في جزء منها ؛ لأن الحديث عن الأقليات و الجماعات العرقية قد شوهت بواسطة الأيديولوجية النازية<sup>(1)</sup>. والمشكلة مع ذلك ليست بسيطة، بل إنها تتعقد عند محاولة تعريف هذه الفئة المسماة "الإثنية". فكلمة إثنية من اليونانية أي الشعب هي فئة استنبطها علماء الاجتماع ويقصدون بها " مجموعة محددة بوجود سمة أو عدة سمات مشتركة، مثل اللغة أو الدين أو الأصل القبلي أو

---

(1) -John R. Bowen : *Should We Have a Universal Concept of Indigenous Peoples' Rights? Ethnicity and Essentialism in the Twenty-First Century. Anthropology Today, Vol. 16, No. 4 (Aug., 2000); Royal Anthropological Institute of Great Britain and Ireland 2010 pp. 12-16.or <http://www.jstor.org/stable>*

القومية أو العرق وبإحساس أعضائها بالانتماء إلى هوية واحدة" (2). هناك من يرى أن مصطلح الشعوب الأصلية يشير إلى العالم الرابع (3).

وعلى أية حال علينا أن نضرب الآراء بعضها ببعض لعلنا نقتبس منها الصواب أو شيئاً من الحقيقة . وعليه فقد دارت في كل من منظمة العمل الدولية والفريق العامل المعني بالسكان الأصليين مناقشات حول على استخدام عبارة الشعب أو السكان. في حين أن منظمة العمل الدولية قررت استخدام كل الكلمات، بينما استخدم الفريق العامل المعنى بالسكان كلمة السكان. وأوضح النقاش أن سبب استخدام السكان بدلاً من الناس هو لتخفيف الوزن من أي حجة من أجل تقرير المصير والاستقلال الإقليمي من قبل الشعوب الأصلية

---

*Adolfo Stavenhagen. "Les Conflits ethniques et leur impact sur la société*  
*Revue internationale des sciences sociales, 1991, No (2) - internationale*  
*127, p.124 Roland Breton Les ethnies. Paris, PUF. Que sais-je? 1992, p.5 à*  
*13*

*. The term "Fourth World" was coined by George Manuel in G. Manuel &*  
*Fourth World. An Indian Reality (1974) and has since been (3)M. Posluns, The*  
*used to describe the situation of indigenous peoples. See also C. J. Iorns,*  
*'Indigenous Peoples and Self Determination: Challenging State Sovereignty', 24*  
*Case Western Reserve Journal of International Law (1992) 2, 199, pp.201-202*

ضد المستوطنين في غالبية الدول القومية داخل المعمورة.(4) • كانت هناك العديد من المحاولات لصياغة تعريف لمصطلح الشعوب الأصلية . بيد أنه

---

*-Steven C. Perkins RESEARCHING INDIGENOUS PEOPLES' RIGHTS UNDER LAW. INTERNATIONAL JOURNAL OF LAW LIBRARIES 1992-2013 (4) INTERNATIONAL pp.3- 4 : - see also Sanders, Douglas, THE UN WORKING GROUP ON INDIGENOUS POPULATIONS, 11 Hum. Rights Q(1989), at 428-429. p.405*

\* In Europe, the following may be considered as indigenous populations: the Celtic peoples of the British Isles, Brittany in France and Galicia in Spain; the Basque peoples of France, Portugal and Spain; The Sami or Lapp people of Greenland, Norway, Sweden, Finland, and the former Soviet Union. In Asia, there are various tribal or hill peoples in India, Bangladesh, Pakistan and China and the Ainu people in Japan. In addition there are numerous indigenous groups in Siberia, some of whom are considered as part of the Inuit or Eskimo peoples also present in Alaska, Canada and western Greenland. In Africa, the Berbers and the San or Bushmen may be considered as indigenous peoples. Most Asian and African states deny that there are any indigenous peoples within their territories. Bangladesh was subjected to considerable pressure in the UN by the ILO before it would address the issue of the Chittagong Hill People(1). In Oceania there are indigenous groups in the Philippines, Indonesia, Borneo and Papua New Guinea. Generally these peoples live in the forests. The Native Hawaiians also fit within Oceania. In Australia are the Aboriginal peoples. In New Zealand are the Maori peoples. The displacement of indigenous peoples is usually the result of an invasion of their territory by an ethnically and culturally different group which then attempts to convert the native population to the conquerors' cultural norms and suppresses the indigenous peoples culture and history. Usually, the conqueror believes its culture is materially and spiritually superior to that of the indigenous group. In most cases, the invader is able to establish sufficient control over the territory and society to force the indigenous population to deal with the imposed legal system in attempting to redress the injustice inherent in the process of conquest. Needless to say, the indigenous people lose most legal cases until the dominant society accepts its responsibility to

صياغة تعريف مقبول سيكون بطيئاً في الظهور ؛ بسبب المماثلة لحالة الأقليات، وتنوع الشعوب الأصلية يعوق تعريفاً دقيقاً كما تختلف الأصلية بشكل كبير فيما يتعلق بالثقافة والدين وأنماط التنظيم الاجتماعي والاقتصادي. وتضم الشعوب الأصلية حوالي 370 مليون شخص في أكثر من 70 بلداً من القطب الشمالي إلى منطقة الأمازون. وتشمل هذه المجموعات المايا في جواتيمالا، والاسكيمو في كندا والماساي في تنزانيا، والنجا في الهند ضمن أشياء أخرى كثيرة<sup>(1)</sup>.

وتلاحظ جمعية الأمم الأولى (AFN) أن هناك تمييز رئيسي بين الشعوب الأصلية والمجتمعات المحلية وفي

هذا الصدد، تشير إلى نتائج مؤتمر الأمم المتحدة بشأن البيئة والتنمية لعام 1992 ومؤتمر ريو+20<sup>(1)</sup>. وفي كندا، يعترف مصطلح "الشعوب" بالعلاقة الفريدة الموجودة بين الشعوب الأصلية وأراضيها، وأقاليمها ومواردها، وكذلك

---

make amends. An example of this acceptance process is the creation and operation of the Waitangi tribunal in New Zealand which deals with land title cases between the Maori and the European settlers. In the Waitangi tribunal the Maori have the majority vote. -see Sanders, Douglas, THE UN WORKING GROUP ON INDIGENOUS POPULATIONS,, 11 Hum. Rights Q. p.405, at 423-427 (1989). See also Steven C. Perkins. The Constitutional Role of the Waitangi Tribunal, NEW ZEALAND , INTERNATIONAL JOURNAL OF LAW LIBRARIES . 224(3) (July 1985). Pp.1-55

- *United Nations Permanent forum on Indigenous Issues. Peoples , Indigenous Voices.Factsheet, Who Indigenous Peoples* <sup>(1)</sup> *Indigenous , United Nations .p. I, or www.un.org*

<sup>(1)</sup> - انظر إعلان ريو بشأن البيئة والتنمية. (1992) المبدأ 22، وجدول أعمال القرن 21 (1992). وانظر أيضا مؤتمر الأمم المتحدة بشأن التنمية المستدامة، ريو+20، الوثيقة الختامية، المستقبل الذي نصو إليه (2012)، الفقرات 43 و49 و58(ب) و109 و131 و175 و197 و211 و229 و238

بتنوعها البيولوجي. واتخذت الأمم الأولى وكندا نهجًا يستند إلى الحقوق للقيام بعمل مشترك في مجال الحفظ. ووفقًا للقانون الدولي، يتمتع مصطلح "الشعوب" بوضع قانوني خاص وجميع الشعوب تتمتع بالحق في تقرير المصير<sup>(2)</sup>.

وتلاحظ أيضا جمعية الأمم الأولى أن الشعوب الأصلية سعت لعقود في أن يتم الاعتراف بها كشعوب في إطار القانون الدولي. ومع الاعتماد التاريخي لإعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الشعوب الأصلية (UNDRIP) في سبتمبر/أيلول 2007، تعتبر جمعية الأمم الأولى أن مسألة الشعوب قد تم تسويتها وتلاحظ - الآن - أن مصطلح "الشعوب الأصلية" يستخدم بما يتسق مع الجمعية العامة، ومكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان، ومجلس حقوق الإنسان، وهيئات رصد المعاهدات، والوكالات المتخصصة، والمقررين الخاصين، وآليات أخرى داخل النظام الدولي. وتلاحظ جمعية الأمم الأولى أن القسم 35 من قانون دستور كندا يعترف بالشعوب الأصلية في معاهدات حقوق السكان الأصليين، ويحمي القانون حقوق السكان الأصليين وحقوق المعاهدات التي كانت موجودة في عام 1982. وتلاحظ جمعية الأمم الأولى أنه منذ دخول الاتفاقية حيز النفاذ، حصلت حقوق الشعوب الأصلية كشعوب على الاعتراف الدولي في كثير من المحاكم المحلية، والمحاكم الدولية، ومعاهدات حقوق الإنسان وتم النص عليها في إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الشعوب الأصلية<sup>(3)</sup>.

(2)- UNEP/CBD/WG8J/8/8.20 August 2013.p.7

(3)- UNEP/CBD/WG8J/8/8.20 August 2013.p.7

إلى أن الجمعية العامة للأمم المتحدة، عند اعتماد الإعلان بشأن حقوق الشعوب الأصلية في 13 سبتمبر/أيلول 2007، نصت على أن للشعوب الأصلية، جماعات أو أفراداً، الحق في الحفاظ على هويتها وخصائصها المتميزة، وتطويرها، بما في ذلك الحق في تعريف أنفسها كشعوب أصلية والاعتراف بها على هذا الشكل. لاستخدام مصطلح الشعوب الأصلية والمجتمعات المحلية في صكوك أخرى مثل: اتفاقية رامسار ومنظمة العمل الدولية (ILO). وأخيراً، يوصي المركز بأن الاتفاقية ينبغي أن تستخدم مصطلح الشعوب الأصلية والمجتمعات المحلية لتعكس القاعدة في القانون العرفي الدولي الناشئ بشأن هذه المسألة<sup>(4)</sup>.

ويشدد التقديم من مركز النظم الاجتماعية المستدامة - مؤسسة شينشاسويو في الأنديز (Center for Social Sustainable Systems- *Fundacion Andes Chinchasyo*) على أن استخدام مصطلح الشعوب الأصلية يعترف بالشعوب الأصلية على أنها تمتلك حقوقاً جماعية محددة، بما في ذلك الحق في تقرير المصير، بينما مصطلح المجتمعات الأصلية يشكل تقييداً واستثناءً. وهو لا يشمل الشعوب الأصلية كمجموعة محمية بوضوح وهو غير كافٍ ليشمل المجموعة العريضة من القضايا التي ينم عنها استخدام مصطلح الشعوب الأصلية. ويقترح المركز أن "الشعوب الأصلية" ينبغي استخدامه في المقررات في إطار الاتفاقية وبروتوكولاتها الفرعية بدلاً من "المجتمعات الأصلية"<sup>(1)</sup>.

(4) - UNEP/CBD/WG8J/8/8.20 August 2013, pp.6-7

(1) - نشرة مفاوضات الأرض، 2012، المعالم البارزة للاجتماع الحادي عشر لمؤتمر الأطراف في اتفاقية التنوع البيولوجي، الأربعاء، 17 أكتوبر/تشرين الأول 2012: خدمات تقارير المعهد الدولي للتنمية المستدامة (IISD)، المجلد 9، العدد 593. وترد على العنوان التالي:



تري أستراليا وبوليفيا أن مصطلح "الشعوب الأصلية والمجتمعات المحلية" مناسب للاستعمال في المناقشات المتعددة الأطراف، بما فيها المتعلقة "بالمعارف التقليدية". وترتبط بوليفيا استخدام هذا المصطلح المفضل إلى اعتماد إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الشعوب الأصلية من جانب الجمعية العامة (13 سبتمبر/أيلول 2007) وتلاحظ أيضا استخدامه في اتفاقية رامسار بشأن الأراضي الرطبة ذات الأهمية الدولية، وكذلك في نتائج مؤتمر الأمم المتحدة بشأن التنمية المستدامة (UNCSD، ريو+20). وتلاحظ البرازيل أن ليس لديها اعتراض فيما يتعلق باستخدام مصطلح "الشعوب الأصلية والمجتمعات المحلية" إذ إنه يستخدم بالفعل في التشريع الوطني البرازيلي الحالي. وتوافق فنلندا على مقترحات لاستخدام الصياغة "الشعوب الأصلية والمجتمعات المحلية" في المقررات في المستقبل، ولكنها تعتقد أن هذه المقترحات لا تشكل أساسا كافي لتعديل الاتفاقية وبروتوكولي ناجويا وقرطاجنة<sup>(2)</sup>.

في الآراء المستفيضة المقدمة من المنظمات التي تمثل الشعوب الأصلية والمجتمعات المحلية والمنظمات غير الحكومية الأخرى في التوصيات الصادرة عن الدورين الحادية عشرة والثانية عشرة لمنتدى الأمم المتحدة الدائم المعني بقضايا الشعوب الأصلية والمقدمة إلى اتفاقية التنوع البيولوجي في أغسطس 2013. ركزت التقديمات من منظمات المجتمعات الأصلية والمحلية في أمريكا اللاتينية ومنطقة الكاريبي على أن استخدام المصطلح المفضل "الشعوب الأصلية والمجتمعات المحلية" يرتبط بالهوية الصحيحة

---

[www.iisd.ca/vol09/enb09593e.html](http://www.iisd.ca/vol09/enb09593e.html)

(2)- UNEP/CBD/WG8J/8/8.20 August 2013.p.5

لأفراد الشعوب الأصلية، وفقاً لعادات وتقاليد كل شعب من الشعوب. وينطوي المصطلح "الشعوب الأصلية" على سلسلة من الحقوق التي تنشأ من الاعتراف بهم كشعوب متميزة لها مؤسسات سياسية وقانونية واقتصادية واجتماعية وثقافية مختلفة. وبوضعهم كشعوب أصلية، لهم الحق في تقرير المصير والحق في الأراضي والموارد التقليدية. وبذلك، يتم تفعيل الحق في تقرير المصير والحقوق في الأراضي التقليدية (الأراضي والمياه) والموارد للشعوب الأصلية من خلال الحق في منح الموافقة المسبقة عن علم للحصول على المعارف التقليدية أو الموارد الجينية. وفيما يتعلق بالتفسيرات القانونية التي تعتبر أن حق الشعوب الأصلية في تقرير المصير يتعارض مع سيادة الدول، تشير التقديمات إلى أن التجربة تبين أن سيادة الدول يمكن أن تتعايش في تناغم مع تقرير مصير الشعوب الأصلية (1).

وفذلكة القول تتلخص بعد هذه الآراء أنه مع التركيز على عدم وجود أي شخص في منظومة الأمم المتحدة قد اعتمد تعريفاً للشعوب الأصلية. ويشير كذلك إلى أن الجمعية العامة للأمم المتحدة، عند اعتماد الإعلان بشأن حقوق الشعوب الأصلية في 13 سبتمبر/أيلول 2007، نصت على أن للشعوب الأصلية، جماعات أو أفراداً، الحق في الحفاظ على هويتها وخصائصها المتميزة، وتطويرها، بما في ذلك الحق في تعريف أنفسها كشعوب أصلية والاعتراف بها على هذا الشكل (2). بيد أن هناك تعريفات قيلت في هذا الصدد نوردتها للتو:

---

(1) - *UNEP/CBD/WG8J/8/8.20 August 2013.p.5*

(2) - *UNEP/CBD/WG8J/8/INF/10/Add.1*

- منها ما ذكره السيد (مارتينيز كوبو) (المقرر الخاص للجنة الفرعية لمنع التمييز وحماية الأقليات) في الدراسة التي أعدتها تلك اللجنة تحت عنوان "مشكلة التمييز ضد السكان الأصليين" أوائل عام 1980، إن اللجنة وضعت تعريفاً عملياً تبرز العديد من الخصائص المهمة للشعوب الأصلية ذاكراً: " أن مجتمعات السكان الأصليين والشعوب والأمم هي تلك التي لها وجود استمرارية تاريخية مع فترة ما قبل الغزو وقبل الاستعمار، وهي المجتمعات التي تطورت على أراضيها، يعتبرون أنفسهم متميزين عن القطاعات الأخرى من المجتمعات السائدة الآن في تلك الأراضي، أو أجزاء منها. أنها تشكل في قطاعات غير مهيمنة في المجتمع الحاضر". وذكرت اللجنة بأنها مصممة على الحفاظ عليها وتطويرها ونقل أراضي الأجداد إلى الأجيال القادمة، وعلى هويتهم العرقية، كأساس لاستمرار وجودها كشعوب، وفقاً لأنماط الثقافة الخاصة، والمؤسسات الاجتماعية والنظام القانوني<sup>(3)</sup>.

- وذكرت لجنة حقوق الإنسان أيضاً: بأن الشعوب الأصلية تتألف من الأحفاد القائمة من الشعوب التي تسكن الأراضي الحالية للدولة كلياً أو جزئياً وصلت من ثقافة مختلفة أو أصل العرقي من أجزاء أخرى من العالم<sup>(4)</sup>. ويصف (مكتب حقوق الإنسان)، التابع للأمم المتحدة، (الشعب الأصلي): "بأنه هو الذي ولد وعاش وتوالد وصار جزءاً من مكان معين وله ثقافة وتاريخ معين، ويريد المحافظة على عاداته وتقاليده وثقافته، وهو الذي يعاني

---

<sup>(3)</sup> - UN/E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.3.

<sup>(4)</sup> - E/CN.4/Sub.2/L.566.1972.Chapter II.para.34

من الظلم ؛ لأنه يختلف عن الشعب الذي يسيطر على الحكومة ؛ ولأنه ظل في نفس المكان قبل أن تسيطر على حكومة الشعب الآخر" (1).

- يُعرف البنك الدولي "المجتمع التقليدي" بالمصطلح الذي يحمل في طياته معنىً تاريخياً يعود إلى فترة ما قبل الاستعمار، في حين يُمكن وصف المجتمعات التقليدية وتحديدها من خلال وظائف مجتمعية محددة خاصة بالإنتاج والتوزيع والأمن الجماعي والإنجاب، وهي تختلف عن وظائف المجتمعات الحديثة(2).

-ويصف الفيلسوف (مارتينز كويو) : المجتمعات والشعوب والأمم الأصلية بأنها "تلك التي قد توفرت لها استمرارية تاريخية في مجتمعات تطوّرت على أراضيها قبل الغزو وقبل الاستعمار، وتُعتبر متميزة عن المجتمعات الأخرى، وهي عقدت العزم على الحفاظ على أراضي أجدادها وهويتها الإثنية وعلى

---

(1) - لكن التعميم والتدقيق في هذا التعريف أو المفهوم العام للشعب الأصل نرى بأنه ينسحب على العديد من الشعوب القديمة في منطقة الشرق الأوسط، قلب العالم القديم، ومركز أهم ثلاث حضارات عالمية تاريخية عريقة تعود لأكثر من سبعة آلاف عام. الحضارة الآشورية (الأكادية/البابلية) في بلاد ما بين النهرين، الحضارة الفرعونية(القبطية) في وادي النيل، الحضارة الفينيقية /الآرامية/السريانية في سوريا الكبرى(الهلال الخصيب). جدير بالذكر أن الدول القائمة حالياً(مصر- سوريا العراق) تحمل أسماء السكان الأوائل (الشعوب الأصلية) بناء تلك الحضارات في هذه المناطق. مصر- أخذت اسمها عن الأقباط، وسوريا عن السريان. والعراق عن مدينة (أور أو أوراك) المدينة الأكادية/البابلية. راجع سليمان يوسف يوسف ، الشعوب العربية وحقوق الشعوب الأصلية.. الآشوريون والأقباط نموذجاً ، الحوار المتجدد-العدد: 2099 - صادر 14\11\2007، المحور: القومية ، المسألة القومية ، حقوق الأقليات و حق تقرير المصير

(2) - البنك الدولي في العام 2010 دراسة تحت عنوان " الشعوب الأصلية، الفقر والتنمية ،مرجع سابق ص 1-

تتميتها وتوريثها للأجيال القادمة، وفقاً لأنماطها الثقافية ومؤسساتها الاجتماعية" (3).

- وهناك من يرى أن الشعوب الأصلية هي الشعوب الذين سكنوا أرض قبل أن يخدموا من الشعوب أو المجتمعات الأخرى أثناء الاستعمار بالقوة أو المعاهدات وأنهم يعتبرون أنفسهم متميزين عن المجتمع حالياً ، ولهم الحق في تنظيم تلك الأراضي (4) .

- يقول (Dieter Kugelmann) : أنه لا يوجد تعريفاً مقبولاً عموماً لمفهوم الشعوب الأصلية. ومع ذلك، تتفاوت التقاليد التاريخية والثقافية والطابع الحاسم المتنازع عليه كعنصر التمييز. وينظر للسكان الأصليين في أستراليا الشعوب الأصلية في هذا المعنى وكذلك الهنود في مجتمعات الولايات المتحدة الأمريكية، والأسكيمو في كندا . بيد أنه وغالباً حوكت تلك الشعوب من قبل الغزاة ، ومنها من لاتزال لديها المواجهة للملاحقة والتمييز. قد يكون شعب من الشعوب الأصلية أقلية ، ولكنها ليست بالضرورة أقلية قومية لأراضي الاستيطان قد لا تكون متطابقة مع حدود الدولة. نتيجة لذلك، يمكن للسكان الأصليين الاعتماد فقط على حقوق الأقليات إذا يتم قبول دورها بوصفها أقلية(1).

---

(3) الأمم المتحدة ، مكتب حقوق الإنسان ، على الموقع الشبكي للأمم المتحدة

F Banda C.chinkin, Gender, Minorities and Indigenous Peoples, 2004 .p.5-6  
Rights of Indigenous Peoples, 2 Volumes, 2005. Vo; 1. p94. et (4) - in A.Gupta, Human  
seq.

*Dieter Kugelmann The Protection of Minorities and Indigenous Peoples  
Diversity, A. von Bogdandy and Wolfrum (eds.) Max (1) - Respecting Cultural*

- وقد صاغ المؤتمر الأول عن السكان الأصليين في منظمة العمل الدولية عام 1957 ، الذي تمت مراجعته وصياغته في الاتفاقية رقم (196) في عام 1989 تعريفاً للشعوب الأصلية في المادة الأولى في الفقرة (أ) على النحو التالي : "الشعوب القبلية في البلدان المستقلة، التي تميزها أوضاعها الاجتماعية والثقافية والاقتصادية عن القطاعات الأخرى من المجتمع الوطني، والتي تنظم مركزها القانوني، كلياً أو جزئياً، عادات أو تقاليد خاصة بها، أو قوانين أو لوائح تنظيمية خاصة". (ب) الشعوب في البلدان المستقلة، التي تعتبر شعوباً أصلية بسبب انحدارها من السكان الذين كانوا يقطنون البلد أو إقليمًا جغرافيًا ينتمي إليه البلد وقت غزو أو استعمار أو وقت رسم الحدود الحالية للدولة ، والتي، أيا كان مركزها القانوني، لا تزال تحتفظ ببعض أو بكامل نظمها الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والسياسية الخاصة بها. وذكرت الاتفاقية (2\1) بالقول بأن: "يعتبر التعريف الذاتي بشعوب أصلية أو قبلية معيارًا أساسيًا لتحديد المجموعات التي تنطبق عليها أحكام هذه الاتفاقية. بيد أن (Patrick Iborberru) يرى أن منظمة العمل كثير ما استخدمت مصطلح الشعوب الأصلية في عام 1930<sup>(2)</sup>. وهناك من يرى أن السكان الأصليين يشير إلى " مجموعة من الأفراد الذين لازالوا يعيشون حياتهم البدائية مع بعضهم البعض ، في المناطق التي وجدوا وعاشوا فيها أصلاً ، كمناطق القطب الشمالي ، ومناطق الغابات الاستوائية ، وبعض

---

*Plane Yearbook of United Nations law, Volume 11. Koninklike Brill N.v. printed in The Netherlands 2007.p.239*

*Patrick Iborberru. Indigenous peoples and Rights Human. Mancherter University Press. 2002. p.30<sup>(2)</sup>.*

المناطق الجبلية" (3). وهناك من يرى أن السكان الأصليين تحولوا إلى أقليات عبر الأقاليم (4).

- ومن جهة نظرنا لمفهوم الشعوب الأصلية نرى : بأن الشعوب الأصلية هي تلك الشعوب ذات الأعراق والثقافات الممتدة من مهد المعمورة حتى وقتنا الآنى ، وارتبطت بالأرض حتى أضحت جزءاً منها ، وحافظت على الهوية من الاختلاط بينها وبين الاستعمار والمستوطنين ورغم الاجتثاث التي تعرضت له . وعلى أية حال فإن اتفاق جميع الأراء محال ، ومن ثم فإن تعريف السيد (مارتينيز كوبو ) الأوسع انتشاراً إلى جانب ما ذكرته منظمة العمل الدولية عليه (1)، يمكن على ما سبق أن نستخلص السمات المميزة للشعوب الأصلية عن غيرها:

لديهم صلة قوية مع الأرض التي يعيشون عليها؛ بيئتهم أمر ضروري لبقائها ككيان ثقافي، بل هي حاسمة للظروف الاجتماعية والثقافية؛ فهي ليست المهيمنة في المجتمع الوطني حاضرهم، وعادة لديهم القليل إذا كان أي تأثير

(3) - د. أحمد الرشيدى ، حقوق الإنسان ، دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق - مكتبة الشروق الدولية ، القاهرة الطبعة الخامسة ، 2005 ، ص 116

(4) - د. أحمد أبولؤفا : الحماية الدولية لحقوق الإنسان في إطار منظمة الأمم المتحدة والوكالات المتخصصة ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثالثة 1428 هـ 2008 م ، ص 62-

(1) - الاتفاقية رقم 169 بشأن الشعوب الأصلية والقبلية في البلدان المستقلة اعتمدها المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية في 27 حزيران/يونيه 1989، في دورته السادسة والسبعين تاريخ بدء النفاذ: 5 أيلول/سبتمبر 1991 ، حقوق الإنسان: مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة، نيويورك، 1993، رقم المبع-A.94.XIV. Vol.1, Part i ، ص 668.

على سياسة الدولة ؛ هم عموماً يتحدثون لغتهم الخاصة ولها صفات ثقافية مشتركة؛ الهيكل السياسي / التنظيمي عموماً ذات طابع اللامركزية؛ فهي مندمجة إلى حد بعيد في النظم الإيكولوجية التي تعيش فيها والتي تشكل هي جزءاً منها، حيث تحافظ على علاقة مترابطة ترابطاً وثيقاً بالبيئة التي فيها تعيش وتطور ثقافتها . وهذه المعرفة الوثيقة لهذه الشعوب ببيئتها تمكنها من المحافظة على أسلوب حياة يقوم على الاكتفاء الذاتي جيلاً بعد جيل، مما يعني أن احتفاظها بأراضيها يعتبر أمراً يتسم بأهمية حيوية بالنسبة لها جميعاً؛ إنها غير مُلمة بالطرق التي يعمل بها المجتمع ، وبالتالي فإنها تجد نفسها عاجزة ومعرضة لمخاطر بالغة في مواجهة مختلف الجهات الفاعلة التي تحاول الاقتراب منها أو فيما يتعلق بامتثالها لمتطلبات إقامة علاقات مع بقية المجتمع، كما في حالة الشعوب حديثة الاتصال؛ إنها تعاني ضعفاً شديداً وفي معظم الحالات تواجه خطراً بالغاً يهددها بالانقراض . وتزداد حالة ضعفها الشديد حدة من جراء المخاطر والتحديات التي تتعرض لها أراضيها، مما يعرض للخطر المباشر قدرتها على المحافظة على ثقافتها وأساليب حياتها . بل إن حالة الشعوب حديثة الاتصال هي أسوأ من ذلك لأن عمليات الاحتكاك بالغير تنطوي عموماً على تغييرات هائلة في أراضي هذه الشعوب تبدل على نحو لا رجعة فيه علاقتها بالبيئة كما تعدل، بصورة كثيراً ما تكون جذرية، أساليب حياتها وممارساتها الثقافية . ومما يزيد من تفاقم حالة الضعف الذي تعانيه هذه الشعوب ما تتعرض له في أحيان كثيرة من انتهاكات لحقوق الإنسان على أيدي أولئك الذين يسعون لاستغلال الموارد الطبيعية في أراضي هذه الشعوب، كما أنها تتفاقم لأن مرتكبي الأعمال العدوانية بحق هذه الشعوب ونظمها الإيكولوجية يفلتون من العقاب عموماً.



## المطلب الثاني تصنيف الشعوب الأصلية

يقول (Richard J. Perry) : بأن التاريخ الإنسانى يدل على أنه لم تكن هناك عزلة بين الشعوب إنما كان هناك اتصالات فى التجارة<sup>(1)</sup> ويضيف (Elspeth Young) بأن كان هناك اتصال بين المناطق النائية كما الحال فى كندا وأستراليا<sup>(2)</sup>. بيد أن تقرير صادر من البنك الدولى عام 1982 لا حظ أن هناك سلسلة متصلة من المجتمعات من المجموعات القبلية شبه معزولة لتلك الموجودة فى اتصال دائم<sup>(3)</sup>. وعلى أية حال يمكن تصنيف الشعوب الأصلية على النحو التالى :

### أولاً: الشعوب الأصلية المنعزلة .

الشعوب المنعزلة هي شعوب أصلية أو مجموعات فرعية من الشعوب الأصلية لا تتصل اتصالاً منتظماً بأغلبية السكان وتترع إلى تجنب أي نوع من الاتصال مع الغرباء . وتعيش معظم الشعوب المنعزلة فى غابات استوائية و/ أو فى مناطق بكر نائية كثيراً ما تكون غنية بمواردها الطبيعية ويقول (Janis B. Al.com. ) : بأن الحفاظ على البيئة هي حافظ على النظم

---

<sup>(1)</sup>-Richard J. Perry:From Time Immemorial: Indigenous Peoples and State Systems. University of Texas Press.1996.p.3

**Elspeth Young** : Third World in the first : Development and Peoples, The Taylor Francias Library <sup>(2)</sup>- Indigenous 2002.pp.1960-1966

**Robert Goodland,** *Tribal Peoples and Economic Development: Ecologic considerations, Washington, World Bank,* <sup>(3)</sup> - Human 1982.p.all

الإيكولوجية للشعوب الأصلية (4). وبالنسبة لهذه الشعوب، لا تُعتبر العزلة خياراً طوعياً بل هي استراتيجية لتأمين البقاء. وفي حين أنه لا يوجد توافق في الآراء على المصطلح الذي ينبغي استخدامه للدلالة على هذه الشعوب، فإن المصطلح الأكثر شيوعاً في المجال الدولي هو "الشعوب المنعزلة". وفي بعض البلدان، تُطلق على هذه الشعوب تسميات مثل الشعوب الحرة أو غير المتصل بها أو الخفية أو غير المنظورة، أو الشعوب المنعزلة طوعاً، وما إلى ذلك من التسميات. وقد تتفاوت الصيغ المستخدمة، ولكنها جميعاً تشير إلى المفهوم نفسه. والحالات التي يجب فيها إثبات وجود هذه الشعوب، مثل: حالات ترسيم الأراضي أو تعيين حدود المناطق العازلة، ينبغي أن يتم إثبات هذا الوجود باستخدام وسائل غير مباشرة فقط مثل عمليات التصوير الجوي للمخيمات التي تعيش فيها هذه الشعوب والقيام بزيارات إلى المخيمات المهجورة، وتحليل بصمات الأقدام، والأدوات المتروكة، وما جرى من اتصالات تتحدث عنها شعوب مجاورة و/ أو الشهادات التي يُدلي بها أشخاص من الشعوب الأصلية ممن تخلوا عن عزلتهم لسبب أو لآخر. ويجب النظر دائماً إلى مبدأ عدم الاتصال باعتباره شرطاً أساسياً في تنفيذ مثل هذه الأعمال. ولا ينبغي بأي حال من الأحوال اعتبار حالة عدم الاتصال برهاناً على أن هذه الشعوب لا توجد في منطقة ما (1). كما الحال في غرب الأمازون الجزء الغني بيولوجياً ويعد موطناً لتنوع كبير من الجماعات العرقية الأصلية على عكس الأمازون الشرقية البرازيلية، أن الشعوب التي تعيش في عزلة طوعية وراء هذا المشهد احتياطات كبيرة من النفط والغاز لم تستغل، ومن ثم يؤدي

---

Janis B. Al. con: Indigenous Peoples and Conservation ,  
1993-Vol.7., No.2.Junp.7-15 (4) - Conservation Biolog.

(1) - UN/A/HRC/EMRIP/2009/6\ 30 June 2009 .p.5

إلى زيادة الطلب العالمي لاستشكاف من أجل التنمية في تلك المناطق (2).  
هناك خلاف حول عدد الشعوب الأصلية التي تعيش في منطقة الأمازون (3).

### ثانياً: الشعوب الأصلية المتصلة حديثاً.

الشعوب الأصلية حديثة الاتصال هي شعوب شرعت حديثاً في الاتصال بأغلبية السكان؛ وقد تكون هذه الشعوب أيضاً شعوباً لها اتصال بأغلبية السكان منذ فترة من الزمن ولكنها لم تلم إماماً كاملاً بأنماط وقواعد العلاقات السائدة لدى أغلبية السكان. وقد يكون السبب في ذلك هو أن الشعوب المعنية تختار البقاء في شبه عُزلة أو أن علاقاتها بأغلبية السكان تكون متقطعة لا متواصلة. والشعوب " حديثة الاتصال " هي شعوب كانت في السابق " منعزلة " ولكنها قامت ، إما لأن الغرباء قد أكرهوها على ذلك، أو بقرار تتخذه هي بنفسها أو بسبب عوامل أخرى، بإجراء اتصالات مع أغلبية السكان.. ويُعتبر شعب ما " حديث الاتصال " ما دام عرضة لمخاطر كالأمرض وفقدان الأراضي وما إلى ذلك نتيجة لوضعه فيما يخص عدم الاتصال، أو ما دام معرضاً لخطر الانقراض بسبب مواجهة مشاكل مصدرها التيار الرئيسي للمجتمع وما ينشأ على الاتصال من نتائج ، بصرف النظر عن طول الوقت الذي يدوم فيه هذا الوضع(4). وتتسم لحظة الاتصال الأولى بأهمية بالغة بصفة خاصة بالنسبة

---

(2) *Matt Finer mail, Clinton N. Jenkins, Stuart L. Pimm, Brian Keane and Carl Ross : Oil and Gas Projects in the Western Amazon: Threats to Wilderness, Biodiversity, and Indigenous Peoples , published by journal.pone: August 13, 2008. or <http://www.plosone.org/article>*

*Beatriz Huertas Castillo : Indigenous Peoples in isolation in The Peruvian Amazon : Their and freedom. English Translation: Elaine Bolton. Centraltrykkeriet (3). Struggle for Survival .Skive A|s|Skive.Denmark.2004,p.14.*

(4) - *Un\A/HRC/EMRIP/2009/6\ 30 June 2009 .p.5*

لهذه الشعوب، ذلك لأنها تحدد بقدر كبير تفاعلها اللاحق مع أغلبية السكان .  
كما أن الاتصال الأولي هو الذي يحدد فرص بقاء كما شعب حديث العهد  
تفاعلها اللاحق مع أغلبية السكان (5).

## المبحث الثاني

### الأليات الدولية التي تحمي

#### حقوق الشعوب الأصلية

ما لاربية فيه أن حقوق الشعوب الأصلية وقد تطورت بموجب القانون  
الدولي. ومن ثم كان لها وجود في القانون الدولي، بما في ذلك معاهدات  
حقوق الإنسان، لمعالجة محددة للظروف التي تواجه الشعوب الأصلية  
وكذلك أولوياتها، مثل: حقوق لأراضيها وأقاليمها ومواردها، وتقرير  
المصير. للأسف، لا يزال العديد من السكان الأصليين تناضل من أجل  
حقوقهم وقضاياهم . بيد أنه في الواقع، أن تنفيذ هذه الحقوق هو أبعد ما  
يكون عن الكمال. فبعض من حقوق الإنسان أصعب التحديات بالنسبة  
للشعوب الأصلية تنبع من الضغوط على أراضيها وأقاليمها ومواردها نتيجة  
للأنشطة المرتبطة بالتنمية واستخراج الموارد. ومن ثم ثقافتهم عرضة  
للتهديد ؛ ومن أجل ذلك تقوم الشعوب الأصلية من أجل الحماية والتعزيز ؛  
ومن أجل ذلك واصل السكان الأصليين وصولاً غير مسبوق في المشاركة

---

(5)- UN\A/HRC/EMRIP/2009/6\ 30 June 2009 .p.5

الكاملة في العمليات القانونية والسياسية لحقوق الإنسان على المستوى الدولي، عكست تأثيرها على القرارات الدولية التي تؤثر عليهم<sup>(1)</sup>.

يقول (ROBERT A. WILLIAMS, JR) :منذ عام 1970، قد سعت جماعات السكان الأصليين والمدافعين عنهم لتحدي الهيمنة المستمرة في الخطاب القانوني الدولي للمذهب المستكشفين الذي ينقص من حقوقهم ومكانتهم. هذه الجهود رامية إلى تحويل الفكر القانوني الدولي والمذهبي، وقد ركزت - في المقام الأول- على حقوق الإنسان الدولية. وتوفر العملية الدولية لحقوق الإنسان الكثيرة والمتنوعة منتديات للشعوب الأصلية للانخراط في حوار مفتوح حول الآثار الناجمة عن مذهب المستكشفين والمبادئ القانونية المتعلقة بها على السكان الأصليين من أجل البقاء على قيد الحياة<sup>(2)</sup>.

وعندما نشر البنك تقريره المتعلق بالشعوب القبلية والتنمية الاقتصادية، و الذي أصدر بياناً عن السياسة التشغيلية فقط في وقت واحد عند كثير من السكان الأصليين في أمريكا اللاتينية، ذكر أن المنظمات وعلماء

---

UNITED NATIONS office of High Commissioner Indigenous Peoples and Nations Human Rights System, Fact Sheet No. 9/Rev.2 <sup>(1)</sup> -the United .UNITED NATIONS New York and Geneva, 2013.p.4  
(2) -ROBERT A. WILLIAMS, JR: ENCOUNTERS ON THE FRONTIERS OF INTER -

NATIONAL HUMAN RIGHTS LAW: REDEFINING THE TERMS OF INDIGENOUS PEOPLES'SURVIVAL IN THE WORLD, *DUKE LAW JOURNAL* [Vol. 1990 .660. p.676

الأنثروبولوجيا أنتقدوا نظرية الاندماج على إنها ليست كافية للاعتراف بالاستمرار التاريخي للهويات والثقافات العرقية الأصلية. في الوقت ذاته كانت منظمة العمل الدولية تنظر في تنقيح اتفاقية بشأن هذا الموضوع المتعلقة بشأن الشعوب الأصلية والقبلية في البلدان المستقلة (1989). ، وكذلك في أنية الوقت كانت لجنة حقوق الإنسان في الأمم المتحدة قد أنشأت الفريق العامل الخاص المعني بالسكان الأصليين لتطوير معايير دولية جديدة لعلاج مشكلات الشعوب الأصلية<sup>(1)</sup>. ولا يغيب عن البال الدور الذي تلعبه المنظمات الإقليمية في هذا الصدد ، ومن ثم أضحت شريكاً حاسماً في التعاون الدولي من أجل تعزيز وحماية حقوق الإنسان. وعلى أية حال سنعرض للأليات الدولية والإقليمية التي تحمي حقوق الشعوب الأصلية في مطلبين تاليين:

---

(1)-Lee Swepston and Roger Plant. "International Standards and the Protection of the Land Rights of Indigenous and Tribal Populations, 11 *International Labour Review*, Vol. 124, No. 1, January-February 1985, pp. 91-106

- See also Lee Swepston, "A New Step in the International Law on Indigenous and Tribal Peoples: ILO Convention No. 169 of 1989, 11 *Oklahoma City University Law Review*, Vol. 15, No. 3, Fall 1990, pp. 677-714.

-- See, also, Russel Lawrence Barsh, "An Advocate's Guide to the Convention on Indigenous and Tribal Peoples," *Oklahoma City University Law Review*, Vol. 15, No. 1, Spring 1990, pp. 209-236.

## المطلب الأول

### الآليات التي تحمي حقوق الشعوب الأصلية على المستوى الدولي

يواجه الأشخاص المنتمون إلى الشعوب الأصلية انتهاكات يومية لحقوق الإنسان في جميع مناطق العالم . وتتراوح هذه الانتهاكات بين انتهاكات لحقوقهم الفردية والتمييز على أساس هوياتهم الدينية أو هويات الاعتقاد لديهم، إلى اعتداءات على أنشطتهم المجتمعية و ممارسة العنف ضدهم، و ضد أماكن عبادتهم أو مساكنهم . وهو يستهدفون استناداً إلى قوانين وطنية تمييزية و بمقتضى سياسة الدولة ، ويعانون من انتهاكات ناجمة عن آثار متباينة لقوانين تبدو محايدة، ومن أعمال تقوم بها جهات فاعلة من غير الدول، ومن أثر التوترات بين المجتمعات المحلية . وهناك الملايين من الأشخاص الذين ينتمون إلى أقليات دينية يعانون من انتهاكات حقوق الإنسان منذ مولدهم وحتى وفاتهم على الصعيد العالمي<sup>(2)</sup> . أقيمت معايير حقوق الإنسان الدولية على أساس عدم التمييز . والمنطق الذي نبع منه الإعلان العالمي

لحقوق الإنسان هو أن كل إنسان ينبغي أن يتمتع بحقه "دون تمييز من أي نوع، من قبيل العنصر، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، أو الدين ، أو الرأي السياسي أو غيره، أو الأصل الوطني أو الاجتماعي، أو الممتلكات، أو المولد، أو أي وضع آخر" <sup>(1)</sup> . ويفيد الإصرار على عدم التمييز والتمتع

(2) - الأمم المتحدة ، الجمعية العامة ، الدورة الثامنة والستون ، البند ٦٩ (ب) من جدول الأعمال المؤقت ، تعزيز حقوق الإنسان وحمايتها : مسائل حقوق الإنسان، بما في ذلك النهج البديلة لتحسين التمتع الفعلي بحقوق الإنسان والحريات الأساسية التعزيز الفعال للإعلان المتعلق بحقوق الأشخاص المنتمين إلى أقليات قومية أو عرقية وإلى أقليات دينية ولغوية صادر 3 أغسطس 2013 ، ص 5 .  
(1) - المرجع السابق ، ص 10 .

على قدم المساواة بحقوق الإنسان باعتباره المنطلق الثابت لجميع القواعد اللاحقة في معاهدات وإعلانات كافة حقوق الإنسان. ويصلح للتمتع بالحقوق دون تمييز أيضا كأساس منطقي كامل لحقوق الشعوب الأصلية<sup>(2)</sup>. وعلى ما تقدم سنعرض الصكوك الدولية التي تحمي حقوق الشعوب الأصلية كفرع أول ، ثم هيئات الأمم المتحدة المعنية بحقوق الشعوب الأصلية كفرع ثان.

## الفرع الأول

### الصكوك الدولية التي تحمي حقوق الشعوب الأصلية

فيما يلي عرض موجز لأهم الصكوك الدولية التي تحمي حقوق الشعوب الأصلية:

#### أولاً: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (1948)<sup>(3)</sup>

يعد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أول صك دولي يقر بأن جميع الأفراد متساوين في الكرامة والحقوق (المادة 1)، وأن لهم الحق في التمتع بجميع الحقوق والحريات المذكورة في الإعلان، دونما تمييز من أي نوع، ولاسيما التمييز بسبب العنصر، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، أو الدين، أو الرأي السياسي وغير سياسي، أو الأصل الوطني أو الاجتماعي، أو الثروة، أو المولد، أو أي وضع آخر (المادة 2).

---

Lee Swepston and Roger Plant, "International Standards and the the Land Rights of Indigenous and Tribal (2)- Protection of Populations, 11 International Labour Review, Vol. 124, No. 1, January-February 1985, pp. 91-106

Robert N. Clinton. The Rights of Indigenous peoples As Collective Group Rights, Review Number 4, vol 32.1990, P.3 (3) - Arizona law



## ثانياً: اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها (1951)(4).

عرفت الإبادة الجماعية بأنها "أيا من الأفعال التالية، المرتكبة علي قصد التدمير الكلي أو الجزئي لجماعة قومية أو اثنية أو عنصرية أو دينية، بصفتها هذه: (أ) قتل أعضاء من الجماعة، (ب) إلحاق أذى جسدي أو روحي خطير بأعضاء من الجماعة، (ج) إخضاع الجماعة، عمداً، لظروف معيشية يراد بها تدميرها المادي كلياً أو جزئياً، (د) فرض تدابير تستهدف الحول دون إنجاب الأطفال داخل الجماعة،

(هـ) نقل أطفال من الجماعة، عنوة، إلي جماعة أخرى." (المادة 2).

## ثالثاً: الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز العنصري (1965)(1).

عرفت الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز العنصري تعبير "التمييز العنصري" باعتباره "أي تمييز أو استثناء أو تقييد أو تفضيل يقوم على أساس العرق أو اللون أو النسب أو الأصل القومي أو الإثني ويستهدف أو يستتبع تعطيل أو عرقلة الاعتراف بحقوق الإنسان والحريات الأساسية أو التمتع بها أو ممارستها، على قدم المساواة، في الميدان السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي أو في ميدان آخر من ميادين الحياة العامة" (المادة 1).

(4) - راجع اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها (1951).

(1) - راجع الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز العنصري (1965)

## رابعاً: العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (1966)(2).

يتناول العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية حقوق الأفراد المدنية والسياسية إلا أنه يتناول أيضاً بشكل محدود و عام بعض الحقوق الجماعية؛ إذ ينص على " لا يجوز، في الدول التي توجد فيها أقليات اثنية أو دينية أو لغوية، أن يحرم الأشخاص المنتسبون إلى الأقليات المذكورة من حق التمتع بثقافتهم الخاصة أو المجاهرة بدينهم وإقامة شعائره أو استخدام لغتهم، بالاشتراك مع الأعضاء الآخرين في جماعتهم." (المادة 27).

## خامساً: العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (1966)(3).

يتناول العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية حقوق الأفراد الاقتصادية والاجتماعية إلى أنه يعرض أيضاً لبعض الحقوق الجماعية.

## سادساً: اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 169 بشأن الشعوب الأصلية والقبلية في البلدان المستقلة (1989)(4)

تعد اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 169 بشأن الشعوب الأصلية والقبلية في البلدان المستقلة أول اتفاقية دولية لحقوق الإنسان تخصص الاحتياجات والأوضاع الخاصة للشعوب الأصلية. وقد قامت الاتفاقية بتحديد الخطوط العامة لمسؤولية الحكومات في حماية ودعم حقوق الإنسان للشعوب الأصلية.

(2) - راجع العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (1966).

(3) - راجع العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (1966)

(4) - راجع اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 169 بشأن الشعوب الأصلية والقبلية في البلدان المستقلة (1989)

ويتضمن تنفيذ هذا الصك إجراء المشاورات واحترام العادات والتقاليد والتوافق مع القانون الدولي لحقوق الإنسان<sup>(5)</sup>.

### سابعاً: اتفاقية حقوق الطفل (1990)<sup>(1)</sup>

تناولت اتفاقية حقوق الطفل في عدة مواضع قضايا تخص حقوق الشعوب الأصلية؛ إذ تنص على التزام الدول الأطراف باحترام الحقوق التي تناولتها وضماتها لكل طفل يخضع لولايتها دون أي نوع من أنواع التمييز (المادة 2)، كما تنص على التزام الدول الأطراف فيها بتشجيع وسائط الإعلام على إيلاء عناية خاصة للاحتياجات اللغوية للطفل الذي ينتمي إلى مجموعة من مجموعات الأقليات أو إلى السكان الأصليين (المادة 17)، وكذلك تنص على الحق في التعليم بما في ذلك تعليم حقوق الإنسان ولغته وهويته الثقافية وقيمه الخاصة (المادة 29). وبخلاف ذلك تنص الاتفاقية على أن لا يجوز حرمان أطفال الأقليات أو السكان الأصليين من الحق في التمتع مع بقية أفراد الجماعة التي ينتمي إليها، بثقافته، أو الأجهار بدينه وممارسة شعائره، أو استعمال لغته (المادة 30).

---

(5) - John B. Henriksen, "Key principles in implementing ILO Convention No. 169", Research on Best Practices for the Implementation of the Principles of ILO Convention No. 169, Case Study No. 7 (Geneva, International Labour Organization, 2008), pp. 19 and 56-57

(1) - راجع اتفاقية حقوق الطفل (1990)

ثامناً: إعلان ريو بشأن البيئة والتنمية وجدول أعمال القرن 21  
(1991)(2).

جرى اعتماد هذين الصكين من قبل قمة الأرض التي عقدت في مدينة ريو دي جانيرو بالبرازيل التي عقدت عام 1991، ويقر كل من هذين الصكين بالعلاقة الوثيقة بين الشعوب الأصلية وأراضيهم.

تاسعاً: إعلان بشأن حقوق الأشخاص المنتمين إلى أقليات قومية أو إثنية  
وإلى أقليات دينية ولغوية (1992)(3).

يعنى هذا الإعلان بحقوق وأوضاع مختلف الأقليات بما في ذلك العديد من الشعوب الأصلية. ويركز بشكل خاص على حقوق الأفراد وإن كان بالطبع العديد من الحقوق الجماعية وثيقة الصلة بتلك الحقوق. ويتناول الإعلان التزامات الدول تجاه الأقليات مشيراً إلى أن على الدول أن تقوم، كل في إقليمها، بحماية وجود الأقليات وهويتها القومية أو الإثنية، وهويتها الثقافية والدينية واللغوية، وبتهيئة الظروف الكفيلة بتعزيز هذه الهوية (المادة 1). مقرأً بحقهم في التمتع بثقافتهم الخاصة، وإعلان وممارسة دينهم الخاص، واستخدام لغتهم الخاصة، سرّاً وعلانيةً، وذلك بحرية ودون تدخل أو أي شكل من أشكال التمييز (المادة 2). وحقهم في ممارسة حقوقهم التي تناولها هذا الإعلان، بصفة فردية كذلك بالاشتراك مع سائر أفراد جماعتهم، ودون أي تمييز. (المادة 3). وكذلك التزام الدول باتخاذ التدابير اللازمة في حقل

(2) - راجع إعلان ريو بشأن البيئة والتنمية وجدول أعمال القرن 21 (1991).

(3) - راجع إعلان بشأن حقوق الأشخاص المنتمين إلى أقليات قومية أو إثنية وإلى أقليات دينية ولغوية (1992).

التعليم من أجل تشجيع المعرفة بتاريخ الأقليات الموجودة داخل أراضيها وبتقاليدها ولغتها وثقافتها (المادة 4).

### عاشراً: اتفاقية التنوع البيولوجي (1992).

تنص هذه الاتفاقية على التزام كل من الأطراف المتعاقدة حسب إمكاناتها باتحاد العديد من التدابير من بينها "القيام، رهناً بتشريعاته الوطنية، باحترام المعارف والابتكارات وممارسات المجتمعات الأصلية والمحلية التي تجسد أساليب الحياة التقليدية ذات الصلة بصيانة التنوع البيولوجي واستخدامه على نحو قابل للاستمرار، والحفاظ عليها وصونها وتشجيع تطبيقها على أوسع نطاق، بموافقة ومشاركة أصحاب هذه المعارف والابتكارات والممارسات وتشجيع الاقتسام العادل للمنافع التي تعود من استخدام هذه المعارف والابتكارات والممارسات." (1)

### الحادي عشر: إعلان وبرنامج عمل فيينا (1993)

جرى اعتماد وإعلان عمل فيينا من قبل المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان الذي عقد في فيينا عام 1993. وقد نص على أن تسليم المؤتمر "بكرامة السكان الأصليين المتأصلة فيهم وبمساهمتهم الفريدة في تنمية المجتمع وتعدديته، ويؤكد من جديد وبقوة التزام المجتمع الدولي برفاههم الاقتصادي والاجتماعي والثقافي وبتمتعهم بثمار التنمية المستدامة..." (2).. فضلاً عن

(1) - راجع المادة 8 (ي) من اتفاقية التنوع البيولوجي (1992).

(2) - راجع الجزء الأول؛ الفقرة 20 إعلان وبرنامج عمل فيينا (1993).

ذلك فقد طالب الإعلان بانجاز صياغة مشروع إعلان بشأن حقوق الإنسان الأصليين وأن يتم تجديد واستكمال ولاية الفريق العامل المعني بالسكان الأصليين وكذلك باعتماد عقد دولي للسكان الأصليين في العالم<sup>(3)</sup>.

### الثاني عشر: إعلان وبرنامج عمل المؤتمر الدولي للسكان والتنمية (1994).

جرى الاتفاق ضمن المؤتمر على أنه يجب النظر إلى حاجات الشعوب الأصلية على نحو يتضمن إدراج منظورات واحتياجات المجتمعات الأصلية في تصميم برامج السكان والتنمية والبيئة التي تؤثر عليهم وتنفيذها ورصدها وتقييمها. كما أنه يجب ضمان حصول السكان الأصليين على الخدمات المتصلة بالسكان والتنمية التي يرونها ملائمة اجتماعيًا وثقافيًا وايكولوجيًا<sup>(4)</sup>. وأنه ينبغي أن تحترم الحكومات ثقافات السكان الأصليين وأن تمكنهم من حيازة أراضيهم وإدارتها وحماية مواردهم الطبيعية ونظمهم الايكولوجية التي تعتمد عليها المجتمعات الأصلية لبقائها ورفاهها<sup>(5)</sup>.

### الثالث عشر: إعلان وبرنامج عمل المؤتمر العالمي لمكافحة العنصرية والتمييز العنصري وكره الأجانب وما يتصل بذلك من تعصب، ديربان، 2001 (2)<sup>(6)</sup>.

(3) - راجع الجزء الثاني؛ الفقرات من 28 إلى 32 من إعلان وبرنامج عمل فيينا (1993).

(4) - راجع (الفقرة 6-24) من إعلان وبرنامج عمل المؤتمر الدولي للسكان والتنمية (1994)

(5) - راجع (الفقرة 6-27). من إعلان وبرنامج عمل المؤتمر الدولي للسكان والتنمية (1994)

(6) - راجع إعلان وبرنامج عمل المؤتمر العالمي لمكافحة العنصرية والتمييز العنصري وكره الأجانب وما يتصل بذلك من تعصب، ديربان، 2001.

تضمن إعلان وبرنامج العمل الخاص بالمؤتمر العالمي لمكافحة العنصرية والتمييز العنصري وكره الأجانب - وما يتصل بذلك من تعصب (يعرف أيضا بإعلان ديربان) - قسماً خاصاً بالشعوب الأصلية، ومما يعد ذا أهمية خاصة ربما تفوق ما تضمنته التوصيات الواردة في هذا القسم هو كون الإعلان يعد أول وثيقة للأمم المتحدة تستخدم مصطلح الشعوب الأصلية بدلاً من السكان الأصليين.

#### الرابع عشر :: إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الشعوب الأصلية<sup>(1)</sup>.

الحقيق بالإحقاق أنه تم اعتماد إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الشعوب الأصلية بعد أكثر من عشرين عاماً من النقاش، كانت لحظة فارقة في النضال من أجل المساواة. على الرغم من أن الإعلان، الذي تبنته الجمعية العامة في سبتمبر 2007،<sup>(2)</sup> ليس صكاً ملزماً قانوناً بموجب القانون الدولي فإنه يضع معياراً هاماً لعلاج 370 مليون نسمة من السكان الأصليين في العالم. وسوف يكون إعلان بلا شك أداة هامة نحو القضاء على انتهاكات حقوق الإنسان ضد السكان الأصليين ومساعدتهم في مكافحة التمييز والتهميش. الإعلان لا يحتوي على حقوق جديدة، وإنما تؤكد من جديد حق

(1) - راجع إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الشعوب الأصلية

*-The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples was United Nations General Assembly on 13 September (2) adopted by the 2007 with 144 votes in favour, 11 abstentions and four States against (Australia, Canada New Zealand and the United States of America). Since then, a number of States have changed their position, including the four which voted against but have now endorsed the Declaration . in- UNITED NATIONS office of High Commiss -ioner Indigenous Peoples and the United Nations Human Rights Systemop,cit.p.4*

الشعوب الأصلية في حماية الحقوق المنصوص عليها في معاهدات حقوق الإنسان. ويضع الإعلان الحقوق الفردية والجماعية للشعوب الأصلية، فضلاً عن حقوقهم في الثقافة، والهوية، واللغة والعمل والصحة والتعليم وغيرها من القضايا، وتؤكد على حقوق الشعوب الأصلية في حفظ وتعزيز مؤسساتها والتقاليد والتقاليد والسعي إلى تحقيق تنميتها تمشياً مع احتياجاتهم وتطلعاتهم<sup>(3)</sup>. هو إعلان يحظر التمييز ضد الشعوب الأصلية وتعزيز مشاركتها الكاملة والفعالة في جميع الأمور التي تتعلق بهم، وحقوقهم في البقاء متميزة والسعي لتحقيق رؤاهم الخاصة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية. وعلاوة على ذلك، يدعو الإعلان إلى الدول الأطراف أن تعترف بحق الشعوب الأصلية في الأراضي والموارد التي كانت تمتلكها بصفة تقليدية، تشغلها أو تستخدمها، والحق في التعويض والإنصاف<sup>(1)</sup>. أعرب صياغة العديد من دولها خلال قلقها إزاء عدم وجود وثيقة لتعريف واضح لمصطلح السكان الأصليين، فالمادة (33) تنص ببساطة على ما يلي: "للشعوب الأصلية الحق في تحديد هويتها أو انتمائها وفقاً لعاداتها

---

*See, for example, Human Rights Committee, general comment No. 23 on the rights of minorities and Committee on Economic, (3)- (1994) Social and Cultural Rights, general comment No. 21 (2009) on the right of everyone to take part in cultural life. Note, also, Inter-American Court of Human Rights*

- *Case of the Plan de Sanchez Massacre v. Guatemala, Series C, No. Judgement of 19 November 2004*<sup>(1)</sup> 116-



وتقاليدها" (2). وكان سبب آخر للخلاف خلال عمليات صياغة الحق في تقرير المصير (3). ويضع الإعلان الحق في الحكم الذاتي في الشئون المحلية (المادة 4)، والحق في الحفاظ على المؤسسات السياسية المتميزة المادة (5) والحق في السيطرة على نظام التعليم الابتدائي (المادة 14). أعربت عدة دول عن قلقها من أن هذه الأحكام يمكن أن تفسر على أنها تؤثر على السلامة الإقليمية للدولة. في النهاية، كان هناك شعور بأن حقوق ومتوازنة على نحو فعال من خلال المادة (46) ، التي تنص على: أن أي حكم من أحكام الإعلان نص يجوز يفسر على أنه يجيز أو يشجع أي عمل من شأنه أن يمزق أو يضعف، وسلامة أراضيها كلياً أو جزئياً أو السياسية وحدة من الدول المستقلة وذات السيادة (4).

وتعقيباً نرى على الرغم أن الإعلان لم يضيف حقوقاً جديداً. بيد أنه الأداة الأكثر شمولاً وتفصيلاً لحقوق الشعوب الأصلية في القانون والسياسة الدولية، التي تحتوي على الحد الأدنى من المعايير للاعتراف بالحماية والتعزيز لهذه الحقوق. كما يقول (R. Wolfrum) : بأنه وسع من الضمانات التي تحمي حقوق الشعوب الأصلية التي لم تصبح بعد جزءاً من القانون العرفي أو معاهدة على الصعيد الدولي (5). على الرغم من إنها لم

*Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples, advice No. and the right to participate in -enous peoples (2) - 2. indigo decision-making (A/HRC/18/42, annex).*

(3) - راجع المادة (1\33) من الإعلان

(4) - راجع المواد (4، 5، 14، 46) على التوالي من الإعلان

- "R. Wolfrum" *The Protection of Indigenous Peoples in International Law* . ZaoRV 59.(1999)pp.372-376<sup>(5)</sup>

تتخذ بشكل موحد أو ثابت، والإعلان يشكل بشكل منتظم أدلة الدول والشعوب الأصلية في القانون وتطوير السياسات التي يكون لها تأثير على الشعوب الأصلية، بما في ذلك في وضع أفضل ووسيلة لمعالجة المطالبات المقدمة من قبل الشعوب الأصلية.

## الفرع الثاني

### هيئات الأمم المتحدة المعنية

### بحقوق الشعوب الأصلية

وبعد عرض الصكوك التي كفلت توفير الحماية الدولية لحقوق الشعوب الأصلية، نعرض الهيئات التابعة للأمم المتحدة المعنية بحقوق الشعوب الأصلية:

### أولاً: فريق الأمم المتحدة العامل المعني بالسكان الأصليين (1).

يعمل الفريق العامل المعني بالسكان الأصليين في إطار اللجنة الفرعية لتعزيز وحماية حقوق الإنسان بالأمم المتحدة، ويعد أول وأهم هيئة للأمم المتحدة تتشكل خصيصاً لدراسة المسائل الخاصة بحقوق السكان الأصليين. ويقوم الفريق بمراجعة التطورات على الصعيد الوطني فيما يتعلق بتعزيز وحماية حقوق السكان الأصليين وكذلك برصد تطور المعايير الدولية المعنية بحقوق وحريات السكان الأصليين. هذا وقد قام الفريق العامل بإعداد العديد من الدراسات عالج فيها العديد من القضايا ذات الصلة بحقوق السكان

(1) - راجع فريق الأمم المتحدة العامل المعني بالسكان الأصليين.

الأصليين. هذا ويحضر دورات الفريق حوالي 700 شخص ما بين ممثلين للحكومات والمنظمات غير الحكومية المعنية والسكان الأصليين والنشطاء والباحثين<sup>(2)</sup>.

### ثانياً: المنتدى الدائم للأمم المتحدة المعني بقضايا الشعوب الأصلية<sup>(3)</sup>.

قام المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة والذي يمثل أحد الهيئات الست الدائمة للأمم المتحدة وفقاً لقراره 22/2002 المؤرخ 28 تموز/يوليه 2000 بتأسيس المنتدى الدائم للأمم المتحدة المعني بقضايا الشعوب الأصلية. ويتألف المنتدى من 16 عضواً، ثمانية أعضاء تعينهم الحكومات وينتخبهم المجلس، وثمانية أعضاء يعينهم رئيس المجلس بعد إجراء مشاورات رسمية مع المكتب والمجموعات الإقليمية عن طريق منسقيها، استناداً إلى التوزيع العام للسكان الأصليين في العالم وكذلك إلى مبادئ الشفافية، والتمثيل، وتكافؤ الفرص لجميع السكان الأصليين، بما في ذلك العمليات الداخلية، حسب الاقتضاء، وعمليات المشاورات المحلية فيما بين السكان الأصليين، وأن يعمل جميع الأعضاء بصفقتهم الشخصية كخبراء مستقلين معنيين بقضايا السكان الأصليين لفترة ثلاث سنوات، ويمكن إعادة انتخابهم أو إعادة تعيينهم لفترة إضافية أخرى. ويجتمع المنتدى لمدة عشرة أيام كل عام ويعرض تقاريره

(2) - راجع ساره هايمانز، وإيفور ديكريس، وأمالي أندرسون (وآخرون) دليل دراسي حقوق الشعوب الأصلية مركز حقوق الإنسان بجامعة مينسوتا ، 2003. ص 1-3.

(3) - راجع المنتدى الدائم للأمم المتحدة المعني بقضايا الشعوب الأصلية.

السنوية على المجلس الاقتصادي والاجتماعي<sup>(1)</sup>.

### ثالثاً: الفريق العامل التابع للجنة حقوق الإنسان بالأمم المتحدة للنظر في مشروع إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الشعوب الأصلية<sup>(2)</sup>.

يجتمع هذا الفريق العامل لدورة واحدة كل عام وذلك للنظر في ومناقشة مشروع إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الشعوب الأصلية. وإن كان مشروع إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الشعوب الأصلية لن يشكل بعد اعتماده وثيقة قانونية ذات طبيعة ملزمة إلا أنه سيشكل مرجعية للمعايير الدولية المقبولة عموماً فيما يخص حقوق الشعوب الأصلية خاصة فيما لو حظي اعتماده بالإجماع أو بأغلبية كاسحة مما يضيف عليه أساس قوي لحماية حقوق الشعوب الأصلية ومرجعية للتشريعات المحلية ذات الصلة.

(1) - UN/A/56/206\24 July 2001.p.4

• عقد المنتدى دورته الأولى خلال الفترة من 13-24 مايو/أيار 2002. ويعمل المنتدى كهيئة استشارية للمجلس الاقتصادي والاجتماعي وتوكل إليه ولاية مناقشة قضايا السكان الأصليين في إطار ولاية المجلس المتعلقة بالتنمية الاقتصادية والاجتماعية، والثقافة، والبيئة، والتعليم، والصحة، وحقوق الإنسان. ويعمل كذلك على توفير مشورة الخبراء وإبلاغ توصياتهم للمجلس بشأن قضايا السكان الأصليين، وتوفيرها كذلك عن طريق المجلس لبرامج الأمم المتحدة وصناديقها وكالاتها؛ وتنمية الوعي بالأنشطة المتعلقة بقضايا السكان الأصليين داخل منظومة الأمم المتحدة والعمل على دمج هذه الأنشطة وتنسيقها؛ وإعداد المعلومات عن قضايا السكان الأصليين ونشرها. هو بمثابة هيئة استشارية للمجلس الاقتصادي والاجتماعي، مع ولاية مناقشة قضايا السكان الأصليين المتعلقة بالتنمية الاقتصادية والاجتماعية، والثقافة، والبيئة، والتعليم، والصحة، وحقوق الإنسان. المنتدى هي المسؤولة عن ما يلي: أ) تقديم المشورة والتوصيات بشأن قضايا السكان الأصليين إلى المجلس، فضلاً عن البرامج والصناديق والوكالات التابعة للأمم المتحدة من خلال المجلس؛ ب) زيادة الوعي وتعزيز التكامل والتنسيق بين الأنشطة المتعلقة بقضايا السكان الأصليين داخل منظومة الأمم المتحدة، وج) إعداد ونشر المعلومات عن قضايا السكان الأصليين.

(2) - راجع الفريق العامل التابع للجنة حقوق الإنسان بالأمم المتحدة للنظر في مشروع إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الشعوب الأصلية.

## رابعاً: مقرر الأمم المتحدة المعنى بحالة حقوق الإنسان والحريات الأساسية للسكان الأصليين.

عين السيد (رودولفو ستافنهاجن) كأول مقرر للأمم المتحدة معني بحالة حقوق الإنسان والحريات الأساسية للسكان الأصليين وذلك في 24 ابريل/نيسان 2001. وقد أوكلت إليه المهام التالية: (أ) جمع المعلومات والبيانات وتلقيها وتبادلها وطلبها من جميع المصادر ذات الصلة ، بما في ذلك من الحكومات والسكان الأصليين أنفسهم ومجتمعاتهم ومنظماتهم، فيما يتصل بانتهاك ما لهم من حقوق الإنسان والحريات الأساسية؛ و(ب) التقدم بتوصيات ومقترحات بشأن التدابير والأنشطة المناسبة لمنع انتهاكات حقوق الإنسان والحريات الأساسية للسكان الأصليين وإنصافهم إذا تعرضوا لها؛ و(ج) العمل باتصال وثيق مع غيره من المقرررين الخاصين والممثلين الخاصين والأفرقة العاملة والخبراء المستقلين التابعين للجنة حقوق الإنسان واللجنة الفرعية لتعزيز وحماية حقوق الإنسان. ويتعاون المقرر بشكل خاص مع المنتدى الدائم للأمم المتحدة المعني بقضايا الشعوب الأصلية وفريق الأمم المتحدة العامل المعني بالسكان الأصليين<sup>(1)</sup>.

### ثالثاً : آلية الخبراء المعنية بحقوق الشعوب الأصلية (2)

تأسست من أجل توفير الخبرة المواضيعية لمجلس حقوق الإنسان. هذه النصيحة تأخذ شكل دراسات ومقترحات وتقرير سنوي عن أنشطتها. يقوم

(1) - راجع مقرر الأمم المتحدة المعني بحالة حقوق الإنسان والحريات الأساسية للسكان الأصليين.

(2) - راجع آلية الخبراء المعنية بحقوق الشعوب الأصلية.

المقرر الخاص وممثل عن المنتدى الدائم حضور اجتماعها السنوي وذلك لتجنب أي ازدواجية في العمل. أنشئت بموجب القرار 36/6، آلية يحل محل الفريق العامل المعني بالسكان الأصليين، التي تم حلها جنباً إلى جنب مع لجنة حقوق الإنسان. استرشد الخبراء في مواقفهم في مفاوضات اللجنة بالمبادئ التالية وغيرها:

- امتثال الدول لالتزاماتها الدولية في مجال حقوق الإنسان فيما يتعلق بالشعوب الأصلية.

- للشعوب الأصلية الحق في المحافظة على مصالحها في مجال الملكية الفكرية فيما يتعلق بالموارد الوراثية والمعارف التقليدية وأشكال التعبير الثقافي التقليدي، وفي مراقبتها وحمايتها وتطويرها، فضلاً عن تلقي المساعدة المالية والتقنية.

- تتحكم قوانين الشعوب الأصلية وموائيقها ومؤسساتها وإجراءاتها بما في ذلك الموافقة الحرة والمسبقة والمستنيرة في صنع القرارات المتعلقة بمعارف هذه الشعوب ومواردها.

- تُعد الموارد الوراثية والمعارف التقليدية وأشكال التعبير الثقافي التقليدي للشعوب الأصلية سمات أساسية للخصائص المميزة لهذه الشعوب، وذات أهمية حاسمة في بقاء هذه الشعوب ورفاهها.

- عندما تؤول الملكية الفكرية إلى الملك العام دون تصريح سليم، تحفظ الشعوب الأصلية بحقوقها في ممتلكاتها وتُحول الحق في الحصول على سبيل للانتصاف.

- يحق للشعوب الأصلية تقاسم الفوائد بعدل وإنصاف حيثما يتم الانتفاع بمعارفها ومواردها.

- للشعوب الأصلية الحق في التنمية الاقتصادية دون إضعاف سيادتها الدائمة على مواردها، ولها أن تنتفع بمعارفها ومواردها لمواصلة تحقيق هذا الهدف.

## المطلب الثاني

الآليات التي تحمي حقوق الشعوب

الأصلية على المستوى الإقليمي

ما لا شك فيه أن المنظمات الإقليمية شريكاً حاسماً في التعاون الدولي من أجل تعزيز وحماية حقوق الإنسان (1).

### أولاً: مجلس أوروبا والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان .

على المستوى الإقليمي، أصدر مجلس الاتحاد الأوروبي للتنمية التعاون في عام 1998 قراراً بشأن الشعوب الأصلية. على وجه الخصوص، يؤكد المجلس على المساهمة الإيجابية للشعوب الأصلية في عملية التنمية، والضعف والمخاطر التي قد برامج التنمية الحرمان منها، دوراً رئيسياً في المحافظة على الموارد الطبيعية وحقوق الشعوب الأصلية لتأمين لقمة العيش. في عام 2002، اعتمد مجلس استنتاجات بشأن الشعوب الأصلية، حيث أكد ذلك، في جملة أمور إدماج قضايا السكان الأصليين في سياسة

---

(1) - UN\A\53\372\11 September 1998.p10

الاتحاد الأوروبي، وأوصت إدراج شواغل الشعوب الأصلية في الحوار السياسي مع البلدان الشريكة.

الخليق بالذكر أن الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ، هي الأداة الأكثر فعالية لحماية حقوق الإنسان في أوروبا. مثلت فيها حماية حقوق الأقليات جزءاً من حماية حقوق الإنسان (2). كما حظرت الاتفاقية التمييز في المادة (14) وتجسد ذلك في عام 1968 في قرارها بشأن استخدام لغات الأقليات في بلجيكا (3). نظراً لأنه لم يكن هناك حكم محدد بشأن الأقليات ، رأت المحكمة أن يمكن معالجة مشاكل الأقليات في إطار الجوانب القانونية المختلفة (4). كما أكدت المحكمة في حالة (Gorzelik) وآخرون ضد بولندا (5) على حرية تكوين الجمعيات ، التي كفلتها المادة (11) من الاتفاقية ، وهذا ينطبق على رفض تسجيل مجموعة كأقلية في الدولة ، بيد أن الدولة تتمتع بهامش واسع من التقدير في تحديد ما إذا القيود ضرورية لحماية النظام الوطني والعام مجدية من عدمها (6).

---

(2) - Uerpman. See note 61.10-11

(3) - Belgian linguistic Case, Judgment of 23 July, 1968. Series A, No. 6.298  
- R. Medda-Windischer " *The Jurisprudence of the European Court*  
*European Yearbook of Minority Issues 3 (2003-2004)* (4) *of Justice*  
*p.389. et seq*

(5) - Application No. 44158\98, Judgment of 17 February 2004

R Hofmann " *Nationale Minderheiten und der Europäische Gerichtshof*  
*Menschenrechte*" in Brohmer, see note 62.1011 et seq 1021 et seq (6) - fur



## ثانياً: لجنة – ومحكمة البلدان الأمريكية

في البداية نشير في عام 1948 أن الجمعية العامة للمنظمة الولايات الأمريكية أخذت على عاتقها الاعتراف بحقوق الشعوب الأصلية في المادة (39) من ميثاقها ، التي أشارت إلى حماية حياة الشعوب الأصلية وممتلكاتها<sup>(1)</sup>. ولقد ألفينا على مستوى البلدان الأمريكية ولجنة البلدان الأمريكية والمحكمة<sup>(2)</sup> إنها تعاملت مع العديد من الحالات التي تشير إلى حقوق السكان الأصليين. على سبيل المثال، في *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. State of Nicaragua* رأيت المحكمة أن الدولة يجب أن تتخذ التدابير اللازمة لإنشاء آلية فعالة لترسيم الحدود وترسيم وتمليك العقار للمجتمعات الأصلية، وفقاً للقانون العرفي، والقيم، والعادات، والتقاليد. قررت المحكمة أيضاً- حتى تم إنشاء مثل هذه الآلية- وكان للدولة

---

S.James Anaya and Williams Jr. *Rights over lands and Natural American Human Rights System, 14 - Inter-<sup>(1)</sup>-Resources Under the Harvard Human Rights Journal 33 (2001)*

[www.law.arizona.edu/depts/iplp/.../facultyPubs.cfm?..](http://www.law.arizona.edu/depts/iplp/.../facultyPubs.cfm?..)

*The Inter- American Court of Human Rights is the judicial organ of the human rights system. It can hear petitions about alleged<sup>(2)</sup>- OAS State violations of the American Convention on Human Rights if the State has accepted the Court's jurisdiction by ratifying the American Convention. The Court has decided a number of significant cases elaborating on the rights of indigenous peoples, including that indigenous peoples' rights to property extend to States' duties to protect their traditional land tenure* UNITED NATIONS office of High - Commissioner Indigenous Peoples and the United Nations Human Rights System *op.cit.p.34*

أن تمتنع عن أي أعمال تؤثر على وجودها، قيمة أو استخدام أو التمتع  
الممتلكات تقع في المنطقة الجغرافية التي عاش فيها أعضاء المجتمعات  
الأصلية ونفذت انشطتها<sup>(3)</sup>.

كما قررت لجنة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان قبول عدداً من الالتماسات  
التي تزعم وقوع انتهاكات لحقوق الإنسان للأفراد الأصليين المرضى  
والشعوب الواقعة تحت الإعلان الأمريكي لحقوق الإنسان و الاتفاقية  
الأمريكية لحقوق الإنسان. ففي هذه القرارات قد أيدت لجنة البلدان  
الأمريكية- على سبيل المثال- حقوق الشعوب الأصلية في أراضيها  
وأقاليمها ومواردها<sup>(4)</sup>.

بيد أنه للأسف رغم ذلك كله كما يقول ( Carlos M. Ayala Corao )  
حتى الآن ، وحقوق السكان الأصليين والشعوب لم تنظم على وجه التحديد  
في الصكوك الأساسية التي تحكم منظومة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان.  
في الواقع ، لا الإعلان الأمريكي لحقوق الإنسان ولا الاتفاقية  
الأمريكية لحقوق الإنسان وبروتوكولاتها الإضافية أو المعاهدات بين الدول  
الأمريكية الأخرى لحقوق الإنسان أحكاماً من شأنها تطوير حقوق السكان

---

*Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v.  
the Inter- American Court of Human Rights* <sup>(3)</sup>-*Nicaragi*, Case law from  
Rights is available from [www.corteidh.or.cr/index.php/jurisp\\_rudencia](http://www.corteidh.or.cr/index.php/jurisp_rudencia) (accessed 4 June 2013).

(4) - الاتفاقية تنطبق فقط على الدول التي صدقت عليها، والإعلان ينطبق على جميع الدول الأعضاء في منظمة الدول  
الأمريكية الدول راجع :

OEA/Ser.L/V/II., Doc. 56/09). available from [www.oas.org/en/iachr/mandate](http://www.oas.org/en/iachr/mandate)

الأصليين<sup>(1)</sup>. وينص الميثاق الديمقراطي للبلدان الأمريكية أن حماية وتعزيز حقوق الإنسان للشعوب الأصلية يسهم في تعزيز الديمقراطية ومشاركة المواطنين (المادة 9). منظمة الدول الأمريكية (OAS)، من خلال فريقها العامل حاليًا في عملية تنقيح نص مشروع إعلان على حقوق السكان الأصليين. في الاجتماع الـ 11 مجموعات العمل، التي عقدت في أبريل 2008، وشملت قضايا إيلاء اهتمام خاص كيفية ضمان أن إعلان منظمة الدول الأمريكية ستكون على حد متوافقة ومكاملة لإعلان الأمم المتحدة<sup>(2)</sup>.

وفيما يخص السوابق الفقهية للجنة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان ومحكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان وتطبيقها على الشعوب المنعزلة وحديثة الاتصال، من الأمور المثيرة للاهتمام بشكل خاص ملاحظة التدابير الاحترازية التي قررتها لجنة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان من أجل حماية الشعوب المنعزلة في بيرو وإكوادور. وعلى وجه التحديد، قررت تدابير احترازية بتاريخ ٢٢ آذار/ مارس ٢٠٠٧ لصالح الشعوب الأصلية ( ماشكو بيرو ويورا وأماهوواكا ) التي تعيش في عزلة طوعية في منطقة نهر (لاس بييدراس) في مقاطعة (مادري دو ديوس) في بيرو؛ وبتاريخ ١٠ أيار/ مايو ٢٠٠٦ لصالح الشعوب الأصلية (تاجايري وتاروميناني) التي تسكن في غابة الأمازون في إكوادور في المنطقة الحدودية مع بيرو،

---

*Carlos M. Ayala Corao, SITUATION OF THE HUMAN RIGHTS OF INDIGENOUS AND PEOPLES IN THE AMERICAS, Inter-American (1). PERSONS Commission on Human Rights. (1996-1999)p.1*

(2) - راجع المادة(9) من الميثاق الديمقراطي للبلدان الأمريكية.

والتي تعيش الآن منعزلة أو "متخفية"<sup>(3)</sup>. وفضلاً عن ذلك، من المثير للاهتمام مراعاة قانون السوابق القضائية لمحكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان فيما يتصل بالاعتراف بالحقوق الإقليمية للشعوب الأصلية. وأهم الأحكام القضائية في هذه الصدد هي تلك التي صدرت في قضايا (ماياغا سومو أواس تينجني) ضد نيكاراغوا؛ ومجتمع الشعوب الأصلية (ياكا أكسا) ضد باراجواي؛ ومجتمع الشعوب الأصلية (ساوهوياماكسا) ضد باراجواي؛ ومجتمع (مويوانا) ضد سورينام؛ وشعب (ساراماكا) ضد سورينام<sup>(4)</sup>.

وتعتبر السوابق الفقهية للمحكمة ذات صلة من ناحيتين في الحالات التي تتعلق فيها أحكامها بتطبيق اتفاقية البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان أو تفسيرها جميع الأحكام المذكورة في الفقرة السابقة. وسبب ذلك هو، أولاً، أن محتواها واجب التطبيق في جميع الدول الأعضاء في منظمة الدول الأمريكية التي صدقت على النظام الداخلي للمحكمة واعترفت صراحة باختصاص المحكمة الملزم في جميع الأمور المتصلة بتفسير الاتفاقية أو تطبيقها. ثانياً، فيما يتصل بالفقرة السابقة، فإن تعليقات المحكمة في قضية شعب (ساراماكا) ضد سورينام مهمة للغاية؛ لأنها استندت إلى الإعلان وإلى اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم ٦٩ بوصفها إطاراً لتحديد الأسس القانونية للحكم. ويُعد هذا بمثابة اعتراف بقيمة الإعلان بوصفه مصدراً من مصادر القانون في منظومة البلدان الأمريكية، لا سيما فيما يتصل بمسألة الموافقة الحرة والمسبقة والمستنيرة، وهي مسألة لها أهمية كبرى بالنسبة

(3) - UN\A/HRC/EMRIP/2009/6\30 June 2009\p.11

(4) - راجع محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان قضية شعب ساراماكا ضد سورينام، الحكم الصادر بتاريخ ٢٨ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠٠٧، الفقرة ١٣٢.

للشعوب المنعزلة طوعاً وحديثة الاتصال<sup>(1)</sup> ، ويوضع تشديد خاص على هذه الموافقة في المشاريع أو التدابير التي تنطوي على تأثير كبير على مجتمعات الشعوب الأصلية، مثل تلك الناشئة عن المشاريع كبيرة النطاق لاستخراج الموارد الطبيعية من أراضي الشعوب الأصلية<sup>(2)</sup>.

(1) - في هذه الحالة ذكرت محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان إعلان الأمم المتحدة المتعلق بحقوق الشعوب الأصلية بوصفه أساساً للحق في المشاركة والحق في الموافقة الحرة والمسبقة والمستنيرة . محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان، قضية شعب ساراماكا ضد سورينام، الحكم الصادر بتاريخ ٢٨ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠٠٧ ، الفقرة ١٣٢ .

*-Doyle, Cathal. "Free Prior and Informed Consent – a universal norm and consultation and benefit sharing in relation to indigenous (2) framework for peoples and the extractive sector." Paper prepared for OHCHR Workshop on Extractive Industries, Indigenous Peoples and Human Rights Moscow, 3–4th December, 2008. fund at <http://www2.ohchr.org/english/>*

\* مع أن الموافقة الحرة والمسبقة والمستنيرة مفهوم جديد نسبياً على الصعيد الدولي، فإنه أحد أهم المبادئ التي تبنى الشعوب الأصلية أنه ، بوصفه حقاً من الحقوق، يمكن أن يحمي حقها في المشاركة . ويمكن أن يكون التنفيذ الفعال في شكل قوانين وسياسات محددة . وقد ضُربت أمثلة على ذلك أعلاه، وتشمل مثال جمهورية الكونغو الديمقراطية التي سنت تشريعاً ينص على الاستشارة بقصد الحصول على الموافقة الحرة والمسبقة والمستنيرة للشعوب الأصلية. وفي عام ٢٠٠٥ ، وضعت شركة نوفاتيك، وهي ثاني أكبر شركة للغاز الطبيعي في الاتحاد الروسي تعمل في مقاطعة يامال -نينيتز المستقلة ذاتياً، برنامجاً اجتماعياً - اقتصادياً من أجل شعوب النينيتز المتضررة من أنشطتها ومعها، معتمدة على عقد اجتماعات مع أعضاء المجتمع المحلي وزعمائه . وفي تشرين الثاني/ نوفمبر ٢٠٠٨ ، وقم اتفاق مع منظمة النينيتز المحلية يحدد شروط التعاون بين الشركة والشعوب الأصلية . وقدمت الشركة الدعم للبنية التحتية وسمحت للشعوب الأصلية بالحفاظ على سبل عيشها التقليدية واقتصادها التقليدي، مع الاستفادة في الوقت نفسه من فرص العمل في مجال تنمية قطاعي النفط والغاز<sup>(1)</sup>. وفي دولة بوليفيا المتعددة القوميات، قام وزير الهيدروكربونات والطاقة في عام 2010 بعملية تشاور بشأن مشروع مقترح لاستكشاف الهيدروكربونات في أراضي (شاراغوا نورتي، وإيسوزو)، التي تسكنها شعوب أصلية . وتمخضت العملية عن توقيع اتفاق بين الحكومة وجمعية شعوب (الغواراني) في (شاراغوا نورتي)، وإيسوزو، يوثق موافقة مسبقة للمجتمعات المحلية على بدء أنشطة الاستكشاف . وجرى الإشادة بوزارة الهيدروكربونات والطاقة لاحتزامها مؤسسات ونظم الغواراني التقليدية<sup>(2)</sup> وفي ماليزيا، ورغم القضايا المتعلقة بالتنفيذ، فإن القوانين المحلية، مثل تشريع غابة ولاية صباح وتشريع حدائق ولاية صباح، تتضمن أحكاماً تضمن استشارة الشعوب الأصلية قبل إنشاء محميات الغابات والمناطق المحمية . ويمكن أن تشكل هذه الأحكام الأساس الذي يمكن أن تستند إليه الشعوب الأصلية في مطالبة الحكومة بالحصول على موافقتها قبل تنفيذ أي مشروع تنمية<sup>(3)</sup>.

### ثالثاً: اللجنة الإفريقية لحقوق الإنسان.

في أكتوبر 2000، في الدورة العادية الك 28 للجنة الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب، كان حالة الشعوب الأصلية في أفريقيا، للمرة الأولى، بند منفصل ومحدد على جدول الأعمال. اعتمد هذا الاجتماع قرار بشأن حقوق السكان الأصليين / المجتمعات في أفريقيا" والتي بدورها قدمت لإنشاء الفريق العامل المعني بالسكان الأصليين / المجتمعات. ولاية الفريق العامل، والتي تم تجديدها عدة مرات، ويشمل: جمع المعلومات وإعداد تقارير؛ تقديم توصيات إلى اللجنة الأفريقية؛ توعية الدول الأعضاء إلى حالة الشعوب الأصلية؛ التعاون مع الآليات الدولية والإقليمية الأخرى، وإجراء زيارات قطرية وعقد التوعية ورش العمل. لم تعالج اللجنة الأفريقية مع العديد من القضايا المتعلقة بالشعوب الأصلية. في الكونجرس (كاتنجا) الشعبية ضد زائير (الاتصالات 92/75)، واللجنة الأفريقية، مع الاعتراف بحق (كاتنجا) في تقرير المصير، وجدت أي انتهاك لهذا الحق؛ لأنها لا يمكن إلا أن تمارس في ونام مع مبادئ السيادة وسلامة أراضيها(1).

---

وأوجب المحاكم الكندية التشاور مع الشعوب الأصلية فيما يتصل ب الأنشطة التي قد تؤثر فيها، بما فيها تنمية مناطق الغابات (4). وعلاوة على ذلك، يجب أثناء التشاور إعطاء الشعوب الأصلية كامل المعلومات لكي تفهم ما يقترح عليها فهماً سليماً(5). راجع على التوالي:

-A/HRC/EMRIP/2009/5

-Oxfam, Case study. Bolivian Government Consultation with the Guarani Indigenous Peoples of Charagua Norte and Isozo. proposed hydrocarbons exploration project in San Isidro "Block Santa Cruz, Bolivia.fund at: [www.oxfamamerica.org/publications/bolivian-government-consulta](http://www.oxfamamerica.org/publications/bolivian-government-consulta)

## المبحث الثالث

### حقوق الشعوب الأصلية ذات

### الأولوية في الحماية الدولية

---

- Submission by the Asia Indigenous Peoples' Pact to the Expert Mechanism, "Good practices of indigenous peoples' participation in decision making" (March 2011)

-*Council of the Haida Nation v British Columbia* [2004] SCC 73 *Taku River Tlingit First Nation v Minister of Forests* [2004] SCC 74, Government of Canada Indigenous Peoples and the Right to Participate in Decision Making: A Submission by the Government of Canada to the UN Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples (July 2010)

-*Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, para. 168

- *The African Commission on Human and Peoples' Rights reviews State reports, missions in response to allegations of massive and serious* <sup>(1)</sup> *undertakes - human rights violations, and also receives communications in relation to allegations of violations of human and peoples' rights, provided local remedies have been exhausted first. It was established by the African Charter on Human and Peoples' Rights to promote and protect human and peoples' rights in Africa and to interpret the Charter. As mentioned earlier, it has developed groundbreaking jurisprudence on the rights of indigenous peoples, especially in relation to their cultural rights and their rights to lands, territories and resources. For information on how to submit a communication to the African Commission on Human and Peoples' Rights, see [www.achpr.org/communications/ guidelines/](http://www.achpr.org/communications/guidelines/) (accessed 4 June 2013).*

في بداية مستهل المبحث الأكثر أهمية ، نشارك ( WilliamAndrew )  
تساؤله: هل معايير حقوق الإنسان الدولية كافية لرفاهية وتعزيز حقوق  
الشعوب الأصلية؟(1). حتى أن الدول المتقدمة على الأخص الأوروبية منها  
لا تولي اهتماماً خاصاً لحقوق الشعوب الأصلية إنما تلتزم تلك الدول إلى  
حد ما بحقوق الأفراد ؛ ونتيجة ذلك تمدد المطالبة حقوق الشعوب  
الأصلية(2). وعليه فإن ظهور حقوق الشعوب الأصلية في القانون الدولي  
المعاصر وفي الخطاب القانوني هو استجابة مباشرة لجهود التوعية التي  
قامت بها الشعوب الأصلية في المحافل الدولية لحقوق الإنسان، وفي  
الهيئات المتخصصة على النطاق الدولي والإقليمي، والمنظمات غير  
الحكومية وجماعات الدعوة . و على أية هناك تكريس واهتمام أكبر - الآن  
- لبواعث القلق المتعلقة بحقوق الإنسان(3) حماية حقوق الشعوب الأصلية  
هي جزء من حماية حقوق الإنسان وحماية الحقوق الفردية للأشخاص  
المنتمين إليها ، وليس هناك شك في ذلك ؛ لأن هناك توحد لحماية حقوق  
الإنسان عموماً ، وعدم التمييز للضغط على الاختلافات الموجودة(4).

---

- *WilliamAndrew .International Human Rights Law and the Earth : The  
of Indigenous Peoples and the Environment. J.Int'll 479 (1) Protection  
.vol .31.(1990-1991)p.3*

*Paul Keal .European Conquest and the Rights Indigenous Peoples. The  
International Society . Cambridge University - (2) Moral Backwardness  
Press.2003 .p35*

(3)-*ROBERT A. WILLIAMS, JR op.cit,p.665*

(4)-*Dieter Kugelmann,op.cit.p,248*



وتجدر الإشارة إلى ما ذكره ( Steven C. Perkins ) في الوثيقة التي حملت عنواناً: "البحث عن حقوق الشعوب الأصلية بموجب القانون الدولي" التي أعدها للعرض في الاجتماع السنوي للجمعية الأمريكية لمكثبات القانون عام 1992 ، حيث أشار إلى أن حقوق الإنسان كانت موضوع الفكر القانوني والسياسي لسنوات عديدة، وقد غمرت الشواغل المحددة للشعوب الأصلية من المجتمعات الاستعمارية المهيمنة ، والتي تسيطر عليها الوصول إلى المحافل القانونية المحلية والدولية. ففي الأمريكتين، والأنجلو الأوروبيين والإسبانية والبرتغالية ، والتي شاركت في حملات مدروسة للقضاء على الثقافات الأمريكية الأصلية من المستعمرات الثلاثة الرئيسية الأخرى التي وضعتها الإنجليزية وأستراليا ونيوزيلندا ، واتبعت المثال الأمريكي ، في حين لم يكن سوى الهند قادرة على إقامة استقلالها باعتبارها الدولة القومية تحت سيطرة الأم. وقد مثلت السيطرة الخارجية والانقسام الداخلي على السكان الأصليين من خلال العديد من الأجهزة واحدة من العوامل الأكثر فعالية إلا وهي استخدام لغة إنكار حالة فريدة من مختلف الفئات<sup>(1)</sup>. هذا يمكن أن يتضح من مشكلة تحديد الوضع الخاص بالسكان الأصليين وجهاً لوجه مع وضع الأقليات، وعلى استخدام إما الشعوب أو السكان للإشارة إلى مجموعات متميزة داخل دولة لدولة الحديثة أن تكون أصلية أو شعب يمنح فائدة نفسية أكثر من كونها مجرد أقلية<sup>(2)</sup> . وبوجه عام، فإن حالة حقوق

---

*Steven C. Perkins RESEARCHING INDIGENOUS PEOPLES' RIGHTS INTERNATIONAL LAW. All rights reserved. This <sup>(1)</sup>- UNDER document was prepared for presentation at the 1992 Annual Meeting of the American Association of Law Libraries 1992-2013.p 3*

(2) -G. Bennet, *ABORIGINAL RIGHTS IN INTERNATIONAL LAW*, (1978). p.13

الإنسان للشعوب الأصلية لا تبعث على الرضا إطلاقاً. فعلى الرغم من التقدم المحرز في بعض البلدان، ما انفكت الشعوب الأصلية في معظم مناطق العالم تواجه عقبات كژود تعوق تمتعها الكامل والفعلي بحقوقها، وتحمل انتهاكات خطيرة لحقوقها الأساسية<sup>(3)</sup>.

: بأن العقد الماضي شهد توسعاً كبيراً في أنشطة المنظمات مكرسة  
**يقول (Davis Shelton)**

لتعزيز الحماية الدولية لحقوق الإنسان للسكان الأصليين. اليوم هناك شبكة عالمية من المنظمات موجود لدعم والاستجابة لحالات الأزمات التي تواجهها المجتمعات المحلية، وتجلب هذه الحالات انتباه وسائل الإعلام وغيرها من جماعات حقوق الإنسان، ومن قبل الأمم المتحدة والمحافل الدولية الأخرى لتعزيز حقوق الشعوب الأصلية حتى الآن، وعلى الرغم من النمو المتزايد لهذه الشبكات وزيادة الاعتراف العام بها، لا تزال هناك أسئلة جدية حول مدى فعالية هذه المنظمات ومانقدمه لتعزيز قضية الشعوب الأصلية. هناك عدد من المجالات التي يمكن لمجموعات الدعم الأصليين زيادة فعاليتها على الساحة الدولية، في نفس الوقت يمكن بناء روابط أقوى مع المنظمات المحلية والوطنية التي تعمل لحماية حقوق الشعوب الأصلية.

(4).

---

(3) -- الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة الستون، البند ٧٠ من جدول الأعمال المؤقت، قضايا الشعوب الأصلية، حالة حقوق الإنسان والحريات الأساسية للشعوب الأصلية تقرير المقرر الخاص المعني بحالة حقوق الإنسان والحريات الأساسية للشعوب الأصلية، رودولفو ستافنهاغن، المقدم عملاً بالفقرة ١٨ من قرار لجنة حقوق الإنسان 2005\51، وثيقة صادرة في 16 سبتمبر 2005، ص 11.

ويضيف (ديفيس شيلتون) قائلاً : لقد اكتشفت أن لجنة البلدان الأمريكية لديها تاريخ طويل من القلق لانتهاكات حقوق الإنسان ضد الهنود الذي يسبق حالة الوجود التي قدمت إلى اللجنة من قبل الرابطة الدولية لحقوق الإنسان في عام 1974 . وقضية ( Yanomami ) الحالة التي كانت تعرض على اللجنة من قبل الجمعية الأميركية الأنثروبولوجية، ومركز الموارد الأنثروبولوجيا، ومركز موارد القانون الهندي، ومنظمة البقاء الدولية في عام 1980. بالإضافة إلى النظر في الحالات التي تنطوي على انتهاكات لحقوق الإنسان ضد الهنود في كولومبيا، وجواتيمالا، ونيكاراجوا. وقدمت لجنة البلدان الأمريكية المساعدة في صياغة البروتوكول الإضافي للاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان في مجال الحقوق الاقتصادية الحقوق الاجتماعية، والثقافية (1).

والجدير بلفت الانتباه والتنبيه ، أن الاستعمار يمثل إنكار واسع النطاق لحقوق الشعوب الأصلية في جميع أنحاء العالم . بعد ضمن الممارسة الاستعمارية والقانون الدولي في وقت مبكر كانت هناك عناصر محدودة لإعطاء الاعتراف بحقوق السكان الأصليين. كما اكتسبت القوى الاستعمارية والحكومات المستوطنين القوة، توقفت الدول إلى اعتبار تلك العناصر من الممارسة الاستعمارية وقت ملزم قانوناً. ولكن ، حيثما وجدت ، فإنها واصلت لطلبه من قبل الشعوب الأصلية و مؤيديهم في حملاتها من أجل الإصلاح. في فترة ما بعد الحرب في كندا والولايات المتحدة وأستراليا و نيوزيلندا ، انتقلت النظم القانونية المحلية إلى الاعتراف في إطار حقوق

---

(1) - .op,cit.p.4 Shelton, Davis

للشعوب الأصلية ، استدعاء حقوق السكان الأصليين والمعاهدات. ويستند القانون المحلي والقانون الدولي الحديث على هذا التعديل من الاستعمار ، وهو ما حدث في الفترة التي أصبحت حقوق الإنسان مفردات مشتركة الشرعية للمؤسسات الحكومية<sup>(2)</sup> .

**والحقيق بالإحقاق** أن الشعوب الأصلية لها الحق في التمتع الكامل والفعال لجميع حقوق الإنسان والحريات الأساسية ، والأفراد والشعوب الأصلية و الشعوب الأخرى متساوية في الكرامة والحقوق ، ولهم الحق في عدم التعرض لأى نوع التمييز الضار . للشعوب الأصلية الحق الجماعى والفردى في عدم التعرض للإبادة الإثنية والثقافية ، بما في ذلك منع الجبر التعويضى عن أى عمل يهدف أو يؤدي إلى نزع ملكية أراضيهم أو مواردها. لايجوز ترحيل الشعوب الأصلية ترحيلاً قسرياً من أراضيها أو أقاليمها ، للشعوب الأصلية الحق في أن يكونوا أمنين في التمتع بوسائلهم الخاصة من العيش والتنمية ، والانخراط بحرية في جميع الأنشطة الاقتصادية التقليدية وغيرها من الحقوق . للشعوب الأصلية الحق في الحفاظ على علاقاتها الروحية والمادية المميزة مع الأراضي وغيرها من الموارد التي كانت تمتلكها بصفة تقليدية تشغلها أو تستخدمها ، والحق في الاضطلاع بمسئولياتها لأجيال المستقبل . للشعوب الأصلية الحق في الاعتراف الكامل

---

(2)-Douglas Sanders, Developing a Modern International Law on the Rights of Indigenous Peoples, University of British Columbia, December 1994, pp1-10.  
<http://www.ubcic.bc.ca/docs/Developing.do>

لقوانينها وتقاليدها وعاداتها ، ونظم حيازة الأراضي والمؤسسات لتنمية وإدارة الموارد ، والحق في فعالية التدابير التي تتخذها الدول لمنع أى تدخل أو التصرف فيها أو التعدي على هذه الحقوق. وللشعوب الأصلية الحق في استرداد الأراضي والأقاليم الموارد التي كانت تمتلكها بصفة تقليديها أو غير ذلك أو تستخدم المحتلة التي لديها صودرت. للشعوب الأصلية لها الحق في الأراضي المحتلة أو المستعملة أو التالفة في تحديد وتطوير أولويات واستراتيجيات من أجل تنمية أو استخدام أراضيها وأقاليمها ومواردها الأخرى ، بما في ذلك الحق في أن تطلب حصول الدول على فراغهم وأبلغ الموافقة قبل إقرار أى مشروع يؤثر على أراضيها وغيرها من الموارد<sup>(1)</sup>.

وعلى أية حال فإن لشعوب الأصلية حقوق كثيرة محمية بموجب القانون الدولي ، ونظراً لكثرة تلك الحقوق فإن هذا الصدد سنقتصر على الحقوق ذات الأولوية والأكثر أهمية لتأصيل الحماية القانونية الدولية ، ومن ثم سنقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية :

**المطلب الأول: الحماية الدولية لحق الشعوب الأصلية في الوصول إلى تقرير المصير والمشاركة في صنع القرار**

---

(1) - مشروع إعلان بشأن حقوق الشعوب الأصلية ، المواد 1، 2، 7، 10، 21، 25، 26، 27، و

المطلب الثاني: الحماية الدولية لحق الشعوب الأصلية في الأراضي والأقاليم والموارد و المعارف التقليدية

المطلب الثالث : الحماية الدولية لحق الشعوب الأصلية في الغذاء و السكن الملائم والتعليم

المطلب الرابع: الحماية الدولية لحق الشعوب الأصلية في الوصول إلى العدالة.

## المطلب الأول

### الحماية الدولية لحق الشعوب الأصلية في الوصول

### إلى تقرير المصير والمشاركة في صنع القرار.

سنناقش هذا المطلب في الفرعين التاليين:

## الفرع الأول

### الحماية الدولية لحق الشعوب الأصلية

### في الوصول إلى تقرير المصير

في بداية كنهة الأمر ، نشير في هذا الصدد لبعض التبريرات التي قيلت لتبرير غزو الشعوب الأصلية ونشير على وجه الخصوص ما ذكره (Robert A. Williams, Jr) في كتابه: الهنود الأميركيين في الفكر القانوني الغربي ،

حيث ناقش النظريات القانونية التي استخدمت لتبرير الغزو الغربي للشعوب الأصلية . وأن هذا الغزو استمد من ممارسات من الباطونات الكاثوليك، الذين برروا الحروب الصليبية في القرون الوسطى ضد الإسلام بمفهوم الحرب العادلة. وانتحالوا لأنفسهم رعاية جميع البشر على الأرض، وأعتقد الباطونات أنفسهم في نهاية المطاف لديهم القدرة على تقسيم جميع الأراضي والشعوب غير المسيحية بين المؤمنين الكاثوليك في البرتغال وأسبانيا<sup>(1)</sup>.

ويذكر ( Francisco de Victoria ) أحد المعلقين على حقوق الشعوب الأصلية بموجب القانون الدولي أن حقوق الشعوب الأصلية الشخصية والممتلكات كانت مساوية للفاتحين<sup>(2)</sup>. وقد عارض هذا الرأي ( Sepulveda ) حيث أشار إلى ملك أسبانيا ونوابه وتجاهل بنشاط تخريب اللوائح القانونية تهدف إلى حماية السكان الأصليين من الاستغلال والموت. وبرر الغزو والاستعباد من حقيقة أن الشعوب الأصلية لم تكن من المسيحيين<sup>(3)</sup>.

---

*Robert A. Williams, Jr. in THE AMERICAN INDIAN IN WESTERN LEGAL University Press, 1990.p.all. See also Oxford<sup>(1)</sup>- THOUGHT (Oxford: Gibson, A.M., Philosophical, Legal, and Social Rationales for Appropriating the Tribal Estate, 1607 to 1980, 12 AM. IND. L. REV(1984).. p.3*

*Francisco de Victoria. On the Indians Lately Discovered in DE INDIS*

<sup>(2)</sup> - ET DE

*" IURE BELLI REFLECTIONES, (E. Nys ed., J. Bate trans) Classics of International Law (1917).p.all*

<sup>(3)</sup> -*de Las Casas, B. THE DEVASTATION OF THE INDIES: A BRIEF ACCOUNT. Seville.(1552) : Baltimore. Johns Hopkins Univ. Press, (1992).p.all or <http://www.swarthmore.edu/>*

وروفقاً للقانون الدولي، فإن مصطلح الشعوب له وضع قانوني خاص وأن جميع الشعوب تتمتع بالحق في تقرير المصير. ولا يعترف بنفس الوضع القانوني والحقوق بالنسبة للأقليات أو المجتمعات في حد ذاتها. ويؤكد السيد (جيمس أنايا)، المقرر الخاص المعني بحقوق الشعوب الأصلية، على: إن حق تقرير المصير هو حق أساسي، لا يمكن بدونه أن تتمتع الشعوب الأصلية، كجماعات أو أفراد بالكامل بحقوق الإنسان<sup>(1)</sup>. ومن ثم فإن النقطة الحاسمة لحقوق الشعوب الأصلية هو قدرتها للمطالبة بالحق في تقرير المصير<sup>(2)</sup>. وعليه ففي الواقع، فإن مشاركة السكان الأصليين في صنع القرار على مجموعة كاملة من المسائل التي تؤثر على حياتهم تشكل القاعدة الأساسية للتمتع من مجموعة كاملة من حقوق الإنسان<sup>(3)</sup>.

**الخليق بالذكر فإن الأجزاء الأكثر إثارة للجدل من مشروع إعلان بشأن حقوق الشعوب الأصلية تهم فكرة القانون الدولي من تقرير المصير للشعوب. وقد أصر ممثلي السكان الأصليين على تطبيق غير المشروط من هذه الفكرة. وعبرت معظم الوفود الحكومية المراقب والمعارضة استفسار حول استخدام الشعوب شرط أو تقرير المصير. في عام 1993 قرر الفريق**

(1) - الأمم المتحدة ، الجمعية العامة ، الدورة الستون ، البند ٧٠ من جدول الأعمال المؤقت ، قضايا الشعوب الأصلية ، حالة حقوق الإنسان والحريات الأساسية للشعوب الأصلية تقرير المقرر الخاص المعني بحالة حقوق الإنسان والحريات الأساسية للشعوب الأصلية ، جيمس أنايا ، المقدم عملاً بالفقرة ١٨ من قرار لجنة حقوق الإنسان 2005\51 ، مرجع سابق ، ص 11 ، 12 .

(2) - Dieter Kugelmann, op.cit.p.259

(3) - Kathrin Wessendorf, Erni and Christina Nilsson, and others (editors) THE INDIGENOUS WORLD 2011. The authors and The International Work Group for Indigenous Affairs, (IWGIA), 2011, pp, 11-12. or- Web: www.iwgia.org



العامل المعني بالصيغة التي ذكرت : "للشعوب الأصلية الحق في تقرير المصير . وبحكم هذا الحق أن تحدد بحرية مركزها السياسي ، وحررة في السعي لتحقيق نمائها الاقتصادي والاجتماعي و الثقافي"<sup>(4)</sup>. كل من رفض لجنة حقوق الإنسان والمؤتمر العالمي للأمم المتحدة لحقوق الإنسان، الذي عقد في عام 1993 ، فإن مصطلح " الشعوب " ، وذلك باستخدام بدلاً إما الشعب أو السكان. وعارضت كندا استخدام الشعوب و تقرير المصير ، على الرغم من أنه اقترح صيغة غامضة نوعاً ما في الفريق العامل في عام 1993. وقد أعربت البرازيل المعارضة لشروط استخدام المصطلحات . وذكرت الدنمارك / جرينلاند دعمها ل صياغة مشروع عام 1993. فبعض ممثلي السكان الأصليين ، في رضاء عن الصيغة المذكورة أعلاه، بيد أنهم قلقون من أن أحكام أخرى في المشروع قد تفسر للحد من لغتها. ونتيجة لذلك ، يتم تقسيم كل من ممثلي الشعوب الأصلية والوفود الحكومية على هذا الجانب من المشروع الحالي . وأحكام أخرى من مشروع اتفاق مع الحقوق الإقليمية ، والحكم الذاتي ، والمعاهدات والملكية الفكرية<sup>(5)</sup>.

يذكر المقرر الخاص المعني بحالة حقوق الإنسان والحريات الأساسية للشعوب الأصلية ، (رودولفو ستافنهاغن) : بما أن الشعوب الأصلية ترتبط تاريخيًا بأمن الأرض، وتبني هويتها الثقافية بشكل أساسي على ارتباطها

---

(4)- *Douglas Sanders, op,cit ,pp1-10*

(5)- *Douglas Sanders, op,cit ,pp1-10*

الطويل بالأرض وثمارها، فإنه عندما تتمزق هذه العلاقة أو تتآكل، تنشأ حالات تقوض حقوق الإنسان الخاصة بها<sup>(1)</sup>.

ووفقاً للقانون الدولي، يتمتع مصطلح الشعوب بوضع قانوني خاص وجميع الشعوب تتمتع بالحق في تقرير المصير<sup>(2)</sup>. وفيما يتعلق بالتفسيرات القانونية التي تعتبر أن حق الشعوب الأصلية في تقرير المصير يتعارض مع سيادة الدول، تشير التقديرات إلى أن التجربة تبين أن سيادة الدول يمكن أن تتعايش في تناغم مع تقرير مصير الشعوب الأصلية<sup>(3)</sup>.

## الفرع الثاني

### الحماية الدولية لحق الشعوب الأصلية

#### في الوصول إلى المشاركة في صنع القرار

بادئ ذي بدء نشير إلى الحقيقة التي لا يمكن تأبقها أو التغاطش عنها، إلا وهي أن الشعوب الأصلية كانت من بين فئات المجتمع التي استبعدت

(1) - الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة الستون، البند 70 من جدول الأعمال المؤقت، قضايا الشعوب الأصلية، حالة حقوق الإنسان والحريات الأساسية للشعوب الأصلية تقرير المقرر الخاص بحالة حقوق الإنسان والحريات الأساسية للشعوب الأصلية، رودولفو ستافنهاغن، المقدم عملاً بالفقرة 18 من قرار لجنة حقوق الإنسان 51/2005، مرجع سابق، ص 11، 12.

(2) - راجع إعلان ريو بشأن البيئة والتنمية. (1992) المبدأ 22: وجدول أعمال القرن 21 (1992). وانظر أيضا مؤتمر الأمم المتحدة بشأن التنمية المستدامة، ريو+20، الوثيقة الختامية، المستقبل الذي نصبر إليه (2012)، مرجع سابق، الفقرات 43 و49 و58(د) و109 و131 و175 و197 و211 و229 و238.

(3) - الأمم المتحدة، الاتفاقية المتعلقة بالتنوع البيولوجي، التزيم المتفوح العضوية العامل بين النورات، المخصص للمادة 8(د) والأحكام المتصلة بها، في اتفاقية التنوع البيولوجي، الاجتماع الثامن، مونتريال، 7-11 أكتوبر/نشرين الأول 2013، البند 5 من جدول الأعمال المؤقت، التوصيات الصادرة عن الدورتين الحادية عشرة والثانية عشرة لمنتدى الأمم المتحدة الدائم المعني بقضايا الشعوب الأصلية والمقدمة إلى اتفاقية التنوع البيولوجي صادر 30 أغسطس 2013، مرجع سابق، ص 5.

وهمشت وحرمت أكثر غيرها . وقد كان لذلك آثار سلبية على قدرتها على تحديد وجهة مجتمعاتها ، بما في ذلك صنع القرار في المجالات التي تؤثر في حقوقها ومصالحها . وقد يكون ذلك من العوامل الرئيسية التي لا تزال تسهم في حالة الضعف التي تعيشها هذه المجتمعات . ولا بد من ضمان حقوق الشعوب الأصلية في صنع القرار ومشاركتها في القرارات التي تؤثر فيها لتمكينها من حماية جملة أمور منها ثقافتها ، بما فيها لغاتها ، وأراضيها وأقاليمها ومواردها . وكانت الشعوب الأصلية، في حالات عدة، تمارس، أو ما تزال تمارس، أشكالاً من الحوكمة خاصة بها<sup>(4)</sup> . وقد كل الأنشطة الممكنة في سياق دولي لزيادة تنظيم صوت الشعوب الأصلية وصياغة معايير دولية جديدة لعلاج مشكلات هذه الشعوب من وكالات مثل: منظمة العمل الدولية ، وحقوق الإنسان في الأمم المتحدة<sup>(1)</sup>

والجدير بلفت الانتباه أنه عند البحث والتنقيب عن ممارسات ومشاركات الشعوب الأصلية في صنع القرار ، ألفينا أنه من الصعب تحديد ما يشكل في الواقع ممارسة جيدة تنطوي على مشاركة الشعوب الأصلية في عملية صنع القرار ، ومن الصعب تقييم ما إذا كان يمكن وصف ممارسة ما

---

<sup>(4)</sup> الأمم المتحدة ، الجمعية العامة ، مجلس حقوق الإنسان، الدورة الثامنة عشرة، البند 5 من جدول الأعمال، هيئات وآليات حقوق الإنسان التقرير النهائي عن الدراسة المتعلقة بالشعوب الأصلية والحق في المشاركة في صنع القرارات، تقرير آلية الخبراء المعنية بحقوق الشعوب الأصلية المرفق ، المشورة رقم 2 (2011) المقدمة من آلية الخبراء الشعوب الأصلية والحق في المشاركة في صنع القرار ، صادر في 17 أغسطس 2011 ، ص 23 ،

(1) -Ibrahim I. Shihata, "The World Bank and Human Rights: An Analysis of the Legal Issues and the Record of Achievements," *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol: 17, No. 1, 1988, pp. 39-66.

بالجيدة، ومن الصعب أيضا ، الحصول على معلومات شاملة من جميع المناطق. وقد تكون الآليات التي تتيح مشاركة الشعوب الأصلية في عمليات صنع القرارات الخارجية غير المتعلقة بها إشكالية لأسباب مختلفة منها أن هذه الآليات تعمل في بيئات لا تكون فيها الشعوب الأصلية مهيمنة سياسيًا واجتماعيًا واقتصاديًا، وفي حين تعزز هذه الآليات مشاركة الشعوب الأصلية ، فإنها لا تذهب إلى حد توفير فرص لها تكون متكافئة مع الفرص المتاحة للأفراد والشعوب من غير السكان الأصليين ؛ أو أنها لا تسمح بتأثير أكبر للشعوب الأصلية على القرارات في الممارسة العملية ؛ لأنها تُنفَّذ بشكل سيئ ، أو تواجه مشكلات لا يمكن التنبؤ بها مسبقًا ؛ أو لأنها تعطي الأفضلية لمشاركة أفراد معينين من الشعوب الأصلية على آخرين، مما يثير شواغل بشأن قدرتها على تحقيق المساواة بين الأفراد<sup>(2)</sup> . للتغلب على العقبات التي تحول دون المشاركة الفعالة في آليات ذات طابع رسمي تديرها الدولة ، شكّل العديد من الشعوب الأصلية جمعيات غير سياسية محلية أو إقليمية أو دولية من أجل الدفاع عن مصالحها. وفي البلدان التي أقيمت فيها الشعوب الأصلية عن العمليات النظامية، نُعتبت هذه المنظمات ، في الواقع، دورًا هامًا جدًا في تمثيل الشعوب الأصلية واتخاذ قرارات جماعية حول الحياة الاجتماعية والثقافية والدينية<sup>(3)</sup>. تشارك الشعوب الأصلية بنشاط في الآليات الدولية من أجل تحقيق قدر أكبر من الحماية لحقوقها. وقد مكنت وكالات الأمم المتحدة وهيئات المعاهدات والآليات الدولية الأخرى ذات الصلة الشعوب الأصلية من المشاركة المباشرة في

---

(2) - UN/A/HRC/EMRIP/2011/2\ 26 May 2011.p4 .

(3) - UNA/HRC/EMRIP/2010/2. 17 May 2010.p.28

هذه الآليات و على أعلى المستويات(4). ولكن يلاحظ أن منظمة العمل الدولية لا تسمح للشعوب الأصلية بالمشاركة بشكل

مباشر في مؤتمراتها، على الرغم من النداءات المتكررة التي أطلقها عدد من هيئات الأمم المتحدة في هذا الشأن(1). وينعت الحق في المشاركة الكاملة والفعالة من جانب الشعوب الأصلية في صنع القرار بأهمية بالغة لعملية تمتعها بحقوق الإنسان الأخرى . وعلى سبيل المثال، فحق الشعوب الأصلية في أن تحدد أولوياتها التعليمية بنفسها وفي أن تشارك بفعالية في وضع الخطط والبرامج والخدمات التعليمية وتنفيذها وتقييمها يكتسي أهمية حاسمة لكي تتمتع بالحق في التعليم وعندما يُطبق الحق في التعليم على أنه حق تعاهدي، فإنه يوفر إطاراً للمصالحة . وتوفر لجان الحقيقة والمصالحة نموذجاً أيضاً لتحسين العلاقات بين الدول والشعوب الأصلية . ونظراً لهذا الحق سنأصل الحماية القانونية الدولية له ، ثم نتبعها ببعض الدول التي تسمح للشعوب الأصلية بالمشاركة في صنع القرار في البرلمانات والحوكمة في النقاط التالية :

*International Labor orgization Indigenous and Tribal Peoples. A Guide  
ILO Convention No. 169, p.88 (4) - .to*

- وراجع أيضا ورقات مقدمة من برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، ومنظمة العمل الدولية واتفاقية التنوع البيولوجي.  
(1) - الوثائق الرسمية للمجلس الاقتصادي والاجتماعي، الملحق رقم ٤٣ ((E/2009/43).

أولاً: الإطار القانوني الدولي الذي يحمي هذا الحق .

مالاربية فيه أن حق الشعوب الأصلية في المشاركة راسخ متأصل في القانون الدولي . ومنذ عهد قريب ، زاد التركيز في خطاب الشعوب الأصلية على الحقوق التي لا تكفي بتمكين الشعوب الأصلية من المشاركة في عمليات صنع القرارات التي تؤثر فيها فحسب ، بل تدعو إلى تمكينها فعلياً من التحكم في نتائج تلك العمليات (2) .

ويتجلى الرسوخ والتأصيل في هذا النطاق من الحقوق في الإعلان بشأن حقوق الشعوب الأصلية الذي يتضمن أكثر من ٢٠ حكماً عامًا يتعلق بالشعوب الأصلية وصنع القرار . وتتراوح هذه الحقوق من الحق في تقرير المصير، الذي يشمل الحق في الاستقلال أو الحكم الذاتي، إلى الحقوق في المشاركة والإشراك بفاعلية في عمليات صنع القرار . وتنص أحكام أخرى على واجبات الدول المتمثلة في ضمان مشاركة الشعوب الأصلية في صنع القرار لتحقيق أهداف منها الحصول على موافقتها الحرة والمسبقة والمستنيرة ؛ والسعي إلى الحصول على الموافقة الحرة الشعوب الأصلية ؛ والتشاور والتعاون مع هذه الشعوب ؛ واتخاذ التدابير بالتوافق معها(3).ولما

---

(2) - الأمم المتحدة ، الجمعية العامة ، مجلس حقوق الإنسان، الدورة الثامنة عشرة ، البند ٥ من جدول الأعمال ، هيئات وآليات حقوق الإنسان التقرير النهائي عن الدراسة المتعلقة بالشعوب الأصلية والحق في المشاركة في صنع القرارات ، تقرير آلية الخبراء المعنية بحقوق الشعوب الأصلية المرفق ، المشورة رقم 2 (2011) المقدمة من آلية الخبراء الشعوب الأصلية والحق في المشاركة في صنع القرار ، صادر في 17 أغسطس 2011 ، ص 23 .

(3) - راجع المواد التالية من إعلان الأمم المتحدة للشعوب الأصلية (3-5، 10-12 ، 14 ، 15 ، 17-19 ، 22 ، 23 ، 26-28 ، 30-32 . 36، 37 ، 38 ، 40 ، 41 .

كان الإعلان بشأن حقوق الشعوب الأصلية تعبيرًا معياريًا عن التوافق الدولي القائم بشأن الحقوق الفردية والجماعية للشعوب الأصلية على نحو ينسجم

مع المعايير الدولية القائمة في مجال حقوق الإنسان، فإنه يوفر إطار عمل يرمي إلى حماية وإعمال حقوق الشعوب الأصلية على أكمل وجه، بما في ذلك الحق في المشاركة في صنع القرار<sup>(1)</sup>. وعن حقوق المشاركة، يشير القانون الدولي لحقوق الإنسان إلى الحق في المشاركة في الشؤون العامة، بشكليها العام والخاص على السواء، بما في ذلك في المعاهدات المتنوعة، واتفاقية منظمة العمل الدولية المتعلقة بالشعوب الأصلية والقبلية رقم 19 لسنة 1989، وتشمل المشاركة في الشؤون العامة بشكلها العام الإشراف في إدارة الشؤون العامة<sup>(2)</sup>. وتقضي المادة (6) من اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 169 بأن تجرى المشاورات مع الشعوب الأصلية بواسطة مؤسسات تمثلها. وينبغي أن تتحكم الشعوب الأصلية في العملية التي يحدّد بها التمثيل، وفقًا لمعايير حقوق الإنسان المنصوص عليها في جملة صكوك منها الإعلان المتعلق بحقوق الشعوب الأصلية<sup>(3)</sup>.

يشير القانون الدولي لحقوق الإنسان إلى حق المشاركة في شكليه العام والخاص. فالمشاركة في شكلها العام هي الاشتراك في تسيير الشؤون

(1) - المرجع السابق، ص 23.

(2) - راجع اتفاقية منظمة العمل الدولية المتعلقة بالشعوب الأصلية والقبلية رقم 19 لسنة 1989، المواد (2، 5، 7-5، 15، 17-20، 22، 23، 25، 27، 28، 33، 35).

(3) - UN|A/HRC/EMRIP/2010/2

العامّة، في حين أن المشاركة الانتخابية هي شكل خاص من المشاركة .  
والحق في الاشتراك في الشؤون العامّة لا يقتصر على المؤسسات السياسية  
الرسمية حيث يشمل أيضًا الأنشطة الاجتماعية ذات الطابع العام.  
وبالإضافة إلى ذلك ، يوصف الحق في المشاركة باعتباره حقًا فرديًا إلى  
جانب كونه حقًا جماعيًا<sup>(4)</sup>. وهذه المبادئ الأساسية يحميها الإعلان العالمي  
لحقوق الإنسان : الفقرة الأولى من المادة(21) تؤكد أن " لكل شخص  
الحق في الاشتراك في حكم بلده إما مباشرة وإما بواسطة ممثلين يُختارون  
اختيارًا حرًا ؛ وتقرر الفقرة الثالثة من المادة (21) أن إرادة الشعب ينبغي  
أن تكون أساسًا لسلطة الحكومة (5)

وتنص المادتان ( ٧ و ٨ ) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز  
ضد المرأة بوضوح على أن حق المرأة في المشاركة في الحياة السياسية  
والعامّة في الدولة ينبغي أن يكون على قدم المساواة مع حق الرجل، بما في  
ذلك في المجال الدولي. وفي حين أن الاتفاقية لا تشير بالتحديد حقوق نساء  
الشعوب الأصلية فإنه يجب قراءة هاتين المادتين في ضوء المادة (22) من  
الإعلان، التي تكفل حماية الاحتياجات الخاصة لنساء الشعوب الأصلية من  
جميع أشكال التمييز. وبالمثل، ورغم أن إعلان ومنهاج عمل (بيجين)  
لا يشير صراحة إلى مشاركة نساء الشعوب الأصلية فإن لجنة وضع المرأة

---

(4) - الأمم المتحدة ، الجمعية العامة ، مجلس حقوق الإنسان ، آلية الخبراء المعنية بحقوق الشعوب الأصلية ، الدورة الثالثة ، ١٦ تموز/يوليه  
٢٠١٠-١٢ ، البند ٣ من جدول الأعمال المؤقت ، دراسة عن الشعوب الأصلية والحق في المشاركة في صنع القرارات ، تقرير مرحلي بشأن  
الدراسة عن الشعوب الأصلية والحق في المشاركة ، في صنع القرارات ، صادر 17 مايو 2010 ، ص 4 .

(5) - راجع المادة (11/21) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان .



تطالب الآن بمشاركة نساء الشعوب الأصلية في كلامنهاج (بيجين) والأهداف الإنمائية للألفية<sup>(1)</sup>. وتشكل المشاركة أيضًا أحد المبادئ التوجيهية في اتفاقية حقوق الطفل. فالمادة الأولى تؤكد على أنه يحق للأطفال فرادى وجماعات المشاركة في صنع القرارات التي قد تكون هامة في حياتهم والتأثير على الأحكام المتخذة في هذا الصدد، داخل نطاق الأسرة أو في المدرسة أو في المجتمع المحلي. وبالإضافة إلى ذلك ينبغي تفسير أحكام الاتفاقية بالاقتران بالمادة (30) من الاتفاقية التي تنص على حق الطفل من الشعوب الأصلية في التمتع مع بقية أفراد مجموعته بثقافته والإجهار بدينه وممارسة شعائره أو استعمال لغته<sup>(2)</sup>.

وتلزم الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري الدول بحظر التمييز العنصري والقضاء عليه بكافة أشكاله، بما في ذلك ما يتعلق بالتمتع بالحقوق السياسية، وكذلك في إدارة الشؤون العامة (المادة (5)). وفي التعليق العام رقم ٢٣ بشأن حقوق الشعوب الأصلية (١٩٩٧) تحت لجنة القضاء على التمييز العنصري الدول الأطراف على كفالة تمتع أفراد الشعوب الأصلية بحقوق متساوية في صدد المشاركة الفعالة في الحياة العامة وعدم اتخاذ أي قرارات تتصل بصورة مباشرة بحقوقهم ومصالحهم

<sup>(1)</sup> UN\ACN6/2005/2\paras.572.592

<sup>(2)</sup> - الأمم المتحدة، الجمعية العامة، مجلس حقوق الإنسان، آلية الخبراء المعنية بحقوق الشعوب الأصلية، الدورة الثالثة، ١٦ تموز/يوليه ٢٠١٠-١٢، البند ٣ من جدول الأعمال المؤقت، دراسة عن الشعوب الأصلية والحق في المشاركة في صنع القرارات، تقرير مرحلي بشأن الدراسة عن الشعوب الأصلية والحق في المشاركة، في صنع القرارات، مرجع سابق، ص 6.

بدون موافقتهم المستتيرة<sup>(3)</sup>. ويتضمن العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية أحكامًا تؤكد الحق في المشاركة في الحياة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في الدولة. وتؤكد لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في تعليقها العام رقم ٢٠ على أن مبدأ عدم التمييز والمساواة، كما تعبر عنه الفقرة الثانية من المادة الثانية. وكما يتضح في كل أجزاء العهد، ينطبق على جميع الحقوق الواردة في العهد<sup>(4)</sup>. وواجب استشارة الشعوب الأصلية، ينعكس أيضًا في عدد من أحكام الإعلان المتعلق بحقوق الشعوب الأصلية وتشتت المادتان (19 ، 2\32) من الإعلان، شأنها في ذلك شأن اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم ١٦٩ ، أن تتشاور الدول مع الشعوب الأصلية بحسن نية بواسطة إجراءات مناسبة بهدف الحصول على موافقتها أو رضاها عند النظر في التدابير التي قد تؤثر في هذه الشعوب. وعلاوة على ما تقدم، قررت بعض هيئات معاهدات حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة أن الدول ملزمة، في إطار التزاماتها التعاقدية، بالتشاور مع الشعوب الأصلية على نحو فعال في المسائل التي تؤثر في مصالحها وحقوقها ، وبالسعي في بعض الحالات إلى الحصول على موافقة هذه الشعوب<sup>(1)</sup>. ويتسم الحق في المشاركة الكاملة والفعالة من

---

(3) - الأمم المتحدة ، الجمعية العامة ، الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثانية والخمسون، الملحق رقم ١٨ (A/52/18) المرفق الخامس، الفقرة ٤(د).

<sup>(4)</sup> UN\|E/C.12/GC/ 20\|para.2- UN\|E/C.12/GC/ 21\|paras.7,21.24,36,37

(1) - راجع الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الخمسون، الملحق رقم (40)(A/50/40) المجلد الثاني، المرفق العاشر، الباب أولاً، الفقرة 6-9، وراجع الوثائق التالية :

/HRC/EMRIP/2010/2-CCPR/CO/74/SWE CCPR/CO/69/AUS - CERD/C/CAN /CO/18،

paras.15,25 - CERD/C/IDN/CO/17\|para.20 - CERD/C/NZL/CO/ 3\|para.17- CERD/C/USA/CO/ 6

\|para.29- CERD/C/ECU/CO/ 19 \ para.16- CERD/C/COD/CO/ 15\ para.18- CERD/C/SWE/CO/ 18\

جانبا الشعوب الأصلية في صنع القرار بأهمية بالغة لعملية تمتعها بحقوق الإنسان الأخرى . وعلى سبيل المثال ، فحق الشعوب الأصلية أن تحدد أولوياتها التعليمية بنفسها ، وفي أن تشارك بفعالية في وضع الخطط والبرامج والخدمات التعليمية وتنفيذها وتقييمها يكتسي أهمية حاسمة لكي تتمتع بالحق في التعليم<sup>(2)</sup> وعندما يُطبق الحق في التعليم على أنه حق تعاهدي، فإنه يوفر إطارًا للمصالح . وتوفر لجان الحقيقة والمصالحة نموذجًا أيضًا لتحسين العلاقات بين الدول والشعوب الأصلية<sup>(3)</sup>.

وما لاريب فيه أن مشاركة الشعوب الأصلية في صنع القرار خارجيًا هي ذات أهمية حاسمة للحكومة الرشيدة . فمن أهداف المعايير الدولية المتعلقة بحقوق الشعوب الأصلية سد الفجوة بين حقوقها من جهة وإعمال هذه الحقوق من الجهة الأخرى . وما زال كثير من الشعوب الأصلية عرضة لتدخلات من جانب الدولة تفرض من أعلى إلى أسفل، وقلما تراعي حقوق هذه الشعوب وظروفها أولاً أو تقيم لها وزناً إطلاقيًا ثانيًا . ففي حالات كثيرة ، يمثل ذلك السبب الأساسي لمصادرة الأراضي، و للنزاعات، ولانتهاكات حقوق الإنسان، وللتشريد، وفقدان أسباب العيش المستدامة . وينطبق واجب التشاور مع الشعوب الأصلية كلما جرى النظر في تدبير أو قرار يؤثر تحديدًا في الشعوب الأصلية يؤثر مثلاً في أراضيها أو أسباب عيشها . وينطبق هذا الواجب أيضًا في الحالات التي تنتظر فيها الدولة في قرارات

---

para.19 - CERD/C/NAM / CO/ 12\ para.18- CCPR/C/CRI/CO/ 5 \ para.19- CCPR/C/BWA/CO/ 1\ para.24

(2) - UN/A/HRC/12/ 33

(3)-UN/A/HRC/15/ 36.para.11

أو تدابير قد تؤثر في المجتمع ككل، ولكنها تؤثر في الشعوب الأصلية، وخاصة في الحالات التي قد يكون فيها للقرارات تأثير كبير على الشعوب الأصلية أكثر من غيرها<sup>(4)</sup>. ويمكن للنظم القانونية للشعوب الأصلية، بما في ذلك الجوانب التشريعية والقضائية والإجرائية، أن تحافظ على الوئام داخل مجتمع الشعوب الأصلية وتعزز قدرة هذه الشعوب على أن تؤثر تأثيرًا خارجيًا في صنع القرار<sup>(5)</sup>.

وعلى صعيد القوانين الوطنية والممارسات الدولية ألفينا مثلاً لدى بنجلاديش نظاماً موحداً للحكم، فإن النظام القانوني والإداري لأقاليم (تشيتاجونج) منفصل ومتميز عن النظام القانوني والإداري في أجزاء أخرى من البلد. وبشكل غير رسمي، ما زالت هناك نظم عدالة مطبقة في كثير من مجتمعات الشعوب الأصلية تُستخدم لتسوية الخلافات بشأن المسائل المدنية والجنائية الصغيرة على حد سواء. ومؤسسات العدالة التقليدية، أي قيادات الدوائر الثلاث، والرؤساء "موزا" و"الكارباريس" في القرى، تكمل عمل مؤسسات عدالة الدولة وهي تقر بولايتها القضائية بشأن المسائل التي تنطوي على قوانين الأسرة القائمة على العرف، وبعض الحقوق المتعلقة بالأراضي والموارد الطبيعية<sup>(1)</sup>. أما دعم ممارسة النظم القانونية للشعوب الأصلية في ولاية صباح في ماليزيا لضمان استمرار استقلالية هذه النظم فقد كان نتيجة لدعوات متكررة من زعماء الشعوب الأصلية ومؤسساتها.

<sup>(4)</sup> UN/A/HRC/12/ 34|paras.42,43

<sup>(5)</sup> UN\A/HRC/EMRIP/2011/2\ 26 May 2011.p.9

- Raja Devasish Roy, Sara Hossain, Dr. Meghna Guhathakurta, "Access to Indigenous Peoples in Bangladesh", United Nations Development Programme (UNDP, Bangkok, 2007). Available from <http://regionalcenterbangkok.undp.or.th/practices/governance/a2j/docs/CaseStudy>

ويشكل الدعم المالي الذي تقدمه الحكومة الاتحادية لتحسين صورة المحاكم المحلية في ولاية صباح، والتي كانت مهملة لعقود من الزمن، أحد الأمثلة على ذلك، وهو دعم قدم ليستخدم في جملة أمور منها بناء محاكم جديدة للشعوب الأصلية ومركزًا للتدريب موظفي هذه المحاكم، بما يتيح نقل المعارف المتعلقة بالنظم القانونية للسكان الأصليين إلى قيادات شابة<sup>(2)</sup>.

وتمثل النظم القانونية للشعوب الأصلية في محافظتي (راتاناكيري وموندولكيري) في كمبوديا ممارسة جيدة ، رغم أنها لم تحظ باعتراف رسمي من الدولة .وعادة ما تكون هذه النظم متسقة مع قيم الشعوب الأصلية، بما في ذلك ما يتعلق بمشاركة جميع الأفراد والأسر المتضررين من جريمة مزعومة .وأوضح بعض القرويين أنهم يقدرون نظمهم القانونية ؛ لأنها تخص الجميع - المجتمع المحلي - ولأن الأحكام التي تصدرها تعكس آراء الأغلبية . وعلاوة على ذلك ، يتم ، في بعض المجتمعات ، اختيار رؤساء القرى المسؤولين عن جملة أمور منها الحفاظ على السلام في المجتمع المحلي ، بتوافق الآراء ، وعلى أساس معايير تشمل مدى تصرفهم وفقًا لمصالح الجماعة<sup>(3)</sup>.ويقر دستور المكسيك بحق الشعوب الأصلية في

---

(2)-Jens Dahl, Genevieve Rose, "Development and Customary Law", *Indigenous Affairs*, International Work Group for Indigenous Affairs, 2010. Available from [http://issuu.com/iwgia/docs/ia\\_1\\_2\\_2010](http://issuu.com/iwgia/docs/ia_1_2_2010)

(3)-Maria Backstrom, Jeremy Ironside, Gordon Paterson, Jonathan Padwe, Ian G. Baird, "Indigenous Traditional Legal Systems and Conflict Resolution in Ratanakiri and Mondulkiri Provinces,Cambodia" (UNDP, Bangkok, 2007)p.5-109

تقرير المصير ، وخصوصًا فيما يتعلق بالانتخابات و بممارسة أشكال الحوكمة الخاصة بهم المادة( ٢ ). وبالطريقة نفسها ، يسلم دستور ( أو أكساكا ) المادتان ١٦ و ٢٥ بحق الشعوب الأصلية في انتخاب وترشيح سلطاتها وممثليها في البلديات وفقًا لنظمها القانونية والسياسية<sup>(١)</sup>.

ثانيًا: الإطار الإقليمي والسوابق القضائية التي تحمي هذا الحق.

ساهمت النظم الإقليمية أيضًا مساهمة كبرى في التوصل إلى فهم أكمل لمحتوى حق الشعوب الأصلية في المشاركة في صنع القرارات . وفي النظام الإقليمي لحقوق الإنسان في البلدان الأمريكية تم مناقشة مشروع إعلان أمريكي بشأن حقوق الشعوب الأصلية ، وتكتفي الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان عمومًا بعرض حقوق الأفراد ولا تتطرق مباشرة إلى الحقوق المناظرة للشعوب الأصلية . ومع ذلك فإن الافتقار إلى أحكام خاصة بالشعوب الأصلية لم يمنع محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان ولجنة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان من صياغة قانون سوابق مفيد بشأن حقوق الشعوب الأصلية، وهو قانون يتصف بصفة خاصة بالحق في المشاركة في صنع القرارات<sup>(٢)</sup>.

---

(١)- UN\A/HRC/18/ 42\17 August 2011\p.11

(٢)- راجع مشروع الإعلان على الموقع التالي:

ويشير الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب بالتحديد إلى كلا حقوق الأفراد وحقوق الشعوب، وينص ، بين أحكام أخرى ذات صلة، على حق جميع المواطنين في المشاركة بحرية في حكومة البلد ، المادة (13) (3). وفي عام ٢٠٠٠ أنشأت اللجنة الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب الفريق العامل المعني بالسكان الأصليين/المجتمعات الأصلية، وتضمن تقريره الأول(4). تفسيراً لعدة أحكام في الميثاق الأفريقي وفقاً للمعايير الدولية المتصلة بحقوق الشعوب الأصلية . وقد تطرق أحد الأحكام الأخيرة للجنة الأفريقية للمرة الأولى بصورة مباشرة إلى حقوق الشعوب الأصلية . وفي ذلك المقرر شجبت اللجنة طرد شعب (إندورواس ) من أراضيها في كينيا لأغراض تنمية السياحة، وتوصلت إلى أن عمليات الطرد تمثل انتهاكاً لحقوق الإنسان في الملكية والصحة والثقافة والدين والموارد الطبيعية . وفي حين أن هذه القضية لم تكن متصلة بصورة صريحة بالحق في المشاركة فإن القضية الأساسية التي كانت تركز عليها القضية تتمثل في أن شعب (إندورواس ) قد استبعد من جميع عمليات اتخاذ القرارات المتعلقة بالتعامل مع أراضيهم. وثمة سوابق قضائية دولية تؤكد أيضاً بوجه أعم حق الشعوب الأصلية في المشاركة في صنع القرار، مثل قرار محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان، التي اعترفت فيه المحكمة بحق تلك الشعوب في تنظيم نفسها على نحو يتسق مع عاداتها وتقاليدها في إطار القوانين الانتخابية للدولة(1). وأعربت اللجنة الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب عن قلقها إزاء استبعاد الشعوب الأصلية من صنع القرار في

(3) - ميثاق بانجول الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب ١٩٨٢ ، المواد(2، 3، 13، 17، 21، 19).

(4) تقرير اعتمدهت اللجنة الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب في دورتها العادية الثامنة والعشرين في ٢٠٠

(1) - محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان، ياتاما ضد نيكاراغوا، الحكم الصادر في ٢٣ حزيران/يونيه ٢٠٠٥

مجال التعامل مع أراضيتها<sup>(2)</sup>. وفيما يتعلق بالحق في المشاركة السياسية تتسم قضية (ياتاما) ضد نيكاراغوا بأهمية خاصة. فقد توصلت محكمة البلدان الأمريكية إلى أن قانون الانتخابات في نيكاراغوا يشكل تقييداً غير مناسب للحقوق السياسية لمرشحي أحد أحزاب الشعوب الأصلية والإثنية؛ لأن مقتضيات الدولة بالمشاركة في انتخابات البلدية يتطلب شكلاً من التنظيم لا تعرفه عادات وتقاليد الشعب<sup>(3)</sup>. في قضية" مارشال وآخرون ( شعب ميكماك) ضد كندا، أكدت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان أيضاً أن حق المشاركة بموجب الفقرة (أ) من المادة (25) يشمل الحق في الاشتراك في تسيير الشئون العامة، إما مباشرة أو من خلال ممثلين يُختارون بحرية. وخلصت اللجنة إلى أن الحكم لا ينشأ حقاً في التمثيل المباشر لمجموعة من الشعوب الأصلية في عملية صنع الدستور، طالما أن الأعضاء الأفراد في المجموعة يتمتعون بالحق في المشاركة إلى جانب المجموعات لأخرى<sup>(4)</sup>.

---

African Commission on Human and Peoples' Rights, *Endorois Welfare Council*  
v. Kenya, 4 February 2010, at (2).  
[/www.achpr.org/communications/decision/276.03](http://www.achpr.org/communications/decision/276.03)

(3) - ياتاما ضد نيكاراغوا، السلسلة جيم (العدد 127) (2005).

-See also A/HRC/EMRIP/2010/2 \17 May 2010.p.10

(4) - *Hanski, Raija and Scheinin, Martin. Leading Cases of the Human Rights Committee, Vasa, Institute for Human Rights, Åbo Akademi University(2003), pp. 402, 406 – 409*



ثالثاً: البرلمانات التي تمكن الشعوب الأصلية من ممارسة هذا الحق .

يوجد عدد من الأمثلة على برلمانات التي تمكّن الشعوب الأصلية من التأثير في صنع القرار في المسائل التي يمكن أن يكون لها علاقة بهم:

- البرلمانات الصامية (Sámi) التي أنشئت في النرويج والسويد وفنلندا في الأعوام 1989 و1992 و1995 على التوالي ، هي هيئات تتوخى تحقيق عدد من الأهداف من بينها تسهيل التشاور مع الصاميين بشأن المسائل التي تؤثر عليهم . وتختلف ولاية هذه البرلمانات وقواعدها التنظيمية من بلد إلى آخر (5).

- وفي السويد ، مُنح البرلمان الصامي مسئوليات خاصة تتعلق بالمشاركة في صنع القرار؛ فهو يقرر، على سبيل المثال ، توزيع مَنح الدولة وتوزيع الأموال الأخرى المتاحة للشعب الصامي ؛ وهو يعين مجلس مدارس الصاميين؛ ويدير مشاريع اللغة الصامية ؛ وهو الوكالة الإدارية المسؤولة عن تربية غزال الرنة ؛ ويشترك في التخطيط الاجتماعي

---

(5) - شعب سامي (سامي أيضا أو جاعات السامي)، المعروف تقليديا في اللغة الإنجليزية لالاب أو Laplanders، هي الأصلية الفنلندية الأوغرية الناس الذين يسكنون في المنطقة القطبية الشمالية منطقة Sápmi ، والتي تشمل أجزاء من اليوم حتى شمال النرويج ، السويد ، فنلندا ، و شبه جزيرة كولا ل روسيا ، ومنطقة الحدود بين الجنوب والوسط السويد والنرويج. سامي هم السكان الأصليون فقط من الدول الإسكندنافية معترف بها ومحمية بموجب الاتفاقيات الدولية للشعوب الأصلية، وبالتالي هي السكان الأصليين في شمال أوروبا . تمتد أراضي الأجداد سامي تبلغ مساحتها حوالي 388350 كم<sup>2</sup> (150.000 ميل مربع.)، وهو ما يقرب من حجم النرويج، في بلقان الشمال الأوروبي . اللغات التقليدية هي لغات سامي وتصنف على أنها فرع من الأورالية عائلة اللغات. تقليديا، وسامى أتبع مجموعة متنوعة من سبل العيش، بما في ذلك صيد الأسماك الساحلية، محاصرة الفراء ، و رعي الأغنام . الوسيلة المعروفة أفضل لكسب الرزق هو شبه الرحل الرنة الرعي. حاليا وترتبط حوالي 10٪ من سامي لرعي الرنة و2.800 تشارك بنشاط في الرعي على أساس التفرغ. لأسباب التقليدية والبيئية والثقافية والسياسية، ورعي الرنة محتوطة قانونيا فقط لشعب سامي في بعض مناطق بلقان الشمال الأوروبراجع

ويرصد مدى تلبية احتياجات الشعب الصامي ، بما في ذلك المصالح الصناعية المرتبطة بغزال الرنة فيما يتعلق بالأرض والمياه؛ وينشر معلومات عن أوضاع الصاميين<sup>(1)</sup>.

- وفي فنلندا، يتعين على السلطات، بموجب المادة ( ٩ ) من قانون البرلمان الصامي لعام ١٩٩٥ ، التفاوض مع هذا البرلمان بشأن جميع التدابير المهمة التي قد تؤثر بشكل مباشر على مركز الصاميين بوصفهم شعبًا من الشعوب الأصلية<sup>(2)</sup>. ويسلم الاتفاق المبرم بين حكومة النرويج والبرلمان الصامي بشأن إجراءات التشاور، بحق الصاميين في استشارتهم بشأن المسائل التي قد تؤثر عليهم مباشرة ، ويحدد الإجراءات التي تنطبق على الحكومة ووزاراتها ومديرياتها وغيرها من الوكالات أو الأنشطة التابعة للدولة في المسائل التي قد تؤثر على مصالح الصاميين تأثيرًا مباشرًا ، بما في ذلك التشريعات والقواعد التنظيمية والقرارات الإدارية المحددة أو الفردية، والمبادئ التوجيهية والتدابير والقرارات<sup>(3)</sup>.

---

(1) - راجع مساهمة السويد المقدمة إلى آلية الخبراء المعنية بحقوق الشعوب الأصلية، دورة عام ٢٠١٠ ، وهي متاحة على :

- [www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/ExpertMechanism/3rd/](http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/ExpertMechanism/3rd/)

(2) - مساهمة فنلندا المقدمة إلى آلية الخبراء المعنية بحقوق الشعوب الأصلية، دورة عام ٢٠١٠ ، وهي متاحة على العنوان التالي:

- [www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/ExpertMechanism/3rd/](http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/ExpertMechanism/3rd/)

(3) - مساهمة النرويج المقدمة إلى آلية الخبراء المعنية بحقوق الشعوب الأصلية، دورة عام ٢٠١٠ ، وهي متاحة على العنوان التالي:

[www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/ExpertMechanism/3rd/n](http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/ExpertMechanism/3rd/n)

- وفي الفلبين ، تم بموجب قانون حقوق الشعوب الأصلية لعام ١٩٩٧ ، إنشاء هيئة استشارية تضم زعماء تقليديين وشيوخاً وممثلين لقطاعي النساء والشباب من شعوب أصلية مختلفة تقدم المشورة إلى اللجنة الوطنية المعنية بالشعوب الأصلية بشأن المسائل المتعلقة بمشاكل هذه الشعوب و تطلعاتها ومصالحها. وفي عام ٢٠٠٣ ، اعتمدت اللجنة مجموعة من المبادئ التوجيهية الخاصة بتشكيل الهيئة الاستشارية وتفعيلها، وهي مبادئ تعترف بتشكيل الهيئات الاستشارية على المستويات الوطني والإقليمي والمحلي ، وكذلك على مستوى المجتمع المحلي عند ظهور الحاجة لإجراء مشاورات مركزة.

وتقيم الهيئة الاستشارية، في جملة أمور ، القضايا والشواغل الهامة للشعوب الأصلية ، وتقدم إسهامات إلى اللجنة وتوصيات بشأن السياسات لكي تعتمد عليها اللجنة<sup>(١)</sup>.

- وفي كاليدونيا الجديدة ، يتعين على الكونجرس التشاور مع مجلس الشيوخ العرفي ، الذي يتألف من أعضاء مجلس الشيوخ من (الكاناك) الممثلين لكل واحدة من المناطق التقليدية في كاليدونيا الجديدة ، عند النظر في أي قانون أو سياسة عامة تمس هوية (الكاناك). وعندما يعترض مجلس الشيوخ العرفي على القانون أو السياسة ، يجب على الكونجرس إعادة النظر في قراره، وبعد ذلك يسري الموقف الذي يتخذه الكونجرس في هذا الشأن. وفي حين تحافظ هذه الممارسة على رأي كونجرس كاليدونيا الجديدة فيما يتعلق بالمسائل التي تكون ذات أهمية أساسية (للكاناك)، فإنها

(١) - دليل منظمة العمل الدولية لتطبيق اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 169

توفر الفرصة لممثلي الكانك للمساهمة في مداولات الكونجرس<sup>(2)</sup>. ويشكل مؤتمر الإنويت القطبي مثلاً جيداً للتعاون الإقليمي بين الشعوب الأصلية فالمؤتمر يعقد كل أربع سنوات جمعياته العمومية التي تُناقش فيها قضايا مثل: تنمية الموارد وتغير المناخ. وتجمع قمة قادة الإنويت الحكومات الإقليمية والوطنية للأمم الإنويت<sup>(3)</sup>. ويتعاون فرع (جرينلاند) التابع لمؤتمر الإنويت القطبي، الذي يمثل السكان الأصليين في (جرينلاند)، تعاوناً وثيقاً مع حكومة (جرينلاند) من أجل إنشاء آليات أفضل للاستماع و التشاور فيما يتعلق بمشاريع التنقيب عن النفط والغاز، ومشاريع التعدين وغيرها من الصناعات الضخمة في جرينلاند. وعلاوة على ذلك، يحق لأي مواطن من مواطني (جرينلاند) التصويت في الانتخابات البرلمانية، وليس فقط الإنويت، فإن جميع الممثلين في حكومة و برلمان (جرينلاند) هم حالياً من الإنويت<sup>(4)</sup>.

---

(2)-Some examples of good practices for indigenous peoples' participation in decision" making: political participation, consultation standards, and participation in development projects

(3)-Submission by Sara Olsvig to the technical workshop on good practices associated with indigenous peoples and the right to participate in decision-making of the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples (9-10 March 2011

Submission by Sara Olsvig to the technical workshop on good practices indigenous peoples and the right to participate in<sup>(4)</sup>- associated with decision-making of the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples (9-10 March 2011)

- ففي نيوزيلندا ،ضمن شعب (الماوري) في نيوزيلندا تمثيلهم في البرلمان منذ عام ١٨٦٧ . فكل شخص من أصل ماوري يمكنه أن يختار بين أن يكون على القوائم الانتخابية للماوري أو على القوائم الانتخابية العامة . ومنذ عام ١٩٩٦ ، يتغير عدد مقاعد (الماوري) في مجلس النواب تبعاً لنسبة أفراد (الماوري) المسجلين في القوائم الانتخابية للماوري مقارنة بالقوائم الانتخابية العامة . ويبلغ عدد مقاعد (الماوري) في مجلس النواب حالياً سبعة مقاعد . ويضم مجلس النواب أيضاً لجنة مختارة لشئون (الماوري) يحيل إليها المجلس أي قضية يكون لها تأثير على شعب (الماوري)(1).

- ففي بوروندي ،توجد لدى شعب (الباتوا) في بوروندي مقاعد دائمة في كلا مجلسي الجمعية الوطنية ، علاوة على ضمان وجود ممثلين لشعب (الباتوا) في اللجنة الوطنية للأراضي(2).

- وفي إقليم خانتي - مانسييسكي المتمتع بالحكم الذاتي و التابع للاتحاد الروسي ، يوجد مجلس للشعوب الأصلية يشكل جزءاً من هيكل مجلس الدوما الإقليمي (البرلمان) . وللإقليم حصة تمثيلية للشعوب الأصلية

---

contribution of New Zealand to the Expert Mechanism on the Rights of  
. 2010 session, available from [www2.ohchr.org/](http://www2.ohchr.org/) (1)- Indigenous Peoples  
english/ issues / indigenous

-(2) Constitution of Burundi, as referred to by the Indigenous Peoples of  
Africa Co-ordinating Committee; see [www.ipacc.org.za/eng/default.asp](http://www.ipacc.org.za/eng/default.asp).  
See also Minority Rights Group International, Burundi, available from  
[www.minorityrights.org/?lid=4703&tmpl=printpage](http://www.minorityrights.org/?lid=4703&tmpl=printpage)

منصوص عليها في التشريعات. وثمة حل إيجابي آخر على مستوى المحافظات هو الضمانة الإضافية المتمثلة في حصول شعب (النينيتز) على تمثيل مباشر في مقاطعة أوكروغ المتمتعة بالاستقلال الذاتي<sup>(3)</sup>.

- وفي جنوب أفريقيا، ينص قانون القيادات التقليدية وإطار الحكم لعام ٢٠٠٣ على وجوب أن يقوم أمين البرلمان بإحالة أي مشروع قانون برلماني يتعلق بالقانون العرفي أو بأعراف المجتمعات التقليدية، قبل اعتماده في مجلس النواب حيث يُقدم إلى المجلس الوطني للزماء التقليديين للتعليق عليه<sup>(4)</sup>.

- وفي كولومبيا، ينص الدستور على حجز مقاعد برلمانية لممثلين عن الشعوب الأصلية تختارهم مجتمعاتهم المحلية مباشرة، بينها مقعدان من أصل ١٠٢ في المجلس الأعلى: مجلس الشيوخ ومقعد واحد

---

(3)- A/HRC/15/37/Add.5

- see also Kathrin Wessendorf, *An Indigenous Parliament? Realities and Perspectives in Russia and the Circumpolar North* (International Work Group of Indigenous Affairs, April 2005) pp.1-200

(4) - ورقة مقدمة من أوليه بروتسيك<sup>٤</sup> إلى حلقة العمل الفنية المعنية بالممارسات الجيدة المرتبطة بالشعوب الأصلية، والحق في المشاركة في صنع القرار في آلية الخبراء المعنية بحقوق الشعوب الأصلية (9-10 آذار \ مارس 2011). راجع :

-www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/.../A.HRC.18.42\_ar.pdf

من أصل ١٦٦ في المجلس الأدنى :مجلس النواب (5).

رابعاً : أمثلة على مشاركة الشعوب الأصلية في الحوكمة .

لا بد من الإشادة بالمشاركة المباشرة للشعوب الأصلية في تنفيذ الصكوك الدولية الرامية إلى حماية وتعزيز حقوق هذه الشعوب ، من الدول التي تشاركهم في الحوكمة مايلي :

- فقد صدقت نيبال على اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم ١٦٩ في عام ٢٠٠٧ ، وأنشأت فرقة عمل حكومية رفيعة المستوى لاستعراض البرامج والسياسات الحكومية القائمة، وإعداد خطة شاملة لتنفيذ الاتفاقية . وتتألف فرقة العمل من ممثلين من ١٥ وزارة ذات صلة فضلاً عن ممثلين عن الشعوب الأصلية من المؤسسة الوطنية للنهوض بقوميات الشعوب الأصلية ومن الاتحاد النيبالي لقوميات الشعوب الأصلية(1).

- أنشأت الأرجنتين مجلس مشاركة الشعوب الأصلية وكلفته بضمان مشاركة الشعوب الأصلية في موامة التشريعات المحلية مع اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 169 . وشكل المجلس مكتباً للتنسيق بين الممثلين على الصعيد الإقليمي ومجلس تنسيقي شرف على السجل الوطني لمجتمعات الشعوب الأصلية، ويحدد المشاكل ويضع الأولويات لحلها، فضلاً عن إعداد

---

(5) - ورقة مقدمة من 'كاترين إيورن' إلى حلقة العمل الفنية المعنية ب الممارسات الجيدة المرتبطة بالشعوب الأصلية. والحق في المشاركة في صنع القرار في آلية الخبراء المعنية بحقوق الشعوب الأصلية (9 - 10 آذار \ مارس 2011) . على الموقع السابق .

(1) - ورقة مقدمة من 'كاترين إيورن' إلى حلقة العمل الفنية المعنية ب الممارسات الجيدة المرتبطة بالشعوب الأصلية، والحق في المشاركة في صنع القرار في آلية الخبراء المعنية بحقوق الشعوب الأصلية (9 - 10 آذار \ مارس 2011) . مرجع سابق

برنامج لأنشطة المعهد الوطني لشئون السكان الأصليين على المديين الطويل والمتوسط (2).

- وفي كينيا، شملت المشاورات الوطنية بشأن الدستور اجتماعات محددة للشعوب الأصلية أدت إلى اعتراف الدستور المعتمد في عام ٢٠١٠ بحقوق الصيادين - قاطفي الثمار في أراضيهم(3).

- وفي جنوب أفريقيا ، انصب التركيز الرئيسي لمجلس (خوي سان) الاستشاري الوطني على تحقيق التزام الحكومة بشأن مسألة الاعتراف بالهياكل التقليدية للشعوب الأصلية وبسلطة هذه الشعوب(4).

- وهناك مثال آخر ، في تايلاند، هو إنشاء مجلس الشعوب الأصلية للعمل مباشرة مع لجنة الإصلاح الوطني في عملية الإصلاح الوطني . وكان تشكيل مجلس محلي مستقل للشعوب الأصلية في المناطق التي تقطنها أغلبية من شعوب (كارن) الأصلية بمثابة آلية لمشاركتها في إنشاء مكتب على صعيد المقاطعة، ليصبح في وقت لاحق هيئة تمثل صوت الشعوب الأصلية في ما يتعلق بتنمية

---

(2) - منظمة العمل الدولية، دليل إلى اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم ١٦٩ Samburu Women for Education and Environment Development Organization, "Kenya's New Constitution Benefits Indigenous Peoples", (3) - as reported in Cultural Survival, 8 December 2010, available from [www.culturalsurvival.org/news/kenya/kenyas-new-constitution-benefits-indigenous-peoples](http://www.culturalsurvival.org/news/kenya/kenyas-new-constitution-benefits-indigenous-peoples)

(4) - منظمة العمل الدولية واللجنة الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب " جنوب أفريقيا: الأحكام الدستورية والتشريعية والإدارية المتعلقة بالسكان الأصليين"، ٢٠٠٩ ، المتاحة على العنوان الشبكي التالي: [www.chr.up.ac.za/chr\\_old/indigenous/c](http://www.chr.up.ac.za/chr_old/indigenous/c)



## المقاطعة (1)

- وفي أستراليا، فإن المؤتمر الوطني للشعوب الأولى في أستراليا هو مجموعة حديثة التأسيس تهدف إلى إسماع صوت السكان الأصليين وسكان جزر مضيق توريس على الصعيد الوطني . ويمكن للمؤتمر أن يضطلع بدور مهم كأداة لإسهام السكان الأصليين في الهياكل الرسمية للحكومة في الدولة ، وذلك في سبيل الاعتراف بحقوق السكان الأصليين وسكان جزر مضيق توريس<sup>(2)</sup>

- وتشارك شعوب ( المايا كيتشيس ) في (توتونيكابان) في جواتيمالا في صنع القرار عن طريق مجلس بلدي . ويتألف المجلس من ٤٨ ممثلاً، يأتي كل منهم من إحدى المقاطعات الثماني والأربعين (توتونيكابان)، ويُنتخبون وفقاً لتقاليد المايا . ويتداول المجلس في المسائل المتعلقة بإدارة (توتونيكابان ) في مجالات التعليم والقضايا الثقافية والبيئية والقضائية<sup>(3)</sup> . وفي جواتيمالا ، فإن أكاديمية لغات المايا هي كيان ذو استقلال ذاتي من كيانات الدولة يشجع على تطوير لغات المايا في البلاد . وتضم الأكاديمية ممثلاً عن كل مجموعة من المجموعات اللغوية الاثنتين والعشرين وتؤدي

(1) - Submission by Suraporn Suriyamontorn (Network of Indigenous Peoples in Thailand) to the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples

National Congress of Australia's First Peoples available customers. ilisys. com.au/wp- (2)- [http://natiofu. content/uploads/2010/11/fact\\_sheet](http://natiofu. content/uploads/2010/11/fact_sheet)

Submission by the Government of Guatemala to the Expert Mechanism (March 2011)<sup>(3)</sup>

دورًا رئيسيًا في تعزيز القانون المتعلق باللغات الوطنية وتمثل إطارًا معياريًا موحدًا بشأن كتابة لغات المايا وتتألف الرابطة الجواتيمالية لعمد وسلطات الشعوب الأصلية من عمد بلديات الشعوب الأصلية المنتخبين وفقًا لممارسات الشعوب الأصلية وهي ترجع في منشئها إلى الاتفاق الخاص بهوية الشعوب الأصلية وحقوقها . وتسترعي الرابطة الانتباه إلى مصالح الشعوب الأصلية في سياق الحكومات المحلية<sup>(4)</sup>.

- وأدى قانون حقوق التصويت في الولايات المتحدة الأمريكية لعام ١٩٦٥ ، الذي سُن لإعطاء الهنود الأميركيين صوتًا أكبر في القوانين على الصعيد الوطني والمحلي وصعيد الولايات، إلى تيسير مشاركة الأميركيين من السكان الأصليين في صنع القرار ، ولا سيما على الصعيد المحلي<sup>(5)</sup>

- ومن الأمثلة على الممارسات الجيدة في بنجلاديش والهند الجهود التي يبذلها المكتب الإقليمي لمنظمة

العمل الدولية لإشراك ممثلي الشعوب الأصلية في المشاورات وفي تنفيذ أنشطته. ففي بنجلاديش،

---

(4) - المساهمة المقدمة من المقرر الخاص المعني بحقوق الشعوب الأصلية إلى آلية الخبراء المعنية بحقوق الشعوب الأصلية بعض الأمثلة على الممارسات الجيدة المتعلقة بمشاركة الشعوب الأصلية في صنع القرار: المشاركة السياسية، (ومعايير التشاور، والمشاركة في المشاريع الإنمائية) (١١ آذار/مارس ٢٠١١)

(5) - المساهمة المقدمة من المقرر الخاص المعني بحقوق الشعوب الأصلية إلى آلية الخبراء المعنية بحقوق الشعوب الأصلية بعض الأمثلة على الممارسات الجيدة المتعلقة بمشاركة الشعوب الأصلية في صنع القرار: المشاركة السياسية، (ومعايير التشاور، والمشاركة في المشاريع الإنمائية) (١١ آذار/مارس ٢٠١١)، المرجع السابق.

دعمت منظمة العمل الدولية نشاطاً لجمع ممثلين عن الشعوب الأصلية وعن برلمانات هذه الشعوب معاً لوضع توصيات ومقترحات تتعلق بالاعتراف الدستوري بتلك الشعوب، ثم أحييت هذه التوصيات والمقترحات إلى لجنة الإصلاح الدستوري<sup>(1)</sup>.

- أخيراً في إندونيسيا، قام تحالف الشعوب الأصلية للأرخيبيل *Aliansi Nusantara Masyarakat Adat* وهو شبكة وطنية للشعوب الأصلية، بالتوقيع على مذكرة تفاهم مع المؤسسة الوطنية لحقوق الإنسان لتناول الادعاءات المتعلقة بانتهاك حقوق الإنسان و للترويج للإعلان بحقوق الشعوب الأصلية . وهناك أمثلة مشابهة للترويج لهذا الإعلان لدى الشعوب الأصلية تمكن هذه الشعوب من المشاركة في صنع القرار، وهي الآن جزء من أنشطة شبكة آسيا والمحيط الهادئ للمؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان<sup>(2)</sup>.

---

(1) -Submission by the Asia Indigenous Peoples' Pact to the Expert Mechanism, "Good practices of indigenous peoples' participation in decision making" (March 2011)

(2) -Un\A/HRC/18/ 42\ 17 August 2011\p.21

المطلب الثاني  
الحماية الدولية لحق الشعوب الأصلية في  
الأراضي والأقاليم والموارد والمعارف التقليدية.

سنناقش هذا المسألة في الفرعين التاليين:

الفرع الأول  
الحماية الدولية لحق الشعوب  
الأصلية في الأراضي والأقاليم

في بداية كنهة الأمر ، نشير إلى أن أجل شئ لدى الإنسان الحنين إلى  
الديار والأرض . ونتفق مع

فيما ذهب إليه إن أي واحد يرتبط بشكل طبيعي بالوطن الأم ، وبصرف  
(Anderso Benedict)

النظر عن الدلالات التاريخية الأخرى . فكل دولة هي شجرة كبرى للأناساب  
، متجذرة في التربة تتغذى عليها ضمناً ، فإنه من المستحيل أن تكون جزءاً  
من الشجرة أكثر من دولة. هذه الشجرة تثير كل من الاستمرارية الزمانية  
من حيث الأقوم وتجذره<sup>(3)</sup>.

وعلى ما تقدم يقول (Smith Anthony) في كتابه الأصول العرقية للأمم  
1986 : " لا يمكن إنشاء نظام عالمي يتجاهل تطلعات كل مكان من الدول

---

Anderson, Benedict. Imagined Communities. Reflections on the  
Spread of Nationalism. London: Verso. <sup>(3)</sup> - Origin and  
1983.p.131

فى بحثها عن الجذور العرقية فى الماضى ، ولا يمكن لأى دارسة من الأمم القومية أن تأتى ثمارها إذا تجاهلت الماضى تماماً ؛ لأن تفكير الأمم فى الهوية القومية قد تأخذ شكل الجذور ، والأشجار والأصول ، والأنساب والخطوط العنصرية "<sup>(1)</sup>بيدأن (Wagner, Roy) يرى يمكن أن تكون صلة واتصالات بين أكثر من دولة وثقافة وتأخذ الميتافيزيقى بشكل علنى . وأن الأمة والثقافة التى لديها تصور كئشى موجود فى التربة ، وأن مصطلحات مثل الوطنية والسكان الأصليين، والأصليين خدموا كل الثقافات المتجذرة فى التربة هو بطبيعة الحال مستمدة من الزراعة"<sup>(2)</sup>.

وتصور هذه الحالة للصلة بين الإنسان والوطن (Liisa Malkki) وآخرين بالوصف عندما يذهب شخص ما إلى المنفى تجده ينحنى ليأخذ معه حفنة من التربة أو شجيرة ، أو بذرة من بلده ، تماماً كما هو الحال عندما نسمع بعودة بطل قومي من المأوى السياسىى نجده أول ما تطئ قدمه أرض ينحنى لتقبيل التربة الوطنية. فتلك المظاهر والعلاقات العاطفية لفعل التربة كدليل على الولاء للأمة. وبالمثل، فإن الرماد أو جثث الأشخاص الذين لقوا حتفهم على أرض أجنبية يتم نقلها بشكل روتينى مرة أخرى إلى هذه الأوطان ، إلى الأرض حيث الأنساب شجرة تنمو من أسلافهم . رماد إلى رماد ، والغبار إلى الغبار : ومن ثم ففي الموت فالتربة الأم الوطنية مهمة

---

Smith, Anthony. The Ethnic Origins of Nations. New York.

(1) Blackwell. 1986.p.5

(2) - Wagner, Roy. The Invention of Culture. Chicago, Ill.: University of Chicago Press. 1981.p.21

جداً<sup>(3)</sup> . بيد أن الدين الإسلامي الحنيف جسد هذه العلاقة بين الإنسان والأرض في القول الفصل في القرآن الكريم ، حيث قال جل وعلا: " مِنْهَا خَلَقْنَاكُمْ وَفِيهَا نُعِيدُكُمْ وَمِنْهَا نُخْرِجُكُمْ تَارَةً أُخْرَى " <sup>(4)</sup>

وتقول (Katja Göcke) : فمن المسلم به عموماً أن العلاقة على الأرض تشكل أساساً لهوية السكان الأصليين، وأن ثقافات الشعوب الأصلية لا يمكن أن يكون الحفاظ عليها دون درجة معينة من السيطرة على الأرض والموارد الطبيعية في سياق الاستعمار، ومع ذلك، فقدت الشعوب الأصلية الملكية والسيطرة على معظم أراضي أجدادهم- وابتداء من نهاية القرن التاسع عشر فصاعداً - والوجود الكامن لحقوق السكان الأصليين في الأرض، أي الحقوق لا المشتقة من القوى الاستعمارية ولكن المشتقة من الجذور فقط في استخدام ملكية الأرض للشعوب الأصلية منذ زمن سحيق، وبدأ هذا يتغير في عام 1960 بسبب زيادة الضغط من قبل المحاكم الوطنية والمؤسسات الدولية

---

-<sup>(3)</sup> Liisa Malkki. National Geographic. The Rooting of Peoples and the Territorialization of National Identity among Scholars and Refugees. *Cultural Anthropology*, Vol. 7, No. 1, Space, Identity, and the Politics of Difference. (Feb., 1992), American Anthropological Association 1992. p.27. or <http://www.jstor.org/journals/anthro.html>.

- See also Balibar, *tienne Paradoxes of Universality. In Anatomy of Racism*. David T. Goldberg, ed. Minneapolis: University of Minnesota Press. 1990, . Pp. 283-294

- 1991 Es Gibt Keinen Staat in Europa: Racism and Politics in Europe Today. *New Left Review* 186.s- p.19.

- See also Dahlburg, John-Thor, et al. Hate Survives a Holocaust: Anti-Semitism Resurfaces. *Los Angeles Times*, June 12: H1, H7. 1990, p. 16

<sup>(4)</sup> - آية 55 سورة طة

على الاعتراف بوجود تلازم بين حقوق السكان الأصليين ووضع سياسات مختلفة لحمايتهم<sup>(1)</sup>.

ويؤكد هذا ما ذكره ( E. Dannenmaier ) قائلاً : " لا يمكن للثقافات الشعوب في البقاء على قيد الحياة على المدى الطويل دون الحصول على درجة من السيطرة على والأراضي والموارد المستخدمة تقليدياً لديهم"<sup>(2)</sup>. من ثم ترتبط حماية حقوق الشعوب الأصلية في ملكية أراضيها وأقاليمها ومواردها التقليدية واستخدامها ارتباطاً وثيقاً بالحاجة إلى المحافظة على سلامتها الاجتماعية والثقافية والاقتصادية. وبدون تأمين حقوق الملكية، تصبح سبل عيش الشعوب الأصلية موضع تهديد شديد. ويؤدي فقدان الأراضي والأقاليم والموارد الطبيعية التي تمتلكها الشعوب الأصلية أو استخدامها أو تحوزها من الناحية التقليدية والتي تعتمد عليها إلى حرمانها من الاحتياجات الأساسية اللازمة للحفاظ على مستوى معيشي لائق<sup>(3)</sup>. والجدير بالتنويه أن العديد من الشعوب الأصلية لا يعتبرون أنفسهم فقراء ، بل ضحايا عمليات الإفقار مثل نزع الأراضي ؛ لأن ثراء الشعوب الأصلية

---

<sup>(1)</sup>-Katja Göcke ,Protection and Realization of Indigenous Peoples' Land Rights at the National and International .Goettingen Journal of International Law 5 (2013) 1. p.89

E. Dannenmaier, 'Beyond Indigenous Property Rights: Exploring Distinctive Connection Doctrine', 86 -a <sup>(2)</sup>-the Emergence of *Washington University Law Review* (2008) 1, 53, pp. 84-88

World Bank, Extractive Industries Review: Striking a Better Balance 2003, Volume 1 p.40.,or <sup>(3)</sup>-

<http://irispublic.worldbank.org/>

يأتي من مواردها ، والمعرفة الفريدة والدراية و ثقافاتهما التي لديها القيم الخاصة والقوة حول هذه النقطة(4).

وما لاشك فيه أن الشعوب الأصلية حرمت من حيازات الأراضي الواسعة والوصول إلى الموارد للحفاظ على الحياة ، وأنها عانت تاريخياً من القوات التي قمعت مؤسساتها السياسية والثقافية ؛ ونتيجة لذلك، لقد سُلبت الشعوب الأصلية اقتصادياً واجتماعياً ، على النحو يعرض التماسك الاجتماعي للتلف مما يهدد ويقوض ثقافتهم في كل من البلدان الصناعية و الأقل نمواً . و السكان الأصليون ، هم السكان دائماً في أدنى درجات السلم الاجتماعي الاقتصادي ، و علاوة على ذلك إن السكان الأصليين يتم وضعهم على هامش السلطة في كل بلد تقريباً ، هم أكثر عرضة من بقية الشعوب لانخفاض الدخل وظروف المعيشة المادية الفقيرة ، وأقل الأصول القيمة ، والوصول إلى أقل والأكثر فقراً في التعليم والرعاية الصحية و الخدمات ذات الصلة ، والأسوأ في الوصول إلى أسواق العمل ، والأرض ، والائتمان ، ومجموعة أخرى من السلع والخدمات، و التمثيل السياسي أضعف في كثير من الظروف(1). في كثير من المناطق، كانت تجربة الشعوب الأصلية هي "أن عدم كفاية الأطر القانونية قد أدت إلى اختلال أنماط حيازتها

---

Vinding, D., (2003), "Poverty in an indigenous context", IWGIA, IA , [http://iwgia.inforce.dk/graphics/Synkron-\(4\)-1/2003 Editorial Library/Documents](http://iwgia.inforce.dk/graphics/Synkron-(4)-1/2003%20Editorial%20Library/Documents)

*United Nations Human Settlements Programme . Office of the High Commissioner for Human Rights Indigenous peoples' (1) -Comm right to adequate housing, A global overview, United Nations Housing Rights Programme, Report No. 7. Nairobi, 2005.p.6*



واستخدامها لأراضيها التقليدية، وتجزؤ وفقدان الأراضي التقليدية، وحدوث تغيرات في أنماط الاستيطان، وخصخصة أراضي المجتمعات المحلية، وتدهور الأراضي و/ أو الموارد، وعدم الاعتراف بالحقوق الإقليمية، وعدم كفاية عملية تخصيص الأراضي وافتقارها إلى الإنصاف، والافتقار إلى آليات فعالة لفض المنازعات، وعدم فعالية السجلات العقارية، وصعوبة إجراءات ترسيم الأراضي وإصدار سندات تملكها. وأفرزت هذه العوامل توترات محلية على حيازة الأراضي وقلة إمكانية الحصول على الأراضي الإنتاجية، مما أثر على الاستقرار الاقتصادي والاجتماعي للشعوب الأصلية ومجتمعاتها المحلية.<sup>(2)</sup> وتشعر الشعوب الأصلية بأن كثيرًا من السياسات الإنمائية موجه بصورة مباشرة أو غير مباشرة إلى إضعاف أساليب إنتاجها أو القضاء عليها<sup>(3)</sup>. ومن ثم تواجه الشعوب فيما يتعلق بحقها في أراضيها ومواردها إشكالية في غاية الصعوبة: ألا وهي، عدم اعتراف الدول بحقوق الشعوب الأصلية في أراضيها وأقاليمها ومواردها تنقسم هذه الإشكالية، التي هي الإشكالية الأساسية الأكبر والأعم، إلى جزأين: عدم اعتراف الدول بواقعة انتفاع السكان الأصليين بالأرض وحيازتهم وملكيتهن لها، وعدم قيام الدول بمنح مركز قانوني مناسب، وأهلية قانونية مناسبة، وحقوق قانونية أخرى فيما يتصل بملكية الشعوب الأصلية للأرض.

*United Nations: State of the World's Indigenous*

(2) - *Peoples.vol13.2009.p.87*

(3) - *Ibid.op,cit.p.88*

## « - عدم الاعتراف بواقعة انتفاع السكان الأصليين بالأرض وحيازتهم وملكيتهم لها

مالاشك فيه إن معظم البلدان في أنحاء كثيرة من العالم تجهل أو تتجاهل كون مجتمعات الشعوب الأصلية أو قبائلها أو أممها تقيم وتنتفع بمساحات من الأراضي أو البحار، وأنها ما برحت تفعل ذلك في حالات كثيرة منذ عصور سحيقة. وتقع هذه المساحات عادة بعيداً عن العواصم وغيرها من المناطق الحضرية في البلدان، كما أن البلدان تنظر - عادة - إلى هذه الأراضي والموارد باعتبارها أراض عامة أو حكومية. ومع أن الشعب الأصلي المعني يعتبر نفسه، وهو على حق في ذلك، مالكاً للأراضي والموارد التي يشغلها وينتفع منها. فإن البلد ذاته يتصرف في هذه الأراضي والموارد، كما لو أن الشعب الأصلي لم يكن له وجود عليها<sup>(1)</sup>. ففي بليرز، على سبيل المثال، قامت الحكومة مؤخراً بمنح 17 امتيازاً لقطع الأخشاب لشركة أجنبية لقطع الأخشاب من غابات كان شعب المايا يعيش فيها دائماً ويعتمد عليها في حياته. ويواجه السكان أو البوتمان في بعض البلدان الأفريقية، في جملة ما يواجهونه ممن مشاكل متعلقة بالأرض، مصاعب جمة بسبب الافتقار إلى التشريع الوطني الذي يصون انتفاعهم بالأرض وحيازتهم لها<sup>(2)</sup> وفي بابوا غينيا الجديدة (اريان الغربية) شجعت الحكومة الأندونيسية الارتحال إلى

(1) -E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/6/Add.1

- 2- Bishop Kristyna. "Squatters on their own land. San territoriality in western Botswana.(1998) 31 Comparative and International Law Journal of Southern Africa 92Vol. 31, No. 1, MARCH 1998. p.92-121 or <http://www.jstor.org/stable/2325022>

أراض كانت الشعوب الأصلية تعيش فيها واستيطان تلك الأراضي<sup>(3)</sup> هذه العملية تسببت، فيما يستفاد، في شتات الشعوب الأصلية، وأجبرت عملياً على العيش في بلدان أخرى. وكما قال أحد المسؤولين "تعتبر الشعوب الأصلية في الفلبين شعوباً مستقطنة في أراض آبائهم وأجدادهم"؛ لأن الدولة الفلبينية تدعي امتلاكها لنحو 62 في المائة من إقليم البلاد. وهناك أوضاع مماثلة جرى التبليغ عنها في كل من إندونيسيا وتايلاند والهند ويقال إن معظم البلدان الأفريقية تطالب بجميع الأراضي الحراجية<sup>(4)</sup>. وفي نيكاراغوا، خططت الحكومة محمية بيئية أو متنزهاً بيئياً، غاضة الطرف كلياً عن السكان الأصليين الذين يعيشون على رقعتها. وقد تبين من دراسة مارتينيز كوبرو أن بلداناً كثيرة ذات سكان أصليين كبيرين العدد، كانت تقول بعدم وجود مثل هذه الشعوب. ومع أن هذا الوضع يتحسن، فإن المشكلة لا تزال قائمة، فيما يبدو.

---

-see also Elizabeth Brundige, Winter King, Priyeha Vahali, Stephen Vladeck, Xiang

*Indonesian Human Rights Abuses in West Papua Application of the Law of Genocidé to the History of Indonesian Control, A paper prepared for the Indonesia Human Rights Network By the Allard K. Lowenstein International Human Rights Clinic Yale Law School April 2004, pp.1-74*

(3) - رسالة من القس ليفا كيلا بات، الأمين العام، مجلس الكنائس في بابوا غينيا الجديدة،

22 نيسان/أبريل 1998

Durning, Alan Thein "Guardians of the land: indigenous peoples and the Health of the Earth" *Worldwatch Paper 112 (December 1992)*, <sup>(4)</sup> - pp. 21-22.

### وحقوق قانونية أخرى

الحقيق بالحق ، ترتبط هذه المشكلة ارتباطاً وثيقاً بالمشكلة التي نوقشت آنفاً. ومع أن بعض الدول تعترف بوجود مجتمعات الشعوب الأصلية أو أممها أو مجموعاتها وبأنها تستخدم وتشغل وحدها منطقة معينة: فإن بعض الدول لا تعترف بأن للشعوب الأصلية المعنية تملكاً قانونياً أو حقوقاً قانونية فيما يتعلق بالأراضي أو الموارد. وفي بعض الحالات، ينظر إلى الشعوب الأصلية على أنها تستخدم الأراضي العامة أو الوطنية بموافقة على مضض من الحكومة. ومفهوم حق الشعوب الأصلية في الملكية وعلاقة هذا المفهوم القانوني بحقوق الإنسان للشعوب الأصلية أمران لهما درجة كبيرة من الأهمية. وفي بلدان كثيرة، منها بوجه خاص بلدان الكومنولث البريطاني، وغيرها، ينشئ الانتفاع بالأرض وحيازتها بصورة حصرية منذ عهد سحيق حق الملكية للشعب الأصلي. وهو حق يمكن الاحتجاج به في مواجهة الجميع ما عدا الجهة صاحبة السيادة أي حكومة الدولة<sup>(1)</sup>.

وحيثما يعترف بحق الشعوب الأصلية في الملكية، يكون لهذه الشعوب على الأقل، بعض الحق القانوني الممكن الاعتداد به في النظام القانوني المحلي. بيد أن حق الملكية غالباً ما يتعرض للإبطال نتيجة لممارسة النفوذ الحكومي على نحو غير مشروع على النقيض من الحماية القانونية والحقوق التي

---

Newton, "At the whim of the Sovereign. Aboriginal title reconsidered". Hastings . vol. 31, No. 1215, 1980; see also Cohen. "Original Indian <sup>(1)</sup> - Law Journal title", Minn L. Rev., vol. 32. 1947; see also Smith. "Concept of native title", Toronto Law Journal, vol. 24, No. 1, 1974; see also McHugh, "The constitutional role of the Waitangi Tribunal", New Zealand Law Journal, vol. 224, No. 3, 1985

تمنح، في معظم البلدان، حماية لأراضي المواطنين وملكيتهم . ولعل هذه الحقيقة وحدها هي السبب في الأغلبية الساحقة من مشاكل حقوق الإنسان التي تمس الشعوب الأصلية. والحق الأصلية في الملكية أو حق الشعوب الأصلية في الملكية يتسم، في الكثير من البلدان بمحدودية أكبر في طابعه القانوني والحقوق التي ترتبط به ومحدودية أكبر أيضاً في الحماية القانونية التي تمنح لذلك الحق مقارنة بحقوق أخرى في ملكية الأراضي. وعلى سبيل المثال، عمدت المحكمة العليا لكندا، في كندا، إلى النظر الفاحص في مسألة حكم صادر في 1997 ولم ينشر ويتعلق بالحق الأصلية في الملكية في قضية ديلغاموك ضد الملكة مؤرخ في 11 كانون الأول/ديسمبر 1997. ويوضح القاضي في هذا الحكم أن الحق الأصلية في الملكية في كندا حق منفصل وهو أدنى مرتبة مقارنة بالحق البسيط العادي. فالحق الأصلية يوصف بأنه "عبء" على حق التاج. وهو حق لا يمكن إسناده إلا إلى التاج. وهو بكل بساطة يتمثل في استخدام الأرض واحتلالها وهناك قيد مهم تضعه المحكمة العليا على استخدام الأرض. فالأرض لا يمكن أن تستخدم على النحو الذي يتنافى والطابع المتمثل في تعلق أصحاب الدعوى بتلك الأراضي. وعلى سبيل المثال، فالأراضي التي تستخدم لأغراض الصيد لا يمكن أن تستخدم على النحو الذي يقضي على قيمتها بوصفها أراض للصيد. وتتم المطالبة بتعويض منصف في حالات التعدي على حق الشعوب الأصلية في الملكية ولكن لم تحدد مبادئ واضحة للتعويض في الحكم الصادر<sup>(1)</sup>

---

-Kent McNeil. Common Law Aboriginal Title, (Oxford, Clarendon Press, 1989); "The meaning of aboriginal title" in Michael Asch. ed., Aboriginal and Treaty Rights in Canada. (Vancouver; UBC, Press, 1997).

وفي بعض البلدان، لا تتوافر لمجتمعات الشعوب الأصلية، الأهلية القانونية لامتلاك الأرض، أو لا تتوافر لها أهلية امتلاك الأرض بشكل جماعي. وحيث لا يعترف للشعوب الأصلية أو للمجموعة الأصلية بمركز أو وجود قانوني، فإنه لا يمكنها الاحتجاج بملكيتها للأرض أو الموارد ولا اتخاذ إجراء قانوني لحماية الفوائد الناجمة عن تلك الملكية. والكثير من البلدان التي كانت منذ جيل مضى تُحرم الشعوب الأصلية من هذه الأهلية القانونية، قد أجرت الآن إصلاحات إيجابية غير أنه يتعين إجراء مزيد من الدراسة لهذه المشكلة.

بعد العرض الذي ذكرنا للتو عن ارتباط الإنسان بالوطن ، والمآسى التي يتعرض لها الشعوب الأصلية من أجل الحفاظ على مواردهم وأراضيهم .  
تجدر بنا الإشارة للبحث والتتبع عن الحماية التي تحمي حق الشعوب الأصلية في مواردنا ، وعليه قد ألقينا أن القانون الدولي أرسى مبدئاً واضحاً لحق الشعوب الأصلية في السيادة الدائمة على الموارد الطبيعية .  
ويستند هذا المبدأ، في جملة أمور، إلى الفقرة الثانية من المادة الأولى المشتركة بين العهدين الدوليين الخاصين بحقوق الإنسان وإعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الشعوب الأصلية فمبدأ السيادة الدائمة جزء لا يتجزأ من حق الشعوب الأصلية في تقرير مصيرها؛ واعتراضاً بذلك، أفاد المقرر الخاص المعني بالسيادة الدائمة للشعوب الأصلية على الموارد الطبيعية بأن "الحق في تقرير المصير يشمل اليوم مجموعة من البدائل التي من بينها

---

Sanders. Douglas. "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada"

(1983) 61 Can. Bar Rev. 314.

الحق في المشاركة في حكم الدولة، فضلاً عن الحق في أشكال متنوعة من الاستقلال الذاتي والحكم الذاتي . ولكي يكون لهذا المفهوم الحديث مغزى، يجب من الناحية المنطقية والقانونية أن يتضمن الحق

الأساسي في السيادة الدائمة على الموارد الطبيعية<sup>(1)</sup> . ويمثل الاعتراف بسيادة الشعوب الأصلية الدائمة على الأراضي والأقاليم والموارد شرطاً أساسياً لتقرير مصيرها السياسي والاقتصادي بصورة مجدية<sup>(2)</sup>. وفي حين أن الفقرة الأولى من المادة الأولى المشتركة بين العهدين هي الوحيدة التي ترد في المادة الثالثة من إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الشعوب الأصلية، فإن محتوى الفقرتين (٢ و ٣) من المادة (١) المشتركة يرد في المادتين ٢٣ ( و ٣٢) من الإعلان . فضلاً عن ضرورة قراءة المادة (3) المشتركة جنباً إلى جنب مع مجموعة من المواد (10 ، 11 ، 12 ، 20 ، 25 -31) الواردة في الإعلان، و هي تتعلق بشكل عام بمسألة الأراضي والأقاليم والموارد<sup>(1)</sup> يؤكد الإعلان \_ بالإضافة إلى ما تقدم \_ واجب الدول وضع وتنفيذ عمليات تهدف إلى الاعتراف بحقوق الشعوب الأصلية المتعلقة بأراضيها وأقاليمها ومواردها (المادة 27). وأصدرت المحكمة المشتركة بين البلدان الأمريكية والمعنية بحقوق الإنسان حكماً يدعو الدول إلى أن توفر للشعوب الأصلية سبيل انتصاف يتسم بالفعالية والكفاءة لتسوية مطالباتها المتعلقة بأراضي أجدادها، ويقضي بأن عدم قيامها بذلك يرقى إلى مستوى

(1) - UN\E/CN.4/Sub.2/2004/ 30\para.17

(2) - UN\E/CN.4/Sub.2/2004/ 30\para.17

(1) - الأمم المتحدة ، الجمعية العامة ، مجلس حقوق الإنسان ، الدورة الحادية والعشرون ، البند ٥ من جدول الأعمال ، هيئات وآليات حقوق الإنسان ، تقرير متابعة بشأن الشعوب الأصلية والحق في المشاركة في صنع القرارات، مع التركيز على الصناعات الاستخراجية ، صادر 16 أغسطس 2012 ، ص 6 .

انتهاك الحق في محاكمة عادلة وفي الحماية القضائية الفعالة (2) \* وقد رأت محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان أن رد الأراضي هو الشكل الأمثل للجبر في حالة انتهاك الحقوق المتصلة بالأراضي (3). ورأت لجنة القضاء على التمييز العنصري أنه، في حالة ما إذا حرمت الشعوب الأصلية، دون موافقة منها عن طيب خاطر وعن بينة، من الأراضي والأقاليم التي كانت تملكها تقليدياً أو تسكنها أو تستخدمها بأي طريقة أخرى، يجب على الدولة اتخاذ خطوات لإعادة تلك الأراضي والأقاليم. ولا تجوز الاستعاضة عن الحق في الاسترداد بالحق في التعويض العادل والمنصف الفوري إلا إذا تعذر ذلك لأسباب واقعية. وينبغي أن يكون ذلك التعويض في شكل أراضي وأقاليم كلما كان ذلك ممكناً (1). وفي الولايات المتحدة الأمريكية، تحتفظ أمم كثيرة من أمم الهنود الأميركية بما تبقى لها من سيادة على الأراضي، وإن كانت هذه السيادة تُمارس في بعض الأحيان على مناطق أصغر بكثير من المناطق التي كانت تسيطر عليها تاريخياً. وفي الممارسة العملية، فإن المذهب القانوني المجسد في القانون الدستوري للولايات المتحدة يتيح للأمم

#### *Case of the Indigenous Community Yakye Axa v. Paraguay, judgement*

(2) - of 17 June 2005

\* ووفقاً لقرار محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان في قضية شعب ساراماكا ضد سورينام لا يجوز تقييد حقوق الشعوب الأصلية في مواردها إلا في الحالات التي تقوم فيها الدولة بما يلي: ضمان المشاركة الفعلية لأفراد الشعوب الأصلية، وفقاً لعاداتهم وتقاليدهم؛ وفيما يتعلق بأي خطة تنمية أو استثمار أو تقييد أو استخراج للموارد. و توفير ضمانات تتعلق بحصول الشعوب الأصلية على منفعة معقولة من أي خطة كهذه يتم تنفيذها داخل حدود أراضيها؛ ضمان عدم إصدار أي امتياز داخل حدود أراضي الشعوب الأصلية إلا إذا سبق لكيانات مستقلة وقادرة تقنياً القيام، تحت إشراف الدولة، بإجراء تقييم للأثار البيئية والاجتماعية وإلى أن يجري هذا التقييم.

#### *Case of the Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay judgement*

(3) of 29 March 2006

(1) - التوصية العامة رقم ٢٣ ، الفقرة ٥



الهندية الأمريكية وضع القوانين وفقاً لهياكلها الخاصة بالحوكمة ، ويتيح لها العمل في إطار النظم القانونية الخاصة بها. لكن المذهب الدستوري لسلطة الكونجرس يعني أن بإمكان الكونجرس في جلسته العامة سن تشريعات تبطل القانون الهندي الأمريكي<sup>(2)</sup>.

وفي كندا، دخل عدد من الأمم الأولى في اتفاقات مع حكومات المقاطعات الكندية والحكومة الاتحادية تخولها ممارسة قدر أكبر من الحكم الذاتي على أراضيها ، ومنها أمة (نيسغا) في كولومبيا البريطانية<sup>(3)</sup>، ويتمشى ذلك مع السياسة الكندية للاعتراف بالحق الطبيعي للأمم الأولى في الحكم الذاتي، وتمارس حكومة (نيسجا ليسييس) الحكم الذاتي على جوانب كثيرة، بما في ذلك التعليم والأراضي والموارد<sup>(4)</sup>، وفي الجهة الأخرى من كندا، شكلت شعوب (نوناتسيافوت) في (نيوفاوندلاند) حكومة تمارس الحكم

---

David Getches, Charles F. Wilkinson and Robert A. Williams, Jr.,

*Materials on Federal Indian Law*, 5th ed. <sup>(2)</sup>-Cases and

(Thomson/West, 2005) p.all

*Nisga'a Final Agreement*, available from [www.nisgaalisims.ca/nisga-a-agreement](http://www.nisgaalisims.ca/nisga-a-agreement) <sup>(3)</sup>- final

<sup>(4)</sup>-*submission of the Government of Canada to the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples, July 2010. See also the submission of the University of Arizona Rogers College of Law Indigenous Peoples Law and Policy Program, "Best Practices for the Participation of First Nations in the Governance of Canada" (1 March 2011). Submissions to the Expert Mechanism are on file with secretariat of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights*

الذاتي في مجالات الصحة والتعليم والثقافة، وفقاً للاتفاق المبدئي بشأن مطالبات (إنويت لابرادور) المتعلقة بالأراضي<sup>(5)</sup>.

والحقيق بالإحقاق تواجه الشعوب الأصلية صعوبات تعترض وصولها على النحو المناسب إلى العدالة – وهذه النقطة أفردنا لها مبحثاً كاملاً - فيما يتعلق بحقوقها في الأراضي والأقاليم والموارد، لا سيما عندما تدعي الدول أو الملاك الأفراد أو الشركات أو غيرهم ملكية تلك الأراضي والأقاليم والموارد. وتشمل الصعوبات عدم إمكانية الوصول إلى الخدمات القانونية، والتواطؤ بين كيانات القطاع الخاص والحكومات من أجل حرمان الشعوب الأصلية من سبل الوصول إلى العدالة فيما يتعلق بأراضيها<sup>(1)</sup>. فإذا منحت المحاكم للشعوب الأصلية حقوقاً تتعلق بالأراضي، يتعين على الدول تنفيذ هذه القرارات. وبالرغم من مسؤولية الشركات عن احترام القانون الدولي لحقوق الإنسان، تواجه الشعوب الأصلية صعوبات في التماس التعويضات عن انتهاكات حقوق الإنسان التي تسببت فيها الشركات. وعلاوة على ذلك، قد لا توجد آليات للانتصاف فيما يتعلق بالمسائل الناشئة عن المشاريع الإنمائية ومشاريع القطاع الخاص، مما يؤدي إلى إفلات مرتكبي الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان من العقاب<sup>(2)</sup>. وقد تعرضت قيادات وأفراد الشعوب الأصلية لأشكال مختلفة من الإيذاء، منها المضايقة والعنف الجسدي عمليات

---

(5)-Department of Labrador and Aboriginal Affairs, Newfoundland Labrador, Canada, .www.laa.gov.nl.ca/laa/land\_claims/index.html#

(1) -UN\ E/C.19/2007/CRP.6

(2) - قدم الفريق العامل المعني بمسألة حقوق الإنسان والشركات عبر الوطنية وغيرها من مؤسسات الأعمال تقريراً إلى الجمعية العامة في 2013 عن تنفيذ الأمم المتحدة للمبادئ التوجيهية المتعلقة بالأعمال التجارية وحقوق الإنسان في سياق أنشطة الشركات التي تؤثر على السكان الأصليين.

الإعدام خارج القضاء، بسبب مساندتهم للحملات المناهضة للأنشطة التجارية في أراضي الشعوب الأصلية<sup>(3)</sup>. بل تُباشَر أحياناً بإجراءات جنائية ضد منظمات الشعوب الأصلية التي تسعى إلى الدفاع عن حقوقها، وتُستخدم وسائط الإعلام لوصف أفراد الشعوب الأصلية بأنهم جاثون بل ومجرمون. أنشأت بعض الدول آليات خاصة لتناول حقوق الشعوب الأصلية المتصلة بالأراضي، مثل قانون محكمة المطالبات المحددة في كندا، ولجنة فينمارك في النرويج. وقد رأت محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان أن رد الأراضي هو الشكل الأمثل للجبر في حالة انتهاك الحقوق المتصلة بالأراضي<sup>(4)</sup>. ورأت لجنة القضاء على التمييز العنصري أنه، في حالة ما إذا حرمت الشعوب الأصلية، دون موافقة منها عن طيب خاطر وعن بينة، من الأراضي والأقاليم التي كانت تملكها تقليدياً أو تسكنها أو تستخدمها بأي طريقة أخرى، يجب على الدولة اتخاذ خطوات لإعادة تلك الأراضي والأقاليم. ولا تجوز الاستعاضة عن الحق في الاسترداد بالحق في التعويض العادل والمنصف الفوري إلا إذا تعذر ذلك لأسباب واقعية. وينبغي أن يكون ذلك التعويض في شكل أراضٍ وأقاليم كلما كان ذلك ممكناً<sup>(5)</sup>.

وفي نهاية هذا الفرع ننوه إلى أنه يتبين من تحليل القانون الدولي المعنى بالموضوع أن تطورات ذات شأن قد طرأت على القانون الدولي وعلى

---

*Asian Legal Resource Center, at the Human Rights Council panel discussion on*  
(3)- *access to justice*

*Case of the Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay,*  
29 March 2006 (4)-*judgement of*

(5)- *التوصية العامة رقم 23، الفقرة 5*

ممارسات الدول فيما يتعلق بحقوق الشعوب الأصلية في تملك واستخدام أراضيها وأقاليمها ومواردها والتحكم فيها وإدارتها وفي أغلب الحالات، تُظهر هذه التطورات وجود اعتراف أكبر بحقوق الشعوب الأصلية في التحكم في أراضيها وأقاليمها ومواردها واتخاذ قراراتها بنفسها فيما يتعلق باستخدام هذه الأراضي والأقاليم والموارد وتنميتها<sup>(1)</sup>. وخالصة ذلك هي زيادة الاعتراف بحق الشعوب الأصلية في إعطاء موافقتها الحرة والمسبقة والمستنيرة أو رفض إعطائها<sup>(2)</sup>.

## الفرع الثاني

الحماية الدولية لحق الشعوب الأصلية في المعارف

التقليدية وأشكال التعبير الثقافي التقليدي.

---

(1) -Un\E/CN.4/Sub.2/2004/ 30.paras.34.38

(2) -UN\A/HRC/21/ 55\ 16 August 2012\p.18

يقول (Clifford, James) : بأن فكرة الثقافة قادمة من الجذور ومستقرة مع وجود الأقاليم (3) . ويضيف كل من (Appadurai, and Carol) : بأن مفهوم الثقافة يتشابه مع مفهوم الأمة ، كلاهما يعتمد على الثقافة الجوهرية التي تتأخذ أشكالاً متجذرة ، وهي وسيلة قوية لفهم كيف يمكن العثور على الثقافات عن طريق الأنثروبولوجيا ، التي تميل ربط الناس بالأماكن من خلال نسب الوضع الأصلي ( السكان الأصليين ) ، وليس فقط الأشخاص الذين هم في أماكن معنية ؛ بل الذين سجنوا بطريقة أو بأخرى في تلك الأماكن (4). غالباً ما تكون الثقافات واللغات المميزة سمة محورية ورئيسية في هويات الشعوب الأصلية كجماعات وأفراد وسمة توحد بينها. والواقع أن تميز لغات الشعوب الأصلية وثقافتها يعد سمة مشتركة بين كثير من هذه الشعوب، وحركة الشعوب الأصلية عموماً. ولا يمكن فصل ثقافات الشعوب الأصلية عن تاريخ هذه الشعوب الذي شهد في الغالب استعمارها وانتزاع أملاكها وهو ما كان له كبير الأثر على لغاتها وثقافتها. ومع أن اللغات والثقافات السلمية التي لدى الشعوب الأصلية مترسخة في التاريخ، فلا ينبغي اعتبارها جامدة. ومن اللازم أن تتبنى الدول والشعوب الأصلية والمؤسسات الدولية ومؤسسات حقوق الإنسان الوطنية والمؤسسات غير

---

(3) -Clifford, James. *The Predicament of Culture. Twentieth-Century Ethnography, Literature, and Art.* Cambridge, Mass.: Harvard University Press. 1988.p.338

(4) -Appadurai, Arjun, and Carol Breckenridge. *Why Public Culture?* *Public Culture. Bulletin of the Project for Transnational Cultural Studies* 1988 . 1(1):5-9.p.37.

الحكومية والقطاع الخاص موقفاً من الثقافات يعزز حيويتها مما ينفخ فيها الروح ويجعلها تكتسب أشكالاً وصيغاً جديدة تقررها الشعوب الأصلية بنفسها بشكل طوعي ومعارف عليه. وتمثل التعبيرات والصيغ المعاصرة للغات وثقافات الشعوب الأصلية امتدادات حديثة هامة لتقاليد العتيقة ومؤشراً على صحة وسلامة ثقافتها. وتشمل ثقافات الشعوب الأصلية أساليب حياتها التي يصونها الحق في تقرير المصير والعلاقات القائمة بين الشعوب الأصلية، بما في ذلك الروابط الروحية التي تربطها بأراضيها وأقاليمها ومواردها. ومن بينها تجليات الممارسات الثقافية، بما في ذلك النشاط القائم على الاقتصاد، والمعرفة التقليدية والتعبيرات الثقافية والفقه القانوني، ورؤية الكون، والقيم الروحية والفلسفات، ورموز الانتماء، وأساليب حل النزاعات، والقيم الاجتماعية، والفنون والزي والغناء والرقص. ويمثل التنوع الثقافي قيمة في حد ذاته، ويدعمه الإطار القانوني الدولي، لا سيما الإطار الذي وضعته اليونسكو. تم توثيق لغة الإشارة على الأقل فيما بين الشعوب الأصلية في أمريكا الشمالية وأمريكا الجنوبية وأستراليا (1).

### أولاً: الإطار القانوني الدولي الذي يحمي حق الشعوب الأصلية في المعارف التقليدية واللغوية والثقافية.

في البداية نذكر مقولة (Siegfried Wiessner): بأن الشعوب الأصلية تتعرض لحرب إبادة

---

Jeffrey Davis, "Evidence of a historical signed lingua franca among Indians", *Deaf Worlds*, vol. 21, No. 3 (2005), - (1) -.North American pp. 47-72

ثقافية ومعرفية ولغوية" (2) ومن ثم كان تأصيل الحماية القانونية الدولية أمراً ملجئاً أوجدته أهمية حماية تلك المعارف (3). والخليق بالذكر في هذا الصدد، أن إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الشعوب الأصلية، يقدم باعتباره التجميع الأشمل والأكثر تفصيلاً لحقوق الشعوب الأصلية الذي يحظى بتأييد كل دول العالم تقريباً، وصفاً ذا حجية لحقوق الشعوب الأصلية فيما يتعلق بثقافتها ولغاتها، ويرتبط كثير من مواد الإعلان بحماية وتعزيز ثقافات الشعوب الأصلية. ويتضمن الإعلان العديد من الأحكام المتعلقة بحماية الشعوب الأصلية من المعاملة التمييزية والمسيئة لأسباب ثقافية، فضلاً عن تدابير إيجابية لدعم ثقافات الشعوب الأصلية. وتشمل هذه الحقوق: حق الشعوب الأصلية في عدم التعرض للدمج القسري وتدمير ثقافتها (المادة 8)؛ وحقها في منع دمجها القسري ونزع ملكية أراضيها أو أقاليمها أو مواردها والانتصاف من ذلك (المادة 8)؛ وحقها في الانتماء إلى مجتمع أصلي أو إلى أمة أصلية وفقاً لتقاليد وعادات الشعوب الأصلية (المادة 9)؛ وحقها في ممارسة تقاليدها وعاداتها الثقافية وإحيائها (المادة 11)؛ وحقها في تعليم تقاليدها الثقافية والدينية وفي إعادة رفات موتاهم إلى أوطانهم (المادة 12)؛ وحقها في إحياء واستخدام وتطوير تاريخها ولغاتها وتقاليدها الشفوية وفلسفاتها ونظمها الكتابية وآدابها ونقلها إلى أجيالها المقبلة (المادة 13) (1)؛

**Siegfried Wiessner:** Rights and Status of Indigenous Peoples : Aglobal  
<http://www.lexisnexis.co> International Legal (2)- Comparative and  
Analysis , 12Harv.Hum.Rts.J.57.(1999)

**Yano Lester L.:** Protection Ethnobiological Knowledge of  
Peoples.41,Uclal Rev443.(1993-1994)pp.444-470 - (3)- Indigenous

(1) راجع على التوالي المواد (8، 9، 11، 12، 13) من إعلان الأمم المتحدة لحقوق الشعوب الأصلية .

وحقها في مراقبة نظمها ومؤسساتها التعليمية وتوفير التعليم بلغاتها المادتان (١٤ و ١٥)؛ وحقها في الحفاظ والسيطرة على تراثها الثقافي ومعارفها التقليدية وتعبيراتها الثقافية التقليدية وحمايتها وتطويرها المادة (31)؛ وحقها في تحديد هويتها وانتمائها؛ وحقها في تعزيز وتطوير وصون هياكلها المؤسسية وعاداتها وقيمها الروحية وتقاليدھا وإجراءاتها وممارساتها المتميزة و نظمها أو عاداتها القانونية المادة (34) (2). ويشكل حق الشعوب الأصلية في تقرير المصير محور جميع هذه الحقوق، ويشمل حقها في أن تحدد بحرية تنميتها الثقافية وحقها في الاستقلال الذاتي وفي المشاركة الكاملة، إذا اختارت ذلك، في الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية للدولة المواد (3 و ٤ و 5) (3).

وتجدر الإشارة إلى أن الحقوق الثقافية واللغوية غير قابلة للتجزئة وهي محور جميع الحقوق الأخرى، بما في ذلك ما تنص عليه اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم ١٦٩ بشأن الشعوب الأصلية والقبلية ١٩٨٩ فالاتفاقية تنص - مثلاً - على إيلاء الاعتبار الواجب لعادات الشعوب الأصلية وقوانينها العرفية واحترام ما تنتصف به علاقة الشعوب المعنية بالأراضي أو الأقاليم من أهمية خاصة بالنسبة إلى ثقافات هذه الشعوب وقيمها الروحية(4).

(2) - راجع على التوالي المواد (14، 15، 31، 34، 13) من إعلان الأمم المتحدة لحقوق الشعوب الأصلية

(3) - راجع على التوالي المواد (3 و ٤ و 5) من إعلان الأمم المتحدة لحقوق الشعوب الأصلية

(4) - راجع اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم ١٦٩ بشأن الشعوب الأصلية والقبلية لعام 1989.



وتتماشى أحكام إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الشعوب الأصلية مع حقوق هذه الشعوب في ممارسة ثقافتها ولغاتها على النحو المنصوص عليه في عدد من الصكوك الأخرى بشأن حقوق الإنسان، وتشرح هذه الحقوق، بما في ذلك حق الجميع في المشاركة في حياة المجتمع الثقافية كما هو محدد في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وفي معاهدات الأمم المتحدة لحقوق الإنسان<sup>(5)</sup> وبينت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، لدى تفسير المادة (27) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، ما يقع على الدول من واجبات إيجابية تفرض عليها حماية الحقوق الثقافية للشعوب الأصلية، بما في ذلك حقها في علاقتها بأراضيها وأقاليمها ومواردها فضلاً عن تأثيرها<sup>(1)</sup>، وضرورة تفسير الحق في الثقافة تفسيراً يتماشى مع الحق في تقرير المصير في سياق قضايا الشعوب الأصلية<sup>(2)</sup>، وأهابت اللجنة بالدول أن تتخذ تدابير لدعم إحياء الثقافات واللغات<sup>(3)</sup>.

وبموجب العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، تقر الدول الأطراف بحق كل فرد في المشاركة في الحياة الثقافية. وقد ناشدت اللجنة المعنية بالشعوب الأصلية في ثقافتها ولغاتها. وتقر اللجنة، في تعليقها العام رقم ٢١ بشأن حق كل فرد في أن يشارك في الحياة الثقافية، بالعنصر الجماعي الذي يميز حق الشعوب الأصلية في الثقافة، مشيرة إلى أن "البعد

(5) - UN\A/HRC/21/53\ 16 August 2012\p.4

(1) - عصبة بحيرة لوبيكون ضد كندا، البلاغ رقم ١٦٧ \ 1984 (1990).

(2) - بوما بوما ضد بيرو، البلاغ رقم ١٤٥ \ 2006 (2009).

(3) - ماهويكا ضد نيوزيلندا، البلاغ رقم ٥٤٧ \ 1993 (2000)

-See also CCPR/C/70/D/547/1993

الجماعي القوي للحياة الثقافية للشعوب الأصلية لا غنى عنه لوجودها ورفاهها وتنميتها الكاملة، ويتضمن الحق في الأراضي والأقاليم والموارد التي دأبت على امتلاكها أو شغلها تقليدياً، أو التي استخدمتها أو اكتسبتها(4). وتشير اللجنة أيضاً إلى أن الخصوصيات الثقافية للشعوب الأصلية ينبغي أن تُحترم في البرامج التعليمية للدول وأن تُدرج فيها. وناشدة لجنة القضاء على التمييز العنصري الدول أن "تقر وتحترم الثقافة والتاريخ واللغة وطريقة العيش المتميزة الأصلية باعتبارها إغناءً للهوية الثقافية للدولة، وأن تشجع على حفظها، وأن توفر للشعوب الأصلية الشروط التي تتيح تحقيق تنمية اقتصادية واجتماعية مستدامة تتماشى مع خصائصها الثقافية، وأن تكفل إمكانية تمتع المجتمعات المحلية الأصلية بحقوقها في ممارسة وإحياء تقاليدها وعاداتها الثقافية، وحفظ لغاتها وممارستها"(5). وأعربت اللجنة عن قلق خاص إزاء حظر استخدام لغات الشعوب الأصلية(6).

وتنص اتفاقية حقوق الطفل على أنه لا يجوز حرمان أطفال الشعوب الأصلية من الحق في التمتع بثقافتهم أو في الإجهار بدينهم وممارسة شعائرهم أو استعمال لغتهم. وتقر لجنة حقوق الطفل، في تعليقها العام رقم ١١ بشأن أطفال الشعوب الأصلية، بأنه قد يلزم اتخاذ تدابير استثنائية لتمكين أطفال الشعوب الأصلية من التمتع بحقوقهم الثقافية، بما يشمل اتخاذ الدولة إجراءات إيجابية؛ وتعترف بأهمية البعد الجماعي لتمتع أطفال الشعوب الأصلية بثقافتهم، وبضرورة إشراك الشعوب الأصلية في صنع القرارات المتعلقة بالمصالح

(4) - اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، التعليق العام رقم 21\2009.

(5) - لجنة القضاء على التمييز العنصري، التوصية العامة رقم 23\1997 بشأن الشعوب الأصلية

(6) -UN\CERD/C/304/Add. 113

الفضلى لأطفال هذه الشعوب، مشيرة إلى الحاجة إلى التحسيس بالعامل الثقافي  
(1)

والخليق بالتنويه أن الثقافات واللغات تشكل جزءاً لا يتجزأ من ولاية منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة (اليونسكو). ولدى اليونسكو عدد من الصكوك التي لها صلة بالثقافات واللغات بوجه خاص، فضلاً عن سياسة عامة أوسع نطاقاً قوامها على تشجيع التنمية الثقافية التي تحدد الشعوب الأصلية مسارها والعمل المتعلق باللغات المهتدة . ويتضمن إعلان اليونسكو العالمي بشأن التنوع الثقافي لعام ٢٠٠١ إشارات محددة إلى التنوع الثقافي والحقوق الثقافية والشعوب الأصلية<sup>(2)</sup>. وبناء على ذلك، تنص المادة (٥) على ما يلي: " ينبغي أن يتمتع كل شخص بالقدرة على التعبير عن نفسه وإبداع أعماله ونشرها باللغة التي يختارها، وخاصة بلغته الأصلية . ولكل شخص الحق في تعليم وتدريب جيدين يحترمان هويته الثقافية . وينبغي أن يتمتع كل شخص بالقدرة على المشاركة في الحياة الثقافية التي يختارها وأن يمارس تقاليده الثقافية الخاصة ، في الحدود التي يفرضها احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية"<sup>(3)</sup>. وتعترف اتفاقية اليونسكو بشأن حماية التراث الثقافي غير المادي لسنة ٢٠٠٣ بأن "الجماعات، وخاصة جماعات السكان الأصليين، والمجموعات، وأحياناً الأفراد، يضطلعون بدور هام في إنتاج التراث الثقافي غير المادي والمحافظة عليه وصيانه وإبداعه

(1) - لجنة حقوق الطفل، التعليق العام رقم ١١ (2009) بشأن أطفال الشعوب الأصلية وحقوقهم بموجب

الاتفاقية

(2) - راجع إعلان اليونسكو العالمي بشأن التنوع الثقافي لعام ٢٠٠١

(3) - راجع المادة (5) من إعلان اليونسكو العالمي بشأن التنوع الثقافي لعام ٢٠٠١

من جديد" (4). وبالمثل، تتضمن اتفاقية اليونسكو بشأن حماية وتعزيز تنوع أشكال التعبير الثقافي لسنة ٢٠٠٥ عددًا من الإشارات إلى الشعوب الأصلية وتطلب من الدول الأطراف أن تسعى لتهيئة بيئة تشجع المجموعات على "إبداع أشكال التعبير الثقافي الخاصة بها وإنتاجها ونشرها وتوزيعها والوصول إليها، مع إيلاء العناية الواجبة للظروف والاحتياجات الخاصة بالنساء وبشتى الفئات الاجتماعية، بما في ذلك الأشخاص الذين ينتمون إلى الأقليات وإلى الشعوب الأصلية" (5).

وعلاوة على ما تقدم تعزز معايير دولية أخرى أهمية الحق في الثقافات واللغات ويمكن أن تكون لها صلة بالشعوب الأصلية، بما فيها الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، وإعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الأشخاص المنتمين إلى أقليات قومية أو إثنية وإلى أقليات دينية ولغوية، والميثاق الأوروبي للغات الإقليمية أو لغات الأقليات، والإعلان المتعلق بالتراث الثقافي لرابطة أمم جنوب شرق آسيا وشتى وثائق السياسة العامة الصادرة عن المنظومات الدولية والإقليمية<sup>(١)</sup> وقد أيدت محاكم ولجان معنية بحقوق الإنسان على الصعيد الإقليمي حق الشعوب الأصلية القوي في ثقافتها ولغاتها. وبوجه خاص، صرحت لجنة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان ومحكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان بشكل قاطع بأنه ينبغي للدول أن تضع آليات فعالة

(4) راجع اتفاقية اليونسكو بشأن حماية التراث الثقافي غير المادي لسنة ٢٠٠٣

(5) - راجع اتفاقية اليونسكو بشأن حماية وتعزيز تنوع أشكال التعبير الثقافي لسنة ٢٠٠٥.

(١) - راجع الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، وإعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الأشخاص المنتمين إلى أقليات قومية أو إثنية وإلى أقليات دينية ولغوية، والميثاق الأوروبي للغات الإقليمية أو لغات الأقليات، والإعلان المتعلق بالتراث الثقافي لرابطة أمم جنوب شرق آسيا وشتى وثائق السياسة العامة الصادرة عن المنظومات الدولية والإقليمية.

إصدار سندات الملكية وترسيم حدود أراضي الشعوب الأصلية وأقاليمها ومواردها وفقاً لعاداتها وثقافتها وتقاليدها وسارت اللجنة الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب على منوال محكمة البلدان الأمريكية وخلصت إلى استنتاجات مماثلة(2)

وقام المكلفون بولايات في إطار الإجراءات الخاصة للأمم المتحدة، ولا سيما المقرر الخاص المعني بحقوق الشعوب الأصلية والخبيرة المستقلة في ميدان الحقوق الثقافية، بدراسة الحقوق الثقافية و اللغوية دراسةً متعمقةً من حيث صلتها بالشعوب الأصلية . وتشير الخبيرة المستقلة إلى أن الحقوق الثقافية ترتبط بمجموعة واسعة من القضايا تشمل: " التعبير والإبداع، بما في ذلك الأشكال المادية وغير المادية المختلفة للفن؛ والمعلومات والاتصالات؛ واللغة؛ والهوية والانتماء إلى مجتمعات محلية متعددة ومتنوعة ومتغيرة؛ ووضع رؤى محددة للعالم والأخذ بأساليب معينة في الحياة؛ والتعليم والتدريب؛ والاستفادة من الحياة الثقافية والمساهمة والمشاركة فيها؛ والقيام بالممارسات الثقافية والاستفادة من التراث الثقافي المادي وغير المادي" (3).

وقد شكل الإطار القانوني الدولي لحماية المعارف التقليدية للشعوب الأصلية وأشكالها التعبيرية والثقافية التقليدية ومواردها الجينية مجالاً شهد تطوراً كبيراً على مدى السنوات الأخيرة، لا سيما في إطار الاتفاقية المتعلقة بالتنوع البيولوجي وداخل المنظمة العالمية للملكية الفكرية(4). وفي ميدان الممتلكات

(2) - راجع لجنة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان ومحكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان جماعة ماياغتا (سومو) أولس تينغني ضد نيكاراغوا(2001).

(3) UN/A/HRC/14/36- UN/A/HRC/14/36

WIPO/GRTKF/IC/25/INF/9-25 June 2013.pp2-3

--25 June 2013.pp2-3(4)- WIPO/GRTKF/IC/25/INF/9

الثقافية، أظهرت المنازعات الأخيرة أن هجمات مقصودة تشن على مواقع رمزية بهدف تدمير الخصائص الأكثر تمثيلاً للهوية الثقافية والدينية لإحدى الإثنيات. ومن بين النصوص الكثيرة التي أقرت في إطار اليونسكو، جديرة بالذكر اتفاقية حماية الممتلكات الثقافية في المنازعات المسلحة التي اعتمدت في لاهاي في ١٤ أيار/مايو ١٩٥٤؛ وبدرج هذا الصك في عداد الممتلكات الثقافية الممتلكات المنقولة أو غير المنقولة المحمية التي تتسم بأهمية كبيرة للتراث الثقافي للشعوب مثل: الآثار العمرانية أو الفنية أو التاريخية، دينية كانت أم دنيوية، وما إلى ذلك<sup>(١)</sup>. وأخيراً، فإن تلاقي العرقي بالديني لا ينفصل عن ثقافة شعب من الشعوب أو أقلية من الأقليات. وتسلم اليونسكو وعدد من المتخصصين<sup>(٢)</sup>. بأن الثقافة هي أساساً مسألة تقاليد، بالمعنى الواسع، أي كل ما هو موروث أو منقول اجتماعياً عن طريق اللغة، أو الصورة، أو ببساطة القدوة مثل: المعتقدات، بما في ذلك المعتقدات الدينية، والمعارف والأعراف والرموز. وهذا يعني أن الثقافة تطابق إلى درجة لا يستهان بها الانتماء الإثني لجماعة أو أقلية وأن التمييز يمكن أن يكون مشدداً إذا ما استهدف أحد أركان هذه الثقافة<sup>(٣)</sup>.

(١) - راجع المادة (١٧١) في الاتجاه نفسه المادة ١ من الاتفاقية المتعلقة بالتدابير الواجب اتخاذها لحظر ومنع استيراد وتصدير ونقل ملكية الممتلكات الثقافية بطرق غير مشروعة المؤرخة ٢٤ نيسان/أبريل ١٩٧٢. وتوصي الاتفاقية الدول الأطراف بأن ترسخ لدى قواتها المسلحة "روح الاحترام إزاء ثقافات جميع الشعوب وتملكاتها الثقافية" الفقرة ١ من المادة ٧

(٢) - راجع في هذا الصدد إعلان مبادئ التعاون الثقافي الدولي المؤرخ ٤ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٦٦ الذي تضع الفقرة ١ من المادة الأولى منه ثقافات الأقليات وثقافة الأغلبية في مرتبة واحدة، إذ تنص على أن "لكل ثقافة كرامة وقيمة يجب احترامهما والحفاظة عليهما".

(٣) - الأمم المتحدة المجلس الاقتصادي والاجتماعي، دراسة حقوق الأشخاص المنتمين إلى أقليات إثنية ودينية ولغوية 1991، الفقرة 215

وتعقيباً على ما سبق ينبغي الاسترشاد في تعريف المعارف التقليدية وأشكال التعبير الثقافي التقليدي بإعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الشعوب الأصلية وبتوصيات الولايات التي أسندتها الأمم المتحدة بشأن حقوق الشعوب الأصلية، إذ قد لا تغطي قائمة المعارف التقليدية وأشكال التعبير الثقافي التقليدي المصاغة دولياً تنوع سياقات الشعوب الأصلية. يتفق استخدام مصطلح الشعوب الأصلية مع حقوق الشعوب الأصلية، وينبغي استخدامه بصورة ثابتة في النص (النصوص)، والمستفيدون هم الشعوب الأصلية والجماعات المحلية فحسب ليس إلا. ومع أن مفهوم الشعوب يشمل الأمم ويقر بأن داخل الشعب قد تكون أسر وأفراد ومجموعات فرعية أخرى منه أو ثقب صلة بالمعارف التقليدية وبأشكال التعبير الثقافي التقليدي، فإن ملكية المعارف تظل ملكية جماعية. وبالتالي ليس من الضروري حصر المجموعات الفرعية للشعوب عند تحديد المستفيدين<sup>(4)</sup>.

والشيء الذي لا يمكن تأبفه أن للشعوب الأصلية الحق في أن تحافظ على مصالحها المتعلقة بالملكية الفكرية في أشكال التعبير الثقافي التقليدي والمعارف التقليدية والموارد الوراثية وأن تراقبها وتحميها وتطورها. والشعوب الأصلية هي المسئولة في المقام الأول عن حماية ملكيتها الفكرية من خلال قوانينها وأعرافها وأنظمتها الأصلية، وإدارتها من خلال مؤسساتها وإجراءاتها لصنع القرارات. وثمة حاجة إلى أن تتخذ الدول تدابير فعالة، بما في ذلك تقديم المساعدة المالية والتقنية، بما يكفل تمكين الشعوب الأصلية من ممارسة تلك الحقوق على الأصعدة المحلية والوطنية والإقليمية

---

(4) - WIPO/GTRKF/IC/25/INF/9-25 June 2013, pp2-3

والدولية<sup>(1)</sup>. وللحيلولة دون الوصول إلى المعارف التقليدية وأشكال التعبير الثقافي التقليدي للشعوب الأصلية أو الانتفاع بها دون تصريح، ينبغي تمكين هذه الشعوب من تعريف الموضوع باستخدام مصطلحاتها، وتحديد أصحاب الحقوق الشرعيين، والتأكيد على أن الاتفاقات تمت عن طريق الحصول على الموافقة الحرة والمسبقة والمستنيرة وبشروط متفق عليها على أساس متبادل، وضمان تقاسم المنافع على نحو عادل ومنصف، فضلاً عن ضمان الإفصاح الكافي والمناسب، وتحديد التقييدات المتعلقة بالانتفاع بالمعارف التقليدية وأشكال التعبير الثقافي التقليدي. وقد يُطلب إلى الدول تأكيد تلك الأحكام في قوانينها الوطنية، لكن دون أن يؤدي ذلك، بأية حال من الأحوال، إلى حرمان الشعوب الأصلية من حقوقها. وينبغي أن يكون معيار الحماية متكافئاً ويتحدد بناء على الحصول على الموافقة الحرة والمسبقة والمستنيرة قبل النفاذ إلى المعارف والانتفاع بها أم لا، حتى وإن لم تكن المعارف سرية أو مقدسة<sup>(2)</sup>.

**والحقيق بالإحقاق يتطلب الحصول على المعارف التقليدية وأشكال التعبير الثقافي التقليدي واستخدامها الحصول على موافقة حرة ومسبقة ومستنيرة من الشعوب الأصلية. ويُعد التخلف عن الحصول على تلك الموافقة، وفقاً لقوانين الشعوب الأصلية، تعدياً على حقوقها المتعلقة بالملكية الفكرية. وينبغي تمكين الشعوب الأصلية من استخدام إجراءات عادلة ونزيهة لتسوية منازعاتها، والوصول إلى سبل انتصاف فعّالة من التعديت على حقوقها المتعلقة بالملكية الفكرية في المعارف التقليدية وأشكال التعبير الثقافي التقليدي. وينبغي لتلك الإجراءات والسبل الانتصاف أن تولي الاعتبار الواجب للأعراف والتقاليد**

(1) - WIPO/GRTKF/IC/25/INF/9-25 June 2013.pp2-

(2) - WIPO/GRTKF/IC/25/INF/9-25 June 2013.pp2-3



و القواعد والأنظمة القانونية للشعوب الأصلية المعنية، ولحقوق الإنسان الدولية<sup>(3)</sup>. وعندما توول الملكية الفكرية إلى الملك العام دون تصريح سليم، تحتفظ الشعوب الأصلية بحقها في ممتلكاتها ، وتُخول الحق في الحصول على سبيل انتصاف، بما في ذلك استعادتها في الوقت المناسب. ويجوز للقوانين الوطنية التي وُضعت بالتشاور التام مع السلطة المختصة للشعوب الأصلية، النص على حماية حقوق الشعوب الأصلية المتعلقة بالملكية الفكرية في المعارف التقليدية وأشكال التعبير الثقافي التقليدي. ولا ينبغي للقوانين الوطنية أن تتداخل مع الإجراءات العرفية المرتبطة بالمعارف التقليدية وأشكال التعبير الثقافي التقليدي لهذه الشعوب، ما لم تحدد خلاف ذلك. وبالنظر إلى البعد الدولي للانتفاع بالمعارف التقليدية وأشكال التعبير الثقافي التقليدي، ينبغي تطبيق مبدأ المعاملة بالمثل بين الدول، مثل ضرورة تطبيق الحماية عبر الولايات القضائية<sup>(1)</sup>.

**ثانياً: التحديات التي تواجه الشعوب الأصلية في تعزيز وحماية الحقوق اللغوية والثقافية.**

---

(3) *WIPO/GRTKF/IC/25/INF/9-25 June 2013.pp2-3*

(1) *WIPO/GRTKF/IC/25/INF/9-25 June 2013.pp2-3*

الخليق والحقيق بالذكر في هذا الصدد ، أن هناك تحديات تواجه الشعوب الأصلية في تعزيز وحماية الحقوق اللغوية والثقافية ، تتمثل في التالي :

**التحدى الأول : هي الحماية ذاتها ،** حيث لاحظت الخبيرة المستقلة في ميدان الحقوق الثقافية، أن حماية الثقافة يمكن أن تمثل تحدياً خاصاً في المجتمعات التي يشعر سكانها بأن تراثهم الثقافي المشترك مهدد، ولا سيما بسبب دينامية أو هيمنة ثقافات أخرى، والعولمة، وعمليات التنمية و/ أو الموقف المهيمن للشركات الفاعلة في مجال الثقافة والترفيه " (2) هذا فضلاً عن أن فقدان الأراضي والأقاليم والموارد من شأنه أن يحد من قدرة ثقافات الشعوب الأصلية على التكيف بصورة عضوية ؛ وبسبب هذه التغيرات والعوائق، لا بد من بذل جهود واعية لصون القيم التقليدية وخرس الشعور بالقوة والاعتزاز والكرامة في الميدان الثقافي . ويمكن أن تشمل هذه الجهود في جانب منها، إعلاء شأن الأساليب التقليدية في التعلم لنقل معارف الشعوب الأصلية وثقافتها وتقاليدها إلى الأجيال القادمة، والحفاظ على الهوية والعزة في ثقافة هذه الشعوب. ولا تقوم للهوية الثقافية قائمة دون ممارسة الشعب لثقافته وتقاليدته. وقد يكون من الضروري استخدام أشكال جديدة للتعبير لترجم القيم التقليدية لإحياء الممارسات الثقافية في سياق حديث شريطة ألا يبدل ذلك جوهر ثقافة الشعوب الأصلية . وتكيف الثقافات مؤشر على قوتها وهو ضروري لجذب الشباب . ولا ينبغي النظر إلى ثقافات الشعوب الأصلية على أنها من آثار الماضي ومكانها في المتاحف، بل ينبغي فهمها وحمايتها باعتبارها حيّة ودينامية وبحاجة إلى الإثراء ليكتب لها الرسوخ رغم التأثيرات الخارجية . ونسوق مثلاً لهذا التحدي في

---

(2). UN\ A/HRC/14/36

السنوات الأخيرة، ركزت الجهود الإنسانية في ميدان الكوارث الطبيعية على التأهب أكثر من تركيزها على الإغاثة . وجاء هذا التطور في سياق الوعي بتزايد الضعف الذي تعاني منه البلدان النامية المعرضة للكوارث وإدراك ما تلحقه الأخطار الطبيعية من أضرار متنامية بأسباب العيش<sup>(3)</sup>. وعلى الرغم من التقدم الذي أحرزته التكنولوجيا وزيادة الاستثمار في إدارة الكوارث، تستمر الخسائر الناجمة عن الكوارث في الارتفاع<sup>(1)</sup> ، ولا يعود ذلك إلى التباين الواضح بين السياسة والممارسة فحسب، بل أيضا إلى التغييرات التي تحدث في السياقات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والسياسية والبيئية المحيطة بالناس<sup>(2)</sup>. فإن فرض النماذج الغربية على مجتمعات عاشت في ظل

---

<sup>(3)</sup> - **Dekens, J** , *Local Knowledge for Disaster Preparedness: a Literature Review* ,

Kathmandu International Centre for .Pp.1-65 t <http://books.icimod.org>  
Integrated Mountain Development, 2007

<sup>(1)</sup> - **Shaw, Rajib; Sharma, Anshu; Takeuchi, Yukiko; Uy, Noralene** ,  
*Indigenous*

*Knowledge and Disaster Risk Reduction* ,policy note, Graduate School of  
Global Environmental Studies, Kyoto .University, 2009.pp.1-79

<sup>(2)</sup> **Mercer, J., Kelman, I., Suchet-Pearson, S., and Lloyd, K** .,

“Integrating

indigenous and scientific knowledge bases for disaster risk reduction in  
Papua New

أخطار طبيعية دائمة وواسعة النطاق، وتكيفت معها وصمدت في وجهها منذ آلاف السنين، دون أن يمنعها ذلك من الازدهار، من شأنه أن يفضي إلى ضياع معارف الشعوب الأصلية<sup>(3)</sup>. وقد يكون هذا أحد أهم العوامل التي تساهم في زيادة ضعف هذه المجتمعات.

**التحدى الثانى : إحياء ثقافات الشعوب الأصلية.** تتحمل الشعوب الأصلية والدول معًا المسؤولية الرئيسية عن إحياء ثقافات ولغات الشعوب الأصلية متى كانت هذه اللغات والثقافات مهددة . وكتعبير عن حقها في تقرير مصيرها الثقافي ، يكون على الشعوب الأصلية، القيام في كثير من الحالات، بإبداء الالتزام واتخاذ ما يلزم من إجراءات لإعمال الممارسات التي تدعم ثقافتها ولغاتها . من ذلك مثلاً ضرورة، وضع برامج لتعلم اللغة بشكل مكثف. وينبغي أن يتمثل دور الدول في دعم الشعوب الأصلية في مساعيها لممارسة ثقافتها ولغاتها والتعبير عنها .كما ينبغي لها أن تحتزز من التدخل في حقها في تقرير مصيرها في هذا المجال، من خلال تنفيذ برامج ثقافية ولغوية على سبيل المثال، دون موافقتها الحرة المسبقة والمستنيرة .والأفضل لها بدلاً من ذلك هو توفير الإطار التشريعي والمؤسسي الأساسي الذي تتطلبه حماية وتعزيز لغات الشعوب الأصلية

---

*Geografiska ,Human Geography.* ”m. 91, No. 2 Guinea, 2009, pp.1-13

*Annaler Series B*

(3)-**Campbell, J. R** “ ،Traditional disaster reduction in Pacific Island Communities ،” *GNS Science.Report 2006.p38*

وتقافاتها، وتوفير الدعم المالي والفني وهناك أمثلة إيجابية كثيرة على مبادرة الشعوب الأصلية إلى حماية وتعزيز ثقافتها ولغاتها، منها الأنشطة التي أفضت إلى إحياء لغة الماوري، وبانت الآن، تحظى بدعم كبير من الدولة تشمل تخصيص الموجات الإذاعية للترويج لثقافة شعب الماوري ولغته، وإنشاء محطة تلفزيونية ناطقة بالماوري بموجب القانون . وفي كندا هناك شبكة تلفزيونية خاصة بالشعوب الأصلية.

**التحدى الثالث: الاعتراف بثقافات الشعوب الأصلية**، يطلب من الشعوب الأصلية في بعض الدول إقامة الدليل على الصلات التاريخية التي تربطها بأراضيها وأقاليمها ومواردها لتحصل على اعتراف رسمي بحقوقها في تلك الأراضي والأقاليم والموارد . وإن في تحميل الشعوب الأصلية عبء الإثبات تكليفاً ومشقة، خصوصاً، عندما تكون هذه الشعوب قد تعرضت للاستعمار وفقدت أراضيها وأقاليمها ومواردها منذ عدة قرون، وتعرض ثقافات الشعوب الأصلية لتهديدات كبيرة أيضاً، عندما تفرض عليها التزامات تقديم إثباتات قانونية تقتضي تقاسم تراثها الثقافي على نحو غير لائق<sup>(1)</sup>.

(2) - ويجب ألا تقتصر عمليات تقييم مجتمعات الشعوب الأصلية على المحاولات الرامية إلى فهم كيفية تلقيها الرسائل والممارسات الخارجية وردّها عليها، بل يجب تقييم القدرات والموارد والمعارف المحلية والاستفادة منها . فعلى سبيل المثال، نجح السكان الأصليون لجزيرة سيمليو، بإندونيسيا، أثناء حدوث أمواج تسونامي في المحيط الهندي في عام ٢٠٠٤ . في النجاة من الكارثة بالرغم من أنهم لا يعدون أكثر من ٤٠ كيلومترا عن مركز الزلزال . وبينما قتلت أمواج تسونامي عددا يزيد بكثير عن 200000 شخص في سائر أنحاء إندونيسيا، لم يمت في الكارثة سوى سبعة أشخاص من أصل 87000 شخص يشكلون المجتمع المحلي(1). فلم تكدهم تضيـ 10 دقائق بعد وقوع الزلزال حتى ضربت الجزيرة أمواج وصل ارتفاعها إلى 10 أمتار . وفي ظروف مثل هذه، حتى وإن وجد نظام للإنذار المبكر بأحدث ما وصلت إليه التكنولوجيا وكان بمقدوره أن يمنح 15 دقيقة قبل وصول الأمواج، ما كان لهذا النظام أن يجدي نفعاً(2). بينما الأمر الذي كان فعالاً هو معرفة السكان المتوارثة أبا عن جد بأن الجواميس تركز إلى المرتفعات عند قدوم أمواج تسونامي(3). وفي حالة أخرى، استعان سكان ضفاف نهر دامودار في البنغال الغربية بالهند بعلامات نقشوها على جنوع

**التحدي الرابع : المساواة ،** قد يتطلب الأمر اتخاذ تدابير فريدة لدعم ثقافات الشعوب الأصلية لتحقيق مساواة فعلية . وقد تواجه الشعوب الأصلية في كثير من الحالات، لا سيما تلك التي لا تكون لها فيها الغلبة في الدولة التي تقطنها، صعوبة في حماية ثقافتها مقارنة بالمجموعات السائدة من السكان غير الأصليين . فبمقدور هذه المجموعات أن تجسد خياراتها الثقافية خير تجسيد، في القوانين والسياسات التي تخضع لها الشعوب الأصلية . ولا بد من التسليم في الوقت ذاته، بضرورة أن يُنظر إلى حقوق هذه الشعوب كحقوق مستقلة ودائمة لا كتدابير خاصة . وينبغي أن تركز التدابير الرامية إلى تعزيز ثقافات الشعوب الأصلية إلى منهج التعددية الثقافية الذي يقرب بين وجهات نظر ثقافية مختلفة ولكنها متساوية.

---

الأشجار حتى إذا لاحظوا أن العمل ينقل يرضه إلى ارتفاع أعلى من تلك العلامات علما أن الفيضانات قادمة(4). راجع على التوالي:

(1)-**Baumwoll, Jennifer** “The value of indigenous knowledge for disaster risk reduction: A unique assessment tool for reducing community vulnerability to natural disasters ,”Webster University, Vienna.March 2008.p.1-128

(2)- Brian G. McAdoo, Lori Dengler, Gegar Prasetya, and Vasily Titov (2006) **Smong**: How an Oral History Saved Thousands on Indonesia’s Simeulue Island during the December 2004 and March 2005 Tsunamis. Earthquake Spectra: June 2006, Vol. 22, No. S3, pp. 661-669.

(3)-**Villagran de León, Juan Carlos; Bogardi, Janos; Dannemann, Stefanie; and Basher, Reid** “Early Warning Systems in the Context of Disaster Risk Management ,”Bonn, United Nations University.Institute for Environment and Human Security, 2006.p..3

(4)- **Ibid**,p.6

**التحدى الخامس :** الجوانب الفردية والجوانب الجماعية لحقوق الثقافية ، انفكت الشعوب الأصلية تؤكد الطابع الجماعي لحقوقها الثقافية . وقد نص الإعلان بشكل واضح على أن تُحوّل الشعوب الأصلية الحقوق الثقافية باعتبارها حقوقًا جماعية . واعترفت صكوك أخرى بالحقوق الجماعية كالميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب . وتعترف هذه الصكوك بقيمة الجماعة بصفتها الذاتية، وبما حدث من انتهاكات لثقافات جماعات معينة مثل الشعوب الأصلية. ومن التحديات التي تواجه الاعتراف بالحقوق الجماعية في الثقافات تصور أنها تشكل تهديدًا لسيادة الدول . غير أن عدم اعتراف الدول بالجماعات سعيًا منها لاستيعابها و/ أو التمييز ضدها هو الذي أدى، في حالات كثيرة، إلى إذكاء رغبتها في تحدي سلطة الدولة.

**التحدى السادس: التنمية ،** لقدشكلت التنمية لأراضي الشعوب الأصلية وأقاليمها ومواردها، من جانب سكان الشعوب تحديًا للثقافات الشعوب الأصلية، لأنها شملت تدمير الأماكن والفضاءات التي تمارس فيها ثقافتها . وفي بعض الحالات، شردت الشعوب الأصلية قسرًا . ومن التهديدات التي ما تزال تحدى ثقافات هذه الشعوب الثقافات المهيمنة وتدفع سكان لا ينتمون إلى الشعوب الأصلية على أقاليم الشعوب الأصلية، لأسباب تتعلق باستغلال الموارد الطبيعية واستخراجها والسياحة . وينبغي أن تكون ثقافات الشعوب الأصلية محورًا لتنمية أراضيها وأقاليمها ومواردها . على نحو ما تقضي به سياسة منظمة اليونسكو، وهو ما يستدعي في معظم الحالات، إشراكها والحصول على موافقتها . وتنص اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم ١٦٩ على أن الشعوب الأصلية " تتمتع بحق تقرير أولوياتها

الخاصة في عملية التنمية ؛ لأنها تؤثر على حياتها، ومعتقداتها ونظمها وزفاتها الروحي، وعلى الأراضي التي تشغلها أو تنتفع منها بطريقة أخرى، وبحق التحكم، قدر المستطاع في تنميتها الاقتصادية والاجتماعية والثقافية " المادة(7)(1). وأكدت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان أن " التنمية الاقتصادية يجب ألا تقوض الحقوق التي يحميها الحق في الثقافة "ورغم تأييد المجتمع العالمي بشكل كبير للنهج القائم على حقوق الإنسان في التنمية، فقد تردد البنك الدولي في اعتماد هذا النهج . ولم يتخذ البنك أي سياسة تنفيذية شاملة بشأن حقوق الإنسان، و لا تدمج الشواغل المتعلقة بحقوق الإنسان بصورة منهجية في القرارات اليومية التي يتخذها الموظفون أو تؤخذ في الاعتبار بصورة متسقة في

عملية الإقراض<sup>(1)</sup>. وتجدد الإشارة، مع ذلك، إلى أن تهميش حقوق الإنسان في عمليات البنك تتناقض مع بياناته الرسمية، بما في ذلك الرأي القانوني بشأن حقوق الإنسان والعمل الذي يقوم به البنك الدولي الصادر عن المحامي العام السابق (روبرتو دانيو) . وفشل المحاولات الداخلية الرامية إلى إضفاء الطابع المؤسسي على جدول أعمال حقوق الإنسان وتفعيله في البنك الدولي إنما يعزى بدرجة كبيرة إلى عقبات بيروقراطية ، بما في ذلك التنازع الداخلي حول كيفية تفسير قواعد حقوق الإنسان وتنفيذها . وإضافة إلى ذلك، يمنح نظام الحوافز في البنك الأفضلية لأهداف الإقراض التي

(1) - راجع المادة (7) من اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 169 .

Galit A. Sarfaty, "Why culture matters in international institutions: marginality of human rights at the World Bank", *the* - (1). *the American Journal of International Law*. Vol.103.- 2009.p. 648



يمكن قياسها كميًا، بدلاً من النتائج الطويلة الأجل أو الامتثال لسياسات البنك  
إزاء الإجراءات الوقائية البيئية والاجتماعية(2)

**التحدى السابع : تغير المناخ ، ما يهدد أيضًا كثيرًا من ثقافات الشعوب  
الأصلية آثار تغير المناخ، بما في ذلك احتمال فقدانها لأراضيها وأقاليمها  
ومواردها . هذا فضلًا عن ، أن النهج الليبرالية الجديدة المعتمدة في تدابير  
التصدي لتغير المناخ، مثل تحويل الموارد الطبيعية إلى سلعة ، تتعارض مع  
بعض النهج الفلسفية التي تعتمدها الشعوب الأصلية في علاقتها مع عالمها  
الطبيعي(3). ويحاول البروفيسور (جيمس ساكبي) أندرسون أن يوضح هذا**

---

(2) -Galit A. Sarfaty, *Values in Translation: Human Rights and the Culture of the World Bank* (Stanford Studies in Human Rights), (Palo Alto, California, Stanford University Aess, 2012).pp. 1-195

(3) - التغيرات المناخية والتصحر والتلوث وخفض الامتصاصات الناجمة عن إزالة الغابات، قضايا تقع على رأس أولويات الشعوب الأصلية، خصوصاً أن العوامل الطبيعية نسبت في هجرة 42 مليون شخص وتشردهم في آسيا خلال العامين 2010 و2011، بحسب تقرير بنك التنمية الآسيوي. فالشعوب الأصلية معرضة بشدة للآثار الناجمة عن تغير المناخ، كون الأغلبية تعيش في مناطق لها طابع بشي حساس مثل المنطقة القطبية الشمالية، والغابات الاستوائية، والمناطق الساحلية، والجبال، والصحارى. وقد اعتمدت هذه الشعوب في معيشتها منذ زمن، ولا تزال بالدرجة الأولى على التنوع البيولوجي من حولها. وعقد للفاية في شهر أيار/ مايو 2011 حوار مباشر مع ممثلي المجتمعات المحلية للشعوب الأصلية في أنحاء العالم، تقرر فيه إنشاء منتدى رسمي لعقد جلسات حوار منتظمة بين البنك الدولي وهذه الشعوب. كما عقد حوار ثالث في جنوب أفريقيا أثناء المحادثات المتعلقة بتغير المناخ. وانطلق قادة السكان الأصليين من جميع أنحاء أميركا الجنوبية بالزوارق والحافلات وسيراً على الأقدام ليضمو إلى قافلة متجهة إلى ريو دي جانيرو خلال قمة الأرض التي انعقدت في 22 حزيران/ يونيو 2012، وذلك بهدف إسراع قادة العالم صوت الأرض والدعوة إلى مستقبل أكثر إشراقاً قائم على القيم الأصلية ومبادئ "الحياة الأفضل" التي تعني العيش في وئام مع الطبيعة، وبالتالي حتم على احترام حقوق الشعوب الأصلية في كل مكان، خصوصاً الهند وأفريقيا وأميركا الجنوبية، حيث يستمر البحث عن النفط والموارد الأخرى. وفيما ترى الشعوب الأصلية أن المعايير الدولية الزاهنة قد فشلت حتى الآن في حاجتها، تؤكد الحاجة إلى إعداد وثيقة دولية لحقوق الإنسان تُعنى بالمشاكل الخاصة بالشعوب الأصلية. لكن هل التعريف الدولي بالشعوب الأصلية يشمل أصحاب الأرض والحق والسيادة من دون استثناء؟ وهل لا تزال هذه الشعوب قادرة على إحياء ثقافتها التي تحمل طابع الخصوصية في محيط تتداخل فيه الثقافات وتلاقح الحضارات؟ وهل تشمل

التمييز والإطار المفاهيمي بقوله "السكان الأصليون يرون الأرض وما عليها كحيز إيكولوجي يخلق فينا الوعي وليس كمورد قابل للمعايرة والإبدال... فرؤيتهم هي لعوالم أخرى، يكتنفها حيز مقدس... وهي أساسية بالنسبة لهويتهم وشخصيتهم وإنسانيتهم. إن مفهوم النفس لديهم لا يقف عند أجسادهم بل يمتد في الأرض إلى أقصى مدى تلمسه حواسهم"<sup>(1)</sup>. وقد تجلت هذه العلاقة في صميم الفروق الثقافية للشعوب الأصلية التي تتمثل في عناصر من قبيل اللغة. فمثلاً، حاول شيخ من الأنويت أن يوضح هذه العلاقة بقوله إن "لغتنا تنطوي على دراية متشابكة عميقة بالمنظمة القطبية الشمالية لا تتجلى في أي لغات أخرى"<sup>(2)</sup>.

**التحدى الثامن : الهوية الوطنية ، إن الشعور بأن ثقافات الشعوب الأصلية تهدد الهوية الوطنية ، قد دفع بكثير من الدول إلى إنكار وجود هذه الشعوب بما يتنافى مع الواقع، وإلى تنفيذ سياسات تهدف إلى تذويبها في النسيج العام للمجتمع . واستيعاب الشعوب الأصلية وأفرادها في الثقافات السائدة إنما هو انتهاك للقانون الإنساني الدولي، وبخاصة لحق الشعوب الأصلية وأفرادها في الثقافة. وفصل أطفال الشعوب الأصلية قسراً وبالحنف أحياناً عن**

---

المعايير الدولية المتعلقة بحقوق هذه الشعوب الأراضي المحتلة في فلسطين والجولان ولبنان؟ أو أن عوامل الزمن والشبكات والانتقال أضحت قضاياها. على الرغم من تمسك الفلسطينيين خصوصاً بحق العودة وإحياء ثقافتهم وروابطهم ونضالهم الطويل من أجل الهوية والأرض؟

**James sake Henderson. "Mikmaw tenure in Atlantic Canada".**

Journal. No. 2. vol.18 . 1995. p. 196 (1). Dalhousie Law

(2) - بيان صادر عن إين هوبسون، مؤسس مؤتمر الإنويت في المؤتمر التنظيمي الذي عقد في بارو بألاسكا في حزيران/يونيه

1977. كما ورد هذا المعنى في بيان أدلى به ممثل مؤتمر الإنويت القطبي أمام الفريق العامل في عام 1985.

أسرهم، وإيداعهم المدارس الداخلية أو مدارس الإقامة الدائمة أو المدارس النهارية أو دور الأيتام ، بهدف استيعابهم في الثقافة السائدة، إنما يشكل انتهاكًا جسيمًا ومتواصلًا لحقوق الشعوب الأصلية في الثقافة، ويتعارض مع المادة (٨) من الإعلان بشأن حقوق الشعوب الأصلية. وقد أعلن البروفيسور (روبرت أ. ويليام) في سياق المناقشة التي جرت في الفريق العامل عن الحقوق الإقليمية للشعوب الأصلية أن "الشعوب الأصلية تشدد على أن الأسس الروحية والمادية لهوياتها الثقافية تعتمد في بقائها على علاقاتها الفريدة من نوعها، بأقاليمها التقليدية"<sup>(3)</sup>.

**التحدى التاسع: التمييز المزعوم،** تتعرض أحيانًا ثقافات الشعوب الأصلية ولا سيما عاداتها وتقاليدها، للانتقاد بحجة أنها تنطوي على تمييز . وكثيرًا ما يُنخذ التمييز المزعوم في الممارسات الثقافية للشعوب الأصلية، ذريعة لعدم احترام وتعزيز وإعمال حقها في الثقافة، وهو ما ينال من حقها في تقرير المصير ويؤدي إلى تهميش ثقافتها. ولا بد من توخي الحذر عند تقييم ما إذا كانت الممارسات الثقافية للشعوب الأصلية تتعدى على حقوق الإنسان الفردية حتى لا يصدر حكم نابع من وجهة نظر سكان لا ينتمون إلى الشعوب الأصلية، ويعبر عن قصور في فهم فلسقاتها أو الأساس

---

-Robert A. Williams, "Encounters on the frontiers of international

<sup>(3)</sup>human

rights redefining the terms of indigenous peoples survival in the World".

Duke Law Journal. 1990. p. 981.

المنطقي الكامن وراء عاداتها وأعرافها. وينبغي السعي لمعرفة وجهات نظر الضحية المزعومة لما يزعم ممارسته من تمييز، وإيلاء ذلك الأولوية. وغالبًا ما تكون في الواقع لنساء الشعوب الأصلية وجهة نظر تختلف عن وجهات نظر النساء اللاتي لا ينتمين إلى الشعوب الأصلية. وفي الوقت ذاته، يتعين القضاء على التمييز ضد الأفراد.

**التحدى العاشر: تقييد الحق في الثقافة**، يجيز قانون حقوق الإنسان فرض قيود معينة على الحق في الثقافة، وهي قيود قامت بتحليلها اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. وتنص الفقرة الثانية من المادة (46) من الإعلان على ضرورة أن يكون أي تقييد وفقًا للالتزامات الدولية لحقوق الإنسان، وأن تكون هذه القيود غير تمييزية ولازمة وأن يكون غرضها الوحيد ضمان ما توجبه حقوق وحرريات الغير من الاعتراف و الاحترام والوفاء بالمقتضيات العادلة والأشد ضرورة لقيام مجتمع ديمقراطي. ويقضي قانون حقوق الإنسان بأن يكون للتقييد مبررات معقولة وموضوعية، و أن يكون متناسبًا وضروريًا. وسبل التصدي للممارسات التي تميز ضد ثقافة الشعوب الأصلية، ينبغي أن يكون أثرها محدودًا إلى أقصى حد على حقوق الشعوب الأصلية في الثقافة وتقرير المصير<sup>(1)</sup>. ولذلك، يفضل في كثير من الحالات أن تتولى الشعوب الأصلية بنفسها عملية التصدي لهذه الممارسات التمييزية ضد ثقافتها وفقًا لإجراءاتها الخاصة<sup>(2)</sup>. وقد يعني ذلك مثلاً، أنه لا يليق بالدول أن تلغي ممارسة ثقافية

(1) - الحيرة المستقلة في ميدان الحقوق الثقافية، زيارة إلى المغرب والصحراء الغربية، الاستنتاجات والملاحظات الأولية، الرباط، ١٦ أيلول/ سبتمبر ٢٠١١، الفقرة ٣٥، راجع أيضًا الورقة التي قدمتها ألكسندرا كمانتكي

(2) - الحيرة المستقلة في ميدان الحقوق الثقافية، زيارة إلى المغرب والصحراء الغربية، الصفحة 36.

معينة تمامًا ، بل أن تعتمد بدلاً من ذلك وسائل أكثر اعتدالاً لإحداث تغيير يتسق مع حقوق الإنسان وفقاً لما أقرته لجنة حقوق الطفل<sup>(3)</sup>.

### المطلب الثالث

#### الحماية الدولية لحق الشعوب الأصلية

#### في الغذاء و السكن الملازم والتعليم.

سنبحث وناقش هذه المسألة في ثلاثة فروع تالية:

#### الفرع الأول

#### الحماية الدولية لحق الشعوب الأصلية في الغذاء

تقول (Liisa Malkki) : "ربما تكون متجذرة هي الحاجة الأكثر أهمية ، والأقل اعترافاً في النفس البشرية"<sup>(1)</sup>. فالحاجة إلى الغذاء متجذرة في الفطرة

---

(3) - لجنة حقوق الطفل، التعليق العام رقم 11 (2009).

Liisa Malkki. National Geographic. The Rooting of Peoples and the Identity among Scholars and National<sup>(1)</sup> -Territorialization of Refugees. *Cultural Anthropology*, Vol. 7, No. 1, Space, Identity, and the Politics of Difference. (Feb., 1992), American Anthropological Association 1992. pp. 24-44. or <http://www.jstor.org/journals/anthro.html>.

البشرية ، فلا حياة بدون غذاء ، ولاغذاء بدون حياة ، ومن ثم أصبح الحصول على الغذاء حقاً من حقوق الإنسان والحيوان على حذاء السواء . وعليه فإن الحق في الغذاء هو "الحق في الحصول بشكل منتظم ودائم ودون عائق، إما بصورة مباشرة أو بواسطة مشتريات نقدية، على غذاء وافٍ وكافٍ من الناحيتين الكمية والنوعية، يتفق مع التقاليد

الثقافية للشعب الذي ينتمي إليه المستهلك ويكفل له حياة بدنية ونفسية، فردية وجماعية، مُرضية وكريمة في مأمّن من القلق"(2) .

والجدير بلفت الانتباه أن الشعوب الأصلية (الأصيلة ) تعاني الأدهى والأمر بالنسبة لحقها في الغذاء ، حيث يواجه السكان الأصليون الاستبعاد والتمييز اللذين يؤثران على حقهم في الغذاء . ففي جواتيمالا- على سبيل المثال- كانت وتيرة التقدم المحرز في التقليل من معدلات سوء التغذية المزمن الذي يصيب أطفال السكان الأصليين أبطأ من وتيرة التقدم المحرز بالأطفال الذين لا ينتمون إلى تلك الفئة . وفي الفترة ما بين عامي ١٩٨٧ و ٢٠٠٢ انخفض المعدل الخاص بأطفال السكان من غير السكان الأصليين بنسبة ١٣ في المائة بالمقارنة مع ٢ في المائة فقط بالنسبة إلى أطفال السكان الأصليين . وقد شهدت مناطق الشمال والشمال الغربي التي قطنها غالبية من السكان الأصليين تدهوراً في الوضع منذ عام ١٩٩٩ فصاعداً(3).

---

(2) UN\A/HRC/7/ 5\para.17

Center for Economic and Social Rights, fact sheet No. 3

(2)- (Guatemala), available

from. [www.cesr.org/downloads/Guatemala%20Fact%20Sheet.pdf](http://www.cesr.org/downloads/Guatemala%20Fact%20Sheet.pdf)

يقول ( Sylvie Brunel ) فى هذا الصدد ، أن السبب فى حدوث الجوع وسوء التغذية ، يعزو إلى حد كبير، إلى عدم التكافؤ فى علاقات القوة الذى يودى بصورة منتظمة إلى حرمان الشعوب الأصلية والأقليات التى كانت، منذ الأزل وعبر تاريخ الجنس البشرى أول من يعانى من الجوع وهى مثل جميع الفئات السكانية، التى هى ضحية الانتماء إلى ما يعتبر شريحة اجتماعية دولية تجد نفسها فى أدنى درجات السلم الاجتماعى<sup>(1)</sup>. ومن ثم تعيش الشعوب الأصلية فى الفاقة المدقعة ، وربما تكون الشعوب الأصلية صاحبة الأرض والوطن<sup>(2)</sup>.

والشئ الذى يندى له الجبين أن الفاقة توقع الشعوب الأصلية فى شرك دورة دائمة من الاستبعاد، ولذلك فهى تعد أحد أخطر انتهاكات ما لها من حقوق الإنسان. ومن ثم فإن الشعوب الأصلية والسكان القبليين، لا يزالون أكثر المجموعات الاجتماعية والعرقية معاناة من الاستبعاد فى العديد من المجتمعات. وتشير المعلومات المتاحة إلى أن معدلات الفقر والفقر المدقع أعلى بين الشعوب الأصلية منها فى بقية السكان، سواء فى المجتمعات الأصلية أو فى المناطق الحضرية. ومؤشرات الفقر لدى الشعوب الأصلية أعلى بصفة عامة من المعدل الوطنى؛ كما أن الفقر أكثر حدة بين هذه

---

Sylvie Brunel, *La faim dans le monde ; comprendre pour agir*

Universitaires de France, (1999), p. 11 <sup>(1)</sup>-(Paris, Presses

(2) - فى غواتيمالا على سبيل المثال، يعانى نصف مجموع الأطفال دون سن الخامسة من توقّف النمو، بينما تكون معدلات سوء التغذية أعلى بكثير فى صفوف أطفال السكان الأصليين، حيث إن نسبة ٧٠ فى المائة منهم يعانون من توقّف النمو بالمقارنة مع ٣٦ فى المائة من أطفال السكان غير الأصليين راجع:

-UNE/CN.4/2006/44/Add.1

الشعوب، مع بعض الاستثناءات. وتعاني الشعوب الأصلية من نقص الدخل، أمقاس بانخفاض نصيب الفرد من الدخل النقدي؛ ليس هذا فحسب، بل تعاني أيضا من الفقر الغذائي، والفقر في المهارات وفي الأصول؛ الأمر الذي يبينه العديد من المؤشرات الأخرى، ومنها عدم القدرة على تلبية الاحتياجات الأساسية، وعدم كفاية فرص الوصول إلى الخدمات الاجتماعية والعامّة، والهيكل الأساسية و محدودية فرص الوصول إلى الموارد الإنتاجية مثل الأرض والمياه والغابات والأشكال الأخرى من الثروة الطبيعية<sup>(3)</sup>.

ويتجسد المشهد الحزين والكارثي في مكامن جذور هذا المشهد العام المركب للفقر المستمر في ظروف العوز والتمييز وعدم المساواة الهيكلية التي تتعرض لها الشعوب الأصلية على مر التاريخ. ولا يمكن التغلب على هذا الفقر المتعدد الأبعاد باتباع نهج مجزأ، بل يتطلب سياسات عامة شاملة مما يؤسف له أن معظم الدول والوكالات المتعددة الجنسيات لم تقم بعد بوضعها للشعوب الأصلية. ويعكس استمرار الفقر والفقر المدقع بين الشعوب الأصلية تاريخاً من إنكار حقوق الإنسان الخاصة بهم. ولذلك فإن أية سياسة وطنية أو دولية للقضاء الفعال على الفقر يجب أن تستند إلى الاعتراف بحقوق الإنسان واحترامها. وفي معظم الأحيان، لا تعكس المعلومات الإحصائية التي تقدمها الوكالات الوطنية والدولية، التي تقوم بدراسة الفقر وعدم المساواة، الحالة المحددة للشعوب الأصلية، مما يؤدي إلى عدم معرفة السلطات باحتياجات هذه الشعوب غير الملباة وبمستويات معيشتها المنخفضة

(3) - الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة الستون، البند ٧٠ من جدول الأعمال المؤقت، قضايا الشعوب الأصلية، حالة حقوق الإنسان والحريات الأساسية للشعوب الأصلية تقرير المقرر الخاص المعني بحالة حقوق الإنسان والحريات الأساسية للشعوب الأصلية، رودولفو ستانفاغن، المقدم عملاً بالفقرة ١٨ من قرار لجنة حقوق الإنسان 51/2005، مرجع سابق، ص 14.



أو الشديدة الانخفاض . وعندما تفصل البيانات بصورة صحيحة، يتبدى منظر عام باعث على الحسرة الشديدة : المؤشرات المتعلقة بالشعوب الأصلية أدنى دوماً من المتوسط الوطني، كما تؤثر ظروف معيشتها تأثيراً قوياً على منحى عدم المساواة الاقتصادية<sup>(1)</sup>. وغالباً ما يعتمد تمتع السكان الأصليين بالحقوق في الغذاء اعتماداً وثيقاً على قدرتهم على الوصول إلى أراضيهم وإلى الموارد الطبيعية الأخرى في الأقاليم التي يقيمون فيها والتحكم فيها. ومن الأمور ذات الأهمية العظمى في هذا الصدد الحكم القضائي الصادر عن لجنة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان واللجنة الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب الذي يؤكد على الترابط بين حقوق الشعوب الأصلية في الأرض وبين حقوقها في الغذاء والحياة<sup>(2)</sup>.

**والحقيق بالإحقاق أن عدم قدرة الشعوب الأصلية للوصول إلى أراضيهم وإلى الموارد الطبيعية الأخرى في الأقاليم التي يقيمون فيها والتحكم بها . إن واقع هذا الأمر يُحرّمهم- في أحيان كثيرة جداً - من حقهم في الغذاء. وهو أمر يتعلق بذلك إلى حد كبير يفسّر السبب في أن عدداً كبيراً من منظمات السكان الأصليين تُعرب عن قلقها البالغ إزاء العقوبات والتحديات التي**

---

(1) - الأمم المتحدة ، الجمعية العامة ، المورة الستون ، البند ٧٠ من جدول الأعمال المؤقت ، قضايا الشعوب الأصلية ، حالة حقوق الإنسان والحريات الأساسية للشعوب الأصلية تقرير المقرر الخاص المعني بحالة حقوق الإنسان والحريات الأساسية للشعوب الأصلية ، رودولفو ستافنباغن ، المقدم عملاً بالفقرة ١٨ من قرار لجنة حقوق الإنسان 2005\51 ، مرجع سابق ، ص 14 ، 15.

(2) - *Christophe Golay and Ioana Cismas, Legal Opinion on the Right to Property from a Human Rights Perspective* (Montreal, Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, Rights and Democracy, 2010)p.32

تواجهها مجتمعاتهم في التمتع الكامل بهذا الحق . وكما جاء في إعلان أتيتلان، الصادر عن المشاورة العالمية الأولى للشعوب الأصلية بشأن الحق في الغذاء، المعقودة في نيسان/أبريل ٢٠٠٢ ، فإنه في جواتيمالا: لا يُعتبر إنكار حق الشعوب الأصلية في الغذاء مجرد إنكار لبقائنا المادي فحسب، بل إنه أيضًا إنكار لنظامنا الاجتماعي وثقافتنا وتقاليدينا ولغائنا وقيمنا الروحية وسيادتنا وهويتنا بأكملها؛ وإنه إنكار لوجودنا الجماعي كشعوب

أصلية<sup>(١)</sup>. في تقرير للبنك الدولي صادر عام 2009 يشير إلى أنه يعيش مليار شخص في بلدان تعاني من الضعف والصراعات. ويبلغ متوسط معدلات الفقر فيها 54 في المائة مقارنة بمتوسط يبلغ 22 في المائة بالنسبة للبلدان المنخفضة الدخل عموماً<sup>(٢)</sup>. وقبل ثلاثين سنة، كان نصف سكان بلدان العالم النامية يعيشون في أوضاع الفقر المدقع<sup>(٣)</sup> ، والحالة الاقتصادية متدنية وتعيش الشعوب الأصلية في عزلة وتخلف<sup>(٤)</sup> وعليه سنبحث عن الإطار القانوني الدولي الذي يحمي حق الشعوب الأصلية في الغذاء ، وكذلك التزامات الدول والمنظمات الدولية في هذا الصدد ، في النقاط التالية:

(١) - A/HRC/13/ 32\22 February 2010. p.16

(٢) راجع البنك الدولي ، التقرير السنوي للبنك الدولي 2009 ، الاستعراض السنوي مبادرات مبتكرة لتخفيف وطأة الأزمات العالمية وتوسيع نطاق العمليات الجاري تنفيذها ، الناشر دار المعلومات التابعة للبنك الدولي بواشنطن ، 2009 ، ص 24 .

(٣) - البنك الدولي، التنمية وتغير المناخ ، تقرير عن التنمية في العالم 2010، الناشر دار المعلومات التابعة للبنك الدولي بواشنطن ، 2010 ، ص 1

*An Rus ,Rosalva Aida Hernandez Castillo and ShannanL.Mattiac .Mayan J.Mayan Utopias : The Indigenous Peoples of Chiapas and the (٤)-Lives Zapatista Rebel lion.Rowman &Littlefield Publisers ,INC. New Yark .Toronto,oxford.2001 .p11-18*

أولاً: الإطار القانوني الدولي الذي يحمي حق الشعوب الأصلية في الغذاء.

إن عند التنقيب والتنقيب عن المرجعية القانونية الدولية التي تحمي حق الشعوب الأصلية في الغذاء

يطالعنا الإعلان العالمي لحقوق الإنسان<sup>(5)</sup> الذي ينص على: أن لكل شخص الحق في التمتع بمستوى معيشي لائق يضمن له صحته ورفاهه، بما في ذلك الغذاء، والإعلان العالمي للقضاء على الجوع وسوء التغذية<sup>(6)</sup> وإعلان الأمم المتحدة للألفية<sup>(7)</sup>، لا سيما الهدف من الأهداف الإنمائية للألفية المتعلقة بالقضاء على الفقر المدقع والجوع . أن جميع حقوق الإنسان عالمية ومترابطة ومتشابكة وغير قابلة للتجزئة، وأنه لا بد من تناولها على الصعيد العالمي بطريقة نزيهة ومتكافئة وعلى قدم المساواة وبنفس القدر من الاهتمام . أن تهيئة بيئة سياسية واجتماعية واقتصادية مؤاتية يسودها السلام والاستقرار، على الصعيدين الوطني والدولي على حد سواء، هي الركيزة الأساسية التي تمكن الدول من إيلاء أولوية كافية للأمن الغذائي وللقضاء على الفقر<sup>(8)</sup> . ضرورة ألا يستخدم الغذاء كأداة للضغط السياسي أو

(5) - القرار 217 ألف (د-3). وراجع أيضا وثيقة الأمم المتحدة E/2000/23، اعتمدت بتصويت ببناء الأسماء بأغلبية 49 صوتاً مقابل صوت واحد، وامتناع عضوين عن التصويت، في الجلسة 52 المؤرخة في 17 نيسان ابريل 2000.  
(6) - تقرير مؤتمر الأغذية العالمي ، روما 5- 16 تشرين الثاني \نوفمبر 1974 (منشورات الأمم ، رقم المبيع E.72.II.A3) الفصل الأول

(7) -القرار 2\55 .

(8)- UN\A/RES/63/ 187\17 March 2009.p.2

الاقتصادي، كما جاء في إعلان روما بشأن الأمن الغذائي العالمي وإعلان مؤتمر القمة العالمي للأغذية: بعد سنوات من الانعقاد، وإذ تؤكد من جديد في هذا الخصوص أهمية التعاون والتضامن الدوليين، وكذلك ضرورة الامتناع عن الانفراد في اتخاذ تدابير لا تتفق مع القانون الدولي وميثاق الأمم المتحدة وتعرض الأمن الغذائي للخطر<sup>(1)</sup>. والحق في الغذاء هو حق من حقوق الإنسان يحمي حق جميع البشر في العيش بكرامة والتحرر من الجوع. وهو محمي بموجب القانون الإنساني الدولي والقانون الدولي لحقوق الإنسان، واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (المادة 12)، واتفاقية حقوق الطفل (المادتان 24 و 27). بيد أن الصك الدولي الذي يكثر الاستشهاد به بوصفه المصدر القانوني الرئيسي للحق في الغذاء هو العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (المادة 11)<sup>(2)</sup>. وقد ذكرت اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وهي هيئة المعاهدة المعنية برصد تنفيذ الدول للعهد، بشكل جازم، في تعليقها العام رقم 12 (1999) أن الحق في الغذاء الكافي يتم إعماله عندما يتاح ماديًا واقتصاديًا لكل رجل وامرأة وطفل، بمفرده أو مع غيره من الأشخاص، في كافة الأوقات، سبيل الحصول على الغذاء الكافي أو وسائل شرائه<sup>(3)</sup>. والغذاء ينبغي أن يتوافر بكمية ونوعية تكفيان لتلبية الاحتياجات التغذوية للأفراد وأن يكون خاليًا من المواد الضارة وأن يكون مقبولًا في سياق ثقافي معين<sup>(4)</sup>. وفيما يتعلق بإمكانية

(1) - منظمة الأمم المتحدة للأغذية والزراعة، تقرير مؤتمر القمة العالمي للأغذية: خمس سنوات بعد الاعتقاد 10-13 حزيران/يونيه 2002، الجزء الأول، التذييل (A/57/499)، المرفق

(2) - المادة (11) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية

(3) - اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية تعليقها العام رقم 12 (1999) الفقرة السادسة .

(4) - المرجع السابق الفقرتان 8، 12.

الحصول على الغذاء اقتصاديًا وماديًا، سلطت اللجنة الأضواء على أهمية إيلاء العناية الخاصة بالفئات الضعيفة<sup>(5)</sup>، وذلك نهج اتبعته الدول في إعلان روما بشأن الأمن الغذائي العالمي وخطة عمل مؤتمر القمة العالمي للأغذية الصادرة في تشرين الثاني/ نوفمبر ١٩٩٦ وطرح مجددًا في مبادئ روما الخمسة من أجل أمن غذائي عالمي مستدام. والحكومات ملزمة، بموجب القانون الدولي، بأن تحترم وتحمي وتعمل الحق في الغذاء. ويجب على الدول أن تكفل، في إطار التزاماتها بحماية قاعدة الموارد الغذائية للسكان أن تتخذ الخطوات المناسبة لضمان تمشي أنشطة قطاع الأنشطة التجارية الخاص ومنظمات المجتمع المدني مع الحق في الغذاء<sup>(6)</sup>

وحسب تعريف اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية ١٩٩٩ ، فإن إعمال الحق في الغذاء الكافي والاجتماعية والثقافية في تعليقها العام رقم ١٢ يتم عندما يُتاح ماديًا واقتصاديًا لكل رجل وامرأة وطفل بمفرده أو مع غيره من الأشخاص، وفي جميع الأوقات سبيل الحصول على الغذاء الكافي أو وسائل شرائه<sup>(1)</sup>. وهذا الفيض الغامر من الوثائق الدولية التي تحمي الحق في الغذاء لا يؤكد فقط عالمية هذا الحق الذي لا لبس فيه زمن السلام وزمن النزاعات المسلحة؛ بل يبرز أيضًا الوشائج التي تربطه بسائر الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية. ومن نافلة القول إن الحق في الماء وفي

(5) - المرجع السابق الفقرة 13 .

(6) - المرجع السابق الفقرة 27 .

(1) - راجع اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية ١٩٩٩ ، تعليقها العام رقم ١٢

الحق في الصحة والحق في التعليم، وبالطبع، الحق في الحياة من الأمور التي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بإعمال الحق في الغذاء<sup>(2)</sup>. وفي معرض التفصيل في الالتزامات المتعلقة بالحق في الغذاء، تعتمد اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على أحد المبادئ الرئيسية للقانون الدولي ألا وهو حظر التمييز. وقد حُدّد مبدأ عدم التمييز ونص عليه في ميثاق الأمم المتحدة في عام ١٩٤٥ لينظم العالم في مرحلة ما بعد الحرب العالمية الثانية<sup>(3)</sup>.

وتتردد أصداء العبارة الجامعة "بدون أي تمييز" الواردة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بقوة في جميع صكوك حقوق الإنسان على الصعيدين الدولي والإقليمي. وتكرس مبدأ عدم التمييز في الأحكام المماثلة الواردة في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. وتنص الفقرة الثانية من المادة (2) من العهد الأخير على أن كل دولة طرف ملزمة بأن تضمن جعل ممارسة الحقوق المنصوص عليها في العهد بريئة من أي تمييز بسبب العرق، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، أو الدين، أو الرأي السياسي أو غير السياسي، أو الأصل القومي أو الاجتماعي أو الثروة، أو النسب، أو غير ذلك من الأسباب. وفي المادة (2\14) من اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة، ألزمت الدول أنفسها باتخاذ التدابير الكفيلة بالقضاء على التمييز ضد المرأة في المناطق الريفية وذلك بهدف ضمان مشاركة المرأة، استناداً إلى قاعدة المساواة بين

---

(2) -A/HRC/12/24

Manfred Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights*, CCCP ed.(Strasbourg, NP Engel, 2005), p. 599<sup>(3)</sup> - *Commentary*, 2nd

الرجل والمرأة، في التنمية الريفية والاستفادة منها<sup>(4)</sup>. والحق في الغذاء هو، قبل كل شيء، حق الشخص في أن يُطعم نفسه في كنف الكرامة. وهو يشمل حق المجموعات الضعيفة والمجموعات التي تعاني من التمييز في الحصول على الأرض،، والتمتع بمستوى دخل كافٍ، والضمان الاجتماعي والمساعدة الاجتماعية لتمكين الفرد من العيش بكرامة<sup>(1)</sup>.

لأخال أحداً ينكر أن مبدأ عدم التمييز هو مبدأ أساسي من مبادئ القانون الدولي. وقد نصت عليه أحكام متطابقة ترد في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. ووفقاً للفقرة الثانية من المادة (2) من هذا العهد الأخير، فإن كل دولة طرف ملزمة بأن تضمن ممارسة الحقوق المنصوص عليها في هذا العهد دون أي تمييز من أي نوع بسبب العرق، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، أو الدين، أو الرأي سياسياً كان أو غير سياسي، أو الأصل القومي أو الاجتماعي، أو الثروة، أو النسب أو غير ذلك من الأسباب<sup>(2)</sup>. وتنص الفقرة الثانية من المادة (14) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على أن الدول قد اتفقت على أن تتخذ جميع التدابير المناسبة "للقضاء على التمييز ضد المرأة في المناطق الريفية لكي تكفل لها، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة المشاركة في التنمية الريفية والاستفادة منها، وبخاصة

---

(4) - الأمم المتحدة، الجمعية العامة، مجلس حقوق الإنسان، الدورة السادسة عشر، البند 5 من جدول الأعمال، هيئات وآليات حقوق الإنسان: دراسة اللجنة الاستشارية التابعة لمجلس حقوق الإنسان بشأن التمييز في سياق الحق في الغذاء، قدمت هذه الوثيقة في وقت متأخر نظراً لانعقاد الدورة السادسة للجنة الاستشارية، من الفترة من 17 إلى 21 كانون الثاني/يناير 2011، ص 5.

(1) - A/HRC/13/ 32\22 February 2010. p.4

(2) - راجع الفقرة الثانية من المادة الثانية من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية

الحق في التمتع بظروف معيشية ملائمة، لا سيما فيما يتعلق بالإسكان والمرافق الصحية والإمداد بالكهرباء والماء

والنقل والمواصلات<sup>(3)</sup>. وقد عرّفت اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، في تعليقها العام رقم ٢٠ بشأن عدم التمييز في الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، التمييز بأنه أي تفرقة أو استثناء أو تقييد أو تفضيل، أو غير ذلك من أوجه المعاملة المتميزة المبنية بشكل مباشر أو غير مباشر على أسباب تمييزية محظورة، بقصد إبطال أو إضعاف الإقرار بالحقوق المنصوص عليها في العهد أو التمتع بها أو ممارستها على قدم المساواة أو بما يؤدي إلى ذلك. وأكدت اللجنة أن الدول الأطراف ملزمة بالقضاء على جميع أشكال التمييز، الشكلي والموضوعي<sup>(4)</sup>. وترى اللجنة أن القضاء على التمييز الشكلي يتطلب ضمان خلو دستور الدولة وقوانينها ووثائق سياساتها من التمييز لأسباب محظورة. وفي سياق الحق في الغذاء فإن هذا الالتزام يُجبر الدول على مراجعة تشريعاتها، وخصوصاً القوانين التي تتناول سبل الحصول على الغذاء والمساعدة الاجتماعية أو الموارد الإنتاجية، وضمن أن تكون هذه التشريعات خالية من أي حكم تمييزي<sup>(5)</sup>.

وخلصت الحقيقة أن التصدي للتمييز الشكلي وحده لن يكفل المساواة الموضوعية بالمعنى المقصود والمحدد في الفقرة الثانية من المادة (2) فكثيراً ما يتأثر التمتع الفعلي بالحقوق المنصوص عليها في العهد بانتماء الشخص

(3) - راجع الفقرة الثانية من المادة (14) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

(4) - راجع اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية ١٩٩٩ ، تعليقها العام رقم 20

(5) - راجع اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية ١٩٩٩ ، تعليقها العام رقم 12 ، الفقرة 18

--see also A/HRC/13/ 32\22 February 2010. p.4



إلى مجموعة تتوفر فيها أسباب التمييز المحظورة . ويتطلب القضاء على التمييز في الواقع العملي إيلاء العناية الكافية لمجموعات الأفراد التي تعاني من تحيز تاريخي أو مستمر بدلاً من مجرد المقارنة بالمعاملة الشكلية التي يتلقاها أفراد في حالات مشابهة. ولذلك يجب على الدول الأطراف أن تعتمد فوراً التدابير الضرورية للحيلولة دون نشوب الظروف والمواقف التي تُسبب التمييز الموضوعي أو التمييز بحكم الأمر الواقع أو تديمها، ولتخفيف وطأة تلك الظروف أو المواقف أو التخلص منها؛ فضمن المساواة بين جميع الأفراد في على السكن اللائق والمياه والمرافق الصحية مثلاً يساعد على مكافحة التمييز ضد النساء والفتيات والأشخاص الذين يعيشون في مستوطنات عشوائية وفي المناطق الريفية.

ما لاخفيه فيه ، أنه لايزال الإطار القانوني الدولي لحماية حقوق الشعوب الأصلية ضعيفاً نسبياً. والصك الدولي الوحيد الذي يوفر حماية محددة لهذا الغرض هو اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 169 ، التي لم يصدق عليها حتى الآن سوى 17 بلداً. وتتمثل أهمية هذه الاتفاقية في كونها توفر الحماية لحق الشعوب الأصلية في الغذاء بالإضافة واسعة من الحقوق المدنية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية . وتوفر المواد من (13 إلى 17) حماية خاصة لحقوق الشعوب الأصلية في الأراضي والأقاليم . كما أن حقهم في المشاركة في استخدام الموارد الموجودة في أراضيهم وإدارتها وحفظها مشاركتهم والتشاور معهم قبل استغلال تلك الموارد ، وكذلك منع تشريد مجتمعاتهم<sup>(1)</sup> .

---

(1)- A/HRC/13/ 32\22 February 2010. p.5

## ثانياً : التزامات الدول.

إن حالة التفاوتات القائمة بين المناطق في العالم وتعرض أشد الناس فقراً في البلدان النامية للخطر قد أخذت تتفاقم نتيجة لثلاث أزمات متزامنة هي: الأزمة الغذائية والأزمة الاقتصادية والأزمة البيئية. فلأول مرة في التاريخ يعاني أكثر من مليار شخص في شتى بقاع العالم من نقص في التغذية. والأشخاص الأكثر تعرضاً للجوع وسوء التغذية هم أفراد الأسر الريفية الفقيرة، والفقراء من سكان الحضر، والنساء والأطفال، واللاجئون والسكان الأصليون وغيرهم من الأقليات. فمعظم هؤلاء الأشخاص هم من الجياع؛ لأنهم يعانون من أشكال تمييز متعددة. وبموجب القانون الدولي، فإن الحكومات ملزمة باحترام الحق في الغذاء، وحمايته، وإعماله<sup>(2)</sup>. وهذه المستويات الثلاثة من الالتزامات حددتها اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في تعليقها العام رقم ١٢<sup>(1)</sup> وأقرتها الدول بتوافق الآراء عندما اعتمد مجلس منظمة الأمم المتحدة للأغذية والزراعة (الفاو) المبادئ التوجيهية المتعلقة بالحق في الغذاء في تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠٠٤<sup>(2)</sup>.

---

(2) - الأمم المتحدة ، الجمعية العامة ، مجلس حقوق الإنسان ، الدورة الثالثة عشرة - البند ٥ من جدول الأعمال  
هيات وآليات حقوق الإنسان : دراسة أولية لمجلس حقوق الإنسان اللجنة الاستشارية المعنية بالتمييز في سياق  
الحق في الغذاء ، صادر 20 فبراير 2010 ، ص31

(1) - اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في تعليقها العام رقم ١٢ لسنة 1999

(2) - مجلس منظمة الأمم المتحدة للأغذية والزراعة (الفاو) ، المبادئ التوجيهية المتعلقة بالحق في الغذاء في تشرين  
الثاني/نوفمبر ٢٠٠٤

## الالتزام الأول : احترام الحق في الغذاء.

يقتضى الالتزام باحترام الحق في الغذاء أن تمتنع الحكومات عن القيام بأى أعمال تؤثر سلباً على الفرص المتاحة للشعوب للحصول على الغذاء . وهذا يعنى الامتناع عن القيام بأى أعمال ، مثل تجريد السكان أو تشريدهم من أراضيهم ، التى تشكل الوسيلة الأساسية لعيشهم. وهو يعنى أيضاً الامتناع عن القيام بمشاريع إنمائية قد تعوق أو تقضى على فرض وصولهم إلى موارد عيشهم التقليدية ، كصيد الحيوانات أو الأسماك الذى يشكل الوسيلة الرئيسية التى يطعم بها السكان الأصليون أنفسهم. وهو يعنى كذلك أنه يتعين على الحكومات ألا تشترك أبداً فى أعمال قتل أو قمع ضد الشعوب الأصلية فى حالة قيامهم بمظاهرات سلمية لحماية حقهم فى الغذاء والأرض والموارد<sup>(3)</sup>.

## الالتزام الثانى : حماية الحق فى الغذاء.

يقتضى الالتزام بحماية الحق فى الغذاء أن تكفل الحكومات عدم القيام أطراف الثالثة مثل: ملاك الأراضى الأقوياء أو الشركات ذات النفوذ بأى أعمال تؤثر سلباً على حق الشعوب الأصلية فى الغذاء. وهذا يعنى أنه يتعين على الحكومات أن تنظم أو تسيطر على الأطراف ذات النفوذ لمنع حدوث أى انتهاكات لحق الشعوب الأصلية فى الغذاء. وينبغى كذلك منع الأطراف الثالثة من تشريد الشعوب الأصلية من أراضيهم مواردهم. وفى الحالات التى تمنح فيها الحكومات امتيازات للشركات لاستغلال الموارد الموجودة فى أراضى الشعوب الأصلية. ينبغى التقيد بمبدأ ضرورة الموافقة الحرة المسبقة والمستنيرة للشعوب الأصلية للتأكد من موافقتهم على استغلال مواردهم

---

(3)- UN\A/60/350\ 12 September 2005\p.17

والاستفادة منها ، وعدم تعرض أمنهم الغذائي للخطر. ويستلزم ذلك أيضاً ضمان تخفيف آثار التكاليف البشرية والإيكولوجية للمشاريع الضارة بيئياً ، مثل تعدين الذهب لكفالة عدم تعرض مواردهم التقليدية للغذاء والمياه وسبل العيش الأخرى للتدمير أو التسمم<sup>(4)</sup>.

### الالتزام الثالث: إعمال الحق في الغذاء.

ويتطلب التزام بإعمال الحق في الغذاء من الحكومات أن تتخذ خطوات للتصدى لمشاكل التهميش ،

والجوع والفقر ، التي يعاني منها أبناء المجتمعات المحلية للشعوب الأصلية على أن تراعى في ذلك أولوياتهم بما تكفل الحفاظ على هويتهم منع اندثار ثقافتهم . وينقسم هذا الالتزام إلى إيجابيين : الالتزام بالتيسير والالتزام بالتزويد<sup>(1)</sup>. ويتطلب الالتزام الأساسى الواقع على الحكومات بتيسير حق الشعوب الأصلية في الغذاء ، أن تتخذ إجراءات إيجابية تسهل قدرتهم على توفير قوتهم بأنفسهم ، كأن تعترف رسمياً بأراضي الشعوب الأصلية وترسم حدودها لتمكينهم من ممارسة أنشطة الكسب. ويقع على عاتق الحكومة أيضاً التزام باحترام حقهم في أن يقرروا بأنفسهم أفضل النى تحسن أمنهم الغذائي و تحقق أولوياتهم الإنمائية. ثم إن الحكومة مطالبة في جميع الأحوال بمنع تفسى المجاعات في مجتمعاتهم ، وكفالة حصولهم على الغذاء بأن تسهل لهم توافر الأغذية في الأسواق حيثما اقتضت الضرورة وتزويدهم بالإمدادات الغذائية

(4)- UN\A/60/350\ 12 September 2005\p.17- 18

(1) - الأمم المتحدة ، الجمعية العامة ، الدورة الستون ، البند 73 (ب) من جدول الأعمال المؤقت مسائل حقوق الإنسان: مسائل حقوق الإنسان ، بما في ذلك النهج البديلة لتحسين التمتع الفعلي بحقوق الإنسان والحريات الأساسية ، الحق في الغذاء ، مذكرة من الأمين العام ، صادر 12 سبتمبر 2005 ، ص 18

الطارئة خلال الأزمات. وينطوى واجب أعمال هذا الحق أيضاً على التزام فوري باتخاذ الإجراءات اللازمة للتصدي لأي تمييز ضدهم فيما يتعلق بحقهم في حيازة الأراضي والحصول على فرص العمل ، وغير ذلك من الموارد الإنتاجية. ولا يقتصر ذلك على مجرد إلغاء المؤسسات القانونية التي تكرس التمييز ضدهم ، وإنما يتطلب أيضاً القضاء على أي تمييز بحكم الممارسة ضد الشعوب الأصلية الذي يساهم في تعرضهم للجوع وسوء التغذية<sup>(2)</sup>.

### ثالثاً: المسؤوليات التي تقع على عاتق المنظمات الدولية.

مالاشك فيه أن من الأساسى والجوهري أن ينظر في مسألة المسؤوليات الواقعة على المنظمات الدولية في مجال حقوق الإنسان كالبنتك الدولي ، وصندوق النقد الدولي ، ومنظمة التجارة العالمية. بالرغم من أن الرئيسية عن حقوق الإنسان تقع على عاتق الحكومات الوطنية في جميع الحالات ، فإن هذه الحكومات لم تعد قادرة في أجواء العولمة والترابط الدولي القوي السائدة حالياً ، على أن تحمي في جميع الحالات مواطنيها من أثار القرارات التي تتخذها أطراف فاعلة أخرى. فإن سلطة الدول القومية في عالم معولم ومتكامل بصورة متزايدة غالباً ما يطغى عليها نفوذ أطراف فاعلة أخرى كالدول الأشد نفوذاً ، أو المؤسسات متعددة الجنسيات أو المنظمات الدولية. وكما وضعت حقوق الإنسان لضبط سلطة الدولة القومية على سكانها ، فقد أن الأوان لمد

---

(2) - الأمم المتحدة ، الجمعية العامة ، البقرة الستون ، البند 73 (ب) من جدول الأعمال المؤقت مسائل حقوق الإنسان: مسائل حقوق الإنسان ، بما في ذلك النهج البديلة لتحسين التمتع الفعلي بحقوق الإنسان والحريات الأساسية ، الحق في الغذاء ، مرجع سابق ، ص 18

الحدود التقليدية لحقوق الإنسان لكي تضبط نفوذ هذه الأطراف الدولية الأخرى<sup>(3)</sup>.

فالمنظمات الدولية مثل : صندوق النقد الدولي ، والبنك الدولي ، ومنظمة التجارة الدولية ، فهذه المنظمات يمكنها أن تحدث أثراً كبيراً في مجال حقوق الإنسان نظراً للدور القوي الذي تضطلع به في تحديد السياسات الاقتصادية وبخاصة في بلدان الجنوب. فلا شك مثلاً في أن لبرامج الإصلاح الاقتصادي التي يفرضها صندوق النقد الدولي والبنك الدولي على البلدان المدنية أثراً عميقاً ومباشراً في حالة الحق في الغذاء ، والأمن الغذائي في بلدان عديدة. بيد أنه غالباً ما يتم الاحتجاج بأنه مادام الأمر يتعلق بمنظمات حكومية دولية توجهها الحكومات ، فإنه لا تقع عليها بالتالي أي مسؤوليات مباشرة في مجال حقوق الإنسان بما في ذلك الحق في الغذاء<sup>(1)</sup>.

(3) - المرجع السابق ، ص 19

(1) - وشرع البنك الدولي مؤخراً في عملية استعراض وإصلاح سياسات الإجراءات الوقائية البيئية والاجتماعية التي تشمل نوح "لا ضرر ولا ضرار" الذي يطبقه البنك الدولي. ويهدف هذه السياسات، التي تشمل سياسة الشعوب الأصلية، إلى توفير الحماية الضرورية للشعوب الأصلية وغيرها من المتضررين من المشاريع التي يمولها البنك. ولم يتفق بعد أي من سياسات الإجراءات الوقائية بحيث تعكس المواد الواردة في الإعلان. وفي الوقت نفسه، توفر عملية استعراض السياسات فرصة فريدة لكفالة أن سياسات البنك وممارساته تطبق المعايير الواردة في الإعلان. ويعد تفادي إلحاق الضرر بالمجتمعات المحلية المتضررة من أنشطة البنك وغيره من المؤسسات المالية الائتمانية والمناخية التي اعتمدت الإجراءات الوقائية للبنك خط الأساس الذي يجب أن يشكل المنطلق لأي خطوات أخرى نحو منظور أكثر شمولاً لحقوق الإنسان في جميع الإجراءات. كما أن الدول والمنظمات الحكومية الدولية ومجموعة واسعة من الجهات الفاعلة الدولية، بما في ذلك مؤسسات الأعمال، بصدد تحديد السبل والوسائل الكفيلة بتعزيز الاحترام لحقوق الإنسان في جميع أنشطتها والاعتراف بها. راجع :

بيد أن منظمة التجارة العالمية ليست سوى آلية للتفاوض بين الدول ، وأن حكومات الدول الأعضاء هي التي يجب مساءلتها عن جميع قواعد وإجراءات منظمة التجارة العالمية ، ويرى آخرون أن منظمات كالبنك الدولي وصندوق النقد الدولي ، لا تزال تتخذ إجراءات مستقلة حتى وإن كانت حكومات في مجالس إدارتها ، وأن من الأهمية بمكان النظر في المسؤوليات المباشرة التي تقع على المنظمات الحكومية الدولية كمؤسسات قائمة بذاتها . وهناك قسط كبير من العمل تقوم بإنجازه حالياً مؤسسات أكاديمية ومنظمات غير حكومية لتحسين فهم تعريف ومضمون ما يقع على المنظمات الدولية في مجال حقوق الإنسان من مسؤوليات - ومنها ما يركز على الحق في الغذاء . ويشمل ذلك دراسات تجريها

---

— سياسات البنك الدولي الخاصة بالإجراءات الوقائية : مراجعة وتحديث، ورقة النهج

المقترح 10 تشرين الأول/أكتوبر ٢٠١٢ على الموقع التالي :

<http://siteresources.worldbank.org/EXTSAFEPOL>

— على سبيل المثال، تعتبر الإجراءات الوقائية للبنك بمثابة المرجع لوكالات الأمم المتحدة ومصارف التنمية الإقليمية التي تنفذ البرامج المناخية في إطار مرفق الشراكة للحد من انبعاثات كربون الغابات . انظر : مرفق الشراكة للحد من انبعاثات كربون الغابات، نهج مشترك للإجراءات الوقائية البيئية والاجتماعية التي يطبقها شركاء التنفيذ المتعددون، متاح على الرابط :

<http://www.forestcarbonpartnership.org/fcp/node/>

الاتحادات الدولية لرابطات حقوق الإنسان (1) ، ومنظمة الأبعاد الثلاثة –  
التجارة – حقوق الإنسان – الاقتصاد المنصف والمنتدى الآسيوي (2)، وشبكة  
المعلومات والعمل لمنح الأولوية للغذاء (3)، ويجريها العديد من الأكاديميين  
ومن بينهم ( س. إ. سكوغلي ) (4)، و (إ.كلابهام) (5)، و ( م. داراو)

---

*International Federation for Human Rights (IFHR), Les politiques de la  
l'épreuve des droits humains, 2003. IFHR, (1) Banque Mondiale à  
Understanding Global Trade and Human Rights 2005. International-  
Federation-.. www.acronymfinder.com/  
3D — Trade — Human Rights — Equitable Economy and FORUM-ASIA,  
WTO for Human Rights Advocates, 2004. Available (2)- Practical Guide to the  
at: <http://www.3dthree.org/en/pages.php?IDcat=1>  
FIAN, Questionable Advice, The Worldbank's Influence on Mining Laws in  
Right Comments, 2004. pp.1-22 (3)- Africa — Human  
Skogly, S., The Human Rights Obligations of the World Bank and the IMF,  
. 2001.p.p.1-155(4)- London: Cavendish  
Clapham, A., Human Rights Obligations of Non-State Actors, Oxford University  
(5)- Press,2005.p.all*



(6)، و(ب.غازي) (7)، فضلاً عن اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (8)، واللجنة الفرعية لتعزيز وحماية حقوق الإنسان (9).

الخليق بالذكر ، أن المنظمات الدولية ، مثل البنك الدولي ، وصندوق النقد الدولي ومنظمة التجارة العالمية ، تتمتع بشخصية قانونية بموجب القانون الدولي . وقد عرفت محكمة العدل الدولية في عام 1949 في فتوى أصدرتها بشأن التعويض عن الإصابات المتكبدة في خدمة الأمم المتحدة ، المنظمة الدولية على أنها من رعايا القانون الدولي وقادرة على حيازة الحقوق وتحمل الواجبات الدولية . والمنظمات الدولية ، بصفتها من رعايا القانون الدولي ملزمة بأية التزامات تكلف بها بموجب القواعد العامة للقانون الدولي ، أو بموجب دساتيرها أو بموجب الاتفاقات الدولية التي هي أطراف فيها (10). ومن الواضح أن القانون الدولي ملزم للمنظمات الدولية مثل البنك الدولي ،

---

*Darrow, M., Between Light and Shadow: The World Bank, the International International Human Rights Law, Oxford, 2005. p. 133- (6)- Monetary Fund and 144.*

*Ghazi, B., The IMF, World Bank Group and the Question of Human Rights, PhD Graduate Institute of International Studies, Geneva, May (7)- dissertation 2004. p. pp. 108-109 and 206-223*

*See its general comments Nos. 3, 12 and 15. See also the Committee's statement Ministerial Conference of the World Trade Organization in (8)-to the Third 1999 and its statement on Globalization and Economic, Social and Cultural Rights made in May 1998 (E/C.12/1999*

*(9)- E/CN.4/Sub.2/2000/13, E/CN.4/Sub.2/2001/10, E/CN.4/Sub.2/2003/1-4 Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Opinion ICJReports 1980, pp. 89-90 para. 37 (10) -Egypt, Advisory*

وصندوق النقد الدولي ، ومنظمة التجارة العالمية ، بما في ذلك ما يتعلق بحق الإنسان في الغذاء.

فقد حدث في حالات كثيرة أن جادلت المنظمات الدولية ، ولاسيما صندوق النقد الدولي والبنك الدولي ، في مسئولياتها إزاء الإنسان ، وذلك على أساس ثلاث حجج رئيسية . أولاً ، فهي تجادل بأنها منظمات متعددة الأطراف ، موجهة نحو قيام الحكومات باتخاذ الإجراءات ، ولذلك فليس لديها مسئوليات مستقلة فيما يتعلق بحقوق الإنسان. بيد أن من الواضح أن هذه المنظمات لاتسيرها قرارات الدول الأعضاء فيها فحسب ، بالنظر لحيازتها سلطات مستقلة هامة لاتخاذ القرارات. فالبنك الدولي يديره مجلس محافظين يمثلون جميع الدول الأعضاء ، بيد أن أعماله اليومية يسيرها مجلس الرؤساء التنفيذيين ، الذين يعين خمسة من أصل أعضائه الـ 24 كبار أصحاب المصلحة (الولايات المتحدة ، باعتبارها أكبر صاحب مصلحة فهي تحوز على 15 في المائة من الأسهم ، مما يمنحها سلطة عملية لممارسة النقض ( الفيتو ) لدى اتخاذ القرارات في البنك). ورغم الإدعاء بأن مجموعة البنك الدولي (يملكها أصحاب الأسهم فيها ) ، فإن كون مجلس الرؤساء التنفيذيين وكبار أصحاب المصلحة يسيطرون على أنشطة المنظمة إنما يوحى بأنها تتخذ قرارات مستقلة في أعمالها . وكذلك هو الحال بالنسبة لصندوق النقد الدولي ، فرغم أن أعلى هيئة إدارية في الصندوق هي مجلس المديرين ، الذي يمثل عضوية المصرف بكاملها ، فإن الإدارة اليومية تقع

على عاتق المجلس التنفيذي ، ويمكن أيضاً لهذه المجلس أن يتخذ قرارات مستقلة(1).

وفى منظمة التجارة الدولية - من ناحية أخرى - من الواضح أن معظم القرارات يتخذها المؤتمر الوزاري أو المجلس العام ، وكلاهما يضمن الدول الأعضاء . لهذا السبب ، غالباً ما توصف منظمة التجارة العالمية بأنها منظمة " يحركها أعضاؤها ، وتقوم على أساس التوافق في الآراء ، أى ، بعبارة أخرى ، يحركها الحكومات ، دون أن يكون لها كيان قانونى مستقل قائم بذاته (2) . ولكن منظمة التجارة الدولية لها أيضاً أجهزتها الخاصة بها ووكلاؤها الذين تعمل من خلالهم. فلأمانة - على سبيل المثال - هامش كبير للتصرف لتسهيل التنفيذ والإدارة وأعمال الاتفاقات ، وتحقيقاً لهذا الغرض ، تشترك فى مشاريع مساعدة تقنية واسعة النطاق . وبعض أجهزتها مثل : هيئة تسوية المنازعات ، يطلب منها أيضاً اتخاذ قرارات أساسية بالنسبة للمنظمة ، بما فى ذلك تفسير قانون منظمة التجارة العالمية .

---

(1) - الأمم المتحدة ، الجمعية العامة ، الدورة الستون ، البند 73 (ب) من جدول الأعمال المؤقت مسائل حقوق الإنسان : مسائل حقوق الإنسان ، بما فى ذلك النهج البديلة لتحسين التمتع الفعلى بحقوق الإنسان والحريات الأساسية ، الحق فى الغذاء ، مرجع سابق ، ص 23 .

Understanding the WTO, Geneva: WTO Secretariat at [www.wto.org](http://www.wto.org). 27 June 2005. (3).

ولذا ، ينبغي أيضاً لمنظمة التجارة العالمية ، بصفتها منظمة دولية ، أن تلتزم بحقوق الإنسان الدولية - بما فيها الحق في الغذاء<sup>(3)</sup>.

وثانياً ، وحسب المبدأ القائل بأن المنظمات الدولية ليس لها سوى الحقوق والواجبات التي تتناسب مع وظائفها وسلطاتها<sup>(1)</sup> ، فقد جادل البنك الدولي وصندوق النقد الدولي ، بأن صكّي إنشائهما ( مواد الاتفاق ) ، يمنعهما من استخدام لاعتبارات السياسية في أنشطتهما. بيد أن الإيحاء بأن هذا يمنعها من التعامل مباشرة مع حقوق الإنسان ليس له أساس متين. فالأحكام ذات الصلة ، مثل المادة الرابعة ، البند 10 ، من مواد الاتفاق المتعلقة بالبنك ) ، يمكن تفسيرها بحيث يمكن لهاتين المؤسستين دمج اعتبارات حقوق الإنسان في أنشطتهما<sup>(2)</sup> وعلاوة على ذلك ، ووفقاً لمبدأ الشخصية القانونية العاملة ذاته ، يضطلع البنك الدولي وصندوق النقد الدولي ، ومنظمة التجارة الدولية جمعياً بأنشطة وتؤدي وظائف ذات أثر هام ، وأحياناً حساسة في أعمال الحق في الغذاء والحقوق الأخرى في الدول الأعضاء . ولذلك ، فإنه ينبغي لهذه المنظمات ، لدى الاضطلاع بتلك الوظائف ، أن تلتزم بضمان

---

(3) - الأمم المتحدة ، الجمعية العامة ، الدورة الستون ، البند 73 (ب) من جدول الأعمال المؤقت مسائل حقوق الإنسان: مسائل حقوق الإنسان ، بما في ذلك النهج البديلة لتحسين التمتع الفعلي بحقوق الإنسان والحريات الأساسية ، الحق في الغذاء ، مرجع سابق ، ص 24 .

Schermers, H. G. and Blokker, N., *Law of International*

. edition, 2003, pp.992-993<sup>(1)</sup>. *Organizations*, Fourth

(2)- Darrow, M., 2003, Op, cit, p. 192

احترام حقوق الإنسان ، بما فيها الحق في الغذاء ، بشكل يتناسب مع سلطاتها<sup>(3)</sup>.

وأخيراً ، فقد جادل صندوق النقد الدولي والبنك الدولي بأنهما لا يتحملان أية مسؤوليات في ميدان حقوق الإنسان ؛ لأنهما منظماتان وليستا دولتين ، وبهذه الصفة فهما لم يصادقا على معاهدات حقوق الإنسان المعنية<sup>(1)</sup>. وبناء عليه ، فإنه مادام صندوق النقد الدولي ، والبنك الدولي ومنظمة التجارة الدولية ، لم تصدق جميعها على العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ، فهي ليست ملزمة بالالتزامات المتعلقة بالحق في الغذاء الكافي. بيد أن هذه الحجة تتجاهل وجهة النظر المعترف بها على نطاق واسع والقائلة بأن مصدر حقوق الإنسان ليس فقط في المعاهدات ، ولكن أيضاً في القانون الدولي العام. وقد أصبح اليوم الالتزامان بإعمال الحق في الغذاء الكافي جزءاً من القانون الدولي العرفي ، بالنظر إلى أن مصادقة الجميع تقريباً على المعاهدات التي تتضمنه ، ولاسيما العهد الدولي واتفاقية حقوق الطفل ، والممارسة الدائمة للدول في إعادة تأكيد الحق في الغذاء والحق الأساسي في التحرر من الجوع في مؤتمر القمة العالمي للأغذية

---

(3) - الأمم المتحدة ، الجمعية العامة ، الدورة الستون ، البند 73 (ب) من جدول الأعمال المؤقت مسائل حقوق الإنسان: مسائل حقوق الإنسان ، بما في ذلك النهج البديلة لتحسين التمتع الفعلي بحقوق الإنسان والحريات الأساسية ، الحق في الغذاء ، مرجع سابق ، ص 24

See for instance Gianviti, F., "Economic, Social and Cultural Rights and the Fund", presented at a consultation convened by the <sup>(4)</sup>-International Monetary Committee on Economic, Social and Cultural Rights and the High Council of International Cooperation of France, Geneva 7 May 2001 (unpublished paper); and Shihata, I., *The World Bank Inspection Panel*, 2nd edition, New York, Oxford University Press, p.241

في عام 1996 و2002 وغيرهما من المؤتمرات الدولية ، وكذلك في الجمعية العامة ولجنة حقوق الإنسان<sup>(1)</sup>. وليس هناك من سبب للإدعاء بأن المنظمات الاقتصادية الدولية ليست ملزمة بالقانون الدولي العام فيما يتعلق بالحق في الغذاء وغيره من حقوق الإنسان. وعلاوة على ذلك ، وكما هو الحال في الاتحاد الأوروبي ، فإن المنظمات الدولية ملزمة بالمبادئ العامة للقانون التي تعترف بها الأمم المتقدمة ، التي يمكن استخلاصها من النظم القانونية الوطنية<sup>(2)</sup>. ويعترف الكثير من الدساتير الوطنية بالحق في الغذاء أو يشترط تفسير أحكامها وفقاً لقانون حقوق الإنسان الذي يعترف فيه بالحق في الغذاء اعترافاً كاملاً. وأخيراً فإن الدول الأعضاء في هذه المنظمات الاقتصادية الدولية فقد صادق معظمها على الأقل على معاهدة واحدة لحقوق الإنسان تتضمن الحق في الغذاء . ومن الواضح أن المنظمات الدولية ليست حرة في أن تفعل

---

*Declaration of the World Food Summit 1996, and "An International Alliance Declaration of the World Food Summit: five years later. (1)- Against Hunger". 2002. In both cases the United States of America formulated reservations to the recognition of the right to food as a legal right, but this only can make that country a persistent objector and does not preclude the formation of the right to food as a customary norm*

*Sands, P. and Klein, P. (ed), Bowett's Law of International Institutions, Fifth -459; see also Clapham, A., 2005, Chapter V, (2)- edition, 2004, p. 458 Petersmann, E-U, Time for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organisations. Lessons from European Integration Law for Global Integration Law, 2001, p. 5*

مالا يسمح لمن تمثلهم أن يفعلوه<sup>(3)</sup>. أكدت لجنة حقوق الإنسان في قرارها 17\2005 المتعلق بالعوامة وحقوق الإنسان الحاجة إلى مؤسسات متعددة الأطراف ، تعترف بجميع الإنسان وتحترمها وتحميها. وأشار المقرران الخاصان للجنة الفرعية لحماية وتعزيز حقوق الإنسان ( أولوكا أونيانغوا وديبيكا أوداغما ) ، في تقريرهما النهائي أن : التأكيد على الالتزام القانوني الذي يقع على المنظمات الدولية ، كمنظمة التجارة الدولية والبنك الدولي ، وصندوق النقد الدولي أمر ضروري بغية التشديد على أن هذه المؤسسات ينبغي ، كحد أدنى ، أن تعترف بحقوق الإنسان وتحترمها وتحميها . بيد أن على هذه المنظمات ، أيضاً ، كما اقترح آخرون كثر ، التزامات بتشجيع الدول ومساعدتها بشكل إيجابي في جهودها المبذولة لحماية وإعمال حق سكانها في الغذاء الكافي<sup>(4)</sup>. وكما احتجت اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بقولها: " إن المنظمات الدولية ، إنما تتحمل مسؤولية كبيرة ومستمرة باتخاذ أية تدابير ممكنة لمساعدة الحكومات على التصرف بطريقة تتفق مع التزاماتها في مجال حقوق الإنسان والسعى إلى استحداث وبرامج تعزز احترام تلك الحقوق ، و مستثناة بأى طريقة من الطرق من هذه المبادئ العامة وأن على المنظمات الدولية التي تضطلع بمسؤوليات محددة في هذه الميادين، وأن تلعب دوراً إيجابياً وبناء فيما يتصل بحقوق

---

(3) - الأمم المتحدة ، الجمعية العامة ، الدورة الستون ، البند 73 (ب) من جدول الأعمال المؤقت مسائل حقوق الإنسان: مسائل حقوق الإنسان ، بما في ذلك النهج البديلة لتحسين التمتع الفعلي بحقوق الإنسان والحريات الأساسية ، الحق في الغذاء ، مرجع سابق ، ص 25

(4) - For example Ghazi, B., 2004, op.cit pp. 108-109 and 206-223

الإنسان<sup>(1)</sup> لكي تلتزم المنظمات الدولية التزاماً كاملاً بالتزاماتها بموجب الحق في الغذاء ، يتوجب عليها أن تحترم الحق في الغذاء وتحمية وتدعم أعماله من جانب الدول الأعضاء فيها .

وتعقياً لما سبق أن الالتزام بالاحترام هو الحد الأدنى من الالتزام ، الذي من المنظمات الدولية أن تضمن ألا تؤدي سياساتها وممارساتها إلى حالات انتهاك الحق في الغذاء . وهذا يعنى أن يكون على المنظمات الدولية ، على الأقل فيما يتعلق بالبنك الدولي وصندوق النقد الدولي حد أدنى من الالتزامات السلبية بأن تحترم وألا يصدر عنها أذى فيما يتعلق بأعمال الحق في الغذاء<sup>(2)</sup> . ومنع فعل الأذى هذا يبدو أنه معترف به من الجميع . وهذا يعنى أن هذه المنظمات ينبغي عليها ألا تشجع مشاريع إنمائية تسفر عن تشريد جبرى أو تدمير المعيشة ، وخاصة في الحالات التي لا تنطوي على تعويضات وإعادة تأهيل بشكل كاف للسكان المتضررين . يتطلب الالتزام بالحماية من المنظمات الدولية أن تضمن ألا ينتهك شركاؤها سواء أكانوا دولاً أم جهات خاصة بما في ذلك الشركات عبر الوطنية ، الحق في الغذاء ، بما في ذلك الحالات التي تمنح الامتيازات والعقود ، أو في المشاريع العامة التي يمكن أن تهدد سبل المعيشة والأمن الغذائي للشعب الأصيل .

---

Statement of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights on Economic, Social and Cultural Rights, 11 May <sup>(1)</sup>-Globalization and 1998, para. 5. <http://www.unhchr.ch/tbs/>

<sup>(2)</sup>-Skogly, S., 2001,op,cit, p. 151



وأخيراً يتطلب الالتزام بدعم أعمال الحق في الغذاء أن تسهل المنظمات الدولية أعمال الحق في الغذاء وأن تساعد على تقديم المساعدة اللازمة التي تدعو إليها الحاجة من أجل جميع الناس ، والشعوب الأصلية ، والأقليات ، والفئات الضعيفة . وينبغي أن يتضمن هذه التسهيل قدة الناس على إطعام أنفسهم ، وكذلك المساعدة في ضمان الدعم في حالات الطوارئ عندما لا يستطيعون إطعام أنفسهم لأسباب خارجة عن سيطرتهم.

## الفرع الثاني

### الحماية الدولية لحق الشعوب

#### الأصلية في السكن الملائم.

الحقيق بالحق ربما ما تكون انتهاكات حقوق الإنسان غير مقصودة أو مُخططة . وقد تنتج هذه الانتهاكات عن عدم كفاية الموارد والقدرات اللازمة للتأهب والتصدي لعواقب الكوارث . وقد تكون هذه الانتهاكات، في أحيان كثيرة، نتيجة للسياسات غير المناسبة أو الإهمال أو الخطأ غير المقصود . ويمكن تجنب هذه الانتهاكات إذا أخذت الأطراف الفاعلة الوطنية والدولية ضمانات حقوق الإنسان في الاعتبار منذ البداية<sup>(1)</sup>. والحقوق المنتهكة الحق في السكن اللائق .

---

IASC, Human Rights and Natural Disasters: Operational Guidelines and Field

(1) - Manual, pp. 1-2

الجدير بالتنويه أنه يحظى الحق في السكن كعنصر من عناصر الحق في مستوى معيشي ملائم بالاعتراف على الصعيد الدولي. ولا ينبغي أن يُفسر الحق في السكن بالمعنى الضيق أو المقيد الذي يساوي بينه، مثلاً، وبين توفير المأوى الذي لا يزيد على وجود سقف فوق رأس الشخص، أو بالمعنى الذي يرى المأوى مجرد سلعة. إنما ينبغي النظر إلى الحق في السكن اللائق على أنه حق العيش في مكان ما بأمان وسلام وكرامة (2). وتمشيًا مع هذا التفسير، تُقاس اللياقة في ضوء قائمة من العوامل الرئيسية، منها الأمن القانوني للحيازة؛ وتوافر الخدمات والمواد والمرافق والبنية الأساسية؛ والقدرة على تحمّل التكاليف؛ والصلاحيّة للسكن؛ وتيسر تلبية الاحتياجات؛ والموقع؛ والملاءمة من الناحية الثقافية (3). ومن ثم، فإن السكن ليس مجرد سلعة توفر المأوى، إنما هو أكثر بكثير من الهيكل المادي الذي يوفر الحماية، وتزيد قيمته على ما يُدفع لشرائه أو بيعه أو إعادة بنائه. إن للسكن قيمة اجتماعية متأصلة. ويتأثر الحق في السكن اللائق تأثيرًا شديدًا بالكوارث والنزاعات، لما تُحدثه من أضرار ودمار، وفقدان للسجلات، وتشريد للأفراد والأسر والمجتمعات. ونظرًا إلى ضخامة عدد السكان المتضررين في كثير من الأحيان، لا ينبغي أن يُقاس تأثير النزاعات والكوارث على هذا الحق من حيث عدد الأصول المادية المدمرة وعدد السكان المشردين. إنما ينبغي فهمه أيضًا، وربما في المقام الأول، من حيث مدى تفكك العلاقات والشبكات والأصول الاجتماعية؛ وتدمير أسباب المعيشة المنزلية التي بُنيت على مدى سنوات عديدة؛ والنيل من الحقوق المعقدة والمتعددة الجوانب في حيازة

(2) - التعليق العام رقم ٤، الفقرة ٧

(3) - المرجع السابق، الفقرة 8.

الأراضي . ويمكن معالجة مسألة تدمير المساكن باعتبارها أصلاً مادياً بإصلاحها وتجديدها وإعادة بنائها، وهي مهمة عاجلة وصعبة إلى حد بعيد في أعقاب الكوارث والنزاعات . فمعالجة مسألة تدمير المساكن كأصل اجتماعي، من ناحية، تستلزم مزيداً من الإجراءات الطويلة الأجل والمتعددة الأوجه والمستندة إلى فهم عميق لنظم الحيازة وتاريخ المستوطنات المتضررة، ولا سيما تاريخ سكانها الفقراء المهمشين. وتستلزم المعالجة أيضاً التيقظ أثناء الإصلاح والتعمير لضمان عدم النيل من حقوق الحيازة التي كان يُتمتع بها سابقاً أو انتقاصها، بأي شكل من الأشكال، وإنما حمايتها وتعزيزها إن أمكن<sup>(1)</sup>.

وعلاوة على ذلك تزداد صعوبة هذه المهام في حالات التشرّد الجماعي الطويل الأمد . ويُعتبر التشرّد سبباً معروفاً لانتهاكات حقوق الإنسان، لا سيما حقوق السكن . ويحدد الخبراء في مجال التشرّد وإعادة التوطين ثمانية مجالات خطر رئيسية مسببة للتشرّد والفقير، هي : عدم ملكية الأراضي، والبطالة، وعدم وجود مسكن، والتهميش، وارتفاع معدل الاعتلال والوفيات، وانعدام الأمن الغذائي، وعدم الحصول على موارد الملكية المشتركة، والتفكك الاجتماعي وتفكك أواصر المجتمع<sup>(2)</sup>. وفي

---

(1)- UN\A/HRC/16/ 42\ 20 December 2010.p.8

Cernea, M.M., "Impoverishment Risks, Risk Management, and Resettlement. A Model of Population Displacement and (2) - Reconstru", Economic and Political Weekly Vol. 35, No. 41.oct 2000. pp.3659-3678

حين يحدث التشرّد آثارًا مدمرة على جميع المتضررين، يُلاحظ أن الفئات المعرضة للتمييز، بمن فيها النساء والأقليات والأطفال والأشخاص ذوي الإعاقة، هي الأشد تضررًا. وما لم تُبذل جهود مكثفة ومتسقة لتخفيف عواقب التشرّد سيطول أمد هذه العواقب وستسبب أنماطًا من الفقر والاستبعاد والتبعية والاستضعاف. ووفقًا للجنة الدائمة المشتركة بين الوكالات<sup>3</sup>: بينت التجربة أن بزيادة مدة التشرّد يزداد خطر انتهاكات حقوق الإنسان. وبوجه خاص، يُتوقع أن يصبح التمييز وانتهاكات الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية أكثر انتظامًا بمرور الوقت<sup>(3)</sup>. وتشير المبادئ التوجيهية الواردة في دليل التعمير بعد الكوارث الطبيعية إلى أن سياسة التعمير الجيدة تساعد على تنشيط المجتمعات وتمكين الناس من إعادة بناء منازلهم وسبل حياتهم وأسباب معيشتهم، وأن التعمير يبدأ من يوم وقوع الكارثة<sup>(4)</sup>.

وتبين المبادئ التوجيهية للجنة الدائمة المشتركة بين الوكالات أنه: "عقب مرحلة الطوارئ، ينبغي أن يُمنح الأشخاص المشردون بفعل الكوارث

---

ورقة مقدمة إلى الندوة المعنية بالطاقة الكهربائية والتنمية المستدامة (بيجن). ٢٨- ٢٩ تشرين الأول/أكتوبر

٢٠٠٤ ص 9-27

IASC, Human Rights and Natural Disasters: Operational Guidelines and Field

(3)- Manual, p. 1

4 -Abhas, K. J. et al., Safer homes, Stronger Communities. A Handbook for Reconstructing after Natural Disasters, The World Bank and Global Facility for Disaster Reduction and Recovery. (Washington D.C., 2010) pp. ix, 1-2

الطبيعية حرية اختيار العودة إلى منازلهم وأماكن إقامتهم الأصلية، أو البقاء في المنطقة التي شردوا إليها، أو إعادة توطينهم في منطقة أخرى من البلد. ولا يجوز أن يخضع حقهم في الاختيار لأي قيود إلا ما ينص عليه القانون من قيود ضرورية لحماية الأمن القومي، وسلامة وأمن السكان المتضررين، والنظام العام، والسلامة، والصحة العامة أو الأخلاق أو حقوق الآخرين وحياتهم. وبوجه خاص، لا يجوز حظر عودة الأشخاص المشردين بفعل الكوارث إلى منازلهم وأماكن إقامتهم الأصلية إلا إذا كانت في مناطق بها مخاطر فعلية تهدد حياة الأشخاص المتضررين وسلامتهم البدنية وصحتهم. ولا يجوز أن تستمر القيود إلا باستمرار هذه المخاطر، ولا يجوز فرضها إلا إذا لم تتح تدابير أخرى للحماية أخف وطأة أو تعذر اتخاذها<sup>(1)</sup>.

الحقيق بالذكر أن أمن الحياة يعتبر بُعدًا أساسيًا مهمًا للحق في السكن اللائق. وهو أيضًا واحد من قائمة عناصر السكن اللائق، ويعتبر هذا الاعتراف بتعددية أشكال الحياة المشروعة، وواجب توفير الحماية للنازحين، عنصرين بالغين الأهمية في التعامل مع مسألة تدمير المساكن أو تشريد السكان، إن أمن الحياة لا غنى عنه لإعمال الحق في السكن اللائق، وله تأثير كبير على الموقع بوصفه عنصرًا أساسيًا آخر من عناصر لياقة السكن. ومن المفارقات أن انعدام هذا الأمن هو في كثير من الأحيان من الأسباب التي تسهم بالفعل في حدوث النزاعات وفي التعرض للكوارث. ولذلك ينبغي أن تُبحث، في إطار محاولة تناول حقوق السكن في أوضاع ما

---

ASC Human Rights and Natural Disasters. Operational Guidelines and Field

<sup>(1)</sup>-Manual, pp. 20-21

بعد الكوارث وما بعد النزاعات، تحديات أمن الحيازة التي تفرضها هذه الأوضاع. أما الإجراءات المتخذة في فترات ما بعد الأزمات فيما يخص تدمير المساكن و/ أو تشرد السكان دون أخذ مسألة أمن الحيازة في الاعتبار، فمن المرجح ألا تحقق ثمرتها، بل قد تؤدي هي نفسها في المستقبل إلى نزاعات ونزع للملكية وتفاقم لجوانب الضعف. ومن ناحية أخرى، من شأن الإجراءات الحاسمة المتخذة في الوقت المناسب والقائمة على تقييم وتحليل مستيرين لهذه التحديات الأساسية أن تسهم إسهامًا كبيرًا في وضع استراتيجيات للترميم والتعمير والتطوير<sup>(2)</sup>. فينبغي، إن أمكن، تنظيم سندات ملكية الأراضي أو منح وكالة وظيفية فإذا تعذر اتخاذ هذه التدابير، تعيّن إيجاد وسائل بديلة لضمان عدم الاستيلاء التام على الأراضي أو لضمان عدم الالتفات للدعاوى الاحتياطية. ويجب على الحكومات أن تساعد على منع استغلال

الأراضي اللازمة بوجه عاجل لعمليات التعمير<sup>(1)</sup>.

وتمثل حالة ما بعد النزاع في تيمور - ليشتي مثالاً مفيداً للمخاطر الناجمة عن عدم إلى أن العنف الذي أعقب استفتاء عام ١٩٩٩ أدى إلى تشريد سكان 67500 منزل من نحو 170,000 منزل، أي 40% من مجموع

---

(2) -UN\A/HRC/16/ 42\ 20 December 2010.p.11

(3) -Independent Evaluation Group (World Bank, IFC, MIGA), "World Bank Group Response to the Haiti Earthquake. Evaluative Lessons (2010, p. 2), available at: [http://siteresources.worldbank.org/INTOED/Resources/disaster\\_note.pdf](http://siteresources.worldbank.org/INTOED/Resources/disaster_note.pdf)

المنازل<sup>(2)</sup>. في حين دُمِر نحو ٧٠ في المائة من كل البنية الأساسية المادية أو صارت غير صالحة للسكن<sup>(3)</sup>. كما دُمِرَت الوثائق الإدارية، بما فيها سجلات الملكية، أو نُقِلَت إلى إندونيسيا<sup>(4)</sup>. وقد فرَّ نحو 300,000 شخص أو أُجبروا على الانتقال إلى إقليم تيمور - ليشتي الإندونيسي؛ في حين أن نحو 450000 شخص من جملة السكان البالغ عددهم 900000 نسمة سُردوا داخلياً<sup>(5)</sup>. وتعرَّض نحو 6000 مترل في ديلي للتدمير أو لأضرار شديدة؛ وحرقت قرى كاملة في بعض المناطق الريفية<sup>(6)</sup>. أما منازل اللاجئين التي تُركت خالية فقد شغلها أشخاص آخرون دُمِرَت منازلهم في معظم الأحيان. وخلال الأشهر والسنوات التالية، وجد اللاجئون العائدون منازلهم في معظم الأحيان. وخلال الأشهر والسنوات التالية، وجد اللاجئون العائدون منازلهم لكي يغادروها. وفي حالات عديدة رفض المستغلون الثانويون المغادرة، مما دفع العائدين إلى البحث عن مأوى في مكان آخر<sup>(7)</sup>، وقد خُلف هذا

---

(2)-Towards a Medium-Term Sector Strategy for Housing in East Timor", Hassell Pty. Ltd., (March .2002) para. 27

(3)-Daniel Fitzpatrick, *Land Claims in East Timor* (Canberra, Asia Pacific Press, 2008), p.8

(4)- *Fitzpatrick, Land Claims in East Timor, op.cit.p. 5*

*Internal Displacement Monitoring Centre (IDMC), 2009. "Timor-Leste. IDPs I. but the challenge of reintegration is just (5) have returned home beginning". Norwegian Refugee Council, 9 December.2009, Geneva, p. 3*

*J. du Plessis and S. Leckie, "Housing Property and Land Rights in East Timor: Effective Dispute Resolution and Claim Verification (6)-Proposals for an Mechanism", UN-Habitat, (31 May 2000), .pp. 9-10*

(7)-UN\A/HRC/16/42\ 20 December 2010.p.14

الوضع للإدارة الانتقالية والحكومة المقبلة إرثًا بالغ التعقيد فيما يتعلق بالحقوق في الأراضي والمساكن كي تتولى تسويته وحلّه. وازداد الوضع تعقيدًا بسبب الأحداث التي وقعت بعد الاستفتاء انطلاقًا من الخلفية التاريخية لموجات مصادرة الأملاك والتشريد ونُظم الأراضي المفروضة من الخارج إبان الاحتلال البرتغالي والغزو الياباني

والاستيلاء الإندونيسي<sup>(1)</sup>

وتمثل كمبوديا مثالاً آخر لحالات ما بعد النزاع، فهي بلد لا يزال يتعافى من الدمار وشردوا ملايين السكان قسرًا من منازلهم بما في ذلك إخلاء مدينة ( بنوم بنه ) ، ودمروا سجلات ملكية الأراضي . ورغم اعتماد قوانين جديدة للأراضي، أدى ضعف سيادة القانون والافتقار إلى القدرة المؤسسية إلى تفشي ثقافة الفساد وتيسير الاستيلاء على الأراضي، في كثير من الأحيان من جانب النخبة على حساب الفقراء . وتبين شكوى قدمت حديثًا إلى فريق التفتيش التابع للبنك الدولي باسم الأشخاص المهددين بإخلاء منازلهم القريبة من بحيرة ( بويغ كاك ) في ( بنوم بنه ) بعض هذه المشاكل . وقد اعترض أصحاب الشكوى على تصميم مشروع إدارة وتنظيم الأراضي وعلى تنفيذه، وهو المشروع الذي أعدّ لدعم قانون الأراضي لعام ٢٠٠١ . ويهدف هذا المشروع، الممول أساسًا من البنك الدولي، " إلى وضع إطار تنظيمي وسياسة للأراضي، وبناء قدرات الوكالات الحكومية ذات الصلة، ووضع نظام لتسجيل الأراضي وبرنامج لإصدار سندات الملكية، وتعزيز آليات

---

(1) - UN\A/HRC/16/ 42\ 20 December 2010.p.14



حل النزاعات على الأراضي، وتطوير أساليب إدارة أراضي الدولة<sup>(2)</sup>. رغم الإنجازات التي حققها مشروع إدارة وتنظيم الأراضي، لكنه لم يُحسّن أمن الحيازة للفئات المعرضة للتشرد في المجتمع الكمبودي<sup>(3)</sup>.

وفي حالة تيمور - ليشتي، التي سبقت مناقشتها، جرى في مرحلة مبكرة التشديد على أهمية وقيمة المشاركة المباشرة للسكان المتضررين في إعادة إنشاء نظام لحقوق السكن والأراضي والتملك عقب استفتاء عام ١٩٩٩. وأشار تقرير للأمم المتحدة صدر في عام ٢٠٠٠ إلى أن معظم سكان تيمور -ليشتي الذين جرت مقابلتهم في إطار دراسة لتقصي الحقائق أكدوا أهمية مشاركة الهياكل العرفية المحلية لتسوية النزاعات في تسوية النزاعات المتعلقة بالأراضي في المستقبل والمشاركة في آليات الفصل، وذلك انطلاقاً من شرعيتها المستمرة، رغم عقود النزاعات ومصادرة الممتلكات، وأيضاً انطلاقاً من دورها كمصدر مهم للمعلومات، بما في ذلك التفاصيل المتعلقة بالحدود، ومستويات الحقوق، وتاريخ التملك وتاريخ فقدان التملك<sup>(4)</sup>. وأخيراً يقع على عاتق المجتمع الدولي التزام بتعزيز وحماية وإعمال حق الإنسان في السكن وحقه في الأرض وحقه في الملكية.

---

World Bank Inspection Panel, LMAP Eligibility Report, (2010) para. 23

(2)

N. Bugalski and D. Prcd, "Land Title in Cambodia. Formalizing Inequality" in ESC Rights Law Quarterly, Vol. 7, No. 2, (June 2010), <sup>(3)</sup>-COHRE Housing .and

p. 4

<sup>(4)</sup>-du Plessis and Leckie, J. du Plessis and S. Leckie, "Housing Property and Land Rights in East Timor", pp. 21 and

## الفرع الثالث

### الحماية الدولية لحق الشعوب

#### الأصلية في التعليم.

في بداية كنهة الأمر نشير، إلى أن التعليم حق من حقوق الإنسان العالمية الأساسية لممارسة حقوق الإنسان الأخرى ؛ ولكل شخص الحق في التعليم بموجب قانون حقوق الإنسان الدولي . وهو كذلك حق تمكيني يستطيع عن طريقه الأفراد المهتمشون اقتصادياً واجتماعياً الحصول على وسائل المشاركة التامة في مجتمعاتهم المحلية واقتصادات بلدانهم وفي المجتمع ككل. والتعليم هو الوسيلة الرئيسية لضمان التنمية الفردية والجماعية للشعوب الأصلية ؛ وهو شرط مسبق يحدد مقدرة الشعوب الأصلية على إعمال حقها في تقرير مصيرها، بما في ذلك الحق في السعي من أجل تحقيق تنميتها الاقتصادية والاجتماعية والثقافية(1)

وما لاشك فيه أن حق الشعوب الأصلية في التعليم يشمل الحق في توفير خدمات التعليم وتلقيها عن طريق أساليبها في التدريس والتعلم، والحق في إدماج منظوراتها وثقافتها ومعتقداتها وقيمها ولغاتها في نظم ومؤسسات التعليم العامة. وحق الشعوب الأصلية في التعليم مفهوم كلي له أبعاد عقلية

---

(1) - الأمم المتحدة ، الجمعية العامة ، مجلس حقوق الإنسان ، الدورة الثانية عشرة ، البند ٥ من جدول الأعمال ، هيئات وآليات حقوق الإنسان ، للدراسة المتعلقة بالدراس المستخلصة والتحديات القائمة ، فيما يتعلق بإعمال حق الشعوب الأصلية في التعليم تقرير آلية الخبراء المعنية بحقوق الشعوب الأصلية صادر 31 أغسطس 2009 ، المرفق (المشورة رقم 1) (2009) التي قدمتها آلية الخبراء بشأن حق الشعوب الأصلية في التعليم ، ص 25 .

وبدنية وروحية وثقافية وبيئية. والتمتع الكامل بالحق في التعليم حسبما يعترف به قانون حقوق الإنسان الدولي بعيد عن الواقع الذي يعيشه معظم الشعوب الأصلية. فالحرمان من نيل تعليم يتسم بالجودة من العوامل الرئيسية التي تسهم في التهميش الاجتماعي والفقر ونزع ملكية الشعوب الأصلية. وفي بعض الحالات يسهم محتوى وهدف التعليم المقدم إلى الشعوب الأصلية، في تذييبها في المجتمع الرئيسي والقضاء على ثقافتها ولغاتها وأساليبها في العيش<sup>(2)</sup>. وقد يكون حق الشعوب الأصلية في التعليم التقليدي مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً، وفي بعض الحالات ارتباطاً لا يقبل الانفصال، باستخدام أراضيها وأقاليمها ومواردها الطبيعية التقليدية<sup>(3)</sup>. ويجب أن تكفل الدول وتحمي قانوناً حق هذه الشعوب في الأراضي والأقاليم والموارد، مع احترام عاداتها وقانونها العرفي وتقاليدها على النحو الواجب. والدول ملزمة، مجتمعة ومنفردة، بأن توفر لجميع الشعوب الأصلية خدمات تعليمية جيدة يمكن الحصول عليها بدون أي شكل من أشكال التمييز المحظور<sup>(1)</sup>، و تكون مقبولة في ضوء المعايير الدولية

(2) - المرجع السابق، ص 25 وما بعدها.

(3) - المرجع السابق، ص 25 وما بعدها.

(1) - وفي الكثير من الحالات، لاحظت الهيئات المنشأة بمعاهدات أيضاً، عند نظرها في مسألة إمكانية الحصول على التعليم، أوجه التفاوت القائمة بين السكان الأصليين والسكان غير الأصليين. ولئن كانت لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية قد أحاطت علماً بالتقدير. في ملاحظاتها الختامية الصادرة في عام ٢٠٠٦ بشأن كندا، بانخفاض معدلات التفاوت بين السكان الأصليين والسكان غير الأصليين فيما يتعلق بمعدل وفيات بشأن كندا، بانخفاض معدلات التفاوت بين السكان الأصليين والسكان غير الأصليين فيما يتعلق بمعدل وفيات الرضع والتعليم الثانوي، فإنها أعربت أيضاً عن قلقها إزاء معدلات التفاوت الكبيرة التي لا تزال قائمة بين السكان الأصليين والسكان غير الأصليين في مجالات أخرى من قطاع التعليم في سياق يسوده ارتفاع مستويات الفقر والتهميش في صفوف السكان الأصليين. وكذلك، أشارت اللجنة في ملاحظاتها الختامية الصادرة في عام ٢٠٠٨ بشأن بوليفيا إلى محدودية الفرص المتاحة أمام الفئات الضعيفة والمهمشة، ولا سيما السكان الأصليين. للحصول على التعليم، وإلى معدل الأمية المرتفع في أوساط البالغين من السكان. ولاحظت اللجنة مع التلق أن هذه الأوضاع تؤثر بشكل رئيسي على الفتيات والنساء. راجع على التوالي "

لحقوق الإنسان، وقابلة للتكيف مع ظروف الشعوب الأصلية وبما يخدم مصلحتها الفضلى . وينبغي للدول تصحيح أخطاء الماضي، بما في ذلك عن طريق إزالة القوالب النمطية والمصطلحات غير اللائقة وغيرها من العناصر السلبية التي تشير إلى الشعوب الأصلية في الكتب المدرسية والمواد التعليمية . وينبغي للدول أن تعزز التعليم المتعدد الثقافات، وأن تضع وتطبق بصرامة أحكاماً تهدف إلى القضاء على التمييز ضد الشعوب الأصلية في النظام التعليمي. وتاريخياً، يعتبر الكثير من الشعوب الأصلية النظام التعليمي وسيلة للاندماج . وعلى سبيل المثال، تحتاج الشعوب الأصلية بأن الغرض التاريخي من المدارس الداخلية هو إدماج الشعوب الأصلية في المجتمع السائد الذي تعيش فيه . وكثيراً ما كان المبرر المذكور للمدارس الداخلية هو أنها توفر وسيلة لكي تحقق الشعوب الأصلية مكانة في المجتمع السائد (2) وفي العديد من مناطق العالم ، أفضت المدارس الداخلية إلى عدم إعطاء أطفال الشعوب الأصلية. وعلى ماتقدم نرى أن

---

- E/C.12/CAN/CO/ 5

-E/C.12/CAN/CO/ 4

- E/C.12/BOL/C\2

(2)-T. Fitzgeralds, *Education and Identity*, Wellington, New Zealand Council for Educational Research, 1977.R Manne, "Aboriginal Child Removal and the Questions of Genocide, 1900-1940, in A.Dirk Moses (ed). *Genocide and Settler Society*, New York, Berghahn Books, pp. 217-243;

- see also Common wealth of Australia. *Bringing them Home*, Report of the National Inquiry into the Separation of Aboriginal and Torres Strait Islander Children from their Families, 1997.

- see also D. W. Adams, *Education for Extinction*, Topeka, University of Nebraska Press, 1995 .p.all

الحق في التعليم من أهم الحقوق لدى الشعوب عامة والشعوب الأصلية خاصة ، وعليه سنأصل الحماية لهذا الحق ، ثم نتبعه بالتزامات الدول تجاه هذا الحق في النقطتين التاليتين :

أولاً: الإطار القانوني الدولي الذي يحمي حقوق الشعوب الأصلية في التعليم .

لا أخال أن أحداً ينكر أن الشعوب الأصلية ظلت على مر التاريخ إحدى الفئات المجتمعية الأشد فقراً و الأكثر تعرضاً للإقصاء والحرمان. ومن العوامل الرئيسية التي تسهم في الغبن الذي تتعرض له هذه الشعوب افتقارها إلى التعليم الجيد الذي يمكن تعريفه :بأنه تعليم متاح له موارد كافية ، ويراعي الأبعاد الثقافية، ويحترم الموروث ، ويضع في الاعتبار جوانب التاريخ والأمان الثقافي وسلامة الهوية الثقافية، ويشمل حقوق الإنسان وتنمية المجتمع والفرد ومُصمم على نحو يمكن تنفيذه - مما يحرم الملايين من أطفالها من حق أساسي هو حق الإنسان في التعليم (1) .

(1)-UN\A/HRC/12/33, 31 August 2009.p.3

\* ولاحظت بشكل منتظم الهيئات المنشأة بمعاهدات أن ما تواجهه الشعوب الأصلية من ارتفاع في معدلات الفقر واللامساواة يحول في معظم الأحيان دون التمتع تمتعاً كاملاً بحقوق الإنسان، ولا سيما فيما يتعلق بفرص الحصول على التعليم. فعلى سبيل المثال، أعربت لجنة القضاء على التمييز العنصري في ملاحظاتها الختامية الصادرة في عام ٢٠٠٨ بشأن ناميبيا عن قلقها إزاء الفقر المدقع الذي تعاني منه المجتمعات الأصلية وتدني معدل الانتظام في الدراسة لدى شعب السان وفيما يتعلق بإكوادور، لاحظت اللجنة أيضاً في ملاحظاتها الختامية الصادرة في عام 2008 أن التمتع المحدود بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، لا سيما فيما يتعلق بالتعليم ، ناجم عن استمرار حالة الفقر . وبالمثل، أكدت لجنة حقوق الطفل أن انتشار الفقر في صفوف الشعوب الأصلية في بليرز وتايلند والفلبين وكينيا يحد من تمتعهم بحقوق الإنسان ومن إمكانية حصولهم على الخدمات الاجتماعية كالتعليم والرعاية الصحية : راجع على التوالي :

-UN\ CERD/C/NAM/CO/ 12

وما لاشك فيه أن القانون الدولي لحقوق الإنسان يُسَلِّمُ بالحق في التعليم كحق من حقوق الإنسان الأساسية للجميع. وعند بحث موضوع حق الشعوب الأصلية في التعليم، من الضروري أن تؤخذ في الاعتبار فئتان من الأحكام المتعلقة بحقوق الإنسان: الأحكام العامة لحقوق الإنسان التي تُسَلِّمُ بحق الفرد في التعليم وتحدد مضمونه؛ والمعايير الدولية التي تُسَلِّمُ بحقوق الشعوب الأصلية على وجه التحديد، بما في ذلك أحكام إعلان الأمم المتحدة المتعلق بحقوق الشعوب الأصلية<sup>(2)</sup> لعل الذي يطالعنا من الموثيق الدولية التي هي بمثابة الإطار الذي يحمي حقوق الشعوب الأصلية، وعلى الأخص حقها في التعليم، الإعلان الأخير (إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الشعوب الأصلية) يعكس توافق الآراء الدولي القائم بشأن الحقوق الفردية والجماعية للشعوب الأصلية في شكل ينسجم مع المعايير الدولية لحقوق الإنسان ويكملها، بما في ذلك تفسير صكوك حقوق الإنسان الذي تأخذ به الهيئات والآليات الدولية. ويتيح الإعلان، باعتباره التعبير الأقوى حجية عن هذا التوافق، إطاراً للعمل يهدف إلى حماية هذه الحقوق وإعمالها على نحو كامل، بما في ذلك الحق في التعليم<sup>(3)</sup>.

---

- UN\CRC/C/THA/CO/2

- UN\CRC/C/15/Add. 2

-UN\CRC/C/KEN/CO/ 259

(2) UN\A/HRC/12/33, 31 August 2009.p.3

(3) UN\A/HRC/12/33, 31 August 2009.p.3

ومن المسلمّ به أن التعليم هو في حد ذاته حق من حقوق الإنسان ووسيلة لا غنى عنها لإعمال حقوق الإنسان والحريات الأساسية الأخرى، التي تمثل الوسيلة الرئيسية التي يمكن من خلالها للشعوب المهمشة اقتصادياً واجتماعياً أن تخرج من دائرة الفقر وأن تحصل على وسيلة للمشاركة مشاركة كاملة في مجتمعاتها . ويتزايد الاعتراف بأن التعليم هو واحد من أفضل المجالات التي يمكن للدول أن تستثمر فيها مالياً في المدى الطويل<sup>(1)</sup>. ويسهم تعليم أطفال الشعوب الأصلية في تنمية الفرد والمجتمع المحلي على حد سواء، كما أنه ينمي المشاركة في المجتمع بمعناه الأوسع . ويمكن التعليم أطفال الشعوب الأصلية من ممارسة حقوقهم الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والتمتع بها ، ويعزز قدرتهم على ممارسة حقوقهم الم دنية للتأثير على العمليات السياسية فيما يتعلق بالسياسات بهدف تحسين حماية حقوق الإنسان . وإعمال حق الشعوب الأصلية في التعليم هو وسيلة أساسية لتمكين الأفراد وتقرير المصير<sup>(2)</sup>. والتعليم هو أيضاً وسيلة هامة لتمتع الشعوب الأصلية بثقافتها ولغاتها وتقاليدها ومعارفها التقليدية وللمحافظة عليها واحترامها<sup>(3)</sup>.

ومن أوجه حقوق الإنسان الهامة في مجال التعليم ما يلي: الحق في الحصول على تعليم جيد؛ وممارسة حقوق الإنسان في سياق التعليم ومن خلال التعليم؛ واعتبار التعليم حقاً يُسهّل الوفاء بالحقوق الأخرى. ومن الشروط الواجب توفرها في التعليم الجيد أن يعترف بالماضي ويكون مفيداً

(1) -UN\A/HRC/12/33, 31 August 2009.p.3

(2) - لجنة حقوق الطفل، التعليق العام رقم ١١ (2009).

(3) -E/CN.4/2005/ 88

في الحاضر ومتطلعاً إلى المستقبل. ومن المطلوب في التعليم الجيد أيضاً أن يعكس الطبيعة الحيوية للغات والثقافات وقيمة الشعوب بطريقة تنهض بالمساواة وتعزز المستقبل المستدام<sup>(4)</sup>.

تنص المادة ٢٦ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن لكل شخص الحق في التعليم . وتعيد صكوك دولية أخرى عديدة تأكيد هذا الحق وتحديد سياقه وتناوله بمزيد من التفصيل، بما فيها العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المادتان(13، 14) والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية المادة (18\4)، واتفاقية حقوق الطفل المواد(28-31) والاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري المادة (١5هـ) واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المادة (10) واتفاقية منظمة العمل الدولية المتعلقة بالتمييز في الاستخدام والمهنة الاتفاقية رقم 111 المادة (3)، واتفاقية السياسة الاجتماعية والأهداف ، والمعايير الأساسية ( الاتفاقية رقم 117 ، المادة (15، 16) ، واتفاقية مناهضة التمييز في التعليم، والإعلان العالمي لتوفير التعليم للجميع (اليونسكو 0 ١٩٩٠ وإعلان وبرنامج عمل فيينا، الجزء الأول، الفقرة 33 ،والجزء الثاني، الفقرة 80 ، والوثيقة الختامية لمؤتمر استعراض نتائج ديربان، الفقرة 72<sup>(1)</sup>).

---

*Cross-National Studies of the Quality of Education. Planning their Design and Impact.* (ed.) Kenneth N. Ross and Ilona Jurgens Genevois, <sup>(4)</sup>-*Managing their* United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, 2006

(1) - راجع على التوالي : العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المادتان(13، 14) والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية المادة (18\4)، واتفاقية حقوق الطفل المواد(28-31) والاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري المادة (١5هـ) واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المادة



وتتضمن اتفاقية منظمة العمل الدولية المتعلقة بالشعوب الأصلية والقبلية (الاتفاقية رقم ١٦٩ ، المواد ٢٦ - 31 ) وإعلان الأمم المتحدة المتعلق بحقوق الشعوب الأصلية المادتان (14، 15) معايير محددة بشأن حق الشعوب الأصلية في التعليم. ويُعترف بهذا الحق أيضاً كحق محدد في إطار العديد من المعاهدات المبرمة بين الشعوب الأصلية والدول. ويُسلم بالحق في التعليم في صكوك إقليمية مختلفة، بما فيها البروتوكول الأول للاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية المادة (2) والبروتوكول الإضافي للاتفاقية الأمريكية بشأن حقوق الإنسان في مجال الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المادة (13) والميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب ( المادة 17 ) ، والميثاق الأفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته المادة (11) (2).

(10) واتفاقية منظمة العمل الدولية المتعلقة بالتمييز في الاستخدام والمهنة الاتفاقية رقم 111 المادة (3)، واتفاقية السياسة الاجتماعية والأهداف ، والمعايير الأساسية ( الاتفاقية رقم 117 ، المادة (15، 16) ، واتفاقية مناهضة التمييز في التعليم، والإعلان العالمي لتوفير التعليم للجميع (اليونسكو ١٩٩0 وإعلان وبرنامج عمل فيينا، الجزء الأول، الفقرة 33، والجزء الثاني، الفقرة 80 ، والوثيقة الحتمية لمؤتمر استعراض نتائج ديربان، الفقرة 72 .

- راجع أيضاً خطة العمل لعقد الأمم المتحدة للتنظيف في مجال حقوق الإنسان (1995-2004)

- see also UN\A/51/506/Add.1

(2) - راجع على التوالي : اتفاقية منظمة العمل الدولية المتعلقة بالشعوب الأصلية والقبلية (الاتفاقية رقم ١٦٩ ، المواد ٢٦ - 31 ) وإعلان الأمم المتحدة المتعلق بحقوق الشعوب الأصلية المادتان (14، 15)، البروتوكول الأول للاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية المادة (2) والبروتوكول الإضافي للاتفاقية الأمريكية بشأن حقوق الإنسان في مجال الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المادة (13) والميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب ( المادة 17 ) ، والميثاق الأفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته المادة (11) .

ثانياً : التزامات الدول تجاه حق الشعوب الأصلية في التعليم .

تنص (2\13) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على أنه، مع مراعاة الظروف السائدة في الدولة المعنية، لكي يمكن تحقيق الأعمال الكاملة للحقوق التعليمية ينبغي أن يكون التعليم بجميع أشكاله ومستوياته متاحاً للجميع داخل الدولة ، وبالتالي ينبغي أن يكون التعليم الابتدائي إلزامياً ومجانياً ومتاحاً للجميع(1\13) ؛ وينبغي أن يكون التعليم الثانوي في أشكاله المختلفة متاحاً بشكل عام ويمكن للجميع الحصول عليه بجميع الوسائل الملائمة (2\13)ب) وينبغي أن يكون الوصول إلى التعليم العالي متاحاً على قدم المساواة للجميع، على أساس الكفاءة، وبجميع الوسائل الملائمة (2\13)ج) ؛ وينبغي تشجيع التعليم الأساسي أو تكثيفه، إلى أبعد حد ممكن، عندما يتعلق الأمر بأشخاص لم يتلقوا أو لم يكملوا تعليمهم الابتدائي(2\13)د)؛ وينبغي السعي بنشاط إلى تطوير منظومة من المدارس في جميع المستويات (2\13)هـ)، وتتضمن المادة ٢٨ من الاتفاقية حكماً معيارياً مماثلاً للمادة(2\13) من العهد الدولي<sup>(١)</sup>.

وتتضمن المادة ٢٨ من الاتفاقية حكماً معيارياً مماثلاً للمادة حدود الموارد المتاحة لها ، محاولةً بذلك إضفاء الشرعية على الحرمان من التعليم الذي يطال في الواقع الشعوب الأصلية وغيرها من القطاعات المهمشة في المجتمع الوطني. وقد تناولت اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية مسألة الأعمال التدريجي للحقوق ، بما في ذلك الحق في التعليم، في تعليقها العام رقم ٣ (1990). وتؤكد اللجنة على أن كل

(١) - UN\A/HRC/12/33, 31 August 2009.p.6

دولة طرف يُحرم فيها عدد كبير من الأفراد من أبسط أشكال التعليم الأساسية هي دولة لا تنفي بالتزامها بموجب العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية . وخلصت اللجنة إلى أنه يجب على الدولة، لكي يقبل منها أن تعزو قصورها عن الوفاء بالتزاماتها الأساسية الدنيا إلى قلة الموارد المتاحة، أن تثبت أنها بذلت قصارى الجهد من أجل استخدام كل الموارد المتاحة لها في سبيل الوفاء، على سبيل الأولوية، بهذه الالتزامات الدنيا<sup>(2)</sup>.

وما لاخفية فيه أن الحكومات ملزمة، مجتمعة ومنفردة، بأن تتيح التعليم الجيد للجميع، وتجعله سهل المنال وخالياً من أي شكل من أشكال التمييز، ومقبولاً من منظور المعايير الدولية لحقوق الإنسان، وقابلاً للتكيف مع الظروف حسبما تمليه المصلحة الفضلى للطفل. ويقع على الدول التزام بأن تضمن للشعوب الأصلية توافر مؤسسات وبرامج تعليمية فعالة بمقدار يكفي حاجتها ضمن ولاية الدولة المعنية. أما ما هو مطلوب لكي تكون البرامج والمؤسسات فعالة، فإنه أمر يتوقف على عوامل عدة من بينها السياق الإنمائي والاجتماعي والثقافي الذي تعمل فيه<sup>(3)</sup>.

وعلاوة على ماتقدم أن الدول ملزمة بأن تكفل لجميع أطفال الشعوب الأصلية الذين بلغوا سن الالتحاق بالمدرسة إمكانية الحصول على التعليم المجاني بسبيل منها إقامة مدارس في أحياء الشعوب الأصلية أو ضمن مجتمعاتها المحلية، على أن تقدم التعليم بلغات هذه الشعوب وبما يتلاءم مع

---

(2) - راجع اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية تعليقها العام رقم ٣ (1990)

(3) - UN\A/HRC/12/33, 31 August 2009.p.6

أساليبها الثقافية للتدريس والتعلم. (4) ومن أجل ضمان صون ثقافة الشعوب الأصلية وضمان توفير تعليم مناسب ثقافياً للطلاب من الشعوب الأصلية، يجب أن تستند المناهج الدراسية إلى القيم والمعتقدات الثقافية للشعوب الأصلية أو أن تُدرج هذه القيم والمعتقدات فيها بما فيه الكفاية. ويلزم أيضاً أن تكون مخصصات المالية العامة متناسبة بما فيه الكفاية مع حجم التزامات الدولة في مجال حقوق الإنسان وذلك لضمان أعمال حق الشعوب الأصلية في التعليم، بما يشمل البرامج المحددة الممولة من الدولة من أجل تعليم المدرسين المنتمين للشعوب الأصلية وتوظيفهم (1).

ومن واجب الدول أن تكفل لجميع أفراد الشعوب الأصلية الخاضعين لولايتها إمكانية الوصول إلى المؤسسات والبرامج التعليمية دون تمييز. وبناء على ذلك، يجب أن يكون التعليم متاحاً من حيث القانون والواقع ودون أي تمييز لأي سبب من الأسباب المحظورة. والقضاء على التمييز ضد الشعوب الأصلية وعلى الأوضاع التي تتسبب في هذا التمييز هو أحد الشروط المسبقة الهامة لضمان عدم إقصاء أفراد الشعوب الأصلية من التعليم. ويتطلب ذلك من الدول أن تتخذ تدابير لتحديد العقبات القائمة والمحتملة التي تنطوي على تمييز ضد أفراد الشعوب الأصلية في النظام التعليمي، بما في ذلك العراقيل القانونية والسياسية والإدارية والمالية. وينبغي للدول أن تستحدث وسيلة لجمع بيانات مفصلة ووضع مؤشرات

---

(4)- UN\A/HRC/12/33, 31 August 2009.p.6

(1) UN\A/HRC/12/33, 31 August 2009.p.7

تتفق مع المعايير الدولية لحقوق الإنسان، وذلك لغرض تحديد مجالات التمييز وغيرها من العرّاقيل ذات الصلة<sup>(2)</sup>.

ويجب أن يكون التعليم في المتناول بصورة ملموسة وأمنة، وإتاحة فرص الوصول المادي إلى التعليم، إما عن طريق الحضور إلى موقع جغرافي ملائم على نحو معقول أو عن طريق التكنولوجيا الحديثة، مثل إمكانية التعلم عن بعد. وعلاوة على ذلك، يجب أن تكون تكلفة التعليم في متناول جميع أفراد الشعوب الأصلية إتاحة القدرة الاقتصادية. وينبغي أن يتاح التعليم الابتدائي مجاناً للجميع. كما أن الدول مطالبة بالأخذ تدريجياً بمجانبة التعليم الثانوي والعالي<sup>(3)</sup>. ولكن حق أطفال الشعوب الأصلية في التعليم لا يتوقف على توافر فرص الحصول على التعليم فحسب، وإنما يتوقف أيضاً على محتوى هذا التعليم. فشكل وجوهر التعليم، بما في ذلك المناهج الدراسية وأساليب التدريس، يتعين أن يكونا ملائمين ثقافياً ومقبولين لدى الشعوب الأصلية، أي يتعين أن يكونا مناسبين وذوي جودة عالية ومأمونين ثقافياً وملائمين. ويتطلب شرط المقبولية أيضاً أن تحرض الدول على أن ينسجم النظام التعليمي مع جميع معايير حقوق الإنسان. وعند تقييم ما إذا كان النظام التعليمي ملبياً لمتطلبات قانون حقوق الإنسان الدولي، لا بد من تكملة الأحكام العامة لحقوق الإنسان المتعلقة بالحق في التعليم بمعايير تتناول على وجه التحديد حقوق الشعوب الأصلية<sup>(4)</sup>. ومن واجب الدول أن تضمن مرونة التعليم وقابليته للتكيف مع الاحتياجات المحددة للشعوب

---

(2)- UN\A/HRC/12/33, 31 August 2009.p.7

(3)- UN\A/HRC/12/33, 31 August 2009.p.7

(4)- UN\A/HRC/12/33, 31 August 2009.p.7

الأصلية المعنية وثقافتها ولغاتها وأوضاعها، وأن تحرص على استجابة هذا التعليم لظروفها الاجتماعية والثقافية المتنوعة. وعلى سبيل المثال، فالمصلحة الفضلى للطفل في أوساط الشعوب الأصلية قد لا تتطابق في جميع الظروف مع المصلحة الفضلى للطفل خارج هذه الشعوب نظراً إلى فارق الثقافة وأسلوب الحياة و الطبيعة الجماعية لمجتمعات الشعوب الأصلية<sup>(2)</sup>.

الشيء الذي يجب رفع لوائه دائماً وأبداً ، ألا وهو أن الصكوك القانونية قد لا تكفي وحدها لتوفير الحماية ، ومن ثم فالالتزامات الدول مع الصكوك الدولية قد توفر القدر الكافي للحماية . وعليه يتطابق إعلان الأمم المتحدة المتعلق بحقوق الشعوب الأصلية في العديد من أحكامه ، ولا سيما المواد (2 ، 12 ، 13 ، 14 ، 15 ، 17 ، 44 ) ، تطابقاً وثيقاً مع التزامات الدول بموجب المادة (13 \ 1) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمادة (29 \ 1) من اتفاقية حقوق الطفل<sup>(3)</sup>. فهذه الأحكام تؤكد من جديد وتطبق جوهر المادة (13 \ 1) من العهد والمادة (29 \ 1) من الاتفاقية فيما يتعلق بالظروف التاريخية في مجال حقوق الإنسان، تشكل أساس الفهم المعاصر لحق الشعوب الأصلية في التعليم<sup>(4)</sup>. وتؤكد من جديد المادة

(2)- UN\A/HRC/12/33, 31 August 2009.p.7

(3) - راجع إعلان الأمم المتحدة المتعلق بحقوق الشعوب الأصلية في العديد من أحكامه ، ولا سيما المواد (2 ، 12 ، 13 ، 14 ، 15 ، 17 ، 44 ) والمادة (13 \ 1) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمادة (29 \ 1) من اتفاقية حقوق الطفل

(4)- UN\A/HRC/12/33, 31 August 2009.p.3

(2) من الإعلان الحظر القائم للتمييز، كما تكرسه صكوك دولية عديدة أخرى لحقوق الإنسان. وترتبط المادة(2) أيضاً على نحو وثيق بالمادة(44) من الإعلان، التي تنص على أن الحقوق والحريات المعترف بها في الإعلان هي حقوق مضمونة على قدم المساواة للذكور والإناث من أفراد الشعوب الأصلية. ولا يخضع حظر التمييز لا للإعمال التدريجي ولا لتوافر الموارد، وهو ينطبق على جميع جوانب حق الشعوب الأصلية في التعليم<sup>(5)</sup>.

وتؤكد المادة (1\2) من جديد جوانب هامة من المادة (1\29) من اتفاقية حقوق الطفل، بما في ذلك التزام الدول بأن تضمن توجيه التعليم نحو تنمية احترام والدي الطفل وهويته الثقافية ولغته وقيمه. وتنص المادة (1\12) على أن للشعوب الأصلية الحق في إظهار تقاليدها الروحية والدينية وعاداتها وطقوسها و في ممارستها وتنميتها وتعليمها. وتعترف المادة (1\13) بأن للشعوب الأصلية الحق في إحياء تاريخها ولغاتها وتقاليدها الشفوية وفلسفاتها ونظم الكتابة لديها وآدابها ولها الحق في استخدامها وتطويرها ونقلها إلى أجيالها المقبلة. وترتبط المادتان (1\12، 1\13) كلتاهما ارتباطاً وثيقاً بالحق في التعليم، لأنهما تقعان إلى حد كبير ضمن نطاق الحق في التعليم كما ورد في صكوك دولية أخرى لحقوق الإنسان. وتنص المادة(1\14) على الاستقلالية التعليمية للشعوب الأصلية، شريطة أن تفي هذه الترتيبات بالمعايير الدنيا للتعليم. ويحدد هذا الحكم أن للشعوب

---

(5) - بما في ذلك في ذلك المادة ٢ من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، والمادة ٢ من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، المادة (1\2) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية ، والمادة (1\12) من اتفاقية حقوق الطفل.

الأصلية الحق في أن تنشئ وتدير نظمها ومؤسساتها التعليمية التي توفر التعليم بلغاتها هي، على نحو ملائم لأساليبها الثقافية المتعلقة بالتدريس والتعلم. والمادة (1\14) تعيد تأكيد المادة (29\2) من اتفاقية حقوق الطفل، التي تنص على حرية الأفراد والهيئات في إنشاء وإدارة مؤسسات تعليمية، شريطة مراعاة بعض المبادئ الأساسية<sup>(1)</sup>. وتؤكد المادة (1\14) على أن أفراد الشعوب الأصلية لهم الحق في جميع مستويات وأشكال التعليم الحكومي بعيداً عن أي تمييز من أي نوع كان. ومن ثم، فهي تؤكد من جديد ما هو قائم أصلاً من أحكام حقوق الإنسان، مثل المادة (1\13) من العهد الدولي الخاص بالحقوق

الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمادة 28 من اتفاقية حقوق الطفل<sup>(2)</sup>. وتنص المادة (3\14) على أن تتخذ الدول، بالاتفاق مع الشعوب الأصلية، تدابير فعالة حتى يتسنى لأفراد الشعوب الأصلية، ولا سيما الأطفال، الحصول، عندما يكون ذلك ممكناً، على تعليم بلغتهم ومن منطلق ثقافتهم. ويترتب على هذا الحكم أن الشعوب الأصلية التي تعيش خارج مجتمعاتها لها الحق أيضاً، كلما كان ذلك ممكناً، في الحصول على التعليم بلغاتها ومن منطلق ثقافتها<sup>(3)</sup>. والشروط التعسفية الإدارية أو التشريعية، كذلك التي تفرض وجود حد أدنى لعدد طلاب الشعوب الأصلية الملتحقين بالمدارس خارج مجتمعاتهم كشرط لتوفير هذه الخدمات، ليست أساساً كافياً

(1) - راجع المادة (29\2) من اتفاقية حقوق الطفل

(2) - راجع المادة (1\13) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وللمادة 28

من اتفاقية حقوق الطفل

(3) - راجع (3\14) من إعلان الأمم المتحدة المتعلق بحقوق الشعوب الأصلية .



لتحديد ما إذا كان ممكناً توفير التعليم بلغات الشعوب الأصلية ومن منطلق ثقافتها لأطفال هذه الشعوب الذين يعيشون خارج مجتمعاتهم ؛ ولكي يُقبل من الدولة أن تعزو عدم تقديمها هذه الخدمات التعليمية للأطفال الذين يعيشون خارج مجتمعاتهم ، يجب عليها أن تثبت أنها بذلت على سبيل الأولوية قصارى الجهد من أجل استخدام جميع الموارد

المتاحة لها للوفاء بهذا الالتزام<sup>(1)</sup>. وترتبط المادة(14) ضمناً أيضاً بالمادتين( ٨ ، ٣١) من الإعلان، لأنها تقوم إلى حد بعيد على الاعتراف بأن ثقافات الشعوب الأصلية، شأنها في ذلك شأن سائر الثقافات الإنسانية، لها آلية لنقل المعلومات إلى الجيل المقبل من أبنائها. وتنص المادة( ٨ ) على أن للشعوب الأصلية وأفرادها الحق في عدم التعرض للتدويب القسري أو لتدمير ثقافتهم، وعلى أنه ينبغي أن تتخذ الدول تدابير فعالة لمنع أي شكل من أشكال التدويب أو الإدماج القسري وتقديم تعويض عما يسببه ذلك من ضرر . وتمثل النظم والمؤسسات التعليمية الملانمة ثقافياً عنصراً هاماً في أي جهد يرمي إلى ضمان الحفاظ على لغات و ثقافات الشعوب الأصلية وعلى ازدهارها . ولا يمكن إعمال الحقوق المنصوص عليها في المادة( ٣١ ) إلا عن طريق نقل المعارف واللغة والثقافة عبر الأجيال<sup>(2)</sup>.

وتتطابق المادة( ١٥ ) إلى حد بعيد مع وصف هدف التعليم وغايته الذي ورد في المادة ( 1\13 ) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية

(1)- UN\ A/HRC/12/33 31 August 2009. p. 9

(2) - راجع على التوالي المادتين ( 8 ، 31) من إعلان الأمم المتحدة المتعلق بحقوق الشعوب الأصلية

والاجتماعية والثقافية وفي المادة (1\29) من اتفاقية حقوق الطفل. وتنطبق المادة (10) على التعليم المقدم إلى أفراد الشعوب الأصلية وإلى الأفراد غير المنتمين لها. ويؤكد هذا الحكم من جديد على أن التعليم ينبغي أن يوجه إلى مكافحة التحيز وإلى تعزيز التفاهم والتسامح وحسن العلاقة بين شرائح المجتمع، بما يشمل تعزيز احترام الهوية الثقافية للشعوب الأصلية ولغتها وقيمها. ويمثل التثقيف في مجال حقوق الإنسان أداة مهمة لتحقيق هذا الهدف والغاية(3).

وتنص المادة(1\27) على أن تتخذ الدول، بالتشاور والتعاون مع الشعوب الأصلية، تدابير محددة لحماية أطفال الشعوب الأصلية من الاستغلال الاقتصادي ومن أداء أي عمل يمكن أن يكون خطراً أو متعارضاً مع تعليم الطفل أو أن يكون ضاراً بنماء الطفل. ويؤكد هذا الحكم على كون التعليم وسيلة للتمكين لأطفال الشعوب الأصلية، مؤكداً من جديد المعايير الدولية القائمة أصلاً، ولا سيما المعايير التي اعتمدها منظمة العمل الدولية، بما فيها اتفاقية حظر أسوأ أشكال عمل الأطفال وإجراءات فورية للقضاء عليها (الاتفاقية رقم 182). (4). والاتفاقية المتعلقة بالحد الأدنى لسن

---

(3) - راجع المادة (15) من إعلان الأمم المتحدة المتعلق بحقوق الشعوب الأصلية، وراجع المادة (1\13) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. وراجع المادة (1\29) من اتفاقية حقوق الطفل.

(4) - راجع اتفاقية حظر أسوأ أشكال عمل الأطفال وإجراءات فورية للقضاء عليها (الاتفاقية رقم 182).

الاستخدام (الاتفاقية رقم ١٣٨) (5)، واتفاقية منظمة العمل الدولية المتعلقة بالشعوب الأصلية والقبلية في البلدان المستقلة الاتفاقية رقم ١٦٩ (6).

وتعقيباً على ماسبق نرى أن الحق في التعليم هو وسيلة لا غنى عنها لأعمال حق الشعوب الأصلية في تقرير المصير . والتعليم هو أيضاً شرط مسبق حيوي لأهلية وقدرة الشعوب الأصلية على مواصلة تنميتها الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وفقاً للمادة (٣) من إعلان الأمم المتحدة المتعلق بحقوق الشعوب الأصلية .<sup>(1)</sup> وثمة تطابق بين المادة (٣) من الإعلان والصكوك الدولية الأخرى التي تدعم حق تقرير المصير باعتباره حقاً من حقوق الإنسان الجماعية لجميع الشعوب، بما في ذلك المادة (١) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والمادة (1) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية(2)

وما لا شك فيه أن حق الشعوب الأصلية في إقامة نظمها ومؤسساتها التعليمية الخاصة بها جزء لا يتجزأ من حقها في السعي إلى تحقيق تنميتها الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. وتُسَلِّم المادة (٤) من الإعلان بأن الشعوب الأصلية، عند ممارستها حقها في تقرير المصير ، لها الحق في الاستقلالية أو الحكم الذاتي في المسائل المتعلقة بشؤونها الداخلية والمحلية،

(5) - راجع الاتفاقية المتعلقة بالحد الأدنى لسن الاستخدام (الاتفاقية رقم ١٣٨)

(6) - راجع اتفاقية منظمة العمل الدولية المتعلقة بالشعوب الأصلية والقبلية في البلدان المستقلة الاتفاقية رقم ١٦٩.

(1) - راجع المادة (٣) من إعلان الأمم المتحدة المتعلق بحقوق الشعوب الأصلية.

(2) - راجع المادة (١) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والمادة (1) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

وفي أساليب ووسائل تمويل تلك مهامها المستقلة هذه . وينبغي تفسير المادة ( 4 ) في ضوء المادة (14) من الإعلان، وبخاصة الفقرتان ( ١ و ٢ ) من المادة (27) من اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم ١٦٩ ، والمادة (٢٩) ( 2٨ ) من اتفاقية حقوق الطفل . وتدعو جميع هذه الأحكام إلى إفساح المجال للاستقلالية التعليمية للشعوب الأصلية، إذا طالبت بهذ الحق.(3)

وفي نهاية ما سبق نرى أن الاعتراف الدستوري بالشعوب الأصلية واعتماد ما يتصل بذلك من قوانين وسياسات في مجال التعليم هو أولوية من أولويات تطبيق حق الشعوب الأصلية في التعليم. ومن الأحكام القانونية الهامة القائمة أحكام تعترف بالنظم التعددية في التعليم، وتولي الأهمية على قدم المساواة للطرق التقليدية للتدريس والتعلم، وتتيح للشعوب الأصلية التحكم في مناهجها الدراسية ومؤسساتها التعليمية، وتمنح الدعم المالي والدعم بالهياكل الأساسية من أجل تنفيذ هذه المبادرات(4).

وقد أدت هذه التشريعات إلى إنشاء مراكز تعليمية خاصة بالشعوب الأصلية استفادت منها المجتمعات المحلية وأتاحت لمنظمات الشعوب الأصلية الحصول على دعم مالي من حكوماتها أو من جهات مانحة مهتمة.

(3) - راجع المادة(٤) من إعلان الأمم المتحدة المتعلق بحقوق الشعوب الأصلية

(3) - من الأمثلة المستقاة من الأوراق المقدمة ما يلي : قانون التعليم الأساسي لعام ٢٠٠١ والأمر التنفيذي رقم ٣٥٦ لعام ٢٠٠٤ (الفلين)، وقانون ٢٠٠٦ المتعلق بولاية الأمم الأولى على التعليم وقانون عام ٢٠٠٧ المتعلق بالتعليم الخاص بالأمم الأولى (كندا)، وقانون التعليم في النرويج ، وقانون التعليم الوطني (الأرجنتين)، ودمستير كل من المكسيك وبوليفيا) دولة - المتعددة القوميات (وكولومبيا وإكوادور).

ومن الأمثلة على التشريعات التعليمية الهامة القائمة تشريعات تُسَلِّم بإدماج منظورات الشعوب الأصلية ولغاتها في التعليم العام، وبوضع مناهج تعليمية مناسبة ثقافياً، وإتاحة تعليم ثنائي اللغة قائم على تعليم اللغة الأم، وتقديم تعليم بلغات متعددة، وتعليم متداخل الثقافات، وتشجيع المشاركة الفعالة للشعوب الأصلية في تصميم البرامج التعليمية (1)، والسياسات العامة المتعلقة بالتعليم التكميلي للشعوب الأصلية تتيح تنفيذ تعليم متداخل الثقافات في جميع المدارس والكليات بهدف الانتقال نحو التعددية الثقافية والاعتراف بتنوع الشعوب (2).

### المطلب الرابع

#### الحماية الدولية لحقوق الشعوب

#### الأصلية في الوصول إلى العدالة

في حقيقة كنهية الأمر نشير إنه يستلزم الوصول إلى العدالة القدرة على التماس سبل الانتصاف من المظالم والنفوذ إلى هذه السبل، عن طريق مؤسسات العدالة، الرسمية وغير الرسمية، وفقاً لمعايير حقوق الإنسان (1). ولا غنى عن

---

(1) - القانون العام للتعليم والقانون العام لحقوق اللغوية للشعوب الأصلية (المكسيك)؛ والسياسة العامة للتعليم التكميلي للشعوب الأصلية (كولومبيا)؛ والمادة (216) من دستور جنوب أفريقيا؛ والسياسة التعليمية الثنائية اللغة في أستراليا.

(2) - UN\ A/HRC/12/33 31 August 2009. p.13

(1) - انظر على سبيل المثال، اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، التعليق العام رقم 3 (2004) بشأن طبيعة الالتزام القانوني العام المفروض على الدول الأطراف، والمبادئ الأساسية والمبادئ التوجيهية بشأن الحق في الانتصاف والجبر لضحايا الانتهاكات الجسدية للقانون الدولي لحقوق الإنسان

العدالة لحماية وتعزيز جميع حقوق الإنسان الأخرى. وقد التزمت الأمم المتحدة باتخاذ جميع الخطوات التي تكفل وصول الجميع إلى العدالة<sup>(2)</sup>.

ويتسم الوصول إلى العدالة بأهمية خاصة بالنظر إلى خطورة القضايا التي تواجه الشعوب الأصلية، ومنها التمييز ضدها في نظم العدالة الجنائية، ولا سيما فيما يخص نساء وشباب الشعوب الأصلية. ويشكل ارتفاع نسبة السجناء من أفراد الشعوب الأصلية شاغلاً عالمياً<sup>(3)</sup>. وهو يطرح قضايا تتعلق بالعدالة الإجرائية والعدالة الموضوعية، ومنها سبل الانتصاف من انتهاكات حقوق الإنسان القائمة على العدل والقسط والإنصاف. ولا يمكن دراسة مسألة الوصول إلى العدالة بمعزل عن المسائل الأخرى المتعلقة بحقوق الإنسان، ومنها التمييز الهيكلي، والفقر، وانعدام فرص الوصول إلى الصحة والتعليم، وعدم الاعتراف بالحق في الثقافة. وفي الأراضي والأقاليم والموارد وإعمالاً للحق في تقرير المصير، يجب أن تُتاح للشعوب الأصلية سبل الوصول إلى العدالة من الخارج، أي من الدول، ومن الداخل، عن طريق النظم الأصلية العرفية والتقليدية تجب إتاحة سبل الوصول إلى العدالة للشعوب الأصلية بصورة فردية وجماعية على السواء<sup>(4)</sup>. وثمة بُعد خاص للوصول إلى العدالة يتعلق بالتغلب على مظاهر الظلم والتمييز التي طال أمد تعرض الشعوب

---

والانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي (قرار الجمعية العامة 147/60 المؤرخ 16 كانون الأول/ديسمبر 2005، المرفق).

(2) - انظر قرار الجمعية العامة 1/67.

(3) - UN\A/HRC/21/52\p.4

(4) - المقرر الخاص المعني بحقوق الشعوب الأصلية، في إطار حلقة نقاش مجلس حقوق الإنسان بشأن وصول الشعوب الأصلية إلى العدالة، 18 أيلول/سبتمبر 2012. على الموقع التالي :

[www.ohchr.org/EN/Issues/IPeoples/EMRIP/Pages/AccessToJustice.aspx](http://www.ohchr.org/EN/Issues/IPeoples/EMRIP/Pages/AccessToJustice.aspx)

الأصلية لها في الماضي، ومنها ما يتعلق باستعمارها ومصادرة أراضيها وأقاليمها ومواردها. وتمثل مظاهر الظلم التي وقعت في الماضي، والتي لم يُنتصف منها بعد، إهانة مستمرة لكرامة الشعوب الأصلية. ويسهم ذلك في استمرار عدم الثقة في مرتكبي هذه الأفعال، خاصة عندما تكون الدولة هي التي تدعي السلطة على الشعوب الأصلية نتيجة الخطأ التاريخي نفسه. ولا يزال الضرر المرتبط بمظاهر الظلم التاريخية مستمراً حتى الآن، ومن ثم يجب أخذه في الحسبان. وينجم الكثير من التحديات المعاصرة التي تواجهها الشعوب الأصلية عن أخطاء الماضي<sup>(1)</sup>. وعلى أية حال سنناقش حق الشعوب الأصلية في الوصول للعدالة من خلال الوصول إلى العدالة في إطار القانون الدولي، والمجالات الرئيسية للنهوض بحقوق الشعوب الأصلية في الوصول إلى العدالة والنظم القانونية للشعوب الأصلية، والفئات المحرومة من الوصول للعدالة في الشعوب الأصلية، والشعوب الأصلية وعمليات العدالة الانتقالية على النحو التالي:

### أولاً: الوصول إلى العدالة في إطار القانون الدولي.

يُعد إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الشعوب الأصلية، بوصفه أشمل صك دولي يتناول حقوق الشعوب الأصلية، نقطة انطلاق رئيسية للنظر في الحقوق الفردية والجماعية لهذه الشعوب، بما في ذلك حقها في الوصول إلى العدالة. وتمثل المادة (40) من الإعلان الحكم العام المتعلق بسبل الانتصاف - التي هي أحد المكونات الرئيسية. وتنص هذه المادة على ما يلي<sup>(2)</sup>: "للشعوب الأصلية الحق في إجراءات عادلة ومنصفة من أجل حل الصراعات والخلافات

(1) - UN\A/HRC/EMRIP/2013/229 April 2013.p.4

(2) - راجع المادة (40) من إعلان الأمم المتحدة المتعلق بحقوق الشعوب الأصلية

مع الدول أو الأطراف الأخرى وفي صدور قرار سريع في هذا الشأن، كما لها الحق في سبل انتصاف فعالة من أي تعد على حقوقها الفردية والجماعية. وتراعى في أي قرار من هذا النوع عادات الشعوب الأصلية المعنية وتقاليدها وقواعدها ونظمها القانونية وحقوق الإنسان الدولية. ويمثل الإعلان أداة لتحقيق العدالة وإطاراً أساسياً مهماً لإعمال حقوق الشعوب الأصلية". ومن شأن تنفيذه أن يدعم وصول الشعوب الأصلية إلى العدالة. وتشمل الأحكام العديدة ذات الصلة الواردة في الإعلان الحقوق في آليات فعالة لمنع جملة أمور وجبرها، ومنها الحرمان من الحقوق الثقافية، ومصادرة الأراضي والأقاليم والموارد، والاستيعاب والإدماج القسريين (3)؛ والانتصاف من خلال آليات فعالة فيما يتصل بممتلكاتها الشخصية والفكرية والدينية والروحية التي أخذت دون موافقتها الحرة والمسبقة والمستنيرة (4)؛ والجبر العادل والمنصف في حال حرمانها من أسباب الرزق والتنمية (5)؛ والعمليات التي تعترف وتقر بحقوق الشعوب الأصلية المتعلقة بأراضيها وأقاليمها ومواردها (6)؛ والحق في الجبر فيما يخص الأراضي والأقاليم والموارد التي صودرت أو أخذت أو احتُلت أو استُخدمت أو أُضيرت دون موافقتها الحرة والمسبقة والمستنيرة؛ والآليات الفعالة لتوفير جبر عادل ومنصف عن تنمية أو استخدام أو استغلال الموارد المعدنية أو المائية أو الموارد الأخرى؛ والحق في تطوير وصون هياكلها المؤسسية، مثلاً، فضلاً عن نظمها أو عاداتها القانونية؛ والاعتراف بالمعاهدات ومراعاتها وإعمالها؛ والحق في صدور قرار سريع بشأن

(3) - راجع الفقرة 2 من (المادة 8) من إعلان الأمم المتحدة المتعلق بحقوق الشعوب الأصلية

(4) - راجع الفقرة 2 من (المادة 11) من إعلان الأمم المتحدة المتعلق بحقوق الشعوب الأصلية

(5) - راجع (المادة 20) من إعلان الأمم المتحدة المتعلق بحقوق الشعوب الأصلية

(6) - راجع (المادة 27) من إعلان الأمم المتحدة المتعلق بحقوق الشعوب الأصلية



الإجراءات وسبل الانتصاف المتعلقة بأي تعدي على حقوقها الفردية والجماعية. وينص العديد من الأحكام على الانتصاف من الأخطاء التاريخية<sup>(1)</sup>

### (أ) - الاعتراف القانوني وسبل الانتصاف.

ينبغي الاسترشاد بأحكام الإعلان في تفسير المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان فيما يتعلق بوصول الشعوب الأصلية إلى العدالة. وتشمل عناصر الوصول إلى العدالة الحق في سبيل انتصاف فعال، والعدالة الإجرائية، وضرورة اتخاذ الدول تدابير إيجابية لتيسير الوصول إلى العدالة<sup>(2)</sup>. ويتسق الإعلان مع حقوق الشعوب الأصلية في الوصول إلى العدالة، ويتعمق أيضاً في تناول هذه الحقوق، على النحو المبين في اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 169 (1989) بشأن الشعوب الأصلية والقبلية في البلدان المستقلة<sup>(3)</sup>. وتشمل هذه الحقوق، في جملة حقوق أخرى، تمكن هذه الشعوب الأصلية من اتخاذ إجراءات قانونية لحماية حقوق الإنسان المكفولة لها<sup>(4)</sup> وحق الاحتفاظ بعاداتها ومؤسساتها الخاصة. وتطالب الاتفاقية أيضاً بإيلاء الاعتبار الواجب، عند تطبيق القوانين واللوائح الوطنية على الشعوب الأصلية، لعاداتها ولقوانين العرف الخاصة بها<sup>(5)</sup>؛ وبوضع إجراءات ملائمة للبت في المطالبات المتعلقة بالأراضي<sup>(6)</sup>.

(1) - راجع على التوالي (المادة 28)، (الفقرة 3 من المادة 32)، (المادة 34) (المادة 37)، (المادة 40) من إعلان الأمم المتحدة المتعلق بحقوق الشعوب الأصلية

(2) UN\A/HRC/EMRIP/2013/229 April 2013.p.5

(3) - راجع اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 169 (1989) بشأن الشعوب الأصلية والقبلية في البلدان المستقلة .

(4) - راجع (المادة 12) من إعلان الأمم المتحدة المتعلق بحقوق الشعوب الأصلية

(5) - راجع المادة (8) من إعلان الأمم المتحدة المتعلق بحقوق الشعوب الأصلية

(6) - راجع المادة (5) من إعلان الأمم المتحدة المتعلق بحقوق الشعوب الأصلية

الحقيق بالذكر أن الحق في الانتصاف، وكذلك الحقوق الإجرائية والموضوعية ذات الصلة، التي هي ضرورية لتأمين سبيل انتصاف، هي حقوق مشمولة بالحماية في سياق مجموعة كبيرة من الصكوك الدولية<sup>(7)</sup>. وقد تبين لهيئات معاهدات الأمم المتحدة أنه، عند توفير سبيل الانتصاف، ينبغي مواءمتها على نحو يراعي الضعف الخاص لفئات معينة من الأشخاص<sup>(8)</sup>. وعلاوة على ذلك، لا يُستوفى واجب توفير سبيل الانتصاف إلا بتقديم تعويضات<sup>(1)</sup>. وقد تأخذ التعويضات شكل رد الحقوق، وإعادة التأهيل، وتدابير من قبيل الاعتذارات العلنية، والاحتفالات التذكارية العامة، وضمانات عدم التكرار، وإدخال تغييرات على القوانين والممارسات ذات الصلة، ومقاضاة مرتكبي انتهاكات حقوق الإنسان<sup>(2)</sup>. وقد سبق لألية الخبراء التوصية بأن تولي الدول، لدى جبر الضرر الذي لحق بالشعوب الأصلية نتيجة لما خلفته قوانينها وسياساتها من آثار سلبية عليها، الأولوية لآراء هذه الشعوب بخصوص أشكال الجبر الملانمة<sup>(3)</sup>.

ويستلزم الحق في المساواة أمام المحاكم والهيئات القضائية توافر العدالة الإجرائية. ويشمل ذلك، في سياق مواجهة التهم الجنائية، الإبلاغ على وجه

---

(7) - مثل العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية. وقد أبرزت هيئات معاهدات حقوق الإنسان الحاجة إلى الوصول إلى سبل انتصاف فعالة لضمان إعمال العديد من حقوق الإنسان. انظر، مثلاً، اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، التعليق العام رقم 9 (1998)؛ واللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، البلاغ رقم 2008/18، الآراء المعتمدة في 16 تموز/يوليه 2010.

(8) - اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، التعليق العام رقم 31 (2004)، الفقرة 15.

(1) - المرجع نفسه، الفقرة 16؛ اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم

28 (2010)، الفقرة 32.

(2) - راجع اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، التعليق العام رقم 31، الفقرة 16.

(3) - UN\A/HRC/21/53\para.23

السرعة وعلى النحو المناسب بالتهم باستخدام لغة مناسبة؛ والاتصال بمحام من اختيار الشخص؛ والمساعدة المجانية من مترجم شفوي. وينبغي، بشكل خاص، اتخاذ تدابير تكفل أن يفهم أفراد الشعوب الأصلية ما يُقال في الإجراءات القانونية وأن يفهم ما يقولونه فيها<sup>(4)</sup>. ويُعدّ الحصول على المساعدة القانونية، بما في ذلك الاستعانة بمحام، عنصراً أساسياً في كثير من الأحيان لضمان التقاضي أمام المحاكم. كما أولت هيئة رصد تنفيذ كل من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، هذين الصكين بأنهما يشملان الحقوق في الاستعانة بمحام في القضايا المدنية والجنائية<sup>(5)</sup>. وبموجب القانون الدولي، يجب على الدول اتخاذ تدابير إيجابية تمكّن من إعمال حقوق الإنسان، بطرق منها إزالة العقبات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي تعترض الوصول إلى العدالة<sup>(6)</sup>. ويشمل ذلك اعتماد تدابير تشريعية وقد يشمل أيضاً تدابير إدارية ومالية وتثقيفية واجتماعية<sup>(7)</sup>، وتوفير سُبُل الانتصاف القضائي<sup>(8)</sup>، وإنشاء لجان وطنية أو هيئات أخرى مناسبة<sup>(9)</sup>.

(4) - راجع اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 169، المادة 12.

(5) - العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، الفقرة 2 من المادة 2؛ والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الفقرة 1 من المادة 2؛ واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، المادة 2؛ واتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، المادة 4.

(6) - راجع اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، التعليق العام رقم 32(2007)، ولجنة القضاء على التمييز العنصري، التعليق العام رقم 31(2005).

(7) - اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، التعليق العام رقم 3(1990)، الفقرة 7.

(8) - المرجع نفسه، الفقرة 5.

(9) - لجنة القضاء على التمييز العنصري، التعليق العام رقم 17(1993)، الفقرة 1.

وتبيّن للجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية أن التدابير الإيجابية التي ينبغي للدول اتخاذها فيما يتعلق بإعمال الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية تشمل إتاحة وتيسير سُبُل الانتصاف المناسبة، وإنشاء أماكن مناسبة للانتصاف كالمحاكم، أو الهيئات القضائية، أو الآليات الإدارية التي تُتاح للجميع على قدم المساواة، بمن فيهم الرجال والنساء الأشد حرماناً<sup>(1)</sup>. وفي ضوء الانتهاكات التاريخية التي تعرضت لها الشعوب الأصلية، تجدر الإشارة بشكل خاص إلى الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، إذ تسلم هذه الاتفاقية بالحاجة إلى اتخاذ تدابير خاصة لمواجهة التمييز<sup>(2)</sup>.

### (ب) - الاجتهادات القضائية الإقليمية بشأن حقوق الإنسان.

تنص الاتفاقيات الإقليمية المتعلقة بحقوق الإنسان، بما في ذلك الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، والاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، على الحق في سبيل انتصاف. وينص الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب على حق كل شخص في أن يُستمع لقضيته، وهو ما يستلزم بالضرورة توفير سبيل انتصاف. وطلبت لجنة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان إلى الدول اتخاذ إجراء إيجابي لإزالة العقبات التي تعترض الوصول إلى العدالة<sup>(3)</sup>. وقد التمسّت الشعوب الأصلية العدالة في إطار القانون الدولي والعمليات المرتبطة به، لا سيما في سياق أطر حقوق الإنسان. كما أصدرت

(1) - اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، التوصية العامة رقم 16 (2005)، الفقرة 21

(2) - راجع الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري.

*Inter-American Commission on Human Rights, Access to Justice as Economic, Social and Cultural Rights* <sup>(3)</sup> - a Guarantee of (OEA/Ser.L/V/II. 129 Doc 4, 2007

الهيئات الدولية لحقوق الإنسان آراء وقرارات تتعلق بهذه الحقوق من شأنها أن تساعد في توفير العدالة الموضوعية للشعوب الأصلية وفي توسيع نطاق وصولها إلى العدالة. وتشمل الأمثلة الإيجابية على الاجتهادات القضائية الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان القرارات التي تهدف إلى توسيع نطاق الحماية الداخلية لحقوق الشعوب الأصلية<sup>(4)</sup>. وتشمل هذه الأمثلة قرار محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان في قضية شعب (ساراماكا) ضد سورينام، وقرار اللجنة الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب في قضية مركز حقوق الأقليات والتنمية (كينيا) والمجموعة الدولية للدفاع عن حقوق الأقليات باسم مجلس رعاية مجتمع الإندوربين ضد كينيا<sup>(5)</sup>. وتشكل هذه القرارات أساساً لمزيد من الإجراءات من

جانب الشعوب الأصلية. وقد لوحظ بخصوص شعب ساراماكا ما يلي: "إنها قاعدة للهوية، تتألف من الاعتراف القانوني بأن أفراد شعب ساراماكا هم أصحاب الحقوق الأصلية الدولية ومن الاعتراف الموضوعي هم مُلاك أراضيهم ولديهم حقوق في المشاركة وتقاسم الموارد وتقييم الأثر<sup>(1)</sup>."

(4) - حلقة دراسية بشأن الوصول إلى العدالة: باتريك ماكليم، الناشر لمركز الدولي للعدالة الانتقالية على الموقع التالي:

[www.ictj.org/ar/transitional-justice](http://www.ictj.org/ar/transitional-justice):

(5) - قرار محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان في قضية شعب (ساراماكا) ضد سورينام، وقرار اللجنة الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب في قضية مركز حقوق الأقليات والتنمية (كينيا) والمجموعة الدولية للدفاع عن حقوق الأقليات باسم مجلس رعاية مجتمع الإندوربين ضد كينيا.

(1) - ويضيف باتريك ماكليم: بزيادة الاهتمام بالتغييرات المطلوب إدخالها على القانون الداخلي، وبزيادة دقة الوصف الذي يقدمه القانون الدولي لهذه التغييرات، يزداد دور التدخل في ترجمة حقوق الإنسان الدولية وحقوق الشعوب الأصلية، المجردة نسبياً، إلى استحقاقات قانونية ملموسة يمكن الاعتراف بها عملياً من جانب النظام القانوني الداخلي المعني، وتزداد قوة الأساس الذي يرسيه أي قرار قانوني دولي للتعبة السياسية

## ثانياً: المجالات الرئيسية للنهوض بحق الشعوب الأصلية في الوصول إلى العدالة.

### (أ) - تعزيز الوصول إلى العدالة عن طريق المحاكم الوطنية.

من شأن التقاضي الاستراتيجي، على الصعيدين الوطني والإقليمي، الذي تكمله أنشطة التوعية والثقافة والدعوة، أن يعزز وصول الشعوب الأصلية إلى العدالة ويوفر لها سبل الحماية<sup>(2)</sup>. وأحد الأمثلة على ذلك هو برنامج (مايا) المشترك في جواتيمالا، وهو برنامج يهدف إلى تمكين منظمات الشعوب الأصلية من التقاضي للمطالبة بالاعتراف بحقوقها. ويشمل البرنامج تقديم التدريب الذي يركز على القضايا المتعلقة بحقوق الشعوب الأصلية في الأراضي والأقاليم؛ والتعليم الثنائي للغة المشترك بين الثقافات؛ والهوية؛ وتعزيز اللغات الأصلية. وشملت النتائج الإيجابية للبرنامج حكماً أصدرته المحكمة بإعادة ملكية 1854 هكتاراً إلى مجتمع (Kaqchikel Maya) في بلدة (Chuarrancho). ويُعد قرار المحكمة أساساً قانونياً للاعتراف بأراضي الأجداد وبأشكال التنظيم الخاصة بالشعوب الأصلية. وفي سياق قضية ناجحة رفعها شعب (البينيت) ضد حكومة أوغندا بسبب إجلائهم عن أراضيهم، أشار الفريق العامل المعني بالسكان الأصليين التابع للجنة الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب إلى أن التقاضي يساعد على توسيع نقاط وصول الشعوب الأصلية إلى العدالة

---

للشعوب الأصلية. " راجع حلقة دراسية بشأن الوصول إلى العدالة: باتريك ماكليم مرجع سابق على ذات الموقع.

*Abraham Korir Sing'Oei, at the Human Rights Council  
on access to justice, 18 September <sup>(2)</sup>-panel discussion  
2012 <http://www.ohchr.org/en/News>*

ويشجعها على النضال من أجل نيل حقوقها بالسبل القانونية<sup>(3)</sup>. وتحظى مشاركة الضحايا في المحاكمات التي تباشرها محكمة العدل الدولية بالدعم<sup>(4)</sup>، وتشجع آلية الخبراء الشعوب الأصلية على مواصلة ذلك كخيار عند الاقتضاء. بالإضافة إلى اتباع مبادئ الولاية القضائية العالمية.

### (ج)-المسائل المتعلقة بإقامة العدالة الجنائية في أوساط الشعوب الأصلية.

تشير البيانات المتاحة إلى أن زيادة نسبة أفراد الشعوب الأصلية عادة ما تكون مرتفعة في نظام العدالة الجنائية : إذ هم معرضون أكثر من غيرهم للوقوع ضحايا للجرائم<sup>(1)</sup>، التي يرتكبها أفراد من غير الشعوب الأصلية؛ وهم أيضاً معرضون أكثر من غيرهم للوقوع بين يدي الشرطة وللاتهام بارتكاب جرائم،

---

*Report of the African Commission's Working Group on Indigenous Populations/ Communities research and information visit to the Republic of Uganda" (2006)* -<sup>(3)</sup> .

[www.achpr.org/...reports/uganda/misrep\\_specmec\\_indi...](http://www.achpr.org/...reports/uganda/misrep_specmec_indi...)

#### (4)- Seminar on access to justice: John Washburn

(1) - في الولايات المتحدة الأمريكية، مثلاً، تزيد نسبة سكان أمريكا الأصليين الذين يقعون ضحايا لجرائم العنف بأكثر من ضعفين على نسبة عامة السكان الذين يقعون ضحايا هذه الجرائم (وزارة العدل الأمريكية

"American Indians and Crime: a BJS Statistical Profile, 1992-2002" .  
(2004)

والإدانة ولعقوبات أفسى<sup>(2)</sup> ولعقوبات مشددة جزاء ما ارتكبه من جرائم<sup>(3)</sup>. لدى وقوع أفراد الشعوب الأصلية ضحايا للجرائم، أحياناً ما تكون الاستجابة غير كافية، ويُعزى ذلك إلى جملة أسباب، منها عدم كفاية الدعم الذي تقدمه الدولة لحفظ الأمن على النحو المناسب<sup>(4)</sup>، أو عدم نزاهة أجهزة إنفاذ القانون<sup>(5)</sup>. وقد يستعصي الوصول إلى العدالة في حال عدم توافر أجهزة إنفاذ القانون أو عدم استعداد موظفي إنفاذ القانون للتصرف على النحو السليم، بما في ذلك عدم تسجيل الشكاوى أو عدم إجراء تحقيقات نزيهة. وأحياناً ما تعترف السلطات الحكومية عن اتخاذ إجراءات قضائية في الحالات التي يكون فيها الضحايا من الشعوب الأصلية<sup>(6)</sup>. كما يقل احتمال إبلاغ الضحايا من الشعوب الأصلية عن الجرائم المرتكبة بحقهم.

وتشير البيانات المتاحة إلى ارتفاع نسبة تعرّض أفراد الشعوب الأصلية للاحتجاز. ففي أستراليا، مثلاً، يصل احتمال سجن البالغين من أفراد الشعوب

---

- Office of the Correctional Investigator of Canada, "Spirit - people and the Corrections and Conditional Release Act", 2012

(3) -Office of the Correctional Investigator of Canada" ،Spirit matters: aboriginal people

،"and the Corrections and Conditional Release Act.2010

-Asian Legal Resource Center, Human Rights Council panel discussion (4) (footnote 39)

Permanent Forum on Indigenous Issues "Mission to Bolivia: report and recommendations" (2009) (5)-

United States Government Accountability Office, "U.S. Department of declinations of Indian country criminal matters" (13 (6)- Justice December 2010), p. 3



الأصلية إلى 14 ضعفاً<sup>(7)</sup>. وتدل هذه الأرقام على وجود تمييز في جميع مراحل نظم العدالة الجنائية<sup>(8)</sup>. وقد يزيد احتمال تعرض أفراد الشعوب الأصلية المحتجزين للحبس الانفرادي ولأشد الإجراءات الأمنية، وقد يُحتجزون في أوضاع متدنّية لا تُتاح لهم فيها فرص كافية للحصول على الخدمات الأساسية. إضافة إلى ذلك، قد يسبّب الاحتجاز بالسجون

صعوبات خاصة نتيجة عزل السجناء عن أسرهم ومجتمعهم وثقافتهم. وقد تكثّف الشكوك قدرة أفراد الشعوب الأصلية على المشاركة الفعالة في الإجراءات الجنائية المحلية، سواء كضحايا أم كمتهمين. ويُعزى ذلك إلى عدد من العوامل الثقافية والاجتماعية - الاقتصادية. كما أنه ريثما تُصحّح الجوانب التي تنطوي على التمييز في القوانين الجنائية، وريثما تُصحّح عملية إنفاذ هذه القوانين، لن يكون مجرد الوصول إلى نظم القضاء كافياً لضمان الحصول على العدالة<sup>(1)</sup>. تناولت هيئات الأمم المتحدة المنشأة بموجب معاهدات حقوق الإنسان العديد من مظاهر عدم المساواة هذه. ففيما يتعلق بإقامة العدل، مثلاً، دعت لجنة القضاء على التمييز العنصري الدول إلى ضمان تكافؤ فرص الوصول إلى العدالة أمام جميع الجماعات، وذلك بتوفير المساعدة القانونية، وتيسير المطالبات الجماعية، وتشجيع المنظمات غير الحكومية على الدفاع عن حقوق المجتمعات المحلية؛ وضمان مراعاة السلطات القضائية والمسؤولين القضائيين لأوجه الحماية المدرجة في الاتفاقية؛ وتشجيع المجتمعات القائمة على النسب

---

Australian Bureau of Statistics, "Prisoners in Australia", p. 8. Available [www.ausstats.abs.gov.au/ausstats/subscriber.nsf/0/](http://www.ausstats.abs.gov.au/ausstats/subscriber.nsf/0/) <sup>(7)</sup>-from

Moana Jackson, "The Maori and the criminal justice system" (1987)

<sup>(8)</sup>- pp.5-47.

<sup>(1)</sup>- Submission: National Indian Youth Council (United States), p. 4

على العمل في الشرطة وتولي وظائف إنفاذ القانون والعدالة<sup>(2)</sup>. وقد أشار عدد من الدول، منها اليابان وفنلندا والنرويج، في بياناتها المقدمة إلى آلية الخبراء، إلى تدابير للمساعدة على التغلب على مظاهر عدم المساواة هذه.

وفيما يتعلق بإصدار الأحكام، ينص القانون الدولي على مراعاة الخصائص الاقتصادية والاجتماعية والثقافية للشعوب الأصلية عند فرض عقوبات على أفرادها، مع تفضيل أساليب إعادة التأهيل على السجن<sup>(3)</sup>. وقد اعتمدت بعض الدول، في بعض الحالات، قوانين أو اتخذت مبادرات في هذا الصدد. فعلى سبيل المثال يتضمن قانون العقوبات في (بيرو) عدداً من الأحكام الرامية إلى ضمان مراعاة الحقوق الثقافية للشعوب الأصلية، بما في ذلك تخفيف الأحكام أو الإعفاء منها في حالة ارتكاب المتهم المنتمي إلى الشعوب الأصلية جريمة تنطبق عليها معايير ثقافية مختلفة<sup>(4)</sup>. وفي كندا، تُبذل جهود لمعالجة ارتفاع مستويات الاحتجاز بالسجون، منها مبادئ غلاديو لإصدار الأحكام التي تهدف إلى معالجة ظاهرة ارتفاع نسبة أفراد الشعوب الأصلية المحتجزين في السجون، إن أمكن، وذلك بإلزام القضاة ببذل عناية خاصة، عند تقرير عقوبة مناسبة للمتهمين المنتمين إلى الشعوب الأصلية، للظروف الخاصة للشعوب الأصلية ولتاريخها الاجتماعي<sup>(5)</sup>.

(2) - التوصية العامة رقم 29(2002)، الفقرات 21 و 22 و 24.

(3) - اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 169.

(4) - Submission, Peru.

*Native Women's Association of Canada. "What is Gladue?"*  
*www.nwac.ca. The Gladue principles have* (5) *- available from*  
*been eroded by recent legislative amendments. However, the*  
*Supreme Court of Canada recently reinforced the principles and*  
*expanded their application to the residential school legacy (see R*  
*v. Ipeelee, judgement of 23 March 2012*

### ثالثاً: النظم القانونية للشعوب الأصلية.

تتسم نظم العدالة القبلية بالتنوع. ففي بعض الحالات تشمل نظم العدالة لدى الشعوب الأصلية عمليات المقاضاة الحضورية، في حين تلجأ نظم أخرى إلى تسوية النزاعات بالطرق العرفية. ويطبق العديد من المحاكم الخاصة بالشعوب الأصلية القانون المدون أو الوضعي، في حين تسترشد محاكم أخرى بالقوانين العرفية غير المدونة، والتقاليد، والممارسات التي تُكتسب أساساً باتباع القدوة الحسنة والتعاليم الشفوية<sup>(1)</sup>. وعادة ما تعبر نظم العدالة الخاصة بالشعوب الأصلية تعبيراً دقيقاً عن ثقافات هذه الشعوب وأخلاقها، وتسهم في تأكيد شرعيتها. وتؤدي نساء الشعوب الأصلية، في بعض الثقافات، دوراً مهماً، مثل نساء شعب (ناغا) في شمال شرق الهند<sup>(2)</sup>.

ويرى العديد من الشعوب الأصلية أن المعايير والقوانين العرفية التي تنظم العلاقات مقبولة وصحيحة ومفيدة في إقامة علاقات ومجتمعات منسجمة<sup>(3)</sup>. وعادة ما تكون آليات العدالة العرفية أيسر من حيث الوصول إليها من النظم الحكومية المحلية، نظراً إلى الأهمية الثقافية لهذه الآليات وتوافرها وقربها. ورغم استخدام النظم القانونية للشعوب الأصلية منذ زمن طويل، قد توجد أيضاً تحديات ترتبط بإقامة العدالة التقليدية. وتشمل هذه التحديات الصعوبات التي تكثف تطبيق المعايير المعقدة التي قد تتفاوت تفاوتاً كبيراً من مجتمع محلي إلى آخر. وقد تشمل هذه التحديات أيضاً العمليات التي تمنح الشواغل الجماعية

---

Ada Pecos Melton, "Indigenous justice systems and tribal society,"  
www.aidainc.net/Publication s/ij\_ systems. <sup>(1)</sup> available from

<sup>(2)</sup> - التقرير الختامي لآلية الخبراء عن الدراسة المتعلقة بالشعوب الأصلية والحق في المشاركة في صنع القرارات:  
تقرير آلية الخبراء المعنية بحقوق الشعوب الأصلية (A/HRC/18/42)، الفقرة 38.

<sup>(3)</sup> - Seminar on access to justice, Ramy Bulan

أهمية قصوى مقارنة بالحقوق الفردية، كما هي الحال في سياق العنف المنزلي أو الجنسي ضد النساء والفتيات. وتُمارس أشكال العدالة الإصلاحية في العديد من المناطق. وعلى عكس العديد من ممارسات العدالة الجنائية العامة، تركز العدالة الإصلاحية في كثير من الأحيان على معالجة الضرر الناجم عن الأنشطة أو عن الأفعال الجنائية. ولتحقيق هذا الهدف، تركز العدالة الإصلاحية على إشراك جميع المتأثرين بالنشاط، بمن فيهم الأطراف والأسر وأفراد المجتمع. وقد يتجاوز هدف العدالة الإصلاحية النزاع العاجل إلى معالجة العلاقات بين أطراف النزاع. وأسهمت ممارسات العدالة الإصلاحية للشعوب الأصلية في ظهور النهج الإصلاحية بصورة أعم، ما أتاح بدائل للنهج العقابية أو القائمة على القصاص (4).

(1) - الاعتراف الدولي والحكومي بنظم العدالة الخاصة بالشعوب الأصلية.

أبرزت هيئات الأمم المتحدة، ومنها هيئات معاهدات حقوق الإنسان والإجراءات الخاصة، فضلاً عن الآليات الإقليمية، الحاجة إلى الاعتراف بآليات العدالة الخاصة بالشعوب الأصلية في النظم القانونية. وتولى أولوية رئيسية في تقارير الإجراءات الخاصة لحق الشعوب الأصلية في تطبيق نظمها القانونية الذاتية (1). فمثلاً، شملت دواعي القلق ما يلي: القيود المفروضة على ولاية السلطات القضائية للشعوب الأصلية؛ والاشتراطات المتعلقة بحصول الأشخاص الذين يشاركون في إقامة العدالة التقليدية على تدريب رسمي في

(4) Seminar on access to justice. Ramy Bulan

(1) - انظر، مثلاً، الوثيقة A/HRC/17/30/Add.3، والملاحظات الختامية للجنة القضاء على التمييز العنصري المتعلقة بالكاميرون (CERD/C/CMR/CO/15-18)، الفقرة 17، وغواتيمالا (CERD/C/GTM/CO/12-13)، الفقرة 8.

مجال القانون؛ ومنح شهادات لكبار الخبراء؛ وخضوع نظم العدالة الخاصة بالشعوب الأصلية لنظم العدالة العادية؛ وعدم توعية المسؤولين القضائيين بحقوق الشعوب الأصلية في إقامة نظام العدالة الخاص بها<sup>(2)</sup>. وتتفاوت أيضاً اعتراف الدول بنظم العدالة الخاصة بالشعوب الأصلية وباختصاص هذه النظم بنظر المسائل الجنائية. فعلى المستوى المحلي، تعترف بعض الدول رسمياً بنظم العدالة التقليدية<sup>(3)</sup>. وفي أمريكا اللاتينية، يعترف العديد من الأطر الدستورية الوطنية، بما في ذلك معظم بلدان منطقة الأنديز<sup>(4)</sup>، بالولاية القضائية لسلطات الشعوب الأصلية وبسلطتها في تطبيق القوانين العرفية. ويشترط قانون حقوق الإنسان الكندي أن تراعي اللجنة الكندية لحقوق الإنسان والهيئات القضائية والمحاكم، عند تطبيق القانون، التقاليد القانونية والقوانين العرفية للأمم الأولى<sup>(5)</sup>. وتواصل الشعوب الأصلية، في كثير من الأحيان، النضال من أجل نيل الاعتراف بمؤسساتها ونظمها، بما في ذلك النظم القانونية، والقوانين التقليدية، والنهج المتعلقة بإقامة العدالة. وأحياناً ما تحظى القوانين العرفية بالاعتراف في التشريعات، ولكن عادةً مع فرض قيود، ومنها ما يتعلق بشرط البطلان الذي يقضي بأن يُعترف بالقوانين العرفية ما لم تتضارب مع القوانين الداخلية<sup>(6)</sup>. وتقوض هذه الأحكام النظم القانونية للشعوب الأصلية

(2) UN/A/HRC/17/30/Add.3. Paras.80,81 -

- the submissions of the Bolivarian Republic of Venezuela and Peru

(3)

(4) - كولومبيا (1991)، وبيرو (1993)، ودولة بوليفيا المتعددة القوميات (1994، 2009)، وإكوادور (1998، 2008)، وجمهورية فنزويلا البوليفارية (1999).

(5) - Submission: Canadian Human Rights Commission

Submission: Natural Justice. Lawyers for Communities and the

(6) - Environment

وتشكل تمييزاً ضدها. غير أنه قد يوجد اعتراف متزايد بالحاجة إلى مزيد من السلطة القبلية على المسائل الجنائية، وهو ما تؤكد، مثلاً، إعادة سن قانون العنف ضد المرأة في الولايات المتحدة في عام 2013 حيث تضمن القانون الجديد أحكاماً بارزة تقلص القيود الحكومية على الاختصاص القضائي القبلي وتمكن السلطات القبلية لسكان أمريكا الأصليين من مقاضاة سكان أمريكا غير الأصليين عن المخالفات المرتكبة على الأراضي القبلية.

وأحياناً ما ترفض الدول نفسها الممارسات القضائية للشعوب الأصلية، وتحتج في ذلك بأن النظم العرفية تمييزية أو هي لا تتسق مع المعايير المحلية أو الداخلية. وتجدر الإشارة إلى أن إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الشعوب الأصلية يشترط الامتثال للمعايير الدولية لحقوق الإنسان، ولكنه لا يتضمن حكماً مماثلاً بشأن النظم الوطنية<sup>(1)</sup>. وعندما يخضع أفراد الشعوب الأصلية لقوانين هذه الشعوب وأيضاً للنظم القضائية الحكومية فيما يخص الأفعال نفسها المدعى ارتكابها، فإنهم يواجهون خطر التعرض للمقاضاة بموجب نظامين قانونيين. وتتفاقم هذه المشكلة عندما لا يعترف نظام العدالة الحكومي بالنظام القانوني للشعوب الأصلية. وفي هذه الحالات، ينبغي إيلاء أولوية للنظام القبلي.

---

*Alexandra Xanthaki, "The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples what's the future for indigenous women?" in Stephen <sup>(1)</sup> and collective rights. Allen and Alexandra Xanthaki, eds., Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (Oxford, Hart Publishing, 2011), p. 413. See also Alexandra Xanthaki, "Multiculturalism and international law: discussing universal standards", Human Rights Quarterly, vol. 32, No. 1 (2010), p. 40*

(ب)-الربط بين نظام العدالة الخاص بالشعوب الأصلية ونظام العدالة  
الحكومي.

توجد أمثلة إيجابية على اعتراف الدول بالنظم القانونية للشعوب الأصلية والتعاون معها. ففي نيوزيلندا، حيث يمثل الشباب الماوري نسبة 20 في المائة من جموع الشباب ولكنه يُمثل نسبة 54 في المائة من الشباب المائلين أمام المحاكم. يُلاحظ أن الشباب قد يُحوّلون من نظام العدالة التقليدي إلى المحاكم المارية التي تهدف إلى إعادة ربط الشباب الماوري بثقافتهم وتشجيع المشاركة الهادفة للأسر والقبائل في عملية قضاء الأحداث من أجل الإسهام في الحد من خطر العود<sup>(2)</sup>. وبعد دراسة عمليات صنع السلام التي تمارسها أمة (نافاهو) وقبائل أخرى في الولايات المتحدة وكندا، دعا مركز تجديد المحاكم، وهو منظمة غير حكومية تمولها الحكومة الاتحادية، صانعي السلام المنتمين إلى أمة (نافاهو) إلى المساهمة في إعداد برنامج لصنع السلام يشارك فيه أفراد من غير الشعوب الأصلية في حي (ردهوك، ببروكلين)، بالولايات المتحدة. ويطبّق البرنامج حالياً مبادئ صنع السلام في تسوية المنازعات<sup>(3)</sup>.

وقد سعت الدول، في بعض الحالات، إلى تدوين القوانين العرفية للشعوب الأصلية. ففي جرينلاند، كانت العدالة الجنائية تُمارس حتى عام 2010 على أساس القانون الجنائي لعام 1954. ولهذا القانون جذوره في مفاهيم شعب جرينلاند الأصلي للعدالة، وهو يركز إلى حد كبير على إعادة التأهيل. ونتيجة لذلك، لم توجد سجون تقليدية في جرينلاند، وإنما مؤسسات مفتوحة يمكث بها

- Submission. New Zealand Human Rights Commission, Te Kahui Tika Tangata

(2)

(3)- [www.courtinnovation.org/project/peacemaking-program](http://www.courtinnovation.org/project/peacemaking-program)

الجنابة، بعد الحكم عليهم، فترةً وربما يخضعون للعلاج، مع إمكانية استمرارهم في البحث عن فرص العمل أو التدريب. واعتباراً من عام 2010، بدأ نفاذ قانون جديد ومُنقح بشأن إقامة العدالة في جرينلاند، وهو قانون يُبقي على مبدأ إعادة التأهيل ويجعل من الممكن أيضاً معاقبة مرتكبي الجرائم بدخول ما يسمى المؤسسات نصف المغلقة<sup>(1)</sup>. وأنشأت ولاية (سارواوك) في ماليزيا، مجلس المحافظة على الأعراف، بهدف المحافظة على الأعراف الأصلية. وقام المجلس، في إطار عملية التشاور مع شيوخ وأفراد المجتمعات الأصلية، بتدوين القانون العرفي، واختار المجلس النسخ التي يشجع تطبيقها في جميع المجتمعات من أجل ضمان المصدقية والمقبولية. ومن الممكن أن يبسر التدوين عملية الربط بين نظام العدالة الحكومي ونظام العدالة العرفي، كما أنه يفيد، مثلاً، عن طريق وصول الأجيال الجديدة وعامة الناس إلى النظم المعقدة وتيسير فهمهم لهذه النظم. ومن شأن التدوين أن يسهم أيضاً في زيادة قبول القرارات التي تتخذها، مثلاً، مجالس الكبار أو مجالس الشيوخ، على الصعيد المحلي. وفي الوقت نفسه، من الممكن أن يؤثر التدوين في الطابع المتغير وغير الرسمي للقوانين العرفية الأصلية والسارية<sup>(2)</sup>.

رابعاً الفئات المحرومة من الوصول العدالة في الشعوب الأصلية.

#### (أ) - المرأة .

يُعتبر التمييز المتعدد والعنف الهيكلي والفقر من الأسباب الجذرية لافتقار نساء الشعوب الأصلية إلى سبل الوصول إلى العدالة. وتمثل نساء الشعوب الأصلية نسبة مرتفعة مقارنة بغيرهن من النساء في نظام العدالة الجنائية ويُلاحظ أن

(1). *Seminar on access to justice. Mille Sovndahl Pedersen*

(2). *Seminar on access to justice. Ramy Bulan*



أعدادهن تتزايد في بعض الحالات. وفي كندا، مثلاً، بلغت نسبة نساء الشعوب الأصلية في تشرين الثاني/نوفمبر 2010، ما يزيد على 31.9 في المائة من مجموع السجينات على مستوى الاتحاد، وهو ما يُمثل زيادة قدرها 85.7 في المائة على مدى العقد الماضي<sup>(3)</sup>. وفي هذا الصدد، يمكن الإشارة إلى التقرير الذي نُشر في الأونة الأخيرة *Breaking the Silence on Violence against Indigenous Girls, Adolescents and Young Women* الذي أعده كل من منظمة الأمم المتحدة للطفولة (اليونيسيف)، وصندوق الأمم المتحدة للسكان، ومنظمة العمل الدولية، وهيئة الأمم المتحدة للمرأة والممثل الخاص للأمين العام المعني بمسألة العنف ضد الأطفال. وفي العديد من المناطق، تحول عقبات كبيرة دون وصول نساء الشعوب الأصلية إلى القضاء الجنائي في جميع المراحل. وبينما تواجه نساء الشعوب الأصلية تزايد حالات العنف الموجه ضدها، بما في ذلك العنف الجنسي وتزايد احتمال حدوث انتهاكات لصحتهن الجنسية والإنجابية وحقوقهن، بما في ذلك تزايد خطر الإصابة بفيروس نقص المناعة المكتسب/الإيدز في السجون، وتُخذ القيود التي تفرضها الدولة على نطاق اختصاص نظم العدالة الخاصة بالشعوب الأصلية من قدرتها على معالجة قضايا العنف الذي يستهدف نساء الشعوب الأصلية. وفي بعض الحالات، قد تكون هناك حاجة إلى نظم العدالة القبلية وإلى تشجيع هذه النظم وتعزيز قدرتها على حماية نساء وفتيات الشعوب الأصلية من العنف<sup>(1)</sup>. علاوة على ذلك، وفي بعض الأحيان، يُسيطر الرجال على نظم

(3) - مكتب مفتش الإصلاحات في كندا، "Spirit matters" قضايا روحية" (الحاشية رقم 43)، الفقرة

(1) - تقرير عن اجتماع فريق الخبراء الدولي بشأن موضوع "مكافحة العنف ضد نساء الشعوب الأصلية وفتياتها"

العدالة التقليدية<sup>(2)</sup>، وقد لا تُعالج مسألة نساء الشعوب الأصلية إلى الموارد على النحو الكافي. وحيثما لا تستطيع نظم العدالة التقليدية معالجة قضايا العنف ضد نساء الشعوب الأصلية، يجب عليهن الرجوع إلى نظم العدالة الوطنية. ولكن، وفي بعض الحالات، هناك ادعاءات بحدوث انتهاكات على يد الشرطة، بما في ذلك الاستخدام المفرط للقوة والاعتداء الجسدي والجنسي<sup>(3)</sup>، مما يترك نساء الشعوب الأصلية في وضع حرج أمام خيارات قليلة فيما يتعلق بالإبلاغ عن حالات العنف. وبالنسبة للواتي يعشن في المناطق النائية، فقد لا توجد سلطات إنفاذ القانون على عين المكان للنظر في بلاغتهن أو لإجراء تحقيقات فورية فيها، وقد يتعذر على النساء المعنيات النفاذ إلى فحوص الطب الشرعي التي تُجرى عادة لتجميع الأدلة المادية على حدوث العنف الجنسي.

والحقيق بالحق أنه يقضي القانون الدولي لحقوق الإنسان بأن تتخذ الدول كافة التدابير العنف ضد الأطفال. وفي العديد من المناطق، تحول عقبات كبيرة دون وصول نساء الشعوب الأصلية إلى القضاء الجنائي في جميع المراحل. وبينما تواجه نساء الشعوب الأصلية تزايد حالات العنف الموجه ضدها، بما في ذلك العنف الجنسي وتزايد احتمال حدوث انتهاكات لصحتهن الجنسية والإنجابية وحقوقهن، بما في ذلك تزايد خطر الإصابة بفيروس نقص المناعة المكتسب/الإيدز في السجون، وتُخذ القيود التي تفرضها الدولة على نطاق

---

(2) - راجع، على سبيل المثال، الورقة المقدمة من طرف تحالف الشعوب الأصلية في آسيا.

*who take us away: abusive policing and failures in protection of in northern British Columbia, Canada. 2013. (3)- indigenous women and Those girl p.all*

اختصاص نظم العدالة الخاصة بالشعوب الأصلية من قدرتها على معالجة قضايا العنف الذي يستهدف نساء مما يترك نساء الشعوب الأصلية في وضع حرج أمام خيارات قليلة فيما يتعلق بالإبلاغ عن حالات العنف. وبالنسبة للواتي يعشن في المناطق النائية، فقد لا توجد سلطات إنفاذ القانون على عين المكان للنظر في بلاغتهن أو لإجراء تحقيقات فورية فيها، وقد يتعذر على النساء المعنيات النفاذ إلى فحوص الطب الشرعي التي تُجرى عادة لتجميع الأدلة المادية على حدوث العنف الجنسي. يقضي القانون الدولي لحقوق الإنسان بأن تتخذ الدول كافة التدابير لضمان المساواة أمام القانون وعلى الدول أيضاً أن تكفل للمرأة حقوقاً مساوية لحقوق الرجل في إبرام العقود وإدارة الممتلكات<sup>(1)</sup>. ولاحظت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بقلق النقص في عدد النساء العاملات، بما يشمل نساء الشعوب الأصلية<sup>(2)</sup>، في السلطة القضائية<sup>(3)</sup>. ودعت إلى تنظيم برامج تدريبية للتوعية الجنسانية لفائدة موظفي نظام العدالة<sup>(4)</sup>. كما لاحظت أن القوانين أو الأعراف التي تقوّض حصول النساء على المشورة القانونية أو وصولهن إلى سبل الانتصاف أمام المحاكم أو تُعطي قيمة أقل لشهادة النساء، تنتهك الحق في المساواة أمام القانون<sup>(5)</sup>.

(1) - اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، المادة 15.

(2) - انظر اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، البلاغ رقم 2008/19، الآراء المعتمدة في 28 شباط/فبراير 2012.

(3) - انظر اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 23.

(4) - انظر اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 19 (1992)، الفقرة 24(ب).

(5) - انظر اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 21 (1994)، الفقرة 8.

## (ب) - أطفال وشباب الشعوب الأصلية .

بينما توجد بيانات منهجية ضئيلة تتعلق بشباب الشعوب الأصلية، تُشير الإحصاءات المتاحة إلى كثرة أعدادهم في نظام العدالة برمته<sup>(6)</sup>. ولاحظت لجنة حقوق الطفل، في تعليقها العام رقم 11 (2009)<sup>(7)</sup>، بقلق ارتفاع معدلات الحبس بشكل غير متناسب، وأشارت إلى أن ذلك يعود، في بعض الأحيان، إلى التمييز المنهجي الذي يستهدف هؤلاء الشباب داخل نظام العدالة وفي المجتمع. ومن المرجح أن يتعرض شباب الشعوب الأصلية للاحتجاز بسبب القوانين ذات الأثر التمييزي، من قبيل قوانين خرق حظر التجول و"الانصراف"، التي تؤثر بشكل مفرط في شباب الشعوب الأصلية الذين يستخدمون الأماكن العامة بشكل كبير كفضاء ثقافي وللتجمع والتواصل الاجتماعي بسبب تدني مستويات حيازة الملكية<sup>(8)</sup>. وبعد إيداعهم السجن، من المستبعد أن يستفيد شباب الشعوب الأصلية من تدابير العدالة التصالحية أو غير ذلك من التدابير البديلة للحبس، ومن المرجح أن يتعرضوا لأشد التدابير

---

(6) - انظر منتدى الأمم المتحدة الدائم المعني بقضايا الشعوب الأصلية، المذكرة المفاهيمية المقدمة في اجتماع فريق الخبراء الدولي بشأن أطفال وشباب الشعوب الأصلية المودعين في الحبس ورحن الاعتقال وفي دور الكفالة والذين يتم تبنيهم (2009)، الصفحة 3. متاحة على الموقع الشبكي التالي:

<http://social.un.org/index/IndigenousPeoples/MeetingsandWorkshop>

(7) - راجع لجنة حقوق الطفل، في تعليقها العام رقم 11 (2009)

(8) - الورقة المقدمة من الهيئة الوطنية للخدمات القانونية للسكان الأصليين وسكان جزر مضيق توريس.

العقابي<sup>(1)</sup>. والمعاملة القاسية، من قبيل الحبس تحت الحراسة المشددة<sup>(2)</sup>. دعت لجنة حقوق الطفل الدول إلى اتخاذ تدابير للتصدي لجرائم الأحداث دون اللجوء إلى الإجراءات القضائية قدر المستطاع ودعم النظم التقليدية للعدالة التصالحية أيضاً متى كانت تخدم مصالح الطفل الفضلى<sup>(3)</sup>. كما دعت اللجنة الدول إلى وضع نظم قضاء الأحداث بالتشاور مع الشعوب الأصلية وبيّنت كذلك الحاجة إلى توفير خدمات ملائمة ثقافياً في إطار قضاء الأحداث<sup>(4)</sup>

وبعض التدابير الملائمة هي قيد التنفيذ. وعلى سبيل المثال، تلقت آلية الخبراء معلومات بشأن نظام المحاكم في الماري (نيوزيلندا) المذكور أعلاه. وفيما يتعلق بالشباب المحتجزين، تهدف الوحدات المعنية بأفراد شعب الماوري إلى الحد من خطر العود من خلال مساعدة المشاركين على فهم وتقدير ثقافتهم، بوصفهم ينتمون إلى جماعة الماوري، وفهم كيفية تأثيرها فيهم وفي أسرهم ومجتمعاتهم المحلية. وتلقت آلية الخبراء أيضاً معلومات بشأن أهمية إشراك شباب الشعوب الأصلية، الذين هم عرضة للعنف المنهجي دون أن يغوا أسبابه التاريخية والسياسية، في عمليات البحث عن الحقيقة. ومن شأن ذلك أن يساعد

---

Christopher Hartney, "Native American youth and the juvenile Views from the National Council on Crime and Justice system Delinquency (2008)p.1-8

for example, Terry L. Cross, "Native Americans and juvenile tragedy", *Poverty & Race*, vol. 17, No. 6 (2)-justice. a hidden (November/December 2008)

[http://www.prrac.org/full\\_text.php?text\\_i](http://www.prrac.org/full_text.php?text_i)

(3) - لجنة حقوق الطفل التعليق العام رقم 11، الفقرتان 74 و75.

(4) - المرجع نفسه، الفقرة 75.

الشباب على الإسهام في عمليات أوسع لالتماس العدالة وأن يعرف بتجارب الأسلاف الناجين من المظالم والانتهاكات التاريخية<sup>(5)</sup>.

### (ج) - الأشخاص ذوو الاحتياجات الخاصة المنتمون إلى الشعوب الأصلية.

يتعرض الأشخاص ذوو الإعاقة المنتمون إلى الشعوب الأصلية إلى أشكال متعددة من التمييز بسبب وضعهم كأشخاص ينتمون إلى الشعوب الأصلية وأشخاص ذوي إعاقة، وغالباً ما يواجهون عقبات تحول دون تمتعهم بحقوقهم بشكل كامل ويواجه الأشخاص ذوو الإعاقة المنتمون إلى الشعوب الأصلية عقبات جمة، من قبيل الصعوبة المادية في الوصول إلى المحاكم المحلية أو التقليدية. وفي إطار قانون الأسرة، ثمة احتمالات كبيرة أن يُنتزع الأطفال من بيئتهم الأسرية إذا كان الوالدان من الأشخاص ذوي الإعاقة<sup>(6)</sup>.

وتُشير المعلومات القليلة المتاحة إلى أن معدلات السجناء من الأشخاص ذوي الإعاقة المنتمين إلى الشعوب الأصلية مرتفعة بشكل مفرط<sup>(1)</sup>. وهناك قلق بشأن معاملتهم في السجون، حيث قد يحرمون من الحصول على الخدمات الضرورية، بما في ذلك المساعدة النفسية والنفسانية<sup>(2)</sup> من بين تحديات

(5) - دراسية موضوعها الوصول إلى العدالة: المركز الدولي للعدالة الانتقالية.

(6) للمزيد من المعلومات، انظر تمكين المرأة، رسالة إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة مؤرخة 1 شباط/فبراير 2013. متاحة على الموقع الشبكي التالي:

[www.womenenabled.org/pdfs/Feb2013\\_CEDAW.pdf](http://www.womenenabled.org/pdfs/Feb2013_CEDAW.pdf)

Edward Heffernan et al., "Prevalence of mental illness among and Torres Strait Islander people in (1) - Aboriginal Queensland prisons" (2012)pp.1-45

(2) - *Handbook on Prisoners with Special Needs*, (2009)pp. 43

أخرى<sup>(3)</sup>. وتُثير الأعداد الكبيرة للمحتجزين من الأشخاص ذوي الإعاقة العقلية المنتمين إلى الشعوب الأصلية قلقاً لكون هؤلاء الأشخاص الذين يعانون أمراض عقلية أو إعاقات فكرية أو إدراكية لا يحظون بالعناية اللازمة. ويشمل الحرمان حقوقاً إنسانية أخرى، بما في ذلك الحصول على خدمات صحية ملائمة وخدمات الإسكان والرعاية والدعم. ويُنبّه أيضاً إلى ضرورة زيادة برامج التدريب والتوعية بشأن الإعاقات العقلية، بما يشمل الاضطرابات التي تصيب الأجنة نتيجة تناول الكحول، لفائدة موظفي نظام العدالة<sup>(4)</sup> يدعو الإعلان إلى توجيه اهتمام خاص لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة من الشعوب الأصلية واحتياجاتهم الخاصة<sup>(5)</sup>. وتتناول اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة وضع الأشخاص ذوي الإعاقة المعرضين لمختلف أشكال التمييز، وتنص على أن تكفل الدول الأطراف وصول الأشخاص ذوي الإعاقة إلى العدالة على قدم المساواة مع الآخرين بشكل فعال<sup>(6)</sup>. وعلقت لجنة حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة في ملاحظاتها الختامية على وضع الأشخاص ذوي الإعاقة من الشعوب الأصلية ووصولهم إلى العدالة. وإلى يومنا هذا ركزت ملاحظاتها ذات الصلة على ضمان المساواة وعدم التمييز<sup>(7)</sup>، وعلى أهمية توافر بيانات

(3) - راجع على سبيل المثال، اللجنة الأوروبية لمكافحة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، تقرير حول زيارتها إلى غرينلاند (3 (2013) CPT/Inf)، الصفحة 9.

(4) - ورقة مقدمة من الهيئة الوطنية للخدمات القانونية للسكان الأصليين وسكان جزر مضيق توريس.

(5) راجع (المادتان 21 و22) من إعلان الأمم المتحدة للشعوب الأصلية .

(6) راجع (المادة 13) من إعلان الأمم المتحدة للشعوب الأصلية .

(7) اللجنة المعنية بحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، الملاحظات الختامية بشأن الأرجنتين

(CRPD/C/ARG/CO/1) وبيرو (CRPD/C/PER/CO/1).

وإحصاءات (8) مفصلة؛ فضلاً عن الحاجة إلى النظر في وضع أطفال الشعوب الأصلية (9).

وعلاوة على ذلك، ينبغي لنظم الشعوب الأصلية ونظم الدولة أن تؤمن للأشخاص ذوي الإعاقة المنتمين إلى الشعوب الأصلية إمكانية الوصول إلى نظمها؛ أي بتوفير لغة الإشارة، وإمكانية الوصول إلى المباني، وتوفير المعلومات بأشكال بديلة. ويمكن لمنظومة الأمم المتحدة أن تؤمن إمكانية الوصول إلى المواقع الشبكية والتقارير عن طريق استخدام المبادئ التوجيهية المتعلقة بإمكانية الوصول إلى محتوى شبكة الإنترنت (معايير WCAG) وتشر الوثائق على الإنترنت في صورة وثائق وورد word. وتوجد نظرات ثاقبة في التقرير المعنون "دراسة عن حالة أفراد الشعوب الأصلية من ذوي الإعاقة، مع التركيز بوجه خاص على التحديات التي يواجهونها فيما يتعلق بالتمتع الكامل بحقوق الإنسان والاندماج في عملية التنمية" المقدم من المنتدى الدائم المعني بقضايا الشعوب الأصلية (1).

---

(8) *SEE.CRPD/C/PER/CO/1* و *CRPD/C/ARG/CO/1*

(9) - *SEE.CRPD/C/PER/CO/1*

(1) *UN\E/C.19/2013/6-*



## خامساً : الشعوب الأصلية وعمليات العدالة الانتقالية.

تشكل العمليات والآليات المرتبطة بالعدالة الانتقالية وسيلة لاستكشاف سبل وصول الشعوب الأصلية إلى العدالة، وهي تهتم بكيفية تصدي المجتمعات الخارجة من نزاع أو حكم قمعي لإرث انتهاكات حقوق الإنسان<sup>(2)</sup>.

ويُمكن للأهداف الكامنة وراء العدالة الانتقالية والتدابير التي أُخذت سعياً لتحقيقها أن تتسجم مع أهداف الشعوب الأصلية وتصوراتها لما يشكل السبل الكفيلة بإقامة العدل وإحلال السلم على المدى البعيد. وينبغي لعمليات وآليات العدالة الانتقالية أن تضع في الاعتبار الأسباب الجذرية للنزاع وتتصدى لما قد يترتب عليه من انتهاكات لحقوق الإنسان، بما يتماشى مع القواعد والمعايير الدولية لحقوق الإنسان. وفيما يتعلق بالشعوب الأصلية، يشمل ذلك انتهاكات حقوق الإنسان الناجمة عن حالات النزاع، حيث غالباً ما يُشكل السكان الأصليون أعلى نسبة من السكان الضحايا، والشكاوى المرتبطة بفقدان الشعوب الأصلية للسيادة وملكية الأراضي والأقاليم والموارد، وانتهاكات المعاهدات والاتفاقات والترتيبات البناءة الأخرى بين الشعوب الأصلية والدول، وكذا تجاربها المشتركة فيما يتعلق بالاستعمار<sup>(3)</sup>.

ويرد الإطار المعياري والتنفيذي الدولي الذي استخدمته الأمم المتحدة في وضع نهج العدالة الانتقالية القائم على حقوق الإنسان في الوثيقتين التاليتين:

---

(2) الأمم المتحدة ، الجمعية العامة ، مجلس حقوق الإنسان ، الدورة الرابعة والعشرون ، البند 5 من جدول الأعمال المؤقت هيئات وآليات حقوق الإنسان :الوصول إلى العدالة في مجال تعزيز وحماية حقوق الشعوب الأصلية ،دراسة أعدتها آلية الخبراء المعنية بحقوق الشعوب الأصلية ، صادر 30 يوليو 2013 ، ص 25 .

(3) - المرجع السابق ، ص 25 .

مجموعة المبادئ المحدثة المتعلقة بحماية حقوق الإنسان وتعزيزها من خلال الإجراءات الرامية إلى مكافحة الإفلات من العقاب<sup>(1)</sup> ، والمبادئ الأساسية والمبادئ التوجيهية بشأن الحق في الانتصاف والجبر لضحايا الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي<sup>(2)</sup>. وتروّج مجموعة المبادئ المحدثة لمفهوم واسع للعدالة يقوم على الحق في المعرفة (يُعرف أيضاً بالحق في معرفة الحقيقة) والحق في العدالة والحق في الجبر وضمائمات عدم التكرار. وهذه الحقوق تُعززها التزامات قانونية دولية تم الاعتراف بها صراحة في العديد من المعاهدات والصكوك الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان ، بما في ذلك الاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري<sup>(3)</sup>. وينص الحق في معرفة الحقيقة على حق جميع الأشخاص في معرفة الحقيقة بشأن الأحداث الماضية المتعلقة بارتكاب جرائم شنيعة والظروف والأسباب التي أدت إليها. وللضحايا وأسرهم، على وجه الخصوص، الحق في معرفة الحقيقة بشأن الظروف التي ارتكبت فيها الانتهاكات وبخصوص مصير الضحية في حالة الوفاة أو الاختفاء. ويستلزم واجب تقديم الضمائمات لإعمال الحق في المعرفة أن تكفل الدول، من جملة

---

(1) - UN/E/CN.4/2005/102/Add.1

(2) قرار الجمعية العامة رقم 147/60، المرفق

(3) - الأمم المتحدة ، الجمعية العامة ، مجلس حقوق الإنسان ، الدورة الرابعة والعشرون ، البند 5 من جدول الأعمال المؤقت هيئات وآليات حقوق الإنسان: الوصول إلى العدالة في مجال تعزيز وحماية حقوق الشعوب الأصلية ، دراسة أعدتها آلية الخبراء المعنية بحقوق الشعوب الأصلية ، مرجع سابق ، ص 25 .

أمور، عمل السلطة القضائية بشكل مستقل وفعال، ويمكن أن يشمل إرساء لجان حقيقة تستكمل عمل السلطة القضائية(4).

ويُشير الحق في العدالة إلى واجبات الدولة في مجال إقامة العدل؛ والدول ملزمة، بوجه الخصوص، بأن تكفل ملاحقة المسؤولين عن الجرائم الجسيمة بموجب القانون الدولي ومحاكمتهم ومعاقبتهم على النحو الواجب. وينطوي الحق في التعويض على التزام الدولة بأن تعوّض الضحية وتتيح لها إمكانية التماس الجبر من مرتكب الانتهاك. ويتضمن الحق في التعويض تدابير تتعلق بالاسترداد والتعويض المالي، وإعادة التأهيل، والترضية(5).

وتتألف العدالة الانتقالية من كل من العمليات والآليات القضائية وغير القضائية، ومن بينها الملاحقة القضائية والبحث عن الحقيقة وبرامج التعويض والإصلاح المؤسسي، أو مزيج مناسب من هذه العناصر(1). وهذه الآليات مترابطة ولا تُعوّض إحداها الأخرى. وفيما تُركز هذه الدراسة على لجان الحقيقة بدرجة كبيرة، تشمل التدابير الأخرى اللازمة لضمان الحق في معرفة الحقيقة والعدالة المحاكم الجنائية الدولية والإجراءات الجنائية الوطنية ولجان التحقيق والمحفوظات الرسمية والمشاريع التاريخية. وعلى سبيل المثال، تُجري لجنة حقوق الإنسان لماليزيا حالياً استقصاءً وطنياً بشأن حقوق الشعوب الأصلية في حيازة الأراضي في ماليزيا، يُركز على الأسباب الجذرية للمشاكل

---

(4) - المرجع السابق ، ص26 .

(5) - المرجع السابق ، ص 26 .

(1) مذكرة الأمين العام الإرشادية بشأن نهج الأمم المتحدة إزاء العدالة الانتقالية، الصادرة في آذار/مارس 2010، ص2.

المتصلة بالحقوق العرفية في ملكية الأراضي<sup>(2)</sup>. ولتلبية احتياجات الشعوب الأصلية وإعمال حقوقها، ينبغي تكييف عمليات العدالة الانتقالية لضمان ملاءمتها ثقافياً واتساقها مع المفاهيم والممارسات القانونية العرفية المتعلقة بالعدالة وتسوية النزاعات. وستثري هذه العمليات إجراءات العدالة الانتقالية. وبالنسبة لقضايا الفظائع الجماعية المرتكبة ضد الشعوب الأصلية، من قبيل الإبادة الجماعية، وجرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية، ينبغي الاستعانة بالممارسات العرفية في تصميم سياسات العدالة الانتقالية وتنفيذها عند الاقتضاء<sup>(3)</sup>. في مناسبات عديدة، أنشئت لجان حقيقة في بلدان تعيش فيها شعوب أصلية وعالجت. في بعض الأحيان- مشاكل تواجه السكان الأصليين حتى عندما لم يكونوا محط اهتمام خاص. وتتباين مساهمة الشعوب الأصلية في هذه العمليات فهي لم تشارك أصلاً في هذه العمليات في بعض الحالات، وفي المقابل هناك حالات حديثة العهد شهدت إنشاء لجان حقيقة من أجل التصدي لانتهاكات حقوق الشعوب الأصلية بالتحديد، وقاد خلالها السكان الأصليون العمليات بمبادرة منهم. ومن الأمثلة على ذلك، لجنة الحقيقة والمصالحة في كندا، ولجنة الحقيقة والمصالحة بشأن رعاية أطفال وشعب (وابانافي) في ولاية (المين) في الولايات المتحدة الأمريكية. وتنتظر اللجنة الكندية، بقيادة الشعوب الأصلية، في الضرر الذي تسببت فيه الدولة والذي

(2) الأمم المتحدة ، الجمعية العامة ، مجلس حقوق الإنسان ، الدورة الرابعة والعشرون ، البند 5 من جدول الأعمال المؤقت هيئات وآليات حقوق الإنسان :الوصول إلى العدالة في مجال تعزيز وحماية حقوق الشعوب الأصلية ،دراسة أعدتها آلية الخبراء المعنية بحقوق الشعوب الأصلية ، مرجع سابق ، ص 26 .

(3) - الأمم المتحدة ، الجمعية العامة ، مجلس حقوق الإنسان ، الدورة الرابعة والعشرون ، البند 5 من جدول الأعمال المؤقت هيئات وآليات حقوق الإنسان :الوصول إلى العدالة في مجال تعزيز وحماية حقوق الشعوب الأصلية ،دراسة أعدتها آلية الخبراء المعنية بحقوق الشعوب الأصلية ، مرجع سابق ، ص 26 .

لحق بأطفال الشعوب الأصلية وأسرههم على مدى 150 عاماً، وهي على الأرجح أطول فترة تشملها دراسة تقوم بها لجنة حقيقة. وتسعى لجنة الحقيقة والمصالحة بشأن رعاية أطفال شعب (واباناكي) في ولاية (المين) إلى توثيق ما تعرض له أطفال هذا الشعب في إطار نظام رعاية الطفل التابع للولاية؛ وإلى إتاحة الفرصة لأفراد شعب واباناكي لتقاسم تجاربهم وبدء عملية الشفاء؛ وإصدار تقرير يتضمن توصيات عن أفضل الممارسات في مجال رعاية أطفال شعب (واباناكي) وأسرههم<sup>(1)</sup>.

وثمة حالات عديدة، بما فيها الأرجنتين وباراجواي وبيرو وشيلي وجواتيمالا ونيكاراجوا من بين بلدان أخرى، تناولت فيها لجان الحقيقة موضوع انتهاك الحقوق الذي تعاني منه الشعوب الأصلية، وإن لم تركز عليه بشكل محدد. وفي حالة لجنة كشف الحقائق التاريخية في جواتيمالا، التي عملت في الفترة من 1997 إلى 1999، وبالنظر إلى درجة معاناة شعب المايا نتيجة للنزاع المسلح الداخلي الذي دار في الفترة بين 1960 و1996، ركزت اللجنة في نهاية المطاف على وضع شعب المايا بشكل كبير، وخلصت إلى أن الدولة ارتكبت أعمال إبادة جماعية ضد الشعوب الأصلية<sup>(2)</sup>. ومع ذلك، لم تتمكن لجان الحقيقة، في العديد من الحالات، من تلبية احتياجات الشعوب الأصلية بأي شكل من الأشكال. فقد تم تجاهل الشعوب الأصلية بشكل كامل، ولم يرد ذكرها في التقارير ولم يتم التشاور معها ولا إشراكها<sup>(3)</sup>. تشمل التحديات التي تواجهها

---

(1) O الأمم المتحدة، الجمعية العامة، مجلس حقوق الإنسان، الدورة الرابعة والعشرون، البند 5 من جدول الأعمال المؤقت هيئات وآليات حقوق الإنسان: الوصول إلى العدالة في مجال تعزيز وحماية حقوق الشعوب الأصلية، دراسة أعدتها آلية الخبراء المعنية بحقوق الشعوب الأصلية، مرجع سابق، ص 27..

(2) المرجع السابق، ص 27

(3) - المرجع السابق، ص 27

لجان الحقيقة ضمان استقلالية اللجان ومصادقتها ؛ والتدخل السياسي؛ وقلة التمويل؛ وضمان استمرار مشاركة المجموعات المهمشة والمجتمع المدني والمنظمات المعنية بالضحايا(4). وتعرضت لجان الحقيقة للانتقاد أيضاً بسبب ضعف النتائج التي حققتها والتقصير في تنفيذ توصياتها أو متابعتها على النحو الكافي. وكان التنفيذ ضعيفاً بشكل عام حتى عندما كانت التوصيات صارمة. وعلى سبيل المثال، لم يتم تنفيذ توصيات لجنة كشف الحقائق التاريخية كما ينبغي، مما أدى إلى ما يُسمى بالحقيقة المنقوصة(5). وفي حالة محكمة (وايتانغي) في (أوتيروا) (نيوزيلندا)، صدرت انتقادات من جهات عدة، ومن بينها المقرر الخاص المعني بحقوق الشعوب الأصلية، ومرد تلك الانتقادات رفض الحكومة الاستنتاجات التي خلصت إليها المحكمة في بعض القضايا المهمة(6).

وسلط التقصير في التنفيذ الضوء على مشكل أكبر، ليس له علاقة بالنتائج النهائية أو بتقارير اللجان، وإنما له علاقة بأوجه القصور في العملية التي تفضي إلى التنفيذ والالتزام بذلك. وفي نهاية المطاف، إن اللجان وحدها غير قادرة على تحقيق الاعتراف بحق الشعوب الأصلية في تقرير المصير أو على تغيير بلد ما. بيد أنه، قد تكون للعمليات التي تُنجز حولها، بما في ذلك إنشاء الأطر المناسبة، القدرة على إحداث التغيير. ولهذا، رغم أن نوعية التوصيات

(4) - A/HRC/EMRIP/2013/2/p.26

(5) - حلقة دراسية بشأن الوصول إلى العدالة: ألفارو بوب. على موقع المركز الدولي للعدالة الانتقالية مرجع سابق.

(6) - تقرير المقرر الخاص عن البعثة التي قام بها إلى نيوزيلندا (E/CN.4/2006/78/Add.3)، الفقرة

التي تُقدمها لجان الحقيقة مهمة، فهي غير كافية. ولتنفيذها تحتاج لجان الحقيقة لأن تكون جزءاً من عملية سياسية أوسع تبني تحالفات وتوافقاً في الآراء<sup>(1)</sup>. ومن حيث ملاءمتها لواقع الشعوب الأصلية، هناك تحديات أيضاً تتعلق بطريقة عمل لجان الحقيقة، بما في ذلك نزعتها إلى التركيز بالأساس على الانتهاكات حديثة العهد وعلى خطاب الوحدة الوطنية والمصالحة. وفيما يتعلق بالمصالحة الوطنية، وهي الهدف الذي تسعى إليه اللجان في أغلب الأحيان، تساءل بعض المراقبين عما إذا كان الفهم الحالي للمصالحة ملائماً في سياق الشعوب الأصلية، نظراً لوجود خطر يتعلق بتعزيز الهوية الوطنية المهيمنة على حساب الهويات الأخرى<sup>(2)</sup>.

وهناك قلق أيضاً بشأن الآراء السائدة والتي تُمثلها عمليات البحث عن الحقيقة. فالشعوب الأصلية رؤية خاصة للعالم، تشمل فهماً للعدالة والحقيقة قد يختلف عن الفهم السائد في المجتمع. بالإضافة إلى ذلك لم تشمل عمليات البحث عن الحقيقة عموماً الشعوب الأصلية على النحو الكافي، وكان يجب إشراك هذه الشعوب منذ المراحل الأولى في جميع أعمال اللجان وفي تنفيذ نتائجها<sup>(3)</sup>.

---

(1) - حلقة دراسية بشأن الوصول إلى العدالة: إدواردو غونزاليز على موقع المركز الدولي للعدالة الانتقالية مرجع سابق.

- *strengthening Indigenous Rights through Truth Commissions. -ner's Resource (2012) p.3*<sup>(2)</sup> A Practitio

(3) - الأمم المتحدة، الجمعية العامة، مجلس حقوق الإنسان، الدورة الرابعة والعشرون، اليند 5 من جدول الأعمال المؤقت هيئات وآليات حقوق الإنسان: الوصول إلى العدالة في مجال تعزيز وحماية حقوق الشعوب الأصلية، دراسة أعدتها آلية الخبراء المعنية بحقوق الشعوب الأصلية، مرجع سابق، ص 28.

وئمة صعوبات قائمة حتى في إطار عمليات البحث عن الحقيقة التي تقودها الشعوب الأصلية. وعلى سبيل المثال، من بين الانتقادات الموجهة إلى لجنة الحقيقة والمصالحة في كندا كون نطاق ولايتها محدود جداً، ويستبعد، مثلاً، النظر في القضايا المتعلقة بالطلاب النهاريين في المدارس الداخلية وفي أشكال أخرى من الضرر التي عانت منها الشعوب الأصلية في كندا<sup>(4)</sup>. وفيما يخص المدارس يرى البعض أنه ينبغي للجان أن تتناول بالدرس أيضاً الأضرار الجماعية والثقافية التي تكبدها المجتمعات المحلية، بما في ذلك المظالم التاريخية<sup>(1)</sup>. للجان الحقيقة مزايا عديدة من ذلك أنها قد تتسق أكثر مع تصور الشعوب الأصلية للعدالة ومع ثقافتها؛ وقد تدفع نحو التزام سياسي برفع المظالم<sup>(2)</sup>؛ ويمكنها أن تعزز فهم مطالبات الشعوب الأصلية المتعلقة بحقوق حساسة سياسياً من قبيل الحق في تقرير المصير وتجلب الدعم لها. وبصفة عامة، لا تزال لجان الحقيقة مؤسسات يانعة، وبالتالي هناك مجال واسع لإثرائها من خلال تكيفها مع ممارسات الشعوب الأصلية. ومع ذلك، ومن أجل تناول حقوق الشعوب الأصلية وشواغلها بشكل أفضل، يجب على آليات

---

*Paige Arthur, "Indigenous self-determination and political rights: recommendations for truth Commissions" (4)-practical Strengthening Indigenous Rights*

2012. p.39

(1) - الأمم المتحدة، الجمعية العامة، مجلس حقوق الإنسان، الدورة الرابعة والعشرون، البند 5 من جدول الأعمال المؤقت هيئات وآليات حقوق الإنسان: الوصول إلى العدالة في مجال تعزيز وحماية حقوق الشعوب الأصلية، دراسة أعدتها آلية الخبراء المعنية بحقوق الشعوب الأصلية، مرجع سابق، ص 28

*Deborah J. Yashar, "Indigenous rights and truth commissions: discussion" Strengthening Indigenous (2)-reflections for Rights 2012.p.11*



وعمليات العدالة الانتقالية أن تضع في الاعتبار سياق الشعوب الأصلية والأسباب الجذرية للظلم الذي عانت منه<sup>(3)</sup>.

وكنقطة انطلاق، تُعد مشاركة الشعوب الأصلية أساسية في جميع المراحل. وقدمت لجنة الحقيقة والعدالة والمصالحة في كينيا مثلاً إيجابياً على التزام الشعوب الأصلية. ورغم أنها لم تركز على الشعوب الأصلية بالتحديد، وفرت اللجنة منتدى للتعبير الصريح عن قضايا الشعوب الأصلية المتعلقة بالظلم التاريخي والتهميش والتوتر الإثني. ورغم الصعوبات التي واجهتها اللجنة في جوانب أخرى، ولا سيما فيما يتعلق بمشاركة الشعوب الأصلية، فإنها حققت نجاحات من بينها مشاركة منظمات الشعوب الأصلية منذ المراحل الأولى. وقامت اللجنة بما يلي: تعيين أفراد من السكان الأصليين كجزء من ملاك موظفيها؛ عقد جلسات علنية أتيحت فيها الفرصة للإدلاء بالشهادة بلغات مختلفة، بما في ذلك لغة الماساي؛ تنظيم أنشطة توعية لفائدة منظمات وجماعات الشعوب الأصلية تناولت موضوع حقوقها<sup>(4)</sup>. وفي كولومبيا، حيث يجري نقاش بشأن كيفية تعويض ضحايا انتهاكات حقوق الإنسان المرتكبة أثناء النزاع المسلح الداخلي الدائر في البلد، اضطلعت الشعوب الأصلية بدور ريادي في إصدار مرسوم يُعالج مسألة تعويض المجتمعات المحلية المنتمة

---

(3) - الأمم المتحدة، الجمعية العامة، مجلس حقوق الإنسان، الدورة الرابعة والعشرون، البند 5 من جدول الأعمال المؤقت هيئات وآليات حقوق الإنسان: الوصول إلى العدالة في مجال تعزيز وحماية حقوق الشعوب الأصلية، دراسة أعدتها آلية الخبراء المعنية بحقوق الشعوب الأصلية، مرجع سابق، ص 28.

Laura Young, "A challenging nexus: transitional justice and Africa" Center for African Studies, South Africa<sup>(4)</sup>. indigenous peoples in Africa nternational Center for Transitional Justice(2012)P.152

إلى الشعوب الأصلية والكولومبيين المنحدرين من أصل أفريقي<sup>(1)</sup>. ومن بين الشروط الإضافية للعدالة الانتقالية في سياق الشعوب الأصلية، أنه لا ينبغي اعتبار عمليات البحث عن الحقيقة وسيلة لإضفاء الشرعية على هياكل الحكم الحالية بل ينبغي العمل على أساس "من شعب إلى شعب"<sup>(2)</sup> علاوة على ذلك، ينبغي أن تصمم العمليات على نحو يركز على المظالم التاريخية والمعاصرة التي أسفرت عن ضرر جماعي<sup>(3)</sup> وينبغي أيضاً اعتبارها جزءاً من استراتيجية أوسع نطاقاً تستهدف معالجة انتهاكات حقوق الإنسان الجارية التي تعاني منها الشعوب الأصلية، بما في ذلك على سبيل المثال، التمكين السياسي وإعمال الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. ويجب أن تكون لجان الحقيقة في متناول الشعوب الأصلية، وقد يشمل ذلك إجراء العمليات باللغات الأصلية و/أو توفير الترجمة الفورية، ويجب أن تُكفل مشاركة نساء الشعوب الأصلية والشباب. ولأن تقاسم التجارب المؤلمة قد يحدث صدمات جديدة، يجب توفير خدمات دعم ملائمة ثقافياً<sup>(4)</sup>. وفي الأخير، ينبغي الاعتراف بأن العملية بحد

---

(1) - الأمم المتحدة ، الجمعية العامة ، مجلس حقوق الإنسان ، الدورة الرابعة والعشرون ، البند 5 من جدول الأعمال المؤقت هيئات وآليات حقوق الإنسان : الوصول إلى العدالة في مجال تعزيز وحماية حقوق الشعوب الأصلية ، دراسة أعدتها آلية الخبراء المعنية بحقوق الشعوب الأصلية ، مرجع سابق ، ص 28 .

Courtney Jung "Transitional justice for indigenous peoples in non-traditional societies" The International Center for Transitional Justice, oct 2009, pp.1-4 (2) -  
the submission from France on the role played by collectives in relevant - proceedings (3) -

(4) - الأمم المتحدة ، الجمعية العامة ، مجلس حقوق الإنسان ، الدورة الرابعة والعشرون ، البند 5 من جدول الأعمال المؤقت هيئات وآليات حقوق مرجع سابق ، ص 29

ذاتها ونتيجتها لهما نفس القدر من الأهمية في نجاح لجان الحقيقة<sup>(5)</sup> وينبغي أن تشمل اللجان المشاورات الواسعة الجارية مع الشعوب الأصلية في جميع المراحل. وينبغي أن تتشاور الحكومات بحسن نية مع الشعوب الأصلية وأن تحصل على موافقتها الحرة والمسبقة والمستنيرة بشأن التدابير التشريعية والإدارية التي تعنيها<sup>(6)</sup>.

## المبحث الرابع

### الجرائم المرتكبة ضد

### الشعوب الأصلية

عند تغطية هذا النقطة من البحث يعترينا شيئاً من الأسى والألم والعلقم؛ لأن جميع البلدان التي جرت وتجرى فيها صراعات مسلحة على أراضي الشعوب الأصلية مثل: بنجلاديش والفلبين ونيبال وكولومبيا وجواتيمالا ورواندا وجمهورية الكونغو الديمقراطية... الخ؛ فإن الشعوب الأصلية تعاني من أوجه ظلم تعود إلى الانتهاكات المتكررة لحقوقها المدنية

---

(5) - فلورنسيا ليريزي. حلقة دراسية بشأن الوصول إلى العدالة: على موقع المركز الدولي للعدالة

الانتقالية مرجع سابق.

(6) الأمم المتحدة، الجمعية العامة، مجلس حقوق الإنسان، الدورة الرابعة والعشرون، البند 5 من جدول

الأعمال المؤقت هيئات وآليات حقوق مرجع سابق، ص 29

والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وتعود كذلك إلى الفشل المستمر في احترام قوانين وأعراف الحرب التي تنطبق على الصراعات المسلحة الداخلية أو القانون الإنساني الدولي. ومسألة انتهاكات حقوق الإنسان للشعوب الأصلية في سياق الصراعات الداخلية تستحق اهتمامًا خاصًا؛ لأنها يهدد بقاء هذه الشعوب وتعرض للخطر ليس فقط أرواح الأفراد وإنما مجتمعاتها أيضًا فضلًا عن التنوع العرقي والثقافي للبلدان المعنية. فقد سرقت أراضيها ومواردها، ودمرت ثقافتها وأُنكرت عليها حقوقها الإنسانية<sup>(2)</sup>.

وما لاخفية أن نتيجة لتلك الصراعات، تعاني الشعوب الأصلية من انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان الخاصة بها، بما في ذلك تعرضهم للتهديد، والاختفاء القسري، والاعتقال الذي يستهدف زعماءهم، والتعذيب، والقتل الجماعي، والتمييز العنصري، والتجنيد قسرًا للقتال، والتشرد القسري، ونفي مجتمعات بأكملها، وفقدان الحكم الذاتي الداخلي والانضباط الاجتماعي، وعدم إمكانية الوصول إلى الأماكن التي يمكن أن يقوموا فيها بأنشطتهم التقليدية<sup>(3)</sup>. وبشيء من التفصيل سنتعرض للجرائم تلك التي يتعرض لها الشعوب الأصلية في المطالب التالية:

---

(2) - الأمم المتحدة، الجمعية العامة، البقرة الستون البند ٧٠ من جدول الأعمال المؤقت قضايا الشعوب الأصلية حالة حقوق الإنسان والحريات الأساسية للشعوب الأصلية، 16 سبتمبر 2005، ص 18

(3) - المرجع السابق، ص 19.

المطلب الأول: جريمة الإبعاد القسري.

المطلب الثاني: جريمة الإبادة الجماعية.

المطلب الثالث: جريمة التمييز العنصري.

## المطلب الأول

### جريمة الإبعاد القسري

في بداية كنهة الأمر ، نشير إلى أن جريمة الإبعاد القسري هي جريمة القرن تدل عليها الوثائق أنها حدثت في أفريقيا وآسيا وأمريكا اللاتنية ، حيث تم ترحيل الملايين من بيوتهم وأماكنهم قسراً<sup>(1)</sup>. فعمليات الإخلاء القسري، كما يقر بذلك عدد من هيئات حقوق الإنسان، تشكل انتهاكات سافرة لطائفة واسعة من حقوق الإنسان المعترف بها دولياً ولا يجوز ارتكابها إلا في ظروف استثنائية وفي توافق تام مع القانون الدولي لحقوق الإنسان . ونتيجة لعمليات الإخلاء القسري تلك، كثيراً ما يترك الناس عرضة للتشرد والعوز بلا وسيلة لكسب عيشهم ودون التيسر الفعلي،

---

(1)-Environment and Urbanization Vol.6, No.1 (1994), Special Issue on evictions, April <http://www.sagepub.com/journalsReprints.nav>

عملياً، لسبل الانتصاف من قانونية وغيرها . وترتبط عمليات الإخلاء القسري في كثير من الأحيان بأضرار جسدية ونفسية تخلفها لدى من يتعرضون لها، وهي تؤثر تأثيراً خاصاً في النساء والأشخاص الذين يعيشون بالفعل في فقر مدقع وفي الأطفال وأفراد الشعوب الأصلية والأقليات وغيرهم من المجموعات الضعيفة<sup>(2)</sup>.

والحقيق بالإشارة - في هذا الصدد لمعرفة حجم الفاجعة - تقديرات مفوضية الأمم المتحدة السامية لشئون اللاجئين التي أشارت إلى أن العدد الكلي للمشردين قسراً من جراء النزاعات والاضطهاد بلغ ٤,٤٣ مليون شخص في نهاية عام ٢٠٠٩ ، وهو " أعلى رقم منذ منتصف تسعينات القرن الماضي . ويتضمن هذا الرقم 15,2 مليون لاجئ، و983000 ملتمس لجوء، و ١,٢٧ مليون مشرد داخلياً<sup>(3)</sup>. وضاف على ذلك ما تخلفه الكوارث الطبيعية، ومن ثم فقد أحصى خلال الفترة من عام ٢٠٠٠ إلى عام ٢٠٠٨ وقع ما متوسطه ٣٩٢ كارثة سنوياً في جميع أنحاء العالم . وفي عام ٢٠٠٩ ،أبلغ عن وقوع ما مجموعه ٣٣٥ كارثة تسببت ١٠ شخصاً وألحقت أضراراً بأكثر من ١١٩ مليون شخص، وألحقت خسائر في مقتل ٦٥٥ تزيد قيمتها على ٣,٤١ مليار دولار أمريكي<sup>(4)</sup>. ولعل سبب الجمع بين النزاعات والكوارث؛ لأنهما يلتقيان في التشرّد للسكان والتهجير

---

(2)- UN\A\HRC/4/18\5 February 2007\p.9

*UNHCR, 2009 Global Trends: Refugees, Asylum-seekers, Returnees, Displaced and Stateless Persons (Geneva, 2010), p. 1*<sup>(3)</sup> Internally

F. Vos, J. Rodriguez, R. Below and D. Guha-Sapir, Annual Disaster Statistical The numbers and trends, CRED, Brussels, 2010, p. 1<sup>(4)</sup>-Review 2009.

قسراً، بيد أنهما يختلفان في الأوضاع ما بعد النزاعات والكوارث<sup>(1)</sup>. وزد على ماتقدم الأحداث التي وقعت حتى عام 2014 ، النزاع السوري الداخلي ، الذي خلف الملايين المشردين ، والنزاع العرقي والديني في القرم الذي خلف نزوح آلاف من المسلمين ، كذلك الحال في أفريقيا الوسطى ..... الخ .

في جميع البلدان التي جرت وتجري فيها صراعات مسلحة على أراضي الشعوب الأصلية مثل : بنجلاديش والفلبين ونيبال وكولومبيا وجواتيمالا ورواندا وجمهورية الكونغو الديمقراطية، لو استثنى هدهنا فقط بأكثر الحالات المعروفة، فإن الشعوب الأصلية تعاني من أوجه ظلم تعود إلى الانتهاكات المتكررة لحقوقها المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وتعود كذلك إلى الفشل المستمر في احترام قوانين وأعراف الحرب التي تنطبق على الصراعات المسلحة الداخلية أو القانون الإنساني الدولي . وتشير المعلومات إلى أن من بين مرتكبي تلك الانتهاكات جهات من غير الدول وأفراداً من موظفي أجهزة أمن الدولة . كما أن هذه الصراعات المسلحة الداخلية تهدد التعايش بين المجموعات العرقية والثقافية المتنوعة داخل البلدان التي تقع فيها تلك الصراعات<sup>(2)</sup>

(1) - *UN-HABITAT: Land and Natural Disasters. Guidance for Practitioners (Nairobi), pp. 10-11- See also W. Fengler, A. Ihsan, and K. Kaiser, "Managing Post-Disaster Reconstruction Finance. International Experience in Public Financial Management", World Bank Policy Research Working Paper 4475, World Bank (Washington D.C., 2008), pp. 3-4*

(2) - الأمم المتحدة ، الجمعية العامة ، الدورة الستون ، البند ٧٠ من جدول الأعمال المؤقت ، قضايا الشعوب الأصلية ، حالة حقوق الإنسان والحريات الأساسية للشعوب الأصلية تقرير المقرر الخاص المعني بحالة حقوق الإنسان والحريات

ومنذ أوائل الثمانينات من القرن الماضي، وجه ممثلو الشعوب الأصلية ومنظمات غير حكومية نظر الأمم المتحدة إلى تلك الشواغل، المبينة في العديد من الوثائق الرسمية للأمم المتحدة وآلياتها المكلفة بتعزيز حقوق الإنسان وحمايتها والشعوب الأصلية هي بين أشد ضحايا الصراعات والعنف في أفريقيا وآسيا وأمريكا اللاتينية ضعفاً، الأمر الذي أضاف عبئاً من الدمار والموت إلى أنشطة كفاحها الصعب أصلاً . فقدت سرقت أراضيها ومواردها، ودمرت ثقافتها وأنكرت عليها حقوقها الإنسانية. ويجري الكثير من الصراعات المسلحة الآن على أراضي الشعوب الأصلية. وغالبية الصراعات التي تدور على الأراضي التي تقطنها الشعوب الأصلية إنما تعود أسبابها إلى السيطرة على موارد طبيعية مثل الخشب أو المعادن أو النفط، أو إلى ما يعتبره أحد طرفي الصراع أو كلاهما مناطق استراتيجية. وغالبًا لا تعترف البلدان التي تقع داخلها مثل هذه الصراعات بوجودها، كما لا يعترف بها المجتمع الدولي. وكثير من تلك الصراعات استمر لأجل طويلة فأضحى يتسم بالاستدامة الذاتية.(3)

ونتيجة لتلك الصراعات، تعاني الشعوب الأصلية من انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان الخاصة بها، بما في ذلك تعرضهم للتهديد، والاختفاء القسري، والاعتقال الذي يستهدف زعماءهم، والتعذيب، والقتل الجماعي، والتجنيد قسرًا للقتال، والتشرد القسري، ونفي مجتمعات بأكملها، وفقدان الحكم الذاتي الداخلي والانضباط الاجتماعي، وعدم إمكانية الوصول إلى الأماكن التي يمكن أن يقوموا فيها بأنشطتهم التقليدية مثل الصيد البري

الأساسية للشعوب الأصلية ، رودولفو ستانفهاغن، المقدم عملاً بالفقرة ١٨ من قرار لجنة حقوق الإنسان 2005\51 ، وثيقة صادرة في 16 سبتمبر 2005 ، مرجع سابق ، ص 18 .

(3) - المرجع السابق ، ص 18 ، 19



والبحري، وزراعة الكفاف، والتجارة . وغالبًا ما تكون المناطق التي تدور فيها الصراعات قد زرعت بالألغام المضادة للأفراد<sup>(1)</sup> وعلني أية حال سنناقش مسألة الحماية في النقاط التالية:

أولاً: الأساس القانوني للحماية من عمليات الإبعاد القسري.

### (أ) - الحماية الدولية

والحرى بالتنبيه - في هذا الصدد - أن المجتمع الدول قد اعترف منذ زمن بعيد بأن مسألة إخلاء المساكن بالإكراه مسألة خطيرة<sup>(2)</sup>. ففي عام 1976، لاحظ مؤتمر الأمم المتحدة للمستوطنات البشرية أنه ينبغي توجيه اهتمام خاص إلى "عدم القيام بعمليات إزالة كبرى إلا إذا كان صون المستوطنات واستصلاحها أمرًا غير ممكن، وبشرط توفير أماكن سكن أخرى لأهله"<sup>(3)</sup>.

(1) - المرجع السابق، ص 19 .

(2) - إن استخدام عبارة "حالات إخلاء المساكن بالإكراه" هو، في بعض الحالات، أمر ينطوي على إشكالات. فهذه العبارة تسعى إلى التعبير عن مفهوم التعسف واللاقانونية. غير أن كثيرا من المراقبين يعتبرون الإشارة إلى "حالات إخلاء المساكن بالإكراه" حشواً، بينما انتقد مراقبون آخرون عبارة "حالات الإخلاء غير القانوني للمساكن" لأنها تفترض أن القانون ذا الصلة يوفر حماية وافية للحق في الإسكان ويتفق مع أحكام العهد، والحالة، بالتأكيد، ليست كذلك دوماً. كما ارتبني أن عبارة "حالات الإخلاء غير المنصفة" هي أكثر ذاتية، حيث إنها لا تشير إلى أي إطار قانوني على الإطلاق. وقد اختار المجتمع الدولي، وخاصة في سياق لجنة حقوق الإنسان، الإشارة إلى "حالات إخلاء المساكن بالإكراه" وذلك، بالدرجة الأولى، لأن جميع البدائل المقترحة بما عيوب كثيرة من هذا النوع. إن عبارة "حالات إخلاء المساكن بالإكراه" المستخدمة في هذا التعليق العام تعرف بأنها نقل الأفراد والأسر و/أو المجتمعات المحلية، بشكل دائم أو مؤقت وضد مشيقتهم، من البيوت و/أو الأراضي التي يشغلونها، دون إتاحة سبل مناسبة من الحماية القانونية أو غيرها من أنواع الحماية أو إتاحة إمكانية الحصول عليها. غير أن حظر حالات إخلاء المساكن بالإكراه لا يسري على حالات الإخلاء التي تطبق بالإكراه وفقاً لأحكام القانون والعهديين الدوليين الخاصين بحقوق الإنسان.

(3) - تقرير الموثق: مؤتمر الأمم المتحدة للمستوطنات البشرية، فانكوفر، 31 أيار/مايو - 11 حزيران/يونيه 1976 (A/CONF.70/15)، الفصل الثاني، التوصية باء - 8، الفقرة جيم 2.

وفي عام 1988، في الاستراتيجية العالمية للمأوى حتى عام 2000، التي اعتمدها الجمعية العامة في قرارها 181/34، تم الإقرار "بالالتزام الأساسي للحكومات المتمثل في حماية وتحسين المساكن والأحياء ... بدلاً من تدميرها أو إلحاق الضرر بها"<sup>(4)</sup>. وورد في جدول أعمال القرن 21 أنه "ينبغي حماية الناس بموجب القانون من الإخلاء الظالم من منازلهم أو أراضيهم"<sup>(5)</sup>. وفي جدول أعمال الموئل، عاهدت الحكومات أنفسها على "حماية جميع الناس من عمليات الإخلاء القسري المخالفة للقانون وتوفير الحماية القانونية منها وتداركها، مع أخذ حقوق الإنسان في الاعتبار؛ في حالة تعذر تفادي عمليات الإخلاء، ضمان توفير حلول بديلة ملائمة بحسب الاقتضاء"<sup>(1)</sup>. وبينت لجنة حقوق الإنسان أن "ممارسة الإخلاء القسري تشكل انتهاكاً جسيماً لحقوق الإنسان"<sup>(2)</sup>. كما أكد قرار اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية 1993\77 بشأن عمليات الإخلاء القسري أن هذه الممارسة تشكل انتهاكاً جسيماً لحقوق الإنسان، ولاسيما الحق في السكن اللائق. وبالنظر إلى سعة انتشار ممارسة الإخلاء القسري على نطاق العالم كله<sup>(3)</sup>.

(4) - تقرير لجنة المستوطنات البشرية عن أعمال دورتها الحادية عشرة، إضافة (A/43/8/Add.1)، الفقرة 13.  
(5) - تقرير مؤتمر الأمم المتحدة المعني بالبيئة والتنمية، ريو دي جانيرو، 3 - 14 حزيران/يونيه 1992، المجلد الأول (A/CONF.151/26/Rev.1 (vol.I))، المرفق الثاني، جدول أعمال القرن 21، الفصل 7-9(ب).

(1) - تقرير مؤتمر الأمم المتحدة للمستوطنات البشرية، (الموئل الثاني) (A/CONF.165/14)، المرفق الثاني، جدول أعمال الموئل، الفقرة 40(ن).

(2) - قرار لجنة حقوق الإنسان 1993/77، الفقرة 1.

(3) - إن ممارسة عمليات إخلاء المساكن بالإكراه هي ممارسة واسعة الانتشار وتعرس الأشخاص في البلدان المتقدمة والبلدان النامية على السواء. ونظراً للترابط والتشابك القائم بين حقوق الإنسان كافة، فكثيراً ما تكون عمليات إخلاء المساكن بالإكراه محملة بحقوق الإنسان الأخرى. وعليه، فإن ممارسة عمليات إخلاء المساكن بالإكراه، لئن كانت تخل إخلالاً ظاهراً بالحقوق المدرجة في العهد، فهي قد تسفر أيضاً عن انتهاكات للحقوق المدنية والسياسية، مثل الحق

وقد دأبت اللجنة الفرعية لتعزيز وحماية حقوق الإنسان ، وعلى مدى السنين ، على معالجة قضية الإبعاد القسرى . ويتضمن قرار اللجنة الفرعية [1991/12] توجيهات بشأن تحديد المسؤوليات القانونية الواقعة على أولئك الذين يقومون بعمليات الإخلاء . وورد فيه أنه يمكن تنفيذ عمليات الإبعاد القسرى ، أو إجازتها أو طلبها أو اقتراحها أو المبادرة بها أو التسامح إزاءها من جانب عدد من الجهات ، بما ذلك جهات من بينها قوات الاحتلال ، والحكومات الوطنية ، والحكومات المحلية ، ومعهدو البناء ، والمخططون ، وملاك الأراضى ، والمضاربون العقاريون ، والمؤسسات المالية الثنائية والدولية ووكالات المعونة . وفى عام 2003 اعتمدت اللجنة الفرعية مشروع قرار بشأن حظر عمليات الإبعاد القسرى<sup>(4)</sup>.

**والحقيق بالإحقاق أن التزام الدول بالامتناع عن القيام بعمليات الإبعاد القسرى من المساكن والأراضى منصوص عليه أيضاً بصورة مباشرة أو غير مباشرة فى عدد من الصكوك القانونية الدولية التى الحق فى السكن ، وتشكل النصوص القانونية ، و هى الإعلان العالمى لحقوق الإنسان ،**

---

فى الحياة وحق الفرد فى الأمن على شخصه والحق فى عدم التدخل بالخصوصيات والأسرة والبيت والحق فى التمتع السلمى بالممتلكات. وعلى الرغم من أن ممارسة عمليات إخلاء المساكن بالإكراه قد يبدو أنها تحدث بصفة رئيسية فى المناطق الخضرية المكتظة بالسكان، فهى تحدث أيضاً فى حالات نقل السكان بالإكراه والتهجير الداخلى وتغيير مواطن السكان بالإكراه فى سياق المنازعات المسلحة، والمهجرات الجماعية وتنقلات اللاجئين. ففي هذه الحالات جميعها، قد يتم الإخلال بالحق فى السكن الملائم وفى عدم التعرض لإخلاء المساكن بالإكراه، وذلك من خلال مجموعة واسعة من الأفعال أو الامتناع عنها التى تعزى إلى الدول الأطراف. بل وحتى فى الحالات التى قد يكون من الضرورى فيها فرض حدود على هذا الحق، يطلب الالتزام التام بأحكام المادة 4 من العهد، بحيث لا تكون أية حدود مفروضة إلا الحدود "المقررة فى القانون، وإلا بمقدار توافق ذلك مع طبيعة هذه الحقوق أى الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وشريطة أن يكون هدفها الوحيد تعزيز الرفاه فى مجتمع ديمقراطى". إن كثيراً من حالات إخلاء المساكن بالإكراه تكون مرتبطة بالعنف، مثل حالات الإخلاء الناجمة عن المنازعات المسلحة الدولية والصراع الداخلى والعنف المجتمعى أو الإثنى.

(4)- UN\ E/CN.4/Sub.2/2003/43.

والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (المادة 1\11) ، واتفاقية حقوق الطفل المادة (27\3) وأحكام عدم التمييز الواردة في المادة (14\1\ح) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ، والمادة (5\هـ) من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري<sup>(1)</sup>. وبالإضافة إلى ذلك وتمشياً من النهج غير القابل للتجزئة المتبع إزاء الحقوق ، فإن المادة (17) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية تنص على مايلي: " لايجوز تعريض أى شخص على نحو تعسفى أو غير قانونى ، لتدخل فى خصوصياته أو شئون أسرته أو بيته أو مراسلاته". ومن ثم على أنه " من حق كل شخص أن يحميه القانون من مثل هذا التدخل أو المساس"<sup>(2)</sup>. وتتضمن المادة (16\1) من اتفاقية حقوق الطفل حكماً مماثلاً<sup>(3)</sup>. والحرى بالإضافة أنه ترد إشارات أخرى فى القانون الدولى ، بما فى ذلك المادة (21) من الاتفاقية الدولية الخاصة بوضع اللاجئين لعام 1951 ،<sup>(4)</sup> والمادة (16) من اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 169 بشأن الشعوب الأصلية والقبلية فى البلدان المستقلة (1989) ،<sup>(5)</sup> و المادة (49) من اتفاقية جنيف الرابعة المتصلة بحماية الأشخاص المدنيين فى وقت الحرب 1949<sup>(6)</sup>.

(1)- *the initial report of the Special Rapporteur, E/CN.4/2001/51, paras. 13-17*

(2) - راجع المادة (17) من العهد الدولى الخاص بالحقوق المدنية والسياسية

(3) - راجع المادة (16\1) من اتفاقية حقوق الطفل

(4) - المادة (21) من الاتفاقية الدولية الخاصة بوضع اللاجئين لعام 1951

(5) - والمادة (16) من اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 169

(6) - راجع المادة (49) من اتفاقية جنيف الرابعة المتصلة بحماية الأشخاص المدنيين فى وقت الحرب 1949

والجدير بلفت الانتباه أن اللجنة، في تعليقها العام رقم 4 (1991)،<sup>(7)</sup> لاحظت أنه ينبغي أن يتمتع كل شخص بدرجة من الأمن في شغل المسكن تكفل له الحماية القانونية من إخلائه بالإكراه ومن المضايقة وغير ذلك من التهديدات. وخلصت إلى أن حالات إخلاء المساكن بالإكراه تتعارض للوهلة الأولى مع مقتضيات العهد. واللجنة، إذ نظرت في عدد لا بأس به من التقارير المتعلقة بحالات إخلاء المساكن بالإكراه في السنوات الأخيرة، بما في ذلك حالات رأت فيها أنه يجري الإخلال بالتزام الدول الأطراف، قد باتت الآن في موقف يتيح لها أن تسعى إلى تقديم مزيد من الايضاح بشأن الآثار المترتبة على هذه الممارسات من حيث الالتزامات الواردة في العهد. وقد ورد أوسع تفسير لنطاق لحماية من عمليات الإخلاء القسرى في التعليق العام رقم 7 للجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الذي اعتمد في عام 1997<sup>(8)</sup>. وكان قد سبق للجنة اعتماد التعليق العام رقم 4 بشأن الحق في السكن الملائم عام 1991، حيث حددت الضمان القانوني لشغل المسكن، بما في ذلك الحماية القانونية من الإبعاد القسرى بوصفها عنصراً أساسياً لضمان السكن الملائم، إلى جانب توفير الخدمات والمواد والمرافق والهياكل الأساسية؛ والقدرة على تحمل كلفة السكن؛ وصلاحيّة المسكن للسكن؛ وإمكانية الحصول عليه من جانب المجموعات المحرومة؛ وكذلك موقعة وملاءمته من الناحية الثقافية. وذكرت اللجنة أنه بصرف النظر عن نوع شغل المسكن، ينبغي أن يتمتع كل شخص بدرجة من الأمن في شغل المسكن تكفل له الحماية القانونية من الإبعاد بالإكراه، ومن المضايقة، وغير ذلك من التهديدات، بما في ذلك الأشخاص الذين يعيشون

(7) - اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التعليق العام رقم 4 (1991)،

(8) - اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التعليق العام رقم 7 (1997)

فى مساكن طارئة أو مستوطنات غير رسمية . كما تقول اللجنة أيضاً : إنه ينبغى للدول الأطراف أن تتخذ تدابير فورية ترمى إلى توفير الضمان القانونى لشغل المسكن بالنسبة إلى الأشخاص والأسر الذين يفتقرون حالياً إلى هذه الحماية وذلك من خلال تشاور حقيقى مع الأشخاص والجماعات المتأثرة(1).

وتتمة لماسبق أكدت الفقرة التاسعة من التعليق رقم 7 على أنه يتعين على الدول الأطراف استخدام جميع الوسائل المناسبة لحماية الحقوق المعترف بها فى العهد وأن سن تشريعات تحظر عمليات إخلاء المساكن بالإكراه هو أساس جوهرى يجب أن تقدم عليه أى نظام حماية فعال . وتعترف اللجنة مصطلح الإخلاء القسرى . وتؤكد من جديد أن عمليات الإخلاء القسرى تشكل انتهاكات بديهية للحق فى السكن الملائم. كما تقر بأن النساء والأطفال والشباب والمسنين والسكان الأصليين والأقليات الإثنية وغيرها من الأقليات ، وعلاوة على الأشخاص والمجموعات والضعيفة الأخرى ، يعانون جمعياً على نحو غير مناسب من ممارسة الإخلاء القسرى . وتقول اللجنة إنه ينبغى أن يحظر بصورة صارمة فى كافة الأحوال على الدول القيام عن قصد بتشريد أى شخص أو أسرة أو مجموعة بسبب الإبعاد سواء كان قسرياً أم قانونياً . وتفرض أحكام عدم التمييز الواردة فى العهد التزاماً إضافياً على الحكومات بضمان عدم ممارسة أى شكل من أشكال التمييز فى ذلك(2) .  
وتفضل الفقرة 15 من التعليق العام رقم 7 أيضاً الحماية الإجرائية المناسبة

(1) - اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التعليق العام رقم 4 (1991)

(2) - اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التعليق العام رقم 7 (1997)

وقواعد الإجراءات القانونية اللازم وضعها لضمان عدم انتهاك حقوق الإنسان فيما يتصل بعمليات الإخلاء القسري ، بما في ذلك : إتاحة فرصة للتشاور الحقيقي مع المتضررين ؛ إشعار المتضررين بشكل وافٍ ومناسب قبل الموعد المقرر للإخلاء ؛ والإحاطة علماً بعملية الإخلاء المقترحة ، وعند الاقتضاء ، بالغرض البديل المقرر استخدام الأرض أو المسكن من أجله ، وعلى أن تتاح هذه المعلومات لجميع المتضررين في الوقت المناسب ؛ حضور موظفين حكوميين أو ممثلين أثناء الإخلاء ، وخاصة عندما يتعلق الأمر بجماعات من الناس ؛ التعيين الصحيح لهوية جميع الأشخاص الذين يتولون القيام بعملية الإخلاء ؛ توفير سبل الانتصاف القانونية ؛ توفير المعونة القانونية ، عند الإمكان لمن يكونون بحاجة إليها من أجل التظلم لدى المحاكم<sup>(1)</sup> . وتم في عام 1997 وضع واعتماد المبادئ التوجيهية الشاملة في مجال حقوق الإنسان بشأن مسألة الترحيل بدافع التنمية إبان الحلقة الدراسية للخبراء بشأن ممارسة الإخلاء القسري . وهي تنص ، في جملة أمور ، على أنه ينبغي للدول : أن تؤمن بجميع الوسائل الملائمة ، بما في ذلك ضمان ملكية الأرض ، أقصى درجة من الحماية الفعالة ضد ممارسة عمليات الإخلاء القسري لجميع الأشخاص الذين يخضعون لولايتها ؛ أن تضمن إتاحة سبل الانتصاف القانونية أو السبل الأخرى الملائمة والفعالة لأي شخص يدعى انتهاكاً لحقه في الحماية ضد الإخلاء القسري أو تهديداً بانتهاك هذا الحق ؛ أن تضمن ألا يصبح أي أشخاص أو مجموعات أو مجتمعات بلا مأوى أو أن يتعرضوا لانتهاك أي من حقوق الإنسان الأخرى كنتيجة للإخلاء القسري ؛ أن تعتمد تشريعات وسياسات لضمان حماية

(1) - اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التعليق العام رقم 7 (1997) الفقرة 15

الأفراد والمجموعات والمجتمعات من الإبعاد القسرى مع إيلاء الاعتبار الواجب لأفضل مصالحهم ؛ أن تمتنع إلى أقصى حد ممكن عن حيازة المساكن أو الأراضي على نحو جبرى ، ما لم تكن هذه التصرفات مشروعة وضرورية وتهدف إلى تسهيل التمتع بحقوق الإنسان من خلال تدابير لإصلاح الأراضي أو لإعادة توزيعها ؛ أن تعتمد تدابير تشريعية تحظر أى عمليات إخلاء قسرى بدون أمر من محكمة(2) .

### (ب)- الحماية القانونية الإقليمية للشعوب الأصلية ضد جريمة الإبعاد القسرى.

الجدير بالتنويه أنه إذا كانت الحماية القانونية على المستوى الدولى كانت واضحة ضد جريمة الإبعاد القسرى ؛ إلا أنه لم يتم النص على الحماية من الإخلاء القسرى على المستوى الإقليمى بنفس الوضوح الذى يتبدى من الالتزامات بموجب الصكوك الدولية ، بيد أن الصكوك الإقليمية توفر مع ذلك إطاراً للحماية . وتم أيضاً تأكيد حظر عمليات الإخلاء القسرى فى الاجتهادات القضائية ، وعن طريق آليات تسوية المنازعات وغيرها من عمليات تحديد المعايير على المستوى الإقليمى. وعلى أية نورد لهذه الحماية كما وردت فى الميثاق الإقليمية :ومن هذه الموائيق : الميثاق الاجتماعى الأوروبى لعام 1961 ، حيث تلزم المادة (31) منه الدول الأطراف باتخاذ عدد من التدابير لضمان الممارسة الفعلية للحق فى السكن ، بما فى ذلك

(2) - UN\E/CN.4/Sub.2/1997/7



تعزير سبل الحصول على السكن الملائم ومنع التشرّد والحد منه<sup>(3)</sup>. بغرض القضاء عليه بصورة تدريجية. وتنص المادة (18) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية (1950) على: " لكل إنسان حق احترام حياته الخاصة والعائلية ومسكنه ومراسلاته". وعلاوة على ذلك تنص المادة (1) من البروتوكول رقم 1 للاتفاقية الأوروبية على أن: لكل شخص طبيعي أو قانوني حق التمتع السلمي بممتلكاته. ولا يجوز حرمان أي شخص من ممتلكاته إلا من أجل المصلحة العامة، ووفقاً للشروط المنصوص عليها في القانون وفي المبادئ العامة للقانون الدولي<sup>(1)</sup>. ومن الموثيق الإقليمية أيضاً الإعلان الأمريكي المعنى بحقوق وواجبات الإنسان لعام 1948، فبموجب المادة (14) منه: لكل شخص الحق في عدم انتهاك حرمة مسكنه، وعلاوة على ذلك وبموجب المادة (23) من الإعلان: " لكل شخص الحق في امتلاك أية ممتلكات خاصة تفي باحتياجاته الأساسية في العيش الكريم وتساعد على الحفاظ على كرامة الفرد ومسكنه"<sup>(2)</sup>.

وعلى المستوى الإقليمي، أصدرت محكمة الدول الأمريكية لحقوق الإنسان مجموعة منتظمة من القرارات خلال العقد الأول من القرن الواحد والعشرين والتي تقتضي الاعتراف بحقوق الأرض الخاصة بالشعوب الأصلية واحترامها. وفي أوائل عام 2010، تمت إحالة العديد من هذه الأحكام إلى

---

(3) - راجع المادة (18) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية (1950)

(1) - راجع المادة (1) من البروتوكول رقم 1 للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية (1950)

(2) راجع المادتين (14، 23) من الإعلان الأمريكي المعنى بحقوق وواجبات الإنسان 1948 ورودري سي. ويليامز: الاعتراف بحقوق الأرض للسكان الأصليين والمجتمعات الريفية، نشرة الهجرة القسرية، عدد 41، لعام 2012، على الموقع:

<http://terraonullius.wordpress.com>

اللجنة الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب، عندما أصدرت قراراً رائداً يتطلب أن تستعيد كينيا الأراضي المأخوذة من الشعب الإندوروي قبل حوالي أربعين عاماً. وتشير أحكام هذا القرار إلى أن الالتزام الخاص بحماية هذه الجماعات من النزوح المُشار إليه في المعيار التوجيهي رقم (9) قد يستلزم اعتراف الدولة بملكية الأراضي بصورة فعلية<sup>(3)</sup>. لاحظت اللجنة الأفريقية أنه إذا أريد للقانون الدولي أن يقتصر على منح حق الوصول فستبقى الشعوب الأصلية مستضعفة وعرضة لحالات جديدة من الانتهاكات/ انتزاع الملكية من قبل الدولة أو من قبل أطراف أخرى. وتضمن الملكية أنه بإمكان الشعوب الأصلية مشاركة الدولة والأطراف الأخرى كأصحاب مصالح فاعلين وليس كمستفيدين سلبيين<sup>(4)</sup>.

وأخيراً الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، بيد أن هذا الميثاق لا يتضمن اعترافاً صريحاً بالحق في السكن، ولا يتناول عمليات الإخلاء القسري، فإن الاجتهادات القانونية للجنة الأفريقية المعنية بحقوق الإنسان والشعوب تشير إلى أن الحقوق المتصلة بالسكن مشمولة في الميثاق. وفي

---

(3) - ومن الناحية العملية، تتضمن هذه الحماية اعتراف الدول بحقوق امتلاك الأراضي الخاصة بالشعوب الأصلية والمجتمعات الريفية وحمايتها. إلا أن دعم القانون الدولي في ذلك الوقت لتلك الإجراءات لم يكن قوياً حتى في حالة الشعوب الأصلية التي تتناسب بشكل واضح مع معيار "الاعتماد الخاص على أراضيها والارتباط بها". وكان المصدر الأساسي للدعم القانوني للمبدأ (9) هو اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم (169) بخصوص الشعوب الأصلية والقبلية التي ألزمت الأطراف الموقعة على "احترام الأهمية الخاصة للثقافات والقيم الروحية للشعوب المعنية بعلاقتها مع الأراضي أو الأقاليم".

(4) - اللجنة الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب، القضية رقم 2003/276 - مركز تنمية حقوق الأقليات (كينيا) والمجموعة الدولية لحقوق الأقليات، بالنيابة عن مجلس رفاق الشعب الإندوروي في كينيا (2010)، الفقرة 204. على الموقع التالي:

[hrw.org/sites/default/files/related\\_material/2010\\_africa\\_](http://hrw.org/sites/default/files/related_material/2010_africa_)

قضية رفعت إلى اللجنة ضد نيجيريا في تشرين الأول\ أكتوبر 2001 ، وتعلق باستخدام العنف ضد قادة الشعب ( الأوجوني) وإعدامهم بسبب احتجاجهم على عمليات شركة النفط الوطنية التي أسفرت عن تدهور البيئة ومشاكل صحة لشعب الأوجوني ، وتوصلت اللجنة إلى استنتاج مفاده أن الأثر المجمل للمواد (14، 16، 18) من الميثاق ينطوي في المأوى أو السكن انتهكته حكومة نيجيريا بذلك . وأشارت اللجنة في قرارها إشارة صريحة إلى التعليقين العامين رقم 4 و 7 الصادرين عن لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ، واللذين ينصان على أنه ينبغي : " أن يتمتع كل شخص بدرجة من الأمن في شغل المسكن تكفل له الحماية القانونية من الإخلاء بالإكراه ومن المضايقة وغير ذلك من التهديدات" وتوصلت إلى استنتاج مفاده أن الحق لشعب الأوجوني في هذا الصدد تعرض للانتهاك<sup>(1)</sup>. نتيجة لأعمال العنف في ماكو بنيجيريا عام 1990 تم ترحيل أكثر من 300,000 ترحيلاً قسرياً<sup>(2)</sup>.

---

(1)-the Social and Economic Rights Action Center and *Economic and Social Rights v. Nigeria*, Communication 155/96, 30th session of the African Commission on Human and Peoples' Rights October 2001) pp.13-27

Tunde Agbola and A.M. Jinadu, Forced eviction and forced those evicted from the experience of<sup>(2)</sup>- relocation in Nigeria. Maroko in 1990 . International Institute for Environment and Development Environment and Urbanization, Vol. 9, No. 2, October 1997,p.272 <http://www.sagepub.com/journalsReprints.na>

(ج) - الحماية القانونية الوطنية للشعوب الأصلية ضد جريمة الإبعاد  
القسري.

هناك قدر متزايد من الفقه القانوني الوطني الذي يدعم الحق في السكن الملائم ، وذلك بالاعتماد إما على الصكوك القانونية المحلية أو الدولية . وتشمل البلدان التي كرست الحق في المسكن الملائم بدرجات متفاوتة في دساتيرها الوطنية : الاتحاد الروسي ، وإسبانيا ، وجمهورية إيران الإسلامية ، وبلجيكا ، وجنوب أفريقيا ، وفرنسا ، والمكسيك ، والمملكة المتحدة ، ولبريطانيا العظمى وأيرلندا الشمالية . بينما يتزايد توفير الحماية للسكن وظروف المعيشة الملائمين عن طريق التشريعات الوطنية . وعلى الرغم من صعوبة طرح تعميمات تشمل مختلف الاختصاصات القضائية فيما يتعلق بالدعاوى المرفوعة أمام المحاكم بشأن عمليات الإخلاء ، فإن إلقاء نظرة عامة فقط على الموارد القانونية المتاحة بسهولة يثبت إخفاق المحاكم المحلية أيضاً في بعض الدعاوى في حماية الحق في السكن الملائم بوصفه عنصراً من عناصر مستوى المعيشة المناسب ، وعلى وجه أكثر دقة تحديداً ، الحماية من عمليات الإخلاء القسري (1) غير أنه، على الرغم من أهمية هذه البيانات، فهي لا تتصدى لإحدى أكثر المسائل حسماً، ألا وهي مسألة تحديد

---

(1) UN-Habitat and OHCHR United Nations Housing Rights Programme, *Housing rights legislation: review of international and national legal instruments*, Nairobi 2002.  
[w2.unhabitat.org/programmes/housingrights/unhrp\\_reports.asp](http://w2.unhabitat.org/programmes/housingrights/unhrp_reports.asp)

الظروف التي تكون فيها حالات إخلاء المساكن بالإكراه مباحة وتحديد أنواع الحماية المطلوبة لضمان مراعاة الأحكام ذات الصلة من العهد.

### ثانياً: أسباب الإبعاد القسري و العراقيل التي تحول دون منعه.

مالاربية فيه أن أسباب عمليات الإبعاد القسري متنوعة ومتعددة الأوجه، ونذكر منها مايلي :

#### أ – التنمية قد تكون سبباً لإبعاد السكان الأصليين.

يمكن تعريف الإبعاد<sup>(2)</sup> بسبب التنمية – الذي يحدث مراراً وتكراراً – على أنه نقل مجموعات معنية من الناس ، كثيراً ما تكون من السكان الأصليين والمهمشين من المناطق الجغرافية التي تربطهم بها روابط ثقافية وتاريخية ، وذلك لأغراض التحديث والتصنيع . وتعنى عملية الإبعاد بسبب التنمية ، فى جوهرها ، فقدان الأرض والمسكن ، إذ تضطر الشعوب الأصلية وغيرها إلى الرحيل عندما يستولى مشروع ما على مكان سكنها . ويحرموا من سبل كسب العيش كلياً أو جزئياً فى بعض الأحيان ، دون أن يكون قد رحلوا جسدياً . وفقدان الأرض والمسكن يؤديان إلى انعدام الأمان

---

(2) – Fact Sheet No.25, Forced Evictions and Human Rights VIENNA DECLARATION AND PROGRAMME OF ACTION (Part 1, para. 30), adopted by the World Conference on Human Rights, Vienna, 23 June 1993 (A/CONF.157/24 (Part 1), chap.

والاستقرار ، والحرمان من التعليم ، والشعور بالافتقار ومن ثم الهجرة إلى المدن<sup>(3)</sup> .

الراجع أن التركة الاستعمارية تتصف بحدّة أبرز في مجال مصادرة أراضي الشعوب الأصلية وأقاليمها ومواردها بسبب المصالح الاقتصادية والتنمية الوطنية. وتواجه الشعوب الأصلية في كل صقع من أصقاع العالم وبطرائق متنوعة جميع العراقيل الممكن تصورها في تنفيذ أوجه التنمية الخاصة بها المتمشية مع قيمها ومنظوراتها ومصالحها. وإن تركّز جانب كبير من النفوذ القانوني والسياسي والاقتصادي في أيدي الدولة أسهم في مشكلة التنمية وحقوق الشعوب الأصلية في أراضيها وأقاليمها ومواردها. وفي مقاطعة ساراواك الماليزية، على جزيرة بورنيو، على سبيل المثال، جرى تصنيف نحو خمس الأراضي بوصفها أراض تخضع لحقوق تقليدية أصيلة (ومن أصل هذه الأراضي هناك العُشر هو ملك لجماعات من السكان المحليين) ولكن يمكن للحكومة، فيما يخص هذه الأرض، أن تلغي حقوق الشعوب الأصلية من أجل أن تمنح امتيازات لقطع الأخشاب<sup>(1)</sup> وقيل إن الحكومة، في

---

<sup>(3)</sup> -Fact Sheet No.25, Forced Evictions and Human Rights  
VIENNA DECLARATION AND PROGRAMME OF ACTION (Part  
1, para. 30), adopted by the World Conference on Human Rights, Vienna,  
23 June 1993 (A/CONF.157/24 (Part 1), chap.p.3

<sup>(1)</sup> -Alan Thein Durning, "Auardians of the Land: Indigenous Peoples and Health of the Earth Worldwatch Paper 112 (December, 1992) p. 26, citing sahabat Alam Malaysia, "Native Customary Rights in Sarawak, "Cultural Survival Quarterly, vol. 10 No. 2 (1987). In 1998, the MaCourt of Appeal in Adong bin Kuwau v. State of Johor upheld a trial judgment which awarded compensation

إندونيسيا، تعترم تأييد الاحترام للعادات، أي الحقوق المتوارثة للشعوب الأصلية ما لم تكن المصلحة الوطنية هي محل الرهان، ولكن التنمية الاقتصادية هي صنو المصلحة الوطنية ومن ثم تتجنب حقوق الشعوب الأصلية في الأرض<sup>(2)</sup>. ففي كل عام يوجد الملايين مهجرين ، وعلى الشعوب الأصلية بالقوة نتيجة مشاريع التنمية ( بناء السدود والطرق والخزانات ومشاريع النفط والغاز والتعدين). بينما مثل هذه المشاريع يمكن أن تجلب منافع هائلة للمجتمع، كما أنها تفرض تكاليف، والتي غالبا ما تتحملها الفئات الأفقر والأكثر تهميشًا . كما يشير المؤلف (دبليو كورتلاند روبنسون): أن الملايين من الناس في جميع أنحاء العالم قد تكلفهم التنمية منازلهم، و سبل العيش، والصحة، وحتى حياتهم. ومع الإفقار وعدم التمكين غالبًا ما تصبح أوضاعهم في عواقب وخيمة خاصة النساء والأطفال. على الرغم من المشردين داخليًا وغالبًا ما تعرف بأنهم أولئك الذين شردهم الصراع، ، وهي تشمل انتهاكات حقوق الإنسان والكوارث الطبيعية أو التي من صنع الإنسان، وأيضًا هم من شردتهم مشاريع التنمية.<sup>(3)</sup> في الواقع، يشير (روبنسون): "بينما ضحايا لكوارث الطبيعية وخاصة الكوارث عموما هي محاطة بالاهتمام والتعاطف والمساعدات الدولية، وكذلك العديد من النازحين بسبب النزاع، ونفس الأمر لا يمكن أن يقال لضحايا النزوح الناجم

---

to the Jakun tribe for the loss of 53,273 acres of ancestral lands in the southern state of Johor.

(2)- Alan Thein Durning.op,cit .p.26

(3) - *W. Courtland Robinson: Risks and Rights: The Causes, Consequences, and Challenges of Development-Induced Displacement , THE BROOKINGS INSTITUTION – SAIS PROJECT ON INTERNAL DISPLACEMENT, Washington DCMay 2003.p.3*

عن التنمية، على الرغم من أن العواقب قد تكون خيمة نسبيًا " (4) أن الفئات الضعيفة أكثر تأثراً بالتنمية ، وخاصة الشعوب الأصلية(5).

الجدير بالتنويه ، فقد ازدادت عمليات الإبعاد بسبب التنمية أكثر في السنوات الأخيرة نتيجة لعمليات العولمة الاقتصادية . والواقع أن سياسات التحرير الاقتصادي وبرامج التكيف الهيكلي جعلت من معالجة معضلة الإبعاد بسبب التنمية مسألة أكثر إلحاحاً من أى وقت مضى . وقد وضعت عدة مؤسسات مالية وإنمائية دولية مبادئ توجيهية للتصدى للتحديات التي تنشأ عن الإبعاد بسبب التنمية(1) . ويفيد تقرير صدر عن مشروع مؤسسة بروكيتز – كلية ستانفورد للدراسات الدولية المتقدمة بشأن التشرذم الداخلي ان قرابة 300 مشروع إنمائي(2) تتلقى دعم البنك الدولي قد اشتملت على إعادة توطين غير طوعية فى عام 2000 . وتشكل هذه المشاريع 20 فى المائة من حافظة البنك الدولي ، وهى تمس 2,6 مليون نسمة ، بسبب الإبعاد الجسدى أو الاقتصادى(3) . ونشر البنك الدولي فى كانون الأول\ ديسمبر 2001 سياسة تنفيذية منقحة بشأن إعادة التوطين غير الطوعية . وتبنى بنك التنمية الآسيوى سياسة إعادة توطين غير طوعية فى عام 1995 ، تقوم على النموذج الذى يطبقه البنك الدولي . وقد مول بنك التنمية الآسيوى 80 مشروعاً تنطوى على إعادة توطين منذ عام 1994 ، مما أثر على مايبليغ وسطية 120,000 نسمة

---

(4)- *W. Courtland Robinson, op.cit. p.3*

(5)- *W. Courtland Robinson.p.15*

(1)- *W. Courtland Robinson.p.15*

(2) - *See Robinson, p. 28*

(3)- *Ibid.p.28*



سنوياً بين عامي 1994 و1999<sup>(4)</sup>. وعلى غرار البنك الدولي ، تسعى سياسية بنك التنمية الآسيوي في المقام الأول ، إلى تجنب التشريد غير الطوعي ، أو التخفيف من آثاره إلى أدنى حد ممكن بضمنان تلقى الأشخاص المتأثرين للمساعدات لإعادة ظروف معيشتهم إلى المستويات التي كانت عليها قبل بدء تنفيذ المشروع<sup>(5)</sup>. وبدأ بنك التنمية للبلدان الأمريكية وضع مبادئ توجيهية عملية لإعادة التوطين غير الطوعية في عام 1991. وأحدث سياسة تنفيذية له هي سياسة OP-710 بشأن الترحيل غير الطوعي 1998 ، وهي تشبه تلك التي يطبقها البنك الدولي وبنك التنمية الآسيوي . ووضع التنمية الأفريقي في عام 1995 مبادئ توجيهية لعملية إعادة التوطين غير الطوعية ، تشبه كذلك المبادئ التوجيهية للبنك الدولي<sup>(6)</sup> .

(4)- *Ibid.*, p. 33

(5)- *Ibid.*33

(6) - الإعلان الأمريكي المقترح بشأن حقوق السكان الأصليين أقرته اللجنة الأمريكية لحقوق الإنسان في 26 فبراير 1997 في جلستها رقم 1333- الدورة العادية رقم 95 ، نص في المادة 18 : الأشكال التقليدية للملكية والبقاء الثقافي الحقوق في الأراضي والموارد:1- للسكان الأصليين الحق في الاعتراف القانوني بالأشكال والنماذج المعينة والمتنوعة لتنظيمهم وملكيتهم واستخدامهم وتمتعهم بأراضيهم وممتلكاتهم 2- للسكان الأصليين الحق في الاعتراف بممتلكاتهم وحقوق الملكية فيما يخص الأراضي والأقاليم والموارد التي شغلوها تاريخياً، بالإضافة إلى استغلال الأراضي التي كان من حقهم دخولها من أجل أنشطتهم التقليدية وسبل العيش. 3- (أ) مع مراعاة (2)3، متى نشأت حقوق الممتلكات والاستغلال عن الحقوق القائمة قبل تواجد تلك الدول، تعترف الدول بحقوق ملكية السكان الأصليين التي تتعلق بذلك كحقوق دائمة وتقتصر عليهم وغير قابلة للتحويل أو الانتزاع أو الإلغاء. (ب) لا يجوز تغيير حقوق الملكية المذكورة إلا بالموافقة المتبادلة بين الدولة والسكان الأصليين المعنيين إذا ما كانوا على علم وتقدير بطبيعة وصفات هذه الممتلكات. (ج) لا يفسر أي شيء في (1)3، على أنه يقيد حق السكان الأصليين في التملك داخل المجتمع وفقاً لعاداتهم وتقاليدهم وأعرافهم وممارساتهم التقليدية، ولا يؤثر ذلك على أي حقوق جماعية للممتلكات. 3- للسكان الأصليين الحق في أن يكون لديهم إطار قانوني فعال لحماية حقوقهم فيما يتعلق بالموارد الطبيعية في أراضيهم - بما في ذلك إمكانية استغلال وإدارة والحفاظ على تلك الموارد، وفيما يتعلق بالاستخدامات التقليدية لأراضيهم ومصالحهم في أراضيهم ومواردهم التي تستغل كمورد للرزق. 5- في حالة ما إذا كانت ملكية الثروات المعدنية أو الموارد الموجودة في باطن الأرض تخص الدولة، أو أن الدولة لها حقوق على موارد أخرى في تلك الأراضي، فإنه يتعين على الحكومات أن تتخذ الإجراءات بمشاركة السكان المعنيين في تحديد ما إذا كانت مصالح هؤلاء السكان سوف تتأثر بشكل غير ملائم ومدى هذا التأثير، وذلك قبل الشروع في وضع أي برنامج للتخطيط أو التنقيب عن الموارد القائمة في أراضيهم أو استغلالها، ويشارك السكان المعنيين في العائدات من هذه الأنشطة، ويتلقون تعويضاً على أساس لا يقل عن معيار القانون الدولي عن أي خسائر يتكبدونها نتيجة لمثل هذه الأنشطة. 6- ما لم تتطلب ذلك الظروف الاستثنائية في حالة المنفعة العامة،

وتعقيباً على ما سبق نرى أن ، نظرة القانون الدولي الضيقة التي تقوم على أساس القول: بأن قانون الأمم وحده، وليس قانون الشعوب أو الأفراد، ساهمت تكريس النهج الضيق الذي تتوخاه الدولة في تحقيق التنمية. ومفهوم التنمية يمكن ربطه بصورة مباشرة بتأكيد "السيادة الدائمة على الموارد الطبيعية"<sup>(1)</sup> وحقوق الدول في "واستغلال مواردها الطبيعية بحرية"<sup>(2)</sup>. وفي هذا الإطار، ومما له أهمية خاصة، تأكيد الدولة على أن لها حقوقاً كاملة على الموارد الموجودة تحت سطح الأرض. وكان لهذا الرأي العديد من النتائج الاجتماعية والاقتصادية والبيئية والثقافية المشؤومة. ويصدق ذلك، بوجه خاص، في حالة شعوب العالم الأصلية التي كانت حتى وقت قريب تفهم التنمية باعتبارها مفهوماً سلبياً جداً. وحدث قدر كبير من التطور الاقتصادي والصناعي الكبير بدون الاعتراف بحقوق الشعوب الأصلية المتعلقة بالأراضي والأقاليم والموارد واحترام تلك

لا تقوم الدول بنقل أو ترحيل السكان الأصليين وإعادة توطينهم في أماكن أخرى دون الموافقة العامة والحرّة الحقيقية والتي يقوم السكان الأصليون المعنويون بالإعلان عنها، ولكن في كافة الأحوال يتم ذلك بالتعويض المسبق وإعطاء أراض بديلة على الفور، والتي يتعين أن تكون ذات طبيعة مشابهة أو ذات جودة أفضل، ويكون لها نفس الوضع القانوني، وذلك مع ضمان حق العودة إذا لم تعد الأسباب التي أدت إلى إعادة التوطين قائمة. 7- للسكان الأصليين الحق في استرداد الأراضي والأقاليم والموارد التي كانوا يمتلكونها أو يشغلونها أو يستغلونها تاريخياً، والتي تكون قد تمت مصادرتها أو احتلالها أو استغلالها أو تدميرها، وعندما لا يكون الاسترداد ممكناً، يكون لهم الحق في التعويض على أساس لا يقل عن معيار القانون الدولي. 7- تتخذ الدول كافة الإجراءات - بما في ذلك استخدام آليات انفاذ القانون لتفادي ومنع والمعاقبة على أي انتهاك لهذه الأراضي أو التعدي عليها من قبل أشخاص ليس لهم الحق في حيازتها أو استغلالها، وتعطى الدول الأولوية القصوى لترسيم الحدود وتمييز الممتلكات والمناطق الخاصة باستخدام السكان الأصليين.

(1) - قرار الجمعية العام 1803 (د-17) المؤرخ في 14 كانون الأول/ديسمبر 1962 المعنون "السيادة الدائمة على الموارد الطبيعية".

(2) - قرار الجمعية العام 626 (د-7) المؤرخ في 21 كانون الأول/ديسمبر 1952 للمعنون "الحق في حرية استغلال الثروة والموارد الطبيعية".

الحقوق. وفُرضت التنمية الاقتصادية إلى حد كبير من الخارج، مع تجاهل كامل لحق الشعوب الأصلية في المشاركة في التحكم في التنمية وتنفيذها وفي فوائدها. واستمرت المنظمات غير الحكومية طيلة سنوات وما زالت تقول إن الشعوب الأصلية حُرمت من الكثير من أراضيها أو من جميعها وأن تلك الأراضي حُولت إلى استخدام تجاري أو إلى مشاريع تنمية<sup>(3)</sup>. وبالإضافة إلى ذلك، نُفذت بدون استشارة الشعوب المعنية مشاريع إنمائية

تهدف إلى إفادة الشعوب الأصلية أو تؤثر في هذه الشعوب. كما أُبلغ الفريق العامل بمشاريع وأنشطة إنمائية بدأت بمساعدة دولية وبدون مشاركة الشعوب الأصلية أو موافقتها أو استشارتها. والأمثلة تشمل مبادرات للدولة لبناء طرق وطرق سريعة بمساعدة مالية من مصرف التنمية للبلدان الأمريكية ودعم البنك الدولي لبناء سدود في الهند وفي أماكن أخرى. وتشمل مشاريع أخرى بناء سدود تستلزم إغراق أراضٍ وإنهاء الممارسات الاقتصادية الوطنية على نزع ملكية الأراضي من الشعوب الأصلية ولكنها تحول أيضاً الشعوب الأصلية إلى عمالة رخيصة الأجر للصناعة بسبب استغلال أراضي تلك الشعوب التي حرمتها تدهور البيئة وسائل كسب رزقها. وأبلغ أحد ممثلي الشعوب الأصلية الفريق العامل في دورته الثالثة عشرة

---

(3) - تقرير الفريق العامل المعني بالسكان الأصليين عن دورته السابعة (E/CN.4/Sub.2/1989/36). وفيما يتعلق بتطوير الطاقة الكهرومائية والشعوب الأصلية في بقاع تلال شيتاغونغ، انظر تقرير لجنة بقاع تلال شيتاغونغ، أيار/مايو 1991.

- see also Rajkumari Chandra Kalindi Roy, Land Rights of the Indigenous Peoples of the Chittagong Hill Tracts, Bangladesh IWGIA Document No. 99. Copenhagen 2000. pp.12-155

بموافقة برلمان وطني معين على عقد أبرم مع شركة لقطع الأشجار في مساحة تفوق مليون هكتار من غابات المناطق المطرية. وادعى الممثل بأن هذه الأنشطة ستدمر قدرة شعبه على العيش بطريقة تقليدية وسلمية. وشملت مسألة أخرى استرعى إليها أحد ممثلي الشعوب الأصلية من آسيا انتباه الفريق العامل في دورته الرابعة عشرة عملية تعدين لم تسفر عن تدهور البيئة فحسب وإنما أسفرت أيضاً عن حدوث شغب بين الشعوب الأصلية المتأثرة أدى بدوره إلى القتل والتعذيب على أيدي قوات الأمن<sup>(1)</sup>. وحتى في المناطق التي أسفر عنها النمو الاقتصادي إلى تحويل الأراضي إلى المجتمعات المحلية الأصلية، لم تتمكن هذه المجتمعات من التحكم تماماً في هذه التنمية. ومن الأمثلة المحددة، قانون تسوية مطالبات سكان الأسكا الأصليين لعام 1971 واتفاق خليج جيمس وكويك الشمالية لعام 1975. وتشمل أشكال إنمائية أخرى اقترنت بانتهاكات صارخة لحقوق الإنسان تعدين الذهب في إقليم يانوماي الهندي<sup>(2)</sup>.

#### ب- العولمة.

إن عملية التحرر والعولمة العالمية النطاق ، بما فيها السياسات التجارية والاستثمارية والمالية وسياسات الديون والخصخصة ، ساهمت في تزايد وتيرة المضاربة على الأراضي . وبالتالي فإن خصخصة خدمات الإسكان والخدمات المدنية حرمت الشعوب الأصلية من التمتع بحقوق الإنسان هذه.

---

(1) - تقرير الفريق العامل المعني بالسكان الأصليين (E/CN.4/Sub.2/1989/36; E/CN.4/Sub.2/1993/29).

(2) - UN\ E/CN.4/Sub.2/1999/18\3 June 1999.p.22

وذاآ الوقت آعآبر إآدى نآآج هآه الظاهرة آرآل الشعوب الأصلىة والمهمشآن وآشرآدهم<sup>(3)</sup>.

### آ- آالآ النزاعآ وما بعد آنآهآ النزاعآ .

إن من الأسباب الشآعة للإآلاء القسرى فى آالة النزاعآ وما بعد آنآهآ النزاعآ ، من قآبل آآآلال الأرض والمسكن لكسب النفوذ السآاسى ، وإساءة اسآآلال آنآام الأمن ، بما فى ذاك آنآام سآادة القانون الفعلآة ، وذلك من آل المكاسب الشآصآة. وآآآراً ما أسفرت آالآ النزاع هآه عن عملآآ نقل السكان وهدم بآوتهم لآوطآد دعآم السلطة السآاسآة وإرسآة الإآآلال لأسباب أمنآة . وآشمل الآالآ الهدم المنظم للآبوت والمبانى الآآارىة العآنآة إلى سكان آر آر مرغوب فىهم ، وقرى آر معآرف بها ، وإلى الآصوم السآاسآآن الخ<sup>(1)</sup>

### د- آالآ الإآلاء القسرى بوصفها عقوبة ، واسآآام القوة المفرآة.

آشمل عملآآ الإآلاء وهدم الآبوت كآشآل من أشكال العقاب على ما آزعم أنه دعم آقدمه للمآموعآة الإرهابآة ، واسآآام قوى الشرآة المآآآة بالسلاح لأآراض الإآلاء ، والآدمآر العشوائى وآر المبرر للآمنآة والآآآآآ إبان عملآآ الإآلاء. آنشأ عن هآه العملآة الأمآلة الآآآة والمستمرآة نمط من الممارسآة فىه اسآآام القوة على نحو عشوائى ومفرط أمراً شآعاً دون أى آآآار لمآموعة الآقوق الآى آآم آنآهاآها بذلك . بما فىهآ الآق فى السكن اللاآق. كما أن ذاك آفآقم الفقر وآضفى الصبآة المؤسسية

(3) -E/CN.4/2004/48/Add. 8 March 2004 P.11

(1) -E/CN.4/2004/48/Add. 8 March 2004 P.11

على الإفلات من العقاب من جانب أولئك المسؤولين عن انتهاكات حقوق الإنسان هذه. وبالتالي فإن هذه الممارسات تمس بالشرعية المحلية والخارجية للسلطات المسؤولة عن المدينين القصير والطويل على السواء<sup>(2)</sup>.

ثانياً: التزامات الدول تجاه الشعوب الأصلية لمنع عمليات الإبعاد .

الشيء الذي لا يمكن التغاضي عنه، أنه على الرغم من أن عمليات الإخلاء القسري يمكن تنفيذها أو إقرارها أو طلبها أو اقتراحها أو المبادرة بها ، أو السماح بها من قبل مجموعة من الجهات المختلفة، فإن الدول تتحمل الالتزام الرئيسي بتطبيق حقوق الإنسان والمعايير الإنسانية بغية ضمان احترام الحقوق المكرسة في معاهدات ملزمة وفي مبادئ عامة للقانون الدولي العام. غير أن ذلك لا يُعفي من كل المسؤولية أطرافاً أخرى تذكر من بينها مديري المشاريع والعاملين فيها والمؤسسات أو المنظمات الدولية المالية وغير المالية والشركات عبر الوطنية وغيرها من الشركات والأطراف الخاصة ومن ضمنها ملاك أو أصحاب الأراضي من الخواص<sup>(3)</sup>.

(2) E/CN.4/2004/48/Add. 8 March 2004 P.11-12

(3) - الأمم المتحدة ، الجمعية العامة ، مجلس حقوق الإنسان ، الدورة الرابعة ، البند ٢ من جدول الأعمال المؤقت ، تنفيذ قرار الجمعية العامة 60\251 المؤرخ آذار \مارس المعنون " مجلس حقوق الإنسان " تقرير المقرر الخاص المعني بالسكن اللائق كعنصر من عناصر الحق في مستوى معيشي مناسب ( ميلون كوثاري ) المرفق الأول : المبادئ الأساسية والمبادئ التوجيهية المتعلقة بعمليات الإخلاء والترحيل بدافع التنمية ، صادر 5 فبراير 2007 ، ص 16

- UN\A/HRC/4/18\5 February 2007\p.16

والجدير بلفت الانتباه ، أنه بموجب القانون الدولي ، تشمل التزامات الدول احترام وحماية وإنفاذ جميع حقوق الإنسان والحريات الأساسية. ويعني ذلك أنه يجب على الدول الامتناع عن انتهاك حقوق الإنسان داخل إقليمها وخارجه ؛ وأن تكفل عدم انتهاك حقوق الإنسان المتعلقة بأخرين من قبل أطراف أخرى داخل حدود ولايتها وتحت سيطرتها الفعلية ؛ وأن تقوم بخطوات وقائية وتصحيحية لنصرة حقوق الإنسان وتقديم المساعدة إلى من انتهكت حقوقهم . وتلك التزامات دائمة ومتوازية ولا توحى بأي ترتيب تدريجي للتدابير (1) .

ولقد ذكرنا - آنفاً - عند الحديث الحماية الدولية لحقهم في السكن اللائق - أن لكل شخص، وفقاً للقانون الدولي لحقوق الإنسان ، الحق في السكن اللائق بوصفه من مكونات الحق في مستوى معيشي لائق . ويشمل الحق في السكن اللائق، من بين جملة أمور أخرى، حق الشخص في الحماية من التدخل، على نحو تعسفي أو غير قانوني، في خصوصياته أو شؤون أسرته أو بيته وفي ضمان قانوني للحياة(2) . وطبقاً للقانون الدولي، يجب على الدول أن تكفل حماية الأشخاص من عمليات الإخلاء القسري وحق الإنسان في السكن اللائق وفي ضمان الحياة دون تمييز بأي شكل من الأشكال على أساس العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو المعتقد أو الرأي السياسي أو غيره من الآراء أو الأصل الوطني أو العرقي أو الاجتماعي أو الوضع القانوني أو الاجتماعي أو على أساس السن أو

(1) - المرجع السابق ، ص 16 .

(2) - المرجع السابق ، ص 16 .

الإعاقة أو الملكية أو الميلاد أو أي وضع آخر (3). والجدير بالإضافة أنه لجميع الأشخاص والمجموعات والمجتمعات المحلية على الأخص الشعوب الأصلية الحق في إعادة التوطين، ويشمل هذا الحق في أرض بديلة تفوق أو تضاهي من حيث نوعيتها تلك التي أخذت منهم وفي سكن يجب أن تتوافر فيه معايير اللياقة التالية: سهولة الوصول إليه والقدرة على تحمل تكلفته وصلاحيته للسكن وضمان حيازته وملاءمته من الناحية الثقافية وصلاحيته للإيجار وتيسر الخدمات الأساسية كالصحة والتعليم(4). ويتعين على الدول أن تكفل توفر سبل انتصاف قانونية، أو سبل انتصاف أخرى، ملائمة وفعالة لأي شخص يدعي أنه تم انتهاك حقه في الحماية من الإخلاء القسري أو أنه مهدد بالتعرض لذلك الانتهاك. ويجب على الدول الامتناع عن استحداث أية تدابير تراجعية عمداً فيما يتعلق بالحماية، بحكم القانون أو بحكم الواقع، من عمليات الإخلاء القسري. ويتعين على الدول أن تعترف بأن حظر عمليات الإخلاء القسري يشمل الترحيل التعسفي الذي يؤدي إلى تغيير التركيبة العرقية أو الدينية أو العنصرية للسكان المعنيين. وعلى الدول أن تصوغ وتنفذ سياساتها وأنشطتها الدولية متقيدة بالتزاماتها المتعلقة بحقوق الإنسان بما في ذلك عن طريق السعي إلى الحصول على المساعدة الإنمائية الدولية وتوفير تلك المساعدة على السواء(1).

---

(3) -UN\A/HRC/4/18\5 February 2007\p.16

(4) - راجع التعليق العام رقم ٤ بشأن الحق في السكن اللائق الذي اعتمدهت اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في عام ١٩٩١

(1) -UN\A/HRC/4/18\5 February 2007\p.16



على الدول أن تضمن عدم حصول عمليات الإخلاء إلا في ظروف استثنائية . ويلزم أن يكون لتلك العمليات مبرر كامل نظراً لأثرها الوخيم على طائفة واسعة من حقوق الإنسان المعترف بها دولياً . وكل عملية إخلاء يجب أن تتم بإذن قانوني ؛ أن تُنفَّذ وفقاً لمقتضيات القانون الدولي لحقوق الإنسان؛ أن يُضطلع بها لغرض وحيد وهو تعزيز الرفاه العام (2)؛ أن تكون معقولة ومتناسبة ؛ أن تكون منظمة من أجل ضمان تعويض ورد اعتبار تامين وعادلين ؛ و أن تُنفَّذ وفقاً لهذه المبادئ التوجيهية . وتسري الحماية التي توفرها هذه المتطلبات الإجرائية على جميع الأشخاص الضعفاء والمجموعات المتضررة بصرف النظر عما إذا كانوا حائزين على سند ملكية بيوتهم وممتلكاتهم بموجب القانون المحلي (3) ويتعين على الدول أن تعتمد تدابير تشريعية وسياساتية تحظر تنفيذ عمليات الإخلاء التي تخل بالتزاماتها الدولية في مجال حقوق الإنسان . وينبغي للدول أن تمتنع إلى أقصى حد ممكن عن أن تطالب بمنزل أو بأرض أو تصدرهما خاصة عندما لا يسهم هذا العمل في التمتع بحقوق الإنسان . فعلى سبيل المثال، يمكن اعتبار عملية إخلاء مبررةً إن هي تضمنت اتخاذ تدابير للإصلاح الزراعي أو لإعادة توزيع الأراضي خصوصاً إذا كان ذلك لفائدة الأشخاص أو المجتمعات أو المجتمعات المحلية من الضعفاء أو المحرومين أو الشعوب الأصلية . وينبغي للدول أن تطبق العقوبات المدنية أو الجنائية المناسبة على كل شخص أو كيان عام أو خاص يقع ضمن ولايتها يقوم

(2) - في هذه المبادئ التوجيهية ، يُقصد بتعزيز الرفاه العام الخطوات التي تتخذها الدول طبقاً لالتزاماتها الدولية في مجال حقوق الإنسان، لا سيما ضرورة ضمان حقوق الإنسان المكفولة لأضعف الفئات من الناس.

(3) - المرجع السابق.

بعمليات إخلاء على نحو لا يتفق تماماً مع القانون المعمول به ومع المعايير الدولية لحقوق الإنسان. ويجب على الدول أن تضمن توفر سبل الانتصاف الكافية والفعلية المناسبة، قانونيةً كانت أو غير ذلك، لكل من يخضع لعمليات الإخلاء القسري أو يظل عرضةً لها أو يدافع عن نفسه ضدها. ويتعين على الدول أن تتخذ خطوات، في حدود الموارد المتاحة لها، بغية ضمان المساواة بين الجميع في التمتع بالحق في السكن اللائق<sup>(4)</sup>.

والتزام الدول باعتماد تدابير قانونية وسياساتية مناسبة لضمان حماية الأشخاص والمجتمعات والمجتمعات المحلية، وعلى الأخص الشعوب الأصلية من عمليات الإخلاء التي تتنافى والمعايير الدولية القائمة لحقوق الإنسان هو التزام فوري<sup>(1)</sup>. ومن أجل ضمان عدم إضرار أي نوع من أنواع التمييز، بنص قانوني أو غيره، بالتمتع بحق الإنسان في السكن اللائق، ينبغي للدول أن تجري استعراضات شاملة للتشريعات والسياسات الوطنية ذات الصلة بغية ضمان توافقتها مع أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان. وينبغي أيضاً أن تضمن هذه الاستعراضات الشاملة التشريعات والقوانين والسياسات القائمة على الخصخصة والخدمات العامة والميراث

(4) - في هذه المبادئ التوجيهية، يُقصد بتعزيز الرفاه العام الخطوات التي تتخذها الدول طبقاً لالتزاماتها الدولية في مجال حقوق الإنسان، لا سيما ضرورة ضمان حقوق الإنسان المكفولة لأضعف الفئات من الناس.

(1) - انظر التعليق العام رقم ٣ بشأن طبيعة التزامات الدول الأطراف، الذي اعتمده اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في عام ١٩٩٠

والممارسات الثقافية حتى لا تؤدي إلى عمليات إخلاء قسري أو تسهّل إجراء هذه العمليات<sup>(2)</sup>.

والحقيق بالإحقاق أنه من أجل ضمان أقصى درجة من الحماية القانونية الفعلية من ممارسة عمليات الإخلاء القسري لجميع الأشخاص الموجودين ضمن ولايتها، ينبغي للدول اتخاذ تدابير فورية الغاية منها منح ضمان حيازة قانوني لجميع الأشخاص والأسر المعيشية والمجتمعات المحلية التي تعوزها تلك الحماية في الوقت الحاضر بما في ذلك جميع من لا يملكون سندات رسمية تثبت ملكية البيت والأرض. وينبغي للدول أن تضمن إدراج معايير حقوق الإنسان الملزمة في علاقاتها الدولية، بما في ذلك من خلال التجارة والاستثمار والمساعدة الإنمائية والمشاركة في المحافل والمنظمات المتعددة الأطراف. وينبغي للدول أن تنفذ التزاماتها في مجال حقوق الإنسان فيما يتعلق بالتعاون الدولي<sup>(3)</sup>، سواء كانت مانحة أم مستفيدة. كما ينبغي لها أن تضمن امتناع المنظمات الدولية التي هي ممثلة فيها عن رعاية أو تنفيذ أي مشروع أو برنامج قد يشتمل، أو أي سياسة قد تشتمل، على عمليات إخلاء قسري، أي عمليات لا تتفق تماماً مع القانون الدولي<sup>(4)</sup> والخليق بالذكر هنا، الإشارة إلى مسألة جبر الضرر (التعويض)؛ لأنه

(2) - انظر المبادئ التوجيهية بشأن السكن والتمييز الواردة في التقرير المقدم في عام ٢٠٠٢ من المقرر الخاص للجنة حقوق الإنسان المعني بالحق في السكن اللائق بوصفه عنصرًا من عناصر الحق في مستوى معيشي ملائم

(3) - وفقاً لما هو منصوص عليه في المادة ٢٢ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والمادتان ٥٥ و ٥٦ من ميثاق الأمم المتحدة، والفقرة ١ من المادة ٢ والمواد ١١ و ١٥ و ٢٢ و ٢٣ من ال عهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والفقرة ٤ من المادة ٢٣ والفقرة ٣ من المادة ٢٨ من اتفاقية حقوق الطفل.

(4)-UN\A/HRC/4/18\5 February 2007\p.16

عندما لا يكون هناك مناص من تنفيذ الإخلاء، وتدعو الضرورة إليه من أجل تعزيز الرفاه العام، يجب على الدولة أن تقدم أو تؤمن تعويضاً عادلاً ومنصفاً عن أية خسارة تنجم عنه في الممتلكات أو الأمتعة الشخصية، عقارية أو غير عقارية، بما في ذلك الحقوق أو المنافع المرتبطة بالممتلكات. وينبغي تقديم تعويض عن أية خسارة قابلة للتقييم من منظور اقتصادي بما يتلاءم ويتناسب مع جسامته الانتهاك والظروف المحيطة بكل حالة، كالخسارة في الأرواح أو الأعضاء أو الضرر الجسدي أو العقلي أو ضياع الفرص بما في ذلك فرص العمل والتعليم والمزايا الاجتماعية؛ والأضرار المادية وضياع المكاسب بما في ذلك ضياع احتمال المكسب؛ والضرر المعنوي؛ والنفقات الضرورية للحصول على المساعدة القانونية أو مساعدة ذوي الخبرة والأدوية والخدمات الطبية والخدمات النفسية والاجتماعية. وينبغي ألا يحل التعويض النقدي، بأي حال من الأحوال، محل التعويض العيني في شكل أرض أو موارد مشتركة الملكية. وفي حال مصادرة الأرض، ينبغي تعويض من تعرض للإخلاء بأرض تضاهيها أو تفوقها من حيث النوعية والمساحة والقيمة<sup>(1)</sup>، (حالة شعب النوبة في مصر).

وينبغي أن يكون لجميع من تعرضوا للإخلاء، بصرف النظر عما كانوا يملكون سندا يثبت ملكيتهم أم لا، الحق في التعويض عن الخسارة وفي إنقاذ ونقل ممتلكاتهم المتضررة، بما في ذلك التعويض عن مسكنهم الأصلي وعن الأرض التي فقدت أو تضررت خلال تلك العملية. ويجب أن يتيح

---

(1)-UN\A/HRC/4/18\5 February 2007\p.25

النظر في ظروف كل حالة على حدة تقديم تعويض عن الخسائر المتعلقة بالملكية غير الرسمية مثل المساكن في الأحياء الفقيرة<sup>(2)</sup> نادراً ما تسمح الظروف المحيطة بعمليات الإخلاء القسري بإرجاع الممتلكات إلى أصحابها وعودتهم إليها. غير أنه ينبغي للدول، كلما سمحت الظروف بذلك، أن ترتب حسب الأولوية هذين الحقين المكفولين لجميع الأشخاص أو المجموعات أو المجتمعات المحلية التي تعرضت للإخلاء القسري. على أنه يجب ألا يُكره الأشخاص والمجموعات والمجتمعات المحلية على العودة إلى مساكنهم أو أراضيهم أو أماكنهم الأصلية ما لم يرغبوا في ذلك<sup>(3)</sup>. وعندما تكون هناك إمكانية للعودة أو عندما لا تكون إعادة التوطين الملائمة متاحة ينبغي للسلطات المختصة أن توفر الظروف وتتيح الوسائل، بما فيها الوسائل المالية، من أجل العودة الطوعية في أمن وأمان وبكرامة إلى البيوت وإلى أماكن الإقامة المعتادة. وينبغي للسلطات المسؤولة أن تيسر إعادة إدماج الأشخاص العائدين، وأن تبذل الجهود لضمان مشاركة المتضررين، أشخاصاً كانوا أم مجموعات أم مجتمعات محلية، مشاركة كاملة في تخطيط عمليات العودة وفي إدارتها<sup>(4)</sup>. ومن واجب ومسئولية السلطات المختصة مساعدة الأشخاص العائدين والمجموعات والمجتمعات المحلية (الشعوب الأصلية) العائدة على أن يسترجعوا أكبر قدر ممكن من الممتلكات والأمتعة التي كانوا قد تركوها وراءهم أو التي سُلبت منهم عند الإخلاء. وعندما تستحيل العودة إلى مكان الإقامة واستعادة الممتلكات والأمتعة، يجب على السلطات المختصة أن تقدم

(2)-UN\A/HRC/4/18\5 February 2007\p.25

(3)-UN\A/HRC/4/18\5 February 2007\p.26

(4)-UN\A/HRC/4/18\5 February 2007\p.26

إلى ضحايا الإخلاء القسري تعويضًا مناسبًا أو شكلاً آخر من أشكال الجبر العادل أو أن تساعدهم في الحصول عليه<sup>(1)</sup>.

**والحقيق بالتأكيد** أنه من حيث الجوهر، فإن التزامات الدول الأطراف في العهد فيما يتعلق بحالات إخلاء المساكن بالإكراه تستند إلى أحكام المادة (1-11)، مقترنة بأحكام أخرى ذات صلة. وعلى وجه الخصوص، فإن المادة (1-2) تلزم الدول باستخدام "جميع السبل المناسبة" في سبيل تعزيز الحق في سكن ملائم. غير أنه، نظراً لطبيعة ممارسة عمليات إخلاء المساكن بالإكراه، فإن الإشارة في المادة (1-2) إلى التمتع التدريجي بالحقوق بناء على الموارد المتاحة، هي إشارة لا تكون ذات صلة بالموضوع إلا في حالات نادرة. ولا بد للدولة نفسها من أن تمتنع عن القيام بعمليات إخلاء المساكن بالإكراه وأن تكفل تطبيق أحكام القانون على موظفيها أو على أطراف ثالثة تمارس هذه العمليات<sup>(2)</sup>. وعلاوة على ذلك، فإن هذا النهج تعززه المادة 1-17 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، التي تكمل الحق في عدم الإخلاء بالإكراه دون حماية وافية. فهذه المادة تعترف بجملة أمور، منها حق الإنسان في الحماية من التعرض على نحو تعسفي أو غير قانوني، لتدخل في بيته. ويلاحظ أن التزام الدولة في ضمان احترام هذا الحق ليس مشروطاً باعتبارات متصلة بمواردها المتاحة<sup>(3)</sup>. إن

---

(1)-UN/A/HRC/4/18\5 February 2007\p.26

(2) - راجع المادة (1-2) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

(3) - راجع المادة (1-17) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية

المادة (12) من العهد تقتضي من الدول الأطراف استخدام "جميع السبل المناسبة"، بما فيها اعتماد تدابير تشريعية، لتعزيز جميع الحقوق التي يحميها العهد. ومع أن اللجنة قد بينت في تعليقها العام 3(1990) أن هذه التدابير قد لا تكون لازمة في ما يتعلق بجميع الحقوق، فمن الواضح أن سن تشريعات تحظر عمليات إخلاء المساكن بالإكراه هو أساس جوهري يجب أن يقوم عليه أي نظام حماية فعال<sup>(4)</sup>. وينبغي أن يشمل هذا التشريع تدابير (أ) توفر لشاغلي المساكن والأراضي أكبر قدر ممكن من الضمان لشغلها، و(ب) تتفق مع أحكام العهد، و(ج) يكون الغرض منها المراقبة الدقيقة للظروف التي قد تجري في ظلها عمليات الإخلاء. كما يجب أن ينطبق التشريع على جميع الموظفين الخاضعين لسلطة الدولة والمساءلين أمامها. وعلو على ذلك، فنظرا للاتجاه السائد بشكل متزايد في بعض الدول نحو التقليل كثيرا من مسؤوليات الحكومات في قطاع الإسكان، يجب على الدول الأطراف أن تكفل جعل التدابير التشريعية وغيرها من التدابير وافية للحيلولة دون عمليات الإخلاء بالإكراه، وللمعاقبة، عند الاقتضاء على هذه العمليات التي يقوم بها أفراد بصفقتهم الشخصية أو تقوم بها هيئات دون تقديم ضمانات مناسبة. لذلك ينبغي للدول الأطراف استعراض التشريعات والسياسات ذات الصلة كيما تضمن توافقها مع الالتزامات الناشئة عن الحق في السكن الملائم، كما ينبغي لها إلغاء أو تعديل أية تشريعات أو سياسات تكون متعارضة مع متطلبات العهد<sup>(1)</sup>. وبينما قد يكون هناك ما يبرر بعض حالات الإخلاء، كما هو الأمر في حالة الاستمرار في عدم دفع الأيجار أو إلحاق

(4) - اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في تعليقها العام 3(1990)

(1) - اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في تعليقها العام 3(1990)

ضرر بالممتلكات المستأجرة دون سبب وجيه، يتحتم على السلطات المعنية أن تكفل أن يجري الإخلاء على النحو الذي يجيزه القانون الذي يكون متفقاً مع أحكام العهد، وأن تكون جميع سبل الانتصاف والتعويضات القانونية متاحة للمتضررين<sup>(2)</sup>. إن عمليات الإخلاء بالإكراه وتدمير المنازل، بوصفها تدابير عقابية، تتعارض أيضاً مع قواعد العهد. وكذلك، تحيط اللجنة علماً بالالتزامات الواردة في اتفاقيتي جنيف لعام 1949 والبروتوكولين الملحقين بهما لعام 1977 فيما يتعلق بحظر تهجير السكان المدنيين وتدمير الممتلكات الخاصة، من حيث صلة هذه الالتزامات بممارسة الإخلاء بالإكراه<sup>(3)</sup>.

وتكفل الدول الأطراف، قبل القيام بأية عمليات إخلاء، وخاصة ما يتعلق منها بجماعات كبيرة، أن يتم استكشاف جميع البدائل المجدية بالتشاور مع المتضررين، بغية الحلولة دون ضرورة استخدام القوة، أو على الأقل، بغية التقليل من هذه الضرورة إلى أدنى حد. وينبغي توفير سبل الانتصاف أو الإجراءات القانونية للمتأثرين بأوامر الإخلاء. وعلى الدول الأطراف أيضاً أن تكفل للأفراد المعنيين كافة الحق في التعويض الكافي عن أية ممتلكات تتأثر من جراء ذلك، شخصية كانت أم عقارية. ومن الجدير بالإشارة في هذا الصدد إلى المادة (2-3) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، التي تقتضي من الدول الأطراف أن تكفل توفير "سبيل فعال

(2) - اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في تعليقها العام 3(1990)

(3) - راجع اتفاقيتي جنيف لعام 1949 والبروتوكولين الملحقين بهما لعام 1977.



للتظلم "للأشخاص الذين انتهكت حقوقهم وبأن تكفل قيام" السلطات المختصة  
بإنفاذ الأحكام الصادرة لصالح المتظلمين(4)".

وأخيراً وتعقيباً على ما سبق أنه الحالات التي يعتبر فيها أن للإخلاء ما  
ببره، فينبغي أن يجرى هذا الإخلاء مع الأمتثال الدقيق للأحكام ذات الصلة  
من القانون الدولي لحقوق الإنسان ووفقاً للمبادئ العامة المراعية  
للمعقولية والتناسب. ومن المناسب بوجه خاص في هذا الشأن الإشارة إلى  
التعليق العام 16 للجنة المعنية بحقوق الإنسان المتعلق بالمادة 17 من العهد  
الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، التي لا تجيز التدخل في بيت أي  
شخص إلا "في الحالات التي ينص عليها القانون". ولاحظت اللجنة أن  
القانون ينبغي أن يكون "موافقاً لأحكام العهد ومراعيه وأهدافه وأن يكون،  
في جميع الحالات، معقولاً بالنسبة للظروف المعينة التي يحدث فيها". كما  
بينت اللجنة أنه "يجب أن يحدد التشريع ذو الصلة بالتفصيل الظروف  
المحددة التي يجوز السماح فيها بهذا التدخل(1)".

إن الحماية الإجرائية المناسبة وقواعد الإجراءات القانونية هي جوانب  
جوهرية من حقوق الإنسان كافة، إلا أنها مناسبة بوجه خاص فيما يتعلق

---

(4) - راجع المادة (2-3) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية

(1) - راجع التعليق العام 16 للجنة المعنية بحقوق الإنسان المتعلق بالمادة 17 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية

والسياسية

بمسألة مثل عمليات الإخلاء بالإكراه، وهي مسألة يتم فيها التذرع مباشرة بعدد كبير من الحقوق المعترف بها في كلا العهدين الدوليين الخاصين بحقوق الإنسان. وترى اللجنة أن سبل الحماية الإجرائية التي ينبغي تطبيقها فيما يتعلق بعمليات الإخلاء بالإكراه تشمل: (أ) إتاحة فرصة للتشاور الحقيقي مع المتضررين؛ (ب) إشعار المتضررين كافة بشكل وافٍ ومناسب قبل الموعد المقرر للإخلاء؛ (ج) الإحاطة علماً بعمليات الإخلاء المقترحة، وعند الاقتضاء، بالغرض البديل المقرر استخدام الأرض أو المسكن من أجله، على أن تتاح هذه المعلومات لجميع المتضررين في الوقت المناسب؛ (د) حضور موظفين حكوميين أو ممثلين عنهم أثناء الإخلاء، وخاصة عندما يتعلق الأمر بجماعات من الناس؛ (هـ) التعيين الصحيح لهوية جميع الأشخاص الذين يتولون القيام بعملية الإخلاء؛ (و) عدم القيام بالإخلاء عند سوء الأحوال الجوية بشكل خاص أو أثناء الليل، ما لم يوافق المتضررون على غير ذلك؛ (ز) توفير سبل الانتصاف القانونية؛ (ح) توفير المعونة القانونية، عند الإمكان، لمن يكونون بحاجة إليها من أجل التظلم لدى المحاكم<sup>(2)</sup>. وينبغي ألا تسفر عمليات الإخلاء عن تشريد الأفراد أو تعرضهم لانتهاك حقوق أخرى من حقوق الإنسان. وفي حال عجز المتضررين عن تأييد احتياجاتهم بأنفسهم، على الدولة الطرف أن تتخذ كل التدابير المناسبة، بأقصى ما هو متاح لها من موارد، لضمان توفير مسكن بديل ملائم لهم، أو إعادة توطينهم أو إتاحة أراضٍ منتجة لهم، حسب الحالة.

(2) - المرجع السابق .

وأخيراً يبقى الالتزام العام ، الذى يقع على عاتق المجتمع الدولي بتعزيز وحماية وإعمال حق الإنسان في السكن وحقه في الأرض وحقه في الملكية وينبغي للمؤسسات والوكالات الدولية المالية والتجارية والإنمائية وغيرها من المؤسسات والوكالات ذات الصلة، بما في ذلك الدول الأعضاء أو الدول المانحة التي تملك حق التصويت في تلك الهيئات، أن تضع في اعتبارها تماماً حظر عمليات الإخلاء القسري بموجب القانون الدولي لحقوق الإنسان والمعايير ذات الصلة. وينبغي للمنظمات الدولية أن تنشئ أو تنضم إلى آليات لتقديم الشكاوى بخصوص حالات الإخلاء القسري التي تنتج عن ممارساتها وسياساتها هي . وينبغي أن تتاح للضحايا سبل انتصاف قانونية متوافقة مع تلك المنصوص عليها في هذه المبادئ التوجيهية. ويجب على الشركات عبر الوطنية وغيرها من المؤسسات التجارية احترام حق الإنسان في السكن اللائق، بما في ذلك حظر عمليات الإخلاء القسري، كل منها في مجال نشاطها وضمن نطاق تأثيرها<sup>(1)</sup>.

وفذلكه ما سبق نسوق ثمة قضية فردية تم بحثها من جانب لجنة التعذيب تتعلق بطرد السكان وهدم البيوت في مستوطنة للعجور في الجبل الأسود (هاجيزي ديزيميل وأخرون ضد صربيا والجبل الأسود) . وكان عدد الذين رفعوا هذه الشكاوى 65 شخصاً كلهم من أصل عجورى وكانوا عندئذ من مواطنى جمهورية يوغلاسلافيا الاتحادية ، حيث يدعون أنه تم انتهاك الفقرة الأولى من المادة الثانية ، والمواد ( 1 ، 12 ، 13 ، 14 ) ، والفقرة الأولى من المادة (16) من اتفاقية مناهضة التعذيب وغير ذلك من أشكال المعاملة أو

---

(1)- UN\A/HRC/4/18\5 February 2007\p.27

العقوبة اللاإنسانية أو المهينة<sup>(2)</sup>. وتم تدمير مستوطنة العجر هذه على يد عدد كبير من الناس يضم عدة مئات من غير العجر ، قاموا برشق الحجارة وغيرها من الأشياء ، حيث حطموا في البداية نوافذ السيارات والبيوت الخاصة بالعجر ثم أضرموا النار فيها . وأتلف الجمهور أيضا أكوام التبن وأضرم النار فيها وفي الآليات الزراعية وغيرها من الآليات وفي أكواخ علف الحيوانات ، والاستطبالات ، علاوة على أشياء وأمتعته أخرى تخص العجر ، واستخدموا في ذلك المتفجرات أيضاً ، ويدعى بأن رجال الشرطة كانوا حاضرين في ذلك الموقع لكنهم لم يتدخلوا أو يقوموا بواجباتهم القانونية. وتوصلت اللجنة إلى استنتاج مفاده أن هذه الحادثة تشكل انتهاكاً من جانب الدولة للمادة (16) من الاتفاقية ، أي أنها اعتبرت هذه الحوادث معاملة قاسية أو لا إنسانية أو مهينة<sup>(3)</sup> .

وفي الختام هذا المقام نشير إلى القول الفصل المذكور في المادة (17\1\د) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ، التي اعتبرت أن ترحيل السكان أو النقل القسري للسكان الذي يشكل جريمة ضد الإنسانية. وجاء مفادها على النحو التالي :

---

(2) - راجع المواد (1 ، 12 ، 13 ، 14 ) ، والفقرة الأولى من المادة (16) من اتفاقية مناهضة

التعذيب

Communication No. 161/2000: Yugoslavia, CAT/C/29/D/161/2000, 2

(3) - December 2002.

- 1 - أن يرحل المتهم<sup>(1)</sup> أو ينقل قسراً<sup>(2)</sup> شخصاً أو أكثر إلى دولة أخرى أو مكان آخر بالطرْد أو بأي فعل قسري آخر لأسباب لا يقرها القانون الدولي.
- 2- أن يكون الشخص أو الأشخاص المعنيون موجودين بصفة مشروعة في المنطقة التي أبعدها أو نُقلوا منها على هذا النحو. 3 - أن يكون مرتكب الجريمة على علم بالظروف الواقعية التي تثبت مشروعية هذا الوجود. 4 - أن يرتكب هذا السلوك كجزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد سكان مدنيين. 5 - أن يعلم مرتكب الجريمة بأن السلوك جزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد سكان مدنيين أو أن ينوي أن يكون هذا السلوك جزءاً من ذلك الهجوم<sup>(3)</sup>.

## المطلب الثاني

### جريمة الإبادة الجماعية

نستهل هذا المقام بالقول : إذا كانت الخمر أم الكبائر في الشريعة الإسلامية ، فإن جريمة الإبادة الجماعية هي أم الجرائم في القانون الدولي . فالتاريخ الإنساني لم يكن يوماً مجرد صفحة بيضاء ناصعة كما يريد البعض له أن يكون فالواقع يثبت بأن هنالك وجهاً ثانيًا لهذه العملة وهو أسود قاتم. وعليه

(1) - مصطلح "قسراً" لا يشير على وجه الحصر إلى القوة المادية وإنما قد يشمل التهديد باستخدامها أو القسر الناشئ، مثلاً عن الخوف من العنف والإكراه والاحتجاز والاضطهاد النفسي وإساءة استخدام السلطة ضد الشخص المعني أو الأشخاص أو أي شخص آخر أو استغلال بيئة قسرية.

(2) - ترادف عبارة "الترحيل أو النقل القسري": (transferred Deported or forcibly) عبارة "التهجير القسري" (forcibly displaced).

(3) - أركان المجرم المحكمة الجنائية الدولية اعتمدت من قبل جمعية الدول الأطراف في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في دورتها الأولى المنعقدة في نيويورك خلال الفترة من 3 إلى 10 أيلول/سبتمبر 2002 .

أضحى من المهام الصعبة تحديد ما إذا كان هناك خطر إبادة جماعية في وقت مبكر بما فيه الكفاية لمنع تلك الإبادة، والإبادة قد تكون إبادة مادية وإبادة معنوية ، فالإبادة المادية معلومة ،فأما الإبادة المعنوية ،هى الاستئصال المعنوي كالاعتداء النفسى أو إخضاع لظروف معيشية معينة ، أو نقل الصغار قسراً من جماعة الأخرى تختلف في اللغة والعادات والتقاليد عن جماعتها الأولى(4). كما تتمثل في تحريم اللغة الوطنية والاعتداء على الثقافة القومية(5). ويذكر ( Tove Skutnabb-Kangas and Robert Dunbar): أن من الأساليب التى تستخدمها الدول للإبادة المعنوية التعليم الاختزالي يؤدي في كثير من الأحيان للغاية في تدهور وحتى فقدان الكفاءة في اللغة الأم وكذلك عدم كفاية اكتساب اللغة السائدة، مع عواقب وخيمة على أطفال الشعوب الأصيلة. وهذا يساهم في تحول اللغة، وبالتالي إلى اختفاء التنوع اللغوي في العالم(1).

### وعلى أية حال وشاكلة وكيفية علينا أن نطرح التساؤلات التالية لفهم مدرك للجريمة الإبادة الجماعية :

(4) - محمد سليم محمد غزوي - جريمة إبادة الجنس البشرى - ط 2 - مؤسسة شباب الجامعة - 1982 ص 91

(5) - د / طارق أحمد الوليد - منع جريمة إبادة الجنس البشرى والمعاقبة عليها في القانون الدولي الجنائي - ط 1 - دار النهضة العربية سنة 2010 ص 27 .

-Tove Skutnabb-Kangas and Robert Dunbar: Indigenous Children's Education Genocide and a Crime Against Humanity? A Global View , <sup>(1)</sup>as Linguistic Gáldu, Resource Centre for the Rights of Indigenous Peoples,fund at.pp.1-8 or <http://www.galdu.org>

يتعلق التساؤل الأول بما إذا كانت توجد مجموعة/مجموعات قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية في حد ذاتها وهو شرط مسبق لإمكانية حدوث إبادة جماعية - وما إذا كانت المجموعة أو المجموعة معرضة للإبادة الجماعية، وبأسباب ذلك، في صورة الرد بالإيجاب.

أما التساؤل الثاني، فهو ما إذا كانت هناك حالات تمييز سابقة أو متواصلة و/ أو غيرها من انتهاكات حقوق الإنسان تستهدف المجموعة . فالفهم الدقيق لحالة حقوق الإنسان لمجموعة من السكان سابقاً وحاضراً يفيد في تحديد الخطر الذي تواجهه المجموعة وحالتها الراهنة . كما يشير إلى أنواع الإصلاحات الهيكلية لحقوق الإنسان الواجب الاضطلاع بها للحد من خطر الإبادة الجماعية.

وينظر التساؤل الثالث في الظروف التي تؤثر سلباً في القدرة المتاحة محلياً في مجال منع الإبادة الجماعية . ويتطلب التحليل النظر في الأطر الهيكلية و المؤسسية القائمة في البلد - بما فيها التشريعات المحلية، وسلطة قضائية مستقلة وقوة شرطة فعالة - لحماية السكان من الإبادة الجماعية، وفي نطاق الحماية التي توفرها القدرة المتاحة محلياً للمجموعات الضعيفة . كما يراعي التحليل عوامل مثل الأمية أو العزل الجغرافي التي تجعل من الصعب على فئة سكانية ضعيفة لاستفادة من القدرة المتاحة محلياً في مجال الحماية . وبالتالي فإن تناول أوجه الضعف هذه عن طريق اتخاذ

تدابير للتصدي للإفلات من العقاب وتعزيز السلطة القضائية وإنفاذ القانون  
تمثل عناصر أساسية لمنع الإبادة الجماعية.

و التساؤل الرابع هو ما إذا كانت أطراف مسلحة فاعلة تختار مقاتليها من  
مجموعة سكانية مستضعفة بوجه أخرى من السكان أو القوات المسلحة، أو  
تسعى للحصول على الغذاء والملجأ والمال من داخل المجتمع المحلي،  
وأحياناً باللجوء إلى القوة . وفي حالات عديدة سابقة، مثل وجود الأطراف  
الفاعلة المسلحة هذه حافزاً وذريعة لانتهاكات حقوق الإنسان، بما فيها  
عمليات القتل، والإيقاف التعسفي والتمييز ضد السكان المدنيين الذين تدّعي  
الأطراف المسلحة الفاعلة أنها تمثلهم. ويشكل نمط أولي لانتهاكات من هذا  
القبيل نذيراً بإبادة جماعية في حين يمثل عكس هذا الاتجاه خطوة هامة  
لأغراض

منع الإبادة الجماعية.<sup>(1)</sup>

ويتعلق التساؤل الخامس بوجود حافز سياسي أو اقتصادي واضح يدفع  
بالزعماء السياسيين في الدولة أو المنطقة إلى تشجيع الانقسامات في أوساط  
المجموعات القومية أو الإثنية أو العرقية أو الدينية . وفي حالات سابقة  
تتعلق بإبادة جماعية مؤكدة أو مشتبه فيها ، كانت هناك حوافز سياسية أو

---

(1) الأمم المتحدة ، الجمعية العامة ، مجلس حقوق الإنسان ، مجلس حقوق الإنسان، الدورة العاشرة ، التقرير السنوي  
لمفوض الأمم المتحدة السامي لحقوق الإنسان ، وتقارير المفوضية السامية والأمين العام ، جهود منظومة الأمم المتحدة  
الرامية إلى منع الإبادة الجماعية وأنشطة المستشار الخاص للأمين العام المعني بمنع الإبادة الجماعية تقرير الأمين العام  
، صادر 18 فبراير 2009 ، ص 5-7



اقتصادية لاستهداف مجموعة من السكان، شكلت قوة دافعة لمنظري الإبادة الجماعية ومنظميها . وينطبق ذلك، على سبيل المثال، في الحالات التي يكون فيها كسب ثقة الناخبين باستخدام سياسات عنصرية تُفرّق بين مختلف المجموعات السكانية عاملاً من العوامل المُيسِّرة أو الحاسمة لوصول حزب سياسي إلى السلطة والحفاظ عليها . ومن المهم تحديد الحالات التي توجد فيها هذه الحوافز لمنع الإبادة الجماعية<sup>(1)</sup>.

و التساؤل السادس هو ما إذا كانت تُرتكب بالفعل انتهاكات لحقوق الإنسان يمكن أن تشكل أركاناً لجريمة الإبادة الجماعية ، وتمثل مؤشراً عما إذا كانت الإبادة الجماعية وشيكة . وإن تحديد هذه الانتهاكات – مثل عمليات القتل، وحالات الاختفاء، والتعذيب، والاعتداء والعنف الجنسي، والاختطاف، والتطهير العرقي، ونقل السكان أو تشريدهم قسراً، والتفرقة العنصرية، وعزل مجموعة أو حشر أفرادها، ونزع الملكية ، وإتلاف الممتلكات، وإتلاف إمدادات أغذية الكفاف، والحرمان من فرص الوصول إلى المياه أو الرعاية الطبية وخطاب الكراهية - يمكن أن يشير إلى ضرورة اتخاذ إجراءات فورية محددة لمنع الإبادة الجماعية<sup>(2)</sup>.

والتساؤل السابع هو ما إذا كانت هناك فترات ضعف في المدى القريب أو المتوسط - مثل الانتخابات والأنشطة ذات الصلة، كتسجيل الناخبين أو تنظيم حملات سياسية، أو التوقيع على اتفاقات سلام - يمكن أن شرارة تدهور الحالة . ، يتناول هذا السؤال العناصر المُحرّكة أو المعجّلة . ويمكن التنبؤ بأي تغيير هام من اتخاذ خطوات وقائية، مثل السعي للحصول على

(2) - المرجع السابق ، ص 5-7

(3) - المرجع السابق ، ص 5-7

التزامات علنية ولا رجعة فيها من جانب الزعماء السياسيين لمنع الإبادة الجماعية، أو إنشاء بعثة لحفظ السلام قبل حدوث فترة الضعف<sup>(3)</sup>.

وأخيراً يتعلق التساؤل الثامن بما إذا كان تتوجد أسباب تحمل على الاعتقاد أن هناك نية" لتقويض " التعريف الحالي للإبادة الجماعية" تقويضاً كاملاً أو جزئياً . "ويرجح أن يكون من الصعب ، بل من المستحيل، تحديد ما إذا كانت هناك نية لارتكاب الإبادة الجماعية قبل وضع هذه النية موضع التنفيذ فعلاً . ومع ذلك ، من المهم أن يُنظر في المسألة وأن يبحث المحللون عن مؤشرات النية وغيرها من المعلومات السياقية ذات الصلة . وعلى سبيل المثال، يمكن أن تكون النية واضحة في بيانات الأطراف الفاعلة شبه العسكرية المنتسبة إلى الدولة؛ ويمكن أن تشمل المعلومات السياقية المفيدة شراء أعداد كبيرة من المناجل فجأة في مكان استعملت فيه هذه الأدوات سابقاً لقتل أشخاص<sup>(1)</sup>

---

(3) - راجع أركان الجرائم المحكمة الجنائية الدولية اعتمدت من قبل جمعية الدول الأطراف في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في دورتها الأولى المنعقدة في نيويورك خلال الفترة من 3 إلى 10 أيلول/سبتمبر 2002 المادة 6 (أ): الإبادة الجماعية بالقتل 1 - أن يقتل مرتكب الجريمة شخصا أو أكثر<sup>2</sup> - أن يكون الشخص أو الأشخاص منتمين إلى جماعة قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية معينة.3- أن ينوي مرتكب الجريمة إهلاك تلك الجماعة القومية أو الإثنية أو العرقية أو الدينية، كليا أو جزئيا، بصفتها تلك.4 - أن يصدر هذا السلوك في سياق تمط سلوك مماثل واضح موجه ضد تلك الجماعة أو يكون من شأن السلوك أن يحدث بحذ ذاته ذلك الإهلاك.

المادة 6 (ب): الإبادة الجماعية بإلحاق أذى بدني أو معنوي جسيم: 1 - أن يسفر فعل مرتكب الجريمة عن إلحاق أذى بدني أو معنوي جسيم بشخص أو أكثر<sup>2</sup>.3- أن يكون الشخص أو الأشخاص منتمين إلى جماعة قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية معينة.3- أن ينوي مرتكب الجريمة إهلاك تلك الجماعة القومية أو الإثنية أو العرقية أو الدينية، كليا أو جزئيا، بصفتها تلك.4 - أن يصدر هذا السلوك في سياق تمط سلوك مماثل واضح موجه ضد تلك الجماعة أو يكون من شأن السلوك أن يحدث بحذ ذاته ذلك الإهلاك.

وبعد عرض التساؤلات المذكورة للتو ، علينا أن نعرض الروى والأراء  
بصدد جريمة الإبادة الجماعية وما يتعرض له الشعوب الأصلية من فناء  
وتدمير . ونذكر قولاً (Andre Huet – Renee Koering –Joulier) :  
بأن إنكار حق المجموعات البشرية في الوجود ، وهى تقابل القتل الذى هو  
إنكار حق الفرد فى البقاء " (2) أى ولا وجود للإبادة الجماعية دون " قصد  
التدمير الكلي أو الجزئي لجماعة بصفتها هذه وكما أكد السيد ( H. )  
Donnedieu De Vabres فإن نظرية الإبادة الجماعية تخرج بذلك عن  
القانون العام من حيث إنها تدرج الدافع فى التكوين القانوني للجريمة (3).  
والمشكلة تكمن فى معرفة ما إذا كان قصد ارتكاب الإبادة الجماعية كافياً  
أو ما إذا كان التوافر المادي لعتبة كمية شرطاً لازماً كي تجتمع أركان  
الجريمة . ولئن كان صحيحاً أن النصوص ذات الصلة لا تفرض أى عتبة

المادة 6 (ج): الإبادة الجماعية يفرض أحوال معيشية يقصد بها التسبب عمداً في إهلاك مادي: 1 - أن يفرض  
مرتكب الجريمة أحوالاً معيشية معينة على شخص أو أكثر. 2- أن يكون الشخص أو الأشخاص منتمين إلى جماعة  
قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية معينة. 3. - أن ينوي مرتكب الجريمة إهلاك تلك الجماعة القومية أو الإثنية أو العرقية أو  
الدينية، كلياً أو جزئياً، بصفتها تلك. 4. - أن يقصد بالأحوال المعيشية الإهلاك المادي لتلك الجماعة، كلياً أو  
جزئياً. 5. 4. - أن يصدر هذا السلوك فى سياق نمط سلوك مماثل واضح موجه ضد تلك الجماعة أو يكون من شأن  
السلوك أن يحدث بعد ذاته ذلك الإهلاك.

المادة 7 (1) (ب): الإبادة التي تشكل جريمة ضد الإنسانية: 1- أن يقتل مرتكب الجريمة<sup>9</sup> شخصاً أو أكثر، بما فى ذلك إجبار  
الضحايا على العيش فى ظروف ستؤدي حتماً إلى هلاك جزء من مجموعة من السكان. 2. 9- أن يشكل السلوك عملية قتل جماعي  
لأفراد مجموعة من السكان المدنيين، أو يكون جزءاً من تلك العملية. 3. 10- أن يرتكب السلوك كجزء من هجوم واسع النطاق أو  
منهجي موجه ضد سكان مدنيين. 4- أن يعلم مرتكب الجريمة بأن السلوك جزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد  
سكان مدنيين أو أن ينوي أن يكون هذا السلوك جزءاً من ذلك الهجوم.

*Andre Huet – Renee Koering –Joulier. Droit Penal International (2) .  
Droit Prive .P.U.F. 1ere edition Jouin .Paris . 1994 .p.630*

*H. Donnedieu De Vabres . De la piraterie au genocide Les nouvelles modalités  
universelle, Mélanges G. Ripert, t.1, p. 245 (3)-de .... larépression*

كمية فإن مفهوم الجماعة يشكل على ما يبدو، جزءًا لا يتجزأ من تعريف الإبادة الجماعية<sup>(1)</sup>. وطبيعة الجريمة نفسها تقتضي إرادة تدمير جزء هام من الجماعة<sup>(2)</sup>.

ويمكن مع ذلك تأييد الفرضية المعاكسة. ففي نظام يؤدي فيه القصد دورًا حاسمًا، فإن العامل الهام - كما كتب (فيرهوفن) هو "مرتكب الجريمة لا عدد المجنى عليهم". ولما كان قصد تدمير جماعة بصفتها هذه هو العامل الحاسم فإن عدد المجنى عليهم ليس ركنًا من الأركان المكونة للجريمة<sup>(3)</sup>. ولذلك، ليس هناك ما يمنع من وصف جريمة من الجرائم بأنها إبادة

---

(1) - انظر التعليق ٨ على مشروع المادة ١٧ "جريمة الإبادة الجماعية" من مشروع مدونة الجرائم المخلة بسلم الإنسانية وأمنها، تقرير لجنة القانون الدولي إلى الجمعية العامة عن أعمال دورتها الثامنة والأربعين الفصل الثاني، الصفحة ٩. (ويستخدم الفقه أيضا عبارة "جزء هام من الجماعة"، انظر م. ب. ويتيكر، A/51/10 المقرر الخاص، "تقرير مراجع مستوفى عن مسألة منع جريمة الإبادة الجماعية ومعاقبة مرتكبيها"، اللجنة الفرعية لمنع التمييز وحماية الأقليات) ٢ تموز/يوليه ١٩٨٥، الفقرة ٢٩.

- E/CN.4/Sub.2/1985/6\para 29

- see also Yves Ternon, *L'État criminel, les génocides au XXe siècle*, Paris, Le Seuil, 1995, p. 74 à 76

WHITAKER B., "Version révisée et mise à jour de l'Étude sur la question prévention et la répression du crime de génocide"<sup>(2)</sup>- de la (E/CN.4/Sub.2/1985/6).

-see also TERNON Yves, *L'État criminel, les génocides au Xxe siècle*, Paris, Seuil, 1995.

Joe Verhoeven. Le Crime de "génocide, originalité et ambiguïté", *Revue belge de droit international* 1991, I. P. 6 à 26<sup>(3)</sup>

جماعية، حتى لو انحصر عدد المجني عليهم في شخص واحد، أو حتى لو كان عدد المجني عليهم قليلاً جداً (4) وتتسم هذه الفرضية بالجرأة . ذلك أنها تعني أن التمييز المشدد الموجه ضد شخص واحد أو ضد عدد محدود من الأشخاص ينتمون إلى أقلية أو إلى جماعية إثنية - دينية يمكن، في واقع الأمر، أن يتخذ بعد الإبادة الجماعية متى ثبت وأقيم الدليل على أن قصد مرتكب التمييز هو التوصل، من خلال هذا الشخص وهؤلاء الأشخاص، إلى تدمير جماعة أو أقلية بصفقتها هذه. وهذه النظرية ليست ضرباً من الخيال ، وإنما يجب حملها على محمل الجد.

وتعليقاً عليها نرى أنه إذا قتل شخص ، وهذا الشخص هو المتبقى من شعب أصيل ، فإن قتله يمثل إبادة لهذا الشعب وإقتلاعاً لجذوره . ومن ثم فالعدد لاقيمة له في جريمة الإبادة الجماعية مادامت النية متوفرة للإبادة ضد طائفة أو شعب ، أي من قتل شخصاً فكانما قتل الشعب جمعياً . مما يؤسف له أن بعض جرائم الإبادة الجماعية لا تصل إلى علم الرأي العام إلا بعد أن تتداولها وسائط الإعلام ، وكما ذكر في مؤلفات كثيرة، فإن الإبادة الجماعية يجري الإعداد لها خفية، وتنفي حقيقتها في أثناء ارتكابها ، وتتكبر ذات طبيعتها بعد ارتكابها . ونجد هذا التلوث المأساوي ، بوجه خاص، في ألمانيا النازية وفي رواندا وفي كوسوفو حيث سبق الإبادة الجماعية في حد

---

(4)-Stefan Glaser, *Droit international pénal conventionnel*, Bruxelles, Bruylant, 1970, p. 112; - see also Antonio Planzer, Saint-Gall, *Le crime de génocide*, 1956, p. 86 et 93 ; - see also Joe Verhoeven ,op cit.pp.6-26.

ذاتها الإعداد لها على الصعيدين السياسي والنفسي وسبقها أعمال تمييز كانت جسامتها مخفية عن الرأي العام الدولي<sup>(1)</sup>.

وحقيق علينا أن نقول الحق ، وذلك أنه إذا قُرأت النصوص ذات الصلة قراءة دقيقة متأنية مدركة اتضح أن الشرط المطلوب ليس التدمير الكلي أو الجزئي لجماعة، وإنما " قصد التدمير الكلي أو الجزئي لجماعة بصفتها هذه . " وإثبات هذا القصد أمر صعب بطبيعة الحال . ولكن في الممارسة العملية، يتيح العنصر المادي، في كثير من الأحيان، إثبات قصد ارتكاب الإبادة الجماعية . وتتجسد الإبادة الجماعية عادة بأفعال عمليات قتل، حالات اختفاء، مجازر، إبعاد السكان، تدابير تستهدف منع الإنجاب داخل الجماعة، عمليات اغتصاب، وما إلى ذلك مرتكبة على نطاق هو من الاتساع والجسامة بحيث يمكن استنتاج قصد مرتكبيها. هذا ما يبرز، على ما يبدو، من الأحكام الصادرة عن محكمة يوغوسلافيا السابقة: ففي قضية (نيكوليتش)<sup>(2)</sup> لا تشير المحكمة إلى عدد معين من المجني عليهم وإنما تشدد على ضخامة " التطهير الإثني " المنفذ في منطقة (فلازينيتشا) ؛ وتشير المحكمة تحديداً إلى أن القصد يمكن إرجاعه إلى أفعال تدرج في إطار سياسة " التطهير الإثني المنفذة في المنطقة، بحيث يمكن استنتاجه عموماً من هذه السياسة . وتعتبر المحكمة عن هذه الفكرة كما يلي: تبين من

(1)- UNA/CONF.189/PC.1/7 13 April 2000.p.56

(2) - المدعى العام للمحكمة ضد دراغون نيكوليتش الملقب جنكي ، النظر في لائحة الاتهام في إطار المادة ٦١ من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات، قرار الدائرة الابتدائية، المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة، ٢٠ تشرين الأول/أكتوبر ١٩٩٥ ، القضية رقم IT-94-2-R-61

دراسة الملف أن السياسة التمييزية المفروضة في (فلازينيتشا)، التي تندرج في إطارها الأفعال التي ارتكبتها (دراغون نيكوليتش) ، كانت ترمي بوجه خاص إلى تطهير المنطقة من سكانها المسلمين . واتخذت سياسة التطهير الإثني في هذه الحالة شكل أعمال تمييزية بالغة الخطورة على نحو يبرز طابع الإبادة الجماعية فيها(3).

وفي قضية (كارادزيتش وملاديتش) أيضاً، تشير المحكمة إلى العلاقة بين ضخامة الآثار المدمرة للأفعال المعروضة عليها وقصد الإبادة الجماعية(4) . ويميل القضاة في هذه القضية إلى إعطاء القصد أسبقية على عدد المجني عليهم" :إن عدد المجني عليهم المختارين لا لشيء إلا لانتمائهم إلى جماعة "يمكن أن يكشف وحده عن قصد الإبادة الجماعية (1) وفي قضايا أخرى، تسوق المحكمة نفس الرابطة السببية القائمة بين " التطهير الإثني المخطط له أو "جسامة التطهير الإثني " و"قصد الإبادة الجماعية " قضية مستشفى (فوكوفار) وقضية (سربيرينيتسا)(2) . ومع ذلك، ففي قضية (كارادزيتش وملاديتش) ، تسوق المحكمة فكرة مفادها أن قصد الإبادة

(3) - المرجع السابق ، ص 21 ، الفقرة 34

(4) - القضية المؤرخة ١١ تموز/ يولييه ١٩٩٦ ، المذكورة في الحاشية ٤٥ أعلاه، الصفحة ٦١ ، الفقرة 95. وفي المعنى نفسه، انظر قضية مياكيتش وآخرين، ١٣ شباط/ فبراير ١٩٩٥ ، رقم IT-95-4-I ، الصفحة ٥ . الفقرات 1- ١٨

(1) - المرجع السابق ، ص 61 ، الفقرة 94 .

(2) - قضية مركسيتش ورايتش و سليفانكاين ودركمانوفيتش (" مستشفى فوكوفار") ، قرار الدائرة الابتدائية، المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة، ٣ نيسان/ أبريل ١٩٩٦ ، القضية رقم IT-95-13-R-61 الصفحة ١٦ ، الفقرة ٣٥ ؛ قضية كارادزيتش وملاديتش (" سربيرينيتسا") ، القرار المؤرخ ١٦ تشرين الثاني/ نوفمبر ٩٩٥ في القضية رقم IT-95-18-R-61 والقرار المؤرخ ١١ تموز/ يولييه ١٩٩٦ في القضية رقم IT-95-5-R-61

الجماعية يمكن أن يكون صريحاً أو ضمناً<sup>(3)</sup>. بل يمكن استنتاجها من أفعال غير منصوص عليها بالضرورة في الفقرة الثانية من المادة الرابعة من نظامها الأساسي<sup>(4)</sup>. وعلى هذا النحو، اعتبر القضاة أن نقل هوية إثنية جديدة إلى الطفل عن طريق الحمل القسري أو حتى تدمير المساجد أو الكنائس الكاثوليكية أو المكتبات هي أفعال تمس بالأسس التي تقوم عليها الجماعة<sup>(5)</sup> إلا أن هذه الأفعال التمييزية يجب أن تندرج في إطار النظرية العامة للمشروع السياسي الذي يرمي، عن طريق تكرار هذه الأفعال، إلى المساس بذات الأسس التي تقوم عليها الجماعة وهكذا، كما سبق القول، ليست "الإبادة الإثنية" أو "الإبادة الثقافية" غائبة عن ذهن القضاة، وإن كانت الصكوك التعاهدية تسوق، على ما يبدو، مفهوماً تقييدياً للأفعال المكونة لهذه الجريمة المندرجة في إطار القانون الدولي العام. وأخيراً، يجب أن تستهدف الإبادة الجماعية جماعة تصفها النصوص ذات الصلة بأنها جماعة "قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية ولئن كانت الجماعات المستبعدة معروفة فإن أياً من هذه النصوص لا يعرف الجماعات المستبعدة من الحماية وعلى الرغم من أن بعض المؤلفين يرون أن لكل من هذه

(3) - القصد المتعلق تحديداً بارتكاب جريمة الإبادة الجماعية لم يعرب عنه بصورة واضحة "أو ... في هذه القضية، يمكن بوضوح استنتاج قصد إهلاك جماعة قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية إهلاكا كلياً أو جزئياً وعلى نحو مرتبط تحديداً بالإبادة الجماعية، من جسامه" التطهير الإثني"، قضية كاراديتش وملاديتش، القرار المؤرخ ١٦ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٩٥، الصفحتان ٥ و ٦

(4) - قتل أفراد الجماعة، وإلحاق ضرر جسدي أو عقلي جسيم بأفراد الجماعة، وإخضاع الجماعة عمداً لأحوال معيشية يقصد بها إهلاكها الفعلي كلياً أو جزئياً، وفرض تدابير تستهدف عرقلة الإنجاب داخل الجماعة، ونقل أطفال الجماعة عنوةً إلى جماعة أخرى. وتكرر المادة ٤ من النظام الأساسي والمادة ٦ من اتفاقية روما حرفياً المادة ٢ من الاتفاقية المؤرخة ٩ كانون الأول/ديسمبر ١٩٤٨

(5) - قضية كاراديتش وملاديتش المؤرخة ١٦ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٩٥، الصفحة ٦٠، الفقرة ٤ قضية نيكرليتش المؤرخة ٢٠ تشرين الأول/أكتوبر (١٩٩٥) الحاشية ٥٥ أعلاه، الصفحة ٢١، الفقرة ٣٤



المفاهيم معنى مستقلاً (6) ؛ بل إن بعض المؤلفين يرون أن الإبادة الجماعية هي " حالة مشددة أو موصوفة للجريمة ضد الإنسانية(7).

**الجدير بالذكر أن الإبادة الجماعية للشعوب الأصلية لا تزال السمة الجارية في العالم الحديث، ففي البرازيل، هناك تدمير مستمر لشعب (جيفارا )، و(بانومامي) والقبائل الأخرى. الإجراءات المتخذة ، ضد شعب (جوما) بنجلاديش وقد وصفت دوليًا باعتبارها التطهير العرقي والإبادة الجماعية للشعب أصيل . وفي هذا الصدد نسوق بعض الأمثلة لما تتعرض له الشعوب الأصلية من إبادة :**

**- في بنجلاديش.**

في بنجلاديش ، تم اضطهاد القبائل الأصلية في أراضي هضبة (شيتاغونغ) مثل: تشاكما ، مارما، تريبورا وغيرهم ، وتتكون أساسًا من البوذيين ،والهندوس ،و المسيحيين ، و الأرواحيين ، وصفت بأنها إبادة جماعية. وتقع تلال شيتاغونغ على الحدود مع الهند وميانمار وخليج البنغال، وتعد موطنًا لـ 500,000 من السكان الأصليين(1).

---

Stefan Glaser, *Droit international pénal conventionnel*, Bruxelles, Bruylant,

(6)- 1970, p. 71

(7)- Joe Verhoeven: op, cit.p.21

(1)-Quigley, John B. (2006). *The Genocide Convention: An International Law Analysis*. Ashgate.P.125 -See also Gray, Richard A. (1994).

"Genocide in the Chittagong Hill tracts of Bangladesh". Reference Services

## - في البرازيل .

في أواخر عام 1950 حتى عام 1968، قامت دولة البرازيل بمحاولات عنيفة لدمج شعوبها الأصلية والتهندنة والتأقلم لمجتمعاتهم. في عام 1967 قدم النائب العام (الجادر دي فيغيريدو كوريا) ، تقريراً إلى الديكتاتورية التي كانت آنذاك تحكم البلاد، لم يفرج عنه التقرير الذي ركض إلى سبعة آلاف من الصفحات حتى عام 2013. ويوثق التقرير جرائم الإبادة الجماعية ضد السكان الأصليين في البرازيل، بما في ذلك القتل الجماعي والتعذيب والحرب الجرثومية والكيميائية، ذكرت العبودية، والاعتداء الجنسي ويجري

---

Review 22 (4):P, 59 : -**See also O'Brien, Sharon (2004).** "The Chittagong Hill Tracts". In Dinah Shelton. Encyclopedia of Genocide and Crimes against Humanity. Macmillan Library Reference. pp. 176–177.-  
**See also Moshin, A. (2003).** The Chittagong Hill Tracts, Bangladesh: On the Difficult Road to Peace. Boulder, Col.: Lynne Rienner Publishers.P,ALL. -**See also Mey, Wolfgang, ed. (1984).** Genocide in the Chittagong Hill Tracts, Bangladesh. Copenhagen: International Work Group for Indigenous Affairs (IWGIA).P,ALL -**See also Roy, Rajkumari (2000).** Land Rights of the Indigenous Peoples of the Chittagong Hill Tracts, Bangladesh. Copenhagen: International Work Group for Indigenous Affairs.P,AL -**See also Chakma, Kabita; Hill, Glen (2013).** "Indigenous Women and Culture in the Colonized Chittagong Hills Tracts of Bangladesh". In Kamala Visweswaran. Everyday Occupations: Experiencing Militarism in South Asia and the Middle East. University of Pennsylvania Press. pp. 132–157

فحص وثائق إعادة اكتشاف من قبل لجنة تقصي الحقائق الوطنية الذين تم  
المكلفة التحقيقات حقوق الإنسان الانتهاكات التي وقعت في فترات لسنة  
1947 إلى 1988. ويكشف التقرير أن كان يستعبد السكان الأصليين،  
والأطفال للتعذيب والأراضي المسروقة. لجنة تقصي الحقائق ترى أن قبائل  
بأكملها في (مارانهاو) تم استنصاله تمامًا<sup>(1)</sup>.

### - في كولومبيا.

في النزاع الذي طال أمده في كولومبيا، أصبحت جماعات السكان الأصليين  
مثل: العوا، واويو، باجيو والناس يتعرضن للعنف الشديد من قبل القوات شبه  
العسكرية اليمينية والمليشيات اليسارية، والجيش الكولومبي وكراتلات  
المخدرات الدولية وشركات استخراج الموارد والجيش قد استخدمت أيضا  
العنف لإجبار مجموعات السكان الأصليين من أراضيهم و منظمة الشعوب  
الأصلية الوطنية كولومبيا تقول إن العنف هو الإبادة الجماعية في الطبيعة،  
ولكن آخرين يتساءلون عما اذا كانت هناك على "نية الإبادة الجماعية" كما  
هو مطلوب في القانون الدولي<sup>(2)</sup>.

---

**Watts**, "Brazil's 'lost report' into genocide surfaces after 40 years"  
Rocha (19 May 2013). *The Guardian* - **See also** <sup>(1)</sup> - **Jonathan; Jan  
Garfield, Seth** (2001). *Indigenous Struggle at the Heart of Brazil: State  
Policy, Frontier Expansion and the Xavante Indians, 1937-1988*. Duke  
University Press. p. 143. -see also **Warren, Jonathan W.** (2001). *Racial  
Revolutions: Antiracism and Indian Resurgence in Brazil*, Duke  
University Press.p.84.

(2) - **Jackson, Jean E.** (2009). *The Awá of Southern Colombia: a "Perfect  
Storm" of Violence. Report to the AAA Committee for Human  
Rights.P.ALL* - see ALSO March 16, 2013 (2013-03-16). "Situation of

- في الكونغو (جمهورية الكونغو الديمقراطية) .

في جمهورية الكونغو الديمقراطية كان العنف بالإبادة الجماعية جلياً وأبلج ضد الشعوب (Mbuti)، والطعن في إيتوري الأصلية شاعت على مدى عقود. خلال حرب الكونغو الأهلية (1998-2003)، الأقرام تم مطاردتهم وتوكل من قبل كلا الجانبين في النزاع، الذين اعتبروا منهم آدمية كما قدم ممثل (Sinafasi) و (Makelo)، وممثل عن (Mbuti) الأقرام، قد طلب من مجلس الأمن الدولي للاعتراف أكل لحوم البشر كجريمة ضد الإنسانية وأيضاً كعمل من أعمال الإبادة الجماعية. ووفقاً لتقرير صادر عن المجموعة الدولية لحقوق الأقليات هناك أدلة على القتل الجماعي وأكل لحوم البشر والاعتصام. ربط التقرير، الذي وصفت هذه الأحداث بمثابة حملة إبادة، فإن الكثير من العنف إلى المعتقدات حول الصلاحيات الخاصة التي عقدها (بامبوتي). وفي مقاطعة (إيتوري)، ركض قوات المتمردين والتي

---

*Human Rights of Indigenous Peoples in Colombia". Hrbrief.org. Retrieved 2013-pp. 8-27. - see ALSO Jackson, Jean E. (2002). "Caught in the Crossfire. Colombia's indigenous peoples during the 1990s.". In David Maybury-Lewis. Identities in Conflict. Indigenous peoples and Latin American States. Harvard University Press. pp. 107-134. - see ALSO Pedro García Hierro. 2008. Colombia. The Case of the Naya. IWGIA Report 2 - see ALSO United Nations High Commissioner for Refugees (2012-10-18). "UNHCR report on Indigenous peoples in Colombia". Unhcr.org. Retrieved 2013-pp.8-27*

أطلق عليها اسم عملية "مسح اللوح" (لمسح سجلًا نظيفًا). والهدف من العملية، وفقا لشهود عيان، كان لتخليص الغابات من الأقزام<sup>(1)</sup>.

### - في جواتيمالا .

خلال الحرب الأهلية في جواتيمالا (1960 - 1996) قامت القوات الحكومية من الفظائع العنيفة ضد مايا . اعتبرت الحكومة مايا أن تتماشى مع المتمردين الشيوعيين، والتي كانت في بعض الأحيان ولكن في كثير من الأحيان لم تكن. نفذت القوات المسلحة الجواتيمالية من ثلاث حملات التي تم وصفها بأنها إبادة جماعية. تمثلت الأولى في الأرض المحروقة السياسة وما رافقه أيضا القتل الجماعي، بما في ذلك التجنيد القسري للفتيان المايا في الجيش حيث كانوا يرغمون على المشاركة في المجازر ضد قراهم الخاصة بهم. والثاني لمطاردة وإبادة أولئك الذين نجوا وفروا من الجيش وكان الثالث على الترحيل القسري من الناجين إلى "مراكز إعادة التأهيل" والسعي المستمر لأولئك الذين فروا إلى الجبال. والقوات المسلحة تستخدم الاغتصاب الإبادة الجماعية للنساء والأطفال كنتكتيك متعمد. ويقدر 200،000 شخص، معظمهم من قبائل المايا، اختفوا خلال الحرب المدنية في جواتيمالا. بعد أن حل السلام عام 1996، بدأت عملية قانونية لتحديد المسؤولية القانونية لمرتكبي الفظائع، واكتشاف وتحديد المفقودين. في عام 2013 ، أدين الرئيس السابق (إفرين ريوس مونت) بالإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية،

---

*Alshuler, Alex (2011). K. Bradley Penuel, Matt Statler, ed. Encyclopedia of .. SAGE.P,636. - See also Hitchcock, Robert K.; Koperski, (1). Disaster Relief Thomas E. (2008). "Genocides against Indigenous peoples". In Dan Stone. The Historiography of Genocide. Palgrave MacMillan. pp. 592-593*

وحكم عليه بالسجن 80 عامًا. وبعد عشرة أيام، و المحكمة الدستورية في جواتيمالا ألغت الإدانة<sup>(2)</sup>.

### - في ميانمار (بورما)

وقد أسفرت الحرب الأهلية المستمرة منذ فترة طويلة بين المجلس العسكري والمتمردين في فئات واسعة النطاق ضد السكان الأصليين (كارين) بعضهم المتحالفة مع المتمردين. وقد وصفت هذه الأعمال الوحشية بالإبادة الجماعية. ذكر البورمي الجنرال (مونغ هلا) أن يوم واحد من شأنه أن يجعل (كارين) فقط موجود "في متحف" ونشرت الحكومة كتائب في القطاع الشمالي لمهاجمة قرى كارين وتدميرها تدميراً ممنهجاً ، واستخدام في ذلك الهاون والمدفع الرشاش ، والألغام الأرضية. شرد ما لا يقل عن 446,000 كارين من منازلهم من قبل الجيش. وذكرت كارين أيضاً أنه قد

---

**Premdas, Ralph R.** (1985). "The Organisasi Papua Merdeka in Irian Jaya: Continuity and Change in Papua New Guinea's Relations with <sup>(2)</sup>-Indonesia". *Asian Survey* 25 (10):pp. 1055-1074. - **see Also** **Khokhryakova, Anastasia** (1998). "Beanal v. Freeport-McMoRan, Inc: Liability of a Private Actor for an International

*Environmental Tort under the Alien Tort Claims Act". Colorado Journal of International Environmental Law and Policy* 9. P.474.

<sup>(1)</sup>-**Milbrandt, Jay** "Tracking Genocide. Persecution of the Karen in Burma.". *Texas International Law Journal* 127 April. 2012.p.pp.1-65. - **See also Rogers, Benedict** *A Land without Evil. Stopping the Genocide of Burma's Karen People. Monarch Books(2004).pp.1-256*

تم إخضاعهم للعمل القسري، والإبادة الجماعية والاعتصام، وعماله الأطفال، وتجنيده الجنود الأطفال<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثالث

#### جريمة التمييز العنصري

التمييز<sup>(1)</sup> هو أي معاملة تفاضلية تنبني على أسباب تمييز محظورة وتولد أو تبقي وجوها من عدم المساواة والحرمان التي تعاني منها جماعات

---

- see also Gilbert, Jérémie (2006). *Indigenous Peoples' Land Rights Under International Law: From Victims to Actors. Transnational*, p. 118: see also-Hitchcock, Robert K.; Koperski, Thomas E. (2008). "Genocides against Indigenous peoples". In Dan Stone. *The Historiography of Genocide. Palgrave MacMillan*. pp. 592-593

(1) - العنصرية (أو التمييز العرقي) (بالإنجليزية: Racism) هو الاعتقاد بأن هناك فروق وعناصر موروثية بطوائع الناس و/أو قدراتهم وعزوها لانتمائهم لجماعة أو لعرق ما - بغض النظر عن كيفية تعريف مفهوم العرق - وبالتالي تبرير معاملة الأفراد المنتمين لهذه الجماعة بشكل مختلف اجتماعيا وقانونيا. كما يستخدم المصطلح للإشارة إلى الممارسات التي يتم من خلالها معاملة مجموعة معينة من البشر بشكل مختلف ويتم تبرير هذا التمييز بالمعاملة باللجوء التعميمات المبنية على الصور النمطية وباللجوء إلى تليفقات علمية. أولئك الذين ينفون أن يكون هناك مثل هذه الصفات الموروثة (صفات اجتماعية وثقافية غير شخصية) يعتبرون أي فرق في المعاملة بين الناس على أساس وجود فروق من هذا النوع أنه تمييز عنصري. بعض الذين يقولون بوجود مثل هذه الفروق الموروثة يقولون أيضا بأن هناك جماعات أو أعراق أدنى منزلة من جماعات أو أعراق أخرى. وفي حالة المؤسسة العنصرية، أو العنصرية المنهجية، فإن مجموعات معينة قد تحرم حقوقا و/أو امتيازات، أو تؤثر في المعاملة على حساب أخرى. بالرغم من أن التمييز العنصري يستند في كثير من الأحوال إلى فروق جسمية

معينة في المجتمع فيما يتعلق بالتمتع بحقوق الإنسان<sup>(2)</sup>. ويحدث التمييز المباشر حينما تعتمد تشريعات سياسات بهدف تفضيل بعض الجماعات في المجتمع بشكل صريح على حساب جماعات أخرى. لكن يتعين على الدول أيضاً، لدى النظر في التمييز، أن تعالج التمييز غير المباشر، الذي يتعلق بتدابير لا تميز صراحة استناداً إلى بعض الأسس، ولكن قد يكون لها أثر غير متناسب على ممارسة حقوق الإنسان لجماعة معينة<sup>(3)</sup>. ومثل هذه التدابير المحايدة في ظاهرها، التي تفضل فعلياً ثقافات مهيمنة، غير مشروعة ويجب أن تجرمها الدول من أجل ضمان الأعمال التام لمبدأ المساواة وعدم التمييز<sup>(4)</sup>.

---

بين المجموعات المختلفة، ولكن قد يتم التمييز عنصرياً ضد أي شخص على أسس إثنية أو ثقافية، دون أن يكون لديه صفات جسمانية. كما قد تتخذ العنصرية شكلاً أكثر تعقيداً من خلال العنصرية الخفية التي تظهر بصورة غير واعية لدى الأشخاص الذين يعلنون التزامهم بقيم التسامح والمساواة. راجع

-Merriam-Webster Online Dictionary. 2009-PP.3-16. -  
European Union Council. Framework decision on combating  
racism and xenophobia" *Framework Decision 2008/913/JHA of*  
-United Nations International Convention *28 November*  
on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination  
2008

(2) ,UN\E/C.12/GC/ 20 , Para. 7

(3) ,-UN\E/C.12/GC/ 20.Para. 10

(4) - UN\E/C.12/GC/ 20,Para. 11



يقول (ريغوبيرتا مينشو توم): كانت العنصرية على مدى التاريخ راية لتبرير مشاريع التوسع والغزو والاستعمار والسيطرة وأضحت مع التعصب والجور والعنف يداً بيد. (5) وتؤكد (Carla Wilson)

أن الاستعمار لا يزال لها تأثير عميق على الشعوب الأصلية (1). كما يؤكد ذلك (Schechla, Joseph) بالقول: هناك عوامل كثيرة أثرت على الشعوب الأصلية منها: الحروب والاستعمار، السيادة الوطنية، والتلوث.. الخ (2). ولذا جاءت المادة الأولى من الاتفاقية الدولية لقمع جريمة الفصل العنصري والمعاقبة عليها 1976: لتعلن الدول الأطراف في هذه الاتفاقية أن الفصل العنصري جريمة ضد الإنسانية، وأن الأفعال اللاإنسانية الناجمة عن سياسات وممارسات الفصل العنصري وما يماثلها من سياسات وممارسات العزل والتمييز العنصريين (3).

---

(5) - ريغوبيرتا مينشو توم. أحد زعماء السكان الأصليين الجواتيماليين، والحاصل على جائزة نوبل

للسلام

Carla Wilson. *DECOLONIZING METHODOLOGIES: RESEARCH INDIGENOUS PEOPLES* by Linda Tuhiwai Smith, 1999, (1)-AND Zed Books, London. Social Policy Journal of New Zealand • Issue 17 • December 2001.p215

(2) -Schechla, Joseph "Forced eviction as an increment of demographic manipu-lation".*Environment and Urbanization* Vol.6, No. 1, April, (1994), pages 85-105

(3) - نصت المادة الثانية من الاتفاقية الدولية لقمع جريمة الفصل العنصري والمعاقبة عليها 1976 في مصطلح هذه الاتفاقية، تنطبق عبارة "جريمة الفصل العنصري"، التي تشمل سياسات وممارسات العزل والتمييز العنصريين المشابهة لتلك التي تمارس في الجنوب الأفريقي، على الأفعال اللاإنسانية الآتية، المرتكبة لغرض إقامة وإدامة هيمنة فئة عنصرية ما

والحقيق بالإحقاق غالباً ما يكون التمييز شرطاً مسبقاً للتهميش الذي تتعرض له جماعات معينة وأفراد معينون ومنتجاً فرعياً له، كما أنه يعد السبب الأجدر للعديد من أوجه عدم المساواة في المجتمع. وفي مناسبات عدة، تعاني الشعوب من أشكال متعددة من التمييز، على أساس الأصل القومي أو الثقافة أو الدين أو الجنس(4).

لا أخال أحداً ينكر أنه في مطلع القرن الحادي والعشرين، اتسمت حالة المجتمع الدولي بتناقض كبير. فهو من جهة أكثر اندماجاً من أي وقت

---

من البشر على أية فئة عنصرية أخرى من البشر واضطهادها إياها بصورة منهجية: (أ) حرمان عضو أو أعضاء في فئة أو فئات عنصرية من الحق في الحياة والحرية الشخصية: "1" بقتل أعضاء من فئة أو فئات عنصرية، "2" بإلحاق أذى خطير، بدني أو عقلي، بأعضاء في فئة أو فئات عنصرية، أو بالتعدي على حريتهم أو كرامتهم، أو بإخضاعهم للتعذيب أو للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة، "3" بتوقيف أعضاء فئة أو فئات عنصرية تعسفاً وسجنهم بصورة لا قانونية، (ب) إخضاع فئة أو فئات عنصرية، عمداً، لظروف معيشية يقصد منها أن تفضي بها إلى الهلاك الجسدي، كلياً أو جزئياً، (ج) اتخاذ أية تدابير، تشريعية وغير تشريعية، يقصد بها منع فئة أو فئات عنصرية من المشاركة في الحياة السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية للبلد، وتعمد خلق ظروف تحول دون النماء التام لهذه الفئة أو الفئات، وخاصة بجرمان أعضاء فئة أو فئات عنصرية من حريات الإنسان وحقوقه الأساسية، بما في ذلك الحق في العمل، والحق في تشكيل نقابات معترف بها، والحق في التعليم، والحق في مغادرة الوطن والعودة إليه، والحق في حمل الجنسية، والحق في حرية التنقل والإقامة، والحق في حرية الرأي والتعبير، والحق في حرية الاجتماع وتشكيل الجمعيات سلمياً، (د) اتخاذ أية تدابير، بما فيها التدابير التشريعية، تهدف إلى تقسيم السكان وفق معايير عنصرية بخلق محتجزات ومعازل مفصولة لأعضاء فئة أو فئات عنصرية، وبمختر التزاوج فيما بين الأشخاص المنتسبين إلى فئات عنصرية مختلفة، ونزع ملكية العقارات المملوكة لفئة أو فئات عنصرية أو لأفراد منها، (هـ) استغلال عمل أعضاء فئة أو فئات عنصرية، لا سيما بإخضاعهم للعمل القسري، (و) اضطهاد المنظمات والأشخاص، بجرمانهم من الحقوق والحريات الأساسية، لمعارضتهم للفصل العنصري. راجع الاتفاقية الدولية لقمع جريمة الفصل العنصري والمعاقبة عليها اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 3068 (د-28) المؤرخ في 30 تشرين الثاني/نوفمبر 1973 تاريخ بدء النفاذ: 18 تموز/يوليه 1976، وفقاً لأحكام المادة 15

(4) - UN/A/65/261\ 9 August 2010.p.10

مضى، وهو من جهة أخرى ميدان لصراعات لم تنقطع. وقد حلت محل النظام العالمي القديم اضطرابات محلية جديدة تتداخل فيها المحددات السياسية والاقتصادية مع العوامل التاريخية أو الدينية أو الإثنية أو القومية. ويواجه المجتمع الدولي أوضاعاً جديدة: فالانشقاقات يلفها غموض أشد من ذي قبل، أما المنازعات التي تزداد تشتتاً وتستعصي على الفهم أحياناً فتستهدف سلامة الإنسان وهويته وحرية وإنسانيته، ومن ثم جعل المجتمع الدولي التمييز العنصري جريمة ضد الإنسانية<sup>(1)</sup>.

ونتيجة لذلك، أضحى القضاء على جميع أشكال التمييز، باعتباره جزءاً لا يتجزأ من الحماية الدولية لحقوق الإنسان، وضرورة ملجئة من أشد الضرورات إلحاحاً في عالم اليوم<sup>(2)</sup>. ذلك لأن تشكل الدول أو تفككها، والتقسيمات الإقليمية، والهجرات الطوعية أو القسرية، أو الظروف الاقتصادية والاجتماعية، والتطرف الديني والسياسي، والدور السلبي لوسائل الإعلام، والأحكام المسبقة جميعها عوامل من شأنها تأجيج التوترات، ولا سيما التوترات الإثنية و/ أو الدينية. وبعد فترة اختفاء

(1) - Un\A/CONF.189/PC.1/7\13 April 2000\p.4

(2) - وذا جاءت المادة 7 (1) (ي): على أن الفصل العنصري الذي يشكل جريمة ضد الإنسانية 1 - أن يُرتكب مرتكب الجريمة فعلاً لإنسانياً ضد شخص أو أكثر. 2 - أن يكون ذلك الفعل من الأفعال المشار إليها في الفقرة 1 من المادة 7 من النظام الأساسي أو يماثل في طابعه أي من تلك الأفعال<sup>3</sup> - أن يكون مرتكب الجريمة على علم بالظروف الواقعية التي تثبت طبيعة ذلك الفعل. 4 - أن يُرتكب السلوك في إطار نظام مؤسسي قائم على القمع والسيطرة بصورة منهجية من جانب جماعة عرقية ضد جماعة أو جماعات عرقية أخرى. 5 - أن ينوي مرتكب الجريمة من خلال سلوكه الإبقاء على ذلك النظام. 6 - أن يُرتكب السلوك كجزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد سكان مدنيين. 6 - أن يعلم مرتكب الجريمة بأن السلوك جزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد سكان مدنيين أو أن ينوي أن يكون هذا السلوك جزءاً من ذلك الهجوم. راجع

طويلة، تظهر هذه التوترات إلى السطح بصورة بالغة العنف أحيانا، وبصورة ماثورة وخبيثة في أغلب الأحيان . وتتحول فئات سكانية كثيرة إلى أقليات . وتهدد الأخطار التعايش السلمي، أو على الأقل التعايش دون صدام بين مختلف المجموعات . وتتعرض ضرورات التنمية الاقتصادية للاضطراب أو التأخير أو إعادة النظر . وقد أضحت تهديدات السلام والأمن على الصعيدين الداخلي والدولي مترابطة أكثر من أي وقت مضى<sup>(3)</sup>.

**والشئ الذي يجب رفع لوائه أن الدول وافقت ، إذ اعتمدت الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، على الالتزام الرسمي بتعزيز الاحترام العالمي لكل حقوق الإنسان والحريات الأساسية وحمايتها . واعترفت الدول أيضًا بأن جميع حقوق الإنسان هي حقوق عالمية وغير قابلة للتجزئة ومترابطة ومتشابكة (1) . ومبدأ عدم التمييز الراسخ في الإعلان العالمي في المادة الثانية ،**

(3) - ( ) - نضرب مثالا للفصل العنصري لأحدى الدول التي تتشدد بالحقوق الإنسان في الولايات المتحدة الأمريكية ، وخاصة ولايات الغرب الأوسط هي مناطق تتجلى فيها العنصرية بشكل أوضح ضد الأمريكيين الأصليين . ومن التهم الشائعة أن هناك مستويين من العدالة، أحدهما للأمريكيين الأصليين والآخر يخص " البيض " . ويقول الأمريكيون الأصليون إن الجرائم المرتكبة ضدهم - بما في ذلك الجرائم التي تفضي إلى الموت - لا يكون حظها إلا تحقيق غير متمهل، في حين أنه في الجرائم التي ترتكب ضد "البيض" والتي يزعم بأن أمريكيين أصليين ارتكبوها، يتعرض المرتكبون لمحاكمة لا هوادة فيها . وما زالت تحدث مظاهر العنصرية من النوع الذي طالما اعتقد أنه نيس له وجود إلا في الذاكرة - ولكن من يكونون ضحية هذه المظاهر فيما يبدو هم الأمريكيون الأصليون . وربما لم يعد هناك وجود الآن للفرقة بين موائد الغذاء كما كان يحدث في الجنوب، ولكن الأمريكيين الأصليين يقولون إنهم لا يندهشون عندما يرفض طلبهم العمل في أحد المقاهي . غير أن هذه التجارب التي يمر بها الأمريكيون الأصليون المقيمون في بلد الهنود الحمر، ليست معروفة لغالبية ساحقة من المواطنين الأمريكيين . مما يطرح سؤالاً آخر: هل من المستبعد أن تتناول وسائل الإعلام العام مسألة ممارسة العنصرية ضد الأمريكيين الأصليين؟ راجع : - المؤتمر العالمي لمكافحة العنصرية والتمييز العنصري وكراهية الأجانب وما يتصل بذلك من تعصب، المقرر عقده في الفترة من 31 آب/أغسطس إلى 7 أيلول/سبتمبر 2001. في دربان بجنوب أفريقيا.

(1) - إنلان وبرنامج عمل فيينا، الفقرة ٥

والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في المادتين (1\2، 26) والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في المادة (2\2) يسلم بأنه يحق للأفراد التمتع بجميع حقوق الإنسان دون أي شكل من أشكال التمييز على أساس "العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو غيره أو المنشأ الوطني أو الاجتماعي أو الملكية أو المولد أو أي وضع آخر". والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية مكفولة "للجميع بمن فيهم غير المواطنين، كالأجانب وطالبي اللجوء والأشخاص عديمي الجنسية والعمال المهاجرين وضحايا الاتجار الدولي، بغض النظر عن المركز القانوني والوثائق القانونية<sup>(2)</sup>. والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية يلزم الدول باتخاذ تدابير فورية ومدروسة وملموسة ومحددة الأهداف من أجل إعمال تلك الحقوق<sup>(3)</sup>. وتدعم الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم، كذلك اتفاقية العمال المهاجرين تدعم مبدأ عدم التمييز إزاء العمال المهاجرين وتضمن حقوق الإنسان لجميع هؤلاء العمال وأسرهم. كما شجبت الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري لعام 1967، بصفة خاصة العزل العنصري والفصل العنصري وتتعهد بمنع وحظر وإزالة كل الممارسات المماثلة في الأقاليم الداخلة في ولايتها، وأشارت إلى أن اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها قد نصت على أن بعض الأفعال التي يمكن وصفها أيضا بأنها من أفعال الفصل العنصري تشكل جريمة بنظر القانون الدولي، وأشارت إلى أن اتفاقية عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية تصف "الأفعال

(2) - اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، التعليق العام رقم 20 (2009) الفقرة 30

(3) - المرجع السابق، ص 36.

اللاإنسانية الناجمة عن سياسة الفصل العنصري" بأنها جرائم ضد الإنسانية(4).

### وعليه حال سنطرح المبادئ القانونية التمييزية التي تطبق على الشعوب الأصلية وأراضيها على النحو التالي :

في بداية كنهة الأمر ، أنه في البلدان التي أوجدت مجموعة من القوانين الوضعية ومجموعة من السوابق القانونية المتعلقة بالشعوب الأصلية – وعدد هذه البلدان أخذ في التزايد- تنشأ أهم المشاكل، فيما يبدو، نتيجة لاستمرار القوانين والمبادئ القانونية التمييزية التي تطبق على الشعوب الأصلية وأراضيها ومواردها (1) إن مفهوم منح حق ملكية خاص للجماعة الأصلية، حسبما نوقش آنفاً، تمييزي في حد ذاته لأنه لا يوفر لملكية الشعوب الأصلية لأراضيها ومواردها سوى مركز قانوني مشوب وهش ومدن (2). وهذه القوانين والنظريات القانونية التمييزية تستحق إيلاءها اهتماماً خاصاً، لأنه يبدو أنها واسعة الانتشار، وأنها تنتهك المعايير الدولية الحالية في ميدان حقوق الإنسان، كما يبدو أنها قابلة للتصويب نسبياً.

---

(4) - الاتفاقية الدولية لمنع جريمة الفصل العنصري والمعاقبة عليها اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة (د-3068) المؤرخ في 30 تشرين الثاني/نوفمبر 1973 تاريخ بدء النفاذ: 18 تموز/يوليه 1976،

(1) - تقرير الحلقة الدراسية للخبراء عن التجارب العلمية في مجال حقوق ومطالبات الشعوب الأصلية المتعلقة بالأرض

(2)- *Handbook of Federal Indian Law, 1942, p. 291*

← قوانين تتعلق بإنهاء حقوق الشعوب الأصلية في أرضها ومواردها (3)

إن جميع البلدان التي تعيش فيها الشعوب الأصلية تؤكد كلها تقريباً سلطتها في "إنهاء" حقوق الشعوب الأصلية في ملكية الأراضي وحقوقها الأخرى فيها داخل حدود تلك البلدان، بدون الحصول على موافقة من تلك الشعوب. ومفهوم "الإنهاء" يشمل الشراء والبيع الطوعيين لحجج الملكية، لكن الأعم هو استخدام لفظة "إنهاء" بمعنى الاستيلاء السافر أو المصادرة، وذلك في أغلب الأحيان بدون تعويض عادل. ومصطلح الإنهاء شأنه في ذلك شأن مفهوم حجة الملكية الخاصة للسكان الأصليين قد برز استعماله بصورة ملحوظة أثناء الفترة الاستعمارية<sup>(4)</sup>.

ذكرت السيدة (إيريكيا - إيرين أ. دايس) المقررة الخاصة للجنة الفرعية لمنع التمييز وحماية الأقليات : إن مشكلة الإنهاء متصلة بمفهوم حجة الملكية المسندة للشعوب الأصلية. والعيب الرئيسي فيما يسمى بحجة الملكية المسندة للشعوب الأصلية يتمثل في أنها بحكم تعريفها حجة يمكن سحبها متى شاءت ذلك صاحبة السيادة، أي الحكومة الاستعمارية، أو في الوقت الحاضر

---

*Joffe and M. E. Turpel, Extinguishment of the Rights of Aboriginal*

*Peoples* (3).

*Problems and Alternatives. A comprehensive study by the Royal Commission on Aboriginal Peoples (Canda), 3 volumes, June 1995; and Treaty Making in the Spirit of Coexistence. An Alternative to Extinguishment. A report by the Royal Commission on Aboriginal Peoples Ottawa; 1995.*

<http://www.gcc.ca/archive/article.php?id 1>

(4) *Vattel, The Law of Nations, Book 1, 1805 chap XVIII*

الدولة. وإن ممارسة الإنهاء القسري لحقوق الشعوب الأصلية في الأرض، هي من بقايا الفترة الاستعمارية شأنها في ذلك شأن حجة الملكية الخاصة للجماعة الأصلية. وفي العصر الحديث، يبدو أن ممارسة الإنهاء القسري لحجج ملكية الأراضي بدون دفع تعويض لا تطبق إلا على الشعوب الأصلية. ولذا فإن أقل ما يقال عنها في هذا الصدد إنها تمييزية وغير عادلة، وتستحق الدراسة الدقيقة<sup>(1)</sup>.

وتقدم القضية المرفوعة من هنود تي - هيت - تون ضد الولايات المتحدة<sup>(2)</sup> نموذجاً واضحاً إلى حد كبير لمشكلة الإنهاء. ففي هذه القضية، قررت المحكمة العليا أن الولايات المتحدة يمكنها (باستثناءات محدودة) أن تستولي على أرض أو ملك لقبيلة هندية أو تصادرها، دون اتخاذ الإجراءات القانونية الواجبة، ودون دفع تعويض عادل. وهذا على الرغم من أن دستور الولايات المتحدة ينص صراحة على أن الحكومة لا يجوز لها الاستيلاء على ملك ما، بدون اتخاذ الإجراءات الواجبة وبدون تقديم تعويض عادل. ورأت المحكمة العليا أن الملكية التي تستند إلى حجة ملكية خاصة بالشعوب الأصلية، وهو حال معظم أراضي الهنود، لا تتمتع بالحماية الدستورية الممنوحة لسائر أشكال الملكية. ويمكن تبين الطبيعة العنصرية التمييزية لقضية تي - هيت - تون من رأي المحكمة الذي نورد فيما يلي مقتطفاً منه:

"لم يصدر على الإطلاق في أي قضية نظرت فيها هذه المحكمة حكماً بأن سحب الكونجرس لحقوق الهنود في التملك والانتفاع يقتضي تقديم تعويض.

(1) - UN/E/CN.4/Sub.2/1999/18. 3 June 1999.p.14

348 U. S. 272 (1995)in UN/E/CN.4/Sub.2/1999/18. 3 June

(2). 1999.p.14



إن الشعب الأمريكي يتعاطف مع سليلي الهنود الذين حرّموا من مواطنهم والمناطق التي يسطّادون فيها بفعل زحف الحضارة. وقد سعى الشعب الأمريكي إلى جعل الهنود يشاركون في مزايا مجتمعنا كمواطنين في هذه الأمة. ووضع عن طيب خاطر ترتيبات سخية لإتاحة الفرصة للقبائل للنيل تعويض عن المظالم وذلك على سبيل الإنعام من جانبه وليس نتيجة لمسئولية قانونية واقعة عليه". "... وكل تلميذ من تلاميذ المدارس الأمريكية يعلم أن القبائل الهمجية في هذه القارة قد حرمت من مراعي أسلافها بالقوة، وأنه حتى عندما تخلى الهنود عن ملايين الأفدنة بموجب معاهدات عقدت لقاء بطاطين وأغذية وحلي صغيرة رخيصة لم يكن ذلك بيعاً، وإنما كانت إرادة الفاتحين هي التي حرمتهم من أرضهم".

### إن المبدأ القانوني الذي أوجدته هذه القضية لا يزال هو القانون الذي يحكم

هذه المسألة في الولايات المتحدة اليوم (3). واتسام هذا الحكم بطابع التمييز العنصري لم يحل دون استخدام هذا المبدأ بحرية من قبل المحاكم وفي التشريع من قبل كونجرس الولايات المتحدة، حتى في السنوات الأخيرة. والواقع أن الكونجرس استند إلى هذا المبدأ في عام 1971 عندما أسقط جميع الحقوق والمطالبات المتعلقة بالأراضي للأمم والقبائل الأصلية كلها تقريباً، ويبلغ عددها زهاء 226 أمة وقبيلة في الأسكا وذلك باعتماده قانون تسوية المطالبات المتعلقة بالطبيعة في الأسكا. ونص القانون على تحويل الأراضي إلى شركات تتوخى الربح يجب أن تنشئها الشعوب الأصلية، وعلى دفع مبلغ من المال لكل شركة منها – وهو مبلغ يقل بكثير عن قيمة الأرض. أما القبائل

(3) - تواصل حكومة الولايات المتحدة استغلالها هذه النظرية لإبطال مطالبات الهنود. وعلى سبيل المثال، كان قرار في هت - تون هو الأساس الذي بني عليه حكم المحكمة الاتحادية في الولايات المتحدة الخاصة بالمطالبات في قضية قبيلة كاروك من كاليفورنيا وغيرها ضد الولايات المتحدة (آب/أغسطس 1998).

الأصلية في ألاسكا فلم يُدفع لها في حد ذاتها أي مبلغ. وأما الأراضي المتبقية من المساحات التي كانت تخص القبائل أو كانت تطالب بها، فقد سلمت إلى ولاية ألاسكا والولايات المتحدة. ولم توافق القبائل الأصلية في ألاسكا أبداً على هذا التشريع. وبسبب المفاهيم المتعلقة بحجة الملكية الخاصة بالشعوب الأصلية وإمكان إنهائها، وبسبب المبادئ القانونية التمييزية المتصلة بذلك، أصبح مفهوماً أن أراضي هذه الشعوب الأصلية يمكن الاستيلاء عليها بشكل سافر، بدون دفع أي مقابل أو تعويض عادل<sup>(1)</sup>.

وأفاد ممثلو الشعوب الأصلية والخبراء في شئونها بأن بلداناً كثيرة أخرى لديها قوانين وسياسات مماثلة لقوانين وسياسات الولايات المتحدة في هذا المضمار. فكندا، مثلاً، قد أرست هذا المبدأ في عام 1888<sup>(2)</sup>، ولكن المادة (135) من القانون الدستوري الصادر في عام 1982 تسلم بحقوق الشعوب الأصلية والحقوق الناشئة عن معاهدات وتؤكد لها. وبحكم القانون الدستوري لعام 1982، لم تعد المحاكم في كندا تسلم بسلطة الحكومة في "إنهاء" حقوق الشعوب الأصلية. وبدلاً من ذلك قررت المحاكم أن حقوق الشعوب الأصلية بما فيها حقهم في الأراضي، ليست مطلقة بل يمكن أن "تتعدى عليها" الحكومة الاتحادية أو حكومة المقاطعة عندما يكون التعدي "مبرراً" بحكم حاجات المجتمع الأوسع.

---

*Thomas R. Berger, Village Journey: The Report of the Alaska Native*

*Review Commission, October 1985, p.155-172<sup>(1)</sup> -*

*St. Catherines Milling Co. v. Queen, (1888) 14 App. Cas. 46; 2 C.N.L.C. 541;58*

*197; 5 T.L.R. 125, affirming 13 S.C.R. 577 - L.T.<sup>(2)</sup> L.J.P.C. 54; 60*

قضت المحكمة العليا في استراليا في قضية مامبو ضد كوينزلاند بأن مبدأ الأرض المباحة لا يجوز تطبيقه في سبيل حرمان الشعوب الأصلية من حقوقها المتعلقة بالأرض ولكنها أكدت مع ذلك سلطة الدولة في إسقاط حجة الملكية الخاصة بالشعوب الأصلية<sup>(3)</sup>. ورأت المحكمة أن حق الشعوب الأصلية في الملكية يمكن إنهاؤه ولكن من خلال التشريع فحسب عن طريق نقل التصرف في الأرض إلى التاج أو عن طريق تملك التاج للأرض بطريقة تتوافق واستمرارية حق الشعوب الأصلية في الملكية. والقانون المعدل لحق الشعوب الأصلية في الملكية الذي سن في عام 1998 نص على عدد من الوسائل الممكن استخدامها لإنهاء حق الشعوب الأصلية في الملكية. وقد تم الاعتراض على هذا القانون بوصفه تمييزياً من جوانب عديدة هي: أن التعديلات تفضل حقوق أصحاب الملكية من غير السكان الأصليين على حقوق الشعوب الأصلية الحائزة على حق الملكية، وهذه التعديلات لا توفر لأصحاب حق الملكية من السكان الأصليين الحماية التي تمنح لغيرهم من ملاك الأراضي، وهي تفسح المجال لقيام الحكومات باتخاذ إجراءات تمييزية، وهي تضع حواجز في وجه حماية حق الشعوب الأصلية في الملكية والاعتراف به، وهي لا توفر المعاملة المختلفة المناسبة الواجب أن تحظى بها الجوانب المتصلة بثقافة الشعوب الأصلية وهي فريدة في

---

(3)-Kent McNeil. *Common Law Aboriginal Title*, (Oxford, Clarendon Press, 1989); "The meaning of aboriginal title" in Michael Ascb. ed., *Aboriginal and Treaty Rights in Canada*. (Vancouver; UBC, Press, 1997). Sanders. Douglas. "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada" (1983) 61 Can. Bar Rev. 314.

نوعها<sup>(1)</sup>. ولجنة القضاء على التمييز العنصري رأت أن أحكاماً متنوعة من هذا القانون متسمة بالتمييز: أربعة أحكام محددة تميز ضد أصحاب سندات الملكية من السكان الأصليين بمقتضى القانون المعدل حديثاً. ومن هذه الجوانب ما يلي: أحكام "إقرار" المتضمنة في القانون؛ وتأكيد الأحكام المتعلقة بإنهاء حقوق الملكية؛ والأحكام المتعلقة بالارتقاء بمستوى الانتاج الأولي؛ والقيود المتعلقة بحق الحائزين من السكان الأصليين على سندات ملكية في التفاوض على نواحي استخدام الأرض من جانب غير الشعوب الأصلية<sup>(2)</sup>.

### ← السلطة المطلقة.

وهناك نظرية قانونية تمييزية أخرى يبدو أنها واسعة الانتشار، وهي النظرية القائلة بأن الدول تملك عملياً سلطة غير محدودة في الإشراف على أراضي الشعوب الأصلية أو تنظيم استخدامها دون إيلاء اعتبار للحدود الدستورية المفروضة في الأحوال الأخرى على السلطة الحكومية. ويعرف هذا في الولايات المتحدة على أنه "مبدأ السلطة المطلقة"، وهو يذهب إلى أن لكونجرس الولايات المتحدة أن يمارس سلطة غير محدودة تقريباً على الأمم والقبائل الأصلية وممتلكاتها. وليست هناك أي مجموعات سكانية أخرى

---

*Aboriginal and Torres Strait Islander Peoples and Australia's obligations under Nations Convention on the Elimination of all Forms of Racial (1) - the United Discrimination." 2013. p.2-30*

(2) - لجنة القضاء على التمييز العنصري، المقرر (2) 54 المتعلق بأستراليا، 18 آذار/مارس 1999

تفرض عليها مثل هذه السلطة الحكومية غير المحدودة والتي تفتح الباب للتعسف<sup>(3)</sup>.

### س الغاء المعاهدات والحقوق المتعلقة بالأرض.

هناك مثل آخر على النظريات القانونية التمييزية وهي النظرية الخاصة بالمعاهدات التي أبرمت مع الشعوب الأصلية. فقد استخدمت المعاهدات لأغراض عديدة من بينها أن تكون بمثابة آليات للحصول على تنازلات عن أراضي الأمم الأصلية وظاهرياً لضمان حقوق الأمة الأصلية فيما يتبقى لها من أرض. وتنشأ مشكلة التمييز عندما تقوم الدولة فيما بعد بإلغاء المعاهدة أو انتهاكها. وفي الحالة النمطية، لا يتوفر للأمة أو القبيلة الأصلية المتضررة سبيل إنصاف قانوني في مواجهة الدولة. سواء في إطار القانون المحلي أو بموجب القانون الدولي. إن الحرمان من جميع سبل الإنصاف بموجب القانون الدولي أمر لا يتسق مع استخدام المعاهدات كآلية قانونية ولا مع مركز الشعوب الأصلية كأشخاص من أشخاص القانون الدولي. ومن ثم، تبدو الشعوب الأصلية في وضع فريد من حيث حرمانها من سبل الإنصاف القانونية عند انتهاك حقوقها حينما تلغي الدولي أو تنتهك معاهدة بينها وبين أمة أصلية أو قبيلة أصلية أو شعوب أصلية. وترى بعض الدول ومنها نيوزيلندا والولايات المتحدة في المعاهدات صكاً من صكوك القانون المحلي وصكاً دولياً وهي لا تعتقد، تبعاً لذلك، أن سببلاً آخر للإنصاف متاح في إطار القانون الدولي هو أمر مناسب بالضرورة. والمسألة، في حالات كهذه، تظل ما إذا كان سبيل عادل للإنصاف بناء على انتهاك معاهدة ما أو إلغائها، وما

<sup>(3)</sup> -UN/E/CN.4/Sub.2/1999/18. 3 June 1999.p.17

إذا كان استخدام آلية المعاهدات في القانون المحلي هو استخدام مجرد عن التمييز<sup>(1)</sup>

### س - عدم تعيين الحدود.

تعتبر أكبر مشكلة منفردة اليوم بالنسبة للشعوب الأصلية هي مشكلة عدم قيام الدول بتعيين حدود أراضي هذه الشعوب<sup>(2)</sup>. والمقصود بتعيين حدود الأراضي هو العملية الرسمية لتحديد المواقع والحدود الفعلية لأراضي أو أقاليم الشعوب الأصلية، ووضع علامات مادية تبين هذه الحدود على الأرض. والاعتراف المجرد أو القانوني البحث بأراضي الشعوب الأصلية وأقاليمها ومواردها قد يكون عديم المعنى من الناحية العملية ما لم تحدد الخصائص الطبيعية للملكية وتوضع علامات عليها<sup>(3)</sup>. تسود في بعض الدول، مثل البرازيل، قوانين قوية وإيجابية جداً تقتضي تعيين حدود أراضي الشعوب الأصلية. على أنه ليس ثمة في بقية البلدان، بل في معظمها على الأرجح، أي قوانين من هذا القبيل. وفي الدول التي أصدرت قوانين تقتضي تعيين الحدود، فإن تنفيذ وإعمال تلك القوانين كان ضعيفاً أو معدوماً. وحيثما تتعدم هذه القوانين أو تكون ضعيفة، تنشأ مشاكل؛ لأن الدولة التي لم تقم بتعيين حدود أراضي الشعب الأصلي، لا تستطيع أن تحدد ما هي الأراضي التي تخص الشعب الأصلي وما هي الأراضي التي لا تخصه. ونتيجة لذلك، تحدث نزاعات مع مجتمعات الشعوب الأصلية. ونيكارجوا وبليز تعتبران

(1) - رودولفو ستافنهاغن، "مركز وحقوق الشعوب الأصلية في أمريكا". تقرير أعدته لجنة البلدان الأمريكية لحقوق

الإنسان تموز/يوليه 1991 على الموقع التالي

<https://humanrights.uchicago.edu/.../humanrights.../Stav>

(2) - UN/E/CN.4/Sub.2/1999/18. 3 June 1999.p.14

(3) - UN/E/CN.4/Sub.2/1999/18. 3 June 1999.p.14

نموذجين لهذا النوع من الحالات. وهناك قضية مهمة عرضت على محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان تثير قضايا متعلقة بالتزامات الدول بالاعتراف بأراضي وموارد وأقاليم الشعوب الأصلية واحترامها والتزامات الدول برسم حدود تلك الأراضي والأقاليم. والقضية المطروحة تهم جماعة ماينايا في أواس تينيي ضد نيكاراغوا؛ وقد رُفعت هذه القضية إلى المحكمة من قبل لجنة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان في حزيران/يونيه 1998 (1)

(1) - والشكوى قائمة على أساس التماس مقدم من جماعة أواس تينيي إلى لجنة البلدان الأمريكية. وادعت هذه الجماعة أن حكومة نيكاراغوا لم تف بالتزاماتها بموجب دستور نيكاراغوا والقانون الدولي حيث لم تعترف بحقوق هذه الجماعة في أراضٍ احتلها على الدوام واستخدمها أفراد من هذه الجماعة كما أنها لم تصن هذه الحقوق. وبالرغم من الجهود التي بذلها أفراد جماعة أواس تينيي من أجل رسم النخوم بصورة رسمية وتحقيق اعتراف قانوني محدد بأراضي أجدادهم أضحى استخدام واستغلال هذه الجماعة لتلك الأراضي مهدداً بصورة متزايدة. وعضاً عن الاستجابة لطلبات أواس تينيي بأن تحترم حقوقها في الأراضي وبدون التشاور مع أواس تينيي منحت حكومة نيكاراغوا امتيازاً لشركة كوربا لقطع الأخشاب للعمل في أراضٍ (تبلغ مساحتها قرابة 65 000 هكتاراً) وهي أراضٍ تملكها منذ القدم أواس تينيي. والتضحية المعروضة على المحكمة تؤكد على أمور منها أن نيكاراغوا ملتزمة قانوناً برسم حدود واحترام الأراضي التقليدية لأواس تينيي بموجب المادة 21 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان ("لكل فرد الحق في استخدام ممتلكاته والتمتع بها...") والمادة 27 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية التي تنص على أنه "لا يجوز، في الدول التي توجد فيها أقليات إثنية أو دينية أو لغوية، أن يجرم الأشخاص المنسبون إلى الأقليات المذكورة من حق التمتع بثقافتهم الخاصة أو مهاجرة بدينهم أو إقامة شعائره أو استخدام لغتهم بالاشتراك مع الأعضاء الآخرين في مجاعتهم". ونيكاراغوا طرف في الاتفاقية وفي العهد. ويجري البغ، مع التأكيد الثوري، بأن نظم حيازة الأراضي التقليدية للسكان الأصليين ونماذج استخدامها هي جانب من الثقافة الواجب حمايتها بمقتضى المادة 27 من العهد. وهذه التضحية هي الأولى التي تثير قضايا تتعلق بحقوق الشعوب الأصلية في الأراضي والتزامات الدول باحترام هذه الحقوق. والقرار الصادر عن محكمة البلدان الأمريكية قد يكون له تأثير بعيد المدى في تحديد النطاق الحالي للتزامات القانونية الدولية باحترام ورسم حدود أراضي وموارد السكان الأصليين بمقتضى الاتفاقية الأمريكية والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية. راجع:

UNE/CN.4/Sub.2/1999/18. 3 June 1999.p.18.-

## عدم قيام الدول بإنفاذ أو تطبيق القوانين التي تحمي أراضي الشعوب الأصلية.

إن بعضاً من أخطر الحالات، مثل الغزو الواسع النطاق لأراضي اليانومامي في البرازيل، وما نجم عن ذلك من هلاك آلاف الهنود اليانومامي يرجع إلى حد كبير، إلى عدم قيام الدول بإنفاذ القوانين القائمة. فحتى بعد رسم تخوم إقليم اليانومامي لم تتركس الحكومة البرازيلية الموارد اللازمة لمنع الغزو غير القانوني الذي يقوم به آلاف من المنقبين عن الذهب. وقد كان المنقبون على الذهب مؤخراً هم السبب إلى حد ما في اندلاع حرائق لا سابق لها أنتت على مساحات شاسعة من إقليم اليانومامي، وأتلفت مساحات كبيرة من الغابات والمحاصيل الزراعية. وقد تسبب الحرائق في تفشي أمراض نتجت عنها وفاة ما يزيد على 100 يانومامي عام 1998<sup>(2)</sup>. وفي حالات أخرى، تجد الشعوب الأصلية أنها لا تستطيع حماية حقوقها في الأراضي والموارد لأنه لا يتوفر لها سبيل إنصاف فعال أمام المحاكم أو سبل إنصاف قانونية أخرى. وفي أسوأ الحالات يحول العنف والإرهاب والفساد دون اتخاذ الإجراء القانوني الفعال من جانب الشعوب الأصلية أو بالنيابة عنها. ووردت إفادات بهذا المعنى، على سبيل المثال، فيما يتعلق بمساعي شعوب الماكوكسي الهندية في البرازيل لحماية أراضيها. وفي كانون الأول/ديسمبر 1998 اتخذت الحكومة البرازيلية خطوة إيجابية صوب معالجة الحالة بإصدار قانون يتعلق برسم حدود منطقة رابوزا/ سيرا دو سول في ولاية رورايا الشمالية. وهذه المنطقة موطن للشعوب الأصلية من الماكوكسي، والوابي خانة، الانراريكو والتوريبانغ. وقد قامت في وقت سابق لجنة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان

(2) *Comisso Pro Yanomami Update, No. 101, February 1999*



التابعة لمنظمة الدول الأمريكية بزيارة المنطقة وأوصت بصورة رسمية الحكومة البرازيلية باتخاذ خطوات لرسم تخوم رابوزا/سيرادو سول<sup>(1)</sup>. إلا أنه في الأشهر التالية لاتخاذ الحكومة قرارها هذا وردت تقارير تفيد تصاعد أعمال التخويف المادي والسياسي من قبل العاملين في ميدان تعدين الذهب والمشتغلين بالزراعة الذين يعيشون في المنطقة. وما زال الترسيم الرسمي لحدود منطقة رابوزا/سيرادو سول ينتظر التصديق عليه من قبل الرئيس البرازيلي وهناك إمكانية مرجحة بأن المنطقة ستخضع لمزيد من التقليل قبل أن يبدأ الترسيم<sup>(2)</sup>. وفي أماكن أخرى، لا يوجد نظام قانوني فعال يوفر سبل للإنصاف، أو لا تستطيع الشعوب الأصلية أن تدفع تكاليف تمثيلها بمحامين مؤهلين، أو هي لا تستطيع استخدام اللغة التي تتطلبها المحاكم أو الدوائر القانونية، أو لا تستطيع السفر إلى مقر المحاكم أو الدوائر القانونية، أو هي ببساطة لا تعلم بوجود سبل إنصاف متاحة. وكما هو الشأن بالنسبة لغير ذلك من حقوق الإنسان. فإن الفقر والبعد الجغرافي والاختلافات الثقافية واللغوية لدى الشعوب الأصلية تخلق عقبات كأداء في سبيل حماية حقوقها في أراضيها وأقاليمها ومواردها<sup>(3)</sup>.

---

(1) - *Inter-American Commission on Human Rights, Reports on Situation of Human Rights in Brazil, 1997.*

Comisso Pro Yanomami *Update*, No. 101, February 1999.

. Missionrio – CIMINewsletter Nos. 354, <sup>(2)</sup> - Conselho Indigenista 356.

(3) - UN/E/CN.4/Sub.2/1999/18. 3 June 1999.p.18

## مشاكل تتعلق بمطالبات بأراضي وبيعاً أراضى.

إن التاريخ الطويل والمؤلم الذي شهد القيام على نحو غير عادل ولا إنساني بتجريد الشعوب الأصلية من أقاليمها، قد أفضى إلى انعدام ملكية الشعوب الأصلية لأي أراضٍ أو موارد أو إلى احتفاظها بقدر ضئيل للغاية من الأراضي والموارد لا يكفي لإبقاء مجتمعاتها وثقافتها على قيد الحياة. وهذا الأمر لا يصدق في جميع الأحوال، ولكن هناك شعوباً أصلية كثيرة سيتوقف مستقبلها على اقتنائها للأراضي والموارد اللازمة لتحقيق تنمية اقتصادية مستدامة ودرجة من الاكتفاء الذاتي. وأكثر المشاكل حدة قائمة في البلدان التي لا تتوفر سبل إنصاف قانونية ولا آلية سياسية أو قانونية لمعالجة أو نسوية مطالبات

السكان الأصليين المتعلقة بالأراضي. ويقال إن مثل سبل الإنصاف هذه أو الآليات لا تتوفر للشعوب

الأصلية التي فقدت عملياً كل أراضيها ومواردها<sup>(1)</sup>. يتفق المؤرخون والأكاديميون على أن استعمار العالم الجديد شهد مظاهر متطرفة من العنصرية - المذابح واقتلاع السكان من أراضيهم بالإكراه، و "حروب الهنود الحمر"، والموت بسبب الجوع والمرض. أما اليوم فيُطلق على هذه الممارسات التطهير العرقي والإبادة الجماعية. بل إن ما يبدو أكثر ترويحاً للعقول المعاصرة أن إخضاع شعوب العالم الجديد الأصلية قد تم بمسوغ قانوني. فتقول إيريك إيرين داييس رئيسة/مقررة فريق الأمم المتحدة العامل المعني بالسكان الأصليين، في دراسة عن السكان الأصليين وعلاقتهم

(1) UN/E/CN.4/Sub.2/1999/18. 3 June 1999, pp.18-19

بالأرض، إن قوانين الاكتشاف و الغزو و الأرض التي ليست ملكاً لأحد ، هي التي تكونت منها نظريات التجريد من الملكية(2)

إن نظريات التجريد من الملكية التي ظهرت في التطور اللاحق للقانون الدولي الحديث، أي الفتح والكشف والأرض المباحة (terra nullius)، كانت لها جميعاً آثار تجل عن الحصر في إضرارها بالشعوب الأصلية. ومؤخراً فقط، بدأ المجتمع الدولي يفهم أن هذه النظريات غير مشروعة وعنصرية. فعلى سبيل المثال، مع أن محكمة العدل الدولية الدائمة أسست حكمها في قضية جرينلاند الشرقية لعام 1933<sup>(3)</sup>، وفي نفس الإطار وعلى أساس نفس المواقف، نجد أن محكمة العدل الدولية تحكم في عام 1975 بأن نظرية الأرض مباحة (terra nullius) قد طبقت بطريقة خاطئة وغير شرعية على الشعوب القبلية في الصحراء الغربية<sup>(4)</sup>. وناقشت المحكمة العليا في أستراليا في قرارها الصادر في عام 1992 في قضية مابو ضد كوينزلاند الآثار القانونية وغيرها من الآثار المترتبة على نظرية الأرض المباحة.

(2) - وفي القرن الخامس عشر، على وجه التحديد، مهد مرسومان باباويان الطريق للسيطرة الأوروبية على العالم الجديد وأفريقيا. فالمرسوم Romanus Pontifex الذي أصدره البابا نيكولاس الخامس إلى الملك ألفونسو الخامس ملك البرتغال عام 1452، أعلن الحرب على كل من هو غير مسيحي في أنحاء العالم، وعلى وجه التحديد، أجاز وشجع الغزو والاستعمار واستغلال الدول غير المسيحية وأراضيها. أما المرسوم Inter Caetera الذي أصدره البابا اليكساندر السادس في عام 1493 لملك اسبانيا وملكها عقب رحلة كريستوفر كولمبس إلى الجزيرة التي أسماها هيسبانيولا، فهو الذي أنشأ رسمياً السلطان للمسيحي على العالم الجديد. فقد دعا المرسوم إلي إخضاع السكان الأصليين وأراضيهم، وقسم جميع الأراضي المكتشفة حديثاً، أو التي لم تكتشف بعد، إلى فئتين - ففتح اسبانيا حق غزو أحد شقي العالم والسيطرة عليه ومنع البرتغال حق غزو الشق الآخر والسيطرة عليه. وأعدت معاهدة تورديسيلاس التي عُقدت لاحقاً (1494) تقسيم العالم مما نتج عنه أن أغلب البرازيليين يتكلمون اليوم البرتغالية وليس الإسبانية، كما هو الحال في بقية أمريكا اللاتينية. ولم يحدث قط أن ألقي للرسومان الباباويان، رغم طلب ممثلي السكان الأصليين من الفاتيكان النظر في أن يفعل ذلك. - المؤتمر العالمي لمكافحة العنصرية والتمييز العنصري وكراهية الأجانب وما يتصل بذلك من تعصب، المقرر عقده في الفترة من 31 آب/أغسطس إلى 7 أيلول/سبتمبر 2001 في دربان بجنوب أفريقيا

(3) - *Eastern Greenland (Denmark v. Norway). 1933 P.C.I.J. (ser.A/B) No.53*

(4) - الصحراء الغربية، فتوى محكمة العدل الدولية 12 لعام 1975.

وشجبت المحكمة هذه النظرية بالخلوص إلى أن هذه "النظرية الجائرة والتمييزية لم يعد ممكناً قبولها". وهذا القرار أفضى إلى نشوء قانون حق الملكية الأصيل الذي اعتمده حكومة أستراليا في عام 1993 والذي وضع إطاراً وآلية أمكن بفضلهما للسكان الأصليين في أستراليا تأمين حقوقهم في الأرض. بيد أن الشعوب الأصلية الأسترالية أبلغت الفريق العامل بأنها تواجه مصاعب جمة فيما يتعلق بهذا القانون وترى أن من غير المنصف ومما لا أساس له أن تؤكد سلطة الدولة، التي يسلم بها حكم مابو في القضاء على حقوق السكان الأصليين في الأرض<sup>(1)</sup>. ومعرفة إلى أي حد يمكن الحكومة أستراليا أن تواصل القضاء على حقوق السكان الأصليين في ملكية الأرض من خلال التشريعات التي تميز ضد ملكية الشعوب الأصلية مسألة يجري بشأنها نقاش متواصل. وقد أصدرت لجنة القضاء على التمييز العنصري، في 18 آذار/مارس 1991 قراراً مفاده أن الأحكام التي تضمنتها تعديلات قانون تملك الشعوب الأصلية لعام 1998 تبطل أو تعوق ممارسة الحقوق والمصالح التي يتمتع بها السكان الأصليون بموجب سندات الملكية ويميز ضد الحاملين لهذه السندات<sup>(2)</sup> وهذا يوضح أن نزعة التركيز على الذات الأوروبية والأفكار التمييزية لا تزال واضحة في النظرية والفكر القانونيين وأن تلك المواقف توقع الشعوب الأصلية في شرك الخطاب

---

Willheim. Queensland pastoral leases and native title". Aboriginal Law . vol 3. No. 89. 1997. p. 20: See also M. Dodson. "Human<sup>(1)</sup>. Bulletin rights and extinguishment of native title". 1995.pall:  
- See also E/CN.4/Sub.2/1994/30 ;E/CN.4/Sub.2/1993/29

Corr.1 و E/CN.4/Sub.2/1996/21 ;E/CN.4/Sub.2/1995/24 .corr.1  
(2) - CERD/C/54/Misc.40/Rev.2)

القانوني الذي لا يتقبل قيمها الثقافية ومعتقداتها ومؤسساتها ومنظوراتها المتميزة<sup>(3)</sup>.

كما ذكرت (إيريكيا أيرين دايس) : فاستعمار أقاليم الشعوب الأصلية قد أثر على هذه الشعوب بعدة طرائق. إذ حدث تدهور ديموغرافي بفعل حالات سوء المعاملة، والاستعباد، والانتحار، والمعاقبة على المقاومة، والحرب، وسوء التغذية الناجم عن تدمير البيئة الطبيعية أو الاستغلال المفرط للموارد الطبيعية، والأمراض، والإبادة السافرة. يقول (رودولفو ستانفنهاغن): " بأن العدد الكلي لسكان الأمريكتين انخفض بنسبة 95 في المائة في القرن ونصف القرن للذين أعقبا المواجهة الأولى"<sup>(4)</sup> إن الإصرار على تصفير الشعوب الأصلية وإخضاعها لسيادة الملوك الأجانب قد أدى إلى بث الفوضى والاضطراب على نطاق واسع على الرغم من بعض المحاولات السابقة لمعاملتهم معاملة ودية. ومع تضائل عدد السكان، حدث تدمير للنظام الاجتماعي التقليدي بسبب الجهود التي بذلها المبيشرون والمواقف الغربية

---

(3) - الاستنتاجات والتوصيات الواردة في تقرير الحلقة الدراسية عن آثار العنصرية والتمييز العنصري على العلاقات الاجتماعية والاقتصادية بين الشعوب الأصلية والدول، جنيف، 16-20 كانون الثاني/يناير 1989 (HR/PUB/89/5).

(4) - رودولفو ستانفنهاغن، "مركز وحقوق الشعوب الأصلية في أمريكا". تقرير أعدته لجنة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان <https://humanrights.uchicago.edu/.../humanrights.../Stav...> 1991 على الموقع التالي :

إزاء عوامل عديدة من بينها تقسيم العمل، والتقسيم بحسب نوع الجنس. ودخل على الصورة أسلوب إعطاء قيمة نقدية للأشياء التي يمكن أن تشتري وتباع، بما في ذلك الأرض، فأضاف عامل عامل إرباك نابغاً من بيئة اقتصادية مناقضة تماماً للنظام الاقتصادي التقليدي لمعظم مجتمعات الشعوب الأصلية. فهذه المفاهيم كلها كانت غريبة على التنظيم الاجتماعي الجماعي لمجتمعات الشعوب الأصلية.

ومالاشك فيه أن نظريات الاكتشاف هذه هي التي وفرت الأساس لكل من قانون الأمم والقانون الدولي لاحقاً. وبالتالي، فقد سمحت للدول المسيحية أن تدعي الحق في الأراضي غير المشغولة، التي ليست ملكاً لأحد أو الأراضي التي تخص الوثنيين أو الكفار. وفي أنحاء كثيرة من العالم، نشأ عن هذه المفاهيم مؤخرًا الوضع الذي يعيش فيه كثير من السكان الأصليين اليوم في اسم تابعة أو أجزاء من الدولة حيث يمكن إلغاء ملكيتهم لأراضيهم - أو إبطالها- في أي وقت من جانب الحكومة<sup>(1)</sup>. ويعلن زعماء السكان الأصليين اليوم أن مما يعتبر تمييزاً في أساسه أن سند الملكية الذي يكون لدى السكان الأصليين لا يمنح الامتيازات ذاتها التي يمنحها سند الملكية العادي. ويقول (مكدوسون) ، وهو محام من السكان الأصليين، الاستراليين، أن مفهوم الإبطال يعامل حقوق ومصالح السكان الأصليين في الأراضي باعتبارها دون جميع حقوق الملكية الأخرى. ووفقاً لقانون وأعراف السكان الأصليين، لا يمكن حيازة أراضي السكان الأصليين إلا بحق ملكية أهلي، ووفقاً للقانون الذي وضعه المهاجرون الأوروبيون منذ ذلك الحين يمكن إبطال حق الملكية

(1) - المؤتمر العالمي لمكافحة العنصرية والتمييز العنصري وكرهية الأجانب وما يتصل بذلك من تعصب، المقرر عقده في الفترة من 31 آب/أغسطس إلى 7 أيلول/سبتمبر 2001 في دربان بجنوب أفريقيا

الأهلي. قصة الاستعمار ليست واحدة بالنسبة لسكان العالم الأصليين - أو السكان الأوائل. ففي العالم الجديد، وصل المستعمرون الأوروبيون البيض واستقروا فجأة وترتب على ذلك نتائج بالغة الأثر. وقامت سلالة الأوروبيين المسيطرة بتتحيحة السكان الأصليين وتهميشهم. واختفت بعض الشعوب أو كادت. ووفقا للتقديرات الحديثة، يتراوح عدد سكان أمريكا الشمالية في القرن الخامس عشر، أي قبل كولمبس، بين 10 و 12 ملايين نسمة. وبحلول التسعينات من القرن التاسع عشر، انخفض هذا العدد إلى حوالي 300,000. وفي أمريكا اللاتينية، كانت النتائج مماثلة؛ في بعض الأنحاء، وفي أنحاء أخرى؛ لا تزال الغالبية من السكان الأصليين. ولكن حتى في تلك المناطق، يعيش السكان الأصليون في أغلب الأحيان في ظروف غير مواتية. فالسكان الأصليون في أمريكا اللاتينية لا يزالون يواجهون العقبات ذاتها التي يواجهها السكان الأصليون في أماكن أخرى - وهي بالدرجة الأولى، مفارقة أراضيهم. وهذه المفارقة تستند عادة إلى تمييز

سببه في الأصل العنصر (1). من الواضح أن هناك بين الشعوب الأفريقية مجموعات من السكان عاشت دائمًا حيث كانت، وناضلت من أجل الحفاظ على ثقافتها ولغتها وأسلوب حياتها وتعاني من مشاكل شبيهة بتلك التي يعاني منها السكان الأصليون في كل مكان، ولا سيما عندما يفارقون أراضيهم بالقوة. وتشمل تلك الظروف الفقر والتهميش وفقدان الثقافة واللغة وما يترتب على ذلك من مشاكل الهوية التي تفضي في أغلب الأحيان إلى مشاكل

---

(1) - المؤتمر العالمي لمكافحة العنصرية والتمييز العنصري وكراهية الأجانب وما يتصل بذلك من تعصب، المقرر عقده في الفترة من 31 آب/أغسطس إلى 7 أيلول/سبتمبر 2001 في دربان بجنوب أفريقيا

(2) - المرجع السابق

اجتماعية مثل تعاطي الكحول والانتحار. وبسبب أوجه الشبه الخاصة هذه يرى كثيرون أن من المجدي والمناسب اعتبار هذه المجموعات سكاناً أصليين فسكان الغابات القناصون - الجامعون (الأقزام) الذين يعيشون في الغابات المطيرة في وسط أفريقيا، ويتألفون من مجموعات عديدة، تتهددهم سياسات حفظ الطبيعة وقطع الأشجار وانتشار الزراعة والاضطرابات السياسية والحروب الأهلية. وهم عادة في قاع الهيكل الاجتماعي، ومن المفارقات أن السياسات الحديثة لحفظ الطبيعة ترمي إلى حماية أنواع الحيوانات، وليس مجموعات البشر، ومنع كثير من أولئك القناصين - الجامعين من القنص(2)

ويكافح السكان البدو الرعويون مثل قبائل (الماساي والسامبورو) في شرق أفريقيا زحف الزراعة وتدابير الحفظ على مناطقهم. وكلما ضُيق تواجدهم في حيز أصغر أصبح الحفاظ على حيواناتهم الزراعية أصعب، لا سيما في الفترات الصعبة، مثل أوقات الجفاف. مما يضطرهم بشكل متزايد إلى الانتقال إلى المناطق الحضرية. أما الصانين، أو البوشمان، الذين يعيشون في الجنوب الأفريقي فقد اختفوا في بعض الحالات أو كادوا إذ أنهم فقدوا أوطانهم التقليدية أو أخرجوا منها. ولا تزال أعداد كبيرة منهم في ناميبيا ولكنهم عادة ما يعانون من الفقر ولا يستطيعون أن يعيشوا حياتهم التقليدية. وأثر كثير منهم ببساطة البقاء لعدم وجود مكان آخر يذهبون إليه وهم الآن يجدون أنفسهم عمالاً بأجر ضئيل في مزارع - كانت أصلاً أراضيهم - والآن يمتلكها البيض أو أفارقة آخرون. أما الأمازيغ (البربر) فهم السكان الأصليون في شمال أفريقيا ومنطقة الساحل. وقد يكون الطوارق أشهر المعروفين من



الأمازيغ. وأغلب الأمازيغ الذين لم يذوبوا في المجتمع يعيشون في الجبال أو الصحراء. وفي مناطق البحر الأبيض المتوسط أصبحوا قراريين؛ أما الذين يعيشون في الصحراء فهم في العادة رُحَّل. وهم يوجدون اليوم على شكل جيوب لغوية صغيرة لا تتمتع ثقافتها بحماية كبيرة، إن وجدت تلك الحماية. ويعمل

الناشطون منهم على الاحتفاظ بلغتهم وثقافتهم<sup>(1)</sup>.

وأخيراً في خاتمة المقام نتطرق إلى دور الأمم المتحدة في مكافحة الفصل العنصري. حيث لعبت دوراً رئيسياً في إزاء الفصل العنصري، وكان هذا إنجازاً رئيسياً للمجتمع الدولي ككل وإيداناً بزوال الأشكال المقننة للتمييز العنصري. ومع ذلك، ورغم أن وسائل الإعلام والسفر الدولي والتقدم التكنولوجي تؤدي إلى التقريب بين الناس أكثر فأكثر، فإننا نشهد عودة للتعصب ومظاهر كره الأجانب والعنصرية والتمييز العنصري والمنازعات الإثنية في شتى أنحاء العالم. كما يجري إنكار الحقوق الأساسية للمهاجرين واللاجئين والأقليات الإثنية والقومية والدينية والشعوب الأصلية. ومن الأمور المثيرة للقلق عودة ظهور المنازعات الإثنية في أنحاء عديدة من العالم. ولقد ظهرت نظريات جديدة تقوم على التطهير العرقي والإثني. وأصبح انعدام المساواة التحدى الملح في زماننا هذا<sup>(2)</sup>.

(1) - المؤتمر العالمي لمكافحة العنصرية والتمييز العنصري وكرهية الأجانب وما يتصل بذلك من تعصب، المقرر عقده في الفترة من 31 آب/أغسطس إلى 7 أيلول/سبتمبر 2001 في دربان بجنوب أفريقيا مرجع السابق

(2) - ركزت الأمم المتحدة اهتمامها بادئ الأمر رسمياً على مشاكل السكان الأصليين في سياق مكافحتها للعنصرية والتمييز. ففي عام 1970، كلفت اللجنة الفرعية لمنع التمييز وحماية الأقليات وهي هيئة فرعية تابعة للجنة حقوق الإنسان) المقرر الخاص مارتنيز كويو من إكوادور بإجراء دراسة عن "مشكلة التمييز ضد السكان الأصليين". وهذه الدراسة الضخمة التي أكلت عام 1984، وثقت بعناية التمييز الحديث ضد السكان الأصليين ووضعهم البش. وقد صنف تقريره المجموعة الواسعة النطاق من التوائين المعمول بها لحماية السكان الأصليين: كان بعض تلك التوائين تمييزياً في مفهومه والبعض الآخر كانت تتجاهله عادة الطائفة المسيطرة. وحلص التقرير إلى أن استمرار التمييز ضد السكان الأصليين يهدد بقاءهم، وأثبت التقرير أن بعض الحكومات تنكر وجود السكان الأصليين داخل حدودها. وبعضها ينكر وجود أي نوع من التمييز - بما يتناقض الواقع المشاهد. ووصف التقرير حالات فضحت فيها السلطات الحكومية، بدون قصد

## وفى النهاية نشاطر (Anthony Löwstedt) أن جريمة الفصل العنصرى (الآبار تهيد) جريمة ترتكب من قديم الأزل ، بداية من النظام اليونانى والرومانى والمصرى ووصولاً إلى جنوب أفريقيا و إسرائيل ضد فلسطين<sup>(3)</sup>

منا في تقاريرها عن حالة السكان الأصليين، فكها الخيري، للغاية. فعلى سبيل المثال، رد أحد المسؤولين الحكوميين في الأمريكتين على طلب السيد كوبو للمعلومات عن "التدابير الحماية" بقوله: "في تشريعاتنا المدنية، لا يدرج الهنود المحر حتى ضمن الأشخاص المعاجزين". ورد آخر بقوله: "إنهم ليسوا مقيدس في سجل المواليد، وذلك معناه أنهم ليس لهم شخصية مدنية قانونية. فيم كانتنات بدون التزامات سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية. وهم لا يلدون بأصواتهم، ولا يدفعون ضرائب". وصدر حكم قضائي خص إلى أن الهندي الأحمر لا يمكن الحكم بإدانته في ارتكاب القتل وذلك بسبب "الجبل المطبق" وجاء في الحكم "أنه على الرغم من أن الهنود المحر في بلدنا يتخون إلى فئة المواطنين الذي لهم حقوق وواجبات .... فيم لا يتناولهم نص القانون. إذ أنهم لا يفهمونه." وكان إنشاء فريق الأمم المتحدة العامل المعني بالسكان الأصليين في عام 1982، نتيجة مباشرة للدراسة التي أجراها كوبو. فهذا الفريق العامل المؤلف من خمسة خبراء مستقلين يجتمع سنويا في جنيف ويمثل حتى الآن الساحة الوحيدة في منظومة الأمم المتحدة التي يمكن فيها للسكان الأصليين التعبير عن آرائهم. وقد ساهم عقد الأمم المتحدة الدولي للسكان الأصليين في العالم (1995 - 2004) في تركيز الجهود في منظومة الأمم المتحدة على تحقيق هدفين رئيسيين هما: إنشاء منتدى دائم معني بقضايا السكان الأصليين ، وإعداد إعلان بشأن حقوق السكان الأصليين. وما زال مشروع الإعلان قيد النظر من جانب لجنة حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة. وقد اتخذ مؤخرا المجلس الاقتصادي والاجتماعي، وهو الهيئة المنشأة بموجب ميثاق الأمم المتحدة والتي تقدم لجنة حقوق الإنسان تقاريرها إليها، خطوات لإنشاء منتدى معني بقضايا السكان الأصليين. سيتألف من ثمانية خبراء حكوميين وثمانية ممثلين للسكان الأصليين. وسيسمح لممثل السكان الأصليين للمرة الأولى بالتحدث مباشرة إلى هيئة رسمية منسأة بموجب ميثاق الأمم المتحدة، وهي المجلس الاقتصادي والاجتماعي. ونظرا لدواعي الفتح المتنامية بشأن البيئة، فإن النشاط الذي يضغط به الفريق العامل وغيره من هيئات الأمم المتحدة، وأعمال الدعوة التي تواصل القيام بها مجموعات السكان الأصليين والمنظمات غير الحكومية، يحظى السكان الأصليين في جميع أنحاء العالم باهتمام متزايد من جانب حكوماتهم. فقد ركزت بلنات مثل كندا واستراليا والولايات المتحدة جهودها على تسوية مطالبات السكان الأصليين المتعلقة بالأراضي وعلى التوصل إلى تسوية للأضرار السابقة، بما فيها تلك التي وقعت باسم الإدماج في المجتمع. ففي البلدان الاسكندنافية، أنشأ الساسميون من السكان الأصليين منتدى برلمانيا عبر حدودهم الوطنية. وفي أفريقيا، بدأت مجموعات السكان الأصليين لتوها في تعبة جهودها. وفي مناطق أخرى، اتخذت مجموعات السكان الأصليين مواقف قوية في مواجهة حكوماتنا. ولأول مرة، أسندت اتفاق سلام أبرم بوساطة من الأمم المتحدة في الحرب الأهلية في غواتيمالا دورا محددنا إلى السكان الأصليين. ولكن هناك الكثير مما لم يتم تسويته.

**Anthony Löwstedt : Apartheid :Ancient, Past, and Present: Systematic in Graeco-Roman Egypt, South Human Rights Violations<sup>(3)</sup> - and Gross Africa, and Israel/Palestine. SIXTH EDITION, June 28, 2010.pp.4-38**

## الخاتمة

وفي خاتمة هذا البحث نذكر شعر أبي البقاء الرندي في رثاء الأندلس: يا من لدلة قوم بعد عزهم ، أحال حالهم جوراً وطغياناً . بالأمس كانوا ملوكاً في منازلهم ، واليوم هم في بلاد الكفر عُيدانُ . فلو تراهم حيارى لا دليل لهم ، عليهم من ثياب الذل ألوانُ . ولو رأيت بكاهم عند بيعهم . لهالك الأمر واستهوتك أحرانُ . هذا الحال ينطبق تماماً على حال الشعوب الأصلية الآن . وعليه حمل عنوان هذا البحث الحماية الدولية لحقوق الشعوب الأصلية ( الأصلية ) ، وخلال الدراسة المتأنية توصلنا إلى مايلي :

❖- أن الغزوات الاستعمارية، فضلاً عن التأثير المستمر الأكثر خفاء الذي يحدثه النجم الهادي به في عصرنا الراهن، ألا وهو التقدم العلمي والتكنولوجي، قد دفعا بالشعوب الأصلية وثقافتها إلى حافة الانقراض . فكثيراً ما اعتمدت الدول القومية سياسات استيعاب ودمج تقوم على نظرية فرق تسد، مما ترك الأمم الأولى مقتلعة أساساً من جذورها، وجعلها مهمشة ومجردة من ملكيتها . ومع ذلك، فإن العديد من الشعوب الأصلية لم تتلاش؛ ولم تتخل عن ثقافتها، ولا عن عواملها الداخلية . لقد تغلبت تلك الشعوب، بمعاونة تكنولوجيا الاتصال الحديثة، على عزلتها الثقافية والسياسية، وانضمت معاً تطلب استرداد هويتها الأساسية ودورها على ساحة صنع القرار العالمية .

❖- أن إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الشعوب الأصلية يمثل استجابة رسمية وشاملة وذات حجية من مجتمع الدول الدولي لمطالبات الشعوب الأصلية، ويرتقب الامتثال له إلى أقصى درجة . وبعض الحقوق المذكورة

فيه قد تشكل جزءًا من القانون الدولي العرفي، والبعض الآخر قد يصبح أصل ومصدر انبثاق للقانون الدولي العرفي مستقبلاً.

٤- أن الإعلان، في ممارسات الأمم المتحدة، هو صك رسمي وجليل يُلجأ إليه فقط في حالات نادرة جدًا متعلقة بقضايا ذات أهمية كبرى ودائمة يُتوقع فيها أقصى قدر من الالتزام. وينشأ عن استخدام هذا الصك بالذات توقع قوي بأن أعضاء المجتمع الدولي سيلتزمون به وبالتالي، فمن حيث أن ذلك التوقع تبرره ممارسات الدول تدريجيًا، يمكن أن يُشكل إعلان ما عرفًا يُعترف به على أنه يضع أسس قواعد ملزمة للدول.

٥- أن التحليلات العلمية لممارسات الدول والاعتقاد بالإنزام إلى أن للشعوب الأصلية الحق في تنمية هويتها الثقافية المميزة وروحانياتها ولغتها وأنماط عيشها التقليدية والحفاظ عليها، وأن لها الحق في تقرير مصيرها السياسي والاقتصادي والاجتماعي، بما يشمل قدرًا كبيرًا من الاستقلال الذاتي، ولها الحق في الأراضي التي كانت تمتلكها بصفة تقليدية أو كانت بخلاف ذلك تشغلها وتستخدمها.

٦- أن العنصرية والتمييز العنصري هما من أقوى الاعتداءات على كرامة الإنسان وحرية. ولا يمكن لأي مجتمع أن يتغاضى عن العنصرية دون أن يقوض أركان السلم والعدالة. ولقد كان الكفاح ضد العنصرية والتمييز العنصري في صدارة عمل الأمم المتحدة منذ إنشائها. ثم إن تضمين ميثاق الأمم المتحدة مبادئ تعزيز وحماية حقوق الإنسان للجميع،

دون تمييز على أساس العرق أو الجنس أو اللغة أو الدين، قد استند إلى حد بعيد إلى تجارب.

٤- أنه على عاتق الدولة أيضا التزامات العناية الواجبة فيما يتعلق بالتمتع بحقوق الإنسان، وتتصل تلك الالتزامات بمنع الانتهاكات وحماية الأشخاص منها. وعند حدوث الانتهاكات. وعند حدوث انتهاكات، يقع على الدولة الالتزام بالتحقيق بصورة مناسبة، وتعويض الضحايا وبذل الجهود الجادة لمنع تكرار حدوثها. ويتعلق منع الانتهاكات بتلك التي ترتكبها جهات فاعلة من غير الدول وحتى في القطاع الخاص.

٥- أن حالة التفاوتات القائمة بين المناطق في العالم وتعرض أشد الناس فقرًا في البلدان النامية للخطر قد أخذت تتفاقم نتيجة لثلاث أزمات مترامنة هي: الأزمة الغذائية والأزمة الاقتصادية والأزمة البيئية. فلأول مرة في التاريخ يعاني أكثر من مليار شخص في شتى بقاع العالم من نقص في التغذية. والأشخاص الأكثر تعرضًا للجوع وسوء التغذية هم أفراد الأسر الريفية الفقيرة، والفقراء من سكان الحضر، والنساء والأطفال، واللاجئون والسكان الأصليون وغيرهم من الأقليات. فمعظم هؤلاء الأشخاص هم من الجياع لأنهم يعانون من أشكال تمييز متعددة.

## وعليه نوصي بما هو آت

❖ - ينبغي لجميع الدول أن تنفذ بالكامل إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الأشخاص الشعوب الأصلية . مع قد تستلزم اهتمامًا خاصًا وتدابير إيجابية تكفل التمتع الكامل بحقوقها فيما يتعلق بعدم التمييز والمساواة في جميع جوانب المجتمع – المدنية ، والثقافية، والاقتصادية، والسياسية والاجتماعية.

❖ - ينبغي ترجمة أحكام الإعلان من جانب الدول إلى تشريعات وطنية وينبغي أن ينعكس تكريس الاهتمام بالشعوب الأصلية في الأطر المؤسسية الوطنية لحماية حقوق الإنسان، بما في ذلك الوزارات المختصة والإدارات الحكومية، ومؤسسات حقوق الإنسان الوطنية، والهيئات والآليات الاستشارية . وينبغي استعراض التشريعات الموجودة بما يكفل ألا تكون فيها أحكام تمييزية أو يكون لها أثر مباشر أو غير مباشر على الأشخاص المنتمين إلى الشعوب الأصلية.

❖ - يجب أن تكفل الدول أن تكون بيئة التعليم الوطني بيئة ترحيبية وغير تمييزية بالنسبة للمنتميين إلى الشعوب الأصلية وأن توفر لأفرادها تسوية معقولة لمعرفة ما يتعلق بدينهم، والتعبير عن دينهم، والمشاركة في أعيادهم الدينية، ومعرفة أديان ومعتقدات الآخرين . وينبغي للدول، وبما يتفق مع الإعلان، أن تتخذ تدابير حسب الاقتضاء لتشجيع اكتساب المعرفة بتاريخ الشعوب الأصلية الموجودة فوق أراضيها وتقاليدها ولغاتها وثقافتها.

❖- ينبغي أن تجري الدول بحوثًا وعمليات لجمع البيانات، بما في ذلك في سياق استقصاءات التعداد الوطنية، الرامية إلى تجميع معلومات تفصيلية بشأن الحالة الديموغرافية والاجتماعية-الاقتصادية للشعوب الأصلية في بلدها . وينبغي أن تكون تلك البيانات كمية ونوعية من حيث طابعها وأن تشمل اعتبارات لحالة الشعوب الأصلية بالنسبة لأفراد المجتمع الآخرين . وينبغي أن يكون هدفها توفير تحديد شامل للمجتمعات الشعوب الأصلية ، وحالاتها وتحدياتها التي تؤثر فيها، وينبغي الاضطلاع بها بالتشاور مع الشعوب الأصلية وبمشاركتها الطوعية .

❖-ولكي تتمكن الدول من الوفاء بالتزاماتها بموجب أحكام قانون حقوق الإنسان الدولي، فإن أول خطوة يجب عليها القيام بها هو التشاور مباشرة مع الشعوب الأصلية . ويكمن أوضح الأسباب للتشاور في تنوعها ذاته . ويتمثل أحد الأسس المنطقية جدًا لحقوق الإنسان في تباين آثار ذلك . فقد تعامل دولة كل سكانها على قدم المساواة، إلا أن هذا قد يُسفر عن عواقب سلبية بالنسبة للشعوب الأصلية التي قد تتطلب خصائصها المتميزة أحكامًا محددة، مثل ما يتعلق بمتطلبات العبادة، والمسائل المتعلقة بالضمير، أو الملابس، أو الغذاء . وبدون مراعاة الشعوب الأصلية في المسائل والقرارات التي تهمها، فلن تؤخذ قضاياها في الاعتبار . ويشكل التشاور مع الأقليات شرطًا أساسيًا لمعايير حقوق الإنسان بما في ذلك الإعلان .

❖-وتُعد الحالة الأمنية للشعوب الأصلية في بعض الدول سببًا للقلق الشديد وتتطلب اهتمامًا عاجلاً من الحكومات الوطنية، وهيئات حقوق الإنسان الحكومية الدولية الإقليمية، والأمم المتحدة . وتهدد أعمال العنف

والانتهاكات الواسعة النطاق. والمنظمة لحقوق الإنسان - والتي ترتكبها الدولة ذاتها أحيانا - وجود الشعوب الأصلية ذاته في بعض الدول أو الأقاليم . ويقع على الدول مسئولية حماية حقوق الإنسان والأمن للجميع وتهيئة الظروف للسلام والاستقرار . ويجب على الدول أن تتصرف بصورة مناسبة وبسرعة لحماية حقوق وأمن الشعوب الأصلية التي تتعرض للتهديد وأن تقدم للمحاكمة أي شخص يرتكب، أو يدعم، أو يحرض على العنف ضدها.



## المراجع

### أولاً: المراجع العربية

- د. أحمد أبولوفنا : الحماية الدولية لحقوق الإنسان فى إطار منظمة الأمم المتحدة والوكالات المتخصصة ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثالثة 1428 هـ - 2008 م .

- د. أحمد الرشيدى ، حقوق الإنسان ، دراسة مقارنة فى النظرية والتطبيق - مكتبة الشروق الدولية ، القاهرة الطبعة الخامسة ، 2005.

- ثناء عطوي ، الشعوب الأصلية" .. كي لا تنسى البشرية ، أفق ، نشرة إلكترونية تصدرها مؤسسة الفكر العربى ، العدد: 242 التاريخ: 2012/9/5 .

- ساره هايمويتز، وايفور ديكريس، وأمالي أندرسون ( وآخرين ) دليل دراسي حقوق الشعوب الأصلية مركز حقوق الإنسان بجامعة منيسوتا ، 2003.

- سليمان يوسف يوسف ، الشعوب العربية وحقوق الشعوب الأصلية .. الأثوريون والأقباط نموذجاً ، الحوار المتمدن-العدد: 2099 - صادر 2007\11\14

- د. طارق أحمد الوليد - منع جريمة إبادة الجنس البشري والمعاقبة عليها فى القانون الدولي الجنائي- ط 1- دار النهضة العربية سنة 2010 .

- محمد سليم محمد غزوي - جريمة إبادة الجنس البشري - ط 2 - مؤسسة  
شباب الجامعة - ل1982.

- Abhas, K. J. et al., *Safer homes, Stronger Communities: A Handbook for Reconstructing after Natural Disasters*, The World Bank and Global Facility for Disaster Reduction and Recovery, (Washington D.C., 2010).

- Alexandra Xanthaki, "The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and collective rights: what's the future for indigenous women?" in Stephen Allen and Alexandra Xanthaki, eds., *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* (Oxford, Hart Publishing, 2011),

- Anderson, Benedict: *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*. London: Verso. 1983.

- Antonio Planzer, *Saint-Gall, Le crime de génocide*, 1956

- Beatriz Huertas Castillo : *Indigenous Peoples inisolation in The Peruvian Amazan : Their Struggle for*

*Survival and freedom. English Translation: Elaine Bolton. Central -rykkeriet ,Skive Als \Skive ,Denmark.2004.*

**-Carlos M. Ayala Corao**, *SITUATION OF THE HUMAN RIGHTS OF INDIGENOUS PERSONS AND PEOPLES IN THE AMERICAS*, Inter-American Commission on Human Rights.(1996-1999).

**-Christopher Hartney**, “Native American youth and the juvenile justice system”, Views from the National Council on Crime and Delinquency (2008)

**-Christophe Golay and Ioana Cismas**, *Legal Opinion on the Right to Property from a Human Rights Perspective (Montreal, Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, Rights and Democracy, 2010.*

**-Clapham, A., 2005**, Chapter V, Petersmann, E-U, *Time for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations. Lessons from European Integration Law for Global Integration Law, 2001*

**-Clapham, A.**, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press,2005.

**-Clifford, James:** *The Predicament of Culture: Twentieth-Century Ethnography, Literature, and Art.* Cambridge, Mass.: Harvard University Press. 1988.

**-citing Edward Heffernan et al.**, “Prevalence of mental illness among Aboriginal and Torres Strait Islander people in Queensland prisons” (2012) .

**- Courtland Robinson :** *Risks and Rights: The Causes, Consequences, and Challenges of Development-Induced Displacement* , THE BROOKINGS INSTITUTION – SAIS PROJECT ON INTERNAL DISPLACEMENT, Washington DCMay 2003

**-Daniel Fitzpatrick.** *Land Claims in East Timor* (Canberra, Asia Pacific Press, 2008).

**-Darrow, M.,** *Between Light and Shadow: The World Bank, the International Monetary Fund and International Human Rights Law*, Oxford,2005.

**-David T. Goldberg, ed.** *In Anatomy of Racism.* Minneapolis Balibar, *tiene Paradoxes of Universality.* University of Minnesota Press. 1990

-Deborah J. Yashar, "Indigenous rights and truth commissions: reflections for discussion" *Strengthening Indigenous Rights* 2012.

-De Las Casas, B. *THE DEVASTATION OF THE INDIES: A BRIEF ACCOUNT*. Seville:(1552) : Baltimore: Johns Hopkins Univ. Press, (1992).

-Douglas Sanders, *Developing a Modern International Law on the Rights of Indigenous Peoples*, University of British Columbia. Dec- December 1994

- D. W. Adams, *Education for Extinction*, Topeka, University of Nebraska Press, 1995

- Elsbeth Young: *Third World in the first :Development and Indigenous Peoples*, The Taylor & Francias Library 2002

- FIAN, *Questionable Advice, The Worldbank's Influence on Mining Laws in Africa — Human Rights Comments*, 2004

**-F. Vos, J. Rodriguez, R. Below and D. Guha-Sapir,** *Annual Disaster Statistical Review 2009: The numbers and trends, CRED, Brussels, 2010,*

**-Galit A. Sarfaty,** *Values in Translation: : Human Rights and the Culture of the World Bank (Stanford Studies in Human Rights), (Palo Alto, California, Stanford University Aess, 2012*

**-G. Bennet,** *ABORIGINAL RIGHTS IN INTERNATIONAL LAW, (1978).*

**-Ghazi, B.,** *The IMF, World Bank Group and the Question of Human Rights, PhD dissertation Graduate Institute of International Studies, Geneva, May 2004.*

**-Handbook** *on Prisoners with Special Needs, (2009)*

**-Hanski, Raija and Scheinin, Martin** :*Leading Cases of the Human Rights Committee, Vasa, Institute for Human Rights, Åbo Akademi University(2003)*

-H. Donnedieu De Vabres : *De la piraterie au genocide Les nouvelles modalités de .... la répression universelle*", Mélanges G. Ripert, t.1

-Independent Evaluation Group (World Bank, IFC, MIGA), "World Bank Group Response to the Haiti Earthquake: Evaluative Lessons (2010).

- Jan Rus ,Rosalva Aida Hernandez Castillo and ShannanL.Mattiac :*Mayan Lives ,Mayan Utopias : The Indigenous Peoples of Chiapas and the Zapatista Rebellion*.Rowman &Littlefield Publishers ,INC. New York .Toronto,oxford.2001 .

-J. du Plessis and S. Leckie, "Housing Property and Land Rights in East Timor: Proposals for an Effective Dispute Resolution and Claim Verification Mechanism", UN-Habitat, (31 May 2000).

-Jens Dahl, Genevieve Rose, "Development and Customary Law", Indigenous Affairs, International Work Group for Indigenous Affairs, 2010.

-joseph Yacoub, *Les 1266percule1266tio dans le monde*, Paris, Desclée de Brouwer, , 1998



-Julian Burger, *The Gaia Atlas of First Peoples*, New York, Anchor Books, 1990

- Kathrin Wessendorf, *An Indigenous Parliament? Realities and Perspectives in Russia and the Circumpolar North* (International Work Group of Indigenous Affairs, April 2005

-Manfred Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCCP Commentary*, 2nd ed.(Strasbourg, NP Engel, 2005

-Maria Backstrom, *Jeremy Ironside, Gordon Paterson, Jonathan Padwe, Ian G. Baird*, "Indigenous Traditional Legal Systems and Conflict Resolution in Ratanakiri and Mondulakiri Provinces ,Cambodia" (UNDP, Bangkok, 2007.

-Moana Jackson, "The Maori and the criminal justice system" (1987)..

-Paige Arthur, "Indigenous self-determination and political rights: practical recommendations for truth Strengthening Indigenous Rights2012. ' Commissions "

*-Patrick Iborberru: Indigenous peoples and Rights  
Human.M anchorter University Press.2002*

*- Paul Keal :European Conquest and the Rights  
Indigenous Peoples: The Moral Backwardness  
International Society . Cambridge University Press.2003.*

*-Raja Devasish Roy, Sara Hossain, Dr. Meghna  
Guhathakurta, "Access to Justice for Indigenous Peoples  
in Bangladesh", United Nations Development  
Programme (UNDP, Bangkok, 2007)*

*-Richard J. Perry:From Time Immemorial: Indigenous  
Peoples and State Systems. University of Texas  
Press.1996*

*-Roger Plant, Soren Hvalkof: Land Titling and  
Indigenous Peoples. Inter-American Development Bank.  
Felipe Herrera Library, Washington, D. C.. August 2001,*

*-Robert Goodland, Tribal Peoples and Economic  
Development: Human Ecologic considerations,  
Washington, World Bank, 1982*

**-Robert A. Williams, Jr. in THE AMERICAN INDIAN IN WESTERN LEGAL THOUGHT (Oxford: Oxford University Press, 1990**

**-R. Wolfrum" The Protection of Indigenous Peoples in International Law. ZaoRV 59.(1999).**

**-Sands, P. and Klein, P. (ed), Bowett's Law of International Institutions, Fifth edition, 2004.**

**-Schermers, H. G. and Blokker, N., Law of International Organizations, Fourth edition, 2003**

**-Shelton H. Davis : The World Bank and Indigenous Peoples, The World Bank.2005**

**- S. James Anaya :International Human Rights and Indigenous Peoples: The Move Toward the Multicultural State. Arizona Legal Studies, Discussion Paper No. 09-34 The University of. James E. Rogers College of Law. October 2009**

**-Skogly, S., The Human Rights Obligations of the World Bank and the IMF, London: Cavendish, 2001.**

-Smith, Anthony: *The Ethnic Origins of Nations*. New York: Blackwell. 1986

-Stefan Glaser, *Droit international pénal conventionnel*, Bruxelles, Bruylant, 1970,

-Sylvie Brunel, *La faim dans le monde ; comprendre pour agir* (Paris, Presses Universitaires de France, (1999)

-TERNON Yves, *L'État criminel, les génocides au Xxe -siècle*, Paris, Seuil, 1995.

-T. Fitzgeralds, *Education and Identity*, Wellington, New Zealand Council for Educational Research, 1977.R. Manne, "Aboriginal Child Removal and the Questions of Genocide, 1900-1940, in A.Dirk Moses (ed). *Genocide and Settler Society*, New York, Berghahn Books

-UNHCR, 2009 *Global Trends: Refugees, Asylum-seekers, Returnees, Internally Displaced and Stateless Persons* (Geneva, 2010)

**-United States** Government Accountability Office, “U.S. Department of Justice declinations of Indian country criminal matters” (13 December 2010)

**-United Nations Human Settlements Programme**. Office of the High Commissioner for Human Rights Indigenous peoples’ right to adequate housing, A global overview, United Nations Housing Rights Programme, Report No. 7. Nairobi, 2005.

**-Vinding, D., (2003)**, “Poverty in an indigenous context”, IWGIA, IA 1/2003

**-Wagner, Roy**: *The Invention of Culture*. Chicago, Ill.: University of Chicago Press. 1981

**-W. Courtland Robinson**, *Risks and Rights: The Causes, Consequences, and Challenges of Development-Induced Displacement* (The Brookings Institution - SAIS Project on Internal Displacement 2003).

**-W. Fengler, A. Ihsan, and K. Kaiser**, “Managing Post-Disaster Reconstruction Finance: International Experience in Public Financial Management”, World Bank Policy Research Working Paper 4475, World Bank (Washington D.C., 2008),

-World Bank Inspection Panel, LMAP Eligibility Report, (2010)

-World Bank, *Extractive Industries Review: Striking a Better Balance*, 2003,

ب - الدوريات الأجنبية

-Adolfo Stavenhagen, "Les Conflits ethniques et leur impact sur la société internationale", *Revue internationale des sciences sociales*, 1991, No 127

-Alexandra Xanthaki, "Multiculturalism and international law: discussing universal standards", *Human Rights Quarterly*, vol. 32, No. 1 (2010),

-Andre Huet – Renee Koering –Joulier.: *Droit Penal International .Droit Prive .P.U.F.1ere edition Jouin .Paris .1994*

-Appadurai, Arjun, and Carol Breckenridge: *Why Public Culture? Public Culture. Bulletin of the Project for Transnational Cultural Studies*1988 .

**-Carla Wilson:** *DECOLONIZING METHODOLOGIES: RESEARCH AND INDIGENOUS PEOPLES* by Linda Tuhiwai Smith, 1999, Zed Books, London. *Social Policy Journal of New Zealand* • Issue 17 • December 2001.

**-C. J. Iorns,** 'Indigenous Peoples and Self Determination: Challenging State Sovereignty', 24 *Case Western Reserve Journal of International Law* (1992) 2, 199

**-David Getches, Charles F. Wilkinson and Robert A. Williams, Jr.,** *Cases and Materials on Federal Indian Law*, 5th ed. (Thomson/West, 2005

**-Davis Shelton:** *International Strategies For the Protection of the Human Rights of Indigenous Peoples.* CSQ Issue: 8.4 (Winter 1984) *Cultural Survival Quarterly* .2014.

**-Dieter Kugelmann** *The Protection of Minorities and Indigenous Peoples Respecting Cultural Diversity* , A, von Bogdandy and Wolfrun (eds.) *Max Plane Yearbook of United Nations law*, Volume 11. Koninklike Brill N.v. printed in The Netherlands 2007

**-Doyle, Cathal.** "Free Prior and Informed Consent – a universal norm and framework for consultation and benefit sharing in relation to indigenous peoples and the extractive sector." Paper prepared for OHCHR Workshop

*on Extractive Industries, Indigenous Peoples and Human Rights Moscow, 3-4th December, 2008*

**-du Plessis and Leckie, J. du Plessis and S. Leckie,**  
*"Housing Property and Land Rights in East Timor*

**-E. Dannenmaier,** *'Beyond Indigenous Property Rights: Exploring the Emergence of a Distinctive Connection Doctrine', 86 Washington University Law Review (2008)*

**-F. Banda C. chinkin,** *Gender, Minorities and Indigenous Peoples, 2004 in A. Gupta, Human Rights of Indigenous Peoples, 2 Volumes, 2005. Vo; 1..*

**-Francisco de Victoria** *On the Indians Lately Discovered", in DE INDIS ET DE IURE BELLI REFLECTIONES, (E. Nys ed., J. Bate trans). Classics of International Law (1917).*

**-Galit A. Sarfaty,** *"Why culture matters in international institutions: the marginality of human rights at the World Bank", the American Journal of International Law. Vol.103.- 2009*



**-Gibson, A.M.,** *Philosophical, Legal, and Social Rationales for Appropriating the Tribal Estate, 1607 to 1980, 12 AM. IND. L. REV(1984)..*

**-Ibrahim I. Shihata,** *"The World Bank and Human Rights: An Analysis of the Legal Issues and the Record of Achievements," Denver Journal of International Law and Policy, Vol. 17, No. 1, 1988.*

**-Ibrahim F. I. Shihata,** *"The World Bank and Non-Governmental Organizations," Cornell International Law Journal, Vol. 25, No. 3, Spring 1992*

**-Janis B.Al.con:** *Indigenous Peoples and Conservation , Conser -vation Biolog. Vol.7., No.2.Jun 1993*

- **J.A. Walkate** *"La 1275percu1275tion des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction de 1981: 1275percu historique", Conscience et liberté, 1991, No 42.*

**-Jeffrey Davis,** *"Evidence of a historical signed lingua franca among North American Indians", Deaf Worlds, vol. 21, No. 3 (2005)*

**-John R. Bowen** : *Should We Have a Universal Concept of 'Indigenous Peoples' Rights'? : Ethnicity and Essentialism in the Twenty-First Century. Anthropology Today, Vol. 16, No. 4 (Aug., 2000), Royal Anthropological Institute of Great Britain and Ireland 2010.*

**-Joe Verhoeven**: *Le Crime de " génocide, originalité et ambiguïté", Revue belge de droit international, 1991*

**-John B. Henriksen**, "Key principles in implementing ILO Convention No. 169", *Research on Best Practices for the Implementation of the Principles of ILO Convention No. 169, Case Study No. 7 (Geneva, International Labour Organization, 2008),*

**Kathrin Wessendorf, Erni and Christina Nilsson, and others (editors)** *THE INDIGENOUS WORLD 2011. The authors and The International Work, Group for Indigenous Affairs, (IWGIA), 2011*

**-Katja Göcke** : *Protection and Realization of Indigenous Peoples' Land Rights at the National and International* , *Goettingen Journal of International Law 5 (2013) 1*

**-Laura Young**, "A challenging nexus: transitional justice and indigenous peoples in Africa." Center for African Studies, South Africa nternational Center for Transitional Justice(2012)

**-Lee Swepston**, "A New Step in the International Law on Indigenous and Tribal Peoples: ILO Convention No. 169 of 1989," 11 Oklahoma City University Law Review, Vol. 15, No. 3, Fall 1990

**-Lee Swepston and Roger Plant**, "International Standards and the Protection of the Land Rights of Indigenous and Tribal Populations," 11 International Labour Review, Vol. 124, No. 1, January-February 1985.

**-Liisa Malkki**: National Geographic: The Rooting of Peoples and the Territorialization of National Identity among Scholars and Refugees. Cultural Anthropology, Vol. 7, No. 1, Space, Identity, and the Politics of Difference. (Feb., 1992), American Anthropological Association 1992

**-Odio-Benito**, "Historique de la liberté religieuse et de la Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction", Conscience et liberté, 1985, No 30

**-Matt Finer mail, Clinton N. Jenkins. Stuart L. Pimm, Brian Keane and Carl Ross :***Oil and Gas Projects in the Western Amazon: Threats to Wilderness, Biodiversity, and Indigenous Peoples, published by journal.pone: August 13, 2008.*

**-N. Bugalski and D. Pred,** "Land Title in Cambodia: Formalizing Inequality " in COHRE Housing .and ESC Rights Law Quarterly, Vol. 7, No. 2, (June 2010)

**-R Hofmann "** Nationale Minderheriten und der Europäische Gerichtshof fur Menschenrechte" in Brohmer, see note 62.1011 et seq 102.

**-R.Medda-Windischer "** The Jurisprudence of the European Court of Justice " European Yearbook of Minority Issues 3 (2003-2004)

**- Robert K.Hitchcoch :***International Human rights ,the Environment ,and Indigenous Peoples, Colorado Journal of Internatioal Environmental law and policy(5 Colo. J. Int'l Envtl. L. & Pol'y 1 (1994)*

**-Robert N. Clinton:** *The Rights of Indigenous peoples As Collective Group Rights, Arizona law Review Number 4 ,voL 32.1990*

**-ROBERT A. WILLIAMS, JR:** ENCOUNTERS ON THE FRONTIERS OF INTER –NATIONAL HUMAN RIGHTS LAW: REDEFINING THE TERMS OF INDIGENOUS PEOPLES'SURVIVAL IN THE WORLD, DUKE LAW JOURNAL [Vol. 1990 :660

**-Russel Lawrence Barsh,** "An Advocate's Guide to the Convention on Indigenous and Tribal Peoples," Oklahoma City University Law Review, Vol. 15, No. 1, Spring 1990

**-Sanders, Douglas.** THE UN WORKING GROUP ON INDIGENOUS POPULATIONS, 11 Hum. Rights Q(1989).

**-Siegfried Wiessner:** Rights and Status of Indigenous Peoples : Aglobal Comparative and International Legal Analysis , 12Harv.Hum.Rts.J.57.(1999

**-Schechla, Joseph** "Forced eviction as an increment of demographic manipulation", Environment and Urbanization Vol.6, No.1, April, (1994)

**- S.James.Anaya :**International Human Rights and Indigenous Peoples: The Move Toward the Multicultural State.Arizona journal of International & Comparative Law , Vol 21.No1 .2004

**-S. James Anaya and Williams, Jr.** *Rights over lands and Natural Resources Under the Inter- American Human Rights System*, 14 *Harvard Human Rights Journal* 33 (2001)

**-Steven C. Perkins.** *The Constitutional Role of the Waitangi Tribunal, NEW ZEALAND*, *INTERNATIONAL JOURNAL OF LAW LIBRARIES*. 224(3) (July 1985).

**-Steven C. Perkins** *RESEARCHING INDIGENOUS PEOPLES' RIGHTS UNDER INTERNATIONAL LAW*. *INTERNATIONAL JOURNAL OF LAW LIBRARIES* 1992-2013

**- Terry L. Cross.** "Native Americans and juvenile justice: a hidden tragedy", *Poverty & Race*, vol. 17, No. 6 (November/December 2008).

**-Tunde Agbola and A.M. Jinadu:** *Forced eviction and forced relocation in Nigeria: the experience of those evicted from Maroko in 1990*. *International Institute for Environment and Development Environment and Urbanization*, Vol. 9, No. 2, October 1997.

**-UN-Habitat and OHCHR** *United Nations Housing Rights Programme, Housing rights legislation: review of international and national legal instruments*, Nairobi 2002.

**-UNITED NATIONS office of High Commissioner**  
*Indigenous Peoples and the United Nations Human Rights System, Fact Sheet No. 9/Rev.2 .UNITED NATIONS New York and Geneva, 2013.*

**-William Andrew** :*International Human Rights Law and the Earth : The Protection of Indigenous Peoples and the Environment: 31 va. J.Int'ilL .479 (1990 -1991).*

**-Yano Lester L.**: *Protection Ethnobiological Knowledge of Indigenous Peoples.41,Uclal ,Rev443.(1993-1994)*

## ثالثاً: وثائق الأمم المتحدة والمنظمات الأخرى

### (أ) - الوثائق العربية .

- البنك الدولي ، التقرير السنوي للبنك الدولي 2009 ، الاستعراض السنوي مبادرات مبتكرة لتخفيف وطأة الأزمات العالمية وتوسيع نطاق العمليات الجارية تنفيذها ، الناشر دار المعلومات التابعة للبنك الدولي بواشنطن 2009.

- البنك الدولي ، التنمية وتغير المناخ ، تقرير عن التنمية في العالم 2010 ، الناشر دار المعلومات التابعة للبنك الدولي بواشنطن 2010 .

- البنك الدولي تقرير: دراسة تحت عنوان " الشعوب الأصلية، الفقر والتنمية 2010 الناشر دار المعلومات التابعة للبنك الدولي بواشنطن 2010 .

- الأمم المتحدة ، الجمعية العامة ، الدورة الستون ، البند ٧٠ من جدول الأعمال المؤقت ، قضايا الشعوب الأصلية ، حالة حقوق الإنسان والحريات الأساسية للشعوب الأصلية تقرير المقرر الخاص المعني بحالة حقوق الإنسان والحريات الأساسية للشعوب الأصلية ، رودولفو ستافنهاغن، المقدم عملاً بالفقرة ١٨ من قرار لجنة حقوق الإنسان 51\2005 ، وثيقة صادرة في 16 سبتمبر 2005.

- الأمم المتحدة ، الجمعية العامة ، الدورة الستون البند ٧٠ من جدول الأعمال المؤقت قضايا الشعوب الأصلية حالة حقوق الإنسان والحريات الأساسية للشعوب الأصلية ، 16 سبتمبر 2005.

- الأمم المتحدة ، الجمعية العامة ، مجلس حقوق الإنسان ، الدورة الرابعة ، البند ٢ من جدول الأعمال المؤقت ، تنفيذ قرار الجمعية العامة 251\ 60



المؤرخ أذار \مارس المعنون " مجلس حقوق الإنسان " تقرير المقرر الخاص المعنى بالسكن اللائق كعنصر من عناصر الحق في مستوى معيشى مناسب ( ميلون كونارى ) المرفق الأول : المبادئ الأساسية والمبادئ التوجيهية المتعلقة بعمليات الإخلاء والترحيل بدافع التنمية ، صادر 5 فبراير 2007.

- الأمم المتحدة ، الجمعية العامة ، الدورة الحادية والستون ، البند 67 من جدول الأعمال قرار رقم 2\61 95 اتخذته الجمعية العامة - إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الشعوب الأصلية 2 أكتوبر 2007.

- الأمم المتحدة ، الجمعية العامة ، مجلس حقوق الإنسان ، الدورة الثالثة عشرة البند 5 من جدول الأعمال هيئات وآليات حقوق الإنسان : دراسة أولية لمجلس حقوق الإنسان للجنة الاستشارية المعنية بالتمييز في سياق الحق في الغذاء ، صادر 20 فبراير 2010.

- الأمم المتحدة ، الجمعية العامة - مجلس حقوق الإنسان ، الدورة السادسة عشر ، البند 5 من جدول الأعمال ، هيئات وآليات حقوق الإنسان : دراسة اللجنة الاستشارية التابعة لمجلس حقوق الإنسان بشأن التمييز في سياق الحق في الغذاء ، قدمت هذه الوثيقة في وقت متأخر نظرًا لانعقاد الدورة السادسة للجنة الاستشارية، من الفترة من 17 إلى 21 كانون الثاني/يناير 2011.

- الأمم المتحدة ، الجمعية العامة ، مجلس حقوق الإنسان، الدورة الثامنة عشرة، البند 5 من جدول الأعمال، هيئات وآليات حقوق الإنسان التقرير النهائي عن الدراسة المتعلقة بالشعوب الأصلية والحق في المشاركة في صنع القرارات، تقرير آلية الخبراء المعنية بحقوق الشعوب الأصلية المرفق ، المشورة رقم 2 (2011) المقدمة من آلية الخبراء الشعوب الأصلية والحق في المشاركة في صنع القرار ، صادر في 17 أغسطس 2011.

- الأمم المتحدة ، الجمعية العامة ، مجلس حقوق الإنسان ، الدورة الرابعة والعشرون ، البند 5 من جدول الأعمال المؤقت هيئات وآليات حقوق الإنسان :الوصول إلى العدالة في مجال تعزيز وحماية حقوق الشعوب الأصلية ،دراسة أعدتها آلية الخبراء المعنية بحقوق الشعوب الأصلية ، صادر 30 يوليو 2013.

-اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، التعليق العام رقم 3(2004) بشأن طبيعة الالتزام القانوني العام المفروض على الدول الأطراف، والمبادئ الأساسية والمبادئ التوجيهية بشأن الحق في الانتصاف والجبر لضحايا الانتهاكات الجسمية للقانون الدولي لحقوق الإنسان والانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي (قرار الجمعية العامة 147/60 المؤرخ 16 كانون الأول/ديسمبر 2005، المرفق)

- اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التعليق العام رقم 4 (1991).

- اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 19(1992)، الفقرة 24(ب).

- اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 21(1994)، الفقرة 8.

- اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التعليق العام رقم 7 (1997)

- اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، التعليق العام رقم 20 (2009) .

-اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، البلاغ رقم 2008/19، الآراء المعتمدة في 28 شباط/فبراير 2012.

- المؤتمر العالمي لمكافحة العنصرية والتمييز العنصري وكرهية الأجانب وما يتصل بذلك من تعصب، المقرر عقده في الفترة من 31 آب/أغسطس إلى 7 أيلول/سبتمبر 2001 في دربان بجنوب أفريقيا.

- تقرير المونل: مؤتمر الأمم المتحدة للمستوطنات البشرية، فانكوفر، 31 أيار/مايو - 11 حزيران/يونيه 1976 (A/CONF.70/15)، الفصل الثاني، التوصية باء - 8، الفقرة جيم '2'.

- تقرير لجنة المستوطنات البشرية عن أعمال دورتها الحادية عشرة، إضافة (A/43/8/Add.1)، الفقرة 13.

- تقرير مؤتمر الأمم المتحدة المعني بالبيئة والتنمية، ريو دي جانيرو، 3 - 14 حزيران/يونيه 1992، المجلد الأول (A/CONF.151/26/Rev.1 (vol.I))، المرفق الثاني، جدول أعمال القرن 21، الفصل 7-9(ب).

- تقرير مؤتمر الأمم المتحدة للمستوطنات البشرية، (المونل الثاني) (A/CONF.165/14)، المرفق الثاني، جدول أعمال المونل، الفقرة 40(ن).

- منتدى الأمم المتحدة الدائم المعني بقضايا الشعوب الأصلية، المذكرة المفاهيمية المقدمة في اجتماع فريق الخبراء الدولي بشأن أطفال وشباب الشعوب الأصلية المودعين في الحبس ورهن الاعتقال وفي دور الكفالة والذين يتم تبنيهم (2009)،

- United Nations .Human Rights Council, Twenty fourth session, Agenda item 3 . Promotion and protection of all human rights, civil political, economic, social and cultural rights, including the right to development Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, James Anaya.25 April 2013
- UN\E\CN.4\Sub.2\L,566 .1972.Chapter II.para.34.
- UN\E/CN.4/Sub.2/1985/6\para 29
- UN\E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.3
- UN\A/CONF.189/PC.1/7 13 April 2000.
- UN\A/HRC/4/18\5 February 2007
- UN\A/HRC/EMRIP/2009/6\ 30 June 2009
- UN\ A/HRC/12/33 31 August 2009
- UN\A/65/ 261\ 9 August 2010
- UN\A/HRC/16/ 42\ 20 December 2010.
- UN\A/HRC/EMRIP/2013/229 April 2013
- UNEP/CBD/WG8J/8/8.20 August 2013
- WIPO/GRTKF/IC/25/INF/9-25 June 2013
- UN\E/C.12/GC/ 20,Para.11
- UNEP/CBD/WG8J/8/INF/10/Add.1

## المقدمة

المبحث الأول : مفهوم الشعوب الأصلية وتصنيفها

المطلب الأول: مفهوم الشعوب الأصلية.

المطلب الثاني: تصنيف الشعوب الأصلية

المبحث الثاني: الأليات الدولية التي تحمى حقوق الشعوب الأصلية

المطلب الأول : الأليات التي تحمى حقوق الشعوب الأصلية على المستوى  
الدولى

الفرع الأول: الصكوك الدولية التي تحمى حقوق الشعوب الأصلية

الفرع الثانى : هيئات الأمم المتحدة المعنية بحقوق الشعوب الأصلية

المطلب الثانى: الأليات التي تحمى حقوق الشعوب الأصلية على المستوى  
الإقليمى

المبحث الثالث: حقوق الشعوب الأصلية ذات الأولوية فى الحماية

الدوليةالمطلب الأول: الحماية الدولية لحق الشعوب الأصلية فى الوصول

إلى تقرير المصير و المشاركة فى صنع القرار

الفرع الأول: الحماية الدولية لحق الشعوب الأصلية فى الوصول إلى تقرير

المصير

**الفرع الثاني:** الحماية الدولية لحق الشعوب الأصلية في الوصول إلى المشاركة في صنع القرار

**المطلب الثاني:** الحماية الدولية لحق الشعوب الأصلية في الأراضي والأقاليم والموارد و المعارف التقليدية

**الفرع الأول :** الحماية الدولية لحق الشعوب الأصلية في الأراضي والأقاليم **الفرع الثاني:** الحماية الدولية لحق الشعوب الأصلية في المعارف التقليدية وأشكال التعبير الثقافي التقليدي

**المطلب الثالث :** الحماية الدولية لحق الشعوب الأصلية في الغذاء و السكن الملائم والتعليم

**الفرع الأول:** الحماية الدولية لحق الشعوب الأصلية في الغذاء.

**الفرع الثاني:** الحماية الدولية لحق الشعوب الأصلية في السكن الملائم

**الفرع الثالث:** الحماية الدولية لحق الشعوب الأصلية في التعليم

**المطلب الرابع:** الحماية الدولية لحق الشعوب الأصلية في الوصول إلى العدالة.

**المبحث الرابع:** الجرائم المرتكبة ضد الشعوب الأصلية

**المطلب الأول:** جريمة الإبعاد القسرى

المطلب الثاني: جريمة الإبادة الجماعية

المطلب الثالث: جريمة التمييز العنصرى

الخاتمة .

المراجع

الفهرس .

## فاعلية السياسات الحكومية فى انجاز مشروعات تنمية شمال سيناء

ببحث مقدم من

د/مها محمود عبد الرازق ابوزيد

مدرس قسم المالية العامة

كلية التجارة جامعة الاسكندرية



## مقدمة

سيناء التي استمد اسمها من عبادة الاله سين إله القمر للساميين القدماء تلك العبادة التي تعد اقدم العبادات في العالم على الاطلاق - اطلق عليها اسم مدين وايضا طور سيناء (1). وذكّرت في مواقع عدة في القرآن الكريم .ولها طبيعة خاصة من الناحية التاريخية ، حيث كانت مركزا للهجرات البشرية منذ زمن بعيد .فقد مر بها ابو الانبياء سيدنا ابراهيم، ومر بها سيدنا يعقوب و سيدنا يوسف .و نزلت على ارضها الوصايا العشر على سيدنا موسى . وايضا المواعيد الاربعين يوما والمناجاة . وشهدت مرور السيدة مريم وابنها سيدنا عيسى على الساحل الشمالي . وبعدها تم الفتح الاسلامي لمصر على يد عمرو بن العاص . وكانت ارضها مسرحا للعديد من المعارك ومرور الجيوش مثل جيش صلاح الدين الايوبي وجيش سيف المسلمين قطر - تقع في الركن الشمالي الشرقي لجمهورية مصر العربية (2). وهي محور الاتصال الحيوي بين اسيا وافريقيا منذ اقدم العصور . وتبلغ مساحتها ما يعادل 6% من اجمالي مساحة جمهورية مصر العربية . او نحو 3 امثال مساحة الدلتا. وتعد من اكثر مناطق الجمهورية التي يتداخل فيها اليابس والماء . حيث يبلغ طول شواطئها نحو 700 كم . وهو ما يعادل 29% من اجمالي اطوال السواحل المصرية البالغ طولها 2400 كم (3).

وقد انضمت شبة جزيرة سيناء الى الادارة المحلية لأول مرة بالقرار الجمهوري رقم 811 لسنة 1974، حيث كانت قبل صدور هذا القرار تتبع سلاح الحدود ومحافظةها رجلا عسكريا (4). وقسمت الى محافظتين الاولى

(1) ممدوح حامد عطية، شبه جزيرة سيناء، المكتب العربي للمعارف، القاهرة، (1999)، ص5.

(2) مجدى البسطويسى واخرون، تقييم ودراسة استرتيجية التنمية العمرانية الشاملة لاقليم سيناء وقناة

السويس حتى عام 2017 . AL-Azhar University Engineering Journal .

,JAUES.Vol.2,No.9,Apr.2007,P64.

(3) سيناء والمشروع القومي والتنمية، الهيئة العامة للاستعلامات، القاهرة (1995)، ص5

(4) تاخذ سيناء شكل شبه جزيرة على هيئة مثلث . يبلغ طول قاعدته 220 كم تقريبا . من مدينة رفح حتى مدينة بورفؤاد، ويقع

البحر المتوسط في الجهة الشمالية منها . ويقع في الجهة الغربية منها خليج السويس وقناة السويس بطول 400 كم . ورأس هذا المثلث هي محمية رأس محمد التي تبعد عن قاعدة المثلث 390 كم . والضلع الشرقي من المثلث يتماشى مع ساحل خليج

العقبة وخط الحدود مع فلسطين (سيناء والمشروع القومي والتنمية، مرجع سبق ذكره، ص5)

شمال سيناء وعاصمتها العريش والثانية جنوب سيناء وعاصمتها الطور وفقا للقرار الجمهورى رقم 84 لسنة 1979 (1).  
ويبلغ اجمالى عدد السكان فى شبة جزيرة سيناء (طبقا للتعداد العام 2006) نحو 489087 نسمة. منهم 339752 نسمة فى محافظة شمال سيناء ونحو 149335 نسمة فى محافظة جنوب سيناء.  
ولشبة جزيرة سيناء مكانة خاصة فى عمليات التنمية الاقليمية نظرا لموقعها الاستراتيجى من ناحية ، ونظرا لطبيعة ومقومات التنمية المتوفرة بها من ناحية اخرى. وبدراسة الوضع الراهن نجد ان الدولة ومنذ حرب التحرير عام 1973، ركزت على توجيه معظم خططها التنموية الى تنمية شبه جزيرة سيناء وظهر ذلك من خلال اصدار العديد من القرارات والقوانين (2). وكان

(1) تضم محافظة شمال سيناء 6 مراكز ادارية هى العريش /رفح/الشيخزويد/الحسنة/بئر العبد ونخل ويدخل فى نطاقها 82 قرية ، 458 تابع. اما منطقة وسط سيناء فيضم مركزى الحسنة ونخل موزعة على 3 اقسام شرطة باجمالى 30 قرية. فى حين تقسم جنوب سيناء الى 7 اقسام ادارية تضم 8 مدن و 9 قرى ادارية محلية ( اسماعيل سراج الدين ، سيناء فى قلب مصر ، مكتبة الاسكندرية ، الاسكندرية (2010) ص38،

(2) ومن خلال تتبع القرارات التى قامت الدولة باخاذاها منذ عام 1982 لتنمية سيناء نجد ما يلى :  
- فى مايو 1983 تم الاعلان عن تفاصيل الخطة القومية لتنمية سيناء وتم تخصيص ما يقرب من 120 مليون جنيه لمشروعات البنية الاساسية وتحويل مستعمرة ياميت الى مصيف عالمى بالاضافة الى زراعة 50 كم تمتد ما بين العريش ورفح بحدائق الفاكهة .  
- فى عام 1987 قرر مجلس الوزراء اطلاق الخطة القومية للتنمية الاساسية لسيناء لمدة 5 سنوات من 1987-1992 .  
- فى عام 1992 قررت اللجنة العليا لتنمية وتعمير سيناء تخصيص 2 مليار جنيه لتنمية سيناء .من خلال خطة عشرية تتضمن استصلاح اراضى واقامة مدن صناعية ومضارات جديدة مزودة بخدمة الاتوبيس الطائر !  
- فى عام 1993 قامت الدولة باعتماد خطة التطوير العمرانى لجنوب سيناء تضمنت تطويرا كاملا للموانى ورفص الطررق واقامة تجمعات سكانية .  
- فى عام 1994 اعلنت رئاسة الوزارة انذاك البدء فى تنفيذ الخطة القومية لتعمير سيناء .والننى تم الاعلان عنها عام 1982 وبعد استرداد طابا .وقد اخذت هذه الخطة اسم المشروع القومى لتنمية سيناء .  
- فى عام 1997 تم وضع الاستثمارات المستهدفة من المشروع القومى لتنمية سيناء موضع التنفيذ .صدر قرار جمهورى بتشكيل اللجنة العليا لمشروع شرق التفريعة لتنمية بورسعيد وسيناء .  
- فى عام 2000 تم اعادة طرح المشروع القومى لتنمية سيناء واصبح يضم محافظات القناة الثلاثة .  
- فى عام 2002 صدر قرار جمهورى بانشاء شركة قابضة لتنمية شمال سيناء ( لا تتبع الجهاز القومى لتنمية شمال سيناء و لا اللجنة العليا للمشروع القومى لتنمية سيناء ) .  
- فى عام 2012 اقر مجلس الوزراء خطة تنمية سيناء باستثمارات تبلغ 4.4مليار جنيه .  
- فى عام 2013 اعلنت وزارة التخطيط خطة جديدة لتنمية محور قناة السويس وسيناء برأس مال مصرى

أخرها القرار بقانون رقم 95 لسنة 2015 الذي تضمن بعض التعديلات للمرسوم بقانون رقم 14 لسنة 2012 وهو المرسوم الذي تم من خلاله إنشاء جهاز مسئول عن تنمية سيناء وهو الجهاز الوطنى لتنمية شبة جزيرة سيناء<sup>(1)</sup>. وتم من خلال هذا القانون تحديد اختصاصات وجهات الولاية على الاراضى "التصرف والادارة والاستغلال والتنمية و ابرام العقود ، بالإضافة الى ضوابط التملك وحق الانتفاع والرهن والاشهار ". وتم اصدار هذا القانون بعد ان تبين وجود العديد من المعوقات التى تقف امام تحقيق اهداف المشروع والتي وضعت عام 1994. ومنذ ان بدأ التفكير فى تنمية سيناء كان هناك جدل بين تيارين رئيسيين فى الفكر العسكرى المصرى حول هذه التنمية . كان الاول يدعو الى عدم توجيه حجم كبير من الاستثمارات الى سيناء خوفا من تبديدها بسبب الاطماع والنوايا الاسرائيلية تجاه مصر . اما الثانى ، فرأى ان التعمير وزيادة السكان فى هذه المنطقة يمكن ان يشكل خط الدفاع الاول عن سيناء. لان -من وجهه نظرهم- الفراغ السكانى والاستراتيجى الموجود فى سيناء يعدا من اهم الاسباب التى ادت الى احتلالها من قبل القوات الاسرائيلية خلال الفترات السابقة .

وقد انتهى هذا الجدل بين التيارين من الناحية العملية لصالح تعمير وتنمية سيناء . خاصة وان هذه التنمية لن تمثل فقط حائط صد تجاه اى عدوان على مصر من الجهة الشرقية ولكن سوف يكون لها ايضا اثرا ايجابيا على الاقتصاد المصرى ككل . مما يمكن الدولة من امتلاك قدرة اكبر على مواجهة اى تهديدات خارجية . لذلك قامت الدولة بتبنى استراتيجية قومية للتنمية<sup>(2)</sup>.

- فى اواخر عام 2013 اعلنت رئاسة الوزراء عن مشروع قومى لتنمية سيناء وهو يعد المشروع الثالث الذى يحمل نفس الاسم لتنمية سيناء . (جريدة المصرى اليوم ، 30 عاما من المشروعات فى سيناء

#### ...تنمية من ورق " السنة العاشرة - العدد 3420

(1) يكون لهذا الجهاز شخصية اعتبارية ويتبع مجلس الوزراء . ويكون مقره محافظة شمال سيناء . مع امكانية وجود فروع اخرى له فى المدن الواقعة داخل الحدود الادارية لشبة جزيرة سيناء . وقد يساهم وجود هذا الجهاز فى سيناء وخاصة المناطق التى تدخل ضمن مشروع التنمية فى الاسراع بعمليات التنمية وحل المشاكل التى تظهر اولا باول . لمزيد من التفاصيل انظر المرسوم بقانون رقم 14 لسنة 2012 ، الوقائع المصرية العدد 210 (تابع ) فى 2012/9/13 .

(2) سعت الدولة من خلال هذه الاستراتيجية الى تحقيق الاهداف الاتية (مجدى البسطويسى واخرون ،

مرجع سبق ذكره ، ص 70 ) :

- اعادة تشكيل الخريط السكانية من اجل تحقيق نوع من التوازن بين المناطق الصحراوية الغير مأهولة بالسكان ومنطقة الدلتا والشريط الضيق بوادى النيل .
- العمل على توصيل مياة النيل للمناطق الصحراوية (توشكى -شمال سيناء ) من اجل توسيع الرقعة الزراعية .

تمثلت في شكل اقامة العديد من المشروعات القومية .منها المشروع القومي لتنمية سيناء الذي تم اقراره عام 1994 و يشتمل هذا المشروع على تنمية 17 قطاعا تنمويا ، و مقرر له ان ينتهي عام 2017<sup>(1)</sup> . باجمالى استثمارات تبلغ حوالى 75 مليار جنيه . وفى عام 2000 تم اعادة رسم استراتيجية التنمية لتضم محافظات القناة . وتم تقدير التكلفة الاستثمارية بما يقرب من 110 مليار جنيه ، كان نصيب محافظة شمال سيناء 69 مليار جنيه . إلا ان تقرير المجالس القومية المتخصصة لعام 2011 توقع ارتفاع تكلفة المشروع القومي لتنمية سيناء الى 251.7 مليار جنيه . بل ان المزيد من التأخير فى تنفيذ عناصر المشروع قد تجعل التكلفة تصل الى 300 مليار جنيه ، أى اربع اضعاف التكلفة الاصلية .

وتكمن اهمية هذا المشروع فى تحقيقه للاهداف التالية (2):

1) العمل على دعم القطاع الزراعى من خلال زيادة الرقعة الزراعية بمقدار 727 الف فدان . شاملة المساحات المستهدف زراعتها بعد تنفيذ مشروعات اعلى النيل وترعة السلام . وزيادة نسبة الاكتفاء الذاتى من الحاصلات الزراعية ودعم الصادرات . على اعتبار ان قطاع الزراعة يعد اداة لجذب السكان من الوادى الضيق . والسعى لزيادة عدد سكان سيناء الى 3.2 مليون نسمة<sup>(3)</sup> .

-زيادة الدخل القومى من خلال توفير مناطق جديدة جاذبة للاستثمار باتشكاله المختلفة .  
-الحفاظة على درجة الانتماء القومى للفرد من خلال توطينه وتحسين ظروف معيشته .  
-تعمير بعض المناطق العمرانية القائمة والعمل على انشاء تجمعات جديدة فى المناطق الهامة من الناحية الامنية .

(1) باستقراء التكلفة الاستثمارية لهذه القطاعات يتضح لنا ان قطاع التنمية العمرانية هو الاكثر تكلفة . حيث قُدرت تكلفة تنميته بحوالى 20.3 مليار جنيه ، يليه القطاع الزراعى بتكلفة قُدرت ب 13.3 مليار جنيه ، ثم قطاع الصناعة والتعدين بتكلفة 10 مليار جنيه ، ثم قطاع السياحة بتكلفة 8 مليار جنيه . اما قطاع كهرباء والطاقة . و قطاع المياه وصرف صحى و قطاع النقل والواصلات ، فتقدر تكاليف التنمية ب 6.6 و 6.3 مليار جنيه على التوالى . ، وقُدرت تكلفة تنمية قطاع التعليم بمليار جنيه ، اما بقية القطاعات الاخرى فقد قُدرت تكاليف تنميتها . بأقل من مليار جنيه . " تفعيل تنمية وتعمير سيناء .. استراتيجية حتمية

لمصر " - موسوعة المجالس القومية المتخصصة - المجلد 37 ، القاهرة (2010/2011) ، ص 22 .

(2) مستقبل التنمية فى محافظات الحدود (مع التطبيق على سيناء ) ، سلسلة قضايا التخطيط والتنمية

رقم (201) ، معهد التخطيط القومى ، القاهرة ، (اغسطس 2007) ص 161

(3) تشمل التنمية الزراعية 3 مشروعات كبرى هى استصلاح 400 الف فدان شمال سيناء (ترعة السلام)

واستصلاح 77 الف فدان بشرق قناة السويس ( سحارة الدفرسوار) واستصلاح 250 الف فدان شرق قناة

- (2) تدعيم قطاع الصناعة من خلال استخدام كافة الموارد الاقتصادية المتاحة مع التركيز على الصناعات الصغيرة التي تستوعب اعداد كبيرة من العمالة الصناعية . ويستهدف هذا القطاع استثمارات قدرها 10مليار جنية بالاضافة الى قطاع البترول حيث يقدر احتياطي المنطقة ب 237 مليون برميل زيت (1).
- (3) الربط بين شبة جزيرة سيناء وبين محافظات الجمهورية من ناحية وبينها وبين العالم الخارجى من ناحية اخرى (بريا/جويا/السكك الحديدية /البريد .....الخ) والسعى لتنشيط التجارة الداخلية والخارجية باستثمارات تقدر ب 6.2مليار جنية.
- (4) التركيز على قطاع السياحة بما يوفر 113 الف فرصة عمل يتبعها زيادة سكانية قدرها 339 الف نسمة ، ويقدر حجم الاستثمارات المتوقعة فى هذا القطاع حتى 2017 حوالى 8.2مليار جنية.
- (5) بناء الانسان علميا وصحيا وثقافيا ودينيا فى اطار التناسق بالاضافة الى تحسين نوعية الحياة بالبيئة غير الملوثة وتحسين شبكات المياه والصرف الصحى .....الخ.
- وكانت الدولة تسعى من خلال المشروع القومى لتنمية سيناء الى صياغة عملية التنمية فى اطار مجموعة من الضوابط تم تحديدها اعتمادا على المقومات والامكانيات الطبيعية والبشرية فى شبة جزيرة سيناء.وقد اعتمدت الدولة لتحقيق ذلك على ادوات السياسات الحكومية من قوانين خاصة بتنمية سيناء الى سياسات مالية تعتمد فى الاساس على السياسة الانفاقية (خاصة الانفاق الاستثمارى) من اجل اعداد البنية الاساسية الخاصة بالمشروع.وقد جاء اعتمادها على السياسة المالية لما لها من قدرة على تحقيق جزء كبير من اهداف المجتمع بسبب تعدد ادواتها (انفاقية /ضريبية/انتمانية) والتي لها تأثير على كافة المتغيرات الاقتصادية.

السويس (مشروعات اعالي النيل) ،انظر " مستقبل التنمية فى محافظات الحدود (مع التطبيق على سيناء )مرجع سبق لكره ، ص162 .

(1) تشمل التنمية الصناعية كل من الصناعات الكيماوية والمعدنية ومواد البناء والغذائية والصناعات الصغيرة والحرفية .واقامة مناطق صناعية ومناطق حرة (العريش/القططرة شرق /بئر العبد/راس سدر/الطور/ شرق البحيرات (وادي التكنولوجيا) /سهل الطينة /الشيخ زايد/شرق بورسعيد)

وفي ضوء اهداف مشروع التنمية يمكن تعريف السياسة المالية على انها " برنامج عمل تخطيطه وتنفذه الدولة عن عمد مستخدمة فيه مصادر ها الايرادية وبرنامجها الانفاقية لاحداث اثار مرغوبة ( تتمثل في زيادة الانتاج الزراعى والتنمية الصناعية وانشاء تجمعات عمرانية جديدة وزيادة فرص التوظيف وما لذلك من اثار على الاقتصاد القومى وتعزيز الامن القومى ) وتجنب اثار غير مرغوبة ( اهدار للموارد المالية وعدم الاستغلال الكفاء للموارد الاقتصادية المتاحة فى سيناء وما يترتب على ذلك من تهديد للامن القومى ) على كافة متغيرات النشاط الاقتصادى والاجتماعى والسياسى تحقيقا لاهداف المجتمع (1)".

ومع قرب انتهاء فترة المشروع عام 2017 ، بدأت الدراسات فى قياس معدلات الانجاز التى تحققت على مستوى كافة القطاعات . والتى توصلت الى وجود تدنى فى هذه المعدلات بصورة كبيرة . حيث بلغ معدل الانجاز فى المشروعات الزراعية 30% ، ونحو 34% فى الصناعة والبتروى والتعدين اما معدل الانجاز فى مشروعات المياه فقد بلغ 14% . كما بلغ فى قطاعى التنمية العمرانية والصرف الصحى 5% و 3% على التوالى . فى حين كان فى قطاع السياحة 17% و فى قطاع النقل والمواصلات 43% (2).

الامر الذى يدعو الى ضرورة إعادة تقييم السياسة الحكومية الخاصة بتنمية سيناء ، لتحديد مدى كفاءتها فى استغلال ما لديها من الامكانيات والموارد الاقتصادية . بالاضافة الى قياس مدى فاعليتها وقدرتها على تحقيق اهداف مشروع التنمية . واذا علمنا ان الفاعلية تعنى توجيه الموارد الاقتصادية نحو الاستخدامات التى ينتج عنها مجموعة من المخرجات تتفق مع تفضيلات افراد المجتمع . اى انها اداء الاعمال الصحيحة بطريقة صحيحة ( ترتبط بالمخرجات والنتائج). وان الكفاءة تعنى تحقيق اعلى منفعة من خلال الموارد المتاحة ( علاقة بين كمية المدخلات وكمية المخرجات ) اى اداء الاعمال بطريقة صحيحة . لكل ذلك يتعين اعادة مراجعة القوانين والتشريعات

(1) د/حامد دراز ، السياسات المالية ، دار فاروس العلمية . الاسكندرية (2012) ، ص63

(2) المشروع القومى لتنمية سيناء (1994-2017)

الخاصة بتنمية سيناء وايضا السياسات المالية التي تم وضعها خاصة فيما يتعلق بالسياسة الانفاقية والضريرية . وفي ضوء الاهداف المراد تحقيقها . من ناحية اخرى ، وباستقراء السياسات الحكومية التي تبنتها الدولة لتنمية سيناء منذ عام 1981 ، يتضح لنا ان هذه السياسات قد تم توجيهها الى مناطق معينة تقع معظمها في منطقة جنوب سيناء . وظهر ذلك في شكل مشروعات سياحية بمحاذاة خليجي السويس والعقبة . خاصة في شرم الشيخ وذهب ونويبع . والقليل من المشروعات على الشريط الساحلي الشمالي في المجال الزراعي الامر الذي دعانا الى التركيز في هذا البحث على تقييم فاعلية السياسة الحكومية تجاه تحقيق اهداف التنمية في شمال سيناء . خاصة ان تعميمها له اهمية استراتيجية من ناحية الامن القومي .

كما انها كانت الاكثر تضررا من سوء ادارة الدولة لملف المشروع القومي لتنمية سيناء . بسبب عدم وجود تنسيق بين الوزارات لمواجهة المشاكل التي ظهرت عند التنفيذ الفعلي للمشروعات المستهدفة . لذلك وفي ضوء الامكانيات والمقومات الطبيعية الغير مستغلة في شمال سيناء . سوف يتم تحديد ماهية السياسة الحكومية التي يتعين تطبيقها لتعظيم المكاسب من استغلال تلك الامكانيات لدعم الهيكل الاقتصادي والاجتماعي والعمراني والامن لها .

من هنا سوف يقسم البحث الى ثلاث مباحث للاجابة على التساؤلات التالية :  
الاول : ما هي اهمية تنمية شمال سيناء ؟ والثاني : الى اي مدى استطاعت السياسة الحكومية الخاصة بتنمية شمال سيناء من تحقيق اهدافها ؟ والثالث : ما هي السياسة الحكومية القادرة على تعظيم المكاسب من استغلال الامكانيات والموارد الاقتصادية في شمال سيناء ؟

## المبحث الاول

### اهمية تنمية شمال سيناء

باستقراء العديد من الكتابات والدراسات التي تناولت تنمية شبة جزيرة سيناء بصفة عامة ، ومنطقة شمال سيناء بصفة خاصة ، سوف يتضح لنا ان هناك ميرران رئيسيان يمثلان الاساس الذى انطلقت منه الدولة نحو وضع برنامج لتنمية هذه المنطقة . المبرر الاول سياسى والثانى اقتصادى .

1- المبررات السياسية : ترجع تلك المبررات الى ان اطماع اسرائيل فى شبة جزيرة سيناء (خاصة الجزء الشمالى منها الذى يمتد مع الحدود الاسرائيلية لمسافة 265 كم) لم ولن تنتهى . خاصة انها-كما تدعى اسرائيل -تدخل فى المنظور التوراتى الذى تسعى الى تحقيقه (1).

فالبداية كانت فى عام 1902 عندما قام مؤسس الحركة الصهيونية تيودور هرتزل بالسعى لاقامة وطن قومى لليهود فى سيناء . باعتبارها افضل البدائل التى كانت مطروحة آنذاك . لدرجة انه اطلق عليها اسم فلسطين المصرية . وكانت مفضلة عن اماكن اخرى لاسباب عديدة منها الدينية وايضا لانها ملاصقة لفلسطين و يسهل العبور اليها(2) . ولان مصر كانت مستعمرة فى

---

(1) حيث ترى العقيدة اليهودية ان بناء دولتها الكبرى يبدأ من نهر النيل بمصر الى نهر الفرات بالعراق تحت شعار ارضك باسرائيل من النيل الى الفرات . خاصة مع ورود بعض النصوص فى التوراة التى تدفعهم الى التعدى على الارض العربية . من تلك النصوص.. "قطع الرب إبرام ميثاقا قانلا:لنسلك أعطى هذه الارض من نهر مصر الى الفرات " التكوين 15/18 (انظر "الاطماع الاسرائيلية فى المياة العربية وانعكاساتها على الامن القومى العربى" .

([http:// www.alukah.net/ publication\\_competitions/0140041/](http://www.alukah.net/publication_competitions/0140041/))

(2) ابراهيم امين غالى ، سيناء المصرية عبر التاريخ ، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة ،

(2010)، ص287



ذلك الوقت من قبل بريطانيا ، قام هارتزل بعرض هذا المشروع \_الذي عُرف باسم "مشروع العريش"-على المعتمد البريطاني في مصر ، اللورد كرومر وكان يتضمن منح اليهود حق امتياز لمدة 99 عاما للاراضى الواقعة فى شبة جزيرة سيناء ، التى تحيط بمنطقة العريش . والبالغ مساحتها حوالى 63 ميلا مربعا . وتم بالفعل ارسال لجنة فنية لدراسة المنطقة وتحديد مدى صلاحيتها لانشاء مستعمرات سكانية تضم اليهود المهاجرين اليها والمضطهدون فى اوربا وروسيا وغيرها. ثم قامت اللجنة الفنية بتقديم تقرير الى اللورد كرومر والحكومة المصرية تضمن استعراض لامكانيات هذه المنطقة ، واهم المشاكل التى تواجه تنفيذ هذا المشروع والتى من اهمها ندرة المياه . لذلك تم اقتراح فكرة الاستفادة من مياه النيل . وبالفعل قامت اللجنة بدراسة كيفية تطبيق هذه الفكرة على ارض الواقع .وبناءً على مشاهدات هذه اللجنة ،تم اقتراح تحويل مياه النيل الى سيناء من ترعة الاسماعيلية عن طريق انابيب تمر اسفل قناة السويس لتصل الى الاجزاء الشمالية الغربية من المنطقة المختارة للاستيطان. وتم تقدير معدل المياه المطلوبة من النيل بحوالى 4 مليون متر مكعب يوميا(1) . وقد حاولت اللجنة اقناع اللورد كرومر والحكومة المصرية بهذه الفكرة عن طريق الايحاء بان ما سيتم تحويله من مياه هو عبارة عن مياه الشتاء الزائدة التى تعود مرة اخرى الى البحر ولا يستفاد منها إلا ان اللورد كرومر والحكومة المصرية تحفظا على هذا المشروع وكان لكل منهما وجهه نظره (2).

(1) المياه العربية وحروب اسرائيل المستقبلية ..

<http://www.djazairnews.info/index.php?view=article&tmpl=component&id=53894>

(2) كلف اللورد كرومر اثنين من الخبراء بوزارة الاشغال العمومية لدراسة هذا المشروع وكتابة تقرير عنه . وقد قدم هذان الخبيران تقريرا مدعما بالارقام ،اشارا فيه الى ان تقديرات المشروع الصهيونى حوالى 160 الف متر مكعب من مياه النيل فى اليوم . اى حوالى 4 مليار و 240 الف متر مكعب من المياه فى السنة . وهى كميات لا تستطيع ترعة الاسماعيلية توفيرها . كما ان انشاء الخزانات سوف يؤدى الى زيادة فى ملوحة التربة . واذا تم انشاء انفاق تحت قناة السويس ، فان ذلك قد يؤدى الى مشاكل تتعلق بالملاحة فى القناة . اوصى الخبيران بعدم قبول المشروع الصهيونى اما الحكومة المصرية فقد اقنعت اللورد كرومر بان رفضها للمشروع يرجع لسببين : الاول هو انها رأت انه مشروع خيالى وسوف يحتاج الى انفاق مبالغ طائلة بلا عائد

وهكذا نجد ان الاطماع الصهيونية فى شبة جزيرة سيناء ظهرت منذ بداية الحركة الصهيونية . وكانت ترى فيها وسيلة لاحكام القبضة على فلسطين . وما يبرهن على تمسك العقليّة الصهيونية بمنطقة سيناء ، مقولة موسى ديان الشهيرة "ان شرم الشيخ بلا سلام افضل من سلام بلا شرم الشيخ" . كما ان بن جوريون كان يرى ان اسرائيل اقدر على تعمير سيناء من مصر . وظلت هذه الاطماع مستمرة حتى قامت باحتلالها عام 1967 .

ومع توقيع اتفاقية السلام بين مصر واسرائيل فى اواخر السبعينات تجددت معها الاطماع الاسرائيلية فى مياة النيل . وظهر ذلك فى شكل مشروع قدمه الصهيونى النشع كالى فى مقال بعنوان "مياه السلام" . وتم فيه عرض مشروعات متكاملة للتعاون فى نقل مياه النيل واستغلالها فى سيناء وغزة وصحراء النقب . كما قام بادراج خريطة توضح ترعة السلام وهى تتفرع من نقطة من فرع دمياط<sup>(1)</sup> . ورغم رفض فكرة توصيل المياة الى القدس ، الا انها عادت الى الظهور عدة مرات . اهمها عام 1986 عند انعقاد مؤتمر "ارماند هامر" للتعاون الاقتصادى فى الشرق الاوسط فى جامعة تل ابيب ، وايضا فى عام 1989 عند انعقاد ندوة التعاون الاقتصادى لدول الشرق الاوسط فى

. والثانى انه من المتوقع ان تحدث مشاكل سياسية بسبب السماح بتجمع جنسيات متعددة فى منطقة واحدة ، وهو ما يشكل بؤرة من عدم الاستقرار فى المنطقة(انظر اسماعيل سراج الدين . مرجع سبق ذكره ، ص94).

(1) شرع الرئيس الراحل انور السادات فى تقديم هدية للمسلمين بعد اتفاقية السلام ، تمثلت فى توصيل مياه النيل الى القدس . واطلق على هذا المشروع اسم مشروع زمزم الجديد . وقد نشر هذا الاقتراح فى احدى المجلات المصرية . والنّى اشارت الى ان الرئيس الراحل قد اعطى بالفعل اشارة البدء فى حفر ترعة السلام بين فارسكور (على فرع دمياط) وبين التيه (تقع على قناة السويس شمال الاسماعيلية) . على ان تمر الترعة اسفل قناة السويس من خلال 3 انفاق لتروى نصف مليون فدان بصفة مبدئية . كما طلب عمل دراسة جدوى دولية تتعلق بتوصيل المياه الى القدس . إلا ان اعتراض الرأى العام المصرى على توصيل المياه الى داخل اسرائيل ، جعله يتراجع عن الفكرة شكليا وليس فعليا . خاصة مع عدم صدور تصريح رسمى بالخاوها . وان كان البعض يرى ان فكرة توصيل المياه الى القدس ما هى إلا مناورة سياسية قام بها انور السادات فى ذلك الوقت للوصول الى اهدافه . وفى عام 1986 (عهد الرئيس الاسبق حسنى مبارك) بدء التنفيذ الفعلى لترعة السلام . وتم الانتهاء من النفق الثالث للترعة اسفل القناة عام 1996 . وقد تم طرح تساؤل فى يتعلق بالانفاق التى تنقل مياه النيل . هذا التساؤل تمثل فى اذا كان الهدف من النفق الاول هو حصول سيناء على احتياجاتها من المياه (حيث ان المشروع المعلن يهدف الى وصول المياه الى وادى العريش على بعد 40 كم من حدود مصر الدولية مع قطاع غزة فقط) . اللازمة للتنمية الزراعية . واذا كان الغرض من النفق الثانى - وقتا للبحر الهندسية - هو احتياطي للنفق الاول للطوارئ واعمال الصيانة ، فما هو الغرض من النفق الثالث؟؟ لم يجيب احد على هذا التساؤل حتى الان ؟ (انظر فاروق جويده ، مرجع سبق ذكره ، ص14)

سان لوزان .حيث طرحت اسرائيل رغبتها في ان تبيعها مصر 1% من ايراد النيل ، وقد رفضت مصر فكرة بيع المياه بسبب العديد من المشاكل التي قد تثيرها مع دول حوض النيل<sup>(1)</sup> .

ولم تقتصر هذه الاطماع على المياه فقط بل امتد الى ارض سيناء .وذلك من منطلق فكرة ان سيناء تعد بمثابة ارض بلا سكان ، وبالتالي يمكن ان تكون حلا للمشكلة التي ظهرت منذ بداية الصراع العربي الاسرائيلي . والتي تتلخص في "وجود ارض بلا شعب ..وهي فلسطين ....وشعب بلا ارض .. وهم اليهود " . وهنا تعد سيناء مجالا جغرافيا لتطبيق المشروع الخاص بترحيل العرب المقيمين في اسرائيل ،بحيث تصبح اسرائيل وطنا يهوديا خالصا (2)

(1) لمزيد من التفاصيل انظر د.محمد عمر ،امكانيات السياسة المالية في تحقيق الامن المائي المصري في ظل تنامي التنافس الاقليمي والعالمي على مياه النيل ، مجلة كلية التجارة للبحوث العلمية -مجلد 4- عدد1-يناير 2012 ص-417

(2) اذا لم تستطع اسرائيل العودة الى احتلال سيناء مرة اخرى ،فهى ترى ان سيناء تعد احد البدائل القادرة على حل مشكلة الصراع الفلسطيني الاسرائيلي .وهو ما ظهر في احد التقارير التي قام بها مركز بيجن - السادات للدراسات الاستراتيجية وتم نشره عام 2010. وتم فيه رسم مستقبل لسيناء كما تراه اسرائيل من خلال مشروع يعكس نوايا خطيرة تجاه سيناء. ويتلخص هذا التقرير في الاتي:تتنازل مصر عن 2720كم2 من اراضي سيناء للدولة الفلسطينية المقترحة ، وهذه المساحة عبارة عن مستطيل احد اضلاعه تمتد على مساحة 24كم2 على البحر المتوسط من مدينة رفح غربا وحتى حدود مدينة العريش . اما الضلع الثاني فيقع بطول 30كم2 من غرب كرم ابو سالم ويمتد جنوبا بموازية لحدود مصر مع اسرائيل .والمساحة التي ستتنازل عنها مصر سوف تضاعف مساحة غزة ، بحيث تصبح ثلاث اضعاف مساحتها في الوقت الحالي .وبالتالى تستطيع ان تواجه الزيادة فى السكان لكل من اسرائيل وفلسطين ،والتي من المتوقع ان تبلغ 20 مليون نسمة ولن تستطيع اراضي فلسطين ان تستوعب الشعبين معا فى السنوات المقبلة .وفى المقابل تحصل مصر على مساحة اقل قليلا من 720كم2 من اسرائيل فى صحراء النقب وبالتحديد فى منطقة وادى الفيران . ويرى التقرير ان كل من اسرائيل وفلسطين ومصر سوف يحققوا مكاسب كبيرة من هذا الاقتراح . بالنسبة لفلسطين سوف يحقق لها اقتصاد مستقر وتنمية .لانها سوف تحصل على 24كم2 على ساحل البحر المتوسط ومياة اقليمية تصل الى حوالى 9 اميال داخل النجر وما يتضمنه ذلك من حقول للغاز وميناء ومطار دوليين على بعد 25كم2 من الحدود مع اسرائيل . كما ستستوعب المدينة الفلسطينية الجديدة على ارض سيناء الزيادة المحتملة لسكان قطاع غزة خلال السنوات القادمة والتي تبلغ حوالى 2 مليون شخص . اما مكاسب مصر فسوف تتمثل في قيام الدول الغربية بامدادها بالمساعدات بكافة اشكالها ...الفنية والمالية لاقامة محطات تربية للكهرباء وتحلية البحر -خاصة مع احتمالات نقص حصة مصر من مياه النيل فى الفترة المقبلة ، وكان تلك الدول على علم بالمشاكل التي ستعاني منها مصر بسبب المشروعات التي ستنتفد على منابع النيل من قبل بعض الدول الاريقية - . اما مكاسب اسرائيل فتمثل فى حصولها على 12% من مساحة الضفة الغربية التي بها العديد من المستوطنات التي يسكنها مئات الالاف من الاسرائيليين . كما يتواجد بها الامكان المقدسة للشعب اليهودى .بالاضافة الى ان هذا التقسيم الجديد سوف يجعل هناك تعاون اقتصادى بين اسرائيل وغزة من ناحية وياقى الدول العربية من ناحية اخرى من خلال خلق منفذ على البحر المتوسط لدول الخليج عن طريق ميناء غزة وشبكة من المواصلات تربط بين غزة والاردن والسعودية ومصر والعراق ودول البحر المتوسط .مع ملاحظة ان كل خطوط المواصلات سوف تعبر من خلال اتفاق داخل اسرائيل مقابل الحصول

وقد كان الرئيس الراحل انور السادات على علم بهذه الاطماع تجاه سيناء، لذلك طلب بعد اتفاقية السلام- من الحكومة اعداد الدراسات اللازمة لاعداد سيناء بصفة عامة وشمال سيناء بصفة خاصة ( حيث تقع بها منطقة يطلق عليه عسكريا مسرح الدبابات في وسط سيناء ولها اهمية استراتيجية لامن سيناء من الناحية العسكرية ) .حيث كان يسعى الى استصلاح وزراعة 400 الف فدان وانشاء 400 قرية تقع معظمها في هذه المنطقة(1).

يتضح من كل ما سبق ذكره ، ان اسرائيل لا تخفى رغبتها في اعادة احتلال سيناء . ليس بوصفها جزء من ارض الاجداد كما يُحكى في الاساطير التوراتية فقط .ولكن لانها تعلم ايضا ان سيناء تحتوى على كنوز وثروات لا تخطر ببال احد ، علاوة على ما بها من معالم دينية وتاريخية وطبيعة خلابة . وقد كان لها تجربة سابقة في استغلال هذه الكنوز والثروات اثناء فترات احتلالها لسيناء . حيث اشارت بعض الكتابات الى ان اسرائيل كان لديها القدرة على استغلال كل امكانيات وموارد سيناء في الفترة من 1967 و حتى 1973 بطرق جيدة . حيث قامت بإنشاء العديد من المشروعات الناجحة التي تنوعت ما بين مشروعات زراعية ومشروعات سياحية . إضافة الى قيامها باستغلال ابار البترول المتاحة في سيناء لخدمة عجلة الحرب والصناعة والاقتصاد الاسرائيلي . كما قامت بالتنقيب عن الموارد التعدينية والصخور الثمينة والرخام ومناجم الذهب ، واستغلال الرمال البيضاء الصالحة للاستخدام الصناعي والتجاري خاصة في الصناعات الزجاجية .

كما قامت اسرائيل خلال فترة احتلالها لسيناء باجراء التجارب والبحوث الغير آمنة في المجال الزراعي في الاراضي الصحراوية. وتوصلت من خلالها الى افضل الاساليب التكنولوجية التي تستخدم في الزراعة . وكانت منتجات سيناء الزراعية تُصدر يوميا الى اسواق اوروبا خاصة الفواكه والزهور . بالاضافة

---

على رسوم عبور .اضافة الى تحكمها في حركة التجارة بين دول الخليج واوروبا ودول البحر المتوسط . والغرض من هذه الخطة التي نشرها مركز بيجن -السادات للدراسات الاستراتيجية هو تحميل مصر وكل الاطراف المعنية (بما فيها الاردن ) نصيبها من تكاليف السلام بين الاسرائيليين و الفلسطينيين(فاروق جويده ،مرجع سبق ذكره، ص30-32)

10] كان يرى انه من الأفضل ان يتم تملك معظم الاراضي والمساكن للجند المسرحين من القوات المسلحة . كما طلب من القائمين على تخطيط وتصميم المناطق التي سيتم اعمارها ، ان يتم اقامة المنازل بتصميمات خاصة ، بحيث يكون بها مخبأ تحت الارض مزود بمخزن للسلاح ومخبأ للسيدات والاطفال ( يوجد نماذج لهذه القرى في رمانه وبالوظة على الطريق الدولي للعريش). بالاضافة الى العمل على توفير خدمات البنية الاساسية من مياه وطرق وكهرباء ( مثل محطة القنطرة غرب ومحطة مياه احمد حمدي والطريق الاوسط من نفق احمد حمدي )(المرجع السابق ، ص 15).

الى قيامها ببناء مجموعة ضخمة من المستوطنات ، كان من اشهرها مستوطنة ياميت (1).

وبالتالى يمكن القول بأن اسرائيل -وثناء احتلالها لسيناء- كان لديها القدرة على تحويل سيناء الى شيء اخر اكثر انتاجا وتصديرا وبها صناعة وزراعة وسياحة . وهو ما قد يبرر استمرار ررغبتها فى العودة الى سيناء مرة اخرى . من هنا يمكن القول ان مواجهة هذه الاطماع وخطط الاستيطان فى السيناريوهات الاسرائيلية لن تتوقف إلا عند تنفيذ مشروعات شاملة فى سيناء يكون من نتائجها توطين البشر بها وجعلها جزءاً فعالاً ومرتبطة (ثقافياً واجتماعياً واقتصادياً ) بالوادي و الدلتا ،وبالتالى سوف تصبح سيناء بمثابة حاجز حقيقى امام الاطماع الاسرائيلية ،خاصة وان كل الغزوات العسكرية التى قدمت الى مصر جاءت عبر شبه جزيرة سيناء .

2-المبررات الاقتصادية: تعد الطبيعة الجغرافية وما تمتلكه شمال سيناء من موارد اقتصادية لم تستغل بعد بمثابة مقومات داعمة للاستثمار .ومن الاسباب التى جعلت الدولة تقوم بتوجيه كافة اجهزتها للتخطيط لوضع استراتيجية كاملة لتنمية هذه المنطقة . خاصة مع امكانية ان تساهم -الى حد كبير- هذه التنمية فى تحسين اوضاع الاقتصاد القومى ككل .

فإلى جانب الموقع الجغرافى المتميز لشمال سيناء ، من حيث وقوعها بين قارات اسيا وافريقيا واوروبا ، والذى جعل بعض الاقتصاديون يعتبرونها الموقع المثالى والبديل لجنوب شرق اسيا (2) . هناك ايضا البيئة الجغرافية لشمال سيناء التى تنقسم الى نوعين (3) :الاولى بيئة ساحلية .والتي تضم السهول الشمالية المطلة على البحر المتوسط . وهى مغطاة بالكثبان الرملية ( التى لديها القدرة على الاحتفاظ بمياه الامطار) .والثانية البيئة الصحراوية التى تسود وسط سيناء .والتي تقع اغلبها فى منطقة الهضاب وبها العديد من الجبال العالية مثل جبل المغارة وجبل الحلال.ويتخلل هذه المرتفعات مجموعة من الوديان مثل وادى العريش ، الذى يعد الوادى الاكبر فى شمال سيناء . حيث يمر من جنوب المحافظة الى شمالها ، وتتجمع الامطار فى روافده ثم تصب

(1) "مصر تطالب اسرائيل ب 500 مليار دولار كتعويض عن احتلال سيناء" - [http://www.anp-](http://www.anp-dz.com/t10317_topic)

[dz.com/t10317\\_topic](http://www.anp-dz.com/t10317_topic)

(2) يشكل محور قناة السويس من جهة الغرب اعظم ممر مائى دولى لنقل التجارة من الشمال الى الجنوب . ومن جهة الشرق يوجد ميناء العريش البحرى التجارى .بالاضافة الى توافر خطوط النقل البرى . كل ذلك يشكل البرابة الطبيعية المتميزة لاسواق الدول العربية بنصفه عامة ودول الخليج بصفة خاصة .

(3) مستقبل التنمية فى محافظات الحدود (مع التطبيق على سيناء)، مرجع سبق ذكره ،ص13

في مجراها متجها الى مصبه بمدينة العريش على ساحل البحر المتوسط. هناك ايضا المناخ حيث تتميز شمال سيناء بمناخ فريد من نوعه<sup>(7)</sup>. فهو يبدأ في الشمال بمناخ البحر المتوسط ثم يتدرج الى ان نصل الى مناخ المناطق شبه الصحراوية والصحراوية. وبناء على هذا المناخ ، نجد ان كميات الامطار (كمصدر هام للمياه) تسقط بكميات كبيرة على السواحل . وكثيرا ما تتعرض المحافظة لسبيل شديدة . واذما ما أحسن استخدام مياه الامطار فان ذلك سيؤدي الى انتشار الزراعات في مناطق متعددة. لذلك تعد شمال سيناء من اغنى الصحارى بمراد المياه . كما تسمح الطبيعة الجغرافية لشمال سيناء بوجود الوديان والعيون الطبيعية والروافد التي تتكون من مياه الامطار ، الامر الذي يجعلها مناطق جاذبة للسكان وتسمح بوجود النشاط الزراعي وما يرتبط به من ثروة حيوانية. كما توجد مناطق للهضاب المستوية (هضبة التيه) والتي يتوافر فيها العديد من المعادن<sup>(8)</sup>.

اما بالنسبة للموارد الاقتصادية فتشير الدراسات الى ان شمال سيناء يخزر بالعديد من الموارد الاقتصادية التي تعد من المتطلبات الاساسية لقيام الصناعات والمشروعات بكافة انواعها واحجامها ، والتي توفر مزيدا من فرص التوظيف. وباستقراء الاحصاءات والبيانات المتاحة عن هذه الموارد يتضح ما يلي :

1- الاراضى الزراعية وما يرتبط بها من موارد للمياه وثروة سمكية : تبلغ مساحة شمال سيناء حوالى 6.56 مليون فدان ، منها 2.638 مليون فدان ارضى صالحة للزراعة ، وهى تمثل 40% من اجمالى مساحة شمال سيناء . ويبين الجدول رقم ( 1 ) تصنيف الاراضى فى شمال سيناء .

---

(7) اثبتت احدى الدراسات التى قام بها قطاع الاعلام بالاكاديمية الامريكية عام 2005 ، ان

هواء سيناء بصفة عامة وشمالها بصفة خاصة يعد انقى هواء فى العالم، انظر "التوجه

الاستراتيجى للدولة لتعمير وتنمية سيناء ، 2009 .

<http://www.northsinai.gov.eg/studies/DocLib>

(8) مقومات وموارد التنمية وفرص الاستثمار فى محافظة شمال سيناء ، الجهاز المركزى للتعينة

العامة والاحصاء ، القاهرة ، (مارس 2010)، ص74

جدول (1)  
تصنيف الاراضى فى شمال سيناء عام 2012

البيان	فدان
اجمالى مساحة المحافظة	6.560.233
ارض بور غير صالحة للزراعة	3.612.360
ارض بور صالحة للزراعة	2.638.284
ارض بور موسمى	218092
اجمالى المساحة المزروعة	91496
المساحة المحصولية	92680

المصدر : مركز معلومات شمال سيناء، بيانات احصائية مختصرة

<http://www.northsinai.gov.eg/studies/DocLi>،

حيث يتضح لنا ان نسبة اجمالى الاراضى المزروعة زراعة دائمة والموسمية لاجمالى الاراضى البور الصالحة للزراعة تبلغ 11% . اما نسبة الاراضى المزروعة زراعة دائمة الى اجمالى الاراضى البور الصالحة للزراعة فهى تبلغ ما يقرب من 6.9 % . وتعتبر الفواكهة من الحاصلات الزراعية المستديمة . حيث تتميز المحافظة بتربة ومناخ جيد يعطيها ميزة نسبية فى زراعة اصناف من الفاكهة ذات الجودة العالية (منها الخوخ/التين/الموالح والزيتون) . بالاضافة الى انتاج النباتات العطرية والطبية .

اما فيما يتعلق بـ مصادر المياه ، فهى متنوعة فالمياه السطحية متوفرة فى المناطق الساحلية . والتي تشتمل على كل من مياة الامطار والتي تصل فى شدتها احيانا الى حد السيول . ويعد وادى العريش من اكبر الاودية التى تتجمع بها هذه الامطار . وايضا المياه المنقولة التى تم نقلها بواسطة ترعة السلام عبر سحارة رئيسية تقع اسفل قناة السويس . وهى تعتمد فى مياهاها على خلط مياه النيل بمياه الصرف الزراعى . ومرور هذه التربة بوسط سيناء يتيح فرص وصول المياه فى اتجاه الشمال بدون الحاجة الى محطات رفع .

كما يعد من موارد المياه فى شمال سيناء ، المياه الجوفية وهى من اهم مصادر المياه بالمحافظة . (وان كانت فى الاصل هى عبارة عن مياه الامطار) . حيث توجد فى السراييب والهوايات والخنادق والعيون الطبيعية والابار<sup>(9)</sup> . يضاف

(9) السراييب هى مياة ذات عمق قليل يمكن استغلالها من خلال تركيب هوايات لرفع المياه وتستخدم فى اغراض الزراعة والاغراض المنزلية. اما الهوايات فى عبارة عن خزان من الحجارة المبطنة بالاسمنت . ويتم اختيار الموقع الخاص به فى منخفض وسط مرتفع حيث تتجمع به الامطار .

الى كل ماسبق مياه النيل والتي تصل الى العريش عن طريق خطوط انابيب ذات طاقات استيعابية مختلفة (15).

اما بالنسبة للثروة السمكية، فهناك الانتاج السمكى من البحر المتوسط ويوجد فى المحافظة اهم بحيرات مصر الشمالية وانقاها وهى بحيرة البردويل والتي تبلغ مساحتها 165 الف فدان. الامر الذى يجعلها تأتى فى المرتبة الثانية من حيث المساحة بعد بحيرة السد العالى كما تعد من مصادر الثروة السمكية الرئيسية فى سيناء وفى مصر عموماً. وتنتج هذه البحيرة افخر انواع الاسماك والتي تحظى باقبال شديد من قبل الدول الاوربية (16).

2- الثروة المعدنية: " بياوو" ... اى ارض المناجم. هو اسم سيناء فى بعض المصادر التاريخية. وهو يدل على غنى سيناء بالموارد المعدنية والتحجيرية منذ القدم. كما تدل هذه التسمية على ان الانسان المصرى القديم كان يعرف اهمية سيناء فى مجالى التعدين والتحجير وكلاهما يعد بمثابة نواة لقيام الصناعات الاستخراجية واستغلال المحاجر. وهو ما تؤكد البيانات الواردة فى الجدول رقم (2)

جدول رقم (2)  
اهم مصادر الثروة المعدنية فى شمال سيناء

المورد التعدينى	حجم الاحتياطى	التعليق	الاستخدامات
الرخام واحجار الزينة	9.5 مليون م <sup>3</sup>	تمائل اجود انواع الرخام الايطالى	اعمال الديكور والارضيات والتحف والبلاط
الرمال البيضاء	27 مليون م <sup>3</sup>	يمتاز انتاجها من الكريستال والسيراميك وغيرها بدرجة عالية جدا من النقاء تصل فى الضوئية والعدسات.	صناعة الزجاج والبللور والسيراميك والكريستال والخلايا الضوئية والعدسات.

(15) - مقومات وموارد التنمية وفرص الاستثمار فى محافظة شمال سيناء، مرجع سبق ذكره، ص75

(16) - المرجع السابق، ص107



	بعض الاحيان الى 99.5 %.		
صناعة فحم الكوك اللازمة لصناعة الحديد والصلب وتوليد الكهرباء		52 مليون احتياط جيولوجي، 27 مليون طن احتياطي مؤكد	الفحم
صناعة الاسمنت -الاسمدة- البويات والصناعات الكيميائية	تمتاز هذه الخامات بالجودة العالية الامر الذي يجعل الاسمنت الذي يتم انتاجه بواسطة هذه المدخلات يعد من اجود انواع الاسمنت التي تتميز بمواصفات خاصة من حيث المعايير والقياسات التي تجرى على خاماته	800 مليون طن	الحجر الجيري
صناعة الاسمنت وتكرير الزيوت والخزف والصيني وصناعة الطوب الطفلي		18 مليون طن	الطفلة
الاغراض الزراعية /صناعة		2 مليون طن	الجبس

الاسمنت اعمال البناء والتشييد			
صناعة هياكل الطائرات والصناعات النوية /الادوات الكهربائية	يوجد بطول الساحل الشمالي للعریش بمساحة 18 كم <sup>2</sup> ورماتة بمساحة 18 كم <sup>2</sup>	4.1 طن معادن اقتصادية	الرمال السوداء
الصناعات الكيميائية		10 مليون طن	الكبريت

المصدر : مركز معلومات شمال سيناء، بيانات احصائية مختصرة، مرجع سبق ذكره

كما يتوافر ايضا المواد المستخدمة في البناء والرصف (الزلط /الرمال/تربة زلطية). ونظرا لان محافظة شمال سيناء تطل على البحر المتوسط لمسافة تبلغ 220كم ، فان ملح الطعام الذي يستخرج من الملاحات يعد من اجود الانواع ، خاصة وان المحافظة تتميز بنقاء بيئي ليس له مثيل في العالم . وقد قدرت الاحصاءات حجم الطاقة الانتاجية لملاحات المحافظة البالغ عددها 10ملاحات بحوالي 1.3 مليون طن سنويا من انقى انواع الملح يصدر منه ما يقرب من 800 الف طن .

3-المقومات السياحية:تعد محافظة شمال سيناء من المحافظات الغنية بالاماكن السياحية وهو ما يؤهلها لكي تدخل ضمن الخريطة السياحية في مصر .فهناك السياحة الشاطئية والتي يدعمها الموقع المميز لمحافظة شمال سيناء. وقد اشارت احدى الدراسات الى ان الموسم السياحي في العريش يمتد الى ستة شهور ونصف الشهر ويصل الى سبع شهور في مدينة رفح(1) . لذلك يعد

(1) " مقومات وفرص الاستثمار بشمال سيناء"،

الموسم السياحي في شمال سيناء من أطول مواسم السياحة في مصر. هناك أيضا السياحة العلاجية والتي تتوفر في منطقة الشمال بصفة خاصة، بسبب اعتدال المناخ ونظافة البيئة وتوافر الأعشاب الطبية. كما يوجد مقومات السياحة التاريخية، لما بها من طرق تاريخية مثل طريق العائلة المقدسة وطريق الفتح الإسلامي وطريق حورس الفرعوني ومدينة الفرما. يضاف إلى أنواع السياحة السابقة، أنواعا أخرى مثل السياحة الدينية والبيئية وسياحة الصحراء وسياحة الواحات والرياضة المائية واليخوت وسياحة المحميات الطبيعية وسياحة الترانزيت.

يتضح من خلال ما سبق أن هناك أهمية سياسية لتنمية شمال سيناء بالإضافة إلى ما تتمتع به من مقومات التنمية، والتي إذا تم استغلالها بكفاءة، يمكن أن تكون نواة لتنمية زراعية وصناعية وسياحية تساهم بفاعلية في تحسن أوضاع الاقتصاد القومي. وهذا ما يدعونا إلى البحث عن الأطار العام للاستراتيجية التي وضعتها الدولة لاستغلال تلك المقومات لتدعيم الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية والعمرانية والأمنية في شمال سيناء، وما هي أدوات السياسة الحكومية التي تم استخدامها لاستغلال هذه الإمكانيات، وإلى أي مدى استطاعت تحقيق أهداف التنمية. وهو ما سنتناوله في المبحث الثاني.

### المبحث الثاني

#### تقييم إنجازات السياسات الحكومية لتنمية شمال سيناء

في ضوء المبررات السابق ذكرها لتنمية شمال سيناء، قامت الدولة باتخاذ التدابير اللازمة لتنفيذ خطة التنمية والتي تمثلت في سن قانون رئيسي لتنظيم الاستثمار إلى جانب مجموعة القوانين والتشريعات الأخرى التي يخضع لها النشاط الاستثماري في مصر عموما. كما قامت باستخدام أدوات السياسة المالية، خاصة الانفاقية لتمويل إنشاء مشروعات البنية الأساسية والمشروعات العملاقة التي قد يعجز القطاع الخاص عن القيام بها.

<http://www.northssinai.gov.eg>

</invest/opportunity/display.aspx?ID-14>

ولان خطة التنمية لشمال سيناء كان مُقدر لها ان تنتهى عام 2017 ، فان هناك حاجة لتقييم السياسات الحكومية التى تبنتها الدولة ،من منطلق التعرف على مدى توافقها وقدرتها على تنفيذ المشروعات المستهدفة ضمن خطة التنمية .ونسعى من خلال عملية التقييم الى الوصول لجوانب القصور والوقوف على ما اكتنفها من معوقات وما يكون صادفها من صعوبات ،تمهيدا لإقترح ما يمكن تقديمه من توصيات لمعالجة تلك المعوقات و تحسين معدلات الانجاز للمشروعات المستهدفة وتحقيق الكفاءة فى استغلال الموارد والامكانيات فى شمال سيناء.

لذلك سوف يتناول هذا المبحث تقييم للسياسة الحكومية التى وضعتها الدولة لتنمية شمال سيناء من خلال النقاط التالية :

1- تقييم السياسة المالية -خاصة الانفاقية - التى تبنتها الدولة لتنمية شمال

سيناء ضمن المشروع القومى لتنمية سيناء

2- تقييم التشريعات الخاصة بالتنمية المتكاملة فى شبه جزيرة سيناء.

اولا: تقييم السياسة المالية خاصة الانفاقية - لتنمية شمال سيناء:

من المعروف ان هناك العديد من ادوات السياسة المالية التى استخدمتها الدولة لتحقيق هدف تنمية شمال سيناء ، إلا ان الدارس لهذه السياسة يستطيع ان يصل الى نتيجة هامة وهى اعتماد الدولة على السياسة الانفاقية ،خاصة الانفاق العام الرأسمالى لما له من دور فى توفير مشاريع البنية الاساسية والتى يمكن ان تساهم فى تشجيع الاستثمار الخاص ورفع معدل العائد المتوقع منه.ويعد تحقيق الفاعلية من الانفاق العام على خطط التنمية فى مصر من اكبر التحديات التى يواجهها القائمين على وضع هذه الخطط فى ظل ندرة الموارد المالية اللازمة لذلك ، ويزداد التحدى اذا كان الامر يتعلق بالمشروعات القومية الكبرى . ولتقييم السياسة الانفاقية الموجهة لتنمية شمال سيناء يتطلب الامر مقارنة ما تم التخطيط له من مشروعات فى القطاعات المختلفة مع ما تم انجازه فعليا على ارض الواقع ، اى مقارنة المشروعات المستهدفة بما تم تنفيذه من تلك المشروعات وذلك من اجل الوقوف على الآثار الايجابية للسياسة الانفاقية للمشروع وفى نفس الوقت التعرف على جوانب القصور بها من اجل ايجاد حلول للتغلب عليها .

1- القطاع الزراعى والثروة السمكية:

عندما قامت الدولة بوضع سياسة مالية خاصة بمشروع التنمية الزراعية فى شمال سيناء ،أخذت فى الاعتبار امكانيات التوسع الزراعى الافقى ، والتى تمثلت فى شكل اضافة مساحات جديدة من الاراضى تم تقديرها ب 400 الف فدان. على ان يتم زراعتها اعتماداً على مياه النيل المنقولة عبر شق ترعة

تمر عبر انفاق اسفل قناة السويس اطلق عليها اسم "ترعة السلام". كما تضمنت الخطة إحداث تنمية فى الثروة السمكية من البحر المتوسط و من بحيرة البردويل.

وتتمثل خطة الدولة لتنمية كل عنصر من العناصر المكونة للنشاط الزراعى والثروة السمكية فى الأتى :

#### (أ) اراضى الاستصلاح والاستزراع بالمشروع:

تم تقسيم مساحة اراضى المشروع والتي تقدر ب 400 الف فدان الى خمس مناطق او بلوكات هي:

- المنطقة الاولى : سهل الطينة ، ويبلغ زمامها نحو 50 ألف فدان<sup>(20)</sup>
- المنطقة الثانية: جنوب القنطرة شرق، وتبلغ مساحتها نحو 75 ألف فدان<sup>(21)</sup>
- المنطقة الثالثة: منطقة رابعة وتبلغ مساحتها نحو 70 ألف فدان
- المنطقة الرابعة: منطقة بئر العبد وتبلغ مساحتها 86.5 الف فدان
- المنطقة الخامسة: منطقة السر والفوارير والمناطق البديلة بالمزار والميدان وتبلغ مساحتها نحو 118.5 ألف فدان.

(20). استقطع من هذه المساحة 16 الف فدان لمرافق البنية الاساسية والقرى النموذجية فى المنطقة الى جانب مساحة اخرى للتوسع العمرانى شرق مدينة بورسعيد . اما باقى المساحة والبالغ مساحتها 34 الف فدان فقد تم وضع خطة لى يتم تخصيص نحو 17.525 الف فدان (بنسبة 51.1% من اجمالى المساحة المستهدف استصلاحها واستزراعها ) لكبار المستثمرين ولعدد 15 شركة (متوسط نصيب الشركة يبلغ 1168 فدام ) . اما فئة القطاع الاستثمارى المتوسط ، فيبلغ اجمالى المساحة المستهدف تخصيصه له 5802 فدان (بنسبة 17.1% من اجمالى المساحة المستهدف استصلاحها واستزراعها ) ولعدد 82 حالة ( بمتوسط يبلغ نحو 70.8 فدان /حالة ) . اما فئة صغار المنتفعين ، فقد تم وضع خطة لى يتم تخصيص مساحة تبلغ 10.755 الف فدان (تمثل نحو 31.6 % من اجمالى المساحة المستهدف استصلاحها واستزراعها ) لعدد 1331 منتفع (بمتوسط يبلغ 8 فدان /منتفع) . (انظر المشروعات القومية للتنمية الزراعية فى الاراضى الصحراوية ، مرجع سبق ذكره ،ص55)

(21) هذه المنطقة وحتى عام 2012 لم يتم استكمال عملية تخصيصها للمستثمرين وان كان هناك تقديرات بان تبلغ المساحات المخصصة للشركات ما بين 1000-2000 فدان ( تعادل 75% من المساحات ... ) اما الفئات الاخرى من القطاع الاستثمارى المتوسط وصغار المنتفعين فتبلغ المساحة المخصصة لهم 25% من اجمالى المساحة . على يخصص للقطاع الاستثمارى المتوسط مساحات تتراوح ما بين 100-200 فدان .

ويحد هذه المساحات من الاراضى شمالا البحر المتوسط وبحيرة البردويل . ومن الغرب حدود حرم قناة السويس وشرقا مجرى وادى العريش . ومن الجنوب سلسلة الكثبان الرملية .

### ب) عنصر المياه:

تبدأ شبكة المياه الموجهة للاراضى المستهدفة استصلاحها وزراعتها من مخرج سحارة ترعة السلام اسفل قناة السويس والتي يطلق على امتدادها داخل شمال سيناء اسم " ترعة الشيخ جابر الصباح " (22). وهي تمتد مباشرة من خلف سحارة ترعة السلام حتى نهايتها بوادى العريش بطول 175 كيلو متر . ويتفرع من الترعة مجموعة من الترع الفرعية والتوزيعية (23). وقد تم الانتهاء من 90 % من جملة الاعمال المطلوبة حتى عام 2007 .

### ج) التجمعات السكانية:

تم وضع خطة الاسكان والتوطين، (الذى يعد الهدف الرئيسى من اعتماد تنمية شمال سيناء على القطاع الزراعى ) على اساس تركيز السكان فى قرى كبيرة . لذلك تم التخطيط لانشاء قرى للتوطين على مستويين يمثل المستوى الاول منها قرى فرعية والمستوى الثانى يمثله قرى مركزية . بغرض استيعاب اكبر عدد ممكن من السكان . وقد تم تقدير عدد القرى المخطط اقامتها على اراضى

---

(22) هى الترعة الرئيسية المغذية لاراضى مشروع تنمية شمال سيناء بمياه الري : وتاخذ منها مجموعة من الترع الفرعية . منها عدد8 فروع بمنطقة سهل الطينة وترعة جنوب القنطرة شرق ، وعدد 25 مأخذ لرى زمام منطقتى رابعة وبئر العبد ويوجد عليها 33 محطة رفع رئيسية وعدد 5 قناطر رئيسية وعدد33 كوبرى ، وكذا 25 محطة رفع بشبكات رى من المواسير برابعة وبئر العبد ، انظر التنمية المتكاملة لسيناء ومحاور السياسة المنفذة لها مرجع سبق ذكره ، ص135 .

(23) وتقدر الاحتياجات المائية السنوية اللازمة لاستصلاح واستزراع اجمالى المساحة 620 الف فدان ( 400 الف فدان شرق قناة السويس ، 220 فدان غرب قناة السويس ) على مياه ترعة السلام وايضا ترعة الشيخ جابر الصباح بنحو 4.45 مليار متر مكعب . من المياه المخلوطة من مياه النيل العذبة ومياه الصرف الزراعى بنسبة 1:1 بحيث لا تزيد نسبة الملوحة عن 1000 جزء فى المليون مع اختيار التراكيب المحصولية المناسبة . وقد تم تقدير حجم ومصادر التغذية السنوية اللازمة لرى اجمالى مساحة المشروع بحيث تكون كالآتى :

-مياه عذبة : 2.11 مليار متر مكعب من نهر النيل فرع دمياط .

-مياه صرف زراعى : 2034 مليار متر مكعب من مصرفى حادوس والسمر

مشروع تنمية شمال سيناء بنحو 45 قرية فرعية . توزع ما بين المناطق الخمسة للمشروع (24).

#### (د) الثروة السمكية :

تمثلت الاهداف المراد تحقيقها لتنمية الثروة السمكية فى الوصول بالانتاج السمكى من البحر المتوسط الى 37 الف طن سنويا . . لذلك تم وضع خطة لتطوير ميناء العريش وتوفير كافة المتطلبات اللازمة لذلك من تخصيص مساحات مناسبة للمرفأ لخدمة واستقبال سفن الصيد وتداول وتجهيز وتعبئة الاسماك وصيانة مراكب الصيد . فى حين تمثلت تنمية الثروة السمكية لبحيرة البردويل، فى النهوض بالطاقة الانتاجية لها للوصول الى انتاج 8 الاف طن من الاسماك سنويا .. لذلك قامت الدولة بوضع خطة لتنفيذ عدة مشروعات لتطويرها تمثلت فى تطهير وصيانة البواغيز القائمة وتحسين وصلة البحيرة بالبحر المتوسط . وفتح عدد 2 بوغاز جديد لتنشيط حركة المياه . وقد تم تقدير

(24) بواقع 6 قرى فرعية فى منطقة سهل الطينة و 8 قرى فرعية فى كل من مناطق جنوب القنطرة

شرق ومنطقة رابعة ومنطقة بئر العبد . فى حين تم ادراج اقامة 15 قرية فرعية فى منطقة السر والقوارير . اما القرى المركزية والبالغ عددها 10 قرى فهى موزعة ما بين قرية واحدة فى منطقة سهل الطينة ، وقريتين فى كل من مناطق جنوب القنطرة شرق ومنطقة رابعة ومنطقة بئر العبد . وثلاث قرى فى منطقة السر والقوارير . على ان يتم توفير كافة الخدمات اللازمة للمعيشة . من المخطط ان تشمل القرى الفرعية على الاتى :

-مبانى سكنية : وتتضمن وحدات سكنية للمواطنين (اقتصادى ومتوسط) واخرى لصغار المنتجين والملاحطين والعمال .

- مبانى خدمات : وتشمل مخبز نصف آلى وساحة رياضية ومسجد ومبنى لخدمة المجتمع ووحدة صحية ونادى اجتماعى وسوق تجارى ومدرسة تعميم اساسى .

اما القرى المركزية فهى تشمل على وحدات سكنية للموظفين (اقتصادى ومتوسط) واخرى للملاحطين والعمال ومبانى للخدمات تشمل على ما هو موجود فى مبانى الخدمات فى القرى الفرعية ، بالإضافة الى مجمع للمصالح الحكومية ونقطة شرطة ومحطة بنزين ومدرسة ثانوى ونقطة اطفاء ومستشفى . كما تم تخصيص مساحات فى كل من القرى الفرعية والمركزية كإمتداد عمرانى من ناحية وايضا لعمَل محطات صرف صحى ومياة للشرب ومقابر وتصنيع زراعى . كما تم ايضا التخطيط لعمَل شبكة عمومية للكهرباء تتضمن عدد 2 محطة محولات جهد فائق بخطوط ربط بطول 260 كم . وعدد 4 محطات جهد عالى بخطوط ربط بطول 280 كم ، وشبكة خطوط جهد متوسط ومنخفض و بطول 2500 كم وتركيب عدد 500 محول .انظر المشروعات القومية للتنمية الزراعية فى الاراضى الصحراوية - سلسلة قضايا التخطيط والتنمية رقم (223) - معهد التخطيط القومى (القاهرة - يوليو 2010) ص21

حجم الاستثمارات المطلوبة لتنفيذ كافة الخطط اللازمة لتنمية الثروة السمكية بحوالي 225 مليون جنية (37).

### انجازات السياسة المالية فى القطاع الزراعى والثروة السمكية :

حتى يمكن التعرف على مدى فاعلية السياسة الإنفاقية الخاصة بالقطاع الزراعى، يجب استعراض ما تحملته ميزانية الدولة لتنفيذ مشروع ترعة السلام منذ اول دراسة تمت لهذا المشروع عام 1989 . وحجم الانجازات التي تحققت فى ضوء البيانات المتاحة. حيث تشير الدراسات الى ان تكلفة مشروع ترعة السلام قدرت فى ذلك الوقت بنحو 703 مليون جنية، وتم وضع برنامج زمنى له مدته 4 سنوات . ثم اجريت دراسة جدوى اقتصادية جديدة لهذا المشروع عام 1996 وتم وضع تقدير لتكلفة المشروع بلغت 4226 مليار جنية بغرض تغيير مسار ترعة السلام من وسط سيناء الى شمال سيناء ، على ان يتم الانتهاء منه عام 2000 . إلا ان دراسة اخرى تم عملها عام 2002 قدرت تكاليف المشروع بنحو 6.087 مليار جنية (38).

وقد تضمنت هذه التكلفة بند بالعملة المحلية بلغت نسبتها 83.6% من اجمالى التكلفة. وكان بنك الاستثمار القومى هو المسئول عن تمويل البنية الأساسية للمشروع. بالإضافة الى بنود اخرى بالعملة الاجنبية بلغت نسبتها حوالى 16.4% من اجمالى التكلفة. وكانت مصادر تمويله من خلال القروض الميسرة من الصندوق الكويتى للتنمية والصندوق السعودى للتنمية. وقد بلغت قيمة التعاقدات حوالى 3.849 مليار جنية تم تنفيذ 87.3% منها وفقاً لتقديرات تقرير مجلس الشورى عام 2009 (39).

وباستقراء نسبة ما تم انجازه فى هذا المشروع بالمقارنة مع ما تم وضعه من اهداف وفى ضوء الاحصاءات المتاحة حتى 2010 يتضح ما يلى (40):  
أ) عنصر المياه (ترعة السلام):

(37) مستقبل التنمية فى محافظات الحدود (مع التطبيق على سيناء )، مرجع سبق ذكره، ص 164

(38) المشروعات القومية للتنمية الزراعية فى الاراضى الصحراوية - مرجع سبق ذكره ، ص 84

(39) التنمية المتكاملة لسيناء ومحاور السياسة المنفذة لها، مرجع سبق ذكره، ص 30

(40) المشروعات القومية للتنمية الزراعية فى الاراضى الصحراوية، مرجع سبق ذكره، ص 68



فى ضوء السياسة الانفاقية الخاصة بتجهيز البنية الاساسية اللازمة لتنمية القطاع الزراعى يتضح لنا ان معدلات الانجاز بالنسبة لمكونات مشروع ترعة السلام باعتباره احد العناصر الرئيسية للتنمية الزراعية كانت كالتالى :

1- 100% من سحارة ترعة السلام تحت قناة السويس ووحدات الرفع المضافة الى محطات السلام غرب القناة .

2- 49.4% من طول ترعة الشيخ جابر.

3- 100% من عدد الطلمبات الرئيسية على ترعة جنوب القنطرة شرق.

4- 75% من عدد طلمبات رفع المياة على ترعة الشيخ جابر .

5- 25% من اعمال البنية الاساسية والداخلية لاجمالى مساحة المشروع والتي تمثل 80% من مساحة المشروع فى منطقتى سهل الطينة وجنوب القنطرة شرق .

6- 50% من اعمال البنية الاساسية فى منطقتى رابعة وبنر العبد .

تبيين من خلال استعراض معدلات الانجاز السابق الاشارة اليها والخاصة باعمال البنية الاساسية لترعة السلام للمنطقتين الاولى والثانية ، ان هناك ضعف فى معدلات الانجاز ، خاصة اذا علمنا ان بداية تنفيذ هذا المشروع كانت منذ عام 1991 . وكان من المتوقع ان يستغرق تنفيذ المشروع اربع سنوات . إلا ان التغييرات التى تم اجروها على المخطط الرئيسى للمشروع ادت الى استغراق عملية التنفيذ لما يقرب من 24 عام . اى بنسبة 600% من الوقت المخطط لاستكمال باقى مراحل المشروع (التي لم تنتهى حتى الان ) . وباستقراء اسباب هذا التأخر والذى اثر سلبا على فاعلية السياسة الانفاقية فى انجاز هذا المشروع وبدون اغفال للايجابيات التى تحققت تبين الاتى :

(أ-1) تغيير المخطط الهندسى لمشروع ترعة السلام بدون اجراء الدراسات الاقتصادية والفنية الكافية.

على الرغم من ان هذا المشروع يعد العمود الفقرى الذى تقوم عليه كافة خطط الحكومة تجاه تنمية شمال سيناء . إلا انه من اكثر المشروعات المثيرة للجدل ضمن المشروع القومى لتنمية سيناء. حيث اشارت التقارير ان تغيير المخطط الهندسى لترعة السلام بدون اجراء الدراسات الفنية الكافية، قد اثر سلبا على فاعلية السياسة الانفاقية الموجهة لتنفيذ المشروع، وظهر ذلك فى شكل توقف استكمال المشروع حتى الان<sup>(1)</sup> . وهو ما يعنى اهدار لما تم انفاقه على تجهيز البنية الاساسية اللازمة لتوصيل المياة الى التربة .

(1) فى عام 2008 توقفت اعمال الحفر نهائيا فى التربة قبل البدء فى المرحلتين الاخيرتين من المشروع (مرحلة مزار والميدان ومنطقة السر والقوارير) . حيث كان من المقرر الانتهاء من حفر التربة بالكامل عام 2002 ، وجاء وقف اعمال الحفر بعد تنفيذ 90% من المشروع. وفى عام 2010 قررت وزارة الري اغلاق

وقد اشار بعض المتخصصين الى ان المخطط الرئيسى لتوصيل مياه النيل الى سيناء كان يعتمد فى الاساس على مد ترعة الاسماعيلية بعد توسيعها وتبطينها على ان تمر بجوار هيئة قناة السويس . الا انه ولاسباب غير معروفة تم ترحيل مسار الترعة بما يقرب من 60 كم شمالا . بعد ان كان مخططا لها ان تخترق منطقة وسط سيناء حيث الاودية المنبسطة الخصبة ، والسيطرة على اخطر ممرين استراتيجيان هما "متلا والجدى " لحماية الامن القومى . وترتب على تغيير المسار عن المسار المخطط له ، مرور الترعة فى اكثر مناطق سيناء انخفاضاً . حيث اصبح منسوبها اقل من مستوى مياه الصرف . كما ادى تغيير مسار الترعة الى جعلها تمر بمنطقة سهل الطينة ( بعد سحارة ترعة السلام مباشرة ) وهى منطقة تكونت على مدار السنين وتتسم بارتفاع درجة ملوحة التربة،والتي تزيد عن 4 اضعاف ما عليه ملوحة مياه البحر. وقد اشار د/فاروق الباز فى حديث له الى ان حفر الترعة تم فى هذه المنطقة بدون تغليف او تبطين لها. الامر الذى يجعل مياه النيل المارة فى هذه المنطقة تتسبب بالتربة المالحة وتصبح غير صالحة للزراعة(42).

ونتيجة لكل ذلك تم تأجيل استكمال المشروع الى المنطقة الخامسة التى تقع فى وسط سيناء (السر والقوارير) .لأنها ستحتاج الى تمويل ضخم يصل الى حوالى 5 مليار جنيه ، من اجل توصيل المياه اليها.على الرغم من ان التربة فى هذه المنطقة من اجود انواع التربة وتم انشاء 24 ترعة فرعية تصل اليها . الا ان عمليات الحفر -بعد تعديل المسار - تحتاج الى مضخات لرفع المياه . لان مستوى الارض فى هذه المنطقة اعلى بنحو 115 م عن سطح البحر ، لذلك وحتى يتم استكمال المشروع اصبحت الحكومة امام خيارين .اما بيع ما تبقى من مراحل ترعة السلام للمستثمرين ،فى شكل تحمل عبء تكلفة توصيل المياه للمنطقة الخامسة. بسبب عدم قدرة ميزانية الدولة على تحمل المزيد من التكاليف او الانتظار لحين توفير مصادر تمويل لاستكمال المشروع. وقد اشار المهندس حسب الله الكفراوى الى ان تغيير مسار ترعة السلام هو السبب فى توقف المشروع ككل . على الرغم من علم الحكومة بان المسار

---

محابس المياه عند محطة الرفع الخامسة الواقعة عند بالوطة ، حتى تمنع وصول المياه الى منطقة بنز العبد بدعى ان هناك تحديات من قبل الفلاحين على الاراضى . وقد ادى اتخاذ هذا القرار الى تبوير 40 الف فدان كان قد جرى زراعتها من قبل.(م المصرى اليوم -السنة العاشرة العدد 3420)

(42) فاروق الباز "ترعة السلام مليئة بالعيوب وتوشكى معزولة ..ولن اياس من ممر التنمية" ، حوار

لجريدة المصرى اليوم -تاريخ 2009/3/29

الجديد يمر بمنطقة ذات تربة تحتاج إلى 5 سنوات لغسيل ما بها من املاح ،  
الا انها اصرت على تغيير المسار.

وقد كشف تقرير للجهاز المركزي للمحاسبات عن ان قرار تغيير مسار  
ترعة السلام نحو الشمال وبدون الاعتماد على دراسة اقتصادية سليمة ادى  
الى ضياع الوقت والمجهود واهدار للمال العام الذى تم تخصيصه لتنفيذ هذا  
المشروع بدون عائد اقتصادى (1).

(أ-2) حدوث تجاوز فى التكاليف المقدرة لانجاز العديد من العناصر المكونة  
للمشروع نتيجة للعديد من الأسباب (2) :

(أ-2-1) تعثر العديد من الشركات التى تم اختيارها فى انجاز معدلات التنفيذ  
المتفق عليها . لاسباب عديدة منها الفنى ومنها ارتفاع تكلفة المواد الخام .  
الامر الذى ادى الى سحب الاعمال منها واسنادها الى الشركات الاخرى  
وهو ما ادى الى تأخر التنفيذ وارتفاع التكلفة

(أ-2-2) تصحيح العديد من الاعمال التى أسندت لكثير من الشركات بسبب  
عدم التزامها بالمواصفات الهندسية لبعض الاعمال .

(أ-2-3) اجراء العديد من عمليات التدعيم والحماية لبعض اجزاء جسم ترعة  
السلام بسبب ظهور عيوب جسيمة نتيجة لتعديل المسار .

(أ-2-4) إضافة المزيد من الاعمال اثناء عملية التنفيذ بسبب التعديلات التى  
اجريت خلال فترة تنفيذ المشروع.

(أ-3) حدوث عجز فى مصادر التمويل المتاحة للمشروع ، بسبب عدم سداد  
العديد من اصحاب الاراضى للمستحقات المالية الخاصة بالمشروع.

(أ-4) وجود ظاهرة التعدى على الاراضى الشاغرة فى المشروع ، الامر  
الذى ادى الى التأخير فى تنفيذ الاعمال الخاصة بالمشروع فى هذه المناطق.

وقد ترتب على هذه المشاكل حدوث اهدار للانفاق الاستثمارى الذى قامت  
الدولة بتخصيصه لاعداد البنية الاساسية اللازمة لتوصيل المياه الى الاراضى  
بدون عائد اقتصادى . كما اصبح هناك حاجة لايجاد مصادر تمويل جديدة  
لتنفيذ بقية الاعمال اللازمة لتوصيل المياه الى بقية مراحل المشروع خاصة

(1) شيماء ابو النيل ، حروب ال19 عاما على تنمية سيناء، جريدة الاهرام ، العدد [4615] ، بتاريخ

2013//4/15

(2) المشروعات القومية للتنمية الزراعية فى الاراضى الصحراوية، مرجع سبق ذكره، ص69

منطقة السر والقوارير . وهو ما يعنى القاء المزيد من الاعباء على ميزانية الدولة

### (ب) عنصر اراضى الاستصلاح والاستزراع:

تم استكمال معظم اعمال البنية الاساسية العمومية والداخلية للرى والصرف لمساحة تقرب من 100 الف فدان فى منطقتى سهل الطينة وجنوب القنطرة شرق ، واصبحت هذه المساحة ضمن الاراضى المعدة للاستصلاح والاستزراع وجرى العمل فى منطقتى رابعة وبئر العبد. وتشير التقارير الى ان ما خصص فعلياً من هذه الاراضى على المستثمرين بلغ نحو 84 الف فدان حتى عام 2008 ، اى بنسبة 67% من مساحة الاراضى المستهدف زراعتها ضمن هذا المشروع. وانه على الرغم من توصيل مياه ترعة السلام لتلك المناطق ، إلا ان 33% من مساحة الاراضى لم يتم تخصيصها للمستثمرين . وعلى الرغم من تخصيص 67% من اراضى تلك المناطق إلا ان 32.8% منها مازال بدون زراعة . وباستقراء الاسباب التى ادت الى ذلك تبين الاتى (1):

(ب-1) وجود ظاهرة تكرار بيع الاراضى من مستثمر لآخر قبل زراعتها خاصة كبار المستثمرين . بسبب عدم وجود ضوابط وقيود تطبق عند تخصيص الاراضى تجبر المالكين على زراعة تلك الاراضى بدلا من تركها ، ثم اعادة بيعها مرة اخرى للاستفادة من الفرق فى الاسعار .. وهو ما اكدته احدى الدراسات التى اشارت الى ان 25% من اصحاب الاراضى فى هذا المشروع هم المنتفعين الاساسيين الدائمين . وقد ادى تكرار بيع الاراضى الى حدوث العديد من المشاكل منها (2) :

(ب-1-1) صعوبة الحصول على بطاقات الخدمات الزراعية للعديد من المنتفعين خاصة مع اصرار الجهات الادارية على التعامل مع المنتفع الرئيسى للارض .

(ب-1-2) صعوبة تكوين الجمعيات التعاونية بسبب تغيير الاعضاء من وقت لآخر . وهو ما يضطر المزارعين الى تدبير احتياجاتهم الزراعية من خارج منطقة المشروع (غرب قناة السويس ) باسعار مرتفعة تنعكس فى النهاية فى شكل ارتفاع تكاليف الزراعة .

1) المرجع السابق ، ص 50

2) المرجع السابق ، ص 108

(ب-2) العودة الى الاستزراع السمكى فى مساحات كبيرة (خاصة فى منطقة سهل الطينة ) الامر الذى ادى الى حدوث قصور فى كمية المياه المخصصة للزراعة . خاصة وان الاستزراع السمكى يحتاج الى 3-5 امثال احتياجات الزراعة . وفى كثير من الاحيان قد يضطر المزارع الى استخدام الموتورات للحصول على المياه . وهو ما يمثل عبء مالى عليهم ويرفع من تكاليف الانتاج الزراعى .

(ب-3) وجود قصور فى توفير الكهرباء اللازمة لتشغيل موتورات الري لكل الاراضى ، على الرغم من ان ادارة المشروع مسؤولة عن توفيرها .  
(ب-4) عدم وجود الخدمات المكملة للنشاط الزراعى مثل ورش اصلاح وصيانة الالات الزراعية ومحلات بيع مستلزمات الانتاج الزراعى .  
(ب-5) رفض وزارة الزراعة ضخ المياه فى التربة حتى يتم تقنين اوضاع بعض الاراضى ادى الى تأخر زراعتها (بالنسبة لواضعى اليد على زمام ترعة السلام ) خاصة بالنسبة لابناء سيناء .

### ج) عنصر التجمعات السكانية:

تشير الاحصاءات الى الانتهاء من عدد 5 قرى للتوطين بمنطقة سهل الطينة ، وتم تزويدها بكافة الخدمات والمرافق المخطط لها من قبل .بالاضافة الى الانتهاء من شبكة طرق داخلية مرصوفة و تم ربطها بالطرق الفرعية والرئيسية فى المنطقة .اي ان معدل الانجاز بالقياس للاهداف المخططة لهذا العنصر بلغت 9% فقط .وتعانى تلك القرى من عدم توافر مياه الشرب النقية مما يضطرهم لشراء المياه باسعار مرتفعة يضاف الى ذلك غياب لخدمات الرعاية الصحية والتعليم .بسبب عدم تشغيل المرافق المتصلة بالقرى .وهو ما يضطر ساكنيها الى اللجوء الى غرب قناة السويس للحصول على احتياجاتهم ، الامر الذى يرفع من تكاليف المعيشة .خاصة مع وجود صعوبة فى المواصلات وارتفاع تكاليف الانتقال .وقد ادت هذه المشاكل الى هجرة اصحاب الاراضى لتلك القرى ،على الرغم من تحمل الدولة ما يقرب من 560 مليون جنية لبناء القرية الواحدة التى تبلغ مساحتها 150 فدان .وهو ما يعد بمثابة اهدار للمال العام وعدم كفاءة للإنفاق العام الذى تم توجيهه لبناء هذه القرى(1) .

(1) نحو اطار متكامل لتنمية سيناء(0التقرير الاول ) ، مركز المعلومات ودعم القرار ، الادارة العامة لمتابعة وتقييم السياسات ، مجلس الوزراء المصرى ، القاهرة (مارس 2013)،ص89

## (د) الثروة السمكية :

قامت الدولة ممثلة في الهيئة العامة للثروة السمكية باستثمار أكثر من 100 مليون جنية من بنك الاستثمار القومي، ومُنحة لأعمال التطوير من السوق الأوروبية المشتركة لتنمية الثروة السمكية. وشملت تنفيذ العديد من المشروعات من بناء الجسور وتطهير للبوغاز وشراء الكراكات وتطوير المراسي. بالإضافة إلى إنشاء أرصفة وصلات لفرز واستقبال الأسماك القابلة للتصدير.. وغيرها من التجهيزات التي تساهم في تهيئة المناخ لتشجيع القطاع الخاص على التصدير.

تشير الإحصاءات التي تناولت التطور في حجم الانتاج السمكي لبحيرة البردويل إلى وجود تدهور في هذا الانتاج بداية من عام 2009 وحتى 2012. بعد ان كان 5410 طن سنويا انخفض إلى 4733 طن/سنويا، ثم إلى 4529 طن/سنويا وأخيرا إلى 3845 طن/سنويا<sup>(1)</sup>.

وقد فسرت بعض الدراسات أسباب هذا التدهور إلى زيادة نسبة الملوحة التي تنتج عن وجود رواسب تتسبب في غلق البواغيز، خاصة وأن عملية تبادل المياه من البحر المتوسط والبحيرة التي تتم من خلال البواغيز تعد الشريان الحيوي لتنمية البحيرة. لأنها تساعد على تقليل درجة الملوحة لكي تصل إلى الدرجة التي تلائم نمو الأنواع الأساسية من الأسماك وتوفر الغذاء لها وللزريعة أيضا، هناك أسباب تحتاج إلى قوانين وتشريعات لحلها منها مشكلة الصيد الجائر والنتاج عن كبر عدد الوحدات القائمة بالصيد في البحيرة واستخدام الصيادين لأنواع من الشباك المخالفة<sup>(2)</sup>.

أما بالنسبة لإنتاج الأسماك من البحر المتوسط، مازال هناك فجوة كبيرة بين المستهدف والمحقق من الانتاج السمكي. حيث بلغ حجم الانتاج عام 2012 ما يقرب من 2334 طن سنويا. الأمر الذي يدعو إلى ضرورة الانتهاء من الخطة المستهدفة لتطوير ميناء العريش وكافة التجهيزات اللازمة لاستقبال سفن الصيد ومراكز تداول وتعبئة الأسماك<sup>(3)</sup>.

يتضح من خلال ما سبق أن السياسة الانفاقية الخاصة بتنمية القطاع الزراعي تباينت قدرتها على تحقيق المستهدف بالنسبة للعناصر المكونة له. سواء كان ذلك بالنسبة لعنصر المياه ممثلا في ترعة السلام وما يرتبط بها من أعمال

(1) مركز معلومات شمال سيناء - بيانات احصائية موجزة، مرجع سبق ذكره

(2) مستقبل التنمية في محافظات الحدود (مع التطبيق على سيناء)، مرجع سبق ذكره، ص134

(3) المرجع السابق، ص165

بنية اساسية . او عنصر استصلاح واستزراع الارض او التجمعات السكانية  
بالاضافة الى قطاع الثروة السمكية.

## 2-قطاع الصناعة والثروة المعدنية :

تتميز شمال سيناء بتوافر العديد من الثروات المعدنية ، الامر الذي دفع الدولة الى التوجه بسياستها الانفاقية نحو تبنى العديد من المشروعات التي تهدف الى تحقيق التنمية الصناعية والتعدينية في هذه المنطقة وخلق مجتمعات عمرانية بصورة تدعم قطاع الصناعة من ناحية ، وتكون قادرة على استغلال الثروات الطبيعية المتاحة من ناحية اخرى . لكل ذلك قامت الدولة بوضع العديد من الخطط التي تتضمن العديد من المشروعات المستهدف تنفيذها في هذا القطاع من تلك المشروعات :

(أ) اقامة مجمع كيميائي بملاحة سببيكة .

(ب) انتاج الكبريت بطاقة 400 الف طن/سنويا .

(ج) استغلال الغاز الطبيعي .

(د) مشروعات انتاجية لاستغلال الرخام ورمل الزجاج والرمال السوداء والخامات المحجرية .

(هـ) تصنيع غذائي وتجهيز الاسماك .

(و) اقامة 3 مناطق صناعية هي منطقة الصناعات الثقيلة بوسط سيناء

ومنطقة الصناعات المتوسطة والصغيرة ببئر العبد والمنطقة الحرفية للصناعات الصغيرة بالمسايد .

وبناء على هذه الخطة قامت الدولة بعمل خطوة كان الغرض منها جذب المستثمرين للتوجه نحو الاستثمار في مشروعات هذا القطاع ، وتمثلت تلك الخطوة في قيام اللجنة الوزارية الخاصة بتنمية شمال سيناء عام 2005 باتخاذ قرار بانشاء شركة قابضة للتنمية الصناعية تساهم الدولة بجزء من رأس مالها . مع التزامها باقامة المشروعات عملاقة وتنفيذ البنية الاساسية اللازمة للتنمية الصناعية . الى ان يصبح القطاع الخاص قادرا على استكمال مسيرة التنمية (1) . وقد تمكنت السياسة الانفاقية التي تبنتها الدولة لهذا القطاع من انجاز بعض المشروعات ، ولم يستكمل البعض الاخر وهو ما يوضحه الجدول رقم ( 3 ) :

## جدول رقم (3) حجم الانجازات وجوانب القصور للسياسة الانفاقية

(1) التوجه الاستراتيجي للدولة لتعمير وتنمية سيناء 2009 ، مرجع سبق ذكره

## في قطاع الصناعة والثروة المعدنية

المشروع	حجم الانجازات	جوانب القصور
مجمع الكيمايى بملاحة سبيكة	يهدف المشروع الى انتاج كميات معينة من الملح و كربونات الصوديوم والصودا الكاوية والزجاج الشفاف الملون... وغيرها. وقد بلغت تكلفة المشروع 328 مليون جنيهه (باسعار عام 1983). وتم انشاء ملاحة شمسية بسبيكة بتكلفة 29 مليون جنيه منها 5 مليون جنيهه بالنقد الاجنبى. بالاضافة الى تشغيل وحدة تنقية وتكرير ملح الطعام والتي يصدر معظم انتاجها الى الخارج	كان مقررا ان يخصص بقية المبالغ (24 مليون جنيه) لانتاج كربونات الصوديوم والصودا الكاوية والزجاج والبلور ، إلا ان هذه المرحلة لم تتم .
مجمع تسيل الغاز الطبيعى	تم الانتهاء من اعمال التنفيذ عام 2000 . وتم توصيل خط غاز الى منطقة الصناعات الثقيلة بوسط سيناء وبتكلفة 69 مليون جنيه. كما تم استخدام هذا الغاز في تغذية محطات كهرباء المساعد الغازية والتجارية بتكلفة 12 مليون جنيه. وتنفيذ خط غاز العريش طابا	على الرغم من توافر الارض اللازمة للمشروع والانتهاء من خطوط نقل الغاز ، إلا ان الشركة المسئولة وهي الشركة العامة للبيترول لم تبدأ العمل بمشروع تسييل الغاز الطبيعى كما هو مخطط له .



	بغرض التصدير للمشرق العربي بتكلفة بلغت 200 مليون دولار .	
لا توجد شواهد على بدء العمل في المشروع (1). على الرغم من ان حجم الاحتياطي المبدئي قُدِّر بحوالي 20 مليون طن		مشروع استغلال خام الكبريت،
توقف العمل بالمشروع منذ عام 2003 بعد اتفاق ما يقرب من 1.6 مليار جنيه ، وقد ذكرت الدراسات ان سبب توقف العمل بالمشروع راجع لارتفاع تكلفة الخام بسبب ارتفاع نسبة الشوائب فيه والحاجة الى معدات حديثة للتعامل معه في الاعماق . وقد ادى هذا التوقف الى تسريح معظم	تم تمويل المشروع عن طريق منحة لا ترد من الحكومة البريطانية بلغت قيمتها 50 مليون جنيه استرليني و 37.5 مليون جنيه استرليني في شكل قرض.	مشروع اعادة احياء مشروع فحم المغارة

(1) لم تظهر اى بوادر للعمل في هذا المشروع سوى تصريحات عن طرح مزادات عالمية لانتاج الكبريت في هذه المنطقة . واخر هذه التصريحات كان عام 2010 حيث اعلنت هيئة الثروة المعدنية بوزارة البترول عن طرح مزادة عالمية لانتاج واستغلال خام الكبريت في شمال سيناء عن طريق اسلوب المشاركة بين الدولة والجهة التي ستقع عليها المزادة خاصة وان الخرائط الجيولوجية والجيوفيزيائية باستخدام الاقمار الصناعية حددت اماكن تواجد هذا الخام وبكميات كبيرة بصورة تدعو الى توجيه الدولة لاتخاذ خطوات عملية لاستغلال هذه الموارد . يدخل عنصر الكبريت في تكرير الزيوت المعدنية وصناعة المفرقات والادوية ومستحضرات الطبية ومستحضرات التجميل . لمزيد من التفاصيل انظر

([www.ismailiaonline.com](http://www.ismailiaonline.com))

العاملين البالغ عددهم 630 عامل . ويجرى العمل على بيع اصول ومعدات الشركة ، وايضا محطة الكهرباء ومحطة معالجة المياه الموجودتان في موقع المشروع . وقد تم تشكيل لجنة من وزارتي البترول والمالية لدراسة ديون المنجم خاصة وان اصل الدين يصل الى 442 مليون جنيه ، في حين تبلغ فوائد البنوك 1.9 مليار جنيه . وهناك محاولات لاسقاط هذه الديون واعادة احياء هذا المنجم مرة اخرى من خلال طرحه في مناقصة عالمية لاعادة تشغيله . وتجرى مفاوضات مع بعض الشركات وعدد من البنوك للحصول على حق استغلال هذا المنجم من خلال اقامة مصنع للاسمنت ومحطة

كهرباء لتشغيل المشروع ، على ان تحصل الدولة علي فائض انتاج محطة الكهرباء.		
ومازالت المنطقة تحتاج الي 8 مليون جنيهه لاستكمال اعمال البنية الاساسية المطلوبة .	تم تنفيذ اعمال البنية الاساسية للمنطقة بتمويل ذاتي من محافظة شمال سيناء من عائد بيع الاراضي .	منطقة للصناعات الحرفية وتقع جنوب المساعيد غرب العريش (2).
حتى نهاية عام 2007، لم يتم اقامة اي مشروعات صناعية في المنطقة بسبب عدم الانتهاء من تنفيذ اعمال البنية الاساسية. ومازالت المنطقة تحتاج الي 65 مليون جنيهه لاستكمال باقى هذه الاعمال .	تم انجاز جزء بسيط من البنية الاساسية، تمثل في شكل تنفيذ الشبكة الداخلية للمياه والصرف الصحي لنصف المنطقة وتوصيل الكهرباء الخارجية .	منطقة صناعية في جنوب شرق مدينة بئر العبد
مازال هناك نقص في كمية المياه المطلوبة للمصانع الجارى انشائها في	تحملت ميزانية الدولة بما يقرب من 34 مليون جنيهه لانجاز جزء من البنية الاساسية مثل	منطقة الصناعات الثقيلة وسط سيناء(3)

- (2) يبلغ عدد المشروعات القائمة حتى نهاية 2007 (18) مشروع .تتنوع ما بين مصانع لتعبئة وتجفيف الفواكهة وورش صناعات خشبية وتصنيع رخام ومطاحن للنقيق ومصانع طوب وبلاط وورش حدادة ومحطات لتعبئة البوتاجاز والاكسجين .
- (3) تبلغ المساحة الاجمالية لهذه المنطقة 4480 كم<sup>2</sup> تم تقسيم 34 كم<sup>2</sup> منها كالاتى :
- 4 كم<sup>2</sup> لقطاع الصناعات الاسمنتية .
  - 20 كم<sup>2</sup> لقطاع الصناعات المعدنية والتعدينية (جنوب قرية بغداد)
  - 10 كم<sup>2</sup> للتجمع العمرانى (جنوب طريق بغداد الإسماعيلية )

<p>الاسمنت مجال والتعدين. - لم يتم الانتهاء من عمل المخطط التفصيلي للطرق .</p>	<p>توصيل الكهرباء وبناء خزان مياة ،وجارى مد خط المياة من قطاع الصناعات الاسمنتية وحتى بداية قطاع الصناعات المعدنية والتعدينية .كما تم توصيل خط الغاز الطبيعي من العريش الى قطاع الصناعات الاسمنتية كمرحلة اولى .اما بالنسبة للطرق فقد تم عمل مخطط عام للقطاع المخصص للصناعات المعدنية والمعدنية</p>	
--	---	--

#### المصدر : اعداد الباحثة (4).

يتضح من خلال استعراض الجدول السابق انه على الرغم من امكانيات الثروة التعدينية المتوفرة فى شمال سيناء ، الا ان قدرة السياسة الانفاقية على تحقيق اهدافها والمتمثلة فى تنفيذ العديد من المشروعات الصناعية والتعدينية كانت غير فعالة مقارنة بالامكانيات الحقيقية لهذا القطاع . وهناك العديد من الاسباب

<sup>4</sup> اعتمادا على المراجع الاتية:

- " مشروعات لم تكتمل " ، مركز معلومات شمال سيناء

<http://www.northsinai.gov.eg/studies/DocLib>

- التنمية المتكاملة لسيناء ومحاور السياسة المنفذة لها، مرجع سبق ذكره ،ص91-93

التي تفسر ذلك<sup>1</sup>. لعل من أهمها وجود قصور في مصادر تمويل الانفاق لاستكمال العديد من المشروعات وتنفيذ باقي المشروعات التي تم ادراجها ضمن الخطة. وقد ظهر هذا القصور في شكل عدم توصيل اغلب عناصر البنية الأساسية لبعض المناطق الصناعية. وقد تم وضع اقتراح في هذا المجال يتضمن تحميل القطاع الخاص بكافة التكاليف اللازمة لتوفير هذه العناصر. إلا ان تطبيق هذا الاقتراح سيؤدي الى ارتفاع في تكاليف الانتاج والتأثير سلبيًا على الجدوى الاقتصادية لتلك المشروعات. كما تبين ان المعوقات الادارية التي قد تواجه المستثمرين عند الحصول على التصاريح وموافقات العمل في مناطق البحث عن المعادن..... الخ، كان لها دورا في تقليل الحافز لدى القطاع الخاص للاستثمار في المجال الصناعي والتعديني<sup>(2)</sup>.

### 3- القطاع السياحي :

على الرغم من اتجاه الدولة للاعتماد على القطاع الخاص لتولى مهمة تنمية القطاع السياحي في شمال سيناء إلا انها قامت بوضع تصور لكيفية تنمية هذا القطاع، خاصة مع توافر العديد من المقومات السياحية في هذه المنطقة. وقد تمثلت خطة الدولة في الاتي<sup>(3)</sup>:

(أ) استخدمت مفهوم المنتجات السياحية المتكاملة كنمط ملائم لتطوير السياحة الشاطئية لاغراض السياحة الداخلية الراقية ولاغراض السياحة العالمية

(ب) ربط سياحة الشواطئ بسياحة الاثار والسياحة البيئية والسفاري والسياحة العلاجية.

(ج) تأكيد اهمية سياحة الترانزيت بإنشاء مارينا لليخوت وتطوير مطار العريش.

(د) الوصول بالطاقة الايوائية الى 5700 غرفة.

<sup>1</sup> يوجد جزء من المشاكل التي يعاني منها قطاع الصناعة والتعدين ناتج عن التشريعات المتعلقة بنشاط التعدين والمحاجر، والذي نادى العديد من الاصوات بضرورة تعديله وفقا للاوضاع الاقتصادية الحالية، خاصة وانه صدر منذ من اكثر من 37 عاما.....

(2) مستقبل التنمية في محافظات الحدود (مع التطبيق على سيناء)، مرجع سبق ذكره، ص169

(3) "جدوى استكمال خط السكك الحديدية من بئر العبد حتى رفح"، مركز معلومات محافظة شمال

سيناء، 2005

<http://www.northsinai.gov.eg/studies/DocLib>

هـ) تطوير الطرق التاريخية (طريق دخول وخروج العائلة المقدسة، طريق الحج القديم، طريق حورس... الخ) ولتنفيذ هذه الخطة قامت الدولة بتخصيص ما يقرب من مليار ونصف مليار جنيه لتنفيذ المستهدف لتنمية القطاع السياحي. وباستقراء اهم انجازات سياسة الدولة الانفاقية تجاه تنمية القطاع السياحي فى شمال سيناء يتضح ما يلى :

1- تم الانتهاء من اعداد المخططات السياحية الخاصة بكل من منطقة شمال شرق العريش السياحية العالمية ومنطقة غرب العريش لخدمة السياحة الداخلية الراقية .وقطاع بالوطة /رمانه لخدمة السياحة الشاطئية الداخلية (1)

2- زاد عدد المنشآت السياحية الى 21 فندق عام 2012 بعد ان كان فندق واحد عام 1981 (2).

وعلى الرغم من تلك الانجازات ، الا ان الاحصاءات تشير الى ان نسبة ما تم تنفيذه من المشروعات المستهدفة ضمن خطة تنمية القطاع السياحي بلغت 17% ، فقط (3) حيث يشير الواقع الى وجود توجه عام نحو التنمية السياحية بمنطقة جنوب سيناء اكثر من الشمال . الامر الذى جعل العديد من المناطق المخطط تنميتها فى شمال سيناء سياحيا غير مستغلة .حيث عجزت السياسة الانفاقية عن :

(1) عمل البنية الاساسية من طرق وخدمات للمزارات الدينية خاصة الطرق التاريخية التى تعد من اهم المقومات السياحية فى شمال سيناء.

(2) توفير البرامج السياحية الخاصة بشمال سيناء للشركات السياحية الداخلية والخارجية سواء كانت البرامج السياحية المتعلقة بالسياحة العلاجية/العلمية البيئية/الدينية/الثقافية .

(1) المرجع السابق

(2) مركز معلومات شمال سيناء -- بيانات احصائية موجزة، مرجع سبق ذكره

(3) التنمية المتكاملة لسيناء ومحاور السياسة المنقذة لها، مرجع سبق ذكره، ص95

#### 4- قطاع الاسكان والتنمية العمرانية :

يعد حجم الاستثمارات المستهدفة في هذا القطاع هو الاكبر مقارنة بباقي القطاعات الأخرى. حيث

قامت الدولة بتخصيص ما يقرب من 22.2 مليار جنيه لتنفيذ المستهدف من خطة التنمية حتى عام 2017 (1). تضمنت الخطة الآتي (2) :

(أ) التوسع في بناء المساكن والوصول الى 390 الف وحدة سكنية . (و هي تمثل 44,5% من الوحدات المطلوبة على مستوى منطقة شمال سيناء) .

(ب) انشاء 2 قرية مركزية جديدة في منطقة الريان /السر .

(ج) تطوير 4 قرى مركزية و 8 قرى فرعية أخرى بالإضافة الى انشاء 18 قرية فرعية جديدة (3).

إلا ان الواقع يشير الى ان ما تم تنفيذه من هذه الخطة بلغت نسبته 5% فقط وهو ما يعادل 1.1 مليار جنيه. حيث تشير الاحصاءات في عام 2011 الى ان عدد وحدات السكنية التي تولت الدولة انشاؤها بلغ 20145 وحدة سكنية (يمثل 28.3% من اجمالي الوحدات السكنية ) (4). وقد تركز 67% من هذه الوحدات في مدينة العريش . كما تشير التقارير الى انه مازال هناك 37 منطقة عشوائية موزعة في العديد من مراكز شمال سيناء مازالت في انتظار عملية التطوير (5).

#### 5- قطاع البنية الأساسية والخدمات العامة :

تشير الاحصاءات المتاحة عن الأنفاق العام الموجه لمشروعات البنية الأساسية والخدمات العامة (خاصة المستحقة ) الى اعطاء الدولة اهمية خاصة لهذا القطاع لما له من ارتباط مباشر وغير مباشر بتحقيق التنمية المستهدفة في شمال سيناء. خاصة وان تحقيق التنمية الاقتصادية المنشودة في شمال سيناء من خلال الاستغلال الكفء لكافة مقومات النشاط الزراعي والصناعي والسياحي يتطلب توافر شبكة من البنية الأساسية خاصة في مجال النقل

(1) المرجع السابق، ص95

(2) " جدوى استكمال خط السكك الحديد من بنر العبد حتى رفح "، مرجع سبق ذكره

(3) توجد القرى المركزية التي سيتم تطويرها في بالوظة /اربعة /نحيلة/ الغربية. اما القرى الفرعية فتوجد

في الشوحظ/سلمانة/الكرامة/النصر/السدات /النجاح/المقضية/لخن

(4) " مشروعات لم تكتمل " ، مركز معلومات شمال سيناء، مرجع سبق ذكره

(5) يتركز معظم هذه المناطق في مركز العريش حيث يوجد بها 29% من اجمالي المناطق العشوائية

يليبها مركز رفح حيث يوجد بها 24%، اما مركز بنر العبد فيوجد به 21%. 0. نظر "مستقبل التنمية

في محافظات الحدود (مع التطبيق على سيناء ) ، مرجع سبق ذكره، ص90

والطرق والمياه والكهرباء والصرف الصحي تلبي احتياجات عملية التنمية الحاضرة وتواجه تحديات المستقبل .بالإضافة الى متطلبات التنمية البشرية من خدمات تعليمية ورعاية صحية . ويوضح جدول رقم ( 4 ) حجم انجازات السياسة الانفاقية فى بعض خدمات البنية الاساسية والخدمات المرتبطة بالتنمية البشرية فيما بين عامى 1981 و 2012 .

#### جدول رقم (4)

انجازات السياسة الانفاقية فى بعض قطاعات البنية الاساسية وخدمات التعليم والصحة ما بين عامى 1981 و 2012 ) فى شمال سيناء

2012	عام 1981	القطاع
32 سنترال خط 32100	4 1245	اولا: البنية الاساسية <u>المواصلات السلكية</u> <u>واللاسلكية</u> السنترالات الخطوط العاملة
5282 كم 6972 كم	1987 2500	<u>الطرق</u> الطرق المرصوفة اجمالي الطرق
9محطة	3	<u>الكهرباء</u> محطات
172 الف متر مكعب يوم 120 الف متر مكعب يوم	9 4	<u>مياة الشرب</u> طاقة مياه الشرب الكلية كمية مياه الشرب النقية
5محطة 34 الف متر مكعب /يوم	----- ---	<u>الصرف الصحي</u> محطات رفع رئيسية طاقة تصريف المحطات
		ثانيا : الخدمات العامة المستحقة



640 4943 102383	57 471 17546	<u>التعليم العام والازهري</u> عدد المدارس عدد الفصول اجمالي عدد الطلبة في مرحلة التعليم قبل الجامعي
8 3 2 6783	..... .... .... .....	<u>التعليم العالي</u> عدد الكليات عدد المعاهد العليا معاهد فوق المتوسط اجمالي عدد الطلبة في المرحلة الجامعة
22 346 سرير 54 وحدة	1 120 10	<u>الصحة</u> عدد المستشفيات عدد الاسرة عدد الوحدات الصحية الريفية

<http://www.northsinai.gov.eg/studies/DocLib>

المصدر شمال سيناء منذ التحرير 1981-2012 بيانات قطاعية  
مقارنة

ولأن مشروعات النقل والمواصلات تعتبر من الشروط الضرورية لاقامة  
اي مشروعات تنموية. وان توفيرها يعد اداة فعالة لتحفيز القطاع الخاص على  
التوجه باستثماراته لاستغلال الموارد الاقتصادية في شمال سيناء وحتى يمكن  
الاستفادة من موقع سيناء المتميز ، قامت الدولة بالعمل على وجود قنوات  
اتصال بين شمال سيناء وباقي محافظات الجمهورية من ناحية وبدول المشرق  
العربي من ناحية اخرى. ويوضح الجدول رقم ( 5 ) الى اي مدى استطاعت  
السياسة الانفاقية تحقيق المستهدف من خطة التنمية لبعض المشروعات

الخاصة بالكبارى والمعديات وخطوط السكك الحديدية والموانئ التى كانت ضمن خطة الدولة لربط شمال سيناء بالداخل وبالعالم الخارجى (6).

### جدول رقم (5)

انجازات السياسة الاتفاقية لبعض المشروعات التى تربط شمال سيناء  
باتحاء الجمهورية ودول المشرق العربى

الانجازات	المشروع
تم الانتهاء من المرحلة الاولى لمشروع التطوير عام 1984 ، وكانت الميناء تستخدم فى نشاط الصيد وتصدير العديد من المواد الخام التى تتميز بها شمال سيناء . وفى عام 1996 تم تطوير الميناء ليتحول الى ميناء تجارى يستطيع استقبال سفن حتى حمولة 15 طن . وفى عام 2006 (مع تزايد الطلب على التصدير من ميناء العريش البحرى حيث بلغ حجم الصادرات من الميناء حوالى 1.7 مليون طن ) تم تخصيص 250 مليون جنيه خلال الخطة الخمسية (2007-2012) بغرض زيادة قدرة الميناء على استيعاب الطلب المتزايد على الاحتياجات التصديرية . إلا ان تحقيق هدف التطوير واجهته مشكلة عدم وجود اعتمالات كافية مما هدد بعدم اكتمال المشروع .	ميناء العريش البحرى

<p>وفى ابريل 2012 تم توقيع عقد جديد لتطوير ميناء العريش بتكلفة 172.8 مليون جنيه.</p>	
<p>-يبلغ اجمالى طول خط السكك الحديدية 225 كم من الاسماعلية/العريش/رفح وتتضمن الخطة 13 محطة</p> <p>-يربط الخط الحديدي من الاسماعلية حتى رفح ،كوبرى الفردان .وهو كوبرى متحرك يمر فوق قناة السويس .وبلغت تكلفته 380 مليون جنيه(7).</p> <p>فى عام 2001 تم الانتهاء من 6 محطات بتكلفة قدرها 320 مليون جنيه وبطول 100كيلو من الاسماعلية وحتى بئر العبد</p> <p>فى عام 2004 تم الانتهاء من وصلة شرق بورسعيد بتكلفة بلغت 800 مليون جنيه</p>	<p>خط الحديد(الاسماعلية/رفح): السكك</p>

70) انشيء للمرة الاولى فى ثلاثينات القرن 20 اثناء الادارة الانجليزية لمنطقتى القناة وسيناء ، وكان يهدف الى السماح بعبور قطار السكك الحديدية الرابط بين شرق القناة وسيناء .ودمر هذا الكوبرى خلال العدوان الثلاثى على مصر عام 1956 . واعيد ترميمه ثم تعرض للقصف مرة اخرى عام 1967 وتعرض للنهب واستخدم حديد الكوبرى فى بناء منشآت اسرائيلية فى سيناء . وقد تم تصميم الكوبرى القديم بحيث يمكن فتحه للسماح بعبور السفن المارة بقناة السويس ثم غلقه للسماح بمرور القطار . وفى عام 1997 وبالتزامن مع البدء فى اعادة بناء خط السكك الحديدية (اسماعلية /رفح) تم ايضا البدء فى اعادة بناء الكوبرى مرة اخرى . وبعد تعرض خط السكك الحديد للنهب ، استمر الكوبرى فى العمل للسماح بعبور السيارات فوق القناة حتى عام 2005 ، الى ان صدر قرار من وزير النقل بوقفه عن العمل حتى يتم الانتهاء من اعادة تأهيل خط السكك الحديدية وتم وضع الكوبرى تحت اشراف القوات المسلحة وفى فبراير 2012 تم الاعلان عن اعادة تشغيل الكوبرى بتكلفة 200 مليون جنيه(انظر "30 عاما من المشروعات فى سيناء .. تنمية من ورق" جريدة المصرى اليوم ، مرجع سبق ذكره)

<p>في عام 2009 تقدم احد اعضاء مجلس الشعب باستجواب حول نهب خط السكك الحديدية الخاص بالمرحلة الاولى. وترتب على ذلك توقف المرحلة الثانية من المشروع (بنر العبد/العريش) والمرحلة الثالثة (العريش/رفح المصرية) وبالتالي اصبح هناك صعوبة في توصيل شبكة الخطوط لمنطقة الصناعات الثقيلة.</p> <p>في عام 2012 اعلن وزير النقل الاسبق عن نهب 70% من قضبان ومنشآت وخطوط السكك الحديدية. وان هناك حاجة لتخصيص 200 مليون جنيه لتعويض التلفيات واعادة تشغيل الخط ومدّه</p>	
<p>يقع جنوب القنطرة شرق وبلغت تكلفته 670 مليون جنيه وتم الانتهاء منه عام 2001</p>	<p>كوبرى السلام</p>

المصدر: اعداد الباحثة (14)

(14) استنادا الى المراجع الاتية:

- جدوى استكمال خط السكك الحديد من بنر العبد حتى رفح ، 2005 ، مرجع سبق ذكره
- التوجة الاستراتيجية للدولة لتعمير وتنمية سيناء 2009 ، مرجع سبق ذكره
- "تجميد 700 مليون جنيه في مشروع ربط سيناء والدلتا <http://www.masress.com/alwafd/11650>
- " من عام 1916 مرورا بعام 1967 وحتى عام 2000 .. لا نصيب للمواطن في قطارات سيناء <http://www.masress.com/alahaly2603>

يتضح من خلال ماسبق ان القصور في تحقيق المستهدف من خطة التنمية في قطاع البنية الاساسية والخدمات العامة هو السمة السائدة. كما يوضح الجدول رقم ( 6 ) ما ورد في تقرير لمجلس الشورى ،حول حجم الاستثمارات المنفذة في بعض القطاعات مقارنة بحجم مخصصات الانفاق العام المستهدفة ، لبيان حجم هذا القصور .

جدول رقم (6) حجم الانفاق المستهدف والفعلي في بعض قطاعات البنية الاساسية وقطاع الخدمات العامة(عام 2008)

القطاع	مخصصات الانفاق العام المستهدفة(مليار جنيه)	حجم الاستثمارات المنفذة حتى (2008)	نسبة المنفذ الى المستهدف %
الكهرباء	0.7	1.8	263
النقل والموصلات	5.1	2.20	43
المياه والصرف الصحي	6.7	0.94	14
الخدمات الاجتماعية <sup>15</sup>	7	0.685	9.8

المصدر : التنمية المتكاملة لسيناء ومحاور السياسة المنفذة لها،مرجع سبق ذكره ص95

وباستقراء النتائج المترتبة على معدلات الانجاز التي تحققت وفقا لبيانات الجدول السابق يتضح ما يلي :

(أ) نجحت السياسة الانفاقية في توفير محطات الكهرباء ومد شبكة الكهرباء الى التجمعات السكانية ،وقد اظهرت نتائج تعداد 2006 ان نسبة الاسر التي تحصل على تيار كهربائي بالمنازل تصل الى 90% تقريبا من اجمالي عدد السكان وعلى الرغم من ذلك مازال هناك مناطق محرومة من هذه

<sup>15</sup> بالاضافة الى خدمات التعليم والصحة ، هناك ايضا الامن والعدالة والاعلام والشباب والرياضة والثقافة والخدمات الدينية والتدريب المهني والجمعيات

الخدمة بسبب تباعد المسافات بين التجمعات السكانية. ويلاحظ من بيانات الجدول ان هناك زيادة في قيمة الاستثمارات المنفذة عن القيمة المخطط لها ، وقد يرجع ذلك الى التأخر في تنفيذ بعض الخطط المرتبطة بقطاع الكهرباء ، و التي ادت الى حدوث زيادة في التكلفة ظهرت في شكل زيادة في قيمة الاستثمارات المنفذة عن المستهدفة بنسبة 263%.

(ب) على الرغم من تخصيص ما يقرب من 6.7 مليار جنيه لمشروعات المياه والصرف الصحي إستثمارات مستهدف تنفيذها حتى نهاية 2017 الا ان نسبة المنفذ لما هو مستهدف بلغ 14% . وانعكس الضعف في معدلات الانجاز في شكل عدم قدرة الخدمة المتاحة عن تغطية احتياجات السكان من المياه والصرف الصحي . فقد اشارت احدى الدراسات الى تعدد شكاوى السكان من تكرار انقطاع المياه ، وعدم توافر المياه العذبة في بعض المناطق خاصة الريفية . بالإضافة الى ضعف ضغط المياه في فصل الصيف وارتفاع اسعار شرائها . وقد تبين ان هذه المشاكل في معظمها - ناتجة عن قلة الاعتمادات المالية اللازمة لانشاء وحدات لتحلية المياه تكفي لتغطية الطلب او لصيانة الوحدات القائمة ، او لتوصيل خطوط المياه لمسافات بعيدة خاصة مع تباعد المسافات بين المدن والقرى والتجمعات السكانية. اما بالنسبة للصرف الصحي فقد تبين ان 50% من السكان لا يحصلون على هذه الخدمة ، ويضطر السكان الى الاعتماد على انفسهم لتوفير هذه الخدمة<sup>(20)</sup>.

(ج) قامت الدولة بتخصيص ما يقرب من 587 مليون جنيه لتنفيذ العديد من الاستثمارات في قطاع التعليم (والبحث العلمي) و 461 مليون جنيه للخدمات الصحية ضمن خطة التنمية من منطلق اهمية توفير هذه الخدمات للمساهمة في تحسين نوعية العنصر البشري ، وزيادة قدرته على المساهمة في

(20) رانيا صبرى وآخرون ، الرؤية المستقبلية لتنمية سيناء ، مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار

، مجلس الوزراء المصرى ، القاهرة (يونيو 2009) ، ص 91

تحقيق التنمية الاقتصادية إضافة الى قدرة هذه الخدمات على توفير العديد من فرص العمل وبالتالي تحقيق هدف التوطن. إلا ان الواقع يشير الى وجود العديد من المشاكل التي واجهت توفير هذه النوعية من الخدمات وهو ما يعنى وجود قصور فى قدرة السياسة الانفاقية على تحقيق اهداف خطة التنمية فيما يتعلق بالتنمية البشرية .

ويوضح الجدول رقم ( 7 ) النتائج التي توصلت اليها احدى الدراسات حول اهم المشاكل التي يواجهها قطاعي التعليم والصحة والتي تعكس عدم فاعلية السياسة الانفاقية على تحقيق اهدافها .

### جدول رقم ( 7 ) اهم المشاكل التي تواجه قطاع الخدمات الصحية وقطاع التعليم

القطاع	العنصر البشرى	السلع الوسيطة	راس المال	مشاكل اخرى
قطاع الخدمات الصحية	-عدم توافر اطباء فى تخصصات معينة -عدم انتظام الاطباء فى الحضور -اهمال وتقصير الاطباء فى اداء عملهم	-عدم توافر الادوية	-ازدحام المستشفيات -طول فترة الانتظار -عدم توافر الاجهزة والامكانيات الطبية	تعقيد الاجراءات وبعدها ماكن تقديم الخدمة عن المرضى
قطاع التعليم	ضعف مرتبات المدرسين قلة وعدم انتظام المدرسين فى الحضور		-عدم انتشار الجامعات والمعاهد العليا الحكومية -زيادة كثافة الفصول	-انخفاض جودة التعليم

المصدر : نحو اطار متكامل لتنمية سيناء(0التقرير الاول ) ،مرجع سبق  
أذكره ،(ص88،86)

ويتضح من خلال الجدول السابق ان معظم هذه المشاكل بسبب سوء استخدام الموارد المالية المتاحة .على سبيل المثال ، بالنسبة للخدمات الصحية تبين وجود مناطق بها مستشفيات وتجهيزات طبية ، إلا انها تنقر الى وجود العنصر البشرى بسبب عدم وجود الحافز المادى القوى الذى يشجعه على الانتقال والعمل فى هذه المنطقة . كما يوجد سوء توزيع للخدمة حيث تتركز فى المدن الرئيسية دون غيرها .فى حين توجد قرى وتجمعات سكنية تعاني من عدم وجود وحدات تقدم الخدمات الصحية المطلوبة ، لاسباب عديدة منها يُعدها عن العمران او عدم وجود شبكة طرق تصل اليها .

اما بالنسبة للسياسة الانفاقية الموجه للخدمات التعليمية ، فهى تعاني العديد من جوانب القصور التى يعانى منها قطاع الخدمات التعليمية فى مصر عموما ، منها ضعف المراتب ، وعدم انتظام فى الحضور من قبل الطلاب والمدرسين ،بالاضافة الى مشكلة تباعد التجمعات السكانية وقلة عدد السكان فى كل تجمع ، ومع عدم وجود خطوط مواصلات لنقل الطلاب والمدرسين .كل ذلك شكل عائقا امام قدرة الدولة على توفير خدمة التعليم للاعداد القليلة . اما بالنسبة لخدمة التعليم العالى ، مازالت السياسة الانفاقية . غير قادرة على توفير هذه الخدمة بالمستويات المرغوبة اجتماعيا.

تبين من خلال استعراضنا لتقييم السياسة الحكومية خاصة الانفاقية – التى خططتها ونفذتها الدولة عن عمد لتنمية شمال سيناء .والتي تبين من خلالها ان هناك مشكلة عامة يعانى منها مشروع التنمية ألا وهى مشكلة ايجاد مصادر لتمويل الانفاق العام الاستثمارى .والذى انعكس فى شكل عدم استكمال بعض المشروعات و اثر سلبا على كفاءة وفاعلية السياسة الانفاقية المتبعة ويعد بمثابة اهدار للمال العام الذى تم انفاقه بدون عائد اقتصادى .هذا بالاضافة الى عدم تنفيذ باقى المشروعات المدرجة ضمن خطة التنمية .

وقد تكون مشكلة التمويل ناتجة عن احد او جميع الاسباب الاتية :

- 1- تزايد عجز الموازنة العامة من عام لآخر .
- 2- وضع القائمين على خطط التنمية لاهداف طموحة لم تأخذ فى الحسبان امكانيات الدولة المالية او الامكانيات التنظيمية والادارية . وهو ما ظهر واضحا فى حالة مشروع التنمية الزراعية (ترعة السلام).



- 3- تفضيل الدولة – عند قيامها بتوزيع مخصصات الانفاق العام- للمحافظات ذات الكثافة السكانية المرتفعة . مثل محافظة القاهرة التي تستحوذ على 6.1 % من مخصصات الانفاق الاستثمارى . فى حين بلغ نصيب محافظة شمال سيناء من هذا البند ما يقرب من 0.4 % فقط . ولا يختلف الامر كثيرا عند التحدث عن تمويل تنفيذ المشروعات عن طريق المنح والمعونات الاجنبية . حيث تستحوذ محافظة القاهرة على 10.5 % من تلك المنح والمعونات . فى حين كان نصيب محافظة شمال سيناء 2.7 % وذلك ضمن الخطة الخمسية (2012-2017) (21).
- 4- ان مشاركة القطاع الخاص باستثماراته فى عملية التنمية لم تكن بالمستوى المتوقع . خاصة اذا علمنا ان الدولة – عند وضع خطة تنمية شمال سيناء- اعتمدت على القطاع الخاص لتمويل 70 % من خطط التنمية الاقتصادية . وجاء ذلك من منطلق توجه الدولة لاعطاء دور اكبر للقطاع الخاص للمساهمة فى عملية التنمية . إلا ان الاحصاءات تُشير الى ان مساهمة القطاع الخاص فى مشروعات تنمية شمال سيناء بلغت نحو 3,098 مليار جنية ، فى حين كان المستهدف ان يتولى تنفيذ مشروعات بقيمة 14.725 مليار جنية . اى ان نسبة مساهمته الفعلية فى مشروعات تنمية شمال سيناء بلغت 20 % فقط (22)

وقد يكون من اسباب عزوف القطاع الخاص عن المشاركة بفاعلية فى تنفيذ خطط التنمية ناتج عن ان القصور فى اعتمادات الانفاق العام الاستثمارى الموجه لشمال سيناء ادى بالتالى الى قصور فى توفير وتطوير البنية الاساسية اللازمة للتنمية الزراعية والصناعية والاجتماعية والسياحية . خاصة وان قطاع البنية الاساسية يعد من القطاعات اللازمة لتسهيل عملية التنمية الاقتصادية من حيث تعزيز ارتباط شمال سيناء بالوادى والدلتا ، لنقل السلع من والى المحافظة والحصول على كافة مدخلات العملية الانتاجية وتسهيل عمليات الاستيراد والتصدير ، بالإضافة الى تهيئة الاوضاع لانشاء مجتمعات عمرانية متكاملة تساعد على جذب رؤوس الاموال الاجنبية والمحلية . كما ان عدم توافر المرافق والبنية الاساسية سوف ينعكس على تكلفة الاستثمار ، التى يتوقع ان ترتفع خاصة وان على المستثمر ان يتحمل تكاليف توصيل المرافق العامة لمشروعاته .

21 المرجع السابق ،ص95

22 التنمية المتكاملة لميناء ومحاور السياسة المنفذة لها، مرجع سبق ذكره،ص95

كما يعد من اسباب انخفاض المشاركة ، عدم وجود حوافز للاستثمار تشجع القطاع الخاص على الاستثمار فى مشروعات التنمية .فالحوافز الممنوحة للمستثمرين فى المناطق غير المأهولة (الصحراوية) تتشابه مع تلك الممنوحة للمناطق الحضرية، على الرغم من قيام الدولة بتمييز بعض المناطق المستهدفة تنميتها من خلال تقديمها لحوافز استثنائية للمستثمر لتشجيعه على التوجه باستثمارته لهذه المناطق .مثل الحوافز المادية التى قررتها الدولة لتشجيع القطاع الخاص على الاستثمار فى الوجه القبلى لاستغلال الموارد الاقتصادية والامكانيات المتاحة هناك<sup>(24)</sup> .

### ثانياً: تقييم القرار بقانون رقم 95 لسنة 2015 الخاص بتنمية شبة جزيرة

#### سيناء:

تنقسم التشريعات والقوانين الخاصة بالاستثمار فى مصر الى نوعين . الاول القوانين والتشريعات التى تقرها الدولة لتشجيع الاستثمارات بصفة عامة . والنوع الثانى لتحفيز الاستثمارات على التوجه الى شبة جزيرة سيناء بصفة خاصة لدفع عجلة التنمية هناك. وكان اخر تلك القوانين، قرار رئيس الجمهورية بقانون رقم 95 لسنة 2015 ، لتعديل القانون رقم 14 لسنة 2012<sup>(25)</sup> فى محاولة لتلافي العيوب التى ظهرت فى قانون 2012 . وكان من ابرز الايجابيات التى جاءت فى تلك التعديلات ما يلى<sup>(26)</sup>:

1- تنظيم العلاقة بين جهاز تنمية شبة جزيرة سيناء والجهات الاخرى ، حيث اختص الجهاز بوضع الخطط وتحديد طرق استغلال الاراضى بكفاءة

(24) نحر اطار متكامل لتنمية سيناء(0التقرير الاول)،مرجع سبق ذكره ،ص96

(25) قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 5 لسنة 2015 بتعديل بعض احكام المرسوم بقانون رقم 14

لسنة 2012 بشأن التنمية المتكاملة فى شبة جزيرة سيناء ،الجريدة الرسمية - العدد 33(مكرر)

اغسطس 2015

(26) تم استقراء الايجابيات من المقالات الاتية:

- جهاز تنمية سيناء :تعزيز القانون لتفعيل دور الجهاز بعد 3 سنوات

- مكاتب المحاسبة العالمية: تعديلات قانون التنمية المتكاملة لسيناء خطوة فى الاتجاه الصحيح .

- السيسى يخفف شروط عمل المستثمرين الاجانب فى سيناء .

موقع جريدة البورصة - <http://www.alborsanews.com/2015/08/17>

والإشراف على المشروعات . كما يختص بإصدار قرارات التخصيص والتصاريح واجراءات التعاقد بالتعاون مع اصحاب الولاية الاصلية على الارض .

2- زيادة نسبة تملك الاجانب لاسهم الشركات المؤسسة في سيناء حتى 100% (بعد ان كانت في السابق 45%) على ان يكون ذلك بقرار من رئيس الجمهورية وبعد موافقة الجهات الامنية (وزارة الدفاع والداخلية والمخابرات العامة) . مع تعهد هذه الشركات بالالتزام بعدم اجراء اى تغيير فى اسماء المؤسسين او نسب الشركاء او النظام الاساسي لها حتى انقضاء كيانها القانوني . ومن المتوقع ان تساهم زيادة حصص الاجانب فى ملكية الشركات بفاعلية فى تشجيع الاستثمار الاجنبى .

3- مد نطاق تطبيق القانون على الشركات باثر رجعى حتى يناير 2011 . فى حين تخضع الشركات التى تم تأسيسها قبل هذا التاريخ لاحكام القوانين التى انشئت فى ظلها لحين انتهاء كيانها القانوني .

4- زيادة مدة حق الانتفاع الى 50 سنة طبقا لطبيعة كل نشاط ، ويجوز تجديد هذه المدة لمدد اخرى بحيث لا تزيد اجمالى مدة حق الانتفاع عن 75 سنة ، ولكن بعد موافقة مجلس ادارة جهاز تنمية سيناء . ويرى العديد من المتخصصين ان مد مدة حق الانتفاع لاكثر من 50 سنة خطوة جيدة فى طريق تشجيع الاستثمار . خاصة وانه لا يمثل عائقا امام حصول المستثمر على التمويل البنكي ، لان معظم دراسات الجدوى للمشروعات والتوقعات للمشروعات الاستثمارية تتراوح ما بين 10 الى 15 سنة . كما تساهم طول مدة حق الانتفاع التى تصل الى 75 سنة فى تشجيع اقامة المشروعات الصناعية الكبرى . خاصة وان العمر الافتراضى لغالبية المشروعات الصناعية تتراوح ما بين 25-30 عاما على حسب نوع النشاط

5- السماح لرئيس الجمهورية باستثناء مدينة او جزء منها والمناطق الشاطئية ومشروعات التنمية الخاصة بتنمية محور قناة السويس والمناطق الاقتصادية ذات الطبيعة الخاصة الواقعة بالمنطقة من الخضوع للقانون ، وبعد اخذ موافقة الجهات الامنية (وزارة الدفاع والداخلية وجهاز المخابرات العامة) ومجلس الوزراء .

6- الغاء كافة التعديلات المتعلقة بامكانية التصالح مع واضعى اليد وتمليكهم الاراضى التى حصلوا عليها من خلال وضع اليد . واعطاء الحق لمجلس ادارة جهاز التنمية او الجهة صاحبة الولاية على الارض محل النزاع اصدار القرارات المتعلقة بازالة وضع اليد او التعدى طبقا للقوانين

المنظمة فى هذا الشأن . على ان يتم اخطار الجهاز بكافة الاجراءات التى تم اتخاذها من اعمال الازالة او التعدى . مع تحميل واضع اليد او المتعدى بتكاليف اعمال الازالة .

7- تعد مشروعات الطاقة الجديدة والمتجددة من اكثر المشروعات استفادة من التعديلات الاخيرة . لان حق الانتفاع هو الشكل الدارج للملكية فى هذه النوعية من المشروعات ، اضافة الى طول المدة الزمنية الممنوحة لعمل هذه المشروعات

8- حرصت معظم التعديلات على ضمان عدم دخول اجهزة الدولة فى اى نزاعات قانونية مع المستثمرين الذين اجروا تعاقداتهم فى تاريخ سابق لسريان هذا القانون ، او صدر لهم قرار تخصيص او اجراء تعاقدات تمهيدية . على ان يتم توفيق اوضاعهم ضمن القوانين التى انشئت فى ظلها تلك الشركات .

وعلى الرغم من الايجابيات السابق الاشارة اليها ، الا انه مازال هناك جوانب للقصور ، يتعين تعديلها من قبل الحكومة نعرض منها الآتى :

1- لم يستطع القانون ان يحقق المستهدف من اقراره وهو حق تملك ابناء سيناء للاراضى والعقارات . لوجود نص فى القانون يجعل حق التملك مقصور على المصريين فقط (من ابوين مصريين) وقد يحرم ذلك العديد من ابناء سيناء (من ابوين غير مصريين) من حق التملك والاقتصار فقط على حق الانتفاع وهو ما قد يؤثر سلبا على رغبتهم فى المشاركة بفاعلية فى عملية التنمية .

2- وجود مادة فى القانون تمنع المصالحة مع واضعى اليد ،والتي بناء عليها قامت الدولة بالغاء جميع الملكيات السابقة المستقرة ،لأنها تعتبر كل اراضى سيناء ملكا لها . قامت بمطالبة كل فرد بدفع مقابل تملكه لمنزله او ارضه حتى لو كان لديه عقود عرفيه او وضع يد مستقر . وقد اعتبر العديد من اهالى سيناء ان ذلك يعد انتقاصا من حقوق المواطنين ورفضوا هذه السياسة . الا ان البعض الاخر وافق على مبدأ تقنين الاوضاع . هذا وقد كان اخر القرارات التى اتخذتها الدولة فى هذا الشأن ، القرار 2041 لسنة 2006 . والذى الغى كافة الملكيات السابقة المستقرة لاهالى سيناء . وقامت الدولة بمطالبتهم بسداد قيمة الاراضى والعقارات التى يمتلكوها وبشروط قاسية . كان

أقلها ضررا ، عدم تملك الأسرة لأكثر من منزل واحد . على ان يتم تقدير اسعار الاراضى والمنازل طبقا للاسعار السوقية (31).

وعلى الرغم من ان هدف الدولة من هذا القرار هو تنظيم الملكيات وتقليل النزعات والحد من بيع الاراضى بطرق غير قانونية في مقابل توفير البنية الاساسية لقاطنى هذه المناطق . الا ان هذا القرار كان له اثارا سلبية ادت الى حالة من الاستياء بين اهالى سيناء وعدم مشاركتهم بفاعلية فى تنفيذ خطط التنمية التى وضعتها الدولة . كما يرى العديد من الخبراء ان مشكلة تملك الاراضى فى سيناء عموما قد تهدد الاستقرار فى الاوضاع الاجتماعية هناك.

3- لم تتضمن لائحة القانون خريطة استثمارية واضحة . تحدد فيها المشروعات والانشطة الخاصة لكل منطقة . الامر الذى قد يؤدى الى حدوث ما يطلق عليه " عشوائية التنمية (32) " .

4- الاجراءات البيروقراطية المعقدة التى تعانى منها الانشطة الاستثمارية بصفة عامة فى مصر من حيث الحصول على الموافقات المتعددة وشروط الحصول على الاستثناءات التى يقرها القانون .

5- لم يحدد القانون آلية لتسعير الاراضى ولا كيفية تخصيصها . كما ان بنود القانون لا يوجد بها ضمانات للطعن فى سلامة اجراءات طرح الاراضى فى حالة زيادة اسعارها فى المستقبل .

وقد تؤثر تلك العيوب على رغبة المستثمرين الجدد سواء من خارج سيناء او من اهالى سيناء فى المشاركة فى المشروعات المستهدفة تنفيذها ضمن خطة الدولة للتنمية .

### المبحث الثالث

#### السياسة الحكومية المقترحة

تبين من خلال كل ما سبق ان تنمية سيناء بصفة عامة ومنطقة الشمال بصفة خاصة لم تعد رفاهية بل اصبحت ضرورة ملحة ، فهى تتمتع باهمية استراتيجية منحها لها الموقع والمكان وبها من المقومات والامكانيات ما يجعل لها دورا فاعلا فى التنمية الاقتصادية فى مصر . وبناء على ذلك تبنت الحكومات المتعاقبة وعلى مدار عدة عقود العديد من السياسات الحكومية ، سواء كانت قوانين وتشريعات او سياسات مالية لتنمية وتعمير هذه المنطقة ، الا ان جهود تلك الحكومات لم تستطع تحقيق اهداف خطة التنمية . وظهر ذلك

(31) فاروق جويده، مرجع سبق ذكره ، ص 49 ، ص 63

(32) نحو اطار متكامل لتنمية سيناء (0 التقرير الاول ) ، مرجع سبق ذكره ، ص 33

في شكل فجوة بين المشروعات التي تم التخطيط لتنفيذها في ضوء موارد وامكانيات شمال سيناء وبين المشروعات التي تم انجازها فعليا. وهو ما يعنى عجز السياسة الحكومية التي خططتها ونفذتها الدولة لتنمية شمال سيناء عن تحقيق الاثار الاقتصادية المرغوبة. كما تبين من خلال البحث ان سبب هذه الفجوة ناتج عن وجود مجموعة من المعوقات كان لها دورا في التقليل من فاعلية هذه السياسة الحكومية.

وحتى يمكن اقتراح سياسة حكومية قادرة على انجاز تنمية شمال سيناء، فإننا نرى ان يتم ذلك تدريجيا على مرحلتين يكون الغرض منهما اعادة ترتيب الاولويات بحيث تكون كالآتي:

**المرحلة الاولى:** تختص هذه المرحلة بالتركيز على حل مشكلتين اساسيتين هما: مشكلة توفير التمويل اللازم للاتفاق العام الاستثماري اللازم لاستكمال بعض المشروعات الجارية تنفيذها وفقا للخطة السابقة وتوقفت بسبب نقص التمويل، بالإضافة الى توفير التمويل اللازم لانجاز بعض مشروعات البنية الاساسية والخدمات العامة. وايضا مشكلة تملك الاراضي التي مازالت تقف عائقا امام استكمال تنفيذ خطة التنمية. ويعد تنفيذ هذه المرحلة بمثابة القاعدة التي تبنى عليها المرحلة الثانية من السياسة الحكومية المقترحة. والتي تتمثل في منح الحوافز التي تشجع القطاع الخاص على تنفيذ ما تبقى من مشروعات إما بمفرده او بمشاركة الدولة. بالإضافة الى تشجيعه على توجيه استثماراته لاستغلال الامكانيات الزراعية/الصناعية والتعدينية/السياحية التي تتمتع بها شمال سيناء، والقيام بدوره في عملية التنمية الاقتصادية.

**المرحلة الاولى:**

اولا: مصادر تمويل الاتفاق العام الاستثماري الموجه لتنفيذ خطط تنمية

شمال سيناء.

تبين من خلال استعراض مشروعات خطة تنمية شمال سيناء، ان معظم المشروعات تتصف بارتفاع الكثافة الرأسمالية (مشروعات عملاقة-بنية اساسية) وان من اهم اسباب توقف استكمال العديد من المشروعات، وجود عجز في مصادر التمويل التقليدية (الاتفاق العام) وعدم قدرتها على الوفاء بالاحتياجات المالية لتلك المشروعات، وهو ما يدعونا الى البحث عن مصادر بديلة للتمويل. على ان يتم اختيار مصادر التمويل التي تتناسب وطبيعة كل مشروع. ومن المصادر المقترحة نعرض ما يلي:

**1- التأجير التمويلي:**

يعد من الاساليب التي شاع استخدامها في السنوات الاخيرة لما يتميز به من قدرة على تخفيف الابعاء المالية على المستثمر. من حيث قدرته على توفير

بعض الاصول الرأسمالية لفترات طويلة عن طريق التأخير، وبدون ان يتحمل المستثمر عبء شراؤها وتملكها.اي ان هذا الاسلوب يقدم تمويلا كاملا لقيمة الاصول الرأسمالية من آلات ومعدات، اي بنسبة 100%، وهو ما لايتوافر في اي أسلوب اخر من اساليب التمويل- ويمكن للدولة ان تلجأ الى هذا الاسلوب للحصول على الاصول الرأسمالية اللازمة لاستكمال المشروعات المتوقعة بدون ان تتحمل باى اعباء مالية باستثناء قيمة ايجار هذه الاصول(1).

## 2- انظمة البناء-التشغيل-تحويل الملكية (B.O.T)

يتضمن هذا الاسلوب قيام احد القطاعات الحكومية، بإسناد مهمة بتصميم وتنفيذ وإدارة المشروع لشركات القطاع الخاص خلال فترة زمنية يتم تحديدها ضمن بنود التعاقد (تصل الى 50عاما). ويتم بمقتضى هذا التعاقد حصول القطاع الخاص على عائدات هذا المشروع طوال فترة التعاقد . على ان تحول ملكية المشروع الى الحكومة بعد انتهاء مدة العقد فى حالة جيدة وبدون اى مقابل . ويمكن اختيار هذا الاسلوب من اساليب التمويل لاستكمال بعض المشروعات الخاصة باستغلال المناجم والمحاجر، والتجمعات الصناعية والتجارية والسياحية.بالإضافة الى تنمية واستغلال واستصلاح الاراضى الزراعية ومشروعات اقامة شبكات الري، ومحطات معالجة الصرف الصحى . كما يمكن استخدامه فى انشاء المناطق الحرة وما تحتوىها من مباني ومشروعات خدمية. ويحقق هذا الاسلوب العديد من المزايا للدولة منها (2):  
أ-نقل التكنولوجيا الحديثة وتدريب العمالة الوطنية .  
ب- حصول الدولة على المشروع متكامل فى نهاية فترة التعاقد بدون ان تتحمل الميزانية باى اعباء .  
ج-اعطاء مؤشر ايجابى عن حالة الاقتصاد القومى والجدوى الاقتصادى للمشروع، فى حالة تولى هيئة تمويل دولية مهمة تنفيذ المشروع .

(1) بسام احمد عثمان ، التأخير التمويلي ودوره فى تفعيل مشروعات النقل بالمكك الحديديه ،مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية -المجلد 27 -العدد الثالث-(2011) ، ص604-609

(2) وفاء عثمان، الشراكة بين القطاعين الحكومى والخاص، (ندوة عقود المشاركة P.P.P.واتارها ،القاهرة (10اغسطس2008)،ص305

د- تقليل حجم القروض العامة اللازمة لتنفيذ المشروعات ، وتخفيف العبء عن ميزانية الدولة.

### 3- التمويل عن طريق البنوك المصرية :

يمكن الاستعانة بالبنوك المصرية (تجارية أو استثمارية) لتمويل استكمال مشروعات خطة التنمية على ان يصاحب ذلك قيام الدولة بتقديم كافة الضمانات التي تشجع البنوك للقيام بهذه المهمة . ومن تلك الضمانات توافر الملاحة المالية للدولة ، اى تقديم الدولة لما يفيد قدرتها على الوفاء بالتزاماتها المالية . ويمكن للبنك المركزى ان يلعب دورا فى عملية التمويل عن طريق قيادته لمجموعة من البنوك التى لديها فائض فى السيولة ، يمكن توجيهها لتنفيذ العديد من المشروعات او من خلال منح القروض للمستثمرين باشكالها المختلفة وباسعار فائدة تدعمها الدولة .

كما يمكن للبنوك المتخصصة ان تلعب دورا فاعلا فى تنفيذ المشروعات مثل بنك الائتمان الزراعى وبنك التنمية الصناعية للعمال .

وترجع اهمية مشاركة البنوك فى توفير مصدر لتمويل الانفاق على تنفيذ ما تبقى من خطة التنمية فى شمال سيناء من منطلق اهميتها الاقتصادية والسياسية والاجتماعية . وبدلا من استثمارها فى اذون الخزانة وادوات الدين الحكومى الاخرى . بدعى انها استثمارات آمنة ومضمونة من الدولة ، خاصة وان الدور الذى يتعين ان تقوم به البنوك هو دعم خطة التنمية من خلال تمويل مشروعات البنية الاساسية والمشروعات القومية العملاقة<sup>(3)</sup> .

### 4- انشاء صندوق تمويل :

مثل صندوق "تحيا مصر" . على ان تتكون اصوله النقدية من كافة المخصصات التى تعتمد عليها الدولة لمشروعات التنمية ، والمنح والمعونات الاجنبية والتبرعات من المستثمرين والافراد . مع اعطاء الحق للجهة المسؤولة عن الصندوق بترحيل الاموال المتاحة بالصندوق من عام لآخر . بحيث يمكن تنفيذ عدد اكبر من المشروعات مع كل زيادة فى رصيد الاموال بالصندوق<sup>(4)</sup>

5- الصندوق الاجتماعى للتنمية : يمكن لهذا الصندوق ان يساهم فى تقديم القروض الصغيرة وبتسهيلات كبيرة لاغراض تمويل الصناعات اليدوية

(3) " دور البنوك فى التنمية الاقتصادية " <http://onaeg.com/?p=963221>

(4) موسوعة المجالس القومية المتخصصة، مرجع سبق ذكره، ص29



والصغيرة . مع العمل على الترويج لتك الصناعات لما لها من دور حيوى فى تقليل معدل البطالة وتوفير المزيد من فرص عمل (1) .

**6-رؤوس الاموال الاجنبية والعربية:** يتعين فتح المجال امام هذا المصدر من مصادر التمويل ،لما له من دور فى اضافة المزيد من القوة الشرائية فى المجتمع و انعاش الاقتصاد القومى،مع مراعاة متطلبات الامن القومى لشمال سيناء .

**7-طرح سندات بقيم اسمية مرتفعة للشركات الكبرى ورجال الاعمال ،على ان يمنح من يملكها نسبة خصم معينة من الضريبة العامة على الدخل . مع قيام الجهات المسؤولة (البنك المركزى ووزارة المالية ) باتخاذ الاليات اللازمة لتطبيق ذلك . على ان تدخل حصيلة هذه السندات ضمن الصندوق التمويلي الخاص بتنمية سيناء .**

### **8-التمويل عن طريق بورصة الاوراق المالية :**

يمكن الاستعانة بالبورصة فى جذب المدخرات وتوفير السيولة اللازمة لتمويل المشروعات بمختلف انواعها.على ان يتم ذلك من خلال قيام الدولة بانشاء شركات مساهمة فى كل قطاع من القطاعات التنافسية (الزراعي /الصناعي/التعدينى ) مع طرح جزء من اسهم هذه الشركات فى البورصة للافراد (قطاع عائلى /مستثمرين اجانب او محليين ) .كما يمكن اللجوء الى طرح سندات باسم "سندات المشروع القومى لتنمية سيناء" .مع منح اسعار فائدة مغرية واعفاءات ضريبية لتشجيع افراد المجتمع بكافة طوائفهم على الاكتتاب فيها .

وترجع اهمية هذا المصدر من مصادر التمويل ، الى وجود استعداد من قبل البورصة وهيئة الرقابة المالية للقيام بدورها فى تمويل المشروعات القومية من خلال اصدار الاسهم والسندات . وقد ظهر ذلك فى شكل تعديل البورصة للعديد من القوانين التى من شأنها طرح المشروعات القومية للاكتتاب العام وتعزيز دور البورصة كأداة للتمويل (2) .

(1) المرجع السابق،ص29

(2)" دور البورصة فى التمويل " - [lqtissad.blogspot.com.eg/2012/03/blog-](http://lqtissad.blogspot.com.eg/2012/03/blog-post_30.html)

post\_30.html

ويعد استعراض اهم مصادر التمويل المقترحة ،يمكن للدولة ان تختار منها ما يتناسب مع طبيعة كل مشروع .مع اعطاء الاولوية لاستكمال الاعمال فى المشروعات المتوقفة فى القطاعات المختلفة حتى تتحقق الكفاءة من المخصصات المالية التى وجهت لها .بالاضافة الى انجاز بعض مشروعات المرافق العامة والبنية الاساسية اللازمة لتهيئة بيئة صالحة وجاذبة للاستثمار .من تلك المشروعات نعرض الاتى:

### 1-القطاع الزراعى:

يتعين ان يكون لهذا القطاع الاولوية فى استكمال عناصر مشروع التنمية الزراعية المتوقفة بالاضافة الى تمويل الانفاق العام لانجاز بعض الاعمال المرتبطة بالنشاط الزراعى. ونقترح فى هذا المجال الاتى :

أ.بالنسبة لترعة السلام وما ترتب على تغيير مسارها عن المسار المخطط له من مشاكل ،ادت الى توقف استكمال المشروع عند المرحلة الثانية بسبب ارتفاع تكلفة توصيل المياه للمراحل التالية ، فيمكن ان تختار الدولة بين مجموعة من البدائل لتمويل الانفاق على استكمال التربة ،حتى يتم توصيل المياه الى منطقة السر والقوارير كأخر مرحلة من مراحل ترعة السلام فى منطقة وسط سيناء. ومن تلك البدائل:

البديل الاول: اسناد مهمة توصيل المياه واستكمال المرحلة الثانية للشركات الكبرى .على ان يتم دفع مقابل هذه المهمة من خلال منحها اراضى بقيمة ما تحمته من تكاليف لتوصيل المياه لبقية اراضى المشروع

البديل الثانى: مشاركة الدولة للقطاع الخاص (ممثل فى اصحاب الاراضى) فى تحمل تكلفة انشاء محطة الرفع المطلوبة لتوصيل المياه لبقية مراحل المشروع . خاصة بالنسبة للمراحل التى تمر وسط سيناء و تتسم طبيعة اراضيها بالخصوبة . كما ان توصيل المياه لمنطقة الوسط وزراعتها يمكن ان يساعد على خلق تجمعات زراعية وايضا صناعية (قائمة على المنتجات الزراعية) وبالتالي ملء الفراغ السكانى الذى تعاني منه هذه المنطقة ، خاصة اذا علمنا ان اجمالى عدد السكان فى وسط سيناء لا يزيد عن 4000 نسمة .

البديل الثالث : الاستعانة بالابحاث والدراسات العلمية التى قامت بها معاهد البحوث المتخصصة فى ايجاد مسارات جديدة لترعة السلام تتجنب المشاكل التى حدثت نتيجة لتغيير مسارها عن المسار المخطط له .

البديل الرابع : عمل تفرعة للتربة عند بداية مرورها الى الجانب الشرقى لقناة السويس، على ان تتخذ بعد ذلك مسارها الاصلى الذى خطط له فى السابق

(المرور وسط سيناء). خاصة وان اراضى منطقة الوسط جاهزة للزراعة ،  
وتعد من اكثر المناطق فى سيناء التى تعاني من الفراغ السكانى .  
البديل الخامس: حفر آبار فى منطقة السر والقوارير كمصدر بديل للمياه أو  
توصيل المياه من خلال أنابيب بدلا من محطات الرفع.  
مع ملاحظة ان الاختيار بين هذه البدائل يتم بناء على عمل تحليل للمنافع  
والتكاليف لكل بديل . واختيار البديل الافضل الذى يساهم فى توصيل المياه  
لباقى مراحل المشروع باقل تكلفة .

ب) يتعين على الدولة تقديم الدعم اللازم لانشاء السدود والهرايات (خزانات  
مياه ارضية لتخزين مياة الامطار ) للاستفادة من مياة الامطار والسيول فى  
التوسع الافقى للزراعة . خاصة وان هناك بعض الدراسات التى اشارت الى  
امكانية زراعة ما يقرب من 70 الف فدان على مياة الامطار فى الجزء  
الشمالى الشرقى لسيناء . كما يساعد تخزين هذه المياة على تقليل على ما قد  
يترتب عليها من اثار سلبية تتمثل فى اتلاف المحاصيل والمرافق والاراضى  
.ويفضل ان يتم الاستفادة من هذه المياة فى اطار تخطيط يضمن تحقيق التنمية  
المستدامة ،والمتمثلة فى زيادة الجهود المبذولة من قبل الوزارة المسؤولة  
للكشف عن مصادر للمياه وتجهيز الابار العميقة ،خاصة فى منطقة وسط  
سيناء التى بها مخزون جوفى من المياة يمكن ان يساعد فى زراعة مساحات  
الاراضى الخصبة بها . حيث تساعد زراعتها على زيادة ارتباط الافراد  
بالارض وخلق تجمعات زراعية مستقرة بدلا من انتقالهم الى مسار ترعة  
الشيخ جابر بحثا عن مصادر للمياة والرعى .على ان يتم استغلال هذه المياه  
بما يحافظ على الخزان الجوفى للمياه ويحفظ حقوق الاجيال القادمة (1).

ج) إنشاء وحدات تحلية جديدة للمياة لبعض الابار التى تتسم بدرجات ملوحة  
عالية ،لتحسين جودة المياه مع الاستعانة بالابتكارات ذات التكلفة المنخفضة  
التي يقدمها المخترعون فى هذا المجال من ناحية اخرى، يتعين على الدولة  
فى هذا المقام ان تدعو الى استخدام الوسائل الحديثة للرعى (الرعى بالتنقيط  
والرش)فى المناطق التى لا تصلها ترعة السلام .  
وايضا الدعوة لزراعة انواع المحاصيل التى تتحمل الجفاف والملوحة . على  
ان يتم ذلك من خلال الجمعيات الزراعية من ناحية وتفعيل الحوافز التى تم  
ادراجها ضمن القانون 143 لسنة 1981 فى شأن الاراضى الصحراوية

<sup>1</sup> رانيا صبرى واخرون، مرجع سبق ذكره، ص54

والمعلقة بتحديد الحد الأقصى للملكية على حسب الاسلوب المستخدم لرى الارض. لما لذلك من اثر ايجابى على ترشيد استخدام موارد المياه المتاحة (2)

(د) زراعة الاراضى الجاهزة للزراعة فى زمام ترعة الشيخ جابر والبالغ مساحتها 21731 فدان. إما بمفردها ( من خلال تولى جهاز الخدمة الوطنية بالقوات المسلحة مهمة زراعتها ) او بمشاركة الشركات الاستثمارية. بغرض القضاء على ظاهرة التعدى على الاراضى. خاصة وأن من ضمن الاسباب التى أدت بالحكومة إلى وقف تدفق المياه فى ترعة السلام (المرحلة الأولى) قبل سنة 2011 هو انتشار ظاهرة وضع اليد على الاراضى الواقعة ضمن نطاق اراضى المشروع. كما يمكن انشاء مراكز بحثية تنتج المشورة وتوجه النصح لمن يريد زراعة وتنمية الاراضى بالطرق المثلى للاستغلال. حيث يتوقع أن يكون لذلك اثار ايجابية على المستثمرين سواء كان من أهالى سيناء اوخريجي معاهد زراعية او مستثمرين من الوادى والدلتا. خاصة مع ظهور مشكلة اختلاف الثقافات الزراعية (طرق الزراعة) بين أهل سيناء الذين لديهم خبرة ومعرفه بظروف المناخ وطرق الزراعة فى الصحراء و انواع المحاصيل التى تناسبها ، وبين القادمين من الوادى الذين يقومون باتباع نفس أساليب الزراعة والرى بل ونفس المحاصيل التى كان يتم زرعها فى اراضى الوادى. لكل ذلك هناك أهمية لتتقيف الوافدين من الوادى زراعيًا حتى يختاروا طرق الزراعة والرى وأنواع المحاصيل التى تناسب مع الظروف الصحراوية.

(هـ) قيام الدولة ممثلة فى وزارة الزراعة بإنشاء الشبكات الداخلية للأرض التى سبق تخصيصها لشباب الخريجين فى شمال سيناء لمساعدتهم على البدء فى زراعه اراضيهم.

## 2-القطاع السياحي

على الرغم من وجود توجه عام لانسحاب الدولة من منافسة القطاع الخاص فى هذا القطاع . واقتصار دورها على الاشراف والرقابة إلا ان دورها فى توفير المناخ المناسب للتنمية والاستثمار ، يجعلنا نقترح ان تتضمن السياسة المقترحة إنجاز الآتى :

(2) مستقبل التنمية فى محافظات الحدود (مع التطبيق على سيناء )، مرجع سبق ذكره ص 117

(أ) إنشاء الكليات والمعاهد السياحية لتعليم وتدريب أبناء المنطقة ، حتى تتاح لهم فرصة العمل . خاصة وان الواقع يشير الى اعتماد القطاع السياحي بصورة اساسية على العاملين من خارج سيناء ، في حين يقتصر دور أبناء سيناء على القيام ببعض وظائف الخدمات .

(ب) استكمال البنية الاساسية وتوصيل المرافق للاراضى التي تم تخصيصها لاقامة قرى سياحية (للشركات والجمعيات والنقابات ) (مثل مشروع بالوطة /رومانة ) وذلك لاثبات جدية الدولة تجاه التزاماتها بتوفير المناخ المشجع على اقامة المشروعات السياحية خاصة وان انشاء هذه المشروعات في تلك المناطق سوف يساهم في تعميمها والاسراع في عملية التنمية السياحية بها. كما يمكن للدولة تخفيفا للالعباء الواقعة على ميزانية الدولة - ان تحمل المستثمر بالجزء الاكبر من تكلفة توفير البنية الاساسية ،في مقابل تخصيص الاراضى باسعار منخفضة وبشروط ميسرة . مع وضع الضوابط الكافية التي تمنع اى متاجرة /مضاربة على تلك الاراضى<sup>(3)</sup> .

(ج) تبين مفهوم التنمية السياحية المستدامة من خلال اتخاذ كافة الاجراءات والسياسات اللازمة لتطوير المناطق السياحية الغير مستغلة . مع وضع البرامج الاعلامية الخاصة بالترويج السياحي وتعريف المستهلك بانواع المنتج السياحي المتوفرة في شمال سيناء (ترفيهى/علاجى/علمى/دينى). كما يمكن للدولة ان تستعين بالمستشار الثقافى فى الخارج للترويج السياحي فى العالم<sup>(4)</sup> .

(د) تطوير الطرق التاريخية و ادراج المناطق التاريخية على خريطة المزارات السياحية فى بعض المدن التى يمكن ان يكون لها دورا فى التنمية (مدينة الفرما /قلقتا /العريش/نخل) . خاصة وان بعض الدراسات اشارت الى ان تنمية بعض المناطق مثل محور الفرما ،سوف يضاعف من حجم العملة الاجنبية نتيجة لزيادة اعداد

(3) المرجع السابق ،ص172

(4) توصيات فاعليات ، منتدى تجدر خارطة طريق للاسراع بتنمية وتعمير سيناء . المنتدى العلمى

لجامعة قناة السويس - الاسماعلية ، (10 اكتوبر 2012) ،ص169

السائحين بالاضافة الى احداث تنمية حقيقية لما يقرب من 25 مجتمعا محليا يقع على امتداد هذا المحور الفريد<sup>(5)</sup>.

### 3- قطاع التنمية الصناعية والتعدينية :

تعد الثروة التعدينية من الموارد الطبيعية الهامة في شمال سيناء. لما لها من دور مباشر أو غير مباشر في عمليات التصنيع والتعمير والزراعة واستصلاح الأراضي وغير ذلك من مجالات التنمية. ويكون تأثيرها اكبر على الناتج القومي عندما يتم استغلالها كمدخلات لصناعات رئيسية مثل صناعة الاسمنت / الزجاج/ الكيماويات ومواد البناء. كما يتوقع ان يترتب على تحقيق هدف التنمية الصناعية القائمة على الثروة التعدينية توفير ما يقرب من 250 الف فرصة عمل. لذلك يتعين التخطيط الجيد للاستفادة منها وتوجيه عمليات الانتاج المعتمدة عليها وفقا للأصول العلمية خاصة وأن الثروة التعدينية تعد بمثابة مورد ناضب لا يمكن تعويضه. ونظرا لاهمية هذا القطاع هناك ضرورة لاستكمال كل مما يلي :

(أ) المشروعات الضخمة التي توقفت بسبب النقص في التمويل مثل الانتهاء من مجمع تسييل الغاز الطبيعي. لما له من أهمية في المجال الصناعي وحتى يمكن الاستفادة منه في المدن الصناعية التي اقامتها الدولة.

(ب) أعمال البنية الأساسية لمناطق الصناعات الثقيلة حتى يمكن تشغيلها بأقصى طاقة لها. خاصة وان عدم البدء في تشغيل هذه المناطق حتى الان يمثل اهدار لما تم انفاقه لإنشاء البنية الأساسية وعدم القدرة على الاستفادة من تلك المناطق في عملية التنمية

(ج) مد خط السكك الحديدية إلى منطقة رفح وتوصيله لمنطقة الصناعات الثقيلة في وسط سيناء حيث تتركز معظم الخامات التعدينية. مع توفير كافة مرافق البنية الأساسية اللازمة لتنمية هذا القطاع الحيوى. خاصة وان عدم توافرها يزيد من تكاليف المشروعات التعدينية. كما يتعين على الدولة توفير كافة الخدمات المستحقة من تعليم ورعاية صحية اللازمة لخلق تجمعات سكانية بهذه المناطق او قريبة منها .

(5) تدوة الاهرام سيناء على طريق التنمية العدد 46095 السنة 137

(د) انشاء معاهد فنية وكليات متخصصة بمجال الثروة المعدنية لاعداد العقول البشرية القادرة على تنمية هذا القطاع الحيوى والذى تنفرد به شمال سيناء.

(هـ) استكمال مد خطوط الغاز الطبيعى لكافة المدن الصناعية لتغذية محطات الكهرباء والمصانع لضمان استمرار العملية الانتاجية.

#### 4. قطاع البنية الاساسية والخدمات العامة:

نظرا لاهمية التنفيذ المبكر لمشروعات البنية الاساسية من طرق وكبارى وخطوط السكك الحديدية والموانىء... وغيرها باعتبارها شرط مسبق لاقامة المشروعات التنموية واداة فعالة لتحفيز الاستثمارات المباشرة التى يقوم بها القطاع الخاص، للاسراع بتحقيق هدف التوطن فى شمال سيناء. يتعين على الدولة الاسراع فى الانتهاء من الآتى :

(أ) تطوير واحياء طريق الحج القديم ومحاولة تفعيل دوره على المستوى الدولى ليربط بين مصر ودول الخليج العربى.

(ب) استكمال بناء وتشغيل خط السكة الحديد الساحلى باعتباره دعامة اساسية للنقل البرى على المدى القصير. مع العمل على ربط مناجم الفحم بمنطقة المغارة بنفس الخط.

(ج) تطوير ميناء العريش ليربط سيناء بدول البحر المتوسط

(د) تطوير بعض المطارات مثل مطار العريش لاستخدامها كمطارات محلية بشكل مبدئى الى ان يتم تطويرهم لتصبح فيما بعد مطارات دولية تواكب النشاط العمرانى والتجارى بسيناء الى جانب النشاط السياحى.

اما بالنسبة للخدمات العامة خاصة الجديرة بالاشباع (قطاع التعليم و قطاع الصحة)، فيجب ان تتضمن المرحلة الاولى من السياسة الحكومية تنفيذ المقترحات الآتية:

(أ) التوسع فى تقديم الخدمات التعليمية من خلال العمل على زيادة عدد المدارس والفصول فى مختلف المراحل التعليمية. مع تقديم الحوافز اللازمة لتشجيع الافراد على العمل فى المحافظة وانشاء جامعة حكومية تضم مختلف الكليات -خاصة التى توفر العنصر البشرى المؤهل للمشاركة بفاعلية فى مشروعات التنمية -بمصرفوات تتناسب مع محدودى الدخل . بالاضافة الى تطوير ما هو قائم من كليات ومعاهد.

(ب) انشاء المدارس الاساسية ومدارس الفصل الواحد فى كل التجمعات البدوية مهما بعدت او صغر حجمها . بالاضافة الى الاهتمام بالتنوع

في برامج محو الامية بين الامهات والفتيات والرجال للحد من الامية وتحسين مستوى تعليم الاطفال وزيادة قدرتهم في الحصول على فرص عمل جيدة فيما بعد. ودراسة عمل مدارس داخلية لتوفير تكاليف الانتقال للدارسين وتحسين متابعة المدرسين للطلاب لرفع مستواهم التعليمي.

ج) تمهيد طرق وخطوط النقل لتسهيل وصول الخدمات الطبية للتجمعات السكانية خاصة وان تكلفة انشاء اى وحدة للخدمات الصحية بهذه المناطق سوف تكون مرتفعة مهما صغر حجمها . كما توجد ضرورة لانشاء العديد من المستشفيات لمواكبة متطلبات التنمية واستيعاب الزيادة السكانية المتوقعة . مع تقديم كافة الحوافز المطلوبة لجذب العنصر البشرى ، سواء كان اطباء او هيئة معاونة ، للعمل في تلك المستشفيات والوحدات الصحية .

والان توفير كل من مياة الشرب و خدمة الصرف الصحى من المحددات الرئيسية للتنمية الشاملة ، خاصة انها تحدد مدى اهتمام الدولة بتوفير الرفاهية لأفراد المجتمع ، لذلك يتعين على الدولة الاهتمام بتخصيص الاعتمادات الخاصة باجراء عمليات الصيانة لشبكات المياة للتغلب على ارتفاع نسبة الفاقد والتي تراوحت نسبتهما من 25-40% . مع تشديد الرقابة وتوقيع الغرامات لمنع الافراد من استخدام مياة الشرب فى الزراعة لتوفيرها للاستخدامات المنزلية . خاصة وان هؤلاء الافراد يقومون بالتعدى على خطوط الامداد بمياة النيل التى تمد المحافظة بالمياة العذبة النقية . حيث تبين ان من اهم اسباب انخفاض حصة شمال سيناء من المياة بعد ثورة 25 يناير تيام عدد كبير من اصحاب المزارع بتوصيل خراطيم من خط مياة الشرب الرئيسى لرى مزارعهم بعد ياسهم من وصول مياة ترعة السلام بالاضافة الى تحميل جزء من محطات مياة الشرب بالقنطرة شرق على نفس خطوط مياة سيناء يضاف الى ذلك إجراء عمليات الصيانة لشبكات الصرف الصحى القائمة لتحسين كفاءة الخدمة المقدمة<sup>(6)</sup>.

**ثانياً: تملك الاراضى فى سيناء بصفة عامة ، والشمال بصفة خاصة:**

لحل مشكلة تملك الاراضى فى شمال سيناء ، يتعين على الدولة اعادة النظر فى بعض مواد القرار بقانون 95 لسنة 2015 لتشجيع الافراد والمستثمرين (بدو سيناء/محافظات الوادى ) على تملك الاراضى واستصلاحها وزراعتها فى سيناء عموماً وفى الشمال بصفة خاصة ، على ان يكون الغرض مما سيتم

<sup>(6)</sup> اين مياة الشرب فى سيناء ؟ <http://www.madamasr.com/ar/opinion>



اقتراحه ، ازالة الالتباس او عدم الوضوح في نصوص بعض المواد و اضافة بعض الاحكام الاخرى التى تعد بمثابة التزام على المستثمرين لتنفيذ مشروعات التنمية فى ضوء خطة تنمية شمال سيناء ومن هذا المنطلق نقتراح

الآتى:

1- اصدار تشريع لتخصيص نسبة من اراضى مشروع ترعه السلام لابيناء سيناء على أن تكون أسعارها رمزية. كما يقترح تحديد نسبة من هذه الاراضى لشباب الخريجين من محافظات الوادى بأسعار رمزية مشروطة بعدم البيع. ومن يخالف ذلك يتعرض للعقاب الجنائى . خاصة وان مشكلة تملك الاراضى تجعل هناك صعوبة فى ضبط الامن ومحاربة زراعة المخدرات. مع العمل على إنشاء مجتمعات خدمية قروية على مسار ترعة السلام لاستيعاب هؤلاء الشباب.

2- ان تتضمن التعديلات فى القانون ما يساهم فى تحقيق الاتى (7):

(أ) تحديد نسب تخصيص الاراضى بين الفئات المختلفة من المستثمرين بحيث يتم منح اوزان نسبية اكبر للفئات التى يمكن ان تساهم بدرجة اكبر فى تحقيق اهداف التنمية الخاصة بشمال سيناء

(ب) وضع التزام على المستثمرين بشأن حجم العمالة المصرية فى المشروع ، وتجهيز اماكن للتجمعات السكانية خاصة بالنسبة لكبار المستثمرين .

(ج) إلزام المستثمر بتنفيذ بعض المشروعات المرتبطة بالنشاط الزراعى ، مثل الصناعات القائمة على الإنتاج الزراعى حتى تزيد فرص التوظيف ويتحقق هدف التوطن .

(د) تفعيل المادة المتعلقة بالتزام مالك الارض بتنفيذ البرنامج الزمنى المقدم لتنفيذ المشروع ، وفى النشاط الاقتصادى الذى تم تحديده للاستثمار فيه من قبل جهاز تنمية سيناء ، وإلا يلغى ما تم تخصيصه له من ارضى .

وبعد اخذ المقترحات السابقة فى الاعتبار وايجاد مصادر لتمويل الانفاق العام لاستكمال المشروعات المتوقفة وتنفيذ بعض مشروعات البنية الأساسية والخدمات العامة الاخرى ، ومن منطلق تطبيق مبدأ المالية الوظيفية والتي نعنى بها تلك السياسة التى يتم صياغتها على اسس علمية سليمة بحيث توجه

(7) المشروعات القومية للتنمية الزراعية فى الاراضى الصحراوية، مرجع سبق ذكره ، ص50

كافة ادواتها (الانفاقية /الضريبية/الائتمانية ) التي تمكنها من احداث الاتار الاقتصادية والاجتماعية والسياسية المرغوبة تحقيقا لاهداف المجتمع. تبدأ المرحلة الثانية من اقتراحنا للسياسات الحكومية والتي تعتمد بصورة اساسية على السياسة المالية لما لها من دور في إحداث اثار اقتصادية مرغوبة تتمثل في تهيئة المناخ الجاذب للاستثمارات واستغلال ما تتمتع به شمال سيناء من موارد اقتصادية وبما يحقق اهداف المجتمع. وفي ضوء تطبيق مبدأ النفقات الوظيفية والتي تعنى " تلك النفقة التي يتم تخصيصها وتحديد نوعها ومجالها وحجمها وتوقيتها وفقا للآثار الاقتصادية الناتجة عنها لكي تساعد على تحقيق اهداف المجتمع. يمكن وضع السياسة المالية الاتية :

### 1- السياسة الانفاقية:

- (أ) اقامة خزانات علوية في المدن الكبرى لحل مشكلة المياه وخاصة الادوار العليا بالضواحي الجديدة
- (ب) اقامة خزانات علوية في المدن الكبرى لحل مشكلة المياه وخاصة الادوار العليا بالضواحي الجديدة
- (ج) انشاء هرابات ارضية جديدة لتخزين مياه الامطار بها ،والاستفادة منها كمياه للشرب للاغراض المنزلية
- (ح) حفر ابار في منطقة رفح والشيخ زويد في خزان الكتبان الرملية ذى النوعية الصالحة لمياه الشرب النقية للتغلب على مشكلة نقص المياه.
- (د) انشاء وحدات تحلية جديدة لمياه الابار ذات درجات الملوحة العالية لتحسين جودة المياه وصلاحيتها. مع الالتزام بتوزيع المياه بسيارات الفنتاس على المناطق المحرومة من توافر المياه.
- (ذ) تنفيذ شبكات الصرف الصحى فى المدن المحرومة من تلك الخدمة ، خاصة وان عدم توافرها يشكل عبء على المواطنين ويؤثر سلبا على الصحة العامة

(س) انشاء المزيد من محطات المعالجة لمياه الصرف الصحى لاستخدامها فى اقامة مشروعات زراعية بدلا من صرفها فى البحر بدون ان يتم استغلالها .

(ص) قيام الدولة بشق المزيد من الطرق (خاصة الفرعية) لربط التجمعات الصناعية بالمحاور الرئيسية لتسهيل حركة النقل، ويفضل انشاء شبكة من السكك الحديدية تصل الى وسط سيناء لخدمة ما بها من مناطق صناعية ومناطق التنقيب عن الثروة المعدنية بدلا من شبكة الطرق

ط) تنفيذ سلسلة من الكبارى والانفاق تحت القناة لربط سيناء بالوادي ، خاصة وان خطوط المواصلات المتاحة حاليا لم تعد كافية .( وهو ما يتم حاليا ضمن خطة اعادة احياء مشروع تنمية سيناء والتي تركز على ايجاد وسائل اتصال جديدة بين سيناء و-خاصة منطقة الشمال - ومحافظات الوادي والقناة .من خلال حفر عدد من الانفاق اسفل قناة السويس . تعمل على تسهيل عمليات نقل السلع والمعدات والافراد من والى سيناء .

ه) العمل على بناء تجمعات سكانية يتوافر فيها كافة متطلبات الحياة من بنية اساسية وخدمات مستحقة وثقافة وتموين ، خاصة في منطقة وسط سيناء للحيلولة دون تفرغها سكانيا في ظل الاتجاه السائد لنزوح السكان منها الى مناطق الشمال والجنوب حيث يتوافر حجم ومستوى افضل من الخدمات .

و) تشجيع الدولة لمشاركة المجتمع المحلي في التنمية السياحية من خلال تقديمها للدعم والمساندة للبلد ،حتى يتمكنوا من انشاء المنشآت السياحية في المناطق القريبة من المحميات على ان ياخذ هذا الدعم شكل تخصيص الاراضى لهذا الغرض باسعار زهيدة ووفقا لاجراءات اقل صرامة من تلك التي تحتاجها التسهيلات السياحية الكبيرة والتي تحتاج الى رأس مال ضخم .

ي) توجيه الدولة لسياستها الانفاقية لإقامة أسواق تجارية ومناطق صناعية للمنتجات الزراعية، بالقرب من ميناء العريش لتصدير بعض المنتجات التي تتميز بها منطقة شمال سيناء بميزة نسبية.

## 2- السياسة الضريبية:

أ) منح الحوافز اللازمة لتشجيع المستثمرين (اجانب/محليين) على إعادة تشغيل مشروع فحم المغارة إما بمفرده أو بمشاركة الدولة. خاصة وأن هناك مخزون ضخم من الفحم يمكن استغلاله. وقد قدرت بعض الدراسات ان استغلال هذا الاحتياطي يمكن ان يقلل من الكميات المستوردة من الفحم لأغراض التوكويك والوقود بمقدار يصل إلى 600 الف جنية/ سنة وبالتالي توفير قيمتها بالعملة الأجنبية. بالإضافة إلى توفير فرص لتشغيل العمالة وإكسابها الخبرة بالتعامل مع التكنولوجيا الحديثة (8).

ب) منح الحوافز واصدار التشريعات التي تعمل على جذب الاستثمارات والخبرات العالمية والمحلية لعمليات المسح الجيولوجي للوصول إلى

8) مستقبل التنمية في محافظات الحدود (مع التطبيق على سيناء )، مرجع سبق ذكره ،ص 167

صورة دقيقة عما يوجد فى باطن أراضى شمال سيناء من ثروات طبيعية متمثلة فى شكل معادن ومواد خام. بالإضافة إلى دور الدولة فى توفير كافة المعلومات والبيانات الدقيقة حول حجم الثروة التعدينية.

ج) لمزيد من التشجيع على التوطن فى شمال سيناء يمكن الاستعانة بالحوافز والقوانين لنقل الصناعات ذات الطبيعة الخاصة والموجود حاليا داخل القاهرة لإعادة توطينها فى شمال سيناء بالقرب من مصادر مدخلات الانتاج مع الأخذ فى الاعتبار ضرورة إقامة مجتمعات عمرانية متكاملة يتوافر فيها كافة الخدمات الاجتماعية وبها كافة المرافق العامة لتحفيز العاملين فى تلك الصناعات على الانتقال إلى هذه المجتمعات الجديدة.

ح) تقديم الحوافز الضريبية والتسهيلات الائتمانية اللازمة لإقامة المشروعات المتوسطة والضحمة عالية القيمة المضافة (البتر وكيمائيات / الصناعات الالكترونية) فى المناطق الصناعية والتي تعتمد بصورة اساسية على الثروات المعدنية والخامات المتوفرة فى شمال سيناء. خاصة مع توافر المواد الخام اللازمة لهذه المشروعات. وحتى يمكن إقامة صناعات التعدين لرفع القيمة المضافة للخامات وتصديرها كسلع للخارج. ، نظرا لأن تصنيع المواد الخام يحقق العديد من المزايا منها رفع القيمة المضافة للمادة الخام وزيادة حجم وقيمة صادراتها والحصول على المزيد من العملة الاجنبية. كما تساهم عملية التصنيع فى خلق مجتمعات صناعية وتوفير فرص عمل خاصة فى حالة تعدد الصناعات التى تستخدم هذه المواد، اضافة الى انخفاض حجم الاستيراد والتوسع فى انتاج السلع البديلة للواردات.

د) ان تقوم هيئة الاستثمار بعمل دراسة جدوى للمشروعات الصناعية المستهدفة تنفيذها فى شمال سيناء مع وضع كافة الحوافز الخاصة بطبيعة كل مشروع وما يقرر لها من اعفاءات تتناسب ايضا مع طبيعة كل مشروع مع استثناء شمال سيناء من نظم المزايدات ومقابل التراخيص المعمول بها حاليا.

ذ) تقديم الحوافز الاستثنائية لمشروعات شمال سيناء لتشجيع التصدير.

س) تقديم الحوافز اللازمة لتشجيع المشروعات الصغيرة والمتناهية الصغر لما لها من دور هام فى التنمية الصناعية واطاحة فرص عمل بين اهالى سيناء خاصة اذا كانت تلك المشروعات تغذى وتكمل المشروعات الكبرى والمتوسطة. على ان يكون ذلك من خلال قيام الدولة بالتعاون مع الصندوق الاجتماعى للتنمية بتقديم الدعم المالى

والفنى اللازمين لاقامة مراكز لتشجيع وتنمية المشروعات الصغيرة والمتناهية الصغر ، و نشر هذه المراكز داخل التجمعات البدوية .  
(ص) تقديم الحوافز لتشجيع القطاع الخاص على الاستثمار في مشروع الكبريت إما بمفرده أو بمشاركة الدولة للاستفادة من مخزون الكبريت الضخم الذى تتميز به شمال سيناء، خاصة وإن شركات التقيب كشفت عن توافر حجم كبير من الأحتياطي يمكن استغلاله، كما أن وجود خطوط الغاز الطبيعي فى مناطق توافر عنصر الكبريت تعد من العناصر التى تساهم فى الاسراع فى بدء تشغيل المشروع.

(ط) تقديم الحوافز اللازمة لقيام القطاع الخاص بإنشاء مصانع لتصنيع الخلايا الشمسية التى تعتمد على عنصر الرمال البيضاء وتصديرها للخارج ، وإنشاء محطات لتوليد الكهرباء باستخدام الطاقة الشمسية .كما يمكن استغلالها فى تحلية مياه البحار خاصة وإن مصر تحتل المركز الخامس على مستوى المنطقة من حيث القدرة الساحلية على توليد الطاقة الشمسية .

(ع) تقديم الحوافز للقطاع الخاص للبدء فى انتاج الكهرباء اللازمة لتشغيل المصانع باستخدام الطاقة الجديدة والمتجددة (طاقة شمسية /رياح) ، خاصة وأن معظم المصانع كثيف الطاقة ، الأمر الذى يمكن ان يخفف العبء على الاحمال الكهربائية المتاحة من ناحية ويخفف من قيمة بند الدعم فى ميزانية الدولة من ناحية اخرى .

(غ) تقديم الحوافز للقطاع الخاص لإنشاء محطات لتحلية المياه لتوفير المياه اللازمة لعمليات التصنيع .

(ف) تشجيع القطاع الخاص على اقامة المجتمعات السياحية المتكاملة فى المناطق النائية مع التخطيط الجيد لها بحيث يتم ذلك فى اطار تحميل ميزانية الدولة باقل قدر ممكن من الاعباء .

(ق) وضع سياسة ضريبية تعتمد فى الاساس على تقديم الحوافز لتشجيع القطاع الخاص على الاستثمار فى كافة المجالات السياحية المتاحة فى شمال سيناء ، خاصة وأن هناك العديد من المشروعات المقترحة التى توفر العديد من فرص العمل لانباء سيناء وغيرهم وتضيف الى الطاقة الفندقية للقطاع السياحي وتزيد من عدد الليالى السياحية . ( مثل مشروع شاطئ الرواق بينر العبد والذى تصل مساحته الى 30 مليون متر مربع ، ويمكن للدولة ان تطرحه لمستثمر رئيسي او تدخل الدولة فى المشروع كشريك بالارض )

(ك) منح حوافز لتشجيع شركات التنمية السياحية المحلية والاجنبية على التنمية السياحية المتكاملة خاصة فى المناطق النائية.

(ل) توجيه المستثمرين لإنشاء شركات صيد لتداول وتجهيز وحفظ وتعبئة الاسماك وصيانة مراكب الصيد. بالإضافة إلى العمل على استغلال الأراضي الملاصقة لبحيرة البردويل فى الأنشطة المتعلقة بالاستزراع السمكى. خاصة مع وجود اتجاه عام لرفض فكرة عمل مشروعات مزارع سمكية فى منطقة مشروع ترعة السلام لما تشكله هذه النوعية من المزارع من ضغط على محطات الصرف والمياه الحالية (من حيث ساعات التشغيل / كمية المياه المنصرفة التى تستوعبها). مما يقلل من العمر الافتراضى لطلمبات محطات الصرف. كما أن لها تأثير سلبى على البنية الأساسية للرى والصرف بالمنطقة<sup>(9)</sup>.

(م) تقديم الحوافز الضريبية المتمثلة فى الإعفاء من الضرائب الجمركية التى تفرض على أدوات ومعدات الصيد المستوردة لتشجيع التوجه لنشاط الصيد (خاصة وأن هذا النشاط تزداد أهميته يوماً بعد يوم إلى أن أصبح نسبه مشاركته (الاستزراع السمكى) تمثل 74% من الناتج القومى المصرى من الاسماك مع تعديل القانون 124 لسنة 1983 بحيث يُجرم استخدام مياه الصرف الزراعى فى المزارع السمكية حيث يؤثر ذلك سلباً على السمعة الدولية للأسماك المنتجة فى مصر ويقلل من حجم الصادرات. وايضا تشديد عقوبة التعدى على حرم البحيرات (البردويل)

<sup>9</sup>(جريدة الاخبار .. العدد 7134 لسنة 55 -تاريخ 2007/3/24

## قائمة المراجع

أولاً: الكتب

- ابراهيم امين غالى ،سيناء المصرية عبر التاريخ ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ،2012
- د/اسماعيل سراج الدين -سيناء فى قلب مصر - مكتبة الاسكندرية - الاسكندرية -2010
- د/حامد عبد المجيد دراز ،السياسات المالية ، دار فاروس العلمية الاسكندرية ،2012
- الهيئة العامة للاستعلامات ،سيناء والمشروع القومى والتنمية — القاهرة -1995
- فاروق جويده "اغتصاب وطن " -دار الشروق - القاهرة -2010
- ممدوح حامد عطية ،شبه جزيرة سيناء ، المكتب العربى للمعارف - القاهرة -1999

ثانياً: التقارير والدوريات والبحوث

- الجهاز المركزى للتعبئة العامة والاحصاء، مقومات وموارد التنمية وفرص الاستثمار فى محافظة شمال سيناء -القاهرة -مارس 2010.
- بسام احمد عثمان ، التاجير التمويلي ودوره فى تفعيل مشروعات النقل بالسكك الحديدية ،مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية - المجلد 27 -العدد الثالث-2011(ص604-609)
- رانيا صبرى واخرون ، الرؤية المستقبلية لتنمية سيناء - مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار -مجلس الوزراء المصرى - القاهرة - يونيو -2009
- د/محمد عمر ابو دوح ،امكانيات السياسة المالية فى تحقيق الامن المائى المصرى فى ظل تنامى التنافس الاقليمى والعالمى على مياة النيل ،مجلة كلية التجارة للبحوث العلمية ،مجلد 4، يناير 2012
- مركز معلومات مجلس الشورى ، التنمية المتكاملة لسيناء ومحاور السياسة المنفذة لها ، التقرير النهائى للجنة الانتاج الصناعى والطاقة، دورة الاتعداد العادى 29-القاهرة 2009
- مركز المعلومات ودعم القرار، نحو اطار متكامل لتنمية سيناء(0التقرير الاول) ، الادارة العامة لمتابعة وتقويم السياسات ،مجلس الوزراء المصرى ، مارس 2013

- معهد التخطيط القومي، مستقبل التنمية في محافظات الحدود (مع التطبيق على سيناء ) ، سلسلة قضايا التخطيط والتنمية رقم (201) ، القاهرة ، أغسطس 2007
- معهد التخطيط القومي، المشروعات القومية للتنمية الزراعية في الاراضي الصحراوية -سلسلة قضايا التخطيط والتنمية رقم (223) — القاهرة يوليو 2010
- " موسوعة المجالس القومية المتخصصة -تفعيل تنمية وتعمير سيناء ..استراتيجية حتمية لمصر " - المجلد 37 (2011/2010)

### ثالثا : مراجع من الشبكة الدولية

- الاطماع الاسرائيلية في المياة العربية وانعكاساتها على الامن القومي العربي .

[http:// www.alukah.net/ publication  
\\_competitions/0140041/](http://www.alukah.net/publication_competitions/0140041/)

- التوجة الاستراتيجي للدولة لتعمير وتنمية سيناء 2009 -  
مركز المعلومات -محافظة شمال سيناء .

[/http://www.northsinai.gov.eg/studies/DocLib](http://www.northsinai.gov.eg/studies/DocLib)

- اعرف بلدك "سيناء الهيكل العمراني" ..

<http://www.ouregypt.us/saina/sainas3.html>

-المياة العربية وحروب اسرايل المستقبلية

[htt://www.djazairnews](http://www.djazairnews)

[.info/index.php?view](http://www.djazairnews.info/index.php?view)

[=article&tmpl=component&id =53894](http://www.djazairnews.info/index.php?view=article&tmpl=component&id=53894)

-"اين مياة الشرب في سيناء" "

<http://www.madamasr.com/ar/opinion>

- بيانات احصائية موجزة 2012 ، مركز معلومات شمال سيناء

<http://www.northsinai.gov.eg/studies/DocLib>

202013



- بيانات قطاعية مقارنة "شمال سيناء منذ التحرير 1981-2012".  
<http://www.northsinai.gov.eg/studies/DocLib 2012-1981>

- تجميد 700 مليون جنيه في مشروع ربط سيناء والدلتا  
<http://www.masress.com/alwafd/11650>

- جدوى استكمال خط السكك الحديدية من بنر العبد حتى رفح ، 2005 ،  
مركز معلومات ، محافظة شمال سيناء .  
[/http://www.northsinai.gov.eg/studies/DocLib](http://www.northsinai.gov.eg/studies/DocLib)

خط السكك الحديدية (الاسماعيلية/ رفح )  
<http://www.masress.com/alwafd/11650>

دور البنوك في التنمية الاقتصادية  
<http://onaeg.com/?p=963221>

- "دور البورصة في التمويل"  
[Iqtissad.blogspot.com.eg/2012/03/blog-post\\_30.html](http://Iqtissad.blogspot.com.eg/2012/03/blog-post_30.html)

- عاطف هلال ،.. المشروع القومي لتنمية سيناء (1994-2017)  
[/mental\\_responses/water\\_resources/sinsinatdev](http://mental_responses/water_resources/sinsinatdev)  
<http://atef.helals.net>

- مجدى البسطويسى وآخرون ، تقييم ودراسة استراتيجية التنمية  
العمرانية الشاملة لأقليم سيناء وقناة السويس حتى عام 2017 .  
AL-Azhar University Engineering Journal  
،JAUES.Vol.2,No.9,Apr.2007

- مزايا قانون التملك الجديد  
<http://www.alborsanews.com/2015/08/17>

من المقالات الآتية:  
- "جهاز تنمية سيناء :تفعيل القانون لتفعيل دور الجهاز بعد 3 سنوات  
مكاتب المحاسبة العالمية :تعديلات قانون التنمية المتكاملة لسيناء خطوة  
في الاتجاه الصحيح .  
-السياسي يخفف شروط عمل المستثمرين الاجانب في سيناء

- مشروعات لم تكتمل، مركز معلومات شمال سيناء  
<http://www.northsinai.gov.eg/studies/DocLib>.

مصر تطالب اسرائيل ب 500 مليار دولار لتعويض عن احتلال سيناء  
[http://www.anp-dzc.com/t10317\\_\\_topic](http://www.anp-dzc.com/t10317__topic)

مقومات وفرص الاستثمار، مركز معلومات شمال سيناء  
<http://www.northssinai.gov.eg/invest/opportunity/display.aspx?ID=14>

من عام 1916 مرورا بعام 1967 وحتى عام 2000 .. لا نصيب للمواطن  
في قطارات سيناء  
<http://www.masress.com/alahaly2603/>

ندوة الاهرام "سيناء على طريق التنمية" العدد 46095 السنة 137  
<http://www.masress.com/aharam...>

ثالثا: مقالات من الصحف المصرية:

- الاخبار .. العدد 7134 لسنة 55 - تاريخ 2007/3/24  
- المصري اليوم - "30 عاما من المشروعات في سيناء ... تنمية من  
ورق " السنة العاشرة - العدد 3420 - تاريخ 2013/10/25  
- المصري اليوم.. "ترعة السلام مليئة بالعيوب وتوشكى معزولة .. ولن  
ايأس من ممر التنمية " ، حوار فاروق الباز - تاريخ 2009/3/29  
- شيماء ابو الليل ، " هروب ال19 عاما على تنمية سيناء " ، الاهرام  
العدد 46151 - تاريخ 2013/4/15

رابعا : الندوات والمؤتمرات:

.. " نحو خارطة طريق للاسراع بتنمية وتعمير سيناء " ، المنتدى العلمي  
لجامعة قناة السويس- الاسماعلية - اكتوبر 2012 .  
.. وفاء عثمان، الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص ، (ندوة عقود  
المشاركة P.P.P واثارها )، القاهرة اغسطس 2008

**خامسا: القرارات والقوانين:**

- المرسوم بقانون رقم 14 لسنة 2012 بشأن التنمية المتكاملة لشبه جزيرة سيناء،  
الوقائع المصرية العدد 210 (تابع) في 2012/9/13
- قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 5 لسنة 2015 بتعديل بعض احكام المرسوم بقانون رقم 14 لسنة 2012 بشأن التنمية المتكاملة في شبه جزيرة سيناء، الجريدة الرسمية - العدد 33(مكرر) اغسطس 2015