

## اتفاقات التعاون وأثرها على

### امتداد شرط التحكيم

الدكتور/ بلال عبد المطلب بدوي

أستاذ القانون التجاري والبحري المساعد

كلية الحقوق - جامعة عين شمس

### مقدمة

إن قراءة متأنية للتطورات الاقتصادية التي لحقت بالكثير من الدول، وبخاصة في أعقاب الثورة التكنولوجية، لهي كفيلة لأن تظهر لنا وبوضوح كيف غدت أعمال التشييد والبناء ذات أثر كبير في رسم هذه التطورات، بل لعلنا لا نبالغ إذا ما قلنا بأنها تعد حجر أساس لها، باعتبار أنها ترتبط بالعديد من الأنشطة ذات الصلة بعوامل تقدم الاقتصاد من عدمه، وبما تتطلبه من توافر العديد من الإمكانيات الفنية والمالية.

إلا أنه ومع تلك الأهمية المتزايدة لهذه العقود، فإنها مازالت لا تحظى بتنظيم تشريعي يتناسب مع تلك الأهمية، ليس فقط على الصعيد الوطني، بل وعلى الصعيد الدولي أيضاً، وهو ما جعل من الاتفاقات التي تبرم بين الأطراف المعنيين بموضوعات هذه العقود مصدراً قانونياً للعلاقات الناشئة عنها، وفتح من ثم باب الاجتهاد لكل من الفقه والقضاء لإبداء الرأي فيما لا تحسمه العقود المبرمة بشكل صريح، ومن هنا بدت الدراسات المقدمة في هذا الشأن ذات أهمية خاصة لما تمثله من مساهمة في توفير تنظيم متكامل لهذا النوع من العقود.

ودون الخوض في تفاصيل بنود تلك العقود، فلعل ذلك مما قد يخرج عن نطاق هذه الدراسة، إلا أن ما يستوقفنا هنا هو ذلك البند المتعلق بتسوية المنازعات التي قد تنشأ بين أطراف هذه العقود، خاصة وإن إمكانية نشوب منازعات بين أطرافها هو أمر وارد، حتى مع محاولة كافة الأطراف أداء الأدوار المنوطة بهم على النحو المتفق عليه.

ولا شك أن الآلية الأكثر ملائمة لتسوية تلك المنازعات ستكون تلك التي تتناسب وطبيعة تلك العقود، وتستجيب - قدر الإمكان - إلى ما يمكن إن يحافظ على العلاقات بين الأطراف، بما يضمن تنفيذ المشروع موضوع التعاقد على النحو الأمثل، مع حصول كل طرف على حقوقه. ومن هنا بدأ التحكيم هو الأداة المناسبة لتحقيق ذلك بما يوفره من مزايا مختلفة تجعله يفوق كثيرا القضاء، وتلبي احتياجات أطراف تلك العقود، من أبرزها ما يوفره التحكيم من مرونة في الإجراءات الخاصة بنظر المنازعات التي تخضع له، ومن حيث منح الأطراف حرية اختيار القانون واجب التطبيق على منازعاتهم، بالإضافة إلى إمكانية أن تضم هيئة الفصل في النزاع أشخاصا يتمتعون بخبرة كافية تؤهلهم لإصدار أحكامهم على نحو يعبر عن فهم حقيقي لطبيعة المنازعات المعروضة عليهم، خاصة وأن صناعة البناء والتشييد تقوم على أعراف وتقالييد خاصة بها، قد لا يكون من السهل على القضاء الوقوف عليها بذات القدر الذي يمكن أن يقوم به المعنيون فيها المجال، والذين يتم اختيار هيئات التحكيم من بينهم في الغالب.

إلا أن اللجوء إلى التحكيم في هذه العقود لم يظهر بشكل مباشر، فقد فرضت الطبيعة الخاصة للعقود الدولية للإنشاءات وجود حاجة ملحة إلى اللجوء إلى الوسائل الودية لتسوية المنازعات الناشئة عنها قبل اللجوء إلى التحكيم، فكانت آليات التفاوض المباشر والوساطة والتوفيق والخبرة الفنية وغيرها، في محاولة أولية من الأطراف لمنع تفاقم تلك المنازعات، والحد من عرضها على القضاء أو حتى على التحكيم.

وقد استجاب المجتمع الدولي لهذه الحاجة، حتى صدرت نماذج عقدية موحدة تتضمن آلية خاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الإنشاءات تتفق وطبيعة تلك العقود، وصدر في هذا الشأن ما يسمى بنماذج عقود الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين (الفيديك)، والتي نصت على دور هام للمهندس الاستشاري في مجال الفصل في المنازعات



التي يعرضها على أطراف العقد<sup>1</sup>، وهو ما لم يحظ بتأييد واسع على مستوى القوانين المختلفة، وذلك في ضوء الدور المزدوج الذي يمارسه المهندس الاستشاري، والذي يجعل منه خصماً وحكماً على نحو لا يتفق وأصول التقاضي، وقد دفع ذلك بالعاملين في هذا المجال إلى العمل على استبدال وسائل أخرى به، فكانت مجالس تسوية المنازعات، ومن ثم التحكيم بما ينطوي عليه من إيجابيات وسلبيات، وما يسفر عنه من مشكلات.

وإذا كان التحكيم يمثل أهمية كبيرة في مجال فض المنازعات، فإنه مما يزيد من أهميته في مجال العقود الدولية للإنشاءات، بالإضافة إلى قيمتها المادية الضخمة، أن تلك العقود بحسب الأصل هي عقود مركبة، وأن تنفيذها منوط بأكثر من طرف، وأن كل طرف من هؤلاء الأطراف لا يمارس عمله بمعزل عن باقي الأطراف الأخرى، وهو ما يظهر بشكل واضح في إبرام عدد من الاتفاقات بين هؤلاء الأطراف مع بعضهم البعض من ناحية، وبينهم وبين رب العمل من ناحية أخرى.

وبعبارة أخرى يمكن لنا أن نتصور في عقد واحد من العقود الدولية للإنشاءات وجود رب عمل ومقاول أو أكثر ومهندس استشاري ومكتب دراسات هندسية، ومقاولين من الباطن. ولا شك أن مثل هذا التواجد كفيل بأن يخلق نوعاً من التعارض في المصالح بين هؤلاء الأطراف، وهو ما قد يستتبع احتمالية زيادة المنازعات التي قد تنشأ بينهم. وتبدو هذه المسألة أكثر وضوحاً فيما يسمى باتفاقات التعاون، وهي تلك الاتفاقات التي تبرم بين المقاولين في سبيل عقد الإنشاءات، وذلك على اعتبار أن تلك الاتفاقات تمثل إحدى أهم الركائز التي يستند إليها تنفيذ عقد الإنشاءات، وأنه كثيراً ما يكتنفها مشاكل عملية تحول دون أداء أطرافها للأدوار المرتقبة منهم، كل بحسب اختصاصه، فتظهر من ثم المنازعات التي تكون بحاجة إلى تسويتها حتى يستمر تنفيذ العقد بالشكل المناسب.

---

1 انظر البند (٦٧) من الطبعتين الثالثة والرابعة من نماذج عقود الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين (الفيديك).

وإذا كان التحكيم هو الآلية الأنسب في هذا الشأن كما ذكرنا توأ، فإنه - أي التحكيم - لا يلزم بحسب الأصل سوى أطرافه الذين وقعوا على الاتفاق الخاص باللجوء إليه بديلاً عن القضاء، وهنا تكمن المشكلة الحقيقية والتي تقترن بخصوصية التحكيم في عقود الإنشاءات، حيث يكون هناك عقد مركب يتنازع بشأن تنفيذه عدد من الأطراف منهم من وقع على اتفاق التحكيم، ومنهم من لم يوقع، لكن له مصلحة في حسم النزاع، وهو الأمر الذي يثير مسألة إمكانية تدخله في الدعوى التحكيمية عند تشكيل هيئة التحكيم، وسريان الدعوى في مواجهته، ومن ناحية أخرى فإن شقاً آخر للموضوع يفرض نفسه فيما يتعلق بمدى إمكانية الاحتجاج بشرط التحكيم على أطراف في عقد لم يوقعوا على ذلك الشرط.

وهنا تبدو خصوصية التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، بما تتمتع به من ذاتية مركبة تستلزم معالجة الموضوع بمراعاة تلك الطبيعة من ناحية، وبما لا يخرج عن أصول التحكيم الواجب مراعاتها من ناحية أخرى. وهذا ما سنحاول أن نسلط عليه الضوء في دراستنا هذه، وذلك من خلال تقسيمها إلى فصلين، وذلك على النحو الآتي:

**الفصل الأول: اتفاقات التعاون في العقود الدولية للإنشاءات.**

**الفصل الثاني: نطاق شرط التحكيم في اتفاقات التعاون.**

### **الفصل الأول**

#### **اتفاقات التعاون في العقود الدولية للإنشاءات**

تلعب اتفاقات التعاون دوراً بالغ الأهمية في تنفيذ العقود الدولية للإنشاءات، وذلك نظراً للطبيعة الخاصة لتلك العقود، وما يستغرقه تنفيذها من وقت طويل، وإجراءات معقدة تتطلب الدخول في هذا النوع من الاتفاقات في إطار تنفيذ تلك العقود.

وسوف نعرض في هذا الفصل لهذه الاتفاقات، وصورها المختلفة، والأحكام التي تنظمها، إلا أننا قبل ذلك نرى أن نتعرض - بإيجاز - إلى العقود الدولية للإنشاءات على اعتبار أن اتفاقات التعاون إنما تبرم في إطار

هذه العقود، وهو ما يستلزم الإلمام بالأحكام العامة لها حتى يتسنى فهم اتفاقات التعاون بشكل دقيق.

وعلى ذلك نقسم الدراسة في هذا الفصل إلى مبحثين، وذلك على النحو الآتي:

**المبحث الأول:** ماهية العقود الدولية للإنشاءات وخصائصها.

**المبحث الثاني:** المقصود باتفاقات التعاون وأنواعها.

### المبحث الأول

#### ماهية العقود الدولية للإنشاءات وخصائصها

نتناول في هذا المبحث المقصود بالعقود الدولية للإنشاءات، ثم خصائص العقود الدولية للإنشاءات وتمييزها عن غيرها من العقود، كل في مطلب مستقل.

#### المطلب الأول

##### المقصود بالعقود الدولية للإنشاءات

لما كانت العقود الدولية للإنشاءات عقوداً مركبة، يتداخل فيها أطراف متعددون بقصد تنفيذ مهام مختلفة، كل بحسب اختصاصه، فقد أدى ذلك إلى صعوبة وضع تعريف محدد لهذا النوع من العقود، ليس ذلك فحسب، بل ظهرت منها صور مختلفة وأنماط متعددة قريبة الشبه ببعضها، حتى أخذ البعض يطلق هذا المسمى على بعض العقود دون تمييز، فظهرت مسميات مختلفة، من أبرزها العقود الدولية للبناء والتشييد، وعقود المقاولات الدولية للإنشاءات المدنية، والعقود الدولية للأشغال العامة، وغيرها<sup>1</sup>.

ومما زاد من صعوبة وضع تعريف محدد لهذه العقود تعدد الصور التي يتم إبرام العقود تنفيذها وفقاً لها، فهناك أشكال مختلفة تتباين بحسب

---

1 من تلك المسميات أيضاً عقود بيع الوحدات الصناعية، وعقود التنمية الدولية، وهذه العقود جميعها تختلف فيما بينها في قليل أو كثير من الأمور. انظر د. جميل الشرفاوي، محاضرات في العقود الدولية، دبلوم قانون التجارة الدولية، كلية الحقوق بجامعة عين شمس، ١٩٩١ - ١٩٩٢، صفحة ٦٢.

طبيعة المشروع المراد تنفيذه، ودور كل طرف فيه، خاصة وأن أحد الأطراف غالباً ما يكون الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة، وهو ما يلقي بمزيد من الصعوبة على وضع تعريف لتلك العقود، وقد انعكس ذلك بشكل واضح على الدراسات الفقهية التي تبدو قليلة نسبياً في هذا الموضوع رغم أهميته بالمقارنة مع العديد من العقود الأخرى التي تحظى بنصيب أوفر من أجتهدات الفقه ومساهماته. ولعله مما يوجب العذر للفقه في هذا الشأن غياب التنظيم التشريعي لهذا الموضوع من ناحية<sup>١</sup>، ثم ندرة الأحكام القضائية الصادرة بشأنه من ناحية أخرى<sup>٢</sup>، وذلك لا لنقص في المنازعات المثارة بسببه، وإنما لكون الفصل في تلك المنازعات إنما يتم عن طريق التحكيم، والذي يتم سراً.

وأياً ما كان عليه الحال، فإن ثمة تعريفات قد قيلت في هذا الصدد على سبيل الاجتهاد، لن نخوض فيها هنا على التفصيل الذي وردت عليه، وإنما نكتفي بالتعريف الذي نراه أكثر مناسبة من غيره، ونشير هنا إلى أنه في ضوء ما سبق ذكره من أسباب وعوامل محيطة بهذا الشأن، فلعله يكون من الأوفق التوسع في التعريف المقترح بحيث يشمل معظم هذه صور هذه العقود، إن لم يكن كلها، وعلى نحو يتصف بالمرونة.

1 تجدر الإشارة هنا إلى أن بعض الدول قد وضعت تعريفاً للعقود الدولية للإنشاءات، إلا أنه تعريف لا يمكن أن يستشف منه خصائص هذا العقد بشكل واضح، ومن أبرز تلك الدول بريطانيا، حيث تم تعريف تلك العقود في ظل القانون الصادر هناك في هذا الشأن في سنة ١٩٩٦ بأنه "الاتفاق مع شخص معين على أي من الأعمال الآتية: أ. القيام بعمليات البناء ب. اتخاذ الترتيبات المناسبة لتنفيذ عمليات البناء بواسطة الآخرين، سواء في صورة تعاقد من الباطن لصالحه أو خلاف ذلك. ج. توفير العمل لنفسه أو العمل للآخرين للقيام بعمليات البناء.

2 من التعريفات التي ساقها القضاء في فرنسا لعقود ذات صلة بالعقود الدولية للإنشاءات ما ذهب إليه محكمة النقض الفرنسية في تعريفها لعقد المقاولة بأنه "اتفاق بواسطته يكلف شخص ما شخصاً آخر بشكل مستقل بتنفيذ عمل دون أن يكون ممثلاً له". حكم مشار إليه لدى د. مصطفى رشدي شيحة، بعض المظاهر المالية والقانونية لعقد المقاولة الدولي، بحث منشور في كتاب مقاولات الأعمال المدنية، والصادر عن مكتب الشلقاني للمحاماة والاستشارات القانونية، القاهرة، ١٩٩٥، صفحة ٢٦.

ونحن هنا نؤيد ما انتهى إليه البعض من تعريف العقود الدولية للإنشاءات بأنها "تلك التي تبرم بين طرفين يتعهد أحدهما بتشييد مشروع ما (مثل أعمال البناء أو أشغال هندسية أو غير ذلك)، وما يرتبط بذلك المشروع من أعمال (مثل توريد التكنولوجيا) في مقابل أجر يحصل عليه من الطرف الآخر، والذي قد يكون في صورة حصة في مشروع مشترك توزع أرباحه وخسائره بين أطرافه".<sup>1</sup>

وتجدر الإشارة هنا إلى أن أطراف هذه العقود غالباً ما يكون أحدهما وطنياً، ويتمثل في الدولة أو احد الأشخاص المعنوية العامة، وطرف آخر أجنبي وهو الطرف القائم على تشييد المشروع، وغالباً ما يكون شخصاً خاصاً.<sup>2</sup> وهذا ما تقتضيه الطبيعة الدولية لتلك العقود، والتي تركز على اعتبار العقد دولياً متى اتصلت عناصره القانونية بأكثر من نظام واحد، ومن أبرز تلك العناصر ما يتعلق بجنسية المتعاقدين، وإن كان البعض يرى أن عامل اختلاف الجنسية لا يكفي وحده لإضفاء صفة الدولية على العقد، وأنه لا بد من وجود عوامل أخرى أكثر تأثيراً منه لاعتبار عقد الإنشاءات دولياً، وذلك مثل مكان تنفيذ العقد، واختلاف مكان المتعاقدين. واستند في ذلك إلى ما انتهت إليه محكمة النقض الفرنسية من اعتبار أحد العقود المعروضة عليها عقداً وطنياً بالرغم من اختلاف جنسية أطرافه.<sup>3</sup> وينتهي هذا الرأي، ونحن معه، إلى اعتبار أن عقد

---

1 انظر في تعريف العقود الدولية للإنشاءات على هذا النحو أو قريباً منه د. أحمد شرف الدين، دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، بدون ناشر، بدون تاريخ نشر، صفحة 5.

ونشير هنا إلى أن الفقه الحديث - مقتدياً بالقوانين المختلفة - قد جرى على استبدال كلمة "أجر" بكلمة "ثمن" التي جرت التشريعات القديمة على استخدامها للتعبير عما يتقاضاه الما قول من أجر.

2 لا يمنع ذلك من أن تبرم هذه العقود بين طرفين من أشخاص القانون العام أو أن يكون كلا الطرفين من أشخاص القانون الخاص، وإن كان ذلك نادراً.

Cass, Nov. 2, 1932 3

مشار إليه لدى د. هشام خالد، ماهية العقد الدولي، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2007، صفحة 26.

الإنشاءات يكون دولياً متى تطرقت الصفة الأجنبية إلى أحد العناصر المؤثرة في العقد كمحل التنفيذ أو مكان إقامة المتعاقدين، علاوة على ضرورة أن يترتب على العقد انتقال الأموال أو السلع أو الخدمات من دولة إلى أخرى<sup>١</sup>.

أما محل العقد فيتمثل في الغالب في أعمال البناء أو الأشغال الهندسية المدنية أو التشييدات الصناعية أو غيرها من ذات الطبيعة، وقد تكون هذه الأعمال جميعها مطلوبة، كما قد يكون واحداً أو أكثر فقط هو المطلوب<sup>٢</sup>.

ويتم إبرام هذه العقود - وفق أكثر الصور انتشاراً لها - من خلال قيام رب العمل بالتعاقد مع مهندس استشاري يتولى إعداد الرسوم والتصميمات والمخططات الخاصة بالمشروع، وقد يعهد إليه بالإشراف على تنفيذ المشروع، كما يقوم رب العمل أيضاً في ذات الوقت بالتعاقد مع مقاول عام يتولى القيام بتنفيذ المشروع، سواء قام بذلك بنفسه أو عن طريق مقاولين من الباطن<sup>٣</sup>.

وقد يقوم رب العمل - رغبة منه في تقليل التكاليف - بالتعاقد مع عدد من المقاولين ليقوم كل منهم على حده بتنفيذ جزء من المشروع، فيما يكون رب العمل نفسه هو المسئول عن التنسيق بين المهندسين الذي تولى تصميم المشروع والمقاولين القائمين على تنفيذ ذلك التصميم، وقد ينبى في ذلك المهندس ليقوم بهذا الدور بدلاً عنه.

وفي حالات أخرى قد يتعاقد رب العمل مع شخص آخر يسمى "مدير المشروع" ليتولى إدارة عملية تنفيذ المشروع عبر مراحلها المتعددة،

- 1 انظر في ذلك د. أحمد حسان حافظ مطاوع، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧، صفحة ٤١.
- 2 لا يوجد ما يمنع من أن ترد هذه العقود على منقولات، كما لو كان الأمر خاصاً ببناء سفينة أو طائرة أو غيرها من المنقولات.
- 3 غالباً ما يتم اختيار المقاول عن طريق المناقصات، وذلك لضمان الحصول على أفضل الإمكانات بأقل الأسعار. انظر د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، صفحة ٦٠.

ومن مختلف جوانبها، من حيث تنظيم إدارة الوقت والتكلفة، والتنسيق بين المقاولين والإشراف على تنفيذ الأعمال.

وهناك صورة أخرى منتشرة في هذا الصدد، ونقصد بها ما يسمى بعقود تسليم المفتاح، وفيها يتم التعاقد بين رب العمل وطرف آخر (مقاول) يتولى تنفيذ جميع الالتزامات وأداء كافة المهام اللازمة لإتمام المشروع موضوع التعاقد، بدءاً من إعداد التصميمات، وحتى تنفيذ كافة الأعمال الأخرى المطلوبة، من توريدات وتشبيكات، وذلك حتى يتم تسليم المشروع إلى رب العمل، بحيث يكون ذلك الطرف المقاول مسؤولاً وحده عن أي إخلال يحدث في المشروع، وبذلك يوفر رب العمل على نفسه الوقت والجهد اللذين قد يبذلهما في حالة التعاقد مع أكثر من جهة لتنفيذ المشروع<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه بالنظر إلى ما تتسم به عقود الإنشاءات من طبيعة فنية معقدة، وما تستتبعه تلك الطبيعة من متطلبات مالية وخبرات، فإنه كثيراً ما يحدث أن تتجمع الشركات المنوط بها تنفيذ تلك العقود بحيث تظهر كمقاول واحد يتولى تنفيذ العقد مع رب العمل، ويأخذ مثل هذا التعاون بين المقاولين أكثر من صورة من أبرزها ما يسمى "باتفاق الكونسرتيوم" و"المشروع المشترك" وهما محل هذه الدراسة تفصيلاً في موضع لاحق منها.

### المطلب الثاني

#### خصائص العقود الدولية للإنشاءات وتمييزها عن غيرها

في ضوء ما سبق ذكره بشأن تحديد المقصود بالعقود الدولية للإنشاءات، وفي سبيل تحديد نطاق هذه الدراسة على وجه الدقة، يبدو من الأهمية بمكان بيان خصائص تلك العقود، وذلك حتى يتسنى لنا التفرقة بينها وبين غيرها من العقود التي تتشابه معها في الخصائص.

1 لمزيد من التفاصيل بشأن عقد تسليم المفتاح، انظر د. محسن شفيق، عقد تسليم المفتاح، نموذج من عقود التنمية، دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر.

وتتميز العقود الدولية للإنشاءات بمجموعة من الخصائص التي تجعلها مختلفة عن غيرها، من أبرزها أنها عقود مركبة، وهو ما يظهر بشكل واضح في وجود عدد من الأطراف فيها، والذين ينشأ بينهم علاقات متداخلة في صورة عقود متعددة، تختلف بحسب موضوعها. كذلك فإن تنفيذ هذه العقود يستغرق وقتاً طويلاً، وذلك نظراً لطبيعة الأعمال التي تستلزمها، وهذا بدوره يتطلب وقتاً في المفاوضات التي تجري تمهيداً لإبرامها، والواقع أن طول مدة هذه العقود يزيد من احتمالية نشوب منازعات خلالها، والتي قد تنشأ من أسباب مختلفة مرتبطة بأطراف العقد وإمكانية تعرضهم لظروف قد تحول بينهم وبين تنفيذ التزاماتهم على النحو المتفق عليه، أو مرتبطة بالظروف الاقتصادية التي قد تؤثر على تنفيذ العقد، مثل اختلاف أسعار مواد البناء أو التكاليف المطلوبة لتسليم المشروع أو حتى قد ترتبط بتغير البيئة القانونية الحاكمة للمشروع، فتظهر قوانين جديدة تفرض أحكاماً مختلفة عن تلك التي أبرم العقد في ظلها، أو تفرض إجراءات قد تزيد من صعوبة التنفيذ أو تعرقه. ولعل هذا هو ما دفع المتعاملين في هذه العقود إلى محاولة التعرض لتلك المخاطر ومواجهة احتمالية نشوب منازعات بسببها من خلال آلية تكون أكثر قدرة على التفاعل معها بشكل مناسب، فكان اختيارهم للتحكيم.

في ضوء هذه الخصائص يمكن لنا التفرقة بين العقود الدولية للإنشاءات وغيرها من العقود التي تقترب معها في الخصائص.

ولعل أبرز تلك العقود هي عقود الأشغال العامة الدولية، والتي يعرفها الفقه<sup>1</sup> بأنها "اتفاق بين جهة الإدارة وأحد المقاولين يقوم بمقتضاه المقاول ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات معينة لحساب جهة الإدارة تحقيقاً لمنفعة عامة".

1 انظر د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، القاهرة، مطبعة جامعة عين شمس، الطبعة الخامسة، ١٩٩١، صفحة ١٢٥.



والظاهر من التعريف السابق أن هذا العقد يختلف عن العقد الدولي للإنشاءات في أكثر من جانب، ذلك أن هذا الأخير، وعلى نحو ما عرضنا له، وإن كان الغالب أن يبرم بين شخص معنوي عام (رب العمل)، وآخر خاص (المقاول)، إلا أنه ذلك ليس أمراً لازماً، فمن المتصور أن يبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص (كشركتي مساهمة مثلاً)، بحيث يكون الهدف منه تحقيق مصلحة لرب العمل، في حين أن عقد الأشغال العامة لا بد وأن يبرم بين طرفين أحدهما على الأقل شخص معنوي عام، وذلك بقصد تنفيذ أشغال عامة لحسابه<sup>1</sup>.

وبعبارة موجزة يمكن القول بأن وجود الدولة أو احد الأشخاص المعنوية العامة هو شرط لازم لقيام عقود الأشغال الدولية، في حين أنه ليس كذلك في العقود الدولية للإنشاءات.

ومن ناحية أخرى، وارتباطاً بالفرق السابق، يبدو هناك فرق آخر بين العقدين، ويتعلق بالهدف من إبرام كل منهما، فعقد الأشغال العامة يرتبط بالضرورة بتحقيق مصلحة عامة (كما في حالة بناء مساكن لمواطنين)، ويكون كذلك إذا ما كانت الأعمال موضوع العقد واردة على عقارات تدخل في الدومين العام، أو حتى في حساب شخص خاص لكن من أجل تنفيذ مهمة مرفق عام<sup>2</sup> والأمر ليس كذلك بالضرورة في العقود الدولية للإنشاءات، فقد يكون الغرض منها تحقيق مصلحة خاصة برب العمل، دون أن تكون هناك مصلحة عامة من جراء تنفيذه.

1 يكفي هنا أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام، ولو كان العقار خاصاً حتى يعد من عقود الأشغال العامة. وفي هذه الحالة، فإن العمل يعد قد تم لحساب شخص معنوي عام إذا كان له إشراف مباشر ودقيق على الأعمال، أو كان مآل العقار إلى شخص عام بعد مدة معينة، علماً بأن القضاء في فرنسا قد أقر بالصفة العامة لعقود الأشغال التي يبرمها أشخاص القانون الخاص بالوكالة عن أحد الأشخاص العامة. انظر د. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلب الحقوقية، بدون تاريخ، صفحة ٣١.

2 ارتبط عقد الأشغال العامة في البداية بفكرة الدومين العام، إلا أنه تم العدول عن تلك الفكرة استناداً إلى استقلال فكرة الأشغال العامة عن الأموال العامة. انظر د. محمد عبد المجيد إسماعيل، المرجع السابق، صفحة ٢٨.

من العقود الأخرى التي تقترب من العقود الدولية للإنشاءات ما تسمى بعقود البوت BOT ، والتي ذهب بعض الفقهاء إلى وضع تعريف لها في ضوء القصور التشريعي في تنظيمها، وانتهى إلى أنها "العقود التي تتعهد بموجبها الحكومة إلى إحدى الشركات الوطنية أو الأجنبية، وسواء كانت من شركات القطاع العام أو الخاص (وتسمى بشركة المشروع)، وذلك لإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة من الزمن ثم نقل ملكيته إلى الدولة أو الجهة الإدارية".

والواضح من هذا التعريف، ومن سار على شاكلته<sup>٢</sup>، أن عقود البوت ليست إلا عقوداً إدارية<sup>٣</sup>، يسري عليها ما يسري على العقود الإدارية من أحكام، من أهمها أن الإدارة لا بد وأن تكون طرفاً فيه، وأن موضوعها يتصل بنشاط مرفق عام، وإنها تتضمن شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص، ولعل هذا هو ما دعا غالبية الفقهاء<sup>٤</sup> إلى اعتبارها - بصورها المختلفة<sup>٥</sup> - ليست إلا محض تطبيق لعقود التزام المرافق العامة،

- 1 انظر د. جابر جاد نصار، عقود BOT والتطور الحديث لعقد الالتزام، دراسة نقدية للنظرية التقليدية، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٢، صفحة ٣٨.
  - 2 انظر في ذات الاتجاه، د. أحمد السعيد زقرد، عقود البوت واليات الدولة العالمية، تقرير تقدم إلى مؤتمر كلية الحقوق بجامعة المنصورة بعنوان "مؤتمر التأثيرات القانونية والاقتصادية والسياسية للعولمة على مصر والعالم العربي" في الفترة من ٢٦ - ٢٧ مارس ٢٠٠٢، صفحة ١١.
  - 3 وانظر أيضاً د. ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقود BOT، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة الزقازيق، سنة ٢٠٠٤، صفحة ٢٦.
  - 3 وهو ما أشار إليه حكم محكمة القضاء الإداري رقم ١٤٦ لسنة ٨ ق. الصادر بمجلسة ١٩٥٦/٣/٢٥.
  - 4 انظر د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، صفحة ٥٣.
  - 5 تأخذ عقود BOT صوراً متعددة، من أبرزها عقود البناء والتملك والتشغيل BOO، وعقود البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية BOOT، وأيضاً عقود التصميم والبناء والتمويل والتشغيل، وعقود البناء والاستثمار والتشغيل والتحويل.
- لمزيد من التفاصيل حول هذه الأنواع انظر د. منصور محمد عبد الرحمن، النظام القانوني وقواعد التحكيم لإقامة المشروعات الاستثمارية بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة عين شمس، سنة ٢٠٠٩، صفحة ٢٩ وما بعدها.

وأنها شكل متطور منها، وهنا يكمن الفرق بينها وبين العقود الدولية للإنشاءات، والتي تقوم بشكل أساسي انطلاقاً من مبدأ الرضاية والمساواة بين أطرافها، وذلك على اعتبار أنها من العقود التجارية، ومن ثم فإن أطرافها يملكون إدراج الشروط التي تتفق ومصالحهم، دون أن يملّي أحدهم على الآخر شروطه، وهذا مما يتأبى وطبيعة العقود الإدارية، بما فيها عقود BOT على نحو ما سبق ذكره.

## المبحث الثاني

### المقصود باتفاقات التعاون وأنواعها

لا شك أن العقود الدولية للإنشاءات - وكما سبق أن ذكرنا - أخذت تلعب دوراً كبيراً في تعزيز النمو الاقتصادي لكثير من الدول، وهو ما حدا بتلك الدول إلى تشجيع القطاع الخاص والاستثمارات الأجنبية على تشييد المشروعات الصناعية الكبرى، باعتبارها تمثل حجر الأساس للتنمية الاقتصادية، وساعدها في ذلك توجه الاقتصاد في كثير من الدول نحو اقتصاد السوق الحر، الأمر الذي ساهم في تدخل الشركات الأجنبية في تنفيذ تلك المشروعات الكبرى، بما تملكه من خبرات فنية لازمة لتشييدها، والتي تعجز الشركات الوطنية في كثير من الدول عن القيام بها منفردة<sup>1</sup>.

وقد أدى تطور هذه العقود إلى ظهور صور جديدة من التعاون بين المقاولين الدوليين تهدف إلى تنفيذ المشروعات الضخمة موضوع هذه العقود، وذلك من خلال تكتلات اقتصادية بين شركات المقاولات المختلفة، حتى غدت تلك التكتلات إحدى الضرورات اللازمة لتنفيذ المشروعات التي يصعب على شركة واحدة القيام بها، خاصة وأن أغلب تلك العقود يستغرق تنفيذها وقتاً طويلاً، قد يمتد إلى سنوات، مع ما يستتبعه ذلك من الحاجة إلى رؤوس أموال كبيرة.

---

1 من أبرز الأمثلة على العقود التي أبرمت في مجالات البناء والتشييد العقود الخاصة بمصانع الحديد والصلب، والمحطات النووية، وغيرها مما انتشر إبرامه في كثير من الدول، من أهمها إنجلترا وفرنسا.

من هنا أخذت تلك الاتفاقات التعاون بين المقاولين تقوم بدور هام في تنفيذ العقود الدولية للإنشاءات، وأصبح على المقاول المتعهد بتنفيذ تلك العقود توفير الخبرات الفنية والموارد المالية اللازمة لانجاز المشروعات موضوع هذه التعاقدات، وهو ما أدى بدوره الى ظهور صور جديدة من التعاون بين المقاولين الدوليين أطراف تلك العقود، حتى أمكن القول بأنه لا يكاد يخلو عقد من العقود الدولية للإنشاءات من مثل هذه الاتفاقات بين المقاولين.

إلا أنه ورغم أهمية هذا النوع من التكتلات وما أسفر عنه من اتفاقات، فإن الأمر كان يتطلب مواكبة تشريعية تتناسب وتلك الأهمية، بحيث يتولى القانون تنظيم الأحكام الخاصة بتلك الاتفاقات ووضع الأطر القانونية التي تضمن تسوية ما قد يثور بشأنها من نزاعات، وهو ما لم يحدث، وذلك فيما عدا بعض التشريعات القليلة التي بادرت على استحياء في هذا المجال، وكان من أبرزها القانون الفرنسي، حيث تبنت الحكومة هناك في سنة ١٩٧٦ مشروع القانون رقم (٢٩٩٤)، والذي ينظم أحكام كونسرتيوم البناء والتشييد، والذي عرف باسم "التجمع المؤقت للمشروعات" *Groupment Mpmmentane d'Enterprises*، وهو المشروع الذي اعترف بالكونسرتيوم باعتباره عقداً مسمى، وذلك في محاولة تشريعية للقضاء على التضارب الذي شاب الأحكام القضائية هناك حول التكييف القانوني لهذا النوع من العقود.

ورغم الآمال التي عقدت على هذا المشروع، إلا أن الحكومة الفرنسية - ولأسباب سياسية - سحبت من البرلمان قبل عرضه، مما أبقى على تنظيم اتفاقات الكونسرتيوم في إطار العلاقة الاقتصادية البحتة، ودون اعتراف تشريعي بها<sup>١</sup>.

1 انظر د. هاني صلاح سري الدين، اتفاقات الكونسرتيوم وغيرها من اتفاقات التعاون في صناعة الإنشاءات الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٩٩، بند ١٤، صفحة ١٦ وما بعدها.

ولم يختلف الوضع في مصر كثيراً عما انتهى إليه الوضع في فرنسا في هذا الشأن، حيث غاب وجود تنظيم تشريعي لهذا النوع من الاتفاقات، ولم تحظ بالعناية الكافية على هذا الصعيد<sup>1</sup>.

ولا شك أن مثل هذا القصور التشريعي قد استتبعه جدل فقهي دار حول طبيعة الاتفاقات التي يمكن أن تبرم بين مجموعة الشركات المنفذة لعقود الإنشاءات، والتي يمكن أن تأخذ صوراً مختلفة.

ولعل أحد أبرز المسائل التي يمكن أن يثيرها مثل هذا النوع من الاتفاقات يتعلق بشرط التحكيم، حيث إن الغالب أن تتضمن شرطاً خاصاً باللجوء التي التحكيم في حال وجود نزاع بين أطرافها بشأن تنفيذ أحد البنود، وذلك نظراً لما يحتويه التحكيم من مزايا تدفع أطرافها لإيثاره عن القضاء، وهنا يثور التساؤل عن مدى امتداد شرط التحكيم بين هذه العقود والشركات، وهو ما سنحاول الإجابة عليه في الفصل الثاني من هذه الدراسة، وذلك بعد أن نتعرض في هذا البحث لأبرز اتفاقات التعاون في مجال العقود الدولية للإنشاءات، وصورها المختلفة، وأهم الأحكام التي تنظمها.

وسوف نقسم هذا البحث إلى مطلبين، وذلك على النحو الآتي:

**المطلب الأول: اتفاقات الكونسرتيوم**

**المطلب الثاني: اتفاق المشروع الدولي المشترك**

**المطلب الأول**

**اتفاقات الكونسرتيوم**

في ظل عدم وجود تنظيم تشريعي لاتفاق الكونسرتيوم، كان من الصعب وضع تعريف منضبط ودقيق له، خاصة وأن مفهوم الكونسرتيوم

---

1 استثناء من ذلك، أولى المشرع المصري تنظيمياً خاصاً لعقود الأشغال العالمية التي يتم تمويلها من الاتحاد الأوروبي، حيث نظمها بقرار رئيس الجمهورية رقم (١٦٩) لسنة ١٩٩٠، إلا أنه حتى في هذا التنظيم اقتصر على تنظيم العلاقة بين أطراف الكونسرتيوم ورب العمل.

انظر في ذلك، د. هاني صلاح سري الدين، المرجع السابق، بند ١٦، صفحة ١٩.

ليس مفهوماً قانونياً بالمعنى الدقيق، كما أن نطاقه لا يقتصر على مجال البناء والتشييد كما قد يعتقد البعض، وإنما قد يمتد إلى مجالات أخرى يلجأ المعنيون بها إلى هذا النوع من الاتفاقات، وذلك كما في مجال البنوك، حيث تتفق مجموعة من البنوك على التعاون فيما بينها لتوفير اعتماد مالي مطلوب لتمويل مشروع ما<sup>١</sup>.

وإذا كان مجال البناء والتشييد قد تطور على المستوى الدولي بشكل واضح وملحوظ، خاصة في الآونة الأخيرة، فإن ذلك قد أدى إلى انتشار هذا النوع من الاتفاقات في هذا المجال، بل لعلنا لا نبالغ إذا ما قلنا بأنه هو المجال الأكثر لجوءاً إليه عن غيره من المجالات الأخرى، ولعل هذا هو ما دفع البعض إلى وضع تعريف له في محاولة لتحديد الإطار القانوني له بشكل دقيق، فكان أن عرفه بأنه "اتفاق يلتزم بمقتضاه طرفان أو أكثر على التنسيق فيما بينهم، واستخدام إمكانياتهم الفنية والمالية بغرض الدخول في مناقصة أو مفاوضة مع رب العمل، وتنفيذ عقد المفاوضة على نحو التضامن قبل رب العمل، ويكون كل طرف في علاقتها لداخلية بالطرف الآخر مسئولاً وحده عن تنفيذ جزء من الأعمال، ولا يعد اتفاق الكونسرتيوم نواة لخلق شخصية معنوية أو حتى لتكوين كيان اقتصادي مستقل عن أعضائه"<sup>٢</sup>.

وغير بعيد عن ذلك التعريف ما انتهى إليه البعض الآخر في هذا الشأن من أن اتفاق الكونسرتيوم هو "اشتراك مؤقت ذو طبيعة تعاقدية بين اثنين أو أكثر من المشروعات التي ترغب في تجميع الوسائل الضرورية التي تمكنها من الفوز بمناقصة بأفضل الشروط لانجاز مشروعات إنشاءات،

---

1 انظر د. ماجد عمار، النظام القانوني لكونسرتيوم المقاولات، بحث منشور في مقالات الأعمال المدنية، القاهرة، طبعة مكتب الشلقلاني للاستشارات القانونية والمحاماة، سنة ١٩٩٥، صفحة ٥٧.

2 انظر د. هاني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠١، صفحة ٣٣٧.

ويمكن أن يتم الاتحاد بين المشروعات المعنية بصورة ضمنية، وذلك بواسطة قيام هذه المشروعات بتنفيذ مشروع واحد معاً بصورة ضمنية<sup>1</sup>.  
بينما عرفه البعض الآخر، وعلى نحو أكثر إيجازاً، بأنه "رابطة عقدية تجمع عدداً من الشركات لتحقيق غرض معين ومحدد"<sup>2</sup>.  
ويجمع بين التعريفات السابقة، وغيرها مما سبق في هذا الشأن<sup>3</sup>، وجود مجموعة من الخصائص التي تميز هذا النوع من الاتفاقات عن غيرها، وهو ما نحاول أن نستعرضه في هذا المطلب، وذلك من خلال بيان طبيعة هذا الاتفاق، وما يميزه، ثم بيان الآثار المترتبة عليه، إلا أننا قبل ذلك علينا أن نؤكد حقيقة لا مرأى فيها، ويكشف عنها الواقع في مجال العقود الدولية للإنشاءات، وهي أن الكونسرتيوم هو أحد أهم الوسائل وأكثرها شيوعاً في هذا المجال لما يوفره من مزايا مختلفة يصعب على المشروعات الفردية القيام بها، حيث يعمل على تجميع العناصر البشرية والفنية والمالية في إطار محدد في سبيل تنفيذ أعمال الإنشاءات، وهو بذلك يوفر حلاً لأكثر من صعوبة. فهو من ناحية، وكما ذكرنا توأماً، يتغلب على المشاكل الناجمة عن عدم كفاءة مشروع واحد وقدرته على القيام بتنفيذ تلك المشروعات الضخمة بشكل منفرد، ومن ناحية أخرى فإنه يوفر لرب العمل ميزة هامة، حيث يسهل عليه مهمته بشكل كبير، ذلك أنه غالباً ما لا يلتزم بالتنسيق بين عدد كبير من المتعاقدين معه على تنفيذ الأعمال الإنشائية، إذ توكل إليه هذه المهمة في إطار الكونسرتيوم إلى أحد الأعضاء، والذي يتولى التنسيق مع باقي الأعضاء في سبيل تنفيذ المشروع

1 Glavinis (PH.), Le Contrat International de Construction, Paris, GLN July 1993, p. 340

2 Mutze (M.), Senff (T.) & Moller (J.), Real Estate Investment in Germany, Berlin, Springer, 2007, p. 156.

3 لمزيد من التعريفات التي ذكرت في شأن اتفاق الكونسرتيوم، راجع د. محمد محمد بدران، عقد الإنشاءات في القانون المصري، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١، صفحة ٣٤٧.

وانظر كذلك د. ماجد عمار، مرجع سابق، صفحة ٥٧.

المخطط له ، ولا شك أن مثل هذه المهمة تتطلب قدرات وموارد خاصة قد لا تتوافر لدى رب العمل.

ومن هنا يبدو نظام الاتحاد الذي يوفره الكونسرتيوم ذا أهمية متزايدة ، خاصة في ظل تطور المنافسة بين العديد من الشركات العاملة غي مجال البناء والتشييد على الصعيد الدولي ، والتي تبحث منذ وقت لآخر عما يساعدها في أداء مهامها مع ضمان أكبر قدر من الأرباح ، وأضيق نطاق للمسؤولية ، ولا شك أن الكونسرتيوم يحقق ذلك كله ، فمن الناحية المالية يبدو ملائماً للمشروعات الضخمة ، والتي تتطلب نفقات باهظة ، ذلك أنه يتم وفقاً له تقسيم نفقات تلك المشروعات بين أكثر من جهة ، ومن ثم ينشأ كيان متعدد الأطراف لديه من الملائة المالية ما يسمح بتوفير تلك النفقات ، والتي قد تكون مرهقة للغاية إذا ما فرضت على شركة بعينها.

كذلك ، وعلى ذات القدر من الأهمية ، تستلزم المشروعات الكبيرة جهوداً وأعمالاً ذات طبيعة فنية معقدة في كثير من الأحوال ، ولا شك أن ممارسة تلك الجهود من قبل شركات وجهات مختلفة ، كل بحسب تخصصه ، من شأنه أن يحقق نتائج أفضل بكثير من تلك التي يمكن أن تتحقق فيما لو بوشرت تلك الجهود من قبل شركة أو جهة واحدة ، فبناء مصنع على سبيل المثال يحتاج إلى من يتولى تصميم الإنشاءات المدنية الخاصة به ، كما يحتاج إلى من يقوم بأعمال التركيبات والتوصيلات الكهربائية ، وكذلك من يعمل على توفير التكنولوجيا اللازمة لإدارته. ولا شك أنه يصعب ، إن لم يكن مستحيلاً ، أن تتوافر لدى جهة واحدة القدرة على القيام بتلك الأعمال مجتمعة ، ومن ثم يبدو نظام الكونسرتيوم مناسباً في مثل هذه الأحوال.

وعلاوة على ما سبق ، يمثل نظام الكونسرتيوم أهمية كبيرة للشركات الأجنبية التي ترغب في ممارسة نشاطها في دولة ما ، ذلك أنه يسمح بتوفير جهة محلية تقوم على التنسيق بين تلك الشركات ، بما قد يوفره ذلك من تسهيلات يمكن أن تحصل عليها تلك الجهة كونها ذات



صفة وطنية، بينما لا تتوافر تلك التسهيلات للشركات الأجنبية لانعدام تلك الصفة<sup>1</sup>.

وسوف نعرض لاتفاقات الكونسرتيوم في هذا المطلب في فرعين، وذلك على النحو الآتي:

**الفرع الأول:** الطبيعة القانونية لاتفاقات الكونسرتيوم

**الفرع الثاني:** التنظيم القانوني لاتفاقات الكونسرتيوم

### الفرع الأول

#### الطبيعة القانونية لاتفاقات الكونسرتيوم

يتطلب الحديث عن الطبيعة القانونية لاتفاقات الكونسرتيوم الإشارة إلى أن هناك نوعين من هذه الاتفاقات، ويكمن الاختلاف بينهما استناداً إلى طريقة التعاقد مع رب العمل. بيان ذلك، وفي ضوء التعريف السابق الإشارة إليه بشأن اتفاق الكونسرتيوم، أن التعاقد مع رب العمل قد يكون من خلال مقاول واحد أو شركة واحدة، تلتزم بموجبه محور العمل بالقيام بالبناء والتشييد، ثم تقوم هذه الشركة بدورها بتكوين كونسرتيوم مع شركات أخرى، وذلك حتى تنفذ اتفاقها المبرم مع رب العمل، إلا أن هذه الشركات تظل غير معروفة بالنسبة إلى رب العمل، وإنما تكون في حكم المقاول من الباطن بالنسبة له، وتظل العلاقة قائمة بشكل مباشر بين رب العمل والشركة التي أبرمت معه الاتفاق، ويعرف هذا النوع من الكونسرتيوم باسم الكونسرتيوم الرأسي.

أما النوع الآخر من الكونسرتيوم، والمعروف باسم الكونسرتيوم الأفقي، فيقوم فيه رب العمل بتوقيع العقد مع جميع الأطراف الذين سيقومون بتنفيذ أعمال البناء المراد القيام بها، بحيث يكون كل عضو من الكونسرتيوم طرفاً في العقد الأساسي، ولا يوجد من ثم حاجة لإبرام

---

1 انظر في عرض تلك المزايا د. عوض الله شبية الحمد السيد، النظام القانوني لعقود إنشاءات المنشآت الصناعية بين الدول والشركات الأجنبية الخاصة (مع دراسة تطبيقية على العقود المصرية)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة أسيوط، سنة ١٩٩٢، صفحة ٢٠٩ وما بعدها.

اتفاقات أخرى إلى جانب هذا الاتفاق، كما هو الحال في الكونسرتيوم الرأسي<sup>١</sup>.

وأياً ما كان نوع اتفاق الكونسرتيوم المبرم، فإن الأصل أن هذا الاتفاق لا يقوم على أساس إنشاء شركة أو كيان قانوني يتمتع بشخصية قانونية مستقلة، وإنما يهدف إلى متابعة وتنفيذ مشروع مؤقت، بحيث ينتهي وجود هذا التجمع بمجرد انحياز المشروع الذي تكون من أجله<sup>٢</sup>.

وإذا كان وجود هذا التجمع واستمراره مرتبطاً على هذا النحو بالمشروع الذي تكون من أجله، فإن الأمر يستلزم الوقوف بشكل دقيق وواضح على كافة ما يتعلق بهذا المشروع من تفاصيل وأحكام، وأن يتم إدراجها في اتفاق الكونسرتيوم، ومن تلك التفاصيل نوع المشروع والمدة المحددة لتنفيذه، وأدوار ومسئوليات كل طرف أثناء تنفيذ العقد والمسئولية المترتبة على عاتق كل منهم، علاوة على آلية الفصل في المنازعات التي قد تنشأ عن ذلك الاتفاق، والغالب في هذه الاتفاقات أن يتفق أطرافها على اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التي قد تنشأ بينهم بمناسبة، وذلك باعتباره الوسيلة الأمثل لذلك.

وقد أثارت اتفاقات الكونسرتيوم جدلاً فقهيًا حول الطبيعة القانونية لها، خاصة في الحالات التي يظهر فيها المقاولون رغبتهم في المشاركة في المشروع على أنهم مستثمرون، وليسوا مجرد مقاولين فحسب، فيطلب رب العمل منهم أن يتخذوا شكل شركة، فإلى أي مدى يمكن اعتبار الكونسرتيوم في هذه الحالة أنه شركة<sup>٣</sup>.

الواقع أنه مما زاد من حدة الخلاف في هذا الشأن غياب التنظيم التشريعي لهذا النوع من الاتفاقات، وهو ما فتح الباب للقضاء والفقهاء للإدلاء بأرائهم، وذلك على نحو ما نعرض له في هذا المطلب.

1 انظر د. أحمد حسان مطاوع، مرجع سابق، صفحة ٢١٩.

2 انظر د. محمد محمد بدران، مرجع سابق، صفحة ٣٤٧.

Glavinis (PH.), op. cit, p. 341

ومجمل الخلاف الدائر في هذا الصدد يكمن فيما إذا كان الكونسرتيوم يعد مجرد اتفاق بين أطرافه أم أنه يتجاوز ذلك إلى كونه شركة، وإذا كان شركة فما نوعها؟

بدا الوضع في فرنسا غير متفق عليه، فبعض الفقه هناك اتجه إلى القول بأن اتفاق الكونسرتيوم هو شركة واقع متى توافرت فيه شروط الشركة، وذلك لأنه لا يقوم بإجراءات الشهر القانوني. ووجد هذا الرأي سنده في حكم صدر من القضاء الفرنسي يؤكد هذه الوجهة<sup>١</sup>، وذلك انطلاقاً من أن هذا الاتفاق إنما يبرم بغرض تحقيق هدف مشترك يتمثل في انجاز المشروع المتفق عليه، وبالتالي فإن كل طرف فيه يشارك في الربح والخسارة الناتجة عن هذا الاتفاق.

وعلى خلاف هذا الرأي، اتجه البعض الآخر في فرنسا إلى أن اتفاق الكونسرتيوم هو مجرد اتفاق تعاقدى محض لا يرقى إلى مرتبة الشركة، واستند في ذلك إلى مجموعة من المبررات المنطقية التي ساقتها عدد من أحكام القضاء الفرنسي، كان من أبرزها حكم محكمة استئناف بواتييه الصادر في سنة ١٩٦٠<sup>٢</sup>، والذي صدر بالمخالفة لحكم سابق صادر عن ذات المحكمة في ذات الشأن في سنة ١٩٥٧، حيث رفض اعتبار اتفاق الكونسرتيوم بمثابة شركة نظراً لعدم توافر الأركان الموضوعية لعقد الشركة فيه، كما ذكرت المحكمة أن الاتفاق على المشاركة في الأرباح والخسائر لا يمكن أن يستشف من خلال تقديم سعر واحد في العطاء المشترك، كذلك اعتبرت المحكمة أن مجرد المشاركة في النفقات المشتركة بقصد تخفيض نفقات كل عضو من أعضاء الكونسرتيوم لا يعد تحقيقاً للربح، ذلك أن تحقيق الربح يعني إضافة ذمة مالية للذمة المالية للأطراف.

Glavinis (PH.), op. cit, p. 342

1

2 راجع حكم محكمة النقض الفرنسية

Cass. Com., 17 Nov. 1970. D. 1971. P.206.

Poitiers, 11 Mai 1960. D.1961

3

وعلى ذات النهج سارت العديد من أحكام القضاء الفرنسي بعد ذلك<sup>١</sup>، أما في مصر فالخلاف أكثر وضوحاً عما هو عليه في فرنسا، إذ اعتبره البعض أنه شركة، في حين اعتبره البعض الآخر أنه ضمان اتفاقي، وانقسم أنصار الفريق الأول ما بين من يراه شركة محاصة، بينما الآخرون من نفس الفريق يعتبرونه مجرد شركة واقع، وذلك على التفصيل الآتي بيانه:

**الاتجاه الأول:** اعتبر أن اتفاق الكونسرتيوم لا يعدو أن يكون مجرد شركة، واتجه جانب من هذا الاتجاه إلى القول بأنها شركة محاصة، وذلك تأسيساً على أن هذا الكيان - شأنه شأن شركات المحاصة - لا يتمتع بشخصية معنوية مستقلة عن أطرافه، كما أن الغرض من هذا الاتفاق يتشابه مع الغرض الذي تقوم عليه شركات المحاصة، من حيث إن كلاً منهما يقوم لغرض مؤقت، وهو ما يدعو لتبني هذا التكيف، وذلك على النحو الذي أخذت به هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية، والتي قضت بتاريخ ٢٧ يناير سنة ١٩٨٤ في القضية رقم ٤٦٤٨ بأنه "عند غياب النصوص التعاقدية المنظمة لمن تكون له سلطة تمثيل الكونسرتيوم في تعامله وتقاضيه، فإنه يتعين الرجوع إلى المبادئ القانونية المقررة في شأن شركة المحاصة"<sup>٢</sup>.

والواقع إن هذا الرأي، وإن ارتكز على المفهوم الصحيح لشركة المحاصة، إلا أنه لا يستقيم مع الفهم السليم لاتفاق الكونسرتيوم، فالأطراف في اتفاق الكونسرتيوم - وخلافاً للشركاء في شركة المحاصة - معروفون لرب العمل، بل إنهم يوقعون بأسمائهم على عقد المقابلة

- 1 لمزيد من الأحكام الصادرة من القضاء الفرنسي في هذا الصدد، راجع حكم محكمة استئناف باريس في ٢٧ نوفمبر ١٩٨١، وحكم محكمة مونبيلييه في ١٩ مارس ١٩٨٥، والمشار إليهما لدى د. هاني صلاح سري الدين، اتفاقات الكونسرتيوم وغيرها من اتفاقات التعاون في صناعة الإنشاءات الدولية، مرجع سابق، صفحة ٦١ وما بعدها.
- 2 انظر في تفاصيل هذه القضية والحكم الصادر بشأنها د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٤، صفحة ٣٤٠ وما بعدها.

ويتعاملون مع الغير كشركاء في عملية واحدة، وهو ما يجعل لرب العمل الحق في الرجوع على أحدهم بالتضامن مع الآخرين وعلى انفراد. كما أنه ومن ناحية أخرى فإن شركة المحاصة هي إحدى صور الشركات التي يتعين أن تتوافر بها ما يتطلبه القانون بشأن الشركات من شروط<sup>1</sup>، في حين أن هذه الشروط غير مطلوبة في اتفاق الكونسرتيوم، والذي ينشأ منذ البداية من أجل التعامل مع الغير كتجمع مكون من عدد من الشركات العاملة في مجال المقاولات<sup>2</sup>.

هذه الانتقادات لا اعتبار اتفاق الكونسرتيوم بمثابة شركة محاصة دفعت جانباً آخر من الفقه إلى اعتبار اتفاق الكونسرتيوم هو شركة تضامن واقعية، وذلك لتوافر كافة الأركان الموضوعية اللازمة لتكوين أية شركة، حتى وإن لم تتجه إرادة الشركاء فيها منذ البداية إلى تكوينها على أسس قانونية، وذلك باتخاذ الإجراءات التي يتطلبها القانون للشهر، حيث تبدو من هذا الجانب بمثابة شركة محاصة، إلا أنه لا يمكن اعتبارها كذلك حيث إن نية الشركاء في اتفاق الكونسرتيوم هي أن يتعاملوا مع الغير كشركة، والأمر ليس كذلك في شركات المحاصة<sup>3</sup>.

وحقيقة هذا الرأي أنه يتجاهل إرادة أطراف الاتفاق، ويرتب آثاراً على نتيجة لم يقصدها هؤلاء الأطراف، حيث إن نيتهم تتجه منذ البداية إلى تكوين شركة، ولا يوجد اتفاق فيما بينهم على تحمل الإرباح والخسائر الناتجة عن هذا التجمع، فكيف يمكن تصور وجود شركة - ولو كانت شركة واقع - من جراء ذلك<sup>4</sup>.

1 لمزيد من التفاصيل حول شركات المحاصة وشروطها والأحكام الخاصة بها، راجع د. محمد فريد العريني، الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ٢٠٠٦، صفحة ١٢٨ وما بعدها.

2 حول هذا الرأي انظر د. أحمد محمد الصاوي، تسوية المنازعات الناشئة عن العقود الدولية للبناء والتشييد، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة ٢٠١٢، صفحة ١٥٦ وما بعدها.

3 انظر د. محمد فريد العريني، المرجع السابق.

4 يشير البعض هنا إلى اختلاف شركة الواقع عن الشركة الفعلية، ذلك أن إرادة الأطراف في الشركة الفعلية تتجه منذ البداية إلى تكوين شركة معينة، إلا أنهم لا يقومون باتخاذ الإجراءات الشكلية المطلوبة قانوناً حيال تلك الشركة، أما في شركة الواقع فإن إرادة =

**الاتجاه الثاني:** في ضوء ما وجه من نقد إلى الاتجاه الأول القائم على اعتبار هذا الاتفاق بمثابة شركة بين أطرافه ، فإن رأياً آخر ذهب - وبحق - إلى أن اتفاق الكونسرتيوم هو نوع خاص من الضمان الاتفاقي الذي يمنحه المقاولون لرب العمل وفق الاتفاق المبرم بينهم ، وأنه يتعين الوقوف على البنود الواردة في كل اتفاق على حده مع الملابس المحيطة بهذا الاتفاق لإضفاء التكييف القانوني الصحيح لهذا الاتفاق ، وما إذا كان يعد من قبيل شركات الواقع أم أنه لا يعدو أن يكون مجرد اتفاق تعاقدية ، والمعيار في ذلك توافر الأركان الموضوعية اللازمة لوجود الشركة من عدمه ، فإن استبان توافر تلك الأركان ، فالاتفاق ينطوي على شركة واقع ، ويخضع لما تخضع له هذا النوع من الشركات من أحكام ، أما إن تخلفت تلك الأركان ، فلا يجب إسباغ وصف قانوني على عمل لم تتجه نية أطرافه إلى ذلك الوصف ، ويكون العقد في هذه الحالة عقداً غير مسمى ، ولا يخضع لما يخضع له عقد الشركة من أحكام ، ومن أهمها المشاركة في الأرباح والخسائر ، فيظل كل طرف مسئولاً وحده عما يتحقق من ربح أو خسارة ، وذلك في إطار الجزء الملتزم بتنفيذه في عقد المقاولته .

ومن الاعتبارات التي يمكن في ضوءها تقدير ما إذا كان اتفاق الكونسرتيوم يعد شركة أم لا الصياغة التي يتم بها الاتفاق ، وما إذا كانت تعبر عن اتجاه الأطراف نحو تأسيس شركة أم لا ، كذلك ما إذا كان ما

=الأطراف منذ البداية لا تتجه إلى تكوين الشركة على أسس قانونية ، ورتب على ذلك الاختلاف أنه في حال الاعتراف بالشركة الفعلية ، فإنها تأخذ شكل الشركة التي اتجهت نية الأطراف إلى تكوينها ، في حين أن الاعتراف بشركة الواقع يجعل منها شركة تضامن في كل الأحوال ، مع ما قد يترتب على ذلك من اختلاف مسؤولية الشركاء في النوعين .

راجع في ذلك د. هاني صلاح سري الدين ، اتفاقات الكونسرتيوم وغيرها من اتفاقات التعاون في صناعة الإنشاءات الدولية ، مرجع سابق ، صفحة ٥٥ .

1 انظر في تأييد هذا الاتجاه د. محمود سمير الشراوي ، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات ، مقال منشور في مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية ، مجلة تصدرها جامعة القاهرة ، العدد ٣ ، أبريل ١٩٩٦ ، صفحة ٧ ، وانظر أيضاً د. محمد محمد بدران ، مرجع سابق ، صفحة ٣٤٩ ، د. هاني صلاح سري الدين ، المرجع السابق ، صفحة ٥٦ ، د. أحمد حسان حافظ ، مرجع سابق ، صفحة ٢١٩ .

يقدمه كل طرف من بضائع أو خدمات يحصل في مقابلها على عائد مالي أم أنه بمثابة حصة يتم وفقاً لها توزيع الأرباح والخسائر على أطراف الاتفاق، كذلك التحقق من وجود شخص اعتباري مستقل له علامة مميزة أو اسم خاص به أم لا، حيث إن وجود هذه الدلائل من شأنها القول بأن الاتفاق إنما يعبر عن وجود شركة واقع. علماً بأنه لا يوجد ما يمنع من أن يتخذ الكونسرتيوم إحدى أشكال الشركات المتعارف عليها، ويكون له وقتها الشخصية القانونية المستقلة وفق ما يعترف به القانون في هذا الشأن، وله أن يتعامل وفقاً لذلك مع الغير بتلك الصفة، وبشكل مستقل.

### الفرع الثاني

#### التنظيم القانوني لاتفاقات الكونسرتيوم

في ضوء ما انتهينا إليه من أن اتفاق الكونسرتيوم هو اتفاق تعاقدي محض، فإن الحديث عن التنظيم القانوني لهذا الاتفاق يتعين أن يكون من خلال الإطار الذي يرسمه أطرافه له، طالما كان هذا الإطار غير مخالف للنظام العام، وبعبارة أخرى، فإن لأطراف اتفاق الكونسرتيوم الحق في تنظيم أحكامه وفق ما يترأى لهم، والنص على إدارته بما يتفق ومصالحهم ولا يتعارض مع ما قد يفرضه القانون من قيود على مثل هذا النوع من الاتفاقات.

ونعرض هنا بإيجاز لما دأب عليه المتعاقدون في اتفاقات الكونسرتيوم على إدراجه في اتفاقاتهم، على أنه قبل ذلك نشير إلى أن أطراف اتفاق الكونسرتيوم يمرون في تنظيم علاقاتهم بمرحلتين يفصل بينهما إبرام عقد البناء والتشييد مع رب العمل، ففي المرحلة الأولى يبرم اتفاق مبدئي يحدد الملامح العامة لعلاقة الأطراف وينظم بشكل أولي دور كل منهم في عملية البناء والتشييد، ثم يقوم الطرف الآخر في مرحلة لاحقة ويعد إبرام عقد الإنشاءات مع رب العمل بتنظيم علاقاتهم بشكل نهائي وعلى نحو تفصيلي، بحيث يتولى الاتفاق في هذه المرحلة تحديد الدور المنوط بكل طرف وفق ما يتم الاتفاق عليه مع رب العمل في عقد الإنشاءات. وغالباً ما يعمد أطراف اتفاق الكونسرتيوم إلى تضمين اتفاقهم

عدداً من الأمور التي تساهم في تحديد أدوارهم وتنفيذ التزاماتهم بشكل دقيق، ومن أبرز تلك الأمور تحديد التزامات كل منهم في تنفيذ موضوع العقد من خلال جدول زمني يلتزم كل طرف منهم خلاله بتقديم المستندات المطلوبة منه إلى حتى يتم تقديم العطاء المشترك كاملاً وفي الموعد المحدد له من قبل رب العمل<sup>1</sup>.

كما أن اتفاق الكونسرتيوم غالباً ما يضع إطاراً عاماً يضمن من خلال أطرافه ولاء كل منهم للكونسرتيوم، وذلك بالالتزام بالتعاون المشترك فيما بينهم، وعدم العمل بشكل منفرد وعلى نحو قد يضر بباقي أطراف الاتفاق، أو أن يعهد أي منهم إلى مقاول من الباطن ليتولى تنفيذ ما هو مكلف به دون أن يكون قد حصل على إذن كتابي من باقي أطراف الاتفاق<sup>2</sup>.

كذلك غالباً ما يتم الاتفاق بين أطراف الكونسرتيوم على تنظيم الاشتراك في تمويل بعض الأمور مثل الأيدي العاملة والآلات والمعدات اللازمة لتنفيذ أعمال المشروع، حيث يتم فتح حساب مشترك يتم الإنفاق منه على هذه الأمور، وذلك في حدود المبالغ التي يتم الاتفاق عليها في هذا الشأن، ووفق الإجراءات التي تضمن الاستخدام الأمثل للموارد المتاحة.

---

1 غالباً ما يتم تحديد مشاركة كل طرف في الاتفاق إما بنسبة مئوية من القيمة الكلية للعطاء، وذلك في حالات الاتفاق المبدي أو بنسبة مئوية من الثمن، ويكون ذلك في حالات الاتفاق بعد إبرام عقد الإنشاءات مع رب العمل، وفي كل الأحوال يتعين أن يعلم كل طرف في الاتفاق بشكل واضح نسبة الأعمال التي سيقوم بها، وذلك حتى يتحقق التوازن بين الأطراف بشأن مساهمة كل منهم في تنفيذ أعمال البناء والتشييد.

Mercadal (B.), Janin (P.), Les contrat de cooperation inter-entreprises, 1re ed., Paris, edition juridiques le febve, p.312

2 يتم الاتفاق عادة على هذا الشرط بشكل واضح، مع النص على أنه في حال تنفيذ جزء من المشروع عن طريق مقاول من الباطن، فإن الطرف يظل مع ذلك مسئولاً مسئولية شخصية إزاء المشروعات الأخرى عن أي تقصير في تنفيذ تلك الأعمال التي قام بها المقاول من الباطن.

انظر د. أحمد حسان مطاوع، مرجع سابق، صفحة ٢٢٥.



من الشروط الأخرى التي يلجأ أطراف الكونسرتيوم إلى تنظيمها  
تحديد القانون واجب التطبيق على الاتفاق، والغالب أن يتم النص على  
خضوع اتفاق الكونسرتيوم لذات القانون واجب التطبيق على عقد  
الإنشاءات الأساسي، وذلك حتى يضمن الأطراف خضوع العقد لمنظومة  
قانونية واحدة، ومن ثم وحدة القواعد والأنظمة التي تحكم الاتفاق وما  
يرتبط به من أمور.

ويرتبط تنظيم القانون واجب التطبيق دائماً بتنظيم الآلية التي يتم  
من خلالها تسوية أية نزاعات قد تنشأ بين أطراف الاتفاق، والغالب في  
هذا الصدد أن يكون التحكيم هو الآلية التي يتم من خلالها الفصل في  
تلك المنازعات، وذلك لما يوفره لأطرافه من مزايا كثيرة.

إلا أننا نشير هنا إلى أن اللجوء إلى التحكيم في مثل هذه الاتفاقات  
غالباً ما يكون مشروطاً بلجوء الأطراف إلى عدد من الوسائل الأخرى  
البديلة لتسوية منازعاتهم قبل اللجوء إلى التحكيم، كالمفاوضة والوساطة  
والتوفيق، بحيث لا يحق للأطراف اللجوء إلى التحكيم إلا في حالة عدم  
قدرتهم على تسوية النزاع القائم بينهم من خلال واحدة من تلك الوسائل  
أو أكثر، وذلك بحسب الاتفاق، وبحيث يؤدي اللجوء إلى التحكيم دون  
أن يسبقه اللجوء إلى الوسائل الأخرى المنصوص عليها إلى الحكم بعدم  
قبول دعوى التحكيم لرفعها قبل الأوان.

أما أبرز ما ينظمه اتفاق الكونسرتيوم بين أطرافه فيتمثل في أمرين،  
أولهما تحديد الآلية التي يتم من خلالها إدارة الكونسرتيوم، وثانيهما  
مسؤولية كل طرف فيه. وهو ما نتناوله بقدر من التفصيل لأهميتهما.

#### إدارة الكونسرتيوم

في إطار ما يتم الاتفاق عليه بين أطراف الكونسرتيوم، تتم إدارة  
الكونسرتيوم بواسطة قائد، يتولى أعمال التنظيم والإدارة، واتخاذ ما  
يتعلق بالإدارة من مهام، سواء في نطاق علاقات أعضاء الكونسرتيوم  
ببعضهم البعض أو في نطاق أطراف الكونسرتيوم برب العمل والغير.

ويأخذ قائد الكونسرتيوم إحدى صورتين<sup>١</sup>، فقد يكون في صورة إحدى المشروعات أو الأطراف، والذي يتم اختياره من بين الأطراف للقيام بهذا الدور، ويتم رسم حدوده، وتحديد نطاق مسؤولياته والأجرة المستحقة له نظير قيامه بأعمال الإدارة.

أما الصورة الثانية فيتم من خلالها إدارة الكونسرتيوم من خلال لجنة للإدارة تتولى اتخاذ القرارات الجماعية في كل ما يتعلق بالكونسرتيوم، والذي يحدد أطرافه أعضاء اللجنة وآلية العمل فيها، وسلطات تلك اللجنة، وقيمة ما يصدر عنها من قرارات في مواجهة أعضائها، والجزاء المترتبة على مخالفة تلك القرارات.

ولا يوجد ما يمنع من استخدام أي من الصورتين أو كليهما بشكل جزئي إذا ما رأى أطراف الكونسرتيوم ذلك، والأمر متروك لهم في ضوء ما يرونه ملائماً لإدارة المشروع، ما تمليه طبيعة المشروع والأعمال المطلوب تنفيذها بموجبه.

ويتعين على أطراف الكونسرتيوم عند اختيار أي من الصورتين السابقتين مراعاة الدقة والوضوح في تحديد دور قائد الكونسرتيوم، وذلك مراعاة لرب العمل والغير ممن يتعامل معه، وحتى لا يتولد لديه اعتقاد يخالف حقيقة الدور المنوط بهذا القائد، ومن ثم فإن على أطراف الكونسرتيوم بيان ما إذا كان لقائد الكونسرتيوم الحق في الدخول نيابة عن الكونسرتيوم في علاقات مع الغير تسمح له بإبرام عقود مع مقاولين من الباطن، أم أن دوره ينحصر في دور الوسيط الذي يتولى مهمة التنسيق والوساطة بين رب العمل وباقي أعضاء الكونسرتيوم، وفي إطار هذا يتم تحديد مسؤولية القائد عند إخلاله بالالتزامات المفروضة عليه، وإن كان العمل قد جرى في العقود الدولية بصفة خاصة أن يمثل الكونسرتيوم بواسطة مشروع محلي في الدولة التي ينفذ فيها المشروع، وذلك حتى

١ انظر د. هاني صلاح سري الدين، المرجع السابق، صفحة ٤٦، وانظر أيضا د. أحمد السيد الصاوي، مرجع سابق، صفحة ١٦٧

يضمن تسهيل الإجراءات وتنفيذ المشروع من خلال جهة تتمتع بخبرة في موقع التنفيذ<sup>1</sup>.

### مسئولية أطراف الكونسرتيوم

اتفاق الكونسرتيوم، مثله مثل أي اتفاق آخر، يرتب بالضرورة عدداً من الآثار بالنسبة لأطرافه، ومن أهمها ما يتعلق بالمسئولية الناشئة عنه، والحديث عن مسئولية أطراف اتفاق الكونسرتيوم يقتضي منا التفرقة بين نطاقين لتلك المسئولية، وذلك بحسب الأطراف المعنيين بكل نطاق، وعلى النحو الآتي:

ففيما يتعلق بمسئولية الأعضاء فيما بينهم، فإنه يهيمن على هذا النطاق مبدأ المسئولية الشخصية، ومؤدى هذا المبدأ انعقاد مسئولية كل عضو في الكونسرتيوم عما يقوم به من أعمال وفق اتفاق الكونسرتيوم المبرم في هذا الشأن، وهي مسئولية يتحملها هو وحده طالما كان هو المكلف دون غيره بالأفعال التي أدت إلى قيام تلك المسئولية، فإن كان الفعل المكون للمسئولية قد حدث نتيجة تدخل أكثر من عضو، فإن كلاً منهم يسأل في حدود التصرف الذي قام به ومساهمته في حدوث الخطأ المرتكب. ويتفق ذلك مع كون الكونسرتيوم ليس شركة، ومن ثم لا يوجد اشتراك في الأرباح والخسائر.

ويضرق البعض هنا بين نوعين من الالتزامات المترتبة على الأعضاء، حيث يعتبر التزامات الأعضاء المرتبطة بالتبعية بعقد الإنشاءات نحو بعضهم البعض هي التزامات بتحقيق نتائج، وذلك لأن عقد المقاولة يرتب على المفاوض التزاماً بتحقيق نتيجة وهي تسليم المشروع لرب العمل، وأن دفع المسئولية في مثل هذه الحالات لا يكون بإثبات بذل العناية اللازمة. أما النوع الثاني من الالتزامات فهي تلك المترتبة على اتفاق الكونسرتيوم نفسه، دون أن تكون ذات صلة بعقد الإنشاءات، كالالتزام بالتنسيق أو التعاون بين أعضاء الكونسرتيوم، وهذا النوع من الالتزامات

هو التزام ببذل عناية، بحيث لا يكون العضو مسئولاً إذا اثبت أنه قام بواجبه على النحو المعتاد، ولو لم تتحقق النتيجة المطلوبة<sup>1</sup>.

ومع ذلك يبدو تطبيق مبدأ المسؤولية الشخصية صعباً في حالات كثيرة، ونقصد بها تلك التي يصعب فيها إسناد الخطأ المرتكب إلى عضو بعينه نظراً لتداخل ادوار الجهات التي أدت إلى حدوث هذا الخطأ، وهو أمر متصور جداً في العقود الدولية للإنشاءات. ومن ذلك أن يتأخر عضو في الكونسرتيوم عن تنفيذ مهامه نتيجة عدم قيام عضو آخر بأعمال تكون لازمة لأداء تلك المهام، وقد يكون الخطأ ناشئاً عن تصرفات أكثر من عضو بالكونسرتيوم حيث تزداد الأمور صعوبة بشأن تحديد نطاق مسؤولية كل عضو.

والغالب في هذه الحالات، وحتى يتلافى أعضاء الكونسرتيوم مسؤولياتهم نحو رب العمل على نحو ما سنرى، فإنهم إما أن يحلوا محل العضو الذي ارتكب خطأ فيقوموا بتصحيح ذلك الخطأ بأنفسهم، أو أنهم يلجأون إلى جهة أخرى ليعهدوا إليها بتنفيذ تلك الأعمال، وفي كل الأحوال فإنهم يرجعون على العضو المسؤول بكافة التعويضات المترتبة على خطأه، وفي حالة ما إذا كان هذا الخطأ قد أدى إلى إنهاء التعاقد مع رب العمل، فإن العضو المخطئ يتحمل نتيجة ذلك أمام باقي الأعضاء. وفي بعض الأحيان يعتمد أعضاء الكونسرتيوم على الاتفاق على مواجهة مثل هذه الأخطاء عن طريق حساب مشترك أو ضمان بنكي يقوم فيه كل عضو بالمشاركة بنسبة معينة من المبالغ المودعة فيه، والذي يخصص لتغطية المسؤولية المشتركة لكافة الأعضاء<sup>2</sup>.

أما النطاق الثاني للمسؤولية فيتعلق بمسؤولية أعضاء الكونسرتيوم قبل رب العمل، والغالب في هذا النطاق أن تقوم مسؤولية الأعضاء في صورة تضامنية، بحيث يكون لرب العمل الرجوع على باقي الأعضاء فرادى أو مجتمعين في حالة وجود خطأ في تنفيذ المشروعات المتفق عليها.

1 انظر د. أحمد محمد الصاوي، مرجع سابق، صفحة ١٦٩ وما بعدها.

2 انظر د. أحمد حسان مطاوع، مرجع سابق، صفحة ٢٢٧.

إلا أن ما يجب الإشارة إليه في هذا المقام أن التضامن - وفق قواعد القانون المنظمة له - لا يمكن أن يفترض، وإنما يتقرر إما بنص القانون أو باتفاق الأطراف، ومن ثم فإن على رب العمل أن يتفق مع أعضاء الكونسرتيوم على أن مسؤولياتهم في تنفيذ التزاماتهم هي مسئولية تضامنية، حتى يضمن ذلك بعيداً عما قد يثور من خلاف بشأن اعتبار تلك الأعمال مدنية أم تجارية، حيث يكون التضامن مفترضاً في الحالة الأخيرة فقط.

ولا شك أن المسئولية التضامنية لأعضاء الكونسرتيوم تتفق تماماً مع طبيعة عقود الإنشاءات، والتي يبدو فيها صعباً للغاية على رب العمل أن يقف بوضوح على سبب الضرر نظراً للطبيعة المعقدة والمتداخلة للأعمال موضوع هذا العقود، ولعل هذا هو ما دفع العديد من المؤسسات المعنية بوضع عقود نموذجية في المجال الدولي للبناء والتشييد على إدراج نص يفيد اعتبار المسئولية تضامنية عند تعدد المقاولين<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني

#### اتفاق المشروع الدولي المشترك

ذكرنا من قبل أن طبيعة عقود الإنشاءات تتطلب آليات خاصة في التعاون والتنسيق بين الجهات القائمة على تنفيذها، وتناولنا في المطلب السابق أحد أهم تلك الصور وهو اتفاق الكونسرتيوم، وفي هذا المطلب نتناول صورة أخرى ذائعة الصيت في هذا الشأن باعتبارها نمطاً يعمل أطرافه من خلاله على توزيع الأدوار فيما بينهم، ومن ثم توزيع المخاطر الناجمة عن تلك العقود، وهو ما سيتضح لنا من خلال دراسة أحكام هذا الاتفاق ذات الصلة بعقود الإنشاءات، والتي نقسمها إلى فرعين على النحو الآتي:

1 انظر في ذلك على سببي المثال البند الإضافي رقم (٧٣) من الجزء الثاني (الشروط الخاصة) من الطبعة الرابعة من نموذج عقد الفيدليك (الكتاب الأحمر)، حيث يجري النص على النحو الآتي: "إذا شكل المقاول (بموجب القوانين النافذة) مشروعاً مشتركاً أو كونسرتيوم أو أي تجمع لشخصين أو أكثر في شكل يختلف عن الشركة، فإن الأعضاء فيه يكونون مسئولين مسئولية فردية وتضامنية قبل رب العمل.

الفرع الأول: المقصود بالمشروع الدولي المشترك وأطرافه  
الفرع الثاني: صور المشروع الدولي المشترك  
الفرع الأول

المقصود بالمشروع الدولي المشترك وأطرافه

باستقراء الاتجاهات المختلفة التي تناولت المشروع الدولي المشترك، يتضح لنا عدم الاتفاق فيما بينها على تعريف محدد له، وإنما تعددت تلك الاتجاهات ما بين مضيق له وآخر موسع. فالبعض<sup>1</sup> قيد من مفهوم المشروع المشترك بأن قصره على "التعاون لفترة معينة بين جهتين أو أكثر غير مترابطين لتقديم كل أو بعض الأعمال الهندسية والاستشارات والتشييد وخدمات الإدارة لمشروع معين، وذلك من خلال تنمية مهارات وموارد المشاركين، وقد يمتد المشروع لمدة أطول ليضم من خلالها تسويق الخدمات في المستقبل".

في حين اتجه البعض الآخر<sup>2</sup> إلى التوسع في تحديد المقصود بالمشروع المشترك ليشمل أي نوع من أنواع التعاون المشترك من جهتين أو أكثر، وذلك من أجل دمج وتكريس مواردها لتحقيق هدف مشترك". والتعريف على هذا النحو الموسع يتسم بالمرونة الكبيرة، حيث لا يربط المشروع بمدة معينة، فقد يقوم المشروع لمدة قصيرة أو طويلة، كما لا يربطه بشكل قانوني محدد، فقد يتخذ المشروع شكل شركة تتمتع بشخصية اعتبارية، وقد لا يرقى الأمر إلى درجة الشراكة وإنما يقتصر فقط على مجموعة من الاتفاقات والترتيبات، وأياً ما كان حجم التعاون المتفق على الدخول فيه. ورغم تعارض الاتجاهين وتباينهما فيما انتها إليه في هذا الصدد، إلا أننا نميل إلى التوسع في التعريف، إذ يتفق هذا النهج مع الاعتبارات

- 1 Cushman (R.) & Myers (J.), *Construction Law Handbook*, New York, Aspin Law & Business, Vol. 1, 1999, p. 173.
- 2 Dimatteo (L.), *Law of International Contracting*, The Hague, Kluwer Law International, 2 ed., 2009, p. 380.

العملية في إدارة العلاقات الاستثمارية، والتي تقتضي عدم تقييد المشروع قدر الإمكان، والتوسع ليشتمل على ما قد يستلزمه تنفيذه من متطلبات. وانطلاقاً من هذا الاتجاه، واستناداً إلى عدم وجود تنظيم قانوني محدد للمشروع الدولي المشترك، فإننا نرى ضرورة مراعاة عدد من الاعتبارات عند الحديث عن المشروع الدولي المشترك، أي ما كان التعريف الذي يمكن أن يعتمد في هذا الشأن، ومن أهم تلك الاعتبارات أن يعبر المشروع عن وجود اشتراك بين أطرافه يقوم على الثقة المتبادلة بين أطرافه من خلال تجمع يستند إلى أساس تعاقدية يساهم فيه كل طرف بموارد وأدوات مع تمتعه بالحق في إدارة المشروع المشترك والرقابة عليه<sup>١</sup>.

أما أطراف المشروع الدولي المشترك فهم أشخاص طبيعياً أو معنوية تبرم وتنفذ من خلالها العقود الدولية للإنشاءات، على أنه يلاحظ في هذا الشأن أنه في حالة ما إذا كان المشروع بغرض القيام بأعمال إنشائية في دول نامية، فإن الطرف الأجنبي غالباً ما يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً ينتمي إلى دولة صناعية متقدمة، في حين يكون طرف المشروع الذي ينتمي إلى الدولة النامية هو شخص معنوي يمثل إحدى الجهات الحكومية الراغبة في تنفيذ الإنشاءات موضوع التعاقد، حيث غالباً ما تتأثر المشروعات الدولية في الدول النامية بالسياسات والإجراءات المعمول بها في الدول المتقدمة، وبخاصة فيما يتعلق بالمؤسسات المالية فيها<sup>٢</sup>.

## الفرع الثاني

### صور المشروع الدولي المشترك

يمكن أن يتخذ المشروع الدولي المشترك أكثر من صورة، يمكن إجمالها على نحو ما جرى عليه العمل، وبخاصة في الآونة الأخيرة، في نوعين، يقوم الاختلاف بينهما بشكل أساسي استناداً إلى درجة الاتفاق

1 انظر د. أحمد شرف الدين، عقود عمليات البناء والتشييد وتسوية منازعاتها، بدون ناشر، سنة ٢٠٠٨، صفحة ٧١، وانظر كذلك د. محمد محمد بدران، عقد الإنشاءات

في القانون المصري، مرجع سابق، صفحة ٣٤٥.

2 انظر د. أحمد حسان مطاوع، مرجع سابق، صفحة ٢٣٧..

القائم عليه المشروع ، وما إذا كان الأمر يصل إلى درجة الشراكة بين أطراف المشروع أم أنه لا يعدو مجرد ترتيبات تعاقدية لا ترقى إلى درجة الشراكة ، وهو الأمر الذي يرتبط بمدى مساهمة أطراف المشروع فيه. ويمكن وفقاً لذلك تقسيم المشروع الدولي المشترك إلى نوعين: الأول هو المشروع الدولي المشترك في رأس المال ، والثاني هو الصيغة التعاقدية للمشروع الدولي المشترك.

### النوع الأول: المشروع الدولي المشترك في رأس المال

تعد هذه الصورة من الصور المنتشرة في العقود الدولية للإنشاءات ، حيث يتكون بموجبها تحالف بين اثنين أو أكثر من الشركات أو المشروعات المستقلة ، يساهم فيها كل طرف بحصة في ذلك التحالف لتحقيق أهداف معينة ، سواء كانت مساهمته قي صورة دعم مالي أو غير مالي ، كخبرة فنية مثلاً ، وبذلك ينشأ وفق هذه الصورة كيان مستقل من الناحية القانونية يأخذ شكل الشركة ، فأطرافه - كما هو الحال في الشركات - يقدم كل منهم حصة ، ويقتسم تكاليف المشروع ، ثم يشترك في إدارته وتسويق منتجاته ، وأخيراً يتم توزيع الأرباح والخسائر على أطراف المشروع.

وإذا كان الأمر كذلك ، فإن على الشركاء في هذا المشروع ، والغالب أنهم ينتمون إلى جنسيات مختلفة ، اختيار الشكل القانوني الذي يرغبون أن يضعوا فيه شركتهم ، على أن يأخذوا في اعتبارهم بالضرورة القانون الذي يحكم الشركات في الدولة التي يرغبون في تنفيذ مشروعهم فيها ، وما يستلزمه من أحكام أو يفرضه من إجراءات بخصوص الأشكال المختلفة للشركات<sup>1</sup> ، وذلك علاوة على العوامل الأخرى التي من شأنها نجاح المشروع أو فشله ، ومدى تحققها في تلك الدولة ، من توافر أيدي عاملة أو مواد لازمة لتنفيذ المشروع واستقرار البيئة الاقتصادية والسياسية وغير ذلك من الزايات والتيسيرات المقررة للشركات.

1 من ذلك على سبيل المثال ما يفرضه قانون الشركات في دولة الإمارات العربية المتحدة من ضرورة مساهمة مواطني الدولة بما لا يقل عن ٥١% من رأسمال الشركة ، وذلك وفق المادة (٢٢) من قانون الشركات التجارية هناك رقم (٨) لسنة ١٩٨٤ ، وتعديلاته.



على أنه يجب أن يؤخذ في الاعتبار أن الشركة إذ تمارس أنشطة استثمارية، فإن بعض القوانين، ومن بينها القانون المصري، تفرض شكلاً معيناً يتعين على الشركات التي تمارس هذه الأنشطة أن تتخذه، وهو شكل شركة المساهمة، حيث يعد الأنسب للمشروعات الضخمة، ومن ثم يحظر على الأنواع الأخرى من الشركات ممارستها<sup>1</sup>.

**النوع الثاني: الصيغة التعاقدية للمشروع الدولي المشترك**

يقوم هذا النوع على عقد يبرم بين أطراف المشروع ينظم حقوقهم وواجباتهم، لكن دون أن ينشأ عن هذا العقد كيان قانوني مستقل، ذلك أنه في هذا النوع والذي غالباً ما يبرم بصدد عقود تشييد بين أطراف من دول صناعية وآخرين من دول نامية، يتم الاتفاق بين المقاولين الذين سيقومون بتنفيذ الأعمال الإنشائية في الدول النامية، ثم يعقب ذلك الاتفاق إبرام عقد بين أحد هؤلاء المقاولين مع مالك المشروع المراد تنفيذه، بحيث يلتزم ذلك المقاول أمام مالك المشروع بتنفيذ ما يرد في العقد، ويكون له بعد ذلك أن يرجع على باقي المقاولين الذين أبرموا معه اتفاق سابق، وذلك بحسب ما جاء في ذلك الاتفاق من أحكام، وقد يفضل مالك المشروع التعاقد بشكل مباشر مع جميع الأطراف المشتركين في التنفيذ<sup>2</sup>.

وبعبارة أخرى، فإن هذا النوع يفترض وجود أكثر من مشروع يساهم كل منهم في تحقيق نشاط اقتصادي، وذلك بما يقدمه من خبرات فنية وإدارية من أجل تنفيذ ذلك النشاط، والتي تعد بمثابة الحصص التي

---

1 راجع في هذا الشأن المادة (5) من قانون الشركات المصري رقم 109 لسنة 1981 والتي تحظر على الشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات التوصية بالأسهم القيام بأعمال التأمين أو أعمال البنوك والادخار أو تلقي الودائع أو استثمار الأموال لحساب الغير.

كذلك حظر القانون الفرنسي على الشركات المدنية مباشرة الدعوة العامة للادخار بغرض جمع الأموال من الجمهور، وإلا بطلت تلك العقود، وذلك وفق المادة 1/1 من القانون الفرنسي رقم 1300 لسنة 1971.

2 انظر د. عصام الدين بسيم، اتفاق المشروع الدولي المشترك، بدون ناشر، سنة 1985، صفحة 9..

يتملكها المشروع في رأس المال، على أن يتم ذلك كله في إطار تعاقدية ودون أن ينشأ عنه كيان قانوني يتمتع بشخصية اعتبارية مستقلة<sup>1</sup>.

والواقع أن هذه الصورة أخذت تنتشر بشكل كبير في المشروعات المشتركة التي تبرم بين مستثمرين من دول متقدمة وآخرين من دول نامية، وأخذ العاملون في هذا المجال يلجأون إليها في صورها المختلفة<sup>2</sup> لما بدا لهم فيها من مزايا عديدة.

وهكذا يبدو الفارق بين هذه الصورة وسابقتها من صور المشروع الدولي المشترك في مدى وجود كيان قانوني مستقل يعتمد بشكل أساسي على العقد المبرم بين الأطراف، حيث يظهر هذا الكيان في صورة المشروع المشترك في رأس المال فقط، بينما لا يبدو هذا الفارق على ذات القدر من الوضوح عند التفرقة بين هذه الصورة واتفاق الكونسرتيوم على النحو السابق عرضه، حيث ينشأ كيان مستقل في الحالتين، وهو ما جعل البعض يعتبر اتفاق الكونسرتيوم نوعاً من أنواع المشروعات المشتركة التعاقدية<sup>3</sup>.

ومع ذلك يظل الاختلاف بين المشروع المشترك واتفاقات الكونسرتيوم قائماً في أكثر من جانب، من أبرزها أن رأسمال المشروع المشترك هو عبارة عما يقدمه أطرافه من مساهمات، في حين يكون لكل عضو في الكونسرتيوم ميزانية خاصة، ويتحمل نفقات الأعمال المكلف بها. كما يبدو الاختلاف بينهما واضحاً بشأن جني الأرباح وتكبد الخسائر

1 وإن كان البعض يرى أن المشروع الدولي المشترك في هذه الصورة لا يعدو كونه شركة تضامن واقعية.

انظر د. هاني صلاح سري الدين، اتفاقات الكونسرتيوم وغيرها من اتفاقات التعاون في صناعة الإنشاءات الدولية، مرجع سابق، صفحة ٥٤.

2 من أبرز الصور التي يأخذها هذا النوع: اتفاقات المعونة الفنية، اتفاقات الخدمات، الاتفاقات بين مقاولي الأعمال المدنية.

انظر في تفاصيل هذه الصور، د. عصام الدين بسيم، الجوانب القانونية للمشروعات الدولية المشتركة في الدول الآخذة في النمو، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، سنة ١٩٨٤، صفحة ١٢٠.

3 انظر في ذلك د. محمد شوقي شاهين، الشركات المشتركة، بدون ناشر، سنة ١٩٩٠، صفحة ١٣٤.

الناجئة عن تنفيذ المشروع، حيث يشترك أعضاء المشروع المشترك في تلك الأرباح والخسائر، في حين يتحمل كل عضو في الكونسرتيوم الربح أو الخسارة الناتجة عن تنفيذ الجزء المكلف به من الأعمال<sup>1</sup>.

## الفصل الثاني

### نطاق شرط التحكيم في اتفاقات التعاون

لا شك أن اتفاق التحكيم يعد بمثابة المرجعية القانونية التي يمكن أن يستند إليها نظام التحكيم، حيث ينطلق منه المحكمون في ممارسة سلطاتهم، ويرتكزون عليه عند إصدار أحكامهم حتى تكون بمنأى عن البطالان، علاوة على أن هذه الوثيقة هي التي تحول دون حق الأطراف في اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي، وتسلب منه اختصاصه الأصيل بنظر النزاع لتمنحه بحسب حدود الاتفاق إلى جهة أخرى يعترف لها القانون بسلطة انظر في النزاع والبت فيه.

لهذا كله أخذت الكثير من الدول تضع في قوانينها تعريفاً لاتفاق التحكيم، وذلك على غرار الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، ومن هذه التعريفات وأبرزها التعريف الوارد في القانون النموذجي للأمم المتحدة والصادر سنة ١٩٨٥، والذي نص في المادة السابعة منه على أن اتفاق التحكيم هو "اتفاق بين الطرفين على أن يقدم إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، سواء أكانت تعاقدية أم لا. ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في شكل شرط تحكيم وارد في العقد أو في شكل اتفاق منفصل".

وانطلاقاً من ذات المفهوم عرفت المادة ١٠/١ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ اتفاق التحكيم بأنه "اتفاق الطرفين على اللجوء للتحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت بينهما بمناسبة علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية"<sup>2</sup>.

1 انظر د. أحمد محمد الصاوي، المرجع السابق، صفحة ١٩٧.

2 انظر في تعريف اتفاق التحكيم على نحو مشابه لما ورد بشأنه في القانون المصري نص المادة ١٤٤٢ من قانون المرافعات الفرنسي الصادر سنة ١٩٧٥، والمعدل بالمرسوم رقم ٥٠٠ لسنة ١٩٨١، وكذلك المادة ١/٦ من قانون التحكيم الإنجليزي.

أما على الصعيد الفقهي، فإنه إن اختلفت صياغة التعريفات التي قيلت بشأن اتفاق التحكيم، فإن ذلك لم يمنع من أنها جميعاً دارت حول ذات المضمون الوارد في القوانين والاتفاقيات الدولية، ومن أبرز تلك التعريفات ما جاء من أنه "اتفاق الطرفين على الالتجاء للتحكيم دون قضاء الدولة لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة، عقدية أو غير عقدية".

ولن نعرض هنا تفصيلاً للأحكام الخاصة باتفاق التحكيم، والتي غدت موضع دراسة في كثير من مؤلفات التحكيم، والتي نُحيل إليها تلافياً للتكرار، وإنما سنقتصر على ما يتعلق منها بموضوع دراستنا هذه، لنعرض لبعض ما يكتنف هذا الاتفاق من مشكلات عملية تتعلق بشكل أساسي بالضرورات الملحة التي باتت اعتبارات التجارة الدولية تستلزمها، وتستوجب إعادة النظر فيما يعد مستقراً عليه في مجال إبرام العقود وتنفيذها.

ولعل نقطة الانطلاق في هذا الشأن هو ما استقر عليه العمل من أن الآثار المترتبة على أي عقد لا تنصرف بحسب الأصل إلا إلى أطراف ذلك العقد دون غيرهم ممن لم يشاركوا في إبرامه<sup>١</sup>، ولما كان اتفاق التحكيم هو عقد، شأنه شأن أي عقد آخر، فالأصل أنه يخضع لذات المبدأ السابق، فلا يلزم إلا أطرافه، إلا أن اعتبارات التجارة الدولية في مجال العقود الدولية للإنشاءات قد فرضت حالات معينة من شأنها أن

1 انظر د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١، بند ٤٦٠، صفحة ٩٤٢.

2 ذهبت محكمة النقض المصرية صراحة في هذا الشأن إلى أن أثر العقد في جميع ما تضمنه - بما في ذلك شرط التحكيم - لا يتعدى طرفي هذا العقد إلى المنازعة القائمة بين الطاعن والمطعون عليه الأول في خصوص رجوع الأخير بما دفعه للطاعن، وإذا كان الحكم قد قضى برفض الدفع بعد اختصاص المحاكم، ويعدم سريان شرط التحكيم على المنازعة فإنه يكون قد انتهى صحيحاً في القانون.

راجع الطعن رقم ٢٨٩ لسنة ٣٠ قضائية، الصادر في جلسة ١١ يناير ١٩٦٦، مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفني لمحكمة النقض، السنة السابعة عشر، العدد الأول، يناير - فبراير ١٩٦٦، صفحة ٧٥.

يتدخل المتعاقد لإبرام العديد من العقود اللاحقة على إبرام العقد الأصلي حتى ينهي الالتزامات المفروضة عليه بموجب ذلك العقد الأخير، أو يدخل في علاقات مع شركات أخرى معنية بتنفيذ العقد، وذلك على نحو ما عرضنا له في الفصل السابق من هذه الدراسة.

وحيث أنه قد يرد النص في هذه الحالات على اللجوء للتحكيم في العقد الأصلي فقط دون غيره، فإنه يثور التساؤل هنا حول إمكانية امتداد التحكيم في مثل هذه الحالات من عقد إلى آخر أو من شركة إلى أخرى، رغم عدم وجود نص يكشف إرادة الأطراف المعنيين بهذه الحالات في اللجوء إلى التحكيم؟ وهل يحول صمت هؤلاء الأطراف دون امتداد التحكيم إليهم، خاصة وأن التحكيم في مثل هذه الحالات يصطدم صراحة بقاعدة نسبية أثر العقود المستقر عليها قانوناً باعتبارها أحد الأصول التي تحكم العقود.

ونظراً لأهمية النتائج المترتبة على الإجابة على هذه التساؤلات، فإننا نرى أن نتعرض في البداية لبيان نطاق تطبيق القاعدة العامة في مجال اتفاق التحكيم مع الإشارة إلى الضرورات التي تقتضي الخروج على تلك القاعدة والأساس إلى تستند إليه تلك الضرورات.

وعلى ذلك نقسم دراستنا في هذا الفصل إلى مبحثين، وذلك على

التحور الآتي:

**المبحث الأول: القاعدة العامة بشأن نطاق اتفاق التحكيم ومبررات الخروج عليها**

**المبحث الثاني: نطاق شرط التحكيم في اتفاقات التعاون**

**المبحث الأول**

**القاعدة العامة بشأن نطاق اتفاق التحكيم ومبررات الخروج عليها**

ذكرنا أن اتفاق التحكيم، شأنه شأن أي اتفاق آخر، يخضع إلى القاعدة العامة التي تقوم على أن الاتفاق لا يلزم إلا أطرافه، ومع ذلك فهناك عدد من الاعتبارات التي تبرر الخروج على هذه القاعدة، وعدم

تطبيقها على النحو المستقر عليه ، لما قد يؤدي إليه ذلك من نتائج تتأبى على الهدف من وضعها.

ونتناول في هذا المبحث القاعدة العامة في هذا الشأن في المطلب الأول ، على أن نتعرض في المطلب الثاني لمبررات الخروج عليها.

### المطلب الأول

#### القاعدة العامة بشأن نطاق اتفاق التحكيم

يقتضي منا بيان هذه القاعدة أن نتعرض للمقصود بالطرف في اتفاق التحكيم ، لنرى النطاق الطبيعي الذي يمكن أن يمتد إليه هذا الاتفاق ، وسنعرض هنا لهذا المفهوم في فرع أول ، ثم نلبي ذلك بدراسة مدى إمكانية دخول الخلف بنوعيه ، العام والخاص ، ضمن مفهوم أطراف التحكيم الذين تنصرف إليهم آثاره ، وذلك في فرع ثان.

وعلى ذلك نقسم هذا المطلب إلى فرعين ، وذلك على النحو الآتي :

#### الفرع الأول: المقصود بالطرف في اتفاق التحكيم

#### الفرع الثاني: اثر اتفاق التحكيم على خلف أطرافه

### الفرع الأول

#### المقصود بالطرف في اتفاق التحكيم

الأصل أن مفهوم الطرف في اتفاق التحكيم يشمل كل شخص وقع على اتفاق التحكيم ، سواء قام بذلك بنفسه أو من خلال من يمثله تمثيلاً قانونياً صحيحاً ، بحيث يكون له صلة بموضوع الاتفاق. ويقصد بالتوقيع هنا الارتباط به من خلال إحداث أثر قانوني متعلق به ، وذلك إما بإنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو زواله في خصوص موضوع معين يحدد العقد نطاقه.

ويعبارة أخرى ، فإنه لا يكفي مجرد التوقيع على اتفاق التحكيم لإسباغ صفة "لطرف" على الموقع ، وإنما يتعين علاوة على ذلك أ ، يكون من شأن هذا التوقيع أن يربط أثراً قانونياً على من قام به ، ذلك أنه من المتصور أن يضع شخص توقيعاً على اتفاق التحكيم لا بصفته طرفاً فيه ،

وإنما شاهد عليه أو مترجم له أو حتى وكيل عن الطرف الحقيقي أو رقيب عليه. ١.

وترتيباً على ذلك يمكن اعتبار أن مجرد توقيع جهة حكومية على عقد بين مستثمر وإحدى هيئات الدولة من شأنه إضفاء صفة الطرف على الجهة الحكومية، ذلك أن التوقيع في مثل هذه الحالة إنما تلمية اعتبارات المصلحة العامة والتي تقتضي قيام الحكومة بالتوقيع على مثل هذه العقود من منطلق مباشرة سلطة الرقابة المنوطة بها عليها<sup>١</sup>.

كما أنه وتطبيقاً لذلك لا يمكن اعتبار المقاول من الباطن الذي يكتفي بوضع الحروف الأولى من اسمه على ملحق عقد المقاول المبرم بين المقاول الأصلي ورب العمل، ودون أن يتحمل بأي التزام مباشر ناتج عن هذا العقد في مواجهة رب العمل على أنه طرف في عقد المقاول المذكور، ذلك أن توقيعه على مثل هذا الاتفاق لم يتمخض عنه فرض التزام عليه على نحو يكسبه هذا الوصف.

وعلى ذلك المفهوم أكدت محكمة النقض المصرية حين قضت بأنه "لا يمكن اعتبار كل مكن يرد ذكره في العقد أنه أحد أطرافه، طالما لم يكن له صلة بشأن ترتيب الأثر القانوني الذي يدور حوله النزاع الناشئ بسبب العقد، وهو أمر من مطلق حق قاضي الموضوع مستمد من حقه في تفهم الواقع في الدعوى ولا معقب عليه فيه ما دام استخلاصه سائفاً"<sup>٢</sup>.

كما نحا الفقه إلى ذات الاتجاه حين عرف طرف العقد بأنه "من يصدر عنه التعبير عن إرادة الالتزام به، فيساهم في تكوينه، ولا

---

١ انظر د. علي سيد قاسم، نسبية اتفاق التحكيم، دراسة في أحكام القضاء وقرارات المحكمين، دار النهضة العربية، القاهرة، بند ٨، صفحة ١٠.

٢ وفي ذات الشأن أثير هذا الأمر في قضية هضبة الأهرام المصرية، حيث اعتمد وزير السياحة المصري العقد المبرم بين الجانب المصري والأجنبي، مما اعتبرت معه غرفة التجارة الدولية بباريس أن الحكومة المصرية هي طرف في اتفاق التحكيم، إلا أن محكمة الاستئناف ألغت هذا الحكم بناء على دفاع الحكومة المصرية، وأيدت محكمة النقض حكم محكمة الاستئناف.

٣ راجع الطعن رقم ٦٦٩ لسنة ٤٢ قضائية، جلسة ١٤ مارس ١٩٧٩.

يكفي لذلك أن يرد ذكره فيه، أو أن يوقع عليه بصفة أخرى غير هذه الصفة<sup>١</sup>.

على أن مفهوم الطرف في اتفاق التحكيم لا يقتصر على الشخص الطبيعي، بل يمتد ليشمل الشخص المعنوي طالما كان متمتعاً من الناحية القانونية بتلك الشخصية.

وتأسيساً على ما سبق، فإن تحديد صفة الطرف في حالة وجود وكالة، وما إذا كان الوكيل هو الطرف في اتفاق التحكيم أم الموكل، فالأصل في ذلك أن الموكل هو الطرف، حتى وإن لم يوقع على اتفاق التحكيم، ذلك أنه هو من تنصرف إليه آثار ذلك الاتفاق، أما الوكيل فهو غير ملتزم بهذا الاتفاق. على أنه قد يحدث أن يبرم الوكيل اتفاق تحكيم باسمه وحسابه، أو بعبارة أخرى لا يظهر صفته كوكيل، أو يتصرف خارج حدود الوكالة الممنوحة له، أو أن الوكالة ذاتها لا تكون صحيحة، أو ليست وكالة خاصة على النحو الذي يتطلبه القانون، ففي مثل هذه الحالات لا يمكن اعتبار أن الموكل هو الطرف في اتفاق التحكيم، وإنما الوكيل نفسه<sup>٢</sup>.

ويثور في عقود الإنشاءات على وجه الخصوص، نظراً لما يجري فيها من مفاوضات كثيرة من قبل أطراف متعددين، التساؤل حول مدى اعتبار الشخص الذي يقتصر دوره على التفاوض على عقد دون أن يتمتع بسلطة إبرامه من أطراف العقد، ومن ثم امتداد شرط التحكيم إليه؟ والواقع أن الإجابة على هذا التساؤل يتنازعها المجاهان<sup>٣</sup>، يميل أولهما إلى أن مجرد التدخل في إجراءات المفاوضات السابقة على العقد لا

1 انظر د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٨، بند ٣٠٧، صفحة ٤٤٩.

2 يأخذ ذات الحكم التعاقد باسم مستعار، حيث تنصرف آثار العقد، بما في ذلك شرط التحكيم، إلى الوكيل الذي يتعاقد نيابة عن الموكل نيابة مستترة، أي تنصرف آثار اتفاق التحكيم إلى صاحب الاسم المستعار في علاقته مع المتعاقد، وذلك دون إخلال بالآثار التي يرتبها عقد الوكالة في علاقة صاحب الاسم المستعار بالموكل.

3 انظر د. محمد نور شحاتة، مفهوم الغير في التحكيم، دراسة لمبدأ نسبية أثر التحكيم بالنسبة للغير، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الثالث للتحكيم التجاري الدولي المعقد في القاهرة في الفترة من ١٣ - ١٤ أبريل ١٩٩٦، بند ٦٥، صفحة ٤٣ وما بعدها.



يعني أن الطرف الذي قام بالتفاوض هو طرف في التحكيم، طالما أن العقد قد أبرم من قبل شخص آخر، وأن الطرف المتفاوض لا يلتزم من ثم بشرط التحكيم الوارد في العقد.

بينما يميل الاتجاه الآخر - ونحن معه - إلى أن دخول شخص (غالباً ما يكون شركة) في مفاوضات سابقة على إبرام عقد متضمن شرط تحكيم إنما يكون باعتباره وكيلاً عن الشركة الموقعة على العقد. وأنه، وإن كان الأصل أن آثار العقد، بما فيها شرط التحكيم، تنصرف إلى الموكل دون الوكيل، فإن فكرة الإرادة الظاهرة من شأنها أن تخلق نوعاً من الاعتقاد المشروع بأن مسلك ممثل الشركة أثناء التفاوض يلزم جميع شركات المجموعة بالعقد الذي أبرمته إحدى شركات المجموعة، والذي لم توقعه باقي الشركات، والمتضمن شرط التحكيم.

على جانب آخر يثور وضع الكفيل، ما إذا كان يمكن النظر إليه على أنه طرف في اتفاق التحكيم الذي يبرم بين الدائن والمدين المشمول بكفالاته، أم أن نطاق تلك العلاقة لا يمتد إليه؟

الإجابة على هذا التساؤل تجد أساسها في أن محل الالتزام يختلف في العقدين كما يختلف في مصدرهما، بيان ذلك أن التزام الكفيل يجد مصدره في عقد الكفالة في حين يجد التزام المدين مصدره في العقد المبرم بينه وبين دائنه، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن محل التزام الكفيل لا يتحقق إلا إذا لم ينفذ المدين نفسه الالتزام الأصلي المفروض عليه. وبناء على ذلك يبدو الكفيل من الغير بالنسبة لاتفاق التحكيم، وليس ثمّة حق للدائن أن يتمسك في مواجهته بما اتفق عليه مع مدينه بشأن اللجوء إلى التحكيم، كما أنه ليس للكفيل أن يتمسك بهذا الاتفاق في مواجهة الدائن<sup>1</sup>.

ولا يقدح في هذا القول القاعدة التي ينظمها القانون المدني بشأن الكفالة من إعطاء الحق للكفيل بأن يتمسك في مواجهة دائن مدينه بكافة

1 E. Loquin, Arbitrage et Cautionnement, Rev. arab, 1994, p. 240.

الدفوع التي يكون للمدين الأصلي أن يتمسك بها في مواجهة دائته ما لم تكن متعلقة بشخصه، ذلك أن المقصود بالدفوع هنا هي تلك التي ترتبط بالدين وتؤدي الى انقضائه أو إنقاصه، ولا شك أن الدقة بالتحكيم ليس أحد تلك الدفوع، إذ أنه يتعلق بالحق في الدعوى وليس بالحق الموضوعي الذي يعطى الكفيل الحق في التمسك به<sup>1</sup>.

وفي ذات النطاق تبدو هناك أهمية في تحديد مدى امتداد اتفاق التحكيم من مدين أو دائن متضامن إلى آخر، ذلك أن القاعدة أن المتضامن يمثل غيره من المتضامين فيما ينفعهم دون ما يضرهم، أما فيما يتعلق بالتصرفات التي لا يتضح ما إذا كانت تمثل نفعاً أم ضرراً للمتضامين، فإنه يكون لهم الخيار إما بالتمسك بها أو عدم التمسك بها<sup>2</sup>. وتطبيقاً لذلك، وحيث يبدو أن اللجوء للتحكيم كبديل للقضاء في سبيل تسوية النزاع يعد من الأمور التي قد تحقق مصلحة من عدمه لباقي المتضامين، فإن تمسكهم باتفاق التحكيم المبرم بواسطة أحدهم يكون حقاً لهم، إن شاءوا استعملوه، وإن شاءوا عزفوا عنه ولجأوا بالتالي إلى قضاء الدولة ليفصل لهم في منازعاتهم.

### الفرع الثاني

#### أثر اتفاق التحكيم على خلف أطرافه

بعد أن بينا المقصود بالطرف في التحكيم، فإن الأمر يتطلب دراسة مدى اعتبار خلف ذلك الطرف، سواء كان خلفاً عاماً أم خلفاً خاصاً، من قبيل الطرف، ومن ثم مدى امتداد اتفاق التحكيم إليه. وهو ما نتناوله في هذا الفرع.

#### أولاً: أثر اتفاق التحكيم على الخلف العام لأطرافه

يعرف الخلف العام بأنه "من يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق والتزامات أو في جزء منها باعتبارها مجموعاً من المال، كالوارث والموصى له بجزء من التركة في مجموعها"<sup>3</sup>.

- 1 انظر د. محمد نور شحاتة، مرجع سابق، بند ١٢٠، صفحة ١٠١ وما بعدها.
- 2 انظر د. أحمد السيد الصاوي، أثر الأحكام بالنسبة للغير، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٩، بند ٨٠، صفحة ٦١ وما بعدها.
- 3 انظر د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، العقد، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨١، بند ٣٤٤، صفحة ٧٢١.

والأصل وفق المبادئ المستقر عليها في القانون أن ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، دون إخلال بالقواعد المترتبة على الميراث، وذلك ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام<sup>1</sup>.

ومؤدى تلك القاعدة عدم اعتبار الخلف العام من الغير، ومن ثم إذا كان السلف طرفاً في اتفاق التحكيم بشأن نزاع متعلق بحق من الحقوق التي انتقلت منه إلى الخلف، فإن هذا الاتفاق، بما يرتبه من آثار، ومن بينها اللجوء إلى التحكيم، ينتقل إلى خلفه. وبهذا قضى صراحة بأن "اتفاق التحكيم لا ينصرف آثاره إلى المتعاقدين فحسب، وإنما أيضاً إلى الخلف العام للمتعاقدين، ما لم ينص على خلاف ذلك"<sup>2</sup>.

وهذا الأثر ينتقل سواء كان السلف شخصاً طبيعياً أو معنوياً، كما لو كان شركة وتم دمجها في شركة أخرى، حيث تعد الشركة الجديدة الدائجة بمثابة الخلف الذي ينتقل إليه التزامات الشركة المندمجة، ومن بينها اتفاق التحكيم<sup>3</sup>. كما يسري ذات الحكم على الجانب الآخر في حالة انقسام الشركة، إذ تلتزم الشركات الناتجة عن عملية الانقسام بما التزمت به الشركة المنقسمة في اتفاقاتها، بما في ذلك شرط التحكيم<sup>4</sup>.

بل إن هذا الأثر يترتب حتى وإن اتفق أطراف العقد صراحة على انقضاء العقد صراحة بوفاة أحد كطرفيه، أو نص القانون على ذلك، أو اقتضت طبيعة العقد تلك النتيجة، إذ أن هذه الأمور لا ترتب أثراً على

1 راجع المادة ١٤٥ من القانون المدني المصري، وانظر في تبني القضاء لهذه القاعدة حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٣٤٦ لسنة ٣٦ قضائية الصادر بتاريخ ١٩٧٢/٥/١١ حيث قضت صراحة بأنه "يترتب على انصراف أثر العقد إلى الخلف العام أنه يسري في حقه ما يسري في حق السلف بشأن هذا العقد، فلا يشترط ثبوت تاريخ العقد أو تسجيله حتى يكون التصرف حجة للخلف أو عليه، لأنه يعتبر قائماً مقام المورث، ويلتزم بتنفيذ ما التزم به مورثه طالما أن العقد قد نشأ صحيحاً، وخلصت له قوته الملزمة".

2 Sentence Rendue dans l'affaire no 2626 en 1977, J.D.I, 1978, P. 980

3 Cour d' appel de Paris, 11 Mars 1993, Rev. arab, 1994, p.735

4 Cour d' appel de Paris, 29 Mars 1991, Rev. arab, 1991, p.478

شرط التحكيم الوارد في العقد المنقضي، فيظل صحيحاً وإن انقضى العقد، وذلك استناداً إلى المبدأ المستقر عليه في قوانين التحكيم المختلفة من استقلال شرط التحكيم عن شروط العقد الأخرى، ومن ثم لا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته<sup>١</sup>.

ولا شك أن مثل هذا الانتقال يفترض بالضرورة أن يكون الخلف صالحاً لإعمال اتفاق التحكيم بشأنه، وإلا انقطع التحكيم بالنسبة له وفقاً لأحكام القانون بشأن الانقطاع<sup>٢</sup>، وذلك كما لو كان الخلف فاقد الأهلية اللازمة لإعمال اتفاق التحكيم.

ثانياً: أثر اتفاق التحكيم على الخلف الخاص لأطرافه

يعرف الخلف الخاص بأنه "من يخلف الشخص في عين معينة بالذات، أو في حق عيني عليها، كالمشتري يخلف البائع في المبيع، والمتنع يخلف المالك في حق الانتفاع"<sup>٣</sup>.

وإذا كان الأصل أن الخلف الخاص، وخلافاً لما هو عليه الوضع بالنسبة للخلف العام، لا تنصرف إليه آثار العقود التي يبرمها سلفه، فإن تلك القاعدة يتم الخروج عليها في حالة توافر الشرطين المنصوص عليهما في المادة (١٤٦) من القانون المدني، والتي جاء في نصها أن الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كان من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه<sup>٤</sup>.

ووفقاً لهذا النص فإن انصراف آثار العقود السلف إلى الخلف الخاص مرهون بتوافر الشرطين الآتيين، الأول أن يكون الحق أو الالتزام

١ انظر في تأييد هذا الرأي د. مصطفى محمد الجمال و د. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، بند ٣٢١، صفحة ٤٧٠.

٢ راجع أحكام انقطاع الخصومة الواردة في المواد من ١٣٠ - ١٣٣ من قانون المرافعات المصري رقم قانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨.

٣ انظر د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، بند ٣٤٤، صفحة ٧٢١.

٤ وقد أكد القضاء على ذلك في العديد من أحكامه. راجع على سبيل المثال طعن النقض رقم ٣٠٧ لسنة ٣١ قضائية، جلسة ١ فبراير ١٩٦٦، والطعن رقم ٥٢٩ لسنة ٤٨ قضائية، جلسة ٢١ فبراير سنة ١٩٧٩.

من مستلزمات الشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص، ويكون الحق كذلك إذا كان مكتملاً لهذا الشيء، كما هو الحال في عقود التأمين على سبيل المثال، بينما يكون الالتزام كذلك إذا كان من شأنه أن يحد من حرية الانتفاع بذلك الشيء.

والشرط الثاني أن يعلم الخلف الخاص بالحق أو الالتزام الذي يعد من مستلزمات الشيء الذي انتقل إليه<sup>1</sup>.

ويتطبيق هذين الشرطين على اتفاق التحكيم، نجد أن الشرط الأول متحقق في كافة الأحوال، ذلك أن اتفاق التحكيم هو بالضرورة من مستلزمات العقد الأصلي، إذ أنه يقع على منازعة ناشئة عن ذلك العقد وليس غيره. أما الشرط الثاني فإن الأمر يستلزم التحقق منه، وإن كان هذا التحقق قائم بالضرورة في حال ما إذا كان اللجوء إلى التحكيم قد ورد ضمن بنود العقد الأصلي، وعلم به الخلف الخاص، في حين أن هذا الشرط لا يتحقق في حال ما إذا كان اللجوء إلى التحكيم مستنداً إلى مشاركة تم إبرامها بشكل منفصل عن العقد الأصلي، إذ لا يقوم الشرط في هذه الحالة إذا ما استطاع الخلف الخاص إثبات أنه لم يكن على علم بهذه المشاركة، حتى وإن ثبت علمه بالعقد الأصلي.

ومن صور انتقال اتفاق التحكيم إلى الخلف الخاص ما يحدث في حوالة العقد من حلول أحد الأشخاص محل أحد طرفي العقد في كل ما يرتبه العقد من آثار، بحيث يصبح المحال إليه طرفاً في العقد، وتنصرف إليه آثاره وفقاً لقاعدة نسبية أثر العقود، ومن بينها اتفاق التحكيم<sup>2</sup>، وينطبق ذات الحكم في حالة الحلول<sup>3</sup>، حيث يحل أحد الأشخاص محل الدائن فيما

- 1 انظر د. رضا متولي وهدان، انتقال آثار العقود إلى الخلف الخاص، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة ١٩٩٩، صفحة ٤٤.
- 2 انظر د. حسام الدين فتحي ناصف، نقل اتفاق التحكيم - دراسة مقارنة لقواعد التنازع والقواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على النقل الاتفاقي والقانوني لاتفاق التحكيم في ضوء القانون والقضاء المقارن والاتفاقيات الدولية ولوائح هيئات التحكيم الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٣، صفحة ٥٠.
- 3 راجع المادة (٣٢٩) من القانون المدني المصري.

له من حقوق، وبما تتسم به تلك الحقوق من خصائص وما تلحقها من  
توابع أو يكفلها من تأمينات أو يرد عليها من دفع، هنا ينتقل اتفاق  
التحكيم إلى الغير الموفي ما دام قد علم به، إذ يعد من مستلزمات العقد،  
شريطة أن يكون قد رجع عليه بدعوى الحلول، أما إن رجع بدعوى  
شخصية (كالفضالة مثلاً) فإنه لا يكون ملزماً باتفاق التحكيم المبرم بين  
الدائن والمدين.

## المطلب الثاني

### مبررات الخروج على القاعدة العامة

ذكرنا فيما سبق آثار العقد تقتصر على أطرافه عملاً بمبدأ نسبية  
أثر العقود، كما رأينا أن مفهوم الطرف يتسع ليشمل علاوة على الأطراف  
الحقيقيين الخلف العام والخلف الخاص لهم، أما الغير الذي لا يرتبط بصلة  
بالعقد أو بأحد أطرافه، فالأصل أنه لا يتأثر بما يرتبه العقد من حقوق  
والتزامات.

وإن كان المشرع قد خرج عن تلك القاعدة حين أجاز للغير أن  
يكتسب حقاً من العقد، وذلك وفقاً لمفهوم الاشتراط لمصلحة الغير،  
والذي كرسته المادة (١٥٢) من القانون المدني حين نصت على أنه "لا  
يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً". كما أنه وفي  
بعض الحالات يمكن أن تمتد آثار العقد كلها إلى الغير، بحيث يصبح في  
حكم طرف العقد، كما هو الحال في مجموعة العقود والشركات، وعلى  
نحو ما سنوضحه في هذه الدراسة.

والواقع أن هذا الامتداد في مجال اتفاقات التحكيم قد وجد أساسه  
فيما تستلزمه احتياجات التجارة، وبخاصة الدولية منها، إلى امتداد  
التحكيم إلى غير أطرافه، ذلك أن العلاقة العقدية الوارد بشأنها اتفاق  
التحكيم يمكن أن تحدث بها تغييرات من شأنها أن تؤدي بالضرورة لحدوث  
تعديل بشأن نطاق تطبيق اتفاق التحكيم من حيث الأشخاص، فيمتد  
اتفاق التحكيم إلى من لم يكن طرفاً فيه أو يوقع عليه.

صفوة القول إذن أن اتفاق التحكيم - سواء أكان في صورة شرط أم مشارطه - من الممكن أن يمتد إلى الغير متى كان لهذا الأخير مصلحة تقتضي مد نطاق اتفاق التحكيم إليه لتشمله حماية له من ضياع حقوقه. ومثل هذا الامتداد له ما يبرره ويستند إليه من الناحية القانونية، علاوة على الاعتبارات العملية التي أشرنا إليها، وأهم تلك المبررات ما يلي:

أولاً: يخضع اتفاق التحكيم - باعتباره عقداً - إلى ما تخضع له العقود من أحكام، وإن اختلف موضوعه عن موضوع العقد الأصلي الذي يبرم بمناسبةه، ذلك أن موضوع العقد الأصلي إنما يتصل بتنظيم الأحكام الموضوعية لموضوعه، في حين ينصب اتفاق التحكيم على تنظيم الأحكام الإجرائية اللازم إتباعها لإنهاء أي نزاع قد يثور بشأن الأحكام الموضوعية، وبعبارة موجزة إن اتفاق التحكيم هو عقد إجرائي<sup>١</sup>. وإذا كان القانون يعطي لأطراف أي عقد، والتحكيم من بينها، الحق في الاتفاق على نقل آثاره إلى الغير، بحيث يكون له الاستفادة منه، فإن ذلك مرهون بالا يكون اتفاق التحكيم قد روعي في إبرامه الاعتبار الشخصي لأحد أطرافه، إذ لا يمكن في هذه الحالة أن يمتد إلى الغير.

ثانياً: إن قاعدة الأثر النسبي للعقود، والتي تحول دون امتداد آثار العقود إلى أشخاص بخلاف أطرافها، ليست قاعدة مطلقة، وإنما يمكن أن ترد عليها استثناءات تبررها المصلحة، فينص القانون على الخروج عليها أو يتفق الأطراف على ذلك حين يسمح لهم القانون بذلك، كما في حالة الاشتراط لمصلحة الغير على نحو ما أشرنا.

وتجدر الإشارة هنا إلى ما ينظر إليه البعض<sup>٢</sup> بشأن مبدأ نسبية العقود، ويميز بين الاتفاق بوصفه تصرف قانوني، ويرى أنه يقتصر على أطرافه، في حين يرى إمكانية امتداده إلى الغير إذا كان بمثابة واقعة مادية لهذا الغير، ويخلص إلى أن التحكيم في مراحل المختلفة لا يعدو أن يكون مجرد واقعة مادية يمكن أن يحتج بها في مواجهة الغير كأساس لشرعية المركز

1 انظر د. حسام الدين فتحي ناصف، مرجع سابق، صفحة ١٥.

2 انظر د. محمد نور شحاتة، المرجع السابق.

القانوني الموضوعي أو الإجرائي الناشئ عن تطبيق قواعد العقد. ومن ثم فإن اتفاق التحكيم شأنه شأن العقود الأخرى يقبل الامتداد إلى غير أطرافه الأصليين.

ثالثاً: كما يبرر امتداد اتفاق التحكيم ونقله مع العقد الأصلي التي تربط بين العقدین، ذلك أن اتفاق التحكيم إنما يبرم في إطار الاتفاق الأصلي وحماية لما يرد في هذا الاتفاق الأخير من أحكام. ومثل هذه العلاقة تبرر إمكانية نقل اتفاق التحكيم مع العقد الأصلي، على أن هذا الأمر هنا يستوجب الوقوف على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الوارد فيه، لنرى حدود العلاقة بينهما في ضوء ما استقر عليه العمل بموجب هذا المبدأ.

استقلال شرط التحكيم عن العقد الوارد فيه:

يعد مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الوارد فيه من أهم مبادئ التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، ومؤدى هذا المبدأ عدم ارتباط مصير شرط التحكيم بمصير العقد الأصلي الذي تضمنه، وبعبارة أخرى لا يتأثر اتفاق التحكيم بما قد يشوب العقد الأصلي من أسباب تؤدي إلى فسخه أو بطلانه، فيظل اتفاق التحكيم قائماً بذاته، وعلى هيئة التحكيم السير في إجراءات التحكيم للفصل في مسألة اختصاصها من عدمها، والفصل في النزاع المتعلق بالعقد الأصلي، فإذا ما قضت ببطلان العقد الأصلي، فإن ذلك لا يؤثر بالضرورة على شرط التحكيم، والعكس صحيح، أي أن بطلان شرط التحكيم لا يؤثر بالضرورة على بقاء العقد الأصلي.

وقد أكد المشرع المصري على هذا المبدأ حين نص في المادة ٢٣ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أنه "يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الآخر ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته".



كما أن المعاهدات الدولية التي نظمت التحكيم الدولي قد أخذت بهذا المبدأ، حتى وإن لم تشر إليه بشكل صريح، وذلك بدءاً من اتفاقية نيويورك سنة ١٩٥٨، حيث ألزمت الدول الأعضاء بالاعتراف باتفاق التحكيم، إلا أنها لم تتعرض بشكل صريح لمبدأ الاستقلالية، ثم جاءت الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي سنة ١٩٦١ لتمنح المحكم سلطة الدفع بعد اختصاصه، كما منحت هيئة التحكيم سلطة الفصل في صحة أو عدم صحة اتفاق التحكيم أو العقد الأصلي، دون أن تتعرض هي الأخرى لمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الوارد فيه بشكل صريح.

وعلى ذات النهج سارت اتفاقية واشنطن سنة ١٩٦٥ حين أكدت على أن هيئة التحكيم هي التي تفصل في مسألة اختصاصها، وذلك دون إشارة صريحة إلى المبدأ.

وأخيراً وليس آخراً تضمنت لائحة التحكيم التي أقرتها الجمعية العمومية تأكيداً على هذا المبدأ في المادة ٢١ منها، حيث نصت على أن "تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المثارة بشأن عدم اختصاصها، بما في ذلك كل دفع يتعلق بوجود وصحة شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم المستقل".  
وغير بعيد عن هذا الاتجاه ما أخذ به قضاء التحكيم، والذي أرسى هذا المبدأ في أكثر من حك، لعل من أبرزها احكم الشهير الصادر في قضية تكساكو ضد الحكومة الليبية، فقد عمل هذا المبدأ حين رفض الدفع المقدم من الحكومة الليبية من أن التأميم قد أنهى عقد الامتياز، وأن هذا من شأنه أن يمتد إلى شرط التحكيم المدرج فيه، وبنيت الهيئة حكمها استناداً إلى مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، وتمسكت بذلك بحقها في الفصل في مسألة اختصاصها بنظر الدعوى<sup>١</sup>.

١ راجع الحكم التمهيدي الصادر في القضية المذكورة بتاريخ ٢٧/١١/١٩٧٥، .مشار إليه لدى د. عاطف شهاب، اتفاق التحكيم التجاري الدولي والاختصاص التحكيمي، سنة ١٩٩٧، صفحة ٢٩٩.

ويترتب على مبدأ استقلال شرط التحكيم ع العقد الوارد فيه عدم وجود ارتباط حتمي بين مصير العقد الأصلي وشروط التحكيم، فتظل هيئة التحكيم هي المختصة بنظر النزاع المتعلق بالعقد الأصلي - وإن شاب هذا العقد بطلان أو فسخ - ما دام شرط التحكيم صحيحاً.

وعلى الجانب الآخر لا يؤدي بطلان شرط التحكيم لأي سبب، كما لو صدر عن شخص لا يتمتع بسلطة ابرماه، إلى بطلان العقد الأصلي الوارد فيه فيطل العقد صحيحاً رغم ذلك، ويكون على أصحاب الشأن اللجوء إلى القضاء باعتباره صاحب الولاية في الفصل في المنازعات.

وأساس ذلك الفصل هو اختلاف الغاية من كل من العقد الأصلي وشرط التحكيم الوارد فيه، إذ بنما يهدف الأول إلى بيان حقوق وواجبات أطرافه، فإن غاية الثاني هي تنظيم الإجراءات الخاصة بالفصل في المنازعات التي قد تنشأ عن العقد الأصلي، وتنفيذه هو أمر احتمالي ومرهون بوجود منازعات من عدمها.

ويترتب على ذلك أن هيئة التحكيم هي نفسها من تتولى الفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله موضوع لنزاع، وليس بالضرورة أن تطبق ذات القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي على مسألة اختصاصها، فقد يخضع كل من الأمرين إلى قانون مختلف عن الآخر إذا ما اتجهت إرادة الأطراف إلى ذلك.

يتضح لنا مما سبق وجود ضرورة تبرر نقل اتفاق التحكيم إلى غير أطرافه حيثما اقتضى الأمر، وإن خالف ذلك المبدأ المستقر عليه بشأن نسبية أثر العقود، وذلك لتوفير حماية لهذا الغير من ضياع حقوقه.

بعد أن بينا القاعدة العامة بشأن نطاق اتفاق التحكيم والمبررات التي تدعو إلى الخروج عليها، نتقل الآن إلى تطبيق ذلك على اتفاقات التعاون، وذلك من خلال الحديث عن نطاق شرط التحكيم في اتفاقات التعاون.

## المبحث الثاني

### نطاق شرط التحكيم في اتفاقات التعاون

ذكرنا من قبل أن الطبيعة المركبة للعقود الدولية للإنشاءات، والتي أسفر عنها ما يسمى باتفاقات التعاون، قد ساهمت بشكل كبير في لجوء أطراف تلك الاتفاقات إلى النص على تسوية المنازعات التي قد تنشأ بينهم بمناسبة تلك الاتفاقات عن طريق التحكيم.

ولا شك أن هذا الوضع لا يخلو من ثمة آثار تتعلق بشرط التحكيم الوارد في تلك الاتفاقات، وما إذا كان شرط التحكيم يقتصر أثره على أطرافه فقط أم أنه يتجاوزهم إلى غيرهم ممن لم يوقعوا عليه، وبعبارة أخرى هل يمتد شرط التحكيم من عقد إلى آخر ومن شركة طرف في مجموعة عقدية إلى شركة أخرى ليست طرفاً في ذات المجموعة أم لا ؟

هذا ما نحاول الإجابة عليه في هذا الفصل من خلال دراسة نطاق شرط التحكيم في حالة مجموعة العقود في مطلب أول ثم نطاق شرط التحكيم في حالة مجموعة الشركات في مطلب ثان.

وعلى ذلك نقسم الدراسة في هذا الفصل إلى مبحثين، وذلك على النحو الآتي :

المطلب الأول: نطاق شرط التحكيم في مجموعة العقود

المطلب الثاني: نطاق شرط التحكيم في مجموعة الشركات

#### المطلب الأول

##### نطاق شرط التحكيم في مجموعة العقود

تعد اتفاقات التعاون التي يتم إبرامها في إطار تنفيذ العقود الدولية للإنشاءات من أكثر الصور انتشاراً في هذا المجال، وقد رأينا صور هذه الاتفاقات، وبيننا كيف يقوم رب العمل فيها بإبرام أكثر من عقد مع عدد من المقاولين، بحيث يلتزم كل مقاول بتنفيذ ما يتم الاتفاق عليه بموجب العقد المبرم معه، وبحيث يشكل مجموع هذه العقود تنفيذ المشروع في صورته النهائية.

كذلك رأينا أن المفاوض قد يقوم بنفسه بتنفيذ ما ورد النص عليه في الاتفاق ، كما أنه قد يعهد إلى مفاوض آخر من الباطن للقيام بذلك التنفيذ، والذي قد يقومك بدوره هو الآخر بالتعاقد مع طرف آخر للقيام بتنفيذ موضوع ذلك الاتفاق.

إن تعاقب هذه العقود وتكاملها في إطار تنفيذ عمل واحد، وهو ما يعرف فقهيًا "بمجموعة العقود" أصبح واقعا قانونياً يستوجب الوقوف أمامه ومعالجة الآثار الناشئة عنه، ذلك أن تلك المجموعة تربط بين عدد من العقود التي يصعب الفصل بينها، حيث تعد وحدة قانونية تجمع كل أطرافها في كيان واحد تمثله تلك المجموعة.

وتظهر مجموعة العقود في إحدى صورتين<sup>1</sup>، أولهما أن تبرم تلك العقود بين أطراف مختلفة لكنها تهدف جميعاً إلى تنفيذ موضوع واحد، فيبدو كما لو أن هناك سلسلة عقدية متصلة بين هؤلاء الأطراف، وتبدو هذه الصورة واضحة في اتفاقات التعاون التي يبرمها رب العمل مع المفاوض لتنفيذ عمل معين ثم يقوم هذا الأخير بالتعاقد مع مفاوض من الباطن لتنفيذ ذات العمل، وقد يمتد الأمر إلى أكثر من طرف في هذا الشأن.

أما الصورة الأخرى فيبدو فيها ائتلاف عقدي بين أطراف تلك العقود، حيث تبرم مجموعة من العقود بغرض تنفيذ عملية اقتصادية معينة، ومثالها في مجال اتفاقات التعاون واضح، وذلك حين يبرم رب العمل عدة عقود مع عدد من المفاوضين الأصليين، بحيث يعهد إلى كل مفاوض بتنفيذ الجزء المنوط به في إطار تنفيذ المشروع ككل.

وحيث إن تلك العقود تتضمن بالضرورة تنظيماً لحقوق والتزامات كل طرف فيها، كما تحتوي على كافة النصوص المرتبطة بتنفيذها، فإن أبرز ما تتضمنه من الناحية العملية هو ذلك الشرط المتعلق بلجوء أطرافها إلى التحكيم عند وجود نزاع بينهم بشأنها، وهو الشرط

---

1 انظر د. علي سيد قاسم ، مرجع سابق ، صفحة ٥٣ وما بعدها. وانظر أيضاً  
D. Cohen, Arbitrage et Groupes de Contrats, Rev. Arb, 1997,  
p.472

الذي لا بد وأن يثير العديد من الأمور في ضوء الإطار الذي يجمع تحت مظلته تلك العقود، ويدور السؤال الأبرز في هذا الشأن حول ما إذا كان شرط التحكيم الوارد في إحدى تلك الاتفاقات سوف يمتد بالضرورة إلى غيرها من الاتفاقات الأخرى في إطار ذات المجموعة العقدية، والتي لم تتضمن مثل ذلك الشرط، بحيث يعد التحكيم هو الآلية التي تفصل بين كافة المنازعات التي تنشأ بمناسبة تنفيذ أي من تلك الاتفاقات، سواء منها ما نص عليه أو ما لم ينص، أم أن نسبية أثر اتفاق التحكيم تحول حدوث مثل هذا الامتداد؟

لا شك أن اتفاقات التعاون التي تبرم في إطار العقود الدولية للإنشاءات تزخر بمثل هذه الحالات، بل لعنا لا نبالغ إذا ما قلنا بأنها المثال الأكثر خصوبة في هذا الشأن، وذلك بما ينشأ عنها من علاقات مختلفة والتي يثور بمناسبتها مسألة امتداد شرط التحكيم، وأهمها تلك التي تنشأ عن عقد المقاولة من الباطن، وتمثل تلك العلاقات بشكل أساسي في ثلاث علاقات، أولها العلاقة بين المفاوض الأصلي ورب العمل، والتي تخضع في تنظيمها لعقد المقاولة الأصلي والذي يحدد حقوق والتزامات كل طرف، ويكون المفاوض من الباطن بمثابة الغير بالنسبة لهذا العقد، وثانيها علاقة المفاوض الأصلي مع المفاوض من الباطن، والتي تنشأ من جراء عقد المقاولة الأصلي، حيث يعهد المفاوض الأصلي إلى المفاوض من الباطن بتنفيذ بعض الأعمال الملتزم بها المفاوض الأصلي تجاه رب العمل، فيكون المفاوض الأصلي في هذا العقد بمثابة رب العمل بالنسبة للمفاوض من الباطن، ويكون رب العمل الأصلي من الغير بالنسبة لهذا العقد، وأخيراً هناك العلاقة غير المباشرة والتي تنشأ بين رب العمل والمفاوض من الباطن، ذلك أن تلك العلاقة تنشأ في ضوء الدور الذي يقوم به المفاوض الأصلي بالنسبة للطرفين باعتباره وسيطاً بينهما<sup>1</sup>.

1 انظر في ذلك د. رضا السيد عبد الحميد، مسائل في التحكيم، الكتاب الخامس، مد أثر شروط التحكيم بين عقود المقاولة، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٩، صفحة ٣-٤.

في الحالات السابقة قد ينص الاتفاق المبرم بين المفاوض الأصلي والمفاوض من الباطن على شرط التحكيم في حين لا يتضمن العقد الأصلي المبرم بين رب العمل والمفاوض الأصلي مثل هذا الشرط، ثم يثور نزاع من جراء تقاعس المفاوض من الباطن عن تنفيذ التزاماته، ويرغب رب العمل في مقاضاته أو مطالبته بالتنفيذ، فهل لرب العمل هنا أن يلجأ إلى التحكيم وفقاً للشروط الواردة في الاتفاق المبرم بين المفاوض من الباطن والمفاوض الأصلي، والذي لم يكن رب العمل طرفاً فيه، أم أن شرط التحكيم لا يمتد على هذا النحو، ويقتصر أثره على أطرافه دون سواهم؟

وقبل أن نعرض للإجابة على هذا السؤال نرى أن نسلط الضوء على بعض المشاكل القانونية التي تنجم عن اللجوء إلى التحكيم في إطار المجموعة العقدية بوجه عام، وفي إطار اتفاقات التعاون على وجه الخصوص.

وأول هذه المشكلات تتعلق بكون التحكيم هو نظام يقوم على التراضي وأن حرية الأطراف هي المكون الأساسي له، حيث تتحدد ملامحه وفق ما تنتهي إليه إرادة الأطراف وفي حدود ما يسمح لها القانون، ومن أبرز الأمور التي يتم الاتفاق عليها في هذا الصدد تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، حيث تظهر المشكلة في اتفاقات التعاون حين يتم إدراج نص في إحدى هذه الاتفاقات باللجوء إلى التحكيم، والخضوع لقانون دولة مهيمنة للتطبيق عليه، في حين ينص اتفاق آخر ذو صلة به على خضوع المنازعات الناشئة عنه إلى قانون دولة أخرى، وفي صورة عملية قد ينص في عقد المفاوضة الأصلي المبرم بين طرف مصري (رب العمل) وطرف

1. انظر في تفاصيل الفروض التي تتعلق بامتداد شرط التحكيم من عقد المفاوضة الأصلي إلى عقد المفاوضة من الباطن، والعكس، د. رضا السيد عبد الحميد، مرجع سابق، صفحة ٤ وما بعدها، والتي يجملها في الفروض الآتية:

الفرض الأول: أن يتضمن عقد المفاوضة الأصلي شرط تحكيم، ويخلو منه عقد المفاوضة من الباطن، الفرض الثاني: أن يتضمن عقد المفاوضة من الباطن شرط تحكيم في حين يخلو منه عقد المفاوضة الأصلي، الفرض الثالث: أن يتضمن كل منعقد المفاوضة الأصلي وعقد المفاوضة من الباطن شرطاً تحكيمياً.

الإنجليزي (المقاول) على خضوع التحكيم للقانون المصري، ثم يبرم عقد مقابلة من الباطن بين المقاول الأصلي (الإنجليزي) ومقاول من الباطن (فرنسي) يتم النص فيه على خضوعه للتحكيم وفق القانون الإنجليزي، ثم يحدث خلل في التنفيذ يقرر بمقتضاه رب العمل مقاضاة المقاول من الباطن بدعوى التحكيم، فهل يخضع التحكيم للقانون المصري باعتباره هو القانون واجب التطبيق على العقد الأصلي (رغم أن المقاول من الباطن لم يكن طرفاً فيه) أم يكون القانون الإنجليزي هو الواجب التطبيق، باعتباره هو المنصوص عليه في عقد المقابلة من الباطن، (رغم أن رب العمل لم يكن طرفاً فيه) ؟

أما حين يتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم دون تحديد القانون واجب التطبيق عليه، فقد جرى العمل على أن هيئة التحكيم تتمتع بالحرية الكاملة لاختيار القانون واجب التطبيق، وذلك إما بتبني ما جاء في قواعد الإسناد الخاصة بأحد القوانين المتصلة بالنزاع، أو وفق ما تراه الهيئة مناسباً لحسم النزاع وذلك كقانون دولة مقر الحكم أو قانون الدولة التي تختص محاكمها أصلاً بحكم النزاع، أو قانون دولة محل تنفيذ الحكم<sup>1</sup>.

وتطبيقاً لذلك فإن القانون المصري على سبيل المثال قد نص في قاعدة الإسناد المتعلقة بالالتزامات التعاقدية على أنه "إذا كان موضوع العقد عقاراً، فإن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار"<sup>2</sup>، ولا شك أن لهذه القاعدة قيمتها من الناحية العملية في حالة ما إذا تم استبعاد القانون الذي اختاره الأطراف ليكون هو الواجب التطبيق، وذلك إما لأن موضوع النزاع يتعلق بأمر يخرج عن

- 1 وهذا هو ما انتهت إليه غرفة التجارة الدولية في حكمها رقم ٢٣٧٥ لسنة ١٩٧٤، والمنشور في مجلة التحكيم العربي، وعلى ذات المضمون نصت المادة ٣/١٣٥ من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس على أنه للأطراف حرية تحديد القانون واجب التطبيق، وعلى المحكم تطبيقه على موضوع النزاع، فإذا لم يحدده الأطراف، طبق المحكم القانون الذي تحدده قاعدة التنازع التي يراها ملائمة في هذا الخصوص
- 2 راجع المادة ١٩ من القانون المدني المصري.

سلطة الأطراف في تنظيمه (كما في أمور الأهلية على سبيل المثال) أو أن هيئة التحكيم رأت وجود غش من جانب الأطراف نحو القانون في اختيارهم للقانون واجب التطبيق، فلجأت بالتالي لقاعدة الإسناد لتطبيقها.

على جانب آخر، وحيث يتمتع الأطراف بسلطة تحدي القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، فإن المشكلة قد تثور أيضاً في اتفاقات التعاون، حيث يتم النص فيها على اللجوء إلى التحكيم مع تحديد قانون ليكون هو الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في إحدى هذه الاتفاقات يكون مختلفاً عن القانون المتفق عليه في اتفاق آخر.

والأصل أن إجراءات التحكيم تخضع للقانون الذي يختاره الأطراف ليكون هو واجب التطبيق عليها<sup>١</sup>، على أن تكون هذه الإرادة صريحة وواضحة في اختيار ذلك القانون، إلا أن البعض يرى إمكانية اللجوء إلى إرادة الأطراف الضمنية في حال إذا ما تعذر استخلاص الإرادة الصريحة للأطراف في هذا الشأن<sup>٢</sup>، على أنه في حال غياب دور الإرادة، فإن الواقع العملي يظهر دوراً بارزاً لهيئة التحكيم لاختيار القانون واجب التطبيق على الإجراءات، والذي غالباً ما يكون هو قانون مقر التحكيم، وذلك عملاً بالمبدأ السائد من أن الإجراءات تخضع دائماً لقانون محل التقاضي.

1 انظر د. أبو العلا النمر، القانون واجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٩، صفحة ١٥

2 وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء ولوائح مراكز التحكيم الدولية.

انظر د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، صفحة ١٨.

3 انظر د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٧، صفحة ١٣٦.

وقد أشار في هذا الشأن إلى ما انتهت إليه هيئة التحكيم في النزاع بين الحكومة الليبية وشركة بترول انجليزية من تطبيق القانون الدنماركي على إجراءات التحكيم على اعتبار أنه القانون الذي انتهت إليه إرادة الأطراف ضمناً، حيث عقد التحكيم على أرض هذه الدولة.



وهكذا يمكن أن تظهر المشكلة في اتفاقات التعاون، حيث يفضل الأطراف عن تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، فتلجأ هيئة التحكيم إلى تطبيق قانون مقر التحكيم، والذي قد يختلف من اتفاق إلى آخر، فمقر التحكيم في عقد المفاوضة الأصلي قد يختلف عن مقر التحكيم في عقد المفاوضة من الباطن، رغم أن العقدين بندرجان في مجموعة واحدة ويرتبطان على نحو وثيق.

من الأمور الأخرى التي يمكن أن تثار في حالات التحكيم المنصوص عليها في اتفاقات التعاون الدولي تلك الحالة المتعلقة باختلاف عدد هيئة التحكيم من اتفاق إلى آخر، حيث قد يتم الاتفاق في عقد المفاوضة الأصلي على أن يتم تسوية منازعاته من خلال هيئة تحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين، ثم يبرم عقد مفاوضة من الباطن يتفق فيه أطرافه على أن تتم تسوية المنازعات الناشئة عنه من خلال هيئة تحكيم مشكلة من خمسة محكمين.

وإذا كان الأصل أن النصوص الواردة في كل اتفاق تحكم قواعده وتحدد إطاره، فإن العلاقة الناشئة بشكل غير مباشر بين رب العمل والمفاوض من الباطن، والتي قد تؤدي إلى رجوع أحدهما على الآخر، تفرض السؤال حول أي من العقدين يحكم تلك العلاقة على اعتبار أنه لا توجد قواعد مباشرة تنظمها وفق إرادة الطرفين (رب العمل والمفاوض من الباطن)، وما يستتبعه هذا السؤال في الفرض السابق من تحديد عدد أعضاء هيئة التحكيم التي تختص بالفصل في النزاع.

يحمل القول في المشكلات السابقة، وما قد يثور على غرارها، أن السبب فيها يكمن في الطبيعة المركبة للعقود الدولية للإنشاءات، وما يترتب على تلك الطبيعة من إبرام اتفاقات متعددة تحكمها قواعد متباينة، والأصل أن التحكيم تحدد قواعده إرادة أطرافه، ومن ثم فإن هذا التباين قد يصطدم بأصول التحكيم، على نحو يتعين معه العمل على توفير الحلول اللازمة له، وهو ما سنحاول الوصول إليه من خلال هذا المطلب.

بعد أن عرضنا لبعض المشكلات العملية التي يمكن أن تثور في إطار مجموعة اتفاقات التعاون المبرمة في إطار تنفيذ العقود الدولية للإنشاءات، نتعرض الآن للاتجاهات المختلفة بشأن تلك المشكلات، والتي تباينت ما بين مؤيد لفكرة امتداد التحكيم من اتفاق إلى آخر، وما بين رافض لتلك الفكرة، وذلك على الصعيد التشريعي، والقضائي والفقهي، على أن نعقب ذلك ببيان رأينا الشخصي في الموضوع.

أولاً: الموقف التشريعي

بدا قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ متأثراً بوضوح بالقانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة ١٩٨٥ في موقفه من هذا الموضوع، ذلك أن القانون المصري<sup>١</sup>، كما النموذجي<sup>٢</sup>، قد انتهى إلى عدم امتداد شرط التحكيم الوارد في عقد من العقود إلى عقد آخر ما لم تكن هناك إحالة واضحة من أحد العقدين إلى الآخر في هذا الشأن، وعلى نحو يكشف بشكل واضح أن شرط التحكيم المنصوص عليه في أحدهما هو جزء من العقد الآخر. وينبئ هذا الموقف عن رفض هذه التشريعات، ومن سار على نهجها<sup>٣</sup>، لفكرة الامتداد التلقائي لشرط التحكيم الوارد في عقد من عقود المجموعة الى غيره.

ثانياً: الموقف القضائي

على غرار الموقف التشريعي السابق عرضه، اتجه القضاء، سواء الوطني أو التحكيمي، إلى التمسك بأن التحكيم هو نظام يقوم على التراضي، وأن ذلك من شأنه عدم مد شرط التحكيم من عقد إلى آخر، حتى وإن كان ذلك داخل مجموعة عقدية واحدة، ما لم يكن العقد الخالي من شرط التحكيم قد أحال إلى العقد الآخر المتضمن مثل ذلك الشرط،

- ١ راجع المادة ٣/١٠ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.
- ٢ راجع المادة ٢/٧ من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسترال) سنة ١٩٨٥
- ٣ من التشريعات التي سارت على هذا النهج قانون التحكيم الانجليزي الصادر سنة ١٩٩٦ في المادة ٢/٦ منه، وعلى الصعيد الدولي اتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بالبحر سنة ١٩٧٨ في المادة ٢/٢٢ منها.

وإن كان الخلاف قد ثار في هذا الصدد حول شكل الإحالة اللازم توافره للقول بامتداد شرط التحكيم.

فقد ذهب اتجاه في القضاء<sup>1</sup> إلى أن مجرد الإحالة العامة كافية في هذا الشأن لامتداد شرط التحكيم من العقد الوارد فيه إلى غيره مما لم يرد فيه ، وذلك على اعتبار أن كافة شروط العقد المتضمن شرط التحكيم إنما تندمج في العقد الآخر وتصبح جزءاً منه ، وتسري من ثم أحكامها على ذلك العقد.

أما الاتجاه الآخر في القضاء<sup>2</sup> فقد ذهب أنصاره إلى أن الإحالة العامة لا تكفي في هذا الصدد لمد نطاق شرط التحكيم ، وإنما لا بد وأن يتضمن العقد إشارة واضحة ومحددة إلى شرط التحكيم الوارد في العقد الذي يحتويه حتى يمكن الاعتداد به باعتبار أن ذلك يمثل دليلاً على علم الأطراف يقيناً بشرط التحكيم ، ومن ثم استيفاء المطلوب اللازم لقيام التحكيم.

والواقع أن معظم الأحكام القضائية التي جاءت لتعبر عن موقفها في هذا الصدد إنما وردت بشأن منازعات تتعلق بمنازعات بحرية ، حيث كثيراً ما يثار هذا الموضوع عند التطرق لما إذا كان شرط التحكيم الوارد في مشاركة الإيجار يعد مندمجاً في سند الشحن أم لا .

وإذا كان التطرق لتفاصيل هذه الأحكام في هذه الدراسة قد يخرج بنا عن نطاقها المحدد لها ، والخاص بالعقود الدولية للإنشاءات ، فإن ذلك لا يمنع في رأينا من تطبيق أي من هذين الاتجاهين على موضوع هذه الدراسة ، وذلك لوحدة الفكرة ، وبالتالي فقد يكفي القضاء بالإحالة

---

1 انظر في هذا الاتجاه عدد من الأحكام القضائية الصادرة سواء من محكمة النقض المصرية أو المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية أو في إنجلترا ، والمتعلقة جميعها بإدماج شرط تحكيم المشاركة في سند الشحن.

مشار إليها لدى د. عاطف محمد النقي ، التحكيم التجاري متعدد الأطراف ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٧ ، صفحة ٦٩ وما بعدها.

2 انظر في هذا الاتجاه عدد من الأحكام القضائية الصادرة من بعض المحاكم الأمريكية والإنجليزية والفرنسية ، والمشار إليها في المرجع السابق ، صفحة ٧٢ وما بعدها.

العامة للتحكيم الواردة في إحدى اتفاقات التعاون (عقد مقاوله أصلي على سبيل المثال) للقول بأن التحكيم هو الوسيلة التي سيتم بها الفصل في المنازعات التي قد تنشأ في اتفاق تعاون آخر جاء خالياً من شرط التحكيم (عقد مقاوله من الباطن مثلاً).

### ثالثاً : الموقف الفقهي

ظهر الخلاف بين الفقهاء بشأن هذا الموضوع ، فهناك من يؤيد امتداد شرط التحكيم من عقد إلى آخر مرتبط به ، في حين رفض نفر آخر من الفقه ذلك الاتجاه وعارضه بشده ، ولكل أسانيده التي نعرض لها قبل أن نعرض لرأينا في الموضوع .

#### ➤ الاتجاه الفقهي المؤيد لامتداد شرط التحكيم داخل المجموعة العقدية

ينطلق هذا الاتجاه ، والذي لقي دعماً من جانب بعض الفقه الفرنسي وكذا المصري ، من اعتبار أن العقود اللاحقة على العقد الأصلي والمنبثقة عنه إنما تأتي تنفيذاً للعقد الأصلي ، ومن ثم فإن هذه العقود تدور حول مصلحة اقتصادية واحدة ، وتهدف بالتالي إلى تحقيق هدف واحد يبرر ضرورة النظر إليها كوحدة واحدة يجمعها مصير واحد . وأن أطراف هذه العقود وهم يدخلون فيها إنما يعلمون مسبقاً بهذه الطبيعة الخاصة لها ، وما عساها أن ترتب من نتائج ، أهمها أن كلاً منهم قد ارتضى ضمناً كافة ما يترتب على هذه العقود جميعها من نتائج ، كما لو كان هو نفسه طرفاً فيها ، وذلك في حدود ما يلتزم به في مواجهة الأطراف الآخرين لهذه العقود .

بل إن بعضاً من أنصار هذا الاتجاه ذهب إلى إمكانية نقل اتفاق التحكيم إلى المحال إليه ، والذي له أن يتمسك بشرط التحكيم في مواجهة المدين على اعتبار أنه من توابع الحق الذي انتقل إلى المحال إليه ، بينما اشترطوا في حال تمسك المدين به في مواجهة المحال إليه ضرورة علم هذا الأخير بها أو قدرته على العلم ، وذلك على اعتبار أن حوالة الحق لا

1 J. Neret, Le sous - Contrat, L. G. D.J. 1979, No 267, p. 199

تنشئ التزاماً جديداً في ذمة المدين ، وإنما تتمثل في الالتزام الثابت أصلاً في ذمة الدائن إلى دائن آخر<sup>١</sup>. وبعبارة موجزة ، إن من أبرم عقداً من العقود التبعية ، فإنه يأخذ مركزاً يماثل مركز المستفيد من حوالة العقد الأصلي<sup>٢</sup>. وقد دعم هذا الرأي حجته ببعض الأحكام القضائية التي انتهت إلى هذا الاستخلاص ، من أبرزها في مجال اتفاقات التعاون وقضت به محكمة النقض الفرنسية وخلصت بموجبه إلى التأكيد على الطبيعة العقدية لدعوى رب العمل ضد المقاول من الباطن ، وأن مجال المسؤولية العقدية من ثم يمتد ليشمل كافة العلاقات التي تنشأ بين المشاركين غير المتعاقدين في مجموعة العقود ، وأنه بناء على ذلك يمكن للمقاول من الباطن أن يحتج على رب العمل بالدفوع المستمدة من العقد الأصلي المبرم بين رب العمل والمقاول الأصلي ، ومن بين تلك الدفوع ما يتعلق بشرط التحكيم إن كان موجوداً<sup>٣</sup>.

أما على الصعيد الوطني ، فقد انتهت محكمة النقض المصرية<sup>٤</sup> إلى نتيجة مقاربة لما انتهت إليه محكمة النقض الفرنسية من امتداد شرط التحكيم الوارد في عقد المقاولة الأصلي ليشمل الفصل في الدين المتحصل على الشركة التي قامت بتنفيذ عقد مقاولة من الباطن ، حيث تبين

1 انظر د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبد العال ، مرجع سابق ، صفحة ٤٥٢.

2 انظر د. محمد نور شحاتة ، مرجع سابق ، صفحة ٧٥.

3 Cass. Civ. Ire 27. 8 Mars 1988. JCP. 1988. 11 P. 21070. Note P. Jourdan

كذلك أيدت محكمة النقض الفرنسية ذات الاتجاه في مجالات أخرى بخلاف عقود الإنشاءات ، وذلك حين قررت عدم اختصاصها بنظر دعوى مرفوعة أمامها بشأن عقد تحسين استغلال منجم بموريتانيا أبرم بين أطرافه دون أن يتضمن شرط تحكيم ، وأسست المحكمة قضاءها على أن العقد مثار النزاع ، وإن لم يتضمن شرط تحكيم ، إلا أنه ارتبط بعقدين آخرين سبق إبرامهما بين نفس الأطراف بشأن تشغيل المنجم المذكور ، وقد تضمننا شرط تحكيم ، مما يتعين معه - وفق هذا القضاء - امتداد شرط التحكيم الوارد بهما إلى العقد موضوع النزاع المطروح أمامها. انظر

Trib. Com. De Bobigny, 29 Mars 1990 Arret Sofermines

C/Samin, Rev. arb. p 68 note L Aynes.

4 انظر نقض مدني ، الطعن رقم ٥٢ لسنة ٦٠ قضائية ، جلسة ١٩٩٤/٢/٢٧ ، س ٤٥ ، ج ١ ، صفحة ٤٤٧.

للمحكمة ارتباط ذلك العقد الأخير بعقد المفاوضة الأصلي، وأنه بناء على هذا الارتباط تكون المحكمة غير مختصة، وينعقد الاختصاص لهيئة التحكيم وفقاً لشرط التحكيم الوارد بعقد المفاوضة الأصلي.

وكانت محكمة النقض في حكمها ذلك، ويعد أن أكدت على أن التحكيم هو طريق استثنائي، وأن اختصاص التحكيم بنظر النزاع إنما يرتكن إلى حكم القانون الذي أجاز للأطراف سلب اختصاص القضاء استثناءً، قد ساوت بشأن نطاق التحكيم بين عقد لم تنصرف إرادة طرفي المنازعة إليه، وبين اتفاق خلا من النص على شرط تحكيم ابرم لاحقاً لعقد ورد فيه مثل هذا الشرط، واعتبرت أن التحكيم لا يمتد في هذه الحالة ما لم يكن هناك ارتباط بين العقدين لا ينفصم، وبموجب لا يستكمل دون الجمع بينها، وأن لمحكمة الموضوع سلطة تحصيل فهم الواقع في العقود والإقرارات وسائر المحررات، واستظهار نية أطرافها بما تراه مناسباً.

وانطلاقاً من هذا التوجه القضائي، والمدعوم بعدد من أحكام محاكم التحكيم<sup>1</sup> التي أكدت على مبدأ نقل الاتفاق التحكيمي بالتبعية للعقد الأصلي، فإن أنصار هذا الاتجاه يرون أن طبيعة عقود المجموعة العقدية الواحدة، والتي تظهر بشكل واضح في العقود الدولية للإنشاءات تفرض وجود نوع من التبعية القانونية والاقتصادية بين تلك العقود، والخروج من ثم على مبدأ نسبية أثر العقود، واعتبار كل طرف في عقد من عقود المجموعة هو طرف في باقي عقود المجموعة، وإن لم يكن كذلك فعلاً، وتنصرف بالتالي آثاره إليه<sup>2</sup>.

كذلك فقد قيل في سياق دعم هذا الاتجاه أن اتفاق التحكيم لا يعدو أن يكون مجرد عقد يخضع لما تخضع له العقود من أحكام من أهمها إمكانية التنازل عنه أو نقله إلى الغير، وأنه إذا كان التنازل عن العقد أو نقله إلى الغير يتطلب إرادة الأطراف جميعهم، ولا يتصور أن يتم دون

1 انظر على سبيل المثال حكم محكمة استئناف باريس في 15/3/1996، والمنشور في: Revue de l'Arbitrage, 1996, P.100

2 انظر د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبد العال، مرجع سابق، صفحة ٤٩٥.

(٧٤) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول ٢٠١٤

رضا صريح من هؤلاء الأطراف ، فإن طبيعة العلاقة بين الاتفاق الأصلي والاتفاق التحكيمي تبرر - وفق هذا الاتجاه - نقل العقد الثاني بالتبعية للعقد الأول ، فاتفاق التحكيم هو نموذج من نماذج الالتزامات الإجرائية المنبثقة عن العقد الأصلي ، وتنتقل كتابع من توابع الحق الموضوعي المتولدة عن هذا العقد ، وأن مصير اتفاق التحكيم يتبع مصير الالتزامات الجوهرية<sup>١</sup>.

➤ الاتجاه الفقهي المعارض لامتداد شرط التحكيم داخل المجموعة العقدية

على الجانب الآخر رفض اتجاه آخر<sup>٢</sup> امتداد شرط التحكيم داخل المجموعة العقدية ، ولم يجد أنصاره صعوبة كبيرة في تأصيل رأيهم ، فقد وجدوا في الأصول القانونية التي أرساها القانون المدني خير معين لهم على ذلك ، فالمادة ١٤٥ من القانون المدني المصري نصت صراحة على أنه تنصرف آثار العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ، ثم جاءت المادة ١٥٢ من ذات القانون لتؤكد على أن العقد لا يرتب التزاماً في ذمة الغير ، وهو ما يفسره الفقه بأن القوة الملزمة لأي عقد يتحدد نطاقها من حيث الأشخاص باقتصار آثاره على أطرافه فقط دون أن تمتد إلى غيره ممن لم يكن طرفاً فيه ، وكذلك يتحدد نطاقه من حيث موضوعه ، فلا يتجاوزه لغيره. والتحكيم بوصفه عقداً من العقود لا يخرج عن تلك القاعدة ، ومن ثم فإن كل شخص لم يظهر إرادة واضحة في اللجوء إلى التحكيم لا يجب أن يسري عليه شرط التحكيم ، حتى وإن كان وارداً في عقد ضمن مجموعة تعاقدية مرتبطة بالعقد الذي أبرمه ذلك الشخص ، ذلك أنه يظل من الغير بالنسبة لكل عقد لم يوقع عليه ، ومن ثم غير خاضع لما ورد به من أحكام ، خاصة بالنسبة للتحكيم ، والذي يعد طريقاً استثنائياً يستوجب موافقة صريحة لمن يطبق عليه ، ويتعذر أن يفرض على طرف رغم إرادته.

- 1 انظر د. حسام الدين فتحي ناصف ، مرجع سابق ، صفحة ١٢.
- 2 انظر في ذلك د. علي سيد قاسم ، مرجع سابق صفحة ٩ ، د. أحمد الصاوي ، مرجع سابق ، صفحة ٢٩٤ ، د. عاطف الفقي ، مرجع سابق ، صفحة ٦٦ ، د. حسن محمد سليم ، مرجع سابق ، صفحة ٢٥٦.

وأما كون العقد هو أحد عقود مجموعة تعاقدية فهذا لا يبرر -  
وفق هذا الاتجاه - الخروج على مبدأ نسبية أثر العقود، فهي نظرية لا  
زالت غير واضحة والعلاقات فيها تتفاوت على نحو لا يمكن معه التسليم  
بأنها تقر استثناء على المبدأ المذكور.

ولم يجد هذا الاتجاه صعوبة في أن يجد في أحكام القضاء ما يساند  
رأيه، فقضاء النقص<sup>١</sup> زاخر بالأحكام التي تكرر مبدأ نسبية أثر العقود،  
وعدم امتداد شروطه، بما فيها شرط التحكيم، إلى غير أطرافه. كما لا يجد  
هذا الاتجاه غضاضة في تطبيق ذلك على عقود الإنشاءات، حتى وإن  
وردت أحكام القضاء بصدد عقود أخرى.

وهكذا يخلص هذا الرأي إلى أن عدم امتداد شرط التحكيم من  
عقد إلى آخر داخل المجموعة العقدية يجد سنده في أكثر من حجة، من  
أبرزها أن التحكيم طريق استثنائي لفض المنازعات التي تنشأ بين  
المحكّمين، وهذا من شأنه أن يكون مقصوراً على ما تنصرف إليه إرادة  
هؤلاء المحكّمين، ولا يمكن أن يمتد من عقد إلى آخر، ما لم يكن بينهما  
ارتباط لا يكتمل بدون الجمع بينهما. ولا يمكن اعتبار وجود وحدة  
اقتصادية بين مجموعة من العقود مبرر كاف لامتداد هذا الشرط، ذلك أن  
تلك الوحدة ليس من شأنها أن تؤثر على أن التحكيم هو عقد رضائي،  
وأنه لا يمكن أن تقوم له قائمة ما لم يكن أطرافه قد ارتضوا صراحة  
اللجوء إليه بدلاً عن القضاء، وحددوا له نطاقه ورسوموا إجراءاته  
وسلطات الهيئة التي تتولى ممارسته، أو على الأقل وضعوا أساس ذلك<sup>٢</sup>.

- 1 انظر على سبيل المثال نقض مدني، الطعن رقم ٥١٠ لسنة ٣٥ قضائية، جلسة ١٩٧١/١/٢٠، وأكدت المحكمة في هذا الحكم على أنه إذا لم تكن الشركة الناقلة طرفاً في العقد المشتمل على شرط التحكيم، فإن حقوقها والتزاماتها تتحدد على أساس عقد النقل المبرم بينها وبين الشركة والبائعة، ولا يمتد شرط التحكيم إلى الشركة الناقلة، ولا يجوز التمسك له عند قيام النزاع بينهما تطبيقاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد.
- 2 انظر د. محمود سمير الشراوي، اتفاق التحكيم مع إشارة خاصة إلى القانون المصري، ورقة عمل مقدمة إلى الملتقى العربي الأول للتحكيم والوساقل البديلة لتسوية المنازعات، بالتعاون بين المنظمة العربية للتنمية الإدارية والمركز اللبناني للتحكيم ببيروت، والمنعقد ببيروت في الفترة من ٣١ مايو - ٢ يونيو ٢٠١٠، صفحة ٨.



وهذا كله يتم في إطار نوع من الاستقلال القانوني لكل عقد من العقود، فيكون لكل عقد أطرافه وموضوعه وقواعده الخاصة به، ومن ثم تنتفي الآثار التي قد تنشأ عن أية رابطة تجمع بين مجموعة من العقود إزاء تلك الاستقلالية<sup>1</sup>.

### ➤ رأينا الخاص

إذا كان لنا أن نبدي رأياً في هذا الشأن، فإننا وإن كنا نرى أن للاتجاه الأخير وجهته التي تستقيم مع الفهم الصحيح لمبدأ نسبية أثر العقود، وتنسجم في ذات الوقت مع طبيعة التحكيم، وما تملّيه من اعتبارات خاصة برضاء الأطراف، وأنه لا يمكن أن يكون نظاماً إجبارياً يذعن إليه أحد الأطراف دون قبول مسبق منه، إلا أننا، وفي ذات الوقت، لا يمكن أن نغفل عاملاً هاماً هنا، ونقصد به الوحدة التي تربط تلك العقود ببعضها، ويكون من غير المقبول أن نعامل العقود التي تجمعها رابطة بنفس معاملتها التي لا تجمعها مثل تلك الرابطة، وإلا غدا ذلك تجاهلاً غير مبرر لعامل مؤثر في العلاقة التعاقدية.

ومؤدى ذلك أن يكون الأصل هو عدم امتداد شرط التحكيم من عقد إلى آخر، حتى وإن كان العقدان ضمن مجموعة عقدية واحدة، إلا أن هذا الأصل يمكن أن يرد عليه استثناءات يتم تقديرها في كل حالة علي حده وفق ظروف التعاقد وأطرافه وموضوعه وغير ذلك مما يفرض ارتباطاً يصعب معه القول بانعزال شرط التحكيم الوارد في أحدهما عن الآخر الخالي من مثل هذا الشرط، بحيث يمكن القول بأنه لا يمتد شرط التحكيم من عقد إلى آخر ما لم يكن هناك مبرر قانوني يميز مثل هذا الامتداد<sup>2</sup>.  
ومن الظروف التي يتعين الوقوف عليها للقول بامتداد شرط التحكيم من عقد إلى غيره أن يكون هذا الشرط قد ورد بين نفس

1 انظر في تأييد ذلك د. علي سيد قاسم، مرجع سابق صفحة ٦٩، د. أحمد الصاوي،

مرجع سابق، صفحة ٢١٥، د. عاطف الفقي، مرجع سابق، صفحة ٦٦.

2 انظر د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية تأصيلية، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١، صفحة ٢٤٧.

الأطراف في إطار تنفيذ نفس العملية التجارية التي ينظمها العقد الآخر، أو أن يكون هناك تجانس بين عقود المجموعة التعاقدية، بحيث يجمعها هدف مشترك، وبحيث تكمل العقود بعضها البعض، كما لو كان أحد العقود قد أبرم بغرض تشييد مشروع معين، ثم تبعه عقد آخر ينظم إعمالاً توسعية لذات المشروع، فلا نجد في مثل هذه الحالات ما يحول دون مد شرط التحكيم بصورة تلقائية من عقد إلى آخر، ودون الحاجة إلى وجود إحالة، ذلك أن ارتباط العقود في هذه الحالات من شأنه أن يفترض معه وجود إرادة ضمنية باللجوء إلى التحكيم حتى مع خلو الاتفاق اللاحق من النص على ذلك، طالما ورد ذلك في الاتفاق الأول<sup>1</sup>.

وبمفهوم المخالفة، فإنه لا يمكن القول بأن مجرد ذكر شرط التحكيم في أحد عقود المجموعة العقدية من شأنه أن يمد نطاق التحكيم إلى عقد يبرم في إطار تلك المجموعة، فشرط التحكيم الوارد في أحد العقود التي أبرمها رب العمل مع أحد المقاولين لا يسري بالضرورة بالنسبة لعقد آخر أبرمه رب العمل مع مقاول آخر، ولو كان ذلك في إطار تنفيذ ذات المشروع.

صفوة القول إذن أن مناط امتداد شرط التحكيم في مجموعة العقود هو إما إرادة الأطراف الصريحة، أو إرادتهم الضمنية التي تقطع ظروف التعاقد وملابساتها باتجاهها إلى مد شرط التحكيم من عقد إلى آخر.

## المطلب الثاني

### نطاق شرط التحكيم في مجموعة الشركات

النطاق الآخر الذي نحاول تحديده من خلال هذه الدراسة يتعلق بتجمع عدد من الشركات، من خلال إحدى صور اتفاقات التعاون التي

1 يذهب البعض هنا إلى أن ما ورد في الاتفاق اللاحق يعد بمثابة تعديل لما ورد في الاتفاق الأول، والمتضمن شرط التحكيم، وهو ما يبرر امتداد شرط التحكيم إلى الاتفاق الثاني، رغم خلوه منه.  
انظر د. فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، الإسكندرية، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٧، صفحة ١٧٠.

عرضنا لها من قبل لانجاز المشروع موضوع العقد الدولي للإنشاءات، مع تمتع كل شركة باستقلالها عن باقي الشركات الأعضاء في ذلك التجمع، أو بعبارة أخرى حين لا ينشأ عن هذا التجمع شخصية قانونية مستقلة عن شخصية الشركات الأعضاء فيه.

ولا شك أن هذا الفرض قائم بشكل واضح في العقود الدولية للإنشاءات، وذلك نظراً لضخامة المشروعات التي تبرم هذه العقود من أجل تنفيذها، مما يدعو إلى تدخل أكثر من شركة لإتمام هذا التنفيذ، بحيث يناط بكل شركة القيام بدور معين يتم تحديده بموجب الاتفاق المبرم معها في هذا الشأن، والذي قد يتضمن إلى جوار ذلك النص على التحكيم كوسيلة لفض ما ينشأ عن ذلك الاتفاق من منازعات، في حين لا يرد نفس ذلك الشرط في العقد المبرم مع شركة أخرى بفرض تنفيذ جزء آخر من ذات المشروع، وهنا يثور التساؤل حول امتداد شرط التحكيم الوارد في أحد هذه الاتفاقات إلى اتفاق آخر لم يرد فيه مثل ذلك الشرط.

ويجدر بنا قبل أن نشرع في الإجابة على هذا التساؤل أن نحاول تحديد نطاقه في هذه الدراسة على نحو دقيق، ذلك أن مجاله يبدو بشكل واضح حين يقوم رب العمل بإبرام العقد الأصلي مع شركة واحدة، بحيث تتولى تلك الشركة فيما بعد تكوين الكونسرتيوم من خلال الدخول في علاقات تعاقدية مع شركات أخرى لتنفيذ المشروع المطلوب، حيث تبدو أهمية الإجابة على هذا التساؤل وما إذا كان من الممكن أن يمتد شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي المبرم بين رب العمل والشركة إلى العقود التي تبرم فيما بعد بين تلك الشركة والشركات الأخرى بفرض تنفيذ ما جاء في العقد الأصلي، والتي قد لا تتضمن مثل هذا الشرط، خاصة في ضوء عدم وجود علاقة مباشرة بين رب العمل وتلك الشركات، حيث تعد بالنسبة له مثل المقاول من الباطن.

في المقابل، لا تبدو لهذا السؤال ذات الأهمية حين تأخذ اتفاقات التعاون صورة مجموعة من العقود التي يبرمها رب العمل مع أعضاء الكونسرتيوم، بحيث تحدد بنود كل عقد من تلك العقود ملامح العلاقة

بين رب العمل والشركة المتعاقد معها، بما في ذلك آلية تسوية المنازعات الناشئة عنها، وما إذا كانت هي التحكيم أم لا<sup>١</sup>.

كذلك يبدو من المناسب أن نخرج من نطاق هذه الدراسة حالة ما إذا كان الأمر يتعلق بشرط تحكيم قامت الشركة بالتوقيع عليه بشأن عمل يتعلق بالفرع، ذلك أن هذا الشرط يلزمها كما يلزم الفرع التابع لها، كون الفرع لا يتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الشركة التي يتبعها، وذلك خلافاً للشركة التابعة لإحدى الشركات القابضة، حيث تتمتع كل منها بشخصيتها المعنوية المستقلة، والتي من شأنها أن تجعل للإجابة على السؤال السابق أهميتها.

وأخيراً فإنه قد يتم الاتفاق بين الأعضاء في المجموعة على تسوية منازعاتهم الداخلية أو الخارجية عن طريق التحكيم. وإن كان الغالب أن المنازعات الداخلية، وهي التي تنشأ بين الشركات في داخل المجموعة، يتم تسويتها بالطرق الودية كالوساطة والصلح، وذلك حفاظاً من تلك الشركات على سمعة المجموعة وعدم المساس بها، وذلك خلافاً للمنازعات الخارجية، وهي التي تنشأ بين شركة أو أكثر من المجموعة وشخص أو أشخاص من الغير، حيث يكون اللجوء فيها إلى التحكيم واضحاً.

بعد هذا التحديد يكون من المناسب أن نشير إلى أن مجموعة الشركات تقوم على وجود أكثر من شركة تتمتع كل منها بشخصيتها القانونية وذاتها المالية المستقلة، ولكنها وفي ذات الوقت تخضع لسيطرة شركة واحدة، هي الشركة الأم، والتي يكون لها سلطات على الشركات التابعة لها، بحيث تظهر هذه الشركات جميعها في النهاية كمثل لو كانت مجموعة واحدة، وبعبارة أخرى فإن هناك وحدة اقتصادية تجمع بين هذه الشركات، فتظهر وكأنها وحدة برغم ما تتمتع به من استقلال، وتظهر

١ تسمى هذه الصورة بالكونسرتيوم الأفقي تمييزاً لها عن الصورة الأخرى المشار إليها أعلاه والتي تسمى بالكونسرتيوم الرأسي.

لمزيد التفاصيل راجع د. أحمد حسان مطاوع، مرجع سابق، صفحة ٢١٩.

الشركة الأم بالدور الرئيسي في قيادة تلك الشركات بما تمارسه من سيطرة أو تحكم عليها<sup>١</sup>، وتبدو السيطرة في أكثر من صورة من أبرزها تملك الشركة الأم لأغلبية رأس مال الشركات التابعة لها، أو التحكم في تشكيل مجالس إدارتها أو توجيه جمعياتها العمومية.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن تجمع الشركات يختلف عن اندماجها، ذلك أنه في حالة الاندماج إما أن تزول الشخصية الاعتبارية للشركات المندجة لصالح الشركة الدامجة والتي تتمتع وحدها بتلك الشخصية، وهو ما يعرف بالاندماج بالضم، أو تزول جميع الشركات المندجة لصالح شركة جديدة تظهر بشخصية اعتبارية مستقلة عن شخصية كل من الشركات المندجة، وهو ما يعرف بالاندماج بالمزج، وفي كل الأحوال تفقد الشركات المندجة الكيان القانوني الذي كانت تتمتع به، وذلك في سبيل تمتع الشركة الدامجة بذلك.

أما في حال تجمع الشركات فالأمر يبدو مختلفاً، ذلك أن كل شركة تحتفظ باستقلالها القانوني والمالي والإداري، فيظل لها أصولها وعملاؤها ومعاملاتها الخاصة، بها دون أن تتمتع المجموعة بالشخصية المعنوية على غرار الشركات المكونة لها<sup>٢</sup>.

بناء على ما سبق يمكن لنا تعريف مجموعة الشركات بأنها "تجمع عدد من الشركات التي تتمتع فيه كل شركة بشخصية قانونية مستقلة، وذلك دون أن يتمتع التجمع نفسه بالشخصية القانونية، وإن كان هناك وحدة في القرارات والرقابة والإدارة".

فإذا عدنا بعد ذلك إلى السؤال الذي طرحناه من قبل بشأن مدى امتداد شرط التحكيم الذي تبرمه إحدى الشركات الأعضاء في المجموعة والقائمة على تنفيذ إحدى مراحل المشروع إلى شركة أخرى في نفس المجموعة لم توقع على هذا الشرط، وهل يمتد الاتفاق المبرم بين شركتين في المجموعة والمتضمن مثل ذلك الشرط إلى الشركة الأم التي لم توقع عليه؟

- 1 انظر د. ناجي عبد المؤمن، المشكلات العملية في التحكيم، الجزء الأول، شرط التحكيم، بدون ناشر، بدون تاريخ نشر، صفحة ١٠٦.
- 2 انظر د. عاطف الفقي، مرجع سابق، صفحة ٢٤.

إن ظاهر الإجابة على هذا السؤال تبدو في أنه يصعب القول بمثل هذا الامتداد، وذلك انطلاقاً من فكرة نسبية أثر العقود والتي تحدثنا عنها سابقاً، بالإضافة إلى استقلال الشخصية المعنوية لكل شركة من شركات المجموعة، وهو الاستقلال الذي يبرر عدم التزام أي من تلك الشركات بما لم تتفق عليه. إلا أنه ورغم ذلك، فقد فرض الواقع العملي نفسه، وذلك نظراً لانتشار مجموعات الشركات على النطاق الدولي، وبخاصة في مجال العقود الدولية للإنشاءات، وذلك على نحو ما عرضنا له سابقاً، وانتشار شرط التحكيم في العقود التي تبرمها الشركات الأعضاء في تلك المجموعات، فقد فرضت تلك الظروف إعادة النظر في الإجابة على التساؤل السابق على نحو يلاءم بين الاعتبارات القانونية من ناحية، وبين الواقع العملي من ناحية أخرى.

لا شك إن عزوف النصوص التشريعية عن معالجة هذا الأمر قد القي بظلاله على الفقه الذي أخذ يجتهد في هذا الموضوع مؤسساً اتجاهاته في ضوء ما انتهى إليه القضاء التحكيمي من آراء في هذا الصدد، ومستعيناً بمواقف الأنظمة القضائية من هذا الموضوع.

وحقيقة الأمر أن القضاء التحكيمي، شأنه شأن الأنظمة القضائية، لم يتبنى موقفاً موحداً من هذه المسألة، ففي حين رفضت بعض الأنظمة القضائية اعتبار مجموعة الشركات أساساً يمكن الاعتماد عليه للقول بامتداد شرط التحكيم، كما هو الحال مثلاً في القضاء السويسري، بدا الأمر على خلاف ذلك في عدد من الأنظمة القضائية الأخرى، من أبرزها القضاء الفرنسي الذي اتجه إلى القول بامتداد شرط التحكيم داخل مجموعة الشركات عند وجود ما يبرر ذلك من قبل الطرفين، وبين هذا وذلك بدت بعض الأنظمة القضائية غير مستقرة على موقف محدد في هذا الشأن، من أبرزها القضاء الإنجليزي والأمريكي<sup>١</sup>.

---

1 Redfern (A.) & Hunter (M.), Law and Practice of International Commercial Arbitration, London, Sweet & Maxwell, 4th ed. 2004, P.150

وعلى ذات الدرب بدا الاختلاف بين القضاء التحكيمي، ما بين مؤيد لهذا الامتداد ومعارض له. وهو ما ترك أثره على الموقف الفقهي إزاء هذا الموضوع، وذلك على نحو ما سنوضحه في هذا المطلب من خلال الحديث عن الاتجاه المؤيد لامتداد شرط التحكيم داخل مجموعة الشركات، والاتجاه المعارض له، مع بيان رأينا في هذا الموضوع.

### ➤ الاتجاه المؤيد لامتداد شرط التحكيم داخل مجموعة الشركات

يقوم هذا الاتجاه على امتداد شرط التحكيم الوارد في عقد مبرم بين شركة تنتمي إلى مجموعة من الشركات إلى باقي شركات المجموعة، سواء كان انتماء الشركة في شكل كونسرتيوم أو مشروع مشترك، وسواء كانت الشركة التي أبرمت هذا العقد هي شركة قابضة أو إحدى الشركات التابعة، وذلك إذا ما كانت هذه المجموعة تهدف إلى تنفيذ مشروع مشترك. ويبني هذا الاتجاه رأيه على الكثير من الأحكام الصادرة في هذا الشأن، والتي يقطع بأن شرط التحكيم يمتد من عقد لآخر، وإن اختلفت تلك الأحكام في الأسس التي أقامت عليها أحكامها.

ففي فرنسا ذهبته العديد من الأحكام القضائية إلى التأكيد على امتداد شرط التحكيم في مجموعة الشركات، وأقرت بهذا المبدأ سواء فيما يتعلق بامتداد هذا الشرط من العقود التي أبرمتها الشركة الوليدة إلى الشركة الأم أو العقود التي أبرمتها الشركة الأم إلى الشركة الوليدة.

فقد ذهب القضاء الفرنسي في أكثر من حكم له<sup>1</sup> إلى أن شرط التحكيم الموقع من الشركة الوليدة يلزم الشركة الأم حتى وإن لم توقع عليه الأخيرة بنفسها، ومن أبرز تلك الأحكام ما أقرت به محكمة باريس سنة ١٩٨٩<sup>٢</sup> بحق الشركة الأم "سوستيه جنرال" في اللجوء إلى التحكيم للمطالبة بالديون المستحقة لشركتيها الوليدتين في ضوء ما انتهت إليه المحكمة من وجود علاقات وثيقة بين شركات المجموعتين، وأن للشركة الأم السيطرة على تلك الشركات الوليدة.

1 CA Pau, Nov. 26 1987 Sponsor AB v. Ferdinand Louis Lestrade (1988), Rev. Arb. P. 153 note Chapelle.

2 Paris 3 Oct. 1989, Rev. Arb. 1992, P. 90

وعلى الجانب الآخر، ذهب محكمة باريس<sup>1</sup> إلى أن الشركة الوليدة تمتد إليها شرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بين الشركة الأم والشركات الأخرى، حتى وإن تكن تلك الشركة الوليدة طرفاً في هذا العقد. وكانت الشركة الوليدة في تلك القضية قد أبرمت عقوداً مع عدد من الشركات في إطار تنفيذها لالتزاماتها نحو الشركة الأم.

على جانب لآخر أيد القضاء الإنجليزي ذات الاتجاه حين قضى بوقف الدعوى القضائية المرفوعة أمامه<sup>2</sup>، وكانت تلك الدعوى قد رفعت من قبل أحد الشركات التي أبرمت عقداً مع الشركة الأم بقصد استغلال براءة اختراع في مجال إحدى الصناعات الدوائية، وكان هذا العقد متضمناً شرط تحكيم، ولما ثار نزاع بين ذلك المتعاقد وإحدى الشركات التابعة للشركة الأم، ولم يكن بينهما شرط تحكيم، لجأ المتعاقد إلى القضاء الإنجليزي مطالباً بحقوقه لوجود شرط تحكيم بين المتعاقد والشركة الأم، وأن هذا الشرط يمتد إلى الشركة التابعة وإن لم توقع عليه، انطلاقاً من فكرة الوحدة الاقتصادية لمجموعة الشركات.

كذلك قضى في أمريكا بذات الاتجاه، واستند القضاء هناك إلى أكثر من نظرية للقول بامتداد شرط التحكيم إلى غير أطرافه، من أبرزها نظرية Alter ego وفيها يعدد القضاء بظاهر الأمور، فيعتبر الشخص الذي يدير شركة أو شخصاً معنوياً آخر على أنه جزء من ممتلكاته أنه هو المسئول عن الالتزامات والتعهدات المفروضة على ذلك الشخص المعنوي، ويمتد إليه اتفاق التحكيم ولو لم يوقع عليه<sup>3</sup>.

1 Paris, 27 Avril, 1988, D. 1b 989, IR. P.2, & Paris, 20 Avril 1988, Rev. Arb., 1988

2 Rouselle – Uclaf v. Searle, 6 Oct. 1977, Y.B. Com. Arb. Vol. IV, 1979, P. 317

3 انظر حول هذه الفكرة

Hanotiau (B.), Complex Arbitrations, The Hague, Kluwer Law International, 2006, p. 47

وراجع أيضاً د. محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الثاني، التحكيم متعدد الأطراف، صفحة 51.



وقد قضت محكمة الاستئناف الأمريكية<sup>١</sup> بامتداد شرط التحكيم إلى بعض الشركات التي ليست طرفاً فيه، وذلك في قضية عرضت عليها، تخلص وقائعها في قيام كل من شركة (Enron) و (Smith) في إبرام عقد بناء وتشديد وإدارة محطة توليد طاقة كهربائية، وأدرجا به شرط تحكيم، ثم تنازلت الشركتان عن حقوقهما في المشروع إلى شركات أخرى تابعة لهما، والتي نشبت بينهما نزاع في وقت لاحق، فأقامت الشركة التابعة لشركة Smith دعوى أمام المحاكم الأمريكية ضد شركة Enron حتى تدفع شرط التحكيم الوارد في العقود التي أبرمتها الشركتان الأم، وهنا قضت الدائرة الثانية بمحكمة الاستئناف الأمريكية بامتداد شرط التحكيم ليشمل شركة Enron بالرغم من أنها لم تعد طرفاً في الاتفاق.

أما على صعيد القضاء التحكيمي، فقد صدرت العديد من الأحكام التي تؤيد هذا الاتجاه، وظهر أكثر من تبرير في هذا الشأن من أبرزها ما جاء في الحكم الصادر في الدعوى رقم ١٩٧٥ / ٢٣٧٥ من أن "القواعد الأصلية لمجتمع التجار الدولي تقضي باختصاص المحكمة في مواجهتهما، لأن الشركتين الأم بتوقيعهما على البرتوكول تكونا قد اشترطنا لفسيهما وللفروع المعنية ما ورد بهذا البرتوكول". كما جاء في الحكم الصادر في الدعوى رقم (١٥١٠ / ١٩٨٠) أنه "ليس من المعقول ولا من مقتضيات العمل استبعاد طلبات الشركات ذات الشأن في النزاع من اختصاصات المحكمين، وهم الأعضاء في نفس المجموعة".<sup>٢</sup>

وفي حكم صدر عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي سنة ١٩٩٩<sup>٣</sup> أقرت هيئة التحكيم بموجبه امتداد شرط التحكيم إلى الشركة الأم وفقاً لما هو سائد في مجال التجارة الدولية وما صدر عن غرفة التجارة الدولية بباريس في هذا الشأن.

1 Smith Enron Cogeneration Ltd. Partnership Inc. v. Smith Cogeneration International, Inc. 198 F3d (2nd Cir 1999)

2 مشار إليها لدى د. عاطف الفتحي، مرجع سابق، صفحة ٣٤ - ٣٥.

3 راجع الدعوى التحكيمية رقم ١٠٩ لسنة ١٩٩٨ الصادرة عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم، جلسة ١١ / ٣ / ١٩٩٩.

وكانت وقائع القضية تدور حول عقد وكالة دولية أبرم بين الشركة الوكيله والشركة الأم (شركة أمريكية) والشركة الوليدة (شركة قبرصية)، ولما ثار النزاع اختصمت الشركة الوكيله كلا الشركتين وطالبتهما بالتعويض عما لحق بها من أضرار مادية وأدبية نتيجة إنهاء عقد الوكالة، وفي معرض دفاعها قالت الشركة الأم أنه لا يجب اختصاصها أمام التحكيم لأنها لم تكن طرفاً في عقد الوكالة الذي تضمن شرط التحكيم، والذي أبرم بين الشركة الوكيله والشركة الوليدة، مما لا يجوز معه إدخالها في الدعوى استناداً إلى المبدأ السائد في القانون المصري والمتعلق بعدم انصراف آثار العقد إلى الغير، وأن الشركة الوليدة لها شخصية معنوية مستقلة عنها، وأنها ليست خلفاً عاماً لها مما يعني عدم مسؤوليتها - أي الشركة الأم - عن أعمال الشركة الوليدة.

وقد رفضت هيئة التحكيم هذا الدفع، وانتهت، وبشكل واضح، إلى أن شرط التحكيم الذي يدرج في عقد خاص بشركة من ضمن مجموعة شركات يلزم الشركات الأخرى من أعضاء المجموعة، وإن لم توقع هذه الشركات على العقد الذي تضمن شرط التحكيم، ما دامت هذه الشركات قد قامت بالمشاركة في تكوين العقد وتنفيذه وإنهائه.

وفي ذات السياق أكدت إحدى هيئات التحكيم في غرفة التجارة الدولية في باريس في حكم لها صدر في ١٩٨٢/٩/٢٣<sup>١</sup> على امتداد شرط التحكيم في الحالة التي تتعاقد فيها أكثر من شركة وليدة ثم تشارك عدة شركات أخرى من نفس المجموعة في تنفيذ العقد أو الاستفادة منه، وأكدت الهيئة على هذا الامتداد حتى ولو كانت كل شركة تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الأخرى طالما كانت تلك الشركات تعمل في إطار حقيقة اقتصادية واحدة.

في ضوء ما سبق من أحكام، قضائية وتحكيمية، وما سار على هديها في إطار دعم امتداد شرط التحكيم في مجموعة الشركات بدا واضحاً أن

1 Sentence CCI. No. 4131 (1982) Dow Chemical International C/ Isover Saint Gobain. Rev. Arb. 1984, p. 139.

هذا الاتجاه يركز على أكثر من أساس ، من أهمها فكرة الإرادة المشتركة للشركات الداخلة في المجموعة ، وما تقتضيه تلك الفكرة من اعتبار أن الالتزام بشرط التحكيم إنما يستخلص من إرادة الأطراف المشتركة ، والتي يمكن أن تستخلص بدورها من الانضمام إلى المجموعة ، حيث تلتزم الشركة بشرط التحكيم المنصوص عليه في إحدى العقود ، حتى ولو لم تكن قد وقعت على هذه العقد ، وذلك استناداً إلى تلك الفكرة.

ومن الأسس الأخرى التي ارتكزت عليها الأحكام الصادرة بدعم هذا الاتجاه فكرة الإرادة الضمنية ، وهي الإرادة التي يتعين التعويل عليها حال غياب الإرادة الصريحة للأطراف الأعضاء في المجموعة ، وهذه الإرادة الضمنية يمكن أن تستشف في حالة مجموعة الشركات من قيام إحدى الشركات بإبرام العقد أو تنفيذه ، حتى وإن لم تعبر صراحة عن رغبتها في الالتزام بشرط التحكيم من خلال التوقيع على الاتفاق الذي يتضمنه.

كذلك وجدت بعض الأحكام المؤيدة لهذا الاتجاه سنداً لها فيما يسمى بالوجود الواقعي لمجموعة الشركات ، وذلك كوحدة اقتصادية فرضتها ظروف الواقع ، وأملت احتياجات المجتمع الدولي ضرورة التعامل معها على نحو يسمح بامتداد شرط التحكيم من عقد إلى آخر طالما كانت أطرافه شركات تنتمي إلى ذات الوحدة الاقتصادية.

#### ➤ الاتجاه المعارض لامتداد شرط التحكيم داخل مجموعة الشركات

على الجانب الآخر ذهب اتجاه إلى أن شرط التحكيم الوارد في عقد مبرم بين شركة تنتمي إلى مجموعة من الشركات وشخص من الغير لا يمتد إلى شركة أخرى أو شركات تنتمي إلى نفس المجموعة طالما أنها لم توقع عليه.

وقوام هذا الرأي وأساسه هو فكرة الشخصية الاعتبارية المستقلة لكل شركة ، والتي يتأبى معها إلزام شركة بغير ما وقعت عليه واتجهت إرادتها صراحة إلى الالتزام به ، وهو ما عبرت عنه عدد من الأحكام القضائية والتحكيمية على السواء.

ففي نطاق الأحكام القضائية على الصعيد الدولي ، ذهب القضاء الأمريكي<sup>1</sup> إلى رفض الطلب المقدم إليه في إحدى القضايا بوقف الإجراءات القضائية واللجوء إلى التحكيم ، واشترط القضاء في تلك القضية والتي كان المدعى فيها شركتان أمريكيتان ضد أربع شركات يابانية أنه لكي يتم اللجوء إلى التحكيم لا بد وأن توقع كافة الشركات اليابانية المدعى عليها على ما يفيد موافقتها على اللجوء إلى التحكيم والالتزام بما يصدر عنه من قرارات ، وكانت بعض الشركات المدعى عليها قد وافقت على اللجوء إلى التحكيم في هذه القضية ، بينما رفضت شركات أخرى ذلك.

أما على الصعيد المحلي فقد ذهبت محكمة استئناف القاهرة<sup>2</sup> صراحة إلى بطلان حكم التحكيم الذي قضى بامتداد شرط التحكيم إلى شركة لم توقع عليه ولم تكن طرفاً فيه ، وكان حكم التحكيم الصادر في القضية المنظورة أمام محكمة الاستئناف قد قضى بامتداد اتفاق التحكيم استناداً إلى أن الشركتين تجمعهما وحدة اقتصادية واحدة ، وأسس حكم الاستئناف قضاءه على أن الشركة الأولى لم تكن طرفاً في النزاع ، وأنها لم تتفق على اختيار التحكيم طريقاً للتقاضي ، مما يستوجب بطلان حكم التحكيم الصادر ضدها بطلاناً متعلقاً بالنظام العام على نحو تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها.

وكانت محكمة النقض المصرية قد أصدرت حكماً قضت فيه بأن "مجرد كون أحد أطراف خصومة التحكيم شركة ضمن مجموعة شركات تساهم شركة أم في رأسمالها لا يعد دليلاً كافياً على التزام الأخيرة بالعقود التي تبرمها الأولى المشتملة على شرط التحكيم ، ما لم يثبت أنها تدخلت

---

1 Dale Metals & ODC v. Kiwa Chemical TMK & Al, 442 F. (S.D.N.Y. 1977)

مشار إليه لدى د. عاطف الفقي ، مرجع سابق ، صفحة ٤٥ .  
2 راجع حكم محكمة استئناف القاهرة ، الدائرة ٦٢ تجاري في ٢٠٠٢/٨/٥ في الدعوى رقم ٨٣ لسنة ١١٨ ق.

(٨٨) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، العدد الأول ٢٠١٤

في تنفيذها أو تسببت في وقوع خلط بشأن الملتزم به على نحو تختلط إراداتها مع إرادة الشركة الأخرى".<sup>1</sup>

أما على صعيد القضاء التحكيمي فقد صدرت العديد من الأحكام التي تؤيد هذا الاتجاه بوضوح وتؤسس له باعتبارات مختلفة لعل من أبرزها حكم التحكيم الصادر في الدعوى رقم ٤٤٠٢/١٩٨٣<sup>٢</sup>، والذي قضى برفض امتداد شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي الذي أبرمته الشركة التابعة إلى الشركة الأم التي لم توقع على العقد، مؤسسة مثل هذا الرفض على أسس أولها أن التحكيم قضاء استثنائي، وثانيها أن اتفاق التحكيم كان يجب أن يكون مكتوباً وموقعاً عليه من الأطراف وفق القانون السويسري باعتباره القانون الواجب التطبيق، ثالثها أن كل شركة من شركات المجموعة تتمتع باستقلال شخصيتها القانونية، رابعها أنه كان يجب على المدعي أن يثبت أن الشركة الأم طرف في الاتفاق، خامسها أنه كان ينبغي على الشركة المدعية أن تطلب من الشركة الأم المدعى عليها إلزامها بالاتفاق قبل إبرامه إذا ما كانت ترغب في ذلك.

#### ➤ رأينا الخاص:

بعد أن عرضنا للاتجاهات المختلفة بشأن امتداد اتفاق التحكيم في مجموعة الشركات، بقي لنا أن نبين موقفنا من هذا الموضوع، وما يمكن أن نتبناه بشأن اتفاقات التعاون التي تبرم في إطار العقود الدولية للإنشاءات، ذلك أن لهذه العقود طبيعة خاصة كونها تبرم في إطار مبادئ التجارة الدولية. وغني عن البيان أن التجارة الدولية تستمد كثيراً من الأحكام المنظمة لها من العادات والأعراف المهنية التي يجري العمل بها لفترات طويلة حتى تستقر في يقين المتعاملين في هذا المجال باعتبارها سلوكاً ملزماً لهم، وهو ما يترك بدوره أثراً على هيئات التحكيم التي تتولى الفصل في

1 راجع حكم محكمة النقض الصادر في ٢٢/٦/٢٠٠٤ في الطعن رقم ٤٧٢٩ و ٤٧٣٠ لسنة ٧٢ ق.

2 Sentence No. 4402 / 1983, Y. B. Com. Arb. Vol. IX, 1984, P.138

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول ٢٠١٤ (٨٩)

المنازعات الناشئة عن تلك العقود حيث يصعب عليها أن تتجاهل مثل  
الاعتبارات عند النظر في القضايا المعروضة عليها.

إلا أنه ومن ناحية أخرى يبدو من غير المقبول الافتتاح على ما  
استقر العمل عليه في مجال القانون بشكل عام، وفي إطار التحكيم على  
وجه الخصوص. فالتحكيم نظام قوامه التراضي، بل إن القوانين تتشدد في  
هذا الشأن بشكل كبير فتجعل من التعبير عن التراضي بالكتابة أمراً لازماً  
لانعقاد التحكيم أو لإثباته كحد أدنى، وهذا أمر منطقي في ضوء أن  
التحكيم هو طريق استثنائي لفض المنازعات، والقانون إذ يقره فإنما يعطي  
لأطرافه الحق في الخروج على أحد المبادئ الدستورية الهامة والمتمثلة في  
حق كل شخص في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي.

وإذا كانت كل شركة من شركات المجموعة تتمتع بشخصية قانونية  
مستقلة فإن الامتداد التلقائي لشرط التحكيم من شأنه أن يصطدم  
بالضرورة مع الطبيعة الرضائية للتحكيم، حيث يفرض تحكيمياً على  
أطراف لم يظهرها رغبتهم في تسوية منازعاتهم عن طريق التحكيم.  
انطلاقاً مما سبق، وفي محاولة للتوفيق بين تلك الاعتبارات المختلفة  
يمكن لنا القول بأن امتداد شرط التحكيم في مجموعة الشركات هو أمر  
تفرضه الاعتبارات العملية، وأنه من ثم يتعين البحث له عن أساس  
قانوني ينسجم مع أصول التحكيم ومبادئه التي يقوم عليها.

وإذا كنا قد عرضنا لبعض الأسس القانونية التي أقامت عليها  
أحكام التحكيم والقضاء ممن يؤيد اتجاه امتداد شرط التحكيم قضاءها،  
فإننا نرى أنه يصعب تجاهل إرادة أطراف التحكيم كلية عند الحديث عن  
امتداد شرط التحكيم، وأنه في حال غياب الإرادة الصريحة للأطراف فلا  
مناص من البحث عن الإرادة الضمنية لهم، فإذا ما كانت تلك الإرادة  
تكشف ويوضح عن رغبتهم في اللجوء إلى التحكيم، فإنه يتعين الاعتداد  
بها والتسليم بأثرها في امتداد شرط التحكيم، ويكون الكشف عن تلك  
الإرادة الضمنية من خلال مظاهر لا تدع مجالاً للشك في دلالة ما  
يستخلص منها، ومن أبرز تلك المظاهر وأكثرها شيوعاً في مجال العقود

الدولية للإنشاءات اشتراك الشركة أو مجموعة الشركات في تنفيذ العقد الأصلي ، كذلك دخول الشركة أو مجموعة الشركات في عملية المفاوضات السابقة لإبرام العقد المتضمن شرط التحكيم ، وأنها على علم تام بوجود شرط التحكيم.

على أن يظل ماثلاً في الذهن دائماً أن مثل هذه النتيجة إنما تمثل استثناء على القاعدة المستقر على العمل بها بشأن نسبية أثر العقود ، واقتصار أثرها على أطرافها الموقعين عليها ، وأن القانون لم ينص على تلك الحالة من بين الحالات التي يمكن أن يمتد فيها أثر العقد إلى الغير ممن يتمتع بشخصية قانونية مستقلة ، وأن هذا الاستثناء يتعين عدم التوسع فيه ، وإنما يكون في الحالات التي تقتضي الظروف بالضرورة الأخذ به ، وفي ضوء ما ذكرنا من ضوابط تكشف وبجلاء عن إرادة ضمنية للشركات المعنية بمثل هذا الامتداد ، ودونما تعارض واضح مع نصوص قانونية يمكن أن تحول دون الأخذ به ، كما لو كان القانون يشترط موافقة الأطراف الكتابية لانعقاد التحكيم والاعتراف به ، ويرتب البطلان على تخلف ذلك ، إذ يصعب القول في هذه الحالة بفكرة الإرادة الضمنية للأطراف كأساس لامتداد شرط التحكيم من شركة إلى أخرى ، في حين يمكن القول بتلك الفكرة إذا ما كان القانون ينظر إلى الكتابة كشرط لإثبات التحكيم وليس لانعقاده.

### خاتمة

تأتي هذه الدراسة في ضوء الأهمية المتزايدة للعقود الدولية للإنشاءات ، وما يكتنفها من صعوبات ومشكلات في التنفيذ ، والتي تظهر بشكل أساسي نظراً للخصوصية التي تتمتع بها العقود الدولية للإنشاءات من كونها عقوداً مركبة يتدخل في تنفيذها أشخاص متعددون ، حيث يقوم كل منهم بنشاط يتم تحديده في إطار ما يتم الاتفاق عليه بين رب العمل وياقي أطراف العقد ، كما يزيد من أهمية هذه الدراسة أن هذه العقود غالباً ما تكون عقوداً دولية ، وتخضع للأحكام القانونية التي تحكم عقود القانون الخاص ، حتى وإن كانت الدولة طرفاً فيها ، ويجد المتعاملون في

هذا النوع من العقود في التحكيم الأداة المناسبة لتسوية المنازعات التي قد تنشأ بينهم ، وذلك لما ينطوي عليه من مزايا تكفل لهم حلاً سريعاً ومناسبة ، وهنا يأتي موضوع هذه الدراسة بشكل محدد حول نطاق اتفاق التحكيم بالنسبة لاتفاقات التعاون التي تبرم بصدد تنفيذ العقود الدولية للإنشاءات ، ومدى امتداده إلى غير أطرافه ممن ارتضوا به بدلاً عن القضاء.

وقد تناولنا موضوع هذه الدراسة من خلال فصلين ، خصصنا أولهما لاتفاقات التعاون في العقود الدولية للإنشاءات ، وذلك باعتبارها تمثل محور هذه الدراسة ، حيث تناولنا في البداية المقصود بالعقود الدولية للإنشاءات وخصائصها وتمييزها عن غيرها ، ثم انتقلنا بعد ذلك إلى المقصود باتفاقات التعاون وأنواعها المختلفة ، واستعرضنا أهم تلك الأنواع وأكثرها شيوعاً في العمل وهما اتفاقات الكونسرتيوم واتفاق المشروع الدولي المشترك.

ثم انتقلنا في الفصل الثاني من الدراسة إلى الحديث عن نطاق شرط التحكيم في اتفاقات التعاون ، فبيننا القاعدة العامة في شأن نطاق اتفاق التحكيم والدوافع التي تبرر الخروج عليها ، وذلك قبل أن نتناول نطاق شرط التحكيم في اتفاقات التعاون سواء كان ذلك في مجموعة العقود أو في مجموعة الشركات ، حيث عرضنا للاتجاهات المختلفة مع بيان رأينا الخاص في كل مسألة منها.

وفي النهاية نجمل القول بأن الطبيعة الخاصة للعقود الدولية للإنشاءات تقتضي ضرورة الاعتماد بإرادة الأطراف في امتداد شرط التحكيم إلى أطراف العقود الأخرى المكونة للمجموعة العقدية التي ينتمي إليها العقد الوارد به شرط التحكيم دون أن يعد ذلك استثناء عن الأصل العام بشأن نسبية آثار اتفاق التحكيم ، وأن على المتعاملين في هذا المجال إدراك طبيعة الأعمال القائمة على تنفيذها ، والآثار التي يمكن أن تنتج عنها ، وبخاصة ما قد لا يكون متوافقاً مع القواعد العامة المطبقة في عقود أخرى.

تحريراً محمد الله



## المراجع

### أولاً: باللغة العربية

١. د. أبو العلا النمر، القانون واجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٩
٢. د. أحمد السعيد زقرد، عقود البوت واليات الدولة العالمية، تقرير تقدم إلى مؤتمر كلية الحقوق بجامعة المنصورة بعنوان "مؤتمر التأثيرات القانونية والاقتصادية والسياسية للعولمة على مصر والعالم العربي" في الفترة من ٢٦ - ٢٧ مارس ٢٠٠٢
٣. د. أحمد السيد الصاوي، أثر الأحكام بالنسبة للغير، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٩
٤. د. أحمد حسان حافظ مطاوع، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧
٥. د. أحمد شرف الدين، دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، بدون ناشر، بدون تاريخ نشر
٦. د. أحمد محمد الصاوي، تسوية المنازعات الناشئة عن العقود الدولية للبناء والتشييد، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة ٢٠١٢
٧. د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية تأصيلية، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١
٨. د. جابر جاد نصار، عقود BOT والتطور الحديث لعقد الالتزام، دراسة نقدية للنظرية التقليدية، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٢
٩. د. جميل الشراوي، محاضرات في العقود الدولية، دبلوم قانون التجارة الدولية، كلية الحقوق بجامعة عين شمس، ١٩٩١ - ١٩٩٢
١٠. د. حسام الدين فتحي ناصف، نقل اتفاق التحكيم - دراسة مقارنة لقواعد التنازع والقواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على النقل الاتفاقي والقانوني لاتفاق التحكيم في ضوء القانون والقضاء المقارن والاتفاقيات الدولية ولوائح هيئات التحكيم الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٣
١١. د. رضا السيد عبد الحميد، مسائل في التحكيم، الكتاب الخامس، مد أثر شروط التحكيم بين عقود المفاوضة، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٩

١٢. د. رضا متولي وهدان، انتقال آثار العقود إلى الخلف الخاص، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة ١٩٩٩
١٣. د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٤
١٤. د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، القاهرة، مطبعة جامعة عين شمس، الطبعة الخامسة، ١٩٩١
١٥. د. عاطف شهاب، اتفاق التحكيم التجاري الدولي والاختصاص التحكيمي، سنة ١٩٩٧
١٦. د. عاطف محمد الفقي، التحكيم التجاري متعدد الأطراف، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٧
١٧. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٣
١٨. د. عصام الدين بسيم، الجوانب القانونية للمشروعات الدولية المشتركة في الدول الأخذة في النمو، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، سنة ١٩٨٤
١٩. د. علي سيد قاسم، نسبية اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ.
٢٠. د. عوض الله شيبه الحمد السيد، النظام القانوني لعقود إنشاءات المنشآت الصناعية بين الدول والشركات الأجنبية الخاصة (مع دراسة تطبيقية على العقود المصرية)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة أسيوط، سنة ١٩٩٢
٢١. د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١
٢٢. د. فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، الإسكندرية، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٧
٢٣. د. ماجد عمار، النظام القانوني لكونسرتيوم المقاولات، بحث منشور في مقاولات الأعمال المدنية، القاهرة، طبعة مكتب الشلقلاني للاستشارات القانونية والحمامة، سنة ١٩٩٥
٢٤. د. ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقود BOT، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة الزقازيق، سنة ٢٠٠٤
٢٥. د. محسن شفيق، عقد تسليم المفتاح، نموذج من عقود التنمية، دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر

٢٦. د. محمد فريد العربي، الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.
٢٧. د. محمد شوقي شاهين، الشركات المشتركة، بدون ناشر، سنة ١٩٩٠
٢٨. د. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلب الحقوقية، بدون تاريخ
٢٩. د. محمد محمد بدران، عقد الإنشاءات في القانون المصري، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١
٣٠. د. محمد نور شحاتة، مفهوم الغير في التحكيم، دراسة لمبدأ نسبية أثر التحكيم بالنسبة للغير، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الثالث للتحكيم التجاري الدولي المنعقد في القاهرة في الفترة من ١٣ - ١٤ ابريل
٣١. د. محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الثاني، التحكيم متعدد الأطراف، بدون ناشر
٣٢. د. محمود سمير الشرقاوي، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، مقال منشور في مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، مجلة تصدرها جامعة القاهرة، العدد ٣، ابريل ١٩٩٦
٣٣. د. محمود سمير الشرقاوي، اتفاق التحكيم مع إشارة خاصة إلى القانون المصري، ورقة عمل مقدمة إلى الملتقى العربي الأول للتحكيم والوسائل البديلة لتسوية المنازعات، بالتعاون بين المنظمة العربية للتنمية الإدارية والمركز اللبناني للتحكيم ببيروت، والمنعقد ببيروت في الفترة من ٣١ مايو - ٢ يونيو ٢٠١٠
٣٤. د. مصطفى رشدي شبيحة، بعض المظاهر المالية والقانونية لعقد المقاوله الدولي، بحث منشور في كتاب مقاولات الأعمال المدنية، والصادر عن مكتب الشلقاني للمحاماة والاستشارات القانونية، القاهرة، ١٩٩٥
٣٥. د. مصطفى محمد الجمال و د. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٨
٣٦. د. منصور محمد عبد الرحمن، النظام القانوني وقواعد التحكيم لإقامة المشروعات الاستثمارية بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة عين شمس، سنة ٢٠٠٩
٣٧. د. ناجي عبد المؤمن، المشكلات العملية في التحكيم، الجزء الأول، شرط التحكيم، بدون ناشر، بدون تاريخ نشر.

٣٨. د. هاني صلاح سري الدين، اتفاقات الكونسرتيوم وغيرها من اتفاقات التعاون في صناعة الإنشاءات الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٩٩

٣٩. د. هاني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠١

٤٠. د. هشام خالد، ماهية العقد الدولي، الإسكندرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٧

### ثانياً: باللغة الأجنبية

- Cushman (R.) & Myers (J.), Construction Law Handbook, New York, Aspin Law & Business, Vol. 1 , 1999
- D. Cohen, Arbitrage et Groupes de Contrats, Rev. Arb, 1997
- Dimatteo (L.), Law of International Contracting, The Hague, Kluwer Law International, 2 ed., 2009
- E. Loquin, Arbitrage et Cautionnement, Rev. arab, 1994
- Glavinis (PH.), Le Contrat International de Construction, Paris, GLN Joly 1993
- Hanotiau (B.), Complex Arbitrations, The Hague, Kluwer Law International, 2006
- Mercadal (B.), Janin (P.), Les Contrat de Cooperation inter-Interprises, 1re ed., Paris
- Mutze (M.), Senff (T.) & Moller (J.), Real Estate Investment in Germany, Berlin, Springer, 2007
- Redfern (A.) & Hunter (M.), Law and Practice of International Commercial Arbitration, London, Sweet & Maxwell, 4<sup>th</sup> ed. 2004.

**حُجِيَّةُ حُكْمِ التَّحْكِيمِ**  
**وَاسْتِنْفَادُ الْمُحْكَمِ لَوْلَايَتِهِ**  
**دَاسِةٌ تَحْلِيلِيَّةٌ مُقَارِنَةٌ فِي الْقَانُونِ الْمِصْرِيِّ وَالْمِصْرَنَسِيِّ**  
**دكتور / علي عبد الحميد توكري**  
**أستاذ قانون المرافعات المشارك**  
**كلية الحقوق - جامعة حلوان**  
**والمعارف إلى كلية القانون - جامعة الشارقة**

**مقدمة**

١ - لعدة تاريخية عن حُجِيَّةِ حُكْمِ التَّحْكِيمِ: استقراء تاريخ التحكيم يكشف لنا أن هذه الحُجِيَّةِ لم تكن دائما أمرا مُسلما به. فكان المحكم ؛ في القانون الروماني ، يستنفد ولايته على النزاع بمجرد إصدار حكمه ، فلا يُمكنه بعد ذلك الرجوع عما قضى به. ورغم أن حكم التحكيم ؛ في هذه الفترة ، كان مُلزما إلا أنه لم يكن يكتسب حُجِيَّةِ الأمر المقضي<sup>(١)</sup>. ونتيجة لذلك ؛ إذا قام أحد أطراف حكم التحكيم برفع ذات النزاع أمام القضاء فلم يكن بوسع الطرف الآخر الدفع بالحُجِيَّةِ ، وإنما كان يستطيع فقط المطالبة بتوقيع الجزاء المُتفق عليه في اتفاق التحكيم ؛ إن وجد مثل هذا الشرط<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر:

B. de LOYNES de FUMICHON: Recherches sur l'arbitrage ex compromisso en droit romain classique, thèse dactyl., Paris II, 2002, p. 425 et s.

(٢) وهذا ما عبرت عنه كتابات ULPIEN et PAUL بخصوص التحكيم في القانون الروماني ، مُشار إليه في:

C. JARROSSON: L'autorité de chose jugée des sentences arbitrales, Procédures, 2007, Étude 17, n. 2. ( Un arbitre saisi en vertu d'un compromis ne rend pas une décision munie de l'autorité de chose jugée, mais si les parties étaient convenues d'une pénalité, et si le litige est ensuite porté devant les tribunaux, la pénalité peut être revendiquée selon ce qui avait été stipulé ).

وفي القرون الوسطى ؛ سعت السُلطة الملكية في فرنسا إلى الاستئثار بكل صور النشاط القضائي. وفي سبيل الوصول إلى هذا الاحتكار قامت الملكية بإعادة تنظيم شؤون العدالة ، ومن خلال هذا التنظيم تم دمج الطرق غير القضائية لتسوية المنازعات ؛ ومنها التحكيم ، وأصبحت تخضع لإجراءات التقاضي العادية<sup>(١)</sup>. وتجلى هذا الخضوع في الأخذ بفكرة الاستئناف ضد أحكام التحكيم ؛ وهي فكرة لم تكن معروفة في القانون الروماني. وأرادت السُلطة الملكية ؛ من وراء استئناف أحكام التحكيم ، مراقبة أي نشاط يفصل في نزاع<sup>(٢)</sup>. وهكذا ؛ نجد أن المحاكم الملكية العليا ، بداية من القرن الرابع عشر ، كانت تفصل في الطعون بالاستئناف ضد أحكام التحكيم<sup>(٣)</sup>. وحُجية تلك الأحكام لم تكن معروفة آنذاك وإنما ظهرت في وقت لاحق ؛ وذلك بعد إصدار تقنين المرافعات سنة ١٨٠٦. وفي الواقع ؛ فإن فكرة حُجية أحكام التحكيم لم تكن سوى أحد نتائج مُشكلة الطبيعة القانونية لنظام التحكيم ذاته.

٢- الطبيعة القانونية للتحكيم: يقول العلامة MOTULSKY إن التحكيم هو: "الحكم في مُنازعة بواسطة أفراد خاصين يتم اختيارهم ؛ من حيث المبدأ ، بواسطة أطراف المُنازعة وذلك عن طريق الاتفاق"<sup>(٤)</sup>. كما يُعرف

(١) أنظر:

S. DAUCHY: Les recours contre les sentences arbitrales au Parlement de Paris, XIIIe et XIVE siècles. La doctrine et la législation à l'épreuve de la pratique judiciaire, Revue d'histoire du droit, 1999, p. 255, Kluwer éd.

(٢) أنظر:

DAUCHY: Les recours contre les sentences arbitrales au Parlement de Paris, art. préc., p. 256 et 257-  
C. JALLAMION: L'arbitrage en matière civile du XVIIe au XIXe siècle, thèse Montpellier, 2004, p. 134 et s.

(٣) أنظر:

C. JALLAMION: L'arbitrage en matière civile du XVIIe au XIXe siècle, p. 134 et s.

(٤) أنظر:

H. MOTULSKY: Écrits, Études et notes sur l'arbitrage, Dalloz 1974, préface Goldman et Fouchard.

الأستاذ FOUCHARD التحكيم بعبارة موجزة؛ وذلك بالقول: " بموجب التحكيم يتفق الأطراف على إخضاع نزاعهم لحكم أفراد خاصين يتم اختيارهم بواسطة الأطراف أنفسهم" (١).

=إذ يقول:

L'arbitrage est: " le jugement d'une contestation par des particuliers choisis, en principe, par d'autres particuliers au moyen d'une convention ".

(١) أنظر:

Ph. FOUCHARD: L'arbitrage commercial international, Bibliothèque de droit international privé, Dalloz 1965, n. 11. والأستاذ FOUCHARD هو أحد أبرز الفقهاء الفرنسيين؛ الذين اشتهرت كتاباتهم حول التحكيم؛ ويقول:

Par l'arbitrage, les parties conviennent de soumettre leur différend au jugement de particuliers qu'elles choisissent.

وحول تعريفات أخرى؛ في ذات المعنى، للتحكيم في الفقه الفرنسي، انظر:

GLASSON, TISSIER et MOREL: Traité de procédure civile, t. V, Sirey 1936, n. 1801- GARSONNET et CÉZAR-BRU: Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale, Paris, éd. Larose, 1904, t. VIII, n. 220- J. ROBERT: L'arbitrage, droit interne, droit international privé, Dalloz 1993, 6<sup>e</sup> éd., n. 1- R. DAVID: L'arbitrage dans le commerce international, Économica 1982, p. 9.

وحول تعريف التحكيم في الفقه المصري، انظر: أ.د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الخامسة، ١٩٨٨، رقم ١، ص ١٥- أستاذنا- أطال الله في عمره- أ.د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧، رقم ١، ص ١٣- أ.د. محمود سمير الشراوي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة قانونية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة ٢٠١١، رقم ٢، ص ٥، والمراجع المشار إليها في الهامش رقم ١، ص ٦- أ.د. محمود مختار أحمد يريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة ٢٠١٠، رقم ١، ص ٥، والمراجع المشار إليها في ذات الصحيفة- أستاذنا- أطال الله في عمره- أ.د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، طبعة ٢٠٠٢، رقم ٥، ص ١٠- أ.د. سيد أحمد محمود، نظام التحكيم، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الكويتي والمصري، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٠، رقم ٣، ص ١٩ وما بعدها- أ.د. عيد محمد القصاص، حكم التحكيم، دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري والمقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٣، =

ويامعان النظر حول مضمون تعريف التحكيم يُلاحظ أنه وإن كان يجد أساسه في الاتفاق، إلا أنه ينتهي بحكم يصدر من هيئة - أو محكمة- التحكيم؛ التي يختار أعضائها طرفا النزاع. وإذا كان اتفاق التحكيم؛ باعتباره عقدا، يخضع لقواعد القانون المدني من حيث انعقاده، إلا إنه يخضع لقواعد قانون المرافعات من حيث آثاره وإجراءاته ونفاذه. وإذا كان اتفاق التحكيم يبطل بما تبطل به العقود، فإن حكمه يقبل الطعن فيه؛ وفقا لبعض التشريعات، كما يُطعن في الأحكام<sup>(١)</sup>، ويكون حكم التحكيم مُلزما، وذا حُجبية، وقابلا للتنفيذ الجبري؛ وذلك بعد استيفاء الأوضاع التي ينص عليها القانون<sup>(٢)</sup>.

وحتى يتمتع حكم التحكيم بحُجبية الأمر المقضي يجب اعتباره عملا قضائيا، كما يجب أيضا اعتبار المُحكّم كالقاضي؛ أي أن يكون المُحكّم مُخولا بسُلطة قضائية حقيقية<sup>(٣)</sup>. ونظرا للطبيعة الاتفاقية؛ التي هي أصل التحكيم، فقد ثار جدل كبير؛ فقهي وقضائي، مُنذ بداية القرن الماضي وحتى الوقت الراهن، حول مدى تمتع حكم التحكيم بحُجبية الأمر المقضي<sup>(٤)</sup>. والتدخل بنصوص تشريعية خفف حدة الخلاف.

=ص ١١ وما بعدها - أ.د. فايز نعيم رضوان، أ.د. نادية محمد معوض، القانون التجاري الدولي، طبعة ٢٠٠٤-٢٠٠٥، ص ٣٥ وما بعدها - أ.د. أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، رقم ١٠، ص ١٢ - د. أحمد عبد التواب، طبيعة التحكيم في سوق الأوراق المالية والسلع في دولة الإمارات العربية المتحدة، بحث منشور في وقائع المؤتمر السنوي السادس عشر، كلية القانون - جامعة الإمارات، (٢٨- ٢٠٠٨/٤/٣٠)، رقم ٢، ص ١٣١.

(١) انظر: أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، رقم ٣، ص ١٨.  
(٢) انظر: محمود سمير الشراوي، التحكيم التجاري الدولي، رقم ٧، ص ١٣ وما بعدها.

(٣) انظر:

C. JARROSSON: L'autorité de chose jugée des sentences arbitrales, Procédures, 2007, Étude 17, n. 2.

(٤) ومن الجدير بالإشارة أن الطبيعة القانونية لنظام التحكيم ذاته شهدت خلافا؛ فقويا قضائيا، كبيرا. وبرزت في هذا الصدد أربع نظريات: النظرية الأولى: وفحواها أن نظام التحكيم يرتكز على اتفاق؛ أي أنه نظاما عقديا. ومن أنصارها، انظر: محمود مُختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، رقم ٣، ص ٧ وما بعدها - أ.د. محمد=



=حامد فهمي، تنفيذ الأحكام والسندات الرسمية والحجوز التحفظية، الطبعة الثانية، ١٩٤٠، رقم ٩٠، ص ٦٦ - أ.د. مصطفى الجمال، أ.د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الدولية والداخلية، ج ١، ص ٣٨ - أ.د. ووجدي راغب، هل التحكيم نوع من القضاء، مجلة حقوق الكويت، ص ١٧، ع ٢، سنة ١٩٩٣، ص ١٥٠ وما بعدها- وفي الفقه الفرنسي، انظر:

**KLEIN: Considérations sur l'arbitrage en droit international, Bâle, 1955, n. 23, 107, p. 196- WEISS: De l'exécution des sentences arbitrales étrangères en France; Rev. Lapradelle 1906, p. 41.**

النظرية الثانية: ومؤداها أن التحكيم هو نوع من القضاء الخاص ينظمه القانون بجانب قضاء الدولة، انظر: أ.د. عبد الرازق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، طبعة ٢٠٠٤، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، ج ٢، رقم ٣٥١، ص ٦٠٣ - فتحي والي، قانون التحكيم، رقم ٢١، ص ٥٢ وما بعدها- أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، رقم ٣، ص ١٨ - محمود سمير الشرفاوي، التحكيم التجاري الدولي، رقم ٧، ص ١٥ - أ.د. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، الطبعة الأولى، ١٩٩٠، ٢٨- عيد القصاص، حكم التحكيم، رقم ٢٣، ص ٨٤ وما بعدها- أ.د. محمد عبد الخالق عمر، النظام القضائي المدني، ص ١٠٨ - أ.د. محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام القضاء، الطبعة الأولى، ١٩٩٩، دار النهضة العربية، ص ٢٤ وما بعدها- وفي الفقه الفرنسي، انظر:

**PILLET et NIBOYET: Traité de droit international privé français, t. VI, 2, n. 1985 s., éd. Sirey 1924, suppl. 1928, p. 970 s.- NIBOYET: Traité de droit international privé français, t. VI, n. 1981, 1985 s. - PILLET: Traité de droit international privé, t. II, p. 530 s.- BARTIN: Principes de droit international privé, t. I, n. 164, et 217 s.**

النظرية الثالثة: ومضمونها أن التحكيم ليس اتفاقاً محضاً ولا قضاء محضاً، بل هو نظام يمر في مراحل متعددة. وفي كل مرحلة يلبس لباساً خاصاً، وتكون له طبيعة مختلفة. فالتحكيم في أوله اتفاق، وفي وسطه إجراء، وفي آخره قضاء. ومن ثم؛ يجب مراعاة هذه الصور للتحكيم عند تحديد القانون الواجب التطبيق، انظر: أ.د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، طبعة ١٩٧٣/١٩٧٤، ص ٧٣، وطبعة ١٩٧٧، ص = = ١٦٩ - أ.د. محمد نور شحاته، تنفيذ أحكام المحكمين في التشريعات العربية والمقارنة، مجلة التحكيم العربي، العدد الثالث عشر، ديسمبر ٢٠٠٩، ص ٢٩، والمراجع المشار إليها في هامش رقم ١، ٢ من ذات الصحيفة. ويرى أن التحكيم له طبيعة مركبة؛ تتمثل في كونه اتفاقي النشأة قضائي الوظيفة- وفي الفقه الفرنسي، انظر:

**H. VIZIOZ: Études de procédure civile, 1956, p. 94, note 3- P. CATALA et TERRÉ: Procédure civile, Thémis 1976, p. 141, 144- G. CORNU et J. FOYER: Procédure civile, Thémis 1958, p. 49, 583- P. HÉBRAUD: L'arbitrage en droit français, Ann. Fac. droit Toulouse 1954, t. II, p. 5- Éric LOQUIN: Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage=**

٣- موقف الفقه والقضاء من حُجبية حكم التحكيم: جرت كتابات كثيرة، وصدرت أحكام قضائية عديدة، حول مدى تمتع حكم التحكيم بحُجبية الأمر المقضي. ويتبلور ذلك كله في اتجاهين: الأول: ويذهب إلى أن حكم التحكيم لا يحوز حُجبية الأمر المقضي. الثاني: ويرى أن حكم التحكيم؛ كالحكم القضائي، يتمتع بالحُجبية.

٤- (١)- عدم اكتساب حكم التحكيم للحُجبية: وينطلق أصحاب هذا الاتجاه من نقطة أساسية وهي أن الأصل الاتفاقي للتحكيم<sup>(١)</sup> لا يسمح

=international, JDI 1983, p. 293- H. MOTULSKY: L'exécution des sentences arbitrales étrangères, Ann. Fac. droit Liège 1964; Écrits, p. 381, p. 401; Traité, chap. II, La nature de l'arbitrage, p. 13- J-Cl. RUBELLIN-DEVICHI: L'arbitrage, Nature juridique, droit interne et droit international privé, 1965, n. 4 s.

وفي عرض الطبيعة المُختلطة للتحكيم، انظر:

Éric LOQUIN: J.-Cl. Procédure civile Fasc. 1005; Arbitrage; Définition; Nature juridique; Distinction avec d'autres institutions; Avantages et inconvénient, n. 46.

النظرية الرابعة: وجوهرها أنها لا تُضفي على التحكيم طبيعة مُعينة، وإنما تعتبره نظاما خاصا، انظر: أحمد السيد صاوي، التحكيم، طبقا للقانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، رقم ٦، ص ١١- وجدي راغب، هل التحكيم نوع من القضاء؟، مجلة الحقوق الكويتية، س ١٧، ع ١، ٢، مارس- يونيو ١٩٩٣، ص ١٣٥ وما بعدها- أ.د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، طبعة ١٩٨٦، ص ٣٦ وما بعدها- سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، ١٩٨٤، رقم ٢٣، ص ٧١- وحول الاعتراف المتزايد للتحكيم كنظام قانوني مستقل؛ في الفقه الفرنسي، انظر:

E. GAILLARD: Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international, Martinus Nijhoff, 2008, n. 40 s.- La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international, Rev. arb. 2007, 697.

(١) وحول الأصل الاتفاقي للتحكيم تقول المحكمة الدستورية المصرية بأنه: " ... من القاعدة الاتفاقية على التحكيم تنبع سُلطة المحكمين الذين يلتزمون حدود وأحكام ما اتفق عليه أطراف التحكيم. ومن ثم؛ فإن التحكيم يُعتبر نظاما بديلا عن القضاء فلا يجتمعان لأن مقتضى الاتفاق عليه أن تُعزل المحاكم عن نظر المسائل التي انصب عليها التحكيم استثناء من أصل خضوعها لولايتها". وتطبيقا لذلك، انظر: دورية عليا ٢٠٠٢/١/١٣، القضية رقم ٥٥ لسنة ٢٣ قضائية "دستورية"- وقيل بأن إرادة ذوي الشأن؛ في اتفاق التحكيم، يكون لها الهيمنة والغلبة=

بأن ينتج عنه حكم من طبيعة مُختلفة عن هذا الأصل. وبعبارة أخرى ؛ يرتكز التحكيم على قاعدة الاتفاق الإرادي لأطرافه كأساس له، أي على عقد خاص هو اتفاق التحكيم. ولهذا ؛ فالمحكم ليس قاضيا، وإنما يتم تعيينه بموجب هذا الاتفاق، (م ١٥، ١٧ تحكيم مصري، م ١٤٥١، ١٤٥٢ مُرافعات فرنسي، مُعدلتان بالمرسوم ٤٨ لسنة ٢٠١١)<sup>(١)</sup>. وترتبطا على ذلك ؛ فإن ما يصدر عن المُحكم من أحكام يجد أساسه ويستمد آثاره من إرادة ذوي الشأن ؛ التي يُعبر عنها في اتفاق التحكيم. ومن ثم ؛ فإن حكم التحكيم يلتصق بهذا الاتفاق ويُعتبر من ذات طبيعته، فلا يجوز حُجية الأمر المقضي، وتنفيذه يخضع لرقابة موضوعية من المحكمة التي تأمر بالتنفيذ.

وانطلاقا مما تقدم ؛ اتجهت بعض أحكام القضاء الفرنسي إلى أن الأمر بالتنفيذ هو الذي يُضفي على حكم التحكيم حُجية الأمر المقضي والقوة التنفيذية في ذات الوقت. وبدون هذا الأمر يظل حكم التحكيم مُرتبطا بالأصل الاتفاقي له ؛ أي باتفاق التحكيم<sup>(٢)</sup>. وفي ذات السياق نجد محكمة

---

=على كل إجراءات نظام التحكيم ؛ سواء من حيث اختيار أعضاء هيئة - أو محكمة - التحكيم، والبدء فيه، وسيره، وحتى صدور الحكم في النزاع محل التحكيم، انظر: د. محمد سعد خليفة، عقد التحكيم، مُحاولة لوضع تنظيم قانوني للعلاقة بين الخصوم والمُحكَمين، طبعة ١٩٩٨، ص ٢٠. واحتراما للأصل الاتفاقي للتحكيم يقول البعض أن التشريعات التي تسنها الدول أو الاتفاقيات الدولية ؛ بشأن التحكيم، لا تضع أحكاما أمرة إلا في أضيق الحدود ولخدمة إرادة الأطراف في اللجوء إليه. ويقتصر دور الدولة ؛ في مجال التحكيم، على وضع الأحكام التي تمنع المساس بالنظام العام فيها، انظر: محمود مُختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، رقم ٣، ص ٧ وما بعدها.

(١) وقد يكون المُحكم وطنيا أم أجنبيا ؛ في حين أن القضاء وظيفة لا يتولاها سوى شخص وطني. ويُضيف أنصار هذه الاتجاه أن اختيار المُحكم أحيانا من جانب السُلطة القضائية لا يُغير من الطبيعة التعاقدية للتحكيم ؛ لأن السُلطة القضائية وهي تُعين المُحكم إنما محل الأطراف في استعمال حقهم في هذا التعيين. وفي عرض هذه الحجة وتنفيذها، انظر: فتحي والي، قانون التحكيم، رقم ١٩، ص ٥٠.

(٢) وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. req., 8 déc. 1914: D. 1916, 1, p. 194- Cass. req., 17 juill. 1937: Gaz. pal. 1937, 2, p. 618. " ... les sentences qui ont pour base un compromis font corps avec lui et participent=

النقض الفرنسية تقول بأن حكم التحكيم لا يجوز حُجية الأمر المقضي إلا بعد صدور أمر بتنفيذه من رئيس المحكمة الجزئية<sup>(١)</sup>. وتقول؛ في حكم آخر، بأن حكم التحكيم لا يتصف بالطبيعة القضائية إلا إذا كان محلاً للأمر بالتنفيذ الذي يمنحه الحُجية والقوة التنفيذية معا، ويترتب على ذلك عدم قبول الطعن بالاستئناف على حكم التحكيم قبل الأمر بتنفيذه<sup>(٢)</sup>.

٥ - (٢) - **اكتساب حكم التحكيم الحُجية:** ونستند في ذلك على أن المحكم كالقاضي. فالمحكم وهو يؤدي مهمته يباشر وظيفة عامة؛ هي الفصل في النزاع، لأنه تلقى الموافقة على القيام بتلك الوظيفة من المشرع ذاته قبل أن يُعبر الأطراف عن إرادتهم في اللجوء إلى التحكيم. ولهذا؛ فإن أحكام التحكيم تحوز حُجية الأمر المقضي<sup>(٣)</sup>، ولا يحول دون ذلك تعيين المحكم

---

de son caractère conventionnel "- Cass. com., 3 mai 1950: JCP 1950, IV 11- GARSONNET et CÉZAR-BRU: Traité théorique et pratique de procédure civile, t. VIII, n. 3042.

وطلب الأمر بتنفيذ حكم التحكيم لا يعدو أن يكون كصديق القضاء على تنفيذ عقود الصلح؛ والتي لا يُنزع أحد في طبيعتها العقدية، انظر: محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، رقم ٣، ص ٨.

(١) وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. req., 6 mars 1865: DP 1865, 1, 249. "... une sentence arbitrale n'est susceptible d'acquérir l'autorité de la chose jugée qu'autant qu'elle a été rendue exécutoire par ordonnance du président du tribunal de première instance "- Cass. req., 3 nov. 1936: DH 1936, 569, qui considèrerait que jusqu'à l'exequatur, la sentence n'est qu'un écrit privé n'ayant pas valeur d'une opinion obligatoire s'imposant aux juges.

(٢) وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. com., 22 déc. 1959: Rev. arb. 1960, p. 17; D. 1960, 685, note J. Robert. "... l'acte qualifié de jugement arbitral par les articles 1016 et suivants du Code de procédure civile, ne revêt le caractère d'une décision judiciaire que lorsqu'il a fait l'objet de l'ordonnance qui lui confère à la fois la force exécutoire et l'autorité de la chose jugée; [qu']il s'ensuit que l'appel formé contre une sentence arbitrale non revêtue de l'exequatur n'est pas recevable "

(٣) في الفقه الفرنسي، انظر:

باتفاق بين ذوي الشأن، لأن هذا التعيين لا يعني أن كل عملية التحكيم؛  
بما فيها الحكم، ذات طبيعة اتفافية<sup>(١)</sup>.

وفي عام ١٩٠١ كانت بداية توجه القضاء الفرنسي نحو تبني اكتساب  
حكم التحكيم الحُجبية الشيء المحكوم فيه؛ شأنه في ذلك شأن أحكام  
القضاء<sup>(٢)</sup>. وفي وقت لاحق بدأت أحكام محكمة النقض تتزايد في السير  
في ذات الاتجاه<sup>(٣)</sup>.

---

=GLASSON, TISSIER et MOREL: *Traité de procédure civile*, t. V, 1936, n. 1805 et 1821- H. VIZIOZ: *Études de procédure*, 1<sup>ère</sup> éd., 1956, p. 94 à 96.

وفي الفقه المصري، انظر: أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، رقم ٨٦، ص ٢١٠. ويرى أن المحكم، وهو يؤدي المهمة المسندة إليه، يُساعد القاضي في تسيير مرفق العدالة؛ وهو مرفق عام. ومن ثم؛ يكون المحكم كالقاضي. وما يدل على ذلك أن المادة ٣/١١١ من قانون العقوبات المصري اعتبرت المحكم في حكم الموظف العام بخصوص جريمة الرشوة.

(١) انظر: فتحي رالي، قانون التحكيم، رقم ١٩، ص ٥١ - وفي الفقه الفرنسي، انظر:

H. MOTULSKY: *L'exécution des sentences arbitrales étrangères*, Ann. Fac. droit Liège 1964; *Écrits*, p. 381, p. 401; *Traité*, chap. II, *La nature de l'arbitrage*, p. 13.

هذا علاوة على أن تعيين المحكم قد لا يكون مصدره الأطراف في كل الأحوال؛ وإنما يُمكن أن يكون بواسطة المحكمة. وفي مصر: إذا لم يتفق طرفا التحكيم على اختيار المحكمين وعلى كيفية وقت اختيارهم، فقد بينت المادة ١٧ من قانون التحكيم أن المحكمة؛ المشار إليها في المادة ٩ من هذا القانون، تتولى اختيار المحكم - وفي فرنسا: إذا لم يتفق أطراف التحكيم على كيفية اختيار المحكمين فقد نص المشرع على أن يتولى هذا الاختيار الشخص المسؤول عن تنظيم التحكيم، وإن لم يوجد فيتولى قاضي الدعم اختيار المحكم، كما حدد القانون الوقت الذي يجب أن يتم فيه الاختيار، (م ٣/١٤٥١، ١٤٥٢ من قانون المرافعات، والمادتان مُعدلتان بالمرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١).

(٢) حيث قضت محكمة استئناف باريس؛ في قضية تتعلق بتنفيذ حكم تحكيم حول تركة ملكة إسبانيا، بأن المحكم كالقاضي. وتطبيقاً لذلك، انظر:

CA Paris, 10 déc. 1901: JDI 1902, p. 314; DP 1905, 2, p. 128.

(٣) وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. com., 22 févr. 1949: JCP G 1949, II, 4899, note Motulsky. Cass. com., 18 juin 1958: Rev. arb. 1958, p. 91- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 9 juin 1961: Rev. arb. 1961, p. 186. CA Paris, 30 oct. 1958: D. 1958, p. 771.

وفي عام ١٩٧١ أصدرت محكمة استئناف باريس Paris حكما جاء فيه ردا صريحا على الأحكام التي كانت تربط حُجية حكم التحكيم بإصدار الأمر بتنفيذه. إذ قالت في حكمها بأنه لا يُمكن حرمان أحكام التحكيم من حُجية الشيء المحكوم فيه، وأن هذه الحُجية تسمح لأحد الخصوم الاحتجاج بها في مواجهة الخصم الآخر، طالما لا يوجد طعن يوقفها<sup>(١)</sup>. وفي الواقع؛ لا توجد أي صلة حتمية بين حكم التحكيم؛ الذي لم يصدر أمرا بتنفيذه، وبين عدم اكتسابه الحُجية الأمر المقضي. فحكم التحكيم الذي لا يجوز الحُجية يُمكن المنازعة فيه بعيدا عن أي طريق من طرق الطعن<sup>(٢)</sup>. ومن جهة أخرى؛ تمتع حكم التحكيم بالحُجية ليس نتيجة للطعن فيه، وإنما العكس هو الصحيح. فما يُبرر سبب وجود طرق الطعن يكمن في حُجية الأمر المقضي ذاتها<sup>(٣)</sup>.

وتأكيدا لما ذهب إليه محكمة استئناف باريس Paris؛ من عدم الربط بين حُجية حكم التحكيم والأمر بتنفيذه، قضت محكمة النقض في

(١) وتطبيقا لذلك، انظر:

- CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. 11 févr. 1971: Rev. arb. 1973, p. 29, note É. Loquin- CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. 6 juill. 1971: Rev. arb. 1971, p. 119, note J. Lefebvre. " ... il n'est pas possible de priver les sentences arbitrales de l'autorité de la chose jugée, que l'article 2052 du Code civil accorde aux simples transactions, cette autorité permettant à une partie d'opposer à l'autre ce qui a été jugé par les arbitres, en l'absence de tout recours suspensif ".

(٢) انظر:

G. WIEDERKHER: Sens, signifiante et signification de l'autorité de chose jugée in Études offertes à J. Normand, p. 507, spéc. p. 516, " ... ce qui n'est pas couvert par l'autorité de la chose jugée peut être contesté en dehors de l'existence d'une voie de recours ".

(٣) انظر:

J. ROBERT: note sous CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. 6 juill. 1971- É. LOQUIN: note sous CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. 11 févr. 1971: Rev. arb. 1973, p. 29.

١٩٧٢/٦/٧ بأن حُجِّية حكم التحكيم تستقل عن فكرة الأمر بتنفيذه. وقالت المحكمة؛ في هذا الصدد، أنه ليس هناك ما يمنع من الطعن بالاستئناف على حكم التحكيم قبل الأمر بتنفيذه، إذ لا يوجد أي نص قانوني يجعل الطعن في هذه الحالة أمراً مُتعارضاً مع النظام العام<sup>(١)</sup>. وفي ١٩٧٩/١/٩ أعادت المحكمة التأكيد مرة أخرى على أن حكم التحكيم يتمتع بحُجِّية الأمر المقضي؛ دون حاجة لسبق الأمر بتنفيذه<sup>(٢)</sup>.

٦- منح الحُجِّية لحكم التحكيم بموجب القانون: في ١٩٨٠/٥/١٤ صدر المرسوم رقم ٥٣٤ لسنة ١٩٨٠<sup>(٣)</sup>، ويُقتضاه أجرى المشرع الفرنسي تعديلاً شاملاً لنصوص قانون المرافعات المتعلقة بالتحكيم<sup>(٤)</sup>. وتبنى هذا

(١) وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 7 juin 1972: D. 1973, 73, note J. Robert; Rev. arb. 1974, p. 91, note É. Loquin. Il est à noter que le conseiller rapporteur était en l'espèce auteur d'un écrit en ce sens: R. BOULBÈS: Sentence arbitrale, autorité de la chose jugée et ordonnance d'exequatur, JCP 1960, I, 1660.

(٢) وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. com., 9 janv. 1979: Rev. arb. 1979, 478, note Ph. Fouchard.

(٣) ونُشر في الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٨٠/٥/١٨. وبموجب هذا المرسوم استعمل المشرع اصطلاح "قرار التحكيم" *Sentence arbitrale* وذلك بدلا من اصطلاح "حكم التحكيم" *Jugement arbitral* الذي كان يستعمله تقنين المرافعات الفرنسي القديم، (م ١٠٢٠ وما بعدها). وهذا الاستبدال لم يكن له من معنى سوى جعل النصوص تتفق مع واقع التحكيم العملي، انظر:

G. CORNU: Le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage; Présentation de la réforme: Rev. arb. 1980, p. 587, note 7-M.-Cl. RONDEAU-RIVIER: J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 1042, Arbitrage, La sentence arbitrale, n. 2 et 13.

(٤) وأظهرت تلك التعديلات رغبة قوية من المشرع نحو ضمان فاعلية التحكيم. ومن بين مظاهر تلك الرغبة تعزيز سلطات المحكمين، وتكريس الحلول المستخلصة من القضاء التي جعلت التحكيم يبدو؛ أكثر من أي وقت مضى، كقضاء حقيقي يوازي قضاء محاكم الدولة، مع مراعاة الأصل الاتفاقي للتحكيم وعدم تمتع المحكم بسلطة الإلزام، انظر:

J.-Cl. RUBELLIN-DEVICHI: J.-Cl. Procédure civile Fasc. 1010, L'arbitrage du droit romain au décret du 14 mai=

التعديل ما كان ينادي به الفقه، وما ذهبت إليه أحكام القضاء، من ضرورة تدخل المشرع بالنص صراحة على حُجّية أحكام التحكيم<sup>(١)</sup>. وانطلاقاً من اعتبار المحكم يملك اختصاصاً قضائياً؛ كما كان ينادي به البعض<sup>(٢)</sup>، أورد المشرع في المادة ٣٦؛ من المرسوم سالف الذكر، النص على أن: "حكم التحكيم يجوز؛ بمجرد صدوره، حُجّية الأمر المقضي بالنسبة للمنازعة التي فصل فيها"<sup>(٣)</sup> وجاء هذا النص مُتفقاً مع المنطق، فظالماً أن المحكم يُطبق القانون؛ شأنه شأن القاضي، فإن حكمه يُعتبر عملاً قضائياً يجوز حُجّية الأمر المقضي<sup>(٤)</sup>. وفي حكم حديث لمحكمة

---

=1980, La réforme, décret du 14 mai 1980, Bilan de la réforme de 1980 et perspectives d'évolution, Aperçu de droit compare, n. 39- G. CORNU: Le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage; Présentation de la réforme: Rev. arb. 1980, p. 586- E. GAILLARD et P. de LAPASSE: Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international, Recueil Dalloz, 2011, Chronique Arbitrage, 175, p. 153, n. 1.

(١) انظر:

M.-Cl. RONDEAU-RIVIER: J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 1042, Arbitrage, La sentence arbitrale, n. 78- GLASSON, TISSIER et MOREL: Trité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile, 3<sup>e</sup> éd. t. 5, n. 1840, p. 382.

(٢) انظر:

J. RUBELLIN-DEVICH: L'arbitrage, nature juridique, LGDJ 1965, n. 516.

(٣) وتم إدراج مواد هذا المرسوم في قانون المرافعات، والمادة التي تنص على حُجّية حكم التحكيم حملت رقم ١٤٧٦، وبعد المرسوم ٤٨ لسنة ٢٠١١ أصبحت تحمل رقم ١٤٨٤. وتجري عبارة هذه المادة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

La sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche.

(٤) انظر:

G. WIEDERKHER: Sens, signifiante et signification de l'autorité de chose jugée in Études offertes à J. Normand, p. 514.



النقض الفرنسية، اعتبرت فيه أن حكم التحكيم هو حكم قضائي بالمعنى الدقيق<sup>(١)</sup>، ومن ثم يكون له ما للحكم القضائي من حُجبية. وفي مصر؛ قبل صدور قانون التحكيم<sup>(٢)</sup>؛ لم يكن هناك نصا تشريعا خاصا بحُجبية أحكام المحكمين. وبالرغم من ذلك اتجهت آراء الفقه وأحكام القضاء إلى أن حكم التحكيم؛ شأنه شأن الحكم القضائي، يتمتع بحُجبية الأمر المقضي على نحو يمنع سماع الدعوى من جديد أمام المحاكم في الموضوع الذي فصل فيه حكم التحكيم. وتلحق الحُجبية بحكم التحكيم بمجرد صدوره؛ حتى ولو كان قابلا للطعن، أو لم يكن قد صدر الأمر بتنفيذه، وتبقى هذه الحُجبية ما بقي الحكم قائما وتزول بزواله<sup>(٣)</sup>. وبعد

---

= وقضي؛ في هذا الصدد، بأن حكم التحكيم لا يحوز حُجبية الأمر المقضي، ولا يُمكن الأمر بتنفيذ، إذا ورد في اتفاق التحكيم أن الحكم يخضع لاتفاق الأطراف. فمثل هذا الاتفاق ينزع الطابع القضائي عن حكم التحكيم. وتطبيقا لذلك، انظر:

CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. 24 oct. 1991: Rev. arb. 1992, p. 494, note M.-C. Rivier.

(١) وتخلص وقائع هذه القضية أن حكم محكمة الاستئناف؛ في سبيل القضاء يُعلان الحجز التحفظي بموجب حكم تحكيم، قضى بأن حكم التحكيم لم يتم الأمر بتنفيذه. وعند الطعن على حكم محكمة الاستئناف بالنقض قضت المحكمة بنقضه استنادا على المادة ٦٨ من القانون الصادر في ٩ يوليو سنة ١٩٩١؛ والتي لا تتطلب إذن القاضي بمباشرة إجراءات الحجز التحفظي عندما يكون الدائن حائزا لحكم قضائي ولو كان غير واجب النفاذ. وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 12 oct. 2006: RTD civ. 2007, p. 183, obs.

R. Perrot.

(٢) رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، وصدر في ١٨/٤/١٩٩٤، ونُشر في الجريدة الرسمية، العدد ١٦ تابع، في ٢١/٤/١٩٩٤. وعُمل به بعد شهر من اليوم التالي لتاريخ نشره، (م ٤ من قانون الإصدار).

(٣) انظر: أ. محمد العشاوي، أ.د. عبد الوهاب العشاوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، ١٩٥٧، ج ٢، رقم ٢٥٤، ص ٣١٠ - أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، رقم ١١٦، ص ٢٦٩ - كما قضى بأن: " التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية، وهو ولئن كان في الأصل وليد إرادة الخصوم إلا أن أحكام المحكمين شأن أحكام القضاء تحوز حُجبية الشيء المحكوم به بمجرد صدورها ... وتطبيقا لذلك، انظر: نقض مدني ١٦/٢/١٩٧١، مجموعة أحكام النقض، س ٢٢، ص ١٧٩ - نقض مدني ١٥/٢/١٩٧٨، مجموعة أحكام النقض، س ٢٩، ص ٤٧٢ - نقض مدني ١٦/٧/١٩٩٠، مجموعة المكتب الفني، س ٤١، رقم ٢٤٥، ص ٤٣٤.

صدور قانون التحكيم نصت المادة ١/٥٥ منه صراحة على أنه: " تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقاً لهذا القانون حُجية الأمر المقضي ... (١) "

٧- تأكيد المُشرع الفرنسي على الطبيعة القضائية لحكم التحكيم: حديثاً؛ وبموجب المرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١ (٢) ، عدّل المُشرع الفرنسي؛ بصورة جوهرية، في صياغة وأحكام العديد من نصوص قانون المرافعات المتعلقة بالتحكيم. واستهدف المُشرع؛ من وراء بعض تلك التعديلات، التأكيد على الطبيعة القضائية الكاملة للتحكيم (٣). وهذا التأكيد يُستدل عليه؛ في تقديرنا، من خلال ما يلي:

(أ)- استعمال المُشرع الفرنسي لمُصطلح " محكمة التحكيم " (٤) ، بدلا من مُصطلح " المُحكّم " أو " المُحكّمون " الذي كان مُستعملا من قبل (٥) .

(١) وقضت محكمة النقض؛ حديثاً، بأن أحكام المحكمين شأنها شأن أحكام القضاء تحوز حُجية الأمر المقضي بمجرد صدورها وتبقى هذه الحُجية طالما بقي الحكم قائماً. وتطبيقاً لذلك، انظر: نقض مدني ٢٠٠٧/٣/١٣، في الطعن رقم ٧٦ لسنة ٧٣ ق. أيضاً، انظر: نقض مدني ١٩٩٦/٣/٢٧، مجموعة أحكام النقض، س ٤٧، ج ١، ص ٥٦٤ - وانظر: دستورية علياً في ٢٠٠٣/١١/٢، القضية رقم ١١٤، لسنة ٢٤ ق. - دستورية علياً في ٢٠٠٣/٥/١١، القضية رقم ٩٥، لسنة ٢٠ ق. (٢) والذي دخل حيز التنفيذ في ٢٠١١/١١/٢٤. (٣) انظر:

E. GAILLARD et P. de LAPASSE: Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international, Recueil Dalloz, 2011, Chronique Arbitrage, 3, p. 165, n. 2.

(٤) وعلى سبيل المثال، راجع: المواد ١٤٥١، ١٤٥٣، ١٤٥٤، ١٤٥٦، ١٤٦٢، ١٤٧٠، ١٤٧٨ وغيرها من مواد قانون المرافعات المتعلقة بالتحكيم. وتجدر الإشارة أن المُشرع ذاته، وبعض أحكام القضاء كانت تستعمل اصطلاح " محكمة التحكيم " قبل التعديل التشريعي المشار إليه. وعلى سبيل المثال، انظر:

CA Paris, 1<sup>re</sup> C. 19 déc. 1999: Rev. arb. 2000, 471, note Racine-CA Paris, 1<sup>re</sup> C. 22 janv. 2004: Rev. arb. 2004, 647, note Loquin.

وفي مصر: كان مشروع قانون التحكيم يستعمل مُصطلح " محكمة التحكيم "، إلا أنه عدل إلى تبني اصطلاح " هيئة التحكيم " عند مناقشة المشروع في مجلس الشعب. إذ أثناء هذه المناقشة اقترح أحد الأعضاء أن يُستبدل عبارة " هيئة التحكيم " بعبارة " محكمة التحكيم "، وذلك لكي يقتصر استعمال لفظ " محكمة " على المحكمة التابعة للنظام القضائي للدولة، ووافق المجلس على هذا التعديل، انظر: أ.د. محمود سمير الشراوي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة قانونية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة ٢٠١١، رقم ٢٨، ص ٤٦، وهامش رقم ٤٦ من ذات الصحيفة.

(٥) على سبيل المثال؛ راجع: المواد ١٤٥١، ١٤٥٦، ١٤٦٠، ١٤٦٦، ١٤٦٧، وغيرها، قبل التعديل.

(ب)- عزز المشرع سلطة محكمة التحكيم، حيث أجاز لها؛ بناء على طلب أحد الأطراف، إعلان الغير بالحضور أمام رئيس المحكمة الابتدائية المختصة للحصول على الأدلة الموجودة لديه، (م ١٤٦٩/١ مرفعات)<sup>(١)</sup>.  
(ج)- توسع المشرع في التأكيد على أن المبادئ الموجهة للخصومة المدنية تسري على خصومة التحكيم<sup>(٢)</sup>؛ وذلك مع مراعاة ما تتمتع به تلك الخصومة من خصوصية<sup>(٣)</sup>.

٨- حُجِّية حكم التحكيم في القوانين المقارنة: تؤكد غالبية القوانين المقارنة على تمتع حكم التحكيم بحجية الأمر المقضي. وبعض القوانين تنص على هذه الحجية صراحة؛ ومن قبيل ذلك: القانون الإيطالي، (م ٧٩٤ مرفعات)، والقانون البلجيكي، (م ١٧٠٣ قانون القضاء)،

(١) وتجري عبارة هذه المادة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

Si une partie à l'instance arbitrale entend faire état d'un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n'a pas été partie ou d'une pièce détenue par un tiers, elle peut, sur invitation du tribunal arbitral, faire assigner ce tiers devant le président du tribunal de grande instance aux fins d'obtenir la délivrance d'une expédition ou la production de l'acte ou de la pièce.

(٢) إذ تنص المادة ٢/١٤٦٤ على أنه: "ومع ذلك تُطبق دائما على خصومة التحكيم المبادئ الأساسية للقضية والمنصوص عليها في المواد: من ٤- ١٠، والمادة ١/١١، والمادة ٢/١٢، ٣، والمواد ١٣- ٢١، والمادة ٢٣، والمادة ٢٣- ١". وتجري عبارة هذه الفقرة باللغة الفرنسية كالتالي:

Toutefois, sont toujours applicables les principes directeurs du procès énoncés aux articles 4 à 10, au premier alinéa de l'article 11, aux deuxième et troisième alinéas de l'article 12 et aux articles 13 à 21, 23 et 23-1.

وحول العديد من التطبيقات القضائية بشأن مراعاة المبادئ المنصوص عليها في المواد التي أشارت إليها المادة سالفة الذكر، راجع: للمؤلف، التحكيم بالقانون والتحكيم مع التفويض بالصُلح، دراسة تحليلية مقارنة في القانونين الفرنسي والمصري، بحث منشور في مجلة حقوق حلوان، العدد ٢٧، رقم ٦، ص ٢١، والبوامش ١، ٢، ص ٢٢- ٢٤.

(٣) انظر:

E. GAILLARD et P. de LAPASSE: Nouveau droit français de l'arbitrage interne et international, Recueil Dalloz, 2011, Chronique Arbitrage, 3, p. 170, n. 11.

والقانون الهولندي، (م ١٠٥٩ مُرافعات)، والقانون الإسباني، (م ٤٣ مُرافعات). ونجد قوانين أخرى تُقرر حُجية أحكام التحكيم بصورة غير مباشرة، وذلك عن طريق الإحالة للقواعد العامة في شأن حُجية أحكام القضاء؛ ومن قبيل ذلك: القانون الألماني، (م ١٠٥٥ مُرافعات)، والقانون النمساوي، (م ٦٠٧ مُرافعات)<sup>(١)</sup>.

٩- حُجية حكم التحكيم في القوانين والاتفاقيات وأنظمة التحكيم الدولية: لم يرد في قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي<sup>(٢)</sup> النص صراحة على حُجية حكم التحكيم. فالمادة ٣٥؛ المتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها، تنص في فقرتها الأولى على أنه: " يكون قرار التحكيم مُلزماً، بصرف النظر عن البلد الذي صدر فيه، ويُنفذ، بناء على طلب كتابي يقدم إلى محكمة مختصة، مع مراعاة أحكام

---

(١) وتنص على أنه: " في العلاقة بين الأطراف، يترتب على حكم التحكيم آثار الحكم الحائز لحُجية الأمر المقضي ". وتجري عبارة هذه المادة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي: " Dans les relations entre les parties, la sentence arbitrale produit les effets d'un jugement ayant l'autorité de la chose jugée ".

(٢) اعتمدت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في ٢١/٦/١٩٨٥، في ختام الدورة الثامنة عشرة للجنة. وأوصت الجمعية العامة، في قرارها ٧٢/٤٠ المؤرخ في ١١/١٢/١٩٨٥، " بأن تعطي جميع الدول الاعتبار الواجب للقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في ضوء الاستحسان بأن يكون قانون إجراءات التحكيم موحدًا، وفي ضوء الاحتياجات المحددة لممارسات التحكيم التجاري الدولي ". وعدلت الأونسيترال القانون النموذجي في ٧/٧/٢٠٠٦، في الدورة التاسعة والثلاثين للجنة، وأوصت الجمعية العامة، في قرارها ٣٣/٦١ المؤرخ في ٤/١٢/٢٠٠٦، " جميع الدول بأن تنظر بشكل إيجابي في تطبيق المواد المنقحة من القانون النموذجي أو القانون النموذجي المنقح للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، عندما تسمن قوانينها أو تنقحها ".

هذه المادة والمادة ٣٦<sup>(١)</sup>. ويرى جانب من الفقه أن عبارة "مُلزما"؛ التي وردت في هذه المادة، تُعادل كلمة "الحُجبية"<sup>(٢)</sup>.

أما اتفاقية نيويورك New York لسنة ١٩٥٨<sup>(٣)</sup> فقد نصت المادة الثالثة منها على أنه: "تعترف كل من الدول المتعاقدة بحُجبية حكم التحكيم وتأمّر بتنفيذه طبقاً لقواعد المرافعات المُتبعة في الإقليم المطلوب فيه التنفيذ وطبقاً للشروط المنصوص عليها في المواد التالية"<sup>(٤)</sup>. ومن هذه الشروط ما

(١) وتجري عبارة هذه الفقرة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

La sentence arbitrale, quel que soit le pays où elle a été rendue, est reconnue comme ayant force obligatoire et, sur requête adressée par écrit au tribunal compétent, est exécutée sous réserve des dispositions du présent article et de l'article 36.

والمادة ٣٦ تنص على أنه: "١- لا يجوز رفض الاعتراف بأي قرار تحكيم أو رفض تنفيذه، بصرف النظر عن البلد الذي صدر فيه، إلا؛ (أ) بناءً على طلب الطرف المطلوب تنفيذ القرار ضده، إذا قدم هذا الطرف إلى المحكمة المختصة المقدم إليها طلب الاعتراف أو التنفيذ دليلاً يثبت: "١- ... "٢- ... "٣- ... "٤- ... "٥- أن قرار التحكيم لم يُصبح بعد مُلزماً للطرفين، أو أنه قد أُلغته أو أوقفت تنفيذه إحدى محاكم البلد الذي صدر فيه ذلك القرار أو بموجب قانونه" وتجري عبارة هذه الفقرة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

1) La reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale, quel que soit le pays où elle a été rendue, ne peut être refusée que: a) Sur la demande de la partie contre laquelle elle est invoquée, si ladite partie présente au tribunal compétent auquel est demandée la reconnaissance ou l'exécution la preuve: i) ... ii) ... iii) ... iv) ... v) Que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties, ou a été annulée ou suspendue par un tribunal du pays dans lequel, ou en vertu de la loi duquel elle a été rendue.

(٢) انظر:

C. JARROSSON: L'autorité de chose jugée des sentences arbitrales, Procédures, 2007, Étude 17, n. 3.

(٣) تتعلق بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، واعتمدها الأمم المتحدة في ١٩٨٨/٧/٦.

(٤) وتجري عبارة هذه الفقرة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

Chacun des Etats contractants reconna'tra l'autorité d'une sentence arbitrale et accordera l'exécution de cette sentence conformément aux règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée, aux conditions établies dans les articles suivants.

تنص عليه المادة الخامسة من أنه: " ١ - لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم؛ بناء على طلب الخصم الذي يمتح عليه بالحكم، إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على: (أ) - ... (ب) - ... (ج) - ... (د) - ... (ه) - أن الحكم غير ملزم للخصوم أو ألقته أو أوقفته سلطة مُختصة في البلد الذي صدر فيه الحكم أو بموجب قانون ذلك البلد"<sup>(١)</sup>.

وهنا؛ أيضا، نرى أن عبارة " أن الحكم غير ملزم ... "؛ كسبب لرفض الاعتراف بالحكم أو لرفض تنفيذه، تُعادل عبارة " أن الحكم لا يجوز حُجية الأمر المقضي ". ويبدو أن استعمال الاتفاقية للعبارة الأولى كمُرادف للثانية مُستمد مما جاء في حكم محكمة العدل الدولية سنة ١٩٣٩؛ المتعلق بقضية الشركة التجارية البلجيكية<sup>(٢)</sup>. حيث جاء في هذا الحكم أن الاعتراف بحكم التحكيم واعتباره حائزا لِحُجية الأمر المقضي ليس سوى الاعتراف بأن الحكم له طابع نهائي وملزم.

أيضا؛ لم يرد في قواعد غرفة التجارة الدولية أي إشارة لكلمة الحُجية، وإنما تم التعبير عنها بالقول: " يكون كل حكم تحكيمي ملزما للأطراف. ويتعهد الأطراف، لدى إحالتهم النزاع إلى التحكيم وفقا لهذا النظام،

(١) وتجري عبارة هذه الفقرة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

**1. La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à la l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve: a) ... b) ... c) ... d) ... e) Que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par un autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue.**

(٢) انظر:

**CPJI, aff. Société commerciale de Belgique, série A/B n. 78, p. 174 et 175, citée par B. Hanotiau, L'autorité de chose jugée des sentences arbitrales: Bull. CCI 2003, n. spécial, p. 45.**

بتنفيذ أي حكم تحكيم دون تأخير، ويعتبرون بذلك قد تنازلوا عن كل طرق الطعن"، (م ٦/٢٨).

ذات الأمر؛ لم يرد في قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم النص صراحة على عبارة الحجية، وإنما في سبيل ذلك قررت المادة ٢/٣٤ بأنه: "تصدر جميع أحكام التحكيم كتابة، وتكون نهائية ومُلزمة للأطراف. ويجب على الأطراف تنفيذ جميع أحكام التحكيم دون تأخير". وأخيرا؛ يرى البعض، أن حُجية الأمر المقضي تدخل ضمن المبادئ العامة للمادة ٣٨ من قانون محكمة العدل الدولية<sup>(١)</sup>، ومن ثم تكون مبدأ عالميا للدول المُتمدينة<sup>(٢)</sup>، ويؤخذ به في قانون التجارة الدولية حتى ولو لم ينص عليه هذا القانون<sup>(٣)</sup>.

١٠- موضوع الدراسة: لعله من الجدير بالإشارة أن مقدمة الدراسة جاءت في إطار التأكيد على أنه من المُسقر عليه؛ في مصر وفرنسا على الأقل، أن حكم التحكيم يفصل في مُنازعة، ومن ثم أضحى؛ في الوقت الراهن، يُعد عملا ذات طبيعة قضائية. ونتيجة لهذه الطبيعة؛ فإنه بمجرد إصداره تترتب عليه ذات الآثار المُصاحبة للحكم القضائي الصادر من محاكم الدولة. ومن هذه الآثار: تمتع حكم التحكيم بحُجية الأمر المقضي، واستنفاد ولاية هيئة - أو محكمة - التحكيم التي أصدرته، والاحتجاج بالحكم في مواجهة الغير، ويكون للحكم قوة في الإثبات تُماثل قوة الأحكام القضائية، كما يكون للحكم قوة السند التنفيذي بعد استيفاء

(١) انظر:

J.-M. VULLIEMIN: Jugement et sentence arbitrale, Thèse Lausanne, 1987, n. 411 et s.

(٢) انظر:

W. HABSCHIED: Quelques questions fondamentales concernant l'autorité de la chose jugée en droit comparé, Liber amicorum Adolf Schuitzer, Fac. droit Genève, 1979, Georg, p. 179.

(٣) انظر:

J.-M. VULLIEMIN: Op. cit., n. 414, p. 290.

الأمر بتنفيذه من قضاء الدولة ؛ التي يُطلب فيها التنفيذ ، ووفقا لما يتطلبه قانون تلك الدولة.

والدراسة في هذا البحث لن تتصدى لكافة آثار حكم التحكيم ؛ سألقة الذكر ، وإنما سنقتصر فيها على تناول مسألتان ؛ هما : حُجبية حكم التحكيم ، واستنفاد المحكم لولايته حول النزاع. وسوف نسعى ؛ في ثنايا البحث ، لتوضيح ما قد يثور من تساؤلات تتعلق بهاتين المسألتين. ومن ثم ؛ سوف نعرض لبيان وقت إصدار حكم التحكيم ، وطبيعة حُجبيته ونطاقها ، وتوضيح مبدأ استنفاد المحكم لسُلطته ، وما يرد على هذا المبدأ من استثناءات. وتناول هذه المسائل سيكون في ضوء أحكام القانونين المصري والفرنسي ؛ وإبراز أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما في هذا الصدد ، وإبداء ما نراه من ملاحظات وآراء في هذا المجال.

١١ - خطة الدراسة: وفي ضوء تحديد موضوع البحث ؛ على نحو ما تقدم ، فقد اقتضى ذلك تقسيم دراسته إلى مبحثين ، وانطوى كل منهما على تقسيمات فرعية ؛ وذلك على النحو التالي :

المبحث الأول: حُجبية حكم التحكيم. وقسمنا هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب ؛ وذلك كالتالي :

المطلب الأول: وقت إصدار حكم التحكيم.

المطلب الثاني: طبيعة حُجبية حكم التحكيم. وجاء هذا المطلب في فرعين ؛ وذلك كالتالي :

الفرع الأول: تعلق حُجبية حكم التحكيم بالمصلحة الخاصة.

الفرع الثاني: تعلق حُجبية حكم التحكيم بالنظام العام.

المطلب الثالث: مُفترضات حُجبية حكم التحكيم ونطاقها. وقسمنا هذا المطلب إلى فرعين ؛ وذلك على النحو التالي :

الفرع الأول: مُفترضات حُجبية حكم التحكيم.

الفرع الثاني: نطاق حُجبية حكم التحكيم :



المبحث الثاني : استنفاد المحكم لولايته حول النزاع. واشتمل هذا المبحث على أمرين ، عاجلنا كل منهما في مطلب مُستقل ؛ وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول : مبدأ استنفاد المحكم لولايته.

المطلب الثاني : استثناءات مبدأ استنفاد المحكم لولايته. وتناولنا كل استثناء في فرع مُستقل ؛ وذلك على النحو التالي :

الفرع الأول : تفسير حكم التحكيم.

الفرع الثاني : تصحيح حكم التحكيم.

الفرع الثالث : طلب حكم تحكيم تكميلي أو إضافي.

خاتمة البحث : وفيها بيان لما أسفرت عنه الدراسة ، وتحديد لما انتهينا إليه من توصيات أو مقترحات.

## المبحث الأول

### حُجّية حكم التحكيم

١٢ - تقسيم: تلحق الحُجّية بحكم التحكيم ؛ سواء في مصر أو فرنسا ، بمجرد صدوره ، باعتباره عملاً قضائياً كما هو الحال بالنسبة لأحكام محاكم الدولة. وما يثور ؛ الآن ، هو تحديد وقت إصدار حكم التحكيم ، حتى يُمكن القول أنه قد ثبتت له حُجّية الأمر المقضي. ومن ناحية أخرى ؛ يلزم تحديد طبيعة حُجّية حكم التحكيم ، ومُفترضات هذه الحُجّية ونطاقها. وفي ضوء ذلك ؛ قسمنا هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب ، وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول : وقت إصدار حكم التحكيم.

المطلب الثاني : طبيعة حُجّية حكم التحكيم.

المطلب الثالث : مُفترضات ونطاق حُجّية حكم التحكيم.

### المطلب الأول

#### وقت إصدار حكم التحكيم

١٣ - تمهيد: تنص المادة ١/١٤٨٤ من قانون المرافعات الفرنسي على أن : " حكم التحكيم يجوز ؛ بمجرد إصداره ، حُجّية الأمر المقضي بالنسبة

للمنازعة التي فصل فيها". وتنص المادة ٥٥ من قانون التحكيم المصري على أنه: "تحوز أحكام المحكمين؛ الصادرة طبقاً لهذا القانون، حُجية الأمر المقضي ...".

وهنا يثور تساؤل مؤداه: متى يُعتبر أن حكم التحكيم قد صدر؟ وأهمية الإجابة على هذا التساؤل تتمثل في أن تحديد وقت إصدار حكم التحكيم يترتب عليه بالتبعية؛ ومن هذا الوقت، عدة آثار من أهمها: اكتساب الحكم لِحجية الشيء المحكوم فيه، واستنفاد المحكم لولايته على النزاع، ومعرفة ما إذا كان الحكم صدر خلال ميعاد التحكيم من عدمه. وحتى يُمكن القول بأن حكم التحكيم قد صدر؛ وبالتالي حاز حُجية الأمر المقضي، يجب التأكد من أن هيئة- أو محكمة- التحكيم انتهت بالفعل من حكمها. فمتى تُعتبر هيئة- أو محكمة- التحكيم انتهت من حكمها؟ وفي سبيل الإجابة على التساؤل السابق انقسم الفقه والقضاء إلى عدة اتجاهات؛ من أهمها ما يلي:

١٤- أولاً: صدور حكم التحكيم يتم بمجرد النطق به؛ ومؤدى هذا الرأي أن حكم التحكيم يصدر بتلاقي وجهات نظر المحكمين واتفاقهم حول منطوق الحكم وأسبابه خلال الميعاد، المُتفق عليه، أو الذي يُحدده القانون الواجب التطبيق، حتى ولو كُتب الحكم وتم التوقيع عليه من المحكمين بعد الميعاد المذكور<sup>(١)</sup>.

وفضلاً عن أن هذا الرأي فيه تبسيط للأمور وقيل به مُنذ زمن بعيد، ولم يعد يتبناه أحد في الوقت الراهن، فإنه يؤخذ عليه ما يلي: (أ)- إذا كانت القواعد العامة لإصدار الأحكام تستوجب النطق بها علناً، (م ١٧٤ مُرافعات مصري، ١/٤٥١ مُرافعات فرنسي)، فإن قواعد التحكيم تكتفي بتطلب كتابة الحكم، (م ١/٤٣ تحكيم مصري، ٢/١٤٨٠

(١) انظر:

GARSONNET et CÉZAR-BRU: Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale, Paris, éd. Larose, 1904, t. VIII, n. 293- Cass. Req. 5 fevr. 1855: DP 55, I, n. 358.

مُرافعات فرنسي) <sup>(١)</sup> ، دون أن تستوجب النطق به ؛ سواء في جلسة علنية أو في حضور الخصوم ، هذا ما لم يتفق هؤلاء على النطق بالحكم في حضورهم جميعا. وحتى في هذه الحالة الأخيرة لا يترتب على مخالفتها جزاء البطلان. كما أن النطق بالحكم في جلسة علنية أو في حضور الأطراف لا يُعد من الضمانات الأساسية للمُحكِّمين. بل الأصل في التحكيم هو السرية <sup>(٢)</sup> ؛ حفاظا على أسرار العلاقة بين الأطراف. (ب) - لا يستقيم القول بأن تاريخ النطق بحكم التحكيم هو تاريخ إصداره ؛ خاصة في حالة وفاة المُحكِّم أو فقدته لأهليته بعد النطق بالحكم وقبل توقيعه. إذ في مثل هذه الحالة لا يُمكن القول بوجود حكم تحكيم لم يوقعه المُحكِّم <sup>(٣)</sup> .

١٥ - **ثانياً: صدور حكم التحكيم يتم بمجرد إخبار الأطراف بمنطوقه:** الطبيعي أن يُحرر حكم التحكيم ويتم توقيعه قبل إخبار الأطراف بمنطوقه. ومع ذلك ؛ ليس هناك ما يمنع هيئة - أو محكمة - التحكيم من إخبار الأطراف بمنطوق الحكم أولاً ، وبعد ذلك تقوم بكتابته والتوقيع عليه

(١) حيث تنص هذه المادة على أنه: " يصدر الحكم كتابة ويوقعه المحكمون ، ... ". كما تنص المادة ١/٣١ من القانون النموذجي على حكم مُماثل - وفي فرنسا: كتابة حكم التحكيم تُستفاد من تطلب توقيعه من جميع المحكمين ، ( م ٢/١٤٨٠ مرافعات ) ، ومن تطلب اشتمال الحكم على بيانات مُحددة ، ( م ١٤٨١ مرافعات ). وتجري عبارة المادة ١/١٤٨٠ ؛ باللغة الفرنسية ، كالتالي :

**Elle est signée par tous les arbitres- CA Paris, 21 nov. 1991: Rev. arb. 1992, 494, note Rondeau-Rivier.**

(٢) فمبدأ سرية التحكيم لا يحتاج إلى اتفاق صريح بين أطراف التحكيم. ومع ذلك ؛ تنص المادة ٣/٢١ من قواعد غرفة التجارة الدولية على أنه: " ... وبحق لجميع الأطراف حضور جلسات التحكيم ، ويُحظر حضور هذه الجلسات على كل من ليس له علاقة بالتحكيم ، إلا بموافقة محكمة التحكيم والأطراف " . = أيضا ؛ المادة ٦ من نظام هيئة التحكيم الدولية لغرفة التجارة الدولية نصت على أنه: " يكسب عمل الهيئة طابع السرية ويعين على كل من يشارك في عملها ، بأي صورة كانت ، مُراعاة ذلك. وتحدد الهيئة قواعد حضور أشخاص من الخارج اجتماعات الهيئة واجتماعات لجانها وحق هؤلاء في الاطلاع على المواد المقدمة للهيئة ولأمانتها العامة " . ونصت على مبدأ سرية التحكيم المادة ١/٤٠ من قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم.

(٣) انظر: أحمد أبو الوفا ، التحكيم الاختياري والإجباري ، ص ٢٧٦ - د. محمود مصطفى يونس ، قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٩ ، ص ٥٥ .

بشرط أن يتم ذلك خلال ميعاد التحكيم. ولكن؛ ثور المشكلة في حالة حصول المداولة بخصوص حكم التحكيم وإخبار الأطراف بمنطوقه قبل انقضاء ميعاد التحكيم، في حين تتم كتابة الحكم وتوقيعه بعد فوات هذا الميعاد<sup>(١)</sup>. إذ في هذا الفرض يثور التساؤل حول مدى اعتبار أن حكم التحكيم صدر في الميعاد من عدمه؟، وحول تحديد الوقت الذي تبدأ منه آثار الحكم، وخاصة اكتسابه الحجية واستنفاد المحكم لولايته؟.

وعرضت هذه المسألة؛ منذ وقت طويل، على محكمة النقض الفرنسية فقضت بأنه طالما تمت المداولة وإخبار الأطراف بمنطوق الحكم قبل انقضاء

(١) وفي مصر: ميعاد التحكيم هو ما يتفق عليه الطرفان، وإذا لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثني عشر شهرا من بدء إجراءات التحكيم. ويجوز لهيئة التحكيم مد هذا الميعاد بما لا يُجاوز ستة أشهر، ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك، (م ١/٤٥ تحكيم). وإذا لم يصدر الحكم في ميعاد التحكيم كان لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة ٩ من قانون التحكيم أن يصدر أمرا بتحديد ميعاد إضافي أو بإنهاء إجراءات التحكيم. ويكون لأي من الطرفين عندئذ رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع، (م ٢/٤٥ تحكيم) - وفي فرنسا: تنص المادة ١٤٦٣ من قانون المرافعات، (معدلة بالمرسوم ٤٨ لسنة ٢٠١١)، على أنه: "إذا لم يُحدد اتفاق التحكيم ميعادا، فإن مدة مهمة محكمة التحكيم تتحدد بستة أشهر تبدأ من بدء إجراءات التحكيم. والميعاد القانوني أو الاتفاقي يُمكن مده باتفاق الأطراف، وإذا تعذر هذا الاتفاق كان المد من قاضي الدعم". وتجري عبارة هذه المادة باللغة الفرنسية كالتالي:

**Si la convention d'arbitrage ne fixe pas de délai, la durée de la mission du tribunal arbitral est limitée à six mois à compter de sa saisine. Le délai légal ou conventionnel peut être prorogé par accord des parties ou, à défaut, par le juge d'appui.**

ومد ميعاد التحكيم من قاضي الدعم يكون بناء على طلب أي من الأطراف أو أحد المحكمين أو محكمة التحكيم. وإذا لم يستعمل المحكم رخصة طلب مد الميعاد، فإنه لا يستطيع بعد ذلك التذرع بضييق الوقت كسبب لعدم الفصل في جزء من النزاع؛ مما يعرضه لإنكار العدالة. وتطبيقاً لذلك، انظر:

TGI Paris, 29 nov. 1989: JCP 1990, IV, 58- CA Paris, 26 janv. 1988: Rev. arb. 1988, 307, note Jarrosson- Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 déc. 2005: JCP 2006, I, 148, obs. Seraglini.

وجاء في الحكم الأخير بأن المحكم ملزم بتحقيق نتيجة هي إصدار حكمه في الميعاد. ومن ثم؛ إذا لم يتفق الأطراف على مد ميعاد التحكيم أو قصرُوا في طلب مده، فإن المحكم يرتكب خطأ يستوجب المسؤولية إذا لم يطلب مد الميعاد من قاضي الدعم.

ميعاد التحكيم فإن الحكم يُعتبر قد صدر في الميعاد ولو تمت كتابته والتوقيع عليه بعد ذلك الميعاد<sup>(١)</sup>.

وفي تقديرنا ؛ أن ما ذهب إليه محكمة النقض الفرنسية لا ينعض أن يكون بمثابة اتجاهها قضائيا في هذا الصدد. إذ ما قضت به المحكمة يُمثل موقفا استثنائيا لا يُعول عليه، فضلا عن أنه موقف قديم للمحكمة لم تتبعه أحكاما أخرى في ذات السياق. ومن جهة ثانية ؛ أن ما قضت به المحكمة كان يتعلق بما إذا كان المُحكّم أصدر حكمه في الميعاد من عدمه. ويبدو أن المحكمة في سبيل عدم القضاء ببطالان حكم التحكيم فقد وجدت مخرجا لها من خلال اعتبار أن الحكم صدر طالما تم الإفصاح عن منطوقه للأطراف. وأخيرا ؛ طالما لم يوقع المُحكّمون على الحكم فذلك يعني أن ولايتهم لازالت قائمة بالنسبة للنزاع، ويُمكنهم بالتالي تعديل مضمون ما انتهوا إليه من قبل ؛ حتى ولو أخبروا الأطراف به، ولكن هذه الولاية تزول بانقضاء ميعاد التحكيم. وبهذا الانقضاء دون توقيع لا يُمكن القول بأن الحكم حاز حُجية الأمر المقضي، إذ لا يوجد حكم أصلا حتى يُمكن القول بأنه اكتسب الحُجية.

١٦ - ثالثا: إصدار حكم التحكيم يتم بتسليم نسخة موقعة منه لأحد طرفي: وتوضيحا لذلك يقول أصحاب هذا الاتجاه أن قانون التحكيم المصري لم يُبين كيفية إصدار حكم التحكيم تاركا الأمر للقواعد العامة الواردة في قانون المرافعات بالنسبة لإصدار الأحكام. وعملا بهذه القواعد فإن الحكم ؛ ولو تم توقيعه، يظل في حوزة المحكمة ولا يخرج منها إلا بالنطق به علنا. ولا تتحقق هذه العلانية في حكم التحكيم إلا بتسليم هيئة التحكيم كل من الطرفين صورة من حكم التحكيم موقعة من المحكمين الذين وافقوا عليه عملا بالمادة ١/٤٤ من قانون التحكيم. وترتبا على ذلك ؛ فإن هذا التسليم يكون بمثابة النطق بحكم التحكيم، ومن هذا التاريخ ثبت

(١) وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. req., 5 févr. 1855: DP 1855, 1, p. 358- Cass. civ., 7 mai 1873: D. 1873, 1, p. 244.

له الحجية<sup>(١)</sup>. بل إن محكمة استئناف باريس Paris؛ في قضاء قديم لها، ذهبت إلى أبعد من ذلك؛ حيث اشترطت لصدور حكم التحكيم ضرورة إيداعه قلم كتاب المحكمة المختصة<sup>(٢)</sup>.

١٧ - تقدير نقدي: يصعب القبول بما يقول به الرأي السابق؛ وذلك استنادا لما يلي:

- (أ) - لا يمكن اعتبار تاريخ القيام بالإجراء الذي تنص عليه المادة ١/٤٤ من قانون التحكيم المصري تاريخا لإصدار الحكم؛ وذلك لأن هذا الإجراء لاحق على الحكم أصلا<sup>(٣)</sup>. وهذا يُستفاد صراحة من عبارة الفقرة سالفة الإشارة؛ والتي تقتضي بأنه: "تُسَلَّم هيئة التحكيم إلى كل من الطرفين صورة من حكم التحكيم موقعة من المحكمين الذين وافقوا عليه، خلا ثلاثين يوما من تاريخ صدوره"<sup>(٤)</sup>. وفي تقديرنا؛ لا يُتصور أن يتطلب المشرع القيام بإجراء خلال ميعاد يبدأ سريانه من تاريخ صدور الحكم ثم يعود ويتطلب أن يكون القيام بالإجراء تاريخا أو شرطا لصدور الحكم ذاته.
- (ب) - ما قضت به محكمة استئناف باريس؛ من أنه يلزم لصدور حكم التحكيم إيداعه قلم كتاب المحكمة المختصة، هو قضاء غير دقيق، وذلك لأن القانون الفرنسي لم يتضمن النص على مثل هذا الإجراء. كما لا يصلح القول بهذا الرأي في القانون المصري؛ لأن المادة ١/٤٧ من قانون التحكيم عندما نصت على هذا الإجراء فقد ألزمت به من صدر الحكم لصالحه وليس هيئة التحكيم. هذا علاوة على أن المشرع لم يضع مدة زمنية يتم فيها الإيداع.

(١) انظر: أحمد السيد صاوي، التحكيم، رقم ٢٠١، ص ٢٦٠.

(٢) وتطبيقا لذلك، انظر:

CA Paris, 3 nov. 1929: D. 1927, p. 57.

(٣) انظر: محمود مختار بيري، التحكيم التجاري الدولي، رقم ١٢٠، ص ١٩٧ - وتسليم الأطراف صورة من الحكم يُعد من آثاره، انظر: محمود سمير الشراوي، التحكيم التجاري الدولي، رقم ٣٢٨، ص ٤٤٧.

(٤) وتتضمن المادة ٤/٣١ من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي حكما مُماثلا. حيث تنص على أنه: "بعد صدور القرار، تُسلم إلى كل من الطرفين نسخة منه موقعة من المحكمين". أما القانون الفرنسي فلم يتضمن مثل هذا النص.

١٨ - رابعا: إصدار حكم التحكيم يتم بتحريره والتوقيع عليه: وهذا ما قد يُستفاد من النصوص وما يذهب إليه الفقه والقضاء في مصر وفرنسا. ومع ذلك؛ قد تتطلب بعض أنظمة التحكيم مراقبة مشروع الحكم من أحد أجهزتها قبل إصداره. وفي هذه الحالة لا يصدر الحكم إلا بعد إجراء تلك المراقبة. وتبين هذه المسائل على النحو التالي:

١٩ - (١) - الوضع في مصر: يتجه غالب الفقه<sup>(١)</sup> إلى أن حكم التحكيم يصدر بمجرد كتابته والتوقيع عليه من المحكمين<sup>(٢)</sup>. إذ تقضي المادة ٤٣/١ من قانون التحكيم بأن حكم التحكيم يصدر كتابة ويوقعه المحكمون، وفي حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم واحد يُكتفى بتوقيعات أغلبية المحكمين، بشرط أن تثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية<sup>(٣)</sup>. وقضي؛ في هذا الصدد، بأنه لا تبطل إجراءات إصدار حكم

(١) انظر: محمود سمير الشراوي، التحكيم التجاري الدولي، رقم ٣٢٨، ٣٣٠، ص ٤٤٧، ٤٥١، وهامش رقم ٤٥١ من ذات الصحيفة - أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري، رقم ١١٦، ص ٢٧٧ - فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، رقم ٢٤٩، ص ٤٣١ - عيد القصاص، حكم التحكيم، رقم ٤٧، ص ١٤٧ وما بعدها - أ.د. محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص ٥٥.

(٢) وتحرير حكم التحكيم أمر يفرضه القانون، كما يقتضيه المنطق. إذ يلزم إيداع هذا الحكم قلم كتاب المحكمة المشار إليها في المادة ٩، (م ٤٧ تحكيم مصري)، كما أن طلب الأمر بتنفيذ حكم التحكيم يستوجب أن يكون مُرققا به أصل الحكم أو صورة مُوقعة منه، (م ١/٥٦ تحكيم مصري)، حيث يتم وضع الأمر بالتنفيذ على حكم التحكيم أو الصورة الموقعة.

(٣) وفي القانون النموذجي: في إجراءات التحكيم التي يشترك فيها أكثر من محكم واحد، يتخذ أي قرار لهيئة التحكيم بأغلبية جميع أعضائها، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك. على أنه يجوز أن تصدر القرارات في المسائل الإجرائية من المحكم الذي يرأس الهيئة إذا أذن له بذلك الطرفان أو جميع أعضاء هيئة التحكيم، (م ٢٩). ويصدر قرار التحكيم كتابة ويوقعه المحكم أو المحكمون. ويكفي، في إجراءات التحكيم التي يشترك فيها أكثر من محكم واحد، أن توقعه أغلبية جميع أعضاء هيئة التحكيم، شريطة بيان سبب غيبة أي توقيع، (م ١/٣١). وفي قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي: في حالة وجود أكثر من محكم واحد، يصدر أي حكم أو أي قرار آخر من هيئة التحكيم بأغلبية المحكمين. وفيما يتعلق بمسائل الإجراءات، يجوز أن يصدر القرار من المحكم الرئيس وحده إذا لم تتوافر الأغلبية أو أجازت هيئة التحكيم ذلك، ويكون هذا القرار قابلا لإعادة النظر من قِبَل هيئة التحكيم، (م ٣٣). وتصدر جميع أحكام التحكيم كتابة، وتكون=

التحكيم، متى استوفى مقتضيات صحته في شأن التوقيع عليه من الأغلبية، وثبوت حصول المداولة بشأنه من قبل كافة أعضاء هيئة التحكيم<sup>(١)</sup>. أيضا؛ قُضي بأن نص المادة ١/٤٣ من قانون التحكيم يدل على أن حكم التحكيم يصبح متى وقعت أغلبية المحكمين، ولا يترتب

=نهائية وملزمة للأطراف، ويجب على الأطراف تنفيذ جميع أحكام التحكيم دون تأخير، (م ٢/٣٤). ويوقع المحكمون الحكم، ويجب أن يشتمل على تاريخ صدوره والمكان الذي صدر فيه. وفي حالة وجود أكثر من محكم واحد ولم يوقع أحدهم يجب أن يبين الحكم سبب عدم التوقيع، (م ٤/٣٤).

(١) وتقول محكمة استئناف القاهرة؛ في هذا الصدد، بأنه لما كان الثابت من حكم التحكيم المطعون فيه أنه لا يعمل توقيع المحكم المسمى من المحتكم ضدهما (الطاعنة) الذي رفض التوقيع، إلا أنه أرفق بالحكم بيانا برأيه المخالف موقع منه بتاريخ... مُتضمنا رفضه لما ذهب إليه الأغلبية فيما يتعلق باستخلاص الوقائع والتحليل القانوني له، وكذلك في خصوص شروط إعمال أحكام البيع "فوب" على الواقع ومسألة التسليم الحكمي لبضاعة النزاع التي استند إليها الحكم في أسبابه، وطالما ثبت للمحكمة حصول انعقاد المداولة على الوجه القانوني السليم بالمشاركة الفعلية للمُحكَمين اللذين سمعوا المرافعة وإبداء كل مُحكم رأيه وموقفه ولو لم يأخذ الحكم التحكيمي بملاحظات المحكم المخالف؛ وحتى ولو انسحب هذا الأخير عن جلسة إصدار الحكم، لأن هذا الانسحاب لا ينفي أن المحكمين الثلاثة قد تداولوا في موافقهم. ومن ثم؛ فلا يُبطلان في إجراءات إصدار حكم التحكيم، لأنه استوفى مقتضيات صحته في شأن التوقيع عليه من الأغلبية، وثبوت حصول المداولة بشأنه من قبل كافة أعضاء هيئة التحكيم. فالمسائل التي قد تتعلق بالبطلان في قانون المرافعات القضائية ليست كلها كذلك في خصومة التحكيم. إذ يتميز التحكيم بخصائص تُميزه عن القضاء وتجعله نظاما قانونيا له الكثير من الخصوصية، يملك معايير الخاصة التي تُحكم أحواله بما في ذلك إجراءات خصومته الداخلية وشكل الحكم الصادر فيها. وحيث أن القاعدة التحكيمية الأصولية تقضي بأن الطرف الذي لا يُدلي أمام المحكمة التحكيمية بمخالفة تعترض سير التحكيم؛ ولا سيما إذ كانت الفرصة متاحة له، لا يستطيع الإدلاء بهذه المخالفة أمام قضاء الإبطال، (م ٨ تحكيم)، والثابت أن الطاعنة لم = تعترض بما تمسكت به في هذا الخصوص أثناء الخصومة التحكيمية. وتطبيقا لذلك، انظر: محكمة استئناف القاهرة ٢٠١١/٤، في القضية رقم ١٠ لسنة ١٢٧ ق.. مجلة التحكيم العربي، ع ١٦، ديسمبر ٢٠١٠، ص ١٨٤ - والمداولة اللازمة لصحة حكم التحكيم يجب أن تتم بين جميع المحكمين بأشخاصهم؛ فلا يجوز لأحد غيرهم المداولة نيابة عن أحد المحكمين. كما يجب أن تكون المداولة سرية؛ فلا يجوز أن يحضرها أي شخص من غير المحكمين أيا كانت صفة هذا الغير. ولا ريب أن هذه السرية ترمي إلى المحافظة على هيئة الأحكام، وضمان حرية المحكمين في إبداء رأيهم؛ حيث ترفع الحرج عنهم أمام أطراف النزاع اللذين اختاروهم ودفعوا لهم أتعابهم ويطمع كل طرف أن يناصره على الأقل المحكم الذي اختاره، انظر: أحمد السيد صاوي، التحكيم، رقم ١٤١ وما بعده، ص ١٢٣ وما بعدها والهوامش الملحقه.



على عدم ذكر أسباب الامتناع عن التوقيع بطلان الحكم ما لم يُثبت المُتمسك بالبطلان عدم تحقق الغاية من إثبات سبب الامتناع؛ وهي التحقق من حدوث مُداولة قبل إصدار الحكم<sup>(١)</sup>.

والمُحكّم المُمتنع عن التوقيع قد يقوم بنفسه بإثبات أسباب امتناعه في الحكم، أو في ورقة مُستقلة. وفي الفرض الأخير قد يُثبت رأيه المُنفرد وتُرفق الورقة بالحكم وتُعد جزء منه بخصوص أسباب امتناعه. ولكن؛ ما تتضمنه تلك الورقة من رأي لا يكون لها أية قوة مُلزِمة. وإذا امتنع المُحكّم عن التوقيع وعن ذكر سبب الامتناع يقوم رئيس هيئة التحكيم بإثبات ذلك في الحكم، وإلا ترتب البطلان على هذا الإغفال. وباعتبار حكم التحكيم ورقة رسمية، إذا أراد أحد الأطراف نفي ما ورد فيه؛ من أن أحد المُحكّمين لم يقدم أسباب امتناعه عن التوقيع على الحكم، فعليه اتخاذ إجراءات الطعن بالتزوير<sup>(٢)</sup>. أيضا؛ إثبات عكس ما جاء في الحكم من أسباب امتناع المُحكّم عن التوقيع يكون عن طريق الطعن بالتزوير<sup>(٣)</sup>.

وتنص المادة ٤٠ من قانون التحكيم على أن يصدر حكم هيئة التحكيم المُشكلة من أكثر من مُحكّم واحد بأغلبية الآراء بعد مُداولة تتم على الوجه الذي تُحدده هيئة التحكيم، ما لم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك. وفي وسعنا القول أنه مما يُستفاد من هذه المادة، أنه يجوز للأطراف الاتفاق على أن يصدر حكم التحكيم بأغلبية خاصة، أو بالإجماع. وفي حالة الاتفاق على إصدار حكم التحكيم بأغلبية خاصة، فإنه يلزم لإصدار الحكم التوقيع عليه إما من جميع المُحكّمين، أو من الأغلبية

(١) وتطبيقا لذلك، انظر: نقض مدني ٢٠١٠/١١/٩، في الطعون أرقام ٤٤٥٧، ٤٤٦٣، ٤٨٥٣، لسنة ٧٧ ق.، مجلة التحكيم العربي، ع ١٦، ديسمبر ٢٠١٠، ص ١٥٥ - وتوقيع أعضاء هيئة التحكيم على الحكم يكفي لإثبات تمام المُداولة على الوجه الصحيح. وتطبيقا لذلك، انظر: نقض مدني ٢٠١٣/٤/١٤، في الطعن ١٠١٦٦ لسنة ٧٨ ق.

(٢) وتطبيقا لذلك، انظر: استئناف القاهرة ٢٠٠٤/٢/٢٨، في الدعوى رقم ٨٩ لسنة ١٢٠ ق، تحكيم.

(٣) وتطبيقا لذلك، انظر: استئناف القاهرة ٢٠٠٤/١١/٢٧، في الدعوى رقم ٧٠ لسنة ١١٩ ق، تحكيم.

المطلوبة مع ذكر أسباب رفض توقيع الأقلية. أما في حالة اتفاق أطراف التحكيم على إصدار الحكم بالإجماع، فلا يُعتبر حكم التحكيم قد صدر إلا بتوقيع جميع أعضاء هيئة التحكيم<sup>(١)</sup>. وفي حال تعدد تواريخ توقيع المحكمين، فإن تاريخ آخر توقيع هو الذي يُعتد به كتاريخ لصدور حكم التحكيم<sup>(٢)</sup>.

وفي النهاية؛ يؤكد الفقه والقضاء أنه إذا قامت هيئة التحكيم بتعيين أمين سر لها، فالحكم يصدر صحيحا بالتوقيع عليه من أعضاء هيئة التحكيم دون حاجة لتوقيع أمين السر، لأنه ليس من أعضاء هيئة التحكيم، ولم يتطلب القانون منها أن تقوم بتعيين أمين سر لها<sup>(٣)</sup>. وفي ضوء ما تقدم؛ يكون حكم التحكيم، في مصر، صدر مُراعيا الميعاد طالما تم توقيعه خلاله، حتى ولو تم إيداع الحكم بعد ذلك<sup>(٤)</sup>. أما إذا انقضى ميعاد التحكيم دون التوقيع على الحكم، فإن ذلك يعني عدم صدوره في الميعاد مما يوضع نهاية لخصومة التحكيم<sup>(٥)</sup>. ويترتب على ذلك؛ وبقوة القانون، زوال ولاية المحكم بالنسبة لموضوع النزاع محل خصومة التحكيم.

(١) انظر: أ.د. علي بركات، الطعن في أحكام التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، رقم ٥٤، ص ٨٤.

(٢) انظر: أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، ص ٢٧٧ - فتحي والي، قانون التحكيم، رقم ٢٥٤، ص ٤٤١ - وقارب: أ.د. إبراهيم أحمد إبراهيم، حكم التحكيم في القانون الوضعي، ٢٠٠٥، ص ٦، لم يذكر دار النشر.

(٣) وتطبيقا لذلك، انظر: استئناف القاهرة ٢/٢/٢٠١٠، في الدعوى رقم ٦٣ لسنة ١٢٦ ق، تحكيم.

(٤) انظر: أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، رقم ١١٦، ص ٢٧٨.

(٥) وتنص المادة ٢/٤٥ من قانون التحكيم على أنه: "إذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار إليه في الفقرة السابقة، جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة ٩ من = هذا القانون، أن يصدر أمرا بتحديد ميعاد إضافي أو بإنهاء إجراءات التحكيم ...". ومن المتصور أن يتقدم أحد الأطراف بطلب ميعاد إضافي ويتقدم الطرف الآخر بإنهاء إجراءات التحكيم. وفي هذه الحالة يختص رئيس المحكمة المشار إليها بتقدير أي من الأمرين. وإذا أمر رئيس المحكمة بإنهاء إجراءات التحكيم، كان لأي من الطرفين رفع الدعوى إلى المحكمة المختصة بنظرها. ويرى بعض الفقه أنه حتى في حالة الأمر بتحديد ميعاد إضافي لاستمرار هيئة التحكيم في نظر النزاع، يكون لأي من الطرفين الحق في رفع الدعوى أمام المحكمة المختصة بنظرها، انظر: محمود مختار بربري، التحكيم التجاري الدولي، ص ١٧٢ =

٢٠ - (٢) -- الوضع في فرنسا: مؤدى نصوص قانون المرافعات الفرنسي أن حكم التحكيم يصدر بأغلبية الأصوات، ويوقع من جميع المحكمين، وإذا رفضت الأقلية التوقيع يتم ذكر ذلك في حكم التحكيم وهذا يكون بمثابة أن الحكم تم توقيعه من جميع المحكمين، (م ١٤٨٠ مرافعات، مُعدلة بالمرسوم ٤٨ لسنة ٢٠١١)<sup>(١)</sup>. ويُستفاد من هذه المادة أن حكم التحكيم يصدر بتوقيع جميع المحكمين أو الأغلبية. وفي هذا الصدد؛ قضت محكمة استئناف باريس Paris بأنه لا يلزم ضرورة توقيع المحكمين على جميع صفحات حكم التحكيم<sup>(٢)</sup>. أيضا؛ وعملا بالمادة ١٤٨٠، قضت ذات المحكمة بأنه في حالة رفض أحد المحكمين التوقيع يجب ذكر هذا الرفض في حكم التحكيم؛ وذلك دون حاجة لذكر أسباب رفض التوقيع<sup>(٣)</sup>، وهذا على عكس القانون المصري الذي يتطلب ذكر سبب عدم التوقيع. ويتجه بعض الفقه الفرنسي؛ إلى القول بأنه في حالة رفض أحد المحكمين التوقيع فلا يلزم أن يرد ذكر رفض التوقيع بخط نفس

---

= وما بعدها. ونرى ضرورة التزام كل من الطرفين بالقرار الذي أصدرته هيئة التحكيم بالاستمرار في نظر النزاع.

(١) وإذا كانت هذه المادة لا تتطلب صراحة كتابة حكم التحكيم؛ كما هو الحال في القانون المصري، إلا إنه يُستفاد منها ضمنا ضرورة الكتابة؛ فالحكم هو عمل مكتوب. ولا يقتصر دور تطلب الكتابة على الإثبات، بل تُعتبر شرطا ضروريا لوجود حكم التحكيم ذاته باعتباره عملا قضائيا. وتجري عبارة المادة ١٤٨٠ باللغة الفرنسية كالتالي:

La sentence arbitrale est rendue à la majorité des voix. Elle est signée par tous les arbitres. Si une minorité d'entre eux refuse de la signer, la sentence en fait mention et celle-ci produit le même effet que si elle avait été signée par tous les arbitres.

(٢) وتطبيقا لذلك، انظر:

CA Paris, 26 juin 1987: Rev. arb. 1990, 905, obs. B.M.

(٣) وتطبيقا لذلك، انظر:

CA Paris, 15 oct. 1991: Rev. arb. 1991, 643, note Jarrosson.

المُحكّم الذي رفض التوقيع ، كما لا يلزم توقيعه على الإشارة الواردة في الحكم بأنه رفض التوقيع<sup>(١)</sup>.

وتجدر الإشارة أن إغفال التوقيع على حكم التحكيم من أحد المحكمين يَجْتَلَفُ عن رفضه للتوقيع. إذ الرفض يعني أن المحكم اشترك في المداولة ، أما إغفال التوقيع فلا يُستخلص منه التأكيد على هذا الاشتراك. ومن ناحية أخرى ؛ يمنع القانون اشتراك أحد الأشخاص الاعتبارية كمُحكّم ، ( م ١/١٤٥٠ مُرافعات )<sup>(٢)</sup> ، والتوقيع يرمي إلى التحقق من مدى التقيد بهذا المنع. ومن ثم ؛ يترتب على إغفال توقيع أحد المحكمين بطلان حكم التحكيم ، وهذا البطلان يتعلق بالنظام العام ، ويُحكّم به ولو لم يثبت وقوع ضرر لأحد الخصوم<sup>(٣)</sup>.

ورغم أن المادة ١٤٨٠ لا تسمح صراحةً بجواز اتفاق الأطراف على أن يكون إصدار حكم التحكيم بأغلبية خاصة أو بالإجماع ، إلا أننا نتفق مع الرأي القائل بأن هذا الأمر حق أصيل للأطراف دون حاجة للنص عليه من المشرع<sup>(٤)</sup>.

(١) انظر:

JARROSSON: Note sous CA Paris, 15 oct. 1991: Rev. arb. 1991, 643.

(٢) وتنص على أن: "مهمة المحكم لا يمكن مياشرتها إلا بواسطة شخص طبيعي متمتعاً بالأهلية الكاملة لمباشرة حقوقه". ونجري عبارة هذه الفقرة ؛ باللغة الفرنسية ، كالتالي:

La mission d'arbitre ne peut être exercée que par une personne physique jouissant du plein exercice de ses droits.

وإذا تضمن اتفاق التحكيم تعيين شخصاً معيناً ، فإنه لا يملك سوى تنظيم التحكيم ، ( م ٢/١٤٥٠ ) .

(٣) وتطبيقاً لذلك ، انظر:

Cass. Ire civ., 3 oct. 2006: D. 2006, pan. 3026, obs. Clay-M.-Cl. RONDEAU-RIVIER: J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 1042, Arbitrage, La sentence arbitrale, n. 43 et 44.

(٤) انظر:

M.-Cl. RONDEAU-RIVIER: J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 1042, Arbitrage, La sentence arbitrale, n. 34.

وفي ضوء ما تقدم ؛ يكون حكم التحكيم ، في فرنسا ، صدر مُراعياً الميعاد طالما تم توقيعه خلاله ، حتى ولو تم إيداع الحكم بعد ذلك<sup>(١)</sup> . أما إذا انقضى ميعاد التحكيم دون التوقيع على الحكم ، فإن ذلك يعني عدم صدوره في الميعاد مما يضع نهاية لخصومة التحكيم<sup>(٢)</sup> . ويترتب على ذلك ؛ وبقوة القانون ، زوال ولاية المُحكّم بالنسبة لموضوع النزاع محل خصومة التحكيم<sup>(٣)</sup> .

وتقدير ما إذا كان حكم التحكيم صدر قبل انقضاء ميعاد التحكيم من عدمه هو من المسائل التي تخضع للسُلطة التقديرية لمحكمة الموضوع. وقضت محكمة النقض الفرنسية ؛ في هذا الصدد ، بأن محكمة الاستئناف تكون استعملت سُلطتها التقديرية حين قضت بأنه لا أهمية لمسألة عدم توقيع حكم التحكيم من جميع المُحكّمين في ذات اليوم ، وأن توقيع

(١) وتطبيقاً لذلك ، انظر :

Cass. req. 27 avr. 1900: D. 1901, 1, 494- Rapp. CA Paris, 1<sup>re</sup> C, 30 mai 2006: Rev. arb. 2007, 837, obs. Jarrosson.

وجاء في الحكم الأخير بأنه إذا كان حكم التحكيم أرسل بالبريد المسجل في يوم انقضاء ميعاد التحكيم ، فإنه يكون صدر في خلال الميعاد ، ولا أهمية لما إذا كان إعلان الحكم وصل إلى الأطراف في اليوم التالي لانقضاء ميعاد التحكيم.

(٢) وتنص المادة ١٤٧٧ من قانون المرافعات على أن انقضاء ميعاد التحكيم يترتب عليه انتهاء خصومة التحكيم. وتجرى عبارة هذه المادة باللغة الفرنسية كالتالي :

L'expiration du délai d'arbitrage entraîne la fin de l'instance arbitrale.

وانقضاء خصومة التحكيم ؛ بانقضاء ميعاده ، لا يحول دون التجاء الأطراف للتحكيم من جديد ، إذا كان اتفاق التحكيم يقضي باختصاص قضاء التحكيم بالنزاع في جميع الأحوال ، ولم يتنازل الأطراف عن تطبيق هذا الاتفاق ، ولا يوجد ما يعوق الاستمرار في الإجراءات. وتطبيقاً لذلك ، انظر :

CA Colmar, 21 sept. 1993: Rev. arb. 1994, 348, note Cohen-Cass. 2<sup>e</sup> civ., 18 févr. 1999: Bull. II, n. 31.

(٣) وتطبيقاً لذلك ، انظر :

CA Rouen, 5 juin 1889: D. 1891, 2, 98.

ويُطلان حكم التحكيم لصدوره بعد ميعاد التحكيم لا يتعلق إلا بإجراءات التحكيم اللاحقة على هذا الميعاد ، أما الإجراءات السابقة عليه فتظل صحيحة. وتطبيقاً لذلك ، انظر :

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 18 mai 1989: JCP 1989, IV, 263- Contra. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 17 juill. 1978: Rev. arb. 1979, 241, note Robert.

أحدهم على الحكم بعد انقضاء ميعاد التحكيم لا يترتب عليه اعتبار أن الحكم صدر بعد هذا الميعاد<sup>(١)</sup>

وهذا القضاء ؛ في تقديرنا، محل نظر. فالمُشرع حين اشترط التوقيع على الحكم من جميع المحكمين ؛ أو من الأغلبية مع إثبات رفض الأقلية، إنما يرمي من وراء ذلك إلى التأكد من أن المداولة حول الحكم تمت بين جميع المحكمين، وأن الحكم يُنسب إلى من وقعوا عليه، وأن يتحقق هذا التأكد خلال الميعاد المتفق عليه، أو الذي يُحدده القانون الواجب التطبيق. وبانتهاء هذا الميعاد قبل توقيع أحد المحكمين لا يُمكن القول بحدوث التأكد الذي يرمي إليه القانون.

وطبقا لقواعد غرفة التجارة الدولية ؛ في حال تعدد المحكمين، يصدر حكم التحكيم بالأغلبية، وإذا لم تتوفر الأغلبية، يصدر رئيس محكمة التحكيم حكم التحكيم منفردا، (م ١/٢٥). وهذه المادة واجهت فرضا قد يحدث في الواقع العملي ؛ وهو تعذر توافر الأغلبية اللازمة لإصدار الحكم، بسبب تشعب الآراء وتمسك كل مُحكم برأي مُختلف. وتفاديا لهذا الفرض ؛ فإن حكم المادة السابقة جعل رئيس هيئة التحكيم يتحول إلى مُحكم مُنفرد ويُصدر الحكم. ونرى الأخذ بهذا الحُسل في القانون المصري.

٢١ - خلاصة: رأينا العُضاض حول وقت إصدار حكم التحكيم: يُستفاد مما تقدم أن ما يجري عليه الوضع في مصر وفرنسا ؛ فقها وقضاء، أن حكم التحكيم يصدر بعد توقيع المحكم عليه، وفي حالة تعدد المحكمين يصدر بعد توقيعهم جميعا عليه ؛ أو توقيع الأغلبية مع ذكر سبب رفض الأقلية، في القانون المصري، وفي القانون الفرنسي يكفي الإشارة إلى رفض توقيع الأقلية، دون حاجة إلى ذكر سبب الرفض.

ومع ذلك ؛ يُلاحظ أن المُشرع ؛ في مصر وفرنسا، يتطلب ضرورة اشتغال حكم التحكيم على تاريخ إصداره، ويُستفاد ذلك من المادة

(١) وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. 1<sup>re</sup> civ. 15 juill. 1999: Rev. arb. 1999, 623, obs. Bureau.

(١٣٠) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول ٢٠١٤

١٤٨١ من قانون المرافعات الفرنسي<sup>(١)</sup>، والمادة ٤٣/٣ من قانون التحكيم المصري<sup>(٢)</sup>.

وهنا يثور التساؤل حول مدى التعارض بين ما تضمنته المواد ٤٠، و ٤٣/١ من قانون التحكيم المصري؛ واللذان تتعلقان بكيفية إصدار حكم التحكيم وأن هذا الإصدار يكون بكتابة الحكم والتوقيع عليه، وبين ما تتطلبه المادة ٤٣/٣ من ذات القانون؛ والتي تتعلق بضرورة اشتغال حكم التحكيم على تاريخ إصداره. كما يثور ذات التساؤل بالنسبة للوضع في القانون الفرنسي. فالمادة ١٤٨٠ من قانون المرافعات بينت كيفية إصدار حكم التحكيم، واعتبرت أن الحكم يصدر بالتوقيع عليه، في حين أن المادة ١٤٨١؛ من ذات القانون، نصت على ضرورة اشتغال الحكم على تاريخ إصداره. وما يُتصور أن يحدث في الواقع هو أحد الفروض التالية:

(أ) - الفرض الأول: أن يتطابق التاريخ الثابت في مدونات الحكم كتاريخ لإصداره مع تاريخ توقيع جميع المحكمين؛ أو الأغلبية اللازمة للتوقيع. وفي هذا الفرض لا تثار أي مشكلة.

(ب) - الفرض الثاني: أن يختلف التاريخ الثابت في الحكم كتاريخ لإصداره عن تاريخ توقيع جميع المحكمين على الحكم؛ أو عن تاريخ توقيع بعضهم. وهنا تثار الصعوبة. فما هو التاريخ الذي يُعتد به كتاريخ لا اعتبار أن الحكم صدر خلال ميعاد التحكيم؟، ومتى يبدأ الحكم في ترتيب آثاره؟، كالحجية واستنفاد المحكم لولايته.

وبطبيعة الحال؛ ليس من المتصور أن يكون التوقيع قبل كتابة الحكم. وإنما من المتصور أن يحدث العكس؛ أي يتم كتابة الحكم وتحديد تاريخ إصداره لكن توقيع جميع المحكمين، أو الأغلبية اللازمة، أو بعض هؤلاء، يكون

(١) إذ تنص هذه المادة على أن: "حكم التحكيم يشتمل على بيان: ١- ... ٢- ...

٣- ... ٤- تاريخ الحكم. وتجري عبارة هذه المادة باللغة الفرنسية كالتالي:  
La sentence arbitrale contient l'indication: 1° ...; 2° ...; 3° ...;  
4° De sa date; 5° ...

(٢) وتنص المادة ٤٣/٣ من قانون التحكيم على وجوب اشتغال حكم التحكيم على تاريخ إصداره.

في تاريخ لاحق على تاريخ الإصدار. هنا يحدث عدم التطابق. ومثار الصعوبة ؛ في هذا الفرض ، يتمثل في تحديد التاريخ الذي يُعتد به كتاريخ لاعتبار أن الحكم صدر مراعيًا ميعاد التحكيم ، والتاريخ الذي تبدأ منه الآثار القانونية القانونية للحكم؟<sup>(١)</sup>.

ويبدو أن القضاء يميل نحو اعتبار أن التاريخ المُثبت على نسخة الحكم يُعتبر؛ بصفة عامة ، بمثابة تاريخًا لتحرير وتوقيع حكم التحكيم ومن ثم تاريخًا لإصداره<sup>(١)</sup>. أيضا ؛ قضي بأن تاريخ إصدار حكم التحكيم المُثبت في نسخة الحكم الموقعة من المحكمين ، يُعتبر حُجة على الخصم ولا يستطيع جحده إلا باتخاذ طريق الطعن بالتزوير في الحكم. فحكم التحكيم يُعتبر ورقة رسمية شأنه في ذلك شأن أحكام القضاء<sup>(٢)</sup>. والاعتداد بالتاريخ المدون في الحكم كتاريخ لإصداره هو ما نصت عليه صراحة المادة ٣/٢٥ من قواعد غرفة التجارة الدولية ؛ وذلك بالقول: " يعتبر حكم التحكيم قد صدر في مكان التحكيم وفي التاريخ المدون فيه " .

ونرى أنه يحسن بالمشرع المصري وضع حل تشريعي لمسألة تحديد وقت إصدار حكم التحكيم على وجه الدقة ، وبما لا يدع مجالًا للتأويل في مثل هذه المسألة الهامة. وبتصور أن يكون هذا الحل بالنص على ما مؤداه أن حكم التحكيم يصدر بكتابته وتمام التوقيع عليه من جميع المحكمين ؛ أو من الأغلبية اللازمة ، ويُعتد بتاريخ التوقيع كتاريخ لإصدار الحكم ، وفي حال اختلاف تواريخ توقيع المحكمين تكون العبرة بتاريخ آخر توقيع. ومن

---

(١) وتحديد وقت إصدار حكم التحكيم له أهمية أخرى تتمثل في بدء سريان ميعاد الثلاثين يوما التي يتعين على هيئة التحكيم أن تُسلم خلالها كل من الطرفين صورة من حكم التحكيم موقعة من المحكمين الذين وافقوا عليه ، ( م ١/٤٤ تحكيم مصري ) .  
(١) وتطبيقا لذلك ، انظر :

CA Paris, 22 mai 1980: Rev. arb. 1982, p. 264, note J.-B. Blaise.

(٢) وتطبيقا لذلك ، انظر: نقض مدني ١١/٣٠/١٩٦١ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١٢ ، ص ٧٣٠ - وفي القضاء الفرنسي ، انظر :

CA Aix, 16 oct. 1962: Rev. arb. 1962, 144.



هذا التاريخ تترتب آثار الحكم ، ويكون هذا الأخير صدر في الميعاد طالما أن آخر توقيع تم في تاريخ سابق على انقضاء ميعاد التحكيم. أما ما ذهبت إليه بعض أحكام القضاء الفرنسي من الاعتداد بأن الحكم يُعتبر قد صدر في الميعاد طالما كان التاريخ الثابت في نسخة الحكم سابق على انقضاء ميعاد التحكيم ؛ حتى ولو تم توقيعه في وقت لاحق ، فهو قضاء غير دقيق. فانقضاء ميعاد التحكيم يجعل المُحكّم ولا ولاية له على النزاع. كما أنه قبل التوقيع لا يُمكن القول بنسبة الحكم إلى المحكمين ، ومن ثم لا يُمكن القول بأن الحكم يحوز حُجّية الأمر المقضي. والقول بغير ذلك يصعب معه التوفيق بين اعتبار أن الحكم صدر في ميعاد التحكيم لمجرد أن التاريخ الثابت في الحكم يقع قبل نهاية الميعاد المذكور وبين حقيقة أن الحكم لم يتم توقيعه قبل انقضاء ميعاد التحكيم ومن ثم زوال ولاية المُحكّم ؟. فالتوقيع يجب أن يكون ممن له الولاية على النزاع حتى يتسم الحكم بالطبيعة القضائية ومن ثم يحوز حُجّية الأمر المقضي.

٢٢- جزاء عدم تحديد تاريخ إصدار حكم التحكيم في فرنسا: تقضي المادة ١/١٤٨٣ من قانون المرافعات بأن تخلف بيان تاريخ حكم التحكيم المنصوص عليه في المادة ١٤٨١ ؛ يترتب عليه بطلان الحكم<sup>(١)</sup>. وفي تبرير ذلك ذهبت أحكام القضاء الفرنسي إلى أن حكم التحكيم باعتباره يتمتع بذات طبيعة الحكم القضائي ، فإن تخلف بيان تاريخ إصداره يترتب عليه البطلان<sup>(٢)</sup>. هذا مع مُراعاة أن تخلف بيان تاريخ إصدار حكم التحكيم لا

(١) وتجري عبارة هذه المادة ؛ باللغة الفرنسية ، كالتالي :

Les dispositions de l'article, ... 1481 relatives au nom des arbitres et à la date de la sentence ... sont prescrites à peine de nullité de celle-ci.

(٢) ولكن ؛ هذا البطلان لا يخضع للأحكام السارية على بطلان الأعمال الإجرائية. وتطبيقا لذلك ، انظر :

CA Paris, 17 mars 1989: Rev. arb. 1990, p. 727- Cass. 2e civ., 9 nov. 2000: arrêt n. 1128 F-D.

يُعادَل الخطأ المادي في هذا التاريخ؛ إذ هذا الخطأ يُمكن أن يكون محلاً للتصحيح وفقاً لقواعد تصحيح الأخطاء المادية للحكم<sup>(١)</sup>.

وقبل صدور المرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١ ذهبت بعض أحكام القضاء إلى أن إثبات مُراجعة البيان القانوني لتاريخ حكم التحكيم يجب أن يُستمد من الحكم نفسه. وقُضي؛ في هذا الصدد، بأن إغفال بيان تاريخ إصدار حكم التحكيم لا يُمكن تداركه؛ أو استكماله، من خلال مُستند آخر غير الحكم<sup>(٢)</sup>. ولكن؛ بعد صدور المرسوم المُشار إليه، والذي كان هدفه الأساسي تدعيم فاعلية نظام التحكيم في فرنسا، أصبحت المادة ٢/١٤٨٣ من قانون المُرافعات تنص على أنه: "وفي كل الأحوال؛ إغفال أو عدم صحة بيان مُخصص لإثبات صحة حكم التحكيم لا يترتب عليه بطلان هذا الحكم إذا ثبت؛ من أوراق الإجراءات أو من أي وسيلة أُخرى، أن البيانات القانونية تمت مُراجعتها في الواقع"<sup>(٣)</sup>.

٢٣- جزاء عدم تعديل تاريخ إصدار حكم التحكيم في مصر: يُلاحظ أن المُشرع وإن تطلب في المادة ١/٤٣ من قانون التحكيم اشتغال حكم التحكيم على تاريخ إصداره، إلا أنه لم يُقرر البطلان صراحة كجزء على

(١) وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 30 sep. 1999: Rev. arb. 2000, 267, note Betton-CA Paris, 1<sup>re</sup> C, 12 sep. 2002: Rev. arb. 2003, 173, note Boursier.

(٢) وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 9 nov. 2000: arrêt n. 11289 F-D.

(٣) وتجري عبارة هذه المادة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

Toutefois, l'omission ou l'inexactitude d'une mention destinée à établir la régularité de la sentence ne peut entraîner la nullité de celle-ci s'il est établi, par les pièces de la procédure ou par tout autre moyen, que les prescriptions légales ont été, en fait, observées.

ويقول البعض أن عدم اشتغال حكم التحكيم على تاريخ إصداره لا يُتيح الطعن عليه بالبطلان لهذا السبب، وذلك إذا كان من الممكن الإثبات؛ بأي وسيلة، أن الحكم صدر خلال ميعاد التحكيم، انظر:

M-CI. RONDEAU-RIVIER: J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 1042, Arbitrage, La sentence arbitrale, n. 41.

تخلف هذا البيان. ويذهب جمهور الفقه وأحكام القضاء إلى أن حالات بطلان حكم التحكيم؛ التي نصت عليها المادة ٥٣ من القانون سالف الذكر، هي على سبيل الحصر<sup>(١)</sup>. وفي ضوء ذلك؛ لا يجوز طلب بطلان حكم التحكيم بسبب تخلف بيان تاريخ إصداره، لأن هذا السبب لا يندرج في الحالات التي أوردتها المادة ٥٣ حصراً.

ولا ريب أن بيان تاريخ إصدار حكم التحكيم يُشكل أهمية بالغة<sup>(٢)</sup>. فمنذ هذا التاريخ تسري آثار الحكم، وأهمها حُجية الأمر المقضي، واستتفاد المحكم لولايته، كما يُساعد هذا التاريخ في معرفة ما إذا كان الحكم صدر خلال الميعاد المحدد، المُتفق عليه، أو الذي نص عليه القانون الإجرائي الواجب التطبيق على التحكيم، وتبدأ به مدة الثلاثين يوماً التي

(١) انظر: محمود مختار بري، التحكيم التجاري الدولي، رقم ١٤٣، ص ٢٣٥ - محمود سمير الشراوي، التحكيم التجاري الدولي، رقم ٣٦٤، ص ٤٩٦ - علي بركات، الطعن في أحكام التحكيم، رقم ٣٢، ص ٤٦ - وقارب: أحمد السيد صاوي، التحكيم، رقم ١٧٤، ص ٢٢٤ - وقضي بأن طلب بطلان حكم التحكيم بسبب القلظ في حساب مدة التقادم لا يدخل ضمن حالات البطلان الواردة على سبيل الحصر في المادة ٥٣ من قانون التحكيم. وتطبيقاً لذلك، انظر: تقض مدني ١٢/١٢/٢٠٠٠، في الطعن رقم ٦٥٢٩ لسنة ٦٢ ق.، المحاماة، ع ١، لسنة ٢٠٠١، ص ٣٣ - أيضاً؛ قضي بأن الخطأ في تطبيق القانون لا يندرج في حالات بطلان حكم التحكيم المحددة حصراً في المادة ٥٣ من قانون التحكيم. وتطبيقاً لذلك، انظر: استئناف القاهرة في ٢٩/٣/٢٠٠٣، في القضية التحكيمية رقم ٣٧ لسنة ١١٩ ق. - عكس ذلك، انظر: فتحي والي، قانون التحكيم، رقم ٣٣٠، ص ٥٩٢. ويرى أن حالات بطلان حكم التحكيم وردت على سبيل المثال لا الحصر. واستند في ذلك على عبارة المادة ١/٥٣/ز من قانون التحكيم؛ والتي تنص على أنه: "لا تُقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية: (أ) - ... (ب) - ... (ج) - ... (د) - ... (هـ) - ... (و) - ... (ز) - إذا وقع بطلان في حكم التحكيم، أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم" = ومدلول هذه العبارة الأخيرة يعني أن حالات دعوى بطلان حكم التحكيم تشمل كل عيب يشوب حكم التحكيم كعمل إجرائي ويؤدي إلى بطلانه. ويُضيف أن صياغة الفقرة السابقة وردت بذات الصياغة التي استعملها المشرع في المادة ٢/٢٤٨ من قانون المرافعات، والتي تنص على الحالة الثانية من حالات الطعن بالنقض. وانتهى إلى أنه ينبغي؛ عند تطبيق المادة ١/٥٣ ز من قانون التحكيم، الاستهداء بما جرت عليه أحكام النقض في تطبيقها للمادة ٢/٢٤٨ من قانون المرافعات.

(٢) انظر: عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ص ٣١٢ - أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، رقم ١١٢، ص ٢٥٨ - عيد القصاص، حكم التحكيم، رقم ٤٢، ص ١٣٥ وما بعدها.

يُمكن لهيئة التحكيم خلالها تصحيح ما يقع في حكمها من أخطاء مادية ؛  
كتأبئة أو حسابية، (م ١/٥٠ تحكيم مصري) <sup>(١)</sup> . وهنا يشور التساؤل  
حول كيفية التوفيق بين فرضية عدم اشتغال حكم التحكيم على تاريخ  
إصداره وبين عدم إمكانية الطعن عليه بالبطلان.

وفي تقديرنا؛ مع البعض <sup>(٢)</sup> ، أنه يُمكن تفادي البطلان الناشئ عن  
تخلف بيان تاريخ صدور الحكم، وذلك عن طريق الاستدلال على هذا  
التاريخ من محضر الجلسة التي صدر فيها الحكم؛ وذلك باعتبار أن الأصل  
في إثبات تاريخ الحكم هو محضر الجلسة الذي أُعد لإثبات ما يجري فيها <sup>(٣)</sup>  
أيضا؛ يُمكن أن يُستدل على أن حكم التحكيم صادر خلال ميعاد  
التحكيم إذا تم إيداع الحكم قلم كتاب المحكمة المختصة في تاريخ سابق  
على التاريخ الذي ينقضي فيه الميعاد، أو إذا كان أحد المحكمين الموقعين  
على الحكم توفي قبل انقضائه <sup>(٤)</sup> .

٢٤ - **سادسا: وقت إصدار حكم التحكيم عند تطلب الدراسة المسبقة لمشروع  
الحكم:** القاعدة أن تستقل محكمة التحكيم بإصدار حكمها، دون رقابة  
عليها من جهة أخرى على مشروع الحكم قبل إصداره، متى كان التحكيم  
حرا. ولكن؛ إذا كان التحكيم مؤسسيا فقد تتطلب بعض أنظمة

(١) وحول ميعاد تصحيح حكم التحكيم، راجع: ما سيلي، رقم ١٠١ وما بعده، ص  
١٧٢ وما بعدها.

(٢) انظر: فتحي والي، قانون التحكيم، رقم ٢٥٤، ص ٤٤١ - علي بركات، الطعن  
في أحكام التحكيم، رقم ٥٤، ص ٨٧ - وقارب: أحمد أبو الوفا، التحكيم  
الاختياري والإجباري، رقم ١١٦، ص ٢٧٧.

(٣) وهذه القاعدة يُعمل بها أمام القضاء. فقد قضت محكمة النقض بأن إغفال الحكم  
لتاريخ صدره لا يترتب عليه البطلان. وتطبيقا لذلك، انظر: نقض مدني  
١٩٧٩/٢/٣، في الطعن رقم ٢٠ لسنة ٤٧ ق. - وقضي بأن إذ كان الثابت من  
محاضر جلسات القضية الاستئنافية أنها حجرت للحكم فيها لجلسة  
١٩٩٧/١٢/١٥، ثم مد أجل النطق بالحكم لجلسة ١٩٩٧/١٢/٢١، وفيها صدر  
الحكم، وأنه ولئن أثبت بنسخة الحكم الأصلية أنه صدر في ١٩٩٧/١٢/١٥، إلا أن  
الثابت بمدوناته مد أجل الحكم بعد هذه الجلسة، ومن ثم فلا يعتد بما ورد بها من  
خطأ مادي يصححه ما ورد بشأنه في محضر الجلسة. وتطبيقا لذلك، انظر: نقض  
مدني ١٩٧٨/١٢/٧، في الطعن رقم ٤٠٠ لسنة ٤٥ ق.

(٤) انظر: فتحي والي، قانون التحكيم، رقم ٢٥٤، ص ٤٤١.

مؤسسات، أو مراكز، التحكيم ضرورة بحث ومراجعة مسبقاً لمشروع حكم التحكيم؛ قبل إصداره، بواسطة أحد أجهزتها. ومن أهم المنظمات التي تُبأشر مثل هذه الرقابة على محكمة التحكيم؛ قبل إصدار حكمها، غرفة التجارة الدولية. إذ تنص المادة ٢٧ من قواعد الغرفة على أنه: "يتعين على محكمة التحكيم أن تقدم إلى هيئة التحكيم مشروع حكم التحكيم قبل توقيعه. وللهيئة أن تدخل تعديلات تتعلق بالشكل على الحكم ولها أيضاً أن تُلفت انتباه محكمة التحكيم إلى مسائل تتعلق بالموضوع، دون المساس بما لمحكمة التحكيم من حرية في إصدار الحكم. ولا يجوز لمحكمة التحكيم إصدار أي حكم تحكيم دون أن تكون هيئة التحكيم قد وافقت عليه من حيث الشكل" (١).

وعملاً بما تنص عليه هذه المادة، فإن ما تقوم به هيئة التحكيم؛ سواء أكان بالموافقة مباشرة على مشروع الحكم أو إدخال تعديلات عليه ممن حيث الشكل أُرلفت انتباه المحكمة إلى مسائل تتعلق بالموضوع، لا يُعتبر

(١) ومؤدى هذه المادة أن هيئة التحكيم تقتصر على مراجعة الحكم من حيث الشكل، ولا شأن لها بحكم التحكيم الذي يصدر في موضوع النزاع. وإن كان للهيئة تقديم ملاحظات بشأن سلامة الحكم من الناحية الموضوعية، بيد أن هذه الملاحظات غير ملزمة بأي حال لمحكمة التحكيم. ومراجعة مشروع حكم التحكيم على هذا النحو هو خدمة يؤديها جهاز التحكيم بالغرفة لصالح أطراف النزاع، وذلك لضمان سلامة حكم التحكيم الذي يصدر. ولهذا؛ فإن المراجعة المذكورة ضرورية كذلك حتى في مشروع الحكم الذي يقتصر على مجرد إثبات ما اتفق عليه الطرفان لإنهاء التحكيم صلحاً. ومن ناحية أخرى؛ نظام مراجعة مشروع حكم التحكيم يُحقق فائدة لنظام التحكيم أمام غرفة التجارة الدولية بباريس عن طريق ضمان جودة الأحكام وقلة = احتمالات الطعن فيها أو عدم تنفيذها بما يحفظ للغرفة ونظام التحكيم فيها السمعة الدولية التي يتمتعان بها في أوساط التجارة الدولية، انظر: نقض مدني ٢٠١٧/٢/٨، في الطعن رقم ٧٣٠٧ لسنة ٧٦ ق. - وفي نقد نظام الدراسة المسبقة لمشروع حكم التحكيم وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية، انظر: محمود سمير الشرفاوي، التحكيم التجاري الدولي، رقم ٣٠٧، ص ٤١٢ وما بعدها، والهوامش الملحقة. حيث يرى أن هذا النظام يُشكل خطورة على استقلال محكمة التحكيم وحريتها في تكوين حكمها. ومصادر الخطورة أن دور هيئة التحكيم لا يقتصر على مراقبة الشكل، بل لها أن تُلفت انتباه المحكمة إلى نقاط تتعلق بموضوع النزاع. وإذا كانت المحكمة تنقيد فقط بملاحظات الهيئة على الشكل دون الموضوع، إلا أن التفرقة بين الشكل والموضوع تظل أمراً دقيقاً في كثير من الأحيان.

إصدارا لحكم التحكيم<sup>(١)</sup>، وإنما ذلك هو مجرد إجراء سابق على هذا الإصدار الذي لا يتم إلا بعد التوقيع عليه من أعضاء محكمة التحكيم. وبعد هذا التوقيع تسري آثار حكم التحكيم؛ ومنها اكتسابه الحجية الأمر المقضي، فلا يمكن تعديل الحكم بعد ذلك أو المساس بحجتيته، كما يستنفد المحكم ولايته على النزاع الذي صدر بشأنه حكم التحكيم<sup>(٢)</sup>.

٢٥ - سابقا: تاريخ إصدار حكم التحكيم عند اشتراط النطق به: من المقرر؛ أنه في غير الأحوال التي يلتزم فيها أطراف التحكيم بإتباع القواعد المقررة أمام محاكم الدولة، فإن هيئة - أو محكمة - التحكيم لا تلتزم مطلقا بالنطق بالحكم إلا إذا اشترطه الأطراف في الاتفاق على التحكيم، أو في اتفاق لاحق يقبله المحكم.

وفي حالة اشتراط؛ أو اتفاق، الأطراف على النطق بالحكم، أو إذا قررت هيئة - أو محكمة - التحكيم النطق به، وجب النطق بمنطوقه شفويا في الجلسة المحددة لإصداره في غير جلسة علنية حفاظا على سرية تعاملات الأطراف في خصومة التحكيم<sup>(٣)</sup>. وفي الأحوال التي يلزم فيها النطق بالحكم لا يُعتبر أنه قد صدر إلا من تاريخ النطق به؛ حتى ولو كتب وتم التوقيع عليه من المحكمين قبل ذلك<sup>(٤)</sup>.

(١) انظر: محمود سمير الشراوي، التحكيم التجاري الدولي، رقم ٣٠٧، ص ٤١٢.  
M-Cl. RONDEAU-RIVIER: J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 1042, Arbitrage, La sentence arbitrale, n. 39.

(٢) انظر:

M-Cl. RONDEAU-RIVIER: J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 1042, Arbitrage, La sentence arbitrale, n. 40.

(٣) إذ تقضي المادة ١/٤٤ من قانون التحكيم المصري بأنه: "لا يجوز نشر حكم التحكيم أو نشر أجزاء منه إلا بموافقة طرفي التحكيم". وأساس السرية التي تفرضها هذه المادة هو احترام ما قد يراه الأطراف من اعتبارات تستوجب الحفاظ على خصوصية ما تثيره علاقة التعامل فيما بينهم من مسائل فنية، انظر: أحمد السيد صاوي، التحكيم، رقم ١٤٤، ص ١٨١.

(٤) انظر: محمود سمير الشراوي، التحكيم التجاري الدولي، رقم ٣٢٦، ص ٤٤٣ - فتحي والي، قانون التحكيم، رقم ٢٥١، ص ٤٣٣ - وفي الفقه الفرنسي، انظر: M-Cl. RONDEAU-RIVIER: J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 1042, Arbitrage, La sentence arbitrale, n. 66.

## المطلب الثاني طبيعة حُجية حكم التحكيم

٢٦- تمهيد: من الثابت؛ في الوقت الراهن، أن حكم التحكيم يحوز حُجية الأمر المقضي بمجرد صدوره<sup>(١)</sup>، (م ٥٥ تحكيم مصري، م ١٤٨٤ مُرافعات فرنسي)، حتى ولو كان يقبل الطعن عليه بالبطلان أو رُفَع الطعن بالفعل، أو كان لم يصدر أمر بتنفيذه بعد<sup>(٢)</sup>. وكما هو الحال بالنسبة لأحكام القضاء، فإن حُجية حكم التحكيم تبقى ما بقي الحكم قائما<sup>(٣)</sup>، ولا تزول إلا بزوال الحكم ذاته<sup>(٤)</sup>.

وما يثور في الوقت الراهن هو الخلاف حول طبيعة حُجية حكم التحكيم؛ أي هل تتعلق هذه الحُجية بالمصلحة الخاصة أم بالمصلحة العامة؟. وتكمن

(١) انظر: فتحي والي، قانون التحكيم، رقم ٢٦٤، ص ٤٦٠ - عيد القصاص، حكم التحكيم، رقم ٥٧، ص ١٧٥ وما بعدها - أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، رقم ١١٦، ص ٢٧٨ - محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، ص ٥٤ - د. بكر عبد الفتاح السرحان، قانون التحكيم الإماراتي، مكتبة الجامعة، الشارقة، الطبعة الأولى ٢٠١٢، ص ٢٩٤ - إبراهيم أحمد إبراهيم، حكم التحكيم في القانون الوضعي، ص ٦ - سيد أحمد محمود، نظام التحكيم، ص ٣٧٠ - وفي الفقه الفرنسي، انظر:

ROBERT et MOREAU: L'arbitrage, droit interne, droit international privé, 6<sup>e</sup> éd., 1993, Dalloz, n. 209.

(٢) وفي مصر: قبل صدور قانون التحكيم قضي بأن الأمر بتنفيذ حكم التحكيم ليس من أجل قوة ثبوت الحكم، وإنما من أجل تنفيذه. وتطبيقا لذلك، انظر: نقض مدني ١٥/٢/١٩٧٨، مجموعة أحكام النقض، س ٢٩، ص ٤٩٢ - أيضا؛ قضي بأن أحكام المحكمين شأنها شأن أحكام القضاء تحوز حُجية الشيء المحكوم به بمجرد صدورها، وتبقى هذه الحُجية طالما بقي الحكم قائما. ومن ثم؛ لا يملك القاضي عند الأمر = = بتنفيذها التحقق من عدالتها أو صحة قضائها في الموضوع لأنه لا يُعد هيئة استئنافية في هذا الصدد. وتطبيقا لذلك، انظر: نقض مدني ١٦/٧/١٩٩٠، في الطعن رقم ٢٩٩٤ لسنة ٥٧ ق. - وفي ذات المعنى، انظر: نقض تجاري ٢٢/١/٢٠٠٨، في الطعن رقم ٢٠١٠ لسنة ٦٤ ق.، مجلة التحكيم العربي، العدد الرابع عشر، يونيو ٢٠١٠، ص ٢١٦. وجاء فيه أنه متى كان ما قرره حكم التحكيم يدخل في سلطة هيئة التحكيم الموضوعية، فإن ذلك يوجب على محاكم الدولة التي يُطلب إليها الاعتراف بهذا الحكم الاعتداد بحجتيه دون أن يكون لها التحقق من عدالته أو صحة قضائه.

(٣) وتطبيقا لذلك، انظر: نقض مدني ١/٣/١٩٩٩، في الطعن ١٠٣٥٠ لسنة ٦٥ ق.

(٤) انظر: أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، ص ٢٨٠.

أهمية توضيح هذه المسألة في اختلاف النتائج المترتبة في الحالتين. ونظرا لعدم وجود نص تشريعي يُحدد هذه الطبيعة؛ سواء في مصر أو في فرنسا، فقد انقسم الفقه؛ في هذا الصدد، إلى رأيين: يذهب الأول منهما إلى تعلق هذه الحجية بالمصلحة الخاصة. أما الرأي الثاني فيتجه إلى اعتبار أن حجية حكم التحكيم؛ شأنها شأن حجية الحكم القضائي، ذات طبيعة تتعلق بالنظام العام. ونستعرض الرأيين السابقين؛ وذلك على النحو التالي:

ولهذا؛ سوف نتناول بحث مسألة طبيعة حجية حكم التحكيم في فرعين، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: تعلق حجية حكم التحكيم بالمصلحة الخاصة.

الفرع الثاني: تعلق حجية حكم التحكيم بالنظام العام.

#### الفرع الأول

##### تعلق حجية حكم التحكيم بالمصلحة الخاصة

٢٧- **هجع تعلق حجية حكم التحكيم بالمصلحة الخاصة:** يخلص أنصار هذا الرأي إلى هذه النتيجة انطلاقاً من مقدمة مفادها: "اختلاف مدلول حجية الحكم القضائي واختلاف نتائجها عنها في حكم التحكيم لاختلاف الاعتبارات التي تصدر عنها هذه الحجية في المجالين"<sup>(١)</sup>. وسوف نوضح ذلك بشئ من التفصيل على النحو التالي:

٢٨- (١) **مدلول حجية الحكم القضائي:** من المسلم به أن حجية الحكم القضائي هي صفة تلحق به بمجرد صدوره<sup>(٢)</sup>، ولو كان قابلاً

(١) انظر: أحمد السيد صاوي، التحكيم، رقم ١٩٨، ص ٢٥٥ وما بعدها- محمود مختار بري، التحكيم التجاري الدولي، رقم ١٥٤، ص ٢٥٧ وما بعدها- وقارب: سيد أحمد محمود، نظام التحكيم، هامش رقم ١ من ص ٣٠٧. حيث يرى أن الطبيعة الاتفاقية للتحكيم هي أساس اعتبار حجية أحكامه لا تتعلق بالنظام العام، وذلك على عكس الأحكام القضائية.

(٢) وفي فرنسا: تنص المادة ١/٤٨٠ من قانون المرافعات على أن الحكم الذي يفصل في منطوقه في كل أو جزء من موضوع النزاع، أو الذي يفصل في دفع إجرائي، أو في دفع بعدم القبول، يجوز؛ بمجرد صدوره، حجية الأمر المقضي بالنسبة للمنازعة التي فصل فيها. وتجري عبارة هذه الفقرة باللغة الفرنسية كالتالي: =



للطعن<sup>(١)</sup> . ومدلول الحجة هو أن الحكم يحوز قيمة قانونية تحول دون إعادة الفصل ؛ من جديد ، فيما قضى به بصورة قطعية تضع حدا للنزاع في جملته أو جزء منه أو في مسألة متفرعة عنه بفصل حاسم لا رجوع فيه من جانب المحكمة التي أصدرته<sup>(٢)</sup> . ولكن ؛ لا تكون للأحكام هذه الحجية

=Le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal, ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident a, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche.

وفي هذا الصدد ؛ قضت محكمة النقض الفرنسية بأن حجة الأمر القضائي تلحق بالحكم من يوم صدوره وبمجرد النطق به دون حاجة لإعلانه. وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. 2<sup>e</sup> civ. 25 mars 1985: JCP 1987, II, 20823, note Blaisse- Cass. 2<sup>e</sup> civ. 6 mai 2004: Gaz. pal. 19-20 janv. 2006, 18, obs. Massip.

(١) وتطبيقاً لذلك، انظر: نقض مدني ١٩٦٨/١١/٢٦، مجموعة أحكام النقض، ص ١٩، ص ٧٩٥. وحيث أن حجة الحكم الابتدائي مؤقتة، فإنها تقف بمجرد رفع الاستئناف وإلى أن يفصل في الحكم. وتطبيقاً لذلك، انظر: نقض مدني ١٩٩٨/٣/٩، في الطعن رقم ١٥٦ لسنة ٦٤ ق.

(٢) في مصر، انظر: نقض مدني ٢٠٠٢/٧/١، مجموعة المكتب الفني، ص ٥٣، ج ٢، ص ٩٣- عبد الرازق السنهوري، الوسيط، ج ٢، رقم ٣٤٢، ص ٥٨٤- أ.د. وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، سنة ١٩٦٧، طبعة ١٩٧٤، ص ١٨١- أ.د. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الرابعة عشرة، سنة ١٩٨٦، رقم ٥٦١، ص ٧٤٨- أ.د. أحمد السيد صاوي، الشروط الموضوعية للدفع بحجة الشيء المحكوم فيه، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ١٩٧١، ص ٩- وفي فرنسا، انظر:

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 nov. 2005: Bull. civ. I, n. 358, p. 211- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 juill. 2003: Bull. II, n. 237, p. 197- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 17 févr. 1983: D. 1983, 389, concl. Charbonnier- Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 nov. 1968: D. 1969, 57, note Breton- Y. DESDEVISES: Variations sur le fond en procédure civile, in Mélanges Cosnard, Economica 1990, 325- J. BUFFET, J. NORMAND et V. DELAPONTE: La chose jugée, Bull. inf. C. cass. 2004, hors série, n. 3, p. 9- J. VINCENT et S. GUINCHARD: Procédure civile, Précis Dalloz, 21<sup>ème</sup> éd., n. 86, p. 112- R. MOREL: Traité élémentaire de procédure civile, 2<sup>e</sup> éd., 1949, n. 87, p. 450- J. FOYER: De l'autorité de la chose jugée en matière civile, Essai d'une définition, Thèse, Paris,=

إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغير صفاتهم، وتتعلق  
بذات الحق محلا وسببا، (م ١٠١ إثبات مصري، م ١٣٥١ مدني  
فرنسي)<sup>(١)</sup>.

٢٩- (٢)- نتائج حجية الحكم القضائي: من المستقر عليه أن هذه النتائج  
تتمثل في أثريين؛ هما:

(أ) -- الأثر السلبي: ويعني أن ما قضى به الحكم القطعي لا يجوز إعادة  
طرحه للفصل فيه من جديد من خلال دعوى مُبتدأة، سواء أمام المحكمة  
التي أصدرته أو أمام أي محكمة أخرى<sup>(٢)</sup>، ولا سبيل إلى المجدلة فيما  
قضى به الحكم إلا عن طريق الطعن فيه بالطرق وفي المواعيد التي حددها

---

=1954, p. 183 et 320- H. SOLUS et R. PERROT: Droit  
judiciaire privé, t. I, n. 473, p. 433- E. GARSONNET et  
CEZAR-BRU: Traité théorique et pratique de  
procédure civile et commerciale, 3<sup>ème</sup> éd., Paris 1913, t. 3,  
n. 703, p. 403 et s.- Dalloz répertoire de procédure civile:  
TOME II, V<sup>o</sup> chose jugée.

(١) وتطبيقا لذلك، في مصر، انظر: نقض مدني ٢٠٠٢/٥/٩، مجموعة الكتب الفني،  
س ٥٣، ج ٢، ص ٦١٦- نقض مدني ١٩٨٦/٥/٨، في الطعن رقم ٢٥٠٨ لسنة  
٥٢ ق.- نقض مدني ١٩٩٧/١١/٩، في الطعن رقم ٦٧٩٨ لسنة ٦٦ ق. ويكون  
الموضوع متحدا إذا كان الحكم الثاني إذا ما صدر مؤيدا للحكم السابق أو مثبتا لحق  
نفاء أو نافية لحق أثبتته. كما يكون السبب متحدا إذا ثبت أن الخصم تمسك به صراحة  
أو ضمنا في النزاع السابق وفضلت فيه المحكمة صراحة أو ضمنا بالقبول أو الرفض.  
وتطبيقا لذلك، انظر: نقض مدني ١٩٨٢/١٢/١٢، في الطعن رقم ٦٩٧ لسنة ٤٩  
ق.- وحول وحدة الخصوم والموضوع والسبب كشرط للتمسك بالحجية؛ في  
فرنسا، انظر:

Cass. 3<sup>e</sup> civ., 210 juill. 2003: Bull. II, n. 237- Cass. 2<sup>e</sup> civ.,  
12 févr. 2004: Bull. II, n. 54- Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 janv. 2006:  
Bull. I, n. 12.

(٢) وتطبيقا لذلك، في مصر، انظر: نقض مدني ٢٠٠٢/٧/١١، مجموعة الكتب الفني،  
س ٥٣، ج ٢، ص ٩٢- نقض مدني ٢٠٠٢/٦/١١، مجموعة الكتب الفني، س  
٥٣، ج ٢، ص ٧٦٧- نقض مدني ١٩٨٤/٢/٩، في الطعن رقم ٦٦ لسنة ٥٥  
ق.- وفي فرنسا، انظر:

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 4 juin 2009: Bull. civ., II, n. 150, 98- Cass. 2<sup>e</sup>  
civ., 3 juin 2004: Bull. civ., II, n. 605, p. 456- Cass. 2<sup>e</sup> civ.,  
14 juin 1978: Bull. III, n. 346.

القانون للطعن في الأحكام<sup>(١)</sup>. كما لا يجوز رفع دعوى ببطلان الحكم الذي ثبتت له الحجية. وعدم جواز إعادة النظر في الدعوى يُقيد القاضي الذي تُطرح عليه الدعوى من جديد، وهذا ما تعكسه النصوص في مصر<sup>(٢)</sup> وفرنسا<sup>(٣)</sup>، كما أن عدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل

(١) وتطبيقاً لذلك، انظر: نقض مدني ١٩٨٤/١/٢٥، في الطعن رقم ٥٣٨ لسنة ٥٠ ق. - أيضاً، انظر: أحمد السيد صاوي، التحكيم، رقم ١٩٨، ص ٢٥٥ - وفي فرنسا، انظر:

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 25 oct. 2007: Bull. civ., n. 676, p. 511.

(٢) فالمادة ١١٦ من قانون المرافعات تنص على أن: "الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها". وتطبيقاً لهذا النص، انظر: نقض مدني ١٩٧٥/٥/٢١، مجموعة أحكام النقض، س ٢٦، ص ١٠٦٢. وتنص المادة ١٠١ من قانون الإثبات على أن: "الأحكام التي حازت قوة الأمر القضي تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتعلق بذات الحق محلاً وسبباً. وتقضي المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها".

(٣) فالمادة ١٣٥١ من القانون المدني تنص على أنه: "لا محل لحجية الأمر المقضي إلا بالنسبة لما كان موضوعاً للحكم. ويجب أن يكون الشيء المطلوب هو ذاته؛ أي أن يتأسس الطلب على ذات السبب، وأن يكون الطلب بين نفس الأطراف، ويُقدم بواسطةهم، وبما يثبتهم بذات الصفة". وعبارة هذه المادة؛ باللغة الفرنسية، هي كالتالي:

L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité.

وتنص المادة ٢/١٢٥ من قانون المرافعات على أنه: "يُمكن للقاضي أن يُشير من تلقاء نفسه، للدفع بعدم القبول المستمد من انقضاء الصفة، وانقضاء المصلحة أو من حجية الأمر المقضي". وتجري عبارة هذه الفقرة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

Le juge peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt, du défaut de qualité ou de la chose jugée.

وإمكانية إثارة القاضي؛ من تلقاء نفسه، للدفع بعدم القبول المستمد من حجية الأمر المقضي أخذ به المشرع الفرنسي حين عدل المادة ٢/١٢٥ من قانون المرافعات؛ بموجب المرسوم رقم ٣٨٦ لسنة ٢٠٠٤ والصادر في ٢٠/٨/٢٠٠٤ ودخل حيز النفاذ في ١/١/٢٠٠٥. وبذلك أصبح الدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها يتعلق بالنظام العام. ولهذا؛ يُمكن للخصوم التمسك بالدفع بالحجية في أي حالة كانت عليها الدعوى، كما يُمكن للقاضي التعرض له من تلقاء نفسه. وتطبيقاً لهذا النص، انظر: Cass. 2<sup>e</sup> civ., 15 sept. 2005: JCP 2006, I, 133, n. 5, obs. Amrani-Mekki.

وحول المرسوم، سالف الذكر، انظر:

S. AMRANI MEKKI: JCP 2005, I, 125, n. 6.

فيها يُقيّد الخصوم؛ سواء أكان الخصم قد خسر الدعوى أو كسبها<sup>(١)</sup>.

(ب) - الأثر الإيجابي: ويعني احترام ما قضى به الحكم الحائز للحُجبية. ويكون هذا الاحترام بالنسبة للخصوم والقاضي على السواء. فالخصم الذي قضى له الحكم بحق ما يُمكنه ممارسة كافة الامتيازات التي يُخولها له هذا الحق دون حاجة لإثباته من جديد. أما احترام القاضي للحُجبية فيتمثل في أنه إذا رفع هذا الخصم دعوى استنادا إلى ما أكده له الحكم القضائي من حق، فإنه يتعين علىه احترام هذا التأكيد<sup>(٢)</sup>، وألا يُهدر ما ورد بالحكم أو يعود لمناقشته مرة أخرى<sup>(٣)</sup>، حتى ولو قُدمت له أدلة قانونية أو واقعية جديدة لم يسبق إثارتها في الدعوى<sup>(٣)</sup>.

٣٠ - (٣) - الاعتبارات التي تقوم عليها حُجبية الحكم القضائي: من المقرر أن حُجبية الحكم القضائي تستند على اعتبارين<sup>(٤)</sup>، هما:

(١) فلا يجوز لمن خسر الدعوى رفعها من جديد للحصول على ما رفضه له حكم سابق. وكذلك؛ من كسب الدعوى لا يجوز له أن يُعيد رفعها للمطالبة بما هو أكثر.  
(٢) انظر: فتحى والسي، الوسيط، رقم ٨٢، ص ١٣٦ - عيد القصاص، حكم التحكيم، رقم ٥٥، ص ١٧٢.  
(٣) انظر:

E. GLASSON, A. TISSIER et R. MOREL: *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3<sup>ème</sup> éd., t. III, n. 272, p. 93.

فمثلا: إذا رُفعت دعوى مُستعجلة بالتسليم من صدر لصالحه حكم بصحة ونفاذ العقد، فإنه يتعين على القاضي المستعجل ترتيب آثار هذا الحكم وإلزام الخصم بالتسليم، وذلك دون بحث في سلامة الحكم الذي قضى بصحة ونفاذ العقد.  
(٣) وتطبيقا لذلك، انظر: نقض مدني ١٩٨٧/٤/٢٦، مجموعة أحكام النقض، س ٣٨، ص ٦٠١ - نقض مدني ١٩٩٦/١/٧، في الطعن رقم ٢٦٠٥ لسنة ٦١ ق. - أيضا، انظر: عبد الرازق السنهوري، الوسيط، ج ٢، رقم ٣٧٧، ص ٦٦٤، هامش رقم ١ من ذات الصحيفة.

(٤) انظر: المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨، تعليقا على المادة ١٠١ من المشروع - عبد الرازق السنهوري، الوسيط، ج ٢، رقم ٣٤٤، ص ٥٩٠ - أحمد السيد صاوي، التحكيم، رقم ١٩٨، ص ٢٥٦ - عيد القصاص، حكم التحكيم، رقم ٥٨، ص ١٨١ - نقض مدني ١٩٨٣/١٢/١٢، في الطعن رقم ٦٩٧ لسنة ٤٩ ق. - أ.د. أحمد مليجي، الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات، طبعة نادي القضاة ٢٠٠٤، ج ٢، رقم ١٥٢٠، ص ١١٤٥.

(أ) - وضع حد للمنازعات: وهذا الاعتبار يُمليه مصلحة المجتمع ، كما أنه يُحقق مصلحة الخصوم. فمن غير المعقول استمرار الخصومات بين الأفراد ؛ بشأن المنازعة الواحدة ، وتأييدها دون وضع حد تقف عنده. إذ مثل هذا الوضع يؤدي إلى عدم استقرار الحقوق والمراكز القانونية<sup>(١)</sup> ، كما يعمل على تعطيل المعاملات بين الناس في المجتمع ، وكل ذلك ليس من مصلحة الناس في شيء.

(ب) - تجنب تناقض الأحكام: إذ لو سُمح بإعادة الفصل من جديد فيما تم الفصل فيه من قبل لأدى ذلك لتناقض الأحكام حول ذات الموضوع وبين ذات الخصوم ، وهذا يعمل على تعذر تنفيذها ويُفقد هيبته وتهتز ثقة الناس فيها.

٣١ - (٤) - تعلق حُجية الحكم القضائي بالنظام العام: في ضوء ما تقدم ؛ من الطبيعي أن تكون حُجية الحكم القضائي تتعلق بالنظام العام ؛ لأن الاعتبارات التي تقوم عليها الحُجية تتصل بالمصلحة العامة. فمنع الطرف ؛ في حكم صادر من قضاء الدولة ، من رفع الدعوى مرة أخرى أمام المحكمة يجد أساسه في أنه يُعتبر تحقياً للمصلحة العامة. فالدولة تُنظم مرفق القضاء وتمنح كل شخص إمكانية اللجوء إليه ، ولكن هذه إمكانية لا تكون إلا مرة واحدة بالنسبة لذات الدعوى. والقول بغير ذلك يؤدي إلى تأييد الخصومات وتعطيل مرفق القضاء ؛ وذلك بسبب انشغاله بالنظر في دعاوى سبق له الفصل فيها ، هذا فضلاً عن الخطورة التي تنشأ من احتمال تعارض الأحكام حول ذات الدعوى وبين نفس الخصوم.

ونتيجة تعلق الحُجية بالنظام العام فإنه لا يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفتها<sup>(٢)</sup> ، كما نص المشرع على أنه يجوز لكل صاحب مصلحة

(١) انظر:

J. BOULOIS: Quelques observations à propos de la sécurité juridique, Du droit international au droit de l'intégration, Liber amicorum, 1987, p. 53.

(٢) هذا ؛ في حين أن الحق الذي يقرره الحكم يُعتبر من الحقوق الخاصة التي يُمكن للخصوم النزول عنها.

التمسك بها في أية حالة كانت عليها الدعوى، وللمحكمة أن تقضي بها من تلقاء ذاتها ولو لم يتمسك بها أي من الخصوم، (م ١١٦ مرفعات مصري، ١٠١ إثبات مصري، ٢/١٢٥ مرفعات فرنسي)<sup>(١)</sup>.

(١) وتعليقا على المادة ١١٦ من قانون المرفعات المصري، فقد جاء في المذكرة الإيضاحية أن: "الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها من النظام العام تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، وعلّة ذلك احترام حُجّية الحكم السابق صدوره في نفس الدعوى، وهذه الحجية أجدر بالاحترام وأكثر اتصالا بالنظام العام من أي أمر آخر لما يترتب على إهدارها من تأييد المنازعات وعدم استقرار الحقوق لأصحابها" - ومن التطبيقات القضائية؛ في مصر، لاعتبار الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها من النظام العام تقضي به المحكمة من تلقاء ذاتها، انظر: نقض مدني ١٩٧٥/٥/٢١، مجموعة أحكام التقض، س ١٦، ص ١٠٦٢ - نقض مدني ١٩٨٢/١٢/٢٠، في الطعن رقم ١٨٣٩ لسنة ٥٥ ق. - نقض مدني ١٩٨٥/١٢/١٩، في الطعن رقم ٢١٤٢ لسنة ٥٢ ق. - وفي فرنسا: فقد سبقت الإشارة أن المشرع؛ بموجب المرسوم الصادر في ٢٠/٨/٢٠٠٤، عدّل المادة ١٢٥ من قانون المرفعات وجعل الدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها، في كل الحالات، من النظام العام تقضي به المحكمة من تلقاء ذاتها، (راجع: ما سبق، هامش رقم ٤ ص ٣٧). وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 15 sept. 2005: Bull. II, n. 218; JCP 2006, I, 133, n. 5, obs. Amrani-Mekki; RTD civ. 2005, 824, obs. Perrot.

وقبل المرسوم المشار إليه كانت أحكام القضاء تعتبر الدفع بالحُجّية؛ في بعض الحالات، من النظام العام تقضي به المحكمة من تلقاء ذاتها. ومن هذه الحالات: الدفع بحجّية الأمر المقضي في مسائل حالة الأشخاص؛ لأنها تتعلق بحقوق لا يجوز لهم التصرف فيها أو التنازل عنها. وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 mai 1976: Bull. I, n. 184- TGI Paris, 26 mars 1991: D. 1993, somm. p. 326, obs. Granet-Lambrechts.

وكذلك؛ إذا تعلقّت الحُجّية بحكم قضائي قطعي صادر أثناء ذات الخصومة. وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. soc., 3 mai 2001: Juris-Data n. 2001-009504.

وتأكيدا على ما تقدم قضت محكمة النقض بأنه في غير الحالات السابقة لا التزام على القاضي بإثارة الدفع بالحجّية من تلقاء نفسه. وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 4 déc. 2003: Bull. II, n. 365.

وفي الحالات التي كانت تُعتبر فيها الحجّية من النظام العام كان بوسع القاضي التعرض لها من تلقاء نفسه، كما كان بوسع الأطراف التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض. وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. 3<sup>e</sup> civ., 6 déc. 1977: JCP 1978, IV, 42- Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 mai 1976: RTD civ. 1976, 820, obs. Normand.

٣٢- (٥) - مدلول حُجبية حكم التحكيم: يقول أنصار تعلق حُجبية حكم التحكيم بالمصلحة الخاصة بأن مدلول هذه الحُجبية يتفق مع مدلولها بالنسبة لأحكام القضاء. ومن ثم ؛ فإن حُجبية حكم التحكيم تعني أنه لا يجوز لهيئة - أو محكمة - التحكيم المساس بالحكم بعد إصداره ؛ سواء بالعدول عنه أو تغيير مضمونه ، حتى لا تهتز الثقة في أحكام المحكمين شأنها في ذلك شأن أحكام القضاء<sup>(١)</sup>. وفي تقديرنا ؛ أن هذا المعنى يُعبر عن فكرة استفاد ولاية المحكم أكثر مما يُعبر عن فكرة حُجبية حكم التحكيم<sup>(٢)</sup>.

٣٣- (٦) - الاعتبارات التي تقوم عليها حُجبية حكم التحكيم: يمضي الرأي السابق في القول بأنه ؛ إذا كانت حُجبية الحكم القضائي تقوم على اعتبارات تتصل بتحقيق المصلحة العامة ، ومن ثم تتعلق تلك الحُجبية بالنظام العام ؛ على نحو ما رأيناه سابقاً<sup>(٣)</sup> ، فإن حُجبية حكم التحكيم تجد

(١) انظر: أحمد السيد صاوي، التحكيم، رقم ١٩٩، ص ٢٥٧.  
(٢) ويقصد باستنفاد الولاية أن المحكمة إذا فصلت في مسألة من المسائل المتنازع عليها، والمعروضة أمامها، انقضت سلطتها بشأنها. ومن ثم ؛ فلا تملك المحكمة مراجعة ما قضت به بقصد تعديله أو الرجوع فيه أو الإضافة إليه. أي أنه بمجرد إصدار القاضي لحكمه في مسألة معينة فإنه يتوقف عن أن يكون قاضياً. ويعبر عن هذه القاعدة باللغة اللاتينية كالتالي: *Lata sententia, iudex desinit esse iudex* وباللغة الفرنسية: *La sentence une fois rendue, le juge cesse d'être juge*. وفكرة استنفاد الولاية ليست أثراً مستقلاً قائماً بذاته، يترتب على الحكم ؛ وإنما هي الوجه السلبى لحُجبية الأمر القضائي، إلا أنها تظل بالرغم من ذلك تختلف عن فكرة الحُجبية. فهذه الأخيرة تمتد أثرها خارج الخصومة ؛ أي أنه يمتنع على المحكمة التي أصدرت الحكم وغيرها من كافة محاكم الولاية من إعادة الفصل فيما فصل فيه حكم سابق. أما استنفاد الولاية فينصرف أثرها داخل الخصومة ؛ أي يمتنع على المحكمة التي استنفدت ولايتها بشأن مسألة معينة من معاودة النظر فيها من جديد، دون أن يمتد هذا المنع إلى محاكم أخرى بشرط احترام الحُجبية. وحول فكرة استنفاد الولاية وعلاقتها بالحُجبية، انظر: فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، طبعة ٢٠٠١، رقم ٨٣، ص ١٣٧- أ. د. أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي التي تحوز حُجبية الأمر القضائي وضوابط حُجبيتها، دار النهضة العربية ١٩٩٠، رقم ١٢ وما بعده، ص ٢٤ وما بعده - أ. د. محمد حامد فهمي، المرافعات المدنية والتجارية، ١٩٤٠، رقم ٦٣٨، ص ٦٣٧ - محمد العشماوي، وعبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات، ج ٢، رقم ١١٠٢، ص ٧٢٣ - وفي الفقه الفرنسي، انظر:

GARSONNET et CÉZAR-BRU: Op. cit. t. 3, n. 700, p. 397- R. MOREL: Op. cit. n. 576, p. 447- J.-CL. Proc. civ., Fasc. 510 par E. DU RUSQUEC et 550 par R. MARTIN.

(٣) راجع: ما سبق، رقم ٣١، ص ٤٩.

أساسها في إرادة واتفاق أطراف التحكيم، كما تقوم على اعتبارات تتصل بالمصالح الخاصة لهؤلاء الأطراف. فالتحكيم يصدر عن قضاء خاص تُهيمن عليه مشيئة الأطراف في كل مراحلها، ويقوم على اعتبارات لا تتعلق بالمصلحة العامة. وترتبا على ذلك؛ فإن تباين أحكام التحكيم لا تُشكل إخلالا بالمصلحة العامة، حتى ولو صدرت تلك الأحكام عن ذات هيئة التحكيم<sup>(١)</sup>. وفي ضوء ذلك؛ تترتب بعض النتائج سببها لاحقا.

وتجدر الإشارة؛ في هذا الصدد، إلى ما جاء في التوصية السابعة للجنة القانون التجاري الدولي من أن الأثر السلبي لحجية الشيء المقضي لا يُثار من تلقاء ذات محكمة التحكيم<sup>(٢)</sup>.

٣٤- (٧) - نتائج اعتبار حجية حكم التحكيم بتعلق بالمصلحة الخاصة:

وتتمثل هذه النتائج فيما يلي:

(أ) - النتيجة الأولى: إذا وجد أطراف خصومة التحكيم أن مصالحهم الخاصة لا يحققها حكم التحكيم فليس هناك ما يحول دون اتفاقهم على عرض ذات النزاع مرة أخرى؛ من جديد، أمام ذات هيئة - أو محكمة - التحكيم أو أمام هيئة - أو محكمة - تحكيم أخرى. وإذا وُجد مثل هذا الاتفاق فلا يجوز لهيئة - أو محكمة - التحكيم أن تقضي من تلقاء ذاتها بعدم قبول دعوى التحكيم لسبق الفصل في موضوع النزاع<sup>(٣)</sup>.

(١) انظر: أحمد السيد صاوي، التحكيم، رقم ١٩٩، ص ٢٥٧، ٢٥٩ - محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين، ص ٩٦ وما بعدها - وفي فرنسا: قضت محكمة استئناف باريس Paris بأن حجية حكم التحكيم لا تتعلق بالنظام العام. وتطبيقا لذلك، انظر:

CA Paris, 9 juin 1983 : Rev. arb. 1983, 497, note M. Vasseur

(٢) توصيات لجنة القانون التجاري الدولي.

C. JARROSSON: L'autorité de chose jugée des sentences arbitrales, Procédures, 2007, Étude 17, n. 29.

(٣) انظر: محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين، ص ٩٨ - محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، رقم ١٥٤، ص ٢٥٨ - أحمد السيد صاوي، التحكيم، رقم ١٩٩، ص ٢٥٨ - تقض مدني ١٩٦٠/٦/٣٠، مجموعة أحكام النقض، س ١١، ص ٤٧٦، مُشار إليه في: أحمد السيد صاوي، التحكيم، هامش رقم ١، ص ٢٥٨. وجاء في هذا الحكم أنه استنادا للمادة ٤٠٥ من القانون المدني لا يجوز لهيئة التحكيم أن تعرض من تلقاء ذاتها لتقدير حجية قرار سابق صادر منها في النزاع، وإلا كان قرارها معيبا يستوجب النقض.



كما أن سبق الفصل في النزاع أمام التحكيم واتفاق الأطراف ؛ رغم ذلك ، على الالتجاء إلى التحكيم من جديد ؛ بشأن ذات النزاع ، يعني نزولهم عن الحكم الصادر من هيئة التحكيم السابقة<sup>(١)</sup> .

(ب) - النتيجة الثانية: يجوز لأطراف خصومة التحكيم الاتفاق على الالتجاء إلى قضاء الدولة للفصل في نزاع سبق الفصل فيه أمام التحكيم. فهذا الاتفاق يُعد تنازلاً عن الحكم الصادر من القضاء الخاص ؛ وهو طريق استثنائي سلكه بمحض إرادتهم ولا يُقيدهم إذا ما انفقوا على العودة إلى الأصل وهو الحق في الالتجاء إلى قضاء الدولة الذي يكفله الدستور والقانون<sup>(٢)</sup> .

(ج) - النتيجة الثالثة: إذا لجأ أحد أطراف خصومة التحكيم إلى قضاء الدولة ؛ دون اتفاق مع خصمه الآخر ، يفرض الفصل في نزاع سبق الفصل فيه من هيئة - أو محكمة - التحكيم ، كان لهذا الخصم الآخر أن يدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها أمام قضاء التحكيم<sup>(٣)</sup> . وهذا

---

(١) انظر: أحمد السيد صاوي، التحكيم، رقم ١٩٩، ص ٢٥٩ - محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، رقم ١٥٤، ص ٢٥٨ - محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين، ص ٩٩.

(٢) انظر: أحمد السيد صاوي، التحكيم، رقم ١٩٩، ص ٢٥٩ - وقيل أيضاً؛ أن حكم التحكيم يصدر عن قضاء خاص يستمد أساس اختصاصه من إرادة الأطراف. ومن ثم ؛ فإن هذا الحكم لا يمثل عنوان الحقيقة، كالحكم القضائي، إلا إذا تمسك بحججه أحد الأطراف. فقانون التحكيم يُسبغ الحجية لأحكام التحكيم حماية لمصالح خاصة لأطراف التحكيم ؛ وذلك بعكس حجية الحكم القضائي الذي يصدر عن مرفق عام يستمد اختصاصه من القانون مما يجعل ما يصدر عنه عنواناً للحقيقة الملزمة للأطراف وللمحكمة ذاتها، وذلك استقراراً للمعاملات ومنعاً لتأييد المنازعات، انظر: محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، رقم ١٥٤، ص ٢٥٩.

(٣) أما إذا حضر الخصم الآخر ولم يتمسك بحجية حكم التحكيم، فإن ذلك يُعد تنازلاً منه عن حقه الذي قضى له به حكم التحكيم. ومن ثم ؛ فإن المحكمة لا تملك الحكم بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها من تلقاء ذاتها، لأن الأمر يتعلق بالمصلحة الخاصة ولا صلة له بالصالح العام. كما أن لجوء المحكوم ضده ؛ في حكم التحكيم، إلى قضاء الدولة لا يُشكل تكراراً لعرض دعواه أمام هذا القضاء ومن ثم يتفني مبرر إثارة المحكمة من تلقاء ذاتها لحجية الأمر المقضي التي ترمي إلى منع تكرار نظر الدعوى الواحدة أكثر من مرة أمام القضاء، وذلك باعتبار القضاء مرفقاً عاماً من مرافق الدولة، انظر: محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، رقم ١٥٤، ص ٢٥٨.

الدفع لا يقوم على أساس حُجبية حكم التحكيم ذاته أمام قضاء الدولة، وإنما مرجع قبول الدفع أن اتفاق التحكيم يترتب عليه؛ طالما تم صحيحاً، إقصاء قضاء الدولة عن نظر النزاع، وبالتالي منع هذا القضاء من إعادة الفصل فيما تم الفصل فيه أمام قضاء التحكيم<sup>(١)</sup>. وذهب رأي إلى أن تمسك من صدر لصالحه حكم التحكيم بالحُجبية فإن يجب النزول على حكم المادة ٥٥ من قانون التحكيم والتي تُكسب الحكم الحُجبية بمجرد صدوره<sup>(٢)</sup>.

### الفرع الثاني

#### تعلق حُجبية حكم التحكيم بالنظام العام

٣٥- حجج تعلق حُجبية حكم التحكيم بالنظام العام: يذهب اتجاه آخر إلى أن حُجبية حكم التحكيم تتعلق بالنظام العام<sup>(٣)</sup>. ويستند هذا الاتجاه؛ الذي نؤيده، على ما يلي:

(١)- أن القضاء السابق لمحكمة النقض المصرية؛ والذي ذهب فيه إلى أنه لا يجوز لهيئة التحكيم أن تعرض من تلقاء ذاتها لتقدير حُجبية قرار سابق صادر منها في النزاع وإلا كان قرارها معيباً يستوجب النقض<sup>(٤)</sup>، لا يدعم بالضرورة، في الوقت الحالي، وجهة النظر القائلة بتعلق حُجبية حكم التحكيم بالمصلحة الخاصة<sup>(٥)</sup>. فالحكم صدر استناداً للمادة ٤٠٥ من القانون المدني التي كانت تنص على أن حُجبية الأمر المقضي بالنسبة لأحكام القضاء لا تتعلق بالنظام العام. وطبقت المحكمة حكم هذه المادة على حُجبية حكم التحكيم. هذا؛ في حين أن المشرع عدّل عن هذا الاتجاه عندما ألغى المادة المذكورة وجعل حُجبية الأحكام القضائية تتعلق بالنظام

- 
- (١) انظر: أحمد السيد صاوي، التحكيم، رقم ٤٨، ص ٦٣، ورقم ١٩٩، ص ٢٥٩.  
 (٢) انظر: محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين، ص ٩٩.  
 (٣) انظر: فتحي والي، قانون التحكيم، رقم ٢٦٤، ص ٤٦٠- محمود سمير الشراقوي، التحكيم التجاري الدولي، رقم ٣٣٢، ص ٤٥٥- عيد القصاص، حكم التحكيم، رقم ٥٨، ص ١٨٢.  
 (٤) انظر: نقض مدني ١٩٦٠/٦/٣٠، مجموعة أحكام النقض، س ١١، ص ٤٧٦، مُشار إليه في: أحمد السيد صاوي، التحكيم، هامش رقم ١، ص ٢٥٨.  
 (٥) ومن هذا الرأي، انظر: فتحي والي، قانون التحكيم، هامش رقم ٢، ص ٤٦١- عيد القصاص، حكم التحكيم، هامش رقم ٢٩، ص ١٨٢.

العام ؛ وذلك بموجب المادة ١٠١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ الصادر بقانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية<sup>(١)</sup>.

(٢) - حُجْية حكم التحكيم تقوم على ذات الاعتبارات التي تستند عليها حُجْية الحكم القضائي ؛ وهي : أن ما قضى به حكم التحكيم قرينة على أنه الحقيقة ، ووضع حد للمنازعات ، وتجنب تعارض الأحكام<sup>(٢)</sup> . والمؤكد أن عدم احترام حُجْية حكم التحكيم ينتج عنه تأييد المنازعات ، وعدم استقرار الحقوق والمراكز القانونية لأصحابها ، هذا فضلا عن احتمال تعارض أحكام التحكيم مع بعضها البعض ، أو مع أحكام القضاء<sup>(٣)</sup> . ولا ريب أن المشرع لا يرمي إلى مثل هذه النتائج ؛ بل على العكس يسعى لتلافيها حين جعل حُجْية أحكام القضاء تتعلق بالنظام العام.

(٣) - نظام التحكيم وإن كان له أصل اتفاقي ، إلا أن أحكامه تكون لها طبيعة قضائية بالمعنى الدقيق<sup>(٤)</sup> ، وقد منحها المشرع صراحة حُجْية الأمر

(١) فالمادة الأولى من قانون إصدار هذا القانون نصت على أنه : "يُلغى الباب السادس من الكتاب الأول من القسم الأول من القانون المدني" ، أي المواد من ٣٨٩ - ٤١٧ .

(٢) راجع : ما سبق ، رقم ٣٠ ، ص ٤٩ ، والهوامش الملحقة . ونتيجة اتصال الاعتبارات التي تقوم عليها فكرة حُجْية الحكم القضائي فقد قررت المادة ٢/١٠١ من قانون الإثبات بأن المحكمة تقضي بالحُجْية من تلقاء نفسها . وبشأن الاعتبارات التي تقوم عليها هذه الفقرة ، ورد في المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ ، ما يلي : " إن هذه الحُجْية تقوم في المسائل المدنية على ما يفترضه القانون في الأحكام القضائية من صحة مُطلقة في حكم القضاء رعاية لحسن سير العدالة وانقاء لتأييد المنازعات وضمانا لاستقرار الإقتصادي والاجتماعي وهي أغراض تتصل اتصالا وثيقا بالنظام العام . وغني عن البيان أن إقرار الخصوم على حق التنازل عن هذه الحُجْية ومنع القاضي من إثارتها من تلقاء نفسه يُمكن لاحتمال تعارض الأحكام وتجديد المنازعات وهو احتمال قائم قفصد المشروع إلى اتقائه ."

(٣) فمثلا : قد يصدر حكم من هيئة - أو محكمة - التحكيم ، ويحصل المحكوم له على الأمر بتنفيذه من القضاء بعد استيفاء ما يتطلبه قانون التحكيم من إجراءات . وبعد ذلك قد يلجأ المحكوم ضده في ذات الحكم لعرض النزاع من جديد أمام التحكيم أو أمام قضاء الدولة . فإذا لم يتمسك الخصم الآخر في الحالين بالحُجْية ، ولم يكن بوسع هيئة التحكيم أو المحكمة المرفوع أمامها النزاع بالتعرض للحُجْية من تلقاء نفسها ، فإن ذلك قد يؤدي إلى إصدار حكم جديد يتعارض مع حكم التحكيم السابق صدوره . ولا ريب أن مثل هذا الوضع يتنافى مع ما يرمي إليه المشرع من وضع حد للمنازعات ، وتفايدي تعارض الأحكام .

(٤) وحول الطبيعة القضائية لحكم التحكيم ، راجع : ما سبق ، هامش رقم ٢ ، ص ٦ وما بعدها .

المقضي، (م ٥٥ تحكيم مصري، م ١/١٤٨٤ مرفعات فرنسي). ولم يشأ المشرع النص على أن هذه الحجية تختلف عن حُجية أحكام القضاء. فالحُجية تلحق بالحكم الذي يُطبق القانون من له ولاية القضاء؛ يستوي في ذلك أن يكون قاضياً أو مُحكماً<sup>(١)</sup>. إذ لا يستقيم إعادة الفصل في النزاع بعد سبق الفصل فيه، كما يجب أن تجد القضية نهاية لها، وهذا لا يتحقق إلا عن طريق الاقرار بحُجية الحكم الصادر فيها<sup>(٢)</sup>. وفي تقديرنا؛ أن ما يمنح أي حكم قيمته القانونية الكاملة؛ ليس مدى مُطابقتها للحقيقة المطلقة، وإنما فيما تمنحه الدولة من حُجية خاصة تحول دون إعادة بحث النزاع مرة أخرى بهدف وضع حد للقضية.

٣٦- نتائج اعتبار حُجية حكم التحكيم من النظام العام: باعتبار أن أساس وأثار الحجية واحدة بالنسبة للحكم القضائي وحكم التحكيم؛ سواء في ذلك الأثر السلبي أو الإيجابي، فإن ذلك يترتب عليه ما يلي: (أ) - عدم جواز رفع الدعوى مرة أخرى؛ بعد الفصل فيها تحكيماً،

(١) انظر: فتحي والسي، قانون التحكيم، رقم ٢٦٤، ص ٤٦٠ - محمود سمير الشراوي، التحكيم التجاري الدولي، رقم ٣٣٢، ص ٤٥٥. وفي مصر: تنص المادة ١١٦ من قانون المرافعات على أن: "الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها". كما تنص المادة ٢/١٠١ من قانون الإثبات على أنه: "وتقضي المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها". - وفي فرنسا: تنص المادة ٢/١٢٥ من قانون المرافعات على أنه: "يُمكن للقاضي؛ من تلقاء نفسه، إثارة عدم القبول المُستمد من انتفاء المصلحة، أو من انتفاء الصنعة، أو من حُجية الأمر المقضي وتجري عبارة هذه الفقرة باللغة الفرنسية كالتالي:

**Le juge peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt, du défaut de qualité ou de la chose jugée.**

وقضي بأن التمسك بحُجية الأمر المقضي من النظام العام. وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 15 sept. 2005: JCP 2006, I, 133, n. 5, obs.

Amrani-Mekki.

ويؤكد بعض الفقه الفرنسي بأن نص المادة ٢/١٢٥ سالف الذكر لا يعني سوى أن الدفع بحُجية الأمر المقضي أصبحت تتعلق بالنظام العام.

C. JARROSSON: L'autorité de chose jugée des sentences arbitrales, Procédures, 2007, Étude 17, n. 29.

(٢) انظر:

J. BUFFET: Introduction in La chose jugée, rencontres Université-Cour de cassation, Bull. inf. C. cass. 2004, n. 3,

p. 11.

سواء رُفعت الدعوى أمام محاكم الدولة أو أمام هيئة - أو محكمة - تحكيم أخرى. (ب-) على هيئة التحكيم أو القاضي الذي يُعرض عليه النزاع من جديد أن يتعرض للحُجبة من تلقاء نفسه باعتبارها من النظام العام؛ وذلك إعمالاً للمادة ٢/١٠١ إثبات. (ج-) ما قضى به حكم التحكيم يتعين احترامه من جانب الخصوم، ومن جانب أية محكمة أو هيئة تحكيم أخرى<sup>(١)</sup>.

٣٧- التفرقة بين الدفع بالتحكيم والدفع بالحُجبة: في سبيل نفي تعلق الدفع بحُجبة أحكام التحكيم بالنظام العام قيل بأن هذا الدفع يُماثل الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق تحكيم بشأن موضوع النزاع فيها. فالأمر في الحالين يرمي إلى منع المحكمة من نظر الدعوى. وقد نص المشرع صراحة على أن الدفع الثاني أمراً مُقررًا لمصلحة الخصوم ولا تقضي به المحكمة من تلقاء ذاتها، (م ١/١٣ تحكيم مصري)<sup>(٢)</sup>. ومن ثم؛ يكون الدفع بحُجبة حكم التحكيم أمراً يتعلق بمصلحة الخصوم، ولا تقضي به المحكمة أو هيئة التحكيم من تلقاء ذاتها.

ورداً على هذه الحُجة يُمكن القول بأن الدفع بوجود اتفاق على التحكيم هو أمر يتعلق بالمصلحة الخاصة. ولهذا؛ كان طبيعياً أن تُقرر المادة ١/١٣ من قانون التحكيم المصري ضرورة تمسك الخصم به قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى<sup>(٣)</sup>. أما إذا بلغ الأمر حد الفصل في النزاع من هيئة - أو محكمة - التحكيم بموجب حكم يحوز حُجبة الأمر المقضي فإنه يكون

(١) انظر: فتحي والي، قانون التحكيم، رقم ٢٦٤، ص ٤٦١ - عيد القصاص، حكم التحكيم، رقم ٥٨، ص ١٨٣.

(٢) من هذا الرأي، انظر: محمود مُختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، رقم ١٥٤، ص ٢٥٩. والمادة ١/١٣ التي يستند عليها هذا الرأي تنص على أنه: "يجب على المحكمة التي يُرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى". والدفع بعدم القبول هو الدفع الذي ينازع به المدعى عليه أو من في حكمه في أن للمدعي أو من في حكمه حقاً في رفع دعواه أو في توافر شرط من الشروط التي يتطلبها القانون لقبول الدعوى، انظر: المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات؛ تعليقا على المادة ١١٥.

(٣) وتطبيقاً لذلك؛ في مصر، انظر: نقض مدني ٢٧/٥/٢٠١٠، مجموعة أحكام النقض، س ٥٩، ج ٢، رقم ٤٧، ص ٢١١. وجاء في هذا الحكم أن شرط اللاتجاء إلى التحكيم في المنازعات لا يتعلق - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - بالنظام العام فلا يجوز للمحكمة أن تقضى بإعماله من تلقاء نفسها وإنما يتعين التمسك به أمامها.

من المصلحة العامة عدم الفصل في النزاع من جديد بحكم يُحتمل أن يكون مُخالفاً له<sup>(١)</sup>.

وبخصوص مسألة الدفع بالتحكيم؛ في القانون الفرنسي، ومدى تعلقها بالنظام العام نجد المادة ١٤٤٨ من قانون المرافعات تنص على أنه عندما يُطرح أمام محكمة تتبع قضاء الدولة نزاع ناشئ عن اتفاق تحكيم، فإنها تحكم بعدم الاختصاص إلا إذا كان النزاع لم يُطرح بعد أمام محكمة التحكيم أو إذا كان اتفاق التحكيم ظاهر البطلان أو غير قابل للتطبيق. ولا يُمكن للمحكمة أن تقضي من تلقاء ذاتها بعدم الاختصاص. ويُعتبر باطلاً أي شرط يُخالف هذه المادة<sup>(٢)</sup>.

ومؤدى هذه المادة أن الدفع بالتحكيم هو دفع بعدم الاختصاص؛ وليس دفعا بعدم القبول<sup>(٣)</sup>، وتسري عليه أحكام الدفوع الإجرائية التي لا تتعلق بالنظام العام. وترتبياً على ذلك؛ لا تحكم المحكمة في الدفع من تلقاء نفسها، وإنما يتعين على الخصم صاحب المصلحة التمسك به قبل الكلام في الموضوع وقبل إبداء أي دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيه<sup>(٤)</sup>. كما

(١) انظر: عيد القصاص، حكم التحكيم، رقم ٥٨، ص ١٨٣ وما بعدها.

(٢) وتجري عبارة هذه المادة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

**Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable. La juridiction de l'Etat ne peut relever d'office son incompetence. Toute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite.**

(٣) فالدفع بعدم القبول يترتب عليه رفض الدعوى دون بحث في الموضوع، في حين أن الدفع بعدم الاختصاص يُقتضي الاختيار بين محكمتين تتمتع كل منهما بذات الولاية القضائية. وعندما يكون المدعي صاحب الدعوى مُلتزماً برفعها أمام التحكيم، فإن الأمر بالنسبة للمحكمة التي تتبع قضاء الدولة يتعلق بعدم الاختصاص وليس بعدم الولاية، لأنه في حالة التخلي عن التحكيم أو انقضاء ميعاد التحكيم، فإن المحكمة التي تتبع قضاء الدولة يعود لها الاختصاص بالدعوى الذي كان غير متوافر من قبل.

(٤) وعلاوة على ذلك؛ تنص المادة ١/٧٤ من قانون المرافعات على أنه يجب التمسك بالدفوع الإجرائية معاً وقبل إبداء أي دفع موضوعي أو دفع بعدم القبول؛ وإلا سقط الحق فيما لم يُبد منها. وقضاء محكمة النقض الفرنسية يعتبر أن الدفع بوجود اتفاق =

يُستفاد من المادة ١٤٤٨ من قانون المرافعات الفرنسي أن مسألة معرفة ما إذا كان النزاع يدخل في نطاق اتفاق التحكيم من عدمه هي من اختصاص محكمة التحكيم حتى ولو لم تكن قد تشكلت بعد<sup>(١)</sup>. أما إذا رُفِع نزاع أمام محكمة تتبع قضاء الدولة وكان يوجد بشأنه اتفاق تحكيم، فإن المحكمة لا تقضي بعدم الاختصاص وإنما تبحث اتفاق التحكيم إذا كان بطلانه أو عدم قابليته للتطبيق ظاهراً<sup>(٢)</sup>، بشرط أن تُحدد المحكمة أوجه البطلان أو عدم قابلية اتفاق التحكيم للتطبيق<sup>(٣)</sup>. ومع ذلك؛ ذهبت بعض الأحكام إلى أن المحكمة التي تتبع قضاء الدولة لا يمكنها أن تُشير من تلقاء ذاتها مسألة بطلان اتفاق التحكيم أو عدم قابليته للتطبيق إلا إذا تعلق الأمر بالنظام العام<sup>(٤)</sup>.

٣٨- ملاحظات حول تعلق حُجية حكم التحكيم بالنظام العام: رغم تعلق حُجية حكم التحكيم بالنظام العام إلا أنه يجوز للطرفين الاتفاق على اللجوء إلى القضاء أو التحكيم؛ مرة أخرى، لعرض ما قضى فيه حكم التحكيم السابق. وإذا تم هذا الاتفاق صحيحاً فلا يحول دونه سبق صدور حكم تحكيم يتمتع بالحُجية بخصوص ذات النزاع<sup>(٥)</sup>. وفي سبيل تبرير جواز مثل هذا الاتفاق فقد ساق الفقه بعض الحجج؛ منها ما يلي:

= على التحكيم هو دفع بعدم الاختصاص وتسري عليه أحكام الدفع الإجرائية دون أحكام الدفع بعدم القبول. وقضى؛ في هذا الصدد، بأن الدفع المستعمل من وجود اتفاق على التحكيم يخضع للأحكام الخاصة بالدفع الإجرائية؛ وليس أحكام الدفع بعدم القبول، ومن ثم يجب التمسك به قبل الكلام في الموضوع وقبل إيداء أي دفع بعدم القبول. وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 22 nov. 2001: Procédures 2002, n. 1, obs.  
Perrot- Cass. com., 10 juin 1986: Rev. arb. 1987, p. 461, note Bloch.

(١) وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 juin 1989: Rev. arb. 1992, p. 61, note Derain.

(٢) وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 juin 2006: JCP 2006, I, 187, n. 7-8, obs.

Séragliani- Cass. 1<sup>re</sup> civ., 287 nov. 2006: Bull. I, n. 513.

(٣) وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 18 déc. 2003: JCP 2004, II, 10075, note Nblot.

(٤) وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 8 avr. 2004: RTD civ., 2004, p. 770, obs. Théry.

(٥) انظر: فتحي والي، قانون التحكيم، رقم ٢٦٤، ص ٤٦١ - عكس ذلك، انظر:

عيد القصاص، حكم التحكيم، رقم ٥٨، ص ١٨٣.

(١) - أن منع الخصوم، في حكم صادر من محاكم الدولة، من رفع الدعوى مرة أخرى أمام المحكمة يقوم على أساس أن الدولة تُنظم القضاء وتُخول كل شخص إمكانية الالتجاء إليه مرة واحدة بالنسبة لذات الدعوى، وإلا أدى تكرار رفعها إلى تعطيل مرفق القضاء. وهذا الاعتبار لا ينطبق بالنسبة لهيئة - أو محكمة - التحكيم؛ باعتبارها هيئة - أو محكمة - خاصة وليست من مرفق القضاء الذي تُنظمه الدولة. ومن ثم؛ تكرار التجاء الأطراف بإرادتهم إلى هيئات - أو محاكم - التحكيم لا يُشكل تعطيلاً لمرفق القضاء، كما أن نزولهم عما قضى به حكم التحكيم والالتجاء إلى القضاء لأول مرة لا يُعتبر تكراراً لشغل مرفق القضاء.

(٢) - أن قانون التحكيم لا يتضمن نصاً مُقابلاً للمادة ١٤٥ من قانون المرافعات المصري؛ التي تقضي بأن: "النزول عن حكم المحكمة يستتبعه النزول عن الحق الثابت به". ونتيجة ذلك؛ يكون لمن صدر لصالحه حكم تحكيم أن ينزل عنه، ولا يؤدي نزوله عنه النزول عن الحق الثابت به مما يُتيح له بعد هذا النزول المطالبة به أمام محاكم الدولة أو الاتفاق مع خصمه على التحكيم بشأنه<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثاني

#### مفترضات حججية حكم التحكيم ونطاقها

٣٩ - تهيئ: يلزم أن يتوافر في العمل وصف حكم التحكيم حتى يمكن الكلام عن حججته ونطاقها. وتتناول في هذا المطلب بيان المفترضات اللازمة لحجية حكم التحكيم، (الفرع الأول)، ثم تُبين بعد ذلك النطاق أو الحدود التي يُمكن فيها التمسك بهذه الحجج<sup>(٢)</sup>، (الفرع الثاني).

(١) انظر: فتحي والي، قانون التحكيم، رقم ٢٦٤، ص ٤٦١ وما بعدها - محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين، ص ٩٣ - وبعد تعديل المادة ١٢٥ من قانون المرافعات الفرنسي، أصبح الدفع بالحجية من النظام العام يُمكن للقاضي التمسك به من تلقاء نفسه. وقبل هذا التعديل؛ قضت محكمة استئناف باريس بأن حججية حكم التحكيم لا تتعلق بالنظام العام. وتطبيقاً لذلك، انظر:

CA Paris, 9 juin 1983: Rev. arb. 1983, p. 497.

(٢) وحول هذا النطاق، انظر: محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين، ص ١٠٠ وما بعدها.



## الفرع الأول

### فُتْرَضَات حُجِيَّة حُكْم التَّحْكِيم

٤٠- أن يتعلق الأمر بحكم تحكيم<sup>(١)</sup>: القاعدة العامة؛ في مجال الأحكام القضائية، أن الحجية تتطلب وجود حكم قضائي<sup>(٢)</sup>، وأن يكون حكما قطعيا<sup>(٣)</sup>، وأن يكون التمسك بالحجية بما يرد في منطوق الحكم لا في أسبابه<sup>(٤)</sup>، إلا إذا كانت الأسباب مُرتبطة بالمنطوق ارتباطا وثيقا لا تقوم له قائمة بدونها فإنها تشكل معه وحدة لا تتجزأ ويرد عليها ما يرد عليه من

(١) وحول ماهية حكم التحكيم، انظر:

**S. CREPIN: Les sentences arbitrales devant le juge Français, LGDJ 1995, 249.**

(٢) ويلزم لذلك؛ أن يكون الحكم صادرا من جهة قضائية لها ولاية إصداره. وتطبيقا لذلك، انظر: نقض مدني ١٩٩٣/٤/٢٩، في الطعن رقم ٣٠٦ لسنة ٥٩ ق. كما يجب أن يكون الحكم فصل في خصومة بين طرفين؛ أي بموجب السُلطة القضائية للمحكمة لا بموجب سلطتها الولائية. وتطبيقا لذلك، انظر: ١٩٧٤/٢/١١، مجموعة المكتب الفني، س ٢٥، ص ٣٢٧. ويستوي أن تكون جهة القضاء عادية أم استثنائية، ويستوي أن تكون الجهة مدنية أو تجارية أو شرعية أو إدارية. أما الحكم الذي يصدر من محكمة لا ولاية لها فلا تثبت له حُجِيَّة الأمر القضائي أمام الجهات القضائية الأخرى. كما لا تثبت الحجية للفتوى؛ أي كانت جهة الإفتاء، ولا للقرارات الإدارية؛ ما لم تكن الجهة الإدارية ذات اختصاص قضائي، ويشترط أن تصدر القرارات في حدود اختصاص الجهة التي أصدرتها، انظر: السنهوري، الوسيط، ج ٢، رقم ٣٥١، ص ٦٠١ وما بعدها.

(٣) ويلزم لذلك أن يبت الحكم في الخصومة؛ سواء بالفصل في موضوع النزاع أو في جزء منه، أو بالفصل في الدفع؛ سواء أكان دفعا موضوعيا أو شكليا، أو بالفصل في نزاع يتصل بإجراءات الدعوى؛ كالحكم بسقوط الخصومة أو بانقضائها بمضي المدة أو بتركها أو باعتبار الدعوى كأن لم تكن. وفي ضوء ذلك؛ فإن الأحكام التحضيرية، والأحكام التمهيدية، لا تحوز الحجية. أما الأحكام الوقتية؛ كالحكم بالحراسة والحكم بنفقة وقتية، فتحوز حُجِيَّة مؤقتة ترتبط بتغير ظروف الطلب، ولا تزول هذه الحجية إلا بزوال السبب المؤقت للحكم. وتطبيقا لذلك، انظر: نقض مدني ١٩٥٢/١/٣١، مجموعة أحكام النقض، س ٣، رقم ٧٥، ص ٤٣٨ - نقض مدني ١٩٨٤/٢/٩، في الطعن رقم ٦٦، لسنة ٥٠ ق.

(٤) وتطبيقا لذلك؛ في مصر، انظر: نقض مدني ١٩٨٩/١٠/١٦، في الطعن رقم ١٦٠٠، لسنة ٥٣ ق. - نقض مدني ١٩٨٣/٥/٢٢، في الطعن رقم ١٦٥٣، لسنة ٤٨ ق. - عبد الرازق السنهوري، الوسيط، ج ٢، رقم ٣٥٠، ص ٦٠٠ وفي فرنسا، انظر:

**J. KARILA DE VAN: Chose jugée, Dalloz, Répertoire de droit civil, 2<sup>e</sup> éd. TOME III, n. 7, p. 2.**

حُجْية<sup>(١)</sup>. وفي مجال التحكيم؛ وعملا بالقاعدة السابقة، فإن حكم التحكيم لا يجوز حُجْية الأمر المقضي إلا إذا توافرت فيه ذات المُفترضات؛ وهي:

٤١- (١)- وجود حكم تحكيم: ولا يتوافر وصف حكم التحكيم إلا إذا صدر عن هيئة- أو محكمة- تحكيم مُشكلة تشكيلا صحيحا، وأن يتعلق بالفصل في مسائل اشتمل عليها اتفاق التحكيم<sup>(٢)</sup>. ولهذا؛ لا يتمتع حكم التحكيم بالحُجْية إلا في نطاق ما فصلت فيه هيئة- أو محكمة- التحكيم من نزاع اشتمل عليه اتفاق التحكيم؛ سواء أكان شرطا أو مُشاركة<sup>(٣)</sup>. وفضلا عن أهمية تحديد ما يُعد حكما تحكيميا في مجال حُجْية

(١) وتطبيقا لذلك؛ في مصر، انظر: تقض مدني ١٩٦٨/٤/٣، في الطعن رقم ١٣٤٦، لسنة ٥١ ق.- تقض مدني ١٩٦٨/٦/٢٠، في الطعن رقم ٣٢٤، لسنة ٣٤ ق.

(٢) والأصل أن يخضع تشكيل هيئة التحكيم لاتفاق الأطراف؛ مع وجوب أن يكون العدد وترا، (م ١٥ تحكيم مصري، م ١٤٤٤، ١٤٥١ مُرافعات فرنسي)، وأن يتمتع المحكم بالأهلية المدنية الكاملة، وأن يقبل القيام بمهمته كتابة، وأن تتوافر فيه الحيادة والاستقلال، (م ١٦ تحكيم مصري). وبينت المادة ١٧ من قانون التحكيم المصري أحكام عدم اتفاق طرفا التحكيم على اختيار المحكمين وكيفية ووقت اختيارهم. وإذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مُخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين فإن حكم التحكيم يكون قابلا للطعن عليه بالبطالان عملا بالمادة ١/٥٣/هـ من قانون التحكيم المصري.

(٣) فوفقا للمادة ١/٣٠ من قانون التحكيم المصري يلتزم المدعي أن يذكر في بيان دعواه المعلقة لخصمه ولأعضاء هيئة التحكيم المسائل محل النزاع وطلباته وكل بيان آخر يوجب اتفاق الطرفين ذكره في هذا البيان. ووفقا للمادة ٢/١٠ يكون الاتفاق على التحكيم باطلا إذا لم يتضمن تحديد المسائل التي يشملها التحكيم- وفي فرنسا: تنص المادة ١٤٤٣ على أنه يجب تحديد موضوع النزاع في مُشاركة التحكيم وإلا كانت باطلة. وتجري عبارة هذه المادة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

**A peine de nullité, le compromis détermine l'objet du litige.**

وقضي بأن محكمة الموضوع تستقل بتحديد نطاق اتفاق التحكيم. وتطبيقا لذلك، انظر:

**Cass. civ., 5 juill. 1973: Rev. arb. 1974, p. 11, note Loquin.**

وتحديد موضوع النزاع يجب أن يكون كافيا على نحو يسمح للمحكمة التي تنظر

الاعتراض على الأمر بالتنفيذ بممارسة رقابتها على هذا الأمر. وتطبيقا لذلك، انظر:

**Cass. 2<sup>e</sup> civ., 2 juill. 1970: JCP 1971, II, 16642, note P. L-**

**Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 juin 1976: D. 1978, 310, note Robert- CA**

**Paris, 12 févr. 1985: Rev. arb. 1986, 459, note Rondeau-**

**Rivier.**

الأمر المقضي ، فإن هذا التحديد له أهمية أخرى في مجال الطعن على حكم التحكيم والأمر بتنفيذه جبراً. فمن المقرر أن ما يتوافر له وصف حكم التحكيم هو فقط ما يكون محلاً لرقابة قضاء الدولة من خلال الطعن عليه بالبطلان<sup>(١)</sup> ، وهو ما يُمكن الأمر بتنفيذه جبراً.

والأصل أن تفصل هيئة - أو محكمة - التحكيم في موضوع النزاع وفق ما هو مُحدد في اتفاق التحكيم دون الخروج عليه ، وإلا تعرض الحكم للطعن عليه بالبطلان ، عملاً بالمادة ١/٥٣/١ ومن قانون التحكيم المصري<sup>(٢)</sup>. فولاية التحكيم لا تستهضها قاعدة قانونية أمره لا يجوز الاتفاق على خلافها ، بل مردها إلى الإرادة التي يفصح عنها إتفاق التحكيم ، سواء كان موضوعه نزاعاً قائماً أو محتملاً. فإذا لم يكن ثمة إتفاق أصلاً ، أو كان الاتفاق باطلاً قانوناً ، أو كان محمداً نطاق المسائل التي يشملها التحكيم ، ولكن الهيئة التي تتولاه جاوزتها ، كان فصلها في النزاع المعروض عليها غير جائز<sup>(٣)</sup>.

وما يصدر عن هيئة التحكيم في الطلبات العارضة يكون له وصف حكم التحكيم ، ويجوز حُجية الأمر المقضي. فوفقاً للمادة ٢/٣٠ من قانون التحكيم للمُدعى عليه أن يُضمن مذكرة دفاعه : " ... أية طلبات عارضة مُتصلة بموضوع النزاع أو أن يتمسك بحق ناشئ عنه بقصد الدفع بالمقاصة وله ذلك ولو في مرحلة لاحقة من الإجراءات إذا رأت هيئة التحكيم أن الظروف تبرر التأخير ". ومؤدى هذه المادة أنه يلزم لتقديم المدعى عليه

---

= وجاء في الحكم الأخير أن اتفاق التحكيم الذي يتضمن تخويل المحكم بمح كافة المشاكل المعلقة بين مجموعتين من الشركات لا يُحدد موضوع النزاع بشكل كاف.

(١) وتطبيقاً لذلك ؛ في فرنسا ، انظر :

CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. C, 4 avr. 2002; JCP G 2003, I, 105, n. 12, obs. J. Ortscheidt.

(٢) وتنص على أنه : " إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق. ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاصة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له ، فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها ".

(٣) وتطبيقاً لذلك ، انظر : دستورية عليا ١٩٩٨/٦/٦ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٩ ، ج ٨ ، ص ١٤٢٣ .

للطلبات المقابلة أن تدخل في نطاق اتفاق التحكيم، وأن تكون مرتبطة بموضوع النزاع ولو كان الارتباط بسيطاً؛ أي وحدة المحل أو وحدة السبب بما يجعل من مصلحة العدالة الفصل فيهما معاً. أما الفقرة الثانية من ذات المادة فتنص على أنه: "لكل من طرفي التحكيم تعديل طلباته أو أوجه دفاعه أو استكمالها خلال إجراءات التحكيم ما لم تقرر هيئة التحكيم عدم قبول ذلك منعاً من تعطيل الفصل في النزاع". ومن ثم؛ يجوز للمُدعي والمُدعى عليه تعديل طلباته أو الإضافة إليها، بشرط أن تدخل الطلبات الإضافية في نطاق اتفاق التحكيم، وأن تكون مرتبطة بالطلب الأصلي أو الطلب المقابل الذي تُقدم إضافة أو تعديلاً له.

وفي القانون الفرنسي؛ إمكانية الأطراف توسعة نطاق النزاع خلال تقديم طلبات عارضة أثناء سير خصومة التحكيم الداخلي ترتبط بطبيعة اتفاق التحكيم وما إذا كان شرطاً أم مُشاركة. فإذا تعلق الأمر بشرط التحكيم؛ الذي يلتزم الأطراف بموجبه باللجوء للتحكيم بشأن ما قد ينشأ من منازعات بينهم<sup>(١)</sup>، فإنه يُمكن للأطراف تقديم طلبات عارضة لمحكمة التحكيم طالما أنها تدخل بموضوعها في نطاق شرط التحكيم<sup>(٢)</sup> وتزبط بالادعاءات الأصلية بصلته كافية<sup>(٣)</sup>. ومن ثم؛ إذا توافرت هذه الشروط

---

(١) فالمادة ٢/١٤٤٢ من قانون المرافعات تنص على أن: "شرط التحكيم هو اتفاق يلتزم بموجبه الأطراف في عقد أو عدة عقود بإخضاع ما قد ينشأ من منازعات عن هذا العقد أو هذه العقود للتحكيم". وتجري عبارة هذه الفقرة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:  
*La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats.*

(٢) وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. 2e civ., 8 juill. 2004: Rev. arb. 2005, p. 663, note G. Bolard- Sur l'intervention, Cass. 1re civ., 14 mars 2006: JCP E 2006, 2660, note M. Danis.

(٣) وتطبيقاً لذلك، انظر:

CA Paris, 25 juin 1982: Rev, arb. 1983, 344, obs. Bernard- CA Paris, 23 juin 1983: Rev, arb. 1984, 527, obs. Bernard.

جاز للأطراف أثناء خصومة التحكيم تقديم طلبات مُقابلة وإضافية، هذا ما لم يوجد اتفاق على عدم جواز تقديم طلبات عارضة أثناء سير الخصومة. وتطلب ارتباط الطلبات العارضة بالادعاءات الأصلية بصلة كافية هو تطبيق لما تنص عليه المادة ٢/٤ من قانون المرافعات الفرنسي؛ وهي من المبادئ العامة للخصومة أمام القضاء والتي تُطبق على خصومة التحكيم عملاً بالإحالة الواردة في المادة ٢/١٤٦٤ من ذات القانون. وقُضي؛ في هذا الصدد، بأن الطلب العارض بالفوائد التأخيرية من أحد الأطراف يدخل في نطاق شرط التحكيم حول مبلغ الدين ويرتبط بالطلب الأصلي بصلة كافية. ومن ثم؛ فصل محكمة التحكيم في طلب الفوائد التأخيرية لا يُشكل تجاوزاً لمهمتها حيث يُمكنها الفصل في كل المسائل المُرتبطة بالنزاع أو الملحقات التي تُشكل معه وحدة واحدة<sup>(١)</sup>.

وإذا تعلق الأمر بمشارطة تحكيم فلا يُعمل بقاعدة جواز تقديم الطلبات العارضة التي ترتبط بالطلب الأصلي بصلة كافية. وذلك لأن مشاركة التحكيم تعني أن ما يخضع للتحكيم هو نزاع نشأ بالفعل<sup>(٢)</sup>؛ ومن ثم يجب تحديد موضوعه وإلا كانت المشاركة باطلة<sup>(٣)</sup>. فهذه المشاركة لا تتضمن فقط الاتفاق على إخراج النزاع من اختصاص محاكم الدولة، وإنما تنطوي أيضاً على الاتفاق على تحديد موضوع النزاع المطلوب من محكمة التحكيم الفصل فيه. وحيث أن الإرادة المشتركة للأطراف في مُشارطة التحكيم هي من تتولى تحديد موضوع النزاع على هذا النحو فإن هذه الإرادة هي

(١) وتطبيقاً لذلك، انظر:

CA Paris, 13 janv. 1984; Rev. arb. 1984, 530, obs. Bernard.

(٢) فالمادة ٣/١٤٤٢ من قانون المرافعات تنص على أن: "مُشارطة التحكيم هي اتفاق بمقتضاه يقوم الأطراف بإخضاع نزاع قائم بينهم للتحكيم". وتجري عبارة هذه الفقرة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

**Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage.**

(٣) وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 8 avr. 1999; Rev. arb. 2000, p. 106, note

J. Pellerin.

وحدها من تملك تطوير هذا الموضوع وتغيير نطاقه. ولهذا؛ لا تستطيع محكمة التحكيم الفصل في طلب عارض خارج حدود النزاع كما هو مُحدد في مُشاركة التحكيم دون موافقة كل الأطراف<sup>(١)</sup>، وإلا تعرض الحكم للطعن عليه بالبُطلان عملاً بالمادة ١٤٩٢ - ٣ من قانون المُرافعات<sup>(٢)</sup>.

وفي قضية تخلص وقائعها في أن شركة Casino أبرمت مُشاركة تحكيم مع شركة Prodim واتفقت الشركتان على أن تقوم محكمة التحكيم بالفصل في مسألة المسؤولية العقدية للشركة الأولى. ومع ذلك؛ قضت محكمة التحكيم بمسؤولية هذه الأخيرة عن خطأ تقصيري وألزمته بالتعويض الناشئ عن هذا الخطأ. وطعنت شركة Casino على الحكم بالبُطلان أمام محكمة استئناف باريس Paris فقضت برفض الدعوى مُبنية ما انتهى إليه حكم التحكيم. وطُعن بالنقض على حكم محكمة الاستئناف فقضت المحكمة بنقض الحكم على أساس أنه كان يتعين على محكمة الاستئناف أن تفصل أولاً في بُطلان حكم التحكيم بسبب عدم وجود

(١) وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 2 avr. 1994: Dr. et patrimoine janv. 1995, n. 827, p. 83, obs. Laroche de Rousane- Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 mars 2007: JCP 2007, I, 168, , n. 8, obs. Ortsheidt.

(٢) وتنص على أنه: " لا يُمكن الطعن ببُطلان حكم التحكيم إلا إذا: " ١- ... ٢- ... ٣- فصلت محكمة التحكيم دون التقيد بالمهمة المُسندة إليها. ٤- ... ٥- ... ٦- ... ". وتجري عبارة هذه الفقرة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

Le recours en annulation n'est ouvert que si: 1<sup>o</sup> ... 2<sup>o</sup> ... 3<sup>o</sup> Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée. 4<sup>o</sup> ... 5<sup>o</sup> ... 6<sup>o</sup> ...

وعملاً بحكم هذه الفقرة قضت محكمة النقض بنقض حكم محكمة الاستئناف الذي قضى بعدم قبول الطعن ببُطلان حكم التحكيم والذي نعى عليه الطاعن بالبُطلان بأنه قضى بأكثر مما طلبه الخصوم. وبررت محكمة الاستئناف هذا الرفض بأن مثل هذا العيب لا يُمكن علاجه إلا بالرجوع للمُحكّم الذي أصدر الحكم. وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 14 juin 1984: D. 1984, inf. rap. 263, obs. Julien.

اتفاق على التحكيم بالنسبة للمسؤولية التقصيرية<sup>(١)</sup>. ويعد إحالة الدعوى إلى محكمة الاستئناف قضت في النهاية ببطلان حكم التحكيم لمخالفة مكمة التحكيم لمهمتها. وطعن على هذا الحكم بالنقض من شركة Prodim وأسست طعتها على أن الطلبات الإضافية هي من قبيل الطلبات الجائز تقديمها أمام محكمة التحكيم وأن الشرط الوحيد لقبول تلك الطلبات هو أن ترتبط بالطلب الأصلي بصلة كافية. وقضت محكمة النقض برفض الطعن، وجاء في أسباب الرفض أنه: "عندما تنشأ سلطة المحكم من مشاركة تحكيم فإنه لا يمكنه؛ دون اتفاق جديد بين الأطراف، الفصل في طلب عارض من أحد الأطراف لا يدخل بموضوعه في نطاق المشاركة، وحيث تبين لمحكمة الاستئناف أن الطلب الخاص بالمسؤولية التقصيرية المحتملة لشركة Casino ليس طلبا عارضا له نفس موضوع الطلب الأصلي وإنما طلب له موضوع مختلف، فلم يكن أمام المحكمة سوى القضاء ببطلان حكم التحكيم لمخالفة المحكمين لنطاق مهمتهم"<sup>(٢)</sup>.

ويستخلص من هذا الحكم أن الطلب الإضافي أو المقابل حتى ولو كان مرتبطا بالطلب الأصلي بصلة كافية؛ وفقا للمادة ٢/٤ من قانون المرافعات، فإن المحكم لا يمكنه الفصل فيه بدون موافقة الأطراف، طالما أن هذا الطلب لا يدخل في نطاق موضوع النزاع كما هو مُحدد في مشاركة التحكيم.

ومن ناحية أخرى؛ لكي يتوافر وصف حكم التحكيم يلزم أن تكون هيئة - أو محكمة - التحكيم لها ولاية الفصل في النزاع محل اتفاق التحكيم؛ أي أن يكون هذا النزاع قابلا للتحكيم. فيجب أن يكون محل التحكيم حقا ماليا، سواء أكان الحق مدنيا أو تجاريا أو إداريا، (م ٢ تحكيم مصري). كما يستوي أن يكون الحق شخصا أو عينا، وأيضا كان

(١) وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 mai 2005: Bull. civ. 2005, I, n. 208.

(٢) وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 mars 2007: Juris-Data n. 2007-037778.

مصدر الحق ؛ أي سواء نشأ بمناسبة علاقة عقدية أو غير عقدية ، ( م ١٠ تحكيم مصري ). وتجدر الإشارة أنه لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح ، ( م ١١ تحكيم مصري ). وقد بينت المادة ٥٥١ من القانون المدني المصري المسائل التي لا يجوز فيها الصلح ، وذلك بالقول : " لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام. ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية ، أو التي تنشأ عن إرتكاب إحدى الجرائم ". وعلى ذلك فإنه لا يجوز التحكيم مثلا في مسائل الأهلية والحالة المدنية أو الأمور المتعلقة بصحة الزواج وإثبات النسب ، كما لا يجوز التحكيم في الجرائم الجنائية ، وكذلك لا يجوز التحكيم في المسائل التي تتصل بالأسس الاقتصادية أو الاجتماعية أو السياسية أو الأخلاقية أو ما يعرف بالنظام العام الداخلى. ولكن يجوز التحكيم في الحقوق المالية الناشئة عن الزواج أو الطلاق أو التعويض الناشئ عن إرتكاب جريمة.

وإذا توافر في العمل وصف حكم التحكيم قانونا فإنه يجوز حجية الأمر المقضي ؛ سواء أكان التحكيم بالقانون أو مع التفويض بالصلح<sup>(١)</sup> ، وسواء صدر الحكم من هيئة - أو محكمة - التحكيم أو باتفاق الأطراف<sup>(٢)</sup>. ولا يتوافر وصف حكم التحكيم فيما تُصدره هيئة يقتصر دورها على مجرد إصدار توصيات للتوفيق بين وجهتى نظر طرفي الخلاف دون أن تكون توصياتها ملزمة لهما أو تحول بينهما وبين الالتجاء إلى القضاء أو التحكيم بشأنها<sup>(٣)</sup>. ومن ثم ؛ تكون مهام التوفيق بمثابة تسوية ودية لا تجوز التوصية

(١) فإذا صدر حكم التحكيم من هيئة لها ولاية الفصل في النزاع ؛ وكان النزاع يقبل التحكيم ، فإن الحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي ؛ حتى ولو كان المحكم مفوضا بالصلح. وتطبيقا لذلك ، في فرنسا ، انظر :

Cass. req 31 mai 1902: DP 1902, 1, 352- Cass. civ., 18 nov. 1884: DP 85, 1, 317.

(٢) انظر :

Ch. JARROSSON: L' autorité de chose jugée des sentences arbitrales, Étude 17, n. 18.

(٣) وتطبيقا لذلك ، انظر : نقض مدني ٢٠٠٣/٦/١٠ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٥٤ ، ج ٢ ، رقم ١٦٧ ، ص ٩٥٥.



الصادرة فى شأنها حُجبة الأمر المقضى، بل يكون معلقا إنفاذاها على قبول أطرافها فلا تنقيد بها إلا بشرط انضمامها طواعية إليها. أيضا؛ يختلف حكم التحكيم عن أعمال الخبرة، ذلك أن قوامها ليس قرارا مُلزما، بل مناطها آراء يجوز اطراحها أو تجزئتها والتعديل فيها<sup>(١)</sup>، ومن ثم لا تحوز حُجبة الأمر المقضى.

٤٢- (٢)- أن يكون حكم التحكيم قطعيا: ويتوافر هذا الوصف لقرارات هيئة- أو محكمة- التحكيم التي تفصل بموجبها؛ بصورة قطعية، فى كل أو بعض موضوع النزاع المعروض عليها، وسواء تعلق هذا الفصل فى مسألة موضوعية أو فى الاختصاص، أو فى مسألة إجرائية يؤدي الفصل فيها إلى وضع نهاية لخصومة التحكيم<sup>(٢)</sup>. ومن التطبيقات القضائية؛ فى هذا الصدد، قُضى بأن الحكم الذي يفصل فى مسألة اختصاص محكمة التحكيم، أو فى دفع إجرائي يؤدي إلى وضع نهاية لإجراءات التحكيم، يُعتبر حكما تحكيميا قطعيا فى مسألة إجرائية، ومن ثم يحوز حُجبة الأمر المقضى<sup>(٣)</sup>. أيضا؛ حكم التحكيم الذي يقضى برفض طلب إرجاء الفصل فى النزاع يُعتبر حكما تحكيميا يحوز حُجبة الأمر المقضى<sup>(٤)</sup>.

(١) وتطبيقا لذلك، انظر: دستورية عليا ١٧/١٢/١٩٩٤، مجموعة المكتب الفنى، س ١٥، ج ٦، ص ٤٠٨.

(٢) وتطبيقا لذلك، فى فرنسا، انظر: CA Paris, 1<sup>re</sup> C, 4 et 11 avr. 2002: JCP 2003, I, n. 12 obs. Ortscheidt- CA Paris, 25 mars 1994: Rev. arb. 1994, 391, note Jarrosson.

(٣) وتطبيقا لذلك، فى فرنسا، انظر: CA Paris, 7 juin 1984: Rev. arb. 1984, 504, note Mezger. CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. C, 7 juill. 1994: Rev. arb. 1994, p. 391, note Ch. Jarrosson- CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. C, 10 nov. 1995: Rev. arb. 1997, p. 596, obs. J. Pellerin- CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. C, 25 mai 2000: Rev. arb. 2001, p. 199, note Ph. Pinsolle.

(٤) وتطبيقا لذلك، انظر: CA Paris, 1<sup>re</sup> C, 7 oct. 2004: JCP 2005, I, 134, n. 5, obs. Ortscheidt.

وبالعكس ؛ قُضي بأن الأمر الإجرائي الصادر من محكمة التحكيم بتنظيم إجراءات التحقيق ليس له أية طبيعة قضائية، ويُشكل مُجرد عمل من أعمال إدارة قضاء التحكيم، ولا يُعد حكماً تحكيمياً قطعياً<sup>(١)</sup>، ومن ثم لا يجوز حُجبة الأمر المقضي ؛ حتى ولو اتخذ شكل الحكم. فالأوامر الإجرائية يُمكن العدول عنها وذلك بعكس أحكام التحكيم. فما قضى به الحكم لا يُمكن إعادة الفصل فيه مرة أخرى من نفس محكمة التحكيم ؛ سواء في نفس الخصومة أو في خصومة أخرى<sup>(٢)</sup>. أيضاً ؛ ما يرد في حكم التحكيم من وجهات نظر قانونية أو شخصية أو افتراضات موضوعية لا يجوز حُجبة ما دام لم يحسم خلافاً ولم يخضع لإجراءات التحقيق القانوني<sup>(٣)</sup>. أيضاً ؛ لا تحوز حُجبة الأمر المقضي أحكام التحكيم الصادرة قبل الفصل في الموضوع ؛ كالحكم الذي يأمر بالخبرة أو بإجراء من إجراءات التحقيق<sup>(٤)</sup>، والحكم الذي يأمر بتأجيل مُستعجل أثناء الخصومة<sup>(٥)</sup>. فمثل هذه الأحكام لا تفصل في كل أو جزء من موضوع

(١) وتطبيقاً لذلك، انظر:

CA Paris, 7 juill. 1987: Rev. arb. 1988, 649, note Mezger.

(٢) انظر:

Ch. JARROSSON: L'autorité de chose jugée des sentences arbitrales, Étude 17, n. 18 et s.

وتجدر الإشارة ؛ في هذا الصدد، إلى أن القانون السويسري يُميز بين الأوامر ؛ أو التوجيهات، الإجرائية وبين الأحكام الفرعية التي تُنظم المسائل الأولية المتعلقة بالموضوع أو بالإجراءات. وبالنسبة للأوامر والتوجيهات الإجرائية، فإنها لا تحوز حُجبة الأمر المقضي، ويُمكن تعديلها أو العدول عنها نهائياً أثناء سير الخصومة. أما بالنسبة للأحكام الأولية، فإنها وإن كانت لا تحوز حُجبة الأمر المقضي، إلا أن المحكمة التي أصدرتها تقيد بها. وقد قُضي بأن حكم التحكيم ؛ السابق على الفصل في الموضوع، حول مبدأ مسؤولية المحتكم ضده تقيد به محكمة التحكيم عند إصدار الحكم النهائي حول ادعاء المحتكم بالتعويض. وتطبيقاً لذلك، انظر:

Trib. fédéral, 1<sup>re</sup> cour civ., 3 avr. 2002: Bull. ASA 2002, 358.

(٣) وتطبيقاً لذلك، انظر: نقض مدني ١٩٨١/٢/٣٠، الطعن رقم ٣١١ لسنة ٤٨ ق.

(٤) وتطبيقاً لذلك، انظر:

CA Paris 30 mars 1962: JCP G 1962, II, 12843, note Level.

(٥) وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. com., 9 janv. 1979: Rev. arb. 1979, p. 478, note

Fouchard- CA Paris, 25 juin 1982: Rev. arb. 1983, p. 344, obs. Bernard.

النزاع ؛ وإنما في مسألة وقتية، ومن ثم لا تُعد من أحكام التحكيم القطعية ولا تحوز حُجية الأمر المقضي<sup>(١)</sup>.

وكان القضاء الفرنسي يسمح للمُحكَم بالأمر بإجراءات وقتية<sup>(٢)</sup>، وجاء المرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١ مؤيداً لذلك. إذ المادة ١/١٤٦٨ من قانون المرافعات تنص على أنه يُمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر الأطراف بأي إجراء تحفظي أو مؤقت ترى ضرورة له، وذلك بالشروط التي تُحددها وتحت الغرامة التهديدية عند الاقتضاء<sup>(٣)</sup>. وحكم هذه المادة ينطبق على التحكيم الدولي؛ وذلك عملاً بالمادة ١٥٠٦ - ٣ من قانون المرافعات والتي تنص على أنه: " ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك؛ وبمراعاة أحكام هذا الباب، تنطبق على التحكيم الدولي المواد: ١ - ... ٢ - ٣ ... ١٤٦٢، ٢/١٤٦٣، ٣/١٤٦٤، ١٤٦٥ حتى ١٤٧٠، و ١٤٧٢ الخاصة بخصومة التحكيم. ٤ - ٥ ... "(٤).

ومنح محكمة التحكيم سُلطة إصدار أوامر وقتية لا يعني أن كل حكم يأمر بإجراء مؤقت يُمكن أن يوصف بأنه حكم تحكيم، طالما لا يفصل في

(١) وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 6 déc. 2001: Procédures 2002, n. 27, obs.  
Croze- Rappr. CA Paris, 1<sup>re</sup> C, 26 oct. 2000: Rev. arb.  
2001, 200, obs. Pinsolle- CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. C, 7 oct. 2004:  
Rev. arb. 2005, p. 737, note E. Jeuland.

(٢) انظر: عبد الرازق السنهوري، الوسيط، ج ٢، رقم ٣٦٠، ص ٦٢٢ - فتحي والي، الوسيط، رقم ٣٣٨، ص ٦٣٣.

CA Paris, 7 oct. 2004: D. 2005, p. 3062, obs. Th. Clay.

(٣) وتجري عبارة هذه الفقرة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

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.

(٤) وتجري عبارة هذه الفقرة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

A moins que les parties en soient convenues autrement et sous réserve des dispositions du présent titre, s'appliquent à l'arbitrage international les articles: 1<sup>o</sup> ... 2<sup>o</sup> ... 3<sup>o</sup> 1462, 1463 (alinéa 2), 1464 (alinéa 3), 1465 à 1470 et 1472 relatifs à l'instance arbitrale; 4<sup>o</sup> ... 5<sup>o</sup> ...

كل أو جزء من موضوع النزاع. ولهذا؛ مثل هذه الأوامر لا يُمكن الطعن عليها بالبطلان، كما أن حجيتها مؤقتة. وفي قضية تخلص وقائعها في أن رئيس محكمة التحكيم؛ عند النطق بحكم تحكيم متضمنا فتح حساب للحارس القضائي لاستلام بعض المبالغ المتنازع عليها، أمر بإيداع تلك المبالغ لدى نقيب المحامين انتظارا لتوقيع اتفاق الحراسة. وطعن على هذا الأمر بالبطلان أمام محكمة استئناف باريس Paris على أساس أنه تضمن القضاء بالتزام على عاتق الشركة الطاعنة مؤداه إيداع المبالغ لدى نقيب المحامين وهو ما لم يُقرره حكم التحكيم. إلا أن محكمة الاستئناف قضت بعدم قبول الطعن في الأمر استنادا إلى أنه لا يُشكل أي إضافة للالتزامات الناشئة عن حكم التحكيم، ولم يفصل في كل أو جزء من موضوع النزاع. وطعن على حكم الاستئناف أمام محكمة النقض فقضت بأن حكم التحكيم هو ذلك العمل الذي يفصل بصورة قطعية في كل أو جزء من النزاع المطروح أمام المحكم؛ ويستوي أن يتعلق هذا الفصل بالموضوع، أو بالاختصاص، أو بدفع إجرائي يؤدي إلى وضع نهاية لخصومة التحكيم. وأضافت المحكمة أنه لما كان الأمر؛ محل الطعن بالاستئناف، لم يفصل في شئ من ذلك وإنما كل ما تضمنه هو مجرد عمل ترتيب للفترة الانتقالية بين النطق بحكم التحكيم وإبرام اتفاق الحراسة، وذلك ضمانا لفاعلية حكم التحكيم، إذ إيداع أي مبالغ خلال الفترة المذكورة في حساب الحارس وقبل توقيع اتفاق الحراسة يُعفي الحارس من أي التزام، ومن ثم يكون حكم محكمة الاستئناف صادف صحيح القانون حين استخلص أن الأمر لا يُمكن وصفه بحكم التحكيم وأن الطعن عليه بالبطلان غير مقبول<sup>(١)</sup>.

وتعليقا على هذا الحكم قيل بأن موضوع الأمر المطعون عليه ينطوي على إجراءات وقتية، أما حكم التحكيم فيفترض أن تفصل محكمة التحكيم

(١) وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 oct. 2011: Procédures 2011, comm. 369, note L. Weiller.

بكل أعضائها في كل أو جزء من النزاع المطروح أمامها. كما أن الأمر صدر من رئيس المحكمة وليس من المحكمة ذاتها وهو بذلك بمثابة إجراء وقتي للفترة الانتقالية بين النطق بحكم التحكيم وإبرام اتفاق الحراسة المنصوص عليها في الحكم، ولم يفصل في أي نزاع، ومن ثم لا يُشكل حكم تحكيم ولا يجوز حُجّية الأمر المقضي ولا يقبل الطعن عليه بالبُطلان<sup>(١)</sup>.

٤٣- حُجّية حكم التحكيم المختلط: الحكم المختلط؛ بصفة عامة، هو الحكم الذي يتضمن في منطوقه؛ في ذات الوقت، الفصل في جزء من موضوع النزاع الأساسي بصورة قطعية، كما يتضمن حكما قبل الفصل في الموضوع؛ كالأمر بإجراء من إجراءات التحقيق أو الأمر بإجراء وقتي<sup>(٢)</sup>. ومن ثم؛ فإن المسائل التي فصل فيها بصورة قطعية؛ من

(١) انظر:

J. ORTSCHIED: Note sous: Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 oct. 2011: JCP G 2011, II, n. 511432.

(٢) وتجدر الإشارة؛ في هذا الصدد، أنه يجب التمييز بين الحكم الصادر في الموضوع، والحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع، والحكم المختلط. والحكم الصادر في الموضوع هو الذي يُنهي النزاع تماما، وتترتب عليه الآثار العادية للحكم وبصفة خاصة استفاد ولاية القاضي على النزاع وتمتع الحكم بحجية الأمر المقضي. والحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع هو الذي يصدر أثناء سير الخصومة؛ كالأمر بإجراء من إجراءات التحقيق أو بإجراء وقتي مثلا، ويرمي إلى التحضير للفصل نهائيا في موضوع النزاع الأساسي أو في جزء منه- وفي فرنسا؛ تنص المادة ٤٨٢ من قانون المرافعات على أن الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع لا يجوز حُجّية الأمر المقضي. وتجري عبارة هذه المادة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

Le jugement qui se borne, dans son dispositif, à ordonner une mesure d'instruction ou une mesure provisoire n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée.

والحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع لا يجوز الحُجّية، سواء استجاب للأمر بالإجراء أم رفض الأمر به. وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. Ch. réunites 19 mai 1965: D. 1965, 461, note Laroque- CA Paris, 29 avr. 1988: Bull. avoués 1988, 2, 55.

أيضا؛ الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع لا يستنفذ به القاضي ولايته على النزاع، (م ٤٨٣ مرافعات فرنسي)، ولا يجوز الطعن فيه على استقلال عن الأحكام الصادرة في الموضوع إلا في الحالات التي ينص عليها القانون، (م ٥٤٥ مرافعات فرنسي). وعدم جواز الطعن على استقلال؛ في الأحكام الصادرة قبل الفصل =

موضوع النزاع الأساسي، هي التي تحوز حُجية الأمر المقضي ويستتفد القاضي ولايته بشأنها دون الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع<sup>(١)</sup>.

ويحدث كثيرا؛ في الواقع العملي، أن تصدر أحكام تحكيم مُختلطة. وفي مثل هذه الحالة؛ قد يصعب تحديد أجزاء الحكم التي تحوز حُجية الأمر المقضي وتلك التي لا تتمتع بها. وفي قضية تخلص وقائعها في أن حكم تحكيم صدر بفسخ الاتفاقيات المبرمة بين الأطراف بسبب الأخطاء التي وقعت من أحد هؤلاء فقط، واحتفظ الحكم صراحة بالحق في التعويض الذي قد يُستحق للطرف الآخر. وأقام هذا الأخير؛ بخصوص التعويض، دعوى تحكيمية أمام ذات محكمة التحكيم السابقة، وقبلت المحكمة

---

= في الموضوع، يتعلق بالنظام العام، ويتعين على القاضي إثارته من تلقاء نفسه. وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 20 juin 1979: D. 1980, inf. rap. 49, obs. Julien- Cass. com., 2 oct. 1984: Gaz. pal. 1985, pan. 18, obs. Guinchard.

أما الحكم المُختلط فهو الذي يأمر بإجراء من إجراءات التحقيق ويفصل في ذات الوقت بصورة قطعية في جزء من المنازعة. ومثال للحكم المُختلط: أن تحكم المحكمة بمسئولية المدعى عليه بالتعويض، وتأمّر بإحالة الأمر للخبير لتقدير هذا التعويض. والحكم المُختلط يحوز حُجية ويستتفد به القاضي ولايته وذلك بالنسبة للمسألة التي فصل فيها قطعيا دون غيرها من المسائل التي كانت محلا للحكم قبل الفصل في الموضوع، (م ١/٤٨١ مرافعات فرنسي). وحول الأحكام المُختلطة، انظر:

G. DURRY: Les jugements dits mixtes, RTD civ., 1960, p. 5- M. PANNETIER: Les jugements mixtes au regard de la recevabilité du contredit et de l'appel, Bull. avoués 1984, n. 92, p. 109.

(١) وتحديد ما يُعتبر من موضوع النزاع الأساسي؛ ومن ثم يكون الفصل فيه حائزا للحُجية، يُستفاد من المادة ٢/٤٨٠ من قانون المرافعات الفرنسي، والتي تنص على أن موضوع النزاع الأساسي يُقصد به موضوع النزاع كما تُحدده المادة ٤ من ذات القانون. وهذه المادة الأخيرة تنص على أن موضوع النزاع يتكون من الادعاءات المتبادلة للأطراف، وتتحدد تلك الادعاءات بما يرد في صحيفة افتتاح الدعوى وفي مذكرات الدفاع، ومع ذلك يُمكن تعديل موضوع النزاع بالطلبات العارضة إذا كانت ترتبط بالادعاءات الأصلية بصلة كافية، انظر:

J. KARILA DE VAN: Chose jugée, Dalloz, Répertoire de droit civil, 2<sup>e</sup> éd. TOME III, n. 62, p. 9- Cass. soc., 15 juin 1966: Bull. IV, n. 587.

الدعوى وفصلت في التعويض. طعن المحكوم ضده على حكم التحكيم الثاني بالبطلان، وذلك استنادا إلى أن هذا الحكم خالف حُجية الأمر القضائي لحكم التحكيم السابق. وأثناء نظر محكمة استئناف باريس Paris للطعن قضت بأن محكمة التحكيم لم تُخالف حُجية الأمر القضائي بالنسبة لقرارها السابق؛ حيث تقتصر هذه الحُجية على مسألة الفسخ، أما ما يتعلق بالحق في التعويض فلم تفصل فيه محكمة التحكيم ولا يجوز حُجية الأمر القضائي<sup>(١)</sup>.

٤٤ - (٣) - الحُجية تكون لمنطوق حكم التحكيم: المنطوق هو الجزء من الحكم الذي يفصل في نقط النزاع<sup>(٢)</sup>. ومن المقرر أن أحكام القضاء يجب أن تتضمن بيان المنطوق، (م ٢/١٧٨ مرفعات مصري، ٢/٤٥٥ مرفعات فرنسي)<sup>(٣)</sup>. كما أن المادة ٣/٤٣ من قانون التحكيم المصري أوجبت أن يشتمل حكم التحكيم على منطوق الحكم، وذلك على عكس الوضع في القانون الفرنسي حيث لا يشترط أن تصدر أحكام التحكيم في شكل منطوق. فالمادة ١/١٤٨٢ من قانون المرافعات تكتفي بالقول بأن حكم التحكيم يعرض بإيجاز الادعاءات المتبادلة للأطراف ووسائل دفاعهم<sup>(٤)</sup>.

(١) وتطبيقا لذلك، انظر:

CA Paris, 20 nov. 1981: Gaz. pal. 1982, 1, somm. p. 6-  
Également, CA Paris, 25 juin 1982: Rev. arb. 1983,  
p. 344.

(٢) انظر: عبد الرازق السنهوري، الوسيط، ج ٢، رقم ٣٦٠، ص ٦٢٢ - فتحي والي، الوسيط، رقم ٣٣٨، ص ٦٣٣.

(٣) وتجري عبارة هذه الفقرة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

**Il énonce la décision sous forme de dispositif.**

(٤) وتجري عبارة هذه الفقرة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

**La sentence arbitrale expose succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens.**

وهنا تبرز أحد أوجه خصوصية حُجية حكم التحكيم في القانون الفرنسي<sup>(١)</sup>. ومن ثم؛ بالنسبة لأحكام التحكيم في هذا القانون لن يكون المنطوق هو المكان المُفضل الذي ترد فيه حُجية الشئ المُقضي<sup>(٢)</sup>، وإنما يُمكن استخلاص تلك الحُجية من الشئ المحكوم فيه الذي كان يجب عزله ووضعه في المنطوق. وهذا الاستخلاص يجب أن يكون وفق عملية عقلية ومنطقية<sup>(٣)</sup>.

والأصل اقتصار حُجية حكم التحكيم على ما فصل فيه منطوقه بصورة قطعية<sup>(٤)</sup>. فهذا المنطوق هو الذي يشتمل على قرار المُحكم الذي يفصل في النزاع<sup>(٥)</sup>. ويستوي أن يكون ما ورد في المنطوق صريحا أو ضمنيا<sup>(٦)</sup>.

(١) وتعال هذه الخصوصية اهتمام الفقه في الوقت الحالي، انظر:

Ch. JARROSSON: L'autorité de chose jugée des sentences arbitrales, Procédures 2007, étude 17-  
D. HASCHER: L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales, Comité français de l'arbitrage 2000-2, p. 17- P. MAYER: Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international in Mélanges Cl. Reymond, p. 185- Ch. SERAGLINI: Brèves remarques sur les recommandations de l'association de droit international sur la litispendance et l'autorité de la chose jugée en arbitrage, Rev. arb. 2006, p. 909.

(٢) انظر:

Cl. BRENNER: Les conceptions actuelles de l'autorité de la chose jugée en matière civile, in Le Nouveau Code de procédure civile, Economica, 2006, p. 221.

(٣) انظر:

G. BOLARD: Le demandeur doit présenter dans la même instancetoutes les demandes fondées sur la même cause, JCP 2008, II, n. 4210170.

(٤) وتطبيقا لذلك، في فرنسا، انظر:

Cass. 2e civ., 13 juill. 2006: JCP 2006, IV, 2787- Cass. com., 14 nov. 1997: Bull. IV, n. 15.

(٥) انظر: محمودمصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين، ص ١٠٤.

(٦) فقد يفصل المنطوق في نقط النزاع، لا على وجه صريح، بل بطريق ضمني، فثبت الحُجية للمنطوق الضمني مادام هو النتيجة الحتمية للمنطوق الصريح. وتطبيقا=



أما أسباب الحكم فلا تكون لها حُجْية الأمر المقضي فيما عرضت له من المسائل، مهما بلغ من صراحة الأسباب، ما لم ترتبط هذه الأسباب ارتباطاً وثيقاً بمنطوق الحكم؛ كأن تُحدد معناه أو تُكمله، على نحو لا يقوم المنطوق بدونها، وإذا عُزل عنها المنطوق صار مُبهماً أو ناقصاً. وفي هذه الحالة؛ تكون للأسباب التي يقوم عليها الحكم؛ وتُشكل مع منطوقه وحدة لا تقبل التجزئة، حُجْية بالقدر الكافي لحمل المنطوق<sup>(١)</sup>. ولهذا؛ لا تمتد حُجْية حكم التحكيم للحثثيات الواردة به على سبيل التزديد، طالما أن منطوقه يُمكن أن يظل قائماً بدونها<sup>(٢)</sup>.

أيضاً؛ حُجْية حكم التحكيم لا تشمل ما أغفلت هيئة - أو محكمة - التحكيم الفصل فيه من طلبات، حيث يجوز للأطراف العودة للهيئة - أو المحكمة - التي أغفلت الفصل في الطلبات وتقديم طلب إليها لإصدار حكم تحكيم إضافي بشأنها<sup>(٣)</sup>. ويكون لهذا الحكم التكميلي حُجْية الأمر المقضي. ولا يختلف الأمر؛ في كل ما سبق، عن الأصل العام المقرر بالنسبة لحُجْية الأحكام القضائية<sup>(٤)</sup>.

= لذلك، انظر: نقض مدني ٢٠٠٣/٤/٧، مجموعة المكتب الفني، س ٥٤، ج ١، رقم ١٠٥، ص ٦٠٩. وفي فرنسا، انظر:

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 juill. 2003: Bull. II, n. 238- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 22 mai 1995: Bull. II, n. 150- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 19 déc. 1973: JCP 1974, IV, 44.

(١) وتطبيقاً لذلك، انظر: نقض مدني ٢٠٠٤/١٢/٢، مجموعة المكتب الفني، س ٥٥، ج ٢، رقم ١١٧، ص ٧٦٨ - نقض مدني ٢٠٠٤/١١/٦، مجموعة المكتب الفني، س ٥٥، ج ٢، رقم ١١٢، ص ٧٥٠ - وفي فرنسا، انظر:

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 13 juill. 2000: Juris-Data n. 2000-003100.

(٢) وتطبيقاً لذلك، انظر: نقض مدني ١٩٧٤/٣/٢٣، مجموعة أحكام النقض، س ٢٥، ص ٥٣١ - وفي فرنسا، انظر:

Cass 1<sup>re</sup> civ., 6 mai 2009: D. 2009, p. 1957, obs. X. Delpech.

وجاء في هذا الحكم، أنه إذا كان الحكم كاملاً يستند على عناصر أخرى، وأن قناعة المحكمة ومنطوق الحكم لن يتغير باستبعاد بعض الأسباب فإنها تُعتبر زائدة.

(٣) راجع: ما سيلي، رقم ١١ وما بعده، ص ١٨٠ وما بعدها والهوامش الملحقة.

(٤) وفي مصر: قضى بأن حُجْية الأمر المقضي ترد على منطوق الحكم وأسبابه المرتبطة به ارتباطاً وثيقاً. وتطبيقاً لذلك، انظر: نقض مدني ١٩٨٨/١٢/١٥، في الطعن رقم ١٩٠١ لسنة ٦٢ ق. - وفي فرنسا: قضى؛ في هذا المجال، بأن حُجْية الأمر المقضي تلتحق بما فصل فيه الحكم في منطوقه فقط. وتطبيقاً لذلك، انظر:

٤٥ - (أ) - حُجْية حكم التحكيم والأسباب التي تفصل في جزء من النزاع: تنقسم أحكام القضاء الفرنسي حول مسألة حُجْية الأسباب المرتبطة بالمنطوق. فتنحى بعض الأحكام إلى أن الأسباب المرتبطة ارتباطاً وثيقاً بمنطوق الحكم؛ والتي بدونها يكون مبهماً أو ناقصاً، تحوز حُجْية الأمر المقضي بالقدر الكافي لحمل هذا المنطوق<sup>(١)</sup>. ومع ذلك؛ تنحى أحكام أخرى إلى أن حُجْية الأمر المقضي تقتصر على ما يرد في منطوق الحكم، أما الأسباب؛ وإن شكلت الدعامة الضرورية له، فلا تحوز تلك الحُجْية<sup>(٢)</sup>. ولكن؛ تستقر أحكام هذا القضاء على رفض الاعتراف بالحُجْية للأسباب التي تفصل في جزء من موضوع النزاع خارج منطوق الحكم<sup>(٣)</sup>.

---

=Cass. 2<sup>e</sup> civ., 12 févr. 2004: Bull. II, n. 54- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 13 juill. 2006: JCP 2006, IV, 2787- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 nov. 1983: Gaz. pal. 1984, pan. 72, obs. Guinchard.

أما بالنسبة للأسباب فقد قُضي بأنها لا تحوز حُجْية الأمر المقضي إلا إذا كانت تُشكل الدعامة الضرورية للمنطوق. وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 17 oct. 1973: Bull. II, n. 259- Cass. ch. mixte 6 juill. 1985: JCP 1985, II, 20338, concl. Sadon- Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 juill. 1994: Justices 1995, 2 note Wiederkehr- Contra: Cass. 2<sup>e</sup> civ., 12 févr. 2004: Bull. II, n. 55- Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 nov. 2005: Bull. I, n. 425.

أما وقائع الدعوى فلا حُجْية لها في دعوى أخرى إلا إذا كانت الوقائع تُكمل منطوق الحكم وبدونها يكون ناقصاً، انظر: عبد الرازق السنهوري، الوسيط، ج ٢، رقم ٣٦٢، ص ٦٣٠.

(١) وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. com., 21 mars 1950: D. 1950, 381- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 17 oct. 1973: Bull. III, n. 259- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 27 avr. 1982: RTD civ. 1983, 236, obs. Normand- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 17 avr. 2008: JCP 2008, IV, 1956.

(٢) وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 12 févr. 2004: Bull. II, n. 55- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 janv. 2008: Procédures 2008, n. 73, obs. Perrot- Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 nov. 2005: Bull. I, n. 425.

(٣) وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 22 janv. 2004: D. 2004, somm. 1204, obs. Julien- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 6 avr. 2004: Bull. II, n. 152- Rapp. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 déc. 2005: Bull. I, n. 490.

أما قضاء محكمة النقض المصرية فيجري على قبول امتداد حُجية الحكم لتشمل الأسباب الضرورية واللازمة للمنطوق، وكذلك الأسباب التي تفصل في جزء من موضوع النزاع رغم ورود هذا الفصل خارج منطوق الحكم. وتقول محكمة النقض؛ في هذا الصدد، بأن قضاء الحكم ليس هو منطوق الحكم وحده، وإنما هو ذات القول الفصل في الدعوى أيا كان موضعه، سواء أكان في الأسباب أو في المنطوق، واعتبار أسباب الحكم المرتبطة بمنطوقه ارتباطا وثيقا وحدة لا تتجزأ يرد عليها ما يرد على المنطوق من قوة الأمر المقضى، والمرجع هو حقيقة ما فصلت فيه المحكمة مما تعلق بمنطوقها أو كان هذا الأخير نتيجة لها<sup>(١)</sup>.

وفي مجال التحكيم؛ ذهب رأي في الفقه إلى التوسع في نطاق حُجية الحكم، واستند في ذلك على أن المادة ٤٨٠ من قانون المرافعات الفرنسي، المتعلقة بحُجية الأمر المقضى، لا يُستفاد منها عدم منح أية حُجية لما يرد في أسباب الحكم؛ بل إن الأسباب هي فقط التي تُعطي معنى للمنطوق<sup>(٢)</sup>. وفي الواقع؛ كما يقول البعض، قصر حُجية الأمر المقضى على المنطوق يفترض أن تتم صياغة الحكم بعناية فائقة<sup>(٣)</sup>، والتي يصعب تحقيقها. وفضلا عن ذلك؛ في بعض الأحيان، لا يُمكن فهم منطوق الحكم دون الاطلاع على ما ورد في أسبابه. فمثلا: ما معنى منطوق حكم التحكيم الذي يقتصر على عبارة "رفض الطلبات"<sup>(٤)</sup>؟ بطبيعة الحال؛ هذا المعنى

(١) وتطبيقا لذلك، انظر: نقض مدني ٢٣/١٢/٢٠٠٣، مجموعة المكتب الفني، س ٥٤، ج ٢، رقم ٢٤٩، ص ١٣٩٥ - نقض مدني ٩/٥/٢٠٠٢، مجموعة المكتب الفني، س ٥٣، ج ٢، ص ٦١٦ - نقض مدني ٧/٤/١٩٩٦، مجموعة المكتب الفني، س ٤٧، ج ١، رقم ١١٨، ص ٦٣٣.  
(٢) انظر:

J. HERON: Localisation de la chose jugée ou rejet de l'autorité positive de la chose jugée in Mélanges Perrot, Dalloz, 1996, 131.

(٣) انظر:

OPPÉTIT: Note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 juill. 1972: JCP 1972, I, 843.

(٤) وتطبيقا لذلك، انظر:

CA Paris, 13 déc. 1975: Rev. arb. 1977.147, note Fouchard.

لن يتضح إلا بالاطلاع على الأسباب المرتبطة بالمنطوق. وبعبارة أخرى ؛ هذه الأسباب هي الممر الضروري واللازم لفهم ما قضى به الحكم.

ولكن ؛ قد يصعب التمييز بين الأسباب التي تُساعد على توضيح المنطوق، والتي لا تشملها الحُججة، وبين الأسباب التي تُشكل الدعامة اللازمة لحملة، والتي تلحقها الحُججة. وبصفة عامة ؛ يُمكن القول أن ما يكتسب حُججة الأمر المقضي فعلا هو الحكم بالمعنى الدقيق ؛ أي منطوق الحكم دون مُبرراته أو أسبابه المنطقية. ولكن ؛ في كثير من الحالات، تحديد نطاق حُججة المنطوق على وجه الدقة يتطلب الرجوع إلى الأسباب المرتبطة به.

والواقع العملي ؛ في مجال التحكيم الدولي، يكشف عن رؤية مرنة ترمي إلى التوسع في منح الحُججة للأسباب المرتبطة بمنطوق حكم التحكيم<sup>(١)</sup>. ويرجع ذلك إلى أن التمييز بين المنطوق والأسباب ؛ التي تتضمن قضاء في بعض نقاط النزاع، يكون أكثر صعوبة لأن صياغة البيانات الجوهرية لحكم التحكيم لا تخضع لأي شروط خاصة تستوجب تحريره في صورة منطوق<sup>(٢)</sup>.

ومع ذلك ؛ يؤكد الفقه على أن حُججة الأمر المقضي، من حيث المبدأ، لا تلحق إلا بمنطوق الحكم وينطبق ذلك على حكم التحكيم<sup>(٣)</sup>. غير أن هذا التأكيد سرعان ما يتلاشى أثره في مجال التحكيم، حيث قد يصدر حكم التحكيم دون أن يرد في شكل منطوق ؛ وذلك لأن المحكم لا يتقيد بالشكلية<sup>(٤)</sup>، فضلا عن أنه ليس دائما شخصا قانونيا. وفي هذه الحالة ؛

(١) وتطبيقا لذلك، انظر :

CA Paris, 28 nov. 1989: Rev. arb. 1990, 675- Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 juin 1991: Rev. arb. 1991, 453 note Mayer.

(٢) وتطبيقا لذلك، انظر :

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 déc. 1993: Rev. arb. 1994 note Gaudemet-Tallon.

(٣) انظر :

C. JARROSSON: L'autorité de chose jugée des sentences arbitrales, Procédures, 2007, Étude 17, n. 12.

(٤) فوقنا للمادة ١٤٨١ من قانون المرافعات الفرنسي لا يلزم اشتغال حكم التحكيم على بيان منطوقه. هذا مع ملاحظة أن المادة ٤٣/٣ من قانون التحكيم المصري أوجبت أن يشتمل حكم التحكيم على منطوق الحكم.

يكون منطوق الحكم موجودا ولكنه داخل الأسباب، وترد الحُجبية على الشئ المحكوم فيه الذي كان يجب عزله ووضعه في المنطوق.

ونتيجة لما تقدم؛ لا مفر من القبول بحُجبية الأسباب التي تفصل في جزء من موضوع النزاع رغم أن هذا الفصل يقع خارج المنطوق. وهذا الأمر؛ في القضاء الفرنسي، يُعد أحد أوجه تفرد حُجبية حكم التحكيم عن حُجبية الحكم القضائي. أما في القضاء المصري؛ فقد رأينا أن محكمة النقض المصرية تُضفي حُجبية الحكم على كل قول فصل في الدعوى؛ أيا كان موضعه، سواء ورد في المنطوق أو في الأسباب.

٤٦- (ب) - حُجبية حكم التحكيم لا تشمل كل ما يرد في منطوقه؛ رغم صدور حكم التحكيم في شكل منطوق، إلا أن الحُجبية لا تشمل بالضرورة كل ما يرد فيه. ففي الواقع العملي؛ يميل أعضاء هيئة - أو محكمة - التحكيم إلى تضمين الحكم الإشارة إلى المبلغ الخاص بأتعابهم. فهذه الإشارة لا تحوز حُجبية الأمر المقضي. وفي قضية تخلص وقائعها في أنه أثناء المنازعة حول أتعاب المحكم تمسك بأن حكم التحكيم؛ الذي أيدته محكمة الاستئناف، حاز حُجبية الأمر المقضي بما تضمنه من تحديد الأتعاب، إلا أن محكمة النقض انتهت إلى أن حُجبية هذا الحكم لا تمتد إلى ما ورد في منطوقه حول الأتعاب<sup>(١)</sup>.

وفي ذات السياق؛ قضت محكمة استئناف باريس Paris بأن تحديد مبلغ أتعاب المحكمين لا يُشكل جزءا من موضوع النزاع، وهذا التحديد ينشأ عن عقد التحكيم الذي يختلف عن اتفاق الأطراف على التحكيم الذي يُحدد موضوع النزاع<sup>(٢)</sup>. وبعبارة أخرى؛ حكم التحكيم يحوز حُجبية الأمر المقضي بالنسبة للمنازعة التي فصل فيها، أما الإشارة إلى مبلغ الأتعاب فلا يفصل في شئ سوى أنه يوزع نسب الأتعاب بين الأطراف.

(١) وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 janv. 1987: Bull. civ. 1987 I n. 2, p. 1.

(٢) وتطبيقا لذلك، انظر:

CA Paris, 11 mai 1984: Rev. arb. 1984.483, note Rondeau-Rivier.

٤٧- (ج) - حُجِّية حكم التحكيم بالنسبة للمصاريف: تجدر الإشارة؛ في هذا الصدد، أن بعض أنظمة التحكيم الدولية تُجيز لبيئة- أو محكمة- التحكيم أن تُضمن في حكمها الحكم بمصاريف التحكيم. فالمادة ١/٤٢ من قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي تقضي بأن هيئة التحكيم تُحدد مصاريف التحكيم في حكم التحكيم المنهي للخصومة أو في قرار آخر إذا رأت ذلك مُناسباً. وتضمنت الفقرة الثانية من ذات المادة تحديداً حصرياً لما يشتمله مُصطلح المصاريف<sup>(١)</sup>. وبالربط بين المادة ١/٤٢ والمادة ٢/٣٤<sup>(٢)</sup> يتضح أنه إذا اشتمل حكم التحكيم على تحديد أي من المصاريف المُشار إليها في المادة ٢/٤٢ فإن هذا الحكم يكون نهائياً ومُلزماً للأطراف، أي حائزاً للحُجِّية الأمر المقضي. فعبارة مُلزماً في هذا الصدد تُعادل عبارة الحُجِّية.

كما أن المادة ٣/٣١ من قواعد غرفة التجارة الدولية تنص على أن مصاريف التحكيم تُحدد في حكم التحكيم ويُعين الطرف المُلتزم بتحملها، أو مقدار الجزء الذي يتحملة كل طرف. وحددت الفقرة الأولى من ذات المادة ما تشمله مصاريف التحكيم<sup>(٣)</sup>. كما أن الفقرة الثانية تُجيز لمحكمة

(١) وتنص هذه الفقرة على أن: "يشتمل مُصطلح "المصاريف" فقط على ما يلي: (أ) - رسم تسجيل على النحو المُحدد طبقاً للمادة ٤٣ من القواعد. (ب) - المصاريف الإدارية على النحو المُحدد طبقاً للمادة ٤٤ من القواعد. (ج) - أتعاب هيئة التحكيم على النحو المُحدد طبقاً للمادة ٤٥ من القواعد. (د) - نفقات السفر المعقولة وأية نفقات أخرى يتكبدها المحكمون. (هـ) - المصاريف المعقولة للخبرة ولأي مساعدة، ( ترجمة، محاضر الجلسات، وما إلى ذلك )، تطليها هيئة التحكيم. (و) - نفقات السفر المعقولة وأية نفقات أخرى للشهود في حدود ما توافق عليه هيئة التحكيم. (ز) - المصاريف القانونية وغيرها مما يتكبده الأطراف فيما يتعلق بالتحكيم في حدود المبالغ التي ترى هيئة التحكيم أنها معقولة. (ح) - أية أتعاب أو نفقات لسلطة التعيين في حالة عدم اختيار المركز ليكون سلطة التعيين".

(٢) وتنص على أنه: "تصدر جميع أحكام التحكيم كتابية، وتكون نهائية ومُلزمة للأطراف. ويجب على الأطراف تنفيذ جميع أحكام التحكيم دون تأخير".

(٣) وتنص هذه الفقرة على أن: "تشمل مصاريف التحكيم أتعاب المحكمين ومصاريفهم، والمصاريف الإدارية لغرفة التجارة الدولية، كما حددتها البيئة وفقاً للجدول الحسابي المعمول به لدى رفع دعوى التحكيم، وتشمل كذلك أتعاب الخبراء الذين تميّنهم محكمة التحكيم ومصاريفهم وكذلك المصاريف المعقولة التي يتحملها الأطراف للدفاع أمام التحكيم".

التحكيم في أي مرحلة من مراحل التحكيم أن تتخذ قرارات أخرى بشأن مصاريف التحكيم غير تلك التي حددتها الهيئة<sup>(١)</sup>. ومن ثم؛ إذا ورد في حكم التحكيم تحديد المصاريف والطرف الملتزم بها، أو مقدار الجزء الذي يتحمله كل طرف، فإن هذا الحكم يجوز الحجية ويكون ملزما للأطراف؛ وذلك عملاً بالمادة ٦/٢٨ من قواعد الغرفة<sup>(٢)</sup>.

وتجري أحكام القضاء؛ في فرنسا، على أن ما يخضع لرقابة قضاء الدولة من قرارات المحكم هو ما يتوافر له وصف حكم التحكيم ولا يتوافر هذا الوصف إلا إذا فصل قرار المحكم في كل أو جزء من موضوع النزاع أو في مسألة الاختصاص أو في مسألة إجرائية توضع نهاية للخصومة<sup>(٣)</sup>. وقضت محكمة النقض؛ في هذا الصدد، أن الأمر الذي يصدره المحكم بتحديد الأتعاب المستحقة للخبير وتوزيعها مناصفة بين الطرفين، لا يفصل في كل أو جزء من موضوع النزاع بين الأطراف، ولا في مسألة الاختصاص، ولا في مسألة إجرائية توضع نهاية لخصومة التحكيم، ومن ثم تكون محكمة الاستئناف طبقت صحيح القانون حين قضت بعدم قبول الاستئناف المرفوع ضد هذا الأمر باعتباره لا يشكل حكماً تحكيمياً في معنى

---

(١) والهيئة الدولية للتحكيم المنبثقة عن غرفة التجارة الدولية هي جهاز التحكيم التابع التابعة لغرفة التجارة الدولية، ويرد نظام الهيئة الأساسي في الملحق رقم (١)، ويُعين المجلس العالمي لغرفة التجارة الدولية أعضاء الهيئة، وتتمثل المهمة الملقاة على عاتق الهيئة في أن تُنصح، من خلال التحكيم الدولي، سبيلاً لحل = الخلافات ذات الطابع الدولي التي تنشأ في مجال الأعمال. وذلك طبقاً لنظام تحكيم غرفة التجارة الدولية، (المشار إليه فيما بعد باسم "النظام"، وللهيئة أيضاً أن تهين طبقاً لهذا النظام، السبيل لحل خلافات قد تنشأ في مجال أعمال لا تكتسي طابعاً دولياً إذا كان هناك اتفاق تحكيم يخولها هذه الصلاحية، (م ١/١ نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية).

(٢) وتنص هذه الفقرة على أن: "يكون كل حكم تحكيمي ملزماً للأطراف. ويتعهد الأطراف، لدى إحالتهم النزاع إلى التحكيم وفقاً لهذا النظام، بتفويض أي حكم تحكيم دون تأخير، ويعتبرون بذلك قد تنازلوا عن كل طرق الطعن".

(٣) وتطبيقاً لذلك، انظر:

CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. C, 11 avr. 2002: JCP G 2003, I, 105, n. 12, obs. J. Ortscheidt.

المادة ١٤٨٢ وما بعدها من قانون المرافعات<sup>(١)</sup>. وطالما أن هذا الأمر لا يشكل حكما تحكيميا فإنه لا يجوز بالتالي حجية الأمر المقضي.

٤٨- (د) - حجية حكم التحكيم وعبرة " ورفض كل ما عدا ذلك من الطلبات " : تحتوي أحكام التحكيم في منطوقها؛ أحيانا، على عبارة نموذجية من قبيل: " ورفض كل ما عدا ذلك من طلبات ". وترمي هيئة - أو محكمة - التحكيم من وراء مثل هذه العبارة إلى توقي ما يُحتمل أن يُنسب إلى الحكم من أنه أغفل الفصل في بعض الطلبات الأخرى. ولا تتور أي مشكلة في حالة عدم وجود إغفال حقيقي يُمكن القول أن الحكم انطوى عليه<sup>(٢)</sup>. فالعبارة؛ في هذا الفرض، تُصبح عديمة الأهمية ولا أثر لها، لأنها لا تُشكل أي ضرر. وفي المقابل؛ تتور الصعوبة حول المقصود من عبارة " ورفض كل ما عدا ذلك من الطلبات " في حالة خلو الحكم من الأسباب التي تُبرر هذه العبارة وما انطوت عليه من رفض. ومثل هذه العبارة؛ في مجال الأحكام القضائية، لا تعني أن الحكم فصل في الطلبات إذا كانت هناك طلبات أغفل الحكم الفصل فيها فعلا، ولم يرد

(١) وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 juin 2009: JCP E 2009, II, n. 1782.

وكانت المادة ١٤٨٢ تضع قاعدة مؤداها جواز الطعن بالاستئناف في أحكام التحكيم ما لم يتنازل الأطراف صراحة في اتفاق التحكيم عن الإستهئناف. كما أن ذات المادة كانت تحظر استئناف أحكام التحكيم في حالة ما إذا كان المحكم مفوضا بالصلح ما لم يتفق الأطراف صراحة في اتفاق التحكيم على الاحتفاظ بحق الطعن بالاستئناف. ويصدر الرسم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١ عدل المشرع أحكام الطعن بالاستئناف في = أحكام التحكيم، حيث أورد في المادة ١٤٨٩ من قانون المرافعات قاعدة مؤداها أن حكم التحكيم لا يقبل الاستئناف ما لم تتفق إرادة الأطراف على خلاف ذلك. وتجري عبارة هذه المادة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

**La sentence n'est pas susceptible d'appel sauf volonté contraire des parties.**

(٢) ويتحقق الإغفال إذا ظل الطلب باقيا على حاله أمام المحكمة دون أن تقضي فيه صراحة أو ضمنا. وتطبيقا لذلك، انظر: نقض مدني ١٩/٥/١٩٧٠، مجموعة المكتب الفني، س ٢١، ج ٢، رقم ١٣٦، ص ٨٥٣. ويكون السبيل الوحيد لعلاج هذا الإغفال هو بالرجوع إلى المحكمة التي أصدرت الحكم لتستدرك ما فاتها الفصل فيه. وتطبيقا لذلك، انظر: نقض مدني ١٣/٥/١٩٧٠، مجموعة المكتب الفني، س ٢١، ج ٢، رقم ١٣٣، ص ٨٣١.



أي إشارة إليها في أسباب الحكم. وإذا أوردت المحكمة في منطوق الحكم أنها: " رفضت ما عدا ذلك من الطلبات "، فذلك لا يعتبر قضاءً منها في الطلب الذي أغفلته لأن عبارة: " رفضت ما عدا ذلك من الطلبات "، لا تنصرف إلا إلى الطلبات التي كانت محلاً لبُحث هذا الحكم ولا تمتد إلى ما لم تكن المحكمة قد تعرضت له بالفعل لا صراحة ولا ضمناً<sup>(١)</sup>. أيضاً؛ قضي بأنه إذا كان الجزء الذي رفضته المحكمة مع طلبات أخرى يجد تسيباً له في الحكم فإننا نكون أمام حكم حقيقي بالرفض ومحور حُجية الأمر المقضي<sup>(٢)</sup>. ومن ثم؛ عبارة: " ورفض كل ما عدا ذلك من الطلبات " لا تنصرف إلا إلى الطلبات التي كانت محلاً لبُحث الحكم. أما الطلبات التي لم يتناولها الحكم بالبحث فتكون المحكمة أغفلت الفصل فيها، ويكون سبيل تدارك ذلك بالرجوع إليها لتستدرك ما فاتها الفصل فيه.

(١) وتطبيقاً لذلك، انظر: نقض مدني ١١/١٢/١٩٩٥، مجموعة المكتب الفني، س ٤٦، ج ٢، رقم ٢٦٥، ص ١٣٤٨.

(٢) وتطبيقاً لذلك، انظر: نقض مدني ١٦/٦/١٩٥٥، مجموعة المكتب الفني، س ٦، ج ١، رقم ١٧١، ص ١٢٦٦ - وفي فرنسا، انظر:

**Cass. com., 1<sup>er</sup> juin 1976: Bull. civ. IV, n. 187.**

أما في حالة عدم اشتمال أسباب الحكم على ما يُبرر الطلب الرفض مع الطلبات الأخرى فقد انقسمت أحكام محكمة النقض الفرنسية حول المقصود بهذا الرفض الكلي. فانجبت الدائرة الثالثة إلى اعتبار ذلك بمثابة حكم حقيقي بالرفض غير مُسبب يسمح بالطعن عليه بالنقض. وتطبيقاً لذلك، انظر:

**Cass. 3<sup>e</sup> civ., 27 févr. 1985: Gaz. pal. 1985, I, p. 189, note Guinchard et Moussa- Cass. 3<sup>e</sup> civ., 4 oct. 1993: Bull. civ. III, n° 135.**

أما الدائرة الأولى والثانية فقد اعتبرتا أن الحكم بالرفض الكلي يتجرد من أي قيمة قضائية، وأن الأمر يتعلق بإغفال الفصل في الطلبات، والسبيل إلى الحصول على حكم حقيقي ليس الطعن بالنقض وإنما بموجب طلب يُقدم للمحكمة التي أصدرت الحكم. وتطبيقاً لذلك، انظر:

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 févr. 1981: Bull. civ. I, n. 51- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 juill. 1992: JCP G 1992, IV, 293.**

وهذا ما تأخذ به حكم النقض المصري، انظر: نقض مدني ٢٢/٣/١٩٧٦، مجموعة المكتب الفني، س ٢٧، ج ٢، رقم ١٤٢، ص ٧١٨ - وبموجب حكم للهيئة العامة لمحكمة النقض الفرنسية في عام ١٩٩٩ تبنت فيه توجه الدائرتين الأولى والثانية، وأصبح هذا الحل مُستقراً. وتطبيقاً لذلك، انظر:

**Cass. 3<sup>e</sup> civ., 1<sup>er</sup> déc. 1999: Juris-Data n. 004295.**

وفي مجال التحكيم ؛ تصدت محكمة النقض الفرنسية لمسألة اشتغال منطوق حكم التحكيم على عبارة " ورفض كل ما عدا ذلك من الطلبات " ، والتي يرفض الحكم بموجبها جزء من الطلبات الأخرى للمُحكّم ، وقضت محكمة النقض بأن مثل هذه العبارة لا تحوز أية حُجّية. وفي قضية تخلص وقائعها في أن حكم التحكيم أورد في منطوقه عبارة: " ورفض كل ما عدا ذلك من الطلبات " ، وطعن المحكوم ضده على الحكم بالبطلان فقضت محكمة الاستئناف يُبطلان الحكم لانعدام التسيب. وطعن على حكم محكمة الاستئناف أمام محكمة النقض حيث قضت بنقضه مُبررة ذلك بالقول: " أن قضاء محكمة الاستئناف يُبطلان حكم التحكيم ، في حين أن هذا الأخير استعمل عبارة: " ورفض كل ما عدا ذلك من الطلبات " ؛ وهي عبارة عامة للرفض ، تُشكل عبارة نموذجية تتجرد من أي معنى طالما أن الحكم لم يورد بشأنها أي تسيب. ومن ثم ؛ تكون محكمة التحكيم أغفلت الفصل في الطلبات محل الخصومة ، وأن هذا الإغفال لا يفتح الطعن بالبطلان على حكم التحكيم<sup>(١)</sup>.

ويُستخلص من هذا القضاء: من جهة أولى ؛ أنه إذا ورد في منطوق حكم التحكيم رفض جزء من الطلبات بصورة كلية ، دون تسيب يُذكر ، فإن هذا الرفض يتجرد من أي حُجّية ، ولا يفتح المجال للطعن على حكم التحكيم بالبطلان. ومن جهة أخرى ؛ هذا الرفض يُشكل إغفالا للفصل في الطلبات. ومن ثم ؛ يكون لصاحب الشأن اللجوء إلى محكمة التحكيم التي أصدرت الحكم للحصول منها على حكم تكميلي للحكم الأصلي عملا بالقواعد المنصوص عليها في المادة ١٤٨٩ من قانون المرافعات الفرنسي<sup>(٢)</sup>.

(١) وتطبيقا لذلك ، انظر :

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 déc. 2003: Bull. II, n. 155- V. aussi Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 juin 2000: Rev. arb. 2001, p. 729, note H. Lécuyer- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 6 déc. 2001: Bull. II, n. 183- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 31 janv. 2002: Bull. inf. p. 21.

وفي تأسيس المحكمة لحكمها الصادر عام ٢٠٠٣ فقد استندت في نقضها للحكم المطعون فيه على المادة ١٤٧٥ ؛ والتي كانت تتضمن الأحكام الخاصة باستنفاد المحكم لولايته على النزاع ، وسلطته في تفسير وتصحيح الحكم والفضل فيما أغفل الفصل فيه. كما استندت المحكمة على نص المادة ١٤٨٤ من قانون المرافعات ؛ والتي كانت تتضمن تحديد حالات الطعن بالبطلان على حكم التحكيم.

(٢) وحول إجراءات الحصول على حكم تحكيم تكميلي ، راجع: ما سيلي رقم ١١١ ص ١٨٠ وما بعدها.

٤٩ - (٥) - حُجْية حكم التحكيم وخلو منطوقه من أي إلزام: سبق القول؛ بالنسبة للقانون الفرنسي، أن تخلف المنطوق لا يعني بالضرورة عدم وجود حكم التحكيم. والتساؤل الآن هو: هل مجرد اشتغال حكم التحكيم على المنطوق يعني بالضرورة إسباغ الحجية عليه؟ لم تُفتح المناسبة لإبداء موقف القضاء حول مثل هذا الفرض. وفي قضية تخلص وقائعها في أن المحكوم له؛ في حكم تحكيم، طعن ببطلان الحكم بسبب خلو منطوقه من أي إلزام، ولكن محكمة الاستئناف رفضت الطعن على أساس أن السبب الذي تمسك به الطاعن لا يندرج ضمن حالات بطلان حكم التحكيم التي أوردها المادة ١٤٨٤ من قانون المرافعات، (م ١٤٩٢ بعد صدور المرسوم ٤٨ لسنة ٢٠١١). وعند الطعن على حكم محكمة الاستئناف قضت محكمة النقض برفض الطعن على سند من أن ما حكمت به محكمة الاستئناف صادف صحيح القانون<sup>(١)</sup>. وفي تقديرنا؛ فإن ما انتهت إليه محكمة النقض من رفض الطعن استند على أساس أن حالات البطلان واردة على سبيل الحصر، وهذا السبب أغناها عن بحث مسألة مدى حُجْية منطوق حكم التحكيم الذي يخلو من أي إلزام.

٥٠ - (و) - حُجْية حكم التحكيم الصادر باتفاق الأطراف: ثار جدل حول ما إذا كان اتفاق الأطراف على تسوية النزاع أثناء التحكيم ينطبق عليه وصف حكم التحكيم من عدمه. وتبدو أهمية المسألة في أنه في حالة اكتساب هذه التسوية لوصف الحكم فذلك يترتب عليه نتائج هامة؛ منها: تمتعه بحجية الأمر المقضي، وإمكانية الحصول على الأمر بالتنفيذ، وإتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري بموجبيه، وجواز الطعن عليه<sup>(٢)</sup>. وإذا كان المشرع؛ سواء في مصر أو فرنسا، لم يُعرف حكم التحكيم إلا أن أحكام القضاء جرت على أن الأمر يتعلق بحكم تحكيم إذا فصل في كل أو جزء من النزاع بصورة قطعية، وسواء تعلق هذا الفصل بالموضوع أو بالاختصاص أو بمسألة إجرائية تُضع نهاية الخصومة التحكيم<sup>(٣)</sup>.

(١) وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 19 avr. 1985: Rev. arb. 1986, p. 57, note Ch. Jarrosson.

(٢) انظر:

J. BEGUIN: Droit de l'arbitrage, La sentence arbitrale d'accord-partie, JCP G 2012, II, 501354.

(٣) وتطبيقاً لذلك، انظر:

CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. C, 4 avr. 2002: JCP G 2003, I, 105, n. 12-  
CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. C, 11 avr. 2002: JCP G 2003, I, 105, n. 12, obs. J. Ortscheidt.

وفي الحقيقة ؛ يُمكن القول بأن الإلزام ليس هو معيار العمل القضائي ، وبالتالي فإن هذا الإلزام ليس ضروريا لوجود حُججة الأمر المقضي. فبعض التشريعات وأنظمة التحكيم الدولية تُجيز للأطراف تسوية النزاع أمام هيئة - أو محكمة - التحكيم ويصدر الحكم في هذه الحالة باتفاقهم ، ويكون لهذا الحكم ذات الطبيعة والأثر القانوني كأى حكم تحكيم آخر يصدر في موضوع الدعوى<sup>(١)</sup>.

ورغم أن حكم التحكيم الذي يصدر بإثبات اتفاق الأطراف حول المسألة المتنازع فيها أثناء الخصومة لا ينطوي بالضرورة على أى إلزام ، إلا أنه يُعد حكما تحكيميا ويجوز حُججة الأمر المقضي. ويُستفاد ذلك من نص المادة ٤١ من قانون التحكيم المصري<sup>(٢)</sup> ، والمادة ١/٣٦ من قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي<sup>(٣)</sup> ، والمادة ٢٦ من نظام التحكيم التابع لغرفة التجارة الدولية<sup>(٤)</sup> ، والمادة ٣٠ من القانون النموذجي<sup>(٥)</sup>.

(١) وتجدر الإشارة أنه أيا كان الوصف الذي تُسبغه هيئة - أو محكمة - التحكيم على ما يصدر عنها ، فإن قاضي الدولة هو من يُقدر ما إذا كان ذلك يُشكل حكم تحكيم من عدمه. وفي فرنسا: يقوم القاضي بهذا التكييف ؛ ولو من تلقاء نفسه ، مستعملا سلطاته المستمدة من المادة ١٢ من قانون المرافعات. وتطبيقا لذلك ، انظر: CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. C, 28 mars 2002: Rev. arb. 2002, p. 774.

(٢) حيث تنص على أنه: " إذا اتفق الطرفان خلال إجراءات التحكيم على تسوية تنهي النزاع كان لهما أن يطلب إثبات شروط التسوية أمام هيئة التحكيم ، التي يجب عليها فى هذه الحالة أن تُصدر قرارا يتضمن شروط التسوية وينتهي الإجراءات ويكون لهذا القرار ما لأحكام المحكمين من قوة بالنسبة للتنفيذ .

(٣) حيث تنص على أنه: " إذا اتفق الأطراف ، قبل صدور حكم التحكيم ، على تسوية تُنتهي النزاع ، كان على هيئة التحكيم إما أن تُصدر أمرا بإنهاء إجراءات التحكيم ، أو أن تُثبت التسوية ، بناء على طلب الأطراف وموافقها على هذا الطلب ، فى صورة حكم تحكيم بشروط مُتفق عليها ، ولا إلزام على هيئة التحكيم بتسيب مثل هذا الحكم. وفى حالة إصدار حكم تحكيم بشروط مُتفق عليها ، تسرى عليه الأحكام الواردة فى الفقرتين ٢ و ٤ من المادة ٣٤ . وتعلق الفقرة الثانية من المادة ٣٤ باعتبار حكم التحكيم نهائيا ومُلزما. أما الفقرة الرابعة فتتعلق بتوقيع الحكم واشتماله على بعض البيانات.

(٤) حيث تنص على أنه: " إذا توصل الأطراف إلى تسوية بعد إرسال الملف إلى محكمة التحكيم وفقا للمادة ١٣ ، فمن الممكن ، بناء على طلب من الأطراف وموافقة محكمة التحكيم ، تثبيت التسوية بحكم تحكيم يصدر باتفاق الأطراف " . فالتسوية التي يتوصل إليها الأطراف أمام محكمة التحكيم تتم فى شكل حكم تحكيم. ومن ثم ؛ يكون هذا الحكم مُلزما للأطراف عملا بالمادة ٦/٣١ من قواعد الغرفة ، وبالتالي يجوز الحجية.

(٥) حيث تنص على أنه: " ١ - إذا اتفق الطرفان ، خلال التحكيم ، على تسوية النزاع فيما بينهما ، أنهت هيئة التحكيم الإجراءات ، وإذا طلب منها الطرفان تسجيل =

ويجب تسبيب الحكم الذي يصدر بإثبات اتفاق الأطراف على تسوية النزاع أثناء التحكيم حتى يُعد عملاً قضائياً يحوز الحجية. ولا يتوافر وصف العمل القضائي في حالة اقتصر منطوق الحكم على إثبات اتفاق الأطراف على التسوية دون أي تسبيب في مدونات الحكم ذاته. وهذا ما تذهب إليه بعض أحكام القضاء الفرنسي. ففي قضية تخلص وقائعها في أن تقيب المحامين في مدينة باريس Paris أصدر قراراً جاء في منطوقه الموافقة على التسوية التي تمت بين اثنين من المحامين دون أن يرد في القرار أي تسبيب لما ورد في المنطوق. وطُعن على هذا القرار أمام محكمة استئناف فرساي Versailles فقضت لصالح أحد المحامين ضد زميله<sup>(١)</sup>. تم الطعن على هذا الحكم بالنقض فقضت المحكمة بنقضه على أساس أنه استند على ما ورد في منطوق القرار الذي جاء خلواً من أي تسبيب<sup>(٢)</sup>.

وفي تقديرنا؛ أن هذا الحكم له ما يُبرره. فالمادة ١٤٨٢ من قانون المرافعات الفرنسي، والمادة ٢/٤٣ من قانون التحكيم المصري، تتطلبان أن يكون حكم التحكيم مُسبباً، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم.

٥١- (ز) - حُجبة حكم التحكيم عند تعارض المنطوق مع الأسباب: قد يحدث؛ أحياناً، أن يتعارض منطوق الحكم مع ما ورد في أسبابه، كأن

---

=التسوية ولم يكن لها اعتراض على ذلك سجلتها = في شكل قرار تحكيم بشروط مُتفق عليها. ٢- يصدر كل قرار بشروط مُتفق عليها وفقاً لأحكام المادة ٣١ وينص فيه على أنه قرار تحكيم. ويكون لهذا القرار نفس الصفة ونفس الأثر الذي لأي قرار تحكيم آخر يصدر في موضوع الدعوى. ومن ثم؛ يكون قرار التحكيم باتفاق الأطراف ملزماً، وذلك عملاً بما تنص عليه المادة ١/٣٥، وبالتالي يحوز حجية الأمر المقضي.

(١) وتطبيقاً لذلك، انظر:

CA Versailles, ch. 1, sect. 1, 23 juin 2011: n. 09-08250,  
JurisData n. 2011-014586.

(٢) وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 nov. 2012: n. 11-24.238, JurisData n. 2012-025877.

تكون الأسباب غير مؤدية إلى القرار الذي تضمنه المنطوق. ويشور التساؤل؛ في هذه الحالة، حول أي جزء من أجزاء الحكم تلحق به الحجية؟ فمثلا: حكم التحكيم الذي يفصل بصورة متناقضة حول وقت بدء سريان الفائدة، حيث يرد في الأسباب ما يجعل هذا السريان يبدأ من تاريخ معين يختلف عن التاريخ الذي يرد في منطوق الحكم. وعندما عُرض هذا الأمر على محكمة استئناف باريس Paris قضت ببطلان الجزء من الحكم المتعلق بالفوائد<sup>(١)</sup>. وهذا القضاء يبدو غريبا، ولم يُقدم حلا للمسألة، وكل ما قدمته محكمة الاستئناف أنها اعتبرت وكأن شيئا لم يُفصل فيه من محكمة التحكيم بخصوص الفوائد.

ومسألة تناقض منطوق حكم التحكيم مع أسبابه طُرحت على محكمة النقض الفرنسية، وقضت برفض الطعن ببطلان الحكم استنادا لهذا التعارض. وأضافت المحكمة أن حكم التحكيم لا يُمكن القضاء ببطلانه بسبب تعارض منطوقه مع الأسباب، إلا إذا كان هذا التعارض ينتج من بيانات الحكم نفسها، وليس من الأوراق الأخرى في الدعوى<sup>(٢)</sup>. وفضلا عن أن هذا القضاء لم يُقدم حلا واضحا حول معرفة أي جزء من أجزاء الحكم يجوز الحجية، فإنه لا يُمكن تفسير ما قضت به المحكمة إلا على أساس أنها اعتبرت تعارض المنطوق مع الأسباب كتعارض هذه الأخيرة مع بعضها البعض<sup>(٣)</sup>، وهي مسألة بدأت محكمة النقض في التخلي عن بسط رقابتها عليها<sup>(٤)</sup>.

(١) وتطبيقا لذلك، انظر:

CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. 17 oct. 1991: Rev. arb. 1992, p. 672, obs.  
L. Zollinger.

(٢) وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 7 janv. 1999: Rev. arb. 1999, p. 272, note D.  
Foussard.

(٣) انظر:

D. FOUSSARD: Note sous Cass. 2<sup>e</sup> civ., 7 janv. 1999: Rev.  
arb. 1999, p. 282, note 26.

(٤) وتطبيقا لذلك، انظر:

وفي مصر؛ يذهب الفقه إلى أن حكم التحكيم يكون باطلا إذا وقع تعارض بين منطوقه وأسبابه<sup>(١)</sup>. كما قضت محكمة استئناف القاهرة؛ في هذا الصدد، بأنه إذا كانت هيئة التحكيم قبلت تدخل الشركة طرفاً مُنضمّاً للمُحتكم ضدها، وورد ذلك في مدونات حكمها، ثم قضت في المنطوق بشئٍ ضدها فإن الحكم يكون تهافتت أسبابه مع منطوقه، إذ لا يجوز أن يقضي الحكم في طلب ضد الشركة المتدخلة<sup>(٢)</sup>.

وفي تقديرنا؛ إذا قُضي ببطالان حكم التحكيم فإن حُجيته تزول بهذا القضاء. أما إذا رُفضت دعوى البطلان على أساس عدم وقوع تناقض بين منطوق الحكم وأسبابه فإن الحُجية تكون في الأصل للمنطوق، وإن استعصى فهم ما جاء في المنطوق مع ما ورد في الأسباب كان السبيل الوحيد لإزالة هذا الغموض عن طريق اللجوء إلى الهيئة التي أصدرت الحكم، وتقديم طلب إليها بتفسيره وفقاً للقواعد القانونية المُقررة في هذا الشأن.

---

=Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 juin 2000: Rev. arb. 2001, p. 729, note H. Lécuyer- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 6 déc. 2001: Bull. II, n. 183- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 31 janv. 2002: Bull. inf. p. 21.

وجاء في هذه الأحكام أن تناقض الأسباب هو من العيوب الموضوعية التي تلحق بالحكم ولا تندرج ضمن الحالات التي يُمكن الطعن عليه بالبطلان - وفي مصر: قضي بأن تناقض الأسباب المُبطل للحكم هو ذلك الذي تماخى به ولا يبقى من بعدها ما يمكن حمل الحكم عليه بحيث لا يمكن أن يفهم منه على أي أساس = قضت المحكمة بما قضت به، أما إذا اشتمل الحكم على أسباب تكفى لحمله وتجوز قضاءه فلا محل للنعي عليه بالتناقض. وتطبيقاً لذلك، انظر: نقض مدني ١٩٨٨/٢/٢٩، مجموعة المكتب الفني، س ٣٩، ج ١، رقم ٦٨، ص ٣٣٥ - نقض مدني ١٩٨١/٣/٢١، مجموعة المكتب الفني، س ٣٢، ج ١، رقم ١٦٤، ص ٨٩١.

(١) انظر: فتحى والسي، قانون التحكيم، رقم ٣٣٤، ص ٥٩٨ - محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، رقم ٣٧٢، ص ٥١٣ - استئناف القاهرة ٢٠٠١/١/٩، في الدعويين ٧٧، و ٧٨ لسنة ١١٧ ق.

(٢) وتطبيقاً لذلك، انظر: استئناف القاهرة ٢٠٠١/١/٩، في الدعويين ٧٧، و ٧٨ لسنة ١١٧ ق.

## الفرع الثاني

### نطاق حُجِّية حكم التحكيم

٥٢- مبدأ نسبية الحُجِّية: ترمي فكرة الحُجِّية ؛ بصفة عامة، إلى منع مباشرة دعوى جديدة تتطابق مع دعوى سابقة من حيث الأطراف والموضوع والسبب، (م ١/١٠١ إثبات مصري، م ١٣٥١ مدني فرنسي). ونتيجة لذلك ؛ لا يُمكن التمسك بالحُجِّية إذا كان أحد هذه العناصر الثلاثة في الدعوى الجديدة يختلف عنه في الدعوى التي صدر الحكم. والقاعدة بالنسبة للأحكام القضائية أنها تحوز حُجِّية نسبية ؛ أي يقتصر أثرها على أطراف الخصومة التي صدر فيها الحكم دون أن تمتد إلى الغير. فالحكم لا يُمكن أن يتولد عنه حقوق أو التزامات بالنسبة لغير أطراف الخصومة<sup>(١)</sup>. وإذا تمسك أحد في مواجهة شخص بحكم لم يكن

(١) ومع ذلك ؛ هناك أحكام لها حُجِّية مُطلقة تسري على الكافة حتى ولو لم يكونوا أطرافاً في الخصومة. ومن قبيل ذلك ؛ الحكم الصادر بإشهار الإفلاس. فهذا الحكم له طبيعة خاصة بنبيء على أنه يصدر في موضوع يتعلق بمصلحة عامة تتعلق بالنظام العام هي تنشيط الائتمان في الدولة وحماية القائمين به من الدائنين أو المدينين. ومتى تحققت المحكمة من توافر حالة قانونية في المدين المفلس ؛ هي توقفه عن سداد ديونه التجارية على نحو بنبيء عن مركز مالي مضطرب وضائفة مستحكمة يتزعزع معها الائتمان وتعرض حقوق دائنيه لخطر محقق أو كبير الاحتمال، فإن قضاءها بشهر إفلاسه لا يتوقف على إرادة دائنيه رافعي الدعوى فحسب وإنما لصالح دائنيه كذلك غير الممثلين فيها سواء كانوا ظاهرين أم غير ظاهرين بما يضحى عنه هذا الحكم ذا حُجِّية مُطلقة تسري على الكافة، وبما يرتبه القانون على صدوره من آثار على المدين المفلس في إدارة أمواله أو الأشخاص الذين تقررت لهم حقوق عليها أو تلك التي يشملها هذا الحكم. وتطبيقاً لذلك، انظر: نقض مدني ٢٠٠٥/٢/٢٢، مجموعة المكتب الفني، س ٥٦، رقم ٣٥، ص ١٩٨ - نقض مدني ٢٠٠٤/٧/٥، مجموعة المكتب الفني، س ٥٥، رقم ١٢٥، ص ٦٨٩. أيضاً؛ من المقرر أن مسائل الأحوال الشخصية مجموعة متميزة من الصفات الطبيعية أو العائلية للشخص والتي رتب القانون عليها أثراً في حياته الاجتماعية لكونه إنساناً ذكراً أو أنثى، وكونه زوجاً أو أملاً أو مطلقاً، وكونه أباً أو ابناً، وكونه كامل الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون، باعتبار أنها تقوم على تقرير مراكز قانونية أو حالات أو صفات يرتب عليها القانون أثراً في حياة الأشخاص الاجتماعية، ومن ثم فقد أحاطها المشرع بإجراءات وضمائم خاصة من بينها وجوب تمثيل النيابة العامة بوصفها نائبة عن المجتمع، وبالتالي فإن الأحكام الصادرة فيها تكون لها بهذه المثابة حُجِّية مُطلقة قبل الكافة، وذلك دون الضات لما إذا كانت تلك الأحكام مقررّة أو منشئة لما تضمنته من حقوق. إذ أن الحقيقة القضائية في مسائل الأحوال الشخصية كالأهلية والزواج =



طرفا فيه جاز له الدفع بنسبية الأحكام<sup>(١)</sup>.

٥٣ - أساس مبدأ نسبية الحجية: ثار جدل حول تبرير نسبية الحجية بصفة عامة. فقيل بأنه إذا كان الحكم عنوان الحقيقة، فمن التناقض أن توجد هذه الحقيقة بالنسبة لبعض الأشخاص دون اعتبارها كذلك بالنسبة للجميع. وسعيا من الفقه التقليدي لتفسير قاعدة نسبية الحجية قيل بفكرة العقد القضائي الذي يتولد من رابطة الخصومة<sup>(٢)</sup>. فالحكم هو نتيجة لعلاقة قانونية تجمع الأطراف في رابطة الخصومة. ومن ثم؛ في مجال الخصومة، يكون من الطبيعي إعمال فكرة نسبية أثر العقود المعمول بها في مجال القانون المدني. فالحكم كالعقد لا يسري أثره إلا في حق من كان طرفا فيه، وفكرة الغير في مجال الحكم لا تختلف عنها في مجال العقد<sup>(٣)</sup>.

وفي الواقع؛ فإن التناقض في نسبية الحجية يجد مصدره في أن فكرة الحجية تقوم على قرينة قانونية بأن الحكم هو عنوان الحقيقة. وهذه الحقيقة هي حقيقة قضائية لم يكتشفها القاضي إلا من خلال ما يقدمه الأطراف من أدلة الإثبات أو من خلال إجراءات التحقيق التي يمكنه القيام بها من تلقاء

---

=والبنوة والاسم والجنسية سواء كانت صادرة إيجابيا = بالقبول، أو سلبيًا بالرفض لا تعدو أن تكون تقرير لمركز قانوني أو حالة أو صفة تتميز في ذاتها بالوحدة والإطلاق وعدم القابلية للتجزئة، وترتب باورها أثارا من شأنها تحديد وضع الشخص في المجتمع، بما لزمه أن تكون هذه الآثار واحدة ومطلقة وعامة قبل الكافة ومسلما بها منهم. وتطبيقا لذلك، انظر: نقض مدني ٢٠/٥/٢٠، مجموعة المكتب الفني، س ٥٣، رقم ٢، ص ٦٨٠ - نقض مدني ٨/٣/٢٠٠٠، مجموعة المكتب الفني، س ٥١، ج ١، رقم ٧٥، ص ٤١٦ - وفي فرنسا: بعض الأحكام تحوز حجية مطلقة في مواجهة الكافة؛ فيمكن لأي شخص الاستفادة من هذه الحجية كما يمكن أن يُحتج بها في مواجهته. ومن قبيل ذلك: الأحكام الجنائية، وأحكام القضاء الإداري الصادرة بالإلناء لتجاوز السلطة. وتطبيقا لذلك، انظر:

CE 28 déc. 2001: Recueil Lebon, arrêt n. 205369.

(١) وتطبيقا لذلك، انظر: نقض مدني ٢٢/٣/١٩٨٩، مجموعة أحكام النقض، س ٢٤، ص ١٨٠٧ - نقض مدني ٢٨/١٠/١٩٨٤، مجموعة المكتب الفني، س ٣٥، ج ٢، رقم ٣٣٥، ص ١٧٦٧.

(٢) انظر:

GLASSON, TISSIER et MOREL: op. cit., t. 2, p. 374- MOREL: op. cit., n. 311- Cass. req. 29 avr. 1912: S. 1913, 1, 185.

(٣) انظر: السنهوري، الوسيط، ج ٢، رقم ٣٦٤، ص ٦٣١.

نفسه. وفي ضوء ذلك؛ فإن نسبة الحجية هي نتيجة لمبدأ المواجهة ومن ثم يكون منطقياً أن يكون الأطراف أول المعنيين بها، لأنهم هم فقط من وضعوا في مركز يسمح لهم بالدفاع عن حقوقهم. ولهذا؛ من المقبول أن تختلف هذه الحقيقة إذا قدم الغير أحد أدلة الإثبات التي لم تكن تحت بصير القاضي الذي أصدر الحكم من قبل. ومن هنا؛ يكون من غير الطبيعي الاحتجاج بالحكم في مواجهة من لم يكن طرفاً في الخصومة التي صدر فيها الحكم ولم تُتَّح له فرصة الدفاع عن حقوقه باعتباره من الغير بالنسبة للحكم<sup>(١)</sup>. وبعبارة أخرى؛ الطرف في الخصومة هو وحده الذي يصلح الحكم لترتيب آثاره القانونية التي تتعلق بحقوقه وبمركزه القانوني<sup>(٢)</sup>.

٥٤ - ضوابط تحديد نطاق حجية حكم التحكيم: تتمثل هذه الضوابط في المبادئ العامة لحجية الأمر المقضي، والتي تستوجب وحدة الأطراف والموضوع والسبب. ونتيجة لذلك؛ لا يُمكن التمسك بحجية حكم التحكيم إذا كان أحد هذه العناصر الثلاثة في الدعوى الجديدة يختلف عنه في الدعوى التي صدر فيها حكم التحكيم. وهذا ما نبخثه على النحو التالي:

٥٥ - أولاً: وحدة الأطراف: لكي يُمكن التمسك بحجية حكم التحكيم يجب أن يكون موضوعه بين نفس أطراف الدعوى الجديدة وبنفس صفاتهم. وهذه هي ذات القاعدة المعمول بها في مجال الأحكام القضائية؛ والتي تُعرف بنسبية الحجية بالنسبة لأطراف الدعوى، أي لا يُمكن أن

(١) انظر:

J. KARILA DE VAN: Chose jugée, Dalloz, Répertoire de droit civil, 2<sup>e</sup> éd. TOME III, n. 104, p. 14.

(٢) ومع ذلك؛ لا يُمكن تجاهل أن الحكم ينشأ عنه مركزاً قانونياً يؤثر بشكل أو بآخر على الغير، أي يُمكن الاحتجاج به في مواجهته. ونتيجة لذلك؛ نجد بعض التشريعات تسمح للغير، الذي يُحتج في مواجهته بحكم لم يكن طرفاً فيه، بالظعن على الحكم عن طريق اعتراض الخارج عن الخصومة، (م ٥٨٢ - ٥٩٢ من قانون المرافعات الفرنسي) - وحول اعتراض الخارج عن الخصومة في القانون الفرنسي، انظر:

R. MARTIN: De l'utilité de la tierce opposition, Gaz. pal. 1991, doctr. 303- P. et D. VEAUX: Les surprises de la tierce opposition, in Mélanges Cosrand, Économica 1990, 409.

يستفيد أو يُضار من الحجية إلا نفس الأشخاص الذين كانوا أطرافاً في الخصومة السابقة<sup>(١)</sup>. ومع ذلك؛ يُمكن الاحتجاج بحكم التحكيم في مواجهة شخص لم يكن طرفاً في الخصومة التي صدر فيها هذا الحكم<sup>(٢)</sup>.  
وطرفاً خصومة التحكيم؛ هما: من يُقدم طلب التحكيم ويُسمى بالمُحكّم، ومن يُقدم في مواجهته هذا الطلب ويُسمى بالمُحكّم ضده<sup>(٣)</sup>.

(١) وتطبيقاً لذلك، في مصر، انظر: نقض مدني ١٩٦٨/٦/١١، مجموعة أحكام النقض، س ١٩، ص ١١٤١ - نقض مدني ١٩٧٣/١/٣، مجموعة أحكام النقض، س ٢٤، ص ٢٤ - وفي فرنسا، انظر:

Cass. soc., 28 janv. 1982: JCP 1982, II, 130- L. BOYER: Les effets des jugements á l'égard des tiers, RTD civ., 1951, 163.

ومُجرد إشارة قاضي الموضوع إلى حكم سابق بين أطراف آخرين؛ دون أخذ هذا الحكم في الاعتبار إلا كعنصر من عناصر الواقع، فلا يُشكل إخلالاً بنسبية حجية الأمر المقضي بالنسبة للأطراف. وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 nov. 1988: Bull. I, n. 308.

(٢) راجع: ما سيلي، رقم ٦٥ وما بعده ص ١١٤ وما بعدها والهوامش الملحقة.  
(٣) وقد يتعدد المُحكّمون أو المُحكّم ضدهم، والمُحكّم هو من يُحدد أطراف التحكيم الذين يرفع عليهم الدعوى التحكيمية ابتداءً أو الذين يطلب إدخالهم فيها أثناء سير الخصومة. كما يُمكن إدخال من ليس طرفاً في اتفاق التحكيم بطلب من طرفي التحكيم وموافقة هذا الغير. ويكون الغير بهذه الموافقة طرفاً في خصومة التحكيم، كما يكتسب الغير صفة انطرف إذا تم إدخاله وحضر واستمر في الخصومة دون اعتراض. ولهيئة التحكيم سلطة الموافقة على طلب إدخال الغير الذي لا يُعتبر من أطراف اتفاق التحكيم، وليس لها سلطة الأمر بالإدخال من تلقاء نفسها؛ ما لم يتعلق الأمر بمصلحة العدالة أو إظهار الحقيقة وكان الغير طرفاً في اتفاق التحكيم أو إذا كان التعدد إجبارياً. ويجوز للطرف في اتفاق التحكيم التدخل في الخصومة انضمامياً أو هجومياً، وتخضع قبول تدخله لسلطة هيئة التحكيم. أما من ليس له صفة الطرف في اتفاق التحكيم فلا يجوز له التدخل انضمامياً أو هجومياً إلا بموافقة الأطراف. وقد يكون تعدد أطراف خصومة التحكيم إجبارياً عند بدء الخصومة؛ وذلك إذا كان يجب إبرام اتفاق التحكيم أصلاً بين مُتعددين، كما في حالة قسمة المال الشائع. إذ يجب؛ في هذه الحالة، على المُحكّم اختتام جميع الشركاء وإلا كلفته هيئة التحكيم باختصاص من لم يُختصم منهم في موعد تحدده. أيضاً؛ إذا تعدد أطراف رابطة قانونية مشتملة على شرط تحكيم، ورفع أحدهم دعوى تقرير الرابطة أو نفيها أو دعوى مُنشئة محلها الفسخ مثلاً، فإنه يجب رفع الدعوى ضد جميع أطراف الرابطة وإلا كانت الدعوى غير مقبولة، انظر: فتحي والي، قانون التحكيم، رقم ١٨١، ١٨٢ ص ٣٤٥ وما بعدها. وتسري على الطرف، في خصومة التحكيم القواعد التي تسري على الطرف في الخصومة القضائية؛ كتحديد من هو المدعي ومن هو المدعى عليه، وأعباء وسلطات الخصوم؛ والخلافة في الخصومة، وأهلية الخصوم؛ سواء أكانت أهلية الاختصاص أو الأهلية الإجرائية، انظر: فتحي والي، قانون التحكيم، رقم ١٨٥، ص ٣٣٨.

هذا مع مُراعاة أن النطاق الشخصي لخصومة التحكيم يتحدد باتفاق التحكيم. ولهذا؛ لا يجوز أن يكون طرفا في الخصومة إلا من كان طرفا في اتفاق التحكيم، ما لم يكن الشخص ممن يمتد أو ينتقل إليهم هذا الاتفاق<sup>(١)</sup>.

وتحديد من يُعد طرفا في حكم التحكيم ومن لا يُعد كذلك؛ ومن ثم يُمكنه التمسك بالحُجية أو عدم الاحتجاج بها في مواجهته، العبرة فيه دائما هي بما إذا كان هذا الطرف أو ذاك مُثل أو لم يُمثل في خصومة التحكيم وبالصفة التي مُثل بها الطرف<sup>(٢)</sup>. وترتبا على ذلك؛ فإن الشخص الذي لم يكن طرفا في اتفاق التحكيم، أو كان طرفا فيه ولكنه لم يُمثل في الخصومة ولم يُبد دفاعه فيها، لا يُمكنه التمسك بحُجية حكم التحكيم أو الاحتجاج في مواجهته بها.

وعملا بقاعدة نسبية الحُجية؛ في مجال التحكيم؛ قُضي في مصر بأنه لا يحتج بالحكم الصادر في نزاع إلا على الخصوم الذين كانوا مُمثلين في الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم وذلك إعمالا لقاعدة نسبية أثر الأحكام التي تمنع من أن يفيد أحد أو يُضار بحكم لم يكن طرفا فيه، مما لازمه أنه متى كان المحكّمون ليسوا أصحاب صفة في المنازعة التي اتفق في شأنها على التحكيم ألا يكون الحكم الصادر فيها حجة على أصحاب الصفة في تلك المنازعة دون أن يؤدي ذلك إلى بطلان الحكم<sup>(٣)</sup>.

(١) وامتداد شرط التحكيم يعني انسحاب هذا الشرط إلى طرف آخر، لم يوقع بداية على اتفاق التحكيم. أما انتقال شرط التحكيم فيعني حلول طرف محل الطرف الذي وقع اتفاق التحكيم بداية؛ كما في حوالة الحق. فشرط التحكيم الوارد في العقد المحال به ينتقل معه بوصفه من لوازم الحقوق المتولدة عن العقد. وحول امتداد شرط التحكيم، راجع: ما سيلي، رقم ٥٦، ص ٩٦ وما بعدها.

(٢) وهي ذات القاعدة المعمول بها في مجال حُجية الأحكام القضائية. وتطبيقا لذلك؛ في مصر، انظر: نقض مدني ١٩٨١/٣/٤، في الطعن رقم ١٤٤٢ لسنة ٤٧ ق. - نقض مدني ١٩٨٩/٣/٢٢، في الطعن رقم ١٩٠٢ لسنة ٥٣ ق. - وفي فرنسا، انظر:

Cass. 3<sup>e</sup> civ., 4 nov. 1992: Bull. civ. III, n. 285- Cass. soc., 28 janv. 1982: JCP 1982, II, 130- Cass. civ., 3 mai 1886: DP 86, 1, 437.

(٣) وتطبيقا لذلك، انظر: نقض مدني ١٩٩٧/١٢/٢٧، مجموعة أحكام النقض، س ٤٨، ج ٢، ص ١٥٤٧ - محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين، ص ١١٤.

وقضي ؛ في فرنسا ، بأن المدير العام للشركة وإن كان له سلطة تمثيلها في إبرام اتفاق التحكيم وحضور الخصومة بشأنه نيابة عن الشركة ، إلا أن هذه الشركة تُعتبر من الغير الذين لا يُحتج في مواجهتهم بحكم التحكيم إذا تبين من اتفاق وحكم التحكيم أن المدير تصرف باسمه الشخصي وليس بصفته ممثلاً للشركة<sup>(١)</sup> . أما إذا صدر حكم تحكيم في خصومة مثل فيها الشخص بواسطة نائب عنه ؛ كالوكيل أو الوصي أو أمين التفليسة ، فإن هذا الحكم يكون حُجة في مواجهة الأصيل دون النائب. ومن ثم ؛ لا يجوز للأصيل أن يُجدد الدعوى سواء بنفسه أو عن طريق نائب آخر ، في حين أنه يُمكن للنائب ؛ بالأصالة عن نفسه ، أن يرفع دعوى جديدة ويطلب بذات موضوع الدعوى السابقة دون أن يُحتج في مواجهته بحكم التحكيم السابق<sup>(٢)</sup> ، لأن صفته في الدعوى الجديدة تختلف عن صفته في الدعوى السابقة.

أيضا ؛ حتى يُمكن للشخص التمسك بـمجبية حكم التحكيم أو الاحتجاج في مواجهته بها يلزم أن تكون صفته القانونية في الدعوى الجديدة هي ذات الصفة القانونية التي مثل بها في الخصومة التي صدر فيها حكم التحكيم. وبصورة أخرى ؛ لا يكفي اتحاد الخصوم طبيعة ، وإنما يلزم وحدة الصفة القانونية لهؤلاء الخصوم في الدعوى الجديدة والدعوى التحكيمية التي سبق وصدور فيها الحكم<sup>(٣)</sup> . فمثلا ؛ حكم التحكيم الصادر ضد أمين التفليسة بهذه الصفة ليس حُجة عليه بصفته الشخصية.

(١) وتطبيقا لذلك ، انظر :

Cass. com., 9 janv. 1979: Rev. arb. 1979, p. 478, note Fouchard.

(٢) انظر : عبد الرازق السنهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، رقم ٣٦٥ ، ص ٦٣٢ - أ.د. أحمد السيد صاوي ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٠ ، رقم ١٩٣ ، ص ٣٤٢ وما بعدها.

(٣) ولهذا ؛ لا تتحقق وحدة الصفة القانونية في الدعويين إذا كان أحد الأطراف في الخصومة الجديدة ممثلاً فيها بصفة شخصية في حين أنه في خصومة التحكيم كان ممثلاً بصفته وكيلاً عن أحد الأشخاص الاعتبارية أو العكس. وتطبيقا لذلك ، في مجال الأحكام القضائية ، انظر :

Css. com., 13 oct. 1966: Bull. civ. III, n. 397.

ومع ذلك ؛ الحكم على أمين التفليسة بهذه الصفة حُجة على جميع الدائنين، إلا إذا وُجد لأحد منهم مصلحة خاصة.

٥٦- امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير: يقوم التحكيم ؛ من حيث المبدأ، على إرادة المتنازعين بإخضاع نزاعهم لهيئة - أو محكمة - التحكيم. ولا ينازع أحد في الطبيعة الاتفاقية للتحكيم، التي هي جوهره باعتباره وسيلة لتسوية المنازعات تستوجب تخلي الأطراف عن اختصاص محاكم الدولة بالنزاع. وهيئة - أو محكمة - التحكيم لا تكون مُختصة إلا إذا قبل الأطراف بإخضاع النزاع للتحكيم، سواء بإدراج شرط التحكيم في العقد الذي يربطهم أو بتوقيع مُشاركة تحكيم عندما ينشأ النزاع. وفي ضوء ذلك ؛ يكون منطقيا اقتضار أثر اتفاق التحكيم على أطرافه الذين وقعوا عليه وذلك عملا بمبدأ الأثر النسبي للعقود. وبعبارة أخرى ؛ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم لها أثر نسبي يقتصر على أطراف الاتفاق الذين وقعوا عليه وقبلوا به. ويُمكن لأي من هؤلاء التمسك بالاتفاق عند عرض النزاع أمام القضاء رغم الاتفاق على إحالته للتحكيم. والأثر النسبي لاتفاق التحكيم يمنع من امتداد نطاق تطبيقه على أشخاص لم يوقعوا عليه ولم يقبلوا به، ومن ثم لا يجوز لهؤلاء أن يكونوا أطرافا في خصومة التحكيم<sup>(١)</sup>.

ومع ذلك ؛ يُلاحظ أن من وقعوا العقد المُتضمن شرط التحكيم قد يسعون لحذب الغير في إجراءات التحكيم، أو أن يسعى الغير نفسه إلى الاستفادة من شرط التحكيم الذي لم يوقعه في مواجهة المتعاقدين. فقد يحدث أن يشترك الغير في إبرام أو تنفيذ العقد دون أن يوقعه، وخاصة في مجال مجموع الشركات. فمثلا: قد يقوم فرع مُستقل في شركة بتوقيع العقد ؛ ولكن الشركة الأم تُساهم في تنفيذ هذا العقد. ومفهوم مجموع الشركات يشمل عدة شركات مُستقلة قانونا عن بعضها، ولكنها تُشكل وحدة اقتصادية ترتبط بسلطة أو إدارة مُشتركة<sup>(٢)</sup>. وفي هذه الحالة ؛ السؤال

(١) انظر:

J. BEGUIN et M. MENJUCQ: *Droit du commerce international*, Litec, 2005, p. 960.

(٢) انظر:

Sentence CCI 25 mars 1975: n. 2375, Rev. arb. 1975, 768.

المطروح هو معرفة ما إذا كان شرط التحكيم الذي يتضمنه العقد المبرم من شركة من مجموع الشركات يُمكن أن يمتد إلى شركة أخرى من ذات المجموع ولكنها لم توقع على العقد؟.

ويكشف الواقع العملي ؛ في الوقت الراهن، عن أن محاكم التحكيم ومحاكم الدولة تقبل بشروط معينة امتداد شرط التحكيم إلى شخص لم يوقعه. وهذا الامتداد وجد تبريرا له في تشابك العلاقات التجارية الدولية، وتزايد المتدخلين في تنفيذ العقود المتضمنة لشرط التحكيم.

وقام امتداد شرط التحكيم في البداية على أساس رضاء الغير التقيد بالشرط. وذهبت أحكام القضاء وأحكام التحكيم إلى أن هذا الرضاء يُمكن أن ينتج عن مشاركة الغير في تنفيذ العقد المتضمن شرط التحكيم، وأن هذه المشاركة تعني الموافقة على العقد والشرط الوارد فيه. وقضت محكمة النقض الفرنسية ؛ في هذا الصدد، أن الرضاء باتفاق التحكيم ؛ وكأي عقد، لا يلزم بالضرورة أن يكون صريحا، وإنما يُمكن أن يكون ضمنيا أيضا<sup>(١)</sup>.

ومع ذلك ؛ توسعت أحكام القضاء في مد نطاق شرط التحكيم إلى الغير بصورة كبيرة بما قد يفهم منه التخلي عن الرضائية كشرط لهذا الامتداد. فقد ذهب القضاء الفرنسي ؛ في مجال التحكيم الدولي، إلى أبعد من مجرد القبول الضمني باتفاق التحكيم حيث قضى بأن هذا الرضاء يفترض طالما أن الطرف كان على علم بالمستند المتضمن لشرط التحكيم ولم يعترض عليه، فسكوت الطرف ينتج عنه افتراض قبوله.

وتجدر الإشارة في هذا المجال إلى أن حُججة حكم التحكيم تختلف عن القوة الملزمة لاتفاق التحكيم. فحُججة حكم التحكيم تقتصر على أطراف خصومة التحكيم، ولا تمتد إلى غير هؤلاء حتى ولو كانوا من أطراف الاتفاق على التحكيم أو ممن يمتد إليهم طالما لم يتم إعلانهم بالحضور أمام هيئة - أو محكمة - التحكيم، ولم توجه إليهم طلبات ولم يتح لهم إبداء دفوعهم وأوجه دفاعهم أمامها<sup>(٢)</sup>. وإذا كان الشخص ممن يمتد إليهم

(١) وتطبيقا لذلك، انظر :

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 juin 1991: Rev. arb. 1991, p. 453, note P. Mayer.

(٢) انظر : محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين، ص ١١٣.

اتفاق التحكيم، وتم إشراكه في الخصومة التحكيمية فإن الحكم الصادر فيها يكون حجة له وعليه. وتتناول مسألة التوسع في امتداد الاتفاق في مجال التحكيم الدولي، وبعدها يُبين هذا الامتداد في مجال التحكيم الداخلي.

٥٧ - (أ) - بداية التوسع في امتداد اتفاق التحكيم في مجال التجارة الدولية: ذهب بعض الفقه إلى القول بأن قضاء التحكيم الفرنسي كشف عن أنه أكثر إبداعاً<sup>(١)</sup>؛ في هذا المجال، حيث كان أول من قبل بامتداد شرط التحكيم إلى الغير الذي لم توقع عليه وفق ضوابط معينة<sup>(٢)</sup>، وذلك منذ قضية Dow Chemical. وفي هذه القضية أصدرت محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في باريس حكماً شهيراً في عام ١٩٨٢ قضت فيه بامتداد شرط التحكيم لشركة لم توقع عليه<sup>(٣)</sup>، وأيدت هذا الحكم محكمة استئناف باريس Paris<sup>(٤)</sup>. واستند هذا القضاء على أساس قبول الغير بشرط التحكيم<sup>(٥)</sup>.

(١) أما القانون الألماني فيبدو أكثر تشدداً في قبول مثل هذا الامتداد، انظر:

Alina RYMALOVA: L'extension de la convention d'arbitrage dans le cadre des groupes de sociétés, Les divergences entre les approches française et allemande, Gaz. pal. 2009, doct. n. 36.

(٢) انظر:

B. HANOTIAU: L'arbitrage et les groupes de sociétés, Gaz. pal. 19 déc. 2002, n. 353, p. 6.

(٣) وتطبيقاً لذلك، انظر:

Affaire CCI n. 4131. 23 sept. 1982: Chemical c/ Isover-Saint-Gobain, Sentences arbitrales CCI, t. I. 146, 151, Rev. arb. 1984, 137.

(٤) وتطبيقاً لذلك، انظر:

CA 1<sup>re</sup> Ch. Paris. 21 oct. 1983: Chemical c/ Isover-Saint-Gobain. Rev. arb. 1984. 98. note A. Chapelle; JDJ 1983, 899, obs. Derains.

(٥) انظر:

J. GHESTIN: Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et de tiers, RTD civ., 1994, p. 777-CA Paris, 3. nov. 1988: Rev. arb. 1989. p. 691.



وتخلص وقائع القضية ؛ سالفه الذكر، في أن شركتين مُستقلتين من مجموع شركات Dow Chemical الأمريكية أبرمتا عدة عقود مُتتابعة أسندت بموجبها لثلاث شركات فرنسية توزيع المُنتجات الخاصة بالعزل الحراري، وتضمنت هذه العقود شرط التحكيم. ونتيجة الصعوبات المُتعلقة بتنفيذ العقود، قامت الشركة الأم وشركة أخرى من مجموع شركات Dow Chemical باللجوء إلى غرفة التجارة الدولية في باريس وقدمتا طلبا بالتحكيم رغم أنهما لم توقعا على شرط التحكيم الوارد في العقود المُبرمة بين الشركتين الأخرين من ذات مجموع الشركات وبين الشركات الفرنسية، إلا أن الشركة الأم والشركة الأخرى من مجموع شركات Dow Chemical هما من قاما بتسليم بعض البضاعة المنصوص عليها في العقود محل النزاع. وكان السؤال المطروح هو معرفة ما إذا كان شرط التحكيم المُتفق عليه صراحة من شركتين من مجموع شركات Dow Chemical يمتد إلى شركات أخرى من ذات المجموع لم توقع على الشرط ولكنها ساهمت في تنفيذ العقد؟.

وكان الرد على هذا التساؤل بالإيجاب من محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في باريس، حيث قضت باختصاصها بالنسبة لجميع الأطراف. وفي سبيل الوصول إلى هذا الحل أوردت المحكمة أن تحديد اختصاصها لا يكون من خلال تطبيق قانون وطني مُعين ؛ وإنما وفقا لما تقتضيه عادات التجارة الدولية، وخاصة العادات السائدة في حالة مجموع الشركات. واستخلصت المحكمة من العادات الخاصة بمجموع الشركات أن شرط التحكيم الذي وافق عليه بعض أعضاء هذا المجموع يُمكن أن يُقيد الشركات الأخرى، بشرط أن تكون هذه الأخيرة لعبت دورا في المُفاوضات أو في إبرام أو تنفيذ العقد. كما استخلصت المحكمة من ظروف القضية أن هناك إرادة مُشتركة لكل الأطراف في إجراءات التحكيم، ووفقا لهذه الإرادة فإن الشركات التي لم توقع على شرط التحكيم هي في الواقع

طرفا في العقد<sup>(١)</sup>. وتأكيدا لاختصاصها أخذت المحكمة في اعتبارها وحدة الحقيقة الاقتصادية بين مجموع الشركات، بالرغم من استقلال الشخصية القانونية لكل منها.

وطعن على الحكم بالبطلان أمام محكمة استئناف باريس Paris وطُرحت عليها مسألة امتداد شرط التحكيم، فقضت بتأييد الحل الذي تبنته محكمة التحكيم وامتداد شرط التحكيم بالنسبة للغير على أساس الرضاء الواضح منه بالشرط<sup>(٢)</sup>. واستخلصت المحكمة هذا الرضاء من الإرادة المشتركة لكل الأطراف في إجراءات التحكيم، وأن هذه الإرادة المشتركة تنتج بصفة أساسية من سلوك الأطراف التي لم توقع على الشرط، أي من اشتراكهم

---

(١) وجاء في حكم محكمة التحكيم؛ التابعة لغرفة التجارة الدولية، ما يلي:  
" ... la clause compromissoire expressément acceptée par certaines sociétés du groupe doit lier les autres sociétés qui, par le rôle qu'elles ont joué dans la conclusion, l'exécution ou la résiliation des contrats contenant ladite clause, apparaissent selon la commune volonté de toutes les parties à la procédure comme ayant été les véritables parties à ces contrats, ou comme étant concernées au premier chef, par ceux-ci et par les litiges qui peuvent en découler ... ".

(٢) وجاء في حكم محكمة استئناف باريس، ما يلي:  
" ... Observant avec raison que la loi applicable pour la détermination de la portée et des effets de la clause compromissoire instituant un arbitrage international ne se confondait pas nécessairement avec le droit applicable au fond du litige, et, par une interprétation souveraine des conventions et documents échangés, jugeant au terme d'une motivation pertinente et exempte de contradiction, que, suivant la volonté commune de toutes les sociétés intéressées, deux sociétés d'un groupe avaient été parties à ces conventions bien que ne les ayant pas matériellement signées, et que la clause compromissoire leur était dès lors applicable, les arbitres, qui ont aussi fait accessoirement appel à la notion de groupe de sociétés dont l'existence à titre d'usage du commerce international n'est pas sérieusement contesté (...) ont ainsi justifié leur compétence ... ".

المباشر في إبرام أو تنفيذ العقد المتضمن شرط التحكيم ، وأن هذا الاشتراك يعني إرادة التقييد بالشرط.

٥٨ - (ب) - انقضاء الفرنسي اللاحق لقضية Dow Chemical : كان الحكم في هذه القضية بداية لتأسيس اتجاه قضائي سارت عليه ؛ فيما بعد ، أحكام قضائية أخرى<sup>(١)</sup> . وفي الواقع ؛ لم يقصر القضاء امتداد شرط التحكيم على مجال مجموع الشركات ، وإنما عمم المبدأ على كل الأطراف التي تتدخل في تنفيذ العقد طالما أن مركزها ونشاطها يفترض معه العلم بوجود ونطاق شرط التحكيم<sup>(٢)</sup> . واستنادا لهذا التبرير قضي أيضا ؛ بامتداد شرط التحكيم لعقود من الباطن لم تتضمن هذا الشرط طالما أن أطراف تلك العقود كانوا على علم بوجود الشرط ولم يعترضوا عليه<sup>(٣)</sup> ، بل قضي بامتداد شرط التحكيم إلى أشخاص جدد ؛ كمدير الشركة الذي لم يوقع على شرط التحكيم وذلك على أساس أن المدير علم بوجود شرط التحكيم ولم يعترض عليه ومن ثم يكون قد قبل به ضمنا<sup>(٤)</sup> . وتمشيا مع الاتجاه السابق قضت محكمة النقض الفرنسية بأن حوالة الدين ؛ في مجال التحكيم الدولي ، يترتب عليها انتقال اتفاق التحكيم إلى المحال إليه . ويررت هذا الحل بضرورات التجارة الدولية<sup>(٥)</sup> . وكانت أحكام القضاء

(١) وتطبيقا لذلك ، انظر :

CA Pau, 26 nov. 1986: Rev. arb. 1988, 153, note Chappelle- CA Paris, 30 nov. 1988: Rev. arb. 1989, 691, note T-Y Tschaz- CA Paris, 31 oct. 1989: Rev.arb. 1992, 90.

(٢) وتطبيقا لذلك ، انظر :

CA Paris, 17 déc. 1997: RJDA 4-1998, n. 539.

(٣) وتطبيقا لذلك ، انظر :

CA Paris, 30 nov. 1988: Rev.arb. 1989, 691, note T-Y Tschaz.

(٤) وتطبيقا لذلك ، انظر :

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 sept. 2006: Rev. arb. 2007, 247- Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 oct. 2008: JurisData n. 2008-045519.

(٥) وتطبيقا لذلك ، انظر :

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 janv. 1999: Bull. II, n. 312- Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 oct. 1999: Bull. I, n. 240.

تؤكد دائما على أن امتداد شرط التحكيم يقوم على أساس قبول الغير بهذا الشرط، أي أن الامتداد يقوم على مبدأ الرضائية.

ومؤخرا؛ أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكما في ٢٧/٣/٢٠٠٧ يفهم منه القضاء بامتداد نطاق تطبيق شرط التحكيم إلى الغير على أساس قبوله المفترض بهذا الشرط. وأثار هذا الحكم ضجة في الأوساط المعنية بالتحكيم التجاري الدولي؛ وذلك لأنه يعني العدول عن مبدأ الرضائية بالنسبة لامتداد شرط التحكيم. وفي هذه القضية المعقدة كانت المسألة الأساسية تتعلق بانتقال شرط التحكيم، ومدت المحكمة تطبيق هذا الشرط إلى شخص لم يوقع عليه على أساس أن أثر شرط التحكيم الدولي يمتد إلى الأطراف الذين يشتركون مباشرة في تنفيذ العقد وفي النزاع الذي يمكن أن ينتج عنه<sup>(١)</sup>.

وهذا الحكم يُعتبر تغيّرا في موقف محكمة النقض الفرنسية من مسألة امتداد شرط التحكيم الدولي، حيث جعل من مسألة الاشتراك المباشر للغير في تنفيذ العقد المعيار الموضوعي الوحيد لامتداد شرط التحكيم إليه، دون أهمية لبحث مسألة ما إذا كان هذا الاشتراك يترتب عليه انضمام الغير للعقد محل النزاع من عدمه. فلم يبحث الحكم قصد الغير الذي لم يوقع على العقد المتضمن شرط التحكيم، وإنما اهتم ببحث سلوك هذا الغير. ومن ثم؛ يكون الحكم قضى بامتداد شرط التحكيم على أساس مادي واقتصادي وليس على أساس إرادة الغير وقبوله بالشرط.

وفي تقديرنا؛ فإن هذا القضاء لا يخلو من النقد. فالطبيعة الإتفاقية للتحكيم تتعارض مع مد نطاق شرط التحكيم إلى الغير دون أن يقبله بصورة أو بأخرى. هذا فضلا عن أن مثل هذا التوجه يضع القانون الفرنسي للتحكيم التجاري الدولي على هامش أنظمة قانونية أخرى،

(١) وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. 1<sup>re</sup> Civ., 27 mars 2007: D. 2007. jur. 2077, note S. Bollée.  
" ... l'effet de la clause d'arbitrage international s'étend aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter ... "

ويجعل الأطراف تتردد في اختيار باريس Paris كمقر للتحكيم في العقود الخاصة بهم. وهذا التردد لا يبدهه مُجرد القول بأن التحكيم أصبح الوسيلة العادية لتسوية المنازعات في مجال التجارة الدولية.

وفي أحكام لاحقة عادت محكمة النقض إلى التأكيد على أن مبدأ امتداد شرط التحكيم يقوم على إرادة الغير القبول بهذا الشرط، وأن هذه الإرادة يُمكن أن تُستخلص من سلوك هذا الغير. وقُضي؛ في هذا الصدد، بامتداد شرط التحكيم وانتقاله بصورة آلية في نطاق سلسلة العقود إلى فروع شركة عضو في هذه السلسلة؛ طالما أن هذه الفروع ساهمت في تنفيذ تلك العقود بما يُستخلص منه قبولها لشرط التحكيم، دون أهمية بعد ذلك لكون سلسلة الشركات هذه مُتجانسة أو غير مُتجانسة<sup>(١)</sup>. أيضا؛ في حكم حديث، قضت محكمة النقض الفرنسية برفض الطعن ضد حكم محكمة استئناف باريس Paris الذي اعتبر أن شرط التحكيم لا يُمكن أن يمتد إلى الجمهورية العربية السورية طالما لم يثبت أن إرادة هذه الأخيرة قبلت التقيد باتفاق التحكيم<sup>(٢)</sup>. هذا ما كانت تجري عليه أحكام القضاء الفرنسي قبل صدور المرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١، فهل تغير الأمر بعد ذلك؟.

٥٩ - (ج) - امتداد اتفاق التحكيم الدولي بعد المرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١:  
بعد صدور هذا المرسوم أصبحت المادة ١٥٠٧ من قانون المرافعات تنص

(١) وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 nov. 2010: JCP G 2010, concl. 1307, P. Chevalier. " ... dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, la clause compromissoire est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action lui-même accessoire du droit substantiel transmis, sans incidence du caractère homogène ou hétérogène de cette chaîne "- CA Paris, 22 mai 2008: Rev. arb. 2008, 730- Cass. 1<sup>re</sup> civ. 6 oct. 2010: JurisData 2010 n. 004-20563.

(٢) وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. 1<sup>re</sup> civ. 29 juin 2011: JurisData 2011 n. 004-17346.

على أن اتفاق التحكيم الدولي لا يخضع لأي شروط شكلية<sup>(١)</sup>. وهذا النص كرس الطابع الرضائي الكامل لاتفاق التحكيم الدولي، وأكد على ما قضت به محكمة النقض من قبل. وفي ضوء ما قرره المادة السابقة من تحرر اتفاق التحكيم الدولي من أي شروط شكلية لم يكن المشرع بحاجة إلى التأكيد في ذات المادة على الحكم الخاص بشرط التحكيم بالإحالة على نحو ما قرره المادة ١٤٤٣ من قانون المرافعات بالنسبة للتحكيم الداخلي<sup>(٢)</sup>. ونص المادة ١٥٠٧ سالف الذكر لا يعني هجر ما كانت تذهب إليه أحكام القضاء في هذا الصدد، إذ تظل الحاجة قائمة من حيث المبدأ في ضرورة التحقق على الأقل من توافق رضاء الأطراف باتفاق التحكيم، وما إذا كان هذا الرضاء ينتج عن مجرد السكوت عن الإحالة إلى شرط التحكيم. وما جاء به نص المادة ١٥٠٧ من قانون المرافعات الفرنسي؛ من استثناء اتفاق التحكيم الدولي من أي شكلية، دفع البعض إلى القول بأن الخشية في هذا النص أنه قد يُشجع على التحرر من مجرد الرضائية<sup>(٣)</sup>.

وتشير هنا إلى بعض أحكام محكمة النقض الفرنسية الحديثة التي قضت بخضوع امتداد شرط التحكيم لمبدأ الرضائية. ففي قضية تخلص وقائعها في أن شركة أرسلت إيجابا ببيع بضاعة لشركة أخرى وورد في هذا الإيجاب إحالة إلى الشروط العامة للبيع والمدونة في ظهر ورقة الإيجاب وجاء من بين هذه الشروط شرط التحكيم، وردت الشركة المشتري بقبول الإيجاب.

(١) وتجري عبارة هذه المادة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

*La convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme.*

(٢) وتنص على أنه: "يكون اتفاق التحكيم كتابة، وإلا كان باطلا. ويُمكن أن ينشأ من تبادل المكاتبات أو من مُستند يُشار إليه في الاتفاق الأصلي". تجري عبارة هذه المادة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

*A peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale.*

(٣) انظر:

**J. ORTSCHIEDT: Le statut incertain du consentement à la convention d'arbitrage internationale, JCP G 2012, IV, n. 501354.**

وأثناء تنفيذ العقد حلت خسائر بالبضاعة محل عقد البيع والمؤمن عليها، فقامت الشركة المؤمن لديها ( الضامنة للشركة المشترية ) برفع دعوى قضائية ضد البائع الذي رد بالدفع بشرط التحكيم. وبلغ النزاع أمام الاستئناف وأثار البائع الدفع بشرط التحكيم، ولكن المحكمة رفضته ويررت ذلك بالقول أنه لم يثبت أن المشتري كان يعلم لحظة إبرام العقد بالإحالة إلى شرط التحكيم، وذلك لأن هذا الشرط ورد بصورة غير واضحة في الشروط العامة للبيع والمنفصلة عن العقد والتي كتبت باللغة الإنجليزية وبخط يُرى بصعوبة، كما أن الشرط لم يبرز بشكل واضح في باطن المستند المتضمن لإيجاب البائع والذي وقع عليه المشتري بالقبول.

وطعن على الحكم أمام محكمة النقض فقضت بنقضه على أساس أن اشتغال إيجاب البائع على إحالة للشروط العامة للبيع وورود شرط التحكيم في تلك الشروط يعني أن الشرط وصل إلى علم المشتري، وأن سكوت هذا الأخير يُفترض معه أنه قبل بالإحالة المذكورة والمتضمنة للشرط. وأضافت المحكمة؛ أن رفض محكمة الاستئناف الدفع بشرط التحكيم ينطوي على مخالفة للمادة ١/١١٣٤ من القانون المدني<sup>(١)</sup> والمادة ١٤٩٢ من قانون المرافعات والخاصة بالتحكيم التجاري الدولي<sup>(٢)</sup>، (م ١٥٠٤ مرفعات بعد صدور المرسوم ٤٨ لسنة ٢٠١١)<sup>(٣)</sup>.

وفي تقديرنا؛ أن ما ذهب إليه محكمة النقض في هذا الحكم هو تكريس لقضاء سابق لها<sup>(٤)</sup>. ومؤدى هذا القضاء أن شرط التحكيم يخضع لمبدأ

(١) وتنص على أن: "الاتفاقات التي تُعقد قانوناً تحمل محل القانون بالنسبة لمن عقدها". وتجري عبارة هذه الفقرة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

(٢) وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. 1re civ., 11 mai 2012: JCP G 2012, doct. 1053, n. 7, obs. C. Nourrissat.

(٣) والمادة ١٤٩٢ مطابقة لعبارة المادة ١٥٠٤ من قانون المرافعات الفرنسي، والتي تنص على أنه: "يكون التحكيم دولياً إذا كانت مصالح التجارة الدولية محل تنازع. وتجري عبارة هذه المادة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international.

(٤) وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 juin 1997: Rev. arb. 1998, p. 537.

الرضائية في مجال التحكيم التجاري الدولي ، وأن هذه الرضائية تتوافر إذا عبر أحد الأطراف عن شرط التحكيم في مُستند لم يوقعه الطرف الآخر وأحال العقد الأصلي لهذا المُستند. وفي مثل هذه الحالة يكون شرط التحكيم صحيحا طالما أن الطرف الذي يُحتج عليه به كان على علم بالشرط لحظة انعقاد العقد الأصلي ، ويُستخلص هذا العلم من إحالة العقد الأصلي للمُستند المُتضمن لشرط التحكيم ، والسكوت عن هذه الإحالة يعني القبول بها. وتجدر الإشارة أن الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية في ٢٠١٢/٥/١١ تضمن التخفيف من خضوع شرط التحكيم ؛ في مجال التحكيم الدولي ، لمبدأ الرضائية. ويتجلى هذا التخفيف في أنه تطلب أن يرد شرط التحكيم في مُستند يُحيل إليه العقد الأصلي. ولكن ؛ هذا المُستند وتلك الإحالة قد يكون لهما أشكال مُتعددة. والقول برضاء الأطراف بالمُستند المُتضمن لشرط التحكيم يكفي له إثبات أن مضمونه قد وصل إلى علمهم لحظة إبرام العقد ، أو أنهم علموا به بالضرورة بسبب طابعه المألوف في مجال النشاط الذي يباشرونه ، أو أن العادة جرت بينهم على إخضاع علاقتهم التجارية لمثل هذا الشرط. وشرط التحكيم بالإحالة يُفترض قبوله من الطرف الذي يُحتج عليه به طالما أنه سكت عن الإحالة ولم يُنازع فيها.

وفي قضية أخرى تخلص وقائعها في أن شركة Amplitude الفرنسية بموجب عقد مُتضمنا شرط تحكيم أسندت لشركة Oebe TH Thotou اليونانية توزيع أجهزة طبية على الأراضي اليونانية ، وفي الواقع هذا التوزيع تم تنفيذه بصفة أساسية من قبل شركة Iakovoglou Promodos التي تتطابق مع الشركة السابقة من حيث المساهمين والممثلين لها ومركز الإدارة. وفي عام ٢٠٠٧ قامت شركة Amplitude بإخطار شركة Oebe TH Thotou بفسخ العقد. وعلى إثر ذلك قامت الشركتين اليونانيتين باللجوء إلى التحكيم ، فدفعت شركة Amplitude بعدم اختصاص المحكمة لعدم وجود اتفاق على التحكيم بالنسبة لشركة Iakovoglou Promodos إلا أن محكمة التحكيم قضت باختصاصها بالفصل في النزاع



على أساس أن شرط التحكيم يمتد لهذه الشركة الأخيرة طالما أن مركز الأطراف<sup>(١)</sup>، ومُستندات التعاقد، والتنفيذ اللاحق للعقد، يُفترض معها أن الشركات الثلاثة قبلوا ضمناً بشرط التحكيم في علاقتهم المتبادلة. وعند الطعن على الحكم بالبطلان قضت محكمة استئناف جرينوبل Grenoble ببطلانه على أساس أن محكمة التحكيم فصلت في النزاع دون اتفاق تحكيم. وقالت المحكمة أنه إذا كانت شركة Iakovoglou Promodos حلت محل شركة Oebe TH Thotou بصورة كبيرة في تنفيذ العقد فذلك نتج عن روابط هيكلية بين الشركتين اليونانيتين وأن توزيع الأجهزة تم خارج نطاق المجال التعاقدي الذي يربط شركة Amplitude بشركة Oebe TH Thotou، ونتيجة لذلك لا يُمكن للشركة التي قامت بالتنفيذ طلب تطبيق أي من أحكام هذا العقد وخاصة شرط التحكيم.

طُعن على الحكم بالنقض فقضت بنقضه على أساس أن شركة Iakovoglou Promodos حلت محل شركة Oebe TH Thotou في تنفيذ عقد التوزيع، وأن أثر شرط التحكيم الدولي الوارد في العقد الأصلي يمتد إلى الأطراف الذين يشتركون مباشرة في تنفيذ العقد<sup>(٢)</sup>. وفي هذا الحكم اعتنقت المحكمة صياغة سابقة لها صارت تقليدية في القضاء الفرنسي، ومؤداها أن الاشتراك في تنفيذ العقد المُتضمن شرط التحكيم يكفي لتبرير امتداده للغير المُشارك في هذا التنفيذ<sup>(٣)</sup>. وإزاء مثل هذا القضاء يثور التساؤل التالي: هل يبقى لإرادة الأطراف من دور في الرضاء بشرط التحكيم في ظل التوسع في افتراض القبول به؟ وهل يُحتج بشرط التحكيم في مواجهة الغير لمجرد مُشاركته في تنفيذ العقد؟

---

(١) فالشركتين اليونانيتين من طبيعة واحدة، وتسلم البضاعة والفواتير كان يتم من أيهما على السواء.

(٢) وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 nov. 2012: n. 11-25.891, JurisData n. 2012-025095.

(٣) وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 mars 2007: JCP G 2007, I, 168, n. 11, nos obs.

Ortscheidt- Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 oct. 2011: JCP G 2011, doctr.

1432, n. 3, nos obs. Ortscheidt.

من المؤكد أن تدخل الغير في الاشتراك في تنفيذ العقد هو أمر يتم بإرادته واختياره. ولكن تعبير الغير عن الرضاء بشرط التحكيم ذاته لا تتطلبه محكمة النقض عند مد تطبيق الشرط عليه. وإحالة أحكام المحكمة إلى علم الغير باتفاق التحكيم لكي تمد تطبيقه عليه فهي بذلك لا تتطلب القبول الضمني أو المفترض كشرط لهذا المد. ولكن؛ ألا يلزم على الأقل تطلب العلم بشرط التحكيم من الغير لحظة اشتراكه في التنفيذ؟. هذا ما تذهب إليه أحكام القضاء أحيانا، حيث تُشير؛ عندما تتبنى امتداد الشرط، إلى أن الواقع والظروف توضح أن الغير الذي شارك في التنفيذ كان يعلم باتفاق التحكيم<sup>(١)</sup>. ومع ذلك؛ يُلاحظ من استقراء بعض الأحكام الأخرى أن القاضي هو من يفترض علم الغير باتفاق التحكيم. وهذا ما دفع جانب من الفقه إلى القول بأن الاشتراك الاختياري والمادي في تنفيذ العقد يُبرر امتداد شرط التحكيم إلى الغير الذي لم يوقع عليه وذلك بشرط أن يتمكن القاضي من افتراض علم هذا الغير بالشرط. وهكذا؛ سعي القاضي في هذا الصدد لا يكمن في البحث عن قصد الغير، الذي لم يوقع، وما إذا كان يقصد أن يصبح طرفا في العقد أو أنه قبل بشرط التحكيم، وإنما يتركز هذا السعي في تقصي سلوك الغير بغرض تحديد ما إذا كان اشتراكه المادي في تنفيذ العقد؛ بصفة أو بأخرى، يُبرر امتداد شرط التحكيم إليه<sup>(٢)</sup>.

(١) وتطبيقا لذلك، انظر:

CA Paris, 7 mai 2009; Rev. arb. 2009, p. 440- CA Paris, 17 févr. 2011; Rev. arb. 2012, p. 369, note F.-X. Train- Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 oct. 2011; JCP G 2011, doctr. 1432, n. 3, nos obs. Ortscheidt.

ولئن كان الاحتجاج بشرط التحكيم في مواجهة الغير لا يتطلب القبول به لحظة اشتراكه في تنفيذ العقد، إلا أن الغير إذا أراد امتداد الشرط إليه يجب توافر قبوله به. وهذا ما يفهم من قضاء محكمة استئناف حرينوبل Grenoble حيث استخلصت من علم الغير بشرط التحكيم دلالة عكسية مؤداها أن هذا العلم يقتضي أن الغير لا يمكنه الاستفادة من الشرط عند تنفيذ العقد.

(٢) انظر:

C. SERAGLINI: La place incertaine du consentement en matière d'extension de la convention d'arbitrage internationale, JCP G 2011, IV, n. 511432.

وفي النهاية ؛ يُمكن القول أن اشتراك الغير في تنفيذ العقد ، ولو مباشرة ، لا يعني بالضرورة الرضاء بأن يتقيد بشرط التحكيم الوارد فيه. هذا ؛ علاوة على أن فكرة الاشتراك في تنفيذ العقد ، التي تُبرر امتداد شرط التحكيم إلى الغير ، هي فكرة بالغة المرونة. وبصورة عامة ؛ لا يُمكن فهم امتداد شرط التحكيم على أساس إثبات التدخل الواضح للغير في العقد. فالامتداد يبدو غير مبرر لمجرد اعتبار شخص من الباطن كمشارك في تنفيذ عقد المقاول الأصلي ويتقيد ؛ لهذا السبب ، بشرط التحكيم الوارد فيه. وفي مجال البناء ، فإن رب العمل لا يستحسن اطلاقا إمكانية أن يستفيد المقاول من الباطن من شرط التحكيم الذي يربطه بالمقاول الأصلي.

٦٠ - (د) - **تعارض امتداد شرط التحكيم مع القانون الألماني** : موقف القضاء الفرنسي من مسألة امتداد شرط التحكيم في مجال مجموع الشركات لا يجد قبولا من الفقه الألماني الذي يعارض تماما هذه الفكرة ، ويعتبر أنها لا تتفق مع نصوص القانون الألماني. ومسألة امتداد شرط التحكيم إلى الغير الذي لم يوقع عليه تعرضت لانتقادات شديدة ؛ من أهمها ما يلي <sup>(١)</sup> :

(١) - تعارض قرينة القبول المُفترض لاتفاق التحكيم مع نصوص القانون : فالمادة ١٠٣١ من قانون المرافعات الألماني تتطلب أن يكون اتفاق التحكيم كتابة ؛ سواء أكان التحكيم داخليا أو دوليا. هذا ؛ في حين أن القانون الفرنسي ، في مجال التحكيم الدولي ، لا يتطلب أي شكل لهذا الاتفاق وإنما صحته تقوم على فكرة الرضائية <sup>(٢)</sup>. وعلاوة على ذلك ؛ يقول الفقه الألماني أن اختصاص محكمة التحكيم دون قبول ورضاء صريح من كل الشركات في النزاع يحرمها من حقها الأساسي في اللجوء إلى قضاء الدولة بصورة غير مُبررة ، وهذا الحق تكفله المادة ١/١٠١ من الدستور الألماني.

(١) وفي عرض هذه الانتقادات ، انظر :

Alina RYMALOVA: L'extension de la convention d'arbitrage dans le cadre des groupes de sociétés, Les divergences entre les approches française et allemande, Gaz. pal. 2009, doctr. n. 36.

(٢) وتطبيقا لذلك ، انظر :

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 juin 1990: Rev. arb. 1990, 233.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، العدد الأول ٢٠١٤ (٢٠٧)

(٢) - عدم احترام استقلال الأشخاص المعنوية المتميزة عن بعضها قانونا: ومن ثم؛ لا يجوز امتداد اتفاق التحكيم إلى مجموع الشركات إلا في الحالات التي يتم فيها احترام استقلال الأشخاص المعنوية المتميزة عن بعضها قانونا. ولا يتحقق هذا الاحترام إلا من خلال تعبير الأطراف عن إرادتهم صراحة؛ كأن تقوم شركة بتمثيل شركة أخرى في ذات مجموع الشركات بموجب توكيل أو تفويض واضح، أو بالاشتراط لصالح شركة أخرى في مجموع الشركات، أو في حالة اتفاق كل الأطراف صراحة على الانضمام لعقد أبرمته شركة أخرى.

(٣) - تحديد آثار اتفاق التحكيم لا يكون من خلال عادات التجارة الدولية: وإنما يكون من خلال القانون الواجب التطبيق على الاتفاق، لأن ذلك يؤدي إلى الاستقرار القانوني على نحو أكثر من تطبيق عادات التجارة التي مضمونها ليس مؤكدا. وبسبب استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، فإنه من المقرر في القانون الفرنسي والألماني أن القانون الواجب التطبيق على الاتفاق يجب أن يتميّز عن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. والقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم وفقا للقانون الألماني يتحدد بتطبيق قواعد الإسناد، في حين أنه في القانون الفرنسي القواعد المادية للتحكيم تُطبق مباشرة<sup>(١)</sup>.

٦١ - (٥) - موقف القضاء المقارن من امتداد شروط التحكيم: على عكس القضاء الفرنسي؛ يذهب قضاء بعض الدول المجاورة إلى رفض امتداد شرط التحكيم إلى الغير. ففي بريطانيا ألغت المحكمة التجارية حكم تحكيم كان تبني حلا مُشابها لقضية Dow Chemical<sup>(٢)</sup>. وفي سويسرا؛ أيدت المحكمة الاتحادية حكم تحكيم مد شرط التحكيم للغير الذي لم يوقع عليه<sup>(٣)</sup>. ورغم أن القانون السويسري يضع شرط الكتابة كشرط لصحة اتفاق التحكيم، إلا أن المحكمة تخلصت من مواجهة هذا الشرط بالقول أن

(١) وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 déc. 1993: Rev. arb. 1994, 116.

(٢) وتطبيقا لذلك، انظر:

Com. Court, 4 févr. 2004: Peterson Farms Inc v C et M Farming Ltd, EWHC 121(Comm).

(٣) وتطبيقا لذلك، انظر:

Trib. Arb. Suisse, 16 octobre 2003: Rev arb. 2004, 695, note L. Levy, B. Stucki.

هذا الأخير لا يُطبق إلا بين الأطراف الأصليين، في حين أن الاحتجاج به في مواجهة الغير الذي لم يوقع عليه هو مسألة تتعلق بالموضوع. وللفضل في هذه المسألة أحالت المحكمة إلى عادات التجارة الدولية التي تسمح بامتداد شرط التحكيم إلى الغير الذي ساهم في إبرام أو تنفيذ العقد محل النزاع.

أما المحكمة العليا الألمانية؛ فلم تتعرض مباشرة لمسألة مُشابهة لقضية Dow Chemical. ويستخلص الفقه من بعض الأحكام ما يُشير إلى رفض فكرة امتداد شرط التحكيم إلى مجموع الشركات التي لم توقع على الشرط. فقد قضت المحكمة المحلية لمدينة هامبورج Hamburg برفض امتداد شرط التحكيم إلى الشركة الأم المسؤولة عن تنفيذ العقد الموقع من أحد فروعها. واعتبرت المحكمة أن تنفيذ العقد من الشركة الأم يجب تكييفه على أنه مُجرد كفالة أو تفويض غير كامل لا يتسع لامتداد شرط التحكيم. ومنذ وقت طويل والقضاء الألماني يعتبر أن الكفالة هي التزام مُختلف؛ ومن ثم لا ينطبق عليها شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي<sup>(١)</sup>.

٦٢ - (٢) - امتداد اتفاق التحكيم في مجال التحكيم الداخلي: بعد أن استقر القضاء الفرنسي على أن حوالة الدين؛ في مجال التحكيم الدولي، يترتب عليها انتقال اتفاق التحكيم إلى المحال إليه، فقد أخذت محكمة النقض في وقت لاحق بذات المبدأ في مجال التحكيم الداخلي. فقضت بأن حوالة الدين تستوجب أن ينتقل للمُحال إليه شرط التحكيم المتفق عليه في العقد<sup>(٢)</sup>. وتخلص وقائع هذه القضية في أن إحدى الشركات أبرمت عقدا من الباطن مع المقاول الأصلي واتفقوا على شرط التحكيم في هذا العقد. وبعد ذلك قامت الشركة بحوالة مُستحقاتها تجاه المقاول الأصلي إلى أحد المقاولين الذي قام برفع دعوى قضائية أمام المحكمة التجارية يطلب فيها إلزام المقاول الأصلي بسداد المبالغ محل الحوالة. وتمسك هذا الأخير بشرط

(١) وتطبيقا لذلك، انظر:

BGH, 12 mars 1984; VersR 1983, 776- OLG Hamburg, 8 nov. 2001; 6 Sch 4/01, OLGR 2002, 305, 306.

(٢) وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 20 déc. 2001; Bull. II, n. 198.

التحكيم الوارد في العقد المبرم بينه وبين الشركة من الباطن، (المحيل). رفضت المحكمة التجارية الدفع بعدم الاختصاص المستمد من وجود شرط التحكيم، وتأييد الحكم في الاستئناف على سند من القول بأن الدين فقط هو ما تمت حوالاته؛ وليس العقد، ونتيجة لذلك فإن شرط التحكيم المدرج في العقد لا ينتقل إلى المحال إليه لأنه لم يكن طرفاً فيه. طعن على حكم محكمة الاستئناف بالنقض، فقضت الدائرة المدنية الثانية بأن شرط التحكيم انتقل إلى المحال إليه مع الدين.

وفي تقديرنا؛ أن ما ذهب إليه محكمة النقض جدير بالتأييد. فهذا التوجه يتناسب مع التحكيم باعتباره وسيلة بديلة لتسوية المنازعات. وفائدة هذه الوسيلة في حل المنازعات المتولدة عن العقد الأصلي لا تقتصر على المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية، وإنما تشمل أيضاً المنازعات المتعلقة بالتحكيم الداخلي.

٦٣ - امتداد حجية حكم التحكيم بالنسبة لخلف الخصوم: لا تقتصر حجية حكم التحكيم على الخصوم وحدهم، بل تمتد لخلفهم؛ سواء أكان الخلف عاماً أو خاصاً. فالحكم حجة على الخلف العام؛ وهم ورثة كل من الخصمين والموصى لهم بجزء من مجموع التركة. إذ هؤلاء يكونون محكوماً لهم أو محكوماً عليهم بحسب ما إذا كان سلفهم كسب الدعوى أو خسرها<sup>(١)</sup>. ولكن لا يُعتبر الخلف العام كذلك إلا باعتبار أنهم يتلقون الحق من مورثهم. أيضاً؛ حكم التحكيم حجة على الخلف الخاص، الذي يخلف الخصم في الحق الذي صدر بشأنه حكم التحكيم، متى كانت الخلافة لاحقة على صدور الحكم<sup>(٢)</sup>.

٦٤ - أثر حكم التحكيم بالنسبة للغير: تخضع أحكام التحكيم لذات قاعدة الحجية النسبية<sup>(٣)</sup>؛ ولكن مصدر نسبية حجيتها مزدوج. فمن جهة؛

---

(١) وخارج مجال التحكيم قُضى بأن الحجية تثبت في مواجهة الخصوم وخلفائهم؛ سواء أكانت الخلافة عامة أو خاصة، دون مثلهم. وتطبيقاً لذلك، انظر: نقض مدني ١٩٧٥/١٢/٢٤، مجموعة أحكام النقض، س ٢٦، ص ١٦٧٨ - نقض مدني ١٩٨٥/٥/٢١، في الطعن رقم ١٣٠١ لسنة ٥٣ ق. - أيضاً، انظر: عبد الرازق السنهوري، الوسيط، ج ٢، رقم ٣٦٦، ص ٦٣٤.

(٢) انظر: عبد الرازق السنهوري، الوسيط، ج ٢، رقم ٣٦٦، ص ٦٣٥ - فتحي والي، الوسيط، رقم ٩١، ص ١٥٠ - أحمد السيد صاوي، الوسيط، رقم ١٩٣، ص ٣١١.

(٣) راجع: ما سبق، رقم ٥٢ وما بعده، ص ٩٠ وما بعدها.

لأحكام التحكيم حُجية نسبية مُباشرة تنشأ نتيجة أن حُجية الشئ المحكوم فيه تقتصر على أطراف خصومة التحكيم<sup>(١)</sup>. ومن جهة أخرى ؛ لأحكام التحكيم حُجية نسبية غير مُباشرة تنشأ نتيجة أن الاتفاق الذي يتأسس عليه التحكيم ذاته هو أمر نسبي ويقتصر على أطرافه<sup>(٢)</sup>.

وفي الواقع ؛ مجال اتفاق التحكيم قد لا يتطابق بالضرورة مع مجال خصومة التحكيم. ومثال ذلك ؛ إبرام عقد قرض بين عدة مُقترضين من ناحية وعدة مُقرضين من ناحية ثانية ، واتفاق بعض المُقترضين مع بعض المُقرضين على التحكيم بخصوص ما ينشأ عن العقد من مُنازعات. في هذه الحالة ؛ نجد أن مجال تطبيق الاتفاق على التحكيم ومجال تطبيق حُجية الحكم الصادر عن التحكيم يُشكلان دوائر مُشتركة ؛ ولكنها غير مُتطابقة. إذ مجال حُجية حكم التحكيم ؛ حيث يكون الاهتمام بوحدة أطراف الحكم، أضيّق من مجال الاتفاق على التحكيم. والحكم الصادر بناء على هذا الاتفاق لا يكون له حُجية بالنسبة لمن لم يكن طرفاً في خصومة التحكيم ؛ حتى ولو كان طرفاً في اتفاق التحكيم<sup>(٣)</sup>.

وإذا كان حكم التحكيم لا يُمكن مُباشرة أن يمنح حقوق أو يفرض التزامات على شخص لم يكن طرفاً في خصومة التحكيم ؛ بسبب أن الغير

---

(١) وتقول محكمة النقض الفرنسية ؛ في هذا الصدد، إن آثار حُجية الشئ المحكوم فيه بالنسبة لحكم التحكيم هي ذات الآثار التي تُقررها القواعد العامة للإجراءات أمام المحاكم. ومن ثم ؛ حكم التحكيم لا يجوز الحُجية إلا في مواجهة أطراف خصومة التحكيم. وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. 2° civ., 28 oct. 1987; Rev. arb. 1988, p 298. " ... Les effets de l'autorité de la chose jugée pour les sentences arbitrales sont les mêmes que ceux qu'elle produit en droit commun de la procédure. La décision n'a d'autorité qu'à l'endroit des parties à l'instance arbitrale ... ".

(٢) انظر:

C. JARROSSON: L'autorité de chose jugée des sentences arbitrales, Procédures, 2007, Étude 17, n. 35.

(٣) وتطبيقاً لذلك، في مصر، انظر: نقض مدني ١٢/٢٧/١٩٩٧، مجموعة أحكام النقض، س ٤٨، ج ٢، ص ١٥٤٧ - محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين، ص ١١٤.

لا يمكن أن يكون محكوما له أو محكوم عليه، لأن المحكم لا يعلم إدعاءاته ولم يسمع دفاعه ولم يستمد منها قراره وقت صدوره؛ إلا أن الحكم يُمكن أن يكون له أثر غير مباشر على أشخاص لم يكونوا أطرافاً في اتفاق التحكيم<sup>(١)</sup>. ويتمثل هذا الأثر في إمكانية الاحتجاج بحكم التحكيم في مواجهة الغير الذي لم يكن طرفاً في الخصومة التي صدر فيها الحكم. وهذا ما قررته صراحة محكمة النقض الفرنسية، حيث قضت بأن حكم التحكيم وإن كان لا يحوز حُجية إلا بالنسبة للمسألة التي فصل فيها بين تنفيذ الأطراف إلا أنه يُحتج به في مواجهة الغير<sup>(٢)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن الاحتجاج بالحكم في مواجهة الغير يختلف عن مسألة حُجية الأمر المقضي. فهذه المسألة الأخيرة تنتج آثارها بين الأطراف، في حين أن الاحتجاج بالحكم ينتج آثاره في مواجهة الغير. وبعبارة أخرى؛ حُجية الأمر المقضي تسمح لأحد الأطراف في خصومة التحكيم التمسك بتنفيذ حكم التحكيم تنفيذاً جبرياً في مواجهة الطرف الآخر. أما الاحتجاج بحكم التحكيم فيسمح لأحد المتقاضين التمسك بالحكم كدليل إثبات في مواجهة ادعاء مُعين لخصمه. ويُمكن الاحتجاج بحكم التحكيم في مواجهة الغير؛ إذا كان مُشتركا في المسؤولية مع طرف في التحكيم، كالكفيل، والضامن، والمدين المتضامن<sup>(٣)</sup>.

٦٥ - (١) - الاحتجاج بحكم التحكيم في مواجهة الكفيل: الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام، بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه، (م ٧٢٢ مدني)<sup>(٤)</sup>. ومؤدى هذه

---

(١) فمثلا: عندما يقضي حكم التحكيم بإلزام أحد الأطراف بتنفيذ التزام بتسليم شئ مُعين، فإن هذا الحكم قد يصعب تنفيذه إذا كان الشئ المقصود موجودا مؤقتا في يد شخص من الغير بموجب سند مُعين.  
(٢) وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. com., 23 janv. 2007: Juris-Data n. 2007-037125.

(٣) انظر:

J. BÉGUIN: Les sentences arbitrales sont opposables aux tiers, JCP G 2007, n. 26168- M.-Cl. RONDEAU-RIVIER et E. LOQUIN: J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 1042, n. 85 et s.

(٤) وتطبيقا لذلك، انظر: نقض مدني ١٩٩٩/٢/٢٨، مجموعة المكتب الفني، س ٥٠، ج ١، رقم ٥٦، ص ٣١٦.



المادة؛ أن الكفالة هي عقد بين الكفيل والدائن، أما المدين الأصلي فليس طرفا في عقد الكفالة، بل إن كفالة المدين تجوز بغير علمه، وتجوز أيضا رغم مُعارضته<sup>(١)</sup>؛ وليس في هذا من ضير على المدين ما دامت الكفالة لا تلزمه بشئ. كما أن الكفالة عقد تابع، إذ أن التزام الكفيل يعتبر حتما تابعا لالتزام المدين الأصلي، ولا يجوز تطبيق أحكام الكفالة قبل البت في الالتزام الأصلي<sup>(٢)</sup>.

وإذا ما اتفق الدائن والمدين الأصلي على التحكيم فيمكن للكفيل دائما أن يرفض الاشتراك في إجراءات التحكيم على أساس أنه من الغير بالنسبة لاتفاق التحكيم<sup>(٣)</sup>. وفي المقابل؛ في الحالة التي يقوم فيها الكفيل بالوفاء بالدين عن المدين الأصلي قبل بداية خصومة التحكيم أو قبل أن يصدر حكم فيها، فإن دعوى الحلول تسمح له أن يسلك طريق التحكيم أو أن يدخل طرفا في الخصومة التي بدأت من قبل. وأساس ذلك أن الكفيل يحل محل الدائن في الرجوع على المدين بما أوفاه عنه، وهذا الحلول مُستمد من عقد الحلول المبرم بين الدائن والكفيل ومستندا إلى المادتين ١/٣٢٦، و ٧٩٩ من القانون المدني اللتين تقضيان بأنه إذا قام بالوفاء شخص غير المدين حل الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه إذا كان الموفي ملزما بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه، وأن من حل قانونا أو اتفاقا محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفع<sup>(٤)</sup>. وفي هذه الفروض لا تُشور أي صعوبة

(١) انظر: السهوري، الوسيط، ج ١٠، رقم ١١، ص ١٩ - وفي فرنسا: تنص المادة ١/٢٢٩١ من القانون المدني على أن الكفالة يُمكن أن تكون دون موافقة المدين؛ بل حتى دون علمه. وتجري عبارة هذه الفقرة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

On peut se rendre caution sans ordre de celui pour lequel on s'oblige, et même à son insu.

(٢) وتطبيقا لذلك، انظر: نقض مدني ١٩٨٤/١/٤، مجموعة أحكام النقض، ص ٣٥، ص ١٣٤. أما إذا التزم المستول عن دين الغير التزاما أصليا فإنه لا يكون كفيلا بل مدينا أصليا التزامه مستقل عن التزام المدين.

(٣) انظر:

É. LOQUIN: Arbitrage et cautionnement, Rev. arb. 1994, n. 26, p. 235.

(٤) وتطبيقا لذلك، انظر: نقض مدني ١٩٦٨/١/٢٥، مجموعة المكتب الفني، ص ١٩، ج ١، رقم ١٩، ص ١١٦ - ٢٥٠٣/٣/١٨، مجموعة المكتب الفني، ص ٥٤، ج ١، رقم ٨٧، ص ٤٩٩.

حيث يكون لحكم التحكيم حُجْية في مواجهة الكفيل لأنه يكون في مركز الدائن الأصلي.

أما إذا صدر حكم التحكيم ؛ بين المدين والدائن ، قبل وفاء الكفيل بالمدين عن المدين الأصلي فلا يكون للحكم حُجْية في مواجهة الكفيل. إذ لا يستطيع الدائن أن يستصدر أمرا بتنفيذ الحكم في مواجهة الكفيل ، وإنما على الدائن اللجوء إلى القضاء للحصول على الدين تأسيسا على الالتزام المتولد من عقد الكفالة. وحكم التحكيم في يد الدائن لا يعدو أن يكون دليل إثبات على صحة وجود الدين في ذمة المدين الأصلي. ولما كان إثبات صحة وجود هذا الدين يتعين البت فيه أولا قبل تطبيق أحكام الكفالة ، فإن ما أثبتته حكم التحكيم في هذا الخصوص يسمح للدائن أن يحتج به على الكفيل ؛ كالاحتجاج بالحكم في مواجهة أي شخص من الغير بالنسبة لإجراءات التحكيم. ولهذا ؛ يحق للدائن التمسك في مواجهة الكفيل بحكم التحكيم كدليل على وجود الدين في ذمة المدين الأصلي ومن ثم المطالبة بإلزام الكفيل بأداء مبلغ يساوي ما قضى به هذا الحكم<sup>(١)</sup>. والتزام الكفيل بالوفاء في هذه الحالة لا ينتج من حُجْية حكم التحكيم في مواجهته ، وإنما ينتج عن التزامه بالوفاء بموجب عقد الكفالة. أيضا ؛ ليس للكفيل التعرض لما قضى به حكم التحكيم في مواجهة المدين ، وإنما للكفيل التمسك بكافة الدفع المستمدة من عقد الكفالة للإفلات من التزامه بالضمان.

وفي فرنسا ؛ يسمح القانون بالطعن على حكم التحكيم الداخلي بطريق اعتراض الخارج عن الخصومة<sup>(٢)</sup>. إذ تنص المادة ١٥٠١ من قانون المرافعات على أن حكم التحكيم يُمكن الطعن عليه بطريق اعتراض الخارج عن

(١) وتطبيقا لذلك ، انظر :

CA Paris, 4 janv.1960: Rev. arb. 1960, p. 122- É. LOQUIN: Arbitrage et cautionnement, Rev. arb. 1994, n. 28, p. 239.

(٢) أما حكم التحكيم الدولي ؛ سواء صدر الحكم في فرنسا أو في الخارج ، فلا يجوز الطعن عليه بطريق اعتراض الخارج عن الخصومة. وذلك يُستفاد من المادة ١٥٠٦ من قانون المرافعات ؛ حيث أحالت إلى تطبيق بعض أحكام مواد التحكيم الداخلي على التحكيم الدولي وليس من بين هذه المواد المادة ١٥٠١ الخاصة بالطعن على حكم التحكيم عن طريق اعتراض الغير.

الخصومة أمام المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع فيما لو لم يوجد اتفاق على التحكيم، وذلك مع مراعاة أحكام المادة ١/٥٨٨ من ذات القانون<sup>(١)</sup>. ونظام اعتراض الغير هو طريق طعن غير عادي قلما يتم ممارسة عملياً ضد أحكام التحكيم. ومع ذلك؛ أبقى المرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١ على هذا الطريق من طرق الطعن التي أخذ بها المشرع الفرنسي اعتباراً من وقت صدور المرسوم رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٨٠<sup>(٢)</sup>.

ويستفاد من المادة ١/٥٨٨؛ التي أحالت إليها المادة ١٥٠١، أن اعتراض الغير على حكم التحكيم يُمكن تقديمه بصورة أصلية أو في صورة طلب عارض<sup>(٣)</sup>. ويرمي الغير من وراء اعتراضه إلى إلغاء أو تعديل حكم التحكيم لصالحه<sup>(٤)</sup>، وفي سبيل ذلك يستطيع الغير التمسك بكافة الوسائل

(١) وتجري عبارة هذه الفقرة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

La sentence arbitrale peut être frappée de tierce opposition devant la juridiction qui eût été compétente à défaut d'arbitrage, sous réserve des dispositions du premier alinéa de l'article 588.

والمادة ١/٥٨٨ تنص على أن: " المحكمة التي تنظر النزاع تفصل في اعتراض الغير الذي يطراً أثناء نظر المنازعة إذا كانت المحكمة أعلى من تلك التي أصدرت الحكم أو إذا كانت من درجة مساوية بشرط ألا يحول دون ذلك قاعدة اختصاص تتعلق بالنظام العام. ويُقدم اعتراض الغير بذات طريقة تقديم الطلبات العارضة. وتجري عبارة هذه الفقرة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

La tierce opposition incidente à une contestation dont est saisie une juridiction est tranchée par cette dernière si elle est de degré supérieur à celle qui a rendu le jugement ou si, étant d'égal degré, aucune règle de compétence d'ordre public n'y fait obstacle. La tierce opposition est alors formée de la même manière que les demandes incidentes.

(٢) انظر:

J. ORTSCHIEDT: Conditions de recevabilité de la tierce opposition incidente contre une sentence arbitrale, JCP 2012, n. 501354.

(٣) وتطبيقاً لذلك، انظر:

CA Caen 5 juill. 2012: Cah. arb. 2012, p. 709.

(٤) فالمادة ٥٨٢ من قانون المرافعات تنص على أن: " اعتراض الغير يرمي إلى إلغاء أو تعديل حكم لمصلحة من يطعن عليه. واعتراض الغير يعيد بالنسبة للمعترض طرح المسائل المحكوم فيها والتي يطعن عليها، وذلك لكي يفصل فيها من جديد من حيث الواقع والقانون". وتجري عبارة هذه المادة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي: =

التي كان بوسعه التمسك بها لو تدخل في خصومة التحكيم قبل أن يصدر الحكم فيها<sup>(١)</sup>. ويوجد جدل فقهي حول مدى جواز اعتراض الكفيل على حكم التحكيم. إذ يرى البعض أن مركز الكفيل كضامن يمنعه من مباشرة حق الطعن بهذا الطريق<sup>(٢)</sup>، إلا إذا كان الحكم بني على غش أو تواطؤ على نحو يضر بمقوق الدائنين أو خلف أحد الأطراف، (كالكفيل)، أو إذا تمسك هؤلاء بوسائل دفاع خاصة بهم، (م ٢/٥٨٣ مُرافعات)<sup>(٣)</sup>.

٦٦- (ب) - الاحتجاج بحكم التحكيم في مواجهة الضامن: ذهبت بعض أحكام القضاء الفرنسي إلى أن الحكم الصادر بين المؤمن له، (طالب الضمان) والغير تكون له حُجية بالنسبة للمؤمن (الضامن)، وذلك على أساس وحدة الأطراف<sup>(٤)</sup>. وترتبط على ذلك؛ لا يجوز لهذا الأخير الطعن

---

=La tierce opposition tend à faire rétracter ou réformer un jugement au profit du tiers qui l'attaque. Elle remet en question relativement à son auteur les points jugés qu'elle critique, pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit.

(١) وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 7 nov. 1999: Bull. civ., 1999, II, n. 5.

(٢) انظر:

É. LOQUIN: Arbitrage et cautionnement, Rev. arb. 1994, n. 26, p. 235- C. JARROSSON: L'autorité de chose jugée des sentences arbitrales, Procédures, 2007, Étude 17, n. 38.

(٣) إذ تنص هذه الفقرة على أن: "الدائنين وخلف أحد الأطراف يُمكنهم في كل الأحوال الطعن بطريق اعتراض الخارج عن الخصومة في الحكم الصادر بالتحايل على حقوقهم أو إذا تمسكوا بوسائل دفاع خاصة بهم". ونجري عبارة هذه الفقرة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

Les créanciers et autres ayants cause d'une partie peuvent toutefois former tierce opposition au jugement rendu en fraude de leurs droits ou s'ils invoquent des moyens qui leur sont propres.

ويتعين على الخارج عن الخصومة الذي يطعن بالاعتراض إثبات الغش أو التواطؤ الذي يجعله ممثلاً في الخصومة على نحو يضر بمقوقه. وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 17 nov. 1960: JCP 1961, II, 12008, note Pontavice- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 17 nov. 1971: Bull. II, n. 316- Cass. 3<sup>e</sup> civ., 15 oct. 1980: Gaz. pal. 1980, pan. 462.

كما قُضي بأنه رغم أن الخلف الخاص كان ممثلاً في الخصومة بواسطة سلفه إلا أن الأول يجوز له الطعن على الحكم عن طريق اعتراض الخارج عن الخصومة إذا كان يتمسك بحق خاص به. وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. 3<sup>e</sup> civ., 20 avr. 2005: Procédures 2005, n. 152, obs. Perrot.

(٤) وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 14 janv. 1999: Bull. civ., 1999, II, n. 63.

على الحكم بطريق اعتراض الخارج عن الخصومة، لأنه كان مُمثلاً فيها بواسطة المؤمن له، (طالب الضمان)<sup>(١)</sup>، ولا يكون أمام الضامن في هذه الحالة سوى الطعن على حكم التحكيم بالبطلان<sup>(٢)</sup>. وقضي؛ في هذا الصدد، بأن الضامن الذي يدير القضية لا يُمكنه الطعن عن طريق اعتراض الخارج عن الخصومة في الحكم الصادر بين طالب الضمان والغير، وذلك لأن الضامن وإن لم يكن طرفاً في الخصومة إلا أنه كان مُمثلاً فيها تمثيلاً اتفاقياً بواسطة طالب الضمان<sup>(٣)</sup>. ومع ذلك؛ يجوز للضامن الطعن على حكم التحكيم بطريق اعتراض الخارج عن الخصومة إذا كان الحكم بني على غش أو تواطؤ يضر بحقوقه أو إذا تمسك بوسائل دفاع خاصة به<sup>(٤)</sup>.

(١) إذ المادة ١/٥٨٣ من قانون المرافعات الفرنسي تنص على أن: "الطعن بطريق اعتراض الخارج عن الخصومة يُمكن تقديمه من أي شخص له مصلحة، بشرط ألا يكون طرفاً أو مُمثلاً في الحكم الذي يطعن عليه". وتجري عبارة هذه الفقرة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

Est recevable à former tierce opposition toute personne qui y a intérêt, à la condition qu'elle n'ait été ni partie ni représentée au jugement qu'elle attaque.

ويلزم أن تتوافر في الخارج عن الخصومة الصفة اللازمة للتمسك بالحق المدعي به وأن تكون له مصلحة في الاعتراض، ولا يُشترط لتوافر هذه المصلحة أن يكون الحكم المطعون فيه فصل في حقوق والتزامات الخارج عن الخصومة، كما أن مجرد مخالفة الحكم لنص قانوني لا تتوافر به المصلحة المباشرة والشخصية التي تتطلبها نص المادة ١/٥٨٣ من قانون المرافعات. وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. 3e civ., 30 janv. 1979: D. 1980, inf. rap. p. 51, obs.  
Julien- Cass. 1re civ., 16 juill. 1997: JCP 1997, IV, 2011- Cass.  
soc. 2 févr. 2006: Bull. V, n. 56- Cass. 2e civ., 23 sept. 1998:  
Bull. II, n. 246.

(٢) انظر:

JARROSSON: L'□autorité de chose jugée des sentences arbitrales, Procédures, 2007, Étude 17, n. 37.

(٣) وتطبيقاً لذلك، انظر:

T. civ., Charolles, 7 mars 1952: D. 1953, 14, note Besson- Cass.  
soc., 26 mai 1965: D. 1965, somm. 117- Cass. 2e civ., 14 janv. 1999:  
Bull. civ. 1999, II, n. 63.

(٤) وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. 3e civ., 15 oct. 1980: Gaz. pal. 1980, pan. 462- Cass. 3e civ.,  
20 avr. 2005: Procédures 2005, n. 152, obs. Perrot.

٦٧ - (ج) - الاحتجاج بحكم التحكيم في مواجهة المدين المتضامن: بالنسبة للمدينين المتضامين؛ المبدأ هو أن الشيء المقضي بالنسبة لأحد المدينين يُحتج به في مواجهة الآخرين<sup>(١)</sup>. ويثور التساؤل؛ في مجال التحكيم، حول نطاق حُجية حكم التحكيم في حالة إبرام اتفاق التحكيم بين الدائن وأحد المدينين المتضامين فقط، أو في حالة إبرام اتفاق التحكيم بين الدائن وكل المدينين المتضامين، ولكن الدائن يباشر إجراءات التحكيم في مواجهة أحدهم فقط ويظل الباقيون خارج تلك الإجراءات. وفي مثل هذه الفروض يقول الفقه الفرنسي بأن القضاء يميل نحو التوسع في حُجية الأمر المقضي من خلال تضييد شرط وحدة الأطراف والاكتفاء بوحدة الموضوع والسبب<sup>(٢)</sup>. ومن ثم؛ حكم التحكيم الصادر ضد أحد المدينين المتضامين يحوز حُجية بالنسبة للمدينين المتضامين الآخرين.

ومع ذلك؛ لا يكون لحكم التحكيم حُجية في مواجهة باقي المدينين المتضامين إلا إذا كان المدين المتضامن الذي باشر إجراءات التحكيم قد تصرف بأمانة، وذلك بأن يكون قد دافع عن المصلحة المشتركة لجميع المدينين وألا يكون ضحي بهذه المصلحة في سبيل مصلحته الخاصة. وهذا ما ذهبت إليه محكمة استئناف باريس Paris حيث قضت بأن حكم التحكيم الصادر ضد أحد المدينين المتضامين لا تمتد حُجيته إلى باقي المدينين المتضامين بسبب أن الأول لم يكن أميناً في الدفاع عن المصلحة المشتركة لجميع المدينين، لأنه لم يتمسك بوسائل الدفاع التي تحقق تلك المصلحة المشتركة وإنما ضحى بها في سبيل تحقيق مصلحته الخاصة<sup>(٣)</sup>.

(١) وتطبيقاً لذلك؛ في غير مجال التحكيم، انظر:

Cass. soc., 7 oct. 1981: Bull. civ. 1981, V, n. 764.

(٢) انظر:

M. MIGNOT: Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français, Dalloz., thèse, 2002, n. 194; Note sous CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. C, 10 mars 2005: Rev. arb. 2006, p. 456, spéc. p. 466.

(٣) وتطبيقاً لذلك، انظر:

CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. C, 10 mars 2005: Rev. arb. 2006, p. 456, note M. Mignot.

٦٨ - ثانياً: وحدة الموضوع: حتى يُمكن التمسك بمحجية حكم التحكيم يجب؛ كما هو الحال بالنسبة للحكم القضائي، أن يتعلق موضوع النزاع في الدعوى الجديدة بذات موضوع النزاع الذي سبق وفصل فيه حكم التحكيم في إطار ما تضمنه اتفاق التحكيم؛ شرطاً كان أو مشاركة<sup>(١)</sup>. ويُقصد بموضوع أو محل النزاع؛ بصفة عامة، الحق أو الميزة أو المنفعة القانونية المدعى بها على شيء معين<sup>(٢)</sup>. ويتكون موضوع النزاع من

(١) ومن المقرر أنه إذا كان اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء قام مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين، فإنه يجب في هذه الحالة تحديد موضوع النزاع في بيان الدعوى المشار إليه في المادة ١/٣٠، (م ٢/١٠ تحكيم مصري). ومفاد المادة ١/٣٠ أنه يجب على المدعي أن يرسل خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تُعينه هيئة التحكيم إلى المدعى عليه وإلى كل واحد من المحكمين بياناً مكتوباً بدعواه يشتمل على ...، والمسائل محل النزاع وطلبات المدعي، وكل أمر آخر يوجب اتفاق الطرفين ذكره في هذا البيان. أما إذا تم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأن دعوى أمام جهة قضائية، فإنه يجب في هذه الحالة أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً، (م ٢/١٠ تحكيم مصري). وفي ضوء ذلك؛ إذا قضى حكم التحكيم في مسائل لا يشملها بيان دعوى التحكيم فإنه يكون قد قضى بما لم يطلبه الخصوم؛ حتى ولو كان ما فصل فيه يدخل في نطاق شرط التحكيم. ومن ثم؛ يكون هذا الحكم معرضاً للبطلان، وذلك استناداً للمادة ١/٥٣/ز من قانون التحكيم، انظر: فتحي والي، قانون التحكيم، رقم ٣٣٥، ص ٦٠١. وإذا قضى حكم التحكيم في مسائل لا تشملها مشاركة التحكيم فإنه يكون معرضاً للبطلان، ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له، فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها، (١/٥٣/و تحكيم).

(٢) وفي القانون المصري، انظر: السنهوري، الوسيط، ج ٢، هامش رقم ٢، ص ٦٤٣ - أ.د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الرابعة، ١٩٩١، رقم ٢٠٩، ص ٢٢٢ - أ.د. محمود عبد الرحمن، قوة الشيء المحكوم فيه، رسالة دكتوراه، مطبعة الرجاء بمصر، لم يذكر سنة الطبع، ص ٧٦ - نقض مدني ١٠/١٢/١٩٣٦، مجموعة عمر، ج ٣، ص ٤٥ - سوهاج الابتدائية ١٩٤٠/٥/٢١، المحاماة، س ٢٥، ص ١١٩٦ - وفي القانون الفرنسي، انظر:

G. CORNU et J. FOYER: Procédure civile, Paris, 1958, Thémis Mise à jour 1960, p. 402 et s.- SOLUS et FERROT: Op. cit., t. 1, p. 95- R. MOREL: Op. cit., n. 348, p. 387- R. GRANGER: Rep. proc. civ., Dalloz, 1<sup>er</sup> éd. T. 1, V<sup>o</sup> Demande nouvelle, n. 22- P. AZARD: L'immutabilité de la demande en droit judiciaire Français, Thèse, Paris 1936, p. 9- P. BOYREAU: De la prohibition des demandes nouvelles en appel, Thèse, Bordeaux, 1945, p. 15- Y. LOBIN: Rep. proc.

عنصرين ، شما : العنصر القانوني ، والعنصر المادي. ويؤدي اختلاف أي من هذين العنصرين ؛ أو هما معا ، إلى اختلاف موضوع النزاع. ويتمثل العنصر القانوني في الحق ؛ أو المركز القانوني ، المطلوب حمايته. ويؤدي استبدال حق بآخر إلى اختلاف العنصر القانوني ، وبالتالي إلى اختلاف موضوع النزاع<sup>(١)</sup>. أما العنصر المادي لموضوع النزاع فيتمثل في الشيء - المال - أو الرابطة التي يرد عليها الحق أو المركز القانوني المدعى به<sup>(٢)</sup>. وفي ضوء ما تقدم ؛ لا يُمكن التمسك بمجعية حكم التحكيم إذا اختلف موضوع النزاع فيه عن موضوع النزاع الجديد المطروح أمام قضاء الدولة أو أمام قضاء التحكيم<sup>(٣)</sup>. أما إذا كان موضوع النزاع واحدا فإن اكتساب حكم التحكيم السابق الحجية الأمر المقضي تحول أن يكون الطلب الذي فصلت فيه هيئة - أو محكمة - التحكيم محلا لخصومة جديدة ؛ سواء أكانت الخصومة أمام ذات محكمة التحكيم أو محكمة أخرى أو أمام قضاء الدولة<sup>(٤)</sup>. وقضت محكمة النقض المصرية ؛ في هذا الصدد ، بأنه إذا كان

civ., Dalloz, V° Demande nouvelle, n. 27- J. ZARZYCKI: De la demande en justice, Thèse, Caen, 1937, p. 65- VINCENT et GUINHARD: Op. cit., n. 375, p. 375- J. MIGUET: Immutabilité et évolution du litige, Thèse, Toulouse, n. 119- Cass. req., 8 nov. 1937: D. 1937, 581.

ومن الجدير بالإشارة أن المادة ٤ من قانون المرافعات الفرنسي عرفت موضوع النزاع بأنه يتحدد بالادعاءات المتبادلة من الأطراف. وهذه الادعاءات تكون من خلال الطلب المنتهج للخصومة أو من مذكرات الدفاع. ومع ذلك ؛ يُمكن تعديل موضوع النزاع من خلال الطلبات العارضة عندما ترتبط هذه الطلبات بالادعاءات الاصلية بصلته كافية. وتجري عبارة هذه المادة باللغة الفرنسية كالتالي:

**L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties. Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense. Toutefois l'objet du litige peut être modifié par des demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant.**

(١) انظر: فتحي والي ، الوسيط ، رقم ٤١ - ٢ ، ص ٧٥ - وفي فرنسا ، انظر: R. GRANGER: Op. cit., n. 26 - Cass. civ., 29 juin 1948: Rec. Gaz. pal. 1948, 2, 79 - Cass. civ., 2 janv. 1951: Bull. civ., 1951, 1, 4.

(٢) ويرى البعض أنه وإن كان موضوع النزاع يتكون في غالب الأحيان من العنصرين ؛ القانوني والمادي ، معا فإنه يُمكن أن يتكون من العنصر المادي فقط ، كما في حالة المنازعة على مقدار الدين دون سند هذا الدين ، انظر:

MIGUET: Thèse, n, 115, p. 131- BOYREAU: Thèse, p. 15.

(٣) انظر: فتحي والي ، قانون التحكيم ، رقم ٢٦٤ ، ص ٤٦٢.

(٤) انظر: فتحي والي ، قانون التحكيم ، رقم ٢٦٤ ، ص ٤٦٢ =



حكم التحكيم قد حسم موقف الشركة من الأعمال التي كلفت بها  
ويفصل في وضوح بأنها أوفت بالتزاماتها وتقتضي لها بما تستحقه عن هذه  
الأعمال، خاصة أعمال فك وتركيب النجارة والصحي والكهرباء  
والألنيوم، فمن ثم لا يجوز معاودة المجادلة في هذه الواقعة مرة أخرى أو  
القول بأن الشركة قد أخلت بالتزاماتها وارتكبت خطأ عقدياً وتستحق  
الجهة الإدارية التعويض الذي يجبر الضرر الناتج عنه، فذلك القول يناقض  
ما قضي به حكم التحكيم وهو حكم له ما للأحكام من حجية يتعين  
احترامها<sup>(١)</sup>.

وحول وحدة الموضوع التي يُمكن معها التمسك بالحجية فقد حدث أن  
محكمة تحكيم حر؛ في فرنسا، أصدرت حكماً في نزاع نشب بين شركة  
Coop Atlantique وشركة Carrefour. وأثناء طلب الشركة الأولى من  
محكمة التحكيم تفسير الحكم اكتشفت الشركة الثانية أن رئيس محكمة  
التحكيم كان شريكاً في مكتب مُحاماة وأن هذا المكتب هو مُستشار لشركة  
Système U Est التي ستستفيد بصورة مُباشرة من تنفيذ حكم التحكيم.  
وعلى إثر اكتشاف هذه الوقائع قامت شركة Carrefour باللجوء إلى  
رئيس المحكمة الابتدائية في مدينة باريس Paris؛ باعتباره قاضي الدعم،  
وطلبت رد رئيس محكمة التحكيم، وذلك على أساس أنها بعد استلامها  
للحكم اكتشفت الوقائع المذكورة أعلاه. وانتهى رئيس المحكمة الابتدائية  
إلى رفض طلب الرد بموجب أمر لا يقبل الطعن. طعنّت شركة  
Carrefour على حكم التحكيم بالبطلان أمام محكمة استئناف باريس  
Paris على أساس أن أحد المحكمين لم يتوافق فيه الاستقلال والحيدة<sup>(٢)</sup>،

---

=I. VEILLARD: Le domaine de la chose arbitrée, Étude critique à la lumière des récents développements de la jurisprudence de la Cour de cassation, Rev. crit. DIP 2012. p. 15.

(١) وتطبيقاً لذلك، انظر: نقض مدني ٢٠٠٦/٥/٣٠، في الطعن رقم ٩٩٤٢ لسنة ٤٧ ق.  
(٢) وحول استقلال وحيدة المحكم، انظر:

J. VAN COMPERMOLLE et G. TARZIA: L'impartialité du juge et de l'arbitr. Études de droit comparé, Bruylant 2006-  
B. LEURENT: L'intervention du juge, Rev. arb. 1992. 363=-

وانتهت المحكمة إلى عدم قبول الدعوى لأن قرار رئيس المحكمة الابتدائية برفض طلب الرد يجوز حُجْية تمنع المحكمة من نظر دعوى البطلان. لم تقبل شركة Carrefour بالحكم وطعنت عليه بالنقض واستندت في أسباب الطعن إلى أن رئيس المحكمة الابتدائية لا يملك الاختصاص بنظر حكم التحكيم، ومن ثم فالموضوع الذي طُرح عليه ليس موضوع حكم التحكيم ذاته وإنما الفصل في الوقائع التي اكتشفت بعد إصدار حكم التحكيم والمتعلقة بالمُحكَم الذي طُلب رده، وأن بقاء هذا الأخير ضمن أعضاء المحكمة أثناء إجراءات طلب تفسير الحكم لا يتوافر معه حق الشركة الطاعنة في محكمة مُحايدة ومُستقلة، كما أن حكم رئيس المحكمة الابتدائية برفض طلب الرد لم يفصل في صحة حكم التحكيم ذاته، ومن ثم كان يتعين على محكمة الاستئناف أن تقبل دعوى البطلان.

ورداً على هذا الطعن أجابت محكمة النقض الفرنسية أن شركة Carrefour أسست طلبها ببطلان حكم التحكيم أمام محكمة الاستئناف على ذات الوقائع التي وردت في حكم قاضي الدعم برفض طلب الرد، وأن موضوع المنازعة واحد في الدعويين؛ وهو عدم استقلال وحياد المحكم، وأن شركة Carrefour لم تُثر أثناء دعوى البطلان أي عنصر جديد طرأ بعد قرار قاضي الدعم برفض طلب الرد. وأضافت محكمة النقض أن محكمة الاستئناف استخلصت على نحو صحيح أن قرار رفض طلب الرد أصبح باتاً وفصلاً في موضوع المنازعة المتعلقة باستقلال وحياد المحكم، ومن ثم فإن الدفع بالبطلان بسبب عدم صحة تشكيل المحكمة لا يستند على أساس قانوني وبالتالي يكون غير مقبول<sup>(١)</sup>.

---

=M.-A. CALVO: La récusation des arbitres, CCI-Théorie et pratique, Gaz. Pal. 1<sup>er</sup>-2 déc. 2000, 30.

(١) وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 mars 2013: JCP G 2013, II, 27784, obs. C. Seraglini.

وفي تعليقه على هذا الحكم ذهب الأستاذ Seraglini إلى أنه ليس لمحكمة الاستئناف وهي تنظر دعوى البطلان إعادة الفصل في مسألة استقلال وحياد المحكم بعد أن يكون قاضي الدعم فصل فيها؛ حتى ولو طرأت وقائع جديدة. وتأييداً لما ذهب إليه أشار إلى حكم محكمة استئناف باريس قضى بهذا المعنى، انظر: =

٦٩ - ثانياً: وحدة السبب: بخصوص فكرة السبب نجد الفقه والقضاء؛ في مصر وفرنسا، يتبينان بشأنها مفهوماً واقعياً خلاصته أن سبب النزاع يُقصد به مجموعة الوقائع أو الظروف الواقعية المادية المولدة للحق أو المصلحة القانونية المدعى بها<sup>(١)</sup>. وحتى يُمكن التمسك بحجية حكم التحكيم يجب أن يكون السبب في الدعوى الجديدة هو عين السبب في الدعوى التحكيمية، ولا يكفي أن يكون مُماثلاً له<sup>(٢)</sup>. ومن جهة أخرى؛ تجدر الإشارة إلى أن فكرة السبب تختلف عن بعض الأفكار الأخرى؛ كالوسائل والأدلة والسندات<sup>(٣)</sup>. ولهذا؛ يظل السبب واحداً ولو تعددت

=CA Paris, ch. 1, C, 4 juin 1992: Rev. arb. 1993, p. 449, note A. Hory.

(١) وفي القانون المصري، انظر: أ.د. عزمي عبد الفتاح، أساس الادعاء أمام القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة (١٩٩١)، ص ٥٥ وما بعدها- أ.د. نبيل إسماعيل عمر، الطعن بالاستئناف وإجراءاته في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٠، رقم ٢٨٧، ص ٥١٥- سبب الطلب القضائي، رقم ١٨٩، ص ٢٢٢- أ.د. محمد محمود إبراهيم، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات، ١٩٨٢، ص ٩١٠- أ.د. وجدي راغب، مبادئ الخصومة المدنية، دار الفكر العربي، ١٩٧٨، ص ١٠٧- أ.د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٤، ج ٢، رقم ٢٢٩، ص ٥٦٧- السنهوري الوسيط، ج ٢، رقم ٣٧٤، ص ٦٥٣- فتحي والي، الوسيط، رقم ٤٢، ص ٧٣. هذا مع ملاحظة أن أستاذنا الدكتور فتحي والي يصف الواقعة التي يجب النظر إليها كسبب للدعوى- بأنها الواقعة القانونية والتي تؤدي إلى منح الحماية القضائية. وليس كل واقعة يعتد بها، وإنما فقط الوقائع المنتجة في تكوين الواقعة التي تنطبق عليها القاعدة القانونية في الدعوى المرفوعة- وحول تبني القضاء المصري للمفهوم الراقعي لفكرة السبب، انظر: نقض مدني ١٧/٤/٢٠٠٥، مجموعة المكتب الفني، ص ٥٦، ج ٢، رقم ٦٨، ص ٣٨٦- نقض مدني ٢٧/٢/١٩٧٧، مجموعة أحكام النقض، ص ٢٨، رقم ٤١٣- نقض مدني، الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ٢٢/١٢/١٩٨٦، مجموعة أحكام النقض، ص ٣٧، رقم ١٣٠١- وفي القانون الفرنسي، انظر:

H. MOTULSKY: La cause de la demande, D. 1964, chron. p. 237- J. NORMAND: Le juge et le litige, Thèse, Paris, 1965, p. 166- Le juge et le fondement du litige, Mélanges Hébraud, 1981, p. 595- GROSLEIRE: Obs. au D. 1983, inf. rap. 33, sous Cass. civ., 10 mars 1982- MEERPOEL: Obs. au D. 1983, chron. 183, n. 21 et s - Cass. civ., 5 mars 1971: somm. 65- Cass. civ., 8 févr. 1984: Bull. civ., III, n. 34, p. 26.

وحتى تصلح الواقعة المادية كأساس للادعاء يجب أن تكون مُنتجة في الدعوى. وقد قضي بأن الطلب سيكون مآله الرفض؛ تلقائياً، إذا لم تكن الوقائع من طبيعة يمكن أن يتأسس عليها الادعاء، أو إذا لم تكن الوقائع مُنتجة في الدعوى. وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 24 mars 1971: Bull. II, n. 130- Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 juill 2003: Bull. I, n. 161- Cass. civ., 16 mars 2004: Gaz. pal. 30-31 juill 2004, 31.

(٢) فتعتبر الأسباب مُختلفة ولو كانت من نوع واحد.

(٣) فالوسائل والأدلة هي العناصر والأسانيد القانونية والواقعية التي يُقدمها المدعي تأييداً لسبب دعواه. أما السند فهو أحد الأدلة الكتابية التي تُثبت السبب.

أو تغيرت السندات والأدلة الواقعية أو الوسائل والحجج القانونية التي يستند إليها المدعي في طلبه<sup>(١)</sup>.

وحجبية حكم التحكيم تمنع طرح ذات النزاع أمام قضاء الدولة أو قضاء التحكيم للنظر فيه من جديد. وإنما يمكن لأطراف الحكم الطعن فيه بالطرق التي يحددها القانون. وتقليدياً ؛ عدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها يفترض تطابقاً ثلاثياً لعناصر الدعوى الجديدة والدعوى السابقة: فيجب أن يكون الشيء المطلوب هو نفسه، وأن يتأسس الطلب على ذات السبب، وأن يكون الطلب بين نفس الأطراف. وفي ضوء ذلك ؛ فإن اختلاف السبب يمنع من التمسك بحجبية حكم التحكيم، ومن باب أولى إذا اختلف السبب والموضوع<sup>(٢)</sup>، وهذا ما يُسمى بالنطاق أو الحدود الموضوعية لحجبية حكم التحكيم<sup>(٣)</sup>.

٧٠- رابعاً: الاتجاه الحديث لمحكمة النقض الفرنسية من فكرة وحدة السبب: تتجه أحكام محكمة النقض الفرنسية ؛ في الوقت الحالي، نحو التخفيف من حدة وصرامة تطابق السبب كأحد شروط حجبية الأمر المقضي. إذ في عام ٢٠٠٦ قضت الهيئة العامة لمحكمة النقض بأنه لا يمكن لأحد الأطراف أن يُنازع في تطابق سبب الطلبات بإثارة أساس قانوني كان امتنع عن إثارته في الوقت المناسب، وأعقبت المحكمة هذا الحكم بأحكام أخرى في ذات الاتجاه<sup>(٤)</sup>. وتقول المحكمة ؛ في سبيل تبرير ما ذهبت إليه، أن مبدأ تركيز

(١) كأن يستند المدعي إلى أكثر من نص قانوني مثلاً ؛ أو إلى أكثر من سند.

(٢) انظر: فتحي والي، قانون التحكيم، رقم ٢٦٤، ص ٤٦٢.

(٣) انظر: محمود مختار بيري، التحكيم التجاري الدولي، رقم ١٥٦، ص ٢٦٠-

عيد القصاص، حكم التحكيم، رقم ٦١، ص ١٨٧- وفي فرنسا، انظر:

Cass. civ., ass. plén. 3 juin 1994: JCP 1994, II, 20351.

(٤) وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. Ass. plén. 7 juill. 2006: Bull. civ. 2006, n. 8- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 6 avr. 2006: Bull. II, n. 103- Cass. 3<sup>e</sup> civ., 20 janv. 2010: Bull. civ. III, n. 17. " ... une partie ne peut être admise " à contester l'identité de cause des demandes en invoquant un fondement juridique qu'elle s'est abstenue de soulever en temps utile ".

وسائل الدفاع يفرض على المدعي أن يُشير في ذات الخصومة كل وسائل دفاعه الواقعية والقانونية التي يكون من طبيعتها تبرير ودعم نجاح طلباته والقضاء له بها. كما أن ذات المبدأ يفرض على المدعى عليه أن يتمسك بكافة وسائل الدفاع الواقعية والقانونية التي يكون من طبيعتها رفض طلبات المدعي<sup>(١)</sup>.

واستمدت محكمة النقض الفرنسية الأساس القانوني لمبدأ تركيز الأطراف في ذكر وسائل دفاعهم الواقعية والقانونية من المادة ١٥٦ - ٢ من قانون المرافعات، (مُعدلة بالمرسوم ٦٦ لسنة ٢٠١٢)؛ والتي تنص على أنه: "يترتب البطلان إذا لم تشمل صحيفة الدعوى؛ علاوة على البيانات المنصوص عليها بالنسبة للأوراق القضائية، ما يلي: ١ - ٢ ... موضوع الطلب مع عرض لوسائل الدفاع الواقعية والقانونية. ٣ - ٤ ..."<sup>(٢)</sup>

٧١ - تطبيق مبدأ تركيز وسائل الدفاع وأثره على وحدة السبب في مجال حجبية حكم التحكيم: طبقت محكمة النقض الفرنسية مبدأ تركيز وسائل الدفاع في مجال التحكيم. وعملا بهذا المبدأ؛ يتعين على المدعي أن يتمسك بكل وسائل الدفاع التي تُبرر القضاء له بطلباته، وعلى المدعى عليه إثارة كل وسائل دفاعه التي من شأنها رفض تلك الطلبات. وترتبا على ذلك؛ لا يجوز لأحد الأطراف التمسك برفض الدفع بعدم قبول الدعوى المُستمد

(١) وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. com., 20 févr. 2007: Bull. civ. IV, n. 49- Cass. 3<sup>e</sup> civ., 13 févr. 2008: Bull. civ. III, n. 28.

(٢) وتجري عبارة الفقرة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

L'assignation contient à peine de nullité, outre les mentions prescrites pour les actes d'huissier de justice: 1<sup>o</sup> ... 2<sup>o</sup> L'objet de la demande avec un exposé des moyens en fait et en droit; 3<sup>o</sup> ... 4<sup>o</sup> ...

وحول وجوب اشتمال صحيفة الدعوى على الأساس القانوني، انظر:

J.-P. DESIDRI: *Le fondement juridique de la demande dans le procès civil*, LAP 2000, n. 111, p. 5- C. LAPORTE: *L'assignation en redressement judiciaire*, Procédures 2002, chron. 1.

من حُجية حكم التحكيم مُستندا في ذلك على أن السبب القانوني الذي تمسك به في خصومة التحكيم يختلف عن الأساس القانوني الذي يتمسك به في الدعوى الجديدة. وتجسد هذا الاتجاه لمحكمة النقض في قضاء حديث لها؛ بدأ عام ٢٠٠٨<sup>(١)</sup>، حيث قضت بأن حُجية الأمر المقضي لحكم التحكيم يترتب عليها عدم قبول الدعوى المرفوعة أمام إحدى محاكم الدولة طالما يوجد تطابق في الموضوع بين الطلبات، وأن هذا التطابق يتوافر حتى ولو تبين وجود اختلاف في الأساس القانوني بين الطلبين.

وحديثاً؛ أكدت محكمة النقض على ذات المبدأ السابق، وذلك في حكم لها عام ٢٠١٢<sup>(٢)</sup>. وتخلص وقائع هذه القضية في أنه عام ٢٠٠٥ أبرمت شركة Prodim عقداً مع شركة Codis على أن تقوم الأولى بتوريد بضاعة تتولى الشركة الثانية توزيعها، وورد بالعقد شرط اللجوء للتحكيم بخصوص ما ينشأ عنه من منازعات. بعد مضي فترة زمنية توقفت شركة Codis عن تنفيذ العقد، فقامت شركة Prodim برفع دعوى أمام محكمة التحكيم المنصوص عليها في العقد، وطلبت الحكم بإلزام شركة Codis بالتعويض الناشئ عن توقفها عن الاستمرار في التنفيذ وإخلالها بالتزاماتها العقدية. انتهت محكمة التحكيم إلى إصدار حكم في ١١/٥/٢٠٠٧ قضى بخطأ شركة Codis بسبب توقفها عن تنفيذ العقد وإلزامها بأن تدفع للشركة الموردة التعويضات عن الأضرار الناشئة عن هذا التوقف. وفي وقت لاحق رفعت شركة Prodim دعوى تحكيم ثانية طلبت فيها إلزام شركة Codis بالتعويضات التكميلية عن الأعمال غير المشروعة التي اقترفتها قبل وبعد التوقف عن التنفيذ. وانتهت محكمة التحكيم إلى إصدار حكم في ٣٠/١١/٢٠٠٧ قضى برفض طلب شركة Prodim بالتعويضات. وعلى إثر رفض هذا الطلب رفعت الشركة Prodim دعوى

(١) وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 mai 2008: JCP G 2008, II, 10157, note G. Chabot.

(٢) وتطبيقاً لذلك؛ انظر:

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 avr. 2012: JurisData n. 2012-006971.

قضائية أمام إحدى محاكم الدولة طالبت فيها الحكم بإلزام شركة Codis بالتعويضات التكميلية على أساس المسؤولية التقصيرية وأنها كانت متواطئة في تنفيذ عقد التوزيع. وقضت المحكمة بالتعويض لصالح الشركة Prodim. قامت شركة Codis بالطعن على الحكم أمام محكمة استئناف بو Pau ودفعت بعدم قبول الدعوى استنادا لحجية حكم التحكيم الصادر في ٢٠٠٧/١١/٣٠، الذي فصل في طلب التعويض. قبلت المحكمة الدفع وقضت في ٢٠١٠/١٢/١٦ بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها. طعنت شركة Prodim على الحكم أمام محكمة النقض والتي انتهت إلى القضاء بوحدة الأطراف والموضوع في حكم التحكيم والدعوى أمام القضاء. وتسييا لهذا الحكم أكدت المحكمة أن مبدأ وجوب التمسك بكل وسائل الدفاع؛ الذي تنص عليه المادة ١/٥٦ - ٢ من قانون المرافعات<sup>(١)</sup>، ينطبق في مجال التحكيم. ومن ثم؛ كان يتعين على شركة Prodim ( المدعي ) أن تُقدم في خصومة التحكيم الأولى كافة الوسائل التي تُقدر أن من شأنها تأسيس طلبها في تلك الخصومة؛ سواء أكان الأساس القانوني هو المسؤولية العقدية أو التقصيرية.

٧٢- نتائج مبدأ تركيز وسائل دفاع الأطراف: أبدى جانب من الفقه الفرنسي استحسانه للمبدأ، لأن إعماله يؤدي إلى استبعاد أي جدل أو نقاش حول الأسس القانونية المتعلقة بالطلبات في مجال الحجية؛ " إذ من الآن فصاعدا إذا كانت الطلبات تهدف إلى ذات الموضوع فإنه يجب قبول الدفع بالحجية"<sup>(٢)</sup>. ويُستخلص من قضاء محكمة النقض الفرنسية؛ ما يلي:

(١) راجع: ما سبق، هامش رقم ٢ ص ١٢٧.  
(٢) انظر:

J. BÉGUIN: Conditions de l'autorité de chose jugée d'une sentence arbitrale, JCP G 2012, II, n. 28843. Dès l'instant où les demandes tendent au même objet, l'exception de chose jugée doit être accueillie.

(١) - التزام الخصم؛ سواء أمام القضاء أو التحكيم، بمبدأ ضرورة اشتغال صحيفة دعواه على عرض كافة الوسائل الواقعية والقانونية التي يؤسس عليها ادعاءاته. ورغم أن هذا المبدأ نصت عليه المادة ٥٦ من قانون المرافعات؛ بالنسبة لإجراءات التقاضي العادية، إلا أن محكمة النقض طبقته في مجال التحكيم أيضا. ومن ثم؛ إخلال الخصم بالالتزام بتقديم كافة الوسائل القانونية التي تدعم تأسيس ادعاءاته يترتب عليه اعتبار أن تلك الوسائل تم الفصل فيها. ويستوي في ذلك أن يكون إغفال ذكر هذه الوسائل بسوء نية أو نتيجة إهمال الخصم، حيث لا يجوز له الاستناد على تلك الوسائل في دعوى ترمي إلى ذات الغاية بعد ذلك.

(٢) - إعادة التأكيد على المعايير الجديدة لحجية الأمر المقضي. ففي حكم سابق أخذت محكمة النقض؛ في مجال الحجية، بفكرة الغاية بدلا من فكرة الموضوع، وتخلت عن التطابق الثلاثي؛ وحدة الأطراف، والموضوع، والسبب، كمعيار للحجية وتبنت بدلا منه معيار التطابق الثنائي؛ وحدة الأطراف، ووحدة المسألة المتنازع فيها<sup>(١)</sup>. ووفقا للمعيار الجديد فقد دمجت المحكمة عنصر الموضوع وعنصر السبب وجعلت منهما عنصرا واحدا هو المسألة المتنازع فيها. وتعتبر المسألة المتنازع فيها واحدة حتى ولو أن المسألة الجديدة تضمنت وسائل قانونية مختلفة لم تُبحث في المسألة السابقة. إذ في الحكم محل التعليق اعتبرت محكمة النقض أن مطالبة الشركة الموزعة بالتعويض أمام قضاء الدولة واستنادها في ذلك على أساس المسؤولية التقصيرية بعد سبق طلبها بالتعويض أمام محكمة التحكيم على أساس المسؤولية العقدية لا يكفي لرفض الدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها. وهذا التوجه لمحكمة النقض يُخالف ما كانت تسير عليه من قبل. فسبق لها أن قضت بأن تغيير الأساس القانوني للطلب؛ من المسؤولية العقدية إلى المسؤولية التقصيرية، يكفي لمنع التمسك بالحجية التي تلحق بالحكم القضائي<sup>(٢)</sup>.

(١) وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 mars 2005: Bull. II, n. 170.

(٢) وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. civ., ass. plén. 3 juin 1994: JCP 1994, II, 20351.



(٣) - ما تُقرره المادة ٢/١٢ من قانون المرافعات من أن القاضي عليه أن يقوم بإعطاء التكييف القانوني الصحيح للأعمال والوقائع المتنازع فيها إذا أغفل الأطراف تقديم هذا التكييف، أو إعادة تكييفها دون التقيد بالتسمية التي يُقدمها الأطراف<sup>(١)</sup> هو رُخصة للقاضي، ولا يُمكن النعي عليه بسبب عدم استعماله هذه السلطة.

٧٣- تناقض مبدأ تركيز الأطراف للطلبات ووسائل الدفاع أمام القضاء: في تقديرنا؛ مع البعض، أن إرساء محكمة النقض للمبدأ المذكور أمام القضاء لا يستقيم مع بعض النصوص والمبادئ القانونية؛ وتتمثل أهم أوجه تناقضات المبدأ فيما يلي<sup>(٢)</sup>:

(١) - يترتب على إعمال المبدأ استبعاد كل الطلبات الجديدة في الاستئناف، وهذا يتعارض صراحة مع نصوص المواد ٥٦٤، ٥٦٦، و ٥٦٧ من قانون المرافعات التي تسمح بالطلبات المقابلة والطلبات الإضافية. وعلاوة على ذلك؛ عدم قبول الطلبات الجديدة في الاستئناف ليس نتيجة جزاء السقوط أو حُجبية الأمر المقضي وإنما مُراعاة لمبدأ التقاضي على درجتين. كما أن مبدأ تركيز طلبات الخصوم يُثيره القاضي من تلقاء نفسه وفقا لقضاء محكمة النقض، في حين أن الدفع بعدم قبول الطلبات الجديدة في الاستئناف يتعين على الخصم صاحب المصلحة التمسك به.

(٢) - تعارض المبدأ مع ما هو مُقرر من أن الطلبات العارضة التي يُحكم بعدم قبولها أمام محكمة أول درجة لانتهاء الصلة الكافية بينها وبين الادعاءات الأصلية، (م ٢/٤، ٧٠ مرافعات)<sup>(٣)</sup>، يُمكن أن تُقبل بصفة أصلية في خصومة جديدة أمام محكمة أول درجة.

(١) وتجري عبارة هذه الفقرة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée.

(٢) انظر:

G. BOLARD: Le demandeur doit présenter dans la même instance toutes les demandes fondées sur la même cause, JCP G 2008, n. 42-10170.

(٣) إذ تنص الفقرة الأولى من هذه المادة على أن موضوع النزاع يتحدد بالادعاءات المتبادلة للأطراف. أما الفقرة الثانية فتتص على أن هذه الادعاءات تتحدد بصحيفة افتتاح =

(٣) - تعارض المبدأ مع مبدأ ملكية الأطراف للخصومة، (م ٤، و ٥ مرافعات). فهذا المبدأ الأخير يعني سيطرة المتقاضين على موضوع النزاع، ولن يكون لهذا المبدأ معنى إذا كان ذكر الخصم لطلب ما يستوجب؛ وفقا لمبدأ تركيز الطلبات، وبقوة القانون اتساع النزاع لطلبات أخرى. وفي هذه الحالة يؤدي مبدأ تركيز الطلبات إلى اعتبار الفصل في طلب يستوجب وبقوة القانون الفصل في عدة طلبات أخرى لم يطلبها الخصوم ولم تكن محلا للمناقشة ولم يُفصل فيها حقيقة.

٧٤ - تناقض مبدأ تركيز الأطراف للطلبات ووسائل الدفاع أمام التحكيم: ومن أهم تناقضات المبدأ في هذا المجال ما يلي: (١) - في مجال التحكيم الداخلي: تنص المادة ٢/١٤٦٤ من قانون المرافعات الفرنسي على أن خصومة التحكيم يُطبق عليها في جميع الأحوال المبادئ الموجهة للقضية المنصوص عليها في المواد ٤ - ١٠، ١/١١، ٢/١٢، ٣، ١٣ - ٢١، و ٢٣ - ١ من قانون المرافعات<sup>(١)</sup>. ومؤدى ذلك؛ أن ما ينطبق على خصومة التحكيم من المبادئ العامة الموجهة للقضية أمام

---

=الخصومة وطلبات الدفاع. وفي كل الأحوال موضوع النزاع يُمكن تعديله بطلبات عارضة إذا ارتبطت بالادعاءات الأصلية بصلّة كافية. وتجري عبارة هذه المادة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties.. Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense. Toutefois l'objet du litige peut être modifié par des demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant.

أما المادة ١/٧٠ فتتص على أن الطلبات المُقابلة أو الإضافية لا تُقبل إلا إذا ارتبطت بالادعاءات الأصلية بصلّة كافية. وتجري عبارة هذه المادة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي: Les demandes reconventionnelles ou additionnelles ne sont recevables que si elles se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant.

(١) وتجري عبارة هذه الفقرة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

Toutefois, sont toujours applicables les principes directeurs du procès énoncés aux articles 4 à 10, au premier alinéa de l'article 11, aux deuxième et troisième alinéas de l'article 12 et aux articles 13 à 21, 23 et 23-1.

القضاء العادي هي فقط المبادئ التي نصت عليها هذه المادة، وليس من بينها مبدأ تركيز الطلبات ووسائل الدفاع<sup>(١)</sup>. كما أن المادة ٤، ٥ من قانون المرافعات الفرنسي تُخول الأطراف الهيمنة على موضوع النزاع، وهذا يتعارض مع المبدأ المذكور. وزيادة على ما تقدم؛ تنص المادة ١/١٤٦٤ من قانون المرافعات على أنه ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، فإن محكمة التحكيم تُحدد إجراءات التحكيم دون تقييد بإتباع القواعد المقررة أمام محاكم الدولة<sup>(٢)</sup>. ومؤدى هذا النص أن تطبيق مبدأ تركيز الطلبات ووسائل الدفاع على خصومة التحكيم يقتضي اتفاق الأطراف على ذلك صراحة أو الإحالة إلى أحد أنظمة التحكيم التي تسمح بالمبدأ. أما إذا لم يتفق الأطراف على إجراءات التحكيم وحددتها المحكمة وكان مبدأ التركيز من بينها فإن إعماله يتعارض مع المبادئ العامة الموجهة للقضية التي تُطبق على خصومة التحكيم دائما؛ والتي أحالت إليها المادة ٢/١٤٦٤ سالف الإشارة إليها أعلاه، فضلا عن أن مبدأ التركيز ينتج عنه اتساع سلطة محكمة التحكيم وهذه السلطة تستند في الأساس على سلطة الأطراف أنفسهم.

(٢) - في مجال التحكيم الدولي: ما ذكرناه في التحكيم الداخلي ينطبق في مجال التحكيم الدولي. فالمادة ١٥٠٩ من قانون المرافعات تنص على أن اتفاق التحكيم يُحدد الإجراءات المتبعة في خصومة التحكيم؛ سواء أكان هذا التحديد مباشرة أو بالإحالة إلى أحد أنظمة التحكيم أو إلى القواعد الإجرائية، وفي حالة سكوت اتفاق التحكيم فإن محكمة التحكيم تُحدد الإجراءات كلما اقتضى الأمر؛ سواء مباشرة أو بالإحالة إلى أحد أنظمة

(١) انظر:

G. BOLARD: Les principes directeurs du procès arbitral, Rev. arb. 2004, p. 511.

(٢) وتجري عبارة هذه الفقرة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

A moins que les parties n'en soient convenues autrement, le tribunal arbitral détermine la procédure arbitrale sans être tenu de suivre les règles établies pour les tribunaux étatiques.

التحكيم أو إلى القواعد الإجرائية<sup>(١)</sup>. ومؤدى ذلك ؛ أن محكمة التحكيم لا يمكنها من تلقاء ذاتها أعمال مبدأ التركيز لأنه يصطدم باستحالة توسيع المحكمة لسُلطتها كما هو الحال في التحكيم الداخلي.

وأحكام محكمة النقض التي طبقت مبدأ تركيز الطلبات ووسائل الدفاع جعلت عبء هذا التركيز على عاتق الأطراف دون إشارة إلى اتفاق التحكيم أو إلى المادة ١٤٦٠ من قانون المرافعات، (١٤٦٤ حاليا)، التي بينت المبادئ العامة الموجهة للقضية والتي تنطبق على خصومة التحكيم.

(٣) - في مجال التحكيم الداخلي والدولي معا: ومن جهة أخرى ؛ طرق الطعن المتاحة ضد حكم التحكيم ؛ الداخلي والدولي، تتناقض مع مبدأ تركيز الطلبات في خصومة التحكيم. فإجراءات الطعن ضد حكم التحكيم الداخلي نصت عليها المادة ١٤٩٥ من قانون المرافعات بالقول: " يُرفع الاستئناف والطعن بالبُطلان ويُحقق ويُفصل فيهما وفقاً للإجراءات في مجال المنازعات القضائية المنصوص عليها في المواد ٩٠٠ - ٩٣٠ - ١ من قانون المرافعات<sup>(٢)</sup> ".

وبالنسبة لإجراءات الطعن ضد حكم التحكيم الدولي نصت عليها المادة ١/١٥٢٧ من قانون المرافعات التي أحالت بدورها إلى المواد ٩٠٠ - ٩٣٠ - ١ سالفة الذكر<sup>(٣)</sup>. وهذه المواد الأخيرة تتناول الأحكام الخاصة

(١) وتجري عبارة هذه المادة ؛ باللغة الفرنسية، كالتالي :

La convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure, régler la procédure à suivre dans l'instance arbitrale. Dans le silence de la convention d'arbitrage, le tribunal arbitral règle la procédure autant qu'il est besoin, soit directement, soit par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure.

(٢) وتجري عبارة هذه المادة ؛ باللغة الفرنسية، كالتالي :

L'appel et le recours en annulation sont formés, instruits et jugés selon les règles relatives à la procédure en matière contentieuse prévues aux articles 900 à 930-1.

(٣) وتجري عبارة هذه الفقرة ؛ باللغة الفرنسية، كالتالي :

L'appel de l'ordonnance ayant statué sur l'exequatur et le recours en annulation de la sentence sont formés, instruits et jugés selon les règles relatives à la procédure contentieuse prévues aux articles 900 à 930-1.

بإجراءات التقاضي أمام محكمة الاستئناف. ولما كانت الإحالة التي وردت في المادتين ١٤٩٥، و ١/١٥٢٧ جاءت عامة دون أي قيد فليس هناك ما يحول دون خضوع الطعن باستئناف حكم التحكيم أو ببطلانه للمواد ٥٦٤، ٥٦٦، و ٥٦٧ من قانون المرافعات والتي تسمح ببعض الطلبات الجديدة في الاستئناف<sup>(١)</sup>. وإذا قلنا بعدم تطبيق هذه المواد على خصومة التحكيم فإن عدم قبول الطلبات الجديدة عند الطعن باستئناف حكم التحكيم أو ببطلانه لا يترتب عليه اعتبار تلك الطلبات قد تم الفصل فيها وحازت حُجية الأمر المقضي. وإنما كل ما يترتب على عدم قبول الطلبات الجديدة هو أن المتقاضي يُمكنه العودة أمام أول درجة أو المحكم وطرح طلباته.

٧٥- مبدأ تركيز الطلبات ووسائل الدفاع ومدى اعتباره شرطاً لحُجية الأمر المقضي: عبء تركيز الطلبات لا يُفرض على المدعي في الخصومة نفسها، وإنما يُفرض عليه في القضية التي قد تتكون من عدة خصومات. ووفقاً لما قرره محكمة النقض فإنه يتعين على المدعي أن يُقدم في القضية كل الطلبات التي تتأسس على ذات السبب، وإلا تعرض لاعتبار تلك الطلبات تم الفصل فيها وحازت حُجية الأمر المقضي. ومع ذلك؛ ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن تركيز الطلبات لا يُخالف أي نص قانوني كما يزعم البعض، كما أن التركيز لا يعني تركيز سير القضية أمام قضاء الدولة أو التحكيم، وإنما هذا التركيز يرمي إلى اتساع نطاق حُجية الأمر المقضي<sup>(٢)</sup>. وهذا التفسير يظل مشوشاً، ويسمح بصورة خفية بتقنين القضاء بأكثر مما يطلبه الخصوم وانتهاك مبدأ المواجهة، كما يُشكل اعتداء على حرية عامة.

(١) انظر:

G. BOLARD: Rev. arb. 2006, p. 659- Ph. FOUCHARD: Rev. arb. 1998, p. 547 et 548.

(٢) انظر:

G. BOLARD: L'office du juge et le rôle des parties, entre arbitraire et laxisme, JCP G 2008, I, p. 156.

(١) - تعارضي مبدأ تركيز الطلبات مع قواعد القضاء بأكثر مما يطلبه الخصوم: من المقرر؛ أمام القضاء العادي، أن مخالفة المادتين ٤، و ٥ من قانون المرافعات يفتح طريق طعن خاص، بسيط وسريع، تنظمه المواد ٤٦٣ و ٤٦٤ من قانون المرافعات. فموضوع الطلب القضائي لا يُمكن للقاضي المساس به<sup>(١)</sup>، وذلك عملاً بالمادة ٥ من قانون المرافعات التي تنص على أن القاضي يجب أن يفصل في كل ما هو مطلوب منه وفيما هو مطلوب منه فقط.<sup>(٢)</sup>

والقضاء بأكثر مما يطلبه الخصوم؛ في مجال التحكيم، لا يُخالف فقط مبدأ ملكية الأطراف للخصومة؛ الذي تنص عليه المادتين ٤، و ٥ من قانون المرافعات، وإنما يكون المحكم تجاوز أيضاً حدود سلطته القضائية؛ والتي يستمد مصدرها من إرادة الأطراف أنفسهم. ولهذا؛ نجد المادة ٢/١٤٨٥ من قانون المرافعات تسمح لمحكمة التحكيم، بناء على طلب أحد الأطراف، بالفصل فيما أغفلت الفصل فيه من الطلبات وإصدار حكم مُكمل لحكم التحكيم<sup>(٣)</sup>، إلا أن ذات المادة لا تخول محكمة التحكيم أن تقتطع بنفسها ما قضى به الحكم زيادة عما طلبه الخصوم. وإنما يختص قاضي الدولة وحده بتصحيح حكم المحكم بأكثر مما طلبه الخصوم، حيث يكون للخصوم الطعن على الحكم بالبطلان وفقاً للمادة ١٤٩٢ - ٣ من قانون المرافعات<sup>(٤)</sup>. وفي هذا الصدد قضت محكمة

(١) انظر:

G. BOLARD: Les garanties du procès civil, Dalloz Action Procédure civile, 2006-2007, n. 221-31 s.

(٢) وتجري عبارة هذه المادة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

Le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé.

(٣) راجع: ما سيلي، رقم ١١١ وما بعده، ص ١٨٠ وما بعدها.

(٤) وتنص على أنه: "لا يجوز الطعن ببطلان حكم التحكيم إلا إذا: ١- ... ٢- ...

٣- فصلت محكمة التحكيم دون التقييد بالمهمة المسندة إليها. ٤- ... ٥- ... ٦- ...

... وتجري عبارة هذه الفقرة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

Le recours en annulation n'est ouvert que si: 1° ... 2° ... 3° Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée. 4° ... 5° ... 6° ...

والطعن بالبطلان على حكم التحكيم الدولي تنص عليه المادة ١٥٢٠ من قانون المرافعات. ومن ثم؛ إذا قضى الحكم بشئ لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه فإن سبيل تصحيحه يكون باللجوء للفقرة الثالثة من هذه المادة وهي مطابقة للفقرة الثالثة من المادة ١٤٩٢ والخاصة بمحالات بطلان حكم التحكيم الداخلي.

التنقض الفرنسية بأنه إذا كان المحكم يملك سلطة تفسير وتصحيح الأخطاء المادية التي تلحق بحكم التحكيم والفصل فيما أغفل الفصل فيه من الطلبات، إلا أنه لا يملك سلطة تصحيح الحكم إذا قضى بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه، وإنما سبيل ذلك يكون بالطبع على الحكم بالبطلان<sup>(١)</sup>.

وعلى عكس ما تقدم؛ نجد الدائرة المدنية الأولى، وهي في سبيل تقرير مبدأ تركيز الطلبات ووسائل الدفاع، تقضي بأن الشيء المقضي يمتد لكل الطلبات التي تقوم على ذات السبب حتى ولو لم تكن قد طلبت. وبعبارة أخرى؛ إذا فصل القاضي أو المحكم في مثل تلك الطلبات فإنه يكون حكم بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه مما يترتب عليه بطلان الحكم. أما إذا احتاط القاضي أو المحكم ولم يفصل في الطلبات التي لم تُطلب منه أصلاً فإن سكوته يُعد بمثابة حكم حائز لحجية الأمر المقضي، وعلاوة على ذلك يكون هذا الحكم بلا أي طريق للطعن لأنه لا يُمكن طلب بطلان حكم لم يصدر أصلاً. وفي هذه الحالة نكون أمام وضع غريب، حيث يكون الحكم الصريح للقاضي أو المحكم من الممكن طلب بطلانه، أما حكمه الوهمي أو المفترض وربما اللاشعوري فمن الممكن أن يظل صحيحاً!!.

(٢) - تعارض مبدأ تركيز الطلبات مع مبدأ المواجهة: من البديهي أن الطلب الذي لم يُطرح أمام محكمة التحكيم ومع ذلك تُعتبر أنها فصلت فيه لا يُمكن القول أنه نوقش من جانب الأطراف. ومن المقرر أن حكم التحكيم يتعرض للبطلان بسبب انتهاك مبدأ المواجهة<sup>(٣)</sup>. غير أن القول

(١) وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. 2° civ., 14 juin 1984; D. 1985, inf. rap. 263, obs. Julien.

(٢) فاللادة ١٤٩٢ - ٤ تنص على أنه: " لا يجوز الطعن ببطلان حكم التحكيم إلا إذا:

١ - ٢ ... ٣ ... ٤ ... مبدأ المواجهة لم يُحترم. ٥ - ٦ ... وتجري

عبارة هذه الفقرة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

Le recours en annulation n'est ouvert que si: 1° ... 2° ... 3° ...

4° Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ou; 5°

... 6° ...

بمبدأ تركيز الطلبات يؤدي إلى الحيلولة دون الطعن على حكم التحكيم بسبب عدم احترامه لمبدأ المواجهة. إذ الطلبات التي لم يتمسك بها الخصم ويسكت بشأنها المحكم تُعتبر مفصّولا فيها وفقا لمبدأ تركيز الطلبات، ورغم أن هذا الفصل يخالف مبدأ المواجهة لأن الطلبات لم تخضع لمناقشة بين الأطراف، إلا أنه لا يُمكن الطعن على عدم احترام المبدأ المذكور لأنه لا يوجد حكم أصلا، وإنما يتعلق الأمر بمجرد حكم افتراضي. وبطبيعة الحال؛ فكرة المسألة المتنازع فيها بالنسبة لحجية الأمر المقضي والتي تسعى محكمة النقض إلى الوصول إليها من وراء مبدأ تركيز الطلبات تختلف عن فكرة المسألة المتنازع فيها التي ذهب إليها العلامة MOTULSKY تعني كل نقطة تمت مناقشتها مواجهة، وأن تكون هذه النقطة تم الفصل فيها بصورة فعلية<sup>(١)</sup>.

(٣) - تعارض مبدأ تركيز الطلبات مع حرية الأطراف: وفقا للمادة ١٣٥١ من القانون المدني لا محل لحجية الأمر المقضي إلا بالنسبة لما يكون موضوعا للحكم، ويجب أن يكون الشيء المطلوب هو ذات الشيء الذي فصل فيه الحكم. وتفقد هذه المادة أي معنى لها في ظل العمل بمبدأ تركيز

---

= وقضي؛ في هذا الصدد، بأن محكمة التحكيم تكون انتهكت مبدأ المواجهة إذا كان أحد الأطراف طلب القضاء له بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية إلا أن المحكمة عدلت الأساس القانوني للطلب وقضت بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية التي لم تكن محل للمناقشة من جانب الطرف الآخر. وتطبيقا لذلك، انظر:

CA Paris, 31 mai 1991: Rev. arb. 1992, 669, obs. Moitry-Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 mars 2006: JCP 2006, I, 148, n. 8, obs. Ortsheidt.

والطعن بالبطلان على حكم التحكيم الدولي تنص عليه المادة ١٥٢٠ من قانون المرافعات. ومن ثم؛ إذا خالف الحكم مبدأ المواجهة فإنه يكون عرضه للطعن عليه بالبطلان عملا بالفقرة الرابعة من هذه المادة وهي مطابقة للفقرة الرابعة من المادة ١٤٩٢ والخاصة بحالات بطلان حكم التحكيم الداخلي. وحول بطلان حكم التحكيم الدولي لعدم احترام مبدأ المواجهة، انظر:

CA Paris, 14 févr. 1989: Rev. arb. 1989, 691, note Tschanz.

(١) انظر:

H. MOTULSKY: Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile, D. 1968, chron. p. 1, n. 37.



الطلبات ، والذي وفقا له تقوم الحجة ليس فقط على الادعاء الذي تم الفصل فيه وإنما أيضا على الادعاء الذي لم يفصل فيه. ومن جهة أخرى ؛ مبدأ تركيز الطلبات يتجاهل أحكام المواد: ١٣٥١ من القانون المدني ، والمواد ٤٨٠ ، ١/١٤٨٥ ، ١٥٠٦ ، و ١/١٥٢١ من قانون المرافعات. وإزاء هذا التجاهل لتلك المواد فإن المدعي لا تكون له حرية في تحديد طلباته طالما أن كل الطلبات التي تتأسس على ذات السبب تُعتبر مفصولا فيها وتحوز الحجة. وفي هذه الحالة يفقد المتقاضى حرية طلب ما يقدر هو شخصيا طلبه ، ويغدو مبدأ ملكية الأطراف للخصومة ولا أهمية له.

## المبحث الثاني

### استنفاد المحكم لولايته حول النزاع

٧٦- **تهييد وتقسيم**؛ بمجرد صدور حكم التحكيم تستنفد محكمة التحكيم سلطتها على المنازعة التي فصلت فيها ، ومع ذلك يُمكن لمحكمة التحكيم ؛ بناء على طلب أحد الأطراف ، تفسير حكمها ، وتصحيح ما وقع فيه من أخطاء مادية ، والفصل فيما أغفلت الفصل فيه ، ( م ١/١٤٨٥ ، ٢ ، مرافعات فرنسي ، مُعدلة بالمرسوم ٤٨ لسنة ٢٠١١ )<sup>(١)</sup>. كما تنص المادة ٢/٤٨ من قانون التحكيم المصري على أنه : " مع مراعاة أحكام المواد ٤٩ ، ٥٠ ، ٥١ من هذا القانون ، تنتهي مهمة هيئة التحكيم بانتهاء إجراءات التحكيم"<sup>(٢)</sup>. وحددت الفقرة الأولى من المادة ١/٤٨

(١) ونجري عبارة المادة ١/١٤٨٥ ، ٢ باللغة الفرنسية كالتالي:

La sentence dessaisit le tribunal arbitral de la contestation qu'elle tranche. Toutefois, à la demande d'une partie, le tribunal arbitral peut interpréter la sentence, réparer les erreurs et omissions matérielles qui l'affectent ou la compléter lorsqu'il a omis de statuer sur un chef de demande. Il statue après avoir entendu les parties ou celles-ci appelées.

وحكم الفقرة الأولى ؛ من هذه المادة ، هو تكريس لما كان يجري عليه القضاء قبل تقنينها بموجب المرسوم الصادر عام ١٩٨٠. والمادة في مجملها تعكس اعتناق المشرع ؛ منذ عام ١٩٨٠ ، لفلسفة إخضاع التحكيم لبعض القواعد المطبقة أمام محاكم الدولة ، وهي فلسفة كان القضاء أرساها من قبل ، انظر:

M-Cl. RONDEAU-RIVIER: J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 1042, Arbitrage, La sentence arbitrale, n. 67.

(٢) وتتعلق المادة ٤٩ بأحكام طلب تفسير حكم التحكيم ، والمادة ٥٠ تُبين قواعد تصحيح هيئة التحكيم لما يقع في حكمها من أخطاء مادية بحتة ؛ كتابية أو حسابية ، أما المادة ٥١ فتُنظم قواعد طلب أي من أطراف التحكيم إصدار حكم من هيئة التحكيم في الطلبات التي قدمت إليها وأغفلت الفصل فيها.

سالفة الذكر حالات انتهاء إجراءات التحكيم، ومنها صدور حكم منهي للخصومة كلها.

وُستفاد مما تقدم أن المشرع؛ في فرنسا ومصر، وضع؛ في هذا الصدد، مبدأ عاما مؤداه: استفاد المحكم لولايته بالنسبة للمُنازعة التي فصل فيها. ومع ذلك؛ أورد على هذا المبدأ العام بعض الاستثناءات؛ تتعلق بسُلطة هيئة- أو محكمة- التحكيم في تفسير حكمها، وتصحيح ما يقع فيه من أخطاء مادية بحتة، والفصل فيما أغفلت الفصل فيه من الطلبات المطروحة أمامها. وفي ضوء ذلك؛ قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين:

**المطلب الأول:** وفيه نتناول مبدأ استفاد المحكم لولايته.

**المطلب الثاني:** ونعالج فيه ما يرد على مبدأ الاستفاد من استثناءات.

### المطلب الأول

#### مبدأ استفاد المحكم لولايته

٧٧- (١)- المقصود بمبدأ استفاد المحكمة لولايتها<sup>(١)</sup>: يُقصد بهذا المبدأ أن المحكمة إذا فصلت في مسألة من المسائل المتنازع عليها؛ والمعرضة أمامها، انقضت سُلطتها بشأنها. أي أن المحكمة تستفد سُلطتها، وتُصبح ولا ولاية لها بهذه المسألة. فلا تملك المحكمة؛ بعد النطق بالحكم؛ سحب هذا الحكم أو تغييره أو تعديله<sup>(٢)</sup> أو الإضافة إليه، كما لا يُمكن للمحكمة الأمر بالنفاد المُعجل للحكم بعد صدوره، أو أن تقف النفاذ الذي أمرت به، وإنما يتم ذلك من خلال طرق الطعن المناسبة<sup>(٣)</sup>. أيضا؛ لا يجوز

(١) حول هذا المبدأ في القانون المصري، انظر: وجدي راغب، رسالة؛ ص ٢١٠ وما بعدها- فتحي والي، الوسيط، رقم ٨٣، ص ١٣٧. وفي الفقه الفرنسي، انظر: J.-CL. Proc. civ., Fasc. 510 par E. DU RUSQUÉC et 550 par R. MARTIN- GLASSON, TISSIER et MOREL: Op. cit., t. 3, n. 743, p. 38- JAPIOT: Op. cit., n. 619, p. 418- MOREL: Op. cit., n. 570, p. 447- VINCENT et GUINCHARD: Op. cit., n. 91, p. 122- A. BENABENT: Rep. proc. civ., V. Jugement, n. 474- 476.

(٢) وتطبيقا لذلك، انظر: تقض مدني ١٩٦٨/٢/٨، مجموعة أحكام التقض، ص ١٩، ص ٣٣٧.

(٣) انظر: أحمد أبو الوفا، المرافعات، رقم ٥٥٨، ص ٤٧٠- نظرية الأحكام، رقم ٢٧٤، ص ٦٨١- رمزي سيف، الوسيط، رقم ٥٢٤، ص ٦٢٢- فتحي والي،

للخصوم إثارة المسألة التي فصلت فيها المحكمة من قبل، ولو كان ذلك باتفاقهم، إذ أن استفاد الولاية يتعلق بالنظام العام<sup>(١)</sup>.

وفكرة استفاد المحكمة لولايتها تُساهم في تعزيز وتأكيّد مدى حُجّية الأمر المقضي<sup>(٢)</sup>. ومع ذلك فإن نطاق كل من القاعدتين يختلف عن الآخر. فما تفصل فيه المحكمة داخل الخصومة يقتصر أثره - وهو استفاد سلّطتها - على هذه الخصومة وحدها بالنسبة لما قرّره فيها. أي أن القاضي يستفد سلّطته بالنسبة لكل مسألة يفصل فيها داخل الخصومة، في حين أن ما قرّره في هذا الشأن يُمكن إثارته من جديد في خصومة تالية، ما دام لا يمس ما يتمتع به الحكم الصادر في الخصومة السابقة من حُجّية. أما فكرة الحُجّية فيعمل بها خارج الخصومة، أي بعد انتهائها. فأثر الحُجّية يبدو بالنسبة للخصومات المُستقبلية، فهي تعمل على احترام ما قرّره حكم سابق، وعدم المساس به.

٧٨ - (٢) - أساس مبدأ استفاد المحكمة لولايتها: يجد المبدأ المتقدم أساسه في ضرورة استقرار المراكز القانونية، إذ لا يتحقق هذا الاستقرار لمجرد صدور الحكم، وإنما يجب عدم المساس بمضمونه خارج الحدود التي

---

الوسيط، رقم ٨٨، ص ١٦٤ - عبد المنعم الشراوي، المرافعات، رقم ٢٧٧، ص ٥٥١ - عبد الحميد أبو هيف، المرافعات، رقم ١١٠٦ - أ.د. عبد الباسط جمعي، شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية، ١٩٦٦، ص ٤٧٩ - أ.د. محمود هاشم، دراسة نظام القضاء وإجراءات التقاضي في قانون المرافعات، ١٩٩٠ - ١٩٩١، ص ٣٠٥.

(١) وتطبيقاً لذلك، انظر: نقض مدني ١٢/١/١٩٨١، في الطعن رقم ٩٧٤ لسنة ٤٥ ق.  
(٢) وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. civ. 26 juill. 1921: DP 1925, 1, 46- Cass. crim. 3 août 1933: Bull. crim., n. 178. " Toute modification apportée ultérieurement au dispositif du jugement est contraire à l'autorité de la chose jugée "

وهذا يُفسر الاتجاه نحو إسناد الحُجّية لما ينتج عن استفاد القاضي لسلّطته. وقد جسد هذه التفرقة اندقيّة حكم للدائرة الثانية بمحكمة النقض الفرنسية، حيث قضت أنه بمجرد النطق بالحكم فإن القاضي يستفد سلّطته بالنسبة للمنازعة التي فصل فيها. وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 22 avr. 1992: Bull. civ. II, n. 133- R. PERROT: Obs. RTD civ. 1993. 195- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 31 mars 1993: Bull. civ. II, n. 137.

يقررها القانون ، والقاضي والخصوم في ذلك سواء. وإذا كان الهدف من الوظيفة القضائية هو تطبيق القانون والفصل في الخصومات ووضع حد لها بواسطة حكم قضائي ، فإن مبدأ استنفاد المحكمة لولايتها يُعتبر استجابة لهذا الهدف. والسماح بمناقشة الحكم القضائي إلى ما لا نهاية يؤدي إلى أن يُصبح هذا الهدف محل شك وينعدم الاستقرار<sup>(١)</sup> . فأساس القاعدة هو ذات أساس حُجبية الشيء المقضي به<sup>(٢)</sup> .

٧٩ - (٣) - تاريخ مبدأ استنفاد المحكمة لولايتها: يرجع تاريخ هذا المبدأ إلى القانون الروماني. حيث كان يُعبر عنه : *Lata sententia iudex desint esse iudex* أي أن القاضي يتوقف عن أن يكون قاضيا بمجرد صدور الحكم<sup>(٣)</sup> ، وتم العمل بذات المبدأ في ظل القانون الفرنسي القديم<sup>(٤)</sup> . كذلك كان هذا المبدأ مُقررا من جانب الفقه وأحكام القضاء في ظل قانون المرافعات الفرنسي السابق ، رغم عدم النص عليها صراحة ، وكان يُعبر عنه كالتالي : *La sentence une fois rendue, le juge cesse d'être juge*<sup>(٥)</sup> ؛ أي أنه بمجرد صدور الحكم فإن القاضي يتوقف عن أن يكون قاضيا.

(١) انظر :

GARSONNET et CEZAR-BRU: Op. cit., t. 3, n. 700, p. 397-  
GLASSON, TISSIER et MOREL: Op. cit., t. 3, n. 767-  
JAPIOT: Op. cit., n.141, p.124 - MOREL: Op. cit., n. 570, p. 447.

(٢) انظر :

H. VIZIOZ: Sur les rapports de l'autorité de la chose jugée et du dessaisissement, Obs. rev. trim. dr. civ., 1942, n. 7, p. 83.

(٣) انظر :

MOREL: Op. cit., n. 570, p. 447- JAPIOT: Op. cit., n. 619, p. 418- Ph. GERBAY: Jugement, interprétation, rectification, jurisclasseur de procédure civile, fasc., 510, n. 1-  
BENABENT: Op. cit., n. 474.

LOBIN: Op. cit., n. 260.

(٤) انظر :

(٥) انظر :

JAPIOT: Op. cit., n. 419, p. 417 et s.- MOREL: Op. cit., n. 570, p. 447- GARSONNET et CEZAR-BRU: Op. cit., t. 3, n. 700, p. 397- GLASSON, TISSIER et MOREL: Op. cit., t. 3, n.767- Cass. civ., 25 juin 1890: DP 1890, I, 469- Cass. civ., 26 juill 1921: D. 1925, I, 46.

وفي الوقت الراهن ؛ مبدأ استفاد المحكمة لولايتها يجد أساسه القانوني في المادة ١/٤٨١ من قانون المرافعات الفرنسي، والتي تُبين أحكامه ونطاق تطبيقه، حيث تُقرر بأن القاضي يستند سلطته في خصوص المنازعة التي فصل فيها بمجرد صدور الحكم<sup>(١)</sup>.

٨٠- (٤)- القانون المصري يأخذ بمبدأ الاستنفاد رغم عدم النص عليه: لم يرد، في القانونين المصري نص صريح على مبدأ استفاد المحكمة لولايتها، ولا يدل ذلك على عدم الأخذ به، فهو مُسلم بأحكامه من جانب الفقه وأحكام القضاء<sup>(٢)</sup>. فمن القواعد المقررة قضاء أنه بصدور الحكم ينتهي النزاع بين الخصوم وتخرج القضية من يد المحكمة، بحيث يتمتع عليها أن تعود إلى نظرها بما لها من سلطة قضائية، كما لا يجوز لها تعديل حكمها فيها أو إصلاحه. ويُعمل بهذه القاعدة بالنسبة لسائر الأحكام

(١) وتجري عبارة هذه الفقرة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

" Le jugement, dès son prononcé, dessaisit le juge de la contestation qu'il tranche."

وحول تطبيقات مبدأ استفاد المحكمة لولايتها في ظل قانون المرافعات الفرنسي الحالي، انظر:

Cass. civ., 21 juin 1978: JCP 1978, IV, 256- Cass. civ., 22 avr. 1992: JCP 1992, IV, n. 1857- Cass. com., 21 janv. 1992: D. 1994, somm. 3, obs. Derrida- Cass. civ., 13 mars 1993: JCP 1993, IV, n. 1414- Cass. 2° civ., 21 avr. 2005: JCP 2005, IV, 2348- Cass. soc., 29 oct. 1986: JCP 87, IV, 41.

وجاء في هذا الحكم الأخير أنه يُعد انتهاكا لمبدأ استفاد المحكمة لولايتها بمجرد النطق بالحكم، والمنصوص عليه في المادة ١/٤٨١ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد، قضاء ذات المحكمة باختصاصها بنظر أحد الطلبات بعد أن قضت في حكم سابق لها؛ بين نفس الخصوم وفي ذات النزاع، بعدم اختصاصها بنظر الطلب، وكان هذا الحكم

أضحى باتا برفض الطعن فيه بالنقض.  
(٢) في الفقه، انظر: عبد الحميد أبو هيف، المرافعات، رقم ١٠٠٦- أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، رقم ٣٩، ص ٩٥، المرافعات، رقم ٥٥٨، ص ٤٧٠- فتحي والي، الوسيط، رقم ٣٣٣ ص ٦٩٧- د. مصطفى كامل كبيرة، قانون المرافعات الليبي، ص ٧٣٧- أحمد السيد صاوي، الوسيط، رقم ٤٧٨، ص ٦٤٦- ومن تطبيقات القضاء، انظر: نقض مدني ١٩٥٢/١١/٢٧، في الطعن رقم ٣٣٤ لسنة ٢٠ ق- نقض مدني ١٩٦٥/١٢/٣٠، مجموعة أحكام النقض، س ١٦، ص ١٣٨٤- نقض مدني ١٩٦٦/١/٧، مجموعة أحكام النقض، س ١٧، ص ١٣٢٣- نقض مدني ١٩٧٢/٥/٣٠، مجموعة أحكام النقض، س ٢٢، ص ١٠٤٢- نقض مدني ١٩٧٣/٣/٢٠، مجموعة أحكام النقض، س ٢٤، ص ٤٤٥.

القطعية- موضوعية كانت أو فرعية- أنهت الخصومة أو لم تُنتهها. وحتى يخرج النزاع من ولاية المحكمة يتعين أن تكون قد قضت فيه صراحة أو ضمنا، ويستوي أن يكون حكمها صحيحا أو باطلا أو مبنيا على إجراء باطل، ذلك لأن القاضي نفسه لا يُسلط على قضائه ولا يملك تعديله أو إلغائه إلا إذا نص القانون على ذلك صراحة<sup>(١)</sup>.

وبما يدل، من ناحية أخرى، على أخذ القانون المصري بأحكام المبدأ هو أن المشرع خول المحكمة التي أصدرت الحكم سلطة تصحيح ما يقع فيه من أخطاء مادية وتفسير ما وقع في منطوقه من غموض أو إبهام، (المادتان ١٩١، ١٩٢ من قانون المرافعات المصري)<sup>(٢)</sup>. فسلطة المحكمة في تصحيح وتفسير الحكم تُعد بمثابة استثناءات على القاعدة الأصلية، والتي مُقتضاها استنفاد سلطة المحكمة في خصوص المسألة المعروضة عليها بصدور الحكم فيها<sup>(٣)</sup>.

٨١- (٥)- تعلق مبدأ استنفاد المحكمة لولايتها بالنظام العام: فهذا المبدأ من قواعد الولاية وهذه القواعد تتعلق بالنظام العام<sup>(٤)</sup>. ويترتب على ذلك؛ سواء في القانون المصري أو الفرنسي، أن المحكمة التي أصدرت الحكم لا يُمكنها أن تُعيد الفصل في الدعوى، أو أن تُغير

(١) وتطبيقا لذلك، انظر: نقض مدني ١٩٧٨/١١/٢٨، مجموعة أحكام النقض، س ٢٩، ص ١٧٩٨- نقض مدني ١٩٧٢/٥/٣٠، مجموعة أحكام النقض، س ٢٣، ص ١٠٤٢.

(٢) وحول سلطة المحكمة التي أصدرت الحكم في تصحيحه، انظر: نقض مدني ١٩٥٢/١١/٢٧، في الطعن رقم ٣٣٤ لسنة ٢٠ ق. - نقض مدني ١٩٦٥/٣/٣، مجموعة أحكام النقض، س ١٦، ص ٢٥٢.

وحول سلطة المحكمة التي أصدرت الحكم في تفسيره، انظر: نقض مدني ١٩٦٦/١١/٨، مجموعة أحكام النقض، س ١٧، ص ١٦٢٩ - نقض مدني ١٩٦٧/٦/١٣، مجموعة أحكام النقض، س ١٨، ص ١٢٥٢.

(٣) انظر: محمود هاشم، المرجع السابق، ص ٣٢- نقض مدني ١٩٥٢/١١/٢٧، في الطعن رقم ٣٣٤ لسنة ٢٠ ق. - نقض مدني ١٩٦٥/٣/٣، مجموعة أحكام النقض، س ١٦، ص ٢٥٢.

(٤) انظر: أ.د. أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي التي تحوز حُجية الأمر المقضي وضوابط حجيتها، ١٩٩٠، رقم ١٤٦، ص ٢٨٣، حاشية، رقم ٤٧٢- أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، رقم ٢٧٤، ص ٦٨٢- محمد حامد فهمي، المرافعات، رقم ٦٣٨، ص ٧٢٠.

حُكمها، أو تُعدل فيه ولو كان ذلك باتفاق الأطراف<sup>(١)</sup>، وإلا فإنها تكون تجاوزت حدود سلطتها بما يُبرر الطعن على الحكم وطلب بطلانه بسبب هذا العيب<sup>(٢)</sup>.

٨٢- (٦)- نطاق تطبيق مبدأ استفاد المحكمة لولايتها: لا يُعمل بمبدأ الاستفاد إلا بالنسبة للأحكام القضائية القطعية التي تحوز حُجية الأمر المقضي، والتي تصدر في مسائل مُتنازع عليها. وقضت محكمة النقض الفرنسية؛ في هذا الصدد، بأن أحكام المادة ٤٨١ من قانون المرافعات؛ والمتعلقة بمبدأ استفاد القاضي لسلطته بمجرد النطق بالحكم، لا تنطبق إلا على الأحكام الصادرة في مسائل مُتنازع عليها. أما الأحكام التي لا تحوز حُجية الأمر المقضي، كالأحكام الصادرة في المسائل الولاية، فتظل قابلة للمراجعة أو التعديل إذا تغيّرت الظروف التي صدرت فيها تلك الأحكام<sup>(٣)</sup>. كما تجري أحكام القضاء المصري على أن الأصل في الأحكام الصادرة في الأمور الوقتية أنها تحوز حُجية مؤقتة طالما أن مركز الخصوم في الدعوى والظروف التي صدر الحكم في ظلها هي بعينها لم يطرأ عليها أي تغيير. ومن ثم؛ فإن الحكم السابق صدوره في النزاع بين طرفي الخصومة يكتسب حُجية الأمر المقضي بالنسبة لما فصل فيه، ما دام لم يحصل أي تغيير مادي أو قانوني في مركز الطرفين. أما إذا حدث هذا التغيير فإنه يحق لصاحب الشأن الالتجاء مرة أخرى إلى القضاء بطريق

(١) في القانون المصري، انظر: فنجي والي، الوسيط، رقم ٨٨، ص ١٦٤ - نقض مدني ١٩٨١/١/١٢، في الطعن رقم ٩٧٤ لسنة ٤٥ ق. - وفي القانون الفرنسي، انظر:

MOREL: Op. cit., n. 570, p. 447 et s.- JAPIOT: Op. cit., n. 619, p. 418- VINCENT et GUINCHARD: Op. cit., n. 91, p. 122- n. 91- LE ROYER: Thèse, p. 78- J. BARRERE: La rétractation du juge civil, in Mélanges P. Hébraud, 1981, p. 1.

(٢) وتطبيقاً لذلك، انظر:

CA Paris, 30 sept. 1994: Gaz. pal. 1995, 1, 261, note M. Renard.

(٣) انظر:

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 avr. 1994: Bull. I, n. 141; Justices 1995, 2, 283, obs. (crit.) Wiederkehr.

الدعوى العادية للفصل فيما قد يُستجد من تغييرات مادية أو قانونية تستدعى إعادة النظر فيما فصل فيه الحكم السابق<sup>(١)</sup>.

٨٣- مبدأ استنفاد المحكم لولايته: يُقصد بهذا المبدأ؛ في مجال التحكيم، أنه بإصدار حكم التحكيم فإن المحكم؛ كما هو الحال بالنسبة للقاضي، يستنفد سلطته القضائية بالنسبة للمنازعة التي فصل فيها<sup>(٢)</sup>. ومن ثم؛ لا يُمكن للمُحكّم إصدار حكم تحكيم آخر يتعلق بذات النزاع. ومبدأ استنفاد المحكم لولايته على النزاع طبقته محكمة استئناف Paris عام ١٩٢٦؛ وذلك قبل تقنين المشرع الفرنسي له عام ١٩٨٠. فقد قضت هذه المحكمة أنه بإصدار حكم التحكيم يكون المحكم أنجز مهمته واستنفد سلطته حول المنازعة التي فصل فيها. ومن ثم؛ لا يُمكنه استبدال حكم تحكيم جديد بحكم سبق إصداره؛ حول ذات المنازعة، إلا بموافقة جميع الأطراف، وذلك بموجب اتفاق تحكيم جديد<sup>(٣)</sup>. أيضا؛ لا يُمكن للمُحكّم تعديل ما يشوب حكمه من عيوب لتلافي أوجه بطلانه<sup>(٤)</sup>. واستنفاد المحكم لولايته على النزاع يحدث من وقت صدور حكم التحكيم<sup>(٥)</sup>.

(١) وتطبيقا لذلك، انظر: نقض مدني ١٩٨٠/٢/٢٠، في الطعن رقم ١٢٥٠ لسنة ٤٩ ق. - أحمد أبو الوفاء، ذات الإشارة السابقة - كما لا يُعمل بالقاعدة بالنسبة إلى الأحكام المعلقة على شرط أو الأحكام التهديدية، انظر: محمد وعبد الوهاب العشماوي، ج ٢، رقم ١١٠٢، ص ٧٢٤.  
(٢) انظر:

J. ORTSCHIEDT: L'arbitre ne peut modifier les droits et obligations nés de la sentence qu'il interprète, JCP G 2009, n. 47462.

(٣) وتطبيقا لذلك، انظر:

CA Paris, 3 nov. 1926: DH 1926, p. 57- Dans le même sens, CA Rouen, 27 oct. 1954: Gaz. pal. 1955, I, Tables, V° Arbitrage, n. 92.

(٤) وتطبيقا لذلك، انظر:

CA Paris, 20 juin 1989: Rev. arb. 1992, p. 85, note Arnaldez.

(٥) وحول وقت إصدار حكم التحكيم: راجع، ما سبق، رقم ١٣ وما بعده ص ٢٣ وما بعدها.



وقد قضت محكمة النقض الفرنسية ؛ في هذا الصدد، بأنه إذا كانت المادة ٢/١٤٧٥ من قانون المرافعات، ( م ٢/١٤٨٥ حاليا، بعد صدور المرسوم ٤٨ لسنة ٢٠١١ )، تُخول المحكم سلطة تصحيح الأخطاء المادية والفصل في الطلبات التي أغفلها حكم التحكيم ؛ وتطبيق أحكام المواد ٤٦١-٤٦٣ من ذات القانون في هذا الشأن، إلا أنها لا تُخوله تصحيح حكمه إذا كان قضى بشئ لم يطلبه الأطراف أو بأكثر مما طلبوه، وإنما سبيل الأطراف في هذه الأحوال يكون الطعن ببطلان حكم التحكيم ؛ عملا بالمادة ١٤٨٤-٣ من قانون المرافعات، ( م ١٤٩٢-٣ حاليا، بعد صدور المرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١ )<sup>(١)</sup>. كما قضت ذات المحكمة أنه إذا استنفد المحكم ولايته على النزاع وعاد وفصل فيه من جديد فإنه يكون فصل في نزاع دون اتفاق تحكيم، وحكمه يتعرض للطعن عليه بالبطلان، عملا بالمادتين ١/١٤٨٤، و ١/١٥٠٢ من قانون المرافعات<sup>(٢)</sup>، ( م ١٤٩٢-٣، ١٥٢٠-٣ حاليا، بعد صدور المرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١ ).

(١) وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. 2<sup>o</sup> civ., 14 juin 1984: Rev. arb. 1985, p. 427, note B. Moreau- Cass. 1<sup>o</sup> civ., 8 juill. 2009: n. 08-17.984, JurisData n. 2009-049325.

وتجدر الإشارة أنه بموجب المرسوم المذكور عدل المشرع في حالات الطعن ببطلان حكم التحكيم ؛ التي كانت تنص عليها المادة ١٤٨٤، وأورد هذا التعديل في المادة ١٤٩٢. ومع ذلك ؛ فإن حالة الطعن بالبطلان بسبب قضاء محكمة التحكيم في مسائل تخرج عن نطاق المهمة المخولة لها ؛ والتي كانت تنص عليها = المادة ١٤٨٤-٣، هي ذات ما تنص عليه المادة ١٤٩٢-٣، مع اختلاف في الصياغة. إذ استعمل المشرع في المادة الأخيرة عبارة " محكمة التحكيم "، بدلا من عبارة " المحكم ". وتجري عبارة المادة ١٤٩٢-٣ ؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

Le recours en annulation n'est ouvert que si: 1<sup>o</sup> ... 2<sup>o</sup> ... 3<sup>o</sup> Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée.

(٢) وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. com., 9 janv. 1979: Rev. arb. 1979, p. 478, note Ph. Fouchard.

٨٤- نطاق مبدأ استنفاد المحكم لولايته : لا يستنفد المحكم سلطته إلا بالنسبة للمسائل التي استعمل فيها سلطته القضائية. فالمادة ١/١٤٨٥ من قانون المرافعات الفرنسي تنص صراحة على أنه بمجرد صدور حكم التحكيم تستنفد محكمة التحكيم سلطتها على المنازعة التي فصلت فيها. ومفاد ذلك ؛ أن هذه المادة تُحدد موضوع الاستنفاد بالمنازعة التي فصل فيها حكم التحكيم ؛ وذلك كما هو الحال في المادة ١/٤٨١ من قانون المرافعات التي تُحدد نطاق مبدأ استنفاد القاضي بموضوع المنازعة التي فصل فيها<sup>(١)</sup>.

وترتبا على ما تقدم ؛ فإن حكم التحكيم الذي يفصل في المسائل المتنازع عليها ، يترتب عليه استنفاد المحكم لسلطته بالنسبة لهذه المسائل ؛ سواء أكان التحكيم بالقانون أو مع التفويض بالصّح. ولا يترتب هذا الاستنفاد بالنسبة لأحكام التحكيم الصادرة قبل الفصل في الموضوع ؛ كما لو صدر حكم بإجراء الخبرة<sup>(٢)</sup> . وإذا صدر حكم التحكيم في جزء من النزاع ، أو في حكم مُختلط يقضي بالمسؤولية عن التعويض ويأمر بالخبرة لتقدير هذا التعويض ، فإن المحكم لا يستنفد سلطته إلا بالنسبة للمسائل التي فصل في موضوعها بصورة قطعية<sup>(٣)</sup>.

٨٥- نظر المحكم للنزاع من جديد بعد القضاء ببطلان حكم التحكيم : عندما تحكم المحكمة ببطلان حكم التحكيم ، فإنها تفصل في الموضوع في حدود مهمة المحكم ، ما لم تتفق إرادة الأطراف على خلاف ذلك ،

(١) إذ تنص هذه المادة على أنه : "بمجرد النطق بالحكم فإن القاضي يستنفد سلطته بالنسبة للمنازعة التي فصل فيها". وتجري عبارة هذه المادة ؛ باللغة الفرنسية ، كالتالي :

Le jugement, dès son prononcé, dessaisit le juge de la contestation qu'il tranche.

(٢) وتطبيقا لذلك ، انظر :

CA Paris, 30 mars 1962: JCP G 1962, II, 12843, note Level.

(٣) وتطبيقا لاقتصار استنفاد المحكم لسلطته بالنسبة للجزء الذي فصل فيه حكم التحكيم ، انظر :

CA Aix-en-Provence, 28 sept. 1980: Rev. arb. 1984, p. 388, obs. Bernard.

وبالنسبة لاقتصار الاستنفاد على المسائل التي فصل فيها حكم التحكيم المُختلط ، انظر :

CA Paris, 30 mars 1962: JCP G 1962, II, 12843, note Level.

(م ١٤٩٣ مُرافعات فرنسي، مُعدلة بالمرسوم ٤٨ لسنة ٢٠١١)<sup>(١)</sup> .  
ومؤدى هذه المادة؛ أنها تسمح للأطراف الاتفاق على منح محكمة  
الاستئناف من الفصل في موضوع النزاع بعد القضاء ببطلان حكم  
التحكيم. وإذا تبين للمحكمة وجود مثل هذا الاتفاق وأحالت الأمر إلى  
محكمة التحكيم لتفصل في موضوع النزاع من جديد، فإنه يُسمح للأطراف  
المنازعة أمام محكمة الاستئناف حول السُلطة القضائية لمحكمة التحكيم  
ونطاق هذه السُلطة<sup>(٢)</sup>.

وحتى يستطيع الأطراف طرح النزاع على المُحكّم من جديد، يلزم أن  
يكون سبب قضاء محكمة الاستئناف بالبطلان يتعلق بعيب يتصل بحكم  
التحكيم ذاته؛ دون أن يمتد هذا البطلان إلى اتفاق التحكيم<sup>(٣)</sup>.

(١) وتجري عبارة هذه المادة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

Lorsque la juridiction annule la sentence arbitrale, elle statue  
sur le fond dans les limites de la mission de l'arbitre, sauf  
volonté contraire des parties.

وقُضي بأن محكمة الاستئناف تكون ملزمة بالفصل في موضوع النزاع؛ بعد قضائها  
ببطلان حكم التحكيم، وذلك طالما لا يوجد اتفاق بين الأطراف يمنعها من نظر  
الموضوع. ورغم اختلاف سُلطة محكمة الاستئناف عند نظرها للبطلان عن سُلطتها  
وهي تنظر موضوع النزاع، إلا أنه ليس هناك ما يلزمها الفصل في الموضوع بحكم  
مستقل عن البطلان، حيث يمكنها القضاء في الأمرين بحكم واحد. وتطبيقاً لذلك،  
انظر:

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 8 juill. 2004: Bull. civ., II, n. 350- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16  
mai 1988: Rev. arb. 1988, 645, note (crit.) Rondeau-Rivier-  
Cass. 2<sup>e</sup> civ., 8 juill. 1987: Gaz. pal. 1988, somm. 35, obs.  
Guinchard.

وحول موضوع الخصومة بعد القضاء ببطلان حكم التحكيم، وبعض التطبيقات  
القضائية لذلك، في فرنسا، انظر:

I. PELLERIN: L'instance au fond devant la cour d'appel  
après annulations de la sentence, Rev. arb. 1993, 199- CA  
Paris, 25 mars 1982: Rev. arp. 1982, 467, note Courtcault-  
Cass. 2<sup>e</sup> civ., 20 mai 1992: Rev. arb. 1993, 277.

(٢) وتطبيقاً لذلك، انظر:

CA Paris, 7 juin 1984: Rev. arp. 1984, 504, note Mezager.

(٣) وقُضي؛ في هذا الصدد، بأنه إذا كان سبب بطلان حكم التحكيم يرجع إلى اتفاق  
التحكيم ذاته؛ حيث ورد على مسألة تتعلق بقانون العمل ولا يجوز التحكيم فيها  
لتعلقها بالنظام العام، فإن هذا البطلان يُجرد الأساس القانوني لأهمية المُحكّم كما  
يجول بين محكمة الاستئناف وبين اختصاصها بنظر الموضوع. ومن ثم؛ بعد قضاء=

وتطبيقا لإعادة طرح النزاع على المحكم من جديد؛ حدث أن قضت محكمة استئناف Paris ببطلان حكم تحكيم مؤسسي، وقبل نظر المحكمة للموضوع تقدم أحد الأطراف بطلب إعادة التحكيم أمام مؤسسة التحكيم في ذات الموضوع، وقامت المؤسسة بتعيين مُحكمين جُدد؛ من ذات مؤسسة التحكيم، للفصل في النزاع من جديد. وتمسك الطرف الآخر؛ أمام محكمة الاستئناف، بأن هذا الطلب يُشكل انتهاكا لقاعدة استنفاد المحكم لسُلطته، وأن هذه القاعدة تتعلق بالنظام العام..

وردا على انتهاك قاعدة الاستنفاد قالت محكمة الاستئناف بأنه: إذا كان صحيحا أن المحكم يستنفد سُلطته بإصدار حكم التحكيم، فإن قضاء المحكمة بالبطلان؛ بسبب عيب في الحكم ذاته، ليس له من أثر سوى زوال وانعدام الإجراءات التي تمت أمام المحكم؛ دون أن يؤثر هذا البطلان على طلب التحكيم الأصلي أمام المؤسسة التي أصدرت الحكم الذي قضي ببطلانه. وأضافت المحكمة بأنها لا يُمكنها الفصل في موضوع النزاع طالما اتفقت إرادة الأطراف على منعها من ذلك. وفسرت طلب إعادة التحكيم؛ أمام مؤسسة التحكيم، بأنه يُعد تطبيقا صحيحا للقصد المشترك للأطراف بإخضاع النزاع فيما بينهم لمؤسسة التحكيم دون محاكم الدولة؛ وذلك وفقا لشرط التحكيم الوارد في الاتفاق عليه، مما مؤداه أن المحكمة التي تنظر دعوى بطلان حكم التحكيم لا تفضل في الموضوع<sup>(١)</sup>. وتم

= محكمة الاستئناف ببطلان اتفاق التحكيم فلا مجال لها أن تفصل في الموضوع ولا أن تُحيل النزاع إلى المحكم لنظره من جديد. وتطبيقا لذلك، انظر: CA Paris, 10 déc. 1985: Rev. arb. 1987, 157, note Rondeau-Rivier- Comp. CA Paris, 3 mars 1987: D. 1987, inf. rap. 73-M-CI. RONDEAU-RIVIER: J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 1042, Arbitrage, La sentence arbitrale, n. 70.

(١) وتطبيقا لذلك، انظر:

CA Paris, 8 janv. 1981: Rev. arb. 1982, p. 62, note Moreau; Gaz. pal. 1982, 1, p. 215, note Riotte.

وهذه القضية لا تُثير مشكلة بالنسبة لإعادة الاستنفاد؛ وذلك لأن الأمر يتعلق بتحكيم مؤسسي وثبت لمحكمة الاستئناف أن مؤسسة التحكيم قامت بتعيين مُحكمين جُدد للفصل في النزاع. ولكن؛ لتور الصعوبة إذا كان تعيين المحكمين تم من جانب الأطراف في اتفاق التحكيم. إذ إعادة التحكيم أمام نفس المحكمين سيصطدم مباشرة بقاعدة الاستنفاد. ومع ذلك؛ يرى الأستاذ Riotte، تعليقا على الحكم المذكور أعلاه، أنه حتى في هذه الحالة فإن القضاء ببطلان حكم التحكيم يعمل على زوال الحكم بأثر رجعي، ولا يُمكن القول بقاعدة الاستنفاد وأن النزاع يخضع من جديد أمام نفس المحكمين طالما أن صحة اتفاق التحكيم لا تتأثر ببطلان حكم التحكيم.=

الطعن على حكم محكمة استئناف Paris بالنقض ، وانتهت محكمة النقض إلى رفض الطعن<sup>(١)</sup>.

## المطلب الثاني

### استثناءات مبدأ استنفاد المحكم لولايته

٨٦- تحديد هذه الاستثناءات: أجاز المشرع؛ في مصر وفرنسا، للأطراف اللجوء إلى هيئة - أو محكمة - التحكيم؛ بعد إصدار الحكم المنهني للخصومة، وطلب تفسير الحكم أو تصحيح ما قد يرد به من أخطاء مادية بحتة أو إصدار حكم مُكمل فيما أغفلت الفصل فيه من طلبات؛ وذلك كاستثناءات من مبدأ استنفاد المحكم لولايته، (م ٤٩، ٥٠، ٥١، مُرافعات مصري، م ٢/١٤٨٥ مُرافعات فرنسي). وسوف نتناول هذه الاستثناءات الثلاثة؛ كل منها في فرع مُستقل، وذلك على النحو الآتي:

### الفرع الأول

#### تفسير حكم التحكيم

٨٧- الحاجة لتفسير حكم التحكيم<sup>(٢)</sup>: قد يشوب حكم التحكيم غموض أو إبهام؛ وذلك على نحو لا يُمكن معه معرفة المعنى أو النطاق الحقيقي لما ينطوي عليه منطوقه من قرار. وفي هذه الحالة؛ يكون الحكم بحاجة إلى تفسير. وقد نظم المشرع؛ في مصر وفرنسا، أحكام تفسير حكم التحكيم، (م ٤٩ مُرافعات مصري، م ٢/١٤٨٥ مُرافعات فرنسي)<sup>(٣)</sup>.

(١) وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 29 févr. 1984: JCP G 1984, IV, p. 141.

(٢) حول ذلك، انظر: محمود مُختار يريري، التحكيم التجاري الدولي، رقم ١٢٤، ص

٢٠١.

(٣) وتجدر الإشارة أن القانون المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، استحدث المادة ٤٩ ليقضي على ما كان يثور من خلاف في هذه الصدد، انظر: فتحي والي، قانون التحكيم، رقم ٢٦٦، ص ٤٦٤ - وفي فرنسا: نظم المشرع مسألة تفسير حكم التحكيم بموجب المرسوم الصادر عام ١٩٨٠، والذي عدل معظم النصوص الخاصة بالتحكيم. وكانت مسألة تفسير حكم التحكيم؛ قبل هذا المرسوم، تُثير جدلا كبيرا في الفقه والقضاء، انظر:

R. PERROT: L'interprétation des sentences arbitrales; Rev. arb. 1969, p. 7- CA Paris, 3 nov. 1926: DH 1927, 57- CA Rouen 27 oct. 1954: Gaz. pal. 1955, I, n. 22.

وإيضاح هذه الأحكام يقتضي تناول عدة أمور؛ هي: طلب التفسير، وإعلانه للطرف الآخر، وميعاد طلب التفسير، وأثر تقديم الطلب، والمختص بطلب التفسير، ونظرة والفصل فيه. وهذا كله نبهته على النحو التالي:

٨٨- أولاً: طلب التفسير: لتفسير حكم التحكيم يلزم تقديم طلب بذلك، ويقتصر حق تقديم هذا الطلب على طرفي حكم التحكيم<sup>(١)</sup>. ومن ثم؛ لا يجوز للغير طلب تفسير حكم التحكيم ولو كانت له مصلحة في ذلك. ومن جهة أخرى؛ فإن هيئة- أو محكمة- التحكيم لا تملك تفسير حكمها من تلقاء ذاتها حتى ولو كان ميعاد التحكيم لازال قائماً<sup>(٢)</sup>. فلا يتصور غموض، أو إبهام، الحكم بالنسبة للهيئة التي أصدرته. ولم يضع المشرع؛ سواء في مصر أم في فرنسا، إجراءات معينة لشكل طلب التفسير. ولهذا؛ يمكن تقديم الطلب من الطرف نفسه أو من وكيله في شكل عريضة مكتوبة تتضمن البيانات اللازمة لتحقيق الغرض منها<sup>(٣)</sup>. وينصب طلب التفسير على ما يقع في منطوق حكم التحكيم من غموض. ومؤدى ذلك أمران؛ هما: (أ)- ضرورة أن يتعلق طلب

(١) وفي مصر: تنص المادة ١/٤٩ من قانون التحكيم المصري على أنه: "يجوز لكل من طرفي التحكيم أن يطلب من هيئة التحكيم، خلال ... لتسلمه حكم التحكيم، تفسير ما وقع في منطوقه من غموض ...". وتنص المادة ١/٣٣ ب من القانون النموذجي على أنه: "يجوز لأحد الطرفين، بشرط إخطار الطرف الآخر، أن يطلب من هيئة التحكيم تفسير نقطة معينة في قرار التحكيم أو جزء معين منه، إن كان الطرفان قد اتفقا على ذلك". وتنص المادة ١/٣٧ من قواعد مركز القاهرة الإقليمي على أنه: "يجوز لكل طرف أن يطلب من هيئة التحكيم تفسير حكم التحكيم ...". وفي فرنسا: تنص المادة ٢/١٤٨٥ من قانون المرافعات على أنه: "بناء على طلب أحد الأطراف، يمكن لمحكمة التحكيم تفسير حكم التحكيم ...". وتجري عبارة هذه المادة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

Toutefois, à la demande d'une partie, le tribunal arbitral peut interpréter la sentence, ...

(٢) انظر: فتحي والي، قانون التحكيم، رقم ٢٦٦، ص ٤٦٥- عيد القصاص، حكم التحكيم، رقم ٦٥، ص ٢٠١.

(٣) انظر: فتحي والي، قانون التحكيم، رقم ٢٦٦، ص ٤٦٥- وتطبيقاً لذلك؛ في فرنسا، انظر:

CA Grenoble, 29 mai 1980; JCP 1981, II, 19531, note J. A.

التفسير بمنطوق الحكم، وليس بأسبابه أو وقائعه. هذا مع ملاحظة أن وقائع أو أسباب الحكم قد تتضمن ما يكمل منطوقه. وفي هذه الحالة؛ فإن طلب التفسير يرد أيضا على الوقائع أو الأسباب، طالما أنها مُكملة لمنطوق الحكم. وقضت محكمة النقض الفرنسية؛ في هذا الصدد، بأنه مما يدخل في تفسير الحكم قيام القاضي بوضع الحكم الضمني؛ الوارد في الأسباب، في منطوق الحكم الأصلي<sup>(١)</sup>. (ب)- ضرورة أن يتعلق طلب التفسير بما يشوب منطوق حكم التحكيم من غموض أو إبهام. فإذا كان هذا المنطوق واضحا ومُحددا، فلا محل لطلب تفسيره<sup>(٢)</sup>. ومن قبيل غموض منطوق الحكم أن تتعارض بعض أجزائه مع بعضها البعض<sup>(٣)</sup>.

٨٩- **ثانياً: إعلان طلب التفسير للطرف الآخر:** طبقا للمادة ١/٤٩ من قانون التحكيم المصري، يجب على طالب التفسير إعلان الطرف الآخر بهذا الطلب قبل تقديمه لهيئة التحكيم. ويتم الإعلان وفقا لأحكام المادة ٧ من القانون سالف الذكر<sup>(٤)</sup>. وفي فرنسا؛ لم ينص المشرع على ضرورة

(١) وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. 2° civ., 7 juin 1978: Gaz. pal. 1978, 24, note Viatte- V. aussi, Cass. com., 27 févr. 2005: JCP 2005, IV, 1752.

(٢) وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 mai 2000: Juris-Datta n. 2000-002430.

وفي الأنظمة التي لا تتطلب أن يكون حكم التحكيم في شكل منطوق فإن التفسير ينصب على الجزء الذي ينطوي على قرار المحكم. كما أن المادة ١/٣٣ ب من القانون النموذجي تسمح لأحد الطرفين أن يطلب من هيئة التحكيم تفسير نقطة معينة في قرار التحكيم أو جزء معين منه، إن كان الطرفان قد اتفقا على ذلك.

(٣) وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. soc., 20 déc. 2006: JCP 2007, IV, 1195- Cass. 2° civ., 4 déc. 2003: Bull. civ., II, n. 362.

(٤) وتنص هذه المادة على أنه: "١- ما لم يوجد اتفاق خاص بين طرفي التحكيم، يتم تسليم أي رسالة أو إعلان إلى المرسل إليه شخصيا أو في مقر عمله أو محل إقامته المعتاد أو في عنوانه البريدي المعروف للطرفين أو المحدد في مشاركة التحكيم أو في الوثيقة المنظمة للعلاقة التي يتناولها التحكيم. ٢- وإذا تميز معرفة أحد هذه العناوين بعد إجراء التحريات اللازمة يعتبر التسليم قد تم إذا كان الإعلان بكتاب مسجل إلى آخر مقر عمل أو محل إقامة معتاد أو عنوان بريدي معروف للمرسل إليه. ٣- لا تسري أحكام هذه المادة على الإعلانات القضائية أمام المحاكم". ووفقا للمادة ١/٣٣ ب من القانون النموذجي يلزم إعلان طلب التفسير للطرف الآخر وعلاوة على إخطار الطرف الآخر بطلب التفسير فإن المادة ١/٣٧ من قواعد مركز القاهرة الإقليمي تتطلب إخطار المركز بهذا الطلب.

إعلان الطرف الآخر بطلب التفسير قبل تقديمه لمحكمة التحكيم؛ وكل ما تطلبه هو أن محكمة التحكيم تحكم في طلب التفسير بعد سماع الأطراف أو إعلانهم، (م ٢/١٤٨٥ مُرافعات). ومؤدى ذلك؛ أن إعلان الطرف الآخر بطلب التفسير قد يكون سابقاً على تقديمه لمحكمة التحكيم، أو بعد تقديمه، أو أن تقوم محكمة التحكيم ذاتها بإعلان طلب التفسير للطرف الآخر<sup>(١)</sup>.

٩٠- ثالثاً: ميعاد طلب التفسير: يجب على طالب التفسير تقديم طلبه خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه حكم التحكيم، (م ١/٤٩ تحكيم مصري)<sup>(٢)</sup>. وتسلم هيئة التحكيم إلى كل من الطرفين صورة من حكم التحكيم موقعة من المحكمين الذين وافقوا عليه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره، (م ١/٤٤ تحكيم مصري). ومن ثم؛ لا يبدأ ميعاد طلب التفسير من تاريخ صدور حكم التحكيم، ولا من تاريخ إعلانه لطالب التفسير، وإنما من تاريخ تسلم هذا الأخير لصورة الحكم؛ حتى ولو كان الطرف الآخر تسلم حكم التحكيم في تاريخ مختلف. ويجوز لطالب التفسير تقديم طلبه ولو قبل تسلمه صورة حكم التحكيم، كما يمكنه تقديم الطلب ولو بعد انقضاء ميعاد التحكيم؛ طالما ميعاد طلب التفسير لازال قائماً<sup>(٣)</sup>. فالمشروع لم يربط بين الحق في تقديم طلب التفسير خلال الثلاثين يوماً لتسلمه الحكم وبين ما إذا كان ميعاد التحكيم انقضى أم ما زال قائماً<sup>(٤)</sup>.

وفي فرنسا؛ يُقدم طلب تفسير حكم التحكيم في ميعاد ثلاثة أشهر تبدأ من تاريخ الإخطار بالحكم، (م ١/١٤٨٦ مُرافعات، مُعدلة بالمرسوم ٤٨

(١) ويذهب إلى هذا الرأي في مصر: فتحي والي، قانون التحكيم، رقم ٢٦٦، ص ٤٦٦.  
(٢) وتنص على ذات الحكم المادة ١/٣٧ من قواعد مركز القاهرة الإقليمي، والمادة ٢/٢٩ من قواعد غرفة التجارة الدولية - أما المادة ١/٣٣ من القانون النموذجي فتتضمن على أنه يجوز تقديم طلب التفسير في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلم قرار التحكيم، ما لم يتفق الطرفان على مدة أخرى.

(٣) انظر: فتحي والي، قانون التحكيم، رقم ٢٦٦، ص ٤٦٥.

(٤) انظر: عيد القصاص، حكم التحكيم، رقم ٦٥، ص ٢٠٢.



لسنة ٢٠١١)<sup>(١)</sup>. ويتم الإخطار بحكم التحكيم عن طريق الإعلان؛ ما لم يتفق أطراف التحكيم على خلاف ذلك، (م ٣/١٤٨٤ مرفعات فرنسي، مُعدلة بالمرسوم ٤٨ لسنة ٢٠١١)<sup>(٢)</sup>.

وميعاد طلب التفسير هو ميعاد سقوط. ومن ثم؛ يسقط حق الطرف في طلب التفسير، إذا قدم طلبه بعد الميعاد. ومع ذلك؛ فإن هذا السقوط لا يمنع الطرف الآخر من طلب التفسير؛ طالما ميعاد الطلب ما زال قائما بالنسبة له. وعدم قبول طلب التفسير لتقديمه بعد الميعاد لا يتعلق بالنظام العام؛ ولهذا يتعين على الطرف الآخر التمسك به في الوقت المناسب. هذا؛ ويجوز للطرفين الاتفاق على تحويل هيئة التحكيم سلطة تفسير حكمها، حتى ولو قدم طلب التفسير إليها بعد الميعاد المحدد قانونا.

(١) وتجري عبارة هذه الفقرة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

Les demandes formées en application du deuxième alinéa de l'article 1485 sont présentées dans un délai de trois mois à compter de la notification de la sentence.

وقبل صدور المرسوم المشار إليه أعلاه كان المشرع الفرنسي يُنظم طلب تفسير حكم التحكيم، وتصحيح ما يقع فيه من أخطاء مادية، والفصل فيما أغفلت محكمة التحكيم الفصل فيه، وذلك بموجب المادة ١٤٧٥ من قانون المرافعات. ولم تكن هذه المادة تضع مياعدا محددا لتقديم هذا الطلبات. ومن ثم؛ كان ميعاد تقديمها مفتوحا في أي وقت؛ حتى ولو بعد انقضاء ميعاد التحكيم، ودون حاجة لاتفاق تحكيم جديد. وحول هذه المسألة، انظر:

M.-Cl. RONDEAU-RIVIER: J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 1042, Arbitrage, La sentence arbitrale, n. 72.

ورغبة من المشرع في تمكين الأطراف من الحصول على حكم تحكيم؛ ذات طابع نهائي ثابت، في مواعيد قصيرة فقد استحدث بالمرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١ مياعدا أورده في المادة ١/١٤٨٦ من قانون المرافعات؛ حيث نصت على أن يكون طلب التفسير، والتصحيح المادي، والفصل فيما أغفلت محكمة التحكيم الفصل فيه، في خلال ثلاثة أشهر تبدأ من تاريخ الإخطار بحكم التحكيم. ومن ثم؛ بانتهاء هذا الميعاد فإن الطلبات المذكورة تكون غير مقبولة، انظر:

E. GAILLARD et Pierre de LAPASSE: L'nouveau droit français de l'arbitrage interne et international, Recueil Dalloz, 2011, Chronique Arbitrage, 175, p. 153, n. 20.

(٢) وتجري عبارة هذه الفقرة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

Elle est notifiée par voie de signification à moins que les parties en conviennent autrement.

ويستوي أن يرد هذا الاتفاق في مُشاركة التحكيم، أو بموجب اتفاق لاحق ولو بعد صدور حكم التحكيم<sup>(١)</sup>.

٩١- رابعا: أثر تقديم طلب التفسير: لا أثر لتقديم هذا الطلب على حُجية حكم التحكيم، ولا على قابليته للطعن عليه بدعوى البطلان أو بالاستئناف؛ في القوانين التي تسمح بذلك كالقانون الفرنسي، ولا على إمكانية تنفيذه. أيضا؛ لا يترتب على طلب تفسير حكم التحكيم منع إعلانه، أو وقف ميعاد دعوى البطلان أو الاستئناف؛ كما هو الوضع في فرنسا، أو وقف تنفيذه، أو التأثير في سُلطة المحكمة التي تنظر البطلان<sup>(٢)</sup>؛ أو الاستئناف<sup>(٣)</sup>.

٩٢- خامسا: الاختصاص بطلب التفسير: تختص بهذا الطلب هيئة - أو محكمة - التحكيم؛ (م ١/٤٩ تحكيم مصري، م ٢/١٤٨٥ مرفعات فرنسي). وقضت محكمة النقض الفرنسية؛ في هذا الخصوص، بأن ٢/١٤٧٥ من قانون المرافعات، (م ٢/١٤٨٥ حاليا)، تُخول محكمة التحكيم سُلطة تفسير حكمها؛ دون قاضي التنفيذ، وذلك لتحديد ما إذا

(١) انظر: فتحي والي، قانون التحكيم، رقم ٢٦٦، ص ٤٦٥ - محمود سمير الشراوي، التحكيم التجاري الدولي، رقم ٣٣٩، ص ٤٦٥. ووفقا للمادة ١/٣٣ من القانون النموذجي فإنه يجوز لأحد الأطراف طلب تفسير حكم التحكيم خلال ثلاثين يوما من تسلمه نسخة الحكم؛ ما لم يتفق الطرفان على مدة أخرى. ويُستناد من ذلك أنه يجوز للأطراف الاتفاق على أن يكون طلب التفسير في مدة أقل أو أكثر من مدة الثلاثين يوما المذكورة.

(٢) انظر: فتحي والي، قانون التحكيم، رقم ٢٦٦، ص ٤٦٦.

(٣) وفي فرنسا: الأصل أن حكم التحكيم لا يقبل الاستئناف ما لم تتفق إرادة الأطراف على عكس ذلك، (م ١٤٨٩ من قانون المرافعات، مُعدلة بالمرسوم ٤٨ لسنة ٢٠١١). وتجري عبارة هذه المادة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

**La sentence n'est pas susceptible d'appel sauf volonté contraire des parties.**

ووفقا للمادة ١٤٩٠، (مُعدلة بالمرسوم ٤٨ لسنة ٢٠١١)، فإن الاستئناف يهدف لإصلاح أو إبطال حكم التحكيم. وتفصيل المحكمة وفقا للقانون أو كمفوضة بالصُلح في حدود مهمة محكمة التحكيم. وتجري عبارة هذه المادة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

**L'appel tend à la réformation ou à l'annulation de la sentence.**  
**La cour statue en droit ou en amiable composition dans les limites de la mission du tribunal arbitral.**

كان الحكم ينطوي على التعويض من عدمه واستخلاص ما يترتب على ذلك من نتائج<sup>(١)</sup>. وتجدر الإشارة إلى أن طلب تفسير حكم التحكيم يختلف عن مسألة تحديد نطاق حُجية ما قضى به هذا الحكم. فطلب التفسير يختص به محكمة التحكيم التي أصدرته، أما المسألة الثانية فتختص بها المحكمة التي تُثار أمامها تلك المسألة<sup>(٢)</sup>. وفي هذه الحالة الأخيرة؛ يجب على المحكمة أن تقوم بتفسير الحكم لتحديد نطاق حُجيته طالما أنه يتعلق بنفس الأطراف في الدعوى ويُشكل أحد عناصر النزاع، ولا يُمكن للمحكمة الامتناع عن مباشرة هذا التحديد بالتذرع بأن هذا التفسير يدخل في اختصاص المحكمة التي أصدرت الحكم السابق<sup>(٣)</sup>.

وعند نظر طلب التفسير يجب أن تكون هيئة - أو محكمة - التحكيم بذات تشكيلها الذي أصدر حكم التحكيم محل التفسير<sup>(٤)</sup>. وتثور؛ في هذا الصدد، عدة تساؤلات؛ منها: ما الحل عند تعذر انعقاد هيئة - أو محكمة - التحكيم بذات تشكيلها من جديد؟. أيضا؛ في حالة الطعن بالبطلان؛ أو بالاستئناف، فما أثر هذا الطعن على سُلطة هيئة - أو محكمة - التحكيم في تفسير الحكم الذي أصدرته؟. وسوف نوضح الرد على هذه التساؤلات؛ وذلك على النحو التالي:

(١) وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 janv. 2007: Rev. arb. 2007, 471, obs. Bensaude.

(٢) وتطبيقا لذلك، انظر: تقض مدني ١٣/٦/١٩٦٧، مجموعة المكتب الفني، س ١٨، ج ٢، رقم ١٩٠، ص ١٢٥٢ - وفي فرنسا، انظر:

Cass. civ. 12 nov. 1946: RTD civ. 1947. 219, obs. Vizioz.

(٣) وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. 1<sup>re</sup> civ. 21 nov. 1960: Bull. civ. I, n. 505- Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 mai 1966: Bull. civ. I, n. 291.

(٤) إذ خصوصية محكمة التحكيم؛ المتمثلة في ارتباطها بأشخاص المحكمين وعدم استمراريتها على غرار محاكم الدولة، تحول دون مماثلة سُلطة المحكمين بشأن تفسير ما يصدر عنهما من أحكام. فاستمرارية المحكمة التابعة لقضاء الدولة يسمح بأن تتولى هذه المحكمة تفسير حكمها ولو تغير قضاتها؛ وهذا لا ينطبق على محكمة التحكيم، انظر: فتحي والي، قانون التحكيم، رقم ٢٦٧، ص ٤٦٦ - وفي فرنسا، انظر:

M-Cl. RONDEAU-RIVIER: J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 1042, Arbitrage, La sentence arbitrale, n. 74.

٩٣ - (١) - تعذر انعقاد هيئة - أو محكمة - التحكيم بذات تشكيلها من جديد: ومن صور هذا التعذر ألا يستطيع أحد المحكمين التواجد ضمن تشكيل هيئة - أو محكمة - التحكيم لتفسير الحكم الذي أصدرته. وقد ترجع عدم الاستطاعة هذه إلى وفاة المحكم، أو وجود مانع يعوقه من التواجد في تشكيل هيئة - أو محكمة - التحكيم<sup>(١)</sup>. وقد تصور المشرع الفرنسي حدوث هذه المشكلة؛ ووضع لها حلا تشريعيًا في المادة ٣/١٤٨٥ من قانون المرافعات، والتي تنص على أنه: "إذا تعذر انعقاد محكمة التحكيم من جديد؛ أو إذا لم يتمكن الأطراف من الاتفاق على إعادة تشكيل محكمة تحكيم جديدة، فإن سلطة التفسير تكون للمحكمة التي ينعقد لها الاختصاص بالنزاع لو لم يوجد اتفاق على التحكيم"<sup>(٢)</sup>. ومؤدى هذا النص أنه يُتيح للأطراف الاتفاق على تشكيل محكمة تحكيم جديدة؛ وذلك لكي تتولى تفسير حكم التحكيم السابق، أو تصحيح ما يقع فيه من أخطاء مادية بحتة، أو الفصل فيما تم إغفال الفصل فيه من طلبات. وإمكانية الأطراف على مثل هذا الاتفاق مشروط بتعذر انعقاد محكمة التحكيم السابقة من جديد<sup>(٣)</sup>. وإذا لم يتمكن الأطراف من الاتفاق على تشكيل محكمة تحكيم جديدة؛ فإن الاختصاص بالمهام المشار إليها

(١) وقُضي بأن ظهور سبب من أسباب رد المحكم؛ في الفترة ما بين صدور الحكم وطلب تفسيره، يعد من الموانع التي تحول دون انعقاد محكمة التحكيم من جديد لتفسير حكمها. وتطبيقاً لذلك، انظر:

CA Paris, 19 nov. 1993; Rev. arb. 1996, 419, note Fouchard.

(٢) وهذه المادة مُعدلة بالمرسوم ٤٨ لسنة ٢٠١١. وتجري عبارة هذه المادة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

Si le tribunal arbitral ne peut être à nouveau réuni et si les parties ne peuvent s'accorder pour le reconstituer, ce pouvoir appartient à la juridiction qui eût été compétente à défaut d'arbitrage.

(٣) ونرى أن تعذر انعقاد محكمة التحكيم كشرط لجواز اتفاق الأطراف على محكمة تحكيم جديدة؛ تتولى تفسير حكم التحكيم السابق وتصحيح ما وقع فيه من أخطاء مادية أو الفصل فيما تم إغفال الفصل فيه، لا يعمل به إلا إذا كان ميعاد التفسير، (ثلاثة أشهر من تاريخ الإخطار بالحكم)، لا زال قائماً. أما إذا كان هذا الميعاد انقضى، فإنه يجوز للأطراف الاتفاق على تشكيل محكمة تحكيم جديدة وإسناد إليها ما يروونه من مهام، دون التقيد بشرط تعذر انعقاد محكمة التحكيم السابقة. وبظل هناك تساؤل مؤداه: ما الحل لو تعذر اتفاق الأطراف على تشكيل محكمة تحكيم جديدة وكان ميعاد طلب التفسير أو التصحيح انقضى؟. نرى أن يكون الاختصاص للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع لو لم يوجد اتفاق على التحكيم.

ينعقد للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع عند عدم وجود اتفاق على التحكيم<sup>(١)</sup>. وتحديد المحكمة المختصة؛ في هذه الحالة، يخضع للقواعد العامة للاختصاص النوعي والقيمي والمحلي. أيضا؛ الإجراءات واجبة الإلتباع؛ أمام المحكمة المختصة، هي الإجراءات العادية المطبقة أمام محاكم الدولة<sup>(٢)</sup>.

وفي هذا الشأن؛ نجد أن قانون التحكيم المصري لم يضع حلا لمسألة تعذر انعقاد هيئة التحكيم من جديد، لغرض تفسير حكمها<sup>(٣)</sup> أو تصحيح ما وقع فيه من أخطاء مادية أو الفصل فيما أغفلت الفصل فيه من طلبات. ولهذا؛ نقترح تدخلا تشريعا بإضافة مادة إلى قانون التحكيم تحت رقم ٥١ مكررا، يتبنى فيها المشرع حلا على غرار الأحكام التي أوردتها المادة ٣/١٤٨٥ من قانون المرافعات الفرنسي. ونتصور أن تكون صياغة هذه المادة على النحو التالي: "١- يكون الاختصاص بالمسائل الواردة في المواد ٤٩- ٥١ للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع؛ لو لم يوجد اتفاق على التحكيم، وذلك إذا تعذر انعقاد هيئة التحكيم من جديد، ولم يتمكن الأطراف من الاتفاق على تشكيل هيئة تحكيم جديدة قبل انقضاء

---

(١) ويتخذ البعض التدخل القضائي في عملية التحكيم؛ لأنه يؤدي إلى نوع من التعقيد، انظر:

LEVEL: De la réforme de l'arbitrage interne à la prochaine réforme de l'arbitrage international; JCP 1981, éd. CI, I, 9540, n. 25.

(٢) انظر:

M-CI. RONDEAU-RIVIER: J.-CI. Procédure civile, Fasc. 1042, Arbitrage, La sentence arbitrale, n. 74.

(٣) وحول مشكلة الاختصاص بطلب تفسير حكم التحكيم؛ في حالة تعذر انعقاد هيئة التحكيم من جديد، انظر: فتحي والي، قانون التحكيم، رقم ٢٦٧، ص ٤٦٦ وما بعدها- عيد القصاص، حكم التحكيم، رقم ٦٥، ص ٢٠٠. ويرى البعض أنه يُمكن للأطراف؛ في هذه الحالة، الاتفاق على تشكيل أو استكمال تشكيل هيئة التحكيم لتفسير الحكم. وإذا تعذر ذلك الاتفاق يُمكنهم الاتجاه للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع لمساعدتهم على تشكيل هيئة التحكيم لكي تتولى تفسير الحكم. أما إذا استحال كل ذلك فلا مفر من تولي المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع بتفسير حكم التحكيم، انظر مجموع مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، رقم ١٢٤، ص ٢٠٢.

المواعيد المشار إليها في المواد ٤٩ - ٥١ ، وذلك حسب الأحوال. ٢ -  
تحدد المحكمة المختصة والإجراءات المتبعة أمامها وفقا للقواعد العامة  
المنصوص عليها في قانون المرافعات ، أو في غيره من القوانين ، بحسب  
الأحوال ."

٩٤ - (٢) - أثر الطعن على الاختصاص بتفسير حكم التحكيم : قلنا  
أن هيئة - أو محكمة - التحكيم تختص بطلب تفسير ما يشوب منطوق  
حكمها من غموض أو إبهام. وحكم التحكيم يقبل الطعن عليه  
بالْبُطْلان ؛ سواء في مصر أو فرنسا ، كما يقبل الطعن عليه بالاستئناف في  
بعض الأحوال في فرنسا. ويثور التساؤل حول أثر الطعن على اختصاص  
هيئة - أو محكمة - التحكيم بطلب تفسير حكمها.

وفي مصر ؛ يميل جانب من الفقه إلى أن الطعن ببُطْلان حكم التحكيم ،  
أو طلب الأمر بتنفيذه ، لا يسلب هيئة التحكيم الاختصاص بتفسير  
حكمها. ومع ذلك ؛ يسمح هذا الرأي للمحكمة التي تنظر دعوى البُطْلان  
بتفسير أي جزء من منطوق الحكم يكون تفسيره ضروريا لاستعمال  
المحكمة لسُلْطتها في القضاء بوقف تنفيذ الحكم<sup>(١)</sup> أو في القضاء ببُطْلانه.  
أيضا ؛ فقد قيل بأنه ليس هناك ما يمنع القاضي الذي ينظر طلب الأمر  
بتنفيذ حكم التحكيم<sup>(٢)</sup> من تفسيره في حدود ما يلزم للفصل في هذا  
الطلب<sup>(٣)</sup>.

وفي فرنسا ؛ كانت المادة ٢/١٤٧٥ من قانون المرافعات تنص على سريان  
أحكام المواد ٤٦١ - ٤٦٣ من ذات القانون ؛ وذلك بالنسبة لسُلْطة  
المُحكّم في تفسير حكمه وتصحيح ما يقع فيه من أخطاء مادية والفصل  
فيما أغفل الفصل فيه من طلبات. وبالرجوع للمادة ١/٤٦١ نجد أنها تنص

(١) إذ يجوز للمحكمة التي تنظر دعوى بطلان حكم التحكيم الأمر بوقف تنفيذه إذا طلب  
الدعي ذلك في صحيفة الدعوى ، وتوافرت باقي الشروط التي أوردتها المادة ٥٧ من  
قانون التحكيم المصري.

(٢) وهو رئيس المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من قانون التحكيم ، أو من يندبه من  
قضاتها ، ( م ٥٦ م تحكيم مصري ) .

(٣) من هذا الرأي ، انظر : فتحي والي ، قانون التحكيم ، رقم ٢٦٧ ، ص ٤٦٨ .

على أن كل قاض يختص بتفسير حكمه ما لم يُطعن عليه بالاستئناف<sup>(١)</sup>.  
ومُفاد ما تقدم أن تفسير حكم التحكيم؛ في ظل المادة ١٤٧٥/٢، كان من  
سُلطة المُحكّم ما لم يُطعن على هذا الحكم بالاستئناف<sup>(٢)</sup>. وفي هذه الحالة

(١) وتجري عبارة هذه الفقرة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

Il appartient à tout juge d'interpréter sa décision si elle n'est pas frappée d'appel.

وتطبيقا لهذا النص، انظر:

Cass. civ., 12 mars 1954: JCP 54, A, IV, n. 2329, obs. Madray.

ومع ذلك؛ قُضي بأن طلب تفسير الحكم من محكمة أول درجة التي أصدرته لا يُعتبر  
غير مقبول، وإنما يُمكن للمحكمة وقف الفصل فيه حتى تفصل محكمة الطعن في مسألة  
قبول الاستئناف. فإذا قضت هذه المحكمة بعدم قبول الاستئناف فإن محكمة أول درجة  
تكون لها سُلطة تفسير حكمها. وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. soc., 11 oct. 2000: Bull. V, n. 321.

(٢) قبل صدور المرسوم ٤٨ لسنة ٢٠١١ كانت المادة ١٤٨٢ من قانون المرافعات الفرنسي  
تنص على أن حكم التحكيم يقبل الطعن بالاستئناف ما لم يتنازل الأطراف عن ذلك  
في اتفاق التحكيم. ومع ذلك لا يجوز الطعن بالاستئناف عندما يكون المحكّم مُفوضا  
بالصلح، ما لم يحتفظ الأطراف صراحة برُخصة الاستئناف في اتفاق التحكيم. وعبارة  
هذه المادة؛ باللغة الفرنسية، كانت تجري كالتالي:

La sentence arbitrale est susceptible d'appel à moins que les parties n'aient renoncé à l'appel dans la convention d'arbitrage. Toutefois, elle n'est pas susceptible d'appel lorsque l'arbitre a reçu mission de statuer comme amiable compositeur, à moins que les parties n'aient expressément réservé cette faculté dans la convention d'arbitrage.

ويعوجب المرسوم سالف الذكر عدّل المُشرع المادة ١٤٨٢، وحل محلها نص  
المادة ١٤٨٩ والتي تقضي بأن حكم التحكيم لا يقبل الاستئناف ما لم تتضمن إرادة  
الأطراف على عكس ذلك. وتجري عبارة هذه المادة باللغة الفرنسية، كالتالي:

La sentence n'est pas susceptible d'appel sauf volonté contraire des parties.

وتسري أحكام المرسوم المذكور على اتفاق التحكيم إذا كان أبرم بعد الأول من شهر  
مايو ٢٠١١، (م ٣- ١ من المرسوم). وتجري عبارة هذه المادة؛ باللغة الفرنسية،  
كالتالي:

Ces dispositions s'appliquent lorsque la convention d'arbitrage a été conclue après le 1<sup>er</sup> mai 2011.

ويقتضى المادة ١٤٨٩، صَيِّق المُشرع، إلى حد كبير، من نطاق الطعن بالاستئناف ضد  
أحكام التحكيم، وجعل الطريق العام للطعن عليها هو الطعن بالبطلان. فالمادة  
١/١٤٩١ من قانون المرافعات، (معدلة بالمرسوم ٤٨ لسنة ٢٠١١)، تنص على أن  
حكم التحكيم يُمكن دائما أن يكون محلا للطعن بالبطلان ما لم يكن طريق الاستئناف  
مُتاحا وفقا لاتفاق الأطراف. وتجري عبارة هذه المادة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي: =

الأخيرة تنتقل سُلطة التفسير للمحكمة التي تنظر الاستئناف. وقياسا على

=La sentence peut toujours faire l'objet d'un recours en annulation à moins que la voie de l'appel soit ouverte conformément à l'accord des parties.

وتنص المادة ١٤٩٢ من قانون المرافعات الفرنسي، (مُعدلة بالمرسوم ٤٨ لسنة ٢٠١١)، على أن الطعن بالبطلان على حكم التحكيم لا يكون مُتاحا إلا في الحالات التالية: ١- قضاء محكمة التحكيم باختصاصها أو بعدم اختصاصها. ٢- تشكيل محكمة التحكيم على نحو غير صحيح. ٣- عدم تطابق ما قضت فيه محكمة التحكيم مع المهمة المخولة بالفصل فيها. ٤- عدم احترام مبدأ المواجهة. ٥- إذا كان حكم التحكيم مُخالفا للنظام العام. ٦- عدم تسيب حكم التحكيم، أو عدم اشتماله على تاريخ صدوره واسم أو أسماء المحكمين الذين أصدره أو إذا لم يتضمن التوقيع أو التوقيعات المطلوبة أو إذا لم يصدر بأغلبية الأصوات. وتجري عبارة هذه المادة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

Le recours en annulation n'est ouvert que si: 1° Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ou 2° Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ou 3° Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ou 4° Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ou 5° La sentence est contraire à l'ordre public ou 6° La sentence n'est pas motivée ou n'indique pas la date à laquelle elle a été rendue ou le nom du ou des arbitres qui l'ont rendue ou ne comporte pas la ou les signatures requises ou n'a pas été rendue à la majorité des voix.

وهكذا؛ أصبح حق الطعن بالاستئناف على حكم التحكيم؛ في فرنسا، يقتصر على حالة وجود اتفاق بين الأطراف على الاحتفاظ بهذا الحق، يستوي في ذلك أن يكون التحكيم بالقانون أو مع التفويض بالصُلح. ودافع المشرع الفرنسي نحو تضيق مجال الطعن بالاستئناف على حكم التحكيم، هو تضادي الانتقادات الموجهة للتعديلات التي تضمنها المرسوم الصادر سنة ١٩٨٠. ومن بين تلك الانتقادات أن هذا المرسوم أبقى على نظام الطعن بالاستئناف ضد أحكام التحكيم الداخلي، وجعل الطعن عليها بالبطلان كطريق استثنائي. إذ كان يُنظر لهذا الوضع على أنه غير ملائم، وذلك في ضوء أن قاضي الاستئناف يملك سلطة الرقابة الكاملة على حكم التحكيم من حيث الواقع والقانون. وتبدو عدم ملائمة نظام الاستئناف، في مجال التحكيم، في أنه ليس من المجدي اللجوء للتحكيم، إذا كان النزاع سيُعاد الفصل فيه كاملا من جانب قضاء الدولة. ولهذه الأسباب كان التنازل عن الاستئناف قد أصبح شرطا نموذجيا في اتفاقات التحكيم. ومن ثم؛ لم يستعمل الأطراف الاستئناف كطريق للطعن على حكم التحكيم واقتصر الأمر على سلوك طريق الطعن عليه بالبطلان. ولهذا، جاء المشرع وقلب المبدأ العام للطعن في أحكام التحكيم، وأصبح هذا المبدأ، بموجب المادة ١/١٤٩١ من قانون المرافعات، هو الطعن بالبطلان بدلا من الاستئناف، هذا ما لم يتفق الأطراف على جواز الاستئناف استثناء. ولا ريب أن هذا التعديل يُمثل تطورا هاما في مجال التحكيم الداخلي، انظر:

E. GAILLARD et P. de LAPASSE: Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international, Dalloz, 2011, n. 3.



حالة الطعن بالاستئناف ؛ قيل بأن الطعن يُبطلان حكم التحكيم يؤدي إلى سلب سُلطة تفسيره من المحكم وانتقالها إلى المحكمة التي تنظر دعوى البطلان<sup>(١)</sup>.

غير أنه بصدور المرسوم ٤٨ لسنة ٢٠١١ ؛ في فرنسا، والذي تضمن تعديلات واسعة للنصوص المتعلقة بالتحكيم، نجد المادة ١٤٨٥/٢ من قانون المرافعات ؛ والتي طالها المرسوم المذكور بالتعديل، قد خلت من الإحالة إلى سريان أحكام المواد ٤٦١ - ٤٦٣ بشأن أعمال سُلطة المحكم في تفسير حكمه أو تصحيح ما يقع فيه من أخطاء مادية أو الفصل فيما تم إغفال الفصل فيه من طلبات. ومؤدى ذلك ؛ أن المشرع بمقتضى تعديل المادة ١٤٨٥/٢ لم يشأ ربط اختصاص محكمة التحكيم بتفسير ما قد يكون في منطوق حكمها من غموض أو إبهام بعدم الطعن عليه بالاستئناف أو بالبطلان. ومن ثم ؛ يظل لمحكمة التحكيم هذا الاختصاص، حتى ولو طعن على حكم التحكيم بالاستئناف أو بالبطلان، مع مراعاة ما نصت عليه الفقرة الثالثة من ذات المادة ١٤٨٥ ؛ والخاصة بتعذر انعقاد محكمة التحكيم من جديد. إذ يكون تفسير حكم التحكيم ؛ في هذه الحالة، من اختصاص المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع عند عدم وجود اتفاق على التحكيم ؛ وقد سبقت الإشارة لذلك من قبل<sup>(٢)</sup>.

٩٥- سادساً: نظر طلب التفسير: تنظر هيئة - أو محكمة - التحكيم طلب التفسير وتفصل فيه ؛ مع مراعاة مبدأ المواجهة<sup>(٣)</sup>. ومن ثم ؛ يُسمح لكل من الطرفين بإبداء ما لديه من ملاحظات حول مسألة

(١) فالاستئناف قد يكون بغرض بطلان حكم التحكيم، وهو ذات ما ترمي إليه دعوى البطلان، انظر:

M-CI. RONDEAU-RIVIER: J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 1042, Arbitrage, La sentence arbitrale, n. 74. " ... il est préférable de considérer que le recours en annulation, comme l'appel, prive l'arbitre du pouvoir d'interpréter la sentence, les dispositions de l'article 461 devant être comprises en égard à la spécificité de voies de recours propres à l'arbitrage ".

(٢) راجع: ما سبق، رقم ٩٣، ص ١٥٧ وما بعدها، والهوامش الملحقه.

(٣) ولهذا ؛ تطلبت المادة ١/٤٩ من قانون التحكيم المصري وجوب قيام طالب التفسير بإعلان الطرف الآخر بطلب التفسير قبل تقديمه لهيئة التحكيم - وفي فرنسا: نصت نهاية الفقرة الثانية من المادة ١٤٨٥ من قانون المرافعات على أن محكمة التحكيم تفصل في طلب تفسير حكمها، أو في تصحيح ما يقع فيه من أخطاء مادية، أو فيما أغفلت الفصل فيه، بحضور الأطراف أو بعد استدعائهم للحضور.

التفسير<sup>(١)</sup>. ونطاق مُجادلة الأطراف ؛ حول طلب التفسير، ينعصر في النقاش حول غموض أو وضوح منطوق حكم التحكيم. ولهذا ؛ لا يجوز للأطراف ؛ في هذا النطاق، التمسك بدفوع لا تتصل بما يشوب حكم التحكيم من إبهام أو غموض، أو مناقشة وقائع النزاع أو تقديم أدلة جديدة عليها، أو تقديم وقائع جديدة، أو إثارة مسائل قانونية جديدة أو سبق أن حسمها حكم التحكيم<sup>(٢)</sup>.

وعند الفصل في طلب التفسير، فإن هيئة - أو محكمة - التحكيم تتقيد بالقواعد العامة المتبعة أمام محاكم الدولة لتفسير الأحكام القضائية. فالمحكم ؛ وهو يفصل في طلب التفسير، يعمل على إجلاء غموض وإبهام منطوق حكمه، ويكشف عن المضمون الحقيقي لهذا المنطوق ؛ ولا يملك أكثر مما يملكه القاضي في هذا الشأن<sup>(٣)</sup>. ولهذا ؛ لا يجوز للمُحكّم ؛ تحت ستار التفسير، تعديل حكمه سواء بالحذف منه أو بالإضافة إليه على نحو يُخالف ما قضى به من حقوق للأطراف<sup>(٤)</sup>.

(١) انظر:

M-Cl. RONDEAU-RIVIER: J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 1042, Arbitrage, La sentence arbitrale, n. 71.

وتمنح محكمة التحكيم بعد إرسال الطلب إليها الطرف الآخر مهلة قصيرة لا تتعدى عادة ثلاثين يوما يقع احتسابها ابتداء من تاريخ تسلمه للطلب لإبداء ملاحظاته عليه، (م ٢/٢٩ من قواعد غرفة التجارة الدولية في باريس). ولهيئة التحكيم دعوة الطرف أو الأطراف الأخرى إلى التعليق على طلب تفسير حكم التحكيم خلال ١٥ يوما من تاريخ إخطارهم بهذا الطلب، (م ١/٣٧ من قواعد مركز القاهرة الإقليمي).

(٢) انظر: فتحي والي، قانون التحكيم، رقم ٢٦٨، ص ٤٦٨ - وفي فرنسا: قُضى بأن سلطة المحكم في تفسير حكمه تتقيد بنطاق خصومة طلب التفسير. وتطبيقا لذلك، انظر:

CA Paris, 18 avr. 1991: Rev. arb. 1992, 631, obs. Pellerin.

(٣) انظر:

M-Cl. RONDEAU-RIVIER: J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 1042, Arbitrage, La sentence arbitrale, n. 73.

(٤) انظر: فتحي والي، قانون التحكيم، رقم ٢٦٨، ص ٤٦٨ - وفي فرنسا، انظر: M-Cl. RONDEAU-RIVIER: J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 1042, Arbitrage, La sentence arbitrale, n. 73- CA Paris, 28 mai 1998: Rev. arb. 1999, p. 858, obs. J. Pellerin.

ويرى البعض أن مخالفة هيئة التحكيم لسُلطتها في التفسير يُتيح رفع دعوى ببطلان حكم التحكيم، انظر: محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، رقم ٣٤٠، ص ٤٦٦.

وفي قضية مُخلص وقائعها في أن محكمة تحكيم ؛ في فرنسا ، وهي تنظر طلب تفسير الحكم قامت بتأخير المواعيد المحددة لسداد عدة ديون كان الحكم محل التفسير فصل فيها ، كما أضافت المحكمة شرطا خاصا لسداد أحد تلك الديون. وطُعن على الحكم الصادر بالتفسير بالبطلان أمام محكمة استئناف باريس Paris فقضت بأنه يجوز لمحكمة التحكيم ؛ في سبيل تحديد مضمون الحكم ، أن تقضي في عقبة مادية لاحقة لم تكن ضمن ما اتخذته المحكمة من ترتيبات وذلك دون تعديل الحق في اقتضاء الديون التي قررها حكم التحكيم السابق. وطُعن على الحكم بالنقض فقضت المحكمة بنقضه على أساس أنه لا يُمكن للقاضي أو المُحكم ؛ الذي ينظر في مُنازعة خاصة بتفسير حكم سابق ، إجراء أي تعديل حول ما تضمنه الحكم من قضاء ؛ حتى ولو كان هذا القضاء خاطئا ، كما لا يجوز تبرير هذا التعديل بالتدرع بتحديد مضمون الحكم الصادر من قبل<sup>(١)</sup>.

وبالعكس ؛ قُضي بأن طلب تفسير حكم التحكيم وتحديد ما إذا كان يدخل ضمن نطاق تطبيق المادة ١١٥٣ - ١ من القانون المدني الفرنسي<sup>(٢)</sup> يُحول محكمة التحكيم أن تسخلص من الطبيعة التعويضية للحكم محل التفسير ما يترتب على هذه الطبيعة من نتائج ، ومنها دخول الحكم ضمن نطاق تطبيق المادة سالفة الذكر<sup>(٣)</sup>.

(١) وتطبيقا لذلك ، انظر:

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 juill. 2009: n. 08-17.984, JurisData n, 2009-049325.

(٢) وتقضي هذه المادة بأن الحكم بالتعويضات في أي مسألة يتضمن القضاء بالفوائد بالسعر القانوني حتى ولو لم يوجد طلب بشأنها أو لم يرد ذكرها في الحكم ، وفيما عدا ما ينص القانون على خلافه تسري الفوائد من وقت النطق بالحكم ما لم يقرر القاضي غير ذلك. وتجري عبارة هذه الفقرة ؛ باللغة الفرنسية ، كالتالي:

En toute matière, la condamnation à une indemnité emporte intérêts au taux légal même en l'absence de demande ou de disposition spéciale du jugement. Sauf disposition contraire de la loi, ces intérêts courent à compter du prononcé du jugement à moins que le juge n'en décide autrement.

(٣) وتطبيقا لذلك ، انظر:

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 janv. 2007: JCP G 2007, I, 168, n. 10, obs. J. Ortscheidt.

وهكذا؛ بالنسبة لتفسير حكم التحكيم، يلتزم المحكم أن يقف عند حد إيضاح ما أبهم بالفعل بحسب تقديره لا ما التبس على ذوي الشأن فهمه على الرغم من وضوحه، وذلك دون المساس بما قضى به المحكم المُفسّر بنقص أو زيادة أو تعديل. ومن ثم؛ يتحدد نطاق موضوع طلب التفسير في ضوء عدم الإخلال بحجية حكم التحكيم، وعدم المساس بمبدأ استنفاد المحكم لولايته. ولهذا؛ لا محل لطلب تفسير حكم التحكيم إذا تعلق بأسباب منفكة عن المنطوق، أو بمنطوق لا غموض فيه ولا إبهام، أو إذا استهدف تعديل ما قضى به الحكم بالزيادة أو النقص ولو كان قضاؤه خاطئاً، أو إذا رمى إلى إعادة مناقشة ما فصل فيه من الطلبات الموضوعية، أيا كان وجه الفصل في هذه الطلبات. أيضاً؛ لا يجوز للمُحكّم وهو ينظر طلب التفسير أن يأخذ في اعتباره وقائع جديدة أو لاحقة على الحكم أو مُستندات تُقدم له أثناء خصومة التفسير.

٩٦- سابعاً: ميعاد الحكم في طلب التفسير: يختلف هذا الميعاد في القانون المصري عنه في القانون الفرنسي؛ وهذا ما نوضحه فيما يلي:

(١)- الوضع في مصر: يُستفاد من المادة ٢/٤٩ من قانون التحكيم المصري؛ أنه يتعين على هيئة التحكيم أن تصدر حكمها بالتفسير كتابة خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ تقديم طلب التفسير، وليس من تاريخ إعلانه للطرف الآخر. ويجوز للهيئة مد هذا الميعاد لفترة أخرى لا تتجاوز ثلاثين يوماً، إذا رأت ضرورة لذلك<sup>(١)</sup>. ونميل مع البعض؛ أنه ليس هناك

(١) ويجب أن يصدر قرار المد قبل انقضاء الميعاد الأصلي، انظر: فتحي والي، قانون التحكيم، رقم ٢٦٨، ص ٤٦٩- وتنص المادة ٢/٣٧ من قواعد مركز القاهرة الإقليمي على أنه: "في حالة إذا ما رأت هيئة التحكيم أن طلب التفسير له ما يبرره، تصدر حكم التفسير كتابة خلال ٤٥ يوماً من تاريخ انقضاء ميعاد التعليق على طلب التفسير". ووفقاً للمادة ٢/٢٩ من قواعد غرفة التجارة الدولية إذا قررت محكمة التحكيم تصحيح أو تفسير حكم التحكيم، تعرض مشروع حكمها على الهيئة خلال مدة أقصاها ثلاثون يوماً اعتباراً من تاريخ انقضاء المدة المحددة لتسلم ملاحظات الطرف الآخر أو خلال أية مدة أخرى قد تحددها الهيئة. ووفقاً للمادة ١/٣٣- ب، ٤ من القانون النموذجي إذا رأت هيئة التحكيم أن طلب التفسير له ما يبرره، فإنها تصدر التفسير خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلّم الطلب، ويجوز للهيئة أن تمدد هذه المدة.

ما يمنع الأطراف من الاتفاق على منح هيئة التحكيم ميعادا آخر للفصل في طلب التفسير. فإذا انقضى ميعاد التفسير؛ سواء الميعاد الأصلي أو الميعاد بعد المد القانوني أو الاتفاقي، زالت سلطة هيئة التحكيم في إصدار حكم بالتفسير؛ وإذا صدر مثل هذا الحكم يكون باطلا لصدوره عن لا ولاية له في إصداره<sup>(١)</sup>.

(٢)- الوضع في فرنسا: يجب على محكمة التحكيم أن تصدر حكمها بالتفسير في ميعاد ثلاثة أشهر، ما لم يوجد اتفاق مُخالف. ويبدأ هذا الميعاد من تاريخ تقديم طلب التفسير إلى محكمة التحكيم. ويُمكن مد هذا الميعاد باتفاق الأطراف، وإذا لم يتمكن هؤلاء من الاتفاق كان المد من قاضي الدعم، (م ٢/١٤٨٦ مرفعات)<sup>(٢)</sup>. ومؤدى هذا النص أنه يُمكن

(١) انظر: فتحي والي، قانون التحكيم، رقم ٢٦٨، ص ٤٦٩.

(٢) وتجري عبارة هذه الفقرة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

*Sauf convention contraire, la sentence rectificative ou complétée est rendue dans un délai de trois mois à compter de la saisine du tribunal arbitral. Ce délai peut être prorogé conformément au second alinéa de l'article 1463.*

ويلاحظ أنه بخصوص مد الميعاد الذي يجب أن يصدر خلاله الحكم التصحيحي أو المكمل، فقد أحالت هذه الفقرة إلى طريقة مد ميعاد التحكيم المنصوص عليها في المادة ٢/١٤٦٣. ومفاد الفقرة الأولى من هذه المادة الأخيرة أنه إذا لم يتضمن اتفاق التحكيم تحديد ميعاد التحكيم، فإن مدة مهمة محكمة التحكيم تتحدد بسبعة أشهر تبدأ من عرض النزاع عليها. وتجري عبارة هذه الفقرة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

*Si la convention d'arbitrage ne fixe pas de délai, la durée de la mission du tribunal arbitral est limitée à six mois à compter de sa saisine.*

أما الفقرة الثانية من ذات المادة فتحدد أن ميعاد التحكيم؛ القانوني أو الاتفاقي، يُمكن مده باتفاق الأطراف، وإذا تعذر هذا الاتفاق كان المد من قاضي الدعم. وتجري عبارة هذه الفقرة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

*Le délai légal ou conventionnel peut être prorogé par accord des parties ou, à défaut, par le juge d'appui.*

وحددت المادة ١٤٥٩ من قانون المرافعات بأن قاضي الدعم المختص هو رئيس المحكمة الابتدائية. ويُمكن النص صراحة في اتفاق التحكيم على أن يكون هذا القاضي رئيس المحكمة التجارية. وقاضي الدعم المختص يتحدد محليا في اتفاق التحكيم، وإلا فإنه يكون هو من يقع في دائرة اختصاصه محكمة التحكيم التي تم تحديدها. وفي حالة عدم وجود أي اشتراط في اتفاق التحكيم، فإن قاضي الدعم المختص محليا هو من يقع في دائرته موطن أو محل إقامة المدعى عليه أو أحدهم، وإذا لم يكن للمدعى =

للأطراف الاتفاق على مد ميعاد التفسير. وقد يكون الاتفاق صريحاً<sup>(١)</sup>، أو

= عليه موطن أو محل إقامة في فرنسا، يكون هذا القاضي هو من يقع في دائرته موطن أو محل إقامة المدعي. وتجري عبارة هذه المادة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

**Le juge d'appui compétent est le président du tribunal de grande instance. Toutefois, si la convention d'arbitrage le prévoit expressément, le président du tribunal de commerce est compétent pour connaître des demandes formées en application des articles 1451 à 1454. Dans ce cas, il peut faire application de l'article 1455. Le juge territorialement compétent est celui désigné par la convention d'arbitrage ou, à défaut, celui dans le ressort duquel le siège du tribunal arbitral a été fixé. En l'absence de toute stipulation de la convention d'arbitrage, le juge territorialement compétent est celui du lieu où demeure le ou l'un des défendeurs à l'incident ou, si le défendeur ne demeure pas en France, du lieu où demeure le demandeur.**

وفقاً للمادة ١٤٦٠ من قانون المرافعات فإن الطلبات تُعرض على قاضي الدعم بواسطة أحد الأطراف، أو من محكمة التحكيم أو من أحد أعضائها. ويُعرض عليه الطلب وينظره ويفصل فيه كما هو الحال في المسائل المستجلة. ويفصل قاضي الدعم بأمر لا يقبل الطعن. ومع ذلك؛ يمكن الطعن على هذا الأمر بالاستئناف إذا قرر القاضي بأنه لا محل لتعيين المحكمين لتوافر سبب من الأسباب المنصوص عليها في المادة ١٤٥٥. وتجري عبارة هذه المادة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

**Le juge d'appui est saisi soit par une partie, soit par le tribunal arbitral ou l'un de ses membres. La demande est formée, instruite et jugée comme en matière de référé. Le juge d'appui statue par ordonnance non susceptible de recours. Toutefois, cette ordonnance peut être frappée d'appel lorsque le juge déclare n'y avoir lieu à désignation pour une des causes prévues à l'article 1455.**

وتنص المادة ١٤٥٥ من قانون المرافعات على أنه إذا كان اتفاق التحكيم ظاهر البطلان، أو ظاهر أنه غير قابل للتطبيق، فإن قاضي الدعم يقضي بأنه لا محل لتعيين المحكمين. وتجري عبارة هذه المادة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

**Si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable, le juge d'appui déclare n'y avoir lieu à designation.**

وقضي؛ في هذا الصدد، بأن البطلان أو عدم القابلية للتطبيق الواضح لشروط التحكيم هو فقط الذي يُخول قاضي الدعم الحكم بأنه لا محل لتعيين المحكم. وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 nov, 2004: JCP 2004, IV, 3488.

وحتى يُمكن لقاضي الدعم الحكم بأنه لا محل لتعيين المحكم بسبب بطلان شرط التحكيم يجب إقامة الدليل أمام القاضي على هذا البطلان على نحو لا يقبل الشك أو التأويل. وتطبيقاً لذلك، انظر:

TGI Paris, 30 juin 1988: Rev. arb. 1994, 542, obs. Fouchard.

كما قضى بأنه يُمكن لقاضي الدعم الاختصاص بطلب بطلان شرط التحكيم مُستقلاً عن الطلب الخاص بتعذر تشكيل محكمة التحكيم. وتطبيقاً لذلك، انظر:

TGI Paris, 3 juin 1985: Rev. arb. 1987, 179, note Fouchard-  
Contra, Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 mai 1995: Rev. arb. 1995, 617, obs. Gaillard.

=

(١) وتطبيقاً لذلك، انظر:

ضمينيا يُستمد من عمل إيجابي لا يكتفه الشك حول إرادة الأطراف على مد الميعاد<sup>(١)</sup>. ومن ثم ؛ إذا قدم أحد الأطراف طلبا بمد الميعاد، فإن سكوت الطرف الآخر لا يعني موافقته على هذا المد<sup>(٢)</sup>. وإذا لم يتفق الأطراف على مد ميعاد التفسير، فإن المد يكون من سُلطة قاضي الدعم بشرط أن يُقدم له طلبا بذلك ؛ سواء من أحد الأطراف، أو من محكمة التحكيم، أو من أحد أعضائها<sup>(٣)</sup>. ويتمتع قاضي الدعم بسُلطة تقدير ضرورة الأمر بمد ميعاد تفسير الحكم<sup>(٤)</sup>، وأمره في هذا الشأن لا يقبل الطعن بأي طريق<sup>(٥)</sup>. وسواء أكان مد ميعاد التفسير باتفاق الأطراف أو بأمر من قاضي الدعم، فإن المُشرع لم يُقيد المد بفترة زمنية مُعينة. ومع ذلك ؛ فُضي بأنه إذا لم يُحدد الأطراف أو قاضي الدعم فترة مد ميعاد التفسير، فإن هذه المُدة يجب ألا تتجاوز مُدة الميعاد الأصلي، ( أي لا تزيد عن ثلاثة أشهر )<sup>(٦)</sup>.

---

=CA Limoges, 25 nov. 1968: Rev. arb. 1968, 143- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 12 mars 1986: Gaz. pal. 1987, somm. 43, obs. Guinchard et Moussa- CA Paris, 9 janv. 1995: RTD com. 1995, 591, obs. Dubarry et Loquin.

(١) وتطبيقا لذلك، انظر:

CA Paris, 17 janv. 1992: Rev. arb. 1992, 625, obs. Pellerin- Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 janv. 1968: JCP 1968, II, 15483, note Desiry- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 27 oct. 1982: Rev. arb. 1983, 510, obs. Bernard.

(٢) وتطبيقا لذلك، انظر:

CA Paris, 8 janv. 1970: JCP 1970, II, 16400.

(٣) فلا تملك محكمة التحكيم أو أحد أعضائها مد ميعاد التفسير من تلقاء نفسه. وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 13 janv. 1993: D. 1993, 204, note Chartier- CA Paris, 27 oct. 2005: D. 2005, pan. 3061, obs. Clay.

(٤) وتطبيقا لذلك، انظر:

TGI Paris, 12 janv. 1988: Rev. arb. 1994, 538, obs. Fouchard- TGI Paris, 6 juill. 1990: Rev. arb. 1994, 538, obs. Fouchard.

(٥) وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 7 déc. 2000: Bull. II, n. 162- Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 juin 1992: RTD com. 1993, 642, obs. Dubarry et Loquin.

(٦) وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. req. 25 mars 1941: S. 1941, 99- Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> juin 1994: JCP 1994, I, 3805, obs. Cadiet.

٩٧ - ثامنا: الحكم الصادر بالتفسير مُتسم لحكم التحكيم: هذا ما تُقرره المادة ٣/٤٩ من قانون التحكيم المصري، وذلك بالقول: "يُعتبر الحكم الصادر بالتفسير مُتصفاً لحكم التحكيم الذي يُفسره وتسري عليه أحكامه"<sup>(١)</sup>. ومن ثم؛ فإن الحكم الصادر بالتفسير يخضع للأحكام التي تسري على الحكم محل التفسير؛ فيحوز حُجية الأمر المقضي، ويجب تسليم صورة منه لكل طرف، ويلزم إيداعه، ويقبل الطعن عليه بذات طرق الطعن على حكم التحكيم ووفقا لذات المواعيد والإجراءات<sup>(٢)</sup>. أيضا؛ يصدر الحكم بالتفسير في الشكل الذي يصدر به حكم التحكيم. ومع ذلك؛ لا يُشترط أن ينطوي الحكم بالتفسير على صورة من اتفاق

(١) ووفقا للمادة ١/٣٣ ب من القانون النموذجي يكون التفسير جزءا من قرار التحكيم. كما تقرر المادة ٣/٢٩ من قواعد غرفة التجارة الدولية بأن قرار تصحيح أو تفسير حكم التحكيم يصدر في ملحق لحكم التحكيم ويعد جزءا لا يتجزأ منه. أما المادة ٢/٣٧ من قواعد مركز القاهرة الإقليمي فتقضي بأن حكم التفسير يعتبر جزءا من حكم التحكيم وتسري عليه أحكام الفقرات من ٢ إلى ٥ من المادة ٣٤.

(٢) وفي مصر: فإن أحكام التحكيم التي تصدر طبقا لقانون التحكيم لا تقبل الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية. ومع ذلك؛ يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقا للأحكام المبينة في المادتين ٥٣، ٥٤، (م ٥١ تحكيم مصري). وميعاد دعوى بطلان حكم التحكيم هو ٩٥ يوما تبدأ من تاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه، (م ١/٥٤ تحكيم مصري) - وفي فرنسا: تقبل أحكام التحكيم الطعن فيها عن طريق رفع دعوى بطلانها، وكذلك الطعن فيها بالاستئناف. وتقبل هذه الطعون منذ صدور حكم التحكيم. ولا يمكن مباشرة هذه الطعون بعد انقضاء شهر على إعلان حكم التحكيم، (م ٢/١٤٩٤ مرافعات، مُعدلة بالمرسوم ٤٨ لسنة ٢٠١١). وتجري عبارة هذه المادة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

Ces recours sont recevables dès le prononcé de la sentence. Ils cessent de l'être s'ils n'ont pas été exercés dans le mois de la notification de la sentence- M-Cl. RONDEAU-RIVIER: J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 1042, Arbitrage, La sentence arbitrale, n. 73.

وعملا بالمادة السابقة فإن ميعاد الطعن في الحكم الصادر بالتفسير يبدأ من تاريخ صدوره وقبل مضي شهر على إعلانه. ووفقا للمادة ٣/١٤٨٦ فإن أحكام التحكيم التصحيحية والمكتملة تُعلن بذات طريقة إعلان الحكم الأصلي. وتجري عبارة هذه المادة؛ باللغة الفرنسية، كالتالي:

La sentence rectificative ou complétée est notifiée dans les mêmes formes que la sentence initiale.



التحكيم ؛ وإنما يلزم أن يشتمل بدلا من ذلك على بيان الحكم المطلوب تفسيره، والعبارة المطلوبة لتفسيرها<sup>(١)</sup>. وأخيرا؛ الحكم الصادر بالتفسير يقبل التنفيذ الجبري بعد استيفاء ما يتطلبه القانون.

## الفرع الثاني

### تصحيح الأخطاء المادية في حكم التحكيم

٩٨- نظام تصحيح الأخطاء المادية: لم يشأ المشرع ترك ما يقع في حكم التحكيم من أخطاء مادية بحتة؛ كتابية كانت أم حسابية، دون علاج. ومع ذلك؛ فإنه لم يتخذ من الطعن ببطلان حكم التحكيم سبيلا لعلاج مثل هذه الأخطاء<sup>(٢)</sup>، وإنما وضع قواعد يُمكن بموجبها الرجوع إلى هيئة - أو محكمة - التحكيم لكي تتولى تصحيح ما وقع في حكمها من أخطاء مادية بحتة، (م ٥٠ تحكيم مصري، م ٢/١٤٨٥ مرفعات فرنسي)<sup>(٣)</sup>. ونظام تصحيح ما يقع في حكم التحكيم من أخطاء يقتضي بيان عدة أمور؛ هي: إجراءات التصحيح، وماهية الأخطاء التي يجوز تصحيحها، وميعاد التصحيح، والحكم الصادر بالتصحيح. وهذا ما نتناوله على النحو التالي:

٩٩- أولا: إجراءات التصحيح: يختلف الأمر في القانون المصري عنه في القانون الفرنسي في هذا الصدد. فالمادة ١/٥٠ من قانون التحكيم المصري تسمح لهيئة التحكيم بأن تتولى تصحيح الأخطاء المادية سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب يُقدم لها من أحد الأطراف. إذ تنص هذه المادة على أنه: "تتولى هيئة التحكيم تصحيح ما يقع في حكمها من أخطاء مادية بحتة؛ كتابية أو حسابية، وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم ..."<sup>(٤)</sup>.

(١) انظر: فتحي والي، قانون التحكيم، رقم ٢٦٨، ص ٤٦٩.

(٢) وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 juin 1976: Rev. arb. 1977, p. 269, note Mezger; D. 1978, p. 310, note Robert.

(٣) ونظام تصحيح أحكام التحكيم تضمنه أيضا قانون التحكيم النموذجي، (م ١/٣٣ - أ)، وقواعد مركز القاهرة الإقليمي، (م ٣٨)، وقواعد غرفة التجارة الدولية، (م ١/٢٩).

(٤) وتأخذ بهذا الحكم قواعد مركز القاهرة الإقليمي، (م ١/٣٨، ٢)، وقانون التحكيم النموذجي، (م ٢/٣٣)، وقواعد غرفة التجارة الدولية، (م ١/٢٩).

هذا؛ في حين أن المادة ٢/١٤٨٥ من قانون المرافعات الفرنسي لا تسمح لمحكمة التحكيم تصحيح ما يقع في حكمها من أخطاء مادية من تلقاء نفسها؛ وإنما تستوجب تقديم طلب إليها بذلك من أحد الأطراف. وتنص هذه المادة على أنه: "يُمكن لمحكمة التحكيم؛ بناء على طلب أحد الأطراف، ...، تصحيح الأخطاء المادية التي تقع في حكم التحكيم، ...".<sup>(١)</sup> ويستوي أن يُقدم طلب التصحيح من جميع أطراف التحكيم أو من أحدهم.<sup>(٢)</sup>

ولا يلزم في القانون المصري أن يتخذ طلب التصحيح شكلا مُعيّنا، ولا حاجة لإعلانه للطرف الآخر<sup>(٣)</sup>. أيضا؛ لا يُكلف هذا الأخير بالحضور أمام هيئة التحكيم، حيث تُجري الهيئة التصحيح من غير مُرافعة، (م ١/٥٠ تحكيم)<sup>(٤)</sup>. وفي فرنسا؛ لم ينص المُشرع على ضرورة إعلان الطرف الآخر بطلب التصحيح قبل تقديمه لمحكمة التحكيم؛ وكل ما تطلبه

(١) وقبل صدور المرسوم ٤٨ لسنة ٢٠١١، كانت المادة ٢/١٤٧٥ من قانون المرافعات تقضي بأن أحكام المواد ٤٦١ - ٤٦٣ من ذات القانون؛ تُطبق بشأن سلطة محكمة التحكيم في تفسير حكمها، وتصحيح ما يقع فيه من أخطاء مادية، والفصل فيما تم إغفال الفصل فيه. وبالرجوع إلى أحكام المادة ٤٦٢ نجد أنها تُنظم قواعد تصحيح الأخطاء المادية التي تقع في أحكام القضاء. والفقرة الثانية من هذه المادة تسمح للمحكمة بتصحيح ما يقع في حكمها من أخطاء مادية بناء على طلب أحد الأطراف، أو بعريضة مُشتركة، أو من تلقاء نفس المحكمة. وبعد صدور المرسوم المذكور عدل المُشرع في أحكام سلطات محكمة التحكيم التي كانت تنص عليها المادة ٢/١٤٧٥ وأورد تلك التعديلات نص المادة ٢/١٤٨٥ من قانون المرافعات. ومن التعديلات التي تضمنتها هذه المادة الأخيرة أنها تستوجب تقديم طلب من أحد الأطراف حتى تستطيع مباشرة سلطات تفسير حكمها، أو تصحيحه، أو الفصل فيما أغفلت الفصل فيه. كما أن المادة ذاتها لم تعد تُحيل بشأن تلك السلطات إلى المواد ٤٦١ - ٤٦٣ على نحو ما كانت تفعله المادة ٢/١٤٧٥.

(٢) انظر:

M-Cl. RONDEAU-RIVIER: J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 1042, Arbitrage, La sentence arbitrale, n. 76.

(٣) انظر: فتحي والي، قانون التحكيم، رقم ٢٧١، ص ٤٧١ - عيد القصاص، حكم التحكيم، رقم ٦٦، ص ٢٠٦.

(٤) أيضا؛ إعلان طلب التصحيح للطرف الآخر لا يتطلب قانون التحكيم النموذجي. أما قواعد مركز القاهرة الإقليمي فتشترط إخطار الطرف أو الأطراف الأخرى والمركز بطلب التصحيح، (م ١/٣٨)، وكذلك تتطلب هذا الإعلان قواعد غرفة التجارة الدولية، (م ٢/٢٩).

هو أن تحكم محكمة التحكيم في طلب التصحيح بعد سماع الأطراف أو إعلانهم، (م ٢/١٤٨٥ مرفعات). ومؤدى ذلك؛ أن إعلان الطرف الآخر بطلب التصحيح قد يكون سابقاً على تقديمه لمحكمة التحكيم، أو بعد تقديمه، أو أن تقوم محكمة التحكيم ذاتها بإعلان طلب التصحيح للطرف الآخر.

١٠٠- ثانياً: الأخطاء التي يجوز تصحيحها: يقتصر التصحيح على الأخطاء المادية البحتة؛ سواء أكانت أخطاء كتابية أم حسابية<sup>(١)</sup>. والأخطاء المادية التي يُمكن طلب تصحيحها هي الأخطاء التي تقع فيها هيئة- أو محكمة- التحكيم دون أخطاء الأطراف، ويجب أن تترد الأخطاء في منطوق الحكم دون ما يرد في الوقائع أو الأسباب؛ ما لم تكن الأسباب جوهرية وتشكل جزءاً من منطوق الحكم أو مؤثرة فيما يستفاد منه. ومن قبيل الخطأ الكتابي: وقوع خطأ مادي في كتابة اسم أحد الأطراف مثلاً. ومن قبيل الخطأ الحسابي: وقوع خطأ مادي في أحد أرقام عملية حسابية أو في الرقم الناتج عن هذه العملية. ومن قبيل الخطأ المادي الوارد في المنطوق: ذكر أن المبلغ المحكوم به يُدفع بالدولار؛ في حين أن الصحيح الثابت في الأسباب هو دفع المبلغ بالجنيه المصري. ومن قبيل الخطأ المادي الوارد في موضع آخر من الحكم: الخطأ في اسم أحد الأطراف.

١٠١- ثالثاً: ميعاد التصحيح: في هذا الصدد؛ يختلف الأمر في القانون المصري عنه في القانون الفرنسي. وهذا ما نبخثه فيما يلي:

١٠٢- (١)- ميعاد التصحيح في القانون المصري: يُمكن تصحيح حكم التحكيم، ولو بعد انقضاء ميعاد التحكيم. فمن المتصور أن يصدر الحكم في اليوم الأخير من هذا الميعاد. ولكن التساؤل هو: ما الميعاد الذي يتعين أن يتم التصحيح خلاله؟ وفي هذا الصدد؛ يُستفاد من المادة ١/٥٠ من قانون التحكيم المصري أنها فرقت بين فرضين؛ هما:

(١) أو أخطاء طباعية أو أية أخطاء أخرى مُماثلة، (م ١/٣٨ من قواعد مركز القاهرة الإقليمي، م ١/٣٣ أ/ من قانون التحكيم النموذجي، م ١/٢٩ من قواعد غرفة التجارة الدولية).

١٠٣ - (أ) - إجراء التصحيح من تلقاء ذات هيئة التحكيم: وفي هذا الفرض؛ يجب أن تباشر هيئة التحكيم سلطتها في التصحيح خلال الثلاثين يوماً التالية لصدور حكم التحكيم<sup>(١)</sup>. وقبل انقضاء هذا الميعاد؛ يجوز لهيئة التحكيم مد الميعاد الأصلي ثلاثين يوماً أخرى إذا رأت ضرورة تستوجب ذلك. ولا تستطيع هيئة التحكيم تصحيح ما وقع في حكمها من أخطاء مادية من تلقاء ذاتها، إلا خلال الميعاد الأصلي أو الممتد. وحتى يُمكنها إجراء التصحيح بعد انتهاء هذا الميعاد يلزم تقديم طلب إليها بذلك من أحد الأطراف. وهذا ما نبيته فيما يلي:

١٠٤ - (ب) - إجراء التصحيح بناء على طلب أحد الأطراف: يُمكن لأي من الأطراف طلب التصحيح دون التقيّد بميعاد مُعين؛ وذلك طالما أن حكم التحكيم المطلوب تصحيحه لازال قائماً لم يُلغ، ولم ينقض بتنفيذه<sup>(٢)</sup>. ويجب أن تقوم هيئة التحكيم بإجراء التصحيح خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ إيداع طلب التصحيح<sup>(٣)</sup>. ويجوز لهيئة التحكيم مد هذا

(١) وبأخذ قانون التحكيم النموذجي بحكم مُماثل، (م ٢/٣٣). أما المادة ٢/٣٨ من قواعد مركز القاهرة الإقليمي فقد جعلت ميعاد تصحيح حكم التحكيم من تلقاء ذات هيئة التحكيم خلال ٣٠ يوماً من تاريخ إرسال حكم التحكيم. ووفقاً للمادة ١/٢٩ من قواعد غرفة التجارة الدولية يجوز لمحكمة التحكيم أن تُصحح من تلقاء نفسها الأخطاء المادية التي ترد في حكم التحكيم بشرط عرض هذا التصحيح على الهيئة للموافقة عليه خلال ثلاثين يوماً اعتباراً من تاريخ حكم التحكيم.

(٢) انظر: فتحي والي، قانون التحكيم، رقم ٢٧٢، ص ٤٧٣. أما المادة ١/٣٨ من قواعد مركز القاهرة الإقليمي فقد أجازت لكل طرف أن يطلب من هيئة التحكيم تصحيح ما يكون في الحكم من أخطاء مادية وذلك خلال ٣٠ يوماً من تاريخ تسلم الطرف للحكم. وتُقرر المادة ٢/٢٩ من قواعد غرفة التجارة الدولية حكماً مماثلاً. ويستمدد من المادة ١/٣٣ - ب من قانون التحكيم النموذجي أنه يجوز لأي من الطرفين تقديم طلب تصحيح الحكم خلال ميعاد محدد هو ٣٠ يوماً من تاريخ تسلمه قرار التحكيم، ما لم يتفق الطرفان على مدة أخرى.

(٣) ووفقاً لقانون التحكيم النموذجي إذا رأت هيئة التحكيم أن طلب التصحيح له ما يُبرره فإنها تجري التصحيح خلال ٣٠ يوماً من تاريخ تسلم الطلب، (م ١/٣٣ - ب)، ويجوز للهيئة تمديد هذه المدة إذا رأت ضرورة لذلك، (م ٤/٣٣). أما المادة ١/٣٨ من قواعد مركز القاهرة الإقليمي فقد نصت على أنه إذا رأت هيئة التحكيم أن طلب التصحيح له ما يُبرره فإنها تجري التصحيح خلال ٤٥ يوماً من تاريخ تسلم الطلب. هذا في حين أن المادة ٢/٢٩ من قواعد غرفة التجارة الدولية تُقرر أن طلب التصحيح يقدم من أي طرف إلى الأمانة العامة خلال ثلاثين يوماً من تسلمه حكم التحكيم، وتمنح محكمة التحكيم بعد إرسال الطلب إليها الطرف الآخر مهلة قصيرة لا تتعدى عادة ثلاثين يوماً يقع احسانها ابتداء من تاريخ تسلمه للطلب لإبداء ملاحظاته عليه، وإذا قررت محكمة التحكيم تصحيح حكم التحكيم، تعرض مشروع حكمها على الهيئة = = خلال مدة أقصاها ثلاثون يوماً اعتباراً من تاريخ انقضاء المدة المحددة لتسلم ملاحظات الطرف الآخر أو خلال أية مدة أخرى قد تحددها الهيئة.

الميعاد ثلاثين يوما أخرى إذا رأت ضرورة لذلك. وبانقضاء الميعاد الأصلي أو الممتد تفقد هيئة التحكيم سلطتها في التصحيح.

١٠٥ - (٢) - ميعاد التصحيح في القانون الفرنسي: يخضع ميعاد تصحيح حكم التحكيم في فرنسا لذات الأحكام التي أوردها المشرع بالنسبة لميعاد التفسير. فيُقدم طلب تصحيح حكم التحكيم في ميعاد ثلاثة أشهر تبدأ من إعلان الحكم، ( م ١/١٤٨٦ مرافعات، مُعدلة بالمرسوم ٤٨ لسنة ٢٠١١ )<sup>(١)</sup>.

أيضا؛ يجب على محكمة التحكيم أن تصدر حكمها بالتصحيح في ميعاد ثلاثة أشهر، ما لم يوجد اتفاق بين الأطراف على غير ذلك. ويبدأ هذا الميعاد من تاريخ تقديم طلب التصحيح إلى محكمة التحكيم. ويُمكن مد هذا الميعاد باتفاق الأطراف، وإذا لم يتمكن هؤلاء من الاتفاق كان المد من قاضي الدعم، ( م ٢/١٤٨٦ مرافعات، مُعدلة بالمرسوم ٤٨ لسنة ٢٠١١ )<sup>(٢)</sup>.

وسواء أكان مد ميعاد التصحيح باتفاق الأطراف أو بأمر من قاضي الدعم، فإن المشرع لم يُقيد المد بفترة زمنية معينة. ومع ذلك؛ فُضي بأنه إذا لم يُحدد الأطراف أو قاضي الدعم فترة مد ميعاد التصحيح، فإن هذه المدة يجب ألا تتجاوز مدة الميعاد الأصلي، ( أي لا تزيد عن ثلاثة أشهر )<sup>(٣)</sup>.

١٠٦ - رابعا: الاختصاص بتصحيح حكم التحكيم: تختص بهيئة التصحيح هيئة - أو محكمة - التحكيم؛ ( م ١/٥٠ م تحكيم مصري، م ٢/١٤٨٥ مرافعات فرنسي )<sup>(٤)</sup>. ويجب أن تكون هيئة - أو محكمة -

(١) راجع: ما سبق، رقم ٩٥، ص ١٥٣، والهوامش الملحقة.  
(٢) راجع: ما سبق، رقم ٩٦، ص ١٦٥، والهوامش الملحقة - أيضا؛ راجع: الأحكام المشار إليها في هامش رقم ٢، ص ١٦٦، والخاصة بمد الميعاد باتفاق الأطراف أو من قاضي الدعم، وشروط المد.  
(٣) وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. req. 25 mars 1941: S. 1941, 99- Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> juin 1994: JCP 1994, I, 3805, obs. Cadiet.

(٤) وتطبيقا لذلك، في فرنسا:  
Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 juin 1976: RTD civ. 1976, 832, obs. Perrot.

التحكيم بذات تشكيلها الذي أصدر حكم التحكيم<sup>(١)</sup>. وتثور؛ في هذا الصدد، عدة تساؤلات؛ منها: ما الحل عند تعذر انعقاد هيئة - أو محكمة - التحكيم بذات تشكيلها من جديد؟. أيضا؛ في حالة الطعن بالبطلان؛ أو بالاستئناف، فما أثر هذا الطعن على سلطة هيئة - أو محكمة - التحكيم في تصحيح الحكم الذي أصدرته؟. وهذه التساؤلات أثرت عند بحث مسألة تفسير حكم التحكيم؛ ومن ثم يسري بشأنها ما تم تناوله هناك، وينطبق عليها ما قلناه من اقتراحات<sup>(٢)</sup>.

١٠٧- خامسا: نظر التصحيح: وفقا للقانون المصري تجري هيئة التحكيم التصحيح من غير مُرافعة، (م ١/٥٠ تحكيم)، أي دون سماع دفاع الأطراف. وفي فرنسا؛ تنظر محكمة التحكيم طلب التصحيح وتفصل فيه؛ بحضور الأطراف أو بعد استدعائهم للحضور، (م ٢/١٤٨٥ مُرافعات)، أي مع مُراعاة مبدأ المواجهة<sup>(٣)</sup>. ومن ثم؛ يُسمح لكل من الطرفين بإبداء ما لديه من ملاحظات حول مسألة التصحيح المثارة وإلا كان قرار التصحيح محلا للطعن بالبطلان لإخلاله بمبدأ المواجهة<sup>(٤)</sup>.

وتتقيد سلطة هيئة - أو محكمة - التحكيم؛ عند نظرها للتصحيح، بما يلي: (أ) - ألا تتخذ من التصحيح وسيلة لتعديل حكم التحكيم. إذ مثل هذا التعديل يُشكل إهدارا لمبدأ استفاد المحكم لولايته، ومساسا بحجية الحكم الذي أصدره. ومن المقرر؛ أن هذا الاستنفاد وتلك الحجية تترتبان بمجرد صدور حكم التحكيم. وحدث أن أصدرت محكمة تحكيم حكما بالتصحيح، وطعن على هذا الحكم بالبطلان بسبب أن المحكم تجاوز

(١) راجع: ما سبق، رقم ٩٣ وما بعده، ص ١٥٧، والبوامش الملحقة.  
(٢) راجع: ما سبق، رقم ٩٣ وما بعده، ص ١٥٨ وما بعدها، والبوامش الملحقة.  
(٣) وتطبيقا لذلك، انظر:

CA Paris, 1<sup>re</sup> C. 18-oct. 2001: D. 2001, inf. rap. 3327.

ويستفاد من المادة ١/٣٨ من قواعد مركز القاهرة الإقليمي، والمادة ١/٣٣ من قانون التحكيم النموذجي، والمادة ٢/٢٩ من قواعد غرفة التجارة الدولية، أن هيئة - أو محكمة - التحكيم تقوم بتصحيح الحكم مع مراعاة مبدأ المواجهة حيث تطلبت هذه المواد إخطار الطرف أو الأطراف الأخرى بطلب التصحيح لإبداء الملاحظات عليه.  
(٤) وتطبيقا لذلك، انظر:

CA Paris, 28 avr. 1988: Rev. arb. 1989, p. 280, note Idot- M-Cl.  
RONDEAU-RIVIER: J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 1042,  
Arbitrage, La sentence arbitrale, n. 75.

حدود التصحيح وعدل في الحكم، إلا أن محكمة استئناف باريس Paris رفضت القضاء بالبطلان على أساس أنه يجوز للمُحكّم؛ بشرط احترام مبدأ المواجهة، تعديل حكمه حتى انتهاء ميعاد التحكيم المحدد في اتفاق التحكيم<sup>(١)</sup>. وطعن على هذا الحكم أمام محكمة النقض فقضت بنقضه على أساس أنه لا يجوز للمُحكّم أثناء نظر طلب التصحيح تعديل ما قضى به الحكم لأن هذا التعديل يخالف حُجينة الأمر المقضي ومبدأ استفاد المُحكّم لولايته وأن تلك الحُجينة وهذا الاستفاد يترتبان بمجرد صدور حكم التحكيم<sup>(٢)</sup>. وسلطة هيئة - أو محكمة - التحكيم في تصحيح ما يقع في حكمها مقصورة على الأخطاء المادية البحتة التي لا تؤثر على كيانه بحيث تفقده ذاتيته وتجعله مقطوع الصلة بالحكم المصحح وذلك كله حتى لا يتخذ التصحيح تكاه للرجوع عن الحكم والمساس بمجيبته. (ب) - ألا تستمد استخلاص تصحيح الخطأ المادي من أوراق غير حكم التحكيم ومحضر الجلسة<sup>(٣)</sup>. فيجب أن يكون للخطأ المادي الجائز تصحيحه أساس في الحكم يدل على الواقع الصحيح منه في نظر الحكم بحيث يبرز هذا الخطأ واضحا إذا ما قورن بالأمر الصحيح الثابت فيه. (ج) - ألا تقوم بتصحيح الأخطاء المادية، إذا قضى حكم التحكيم بشئ لم يطلبه الخصوم، أو بأكثر مما طلبوه. إذ؛ في هذه الحالات، يكون الطعن يبطلان حكم التحكيم متاحا للأطراف<sup>(٤)</sup>.

(١) وتطبيقا لذلك، انظر:

CA Paris, 12 juill. 1974; Rev. arb. 1975, p. 196, note Mezger.

(٢) وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. 2° civ., 16 juin 1976; Rev. arb. 1977, 268, note Mezger; D. 1978, p. 310, note Perrot.

(٣) انظر: فتحي والي، قانون التحكيم، رقم ٢٧٣، ص ٤٧٣ - عيد القصاص، حكم التحكيم، رقم ٦٦، ص ٢٠٧.

(٤) وذلك عملا بالمادة ٥٣/ ومن قانون التحكيم المصري، والمادة ١٤٩٢/٢ من قانون المرافعات الفرنسي. وتطبيقا لذلك، في فرنسا، انظر:

Cass. 2° civ., 14 juin 1984; D. 1985, inf. rap. 263, obs. Julien-Éric LOQUIN: La décision arbitrale; Voies de recours; J.-Cl. Procédure civile Fasc. 1046, n. 73.

١٠٨ - سادسا: الحكم الصادر بالتصحيح والطعن فيه: وفقا لقانون التحكيم المصري يصدر قرار التصحيح كتابة من هيئة التحكيم<sup>(١)</sup> ويُعلن إلى الطرفين خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدوره<sup>(٢)</sup>، وإذا تجاوزت هيئة التحكيم سلطتها في التصحيح جاز التمسك ببطلان هذا القرار؛ وذلك بدعوى بطلان تسري عليها أحكام المادتين ٥٣، ٥٤ من قانون التحكيم، (م ٢/٥٠ تحكيم مصري)<sup>(٣)</sup>.

ويُستفاد من هذا النص أن الطعن بالبطلان يقتصر على حالة القرار الصادر بالتصحيح؛ دون القرار الصادر برفضه. كما لا يجوز الطعن على هذا القرار الأخير بأي طريق. ورغم ذلك؛ ليس هناك ما يمنع الخصم من عرض طلب التصحيح؛ الذي رفضته هيئة التحكيم، أمام المحكمة التي تنظر دعوى بطلان حكم التحكيم المرفوعة منه أو من خصمه<sup>(٤)</sup>.

(١) حيث يوقع على هذا القرار رئيس هيئة التحكيم وأعضائها؛ ويُطبق على التوقيع ما تقضي به المادة ١/٤٣ من قانون التحكيم المصري. ومن ثم؛ يكفي توقيع الأغلبية مع إثبات سبب رفض الأقلية للتوقيع. ووفقا للمادة ٥/٣٣ من قانون التحكيم النموذجي فإن أحكام المادة ٣١ تسري على تصحيح قرار التحكيم. وتعلق هذه المادة الأخيرة بقواعد إصدار حكم التحكيم. كما تنص المادة ٣/٣٨ من قواعد مركز القاهرة الإقليمي على أن يتم التصحيح كتابة ويعتبر قرار التصحيح جزءا من حكم التحكيم وتسري عليه أحكام الفقرات ٢، ٤، ٥ من المادة ٣٤. وهذه المادة الأخيرة تتعلق بشكل حكم التحكيم وأثره.

(٢) ويكون الإعلان وفقا لطرق الإعلان المنصوص عليها في المادة ٧ من قانون التحكيم، انظر: محمود مختار بربري، التحكيم التجاري الدولي، رقم ١٢٥، ص ٢٠٣. ويرى البعض أن عدم مراعاة إعلان قرار التصحيح خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدوره لا يترتب عليه بطلان القرار؛ وذلك لأن هذا الميعاد هو ميعاد تنظيمي، انظر: فتحي والي، قانون التحكيم، رقم ٢٧٣، ص ٤٧٣.

(٣) انظر: محمود مختار بربري، التحكيم التجاري الدولي، رقم ١٢٥، ص ٢٠٣ - عيد القصاص، حكم التحكيم، رقم ٦٦، ص ٢٠٧. وتبين المادتين ٥٣، ٥٤ الحالات التي يُمكن فيها رفع دعوى بطلان حكم التحكيم، وميعاد رفعها، والمحكمة المختصة بها. ويذهب البعض أن غالبية حالات البطلان الواردة في المادة ٥٣ هي خاصة بحكم التحكيم؛ ولا يتصور توأفها بالنسبة لقرار التصحيح. ومع ذلك؛ يقول هذا الرأي أن صدور قرار التصحيح من هيئة غير التي أصدرت حكم التحكيم؛ دون موافقة الأطراف، يُشكل حالة تسمح بالطعن على القرار بدعوى البطلان، انظر: فتحي والي، قانون التحكيم، رقم ٢٧٣، ص ٤٧٤.

(٤) انظر: فتحي والي، قانون التحكيم، رقم ٢٧٣، ص ٤٧٤.



وإذا أصدرت هيئة التحكيم قرارا بالتصحيح ورُفعت دعوى ببطلانه، فإن سلطة المحكمة التي تنظر الدعوى تقتصر على القضاء ببطلان القرار؛ إذا تبين لها تجاوز هيئة التحكيم لسُلطتها في التصحيح. ومن ثم؛ لا تملك المحكمة تصحيح الخطأ المادي، إذ تظل هذه السلطة لهيئة التحكيم وحدها<sup>(١)</sup>.

وفي فرنسا؛ يصدر حكم التصحيح ويُعلن بذات طرق إعلان حكم التحكيم الأصلي، (م ٣/١٤٨٦ مُرافعات). وهذا الحكم الأخير يُعلن على يد مُحضر ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، (م ٣/١٤٨٤ مُرافعات).

ولم يضع المُشرع الفرنسي طريقا خاصا للطعن علي الحكم الصادر بتصحيح الخطأ المادي في حكم التحكيم. ومع ذلك؛ قضي بأن الطعن بالبطلان على حكم التحكيم يمتد ليشمل ما أصدرته محكمة التحكيم من تصحيح للأخطاء المادية فيه<sup>(٢)</sup>. هذا مع مُراعاة أنه لا يجوز للأطراف الطعن ببطلان حكم التحكيم تأسيسا على مُجرد وجود خطأ مادي في الحكم<sup>(٣)</sup>.

### الفرع الثالث

#### طلب إصدار حكم إضافي أو تكميلي

١٠٩- طلب الفصل فيما أغفلته هيئة- أو محكمة- التحكيم من طلبات: قد يحدث أن تُغفل هيئة- أو محكمة- التحكيم الفصل في بعض الطلبات الموضوعية المقدمة من أحد الأطراف. وتداركا لذلك؛ أتاح القانون للأطراف الرجوع إلى ذات هيئة- أو محكمة- التحكيم للفصل في الطلبات التي أغفلت الفصل فيها<sup>(٤)</sup>. وبمُح هذا الأمر يقتضي تناول

(١) انظر: فتحي والي، قانون التحكيم، رقم ٢٧٣، ص ٤٧٤.

(٢) وتطبيقا لذلك، انظر:

CA Paris, 24 févr. 1995: Rev. arb. 1996, 141, obs. Derains.

(٣) وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 4 janv. 1978: Rev. arb. 1978, p. 666, note Moreau.

(٤) وفي مصر: لا يُمكن رفع دعوى بطلان حكم التحكيم بسبب إغفال الفصل في بعض الطلبات؛ وذلك لأن حالات البطلان أوردتها المادة ٥٣ من قانون التحكيم على سبيل الحصر- وفي فرنسا: إغفال الفصل في بعض الطلبات يتدرج ضمن حالة بطلان حكم التحكيم بسبب عدم فصل محكمة التحكيم وفقا للمهمة المخولة لها؛ (م ٣/١٤٩٢ مُرافعات). ورغم ذلك؛ فإن المادة ٢/١٤٨٥، ٣ من قانون المرافعات نظمت طريقا=

المقصود بالإغفال، وطلب إصدار حكم إضافي، وميعاد الطلب، والفصل في الطلب؛ وذلك وفق ما يلي:

١١٠- أولا: المقصود بإغفال الفصل في الطلبات<sup>(١)</sup>: يُقصد بذلك أن تكون هيئة- أو محكمة- التحكيم أغفلت؛ سهواً أو خطأ، الفصل في طلب من الطلبات الموضوعية الختامية المقدمة لها؛ فلا تقضي فيه سواء بالقبول أو بالرفض<sup>(٢)</sup>. ومؤدى ذلك؛ أنه لكي يتحقق الإغفال يلزم توافر ما يلي:

(أ)- أن يتعلق الإغفال بطلب موضوعي؛ ومن ثم؛ لا يوجد إغفال إذا تعلق الأمر بطلب إجرائي<sup>(٣)</sup>؛ بما في ذلك إجراءات الإثبات باستثناء طلب حلف اليمين الحاسمة. أيضاً؛ لا يوجد إغفال إذا لم يتم الرد على إحدى

---

=خاصاً أتاحت بموجبه للأطراف الرجوع إلى محكمة التحكيم والطلب منها إصدار حكم تكميلي فيما أغفلت الفصل فيه من طلبات، وذلك طالما أن انعقاد هذه المحكمة من جديد ممكناً. وتطبيقاً لذلك، انظر:

CA Paris, 22 juill. 1982: Rev. arb. 1983, p. 211, obs. Bernard-CA Angers, 28 sept. 1987: Rev. arb. 1988, 162, note Rondeau-Rivier- CA Paris, 4 juin 1992: Rev. arb. 1993, p. 449- CA Paris, 13 nov. 1998: Rev. arb. 1998, p. 769, note Y. Derains-Cass. 2e civ., 7 janv. 1999: Bull. civ. II, n. 1- Éric LOQUIN: J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 1046, La décision arbitrale; Voies de recours; n. 75- M.-Cl. RONDEAU-RIVIER: J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 1042, Arbitrage, La sentence arbitrale, n. 77.

(١) حول هذه المسألة، في مصر، انظر: فتحي والي، قانون التحكيم، رقم ٢٧٤، ص ٤٧٦- وفي فرنسا، انظر:

J. NORMAND: J.-CL. Procédure civile, Fasc. 151- A. PERDRIAU: Le retour oblige du justiciable devant ses juges, JCP 2001, I, 325.

(٢) وتقول محكمة النقض الفرنسية؛ في هذا الصدد، بأنه يُشكل إغفالاً للفصل في الطلب إغفال المحكمة الرد في منطوق الحكم على ادعاء بحته في أسباب حكمها. وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. 3<sup>e</sup> civ., 28 mars 2007: JCP 2007, IV, 1908- Cass. com., 22 janv. 2002: Procédures 2002, n. 71, obs. Perrot- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 2 déc. 1992: JCP 1993, IV, n. 398- Cass. soc., 15 juin 1976: Bull. civ. V, p. 307.

(٣) كالدفع بعدم القبول. وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 21 oct. 2004: JCP 2005, I, 125, n. 13, obs. Amrant-Mekki.

حُجج الأطراف أو على دفع أو دفاع ولو تعلق بالموضوع. (ب)- أن يتعلق الإغفال بأحد الطلبات الختامية: فإذا قدم الخصم طلبا ولكنه لم يذكره ضمن طلباته الختامية، فإن ذلك يُستخلص منه نزول الخصم عن طلبه<sup>(١)</sup>. ومن ثم؛ لا يُمكن النعي على هيئة التحكيم إغفال الفصل في مثل هذا الطلب. (ج)- أن يكون الطلب أغفل الفصل فيه سواء بالقبول أو بالرفض<sup>(٢)</sup>: وبصفة عامة؛ لا يقوم مقام الفصل في الطلب مُجرد ذكر عبارة: "ورفض ما عدا ذلك من طلبات"؛ طالما لم ترد إشارة للطلب في الحكم. فالعبارة المذكورة لا تنصرف إلا للطلبات التي أثبتتها المحكمة في الحكم وبجتها؛ دون تلك التي لم تُشر إليها<sup>(٣)</sup>.

١١١- ثانيا: طلب إصدار حكم إضافي أو تكميلي: يجوز لكل من طرفي التحكيم؛ ولو بعد انتهاء ميعاد التحكيم، أن يطلب من هيئة- أو محكمة- التحكيم... إصدار حكم تحكيم في طلبات قدمت خلال الإجراءات وأغفلها حكم التحكيم، (م ١/٥١ تحكيم مصري، م ٢/١٤٨٥ مرافعات فرنسي). ومؤدى ذلك؛ أنه لا يجوز لهيئة- أو لمحكمة- التحكيم الفصل في الطلبات التي أغفلت الفصل فيها من تلقاء نفسها، وإنما يلزم تقديم طلب بذلك من أي من الطرفين<sup>(٤)</sup>. ومن ثم؛ لا يقتصر حق تقديم الطلب على الخصم الذي أغفل الحكم الفصل في طلبه،

(١) ومع ذلك؛ قضت محكمة النقض الفرنسية بأن استخلاص التنازل عن الحق لا ينشأ إلا من عمل يندل بوضوح على إرادة التنازل دون غموض، وأن عدم استعمال الطلبات الختامية المتبادلة بين الأطراف على أحد الطلبات لا يستخلص منه هذا التنازل. وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 14 janv. 1987: JCP 1987, IV, 94.

(٢) وإغفال الفصل في الطلب قد يكون إغفالا كلياً؛ كعدم الفصل في طلب التصويض، وقد يكون إغفالا جزئياً؛ كأن يكون الطلب مقدم ضد طرفين فتضلل فيه بالنسبة لأحدهما فقط.

(٣) وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. ass. plén. 2 nov. 1999: JCP 1999, II, 10213, concl. Weber.

(٤) وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. 3<sup>e</sup> civ., 20 févr. 1979: Gaz. pal. 1979, somm. 332- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 6 juin 2002: JCP 2002, IV, 2278.

ويستفاد من قواعد مركز القاهرة الإقليمي، (م ١/٣٩)، وقانون التحكيم النموذجي، (م ٣/٣٣)، أنه لا يجوز لهيئة- أو محكمة- التحكيم من تلقاء نفسها إصدار حكم إضافي في الطلبات التي أغفلت الفصل فيها، وإنما يكون ذلك بناء على طلب أحد الأطراف.

وإنما يجوز لمن كان الطلب الذي أغفل الفصل فيه موجهًا إليه طالما كان لهذا الطرف مصلحة في الفصل في الطلب<sup>(١)</sup>. ولم يوضح القانون؛ سواء المصري أو الفرنسي، شكل الطلب أو بياناته. ويُمكن القول أن الطلب يُقدم كتابة، ويشتمل على البيانات اللازمة لتحقيق الفرض منه<sup>(٢)</sup>.

١١٢ - ثالثًا: ميعاد الطلب وإعلانه: يختلف هذا الميعاد في القانون المصري عنه في القانون الفرنسي. ونوضح ذلك؛ على النحو التالي:

١١٣ - (١) - الوضع في مصر: وفقا لقانون التحكيم المصري؛ يجب على الخصم أن يُقدم طلبه؛ بالفصل فيما أغفلته هيئة التحكيم، خلال ثلاثين يوما التالية لتسلمه حكم التحكيم، ويجب إعلان هذا الطلب للطرف الآخر قبل تقديمه لهيئة التحكيم، (م ١/٥١ تحكيم مصري)<sup>(٣)</sup>. ومُفاد ذلك؛ أن ميعاد الطلب يبدأ من اليوم التالي لتاريخ تسلم الطالب صورة حكم التحكيم، وليس من تاريخ صدور الحكم أو إعلانه للطالب إعلانا رسميا<sup>(٤)</sup>. ويظل للطالب الحق في تقديم الطلب خلال الميعاد؛ حتى ولو كان ميعاد التحكيم انتهى. ويسقط حق الطالب في الطلب بانقضاء ميعاد الثلاثين يوما؛ ولو كان ميعاد التحكيم لازال قائما. ولكن؛ ميعاد تقديم الطلب لا يتعلق بالنظام العام؛ وإنما يلزم أن يتمسك الطرف الآخر بانقضاء هذا الميعاد. ويذهب بعض الفقه<sup>(٥)</sup> إلى أن إعلان طلب إصدار حكم تحكيم إضافي يتم وفقا لما تنص عليه المادة ٧ من قانون التحكيم. وهذه المادة فرقت بين فرضين؛ هما: اتفاق الطرفان علي طريق خاص

(١) وتتفي هذه المصلحة إذا كان المدعى عليه؛ في الطلب الذي أغفل، أبدى دفاع موضوعي في هذا الطلب، أو كان تمسك بدفع إجرائي يهدف إلى إنهاء خصومة التحكيم بغير حكم في الموضوع؛ كالدفع بعدم الاختصاص أو بعدم القبول، انظر: فتحي والي، قانون التحكيم، رقم ٢٧٥، ص ٤٧٧.

(٢) انظر: فتحي والي، قانون التحكيم، رقم ٢٧٥، ص ٤٧٧.

(٣) ويذهب البعض إلى أنه يُمكن تقديم الطلب أولا لهيئة التحكيم وإعلانه بعد ذلك؛ سواء من الطالب أو من هيئة التحكيم، انظر: فتحي والي، قانون التحكيم، رقم ٢٧٥، ص ٤٧٧.

(٤) وطبقا لقواعد مركز القاهرة الإقليمي ميعاد طلب إصدار حكم تحكيم إضافي هو ٣٠ يوما من تاريخ تسلم الطالب الأمر بإنهاء الإجراءات أو حكم التحكيم، (م ١/٣٩). ووفقا لقانون التحكيم النموذجي ميعاد طلب إصدار حكم تحكيم إضافي هو ثلاثين يوما من تاريخ تسلم الطالب قرار التحكيم ما لم يتفق الطرفان على مدة أخرى، (م ٣/٣٣).

(٥) انظر: فتحي والي، قانون التحكيم، رقم ٢٧٥، ص ٤٧٨.

للإعلان: وفي هذه الحالة يتحتم سلوك هذا الطريق إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة. عدم اتفاق الطرفان على طريقة خاصة للإعلان: وفي هذه الحالة يتم تسليم أي رسالة أو إعلان إلى المرسل إليه شخصياً أو في مقر عمله أو في محل إقامته المعتاد أو في عنوانه البريدي المعروف للطرفين أو المحدد في مشاركة التحكيم أو في الوثيقة المنظمة للعلاقة التي يتناولها التحكيم.

١١٤ - (٢) - الوضع في فرنسا: ميعاد طلب الفصل فيما أغفلت محكمة التحكيم الفصل فيه يخضع لذات ميعاد طلب تفسير وتصحيح حكم التحكيم<sup>(١)</sup>. فيجب تقديم طلب الفصل فيما أغفلته محكمة التحكيم خلال ثلاثة أشهر من تاريخ إعلان حكم التحكيم، (م ١/١٤٨٦ / مُرافعات). ويُعلن حكم التحكيم على يد مُحضر ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، (م ٣/١٤٨٤ / مُرافعات). وتنص المادة ٢/١٤٨٥ من قانون المُرافعات على أن محكمة التحكيم تفصل في الطلب بحضور الأطراف أو بعد إعلانهم بالحضور. ومُقاد ذلك؛ أنه لا يجب إعلان طلب التصحيح للطرف الآخر قبل تقديمه لمحكمة التحكيم، وإنما يُمكن إعلانه بعد ذلك سواء من الطالب أو من محكمة التحكيم ذاتها.

١١٥ - رابعا: نظر الطلب والفصل فيه: تقوم هيئة - أو محكمة - التحكيم؛ بكامل تشكيلها، بنظر الطلب مع مُراعاة مبدأ المُواجهة<sup>(٢)</sup>. وإذا تعذر انعقاد هيئة - أو محكمة - التحكيم من جديد؛ وجب إعمال ما قلناه عند بحث مسألة تفسير حكم التحكيم<sup>(٣)</sup>.

ويجب على هيئة التحكيم إصدار حكمها في طلب الفصل فيما أغفلت الفصل فيه خلال ستين يوما من تاريخ تقديم الطلب، ويجوز لها مد هذا

---

(١) راجع: ما سبق، رقم ٩٦ وما بعده، ص ١٦٥ وما بعدها، والهوامش المُلحقة.  
(٢) وتطبيقا لذلك، انظر:

Cass. 2° civ., 3 janv. 1980: D. 1981, inf. rap. 147, obs. Julien-Cass. 3° civ., 16 mars 1994: JCP 1994, IV, 1323.

(٣) وقد نظم المُشرع الفرنسي حكم تعذر انعقاد محكمة التحكيم من جديد؛ حيث وضعت المادة ٣/١٤٨٥ من قانون المُرافعات حلا تشريعا لهذه الحالة مؤداه أن يكون الاختصاص بطلب تفسير حكم التحكيم، وتصحيح ما يقع فيه من أخطاء مادية، والفصل فيما أغفل حكم التحكيم الفصل فيه، للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع لو لم يوجد اتفاق على التحكيم، راجع: ما سبق رقم ٥٥ وما بعده، ص ٧٤ وما بعدها - أيضا، انظر:

CA Paris, 22 juill. 1982: Rev. arb. 1983, p. 211, obs. Bernard.

الميعاد ثلاثين يوماً أخرى، إذا رأت ضرورة لذلك، (م ٢/٥١ تحكيم). ولا يبدأ سريان الميعاد إلا من تاريخ تقديم الطلب لهيئة التحكيم بعد إعلانه للطرف الآخر. وبانقضاء الميعاد؛ الأصلي أو الممتد، تفقد هيئة التحكيم سلطتها في الفصل في الطلب، وإلا كان حكمها باطلاً لصدوره من هيئة لا ولاية لها على النزاع<sup>(١)</sup>.

وفي فرنسا؛ يجب على محكمة التحكيم أن تصدر حكمها في طلب الفصل فيما أغفلت الفصل فيه خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تقديم الطلب إليها؛ ما لم يتفق الأطراف على ميعاد خلاف ذلك. ويمكن مد هذا الميعاد وفقاً للمادة ٢/١٤٦٣ من قانون المرافعات، (م ٢/١٤٨٦ مرفعات)<sup>(٢)</sup>. وعند نظر محكمة التحكيم للطلب عليها عدم المساس بـمجية حكم التحكيم الذي سبق إصداره<sup>(٣)</sup>.

١١٦ - خامساً: الحكم الصادر في طلب الفصل في الإغفال: ما يصدر عن هيئة - أو محكمة - التحكيم في طلب الفصل في الإغفال يُعتبر حكم تحكيم بالمعنى الدقيق. ومن ثم؛ يخضع هذا الحكم لما يخضع له حكم التحكيم من حيث صدوره، وإعلانه، وطرق الطعن فيه<sup>(٤)</sup>. وقضى بأن الحكم الصادر في طلب الإغفال يقبل الطعن فيه بذات طرق الطعن في حكم التحكيم؛ حتى ولو كان الحكم في طلب الإغفال قضى برفض

---

(١) ومع ذلك؛ يذهب جانب من الفقه إلى أنه يمكن لذي الشأن رفع طلبه أمام ذات الهيئة في خصومة تحكيم جديدة إذا كان اتفاق التحكيم لازال قائماً. كما يُمكن للأطراف الاتفاق على عرض الطلب أمام هيئة تحكيم أخرى. وإذا تعذر هذا الاتفاق جاز لذي الشأن عرض طلبه أمام المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، انظر: فتحي والي، قانون التحكيم، رقم ٢٧٦، ص ٤٧٩.

(٢) وحول كيفية مد الميعاد وفقاً للمادة ٢/١٤٦٣، راجع: ما سبق، رقم ٥٨، ص ٧٩، والهوامش الملحقة.

(٣) وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. 3<sup>e</sup> civ., 9 janv. 1979: D. 1979, inf. rap. 510, obs. Julien.

(٤) انظر: فتحي والي، قانون التحكيم، رقم ٢٧٦، ص ٤٧٩.

الطلب<sup>(١)</sup>. وإذا وقع خطأ مادي في الحكم الصادر في الإغفال كان الاختصاص بتصحيحه لمحكمة التحكيم التي أصدرته<sup>(٢)</sup>.

### الخاتمة

بعد أن فرغنا من معالجة موضوع البحث ؛ يُمكن لنا تسجيل ما كشفت عنه الدراسة من نتائج ، وإبداء ما نقترحه من توصيات ؛ وذلك على النحو التالي :

أولاً: نتائج الدراسة: وتتمثل أهم تلك النتائج فيما يلي:

- (١) - فكرة حُجية حكم التحكيم لم تكن معروفة في القانون الروماني أو القانون الفرنسي القديم ، وإنما بدأت هذه الفكرة في الظهور مع بداية صدور تقنين المرافعات الفرنسي السابق عام ١٨٠٦ .
- (٢) - تلاشي حدة الخلاف ؛ الفقهي والقضائي ، حول مسألة الطبيعة القانونية للتحكيم. فالاتجاه الغالب الآن ؛ فقها وقضاء ، في القانونين المصري والفرنسي ، يُسلم بالطبيعة القضائية للتحكيم. بل إن المشرع الفرنسي حرص على تأكيد هذه الطبيعة ؛ ويُستفاد ذلك من التعديلات التي وردت مؤخرا على نصوص قانون المرافعات المتعلقة بالتحكيم بموجب المرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١ .
- (٣) - يجوز حكم التحكيم حُجية الأمر المقضي بمجرد صدوره ، ( م ١/١٤٨٤ مرافعات فرنسي ، ٥٥ تحكيم مصري ) ، حتى ولو لم يصدر أمرا بتنفيذه. وتؤكد مُعظم التشريعات المقارنة ، وكذلك القوانين والاتفاقيات وأنظمة التحكيم الدولية على حُجية حكم التحكيم ، ( كقانون التحكيم النموذجي ، واتفاقية نيويورك ، وقواعد غرفة التجارة الدولية ، وقواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم ) . وتعدد الآراء بخصوص وقت صدور حكم التحكيم ؛

(١) وتطبيقا لذلك ، انظر :

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 mai 1988: Rev. arb. 1989, p. 59, note Jarrosson- CA Paris, 28 avr. 1988: Rev. arb. 1989, p. 280, note Idot.

(٢) انظر :

M-Cl. RONDEAU-RIVIER: J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 1042, Arbitrage, La sentence arbitrale, n. 77.

الذي تترتب منه الآثار القانونية للحكم ومنها اكتسابه للحُجبية، والراجع في مصر وفرنسا؛ في الوقت الراهن، هو اعتبار أن الحكم صدر من وقت تحريره والتوقيع عليه من جميع المحكمين أو من الأغلبية اللازمة لذلك مع ذكر أسباب عدم توقيع الأقلية. هذا ما لم يتفق الأطراف على أن يصدر الحكم بأغلبية خاصة أو بالإجماع، إذ يلزم في هذه الحالات توقيع الأغلبية الخاصة أو جميع المحكمين بحسب الأحوال.

(٤)- لا يلزم لإصدار حكم التحكيم النطق به من هيئة - أو محكمة - التحكيم، ما لم يشترط الأطراف؛ في الاتفاق على التحكيم أو في اتفاق لاحق، على ضرورة النطق بالحكم، أو أن يكون الأطراف اتفقوا على إتباع القواعد القانونية الإجرائية المقررة أمام محاكم الدولة. إذ في مثل هذه الحالات يجب على هيئة - أو محكمة - التحكيم النطق بالحكم عملاً بالاتفاق في الحالة الأولى وعملاً بالقواعد العامة في الحالة الثانية. وفي جميع الأحوال يكون النطق بالحكم في غير جلسة علنية حفاظاً على السرية، ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك. وفي الأحوال التي يلزم فيها النطق بالحكم لا يُعتبر أنه قد صدر إلا من تاريخ النطق به؛ حتى ولو كتب زتم التوقيع عليه من المحكمين قبل ذلك.

(٥)- اختلاف الفقه حول طبيعة حُجبية حكم التحكيم. فيرى البعض أنها تتعلق بالمصلحة الخاصة، ولا تحكم بها المحكمة من تلقاء ذاتها، ويجوز للخصوم التنازل عن التمسك بها. ويرى اتجاه آخر أن هذه الحُجبية تتعلق بالمصلحة العامة، وذلك لأنها تقوم على ذات الاعتبارات التي تقوم عليها أحكام القضاء؛ وهي: وضع حد للمنازعات، وتجنب تناقض الأحكام. كما أن الحُجبية يترتب عليها في الحالين ذات النتائج. ومن ثم؛ يُمكن القضاء بالحُجبية من تلقاء ذات المحكمة. ومع ذلك؛ هناك بعض السبورات تسمح للأطراف بجواز النزول عما قضى به حكم التحكيم والالتجاء إلى القضاء بشأن ذات النزاع، كما أن النزول عن حكم التحكيم لا يعني النزول عن الحق الثابت فيه. ومن ثم؛ يجوز المطالبة بالحق من جديد سواء أمام القضاء أو التحكيم.



- (٦) - يلزم الحجية حكم التحكيم توافر بعض المفترضات ؛ هي : (أ) - أن يتعلق الأمر بحكم تحكيم ؛ ولا يتوافر هذا الوصف إلا لحكم يصدر عن هيئة - أو محكمة - تحكيم مشكلة تشكيلا صحيحا ، وأن يكون حكمها صادر في مسائل اشتمل عليها اتفاق التحكيم ، وأن تكون تلك المسائل قابلة للتحكيم. (ب) - أن يكون حكم التحكيم قطعيا ؛ أي يكون فصل كليا أو جزئيا بصورة قطعية في مسألة موضوعية أو في الاختصاص أو في مسألة إجرائية. أما الحكم المختلط فقتصر حجته على الجزء الذي فصل في مسألة من مسائل النزاع. (ج) - أن الحجية تكون لمنطوق الحكم ؛ أي الحجية تكون للجزء من الحكم الذي يفصل في نقاط النزاع ؛ سواء أكان الفصل صريحا أو ضمنيا. وحيث لا يتطلب القانون الفرنسي أن يكون الحكم في شكل منطوق ، فإن الحجية تكون للجزء الذي كان يتعين عزله ووضعه في المنطوق. وهذه العملية تخضع للاستخلاص العقلي. أما الأسباب فلا تحوز حجة الأمر المقضي ، إلا إذا كانت مرتبطة بالمنطوق ارتباطا وثيقا ؛ كأن تكمله أو توضحه وذلك على نحو لا يتوم المنطوق بدونها. وما أغفلت هيئة - أو محكمة - التحكيم الفصل فيه لا يحوز حجة الأمر المقضي ، حيث يجوز للأطراف العودة إلى هيئة التحكيم وطلب إصدار حكم تكميلي بشأن تلك الطلبات. كما أن عبارة : " ورفض كل ما عدا ذلك من الطلبات " ، لا تعني أن الطلبات الأخرى تم الفصل فيها وأن الحجية تشملها. فالحجية لا تشمل تلك الطلبات إلا إذا كانت محل مناقشة الأطراف وأن تكون المحكمة بحثها ، وإلا فإنها تكون بمثابة طلبات أغلت المحكمة الفصل فيها وتأخذ حكمها.
- (٧) - لا يلزم للحجة أن ينطوي المنطوق على عنصر الإلزام ؛ فالحكم الصادر باتفاق الأطراف يحوز حجة الأمر المقضي ويكون له ما للأحكام من آثار. هذا مع مراعاة أن كل ما يرد في المنطوق لا يحوز الحجية. فالحكم بأتعاب المحكمين ، أو بأتعاب الخبير لا يحوز الحجية. أيضا ؛ الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع ، والأحكام المستعجلة لا تحوز الحجية.

(٨) - نطاق حُجّية حكم التحكيم يتحدد في ضوء مبدأ نسبية الحُجّية. وهذا يعني أن التمسك بالحُجّية يتطلب وحدة الأطراف والموضوع والسبب. فحكم التحكيم لا يتولد عنه حقوق أو التزامات بالنسبة لغير أطراف الخصومة ؛ وهذه الأطراف يحددها اتفاق التحكيم. ولكن ؛ نظرا لتشابك العلاقات التجارية الدولية، وتزايد المتدخلين في تنفيذ العقود المتضمنة لشرط التحكيم ؛ خاصة في مجال مجموع الشركات ، فقد سمح القضاء والفقهاء اعتبارا من عام ١٩٨٢ بامتداد هذا الشرط في مجال التحكيم الدولي إلى شخص من الغير لم يكن طرفا فيه ؛ وذلك إذا كان ساهم في المفاوضات أو في إبرام العقد الأصلي أو في تنفيذه على نحو يستفاد منه القبول بهذا الشرط. وتوسعت أحكام القضاء الفرنسي في استخلاص هذا القبول، ورأت أنه لا يلزم أن يكون صريحا بل يمكن أن يكون ضمنيا طالما أن الطرف كان على علم بالمستند المتضمن لشرط التحكيم ولم يعترض عليه، واستخلصت أن السكوت ينتج عنه افتراض القبول. وتوسع القضاء في مد شرط التحكيم إلى مجال التحكيم الداخلي ومد الشرط إلى كل طرف يتدخل في تنفيذ العقد الأصلي ؛ طالما أن مركزه ونشاطه يفترض معه العلم بوجود ونطاق شرط التحكيم. ومع ذلك ؛ نجد القضاء الألماني يعارض فكرة مد شرط التحكيم إلى شخص لم يكن طرفا فيه. وإذا كانت حُجّية حكم التحكيم تقتصر على أطرافه، إلا أنه يُمكن الاحتجاج بهذا الحكم في مواجهة الغير ؛ كالكفيل والضامن والمدين المتضامن.

(٩) - ظهور اتجاه حديث لمحكمة النقض الفرنسية تتخلى بمقتضاه عن التطابق الثلاثي : الأطراف، والموضوع، والسبب ؛ كمعيار للحُجّية، وتبني بدلا منه التطابق الثنائي : الأطراف، والمسألة المتنازع فيها ؛ كمعيار لهذه الحُجّية. ومؤدى هذا الاتجاه هو دمج فكرة الموضوع والسبب في عنصر واحد هو : المسألة المتنازع فيها. واستندت المحكمة في صياغة هذا الاتجاه على المادة ٢/٥٦ من قانون المرافعات ؛ والتي ترتب بطلان صحيفة الدعوى إذا لم تشمل على موضوع الطلب مع عرض لوسائل الدفاع القانونية

والواقعية. وصاغت المحكمة من تطبيق هذه المادة مبدأ مؤداه تركيز الطلبات ووسائل الدفاع وطبقته بالنسبة لأحكام القضاء وأحكام التحكيم. ومؤدى هذا المبدأ التزام الخصم؛ سواء أمام القضاء أو التحكيم، بضرورة اشتغال صحيفة دعواه على كافة وسائل الدفاع التي يؤسس عليها ادعاءاته، وإغفال ذكر هذه الوسائل ينتج عنه اعتبار أنه تم الفصل فيها، سواء أكان هذا الإغفال بسوء نية أو بإهمال من الخصم. ومن ثم؛ فإن حُجْية حكم التحكيم يترتب عليها عدم قبول الدعوى الجديدة أمام محاكم الدولة طالما يوجد تطابق في الموضوع بين الطلبات، ويتوافر هذا التطابق ولو تبين وجود اختلاف في الأساس القانوني لهذه الطلبات.

(١٠) - تعرض مبدأ تركيز الطلبات ووسائل الدفاع أمام القضاء للنقد؛ وذلك بسبب: (أ) - تناقض المبدأ مع النصوص القانونية التي تقبل بالطلبات المقابلة والإضافية في الاستئناف، هذا فضلا عن أن عدم قبول الطلبات الجديدة في الاستئناف ليس نتيجة جزاء السقوط أو حُجْية الأمر المقضي وإنما مراعاة لمبدأ التقاضي على درجتين. (ب) - مبدأ تركيز الطلبات ووسائل الدفاع تقضي به المحكمة، أما عدم قبول الطلبات الجديدة في الاستئناف؛ في فرنسا، لا بد أن يتمسك به الخصم. (ج) - المبدأ يتعارض مع ما هو مقرر من أن الطلبات العارضة التي يحكم بعدم قبولها أمام محكمة أول درجة؛ لانتفاء الصلة بينها وبين الطلب الأصلي، يمكن أن تقبل بدعوى أصلية في خصومة جديدة أمام أول درجة. (د) - تناقض المبدأ مع ما هو مقرر من ملكية الأطراف للخصومة.

(١١) - تعرض مبدأ تركيز الطلبات ووسائل الدفاع أمام التحكيم للنقد أيضا؛ وذلك بسبب: (أ) - أن هذا المبدأ نصت عليه المادة ٢/٥٦ من قانون المرافعات الفرنسي، وهذه المادة لم ترد ضمن النصوص التي تسري على خصومة التحكيم، والتي أحالت إليها المادة ٢/١٤٦٤ من ذات القانون. (ب) - تعارض هذا المبدأ مع مبدأ ملكية الأطراف للخصومة؛ وهو من المبادئ التي تسري على خصومة التحكيم عملا بالإحالة الواردة في المادة ٢/١٤٦٤

سابقة الذكر. (ج-) تعارض هذا المبدأ مع ما نصت عليه المادة ١٥٠٩ من أنه بالنسبة للتحكيم الدولي فإن اتفاق التحكيم يحدد الإجراءات المتبعة في خصومة التحكيم سواء أكان هذا التحديد مباشرة أو بالإحالة إلى أحد أنظمة التحكيم أو إلى القواعد الإجرائية، وفي حالة سكوت الاتفاق تحدد المحكمة الإجراءات كلما اقتضى الأمر سواء مباشرة أو بالإحالة إلى أحد أنظمة التحكيم أو إلى القواعد الإجرائية. ومن ثم؛ لا يمكن لمحكمة التحكيم إعمال مبدأ تركيز الطلبات ووسائل الدفاع من تلقاء ذاتها لأن ذلك يصطدم باستحالة توسيع محكمة التحكيم لسلطتها. (د-) تعارض المبدأ مع إجراءات طرق الطعن في أحكام التحكيم. فهذه الإجراءات يتبع فيها الأحكام المقررة في المواد من ٩٠٠ - ٩٣٠ - ١ من قانون المرافعات؛ وهي الإجراءات المتبعة أمام محكمة الاستئناف. والإحالة للمواد سابقة الذكر كانت بموجب المادة ١٤٩٥ بالنسبة للتحكيم الداخلي، والمادة ١/١٥٢٧ بالنسبة للتحكيم الدولي، والإحالة في هاتين المادتين جاءت عامة، ومن ثم ليس هناك ما يحول دون تطبيق أحكام المواد الخاصة بقبول الطلبات الجديدة والمقابلة والإضافية (١٢-) بمجرد إصدار حكم التحكيم فإن المحكم؛ كما هو الحال بالنسبة للقاضي، يستنفذ ولايته القضائية على المنازعة التي فصل فيها، ( م ١/١٤٨٥، ٢، مرفعات فرنسي). وفي القانون المصري يُستفاد مبدأ استفاد المحكم لولايته على المسائل التي فصل فيها من خلال نصوص المواد ٤٩ - ٥١ من قانون التحكيم؛ حيث أجازت هذه النصوص للمحكم - استثناء - سلطة تفسير حكمه، وتصحيح ما ورد فيه من أخطاء مادية، والفصل فيما تم إغفال الفصل فيه من طلبات. وعملاً بمبدأ الاستنفاد لا يمكن للمحكم إصدار حكم تحكيم آخر يتعلق بذات النزاع، كما لا يمكنه تعديل ما يشوب حكمه من عيوب لتلافي أوجه بطلانه. ويقتصر الاستنفاد على المسائل التي فصل فيها المحكم؛ فلا يشمل الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع التي تأمر بإجراء من إجراءات التحقيق.

(١٣) - أورد المشرع على مبدأ استفاد المحكم لولايته على النزاع بعض الاستثناءات تتعلق بجواز تفسير الحكم، أو تصحيح ما قد يرد به من أخطاء مادية، أو إصدار حكم مُكمل فيما تم إغفال الفصل فيه من طلبات، (م ٤٩ - ٥١ تحكيم مصري، م ٢/١٤٨٥ مرفعات فرنسي). والأحكام المنظمة لاستثناءات مبدأ استفاد المحكم لولايته في القانون المصري تختلف في بعض تفاصيلها عن الوضع في القانون الفرنسي. ومن قبيل هذا الاختلاف: كيفية إعلان الطرف الآخر بطلب التفسير والتصحيح وإصدار حكم تكميلي، وميعاد تقديم هذه الطلبات، وميعاد الفصل فيها، والمحكمة المختصة بهذه السلطات في حالة تعذر انعقاد هيئة - أو محكمة - التحكيم بذات تشكيلها من جديد، وسلطة هيئة - أو محكمة - التحكيم في تصحيح الأخطاء المادية في الحكم من تلقاء ذاتها.

ثانياً: توصيات الدراسة: يُمكن؛ في تقديرنا، التوصية بما يلي:

(١) - لما كان تحديد الوقت الذي يعتبر فيه أن حكم التحكيم قد صدر يثير بعض الصعوبات على نحو ما رأينا في الدراسة، ونظراً للآثار الهامة التي تترتب على تحديد وقت صدور حكم التحكيم؛ ومنها تمتع الحكم بحجية الأمر المقضي، فإننا نهيىب بالمشرع التدخل لإدراج نص في قانون التحكيم يحدد بمقتضاه وقت صدور حكم التحكيم على وجه الدقة. وتصور أن يكون الحل بالنص على ما مؤداه أن حكم التحكيم يصدر بكتابته وتام التوقيع عليه من جميع المحكمين أو من الأغلبية اللازمة للتوقيع مع بيان رفض توقيع الأقلية وسبب هذا الرفض، وأن تاريخ التوقيع يعتد به كتاريخ لإصدار الحكم، وفي حالة اختلاف تواريخ توقيع المحكمين تكون العبرة بتاريخ آخر توقيع، ومن هذا التاريخ تترتب آثار الحكم، ويكون الحكم صدر في الميعاد طالما أن آخر توقيع تم في تاريخ سابق على انقضاء ميعاد التحكيم.

(٢) - إعادة صياغة المادة ٥٥ من قانون التحكيم وإدراجها في فقرتين. وتتناول الفقرة الأولى النص على أن حكم التحكيم يجوز حُجوة الأمر المقضي بمجرد صدوره، وأن هذه الحُجوة لا تكون إلا بالنسبة للمنازعة التي تم الفصل فيها بين نفس الخصوم وأن تتعلق

بدأت الحق محلا وسببا. أما الفقرة الثانية فتكون بالنص على أن أحكام التحكيم تكون واجبة النفاذ مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون.

(٣)- لم يضع قانون التحكيم المصري حلا لمسألة تعذر انعقاد هيئة التحكيم من جديد؛ لغرض تفسير حكمها، أو تصحيح ما وقع فيه من أخطاء مادية، أو الفصل فيما أغفلت الفصل فيه من طلبات. ولهذا؛ تقترح تدخلا تشريعيًا بإضافة مادة إلى قانون التحكيم تحت رقم ٥١ مكررا، يتبنى فيها المشرع حلا على غرار الأحكام التي أوردتها المادة ٣/١٤٨٥ من قانون المرافعات الفرنسي. وتتصور أن تكون صياغة هذه المادة على النحو التالي:

"١- يكون الاختصاص بالمسائل الواردة في المواد ٤٩ - ٥١ للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع؛ فيما لو لم يوجد اتفاق على التحكيم، وذلك إذا تعذر انعقاد هيئة التحكيم من جديد، ولم يتمكن الأطراف من الاتفاق على تشكيل هيئة تحكيم جديدة قبل انقضاء المواعيد المشار إليها في المواد ٤٩ - ٥١، وذلك حسب الأحوال. ٢- تتحدد المحكمة المختصة والإجراءات المتبعة أمامها وفقا للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون المرافعات، أو في غيره من القوانين، بحسب الأحوال."

قائمة المراجع

أولاً: قائمة المراجع باللغة العربية:

- ١- أ.د. إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص، طبعة، ١٩٨٦.
- ٢- أ.د. إبراهيم نجيب سعد: القانون القضائي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٤.
- ٣- د. أحمد عبد التواب: طبيعة التحكيم في سوق الأوراق المالية والسلع في دولة الإمارات العربية المتحدة، بحث منشور في وقائع المؤتمر السنوي السادس عشر، كلية القانون - جامعة الإمارات، (٢٨ - ٣٠/٤/٢٠٠٨).
- ٤- أ.د. أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الخامسة، ١٩٨٨ - المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الرابعة عشرة، سنة، ١٩٨٦ - نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الخامسة، ١٩٨٥.

- ٥- أ.د. أحمد السيد صاوي: التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، طبعة ٢٠٠٢- الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ١٩٧١.
- ٦- أ.د. أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضي التي تموز حُجبية الأمر المقضي وضوابط حُجبيتها، دار النهضة العربية، ١٩٩٠.
- ٧- أ.د. أحمد مليجي: الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات، طبعة نادي القضاة ٢٠٠٤، ج ٢.
- ٨- أ.د. أسامة المليجي: هيئة التحكيم الاختياري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.
- ٩- د. بكر عبد الفتاح السرحان: قانون التحكيم الإماراتي، مكتبة الجامعة، الشارقة، الطبعة الأولى ٢٠١٢.
- ١٠- أ.د. رمزي سيف: الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٧.
- ١١- أ.د. سامية راشد: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، ١٩٨٤.
- ١٢- أ.د. سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الرابعة، ١٩٩١.
- ١٣- أ.د. سيد أحمد محمود: نظام التحكيم، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الكويتي والمصري، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٠.
- ١٤- أ.د. عبد الباسط جميعي: شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية، ١٩٦٦.
- ١٥- أ.د. عبد الحميد أبو هيف: المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر، مطبعة الاعتماد، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٢١.
- ١٦- أ.د. عبد الرازق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، طبعة ٢٠٠٤، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، ج ٢.
- ١٧- أ.د. عبد المنعم الشراقوي: شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥٠.
- ١٨- أ.د. عزمي عبد الفتاح: أساس الادعاء أمام القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١.
- ١٩- أ.د. علي بركات: الطعن في أحكام التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.
- ٢٠- أ.د. عيد محمد القصاص: حكم التحكيم، دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري والمقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٣.

- ٢١- أ.د. فايز نعيم رضوان، أ.د. نادية محمد معوض: القانون التجاري الدولي، طبعة ٢٠٠٤ - ٢٠٠٥.
- ٢٢- أ.د. فتحى والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧ - الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.
- ٢٣- أ.د. مُحسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، طبعة ١٩٧٣/١٩٧٤، ص ٧٣، وطبعة ١٩٧٧.
- ٢٤- أ.د. محمد العشماوي، أ.د. عبد الوهاب العشماوي: قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، ١٩٥٧، ج ٢.
- ٢٥- أ.د. محمد حامد فهمي: المرافعات المدنية والتجارية، ١٩٤٠ - تنفيذ الأحكام والسندات الرسمية والحجوز التحفظية، الطبعة الثانية، ١٩٤٠.
- ٢٦- د. محمد سعد خليفة: عقد التحكيم، محاولة لوضع تنظيم قانوني للعلاقة بين الخصوم والمحكمين، طبعة ١٩٩٨.
- ٢٧- أ.د. محمد محمود إبراهيم: النظرية العامة للتكييف القانون للدعوى في قانون المرافعات، ١٩٨٢.
- ٢٨- أ.د. محمد نور شحاته: تنفيذ أحكام المحكمين في التشريعات العربية والمقارنة، مجلة التحكيم العربي، العدد الثالث عشر، ديسمبر ٢٠٠٩.
- ٢٩- أ.د. محمود سمير الشراوي: التحكيم التجاري الدولي، دراسة قانونية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة ٢٠١١.
- ٣٠- أ.د. محمود عبد الرحمن: قوة الشيء المحكوم فيه، رسالة دكتوراه، مطبعة الرجاء بمصر، لم يذكر سنة الطبع.
- ٣١- أ.د. محمود مختار أحمد بريري: التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة ٢٠١٠.
- ٣٢- أ.د. محمود مصطفى يونس: قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.
- ٣٣- أ.د. محمود هاشم: دراسة نظام القضاء وإجراءات التقاضي في قانون المرافعات، ١٩٩٠ - ١٩٩١.
- ٣٤- أ.د. مصطفى الجمال، أ.د. عكاشة عبد العال: التحكيم في العلاقات الدولية والداخلية، ج ١.
- ٣٥- أ.د. نبيل إسماعيل عمر: الطعن بالاستئناف وإجراءاته في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٠.



٣٦- أ.د. وجدي راغب: النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، سنة ١٩٦٧، طبعة ١٩٧٤ - مبادئ الخصومة المدنية، دار الفكر العربي، ١٩٧٨ - هل التحكيم نوع من القضاء؟، مجلة الحقوق الكويتية، س ١٧، ع ١، ٢، مارس - يونيو، ١٩٩٣.

ثانيا: قائمة المراجع باللغة الفرنسية:

#### *OUVRAGES GÉNÉRAUX:*

- 1- BARTIN: Principes de droit international privé, t. I.
- 2- J. BEGUIN et MENJUCQ: Droit du commerce international, Litec, 2005.
- 3- J. BOULOUIS: Quelques observations à propos de la sécurité juridique, Du droit international au droit de l'intégration, Liber amicorum, 1987.
- 4- J. BRENNER: Les conceptions actuelles de l'autorité de la chose jugée en matière civile, in Le Nouveau Code de procédure civile, Economica, 2006.
- 5- P. CATALA et TERRÉ: Procédure civile, Thémis 1976.
- 6- G. CORNU et J. FOYER: Procédure civile, Paris, 1958, Thémis Mise à jour 1960.
- 7- S. CREPIN: Les sentences arbitrales devant le juge Français, LGDJ 1995.
- 8- S. DAUCHY: Les recours contre les sentences arbitrales au Parlement de Paris, XIIIe et XIVe siècles. La doctrine et la législation à l'épreuve de la pratique judiciaire, Revue d'histoire du droit, 1999, Kluwer éd.
- 9- R. DAVID: L'arbitrage dans le commerce international, Économica 1982.
- 10- Y. DESDEVISES: Variations sur le fond en procédure civile, in Mélanges Cosnard, Économica 1990.
- 11- J.-P. DESIDRI: Le fondement juridique de la demande dans le procès civil, LAP 2000.
- 12- P. FOUCHARD: L'arbitrage commercial international, Bibliothèque de droit international privé, Dalloz 1965.
- 13- E. GAILLARD: Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international, Martinus Nijhoff, 2008.
- 14- E. GARSONNET et CEZAR-BRU: Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale, Paris, éd. Larose, 1904, t. VIII- Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale, 3<sup>ème</sup> éd., Paris 1913, t. 3.

- 15- E. GLASSON, A. TISSIER et R. MOREL: Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile, 3<sup>ème</sup> éd.
- 16- W. HABSCHIED: Quelques questions fondamentales concernant l'autorité de la chose jugée en droit comparé, Liber amicorum Adolf Schnitzer, Fac. droit Genève, 1979, Georg.
- 17- P. HÉBRAUD: L'arbitrage en droit français, Ann. Fac. droit Toulouse 1954, t. II.
- 18- KLEIN: Considérations sur l'arbitrage en droit international, Bâle, 1955.
- 19- R. MOREL: Traité élémentaire de procédure civile, 2<sup>e</sup> éd., 1949.
- 20- H. MOTULSKY: Écrits, Études et notes sur l'arbitrage, Dalloz 1974, préface Goldman et Fouchard- Écrits, t. 2- La nature de l'arbitrage.
- 21- NIBOYET: Traité de droit international privé français, t. VI.
- 22- R. PERROT: Institutions judiciaires, 2<sup>e</sup> éd.
- 23- PILLET et NIBOYET: Traité de droit international privé français, t. VI, 2, éd. Sirey 1924, suppl. 1928.
- 24- PILLET: Traité de droit international privé, t. II.
- 25- ROBERT et MOREAU: L'arbitrage, droit interne, droit international privé, 6<sup>e</sup> éd., 1993, Dalloz.
- 26- J. ROBERT: L'arbitrage, droit interne, droit international privé, Dalloz 1993, 6<sup>e</sup> éd.
- 27- S. SOLUS et R. PERROT: Droit judiciaire privé, t. I.
- 28- J. VINCENT et S. GUINCHARD: Procédure civile, 21<sup>e</sup> éd., Dalloz 1987.
- 29- H. VIZIOZ: Études de procédure civile, 1956.
- 30- WEISS: De l'exécution des sentences arbitrales étrangères en France; Rev. Lapradelle 1906.

*THESES et ARTICLES:*

- 1- S. AMRANI MEKKI: JCP 2005, I, 125.
- 2- P. AZARD: L'immutabilité de la demande en droit judiciaire Français, Thèse, Paris 1936.
- 3- J. BARRERE: La rétractation du juge civil, in Mélanges P. Hébraud, 1981.
- 4- J. BÉGUIN: Conditions de l'autorité de chose jugée d'une sentence arbitrale, JCP G 2012, II, n. 28843- Droit de l'arbitrage, La sentence arbitrale d'accord-partie, JCP G 2012, II, 501354- Les sentences arbitrales sont opposables aux tiers, JCP G 2007, II, 26168.
- 5- A. BENABENT: Rep. proc. civ., V. Jugement, n. 474- 476.

- 6- G. BOLARD: Le demandeur doit présenter dans la même instance toutes les demandes fondées sur la même cause, JCP 2008, II, 4210170- Les garanties du procès civil, Dalloz Action Procédure civile, 2006-2007, n. 221-31- Les principes directeurs du procès arbitral, Rev. arb. 2004, p. 511- L'office du juge et le rôle des parties, entre arbitraire et laxisme, JCP G 2008, I, p. 156.
- 7- R. BOULBÈS: Sentence arbitrale, autorité de la chose jugée et ordonnance d'exequatur, JCP 1960, I, 1660.
- 8- L. BOYER: Les effets des jugements à l'égard des tiers, RTD civ., 1951.
- 9- P. BOYREAU: De la prohibition des demandes nouvelles en appel, Thèse, Bordeaux, 1945.
- 10- J. BUFFET, J. NORMAND et V. DELAPONTE: La chose jugée, Bull. inf. C. cass. 2004, hors série.
- 11- M.-A. CALVO: La récusation des arbitres, CCI-Théorie et pratique, Gaz. Pal. 1<sup>er</sup>-2 déc. 2000, 30.
- 12- G. CORNU: La réforme du droit de l'arbitrage, Rev. arb. 1980- Le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage; Présentation de la réforme: Rev. arb. 1980.
- 13- G. DURRY: Les jugements dits mixtes, RTD civ., 1960.
- 14- E. DU RUSQUEC: J.-CL. Proc. civ., Fasc. 510.
- 15- J. FOYER: De l'autorité de la chose jugée en matière civile, Essai d'une définition, Thèse, Paris, 1954.
- 16- E. GAILLARD et P. de LAPASSE: Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international, Dalloz, 2011.
- 17- E. GAILLARD: La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international, Rev. arb. 2007.
- 18- J. GHESTIN: Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et de tiers, RTD civ., 1994.
- 19- B. R. GRANGER: Rep. proc. civ., Dalloz, 1<sup>er</sup> éd. T. 1, V<sup>o</sup> Demande nouvelle.
- 20- HANOTIAU: L'arbitrage et les groupes de sociétés, Gaz. pal. 19 déc. 2002, n. 353.
- 21- D. HASCHER: L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales, Comité français de l'arbitrage 2000-2, 17.
- 22- J. HERON: Localisation de la chose jugée ou rejet de l'autorité positive de la chose jugée in Mélanges Perrot, Dalloz, 1996, 131.
- 23- J. KARILA DE VAN: Chose jugée, Dalloz, Répertoire de droit civil, 2<sup>e</sup> éd. TOME III.
- 24- C. JALLAMION: L'arbitrage en matière civile du XVII<sup>e</sup> au XIX<sup>e</sup> siècle, thèse Montpellier, 2004.

- 25- C. JARROSSON: L'autorité de chose jugée des sentences arbitrales, Procédures, 2007, Étude 17.
- 26- C. LAPORTE: L'assignation en redressement judiciaire, Procédures 2002, chron. 1.
- 27- B. LEURENT: L'intervention du juge, Rev. arb. 1992, 303.
- 28- LEVEL: De la réforme de l'arbitrage interne à la prochaine réforme de l'arbitrage international; JCP 1981, éd. CI, I, 9540.
- 29- Y. LOBIN: Rep. proc. civ., Dalloz, V° Demande nouvelle.
- 30- É. LOQUIN: L'obligation pour l'arbitre compositeur de motiver sa sentence, Rev. arb. 1976- J.-Cl. Procédure civile Fasc. 1005; Arbitrage; Définition; Nature juridique; Distinction avec d'autres institutions; Avantages et inconvénient- J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 1046, La décision arbitrale; Voies de recours- La décision arbitrale; Voies de recours; Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international, JDI 1983- Arbitrage et cautionnement, Rev. arb. 1994.
- 31- B. de LOYNES de FUMICHON: Recherches sur l'arbitrage ex compromisso en droit romain classique, thèse dactyl., Paris II, 2002.
- 32- R. MARTIN: J.-CL. Proc. civ., Fasc. 550- De l'utilité de la tierce opposition, Gaz. pal. 1991, doct. 303.
- 33- P. MAYER: Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international in Mélanges Cl. Reymond.
- 34- M. MIGNOT: Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français, Dalloz., thèse, 2002.
- 35- J. MIGUET: Immutabilité et évolution du litige, Thèse, Toulouse, 1965.
- 36- H. MOTULSKY: La cause de la demande, D. 1964, chron.- L'exécution des sentences arbitrales étrangères, Ann. Fac. droit Liège 1964- Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile, D. 1968, chron. 37.
- 37- J. NORMAND: Le juge et le litige, Thèse, Paris, 1965- Le juge et le fondement du litige, Mélanges Hébraud, 1981- J.-CL. Procédure civile, Fasc. 151.
- 38- J. ORTSHEIDT: L'octroi et l'arrêt de l'exécution provisoire des sentences arbitrales en France, Rev. arb. 2009, 9- Conditions de recevabilité de la tierce opposition incidente contre une sentence arbitrale, JCP 2012, II, 501354- L'arbitre ne peut modifier les droits et obligations nés de la

- sentence qu'il interprète, JCP G 2009, II, 47462- Le statut incertain du consentement à la convention d'arbitrage internationale, JCP G 2012, IV, 501354.
- 39- M. PANNETIER: Les jugements mixtes au regard de la recevabilité du contredit et de l'appel, Bull. avoués 1984, 109.
- 40- I. PELLERIN: L'instance au fond devant la cour d'appel après annulations de la sentence, Rev. arb. 1993, 199.
- 41- A. PERDRIAU: Le retour oblige du justiciable devant ses juges, JCP 2001, I.
- 42- R. PERROT: L'interprétation des sentences arbitrales; Rev. arb. 1969- La réforme, décret du 14 mai 1980, Bilan de la réforme de 1980 et perspectives d'évolution, Aperçu de droit compare- L'arbitrage, Nature juridique, droit interne et droit international privé.
- 43- M.-Cl. RONDEAU-RIVIER: J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 1042, Arbitrage, La sentence arbitrale, n. 1.
- 44- J.-Cl. RUBELLIN-DEVICHI: L'arbitrage, nature juridique, LGDJ 1965- J.-Cl. Procédure civile Fasc. 1010, L'arbitrage du droit romain au décret du 14 mai 1980.
- 45- A. RYMALOVA: L'extension de la convention d'arbitrage dans le cadre des groupes de sociétés, Les divergences entre les approches française et allemande, Gaz. pal. 2009, doctr. n. 36.
- 46- SERAGLINI: Brèves remarques sur les recommandations de l'association de droit international sur la litispendance et l'autorité de la chose jugée en arbitrage, Rev. arb. 2006, p. 909- La place incertaine du consentement en matière d'extension de la convention d'arbitrage internationale, JCP G 2011, IV, 511432.
- 47- J. VAN COMPERMOLLE et G. TARZIA: L'impartialité du juge et de l'arbitr, Études de droit comparé, Bruylant 2006.
- 48- D. VEAUX: Les surprises de la tierce opposition, in Mélanges Cosrand, Economica 1990, 409.
- 49- I. VEILLARD: Le domaine de la chose arbitrée, Étude critique à la lumière des récents développements de la jurisprudence de la Cour de cassation, Rev. crit. DIP 2012.
- 50- J.-M. VULLIEMIN: Jugement et sentence arbitrale, Thèse Lausanne, 1987.
- 51- G. WIEDERKHER: Sens, signifiante et signification de l'autorité de chose jugée in Études offertes à J. Normand,
- 52- J. ZARZYCKI: De la demande en justice, Thèse, Caen, 1937.

## NOTES ET OBSERVATIONS:

- 1- Amrani-Mekki: obs. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 15 sept. 2005: JCP 2006, I, 133, n. 5- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 21 oct. 2004: JCP 2005, I, 125, n<sup>o</sup> 13.
- 2- Arnaldez: note CA Paris, 20 juin 1989: Rev. arb. 1992, p. 85.
- 3- B. M.: obs. CA Paris, 29 mai 1988: Rev. arb. 1990, 907- CA Paris, 26 juin 1987: Rev. arb. 1990, 905.
- 4- Bensaude: obs. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 janv. 2007: Rev. arb. 2007, 471.
- 5- Bernard: obs. CA Paris, 13 janv. 1984: Rev. arb. 1984, 530- CA Paris, 23 juin 1983: Rev. arb. 1984, 527- CA Paris, 25 juin 1982: Rev. arb. 1983, 344- CA Paris, 22 juill. 1982: Rev. arb. 1983, p. 211- CA Aix-en-Provence, 28 sept. 1980: Rev. arb. 1984, p. 388- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 27 oct. 1982: Rev. arb. 1983, 510- CA Paris, 23 juin 1983: Rev. arb. 1984, 527.
- 6- Besson: note T. civ., Charolles, 7 mars 1952: D. 1953, 14.
- 7- Betto: note Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 nov. 1998: Rev. arb. 1998, 680- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 30 sep. 1999: Rev. arb. 2000, 267.
- 8- Blaise: note CA Paris, 22 mai 1980: Rev. arb. 1982, p. 264- Cass. 2<sup>e</sup> civ. 25 mars 1985: JCP 1987, II, 20823.
- 9- Bloch: note Cass. com., 10 juin 1986: Rev. arb. 1987, p. 461.
- 10- Bolard: note Cass. 2<sup>e</sup> civ., 8 juill. 2004: Rev. arb. 2005, p. 663.
- 11- Bollée: note Cass. 1<sup>re</sup> Civ., 27 mars 2007: D. 2007. jur. 2077.
- 12- Boursier: note CA Paris, 1<sup>re</sup> C, 12 sep. 2002: Rev. arb. 2003, 173.
- 13- Bréton: note Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 nov. 1968: D. 1969, 57.
- 14- Bureau: obs. Cass. 1<sup>re</sup> civ. 15 juill. 1999: Rev. arb. 1999, 623.
- 15- Cadiet: obs. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> juin 1994: JCP 1994, I, 3805.
- 16- Chabot: note Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 mai 2008: JCP G 2008, II, 10157.
- 17- Chapelle: note CA 1<sup>re</sup> Ch. Paris, 21 oct. 1983: Rev. arb. 1984, 98- CA Pau, 26 nov. 1986: Rev. arb. 1988, 153.
- 18- Charbonnier: concl. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 17 févr. 1983: D. 1983, 389.
- 19- Chartier: note Cass. 2<sup>e</sup> civ., 13 janv. 1993: D. 1993, 204.
- 20- Chevalier: concl. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 nov. 2010: JCP G 2010.
- 21- Clay: obs. CA Paris, 7 oct. 2004: D. 2005, p. 3062.
- 22- Clay: CA Paris, 27 oct. 2005: D. 2005, pan. 3061- Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 oct. 2006: D. 2006, pan. 3025- Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 janv. 2006: D. 2006, pan. 3026.
- 23- Cohen: note CA Colmar, 21 sept. 1993: Rev. arb. 1994, 348.
- 24- Courteault: note CA Paris, 25 mars 1982: Rev. arb. 1982, 467.
- 25- Crose: obs. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 6 déc. 2001: Procédures 2002, n. 27.
- 26- Danis: note Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 mars 2006: JCP E 2006, 2660.
- 27- Delpech: obs. Cass 1<sup>re</sup> civ., 6 mai 2009: D. 2009, p. 1957.

- 28- Derains: note Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 juin 1989: Rev. arb. 1992, p. 61- CA Paris, 13 nov. 1998: Rev. arb. 1998, p. 709- CA Paris, 24 févr. 1995: Rev. arb. 1996, 141- CA Paris, 6 nov. 1997: Rev. arb. 1998, 706.
- 29- Derrida: obs. Cass. com., 21 janv. 1992: D. 1994, somm. 3.
- 30- Desiry: note Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 janv. 1968: JCP 1968, II, 15483.
- 31- Dubarry et Loquin: obs. CA Paris, 9 janv. 1995: RTD com. 1995, 591- Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 juin 1992: RTD com. 1993, 642.
- 32- Fouchard: note CA Paris, 13 déc. 1975: Rev. arb. 1977, 147- Cass. com., 9 janv. 1979: Rev. arb. 1979, 478- Cass. com., 9 janv. 1979: Rev. arb. 1979, p. 478- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 7 janv. 1999: Rev. arb. 1999, p. 282- CA Paris, 19 nov. 1993: Rev. arb. 1996, 419- Cass. com., 3 févr. 1981: Rev. arb. 1981, p. 288- TGI Paris, 12 janv. 1988: Rev. arb. 1994, 538- TGI Paris, 6 juill. 1990: Rev. arb. 1994, 538- TGI Paris, 3 juin 1985: Rev. arb. 1987, 179- obs. TGI Paris, 30 juin 1988: Rev. arb. 1994, 542.
- 33- Gaillard: obs. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 mai 1995: Rev. arb. 1995, 617.
- 34- Gaudemet-Tallon: note Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 déc. 1993: Rev. arb. 1994.
- 35- Granet-Lambrechts: obs. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 mai 1976: D. 1993, somm. p. 326.
- 36- Granjon: concl. CA Paris, 6 juill. 1971: D. 1971, 614.
- 37- Guinchard et Moussa: note Cass. 3<sup>e</sup> civ., 27 févr. 1985: Gaz. pal. 1985, I, p. 189- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 12 mars 1986: Gaz. pal. 1987, somm. 43.
- 40- Guinchard: obs. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 nov. 1983: Gaz. pal. 1984, pan. 72- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 8 juill. 1987: Gaz. pal. 1988, somm. 35- Cass. com., 2 oct. 1984: Gaz. pal. 1985, pan. 18.
- 41- Hébraud: obs. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 7 juin 1972: Rev. trim. dr. civ., 1973, p. 389.
- 42- Hory: note CA Paris, ch. 1, C, 4 juin 1992: Rev. arb. 1993, p. 449.
- 43- Idot: note CA Paris, 28 avr. 1988: Rev. arb. 1989, p. 280.
- 44- J. A.: note CA Grenoble, 29 mai 1980: JCP 1981, II, 19531.
- 45- Jarrosson: note CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. C, 7 juill. 1994: Rev. arb. 1994, p. 391- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 19 avr. 1985: Rev. arb. 1986, p. 57- CA Paris, 15 oct. 1991: Rev. arb. 1991, 643- CA Paris, 26 janv. 1988: Rev. arb. 1988, 307- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 mai 1988: Rev. arb. 1989, p. 59- CA Paris, 1<sup>re</sup> C, 30 mai 2006: Rev. arb. 2007, 837- CA Paris, 25 mars 1994: Rev. arb. 1994, 391.
- 46- Jeuland: note CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. C, 7 oct. 2004: Rev. arb. 2005, p. 737.

- 47- Julien: obs. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 14 juin 1984: D. 1984, inf. rap. 263- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 22 janv. 2004: D. 2004, somm. 1204- Cass. 3<sup>e</sup> civ., 30 janv. 1979: D. 1980, inf. rap. p. 51- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 20 juin 1979: D. 1980, inf. rap. 49- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 3 janv. 1980: D. 1981, inf. rap. 147- Cass. 3<sup>e</sup> civ., 9 janv. 1979: D. 1979, inf. rap. 510.
- 48- Laroche de Rousane: obs. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 2 avr. 1994: Dr. et patrimoine janv. 1995, n. 827, p. 83.
- 49- Laroque: note Cass. Ch. réunies 19 mai 1965: D. 1965, 461.
- 50- Lécuyer: note Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 juin 2000: Rev. arb. 2001, p. 729.
- 51- Lefebvre: note CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. 6 juill. 1971: Rev. arb. 1971, p. 119.
- 52- Level: note CA Paris 30 mars 1962: JCP G 1962, II, 12843- CA Paris, 5 avr. 1973: JCP 1973, II, 17502.
- 53- Loquin: note CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. 11 févr. 1971: Rev. arb. 1973, p. 29- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 7 juin 1972: Rev. arb. 1974, p. 91- Cass. civ., 5 juill. 1973: Rev. arb. 1974, p. 11- CA Paris, 1<sup>re</sup> C. 22 janv. 2004: Rev. arb. 2004, 647- CA Paris, 28 nov. 1996: Rev. arb. 1997, 380- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 7 juin 1972: Rev. arb. 1974, p. 91- Cass.com., 29 mai 1972: Rev. arb. 1973, 20- CA Paris, 11 juill. 1991: Rev. arb. 1991, 671.
- 54- Madray: obs. Cass. civ., 12 mars 1954: JCP 54, A, IV, n. 2329.
- 55- Massip: obs. Cass. 2<sup>e</sup> civ. 6 mai 2004: Gaz. pal. 19-20 janv. 2006, 18.
- 56- Mayer: note Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 juin 1991: Rev. arb. 1991, p. 453.
- 57- Mezger: note CA Paris, 7 juin 1984: Rev. arb. 1984, 504- CA Paris, 12 juill. 1974: Rev. arb. 1975, p. 196- CA Paris, 7 juill. 1987: Rev. arb. 1988, 649- Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 juin 1976: Rev. arb. 1977, p. 269.
- 58- Mignot: note CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. C, 10 mars 2005: Rev. arb. 2006, p. 456.
- 59- Moitry: obs. CA Paris, 31 mai 1991: Rev. arb. 1992, 669.
- 60- Moreau: note CA Paris, 8 janv. 1981: Rev. arb. 1982, p. 62- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 14 juin 1984: Rev. arb. 1985, p. 427- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 4 janv. 1978: Rev. arb. 1978, p. 666.
- 61- Motulsky: note Cass. com., 22 févr. 1949: JCP G 1949, II, 4899.
- 62- Nblot: note Cass. 2<sup>e</sup> civ., 18 déc. 2003: JCP 2004, II, 10075.
- 63- Normand: obs. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 27 avr. 1982: RTD civ. 1983, 236- Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 mai 1976: RTD civ. 1976, 820.
- 64- Oppetit: note Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 juill. 1972: JCP 1972, I, 843.
- 65- Ortscheidt: obs. CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. C, 11 avr. 2002: JCP G 2003, I, 105, n. 12- Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 oct. 2011: JCP G 2011, doctr.



- 1432, n. 3- Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 janv. 2007: JCP G 2007, I, 168, n. 10- Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 mars 2006: JCP 2006, I, 148, n. 8- Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 oct. 2011: JCP G 2011, II, n. 511432- CA Paris, 1<sup>re</sup> C, 7 oct. 2004: JCP 2005, I, 134, n° 5.
- 66- P. L.: note Cass. 2<sup>e</sup> civ., 2 juill. 1970: JCP 1971, II, 16642.
- 67- Pellerin: note Cass. 2<sup>e</sup> civ., 8 avr. 1999: Rev. arb. 2000, p. 106- obs. CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. C, 10 nov. 1995: Rev. arb. 1997, p. 596- CA Paris, 28 mai 1998: Rev. arb. 1999, p. 858- CA Montpellier, 25 févr. 1991: Rev. arb. 1991, 655- CA Paris, 17 janv. 1992: Rev. arb. 1992, 625- CA Paris, 18 avr. 1991: Rev. arb. 1992, 631- CA Paris, 22 sept. 2005: Rev. arb. 2007, 523.
- 68- Perrot: note Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 juin 1976: D. 1978, p. 310- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 15 sept. 2005: RTD civ. 2005, 824- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 22 nov. 2001: Procédures 2002, n. 1- Cass. com., 22 janv. 2002: Procédures 2002, n. 71- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 janv. 2008: Procédures 2008, n. 73- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 12 oct. 2006: RTD civ. 2007, p. 183- Cass. 3<sup>e</sup> civ., 20 avr. 2005: Procédures 2005, n. 152.
- 69- Pinsolle: note CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. C, 25 mai 2000: Rev. arb. 2001, p. 199- CA Paris, 1<sup>re</sup> C, 26 oct. 2000: Rev. arb. 2001, 200.
- 70- Racine: note CA Paris, 1<sup>re</sup> C. 19 déc. 1999: Rev. arb. 2000, 471.
- 71- Renard: note CA Paris, 30 sept. 1994: Gaz. pal. 1995, 1, 261.
- 72- Riotte: note CA Paris, 8 janv. 1981: Gaz. pal. 1982, 1, p. 215,
- 73- Rivier: note CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. 24 oct. 1991: Rev. arb. 1992, p. 494.
- 74- Robert: note Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 juin 1976: D. 1978, 310- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 7 juin 1972: D. 1973, 73- Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 juin 1976: D. 1978, p. 310- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 17 juill. 1978: Rev. arb. 1979, 241- Cass. civ., 22 déc. 1959: D. 1960, 685.
- 75- Rondeau-Rivier: note ( crit. ) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 mai 1988: Rev. arb. 1988, 645- CA Angers, 28 sept. 1987: Rev. arb. 1988, 162- CA Paris, 10 déc. 1985: Rev. arb. 1987, 157- CA Paris, 11 mai 1984: Rev. arb. 1984.483- CA Paris, 12 févr. 1985: Rev. arb. 1986, 459- CA Paris, 21 nov. 1991: Rev. arb. 1992, 494.
- 76- Sadon: concl. Cass. ch. mixte 6 juill. 1985: JCP 1985, II, 20338.
- 77- Seraglini: obs. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 mars 2013: JCP G 2013, II, 27784- Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 juin 2006: JCP 2006, I, 187, n. 7-8- Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 déc. 2005: JCP 2006, I, 148.
- 78- Stucki: note Trib. Arb. Suisse, 16 octobre 2003: Rev. arb. 2004, 695.
- 79- Théry: obs. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 8 avr. 2004: RTD civ., 2004, p. 770.

- 80- Train: note CA Paris, 17 févr. 2011: Rev. arb. 2012, p. 369.
- 81- Tschaz: note CA Paris, 14 févr. 1989: Rev. arb. 1989, 691- CA Paris, 30 nov. 1988: Rev. arb. 1989, 691.
- 82- Vasseur: obs. CA Paris, 9 juin 1983 : Rev. arb. 1983, 497.
- 83- Viatte: note Cass. 2<sup>e</sup> civ., 7 juin 1978: Gaz. pal. 1978, 24.
- 84- Vizioz: obs. Cass. civ. 12 nov. 1946: RTD civ. 1947. 219.
- 85- Weber: concl. Cass. ass. plén. 2 nov. 1999: JCP 1999, II, 10213.
- 86- Weiller: note Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 oct. 2011: Procédures 2011, comm. 369.
- 87- Wiederkehr: note Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 juill. 1994: Justices 1995, 2.
- 88- Wiederkehr: obs. (crit.) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 avr. 1994: Justices 1995, 2, 283.
- 89- Zollinger: obs. CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. 17 oct. 1991: Rev. arb. 1992, p. 672.

مدى "تحرر" "سلطان إرادة" المحتكمين

في "حرية" اختيار المحكمين

\* المستشار القانوني الدكتور محمود محمود المغربي

\* المستشار القانوني الدكتور محمود علي ملحم

### المقدمة

في المسار الحقوقي "ظواهر" تستوقف النظر، وتغري البحث، وتدعو إلى التأمل والمراجعة، مثيرة إشكاليات ومعضلات لتعدد الجوانب فيها وتشعب الآراء حولها وتباين الإتجاهات نحوها منتظرة العلاج الأنسب. وبروز ظواهر جديدة غير مألوفة لا يدل بأية حالة من الأحوال على ضعف المبادئ القديمة لأن هذه المبادئ هي التي نهضت بالسابقين نهضة ما يزال التاريخ يزهى بها، وإنما تدل على ضعف في إيمان أصحابها اليوم ونقص في إخلاصهم للفكرة وإنصرافهم إليها.

فقد يدهش الباحث بأدىء ذي بدء ويعجب بظاهرة جديدة تغزو الفكر والعلم ولكن ما إن ينشئ على نفسه متأملاً مفكراً يدرك أن فيما إستجد ما ينشئ عن حدة ذهن ودقة فهم أو خطورة فكر وسوء قصد.. فلقد علمنا التاريخ، أن ندرس المستقبل على ضوء الماضي، فتيار النشاط البشري وإتجاه الحوادث العام يوحيان بإتجاه المستقبل وحوادثه، كما أن التيارات الفكرية لم ينقطع لها حد بين شطري العالم. والتناجج القادمة المتوقعة تبنى دوماً على المقدمات المعلومة المفروضة.

ولقد علمتنا الفلسفة، أن الباطل لا يصير حقاً بكثرة متحليه والحق لا يصير باطلاً بقلّة معتقديه. ولقد علمنا الفن، أن وظيفة النقد ليست في

♦ دكتوراه دولة في الحقوق، أستاذ محاضر لدى الجامعة اللبنانية وكلية القانون الكويتية العالمية، محام بالإستئناف.

♦ دكتوراه دولة في الحقوق، أستاذ محاضر لدى كلية القانون الكويتية العالمية، محام بالإستئناف.

تغيير طبائع المؤلفين المخلوقة ولا زيادة طاقتهم المحدودة بل توجيه الأنظار إلى المنهاج الأنسب خدمة للفكر وعقلانيته. فالباحث البصير يقف إزاء تاريخ أي علم من العلوم المليء باللمعات الفنية والإشراقات الذهنية وقفة كلها دهشة وروعة وإعجاب، وحين يقترب منه مستوحا مستفهما إنما يقترب إقتراب المنقب عن سر مودع لا الباحث عن عيب فاسد، يعتني بالسطور وما بين السطور وما خلف السطور، تحركه نزعة علمية موضوعية مجردة بعيدا عن جمالية لفظية وعبقرية تعبيرية. فلرب غموض منشؤه عمق الفكرة ودقة التصور، وغموض منشؤه خطأ الفكرة وفسادها. تلك مسلمات أساسية تضيء المصادقية على عمل الباحث بعيدا عن تصعب في العلم أو تعسف في الفكرة أو تزييف للتاريخ..

ما يعيننا في المجالات الفكرية القانونية، ألا ننخدع بالإيحاءات الضمنية في بعض الصيغ أو التجليات الذهنية، وألا نهمل المعنى والغرض الحقيقي في التحليل النظري، وألا نعتبر كل شيء غير ظاهر بالضرورة شائن ومنحرف، وألا ننقاد في تصنيف الأصول والمبادئ بنزوة شبه قانونية غير بريئة<sup>١</sup>، بل أن ننطلق في مقارنة مطلق عقيدة أو نظرية أو اتجاه أومبدأ من حقائق وضعية ثابتة لا لبس فيها، بأن القانون ضرورة وظاهرة إجتماعية تفرضها الحاجة إلى حد أدنى من الإستقرار العادل، وبأن أصوله وقواعده حقائق حية تتفاعل إيجابا وسلبا مع المحيط المكاني والزمني، وبأن إشباع الحاجة إلى الأمن القانوني لا يتحقق بمجرد وجود الضوابط الناظمة لسلوك الأفراد والجماعات بل في قوة فاعليتها على كبح غريزتهم التلقائية في إشاعة الفوضى في المجتمع.

والتحكيم، على نحو ما تفيد الشواهد التاريخية، لم يعد "حق مقبت" أو "تجديف على الإرادة والإدارة القضائية" أو "سبيل للتفلت من قضاء الدولة"، بل أمسى تجسيدا لفكرة العدالة الكونية، وأرضا خصبة

١ راجع :

W.Wengler : Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat, revue critique de droit international privé, 1982, p. 476 et s.

للمنطلقات الفلسفية الآنف الذكر، وظاهرة تستخف نسبيا بمحدود المكان التي تحد القوانين في نشأتها وتطورها<sup>٢</sup>، تحوم في الفضاء الحقوقي، وتخرق الثقافات الحقوقية من خلال محكمين أحرار مستقلين محايدين مؤتمنين على حراسة الهيكل التحكيمي بصدق ونزاهة ووفاء وأمانة<sup>٣</sup>، يختارهم، في الأصل، الفرقاء بإرادة حرة وحرص متناه منعا لأية قرارات مشوهة أو عدالة متقصّة.

إلا أن الإشكالية الأساس الدقيقة والحساسة المثارة في هذا الصدد، تكمن في معرفة مدى "تحرر" تلك الإرادة من مطلق قيد أو شرط - أقله في تشكيل الهيئة التحكيمية - وصولا للتوافق على مواصفات شخصية للمحكم قد تترد سلبا على المقاربة الثابتة لمدلول الحرية وأبعادها لدى مؤيدي التحكيم ومريديه... ونعني بذلك سمة "الإلتواء الديني" بخاصة.. وهنا بيت القصيد...

إن هذه السمة - المعضلة، القديمة المستجدة، وإنطلاقا مما سبق بيانه من منطلقات فلسفية إستشعرنا ضرورة التذكير بها قبل الغوض في متاهات البحث المحرقة، ليست بفكرة عارضة ولا خاطرة سريعة بل مادة شائكة ومعقدة وخطيرة بدلالاتها وأبعادها، جدير بالعناية والبحث، لها من العناصر والظروف ما يوجب الإلتفات إليها والإهتمام بها، تتطلب الكثير من الإحاطة والجرأة والتهيب والتأدب والحذر والدقة والهدوء بعيدا عن حماسة وتهور وتعصب وإنغلاق وقلة إنتباه.

أهمية البحث :

حرصا على عدم إهدار مفهوم الحرية وضمانا لفاعلية المشهد التحكيمي في تحقيق أهدافه المنشودة، نرى من المفيد لا بل من الضروري

٢ راجع :

مهيب معماري : المحكم والحدود، مجلة التحكيم العالمية، العدد الثاني عشر، بيروت ٢٠١١، ص ١٤٣ وما يليها.

٣ راجع :

جوزف شاوول : المحكم وموجب الإستقلالية والحياد، مجلة التحكيم العالمية، العدد العاشر، بيروت ٢٠١١، ص ٥٧ وما يليها.

علميا وعمليا التصدي بتأن وشمولية لحقيقة مدلول سلطان الإرادة في تشكيل الهيئة التحكيمية من جهة أولى ومداه المشروع من جهة ثانية، مستشهدين بأبرز المواقف القضائية الأجنبية الضاغطة بإتجاه تبني منحى مغاير لما استقر في علم التحكيم من مسلمات رئيسية في تكوين المشهد التحكيمي وانتظام مساره، منذ نشأته وحتى عصرنا الحاضر.

**منهجية البحث:**

أوجبت الغاية المنشودة من هذه الدراسة القانونية المتخصصة اعتماد منهجية عامة جامعة شاملة، وصفية من جهة أولى نعرض من خلالها لتمايز التحكيم لا سيما التجاري الدولي منه وخصوصيته، وتحليلية من جهة ثانية نتناول من خلالها مدلول التوافق الحتمي على المشهد التحكيمي والمنطلقات المبررة لمواصفات خاصة لدى المحكمين، وانتقادية من جهة ثالثة نتقده من خلالها بعض المواقف التحكيمية الأجنبية ذات الصلة، وتأصيلية من جهة رابعة نرمي من خلالها تحديد إطار عام يكفل حسن إختيار المحكمين للمحكمين حرصا على تقوية المعطى التحكيمي وأهدافه المشروعة المنشودة.

**خطة البحث:**

سنحاول الإجابة على مجمل التساؤلات الدقيقة المتصلة بمدى تحرر سلطان إرادة المحكمين في حرية إختيار المحكمين في هذه الدراسة الشائكة والشيقة في أن ضمن مبحثين مستقلين، بمبحث نتناول في ( المبحث الأول ) خصوصية التحكيم التجاري الدولي لدى مجتمع التجارة والأعمال ثم نتطرق في ( المبحث الثاني ) لمدى مشروعية " القيد التوافقي الديني " في التحكيم التجاري الدولي على أن نخلص لـ ( خاتمة ) تتكامل في مقترحاتها مع ما سبق ذكره من ضوابط عليها تساعد في تحديد معالم الخروج من أتون حلقة مفرغة محرقة قد تهدد جوهر المشهد التحكيمي ومصدر قوته وفاعليته ونعني حرية إرادة الأطراف المتنازعة في تكوين الهيئة التحكيمية بخاصة.

## المبحث الأول

خصوصية التحكيم التجاري الدولي لدى مجتمع التجارة والأعمال من المسلمات الراسخة في العصر الحاضر، عصر العولمة بمعناها الشمولي الواسع وما رافقها من رفع للقيود وتدفق للإستثمارات عبر الحدود وإفتتاح في الإقتصاد وتبادل في الخبرات، أن التحكيم نظام قضائي عالمي شديد الصلة بروح العدالة أكثر من تعلقه بحرفية النصوص القانونية، كونه الإرادة المشتركة لأطراف النزاع ليعمل في مناخ تتبدد فيه بعض حرارة وحدة الخصومة، محوره الأساس الحرية التعاقدية المتأصلة في جوهر نظرية القانون التي لا تحدّها ولا تقيدها في رسم ملامح المشهد التحكيمي عامة وإختيار من يوحى بالثقة لحسم النزاع خاصة إلا القواعد الآمرة وضوابط النظام العام<sup>٤</sup>.

نحاول في هذا المبحث إبراز خصوصية التحكيم التجاري الدولي لدى مجتمع التجارة والأعمال في مطلبين مستقلين، بحيث نتطرق في (المطلب الأول) لتمييز التحكيم التجاري الدولي كقضاء أصيل لعالم التجارة والأعمال، على أن نخصص (المطلب الثاني) للتوافق الحتمي بين المحكّمين كضمانة ملازمة لفعالية التحكيم التجاري الدولي بخاصة.

## المطلب الأول

تتميز التحكيم التجاري الدولي كقضاء أصيل لعالم التجارة والأعمال لا شك أن للمجتمع التجاري الدولي معطيات خاصة ومفاهيم معقدة وعلاقات مركبة تثير عقبات عملية ومعضلات شائكة تتطلب مرجعية قانونية دولية مستقلة وإطار مؤسساتي لتنظيم الروابط ومعالجة المنازعات ذات الصلة بغض النظر عن طبيعة النظامين القانونيين

٤ راجع :

♦ موفق اليافي : المحكم وكيفية إختياره، هل يحق لخبير المحاسبة أن يكون محكّماً أم لا ؟، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد العاشر، بيروت ١٩٩٩، ص ١٠ وما يليها.

♦ شكري صابر : هل يجب أن يكون المحكم حقوقياً ؟، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد العاشر، بيروت ١٩٩٩، ص ٩ وما يليها.

والإقتصادي السائد لدى دولة من الدول. ويشكل التحكيم إحدى أهم مكوناته المتميزة لإنسجامه مع إيقاع البيئة الدولية للأعمال المتغير دوماً. فهو ليس بنزعة ظرفية أوحادثة مصادفة أوترف علمي أوإضافة غير لازمة بل هووليد ظروف وثمره معطيات متصلة الحلقات جعلت منه حقيقة وضعية من العسير تجاهلها أوغض الطرف عنها، يتلمس الداخل إلى أعماقه دقة فلسفته وأسرار قوته وتمايز أركانه وأبعاد معانيه ومحورية دوره مما أكسبه مكانة علمية وعملية ملفتة تجلت بكثافة التوجه إليه محلياً إقليمياً دولياً بخاصة في العصر الحاضر على نحوما تفيده آراء أعلام الفكر القانوني التحكيمي.

### الفقرة الأولى

#### "جدلية" الطبيعة الخاصة للتحكيم التجاري الدولي

نتلمس من الإستقراء التاريخي للتحكيم وبخاصة التجاري الدولي منه، عمق الهوة الفقهية بخاصة في مقارنة مدلوله ومجمل بنيانه التقني من مهده وصولاً لصدور القرار التحكيمي وحجية نفاذه. ومرد ذلك التباين، منطلق وتصور كل فقيه لما يقتضي أن يكون عليه المشهد التحكيمي تحقيداً لأهدافه المنشودة. وفي الواقع، لم يصل التحكيم التجاري الدولي إلى مرتبته الحالية المرموقة في عالم التجارة والأعمال إلا بعد أن مر بمحطات متعددة حملت كل واحدة منها نظرية من النظريات التي ساهمت في بلورة مفهومه على النحو المتعارف عليه في عصرنا الحاضر.

أولاً - في النظرية العقدية للتحكيم.

يتمثل منطلق النظرية العقدية للتحكيم، في مسلم أساسي مفاده أن التحكيم عبارة عن "أداة للعمل الحر" تتجلى من خلاله حرية الإرادة الفردية. وتبعاً لهذا المنطلق، تقوم المدرسة العقدية للتحكيم على فكرة مركزية وهي أن التحكيم عمل من أعمال الإرادة الفردية تستوعبه فكرة العقد في القانون الخاص التي تستوعب الإتفاق التحكيمي الذي يستوعب بدوره كامل فكرة التحكيم بما في ذلك العمل التحكيمي الذي لا يعدو أن



يكون في نظر أتباعه إلا عملا تنفيذيا لإتفاق التحكيم أي العقد<sup>٥</sup>. وتتجسد فكرة التحكيم التعاقدي في ".. الحالة التي يعهد فيها الأطراف إلى شخص من الغير بمهمة حل النزاع تبعا لإجراءات مغايرة لتلك الواردة في قوانين المرافعات. وهذا الغير لا يتصرف كقاض فرأيه أو قراره يندرج في الإتفاق المبرم بين الأطراف فيصير بندا من بنوده"<sup>٦</sup>. ويخلص أصحاب هذه النظرية، إنطلاقا من نظرتهم للتحكيم بوصفه ظاهرة قانونية مدنية إلى القول بأن الأطراف أنفسهم يمكنهم أن يضبطوا وينظموا طريقة إجراء التحكيم. وفي صورة عدم قيامهم بذلك، فإن نفس الطبيعة العقدية تمكن في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية أي في التحكيم الدولي من اللجوء إلى قواعد الإسناد السائدة بصدد الإلتزامات العقدية المتبعة في مجال القانون الدولي الخاص لتحديد القانون الواجب التطبيق. وترتبا على ذلك، يجوز إعمال القانون الأجنبي سواء تعلق الأمر بفصل مسائل تتعلق بالتحكيم أو بإجراءاته أو بالقرار التحكيمي بل إن أنصار هذا المذهب يذهبون بحكم التحكيم في إتفاق التحكيم سواء تم التحكيم داخل الدولة أم على إقليم دولة أجنبية.

دفعت هذه الشمولية لعمل الإرادة في التصور العقدي للتحكيم بأشهر أنصاره الفقيه Klein إلى القول بأن التحكيم في أطواره المختلفة إنما هو إجراء واحد قائم على إرادة الأطراف وأنه من الضروري إقامة نظام واحد وموحد للتحكيم حتى يمكن حل جميع مسائله وخصوصا مسائل النزاع في مجال التحكيم باعتماد قاعدة إسناد واحدة<sup>٧</sup> ويؤيده في مناه الفقيه أحمد السعيد الزرقد في دراسته القيمة حول طبيعة وأثر عقد

٥ راجع :

\* Jean Robert : Arbitrage civil et commercial droit interne et droit international , Dalloz 1967 , n. 410 , p. 493 et s. ;

\* Ballorde Pallieri : L'arbitrage privé dans les rapports internationaux , recueil des cours la Haye 1935 , p. 286 et s.

٦ راجع :

محمد نور عبد الهادي شحاته : الرقابة على أحكام المحكمين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٩٣ ، ص ٣٣ وما يليها.

٧ راجع :

F.E.Klein : Autonomie de la volonté et arbitrage , revue critique du droit international privé , 1958 , p. 255 et s. ;

التحكيم حيث إعتبر أنه " .. إذا كان عمل التحكيم له طبيعة خاصة، إلا أنه يقوم على عقد، يخضع لأحكام النظرية العامة للعقود في القانون المدني لذا لا نملك بداية سوى التعبير عن الدهشة لغياب فقه القانون المدني عن التحكيم برمته. فطبيعته التعاقدية واضحة في أطره وشروطه وإختيار المحكمين وتحديد إجراءات التحكيم. وإذا كان بعض الفقه قد ذهب إلى أن الأصل في التحكيم هو عمل المحكم، فإن رأيا آخر ذهب إلى أن عمل المحكم لا يخرج عن كونه تنفيذًا لعقد التحكيم... ويترتب على ذلك نتيجة مؤداها أن العقد يستغرق مرحلة التحكيم من البداية إلى النهاية.. ولا يستمد المحكم سلطته من القانون بل من إتفاق التحكيم.. وينعكس هذا الإتفاق على الحكم الصادر في هذا التحكيم بحيث يعتبر كأنه من عمل المتعاقدين أنفسهم وبذلك يستغرق عقد التحكيم عمل المحكمين من البداية إلى النهاية.."<sup>٨</sup> وتصديقًا لهذا المنهج يقتضي الإشارة بأن التحكيم لم يكن غائبًا تمامًا عن فقه القانون المدني بل إنه "... وإن كانت إجراءات التحكيم من مسائل المرافعات، فلا شك أن عقد التحكيم من موضوعات القانون المدني لأنه عقد كغيره من العقود يتفق بمقتضاه شخصان أو أكثر على إحالة نزاع نشأ بينهما أو ما ينشأ بينهما من نزاع في تنفيذ عقد معين على محكمين للفصل فيه بدلا من اللجوء إلى القضاء المختص وإذا حصل الإتفاق على التحكيم تبعا لعقد معين سمي شرط التحكيم.."<sup>٩</sup>

ثانيا - في النظرية التضائية للتحكيم.

ينطلق أصحاب هذا المذهب من طبيعة مهمة المحكم للقول بأن خصوصية الأساس المزدوج لها بين عقدي مباشر وقانوني غير مباشر لا تغير في أمر ولاية الحكم لدى المحكم شيئا فهو ينطق بحكم القانون وله كالقاضي سلطة الحكم. ويستند مؤيدو هذا المذهب إلى أن التحكيم تسيطر

٨ راجع :

أحمد سعيد الزرقد : عقد التحكيم، دراسة في طبيعته وأثره، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم في المنصورة، مصر، ٢٧ - ٢٨ مارس ٢٠٠٠.

٩ راجع :

محمد كامل مرسي باشا : شرح القانون المدني الجديد، العقود المسماة، الجزء الأول، المخصص للكفالة والوكالة والسمسرة والصلح والتحكيم والحراسة، الطبعة الثانية، المطبعة العالمية، القاهرة ١٩٥٢، ص ٥٤١ وما يليها.

عليه الطبيعة القضائية من حيث المهمة الموكلة إليه كما أن المشرع صاغه في كساء قضائي خاص فهو يتحدث عن نزاع litige وعن أطراف في النزاع parties وعن حكم تحكيمي jugement arbitral ويلزم المحكم بالقضاء juger وهو يسطر قواعد مرافعات تحكيمية مبدئياً مأخوذة من القانون العام للمرافعات ويتوج كل ذلك بإستعارة نظام النفاذ المعجل وبإعتماد نظام للطعن بالإستئناف وبالإلتماس<sup>١٠</sup>. فكل هذه المفاهيم والمصطلحات وما تحمله من مفاهيم قانونية إنما هي مصطلحات ومفاهيم إجرائية قضائية يرتكز عليها نظام الوظيفة القضائية. ومؤدى هذا التصور في النهاية، هو أن التحكيم ليس إلا شكلاً خاصاً لممارسة العدالة التي هي من وظائف الدولة وما دامت هذه الأخيرة قد رخصت للأطراف في اللجوء إلى التحكيم ووافقت على إيقاف نشاط مؤسساتها في ما إحتكموا فيه، فإن المحكم سيمارس وظيفة عامة هي الوظيفة القضائية وقراره يكون حكماً بالمفهوم القانوني للحكم القضائي.

ثالثاً - في النظرية الذاتية للتحكيم.

تمثل هذه النظرية إتجاهاً جديداً في تحديد طبيعة التحكيم ظهر في الفقه الحديث يستند أنصاره إلى فكرة مفادها أن التحكيم ما هو إلا ظاهرة تلقائية أو قائمة بذاتها على أساس نفعي وحضاري تقني. فتحديد الطبيعة القانونية للتحكيم لا يتيسر إلا إذا أخذنا بالإعتبار الهدف من التحكيم ومنفعته الواقعية. فهو نظام خاص بمجتمع التجار الذي يخلق قانونه الخاص وينشئ هيئاته الخاصة للفصل في المنازعات الناشئة بين التجار في مجتمع التجار وخارج مجتمع الدولة أو حتى في مجتمع ما بين الدول. وكما يعكس القانون الموضوعي للتجارة الدولية حاجيات التجارة في مجتمع

١٠ راجع :

- \* J.Rubellin-Devichi : Essai sur la nature de l'arbitrage , LGDJ , Paris 1965 , préface.
- \* V.E.Krings. L.Martray : Le juge et l'arbitre , revue critique de droit international et de droit comparé , 1982 , p. 222 et s.

رجال الأعمال ، فإن التحكيم يحقق بدوره غاية نفعية إقتضتها التجارة الدولية ويندرج ضمن التجارب البراغماتية لرجال الأعمال ولا يتعلق بالقانون وليس بالتالي ظاهرة قانونية. وهو نظام أصيل متحرر من العناصر التعاقدية ومن العناصر القضائية على السواء. فإتفاقية التحكيم عند أصحاب هذا المذهب لا تعد عقدا مدنيا على الإطلاق لأن أي عقد مدني مهما كانت خصوصيته لا يرتب آثارا إجرائية كما أنها لا تعد إتفاقا إجرائيا أي داخلا في مجال الإجراءات طالما أن التحكيم يخرج عن إختصاص قضاء الدولة. لكن هذا لا يعني أن التحكيم لا علاقة له مطلقا بالقانون والإجراءات وإنما يعني ذلك فقط أنه نظام تلقائي ذاتي فرضته على الأطراف مقتضيات التجارة لما يوفره من ضمانات السرية والسرعة ، أما إلتزام المحكمين بإتفاقية التحكيم وبحكم التحكيم يفسر بكونه ضروريا لأداء التجارة الدولية أداءا دقيقا. وبالرغم مما تعرضت من نقد لاذع ، إستهوت فكرة ذاتية التحكيم جانبا من الفقه الحديث الذي إنطلق من إستقراء حضاري وتاريخي لفكرة التحكيم ليسلم بوحده وإستقراره وإستقلالته عن العقد وعن القضاء معا وطبيعته الحضارية الإستثنائية العامة المستقلة المحايدة ، لكنه مع الإقرار بطابعه الإجرائي والعمومي ينزع عنه الطابع القضائي معتبرا أن الجمع بين وظيفة القضاء والمهمة التحكيمية باطلا وغير دستوري<sup>١١</sup>. فالتحكيم ليس بصناعة اليوم ولا صيغة من صيغ الإزدهار التجاري وإنما هو بكر من أبكار الحضارة في فجرها الأول ورمز من رموزها الدائمة عبر العصور وليس القضاء سليله وإنما التحكيم هو أصل مبدأ الغيرية والحيدة في المجال الإجرائي. كما أنه ليس من صنع القانون الموضوعي ولا من صنع أدواته الفنية وإنما الثابت أنه أسبق وجودا في القانون الموضوعي حتى في صيغته العرفية الأولى ويجد أساسه في فكرة الحضارة وهي فكرة إجرائية محضة. فضلا عن ذلك ، هو ليس إستثناء في

١١ راجع :

أحمد محمد حشيش : طبيعة المهمة التحكيمية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ٢٠٠٠ ، ص ٣٥٠ وما يليها.

فكرة القضاء بل هو استثناء على فكرة القضاء ، فلا التحكيم قضاء ولا التحكيم قضائي ، فلا تقاضي على درجتين ولا علنية ولا رسوم قضائية ولا إختصاص قضائي للمحكم لا يمين قضائية ولا أمر بالنفاذ المعجل ولا مخاصمة قضائية ولا نكران للعدالة ولا إحالة من القضاء للتحكيم أو من التحكيم للقضاء.

### الفقرة الثانية

" الإجماع " حول التحكيم التجاري الدولي كملاذ أمن للعدالة

ما أنبأ به فيلسوف اليونان قديما من أن "... أطراف النزاع يستطيعون تفضيل التحكيم عن القضاء لأن المحكم يرى " العدالة " بينما لا يعتد القاضي إلا بالتشريع..." بات يردده الفقه المعاصر الذي يرى في التحكيم التجاري وإتساع مجاله ردة فعل مضادة لحرفية قانون القضاء ورغبة جامعة لأطراف المنازعة في التخلص منه كي تحل منازعاتهم طبقا لمبادئ أكثر رحابة من تلك التي يتضمنها القانون الوضعي<sup>١١</sup>. وفي هذا السياق، لاحظ René David أن " التحكيم نشأ كأداة في بناء السلام والغرض منه كان الحفاظ على الوئام بين الأشخاص "<sup>١٢</sup> كما إعتبر Motulsky " أن قدم مؤسسة التحكيم وتطورها بينا أن وجود قضاء خاص كان حاجة مترسخة في الضمير الجماعي حتى أنها تدفع بالبعض للحديث عن حق طبيعي فهو خيار تمليه الثقة التي تفسر النفاذ التلقائي والطوعي للمحكم التحكيمي.. يتمثل في حكم منازعة من قبل خواص يختارهم مبدئيا خواص آخرون بموجب إتفاق.. "<sup>١٤</sup> وأيده في ذلك أحمد أبو الوفاء "... فالقانون الطبيعي

١٢ راجع :

\* Ch.Carabiber : L'évolution de l'arbitrage commercial international, recueil des cours, La Haye, 1960, p. 125 et s ;

\* R.David : Droit naturel et arbitrage, paris 1954, p. 20 et s..

١٣ راجع :

René David : Arbitration in International Trade, Kluwer, 1981, p.2.

١٤ راجع :

H.Motulsky : La nature de l'arbitrage, études et notes sur l'arbitrage, Dalloz, 1974, p. 14 et s : =

هو الذي فرض التحكيم على الإنسان، وفرضته عليه الطبيعة منذ الأزل وقبل إنشاء الدول. التحكيم إذن كان هو طريق العدل الأول للإنسان، يحقق بمقتضاه الأمن والسلام في المجتمع... " ١٥ " إلا أنه بحسب أستاذنا عبد الحميد الأحذب " .. لم يعد بإمكانه أن يقف مكتوف اليدين تجاه التحولات العميقة التي طاولت التجارة الدولية وما رافقها من تطور بالغ الأهمية وذلك منذ بداية القرن العشرين خاصة منذ الحرب العالمية الثانية. فاندفع نحو التكيف مع المعطيات الجديدة للتجارة الدولية ليؤمن للنزاعات الناشئة عنها الحلول المناسبة التي تحتاجها والمتسمة بمخاصية السرعة والضمانة والعدالة.. " ١٦ " والتي يحفظ التحكيم برأيه " ... كبرياءها لأنه إذا كان هناك عدالة الصراخ فإن في التحكيم عدالة الهمس والصلاة ويجب أن يمارس في أجواء السلام والتسامح والتفاهم لينجح في دوره الدولي كوسيلة بديلة عن الحرب والعنف.. " ١٧ " مؤكداً " ... على شروطه الثلاثة " .. الثقة، الثقة، الثقة.. فلا يأتي أحد إلى التحكيم إلا إذا كان التحكيم يوحى بالثقة والأمان والنزاهة والعلم. فهوليس سرعة فحسب بل هو ثقة. وليس ثقة فحسب بل أصبح على صعيد التجارة الدولية المحكمة التي فيها مفهوم العدالة عند كل

" ... L'ancienneté de cette institution et son développement montrent que l'existence d'une justice privée est ressentie comme un besoin pour la conscience collective. On est tenté de parler de droit naturel ... l'arbitrage constitue le jugement d'une contestation par des particuliers choisis, en principe, par d'autres particuliers au moyen d'une convention .... "

١٥ راجع :

أحمد أبو الوفاء : التحكيم الإختياري والإجباري، منشأة المعارف، الطبعة الخامسة، ١٩٨٨، ص ١٦ وما يليها

١٦ راجع :

عبد الحميد الأحذب : موسوعة التحكيم، مقدمة الطبعتين الأولى والثانية، الكتاب الأول، التحكيم في البلدان العربية، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٨، ص ٥.

١٧ راجع كلمة أستاذنا المحامي الدكتور عبد الحميد الأحذب في الجلسة الافتتاحية لمؤتمر تعديل قواعد تحكيم اليونسترال المنعقد في بيروت ٢٠١٠، مجلة التحكيم، ملحق العدد الثامن، تشرين الأول ٢٠١٠، ص ٦٢ وما يليها.

الأطراف... " ١٨ أما الحسين السالمي فيرى " ... أنه أيا كانت الملبسات التاريخية حول تطور مفهوم العدالة وأدوات تحقيقها، فإن الإشكال في الواقع الحالي للقانون لم يعد يتعلق بتواجد قضاءين يتقاسمان الوظيفة القضائية بقدر ما أصبح يتعلق بخصوصية كلا القضاءين وأثرهما على العلاقة بينهما وعلى علاقة كل منهما بعنصري الجدلية القانونية أي الواقع والقانون.. " ١٩ واصفا التحكيم .. بنظام ذي التزام عقلائي وبراغماتي نفعي لأنه يتوافق مع نزوع الأطراف إلى تهدئة نزاعاتهم والإستعاضة عن التحاكم الصدامي بالتوافق السلمي ومع مقتضيات العلاقات الاقتصادية الدولية ما جعل منه الأداة الفضلى لحل النزاعات.. " ٢٠ معتبرا أن " الثقة ما هي العامل الأول، لأن العامل الثاني والذي يمثل الضمانة الأهم في نجاح بل تفوق التحكيم يكمن في سلوك المحكم والذي بالتزامه الأمانة والمرونة ونزوعه إلى التوفيق على المستويين الإجرائي والموضوعي، نجد أنه يستصدر حكمه من الأفراد المحكمين سواء من خلال جمعهم على رأي مشترك يكتفي هو بتقريره أو من خلال جمعهم حول مركز يوفق بين مصالحهم ينطق هو برأيه ويستعيض فيه عن الحل الصدامي بالحل الوثامي.

وإذا كان مصطلح " التحكيم التجاري الدولي " لم يستعمل لأول مرة إلا في مؤتمر الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي الذي إنعقد في نيويورك عام ١٩٥٨ وإنتهى بالتوقيع على إتفاقية نيويورك المعروفة ثم من بعدها الإتفاقية الأوروبية لعام ١٩٦١، إلا أن إرهابات وجوده تتردد إلى عصور روما القديمة مع إتساع سلطة القاضي وظهور عدالة حسن النية حيث عرف الرومان التحكيم الإختياري كما نتصوره اليوم وإن لم يكن

---

١٨ راجع كلمة أستاذنا المحامي الدكتور عبد الحميد الأحديب في الجلسة الإفتتاحية لأعمال مؤتمر التحكيم العربي الأروبي المنعقد في بيروت ١٩٩٦، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد الثالث، سنة ١٩٩٦ ص ١٧.

١٩ راجع :

الحسين السالمي : التحكيم وقضاء الدولة، الطبعة الأولى، بيروت ٢٠٠٨، ص ٥٦ وما يليها.

٢٠ راجع :

الحسين السالمي : المرجع المذكور سابقا، ص ٢١٩ وما يليها.

لقرارات التحكيم في القانون الروماني القديم أية سلطة أوقوة تنفيذية. إذ لم يكن قرار التحكيم سوى "فكرة" أو "إقتراح" ليس له صفة الحكم. وكل ما كان يترتب على عدم التنفيذ هو ملاحقة الطرف الذي يمتنع عن تنفيذ قرار التحكيم بدعوى لدفع غرامة أو عقوبة مالية بمقتضى إشتراط في إتفاق التحكيم *Stipulation Poenae*. والحقيقة، أن التحكيم التجاري الدولي - رغم حداثة هذا المصطلح - قد إرتبط بالتجارة الدولية والتبادل التجاري بين الشعوب، وإزدهر بإزدهار هذه التجارة وأفل نجمه بأفولها. حيث كانت هذه التجارة هي الميدان الخصب للإثماء وتطوير قواعد التحكيم التجاري. فحيث إزدهرت التجارة الدولية في القرون الوسطى من خلال إقامة المعارض والأسواق لا سيما في ألمانيا وأسبانيا وهولندا وفرنسا، فضلا عن جمهوريات إيطاليا وظهور ما يسمى بقانون التجارة الدولية أو القانون التجاري الدولي *Lex Mercatoria* وهو قانون لم يتكون من عادات وأعراف تجار تابعين لدولة واحدة بعينها أو ورثوها عن أجدادهم وإنما كانت قواعده تجسيدا لأعراف وعادات التجار في المعارض والأسواق من جميع الدول<sup>٢١</sup>. وفي مرحلة تالية، لا سيما بداية القرن التاسع عشر وبداية التوحيد الجغرافي والسياسي وحركة التقنيات الوطنية، أفل نجم التحكيم التجاري الدولي حيث أدمجت أعراف التجار وعاداتهم في القوانين الداخلية وتميزت هذه الفترة بسيادة فكرة الوطنية وسيطرت النزعة "الشوفونية" فيما يتعلق بسلطات الدولة القضائية<sup>٢٢</sup>. أما في العصر الحاضر، فقد تغير الوضع وذلك نتيجة لزيادة معدل التجارة الدولية وإتساع سوقها لزيادة وسهولة المواصلات عبر القارات وإنتشار العقود

٢١ راجع :

- \* Y.Loussouarn , J.D.Berdin : *Droit du commerce international* , Paris 1979 , p. 18 et s ;
- \* Jean Robert : *Exposé introductif et général sur l'arbitrage* , *Annuaire de la faculté de Liège* , 1964 , p. 29 et s..

٢٢ راجع :

J.Rideau : *L'arbitrage international public et commercial* , Paris 1969 , p. 5 et s.



ذات الشكل النموذجي والهيئات والوكالات المتخصصة في التجارة الدولية والشركات ذات الطابع الدولي والشركات المتعددة الجنسيات. ولقد كان من نتيجة الاختلافات الإيديولوجية بين النظم الإجتماعية والإقتصادية لدول عالم اليوم، أن بدأت العلاقات التجارية الدولية بتعدد رويدا رويدا عن سيطرة قانون الدولة لتحكم أو تنظم بقواعد ذات منبع مهني وكذلك إنتشرت مراكز وهيئات التحكيم على المستويين الإقليمي والدولي<sup>٢٣</sup>. ونتيجة لذلك، أولت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي *Uncitral* والتي أنشئت بمقتضى القرار رقم ٢٢٠٥ الصادر عن دورة الإنعقاد الحادي والعشرين للجمعية العمومية للأمم المتحدة عام ١٩٦٦، إهتمامها بالتحكيم التجاري الدولي بنواحي عديدة تجلّى أبرزها بوضع قانون نموذجي للتحكيم التجاري الدولي عدل مؤخرا إعتنقه كثير من النظم وهيئات التحكيم، كما حظيت كل جزئية من جزئيات التحكيم التجاري الدولي بإهتمام ملحوظ من جانب سائر الهيئات والمؤسسات الأوروبية والإقليمية والعربية على نحو ما تفيد كثافة المؤتمرات ونوعية الدراسات وتمايز الإنجهاات القضائية ذات الصلة بما عزز ما زال تحقيق أهدافه المنشودة. بالتالي، تتأكد أصالة التحكيم كقضاء للتجارة الدولية من خلال واقع هذه التجارة من حيث مدى إذعان أطرافها للتحكيم التجاري وإستقلالية هذا النظام عن العقود التجارية الدولية التي تثار بمناسبتها المنازعات التي تطرح على التحكيم وتمتعه بقانون مستقل للإجراءات وصرورة قراراته مصدرا لقضاء المحكمين فضلا عن حجيتها فيما تقضي به<sup>٢٤</sup>.

٢٣ راجع :

P.Benjamin : Aperçu des institutions arbitrales de l'Europe de l'est qui exercent une activité dans le domaine de l'arbitrage commercial international , revue de l'arbitrage 1957 , p. 121 et s.

٢٤ راجع :

❖ محمود مصطفى يونس : المرجع في أصول التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٩، ص ١١ وما يليها.

❖ أبو زيد رضوان : قانون التجارة الدولية، مجلة الأمن والقانون، كاية شرطة دبي، السنة الأولى، العدد الأول، ص ٢٢٢ وما يليها.

## المطلب الثاني

" حتمية " توافق المحكّمين كضمانة ملازمة لفعالية التحكيم التجاري الدولي

الإرادة الفردية، في صورها الفني التقليدي كمنشئ للإلتزام ومعيار للتصرف القانوني، أوفي صورها التقني الحديث كأداة لتهدئة وتسوية النزاعات الدولية عبر الطرق الغير التنازعية أو عبر التحكيم كما عند المدرسة الذاتية، بل وحتى في صورها الفلسفي الإجتماعي كأساس للإلتزام القانوني في نظرية العقد الإجتماعي مثلا، لا تخرج عن الدور الكاشف للولاية الأصلية في المستويين الداخلي والدولي على السواء<sup>٢٥</sup>. فهي تعمل في تفويض من القانون كمنشئ للحقوق جميعها ومنها الحق الشخصي الذي تمثل الإرادة مصدره الرئيسي ضمن مصادر الإلتزام كما تعمل في الحدود التي يرسمها لها القانون من حيث صيغة التصرف وماديته. ولو طبقنا دور الإرادة على مؤسسة التحكيم سنلاحظ أنه لا يخرج عن دورها تجاه كل مؤسسة باعتبارها أداة يمكن للإرادة أن تحيل عليها أو تستعملها في إطار تصرف قانوني مركب. ويكفي دلالة على دورها المحوري، إعتبار علم التحكيم، بإجماع أمني منقطع النظير، " عالما من الحريات " المتجانسة والتعاونة في رسم مجمل ملامح المشهد التحكيمي بمختلف جزئياته، لا سيما أكثرها دقة وخطورة وأهمية، ونعني " الحرية " في إختيار الأشخاص الموجبين بمعالجة النزاعات المثارة بين الأطراف المتنازعة بموضوعية وحياد وإستقلالية وتجرد.

### الفقرة الأولى

" مرجعية " سلطان الإرادة في تكوين المشهد التحكيمي التجاري الدولي

من ثوابت علم القانون، أن لمطلق قاعدة قانونية معايير خاصة تبين مدى قدرتها على إنتاج الآثار القانونية المتوخاة ألا وهي الشكلية والفعالية والشرعية. وبحسب الفيلسوف البرازيلي Miguel Real، إذا كانت القاعدة شرعية إنما غير فعالة وغير قانونية فهي ليست لإقيمة أخلاقية قد

٢٥ راجع :

الحسين السالي : المرجع المذكور سابقا، ص ١٢٠ وما يليها.

تشكل مصدر وحي للمشرع والقاضي. وإذا كانت القاعدة قانونية إنما غير فعالة وغير شرعية فقد تصبح حتما مهجورة. وإذا كانت القاعدة فعالة إنما غير قانونية وغير شرعية فقد تكون قاعدة سلطة إحتلال. أما إذا كانت القاعدة قانونية فعالة إنما غير شرعية فقد تعتبر بطبيعة الحال قاعدة غير عادلة<sup>٢٦</sup>.

إنطلاقاً من تلك المسلمة التقليدية الثابتة، تعد "الإرادة" وسلطانها، بحقيقة مدلولها وإتساع آفاقها، وبإجماع مؤيدي التحكيم ومريديه، وعاء السيادة التحكيمية والأساس الصلب الذي يكسب دوماً المسار التحكيمي فعاليته وقوته وشرعيته في الشكل والمضمون. فهي وإن تعاونت مع إرادتي النظام القانوني الوضعي وهيئة التحكيم، إلا أن لها الفضل الأساس والدور المحوري في خلق التحكيم وبدونها لا يتصور له وجود أوكينونة. ويكفي دلالة على هذه الصلة العضوية، وصف Lazareff التحكيم بـ "... عملية توافقية حيث يكون خيار الأطراف مقيداً لجهة المخالفات، المحتملة للنظام العام الدولي أو المحلي.."<sup>٢٧</sup>، وقد أيدته في منحاه أعلام الفقه التحكيمي الدولي، نذكر منهم على سبيل المثال لا الحصر، Herbraud الذي وجد في التحكيم "... تكريساً خصوصياً للظاهرة العامة التي تجمع المؤسسة وحرية الإرادة.."<sup>٢٨</sup>، وLegendre

٢٦ راجع :

M.Reale : La situation de la théorie tridimensionnelle du droit , Archives de Philosophie du Droit , Le droit international , 1987 , p. 369 et s.

٢٧ راجع تعليق المحامي Serge Lazareff على حكم Jivraj المنشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد الحادي عشر، تموز ٢٠١١، ص ٧١ وما يليها

٢٨ راجع :

\* Pierre Herbraud : Rôle de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques , in Mélanges Jacques Maury , Péface G.Mary , Dalloz -Sirey , Université des sciences sociales de Toulouse 1960. T.2 , p. 419 et s.

\* Pierre Herbraud : La juridiction arbitrale et la notion de compétence compétence , RTDC civ.1962 , p.160. et s.

الذي شدد "...على دورها ( الإرادة ) الخلاق...." <sup>٢٩</sup> ، و Gaillard الذي وجد في صميم مادة التحكيم "... مفاهيم فلسفية كالإرادة والحرية.. فالأطراف أحرار في إختيار وسيلة خاصة لتسوية النزاعات وتفضيلها على القضاء الوطني، وفي إختيار شخص القاضي وفي إبتكار الإجراءات التي تبدولهم الأكثر ملاءمة كما أنهم أحرار في إختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق ولو كانت تلك القواعد مستقلة عن أي نظام قانوني وطني.. كما أن للحكّمين حرية في الفصل بمسألة إختصاصهم بالنظر في النزاع المعروض عليهم وتيسير إجراءات التحكيم وإختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في حال عدم إتفاق الأطراف.. " <sup>٣٠</sup> ، و Klein الذي إستند إلى القوة التنظيمية للإرادة الفردية معتبرا بذلك التحكيم "... إجراء واحد قائم على إرادة الأطراف... " <sup>٣١</sup> ، و Mayer الذي إعتبر "... أن أحدا لم يقدم على تعيين المحكم حارسا للنظام العام بل الأطراف.. " <sup>٣٢</sup> ، و Clay الذي إعتبر أن مدار مؤسسة التحكيم يكمن في "... إلتزام المحكم بمراعاة الواجبات التي يحملها عليه المركز الذي أسنده له الأطراف، بتبادل الرضى... " <sup>٣٣</sup> .

٢٩ راجع :

Pierre Legendre : Revisiter les fondations du droit civil , RTD civ , 1990 , p.642 et s

٣٠ راجع :

Emmanuel Gaillard: Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international , Martinus Nijhoff , Académie de Droit International de La Haye , 2008. p. 8 et s.

٣١ راجع :

F.E.Klein : Autonomie de la volonté et arbitrage , revue critique de droit international privé , 1958 , p. 255 et s.

٣٢ راجع :

P.Mayer : L'arbitre et la loi , Etudes offertes à Pierre Catala , le droit privé francais à la fin du 20 ème siècle , Litec , Paris 2001 , p. 225 et s.

٣٣ راجع :

Thomas Clay : l'arbitre , Dalloz. Paris 2001 , p. 340 et s.

## الفقرة الثانية

### ضوابط " سلطان الإرادة " في إختيار المحكمين

تقتضي حرية التحكيم المستندة إلى الحق في التحكيم، إقرار سلطان الإرادة التحكيمية في مختلف مظاهر ومراحل التحكيم من حرية إختيار الأطراف لنظام التحكيم حرا كان أو مؤسسيا، إلى حرية إختيار محكميهم، إلى حرية تحديد مكان ومدة وإجراءات التحكيم والقانون المنطبق في الأصل. إلا أن هذه الحرية على شموليتها ليست بمطلقة، فزيادة على الطابع شبه الفرضي للتحكيم في العلاقات الإقتصادية الدولية بخاصة، فإن خيار الأطراف أصبح محدودا إما في الإنخراط في نظام تحكيمي مؤسسي، وإن لم يكن كذلك ففي النظام الأفقي المشترك للشرعية التحكيمية الذي يسير ويحرك " مؤسسة " التحكيم، والتي يعد " المحكم " من أهم عناصرها ومحورها الأساس. فيقدر دقته ومهارته، تكون سلامة إجراءات التحكيم وصحة الحكم الصادر بل أن العملية التحكيمية برمتها تبقى مرهونة بشخصه.

أولا- " النظام القانوني التحكيمي " كمصدر أساسي لمبدأ " سلطان الإرادة " في إختيار المحكمين. إذا كان للمتازعين أن يختاروا تعاقديا المحكمين، فقد ترك المشع التحكيمي لهؤلاء الحرية في الإختيار على إعتبار أن المبدأ المهيمن في حق الإختيار هو الثقة التي يجب أن تربط بين المتازعين والمحكمين<sup>٣٤</sup>. وحرية التعاقد التي تتبعها حرية إختيار المحكمين مبرر أيضا

٣٤ راجع :

Jurisclassueur Proc. civil, Fasc 1005, n. 101 :

'.. sans doute, est-ce l'avantage majeur de l'arbitrage.. l'arbitrage est d'abord une relation de confiance entre les parties et l'arbitre. le droit de l'arbitrage protégé la liberté de choix des arbitres par les parties, en particulier en interdisant aux personnes morales d'arbitrer les litiges.. la jurisprudence reconnait comme un droit fondamental la liberté pour les parties de désigner les arbitres ...'

من الناحية الواقعية والعملية، فللمتازعين أن يختاروا المحكمين وفقا لإعتبارات عدة جميعها مصدرها الثقة منها على سبيل المثال لا الحصر الكفاءة القانونية أو الفنية أو الإنتماء لذات الفئة التي ينتمي إليها المتنازعان أو إمتلاك السلطة المعنوية أو الهيبة التي تبرر ثقة المتنازعين به.

إلا أن الحقيقة القائلة بأن المحكم " مختار " ليست بمطلقة، بل جزئية ونسبية، إذ تستند إلى مبدأ حرية التحكيم كأصل ثابت في مختلف مراحلها وبالتحديد من خلال نظام إتفاقية التحكيم الذي يشترط تعيين المحكم أو المحكمين إما مباشرة أو من خلال إعتقاد نظام للتعيين كالأحالة على مؤسسة تحكيم دائمة. لذلك يحمل هذا المسلم في داخله حدوده ما دام لا يتعلق إلا بالتحكيم الإختياري والحر أساسا. وفي التحكيم المؤسسي كما في خيار القاضي، يكون الإختيار غير مباشر من خلال نظام التحكيم وإن أبقى هذا النظام للأطراف حرية محدودة في إختيار المحكم كأصل عام. أما في التحكيم الإجباري الذي هو تحكيم بدون سند إتفاقي، فإن الإختيار يغيب أو يصبح محدودا جدا إذ عادة ما يسند إلى هيئات تحكيم تخضع إلى نظام مسبق الوضع يشارك في تكوينها في بعض القوانين قضاة حرفيون كأعضاء أو كرؤساء<sup>٣٥</sup>.

في الواقع، لا يكفي التمسك بمبدأ سلطان الإرادة والأصل التعاقدية، فهو لا يجيب عن التساؤل الأساس إنما يؤجله لأنه يترك السؤال المحوري المتصل بمصدر المبدأ وحيثياته. هذا التساؤل الأخير هو تحديدا التساؤل الذي تهدف إلى إجابته نظرية النظام القانوني التحكيمي " الذي ظهر في التسعينات بصورة غير محددة في الفقه الفرنسي بخاصة، مشيرا بذاته جدلية محتدمة ما زالت أصداؤها تتردد حتى اللحظة في المحافل التحكيمية الدولية بخاصة.

وفي هذا الصدد، يكشف إستقراء تطور تصور التحكيم وعلاقته بالوظيفة القضائية أن الفقه ذهب في تحديد المركز القانوني للمحكم مذهبين

٣٥ راجع :

الحسين السالي : المرجع المذكور سابقا، ص ٢١٨ وما يليها.

عُحوريين، المذهب الأول يعتمد قراءة إستقرائية تاريخية فلسفية كان نتائجها  
 تصورين مكملين لبعضهما تحت راية المدرسة الذاتية بفرعها الذاتية  
 الخالصة المعتمدة بما إستقر عليه التطور التاريخي لفكرة التحكيم من كونه  
 ضرورة براغماتية نفعية من ضرورات التجارة الدولية الخاصة بمجتمع  
 التجار ما جعل بعض الفقه يدرجها ضمن التجارب الذرائعية والذاتية  
 الحضارية وينتهي إلى إنكار إشتراك المحكم مع القاضي في الطبيعة وفي  
 الوظيفة بإعتبار التحكيم غير العقد وغير القضاء؛ إذ ما هو إلا تقنية  
 للحياد ذات طبيعة إجرائية فلا التحكيم قضاء ولا القضاء تحكيم. أما  
 المذهب الثاني، فيعتمد منهجا قانونيا تقينا هو منحج القياس إذ ينطلق من  
 مسلمة الطبيعة القضائية للوظيفة التحكيمية الذي أثبتته التصور القانوني  
 على المستويين الداخلي والدولي ثم يتخذ من القاضي أو من القضاء محكا  
 لتجربته في المقايسة بين نظام ولاية القاضي ونظام ولاية المحكم. هذا  
 التماشي الذي لم يغيب تماما في المدارس والمذاهب الأخرى، إذ كان  
 قاسما المشترك لكن بدرجات متفاوتة بينها كان خيارا منهجيا صريحا  
 وحاسما عند أول فقيه تصدى لإشكالية النظام القانوني الخاص للمحكم  
 في شبكة وخارطة العلاقات بين المتداخلين في النشاط التحكيمي وهو  
 Thomas Clay الذي كتب دراسته حول طبيعة المهمة التحكيمية وتحت  
 عنوان المنهج " كيف نحلل نظام المحكم تجاه نظام القاضي ؟"، منهجان  
 يبدوان مبرران مبدئيا منهج المماثلة *identification* والذي يقوم على  
 البحث داخل النظام القانوني للمحكم بما يماثله في نظام القاضي ويفترض  
 هرمية بين مؤسسة مثال وأخرى تابعة وهو ما لا يستقيم بين القاضي  
 والمحكم. أما الثاني، فهو منهج القياس أو التفكير بالمقايسة *analogie ou*  
*raisonnement* الذي رغم كون البعض يقول أنه لا يعطي سوى رؤية  
 منقوصة لنشاط المحكم يقدم في هذا الصدد الجواب الحقيقي الوحيد. إن  
 المتأمل في الإختلاف المنهجي بين النهج الإستقرائي الذاتي والنهج القانوني  
 الفني سواء اعتمد طريقة المماثلة أو بين القاضي والمحكم أو اعتمد طريقة  
 القياس القانوني يتبين أنه في حقيقته إختلاف ظاهري ويقوم على خطأ

منهجي في التصدي لمسألة الولاية عموما والولاية التحكيمية في الخصوص. فلقد كشف الإستقراء التاريخي لتطور تصور فكرة التحكيم، من جهة أولى، أنه كان دائما ينطلق من مدى إستقلالية رأي الغير المحايد في تقرير الحل الذي يعطيه للنزاع أو العارض القانوني من جهة مرجعية ذلك الرأي وحجيته على المستوى الموضوعي، بمعنى هل هي إرادة الأطراف فيكون رأي ذلك الغير مكملا لها أو معبرا عنها أو ميسرا لعملها أي "محكما مغشوشا" أم هي إرادة قانونية سلطانية وطنية أو دولية مستقلة عن إرادة الأطراف ينطلق بها الغير المحايد والمستقل هو القاضي أصلا فيكون ذلك الغير "محكما قاضيا" لا محكما مغشوشا، كل ذلك بناء على مسلم إحتكار قضاء الدولة للوظيفة القضائية وبعتماد القاضي ونظام القاضي كمييار أم كمييار<sup>٣٦</sup>. أما المنهج القانوني الفني فهو لئن عاب أصحاب نهج القياس على نهج المماثلة قيامه على البحث داخل النظام القانوني للمحكم على ما يماثله في نظام القاضي وإفترض هرمية بين مؤسسة مثال هي مؤسسة القضاء وأخرى تابعة هي مؤسسة التحكيم وهو ما لا يستقيم في نظرهم في علاقة القاضي بالمحكم، إذ يقيم مسبقا علاقة تبعية مفترضة بين التحكيم والقضاء لصالح هذا الأخير، فإنهم يصرحون بأن التفكير بالقياس رغم كونه في رأي البعض لا يعطي سوى رؤية منقوصة لنشاط المحكم يمكن في الرأي الغالب من إعطاء الجواب الحقيقي الوحيد لإشكالية المركز القانوني ومن ورائه النظام القانوني للمحكم الذي يرون مع ذلك أنه لم يستقر بعد حول جوانب كثيرة. أما داخل نفس المنهج القانوني، فإن الإختلاف بين المماثلة والقياس في مدلوله القانوني ليس بالأهمية التي يتصورها البعض إذ أنه يقوم على علاقة إختلاف / تشابه التقليدية حال أن الحقيقة المؤكدة أنه لا وجود لمردفات أو مشابهات مطلقة أو كاملة. وخلاصة القول بين المنهجين، أنه إذا كان التماثل هو الإختلاف في التشابه فإن القياس هو تشابه في الإختلاف. من جهة أخرى، هو خلاف راجع لخطأ منهجي، وقد

٣٦ راجع :

Thomas Clay : L'arbitre , Dalloz , Paris 2001 , p. 211 et s.



إنعكس هذا الخطأ المنهجي في ضبط العلاقة بين التأهيل والصفة وطبيعة الولاية ومناطها عند المقارنة بين ولاية القاضي وولاية المحكم فقد جعل من ولاية القاضي ولاية عامة ومفتوحة إذ أعطته إختصاصا مبدئيا بالنهوض بالوظيفة القضائية بإسم الدولة ولحسابها على وجه الإستمرار والدوام كصدي لذلك التأهيل الذاتي السيادي المؤسس على مسلم إحتكار الدولة الوظيفة القضائية، في حين جعلتها عند المحكم ولاية خصوصية ومحدودة بموضوع المهمة التحكيمية كصدي للتأهيل الموضوعي المفترض الإرادي النشأة والعقد الصياغة. لكن الواقع كشف من جهة أخرى أنه على مستوى التحكيم الدولي لئن لم يتغير المنشأ المباشر للتأهيل وهو الإرادة بل على عكس ذلك نجدته يترسخ بغياب سلطان الدولة حسب الفكر الحديث، فإن المعادلة تنعكس فيصبح التأهيل الموضوعي التحكيمي هو سبب تفضيل التحكيم على قضاء الدولة ومنشأ ولايته العامة والمفتوحة كمؤسسة بل مصدرا لسلطانه الدولي والحال أن التأهيل يفترض سلطانا منشأ له وليس هو المنشأ للسلطان.

وعليه، لا يصح إستخدام مصطلح النظام القانوني التحكيمي إلا بالإشارة إلى مفهوم شامل قادر على منح التحكيم بصورة مستقلة طابعه القانوني، فلا وجود لنظام قانوني في غياب نظام يملك مصادره الخاصة التي تميزه ولا وجود لنظام قانوني تحكيمي إذا كان هذا الأخير لا يتمتع بالإستقلال عن الأنظمة القانونية الوطنية.<sup>٣٧</sup>

ثانياً - مواصفات المحكم كشيود قانونية واتفاقية لإنتظام الإجراءات التحكيمية. من المسلمات الرئيسية المتفق عليها في علم التحكيم، أن أهمية وسلامة مؤسسة التحكيم لا تتوقف على ما قيل وسيقال حتما من سمات تتحلى بها مهما بلغت درجتها الإبداعية من جمالية لفظية وصور مجازية، إنما بدرجة كمال "محكم" مختار ولو على وجه نسبي وجزئي يقضي بحسب الحسين السالمي "... بسلطان وإن لم يكن سلطان دولة ما ومقيد في قضائه

٣٧ راجع :

إيمانويل غايار : المرجع المذكور سابقا، ص ٥٧ وما يليها.

بالقانون في وجهيه الإجرائي والموضوعي وإن هو كان لا يدين مسبقا للدولة ما أولقانون وطني ما.. " ٣٨ يجمي بحسب Klaus Peter Berger .. نظام التجارة الدولية.. " ٣٩، وينطق بحسب Jarrosson .. بما هو عادل.. في حين ينطق القاضي بما هو مطابق للقانون.. " ٤٠. في الواقع، تكاد جل المواقف التحكيمية الفقهية والقضائية تلتقي على بعض المزايا القانونية ( مثال الأهلية، التجرد، الموضوعية.. ) والإتفاقية ( مثال الذكورة، الجنسية، الإنتماء إلى مهنة معينة.. ) الواجب توفرها في شخصه لضمان حسن أدائه لمهمته على النحو المطلوب منه. فهو، أي المحكم، بحسب عبد الله درميش " .. ذاك المحرك الذي تدور به عجلة التحكيم، السائق الماهر الذي يحسن التبصر، ويملك سرعة البصيرة، أو الرنان الذي يجب أن يكون دائما يقظا متحليا بكثير من السلوكيات والأخلاقيات التي لا تكون مطلوبة في عموم الناس، وأن يختار بعناية فائقة.. " ٤١، تجتمع لديه بحسب الحسين السلمي " .. مقومات التأهيل والخيرية المحايدة التي تعطيه صلاحية إعلان إرادة مستقلة عن إرادة الخصوم تفرض عليه تنظيمًا خارجيًا للمراكز الخلافية بما له من ولاية للحكم تتجاوز حدود التنظيم الذاتي للمصالح من قبل الإرادة الفردية أي تتجاوز الفلسفة العقدية للتحكيم وتقيم نظاما لممارسة الوظيفة

٣٨ راجع :

الحسين السلمي : المرجع المذكور سابقا، ص ٣٣٠ وما يليها.

٣٩ راجع :

Klaus Peter Berger : International Economic Arbitration , Denver Bosten Kluwer , 1993 , p.692.

٤٠ راجع :

‘ L’arbitre dans la vision jusnaturalisme dirait ce qui est juste , non ce qui est conforme au droit ‘ in ‘ L’idéal de la justice n’autorise t – il pas hors du droit à recourir à l’arbitre ? ‘Conférence au laboratoire de théorie juridique de l’université Aix-Marseille 3, 1991.

٤١ راجع :

عبد الله درميش : المحكم، تعيينه حياده واستقلاله، مجلة التحكيم، ملحق العدد الثامن، تشرين الأول ٢٠١٠، ص ٦٧٣ وما يليها.

القضائية متميزا ومستقلا عن قضاء الدولة.. " ٤٢ ، وله بحسب ناصر الزيد " ... صفات فيها الإستقامة، النزاهة، الإستقلال، عفة اللسان، هدوء الفكر، تواضع العلماء، وهي صفات تلازمه في سلوكه الخاص وعمله التحكيمي. فالواجبات الأخلاقية للمحكم وإن لم تنص عليه القوانين تجد أساسها في ضمير المحكم وأخلاقه.. " ٤٣ ، تتجلى حياديته بحسب وائل طيارة " .. في شفافيته تجاه كل من طرفي الخصومة التحكيمية... " ٤٤ ، ويؤيده

٤٢ راجع :

الحسين السالمي : المرجع المذكور سابقا، ص ٦١ وما يليها.

٤٣ راجع :

ناصر الزيد : المحكم بين سندان الأخلاق ومطرقة القانون، مجلة التحكيم، العدد الخامس، كانون الثاني ٢٠١٠، ص ١٤٠ وما يليها.  
وكذلك راجع بذات المعنى :

- \* Hamid Al Andaloussi : Le choix des arbitres , revue libanaise de l'arbitrage interne et international , n3 ,1996 , p.9 et s : ' la notion de choix des arbitres implique deux questions intimement liées : qui choisir ? qui choisit ? ... l'Impartialité de l'arbitre ne doit pas être seulement objective mais culturelle dans la mesure ou elle ne doit pas privilégier le nationalisme juridique mais plutôt une ouverture d'esprit.. " .
- \* Geneviève Augendre : L'arbitrage dans la justice et le rôle de l'arbitre , revue libanaise de l'arbitrage interne et international , n.48 , 2008. p. 21 et s :
- " ... on choisit son arbitre en fonction de sa compétence , de sa spécificité dans un domaine déterminée , de son indépendance , de sa diligence en un mot de la confiance qu'on le fait.. " .
- \* Thomas Clays : Indépendance et impartialité de l'arbitre , rev arb 2004 p. 6 et s.
- \* E Minoli : Indépendance de l'arbitre , relations entre parties et arbitres , in " qualifications de l'arbitre international " symposium du comité français de l'arbitrage , Paris 1970 , rev arb 1970 , p.221.et s.

٤٤ راجع :

وائل طيارة : مدخل إلى المبادئ العامة في التحكيم، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد ٣١، بيروت ٢٠٠٤، ص ٧ وما يليها.

في منحاه إسماعيل الزياي الذي يرى " .. أن النزاهة والحيادة والموضوعية، هي في نهاية المطاف، ميزات شخصية تنتج من الضمير الشخصي للمحكم والقاضي وهي وإن كانت ثقافة شخصية فإنها أيضا ثقافة مجتمع: " ٤٥.

### المبحث الثاني

مدى مشروعية " القيد التوافقي الديني " في علم التحكيم

يكن تفوق التحكيم بالإجمال، كما سبقت الإشارة، في سلوك المحكم الذي يالتزامه الأمانة والمرونة وينزوجه إلى التوفيق على المستويين الإجرائي والموضوعي يستصدر حكمه من الأفراد المحتكمين سواء من خلال جمعهم على رأي مشترك يكتفي هو بتقريره أو من خلال جمعهم حول مركز يوفق بين مصالحهم ينطلق هو به برأيه ويستعيض فيه عن الحل الصدامي بالحل الوثامي، لذلك لا مبالغة بالقول أن مسألة حرية إختيار تعد بحق من أخطر وأدق مراحل المسار التحكيمي. إلا أن الإشكالية الجلل التي تربك الباحث في هذا السياق تكمن في معرفة ما إذا كان القيد الديني يجسد حقيقة الحرية بالمعنى المقصود للكلمة أو الفوضى في ممارسة الحرية والدعوة إليها وإستطرادا ما إذا كان يصح إطلاق الحرية من كل قيد باعتبارها " الحرية " أم من الأجدر ضبط حركتها وتوضيح حقيقة مدلولها

٤٥ راجع :

- إسماعيل الزياي : المفهوم المختلف لحيادة المحكم عن الحيادة الواجبة في القاضي، العدد الرابع، مجلة التحكيم، تشرين الأول ٢٠٠٩، ص ٤١ وما يليها.  
كذلك راجع بذات المعنى :
- ♦ محمد أمين الداوق : تعيين المحكم وحيادته وإستقلاله، مجلة التحكيم، ملحق العدد الثامن، تشرين الأول ٢٠١٠، ص ٦٥٥ وما يليها.
  - ♦ محمد عبد المجيد المهيري : تعيين المحكم وإستقلاله وحيادته ومسؤوليته، مجلة التحكيم، ملحق العدد الثامن، تشرين الأول ٢٠١٠، ص ٦٦٣ وما يليها.
  - ♦ معن بوصابر : تعيين المحكم وإستقلاله وحيادته، مجلة التحكيم، ملحق العدد الثامن، تشرين الأول ٢٠١٠، ص ٦٤٩ وما يليها.
  - ♦ سهيل عبود : تعيين المحكم وصفاته، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد السادس والخمسون، سنة ٢٠١٠، ص ٥٨ وما يليها.
  - ♦ جوزف شاوول : المحكم وموجب الإستقلالية والحياد، مجلة التحكيم العالمية، العدد العاشر، نيسان ٢٠١١، ص ٥٧ وما يليها.

وحدود مداها. نحاول في هذا البحث إستكشاف مدى مشروعية " القيد التوافقي الديني " في علم التحكيم ، بحيث نتطرق في ( المطلب الأول ) لخصوصية المجتمع القانوني الإسلامي في تحديد " الإلتئام الديني " للمحكم ، على أن نخصص ( المطلب الثاني ) لمنحى مقارنة جدوى " الإلتئام الديني " للمحكم لدى الإجتهد التحكيمي الدولي.

### المطلب الأول

خصوصية المجتمع القانوني الإسلامي في تحديد " الإلتئام الديني " للمحكم إن الفكر القانوني المتكون حول الشريعة الإسلامية فكر متعدد إن من حيث إتجاهاته أو مذهبها وهو إن كان موحدًا حول الأساسيات إلا أنه غير متشابه ومتماثل بما يتعلق بالجزئيات والفرعيات. وليس أدل على ذلك من أن مفهوم التحكيم تطور في الإسلام تبعًا لتطور الفقه الإسلامي تمشيًا مع المستجدات الزمنية وما رافقها من متغيرات في الظروف والحاجات الإجتماعية عملاً بالقاعدة الكلية القائلة "بتغير الأحكام تبعًا لتغير الأزمان" ، بحيث كانت أجوبة الفقه على المسائل المتعلقة بالتحكيم تتطور باستمرار لتلاءم وتلك الحاجات والمتغيرات ضمن إطار ما أباحته الشريعة الإسلامية وما حرمته من أمور<sup>٤١</sup>. إلا أن ما يسترعي الإلتباه في هذا السياق ، خروج التشريع في بعض الأقطار الإسلامية عن المنحى العام المعتمد لدى غالبية التشريعات العربية من ضرورة عدم التمييز في إختيار الحكّمين على غرار القانون النموذجي الصادر عن منظمة الأمم المتحدة ،

٤٦ راجع :

- ❖ غالب محمصاني : ميزات التحكيم المطلق ، المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون ، " التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون " ، معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية ، لبنان ٢٠٠٠ ، ص ٦٧ وما يليها.
- ❖ مداخلة أستاذنا المحامي الدكتور محمد نديم الجسر حول ورقة العمل المقدمة من قبل أستاذنا الدكتور فتحي والي لمؤتمر " التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون " ، بعنوان " تحكيم الشريعة الإسلامية في نظر القانون " ، معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية ، لبنان ٢٠٠٠ ، ص ٦٧ وما يليها.

مشترطا "الديانة الإسلامية" في شخص المحكم وبخاصة الأجنبي منه كونها مفترضة حكما لدى المحكم سعودي الجنسية .  
الفقرة الأولى

### الضوابط الشرعية العامة في اختيار المحكم

بظهور الإسلام تجدد الأخذ بالتحكيم لكن في ثوب جديد وبمضمون مختلف عما كان عليه قبل حيث أصبح يخضع لنظام مستقر ومتناسق وشامل يتناول مفهومه وأحكامه وأساسه ونظامه وشروطه ويجمعها جميعها تحكمها قواعد الشريعة الإسلامية ما يستوجب أن تكون في توافق معها.

أولا - التعريف بالتحكيم ودليل مشروعيته.

لغة، مصدر التحكيم "حَكَمَ" - بتشديد الكاف مع الفتح -

يقال حكمت فلانا في مالي تحكما وجاء بمعنى العلم والفقهاء والقضاء بالعدل ومنه الحكمة بمعنى وضع الشيء في محله، وإستحكم فلان في مال فلان إذا جاز فيه حكمه. وقد روي عن شمير عن أبي سعيد الضرير أنه قال في قوله إبراهيم النخعي "حكم اليتيم كما تحكم ولدك" معناه حكمه في ماله وملكه إذا صلح كما تحكم ولدك في ملكه. ومن التحكيم معنى وضع الشيء في محله. والحكم - بفتح الحاء والكاف - من أسماء الله تعالى. ويطلق على من يختار للفصل بين المتنازعين. أما المعنى الإصطلاحي للتحكيم عند الفقهاء هو المقصود شرعا بالتحكيم. وعبارات الفقهاء في جملتها لا تخرج عن المعنى اللغوي السابق بيانه<sup>٤٦</sup>. وجاء في الدر المختار أن التحكيم "هو توليه الخصمين حاكما يحكم بينهما وركنه اللفظ الدال عليه بعض قبول الآخر". ويقول المواريث أن التحكيم "هو أن يتخذ الخصمين رجل من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعا". وفي تبصرة الحكام لابن

٤٦ راجع :

خالد أمين مصطفى يوسف : التحكيم التجاري الدولي في ضوء قواعد الشريعة الإسلامية، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد الثامن والثلاثون، بيروت ٢٠٠٦، ص ٧ وما يليها.

فرحون" .. إن الخصمين إذا حكما بينهما رجل وإرتضياه لأن يحكم بينهما جاز..". وفي المعنى لإبن القدامة "إذا تحاكم الرجلين إلى رجل حكماه بينهما ورضياه وكان مما يصلح للقضاء فحكم بينهما جاز". وقد عرفتة مجلة الأحكام العدلية في مادتها ١٧٩ بالآتي: "التحكيم عبارة عن إتخاذ الخصمين حاكما برضاهما لفصل خصومتها ودعواهما، ويقال لمن إرتضى به الطرفان الحكم". وقد عرفه الشيخ مصطفى الزرقاج بأنه "عقد بين طرفين متنازعين يَخْتَلِآن فِيهِ برضاهما شخصاً آخر حكماً بينهما للفصل في خصومتها". وقد عرف قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي التحكيم بأنه "إتفاق بين طرفي خصومة معينة على تولية من يفصل في منازعة بينهما بحكم ملزم يطبق الشريعة الإسلامية. وبالإجمال، وتأسيساً على عبارات الفقهاء، وإن اختلفت بعض ألفاظها فإنها متحدة في المعنى والمضمون في إعتبار التحكيم تولية وتقليد من طرفي الخصومة لطرف ثالث يفصل فيما تنازعا، فهو عقد كعقد تولية القاضي منصب القضاء، إلا أن عقد القضاء يجب أن يصدر من صاحب صفة خاصة وهو الإمام أو نائبه بإعتباره وكيلاً عن الأمة ومنوطاً به حراسة الدين وسياسة الدنيا. أما تولية الحكم فلا يجب أن تتوفر فيما يوليه مثل تلك الصفة بمعنى أنه يصح أن يقع التحكيم من أحاد الناس أو ممن له صفة خاصة كالإمام<sup>٤٧</sup>.

من جهة أخرى، أجاز التحكيم شرعاً من القرآن الحكيم والسنة النبوية وعمل الصحابة وهي مصادر التشريع الإسلامي الرئيسية الثلاثة. قال الله تعالى في سورة المائدة، الآية ٤٢ "فإن جاؤوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم أو إن حكمت فاحكم بينهم بالقسط". كما قال الله تعالى، في سورة المائدة، الآية ٤٣ "وكيف يحكمونك وعندهم التوراة فيها حكم الله ثم يتولون من بعد ذلك وما أولئك بالمؤمنين". كما قال الله تعالى في سورة النساء، الآية ٤٩ "وإن أحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم"، كما ورد في سورة النساء، الآية ٥٠ "أفحكم الجاهلية يبغون ومن

٤٧ راجع :

خالد أمين مصطفى يوسف : المرجع المذكور سابقاً، ص ٨ وما يليها.

أحسن من الله حكما لقوم يوقنون". وورد كذلك في سورة النساء، الآية ٣٥ "وإن خفتن شقاقا بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدان إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا". ومن الذين مارسوا التحكيم في الجاهلية ثم عاصر الرسول عليه الصلاة والسلام هاني بن يزيد وكان يكنى أبا الحكم فقال له النبي صلى الله عليه وسلم "لما يكنيك هؤلاء أبا الحكم؟"، وفي الرواية "أن الله هو الحكم فلم تكني أبا الحكم"، فقال "لأنه إذا كان بينهم أمر تشاجر أتوني فحكمت بينهم" أو قال "إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فرضى كلا الطرفين"، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم "ما أحسن هذا. فما لك من ولد؟"، فقلت "نعم"، فقال "فأيهما أكبر؟"، قلت "شريح"، قال صلى الله عليه وسلم "أنت أبو شريح" ودعا له ولولده. وطالما أن الرسول صلى الله عليه وسلم أجاز أبا شريح على أن يكون محكما فمعنى ذلك أنه أجاز الإتفاق على التحكيم وبذلك تتأكد مشروعية التحكيم بالمصدر الثاني من مصادر التشريع الإسلامي ألا وهي السنة المطهرة. ومن عمل الصحابة رضي الله عنهم، أن تحاكم عمر إعرابيا إلى شريح قبل أن يوليه وتحكاما عمر وطلحة إلى جبير بن مطعم ولم يكونوا قضاة. وعن علي رضي الله عنه حين خاصم اليهودي في درع وجدها في يده فادعى أنها كانت لرجل من الأنصار، يعني طلحة على ما قيل، فتخاصما إلى شريح<sup>٤٨</sup>.

**ثانياً شروط المحكم من منظور إسلامي.**

لقد جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية أن الشرط في طرفي التحكيم الأهلية الصحيحة للتعاقد التي قوامها العقد إذ بدونها لا يصح العقد. وطرفي التحكيم هما الخصمان اللذان إتفقا على حل النزاع بينهما عن طريقه وقد يكون الخصمين إثنين أو أكثر من ذلك. ولا يجوز للوكيل عن الشخص إبرام عقد التحكيم نيابة عن موكله إلا بإذن صريح من الموكل.

٤٨ راجع :

محمد بن جميل أقيق : التحكيم في الشريعة الإسلامية، مجلة التحكيم العالمية، العدد السادس عشر، بيروت ٢٠١٢، ص ١٣٦ وما يليها.



وكذلك الصغير المأذون له في التجارة من غير إذن وليه ولا من الولي والوصي والمحجور عليه في الإفلاس إذا كان ذلك يضر بالقاصر أو بالغرماء. والشرط من جهة المحكم، صلاحيته للقضاء باتفاق المذاهب الأربعة مع بعض الإختلافات حول الشروط اللازمة لتولية القاضي. وفي هذا الصدد، قال النووي " أن الرجوع في ذلك إلى حكم مسلم، عادل، صالح للحكم"، كما قال ابن قدامة في المغنى " إذا تحاكم رجلان إلى رجل حكما بينهما ورضيا كان ممن يصلح للقضاء فحكم بينهما جاز ذلك ونفذ حكمه عليهم"، وبهذا قال أبو حنيفة. وفي شرح فتح القدير " صفات المحكم أهليته للقضاء بأهلية الشهادة فمن ليس فيه ذلك لا يقلد حاكما ولا يحكما، ويشترط أن يكون أهلا للحكم وقت التحكيم ووقت الحكم" بمعنى أنه إذا زالت أهليته أثناء التحكيم زالت عنه صفة المحكم ولا يجوز له متابعة النظر في التحكيم. وفي الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، تحت عنوان شرح صحة المحكم " العدالة، فلا يصح حكم غير عادل سواء حكم بطلاق أو بقاء أو بمال، وغير العدل هو صبي أو مجنون أو فاسق" وهذا يعني عدم جواز تحكيم من لم يبلغ سن الرشد أو فاقد العقل أو فاقد الأهلية للفسق، وهذا يعني أيضا لزوم التحري عن شخص المحكم وأن يكون من ذوي السمعة الحسنة والأخلاق الفاضلة. والجهل والعلم هما نسيان والعلماء يقصدون بالعلم العلوم الشرعية والفقهاء. وفي الوقت الحاضر، فإن الأساس لتولية القضاء أن يكون الشخص حائزا إجازة في الشريعة والقانون أو في أحدهما. ولأن التحكيم قضاء خاص كان يقتضي أن يكون المحكم ممن لديه الأساس العلمي الشرعي والقانوني. وإذا إتفق الطرفان على محكم من غير هؤلاء مهندس أو طبيب أو رجل أعمال مثلا كان عليه أن يشار أهل القانون والشرع في عمله. وفي حاشية رد المحتار لابن عابدين وشرطه من جهة المحكم " صلاحيته للقضاء"، وفي شرح المجلة لعلي حيدر وسليم باز، يشترط أن يكون المحكم " أهلا للشهادة يوم توليه ويوم الحكم ومن ثم لو حكما صبيا فحكم بعد بلوغه لا يتخذ حكمه". ويتضح مما تقدم، أن الجمهور يشترط

في المحكم صلاحه للقضاء ويكتفي البعض على أن يكون ممن يصلح للشهادة كما يتضح أن كافة الفقهاء أجمعوا على لزوم أن يكون المحكم مسلماً إذا إختير أن يكون حكماً بين مسلمين أو كان أحدهما مسلماً. وقال الأحناف أما إذا كانا غير مسلمين فلا يشترط إسلام المحكم وعلّة ذلك أن غير المسلم أهل للشهادة بين غير المسلمين، فيكون تراضي الخصمين عليه كتولية السلطان عليه. ومعلوم أن ولاية غير المسلم المحكم بين غير المسلمين صحيحة وكذلك التحكيم<sup>٤٩</sup>.

### الفقرة الثانية

"الديانة الإسلامية" كقيد لإختيار المحكم لدى بعض النظم القانونية الإسلامية يفيد الإستقراء التاريخي التحكيمي، أن فلسفة التحكيم وتقنيته الإجرائية لم تكن بأية حالة من الأحوال غريبة عن البيئة القانونية الإسلامية بل متأصلة متجذرة في صلب العقيدة الإسلامية بمصادرها المتنوعة التي شكلت وما زالت إطاراً سمردياً لتلاقي المجتمعات العربية والإسلامية ثقافياً وسياسياً وقانونياً ونقوياً.

ورغم الحيز الملفت، القديم - المستجد، للتشابه وشبه الوحدة في كثير من جوانب القوانين الوضعية العربية النازمة للمسار التحكيمي لفعل التأثير القوي بالتشريعات والإتجاهات الغربية بخاصة، تبقى بعض الخصوصيات الملفتة والمستغربة - إن صح التعبير - في بعض جوانبها، يتقدمها إشتراط "الديانة الإسلامية" لإختيار المحكم لدى بعض النظم القانونية الإسلامية التي تعد وبحق نماذج يحتذى بها.

أولاً - "طائفة" المحكم في النظام القانوني السعودي.

لقد عرفت المملكة العربية السعودية "التحكيم" منذ نشأتها من واقع أعمالها الكامل والمطلق للشريعة الإسلامية المستمدة من الكتاب

٤٩ راجع :

- ♦ محمد بن جميل أقيق : التحكيم في الشريعة الإسلامية، مجلة التحكيم العالية، العدد السادس عشر، بيروت ٢٠١٢، ص ١٣٦ وما يليها.
- ♦ عبد الحميد الأحمد : التحكيم بالصلح في الشرع الإسلامي، المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون، "التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون"، معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية، لبنان ٢٠٠٠، ص ١٣١ وما يليها.

الكريم والسنة الشريفة كأصل عام، ولكن لم يكن ينظر إليه - أي التحكيم - بإرتياح لأن هيئة التحكيم لم تكن تدرج في محاكم الدولة الشرعية والتجارية التي تتمتع بمهابة في نفوس الناس باعتبارها تطبق قواعد الشريعة السمحاء.

نتيجة لذلك، وحرصا من المملكة على التطوير القانوني والنظامي، ونحت ضغط الحاجة الاقتصادية الإستثمارية بخاصة، عمدت إلى تضمين أنظمتها التحكيم إنطلاقا من مشروعيته في الإسلام، وكان أول نظام يتضمنه هو نظام المحكمة التجارية الصادر بالأمر العالي رقم ٣٢ تاريخ ١٥ / ٥ / ١٣٥٠ هـ ( عام ١٩٣٠ ) والذي عدل لاحقا بصدر نظام متكامل للتحكيم بالمرسوم الملكي تاريخ ١٢ / ٧ / ١٤٠٣ هـ ( عام ١٩٨٢ ). إلا أنه لم ينل إستحسان الحقوقيين لعدة أسباب أبرزها الإقتضاب والرقابة القضائية على جميع مراحل التحكيم، إن أن الجهة القضائية المختصة أصلا بنظر النزاع هي التي توافق على وثيقة التحكيم وتشرف على تطبيق الإجراءات وخاصة فيما يتعلق بمدة التحكيم وتقيدها وإصدار الإجراءات التحفظية والقرارات المؤقتة بطلب من هيئة التحكيم وهي التي توافق على قرار التحكيم أو تعدله أو تلغيه بحيث لا يعتبر قرار التحكيم نهائيا وملزما واجب النفاذ إلا بعد موافقة الجهة القضائية المختصة عليه. كما أخذ على هذا النظام إخضاع قرار التحكيم لموافقة الجهة المختصة أصلا بنظر النزاع وهي محكمة الدرجة الأولى، فيجد أطراف الخصومة أنفسهم وقد خضعوا لإجراءات التقاضي بما تتطلبه من الوقت والجهد وكأن قرار التحكيم كان مجرد رأي صادر عن مساعدين قضائيين<sup>٥٥</sup>.

٥٥ راجع :

❖ محمد الهوشان : نظام التحكيم السعودي الجديد، مجلة التحكيم العالمية، العدد السادس عشر، بيروت ٢٠١٢، ص ٨٥ وما يليها.

❖ صلاح الحجيلان : نظام التحكيم السعودي الجديد، مجلة التحكيم العالمية، العدد السادس عشر، بيروت ٢٠١٢، ص ٢٣ وما يليها.

\* Abdul Hamid Abdab : L'arbitrage en Arabie Saoudite , revue de l' arbitrage , 1981 , p. 239 et s.

وتاريخ ٨ / ٩ / ١٤٠٥ هـ (عام ١٩٨٥) صدرت لائحته التنفيذية ونشرت في الجريدة الرسمية بعد عشر سنوات وقد اشترطت في المادة الثالثة من الباب الأول منها أن يكون المحكم "... من الوطنيين أو الأجانب المسلمين من أصحاب المهن الحرة أو غيرهم ويجوز أن يكون من بين موظفي الدولة بعد موافقة الجهة التي يتبعها الموظف، وعند تعدد المحكمين يكون رئيسهم على دراية بالقواعد الشرعية والأنظمة التجارية والعرف والتقاليد السارية في المملكة".

إزاء هذا الواقع القانوني السليم، صدر بقرار مجلس الوزراء رقم ١٥٦ تاريخ ١٧ / ٥ / ١٤٣٣ هـ (عام ٢٠١٢) المتوج بالمرسوم الملكي رقم م / ٣٤ تاريخ ٢٤ / ٥ / ١٤٣٣ هـ نظام جديد للتحكيم مختلف كلية عن النظام المعمول به سابقا حل محله بموجب المادة ٥٧ منه التي نصت على أن "يحل هذا النظام محل نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / ٤٦ تاريخ ١٢ / ٧ / ١٤٠٣ هـ". لقد وضع النظام الجديد شروطا للمحكم لحظتها المادة ١٤ منه التي نصت على أن يشترط في المحكم ما يأتي:

١ - أن يكون كامل الأهلية. ٢ - حسن السيرة والسلوك. ٣ - أن يكون حاصلًا على الأقل على شهادة جامعية في العلوم الشرعية أو النظامية، وإذا كانت هيئة التحكيم مكونة من أكثر من محكم فيكتفي توافر هذا الشرط في رئيسها".

رغم صراحة هذه المادة، إلا أن الأخذ بالديانة الإسلامية كشرط لتولي المحكم المهمة التحكيمية ما زال من المبادئ الثابتة المعتمدة إنسجاما مع ما لحظته المادة الثانية من النظام ينصها على تحفظ مفاده "مع عدم الإخلال بأحكام الشريعة الإسلامية...". وما قد يزيد من تعسير الأمور، كون هذا الشرط ينطبق على التحكيم الأجنبي والداخلي فهناك نزاعات تحكيمية لا تتطلب دراية بالتشريع الإسلامي بقدر ما هي نزاعات تقنية. كما أن الدراية بالتشريع الإسلامي تبقى مجرد قرينة في الأشخاص المسلمين ويمكن أن تتوفر الدراية في أشخاص من جنسيات أخرى. ويمكن أن يبرز

عديد من الإشكاليات على هذا المستوى، فإن كان النزاع مثلاً متعلقاً وما ساء بعدد من الأنظمة القانونية وأطرافه من عديد الدول بما فيهم المملكة العربية السعودية، أفلا يمكن للمحكم ألا يكون عالماً بالدين الإسلامي في هكذا حالات. وهذا السياق، يرى بعض الفقهاء أن هذا الشرط وإن كان لازماً في التحكيم السعودي البحث إلا أنه لا ينطبق لزوماً على التحكيم الدولي وتبرير ذلك بنظره "مبدأ الضرورة" الذي يبيح في التشريع الإسلامي الاستثناءات<sup>٥١</sup>.

ثانياً - "طائفة" المحكم في النظام القانوني الكويتي.

لقد نظم المشرع الكويتي التحكيم لأول مرة في قانون المرافعات رقم ٦ لعام ١٩٦٠، وأجريت بعده التعديلات التي كانت لازمة لتطويره وكان أهمها القانون رقم ٣ لعام ١٩٧١ الذي أضاف المادة ٢٦٤ مكرراً من قانون المرافعات، وعاد المشرع الكويتي إلى تنظيم التحكيم بشكل كامل مرة أخرى في قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم بالقانون رقم ٣٨ لعام ١٩٨٠، وقد لحقت هذا القانون تعديلات عديدة. جاءت أحكام التحكيم في الباب الثاني عشر من قانون المرافعات من المادة ١٧٣ إلى المادة ١٨٨ منه، أي أنه نظمه بـ ١٦ مادة. في عام ١٩٩٥، عمد المشرع الكويتي إلى إصدار قانون خاص هو القانون رقم ١١ لعام ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي المنصوص عنه في المادة ١٧٧ من قانون المرافعات، مع إلغاء حكمها، لإنهاء سبب وجودها بعد أن نظم موضوعها كاملاً بقانون خاص صدر من أجل ذلك (القانون رقم ٢٢ لعام ١٩٩٥).

وبالإجمال، يتميز نظام التحكيم في الكويت بعدة خصائص أبرزها إحترام دور الإرادة الخاصة في التحكيم من جهة أولى، فالتحكيم العادي، يغلب عليه سيطرة مبدأ سلطان الإرادة في كيفية اللجوء إلى التحكيم وتحديد القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع أما التحكيم

٥١ راجع :

محمود أنيس بالطيب : المحكم في التشريعات العربية، مجلة التحكيم العالمية، العدد الثامن عشر، بيروت ٢٠١٣، ص ١٥٦ وما يليها.

القضائي المختلط، فقد منح للإرادة الحق في اللجوء إليه وفي إختيار المحكم وتحديد أتعابه، وتحديد بعض إجراءات التحكيم التي ينظمها قانون التحكيم القضائي، والطابع الفني المتميز من جهة ثانية، إذ يؤدي التحكيم الإختياري في دولة الكويت إلى إختيار محكمين متخصصين في موضوع النزاع (إلى إختيار فنيين) سواء في التحكيم العادي أو في إختيار المحكم العادي في التحكيم القضائي - ينال ثقة الخصوم ويكون على دراية تامة بفنية النزاع مما يوفر الوقت والجهد ويجعل اللجوء إلى الخبير عديم الفائدة كما يؤدي إلى حسم النزاع نظرا لمعرفة المحكم المختار لطبيعة النزاع ودقائقه بطريقة تؤدي إلى إستمرار العلاقة الإقتصادية والإجتماعية بين الخصوم وذلك لأنه يؤدي بدوره أيضا إلى المحافظة على سرية النزاع<sup>٥٢</sup>.

لناحية إختيار المحكم والشروط الملازمة لشخصه، فقد أتت المادة ١٧٤ واضحة في دلالاتها بنصها على أنه " لا يجوز أن يكون المحكم قاصرا أو محجوا عليه أو محروما من حقوقه المدنية، بسبب عقوبة جنائية أو مفسا لم يرد إليه إعتبره". ويتضح من هذا النص، انه وإن كان المحكمون أحرار في إختيار المحكم أو المحكمين من حيث المبدأ إلا أن المشرع قد ذكر الحالات التي لا يصح أن يكون الشخص فيها محكما، ويعني أن كل شخص يصلح أن يكون محكما طالما لم توجد فيه حالة من الحالات التي ذكرها النص. وتطبيق ذلك، أنه متى كان المحكم شخصا طبيعيا، فلا يهم جنسيته ولا ديانتة لأن القانون لم يشترط الجنسية الكويتية والديانة الإسلامية في شخص المحكم. رغم صراحة النص، يميل إتجاه غالب على ما يبدو إلى عدم جواز تولي غير المسلم التحكيم في المنزعات التي تسود أقله بين المسلمين وإذا كان غير المسلم لديه خبرة في مسألة فنية معينة فإنه يمكن الإستعانة به كخبير بحيث يكون رأيه إستشاري غير ملزم، وسنده في ذلك المادة الثانية من الدستور من جهة أولى التي تنص على أن "دين الدولة

٥٢ راجع :

عزمي عبد التفاح عطية : قانون التحكيم الكويتي ، الطبعة الثانية ، مؤسسة دار الكتب ، الكويت ٢٠١٢ ، ص ٢٠٠ وما يليها.

الإسلام والشريعة الإسلامية مصدر رئيس للتشريع.."، وقانون تنظيم القضاء رقم ٢٣ لعام ١٩٩٠ من جهة ثانية التي نصت المادة ١٩ منه على أن يشترط فيمن يتولى القضاء أن يكون مسلحاً<sup>٥٣</sup>.

### المطلب الثاني

تباين مقارنة جدوى "الإلتزام الديني للمحكّم" لدى الإجتهااد

### التحكيمي الدولي

لا خلاف على أن البند التحكيمي ليس ببند عادي من بنود العقد بل هو بند إستثنائي بإمتمياز معقد مركب مليء بالمخاطر والمزالق يبحر في الفلك العابر للدول ناظماً بدقة متناهية - من حيث المبدأ - مسار فض المنازعات المتولدة عن العقد مثيراً في كل جزئية من جزئياته الفضول والعديد من الإشكاليات التي شغلت - وما زالت - بال ثالوث المنظومة التجارية الدولية ونعني الفقه والقضاء والإتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف. إلا أن الإشكالية المركبة المثارة في هذا الصدد، تكمن في تقييم ملامسة البند لحرية من مجموعة حريات عالم التحكيم كما هو الحال مع القضيتين الأميركية والإنكليزية المشار إليهما لاحقاً، الذين تجاوزا برأينا الخطوط الحمراء لما يثيرانه من تساؤلات وهو اجس خطرة مما يستدعي قدر كبير من الهدوء والحذر والدقة والتهيب في العرض والتحليل والنقد والتصويب والإجابة، لعل من أهمها معرفة ما إذا كانتا بأبعادهما ودلالاتهما الحقيقيتين أقرب لمعادلة "ما يجب أن تكون عليه الحرية أولاً تكون" من معادلة "إما أن تكون الحرية أولاً تكون"، وإستطرادا، ما إذا كانتا تشوهان فعلاً الحرية حين تمارس بغير مقصدها فينسحب أثرها السلبي على ممارستها وميدان ممارستها.

### الفقرة الأولى

الزلزلة الإنكليزية التحكيمية في قضية جيفراج Jivraj الشهيرة في عصر العولمة بمعناها الشمولي الواسع، صدر من بلاد ملأت الدنيا بالدعوة للحرية والعدالة والمساواة وإحترام حقوق الإنسان قرارين

٥٣ راجع :

أحمد، مليجي : قواعد التحكيم في القانون الكويتي، الطبعة الأولى، دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت ١٩٩٦، ص ١٢٧ وما يليها.

في قضية " Jivraj " الشهيرة<sup>٥٤</sup> جديرين بالإهتمام ليس لأن الغارق فيهما سيوافق أو سيرفض كل ما جاء فيهما بل لأنهما يثيران الإنفعال بالرضى تارة والتعجب طورا تماما كالزهرة التي يصيبك بهاؤها ويقتلك عبيرها..  
لناحية وقائع القضية، فتلخص أنه عام ١٩٨١، أبرم كل من السيد صدر الدين هشواني والسيد نور الدين جيفراج إتفاقية تعاون مشترك للإستثمار في المجال العقاري في مختلف أنحاء العالم وخاصة كندا ومن بعدها في مكان آخر. وقد نص البند الثامن من العقد في هذا الإطار على ما يلي :

" ( ١ ) إذا نشأ في ما بعد أي نزاع أو خلاف وفي أي وقت كان بين المستثمرين في ما يتعلق بتفسير هذا العقد أو بالنسبة إلى ما هو وارد في هذا العقد أو ناشئ عن هذا العقد أو بكل ما يتعلق بحقوق ومسؤوليات وواجبات المستثمرين أو أي واحد منهم أو ناشئ ( دون الحصر ) عن أعمال أو أنشطة التعاون المشترك المتفق عليها بالطريقة نفسها يحال إلى ثلاثة محكمين ( يقومون بمهمتهم بالأغلبية ) يعين كل طرف محكما واحدا على أن يكون المحكم الثالث رئيس المجلس الوطني للمملكة المتحدة في مؤسسة آغا خان في الوقت الحاضر. يجب أن يكون المحكمون من بين الأعضاء الذين يسمون بالإحترام في الطائفة الإسماعيلية ومن أصحاب المناصب العليا في الطائفة..... "

في العام ١٩٨٨ قرر الأطراف إنهاء عقد التعاون المشترك الموقع بينهم. عين الأطراف ثلاثة أعضاء من الطائفة الإسماعيلية كهيئة توفيق

٥٤ راجع حكم محكمة الإستئناف، الدائرة المدنية، قضية رقم 1963/2009/2A، محاكم العدل الملكية ستراند، لندن، WC2A 2LL - تاريخ ٢٢ يونيو ٢٠١٠، والمنشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد الحادي عشر، تموز ٢٠١١، ص ١٨ وما يليها. كذلك راجع حكم محكمة الملكة المتحدة العليا، قضية رقم UKSC2010/0158 الصادر بتاريخ ٢٧ يوليو ٢٠١١ والمنشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد الثاني عشر، تشرين الأول ٢٠١١، ص ١٣ وما يليها.  
كذلك لمزيد من التفصيل :

محمود محمود المغربي : من " Jivraj " إلى " Rebmann " إجتهاد " يحيى " التحكيم أم " يقتله "، مجلة التحكيم العالمية، العدد الثالث عشر، بيروت ٢٠١٢.



لمساعدتهم في تقاسم الأصول غير أن بعض المسائل بقيت عالقة، كما أن محاولة حل خلافاتهم المتبقية عن طريق تحكيم خاص باءت بالفشل. علق الأمر حتى شهر يوليو ٢٠٠٨ حين قدم محامون يمثلون السيد هشواني دعوى في وجه السيد جيفراج بقيمة ١٤١٢٤٩٤ باوند (جنيه إسترليني) إضافة إلى الفائدة الفصلية المركبة من ٣١ مايو ١٩٩٤، بعد أن ابلاغهم بتعيين السير أنطوني كولمان محكما بموجب البند الثامن من العقد. وقد طلب محامو السيد هشواني من السيد جيفراج تعيين محكم خلال سبعة أيام.

كان رد السيد جيفراج مباشرة الإجراءات أمام المحكمة التجارية ملتصقا بإعلاننا بعدم صحة تعيين السير أنطوني كولمان كونه ليس فردا من الطائفة الإسماعيلية. بعد ستة أسابيع أودع السير أنطوني كولمان محكما فردا إستنادا إلى الفصل ١٨ (٢) من قانون التحكيم لعام ١٩٩٦. وقد بني الإستدعاء على أساس أن شرط التحكيم نص على أن يكون المحكمون من الطائفة الإسماعيلية رغم كونه شرطا قانونيا وقت إبرام العقد، إلا أنه أصبح شرطا غير قانوني وباطلا لأنه يخالف المساواة في التوظيف (الدين والمعتقد) أنظمة عام ٢٠٠٣ (الأنظمة). وقد طلب السيد هشواني الإعتماد على قانون حقوق الإنسان لعام ١٩٩٨ وعلى النظام العام دعما لقضيته. وعندما طرحت القضية على قاضي أول درجة David Steel (المحكمة القضائية العليا، قسم المحكمة الملكية - المحكمة التجارية) إنتهى بتاريخ ٢٦ حزيران ٢٠٠٩ إلى أن اللوائح المذكورة لا تنطبق على المحكمين لأنهم لا يعدون من العاملين وليس في إشتراط إنتماء المحكمين لطائفة دينية معينة مخالفة للنظام العام أولتشريعات حماية حقوق الإنسان ومن ثم إن تعيين المحتكم لشخص لا يتوافر فيه شرط الإنتماء للطائفة الإسماعيلية يعد باطلا وهو بطلان يلحق بشرط التحكيم في جملمته بما يفيد أن النزاع يصير الفصل فيه من إختصاص القضاء.

ورغم عدم إعطاء قاضي أول درجة إذنا كي يستأنف حكمه، فقد أقيم الإستئناف أمام الدائرة المدنية بالمسائل المتعلقة حصرا بالأنظمة

وبالفصل، وخلصت المحكمة بتاريخ ٢٢ حزيران ٢٠١٠ إلى نتيجة مغايرة عن حكم القاضي David Steel حول جملة من النقاط ذات الصلة مقررة فيما يتصل بخاصة بشرط الإنتماء إلى الطائفة الإسماعيلية إلى أن هذا الشرط ليس ضروريا لتنفيذ مهمات المحكم بموجب إتفاق من هذا القبيل وأنه مع ذلك شرط غير مقبول مشيرة إلى أن هذا الإستثناء قد يكون ممكنا ضمن إطار هيئة تحكيمية تحكم بالإنصاف وليس من خلال تطبيق القانون الإنكليزي كما هو الحال مما يقيّد بالنتيجة أن الشروط الدينية ليست ضرورية. وما ورد في حشياته :

"... إن ما توصل إليه القاضي حول طبيعة الطائفة الإسماعيلية ومعتقداتها لم تنتقص ولكن بحسب وجهة نظرنا فشل في إيلاء الشروط الأخرى الواردة في النظام رقم ٧ (٣) الإهتمام الكافي، وخاصة، بالنظر إلى معتقدات هذه الطائفة وطبيعة مهمة المحكم، إذا كان الإنتماء إلى الطائفة الإسماعيلية هو شرط مهني أساسي لإقالته وفقا للأصول. لو كان البند التحكيمي قد خول الهيئة التحكيمية سلطة الفصل في النزاع، وفقا لقواعد العدل والإنصاف لكان من الممكن أن نبين أن من ينتمي إلى الطائفة الإسماعيلية فقط يمكن أن نتوقع منه أن يطبق المبادئ الأخلاقية وأن يفهم العدالة والإنصاف المعروفة بشكل عام في هذه الطائفة، كما يتم تطبيقها بين أفرادها، ولكن طبيعة مهمة المحكمين تحت البند ٨ (١) هي فصل النزاع بين الأطراف وفقا لمبادئ القانون الإنكليزي. إن ذلك يتطلب بعض الإلمام بالقانون المذكور في حد ذاته، بما في ذلك أحكام قانون التحكيم لعام ١٩٩٦ كما القدرة على السير بالإجراءات بإنصاف وفقا لقواعد العدالة الطبيعية، ولا يستلزم أية معتقدات معينة. إن الإنتماء إلى الطائفة الإسماعيلية ليس ضروريا لإقالة المحكم من مهماته وفقا لإتفاق من هذا النوع، كما يظهر جليا ولا نستطيع أن نقبل، تبعاً لذلك، بإثارة الإستثناء المنصوص عليه في النظام رقم ٧ في هذه القضية...".

بتاريخ ٢٧ تموز ٢٠١١ أصدرت المحكمة العليا الإنكليزية حكمها في الطعن المقدم أمامها مقررة فسخ حكم محكمة إستئناف لندن وتأييد حكم

المحكمة العدل العليا إلى حد كبير لا سيما بشأن حرية المتعاقدين في إختيار المحكمين من دين معين. ومما ورد في حيثياته :

"... العديد من المحامين الإنكليز وغيرهم من المحامين يؤمنون بتقنيات تسوية النزاعات وديا ومدربون عليها ومطلعين عليها بما في ذلك التوفيق والوساطة والتحكيم. إن قيمة الطرق البديلة لحل النزاعات، خاصة الوساطة، مسلم بها أيضا على المستوى القانوني الأوروبي ( راجع مثلا الترجيح 2008/52/EC حول بعض أوجه الوساطة في المسائل المدنية والتجارية والتوصية رقم 10(2002)R الصادرة عن مجلس أوروبا بشأن الوساطة المدنية ). إن قدرة جماعة أو منظمة قائمة على الدين أو المعتقد أولا في إختيار و ثم توجيه المحامين الموظفين لديها هو وسيلة آمنة لضمان أن هؤلاء المحامين قيموا وفهموا وأعطوا الأولوية لتولي العمل القانوني الخاضع للقانون الإنكليزي قدر الإمكان على اساس غير تصادمي، باستخدامهم الإجراءات المتبعة في الطرق البديلة لحل النزاعات كلما كان ذلك ممكنا. إن رفض توظيف شخص لا ينتمي إلى الدين أو المعتقد المعين من غير المرجح أن يكون له في هذا الإطار مبررا أو ملامتا.... " .

لقد أثارت هذه القضية إهتماما واسعا في الأوساط التحكيمية الدولية، فكانت ردات الفعل المتخوفة، بحق، مفرطة وغير مبررة في بعض جوانبها شكلا ومضمونا مولدة نتائج أكثر خطورة وسلبية من تلك التي لامستها قضية جيفراج وسعت المحاكم لتداركها.

إذ وجد Giorgio Bernini هذه القضية "... غاية في الأهمية لأنها تعالج بعض القضايا التي من المحتمل أن تؤثر إلى حد كبير في عدد من القوانين والمبادئ المطبقة على التحكيم المحلي والدولي " و "... تفتح مجالاً لنقاش ثقافي مثير للإهتمام يتعلق بالنظرة إلى التحكيم كوسيلة لتجسيد صوت المجتمعات التي تقوم على دين أو تقليد معين والتعبير عنها " و "... هي مسألة تتعلق بقضية أوسع نطاقا تتصل بتطبيق حقوق الإنسان في إتفاقيات التحكيم التجاري الدولي... " مستشعرا "... الحاجة إلى التنسيق على المستوى العالمي لتلبية إحتياجات المؤسسة التجارية العاملة في إطار ما

يسمى السوق العالمية إزاء ما يرجح أن تولده الخلافات على المستوى الوطني و/ أو المحلي من حواجز ثقافية وقانونية لا تؤثر فقط في إستخدام التحكيم الدولي على الصعيد العالمي بل تضعف الميزات الأساسية للتحكيم كأداة مقبولة لحل النزاعات... "داعيا إلى" عدم وضع التشريعات الوطنية في تنازع مع المبادئ المعترف بها دوليا.. "جازما" أن إحدى أهم سمات التحكيم (إن لم تكن الأهم) هي الإمكانية المفتوحة أمام الأطراف لإختيار المحكم الخاص بهم (وتحمل مخاطر هذا الإختيار) وهو أمر في حد ذاته يبرر الحاجة لوجود نظام خاص (دولي ومحلي) للحفاظ على التحكيم كعملية مختلفة عن المقاضاة أمام محاكم الدولة الوطنية...". ولاحظ في سياق تعليقه على منحنى محكمة الإستئناف أنها إعتمدت حل إنكليزي لمشكلة معقدة تتخطى الحدود القومية.. "تستدعي معالجتها" ... تحقيق توازن عادل ومستقر بين النطاق الذي يحظر التمييز والمجال الذي يتمتع فيه الأطراف بإستقلالية وضع أحكام العقد وشروطه "مستتجا" .. أن الشرط الذي يقيد تعيين المحكمين بأعضاء محترمين من الطائفة الإسماعيلية ليس باطلا وبالتالي يكون نطاقه التقييدي صحيحا... "مقترحا إعتقاد" ... نظام القوائم المفتوحة المتضمنة أعضاء من الطائفة الإسماعيلية والذي يعادل الإشارة إلى أعضاء محترمين من الطائفة الإسماعيلية فإذا كان خيار الأطراف في شرط التحكيم خيارا مشروعاً، عندها لا يمكن الإدلاء جدياً بأية حجة تمييز... " متمنيا عدم تأييد المحكمة العليا للمنحنى الإستئنافي " ... لثلا يصبح حقل التحكيم التجاري الدولي عرضة للإندثار أو على الأقل يشأثر سلبا إلى حد كبير... " °° مرحبا، في سياق تعليقه على القرار التمييزي، بما صدر عن المحكمة العليا مشيرا إلى أن " .. أسلوبها يختلف من حيث التحليل المنطقي والتسيب القانوني عن تعليقه (على الحكم الإستئنافي) الهادف إلى إجراء تقييم ناجم عن وجهة نظر دولية وعن وجهة نظر القانون المقارن حيث يتم التركيز على دور

٥٥ راجع تعليق البروفسور Giorgio Bernini على حكم محكمة الإستئناف، مجلة التحكيم العالمية، العدد الحادي عشر، تموز ٢٠١١، ص ٣٥ وما يليها.

التحكيم الدولي وأهدافه كأداة فعالة لتعزيز التعاون على صعيد التجارة والإقتصاد العالميين في حين أن أسباب حكم المحكمة العليا وحتميته تركز على تحليل دقيق للقانون الإنكليزي مصوغ بأسلوب القانون العام الرائع والمتكلف الذي يعطي الأفضلية والأسبقية للإجتهادات وتغنيه المراجع في القانون الأوروبي والعديد من الأحكام القانونية الأخرى في بقاع العالم الأخرى وبالطبع إلى العديد من القوانين الدولية الأخرى... "معتبرا" أن دعوى جيفراج وتتابع الأحكام المتعارضة الصادرة عن ثلاث درجات تقاض رمزية تشير إلى أن المعيار الغالب الذي بموجبه يمكن، وبشكل دقيق، مناقشة شرعية مجموعة من المؤهلات الهادفة إلى تقييد عدد الأشخاص المحتملين لمنصب محكمين يكمن في التقييم الإيجابي أو السلبي لأهمية الأسباب التي تعلق هذا التقييد... "فبرأيه" .. منع التمييز هو في الواقع محاولة مهمة ولكن نجاح هذه المحاولة معرض للخطر بوجود عنصر شك ثالث هو التحديد الدقيق للحدود بين تقييد مقبول يسببه فرض مؤهلات يتعذر الدفاع عنها تخص إتفاق التحكيم والمحكم الذي سيعين على عكس التمييز القانوني (بشكل أصح أكثر المنبعث من الحس بالواجب) الذي لا تسببه حوافز معقولة وأخلاقية.... "لذلك يرى أنه" ... من الضروري أن يوجه الإستشراف العملي السليم تفسير المبادئ التي تتجاوز قيمها الجوهرية حدود النطاق القانوني المحض التي (أي الحدود) يجب أن تكون محددة بموجب الحكم الحكيم الذي تصدره المحكمة بقصد تطبيق المبادئ والقيم التي تؤثر ليس فقط في مصلحة الأطراف بل أيضا في مصلحة المجتمع ككل... "مكررا إقتراح" .. نظام القوائم كأحد الأساليب التي بموجبها يتم الإعتراف بسلطة الأطراف التقديرية في إختيار المحكمين الذين سيعينون من دون أن يترتب على ذلك خطر تمييز... "٥٦".

أما Bernardo Cremades، فيعتبر أن "... شرط الإنتماء إلى طائفة دينية معينة هو معقول ومنطقي وموضوعي ومبرر بوجه إتفاق يطبق

٥٦ راجع تعليق البروفسور Giorgio Bernini على حكم المحكمة العليا، مجلة التحكيم العالمية، العدد الثاني عشر، تشرين الأول ٢٠١١

فيه قانون الطائفة الدينية.. "أخذنا على القرار الإستثنائي" .. ضعف التسيب في ما يتعلق بالعلاقة بين الأطراف والمحكمين ، بدور التحكيم ، بالتفريق بين التحكيم المؤسسي والمستقل والنتائج المحتملة التي قد تنتج منهما كذلك الأمر بالنسبة إلى التفسير الموسع لأنظمة عام ٢٠٠٣ في ضوء التوجيه ، القانون الأوروبي في شأن عدم التمييز والإجتهد في هذا الصدد.. فضلا عن التناقضات خاصة في ما يتعلق بفصل شرط التمييز عن باقي الشرط التحكيمي فالمحكمة تؤكد أهمية السرية ، الثقة والتأثير في تشكيل هيئة التحكيم ومهارة القدرة على الحد من تكوينها بهذا المعنى تعترف بأهميتها في شكل التحكيم في حين أنها تبطل في الوقت عينه تشكيل هيئة التحكيم لأنها ليست مبررة... "أملا أن يأتي حكم المحكمة العليا مختلفا عن المنحى الإستثنائي" .. منعا لأي إحتكاك بين المنظمات العلمانية والمنظمات الدينية.. أو خفض عدد خدمات التحكيم لدى هذه الأخيرة.. وتداركا للأثر لا يستهان به على القانون الواجب التطبيق على العقود وعلى إجراءات التحكيم.. " مما يعزز" .... الإعراف بالتحكيم كمجال له إعتبراته الخاصة نظرا إلى تأثيره الذي يتخطى حدود المملكة المتحدة.. وإكتشاف الفرص لتكييف المفاهيم الأوروبية التي تضع مستوى أدنى من الحماية مع خصائص شكل التحكيم... " ٥٧ .

ويدوره ، لم يخفي Serge Lazareff ، إستغرابه من منحى محكمة إستئناف إنكلترا وويلز ( الدائرة المدنية ) واصفا قرارها " ... بشيء عجيب.. غريب.. الأكثر إثارة للدهشة.. " و" .. لا يصدق يبين عن سوء فهم لماهية التحكيم.. وله وقع القنبلة في عالم التحكيم الدولي.. ومؤذ للتحكيم في إنكلترا.. " و" .. يلحق الضرر ليس بلندن فحسب وإنما بالتحكيم عموما... " فبرأيه " قد ضلت المحكمة الإنكليزية طريقها ولم تأخذ بالإعتبار المقاربات الأكثر عقلانية التي يملها المنطق السليم.. " مؤيدا " ... التمييز الإيجابي في إختيار المحكمين.. فلكل شخص الحق في القول أريد محكمين حكماء على

٥٧ راجع تعليق البروفسور Bernardo Cremades على حكم محكمة الإستئناف ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الحادي عشر ، تموز ٢٠١١ ، ص ٥٧ وما يليها .

إطلاع على عاداتي وما يجب أن يكون عليه سلوكي.. " متمنيا كزملائه ..  
أن يسود الصواب والمنطق السليم.. وأن تنقض المحكمة العليا هذا القرار.. "  
أقله كي لا تنشأ إشكالية جديدة " تتصل برفض التمييز الإيجابي أو السلبي  
في تعيين محكم ما بسبب جنسيته... " <sup>٥٨</sup> مرحبا، في سياق تعليقه على القرار  
التمييزي الصادر عن المحكمة العليا، بالنهاية السعيدة لدعوى جيفراج ..  
التي أعادت إنكلترا لسابق عهدها بلدا صديقا للتحكيم.. مما يريح عالم  
التحكيم من الإرباك والشك للذين سادا جراء قرار محكمة الإستئناف  
ويضع حدا لمقاربة إنكليزية قديمة التي بموجبها المحكم هو خادم الطرف  
والتي تتناقض تناقضا تاما مع التحكيم الدولي الحديث " <sup>٥٩</sup>.

أما أحمد صادق القشيري، فوجد " قضية جيفراج.. طريفة تتناول  
موضوعا غير مألوف.. " وإعتبر أنه " .. في مجال العلاقات القانونية التي  
تسم بأهمية الإعتبارات الشخصية بين الأطراف مثل المشاركة في الأنشطة  
الإقتصادية القائمة على إنتماءات خاصة ثقافية أو دينية أو عائلية، يمكن  
تصور إتفاق التحكيم الوارد في العقد أوفي مشاركة تحكيم شروطا تقيّد  
عملية إختيار المحكمين بحيث يتوجب في مفهوم المتعاقدين وما إتجهت إليه  
إرادتهم أن ينتموا إلى ديانة أو إتجاه عقائدي معين، ومثل هذا الإشتراط لا  
يعد من حيث المبدأ مخالفا للنظام العام متى كان ما يبرره بحسب طبيعة تلك  
العلاقة وعلى وجه الخصوص إذا كان الإتفاق على التحكيم يتضمن  
تفويضا للمحكم أو لهيئة التحكيم للفصل في النزاع وفقا لمقتضيات العدالة  
أي بتخويله سلطة التحكيم بالصلح... أما خارج إطار العلاقات الحميمية  
وذات الطابع الشخصي، إن أي إشتراط لجنسية معينة أو جنس معين أو  
ديانة أو الإنتماء إلى طائفة عقائدية معينة يجب النظر إليه بإعتباره مبررا  
كافيا لإهدار شرط التحكيم وتقرير بطلانه وهو بطلان ينصرف إلى شرط

٥٨ راجع تعليق المحامي Serge Lazareff على حكم محكمة الإستئناف، مجلة التحكيم  
العالمية، العدد الحادي عشر، تموز ٢٠١١، ص ٧١ وما يليها.

٥٩ راجع تعليق المحامي Serge Lazareff على حكم المحكمة العليا، مجلة التحكيم  
العالمية، العدد الثاني عشر، تشرين الأول ٢٠١١.

التحكيم في جملته..<sup>٦٠</sup> مرجحاً في سياق تعليقه التمييزي بالقرار الصادر عن المحكمة العليا مبينا إسهامه القانوني في التحكيم لا سيما في "... التحليل المتعاطف والمتفهم لمفهوم حل المنازعات وفقا للمذهب الإسماعيلي بما في ذلك التحكيم وهو ما حدا إلى تأييد مشروعية اعتبار اللجوء إلى محكم إسماعيلي محققا ليس فقط لمفهوم كونه genuine بل وكذلك both legitimate and justified".<sup>٦١</sup>

أما فايز الحاج شاهين، فقد علق على القرار الإستثنائي من زاوية إمكانية الإسترشاد به في القانون اللبناني منتقداً "... إستناده على الأحكام المطبقة على التمييز discrimination لأن مجمل هذه الأحكام يجب أن تفسر بصورة ضيقة في مادة قانون العقود المنظور في إنشائها إلى شخص العاقد *institus personae*.... " سيما وأن "... هناك أسباب مشروعية كانت تبرر إختيار المحكمين على اساس إنتمائهم إلى الطائفة الإسماعيلية مثل الإطمئنان الذي يولده هذا الإنتماء في نفوس المحتكمين ومثل إمتناع المحكمين الذين ينتمون إلى هذه الطائفة من تقاضي الأتعاب مما يخفف من كلفة التحكيم " موضحاً أن " الإنتماء الديني ليس شرطاً فرضه المشرع بل شرط إرتضاه الفريقان والفرق شاسع بين الحالتين، ففي الحالة الأولى يشكل شرط الإنتماء الديني قيداً على حرية الفرقاء بإختيار المحكم أما في الحالة الثانية فإن هذا الشرط نابع من حرية الفريقين وهو بالتالي يتوافق مع هذه الحرية ولا يتعارض معها ولذلك يجب إعلان صحته... " مبينا تناقض القرار "... فعندما أبطلت محكمة الإستئناف تعيين المحكم على اساس الإنتماء الديني لم توقف عند فكرة إحترام إرادة الفريقين الذين عبرا صراحة عن رغبتهما في إعتماد هذا المعيار لكنها عندما قضت بأن إبطال التعيين يشمل البند التحكيمي بكامله أشارت إلى ضرورة إحترام إرادة

---

٦٠ راجع تعليق البروفسور أحمد صادق القشيري على حكم محكمة الإستئناف، مجلة التحكيم العالمية، العدد الحادي عشر، تموز ٢٠١١، ص ٧٦ وما يليها.  
٦١ راجع تعليق البروفسور أحمد صادق القشيري على حكم المحكمة العليا، مجلة التحكيم العالمية، العدد الثاني عشر، تشرين الأول ٢٠١١.



الفريقين... " رافضا ما ذهب إليه " ... في التفريق بصورة ضمنية بين التحكيم العادي والتحكيم المطلق " فبرأيه البند التحكيمي المبني على الإنتماء الديني " .. إما أن يكون صحيحا وإما أن يكون باطلا وذلك بصرف النظر عن طبيعة التحكيم ، فجاوز أو بطلان البند يجب أن تستمد من مشروعية أو عدم مشروعية الإختيار المبني على الإنتماء الديني... " ٦٢ .

أما حمزة حداد ، فيعتقد أن " ... من الصعوبة تطبيق الحكم الإستثنائي في الحياة العملية في التحكيم المؤسسي الدولي.. " سيما إزاء ما يثيره من " ... تساؤل عن تنازع القوانين من حيث الزمان والحقوق المكتسبة.. " ويرى أن الحكم " .. محل نظر كبير في الظروف المحيطة .. ففريقا العقد يتتمان إلى الطائفة الإسماعيلية ويرغبان في أن يكون المحكمون من الطائفة نفسها لغرض معين لم يفصحا عنه وهذا شأنهم ولا يستطيع أحد أن يجبرهم على التحكيم أمام أشخاص آخرين من غير تلك الطائفة ولا على الإفصاح عن سبب إشرط كون المحكمين من الطائفة التي يتتمان إليها أي الطائفة الإسماعيلية... " مما يعزز برأيه " .. صحة الإتفاق ووجوب العمل به.. فالسبب وجيه لإشراط كون المحكمين من الطائفة الإسماعيلية.. " ٦٣ .

### الفقرة الثانية

إرتدادات الزلزلة أميركيا .. قضية Rebmann / Rohde الشهيرة

لم يكذب ينقط الوسط التحكيمي الدولي أنفاسه بعد قضية Jivraj حتى إستشعر قبيل صدور القرار التمييزي الإنكليزي بإرتدادات زلزلة تحكيمية جديدة خطيرة كسابقتها في مدلولاتها وأبعادها مصدرها قرار صادر عن محكمة إستئناف كاليفورنيا بتاريخ ٢٨ حزيران ٢٠١١ بمعرض قضية Rebmann / Rohde الشهيرة. وتتخلص وقائع القضية في إتفاق تعاون مشترك أبرم بين شركة كاليفورنية Precious Smart Ingredients

٦٢ راجع تعليق البروفسور فايز الحاج شاهين على حكم محكمة الإستئناف ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الحادي عشر ، تموز ٢٠١١ ، ص ٨١ وما يليها .  
٦٣ راجع تعليق المذكور حمزة حداد على حكم محكمة الإستئناف ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الحادي عشر ، تموز ٢٠١١ ، ص ٩٤ وما يليها .

يملك أكثرية أسهمها السيد Rohde وشركة ألمانية R R Beteiligungsgesellschaft يملكها السيد Rebmann بهدف تأسيس شركة جديدة Lipoid للإستثمار في المجال الغذائي في أميركا الشمالية. ونتيجة صعوبات طرأت أثناء تنفيذ العقد، لجأ الفريق الكاليفورني إلى التحكيم الملحوظ في نظام الشركة مطالباً بتحميل الفريق الألماني المسؤولية القانونية عن الأضرار المادية الناجمة عن وقوعه ضحية تشويه لبعض الحقائق التي لعبت دوراً محورياً في حثه على الإنضمام إلى الإتفاق المشترك. ونظراً لعدم توصل الفرقاء إلى إتفاق حول تسمية المحكم، إختار مركز التحكيم Jams القاضي الفدرالي المتقاعد Haberfeld الذي أصدر قراراً لصالح الفريق الألماني بتعويض رمزي مقداره ١٠٠٠ دولار أميركي معللاً ذلك بضعف حجة الفريق المدعي محملاً هذا الأخير مصاريف الدعوى وأتعاب المحاماة البالغة في قرار لاحق أصدره بما يوازي مليون و٢٠٠ ألف دولار أميركي مما أثار حفيظته (أي الفريق الكاليفورني) 'something did not smell' 'right'. وإثر إحالة النزاع أمام المحكمة العليا لمقاطعة Orange، أيد القاضي Luesbrink بتاريخ ٢ شباط ٢٠١٠ القرار التحكيمي.. فإستأنفه الفريق الكاليفورني أمام محكمة إستئناف كاليفورنيا مدلياً بجملة أسباب تتصل بزيادة المحكم وإستقلالته جازماً بعدم موافقة السيد Rohde على تسميته فيما لوجرى الكشف مسبقاً حول جملة حقائق تتصل بهوية المحكم الشخصية والثقافية سيما " ... بأنه ينتمي إلى الطائفة اليهودية.. وبأنه مولود عام ١٩٤٤ في الولايات المتحدة الأميركية.. من والدين ألمان من أصل يهودي إنتقلا إلى الولايات المتحدة الأميركية قبيل الحرب العالمية الثانية.. وبأنهم جميعاً خسروا عائلاتهم وممتلكاتهم خلال الهولوكوست.. وبأنهم أعضاء في نادي 1939 الهادف إلى تدارك تكرار الهولوكوست.. " مما يساهم في خلق الشعور بنية المحكم " محاسبته (أي الفريق الكاليفورني) على الأذى اللاحق بعائلته " to punish me for the harms " "brought On his family" سيما أنه (أي السيد Rohde) وزوجته من مواليد ألمانيا عام ١٩٤٤ ومن والدين خدما في الجيش الألماني خلال

الحرب العالمية الثانية. رفض الفريق الألماني هذه الحجج مينا " ... أن المحكم غير ملزم بالإفصاح عن جذوره وإنتماءاته الدينية أو الثقافية أو السياسية .. ويأن كلا الفريقين المتنازعين ألمان مما يثبت لاعقلانية حجج الفريق الكاليفورني ويكشف عن نيته التهرب من تنفيذ ما قضى به المحكم .. ". ويتاريخ ٢٦ حزيران ٢٠١١، أيدت محكمة إستئناف كاليفورنيا حكم المحكمة العليا مستندة على سوابق قضائية تتصل بمحايدة المحكم وإستقلاليته ومعللة موقفها " .. بأن الحيادية يجب أن تقيم موضوعياً من منظور شخص ثالث نزيه مطلع متبصر وحكيم .. ويانتفاء الصلة بين قرار المحكم من جهة والوضع العائلي للسيد Rohde ومسألتي الهولوكوست والحرب العالمية الثانية من جهة ثانية .. وبأنه لا يقبل الإعتراض على خلفية المحكم وإنتماءاته في مرحلة متقدمة من المسار التحكيمي لأنه كان بمقدور الجهة المستأنفة الإعتراض على تسميته قبل إنطلاق العملية التحكيمية .. " ١٤ .

٦٤ راجع :

- \* *Rebmann v. Rohde* ١٩٦ (٢٠١١) CAL.APP.4TH 1283.
- \* *The State Bar Of California* , ٨٤th Annual Meeting , Program ٦٦ , Ethics Update ٢٠١١ Significant Developments in the Law of Lawyering , September ٢٠١١ , p.4.
- \* *California Newsletter*, Thomson Reuters Business, 22 July ,٢٠١١ p. 3.

الموقع الإلكتروني : <http://www.courtinfo.ca.gov>

" ... In the context of judicial recusal , potential bias and prejudice must clearly be established by an objective standard ... Judges , like all human beings , have widely varying experiences and backgrounds. Except perhaps in extreme circumstances, those not directly related to the case or the parties do not disqualify them. The reasonable person is not someone who is "hypersensitive or unduly suspicious "but rather is a "well-informed, thoughtful observer "(Haworth.v.Superior Court – 2010 - Cal.4 th.372, 384-385) .... This case had nothing to do with World War 2 and nothing to do with the Holocaust ... no facts were presented that would support a reasonable belief that Haberfeld was not impartial.=

في الواقع، يكمن السؤال الأساس المطروح علي محكمة إستئناف كاليفورنيا في معرفة ما إذا كان الإنتماء الديني أو الثقافي يشكل بحد ذاته وقائع قابلة لأن تولد الشكوك والريبة لدى شخص عاقل راشد حول حيادية المحكم. لقد أجابت محكمة الإستئناف بالنفي.. ويرأينا، هو موقف في محله القانوني. فإذا كان يصح حجب الثقة عن المحكم لأداء المهمة الموكلة إليه لتأثره بإعتبارات تتصل بإنتمائه الديني أو الثقافي أو الإجتماعي، فمن باب أولى، يصح الإعتراف بأن الإرتياب والشك حول محاباته وتحيزه وميوله لمجرد إنتمائه لطائفة إجتماعية أو ثقافية أو دينية سيسيء بدون أدنى شك لكرامة المحكم ومصداقيته العلمية. وقد سعت بوضوح محكمة الإستئناف لحماية حرمة الشخصية من خلال رفض السماح برده لمجرد الإنتماء الديني مؤكدة بأنه غير ملزم للكشف عنه طوعا تلقائيا. وكأنها

---

=The background of Rhode and his family and Haberfeld family's were irrelevant. Further, Rhode's family background was unknown at the time of the arbitration. the information regarding Haberfeld's background was available to defendant's before the arbitration commenced ... if defendants were concerned about the cultural or religious affiliations of their arbitrator , or anything else about his background they should have done their "googling" before the arbitration began ... it's an appropriate to allow any party to trifle with the courts by standing silently by, thus permitting the proceedings to reach a conclusion in which the party could acquiesce if favorable and avoid if unfavorable ( Dietz.v. Meisenheimer & Herron ( 2009 ) 177.Cal.App.4th 771,800 ) .... A judge or arbitrator's impartiality should never be questioned simply because of who they are. " the fact that an individual belongs to a minority does not render one biased or prejudiced , or raise doubts about one's impartiality : that one is black does not mean , ipso facto , that he is anti-white ; no more than being Jewish implies being anti-Catholic, or being Catholic implies being anti-Portestant " ( U.S..v. Alabama (11th Cir.1987) ... " .

بمنحائها تدعو المحكمين - كي لا تقل تدفعهم وتحرضهم - لعدم التجاوب مع طلب إفصاح من هذا القبيل.

### الخاتمة

إن الفكر عامة في صبره على الحاضر وانتظاره للمستقبل أحوج ما يكون إلى إستخلاص الفوائد والعبر من عظام الحوادث الغابرة. فالإنسان أمام المستقبل المجهول يبحث في الماضي عن قس ينير له الطريق.. فالسياسي يعود إلى السوابق... والقانوني يرجع إلى العرف والتقاليد... والإجتماعي يذهب منقبا في ثنايا التاريخ.. وليس من مقياس للتقدم أصدق ولا أوضح ولا أكثر إطرادا في جميع الأحوال من مقياس حرية الفرد بين زمان وزمان، ومكان ومكان، وتفكير وتفكير. فإذا قابلنا بين عصرين إثنين فأرقاهما ولا ريب هو العصر الذي يعظم فيه نصيب الفرد من الحرية... وأسوأهما هو العصر الذي يساء فيه إستخدامها. وإذا فرض الباحث على نفسه ثقافة معينة تلامس حرية ما أوتمسك بها أيا كانت قيمتها فسلم بقضاياها وإطمأن إلى عرضها وإستراح إلى أحكامها ثم تناول ما يريد من بحث على هذا الأساس قلما يصاحبه التوفيق أو يصادفه النجاح. فالأخذ بنظرية خاصة لا يؤدي إلى نتائج صحيحة في كثير من الأحوال.. فليس كل قديم بضائرتنا.. وليس كل جديد بنافعنا... ومرامي الفكر القانوني كثيرة الشعب وظروفه مستمرة القلب وأهدافه تتغير بتغير الظروف والملابسات. إلا أن هذا ليس من شأنه أن يخس النظريات التي وضعها الأسلاف بل يكفي فخرا أنهم فتحوا الأذهان للبحث وإستكشفوا آفاقا مجهولة من العقل البشري وأرسلوا بصيصا من النور على كثير من الحقائق.

والحديث عن حرية إرادة المحتكم في إختيار المحكم لم يكن مادة للجدل البناء بقدر ما كانت شيء كالسحر ينفذ إلى النفوس ستغدو في القريب العاجل مسألة المسائل... وما تكرار المشهد الإنكليزي أميركيا - بشكل أوبأخر - سوى تثبيت لصدق مقولة أن رقعة الزيت لا بد أن تنتشر ولو بعد حين.. ففي القضيتين التوأمين بلا شك معركة حامية بين طبيعتين مختلفتين.. طبيعة الخضوع للعادات والتأثر بسلطانها... وطبيعة

الحياة التي تطلب دوماً للفكر أن يسايرها ويتدرج معها... ولا بد من تدخل العقل العاقل المتعقل للفصل في هذه المعركة وتصويب العلاج إذا أمكن يوجد به التوازن بين هاتين القوتين الضرورتين للإنسان. إذ تنازعت الموضوع تيارات كثيرة وعلى حسب إختلاف تلك التيارات وقوتها إختلفت كما بينا أعلاه طريقة البحث ونتيجته فكثرت المناقشات ودارت حول الرغبة في تحديد وجهة الخلاف وبيان مقدار سلامة أو عيب منحي الأحكام التي بحق تجرأت بمجديدها وبتجرؤها وتمردها على هالة التحكيم... والخطوة على ما فيها من جرأة تدل على النفس الثائرة ومكونات منها الظاهر ومنها قطعاً الخفي تحاول تعبيد طريق جديد قد يجد السائر فيه كل ما يبهج أو يفرح أو يحزن ويؤلم.

لذلك نعتقد أنه من الأصوب التفكير مرارا وتكرارا بأبعاد معطيات القضيتين موضوع التعليق. فهما كالتوأم متشابهان في إثارة نقطة مشتركة تتصل بصوابية رد المحكم لعله الإلتناء الديني وإن تميزا بعض الشيء في مرحلة التذرع بالعنصر الديني بحسب المعطيات ذات الصلة ( مرحلة تسمية المحكم على نحو ما جرى التوافق عليه في البند التحكيمي ومرحلة تقييم حيادية المحكم بعد إنطلاق المسار التحكيمي ). بمعزل عن هذا التباين، يبدو أن مقارنة موقع العنصر الديني في آلية إختيار المحكم مسألة ليست بيسيرة بل على قدر من الحساسية والدقة والخطورة. فإذا كان من المنطق منع أحد الأطراف من الإعتراض على تسمية المحكم لمجرد الإلتناء الديني فلماذا السماح مسبقا بتحديد طائفة المحكم في البند التحكيمي ؟ ألا يستند البند الذي يفرض أن يكون المحكم من دين ما ضمنا على فكرة مرفوضة مفادها أن عدم الإلتناء لهذا الدين من شأنه إثارة الشك والإرتياب بحيادية المحكم ؟ وإستطرادا نتساءل : ما علاقة الحيادية بالدين ؟ أوليس في كلتا القضيتين محاولة فك إرتباط صريحة بين الدين وإختيار المحكم ؟ ألم تستبعد فيهما فعلا إمكانية تأسيس محاكم تحكيمية طائفية ؟ ألم تقطع الطريق أمام تأثر الأنظمة التحكيمية المحلية والإقليمية والدولية بمعيار جديد يسعى

لايجاد منفذ ما لتثبيت وجوده بداية ليصبح أمرا واقعا يقتضي تكريسه والعمل به لاحقا ؟

يستحضرني في هذا المقام قول أحدهم لصاحبه : يا هذا ؟ ما مذهبك ؟ قال : مذهبي أن لا أقر على الضيم ولا أنام على الهون ولا أعطي صمتي لمن لم يكن ولي نعمتي ولم تصل عصمته بعصمتي. قال : هذا مذهب حسن ومن ذا الذي يأتي الضيم طائعا ويركب الهون سامعا ! ولكن ما نخلتلك التي تنصرها ؟ قال : نخلتي في صدري لا أتقرب بها إلى مخلوق ولا أنادي عليها في سوق ولا أعرضها على شك ولا أجادل فيها المؤمن.

والحق يقال.. ليس من المعيب أن يكون للمحكم إتماءات ثقافية أو دينية أو إجتماعية.. ولكن العيب كل العيب أن يحملها معه متى وافق على أن يحتكم في قضية خلافية.

فظائفة المحكم عند القبول هي حكما العلم والموضوعية والتجرد والخبرة والثقة بالنفس... ومذهبه عند القبول هو حتما التواضع وعفة اللسان والقيم العليا والإستقلالية والحيدة.. أما عند الرفض فهو حر بكل ما تعنيه كلمة حرية من معنى بأن ينتمي لما يريد ويعتق ما يريد ويؤمن بما يريد.. ذلك هو التحكيم الحقيقي - كما يجب أن يكون أو يفترض به أن يكون - .. يأتي من منافذ الحرية الواسعة لا من كوة الأفكار المحدودة العاجزة عن تصور مقاصد سيدة الجابرة - الحرية - وأسرارها وأسباب إطلاقها من كل قيد وشرط. وذلك هو المحكم الحقيقي - كما يجب أن يكون أو يفترض به أن يكون - موطنه العالم بأسره.. نزاهة وعلم في حقل إختصاصه.

لا شك أن أمد بقاء كل فكرة جديدة فقهية كانت أم قضائية أم تشريعية يحدد بالقياس إلى قوة إصطدامها بالقديم الموهوب أو المكسوب. أما التقديس فإنه وليدة الغموض الذي يحيط بنشأة كل قديم ولذلك تجد هذا التقديس يزداد أثرا في النفس وقوة على البقاء كلما كان أوغل في أبعاد الماضي السحيق وإبتعد عن التعليل والتحليل. ولا شيء أضر على العلم

ولا أسوأ عنى العقل ولا أشد فسادا في الرأي والفكر من المقاربة السطحية وغير الموضوعية لأموال الدين في مجال البحث والنقاش.

من حسنات القضيتين أعلاه، برأينا، أنهما سلطنا الضوء على الثقة التي لا تعرف لون ولا عرق ولا دين.. فإما أن تكون أولا تكون... فالمسألة أبعد من مجرد التأييد والرفض.. المسألة أبعد من مجرد الترحيب أو الخذر من عنصر جديد في آلية إختيار المحكم للمحكم.. المسألة أبعد من من نظام عام يمنع أو نظام قوائم يسمح أو حقوق إنسان تحمي أو أنواع تحكيم تبرر... المسألة كل المسألة برأينا في الخلفيات.. المسألة كل المسألة في ما وراء السطور وما بين السطور.. هي في أسباب منحى جديد وليس في أهمية اعتماد منحى جديد..

لقد أبدع Jean-Denis Bredin في وصف مستقبل حياة المحكم "المراهق الجميل" كما سماه، بالقول أن أمامه "... حياة جديدة تنتظره مليئة بالعقبات التي يفترض به تجاؤها والنجاحات التي عليه تحقيقها، حياة تملؤها الثقة بدلا عن الريبة والشك، حياة رافضة للغموض والإلتباس، حياة تقدم الأجوبة المباشرة والصریحة على التساؤلات الجوهرية في علم التحكيم..".

نعتقد جازمين.. أن هكذا حياة.. مفعمة بالحياة.. صعبة التحقق والمثال.. إذا أبقينا المحكم - قسرا أو عن قناعة - أسير عادات وتقاليد ومعتقدات وقيود غير متألفة مع الحرية - جوهر علم التحكيم - بمغناها الكامل المقصود للكلمة.

نعتقد جازمين.. أن التحكيم في أزمة.. التحكيم في محنة.. فلنسمع صوت الزمن إن لم نسمع - أولم نكن نريد أن نسمع - صوت الحق.. ولنثريث ولنتبصر حرصا على هبة التحكيم ومصادقته وسماعته.. فكم من فريق بيده النور وهم لا يستنيرون.. وكم من فريق في الظلمات يظنون أنفسهم في نور.

نعتقد جازمين وبمحسن نية.. أن في الأمر "زلة" فكر.. إنما هل هي قصدية ! أم عفوية ! الترقب سيد الأحكام.. والله ولي التوفيق..



- ❖ محمد نور عبد الهادي شحاته : الرقابة على أحكام المحكمين، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٣.
- ❖ أحمد سعيد الزرقد : عقد التحكيم، دراسة في طبيعته وأثره، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم في المنصورة، مصر، ٢٧-٢٨ مارس ٢٠٠٠.
- ❖ محمد كامل مرسي باشا : شرح القانون المدني الجديد، العقود المسماة، الجزء الأول، المخصص للكفالة والوكالة والسمسرة والصلح والتحكيم والحراسة، الطبعة الثانية، المطبعة العالمية، القاهرة ١٩٥٢.
- ❖ أحمد محمد حشيش : طبيعة المهمة التحكيمية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠٠٠.
- ❖ أحمد أبو الوفاء : التحكيم الإختياري والإجباري، منشأة المعارف، الطبعة الخامسة، ١٩٨٨.
- ❖ عبد الحميد الأحذب : موسوعة التحكيم، مقدمة الطبعتين الأولى والثانية، الكتاب الأول، التحكيم في البلدان العربية، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٨.
- ❖ الحسين السالمي : التحكيم وقضاء الدولة، الطبعة الأولى، بيروت ٢٠٠٨.
- ❖ محمود مصطفى يونس : المرجع في أصول التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٩.
- ❖ عزمي عبد التفاح عطية : قانون التحكيم الكويتي، الطبعة الثانية، مؤسسة دار الكتب، الكويت ٢٠١٢.
- ❖ أحمد مليجي : قواعد التحكيم في القانون الكويتي، الطبعة الأولى، دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت ١٩٩٦.
- ب- الدراسات والأبحاث والمدخلات والتعليقات :
- ❖ مهيب معماري : المحكم والحدود، مجلة التحكيم العالمية، العدد الثاني عشر، بيروت ٢٠١١.
- ❖ جوزف شاوول : المحكم وموجب الإستقلالية والحياد، مجلة التحكيم العالمية، العدد العاشر، بيروت ٢٠١١.
- ❖ موفق اليافي : المحكم وكيفية إختياره، هل يحق لخبير المحاسبة أن يكون محكما أم لا ؟، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد العاشر، بيروت ١٩٩٩.
- ❖ شكري صادر : هل يجب أن يكون المحكم حقوقيا ؟، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد العاشر، بيروت ١٩٩٩.

- ❖ أبو زيد رضوان : قانون التجارة الدولية، مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، السنة الأولى، العدد الأول.
- ❖ إسماعيل الزبادي : المفهوم المختلف لحيدة المحكم عن الحيادة الواجبة في القاضي، العدد الرابع، مجلة التحكيم، تشرين الأول ٢٠٠٩.
- ❖ محمد أمين الداوق : تعيين المحكم وحيدته وإستقلاله، مجلة التحكيم، ملحق العدد الثامن، تشرين الأول ٢٠١٠.
- ❖ محمد عبد المجيد المهيري : تعيين المحكم وإستقلاله وحياده ومسؤوليته، مجلة التحكيم، ملحق العدد الثامن، تشرين الأول ٢٠١٠.
- ❖ معن بوضابر : تعيين المحكم وإستقلاله وحياده، مجلة التحكيم، ملحق العدد الثامن، تشرين الأول ٢٠١٠.
- ❖ سهيل عبود : تعيين المحكم وصفاته، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد السادس والخمسون، سنة ٢٠١٠.
- ❖ جوزف شاورول : المحكم وموجب الإستقلالية والحياد، مجلة التحكيم العالمية، العدد العاشر، نيسان ٢٠١١.
- ❖ خالد أمين مصطفى يوسف : التحكيم التجاري الدولي في ضوء قواعد الشريعة الإسلامية، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد الثامن والثلاثون، بيروت ٢٠٠٦.
- ❖ محمد بن جميل أقي بيق : التحكيم في الشريعة الإسلامية، مجلة التحكيم العالمية، العدد السادس عشر، بيروت ٢٠١٢.
- ❖ محمد الهوشان : نظام التحكيم السعودي الجديد، مجلة التحكيم العالمية، العدد السادس عشر، بيروت ٢٠١٢.
- ❖ عبد الله درميش : المحكم، تعيينه وحياده وإستقلاله، مجلة التحكيم، ملحق العدد الثامن، تشرين الأول ٢٠١٠.
- ❖ ناصر الزيد : المحكم بين سندان الأخلاق ومطرقة القانون، مجلة التحكيم، العدد الخامس، كانون الثاني ٢٠١٠.
- ❖ وائل طيارة : مدخل إلى المبادئ العامة في التحكيم، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد ٣١، بيروت ٢٠٠٤.
- ❖ صلاح الحجيلان : نظام التحكيم السعودي الجديد، مجلة التحكيم العالمية، العدد السادس عشر، بيروت ٢٠١٢.
- ❖ محمود أنيس بالطيب : المحكم في التشريعات العربية، مجلة التحكيم العالمية، العدد الثامن عشر، بيروت ٢٠١٣.
- ❖ محمود محمود المغربي : من "Jivraj" إلى "Rebmann" إجتهاد "يحيي" التحكيم أم "يقتله" ، مجلة التحكيم العالمية، العدد الثالث عشر، بيروت ٢٠١٢.

- ❖ عبد الحميد الأحذب : التحكيم بالصلح في الشرع الإسلامي ، المؤتمر الإسلامي الثاني للشرعية والقانون ، " التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون " ، معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية ، لبنان ٢٠٠٠ .
- ❖ غالب محمصاني : ميزات التحكيم المطلق ، المؤتمر الإسلامي الثاني للشرعية والقانون ، " التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون " ، معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية ، لبنان ٢٠٠٠ .
- ❖ مداخلة المحامي الدكتور عبد الحميد الأحذب في الجلسة الافتتاحية لمؤتمر تعديل قواعد تحكيم اليونسترال المنعقد في بيروت ٢٠١٠ ، مجلة التحكيم ، ملحق العدد الثامن ، تشرين الأول ٢٠١٠ .
- ❖ مداخلة المحامي الدكتور عبد الحميد الأحذب في الجلسة الافتتاحية لأعمال مؤتمر التحكيم العربي الأوروبي المنعقد في بيروت ١٩٩٦ ، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي ، العدد الثالث ، سنة ١٩٩٦ .
- ❖ مداخلة المحامي الدكتور محمد نديم الجسر حول ورقة العمل المقدمة من قبل أستاذنا الدكتور فتحي والي لمؤتمر " التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون " ، بعنوان " تحكيم الشريعة الإسلامية في نظر القانون " ، معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية ، لبنان ٢٠٠٠ .
- ❖ تعليق البروفسور Giorgio Bernini على حكم محكمة الإستئناف ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الحادي عشر ، تموز ٢٠١١ .
- ❖ تعليق البروفسور Giorgio Bernini على حكم المحكمة العليا ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الثاني عشر ، تشرين الأول ٢٠١١ .
- ❖ تعليق البروفسور Bernardo Cremades على حكم محكمة الإستئناف ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الحادي عشر ، تموز ٢٠١١ .
- ❖ تعليق المحامي Serge Lazareff على حكم محكمة الإستئناف ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الحادي عشر ، تموز ٢٠١١ .
- ❖ تعليق المحامي Serge Lazareff على حكم المحكمة العليا ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الثاني عشر ، تشرين الأول ٢٠١١ .
- ❖ تعليق البروفسور أحمد صادق القشيري على حكم محكمة الإستئناف ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الحادي عشر ، تموز ٢٠١١ .
- ❖ تعليق البروفسور أحمد صادق القشيري على حكم المحكمة العليا ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الثاني عشر ، تشرين الأول ٢٠١١ .
- ❖ تعليق البروفسور فايز الحاج شاهين على حكم محكمة الإستئناف ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الحادي عشر ، تموز ٢٠١١ .
- ❖ تعليق الدكتور حمزة حداد على حكم محكمة الإستئناف ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الحادي عشر ، تموز ٢٠١١ .

❖ تعليق المحامي Serge Lazareff على حكم Jivraj المنشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد الحادي عشر، تموز ٢٠١١.

### *Bibliographie :*

#### *A – Ouvrages généraux :*

- \* Jean Robert : Arbitrage civil et commercial droit interne et droit international , Dalloz 1967.
  - \* J.Rubellin-Devichi : Essai sur la nature de l'arbitrage , LGDJ , Paris 1965.
  - \* René David : Droit naturel et arbitrage , Paris 1954.
  - \* H.Motulsky : La nature de l'arbitrage , études et notes sur l'arbitrage , Dalloz , 1974 , p. 14 et s :
  - \* Y.Loussouarn , J.D.Berdin : Droit du commerce international , Paris 1979.
  - \* Jean Robert : Exposé introductif et général sur l'arbitrage , Annuaire de la faculté de Liège , 1964.
  - J.Rideau : L'arbitrage international public et commercial , Paris 1969.
  - \* M.Reale : La situation de la théorie tridimensionnelle du droit , Archives de Philosophie du Droit , Le droit international , 1987.
  - \* Pierre Herbraud : Rôle de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques , in Mélanges Jacques Maury , Préface G.Mary , Dalloz –Sirey , Université des sciences sociales de Toulouse 1960.
  - \* P.Mayer : L'arbitre et la loi , Etudes offertes à Pierre Catala , le droit privé français à la fin du 20 ème siècle , Litec , Paris 2001.
  - \* Thomas Clay : l'arbitre , Dalloz. Paris 2001.
- #### *B- Articles et Notes et Conférences :*
- \* Ballorde Pallieri : L'arbitrage privé dans les rapports internationaux , recueil des cours , La Haye 1935.
  - \* W.Wengler : Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat , revue critique de droit international privé , 1982.
  - \* F.E.Klein : Autonomie de la volonté et arbitrage , revue critique de droit international privé , 1958.
  - \* V.E.Krings. L.Martray : Le juge et l'arbitre , revue critique de droit international et de droit comparé , 1982.

- \* Ch.Carabiber : L'évolution de l'arbitrage commercial international , recueil des cours , La Haye , 1960.
- \* P.Benjamin : Aperçu des institutions arbitrales de l'Europe de l'est qui exercent une activité dans le domaine de l'arbitrage commercial international , revue de l'arbitrage 1957.
- \* Pierre Herbraud : La juridiction arbitrale et la notion de compétence compétence , RTDC civ.1962.
- \* Pierre Legendre : Revisiter les fondations du droit civil , RTD civ , 1990. \* Emmanuel Gaillard : Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international , recueil des cours , La Haye 2008.
- \* F.E.Klein : Autonomie de la volonté et arbitrage , revue critique de droit international privé , 1958.
- \* Jurisclasseur Proc. civil , Fasc 1005 , n. 101.
- \* ' L'arbitre dans la vision jusnaturalisme dirait ce qui est juste , non ce qui est conforme au droit ' in ' L'idéal de la justice n'autorise t – il pas hors du droit à recourir à l'arbitre ? 'Conférence au laboratoire de théorie juridique de l'université Aix-Marseille 3 , 1991.
- \* Hamid Al Andaloussi : Le choix des arbitres , revue libanaise de l'arbitrage interne et international , n3 , 1996.
- \* Geneviève Augendre : L'arbitrage dans la justice et le rôle de l'arbitre , revue libanaise de l'arbitrage interne et international , n.48 , 2008.
- \* Thomas Clays : Indépendance et impartialité de l'arbitre , revue de l'arbitrage , 2004.
- \* E Minoli : Indépendance de l'arbitre , relations entre parties et arbitres , in " qualifications de l'arbitre international " symposium du comité français de l'arbitrage , Paris 1970 , revue de l'arbitrage 1970.
- \* Abdul Hamid Ahdab : L'arbitrage en Aabie Saoudite , revue de l' arbitrage , 1981.
- \* Klaus Peter Berger : International Economic Arbitration , Denver Bosten Kluwer , 1993.
- \* René David : Arbitration in International Trade , Kluwer , 1981.

طبيعة النظام القانوني لدعوى وقف نفاذ تصرفات المدين  
(الدعوى البولصية)

في القانون المدني اليمني والقانون المقارن والفقہ الإسلامي  
الدكتور/ عبد الله على الخياري

أستاذ مشارك بكلية الشريعة والقانون - جامعة صنعاء -

والمعهد العالي للقضاء - الجمهورية اليمنية

نائب العميد لشؤون الدراسات العليا والبحث العلمي

مقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين  
وخاتم النبيين المبعوث رحمة للعالمين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه  
أجمعين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين وبعد: سنقوم بتوضيح عام  
لمقدمة بحثنا هذا من خلال الفقرات الآتية:  
أولاً: مدخل تعريفي عام لموضوع البحث:-

لكي لا يعيش المتعاملون في العلاقات والتصرفات المالية في قلق  
وخوف دائمين من خطر قيام مدينهم بتصرفات ضارة بحقهم، أو تنقيص  
هذه الحقوق فقد حرصت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية على  
تحريم الضرر بجميع أنواعه وأشكاله، فلا يجوز للمدين أن يضر الدائن  
ابتداءً ولا انتهاءً حيث تكفلت الشريعة الغراء والقوانين الوضعية بوضع  
قواعد وأسس تكفل تحقيق هذا الهدف ولعل قواعد الضمان العام  
ووسائل حمايته خير وسيلة لتحقيق هذا الهدف، فهي الحل الأمثل لمنع  
وقوع الضرر فهي أنظمة وقائية تمنع وقوع الضرر قبل تحققه، ولذلك  
سُميت بقواعد الضمان العام للدائنين ووسائل حمايته، وبناءً على ذلك  
فللدائن ونحوه أن يتوقى هذه المخاطر ويحافظ على حقه باستعمال وسائل  
حماية الضمان العام.

وهذه الوسائل تتنوع إلى ثلاث: وسائل تنفيذية، وسائل تحفظية، ووسائل  
تؤدي إلى استيفاء الحق وتسمى الوسائل المتوسطة:

١- الوسائل التنفيذية: تهدف إلى حصول الدائن - بواسطة القضاء - على حقه من أموال المدين، وقد تكفل قانون المرافعات ببيان طرق التنفيذ وهذه الطرق لا يجوز استعمالها، إلا في حالة ما إذا كان حق الدائن محقق الوجود، ومعين المقدار، وحال الأداء، ويجب أن يسبق التنفيذ حصول الدائن على سند تنفيذي (م ٢٢٦ م مرافعات يميني)<sup>(١)</sup>، مع ملاحظة أن القانون المدني اليمني قد نص في المادة (٣٦٠) على أنه: (( إذا كان المدين موسراً فلدائنه طلب حبسه لإكراهه على الوفاء، ثم طلب حجز أمواله ثم طلب بيعها طبقاً لما هو منصوص عليه في هذا القانون وقانون التنفيذ المدني)). وهذا يفهم منه بأن طلب حبس المدين الموسر مقدم على طلب التنفيذ على أمواله<sup>(٢)</sup>.

٢- الوسائل التحفظية أو الاحتياطية: وهي أضعف الوسائل تستعمل لمجرد أن يحفظ حق المدين من السقوط بالتقادم. ومن ثم ضياع حق الدائن لأن حق الدائن، في حالة اللجوء إلى هذه الوسائل لم يكن قد حل أجله أو كان معلقاً على شرط إلا أن الدائن يخشى من غش المدين، أو تقصيره، أو تصرفاته المضرة بالضمان العام، فله في هذه الحالة أن يباشر الإجراءات التحفظية باسمه هو لا باسم مدينه، وذلك: كأن يقوم بقميد رهن ضامن لحقه، أو يطلب وضع الأختام على أموال المدين عندما يتهددها الضياع بسبب موته أو إفلاسه أو نحو ذلك، أو يطلب تعيين قيم على المدين، إذا ما اعتراه جنون أو عته أو سفه، أو يقوم بطلب تحقيق إمضاء مدينة على سند الدين، أو يطلب تحرير محضر جرد أموال المدين، أو يطلب الاشتراك في دعوى قسمة مال المدين.

٣- الوسائل المؤدية إلى استيفاء الحق (الوسائل المتوسطة): وهي التي تكفل للدائن ونحوه استيفاء حقه فهي تمهد له طريق التنفيذ، ولذلك فهي وسيلة أقوى نسبياً من الوسائل التحفظية، لأنها ليست مقصورة على مجرد التحفظ على أموال المدين، وأضعف قليلاً من الوسائل التنفيذية لأنها تؤدي مباشرة إلى استيفاء الدائن حقه وهذه الوسائل هي: -

- 1 - تقابلها (م ٢٨٠ مرافعات مصري).
- 2 - أنظر في هذا المعنى زميلنا، د. محمد بن حسين الشامي، أحكام الالتزام في القانون المدني اليمني، مكتبة الجيل الجديد، صنعاء، الطبعة السادسة، ٢٠٠٤م، ص ٧٨.

- ١- دعوى المطالبة بحقوق المدين (الدعوى غير المباشرة).
- ٢- دعوى وقف نفاذ تصرف المدين (الدعوى البولصية). وهذه الدعوى هي محل دراستنا في هذا البحث.
- ٣- دعوى الصورية والتصرف الهزل.
- ٤- الدفع بعدم التنفيذ وحق الحبس.
- ٥- الحجز على ما للمدين لدى الغير<sup>(١)</sup>.

فجوهر الضمان العام، يقوم على أساس الثقة بين المدين والدائن وصورته أن الدائن يعتمد على أموال مدينه في ضمان الوفاء. كما يعتمد على حسن تصرف المدين في أمواله على النحو الذي لا يترتب عليه إضعاف مركزه المالي ولهذا فإن هذه الثقة تتوقف عن إنتاج أثرها عند إبرام المدين أي تصرف يضر بدائنيه مع علمه بذلك<sup>(٢)</sup>.

وقد برزت الحاجة إلى إيجاد قواعد وسائل محاربة غش المدين لدائنيه منذ زمن بعيد، حيث يرى فقهاء القانون الروماني المعاصرون، بأنها ظهرت منذ أواخر العصر الجمهوري عندما تحول المجتمع الروماني إلى مجتمع تجاري أدى إلى زيادة الإقبال على التصرفات غير الشكلية والتعامل بين أشخاص لا يعرف بعضهم البعض الآخر، مما جعل المتعاقدين يقعون بسهولة في غش بعضهم البعض الآخر<sup>(٣)</sup>. وقد كانت دعوى الغش في القانون الروماني في بداية تقريرها من جانب البريتور بولص تعتبر جريمة تتحقق بقيام المدين بتصرفات فيها غش يرتكبه المدين المعسر ضد دائئه بأن

- 1- أنظر أستاذنا د/ عبدالمنعم البدر وای النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني المصري ج ٢ أحكام الإلتزام، مكتبة عبدالله وهبة القاهرة ١٩٨٧ م ص/ ١١٦ وما بعدهما، د/ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني جالمجلد الرابع ١٩٩٢ م ف ١٤٠/١٣٩، د/ عبدالرزاق حسن فرج النظرية العامة للإلتزام- الكتاب الثاني- أحكام الإلتزام طبعة ١٩٨٥ م، الإسكندرية ص ٤٣.
- 2- د. محمدین عبدالقادر محمد عبدالقادر، الطبعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين على دائنيه رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، ١٩٩٥ م، ص ٢.
- 3- أنظر في هذا المعنى د. عبدالرحمن مصطفى عثمان نظرية السبب في القانون المدني رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٨٤ م، ص ٧٨، حلمي، بهجت بدوي أصول الإلتزامات الكتاب الأول نظرية العقد طبعة ١٩٤٣، القاهرة ص ٣٨٦ وأنظر أستاذنا د. محمد عبدالهادي الشقنقيري دروس في تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، طبعة دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٨٧ م ص ٣٨٣/٣٧٠، د/ حسوب الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدي رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية ١٩٧٩ م، ص ١١.



يتصرف في أمواله بطريقة الغش. لأن هذا التصرف يؤدي إلى إعساره، أو زيادة هذه الإعسار وهو ما يترتب عليه تبديد أموال المدين الضامنة للوفاء بحقوق دائنيه، ومثل هذا التصرف يضر بالدائنين ويجافي العدالة<sup>(١)</sup>. ولذلك كانت هذه الدعوى ترفع على المدين كما ترفع على من تعاملوا مع المدين. وذلك بقصد حرمانهم من نتيجة التصرفات التي أبرموها مع المدين إضراراً بالدائنين<sup>(٢)</sup>. وكذلك كان يطبق في القانون الروماني أيضاً نفس الوضع بالنسبة لكل تصرف ينطوي على استعمال طرق احتيالية أو غش بقصد الإضرار بالدائنين، أو الورثة كالإشهاد، أو الصورية التي تنطوي على أضرار بالغير، ويعدتذ جاءت هذه الدعاوي في صلب القانون الروماني، وإنما أصبحت في عهد جستنيان كل العقود رضائية، حتى عقود التديليس والإكراه أصبحت من عيوب الرضا كالغلط<sup>(٣)</sup>. وأصبحت من الدعاوي المدنية غير أنه تثار خلاف في الفقه المدني الحديث حول طبيعة هذه المسؤولية هل هي عقدية أم تقصيرية؟

كذلك سنرى في الشريعة الإسلامية أن العقود فيها تقوم على أساس الرضا الكامل منذ بزوغ فجر الإسلام فلم يعتبرها التطور الذي حصل في القوانين الوضعية الذي أساسها هو القانون الروماني. ولهذا شرعت الخيارات في الشريعة الإسلامية حماية للمتعاقد ورعاية لحقه كلما شابته إرادته علة مؤثرة لا يستطيع معها اعتبار رضاه صحيحاً كاملاً ملزماً كلما وقع في غش أو غدر نتيجة اطمئنانه إلى واجب الصدق وحسن النية المفترضين في صاحبه(٤). فجميع التصرفات القائمة على سوء النية كالغش والخيانة مستهجنة في نظر الشريعة الغراء ومؤاخذاً عليها أخروباً وممنوعة قضاءً باعتبارها مجافية لمكارم الأخلاق والعدالة لا أن تعتبر مهارة وذكاء

- 1 - أستاذنا د. أحمد أبو الوفاء. تاريخ النظم القانونية والاجتماعية طبعة ١٩٩٠ م. منشأة المعارف الإسكندرية. ص ٣٠٧.
- 2 - د. توفيق حسن فرج. القانون الروماني. الدار الجامعية بيروت ١٩٨٥ م. ص ٤٦٨. د. صبيح مسكوني القانون الروماني. الطبعة الثانية. بغداد. ص ٤٢٥ وما بعدها.
- 3 - أستاذنا د. أحمد أبو الوفاء، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، المرجع السابق، ص ٣١٤ وما بعدها.
- 4 - أنظر أستاذنا د. عبدالمجيد محمود مطلوب. التديليس بحث مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي محاضرات القيت على طلاب الدكتوراه. كلية الحقوق. جامعة عين شمس. ١٩٨٧ م. ص ٥.

كما كان يعتبرها المجتمع الروماني قبل أن يتحول إلى مجتمع تجاري ويضفي عليها وصف التعدي خوفاً من ضياع الازدهار التجاري لمدينة روما والذي كان للتجار الوافدين إليها دور فيه وكانوا يتعرضون للغش والتدليس في تعاملاتهم من جانب تجارها دونما فرض أي جزاء عليهم، مما دفع إلى الإحجام عن التعامل مع أهل هذه المدينة، إلا بشروط منها: رفع قيود شكلية العقود، وفرض جزاء على من يصدر منه غش، أو تدليس، وهذا على عكس ما قرره الشريعة السمحة منذ بزوغ فجر الإسلام الذي حرم ذلك ابتداءً بقوله تعالى: - (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ)<sup>(١)</sup>. إلى آخر ما سنرى من الآيات الكريمة والأحاديث النبوية الشريفة الدالة على ذلك.

ثانياً: مشكلة البحث وتساؤلاته:

مما سبق يتضح أن موضوع البحث يتركز على طبيعة النظام القانوني لدعوى وقف (عدم) نفاذ تصرف المدين على دائنيه، فيهتم هذا البحث بدراسة مدى حرية المتصرف في مباشرة كافة حقوقه على أمواله، وبالصورة التي يريدها، وينتج عن ذلك أن الدائن يظل مهدداً بخنصر ضياع أموال مدينه، لأن وسائل الضمان العام التي وضعها المشرع القانوني والشرعي لا تمنح المتصرف في مباشرة كافة حقوقه على أمواله، وإنما تستهدف في مجموعها حفظ الضمان العام المقرر للدائنين على النحو الذي يساعده في استيفاء حقه، عن طريق نظام قانوني، يقرر عدم نفاذ تصرفات المدين في حق الغير إلا إذا أجازها هذا الغير، أما بالنسبة للمتعاقد والمتعامل معه فهي نافذة في مواجهتهما دونما حاجة إلى أية إجازة من أي منهما. ومن هنا يشير هذا النظام القانوني مسألة تحديد طبيعته القانونية بين أنظمة المسؤولية المدنية والدعوى القانونية الأخرى لأن الخلاف على تحديد طبيعة دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في حق الغير ليس خلافاً حديثاً، وإنما هو خلاف منذ القرن الثاني عشر، وظل مستمراً بين الفقه الحديث بنفس

الشدة التي كان عليها بين فقهاء الحواشي<sup>(١)</sup>، وعلى ذلك لما كانت دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في حق الغير، ليست إلا طريقاً يسلكه الدائن ليحصل من القضاء على حكم بأنه من الغير في تصرف صدر من مدينه المعسر إضراراً بحقوقه فقد أثارت طبيعة هذه الدعوى وكيانها القانوني خلافاً كبيراً في الفقه الفرنسي والمصري، حيث دار النقاش والتساؤل بينهم، هل هي دعوى تعويض، يتم بموجبه إصلاح الضرر الذي يحدث في مواجهة الدائنين وفي حدود هذا الإصلاح؟ أم هل هي دعوى عدم نفاذ التصرف المطعون فيه في حق الدائن؟ أو عدم سريانه عليه؟ أم هل هذه الدعوى هي دعوى صورية مفترضة؟ أم هل هذه الدعوى دعوى عينية، أم دعوى شخصية، أم هي دعوى مختلطة بين العينية والشخصية؟ أم أن هذه الدعوى ليست شيئاً مما تقدم، وإنما هي في حقيقتها من الدعاوي التي تخضع للنظام القانوني للتصرفات الموقوفة على الإجازة ممن يملك حق التمسك بها؟ وعلى أية حال فبأي الآراء أو الأنظمة القانونية السالفة الذكر أخذ به القانون المدني اليمني، والفقه الإسلامي، والتقنينات العربية والأجنبية الأخرى موضع المقارنة؟ هذا ما سنتعرض له تفصيلاً في هذه الدراسة مع بيان الرأي الراجح من هذه الآراء بإذن الله تعالى وتوفيقه.

ثالثاً: أهمية البحث:

- تأتي أهمية هذا البحث في كونه وسيلة لتحقيق عدة أهداف منها:
- ١- المساهمة في نشر الوعي القانوني والشرعي الذي يعود بالنفع العام على الفرد والمجتمع، وتتصل بمجموعها في النواحي الاقتصادية والاجتماعية، كما تتصل بالجوانب الأخروية، لكي يصل المتعاملون إلى درجة الصفاء والنقاء والأمن والأمان في المعاملات، للوصول إلى صراط مستقيم لا سوء فيه ولا خيب ولا ضرر ولا ضرار.
  - ٢- أن الطبيعة الخاصة لغش المتصرف في أمواله إضراراً بحقوق الغير (الدائن)، يحتاج إلى إبراز الطبيعة القانونية للنظام القانوني الخاص، لدعوى وقف أو عدم نفاذ تصرف المدين، لأن فيها من القواعد القانونية الخاصة التي

١- أنظر Acher: بحث عن طبيعة الدعوى البولصية، المجلة الفصلية للقانون المدني، باريس ١٩٥٦ م ص ٨٥ مشار إليه في د. محمد بن عبدالقادر الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين على دائنيه، مرجع سابق ص ١٠.

تحقق الهدف من حماية الدائنين، لأنها قواعد ينظر لها نظرة خاصة، كتنظيم قانوني يحمل في طياته معنى العدالة، وحسن النية في التعامل بين الأفراد. كما أن للقواعد القانونية لهذه الدعوى لها مجالاً خاصاً في التطبيق، وتعالج حالات هامة في إطار الإلتزامات تقصر الأنظمة القانونية العامة الأخرى عن معالجتها. ولهذا تبقى دراسة الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرف المدين من الأهمية بكان حتى في ظل وجود دعاوي الضمان الأخرى، وحتى مع تطور نظرية المسؤولية المدنية ووجود المسؤولية الموضوعية المبنية على أساس تحقق الضرر، ومن هنا تأتي أهمية هذه الدراسة التي راعيت فيها سهولة الأسلوب ووضوح العبارة بما ييسط الموضوع ويجعله يسيراً المأخذ بالنسبة للطالب والقارئ على حد سواء.

رابعاً: أهداف البحث:

البلوغ إلى حل لمشكلة البحث المتعلقة بنطاق الغش وطبيعته القانونية في دعوى وقف (عدم) نفاذ تصرفات المدين على دائنيه، أو ما يتصل به من مشاكل سنقوم بدراسة تحديد طبيعة هذه الدعوى، من خلال تفسير أحكامها تفسيراً قانونياً يمكن معه إرجاعها إلى نظام قانوني معين، ومعروف، وهو هدف يرى فيه الفقهاء مسوغاً كافياً لبيذل الجهد في هذا الموضوع مما يجعل تحديد الطبيعة القانونية لدعوى وقف (عدم) نفاذ تصرف المدين (الدعوى البولصية) موضوعاً حياً للدراسة.

خامساً: منهج البحث:

اعتمدت في دراستي لهذا البحث على ثلاثة مناهج هي:

١- المنهج التحليلي الموضوعي: الذي يقوم بالأساس على تحليل الآراء الفقهية ومناقشتها من أجل استخلاص النتائج المناسبة لحل مشكلة البحث.

٢- المنهج التطبيقي: الذي يقوم بالأساس على تدعيم المواقف الفقهية والتشريعية باجتهادات قضائية ذات صلة وثيقة بموضوع البحث، وعلى الأخص القضاء المصري ونظيره الفرنسي، فالقرارات القضائية اليمنية - التي هي في غالب الأحوال تسير على غرار القضاء المصري -

لم نجد فيما تيسر لنا من الإطلاع عليها ما يتعلق بموضوع بحثنا، والسبب

في ذلك يكمن في اعتقادنا صعوبة الحصول عليها ، ولعدم اهتمام الجهات المختصة بنشر كل ما يصدر من القضاء اليمني أولاً بأول في مجموعات النشر المخصص لها، كما هو الجاري في مصر وفرنسا وبعض البلدان الأخرى التي سلكت هذا المسلك خدمة للمشتغلين بالقانون والباحثين فيه.

٣- المنهج المقارن: بين القوانين اليمنية ذات الصلة بموضوع البحث ومقارنتها بالقوانين المصرية والفرنسية ، مع الإشارة إلى بقية القوانين الأخرى كلما اقتضت الحاجة لذلك ، ومقارنة هذه القوانين المعاصرة محل الدراسة بما جاء في الفقه الإسلامي بمختلف آراء مذاهبه الفقهية.

سادساً: خطة البحث:

اقتضت طبيعة البحث في الموضوع أن أقسم خطته العامة من الناحية الشكلية بعد المقدمة هذه إلى ستة مباحث وذلك على النحو الآتي :-

المبحث الأول: نطاق الغش وطبيعته القانونية في دعوى وقف (عدم) نفاذ التصرف (الدعوى البولصية).

المبحث الثاني: نطاق الغش وطبيعته القانونية في الدعوى الصورية (دعوى التصرف الهزل)

المبحث الثالث: نطاق دعوى الصورية المفترضة في مجال دعوى عدم النفاذ (الدعوى البولصية).

المبحث الرابع: إثبات الغش والتدليس والخداع وسلطة القاضي إزاء ذلك

المبحث الخامس: موقف الشريعة الإسلامية من حماية الضمان العام لحقوق الدائنين من الغش ومعياره وإثباته

الخلاصة: تتضمن خلاصة لأهم النتائج والتوصيات التي خرجنا بها من هذا البحث.

المصادر: قائمة تحتوي على أهم مصادر البحث

المبحث الأول

نطاق الغش وطبيعته القانونية في دعوى وقف (عدم) نفاذ التصرف (الدعوى البولصية)

انصراف قصد المدين الإضرار بدائنيه هو أهم الشروط في دعوى وقف (عدم) نفاذ التصرف ، لأنه العمود الفقري لهذه الدعوى التي تقوم

على محاربة الغش، بل أنه يمكن القول بأن شروط هذه الدعوى يمكن أن تتجمع كلها في شرط الغش، لأنه لا يكفي أن يكون التصرف المطعون فيه قد تسبب في إعسار المدين، أو زاد في إعساره، إلا إذا كان قد صدر من المدين غشاً<sup>(١)</sup>. فحُسن النية أو سوءها هنا له الأثر الأكبر في نفاذ التصرف في حق الدائن أو عدم نفاذه<sup>(٢)</sup>. وهذا ما دفع بالمشرع في كل من اليمن ولبنان - على خلاف التشريعات العربية المدنية الأخرى موضع المقارنة - أن يخصص نصاً واحداً لبيان كل شروط دعوى طلب وقف نفاذ تصرف المدين الضار بالدائنين، وكذا الأثر الذي يترتب عليها<sup>(٣)</sup>، حيث نصت المادة (٣٦٧) مدني يمني على أنه: "إذا قصد المدين الإضرار بدائنيه بأن تبرع بماله أو تصرف فيه متواطئاً مع المتصرف إليه بعوض يقل عن ثمن المثل، وأدى ذلك إلى إعساره، فإن تصرفه يعتبر موقوفاً على إجازة دائنيه الذين تضرروا منه، ويكون للمتصرف إليه إذا أراد نفاذ التصرف أن يودع بنظر القاضي ثمن المثل وقت التصرف، أو ما يكمله بحسب الأحوال وتنتقل حقوق الدائنين على المال المودع".

أما الفقرة الأولى من المادة ٢٦٤ مدني عراقي فقد قضت بأنه: "إذا تصرف المدين بعوض يشترط لعدم نفاذ التصرف في حق الدائن أن يكون هذا التصرف منطوياً على غش من المدين وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش...".

وهذا هو نفس ما عرضت له الفقرة الأولى من المادة ٢٣٨/مدني مصري والمادة ٢٣٨ مدني سوري والمادة ٢٤٠ مدني ليبي، أما المشرع اللبناني فقد عرض لها كما قدمنا ولكن في مادة واحدة هي المادة ٢٧٨ من قانون الموجبات والعقود والتي جاء فيها: "يحق للدائنين الذين أصبح

(١) انظر في هذا المعنى استئناف مصر في ١٤/٤/١٩٣٠، المحاماة السنة العاشرة ص ٨٦٤ رقم ٤٣٥، وكذا استئناف مصر المختلطة في ٢٠/٢/١٨٩٠ مجلة التشريع والقضاء المختلطة السنة الثانية ص ٣٩٢، وفي ١٧/٣/١٩١٠ المصدر ذاته السنة ٢٢ ص ٢٠٣، وفي ١٥/٥/١٩١٥، المصدر ذاته السنة ٢٧ ص ٣٢٨ السنة ٤١ ص ١٥١.

(٢) انظر في هذا المعنى العلامة المرجوم د. عبدالرزاق السنهوري في الوسيط، دار إحياء التراث العربي بيروت، ١٩٦٨ م، ج ٢ ف ٥٩٠ ص ١٠٣٤.

(٣) أستاذنا د. جميل متولي الشراقوي، أحكام الالتزام في القانون المدني اليمني، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة ١٩٨٨، ص ١٢٠.

دينهم مستحق الأداء أن يطلبوا بأسمائهم الخاصة فسخ العقود التي عقدها المديون لهضم حقوقهم وكانت السبب في إحداث عجزه عن الإيفاء أو تفاقم هذا العجز". أما العقود التي لم يكن بها المديون إلا مهملاً للكسب فلا تنالها دعوى الفسخ. وهذه الدعوى المسماة "بالدعوى البوليانية" يجوز أن تتناول أشخاصاً عاقدهم المديون خدعة. غير أنه لا تصح إقامتها على الأشخاص الذين نالوا حقوقهم مقابل عوض إلا إذا ثبت اشتراكهم في التواطؤ مع المديون. ولا يستفيد من نتائج هذه الدعوى إلا الشخص أو الأشخاص الذين أقاموها، وذلك على قدر ما يجب لصيانة حقوقهم. أما فيما زاد عنها فيبقى العقد قائماً، ويستمر على إنتاج جميع مفاعله وتسقط هذه الدعوى بمرور الزمن بعد عشر سنوات.

فالواضح من كل هذه المواد القانونية أنها تقرر شرطاً من شروط دعوى عدم نفاذ التصرفات عندما يكون التصرف قد صدر غشاً من المدين أو بالتواطؤ منه مع المتصرف إليه بقصد الإضرار بالدائنين<sup>(١)</sup>.

ويكفي لتوافر هذا القصد قيام الدائن بإثبات أن المدين كان على علم بأن التصرف الذي قام به من شأنه أن يسبب الخسارة أو أن يرمي من وراء القيام به إلحاق الضرر بدائنيه، فإذا لم تنصرف نية المدين إلى قصد الإضرار بالدائن فلا يجوز للقاضي قبول هذه الدعوى لتخلف شرط من شروطها، وبناء على ذلك لا يكفي مجرد توافر خطأ من جانب المدين - مهما بلغت جسامة هذا الخطأ أو درجته فلا يغني عن اشتراط (غشه) أي عن اتجاه نيته إلى الإضرار بدائنيه<sup>(٢)</sup>.

وافترض غش المدين للدائن من علمه بإعساره، يقوم في التشريعات المختلفة على أساس أن هذا العلم يعتبر قرينة على غش المدين، ولكنها قرينة غير قاطعة يجوز للمدين أن ينقضها بكافة طرق

(١) د. محمد حسين الشامي، أحكام الالتزام في القانون المدني اليمني، المرجع السابق، ف ١٠٢، ص ٩٩، د. السنهوري الوسيط ج ٢ ف ٥٩١ ص ١٠٣٦، د. مصطفى الجمال: أحكام الالتزام، المرجع السابق، ف ٢٦٥ ص ٤٢١، د. حسن علي الذنون: المبسوط في المسؤولية المدنية ج ٢ الخطأ. دار وائل للنشر عمان الأردن، ٢٠٠٦م. ف ٢٤٣ ص ١٦٦.  
(٢) انظر في هذا المعنى د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج ٢، الخطأ ف ٢٤٣ ص ١٦٦.

الإثبات<sup>(١)</sup>، فإذا كان المشرع قد اكتفى بإثبات علم المدين بأن التصرف من شأنه الإضرار بالدائنين حتى تقوم قرينة على توافر الغش فإنه يبقى للمدين بعد ذلك أن يثبت عكس ذلك، أي ينفي الغش رغم علمه بأن التصرف من شأنه الإضرار بالدائنين إلا أنه لم يقصد إلحاق الضرر بهم، بل كان الدافع له على التصرف باعثاً آخر، كما لو أثبت أنه تصرف بقصد الحصول على حاجته الضرورية أو أن التصرف مما تقتضيه مهنته مثلاً أو أنه لم يبرم التصرف إلا بقصد تحسين أحواله المالية وإن لم تتحقق منه النتيجة المرجوة، ففي مثل هذه الحالات إذا أثبت المدين ذلك لا يجوز للدائن الطعن في العقد لانعدام الغش<sup>(٢)</sup>.

على أنه يلاحظ في هذا الصدد أن القانونين اليمني واللبناني - يستلزمان شرط الغش سواء كان التصرف معاوضة مثل البيع، أو تبرعاً مثل الهبة، وهذا يعني أن حق الدائن في الطعن فيه يتوقف على ثبوت قصد الإضرار بالدائنين لدى المدين، أي يتوقف على توافر الغش منه، أو على علم المدين علماً يقيناً بأن هذا التصرف أجراه معاوضة بأقل من ثمن المثل أو تبرعاً يؤدي إلى إعساره أو الزيادة في حالة الإعسار<sup>(٣)</sup>.

(1) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، ج ٢ ف ٥٩١ ص ١٠٣٦.  
 (2) انظر في هذا المعنى د. مصطفى الجمال، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ف ٢٦٥ ص ٤٢١، أستاذنا د. جميل الشراوي أحكام الالتزام في القانون اليمني، مرجع سابق، ص ١٢٥/١٢٦، د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط ج ٢ ف ٥٩١ ص ١٠٣٦/١٠٣٧.  
 قد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد تيسير الإثبات في الدعوى البوليصية ما يأتي: "ولعل أمر الإثبات من أشق ما يصادف الدائن في الدعوى البوليصية، سواء في ذلك إثبات إعسار المدين أم إثبات التواطؤ بينه وبين من يخلفه. وقد وضع المشروع قاعدتين لتيسير مهمة الدائن في هذا الصدد:  
 فاجتزأ من الدائن في إثبات إعسار مدينه بإقامة الدليل على مقدار ما في ذمته من ديون. فمتى أقام هذا الدليل، كان على المدين أن يثبت أن له ما لا يعادل قيمة هذه الديون على الأقل.

ثم أنه جعل من مجرد علم المدين بإعساره قرينة على توافر الغش من ناحية، واعتبر من صدر له التصرف عالماً بهذا الغش إذا كان قد علم بذلك الإعسار... من ناحية أخرى. ويراعى أن حسن النية يفترض فيما يعقد من التصرفات العادية التي تقتضيها صيانة تجارة المدين أو زراعته أو صناعته. فمثل هذه التصرفات تقع صحيحة وتكون بهذه المثابة بأمن من الطعن: انظر المادة ١١٢ من التفتين البرازيلي، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج ٢، ص ٦٣٢/٦٣٣.

(3) انظر في هذا المعنى زميلنا د. محمد حسين الشامي، أحكام الالتزام، ص ٩٩ وقارن أستاذنا د. جميل متولي الشراوي، ج ٢، أحكام الالتزام، ص ١٢٤/١٢٥، المرجع السابق.



وهذا على خلاف ما جرت عليه التشريعات العربية الأخرى موضع المقارنة حيث لا تستلزم شرط الغش إذا كان التصرف من قبيل التبرعات، وليس من قبيل المعاوضات ويبرر البعض هذا الاستثناء بأن حق المتبرع له يكون دون مقابل، مما لا حاجة معه لتمتعه بما للمعاوض من حماية<sup>(١)</sup>، أو على أساس تطبيق القاعدة الأصولية "دفع المضار مقدم على جلب المنافع". فدفع الضرر عن الدائن مقدماً على طلب المنفعة للمتبرع له<sup>(٢)</sup>.

ولا يكفي لعدم نفاذ التصرف الذي لحق بالدائن أن يكون هذا التصرف منطوياً على غش من المدين، بل أنه يشترط أيضاً أن يكون المتعامل مع هذا المدين (المتصرف إليه) متواطئاً مع المدين، أي على علم بما يدبره المدين للدائن (على علم بالغش) ويفترض علمه بغش المدين من مجرد علمه بإعساره أياً كانت تصرفات مدينه المعسر معاوضة كانت أم تبرعاً وهذا ما سار عليه القانون المدني اليمني. وهو الحكم لدى التشريعات العربية الأخرى موضع المقارنة غير أنها تقصره على تصرفات المعاوضات دون التبرعات بما في ذلك قانون الموجبات والعقود اللبناني الذي أخذ بهذا الاستثناء أيضاً واشترط علم المتصرف إليه بالغش إذا كان التصرف من المعاوضات ولم يشترطه إذا كان من التبرعات، على الرغم من أنه يشترط غش المتصرف في المعاوضات والتبرعات على حد سواء<sup>(٣)</sup>.

(١) د. مصطفى الجمال، أحكام الالتزام، الفتح للطباعة والنشر الإسكندرية، ٢٠٠٠، ف٢٦٥ ص ٤٢١، د. عبدالرزاق السنهوري الوسيط ج ٢ ف ٥٩٢ ص ١٠٣٩، حيث جاء فيها: "ويبرر هذا الحكم أن الدائن يشكو من ضرر أصابه من جراء تبرع مدينه إذا بقي هذا التبرع قائماً، أما الموهوب له فلا يشكو إلا من فوات نفع عليه إذا أجزأ للدائن الطعن في التبرع، والفرق واضح بين من يتوقى ضرراً ومن يتبغى نفعاً، فالأول أي الدائن هو الأجدر بالرعاية غير أنه يضيف في هامش ١ من ذات الصفحة بأنه يجب ملاحظة أن الموهوب له إذا كان حسن النية، فلا يسترد منه الدائن إلا بمقدار ما أعتنى به من وراء هذا التبرع ويكسب له ثمرات الشيء الموهوب ما دام قد قبضها وهو حسن النية وفقاً للقواعد العامة، وانظر أيضاً نفس المعنى مؤلفه نظرية العقد مطبعة دار الترجمة والتأليف القاهرة، ١٩٤٩ ف ٧٣٥ ص ٨٠٢ هامش رقم (١).

(٢) أستاذنا د. جميل متولي الشرفاوي، أحكام الالتزام في القانون المدني اليمني ص ١٢٥. وهامش ١٠ ص ١٢٦ حيث يقول فيه: "ويمكن تفسير هذا الحكم على أساس أن طبيعة التصرف (التبرع) تعتبر قرينة على قصد الإضرار بالدائن".

(٣) لتفصيلات أكثر في موقف القانون اللبناني انظر د. مصطفى الجمال أحكام الالتزام ص ٤٢٢ وما بعدها مرجع سابق.

ويسدو لنا أن مسلك القانون اللبناني بخصوص هذا الحكم الاستثنائي أنه قد سار على غرار المادة ١١٦٧ من التقنين المدني الفرنسي التي اشترطت الغش في جانب المدين سواء كان التصرف المطعون فيه معاوضة أو تبرعاً. ولكن إذا كان التصرف معاوضة، اشترطت الغش في جانب المتصرف إليه، وهذا بعكس ما إذا كان التصرف تبرعاً، لم تشترط الغش في جانب المتصرف إليه بالتبرع إكتفاءً بغش المدين<sup>(١)</sup>.

وإذا قام المتعامل مع المدين (المتصرف إليه) بالتصرف لشخص آخر فإنه يكون خلفاً للمتعامل مع المدين، وفي هذه الحالة يثور أمر حماية هذا الخلف هو الآخر على النحو الذي حمى به المشرع المتصرف إليه نفسه وهذا ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة (٢٣٨) من القانون المدني المصري بقولها أنه: "إذا كان الخلف الذي انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بعوض إلى خلف آخر، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ

(١) وهذا ما ذهب إليه الاتجاه السائد في الفقه والقضاء في فرنسا حيث يرون بأن المادة (١١٦٧) من التقنين المدني الفرنسي تشترط في عدم نفاذ التصرف غش المدين أياً كان نوع التصرف معاوضة أو تبرع (انظر في هذا المعنى العلامة المرحوم عبدالرزاق السهوري، الوسيط، ج ٢ ف ٥٩٢ هامش رقم ٣ ص ١٠٤٠/١٠٤١. حيث جاء فيه: "وقد كان هناك رأي في فرنسا يذهب على أن التبرع لا يشترط فيه الغش من جانب المدين، لأن التبرع في ذاته قرينة على الغش.. ويستند أصحاب هذا الرأي بوجه خاص إلى أن التقنين المدني الفرنسي ذكر ثلاث أحوال يتنازل فيها المدين عن حقه دون مقابل، فيسمح للدائن بالظعن في هذا التنازل دون أن يشترط سوء نية المدين، بل اقتصر النص على اشتراط وجود ضرر للدائن عن حق الانتفاع. وهذه الأحوال هي: (أ) المادة ٦٢٢ مدني فرنسي المتعلقة بتنازل المدين عن حق الانتفاع. (ب) المادة ٧٨٨ مدني فرنسي المتعلقة بتنازل الوارث عن الميراث. (ج) المادة ١٠٥٣ مدني فرنسي المتعلقة بتنازل الموهوب له عن البنية لمن يحل بعده فيها. وقد استخلصوا من ذلك، من أن مشروع التقنين المدني الفرنسي كان يتضمن نصاً يشترط الغش في هذه الأحوال ثم حذف، أن تنازل المدين عن حقه دون مقابل يجوز فيه الظعن حتى ولو لم يوجد هناك غش من جانب المدين، ما دام هذا التنازل ضاراً بحقوق الدائن، ثم عمموا هذه القاعدة فجعلوها تشمل جميع التبرعات، سواء كانت في صورة تنازل أو في أية صورة أخرى. وهناك من الفقهاء من يقصر القاعدة على التنازل دون غيره من التبرعات.. ولكن هذا الرأي لم يسد في الفقه والقضاء.. والرأي السائد هو اشتراط غش المدين حتى في التبرعات. ويرد أنصار هذا الرأي على أنصار الرأي الأول بأنه إذا كان المشرع الفرنسي قد أغفل شرط الغش في الأحوال الثلاث التي أشير إليها فحذفه بعد ذكره، فلأنه لم يكن قد اتخذ لنفسه موقفاً في هذه المسألة. فإذا ما وصل إلى المادة ١١٦٧ - وهي النص الأساسي في الموضوع - نراه اتخذ موقفاً واضحاً إذ اشترط الغش بعبارة مطلقة، ولم يميز بين المعاوضة والتبرع، أو بين التنازل وغيره. ثم لما عرضت له حالة من أحوال التنازل بعد أن أورد المادة ١١٦٧ - وهي حالة تنازل الزوجة عن حقها في الروكبة (م ١٤٦٤) - إذ إنه يشترط صراحة فيها الغش (بودري وبارداً فقرة ٦٥٩ بلانيوك وريبير وردوان ج ٧ فقرة ٩٣١).

التصرف إلا إذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش إن كان المدين قد تصرف بعوض، أو كان الخلف الثاني يعلم بإعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول إن كان المدين قد تصرف له تبرعاً<sup>(١)</sup>.

وهذا الحكم هو نفس ما قرره التشريعات العربية الأخرى موضع المقارنة في المادة ٢٣٨ مدني سوري والمادة ٢٦٤ مدني عراقي والمادة ٢٤٠ مدني ليبي والتي تتضمن الإشارة إلى بيان حكم فرضين من تصرفات المدين التي يتم فيها تفضيل المدين لبعض دائنيه إضراراً بالدائنين الآخرين وهما<sup>(١)</sup>:-

(الفرض الأول): أن الخلف الذي انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه لخلف ثاني تبرعاً ففي هذا الفرض لا يلزم توافر الغش لدى الخلف الثاني لإمكان الطعن عليه وكذلك هو الحكم إذا كان الخلف الأول قد تلقى التصرف هو الآخر تبرعاً لا يلزم لإمكان الطعن عليه توافر سوء نيته ولا غش المدين كما سبق القول وهذا على عكس ما إذا كان الخلف الأول كان قد تلقى التصرف معاوضة يشترط لإمكان الطعن عليه من الدائنين الآخرين إثبات غش كل من المدين وهذا الخلف الأول على النحو الذي قدمناه.

(الفرض الثاني): أن الخلف المتلقي للشيء من المدين قد تصرف فيه لخلف ثان معاوضة، وهذا هو الفرض الذي أخص ببيان حكمه النص السالف الذكر فإذا كانت المعاوضة قد تصرف بها المدين جرت بينه وبين الخلف فإنه لا يكفي بقيام الدائن المتضرر بإثبات غش كل من المدين والخلف الأول، بل يتعين عليه أيضاً إثبات غش الخلف الثاني وذلك لإثبات علمه بأمرين: (١) غش المدين (٢) وعلم الخلف الأول بغش المدين، وذلك حتى لا يكون عقد الخلف الثاني معرضاً للطعن فيه إلا إذا كان الخلف الثاني عالماً بعيب التصرف الأول من جهة المدين ومن جهة الخلف الأول.

(١) انظر: د. عبدالرزاق السنهوري الوسيط ج ٢ ف ٥٩٣ ص ١٠٤٢/١٠٤١، أستاذنا د. عبدالنعم البدر اوي أحكام الالتزام مكتبة عبدالله وهبة، القاهرة ١٩٧٥، ف ١٣٦، ص ٥٨، د. مصطفى الجمال أحكام الالتزام، ف ٢٦٥ ص ٤٢٢/٤٢٣.

ولتوضيح هذه الفروض نورد المثال الآتي: لو أن المدين (أ) باع لـ (ب) ثم تم البيع لـ (ج) فإن الدائن - في عقود المعاوضات لا يجوز له الطعن بعدم نفاذ التصرف إلا بقيامه بإثبات غش من جانب المدين (أ) وعلم المشتري (ب) بذلك الغش، فإن لم يتمكن من القيام بإثبات ذلك فلا يحق له الطعن بعدم نفاذ التصرف وذلك على أساس أن المشتري (ب) حسن النية، أما المشتري (ج) فلا أهمية لحسن نيته أو سوءها، وذلك على عكس ما إذا كان التصرف تبرعاً فيغني للطعن بدعوى عدم نفاذ التصرف قيام الدائن بإثبات أن الخلف (ج) كان يعلم بإعسار المدين (أ) ولا لزوم بعد ذلك لإثبات وجود أو عدم وجود سوء نية البائع (ج)<sup>(١)</sup>.

وفي تقديرنا نرى أن هذه الفروض الفقهية المستخلصة من نص المادة (٣/٢٣٨ مدني مصري) وما يطبقها من نصوص القوانين العربية الأخرى السالفة الذكر قد تجاوزت السبب الذي من أجله نشأت دعوى عدم نفاذ التصرف، وهو غش المدين المعسر أو تواطئه مع المتصرف إليه، وهذا السبب ذاته هو الذي دفع بالمشروع اليمني في المادة ٣٦٧ مدني بالوقوف عنده مكتفياً بقيام الدائن بإثبات سوء نية المدين أو تواطئه مع المتصرف إليه أي كان نوع التصرف معاوضة أو تبرع ولا أهمية بعد ذلك لما إذا كان الخلف الأول أو الخلف الثاني حسن النية أو سيئها، غير أنه إذا ما أراد من استقرت العين عنده أن يتوقى دعوى وقف نفاذ التصرف فله أن يودع بنظر القاضي ثمن المثل وقت التصرف أو ما يكمله بحسب الأحوال، وبعد ذلك تنتقل حقوق الدائنين على هذا المال المودع<sup>(٢)</sup>.

وعلى ذلك لما كانت الدعوى البولصية ليست إلا طريقاً يسلكه الدائن ليحصل من القضاء حكماً بأنه من الغير في تصرف صدر من مدينه المعسر إضراماً بحقوقه فقد أثارت طبيعة هذه الدعوى وكيانها القانوني خلافاً كبيراً بين الفقهاء حيث دار النقاش والتساؤل بينهم عما إذا كانت

(١) انظر زميلنا د. محمد حسين الشامي، أحكام الالتزام في القانون المدني اليمني، المرجع السابق، ف ١٠٢ ص ١٠٠، أستاذنا د. عبدالنعم البدرائي، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ف ١٣٦ ص ١٥٨.

(٢) انظر زميلنا د/ محمد حسين الشامي أحكام الالتزام في القانون المدني اليمني، المرجع السابق ف ١٠٢ ص ١٠١/١٠٠.

هذه الدعوى هي دعوى بطلان؟ أم هي دعوى تعويض؟<sup>(١)</sup> أم هي دعوى عدم نفاذ؟ أم هي دعوى صورية مفترضة؟ أم هي دعوى وقف التصرف أم هي دعوى عينية، أم دعوى شخصية أم هي دعوى مختلطة بين العينية والشخصية؟

للإجابة عن ذلك يجب أن نشير بداية رغم التعدد والاختلاف في الآراء في تحديد الطبيعة القانونية للدعوى البولصية، إلا أن هناك بعضاً من الفقه يسلم بأن كل ما قيل من آراء بهذا الشأن لا تعطينا تفسيراً حاسماً ومقنعاً لطبيعة هذه الدعوى مما دفعهم إلى القول بعدم جدوى البحث عن طبيعتها القانونية، وذلك لخروجها واستقلالها عن النظم القانونية الأخرى المراد نسبتها إليها وإلى الاقتصار بالقول بأنها دعوى ذات طابع خاص استقر بحكم التقاليد<sup>(٢)</sup>.

فهل ما ذهب إليه هذا الجانب من الفقه صحيحاً أم فيه نوع من المبالغة، وإذا كان ذلك صحيحاً فبأي الآراء استقر الأخذ به في القانون المدني اليمني والتقنيات العربية والأجنبية الأخرى موضع المقارنة؟ وقبل أن نتعرض تفصيلاً لأحدث نظرية قيلت في الطبيعة القانونية للدعوى البولصية يجدر بنا أن نتعرض إجمالاً للتكليفين السابقين على هذه النظرية وهما نظرية البطلان ونظرية التعويض للوقوف على مدى مزايا أو عيوب كل من هاتين النظريتين بالمقارنة بما قيل في أحدث نظرية في هذا الشأن فنقول وبالله التوفيق:

- 1) انظر د. عبدالسلام ذهني النظرية العامة في الالتزامات مطبعة نهضة مصر ١٩٢٢، ص ٣٤٦.
- 2) وهذا ما انتهى إليه الكثير من الفقهاء الذين بحثوا في الدعوى البولصية ورأوا فيها تكييفاً معيناً أبدوا شكهم في خضوعها لأي تكييف وذلك لتمييزها بخصوصائص مستقلة التي تجعل لها طبيعة خاصة. انظر سينيبي بحثها في الصورية والمسئولية التصديرية في ضوء القضاء الحديث المنشور في المجلة الفصلية للقانون المدني، باريس ١٩٤٨ م، ص ٢١، كولان وكايتان ودي لامور أندير الالتزامات ج ٢ ف ٤٥٠، بلانيول وريبير وردوان المطول ج ٧ ف ٩٦٧ مشار إليهم جميعاً في د. محمد بن عبدالقادر محمد عبدالقادر الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين على دائنيه. رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٩٥، ص ٤٠٩ هامش ٢، ٣. وانظر كذلك د. إسماعيل غانم أحكام الالتزام، المرجع السابق، ف ١٠٢ ص ٢١٧ حيث يعترف باستقلال هذه الدعوى بين النظم القانونية الأخرى ويكفي لبيان طبيعتها أن نبين الهدف الذي ترمي إليه وهو المحافظة على الضمان العام، وأن أداة تحقيق هذا الهدف هو عدم نفاذ التصرف في حق الدائنين.

لقد ذهب الفقه التقليدي في فرنسا في ظل القانون المدني القديم إلى أن الدعوى البولصية هي دعوى مسئولية تجمع عنصري الخطأ والضرر، إذ أن هناك خطأ عمدي من المدين في التصرف في مال اعتمد عليه دائتوه في استيفاء حقوقهم. فهذا التحليل لطبيعة الدعوى البولصية يرجع إلى عهد القانون الروماني الذي كان يعتبر هذه الدعوى كجزءاً لجرمة خاصة هي جريمة غش الدائنين.

فهل هذه النظرية لا مأخذ عليها؟

للإجابة عن ذلك بالنفي؛ لأن تصرف المدين لا ينفذ في حق الدائن بموجب الدعوى البولصية وبالتالي فهو ليس في حاجة إلى تعويض إذ لم يلحقه ضرر بعد أن منع وقوعه<sup>(١)</sup>، كما أنه لا جدوى من الرجوع على المدين بالتعويض، لأن الفرض أنه معسر<sup>(٢)</sup>.

ولذا أجاز هذا الفقه للدائنين التنفيذ على المال الذي تصرف فيه المدين بطريق الغش، على اعتبار أن مثل هذا التصرف يقع باطلاً بالنسبة إلى الدائنين، أي أن الدعوى البولصية هي دعوى مسئولية يأخذ فيها الجزاء شكل بطلان التصرف، مع ملاحظة أن البطلان هنا ليس كاملاً، بل قاصراً على أثر التصرف بالنسبة إلى الدائنين. أما بالنسبة إلى المتعاقدين فيبقى التصرف قائماً ومرتباً لكافة آثاره.

غير أنه اعترض على هذا التحليل أيضاً على أساس أن قواعد المسئولية لا تنسجم وأحكام هذه الدعوى، لأن المسئولية تستوجب توافر الخطأ بينما يجوز الطعن بالدعوى البولصية في تصرف المدين حتى ولو لم يرتكب غشاً، ولو كان من صدر له التصرف حسن النية، كما هو الحال بالنسبة إلى أعمال التبرع، كما أن البطلان هنا لم يتوافر له أي سبب في تصرف المدين، لأن هذا التصرف قد توافر فيه جميع أركانه وشروط صحته، هذا بالإضافة إلى أنه ليس من الدقة أن يقال أن شخصاً يعتبر من الغير في عقد ثم يطلب إبطاله، لأن البطلان لا يكون إلا فيما بين المتعاقدين، أما الغير وهو هنا الدائن في خصوص هذه الدعوى ليس له إلا

(1) انظر العلامة المرحوم د. عبدالرزاق السنهوري الوسيط ج ٢، ف ٥٩٩ ص ١٠٥٣.

(2) انظر: د. أنور سلطان، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٧، ف ٦٣ ص ٥٨.

أن يطلب عدم نفاذ العقد في حقه ، وهذا الرأي يمثل الاتجاه الحديث والسائد لدى الفقه الفرنسي ، وغالبية الفقه المصري<sup>(١)</sup> ، وهو الرأي الذي أخذت به معظم التشريعات الحديثة<sup>(٢)</sup> ، التي منها القانون المدني المصري والقوانين المدنية العربية الأخرى المقتبسة منه التي أطلقت على هذه الدعوى (دعوى عدم نفاذ التصرف) كما رأينا وأما القانون المدني اليمني رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢م فقد أطلق على هذه الدعوى (دعوى وقف نفاذ التصرف في المادة ٣٦٧ منه).

وبالرغم من ذلك لا زال هناك بعض الفقه يرى بأن كل النظريات التي قيل بها في تحديد طبيعة دعوى عدم النفاذ بما في ذلك هذا التكيف الأخير لهذه الدعوى لم تنجح في تفسير هدم آثار التصرف المطعون فيه على الصورة الخاصة التي تنتج عن نجاح هذا الطعن<sup>(٣)</sup> ، وهذا ما يدفعنا إلى العودة للتساؤل من جديد ما هو إذن هذا التفسير الصحيح والأكثر نجاحاً في تحديد طبيعة دعوى عدم النفاذ كما هو المقصود من تحديد هذه الطبيعة في القانون الحديث؟

للإجابة عن ذلك سنستبعد بداية الكلام تفصيلاً عن موقف الفقهاء الرومان في هذه المسألة ؛ لأن أحكام هذه الدعوى في القانون الروماني كما رأينا كانت عموماً عبارة عن مزيج من أحكام إعادة الشيء إلى أصله الذي أصبح يسود الطابع المدني الحديث وأمر الغش الذي كان يتسم بالطابع الجنائي<sup>(٤)</sup> والذي كان يكيف به هذه الدعوى البولصية في ظل النظام القانوني لهذا الأمر (أي أمر الغش) بأنها دعوى جنائية مثلها في ذلك مثل دعوى الإكراه ودعوى التدليس<sup>(٥)</sup> . بجماع اشتراك هذه الدعاوى جميعاً

- (١) انظر محمد بن عبد القادر محمد عبد القادر ، رسالته الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين على دائنيه المرجع السابق ص ٤٠٨ وما بعدها.
- (٢) انظر في هذا المعنى د.أنور سلطان أحكام الالتزام المرجع السابق ف ٦٣ ص ٥٩ .
- (٣) انظر أستاذنا د.جميل متولي الشرقاوي أحكام الالتزام في القانون المدني اليمني ف ٣٣ ص ١٤٤/١٤٣ .
- (٤) انظر د.صوفي أبو طالب القانون الروماني أحكام الالتزام طبيعة دار النهضة العربية القاهرة ١٩٦٥ ص ٨٨ .
- (٥) راجع في عرض هذا الرأي والتدليل عليه أستاذنا د.جميل الشرقاوي بمحة دراسة في طبيعة الدعوى البولصية في القانون المدني المصري مجلة القانون والاقتصاد كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٥٩م السنة ٢٩ ، العدد الأول هامش ص ٩ ، د.عمر ممدوح مصطفى القانون =

بأنها لا تقبل الانتقال بطريق الوراثة ضد ورثة المدلس إلا بقدر ما استفادوا من التدليس ، وجميعها مؤقتة بمدة سنة واحدة ، وفيها جميعاً توجه الدعوى ضد المدين سيء النية في حالة عجز الدائنين عن استرداد الأموال التي خرجت من ذمة مدنيهم كما تتفق هذه الدعوى كذلك في عنصر هام هو عنصر الغش المكون لركن هام من الأركان الجنائية<sup>(١)</sup>.

لكن منذ عهد المحشيين والمحشيين اللاحقين استقر الأمر بإعطاء هذه الدعوى الطابع المدني البحت حيث لم يقرروا تأصيل الدعوى البولصية على أنها دعوى جنائية أو حتى يمكن تشبيهها بالدعوى الجنائية ، لأنها لا ترتب آثارها على ارتباط بنية الغش بالنسبة لجميع التصرفات ؛ لأن التبرعات لا يتطلب فيها ذلك وأن شروط تطبيقها لا تتساوى مع أركان الأحكام الجنائية حيث تستلزم الدعوى البولصية إعسار المدين أي عدم كفاية أمواله للوفاء بما عليه من التزامات<sup>(٢)</sup>.

"ونظراً لكون هذه الدعوى تواجه الإخلال بالضمان العام للدائنين فإن مفهومها يقتصر على إعادة الأمور إلى نصابها عن طريق ما قد تم إعماله - فقهاً وقضاً - من افتراض عدم وجود هذا التصرف المطعون فيه ، ومن ثم إصلاح الضرر الناتج عنه ويظهر ذلك في حالات الرجوع حيث يقتصر هذا الإصلاح أحياناً على ما عاد على المستفيد من فائدة أو إثراء في حالة عدم توافر شرط الغش ، أي إذا كان حسن النية ، كما سبق وأن بينا ذلك عند الكلام عن شرط الغش"<sup>(٣)</sup>.

ولذلك سنبادر إلى استبعاد فكرة تحديد طبيعة الدعوى البولصية على أساس أنها دعوى عينية لأن هذا يتفق مع خصائص ومتطلبات تلك

---

=الروماني طبعة ١٩٦٧ ص ٤٥٨ ، وما بعدها ، د.علي محمد بدوي مبادئ القانون الروماني طبعة ١٩٣١ مصر ص ٢٣٢ ، د.عبدالسلام ذهني مذكرات في القانون الروماني الكتاب الأول والثالث طبعة نهضة مصر ١٩٢٢/١٩٢٣ ص ٢٧٢ وما بعدها د.صبيح مسكوني القانون الروماني طبعة بغداد ١٩٦٨ ص ٤٣٨.

- (١) انظر د.محمد بن عبدالقادر محمد عبدالقادر رسالته السابقة ص ٣٨٩/٣٨٨.
- (٢) د.فخري أبو سيف ميروك دراسة في شروط وطبيعة الدعوى البولصية طبعة ١٩٨١ مصر ص ١٣٤ وما بعدها وقد نشر هذا البحث في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق جامعة المنصورة السنة ١٢.
- (٣) د.محمد بن عبدالقادر محمد عبدالقادر رسالته الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ التصرف ، المرجع السابق ، ص ٣٩١.



الدعوى ذات الطابع الشخصي البحت كما تم فهمها قديماً وحديثاً حيث أنها تطبق على كل الحالات التي يقوم فيها المدين بغش دائنيه ما دام سيء النية، أي أنها موجهة لتصرف صادر بشروط ومعايير معينة دون أن يؤثر ذلك على صحة التصرف بين المدين والغير، إذ يظل هذا التصرف صحيحاً ما دام أنه مستوفياً لأركانه، أما بالنسبة للدائنين فيعتبر التصرف كأن لم يكن - كما أن الفقيه (بولص) مؤسس هذه الدعوى وضعها ضمن الدعوى الشخصية وأسسها على حق الدائنين، وموجهة إلى الغير حتى ولو لم يكن يحوز الشيء محل التصرف، ومحلها ليس فقط التصرفات بل وحتى ما يتصل بأداء الديون إذا ما كانت منطوية على غش أو إهمال مشوب بخطأ من المدين، وكل ذلك بعيد عن مجال الدعوى العينية<sup>(١)</sup>، وبالتالي فهي دعوى مبنية على الفعل المجرد، ومن ثم تكون دعوى شخصية شأنها في ذلك شأن كل الدعوى التي من هذا النوع<sup>(٢)</sup>. وهذا هو الاتجاه الراجح فقهاً وقضاً قديماً وحديثاً في كل من فرنسا ومصر والذي يتجه الرأي فيهما إلى وصف الدعوى البولصية بالطابع الشخصي وذلك تأسيساً على القاعدة المقررة في المادة ١١٦٧ من القانون المدني الفرنسي تفيد بأن الدائنين لهم بإسمهم الشخصي رفع الدعوى ذاتها للمطالبة بعدم نفاذ التصرف الصادر من مدينهم غشاً بحقوقهم وإلغاء كل ما يترتب على ذلك من آثار<sup>(٣)</sup>، ولذلك يتعين عدم الخلط ما بين أساس الدعوى الذي هو مطالبة الدائنين بهذا الحق الشخصي والمقصود به الدعوى ذاتها وبين طريقة التنفيذ على المال محل التصرف المطعون فيه بمقتضى النجاح في هذه الدعوى، لأن إعادة المال - وهذا هو الطابع الغني للدعوى - يعد نتيجة أو أثراً غير مباشر للحكم بعدم نفاذ التصرف المنطوي على الغش<sup>(٤)</sup>.

- 1) انظر: د. فخري أبو سيف مبروك دراسة في شروط وطبيعة الدعوى البولصية، المرجع السابق، ص ١٤٤.
- 2) انظر في هذا المعنى د. محمد بن عبدالقادر، المرجع السابق، ص ٣٩٧ وما بعدها، وكذا المرجع الفرنسي الذي أشار إليه في هامش ٥ من ذات الصفحة.
- 3) وقد تزعم الفقيه الفرنسي دوماً هذا الرأي، ويلاحظ بعض الفقه أن الخلاف حول عينية أو شخصية الدعوى البولصية قد ظل كذلك قائماً حتى عند فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة لا سيما عند الفقيه الإيطالي بارتول. انظر: د. محمد بن عبدالقادر رسالته السابقة ص ٤٠٢ وكذا المراجع الأجنبية التي أشار إليها في ذات الموضوع.
- 4) انظر: د. فخري أبو سيف متروك، دراسة في شروط وطبيعة الدعوى البولصية، المرجع السابق وكذا المراجع الفرنسية التي أشار إليها في ص ١٨١.

فإذن لا أهمية للنظر إلى طبيعة محل التصرف في مجال الدعوى البولصية، لأن هذه الدعوى ما تقررت إلا لتوفر الحماية للضمان العام للدائنين لاستيفاء حقوقهم الشخصية في مواجهة المدين سيء النية، كما أن مجال الإثبات في هذه الدعوى ينصرف إلى إثبات المديونية والعلاقة بين الطرفين وملابسات التصرف المطعون فيه، ومن أنه يؤدي إلى إعسار المدين أو يزيد في إعساره، وسوء أو حسن نية الطرف الآخر إلى غير ذلك من الشروط والخصائص الأخرى التي تستوجبها الدعوى البولصية للوصول إلى هذا الحق الشخصي.

وهذا هو نفس ما اتجه إليه الفقه<sup>(١)</sup> والقضاء في مصر الذي يسود فيهما بأن الدعوى البولصية دعوى شخصية لا عينية ولا مختلطة وذلك لنفس المبررات التي ذكرناها في نطاق القانون الروماني والفقه والقضاء الفرنسي قديماً وحديثاً وهذا ما عبرت عنه بوضوح محكمة النقض المصرية عندما قررت في الكثير من أحكامها بأنه: "وليس من شأن الدعوى البولصية المفاضلة القانونية بين العقود، بل هي دعوى شخصية لا يطالب فيها الدائن بحق عيني ولا يثول، بمقتضاها الحق العيني إليه أو إلى مدينه، بل أنها تدخل ضمن ما يكفل به القانون حقوق الدائنين ضمن وسائل الضمان، دون أن يترتب على الحكم فيها لصالح الدائنين أن تعود الملكية إلى المدين وإنما ترجع العين فقط إلى الضمان العام للدائنين"<sup>(٢)</sup>.

وبناءً على ذلك تبدو أهمية وصف الدعوى البولصية قديماً وحديثاً بأنها عينية أو شخصية أو مختلطة، حيث تظهر الصلة وثيقة واضحة بين

(١) انظر: د. السنهوري الوسيط ج ٢ ف ٥٩٩ ص ١٠٥٤ وما بعدها، أستاذنا د. الشراوي بحثه دراسة في طبيعة الدعوى البولصية المرجع السابق ص ٩، وأستاذنا د. البدرابي أحكام الالتزام ف ١٤٢، د. أنور سلطان أحكام الالتزامات ص ٥٩، د. إسماعيل غانم أحكام الالتزام ف ١٠٢ ص ٢١٧، د. مصطفى الجمال أحكام الالتزام ص ٤٢٦ وما بعدها، د. عبدالحى حجازي أحكام الالتزام ج ٣ ص ٢١٠/٢١١، زميلنا د. محمد بن حسين الشامي أحكام الالتزام في القانون اليمني ص ١٠٢ وما بعدها.

(٢) نقض مدني مصري في ١٣/٥/١٩٨٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٣ العدد الأول ص ٥٠٨ رقم ٩٢، وكذا في ذات المعنى نقض مدني مصري في ١٢/١٢/١٩٣٥ مجموعة محمود عمر ج ١ ص ٩٧٥ رقم ٣٠٨ وفي ١٣/٦/١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ العدد الثاني ص ١١٠٥ رقم ١٧٤، ١٧٤، وفي ٢٠/٥/١٩٨١ المجموعة ذاتها السنة ٣٢ عدد ٢ ص ١٥٤٩ رقم ٢٨٠، وفي ٢٩/١٢/١٩٨٣ المجموعة ذاتها السنة ٣٤ ص ١٩٧٢ رقم ٦١٥.

تحديد وصف هذه الدعوى وبين تحديد طبيعتها القانونية والذي أثار الكثير من الجدل والنقاش بين الفقهاء وذلك لأنه يترتب على وصفها بأنها دعوى عينية أن أساسها يقوم على اعتبارها دعوى بطلان، على أساس أن المقصود بالدعوى هو تقرير التزام المدعى عليه بالرد وهذا لا يستقيم إلا بالتسليم بالقول ببطلان التصرف الصادر غشاً من المدين.

أما وصف الدعوى بأنها شخصية فإنها تقوم على أساس أنها دعوى تعويض المترتبة على فكرة المسؤولية الموجبة للتعويض، على أساس أن القانون أجاز رفعها من الدائن ضد المدين والغير الذي تعاقده معه، وذلك عن الخطأ الذي ارتكبوه بإبرام التصرف الصادر غشاً، أو على أساس التزامهم برد ما أثاروا به بلا سبب على حساب الدائنين<sup>(١)</sup> (وبالنسبة للمتبرع إليه حسن النية) كوسيلة لتجنب الحكم بالتعويض<sup>(٢)</sup>.

ويترتب على ذلك أنه إذا نفينا عن الدعوى البولصية أنها دعوى بطلان فقد نفينا عنها القول من أنها دعوى عينية، أو القول بأنها دعوى مختلطة. وذلك من أجل تعيين المحكمة المختصة لنظرها وخاصة في مجال تنازع القوانين من الناحية الدولية، فإن القول بأي من هذين القولين إنما كان مبنياً على أساس أنها دعوى بطلان وأن دعاوى البطلان هي دعاوى عينية، لأنها - كما رأينا - تعيد العين إلى ملك المدين، أو هي دعوى مختلطة، لأنها تبدأ شخصية ثم تتحول عينية.

والآن بعد أن انتهينا إلى أن الدعوى البولصية ليست بدعوى بطلان لم يعد هناك مكان للجدل بأنها دعوى عينية أو دعوى مختلطة، وإنما هي دعوى شخصية<sup>(٣)</sup>، غير أن ذلك لا يعني بأنها دعوى تعويض، لأنه قد

(١) انظر أستاذنا د. جميل الشراوي بحثه دراسة في طبيعة الدعوى البولصية في القانون المدني

المصري، المرجع السابق، ص ١٠/٩.

(٢) وهناك أيضاً من يقول أن أساس الدعوى في الحالة الأولى شبه جريمة وفي الحالة الثانية العقد وكذلك هناك من يرى بأن أساس الدعوى هو الخطأ في الحالتين. انظر د. محمد بن عبدالقادر رسالته السابقة والمرجع الفرنسي الذي أشار إليه وكذا د. فخري أبو سيف مبروك دراسة في شروط وطبيعة الدعوى البولصية، المرجع السابق ص ١٣٩.

(٣) انظر: د. السنهوري الوسيط ج ٢ ف ٥٩٩ ص ١٠٥٥ وقارن نقض مدني مصري في ظل القانون المدني المصري القديم في ١٢/١٢/١٩٣٥ مجموعة عمر ج ١ ص ٩٧٥ رقم ٣٠٨ حيث قضى بأن الدعوى البولصية هي دعوى شخصية يرفعها دائن لإبطال تصرف مدينه الحاصل بطريق التواطؤ للإضرار به وحرمانه من إمكانية التنفيذ على الملك المتصرف فيه، =

نفينا عنها هذا الوصف أيضاً، حيث رأينا بأن تصرف المدين لا ينفذ في حق الدائن فلم يلحقه ضرر بعد أن منع وقوعه<sup>(١)</sup>، وإذا جاز اعتبار هذا المنع تعويضاً، فهو تعويض عيني<sup>(٢)</sup> بل هو تنفيذ عيني لالتزام المدين ألا يضر بحقوق الدائن<sup>(٣)</sup>.

ولما كانت كلاً من دعوى البطلان أو دعوى التعويض لم تلقياً إقبالاً من جانب الفقه لعجزهما عن تفسير الكثير من نتائج وأحكام الدعوى البولصية رأى البعض أنها دعوى عدم نفاذ تصرف المدين المطعون فيه في حق الدائن الطاعن<sup>(٤)</sup>. ويبدو أن هذا الرأي قد استخلص طبيعة الدعوى

والذي كان يعتمد عليه الدائن لضمان استناده بمقوقه. وليس من نتائج هذه الدعوى تثبيت ملكية المدعي لما يطلب إبطال التصرف فيه. وفي ظل القانون المدني القائم قضت هذه المحكمة بأن الدعوى البولصية ليست في حقيقتها إلا دعوى بعدم نفاذ تصرف المدين الضار بدائنه في حق هذا الدائن وبالقدر الذي يكفي بالوفاء بدينه (نقض مدني مصري ١٩٥١/٤/٥ مجموعة أحكام النقض ص ٦٧٤ رقم ١١٢).

(١) وقد سبق وأن عرفنا بأن الدائن لا يستطيع رفع الدعوى البولصية ضد خلف الخلف الذي تلقى الحق بعوض وكان حسن النية، فتنحصر دعواه على المدين الخلف، وينفذ بحقه على المقابل الذي حصل عليه هذا الأخير وهنا تقرب الدعوى البولصية إلى أن تكون دعوى تعويض ولكنها ليست كذلك، لأن المقابل الذي ينفذ عليه الدائن بحقه قد حل محل الحق الذي كان ضماناً للدائن (د. السنهوري الوسيط ج ٢ ص ١٠٥٣ ١٠٥٤ هامش ٤ وقارن بلانيول وريبير وردوان المطول ج ٧ ف ٩٦٧ مشار إليه في المرجع السابق نفس الموضوع. ولا يجوز الجمع بين طلب فسخ البيع وتثبيت الملكية وطلب عدم نفاذ التصرف نقض مدني مصري ١٩٣٧/١٢/٩ مجموعة عمر ج ٢ ص ٢٠٦ رقم ٧٩.

(٢) د. عبدالحى حجازي أحكام الالتزام ج ٣ ص ٢٠٣/٢٠٢.

(٣) وهناك تكييفات أخرى لطبيعة الدعوى البولصية ذكرها بعض الفقه الفرنسي فمنهم من يؤسسها على نظرية التعسف في استعمال الحق، حيث أن المدين يسئ استعمال حق التصرف في ماله إذا صدر منه التصرف بقصد الإضرار بدائنه (جرويه ف ٢، جوسران ج ٢ ف ٦٨٧ وكذا مؤلفه روح الحقوق ونسبتها ص ١٤٠) ومنهم من يؤسسها على اعتبارات تعود إلى النزاهة والعدالة (ريبير في القاعدة الخلقية ف ١٦٩) ومنهم من يرى بأنها دعوى من نوع خاص، أقربها التقاليد وأعطتها مميزاتها الخاصة (كولان وكايتان ومورانديير ج ٢ ف ٤٥٠) ويؤسسها الفقيه البلجيكي دي باج على أساس أنها تعويض عيني عن عمل غير مشروع (دي باج ج ٣ ف ٢٥٢) ذكرهم جميعاً في د. السنهوري المرجع السابق هامش ٢ ص ١٠٥٤ معلقاً على ذلك بأن كل هذه الآراء لا اعتراض عليها، ولكنها لا تصل في التحليل إلى غايته.

(٤) غير أنه يجدر الإشارة هنا إلى أن القاعدة المقررة في المادة (٢٤٠) مدني مصري هي أنه متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف إضراراً بهم وهذا ما سارت عليه معظم القوانين العربية موضع المقارنة كال المادة (٢٤١) مدني سوري والمادة (٦٦) مدني عراقي، والمادة (٢٤٣) مدني ليبي وهذا على خلاف المادة (٢٧٨) فقرة (٣) موجبات لبناني التي تنص على أنه ( لا يستفيد من نتائج هذه الدعوى إلا الشخص أو الأشخاص الذين أقاموها وذلك على قدر ما يجب لصيانة حقوقهم أما فيما زاد عنها فيبقى العقد قائماً ويستمر على إنتاج جميع مفاعيله ) والسبب في هذا الاختلاف يرجع كما =

البولصية من أثرها (فعدم النفاذ) إنما هو تعبير مختصر عن أثر نجاح الدائن في الطعن بهذه الدعوى<sup>(١)</sup> فعدم النفاذ (أو عدم السريان) هو التكييف الذي أخذ به جمهور الفقه والقضاء الفرنسي والمصري الحديث ومعظم التشريعات المدنية الحديثة بما فيها - كما قدمنا - القانون المدني المصري والقوانين العربية الأخرى موضع المقارنة.

ويعتبر هذا التكييف تكييفاً حديثاً نسبياً بالمقارنة بالتكيفين السابقين والذي يجعله أنصاره، إما نوعاً للبطلان وإما وسيلة للتعويض العيني، كما يجعله بعضهم نتيجة اعتبار الدائن من الغير بالنسبة لتصرفات المدين سيء النية<sup>(٢)</sup>.

=قدمنا إلى أن تنظيم الدعوى البولصية في القانون اللبناني أقرب إلى التنظيم الذي أخذ به القانون المدني الفرنسي الحالي راجع في هذا الشأن د/ السنهوري الوسيط ج ٢، ص ١٠٠٤، ١٠٥٢ بالهامش، ود/ صبحي محمضاني آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني، ص ٦١، ٦٧.

(١) أستاذنا د. جميل الشراوي بحثه دراسة في طبيعة الدعوى البولصية في القانون المدني المصري، المرجع السابق ص ٢٩.

(٢) انظر أستاذنا د. جميل الشراوي أحكام الالتزام في القانون المدني اليمني، المرجع السابق، ص ١٤٣، وانظر في عرض هذا الرأي في الفقه الفرنسي تيريه وسيمليه ١٩٩٣ ص ٣٠٣، مازوو شاباس الالتزامات ج ٢ ف ١٠٠٢، مارتني وريدو الالتزامات ج ٢ ف ١٩٠١، جزوييه رسالته ف ٢٥٤، باستيان رسالته ص ١٥١، بيدان وإلجارو الطول ج ٨ ف ٦٥٦، بلانبول وريبير وبولانجييه الطول ج ٢ ف ١٤٤٨ ذكرهم جميعاً د. محمد بن عبد القادر محمد عبد القادر رسالته الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين، المرجع السابق هامش ١ ص ٤٤١. وراجع في الفقه المصري بالإضافة إلى ما تقدم أستاذنا د. عبد المنعم البدر اوي، أحكام الالتزام طبعه ١٩٩٢ ص ١٣٦ وما بعدها، د. سليمان مرقس الوافي ج ٢ المجلد الرابع أحكام الالتزام مطبعة إيريبي القاهرة ١٩٩٢ ص ٣٠٩، د. أنور سلطان وجلال العدوي رابطة الالتزام طبعه الإسكندرية ١٩٦٨ ص ٣١١، د. عبدالنواز حسن فوج أحكام الالتزام طبعه ١٩٨٥ الإسكندرية ص ٦٥، د. محمد علي عمران التوجيز في آثار الالتزام وأحكام الالتزام طبعه ١٩٨٤ القاهرة ص ١٠١، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج ٢ ص ٦٣٣ حيث جاء فيها: "لما كانت الدعوى البولصية دعوى اقتصاص أو دعوى عدم نفاذ فهي لا تمس صحة التصرف المطعون فيه ومؤدى ذلك أن هذا التصرف يظل صحيحاً منتجاً لجميع آثاره وكل ما هنالك أنه يصبح غير نافذ في حق الدائنين وبالتالي لا يلزم حماية حقوقهم دون إفراط أو تفريط".

وفي القضاء الفرنسي نقض مدني فرنسي في ١٩٧٨/٢/٢٨ جازيت دي باليه -

١٩٧٨ - القسم الأول - ١٤١، وفي ١٩٨٠/١٠/١٥ جازيت دي باليه - ١٩٨١ -

القسم الأول - ص ٤٢، وفي ١٩٨١/٧/١٦ جازيت دي باليه ١٩٨٢ - القسم الأول -

ص ٧٣ وفي ١٩٨٥/١٢/٣ جازيت دي باليه ١٩٨٦ - القسم الأول - ص ٢٤١، نقض

عرائض في ١٩٩٠/٢/١٣، دالوز ص ٥٧ ذكرهم د. محمد بن عبد القادر رسالته السابقة

هامش ٢ ص ٤٤٣. وفي القضاء المصري نقض مدني في ١٩٦٩/٦/٢٥، مجموعة أحكام

النقض السنة ٢٠ ص ١٠٨٤ حيث قضى بأن الدعوى البولصية هي طعن بعدم نفاذ=

وبين أنصار هذا الرأي أن هذا التكييف يتركز في آثار الدعوى البولصية، بل أنه عندهم ليس إلا نتيجة طبيعية لما قدمناه من شروط هذه الدعوى وآثارها حيث رأينا أن هذه الشروط ترد إلى فكرة أساسية هي غش المدين بقصد الإضرار بالدائن، فأخذاً للمدين بغشه ودرءاً لهذا الضرر واستخلاصاً للجزاء من طبيعة العمل، جعل القانون تصرف المدين غير نافذ في حق الدائن، وبذلك يرتد الغش ويندفع الضرر<sup>(١)</sup>، فهي دعوى أصبحت توصف من حيث آثارها وهدفها وهو عدم نفاذ التصرفات المنطوية على غش<sup>(٢)</sup> لأنها تمثل ما يعكس صفو النظام الاجتماعي ويستوي في ممارسة هذه الدعوى الدائن العادي والدائن الممتاز، وأن ذلك يتم ممارسته في مواجهة المتصرف إليه الذي تعاقد مع المدين وهذا هو المجال الطبيعي لأعمال آثار عدم نفاذ التصرف طبقاً للدعوى البولصية حتى في مجال ونطاق القانون التجاري إذا لم يسعف الأحكام التجارية للوصول إلى الحماية القانونية المطلوبة للدائن<sup>(٣)</sup> أو تعذر استخدامه وكانت شروط الدعوى البولصية متوافرة في هذه الحالة<sup>(١)</sup>.

- =التصرف ولكن بشروط معينة وليست مفاضلة بين عقدين. ونفس المعنى في نقض مدني في ١٩٧٠/٣/٣٠، المجموعة ذاتها السنة ٢١ ص ٣٨٨ وما بعدها، ونفس المعنى في نقض مدني في ١٩٧٢/١٢/٤ نفس المجموعة، السنة ٢٤ ص ١٢١٣ وما بعدها، ونقض مدني في ١٩٨٣/١٢/٢٩ المجموعة ذاتها السنة ٣٤ ص ١٩٧٢ رقم ٦١٥.
- (١) انظر د. السنهوري الوسيط ج ٢ ف ٥٩٩ ص ١٠٥٤، أستاذنا د. عبدالمعتم البراوي أحكام الالتزام، المرجع السابق ص ١٣٦، د. عبدالمعتم فرج الصلدة أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص ٦٤.
- (٢) انظر نقض مدني مصري ١٩٧٢/٦/١٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ العدد الثاني ص ١١٠٥، ونقض مدني مصري في ١٩٧٨/٥/٨ المجموعة ذاتها، السنة ٢٩ العدد الأول ص ١١٨٥، ونقض مدني مصري في ٢٥ / ١٩٨١ / المجموعة ذاتها السنة ٣٢ العدد الثاني ص ١٥٤٩، وفي ١٣ / ١٩٨٢ / ٥ / ١٣ المجموعة ذاتها السنة ٣٣ العدد الأول ص ٥٠٨.
- (٣) حيث يلاحظ بأن الدعوى البولصية في القانون التجاري اليمني رقم (٣٢) لسنة ١٩٩١ والمعدل بالقانون رقم (٦) لسنة ١٩٩٨ والقانون رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٤ لها صورتان:
- أ- صورة مقصورة على تصرفات التاجر المفلس منذ الحكم بشهر إفلاسه أو قبل ذلك بقليل وتنص عليها المادتين (٦٠٢، ٦٠٣) تجاري يميني والذي يميز هذه الصورة أن القانون فيها يفترض الغش من جانب المدين، فلا يكلف الدائنين ولا مدير التفليسة بإثباته ولا يسمح للمدين بنفيه عنه، طالما أن المتصرف الذي صدر من المدين كان في وقت غير سابق على تاريخ توقفه عن الدفع بأكثر من خمسة عشر يوم وهذا يتضح مما تنص عليه المادة ٦٠٢ التي تنص على أنه: "إذا حكم بعدم نفاذ تصرف في حق جماعة الدائنين التزم المتصرف إليه بأن يرد إلى التفليسة ما حصل عليه من المفلس بموجب التصرف المذكور أو قيمة هذا الشيء وقت قبضه كما يلتزم بدفع فوائد ما قبضه أو غماره من تاريخ القبض. ويكون للمتصرف إليه الحق في استرداد العوض الذي قدمه للمفلس إذا وجد هذا العوض بعينه في التفليسة، فإذا =

غير أن بعض الفقه لاحظ بأن الرأي -باعتراف أنصاره- بأن عدم النفاذ هذا لا يبدو أكثر من وصف لصورة الأثر المترتب على الطعن بالدعوى البولصية دون أن يكون ذلك بياناً للسبب الذي يؤدي إلى هذه

= لم يوجد كان من حق المتصرف إليه أن يطالب جماعة الدائنين بالمنفعة التي عادت عليها من التصرف وأن يشترك في التفليسة بوصفه دائناً عادياً بما يزيد على ذلك".

وتنص المادة ٦٠٣ على أنه: "المدير التفليسة وحده طلب عدم نفاذ تصرف المفلس الحاصل قبل صدور حكم شهر الإفلاس إضراراً بالدائنين وفقاً لأحكام دعوى عدم نفاذ تصرف المدين إضراراً بدائنيه ويترتب على الحكم بعدم نفاذ التصرف عدم نفاذه في حق جميع الدائنين، سواء نشأت حقوقهم قبل حصول التصرف أو بعد حصوله".

ب- صورة أخرى مماثلة لصورتها في القانون المدني وتنص عليها المواد ٥٩٩، ٦٠٠، ٦٠١، حيث تنص الأولى على أنه: "لا يجوز التمسك في مواجهة جماعة الدائنين بالتصرفات الآتية إذا قام بها المدين بعد تاريخ الوقوف عن الدفع وقيل الحكم بشهر الإفلاس:

١. جميع التبرعات ما عدا الهدايا الصغيرة التي يجري العرف بها.
٢. وفاة الديون قبل الأجل أيا كانت كيفية هذا الوفاء ويعتبر إنشاء مقابل وفاء ورقة تجارية لم يحل ميعاد استحقاقها في حكم الوفاء قبل حلول الأجل.
٣. وفاة الديون الحالة بغير الشيء المتفق عليه، ويعتبر الوفاء بطريق الأوراق التجارية والتقد المصرفي كالوفاء بالنقود.

٤. كل رهن أو تأمين اتفاقي آخر.

وكل ما أجراه المفلس من تصرفات غير ما تقدم ذكره، خلال الفترة المشار إليها يجوز الحكم بعدم نفاذه في مواجهة جماعة الدائنين، إذا كان التصرف ضاراً بها، وكان المتصرف إليه يعلم وقت وقوعه بوقوف المفلس عن الدفع".

وتنص الثانية على أنه: "إذا دفع المفلس قيمة ورقة تجارية بعد تاريخ الوقوف عن الدفع وقيل الحكم بشهر الإفلاس لم يميز استرداد ما دفع من الحامل، وإنما يلزم الساحب أو من سحبت الورقة التجارية لحسابه برد القيمة المدفوعة إلى التفليسة إذا كان يعلم وقت إنشاء الورقة التجارية بوقوف المفلس عن الدفع".

وتنص الثالثة على أنه: "قيد حقوق الرهن أو الامتياز المقررة على أموال المدين يجوز الحكم بعدم نفاذها في مواجهة جماعة الدائنين إذا حصل القيد بعد تاريخ الوقوف عن الدفع وبعد انقضاء خمسة عشر يوماً من تاريخ تقرير الرهن أو الامتياز، ويأخذ الدائن صاحب الرهن التالي للرهن المحكوم بعدم نفاذه مرتبة هذا الرهن ومع ذلك لا يعطى من الثمن الناتج من بيع المال المقرر عليه الرهن إلا ما كان يحصل عليه بفرض نفاذ الرهن السابق ويشول إلى جماعة الدائنين" وهذا أيضاً هو الحكم الذي قرره القانون التجاري المصري الجديد رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩م في المادتين ٦٠٢، ٦٠٣ منه وهي نصوص تتفق في جوهرها مع نصوص التقنين المدني المصري الذي يفوق في الدقة نصوص القانون المدني اليمني في هذا الشأن، وانظر نقض مدني مصري في ١٥/١٠/١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض السنة الخامسة ص ٤٩ رقم ٢.

ونص المواد من ٥٩٨ إلى ٦٠١ من التقنين التجاري المصري الجديد لا يخرج عن مضمون ما قرره القانون التجاري اليمني في المواد من ٥٩٩ إلى ٦٠١ منه وانظر في شأن حكم المواد في القانون التجاري المصري القديم المتعلقة بهذا الشأن؛ د. السنهوري الوسيط ج ٢ ف ٥٩٥ ص ١٠٤٦، وكذا مؤلفه نظرية العقد ف ٧٣٥ ص ٧٩٧ هامش رقم ١.

(١) انظر د. محمد بن عبد القادر رسالته الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ التصرفات المرجع السابق ص ٤٤٤/٤٤٥، وكذا الأحكام الفرنسية المشار إليها في الهامش.

النتيجة على الرغم من أن بيان هذا السبب هو وحده الذي يمكن الاعتماد عليه في تحديد الطبيعة القانونية للدعوى البولصية<sup>(١)</sup>. لذلك اعترض هذا الفقه على عدم النفاذ أو "عدم السريان" كتكييف للدعوى البولصية وبيان طبيعتها والذي يجعله أنصاره إما نوعاً من البطلان وإما وسيلة للتعويض العيني، كما يجعله بعضهم نتيجة اعتبار الدائن من الغير بالنسبة لتصرفات مدينه سيء النية.

أما جعله نوعاً من البطلان فهو بذاته يبرر رفضه كتحديد لطبيعة الدعوى البولصية لنفس الأسباب التي يرفض بها تكييفها بأنها دعوى بطلان أو بطلان بقصد التعويض، على أساس أنه ليس إلا صورة جديدة من البطلان، لا تتفق مع المبادئ المسلمة في نظرية البطلان<sup>(٢)</sup>.

وأما جعله وسيلة للتعويض العيني فهو تأسيس لا يصلح إلا في حالة سوء نية المتصرف إليه، في تصرف معاوضة، فلا تعتبر الدعوى دعوى تعويض إلا في هذه الحالة، أما الحالة الأخرى وهي التصرفات التي يجريها المدين تبرعاً إلى متبرع إليه حسن النية فلا ينطبق عليها هذا التكييف، ذلك أن حسن نية المتبرع له والذي يعني جهله بإعسار المدين، معناه أنه لم يصدر من جانبه أي خطأ يؤدي إلى شغل مسؤوليته وبذلك ركن هام من أركان المسؤولية المدنية وهو ركن الخطأ<sup>(٣)</sup>.

وأما جعل عدم النفاذ أو عدم السريان نتيجة اعتبار الدائن من الغير بالنسبة للمدين حتى لا يتصرف إليه أثر هذا التصرف فقول لا يفهم معناه

- (1) انظر أستاذنا د. جميل الشراوي نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٥٣ طبعة ١٩٥٦ ص ١٦٠.
- (2) انظر أستاذنا د. جميل الشراوي أحكام الالتزام في القانون المدني اليمني ص ١٤٣، وانظر بعض الفقه الفرنسي منهم هيك المطول ج ٧ ف ٢١٧ وجوفيدل النظرية العامة للبخش في القانون الفرنسي رسالة دكتوراه كلية حقوق تولوز ١٩٥٧ ص ٤٠٤ حيث يفضل هذا الفقيه الاستعانة بالنظرية العامة للبخش واعتبار الدعوى البولصية تطبيق من تطبيقاتها، وانظر مازتي ورينو الالتزامات ج ٢ ط ٢ ف ١٩٠ ص ١٧٣، مازو وشاباس في الالتزامات ج ٢ ص ١٠٨٣، ورد ذكرهم في د. محمد بن عبدالقادر في رسالته الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين المرجع السابق ص ٤٣٣ هامش ٢، ود. إسماعيل غانم أحكام الالتزام ف ١٠٢ ص ٢١٧، أستاذنا د. البدر اوي أحكام الالتزام ص ١٣٦، د. أنور سلطان، د. جلال العدوي رابطة الالتزام ص ٣١١، د. سليمان مرقس الوافي ج ٢ المجلد الرابع ص ٣٠٩، د. عاطف محمد كامل الغير في القانون المدني المصري رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الإسكندرية ١٩٧٦ ص ٦١٩.
- (3) المراجع السابقة نفس المواضع.



إلا بالتسليم بأن تصرفات المدين تسرى في حقهم على أساس أنه ينوب عنهم في إبرام هذه التصرفات حتى يمكن القول بأن سوء نية المدين يضعهم من (الغير) فيما يتعلق بهذه التصرفات كوسيلة لمنع انصراف أثرها إليهم بالرغم من أن تأثر الدائنين لا يتصور إلا بوسيلة غير مباشرة لا تسمح بافتراض تمثيل المدين لهم بأية صورة<sup>(١)</sup> كما أنه من ناحية أخرى أن اعتبار الدائن من الغير بالنسبة لتصرفات المدين لا يبين كيفية إزالة المدين الغش نيابة عنهم<sup>(٢)</sup>.

ويضيف بعض الفقه أن نظرية عدم النفاذ أو عدم سريان التصرف السائدة في الفقه المصري والفرنسي الحديث تظل نظرية تنقصها المنهجية القانونية في الاستخلاص لتحديد طبيعة هذه الدعوى والفلسفة التي تقوم عليها<sup>(٣)</sup> لأن استدلالهم لتكييف هذه الدعوى بما قامت به بعض التشريعات المعاصرة من وصف الدعوى البولصية "بدعوى عدم نفاذ التصرف" إنما هو تلخيص لأثار الدعوى وليس بياناً لطبيعتها، أي أن هذا الاتجاه يخلط بين الوسيلة والهدف أو الغاية من هذه الدعوى، إذ أنه لا جدال في أن الهدف من هذه الدعوى هو حماية الدائن بعدم الاحتجاج في مواجهته بهذا التصرف ولكنهم لم يبينوا ما هو النظام القانوني الذي يصلح لتأسيس تلك النتيجة<sup>(٤)</sup> لأن التشريعات في هذا الشأن لم تفصح عن أخذها بعدم النفاذ كتكييف لطبيعة هذه الدعوى وإنما اقتصرت فقط على تسميتها بدعوى عدم نفاذ التصرفات وبيان أحكامها لم تبين طبيعتها، وتسميتها بهذه الصفة ما هو إلا مجرد تلخيص صحيح لآثارها لا اعتراض عليه ولكن لا تمنع هذه التسمية أو هذا التلخيص من القيام بتكييف هذه الدعوى التكييف القانوني المناسب<sup>(٥)</sup>، لأن الماء لا يفسر بالماء، ومن ثم

- (1) أستاذنا د. جميل الشراوي أحكام الالتزام في القانون المدني اليمني المرجع السابق ص ١٤٣.
- (2) انظر أستاذنا د. جميل الشراوي رسالته نظرية بطلان التصرف في القانون المدني المصري، المرجع السابق ص ١٦٦.
- (3) د. محمد بن عبد القادر محمد عبد القادر رسالته الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين، المرجع السابق، ص ٤٥٣/٤٥٤.
- (4) انظر د. جميل الشراوي رسالته نظرية بطلان التصرف، المرجع السابق، ص ١٦٠.
- (5) د. محمد بن عبد القادر رسالته السابقة ص ٤٥٤.

فإن فكرة عدم النفاذ في حد ذاتها لا تصلح لأن تكون وسيلة تفسير لأحكام هذه الدعوى. والدليل على ذلك أن أنصار هذا الرأي لا يزالون يحاولون الكشف عن سبب تبرير عدم النفاذ، مما يعني أن أنصار هذا الاتجاه لا زال في شك في كفاية عدم النفاذ كتكييف لطبيعة الدعوى<sup>(١)</sup>.

لذلك اتجه جانب آخر من الفقه إلى تكييف الدعوى البولصية على أساس أنها دعوى صورية مفترضة افترض القانون صورية التصرف المطعون فيه، وذلك لمصلحة من جعل القانون لهم الطعن بالدعوى البولصية (الدائنين) وذلك لاتفاق آثار وشروط قبول الطعن بدعوى عدم النفاذ، بالنسبة للدائن اتفاقاً يغلب الظن معه بأنها متطابقة. وهذا ما يتضح من خلال الظروف التي يقع فيها التصرف المطعون فيه وهي: إعسار المدين ورغبته في التصرف غشاً بالدائنين وهروباً من الوفاء بديونه هذه الشروط أو الظروف تحمل معنى يغلب معه الظن فيه بأنها تواجه مديناً يرغب في تجنب التنفيذ على أمواله أو على جزء منها غشاً بمصلحة دائنيه، أي يحتفظ بها لنفسه أي أنه في الحقيقة أننا بصدد مدين يتصرف تصرفات صورية لا جدية، ذلك لأنه في الوضع العادي للأمر لا يتصور أن يقصد المدين الإضرار بدائنيه عن طريق إفادة دائن جديد دون أن تكون له في ذلك فائدة تدفعه إلى غش أولئك الدائنين فالتصرف الذي تحاربه الدعوى البولصية تصرف يظن ظناً راجحاً أنه تصرف صوري فهل هذا التكييف الذي ذهب إليه هذا الاتجاه الفقهي بأن الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين على دائنيه بأنه تصرف صوري مفترض هو التكييف السليم لطبيعة دعوى عدم نفاذ التصرفات هذا ما سنرى الإجابة عليه في المبحث الثاني عند بحث طبيعة النظام القانوني لدعوى الصورية (التصرف الهزلي)<sup>(٢)</sup>.

- (١) انظر في هذا المعنى أستاذنا د. جميل الشرفاوي رسالته بطلان التصرف القانوني ص ٥٨، وبحثه دراسة في طبيعة الدعوى البولصية المرجع السابق ص ٣١، د. فخري أبو سيف مبروك دراسة في شروط وطبيعة الدعوى البولصية المرجع السابق ص ٢٠٠ وما بعدها.
- (٢) وقد تحدثت محكمة النقض المصرية عن جدية التصرف المطعون فيه بالدعوى البولصية في كثير من أحكامها، انظر نقض مدني مصري في ١٩٨١/٥/٢٠، مجموعة أحكام النقض الستة ٢٢، الغدد الثاني ص ١٥٤٩، حيث قضى في أسبابه بأن الدعوى البولصية تتضمن تقريراً بجدية تصرف المدين المطعون فيه انظر أيضاً د. سليمان مرقس الوافي ج ٢ المجلد الرابع =

## المبحث الثاني

نطاق الغش وطبيعته القانونية في الدعوى الصورية (دعوى الهزل)

إن حسن النية أو سوءها تظهر كأهم قاعدة في الصورية وتميزها عن غيرها من الأوضاع القانونية الأخرى، حيث أن العقود الصورية قد تحوي غشاً أو تغييراً للحقيقة يساعد على الغش ولذلك كانت التشريعات القديمة لا تنص على تنظيم أحكامها وما يترتب عليها من مسئولية، بل كانت تعاقب عليها في بعض الأحوال بغرامة مالية كبيرة كالقوانين الفرنسية القديمة ولكن الشارع الفرنسي الحالي لا يمنعها، بل أباحها بنص المادة ١٣٢١ من القانون المدني الفرنسي التي تقضي بأن: "العقود المستترة لا تنتج أثرها إلا فيما بين المتعاقدين، ولا يكون لها أثر ضد الغير"<sup>(١)</sup>.

وهو ما سارت عليه التقنيات المدنية الحديثة حيث تضمنت نصوصاً عامة في الصورية، فص المادة (١١٧) من التقنين المدني الألماني يجعل العقد الحقيقي هو الذي يسرى دون العقد الظاهر، حتى بالنسبة إلى الغير. أما تقنين الالتزامات السويسري فقد قضى في المادة ٢/١٨ على العكس من ذلك بسريان العقد الظاهر، وجاءت نصوص المشروع الفرنسي الإيطالي أدق في الحكم من نصوص التقنينين المتقدمين وأكثر استيعاباً للموضوع<sup>(٢)</sup>، حيث نصت المادة ٤٩ من هذا المشروع على أنه في حالة الصورية لا ينتج العقد الظاهر أثراً فيما بين المتعاقدين، وإذا قصد المتعاقدان باتخاذهما شكل عقد معين أن يبرما عقداً آخر، فهذا العقد الأخير يكون صحيحاً إذا توافرت فيه كل الشروط الموضوعية اللازمة لصحته، ويجوز للدائني المتعاقدين وللغير أن يتمسكوا بالعقد الظاهر إذا كانوا حسني النية، ويجوز لهم أيضاً أن يثبتوا الصورية التي وقعت ضارة بهم ويجوز إثبات الصورية بكل الطرق حتى فيما

= أحكام الالتزام ص ٣٩، د. إسماعيل غانم أحكام الالتزام في ١٠، أستاذنا د. البدر اوي أحكام الالتزام في ١٤٤ ص ١٦٧، أستاذنا د. جميل الشرفاوي بمحة السابق ص ٤٣ حيث يعقب على ذلك بقوله: بأننا لا نقول على خلافهم أن التصرف صوري بل لا نفضل في هذا الأمر وإنما نقول أنه يعتبر باجتماع شروط الدعوى البولصية كالصوري في حق الدائن. انظر زميلنا د. محمد حسين الشامي، أحكام الالتزام في القانون المدني اليمني ف ١٠٢ ص ١٠١/١٠٠.

(٢) الأستاذ أحمد نشأت رسالة الإثبات، المرجع السابق ج ١ ف ٢٤١ ص ٣٦٩، د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط ج ٢ ف ٦١٩ ص ١٠٨٤/١٠٨٥.

بين المتعاقدين" ونصت المادة ٥٠ من ذات المشروع على أن: "العقود المستترة التي لم يقرر القانون بطلانها تنتج أثرها فيما بين المتعاقدين، خلفهما العام، ولا يجوز التمسك بها على من لم يكن طرفاً فيها، ولكن هؤلاء لهم أن يتمسكوا بها".

فالمبتين من هذه النصوص التي جاء بها المشروع الفرنسي الإيطالي أنها تقرر أن العقد المستتر هو العقد الحقيقي وهو العقد الذي يجب أن يسري أما الجواز للغير بالتمسك بالعقد الظاهر - العقد الذي لا وجود له قانوناً - فهذا هو الاستثناء. ولكنه استثناء يطغى في كثير من الأحيان على القاعدة العامة، ويحق للغير أن يختار بين العقد المستتر أو العقد الظاهر حسب مصلحته، فهو إذا تمسك بالعقد المستتر، فلأنه العقد الحقيقي الذي ابتغاه المتعاقدان، فياخذهما بما ابتغياه وإذا تمسك بالعقد الظاهر، فلأن هذا العقد قد أوجد شكلاً اتخذ به، واطمأن إليه، ولا يجوز للمتعاقدين أن يستفيدا من غشهما في علاقتهما بالغير، فالعقد المستتر يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة، والعقد الظاهر يقتضيه مبدأ استقرار التعامل مما يكشف عن أن الاستثناء يستعمل في كثير من الأحيان بما يطغى على القاعدة العامة من حيث أنه إذا تعارض الاستثناء مع القاعدة وتمسك أحد الأغيار بالعقد الظاهر وتمسك (غير) آخر بالعقد المستتر فإن التمسك بالعقد الظاهر - أي بالاستثناء - هو الذي ترجح كفته<sup>(١)</sup>.

وهذا هو ما استقر عليه الفقه والقضاء في فرنسا<sup>(٢)</sup> وأيضاً سلك نفس المسلك الفقه والقضاء في مصر<sup>(٣)</sup>، حتى في ظل التقنين المدني المصري السابق الذي لم يكن يورد النصوص التي جاء بها التقنين المدني

- (1) د. عبدالرزاق السنهوري الوسيط ج ٢ ف ٦٢٣ ص ١٠٩٩/١١٠٠.
- (2) ديمولوب ج ٢٤ ف ٣٧٠، أوبري وروج ١ ف ٣٥، بودري وباردوج ٤ ف ٢٤٠، ديموج الالتزامات ج ١ ف ١٦٠ وج ٧ ف ١١٤٣، بلانيول وريبير وإسمان ج ٦ ف ٣٣٥، نقض فرنسي في ١٨٨٣/٣/٦، داللو ١٩٨٤ - القسم الأول ص ١١، ١٩٠٠/٥/٣٠ سيريه ١٩٠١ - القسم الأول ص ٢٧، ١٩١٨/٣/١٢ سيريه ١٩٢٠ - القسم الأول ص ٧١، ونقض فرنسي في ١٨٧٠/٥/٢٣ داللو ١٩٧١ - القسم الأول - ص ١٠٩ (نقلا عن د. السنهوري ج ٢ هامش ١ ص ١٠٨٥، هامش ١ ص ١١٠٠).
- (3) دي هلتنس ج ١ لفظ (acte) ف ١٠٢، والتون ج ٢ ص ١٣٢/١٣٣، الأستاذ محمد صالح في الالتزامات ف ٣١٥، الأستاذ محمد صادق فهمي مذكرات في الالتزامات ف ٥٤٢ مشار إليهم في د. السنهوري المرجع السابق ص ١٠٨٥، نقض مدني مصري ف ١٩٥٣/١٢/٢٤، مجموعة أحكام النقض السنة ٥ ص ٣١٤ رقم ٤٨، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج ٣ ص ٦٤٣ - ٦٤٥، ونقض مدني مصري في ١٩٤٩/١٢/١ مجموعة أحكام النقض السنة ١ ص ٤٨ رقم ١٣، ونقض مدني مصري في ١٩٥١/٤/٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢ ص ٧٣٤ رقم ١١٧.

السابق الذي لم يكن يورد النصوص التي جاء بها التقنين المدني الجديد وذلك لاتفاق هذه الأحكام مع القواعد العامة، وقد قام هذا التقنين الأخير بتقنين القضاء المصري في المادتين ٢٤٤ و ٢٤٥ منه<sup>(١)</sup> حيث نصت الأولى على أنه: "١- إذا أبرم عقد صوري، فللدائن المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستر وبشئوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم. ٢- وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستر، كانت الأفضلية للأولين". ونصت الثانية على أنه: "إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي".

وهذه النصوص مطابقة للتقنينات المدنية العربية الأخرى موضع المقارنة كالمادتين ٢٤٥ و ٢٤٦ مدني سوري، والمواد ١٤٧ و ١٤٩ مدني عراقي والمادتين ٢٤٧ و ٢٤٨ مدني ليبي.

أما المشرع اللبناني فقد نص عليها في المادتين ١٥٥/١٥٦ من قانون أصول المحاكمات المدنية الصادر بالمرسوم الاشتراعي رقم ٩٨ لسنة ١٩٨٣ حيث تنص الأولى على أن: "العقد المستر لا ينتج أثراً إلا بين المتعاقدين وخلفهم العام".

وتنص الثانية على أنه: "يجوز لدائني المتعاقدين وخلفهم الخاص الذين أنشئ سند ظاهري احتيالياً للإضرار بهم، إثبات صورته بجميع طرق الإثبات".

فالأحكام التي أوردها المشرع اللبناني في هذا القانون لا تختلف عما هي عليه في التقنينات المدنية السالفة الذكر، وإن اختلفت العبارات التي صيغت بها<sup>(٢)</sup>.

أما التقنين المدني اليمني فقد أورد هذه الأحكام في المادتين ١٨٢/١٨٣ منه حيث نصت الأولى في الفقرة (ج) على أنه: "إذا كان

- (١) انظر د. السنهوري الوسيط ج ٢ ف ٦١٧ ص ١٠٨١ وفي اقتضاب التقنين المدني المصري السابق موضوع الصورية، مؤلفه نظرية العقد المرجع السابق، ف ٧٥٢.
- (٢) انظر د. صبحي حمصاني آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٦٨-٧١، د. السنهوري الوسيط ج ٢ ص ١٠٨٢ بالهامش، د. مصطفى الجمال أحكام الالتزام المرجع السابق ف ٢٧٣ و ٤٣٤/ وف ٢٧٤ ص ٤٣٧.

المتعاقدان هازلين في عقد يقبل النقص كان العقد صورياً وإذا تصرف من صار إليه إلى من لا يعلم بالهزل فللمتصرف إليه أن يتمسك بالعقد إلى أن يقوم الدليل على هزليته فيكون له الرجوع على الهازلين بالتعويض لما لحقه من ضرر وغرامة ما لم يثبت أن المتصرف الأول كان حسن النية فيكون الرجوع على المتصرف الثاني وحده".

وتنص الثانية على أن: "كل عقد قصد به الحيلة لإخفاء عقد حقيقي فالعبرة بالعقد الحقيقي صحة وبطلاناً"<sup>(١)</sup>.

فالواضح من هذه النصوص التي أوردتها هذا التقنين بأن المشرع اليمني في الفقرة (أ) من ذات المادة قد أخرج من دائرة الصورية أو الهزل سائر التصرفات التي لا يمكن نقضها وهي: الطلاق والنكاح والرجعة، وذلك عملاً بالحديث الشريف: - {ثلاثة جدهن جد وهزلن جد: النكاح والطلاق والرجعة}.

كما أخرج في الفقرة (ب) من ذات المادة من نطاق الصورية أو الهزل: سائر الإخبارات العامة وذلك كالإقرار والشهادة وهي من وسائل الإثبات فالمقصود ببطلانها هنا عدم توافر حجتها كدليل<sup>(٢)</sup>.

كذلك يلاحظ على المادة ١٨٣ مدني يعني أن المشرع قد قصر حكمها على المتعاقدين والخلف الخاص في نطاق العقود التي تقبل النقص كسائر العقود والتصرفات المالية فلم يمد حكمه إلى الدائنين كما فعلت بقية التشريعات السالفة الذكر وعلى أي حال فهو لم يجعل للمتصرف إليه حسن النية أن يتمسك بالعقد الصوري بصفة نهائية، وإنما أجاز له أن يتمسك بهذا العقد حتى تثبت صوريته وحينئذ يعتبر التصرف صورياً في حقه أيضاً، حتى ولو كان وقت التصرف حسن النية، وبالتالي لا يكسب الحق المتصرف إليه فيه بعد ثبوت هذه الصورية طبقاً لطرق الإثبات المنصوص عليها في المادة ١٣ إثبات يمني، وإنما يحق له في هذه الحالة أن يرجع بالتعويض على من تصرف إليه. وعلى المتعاقد مع هذا المتصرف

(١) وهو نفس المعنى الوارد في المادة (٢٤٥) من القانون المدني المصري.  
(٢) انظر في هذا الشأن أيضاً أستاذنا د. جميل الشرفاوي، أحكام الالتزام في القانون المدني اليمني هامش ص ١، ص ١١٧، وزميلنا د. محمد حسين الشامي أحكام الالتزام في القانون المدني اليمني ف ١١١ ص ١٠٩.

بالعقد الصوري إلا إذا استطاع المتعاقد الأول إثبات أنه لا يعلم بهذا التصرف الثاني، فيكون الرجوع بالتعويض على المتصرف الثاني وحده<sup>(١)</sup> ومن ثم فالصورية تعتبر في نظر القانون اليمني إحدى الصور البارزة للحيلة والغش من جانب المتعاقدين لإضعاف الضمان العام لحقوق الدائنين على المدين.

وبناءً على ذلك فإنه إذا قام المدين بتصرف صوري في أمواله بقصد غش الدائنين عن طريق حرمانهم من التنفيذ على هذه الأموال، فإن من حق الدائنين الطعن في هذه التصرفات بشرط إثبات سوء نية المدين من خلال قيامهم بإثبات صورية التصرف الحاصل بينه وبين المتصرف إليه توصلًا إلى اعتبار هذه الأموال باقية في ذمة مدينتهم ليقترضوا منها حقوقهم هذا بالإضافة إلى ما قد يتعرض له المدين في هذه الحالة من حكم بالحبس (كوسيلة لا كراهة على الوفاء) تصل مدته إلى سنة كاملة<sup>(٢)</sup>. لأن مثل هذا التصرف من المدين يعد إخلالاً بواجب قانوني هو إضعاف الضمان العام لحقوق الدائنين وزعزعة للثقة في التعاملات المالية القائم على ترك الحرية للمدين في التصرف في أمواله وإدارتها في مقابل تحويل الدائنين حق التنفيذ على ما يوجد منها في ذمته وقت هذا التنفيذ... من غير تمييز بين مال وآخر ومن غير حاجة إلى أخذ ضمان خاص على مال معين من هذه الأموال. وهذا هو السبب الذي دفع بالتشريعات المختلفة بوضع وسيلة في يد الدائنين هي وسيلة الدعوى الصورية لرد تصرفات المدين السيئة النية إلى حقيقتها ورد المال المتصرف فيه تصرفاً صورياً إلى حظيرة الضمان العام لحقوق الدائنين للمحافظة على مبدأ استقرار التعامل بين المتعاقدين<sup>(٣)</sup>. هذا هو الجزء المعتاد لصورية التصرف بين المتعاقدين لأنه لا يشترط بحسب الأصل لاستعمال دعوى الصورية أن تكون الصورية قد قصد بها الإضرار بحقوق الدائن فقد يكون المقصود بها غرضاً آخر - ولا يمنع هذا قيام حق الدائن في الطعن في التصرف الصوري وهذا ما يميز الدعوى الصورية عن دعوى عدم نفاذ أو وقف التصرف والتي رأينا فيها أنه يشترط فيها قصد

(١) أستاذنا د. جميل الشراوي أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص ١١٧.

(٢) المرجع السابق نفس الموضع.

(٣) انظر في هذا المعنى د. مصطفى الجمال، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ف ٢٦٩ ص ٤٢٨.

الإضرار بمحقوق الدائن وبالرغم من هذا فقد تستعمل الصورية خديعة الغير وللتحايل على القانون ولهذا فهي قد تحوي غشاً أو تغييراً للحقيقة يساعد على الغش إذا قصد بها التهرب من القانون أو إخفاء السبب المخالف للقانون وذلك كما في حالة الإيصاء تحت ستار البيع بقصد التهرب من النصاب الشرعي للوصية وهو الثلث، أو الهبة تحت ستار البيع بقصد حرمان الدائن من الطعن بالغش أو الشراء بطريق التسخير لمن لا يميز لهم القانون الشراء بسبب وظيفتهم وهم القضاة وأعضاء النيابة والمحامون... الخ متى كان متنازعا عليه<sup>(١)</sup>.

وهذا ما جعل القضاء الفرنسي لا يميز بين الغش والصورية إلا منذ وقت قريب حيث اقتصر عندئذ على منع الصورية واكتفى بذلك دون أن يجاوزه إلى إبطال العقد الحقيقي الذي قصد إليه المتعاقدان إذا توافرت فيه الشروط الموضوعية اللازمة لصحته وهذا ما تقضي به المادة ١٣٢١ من التقنين المدني الفرنسي التي سبق ذكرها<sup>(٢)</sup>.

ونرى أن هذا أيضاً هو حكم المادة ١٨٢ مدني يمني والمواد المدنية العربية الأخرى السالفة الذكر. لأن القانون لا يمنع إخفاء حقيقة المعاملات التي تحصل بين الأفراد إلا إذا كانت وسيلة لمخالفة أحكامه الأمره بإخفاء تصرفات تتعارض مع هذه الأحكام لأنها عندئذ تكون وسيلة للغش والاحتيال على القانون. ولكن إذا كانت التصرفات المخفأة باطلة في هذه الحالة، فهي لا تكون كذلك لأنها صورية وإنما تكون باطلة لأن هدفها هو مخالفة أحكام القانون والبطالان في هذه الحالة لا يعترى التصرف الظاهر بل يعترى التصرف الحقيقي<sup>(٣)</sup>.

وهذا أيضاً هو ما دفع بالفقه والقضاء في مصر إلى القول بعدم جواز القول بأن الصورية غش بحيث يجوز إثباتها بكل طرق الإثبات بل أن هناك

(١) انظر في هذا المعنى زميلنا د. محمد حسين الشامي أحكام الالتزام في القانون المدني اليمني ف١٠٦ ص١٠٤، د. عبدالرزاق السنهوري الوسيط ج٢ ف٦١٣ ص١٠٧٦، د. أنور سلطان أحكام الالتزام ف٧١ وما بعدها ص٦٢ وما بعدها، مصطفى الجمال أحكام الالتزام ف٢٧٠ ص٤٢٩ وما بعدها.

(٢) راجع في هذا المعنى د. عبدالرزاق السنهوري الوسيط ج٢ ف٦١٩ ص١٠٨٤.

(٣) انظر في هذا المعنى أستاذنا د. جميل متولي الشراوي أحكام الالتزام في القانون المدني اليمني ف٢٨ ص١١١.



فرقاً بينهما بتدليل أنهما يذهبان إلى القول بأنه لا يجوز إثبات صورية عقد مكتوب بين المتعاقدين إلا بالكتابة ولكن إذا قصد بالصورية غش الشارع والاحتيال على أحكام القانون أو إخفاء لسبب غير مشروع أو مخالف للنظام العام والآداب ، كما إذا كان القصد من العقد الصوري الاتفاق على شيء يجرمه القانون ويكون مضرراً بأحد طرفي التعاقد أو مضرراً بالخلف العام أو بالغير كالتفرض الذي يخفي دين القمار ، أو البيع الذي سببه الفوائد الربوية أو التحايل على قواعد الميراث والوصية بتقديم تاريخ التصرف إضراراً بالوارث ففي هذه الحالات ونحوها يجوز للمدعي الصورية أن يثبتها بجميع طرق الإثبات على الرغم من أن القاعدة في القانون المدني المصري أنه لا يجوز للمتعاقدين وخلفهما العام إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة ولو لم تزد قيمة التصرف عن الحد الجائز للإثبات فيه بالشهادة<sup>(١)</sup> و تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية ( بأن للمشتري بعقد غير مسجل أن يتمسك بصورية العقد الآخر الذي سجل عقده صورية مطلقة و له أثبات ذلك بكافة طرق الإثبات )<sup>(٢)</sup> فمقتضى هذا الحكم هو أن اشتراك الغير في الغش يتحقق بمجرد علمه بالسلوك غير المشروع للبائع و ذلك حينما يستعين على تحقيق هدفه بإبرام بيع ثان و التيسير على المشتري الثاني في إجراءات التسجيل ، و هذا يدل على تواطؤ المشتري الثاني مع البائع و هذا ما أستقر عليه القضاء المصري و ذلك استناداً إلى قاعدة:

(١) انظر د. السنهوري الوسيط ج ٢ ف ٦٢٩ ص ١١٠٨ - ١١١٠ وما بعدها وكذا الأحكام القضائية العديدة التي ذكرها في تلك الصفحات كتطبيقات للقانون المدني المصري القديم والناقد، وكذا انظر الأستاذ أحمد نشأت رسالة الإثبات ج ١ ف ٤١٤ مكرر ص ٦٢٥ - ٦٢٨ وما بعدها والأحكام العديدة التي أشار إليها أيضاً في تلك الصفحات في ظل القانون المدني المصري القديم والحالي.

(٢) نقض مدني مصري في ٢٥/٢/٢٠١١م ، طعن رقم (٨٩١) ، لسنة ٦٩ ق ، مجلة هيئة قضايا الدولة العدد الأول ، سنة ٤٦ يناير - مارس ٢٠١٢م ص (١٥٢) ، و نقض مدني مصري في ٢٨/٥/٢٠١٢م ، مجموعة أحكام النقض المدني طعن رقم (٨١٣٧) ، لسنة ٦٣ ، ص (٢٩) ، و نقض مدني مصري في ٨/١٠/٢٠١١م ، مجموعة أحكام النقض المدني ، طعن رقم (١٨٤٧) لسنة ٧٠ ق ، ص (٥٤٥) حيث جاء فيه ( الصورية المطلقة تنفي وجود العقد في ذاته و لا يكون له وجود في حقيقة الواقع ) وإن كنا نرى في هذا الصدد أنه لا توجد بالضرورة لمدعي الصورية هنا - وهو المشتري بعقد غير مسجل - أن يستند إلى الصورية التدلسية لإثبات الصورية بكافة طرق الإثبات لأنه يعتبر في هذه الحالة من الغير الذي أباح له القانون دائماً إثبات الصورية بجميع طرق الإثبات كما سنرى ذلك لاحقاً في المتن - لأن العقد الصوري بالنسبة له يعتبر واقعة مادية ولم يكن من المتيسر له الحصول على ورقة ضد لأنه ليس متعاقداً.

الغش يبطل التصرفات و هي قاعدة سليمة و لو لم يجر بها نص خاص باعتبار أن الغش و التدليس كلاهما مفسد لأي عمل قانوني<sup>(١)</sup> فإذا تم التحايل على القانون لمصلحة أحد المتعاقدين ضد مصلحة المتعاقد الآخر، جاز لهذا المتعاقد الآخر و لو ارثه من بعده أن يثبت العقد المستتر بجميع الطرق فيثبت بكافة وسائل الإثبات أن حقيقة البيع هبة دفع إليها باعث غير مشروع أو أن تاريخ العقد قد قدم ليكون سابقاً على تاريخ الحجر فيمنع العقد من الإبطال<sup>(٢)</sup>. أو أن حقيقة البيع المنجز وصية قصد به الاحتيال على قواعد الإرث المقررة شرعاً إضراراً بحق بقية الورثة وهذا قد يحدث عندما تتسلط زوجة شابة جميلة على إرادة زوجها الشيخ فيبيعها صورياً كل أو بعض عقاراته احتيالياً على قواعد الميراث و حرمان كل أو بعض الورثة من حقهم الشرعي وقد ينشأ الغش عن هوى جامع بالزوجة خاصة إذا كانت جميلة أيضاً خاصة عندما تكون القرائن غير كافية لاعتبار ذلك وصية وذلك في حالة ما تكون الزوجة متمسرة مالياً تستطيع أن تدفع ثمن مثل هذه العقارات<sup>(٣)</sup>. وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض المصرية أنه إذا كان الحكم قد بنى قضاؤه ببطلان عقد البيع على فساد رضاء البائع لكونه متقدماً في السن ومصاباً بأمراض مستعصية من شأنها أن تضعف

- (١) نقض مدني مصري قبي ١٩٩٨/٢/٢٨، طعن رقم (٢٠٠١) لسنة ٦٧ ق، مجلة هيئة قضايا الدولة عدد ٣، لسنة ٤٣ يوليو - سبتمبر ١٩٩٩ م، ص (١٣٠)، حيث جاء فيه (قاعدة الغش يبطل التصرفات أصل قانوني واجب الإتيان دائماً)، نقض مدني مصري في ١٩٩٦/٦/٢٦ م، طعن رقم (٤٥٠٧) مجلة هيئة قضايا الدولة عدد ٤ لسنة ٤١ أكتوبر - ديسمبر ١٩٩٧ م، ص (١٤٥)، نقض مدني مصري في ١٩٥٦/٢/٩ م، مجموعة أحكام النقض، لسنة ٧، رقم ٢٣، ص (١٦٨)، نقض مدني مصري في ١٩٧٩/٥/٢١ م، مجموعة أحكام النقض لسنة ٣٠ ج ٢ رقم (٢٥٨)، ص (٣٩٩)، نقض مدني مصري في ١٩٦٥/٥/٢٧ م، مجموعة أحكام النقض، لسنة ١٦، رقم ١٠٥، ص (٦٥٥) و حكم للمحكمة الدستورية العليا المصري في الدعوى رقم ٢٢، لسنة ١٢ ق، دستورية الصادر في الأول من ١٩٩٤ م تعليق الدكتور محمد حسام محمود لظفي على هذا الحكم منشور بمجلة البحوث القانونية و الاقتصادية كلية الحقوق بني سويف جامعة القاهرة عدد يناير ١٩٩٤ م، ص (٤٨٥)، و نقض مدني مصري في ١٩٩٧/١/٣٠ م، الطعن رقم (٤٠١٤) لسنة ٦٦ ق، مجموعة أحكام النقض السنة ٤٨ ج ١ يناير - مايو، ١٩٩٧ م، و نقض مدني مصري في ١٩٩٦/١١/٢٧ م، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي أقرتها محكمة النقض المصرية منذ عام ١٩٩٢ م - ١٩٩٧ م للمستشار حسن الفكهاني، قاعد رقم (٤٤٦) ص (٧٣٣)
- (٢) استئناف مصر الوطني في ١٩٣٢/١/٢٣، المحاماة، السنة ١٣ ص ٦٩، مشار إليه في د. السنهوري الوسيط ج ٢ هامش ١ ص ١١٠٩.
- (٣) أحمد نشأت رسالة الإثبات ج ١ ف ٤١٣ ص ٦٢٤.

إرادته فيعتبر سهل الانقياد وخصوصاً لأولاده المقيمين معه الذي صدر العقد لهم فإنه لا سبيل إلى الجدل في ذلك لدى محكمة النقض لتعلقه بتقدير محكمة الموضوع لوقائع الدعوى<sup>(١)</sup>. أي أنه يجوز إثبات هذا الغش أو الاحتيال على القانون لدى محكمة الموضوع بأي طريق من الطرق القانونية دون أن يخضع القاضي في تقدير ذلك لرقابة محكمة النقض.

وهذا على عكس ما إذا كان قد تم التحايل على القانون من غير أن يكون هذا التحايل موجهاً ضد مصلحة أحد المتعاقدين، فلا يجوز لأي منهما أن يثبت العقد المستتر إلا طبقاً للقواعد العامة للإثبات، إذ لا يوجد هنا ما يمنع المتعاقدين من اصطناع ورقة تثبت حقيقة العلاقة بينهما تسمى ورقة الضد طالما أن التحايل لم يوجه ضد مصلحة أي منهما<sup>(٢)</sup>.

هذا بالنسبة للمتعاقدين وخلفهما العام كالوارث والموصى له بخصصة في التركة، أما بالنسبة لغير هؤلاء من خلف خاص كمشتري أو دائن عادي أو نحوهم كجار يريد الأخذ بالشفعة مثلاً فلا ريب أنه يكون له أن يتمسك بحقيقة العلاقة بين الطرفين إذا كان هذا الأمر يحقق مصلحته في ذلك وفي هذه الحالة يكون له إثبات صورية التصرف الظاهر بكافة وسائل الإثبات القانونية باعتباره من غير أطراف التصرف يتعدر عليه الحصول على دليل كتابي (ورقة الضد) يثبت حقيقة التصرف (الصورية)<sup>(٣)</sup>.

وعلى ذلك إذا كان لا يحق للمشتري أن يثبت إلا بالكتابة أن الثمن المكتوب في عقد البيع أكبر من الثمن الحقيقي بقصد منع الشفيع من الأخذ بالشفعة، أما الشفيع نفسه فيستطيع إثبات الثمن الحقيقي بكافة طرق الإثبات<sup>(٤)</sup> مع أنه ليس من الغير، وذلك لأنه قصد بالتحايل الإضرار به ولأن البيع يعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية<sup>(٥)</sup>.

وكذلك قد يقصد بالصورية غش الشارع فيما يجب دفعه للخزانة العامة هرباً من دفع الرسوم الواجب دفعها قانوناً، كما إذا خفض الثمن في

- (1) مجموعة القواعد القانونية، الإصدار المدني ج ٣ ص ٣٩٦.
- (2) د. مصطفى الجمال، أحكام الالتزام المرجع السابق ف ٢٧٢ ص ٤٣٢، د. عبدالرزاق السنهوري الوسيط ج ٢ ص ١١٠٩.
- (3) د. أنور سلطان، أحكام الالتزام دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، طبعة ١٩٩٧ ف ٨٠ ص ٧١، د. مصطفى الجمال، أحكام الالتزام، المرجع السابق ف ٢٧٣ ص ٤٣٣.
- (4) استئناف مصر مختلط في ١٩٢٤/١/٢٢، مجلة التشريع والقضاء المختلط، السنة ٣٦ ص ١٧٠.
- (5) د. السنهوري الوسيط ج ٢ ف ٦٢٩ ص ١١٠٩ هامش ١.

عقد بيع عقار بغرض خفض رسوم تسجيله ففي هذه الحالة إذا كان لا يحق للبائع أن يثبت إلا بالكتابة أن الثمن المكتوب في عقد البيع أقل من الثمن الحقيقي تخففاً من رسوم التسجيل ، وهذا على عكس الخزانة العامة تستطيع إثبات الثمن الحقيقي بكافة طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن وثن الأراضي المماثلة والمعاينة وتقارير الخبراء مع أن الخزانة ليست من الغير ، وذلك لأنها هي التي قصد بالتحايل الإضرار بها ولأن البيع بالنسبة إليها واقعة مادية<sup>(١)</sup> .

وتطبيقاً للمبادئ السابقة فقد قضت محكمة النقض المصرية : بأنه إذا وكل شخص آخر في إيجار عين مملوكة له ، فتواطأ الوكيل مع مستأجر صوري غشاً للإضرار بحقوق الموكل ، جاز للموكل أن يثبت هذه الصورية التديسسية المبنية على الغش والتواطؤ بجميع طرق الإثبات ومنها القرائن<sup>(٢)</sup> . وقضت أيضاً بأنه : "إذا تمسك المدين بأن الإيصال المحرر عليه يقبض ثمن المنقولات التي تعهد بصنعها هو والفاتورة الموقع عليها منه أيضاً ببيان مفردات تلك المنقولات إنما حررا خدمة للمدعية لتقديدها للمجلس الحسبي ليرخص لها في صرف المبلغ الوارد بالإيصال ، فاعتبرت المحكمة هذا دفعاً منه بالصورية ولم تأخذ به على أساس أن الصورية لا تثبت بين المتعاقدين إلا بالكتابة وهو لم يقدم كتابة ما فإنها لا تكون قد أخطأت في تطبيق القانون"<sup>(٣)</sup> .

نخلص من هذا بالقول بأنه إذا كان القصد من استعمال الصورية غش وخديعة الغير أو التحايل على القانون أو أخفت سبباً لا يحلله الشرع فإنه لا عبرة في ذلك ، لا بالعقد الظاهري ولا بالعقد الخفي (الصوري) لأنه لا حكم للصورية مع بطلان سبب التصرف فعقد الهبة الذي يخفي في طياته فوائد ربوية محرمة أو قيمة أموال غير متقومة كالخمر بالنسبة للمسلم والتحايل على

(١) أحمد نشأت ، رسالة الإثبات ج ١ ف ٤١٤ مكرر ص ٦٢٨ - ٦٢٩ ، د. عبدالرزاق السنهوري الوسيط ج ٢ ف ٦٢٩ ص ١١٠٩ / ١١١٠ بالهامش .

(٢) نقض مدني مصري في ١٩٥٢/٣/٢٠ ، مجموعة أحكام النقض السنة ٣ ص ٦٦٥ رقم ١١٤ .

(٣) نقض مدني مصري في ١٩٤٤/٢/٣ ، مجموعة محمود عمر (مجموعة القواعد القانونية) ج ٤ ص ٢٥٦ رقم ٩٦ ، وكذا الأحكام القضائية التي أشار إليها العلامة المرحوم د. السنهوري في الوسيط ج ٢ هامش ص ١١١١ وكذا د. إسماعيل غانم ، أحكام الالتزام طبعه ١٩٦٧ ف ١٢٧ ص ١٧٠ - ١٧٣ وبصورة خاصة ص ١٧٢ .

قواعد الميراث والوصية بتقديم تاريخ التصرف ففي هذه التصرفات وأمثالها تكون باطلة بطلاناً مطلقاً لا لتعلقها بالصورية وإنما لانطوائها على السبب المحرم شرعاً وقانوناً. ويجوز لمدعي الصورية أن يثبتها بجميع طرق الإثبات وهذا ما تذهب إليه التشريعات المدنية في مختلف البلدان، غير أن القانون المدني اليمني طبقاً للمادة (١٨٢) منه أجازت للمتصرف إليه حسن النية أن يتمسك بالعقد الظاهر إلى أن يقوم الدليل على هزلته وحيثذ يكون له الرجوع على الهازلين (في التصرف الصوري) بالتعويض لما لحقه من ضرر وغرامة ما لم يثبت أن المتصرف الأول كان حسن النية فيكون الرجوع على المتصرف الثاني وحده هذا بالإضافة إلى ما قد يتعرض له المدين سيء النية من الحكم عليه بالحبس مدة تصل إلى سنة كاملة لإكراهه على الوفاء وغشه للدائنين وإخلاله بواجب قانوني هو إضعاف الضمان العام لحقوق الدائنين وزعزعته للثقة في التعاملات المالية (المادة ٣٦٠ مدني يمني والمادة ٣٦٢ تنفيذ مدني يمني) وهذا هو السبب الذي دفع بالتشريعات المختلفة بوضع وسيلة الدعوى الصورية في يد الدائنين لرد تصرفات المدين السيئ إلى حقيقتها ورد المال المتصرف فيه تصرفاً صورياً إلى حظيرة الضمان العام محافظة على مبدأ استقرار التعامل بين المتعاقدين. وإن كنا نرى بأنه لا يكفي لقيام هذه التشريعات المختلفة بتقرير وسيلة دعوى الصورية في يد الدائن لمعالجة خطورة الصورية على الثقة في التعامل بل أننا نهيىب بتلك التشريعات بما فيها تشريعنا بضرورة تدخل المشرع لتجريم الصورية التي تنطوي على الخداع والخس إضراراً بالدائنين وذلك أسوة بتجريم التزوير، والنصب وخيانة الأمانة وذلك لتشابه الصورية في هذه الصورة مع تلك الجرائم في الطبيعة والأثر، ويتعبير آخر لاتفاقهما مع هذه الجرائم في شروط العقاب. فكما أن التزوير يعاقب عليه القانون إذا توافر فيه تغيير الحقيقة، والعمد، وحصول الضرر أو احتمال حصوله فإن الصورية كذلك قد تستجمع هذه الشروط وبالتالي فإن الصورية والتزوير من طراز واحد ومثلهما في ذلك الشهادة الزور<sup>(١)</sup>. وهذا ما كان قد دعى إليه الفقيه فريير أحد فقهاء القانون الفرنسي القديم عندما وصف

(١) انظر في هذا المعنى عزيز خانكي في مقالة "الصورية ووجوب اعتبارها جريمة" مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق جامعة القاهرة السنة السابعة ص ٤٢٧.

الصورية بقوله: "إنها طريق ملتوي يلجأ إليه المتعاقدين ليأخذوا بالشمال ما أعطوه باليمين.... وبالجملته فإن الصورية تحاك بمهارة للخداع والغش، ولا يلجأ إليها إلا كل مختال (خداع) كذاب"<sup>(1)</sup>.

وبناءً على ذلك نعتقد أنه لو تدخل المشرع بتجريم الصورية - خاصة التدلّيسية منها - على هذا النحو فإننا نرى أن اللجوء إلى هذه الصورية لا شك أنه سيقل كثيراً عما هو شائع اليوم بعد انتشاره بصورة تنذر بالخطر أو على الأقل نرى أنه يتعين على التقنينات محل المقارنة تقرير ما قرره القانون اليمني في هذا الشأن وهو تعرض المدين سيء النية من الحكم عليه بالحبس مدة تصل إلى سنة كاملة جزاء غشه للدائنين وإخلاله بواجب قانوني هو إضعافه للضمان العام لحقوقهم وزعزعتة للثقة في التعاملات المالية هذا بالإضافة لما ينجم عن هذا الحبس من إكراه المدين السيء النية على الوفاء. فإن لم تقتنع هذه التشريعات بهذا الاقتراح وأرادت حسم مادة الصورية - خاصة التدلّيسية منها - فإننا نرى أنه يتعين عليها ألا تعتد أساساً بالعقد المستتر (ورقة الضد)، بل تعتد بالعقد الظاهر في جميع الأحوال سواء كان ذلك في مواجهة الغير، أم بالنسبة لأطراف التصرف، لأننا نعتقد أن هذا الحكم لو تحقق فإن أطراف التعاقد الصوري سيترددون كثيراً، بل قد يحجمون في غالب الأحوال عن الإقدام على إبرام مثل هذا التصرف الصوري، حيث يخشى تمسك المتصرف إليه بالعقد الظاهر إذا ما سولت له نفسه أن يخون الثقة التي خولها له المتصرف وعندئذ لا يلومن إلا نفسه حيث لا يمكنه في هذه الحالة التمسك بالعقد المستتر (ورقة الضد) لأن القانون لن يعتد بذلك، بل أنه لا يستطيع أن يبيده، لأنه لا فائدة ولا جدوى من إبداءه، وهذا ما نعتقد أنه قد يساعد على استقرار التعامل ويقوي الثقة في المعاملات لا سيما أصحاب النوايا الحسنة، الذين يتعاملون مع الآخرين على أنهم في الحقيقة مالكو ما يتصرفون فيه، وإذا بهم يتفاجئون بأن هذا الغير الذي يتصرفون معه إنما يتصرف فيما لا يملك، وإنما تملكه بطريق الصورية، وما العقد الذي أبرمه

(1) مشار إليه في د. أحمد مرزوق، نظرية الصورية في التشريع المصري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٥٧ ف ٣٣ ص ٣٥.

واكتسب به ملكية هذه الأشياء المتصرف فيها إلا عقداً صورياً<sup>(١)</sup>. وعندها تنعدم الثقة، ويختل ميزان التعامل بين الناس. ونرى أنه من أجل ذلك قد سارت بعض أحكام القضاء في مصر وفرنسا فيما نعتقد معه أنه الصواب في معالجة خطر الصورية حيث ذهبت بعض أحكام القضاء الفرنسي إلى جعل العقد الصوري هو الذي يسرى بين المتعاقدين على سبيل العقاب<sup>(٢)</sup>. وهذا هو نفس الحكم الذي سارت على منواله محكمة النقض المصرية حيث جعلت عبء الإثبات في الصورية على من يدعيها، وقررت الأخذ بظاهر نصوص العقد في حالة العجز عن إثبات الصورية، واعتبرت هذا العقد الظاهر حجة على المدعي لا حجة له<sup>(٣)</sup>.

### المبحث الثالث

#### نطاق دعوى الصورية المفترضة في مجال دعوى عدم النفاذ (الدعوى البولصية)

إن هذه الصورية المفترضة أو الاعتبارية في مجال دعوى عدم النفاذ تجد تأييدها فيما يقوم به الفقهاء من إبراز مصلحة المدين الشخصية في التصرفات التي يجريها غشاً بدائنيته، بقولهم أن هذا المدين يقصد بالتصرف إلى الحصول على نقود يضعها بعيداً عن الدائنين ليستطيع بها أن يتحاشى الوقوع في الفاقة عند الحكم بإعساره، أو أنه عندما يشعر بانهيار مركزه المالي، لا يتوانى في أن يعمل كل ما من شأنه تبيد أمواله فيعطئها لأصدقائه وعساهم يردون له هذا الجميل في المستقبل<sup>(٤)</sup>.

ومن أدل هذه الظروف في الدلالة على الصورية كون المدين في حالة إعسار وعلمه بسوء أحواله، لأنها ظروف يحس فيها المدين بضرورة تهريب أمواله لذا كان من اليسير أن يذهب القانون إلى افتراض صورية تصرف المدين في هذه الظروف لمصلحة الدائن في نطاق الدعوى البولصية

- (1) انظر في هذا المعنى د. محمود عبدالرحيم أحمد الديب، الحيل في القانون المدني رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٩٢، ص ١٩٢.
- (2) د. إسماعيل غانم، أحكام الالتزام، المرجع السابق ص ٢٠٠ هامش رقم ٢.
- (3) نقض مدني مصري في ١٩٨٠/٥/٢٨، مجموعة أحكام النقض، السنة ٣١ ص ١٥٣١، رقم ٨٨.
- (4) أستاذنا د. جميل الشراوي أحكام الالتزام في القانون المدني اليمني ص ١٤٨، أستاذنا د. البراوي أحكام الالتزام ص ١١٥، د. عبدالحى حجازي ج ٣ ص ٢٠١، د. عبدالرزاق حسن فراج، المرجع السابق ص ٥٤.

المعفاة من عبء الإثبات الثقيل فيما لو رفعها بدعوى الصورية العادية خصوصاً وأن الدائن ليس من خلف المدين حتى يعرف عن كذب حقيقة كل تصرفاته وظروف إبرامها، لذلك افترض القانون صورية ما قام به المدين من تصرف يضر بالدائنين ما دام ذلك الافتراض يقوم على نفس الوقائع المقاربة عادة للصورية<sup>(١)</sup>.

ويستطرد هذا الجانب من الفقه بالقول بأن هناك من القواعد ما تدل على تأييدها للقول بإباحة الطعن بالدعوى البولصية على أساس افتراض صورية تصرف المدين وهي :-

أ- ما يتجه إليه القضاء ويسلم به الفقه من أن تصرف المدين المعسر، الذي يعلم بإعساره وهو يعتقد أن ذلك قد يروج له أعماله ويعود به إلى اليسار رغم أنه تصرف ضار لا يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية على أساس عدم توافر شروط الغش<sup>(٢)</sup>، والواقع أن اعتبار حسن قصد المدين مع علمه بإعساره، في منع الطعن في تصرف ضار بالدائنين لا يفهم إلا على ضوء ما يدل عليه من ثبوت جدية التصرف كما يلاحظ أن المعاوضات لا ينتج عنها في الغالب إنقاص ذمة المدين ولذلك فالمفروض أنها لو تضمنت إخراج حق من حقوقه فهي تتضمن في ذات الوقت إدخال مقابل له، كما لو باع عيناً من أمواله فهو يأخذ الثمن مقابلها، أو أن المدين استطاع أن يخفيه أو يبدهه بحيث لا يمكن الدائن من التنفيذ عليه بحقه<sup>(٣)</sup> مما يدل على أنه لو كان يباع بضمن حقيقي لتأكدت حقيقته من حصول الدائنين عليه ولأمتنع الطعن عليه بهذه الدعوى<sup>(٤)</sup>.

- (١) أستاذنا د. الشرقاوي، بحثه السابق، ص ٤٢.
- (٢) أستاذنا د. جميل الشرقاوي أحكام الالتزام في القانون المدني اليمني المرجع السابق ص ١٤٩، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج ٢ ص ٦٣٣، أستاذنا د. البدرابي أحكام الالتزام ص ١٩٦، د. عبدالسلام ذهني أحكام الالتزام ص ٤٧٨، د. حلمي بهجت بدوي خلاصة محاضراته في الالتزامات طبعة مطبعة محمد كرامة القاهرة ص ٣٨٢.
- (٣) د. جميل الشرقاوي أحكام الالتزام في القانون المدني اليمني ص ١٥٠، أستاذنا د. البدرابي أحكام الالتزام ص ١٥٣، د. سليمان مرقس الوافي ج ٢ أحكام الالتزام ص ٣١٨، د. أحمد شوقي عبدالرحمن أحكام الالتزام والإثبات طبعة ١٩٨٨ مصر ص ٦٤.
- (٤) أستاذنا د. جميل الشرقاوي أحكام الالتزام في القانون المدني اليمني ص ١٥٠، د. إسماعيل غانم أحكام الالتزام ص ٢٠٢، أستاذنا د. محمد لبيب شنب دروس في نظرية الالتزام ج ٢ أحكام الالتزام دار النهضة العربية القاهرة ١٩٧٧ ص ٢٥٧.



ب- إن القانون المدني المصري القائم أصبح يميز للدائنين الطعن في تصرفات المدين التي تزيد في التزاماته ، كعقد قرض جديد مثلاً ، إذا كان المقرض عالماً بإعسار المدين ، وهو تصرف يستطيع المدين أن يفيد منه لو أتمه صورياً ، ولكن من جهة أخرى من غير المتصور أن شخصاً عادياً يقوم بمساعدة المدين على غش دائنيه بإقراضه قرضاً حقيقياً مع علمه بإعساره ، أي مع تأكده أنه لن يستوفي حقه كاملاً ، لأنه سينضم إلى دائنين آخرين في اقتسام أموال المدين التي قد لا تفي لاقتضاء ديونهم كلهم ، فإذن لا بد من أن يكون هذا التصرف صورياً كله أو على الأقل في جزء منه<sup>(١)</sup>.

وإذا كان القانون يشترط شروطاً أخرى لرفع دعوى عدم نفاذ تصرف المدين غير شرطي الإعسار والغش واللذين استنتج منهما أن هذه الدعوى تقوم على أساس افتراض صورية تصرف المدين ، إلا أن هذه الشروط الأخرى ، ليست في الواقع إلا مجرد قيود على الاستفادة من الصورية التي يفترضها القانون في تصرف المدين المعسر تحقيقاً للعدالة واستقرار التعامل بين الناس<sup>(٢)</sup>.

وهذا ما يتفق مع ما انتهى إليه بعض الفقه الفرنسي الذي ذهب بعض منه إلى محاولة جعل دعوى الصورية ، صورة للطعن بالدعوى البولصية على أساس إثبات توافر شروط الطعن بالدعوى البولصية في حالات الطعن بالصورية<sup>(٣)</sup>.

- (١) ويتحقق ذلك بالنسبة للموفاة لأحد الدائنين أو تفضيل دائن على آخر بضمان خاص راجع أستاذنا د. جميل الشرقاوي رسالته بطلان التصرف القانوني ص ١٦٤ ، وبحثه دراسة في طبيعة الدعوى البولصية ص ٤٥ ، وأحكام الالتزام في القانون المدني اليمني ص ١٥٠.
- (٢) انظر د. محمد بن عبد القادر رسالته الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ التصرف المرجع السابق ص ٤٦٣ ، أستاذنا د. جميل الشرقاوي بحثه السابق ص ٤٦ ، وكذا مؤلفه أحكام الالتزام في القانون المدني اليمني ص ١٥٠/١٥١ ، د. عبد الحلي حجازي أحكام الالتزام ج ٣ ص ٤٠١ ، د. إسماعيل غانم أحكام الالتزام ص ٢٠٥.
- (٣) أستاذنا د. جميل الشرقاوي رسالته بطلان التصرف القانوني ص ١٦٥ ، وانظر رسالة جرويه عن الدعوى البولصية في القانون المدني الفرنسي المعاصر جامعة باريس ١٩١٣ ص ٦٣١ وما بعدها وف ٣٤٦ ص ٦٣٨ وما بعدها وف ٣٤٧ وما بعدها ، مشار إليه في د. محمد بن عبد القادر رسالته السابقة ص ٤٧٠ وما بعدها.

وذهب بعض آخر منهم إلى التقريب بين الدعويين البولصية والصورية إذ فرق في الصورية بين حالتين: حالة توافر الغش وحالة عدم توافره وجعل الدعوى التي ترفع في الحالة الأولى دعوى بولصية مع تعديل في شروطها، وفي الحالة الثانية دعوى غير مباشرة، وهذه المحاولات تدل في كل الأحوال على الشعور بوحدة أساس طبيعة الدعويين البولصية والصورية<sup>(١)</sup>.

التكييف الراجح للطبيعة القانونية للدعوى البولصية في التقنيات التي لم تأخذ بفكرة العقد الموقوف :-

من خلال العرض السابق للآراء والنظريات التي قيلت في الطبيعة القانونية للدعوى البولصية، فإننا نعتقد بأن تكييف الدعوى البولصية على أنها دعوى صورية مفترضة؟ هو التكييف الأولي بالقبول والاختيار بالنسبة للقانون الفرنسي والمصري والقوانين الأخرى التي لم تعرف فكرة العقد الموقوف، فهذا الرأي هو أكثر نجاحاً من أي نظام قانوني آخر تناوله الفقه في نظرياته السابقة عليه وذلك نظراً للمزايا العديدة التي أمتاز بها هذا التكييف على غيره من التكييفين السابقين وتمثل هذه المزايا فيما يأتي :-

(١) أول ميزة لتكييف دعوى عدم نفاذ التصرفات بأنها دعوى "صورية مفترضة لمصلحة الدائن" أنه أجاب على الاعتراضات التي يمكن أن تثار في هذا الشأن من ناحية اختلاف شروط الدعوى البولصية مع شروط دعوى الصورية وذلك بقوله أن الصورية التي تثار في هذا الصدد إنما هي صورية مفترضة إفترضها القانون لمصلحة الدائن الذي تتوافر له شروط الطعن بالدعوى، وليس معنى تأسيس الطعن بالدعوى البولصية على صورية مفترضة أنه بالضرورة يجب أن تخضع لذات القواعد التي تحكم الطعن بالصورية العادية، ولذلك فإن الخلاف بين الدعوى البولصية ودعوى الصورية في شروط الطعن بكل منهما، أو حتى في وحدة طبيعة

(١) أستاذنا د. جميل الشراوي رسالته بطلان التصرف القانوني المرجع السابق ص ١٦٥، د. محمد بن عبدالقادر رسالته الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ التصرف المرجع السابق ص ٤٧٢.

الدعويين<sup>(١)</sup>، فالمرجع يشترط الغش والإعسار في الدعوى البولصية دون دعوى الصورية لأنهما في الدعوى البولصية أساس افتراض للصورية، كما أنه يشترط في الدعوى البولصية شروطاً أخرى لا تشترط في دعوى الصورية، كسبق حق الدائن أو حلوله، لما رأيناه من رغبة المشرع في جعلها قيوداً على الاستفادة من الصورية التي يفترضها القانون في تصرف المدين المعسر تحقيقاً للعدالة واستقرار التعامل بين الناس.

(٢) الميزة الثانية لهذا التكييف أنه يبرر آثار الطعن بالدعوى البولصية تبريراً واضحاً لا يحتاج إلى إفساح المجال للقواعد الاستثنائية حتى تستجيم هذه الآثار مع قواعد النظام الذي تفسر طبيعتها به، كما هو الحال بالنسبة لتكييفها بأنها دعوى بطلان أو دعوى تعويض، كما لا يحتاج إلى أن نبحث عن نظام آخر نفسر به النظام الذي نبين طبيعة الدعوى على ضوءه، كما هو الحال بالنسبة لتكييفها بأنها دعوى عدم نفاذ أو (عدم السريان).

(٣) يتميز هذا التكييف أيضاً بأنه يؤسس الدعوى البولصية على نظام معروف بين النظريات القانونية وليس نظاماً يشوبه الشك والغموض، كعدم النفاذ الذي يميل الفقه الحديث إلى تفسير طبيعة الدعوى به.

ومن جهة أخرى فافتراض الصورية ليس وسيلة غريبة على الفن القانوني ذلك أن القانون يفترض جدية التصرف في بعض الأحوال، كما هو الحال بالنسبة للزواج والطلاق والعتق والرجعة، إذ لا يقبل الطعن فيها بالصورية لأن القانون - كما سنرى - يفترض جديتها ولو لم يقصد الأفراد آثارها في الحقيقة، ولذا فإن افتراض صورية تصرف المدين في بعض

(١) وهذا يتضح مما نلاحظه مع أستاذنا د. جميل الشراوي بأن الدعوى البولصية كانت في القانون الروماني وسيلة حماية الدائن ضد تصرفات مدينه الضارة به، حتى ولو كانت صورية والسبب في ذلك يرجع إلى أن هذا القانون لم يكن ينظم دعوى مستقلة للطعن بصورية التصرفات وذلك لاتسامه بالطابع الشكلي لذلك كانت الدعوى البولصية تقوم بدورها في محاربة غش المدين لدائته، وجاء القانون الحديث وأخذ بنظام الدعوى البولصية بجانب نظام الطعن بالصورية وهو طعن لا ينشأ إلا في القوانين التي تأخذ بمبدأ سلطان الإرادة والنظامان يقومان معا في القانون الحديث بوظيفة من طبيعة واحدة على الرغم من اختلاف التسمية ورغم اختلاف شروط الالتجاء إلى كل منهما. انظر بحثه السابق دراسة في طبيعة الدعوى البولصية ص ٤٣ و ص ٤٧ وما بعدها.

الأحوال، أمر لا يتعارض مع مبادئ الصياغة الفنية في التشريعات الحديثة<sup>(١)</sup>.

وبهذا ننتهي إلى القول بأن الرأي الراجح في اعتقادنا بالنسبة لتحديد الطبيعة القانونية للدعوى البولصية في القانون الفرنسي والقانون المصري والقوانين الأخرى التي لم تأخذ بفكرة العقد الموقوف هو تكييف هذه الدعوى بأنها دعوى صورية مفترضة، لأنه رأياً يحقق الانسجام مع المنهجية القانونية لهذه القوانين في عدم الخلط بين أثر الدعوى والطبيعة القانونية لها، كما أنه يوضح لنا السبب في عدم نفاذ التصرف في حق الدائن مع بقاءه قائماً في العلاقة بين المدين والمتصرف إليه.

**التكييف الراجح للطبيعة القانونية للدعوى البولصية في التقنين المدني اليمني والفقهاء الإسلامي:-**

على خلاف الحال بالنسبة للقانون المدني اليمني الذي كان صريحاً منذ البداية في تحديده للطبيعة القانونية للدعوى البولصية، حيث وصفها في المادة ٣٦٧ منه بأنها "دعوى وقف نفاذ التصرف" وبالتالي نرى أنه لا يصح أن يثار بالنسبة لهذا القانون ما أثير في الفقه القانوني لهذه القوانين بشأن مسألة تحديد الطبيعة القانونية للدعوى البولصية، لأن المشرع اليمني قد تدخل بنفسه وحسم هذا الأمر بوسيلة قانونية هي فكرة العقد الموقوف التي استقاها من الفقه الإسلامي وهي وسيلة لا تخضع للنظام القانوني لتقسيمات العقد الباطل إلى بطلان مطلق وبطلان نسبي حتى يثار بشأنها الخلاف هل هي دعوى بطلان أو دعوى تعويض وإنما فكرة العقد الموقوف هي نوع من أنواع العقد الصحيح غير أنه لا ينتج أثره لا بالنسبة للمتعاقدين ولا بالنسبة للغير (الدائنين) إلا إذا لحقته الإجازة بمن لهم حق

1) فهذا الافتراض شأنه شأن الافتراضات في بعض الأحكام القانونية مثل افتراض الخطأ افتراضاً لا يقبل إثبات العكس في جانب المتبوع لمصلحة المصاب وحده في المسؤولية عن خطأ التابع، أما في علاقة التابع والمتبوع فيظل الخطأ واجب الإثبات ليثبت من تستقر على عاتقه المسؤولية في نهاية الأمر، انظر في هذا المعنى د. محمد بن عبد القادر رسالته الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين على دائته المرجع السابق ص ٤٧٤ هامش ١، وأستاذنا د. جميل الشرفاوي بحثه دراسة في طبيعة الدعوى البولصية ص ٤٧ هامش ٣. ومثل ذلك أيضاً افتراض الشرع الإسلامي جدية التصرف في بعض الأحوال ولو لم تتجه إرادة الأفراد إلى آثارها في الحقيقة مثل الزواج والطلاق والعتق والرجعة واليمين... الخ وهو ما ذهبت إليه أيضاً كما سنرى المادة ١٨٢ مدني يمني فيما يتعلق بالطلاق والنكاح والرجعة.

الإجازة وهم هنا في هذه الحالة الدائنين فهؤلاء وحدهم أجاز لهم القانون حق إجازة تصرفات المدين الضارة بهم، وهذا ما هو إلا تطبيقاً للقاعدة العامة المتعلقة بالعقد الموقوف عموماً والتي نصت عليها المادة ١٤٣ مدني يعني التي تقضي بأن: "العقد الموقوف هو الذي أضيف إلى أجل أو علق على شرط أو إذن بوقف أثره في الحال فلا يترتب إلا عند حلول الأجل أو تحقق الشرط أو حصول الإذن من يملكه...".

فالواضح من ذلك أن المشرع في التقنين المدني اليمني قد أخذ بفكرة العقد الموقوف المعروفة في الفقه الإسلامي كنظرية عامة في هذا التقنين وذكر بعض الحالات أو التصرفات التي تعتبر موقوفة كتطبيق لهذه النظرية والتي منها ما نص عليه في المادة ٣٦٧ مدني والتي حددت فيها الطبيعة القانونية للدعوى البولصية بأنها: "دعوى وقف نفاذ التصرف" وعلى ذلك فإن وقف نفاذ التصرف القانوني في هذه الدعوى على الإجازة ممن يملكها هو نظام قانوني ذات طبيعة قانونية مستقلة قائمة بذاتها شأنها في ذلك شأن النظام القانوني للحق في الحبس<sup>(١)</sup> وإن كان يقابل النظام القانوني لعدم نفاذ العقد" أو "عدم سريانه" المعروف في الفقه الفرنسي والمصري وغيرهما من القوانين الأخرى باعتبار هذه العقود من أقسام العقد الصحيح في هذه القوانين إلا أنه بالرغم من ذلك ما زالت الطبيعة القانونية للعقد الموقوف تختلف عن الطبيعة القانونية "للعقد غير النافذ" أو "غير الساري" في أكثر من وجه أهمها أن العقد غير الساري أو غير النافذ في حق الغير أنه عقد ينشأ صحيحاً منتجاً لأثاره جميعاً فيما بين المتعاقدين لكن لا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير (الدائنين) مع بقاءه صحيحاً نافذاً ينتج أثره بين عاقديه منذ انعقاده<sup>(٢)</sup>.

(١) الوقف في اللغة هو الحبس أو السكون يقال وقفت الدابة وقفاً وقوقاً سكنت، ووقفت الدار وقفاً حبستها في سبيل الله، ووقفت الأمر على حضور زيد علقت الحكم فيه بحضوره، ووقفت قسمة الميراث إلى الوضع أخرته حتى تضع، راجع في هذا: المصباح المنير ج ٢ ص ٤٨ كتاب الواو مع القاف وما يثلثهما، مختار الصحاح مادة (وقف) لسان العرب مادة (وقف).

(٢) انظر في هذا المعنى، أستاذنا د. جميل الشرفاوي رسالته نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المصري ص ١٤٢/١٤١ المرجع السابق.

وهذا في اعتقادنا هو السبب الذي دفع بالفقه القانوني قديماً وحديثاً إلى الاختلاف في تحديد الطبيعة القانونية للدعوى البولصية والاختلاف في إيجاد تفسير لهذا الوضع القانوني السالف الذكر.

وهذا على عكس الحال فيما لو كانوا قد اهتموا إلى الأخذ بفكرة وقف نفاذ التصرف المعروف في الفقه الإسلامي فإننا نعتقد أنه لن يحتاج الأمر للبحث عن تكييف قانوني لهذه الدعوى لأن تصرف المدين الضارة بدائمه موقوفة منذ البداية أي غير نافذة سوى فيما بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير (الدائنين) وبالتالي تكون الدعوى موصوفة بأنها دعوى وقف نفاذ التصرف" ومن ثم لا يحتاج الأمر معه للبحث عن نظام قانوني آخر نفسر به الدعوى البولصية على ضوءه بأنها دعوى بطلان أو دعوى تعويض أو دعوى عدم نفاذ أو دعوى صورية مفترضة وإنما هي كما قدمنا دعوى وقف نفاذ التصرف كنظام قانوني مستقل قائم بذاته لا يحتاج إلى تفسير أو تبرير أو تكييف.

لأن نظام وقف نفاذ التصرف نظام معروف في معظم مذاهب الفقه الإسلامي والتي لا خلاف عليه في الفقه الإسلامي المعاصر وهذا ما يتضح من تعريف فقهاء الشرع الإسلامي له قديماً وحديثاً لا سيما فقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة والزيدية في الرأي الراجح عندهم حيث يرون بأنه: "ما كان مشروعاً بأصله ووصفه ويفيد الملك على سبيل التوقف، ولا يفيد تمامه لتعلق حق الغير"<sup>(١)</sup> ويناء عليه فتصرفات المدين المحجور عليه المالية

(1) مجمع الأنهر ج ٢ ص ٣٩، البحر الرائق ج ٦ ص ٦٥ حيث جاء فيه "الموقوف ما تعلق به حق الغير وهو إما ملك أو حق بالبيع لغير المالك" وانظر كذلك ص ٧٦ من ذات المرجع، وجاء في تبين الحقائق ج ٤ ص ٤٤ "وموقوف وهو يفيد الحكم على سبيل التوقف وامتنع ثامه لأجل غيره وهو بيع ملك الغير" وانظر فتح القدير ج ٥ ص ١٨٤/١٨٥، الدر المختار ج ٤ ص ١٠٤ حيث جاء فيه "والبيع الموقوف من قسم الصحيح" ونص المعنى في رد المحتار لابن عابدين ج ٤ ص ١٠٤، بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٥٠/١٤٩، والقوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٣٨ مطبعة النهضة بتونس ١٣٢٤هـ/١٩٢٦ حيث جاء فيها: "فأما الشراء لأحد بغير إذنه أو البيع عليه كذلك فهو بيع الفضولي فينقذ ويتوقف على إذن ربه" ونفس المعنى في بداية المجتهد ج ٢ ص ١٤٢/١٤١، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ١٢/١١، ومواهب الجليل ج ٥ ص ٢٢، ج ٤ ص ٢٤٦، المنهني لابن قدامة ج ٤ ص ٢٠٦/٢٠٥ حيث جاء فيه: "وإن اشترى بعين مال الأمر أو باع بغير إذنه أو اشترى لغير موكله شيئاً بعين ماله أو باع ماله بغير إذنه ففيه روايتان إحداهما البيع باطل ويجب رده والثانية البيع والشراء صحيحان ويقف على إجازة المالك فإن أجازته نفذ ولزم، وإن لم يجزه بطل" وراجع أيضاً القواعد لابن رجب ص ٤١٩/٤٢٠. ومفتاح الكرامة للعالملي ج ٤ ص ١٨٤، والمنترع =

الضارة بالغرماء تكون صحيحة لكنها موقوفة، أي غير منتجة لآثارها سوى فيما بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير (الدائنين) إلا بإجازة هؤلاء الغير. فمثلاً إذا أقر المدين المحجور عليه بما لم يثبت بينه فكثير من مذاهب الفقه الإسلامي تعتبره صحيحاً غير أنه لا ينفذ عليه ولا يشارك المقر له الغرماء وينفذ في أموال المحجور التي اكتسبها بعد الحجر عند من يرون بأن الحجر لا يشملها، أو بعد فك الحجر عند البعض الآخر<sup>(١)</sup>.

=المختار ج ٣ ص ٤١ وكتاب متن الأزهار للمرتضى المطبعة العامرية القاهرة ١٣٤١ هـ ص ٨٤ وشرح النيل وشفاء ع ٤ ص ١١٣٦، ومغني المحتاج ج ٢ ص ١٥، ونهاية المحتاج ج ٣ ص ٢٤ وانظر المادة ٣١٠ من كتاب مرشد الحيران والمادة ١١١ من مجلة الأحكام العدلية، وانظر في الفقه المعاصر د. عبدالرزاق حسن فرج نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ١٩٦٨ ص ٦٨/٤١/٤٠، د. محمد زكي عبدالبر العقد الموقوف بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد السنة ٢٥ العدد الأول والثاني ١٩٥٥ ص ٨، وانظر رسالتنا للدكتوراه نظرية الهلاك في القانون المدني اليمني دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري والفقه الإسلامي كلية الحقوق جامعة عين شمس ١٩٩٤ ص ٣٥٦-٣٦٨، ورسالة زميلنا د. محمد محمد الغشم إجازة التصرفات دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني اليمني والمعاصر رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٩٥ ص ٧٨-١٠٠، وانظر الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم في بحث له منشور في مجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة العدد السادس سنة ١٩٣٤ ص ٦٧٣ وما بعدها تحت عنوان العقود والشروط والخيارات حيث قال الأستاذ الشيخ: "العقد الموقوف هو ما صدر من مالك غير أهل للاستقلال بصدور العقد كالصبي المميز في عقود المعاوضات أو كان صادراً من غير ذي ولاية شرعية كالفضولي فتلحقه الإجازة ممن يملكها من ولي أو وصي أو من الصبي بعد بلوغه أو من مالك هو أهل للاستقلال بصدور العقد" وجاء في أحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف ص ٣٠٩: "العقد الموقوف هو الذي لا يترتب على إنشائه أي أثر من آثاره على الرغم من أنه عقد صحيح يعترف الشارع بوجوده، بل يتوقف ترتيب الأثر على إجازته ممن له حق مباشرته" وهذا التعريف كما يقول الأستاذ الدكتور عبدالرزاق حسن فرج بأنه "يتميز بعمومه فضلاً عن أنه قد أوضح لنا أن العقد الموقوف قسم من أقسام العقد الصحيح". انظر رسالته السابقة في العقد الموقوف ص ٤٣، وراجع في بيان معنى العقد الصحيح أيضاً المدخل للفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور محمد سلام مذكور ص ٥٩٥ ومؤلفه أيضاً أحكام الأسرة في الإسلام في الزواج الموقوف طبعه ١٣٨٧ هـ/١٩٦٧ القاهرة ص ٩٧/٩٦ وانظر أيضاً الأحكام الإسلامية في الأحوال الشخصية للأستاذ الدكتور محمد زكريا البرديسي الطبعة الأولى ١٩٦٦ القاهرة "في بيان أحكام الزواج الموقوف" ص ١٢٨/١٢٩، وراجع البحر الزخار للإمام المرتضى ج ٣ ص ٣٢٩.

(١) انظر المادة ١٠٠٢ من المجلة العدلية، كشف القناع ج ٣ ص ٤٢٤، المنتزع المختار ج ٤ ص ٢٨٥/٢٨٦، محمد جواد مغنية فقه الإمام جعفر الصادق الطبعة الخامسة ١٤٠٤ هـ/١٩٨٤ دار مكتبة الهلال بيروت، الشرح الصغير ج ٢ ص ١٢٨ والمقدمات والمهدات لابن رشد الجذ دار العرب الإسلامي بيروت الطبعة الأولى ١٤٠٨ هـ/١٩٨٨ ج ٣ ص ٣٢٢/٣٢٣، وبداية المجتهد لابن رشد الحفيد دار الكتب الإسلامية القاهرة الطبعة الثانية ١٤٠٣ هـ/١٩٨٣ ج ٢ ص ٣٤٦، نهاية المحتاج ج ٤ ص ٣١٧، د. محمد محمد الغشم رسالته السابقة ص ٩٩.

## المبحث الرابع

إثبات الغش والتدليس والخداع المفسد للرضا وسلطة القاضي إزاء ذلك

إن عبء إثبات حصول إدعاء غش، أو تدليس أو خداع، يقع على مدعيه طبقاً للقواعد العامة للإثبات، فإذا كان الغش أو التدليس أو الخداع قد وقع على أحد العاقدين أو الدائنين في نطاق القانون المدني، فإنه يشكل بذلك خطأ عمدياً ومن ثم يقع عبء إثبات ذلك على عاتق الذي يتمسك بإبطال العقد، لغش أفسد إرادته فله أن يقيم الدليل على وقوع الغش عليه من المتعاقد معه أو من نائبه، أو علمه به، وذلك بكافة طرق الإثبات التي منها شهادة الشهود والقرائن، لأنه ينصب على وقائع مادية<sup>(١)</sup>. وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه إذا وكل شخص آخر في إيجار عين مملوكة له، فتواطأ الوكيل مع مستأجر صوري غشاً للإضرار بحقوق الموكل، جاز للموكل أن يثبت هذه الصورية التدليسية المبنية على الغش والتواطؤ بجميع طرق الإثبات ومنها القرائن<sup>(٢)</sup>. كما قضت هذه المحكمة أيضاً بأن الوارث الذي يطعن في تصرف صادر من مورثه في صورة بيع منجز بأن حقيقته وصية، وأنه قصد به الاحتيال على قواعد الإرث المقررة شرعاً إضراراً بحقه فيه، يجوز له إثبات هذا الاحتيال بأي طريق من الطرق القانونية، فلا على المحكمة فيما تقضي به من إحالة الدعوى إلى التحقيق لتمكين الطاعنين في التصرف من إثبات حقيقة الواقع فيه بشهادة الشهود<sup>(٣)</sup>.

- (1) انظر في هذا المعنى: د. عبد المنعم فرج الصلدة، مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتي طبعة ١٩٦٩ ص ٢٠٤، د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ج ١ مصادر الالتزام طبعة ١٩٧٨ ص ١٥٠/١٥١، د. بدر جاسم يعقوب أصول الالتزامات طبعة ١٩٨١، الكويت ص ٢٤٥، د. عبدالفتاح عبدالباقي نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق ص ٣٤١.
- (2) نقض مدني مصري ١٩٥٢/٣/٢٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٣ ص ٦٦٥ رقم ١١٤، وانظر في ذات المعنى نقض مدني مصري في ١٩٥١/١/١٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢ ص ٢٤٩ رقم ٤٩، وكذا نقض مدني مصري في ١٩٥٠/٥/١١ مجموعة أحكام النقض السنة الأولى ص ٤٩٤ رقم ١٢٤، وانظر كذلك د. إسماعيل غانم أحكام الالتزام طبعة ١٩٦٨ ص ١٢٧ و ١٧٠ ص ١٧٣، وبالذات ص ١٧٢ هامش رقم (١) حيث يورد ملاحظات وجهية على بعض أحكام هذه المحكمة في هذا الشأن.
- (3) نقض مدني مصري في ١٩٥٠/٥/١١، السابق الإشارة إليه في الهامش السابق وكذا انظر حكماً آخر في هذا المعنى لمحكمة النقض المصرية في دائرتها المدنية في ١٩٥٣/١٢/٢٤،



كما قالت هذه المحكمة في حكم لها بأنه اتفق شخصان لغرض ما على إنشاء عقد بيع صوري يبقى تحت من صوراه مشترياً مقابل تسليمه زميله ورقة كاشفة عن الصورية فغش أولهما الثاني بأن سلمه ورقة عليها توقيع باسمه لم يكتبه هو وإنما كتبه شخص آخر باتفاقه معه ، وحصل هذا التسليم بعد أن وقع الثاني على عقد البيع أمام الموظف الرسمي. ثم طعن البائع بصورية العقد والغش ، فحكمت المحكمة بجواز إثبات الغش بالبينة والقرائن ثم قضت بإبطال البيع. طعن المشتري في الحكم بأن الواقعة التي اعتبرتها المحكمة غشاً واعتمدها عليها ، وهي تسليم ورقة الضد ، قد حصلت بعد تمام عقد البيع مما ينافي قولها بأن التوقيع على هذا العقد كان تحت تأثير الغش ، كما أن المحكمة خالفت القانون إذ جازت الإثبات بالبينة ضده على أساس أن ورقة الضد تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة مع أنها لم تصدر منه <sup>(١)</sup>. ومحكمة النقض رفضت الطعن لما تبيته من أن الأمر بالتحقيق لم يؤسس على وجود مبدأ الثبوت بالكتابة ، بل كان لإثبات ما يجوز إثباته بالبينة وغيرها وهي وقائع الغش المدعاة فلما ثبت لمحكمة الموضوع أن الغش قد وقع فعلاً اعتبرت ما وقع من طرفي الخصومة عملية واحدة متصلة وقائعها بعضها ببعض ، وأن الغش قد لا يسها من مبدئها إلى نهايتها مما لا عبرة معه بالوقت الذي سلمت فيه ورقة الضد <sup>(٢)</sup>.

بل أن محكمة النقض المصرية قد وضعت قاعدة عامة فيما يتعلق بإثبات الغش وما شابهه بقولها: يجوز بوجه عام إثبات ما داخله الغش بالبينة مهما كانت قيمة الالتزام فيجوز الإثبات بالبينة فيما يشبه النصب وفيما قام على الغش ، كحالة ما إذا حصل شخص على نفود يزيد

مجموعة أحكام النقض السنة الخامسة ص ٢٩٧ رقم ٤٦. وكذا انظر د. عبدالرزاق = السنهوري الوسيط ج ٢ ف ٢٠٤ ص ٤٠٧ وما بعدها وف ٦٢٩ ص ١١٠٨ وما بعدها وف ٦٣٠ ص ١١١١ وما بعدها والأحكام القضائية العديدة التي أشار إليها في هوامش تلك الصفحات.

- (١) مجموعة القواعد القانونية الإصدار المدني ، ج ٢ ص ١٩٩ رقم ٧٣ مشار إليه في أحمد نشأت رسالة الإثبات ج ١ ف ٤١٢ مكرر ، ص ٦٢٣ هامش رقم (١).
- (٢) أحمد نشأت رسالة الإثبات ج ١ ف ٤١٢ مكرر ص ٦٢٣ ، وكذا انظر مجموعة أحكام النقض المصرية الدائرة المدنية السنة ٢٠ ص ٢٧٠ ، والسنة ١٧ ص ١٢٧١ وص ١٠٣٥.

مقدارها عما تجوز البينة فيه من امرأة في سبيل إحضار زوجها الغائب غيبة مربية<sup>(١)</sup>.

وعلى ذلك يجوز الإثبات بالبينة فيما يشبه النصب أي التديس والخداع والتضليل والغش لأنها مما تدخل تحت ما يتعذر الحصول فيه على دليل كتابي وكالغبن الفاحش في التعاقد يجوز للطرف المغبون وخلفه وكل ذي مصلحة أن يطلب بطلان التعاقد ويثبت هذا الغبن بكافة طرق الإثبات، بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن لأنه لا يحتاط عادة لإثباته بالكتابة<sup>(٢)</sup>.

ولا ريب في أن التزوير نوع من الغش يجوز إثباته بجميع طرق الإثبات كالبينة والقرائن، ولذلك يجوز إثبات تزوير عقد إثبات حصول تصرف لا دخل لطرفي الخصومة فيه بشهادة الشهود وإن كان يجب إثباته بالكتابة فيما بين العاقدين. وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية أنه في تعويل محكمة الموضوع على ما قرره الشهود من حصول تصرف من المورثة في بعض أطيانها قبل وفاتها لا غبار عليه قانوناً، لأن هذه الشهادة كانت واقعة لا دخل لطرفي الخصومة فيها، ولم يكن تتحدث المحكمة عنها لإثبات حق لأحد منهما أو نفيه بناء عليها، بل لتعرف الظروف التي أحاطت بالعقد المطعون فيه ليس إلا، فلا مأخذ على المحكمة والحالة هذه إن هي استندت إلى البينة بغية تكوين رأي لها في الطعن الموجه ضد العقد المذكور دون تقييد بالدليل الكتابي<sup>(٣)</sup>.

كذلك هو الأمر بالنسبة للغش في مجال دعوى وقف أو عدم نفاذ التصرف، (الدعوى البولصية) حيث تسهل التشريعات المختلفة للدائن إثبات هذا الغش بالاعتصار على قيامه بإثبات أن المدين قد تصرف وهو عالم بأنه معسر، باعتبار هذا العلم قرينة على قصد الإضرار بالدائنين وبإمكان الدائن أن يستنتج هذا العلم من بعض القرائن القضائية التي تقوم

1) نقض مدني مصري في ١٩٢٩/٣/٨، المحاماة السنة التاسعة ص ٨٢٠ وكذا العلامة د. عبدالرزاق السنهوري الوسيط ج ٢ ف ٢٠٤ ص ٤١١/٤١٢ بالهامش، أحمد نشأت رسالة الإثبات ج ١ ف ٤١٢ ص ٦٢٢.

2) أحمد نشأت رسالة الإثبات، المرجع السابق، ج ١ ف ٤١٢ مكرر ص ٦٢٣.

3) المجموعة الرسمية السنة ٤٣ ص ٤٢ رقم ١٣٩.

في الدعوى ، كما إذا كان المدين قد تصرف لأولاده أو لزوجته أو لأحد أقرابه<sup>(١)</sup> ، ولم يكن للمتصرف إليه مال ظاهر يدل على أنه قد دفع منه الثمن ، فإذا أثبت الدائن علم المدين بالإعسار كان هذا قرينة قانونية على غش المدين ، ولكنها قرينة قانونية بسيطة يجوز إثبات نكسها ، كقيام المدين بإثبات أن له أموالاً ظاهرة تساوي قيمة الديون أو تزيد عليها بما تمكنه الوفاء بما عليه من ديون ، أو قيامه بإثبات حسن نيته أي إثبات أنه وقت أن تصرف لم يقصد الإضرار بالدائنين أو إثبات اعتقاده بأن هذا التعاقد الذي زاد في إعساره ، سيكون سبباً في ترويج أعماله وعودته إلى اليسار ، ففي مثل هذه الصور السابقة إذا أثبت المدين ذلك سقطت القرينة القانونية ، وتختلف شرط الغش وأصبح عندها التصرف بمنجأ من الطعن بالدعوى البولصية<sup>(٢)</sup> .

والإثبات هنا يكون بأي وسيلة من وسائل الإثبات ، لأن المراد إثباته هو الغش وهو واقعة مادية يجوز إثباتها بكل طرق الإثبات المبينة في القانون<sup>(٣)</sup> وهذه مرونة من جانب المشرع في التشريعات موضع المقارنة الهدف منها التيسير وحماية الدائنين الذين يسعون للمحافظة على الضمان العام حيث ينتقل عبء الإثبات ما بين الدائن والمدين ويتحمل كل طرف جانباً من هذا الإثبات حيث يكتفى بالنسبة للدائن بإثبات مقدار ما في ذمة المدين من ديون ، لأن الأصل براءة الذمة ، والدائن يدعي خلاف الأصل

(١) انظر استئناف مصر ١٩٣٠/٥/١٩ المحاماة السنة ١١ ص ٢٦٧ رقم ١٤٧ ، استئناف مصر المختلطة ١٩٠٥/٢/٢٢ مجموعة التشريع والقضاء المختلطة السنة ١٧ ص ١٢٥ ، ١٩٠٥/٣/٩ ، المجموعة ذاتها ص ١٦٤ ، وفي ١٩١٣/١٢/١١ ، المجموعة ذاتها السنة ٢٦ ص ٨٧ ، وفي ١٩١٧/٥/٢٩ ، المجموعة نفسها السنة ٢٩ ص ٤٢٧ .

(٢) انظر نقض مدني مصري ١٩٧٨/٥/٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ ص ١١٨٥ رقم ٢٣٣ ، وفي ١٩٨٢/٥/١٢ المجموعة ذاتها السنة ٣٣ ص ٥٠٨ رقم ٩٢ وفي الفقه د. السنهوري الوسيط ج ٢ ف ٥٨٧ ص ١٠٢٩ ، د. الصدة أحكام الالتزام طبعة ١٩٧٤ ص ٧٠ ، د. توفيق حسن فراج أحكام الالتزام طبعة ١٩٨٥ ص ٦٦ ، د. أنور سلطان وجلال العدوي رابطة الالتزام طبعة ١٩٦٨ ص ٢٩٨ ، أستاذنا د. محمد لبيب شب د روس في نظرية الالتزام ج ٢ أحكام الالتزام دار النهضة العربية القاهرة ١٩٧٥ ص ٢٦٢ ، د. محمد شكري سرور أحكام الالتزام طبعة ١٩٨٥ ص ١١٠ ، د. فتحي عبدالرحيم عبدالله د روس في أحكام الالتزام ص ١٢٣ وما بعدها ، د. السيد بدوي رسالته حول نظرية عامة لبدأ حسن النية ، المرجع السابق ص ٤٦١ .

(٣) راجع : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ج ٢ ص ٦٣٢ . وكذا انظر نقض مدني مصري في ١٩٧٥/١٢/٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ٥٨٠ رقم ٢٩٧ .

فعلية أن يتحمل عبء إثبات ذلك. ثم ينتقل عبء الإثبات بعد ذلك إلى المدين حيث يقع على عاتقه إثبات أن لديه أموالاً ظاهرة تعادل قيمة الديون أو تزيد عليها أو أنه كان وقت التصرف حسن النية لم يقصد بتصرفه هذا الإضرار بدائتيه<sup>(١)</sup> وبذلك يكون المشرع في التشريعات الحديثة قد قضى على الخلاف الذي كان قائماً في فقه القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم والنافذ حول المقصود بالغش حتى وصل الحال إلى صعوبة إثبات عنصر الغش الذي يمثل مرحلة نفسية لدى المدين فهو عبارة عن دافع داخلي ومحرك للتصرف، الأمر الذي ينهي - عملياً - كل مناقشة طالما أن المشرع قد تدخل لحسم هذا الخلاف<sup>(٢)</sup>.

وبناءً على ذلك فإذا أثبت المدعي وقائع الغش التي ذكرناها أنتج الغش أو الخداع أو التدليس أثره، ويتركز هذا الأثر في جعل المعقود عليه الذي وقع فيه الغش قابلاً للإبطال لمصلحة المتعاقد الذي وقع عليه الغش. وإذا كان الغش يشوب الرضا ويجعل العقد قابلاً للإبطال، فإن ذلك لا يمنع من أنه يعتبر في حد ذاته عملاً غير مشروع ومحولاً ضحيته على هذا الأساس الحق في تعويض الضرر الذي لحقه عنه إن كان لهذا التعويض مقتضى<sup>(٣)</sup> - لأنه ليس من شك طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية المادة (٣٠٤) مدني يعني أنه إذا ترتب على بطلان العقد ضرر بالمتعاقد الذي وقع عليه الغش فإنه يجوز له بالإضافة لطلب البطلان أن يطلب التعويض عن هذا الضرر الذي نجم عن العقد الباطل بوصفه واقعة مادية بحيث يكون التعويض في هذه الحالة بمثابة جزاء تكميلي يقوي

- (١) انظر كتابنا عبء الإثبات بين قواعد القانون المدني اليمني والقواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية دروس لطلبة الدكتوراه كلية الشريعة والقانون جامعة صنعاء. طبعة دار الفكر المعاصر صنعاء ٢٠٠٨، ص ١٣٢.
- (٢) انظر في هذا المعنى د. محمد بن عبدالقادر رسالته الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين على دائتيه مقدمة إلى جامعة القاهرة، ١٩٩٥، ص ٣٠٠.
- (٣) د. عبدالفتاح عبدالباقي نظرية العقد والإرادة المنفردة المرجع السابق ص ٣٤٨. وكذا مؤلفه في مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتي طبعة ١٩٧٦ ص ١٩٣، د. عبدالمنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتي طبعة ١٩٦٩ ص ٢٠٥.

من بطلان العقد على حد تعبير بعض الفقه<sup>(١)</sup> وذلك لأن اقتصاره على حقه في طلب الإبطال قد لا يكون كافياً لرفع الضرر الذي لحق به، فيحق له علاوة على حقه في طلب الإبطال ثبوت الحق في طلب التعويض<sup>(٢)</sup>.

وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية حيث قضت في حكم لها بأن حق المتعاقد الذي وقع عليه الغش في طلب الإبطال للغش أو التدليس والمخول له طبقاً لنص المادة ١١١٦ و ١١١٧ من القانون المدني، لا يمنع هذا المتعاقد من ممارسة حقه في طلب التعويض، وذلك طبقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها في المادة ١٣٨٢<sup>(٣)</sup>.

ويبرر الفقه هذا الحق أو هذه المكنة المخولة للمتعاقد الذي وقع عليه الغش في الجمع بين دعوى الإبطال ودعوى التعويض معاً لما يتسم به الغش من طبيعة مزدوجة فهو من جهة يعد عمياً في رضا المتعاقد المغشوش يمنحه الحق في طلب الإبطال وفقاً لقواعد رضائية العقود، في حين أنه من جهة أخرى يعد عملاً غير مشروع باعتباره خطأ عمدياً وقع من المتعاقد سبب النية، يخول للطرف الآخر الحق في طلب التعويض طبقاً لأحكام المسؤولية المدنية التقصيرية<sup>(٤)</sup>. وهذا الجمع بين دعوى البطلان ودعوى التعويض محل إجماع فقه وقضاء التشريع المقارن بالنسبة للبطلان الناشئ عن الغش أو التدليس بوصفه عملاً غير مشروع<sup>(٥)</sup> ومن باب أولى لا خلاف من حق المتعاقد الذي وقع عليه الغش في الخيار بين طلب البطلان

- 1) أليس، الالتزام بالبيانات في العقود ص ١٩٦ ف ٢٢١ ذكره د. نزيه محمد الصادق المهدي في مؤلفه الالتزام قبل المتعاقدين بالإدلاء بالبيانات طبعة دار النهضة العربية القاهرة ١٩٨٢ ص ٣٢٢/٣٢٣.
- 2) د. يحيى تاج الدين، التدليس والتصوير غير الصحيح رسالته بالفرنسية ص ١٦٦ مشار إليه في رسالة زميلنا د. عبد الكريم القاضي نظرية التدليس، المرجع السابق، ص ٢٢٣.
- 3) نقض مدني فرنسي في ١٩٧٥/٢/٤ مجلة دالوز الأسبوعية ١٩٧٥، مشار إليه في د. حمدي عبدالرحمن مصادر الالتزام دار النهضة العربية القاهرة ١٩٩٧ ص ٣١٥، وهامش ٢.
- 4) انظر المراجع السابقة الموضع نفسه، وانظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي تعليماً على التدليس والغش ص ١٤٣، السنهوري الوسيط ج ١ ف ١٨٢ ص ٣٢٧، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج ٢ ص ١٧٢ وما بعدها.
- 5) أستاذنا د. جميل الشرفاوي مصادر الالتزام دار النهضة العربية القاهرة ١٩٨١ ص ٢١٢/٢١٣، د. توفيق حسن فرج مصادر الالتزام منشأة المعارف الإسكندرية ١٩٨١ ص ١٤٨، د. عبدالودود يحيى المصادر، دار النهضة العربية ١٩٨١، ص ٨٨، أستاذنا د. محمد لبيب شنب دروس في مصادر الالتزام، دار النهضة العربية ١٩٧٧/١٩٧٦ ص ١٦٩.

والتعويض عن الغش، فيحق لهذا المتعاقد أن يقتصر على طلب التعويض فقط دون البطلان إذا كانت له مصلحة في الإبقاء على العقد<sup>(١)</sup>، وهو الأمر الذي اتجه إليه الفقه الفرنسي المعاصر<sup>(٢)</sup> والفقه الإسلامي لا يوجد فيه ما يمنع من جواز الجمع بين دعوى التعويض ودعوى البطلان، وكذا لا يوجد فيه ما لا يعارض الخيار بينهما<sup>(٣)</sup>.

وأما عن مدى رقابة محكمة النقض على وصف الواقعة بأنها غش وتقديرها فإنه يمكننا أن نشير إلى أنه يعتبر حصول الوقائع المكونة للغش مسألة موضوعية تخضع في تقديرها لقاضي الموضوع الذي يكون له كامل السلطة في تقدير هذه الوقائع وتأثيرها على العاقد، دون أن يخضع في تقديره للتعقيب من جانب محكمة النقض طالما أن حكمه قد بنى على أسباب سائغة تبرره<sup>(٤)</sup>. أما تقدير ما إذا كانت واقعة الغش حيلة مشروعة أو غير مشروعة يجب أن تخضع فيه محكمة الموضوع لرقابة محكمة النقض لكونها مسألة قانونية متعلقة بالوصف القانوني لهذه الوقائع، كالفصل فيما إذا كان الكتمان يكفي لقيام الغش<sup>(٥)</sup>. فلمحكمة الموضوع سلطة تقديرية بشأن المسائل الموضوعية فقط كمسألة ما إذا كان هناك غش أم لا

- 1) راجع: د. توفيق حسن فرج مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ١٤٨ ف ١٩٧، د. نزيه المهدي، الالتزام قبل المتعاقدين، المرجع السابق، ص ٣٢٩.
- 2) جستان: الالتزامات (١٩٨٠) ف ٤٨٥، فرجا الالتزامات (١٩٧٥) ص ١٠٥٢، ويونيه الالتزام بالإدلاء بالبيانات عند إبرام العقد (١٩٧٨) ف ٣٨ أشار إليها جميعاً د. نزيه المهدي، الالتزام بالإدلاء بالبيانات، المرجع السابق، ص ٣٣٠.
- 3) انظر: أستاذنا د. عبدالمجيد مطلوب بحثه التدليس بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص ٢٨/٢٩، ص ٣٧/٣٨.
- 4) راجع: نقض مدني مصري في ١٢/٣/١٩٧٣، مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٣٩٦، رقم ٧٠، نقض مدني مصري ١٩٦٤/٢/٢٠، مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص ٢٦٣، رقم ٤٦، ونقض مدني مصري ١٩٥٥/١٢/١٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ ص ١٥٨٢، رقم ٢١٨، وكذلك انظر تمييز الكويت ١٩٧٧/٢/١٤، طعن رقم ١٩٧٥/١٠ مدني، مجلة المحامي السنة الثانية العددان ٦، ٧، ص ٤٦.
- 5) انظر: د. عبدالنعم فرج الصلدة، مصادر الالتزام في قانون التجارة طبعة ١٩٦٩ ص ٢٠٤، د. محمود جمال الدين زكي الوجيز في نظرية الالتزام ج ١ مصادر الالتزام مطبعة جامعة القاهرة ١٩٧٨ ص ١٥١/١٥٠، د. بدر جاسم يعقوب أصول الالتزام طبعة الكويت ١٩٨١ ص ٢٤٥.

وفي تأثيره على العاقد حتى بدون إحالة على التحقيق لسماع الشهود طالما يوجد في القضية من القرائن والظروف ما يكفي لذلك<sup>(١)</sup>.

### المبحث الخامس

موقف الشريعة الإسلامية من حماية الضمان العام لحقوق الدائنين

من الغش ومعياره وإثباته

باستقراء أحكام التشريع الإسلامي بالنسبة لأثر الغش على حقوق الدائنين في الضمان العام، نجد أن هذا التشريع قد أقر للقاضي التدخل بوسائل شرعية لحماية الضمان العام لحقوق الدائنين، حيث أجاز للقاضي إكراه المدين على الوفاء وذلك إذا لم تنفع معه وسيلة الندوة السلمية الدينية الأخروية التي تحث على الوفاء الاختياري بحقوق الدائنين، وذلك بما قرره الشريعة الإسلامية من قواعد أخلاقية توجب الوفاء بالعهود والعقود والتي منها على سبيل المثال قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمَانَاتِكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾<sup>(٢)</sup>. وقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾<sup>(٣)</sup>.

ولا شك أن الدين من قبيل الأمانات لقوله عز وجل: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلِيُؤَدُّ الَّذِي آوَىٰ مِنْ أَمَانَتِهِ وَلِيَسَاقِ اللَّهَ رَبَّهُ﴾<sup>(٤)</sup> وذلك بعد قوله جل شأنه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(٥)</sup>. وقوله جل عز وجل: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾<sup>(٦)</sup>.

(١) مجموعة أحكام النقص السنة ٧ العدد الثاني ١٩٥٦ ص ١٦٨/١٦٩ رقم ٢٣، مشار إليه في أحمد نشأت رسالة الإثبات ج ١ الطبعة السابعة، دار الفكر العربي القاهرة ١٩٧٢ ف ٤١١ ص ٦٢٠.

(٢) سورة الأنفال الآية (٢٧) وانظر في تفسير هذه الآية ابن كثير ج ٢ ص ٣٠١ مطبعة دار إحياء الكتب العربية القاهرة، سيد قطب - في ظلال القرآن دار الشروق القاهرة ١٩٨٥ ج ٣ ص ١٤٩٧.

(٣) سورة النساء الآية (٥٨) وانظر في تفسير هذه الآية سيد قطب في ظلال القرآن ج ٢ ص ٦٨٩، ابن كثير في تفسيره ج ١ ص ١١٥، القرطبي في تفسيره الجامع لأحكام القرآن مطابع الأهرام التجارية بمصر ج ٣ ص ١٨٢٥، التنسفي في تفسيره المطبعة الجبلية بمصر ١٣٤٤ هـ ج ١ ص ١٨٣.

(٤) سورة البقرة الآية (٢٨٣) انظر في تفسير هذه الآية أحكام القرآن للجصاص مطبعة الأوقاف الإسلامية بمصر ج ١ ص ٤٧٩.

(٥) سورة المائدة الآية (١).

(٦) سورة الإسراء الآية (٣٤).

إلا أن هذه الدعوة السلمية من الشرع الإسلامي قد لا تلقى أذاناً صاغية مطبوعة عندئذ لم يكف بتقرير الأحكام الدينية التي يؤاخذ من لم يمثل لها أخروياً، لأنه ليس كل مدين له من الوازع الديني ما يدفعه إلى الوفاء بما في ذمته اختياراً فأوجد الوسائل الشرعية لحماية الضمان العام لحقوق الدائنين وذلك تمشياً مع المنهج العام للشرع الإسلامي الخفيف من تقريره للأحكام الدنيوية التي تحمي المصالح الشرعية الجديرة بهذه الحماية والتي تطال كل من يعرض عنها بأشد وسائل الزجر والردع تظميناً للنفوس بإحقاق الحق وتحقيق العدالة بين الناس<sup>(١)</sup>.

لأن الشرع الإسلامي إذا كان قد أباح الاستدانة أو التعامل بالدين تحقيقاً للمصالح الصادقة بين العباد التي هي أحد الأسباب الرئيسة للحرية التعاقدية، فإنه في الوقت نفسه قد أوجب الوفاء بهذا الدين ولم يألُ جهداً في الحفاظ على حقوق الدائنين، بما يكفله من وسائل لحماية حقوقهم.

غير أن هذه الوسائل التي تحمي الدائنين تختلف باختلاف دورها في الحفاظ على الضمان العام للدائنين رغم أنها في النهاية تسعى لتحقيق غرض واحد هو حماية الضمان العام لحقوق الدائنين حيث قد يكون دور الوسيلة التي قررها التشريع الإسلامي متمثلاً في إجراء تحفظي يهدف إلى الحفاظ على الضمان العام للدائنين كما هو الأمر في منع المدين من السفر للحيلولة دون هروبه من الوفاء. وقد يكون دور الوسيلة التشريعية هو إكراه المدين بها على الوفاء أو اختبار مدى صدقه في إدعائه الإعسار المطلق كما هو الحال في وسيلة الإكراه البدني.

وقد يكون دور الوسيلة التشريعية متمثلاً في التنفيذ المباشر على أموال المدين ببيعها قسراً عنه ومن غير أن يسبق هذا التنفيذ بإشهار إفلاسه أو إعساره.

وقد تجمع الوسيلة التشريعية بين التحفظ والتنفيذ كما هو الأمر في شهر الإعسار بما يستتبعه من ضرب الحجر على المدين.

(١) د. عبدالسميع عبدالوهاب أبو الخير - رسالته للدكتوراه - حماية الضمان العام للدائنين بدعوى الإعسار مقدمة لجامعة الأزهر سنة ١٩٨٢ ص ٥٣.



وأخيراً قد يكون دور الوسيلة التشريعية متمثلاً في حماية الدائن بها عن نفسه نتائج غش المدين إذا عمد هذا المدين إلى التصرف في أمواله بقصد الإضرار بدائنيه، أو يدرأ بها الدائن عن نفسه غش المدين إذا عمد هذا المدين إلى التظاهر بالتصرف في أمواله حتى يخرجها من الضمان العام لدائنيه كما هو الأمر في دعوى منع أو وقف تصرف المدين (طلب الحجر) أو ما يسمى بـ "دعوى التفليس العام" ودعوى الصورية<sup>(١)</sup>.

وبناء على ذلك إذا قام المدين بتصرفات تنطوي على غش يقصد بها الإضرار بالدائنين فإن الشارع الإسلامي قد أعطى للدائنين الحق في طلب الحجر<sup>(٢)</sup> على المدين سبب النية ومنعه من نفاذها لأنها تؤدي إلى ضياع أمواله وإهدارها وفي ذلك إضعاف للضمان العام لحقوقهم، لأنه من المقرر في هذه الشريعة الغراء أن جميع أموال المدين ضامنة لحقوق الدائنين، لذلك فإن أي تصرف من جانب المدين يؤدي إلى تبديدها وإهدارها يمنع الدائنين الحق في منعه من إبرامها وتنفيذها وهذا ما ذهب إليه جمهور فقهاء الشرع الإسلامي من المالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف ومحمد من الحنفية<sup>(٣)</sup>. فيحجر القاضي على المدين الذي ترتب في ذمته ديون حالة الأداء وكانت مستغرقة لماله، وطلب الدائن الحجر عليه. وهذا هو المفلس<sup>(٤)</sup>.

- (١) د. عبدالسميع عبدالوهاب أبو الخير رسالته للدكتوراه حماية الضمان العام للدائنين بدعوى الإعسار مقدمة لجامعة الأزهر سنة ١٩٨٢ ص ٥٤/٥٣، د. محمد بن عبدالقادر محمد عبدالقادر رسالته للدكتوراه الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين على دائنيه مقدمة لجامعة القاهرة ١٩٩٥ ص ٩٣/٩٢.
- (٢) الحجر معناه: المنع فيقال مثلاً حجر القاضي عليه، أي منعه من عن أي التصرف في ماله انظر مختار الصحاح لأبي بكر الرازي طبعة دار الحديث القاهرة مادة حجر ص ١٢٣.
- (٣) الشرح الصغير على أقرب المسالك لذهب الإمام مالك للدرديري مطبوع بهامش حاشية الصاوي مطبعة مصطفى البابي الحلبي القاهرة ١٣٧٢هـ/١٩٥٢ ج ٣ ص ٢٤٦، بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد المرجع السابق ج ٢ ص ٢٨٠، مغني المحتاج للخطيب الشربيني المرجع السابق ج ٢ ص ١٤٦، القواعد لابن رجب، المرجع السابق، ص ١٤، ق ١١، حاشية ابن عابدين المرجع السابق ج ٥ ص ١٠٢/١٠٥، تعيين الحقائق للزليبي المرجع السابق ج ٥ ص ١٩٩، مجمع الضمانات للبيهدادي، المرجع السابق، ص ٤٣٥، بداية الصنائع للكاساني ج ٧ ص ١٧٣، وغريب المذهب لابن بطال مطبوع بهامش المذهب للشيرازي ج ١ ص ٣٣٥، شرح الأزهار (المنتزح المختار) لابن مفتاح ج ٤ ص ٢٨٤.
- (٤) والمفلس هو من أصبحت دراهمه فلوساً وزيوفاً ويقال فلسه القاضي تقليباً يعني نادى عليه أنه أفلس (مختار الصحاح - مادة فلس).

بل إن فقهاء المذهب المالكي - كما رأينا - قد ذهبوا إلى أبعد من ذلك حيث رأوا جواز الحجر على المدين المفلس حتى دون حاجة إلى أن يسبق ذلك استصدار حكم قضائي عليه وحتى وإن كان الدين المحيط بالمال مؤجلاً، ويترتب على الحجر على المدين وقف نفاذ تصرفاته المالية التي تضر بدائتيه على إجازتهم سواء كانت هذه التصرفات تبرعات محضة، كالبهية أو الوقف أم كانت معاوضات منطوية على المحاباة في الثمن كالبيع بأقل من القيمة الحقيقية للمبيع أو الشراء بأكثر من القيمة الحقيقية له. فتوقف هذه التصرفات على إجازة الدائنين، فإن أجازها نفذت، وإلا بطلت.

لذلك نرى مع بعض الفقه بأن ما قرره هذا الاتجاه من تقييد تصرفات المدين الذي أحاط الدين بماله بأن زاد عليه أو ساواه قبل الحجر عليه، وذلك بأن لا تسرى في حق دائتيه تصرفاته الضارة بهم والتي صدرت عنه قبل أن يحجر عليه الحاكم، وفي هذا شبه واضح بدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين (الدعوى البولصية) المعروفة في القانون الوضعي<sup>(١)</sup>.

وهذا على خلاف ما ذهب إليه بعض فقهاء الشرع الإسلامي كالإمام أبي حنيفة الذي يرى عدم جواز الحجر على المدين، وإن استغرق دينه ماله جميعه، لأنه كامل الأهلية بوجود عقله، فلا يحجر عليه حفاظاً على حرته في التصرف وإنسانيته، ولكن يؤمر بالوفاء بجميع ديونه، فإن امتنع يجبس إلى أن يبيع ماله ويؤدي ما عليه من ديون<sup>(٢)</sup> فحسن نية الدائنين أوجب حمايتهم من تصرفات مدينتهم سيء النية، وهذه الحماية لم تكن

(١) راجع: د. السنهوري مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المجلد الثاني ج ٥ طبعة ١٩٦٨ القاهرة ص ١٨١/١٨٢، د. أحمد علي الخطيب، الحجر على المدين لحق الغرماء، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ١٩٦٤ ص ٢٠٨ وما بعدها، د. عبدالغفار إبراهيم صالح الإفلاس بين الشريعة والقانون رسالة دكتوراه جامعة الأزهر ١٩٧٢ ص ١٣٢، د. محمد بن عبدالقادر محمد عبدالقادر الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين على دائتيه رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ١٩٩٥ ص ٨.

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٠٢ - ١٠٥ وانظر المادة ٩٩٨ من مجلة الأحكام العدلية التي نصت على أنه: "لو ظهر عند الحاكم مماطلت المدين في أداء دينه حال كونه مقتدراً وطلب الغرماء بيع ماله وتأدية دينه حجر الحاكم ماله، وإذا امتنع عن بيعه وتأدية الدين باعه الحاكم وأدى دينه، وانظر كذلك من ذات المجلة المادة ٩٩٩ منها، وقال الكاساني أنه "يجوز أن يحجر الحاكم على المدين المفلس الذي دينه مساوياً لماله أو أزيد... بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٧٣".

لتتقرر لهم طبقاً للقواعد العامة إذا تم تطبيقها تطبيقاً عادياً إذا كان المدين حسن النية الذي لا يقصد بتصرفاته الإضرار بهم<sup>(١)</sup>.

كذلك هو الأمر بالنسبة لموقف فقهاء الشرع الإسلامي فيما يتعلق بالغش والتحايل على أكل مال الغير في عقود الصورية، كما إذا كان القصد من العقد الصوري الاتفاق على شيء تحرمه قواعد الشريعة الإسلامية كالقرض الذي يخفي دين القمار أو البيع الذي سببه الفوائد الربوية أو التحايل على قواعد الميراث والوصية بتقديم تاريخ التصرف إضراراً بالوارث. وغيرها من العقود التي لا تكون فيها التصرفات حقيقية، بل تكون وهمية أو صورية وتكون الغاية منها في غالب الأحوال تنطوي على غش واحتيال، كما لو نواطأ المدين مع أحد أقاربه أو غيره وباع منه أمواله ظاهراً لتهريبها من وجه الغرماء أو إخفائها عنهم، لا يبقى لهم بعد ذلك ما يكفي لإيفاء ديونهم. وكذا من أمثلة هذه التصرفات الصورية ما يسميه فقهاء الشرع الإسلامي بيع الثلجئة مع أن حكمه مجري في جميع التصرفات التي تقبل الفسخ وهو في حقيقته بيع صوري ظاهر يخفي في باطنه اتفاقاً مخالفاً لنية المتعاقدين، والنية هي ميزان الأعمال تصح بصحتها وتفسد بفسادها لذلك استدل الحافظ ابن وهب بحديث: **إنما الأعمال بالنيات...** { على بطلان العقود التي يقصد بها التوصل إلى ما هو محرم، كعقود البيع التي يقصد بها الربا ونحوها<sup>(٢)</sup>.

أما أبو حنيفة في رواية عنه والشافعي قالاً بأن العبرة للبائع الظاهر، لأنه لاحق للاتفاق السابق وملغ له، وروى كذلك عن أبي حنيفة أنه قال بأن بيع الثلجئة موقوف على إجازة المتبايعين، فإن جاز جازوا وإن ردها بطل<sup>(٣)</sup>.

- (١) انظر في هذا المعنى د. عبد الحليم عبداللطيف رسالته حسن النية وأثره في التصرفات المرجع السابق ص ٣١٤، زميلنا د. محمد حسين الشامي أحكام الالتزام في القانون اليمني، مكتبة الجيل ص ١٩٩٤ ف ١١٨ ص ١١٥ وما بعدها.
- (٢) انظر جامع العلوم والحكم لابن رجب الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ/١٩٨٧ دار الريان للتراث القاهرة ص ١٨، وأعلام الموقعين لابن القيم الجوزية المرجع السابق ج ٣ ص ٩٨، وكذا راجع د. صبحي محمصاني النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الثالثة ١٩٨٣ ص ٥٢٨ وما بعدها.
- (٣) المجموع شرح المهذب ج ٩ ص ٣٣٤، والفتاوى الهندية ج ٣ ص ٢٧٢.

أما صاحباً أبي حنيفة، أبو يوسف ومحمد بن الحسن واللذين رأبهما هو السائد في المذهب الحنفي في هذا الشأن، فقد فصلاً في حكم بيع التلجئة على ثلاثة ضروب هي:

**الضرب الأول:** أن تكون التلجئة في نفس المبيع، كأن يقول رجل لآخر، أي أظهر أي بعث داري منك وليس ببيع في الحقيقة، ويشهد على ذلك، ثم يتبايعان في الظاهر، فهنا البيع باطل، لأنه كالهزل لانية فيه.

**والضرب الثاني:** أن تكون التلجئة في بدل المبيع، نحو أن يتفق المتبايعان في السر على أن الثمن ألف وأن يتبايعان في الظاهر بألفين. فالعبرة هنا بالثمن المقصود بالسر، وتعتبر الزيادة ملغية لأنها في حكم الهزل.

**والضرب الأخير:** هو أن تقع التلجئة في جنس الثمن، نحو أن يتفق المتبايعان في الباطن على أن الثمن ألف درهم وأن يتبايعا في الظاهر بمائة دينار، ففي هذه يرى محمد بن الحسن أن العقد باطل قياساً، ولكنه يصح بمائة دينار استحساناً<sup>(١)</sup>.

فبصفة عامة أن بيع التلجئة باطل في الاتجاه السائد في المذهب الحنفي، كما هو الحال عند الحنابلة<sup>(٢)</sup>. لأن التصرفات الصورية المقصود بها انتقاص حقوق الدائنين الغرماء ليست إلا من قبيل الحيل الشرعية المحرمة عند جمهور فقهاء الشرع الإسلامي<sup>(٣)</sup>، لأن هذه التصرفات غش وحيل من أجل أكل أموال الناس وعلي إبطال حقوقهم، وإذا كان أكل مال الغير محرماً لقوله تعالى: { وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ وَالْبَاطِلِ }<sup>(٤)</sup> كان الغش والحيل على أكله محرماً أيضاً، وأنه كما يبين ابن القيم الجوزية

- (1) الاختيار شرح المختار للموصلي مطبعة حجازي مصر ج ١ ص ١٩٤، الفتاوى الهندية المطبعة اليمنية مصر ١٣٣٣ هـ ج ٣ ص ٢٧٢، والفتاوى الأنثوية مطبعة بولاق مصر، ١٢٨٨ هـ ج ١ ص ٢٩٢/٢٩٣، حاشية ابن عابدين دار السعادة مصر، ١٣٢٤ هـ ج ٤ ص ٣٣٩.
- (2) المختار لابن قدامة مطبعة المنار الطبعة الثانية مصر ج ٤ ص ٣٣٩، النظرية العامة للموجبات والعقود د. صبحي محمصاني المرجع السابق ص ٥٤٠.
- (3) انظر في الحيل الشرعية وتحرّمها وخلاف المذاهب فيها د. محمود عبدالرحيم أحمد الديب، الحيل في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ١٩٩٢ ص ٢٠٧ وما بعدها، د. صبحي محمصاني فلسفة التشريع في الإسلام، الطبعة الخامسة بيروت، ١٩٨٠، ص ٢٢٠ وما بعدها.
- (4) سورة النساء الآية (٢٩).

بقوله: متى ثبت تحريم شيء في نفسه، يثبت تحريم الحيل والوسائل والنرائع المؤدية إليه. ولو أبيحت هذه لكان ذلك نقضاً للتحريم وإغراء للنفس به"، وهذا ما لا يجوز القول به<sup>(١)</sup>.

هذا بالإضافة إلى أن العقود الصورية باطلة كذلك عملاً بالحديث النبوي الشريف {إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى} والمقصود أن المتعاقدين، وإن ظهرا خلاف ما اتفقا عليه في الباطن، فالعبرة لما أضمراه واتفقا عليه وقصداه بالعقد<sup>(٢)</sup>.

وقامت على هذا الحديث النبوي الشريف القاعدة الفقهية الشرعية "الأمر بمقاصدها" ومؤدى هذه القاعدة، أن الأعمال مرتبطة بالنيات ومعتبرة بها، فالنية هي ميزان الأعمال تصح بصحتها وتفسد بفسادها.

وقد جاء في مجلة الأحكام العدلية شرح لهذه القاعدة في المادة الثانية منها مؤداه: أن الصورة الحسية التي تجرد في الخارج لأي أمر من الأمور لا تأخذ حكماً شرعياً بالاستناد إلى محسوسها فقط، بل للانضمام للمقصد والغرض الذي هو الحامل - الباعث - على إيقاع الصور وإحداثها<sup>(٣)</sup>.

هذا ويتصل بهذه القاعدة قاعدة أخرى هي: معاملة سيء النية بنقيض مقصوده، ذلك أن الشارع الحكيم يبغى من المكلف أن يكون مقصده من التصرفات مطابقاً لهدفه في التشريع، والبرهان على ذلك واضح وجلي وذلك من خلال مقاصد وضع الشريعة الغراء، إذ هي موضوعة بمقصد رعاية مصالح العباد في العاجل والآجل، فإذا كان الأمر كذلك فإنه يكون كل من قصد من تكاليف الشريعة غير ما شرعت له كان مناقضاً للشريعة، وكل من ناقض الشريعة كان عمله في المناقضة باطلاً وقصده مردوداً عليه<sup>(٤)</sup>. ووجه المناقضة أن المكلف عندما يقصد بتصرفه

(1) أعلام الموقعين لابن القيم الجوزية ج ٣ ص ١٢٠ وص ٢٨٦.

(2) أعلام الموقعين، ص ٨٢.

(3) انظر المادة الثانية من مجلة الأحكام العدلية وشرحها ليوسف آصاف مطبعة الخومية بمصر ١٨٩٤هـ، ولسليم رستم باز، شرح المجلة العدلية، الطبعة الثالثة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٠٥، وعارف السويدي شرح مجلة الأحكام العدلية طبعة بغداد ١٩٢٨، وعلي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام مكتبة النهضة، بيروت (بدون). والأشباه والنظائر لابن نجيم ج ١ ص ٤٣، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩/٨، والموافقات للشاطبي ج ٢ ص ٢٢٥.

(4) شرح مجلة الأحكام العدلية السابقة، المادة الثانية.

غير ما قصد إليه الشارع يكون بذلك قد أهمل مقصود الشارع وجعل ما أهمله الشارع معتبراً وتلك مناقضة بيّنة وظاهرة للوضوح. كما أن القاصد بتصرفه غير ما قصد الشارع يعتبر مستهزئاً بآيات الله وهذا أمر منهياً عنه وباطلاً ما ترتب عليه من تصرف بدليل قول الله عز وجل: { وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا }<sup>(١)</sup>، أي لا تقصدوا بها غير ما قصد الشارع<sup>(٢)</sup>، أما وجه البطلان في المناقضة فيظهر من عقاب الله تعالى للمخادع المحتال المستهزئ قال - جل شأنه - { إِنَّ الْمُنَافِقِينَ يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَهُوَ خَادِعُهُمْ }<sup>(٣)</sup>، وقال سبحانه وتعالى: { لَا يَحِقُّ الْمَكْرُ السَّيِّئُ إِلَّا بِأَهْلِهِ }<sup>(٤)</sup>.

كما اعتبر الشارع تصرفات الهازل بعقد النكاح والطلاق والرجعة صحيحة معاملة له بنقيض مقصوده، كما جعل النبي - ﷺ - الكذب والخداع وكنتم عيوب السلعة ماحقاً للبركة في البيع فقال - ﷺ - : { البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما، وإن كذبا كتما محقت بركة بيعهما }<sup>(٥)</sup>.

وعلى ذلك ليس هناك من شك في أن الاحتيال أو الغش عن طريق عقود الصورية التي تقوم على أمر ظاهر الجواز لتحقيق مصلحة غير مشروعة بتحليل محرم أو إسقاط واجب، يعتبر تصرفاً غير مشروع لما فيه من مناقضة للقصد الشرعي. فالشارع الحكيم قد شرع التبرعات مثلاً لتطهير النفوس من الشح والطمع، وللتكافل الاجتماعي لمساعدة الفقراء والمساكين توثيقاً لروابط المودة بين الأغنياء والفقراء، لكن عندما يتخذ الإنسان ما شرعه الله من أسباب لتحقيق مسببات غير مشروعة، كما لو كان باعته على التبرع هو التهرب من نصاب الزكاة، أو لإقامة علاقة غير مشروعة مع المتبرع له، يكون تبرعه هذا باطلاً وغير مشروع بسبب هذا القصد السيئ.

- (1) سورة البقرة جزء من الآية (٢٣١).
  - (2) الموافقات للشاطبي، المرجع السابق، ج ٢ ص ٣٣٣.
  - (3) سورة النساء جزء من الآية رقم (١٤٢).
  - (4) سورة فاطر جزء من الآية رقم (٤٣).
  - (5) صحيح البخاري، بشرح ابن حجر ج ٢ ص ٣٠٩.
- وجامع الأصول لابن الأثير ج ١ ص ٤٩٨، ونيل الأوطار للشوكاني، المرجع السابق، ج ٥ ص ٨٤، والمغني لابن قدامة، المرجع السابق، ج ٤ ص ٣.

يقول ابن القيم في هذا الصدد: "ومما يدل على بطلان الحيل وتحريمها، أن الله تعالى إنما أوجب الواجبات وحرم المحرمات لما تتضمن من مصالح عباده في معاشهم ومعادهم، فإذا احتال العبد على تحليل ما حرم الله، وإسقاط ما فرض الله، وتعطيل ما شرع الله، كان ساعياً في دين الله بالفساد من وجوه.

أحدهما: إبطال ما في الأمر المحتمل عليه من حكمة الشارع ونقض حكمته منه.

ثانيهما: أن المحتمل به ليس عنده حقيقة ولا هو مقصود، بل هو ظاهر المشروع، فالمشروع ليس مقصوداً له، والمقصود له هو المحرم نفسه" (١)

"وإن القول بتجويز الحيل يناقض سد الذرائع مناقضة ظاهرة، ذلك أن الشارع يسد الطرق إلى المفسد بشتى السبل، والمحتال يفتح الطريق إليها بكل السبل فستان بين الذي يمنع الجائز خشية الوقوع في المحذور وبين الذي يحتال توصلاً إلى ذلك المحذور" (٢)

فلما كانت الصورية المقترنة بالتدليس أو الغش أو الحيلة أو الخداع ظاهرها الصحة وياطنها الفساد كان تحريم الشريعة لها بمثابة تأكيد وإظهار لمبدأ حسن النية في التصرفات لذلك كان العلامة ابن القيم على حق عندما أستدل في إبطال الحيل غير المشروعة بقوله - ﷺ - : {إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى...} فقال: إن الأعمال تابعة لمقاصدها ونياتها، وأنه ليس للعبد من ظاهر قوله وعمله إلا ما نواه وأبطنه إلا ما أعلنه وأظهره. وهذا نص في أن من نوى التحليل كان محللاً، ومن نوى الربا بعقد البيع كان مريباً (٣)، ويضيف قائلاً: "ولكن الذين ندين لله به تحريمها وإبطالها وعدم تنفيذها - أي الحيل - ومقابلة أربابها بنقيض مقصودهم موافقة لشرع الله وحكمته" (٤)

(١) أعلام الموقعين لابن القيم الجوزية، المرجع السابق، ج ٣ ص ١٥٨.

(٢) أعلام الموقعين، المرجع السابق، ج ٣ ص ١٤٠.

(٣) أعلام الموقعين لابن القيم الجوزية ج ٣ ص ٩٨.

(٤) المرجع السابق ج ٣ ص ١٥٦.

وفي هذا المعنى نص المشرع العثماني في الإرادة السنوية الصادرة في ٢٥ كانون الثاني سنة ١٨٩١ م على معاينة من يصدق السندات بأملكه للغير للتواطؤ، سواء أكان ذلك بصورة البيع أم الهبة أم الإقرار بنفي الملك أم بغير ذلك من الصور. ونص أيضاً في الإرادة السنوية الصادرة في أول كانون الأول سنة ١٨٩٨ م على منع المحكوم عليه بدين من بيع أمواله لأحد أقربائه خوفاً من التلجئة والتهريب<sup>(١)</sup>.

وكذلك في حال إفلاس المدين التاجر، أوجبت المادة الخامسة من قانون ٢١ جمادى الآخرة سنة ١٣٢٣ هـ، لأجل اعتبار ديون بعض الأقرباء، أن تكون سنداتهم مصدقة لدى الكاتب العدل وأن تكون مقيدة في دفاتر المفلس، وذلك منعا من الاحتيال والتواطؤ.

وكذلك الأمر بالنسبة لقانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني السابق حيث نصت المادة ١٦١ منه على: "أن دائني المتعاقدين وخلفاءهم الخصوصيين الذين أنشئ السند الظاهري احتيالياً للإضرار بهم يحق لهم أن يقيموا دعوى إعلان التواطؤ وأن يشتهوه بجميع طرق الإثبات" ولكن المتعاقدين أنفسهم أو خلفاءهم العموميين لا يمكنهم في ظل هذا القانون إثبات صورية السند إلا بالكتابة أو على الأقل بمبدأ ثبوت الكتابة<sup>(٢)</sup>.

وبناء على ما تقدم نخلص بالقول إلى أن سماع دعوى صورية العقد المقترن بالغش أو التدليس يتفق مع أهداف ومقاصد شريعتنا الغراء<sup>(٣)</sup> ولا يتعارض مع مبادئها الأساسية.

أما بالنسبة لموقف الشريعة الإسلامية من معيار الغش وإثباته فإننا نجد أنه إذا كان الفقه والقضاء الوضعيين مترددين في المعيار الذي يقاس به الغش المعيب للرضا بين معيارين مختلفين - أحدهما ذاتي يرجع فيه إلى البحث عن نية المتصرف وقصده النفسي، وثانيهما موضوعي يرجع فيه إلى موضوع التصرف وشكله الظاهر - فإننا نجد نفس هذا الأمر في نطاق الفقه الإسلامي وذلك من خلال مدى اهتمامه بوجود انتفاء نية الإضرار

(1) د. صبحي محمصاني النظرية العامة للعقوبات والعقود في الشريعة الإسلامية ج ٢ ص ٥٣٠.

(2) هذه القوانين مشار إليها في د. صبحي محمصاني النظرية العامة للعقوبات والعقود في الشريعة الإسلامية المرجع السابق، ج ٢ ص ٥٣٠/٥٣١.

(3) انظر في هذا المعنى د. صبحي محمصاني، المرجع السابق، ص ٥٣١.



في التصرفات وذلك نابع من أن الشريعة الإسلامية شريعة خلقية جاءت تحت على الوفاء بالعهود واستقامة القصد وصلاح النية في إنramها وتنفيذها والابتعاد عن كل ما يعكر صفوها، ولما كان قصد الإضرار بالغير مما يعكر صفوها هذه النية وصلاحها جاءت الشريعة بقمعه وذلك بتحريم ومنع التصرف بقصد الإضرار بالغير لقول رسول الله - ﷺ - : {لا ضرر ولا ضرار} <sup>(١)</sup> حيث يدل هذا الحديث الشريف على أن الضرر ممنوع قصداً وإذا حدث وجب إزالته ورفعته إذا كان الضرر غير مألوف شرعاً أو عرفاً أو عادة وهو ما يعني أن قياس التعدي وفقاً لهذا الحديث يكون موضوعياً لا شخصياً.

وعلى ذلك فإن فقهاء الشرع الإسلامي يقيسون حسن النية أو سوءها في التصرف بمعيارين أحدهما ذاتي قوامه نية المتصرف وقصده الداخلي الذي يتعين الرجوع إليه أولاً والتحقق من حقيقة اتجاهه، وثانيهما موضوعي قوامه موضوع التصرف وشكله الظاهر، ويكون الرجوع إليه عند العجز عن معرفة اتجاه نية المتصرف فهما إذن معياران متكاملان، إذ يجب البحث أولاً عن الظروف الشخصية الذاتية التي حركت النية للحكم على تصرفه بالحسن أو بالغش غير أن هذا الفقه لا يحفل بالنية أو بوصفها من حسن أو غش إلا إذا ظهرت في مظهر خارجي وتقوم القرائن على وجود النية أو عدم وجودها وكذا تقوم أيضاً على وصفها بالحسن أو بالغش، وليس هذا أمر متعذر لأن نية المتصرف في حد ذاتها موجودة دائماً ولم يبق سوى الفطنة في إدراك وصفها من خلال الاستعانة في معرفتها بأمر خارجية ذات طبيعة مادية كالقرائن والأمارات الظاهرة التي تستشف من الظروف والملابسات الشخصية التي تحيط بالمتصرف ويرجع أساس هذا المعيار إلى الحديث النبوي الشريف: {إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى...} <sup>(٢)</sup>.

(١) جامع العلم والحكم، لابن رجب، المرجع السابق، ص ٣٦٧.  
(٢) حديث متفق عليه أخرجه البخاري ومسلم وأصحاب السنن وقد سبق تحريجه.

فيفهم من هذا الحديث أن النية هي الميزان الذي يقاس به التصرفات والأعمال فتوجد بوجودها وتعدم بعدمها، وتصح بصحتها وتفسد بفسادها لذلك اثبتت من هذا الحديث قواعد فقهية عامة منها: -

"الأمور بمقاصدها"، والتي صدرت بها مجلة الأحكام العدلية قواعدها الكلية لتطبق في الأحكام القضائية، كما نصت المادة الثالثة من نفس المجلة على أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني. فالنية مهيمنة على جميع الأعمال<sup>(١)</sup>. ومن النصوص الفقهية التطبيقية على ذلك ما قاله الإمام الشاطبي في كتابه الموافقات في أصول الأحكام: "إن المقاصد أرواح الأعمال"<sup>(٢)</sup>، "والأحكام الخمسة إنما تتعلق بالأفعال والتروك بالمقاصد"<sup>(٣)</sup> وقوله "فالعامل إذا تعلق به القصد تعلقت به الأحكام التكليفية وإذا عرى عن القصد لم يتعلق به شيء منها كفعل النائم والغافل والمجنون"<sup>(٤)</sup>.

غير أن الشريعة الإسلامية لا ترى في المعيار الذاتي وحده كافياً لاتصاف المتعاقد بحسن النية أو سوءها، بل تقتضي النظر إلى نتيجة التصرف وثمرته فإن أدى إلى نتيجة سيئة وظالمة بأن ألحق بالغير أضراراً كان هذا التصرف سيئاً غير مشروع، ويعتبر المتصرف بذلك متعدياً وظالماً، وبالتالي وجب عرض التصرف أيضاً على مقياس موضوعي ثابت محدد متعارف فيما يجب من ضرورة الحيلة والحذر في التصرفات وهذا يجمع بين ناحيتين: أحدهما شخصية تنظر إلى ما أبداه المتصرف من يقظة وحذر وانتباه في تصرفاته وأخرى موضوعية، حيث يجب عرض ما جرى من المتصرف على مقياس موضوعي ثابت ومتعارف فيما يجب إبدائه من حذر وانتباه<sup>(٥)</sup>.

- (١) مجلة الأحكام العدلية المادة الثانية والثالثة، والأشياء والنظائر لابن نجيم، المرجع السابق، ج ١ ص ٤٣، الأشياء والنظائر للسيوطي، المرجع السابق، ص ٩/٨.
- (٢) الموافقات في أصول الشريعة للإمام الشاطبي الغرناطي المالكي، مطبعة الاستانة ١٢٨٥هـ ج ٢ ص ٢٣٩.
- (٣) الموافقات، المرجع السابق، ج ٢ ص ٢٣١.
- (٤) الموافقات، المرجع السابق، ج ٢ ص ٢٢٥.
- (٥) جامع العلوم والحكم لابن رجب المرجع السابق ص ٢٦٩، المنهاج للنووي وشرحه نهاية المحتاج للرملي، المرجع السابق، ج ٥ ص ٣٢٣/٣٣٤، والموافقات للإمام الشاطبي المرجع السابق ج ٢ ص ٣٤٩/٣٤٨، ص ٣٥٨/٣٥٧، وانظر د. عبدالحليم عبداللطيف القونى فيرسالته حسن النية وأثره في التصرفات، المرجع السابق ص ٢٦١ وما بعدها وص ٢٨٣ وما بعدها.

ويرى فقهاء الشرع الإسلامي أن أساس المعيار الموضوعي لحسن النية أو سوءها هو قول النبي محمد - ﷺ - : {من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد} (١) حيث يقول الإمام ابن تيمية (٢) أن هذا الحديث يعتبر ميزاناً للأعمال في الظاهر والباطن، ذلك أن النية عمل القلب ولما كان الحديث مطلقاً فإنه يشمل أعمال القلوب وأعمال الجوارح، فإذا كان العمل حسناً ظاهراً وباطناً كان صحيحاً مقبولاً وإذا كان سيئاً ظاهراً وباطناً كان فاسداً غير مقبول فالحديث إذن يسند حديث: {إنما الأعمال بالنيات...}، وتقويه ولا يعارضه لأن الجمع بين الأدلة التي تحث على ضرورة إعمال النية في التصرفات وبين الأدلة التي تحث على ضرورة إعمال الظاهر فيها أولى من إعمال بعضها وإهدار البعض الآخر (٣) هذا ويلاحظ أن الشريعة الإسلامية قد وسعت نطاق معايير قياس سوء النية في التصرفات إلى حد لم يعرف له نظير في التشريعات الوضعية لا قديماً ولا حديثاً، حيث أدخل فقهاء الشرع الإسلامي من ضمن المعيار الموضوعي للبحث عن وجود سوء النية جسامة الضرر، أي أنه بمجرد أن ينتج من التصرف أضراراً فاحشة تصيب المتعاقد، اعتبر التصرف سيئاً النية موضوعياً وإن كان الضرر يسيراً اعتبر شخصياً، لأن قصد الإضرار أمر خفي لا يستدل عليه إلا من خلال القرائن، وأقوى القرائن في هذه

- (١) حديث متفق عليه أخرجه البخاري في صحيحه ج ٢ ص ١١ عن عائشة رضي الله تعالى عنها بلفظ {من أحدث في أمرنا ما ليس منه فهو رد} ومسلم في صحيحه (بلفظ) {من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد} وقال الحافظ ابن رجب: روى عثمان من سعيد عن أبي عبيد قال: جمع النبي ﷺ أمر الآخرة في كلمة واحدة {من أحدث في أمرنا ما ليس منه فهو رد} كما جمع أمر الآخرة في قوله - ﷺ - {إنما الأعمال بالنيات...} انظر: جامع العلوم والحكم، لابن رجب، المرجع السابق، ص ٧٢، ونيل الأوطار للشوكاني، المرجع السابق، ج ٥ ص ٢٥٦، والمواقف للشاطبي، ج ٢، ص ٣٤٤.
- (٢) هو تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية الحراني ولد بحران سنة ٦٦١هـ وقدم مع والده وأهله إلى دمشق وأخذ من علمائها وبرع في الفقه والتفسير والحديث وشرع في التأليف والجمع فاشتهر أمره، نسب إليه بعض المغالاة في الآراء أنكر العلماء بسببها عليه فأودع السجن إلى يوم وفاته سنة ٧٢٨هـ وله مؤلفات كثيرة. وفتاوى متعددة. انظر: د. سليمان محمد أحمد رسالته ضمن التلغات في الفقه الإسلامي الطبيعية الأولى ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م القاهرة ص ١٩٨.
- (٣) الفتاوى الكبرى لابن تيمية الحراني (مركز الكتاب للنشر القاهرة)، ج ١٧ ص ٢٥٠، والمواقف للشاطبي، المرجع السابق، ج ٤ ص ١٩٤، د. عبد الحليم عبد اللطيف رسالته حسن النية وأثره في التصرفات، المرجع السابق، ص ٢٨٠ - ٢٨٢.

الحالة هي تلك الأضرار الفاحشة التي لحقت أحد المتعاقدين ، لأن العقل والمنطق يقضيان بأن الأضرار الفاحشة نتجت عن أمرين : إما من تعمد الأضرار ، وإما من الإهمال وعدم الاكتراث أو منهما معاً<sup>(١)</sup>.

نخلص من ذلك أن سوء النية بما في ذلك الغش أو التدليس في التصرفات القانونية يقاس بمعياريين : أحدهما ذاتي وثانيهما موضوعي ، وهذا ما ذهب إليه أيضاً محكمة النقض المصرية<sup>(٢)</sup> وجانب من الفقه الفرنسي<sup>(٣)</sup>.

كذلك الأمر بالنسبة لعبء إثبات وقوع الغش فإن ما قرره القانون الوضعي في هذا لا يخرج عما قد قورته الشريعة الإسلامية بهذا الشأن ، حيث أن المبدأ العام فيها هو أن "البينة على من ادعى"<sup>(٤)</sup>.

(1) حيث ذهب فقهاء الشرع الإسلامي المتأخرين في المذاهب الثمانية الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والشيعية الزيدية والجعفرية والأباضية إلى تحريم ومنع تعمد الإضرار بالغير في التصرفات إلى حد يخل بتوازن المصالح. لكن الضرر المألوف يجب تحمله والتسامح فيه لأن القول بمنعه يكون من شأنه تعطيل استعمال الحقوق والتصرفات المشروعة حيث لا يمكن التحرز منه غالباً. انظر كتاب الخراج لأبي يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب ، المطبعة الأميرية ببولاق القاهرة ، الطبعة الأولى ١٣٠٢ هـ ص ١٦١ ، وتبيين الحقائق للزليعي ج ٤ ص ١٩٦ ، بدائع الصنائع للكاساني ج ٦ ص ٢٦٤٠٢٦٢ ، تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي ج ٢ ص ١١٩ ، نهاية المحتاج للرملي ج ٥ ص ٢٣١ ، كشاف القناع ج ٢ ص ٢٤٢ ، المحلى لابن حزم الظاهري ج ٩ ص ٣٢٢ ، الروض النضير للصنعاني ج ٤ ص ١١٢ ، مفتاح الكرامة للعاملي ج ٧ ص ١٢٠. ولزيد من التفصيل في هذه المسألة انظر بحثنا الموسوم "أثر تدرج الخطأ على مدى التعويض في القانون المعاصر والفقه الإسلامي" ، دار الفكر المعاصر صنعاء ٢٠٠٨م ، ص ٥٣ وما بعدها.

(2) نقض جنائي مصري في ١٩٤٦/٢/١١ مشار إليه في د. عبدالحليم عبيد اللطيف القنوني رسالته حسن النية وأثره في التصرفات المرجع السابق ص ٣١٠ هامش رقم ١ حيث جاء فيه : "إن حسن النية المؤثر في الجريمة رغم توافر أركانها هو من كليات القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض. وهو معنى لا يختلف مقوماته باختلاف الجرائم ، ويكفي أن يكون الشارع قد ضبطه وأرشد إلى عناصره في نص محين أو مناسبة معينة ليستفيد القاضي من ذلك. القاعدة الواجبة الاتباع ثم مضت هذه المحكمة إلى القول بأن حسن النية ليس معنى باطنياً بقدر ما هو موقف أو حالة يوجد فيها الشخص نتيجة ظروف تشوه حكمة على الأمور رغم تقديره لها تقديراً كافياً واعتماده في تصرفه فيها على أسباب معقولة".

(3) انظر في الفقه الفرنسي ، فرنسوا جورف ، تقدير الأدلة أمام القضاء ص ٣٧٠ وما بعدها ، مشار إليه في د. إبراهيم الغماز الشهادة كدليل إثبات رسالة دكتوراه ، عالم الكتب القاهرة ١٩٨٠م ص ٥١٥.

(4) حديث صحيح متفق عليه انظر صحيح البخاري بشرح السندي والقسطلاني مطبعة العثمانية بمصر طبعة أولى ١٣٥١ هـ/ ١٩٣٢م ج ٢ ص ٥٢.

وعلى ذلك فإثبات الغش وتحقيق وجوده في نطاق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، يقع على عاتق من يدعيه من المتعاقدين، ويجوز له إثباته بكافة طرق الإثبات، بما في ذلك البيينة والقرائن<sup>(١)</sup>.

### الخاتمة

بعد انتهاء الدراسة المتقدمة للبحث عن طبيعة النظام القانوني لدعوى وقف نفاذ تصرفات المدين على دائنيه (الدعوى البولصية) في القانون المدني اليمني والقانون المقارن والفقه الإسلامي. فإننا نرى أنه من المفيد هنا إلقاء نظرة سريعة وموجزة على مسيرة الدراسة والملاحظات المستخلصة والحقائق أو النتائج التي توصلنا إليها وهي في الآتي :-

أولاً: "مبدأ الغش يفسد كل شيء"، يحتل مكاناً بارزاً بين المبادئ العامة للقانون المدني والفقه الإسلامي، لأن هذه التشريعات تقوم على أسس من قواعد الدين والعدالة والأخلاق الهادفة إلى محاربة الغش والقضاء على كل أنواع الحيل وأساليب الخداع والتمويه والتضليل في جميع العقود والتصرفات.

ثانياً: بالنسبة لأثر الغش في دعوى وقف (عدم) نفاذ التصرف (الدعوى البولصية) انتهينا إلى الآتي :-

١. إن انصراف قصد المدين الإضرار بدائنيه هو أهم هذه لشروط في دعوى وقف (عدم) نفاذ التصرف، لأنه العمود الفقري لهذه الدعوى التي تقوم على محاربة الغش بل أنه يمكن القول بأن شروط هذه الدعوى يمكن أن تتجمع كلها في شرط الغش لأنه لا يكفي أن يكون التصرف المطعون فيه قد تسبب في إعسار المدين أو زاد في إعساره إلا إذا كان قد صدر من المدين غشاً فحسب النية أو سوءها هنا له الأثر الأكبر في نفاذ التصرف في حق الدائن أو عدم نفاذه.

(١) انظر في هذا المعنى أستاذنا د. عبدالمجيد مطلوب بحقه التذليل، المرجع السابق ص ٢٩ و ص ٤٠ وانظر كتابنا عبء الإثبات بين قواعد القانون المدني اليمني والقواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية طبعة دار الفكر المعاصر صنعاء ٢٠٠٨ م ص ١٦٣ وما بعدها، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم الجوزية مطبعة المدني القاهرة ١٩٨٥ م ص ١٣/٩٦، ومؤلفه إعلام الموقعين ج ١ ص ٩٠، تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٢٠٢، شرح الخرشي ج ٧ ص ٢٥٣ منح الجليل ج ٤ ص ١٧٤، البحر الرائق ج ٧ ص ٢٢٨، والتاج المذهب ج ٤ ص ٩.

٢. اتفاق كل من القانون اليمني واللبناني والفرنسي في أنه يستلزم شرط الغش في التصرف المطعون فيه سواء كان معاوضة كالبيع أو تبرعاً كالهبة، وهذا على خلاف ما جرت عليه التشريعات العربية الأخرى موضع المقارنة التي لا تستلزم ذلك إلا إذا كان التصرف المطعون فيه معاوضة عندئذ يشترط أن يكون هناك غش من جانب المدين وغش من جانب المتصرف إليه.

٣. أما بالنسبة للتبرعات فهناك فرق بين القانون اليمني واللبناني والفرنسي وبين القانون المصري والقوانين العربية الأخرى المقتبسة منه فعلى حين لا تشترط هذه القوانين الأخيرة للطعن في التبرعات غشاً من المدين ولا غشاً من المتصرف إليه نجد أن القانون اليمني يشترط غش المدين وغش المتصرف إليه أما القانون اللبناني والقانون الفرنسي - طبقاً للرأي السائد فيهما - يشترطان غش المدين ولكن لا يشترطان غش المتصرف إليه وهذا هو ما كان يسير عليه القانون الروماني كما رأينا. فالقانون اليمني في المادة ٣٦٧ مدني اكتفى بقيام الدائن بإثبات سوء نية المدين أو تواطئه مع المتصرف إليه أي كان نوع التصرف معاوضة أو تبرع ولا أهمية بعد ذلك لما إذا كان الخلف الأول أو الخلف الثاني حسن النية أو سيئها وهذا على خلاف الحال في القانون المصري والقوانين العربية الأخرى المقتبسة منه بل وحتى عن القانون الفرنسي واللبناني اللذين يشترطان غش المدين وخلف الخلف في بعض الأحوال التي أسلفناها.

٤. إن شروط دعوى وقف (عدم) نفاذ التصرف لا تخرج في جملتها عن الشروط التي اشترطها فقهاء المالكية ومن تبعهم، فإحاطة الدين بمال المدين تعني إعسار المدين أو الزيادة في إعساره وعلم المدين بإحاطة بماله تعني شرط الغش المشترك في هذه الدعوى في القانون وكل تصرف يصدر من هذا المدين ويكون ضاراً بدائتيه لا يسرى في حق هؤلاء الدائنين غير أن هناك بعض الاختلافات بين الشريعة والقانون في هذا الشأن تتمثل في أمرين هما: -

**الأول:** أن القانون يشترط لممارسة هذه الدعوى أن يكون دين الدائن - المطعون من أجله في تصرفات المدين - ديناً حالاً غير مؤجل أي مستحق الأداء، وذلك بخلاف الفقه المالكي الذي يستوي عنده - كما رأينا - المؤجل من الدين والحال منه، فيستطيع الدائن سواء كان دينه حالاً أو مؤجلاً أن يطلب الحجر على تصرفات المدين خلافاً لبعض المالكية.

**الثاني:** إن دعوى وقف (عدم) نفاذ التصرف في القانون المدني لا بد من الترافع بها أمام القضاء وذلك بخلاف ما يقابلها في الفقه المالكي وإن كنا نعتقد أن هذا الأمر لا يتعارض مع المبادئ العامة في الفقه الإسلامي في تحويل القضاء دون غيره مكنة تقييد تصرفات المدين الضارة بعدم النفاذ لأن القضاء هو صاحب الولاية الملزمة في أحكامها لحسم ما يشجر من خلاف ورد الحق إلى أصحابه.

**ثالثاً:** بالنسبة للطبيعة القانونية للدعوى وقف (عدم) نفاذ التصرف فقد انتهينا إلى أنه قد أثار خلافاً قانونياً كبيراً بين الفقهاء حيث دار النقاش والتساؤل بينهم عما إذا كانت هذه الدعوى هي دعوى بطلان أم هي دعوى تعويض أم هي دعوى عدم نفاذ أم هي دعوى صورية مفترضة؟ أم هي دعوى ذات طابع خاص استقر بحكم التقاليد؟

فرغم هذا التعدد والاختلاف في الآراء فقد استقر الرأي الحديث والسائد فقهاً وقضياً في كل من فرنسا ومصر بأنها ذات طابع شخصي بحث حيث أنها تطبق على كل الحالات التي يقوم فيها المدين بغش دائنيه ما دام سيء النية، أي أنها موجهة لتصرف صادر بشروط ومعايير معينة دون أن يؤثر ذلك على صحة التصرف بين المدين والغير إذ يظل هذا التصرف صحيحاً ما دام أنه مستوفياً لأركانه، أما بالنسبة للدائنين فيعتبر التصرف كأن لم يكن أي غير نافذ في مواجعتهم وبالتالي لا يستحقون تعويضاً لأنه لم يلحقهم ضرر بعد أن منع وقوعه، وإذا جاز اعتبار هذا المنع تعويضاً فهو كما رأينا تعويض عيني، بل هو تنفيذ عيني لالتزام المدين بالأضرار بحقوق الدائن. وهذا هو التكيف الذي أخذت به معظم التشريعات المدنية الحديثة بما فيها كما رأينا في القانون المدني المصري حيث

جعلت القوانين تصرف المدين غير نافذ في حق الدائن وبذلك يرتد الغش ويندفع الضرر.

غير أن هناك رأياً يرى بأن التكييف الصحيح للدعوى البولصية في كل من القانون المصري والفرنسي، بأنها دعوى صورية مفترضة لأن ذلك ينسجم مع المنهجية القانونية في عدم الخلط بين أثر الدعوى والطبيعة القانونية لها، كما أنه يوضح لنا السبب في عدم نفاذ التصرف في حق الدائن مع بقاءه قائماً في العلاقة بين المدين والمتصرف إليه وقد انتهينا إلى ترجيح هذا بالنسبة للقانون الفرنسي والمصري والقوانين الأخرى التي لم تأخذ بفكرة العقد الموقوف وهذا على خلاف الحال بالنسبة للفقهاء الإسلامي والقانون المدني اليميني الذي قام فيه المشرع بتكييف هذه الدعوى بأنها دعوى وقف نفاذ التصرف منذ البداية في المادة ٣٦٧ وبالتالي لا يحتاج الأمر فيه للبحث عن تكييف لهذه الدعوى بأنها دعوى بطلان أو دعوى تعويض لأن العقد الذي يجريه المدين موقوف سواء في ما بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير (الدائنين) إلا إذا أجاز هؤلاء هذا التصرف. رابعاً: أما بالنسبة للطبيعة القانونية للغش في العقود الصورية (دعوى الصورية) فقد انتهينا إلى النتائج أو الحقائق الآتية :-

١. إن حسن النية أو سوءها تظهر كأهم قاعدة في الصورية وتميزها عن غيرها من الأوضاع القانونية الأخرى، حيث أن العقود الصورية قد تحوي غشاً أو تغييراً للحقيقة يساعد على الغش لذلك كانت التشريعات القديمة لا تنص على تنظيم أحكامها وما يترتب عليها من مسئولية بل كانت تعاقب عليها في بعض الأحوال بغرامة مالية كبيرة ولكن القانون المدني الفرنسي القائم لا يمنعها بل أباحها إذا لم تكن فيها مخالفة لأحكام القانون وسارت على ذلك التقنيات المدنية الحديثة بما فيها- كما رأينا- القانون المدني اليميني في المادتين (١٨٢/١٨٣) منه والذي قصر المشرع حكمهما على المتعاقدين والخلف الخاص في نطاق العقود التي تقبل النقص كسائر العقود والتصرفات المالية فلم تمدد حكمه إلى الدائنين كما فعلت التشريعات المدنية الأخرى كما أنها لم تجعل للمتصرف إليه حسن النية أن يتمسك بالعقد الصوري



(الظاهر) بصفة نهائية، وإنما أجازا له أن يتمسك بهذا العقد حتى تثبت صورته وحينئذ يعتبر التصرف صورياً في حقه أيضاً، حتى ولو كان وقت التصرف حسن النية، وبالتالي كما قدمنا لا يكسب الحق المتصرف إليه فيه بعد ثبوت هذه الصورية، وإنما يحق له في هذه الحالة أن يرجع بالتعويض على من تصرف إليه إلا إذا تمكن المتعاقد الأول إثبات أنه لا يعلم بهذا التصرف الثاني فيكون الرجوع بالتعويض على المتصرف الثاني وحده، وبذلك انتهينا إلى أن الصورية في نظر القانون اليمني تعتبر إحدى الصور البارزة للحيلة والغش من جانب المتعاقدين لإضعاف الضمان العام لحقوق الدائنين على المدين، وهذا هو السبب أيضاً الذي دفع بالتشريعات الأخرى لوضع وسيلة الدعوى الصورية في يد الدائنين لرد تصرفات المدين السيئ النية إلى حقيقتها ورد المال المتصرف فيه تصرفاً صورياً إلى حظيرة الضمان العام لحقوق الدائنين للمحافظة على مبدأ استقرار التعامل بين المتعاقدين، فإذا تعارضت مصالح من يتمسكون بالعقد الظاهر مع من يتمسكون بالعقد الحقيقي (المستتر) رجحت كفة الذين يتمسكون بالعقد الظاهر وهذا هو - كما قدمنا - ما سار عليه من قبل الاتجاه السائد في الفقه الإسلامي.

٢. كذلك انتهينا إلى أنه إذا كان القصد من استعمال الصورية غش وخديعة الغير أو التحايل على أحكام القانون أو أخفت سبباً للإبعاد الشرع فإنه لا عبرة في ذلك لا بالعقد الظاهري ولا بالعقد الخفي (الصوري)، لأنه لا حكم للصورية مع بطلان سبب التصرف، وهذا كما رأينا ما استقرت عليه التشريعات المدنية في مختلف البلدان ولذلك فإننا نهيب بتلك التشريعات بما فيها تشريعنا بضرورة تدخل المشرع لتجريم الصورية التي تنطوي على الخداع والغش وإضرار بالدائنين وذلك أسوة بتجريم التزوير والنصب وخيانة الأمانة وذلك لتشابه الصورية في هذه الصور مع تلك الجرائم في الطبيعة والأثر، وبتعبير آخر لاتفاقهما مع هذه الجرائم في شروط العقاب فكما أن التزوير يعاقب عليه القانون إذا توافر فيه تغيير الحقيقة والعمد وحصول الضرر أو احتمال حصوله فإن الصورية كذلك قد تستجمع هذه الشروط

وبالتالي فإن الصورية والتزوير من طراز واحد ومثلهما في ذلك الشهادة الزور.

٣. أما بالنسبة لمسألة إثبات الغش أو الخداع وسلطة قاضي الموضوع نحوهما فقد انتهينا إلى أن عبء إثبات الإدعاء بحصول غش أو تدليس أو خداع يقع على عاتق مدعيه طبقاً للقواعد العامة للإثبات سواء في القانون المدني أو الفقه الإسلامي، فإذا كان الغش أو التدليس أو الخداع قد وقع على أحد العاقدين أو الدائنين في نطاق القانون المدني، فإنه يشكل بذلك خطأ عمدياً ومن ثم يقع عبء إثبات ذلك يكون على عاتق الذي يتمسك بإبطال العقد لغش أفسد إرادته فله أن يقيم الدليل على وقوع الغش عليه من المتعاقد معه أو من نائبه، أو علمه به، وذلك بكافة طرق الإثبات التي منها شهادة الشهود والقرائن لأنه ينصب على وقائع مادية. ويعتبر حصول الوقائع المكونة للغش مسألة موضوعية تخضع في تقديرها لقاضي الموضوع الذي يكون له كامل السلطة في تقدير هذه الوقائع وتأثيرها على العاقد دون أن يخضع في تقديره للتعتيب من جانب محكمة النقض طالما أن حكمه قد بني على أسباب سائغة تبرره وهذا بخلاف تقدير ما إذا كانت واقعة الغش تشكل حيلة مشروعة أو غير مشروعة فإن القاضي يخضع فيه لرقابة محكمة النقض لكونها مسألة قانونية متعلقة بالوصف القانوني لهذه الوقائع، كالفصل فيما إذا كان الكتمان يكفي لقيام الغش أم لا؟

كانت تلك أهم النتائج التي انتهينا إليها من هذه الدراسة والتي أرجو من الله العلي القدير أن أكون قد وفقت إليها، وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب، والحمد لله أولاً وآخراً.

{ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إَصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ وَاعْفُ عَنَّا وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلَانَا فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ }

سورة البقرة آية [٢٨٦]

## قائمة بأهم مصادر ومراجع البحث\*

أولاً: كتب التفسير وأحكام القرآن:-

- ١- أحكام القرآن الكريم (تفسير الجصاص)، لأحمد بن علي الرازي الجصاص، مطبعة الأوقاف الإسلامية، القاهرة، ج ١.
- ٢- تفسير القرآن العظيم، إسماعيل بن كثير الدمشقي، ج ٢ مطبعة دار إحياء الكتب العربية، القاهرة.
- ٣- تفسير المنار لمحمد رشيد رضا، دار الكتب المصرية، ١٣٥٣هـ/١٩٣٥م.
- ٤- تفسير النسفي، المطبعة الحسينية القاهرة ١٣٤٤هـ، ج ١.
- ٥- الجامع لأحكام القرآن الكريم (تفسير القرطبي) محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي مصور عن الطبعة الثالثة ١٣٨٧هـ/١٩٦٧م دار الكتاب العربي بالقاهرة ج ٣.

ثانياً: كتب الحديث وعلومه:-

- ١- أحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام لابن دقيق العيد مطبعة دار الكتب العلمية القاهرة.
- ٢- الاختيار لتعليل المختار لابن مردود الموصلية طبعة دار الفكر العربي القاهرة.
- ٣- تحفة الأحوذى شرح سنن الترمذي دار الكتب العلمية ١٤١٠هـ/١٩٩٠م القاهرة.
- ٤- جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم للحافظ ابن رجب الحنبلي البغدادي الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م دار الريان للتراث القاهرة.
- ٥- سنن ابن ماجة محمد بن يزيد القزويني، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي مطبعة عيسى البابي الحلبي ١٣٧٤هـ/١٩٦٧م القاهرة ج ١٢.

(\* ملاحظات:

- ١- راعيت في ذكر المراجع الترتيب الموضوعي ثم الترتيب الهجائي في كل موضوع ونخص هذا الأسلوب بكتب اللغة وكتب الحديث وكتب مذاهب الفقه الإسلامي.
- ٢- الترتيب بحسب الحروف الهجائية لأسماء المؤلفين ونخص هذا الأسلوب بالمراجع الحديثة في الفقه الإسلامي ثم المراجع القانونية أما المجموعات والدوريات فرتبتها هجائياً بحسب أسمائها.

- ٦- سنن أبي داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني طبعة دار الحديث القاهرة ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م.
- ٧- سنن الترمذي أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي، دار الفكر العربي القاهرة، الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م ج ١٢.
- ٨- السنن الكبرى للإمام البيهقي النيسابوري مطبعة دار المعارف العثمانية القاهرة طبعة ١٣٤٤هـ/١٣٥٥هـ ج ٥.
- ٩- شرح البخاري فتح الباري بشرح صحيح البخاري للمحافظ أبي الفضل شهاب الدين بن حجر العسقلاني طبعة دار الفكر العربي القاهرة ج ٤.

- ١٠- صحيح مسلم بشرح النووي للإمام أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ١١- طرح التثريب في شرح التقريب للمحافظ زين الدين أبي الفضل عبدالرحيم بن الحسين العراقي، وهو شرح له ولوالده الفقيه قاضي مصر ولي الدين أبي زرعة العراقي المولد عام ٧٦٢ المتوفى عام ٨٢٦هـ، طبعة مصر.

- ١٢- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للمحافظ نور الدين البيهقي بتحرير الحافظين الجليلين العراقي وابن حجر، مكتبة القدس، القاهرة، ١٣٥٣هـ.

- ١٣- مسند الإمام أحمد بن محمد بن حنبل البغدادي، المطبعة الميمنية، القاهرة، طبعة أولى، ١٣١٣هـ/١٨٩٥م.

- ١٤- موطأ الإمام مالك بن أنس مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، الطبعة الأولى ١٣٨٩هـ/١٩٤٠م.

- ١٥- نيل الأوطار، شرح متقى الأخبار للعلامة محمد بن علي محمد الشوكاني، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة ١٩٦١م.

ثالثاً: كتب اللغة العربية:-

١. تاج العروس، طبعة الكويت ج ١٦.
٢. القاموس المحيط للفيروز آبادي، مؤسسة الرسالة بيروت، الطبعة الثانية ١٩٨٧م.

٣. لسان العرب لابن منظور الإفريقي المصري، طبعة دار المعارف، القاهرة (بدون).

٤. مختار الصحاح لأبي بكر الرازي، طبعة دار الحديث، القاهرة (بدون).

٥. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للمقري الفيومي، المطبعة الأميرية، الطبعة السادسة، ١٩٢٦ م القاهرة.

٦. المعجم الوجيز وضع وتأليف مجمع اللغة العربية القاهرة، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، ١٩٩٥ م.

رابعاً: كتب مذاهب الفقه الإسلامي:-  
أكتب الفقه الحنفي:-

١. الاختيار لتعليل المختار، لأبي الفضل عبدالله بن محمود بن مردود الموصلي طبعة دار الفكر العربي القاهرة، (بدون).

٢. الأشباه والنظائر لزين الدين ابن نجيم، الحنفي، المطبعة الحسينية، القاهرة، ١٣٢٢ هـ.

٣. البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم، مطبعة دار الكتب العلمية، القاهرة ١٣٣٤ هـ.

٤. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبي بكر الكاساني، مطبعة الجمالية، القاهرة ١٩٨٢ م.

٥. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية.

٦. جامع الفصولين لابن قاضي سماوة، المطبعة الأزهرية، القاهرة، ١٣٠٠ هـ.

٧. الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، لمحمد بن علي بن محمد الحصري الحصكفي مطبوع بهامش حاشية ابن عابدين المسماة (برد المختار على الدر المختار)، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية ١٤٠٧ هـ/ ١٩٨٧ م.

٨. رسائل ابن عابدين، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت.

٩. شرح الهداية (فتح القدير) شرح بداية المبتدئ لكمال ابن الهمام،

مطبعة بولاق القاهرة ١٣١٧هـ.

١٠. شرح مجلة الأحكام العدلية لسليم رستم باز، الطبعة الثالثة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٠٥م.

١١. الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية، المطبعة الميمنية، القاهرة، ١٣٢٣هـ، ج ٣.

١٢. كتاب الخراج لأبي يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب، المطبعة الأميرية ببولاق، الطبعة ١٣٠٣هـ.

١٣. المسوط شرح الكافي لشمس الدين السرخسي، مطبعة السعادة بمصر ١٣٣١هـ، وطبعة دار المعارف القاهرة، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م.

١٤. مجلة الأحكام العدلية، التي تتضمن ١٨٥١ مادة أخذها العلماء من القواعد الفقهية التي قررها الفقيه الحنفي ابن نجيم في كتاب الأشباه والنظائر، طبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، ٢٠٠٦م.

١٥. مجمع الأنهر (شرح ملتقى الأبحر) للقاضي عبدالرحمن بن الشيخ محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندي أو (شيخي زاده)، المطبعة العثمانية، القاهرة ١٣٢٧هـ.

١٦. مجمع الضمانات للبغدادي، مطبعة الخيرية القاهرة طبعة أولى ١٣٠٨هـ.

١٧. مرآة المجلة ليوسف أصاف، المطبعة العمومية بمصر ١٨٩٤م.

١٨. مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان للعلامة محمد قدري باشا، الطبعة الثانية ١٩٨٣ دار الفرجاني القاهرة.

ب- كتب الفقه المالكي:-

١. بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد طبعة مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة ١٣٨٦هـ/١٩٦٦م + طبعة دار الفكر بيروت.

٢. بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك للشيخ أحمد بن محمد الصاوي المالكي على الشرح الصغير للشيخ الدرديري، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ١٣٧٢هـ/١٩٥٢م.

٣. التاج والإكليل لمختصر خليل لمحمد بن يوسف الشهير بالموافق مطبوع

- بهامش مواهب الجليل للحطاب الذي سيأتي ذكره.
٤. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لبرهان الدين أبي الوفا إبراهيم بن فرحون، مطبوع بهامش فتح العلي المالك للشيخ محمد عlish، مطبعة مصطفى محمد الحلبي، القاهرة ١٣٥٥هـ.
٥. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لابن عرفة الدسوقي، طبعة دار إحياء الكتب العربية، القاهرة (بدون).
٦. شرح الخرشي (فتح الجليل شرح مختصر خليل) لأبي عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي، المطبعة الأميرية ببولاق القاهرة، طبعة ثانية، ١٣١٧هـ، وبهامشه حاشية علي العدوي.
٧. الشرح الصغير على أقرب المسالك المذهب الإمام مالك لأحمد بن أحمد الدردير وهو مطبوع أيضاً بهامش حاشية الصاوي الذي سيأتي ذكره.
٨. القوانين الفقهية (أوقوانين الأحكام الشرعية) في تلخيص مذهب المالكية لمحمد بن أحمد بن محمد بن حزي، طبعة المكتبة الأدبية بمدينة فاس تونس ١٣٥٤/١٩٣٤م + طبعة دار العلم للملايين بيروت، ١٩٦٨م.
٩. المدونة الكبرى للإمام مالك رواية الإمام سحنون بن سعيد التتوخي عن الإمام عبدالرحمن بن القاسم عن الإمام مالك طبعة دار الفكر، بيروت (بدون).
١٠. مواهب الجليل (شرح مختصر خليل) لأبي عبد الله محمد بن عبدالرحمن الطرابلسي المعروف بالحطاب، دار الفكر بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٩٨هـ/١٩٧٨م.
- ج- كتب الفقه الشافعي:-

١. الأحكام السلطانية لأبي الحسين علي بن محمد بن حبيب البصري الماوردي، دار الكتب العلمية، القاهرة، ج ٢ (بدون).
٢. إحياء علوم الدين للإمام أبي حامد الغزالي طبعة دار الجيل بيروت.
٣. الأشباه والنظائر للإمام جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي، مطبعة مصطفى محمد الحلبي، القاهرة،

١٣٧٨هـ/١٩٥٩م.

٤. الأم للإمام الشافعي، مطبعة ومكتبة بولاق، القاهرة، ١٣٢٥هـ.
  ٥. المجموع شرح المذهب للإمام محي الدين بن شرف النووي مطبوع مع تكملة المجموع للشيخ السبكي، مطبعة الإمام زكريا علي يوسف، القاهرة ١٩٦٦م.
  ٦. مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج لمحمد الخطيب الشربيني على متن منهاج الطالبين للإمام أبي زكريا بن شرف النووي مطبعة مصطفى الحلبي القاهرة ١٣٨٥هـ/١٩٦٨م + طبعة دار الفكر بيروت (بدون).
  ٧. المذهب لأبي إسحاق إبراهيم بن علي ابن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي، مطبعة مصطفى الحلبي، طبعة ثانية، ١٣٧٩هـ/١٩٥٩م وبذيله النظم المستعذب في شرح غريب المذهب لمحمد بن أحمد بن بطلال الركيبي.
  ٨. الموافقات في أصول الشريعة للإمام أبي إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي المعروف بالشاطبي، المطبعة السلفية القاهرة ١٣٤١هـ.
  ٩. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي المشهور بالشافعي الصغير مطبعة مصطفى الحلبي القاهرة ١٣٨٦هـ/١٩٦٧م.
  ١٠. الوجيز في الفقه الشافعي للإمام أبي حامد الغزالي طبعة دارالفكر بيروت ١٩٩٤.
- د- كتب الفقه الحنبلي:-
١. أعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن القيم الجوزية طبعة دار الأرقم القاهرة ١٩٩٧ ج ٢.
  ٢. الإقناع لمنصور بن ادريس بن صلاح الدين السيهوتي طبعة دار الفكر بيروت ١٤٠٢هـ/١٩٨٢ وبهامشه كشف القناع.
  ٣. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف في مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل للعلامة علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي مطبعة السنة المحمدية، القاهرة الطبعة الأولى ١٩٥٦م.
  ٤. الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لمحمد بن أبي بكر المعروف بابن



- قيم الجوزية مطبعة السنة المحمدية القاهرة ١٣٧٨هـ/١٩٥٣م.
٥. الفتاوى الكبرى لابن البركات عبدالسلام بن عبدالله ابن تيمية الحراني مركز الكتاب للنشر والتوزيع القاهرة ج ١٧.
  ٦. القواعد في نطقه الإسلامي للحافظ أبي الفرج عبدالرحمن بن رجب الحنبلي مطبعة ومكتبة الخائجي بمصر طبعة أولى ١٣٥٣هـ/١٩٣٣م.
  ٧. المغني والشرح الكبير لموفق الدين ابن قدامة المقدسي، طبعة دار المنار، القاهرة، طبعة ثالثة، ١٣٦٧هـ ٩ أجزاء + طبعة أمام عشرة أجزاء.
  ٨. نظرية العقد للإمام ابن تيمية، طبعة مركز الكتاب للنشر والتوزيع، القاهرة (بدون).

خامساً: كتب المذاهب غير الأربعة:-

أ- كتب الفقه الظاهري:-

- المحلى لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المطبعة المنيرية بالقاهرة، ١٣٥٠هـ.
- ب- كتب الفقه الزيدي:-

١. البحر الزخار للإمام أحمد بن يحيى بن المرتضى المشهور في المذهب (بالمؤيد بالله) مؤسسة الرسالة، بيروت (بدون).
٢. التاج المذهب لأحكام المذهب (شرح متن الأزهار) للقاضي العلامة أحمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني، طبعة مكتبة اليمن الكبرى، صنعاء (بدون)، ج ٢.
٣. الروض النضير (شرح المجموع للإمام زيد) للقاضي العلامة الحسين شرف الدين بن أحمد السياغي اليماني الصنعاني.
٤. المنتزع المختار (شرح الأزهار) للعلامة أبي الحسين عبدالله بن مفتاح، مكتبة اليمن الكبرى، طبعة مصورة على مطبعة المعارف بالقاهرة، ١٣٤٠هـ.

ج- كتب الفقه الجعفري الإمامي:-

١. الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية لزين الدين العاملي المعروف بالشهيد الثاني، الطبعة الثانية ١٣٥٧هـ، القاهرة.

٢. فقه الإمام جعفر الصادق لمحمد جواد مغنية دار مكتبة الهلال بيروت  
الطبعة الخامسة ١٤٠٤هـ / ١٩٨٤م.
٣. المختصر النافع للتحقق الحلي، مطبعة وزارة الأوقاف بمصر طبعة ثانية  
١٣٧٧هـ.
٤. مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، لمحمد الجواد بن محمد الحسين  
العالمي، مطبعة وزارة الأوقاف بمصر الطبعة الثانية ١٣٧٧هـ، ج ٧.
- د- كتب الفقه الأباضي:-
١. شرح النيل وشفاء العليل، للشيخ محمد بن يوسف أطفيش، المطبعة  
السلفية القاهرة ١٣٤٣هـ.
٢. متن النيل، لضياء الدين عبدالعزيز بن إبراهيم مطبوع مع شرح  
الشيخ أطفيش السابق ذكره.
- خامساً: كتب الفقه الإسلامي الحديث (مؤلفات عامة وأبحاث ومقالات):-
١. أحمد الكبيسي، مصادر الغبن والتغريب في عقد البيع في الفقه  
الإسلامي، بحث منشور في مجلة العلوم السياسية والقانونية جامعة  
بغداد، ١٩٧٧م.
٢. رمضان علي السيد الشرنباصي، السكوت ودلالته على الأحكام،  
دار الفكر العربي القاهرة (بدون).
٣. زكريا البرديسي، أصول الفقه الإسلامي، طبعة ١٩٦١، القاهرة.
٤. زكي الدين شعبان، أصول الفقه الإسلامي، طبعة ١٩٦٤، القاهرة.
٥. صبحي رجب محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في  
الشرعية الإسلامية، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الثالثة،  
١٩٨٣م.
٦. \_\_\_\_\_، فلسفة التشريع في الإسلام، الطبعة  
الخامسة، بيروت، ١٩٨٠م.
٧. عبدالرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج ٢، الطبعة  
الخامسة.
٨. عبدالرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي،  
طبعة معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة ١٩٦٨، وطبعة

- منشورات الحلبي، بيروت ١٩٩٨ م.
٩. عبدالكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، الطبعة السادسة، بيروت لبنان.
  ١٠. عبدالمجيد محمود مطلوب، التدليس بحث مقارن بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، محاضرات أقيمت على طلاب دبلوم القانون الخاص كلية حقوق عين شمس، ١٩٨٧ م.
  ١١. عبدالناصر توفيق العطار، نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، مطبعة السعادة، القاهرة، ١٩٧٥ م.
  ١٢. علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثالثة.
  ١٣. عيسوي أحمد عيسوي، الفقه الإسلامي، المدخل ونظرية العقد، الطبعة الثالثة، ١٩٦١ م، القاهرة.
  ١٤. فتحي الدريني، التعسف في استعمال الحق، الطبعة الثانية ١٣٩٧ هـ / ١٩٧٧ م، مؤسسة الرسالة بيروت.
  ١٥. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، طبعة دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٣ م.
  ١٦. محمد زكي عبد البر العقد الموقوف بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد السنة ٢٥ العدد الأول والثاني ١٩٥٥ م.
  ١٧. محمد سلام مذكور، مباحث الحكم عند الأصوليين، الطبعة الثانية، القاهرة.
  ١٨. مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج ١، مطبعة جامعة دمشق، طبعة سادسة، ١٣٧٩ هـ / ١٩٥٩ م، والطبعة التاسعة ١٩٦٨، دار الفكر، بيروت.

#### سابعاً: الرسائل العلمية :-

١. أحمد علي الخطيب، الحجر على المدين لحق الغرماء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٦٤ م.
٢. أحمد مرزوق، نظرية الصورية في التشريع المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٥٧ م.

٣. جلال العدوي، الإيجار القانوني على المعاوضة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٦٠.
٤. جميل متولي الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٥٣، طبعة دار النهضة العربية، ١٩٥٦.
٥. حسبو الغزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٧٩ م.
٦. حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة.
٧. سليمان محمد أحمد، ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، الطبعة الأولى، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥ م.
٨. سيد بدوي، حول نظرة عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٣٤ م.
٩. الصديق محمد الضير، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٦٦، الناشر: دار الجيل، بيروت، ١٩٩٠.
١٠. عاطف محمد كامل، الغير في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية ١٩٧٦ م.
١١. عبد الرزاق حسن فرج نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامية دراسة مقارنة رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ١٩٦٨.
١٢. عبد الجبار صالح الملا، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة بغداد.
١٣. عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنوفية، ١٩٩٧، طبعة ٢٠٠٤، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية.
١٤. عبدالرحمن مصطفى عثمان، نظرية السبب في القانون المدني رسالة، دكتوراه كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٤.

١٥. عبدالستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، ١٩٧٥، مطبعة مقهوي الكويت، الطبعة الثانية، ١٩٨٥.
١٦. عبدالسميع عبدالوهاب أبو الخير، حماية الضمان العام للدائنين بدعوى الإعسار، كلية الشريعة، الأزهر، ١٩٨٢.
١٧. عبدالغفار إبراهيم صالح، الإفلاس بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، ١٩٧٢م.
١٨. عبدالكريم يوسف القاضي، نظرية التدليس في القانون المدني المصري واليميني والفقهاء الإسلاميين، كلية الحقوق جامعة عين شمس، طبعة دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م.
١٩. عبدالله عبدالله محمد العلفي، أحكام الخيارات في الشريعة الإسلامية والقانون المدني اليمني، رسالة دكتوراه، طبعة دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.
٢٠. عبدالله علي الخياري، نظرية الهلاك في القانون المدني اليمني، دراسة مقارنة بالفقهاء الإسلاميين والقانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٤.
٢١. عمرو إبراهيم الوقاد، النظرية العامة للاختلاس في جرائم المال الخاص، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٨.
٢٢. فادية يحيى أبو شهية، النظرية العامة للطرق الاحتيالية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٤.
٢٣. محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٧٣، طبعة مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ١٩٧٣م.
٢٤. محمد عبدالحميد مكي، الاحتيال في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٨٨.
٢٥. محمد عطا الله شرعان، الالتزام بإعلان الخطر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، سنة ١٩٧٩م.
٢٦. محمد محمد الغشم، إجازة التصرفات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق

- جامعة القاهرة ١٩٩٥ م.
٢٧. محمد بن عبدالقادر محمد عبدالقادر، الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين على دائنيه، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٥ م.
٢٨. محمود عبدالرحيم أحمد الديب، الحيل في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٢ م.
- ثامناً: كتب عامة في القانون:-
١. أحمد حسن البرعي، نظرية الالتزام في القانون المغربي مصادر الالتزام، ج ١، العقد الطبعة الأولى ١٩٨١، دار الثقافة، القاهرة.
٢. أحمد محمود سعد، مصادر الالتزام في القانونين المصري واليمني، دار النهضة العربية القاهرة ١٤١١هـ/١٩٩٠ م.
٣. أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ج ١، الطبعة السابعة، دار الفكر العربي القاهرة، ١٩٧٢ م.
٤. إسماعيل بنانم، النظرية العامة للالتزام، ج ١، مصادر الالتزام، مكتبة عبدالله وهبة، القاهرة، ١٩٦٦ م.
٥. أنور سلطان وجلال العدوي، أحكام الالتزام، طبعة ١٩٨٥، الإسكندرية.
٦. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، ج ١ مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٨ م + ج ٢ أحكام الالتزام في القانون المدني، ١٩٩٧.
٧. بدر جاسم اليعقوب، أصول الالتزامات، طبعة ١٩٨١، الكويت.
٨. جاك جستان، في نظرية الالتزام، طبعة ١٩٨٠، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، طبعة ٢٠٠١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت.
٩. جلال العدوي، ومصطفى الجمال، أصول المعاملات، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية.
١٠. جميل متولي الشرقاوي، أحكام الالتزام في القانون المدني اليمني،

- دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨ م.
١١. \_ ، مصادر الالتزام في القانون المدني المصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٨١ ، وطبعة ١٩٩١ .
  ١٢. حامد زكي ، دروس في الالتزامات ، مكتبة عبدالله وهبة ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، ١٩٤٧ .
  ١٣. حسام الدين كامل الأهواني ، مصادر الالتزام ، المصادر الإرادية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٢/١٩٩١ م.
  ١٤. حسن علي الذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، ج ١ ، الخطأ ، دار وائل للنشر عمان ، الأردن ، ٢٠٠٦ .
  ١٥. حسين عامر ، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية ، دار المعارف ، الإسكندرية ، الطبعة الثانية ، ١٩٧٩ م.
  ١٦. حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد ، مصادر الالتزام ، مطبعة مصر ، ١٩٥٤ .
  ١٧. حلمي بهجت بدوي ، الأصول والالتزامات ، الكتاب الأول ، نظرية العقد طبعة ١٩٤٣ ، القاهرة .
  ١٨. \_\_\_\_\_ ، خلاصة محاضراته في الالتزامات ، مطبعة محمد كرار ، القاهرة (بدون) .
  ١٩. حمدي عبدالرحمن ، الوسيط في القانون المدني النظرية العامة للالتزامات ، الكتاب الأول ، المصادر الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٩ .
  ٢٠. \_\_\_\_\_ ، مذكرات في مصادر الالتزام ، دار الحقوق للطباعة والنشر ، القاهرة ، ١٩٩١ .
  ٢١. \_\_\_\_\_ ، مصادر الالتزام ، طبعة دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ .
  ٢٢. سليمان مرقس ، المسؤولية المدنية في تقنيات الدول العربية ، مطبعة الجبلاوي ، القاهرة طبعة ١٩٧١ .
  ٢٣. \_\_\_\_\_ ، الوافي في شرح القانون المدني ، ج ٢ الالتزامات ، المجلد الأول ، نظرية العقد والإرادة المنفردة ، إيريني للطباعة القاهرة ،

١٩٨٧.

٢٤. صبحي رجب محمصاني محاضرات في آثار الالتزام معهد الدراسات العربية العالية القاهرة ١٩٤٥.
٢٥. صبحي رجب محمصاني، محاضرات في آثار الالتزام، معهد الدراسات العربية العالية، القاهرة ١٩٥٤.
٢٦. عبدالحفي حجازي، النظرية العامة للالتزامات، ج ١، مصادر الالتزام، طبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٥.
٢٧. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، ج ٢، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٦٨، ج ٧ المجلد الثاني طبعة دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠.
٢٨. عبدالرزاق السنهوري، نظرية العقد، مطبعة دار الكتب المصرية، الطبعة الأولى، القاهرة، ١٩٤٣.
٢٩. عبدالسلام ذهني، النظرية العامة في الالتزامات، أحكام الالتزام، مطبعة نهضة مصر، ١٩٢٢.
٣٠. عبدالفتاح عبدالباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤، وكذا مؤلفه مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتي، طبعة ١٩٧٦، الكويت.
٣١. عبدالمنعم البدر اوي، المدخل إلى القانون الخاص مكتبة عبدالله وهبة، القاهرة، ١٩٨٠.
٣٢. عبدالمنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، وكذا مؤلفه مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتي، طبعة ١٩٦٩، الكويت.
٣٣. عزالدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، الطبعة السابعة، ١٩٧٢، الإسكندرية.
٣٤. محمد حسين الشامي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني اليمني، ج ١، مصادر الالتزام، مكتبة دار الجيل الجديد، صنعاء، الطبعة السادسة، ٢٠٠٢، ج ٢، أحكام الالتزام، مكتبة الجيل الجديد، الطبعة السادسة، ٢٠٠٤ م.



٣٥. محمد علي عمران، الوجيز في آثار الالتزام - أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤.
٣٦. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، ج ١، مصادر الالتزام + ج ٢ أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧.
٣٧. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مطبعة جامعة القاهرة، طبعة ١٩٧٨ / وطبعة ١٩٩٠.
٣٨. \_\_\_\_\_، مشكلات المسؤولية المدنية، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٩٠.
٣٩. محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي، ج ١، مصادر الالتزام طبعة ١٩٥٥، بغداد.
٤٠. محمود محمد الشارود، الوجيز في عيوب الإرادة، دار الاتحاد العربي، القاهرة، ١٩٨٨.
٤١. مصطفى الجمال، أحكام الالتزام، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
٤٢. مصطفى الزرقاء، القانون المدني السوري، معهد البحوث والدراسات العربية، محاضرات ألقاها على طلبة المعهد قسم البحوث والدراسات القانونية والشرعية، القاهرة، ١٩٦٩.
- تاسعاً: أبحاث متخصصة ومقالات قانونية:-
١. إبراهيم أحمد إبراهيم، نظرية التدليس في التشريع المصري، مجلة المحاماة، السنة ٥٠ العدد ٩.
٢. جميل الشراوي، بحثه دراسة في طبيعة الدعوى البولصية في القانون المدني المصري، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٥٩، السنة ٢٩، العدد الأول.
٣. حلمي بهجت بدوي، آثار التصرفات الباطلة، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثالثة، العدد الأول، يناير ١٩٣٣.
٤. رأفت محمد حماد، الصورية في القانون المدني المصري بين النظرية والتطبيق - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، طبعة ١٩٨٧، القاهرة.
٥. سهير منتصر، الالتزام بالتبصر، دار النهضة العربية، القاهرة (بدون).

٦. شمس الدين الوكيل، أثر الغش على الأسبقية في التسجيل، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الإسكندرية، السنة الثامنة، ١٩٥٨، العددان الأول والثاني.
٧. عبدالحكيم فودة، جرائم الغش التجاري والصناعي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦، وكذا مؤلفه البطلان في القانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٣.
٨. عبدالحמיד الشواربي، جرائم الغش والتدليس، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ١٩٨٩.
٩. \_، المشكلات العلمية في تنفيذ العقود، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٨.
١٠. عبدالله علي الخياري، عبء الإثبات بين قواعد القانون المدني اليمني والقواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، دار الفكر المعاصر، صنعاء، ٢٠٠٨. أثر تدرج الخطأ على مدى التعويض في القانون المعاصر والفقه الإسلامي دراسة مقارنة دار الفكر المعاصر. صنعاء. ٢٠٠٩م.
١١. عبدالودود يحيى، نظرية الغلط في القانون المدني الألماني والمصري، مجلة القانون والاقتصاد، السنة ٣٩، العدد الثاني يوليو ١٩٦٩.
١٢. عزيز خانكي في مقالة الصورية ووجوب اعتبارها جريمة"، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، السنة السابعة.
١٣. علي تحيدة، الغلط ومعياره بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، مجلة القانون والاقتصاد، السنة ٥٨ لعام ١٩٨٨.
١٤. فتحي عبدالرحيم عبدالله، العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانون المصري والإنجليزي المقارن، ١٩٧٩، القاهرة.
١٥. فخرى أبو سيف مبروك، دراسة في شروط وطبيعة الدعوى البولصية طبعة ١٩٨١، وقد نشر هذا البحث في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، السنة ١٢.
١٦. محمد حسام لطفى، المسؤولية في مرحلة التفاوض، طبعة النسر الذهبي للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٩٥.

١٧. محمد حسين الشامي ، نظرية المسؤولية المدنية في القانون المدني اليمني  
والمصري والفقہ الإسلامي ، مكتبة الجيل الجديد ، صنعاء ، الطبعة  
الأولى ، ١٩٩٥ .

١٨. محمد عبدالظاهر حسين الجوانب القانونية السابقة للتعاقد ، المؤسسة  
الفنية ، القاهرة ، ٢٠٠١ .

١٩. محمد عبدالغريب ، الثقة العامة ومدى الحماية التي يكفلها لها قانون  
العقوبات ، طبعة ١٩٨٤ ، القاهرة .

٢٠. محمد علي عمران ، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاتها في بعض  
العقود ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٠ .

٢١. محمد نصر الدين زغلول ، الإرادة في العمل القانوني وغيوبها ،  
القاهرة (بدون) .

٢٢. منصور مصطفى منصور ، دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني ،  
محاضرات غير منشورة أقيمت على طلاب الدراسات العليا في  
القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ،  
١٩٩٢/١٩٩١ .

٢٣. نزيه محمد الصادق المهدي ، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات  
المتعلقة بالعقد ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،  
١٩٨٢ + طبعة ١٩٩٠ .

عاشراً: الدوريات والمجلات العلمية :-

١. المبادئ القانونية والقضائية في الدعاوى التجارية ، جمع وترتيب د.

حسن علي مجلي ، مركز الصادق للطباعة والنشر ، صنعاء ، ٢٠٠٣ .

٢. مجلة البحوث القانونية والاقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق جامعة  
المنصورة .

٣. مجلة الحقوق التي تصدرها كلية الحقوق جامعة الإسكندرية .

٤. مجلة الحقوق التي يصدرها مجلس النشر العلمي بالكويت .

٥. مجلة العلوم القانونية والاقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق جامعة  
عين شمس .

٦. مجلة العلوم القانونية والسياسية جامعة بغداد .

٧. مجلة القانون والاقتصاد التي تصدرها كلية الحقوق جامعة القاهرة.
٨. مجلة المحاماة، مجلة قانونية شهرية تصدرها نقابة المحامين بمصر.  
حادي عشر: المجموعات والمذكرات العلمية:-
١. مجموعة أحكام النقض الجنائي والتي يصدرها المكتب الفني بمحكمة النقض المصرية ابتداءً من عام ١٩٥١.
٢. مجموعة أحكام النقض المدنية والتي يصدرها المكتب الفني بمحكمة النقض المصرية ابتداءً من ١٩٤٩.
٣. مجموعة الأستاذ محمود عمر أصدرتها دار النشر للجامعات المصرية ابتداءً ١٩٣١/١١/١٢ حتى ١٩٤٩/٦/٩ خمسة مجلدات.
٤. مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري أصدرتها وزارة العدل المصرية، مطابع دار الكتاب العربي، ١٩٤٩.
٥. المجموعة الرسمية للمحاكم الأهلية التي كانت تصدرها وزارة العدل المصرية.
٦. مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض وأصدرها المكتب الفني بمحكمة النقض المصرية.
٧. المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني الصادر في ١٩٧٩ مطابع الكتاب المدرسي بوزارة التربية والتعليم، صنعاء، الكتاب الأول.

## خطأ الإمتناع فى المسؤولية المدنية

### دراسة تحليلية ومقارنة

الدكتور الصغير محمد مهدى

مدرس القانون المدنى

كلية الدراسات القانونية والمعاملات الدولية ، جامعة

فاروس بالاسكندرية

### مقدمة

تعد المسؤولية المدنية بمثابة العمود الفقري للنظرية العامة للالتزام حيث انها تغطى معظم العلاقات القانونية التى لا تقوم على علاقة عقدية او كانت تقوم على علاقات عقدية ولكن لم تكتمل بعد حياتها للبطلان او الفسخ او غيره، أى المعاملات غير العقدية وهى علاقات تحتل بلا شك اهمية كبيرة لدى كل نظام قانونى لاي مجتمع ، خاصة وان المسؤولية المدنية قد تقوم دون وجود نص خاص يقررها وذلك على خلاف المسؤولية القانونية الجنائية التى تخضع فى قيامها لمبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" ومن هنا كان الخلاف حول مدى قيام المسؤولية المدنية للشخص الذى يمتنع عن مساعدة اخر فى خطر دون ان يكون هناك نص او التزام خاص يلزم الاول بذلك اى بالمساعدة وعدم الامتناع. كما ان ما صدر عن الاول هنا هو مجرد الامتناع اى سلوك سلبى وهو ما قد يعبر عن فكرة الخطأ فى المسؤولية المدنية و التى هى محور بحثنا هذا.

والدافع لهذا البحث هو ان ما قرره المشرع من تنظيم للمسؤولية المدنية عن الامتناع يكاد يكون معدوما ، فى حين نجد الفقه الاسلامى قد اهتم باقرار مسؤولية الممتنع خاصة الامتناع عن اغائة الملهوف فى اطار فكرة الضمان و موقف المشرع بذلك يمثل قصور فى التنظيم القانونى يمكن ان يسده القاضى بالمتمتع فى الفقه الاسلامى حيث كون مبادئ الشريعة مصدر من مصادر التشريع.

وعن أهمية هذا البحث تتعدد صورها منها لفت انتباه المشرع الى الاهتمام بتنظيم المسؤولية المدنية للممتنع خاصة فى حالة عدم وجود التزام خاص عليه بعدم الامتناع رغم انه يمكن ان يمثل هذا الامتناع خطأ وفقاً للمألوف او المعتاد وفق سلوك الشخص المعتاد بما يوجب المسؤولية ، فلا يعتمد عليها القضاء لانها غير مستقر عليها فى التنظيم القانونى ، كما هو فى مسؤولية المؤرخ عن عدم ذكر الحقيقة فى ما يكتبه عن التاريخ فى مؤلفاته مما قد يتسبب فى الاضرار بشخص ما .

وعلى ذلك نتناول بالبحث والدراسة فعل او خطأ الامتناع فى المسؤولية المدنية من خلال التقسيم التالى :

- مبحث تمهيدي: مفهوم المسؤولية القانونية .

- مبحث اول: مفهوم خطأ الامتناع .

- مبحث ثان: تطبيقات على خطأ الامتناع

**مبحث تمهيدي**

### **مفهوم المسؤولية القانونية**

ان دراسة خطأ الامتناع فى المسؤولية المدنية للممتنع - الضمان عن الامتناع فى الفقه الاسلامى - تقتضى بداية أن نعطي نبذة مركزة عن مفهوم المسؤولية القانونية بشقيها الجنائي والمدني - العقوبة والضمنان - وذلك بعد أن نميزها عن المسؤولية الأدبية . وفق مفهوم المسؤولية فى القانون والفقه الوضعى .

فى البداية تثير فكرة المسؤولية فى القانون الوضعى فكرتى الخطأ و الجزاء . فالسؤولية تقتضى وقوع خطأ ، و تتمثل فى مجازة مرتكبه . والخطأ قد يكون أدبياً ، وقد يكون قانونياً ، وتبعاً لذلك تكون المسؤولية أدبية أو قانونية . بينما فى المفهوم الشرعى يشترك الضمان والعقوبة كتعبير عن المسؤولية القانونية - بشقيها المدنى و الجنائى - فى السبب الموجب لهما و هو مخالفة أحكام الشارع الملزمة و اتيان المحظورات الشرعية التى نهى الله سبحانه

وتعالى عنها<sup>١</sup>، كما يشتركان - من ناحية أخرى - فى الأساس الشرعى الذى يقوم عليه كل منهما ، وهو مؤاخذه كل نفس بما ارتكبت ومسؤوليتها عن اضرارها بالغير<sup>٢</sup>. وهو اساس ارساه القرآن الكريم فى اكثر من موضع. من ذلك قوله تعالى (كل نفس بما كسبت رهينة) وقوله (لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت)<sup>٣</sup>.

### أولاً - المسؤولية الأدبية :

الخطأ موضع المؤاخذه فى المسؤولية الأدبية - فى فقه القانون الوضعى - خطأ أدبي يعبر عن إخلال بواجب ادبى والجزاء المترتب علي هذا الخطأ هو بدوره جزاء ادبى ، يتمثل فى تأنيب الضمير أو إستهجان المجتمع أو جزاء ديني يتمثل فى العقاب الإلهي فى الحياة الآخرة . وتتميز هذه المسؤولية بأنها تتحقق دون توقف علي إحقاق الخطأ الأدبي ضرراً بأحد ، بل إن هواجس النفس وخلجات الضمير قد تحقق المسؤولية الأدبية<sup>٤</sup> ؛ ويؤدي ذلك إلي إتساع نطاقها خاصة وانها تتناول علاقة الانسان بمخالقه وسلوكه نحو نفسه وغيرها<sup>٥</sup>.

### ثانياً - المسؤولية القانونية "الجنائية ، والمدنية" :

والخطأ موضع المؤاخذه هنا خطأ قانوني يتمثل فى الأخلال بالتزام قانوني ، ويتعرض مرتكب هذا الخطأ لجزاء قانوني قد يكون عقوبة إذا

- 1 راجع محمد احمد سراج ، ضمان العدوان فى الفقه الاسلامي ، دراسة فقهية مقارنة باحكام المسؤولية التقصيرية فى القانون ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ١٤١٠هـ ، ١٩٩٠م . ص ٦٧ .
- 2 راجع محمد المرسي زهرة ، المصادر غير الارادية للالتزام فى قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة ، مطبوعات جامعة الامارات العربية المتحدة (٦٤) الطبعة الاولى ، ص ١٧ .
- 3 سورة المدثر الاية رقم (٣٨) .
- 4 سورة البقرة الاية رقم (٢٨٦) .
- 5 أنظر ، حبيب إبراهيم الخليلي "مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية فى المجتمع الاشتراكي" ، رسالة دكتوراه ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٦٧ . ص ١ . وراجع أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط فى شرح القانون المدني الجديد ، ج١ ، ص ٧١٤ .
- 6 أنظر ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط فى شرح القانون المدني الجديد ، ج١ ، مرجع سابق ، نفس الموضوع .
- 7 راجع حبيب إبراهيم الخليلي ، الرسالة السابقة ، نفس الموضوع .

كان هذا الأخلال يمس مصلحة المجتمع . وهذه هي المسؤولية الجنائية . وقد يكون - اي الجزاء - مجرد تعويض يلزم به المسئول إذا إقتصر أثر هذا الاخلال علي المساس بمصلحة فردية وهذه هي المسؤولية المدنية<sup>1</sup> . وقد تتحقق المسئوليتان معاً إذا ترتب علي الاخلال بالإلتزام القانوني مساس بمصلحة المجتمع ، والمصلحة الفردية معاً كما هو الحال في جرائم القتل والضرب والسرقه والنصب والسب والقذف ، ولتحقيق المسؤولية القانونية بنوعيتها يشترط - علي خلاف المسؤولية الأدبية - وقوع ضرر سواء أصاب المجتمع ، وبه تتحقق المسؤولية الجنائية ، أو أصاب فرداً من الأفراد وبه تتحقق المسؤولية المدنية . ولا يكفي وقوع الضرر لتحقق المسؤولية القانونية وإنما يشترط الي جانب ذلك أن يقوم الخطأ بدور السبب بالنسبة للضرر ، ويعبر عن هذا الشرط برابطة السببية بين الخطأ والضرر . ولهذا تتميز المسؤولية القانونية بنوعيتها بعنصري الضرر والسببية ولا تلتقي مع المسؤولية الأدبية إلا عند عنصر الخطأ وفي نطاق ضيق . فبينما تتناول هذه الأخيرة - اي المسؤولية الادبية - سلوك الأنسان فحوربه ونحو الآخرين ونحو نفسه تقتصر الأولي - اي المسؤولية القانونية - علي تنظيم علاقته بالآخرين<sup>2</sup> .

ومع ذلك فإن الخطأ بسحب الاصل لا يقوم إلا علي إنحراف في السلوك ، وبذلك فإن الخطأ الذي تتحقق به المسؤولية القانونية - جنائية

1 والمسؤولية المدنية بدورها قد تكون مسؤولية عقدية إذا كانت تربط المسئول بالمضروب علاقة عقدية ، وقد تكون تقصيرية إذا لم توجد هذه العلاقة التي أخل بها المسئول المتعاقد . ومثال المسؤولية العقدية مسؤولية البائع عن عدم تسليم العين المبيعة ومثال المسؤولية التقصيرية الناشئة عن حوادث السيارات . انظر في شأن تفاصيل أكثر ، زهدي يكن ، المسؤولية المدنية أو الأعمال غير المباحة ، الطبعة الأولى ، منشورات المكتبة العصرية - صيدا بيروت بدون تاريخ نشر ، ص ١٦ وما بعدها وكذلك ، حسين عامر ، وعبد الرحيم عامر ، المسؤولية المدنية "التقصيرية والعقدية" ، الطبعة الثانية ، دار المعارف ، ١٩٧٩ ، ص ١٦ وما بعدها وكذلك حبيب ابراهيم الخليلي ، الرسالة السابقة ، ص ١ .

2 راجع حبيب ابراهيم الخليلي ، رسالته السابقة ، ص ٢ ، وقارب في تلك التفاصيل و Ph . Le Tourneau , L. Cadiet , Droit de la responsabilité و Dalloze - Delta , 1996.p1 et s.



كانت أو مدنية - كإخلاف في السلوك قد ينشئ عن فعل إيجابي إذا تمثل في الإخلال بقاعدة ناهية عن عمل معين كالقاعدة التي تنهي عن القتل أو السرقة ويسمي بالخطأ الإيجابي أو مسؤولية الفاعل أو المسؤولية عن الفعل ، وقد ينشئ عن الترك المجرد أو بمناسبة عمل مثل إمتناع الطبيب عن إسعاف المريض الذي ينبغي عليه علاجه وسمي ذلك الخطأ بالخطأ السلبي<sup>١</sup>. وتسمى المسؤولية هنا بالمسؤولية عن الامتناع او مسؤولية الممتنع . وبذلك فلا تختلف المسؤولية القانونية للممتنع عن المسؤولية القانونية للفاعل فكلاهما تتطلب وقوع خطأ ووقوع ضرر أو تحقق نتيجة إجرامية معاقب عليها وأرتباط الخطأ بالضرر أو النتيجة برابطة السببية<sup>٢</sup>. وفي شأن تعريف الخطأ تعددت التعريفات التي ادلي بها الفقه<sup>٣</sup>. ومع ذلك فإننا نؤيد منها تعريف الدكتور / حبيب ابراهيم الخليلي. حيث عرف الخطأ بوجه عام بأنه "إخلال بالتزام قانوني". والالتزام القانوني هذا هو التزام ارادى يقره القانون أو غير ارادى ينشئه صراحة أو ضمنا. ويحصر صاحب

- 1 انظر حسين عامر ، وعبد الرحيم عامر ، المسؤولية المدنية ، مرجع سابق ، ص ١٦ وما بعدها ، و ص ١٥٢ وما بعدها ، وأنظر كذلك محمد حسين علي الشامي ، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية . دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري واليمنى والفقه الإسلامى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٠ ص ١٨٦ وما بعدها ، و ص ١٩٣ وما بعدها .
- 2 راجع زهدي يكن ، المرجع السابق ، ص ١٧ وما بعدها ، و ص ٢٤ وما بعدها ، و راجع حسين عامر وأخر ، المرجع السابق ، ص ١٥٢ وما بعدها ، و راجع كذلك حبيب ابراهيم الخليلي ، رسالته السابقة ، ص ٣.
- 3 ولعل السبب في صعوبة وضع تعريف شامل ومحدد للخطأ هو تعدد أشكال الخطأ وصوره حيث زيادة هذه الصورة وتنوعها مع مرور الزمن وتقدم الحياة الإنسانية بجميع جوانبها ومن ثم كان لزاما على الفقهاء الذين يتعرضون بالدراسة للخطأ وتحديد ما هيته وأركانه أن يضعوا تعريفا جامعا مانعا لفكرة الخطأ الواسع الأشكال والمتعدد الصور ، أنظر في تفاصيل ذلك ، محمد حسين علي الشامي ، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية ، مرجع سابق ، ص ١٨ وما بعدها ، وكذلك أنظر حسين عامر وأخر ، المرجع السابق ، ص ١٢ وما بعدها . وأنظر كذلك أحمد شعبان محمد طه ، المسؤولية المدنية عن الخطأ المادي لكلا من الطبيب والصيدلي والحامى والمهندس المعماري ، في ضوء أحكام الفقه والقضاء ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠١٠ ص ١٣ وما بعدها .

هذا التعريف الإلتزامات القانونية التي يعد الاخلال بها خطأ - حصراً نوعياً - في الإلتزامات التالية<sup>١</sup> :-

- ١- الإلتزام بالامتناع عن عمل معين .
  - ٢- الإلتزام بإداء عمل معين .
  - ٣- الواجب العام - والتبصير بمنسابة عمل مشروع .
  - ٤- واجب إستعمال الحقوق بحسن نية .
- هذا ويتطلب قيام المسؤولية المدنية تقصيرية كانت أو عقدية حدوث ضرر فإذا لم يكن هناك ضرر فلا مسؤولية مهما كان الخطأ مؤكداً - فالضرر هو الذي تقوم المسؤولية من أجل تعويضه -<sup>٢</sup> . أي أنه لا يعتد بالخطأ إلا إذا كان هناك ضرر وكذلك لا يعتد بالضرر إذا لم يكن هناك خطأ. والضرر قد يكون ماديًا يصيب المضرور في ماله وقد يكون أديباً يصيب المضرور في شعوره. والضرر - الذي يعرض عنه - في المسؤولية التقصيرية هو الضرر المباشر متوقفاً كان أو غير متوقع<sup>٣</sup> . بينما في المسؤولية العقدية يقتصر التعويض عن الضرر المتوقع دون الضرر غير المتوقع إلا في

- 1 راجع حبيب ابراهيم الخليلي ، رسالته السابقة ، ص ٦ وما بعدها وص ٢٠- ٢١ .  
وراجع أيضاً
- Savatier (R.) , traité de la responsabilité en droit français , ١e éd , 1951 . No 42 ets , M . Planiol , Etude sur responsabilité civil , revue cri - legis et jurus. 1965 . p.278 et s . Viney (genevieve) , traité de droit civile sous la directionale JACQUES GHESTEN , les obligations. Responsabilité : conditions H.G. D . paris .1982.p.532 et s , tom SIV,la , Demogue (R), traité des obligations en général رسالته السابقة ، ص ٢١ ، .مشار اليه لدي حبيب ابراهيم الخليلي ، 'T III , p.437 ، وذلك في المسؤولية المدنية ، راجع نقض ١٩٦٠/١/٧ س ١١ ص ١٥ و ٣٠/٥ ١٩٦٢/٥ س ١٣ ص ٧١٦ . و يجب علي المحكمة أن تبين في مدونات حكمها عناصر الضرر الذي قضت من اجله بهذا التعويض وتخضع محكمة الموضوع في ذلك لرقابة محكمة النقض. أما تقدير تلك العناصر فلا رقابة لمحكمة النقض عليه مادامت استندت الي أدلة مقبولة ، أنظر نقض ١٩٩٠/٤/٤ . الطعن ٢٣٨٤ لسنة ٥٤ ق.
- 3 راجع نقض ١٩٧٤/١١/١١ ، س ٢٥ ، ص ١٢١٠ ، و راجع نبيل ابراهيم سعد ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام ، دار الجامعة الجديد ، الاسكندرية ٢٠٠٧ ، ص ٤٣٨ .

حالي الغش والخطأ الجسيم<sup>١</sup>. هذا ولا يكفي لقيام المسؤولية المدنية بشقيها حصول الضرر لشخص ووقع خطأ من شخص آخر ، بل لابد أن يكون هذا الخطأ هو السبب المباشر في حدوث الضرر وإلا إنعدمت المسؤولية وقد نصت المادة ١٦٣ مدني علي ضرورة توافر ركن السببية بنصها علي أن " كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض"<sup>٢</sup>.

ثالثاً - صور المسؤولية المدنية :

وتتنوع المسؤولية المدنية الي مسؤولية عقدية وأخري تقصيريه ، والمسؤولية العقدية تقوم علي الاخلال بالتزام عقدي . ولذلك يختلف نطاق المسؤولية باختلاف ما إشتمل عليه العقد من إلتزامات ، و المسؤولية العقدية تفترض سلفاً قيام رابطة عقدية بين الدائن والمدين ، وبذلك فإن هذه المسؤولية لا تقوم إلا بينهما ، فكل من المدين ، والدائن يعرف كل منهما الآخر ، فالبائع الذي يتعرض للمشتري في العين المبعة تقوم مسؤوليته العقدية لإخلاله بإلتزامه العقدي بعدم التعرض<sup>٣</sup> . أما المسؤولية

1 والضرر المادي يشترط فيه أن يكون ناشئاً عن الاخلال بمصلحة مالية مشروعة وأن يكون محققاً ، والضرر الأدبي علي خلاف الضرر المادي لا يصيب الشخص في ماله وإنما يصيب مصلحة غير مالية ومثال للضرر الأدبي تشويه الجسم ، وخذش الشرف والاعتداء علي السمعة او العرض والخط من الكرامة ، فالضرر الأدبي بصفة عامة هو كل ما يؤدي شعور الشخص أو عاطفته فيسبب له ألياً او حزناً . راجع نبيل ابراهيم سعد ، مصادر الإلتزام ، مرجع سابق ، ص٤٣٨ وما بعدها ، ص٤٤٦ وما بعدها ، وانظر تقض ١٥/٣/١٩٩٠ الطعن ٣٠٨ لسنة ٥٨ ق . نقض ٢٩/٤/١٩٩٨ الطعن ١٠٧ لسنة ٦٧ ق مجلة القضاة ، السنة ١٢٩ لعدد الثاني ١٩٩٧ ص ٢٦٩ .

2 فإذا قاد شخص سيارة دون أن يحصل علي ترخيص بالقيادة ثم دهس أحد المارة الذي ظهر فجأة في طريقه بحيث لم يكن يستطيع أن يتفاداه ، فإنه لا يكون مسؤولاً عن هذا الحادث بالرغم من خطئه في القيادة بدون ترخيص لإنعدام السببية بين الخطأ والحادث الذي وقع اي الضرر . ولكن تنشأ الصعوبة في تحديد توافر هذه الرابطة عند تعدد الأسباب أو تسلسل الأضرار كما أن هذه السببية تنعدم إذا توافر السبب الأجنبي . راجع ، نبيل ابراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص ٤٥٠ .

3 ونلاحظ أن المسؤولية المدنية تستجيب لفكرة واحدة الإلتزام بتعويض الضرر المترتب علي الاخلال بالتزام أصلي سابق ، مصدر هذا الإلتزام قد يكون عقد فتكون مسؤولية عقدية او نص في القانون بمعناه الواسع فتكون المسؤولية تقصيريه وهذه هي صور المسؤولية المدنية والتي تختلف صورتها بحسب مصدر الإلتزام الذي أدخل به الشخص "المسؤل" ، أنظر نبيل ابراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص ٣٧٤ .

التقصيرية فإنها تقوم علي الاخلال بالالتزام مصدره القانون . وهذه المسؤولية تفترض عدم وجود أية علاقة بين المدين والدائن فالمدِين كان أجنبياً عن الدائن قبل ان تتحقق هذه المسؤولية ، ولا تنشأ رابطة الألتزام بين المدين والدائن إلا بعد أن تحققت المسؤولية . فالشخص الذي يتعرض للمالك عين معينة تقوم مسؤوليته التقصيرية لإخلاله بالالتزام قانوني وهو عدم التعرض للمالك في ملكة<sup>1</sup> .

وفي إطار ما تقدم يكون البحث في المسؤولية المدنية للممتنع ، حيث أن الفقهاء في معظم الأنظمة القانونية لم يهتموا بدراسة الخطأ السلبي أو خطأ الامتناع بقدر اهتمامهم بدراسة الخطأ الإيجابي وذلك لأسباب عديدة أهمها أن الخطأ السلبي - أو خطأ الامتناع أو الامتناع الخاطيء - هو أمر داخلي لا يظهر في العالم الخارجي ، ولا تدركه الابصار ، وبالتالي يصعب اثباته واثبات النتائج المترتبة عليه<sup>2</sup> . خاصة في شأن المسؤولية

- 1 وإن كان الثابت أن المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية تقومان علي مبدأ واحد ، وهو الاخلال بالالتزام أصلي سابق ، غير أن اختلاف طبيعة الالتزام السابق كان لها انعكاس علي القواعد المنظمة لكل من المسؤوليتين من حيث مدي تعويض الضرر ومن حيث التقادم ومن حيث مدي جواز الاتفاق علي الاعفاء من المسؤولية ، انظر نبيل ابراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص ٣٧٥ وما بعدها.
- 2 مع أن الفرق بين الخطأ الإيجابي والخطأ السلبي واضح فلو ان شخصاً يقوم بقيادة سيارته بسرعة تجاوز السرعة المقررة قانوناً فيصدم شخصاً ، نتيجة ذلك فيلقي مصاباً علي الأرض ينزف دماً ويتركه صاحب السيارة ويهرب . فإذا بشخص يمر بسيارته يري المصاب ويمتنع عن انقاذه او حتي طلب النجدة له و يسير بجواره دون ان يتحرك له ساكن ماضياً في طريقه ، في حين لو قدم له يد المساعدة لانتقد حياته دون أن يصاب بضرر فيتوفي المصاب وهو ماكث في مكانه فيأتي القانون ليواجه هذا السلوك الانساني من شخصين الأول صاحب الخطأ الإيجابي والثاني الممتنع صاحب الخطأ السلبي فيجرم فعل الأول ويقيم له مسؤولية جنائية ومدنية . وفي حين يقف متيحراً امام سلوك - الثاني - الممتنع رغم أن سلوكه مناف لقواعد الدين والاخلاق ، إلا أنه إما أن يغفل تنظيم مسؤولية هذا الشخص - الاخير - او يتردد كثيراً في قيامها بسبب أن سلوك الممتنع أمر داخلي يصعب إثباته وإثبات الاضرار الناتجة عنه ، وهذا الموقف المتردد نلاحظه في الكثير من التشريعات ومنها التشريع المصري الامارتى و العماني . راجع ايمن سعد سليم ، الامتناع مصدراً للمسؤولية المدنية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص ٧ - ٨ وراجع أيضاً حسين عامر وآخر المرجع السابق ، ص ١٥٢ وما بعدها وراجع أيضاً حبيب ابراهيم الخليلي رسالته السابقة ، ص ١ وما بعدها و ص ٩٤ بعدها.

المدينة عن الامتناع عن مساعدة من يكون في حالة خطر ، وكذلك بسبب حصر معظم الدراسات التي تعرضت للخطأ السلبي أو الامتناع في نطاق دراسة المسؤولية الجنائية وفقاً لمبدأ انه لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون<sup>1</sup> ، وكذلك ندرة الاهتمام بدراسة هذا الامر في شأن المسؤولية المدنية .  
رابعاً: مفهوم الضمان :-

يلاحظ ان العديد من الدول العربية اعتنقت في تنظيمها القانوني للمسؤولية المدنية نهج الفقه الاسلامي حيث اعتماد فكرة الضمان ومن هذه الدول نذكر دولتي السودان و الامارات العربية المتحدة ومن بعدهم - حديثاً دولة سلطنة عمان - ، وتحقيقاً لرغبة المشرع الاماراتي - الصادقة ومن تبع نهجه - في الالتزام بمبادئ الشريعة الاسلامية كانت احكام قانون المعاملات المدنية رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ سيلا لذلك. حيث نظمت احكامه المسؤولية المدنية - التقصيرية - تحت المفهوم العام للفعل الضار متأثرة بالفقه الاسلامي ، ومن ثم اعتماد فكرتي الاضرار والضمان في الفقه الاسلامي اساساً لهذه المسؤولية<sup>٢</sup>. ولذا نوجز فكرة عامة عن الضمان التي من خلالها وبها نظم المشرع الاماراتي والعصامي المسؤولية التقصيرية .

1 ويربط البعض صعوبة ذلك بصعوبة مسألة الأثبات فقط وهذا ليس بمستحيل . مع إننا نؤيد وبحق من يري توسيع نطاق المسؤولية المدنية للممتنع - اي القائمة علي السلوك السلبي او خطأ الامتناع - وذلك استناداً الي القول بأن القانون فيما نص عليه من أن ك خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض ولم يقصر ولم يقصد أن يقصر قيام المسؤولية علي الفعل الايجابي دون السلبي وهذا القول انتصر له اغلب الفقه المصري والفرنسي ، راجع حسين عامر وآخر ، المرجع السابق ، ص ١٥٣ - ١٥٤ وكذلك أنظر

Cass . Civ.8 janv. 1923. D. 1923-1-33.

2 حيث يتضح من نصوص قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة انه تبنى فكرة المسؤولية الموضوعية تأثراً منه بالفقه الاسلامي والتي يتركز جوهرها في حماية المضرور وضمان تعويضه عما اصابه من ضرر ، اما تقويم سلوك مرتكب الفعل الضار فلا يدخل في حساباتها الا عرضاً وهذا في رأينا سنأنا لان يقرر القاضى مسؤولية الممتنع عن صمان الاضرار التي تصيب الغير في حالات كثيرة و متنوعة ان لم يقوم المشرع بوضع نص قانوني خاص لمسؤولية الممتنع عن اضرار الغير . انظر في شأن مفهوم الاضرار. عدنان سرحان ، المصادر غير الارادية للالتزام ، الطبعة الاولى . مكتبة الجامعة ، الشارقة . ٢٠١٠ . ص ١٧ وما بعدها .

لغويا فقد جاء فى مختار الصحاح : "ضمن الشيء بالكسر ضمانا كفل به فهو ضامن وضمين وضمنه الشيء تضمنا فضمنه عنى غرته فالتزمه" وقد يراد بالضمان فى الاصطلاح ايضا الكفالة او الالتزام او التعويض بما يفيد بان المعنى العام للضمان ينصرف الى شغل الذمة بواجب يطلب الوفاء به اذا توافرت شروطه وقد ينصرف الى ما يجب اداؤه من مال تعويضا عن مال فقد أو ضرر من الشخص فى جسده. ومع ذلك نقصد بالضمان هنا ضمان العدوان او التعدى - أى المسؤولية التقصيرية - هو شغل الذمة بحق مالى للغير المضرور جبرا للضرر الذى اصاب الغير نتيجة مخالفة القواعد الشرعية العامة التى تقرر حرمة مال الفرد وعرضه - وجسده - مما لا يرجع الى واجب الوفاء بالعقود. فالعدوان الموجب للضمان - هنا - يتمثل فى اتباع سلوك ايجابى او سلبى مخالف لما امر به الشارع او نهى عنه بالنسبة للكافة.<sup>٢</sup>

ولا ريب فى ان الضمان بالمعنى السابق مشروع فى الفقه الاسلامى. وادلة مشروعيته كثيرة بعضها مستمد من القرآن الكريم ، وبعضها مستمد من السنة النبوية الشريفة. وبذلك يتضح ان الشريعة الاسلامية تأمر بحفظ الاموال و الابدان و الاعراض ، وحرمت الاعتداء عليها ، وشرعت - حماية لها - الضمان على المعتدى صونا وحماية لها

١ وبذلك قد يأتى الضمان - فى اللغة - بمعنى الكفالة فنقول : ضمن الشيء ضمانا ، فهو ضامن وضمين اذا كفله. وقد يأتى بمعنى الالتزام فنقول ضمننت المال اذا التزمته ، ويتعدى بالتضعيف فنقول : ضمنه المال ، اذا التزمته اياه. وقد يأتى بمعنى التغيريم فنقول : ضمنه الشيء تضمنا اذا غرته فالتزمته. راجع مادة ضمن. وقارب الاشباه والنظائر لابن نجيم ، الجزء الاول ص ١٨٢. وراجع ايضا محمد احمد سراج ، ضمان العدوان فى الفقه الاسلامى ، مرجع سابق ، ص ٥٥ وراجع على الحقيف ، الضمان فى الفقه الاسلامى ، محاضرات القاها على طلبة قسم البحوث و الدراسات القانونية .معهد ، البحوث والدراسات العربية ، جامعة الدول العربية .١٩٧١. ص ٤ وما بعدها وراجع. محمد المرسى زهرة. مصادر الالتزام فى قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة. الطبعة الاولى. مطبوعات جامعة الامارات العربية المتحدة رقم (٦٤). ص ١١ - ١٢ .

٢ راجع على الحقيف. الضمان فى الفقه الاسلامى .مرجع سابق .ص ٤ وما بعدها .  
٣ راجع محمد المرسى زهرة .مصادر الالتزامات ، مرجع سابق .ص ٣٥ . وراجع ايضا محمد سراج ، مرجع سابق .ص ٨٤ .

، وجبرا للضرر الذى يلحق المعتدى عليه من جراء الاعتداء ، وقمعا للعدوان وزجرا للمعتدين . لذلك يعتبر الضمان من الجوابر فى مقابل الزواجر وذلك بهدف " جلب المصالح وجبر ما فات من مصالح حقوق الله وحقوق العباد " .<sup>١</sup> وعليه كانت احكام الضمان فى قانون المعاملات المدنية الاماراتى و السودانى و العمانى .

ومن هنا - اى من خلال احكام قانون المعاملات المدنية فى الامارات و السودان و سلطنة عمان المنظمة للعمل الضار - ينصرف مصطلح الضمان الى ضمان العدوان بمعنى ضيق وقصره - من ثم - على حالات وجوب التعويض عن الاضرار الناشئة عن التعدى ومخالفة الاحكام الشرعية العامة التى تحرم الاضرار بالغير فى بدنه و امواله . وبهذا المعنى فان ضمان العدوان يقابل ما يسمى بالمسؤولية المدنية التقصيرية فى الفقه القانونى الوضعى<sup>٢</sup> . وعلى ذلك يكون البحث فى ضمان الممتنع .

## المبحث الأول

### مفهوم خطأ الامتناع<sup>٢</sup>

نحاول أن نبين فى هذا المبحث المقصود بالامتناع الذى يشكل خطأ موجبا للمسؤولية المدنية للممتنع وذلك من خلال بيان تاريخ نشأته وتحديد معياره وبيان حالاته أو صورة .

١ من هذه الادلة قوله تعالى فى الاية رقم ١٨ من سورة فاطر " ولا تزواجرة ووزر اخرى " وفى الاية رقم ٤٦ من سورة فصلت " من عمل صالحا فلنفسه ومن اساء فعليها " وغيرها ، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم - ان " ظهر المؤمن حمى الا فى حد او فى حق " راجع : محمد سراج المرجع السابق ص ٣٧ . وقارب على الحقيف ، المرجع السابق ص ٨ - ٩ . وراجع ، محمد الرسى زهرة المرجع السابق ، ص ١٥ - ١٦ .

٢ راجع محمد الرسى زهرة ، المرجع السابق ، ص ٣١ ، ص ٣٥ وقارن عدنان سرحان المرجع السابق ص ١٧ وما بعدها .

٣ ويطلق عليه ايضا الخطأ السلبي أو الامتناع الخاطئ او السلوك السلبي كخطأ .

## المطلب الأول

### تاريخ الامتناع ومعناه

نتناول في هذا المطلب الحديث عن معنى خطأ الامتناع من خلال عرض تطوره التاريخي ومن ثم تحديد معيارا للامتناع الخاطيء وبيان صورته في الفروع التالية :

### الفرع الأول

#### تاريخ خطأ الامتناع

اثارت مسألة تنظيم الامتناع كخطأ موجب لمسؤولية الممتنع من عدمه إهتمام الأفراد في المجتمعات القديمة . خاصة أن هذه المسألة مرتبطة بمبدأ إجتماعي اساسي ألا وهو ضرورة التعاون والتكافل بين أفراد المجتمع الواحد ، وأن الانسان لا يستطيع بوحده مجابهة كل المخاطر التي يقابلها في حياته<sup>1</sup>. وعلي ذلك نتناول تاريخ خطأ الامتناع في القوانين القديمة وفي الشرائع السماوية كما يلي :

#### ١- تاريخ خطأ الامتناع في القوانين القديمة :

في القانون الفرعوني يلاحظ ان أحكامه كانت تعاقب علي صور مختلفة من الامتناع ولكن فقط في إطار التنظيم الجنائي -أي في اطار المسؤولية الجنائية - . وفي نطاق الامتناع المجرّد كانت تعاقب بالأعدام من يشاهد شخصاً معرضاً للقتل او التعذيب إذا امتنع عن التدخل لإنقاذه متي كان يستطيع ذلك . فإذا كان من المتعذر إنقاذ المجني عليه كان يجب علي من يشاهد الحادث التبليغ عنه ، فإذا امتنع عن التبليغ عوقب بالجلد و الصوم الاجباري لمدة ثلاثة أيام<sup>2</sup>. هذا وكان مجرد الكتمان معاقباً عليه في

1 ولعل أهم أسباب ميل كل إنسان منذ أن خلق الي الحياة في مجتمع هو هذا الهدف ، أي حاجته لمساعدة الآخرين ، وحاجتهم لمساعدته بحيث إذا امتنع اي فرد عن اداء دوره الاجتماعي في معاونة أفراد المجتمع الآخرين قامت مسؤوليته عن جبر الأضرار التي تصيبهم من جراء إمتناعه ، راجع ايمن سعد سليم ، المرجع السابق ، ص ١١ .

2 (J.)Bourrint , "L'Abstention , source de responsabilite Civile , delictuelle" Thèse, Montpellier , 1959 , P.58 et s.=



بعض الحالات وكان قد فرض التزامات ايجابية أخرى يمثل الاخلاق بها إمتناعاً يعرض الممتنع للعقاب<sup>١</sup>.

وفي القانون الروماني ، حيث سيطرة فكرة الشكلية علي أحكامه فإنه لم يكن يعتبر الامتناع خطأً يوجب المسؤولية المدنية وإنما نظمه ايضا في إطار المسؤولية الجنائية ، فجرم وفقاً لقانون اكويليا امتناع الشخص عن اداء اليمين القانونية اثناء المحاكمات و عاقبة بالأعدام، وايضاً قرر عقوبة الاعدام لمن يمتنع عن تغذية طفل وليد إذا أدى هذا الامتناع الي موته وايضاً عقاب الخطاب الذي يمتنع عن الصباح لتنبية المارة عند إلقائه فرعاً من الشجرة إذا ما سقط الفرع علي عبد فأماته ، بشرط أن تقع الحادثة بجوار طريق عام سلطاني او قروي<sup>٢</sup>.

=v. Delamarre, traité de la police " Live I , Titre , Is .  
p.15.et . V , (J) Caport , Esquisse d'une histoire de droit  
penal égyptien" Bruxelles , 1990. P.p.11-12.

وراجع أمين سعد سليم ، المرجع السابق ، ص ١٢ ، حبيب ابراهيم الخليلي ، رسالته السابقة ص ٢٨.

١ وما أوجنا لمثل هذه المعاني - التي كان يحافظ عليها القانون الفرعوني قديماً - في يومنا الحالي مصر الحديثة عقب ثورة ٢٥ يناير . ومن الامثلة المعروفة لهذه الالتزامات الالتزام الذي كان يفرض علي رب الأسرة بأن يقوم بتقديم اقراراً سنوياً الي قضاة محل إقامته في بداية كل عام يبين فيه الطريقة التي يتبعها في كسب عيشه و إذا كان كسب العيش بطرق غير مشروعة أو قدم اقرارات مخالفة للحقيقة عن هذه الطرق كانت العقوبة الاعدام ولعل القانون الفرعوني لم يكن يهتم بتنظيم قواعد المسؤولية المدنية الناشئة عن الامتناع علي اساس ان هذا القانون كان يتميز بالشدة في عقوباته . لأن عقوبة الاعدام كانت جزاء لجرائم كثيرة في ظل هذا القانون . راجع ، حبيب ابراهيم الخليلي ، رسالته السابقة ، ص ٢٩ . وكذلك راجع ، امين سعد سليم ، المرجع السابق ، نفس الموضوع .

٢ وحيث كانت القاعدة العامة في جريمة الاعتداء علي مال الغير طبقاً لقانون اكويليا أن يكون الخطأ ايجابياً ومجرد الامتناع لم يكن خطأً فإذا امتنع شخص عن إطفاء النار المشتعلة بملك الغير مع قدرته علي ذلك أو إنقاذ عبد مشرف علي الغرق مع استطاعته إنقاذه فلا عقاب علي هذا الامتناع وذلك علي خلاف الحال في نطاق جرائم الاشخاص فقد كان يعاقب فيها علي الامتناع المجرد . انظر في ذلك عبد المنعم بدر ، وعبد المنعم البدر اوي ، مبادئ القانون الروماني ، طبعة ١٩٥١ . ص ٩٥ . وراجع عمر ممدوح مصطفى ، القانون الروماني ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٤ . ج ١ ، ص ٣٦ كذلك راجع حبيب ابراهيم الخليلي ، رسالته السابق ص ٣٠ - ٣١ وكذلك راجع ، امين سعد سليم ، المرجع السابق ، ص ١٢ - ١٣ وانظر =

ولقد نظم قانون حمورابي صورا عديدة للامتناع ولكن في إطار المسؤولية الجنائية أيضاً، ومن أمثلة هذا التنظيم أنه جرم إمتناع تاجر النيذ عن تقاضي القمح ثمناً للشراب . وكذلك نظم مسؤولية الاطباء والمهندسين عن إهمالهم وهي مسؤولية عن امتناع يقع منهم بمناسبة اداء أعمالهم فمثلاً يعاقب بالاعدام المهندس الذي ادي إهماله في بناء منزل الي إنهياره وموت صاحبه<sup>١</sup> .

ونظر لتأثر القانون الكنسي بمبادئ مذهب الاخلاق المسيحي - حيث ضرورة التضامن بين أفراد المجتمع - نجد أنه اعتبر الشخص الذي يمتنع عن مساعدة شخص في خطر دون أن يصاب من جراء مساعدته بمخطر مرتكباً جريمة<sup>٢</sup> .

## ٢- تاريخ خطأ الامتناع في الشرائع السماوية :

هناك نصوص كثيرة وردت في الكتب السماوية - التوراة ، والانجيل ، و القرآن - تبين أن الامتناع عن القيام ببعض الافعال الذي

---

= (H.et L.) Mazeud et (A) Tunc , "Traité théorique et pratique .de la responsabilité civile delictuelle et contratuelle, Montchrestien , 1965 . 6é éme édition , tom e I . No 531, LEPOINTE (G) et (R) MONIER , Les Obligations en droit Romain et dans L' ancien droit français , Sirey 1954. p.p 156-157".

1 حيث أنه إذا كان ابن صاحب المنزل هو الذي مات نتيجة انهيار المنزل فقد كان من المقرر إعدام ابن المهندس "الباني" كما كانت تقطع يد الطبيب الذي يؤدي إهماله في علاج رجل حر من جرح خطير الي موته راجع حبيب ابراهيم الخليلي ، رسالته السابقة ، ص ٣١ - ٣٢ ومراجع ، علي بدوي ، ابحاث التاريخ العام للقانون الطبعة الثانية ١٩٤٧ ، ص ٣٨ وما بعدها .مشار اليه لدي حبيب ابراهيم الخليلي ، الرسالة السابقة ، نفس الموضوع .

2 وحيث كان ينص في هذا القانون صراحة علي ان الامتناع يعتبر خطأ اذا كان المتمتع يستطيع القيام بالعمل الذي امتنع عنه لمنع الضرر .راجع ايمن سعد سليم المرجع السابق ص ١٢ . وكذلك راجع :

SOURDAT(A),traité ,général de la Rsposabilité ou de la action en dommages et intérêt en dehors des contrite ,paris .Marchal etBillard ,1902.tome .t.5.éme.édition .no 442.pp.566-570

مشار اليهم لدى ايمن سعد سليم ، المرجع السابق . ص ١٤ .

يترتب عليها ضرر بالآخرين قد يمثل معصية أو ذنباً له عقوبة أخروية ولكن بعض أنواع الامتناع قد يمثل جريمة تستوجب بجانب العقوبة الآخروية عقوبة دنيوية<sup>١</sup>.

ونوجز ذلك في القول بأنه في الشريعة اليهودية نجد أنها قد عرفت صوراً من الامتناع ، فكانت تعاقب بالإعدام من يمتنع عن ضبط أو مراقبة ثوره رغم علمه بأنه ثور نطاح ، إذا نطح الثور رجلاً أو امرأة أو ابناً أو أبنة فمات مع أنه في هذه الحالة كان يمكن أن يفلت صاحب الثور من هذا المصير إذا ما ادي الدية التي قد تفرض عليه كما تضمنت الشريعة اليهودية أيضاً بعض الالتزامات الإيجابية التي اعتبر الاخلال بها امتناع خاطئ ومن ذلك الزامها من يجد شيئاً مفقوداً أو حيواناً شارداً برده الي صاحبه وكذلك إلزامها من يصادف حماراً أو ثوراً واقعاً في الطريق بمساعدة صاحبه علي اقامته<sup>٢</sup>. وبذلك فإن الامتناع المذكور يكون خطأ موجب للمسؤوليتين الجنائية والمدنية معاً حيث إنه إذا ترتب علي امتناع صاحب الثور الناطح عن حراسة ثوره ومراقبته وكبح جماحه وقتل رجل أو امرأة بعد إنذاره بأنه نطاح ، فإنه يعاقب بالإعدام الا اذا ارتضي ورثة المتوفي دفع الديه اليهم ، فعندئذ يستطيع مالك الثور أن يفندي نفسه بدفع الديه وفي ذلك تعبير قاطع عن المسؤولية المدنية للممتنع في الشريعة اليهودية .

وفي الشريعة المسيحية نجد في الانجيل قليلاً من النصوص الدالة علي صور الامتناع كخطأ موجب للمسؤولية المدنية مقارنة بالنصوص التي تعتبره خطأ موجب للمسؤولية الأدبية او الدينية<sup>٣</sup>.

- 1 راجع إيمان سعد سليم ، المرجع ، ص ١٥ .
- 2 راجع التفسير التطبيقي للكتاب المقدس ، طبعة ١٩٩٩ طبعة هولندا ، العهد القديم ، سفر الخروج ، الاصحاح ، ٢١ ، العدد من ٢٨ الي ٣٦ وسفر الخروج ، الاصحاح ، ٢٣ ، عدد ٤ ، ٥ .
- 3 حيث نص علي أن الامتناع عن مساعدة المحتاجين يعتبر عملاً غير اخلاقي ، ومعصية لأوامر الله تبارك وتعالى ، ولها عقوبة أخروية هي الخلود في النار انظر ما جاء في انجيل متى الاصحاح ٢٥ ، العدد من ١٤١ حتى ، ١٤٦ ، وانجيل لوقيا الاصحاح ، من ١٣ الي ٣٧ كما يعد من أهم تطبيقات القانون الكنسي لإعمال أحكام الشريعة المسيحية اعتبار الممتنع عن انقاذ شخص من الموت متى كان في مكانه ذلك دون ضرر - قاتلاً . ، و راجع حبيب ابراهيم الخليلي ، رسائله السابقة ، ص ٤٤ - ٤٥ وايضاً راجع ، إيمان سعد سليم ، المرجع السابق ، ص ١٩ ، وما بعدها .

وفي الشريعة الاسلامية حيث جاء الاسلام خاتماً لكافة الرسالات السماوية ، فقد اتجهت في أحكامها الي إقرار وتأكيد مبادئ كثيرة منها ضرورة التعاون بين بني البشر و التكافل بين افراد الانسانية جميعاً لذا نجد في احكامها البعض من أنواع الامتناع التي تقرر لها عقوبة أخروية فقط والبعض الأخر التي تقرر لها عقوبة دنيوية واخروية معاً وبذلك اتجهت الي المساءلة عن صور الامتناع المجرد ونذكر منها صورة امتناع الام عن ارضاع طفلها قاصدة قتله فهي بهذا الامتناع وحده ورغم عدم قيامها بأي عمل ايجابي آخر تعتبر قاتلة عمداً . هذا وقد نهت الشريعة الاسلامية عن كتمان الشهادة وقررت لهذا الامتناع عقوبة أخروية ودنيوية<sup>1</sup> .

ومن ذلك يمكن أن نؤكد علي أن الشريعة الاسلامية قررت إعتبار الامتناع -كسلوك سلبي - سلوك قد يمتل خطأ يكفى لقيام المسؤولية القانونية بشقيها المدني والجنائي او احدهما ، بالاضافة الي المسؤولية الدينية او الادبية .

## الفرع الثاني

### التعريف بخطأ الامتناع

اولاً: مفهوم الامتناع في اللغة والفقه الاسلامي :-

اقام الاسلام قواعد واصولاً تربوية فاضلة في نفوس ابنائه صغارا وكبارا رجالا ونساء، لا يتم تكوين الشخصية الاسلامية الا بها ولا تتكامل الا بتحقيقها ، ومن هذه القواعد و الاصول التي غرسها في

1 ومن الأمثلة لاعتبار الشريعة الاسلامية الامتناع خطأ موجب للمسؤولية نذكر صورة التصبر في إغاثة الملهوف اذ يروى أن رجلاً أتى أهل بيت و استسقامهم فلم يسقوه حتى مات من العطش فضمنهم عمر بن الخطاب دينه وكذلك من صور الامتناع المجرد التي عرفتها الشريعة الاسلامية الامتناع عن ربط الحبل السري للمولود ولعل أول امتناع خطئ منذ بدء خلقه الانسان سجله القرآن الكريم هو امتناع ايليس عن السجود لادم عليه السلام ومن آيات القرآن الكريم الدالة على ذلك نذكر آيتي صورة الماعون الآية ٦ و ٧ حيث قول الله تعالي "الذين هم يراءون ويمنعون الماعون" حيث التأكيد علي أن الامتناع يكون مصدراً للمسؤولية عامة وكافة صورها . راجع ابو بكر بن عبد الله ابن العربي ، أحكام القرآن ، الجزء الأول ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ص٢٧ وما بعدها م الجزء الرابع ايضا ص ٤٥٥ وما بعدها .

النفوس .مبدأ التعاون المثمر والترابط الوثيق .والادب الرفيع والمحبة المتبادلة .حتى اصبح هذا المبدأ بديهيا وتلقائيا بين الصادقين فى ايمانهم .وان ترك التعاون و المساعدة عند الحاجة ، بما هو ترك للواجب العام ، اثم ومعصية يستحق العقوبة <sup>1</sup> .

والامتناع فى اللغة يعنى :الامساك .<sup>2</sup> وفى الفقه الاسلامى الامتناع ليس فعلا حسيا .انما هو فعلا نفسيا كالكف يتسبب عنه تلف مال اخر <sup>3</sup> .و يعنى الامتناع عن فعل مأمور به .<sup>4</sup> كما امتناع الشاهد عن اداء الشهادة وامتناع الام عن ارضاع ولدها . وامتناع الطبيب عن معالجة مريضه . وغير ذلك مما هو مكلف به .غير ان الشريعة الاسلامية وضعت نظاما عاما يلزم المسلم بمساعدة الاخرين وتقديم العون لهم ، عند الحاجة ، حتى لو لم يكن مأمورا به ابتداء .جعلت الاخلال به يشكل جريمة لولى الامر ان يعاقب عليها ، كالامتناع عن انقاذ غريق او اسعاف مريض او اطعام جائع <sup>5</sup> .ومن الالفاظ التى لها صلة بموضوع الامتناع ، الاستغاثة او الاستعانة ، فالاستغاثة فى اللغة تعنى الاعانة .تقول :اغاثته : اذا اعانه ونصره فهو مغيث .واغاثهم الله برحمة : كشف شدتهم .والغيث : المطر والكلا <sup>6</sup> .والفقهاء لم يخرجوا عن هذا المعنى اذا عبروا عنه بلفظ :الانجاء او الانقاذ

1 انظر جمال زيد الكيلانى ، المسؤولية جراء الامتناع عن تقديم الواجب عند الحاجة فى الفقه الاسلامى والقانون المسمى بـ "اغاثته الملهوف" مجلة جامعة النجاح للابحاث "العلوم الانسانية" المجلد ١٩ (١) .عام ٢٠٠٥ .ص.١٩٣ وما بعدها .وص ١٩٧ وما بعدها .

2 ابن منظور .ابوالفضل جمال الدين محمد بن مكرم ، لسان العرب .كتاب العين فصل الميم ، مادة "منع" ٨ - ٣٤٣ ، دار صادر ، بيروت .

3 راجع على الخفيف ، المرجع السابق .ص ٤٥ .

4 عبد القادر عودة .التشريع الجنائى ١/٨٧ .مشار اليه لدى جمال زيد الكيلانى .المسؤولية جراء الامتناع .مرجع سابق .ص.١٩٨ هامش ٤٥ .

5 جمال زيد الكيلانى .المسؤولية جراء الامتناع .مرجع سابق .ص.١٩٨ هامش ٤٥

6 مع ان الاصطلاح القانونى للامتناع ينصرف ايضا الى السلوك السلبى والجرائم السلبية وهى جرائم الامتناع عن تنفيذ الواجب المكلف به . راجع فى شأن المعنى اللغوى :ابن منظور :لسان العرب ، مادة "غوث" كتاب الشاء ، فصل العين ، ١٧٥/٢ .القيومى :احمد بن محمد بن على المقرئ القيوى .٥٧٧٠هـ ، المصباح المنير ، ٥٤٦/٢ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٣٨ - ١٩٧٨ م .وفى فقه القانون الوضعى قارن احمد عبد اللطيف ، جرائم الاهمال فى قانون العقوبات العسكرى =

وغيرها من الالفاظ التي تلتقى كلها عند معنى : الاعانة وقت الخطر و الحاجة<sup>١</sup> . وكذا الاستعانة اذ تعنى فى اللغة : طلب العون<sup>٢</sup> وتعبيرات العلماء فى الاصطلاح لا تخرج عن هذا المعنى ايضا .

وفى نطاق ما سبق عرضه من مفاهيم للمسؤولية او الضمان - فى القانون الوضعى والفقہ الاسلامى - كانت محاولة واضعوا قانون المعاملات المدنية فى السودان و سلطنة عمان و الامارات - على نسق القانون المدنى الاردنى - صياغة نظرية عامة للفعل الضار - والذى منه الامتناع - تستمد احكامها وقواعدها من الفقہ الاسلامى ومعطياته ، و تماشى - فى ذات الوقت - مع النظرية العامة للمسؤولية التقصيرية فى الفقہ القانونى الوضعى<sup>٣</sup> .

ثانياً: مفهوم فعل الامتناع فى القانون الوضعى :-

بداية يجب ان نلفت النظر الى ان المشرع فى قانون المعاملات المدنية لدول السودان و سلطنة عمان و الامارات لم يستعمل لفظ التعدى او لفظ الخطأ ، واستعاض عنهما بلفظ الاضرار ، حيث نص مثلاً فى المادة ٢٨٢ من قانون المعاملات المدنية الاماراتى على ان (كل اضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر). وان كان يستخلص مع ذلك ان الغالب فى الفقہ الاماراتى يرى ان الاضرار يعنى التعدى . والتعدى يعنى "المساس بحق او مصلحة مشروعة" ويتحقق ذلك - شرعاً وقانوناً - بمجاوزة الحد الواجب الوقوف عنده او التقصير عن الحد الواجب الوصول اليه شرعاً او عرفاً او عادة . ويتسع مصطلح التعدى بهذا المفهوم لجميع الصور التى ينشأ

= ، مكتبة الرسالة الدولية للطباعة والكمبيوتر ، ١٩٩٧ ، ص. ١٥٩ - ١٦١ . عبد الفتاح مراد ، جرائم الامتناع عن تنفيذ الاحكام . الاسكندرية . ص. ٣٧ .

١ الموسوعة الفقهية ، ٤/١٧ - ١٨ ، اصدار وزارة الاوقاف الكويتية ، مكتبة الاء ، الصفا ، ط ٢ ، ١٤٠٦ هـ . ١٩٨٦ م .

٢ ابن منظور . لسان العرب ، مادة "عون" . كتاب النون ، فصل العين .

٣ ونظراً لصعوبة المحاولة بل دقتها - بحسبان ان الفقہ الاسلامى يعتمد على الفروع والفروض - فقد وقع المشرع فى بعض التداخل والتكرار ما بين بعض المبادئ العامة للفعل الضار وبين بعض الاحكام التفصيلية التى وضعها لتنظيم الغصب والاتلاف و التعدى . راجع محمد المرسى زهرة . مرجع سابق . ص. ٧٦ - ٧٧ .

عنها الضمان ، فهو اذن يشمل العمد و الاهمال و التقصير وعدم التحرز كما قد يكون بفعل ايجابي او بفعل سلبي<sup>1</sup>.

هذا وقد تجنب الفقه القانوني - في اقله - تعريف الامتناع باعتباره خطأ موجب للمسؤولية المدنية وذلك لصعوبة تحديد معنى الامتناع كخطأ وكذلك لكثرة وتنوع صور الخطأ عامة بما يصعب معه تحديد عناصره ومعامله ، وانما اكتفى البعض الاخر من الفقه بالبحث عن معيار للإمتناع الخاطئ ، أي اكتفى بالبحث عن معيار يبين متي يعتبر الامتناع خطأ يوجب المسؤولية ، بحيث إذا توافر قامت المسؤولية المدنية وعلي ذلك النهج - أي على اتجاه الفقه الأخير - سار من تعرض من الفقه المصري - لتعريف الامتناع - في البحث عن مناط للامتناع حيث تبني معيار تحديد الامتناع الخاطئ ، ثم عرفه وعليه حدد حالاته<sup>2</sup> . وعليه نوضح كل ذلك فيما يلي :

١- معيار الامتناع الخاطئ وتعريفه :

لم يهتم فقه القانون المدني في مصر - وكذلك في الامارات و السودان وسلطنة عمان - ببحث موضوع الامتناع كخطأ موجب للمسؤولية المدنية ، في حين كان الموضوع محل اهتمام كبير نسبياً لدي الفقه الفرنسي حيث أجمع الفقه الفرنسي علي أن الامتناع يمكن أن يكون خطأ - عملاً غير مشروع - موجبا للمسؤولية المدنية . ومع ذلك فإن الفقه الفرنسي قد اختلف حول معيار الامتناع غير المشروع الي فريقين : - فريق اول يري ان الامتناع كخطأ موجب للمسؤولية المدنية هو الامتناع عن اداء واجب منصوص عليه في نص خاص "قانوني او اتفاقي" وبالتالي لا ينطبق عليه

---

1 انظر محمد المرسى زهرة ، مرجع سابق ، ص ٨٢ ، وما بعدها . وقارب عدنان سرحان ، مرجع سابق ، ص ١٨ وما بعدها . وقارن عبد الخالق حسن احمد ، مرجع سابق ، ص ٢٨٧ وما بعدها .

2 Civile é (G.) Viney , La Responsabilit  
T , Conditions , I . G . D . J . 1982 . No 454 . (A . F . )  
Dolvilani , La responsabililé Civile pour omission ou  
abstention , Thèse , Grornobil , 1978 , p.155 et s.

نص المادة رقم ١٣٨٢ من القانون المدني الفرنسي التي تحكم العمل غير المشروع<sup>١</sup>.

وفريق ثانى يرى عكس الفريق الاول، أن الامتناع كخطأ - موجب للمسؤولية المدنية - مثله مثل الفعل أو الخطأ الايجابى يمكن أن يكون مناطاً لقيام المسؤولية المدنية بوجه عام، ومن ثم ينطبق عليه نص المادة رقم ١٣٨٢ من القانون المدني الفرنسي، والتي يقابلها نص المادة رقم ١٦٣ من القانون المدني المصرى<sup>٢</sup>.

ويستند انصار الاتجاه الاول الى حجتين اساسيتين الاولى: أن اعتبار الامتناع خطأ موجب للمسؤولية المدنية بوجه عام يعتبر اعتداء على حرية الانسان. فى أن يظل ساكناً بعيداً عن ممارسة اى نشاط هو غير ملزم قانوناً به. والحجة الثانية هى صعوبة إثبات علاقة السببية بين الامتناع والضرر فى حالة عدم وجود نص<sup>٣</sup>.

١- راجع فى مصر، حبيب ابراهيم الخليلي، المراجع السابق، ص ٩١ وما بعدها وكذلك راجع، ابراهيم عطا شعبان، النظرية العامة للامتناع فى الشريعة الاسلامية والقانون الجنائى الوضعي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨١ ص ٦٨ وما بعدها وكذلك راجع محمد أحمد مصطفى أيوب، النظرية العامة فى الامتناع فى القانون الجنائى، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٣. ص ٢٤٤ وما بعدها. وأنظر كذلك، امين سعد سليم، المرجع السابق، ص ٣١ وما بعدها، معبرا فيه عن موقف الفقه المصرى. وأنظر الحكم التالى فى فرنسا:

Cass. Crim. 17 Suin. 1853. Dalloze. 1853-os - 414.

٢ راجع فى تفاصيل أكثر، حبيب ابراهيم الخليلي، الرسالة السابقة، ص ٩٨ وما بعدها. امين سعد سليم المرجع السابق، ص ٣٤ - ٣٥ وراجع ايضا:

BENTHAM (S.), "Traité de législation civile et pénale 2 éme édition, tome 1. paris, 1820.. cass. civ. 28 janv. 1930. G. 1930-1-550

٣- حيث يلاحظ أن التحجج بأن فى ذلك اعتداء على حرية الانسان، ومن ثم لا تقوم المسؤولية المدنية للممتنع إلا استثناء فى حالة وجود نص خاص فى القانون او فى الاتفاق يلزم هذا الممتنع بالقيام بالعمل. فهذا مرفوض لأنه يمكن حماية حرية الافراد بوضع قيود معينة لقيام المسؤولية المدنية بناء على الامتناع فى حالة عدم وجود نص خاص، مثل أن يكون الامتناع ضاراً دون رفض قيام هذه المسؤولية مطلقاً وهو ما يحدث عند قيام المسؤولية المدنية بناء على الفعل الايجابى. كما أن المصلحة العامة التى تعود من وراء تقرير المسؤولية فى حالة الامتناع أولى بالرعاية خاصة فى ظل تراجع المذهب الفردى تجاه تطور المجتمع وزيادة حاجته للتضامن. كما ان فى التحجج بإنكار علاقة السببية بين الامتناع والضرر فيه ما يخالف الواقع الى جانب =



ولكن نجد أن انصار الاتجاه الثانى - وهو الاتجاه الراجح فى الفقه والقضاء - قد ردوا القول بعدم صحة حجج الاتجاه الاول واكدوا عدم كفايتها لتبرير رأيهم ولذا رفضوها واكدوا ان الامتناع والفعل الايجابى يتشابهان فى أن كلا منهما يصلح أن يكون خطأ موجبا للمسئولية المدنية بوجه عام، بحيث تنطبق على الامتناع نفس النصوص التى تحكم الخطأ الايجابى كمصدر للمسئولية المدنية، وهى النصوص التى قررت أن الخطأ لا يقع تحت حصر، وطالما أنه سبب ضرراً للغير فيلتزم مرتكبه بالتعويض.<sup>1</sup>

ومفاد ذلك أن العمل غير المشروع مناط المسئولية المدنية هو عمل مخالف لامر أو نهى، فهو عمل الممنوع - أى السلوك السلبى - أو الامتناع عن فعل مأمور به، والذى يحدد هذه الاوامر او النواهى هو القانون، فإن لم يوجد نص قانونى فمعيار الخطأ هو مخالفة السلوك لسلوك الشخص المعتاد سواء كان هذا السلوك ايجابياً أو سلبياً مع الاخذ فى الاعتبار الظروف

= قيامه على التناقض حيث ان الامتناع له كيان ايجابى يضم بين عناصره ظاهرة ايجابية وهى الارادة، وكذلك له طبيعة مادية يستمدتها من الظروف التى يتحقق فيها ويسيطر عليها ويوجبها الى غايه معينة راجع ذلك

- TAHA (G.H), L'omission illicite comme source de responsabilité civil delictuelle," étuds de droit Suisse francais et irakien" Thèse, Genève.1961. no59 p.51 Mazeaud et Tunk, traité, I, R527.529

- راجع ايضا محمود نجيب حسنى، علاقة السببية فى قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣، ص ٣٧٣ ومابعدها، امين سعد سليم، المرجع السابق، ص ٣٦، حبيب ابراهيم الخليلى الرسالة السابقة، نفس الموضوع.

1 - ففى فرنسا تنص المادة ١٣٨٢ من القانون الفرنسى الفقرة "٢" على ان "كل فعل صادر من اى شخص سبب ضرراً للغير يعتبر خطأ ويلزم مرتكبه بإصلاحه" هذا النص يشمل الامتناع الخاطى والخطأ الايجابى لان الفعل الذى يضر من الانسان اما أن يكون سلوكاً ايجابياً أو سلوكاً سلبياً والانسان مسؤول عن كل افعاله التى تسبب ضرراً للغير، ومعنى مسؤوليته هو جبر الضرر المترتب عليها اى التزامه بأداء تعويض. راجع:

RIPERIT (G.) et BOULANGER(J), Traité élémentaire de Droit civile de Marcel Planiol", Tome 2.L.G.D.J, 1943. NO932.

وكذلك راجع حبيب ابراهيم الخليلى رسالته السابقة نفس الموضوع، راجع كذلك امين سعد سليم، المرجع السابق، نفس الموضوع.

الخارجية التي صدر الامتناع خلالها ، وهو معيار موضوعي وليس شخصي<sup>1</sup>.

واستند أيضاً الاتجاه الثانى فى تبرير رأيهم الى الكثير من الحجج للمساواة بين الخطأ الايجابى والخطأ السلبى ولتأكيد أن الامتناع يصلح أن يكون خطأ موجب للمسؤولية المدنية بوجه عام دون حاجة الى وجود نص خاص يتضمن ذلك ، ومن هذه الحجج انه لا يوجد معيار محدد ينطق بالفرقة بين خطأ الامتناع - اى الخطأ السلبى - والخطأ الايجابى - اى الفعل - ، كما أن مصادر القانون الاخرى غير التشريع مثل العرف ، وقواعد العدالة تقضى بعدم الفرقة بين الخطأ الايجابى والخطأ السلبى ، وكما انه فى اشتراط وجود نص تشريعى خاص يقضى بقيام المسؤولية المدنية بناء على الامتناع خلط بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية ، وذلك لان المبدأ الذى يحكم المسؤولية الجنائية هو " انه لاعقوبة ولاجرمة إلا بنص " اما المسؤولية المدنية فأمرها مختلف لأنها تقوم على مخالفة أمر أو نهى قانونى يقضى به نص تشريعى أو عرف أو لائحة أو قاعدة اخلاقية مهنية او قواعد العدالة.

ومقتضى المساواة بين الخطأ الايجابى وخطأ الامتناع السلبى عدم حصر حالات المسؤولية المدنية الناشئة عن الامتناع الخاطئ. ومفاد اعتماد المعيار المذكور سالفا قيام المسؤولية المدنية بنا على الامتناع الخاطئ سواء كان عمداً او غير عمد. ومن ثم يستتبع عدم اشتراط قصد الاضرار لقيام المسؤولية المدنية<sup>2</sup>.

وقد أيد القضاء الفرنسى الاتجاه الثانى وذلك بموجب حكم شهرى لمحكمة النقض الفرنسية عام ١٩٥١ ، ويسمى هذا الحكم بحكم برانلى<sup>3</sup>.

1 - راجع :

BONNECASE(J) précis de droit civil, T.II.Paris,1934.p.539

وراجع ايمن سعد سليم ، المرجع السابق ص ٤٣ - ٤٤. حبيب ابراهيم الخليلى الرسالة السابقة ص ٩٨ ومابعدها ص ١٣٠ ومابعدها.

2 - راجع ايمن سعد سليم ، المرجع السابق ، ص ٤٥ .

3 - حيث جاء فى هذا الحكم أن الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية المنصوص عليها فى المادة ١٣٨٢ ، ١٣٨٣ من القانون المدنى الفرنسى يمكن أن يقع بواسطة فعل =

والذى يحدد مخالفة الممتنع لسلوك الشخص المعتاد فى امتناعه هو قاضى الموضوع، ويقع عبء إثبات ذلك على عاتق الدائن. وعلى القاضى حينما يحكم بالمسؤولية المدنية بناء على الامتناع الخاطئ، لابد وأن يستند الى ضوابط واضحة ومعايير ثابتة تكون مستمدة من النصوص العامة التى تبين مصادر القانون<sup>1</sup>.

والذى يحدد سلوك الشخص المعتاد هى مصادر القانون المختلفة، والقاضى عليه أن يبحث هل خالف سلوك الممتنع نصاً تشريعياً أو لائحياً او قاعدة عرفية او مبادئ الشريعة الاسلامية أو مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة<sup>2</sup>.

---

= ايجابى، ويمكن ان يقع لمجرد الامتناع، حتى ولو لم يكون بسوء نية أو بقصد الاضرار، فالمسؤولية تقع على عاتق الممتنع عن القيام بالالتزام قانونى أو لائحى أو اتفاقى، وحتى إذا كانت تفرضة واجبات المهنة. وهذا يعنى ان المؤرخ - خاصة - يقع عليه واجب تقديم المعلومات التاريخية بطريقة موضوعية. راجع، ايمن سعد سليم، المرجع السابق، ص ٤٦ وراجع ايضا

cass.civ.27Fevr,1951.arrét

Branly,D.1951.329,note,Desbois,j.c.p.1951.II.6193.note,carbo  
nnier,D.1951,ch119

1 - مثل نص المادة الاولى من القانون المدنى المصرى والتى تنص على انه "١- تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فحواها. ٢- فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه، حكم القاضى بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة" راجع ايمن سعد سليم، المرجع السابق، ص ٤٧، وقارن عبد النعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٢، ص ٩٣ وراجع ايضا احمد حشمت ابوستيت، نظرية الالتزام فى القانون المدنى الجديد، الكتاب الاول، مصادر الالتزام، ١٩٥٤ مطبعة مصر ص ٤٧٥.

2 - حيث يوجد حكم لمحكمة النقض الفرنسية يؤكد صحة هذا القول، بموجبه نقضت حكم محكمة الموضوع وعليه أقرت قيام المسؤولية المدنية للمالك محل يطل على أراضى كانت مغطاه بالثلوج سقط عليها أحد جنود المشاة، أصيب بسبب هذه الثلوج، وحيث أن المالك كان قد امتنع عن ذر الرمال على هذه الارض، على الرغم من وجود إعلان صدر عن مجلس المدينة يطالب فيه ملاك المحلات بفرش الاراضى المغطاه بالثلوج بالرمال حتى لا يتعرض احد للإصابة واستندت فى نقضها للحكم الى القول بأن قاضى الموضوع لم يبحث عن المصدر القانونى أو اللائحى الذى يفرض مثل هذا الالتزام على أصحاب المحلات. راجع، ايمن سعد سليم، المرجع السابق، ص ٤٨.

وعلى ذلك يتحدد جوهر المعيار - المقرر للامتناع الخاطيء - فى الخروج عن المؤلف للسلوك المعتاد ، وهو ما يقوم بداية على تحديد سلوك الشخص المعتاد.

وفى الفقه الاسلامى يقوم الضمان - اى المسؤولية المدنية - بالتعدى سواء انطوى هذا التعدى على سلوك ايجابى كالاتلاف أو الإحراق ، أم كان سلوكاً سلبياً بمجرد الامتناع ، مثل ترك حفظ الوديعة فإنه موجب للضمان ، والمودع لديه إذا رأى أنساناً يسرق الوديعة ، وهو قادر على منعه ضمن المال - اى قامت مسؤوليته المدنية - لانه أهل فى حفظه الذى يلتزم به بموجب العقد . كما ان قيام المسؤولية - اى الضمان فى الفقه الاسلامى - لا يتطلب التمييز ، وهذا هو المعتمد فى نصوص الانظمة القانونية التى اعتمدت احكام الشريعة الاسلامية و الفقه الاسلامى مصدرأ موضوعياً لتشريعها ومنها النظام القانونى لدول الامارات و السودان و سلطنة عمان .

وفى إطار ما تقدم يتحدد معيار الامتناع الخاطيء بالامتناع عن الواجب فى حالة وجود نص تشريعى او اتفاق يوجب على الممتنع القيام بعمل ، وعند عدم وجود مثل هذا النص يعتبر الامتناع مصدرأ للمسؤولية المدنية إذا خالف الممتنع بإمتناعه سلوك الشخص المعتاد.

ولذلك فإن قاضى الموضوع هو الذى يحدد ما إذا كان الممتنع بإمتناعه قد خالف سلوك الشخص المعتاد أم لا ، ويعتمد فى ذلك على مصادر القانون الاخرى مثل العرف ومبادئ الشريعة الاسلامية التى تقضى بأن الامتناع مصدر المسؤولية المدنية هو ذلك الامتناع الذى يسبب

---

1 - راجع مصطفى الذرقا ، الفقه الاسلامى فى ثوبه الجديد ، المدخل الفقهي العام ، مطابع ألف ياء - الاديب ، دمشق ، سنة ١٩٦٨ . بند ٦٤٨ وكذلك راجع وهبة الزحيلي ، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناية فى الفقه الاسلامى ، دراسة مقارنه ، دار الفقه المعاصر ببيروت ، لبنان ، سنة ١٩٩٨ . ص ١٨ . راجع ، الامام غلاء الدين أبو بكر الكاسانى ، متوفى ( ٥٨٧ ) حنفى ، بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ، ط دار الفكر ، ج ٦ ، ص ٣١٧ ، راجع أيمن سعد سليم ، المرجع السابق ، ص ٥٠ .

ضرراً للغير، وقواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعي، ويمكن اثباته - أي الامتناع - من غير تجسس ولا كشف للإستار، ويقع على المضرور عبء اثبات ذلك<sup>١</sup>.

وبناء على ما تقدم نؤيد تعريف الاستاذ الدكتور / أيمن سعد سليم، للامتناع كخطأ موجب للمسؤولية المدنية بأنه " إجحام شخص عن القيام بعمل قانوني يلزم عليه القيام به إما بمقتضى تشريع أو اتفاق، أو مخالفته لسلك الشخص المعتاد وفقاً لما يقضى به العرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية، وقواعد العدالة، إذا كان هذا الامتناع يمكن إثباته أمام القضاء من غير تجسس ولا كشف للإستار<sup>٢</sup>.

ثالثاً - صور الامتناع:-

يُميز الفقه بين نوعين من الامتناع، كل منهما يصلح أن يكون خطأ يوجب المسؤولية المدنية، الأول منهما: هو الامتناع الخاطئ بمناسبة عمل. والثاني: هو الامتناع المجرد<sup>٣</sup>. ونوضحهما بشيء من الإيجاز فيما يلي:-

1 - فمن امتنع عن مساعدة شخص في الطريق يمكن أن يكون سلوكه مصدرًا للمسؤولية المدنية لأنه يمكن اثبات هذا الامتناع من غير تجسس ولا انتهاك لحرمات الغير، أما من كذب أو أوشى بين الناس بالنميمة، ولم يذكر الحقيقة فلا يمكن قيام مسؤوليته المدنية بالنسبة له، لأن إثبات كذبه أو نميمته لا يمكن الوصول إليه إلا بعد التجسس عليه وكشف أسناره، راجع، أيمن سعد سليم، المرجع السابق، ص ٥٢.

2 - وعلى ذلك فلا يعتبر امتناع خاطئ امتناع مالك العقار عن إعطاء إيصال إيجار لإبن المستأجر الأصلي، حيث أنه ليس طرفاً في عقد الإيجار وليس منه توكيل من أبيه لإستلام هذا الإيصال. ولا يعتبر كذلك خطأ، امتناع منظم أحد المؤتمرات العلمية عن دعوة أحد الباحثين المتخصصين في موضوع المؤتمر لحضور هذا المؤتمر ومع ذلك فإن حالات الامتناع كخطأ موجب للمسؤولية المدنية كثيرة ولا تقع تحت حصر. راجع، أيمن سعد سليم، المرجع السابق ص ٥٣ - ٥٤ - ٥٥، قارب حبيب إبراهيم الخليلي، الرسالة السابقة ص ٩١ وما بعدها وانظر

CASS-CIV 24 MARS.1936 DH .36.24. cass.civ.2e,31  
janv. 1964.1964.I.I. 1362.NOTE.R.Savatier.

3 - ومثال للامتناع الخاطئ بمناسبة عمل عدم تعقيم جراح لإدوات الجراحة أثناء قيامه بعمله جراحية وعدم تنبيه الما قول للمارة لخطورة مواد البناء أثناء قيامه بالعمل المنوط به. ومن أمثله الامتناع المجرد طيب في أجازته عن علاج مريض استغاث به، وامتناع شاهد عن الأدلاء بشهادته. راجع، أيمن سعد سليم، المرجع السابق، ص ٥٦، حبيب إبراهيم الخليلي، الرسالة السابقة، ص ١٥، ص ١١٠ وما بعدها. وراجع: Savatier, prec. No 20-22.

## ١- الامتناع بمناسبة عمل:-

فى الفقه الفرنسى عرف سافتييه الامتناع بمناسبة عمل بأنه " عدم إتخاذ الاحتياطات اللازمة اثناء أو بعد القيام بعمل ايجابى تعاقدى ، مما يؤدى الى الاضرار بالغير ". ولكن هذا التعريف منتقد بأنه قصر الامتناع بمناسبة عمل على الامتناع الخاطىء بمناسبة عمل العقد وحده ، ولذا عرفه ديموج وكازبونيه بأنه امتناع شخص عن إتخاذ الاحتياطات اللازمة لاتمام عمل ايجابى بحيث يؤدى الى الاضرار بالغير .وهذا التعريف بدوره منتقد بأنه قصره على عدم إتخاذ الاحتياطات اللازمة لاتمام عمل ، حيث انه يتحقق ايضا الامتناع الخاطىء عند عدم إتخاذ الاحتياطات اللازمة بعد اتمام العمل مثل عدم متابعة الطبيب لحالة المريض بعد اتمامه العملية الجراحية للمريض<sup>١</sup>.

وفى مصر عرف بعض الفقه الامتناع بمناسبة عمل بأنه الاخلال بالواجب العام باليقظة والتبصر اثناء القيام بالعمل المشروع. واكتفى البعض من الفقه الاخر بعرض أمثلة للامتناع بمناسبة عمل دون ان يضعوا تعريفاً له<sup>٢</sup>.

ونؤيد من التعريفات عامة تعريف الاستاذ الدكتور / ايمن سعد سليم ، للامتناع بمناسبة عمل كخطأ موجب للمسؤولية المدنية بأنه " امتناع شخص عن إتخاذ الاحتياطات اللازمة المرتبطة بعمل سواء اثناء قيامه به او بعد إتمامه ، لمنع وقوع ضرر لشخص اخر إذا كان امتناعه مخالفاً لتشريع أو لاتفاق او لعرف أو لمبادئ الشريعة الاسلامية بشرط إمكان إثبات هذا الامتناع بواسطة المضرورة امام القضاء دون تجسس أو كشف للاستار"<sup>٣</sup>.

١ - راجع ايمن سعد سليم المرجع السابق ، ص ٥٨ - ٥٩ ، وراجع ، حبيب ابراهيم الخليلي ، الرسالة السابقة ، ص ١٢ ، ص ٢١ - ٢٢ . راجع ،

Saviter.rev.cit. 1934. p.417 Demogue, Traité des obligations, T.II, NO 261, J.C Carbonnier, op.cit no221.

٢ - راجع حبيب ابراهيم الخليلي ، الرسالة السابقة ، ص ٢١ .

٣ - وهذا التعريف يمتاز بأنه يشمل ايضا الامتناع عن إتخاذ الاحتياطات اللازمة لاتمام العمل على اكمل وجه ويشمل كذلك - الامتناع عن إتخاذ - الاحتياطات المرتبطة بعمل ويجوز بذلك الاعمال العقدية وغير العقدية ، راجع ايمن سعد سليم ، المرجع السابق ، ص ٦٠ ، واحمد حشمت ابوشيتيت ، المرجع السابق ص ٣١١ ومابعدها .

ومن أمثلة الامتناع بمناسبة عمل - والذي يعد خطأ موجبا للمسؤولية المدنية- فى الفقه والقضاء امتناع الادارة عن إضاءة طريق عام ليلاً اثناء القيام برصفه وتمهيدته ، وكذلك امتناع البنك عن أخذ ضمان مناسب لمنح قرض لاحد العملاء بمبلغ كبير من المال. وامتناع وكيل الدائنين المكلف بتحصيل حقوقهم عن إخبارهم بمواعيد سقوط حقوقهم بالتقادم مما تسبب فى ضياع حقوقهم<sup>١</sup>.

## ٢- الامتناع المجرد :

يعرف الامتناع المجرد الخاطئ بأنه امتناع شخص عن عمل غير مرتبط بعمل ايجابى آخر صادر منه يسبب ضرراً للغير مخالفاً بامتناعه لتشريع أو لاتفاق او مخالفا للعرف او لمبادئ الشريعة الاسلاميه ، بشرط أن يكون فى مقدور المضرور إثبات مثل هذا الامتناع امام القضاء دون تجسس أو كشف الاستار<sup>٢</sup>.

وعلى ذلك فإن الامتناع المجرد يعنى امتناع شخص عن القيام بعمل ايجابى غير مرتبط بأى عمل ايجابى آخر صادر من هذا الشخص مما يترتب عليه الاضرار بالغير<sup>٣</sup>.

ومن أمثلة الامتناع المجرد، نذكر شخص يقف على حافة النهر ، وهو ينظر الى شخص اخر يتعرض للغرق، وفى يده عارضة خشبية لو مدها له لأنقذه من الموت ، ومع ذلك يمتنع عن مديد العون له بنفسه، أو

1 - للمزيد أنظر ، ايمن سعد سليم ، المرجع السابق ، ص ٦١ ومابعدها وفى الفقه الفرنسى راجع :

(PH).LE Tourneau et (L.) Cadiet, droit de la responsabilite ,paris. 1988. no 3343. Savatier, prec. No 43. Cass. Civ 7 juin 1995.GP 96.1 Som.2.N.a.mo.

2 - راجع ايمن سعد سليم ، المرجع السابق ، ص ٧١ وقارن ، حبيب ابراهيم الخليلي ، الرسالة السابقه ، ص ٩١ ومابعدها و راجع كذلك :  
TAHA,préc.no44.p.37.

3 - فالامتناع المجرد يتحقق عندما يوجد شخص تحدث امامه حادثة ، يجعلها تمر امامه دون أن يتحرك له ساكن ، ودون ان يشارك فيها بأى فعل ايجابى ، حتى تنتهى ، كأنه غير موجود ، هو والعدم سواء بسواء . راجع ، ايمن سعد سليم ، المرجع السابق ص ٦٥ - ٦٦ وراجع ايضا Mazeaud et Tunc, traité, I,I NO 537 .

عن طريق طلب نجدة من الغير ، وشخص اخر يرى شخصاً أعمى يعبر الطريق وحده وتوشك سيارة مسرعة أن تصدمه بحيث لو نبهه لتوقف ، ومع ذلك يمتنع ، ولو ساعده وأخذ بيده وعبر به الطريق من البداية لانقذه من الموت ، ومع ذلك يمتنع وهناك الكثير من الأمثلة الأخرى في الحياة<sup>1</sup> . وبالرغم مما سبق فإن الفقه مازال مختلف حول الاجابه عن السؤال الاتى : متى يعتبر الامتناع المجرد خطأ يوجب المسؤولية المدنية؟ وهو في الحقيقة خلاف حول تحديد المقصود بالواجب القانونى محل الامتناع المجرد ونوجز الحديث عن هذا الخلاف فى الآراء التالية :-

**الرأى الأول:** يرى أن الامتناع المجرد الخاطئ يقع حينما يكون الممتنع قادراً على منع وقوع ضرر للغير، لان القانون يهدف من وراء تنظيم المسؤولية المدنية منع الضرر و جبره. ولكن هذا الرأى متقيد لدى الكثير لأنه يوسع فى مفهوم الامتناع المجرد الخاطئ<sup>2</sup> . وان كان ثلك يمكن قبوله - فى رأينا - وفق مفهوم الضمان فى احكام و قواعد الفقه الاسلامى. خاصة و ان المشرع السودانى قد اعتمد هذا الرأى فى نظامه القانونى حيث نص على قيام المسؤولية المدنية للشخص الذى يمتنع عن تقديم يد المساعدة للغير؛ حيث قرر بأنه يعتبر فعلا ضارا يستوجب المسؤولية المدنية امتناع الشخص عن تقديم يد المعونة لحماية الغير من خطر يداهمه فى النفس او العرض او المال اذا كان فى مقدوره ان يبذل هذه المعونة دون ان يتعرض لخطر.و من ثم يعد الامتناع المجرد هنا خطأ سواء قصد الممتنع ايداء المضرور ام لم يقصد.

- 1 - راجع ، ايمن سعد سليم ، المرجع السابق ، ص 66 - 67 .
- 2 - للدرجة تجعله يتساوى مع الامتناع الخاطئ فى مجال الاخلاق ونطاق الاخلاق أوسع مدى من نطاق القانون. فإذا كان الشخص يسأل أخلاقياً عن امتناعه عن مساعدته الاخرين مع قدرته على ذلك فى جميع الاحوال. فإنه لايسأل على ذلك فى مجال القانون إلا فى أحوال معينة. راجع ايمن سعد سليم ، المرجع السابق ، ص 67 ومابعدها. وكذلك راجع حبيب ابراهيم الخليلي ، الرسالة السابقة ، ص 108 - 109 وراجع (J.) FLOUR et (J.L.) AUBERT . Les obligations , T2.le fait juridique, ARMAND col in , 9e.éd.1997.no.105.



الرأى الثانى: - يذهب إلى ان الامتناع المجرد الخاطئ هو الامتناع الضار، اى الامتناع عن عمل بقصد إيذاء الغير، وهذا الامتناع لا يكون إلا عمدياً. اما الامتناع المجرد غير الضار - وهو كل امتناع عن عمل لا يقصد به إيذاء الغير- فهو امتناع غير معاقب عليه قانوناً. وهذا الرأى ايضا منتقد لأسباب عديدة منها ان نية الاضرار أمر داخلى يصعب إثباته فى كثيرا من الاحيان بما يهدد بضياع حقوق المضرور، كما انه يصعب من مهمة القاضى و يؤدي لنتائج شاذة<sup>1</sup>.

الرأى الثالث: يرى اصحاب هذا الرأى، ان الامتناع المجرد يكون خطأ إذا رجحت مصلحة المضرور على مصلح الممتنع وفقا لمعيار موضوعى وليس شخصى. ولكن هذا الرأى بدوره منتقد لانه يخلط بذلك بين المسؤولية المدنية ونظرية التعسف فى استعمال الحق<sup>2</sup>.

ورغم تعدد الاراء فإن الامتناع المجرد الخاطئ، ينطبق عليه نفس معيار الامتناع مصدر المسؤولية المدنية بوجه عام ومن ثم يمكن القول بأن الامتناع المجرد الخاطئ هو امتناع شخص عن عمل غير مرتبط بعمل ايجابى اخر صادر منه يسبب ضرراً للغير مخالفاً بإمتناعه لتشريع أو لاتفاق أو

1 - ولقد استند اصحاب هذا الرأى الى عدة أحكام قضائية تؤيد واقعية هذا المعيار منها مثلا حكم محكمة النقض الفرنسية من ان صراف أحد البنوك الذى لم يتحقق من شخصية أحد المودعين لم يرتكب خطأ لانه كان حسن النية و انه لا يوجد التزام قانونى يفرض عليه مثل هذا الامر كالاتزام، راجع ايمين سعد سليم، المرجع السابق، ص 68 - 69. راجع ايضا Le Tournean et L.Cadret, op cit préc.no.3346. Cass.civ.28 janv.1930.g.p.30.1550

2 - حيث يرى أنه فى الامتناع تتعارض مصلحتان، مصلحة الممتنع فى ان يظل ساكناً بعيداً عن المشاركة فى الحدث الذى يحدث أمامه. ويمس شخصا اخر بضرر، ومصلحته تتحقق لاشك مع الاحتفاظ بسكونه، وعدم المساس بحريته أو اصابته بأذى ضرر من التدخل. ومصلحة المضرور الذى يحتاج الى عمل الممتنع لإتقاده من الضرر، وهنا يعتبر الامتناع المجرد خطأ إذا رجحت مصلحة المضرور على مصلحة الممتنع وفقاً لمعيار موضوعى وليس شخصى. هذا مع ان هناك اراء اخرى لم تذكرها فى شأن تحديد معيار وتعريف الامتناع المجرد الخاطئ<sup>3</sup> حيث انها لا تخرج فى فحواها عن مضمون ما تم ذكره من اراء. راجع سليمان مرقس، المسؤولية المدنية، القاهرة، 1954، ص 241 ومابعدها، وراجع، ايمين سعد سليم المرجع السابق ص 69 - 70.

مخالفا لعرف أو لمبادئ الشريعة الاسلامية ، بشرط أن يكون فى مقدور  
المضروب إثبات مثل هذا الامتناع دون تجسس او كشف للاستار<sup>١</sup> .  
وفى نهاية الحديث عن صور الامتناع كخطأ موجب للمسؤولية المدنية  
يمكن ان نؤكد انه كان للقانون الجنائى تأثيرا على القانون المدنى فى شأن  
تطور المسؤولية المدنية عن الامتناع نتيجة لتطور المسؤولية الجنائية للامتناع  
فى القانون الجنائى حيث ان المسؤولية الجنائية عن الامتناع مثلها مثل  
المسؤولية الجنائية عامة لاتقوم إلا بناء على نص " حيث لا جريمة ولا عقوبة  
الا بنص . فان الاصل هو ان قيام المسؤولية الجنائية للممتنع يستتبع قيام  
مسؤوليته المدنية والعكس غير صحيح<sup>٢</sup> . ولقد تطور التشريع الجنائى فى  
مجال المسؤولية الجنائية عن الامتناع فى كل من مصر وفرنسا<sup>٣</sup> ، وذلك  
لسد الفراغ القائم فى شان المسؤولية المدنية عن الامتناع .

### المبحث الثانى

#### تطبيقات على خطأ الامتناع

أوضحنا فيما سبق معيار الامتناع الخاطئ الموجب للمسؤولية المدنية  
ومفادته فى جانبه الاول ان الامتناع يكون خطأ إذا كان مخالفا لنص

- 1 - ولقد حاول بعض الفقهاء فى الفقه الاسلامى وضع معيارا للامتناع المجرى "الخاطئ"  
"فقرر بأنه امتناع شخص عن عمل معين يجب عليه القيام به بمقتضى التشريع او  
العرف ، راجع ، عبد القادر عودة ، الموسوعة العصرية ، الفقه الجنائى الاسلامى ،  
كتاب عبد القادر عودة ، التشريع الجنائى الاسلامى مع التعليقات ، آية الله السيد  
اسماعيل الصدر ، وازاء للدكتور توفيق بشادى والمشاركين ، الجزء الاول ، المجلد  
الاول ، دار الشروق ، ص ٢٤٦ ، بند ٥٢ وراجع ، ائمن سعد سليم ، المرجع  
السابق ص ٧١ .
- 2 - بحيث إذا ما نص قانون العقوبات على قيام المسؤولية الجنائية بناء على الامتناع عن  
فعل فذلك يعتبر اعترافا من المشرع ضمنا بقيام المسؤولية المدنية بناء على هذا  
الامتناع ، حيث ان القاعدة العامة انه اذا قضى على شخص بعقوبة جنائية بوصفه  
فاعلا اصليا لجريمة أو مجرد شريكا فيها فتتعقد بنتضى ذلك مسؤوليته المدنية .  
ولا يبقى للحكم عليه بالتعويض سوى تعيين نوع الضرر الذى ينجم عن الجريمة .  
- راجع رؤوف عبيد ، مبادئ الاجراءات الجنائية فى القانون المصرى ، دار الجيل  
للطباعة ، ط ٦ ، ١٩٨٥ ، ص ١٢ .
- 3 - انظر فى شأن هذا التطور ، محمد أحمد مصطفى أيوب . النظرية العامة للامتناع فى  
القانون الجنائى . رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق . جامعة القاهرة ٢٠٠٣ ص ٣٤٣  
وما بعدها .

تشريعى أو اتفاقى ولقد وردت تطبيقات تشريعية عديدة على ذلك فى القانون المصرى والاماراتى و السودانى و العمانى<sup>١</sup> وغيرها من النصوص التشريعية التى تفرض التزامات قانونية بالقيام بعمل على عاتق شخص معين. اى الممتنع ، ويترتب على عدم قيامه بها قيام مسؤوليته المدنية.

وفى جانبه الثانى يكون الامتناع خطأ موجبا للمسؤولية المدنية ايضاً إذا لم يوجد نص خاص صريح قانونى أو اتفاقى يفرض القيام بالعمل على الممتنع . إذا كان هذا العمل واجب وفق سلوك الشخص المعتاد ، اى إذا خالف الممتنع بامتناعه سلوك الشخص المعتاد وذلك الجانب يتطلب شرح تطبيقات له حتى نوضح معالمه الحقيقية ونبين المسؤولية المدنية للممتنع بشأنها.

تطبيقات الامتناع هذه تثير إشكاليات كثيرة بالنسبة للقاضى والمتقاضين ومن أهم هذه التطبيقات ، والتى سوف نتناولها بالشرح الامتناع عن مساعدة شخص فى خطر ، وإمتناع المؤرخ عن ذكر الحقيقة . وتتناول هذه التطبيقات بصفه خاصة حتى نلفت انتباه المشرع فى مصر و الامارات و سلطنة عمان الى الاهتمام بالمسؤولية المدنية للممتنع ومن ثم ينظمها من خلال تعديل تشريعى يحقق عدالة تشريعية مبتغاه فى ظل مصر الثورة ويؤكد اصالة الاحكام و المبادئ المعتمدة من الشريعة الاسلامية والفقهاء الاسلامى فى التنظيم القانونى ، ويفيد فى معاصرتها للمستجدات

1 - ولذلك فلا حاجة لشرح مثل هذه التطبيقات نظراً لثبات المشرع والفقهاء والقضاء على اعتبارها امتناع خاطئ موجب للمسؤولية المدنية ، ولذا نذكر منها ما نصت عليه المادة ١٢٥ فقرة ٢ من القانون المدنى المصرى<sup>٢</sup> يعتبر تدليسا السكوت عمداً عن واقعة أو ملاحظة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليرم العقد لو علم بتلك الواقعة وهذه الملايصة<sup>٣</sup> ، وكذلك نص المادة ١٧٧ مدنى مصرى ان " حارس البناء ولو لم يكن مالكا له مسؤول عما يحدثه إنهزام البناء من ضرر ولو كان إنهداما جزئيا ، ما لم يثبت ان الحادث لا يرجع سببه الى إهمال فى الصيانة او قدم فى البناء أو عيب فيه وكذلك ماورد فى نصوص المواد الاخرى منها المادة رقم ١٧٨ مدنى مصرى ، والمادة ١٨٦ من قانون المعاملات المدنية الاماراتى .، وغيرها و ما يماثلها فى القانون السودانى و العمانى ، راجع ، ايمن سعد سليم ، المرجع السابق ، ص ٧٧ - ٧٨ وقارب فى ذلك حبيب ابراهيم الخليلي ، الرسالة السابقة ، ص ١٦٧ ومابعدها.

القانونية ، وبما يحقق الغاية الأساسية من المسؤولية المدنية و هي تعويض الأضرار.

وعلى ذلك نتناول هذه التطبيقات بالشرح ولكن بعد أن نوضح مدى اعتبار الامتناع عن القيام بواجب عام بالعمل لمصلحة الغير خطأ موجباً للمسؤولية المدنية من عدمه.  
أولاً: مدى اعتبار الامتناع عن القيام بواجب عام بالعمل لمصلحة الغير خطأ موجباً للمسؤولية المدنية؟:ـ

اختلفت مواقف الفقهاء من الاجابة على هذا السؤال ، اى حول ما إذا كان هناك التزام - اى واجب عام - على كل شخص بأن يعمل لمصلحة الغير إما بهدف تجنبه خسارة أو بهدف تمكينه من مكسب بين مؤيد ورافض. ولكن الموقف الرافض يمثل موقف غالبية الفقه ونوضح ذلك فيما يلي بشئ من الاجاز:-

فى فرنسا تنوع موقف الفقه فى هذا الشأن ، فالبعض مثل سافتييه يرى أن كل إنسان له الحق فى أن يظل ساكناً لا يقوم بأى عمل لمصلحة الغير طالما أنه ليس هناك إلتزام قانونى يجبره على ذلك حتى لا يتعرض لأى خطر يصيب نفسه أو ماله. فى حين يرى البعض الاخر أن الامتناع يعتبر شبه جريمة فى كل حالة يمتنع فيها الشخص عن عمل يتجنب به خسارة للغير دون تعرضه لاي خطر ؛ إلا أن غالبية الفقه الفرنسى يرى أنه ليس هناك واجب عام يقع على عاتق الأشخاص بالعمل لمصلحة الغير.<sup>٢</sup>

1 - راجع ايمن سعد سليم ، المرجع السابق ، ص ٨٠ وما بعدها. وقارب حبيب ابراهيم الخليلي ، الرسالة السابقة ، ص ١٣٠ وغيرها.

2 - ولقد اكد القضاء الفرنسى رأى غالبية الفقه لديه فى كثيراً من أحكامه مقررأ ان الامتناع لا يكون خاطئاً إلا اذا كان الممتنع ملزماً قانوناً بالقيام بعمل ، حيث أن محكمة النقض الفرنسية اكدت على القاعدة العامة بان الانسان حر فى عدم القيام بعمل لمصلحة الغير ، وذلك فى حكم قديم لها فى سنة ١٩٥٣. قبل صدور التعديل التشريعى -فى القانون الجنائى- الذى يلزم الشخص بإتخاذ الغير فى حالة الضرورة. حيث كانت قد قضت فى ١٧ يونيو ١٩٥٣ بان صاحب الفندق الذى ترك شخصاً فى منتصف الطريق فى ليلة من ليالى الشتاء الباردة ولم يسمح له بالدخول الى الفندق ، مما أدى الى وفاته ، رغم أن هذا الفعل مناف للانسانية ، فإن صاحب الفندق لايعتبر مسؤولاً مدنياً أو جنائياً عن موت هذا الشخص. ولكن عدل=

وبقى الحال على ذلك حتى حدث تعديل تشريعى فى قانون العقوبات الفرنسى عام ١٩٤٥ و اضافة المادة ٦٣ / ٢ المعدلة والتى عدلت سنة ١٩٩٤ وحلت محلها المادة ٦/٢٢٣ فقرة ٥ ، وبموجبها القت إتزاماً " قانونياً" على عاتق كل شخص يرى شخصاً اخر فى خطر ان يمد له العون و إلا يعتبر مرتكباً جريمة النكول عن المساعدة وهنا تقوم المسؤولية المدنية بالتبعية لقيام المسؤولية الجنائية للممتنع.

وفى الدول العربية وخاصة فى مصر ذهب اغلب الفقه فى القانون المدنى إلى انه ليس هناك إتزام عام على الاشخاص بالعمل لمصلحة الغير، وبالتالي فالامتناع لا يكون خطأ إلا إذا كان الممتنع ملزماً قانوناً بالفعل الذى امتنع عنه. مع انه فى قانون المعاملات المدنية لدول الامارات العربية

=التشريع الجنائى الفرنسى نصوصه بعد ذلك و اضافة نص قانونى جنائى يفرض واجب المساعدة على الاشخاص للشخص فى حالة الخطر و إلا عدم تكيا للجريمة النكول عن المساعدة راجع ذلك :-

- Savatier, règles générales de la responsabilité civile, rev.crit.1934.p.417.Lyon-Cean(CH) et Revnault, (L.,) traité de droit commercial ,T.V.I,5e éd, 1932. paris. no. 1065.APPETON(P.)L'abstention fautive en matière delictuelle civile et pénale ,R.T.D.1912.P.593 ets. Demogue, op,cit, nos258 ets . Mazeaud et Tunc. op.cit. no 539 .(F) TERRÉ,(PH) SIMILER,(Y) .LEQUETTE , droit civil, les obligations,6e éd. Dalloz 1996. p.567. trib.civ.de Chaumont, 13 mai 1946.d.1947.j.53.cet arrêt a été confirmé par un arrêt de la cour de cassation du 17 juillet 1953.d. 1954 j.533

1 - قارب حبيب ابراهيم الخليلي،، الرسالة السابقة ، ص ٢٣٥ وماي بعدها. ولا يوجد فى مصر نص - فى قانون العقوبات - يقابل نص المادة رقم ٦/٢٢٣ فقرة ٢ الفرنسى الذى يلتزم بمد يد العون للشخص الذى يتعرض للخطر، وبالتالي لا يعتبر النكول عن مساعدته جريمة طبقاً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات. ومع ذلك ذهب البعض من الفقه المصرى - المرحوم الاستاذ الدكتور / عبد المنعم فرج الصلدة - الى القول بان هناك حالات يكون فيها الامتناع خطأ موجبا للمسؤولية المدنية رغم عدم وجود نص او عدم وجود التزام قانونى محدد، ذلك عندما يكون هذا الامتناع إخلالاً بواجب عام يقضى بإتخاذ ما يلزم لحماية الغير فى ظروف معينة فمثلاً يجب على مصلحة السكة الحديد أن تتخذ ما يلزم لتنبية الجمهور الى الخطر عند اجتيازه الممرات السطحية التى تربط خطوطها الحديدية وغيرها وان كان ذلك فيه خروج عن المعيار الذى اوضحناه سابقاً ولهذا ولغير فهو متقدم. انظر ايمن سعد سليم، المرجع =

المتحدة و السودان و سلطنة عمان اقرار لمسؤولية عديم التمييز - كأصل عام - عن الاضرار بالغير ، وهذا ادعى الى القول بان هناك مساحة الى الاقرار الفقهي و القضائي بان الضمان - اى المسؤولية المدنية - يقوم فى حالة الامتناع عن حماية الغير بصفة عامة ، و وجود جواب عام بالعمل لمصلحة الغير ، حيث الاستناد الى اراء الفقه الاسلامى و من ثم لزم التنبه . و أيا كان الخلاف فإن الغالب فى الفقه و القضاء -الوضعى - هو عدم وجود التزام عام على الاشخاص بالعمل لمصلحة الغير ، وان الامتناع لا يكون مصدراً للمسؤولية المدنية إلا إذا كان خاطئاً اى مخالف لإلتزام قانونى محدد وفقاً للمعيار الذى سبق وتبيناه .

مع ان الامر على خلاف ذلك فى الفقه الاسلامى حيث جواز ضمان - اى جواز قيام مسؤولية - عديم التمييز ، و فرض واجب التكافل و التعاون بين افراد المجتمع عامة . و من ثم امكان قيام المسؤولية عن الامتناع حيث ان واجب مساعدة الغير واجب دينى ، و لذلك تأثيره فى قانون المعاملات المدنية الاماراتى و العمانى و السودانى . وقد اخذ بهذا الواجب صراحة المشرع السودانى وقتنه فى نصوصه ، حيث نص صراحة فى المادة رقم ١٤٠ من قانون المعاملات المدنية لعام ١٩٨٥ على انه "يعتبر فعلا ضارا يستوجب المسؤولية امتناع الشخص عن تقديم يد المعونة لحماية الغير من خطر يداهمه فى النفس او العرض او المال اذا كان فى مقدوره ان يبذل هذه المعونة دون ان يتعرض لخطر" ، و لذا يلزم ان يعتد المشرع فى مصر و الامارت و سلطنة عمان فى القانون المدنى بهذا الواجب و ان يقننه فى نصوصه<sup>١</sup> .

= السابق ، ص ٨٣ وما بعدها وراجع احمد حشمت ابو ستيت ، المرجع السابق ، ص ٥٨ و مصطفى مرعى ، المسؤولية المدنية فى القانون المصرى ١٩٤٤ ، ص ٣٩ حسين عامر ، عبد الرحيم عمر ، المسؤولية المدنية ، مرجع سابق ، ص ١٥٣ ، عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص ٤٩٤ .  
١ راجع على الخفيف ، المرجع السابق ، ص ٤٠ وما بعدها . و محمد المرسى زهرة ، المرجع سابق ، ص ١٠٠ وما بعدها و ص ١٤٣ وما بعدها . وانظر محمد وحيد الدين سوار ، الاتجاهات العامة فى قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة . دارسة موازنة بالمدونات العربية . العين . ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٨ م . ص ١٤٧ وما بعدها و ص ١٦٧ وما بعدها ١٨٩ - ١٩١ .

ثانياً: الامتناع عن مساعدة شخص فى خطر:-

فى النظام القانونى الفرنسى جرم المشرع الامتناع عن مساعدة شخص فى خطر وذلك بموجب المادة رقم ٢٢٣ / ٦ فقرة ٢ من قانون العقوبات. حيث يتضح من هذا النص أنه يتطلب لقيام هذه الجريمة فى حق الممتنع - المسؤولية الجنائية ثم المدنيه - ان يقعد عن تقديم يد العون لشخص اخر تتعرض حياته أو سلامة جسمه للخطر ، مع علم الشخص الاول بهذا الخطر ، وقدرته على انقاذ الشخص الثانى منه دون اصابته هو أو غيره بأى ضرر من ذلك. و كذلك يجب أن تتوافر شروط معينة فى الخطر والمساعدة. فيتطلب فى الخطر الذى يستدعى المساعدة أن يكون خطراً يمس الحياة أو سلامة جسم شخص معين، وان يكون ليس له أى تأثير على مقدم المساعدة، وأن ينشأ عن حادثة إرادية أو عن ظاهرة طبيعية وان يكون هذا الخطر معروفاً للممتنع عن المساعدة - أى يكون ظاهراً يمكن رؤيته ومعرفته دون أن يبذل أدنى جهد وغير خفى - حتى يقوم أو يقدم المساعدة،<sup>١</sup> والىكون للممتنع يد فى حدوث الخطر.

1 - فالخطر قد يكون مصدره طبيعى كزوال أو فيضان أو حادثة ارادية مثل شخص يلقى بنفسه فى البحر رغبة فى الانتحار ويجب ان يكون الخطر قائماً بحيث لو انتهى بوفاة الشخص أو اصابته بأذى فى جسمه ، وعلم شخص اخر بعد ذلك بهذا الخطر فلا يلتزم بتقديم المساعدة لانه انتهى ولذا يجب ان يكون وشيك الوقوع ، ويجب ان يكون فيجائياً غير متوقع ولذلك قضت محكمة النقض بانه لايدخل فى مفهوم هذا الخطر حالة امرأة حامل على وشك الولادة - الوضع - إن هى إهملت وزوجها فى اتخاذ الاحتياطات اللازمة للعملية مما ادى الى وفاتها ، لأن عملية الوضع خطر متوقع. ويجب ان يكون الخطر معروفاً للممتنع عن المساعدة حيث ان جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة جريمة عمدية يلزم لوقوعها معرفة الخطر من الممتنع سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ، راجع امين سعد سليم ، المرجع السابق ، ص ٧٨ ومابعدها ، وقارب حبيب ابراهيم الخليلي ، الرسالة السابقة ، ص ٢٧٣ ومابعدها وراجع M.AKIDA, La responsabilité pénale des medecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence, paris.L.G.D.J.1994.P.117 ets . jean Larguier, Annemarie, larguier, droit pénale special, 10e édition, 1998, dalloz p.57 ets . cass. Cirm.31 mai 1949,j,c,p,1949,I I 4945.note j.magnal. cass.crrm.1 er fere. 1955. cit par largnier pres 58.-cass.crim.23 mars.1953.cité par larguier,prec.p.58.cass.crim 17 fere 1972. cass. Crim . 2 avril.1992.

ويشترط فى المساعدة- الواجب تقديمها- حتى تقع جريمة الامتناع عن المساعدة ان تكون المساعدة ممكنة ، والمساعدة الممكنة التى يمكن تقديمها لها صورتان ، وهى إما مساعدة شخصية أى أن الملزم بتقديمها هو الممتنع بنفسه . وإما طلب النجدة من شخص آخر<sup>1</sup> .

وجزاء الامتناع عن تقديم المساعدة نوعان ، الاول جزاء جنائى ويتمثل فى عقوبة السجن والغرامة المالية ، والجزء الاخر والثانى هو جزاء مدنى يتمثل فى إلزام الممتنع بتعويض المضرور ، وينطبق على دعوى المسؤولية المدنية الناشئة عن الامتناع نفس القواعد العامة التى تنطبق على دعاوى المسؤولية الاخرى<sup>2</sup> .

فى مصر- وكذلك الامارات والسودان و عمان- لا يوجد فى القانون الجنائى نص مماثل او يقابل نص المادة رقم ٦/٢٢٣ فقرة ٢ الوارد فى قانون العقوبات الفرنسى . وبالتالى فالاصل انه ليس هناك عقوبة جنائية توقع على الممتنع عن تقديم المساعدة لشخص فى خطر بوجه عام ، لان المبدأ الذى يحكم الجزاء الجنائى - ومن ثم المسؤولية الجنائية - انه لا جريمة ولا عقوبة الا بنص ، ولكن يلاحظ انه قد ورد فى قانون العقوبات المصرى الحالى نص يجرم النكول عن مساعدة شخص اذا تسبب الممتنع بسلوكه فى ارتكاب حادث للمضرور وترتب عليه وفاته ، وهو نص المادة رقم ٢٣٨ من قانون العقوبات.

وكذلك لم يرد فى القانون المدنى المصرى والامارتى والعمانى نص صريح ينظم موضوع المسؤولية المدنية عن الامتناع عن مساعدة شخص

---

1 - راجع ايمن سعد سليم ، المرجع السابق ، ص ٩٢ وقارن حبيب ابراهيم الخليلي ، الرسالة السابقة ص ٢٧٣ ومابعدها .

( G ) VINEY,(P.) Jourdain, traite de droit civil, sous la direction de (J) GHESTIN, les conditions de la responsabilité, 2e ed , L.G.D.J.NO452 .larguier,préc. p.56ets.Cass.crim.9dec,1959,cass.crim,2juill.1975.T, CO, Or. 29 no1. 1950.

2 - راجع ايمن سعد سليم ، المرجع السابق ، ص ٩٤ . وانظر كذلك -Larguier.préc60.p.60.Cass.crim..5 mars.1992 reca92.no.213



فى خطر . ولذلك كان قيام المسؤولية المدنية بناء على هذا السلوك اى عن الامتناع عن مساعدة شخص فى خطر - كأصل عام - محل خلاف . هذا مع وجوب ملاحظة ان المسؤولية المدنية للممتنع بصفه عامه تقوم تبعا لقيام المسؤولية الجنائية فى حقه عن النكول عن المساعدة وفق نص ماده رقم ٢٣٨ من قانون العقوبات المصرى<sup>١</sup> . وما يماثله من نصوص فى القانون الجنائى فى القانون المقارن و ، حيث يلاحظ عدم جود نص مماثل لنص القانون الجنائى المصرى فى النظام القانونى الاماراتى و العمانى و السودانى .

و فى اطار ذلك يتبين ان المشرع السودانى قد نظم المسؤولية المدنية للممتنع عن مساعدة شخص فى خطر ، وذلك بنص صريح ، هو نص المادة رقم ١٤٠ من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٥ . حيث قرر فيه انه "يعتبر فعلا ضارا يستوجب المسؤولية امتناع الشخص عن تقديم يد المعونة لحماية الغير من خطر يداهمه فى النفس او العرض او المال اذا كان فى مقدوره ان يبذل هذه المعونة دون ان يتعرض لخطر" .

و هذا النص يطابق النص الذى تضمنه المشروع الذى اعده الاستاذ الدكتور المرحوم / عبد المنعم فرج الصده . و عاونه فيه الاستاذ الدكتور

1 - وبذلك فانه فى غير هذه الحالة لا تقوم المسؤولية الجنائية للممتنع وان كان فقه القانون المدنى اختلف حول قيام المسؤولية المدنية فى غير هذه الحالة الى فريقين الاول يرى ان المسؤولية المدنية لا تقوم عند امتناع شخص عن مساعدة شخص اخر فى خطر استنادا الى عدة حجج اهمها والاولى حماية حرية الممتنع الشخصية فى ان يظل ساكنا ولا سيما اذا كان الخطر لا يرجع اليه وكل ما هناك ان هذا الشخص يرتكب بامتناعه خطأ اخلاقيا لا يوجب المسؤولية القانونية فلو ان شخصا رأى شخصا اخر يغرق وكان قادرا على إنقاذه ولكنه امتنع عن مجده فانه لا يسأل عن ذلك لانه ليس هناك واجب قانونى يلزمه بتقديم المساعدة ، ويرى الفريق الاخر انه يمكن قيام المسؤولية المدنية فى غير الحالة المنصوص عليها فى قانون العقوبات وذلك استنادا الى ان الامتناع يكون موجبا للمسؤولية رغم عدم وجود التزام قانونى محدد حينما يكون هذا الامتناع اخلاقيا بواجب عام يقضى باتخاذ ما يلزم لحماية الغير فى ظروف معينة ولكن هذا الاتجاه يخالف الغالب والمستقر اليه فقها وقصاءا راجع ، امين سعد سليم ، المرجع السابق ، ص ٨٣ وما بعدها ، وص ٩٧ - ٩٨ وراجع احمد حشمت ابو شيت ، المرجع السابق ، بند ٤٢٩ . وراجع عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق ، ص ٤٩٤ .

/حسين حامد حسان .بناء على تكليف من مجلس الشعب المصرى .وذلك عام ١٩٧٧ وانتهيا منه عام ١٩٨٢ . وهو النص رقم ١٧١ .وهذا النص يعتبر من افضل النصوص التى نظمت المسؤولية المدنية عن الامتناع عن تقديم المساعدة لشخص فى خطر ، بل هذه المادة تفضل تنظيم القانون الفرنسى فى هذا الموضوع ؛ لأنها تتناول واجباً يفرضه المشرع حماية للنفس أو العرض أو المال .حيث تفيد بأنه اذا وجد شخص غيره يتعرض لأذى فى نفسه أو إعتداء على عرضه أو غصب أو إتلاف ماله وجب عليه أن يبادر الى إنقاذ هذا الغير كى يحمى نفسه أو يصون عرضه أو يحفظ ماله ، مادامت لديه القدرة على هذا الإنقاذ دون ان يتعرض لخطر .فإن قصر فى أداء هذا الواجب تحققت مسؤوليته ، كأن يرى سباحاً شخصياً يشرف على الغرق فيمتنع عن إنقاذه رغم قدرته على إنقاذه دون ان يتعرض لخطر ، أو يرى شخص آخر يخطف أنثى وهى تستغيث فيقعد عن إنقاذها رغم قدرته على ذلك ، أو يرى شخصاً آخر يخطف مال غيره ويفر به فلا يبادر الى تتبعه لاسترداد المال منه رغم أن فى وسعه ذلك ، أو يراه يضرم النار فى مال غيره فلا يمنع من ذلك رغم أن هذا المنع فى استطاعته . وللاسف لم يعمل او يعتد بهذا المشروع فى مصر حتى الان .

وعلى ذلك ينصرف غالبية الفقه الى تأييد الراى القائل بانه فى ظل نصوص القانون المدنى - المصرى - الحالى لا تقوم المسؤولية المدنية للممتنع بناء على الامتناع عن مساعدة شخص فى خطر فى غير الحالة الواردة فى نص المادة ٢٣٨ من قانون العقوبات المصرى -بالتبعية للمسؤولية الجنائية - ، وذلك لاسباب عديدة نذكر منها عدم وجود

1 حيث كان مجلس الشعب المصرى قد كلف الاستاذ الدكتور المرحوم/عبد المنعم فرج الصلدة .بإعداد مشروع جديد للقانون المدنى و ذلك عام ١٩٧٧ و انتهى منه عام فى عام ١٩٨٢ و عاونه فى ذلك الاستاذ الدكتور /حسين حامد حسان .ولم يعمل بهذا المشروع حتى الان .وللمزيد انظر المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدنى المصرى طبقاً لاحكام الشريعة الاسلامية ص ٥٥ - ٥٦ .ومن مضابط مجلس الشعب المصرى .مضبطة الجلسة ٧٠ المعقودة يوم الخميس ١٠ رمضان ١٤٠٢ هـ والموافق الاول من يوليو سنة ١٩٨٢ . ملحق ١٦ و تقرير الدكتور /جمال العطيفى عن هذا المشروع .

واجب عام بالعمل لمصلحة الغير يوجب انقاذ شخص فى خطر وفقا لما سبق وان اوضحناه فى القانون الوضعى .

كما ان الشرع بنصه فى حالة محددة تقوم فيها المسؤولية الجنائية عند نكول الشخص عن مساعدة شخص اخر فى خطر، يعنى على ما يبدو من وجهة نظر صاحب هذا الراى انه يريد حصر المسؤولية الجنائية والمدنية فى هذه الحالة فقط، ولا أدل على ذلك من ضالة العقوبة التى قررها القانون لهذه الجريمة<sup>1</sup>.

وعلى ذلك كانت الرؤية التحليلية و التأصيلية لفعل أو خطأ الامتناع فى اطار الدراسة المقارنة، ومن ثم لزم توجيه عناية المشرع المصرى والعمانى و الاماراتى الى ان يعدل احكام القانون المدنى، حتى يفرض واجب قانونى على الاشخاص لمساعدة اى شخص يكون فى خطر يهدده فى نفسه او ماله او عرضه، و دون ان يصبه ضرر من ذلك وكان فى امكانه تقديم المساعدة، ومن ثم تقوم المسؤولية المدنية للممتنع ان اخل بهذا الواجب وذلك تحقيقا للعدالة التشريعية خاصة وان هناك اجماع فى الفقه الاسلامى على وجوب التدخل لانقاذ الغير من الخطر استنادا الى قول الحق تبارك وتعالى " ومن احيها فكاثما احيا الناس جميعا "<sup>2</sup>، ولاسيما فى القانونين العمانى و الاماراتى حيث اعتمادهما لاحكام الشريعة الاسلامية و الفقه الاسلامى فى نظامها القانونى.

1 - ولأنه اذا ما رجعنا الى العرف وهو المصدر الثانى للقانون وفقا للمادة الأولى الفقرة الثانية من القانون المدنى المصرى - نجد للاسف ان واقع المجتمع المصرى الحالى تسوده حالة من السلبية تشجع على الامتناع عن تقديم المساعدة لشخص فى خطر اما للرغبة فى السكون وعدم تعرض الممتنع لادنى ضرر واما للخوف من تحمل مسؤولية تقديم المساعدة كأن يتهم هو بأنه هو سبب الخطر. وهذا الواقع للاسف لا يمكن ان نقول بغيره، والا كنا مخالفين للعرف. ولهذا كان لازما على المشرع ان يقرر واجب قانونى على الاشخاص بالمساعدة لمن يكون فى خطر وذلك اعمالا للعدالة التشريعية وتيمناً باحكام و مبادئ الشريعة الاسلامية والفقه الاسلامى. راجع ايمن سعد سليم، المرجع السابع نفس الموضوع.

2 - وتعنى هذه الاية رقم ٣٢ من سورة المائدة - ان من تسبب بسلوكة فى قتل نفس فإثما قتل الناس جميعا سواء أكان بسلوكة ايجابية او بسلوكة سلبية، ومن انقذ نفسا من الخطر والموت فكاثما احيا الناس جميعا ونجد ان هذا النص يبين ان وجوب التدخل لانقاذ شخص فى خطر امر يلزم ان يجمع عليه الفقه الاسلامى وهذا ما هو قائم =

كما ان مشروع القانون المدنى المصرى الحالى كان قد ورد فيه قديما نص ينظم المسؤولية المدنية عن الامتناع، وهى المادة رقم ٢ منه - ولم يعتد بها المشرع - والتي كانت تنص على انه يعد الامتناع عن المساعدة خطأ بوجه خاص فى الحالتين الاتيتين :-

أ - اذا كان يمكن للممتنع ان يدفع خطرا يحيح بشخص اخر دون ان يعرض نفسه او غيره للخطر . حيث نلاحظ ان المشرع المصرى فى قانون العقوبات الحالى قد قصر الجزاء الجنائى على الامتناع عن مساعدة شخص فى خطر فى حالة واحدة، وهى حالة ما اذا كان سبب الحادث هو خطأ صدر من الممتنع نفسه وتسبب هذا الخطأ فى موت المضرور كأن يصدم - الممتنع - شخصا بسيارته فى الطريق ويتركه بين الحياة والموت دون مساعدته بنقله الى اقرب مستشفى او حتى عن طريق طلب النجدة له ما يتسبب فى وفاته ؛ ويجب ان يكون الممتنع قادرا على تقديم المساعدة . اما فى غير هذه الحالة اذا امتنع شخص عن مساعدة شخص اخر فى خطر فلا يسأل فالشخص الذى يرى مصابا ملقى فى عرض الطريق ويستطيع ان يساعده وينكل على الرغم من ذلك عن مساعدته مما يتسبب فى وفاته لا يسأل ايه مسؤولية جنائية ولا حتى مدنياً، طالما لم يكن هو السبب فى الخطر. وهذا حقا وضع غريب يصتطدم مع ابسط قواعد الانسانية والاخلاق، والتكافل الاجتماعى كما ان العقوبة المقررة على النكول عن المساعدة عقوبة ضائلة لا تتناسب مع الضرر الذى يصيب المضرور . وبينما وفق هذا النص -من المشروع والذى لم يعتد به المشرع - تقوم المسؤولية المدنية للممتنع سواء كان هو السبب او لم يكون هو السبب فى احداث الخطر الذى بالمضرور.

---

=بالفعل ولذلك كانت ومازلت الحاجه واضحه لمثل هذه المسؤولية لمساءله المتسبب بالامتناع عن حماية ارواح المصريين التى تقدر بلا حساب راجع ، ابو بكر عبدالله محمد بك احمد الانصارى القرطبى ، المتوفى ٦٧١ هـ ، الجامع لاحكام القران ، ج ١ ، ص ١٤٧ طبعة دار الكتاب د/ يوسف قاسم ، جرائم الامتناع فى الفقه الاسلامى ، بحث نشور فى مجلة القانون والاقتصاد ، سنة ١٩٥٣ ، سنة ١٩٨٣ ص ٢٠١ .

ب) اذا كانت المساعدة ضرورية وكان الضرر الذى يصيب الممتنع بسببها لا يتناسب البتة مع الضرر الذى يحدق بالغير<sup>١</sup>. وبالرغم من ذلك لم يأخذ بهذا النص المشرع فى القانون المدنى الحالى وهذا موقف منتقد .  
 خاصة و انه كان قد ورد فى نص مشروع القانون المدنى المصرى -  
 سالف الذكر و الذى اعده المرحوم الاستاذ الدكتور /عبد المنعم فرج الصدة ؛ و الذى اعد طبقا لاحكام الشرعية الاسلامية - ما يعتمد الامتناع عن المساعدة كخطا موجب للمسؤولية المدنية حيث كانت تنص المادة رقم ١٧١ من هذا المشروع على انه " يعتبر فعلا ضارا يستوجب المسؤولية امتناع الشخص عن تقديم المعونة لحماية الغير من خطر يداهمه فى النفس او العرض او المال اذا كان فى عقدة ان يبذل هذه المعونة دون ان يتعرض لخطر"<sup>٢</sup>.

وعلى ذلك يتأكد ان المشرع السودانى قد سبق غيره من المشرعين العرب -انتصارا للرأجح فى الفقه الاسلامى وعملا بمبادئ الشريعة الاسلامية - ، وليس اعتمادا لفكر المذهب الاجتماعى كما يرى البعض ، و اقر واجبا قانونيا على الاشخاص بتقديم يد العون لحماية الغير من خطر يداهمه فى نفسه او عرضه او ماله متى كان فى مقدوره ذلك دون ان يتعرض لخطر والا عد هذا الامتناع فعلا ضارا يستوجب المسؤولية المدنية .وذلك بموجب المادة رقم ١٤٠ من قانون المعاملات المدنية السودانى لعام ١٩٨٥ م<sup>٣</sup>.

- 1 - راجع ايمن سعد سليم ، المرجع السابق ، ص ١٠١ - ١٠٢ و راجع مختصر الجلسة الرابعة والسبعين ، ص ٤ .
- 2 - انظر المشروع -سالف الذكر - الذى قام باعداده الاستاذ الدكتور /عبد المنعم فرج الصدة وعاونته فى ذلك الاستاذ الدكتور / حسين حامد حسان . بناء على تكليف لسيادتهما من مجلس الشعب المصرى عام ٩٧٧ ، وقد انتهت اعمال هذا الشروع فى سنة ١٩٨٢ . ولكنه لم يعمل به حتى الان راجع للمزيد عن هذا الشروع مذكرته الايضاحية - اسبابه مضابط مجلس الشعب المصرى ، مضبطه اجلسه ٧٠ المعقودة يوم الخميس ١٠ رمضان سنة ١٤٠٢ هـ الموافق الاول من يوليو سنة ١٩٨٢ ملحق ١٦ ، و تقدير الدكتور / جمال العطيقى عن هذا الشروع ، راجع ايمن سعد سليم ، المرجع السابق ، ص ١٠٢ - ١٠٣ .
- 3- انظر محمد وحيد الدين سوار . الاتجاهات العامة فى قانون المعاملات المدنية.... ، مرجع سابق ص ١٨٩ وما بعدها .

## ثالثاً :- امتناع المؤرخ عن ذكر الحقيقة<sup>١</sup>

حيث قيام المسؤولية المدنية للمؤرخ الناشئة عن الامتناع عن القيام بواجب مهني غير وارد في نص قانوني - امتناع المؤرخ عن ذكر الحقيقة - و يعبر هذا التطبيق عن حالة خاصة من حالات إعمال السلطة التقديرية للقضاء في تقدير حالات الامتناع الخاطئ التي لم يرد بشأنها نص خاص - اتفأقى او قانونى ، حيث طبق ذلك فى حكم فرنسى شهير وهو حكم turpain - branly ، و ارست فيه محكمة النقض الفرنسية مبداً جديداً يحكم المسؤولية المدنية الناشئة عن الامتناع عن القيام بواجب

١ - حيث ان هذا التطبيق يعد اعمالا لسلطة القاضى فى تقدير حالات الامتناع الخاطئ التى لم يرد فى شأنها او ذكرها نص. وهو حكم قضائى صادر عن محكمة النقض الفرنسية الغرفة المدنية ، فى ٢٧ فبراير ١٩٥١ تحت اسم حكم - turpain branly وفيه ارست محكمة النقض الفرنسية مبداً جديداً يحكم المسؤولية المدنية - بالنسبة للمؤرخ - الناشئة عن الامتناع عن القيام بواجب مهني غير وارد فى نص قانونى ، ولقد تواترت الاحكام القضائية الفرنسية بعد ذلك على اعمال هذا المبدأ ، ومنها حكم صادر عن محكمة فانت ، وحكم صادر عن محكمة aix-en-pr و حكم صادر من محكمة باريس ؛ ومن خلال هذه الاحكام يتضح ان القضاء الفرنسى قد توسع فى نطاق المسؤولية المدنية للمؤرخ الناشئة عن الامتناع عن ذكر الحقيقة . وهذه المسؤولية تقوم حتى ولو لم يكن الممتنع سئى النية وبذلك تقوم مسؤولية المؤرخ المدنية فى حالة تأكيده معلومات تاريخية او نفيها دون ان يعتمد أدلة كافية ، و كذلك فى حالة ان يمتنع او يصمت عن عرض احداث او اسماء اشخاص لها علاقة بالتاريخ الذى يذكره ، اما نتيجة اهمال واما سوء نية بقصد الاضرار ويتضح من كل ذلك ان القضاء قد ألقى على عاتق المؤرخ التزاماً جديداً وهو ضرورياً التزامه بالموضوعية والحياد اثناء عرضه للتاريخ ولكن ذلك لا يعنى ان للقاضى سلطة تقرير حالات الامتناع الخاطئ بوجه عام وانما يعنى ان للقاضى سلطة تحديد او تقدير السلوك الخاطئ ، راجع ايمن سعد سليم ، المرجع السابق ص ١٠٤ وما بعدها وراجع بتفاصيل اكثر :-

- Carbonnier (J) le silence et la golire " . d . 1951. chr .119. H.et.L. Mazeaud , jurisprudince . en matiere de droit civile. rev.trim.1951. p 247. Bourrinet , op.cit.p.95 . -Ripert et Boulanger . op .cit . n 935. Cass .civ 27 févr .1951 . o . 51.329 n - desbois . j . c . p 51 .6123 . N mihura , t . civ nantes 26 . oct . 1953 . d 53..636.j.c p.p54.79993.n.p Ex . aix - en - pr . 13 janv . 1958 . 1 58 , 58 , 142 . - paris .19 .juin , 1974 . d .75,638.Taha.thèse .préc.1966.no239.p.171.

مهني وتخلص وقائع هذا الحكم في ان المؤرخ الاستاذ turpain عرض في كتاب شهير له قصة تطوير الاذاعة الفرنسية ، وامتنع اثناء عرض هذا التاريخ عن ذكر اية اشارة للاعمال التي قام بها branly على الرغم من ان الاخير من اهم الشخصيات الفرنسية التي ساهمت في استكشاف الاذاعة الفرنسية وتطويرها ، فرفع ورثة branly دعوى قضائية على الاستاذ "المؤرخ" turpain مطالبين بتعويضهم عن الاضرار الادبية التي اصابتهم نتيجة إغفال اسم مورثهم في هذا الكتاب وقد قضت محكمة بوابته - محكمة الموضوع - بانعدام او إنتفاء خطأ الاستاذ turpain ، ومن ثم عدم مسؤوليته المدنية عن امتناعه عن عدم ذكر اسم branly في كتابه على اساس انه لم يتوافر لديه نية الاضرار ، ولأن هذا الامتناع فيه شبهة عدم المشروعية ، والمسؤولية المدنية تثور في الاعمال غير المشروعية فقط ولا تثور في الاعمال التي فيها شبهة عدم المشروعية ؛ ولكن محكمة النقض الفرنسية حينما طعن امامها في هذا الحكم رأت ان المسؤولية المدنية قائمة في حق المؤرخ ، حيث اكدت في حكمها على ضرورة توحيد القواعد التي تحكم الامتناع والعمل الايجابي ، وان كل خطأ حتى الذي يتسم بشبهة عدم المشروعية يكفي لقيام المسؤولية المدنية تجاه مرتكبه . ولذلك قضت بمسؤولية المؤرخ حتى ولو كان الامتناع لا يقصد به الاضرار طالما كان الفعل الذي امتنع عن القيام به داخل فيما يتطلبه واجب الاعلام بموضوعية . وعلى ذلك تواترت احكام القضاء الفرنسي في شأن المسؤولية المدنية للمؤرخ وبذلك يكون القضاء قد القى على عاتق المؤرخ التزاما جديدا الا وهو ضرورة التزام المؤرخ بالموضوعية و الحياد اثناء عرضه للتاريخ .

ولذلك ندعو المشرع في مصر و الامارات و سلطنة عمان و السودان لان يتبنى ما خلص اليه واستقر عليه القضاء الفرنسي في شأن إقامته للمسؤولية المدنية للمؤرخ عن امتناعه الخاطئ حيث إخلاله بالتزامات جديدة -يقننها- هي التزام الحيطة ؛ والموضوعية ؛ والحذر ؛ واليقظة عند عرض التاريخ بوجه عام والتاريخ المصري ؛ وبوجه خاص في المرحلة الثورية الحالية.

## خاتمة

وفى ختام هذا البحث نرى التوصيات الآتية: و المتمثلة اولاً فى اننا ندعو المشرع المصرى الى اجراء تعديل تشريعى من جانبين، الاول مدنى ينظم بموجبه المسؤولية المدنية للممتنع فى حالة عدم تقديم المساعدة للمضروب و ذلك بتنظيم دقيق يهتدى فيه بالفقه الاسلامى و مشروع القانون المدنى الذى قدمه المرحوم الاستاذ الدكتور /عبد المنعم فرج الصدة .سالف الذكر .و الثانى جنائى حيث يجب عليه تعديل النص المنظم لجريم النكول عن المساعدة فى امرين اولهما : ألا يشترط لقيام المسؤولية الجنائية فى المتهم بالنكول ان يكون هو سبب الخطر الذى اضر بالمجنى عليه، وثانيهما : ان يرفع المشرع من مقدار العقوبة عامة ويشدها متى كان المتهم بالنكول هو من كان السبب فى قيام الخطر الذى اضر بالمجنى عليه . و عليه فانه يلزم ان يحدد المشرع على الاقل واجبا قانونيا يلتقى على عاتق الاشخاص بمساعدة من هو فى خطر، مفاده وجوب مساعدة كل شخص يكون معرض للخطر و وهذا الخطر قد يمس حياته او جسده او يضرر حال او على وشك الوقوع ، وكان الاول يستطيع ان يقدم يد العون له دون ان يصيبه ضرر من جراء تقديم هذه المساعدة ، والا قامت مسؤوليته المدنية تجاه المضروب .

وكذلك ندعو المشرع الى ان يضع نصا فى القانون المدنى يقر بموجبه بقيام المسؤولية المدنية للمؤرخ - عن اخلاله - امتناعه عن الالتزام بالحيدة والموضوعية فى عرض التاريخ ايا كانت مهنة المؤرخ" صحفى ، استاذ جامعى او اى شخص اخر متى كانت من ضمن عناصر عمله كتابة التاريخ" ، وذلك كله من اجل تحقيق عدالة تشريعية فعالة تتعايش مع الواقع وتتماشى مع التطور الحادث فى مختلف جوانب المجتمع السياسية والاقتصادية والثقافية وغيرها ومن ثم يلزم ان يعدل المشرع احكام القانون المدنى لاقرار تلك التوصيات ، وايضا تعديل نص القانون الجنائى المنظم للمسؤولية القانونية عن النكول عن المساعدة .



## قائمة المراجع

### ١) المراجع العربية :-

- أحمد شعبان محمد طه، المسؤولية المدنية عن الخطأ المادي لكلاً من الطبيب والصيدلي والمحامي والمهندس المعماري، في ضوء أحكام الفقه والقضاء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠ .
- احمد حشمت ابوستيت، نظرية الالتزام فى القانون المدنى الجديد، الكتاب الاول، مصادر الالتزام، مطبعة مصر، ١٩٥٤ .
- احمد عبد اللطيف، جرائم الاهمال فى قانون العقوبات العسكرى، مكتبة الرسالة الدولية للطباعة والكمبيوتر، ١٩٩٧ .
- ايمن سعد سليم، الامتناع مصدرًا للمسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣ .
- التفسير التطبيقي للكتاب المقدس، طبعة ١٩٩٩ طبعة هولندا، العهد القديم، سفر الخروج، الاصحاح.
- ابو بكر بن عبد الله ابن العربي، أحكام القرآن، الجزء الأول، والجزء الرابع، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
- ابو بكر عبدالله محمد بك احمد الانصارى القرطبى، المتوفى ٦٧١ هـ، الجامع لاحكام القران، ج ١، ص ١٤٧ طبعة دار الكتاب
- ابن منظور.ابوالفضل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب .كتاب العين فصل الميم، مادة "منع" ٨- ٣٤٣، دار صادر، بيروت .
- ابن منظور : لسان العرب، مادة "غوث" كتاب الثاء، فصل العين، ١٧٥/٢. الفيويمى : احمد بن محمد بن على المقرئ الفيويمى . ٥٧٧٠، المصباح المنير، ٥٤٦/٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٣٨هـ .
- ١٩٧٨ م .
- ابراهيم عطا شعبان، النظرية العامة للامتناع فى الشريعة الاسلامية والقانون الجنائى الوضعى، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨١ .
- الاءام علاء الدين أبو بكر الكاسانى، متوفى ( ٥٨٧ ) حنفى، بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع، ط دار الفكر، ج ٦ .
- الموسوعة الفقهية، ١٧/٤ - ١٨، اصدار وزارة الاوقاف الكويتية، مكتبة الالاء، الصفا، ط ٢، ٥١٤٠٦، ١٩٨٦ م .

- جمال زيد الكيلاني، المسؤولية جراء الامتناع عن تقديم الواجب عند الحاجة في الفقه الاسلامي والقانون المسمى ب"اغائة الملهوف" مجلة جامعة النجاح للابحاث "العلوم الانسانية" المجلد ١٩ (١). عام ٢٠٠٥ .
- حسين عامر، وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية "التقصيرية والعقدية"، الطبعة الثانية، دار المعارف، ١٩٧٩ .
- حبيب إبراهيم الخليلي "مسؤولية الممتنع المدنية والجناحية في المجتمع الاشتراكي"، رسالة دكتوراه، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٧ .
- رؤوف عبيد، مبادئ الاجراءات الجنائية فى القانون المصرى، دار الجيل للطباعة، ط ٦، ١٩٨٥ .
- زهدي يكن، المسؤولية المدنية أو الأعمال غير المباحة، الطبعة الأولى، منشورات المكتبة العصرية - صيدا بيروت بدون تاريخ نشر.
- يوسف قاسم، جرائم الامتناع فى الفقه الاسلامى، بحث منشور فى مجلة القانون والاقتصاد، سنة ١٩٥٣، سنة ١٩٨٣ .
- سليمان مرقس، المسؤولية المدنية، القاهرة، ١٩٥٤ .
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١ .
- عدنان سرحان، المصادر غير الارادية للالتزام، الطبعة الاولى مكتبة الجامعة، الشارقة ٢٠١٠ .
- على الخفيف، الضمان فى الفقه الاسلامى، محاضرات القاها على طلبة قسم البحوث و الدراسات القانونية .معهد، البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية .
- عبد المنعم بدر، وعبد المنعم البدر اوي، مبادئ القانون الروماني، طبعة ١٩٥١ .
- عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، الطبعة الثانية، ١٩٥٤ . ج١ .
- عبد الفتاح مراد، جرائم الامتناع عن تنفيذ الاحكام .الاسكندرية .
- عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٢ .
- عبد القادر عودة، الموسوعة العصرية، الفقه الجنائي الاسلامى، كتاب عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الاسلامى مع التعليقات، أية الله السيد اسماعيل الصدر، واءاء للدكتور توفيق بشادى والمشاركين، الجزء الاول، المجلد الاول، دار الشروق .

- محمد احمد سراج، ضمان العدوان فى الفقه الاسلامى، دراسة فقهية مقارنة باحكام المسؤولية التقصيرية فى القانون، دار الثقافة للنشر و التوزيع، القاهرة، ١٤١٠هـ، ١٩٩٠م.
- محمد المرسي زهرة، المصادر غير الارادية للالتزام فى قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة، مطبوعات جامعة الامارات العربية المتحدة (٦٤) الطبعة الاولى.
- محمد أحمد مصطفى أيوب، النظرية العامة فى الامتناع فى القانون الجنائي، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٣.
- محمد حسين علي الشامي، ركن الخطأ فى المسؤولية المدنية. دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري واليميني والفقه الإسلامى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠.
- محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة فى قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة. دراسة موازنة بالمدونات العربية. العين ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م.
- محمود نجيب حسنى، علاقة السببية فى قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣.
- مصطفى مرعى، المسؤولية المدنية فى القانون المصرى ١٩٤٤.
- مصطفى الزرقا، الفقه الاسلامى فى ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، مطابع ألف باء- الاديب، دمشق، سنة ١٩٦٨.
- نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديد، الاسكندرية ٢٠٠٧.
- وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية فى الفقه الاسلامى، دراسة مقارنه، دار الفقه المعاصر بيروت، لبنان، سنة ١٩٩٨.

## (٢) المراجع الاجنبية :-

- APPLETON(P.) L'abstention fautive en matière delictuelle civile et pénale ,R.T.D.C.1912.
- BENTHAM (S.),"Traité de législation civile et pénale 2 éme édition,tome1.paris,1820.
- BONNECASE(J), précis de droit civile,T.II.paris,1934.

- Bourrint (J.) , "L'Abstention , source de responsabilité Civile , delictuelle" Thèse, Montpellier , 1959.
- Carbonnier (J), le silence et la golire " .Dalloz . 1951.
- Caport , (J) , Esquisse d'une histoire de droit penal égyption" Bruxelles , 1990.
- Delvilani (A . F .), La responsabilité Civile pour omission ou abstention , Thèse , Grenoble , 1978 .
- FLOUR(J.) , et AUBERT(J.L.) . Les obligations .T2.le fait juridique,ARMAND col in , 9 e.ed.1997.
- Jean (L.), Annemarie, (L), droit pénal special, 10e édition, , Dalloz, 1998.
- Lyon-Cean(CH) et Revnault, (L,) traité de droit commercial ,T.V.I,5é éd, 1932.paris.
- LE Tourneau (PH), Et Cadiet (L.), droit de la responsabilité ,paris. 1988.
- LE Tourneau (PH) . , Cadiet( L .) , Droit de la responsabilité , Dalloze, Delta , 1996.
- LEPOINTE (G) et MONIER (R) , Les Obligations en droit Romain et dans L' ancien droit français, Sirey 1954.
- M.AKIDA ,La responsabilité pénale des medecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence, paris.L.G.D.J.1994.
- Mazeud (H.et L.) et Tunc (A) , "Traité théorique et pratique .de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle, Montchrestien , 1965 . 6é édition , tom e l .
- Planiol ( M) . , Etude sur responsabilité civile , revue cri – legis et jurus. 1965 .
- RIPERIT (G.) et. BOUANGER (J) ,Traité élémentaire de Droit civile de Marcel Planiol",Tome 2.L.G.D.J,1943.
- SOURDAT (A) ,traité ,général de la Rsposabilité ou de la action en dommages et intérêt en dehors des contrite ,paris .Marchal et Billard ,1902.Tome t.5.éme.édition .
- Savatier (R.), règles générales de la responsabilité civile, rev.crit.1934.

- Savatier (R.) , traité de la responsabilité en droit français , 1<sup>e</sup> éd , 1951 .
- TERRÉ (F). SIMILER,(PH) ..LEQUETTE,(Y)., Droit Civile, Les obligations,6<sup>e</sup> éd. Dalloz 1996.
- TAHA (G.H),L'omission illicite comme source de responsabilité civile delictuelle," étuds de droit Suisse français et irakien" Thèse, Genève.1961.
- VINEY( G), Jourdain(P.) , traité de droit civile, sous la direction de (J) GHESTIN, les conditions de la responsabilité,2<sup>e</sup> éd , L.G.D.J .Paris.1982.
- VINEY (G.) , La Responsabilité T , Conditions , l . G . D . J . 1982 .

---

---

مكافحة الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك  
دراسة مقارنة  
من إعداد أ. هني عبد اللطيف

---

---

مقدمة

يعد العقد أهم وسائل تلبية حاجات الأفراد المتزايدة، نظرا لتزايد نمطهم الاستهلاكي، وبما يمثله العقد في ذاته من وسيلة مهمة لتبادل السلع والخدمات.

ونظرا لما تشهده دول العالم من تحرير للتجارة الداخلية والخارجية، واعتماد لوسائل إنتاج أكثر حداثة زاد الحياة الاقتصادية تعقيدا، وما يستتبعه ذلك من تأثير على تفاوت في المراكز الاقتصادية لجميع الفاعلين في السوق الاقتصادية بما يفهم المستهلكين، وهذا ما يؤثر لا محالة على مراكزهم في عقد الاستهلاك؛ إذ يشهد تفاوتاً صارخاً بين مركز المحترف بما يمتلكه من نفوذ اقتصادي ومعرفي في مواجهة مستهلك يتصف بالضعف المعرفي همه إشباع حاجاته.

وهذا ما جعل عقد الاستهلاك ميدانا للمحترف لفرض إرادته على المستهلك، بما يمليه من شروط عقدية تصب في مصلحته.

ونظرا لعدم تلاءم هذا الوضع مع ما تقضي به القواعد العامة للعقد في القانون المدني، والتي بنيت على افتراض قدر كبير من المساواة في المراكز بين المتعاقدين، فإن عقد الاستهلاك كان عرضة للتدخل التشريعيين بموجب تشريعات خاصة لحماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف، لإعادة التوازن المفقود لهذا العلاقة العقدية.

وبذلك تتضح أهمية الخوض فيما تحدده الشروط التعسفية المفروضة على المستهلك من قبل المحترف نتيجة نفوذه الاقتصادي، مما يخل

---

1 أستاذ مساعد<sup>3</sup> كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة د/ مولاي الطاهر، سعيدة - الجزائر -

بتوازن عقد الاستهلاك ؛ وهذا من خلال بحث ما مدى تعسف شرط من الشروط الواردة في عقد الاستهلاك؟ وما هي الآليات الكفيلة للحد منها؟ وتبعاً لذلك فمعالجة الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك يستدعي بحث تطور مفهومها بدءاً من القواعد العامة في القانون المدني وصولاً إلى التشريعات الخاصة بحماية المستهلك (مبحث أول)، وكذا الوقوف على الآليات القانونية المعتمدة لمكافحة بغية الوصول لتوازن معقول للرابطة العقدية بين المستهلك والمحترف.

## المبحث الأول

### مفهوم الشروط التعسفية

مع ازدياد تعقد الحياة الاقتصادية اتسعت الهوة بين المحترفين من جهة والمستهلكين من جهة أخرى، إذ صار عقد الاستهلاك معرضاً لكثير من الشروط التعسفية، بطريقة تطورت معها نظرة التشريعات لهذه الشروط بدءاً بالقواعد العامة في القانون المدني (المطلب الأول) وصولاً إلى التشريعات الخاصة بحماية المستهلك (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### الشروط التعسفية طبقاً للقواعد العامة

إن إعادة التوازن للرابطة العقدية بمكافحة الشروط التعسفية طبقاً لقواعد القانون المدني يبدو مقصوراً علي عقود الإذعان، لذا وجب تحديد مفهوم الشرط التعسفي طبقاً للقواعد العامة أولاً (الفرع الأول)، ثم إلي إمكانية تعديل أو استبعاد الشروط التعسفية ثانياً (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الشرط التعسفي طبقاً للقواعد العامة:  
لإبراز مفهوم الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان وجب التعرض إلي تعريفها (أولاً)، ثم تبيان شروط استفادة المدعى من الحماية (ثانياً).

#### أولاً: تعريف الشرط التعسفي طبقاً للقواعد العامة

لم تتعرض المادة ١١٠ مدني جزائري والمادة ١٤٩ مدني مصري إلي تحديد المقصود بالشروط التعسفية<sup>١</sup>، رغم ما لذلك من الأهمية، إذ أن

1 وهو نفس موقف أغلب القوانين العربية التي أخذت بهذا النص، مثل المادة ١٤٩ مدني ليبيا، المادة ٢/١٧٣ مدني عراقي.

سلطة القاضي في مراجعة شروط عقود الإذعان تقتصر على الشروط التعسفية دون غيرها<sup>1</sup>.

إلا أنه يمكن تعريف الشروط التعسفية من خلال الأمثلة التي تعرض إليها القضاء المصري على أنه: "ذلك الشرط الذي يتنافى مع ما ينبغي أن يسود التعامل من روح الحق والعدالة ويترتب عليه اختلال توازن العقد"<sup>2</sup>

وهذا ما ذهب إليه بعض الفقه<sup>3</sup> حيث يرى أن الشرط التعسفي هو: "ذلك الشرط الجائر الذي يتضمن أحكاما ما تتنافى مع العدالة... وهذه الصفة نسبية تختلف من عقد لآخر حسب ظروف التعاقد، وموضوعه وحالة طرفيه ويختلف مفهومها بحسب البيئات والمجتمعات المختلفة".  
إلا أن هذا التعريف في نظر البعض جاء سطوحيا ولم يأت بالجديد فهو أشبه بمن يعرف الماء بالماء<sup>4</sup>.

كما أن أصحاب هذا التعريف أوردوا تعريفا آخر للشرط التعسفي علي أساس أنه: "شرط ينقسم إلي شرط تعسفي بذاته وهو الذي يظهر التعسف فيه منذ إدراجها وتكشف عنه ذات ألفاظه فتأتي متناقضة مع جوهره، وشروط أخرى تعسفية بحكم استعمالها فهي شروط عادية لا تظهر فيها صفة التعسف عند إدراجها في العقد ولكن تظهر عند التطبيق بالتمسك بحرفيتها وعدم مراعاة روحها"<sup>5</sup>.

إلا أن هذا التعريف تعرض إلى النقد<sup>6</sup> على أساس أنه يعتبر تصنيفا للشروط التعسفية أكثر منه تعريفا لها، وما هذا إلا تأثرا بالتعريف الذي

- 1 محمد إبراهيم بنداري، حماية المستهلك في عقود الإذعان، بحث مقدم إلى ندوة حماية المستهلك بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ١٩٩٨، ص ١٧.
- 2 المرجع نفسه، ص ١٧.
- 3 عبد الحكيم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة ٢٠٠٢، ص ٤٣٦.
- 4 عامر احمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، الدار العلمية الدولية، و دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط ١، ٢٠٠٢، ص ٣٨.
- 5 عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص ٢٣٤.
- 6 أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي ودار النهضة العربية (بدون طبعة) ١٩٩٤، القاهرة، ص ٢١٤.



جاءت به محكمة النقض المصرية، إذ قالت فيه: "الشرط التعسفي هو الشرط الذي يأتي مناقضا مع جوهر العقد باعتباره مخالفا للنظام العام."<sup>١</sup>  
ثانيا: شروط استفادة المدعى من الحماية ضد الشروط التعسفية:

يشترط لاستفادة المدعى من الحماية ضد الشروط التعسفية، أن تتوفر ثلاثة شروط وهي أن يتعلق الأمر بوجود عقد قائم صحيح متضمنا شرطا أو عدة شروط تعسفية مع وقوف المدعى موقف ضعف منها.  
الشرط الأول: وجود عقد قائم صحيح

يشترط لتفعيل الرقابة علي الشروط التعسفية في عقود الإذعان أن يقوم العقد صحيحا، إذ يشترط فيه سلامة الرضا من عيوب الإرادة وتوفر عنصره من إيجاب وقبول؛ ذلك أن الرقابة علي الشروط التعسفية مرحلة تلي مرحلة تفسير شروط العقد، الأمر الذي يستدعي أن يقوم هذا العقد صحيحا<sup>٢</sup>.

الشرط الثاني: تضمين العقد شرطا أو عدة شروط تعسفية:

إن حماية المدعى من الشروط التعسفية في عقود الإذعان هي المسوخ الذي من أجله أجاز المشرع في المادة ١١٠ مدني جزائري - المادة ١٤٩ مدني مصري - للقاضي التدخل لإعادة التوازن العقدي.  
وتبعاً لذلك إذا لم يتضمن العقد أيّاً من هذه الشروط فلا محل لمراجعة القاضي وإلا عد تدخله تحريفا للعقد مما يبرر نقص الحكم<sup>٣</sup>.  
الشرط الثالث: الضعف الإرادي للمدعى:

يشترط في الطرف الضعيف في عقد الإذعان عدم مقدرة علي مناقشة العقد بصورة لا يمكنه إلا أن يسلم بها، هذا ما يؤدي إلي القول

- 1 نقض مدني مصري مؤرخ في ٢١ أبريل ١٩٦٠ - مجموعة أحكام النقض - السنة ١١ - رقم ٥٠ ص ٣٣٠ أشار إليه سي الطيب محمد، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، تلمسان، الجزائري، ٢٠٠٨، ص ٣٠.
- 2 المرجع أعلاه، ص ٤١.
- 3 عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص ٤٣٤.
- 4 وهذا ما صرحت به المادة ١١٠ مدني جزائري سالف الذكر.

أن الشروط التي يتفق عليها في ظل المفاوضات بين المتعاقدين تخضع لنص المادة ١٠٦ مدني جزائري - المادة ١٤٧ مدني مصري - باعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون حتى ولو كانت شروطا تعسفية.

فطبقا لما تقدم علي القاضي النظر إلي موقف الطرف الضعيف من الشروط التعسفية فإذا كان لا يستطيع حيلة إلا التسليم بها جاز للقاضي التدخل في هذه الحالة، حتى ولو كان المذعن عالما منتبها لما شاب إرادته من تعسف بصورة لا يمكنه إلا الإذعان لها<sup>١</sup>

### الفرع الثاني

#### تعديل أو استبعاد الشروط التعسفية في عقود الإذعان

إذا ما تمكن القاضي من الحكم بوجود شرط تعسفي في عقد الإذعان، فإنه يقوم "بتعديل هذه الشروط التعسفية أو يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي له العدالة"<sup>٢</sup>.

وتبعاً لذلك، فإن سلطة القاضي إزاء الشروط التعسفية في عقود الإذعان واسعة لا يتقيد في ممارستها إلا بما تقضي له العدالة<sup>٣</sup>.

فللقاضي إن يزيل ما في الشرط من تعسف وجود عن طريق تعديل هذا الشرط، فإذا وجد أن هذا التعديل لا يفي لرفع التعسف وتحقيق العدالة قام برفع الضرر الذي قد يلحقه نتيجة النص في العقد على بعض الشروط التعسفية ولو عن طريق إهدار هذه الشروط كلية<sup>٤</sup>.

وقد اعتبر تدخل القاضي بهذه الطريقة، حكم خطير خص به المشرع عقود الإذعان، خوله بمقتضاها سلطة تعديل شروطها التعسفية، بل وإهدارها إذا اقتضت حماية المذعن هذا الأمر، في حين أن التوازن

١ عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص ٤٣٦

٢ طبقا لما ورد في نص المادة ١١٠ مدني جزائري المقابلة للمادة ١٤٩ مدني مصري.

٣ عبد المعتم فرج الصدة، نظرية العقد في القوانين العربية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، بيروت، (بدون طبعة)، ١٩٧٤، ص ١٤٨.

٤ محمد إبراهيم بنداري، المرجع السابق ص ١٩.

الشخصي للرابطة العقدية يقضي باقتصار دور القاضي على مجرد تفسير العقود بغية تطبيق القانون بشأنها ، وذلك وفقا للقواعد العامة<sup>١</sup>

ولكن يرد على هذا القول، بان المشرع هو الذي يقدر ضرورات الخروج عن أحكام والقواعد العامة، طبقا للمتغيرات والظروف المستجدة التي تقتضي ذلك، ومما لا شك فيه أن خضوع المدعن في عقود الإذعان وعدم قدرته على مناقشة شروط العقد يعد مبررا كافيا للخروج عن حكم القواعد العامة<sup>٢</sup>، ذلك أن التوازن العقد قد اختل قبل تدخل القاضي مما يجعل دور هذا الأخير هو إعادة التوازن العقدي إلى وضعه الطبيعي<sup>٣</sup>.

وبالمقابل فان سلطة القاضي في تعديل شروط عقد الإذعان التعسفية أو استبعادها بمعنى إعفاء المدعن منها، لا يعطلها وضوح عبارات الشرط، إذ أن مناط هذه الشروط ليس وضوحها من عدمه بل هو التعسف الذي شابها ودفع بالطرف المدعن إلى التسليم والإذعان لها<sup>٤</sup>. كما أن القاضي في سبيل ممارسة سلطته في الرقابة على الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان وضع له المشرع معيارا لتحديد.ها (أ)، وجعل سلطته في ذلك متعلقة بالنظام العام (ب).

أولا: معيار تحديد الشرط التعسفي في عقد الإذعان:

لقد وضع المشرع الجزائري في المادة ١١٠ مدني جزائري - المادة ١٤٩ مدني مصري - معيار العدالة والذي يتم على أساسه تحديد مدى تعسف شرط من شروط عقد الإذعان من عدمه، وما يلاحظ على هذا المعيار كونه يفتقر إلى التحديد، إذ أنه مشوب بالغموض وغير محدد المعالم، مما يجعله عرضة لاختلاف الإحساس به، والتغيير بتغير الزمان والمكان، قد يؤدي إلى تناقض أحكام القضاء المعتمدة عليه، وهذا من شأنه أن يقضي إلى زعزعة استقرار المعاملات<sup>٥</sup>.

1 سي الطيب محمد ، المرجع السابق ص ٤٢.

2 عامر أحمد القيسي المرجع السابق ص ٣٧.

3 عبد الحكم فودة المرجع السابق ص ٤٣٨.

4 نفس المرجع ص ٤٣٧.

5 سي الطيب محمد ، المرجع السابق ص ٤٣.

إلا أنه بالرغم من غموض هذا المعيار، إلا أن جانباً من الفقه<sup>١</sup> يرى أن هذا لا يمنع من القول بأنه مبدأ أخلاقي، يهدف إلى تحقيق المساواة بين الأفراد على النحو يقيم التوازن بينهم، ويبعدهم عن التعسف، وهذا الإحساس الطبيعي هو الذي يدفع القاضي إلى تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء المذعن منها.... فالعدالة هي قاعدة من قواعد القانون الطبيعي، إن لم تكن جوهر ذاته وأساس القيم الأخلاقية الصحيحة، إذ أن العدالة تهدف إلى تحقيق المساواة بين الأفراد، على نحو يقيم التوازن بينهم، فلا يحصل الإنسان إلا على ما يستحقه، إذ لا مجال للأضرار بالغير، ولا للإثراء على حسابه. كما أنها يجب أن تسيطر على العقد في كل مراحلها، سواء في المحادثات السابقة عليه، أو عند إبرامه أو تنفيذه، فتحقق بذلك من جموده، أو تتلاقى ما به من ثغرات".

ثانياً: اتصال سلطة القاضي بالنظام العام:

حرص المشرع الجزائري وكذا المشرع المصري، على اعتبار أي اتفاق باستبعاد سلطة القاضي في مراقبة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، اتفاقاً باطلاً، إذ أنه لو كان من الجائز مثل ذلك الاتفاق، لما تأخر الطرف القوي من أن يجعله من شروط العقد، ولانعدمت في الواقع الرقابة التي قررها المشرع للمدعين، إذ سيجعلها الطرف القوي من الشروط المألوفة clause de style في عقودهم<sup>٢</sup> فلتفعيل الحماية التي قصدها المشرع للطرف المذعن، جعل مثل هذا الاتفاق باطلاً لمخالفته النظام العام<sup>٣</sup>.

إلا أنه بالمقابل، فإن تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها، ليس سوى رخصة للقاضي، وليس أمراً وجوبياً، إذ أن الأمر متروك لتقديره ومدى اقتناعه باستخدام هذه الرخصة من عدمه<sup>٤</sup>.

1 عبد الحكم فودة المرجع السابق ص ٤٣٩.

2 محمد إبراهيم بنداري، المرجع السابق، ص ٢٠.

3 عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص ١٤٩.

4 عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص ٤٣٩.

يضاف إلى ذلك أن القول بتعلق سلطة القاضي في هذا الخصوص بالنظام العام، لا يعني أن يحكم القاضي من تلقاء نفسه بتعديل أو إلغاء الشروط التعسفية، إذ يجب أن يطلب المدعى هذه الحماية من القاضي في أية حالة كانت عليها الدعوى أمام قاضي الموضوع<sup>١</sup>، على ألا يجوز له أن يطلب ذلك أولاً أمام محكمة النقض - المحكمة العليا - لأن هذا الطلب يختلط فيه الواقع والقانون<sup>٢</sup>.

إلا أنه في المقابل دعى بعض الفقه، إلى ضرورة الاعتراف للقاضي بسلطة إثارة التعديل أو إلغاء الشروط التعسفية من تلقاء نفسه، بمناسبة نظره في دعوى التنفيذ أو فسخ العقد الأصلي، لأن من شأن ذلك، أن يساهم في بناء نظام قضائي متكامل، للحماية من الشروط التعسفية<sup>٣</sup>.

### الفرع الثالث

#### الشروط التعسفية في التشريعات الخاصة بحماية المستهلك

تعد الشروط التعسفية أحد أبرز مظاهر اختلال العلاقة العقدية الاستهلاكية مما تحمله من مظاهر استغلال المحترف لنفوذه الاقتصادي ممليا إرادته علي إرادة المستهلك، ولإبراز ماهية هذه الشروط ومدى إخلالها بالتوازن في عقد الاستهلاك ووجب التعرض إلي تحديد مفهومها (فرع أول) وتعداد عناصرها (فرع ثاني) وتمييز معاييرها (فرع ثالث).

#### الفرع الأول: تعريف الشرط التعسفي

لم يقتصر الفقه فقط علي تعريف الشرط التعسفي بل أيضا المشرع أقدم علي تعريفه وذلك علي النحو التالي:  
أولاً: التعريف الفقهي للشرط التعسفي :

لقد وردت عدة تعريفات للشروط التعسفية من بينها التعريف الذي يعتبر الشرط التعسفي " الشرط المحرر مسبقا من قبل الطرف الأكثر

- 1 محمد إبراهيم بنداري، المرجع السابق، ص ٢٠.
- 2 نقض مدني مصري، ٣١ ديسمبر ١٩٧٠، مجموعة أحكام النقض س ٢١ ص ١٣٥، أشار إليه، المرجع السابق، ص ٢٠.
- 3 محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، (بدون طبعة)، ٢٠٠٧، ص ٥٠.

قوة ويمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة مقارنة بالطرف الأخر فتعريفه شيء غير محدد." ويلاحظ علي هذا التعريف أنه اعترف بصعوبة مهمة تعريف الشرط التعسفي وفي مقابل هذا التعريف الوارد في الفقه الغربي فإن الفقه الجزائري حاول تعريف الشرط التعسفي إذ يرى الأستاذ محمد بودالي : "أن الشرط التعسفي في مجال عقد الاستهلاك هو ذلك الشرط الذي يورده المحترف في تعاقد مع المستهلك والذي يؤدي إعماله إلي عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين وهو يقدر وقت إبرام العقد بالرجوع إلى ظروف التعاقد و موضوعه و حالة طرفيه وفقا لما يقتضي به قواعد العدالة<sup>1</sup>

غير أن هذا التعريف جاء متأثرا بنص المادة ١١٠ مدني جزائري التي وضعت معيارا لتقدير الطابع التعسفي للشرط ألا وهو معيار العدالة ، لذا واجه هذا التعريف انتقادين اثنين أولهما اعتماده على معيار العدالة في تحديد الشرط التعسفي ، إذ أنه وإن كان الشرط التعسفي يخالف اعتبارات العدالة والأخلاق<sup>٢</sup> ، إلا أنها تبقى مفاهيم غامضة ومبهمه نظرا لكونها مفاهيم فضفاضة ومرنة ، مما يؤدي إلى اختلاف تحديد فكرة العدالة من شخص لآخر ، بل ومن زمن لآخر.

أما الثاني فاعتماده على معيار الميزة الفاحشة ، الذي واجه العديد من الانتقادات كما سيتم تناوله في حينه.

وبالمقابل تطرقت الشريعة الإسلامية إلى مسألة الشروط التعسفية فأقرت تحريمها لكن نظرتها جاءت متميزة عن نظرة القوانين الوضعية ، إذ أن مفهوم فكرة العقد في الفقه الإسلامي تختلف عنها في القانون الوضعي ، حيث أن إرادة المتعاقدين هي التي تنشئ العقد فقط ولكن أحكام العقود وآثارها تكون من ترتيب الشارع ، لذا يقول الفقهاء المسلمون أن العقود من الأسباب الجعلية لا من الأسباب الطبيعية في ترتيب الحقوق

---

1 محمد بودالي ، المرجع السابق ، ص ٦٠  
2 DARMASIN (S) , le contrat moral, L.G.D.J, ed. delt, Paris, 2000, P.356.

والالتزامات<sup>١</sup>، فكما يقول الإمام أبو زهرة "أما الآثار والأحكام فبترتيب الشارع فقط للعدل بين الخلق صونا للمعاملات عن دواعي الفساد ومنعها للغرر في الصفقات وحسما لمادة الخلافات بين الناس"<sup>٢</sup>.

وتبعاً لذلك فإن هيمنة الشارع على آثار العقد في الواقع إلى حرصه على الإشراف المباشر على إقامة التوازن بين حقوق العاقدين الناشئة بالعقد<sup>٣</sup>.

ولقد اختلفت المذاهب الفقهية الإسلامية في تعداد الشروط التي أجازها الشارع بين المضيقيين والموسعين لها<sup>٤</sup>، إلا أنه في جميع الأحوال فإن جميع الشروط التي تبدوا تعسفية وتخل بالتوازن العقدي هي الجميع باطلة سواء تعلقت عند الموسعين من مفهوم الشروط العقدية بمناقضاتها لمتقضى العقد بتفويتها لمقصوده، كأن يشترط البائع ألا حق للمشتري في إنقاص الثمن إذا أصيب الثمر بأفة، أو كانت هذه الشروط تخل بثمن العقود عليه<sup>٥</sup>.

ثانياً: التعريف التشريعي للشرط التعسفي:

لقد تعرض المشرع الفرنسي إلى تعريف الشرط التعسفي، بداية من خلال المادة ٣٥ من قانون ١٠ جانفي ١٩٧٨، الخاص بإعلام المستهلك للسلع والخدمات بأنه: "في العقود المبرمة المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين يمكن أن تكون باطلة محددة أو منظمة .... الشروط المتعلقة ب..... حينما تبدو هذه الشروط أنها مفروضة على غير المهنيين أو المستهلكين، بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر وتمنح هذه الأخيرة ميزة فاحشة"<sup>٦</sup>.

1 الإمام محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، الإسكندرية ١٩٩٦، ص ٢٥٢.

2 نفس المرجع ص ٢٥١.

3 إسماعيل محمد المحاقري، الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية، مجلة الحقوق، الكويت، سنة ٣٠، عدد الرابع، ٢٠٠٦، ص ٣٣٦.

4 في تفصيل هذه الآراء أنظر المرجع أعلاه، ص ٣٣٧.

5 نفس المرجع ص ٣٣٧ وما بعدها.

6 Art 35 « dans les contrats conclus entre professionnel et non professionne ou consommateur peuvent être=

وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد استبعد دور القضاء في تحديد مفهوم الشرط التعسفي، إذ أن استقرار موقف محكمة النقض إزاء تحديد الشرط التعسفي يستلزم العديد من السنين، وهو الأمر الذي استبعده المشرع الفرنسي<sup>1</sup>.

كما عرف المشرع الفرنسي<sup>2</sup> الشروط التعسفية من خلال قانون ٩٥ - ٩٦ بتاريخ ٠١ فيفري ١٩٩٥ والمعدل لقانون ٢٦ جويلية ١٩٩٣ المتعلق بالاستهلاك - وذلك استجابة للتوجيه الأوربي لـ ٠٥ أفريل ١٩٩٣ و الخاص بالشروط التعسفية، وذلك في المادة ١٣٢ - ٥/١ بأنها تلك التي يكون موضوعها أو من نتيجتها أن تخلق عدم توازن ذو دلالة بين حقوق و التزامات أطراف العقد و ذلك على حساب غير المحترف أو المستهلك<sup>٣</sup>.

وهذا النص وإن اختلف مع نص المادة ٣٥ من قانون ١٠ جانفي ١٩٧٨ ، إلا أنهما يتفقان من حيث المضمون، إذ اعتبارا إن مناط الشرط

---

=interdite, limitées ou réglementés... les clauses relatives au ....lorsque de telle clauses apparaissent imposées au non professionnel ou consommateur par un abus de la puissance économique de l'autre partie t confèrent à cette dernière un avantage excessif » art 35 de la loi N° 78-23 du 10 Jan 1978 sur la protection du l'information et consommateur de produit et service

1 أحمد محمد الرفاعي ، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، (بدون طبعة) ، ١٩٩٤ ، ص. ٢١٣

2 لقد عرف المشرع الفرنسي الشرط التعسفي قبل ذلك من خلال مرسوم ٢٤ مارس ١٩٧٨ الصادر لتطبيق قانون ١٠ يناير ١٩٧٨ في المادة الأولى منه التي نصت على أن الشرط التعسفي : " هو اشرط الذي محله أو اثره يؤكد إذعان غير المحترف أو المستهلك لاشتراطات عقدية غير مدرجة في المحرر الذي يوقعه" إلا أن هذه المادة ألغيت من طرف مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٣ فيفري ١٩٨٠ مسببا ذلك أن الحكومة تجاوزت سلطتها بشأن تحريمها الشروط الواردة بطريق الإحالة .

3 Art 132-1/5 : « Qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment de non professionnel ou consommateur un déséquilibre significatif entre les droit et les obligations des partie aux contrats »



التعسفي هو الهيمنة الاقتصادية لأحد المتعاقدين ، بما يحقق له من ميزة أو فائدة فاحشة<sup>١</sup>.

ويتضح من خلال ما تقدم أن المشرع الفرنسي قد حصر نطاق الشروط التعسفية في نطاق عقود الاستهلاك، عكس ما أقره المشرع الجزائري المتأثر بما استقر عليه القانون الألماني.

ويعتبر المشرع الألماني سباقا في تقرير الحماية ضد الشروط التعسفية من خلال القانون المتعلق بالشروط العامة في العقود، الصادر بتاريخ ٠٩ ديسمبر ١٩٧٦ ، ساري المفعول ابتداءً من ٠١ أبريل ١٩٧٧ ، إذ أقر قائمة بالشروط التعسفية، ومعترفا بالمقابل للقضاء بسلطة تقدير الطابع التعسفي لشرط اعتمادا على مبدأ حسن النية .

ولقد عرفت المادة الأولى من ذات القانون الألماني الشروط المخلة بالتوازن العقدي على أنها تلك الشروط التي تصاغ في الكثير من العقود والتي يفرضها أحد المتعاقدين وهو المستعمل على المتعاقد الآخر أثناء إبرام العقد، وكما قد تكون هذه الشروط منفصلة عن العقد فإنها قد تكون مندمجة في نصوصه دوئما اعتبار لموادها ولا للشكل الذي ترد فيه.

ففي جميع الأحوال فإن الحماية من الشروط التعسفية لا تقتصر على فئة المستهلكين، كما أنها ليست مقبولة إلا بالنسبة لعقود الإذعان مع استثناء عقود المعاوضة كما اشترط القانون الألماني للإعتداد بها، إعلام المستهلك بها عن طريق لفت انتباهه إليها صراحة ، بعرضها بطريقة مرئية في المحل أو في مكان إبرام العقد<sup>٢</sup>.

أما المشرع الجزائري فقد أعطى بدوره تعريفا للشرط التعسفي، طبقا للمادة ٠٣ / ٠٥ من القانون ٠٤ / ٠٢ المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، إذ عرفته بنصها على انه: " يقصد في مفهوم هذا القانون ما يأتي: ... شرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده، أو مشتركا مع

1 محمد بودالي، المرجع السابق ص ١٨.

2 محمد بودالي، المرجع السابق، ص ١٨.

بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى، من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و واجبات أطراف العقد.

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد سلك مسلك القانون الألماني في عدم حصر نطاق الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك على خلاف المشرع الفرنسي، هذا الاختلاف الذي يؤدي إلى اختلاف في العناصر الواجب توافرها في الشرط التعسفي بين القانون الفرنسي و القانون الجزائري .

#### الفرع الثاني: عناصر الشرط التعسفي.

إن تباين التعريفات المتبناة للشرط التعسفي، أدى إلى اختلاف العناصر الواجب توافرها طبقا للقانون الفرنسي، عنها في القانون الجزائري.

#### أولاً: عناصر الشرط التعسفي في القانون الفرنسي :

لقد تبنى القانون الفرنسي ثلاث عناصر للاعتداد بالطابع التعسفي للشرط العقدي وهي: أن يكون مجال الشرط عقد استهلاك، وإن ينتج عنه اختلال توازن العقد وأن يكون هذا الشرط مكتوباً وذلك على النحو التالي:

#### أ. أن يكون نطاق الشرط عقد استهلاك :

الشرط التعسفي كما سبق بيانه<sup>1</sup> طبقاً للقانون الفرنسي هو ذلك الشرط المدرج في العقود المبرمة بين المحترفين و غير المحترفين أو المستهلكين، تبعاً لنماذج عقود دأب المحترفون على عرضها على جمهور المستهلكين و تبعاً لذلك فقد رفض القضاء الفرنسي إهمال أحكام قانون المستهلك على عقود ذات صلة مباشرة بالنشاط المهني للشخص، أي العقود المبرمة بين المهنيين و مقتضى ذلك أن الشرط الوارد من العقود بين المهنيين لا اعتبار له لتقدير مدى تعسفها، مفهوم قانون الاستهلاك الفرنسي الذي يعنى بحماية الطرف الضعيف - المستهلك - في عقود الاستهلاك<sup>2</sup>.

1 طبقاً للمادة 35 من قانون 10 جاني 1978 سابق الذكر

2 محمد بودالي، المرجع السابق، ص 26.

وهذا ما أقرته محكمة النقض الفرنسية ، إذ رفضت في أحد قراراتها إصباغ الحماية ضد الشروط التعسفية على تاجر بمناسبة إبرامه لعقد توريد الكهرباء<sup>1</sup> ، كما رفضت في قرار آخر إهمال أحكام قانون الاستهلاك على زجاج Verrier بمناسبة إبرامه لعقد توريد الماء<sup>2</sup> ، وكذا على مجموعة زراعية لدى شرائها وسائل سقي الأراضي<sup>3</sup>.

وتبعاً لذلك فإن المشرع الفرنسي خالف أغلب التشريعات الأوربية ، مثل القانون الألماني والإنجليزي<sup>4</sup> لدى حصره نطاق الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك فقط ، متماشياً في ذلك مع التعلية الأوربية بتاريخ ٠٥ أبريل ١٩٩٣ المتعلقة بالشروط التعسفية المدرجة في عقود الاستهلاك ، والتي حصرت بدورها مجال الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك.

ب. أن يكون الشرط مكتوباً :

لقد استوجب القانون الفرنسي أن يكون الشرط التعسفي الوارد في عقد الاستهلاك شرطاً مكتوباً ، ولم يفقد الكتابة بأي شرط ، فيصلح - كما أشارت المادة ١٣٢ - ١/٢/٤/١ - أن يظهر في وصلات طلب الشراء أو الفواتير أو وصلات الضمان ، أو وصلات التسلم أو التذاكر أو على ظهر لوحات أو لافتات<sup>5</sup> ، ذلك أن النظام الفرنسي وضع أساس للشروط اصطلاح عليه بـ الشروط العامة Condition Générale Des

---

1 Civ 1 er CH , 31 mai 1988, P 1988 , Som , P 406 obs aubert (J.L)

2 T .g.I .paris 17 Jan 1990, D 1990 , P289 , note Guistin (j)

3 C.E , 11 juin 2001 , Rec Lebon à paraître , J .C, Ped 2001 , P 1260.

4 أنظر في نظرة هذه التشريعات : إسماعيل محمد المحقري ، المرجع السابق ص ٣٣٣ وما بعدها

5 « Ces disposition ont applicable aux contrats quelques soient leurs formes ou leurs supports , il en et ainsi notamment des bons de commandes , factures , bons de garanties , bordereaux ou bon de livraison , billets , ticket contenant des stipulations ou des références à des conditions générales préétablies »

Contrats ، والتي تكون محلا للتفاوض ، إذ نادرا ما يقضى بالطابع التعسفي لشرط كان محلا للمساومة والمفاوضة<sup>١</sup>.

يضاف إلى ذلك أن المشرع الفرنسي لم يحدد طبيعة هذه الشروط ولا المواضيع التي تتناولها فيستوي أن تتعلق بكيفيات دفع الثمن أو تسليم شيء أو عبئ المخاطر، بل إن القانون الفرنسي لم يحدد حتى القانون الواجب التطبيق على العقد في حالة تنازع القوانين<sup>٢</sup>.  
ج. أن يتسبب الشرط في اختلال ظاهر توازن عقد الاستهلاك :

لقد اشترط القانون الفرنسي للاستهلاك أن ينتج عن أعمال الشرط التعسفي اختلال واضح وظاهر لتوازن عقد الاستهلاك علي حساب مصالح المستهلك، على أن يقدر ذلك وقت إبرام العقد، إذ أن تقدير ذلك طبقا للمادة ١٣٥ - ٥/١ قانون الاستهلاك الفرنسي يسند علي جميع الظروف المحيطة بإبرامه وكذا مقارنة جميع الشروط الأخرى الواردة فيه كما يقدر ذلك بالنسبة للشروط التي قد يتضمنها عقد آخر إذا كان إبرام أو تنفيذ هاذين العقدين يخضع فيه أحدهما للأخر قانونا، كما في حالة القرض المقرن ببيع.

كما أن التعلية الأوروبية وضعت لمكافحة المظاهر البارزة لعدم التوازن العقدي الناتج عن الشروط التعسفية، وليس لضمان التعادل التام بين الأداءات العقدية، وهذا ما أقره المشرع الفرنسي لدى تعديله المادة ١٣٢ - ٧/١<sup>٣</sup> من قانون الاستهلاك حيث اعتبر أن تقدير الطابع التعسفي

1 محمد بودالي ، المرجع السابق، ص ٢٨.

2 ولقد فرقت المادة ٣٥ / ١ من قانون الاستهلاك بين حالة ما إذا كانت القواعد العامة للنزاع تحيل إلى قواعد دولة ي الإتحاد الأوربي قواعد هذا القانون هي التي تطبق وبين حالة ما إذا كانت قواعد النزاع تحيل قانون دولة غير عضو في هذا الإتحاد ، كان العقد عرض فيها أو أبرم أو نفذ فيها ، لأكثر تفصيل بهذا الخصوص انظر خالد عبد الفتاح ، حماية المستهلك في القانون الدولي ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٢ ، القاهرة ، ص ٧٠ وما بعدها .

3 بموجب الأمر ٧٤١/٢٠٠٠ المؤرخ في ٢٣ أوت ٢٠٠٠.

لا يقع على تعريف المحل الرئيسي للعقد ولا على تعادل السعر مع المال أو الخدمة المقدمة<sup>١</sup>.

ثانياً: عناصر الشرط التعسفي في القانون الجزائري:

يتضح من خلال تعريف الشرط التعسفي الوارد في نص المادة ٠٣ من قانون ٠٤ - ٠٢ المشار إليه سابقاً أن عناصر الشرط التعسفي في القانون الجزائري تتمثل في كون مجاله عقد الإذعان، وأن يكون مكتوب، كما يؤدي إلى إحداث اختلال ظاهر في توازن العقد. إن نطاق الشرط هو عقد الإذعان:

لقد تطرق المشرع الجزائري إلى تعريف عقد الإذعان في المادة الأولى من قانون ٠٤ - ٠٢ إذ نصت على أنه: "يقصد في هذا القانون ما يلي: ...عقد: كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تادية خدمة قرر مسبقاً من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه" وتكرر هذا التعريف في المادة الأولى فقرة الثانية من المرسوم التنفيذي ٠٦ - ٣٠٦ المتعلق بالعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصادية و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية<sup>٢</sup>. وبذلك يكون المشرع الجزائري قد هجر المفهوم التقليدي لعقد الإذعان القائم على احتكار الموجب للسلعة احتكار فعلي أو قانوني. كما أن المشرع من خلال هذه النصوص لم يقصر لحماية ضد الشروط التعسفية على جمهور المستهلكين، وإنما مدها لتشمل حتى المحترفين بما يوافق ما أقره القانون الألماني، وعلى خلاف القانون الفرنسي كما تقدم وأكثر ما يدل على ذلك نص المادة الأولى من القانون ٠٤ - ٠٢ حيث نصت على أن "هذا القانون يهدف إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلكين وكذا حماية المستهلك وإعلامه".

1 محمد بودالي، المرجع السابق ص ٢٩ وما بعدها.

2 المرسوم التنفيذي ٣٠٦/٠٦ المؤرخ في ١٧ شعبان الموافق ل ١٠ سبتمبر ٢٠٠٦ المتضمن العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر ج.ر.ع. ٠٦، ص ١٧.

ب. أن يكون العقد مكتوباً:

لقد اشترط المادة ٠٣ الحالة ٠٤ الفقرة أولى من قانون ٠٤ - ٠٢ أن يكون الشرط الوارد في عقد الإذعان شرطاً مكتوباً طبقاً لاستعمالها عبارة محرر مسبقاً هذا على الرغم من أن العقود الإذعان يمكن أن تتم شفاهة، إذن فالعقود محل الاعتبار طبقاً لهذه المادة هي عقود الإذعان المكتوبة<sup>١</sup>.

إلا أن الكتابة المقصودة هنا ليست فقط الكتابة الرسمية، وإنما يكفي مجرد إيراد الشروط العامة للتعاقد في الوثائق المختلفة الصادرة عن المحترف كما هم علي الحال فيما يخص طلب الشراء الفاتورة سند الضمان وغيرها وهو ما تضمنته المادة ٠٣ الحالة ٠٤ الفقرة ٠٢ القانون ٠٤ - ٠٢.<sup>٢</sup>

ج. أن يتسبب الشرط في إخلال ظاهرة التوازن العقد:

لقد أكد المشرع الجزائري من خلال تعريفه للشرط التعسفي الوارد في المادة ٠٣ الحالة ٠٥ من القانون ٠٤ - ٠٢ أن الشرط التعسفي هو الشرط الذي يترتب عن إعماله إخلالاً ظاهر في التوازن بين الحقوق وواجبات أطراف العقد<sup>٣</sup>.

وتبعاً لذلك فإن المشرع الجزائري قد تأثر بما أقره المشرع الفرنسي عندما أخذ بنفس المعيار طبقاً للمادة ١٣٢ - ١ من قانون الاستهلاك الفرنسي وهذا ما يدفع إلى بحث معايير الشرط التعسفي.

الفرع الثالث: معايير الشرط التعسفي

إن الشروط التعسفية تعد من أبرز مظاهر عدم التوازن العقدي التي حاولت القوانين الحد منها بدءاً من القانون المدني، إذ وضع له معياراً عاماً يتلخص في منافية هذه الشروط لاعتبارات العدالة

١ محمد بودالي، المرجع السابق، ص ٨٦.

٢ حيث نصت على أنه: " يمكن أن ينجز العقد علي شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفاً".

٣ إذ نصت هذه المادة علي أن: " الشرط التعسفي: كل بند أو شرط بمفرد أو مشتركاً مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى ممن شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد.

كما اهتمت التشريعات الخاصة بحماية المستهلك بوضع معايير خاصة لتحديد الشروط التعسفية بدءا من التشريع الفرنسي إذ تبني في قانون ١٠ جانفي ١٩٧٨ معياران لتمييز الشروط التعسفية يتمثلان في التعسف في استعمال النفوذ الاقتصادي مما يفيد المحترف من ميزة فاحشة.

ثم تراجع عن هذين المعيارين ليتبني معيارا جديدا من خلال أحكام المادة ١٣٢ - ١ من قانون الاستهلاك الفرنسي السابقة الذكر يتمثل في معيار الإخلال الظاهر بالتوازن في عقد الاستهلاك.

وذلك ما تأثر به المشرع الجزائري إذ تبني معيار الإخلال الظاهر بالتوازن وهذا ما يظهر جليا من خلال أحكام المادة ٠٣ الحالة ٠٥ من القانون ٠٤ - ٠٢ الأنف الذكر.

لذا سيتم دراسة هذه المعايير كل على حدى لما يفيد ذلك في فهم وتحليل مقدار الحماية التي تفيد بها هذه التشريعات الطرف الضعيف في عقد الاستهلاك، وذلك علي النحو التالي:

أولا: معيار التعسف في استعمال النفوذ الاقتصادي

لقد اشترط القانون الفرنسي في البداية أن ينطوي الشرط التعسفي عل استغلال المحترف لمكانته ونفوذه الاقتصادي وهذا كمعيار لتحديد الشروط التعسفية.

إلا أن هذا المعيار قوبل بالانتقاد على اعتبار أنه غامض vague فبالرغم من كون فرض شروط تعسفية يستدعي امتلاك مكنتات اقتصادية، إلا أن هذه المكنتات لا تعني بالضرورة أن يكون صاحبها من ذوي الشأن والعظمة grandeur في مجال التعامل الاقتصادي، إذ يمكن لمحترف بسيط أن يفرض ويستغل نفوذه المحلي بينما لا تستطيع مشاريع كبرى فعل ذلك خشية على سمعتها ومكانتها الاقتصادية<sup>٢</sup>.

1 حيث نصت المادة ٣٥ من هذا القانون لدى تطرقها إلي الشروط التعسفية بقولها: "يبدوا أنها مرفوضة علي غير المهني أو المستهلك بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادية من الطرف الأخر ويعطي لهذا الأخيرة ميزة فاحشة.

2 Godé (p), protection de consommateur, R.T.Dciv 1978 ; p 744

و تبعا لذلك ، فإن هذا المعيار أثار إشكالين ، الأول يخص طبيعة التعسف والثاني يتعلق بمدى نجاعة هذا المعيار في تحديد الشروط التعسفية.

فعن طبيعة التعسف ، ذهب رأي على اعتباره تعسف في الموقف ، أي أن مركز أحد المتعاقدين يسمح له بفرض شروطه على الطرف الآخر ، بشكل يقترب فيه مفهوم التعسف من التدليس بالصيغة العامة لعدم الأمانة وسوء النية<sup>1</sup> ، مما يوحي بأن عيبا قد لحق بالعنصر الاختياري للرضا. و بمعنى آخر أن تعسف الموقف المستخدم من قبل المحترف في تعامله مع المستهلكين يتم من خلال استعماله لوسائل غير أمنية باستغلاله لضعف الطرف الآخر لأمر الذي يؤدي بهذا الأخير لإبرام التصرف القانوني<sup>2</sup>.

بينما ذهب رأي الثاني إلى أن التعسف هي استعمال النفوذ الاقتصادي ضرب من التعسف في استعمال الحق ، متأثر في ذلك بالنقاشات البرلمانية التي أثّرت لدى سن قانون ١٠ جانفي ١٩٧٨ السالف الذكر.

حيث تم طرح فكرة مؤداها أن التعسف في النفوذ الاقتصادي ما هو إلا تعبير عن إساءة استخدام الحق الذي يفضي إلى تجاوز الغاية الاجتماعية للحقوق الشخصية<sup>3</sup> ، وهذا ما دفع إلى التساؤل بالقول إن كان هذا النوع من العقود أضحي ضرورة لا غنى عنها ، إلا أن تحديدها بصورة منفردة لا يعبر عن حق شخصي ، وإنما عن ممارسة سلطة واقع ، هذا ما أدى إلى صعوبة الإقرار أن الطابع التعسفي للشرط من الشروط هو نتيجة لإساءة استخدام حق من الحقوق<sup>4</sup> ، مما عرض الرأي الداعي إلى ذلك للانتقاد<sup>5</sup>.

1 GHESTIN (J), P'abus dans les contrats, gaz.pal, 1982, 2, Doc. P.379

2 أحمد محمد الرفاعي المرجع السابق ص ٢١٦ وما بعدها.

3 GHESTIN (J), Traite de droit civil; introduction général 3éd .1990, p.674

4 GHESTIN (J), les obligations; le contrat :formation ; 2éd ; L.G.D.J., 1988, p.685

5 أحمد محمد الرفاعي ، المرجع السابق ، ص ٢١٧.



أما عن مدى نجاعة معيار التعسف الاقتصادي للمحترف فانه وبالرغم من كون عقود الاستهلاك عقود يخضع فيها المستهلك لقوة المحترف الاقتصادية، وهذا ما يظهر من خلال الإعداد المسبق لنماذج العقود مما يؤدي إلى عدم التوازن في العلاقة العقدية، إلا أن أقله ومن الناحية النظرية من غير اللازم أن يشترط إقران التعسف في الشرط بمعيار اقتصادي متمثلا في إساءة استعمال النفوذ الاقتصادي<sup>1</sup>.

ثانياً: معيار الميزة الفاحشة : L'avantage excessif

طبقاً لما تناولته المادة ٣٥ من قانون ١٠ جانفي ١٩٧٨ الفرنسي فإن معيار الميزة الفاحشة ماهو في الحقيقة إلى محصلة ونتيجة لاستغلال المحترف لنفوذه الاقتصادي، ذلك أن المشرع الفرنسي لدى تناوله للتعسف خصصه بمقدار نتيجته<sup>2</sup>، إلا أن الشرط لا يكون تعسفياً إلا إذا أعطى ميزة فاحشة<sup>3</sup>. إلا أن هذا المعيار، يطرح جملة من الإشكالات حول كيفية تحديد الميزة الفاحشة، وعن طبيعة هذه الميزة.

ذلك أن معيار الميزة الفاحشة غير محدد برقم معين تبلغه على غرار الغبن الذي يكون سبباً لإبطال العقود إذا بلغ حد معين<sup>4</sup>، مما يدفع إلى الاعتقاد أن نص المادة ٣٥ لا يعدو أن يكون مجرد حشو غير ذي فائدة<sup>5</sup>. وذلك أن فكرة الميزة الفاحشة تقترب من فكرة الغبن بما تحمله الفكرتان من منافاة للعدالة العقدية<sup>6</sup>، إلا أن الميزة الفاحشة تتسم بالطابع الموضوعي، على خلاف فكرة الغبن والاستغلال الذي يشترط فيه إضافة إلى العنصر الموضوعي، العنصر الشخصي.

كما أن الاختلاف بين الفكرتين يتجلى من خلال محل التعسف، إذ أن الغبن يقع على عنصر الثمن في العقد، بينما تنصب الميزة الفاحشة

1 عامر قاسم القبيسي، المرجع السابق، ص ١٤١.

2 Godé (P), Op.cit, p. 746.

3 أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق ص ٢٢٠.

4 محمد بودالي، المرجع السابق، ص. ٩٤.

5 Godé (P), op.cit, P. 746.

6 محمد بودالي، المرجع أعلاه، ص ٩٥.

على شرط تبعية تتعلق بتنفيذ العقد بصفة خاصة، وليس فقط على الثمن<sup>١</sup>.

يضاف إلى ذلك أن طبيعة الميزة الفاحشة لم تكن محل إجماع، إذ كان يرى فيها أنها ذات طابع مالي، إذا ما تعلق الشرط بمبلغ الثمن، إلا أن الشروط التي عدتها ٣٥ السابقة لا تعلق فقط بالطابع المالي، مما يفضي إلى عدم اعتبار الميزة الفاحشة ذات طابع مالي بالضرورة<sup>٢</sup>.

أما عن كيفية تقدير الميزة الفاحشة فالواجب أن يتم ذلك بالنظر إلى مجموع الشروط الواردة في العقد، إذ أن اللازم ألا يتم التسرع في إصباغ شرط من شروط الطابع التعسفي، لمجرد كونه يمنح بعض المزايا لأحد المتعاقدين إذ أنه من الممكن أن يحمل شرط آخر غير هذا الشرط، مزايا للمستهلك، مما يعيد لعقد الاستهلاك توازنه بشكل إجمالي<sup>٣</sup>.

هذا ما دفع المشرع الفرنسي إلى تدارك النقص الوارد في المادة ٣٥ إذ أقر من خلال المادة ١٣٢ - ٥/١ من قانون الاستهلاك، وجوب تقدير الطابع التعسفي للشرط وقت أبرام العقد بالنظر إلى جميع الظروف المحيطة به، مقارنة بالشروط الأخرى للعقد، وبالنظر إلى الشروط التي يتضمنها عقد آخر حال اقترانه بعقد الاستهلاك، مما يجعل أحدهما خاضع للآخر كما هو عليه الحال في القرض المقترن ببيع وهذا ما اقره أيضا المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة ٥٣ الحالة ٥٥ من قانون ٠٤ - ٠٢ بنصها "... أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى.

**ثالثا: معيار الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي: Le déséquilibre significatif**  
لقد سبق للمشرع الفرنسي أن تناول هذا المعيار من خلال المشروع التمهيدي لقانون ١٠ جانفي ١٩٧٨ المتعلق بإعلام المستهلك المقدم من قبل الحكومة، إلا أن هذا المعيار أسقط لدى صدور القانون بصيغته

١ زيري بن قويدر، حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير الشرعية، مذكرة

ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الجزائر، ص ٢٢٠.

2 أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق ص ٢٢٠.

3 عامر قاسم القيسي المرجع السابق ص ١٤١.

النهائية، إذ تم إحلال معيار الميزة الفاحشة محلها<sup>١</sup>، إلى أن عاد المشرع الفرنسي وتبناه استجابة للتعلّيم الأوربية الخاصة بالشروط التعسفية لسنة ١٩٩٣ و ذلك خلال أحكام المادة ١٣٢ - ٥/٤ من قانون الاستهلاك - كما نص عليه المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة ٠٣ الحالة ٠٥ من قانون ٠٤ - ٠٢ السابقة الذكر<sup>٢</sup>.

غير أنّ البعض<sup>٣</sup> لم ير في المعيار الشيء الجديد سوى ترديده لمضمون معيار الميزة الفاحشة وما الاختلاف حسبهم بين المعيارين إلا في التسمية، وتبعاً لذلك فإن كل ما تم تناوله من إشكالات بخصوص الميزة الفاحشة، ينطبق على معيار الاختلال الظاهر بتوازن عقد الاستهلاك، إذ أن معيار الإخلال الظاهر بالتوازن في العقد ليس إلا تبني لفكرة الغبن المجرد أو النظرية المادية للغبن من حيث تسليمه بفكرة عدم التكافؤ بين الأداءات المتقابلة<sup>٤</sup>.

إلا أن هذا القول قد حسمه المشرع الفرنسي حيث أقر اختلاف التوازن الظاهر عن فكرة الغبن إذ أكد في الفقرة السابعة للمادة ١٣٢ - ١ من قانون الاستهلاك، أن تقدير الطابع التعسفي للشرط لا ينصب لا على تعريف المحل الرئيسي للتعاقد ولا على تعادل الثمن مع قيمة السلعة أو الخدمة المؤداة مما يجعل هدف هذا المعيار هو مكافحة مظاهر عدم التوازن المنصب على شروط العقد وليس ضمان التعادل الكلي بين الأداءات العقدية<sup>٥</sup>.

1 لقد أسقط المشرع الفرنسي معيار الإخلال الظاهر بتوازن عقد الاستهلاك من المشرع التمهيدي لقانون ١٠ جانفي ١٩٧٨ لما شاب مفهومه من خلط بمفهوم الغبن، مما فسح المجال أمام معيار الميزة الفاحشة أو المفرطة.

2 إذ ورد فيها ".....الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و واجبات أطراف العقد"  
3 CALAIS -AULOY (J) et STEINMETL (F), droit de la consommation 5 eme ed , dolloz 2000 ,P192

4 محمد بودالي، المرجع السابق، ص ٩٧.

5 المرجع نفسه، ص ٩٧.

وعن كان موقف المشرع الفرنسي جاء حاسما لهذه المسألة فإن المشرع الجزائري تحاشى ذلك بسكوته عنها مما يبقي من غموض تشابه هذا المعيار بفكرة الغبن في القانون الجزائري.

وخلاصة القول أن مهما قيل عن تحديد عناصر ومعايير الشروط التعسفية فإنها تبقى شروط غير أخلاقية وغير عادلة<sup>١</sup>، بل إن هذه الشروط بما تنطوي عليه من تعسف يهدد مصالح المتعاقدين وبالتالي مصالح شريحة كبيرة من المجتمع هي شريحة المستهلكين، فإنها كذلك تعتبر شروطا تخرق اعتبارات النظام العام الاقتصادي بشقيه الحمائي<sup>٢</sup> والتوجيهي<sup>٣</sup>.

## المبحث الثاني

### مكافحة الشروط التعسفية لضمان التوازن لضمون عقد الاستهلاك

تعد الشروط التعسفية أكثر مظاهر عدم التوازن تجليا في نطاق عقود الاستهلاك، إذ تتجلى من خلالها المكنة الاقتصادية التي يتمتع بها المحترف، كما تتجلى فيها أوضح صور ضعف المستهلك الاقتصادي. ونظرا لما يشكله هذا الوضع من خطورة على وظيفة العقد الاقتصادية والاجتماعية، بوصفه وسيلة للمبادلات وطريقة لتسيير المعاملات، سارعت التشريعات والقوانين سواء الجزائرية أو المقارنة للحد منها بكافة الوسائل.

فأقرت في سبيل ذلك حق رقابة شروط التعاقد، للقانون وللإدارة العامة الممثلة في الحكومة (مطلب أول)، وفسحت المجال أمام القضاء للتدخل في العلاقات العقدية في نطاق العملية الاستهلاكية، مرتبة بذلك مجموعة من الجزاءات المدنية والجنائية (مطلب ثاني).

1 DARMASIN (S), Op.cit, P. 659.

2 STOFFE – MUNCK (PH), l'abus dans contrats, essai d'une théorie, L.G.D.J, 2000, P297

3 Ibid , P 390.

## المطلب الأول

### الرقابة القانونية والإدارية على الشروط التعسفية

في محاولة لحد من الشروط التعسفية، لما لها من تأثير على التوازن الموضوعي في عقد الاستهلاك فرض القانون رقابته عليها (الفرع الأول) كما فرضت الرقابة عليها من قبل لجنة الشروط التعسفية، وكذا من قبل الحكومة (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### إيراد قوائم محددة للشروط التعسفية بموجب القانون

لقد ابتدعت تشريعات حماية المستهلك في سبيل الحد من الشروط التعسفية، نظام القوائم المحددة لهذه الشروط، وكان المشرع الألماني السابق في ذلك، إذ تبنى نظام القوائم السوداء والقوائم الرمادية المحددة للشروط التعسفية (أولا) ليسايره في ذلك المشرع الفرنسي، متبينا نظم القوائم (ثانيا) وهذا أيضا ما أقره المشرع الجزائري بهذا الشأن (ثالثا) أولا. نظام القوائم في القانون الألماني:

لقد تبنى المشرع الألماني من خلال قانون ٠٩ ديسمبر ١٩٧٦، المتعلق بالشروط العامة للعقود<sup>١</sup> قائمتين من الشروط التي يمكن اعتبارها تعسفية، فالقائمة السوداء، هي القائمة التي تحتوي على الشروط الباطلة بقوة القانون (أ)، إذ لا مجال معها لإعمال السلطة التقديرية للقاضي، أما القائمة الثانية فهي القائمة الرمادية (ب) التي يتمتع القاضي في مواجهتها بسلطة تقديرية، في الحكم بإبطالها من عدمه، طبقا لمدى توافر المعايير الذي ذكرها هذا القانون فيها.

#### أ. القائمة السوداء للشروط التعسفية:

وتشتمل القائمة السوداء *Les clauses dites noires*، طبقا للمادة ١٠ من ذات القانون على ٠٨ أصناف من الشروط الباطلة بقوة القانون، وتخص بالتحديد إطالة آجال التسليم أو تنفيذ التزام المحترف،

1 تمت الإشارة إليه سابقا.

ونصه على أجل إضافي مطول لتنفيذ التزامه، وحقه في إبطال العقد دون أساس مبرر، أو في تعديله، مراعيًا مصالحه دون قبول المستهلك لذلك، وبحقه في المطالبة بتعويضات ومصاريف مبالغ فيها، في حالة مطالبة المستهلك بإبطال العقد أو فسخه، و في حقه في اختيار القانون الأجنبي الواجب التطبيق، أو القانون الوطني الساري المفعول، إذ لم يبرر هذا الاختيار بوجود مصلحة مشروعة<sup>١</sup>.

ب- القائمة الرمادية للشروط التعسفية *Les clauses dites grises*:

لقد نصت المادة ١١ من القانون السابق، على ١٠ أنواع أو أصناف من الشروط التي يمكن اعتبارها شروط تعسفية، وتمثل في، حق المحترف في رفع أسعار المنتجات والخدمات التي لم تسلم أو يوفى بثمنها خلال مدة أربع أشهر، وباستبعاد أو تقييد حق المستهلك في رفض المنتج أو الخدمة، أو حقه في استبعاد أو تقييد الحق في الحبس، وجرمان المستهلك من خيار اللجوء إلى المقاصة في دين له عليه، خالي من النزاع، أو ثابت في سند نهائي، والإعفاء الكلي أو الجزئي للمحترف من المسؤولية في حالة الخطأ الجسيم أو الخطأ الغمد، أو الإهمال الجسيم الصادر من نائبه أو تابعه، واستبعاد أو تحديد حق المتعاقد في المطالبة بالتعويضات المستحقة<sup>٢</sup>.

وبذلك يبدو أن، هدف المشرع الألماني من هذا التنظيم التشريعي للشروط التعسفية، هو إعادة التوازن العقدي لعقد الاستهلاك، الذي تعتبر هذه الشروط أهم مظاهر اختلافه<sup>٣</sup>.

ج- مظاهر القوائم في القانون الفرنسي:

لقد ضمن المشرع الفرنسي المادة ٣٥ من قانون ١٠ جانفي ١٩٧٨ قائمة بالعناصر الأساسية للعقود، والتي يمكن أن ترد بشأنها التعسفية، وتخص هذه العناصر تكويني العقد والشروط المرتبطة بتحديد أو قابلية

1 أشار إليها محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص ٢٠.

2 أشار إليه، نفس المرجع، ص ٢٠ و ٢١.

3 المرجع أعلاه، ص ٢٢.

تحديد الثمن، ومدة ذلك، وشروط الفسخ أو التجديد، وكذا تنفيذ العقد وشروط دفع الثمن، أو المتعلقة بجوهر الشيء أو تسليمه، والشروط المتعلقة بعبء المخاطر، ونطاق المسؤوليات والضمانات، وشروط التنفيذ والفسخ<sup>١</sup>.

ولقد أكد القضاء الفرنسي<sup>٢</sup> أن هذه الشروط الواردة في نص المادة السابقة، أتت على سبيل الحصر، كما قام المشرع الفرنسي، بتبني قائمة ثانية من الشروط التعسفية، وذلك بمناسبة إيراده الملحق لقانون الاستهلاك وذلك سنة ١٩٩٥، وهي قائمة لشروط يمكن اعتبارها تعسفية متى توافر فيها عناصر الشرط التعسفي السابقة الذكر، ولقد جاءت هذه القائمة المعددة لهذه الشروط على سبيل المثال لا الحصر، مستوحاة من التعلية الأوروبية لعام ١٩٩٣، إلا أنها جاءت تفتقر للقوة الإلزامية، كما أنها تحمل المدعي عبئ إثبات الصفة التعسفية للشرط، وفقا لما تنص عليه المادة ١٣٢ - ١ من قانون الاستهلاك<sup>٣</sup>، مما دفع البعض<sup>٤</sup> لوصف هذه القائمة بالقائمة الساحبة.

و أما عن الشروط التي خولتها هذه القائمة تتمثل في :

- استبعاد أو تخفيف المسؤولية القانونية للمحترف، حال وفاة المستهلك أو إصابته بأضرار بدنية، نتيجة عمل أو امتناع عن عمل صادر منه.
- استبعاد أو تقييد بشكل غير ملائم، الحقوق القانونية للمستهلك قبل المحترف، أو جزء منها في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي، أو التنفيذ المعيب لأحد التزامات المحترف.
- النص على التزام المستهلك بشكل نهائي، وتعليق تنفيذ المحترف، لالتزامه على محض إرادته.

1 أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص ٢٢٥.

2 و ذلك في قرار صادر عن مجلس الدولة في ٠٣ ديسمبر ١٩٨١ أنظر في ذلك أيضا: Larroumet (CH), note, D. 1981, JP, P 228; J.C. P 1981 - 2 19502.

3 محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص ٣٣.  
4 Calais - Auloy (J) et Steinmetz (F), op.cit, P 1925.

- إجازة احتفاظ المحترف بالمبالغ المدفوعة من قبل المستهلك، في حالة تراجعه عن إبرام العقد أو تنفيذه، دون النص على حق المستهلك في الحصول على تعويض مساوي للمبالغ المدفوعة، في حالة تراجع المحترف نفسه.
  - فرض على المستهلك الذي لا ينفذ التزامه، تعويضا مبالغا فيه، و غير متناسب.
  - إجازة المحترف لإنهاء العقد بصفة تقديرية، و عدم الاعتراف بنفس الحق للمستهلك.
  - إجازة بإنهاء عقد محدد المدة دون إخطار مسبق معقول، باستثناء حالة السبب المعتبر.
  - التمديد التلقائي لعقد محدد المدة.
  - الإثبات القاطع لإدخال المستهلك لشروط لم يعلم بها قبل إبرام العقد.
  - إجازة تعديل المحترف لخصائص المال أو الخدمة، من جانب واحد.
  - النص على تعديل سعر الأموال وقت التسليم.
  - منح المحترف حق تحديد ما إذا كان الشيء أو الخدمة تتطابق و شروط العقد.
  - تقييد التزام المحترف في احترام الالتزامات المتخذة من قبل وكلائه.
  - إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته في وقت لم ينفذ المحترف التزاماته.
  - النص على إمكانية تنازل المحترف عن العقد إذا كان من شأن ذلك أن يؤدي إلى إنقاص الضمانات الممنوحة للمستهلك.
  - استبعاد أو تقييد ممارسة المستهلك للدعوى القضائية و طرق الطعن.
- و تجدر الإشارة أن المشرع أضاف إلى هذه الشروط، انشراط الذي يلزم المستهلك على قبول نظام بديل لتسوية النزاعات، و ذلك بموجب قانون Châtel<sup>1</sup>، الصادر في ٢٨ جانفي ٢٠٠٥ و المعدل بقانون الاستهلاك.

1 سمي بقانون Châtel نسبة إلى النائب في الجمعية الوطنية الفرنسية Châtel الذي كلف بمهمة برلمانية تتعلق بإعلام و تمثيل و حماية المستهلك.



## ثالثاً: نظام القوائم في القانون الجزائري.

لقد أورد المشرع الجزائري، قائمة من الشروط التعسفية بموجب المادة ٢٩ من قانون ٠٤ - ٠٢، إلا أن هذه المادة قصرت حمايتها على المشتري المستهلك دون المشتري المهني، و يتجلى ذلك من خلال عبارة "تعتبر بنوداً و شروطاً تعسفية في العقود المبرمة بين المستهلك و البائع لا سيما البنود و الشروط التي تمنح هذا الأخير..."، و إن كان هذا القانون لدى تعرضه إلى الشروط التعسفية و سع مدلول الحماية لتشمل المحترفين و الأعران الاقتصاديين<sup>١</sup>.

كما يتضح أن الشروط الواردة في المادة ٢٩، وردت على سبيل المثال لا الحصر، و هو ما تأكده عبارة "لا سيما" وهذا من شأنه أن يوسع مجال حماية المستهلك، بما يوفر أكبر قدر من التوازن في عقد المستهلك. ولقد أوردت المادة ٢٩ أنفة الذكر ٠٨ أصناف للشروط التعسفية، وذلك بنصها: "تعتبر بنوداً و شروطاً تعسفية في العقود بين المستهلك و البائع لا سيما البنود و الشروط التي تمنح هذا الأخير":

١. أخذ حقوق و / أو امتيازات لا تقابلها حقوق و / أو امتيازات ماثلة معترف بها للمستهلك.
٢. فرض التزامات فورية و نهائية على المستهلك في العقود في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد.
٣. امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك.
٤. التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار لبت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية.
٥. إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته، دون أن يلزم نفسه بها.
٦. رفض حق المستهلك في فسخ العقد، إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته.

---

١ و ذلك خلافا ما ورد في القانون بشأن الحماية ضد الشروط التعسفية و التي قصرها على المستهلكين دون المحترفين، .

٧. التفرد بتغيير آجال تسليم متتوج أو آجال تنفيذ خدمته.
٨. تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية، لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة.
- و مكافحة الشروط التعسفية لم يقف فقط عند إيرادها في قوائم بموجب قوانين صادرة عن السلطة التشريعية، بل صاحبه تعزيز هذه القوائم بموجب مراسيم حكومية.

### الفرع الثاني

#### الرقابة الإدارية على الشروط التعسفية

تقسم الرقابة الإدارية، إلى رقابة لجنة الشروط التعسفية (أولاً) و رقابة الحكومة عن طريق تحديد الشروط التعسفية بموجب مراسيم (ثانياً) أولاً. رقابة لجنة الشروط التعسفية:

لقد فوض المشرع الفرنسي للحكومة، سلطة مكافحة الشروط التعسفية، بموجب قانون ١٠ جانفي ١٩٧٨، و المتعلق بإعلام و حماية المستهلك للسلع و الخدمات، و تم الإبقاء عليها بموجب تعديل ١٩٩٥<sup>١</sup> و بذلك استحدثت اللجنة الإدارية لمكافحة الشروط التعسفية لدى الوزير الفرنسي المكلف بالاستهلاك (أ)<sup>٢</sup>، كما استحدثت المشرع الجزائي لجنة مشابهة لنظيرتها الفرنسية سميت لجنة البنود التعسفية، و ذلك بموجب المرسوم التنفيذي ٠٦ - ٣٠٦<sup>٣</sup> المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصادية و المستهلكين و البنوك التعسفية (ب).

1 وذلك بموجب المادة ١٣٢ - ٢ من قانون الاستهلاك والتي حلت محل المادة ١/٣٥ من قانون ١٠ جانفي ١٩٧٨ سابق الذكر.

2 هذا و قد كانت الحكومة الفرنسية، من خلال مشروع قانون ١٩٧٨ تسعى إلى إيكال مهمة الحد من الشروط التعسفية إلى القضاء إلا أن انتقادات الجمعية الوطنية حال دون ذلك.

3 المرسوم التنفيذي ٠٦ - ٣٠٦ المؤرخ في ١٠ سبتمبر ٢٠٠٦، المتعلق بالعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصادية و المستهلكين و البنوك التي تعتبر تعسفية، جرع ٥٦ لسنة ٢٠٠٦.

١- لجنة الشروط التعسفية في القانون الفرنسي:

يعكس تشكيل لجنة الشروط التعسفية في القانون الفرنسي الغاية من استحداثها، وذلك من خلال تفويضها عدة اختصاصات.

١- تشكيل لجنة الشروط التعسفية:

- تضم هذه اللجنة ١٣ عضوا يتوزعون كالتالي:
- قاضيين أحدهما رئيسا و الآخر نائبا له.
- شخصين مؤهلين في مجال القانون و تقنيات العقود يتم اختيارهما بعد استشارة المجلس الوطني للاستهلاك
- أربع أشخاص من ممثلي المستهلكين.
- أربع أشخاص من ممثلي المحترفين.
- محافظ الحكومة ممثلا في المدير العام للمنافسة و الاستهلاك.

بذلك يتضح أن تشكيلة لجنة الشروط التعسفية تضم جميع المعنيين بمشكلة الشروط التعسفية، وهذا من شأنه أن يسهل لهذه اللجنة القيام بمهمتها على أحسن وجه، وبذلك تظهر رغبة المشرع في معالجة مسألة الشروط التعسفية، من خلال لأهل الخبرة والاختصاص، لما تمثله هذه التشكيلة من ضمانة للجديية لا لمجرد التشاور<sup>١</sup>.

وتبعاً لذلك، تظهر رغبة المشرع الفرنسي أيضا، في تفضيله للأسلوب التشاوري عن أسلوب الإكراه الذي يضطلع به القضاء<sup>٢</sup>.

٢- اختصاصات لجنة الشروط التعسفية طبقا للقانون الفرنسي:

يتمثل دور لجنة الشروط التعسفية في مراقبة نماذج الاتفاقات التي يعرضها المحترفون على غيرهم من المستهلكين، وذلك بالبحث عما إذا كانت تحمل في طياتها شروطا ذات طابع تعسفي:

- فإذا ما اتضح لهذه اللجنة أن هذه الاتفاقات تضم شروطا تعسفية، فإنها توصي بإلغائها أو تعديلها<sup>٣</sup> مستندة في تقديرها هذا،

1 Calais – Aujoy (J), Op.cit. p 4

2 محمد بودالي، المرجع السابق، ص ٣٦.

3 أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص ٢٣٤.

على المعيار الذي تبناه قانون الاستهلاك الفرنسي<sup>1</sup> والممثل في معيار الاختلال الظاهر في التوازن بين الأداءات العقدية الناتج عن الشرط التعسفي.

كما أوضحت لجنة الشروط التعسفية تلعب دورا استشاريا لدى القضاء الفرنسي بموجب مرسوم ١٠ مارس ١٩٩٣.

- وتمارس بذلك هذه اللجنة عملها بناء على طلب من الوزير المكلف بالاستهلاك، و إما بطلب كل من جمعيات حماية المستهلكين، أو من المهنيين المحترفين المعنيين بهذه الشروط، بل إنه تستطيع القيام بمهامها بشكل تلقائي.

- يضاف إلى ذلك، إمكانية نشر توصيات هذه اللجنة من قبل الوزير المكلف بالاستهلاك، إضافة إلى التقارير التي تعدها هذه اللجنة والتي تعرض فيها نشاطاتها، وعند اقتضاء التعديلات التشريعية أو اللائحية التي ترى أنها مناسبة<sup>2</sup>.

- غير أن هذه اللجنة، رغم ما تمتلكه من اختصاصات إلا أنها ليست سوى سلطة إدارية لها سلطة قضائية، بمعنى أن توصياتها لا تكتسي أية صفة إلزامية، كما لا يمكنها اتخاذ أية إجراءات ردية في حق المخالفين، وهذه النظرة إلى لجنة الشروط التعسفية تتلاءم وتقابل القانون الفرنسي الذي يمنع نقل مثل هذه السلطات من القضاء إلى لجنة إدارية لا تتوافر على نفس الضمانات<sup>3</sup>

لكن بالمقابل وبالرغم من كون توصيات لجنة الشروط التعسفية لا تُطَبَع بالصفة الإلزامية، إلا أنه تشكل ضغطا نفسيا في سياق دور يمكن اعتباره دعائي وتحريضي بحت، إذ أنه لا يمكن لتوصياتها فعالية إن لم تصاحبها دعاية واسعة<sup>4</sup>.

1 بموجب المادة ١٣٢ - ١ من قانون الاستهلاك الفرنسي.

2 أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص ٢٣٥.

3 محمد بودالي، المرجع السابق، ص ٣٧.

4 Clais -Auloy (J), Op.cit, p. 142.

بد لجنة البنود التعسفية في القانون الجزائري:

لقد نص المرسوم ٠٦ - ٣٠٦ سابق الذكر على إنشاء لجنة البنود التعسفية لدى الوزير المكلف بالتجارة وإعطائها طابع استشاريا، ناص بذلك على تشكيلتها واختصاصاتها، وذلك على النحو التالي:

١- تشكيل لجنة البنود التعسفية:

نصت المادة ٠٨ من المرسوم السابق، على تشكيل لجنة من سبعة أعضاء، موزعين كالتالي:

- يمثل عن الوزير المكلف بالتجارة مختص في مجال الممارسات التجارية، رئيسا.
- ممثل عن وزير العدل مختص في قانون العقود.
- عضو من مجلس المنافسة
- متعاملين اقتصاديين عضوين في الغرفة الجزائرية للتجارة و الصناعة مؤهلين في قانون الأعمال والعقود كما أضافت المادة ٠٨ أنه يمكن للجنة الاستعانة بأي شخص آخر بوسعه الإفادة في أعمالها، وبذلك يتضح أن تعداد أعضاء هذه اللجنة لم يرد على سبيل الحصر على خلاف تعداد اللجنة الفرنسية.

٢- اختصاصات لجنة البنود التعسفية:

لقد جاءت اختصاصات لجنة البنود التعسفية في القانون الجزائري، مشابهة إلى حد كبير لاختصاصات نظيرتها في القانون الفرنسي، إذ نصت المادة ٠٧ من المرسوم ٠٦ - ٣٠٦ على هذه الاختصاصات بقولها:

تكلف اللجنة، لا سيما بالمهام التالي:

- تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين و البنود ذات الطابع التعسفي كما تصيغ توصيات تُبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة و المؤسسات المعنية.
- يمكن أن تقوم بكل دراسة و/ أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين.
- يمكنها مباشرة كل عمل آخر يدخل في مجال اختصاصاتها.

وبذلك يكون القانون الجزائري قد أجاز للجنة البنود التعسفية القيام بأي عمل من شأنه تسهيل عملها بمناسبة تعرضها لمكافحة الشروط التعسفية.

- كما حددت المادة ١١ من ذات المرسوم، كيفية قيام اللجنة بمهامها، وذلك بشكل تلقائي أو بناء على إخطار، من الوزير المكلف بالتجارة أو من طرف كل إدارة وجمعية مهنية أو جمعيات حماية المستهلكين، وكل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك.

وطبقا للمادة ١٢ من نفس المرسوم، فإن آراء و توصيات اللجنة، تنشر بجميع الوسائل الملائمة على أن تقوم أيضا، بإعداد تقرير سنوي عن نشاطها، يُرفع إلى الوزير المكلف بالتجارة ويُنشر كليا أو مُستخرجات هذه بكل وسيلة ملائمة.

ثانيا. رقابة الحكومة على الشروط التعسفية بموجب مراسيم:

لقد أجاز القانون الفرنسي، أن تراقب الشروط التعسفية عن طريق مراسيم (أ) شأنه شأن القانون الجزائري (ب).

أ. رقابة الحكومة الفرنسية على الشروط التعسفية:

لقد أجاز القانون الفرنسي، طبقا للمادة ٣٥ - ١<sup>١</sup> من قانون ١٠ جانفي ١٩٧٨، للحكومة الفرنسية إصدار مراسيم خاصة بالشروط التعسفية، وذلك بعد استشارة لجنة الشروط التعسفية، لتصبح بذلك هذه المراسيم نافذة بحق المحترفين والمحاكم.

إلا أن الحكومة الفرنسية، لم تقم إلا بإصدار مرسوم واحد، هو مرسوم ٧٨ - ٤٦٤<sup>٢</sup> الصادر بتطبيق نص المادة ٣٥ من قانون ١٩٧٨ السابق، والذي نصت فيه الحكومة الفرنسية، على ثلاث أنواع من الشروط التعسفية على النحو التالي:

---

1 لقد عوضت هذه المادة بالمادة ١٣٢ - ٢/١ من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة ١٩٩٥.

2 المؤرخ في ٢٤ مارس ١٩٧٨.

النوع الأول، والذي نصت عليه المادة ٠٢ من هذا المرسوم<sup>١</sup>، يتعلق بالشرط الذي يكون من أثره أن يلغى أو يخفض حق المستهلك في التعويض، في حالة عدم وفاء المحترف بأي من التزامه، وبالتالي فإن حضر مثل هذا الشرط لا يتم إلا في نطاق عقد البيع.

وبذلك فإن القضاء الفرنسي يرفض إضفاء الطابع التعسفي على شروط الإعفاء أو تخفيف المسؤولية، متى لم ترد هذه الشروط في نطاق عقد البيع، أو كان العقد المدرج فيه مثل هذه الشروط، عقدا مختلطا يتضمن خاصية البيع، و مستندا في ذلك لإلى المادة السابقة، حيث أقرت محكمة النقض الفرنسية تطبيق هذه المادة، بمناسبة عقد مختلط يضم عقد مقاوله و عقد بيع في ذات الوقت، و ذلك في قرار بتاريخ ٢٥ جانفي ١٩٨٩<sup>٢</sup> وهو ما أكدته في قرارات لاحقة على هذا القرار<sup>٣</sup>.

وظلت حماية المستهلك بشأن هذا النوع من الشروط محصورة في نطاق عقد البيع، إلى أن قام المشرع الفرنسي، بإيراد قائمة محددة للشروط التعسفية عمم فيه شرط تحديد المسؤولية على جميع العقود، و ذلك بموجب المادة ١٣٢ - ١ من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة ١٩٩٥.

أما النوع الثاني، نصت عليه المادة ٠٣ من ذات المرسوم<sup>٤</sup>، و يتعلق بالشروط التي يحتفظ بموجبها المهني، بحق تعديل صفات الشيء الواجب تسليمه أو الخدمة المؤداة بإرادته المنفردة وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد أحسن صنعا في منع المحترف سواء كان بائعا أو منتجا أو موردا من حق تعديل الشيء محل العقد أو خدمة بنفسه.

1 ART2 : « La clause qui, dans un contrat de vente, supprime ou réduit le droit à réparation du consommateur en cas de manquement par le vendeur à l'une quelconque de ses obligation »

2 D.1989, JP, p 253, Not Molaurie (PH).

3 Cass.civ 6 juin 1990. Bull.Civ.1990, N° 145, p104.

4 ART03 : « La clause qui réserve au professionnel le droit de modifier unilatéralement la caractéristique du bien à livrer ou du service à rendre ».

والنزي الأخير الذي نص عليه هذا المرسوم ، فقد أوردته المادة ٠٤ منه<sup>١</sup> ويتعا بالشروط الخاصة بالضمان ، إذ ألزمت البائع بضمان كل ما يترتب على لف أحد التزاماته ، وبضمان العيوب الخفية للشيء المباع أو الخدمة المؤداة للمستهلك .

ب- رؤية الحكومة الجزائرية على الشروط التعسفية:

لقد أقرت المادة ٠٣ من قانون ٠٤ - ٠٢ ، للحكومة أن تصدر مراسيم خاصة بمكافحة الشروط التعسفية ، وذلك بنصها على أنه : " يهدف من حماية مصالح المستهلك وحقوقه ، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقد عن طريق التنظيم ، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية " .

وبذلك تكون هذه المادة قد أتاحت التدخل في جميع العقود سواء كانت بين المستهلكين والمحترفين أو بين المحترفين ، شرط أن يكون هذا العقد عقد إذعان ، وذلك على خلاف المادة ٢٩ من ذلك القانون والتي حرصت نطاق الحماية من الشروط التعسفية في عقود البيع التي تتم بين المستهلك والبائع .

وبالفعل قد صدر المرسوم ٠٦ - ٣٠٦ ، المتعلق بتحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين ، والبنود التي تعتبر تعسفية التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي :

١ - تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في الماد ٠٢ و ٠٣ من ذات المرسوم ، حيث أن المادة ٠٢ نصت بأنه تعتبر عناصر أساسية يجب

---

1 ART 1 : « Dans tous les contrats conclus entre des professionnels d'une part et d'autre part des consommateur, le professionnel ne peut contractuellement la chose à livrer ou le service à rendre sans mentionner clairement que s'applique en tout état de cause, la garantie légal qui oblige le vendeur professionnel à garantir l'acheteur contre toutes les conséquences des défects au vice cachés de la chose vendu ou le service vendu » .



إدراجها في العقود المبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلك، العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك والتي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية وأمن و طابقة السلع و/ أو الخدمات، وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع، وهي عناصر وردت على نسيل المثال وجاءت المادة ٠٣ لتحديد ما يتعلق بالعناصر الأساسية للعقود، والمذكورة في المادة على النحو التالي:

- خصوصيات السلع و/ أو الخدمات وطبيعتها.
- الأسعار و التعريفات.
- كيفية الدفع.
- شروط التسليم و آجاله.
- عقوبات التأخير عن الدفع و/ أو التسليم.
- كفيات ضمان و مطابقة السلع و/ أو الخدمات.
- شروط تعديل البنود التعاقدية.
- شروط تسوية النزاعات
- إجراء فسخ العقد.
- ٢ الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك.
- ٣ عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا بمقابل دفع تعويض.
- ٤ التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو تنفيذ غير الصحيح لواجباته.
- ٥ النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أي وسيلة طعن ضده.
- ٦ فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد.
- ٧ الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من قبل المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه

- ٨- تحديد مبلغ الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته.
- ٩- فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك.
- ١٠- الاحتفاظ بحق لإجبار المستهلك عن تعويض المصاريف و الأتعاب المستحقة بفرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق.
- ١١- يعني نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته.
- ١٢- يُحمّل المستهلك عبئ الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته.

### المطلب الثاني

#### الرقابة القضائية على الشروط التعسفية والجزاء المترتب عنها

لقد أقرت القوانين الحديثة، حق القضاء في مراقبة الشروط التعسفية (الفرع الأول)، كما رتب هذه القوانين مجموعة من الجزاءات، في مواجهة هذه الشروط (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول

##### الرقابة القضائية على الشروط التعسفية

تتوزع رقابة القضاء على الشروط التعسفية، بين رقابة القضاء الإداري (أولا)، ورقابة القضاء المدني (ثانيا)، وذلك على النحو التالي:

أولا: رقابة القضاء الإداري على الشروط التعسفية:

لرقابة القضاء الإداري في هذا الصدد شقان: الشق الأول، يتعلق بمدى مطابقة المراسيم الحكومية الصادرة بشأن الشروط التعسفية للقانون (أ)، ويتعلق الثاني، بتقدير مدى تعسف الشروط الواردة في العقود المبرمة بين المرافق العامة الصناعية و التجارية، وبين المستهلكين المرتفقين (ب).

أ- الرقابة على المراسيم الحكومية المحددة للشروط التعسفية:

يباشر مجلس الدولة الفرنسي رقابته على الشروط الواردة في المراسيم الحكومية المحددة للشروط التعسفية، بالاستناد إلى تجاوز الحكومة أو عدم تجاوزها للسلطة، التي أقرتها المادة ٣٥ من قانون ١٠ جانفي

١٩٧٨، والتي تنص على سلطة الحكومة في تحديد أو تنظيم الشروط التعسفية بين المهنيين والمستهلكين، والتي بناء عليها، قامت الحكومة الفرنسية بإصدار المرسوم رقم ٧٨ - ٤٦٤ ط، والمتضمن للمواد، حيث كانت مادته الأولى محلا للطعن أمام مجلس الدولة، والتي كانت تنص على أنه: " في العقود المبرمة بين مهنيين من ناحية و غير مهنيين أو مستهلكين من ناحية أخرى فإنه يكون باطلا باعتباره تعسفيا طبقا لمفهوم الفقرة الأولى من المادة ٣٥ من القانون المعني، الشرط الذي موضوعه أو أثره يؤكد إذعان غير المهني أو المستهلك، الاشتراطات غير مدرجة في المحرر الذي يوقعه"، وهذا ما يعبر عنه بشرط الإحالة.

وطبقا لذلك، كان على المحترفين إرفاق عقودهم المبرمة مع المستهلكين، بجميع الملاحق والوثائق الأخرى المتضمنة لشروط الإحالة، وإلا عدة هذه الشروط باطلّة، وكانت العديد من عمليات التوثيق تتضمن هذه الملاحق، مما أدى إلى زيادة عدد أجزاء الوثائق والملاحق لدى الموثقين، مما ترتب عنه الزيادة في العبء المالي الذي يتحمله العميل، الأمر الذي اشتكى منه الموثقون، وكذا شركات التأمين والشركات العقارية، وعلى إثر ذلك قامت ١٥ شركات تأمين برفع دعوى أمام مجلس الدولة للمطالبة بإلغاء هذه المادة.

وتبعا لذلك، أصدر مجلس الدولة الفرنسي، قرارا يقضي بإلغاء المادة الأولى من المرسوم الآنف الذكر، مبررا ذلك بتجاوز الحكومة لسلطتها، المتمثلة في تحريم أو تحديد أو تنظيم فقط للشروط المتعلقة بالعناصر العقدية، والواردة على سبيل الحصر في الفقرة الأولى من المادة ٣٥ من قانون ١٩٧٨<sup>٣</sup>.

1 المؤرخ في ٢٤ مارس ١٩٧٨. وهو المرسوم الوحيد الذي أصدرته الحكومة الفرنسية.  
2 C.E. 3 dec. 1981, J.C.P, 1981 - 2 - 19502.  
3 لأكثر تفصيل بخصوص هذا الحكم، راجع، أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص ٢٣٧.

بد الرقابة على الشروط الواردة في عقود المرافق العامة الصناعية والتجارية:<sup>١</sup>  
إن كان الأصل أن قانون الاستهلاك لا يسري إلا على الشروط الطبيعية التعاقدية، إي في نطاق القانون الخاص، إلا أن ذلك لا يمنع من وجود شروط في بعض عقود المرفق العام<sup>٢</sup>، أضعت إلزامية طبقا للقانون أو لائحة، كما هو عليه الحال بالنسبة لعقد الاستغلال في مجال توزيع مياه الشرب، و في كثير من الأحيان تكون هذه الشروط مجحفة بحق المستهلكين المترفقين *Consummateurs Usagers*، خاصة وأنها لا تخضع لقوانين حماية المستهلك، وهما ما انفكت جمعيات حماية المستهلك في فرنسا، تنادي بالتعرض له<sup>٣</sup>.

و في ظل السكوت التشريعي، درج القضاء الفرنسي في البداية إلى التفرقة بين الشروط الواردة في دفتر الشروط، والمرتبطة بعقد الاستغلال لمرفق توزيع مياه الشرب *Pour l'exploitation Poroffermage* وهي ذات تنظيمي، إذ لا يجوز لمحاكم القضاء العادي، أن تقدر الطابع التعسفي لمثل هذه الشروط وفقا للمادة ٣٥ من قانون ١٩٧٨ سابق الذكر<sup>٤</sup>.

أما فيما يخص استغلال مرفق عام عن طريق الامتياز، *P'exploitation en régie interessé* الطابع الغير اللائحي، فإنه يحق أن تخضع للقانون السابق<sup>٥</sup>.

---

١ يعرف المرفق العام وفق المعيار الموضوعي بأنه نشاط شرع فيه بهدف تحقيق مصلحة عامة، أما وفق المعيار العضوي يقصد به الأجهزة أو المؤسسات بصفة عامة قد تكون إدارية أو اقتصادية أو تجارية. أنظر كذلك:

ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، *Lebed*، الطبعة ٠٢، (بدون مكان نشر، بدون سنة نشر)، ص ١٨٧.

٢ تعرف العقود الإدارية بأنها تلك العقود التي تبرم معها الأشخاص المعنوية العامة، بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيتها في الأخذ بأسلوب القانون العام، و ذلك بتضمين العقد شرطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص. أنظر في ذلك، محمد بودالي، المرجع السابق، ص ٨٣.

٣ محمد بودالي، المرجع السابق، ص ٨٣.

٤ *Civ 1er Ch, 31 MAI 1988, D, 1988, Spmm, P 406, Obs, Achert (J.L).*

٥ *TGI Paris, 17 Jan 1990, D 1990, P 289, Note J, Chestin.*

إلا أنه في المقابل ، و في اجتهاد جريء من نوعي لمجلس الدولة الفرنسية في سنة ٢٠٠١<sup>١</sup> ، في مجال تقدير شرعية الشروط التنظيمية لعقود المرافق العامة الصناعية و التجارية ، أقر بأن الطابع التعسفي للشرط يتم تقديره ليس بالرجوع إلى هذا الشرط في حد ذاته ، وإنما بالرجوع إلى مجموع الاشتراطات التي يضمها العقد<sup>٢</sup> .

وتبعاً لذلك ، فإن أهمية هذا القرار تكمن في فتح المجال أمام القضاء الإداري ، لفحص مدى تعسف الاشتراطات التنظيمية ، بالاستناد إلى نصوص قانون الاستهلاك المتعلق بالشروط التعسفية<sup>٣</sup> .

ومن خلال التطور الذي شهده القضاء الإداري الفرنسي بهذا الخصوص ، فإنه يمكن القول أن ذلك يسمح للقضاء الإداري في الجزائر بالسير في نفس الاتجاه ، نظراً لتشابه النظامين في الجزائر وفرنسا<sup>٤</sup> .  
ثانياً: رقابة القضاء المدني على الشروط التعسفية.

سيتم التعرض في سبيل إيضاح دور القضاء المدني في مكافحة الشروط التعسفية ، إلى دوره في كل من فرنسا (أ) ، ثم مقارنته بالدور الذي منحه القانون الجزائري (ب) لهذا القضاء ، بهذا الشأن ، باعتبار اختلاف تطور هذا الدور في كلا النظامين ، و ذلك كالتالي.  
أ- رقابة القضاء المدني في القانون الفرنسي:

إن قانون ١٠ جانفي ١٩٧٨ لم يعزز دور القضاء المدني الفرنسي في مواجهة الشروط التعسفية<sup>٥</sup> ، بالرغم من كون مشروعه التمهيدي أقر له ذلك ، إلا أن هذا الإقرار واجهه رفض رئيس لجنة التشريعات<sup>٦</sup> ، وهو الأمر الذي انعكس على هذا القانون في صيغته النهائية.

1 C.E, 11 Juin 2001, REC. Lebon à Pavaitre ; J.C. éd 2001, P. I 260.

2 لأكثر تفصيل بخصوص هذا القرار راجع : محمد بودالي ، المرجع السابق ، ص ٨٤ و ٨٠.

3 نفس المرجع ، ص ٨٦.

4 محمد سي الطيب ، المرجع السابق ، ص ١٤١.

5 وذلك تأثر بفكرة التوازن الشخصي و تداعيات مبدأ سلطان الإدارة.

6 J.O. Ass. Nat, N° 8 Déc 1977.

أشار إليه محمد سي الطيب ، مرجع سابق ، ص ١٤٣.

وهذا ما دفع قضاة الموضوع، إلى استعمال سلطتهم في التفسير، لاستبعاد ما أمكنهم من الشروط العقدية التي تحمل الطابع التعسفي. في التفسير، لاستبعاد ما أمكنهم من الشروط العقدية التي تحمل الطابع التعسفي.

لأن هذا الموقف، وإن قابلته محكمة النقض الفرنسية في بعض الأحيان بالاستحسان<sup>١</sup>، إلى أنها رفضته في أغلبها<sup>٢</sup>، بحجة تحريف شروط العقد<sup>٣</sup>.

ومادام الوضع على هو ما هو عليه، إلا أن تم الاعتراف صراحة للقضاء الفرنسي بإبطال الشروط التعسفية، وهو لم يصدر بشأنه مرسوم من الحكومة، أو توصية من لجنة الشروط التعسفية، وذلك كله بعد مرحلة تردد وجدل بخصوص سلطة القضاء بهذا الصدد. مرحلة الجدل والتردد حول رقابة القاضي على الشروط العقدية: لقد كانت فكرة رقابة القاضي الفرنسي على الشروط العقدية محل شد و جذب، في أوساط الفقه الفرنسي.

ذلك أنه، تم رفض هذه الفكرة استنادا إلى أن قانون ١٠ جانفي ١٩٧٨ حوّل الحكومة وحدها سلطة تقرير تعسفية الشروط، إضافة إلى أن الاحتجاج بدور القاضي في تحقق العدالة يسمح له بمراقبة شروط تعسفية، لم يصدر بشأنها مرسوم، يجعل من حكمه حكما غير مؤسس<sup>٤</sup>. كما تم رفض سلطة القضاء بهذا الخصوص استنادا إلى المناقشات البرلمانية التي ثارت بشأن القانون المبدئي للقانون السابق، والتي كان من نتيجتها أن تم استبعاد دور القاضي في هذا المجال<sup>٥</sup>.

1 Cass. Civ, 23 Oct 1961. Not R. Rodière. D 1962, JP, P 45.

أشار إليه محمد سي الطيب، مرجع سابق، ص ١٤٣.

2 Cass. Civ, 22 Mai 1991. J.C.P 1991, N° 31 Jui 1991, P 276.

3 أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص ٣٣٩.

4 محمد سي الطيب، مرجع سابق، ص ١٤٥.

5 Calais – Auloy (J), Op, Cit ; P 142.

إلا أنه في المقابل، ذهب بعض الفقه<sup>1</sup> إلى الاعتراف بسلطة القاضي بالنظر في مدى تعسف الشروط التعسفية، وإن لم يقر المشرع له بذلك، باعتباره القاضي الطبيعي للمنازعات ويكون عدم وجود مبرر يقضي منه من ذلك في حين أنه يمكن التدخل بخصوص الشروط الجزائية، إضافة إلى أن قانون ١٠ جانفي ١٩٧٨ وإن لم يعطي للقاضي سلطة الرقابة بغير مرسوم، إلا أنه لم يمنعه كذلك من النظر في هذه الشروط طبقا للنصوص العامة، ومن بينها المادة ١١٣٤ مدني فرنسي والتي تقضي بضرورة تنفيذ العقد طبقا لمبدأ حسن النية<sup>٢</sup>.

هذا التباين في أوساط الفقه الفرنسي، لم يكن إلا انعكاسا لتباين الأحكام القضائية، والتي انقسمت بين أحكام تؤكد تطبيق قانون ١٠ جانفي ١٩٧٨<sup>٣</sup>، وأخرى اتجهت إلى توسيع تفسيرها، بما يتيح للقاضي إمكانية النظر في الطبع التعسفي للشروط العقدية، ولو لم يصدر بشأنها مرسوم حكومي، وأبرزها قرار محكمة النقذ الفرنسية في ١٦ جويلية ١٩٨٧ الذي حمل معه بارقة أمل في مواجهة الشروط التعسفية، كما علق عليه الأستاذ Calais-Auloy<sup>٤</sup>.

إلا أن هذا التردد، حسمه قرار محكمة النقض الفرنسية باعترافها بسلطة القاضي بخصوص نظره في الشروط التعسفية، والصادر ١٤ ماي ١٩٩٤<sup>٥</sup>، المتعلقة بشروط إعفاء من المسؤولية وأرد في عقد الوديعة<sup>٦</sup>.

1 Berlioz (G), Droit de la consommation et droit des contrats, J.C.P 1979 -1- 2954.

أشار إليه محمد سي الطيب، مرجع سابق، ص ١٤٦.  
2 Ghistin (J), le contrat, Op. Cit. P 704.

3 من بين هذه الأحكام:

Asi -En- provence, 20 Mars 1980, D 1982, P 131, Note, Délebéque (PH).

و حكم محكمة باريس في ٢٢ ماي ٢١٩٨٦.

D. 1986 . JP, P 560, Not, Delbéque (PH).

4 Coss. Civ, 1er Jui 1987, D. 1988, P 49, Not. Calais - Auloy. (J).

5 Coss. Civ, 14 Mai 1991, R.T.D. UV. 1991, P 526, Not. Mestre (J).

6 أنظر في شرح هذا الحكم، أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص ٢٥١ و ٢٥٢.

وأعقب هذا الاعتراف القضائي، اعتراف المشرع الفرنسي بهذه السلطة سنة ١٩٩١ بموجب المادة ٠٩ والتي أضافت إلى قانون ١٠ جانفي ١٩٧٨، والتي تنص على: "بمناسبة نزاع معروض أمام القاضي فإنه يستطيع الحكم باعتباره غير مكتوب الشرط الخاص بالخاصية المحددة أو القابلة للتحديد، الثمن وكذلك دفعه، بحقيقة الشيء أو تسليمه، بعبء المخاطر، بنطاق المسؤوليات والضمانات، بشروط التنفيذ بالفسخ، إلغاء أو تجديد الاتفاق، حينما يبدو أن هذا الشرط مفروضاً على غير المهني أو المستهلك بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر في العقد، و يمنع هذا الأخير ميزة فاحشة".<sup>١</sup>

وهذا ما أكدته كذلك المادة ١٣٢ - ١ من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة ١٩٩٥، إضافة إلى حق القاضي في طلب رأي لجنة الشروط التعسفية التي أسند لها مرسوم ١٠ مارس ١٩٩٣ مهمة استشارية لدى القضاء.<sup>٢</sup>

إلا أن القاضي في دوره هذا يخضع لرقابة محكمة النقض<sup>٣</sup>، وذلك بغية تحقيق استقرار للمعاملات من خلال توحيد المعايير.<sup>٤</sup>

---

1 Art. 9 : " à l'occasion d'un litige qui lui est soumis, le juge peut déclarer non écrite une clause relative au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'à son versement à la consistance de la chose à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et granités, aux conditions d'exécution, de résiliation ou reconduction des conventions, l'orsqu'une telle clause apparaît imposée ou non professionnel ou consommateur par un abus de la puissance économique de l'autre partie au contrat et confère à cette dernière un avantage excessif".

2 محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص ٣٩.

3 Civ 1er, 6 Jan 1994, D 1994. Som, 209, Obs, Delbeque (PH).

4 محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص ٤٠.



بد رقابة القضاء المدني على الشروط التعسفية في القانون الجزائري:  
لم يحتاج القاضي في القانون الجزائري إلى مثل التطور الذي مر به  
موقف نظيره الفرنسي، إذ أقرت المادة ١١٠ مدني جزائري - والتي  
يُنظرها نص في القانون المدني الفرنسي - سلطة القاضي في تقدير مدى  
تعسف الشروط العقدية، بمناسبة نظره لعقد من عقود الإذعان.<sup>١</sup>  
كما أن التشريعات الخاصة اللاحقة، و المتمثلة في قانون ٠٤ -  
٠٢، و المرسوم التنفيذي ٠٦ - ٣٠٦، عززا وأكد هذه السلطة، لدى  
تعرضها لتعريف و مضمون الشروط التعسفية.<sup>٢</sup>

وتظهر أهمية الاعتراف للقاضي بسلطة إبطال الشروط التعسفية،  
بما يمثله من مساهمة في تحقيق وإعادة التوازن المفقود لعقد الاستهلاك،  
والذي من شأنه المساس بالاستقرار القانوني والاجتماعي.<sup>٣</sup>

### الفرع الثاني

#### الجزاء المقرر للشروط التعسفية

لا يكف تعداد الشروط التعسفية، وتحديد عناصرها، من أجل  
ضمان التوازن لمضمون عقد الاستهلاك، إذ لا بد أن يقترن ذلك بجزاءات  
نجد من هذه الشروط، الماسة بمصالح المستهلك إضافة إلى مصالح الأطراف  
الأخرى الفاعلة في التعاملات المالية.

لذلك أقر كل من القانون الفرنسي (أولا)، و كذا القانون  
الجزائري (ثانيا) مجموعة من الجزاءات، لفرض هذا التوازن في نطاق عقد  
الاستهلاك.

---

1 لقد كان تدخل القاضي في العلاقة العقدية بموجب هذه المادة تأثيرا إيجابيا في ضمان نوع  
من التوازن "توازن شبه موضوعي" بين أطراف التعاقد وفقا لنصوص القانون المدني. و  
التي سبق التعرض لها في المبحث الأول من الفصل الأول.  
2 إذ تضمن القانون رقم ٠٤ - ٠٢ و المرسوم التنفيذي رقم ٠٦ - ٣٠٦، قوائم متعددة  
الشروط التعسفية ليتهدي لها القاضي و ذلك طبقا للمادة ٢٩ و المادة ٠٥ منهما على  
التوالي.

3 أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص ٢٥٧.

أولاً: جزاء الشرط التعسفي طبقاً للقانون الفرنسي.

لقد اعتبرت المادة ١٣٢ - ٦/١ من تقنين الاستهلاك لسنة ١٩٩٣ الشروط التعسفية، "كأنها غير مكتوبة" "réputées non écrites" واعتبر أغلب الفقه<sup>١</sup> أن ذلك يعني أنها باطلة، بطلاناً نسبياً لمصلحة المستهلك، كما أنه بطلان متعلق بالنظام العام<sup>٢</sup>.

s'agissant d'ordre de protection la nullité devrait

être relative، إذ أن البطلان النسبي للشروط التعسفية يتلاءم و مصلحة المستهلك، الذي يسعى إلى الاستفادة من السلعة أو الخدمة، ذلك أن أعمال البطلان النسبي، يؤدي إلى الإبقاء على العقد قائماً، مما يتيح للمستهلك إشباع حاجاته، وهذا على خلاف البطلان المطلق الذي يؤدي إلى حرمانه من مثل هذا الهدف<sup>٣</sup>.

كما أقر القانون الفرنسي إلى جانب الجزاء المدني، جزاء جنائياً، إذ يعاقب المرسوم رقم ٧٨ - ٤٦٤ المؤرخ في ٢٤ مارس ١٩٧٨، بالغرامة كل من يخالف أو يخرق الالتزام بذكر الضمان القانوني للعيب الخفي في حالة ما إذا كان هناك اتفاقية تعاقدية على ضمانها<sup>٤</sup>.  
ثانياً: جزاء الشرط التعسفي طبقاً للقانون الجزائري.

لم يتضمن قانون ٠٤ - ٠٢ السابق ولا المرسوم التنفيذي ٠٦ - ٣٠٦، نصاً صريحاً بخصوص جزاء مدني للشرط التعسفي، ولعل هذا يرجع إلى سهو المشرع، و نقص ينبغي تداركه بالنص صراحة على بطلان الشرط التعسفي، وبقاء العقد صحيحاً إذا أمكن ذلك<sup>٥</sup>.

واكتفى المشرع الجزائري، بتسليط الجزاء الجنائي - تأثر بما ذهب إليه القانون الفرنسي بخصوص هذا الشق من الجزاء -، والمتمثل طبقاً للمادة ٣٨ من القانون السابق، في الغرامة المالية إذ نصت على أنه: "تعتبر

1 محمد بودالي، المرجع السابق، ص ٤٢.

2 Guistin (J), le contrat, Op.cit, P 691.

3 محمد بودالي، المرجع السابق، ص ٤٢.

4 نفس المرجع، ص ١٠١.

5 نفس المرجع، ص ١٠٠.

ممارسة تجارية غير نزيهة و ممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد

٢٦ و ٢٧ و ٢٨

و ٢٩ من هذا القانون، ويعاقب عليه من ٥٠,٠٠٠ إلى ٥٠٠٠,٠٠٠ دج"

### خاتمة

إن الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك تعد أحد أهم مظاهر اختلال التوازن فيه، وذلك مرده طبيعة المراكز العقدية لكل من المستهلك والمحترف، نظرا لما يتمتع بنفوذ اقتصادي ومُكنات معرفية تخوله فرض إرادته في العقد.

ولقد تدرجت حماية المستهلك من الشروط التعسفية بدءا من القواعد العامة وصولا إلى تشريعات خاصة بالمستهلك، وهذا يفيد إلى أي مدى انبرت التشريعات الحديثة لمواجهة هذا الاختلال الصارخ الذي تحدته هذه الشروط في مرحلة تكوين وإبرام عقد الاستهلاك، محددة لمفهومها وعناصرها ومعايير تحديدها وكذا الجزاءات المترتبة عنها، و متيحة للقضاء التدخل لمراقبتها؛ وذلك بغية تقرير قواعد أكثر وضوحا وفاعلية لمواجهة هذه الشروط.

إن مثل هذه الحماية وإن كانت أحد مظاهر الحماية المبسطة قانونا وقضاء للمستهلك، إلا أنها تعد أحد أهم مظاهر التدخل التشريعي والقضائي في عقد الاستهلاك لحماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف، من أجل أخلقة هذا النوع من العقود.

كما أن بحث الشروط التعسفية يشجع ليس فقط لمكافحتها في نطاق عقد الاستهلاك وإنما للدعوة إلى مدها إلى الكل العقود التي تشهد اختلال في توازنها من أجل حماية الطرف الضعيف فيها كعقد العمل مثلا.

### قائمة المراجع

#### أ- قائمة المراجع باللغة العربية:

١- أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي ودار النهضة العربية (بدون طبعة).

٢- إسماعيل محمد المحاقري، الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية، مجلة الحقوق، الكويت، سنة ٣٠، عدد الرابع، ٢٠٠٦ ١٩٩٤.

- ٣- الإمام محمد أبو زهرة ، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، دار الفكر العربي ، الإسكندرية ١٩٩٦ .
- ٤- سي الطيب محمد ، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ، مذكرة ماجستير في القانون الخاص ، تلمسان ، الجزائر ، ٢٠٠٨ .
- ٥- عامر احمد القيسي ، الحماية القانونية للمستهلك ، الدار العلمية الدولية ، و دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، الأردن ، ط ١ ، ٢٠٠٢ .
- ٦- عبد الحكيم فودة ، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، طبعة ٢٠٠٢ .
- ٧- عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في القوانين العربية ، دار النهضة العربية للنشر و التوزيع ، بيروت ، (بدون طبعة) ، ١٩٧٤ .
- ٨- محمد إبراهيم بنداري ، حماية المستهلك في عقود الإذعان ، بحث مقدم إلى ندوة حماية المستهلك بين الشريعة والقانون ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، ١٩٩٨ .
- ٩- محمد بودالي ، مكافحة الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، دار هومة ، الجزائر ، (بدون طبعة) ، ٢٠٠٧ .
- ١٠- زييري بن قويدر ، حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير الشرعية ، مذكرة ماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، الجزائر .

ب- المراجع باللغة الفرنسية:

- 1- Berlioz (G), Droit de la consommation et droit des contrats, J.C.P 1979 -1- 2954.
- 2- CALAIS –AULOY (J) et STEINMETL (F) , droit de la consommation 5<sup>ème</sup> éd , Dalloz 2000 .
- 3- DARMASIN (S) , le contrat moral, L.G.D.J , ed. delt, Paris, 2000.
- 4- Godé (p), protection de consommateur, R.T.Dciv 1978 .
- 5- GHESTIN (J):
  - l'abus dans les contrats, gaz.pal, 1982, 2, Doc.
  - Traite de droit civil; introduction général 3<sup>ème</sup> éd .1990.
  - les obligations; le contrat :formation ;2<sup>ème</sup> éd ;L.G.D.J., 1988.
- 6- Larroumet (CH), note, D. 1981, JP, P 228; J.C. P 1981 – 2 19502.
- 7- STOFFE – MUNCK (PH), l'abus dans contrats, essai d'une théorie, L.G.D.J, 2000.

---

الدور الحكومي في معالجة الفجوة الرقمية  
مع اشارة خاصة الى مصر  
الدكتور/ عاطف وليم اندراوس  
مدرس المالية والاقتصاد العام  
بالمعهد العالي للحاسب الآلى ونظم المعلومات  
بأبى قير - الاسكندرية

---

ملخص:

يحدث التغير التكنولوجي بشكل سريع وبنمط غير متساوي، إذ أنه ليس ثمة شك على أن هناك سرعة غير مسبوقة في التقدم في استخدام تكنولوجيات الاتصالات والمعلومات غير أن أنماط انتشارها أقل وضوحاً وتغيرها أسرع، ومع التسليم بالتأثير الانتشاري لتكنولوجيا الاتصالات والمعلومات على المجتمع، فإن ثمة اهتمام بسيط بشأن أذا كان الانتشار السريع غير العادل لها سوف يعمق من حدة ما يسمى بالفجوة الرقمية بين الدول الصناعية والدول النامية، وبطبيعة الحال فإن استخدام تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات المقترن بمكاسب اقتصادية والمعمق من الهوة الرقمية يمكنه أن يزيد من الفجوة الاقتصادية والاجتماعية بين الدول الصناعية والدول النامية. وينصرف مفهوم الاقتصاد الجديد أو الرقمي إلي ذلك الاقتصاد الذي يعتمد بشكل أساسي على ما يسمى بتكنولوجيا الاتصالات والمعلومات ICT، حيث تمثل هذه التكنولوجيات عاملاً أساسياً في دوال الإنتاج الخاصة بالقطاعات والأنشطة الاقتصادية بجانب قدرتها على تعزيز النمو من خلال التأثير على تكنولوجيا الإنتاج القائمة على عوامل الإنتاج المادية كراس المال والعمل. ونتيجة طبيعية لظهور الاقتصاد الرقمي وتمركز أنشطته في عدد معين من الدول، نشأت ما تسمى بالفجوة الرقمية Digital divide، والتي تتميز بوجود بعدين أساسيين لها، يشير البعد الأول إلي الفجوة الرقمية باعتبارها فجوة داخلية تمثل

التفاوت في القدرة على الوصول لتكنولوجيا الاتصالات والمعلومات بين فئات المجتمع ، فيما ينظر البعد الآخر للفجوة الرقمية بدرجة التفاوت في مصادر تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات بين الدول. ويتطلب سد الفجوة ضرورة تضافر جهود كل من الحكومة والقطاع الخاص والمؤسسات الدولية وحكومات الدول المتقدمة لتحقيق هذا الهدف. ويبرز الدور الذي يمكن أن تلعبه الحكومة في سد الفجوة الرقمية أو على الأقل تقليصها بالنظر إلي تعدد أدوات التدخل التي تمتلكها الحكومة والتي تتراوح بين أدوات السياسة الاقتصادية والمالية (كالضرائب والإنفاق العام، والإعانات والقروض المدعومة) المحفزة لقطاع تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، أو بشكل مباشر من خلال تكوين وتطوير البنية التكنولوجية للقطاع و من أدوات التنظيم والتشريع التي تحدد إطار وبيئة عمل القطاع، أو من خلال إطلاق تنفيذ المبادرات.

مقدمة

تسعى الدول النامية ومنها مصر إلي تضيق حدة الفجوة الاقتصادية بينها وبين الدول المتقدمة من خلال تقليص الفجوة التكنولوجية والمعرفية ، ويتطلب تضيق الفجوة التكنولوجية - ضمن ما يتطلب - تقليص فجوة استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات والوصول إليها بما يؤدي إلي تحسين وتطوير التكنولوجي المستخدم ومن ثم تخفيض تكاليف الإنتاج وتحسين الإنتاجية وتوسيع نطاق الأسواق بشكل يرفع من معدلات النمو ويحسن من مؤشرات التنمية في هذه الدول. ولتحقيق ما تقدم ، يتعين أن تلعب الحكومات دوراً فاعلاً مباشراً وغير مباشر لتقليص الفجوة الرقمية ، الأمر الذي يتطلب ضرورة إعادة النظر في الدور التقليدي للتدخل الحكومي في النشاط الاقتصادي بشكل يلبي متطلبات المرحلة الجديدة و من بينها التعامل مع الفجوة الرقمية ببعديها الداخلي والخارجي. ويتخذ الدور الحكومي في التعامل مع مشكلة الفجوة الرقمية نهجين أساسيين أحدهما مباشر والآخر غير مباشر. ويقوم النهج الأول على التدخل بشكل مباشر من خلال الحكومة لسد الفجوة

الرقمية عن طريق آليات التنظيم والتشريع والمؤسسية، فيما يعتمد التدخل الحكومي غير المباشر على استخدامات أدوات السياسة الاقتصادية وفي مقدمتها السياسة المالية، حيث تستخدم الحكومة أدواتها كالضرائب، والإنفاق الحكومي، والإعانات بهدف توسيع نطاق ودائرة الوصول إلي واستخدام تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات. وهكذا تتحدد إشكالية الدراسة في وجود فجوة رقمية تعاني منها الدول النامية وتمثل انعكاساً طبيعياً لكل من الفجوة الاقتصادية الفجوة التكنولوجية العميقة التي تعاني منها هذه الدول في مواجهة الدول المتقدمة، وأن هناك بعداً ثانياً محلياً للفجوة الرقمية يوصف باعتباره قضية توزيعية تتمثل في التفاوت الكبير في كل من إمكانيات الوصول إلي تكنولوجيا المعلومات والاتصالات واستخدامها وامتلاك مهارات وقدرات التعامل معها بين فئات المجتمع، الأمر الذي يفرض ضرورة العمل على سد الفجوة الرقمية من خلال تفعيل الدور الحكومي في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات.

#### هدف البحث

في ضوء إشكالية البحث على النحو الموضح سلفاً، يصبح من المتعين تحديد هدف البحث، ويتمثل هذا الهدف في تحديد أبعاد مشكلة الفجوة الرقمية في الدول النامية بصفة عامة و في مصر بصفة خاصة، مع تحليل الدور الذي يمكن أن تلعبه الحكومة في تضيق هذه الفجوة بأبعادها المحلية والإقليمية والدولية في ضوء الأداء الحكومي الماضي والحالي في هذا المجال.

#### فروض البحث

١. أن هناك فجوة واسعة في استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات بين الدول المتقدمة والدول النامية.
٢. تعاني مصر من فجوة رقمية ذات أبعاد محلية وإقليمية ودولية.
٣. يمارس الدور الحكومي بداخل قطاع تكنولوجيا المعلومات والاتصالات تأثيراً على حجم الفجوة الرقمية.

يدور البحث حول محورين أساسيين أحدهما نظري والآخر تطبيقي، يهتم المحور الأول بالإطار النظري للفجوة الرقمية فيحدد مفهومها ثم يضع أهم المؤشرات الدالة على حجم الفجوة، ويرصد أسبابها، كما يعنى بسبل التعامل معها مركزاً على الدور الحكومي في ذلك المجال، فيما ينطلق المحور التطبيقي أولاً من رصد حجم الظاهرة وتطورها تبعاً لدرجات التقدم الاقتصادي (دول متقدمة ودول نامية)، ووفقاً للمناطق الجغرافية (أفريقيا، آسيا والمحيط الهادي، الدول العربية، كومولث الدول المستقلة أوروبا، الأمريكتين) ثم ثانياً من رصد مؤشرات الظاهرة في مصر مع التركيز على دور الحكومة في ذلك المجال. وفي تناولنا للمحور التطبيقي اتبعنا نهجاً استقرائياً اعتمد على بيانات مؤشرات الفجوة الرقمية الواردة في كل من إحصائيات الاتحاد الدولي للاتصالات ITU ووزارة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات المصرية.

#### حدود الدراسة

تركز الدراسة على تحليل ورصد ظاهرة الفجوة الرقمية خلال الفترة ٢٠٠٥ - ٢٠١١ في ضوء البيانات المتاحة، ويركز الإطار الموضوعي للبحث على رصد وجود الظاهرة في الدول النامية بصفة عامة وفي مصر بصفة خاصة، كما يركز على تبيان مدى أهمية الدور الحكومي في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات كأحد العوامل الحاسمة في تحديد حجم الفجوة وسبل التعامل معها، وتجدر الإشارة إلي أن موضوع البحث يتحدد فقط بالفجوة الرقمية وليس الفجوة المعرفية الأوسع نطاقاً أو الفجوة المعلوماتية الأضيق نطاقاً.

#### خطة البحث

تقوم خطة البحث على معالجة الموضوع في مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة، تعرض المقدمة للمحاور المنهجية للبحث، فيما يتناول المبحث الأول بالشرح والتحليل للمفاهيم الأساسية للبحث فيعرض لمفهوم الفجوة الرقمية ومحدداتها ومؤشرات قياسها، فيما يعرض المبحث الثاني



للدور الذي يمكن أن تلعبه الحكومة في التعامل مع الفجوة الرقمية باستخدام أدوات السياسة الاقتصادية أو من خلال التدخل المباشر بالتنظيم والتشريع وتوفير بيئة مستقرة لعمل قطاع تكنولوجيا المعلومات والاتصالات ، وأخيراً يتناول المبحث الثالث الأخير لمشكلة الفجوة الرقمية في مصر وكيفية التعامل الحكومي معها ، ويختتم البحث بعرض النتائج والتوصيات.

## المبحث الأول

### مفهوم الفجوة الرقمية وأساليب قياسها

يجوي الأدب الاقتصادي الحديث العديد من النماذج التي تربط بين مستوى التقدم التكنولوجي ومعدلات النمو، وأصبح التقدم التكنولوجي هو المفضل في نماذج النمو، لهذا انتقلت الاقتصاديات الكلاسيكية الجديدة من النظر إليه كمتغير خارجي يتحدد خارج النموذج إلي نظريات النمو الحديثة التي أدخلت المتغير التكنولوجي للنموذج<sup>١</sup>، وتشير العديد من الدراسات التجريبية لقوة تأثير التقدم التكنولوجي على النمو، فمثلاً توضح بعضها أن التقدم التكنولوجي قد أسهم بنحو ٧٤,٤٪ من النمو الاقتصادي في الولايات المتحدة الأمريكية ، كما ساهم بنحو ٧٢,٧٪ في الدول الصناعية وبنحو ٧٩,١٪ في الدول النامية<sup>٢</sup>، وتحاول الدول النامية تحرير اقتصاداتها لجذب الاستثمار الأجنبي المباشر للحصول على التكنولوجيا. وتمثل تكنولوجيا المعلومات والاتصالات باعتبارها نوع من أنواع التكنولوجيا بمفهومها الواسع أحد العوامل الفاعلة في التأثير على معدل النمو والتقدم الاقتصادي، وينصرف مفهوم تكنولوجيا المعلومات والاتصالات إلي الطرق والأساليب والمعرفة الفنية المرتكزة إلي العلم والتي تستخدم في جمع ومعالجة وتخزين وإدارة وتأمين المعلومات والوصول بها من نقطة لأخرى باستخدام وسائل إرسال واستقبال معينة<sup>٣</sup>. وانطلاقاً من نوع الاستخدام يمكن تقسيم تكنولوجيا المعلومات والاتصالات إلي ثلاث مجموعات رئيسية هي، تكنولوجيا

الحواسيب، تكنولوجيا الاتصالات، تكنولوجيا الحواسيب والاتصالات من خلال الإنترنت<sup>٥</sup> :

### ١- تكنولوجيا الحوسبة

يمثل الحاسب أحد أهم مخترعات القرن الماضي، وقد تزايد استخدام الحواسيب بشكل سريع خصوصاً مع ظهور الحواسيب الشخصية وانخفاض أسعارها بشكل ملحوظ. ويمكن القول أن الحاسب قد أسهم بشكل عام في زيادة وتحسين الإمكانيات الفكرية للأفراد والمؤسسات على حد سواء كما عزز من كفاءاتهم. وثمة مثال لأحد الاستخدامات الهامة للكمبيوتر يتمثل في برامج الكمبيوتر المساندة للتصنيع والتصميم (CAD) (CAM) التي أدت إلى تحسين دورة حياة المنتجات بشكل جذري كما خفضت من الفجوات الزمنية بين حوسبة المنتج ودخوله إلى السوق بجانب رفع جودة وتصميم المنتج.

### ٢. تكنولوجيا الاتصالات

تمثل الاتصالات أحد أهم جوانب الحياة الإنسانية الحديثة: وثمة مجموعتان للاتصالات هما: الاتصالات من ناحية واحدة كوسائط الإذاعة كالراديو والتلفزيون، والاتصالات من ناحيتين كالفاكس والتليفون والتلغراف. وقد شهدت الأخيرة تحسناً سريعاً خلال العقدین الأخيرين، إذ ساعد نمو الانترنت في انتشار روابط الاتصالات من ناحيتين، فصار الاتصال بين التلفزيون والحاسب الشخصي أمراً ممكناً. ومع ذلك يظل في الوقت الراهن التليفون الخليوي أسهل في الاستخدام في الدول النامية عن استخدام التليفون الأرضي الثابت، كما صار انتقال الانترنت وتطبيقات الانترنت إلى أنظمة التليفونات الخليوية له متضمن تكنولوجيا هام في هذه الدول.

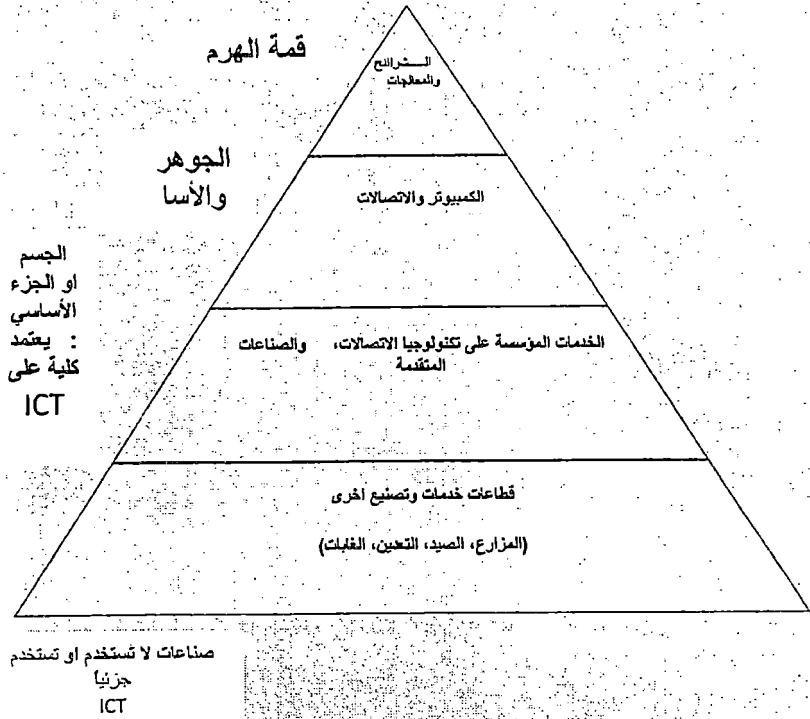
### ٣. الإنترنت

تمثل الإنترنت متضمنة شبكة الويب إحدى أهم التكنولوجيات التي تؤثر في كل من الحوسبة والاتصالات. فمن ناحية توفر الإنترنت وسيطاً جديداً للاتصالات يسمح ببعض الأنشطة كالبريد الإلكتروني

وقوائم الدردشة لاتصالات المجموعات ، كما إنها من ناحية أخرى بمثابة وسائط متعددة للاتصالات من خلال تقوية التواصل والتفاعل بين الأنماط القديمة والأنماط الجديدة للاتصالات ، فمثلاً يمكن للفرد أن يتصل صوتياً بالآخرين من خلال تليفون الانترنت أو يستخدم التليفون الخليوي للوصول لشبكة الويب ، ومن ناحية أخرى يمكن للأفراد والمؤسسات من خلال الشبكة العنكبوتية البحث والحصول على المعلومات من خلال الإنترنت. وبخلاف الوسائط الأخرى ، فإن الانترنت تتطلب درجة أعلى من الفكر الحديث والمهارات المنطقية. ولم يغير التحول السريع للانترنت من مجرد استخدام الكمبيوتر الشخصي نحو اللاب توب والهواتف الخليوية وغيرها من الأدوات الحديثة فقط بشكل جذري الاتصالات ولكن أيضاً من التجارة والحوسبة في جميع المجالات بما فيها الحوسبة العلمية وأتمتة الأنشطة. وسبق ذلك ظهور معايير وأدوات تكنولوجيا البلوتوث Bluetooth التي مكنت أي أداة من التحدث لأداة أخرى من خلال أنظمة لاسلكية مثل الويب اللاسلكي التليفونات الخليوية واللاب توب. ومع ظهور تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات الجديدة والتي اوضحناها سلفاً ، تنامت التجارة الإلكترونية بشكل سريع وتزامن مع ذلك أيضاً تنامي التجارة في المنتجات المعلوماتية. وتسلك منتجات تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات نفس منحى المعرفة من حيث أنها لا تعتمد على الموقع الجغرافي للمنتجين والمستهلكين ، وإن استهلاك المنتج لا يمنع آخرين من الحصول على نفس المنتج ، بما يمكن القول إنها تكتسب إحدى خصائص السلعة العامة. وقد تزايد حجم هذه المنتجات بحيث أضحت تشكل ما يسمى بالاقتصاد الرقمي Digital Economy أو الاقتصاد الجديد New Economy. ويقوم الاقتصاد الرقمي بصفة أساسية على تكنولوجيا المعلومات والاتصالات كعامل إنتاجي أساسي للقطاعات والأنشطة الاقتصادية ، وفي ظل الاقتصاد الجديد ينتقل الاهتمام من آثار جانب العرض على التكاليف والإنتاجية إلي جانب الطلب.

ويمكن وصف الاقتصاد الرقمي على النحو الموضح بالشكل رقم (١)، باعتباره مثلث مكون من أربعة أجزاء تعكس أربعة مستويات، يمثل رأس المثلث المستوى الأول من الاقتصاد الرقمي ويتضمن صناعات منتجات مسبوكات السليكون Silicon foundry وأشباه الموصلات كالشرائح والمعالجات، ولا تمثل هذه الصناعات في حد ذاتها قطاعاً كبيراً داخل الاقتصاد الجديد ولكنها تعكس أهمية دقيقة بالنظر لأن منتجات هذه الصناعات تمثل جوهر وأساس مكونات الكمبيوتر والإلكترونيات التي تستخدم بشكل متزايد في سلسلة عريضة من المنتجات منها السلع الإلكترونية والسيارات والآلات والمعدات الصناعية، وأنظمة التدفئة والتهوية والتكييف. ويمثل الجزء الثاني أسفل رأس المثلث المستوى الثاني ويتضمن صناعات الكمبيوتر والاتصالات (تصنيع وخدمات)، وتعتبر هذه الصناعات بمثابة جوهر الاقتصاد الرقمي لأن هذا القطاع يمكن من تشغيل المستويات التالية من الاقتصاد الرقمي. ويمثل المستوى الثالث الجسم الأساسي للاقتصاد الرقمي ويشمل كل الأنشطة الصناعية والخدمية التي تعتمد بشكل مكثف إن لم يكن حصرياً على التكنولوجيا الرقمية، وفي إطار هذه الأنشطة تقضي نسبة كبيرة من الأفراد معظم أوقات عملهم أمام أجهزة الكمبيوتر والاتصالات. ففي قطاع الخدمات مثلاً يمكن ذكر التجارة الإلكترونية، الإعلام والتسليّة، والخدمات المالية، وفي قطاع التصنيع يمكن تحديد القطاعات المكثفة الاستخدام لتكنولوجيا المعلومات كصناعات السيارات والطائرات مثلاً، ولكن ثمة ضرورة لأن نسجل أنه حتى في إطار الصناعات المتقدمة فإن درجة الرقمنة تختلف بين الأقسام والمناطق، فكثير من الشركات لديها أقسام تمت رقمتها بالكامل مثل أقسام البحوث والتطوير، والتصميم ومعالجة البيانات، في حين ظلت بعض الأقسام الأخرى تستخدم أساليب تقليدية. وتشكل قاعدة الهرم المستوى الرابع وتتألف من القطاعات التي لا تتواجد فيها تكنولوجيا المعلومات والاتصالات أو تتواجد بشكل جزئي وهي بطبيعتها يصعب اختراقها أو تخترق بشكل بطيء من التكنولوجيا الرقمية مثل أنشطة المزارع والتعدين والصيد والغابات.

## شكل رقم ( ١ ) مثلث الاقتصاد الرقمي



**Source:** Edward J. Malecki & Bruno Moriset, "The Digital Economy... Business Organization, Production Processes And Regional Developments", (London & New York:Routledge, 2008), P.6.

وتعتبر كل من التجارة الإلكترونية والحكومة الإلكترونية من أهم قطاعات الاقتصاد الرقمي. وينصرف مفهوم التجارة الإلكترونية e-commerce إلى عمليات تسويق وبيع وشراء وتبادل المنتجات والخدمات والمعلومات من خلال شبكات الحاسب والإنترنت<sup>٧</sup>، وهي بذلك التعريف تقوم على أداء الأنشطة التجارية بكافة مستوياتها المعروفة (بين المنظمات والمستهلكين B2C، وبين منظمات الأعمال B2B، وبين المستهلكين بعضهم البعض C2C، وبين الحكومة منظمات الأعمال G2B) على تكنولوجيا المعلومات والاتصالات. ومن ناحية أخرى ينسحب مفهوم الحكومة

الإلكترونية e-government إلى انتقال تقديم الخدمات الحكومية من الصيغة الورقية إلى الصيغة الالكترونية وذلك باستخدام أجهزة الكمبيوتر وشبكات الاتصال والبرمجيات اللازمة لذلك<sup>٨</sup>. فيما ينظر لها من آخرين بشكل أكثر تحديداً باعتبارها توليفة معينة تجمع بين الوظائف والمسئوليات الحكومية من ناحية وأنشطة تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات من ناحية أخرى. وللحكومة الالكترونية ثلاثة محتويات، أولهم محتوى معلوماتي بغطي كافة الاستعلامات تجاه الجمهور (أو فيما بين مؤسسات الدولة أو فيما بينها وبين مؤسسات الأعمال)، وثانيهم محتوى خدمي يتيح تقديم كافة الخدمات الحياتية وخدمات الأعمال آنياً، وثالثهم محتوى اتصالي يتيح ربط إنسان الدولة وأجهزة الدولة معاً في جميع الأوقات وبوسيلة تفاعل يسيرة<sup>٩</sup>.

ويمكن أن يتم قياس حجم الاقتصاد الرقمي ومن ثم تحديد معدلات نموه من خلال إدماج كل القطاعات الواردة في الأجزاء العليا من مثلث الاقتصاد الرقمي والتي تشمل:

- خدمات الاتصالات (الهواتف الخلوية، والهواتف الثابتة، إرسال البيانات والصور).
- معدات الاتصالات (الشبكات العامة، الأنظمة الخاصة، الأدوات، البرامج والخدمات).
- خدمات وبرامج الكمبيوتر بما فيها معالجة البيانات.
- أجهزة الكمبيوتر (الحاسبات العملاقة والحاسبات الشخصية وأجهزة معالجة البيانات).

وفي ضوء التعريف المتقدم للاقتصاد الرقمي القائم على أساس تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وفي ضوء تباين درجات وجوده بين المجتمعات وبين فئات المجتمع الواحد وفي بعض القطاعات الاقتصادية داخل الاقتصاد الواحد، كان من الطبيعي ظهور ما تسمى بالفجوة الرقمية. ويرتبط وجود الفجوة الرقمية بمدى وجود تكنولوجيا المعلومات

والاتصالات من عدمه، وتأسيساً على ذلك انطلقت تعريفات الفجوة الرقمية ومنها ما يلي:

١. تعرف منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية OECD الفجوة الرقمية بأنها الفجوة بين الأفراد والعائلات والمشروعات والمناطق الجغرافية على كافة المستويات الاجتماعية والاقتصادية فيما يتعلق بكل من فرص الوصول لتكنولوجيات المعلومات والاتصالات واستخدام الانترنت<sup>١١</sup>.

٢. ويحدد تعريف ثاني الفجوة الرقمية بعدم العدالة أو عدم التساوي Inequity في الفرص المقدمة بواسطة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات والثورة الرقمية سواء للاستخدامات الاقتصادية أو الاجتماعية أو الثقافية أو السياسية.

٣. ويقصر البعض مفهوم الفجوة الرقمية على التفاوت في إمكانيات الوصول إلى الإنترنت بين الدول المتقدمة والدول النامية وبين المجموعات المختلفة داخل الدولة الواحدة<sup>١٢</sup>.

وبغض النظر عن التعريف المستخدم، فإن وجود الفجوة الرقمية يرتبط بالتفاوت في إمكانيات وقدرات الوصول إلى تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وهي بهذا التعريف تختلف عن مفهوم ما يسمى بالفجوة المعرفية التي تمثل الفجوة بين الدول النامية والدول المتقدمة صناعياً فيما يتعلق بالمعرفة بالتكنولوجيا<sup>١٣</sup>. وبالنظر إلى أن الوصول لتكنولوجيا المعلومات والاتصالات يظل موزعاً بشكل غير متساوي بين المجتمعات وداخلها بين الفئات والقطاعات المختلفة، فمن الطبيعي أن تتم التفرقة بين نوعين للفجوة الرقمية، هما الفجوة الرقمية الداخلية أو المحلية، والفجوة الرقمية الخارجية. وتنشأ الفجوة الرقمية الداخلية بين الفئات المختلفة بداخل المجتمع لأسباب عدة تتعلق بمستويات الدخل والتعليم والنوع والعمر والمنطقة الجغرافية والمستويات الاجتماعية والثقافية. وهكذا يكون في ضوء ما تقدم، ثمة فجوة رقمية بين المتعلمين ونظرائهم من أنصاف المتعلمين وغير المتعلمين، وبين أهل الحضر وأهل الريف، وبين الشباب

وكبار السن ، وثمة فجوة رقمية بين الذكور والإناث ، وبين الأغنياء والفقراء ، وتبعاً لذلك يمكن القول أن المحددات السابقة بجانب أسعار خدمات وأدوات تكنولوجيا المعلومات والاتصالات ، تمثل محددات هامة لمدى عمق الفجوة الرقمية . ومن ناحية أخرى ، تنشأ الفجوة الرقمية الخارجية بين الدول وتحدد أيضاً بعوامل داخل المجتمعات أهمها درجة التقدم الاقتصادي والاجتماعي ، متوسط دخل الفرد ، حجم الاعتمادات المالية المخصصة للبحث العلمي والتطوير ، القبول الاجتماعي والسياسي لأدوات تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وأهمها الإنترنت ، الدور الحكومي في توفير التكنولوجيا بصفة عامة وتكنولوجيا الاتصالات والمعلومات بصفة خاصة.

### مؤشرات قياس حجم الفجوة الرقمية

ثمة مؤشرات عدة يمكن استخدامها لقياس الفجوة الرقمية ، يقوم بعض هذه المؤشرات على استخدام التكرار النسبي لظاهرة مرصودة أو مشاهدة (كاستخدام الإنترنت لكل فرد من أفراد المجتمع ، أو عدد خطوط التليفون لكل مائة فرد) في دولة معينة. وثمة مقياس آخر يسمى بنسبة التركيز (وهو مقياس شبيه بمعامل جيني المستخدم في مجال قياس عدم العدالة في توزيع الدخل القومي في الدول المختلفة) ، وتتراوح قيمة هذا المعامل بين الصفر والمائة ، وحينما تكون قيمة معامل التركيز مساوية للصفر نكون إزاء حالة تتحقق فيها العدالة التوزيعية الكاملة فيما يتصل بالوصول واستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات ومن ثم لا توجد أي فجوة رقمية ، وحينما يصل المعامل لأقصى مدى له ١٠٠ نكون وصلنا إلي الحالة القصوى من عدم العدالة التوزيعية في الوصول واستخدام تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات<sup>١٣</sup> . وأكثر الأساليب استخداماً لقياس الفجوة الرقمية هو ذلك الذي يقوم على رصد الفروق بين الدول وفئات المجتمع فيما يتعلق باستخدام كل من : الهواتف الثابتة ، الهواتف الخلوية ، التليفون الخليوي عريض النطاق ، الإنترنت بين الدول المتقدمة وذلك في ضوء المؤشرات المعلنة من الاتحاد الدولي للاتصالات ITU. وتأسيساً على هذه المؤشرات سوف نقوم برصد الفجوة الرقمية تبعاً لكل من درجة



التقدم الاقتصادي والموقع الجغرافي. وثمة سبعة مؤشرات فردية ، أربعة منها تخص تكنولوجيا الاتصالات وثلاثة تخص تكنولوجيا الحوسبة والإنترنت ، ونعرض فيما يلي لهذه المؤشرات مع رصد التفاوت فيما بين الدول المتقدمة والدول النامية ودول العالم في المتوسط ، وبين المناطق الجغرافية في العالم في ضوء البيانات الموضحة بالملحق الإحصائي.

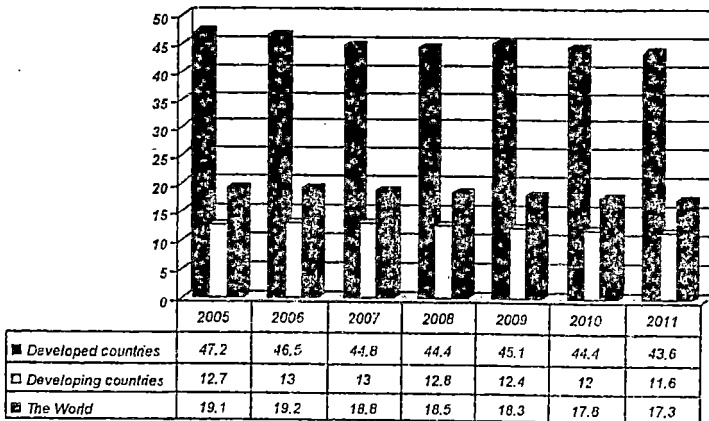
### أولاً: مؤشرات تكنولوجيا الاتصالات

تشمل هذه المجموعة الاتصالات أربعة مؤشرات هي: اشتراكات التليفون الثابت / ١٠٠ فرد ، اشتراكات التليفون الخليوي / ١٠٠ فرد ، اشتراكات الهاتف المحمول ذات النطاق العريض / ١٠٠ فرد ، اشتراكات الهاتف الثابت ذات النطاق العريض / ١٠٠ فرد.

#### ١. اشتراكات التليفون الثابت لكل ١٠٠ فرد

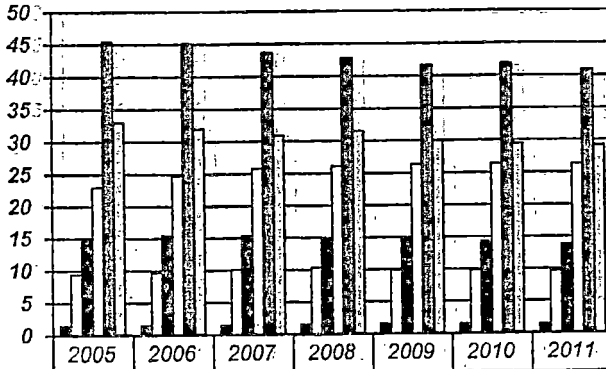
يشير المؤشر إلي تطور عدد خطوط التليفون الثابت لكل مائة فرد من أفراد المجتمع ، وحسب الإحصاءات المعلنة من الاتحاد الدولي للاتصالات فإن ثمة فجوة بين الدول حسب درجات التقدم الاقتصادي ، وقد ظلت الفجوة الرقمية في حيازة الهواتف الثابتة بين الدول المتقدمة والدول النامية مستمرة وإن اتجهت للانخفاض بشكل ضئيل جداً عام ٢٠١١ ، فيما اتسمت الفجوة بين المتوسط العالمي للمؤشر وبين قيمة المؤشر في الدول النامية بالثبات النسبي.

شكل رقم (2) عدد اشتراكات الهواتف الثابتة لكل 100 فرد في الدول المتقدمة والدول النامية والعالم



وحسب المنطقة الجغرافية، فكما هو موضح في الشكل رقم (٣) لم تزل الفجوة موجودة في إفريقيا بشكل ثابت وملحوظ حيث لم تصل عدد اشتراكات الهواتف الثابتة /١٠٠ فرد إلي اثنين خلال الفترة ٢٠٠٥-٢٠١١. فيما انخفض المؤشر في الدول العربية بشكل ملحوظ مقارنة بقيمة المؤشر في كل من دول كومنولث الدول المستقلة، ودول آسيا والمحيط الهادي، بينما احتفظت أوروبا بالمرتبة الأولى في المؤشر رغم اتجاهه للتناقص خلال فترة الدراسة تليها الأمريكتين.

شكل رقم (3) عدد اشتراكات الهواتف الثابتة/100 فرد تبعاً للمناطق الجغرافية

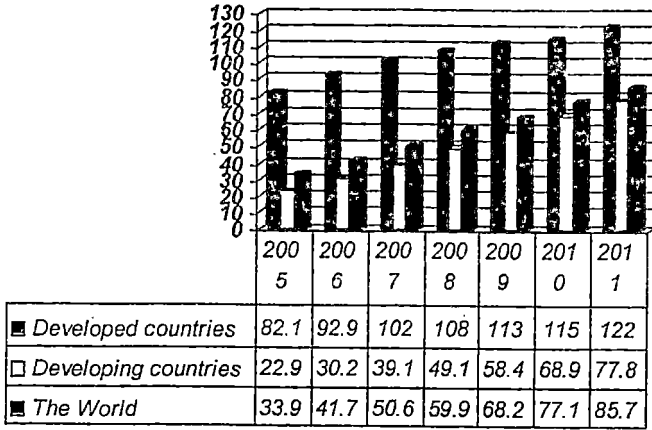


Year	Africa	Arab States	Asia & Pacific Ocean	CIS	Europe	The Americas
2005	1.5	9.4	15.1	23	45.5	33
2006	1.5	9.6	15.5	24.7	45.2	31.9
2007	1.5	10.1	15.4	25.8	43.7	30.9
2008	1.5	10.3	14.9	26.1	42.8	31.5
2009	1.6	9.9	14.9	26.3	41.6	30
2010	1.5	9.8	14.3	26.4	41.9	29.5
2011	1.4	9.6	13.8	26.3	40.9	29.2

## ٢. اشتراكات التليفون الخليوي لكل ١٠٠ فرد

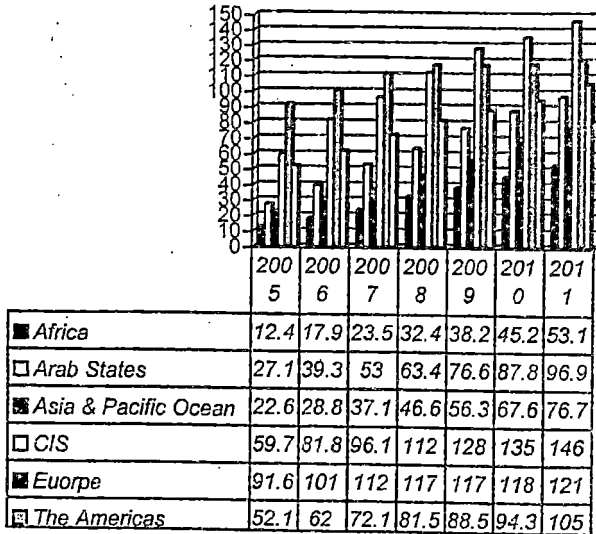
يوضح هذا المؤشر عدد خطوط الهواتف الخليوية لكل مائة فرد، ويوضح الشكل رقم (٤) تباين قيمة المؤشر بين الدول المتقدمة والدول النامية، إلا أن مدى هذا التباين يقل كثيراً مقارنةً بسابقه في الهواتف الثابتة، كما يلاحظ تقلص حجم الفجوة عبر السنوات، نتيجة لارتفاع معدل نمو المؤشر في الدول النامية.

شكل رقم (4) عدد اشتراكات الهواتف الجوالة في الدول المتقدمة والدول النامية والعالم



ويوضح الشكل رقم (5) قيمة المؤشر حسب المناطق الجغرافية، ويرصد تحسناً ملحوظاً في حيازة التليفون المحمول في جميع المناطق بما فيها أفريقيا، كما يعكس اقتراب قيمة المؤشر من المائة للدول العربية وتجاوزها قيمة حاجز المائة في كومنولث الدول المستقلة وأوروبا والأمريكتين.

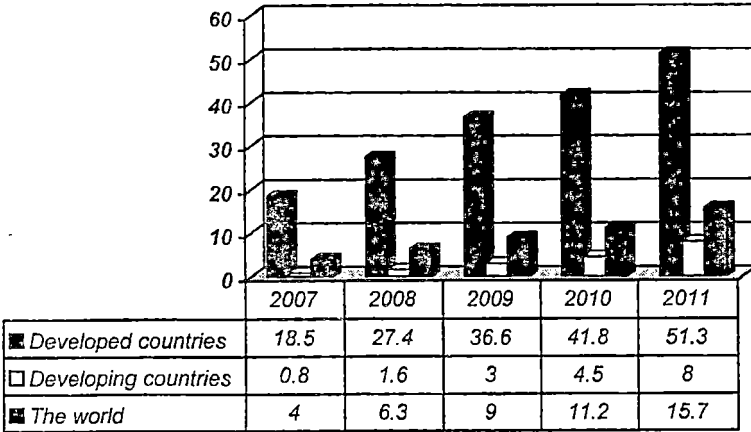
شكل رقم (5) عدد اشتراكات الهاتف الخليوي /100 فرد حسب المنطقة الجغرافية



## ٢. مؤشر اشتراكات الهاتف المحمول ذات التردد العريض / ١٠٠ فرد

يقيس هذا المؤشر عدد خطوط الهاتف المحمول ذات التردد العريض Broadband لكل مائة فرد، ويوضح الجدول رقم (٦) تطور قيمة هذا المؤشر لكل من الدول المتقدمة والعالم، ويعكس وجود فجوة عميقة متزايدة في هذه التقنية بين الدول المتقدمة والدول النامية.

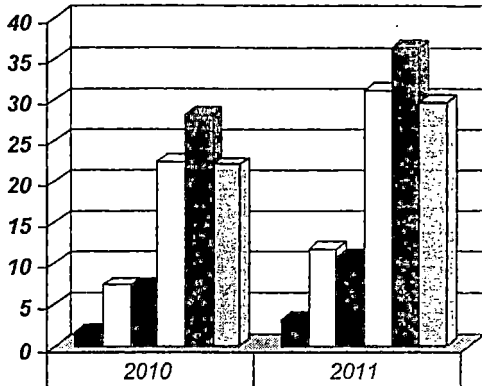
شكل رقم (٦) عدد خطوط الهاتف المحمول الذي يعمل بتقنية التردد العريض / 100 فرد



ومن المعروف أن هذه التقنية ترتب مزايا عدة مقارنة بالتقنية العادية حيث يمكن من خلالها نقل وإرسال واستقبال ملفات الصور والأفلام والرسوم وغيرها من التطبيقات بجانب ملفات البيانات. ويحتاج ذلك إلي استثمارات ضخمة تتطلب تدخل حكومي لتوفير البنية التحتية لهذه الخدمة و يوضح الشكل رقم (٧) تطور قيمة ذات المؤشر تبعاً للمنطقة الجغرافية.

ويعكس الشكل أيضاً أن تدني مستوى هذا المؤشر في كل من إفريقيا وبدرجة اقل في الدول العربية وآسيا والمحيط الهادي مقارنة بأوروبا التي حلت في المرتبة الأولى يليها كومنولث الدول المستقلة والأمريكتين.

شكل رقم (7) عدد خطوط الهاتف المحمول بتقنية التردد العريض /100 فرد حسب المنطقة الجغرافية

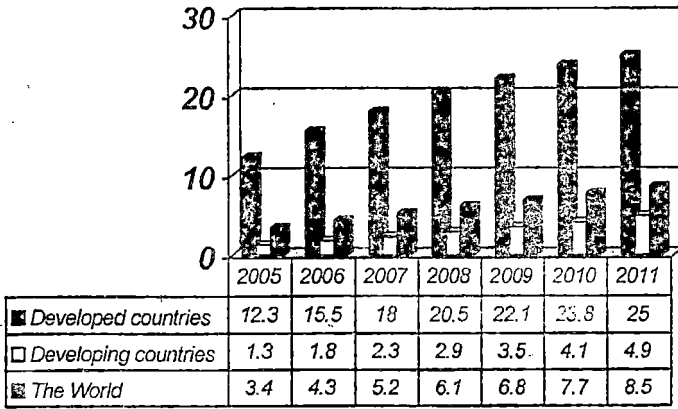


	2010	2011
■ Africa	1.8	3.3
□ Arab states	7.4	11.7
■ Asia & Pasific Ocean	7.3	10.7
□ CIS	22.5	31.3
■ Evorpe	28.2	36.5
□ The Americas	22.1	29.7

### ٣. اشتراكات التردد النطاق العريض السلكي (الثابت) لكل ١٠٠ فرد

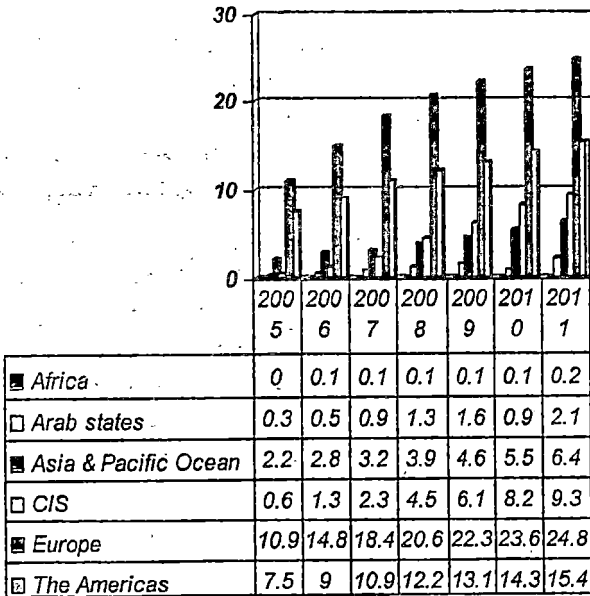
يشير هذا المؤشر إلى استخدام الهواتف الثابتة التي تعمل بتقنية النطاق العريض لكل مائة فرد، ويوضح الشكل (٨) تطور قيمة هذا المؤشر في كل من الدول المتقدمة والنامية والعالم، فيما يرصد الشكل رقم (٩) تطور قيمة ذات المؤشر تبعاً للمنطقة الجغرافية.

شكل رقم (8) عدد اشتراكات التردد العريض الثابت (السلكي)/100 فرد



وحسب ما هو موضح في الشكل رقم (٨) تعاني الدول النامية من انخفاض قيمة هذا المؤشر ومعدل نموه مقارنة بالدول المتقدمة بما يشي بوجود فجوة واسعة ومتزايدة بينهما.

شكل رقم (9) عدد اشتراكات التردد العريض الثابت/100 وفقاً للمناطق الجغرافية



ووفقاً للشكل رقم (٩) تعاني إفريقيا من قصور كبير في هذه الخدمة، فيما يرصد الشكل تخلف الدول العربية ومعها بدرجة أقل دول آسيا والمحيط الهادي في استخدام التردد العريض الثابت مقارنة بأوروبا التي تأتي أولاً والأمريكتين اللتين تأتيان في المرتبة الثانية.

ثانياً: مؤشرات حيابة أجهزة الكمبيوتر والوصول للإنترنت

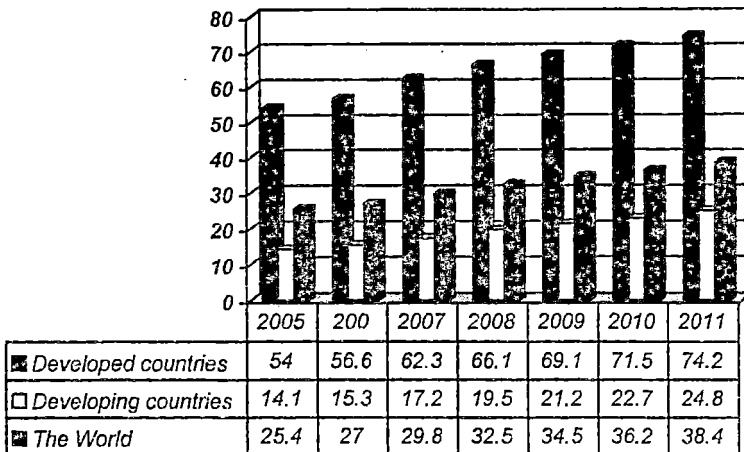
تمة ثلاثة مؤشرات يمكن استخدامها لقياس الفجوة الرقمية فيما بين الدول المتقدمة والدول النامية وبين المناطق الجغرافية فيما يتعلق بتملك أجهزة الكمبيوتر والقدرة على الوصول إلى الإنترنت هي: نسبة الأسر التي تمتلك أجهزة كمبيوتر، نسبة الأسر التي يمكنها الوصول للإنترنت من المنازل، و نسبة الأفراد المستخدمين للإنترنت.

١٠. نسبة الأسر التي تمتلك أجهزة كمبيوتر كنسبة مئوية من عدد السكان:

يظهر الشكل رقم (١٠) تطور قيمة هذا المؤشر في كل من الدول النامية والدول المتقدمة والعالم، فيما يوضح الجدول رقم (١١) قيمة هذه المؤشر تبعاً للمناطق الجغرافية المختلفة وذلك خلال الفترة ٢٠٠٥-

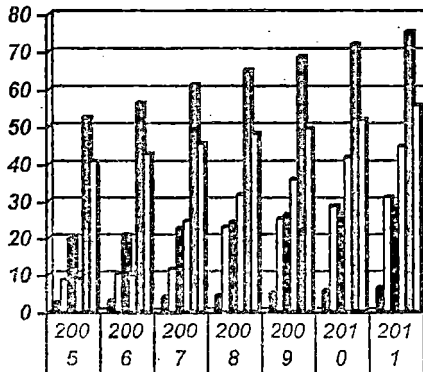
٢٠١١.

شكل رقم (١٠) نسبة الأسر الذين يملكون أجهزة كمبيوتر %



ويعكس الشكل رقم (١٠) وجود فجوة كبيرة في حيازة أجهزة الكمبيوتر بين الدول المتقدمة والدول النامية، فعلى حين كانت النسبة في المتوسط بالنسبة للدول النامية في عام ٢٠٠٥ نحو ٥٤٪ في مقابل ١٤,١٪ للدول النامية بفرق قدره ٣٩,٩٪، تزايدت النسبة لكلا المجموعتين خلال فترة الدراسة بيد أن مدى الفجوة اتسع بينهما ليصل في عام ٢٠١١ إلى ٤٩,٤٪، كما ظلت قيمة المؤشر في الدول النامية بعيدة عن المتوسط العام لدول العالم.

شكل رقم (١١) نسبة الأسر التي تمتلك أجهزة كمبيوتر %



Region	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Africa	2.7	2.9	3.9	4.2	4.9	5.6	6.4
Arab states	8.5	10	11.5	22.8	25.1	28.6	31
Asia & Pacific Ocean	19.7	20.8	22.6	24.4	26.2	26.9	28.6
CIS	8.7	9.6	24.5	31.6	35.8	41.7	44.7
Europe	52.4	56.3	61.2	65.1	68.5	72	75.3
The Americas	40.7	42.7	45.5	48.1	49.4	51.8	55.6

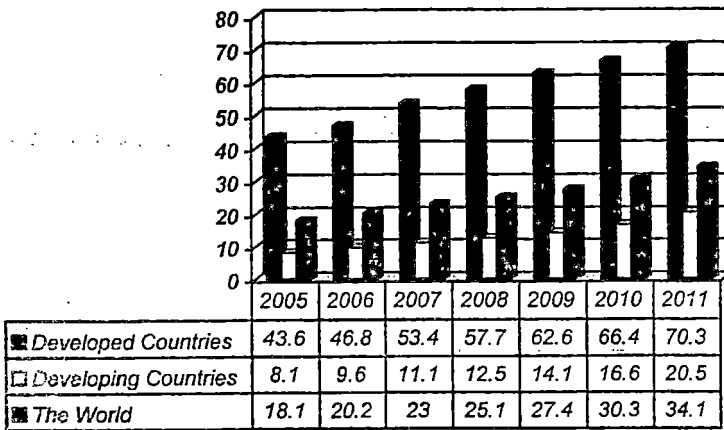
ويعكس الشكل رقم (١١) تدني نسبة الأسر التي تمتلك أجهزة كمبيوتر في أفريقيا مقارنة بالمناطق الأخرى كما يعكس تحس ملحوظ ومطردي في الدول العربية، وتبقى أوروبا وبعدها الأمريكتين ثم كومنولث الدول المستقلة في المقدمة على التوالي تبعاً لقيمة هذا المؤشر.



## ٢. نسبة الأسر التي يمكنها الوصول للإنترنت بالمنزل

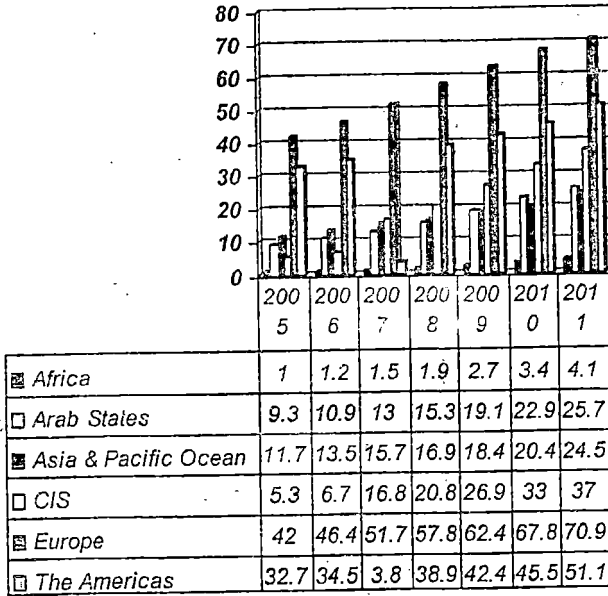
يعكس هذا المؤشر النسبة المئوية للأسر التي يمكنها الوصول لخدمات الإنترنت من منازلها. ويوضح الشكل رقم (١٢) تطور قيمة هذا المؤشر خلال الفترة ٢٠٠٥ - ٢٠١١ في كل من الدول المتقدمة والدول النامية والعالم، فيما يبين الشكل (١٣) تطور قيمة ذات المؤشر خلال نفس الفترة في المناطق الجغرافية المختلفة في العالم.

شكل رقم (١٢) نسبة الأسر التي يمكنها الوصول للإنترنت من المنزل %



ورغم التحسن النسبي في قيمة هذا المؤشر بالنسبة للدول النامية خلال سني السلسلة الزمنية إلا أن مدى الفجوة بين الدول المتقدمة والدول النامية قد تزايد بشكل مطرد من ٣٥,٥% في عام ٢٠٠٥ إلى ٤٩,٨% في عام ٢٠١١ وذلك على النحو المبين بالشكل السابق.

شكل رقم (13) نسبة الأسر التي يمكنها الوصول للإنترنت بالمنزل (%)



ويعكس الشكل (١٣) انخفاض النسبة في إفريقيا بشكل كبير مقارنة بالمناطق الأخرى في العالم، فيما سجل المؤشر تحسناً مطرداً بالنسبة للدول العربية، بينما تظل أوروبا في مقدمة المناطق الجغرافية وفقاً لهذا المؤشر تليها الأمريكتين.

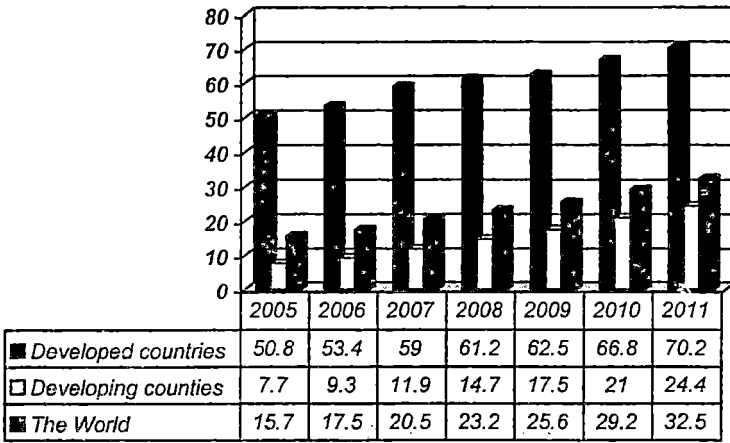
### ٣. نسبة الأفراد الذين يستخدمون الإنترنت

يعكس هذا المؤشر النسبة المئوية للأفراد الذين يستخدمون الإنترنت،

ويوضح الشكل (١٤) تطور قيمة هذا المؤشر خلال الفترة ٢٠٠٥-٢٠١١

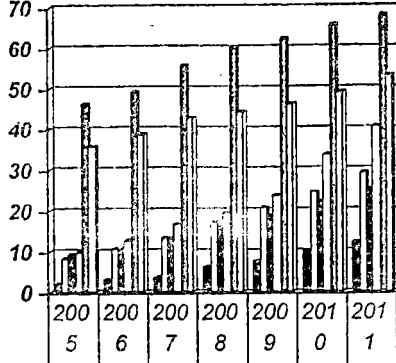
لكل من الدول المتقدمة والدول النامية والعالم، فيما يبين الشكل (١٥) تطور قيمة نفس المؤشر خلال نفس الفترة للمناطق الجغرافية.

شكل رقم (14) نسبة الأفراد مستخدمي الإنترنت للدول المتقدمة والدول النامية والعالم (%)



ويوضح الشكل السابق تحسن المؤشر للدول النامية حيث ارتفعت النسبة من ٧.٧٪ في عام ٢٠٠٥ إلى ٢٤.٤٪ في عام ٢٠١١، بيد أن الفجوة في نسبة مستخدمي الإنترنت في الدول المتقدمة وبين نظرائهم في الدول النامية لم تزل واسعة جداً. ومن ناحية أخرى يظهر الشكل رقم (١٥) التفاوت في نسبة استخدام الإنترنت بين المناطق الجغرافية، حيث تنخفض النسبة في أفريقيا مقارنة بالمناطق الأخرى، فيما احتلت أوروبا ثم الأمريكتين المرتبتين الأولى والثانية وفقاً لهذا المؤشر.

شكل رقم (15) نسبة الأفراد الذين يستخدمون الإنترنت في المناطق الجغرافية من العالم (%)



■ Africa	2.4	3.3	3.9	6.4	7.8	10	12.4
□ Arab states	8.1	10.9	13.4	17.2	20.8	24.5	29.1
■ Asia & Pacific Ocean	9.3	10.6	13.3	16.1	18.8	22.3	25.5
□ CIS	9.8	12.6	16.8	19.5	23.8	33.9	40.6
■ Europe	46.3	49.3	55.9	60.1	62.4	65.9	68.4
□ The Americas	35.9	38.8	42.7	44.2	46.1	49.3	53.4

وفي المجمل فإن كافة المؤشرات السابقة تضي بوجود فجوة رقمية كبيرة بين الدول المتقدمة والدول النامية وان قيم هذه المؤشرات في الدول النامية تدور في مدى أقل من المتوسط العالمي العام لها. وبالرغم من التحسن الملحوظ في بعض مؤشرات الدول النامية (كعدد خطوط التليفونات الخلوية)، إلا أن حجم الفجوة بدلالة المؤشرات السابقة لم يزل مستمراً بشكل جوهري. وتجدر الإشارة أنه ليس في استطاعة المؤشرات الفردية السابقة تتبع التطور في المكونات الثلاث لتنمية تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات وهي: الوصول والاستخدام والمهارات، الأمر الذي فرض بناء مؤشر موحد ومجمع يأخذ في الحسبان الجوانب الثلاثة السابقة. وهكذا، اشتق الاتحاد الدولي للاتصالات في عام ٢٠٠٨ مؤشر مركب

أطلق عليه مؤشر تنمية تكنولوجيا المعلومات والاتصالات (ICT IDI Development Index). ويستند هذا المؤشر إلي إدماج ١١ مؤشر فرعي في إطار مقياس مرجعي يخدم أغراض رقابة ومقارنة التطورات في تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات عبر الدول. وقد تم تقسيم هذه المؤشرات إلي ثلاثة مؤشرات كلية فرعية وفقاً لمعايير الوصول والاستخدام والمهارات<sup>١٤</sup> :

١. يشير مؤشر الوصول إلي الجاهزية لتكنولوجيا المعلومات والاتصالات، ويشمل خمسة مؤشرات للبنية التحتية والوصول هي: عدد خطوط الهاتف الثابت / ١٠٠ فرد، عدد خطوط الهاتف الخليوي / ١٠٠ فرد، النطاق العريض للإنترنت الدولي (bit/s) لكل مستخدم، عدد الأسر التي تمتلك أجهزة كمبيوتر، ونسبة الأسر الذين يمكنها الوصول للإنترنت.

٢. ويركز مؤشر الاستخدام على كثافة تكنولوجيا المعلومات ويتكون من ثلاثة مؤشرات خاصة بكثافة واستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات هي: نسبة الأفراد مستخدمي الإنترنت، واشتراكات النطاق الواسع السلكي (الثابت) لكل ١٠٠ فرد، واشتراكات النطاق الواسع للتليفون المحمول / ١٠٠ فرد.

٣. يركز معيار المهارات على القدرات والمهارات باعتبارها مؤشرات لمدخلات ضرورية لتكنولوجيا المعلومات والاتصالات، ويتألف من ثلاثة مؤشرات نائبة هي: معدل القراءة والكتابة لدى الأفراد البالغين، نسبة التسجيل الكلي في التعليم الثانوي ونسبة التسجيل الكلي في التعليم ما بعد الثانوي، ويعطى لمؤشر المهارات وزناً نسبياً أقل من مؤشري الوصول والاستخدام عند احتساب المؤشر المجمع لتنمية تكنولوجيا المعلومات، ذلك أن الأوزان النسبية للمؤشرات الفرعية: الوصول، والاستخدام، والمهارات داخل المؤشر المجمع تمثل ٤٠٪، ٤٠٪، ٢٠٪ على التوالي، فيما تعطى المؤشرات المكونة لكل مؤشر فرعي كلي نسباً متساوية من قيمة المؤشر الفرعي. ويعرض

المؤشر المجمع لتنمية تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في شكل  
مقياس تتراوح قيمته بين صفر، ١٠.

وأحد الأهداف الأساسية لمؤشر IDI هو مراقبة التقدم في البلدان  
عند مستويات مختلفة من التنمية، وتحديد الاختلافات بين هذه البلدان أو  
بمعنى أدق تحديد حجم الفجوة الرقمية، وتجدر الإشارة أن طبيعة الفجوة  
الرقمية قد تغيرت خلال العشرة سنوات الأخيرة. إذ سجلت الدول النامية  
تقدماً كبيراً في الاتصالات وأصبح الوصول لشبكات الهواتف المحمولة  
كبيراً بيد أنه لم نزل هناك فجوة كبيرة في مجال الوصول للإنترنت تزيد فيما  
يتعلق باستخدام الشبكات ذات النطاق العريض. وبالرغم من نمو الفجوة  
بين الدول المتقدمة والدول النامية خلال السنوات القليلة الماضية، إلا أنه  
يتوقع أن تضيق مع تزايد الوصول للهواتف المحمولة بتقنية النطاق  
العريض، كما أنه يتوقع في الأعوام القادمة انتقال تركيز الفجوة الرقمية  
بشكل متزايد نحو تقنية النطاق العريض، وسرعة وجود الإنترنت. وتجدر  
الإشارة أن ثمة علاقة قوية بين متوسط الدخل القومي وقيمة مؤشر IDI،  
إذ توضح دراسات اتحاد الاتصالات العالمي أن معامل التحديد بين  
المتغيرين يبلغ ٠,٨، وتبعاً لذلك فإن مستويات الدخل الأكثر انخفاضاً  
يصاحبها مستويات أكثر انخفاضاً لمؤشر IDI والعكس صحيح، غير أن  
هناك بعض الاستثناءات لهذه العلاقة. ويوضح الجدول رقم (١) قائمة  
بترتيب أفضل ٣٠ دولة وفقاً لمؤشر IDI.

جدول رقم (١) ترتيب الدول وفقاً لمؤشر تنمية تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات

الترتيب	الدولة	قيمة المؤشر	الترتيب	الدولة	قيمة المؤشر
١	كوريا الجنوبية	٨,٤	١٦	النمسا	٧,٣٦
٢	السويد	٨,٢٣	١٧	الولايات المتحدة الأمريكية	٧,٠٩
٣	أيسلندا	٨,٠٦٤	١٨	فرنسا	٧,٠٩
٤	الدنمرك	٧,٩٧	١٩	سنغافورة	٧,٠٨
٥	فنلندا	٧,٨٧	٢٠	اسرائيل	٦,٨٦
٦	هونج كونج	٧,٧٩	٢١	مكاو	٦,٨٤
٧	لكسمبورج	٧,٧٨	٢٢	بلجيكا	٦,٨٣
٨	سويسرا	٧,٦٧	٢٣	ايرلندا	٦,٧٨
٩	هولندا	٧,٦١	٢٤	سلوفانيا	٦,٧٥
١٠	المملكة المتحدة	٧,٦	٢٥	إسبانيا	٦,٧٣
١١	النرويج	٧,٦	٢٦	كندا	٦,٦٩
١٢	نيوزيلندا	٧,٤٣	٢٧	البرتغال	٦,٦٤
١٣	اليابان	٧,٤٢	٢٨	إيطاليا	٦,٥٧
١٤	استراليا	٧,٣٦	٢٩	مالطا	٦,٤٣
١٥	ألمانيا	٧,٢٧	٣٠	اليونان	٦,٢٨

Source: www.wikiipedia.org/wiki/ICT\_Development\_index

يتضح من الجدول السابق الآتي :

١. جاءت جمهورية كوريا الجنوبية الأولى عالمياً نتيجة لانتشار تكنولوجيا المعلومات والاتصالات كأساس للنمو الاقتصادي. وقد اكتسبت خاصية مجتمع المعلومات من خلال العمل المستمر على خلق بيئة تنظيمية تنافسية ، وإطلاق العديد من المبادرات برعاية حكومية-- منها Giga internet pilot project ، الذي تضمن إنشاء شبكات نطاق عريض (100/M bits /S) في المناطق الريفية بما يساعد على تلبية الطلب المستقبلي. وتحتل كوريا أيضاً المرتبة الأولى عالمياً تبعاً للمؤشر الفرعي للاستخدام، حيث تتمتع بأعلى درجة استخدام لهواتف المحمول بتقنية النطاق العريض (٩١٪)، كما تتمتع بنسبة استخدام جيدة للهواتف الثابتة بتقنية النطاق العريض (٣٦,٦٪). وبجانب ذلك، تصل نسبة وصول الأسر للإنترنت إلى ٩٧٪ من إجمالي عدد الأسر. وبجانب ذلك تتمتع كوريا بمعدل أداء مرتفع جداً وفقاً لمعيار المهارات بجوانبه الثلاث<sup>١٥</sup>.

٢. جاءت السويد في المرتبة الثانية، حيث سجلت أداءً طيباً في مجال تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات بدلالة المؤشرات الثلاثة الفرعية. وفي ظل تميزها بارتفاع معدل استخدام أفراد مجتمعها للإنترنت والذي وصل إلي ٩٠٪، فإن السويد تعتبر ضمن أفضل خمس دول مع هولندا ولكسمبورج وأيسلندا والترويج في مجال الدخول للإنترنت. ومن الملاحظ ان الترتيب السابق قد خلا من أي دولة عربية رغم ظهور عدد من الدول الصغيرة كمكاو ومالطة. ويوضح الجدول رقم (٢) مؤشر IDI للدول العربية في عامي ٢٠٠٨، ٢٠١٠ والترتيب الإقليمي والدولي لكل دولة والتغيرات في قيمة المؤشر ومن مقارنة قيم المؤشر في الجدولين (١)، (٢) يتضح ابتعاد قيم المؤشر في الدول العربية ومنها بطبيعة الحال مصر عن نظيراتها في الدول المتقدمة، بما يشي بوجود فجوة رقمية بالدول العربية.

جدول رقم (٢) مؤشر IDI للدول العربية في عامي ٢٠٠٨ و ٢٠١٠

الدولة	عام ٢٠١٠			عام ٢٠٠٨		
	الترتيب الإقليمي	الترتيب الدولي	قيمة المؤشر	الترتيب الدولي	قيمة المؤشر	التغير في الترتيب الدولي
الإمارات	١	٣٢	٦.١٩	٣٢	٥.٣	٠
قطر	٢	٤٤	٥.٦	٤٨	٤.٥	٤
البحرين	٣	٤٥	٥.٥٧	٤٢	٥.١٦	٣ -
السعودية	٤	٤٦	٥.٤٢	٥٥	٤.١٣	٩
عمان	٥	٦٠	٤.٣٨	٦٨	٣.٤٥	٨
الأردن	٦	٧٣	٣.٨٣	٧٣	٣.٢٩	٠
لبنان	٧	٧٩	٣.٥٧	٧٧	٣.١٢	٢ -
تونس	٨	٨٤	٣.٤٣	٨٢	٢.٩٨	٢ -
المغرب	٩	٩٠	٣.٢٩	١٠٠	٢.٦٠	١٠
مصر	١٠	٩١	٣.٢٨	٩٢	٢.٧٣	١
سوريا	١١	٩٦	٣.٠٥	٩٦	٢.٦٦	٠
الجزائر	١٢	١٠٣	٢.٨٢	١٠٥	٢.٤١	٢
اليمن	١٣	١٢٧	١.٧٢	١٢٧	١.٥٦	٠
جزر القمر	١٤	١٢٨	١.٦٧	١٣٠	١.٤٤	٢
جيبوتي	١٥	١٢٩	١.٦٦	١٢٤	١.٥٦	٥ -
موريتانيا	١٦	١٣١	١.٥٨	١٢٦	١.٥٠	٥ -
المتوسط			٣.٥٧		٣.٠٤	

Source: International Telecommunications union, "Measuring the information Society", (Geneva: ITu, 2011), P. 43



وتعكس التباينات في مستويات متوسط الدخل القومي في الدول العربية الاختلافات في كل من قيمة المؤشر والترتيبات، إذ تتصدر دول الخليج العربي وعلى رأسها الإمارات ثم قطر قائمة الدول العربية وتدخل أيضاً ضمن قائمة أفضل خمسين دولة علي مستوى العالم وفقاً لهذا المؤشر، فيما حلت مصر المرتبة العاشرة عربياً والواحد وتسعين عالمياً في عام ٢٠١٠ وذلك على النحو الموضح في الجدول رقم (٢).

### الآثار الاقتصادية لاستخدام تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات

لا تكمن الأهمية الحقيقية للفجوة الرقمية في التوزيع غير العادل لمدخلات ومخرجات تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات، ولكن تنبع من حقيقة أهميتها المتزايدة في مجال التأثير على التقدم والنمو الاقتصادي وتحسين الإنتاجية، ونظرياً فإن تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات يمكنها أن تؤدي إلي العديد من المكاسب الاقتصادية لعل أهمها ما يلي:

١. جعل الأسواق أكثر شفافية من خلال تحقيق درجات وصول أعلى للمعلومات، مما يحسن من فرص الوصول للأسواق ويوسع من نطاقها. ويؤدي اتساع نطاق الأسواق إلي مزايا اقتصادية كثيرة لعل أهمها ما أشار له آدم سميث في مؤلفه الشهير ثروة الأمم إلي أن اتساع الأسواق يسمح بقيام اقتصاديات كبيرة الحجم ومن ثم تحقيق وفورات اقتصادية عديدة، وفي ظل تطور تكنولوجيا المعلومات والاتصالات تتحسن فرص المنافسة حيث تنخفض تكلفة الإنتاج بما يسمح ببقاء العديد من المنتجين في حلبة الإنتاج<sup>١٦</sup>.

٢. تأسيساً على النقطة السابقة فإن اتساع حجم الأسواق وارتفاع درجة المنافسة يؤديا بدورهما إلي تزايد الحوافز على التجديد والابتكار وتحسين مستويات الخدمة لضمان الاستمرارية في المنافسة، الأمر الذي يؤدي مع بقاء العوامل الأخرى على حالها إلي خفض مستويات الأسعار. وتلعب الابتكارات في مجال تكنولوجيا الاتصالات أيضاً دوراً في تخفيض عوائق المنافسة من

خلال طرق عدة منها: تغيير هيكل تكاليف الشبكة، تطوير خدمات النطاق العريض، تخفيض عمر المعدات، زيادة وفورات الحجم لتوفير التسهيلات من خلال التوجه نحو التقنية الرقمية، ظهور الخدمات الفضائية وخدمات التليفون الخلوي كمنافس قوي في مجال خدمات الاتصالات ونقل البيانات، ومن شأن ما تقدم أن يسهم في تحسين رفاهية الأفراد.

٣. وفي مجال صناعات الاتصالات التي تقوم على تكنولوجيا الشبكات توجد ظاهرة الآثار الاقتصادية للشبكة<sup>١٧</sup> التي تزيد من قيمة الالتحاق بالشبكة مع تزايد عدد المشتركين ومن ثمة تزايد من المنفعة المستمدة من الخدمة ذاتها، وتتمتع أيضاً بخاصية التوافق والمعايير والتكاملية في الطلب وتكاليف التحويل.

٤. جعل الأسواق أكثر كفاءة من خلال تخفيض تكلفة المعاملات.

٥. تؤثر على سوق العمل بشكل إيجابي من خلال تحسين كفاءة البحث عن الوظائف.

٦. يؤدي البحث الإلكتروني عن الوظائف إلى تسريع عملية المقابلة بين الطلب على العمل والعرض منه الأمر الذي قد يمثل عاملاً في تخفيض معدلات بطالة. وقد رصد Krueger حدوث انخفاض ملحوظ في معدل البطالة في الأجل القصير في الولايات المتحدة الأمريكية في تسعينات القرن الماضي بدرجة أسرع منه خلال الأربعين سنة السابقة لهذه الفترة، وأعزى ذلك إلى التحسن في عملية مقابلة العرض بالطلب في سوق العمل بفعل الانترنت بجانب وجود منافسة أكبر فيه من الوسطاء لعبت دوراً في تخفيض الاختناقات في سوق العمل ومن ثم في إمكانية تخفيض معدل البطالة الطبيعي<sup>١٨</sup>.

٧. أوضح عدد من الدراسات التجريبية (Bresnahan,

Brynjolfsson and Hitt, 1999) تحقيق المشروعات الأعلى

استخداماً لتكنولوجيا المعلومات والاتصالات مكاسب قوية في

- الإنتاجية. وعلى المستوى الكلي، أظهرت هذه الدراسات أن إنتاجية عوامل الإنتاج في نهاية التسعينات كانت أعلى في الدول التي كان فيها استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات الأكثر انتشاراً، وهي الدول التي كان نمو التوظيف فيها هو الأعلى.
٨. قد تكون تأثيرات الانترنت أكثر ارتباطاً بمكاسب خلق فرص عمل مواتية، بيد أنه من المهم أن نسجل أن ثورة الاتصالات تتضمن أكثر من مجرد استخدام الانترنت. وقد رصدت الدراسات التجريبية وجود علاقة ارتباط قوي بين شيوع وانتشار الاتصالات والنمو الاقتصادي، فيما سعت دراسات أحدث إلى إيجاد علاقة سببية بين كلا المتغيرين غير أنها اختلفت في تحديد اتجاه التأثير. إذ اوضحت بعض الدراسات أن التطور في مجال الاتصالات يحسن من فرص النمو، فيما اقترحت دراسات أخرى وجود علاقة سببية ذات اتجاهين، فيما يعنى أن الدول الغنية يكون لديها القدرة على الحصول على خدمات اتصالات أفضل، وأن خدمات الاتصالات الأفضل يمكن أن تكون محمداً للنمو الاقتصادي. وتوضح دراسة للبنك الدولي (عام ٢٠٠٠) أن ما يزيد عن نصف الفروق بين الصادرات الصناعية الإفريقية كنسبة مئوية من الناتج المحلي الإجمالي ونظيرتها الأعلى في دول أسيا ربما تعزى إلى ضعف البنية التحتية للاتصالات في إفريقيا<sup>٩</sup>.
٩. تشجع تكنولوجيا المعلومات والاتصالات من وحوود أنشطة التعهيد Outsourcing في الدول النامية بالقدر الذي يرتبط باحتياجات الدول المتقدمة
١٠. يرتبط انتشار تكنولوجيا المعلومات بصفة أساسية بالتطور في تكنولوجيا الاتصالات وترجم ذلك إلى ظهور شبكة المعلومات الدولية وتطورها لتأخذ صورتها الراهنة، وقد أدى ذلك إلى قيام صناعة خدمات هائلة تتميز بارتفاع مستوى إنتاجيتها وجودة أدائها

ويظهر ذلك بشكل واضح في قطاعات المال والمصارف والإدارة وخدمات التعليم والصحة.

١١. تمثل المعلومات أهمية حيوية للتنمية، إذ من الممكن أن تكون المكاسب الحديثة من الوصول للمعلومات أكبر في الدول النامية منها من الدول الصناعية، إذ يرى Negroponte 1998 أن تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات تمتلك ما يسمى بخاصية Leapfrogging التي تعني التقدم بخطوات وثابة تتيح للدول النامية أن تلحق بركاب التنمية أو تدرکها، حيث يمكن لهذه الدول أن تقبل التكنولوجيات المطورة وتتجاوز مراحلها الوسيطة بما يمكنها أن تحقق وفورات هامة في تكاليف التنمية، وبذلك تمكن تكنولوجيا المعلومات من تكوين قاعدة صناعية مؤسسة على هذه التكنولوجيا تتمتع بارتفاع القيمة المضافة. وهكذا يمكن القول أن اتساع الفجوة الرقمية يمكن أن يرسخ من الهوة الاقتصادية بين الدول الغنية والدول الفقيرة التي تعاني من ضعف فرص الوصول للتكنولوجيات المعلومات والاتصالات، الأمر الذي يؤدي إلي تدني معدلات النمو المحلية في الدول الفقيرة ومن ثم تهميش دور هذه الدول في إطار النظام الاقتصادي العالمي، الأمر الذي يتطلب ضرورة سد الفجوة الرقمية. وقبل أن نعرض للدور الذي يمكن أن تلعبه الحكومة في مجال سد الفجوة الرقمية، قد يكون من المناسب أن نطرح سؤالاً يتمحور حول كيفية بها سد أو على الأقل تقليص الفجوة الرقمية، ربما تتمثل الإجابة على هذا التساؤل في الأهداف العشر التي حددتها القمة العالمية لمجتمع المعلومات وذلك في معرض خطة العمل المتخذة في ديسمبر ٢٠٠٣، هي كالتالي<sup>٢٠</sup>:

١. ربط كل القرى بالإنترنت وإنشاء نقاط مجتمعية للوصول.
٢. ربط كل الجامعات والكليات والمدارس الإعدادي والثانوي.
٣. ربط كل المؤسسات العلمية والبحثية.
٤. ربط كل المكتبات العامة والمتاحف وإدارات الحفظ (الأرشيف) والمراكز الثقافية ومكاتب البريد.

٥. ربط كل المستشفيات والمركز الصحية.
٦. ربط كل إدارات الحكومة المحلية والحكومة المركزية مع إنشاء مواقع وعناوين بريد الكتروني لكل منها.
٧. إعادة تطوير مناهج التعليم الإعدادي والثانوي بحيث يمكنها مواجهة التحديات التي يفرضها مجتمع المعلومات مع الأخذ في الاعتبار الظروف القومية.
٨. ضمان وصول جميع أفراد العالم لخدمات التلفزيون والراديو.
٩. تشجيع تطوير المحتوى ووضع الظروف الفنية في الاعتبار لكي يمكن تسهيل وجود واستخدام كل اللغات الأجنبية في الإنترنت.
١٠. ضمان أن أكثر من نصف سكان العالم لديهم استخدام شخصي لتكنولوجيا المعلومات.

وبجانب الدور الحكومي في سد الفجوة الرقمية والذي سنعرض له تفصيلاً بالمبحث التالي، طرحت العديد من المبادرات العالمية للتعامل مع هذه الفجوة. أحد أهم هذه المبادرات تتعلق بظهور ما يسمى ما يسمى بالمعونة الرقمية Digital Philanthropy من خلال ما أطلق عليه مشروع جهاز محمول لكل طفل OLPC<sup>١١</sup>، والذي قدم في يناير ٢٠٠٥ في منتدى الاقتصاد العالمي بدافوس واستهدف المدارس في الدول النامية ليساعد الطلبة على الوصول إلي المعرفة. وتم تطوير المبادرة عن طريق إحدى المؤسسات التي لا تهدف لتحقيق الربح، وينصرف مضمون الفكرة الأساسية للمشروع إلي العمل على سد الفجوة الرقمية من خلال تصميم وإنتاج وتوزيع كمبيوتر محمول صغير للأطفال في البلدان النامية. وكان أمام مشروع OLPC عدد من التحديات، أولها تكنولوجي حيث خطط المشروع لإنتاج جهاز تكلفته ١٠٠ دولار عهد بعملية إنتاجه لشركة Quanta Computer Inc التايوانية وهي إحدى الشركات الرائدة في تصنيع أجهزة النوت بوك، ويتميز الجهاز بعدد من المواصفات الفنية المعينة<sup>١٢</sup> التي تناسب بيئة استخدامه والهدف الأساسي له، ويتم بيع

الأجهزة لحكومات الدول التي تقوم بتوزيعها من خلال وزارات التعليم وتحت هدف جهاز لكل طالب).

ومع استمرار تطبيق البرنامج ارتفع سعر الجهاز لما يزيد عن ٢٠٩ دولار أمريكي وهو سعر غير عملي في عالم يعيش فيه نحو ٤٠٪ من سكانه على دخل أقل من ٢ دولار يومياً ونحو ٢٠٪ على دخل أقل من دولار واحد ، بما يعني أن على كل فرد من فئتي الدخل المذكورتين أن يدفع ما يزيد عن ٢٨٪ و ٦٠٪ من دخله السنوي للحصول على الجهاز<sup>٣٣</sup>. ولهذا السبب رفضت وزارة التنمية البشرية الهندية في يونيو ٢٠٠٦ تلك المبادرة ، مبررة ذلك بأنه من غير الممكن أن يبرر إنفاق بهذا الحجم في برنامج لم يزل محل جدل في ظل عدم كفاية الأموال العامة لتلبية الحاجات الأساسية لأفراد المجتمع. و عوضاً عن ذلك طرحت الهند خطط لتصنيع لاب توب بسعر ١٠ دولار لطلاب المدارس ، بيد أن الوزارة أعلنت في نهاية عام ٢٠٠٨ ارتفاع التكلفة إلى ١٠٠ دولار حالما يتم التصنيع ، وفي عام ٢٠١٠ طرحت الهند جهاز Tablet بتكلفة ٣٥ دولار تحدد له سعر بيع ٤٤ دولار.

ولأن الدور الحكومي ضروري في مجال توفير خدمات تكنولوجيا المعلومات والاتصالات بغية تحقيق التنمية في هذا القطاع ومن ثم تقليص الفجوة الرقمية الداخلية والخارجية التي تعاني منها الدول النامية ، يكون من المناسب أن نعرض بالشرح والتحليل لطبيعة هذا الدور وأهم أدواته ، الأمر الذي سيكون محل للدراسة في المبحث الثاني.

### المبحث الثاني

#### الدور الحكومي في معالجة الفجوة الرقمية

أوضحنا سلفاً مفهوم الفجوة الرقمية وأنواعها وأسبابها ثم عرضنا بشكل سريع لأساليب قياسها ، وأبرزنا أن أهمية معالجة الفجوة الرقمية تنبع من أهمية وجود تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات و من تأثيراتها الإيجابية على كل من النمو والإنتاجية والعمل والعدالة ، الأمر الذي يفرض على حكومات الدول خصوصاً الدول النامية ضرورة التعامل معها

بسدّها أو تقليصها. وللتعرف على طبيعة الدور الذي يمكن أن تلعبه الحكومة في مجال التعامل مع الفجوة الرقمية، قد يكون من المناسب أن نعرض سريعاً، بهدف تحديد الدور الحالي والمحتمل للحكومة في مجال معالجة الفجوة الرقمية، لتطور الدور الاقتصادي للحكومة عبر مدارس الفكر الاقتصادي المختلفة إلى أن استقر في صورته الراهنة التي تتباين تبعاً لطبيعة النظام الاقتصادي السائد، فيصل مدى التدخل الحكومي لأقصاه في الدول الاشتراكية ويصل إلى أدناه في الدول الرأسمالية فيما يصل لدرجات متباينة في النظم الاقتصادية المختلطة الأكثر شيوعاً حالياً في العالمنا.

### تطور الدور الحكومي الاقتصادي

اختلف نمط و نطاق الدور الحكومي في النشاط الاقتصادي عبر مدارس الفكر الاقتصادي المختلفة. ففي ظل الإطار الفكري للرأسمالية التجارية كان الدور الحكومي يعكس موقفاً سلبياً تجاه المنافسة في انعكاس طبيعي لنفوذ طبقة التجار وعدم ترحيبهم بأي شكل من أشكال المنافسة في مواجهة الاحتكار والتحكم الاحتكاري، كما كان هناك اتفاق عام على أن تراكم الذهب والفضة ينبغي أن يكون هدفاً للسياسة العامة باعتبار أن قوة الدولة ونفوذها - في ظل تنامي النزعة الاستعمارية في تلك الحقبة - تستمد من مقدار ما تحوزه الدولة من معادن نفيسة، ونتيجة لذلك تأسست عقيدة راسخة في ذلك الوقت بحتمية وأهمية التدخل الحكومي في النشاط الاقتصادي للحصول على أكبر قدر ممكن من المعادن النفيسة من خلال دعم هدف تحقيق أكبر فائض ممكن من الميزان التجاري<sup>٢٤</sup>. وجاء فكر الطبيعيين انعكاساً للعديد من الانتقادات الشديدة التي وجهت لفكر التجاريين مستنداً إلى مجموعة من المبادئ منها: أن الأنشطة المتصلة بالطبيعة هي الأنشطة الوحيدة المنتجة وبالتالي فإن النشاط الزراعي وفقاً لذلك هو النشاط الوحيد المنتج الذي يمكن أن يحقق ناتجاً صافياً، وأن التدخل الحكومي في النشاط الاقتصادي غير مرغوب فيه إلا في أضيق حدود بما يسمح بحماية وصيانة حقوق الملكية الخاصة وبما يسمح بظهور

المنافسة الحرة في الأسواق التي تكون قادرة على تحقيق ما سمي بالثمن العادل الذي يحقق ربحاً معقولاً للبائع من وجهة نظر المستهلك.

وبدا الفكر الاقتصادي الكلاسيكي، جوهر الفكر الرأسمالي، بظهور أفكار آدم سميث، وفي ظل التغاضي عن بعض الاختلافات التي نشأت بين الاقتصاديين الكلاسيك، فإن البيان الفكري للاقتصاد الكلاسيكي استند على مجموعة من الأسس أهمها<sup>٢٥</sup>: أن هناك قوانين طبيعية خالدة تتحكم في تسيير أمور الطبيعة والكون والمجتمع لا يستطيع الفرد أو الحكومة أن يغيرها، وأن المنافسة الكاملة هي الإطار الأساسي الذي يتعين أن يعمل عنى هداها جهاز السوق، وأنه لا يوجد ثمة تعارض بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة وفقاً لمفهوم اليد الخفية لآدم سميث، وأن العرض يخلق الطلب وفقاً لقانون ساي للأسواق، وأخيراً حيادية النقود في النشاط الاقتصادي. والقاعدة العامة للفكر الكلاسيكي هي عدم تدخل الحكومة في النشاط الاقتصادي باعتبار أنه يؤثر على آلية عمل الأسواق وعلى قرارات الأفراد، غير أن رفض الفكر الاقتصادي للتدخل الحكومي لم يكن مطلقاً، إذ أجازته شريطة أن يكون حيادياً وفي حالات ضرورية معينة هي مجالات الأمن والعدالة والدفاع والمرافق العامة التي تشيع حاجات يتعذر تحقيقها كلية أو جزئياً من خلال جهاز السوق. ومع فشل الفكر الكلاسيكي في التعامل مع الكساد العظيم ظهر الفكر الاقتصادي الكينزي بصدور مؤلف كينز الشهير النظرية العامة للتوظيف والفائدة والنقود في عام ١٩٣٦ والذي أعتبر بمثابة ثورة في مجال التحليل الاقتصادي الكلي نظراً لوضعه إطاراً تحليلياً جديداً أسهم في تفسير وتحليل ومعالجة التقلبات الاقتصادية في النشاط الاقتصادي ومستويات البطالة والتوظيف<sup>٢٦</sup>. وقد انتقد الفكر الكينزي المبادئ التي قام عليها الفكر الكلاسيكي، كما أوضح إمكانية تحقيق توازن الاقتصاد القومي عند مستويات دون العمالة الكاملة. وفي ظل الفكر الكينزي أصبح الدور الحكومي في المجتمعات الرأسمالية أكثر وضوحاً وتعاضم دور الحكومة في النشاط الاقتصادي مقارنة بالفكر الكلاسيكي وتزايدت فعالية استخدام



الأدوات المالية الحكومية في تحقيق أهداف اقتصادية. وبرز بشكل فعال دور السياسة المالية مقارنة بالسياسة النقدية نظراً لما تباشره من تأثيرات مباشرة على مكونات الطلب الكلي وذلك في إطار ما اصطلح على تسميته بالمالية الوظيفية أو المالية التعويضية **Compensatory Finance** حيث أصبح للتدخل الحكومي من خلال استخدام السياسة المالية هاماً في تحقيق أهداف المجتمع وفي معالجة الفجوات الانكماشية والفجوات التضخمية. غير أنه مع تزايد رقعة القطاع العام والحكومي وضعف كفاءة مشروعاته ومع تزايد الاختلالات الاقتصادية وعدم استقرار البيئة الاقتصادية الكلية وتفاقم مشكلات المديونية الخارجية بالدول النامية، تزايد الاتجاه خلال النصف الثاني من ثمانينات وتسعينات القرن الماضي إلى التحول لاقتصاد السوق، حيث تحددت أسعار السلع والخدمات وعوامل الإنتاج وفقاً لقوى السوق ويتم تخصيص الموارد بين السلع والخدمات وتوزيع الناتج بين الأفراد والمؤسسات وتحديد نمط الملكية الأفراد والمؤسسات الخاصة لأدوات الإنتاج وفقاً لإشارات الأسعار التي تعكس التفاعل بين قوى العرض والطلب، والهدف من التحول هو رفع الكفاءة الاقتصادية ومن ثم معدلات النمو، بيد أن تنفيذ ذلك تطلب إتباع برامج للتثبيت والتكيف الهيكلي مع إعادة صياغة للدور الاقتصادي الحكومي في ظل اقتصاد السوق.

ومع التحول الكامل لاقتصاد السوق يتراجع دور الدولة كمنتج ويتعاطم دورها كمنظم للأسواق، غير أن ثمة شروط يتعين توافرها لكي يحقق التحول أهدافه أهمها<sup>٢٧</sup>: أن تكون الأسواق تنافسية لا يمكن لأي طرف أن يؤثر في سعر السوق، توافر التوظيف الكامل لموارد الاقتصاد الكلي وعدم وجود بطالة، توافر المعلومات بشكل كامل لجميع أطراف السوق. بيد أن كمال الأسواق قد لا يتحقق عملياً، إذ يفرز التطبيق العملي لنموذج اقتصاد السوق العديد من مظاهر عدم كمال الأسواق **Market imperfections** أو ما يسمى بمظاهر فشل السوق **Market failures** الأمر الذي يفرض ضرورة وجود دور فاعل للحكومة

للتعامل مع تلك المظاهر التي تتمثل في : وجود الممارسات الاحتكارية، وجود مشكلة الآثار الخارجية، وجود المنتجات العامة، عدم كمال المعلومات وتوافرها بشكل متساوي، قصور أسواق رأس المال، تعرض اقتصاد السوق لتقلبات اقتصادية دورية (الأزمات الاقتصادية كأزمة التمويل العقاري في الولايات المتحدة عام ٢٠٠٨ والتي صاحبته دعوات عدة للتدخل الحكومة)، عدم قدرة السوق على تحقيق العدالة في توزيع الدخل. وبجانب ما تقدم يكون التدخل الحكومي مبرراً بغية توفير بيئة مستقرة جاذبة للاستثمار.

ومع ظهور العولمة، بكافة أبعادها الاقتصادية والمالية والثقافية والتكنولوجية بات الأمر ضرورياً لإعادة صياغة دور الدولة في ضوء المتغيرات التي فرضتها العولمة على كافة الأصعدة المحلية والإقليمية والدولية، وفرض ذلك ضرورة توسيع نطاق الحكومة ليتجاوز دورها التقليدي لمجالات أخرى كالتكامل الاقتصادي وتقليل الفقر، وتسهيل تدفقات رأس المال ونمو الإنتاجية، وحماية حقوق الملكية الفكرية وتوفير المعرفة، وبجانب هذا تحتاج الحكومة لصياغة السياسات التي تحسن من التدريب التكنولوجي، والقدرة على الوصول لتكنولوجيا المعلومات. وفي ظل العولمة التي أسهمت في ظهور ونمو الاقتصاد القائم على المعرفة ومن ثم الاقتصاد الرقمي، يستلزم ذلك مساعدة حكومية أكبر لتقليل الدور السلبي الذي تباشره الفجوة الرقمية على توزيع الدخل والثروة لصالح الأغنياء الذين يسيطرون على العوامل الجديدة لخلق الثروة، والحد من التوترات الاجتماعية الأمر التي يرى البعض أنها قد تؤدي إلي ارتداد أيديولوجي مماثل لظهور الاشتراكية كرد فعل للرأسمالية غير المنظمة في القرن التاسع عشر<sup>٢٨</sup>.

وثمة أدوار أساسية للحكومات في تنمية وتعزيز قطاع تكنولوجيا المعلومات والاتصالات يتعين الاضطلاع بها، إذ لا بد أن تصدر الحكومات عملية الانتقال إلى المجتمع الرقمي بالتنسيق الوثيق مع منشآت

القطاع الخاص والمجتمع المدني ، ويمكن تحديد أهم مسؤوليات الحكومة الرئيسية على النحو التالي :

- ضمان التكامل بين تنمية قطاع تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وخطط التنمية القومية.
- وضع عناصر البنية التحتية للمعلومات والاتصالات من خلال وضع استراتيجيات قصيرة ومتوسطة وطويلة الأجل لموضوعات التمويل والاستثمار ، والقدرة على تحمل التكاليف.
- وضع أطر تشريعية وطنية ملائمة تكفل المصالح العمومية والعامّة والملكية الفكرية وتشجع على زيادة الاتصالات والصفقات الإلكترونية.
- استخدام السياسات الموجهة لدفع نمو قطاع تكنولوجيا المعلومات والاتصالات.

وتأسيساً على أهمية وجود دور فاعل للحكومة لسد الفجوة الرقمية والحد من آثارها الاقتصادية والاجتماعية على العدالة والنمو ، ثمة سؤال يطرح نفسه حول سبل وأساليب التدخل الحكومي في هذا المجال. ومبدئياً للإجابة على هذا السؤال قد يكون من المناسب أن نشير إلي أن التدخل الحكومي في هذا المجال يمكن أن يأخذ صوراً عدة ، من خلال السياسات الاقتصادية أو من خلال التدخل المباشر بالتشريعات واللوائح ، وذلك في إطار آليات التمويل والاستثمار والتحفيز والمشاركة. وأخيراً التنظيم.

#### ١. التدخل الحكومي باستخدام السياسات

قد يكون تدخل الحكومة في أنشطة قطاع تكنولوجيا المعلومات والاتصالات من خلال أدوات سياساتها الاقتصادية والمالية وغيرها. فمثلاً قد تستخدم الحكومة سياسة الإنفاق العام لدعم هذا القطاع من خلال تنفيذ برامج تأخذ شكل استثمارات حكومية بحتة أو مشاركة مع القطاع الخاص في مجال قطاع تكنولوجيا المعلومات والاتصالات ، ومن ناحية أخرى قد تعتمد الحكومة إلي تقديم مجموعة من الحوافز والضمانات لدعم

وتأمين القطاع من خلال التشريعات الضريبية وتشريعات الاستثمار، كما قد تساعد الحكومة من ناحية ثالثة على توفير الائتمان المدعوم أو تقديم إعانات مالية للأطراف المنخرطة بهذا القطاع في كل من جانبي الطلب والعرض في أسواق تكنولوجيا المعلومات والاتصالات.

### - حوافز الاستثمار -

تعمل حوافز الاستثمار على زيادة الربحية المتوقعة للمشروعات، ومن ثم فهي بذلك يمكن أن تلعب دوراً في جذب الاستثمار خصوصاً في الدول التي تتميز بارتفاع معدلات الضرائب، وتنقسم حوافز الاستثمار إلي مجموعتين أساسيتين هما: الحوافز الضريبية والحوافز غير الضريبية.

### - الحوافز الضريبية -

تزيد الحوافز الضريبية من قيمة الدخل بعد الضريبة الذي يعتبر أحد أهم العوامل الحاكمة لاتخاذ القرار الاستثماري، كما يخفض البعض منها من التكلفة الاستثمارية للمشروع. وتبعاً لذلك، من المفترض أن توفر السياسة الضريبية الهادفة لتشجيع الاستثمار مجموعة من الحوافز التي من شأنها أن تعزز من تنمية قطاع تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وذلك على النحو التالي:

١. يمكن استخدام حافز الإجازة الضريبية لتشجيع الاستثمار في قطاع تكنولوجيا المعلومات والاتصالات من خلال إعفاء أرباح شركات تكنولوجيا المعلومات والاتصالات الجديدة من الضريبة على الدخل لمدة معينة.

٢. إعفاء منتجات تكنولوجيا المعلومات والاتصالات من الضريبة الجمركية.

٣. تخفيض الضرائب الجمركية والضريبة على القيمة المضافة على واردات الشركات من البرمجيات.

٤. رفع نسبة مسموحات الاستهلاك بالنسبة لمنتجات تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات.

٥. السماح باستهلاك أصول تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في فترة زمنية أقل من أعمارها الاقتصادية وبذات التكلفة التاريخية لهذه الأصول فيما يعرف بالاستهلاك المعجل.

٦. تقرير الضريبة على صادرات منتجات تكنولوجيا المعلومات والاتصالات بالسعر الصفري فيما يتعلق بالضريبة على المبيعات والضريبة على القيمة المضافة.

٧. إقامة مناطق حرة تكنولوجيا خاصة تتمتع بمعاملة تفضيلية في مجال الإخضاع الضريبي وتطبيق قوانين الاستيراد والتصدير.

٨. رد الضرائب الجمركية وغيرها على المدخلات التي ترد في حالة استخدامها في تصنيع منتجات تكنولوجيا المعلومات والاتصالات يتم تصديرها إلى الخارج أو إلى مناطق حرة، والهدف من ذلك هو تنمية صناعة قوية في هذا المجال موجهة للتصدير بما يسهم في سد حاجة الاقتصاد الوطني من الصرف الأجنبي ويقوي من مركز الميزان التجاري للدولة.

#### الحوافز غير الضريبية

- تقديم تخفيضات خاصة في أسعار الأراضي للمستثمرين في قطاع تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات، ، وتوفير مصادر الطاقة كالكهرباء بأسعار تفضيلية لهم.

- تخفيف قيود اللوائح المنظمة لعمليات الاستيراد والتصدير.

- توفير العمالة الماهرة اللازمة لتلبية حاجة المستثمرين في تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، وذلك من خلال برامج التعليم والتأهيل والتدريب للعاملين في صناعة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات وفقاً للمعايير والموصفات التي يتطلبها العمل في هذا القطاع ويقبلها المستثمرين.

وتعمل الحوافز الضريبية جانباً إلى جانب مع حوافز الاستثمار الأخرى وضمادات الاستثمار ضد كافة المخاطر غير التجارية ( كالحروب، والكوارث، والمصادرة والتأميم، ونزع الملكية ) على تشجيع

وتحفيز وتأمين الاستثمار الأجنبي والمحلي بصفة عامة والاستثمار في مجال تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات بصفة خاصة الأمر الذي يسهم إلي مدى معين في تخفيض الفجوة الرقمية بينها المحلي والدولي، بيد أن تحقيق هذا يظل مرهوناً بوجود بيئة اجتماعية وسياسية واقتصادية مستقرة.

### الإنفاق الحكومي في مجال تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات

يتشكل الإنفاق الحكومي بصفة عامة من ثلاثة عناصر هي<sup>٢٩</sup>: مشتريات الحكومة من السلع والخدمات، المصروفات التحويلية من الحكومة إلي الأفراد والأنشطة والحكومات الأخرى كالإعانات، مدفوعات الفوائد نتيجة الاقتراض بهدف تمويل أنشطة الحكومة. وفي إطار تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، تقوم الحكومة بالإنفاق على العديد من السلع والخدمات بعضها يتعلق بالاستثمار في البنية التحتية لشبكات الاتصالات والمعلومات ومعدات وأدوات الاتصالات، فيما ينطلق البعض الآخر من هدف بناء وتنمية قدرات التعامل مع تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات، كما تقدم صوراً من الدعم والمساعدات المالية للأفراد والمؤسسات، و أخيراً تقوم ببناء وتطوير البيئة التنظيمية والتشريعية لقطاع تكنولوجيا المعلومات والاتصالات.

فمن ناحية، تقوم الحكومة بالاستثمار في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات كما هو شائع في كثير من الدول خصوصاً في مجال توفير خدمة الهواتف الثابتة التي تتميز الاستثمارات فيها بضخامة التكاليف الثابتة، بجانب ارتفاع التكلفة المخرقة، والتي تعكس تكلفة الاستثمارات طويلة الأجل التي يمكن استخدامها في مجالات معينة فقط، وتكون تكلفة الفرصة البديلة لها مساوية للصفر. وتظهر التكاليف المخرقة بشكل واضح في الاستثمارات التي تنفذها الحكومة فيما يتعلق بشبكات الوصول المحلية حيث تتركز جل التكلفة الاستثمارية في تكلفة الكوابل وتركيبها. و تتميز الاستثمارات في مجال الكوابل بطبيعتها طويل الأجل إذا تزيد أعمارها عن ٢٠ سنة كما تتصف بعدم قابليتها للنقل أو الحركة وبمجرد أن يتم تنفيذ هذه الاستثمارات في منطقة معينة، فمن المتعين أن

تتحقق الأرباح من خلال الخدمات التي يجري توفيرها للعملاء المقيمين في هذه المنطقة، ويكون من الصعوبة نقل الاستثمارات التي تم تنفيذها لمناطق أخرى تتضمن أسواقاً جاذبة. وبالمقارنة بالعناصر الأخرى للتكلفة الاستثمارية في مجال الاتصال بالهواتف الثابتة وهي تكلفة التحويل ( أهمها تكلفة السنترالات المحلية) وتكلفة النقل والإرسال (تكلفة الخطوط الطويلة، أجهزة الإرسال والمكررات)، فإن تكلفة الوصول تشكل أعلى وزن نسبي بداخل هيكل التكلفة الاستثمارية لشبكات الاتصالات. وهكذا يظل الدور الحكومي موجود و بقوة في مجال الاستثمار في إنشاء وتوسيع وتجديد وإحلال شبكات الاتصالات السلكية خصوصاً في مجال استثمارات الوصول للخدمة.

وفي مجال بناء القدرات Capacity building يكون للحكومة حضوراً قوياً كلياً أو جزئياً بالمشاركة مع القطاع الخاص أو مؤسسات دولية وإقليمية. وتظهر أهمية بناء القدرات في مجال الوصول للإنترنت، حيث يتطلب استخدام الإنترنت عدداً من التكنولوجيات والعمليات والبروتوكولات المختلفة، الأمر الذي يستلزم توافر وسيلة تكنولوجية للربط بالإنترنت (هواتف على خطوط ثابتة) ومقدرة مالية على دفع مقابل هذا الربط. وتأسيساً على ذلك قد تنفذ الحكومة الإستراتيجية الأكثر مباشرة من غيرها والتي تقوم على زيادة عدد خطوط الهواتف الثابتة، الأمر الذي يتطلب تنفيذ استثمارات عامة في مجال توسيع نطاق البنية التحتية القائمة أو إنشاء بنية تحتية جديدة تتطلب إنفاقاً عاماً متزايداً. ومع التطور التكنولوجي في مجال الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات، انعكس ذلك بشكل كبير على نمط هيكل الاستثمارات، ولعل أهم التطورات البارزة التي أثرت في هذا المجال هي: استخدام نظم الموجات عريضة النطاق، والألياف الضوئية واللاسلكي والأقمار الصناعية.

ومن استقرار التجارب الدولية، يمكن رصد العديد من الأمثلة التي تبرز أهمية الاستثمار الحكومي في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصال منها: مشروع Cyber Korea 21 الذي هدف إلى إقامة<sup>33</sup>

شبكة عالية السرعة تغطي كافة أنحاء البلاد بحلول عام ٢٠٠١، بحيث يمكن لأي شخص في أي مكان أن يستقبل الرسائل والوسائط المتعددة. و في إطار مشاركة الحكومة مع القطاع الخاص، ثمة مشروع آخر جرى تنفيذه في تايبيه أطلق عليه Easy City لتمكين كل مقيم في المدينة من الدخول إلي الموجات عريضة النطاق بتكلفة منخفضة على أن تتحمل محطات التلفزيون من القطاع الخاص تكلفة معظم عملية إعادة مد شبكات الكوابل لهذا المشروع.

وعندما تقل مبادرات القطاع الخاص لمشاركة الحكومة في مجال الاستثمار في قطاع تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات وفي حالة غيبة التمويل الكافي، ترعى الحكومة مبادرات مقدمة من بعض المنظمات الدولية التي لا تستهدف الربح ووكالات المعونة الدولية تهدف إلي تعزيز الوصول إلي الانترنت وثمة مثال لذلك يتمثل في المبادرة التي طرحتها الوكالة الأمريكية للتنمية الدولية تحت مسمى " مبادرة ليلاند" وهي عبارة عن برنامج يتكلف ١٥ مليون دولار لاستخدام الأقمار الصناعية في إقامة بوابات للانترنت، لإتاحة فرص الوصول إلي الشبكة لشركات تقديم خدمات الإنترنت في ٢١ دولة أفريقية. ولما كان الوصول إلي الإنترنت لا يكفي في حد ذاته للنهوض بالتجارة الإلكترونية أو التنمية، فقد وضعت الوكالة شرطاً مسبقاً وضرورياً لتلقي المساعدات يستلزم موافقة الحكومة على السماح لشركات خدمات الإنترنت الخاصة بتقديم هذه الخدمات، والوصول بحرية ودون قيود إلي المعلومات الموجودة على الشبكة بما يساعد مؤسسات الأعمال على التواصل والتطور ويشجع الحكومات على اقتسام الممارسات والخبرات .

وثمة مثال آخر للتدخل الحكومي لتشجيع الاستثمار الخاص في تكنولوجيا المعلومات والاتصالات من خلال إنشاء أو المشاركة أو المساعدة فيما يسمى بالحاضنات التكنولوجية وحاضنات الأعمال والقرى التكنولوجية، وقد يعتمد هذا النمط من الاستثمارات بصفة أساسية على تمويل القطاع الخاص ولكن تحت مظلة من الرعاية المالية والتنظيمية



الحكومية أو قد يعتمد كلية على التمويل الحكومي. والحاضنة هي مؤسسة تهدف إلى دعم القدرات الابتكارية من خلال تقديم الفرص للمبتكرين بغرض تطوير وتحويل ابتكاراتهم إلى مشروعات جديدة وتسويق منتجاتها<sup>٣١</sup>. وقد لجأت بعض الحكومات إلى تخصيص موارد عامة لإقامة حاضنات ، كما عملت على اللجوء لآلية التمويل المباشر لمشروعات الأعمال التي تبدأ أولى خطوات نشاطها. غير أن طبيعة هذه الحاضنات يجعل من القطاع الخاص الجهة الأفضل في إنشائها. وفي إطار التوجه نحو الاعتماد على القطاع الخاص في عمليات إنشاء الحاضنات التكنولوجية فإن الدور الحكومي في تلك الحالة يتمركز حول استخدام سياسة الإنفاق العام التحويلي لتقديم مساعدات مالية مباشرة تأخذ شكل منح أو إعانات ، كما قد تقدم للشركات قروضا أو ضمانات للقروض ، وذلك بجانب إستراتيجية التحفيز باستخدام الحوافز والإعفاءات الضريبية التي عرضنا لها سلفاً.

و من جهة أخرى يمكن النظر إلى القرى التكنولوجية باعتبارها حاضنات أعمال ذات قدرات ضخمة تقدم مزاجاً من الخدمات ( مساعدات تكنولوجية بالإضافة للتدريب) ولكن من خلال موقع مركزي ، وغالباً ما تتمح حوافز استثمارية ممتلئة في أسعار ضريبية منخفضة ، وبنية أساسية مادية حديثة ، ولوائح حكومية مبسطة ، وبجانب ذلك تشجع القرى التكنولوجية على نقل التكنولوجيا وإضفاء الصبغة التجارية عليها ، وغالباً ما تكون لها رابطة بحثية بإحدى الجامعات ويتطلب إنشاء القرى التكنولوجية استثمارات مالية ضخمة. وتسعى الكثير من القرى التكنولوجية إلى جذب الاستثمارات في مجال الانترنت وتكنولوجيا المعلومات ، وأحد الأمثلة البارزة في هذا المجال هو ما يسمى بمشروع Multimedia Super Corridor (MSC Malaysia) والذي تأسس في ماليزيا خلال فترة حكم مهاتير محمد. وقد هدف المشروع إلى المساهمة في تحقيق أهداف برنامج ماليزيا برؤية ٢٠٢٠ ، وتحويل ماليزيا نحو دولة حديثة قوامها مجتمع مؤسس على المعرفة ، وقد صمم أيضاً لكي يكون

بمثابة حاضنة مركزية الموقع لشركات التكنولوجيا الراقية التي تتطلع إلي التغلغل داخل أسواق سواحل المحيط الهادي والأسواق الآسيوية، ويوفر هذا المشروع توصيلات حاسب عالية السرعة وبرمجيات وتطبيقات الانترنت، ويعكس هذا المشروع نمطاً صرفاً للاستثمار الحكومي في هذا المجال، يأخذ شكل منطقة حكومية مخصصة لانتقال ماليزيا بشكل سريع نحو عصر المعرفة والمعلومات، ويهدف هذا المشروع أيضاً إلي جذب الشركات من خلال منحهم تخفيضات ضريبة مؤقتة وتسهيلات أخرى مثل الوصول إلي الانترنت فائق السرعة والقرب من مطار كولا لمبور، ويغطي المشروع مساحة ٧٥٠ كم<sup>٢</sup>

وثمة نمط آخر لبرامج الإنفاق الحكومي في مجال تشجيع استخدام الإنترنت من خلال توفير نقاط عامة للوصول للإنترنت مثل مقاهي الانترنت، ومكاتب الهاتف العمومي، ومكاتب البريد، ويتم توفير الخدمات بدرجة عالية من السرعة وبتكلفة منخفضة فيما يمثل نوع من أنواع الدعم الحكومي لمستخدمي الانترنت في مناطق عمل هذه النقاط. وقد تتبع كثير من الحكومات نهجاً آخر أقل تكلفة من سابقه للمساعدة في بناء القدرة التكنولوجية للتوسع في الوصول للإنترنت، ويقوم هذا النهج على استخدام الحوافز المالية لتشجيع بنية أساسية قائمة أو حتى قيد النمو على التوسع في خدمة الوصول إلي الإنترنت، ومع تزايد عدد المستخدمين، يمكن للحكومة حث القطاع الخاص بالاستثمار في مجال إنشاء عمود فقري شديد التطور للإنترنت حيث تتاح فرص تحقيق مكاسب أكبر مع زيادة عدد الأفراد الذين يتم توصيلهم بالشبكة. فمثلاً يلزم برنامج الاتصالات السلكية واللاسلكية في الولايات المتحدة بمنح المدارس والمكاتب رسوماً منخفضة لتوصيلات الإنترنت ومعداتها بما فيها أجهزة التوصيل المادية بالشبكة والمحاور وأجهزة التوجيه والحواسب الخادمة للشبكة والكابلات، ورغم المعارضة للمشروع المشروع في بدايته من شركات الاتصالات، إلا أنه أحرز نجاحاً كبيراً في ربط الأطفال الأمريكيين بالإنترنت<sup>٣٣</sup>.

و في الدول المتقدمة ، تلعب الحكومة دوراً هاماً في مجال بناء القدرات البشرية للمجتمع سواء من خلال برامج التعليم المدرسي والتدريب التقني أو من خلال تشجيع المبادرات الخاصة والدولية في ذلك المجال. وتظهر أهمية التدخل الحكومي في توفير خدمات تكنولوجيا الاتصالات والانترنت أوضح في التعليم المدرسي مقارنة بالتعليم الجامعي ، حيث تتبنى الجامعات الخاصة والحكومية بالفعل في كثير من البلدان في الوقت الحالي نهجاً يعتمد على الانترنت والتعليم عن بعد ، بينما لم يزل الأمر في الدول النامية في حاجة إلي دوراً حكومياً فاعلاً ومباشراً في مجال توفير خدمات تكنولوجيا المعلومات والاتصالات خصوصاً في المدارس الحكومية والجامعات الحكومية. وتجدر الإشارة أن شيوع اكتساب مهارات التعامل مع الحاسبات والانترنت بفعل التعليم والتدريب في مجتمع ما يوفر ميزة مهمة لهذا المجتمع في إطار محاولاته لاجتذاب الاستثمار الأجنبي المباشر في التكنولوجيا الراقية ، وقد مثل هذا ميزة هامة لبعض الدول كالهند وسنغافورة في تحولهما نحو الاقتصاد القائم على المعرفة.

#### التدخل الحكومي من خلال التنظيم

تلعب الدولة دوراً هاماً في توفير السلع والخدمات العامة ، وتتصف تلك السلع بعدد من الخصائص أهمها عدم القابلية للاستبعاد وعدم التنافس في الاستهلاك مع وجود لظاهرة الآثار الخارجية. وتتميز عدد من منتجات تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات ببعض سمات السلعة العامة. وإذا كان بعض أدوات الاتصالات كالهواتف العادية والمحمولة تتميز بكونها سلعة خاصة تخضع كلية لمبدأ الاستبعاد ومبدأ الاستهلاك التنافسي. وتقع خدمات الاتصالات المحلية والانترنت في منطقة السلع العامة الخاضعة لظاهرة الازدحام ، وهي نوع من السلع التي تستهلك منافعها بشكل جماعي ومن ثم تخضع لمبدأ عدم التنافس في الاستهلاك حتى الوصول إلي ما يسمى بنقطة الازدحام ، حيث يقلل الازدحام من منافع المستهلكين الحاليين مع دخول مستخدمين جدد دائرة الانتفاع

بالخدمة، وتبعاً لذلك تصبح الخدمة خاضعة لمبدأ الاستهلاك التنافسي بعد الوصول لنقطة الازدحام وتصبح عندئذ التكلفة الحدية لإضافة مستخدم جديد غير مساوية للصفر الأمر الذي يبرر استبعاد من لا يدفع مقابلًا للانتفاع من الخدمة<sup>٣٤</sup>. ومن ناحية ثالثة تتميز المعلومات أيضاً ببعض خصائص السلع العامة حيث لا تخضع لمبدأ الانتقاض أو الاستهلاك التنافسي كما تتميز بطبيعتها الانتشارية. ويفرض ما تقدم درجة معينة من التدخل الحكومي لضمان توفير خدمات تكنولوجيا المعلومات بالمستوى المطلوب وبالكميات المرغوبة اجتماعياً مع ضمان حد أدنى من الاستهلاك لذوي الدخل المحدود.

وتتميز صناعة الاتصالات بخصائص فريدة تتعلق بجانب الطلب والغرض: أهمها وجود ما يسمى بظاهرة الآثار الاقتصادية للشبكة، وظواهر اقتصاديات الحجم واقتصاديات النطاق واقتصاديات الكثافة<sup>٣٥</sup>، و التوافق والمعايير، والتكاملية في الطلب، وتكاليف التحويل<sup>٣٦</sup>.

وتظهر الآثار الخارجية الموجبة للشبكة Network externalities في جانب الاستهلاك حيث تقترن بتقديم الخدمة وتنشأ مع دخول مستخدمين جدد للشبكة<sup>٣٧</sup>، وثمة نوعان لهذه الآثار هي، الآثار الخارجية للاتصال والتي تعني أن إجراء أي اتصال (مكالمة تليفونية) يستلزم مشاركة طرف آخر يستفيد في معظم الأحوال من الاتصال، فيما ينشأ النوع الثاني ويسمى بالآثار الخارجية للوصول عندما يلتحق مشتركون جدد بالشبكة بما يعود بالنفع على المشتركين الآخرين الذين قد يكونوا بحاجة للتواصل مع المشتركين الجدد، وتسهم الآثار الخارجية في زيادة قيمة الخدمة المقدمة. ومن ناحية أخرى تصف اقتصاديات الحجم الحالة التي في ظلها تنخفض التكلفة المتوسطة مع زيادة حجم الناتج، وتتصف الكثير من منتجات تكنولوجيا الاتصالات بتلك الظاهرة (تكاليف ثابتة مرتفعة، وتكلفة حدية منخفضة جداً مع زيادة البيع).

وتاريخياً كان ينظر لخدمات الاتصالات لوقت طويل على أنها يجب أن توفر من خلال احتكار طبيعي باعتبار أن خضوعها لمنتج واحد

فقط يجعلها أكثر كفاءة، ولما كان متوسط التكلفة في هذه الصناعة ينخفض مع اتساع حجم الإنتاج فإن أكبر المؤسسات في الصناعة كانت تحقق أقل تكاليف ومن ثم يصير في مقدورها تقاضي أسعار أقل من منافسيها. وحينما كانت تسلك هذا المسلك، كان ينتهي بها الأمر إلي السيطرة على الصناعة، وقد اتخذت معظم البلدان في ذلك الوقت موقفاً مضموناً أن قيام الحكومة بتشغيل شبكة الاتصالات هو السبيل الأفضل للحيلولة دون استغلال هذه القوى الاحتكارية للمستهلكين. وبذلك دخلت الحكومات الساحة، ثم عمدت بعد ذلك إلي منع دخول المنافسين بدعوى أنهم إما يتسببون في ازدواجية المرافق القائمة بما يؤدي لهدر الموارد أو يقصرون الخدمات التي يقدمونها على المستخدمين ذوي التكاليف المنخفضة (الخصر حيث تزيد كثافة العملاء)<sup>٣٨</sup>. غير أن ضعف الكفاءة ونقص الاستثمارات من جانب احتكارات الدولة والخسائر المالية التي حققتها مرافق الاتصالات بفعل سياسات التسعير الإداري من جانب ثاني أدبي إلي تقديم خدمات سيئة مع حرمان الفقراء أو حصولهم على القليل من هذه الخدمات، الأمر الذي فرض ضرورة تحرير هذه القطاعات والتحول التدريجي نحو المنافسة وقد شجع ذلك التطور التكنولوجي مع الثورة الرقمية في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات الذي أفضى إلي تخفيض التكلفة وظهور بدائل جديدة للخدمات التقليدية.

وقد يؤدي الأثر المشترك لكل من اقتصاديات الحجم وأثار الشبكة إلي درجة عالية من التركيز في سوق خدمات الاتصالات والمعلومات بشكل قد يضر بالمنافسة وبالمستهلكين الأمر الذي يتطلب تدخلاً حكومياً للحيلولة دون ذلك. وسواء كان سوق خدمات الاتصالات والمعلومات يخضع لاحتكارات طبيعية، أو قد تم تحرير هذا السوق لتحكمه المنافسة، فإن كل اتجاه يفرض نمطاً معيناً من التنظيم يستلزم تدخل حكومي بأدوات معينة. وثمة نوعان للتنظيم الاقتصادي الذي يمكن أن تستخدمهما الحكومة هما: تنظيم ما قبل تحقق الوقائع *ex-ante regulation* وتنظيم ما بعد تحقق الوقائع *ex-post regulation*<sup>٣٩</sup>.

و يتعلق تنظيم ما قبل التحقق بتعريفات الرسوم المقررة على استخدام الخدمة ، وهو إجراء وقائي يضع قواعد مسبقة مصممة لتحديد القوة السعرية للجهة المحتكرة بما يضمن تحقيق النتيجة المثلى للمجتمع ، ويسري هذا النوع من التنظيم في الغالب على مستوى القطاعات ، ويطبق في الحالات التي يكون هناك فيها إصرار على وجود مكونات احتكار طبيعي أو في الحالات التي لا تحقق فيها عمليات تحرير القطاع تقدماً كافياً يحدث منافسة فعالة. ويصيب سوء استغلال قوة السوق من خلال تقرير أسعار مغالي فيها لتعريفات وأسعار خدمات الاتصال كل من المستهلكين والمنافسة بالضرر. ويمثل ذلك المنطلق الرئيسي للحكومة من خلال لجان التنظيم الاقتصادي لتقنين هذه التعريفات. وتحتاج جهة التنظيم عند تنفيذها هذا النهج من التنظيم إلي معلومات تساعد في أداء عملها. وعندما تتوفر لهذه الجهة معلومات كاملة عن التكاليف والطلب الذي يواجهه المنتج ، فسوف يضمن التنظيم أسعاراً مثلى اجتماعياً بيد أن الجهة المنظمة دائماً ما تواجه بقيود تقلل من فرص الوصول إلي معلومات جيدة تتعلق بالمنتج فيما يعرف بمشكلة عدم تماثل المعلومات **Information asymmetry problem** والتي تعني عدم توافر المعلومات بشكل متساوي بين الأطراف المتعاملة ، وتبعاً لذلك قد يؤسس قرار التسعير الذي تصوغه جهة التنظيم الحكومية على معلومات وفرت لها حصرياً من المنتج بشكل قد ينتهي لأسعار تخدم المنتج. ويغض النظر عن الأسلوب المستخدم عادة ما يكون السعر المحدد من لجان التنظيم معادلاً لمستوى التكلفة المتوسطة بحيث يتضمن معادلاً عادلاً للعائد على الاستثمار للشركة ، كما تحدد لجان التنظيم مدى التمييز السعري الذي قد تستخدمه المؤسسات بين عملائها بما لا يخل بشروط المنافسة العادلة.

وعلى النقيض من المدخل الأول للتنظيم ، ينفذ تنظيم ما بعد التحقق بعد وقوع الأحداث ، حيث تتدخل الحكومة بعد حدوث إساءة استخدام القوة الاحتكارية. ويؤسس هذا التدخل على أمر محكمة فقط

حينما تتوافر أدلة تفيد حدوث استخدام المنتج لقوته السوقية. وتعتبر قوانين حماية المنافسة الأداة الرئيسية لتنظيم ما بعد التحقق، ولا تعد قوانين المنافسة على أساس قطاعي ولكن على أساس عام لجميع الصناعات. ويعتمد تطبيق نظام تنظيم المنافسة بصفة أساسية إلى مدى أوسع على سياسة الدولة تجاه التحرر الاقتصادي وكذلك مرحلة تحرير قطاع الاتصالات في الدولة، ويفسر ذلك بأن هذا النوع من التنظيم يجب أن يطبق في المجالات والمناطق التي توجد فيها منافسة فعالة وأيضاً أينما توجد احتمالات لأن تسيئ الشركات المسيطرة على السوق استخدام مراكزها بما يضر بالمنافسة الفعالة، وتكون المنافسة فعالة حينما تلعب دوراً فاعلاً يقيد من القوة السوقية للشركات المهيمنة. ويهدف تنظيم ما بعد التحقق إلى تحقيق المنافسة من خلال تحديد مفهوم السوق. وتقرر المفوضية الأوربية أن السوق المناسبة أو ذات الصلة Relevant market هي أساس تطبيق المنافسة، بمعنى آخر هي السوق التي تحدث بها المنافسة. ويتضمن النهج النمطي في تحديد وتعريف السوق دراسة أنماط القابلية للإحلال من خلال الاستعلام عن العملاء عما إذا كانوا سيتحولون من منتج لآخر إذا ما تمت زيادة السعر بنسبة 5% أو 10% خلال فترة ممتدة. وتشكل مجموعات البدائل التي لن يتحول عنها المستهلكين إذا قام المنتج الافتراضي بزيادة أسعار الخدمة بنسبة 5% أو 10% السوق الملائمة أو ذات الصلة بالمنافسة. بيد أن ثمة نقداً أساسياً يوجه لهذا المدخل يتمثل في أن تحديد السوق على أساس أنماط الإحلال في جانب الطلب يؤدي إلى عدد كبير من الأسواق الضيقة التي يتم تحديدها وفقاً للتفضيلات المتعددة لمختلف المستهلكين. ومع ذلك قد يكون من الممكن تجميع الأسواق الضيقة في أسواق أوسع نطاقاً وقدرة على العمل من خلال الأخذ في الاعتبار إحلال جانب العرض. ويمكن تطبيق النهج السابق لتحديد السوق في قطاع الاتصالات والمعلومات، بيد أن ثمة صعوبات تنشأ بسبب بعض الخصائص المتأصلة بهذا القطاع التي قد تعقد من محاولات تعريف السوق، إذ قد يؤدي مثلاً وجود عدد كبير من خدمات الاتصالات المتميزة إلى صعوبة في تحديد

أنماط الإحلال، ويعزي ذلك إلى تفضيلات المستهلكين المتباينة مما يتعين على موردي خدمات الاتصالات التحلي بالمرونة لكي يصبح في مقدورهم توفير الخدمات المختلفة للمستهلكين. ولأن تنظيم ما بعد التحقق يهدف إلى تحقيق المنافسة وحمايتها من الممارسات الضارة من خلال تحديد مفهوم السوق على النحو المتقدم، فإن ذلك يستلزم ضرورة التعرف على هذه الممارسات، التي قد تأخذ إما شكلاً أفقياً مقيداً للمنافسة، أو شكل ممارسات رأسيّة.

وتأخذ الممارسات الأفقية شكل علاقة بين الشركات التي تنتج منتجات بديلة ومتنافسة، وأبرز صور هذه الممارسات اتفاقات تثبيت الأسعار أو ما يسمى بالكارتلات، حيث تتفق الشركات المتنافسة فيما بينها على تثبيت الأسعار لمنتجاتهم البديلة بشكل يضر بالمنافسة. وتزداد فاعلية الكارتل في تحقيقه أهدافه كلما انخفض عدد الشركات في السوق ذات الصلة، واتصفت المنتجات بالتجانس وكانت هناك آلية للتنسيق كاتحاد تجاري. وفي مجال تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات، تمثل خدمة التليفون الخليوي مثلاً جيداً للسوق التي تتوافر بها إمكانيات التواطؤ السعري بين المشغلين، إذ أنه في كثير من البلدان يرخص لعدد محدود من الشركات بتوفير خدمات الهاتف الخليوي، وفي تلك الظروف يظهر التواطؤ بشكل ضمني حيث تتولى الشركة المهيمنة مهمة قيادة السعر فيما تتبعها الشركات الأصغر. ويمكن توفير قدر من المنافسة في الأجل القصير حينما توفر الحكومة ترخيصاً لمشغل جديد، وسوف يتنافس الوافد الجديد على السعر لكي يحصل على حصة من السوق، ومع ذلك فحالما يحقق نسبة كبيرة يصبح لديه حوافز قوية لكي يلعب دور التابع في مجال تحديد السعر. وتواجه الحكومة مشكلة الاتفاقات السعرية من خلال إصدار تشريعات تحظرها و غيرها من الممارسات الأفقية الضارة، وتفرض هذه التشريعات آلية بعد التحقق من خلال جهات التنظيم التي تقرر فرض بعض العقوبات على أعضاء الكارتلات كتقريب غرامة مالية كبيرة وإصدار أمر بحل الكارتل.



وتنشأ الممارسات الرأسية المقيدة للمنافسة بين الشركات التي توجد في مستويات مختلفة من سلاسل الإمداد في إطار علاقة رأسية وتنتج منتجات مكتملة ، واحد الأسباب المناهضة للمنافسة في تلك الممارسات أنها تستخدم لغلط الأسواق **Foreclose market** فمثلاً قد يدخل احد كبار المشغلين القائمين للخطوط الثابتة التليفونية في عقود طويلة الأجل مع مؤسسات ضخمة لتوفير خدمات بيانات ويقوم اعتماداً على شروط هذا التعاقد بمنع المنافسين الحاليين والمحتملين من العمل في هذا الجزء من السوق. وأحياناً قد تسيطر الشركة على سوق مدخلات الخدمة النهائية، وبالتالي يمكنها من خلال إستراتيجية الضغط السعري السيطرة على سوق الخدمة النهائية، خصوصاً إذا كانت فترة استمرار هذا من الطول بحيث يكون لها أثر إقصائي للمنافسين. وثمة نوع آخر من الممارسات المضارة بالمنافسة هو الربط **Tying** ينطوي على طرق تكتيكية لاستبعاد المنافسين حيث تحاول الشركات التي تتمتع بقوة احتكارية في أحد الأسواق استخدام قوتها هذه في سوق آخر لتحقيق احتكار هذه السوق الأخرى. و لا تعتبر إستراتيجية الربط بالضرورة مناهضة للمنافسة إذ أنها أحياناً تنطوي على جوانب كفاءة، ومع ذلك قد تنطوي إستراتيجية الربط على إساءة لاستخدام القوة الاحتكارية، وحينما يحدث هذا قد يضمن تنظيم ما بعد التحقق تقرير غرامات كما يتضمن علاجاً هيكلياً للمشكلة مثل اللجوء إلي الفصل الأفقي والتجزئة أو التجريد والمصادرة. واحد الأمثلة لعملية الفصل الأفقي في مجال الاتصالات وهو تقسيم شركة **AT&T** في ثمانينات القرن الماضي لعدد من شركات الاتصالات الإقليمية بعد الفصل في نزاع طويل الأجل ضد الاحتكار<sup>1</sup>. ومرة ثانية نكرر انه حينما تضر الممارسات الرأسية بالمنافسة فإن هذا يفرض تدخل الحكومة للحد من هذه الممارسات.

و في إطار تنظيم الحكومة لسوق الاتصالات وتكنولوجيا الاتصالات ، تقوم بمنح تراخيص ممارسة النشاط في الخدمات المختلفة كتوفير خدمات الهواتف المحمولة، وخدمات الانترنت ، ومع التطور

التكنولوجي السريع في مجال تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات وظهور تقنية النطاق الترددي العريض<sup>٤٢</sup>، بات من الضروري قيام الحكومة بتسهيل الوصول لتكنولوجيا النطاق العريض من خلال تسهيل إجراءات الترخيص.

### بناء وتطوير البنية التشريعية والتنظيمية

بجانب القوانين المتعلقة بمكافحة الاحتكار وحماية المنافسة من الممارسات الضارة والقواعد التنظيمية التي تعمل في إطارها لجان تنظيم قطاع الاتصالات، توجد أيضاً مجموعة من التشريعات ذات الصلة بتنظيم العمل بقطاع تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، مثل قانون الاتصالات وقانون إتاحة المعلومات وغيرها، وثمة تشريعات أخرى لها صفة العمومية على جميع قطاعات الاقتصاد الوطني تمارس تأثيرات هامة على عمل وكفاءة أداء القطاع، مثل قوانين الاستثمار والمناطق الحرة والتشريعات الضريبية التي تحوي في طياتها على عدد من ضمانات وحوافز الاستثمار التي تؤمن وتحفز مشروعات تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، ولاشك أن إعمال وتطبيق هذه القوانين هو عمل أصيل من أعمال الحكومة لضمان تحقيق بيئة مستقرة وفاعلة لجميع القطاعات الاقتصادية ومنها قطاع تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات.

وتتشكل البنية التنظيمية والمؤسسية لقطاع تكنولوجيا المعلومات والاتصالات انطلاقاً من البنية التشريعية، وبطبيعة الحال يقع على صدارة هذا البنية المؤسسات العاملة بشكل مباشر في مجال تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات مثل شركات الاتصالات، وشركات الانترنت، وشركات تكنولوجيا المعلومات، والقرى التكنولوجية، وقد تكون هذه الشركات خاصة أو عامة أو مشتركة. وفي إطار البيئة المؤسسية تحتل مؤسسات التنظيم مرتبة مميزة لأهمية دورها في تنظيم عمل القطاع ويأتي في مقدمتها مؤسسات تنظيم الاتصالات والمعلومات وحماية المنافسة وحماية المستهلك وبطبيعة الحال مؤسسات الاستثمار وحماية حقوق الملكية.

تلعب الحكومة الدور الأساسي في مجال حماية حقوق الملكية الفكرية، ويشجع هذا الباحثين والمبتكرين في المضي قدماً نحو المساعدة في بناء اقتصاد رقمي ذكي وابتكاري. ويمكن تشجيع الابتكار من خلال نظم الملكية الفكرية التي توازن بين الاستخدام الاحتكاري للابتكارات و بين بناء مجال عام غني بالمواد الفكرية. ويؤمن وجود آلية قوية متوازنة يلجأ إليها من يملكون المحتوى لمكافحة التعدي على حقوق الملكية الفكرية أساساً مستقراً وقوياً لكل من الابتكار والتجديد. ويضمن وضع قواعد وإجراءات لإنفاذ حقوق الملكية الفكرية إيجاد سبيل لتحفيز وحماية جميع الجهات المختلفة صاحبة المصلحة في الاقتصاد الرقمي، مع توفير الحماية الكاملة لخصوصية المستهلك

وهكذا يمكن في ضوء العرض السابق، أن نخلص إلى أهمية الدور الحكومي في مجال تحقيق تنمية تكنولوجيا المعلومات والاتصالات ومن ثم التعامل مع الفجوة الرقمية في الدول النامية، فمن خلال الاستثمار العام الكامل أو بالمشاركة مع القطاع الخاص في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات ومن خلال تقديم الحوافز الضريبية وغير الضريبية للاستثمار الخاص الوطني والأجنبي في القطاع، ومن خلال تبني العديد من المبادرات و الالتزام الطبيعي للدولة بتنظيم وتقنين أسواق الاتصالات وتوفيرها لبنية مؤسسية وتشريعية مستقرة، مع صيانة حقوق الملكية الفكرية، يمكن للحكومة أن تحقق طفرة كبيرة في مجال تكنولوجيا المعلومات بما يجعلها قادرة على تضيق الفجوة الرقمية ببعديها الداخلي والخارجي. وي طرح هذا بدوره تساؤلاً يتمحور حول نطاق وفاعلية الدور الحكومي في تنمية قطاع تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في مصر ومدى إسهامه في التأثير على الفجوة الرقمية، الأمر الذي سيكون محلاً للدراسة في المبحث التالي.

## المبحث الثالث

### الفجوة الرقمية في مصر والدور الحكومي في التعامل معها

يعرض هذا المبحث للفجوة الرقمية في مصر والدور الذي تلعبه الحكومة في مجال التعامل مع هذه الفجوة. ويبدأ المبحث بعرض سريع لقطاع وتكنولوجيا المعلومات والاتصالات في مصر، ثم يتناول بعدها تطور المؤشرات الاقتصادية لهذا القطاع، ولأننا في معرض تحديد حجم الفجوة الرقمية في مصر والدور الحكومي في التعامل معها، فمن الطبيعي أن نرصد مدى وجود هذه الفجوة وتطورها من خلال تتبع المؤشرات الفردية والكلية لتنمية تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات في مصر، على أن نختتم هذا المبحث ببحث الدور الحكومي في مجال تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات ومن ثم في التعامل مع الفجوة الرقمية.

### قطاع تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في مصر

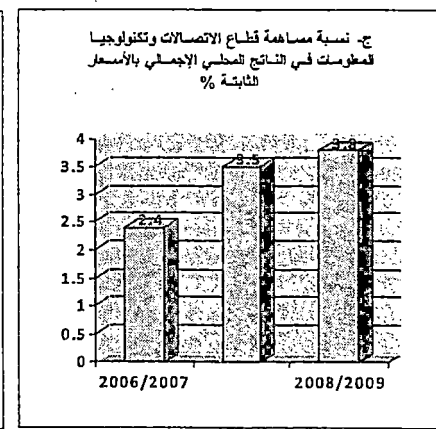
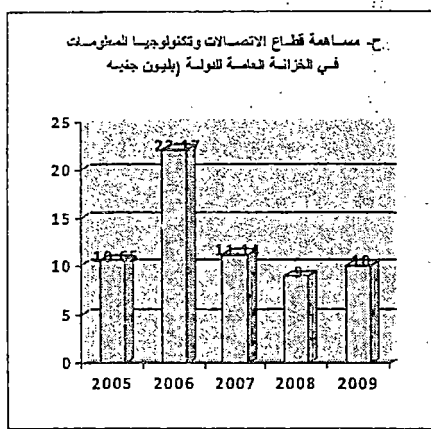
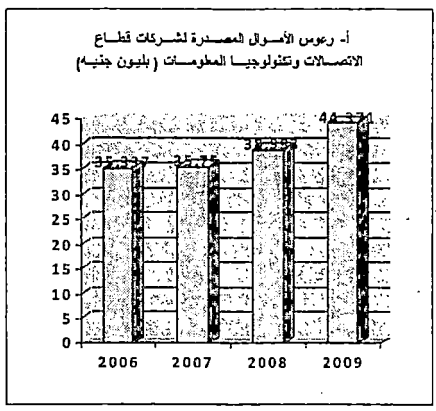
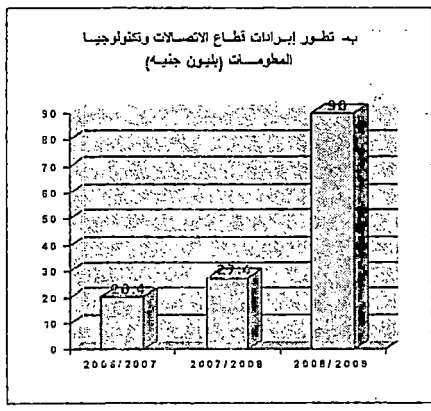
يعتبر قطاع الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات في مصر من القطاعات النامية التي لها أهمية بالنظر إلى حجم الآمال المعقودة عليه لدفع معدل النمو في مصر، وقد سجلت مساهمة القطاع في كل من الناتج المحلي والتوظيف والإيرادات العامة والصادرات نمواً ملحوظاً، بيد أن قيمة المساهمة في تلك المجالات ظلت محدودة بالنظر لمحدودية الوزن النسبي للقطاع بهيكل الاقتصاد القومي.

وطبقاً لبيانات وزارة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات المصرية فقد بلغ متوسط دخل قطاع القطاع خلال الفترة ٢٠٠٨/٢٠٠٩ - ٢٠١٠/٢٠١١ نحو ٢٣,٧١ مليار جنيه بمتوسط نمو سنوي ١١,٣%<sup>٤٣</sup>، وهو ما يشكل نحو ٤% من إجمالي الناتج المحلي الإجمالي. وقد أمد القطاع الخزانة العامة خلال الفترة ٢٠٠٦ - ٢٠١١ نحو ٨٢,٢٨ مليار جنيه ناتجة من عوائد الترخيص وغيرها من المصادر السيادية للدولة كالضرائب، وقد وفر القطاع نحو ٤٢ ألف فرصة عمل مباشرة سنوياً، ١٢٠ ألف فرصة عمل غير مباشرة سنوياً من خلال التعهيد وتصدير الخدمات التكنولوجية في السنوات الثلاث الماضية.

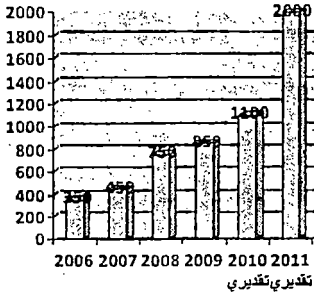
بالرغم من ظروف المرحلة الانتقالية الصعبة التي عاشتها مصر بعد ثورة ٢٥ يناير ٢٠١١ والتي أثرت تأثيراً كبيراً على الاقتصاد المصري، إلا أن معدل نمو القطاع ارتفع إلى ٣٪ في الربع الأخير من عام ٢٠١١، كما زاد عدد العاملين في شركات تكنولوجيا المعلومات العالمية في السوق المصرية عام ٢٠١١ عن الفترة نفسها بالعام السابق بنسبة ٤١٪ وفي الشركات المحلية بنسبة ١٨٪.

ويوضح الشكل رقم (١٦) تطور المؤشرات الاقتصادية لقطاع تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات في مصر حتى الفترة ٢٠٠٩.

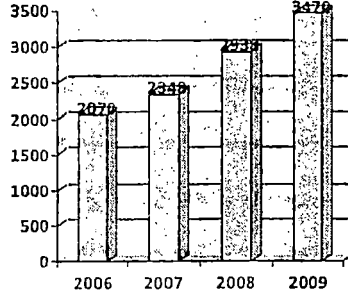
شكل رقم (١٦) المؤشرات الاقتصادية لقطاع الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات



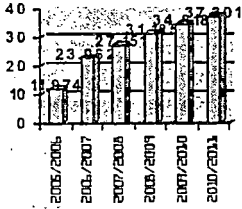
ذ. صادرات قطاع الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات  
(مليون دولار)



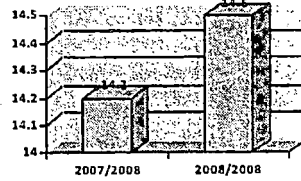
د. عدد الشركات العاملة في قطاع تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات



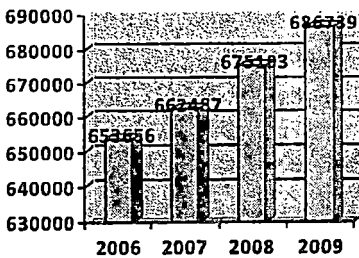
و- القطاع المحلي الإجمالي بتكلفة عوامل الانتاج لقطاع ICT بالأسعار الجارية (بليون جنيه)



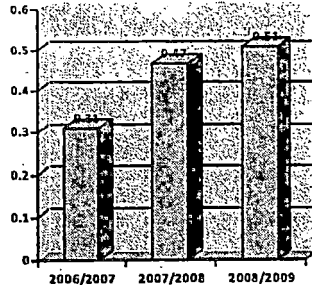
هـ - معدل نمو الناتج المحلي الإجمالي لقطاع الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات %



م- عدد العمالة المباشرة في قطاع الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات



ز- مساهمة قطاع الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات في معدل نمو الناتج المحلي الإجمالي بالأسعار الثابتة %



المصدر: - بيانات الناتج المحلي الإجمالي بتكلفة عوامل الإنتاج، وزارة المالية، الحسابات القومية، الناتج الإجمالي بتكلفة عوامل الإنتاج موزعاً بحسب القطاعات الاقتصادية.  
- باقي المؤشرات: وزارة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات، تقرير مؤشرات قطاع الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات، 2006-2009  
- تشمل الإيرادات العامة حصيلة أكتتاب عام، توزيع أرباح، رسوم ترخيص ضرائب جمركية وصرائب مبيعات وصرائب ودعمات

وتظهر الأشكال السابقة نمواً ملحوظاً للمؤشرات الاقتصادية لقطاع تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات في مصر باستثناء مؤشر مساهمة القطاع في الخزانة العامة للدولة حيث ساهم القطاع في الخزانة العامة في عام ٢٠٠٦ بنحو ٢٢,١٧ بليون جنيه في مقابل ١٠ بليون جنيه في عام ٢٠٠٩. إذ ارتفعت قيمة رءوس الأموال المصدرة لشركات القطاع من نحو ٣٥,٣٧ بليون جنيه في عام ٢٠٠٦ إلى نحو ٤٤,١٧ بليون جنيه في عام ٢٠٠٩، فيما ارتفعت قيمة الناتج المحلي للقطاع من ١١,٩٧٤ بليون جنيه في عام ٢٠٠٥/٢٠٠٦ إلى نحو ٣٧,٣٠١ بليون جنيه في عام ٢٠١١/٢٠١٢، بيد أن ثمة جهود مطلوبة لرفع قيمة هذه المؤشرات خصوصاً في مجال مساهمة القطاع في الناتج المحلي الإجمالي والصادرات المتواضعة الأمر الذي يتطلب ضرورة رفع الاستثمار في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات لرفع الوزن النسبي لهذا القطاع بداخل هيكل الاقتصاد الوطني. ورغم التطور في أداء قطاع تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات في مصر إلا أن هذا التحسن لم يكن كافياً لتسجيل معدل يعتد به في تحسين الفجوة الرقمية في مصر بشقيها الداخلي والخارجي بدلالة العديد من مؤشرات تنمية تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وذلك على النحو الموضح في الجزء التالي.

### الفجوة الرقمية في مصر

بعد أن عرضنا في الجزء السابق للمؤشرات الاقتصادية لقطاع تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في مصر وأوضحنا أن هناك تطور ملموس في الأداء الاقتصادي للقطاع بدلالة مساهمته في الناتج المحلي والتوظيف وعدد الشركات العاملة إلا أن حجم المساهمة لم يكن بالقدر المطلوب، ثمة تساؤل يثار حول تأثير هذا التحسن على مؤشرات تنمية تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات في مصر بمجموعاتها الثلاث: الوصول، والاستخدام، والوصول بجانب المؤشر المجمع لتنمية تكنولوجيا المعلومات والاتصالات IDI، وهل انعكس هذا على حجم الفجوة الرقمية في مصر؟ بداية تشير إحصاءات الاتحاد الدولي للاتصالات ووزارة

الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات المصرية إلي أن مصر رغم الجهود الحكومية المبذولة لم تزال تعاني من فجوة رقمية كبيرة داخلية وخارجية في مصر.

أما عن الفجوة الرقمية المحلية، فهي تظهر في مصر بشكل واضح بين مجموعات المجتمع نتيجة للاختلافات في النوع والعمر ومستوى التعليم والمنطقة الجغرافية. إذ وفقاً لتقرير ITU فإن ثمة فجوة رقمية في مصر بين الرجال والسيدات الذين يتراوح معدل أعمارهم بين ١٥ سنة و٧٤ سنة فيما يتعلق بوصولهم واستخدامهم لتكنولوجيا المعلومات والاتصالات، إذا بلغت النسبة في عام ٢٠٠٩ بالنسبة للرجال ٢٢,٨٪ فيما بلغت للسيدات ١٧,٦٪ بما يعني وجود فجوة قيـدرة ٥,٢٪<sup>٤٤</sup> يمكن إرجاعها للاختلافات في النوع.

وثمة فجوة رقمية بين الحضر والريف، إذ تشير إحصاءات ITU أن نسبة الأفراد الذين يستخدمون الإنترنت في حضر مصر في عام ٢٠٠٩ قد بلغت ٣٠,٧٪ في مقابل ١٤,٣٪ للريف بما يعني وجود فجوة رقمية قدرها ١٦,٥٪<sup>٤٥</sup>، وهو أمر متوقع بمكن تفسيره بعوامل اقتصادية وثقافية واجتماعية كمستويات الدخل والتعليم والثقافة والقبول الاجتماعي لفكرة الانترنت، وتوجد هذه الفجوة في معظم دول العالم ولكنها مداها يكون اقل في الدول المتقدمة مقارنة بالدول النامية. فيما توجد استثناءات بسيطة لهذا الاتجاه حيث تأخذ الفجوة اتجاهاً معاكساً كما في إسرائيل وموريشيوس وزامبيا.

أما عن الفجوة الرقمية الخارجية، فقد شهدت المؤشرات الفردية للوصول والاستخدام والمهارات حسبما هو موضح بالجدول رقم (٤) تحسناً كبيراً باستثناء مؤشر عدد خطوط الهواتف الثابتة / ١٠٠ مشترك، الذي سجل تراجعاً من ١٥ في عام ٢٠٠٨ إلي ١٢ في عام ٢٠١٠ فيما يمكن تفسيره بالتحسن المطرد والسريع في مؤشر اشتراكات الهواتف الخلوية الذي وصلت قيمته في عام ٢٠١٠ إلي نحو ٨٧ وتجاوزت المائة في عام ٢٠١١، باعتبار أن الهاتف المحمول بجانب تميزه بخصائص عدة عن الهاتف



الثابت فهو يمثل بديل كامل له في مجال إجراء المكالمات الهاتفية. ورغم التحسن في قيمة المؤشرات، فإنها لم تزل بعيدة جداً عن نظيراتها في الدول المتقدمة والسابق أن أوردناها تفصيلاً في المبحث الأول. وتجدر الإشارة إلى أن معدلات النمو في قيمة المؤشرات الفردية متباينة، حيث سجلت بعض المؤشرات كاستخدام الهاتف الخليوي والانترنت معدلات نمو مرتفعة.

جدول رقم (٤) المؤشرات الفردية تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات في مصر ٢٠٠٨-٢٠١٠

٢٠١٠	٢٠٠٨	المؤشر
أولاً: مؤشرات الوصول		
١١,٩	١٥,١	١. عدد خطوط الهواتف الثابتة/ ١٠٠ فرد
٨٧,١	٥٢,٧	٢. اشتراكات التليفون الخليوي / ١٠٠ فرد
٦٥٩١	١٩٢٠	٣. الانترنت الدولي (تردد Bits / مستخدم).
٢٧	٢٢,٨	٤. نسبة الأسر الذين يمتلكون أجهزة كمبيوتر %
٣١,٢	١٩,٩	٥. نسبة الأسر الذي يمكنهم الوصول للإنترنت
ثانياً: مؤشرات الاستخدام		
٢٦,٧	١٨	١. نسبة الأفراد الذين يستخدمون الإنترنت
١,٨	١	٢. اشتراكات الإنترنت الثابت (النطاق العريض)/ ١٠٠ فرد
٦,٤	٠,٨	٣. اشتراكات الهواتف المحمولة بتقنية النطاق العريض/ ١٠٠ فرد
ثالثاً: مؤشرات المهارات		
٨٠,٥	٨٠,٥	١. نسبة التسجيل في التعليم الثانوي
٢٩,٦	٢٨,٥	٢. نسبة التسجيل في التعليم ما بعد الثانوي
٦٦,٤	٦٦,٤	٣. نسبة الأفراد البالغين الذين يجيدون القراءة والكتابة

Source: International Telecommunication Union, "Measuring The Information Society", (Geneva:ITU 2011), PP.150- 57

❖ وصلت عدد اشتراكات الموبايل / ١٠٠ فرد في مصر عام ٢٠١١ نحو ١٠١

وفي إطار الفجوة الرقمية الخارجية، يوضح رقم (٥) من المؤشرات المجموعة للوصول والاستخدام والمهارات قد سجلت تحسناً في عام ٢٠١٠ مقارنة بعام ٢٠٠٨، فيما تحسن الترتيب وفقاً لمؤشر الوصول من ٨٣ في عام ٢٠٠٨ إلى ٧٨ في عام ٢٠١٠، بينما ظل ترتيب مصر وفقاً لمؤشر المهارات ثابت، وتراجع ترتيبها وفقاً لمؤشر الاستخدام. وفيما

يتعلق بمؤشر IDI ، ارتفعت قيمة المؤشر من ٢,٧٣ في عام ٢٠٠٨ إلى ٣,٢٨ فيما تحسن الترتيب بشكل محدود من ٩١ إلى ٩٢.

جدول رقم (٥) قيمة المؤشرات الجمعة لتنمية تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات في مصر ٢٠٠٨-٢٠١٠

المؤشر الكلي	عام ٢٠١٠		عام ٢٠٠٨	
	الترتيب	قيمة المؤشر	الترتيب	قيمة المؤشر
مؤشر الوصول	٧٨	٤,٠٧	٨٣	٣,٢٣
مؤشر الاستخدام	٨٩	١,٢	٨٧	٠,٦٨
مؤشر المهارات	١٠٤	٥,٨٨	١٠٤	٥,٨٣
مؤشر IDI	٩١	٣,٢٨	٩٢	٢,٧٣

Source: International Telecommunication Union, "Measuring The Information Society", (Geneva: ITU 2011), PP.150- 57

وفي الجمل فإن ترتيب مصر وفقاً لمؤشرات الوصول والاستخدام والمهارات وتنمية تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات في عام ٢٠١٠ لم يزل متأخراً عالمياً إذ احتلت وفقاً لهذه المؤشرات المراكز ٧٨ ، ٨٩ ، ١٠٤ ، ٩١ على التوالي ، كما أنها احتلت ترتيباً غير متقدم إقليمياً (على مستوى الدول العربية) إذا جاءت في عام ٢٠١٠ في المركز العاشر عربياً وفقاً لمؤشر IDI حسب ما سبق توضيحه بالجدول رقم (٢) ، ومؤدى ما تقدم أنه لم تزل هناك فجوة رقمية كبيرة لصالح الدول المتقدمة ، وأن هناك فجوة رقمية ولكن أقل بين دول الخليج العربي ومصر.

#### الدور الحكومي في مجال سد الفجوة الرقمية في مصر

أوضحنا في الجزء الأول من هذا البحث أن المؤشرات الاقتصادية لقطاع تكنولوجيا المعلومات في مصر قد سجلت تحسناً ملحوظاً ، وأن هذا التحسن صاحبه تطور في معظم مؤشرات تنمية تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات في مصر. إلا أنه يمكن القول أن هذا التحسن الذي قد حدث في كل من المؤشرات الاقتصادية للقطاع وبعض مؤشرات تنميته لا يمكن تفسيره بمعزل عن الدور الحكومي في هذا القطاع الأمر الذي يدفعنا إلى أن نتناول بالشرح للدور الحكومي السابق والحالي في مجال تنمية قطاع

تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات ومن ثم في التعامل مع الفجوة الرقمية وذلك في إطار وسائل التدخل الحكومي المذكورة تفصيلاً في المبحث الثاني. السياسات الحكومية في قطاع تكنولوجيا المعلومات والاتصالات عملت الحكومة على تشجيع وتحفيز قطاع الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات في مصر مستخدمة في ذلك مجموعة من حوافز الاستثمار الضريبية وغير الضريبية. وقد جاء النظام الضريبي المصري الحالي انعكاساً لتوجه السياسة الضريبية القائمة على نظرية مدرسة العرض التي تنادي بتخفيض أسعار الضرائب على الدخل وتوسيع نطاق القواعد الضريبية بتقليص مدى الإعفاءات والحوافز الضريبية، وهكذا صدر قانون الضرائب على الدخل ٩١ لسنة ٢٠٠٥ متضمناً جدولاً تصاعدياً للضريبة على دخول الأشخاص الطبيعيين أعلى معدل له ٢٠٪ فيما تقررت الضريبة على دخول الأشخاص الاعتبارية بسعر نسبي ٢٠٪، وتأسست فلسفة نظام الضرائب على الدخل في مصر على تخفيض أسعار الضرائب في مواجهة تقليص نطاق الإعفاءات والحوافز الضريبة وتوسيع نطاق القواعد الضريبية، قبل أن تضاف شريحة أخرى بواقع ٢٥٪ من قيمة الدخل التي تزيد عن ١٠ مليون جنيه بفعل الضغوط الاجتماعية والاقتصادية التي أعقبت ثورة ٢٥ يناير ٢٠١١، وهكذا مثل المعدل المنخفض للضريبة على الدخل في مصر حافزاً قوياً للاستثمار الأجنبي والمحلي وبطبيعة الحال الاستثمار في مجال تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات. ومع ذلك لم يخلو النظام الضريبي المصري من تقديم بعض الحوافز في مجالات الضريبة الجمركية والضريبة على الدخل والتي تتصل بشكل مباشر أو غير مباشر بقطاع تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات، ويانها كالتالي:

١. وفقاً لجدول التعريف الجمركية المنسقة، تتمتع جميع السلع الخاصة بتكنولوجيا المعلومات والاتصالات كأجهزة الكمبيوتر والهواتف الثابتة والهواتف الخلوية وغيرها وأجزائها ولوازمها بإعفاء مطلق وغير مقيد بأي فترة زمنية من الضريبة الجمركية، بيد أن هذه الأدوات

تخضع للضريبة العامة على المبيعات بمقتضى القانون ١١ لسنة ١٩٩١ بواقع ١٠٪ من القيمة الجمركية فقط ، غير أنه نتيجة للإعفاء الجمركي المنخفضت قيمة ضريبة المبيعات المستحقة عليها بمقدار يعادل معدل الضريبة على المبيعات مضروباً في قيمة الضريبة الجمركية فيما لو لم يتقرر لها الإعفاء الجمركي. ويوضح الجدول رقم (٥) بيان بسلع تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات وأجزائها ولوازمها المعفاة من الضريبة الجمركية مدرجة حسب البند الجمركي بجدول التعريفية الجمركية الصادر بالقرار الجمهوري رقم ٣٩ لسنة ٢٠٠٧ وتعديلاته.

جدول رقم (٥) سلع وأجزاء ومكونات ICT المعفاة من الضريبة الجمركية

م	البند الجمركي	السلعة المعفاة
١	8471	آلات المعالجة الذاتية للمعلومات ووحداتها؛ قارئات مغناطيسية أو بصرية، آلات نقل المعلومات على حوامل بهيئة رموز، وآلات لمعالجة هذه المعلومات
٢	8473.30	أجزاء ولوازم الآلات والأجهزة الداخلة في البند 8471
٣	8517	أجهزة الهاتف (تليفون)، بما في ذلك أجهزة الهاتف لشبكة التليفون المحمول أو للشبكات اللاسلكية الأخر؛ الأجهزة الأخر لإرسال أو استقبال الصوت أو الصورة أو المعلومات الأخر بما في ذلك أجهزة الاتصالات للشبكة ذات السلك أو الشبكة اللاسلكية * مثل (الشبكة المحلية أو شبكة المنطقة الواسعة)....
٤	8504.4010	مغيرات كهربائية ساكنة (إلكتروستاتيكية) لأجهزة المعالجة الذاتية للمعلومات ووحداتها، ولأجهزة الاتصالات وغيرها من الأجهزة
٥	8504.5010	وشائع تأثير كهربائي (محثات) أخر لوحدة الإمداد بالطاقة لأجهزة المعالجة الذاتية للمعلومات ووحداتها ولأجهزة الاتصالات وغيرها من الأجهزة
٦	8518.1010	مذياعات للصوت (ميكروفونات) ذات تردد يتراوح مداه ما بين 300 HZ إلى 3.4 KHZ بقطر لا يتجاوز ١٠ مم وارتفاع لا يتجاوز ٣ مم ، للاستعمال مع أجهزة الاتصالات
٧	8518.2810	مكبرات صوت بدون أغلفة ، ذات تردد يتراوح مداه ما بين 300 HZ إلى 3.4 KHZ بقطر لا يتجاوز ٥٠ مم ، للاستعمال مع أجهزة الاتصالات
٨	-	سماعات رأس وسماعات أذن وسماعات ، وإن

م	البند الجمركي	السلعة المعفاة
	8518.3010	كانت متحدة متذبذب للصوت، و مجموعات أو أطقم مؤلفة من متذبذب صوت " ميكرفون" وواحد أو أكثر من مكبرات للصوت: - - - مجموعات يد خاصة بأجهزة الهاتف السلكية
٩	8523	أسطوانات، اشربة، أدوات تخزين غير طيارة ذات حالة صلبة، "البطاقات الذكية سماتر كارد" والوسائط الأخر لتسجيل الصوت أو الظواهر الأخر وإن كانت مسجلة بما في ذلك القوالب والأسطوانات الأم "ماستر" لإنتاج الاسطوانات المسجلة.
١٠	8525.60	أجهزة ارسال مشتملة على اجهزة استقبال
١١	8525.8010	كاميرات رقمية للصور الثابتة
١٢	8528.41	شاشات مونتور ذات أنبوب أشعة كاثود: - من النوع المستعمل حصراً وبصفة أساسية في أنظمة المعالجة الذاتية للمعلومات الداخلة في البند 8471
١٣	8528,51	شاشات مونتور آخر - من النوع المستعمل حصراً وبصفة أساسية في أنظمة المعالجة الذاتية للمعلومات الداخلة في البند 8471
١٤	8528.61	أجهزة عرض الصور المتحركة (بروجيكتور): - من النوع المستعمل حصراً وبصفة أساسية في أنظمة المعالجة الذاتية للمعلومات الداخلة في البند 8471
١٥	85.42	دوائر اليكترونية متكاملة
١٦	8544.2020	كابلات من النوع المستعمل في الاتصالات
١٧	8544.4910	مواصلات كهربائية من النوع المستخدم في الاتصالات

المصدر: وزارة المالية، "التعريف الجمركية الصادرة بالقرار الجمهوري رقم ٣٩ لسنة ٢٠٠٧ وتعديلاته بالقرارين الجمهوريين ١٠٣ لسنة ٢٠٠٨، ٥١ لسنة ٢٠٠٩، فبراير ٢٠٠٩.

٢. في مجال الخدمات الخاضعة للضريبة العامة على المبيعات بشكل حصري محدد في الجدول رقم (٢) المرفق بالقانون ١١ / ١٩٩١، أخضعت خدمات الاتصالات للضريبة العامة على المبيعات، بيد أنه ميز بين خدمات الاتصالات الدولية والتلكس والفاكس، وخدمات الاتصالات المحلية حيث أخضعت الأولى لمعدل ١٠٪ فيما أخضعت الثانية للضريبة لمعدل ٥٪، فيما خضعت خدمات الاتصالات الدولية

أو المحلية عن طريق التليفون المحمول المعدل ١٥٪. وقد خلا جدول الخدمات الخاضعة للضريبة من خدمات الإنترنت. وتجدر الإشارة أن خدمات التركيبات والتوصيلات التليفونية (سلكية ولا سلكية) أخضعت لذات الضريبة بواقع ١٠٪.

٣. أخضع القانون ١١ لسنة ١٩٩١ الصادرات بما فيها الصادرات من سلع وخدمات تكنولوجيا المعلومات للضريبة بالسعر الصفري.

٤. وفيما يتعلق بضرائب الدخل المقررة بمقتضى القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ ، قرر القانون الضريبي معدلاً لاستهلاك الحاسبات الآلية ونظم المعلومات والبرامج وأجهزة تخزين البيانات بواقع ٥٠٪ من أساس الاستهلاك لكل سنة ضريبية، وترتب آلية خصم الاستهلاك وفراً ضريبياً تحققه الشركة مقارنة بالوضع المحقق فيما لو لم يتم السماح بخصم الاستهلاك. وبطبيعة الحال تزيد قيمة هذه الميزة كلما ارتفعت نسبة مسموحات الاستهلاك.

٥. يمكن لشركات تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات في حالة تحقيقها لخسائر الاستفادة من آلية خصم الخسائر المقررة بالمادة ٢٩ من قانون الضرائب رقم ٢٠٠٥/٩١ ومضمونها ترحيل الخسائر للأمام خصماً من أرباح السنوات التالية ولمدة خمس سنوات فقط.

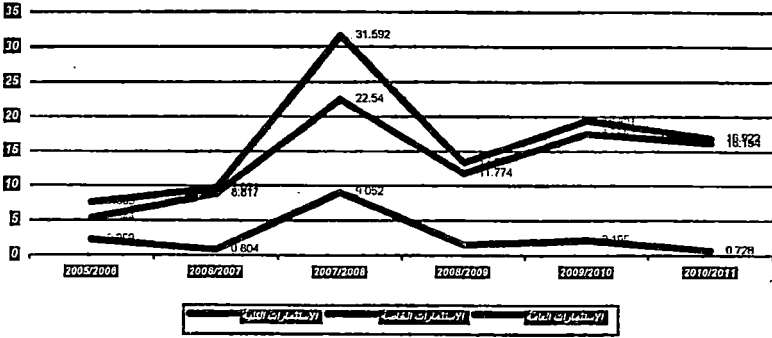
وقد خلا النظام المصري للضرائب على الدخل من عدد شائع من الحوافز الضريبية كالأهلاك المعجل ومعونات الاستثمار، فيما قرر حافظ الإجازة الضريبية بشكل انتقائي باعفاء أرباح المنشآت التي تمارس أنشطة معينة ليس من بينها أنشطة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، بيد أنه قرر إعفاءً للأرباح التي تحقق من المشروعات الجديدة بتمويل من الصندوق الاجتماعي للتنمية وذلك لمدة خمسة سنوات ، وبطبيعة الحال فإن النص جاء عاماً ليتيح لكافة القطاعات الاقتصادية أن تستفيد بهذا الإعفاء ومنها بطبيعة الحال مشروعات تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، ولكن يظل التمتع بالإعفاء مرهوناً بالتمويل من الصندوق الاجتماعي وفي حدود هذا التمويل.

وفي مجال حوافز الاستثمار غير الضريبية صدر القانون ٨ لسنة ١٩٩٧ متضمناً عدداً من حوافز الاستثمار (ألغيت فيما بعد بمقتضى القانون ٩١) وقد حدد القانون المذكور مجموعة من المشروعات للاستفادة من الضمانات والحوافز المقررة به ، جاء من بينها مشروعات إنتاج برامج وأنظمة الحاسب الآلي ، ومشروعات الاتصالات باعتبارها احد عناصر البنية التحتية. كما تضمن القانون عدداً من ضمانات الاستثمار أهمها: عدم جواز تأميم ومصادرة الشركات والمنشات أو فرض الحراسة عليها عن الطريق الإداري ، كما لا يجوز لأي جهة إدارية التدخل في تسعير منتجات الشركات او تحديد أسعارها.

### الاستثمار الحكومي في البنية الأساسية لتكنولوجيا الاتصالات والمعلومات

تمتلك الدولة في مصر معظم البنية الأساسية للاتصالات الثابتة من خلال الشركة المصرية للاتصالات ، فيما تمتلك الشركات الخاصة معظم البنية الأساسية للاتصالات الخلوية في ظل رقابة مباشرها الحكومة من خلال الجهاز القومي لتنظيم الاتصالات ، وتطبق الحكومة عدد من التطبيقات في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في المؤسسات الحكومية في إطار مشروع الحكومة الإلكترونية وتطلق وتشرف على تنفيذ عدد من المبادرات في مجال التعليم وفي مجال الرعاية الصحية ، كما أنشأت بنية تحتية ناجحة للتجارة الإلكترونية . ويتم سنوياً تنفيذ استثمارات بداخل قطاع الاتصالات موزعة بين استثمارات خاصة هي الأكثر واستثمارات عامة أقل ، ويوضح الشكل رقم (١٧) تطور كل من الاستثمارات الكلية والاستثمارات الخاصة والاستثمارات العامة خلال الفترة ٢٠٠٥/٢٠٠٦ - ٢٠١٠/٢٠١١. في ضوء البيانات المعلنة من وزارة التخطيط والتعاون الدولي.

شكل رقم (17) تطور الاستثمارات الكلية والخاصة والعامة المنفذة في قطاع الاتصالات (مليار جنيه)



وكما هو موضح في الشكل السابق فإن معظم الاستثمارات المنفذة خلال الفترة هي استثمارات خاصة فيما حظيت الاستثمارات العامة بحصة قليلة وكانت أعلى استثمارات عامة منفذة في عام ٢٠٠٨/٢٠٠٧ حيث بلغت نحو ٩,٠٥٢ مليار جنيه في مقابل ٢٢,٥٤ مليار جنيه استثمارات نفذها القطاع الخاص ، ويعني ما تقدم أن الدور الحكومي في مجال الاستثمار العام في قطاع الاتصالات كان محدوداً في توجه واضح خلال السنوات الأخيرة نحو عدم منافسة القطاع الخاص في مجال الاستثمار بالقطاع وتوجيه جهود الحكومة ومواردها بشكل أكبر لجوانب تحفيز وتنظيم القطاع وإدارة تطوير بنيته التحتية .

وتمثل شركة القرية الذكية أحد العناصر الأساسية للبنية التكنولوجية للقطاع وهي عبارة عن تجمع لشركات الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات والمؤسسات الحكومية المرتبطة بها، وقد تأسست في نوفمبر ٢٠٠١ كاستثمار ضمن إطار شراكة القطاع العام والقطاع الخاص بتكلفة بلغت ٦ مليار جنيه بهدف خلق وإدارة مجتمعات تقوم على الأفكار المبتكرة والعمل التطبيقي<sup>٤٦</sup>. وفي مجال الاستثمار في تكوين وتطوير البنية التكنولوجية للقطاع، اتجهت الحكومة المصرية لإنشاء الحاضنات التكنولوجية ICT Incubators باعتبارها وسيلة متطورة لتطوير الصناعة



من خلال تشجيع الشباب على الدخول لهذه الصناعة من خلال تكوين شركات جديدة يجري رعايتها لفترة زمنية معينة مع تزويدها بأوجه الدعم المالي والإداري والفني بجانب المساعدة في تسويق منتجاتها<sup>٤٧</sup>.

وفي إطار الشراكة مع القطاع الخاص تم إنشاء المنطقة التكنولوجية بالمعادي لتصدير خدمات الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات لمواكبة التطور السريع في مجال الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات ويقدم المجمع أحدث التقنيات المستخدمة في مراكز الاتصالات، مما يساعد على تقديم مصر للإمام بين الجهات الرائدة التي تعمل بنظام التمهيد الخارجي في المنطقة. ويوفر المجمع خيارات متعددة لفرص الاستثمار بما يلبي الاحتياجات المختلفة للمستثمرين، كما يوفر البنية الأساسية للاتصالات بأسعار تنافسية من خلال الشركة المصرية للاتصالات وشركات الانترنت والمحمول ويوفر الكوادر البشرية المؤهلة من خريجي الجامعات لتقديم هذه الخدمات المتميزة حيث يتم تدريب أكثر من عشرين ألف خريج سنويا على مهارات تكنولوجيا المعلومات المطلوبة<sup>٤٨</sup>.

وفي عام ١٩٩٨ تم تحويل الهيئة القومية للاتصالات إلي الشركة المصرية للاتصالات، واحتفظت الشركة بشكل حصري بتوفير خدمات الهواتف الثابتة، وهي شركة مساهمة مصرية أخضعت للقانون ١٥٩ لسنة ٨١. بعد أن طرح في عام ٢٠٠٥ للبيع في سوق الأوراق المالية ٢٠٪ من إجمالي أسهم الشركة من قبل الحكومة المصرية ممثلة في وزارة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات للمستثمرين من الأفراد والمؤسسات. وتغطي الشركة بخدماتها جميع أنحاء جمهورية مصر العربية، يبلغ عدد المشتركين بها نحو ١١ مليون مشترك، كما يبلغ حجم العمالة بها نحو ٥٥٠٠١ عامل<sup>٤٩</sup>. وتشير التقارير المالية المعلنة من الشركة في نهاية عام ٢٠١١ أن قيمة استثمارات الشركة قد بلغت نحو ٢٦,٩٦١ مليار جنيه، وان أرباحها الصافية ٢,٦٢٢ مليار جنيه في مقابل ٣,٠٧٩ مليار جنيه في عام ٢٠١٠<sup>٥٠</sup>.

وفي مجال الإنترنت تبنت الحكومة من خلال وزارة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات مبادرات عدة لنشر استخدامات الانترنت في مصر بتكلفة ملائمة لشرائح عريضة من المجتمع المصري لعل أهمها ما يلي:

- مبادرة الإنترنت المجاني في عام ٢٠٠٢ والتي هدفت إلى زيادة مستخدمي الإنترنت من خلال توفير آلية منخفضة التكلفة للاتصال بالإنترنت.

- مبادرة استخدام الإنترنت ذات النطاق الواسع في عام ٢٠٠٤ بهدف خفض تكلفة الاتصال بالإنترنت فائق السرعة ADSL.

وقد أدت هاتان المبادرتان إلى زيادة مستخدمي الإنترنت بشكل ملحوظ بداية من عام ٢٠٠٧ إلى درجة انه وصل في نهاية يناير ٢٠١٢ إلى نحو ٣١,٢١ مليون مستخدم. ومن ناحية أخرى ساهم انتشار استخدام الإنترنت اللاسلكي من خلال كل من USB Modem والهواتف الخلوية في ارتفاع عدد مستخدمي الانترنت ذات النطاق الواسع<sup>٥١</sup>.

- وفي اطار التعاون مع شركة مايكرو سوفت أطلق مشروع الرخصة الدولية لقيادة الحاسب ICDL والذي ساهم حتى نهاية ديسمبر ٢٠١٢ في حصول نحو ٨٣٦٨٠١ فرد على هذه الرخصة.

وثمة مبادرة أخرى تبنتها الحكومة في محاولة منها لتضييق الفجوة الرقمية من خلال إنشاء ما يسمى بنوادي او بيوت التكنولوجيا ، وتعتبر نوادي التكنولوجيا واحدة من أهم المبادرات المجتمعية الهادفة إلى نشر استخدامات تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في العديد من المناطق الريفية والنائية، وتتيح هذه النوادي استخدام الحاسب الآلي والإنترنت بتوفير معامل الحاسب الآلي داخل المدارس والأندية ومراكز الشباب، وقد أعطت وزارة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات الأولوية في هذه المبادرة للمناطق التي يدخل سكانها ضمن فئة محدودى الدخل. وبصفة عامة، يمكن للمشاركين الوصول إلى المعامل والخدمات التي تتيحها الأندية في أي وقت وبمقابل رمزي، وخلال الفترة من آخر ديسمبر ٢٠٠١ حتى نهاية

ديسمبر ٢٠١١، تم إنشاء عدد ١٩٥٥ ناد متصلة بالإنترنت وعدد ٢١٦٣ نادي مزودة بأجهزة الكمبيوتر موزعة على جميع محافظات مصر<sup>٥٢</sup>.  
تكوين وتطوير البنية التشريعية والتنظيمية

تعنى الحكومة في مصر بعملية إنشاء وتطوير البنية التنظيمية والتشريعية اللازمة لتشغيل قطاع تكنولوجيا المعلومات والاتصالات بكفاءة وفاعلية، وبتقليص الفجوة الرقمية بين مصر والدول المتقدمة وبين مختلف الفئات بداخل المجتمع المصري. ويشكل وجود بنية تشريعية ومؤسسية داعمة لقطاع الاتصالات المصري أحد الشروط الرئيسية اللازمة لنجاح القطاع ورفع قدرته على جذب استثمارات أجنبية وتصدير منتجاته، وخلال السنوات العشر الأخيرة شهدت البنية التشريعية للقطاع تطورات عدة، حيث صدرت مجموعة من التشريعات ذات الصلة، أهمها قانون الاتصالات رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٣ وهو قانون متكامل هدف إلي تنظيم وتحرير وتشجيع الاستثمارات في قطاع الاتصالات وتأمين الشفافية في المجالات المختلفة للاتصالات<sup>٥٣</sup>، وقد خضع لتعديلات إبان ثورة ٢٥ يناير شملت المادتين ٦٥ و ٦٧، كما صدر القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ بتنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، وبجانب ما تقدم يوجد عدد من القوانين العامة التي يؤثر تطبيقها بحكم طبيعتها على قطاع تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات وهي القانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥ بإصدار قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية، والقانون ٨ لسنة ١٩٩٧ بشأن حوافز وضمانات الاستثمار، القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ بشأن حماية المستهلك. ويدخل أيضاً في إطار البنية التشريعية للقطاع مجموعة من الاتفاقيات التي وقعت عليها مصر، كإتفاقية إنشاء المنظمة العالمية للملكية الفكرية WIPO واتفاقية الجوانب المتعلقة بالتجارة في حقوق الملكية الفكرية TRIPS. بيد أنه رغم الجهود المبذولة لتوفير بنية تشريعية داعمة لقطاع تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات في مصر، إلا أن ثمة جوانب قصور تحتاج إلي معالجة تشريعية

وهي مجالات: إتاحة البيانات والمعلومات، وأمن الفضاء المعلوماتي، والتجارة الإلكترونية.

ويقع على قمة البنية التنظيمية للقطاع وزارة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات وقد تشكلت هذه الوزارة في عام ١٩٩٩ لتمكين تحول مصر نحو المجتمع الرقمي القائم على تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات، وقد تضمنت خطة التحول محاور عدة لعل أهمها ما يلي:

• تحضير رقمي لشبكات الاتصالات في مجال الهواتف الثابتة والهواتف المحمولة.

• تقديم خدمات الحكومة الإلكترونية إلي المواطنين ومجتمعات الأعمال بسرعة ويسر.

• تسهيل خدمات الأعمال التكنولوجية بتحويل المجتمع المصري نحو مجتمع المعلومات.

• تطوير تطبيقات التعليم الإلكتروني التي تستهدف نشر واستخدام المعلومات بالإنترنت.

• تطوير الخدمات الصحية باستخدام تكنولوجيا المعلومات لتقديم خدمات طبية عن بعد.

• توثيق التراث الحضاري والطبيعي إلكترونياً لتقديم المحلي والعالمي للحضارة المصرية.

• تطوير الصناعة المتعلقة بالتكنولوجيا من خلال رفع مستوى نوعية الشركات المصرية ورفع قدرتها التنافسية عالمياً.

#### الجهاز القومي لتنظيم الاتصالات NTRA

تأسس هذا الجهاز بموجب قانون تنظيم الاتصالات رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٣ ليكون مسؤولاً عن تنظيم قطاع الاتصالات، ويقوم عمل الجهاز على مبادئ رئيسية منها المحافظة على مبدأ الشفافية والمنافسة الحرة والخدمة الشاملة وحماية حقوق المستخدم، ويعمل الجهاز على تطوير قطاع الاتصالات وتحرير سوق الاتصالات، بجانبه كونه يحفظ التوازن بين الدولة وصناعة الاتصالات والمستخدم من خلال الدور الذي يلعب

كحكم بين هذه الأطراف ويمكن إيجاز أهم أهداف الجهاز على النحو التالي<sup>54</sup>:

- ضمان وصول خدمات الاتصالات إلى جميع مناطق الجمهورية.
- حماية الأمن القومي والمصالح العليا للدولة.
- ضمان الاستخدام الأمثل للطيف الترددي وتعظيم العائد منه.
- ضمان الالتزام بأحكام الاتفاقيات الدولية النافذة والقرارات الصادرة عن المنظمات الدولية والإقليمية التي تقرأها الدولة.
- مراقبة تحقيق برامج الكفاءة الفنية والدراسات الاقتصادية لمختلف خدمات الاتصالات.

ويكون للجهاز موازنة خاصة يتم إعدادها طبقاً للقواعد التي تحددها اللوائح الداخلية للجهاز وياتباع النظام المحاسبي الموحد، وتبدأ السنة المالية للجهاز مع بداية السنة المالية للدولة وتنتهى بنهايتها. ويكون للجهاز حساب تودع فيه موارده ويرحل الفائض من موازنة الجهاز من سنة إلى أخرى إلى صندوق الخدمة الشاملة للاتصالات فيما عدا ما قد ينخصه مجلس الوزراء من هذا الفائض للدولة بناء على عرض الوزير المختص بمد التشاور مع وزير المالية، ويتم الصرف من موارد الصندوق بقرار من مجلس الإدارة على أوجه الصرف الآتية ٥٥:

١- مشروعات البنية الأساسية اللازمة لتحقيق قاعدة الخدمة الشاملة للاتصالات.

٢- إعادة تنظيم الطيف الترددي.

٣- مشروعات الخطة القومية للاتصالات والمعلومات.

٤- تعويض مشغلي ومقدمة خدمات الاتصالات بقيمة الفرق بين السعر

الاقتصادي المعتمد للخدمة والسعر الذي قد يحدد بمعرفة الدولة

لصالح المستخدم.

**هيئة تطوير صناعة تكنولوجيا المعلومات ITIDA**

تأسست هذه الهيئة في عام ٢٠٠٥ بمقتضى قانون التوقيع

الإلكتروني رقم ١٥ لسنة ٩٥ بهدف تشجيع صناعة تكنولوجيا المعلومات

وزيادة فرص تصدير خدماتها، والإسهام في تطوير وتنمية الجهات العاملة في مجال صناعة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، وتوجيه وتشجيع وتنمية الاستثمار في مجال صناعة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، ورعاية المصالح المشتركة لأنشطة تكنولوجيا المعلومات، وأخيراً دعم البحوث والدراسات في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وتشجيع الاستفادة بنتائجها وغيرها من الأهداف. وتمتع الهيئة بشخصية اعتبارية مستقلة وبموازنة مستقلة يجري إعدادها وفقاً لقواعد إعداد موازنات الهيئات الاقتصادية، وتبدأ السنة المالية للهيئة مع بداية السنة المالية للدولة وتنتهي بانتهائها، ويكون للهيئة حساب خاص لدى البنك المركزي المصري نودع فيه مواردها، ويرحل الفائض في موازنة الهيئة من سنة لأخرى، ويجوز بقرار من رئيس مجلس الوزراء بناء على عرض من وزير المالية أن يؤول جزء من هذا الفائض للخزانة العامة للدولة<sup>٥٦</sup>.

وكما سلف الذكر فقد أسهم الدور الحكومي في تحسين الأداء الاقتصادي لقطاع الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات في مصر، بيد أن هذا التحسن لم يواكبه التقدم الكبير الذي يمكنها أن يضيق من مدى الفجوة الرقمية في مصر بأبعادها المحلية والإقليمية والدولية. وربما يكون في كل من التوصيات التي طرحت في الاونكتاد بشأن مراجعة وتقييم سياسة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في مصر، والإستراتيجية المقترحة لقطاع الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات المصري خلال الفترة ٢٠١٢ - ٢٠١٧، ما يؤيد ذلك.

توصيات بشأن مراجعة وتقييم سياسة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في مصر في ٢٦ أكتوبر علم ٢٠١١، عقد مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية UNCTAD بالتعاون مع وزارة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات اجتماعاً في مقر الأمم المتحدة في جنيف لمناقشة توصيات متصلة بتقييم سياسة مصر بشأن تكنولوجيا المعلومات والاتصالات والسياسات المتخذة بواسطة الحكومة المصرية والانجازات التي حققتها والتحديات التي واجهتها في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات. وقد حضر المؤتمر عدد

من الدبلوماسيين ومندوبين من المؤسسات الدولية بما فيهم الاتحاد الدولي للاتصالات والاتحاد الأوروبي والبنك الدولي والمنظمة العالمية لحقوق الملكية ومندوبين من شركات ICT الدولية، وقد سجل الحضور نجاح مصر في خلق قطاع في تكنولوجيا المعلومات والاتصالات مرجعين ذلك للقدرات البشرية والمؤسسية للمصر وكذلك السياسات المتخذة بواسطة الحكومة خصوصاً تلك المعنية بتحرير قطاع تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وتنمية الموارد البشرية. كما سجل خلال المؤتمر ملاحظتين إيجابيتين: تتعلق أولها بسوق التليفون الخليوي الذي شهد نمواً كبيراً ويعتبر الأهم في الدول العربية، فيما تتعلق الملاحظة الثانية بالتقدم الذي سجل في المؤشر المحلي للخدمات الكونية الذي أطلقته مؤسسة A.I. Kearney، بيد أن المؤتمر انتهى إلي عدد من التوصيات التي يرى أن تعمل بها مصر لمعالجة بعض الجوانب السلبية بها أهمها<sup>٥٧</sup>:

١. جعل السياسات أكثر اتصالاً بالطلب.
٢. جعل سياسات تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات أكثر شمولاً.
٣. العمل في إطار شراكة أكبر مع القطاع الخاص.
٤. التوجه نحو صادرات الخدمات ذات القيمة المضافة الأعلى.
٥. لاستفادة المهارات والخبرات الأجنبية
٦. تقوية التنسيق بين الوحدات الحكومية والتأكد من استخدام أحدث التكنولوجيات.
٧. وضع أهداف كمية والاستمرار في مراقبة ورصد التقدم وتبني رؤية طويلة الأجل.
٨. دعم دور خدمات الرسائل القصيرة SMS في الاستراتيجيات والخطط المستقبلية.

ملاحق إستراتيجية قطاع الاتصالات والمعلومات في مصر

وضع قطاع الاتصالات تكنولوجيا المعلومات وفي مصر إستراتيجية لفترة ٢٠١٢ - ٢٠١٧ رسالتها الأساسية تنمية مجتمع ديمقراطي يدعم اقتصاد مصري قوي يركز على الإتاحة الكاملة

للمعلومات وجودة الخدمة لضمان حقوق المواطن الرقمية وتطوير صناعة قومية قائمة على المبادرات البشرية والإبداع، ولكي تتبلور هذه الرسالة تم تحديد أربعة أهداف إستراتيجية هي: دعم التحول الديمقراطي، وتعزيز المواطنة الرقمية ومجتمع المعلومات ودعم التنمية المستدامة من خلال تطويع أدوات تكنولوجيا المعلومات والاتصالات بالإضافة إلي تعزيز الاقتصاد الوطني من خلال اقتصاد المعرفة. وتضع الإستراتيجية أهدافا كمية لتحديد المؤشرات المتوقعة للإستراتيجية كالتالي<sup>٥٨</sup>:

١. بالنسبة للأهداف الخاصة بدعم التحول الديمقراطي وتعزيز المواطنة الرقمية ومجتمع المعلومات، تعمل الإستراتيجية إلي زيادة معدلات النفاذ للانترنت فائق السرعة ليصل إلي ١٣ مليون مشترك في عام ٢٠١٥ وزيادة معدل انتشار الحاسبات في المنازل لتصل إلي (٤٠٪) من الأسر المصرية خلال الخمس سنوات القادمة مع الوصول إلي ١٠٠٠ بيت تكنولوجيا موزعة على مستوى الجمهورية.

٢. وتعمل الأهداف الكمية المرتبطة بدعم التنمية المستدامة إلي ربط جميع المدارس والمؤسسات التعليمية بالانترنت فائق السرعة وتشجيع وربط التوقيع الإلكتروني في ثلاثة هيئات حكومية لتقديم خدمات بين الهيئات الحكومية وبعضها وبين الحكومة والمستهلك والقطاع الخاص، مع زيادة حجم التجارة الإلكترونية بنسبة ٢٠٪، مع الوصول بنسبة مستخدمي العمليات المصرفية على الإنترنت على الهاتف المحمول إلي ٣٠٪، وتحسين مرتبة مصر في المحتوى الرقمي العربي بزيادة عدد المواقع المؤمنة على الإنترنت بنسبة (٨ - ١٠٪).

٣. وفيما يتعلق بالهدف الاستراتيجي الخاص بتعزيز الاقتصاد الوطني من خلال تنمية اقتصاد المعرفة، يستهدف قطاع التكنولوجيا الاتصالات والمعلومات في مصر الحفاظ على معدلات نمو القطاع من (٧ - ١٠٪) خلال السنوات الخمس المقبلة مع زيادة مساهمة قطاع الاتصالات في الدخل القومي لتصل إلي ٥٪ من العائد السيادي للدولة وصادرات تعهيد خدمات تكنولوجيا المعلومات وعائدات الملكية الفكرية (٢.٥)



مليار دولار من صادرات التعهيد، ومليار دولار من عائد حقوق الملكية الفكرية)، والوصول بحجم الاستثمارات إلى ٥٥ مليار جنيه بزيادة قدرها ٢٠٪. ويستهدف القطاع زيادة عدد العاملين في مجال تعهيد تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات ليصل إلى ٧٥٠٠٠٠ فرصة عمل في مجال تكنولوجيا المعلومات و ٢٠٠٠٠٠ فرصة عمل في مجال تكنولوجيا المعلومات و ١٠٠٠٠٠ فرصة عمل في مجال الإبداع، مع زيادة عدد المناطق التكنولوجية لتصل إلى ٢٠ منطقة بالمحافظات، والوصول بصادرات البرمجيات والبرمجيات المدججة إلى ٥٠٠ مليون دولار خلال سنتين.

### الختام

تناول البحث بالشرح والتحليل لموضوع الفجوة الرقمية في الدول النامية مع إشارة خاصة لمصر، وقد اهتم البحث على وجه التحديد بإبراز الدور الذي يمكن أن تلعبه الحكومات في مجال تنمية تكنولوجيا المعلومات والاتصالات ومن ثم في سد أو تقليص الفجوة الرقمية ببعديها المحلي والدولي. وقد قسم البحث إلى ثلاثة مباحث رئيسية. تناول المبحث الأول الإطار النظري لمفاهيم تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وأهميتها كما عرض لمفهوم الاقتصاد الرقمي وهيكله قبل أن يختتم بعرض مفهوم الفجوة الرقمية وتناول أسبابها وعرض مؤشراتنا في إطار مقارنة بين الدول المتقدمة والدول النامية، كما عرض لسبل معالجتها. ولأن موضوع البحث يتعلق أساساً بالدور الحكومي في معالجة الفجوة الرقمية كان من الطبيعي أن نخصص مبحثاً مستقلاً لهذا الموضوع وهو ما اضطلع المبحث الثاني بتنفيذه، فبدأ بعرض تطور الدور الحكومي عبر مدارس الفكر الاقتصادي المختلفة ثم تناول بالتحليل للدور الحكومي في الدول النامية في ظل برامج التحول الاقتصادي وفي ظل بزوغ ظاهرة العولمة. وكان من الطبيعي أن ينتقل لمناقشة محور الموضوع وهو الدور الذي يمكن أن تلعبه الحكومة في تنمية تكنولوجيا المعلومات والاتصالات والأدوات التي يمكن استخدامها لتحقيق هذا والتي تراوحت بين أدوات التدخل باستخدام

السياسات الاقتصادية ، وأدوات التدخل المباشر من خلال التنظيم والتشريع . وتصدى المبحث الثالث بالتحليل لظاهرة الفجوة الرقمية في مصر والدور الحكومي في التعامل معها ، فبدأ بعرض المؤشرات الاقتصادية لقطاع الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات ثم تناول بالتحليل مؤشرات تنمية قطاع الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات في مصر ومن ثم المؤشرات الدالة على وجود الفجوة الرقمية في مصر محلياً وإقليمياً ودولياً ، ثم انتقل المبحث لاستطلاع الدور الحكومي في تنمية تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في مصر من خلال آليات الاستثمار والتحفيز والمشاركة باستخدام أدوات السياسات الاقتصادية والمالية ، وتكوين وتطوير البنى التحتية التكنولوجية والتنظيمية والتشريعية لقطاع الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات في مصر ، ثم عرض المبحث لبعض الملاحظات الايجابية والسلبية التي أثارها المؤتمر الدولي الذي عقد في جنيف لتقييم سياسة تكنولوجيا المعلومات في مصر ، قبل أن يختتم بعرض سريع للملامح إستراتيجية قطاع الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات المصري خلال الفترة ٢٠١٢ - ٢٠١٧ . وقد انتهى البحث إلي عدد من النتائج والتوصيات نعرض لها فيما يلي :

#### نتائج البحث

انتهى البحث إلي عدد من النتائج تتعلق بالفجوة الرقمية في كل من الدول النامية و مصر والدور الحكومي في التعامل مع هذه الفجوة ، لعل أهمها ما يلي :

أولاً : في مجال الفجوة الرقمية بين الدول المتقدمة والدول النامية

- ١ . تعاني الدول النامية في المتوسط من فجوة كبيرة في استخدام الهواتف الثابتة فيما تحسن الوضع فيما يتعلق باستخدام الهواتف الخلوية ، فيكفي أن نشير إلي ارتفاع مؤشر اشتراكات التليفون الخلوي / ١٠٠ فرد بالنسبة للدول النامية من ٢٢,٩ في عام ٢٠٠٥ إلي ٧٧,٨ في عام ٢٠١١ و في إفريقيا من ١٢,٤ إلي ٥٣,١ في نفس العام .

٢. بالرغم من محاولة الدول النامية اللحاق بتقنية 3G إلا أن مؤشر اشتراكات الهواتف المحمولة بتقنية النطاق العريض لم يزل يعكس وجود فجوة واسعة بين الدول المتقدمة والدول النامية، حيث بلغت بدلالة عدد اشتراكات الهواتف المحمول ذات النطاق العريض / ١٠٠ فرد نحو ٤٣ ، فيما تزداد هوة الفجوة بالنسبة لإفريقيا إذ لم تزل قيمة المؤشر أقل من ٥.

٣. اتسم معدل النمو في استخدام النطاق العريض الثابت في الدول المتقدمة بالبطء، حيث سجل فقط زيادة قدرها ٥٪ في سنة ٢٠١١، فيما سجلت الدول النامية معدل نمو اعلي في ذات العام بلغ ١٨٪، ورغم ذلك لم تزل الفجوة شاسعة وفقاً لهذا المؤشر بين الدول المتقدمة والدول النامية، وتزيد بالنسبة لإفريقيا (قيمة المؤشر في عام ٢٠١١ نحو ٠,٢ / ١٠٠ فرد).

٤. في مجال استخدام الكمبيوتر والوصول للإنترنت، أوضح مؤشر حياة أجهزة الكمبيوتر وجود فجوة كبيرة بين الدول المتقدمة والدول النامية، حيث تزايد حجم الفجوة لصالح الدول المتقدمة من ٣٩,٩٪ في عام ٢٠٠٥ إلى ٤٩,٤٪ في عام ٢٠١١، كما ظلت قيمة المؤشر بالنسبة للدول النامية بعيدة عن المتوسط العام العالمي، ويعكس المؤشر تدني نسب الأسر التي تمتلك أجهزة كمبيوتر في أفريقيا مقارنة بالمناطق الأخرى من العالم، فيما سجل تحسناً ملحوظاً بالنسبة للدول العربية. وبالرغم من التحسن النسبي الذي سجلته الدول النامية فيما يتعلق بمؤشر الأسر التي يمكنها الوصول للإنترنت من المنازل، إلا أن مدى الفجوة بين الدول المتقدمة والدول النامية قد تزايد من ٣٥,٥٪ في عام ٢٠٠٥ إلى ٤٩,٨٪ في عام ٢٠١١، كما سجل مؤشر نسبة الأفراد مستخدمي الإنترنت تفاوتاً ملحوظاً لصالح الدول المتقدمة في مواجهة الدول النامية، وتظل إفريقيا وفقاً لهذين المؤشرين في ذيل القائمة وفقاً للمناطق الجغرافية.

٥. أوضحت المؤشرات الفرعية لتنمية تكنولوجيا المعلومات لجوانب الوصول والاستخدام والمهارات أن الدول العربية تعاني من فجوة رقمية في مواجهة دول أوروبا والولايات المتحدة ودول شرق آسيا، إذا خلت قائمة أفضل ثلاثين دولة مرتبة وفقاً لمؤشر تنمية تكنولوجيا المعلومات من أي دولة عربية، كما أن ثمة فجوة رقمية بداخل الدول العربية توجد بشكل ملحوظ بين دول الخليج ودولاً عربية عدة منها مصر.

٦. وهكذا يمكن في ضوء ما تقدم القول بأن استقراراً ورصد تطورات مؤشرات تنمية تكنولوجيا المعلومات والاتصالات قد أيدت صحة الفرض الأول للبحث القائل أن هناك فجوة واسعة في استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات بين الدول المتقدمة والدول النامية.

ثانياً: في مجال تطور قطاع الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات في مصر

١. بالرغم من النمو السريع في إيرادات القطاع وزيادة عدد الشركات العاملة في القطاع لم تزل مساهمة القطاع في مؤشرات الناتج القومي والتوظيف والصادرات محدودة، إذ لم تتجاوز مساهمة القطاع في الناتج المحلي ٤٪، كما لم تتجاوز صادراته أكثر من ٢ مليار دولار بنسبة ٧,٤٪ من الصادرات خلال عام ٢٠١١/٢٠١٠ فيما وصلت مساهمته في التوظيف حتى عام ٢٠٠٩ نحو ٦٣٦٧٣٠ عامل بنسبة ٣٪ من إجمالي القوة العاملة بجميع القطاعات الاقتصادية ويفسر ذلك بانخفاض حجم القطاع قياساً بحجم القطاعات الاقتصادية الأخرى كالقطاعات الصناعية والزراعية، كما أن تأثير قطاع تكنولوجيا المعلومات والاتصالات غير المباشر على القطاعات الأخرى يصعب رصده وقياسه.

٢. وقياساً بانخفاض وزنه النسبي، فقد جاءت مساهمة القطاع في معدل نمو الناتج محدودة إذ لم تتجاوز ٠,٥١٪.

٣. أسهم القطاع في تزويد الخزانة العامة خلال الفترة ٢٠٠٦ - ٢٠١١ بنحو ٨٢,٢٨ مليار جنيه بمتوسط سنوي قدره ١٣,٧ مليار جنيه بما

يوازي ٤,٦ ٪ من إجمالي الموارد العامة للدولة في موازنة  
٢٠١٠/٢٠١١.

٤. لا تعكس النسب السابقة ضعف أداء بقدر ما تعكس انخفاض الوزن النسبي لقطاع الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات بداخل هيكل الاقتصاد الوطني مقارنة بالقطاعات الاقتصادية الأخرى.  
ثالثاً: وفي مجال الفجوة الرقمية

١. تعاني مصر من فجوة رقمية محلية بين فئات المجتمع حسب النوع والعمر والموقع الجغرافي.

٢. رغم التحسن الذي سجلته مصر في مؤشرات الوصول والاستخدام والمهارات، ورغم التطور السريع في مؤشر اشتراكات الهواتف الخلوية/ ١٠٠ فرد، إلا أن مؤشرات تنمية تكنولوجيا المعلومات والاتصالات توضح أن ثمة فجوة رقمية واسعة تعاني منها مصر في مواجهة الدول المتقدمة، حيث جاء ترتيب مصر وفقاً لمؤشر IDI في المرتبة ٩١ عالمياً، كما جاءت في المرتبة العاشرة عربياً وفقاً لذات المؤشر بما يعنى أنها تعاني أيضاً من فجوة رقمية إقليمية في مواجهة دول الخليج العربي.

٣. وهكذا يمكن القول في ضوء ما تقدم انه قد ثبتت صحة الفرد الثاني من الدراسة القائل بان مصر تعاني من فجوة رقمية ذات أبعاد محلية وإقليمية ودولية.

رابعاً: في مجال الدور الحكومي في مصر

يمكن القول أن التدخل الحكومي في قطاع الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات سواء من خلال تقديمه للحوافز الضريبية و ضمانات الاستثمار، أو من خلال الإنفاق العام والتحويلي ومن قيامه بتطوير البنية التحتية التكنولوجية والتنظيمية والتشريعية وتبني العديد من المبادرات قد أسهم في تحسين بيئة عمل قطاع تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في مصر كما أسهم في تحسن المؤشرات الاقتصادية لقطاع تكنولوجيا المعلومات ورفع من بعض مؤشرات تنمية تكنولوجيا المعلومات والاتصالات خصوصاً في مجال الهواتف المحمولة والوصول إلي الإنترنت

وذلك على النحو السابق إيراده في متن البحث. إلا أنه يمكن القول بصورة إجمالية أن القطاع لم يزل في حاجة للمزيد من التدخل الحكومي خصوصاً من خلال الاستثمار العام في مجالات توفير خدمات النطاق العريض وتمكين شرائح كثيرة من المجتمع من تملك أجهزة حاسب ومن الوصول إلي الإنترنت. وهكذا يمكن القول بتحقيق الفرض الثالث من البحث أن الدور الحكومي قد مارس بداخل قطاع تكنولوجيا المعلومات والاتصالات تأثيراً على حجم الفجوة الرقمية على حجم الفجوة الرقمية غير أن حجم التأثير لم يكن كبيراً قياساً بحجم الاقتصاد المصري الأمر الذي يتطلب زيادة حجم الاستثمار العام في هذا المجال.

### التوصيات

يتفق الباحث مع جميع التوصيات التي أصدرها مؤتمر مراجعة وتقييم سياسة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في مصر كما يقدر الأهداف التي تضمنتها إستراتيجية تطوير قطاع الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات للفترة ٢٠١٢ - ٢٠١٧ ، مع التوصية بالآتي :

أولاً: لم تنزل تنمية القطاع ومن ثم سد الفجوة الرقمية بأبعادها المختلفة في أمس الحاجة إلي دور حكومي أوسع نطاقاً وأكثر شمولاً يقوم على توجيه المزيد من الموارد الحكومية في مجال الاستثمار في تكنولوجيا المعلومات والاتصالات ، ولن يتحقق هذا إلا من خلال إعادة هيكلة الاقتصاد الوطني لرفع الوزن النسبي لقطاع الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات ليشكل على الأقل نسبة ٢٠٪ من حجم الاقتصاد الكلي يجب أن تشكل هدفاً أساسياً لخطط التنمية الاقتصادية المقبلة. ويتطلب ذلك زيادة حجم الموارد الحكومية المخصصة للاستثمار في قطاع تكنولوجيا المعلومات والاتصالات بنسبة كبيرة ، على أن تتوجه إلي المجالات الآتية:

- توسيع نطاق شبكة الهواتف الثابتة لضمان وصول الخدمة لجميع مناطق مصر وفئات المجتمع.

- التوسع في مجال الاستثمار في تقنية النطاق العريض من خلال إنشاء شبكات جديدة أو تطوير شبكات قائمة.

- زيادة عدد نقاط الوصول إلى الإنترنت في جميع المحافظات، والتوسع في الاستثمار في إنشاء المزيد من النوادي التكنولوجية.
- التوسع في برامج بناء القدرات في مجال الإنترنت.
- تبني برنامج لدعم حصول محدودى الدخل وطلاب المدارس والجامعات على أجهزة حاسب بأسعار منخفضة.
- توسيع رقعة الاستفادة من برامج التعليم والتدريب الحكومية فيما يتعلق باكتساب مهارات التعامل مع تكنولوجيا المعلومات والاتصالات ( مثل برامج ICDL).
- توسيع نطاق المشاركة مع القطاع الخاص في مجالات الاستثمار بقطاع تكنولوجيا المعلومات والاتصالات.

ثانياً: العمل على تشجيع صادات تكنولوجيا المعلومات خصوصاً في مجال التمهيد من خلال منحها المزيد من الحوافز كالإعفاء من ضرائب الدخل لمدة ١٠ سنوات على أن يتم ربط منح الإعفاء بحجم الصادرات المحققة.

ثالثاً: بالرغم من الجهود المبذولة في مجال تطوير البنية التشريعية لقطاع الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات، إلا أن ثمة جوانب ضعف لم تزل موجود فيها تتعلق بإتاحة المعلومات وحرية تداولها، وتأمين الفضاء المعلوماتي، والتجارة الإلكترونية، الأمر الذي يتطلب سرعة إصدار تشريعات تغطي هذه المجالات حال استكمال مؤسسات السلطة التشريعية.

## الملحق الإحصائي

جدول رقم (١) مؤشرات ICT للدول المتقدمة والدول النامية والعالم  
(معدلات الوصول للهواتف الثابتة والخلوية والترددات العريضة)

السنة	٢٠١١	٢٠١٠	٢٠٠٩	٢٠٠٨	٢٠٠٧	٢٠٠٦	٢٠٠٥
١. اشتراكات التليفون الثابت / ١٠٠ فرد							
الدول المتقدمة	٤٣.٦	٤٤.٤	٤٥.١	٤٤.٤	٤٤.٨	٤٦.٢	٤٧.٢
الدول النامية	١١.٦	١٢	١٢.٤	١٢.٨	١٣	١٣	١٢.٧
العالم	١٧.٣	١٧.٨	١٨.٣	١٨.٥	١٨.٨	١٩.٢	١٩.١
٢. اشتراكات التليفون الخلوي / ١٠٠ فرد							
الدول المتقدمة	١٢٢.٣	١١٤.٥	١١٢.٦	١٠٨.٣	١٠٢.١	٩٢.٩	٨٢.١
الدول النامية	٧٧.٨	٦٨.٩	٥٨.٤	٤٩.١	٣٩.١	٣٠.٢	٢٢.٩
العالم	٨٥.٧	٧٧.١	٦٨.٢	٥٩.٩	٥٠.٦	٤١.٧	٣٣.٩
٣. اشتراكات التليفون المحمول النشطة ذات النطاق الترددي العريض / ١٠٠ فرد							
الدول المتقدمة	٥١.٣	٤١.٨	٣٦.٦	٢٧.٤	١٨.٥	غ.م	غ.م
الدول النامية	٨	٤.٥	٣	١.٦	٠.٨	غ.م	غ.م
العالم	١٥.٧	١١.٢	٩	٦.٣	٤	غ.م	غ.م
٤. اشتراكات التردد العريض الثابت (السلكي) / ١٠٠ فرد							
الدول المتقدمة	٢٥	٢٣.٨	٢٢.١	٢٠.٥	١٨	١٥.٥	١٢.٣
الدول النامية	٤.٩	٤.١	٣.٥	٢.٩	٢.٣	١.٨	١.٣
العالم	٨.٥	٧.٧	٦.٨	٦.١	٥.٢	٤.٣	٣.٤

Source:; <http://www.itu.int/ITU-D/ict/definitions/regions/index.html>



جدول رقم (٢)

مؤشرات ICT للدول المتقدمة والدول النامية والعالم لأجهزة الكمبيوتر و الوصول للإنترنت (%)

السنة	٢٠٠٥	٢٠٠٦	٢٠٠٧	٢٠٠٨	٢٠٠٩	٢٠١٠	٢٠١١
١. نسبة الأسر التي تمتلك كمبيوتر %							
الدول المتقدمة	٥٤	٥٦,٦	٦٢,٣	٦٦,١	٦٩,١	٧١,٥	٧٤,٢
الدول النامية	١٤,١	١٥,٣	١٧,٢	١٩,٥	٢١,٢	٢٢,٧	٢٤,٨
العالم	٢٥,٤	٢٧	٢٩,٨	٣٢,٥	٣٤,٥	٣٦,٢	٣٨,٤
٢. نسبة الأسر التي يمكنها الوصول للإنترنت من المنزل %							
الدول المتقدمة	٤٣,٦	٤٦,٨	٥٣,٤	٥٧,٧	٦٢,٦	٦٦,٤	٧٠,٣
الدول النامية	٨,١	٩,٦	١١,١	١٢,٥	١٤,١	١٦,٦	٢٠,٥
العالم	١٨,١	٢٠,٢	٢٣	٢٥,١	٢٧,٤	٣٠,٣	٣٤,١
٤. نسبة الأفراد مستخدمي الإنترنت %							
الدول المتقدمة	٥٠,٨	٥٣,٤	٥٩	٦١,٢	٦٢,٥	٦٦,٨	٧٠,٢
الدول النامية	٧,٧	٩,٣	١١,٩	١٤,٧	١٧,٥	٢١	٢٤,٤
العالم	١٥,٧	١٧,٥	٢٠,٥	٢٣,٢	٢٥,٦	٢٩,٢	٣٢,٥

Source: <http://www.itu.int/ITU-D/ict/definitions/regions/index.html>

جدول (٣) مؤشرات (ICT) للمناطق الجغرافية (معدلات الوصول للهواتف الثابتة والخلوية

والترددات العريضة

السنة	٢٠٠٥	٢٠٠٦	٢٠٠٧	٢٠٠٨	٢٠٠٩	٢٠١٠	٢٠١١
اشتراكات التليفون الثابت / ١٠٠ فرد							
أفريقيا	١,٥	١,٥	١,٥	١,٥	١,٦	١,٥	١,٤
الدول العربية	٩,٤	٩,٦	١٠,١	١٠,٣	٩,٩	٩,٨	٩,٦
آسيا والمحيط الهادئ	١٥,١	١٥,٥	١٥,٤	١٤,٩	١٤,٩	١٤,٣	١٣,٨
CIS	٢٣	٢٤,٧	٢٥,٨	٢٦,١	٢٦,٣	٢٦,٤	٢٦,٣
أوروبا	٤٥,٥	٤٥,٢	٤٣,٧	٤٢,٨	٤١,٦	٤١,٩	٤٠,٩
الأمريكتان	٣٣	٣١,٩	٣٠,٩	٣١,٥	٣٠	٢٩,٥	٢٩,٢
اشتراكات التليفون الخلوي							
أفريقيا	١٢,٤	١٧,٩	٢٣,٥	٣٢,٤	٣٨,٢	٤٥,٢	٥٣,١
الدول العربية	٢٧,١	٣٩,٣	٥٣	٦٣,٤	٧٦,٦	٨٧,٨	٩٦,٩
آسيا والمحيط الهادئ	٢٢,٦	٢٨,٨	٣٧,١	٤٦,٦	٥٦,٣	٦٧,٦	٧٦,٧

السنة	٢٠٠٥	٢٠٠٦	٢٠٠٧	٢٠٠٨	٢٠٠٩	٢٠١٠	٢٠١١
CIS	٥٩,٧	٨١,٨	٩٦,١	١١٢,٢	١٢٧,٧	١٣٥,١	١٤٦
أوروبا	٩١,٦	١٠١,١	١١١,٦	١١٧,١	١١٧,١	١١٧,٩	١٢٠,٨
الأمريكتان	٥٢,١	٦٢	٧٢,١	٨١,٥	٨٨,٥	٩٤,٣	١٠٥,٤
اشترابات التليفون المحمول النشط ذات التردد العريض / ١٠٠ فرد							
أفريقيا	غ.م	غ.م	غ.م	غ.م	غ.م	١,٨	٣,٣
الدول العربية	غ.م	غ.م	غ.م	غ.م	غ.م	٧,٤	١١,٧
آسيا والمحيط الهادئ	غ.م	غ.م	غ.م	غ.م	غ.م	٧,٣	١٠,٧
CIS	غ.م	غ.م	غ.م	غ.م	غ.م	٢٢,٥	٣١,٣
أوروبا	غ.م	غ.م	غ.م	غ.م	غ.م	٢٨,٢	٣٦,٥
الأمريكتان	غ.م	غ.م	غ.م	غ.م	غ.م	٢٢,١	٢٩,٧
اشترابات التردد العريض الثابت (السلكم) / ١٠٠ فرد							
أفريقيا	٠	٠,١	٠,١	٠,١	٠,١	٠,١	٠,٢
الدول العربية	٠,٣	٠,٥	٠,٩	١,٣	١,٦	٠,٩	٢,١
آسيا والباسفيك	٢,٢	٢,٨	٣,٢	٣,٩	٤,٦	٥,٥	٦,٤
CIS	٠,٦	١,٣	٢,٣	٤,٥	٦,١	٨,٢	٩,٣
أوروبا	١٠,٩	١٤,٨	١٨,٤	٢٠,٦	٢٢,٣	٢٣,٦	٢٤,٨
الأمريكتان	٧,٥	٩	١٠,٩	١٢,٢	١٣,١	١٤,٣	١٥,٤

Source: <http://www.itu.int/ITU-D/ict/definitions/regions/index.html>

جدول (٤) مؤشرات ICT للمناطق الجغرافية (أجهزة الكمبيوتر والوصول للإنترنت)

السنة	٢٠٠٥	٢٠٠٦	٢٠٠٧	٢٠٠٨	٢٠٠٩	٢٠١٠	٢٠١١
نسبة الأسر التي تمتلك أجهزة كمبيوتر %							
أفريقيا	٢,٧	٢,٩	٣,٩	٤,٢	٤,٩	٥,٦	٦,٤
الدول العربية	٨,٥	١٠	١١,٥	١٢,٨	٢٥,١	٢٨,٦	٣١
آسيا والمحيط الهادئ	١٩,٧	٢٠,٨	٢٢,٦	٢٤,٤	٢٦,٢	٢٦,٩	٢٨,٦
CIS	٨,٧	٩,٦	٢٤,٥	٣١,٦	٣٥,٨	٤١,٧	٤٤,٧
أوروبا	٥٢,٤	٥٦,٣	٦١,٢	٦٥,١	٦٨,٥	٧٢	٧٥,٣
الأمريكتان	٤٠,٧	٤٢,٧	٤٥,٥	٤٨,١	٤٩,٤	٥١,٨	٥٥,٦
نسبة الأسر التي يمكنها الوصول للإنترنت بالمنزل %							
أفريقيا	١	١,٢	١,٥	١,٩	٢,٧	٣,٤	٤,١
الدول العربية	٩,٣	١٠,٩	١٣	١٥,٣	١٩,١	٢٢,٩	٢٥,٧
آسيا والمحيط الهادئ	١١,٧	١٣,٥	١٥,٧	١٦,٩	١٨,٤	٢٠,٤	٢٤,٥
CIS	٥,٣	٦,٧	١٦,٨	٢٠,٨	٢٦,٩	٣٣	٣٧

السنة	٢٠١١	٢٠١٠	٢٠٠٩	٢٠٠٨	٢٠٠٧	٢٠٠٦	٢٠٠٥
أوروبا	٧٠,٩	٦٧,٨	٦٢,٤	٥٧,٨	٥١,٧	٤٦,٤	٤٢
الأمريكتان	٥١,١	٤٥,٥	٤٢,٤	٣٨,٩	٣,٨	٣٤,٥	٣٢,٧
الأفراد الذين يستخدمون الإنترنت							
أفريقيا	١٢,٤	١٠	٧,٨	٦,٤	٣,٩	٣,٣	٢,٤
الدول العربية	٢٩,١	٢٤,٥	٢٠,٨	١٧,٢	١٣,٤	١٠,٩	٨,١
آسيا والمحيط الهادئ	٢٥,٥	٢٢,٣	١٨,٨	١٦,١	١٣,٣	١٠,٦	٩,٣
CIS	٤٠,٦	٣٣,٩	٢٣,٨	١٩,٥	١٦,٨	١٢,٦	٩,٨
أوروبا	٦٨,٤	٦٥,٩	٦٢,٤	٦٠,١	٥٥,٩	٤٩,٣	٤٦,٣
الأمريكتان	٥٣,٤	٤٩,٣	٤٦,١	٤٤,٢	٤٢,٧	٣٨,٨	٣٥,٩

<http://www.itu.int/ITU-D/ict/definitions/regions/index.html>

## هوامش الدراسة

- 1 Duncan Campbell." Can the digital divide be contained", International labour Review, Vol.140 (2001),No.2, P. 119.
- 2 تسمى بنظريات النمو الذاتي، وتفسر النمو بعدد من العوامل هي: رأس المال المادي، رأس المال العام، رأس المال التكنولوجي، رأس المال لبشري، وتتبنى هذه النظرية الخاصة بالذاتية للنمو وتعيد الاعتبار لدور الدولة في النمو مع الأخذ في الاعتبار تاريخ النمو في الدولة محل الدراسة. لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلي: د. عبد الباسط وفا، "النظريات الحديثة في مجال النمو الاقتصادي... نظريات النمو الذاتي... دراسة تحليلية نقدية"، (القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٠).
- 3 د. ميراندا زغلول رزق، "الفجوة العلمية والتكنولوجية بين الدول المتقدمة ونامية وانعكاساتها على النمو الاقتصادي (بالتطبيق على مصر)، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، النهضة المجلد الثامن، العدد الأول، يناير ٢٠٠٧، ص ص ١١ - ١٢.
- 4 جمال محمد غيطاس، "تجربة اقتصاد المعرفة في دولة الإمارات العربية المتحدة وإمارة دبي"، في: د. أحمد عبد الويس ومدحت أيوب، "اقتصاد المعرفة"، (القاهرة: مركز دراسات وبحوث الدول النامية بكلية الاقتصاد والعلوم السياسية جامعة القاهرة، ٢٠٠٦)، ص. ١١٩.
- 5 M.G Quibaria, Shamsun N. Ahmed, Ted Tschang and Mari-Len Reyes-Macasaquit,"Digital Divide: Determinants and Policies With Special Reference to Asia", ERD Working Paper Series No, 27, Economics And Research Department, Asian Development Bank, October 2002, PP. 1-3.
- 6 Computer-aided Manufacturing and Computer-aided Design.
- 7 د. محمد نور برهان، د. عز الدين خطاب، "التجارة الإلكترونية"، (القاهرة: الشركة العربية المتحدة للتسويق والتوريدات، الطبعة الثالثة، ٢٠١١)، ص ٩.
- 8 للمزيد من التفصيل حول مفهوم الحكومة الإلكترونية يرجى الرجوع إلي: محمود القدوة، "الحكومة الإلكترونية والإدارة المعاصرة"، (عمان: دار أسامة، ٢٠١٠)

- 9 سوسن زهير المهدي، "تكنولوجيا الحكومة الإلكترونية"، (الأردن: عمان، دار أسامة للنشر والتوزيع)، ٢٠١١، ص ص ٢٧ - ٢٨.
- 10 Edward J. Malecki & Bruno Moriset, "The Digital Economy... Business Organization, Production Processes And Regional Developments", (London & New York: Routledge, 2008), Ch.9, P.199.
- 11 كاترين ل. مان، سوا. إيكيرت، سارة كليلاند نايت، "التجارة الإلكترونية العالمية"، ترجمة: الشحات منصور (القاهرة: مؤسسة الأهرام، مركز الأهرام للترجمة والنشر، ٢٠٠٣)، ص ص ١٧٤ - ٧٥.
- 12 د. أمير ألفونس عريان، حسام الدين محمد السيد، "اقتصاد المعرفة وعلاقته بالاقتصاد الجديد"، في: د. أحمد عبد الونيس ومدحت أيوب، "اقتصاد المعرفة"، (القاهرة: مركز دراسات وبحوث الدول النامية بكلية الاقتصاد والعلوم السياسية جامعة القاهرة، ٢٠٠٦)، ص. ٢٢.
- 13 Z. J. Kovacic, . Karamat, " An Alternative Measure Of the Digital Divide between Arab Countries" , A Paper presented in The Second Conference On Innovations In Information Technology (IIT'05), PP. 2- 4. Anand Chopra, " Bridging India's Digital Divide: Some Policy And Technological Options", 2005 , P 3.
- 14 International Telecommunication union, " Measuring the information Society", (Geneva: ITu, 2011), P.7-8.
- 15 Ibid, P12.
- 16 د. صلاح الدين زين، "تكنولوجيا المعلومات والتنمية.... الطريق إلى مجتمع المعرفة ومواجهة الفجوة التكنولوجية في مصر"، (القاهرة: الهيئة المصرية العامة للكتاب، ٢٠٠٩)، ص ٣٤ - ٣٥.
- 17 تعدد الصناعات القائمة على تكنولوجيا الشبكات ومنها شبكات الاتصالات والمعلومات والكهرباء والغاز وغيرها، ويتم تشغيل أسواق خدمات هذه الصناعات بطريقة مغايرة لأسواق السلع والخدمات الاعتيادية، حيث تمثل الخدمة نظاماً من الأجزاء المتصلة والمتراصة التي تعود بالنفع على المستهلك إذا ما وضعت هذه الأجزاء معاً، ولكي يتم تشغيل النظام يجب أن يكون هناك توافق كامل بين أجزاء هذا النظام، الأمر الذي يستلزم أن تعمل المكونات بنفس المعايير.
- 18 Duncan Campbell, Op.cit. PP. 125-26.
- 19 Ibid, p.128.
- 20 Edward J. Malecki & Brund Moriset, Op.cit, PP. 215-16
- 21 " One Laptop per Child".
- 22 اهم هذه المواصفات الفنية وحود معالج 500 Mhz، شاشة صغيرة موفرة للطاقة، عدم وجود قرص صلب مع وجود مجموعة من الوصلات اللاسلكية و USB بما يسمح للوصول للإنترنت من المواقع بدون استهلاك يذكر للطاقة.
- 23 www.wikipedia.org/wiki/OLPC

- 24 جون كينث جالبرث، "تاريخ الفكر الاقتصادي الماضي صورة للجاضر، ترجمة أحمد فؤاد بليغ، (الكويت: المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، سبتمبر ٢٠٠٠)، ص ٥٢ - ٥٣.
- 25 د. رمزي زكي، "الاقتصاد السياسي للبطالة ... تحليل لأخطر مشكلات الرأسمالية المعاصرة"، (الكويت: المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، أكتوبر ١٩٩٧)، ص ١٦٦ - ١٧٨.
- 26 William H. Branson, " Macroeconomic Theory and Policy", (New York: Harper & Row, Publisher , Second Edition, 1979, P. 4.
- 27 J. Barkley Rosser, Jr. & Marina V. Rosser, « Comparative Economies in A transforming World Economy », ( USA : Irwin, 1996), pp. 27: 28.
- 28 Muhannad A. El-Mefleh, " Economic Role of The State In The era of the state in the Era Of The Globalization", Electronic Journal of the American Association Of Behavioral (AABBS) And Social Science, Article 3, Vol. 8, Fall, 2005.
- 29 For further details see: Harvey S. Rosen, Ted Gayer, " Public finance ", (New York: McGraw-Hill, International edition, Eighth Edition, 2008), P. 8.
- 30 لمزيد من التفصيل يرجى الرجوع إلي: ص ١٨٠ - ٨١.
- 31 قد تأخذ الحاضنات شكل تجمعات عنقودية يساندها علماء ومؤسسات تعليمية ورأسمال مالي وإداري مثل: " الطريق ١٢٨ في ولاية ماسوتشوستس ، و " وادي السليكون في كاليفورنيا، و " بنجالوز " في الهند. للمزيد من التفصيل يرجى الرجوع إلي: د. عبد الله شحاته، " سياسة التراكم المعرفي في إسرائيل: الدروس المستفادة " في: د. أحمد عبد الوئيس، مدحت أيوب، " اقتصاد المعرفة "، ( القاهرة: مركز دراسات وبحوث الدول النامية بكلية الاقتصاد والعلوم السياسية جامعة القاهرة، ٢٠٠٦)، ص ١٥٨ - ٦١.
- 32 [http://en.wikipedia.org/wiki/Multimedia\\_Super\\_Corridor](http://en.wikipedia.org/wiki/Multimedia_Super_Corridor)
- 33 كاترين ل. مان، سورا. إيكيرت، سارة كليلاند نايت، مرجع سلف ذكره، ص ١٨٢ - ٨٥.
- 34 David N. Hyman, " Public Finance....A Contemporary Application of Theory to Policy", (USA: The Dryden Press Harcourt Brace College Publisher, Sixth Edition, 1999), PP.139- 140.
- 35 ينصرف مفهوم اقتصاديات النطاق إلي قيمة الوفرة في التكلفة المرتبط بتوفير وتقديم عدد من الخدمات المختلفة عن طريق نفس المنتج أو المشغل، فيما يعني باقتصاديات الكثافة economies of density تناقص تكاليف الشبكة لكل اتصال مع تزايد درجة كثافة الاتصال.

يقصد بخاصية التوافق والمعايير ضرورة توافق أجزاء النظام الذي تقدم من خلاله خدمات الاتصالات ووضع معايير للتنسيق بين الشركات المختلفة التي تقدم نفس الخدمة والتي تشكل جزء من النظام أو شبكات التشغيل ذاتها. فيما تشير التكاملية في الطلب إلي أن طلب المستهلكين على خدمة الاتصالات يأخذ شكل طلب على حزمة متكاملة من الخدمات حيث يطلب المستهلكون أنظمة وليست منتجات منفردة. وأخيرا بنسحب مفهوم تكاليف تمويل المستهلكين إلي التكاليف التي يتحملها المستهلكون عند انتقالهم من مورد خدمة اتصالات إلي مورد آخر.

37 David Begg, Stanley Fischer, Rudiger Dornbusch, "Economics", (London: McGraw Hill(UK), Eighth Edition, 2005), ch 14, P.245-46.

38 البنك الدولي، "المعرفة طريق التنمية في العالم"، تقرير عن التنمية في العالم، ١٩٩٩/٩٨، ص ص ٦٤ - ٦٥.

39 For more details see: James Hodge and Keith Weeks, "The Economics of Telecommunications and its Regulation", 2002, PP. 89-98.

40 Edwin Mansfield, "Applied Microeconomics", (New York: W.W. Norton & Company, Inc., 1994), PP. 372-74.

41 For more details see: H. Craig Petersen, "Business And government", (New York: Harper & Row, Publisher, third Edition, 1989), Ch. 13, PP. 313-15.

42 Broadband is commonly used to describe Internet connections that are faster than dial-up, but there is no common or consistent definition. Broadband technologies have driven a new set of of user-driven " Web 2.0" interactive application that demand symmetrical bandwidth such as online games, concurrent engineering , 3D modeling and video conferencing. Official definitions vary, but generally broadband refers to a range of technologies that provide always-on functionality and allow the simultaneous use of both voice and data services (European Commission 2005b: 9). The ITU defines broadband as transmission capacity with sufficient bandwidth tp permit combined provision of voice, data and video (ITU 2003VII), usually as a data rate greater than 1.5 Mbps. For further details See: Edward J. Malecki & Brund Moriset, Op.cit, PP. 55 - 62.

43 وزارة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات المصرية، "الإستراتيجية القومية للاتصالات وتكنولوجيا المعلومات ٢٠١٢ - ٢٠١٧ .. المجتمع المصري الرقمي في ظل اقتصاد المعرفة"، يونيه ٢٠١٢، ص ص ٢٠ - ٢١.

- 44 International Telecommunications union, " Measuring the information Society", (Geneva: ITU, 2011), P.115.
- 45 Ibid, P. 118
- 46 <http://www.smart-villages.com/en/page/page/147>
- 47 herif Hashem, " Bridging the Digital Divide in Egypt... Facing the Challenge", UNCATAD E-commerce First Expert Meeting 10-12 July 2002, P. 3.
- 48 [http://www.mcit.gov.eg/Ar/Project\\_Updates/125/Investors\\_GateWay/Investment\\_Opportunities](http://www.mcit.gov.eg/Ar/Project_Updates/125/Investors_GateWay/Investment_Opportunities)
- 49 <http://ar.wikipedia.org/wiki>
- 50 <http://ir.telecomegypt.com.eg/admin/uploads/TE%20FS%20FY%202011-Standalone.pdf>

51 [http://www.mcit.gov.eg/Indicators/Ar/Ind\\_Communications.aspx](http://www.mcit.gov.eg/Indicators/Ar/Ind_Communications.aspx)

52 [http://www.mcit.gov.eg/Indicators/Ar/Ind\\_ITClubsDetails.aspx](http://www.mcit.gov.eg/Indicators/Ar/Ind_ITClubsDetails.aspx)

53 في فبراير من عام ٢٠٠٣ تم إصدار قانون الاتصالات رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٣ والتصديق عليه ، ويتألف القانون من سبع وثمانين مادة مجمعة في سبعة فصول تمثل إطاراً قانونياً ينظم كافة أشكال الاتصالات في مصر. ويوجب هذا القانون، تم ترسيخ الجهاز القومي لتنظيم الاتصالات وتحديد أهدافه ومسئوليته وهيكله التنظيمي، حيث يتولى مهام إدارته مجلس مكون من سبعة عشر عضواً برئاسة وزارة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات. ويتمتع الجهاز بالاستقلالية التامة فيما يتعلق بتمويل أنشطته واستقدام الموظفين للعمل به، كما يتمتع في الوقت ذاته بسلطة تخول له مراقبة أداء مشغلي الشبكات ومعاينة الخارجين عن الأطر المحددة في تراخيص مزاولة النشاط وتقديم الخدمة، إضافة إلى إدارة استغلال الترددات في الاستخدامات التجارية والحكومية. وينظم القانون أيضاً إجراءات إصدار التراخيص، وطلبات استيراد معدات الاتصالات أو تصنيعها أو تجميعها، إضافة إلى تنظيم قطاع إدارة الطيف الترددي، حيث يختص الفصل الخامس منه بتحديد وضع المشغل المؤقت المتمثل في الشركة المصرية للاتصالات إلى أن تم تحرير قطاع الاتصالات تماماً بنهاية عام ٢٠٠٥. ويحدد القانون أيضاً أوجه التعاون بين الجهاز وغيره من الجهات المعنية فيما يتعلق بالأمن القومي، أما الفصل السابع، فيتناول العقوبات التي يتم توقيعها حال وقوع حوادث جنائية مرتبطة بقطاع الاتصالات مثل هدم البنية التحتية الخاصة بشبكات الاتصالات.

54 [http://www.tra.gov.eg/arabic/DPages\\_DPagesDetails.asp?ID=189&Menu=5](http://www.tra.gov.eg/arabic/DPages_DPagesDetails.asp?ID=189&Menu=5)

55 القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٣، الصادر في ٤ فبراير بإصدار قانون تنظيم الاتصالات، م ٩.

56 الجريدة الرسمية، " قانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ بتنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات"، العدد ١٧ تابع (د) في ٢٢ أبريل، ٢٠٠٤، ص ٢١

57 Ministry of Communications and Information Technology, Yearbook, 2011, P. 26

58 وزارة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات المصرية، " الإستراتيجية القومية للاتصالات وتكنولوجيا المعلومات ٢٠١٢ - ٢٠١٧ .. المجتمع المصري الرقمي في ظل اقتصاد المعرفة"، يونيو ٢٠١٢، ص ص ٦- ٧.

## قائمة المراجع

### المراجع العربية

كتب ودوريات تقارير

- البنك الدولي، "المعرفة طريق التنمية في العالم"، تقرير عن التنمية في العالم، ١٩٩٩/٩٨.
- القدوة، محمود. الحكومة الإلكترونية والإدارة المعاصرة. (عمان: دار أسامة، ٢٠١٠).
- المهتدي، سوسن. تكنولوجيا الحكومة الإلكترونية. (الأردن: عمان، دار أسامة للنشر والتوزيع، ٢٠١١).
- برهان، محمد، د. خطاب، عز الدين. التجارة الإلكترونية. (القاهرة: الشركة العربية المتحدة للتسويق والتوريدات، الطبعة الثالثة، ٢٠١١).
- جالبرث، جون. تاريخ الفكر الاقتصادي الماضي صورة للحاضر. ترجمة أحمد فؤاد بليغ، (الكويت: المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، سبتمبر ٢٠٠٠).
- رزق، ميراندا. "الفجوة العلمية والتكنولوجية بين الدول المتقدمة والنامية وانعكاساتها على النمو الاقتصادي (بالتطبيق على مصر)"، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، النهضة، المجلد الثامن، العدد الأول، يناير ٢٠٠٧.
- زكي، رمزي. الاقتصاد السياسي للبطالة ... تحليل لأخطر مشكلات الرأسمالية المعاصرة. (الكويت: المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، أكتوبر ١٩٩٧).
- زين، صلاح الدين. تكنولوجيا المعلومات والتنمية... الطريق إلي مجتمع المعرفة ومواجهة الفجوة التكنولوجية في مصر. (القاهرة: الهيئة المصرية العامة للكتاب، ٢٠٠٩).
- شحاته، عبد الله. "سياسة التراكم المعرفي في إسرائيل: الدروس المستفادة" في: د. أحمد عبد الونيس، مدحت أيوب، "اقتصاد المعرفة"، (القاهرة: مركز دراسات وبحوث الدول النامية بكلية الاقتصاد والعلوم السياسية جامعة القاهرة، ٢٠٠٦)، ص ص ١٤٥ - ١٧٦.
- عريان، أمير والسيد، حسام الدين. "اقتصاد المعرفة وعلاقته بالاقتصاد الجديد"، في: د. أحمد عبد الونيس ومدحت أيوب، "اقتصاد المعرفة"، (القاهرة: مركز دراسات وبحوث الدول النامية بكلية الاقتصاد والعلوم السياسية جامعة القاهرة، ٢٠٠٦)، ص ص ٣٢ - ١٥.
- غيطاس، جمال. "تجربة اقتصاد المعرفة في دولة الإمارات العربية المتحدة وإمارة دبي"، في: د. أحمد عبد الونيس ومدحت أيوب، "اقتصاد المعرفة"، (القاهرة: مركز دراسات وبحوث الدول النامية بكلية الاقتصاد والعلوم السياسية جامعة القاهرة، ٢٠٠٦)، ص ص ١١٥ - ٤٤.
- مان، كاترين وإيكورت، سوا و نايت، سارة. التجارة الإلكترونية العالمية. ترجمة: الشحات منصور(القاهرة: مؤسسة الأهرام، مركز الأهرام للترجمة والنشر، ٢٠٠٣).
- وزارة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات المصرية. "الإستراتيجية القومية للاتصالات وتكنولوجيا المعلومات ٢٠١٢ - ٢٠١٧ .. المجتمع المصري الرقمي في ظل اقتصاد المعرفة" يونيو ٢٠١٢
- وفا، عبد الباسط وفا. النظريات الحديثة في مجال النمو الاقتصادي... نظريات النمو الذاتي ... دراسة تحليلية نقدية. (القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٠).



- الجريدة الرسمية، " قانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ بتنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات"، العدد ١٧ تابع (د) في ٢٢ أبريل، ٢٠٠٤
- القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٣، الصادر في ٤ فبراير بإصدار قانون تنظيم الاتصالات، ٩م
- وزارة المالية، " التعريف الجمركية الصادرة بالقرار الجمهوري رقم ٣٩ لسنة ٢٠٠٧ وتعديلاته بالقرارين الجمهوريين ١٠٣ لسنة ٢٠٠٨ ، ٥١ لسنة ٢٠٠٩ ، فبراير ٢٠٠٩.

#### Bibliography

- Begg David, Stanley Fischer and Rudiger Dornbusch. "Economic. (London: McGraw Hill(UK),Eighth Edition, 2005).
- Branson William. Macroeconomic Theory and Policy. (New York: Harper & Row, Publisher , Second Edition, 1979).
- Campbell Duncan ." Can the digital divide be contained", International labour Review, Vol.140 (2001),No.2.
- El-Mefleh Muhanned," Economic Role of The State In The era of the state in the Era Of The Globalization", Electronic Journal of the American Association Of Behavioral (AABBS) And Social Science, Article 3, Vol. 8, Fall, 2005.
- Hashem Sherif." Bridging the Digital Divide in Egypt... Facing the Challenge", UNCATAD E-commerce First Expert Meeting 10-12 July 2002
- Hodge James and Keith Weeks. The Economics of Telecommunications and its Regulation, 2002
- Hyman David.Public Finance....A Contemporary Application of Theory to Policy. (USA: The Dryden Press Harcourt Brace College Publisher, Sixth Edition, 1999).
- International Telecommunications union," Measuring the information Society", (Geneva: ITU, 2011).
- Malecki Edward & Moriset Bruno. "The Digital Economy... Business Organization, Production Processes And Regional Developments. (London & New York: Routledge, 2008).
- Ministry of Communications and Information Technology, Yearbook, 2011
- Petersen Craig . Business And government. (New York: Harper & Row, Publisher, third Edition,1989).

- Quibarria M., Shamsun Ahmed, Ted Tschang and Mari-Len Reyes-Macasaquit, "Digital Divide: Determinants and Policies With Special Reference to Asia", ERD Working Paper Series No, 27, Economics And Research Department, Asian Development Bank, October 2002
- Rosen Harvey & Ted Gayer. "Public finance ",(New York: McGraw-Hill, International edition, Eighth Edition,2008).
- Rosser Barkley, & Marina Rosser. « Comparative Economies in A transforming World Economy », ( USA : Irwin, 1996), pp. 27: 28.
- Z. J. Kovacic, Karamat, " An Alternative Measure Of the Digital Divide between Arab Countries" , A Paper presented in The Second Conference On Innovations In Information Technology (IIT'05), PP. 2- 4. Anand Chopra, " Bridging India's Digital Divide: Some Policy And Technological Options", 2005 , P 3.

#### Web sites

- <http://ar.wikipedia.org/wiki>
- [http://en.wikipedia.org/wiki/Multimedia\\_Super\\_Corridor](http://en.wikipedia.org/wiki/Multimedia_Super_Corridor)
- <http://ir.telecomegypt.com.eg/admin/uploads/TE%20FS%20FY%202011-Standalone.pdf>
- [http://www.mcit.gov.eg/Indicators/Ar/Ind\\_Communication\\_s.aspx](http://www.mcit.gov.eg/Indicators/Ar/Ind_Communication_s.aspx)
- [http://www.mcit.gov.eg/Ar/Project\\_Updates/125/Investors\\_GateWay/Investment\\_Opportunities](http://www.mcit.gov.eg/Ar/Project_Updates/125/Investors_GateWay/Investment_Opportunities)
- [http://www.mcit.gov.eg/Indicators/Ar/Ind\\_ITClubsDetails.aspx](http://www.mcit.gov.eg/Indicators/Ar/Ind_ITClubsDetails.aspx)
- <http://www.smart-villages.com/en/page/page/147>
- [http://www.tra.gov.eg/arabic/DPages\\_DPagesDetails.asp?ID=189&Menu=5](http://www.tra.gov.eg/arabic/DPages_DPagesDetails.asp?ID=189&Menu=5)

**The governmental role in dealing with the digital divide  
with a special reference to Egypt  
By: Dr. Atef William Amdrawes**

Developing countries are suffering from what is called the digital divide. The digital divide can be defined by differences among countries, groups and individuals with regard to the opportunities for accessing and using

---

information and communication technologies. It may be either domestic or international

This research aimed at determining dimensions of digital divide in developing countries in general and Egypt in particular. It also analyzes the role that governments can play in bridging this divide with its all dimensions, internationally, domestically and regionally. Governments have a vital role in dealing with this phenomenon; it can use its economic policies, regulations and laws in stimulating using ICT and hence narrowing the digital divide.

The research is divided into an introduction, three sections and a conclusion. The introduction determines the methodological aspects of the study which are: research problem, objectives and hypotheses. Section one explains the concept of digital divide, explains indicators using to measure it and finally shows the economic effects of using Information and communication technologies (ICT). The second section explores the role that governments can play to deal with the digital divide. The government can directly intervene in this regard by using economic regulation, legislations or indirectly through instruments of its economic and fiscal policy such as investment incentives (tax or non-tax) and guarantees, public expenditures. The third and last section specifies the dimension of digital divide in Egypt, describes the role that government plays to encourage and stimulate telecommunication and information technology sector and hence decreasing the digital divide in Egypt.

Finally the study introduces some findings and suggests some recommendations.

---

---

اللائحة الداخلية لمجلس الأمة الكويتي  
ومدى حاجتها للتعديل  
الدكتور/ عبد الله الرميضي

---

---

مقدمة

أصدر مجلس الأمة لائحته الداخلية في عام ١٩٦٣، وقد كان لها الدور الأهم في تنظيم العمل البرلماني إلا أن التطبيق العملي على مدى خمسين عاماً كشف عن العديد من المثالب والعيوب التي أثرت سلباً على أدائه مما استدعى تدخل المشرع لتعديلها للقضاء على تلك السلبات أكثر من مرة، لعل أبرزها التعديل الذي أجري في عام ٢٠٠٧ حيث ألغي العديد من الأحكام وأضيفت أحكاماً أخرى، وعلى الرغم من ذلك ما زالت هناك بعض من السلبات عالقة باللائحة نعتقد أنها المسؤولة عن انخفاض مستوى عمل المجلس في مختلف اختصاصاته التي منحها إياها الدستور.

فالتجربة أثبتت عدم قدرة اللائحة على تجاوز تلك المعوقات، فأحكامها المتعلقة بغياب الأعضاء - على سبيل المثال - ظاهرة الضعف، فالمجلس يعاني من عدم توافر النصاب اللازم لعقد جلساته في كثير من الأحيان بسبب عدم ضبط حضور الأعضاء، كما ظهرت بعض المشكلات التي تعترض طريق الأعضاء عند استخدامهم لأدوات الرقابة البرلمانية وعلى وجه الخصوص أداة الاستجواب، ذلك في مجمله أدى إلى عرقلة عمل المجلس سواء أكان ذلك في مجال التشريع أم الرقابة.

يضاف إلى ما تقدم أن تطور الظروف المحيطة بالحياة السياسية في الكويت قد ساهم بتغيير كبير في نمط العمل بمجلس الأمة، حيث ارتفع مستوى النقاش إلى مستوى غير مسبوق كما ارتفع معها سقف المطالبات الشعبية، ومرد ذلك إلى ارتفاع مستوى الوعي السياسي لدى المرشحين والناخبين على حد سواء، كما ساعد ظهور التكتلات السياسية بالمجلس

في تغيير هذا النمط كثيراً ، مما أوجد الرغبة لدي أعضائه في تطوير لائحته الداخلية لمواكبة تلك المستجدات.

و تتناول هذه الدراسة اللائحة الداخلية لمجلس الأمة الكويتي لبيان ما يعترها من عيوب ، ومحاولة وضع الحلول المناسبة لها ، كما ستسلط الضوء على أهم التعديلات التي أدخلت عليها في السابق ، والكشف عن أسباب عدم كفايتها.

تنقسم الدراسة إلى ثلاثة مباحث ، نناقش في الأول تعريف اللائحة الداخلية مع بيان أهميتها والأداة القانونية اللازمة لصدرها في النظام الدستوري الكويتي ، بينما سيخصص المبحث الثاني لتناول القواعد الموضوعية التي نعتقد أنها بحاجة لتعديل ، أما المبحث الثالث فسنبين فيه التعديلات الضرورية للقواعد الشكلية.

### المبحث الأول

#### تعريف اللائحة الداخلية للبرلمان وأهميتها

تعرف اللائحة الداخلية للبرلمان بأنها مجموعة القواعد القانونية المنظمة لسير العمل بالمجلس ، ولجميع المجالس التشريعية في مختلف دول العالم لوائحها الداخلية التي من خلال أحكامها تباشر اختصاصاتها المختلفة<sup>1</sup>.

وتبرز أهمية اللائحة الداخلية للبرلمان في كونها تتضمن قواعد موضوعية ، وأخرى إجرائية لضمان حسن سير العمل كعمليات المناقشة والتصويت وضبط الحضور والغياب وخلافها ، كما تتكفل اللائحة ببيان البناء الداخلي للمجالس البرلمانية ، فتقرر كيفية اختيار رئيس المجلس ، وبيان صلاحياته ، كما ترسم إجراءات تشكيل اللجان الدائمة منها والمؤقتة ، وتبين العناصر التي يتكون منها مكتب المجلس واختصاصاته<sup>2</sup>.

1 الأستاذ الدكتور/ عادل الطبطبائي ، النظام الدستوري في الكويت ، الطبعة الرابعة ، ٢٠٠١ ، مطبعة الملك ، الكويت ، ص ٨٦٧.

2 الأستاذ الدكتور/ عثمان عبدالمالك الصالح ، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت ، الطبعة الثانية ، ٢٠٠٣ ، مؤسسة دار الكتب ، الكويت ، ص ٥٤٩.

ولا يقتصر تنظيم سير العمل في البرلمان على تلك القواعد القانونية التي تقررها لائحته الداخلية، إنما قد يوجد العديد منها كذلك في تشريعات أخرى كال دستور، فالمشروع الدستوري قد يرى أن بعض الموضوعات ذات أهمية استثنائية وأنه من الأفضل تنظيمها ضمن نصوص الدستور، ذلك ما يضفي عليها حماية من التغييرات غير المدروسة التي قد يجريها البرلمان على التشريعات الأقل درجة كلائحته الداخلية لأسباب قد تكون ذات طابع انتخابي. ومن تلك القواعد التي يُمكن سوقها هنا ما قرره الدستور في عجز المادة ٩٤ حيث تنص على أن: ( جلسات مجلس الأمة علنية، ويجوز عقدها سرية بناء على طلب الحكومة أو رئيس المجلس أو عشرة أعضاء، وتكون مناقشة الطلب في جلسة سرية)، فهذا النص يناقش مسألة من صميم عمل البرلمان، وهي كيفية انعقاد جلساته والآلية واجبة الإتياع لعقدتها بصورة سرية. فهذه الإجراءات ملزمة لأعضاء المجلس، ولا يجوز لأحكام اللائحة الداخلية تخطيطها وإلا وصمت بعدم الدستورية. فإذا ما رغب أعضاء المجلس في تعديل هذه القاعدة، فلا بد لهم من إتياع إجراءات تعديل الدستور نفسه، ذلك ما يعكس مدى أهميتها.

وليس التشريع وحده الذي يضع القواعد التنظيمية لسير عمل البرلمان، إذ أن العرف يقوم كذلك بتثبيت بعض الممارسات داخل قبة البرلمان، مما يجعلها جزء من القواعد واجبة الإتياع لهذه المؤسسة، فعلى سبيل المثال استقر في مجلس الأمة عرف دستوري مفاده أن العضو مقدم الاستجواب يتبوأ المقعد اليميني من المنصة خلال مناقشة الاستجواب بينما يجلس الوزير المستجوب إلى يسارها. إلا أن مثل هذه القاعدة العرفية يمكن تعديلها بواسطة التشريع<sup>١</sup>.

---

1 Stanley De Smith and Rodney Brazier, *Constitutional and Administrative Law*, Eighth Edition, London, Penguin Books, 1998, p 261.

كما يمكن أن تُنشئ أحكام المحكمة الدستورية قواعد جديدة متعلقة بالعمل البرلماني وتكون ملزمة لأعضائه. فأحكامها الصادرة بشأن ضوابط الأدوات الرقابة البرلمانية كالسؤال البرلماني، والاستجواب يستلزم مراعاتها عند استخدام هذه الأدوات.<sup>1</sup>

بيد أن اللائحة الداخلية - وفقاً لأهميتها- قد تستغل من البعض لتحقيق مآرب أخرى غير أهدافها التي شرعت من أجلها، فاللائحة الداخلية قد تستخدم من قبل حزب الأغلبية أو الحكومة في مواجهة المعارضة، فتحت حجة تطوير العمل في البرلمان قد تسعى الحكومة التي تمتلك الأغلبية المسيطرة في البرلمان إلى إدخال تعديلات على لائحته بهدف تقويض نشاط المعارضة وذلك بوضع المزيد من القيود والاشتراطات التي تؤدي لطح الثقة بأعضائها. ذلك ما دعا بعض فقهاء القانون الدستوري إلى القول أن لللائحة الداخلية في كثير من الأحيان تأثيراً أقوى من الدستور نفسه في سير العمل البرلماني أو القضايا العامة.<sup>2</sup>

وغالباً ما يحدد الدستور الأداة القانونية التي يجب أن تصدر بها اللائحة الداخلية، بل إن جانباً من الفقه يرى أنه يحق للمجالس البرلمانية أن تضع لوائحها الداخلية حتى لو لم يكن في الدستور نصاً يقرر ذلك.<sup>3</sup> وتختلف الأداة القانونية اللازمة لوضع اللائحة من نظام لآخر. ففي دول - كدولة الإمارات العربية المتحدة- تصدر اللائحة بمرسوم من رئيس الدولة.<sup>4</sup> والحقيقة إن مثل هذا الاتجاه محل نقد، إذ إنه يفسح المجال للسلطة التنفيذية للتدخل في طريقة وأسلوب عمل السلطة التشريعية. وفي دول أخرى ينص الدستور على صدور اللائحة الداخلية بقانون كما هو الحال

1 أنظر على سبيل المثال قرار المحكمة الدستورية رقم ٢٠١١/١٠ بشأن تفسير نصوص المواد رقم ١٠٠ و١٢٣ و١٢٧ من الدستور والمتعلقة باستجواب رئيس مجلس الوزراء.

2 الطببائي، مرجع سابق، ص ٨٦٧.

3 الأستاذ الدكتور/ سعاد الشراوي والأستاذ الدكتور/ عبدالله ناصف، القانون الدستوري والنظام السياسي المصري، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص ٢٥٨.

4 المادة ٨٥ من الدستور الإماراتي.

في الدستور القطري الجديد<sup>١</sup> وفي أنظمة أخرى يضع البرلمان لائحته ولكن لا بد لنفاذها من تصديق جهة أخرى، كما هو الحال في فرنسا والمغرب، إذ ينص الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ على أن المجلس التشريعي هو من يضع لائحته الداخلية إلا أنه اشترط تصديق المجلس الدستوري عليها، فوفقاً لهذا الأسلوب فاللائحة التي صوت عليها البرلمان بالموافقة لا تصبح نافذة إلا بعدما يصرح المجلس الدستوري بمطابقتها لأحكام الدستور<sup>٢</sup>.

وهناك اتجاه رابع يمنح المجلس التشريعي اختصاص إصدار لائحته الداخلية بقرار من المجلس ذاته، كما هو الحال في مصر<sup>٣</sup> والحقيقة إن هذا الاتجاه هو الأكثر اتفاقاً مع طبيعة عمل البرلمان إذ يعطيه الفرصة الكاملة لاختيار إجراءات عمله بعيداً عن تأثيرات باقي السلطات العامة.

وفي الكويت بينت المادة ١١٧ من الدستور أداة إصدار اللائحة الداخلية لمجلس الأمة بقولها: (يضع مجلس الأمة لائحته الداخلية متضمنة نظام سير العمل في المجلس ولجانه وأصول المناقشة والتصويت والسؤال والاستجواب وسائر الصلاحيات المنصوص عليها في الدستور..). فالدستور أوضح بشكل جلي أن إصدار اللائحة الداخلية لمجلس الأمة هو من اختصاص هذا المجلس يمارسه منفرداً بواسطة قرار صادر منه، وقد أحسن المشرع الدستوري الاختيار، حيث أن مثل هذه الأداة تمكن المجلس من وضع ما يناسبه من قواعد تنظم العمل فيه، كما تمكنه من تعديلها حسبما تقتضي الظروف مستقبلاً دون أن يستلزم ذلك موافقة جهة أخرى. إلا أن مجلس الأمة سلك طريقاً مغايراً للذي حدده الدستور، إذ أصدر لائحته بقانون بدلاً عن قرار. إن تصرف مجلس الأمة على هذا النحو يثير عدة تساؤلات. فأولاً ما السبب من وراء هذه الخطوة؟ أي ما

1 المادة ٩٧ من الدستور القطري.

2 وهذا هو الأسلوب المتبع في المغرب، أنظر رشيد المدور، خصائص الرقابة على دستورية الأنظمة الداخلية للبرلمان ومنهجها في التطبيق المغربي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول، السنة ٣٢، مارس ٢٠٠٨، ص ٤٥٢.

3 المادة ١٠٤ من الدستور المصري لسنة ١٩٧١، وقد أخذ الدستور الجديد لسنة ٢٠١٢ بذات الحكم في مادته رقم ٩٩.



الذي دفع مجلس الأمة لإصدار لائحته بقانون بينما يملك إصدارها بقرار؟ وما هي الآثار المترتبة على هذه الخطوة، وهل هناك فرق بين إصدارها بقانون عنه بقرار؟

وإجابة على التساؤل الأول حول الدافع لإصدار اللائحة الداخلية لمجلس الأمة بقانون وليس بقرار هو أن المجلس رأى أن اللائحة قد تتضمن أحكاماً جديدة قد تتعارض مع بعض القوانين، ومن ثم إصدارها بقانون يُعدل تلك القوانين بصورة غير مباشرة إعمالاً لقاعدة التشريع اللاحق يلغى السابق، حيث إن القاعدة القانونية لا تعدل ولا تلغى إلا بقاعدة من ذات الدرجة أو أعلى منها، ويترتب على ذلك أن المجلس لو أصدر لائحته بقرار وليس بقانون فإنها حتماً لا يمكن أن تعدل في قانون تتعارض أحكامه وأحكام اللائحة، بل إن الأخيرة ستعد غير مشروعة.

في الواقع - وفي معرض الإجابة على التساؤل الآخر - إن المجلس لم يصب صحيح أحكام الدستور عندما أصدر لائحته بقانون، إذ إن إصدار القانون يتطلب موافقة جهة أخرى غير مجلس الأمة وهو الأمير، مما يفتح المجال واسعاً للحكومة للتدخل في إجراءات عمل المجلس، حيث إن الأمير هو رئيس السلطة التنفيذية، ويملك حق الاعتراض على الاقتراحات بقوانين التي أقرها المجلس<sup>1</sup> ذلك على خلاف لو أن اللائحة صدرت بقرار، فمثل هذا الإجراء لا يحتاج إلى تصديق الأمير، إنما يكفي بموافقة أغلبية الحضور من أعضاء مجلس الأمة.

على ذلك، فإن إصدار اللائحة بقرار من المجلس يجعل دور الحكومة في تعديل اللائحة أو منع المجلس من تعديلها ضئيلاً إذا ما قورن بالوضع الحالي، فعلى الرغم من أنه سيظل لها الحق في اقتراح تعديل اللائحة، والمشاركة في مناقشتها، والتصويت عليها أيضاً، إلا أن الكلمة الفصل ستكون للأعضاء المنتخبين لتفوقهم العددي<sup>2</sup>.

- 1 وإن كان لمجلس الأمة تجاوز اعتراض الأمير بأغلبية ثلثي أعضائه، أو بأغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم إذا ما قدم في دور الإنعقاد اللاحق، إلا أن ذلك فيه الكثير من الصعوبة.
- 2 جميع الوزراء بما فيهم رئيسهم يعتبرون وفقاً لأحكام الدستور الكويتي أعضاء بحكم مناصبهم بشرط ألا تعدى نسبتهم جميعاً عن ثلث الأعضاء المنتخبين أي ١٦ وزيراً، (المادة ٨٠ من الدستور).

أما فيما يتعلق بحالة تعارض نص في اللائحة وآخر في قانون، وإن إصدار اللائحة بقانون خير وسيلة لتجاوز أي تعارض وأن نص اللائحة هو ما يطبق، فهذا قول مردود. فأولاً إن السعي لتحقيق هذا الهدف جعل المجلس يتناسى هدفاً أسمى، وهو الحفاظ على استقلاليتته في وضع لائحته الداخلية، إذ إنه أدخل الحكومة في هذه المسألة بوضعية أقوى من البرلمان وأصبح هو في وضع التبعية لها، وهذا ما يخالف الحكمة التي كان المشرع الدستوري يتوخاها من وراء نص المادة ١١٧.

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى، فإذا ما نزلنا لأرض الواقع وأمعنا البحث في نصوص اللائحة فإننا لن نجد فيها ما يتعارض ونص في أحد القوانين، وأن ما ذهب إليه أعضاء المجلس ما هو إلا محض افتراض ليس له محل في الواقع، بل أنه حتى لو فرضنا جدلاً وجود حالة تعارض بين نص في اللائحة وآخر في قانون، فإن مجلس الأمة بمكنته إزالة حالة التعارض بإصدار قانون جديد يعدل من القانون المتعارض مع اللائحة، بدلاً من إقحام الحكومة في مسألة وضع لائحته الداخلية وإهدار الحكمة من إصدارها بقرار بدلاً من القانون.

إن مسلك مجلس الأمة في إصدار لائحته الداخلية يثير شبهة عدم الدستورية<sup>١</sup>، إذ إن مثل هذا الإجراء يخالف نص المادة ١١٧ من الدستور، الذي تقرر أن يضع المجلس لائحته منفرداً. ومن ثم يكون إصدار مجلس الأمة لائحته بقرار أكثر اتفاقاً وأحكاماً من الدستور، وإزالة شبهة عدم الدستورية.

وتتضمن اللائحة قواعد شكلية وأخرى موضوعية، شرعت للقيام بأغراض مختلفة تهدف بالحصلة النهائية إلى تنظيم عمل السلطة التشريعية. وبالاطلاع على هذه القواعد نجد أن بعضها لا يفي بالغرض الذي من أجله وجدت، وقد يكون ذلك بسبب قصور تشريعي تعاني منه النصوص وقد يكون لقدمها بحيث أمست لا تتناسب و العصر الحالي أو لأسباب

1 الطبطبائي، مرجع سابق، ص ٧٤٧.

أخرى ستتعرض لها خلال الدراسة ؛ لذا نرى أن تدخل المشرع مرة أخرى لتعديلها وبما يتناسب مع الوضع الحالي أصبح أمراً لا بد منه .  
إن نصوص اللائحة التي هي بحاجة للتعديل عديدة ، ولا مجال لدراستها كافة ، لذا رأينا التركيز على أكثرها أهمية ، والتي كشف التطبيق العملي لها عن مثالب وعيوب تعريبها أثرت على أحكامها سلباً ؛ لذا سنتناول القواعد الموضوعية التي بحاجة لتدخل المشرع في مبحث ، بينما نناقش الشكلية في مبحث آخر<sup>1</sup>.

## المبحث الثاني

### القواعد الموضوعية التي بحاجة للتعديل

تعاني اللائحة الداخلية لمجلس الأمة من أنها لم تستطع ضبط بعض المسائل المنوط أمر تنظيمه بها ، إما لأن المشرع غفل عن وضع نص ينظمها ، أو أنه نظمها إلا أن التجربة كشفت عن عيوب تقلل من كفاءتها . سنسلط الضوء في هذا المبحث على مسألتين : إحداهما لم يسبق أن نظمتها اللائحة مما ترتب عليه تأثر عمل المجلس سلباً ولعلاجتها تحتاج سن نص جديد . أما الأخرى ، فاللائحة نظمتها إلا أن التطبيق العملي لنصها على مدى عقود خمسة أثبت عدم نجاحه في تحقيق ما يصبو إليه المشرع ، وستناول كل مسألة منهما في مطلب مستقل .

### المطلب الأول

#### بيان المركز المالي للأعضاء

ثار لفظ كبير في السنوات الأخيرة حول تكسب بعض أعضاء مجلس الأمة من خلال صفتهم النيابية ، وهي ما كانت تعرف بقضية الإيداعات المليونية<sup>2</sup> . ذلك ما أبرز عن ضرورة إفصاح أعضاء مجلس الأمة عن

1 ومن مواد اللائحة الداخلية التي تحتاج لتدخل المشرع لتعديلها إلا أننا غطينا النظر عنها لقلة أهميتها المواد من ٤ - ١٠ المتعلقة بإجراءات الطعن على صحة انتخاب الأعضاء لانقال هذا الاختصاص للمحكمة الدستورية ومن ثم أصبحت عديمة الجدوى وكذلك المادة ٦٢ التي تحدد يوم السبت لافتتاح دور الانعقاد على الرغم من أنه أصبح يوم عطلة .  
2 أنهم ١٣ عضو في مجلس الأمة المنتخب في عام ٢٠٠٩ بالحصول على مبالغ مالية ضخمة تقدر بملايين الدنانير من الحكومة ، وذلك نظير مواقفهم السياسية ، وهو ما أعتبر رشوة ، وعلى أثرها فتحت النيابة العامة تحقيقاً في هذه القضية انتهت فيها إلى عدم وجود جريمة جنائية وتم =

مراكزهم المالية حالما تعلن النتائج الرسمية للانتخابات التشريعية ، حيث تخلو اللائحة الداخلية لمجلس الأمة من مثل هذا الحكم.

وتبدو أهمية هذه المسألة من زاوية أخرى حيث إن الكويت قد وقعت على اتفاقية مكافحة الفساد وصدر بها القانون رقم ٤٧ لسنة ٢٠٠٦ ومن ثم أصبحت جزءاً من البيان القانوني للدولة وفق ما تقضي به المادة ٧٠ من الدستور.<sup>١</sup>

ولهذه الاتفاقية نوعان من الآثار: الأول داخلي وهو يتعلق بمخالفة المخاطبين بهذه الاتفاقية لأحكامها ، وهنا ينبغي على المشرع التدخل ووضع الجزاء المناسب لمثل هذه المخالفات ، وهذه هي النقطة المراد معالجتها في هذا المطلب ووضع الحلول المناسبة لها.

أما الأثر الآخر فهو دولي حيث تعد مخالفة أحكام الاتفاقية هنا منسوبة للدولة وليس للموظف الذي ارتكبها. وتوجد جهات دولية تتبع منظمة الأمم المتحدة مهمتها مراقبة مدى التزام الدول الموقعة على الاتفاقية وتقديم تقرير بذلك ، كما توجد منظمات دولية أخرى - كمنظمة الشفافية العالمية - تقوم بتصنيف الدول المنتهكة لأحكام الاتفاقية على أنها دول تعاني من الفساد.<sup>٢</sup>

ومن المسائل التي تعرضت لها الاتفاقية مسألة تعارض المصالح ، معتبرة إياها شكلاً من أشكال الفساد ، إذ أوضحت أن الموظف العام هو أي شخص يشغل منصباً تشريعياً أو تنفيذياً أو قضائياً في الدولة سواء أكان معيناً أم منتخباً يتقاضى مقابلاً أو دون مقابل ، وأضافت الاتفاقية بأنه يلزم

---

=حفظها. وأهابت النيابة العامة في تقريرها بالمرشح إلى ضرورة العمل على تعديل التشريعات الحالية المتعلقة بالكسب غير المشروع لتلافي القصور الذي تعاني منه تلك التشريعات. أظن جريدة الرأي العدد ١٢١٦٢ بتاريخ ١٨/١٠/٢٠١٢.

١ تنص المادة ٧٠ من الدستور على أن: (يرم الأمير المعاهدات بمرسوم ويلغها فوراً مشفوعة بما يناسبها من البيان ، وتكون للمعاهدة قوة القانون بعد ابرامها والتصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية).

٢ د. ثقل العجمي ، أستاذ القانون الدولي بكلية الحقوق في جامعة الكويت ، لقاء صحفي حول هذه الاتفاقية ، منشور بجريدة عالم اليوم العدد ٦٦٦ بتاريخ ١٥/٣/٢٠٠٩.

لمنع تعارض المصالح كشف الذمة المالية لهؤلاء. وتطبيقا لبنود الإتفاقية ، فإن عضو مجلس الأمة يعتبر موظفا في الدولة وملزما بالإفصاح عما يمتلكه. وفي الحقيقة أن التشريعات الكويتية لا تخلو من بعض الأحكام التي يهدف من ورائها ضمان منع التكسب من الوظيفة النيابية ومنع التعارض بين العضوية في البرلمان والمصالح الأخرى ، وردت بعضها في الدستور ، بينما نصت اللائحة الداخلية لمجلس الأمة على بعضها الآخر. ومن الأحكام التي نص عليها الدستور حظر الجمع بين عضوية مجلس الأمة وبعض المراكز الأخرى كالوظائف العامة إلا ما استثناه الدستور<sup>1</sup> وكذلك حظر التعيين في مجالس إدارة الشركات في أثناء مدة العضوية بمجلس الأمة<sup>2</sup>.

وهناك من الأحكام ما ورد ذكره في اللائحة الداخلية لمجلس الأمة كنص المادة ١٣ الذي يجري نصه على النحو الآتي : (لا يصح لعضو مجلس الأمة الجمع بين عضوية المجلس وعضوية المجلس البلدي أو تولي وظيفة عامة فيما عدا الوزراء..).

كما حظر الدستور واللائحة الداخلية على عضو مجلس الأمة ممارسة بعض التصرفات خلال مدة عضويته كأن يسهم في التزامات تعقدها الحكومة أو المؤسسات العامة ، أو أن يشتري أو يستأجر مالا من أموال الدولة أو أن يبيعها أو يقايضها عليه ، ما لم تكن ذلك بطريق المناقصة أو المزايدة العلنيتين أو بالتطبيق لنظام الاستملاك الجبري. كما لا يجوز للعضو أن يستعمل أو يسمح باستعمال صفته النيابية في أي عمل مالي أو صناعي أو تجاري<sup>3</sup>.

وبالنظر لتلك النصوص نجد أن المشرع حاول جاهداً منع التكسب من وراء الوظيفة النيابية ، وإبعاد عضو مجلس الأمة عما من شأنه إثارة

1 المادة ١٢٠ من الدستور.

2 المادة ١٢١ من الدستور.

3 المادة ١٢١ من الدستور والمادة ٢٦ من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة.

شبهات الفساد حوله إلا أن تلك الجهود لم تحقق مبتغاها، ولا أدل على ذلك من أنها لم تمنع حدوث التجاوزات التي أثرت حول بعض أعضاء مجلس الأمة في الآونة الأخيرة، مما يؤكد عدم كفاية هذه النصوص، وأنه توجد حاجة لاستصدار تشريعات مكتملة تسد ما تعانيه من نقص.

وقد جرت في الواقع عدة محاولات برلمانية لإصدار تشريع متكامل حول هذه المسألة، استهدف بعضها الذمة المالية للمسؤولين في الدولة كافة وليس أعضاء مجلس الأمة فحسب.<sup>1</sup> إلا أن جميع هذه المحاولات لم يكتب لها النجاح لوجود ضغوط تمارس من قبل المصالح لمنع صدور مثل هذا التشريع، حيث أن أحكامه تتناول شريحة ذات نفوذ كبير في المجتمع ترى أن في صدور مثل هذا التشريع يمثل تهديدا لمصالحها الخاصة، مما أدى إلى فشل كل المحاولات. لذا فإنه من الأسهل والأجدي فيما يتعلق بالوظيفة النيابية هو إضافة نصوص لللائحة الداخلية لمجلس الأمة بما يمنع التكسب غير المشروع من خلال تلك الوظيفة.

ونرى أن ذلك لا يتحقق ابتداء إلا بإلزام أعضاء المجلس بنوعيهما المنتخبين والمعينين بتقديم كشف يتضمن كل ما يملكه هو وزوجه والقاصرين من أولاده من أموال سواء أكانت نقدية أم منقولة أم عقارية في الكويت أم خارجها. ويقدم هذا الكشف لأمانة المجلس خلال شهر من بداية كل دور انعقاد.

كما يجب أن تتضمن اللائحة نصا يقرر عقوبة جنائية لمن يثبت تكسبه غير المشروع من صفته النيابية بعد محاكمته أمام المحكمة المختصة، وأن تصدر الأموال المتحصلة عن هذه الجريمة. فمثل هذه العقوبة سيكون أثرا فاعلا في الحد من تلك الممارسات التي بلا شك أساءت إلى السلطة التشريعية وأعضائها الذين يقومون بتمثيل الأمة.

خلاصة القول أن إضافة أحكام جديدة لللائحة الداخلية لمجلس الأمة تنظم مسألة الذمة المالية لهي الطريق الأسهل والأقصر

1 أنظر بهذا الخصوص تقرير اللجنة التشريعية والقانونية بمجلس الأمة الصادر بتاريخ ٢٠٠٩/٦/٧ حول الاقتراح بقانون بشأن كشف الذمة المالية.

للوصل للنتيجة المطلوبة بدلا من الانتظار حتى صدور قانون متكامل للذمة المالية.

## المطلب الثاني

### قواعد حضور الأعضاء وغيابهم

عانى مجلس الأمة في أدوار الانعقاد الأخيرة من عدم القدرة على عقد جلساته في مواعيدها لعدم اكتمال النصاب اللازم، وهو حضور أكثر من نصف الأعضاء المكونين للمجلس بسبب ارتفاع نسبة غياب أعضائه. وذات الأمر ينسحب على اجتماعات لجان المجلس الدائمة منها والمؤقتة، إذ تتأخر تلك اللجان عن إنجاز الأعمال الموكلة لها بسبب عدم التزام أعضائها بحضور اجتماعاتها.

ولا شك أن عدم التزام الأعضاء بحضور الجلسات انعكس بصورة جلية على أداء المجلس، مما أدى إلى تعطيل عمليتي التشريع والرقابة السياسية، وهما صميم اختصاص البرلمان، وبدا أعضاء المجلس بالمقصرين عن أداء واجباتهم الدستورية التي انتخبوا من أجلها.

تعدد أسباب هذه الظاهرة التي استفحلت في السنوات الأخيرة، لعل أبرزها نقص الوعي لدى الأعضاء والناخبين على حد سواء. فعضو مجلس الأمة قد يلهي وراء مصالحه الخاصة متناسياً المصالح العامة التي يأتي على رأسها المشاركة في أعمال المجلس من حضور الجلسات واجتماعات اللجان، فقيابه عنها لا جدال في أنه يدل على عدم إدراكه لأهمية وظيفته البرلمانية، ولا سيما إذا كان تغيبه دون عذر مقبول.

كما يلعب جمهور الناخبين دوراً في هذه الظاهرة، فلو كان الناخبون على قدر عال من الوعي السياسي لكان لهم موقف من ممثليهم في البرلمان المقصرين في حضور الجلسات وتوجيه اللوم لهم على إهمالهم لواجباتهم التي تملها عليهم الوظيفة النيابية، ومعاقبتهم إذا ما أصروا على تقصيرهم بجرمانهم من العضوية في المجلس وذلك بعدم التصويت لهم الانتخابات اللاحقة.

إلا أن شيئاً من ذلك لم يحدث، فليس من ضمن معايير تقييم أداء المرشحين لعضوية مجلس الأمة مدى التزامهم بحضور جلسات المجلس واجتماعات لجانه إذا ما كان عضو سابقاً، فلو كانت الرقابة والمسائلة الشعبية على درجة من الفاعلية والجدية لما وصل الحال إلى ما هو عليه الآن.

ومن الأسباب التي يمكن أن يشار لها في ارتفاع نسبة الغياب بين أعضاء مجلس الأمة، هو استخدام الغياب كسلاح سياسي ضد الخصوم سواء من قبل الأعضاء أم من قبل الحكومة. فالأعضاء أول من استخدم هذه الوسيلة في مواجهة الحكومة. ففي عام ١٩٦٤، وبعد تشكيل الحكومة الجديدة آنذاك التي حضرت لقاعة مجلس الأمة لأداء القسم الدستوري انسحب أغلب الأعضاء المنتخبين من الجلسة، مما ترتب عليه فقدان النصاب وبالتالي لم تتمكن من أداء قسمها، وذلك احتجاجاً على تشكيل الحكومة إذ - كما يرى المنسحبون - أنه يخالف ما يقرره الدستور حيث تتضمن الحكومة وزراء لا زالوا يمارسون أعمالهم التجارية.<sup>١</sup>

وتكرر ذات الأمر في الجلسة اللاحقة، مما اضطر رئيس مجلس الوزراء آنذاك الشيخ صباح السالم الصباح لرفع كتاب استقالة حكومته للأمير الشيخ عبد الله السالم الصباح، الذي قبلها وأعاد تعيين رئيس مجلس الوزراء ذاته وكلفه بتشكيل حكومة جديدة تتوافق وأحكام الدستور. وفعلاً تم استبعاد بعض الأسماء التي ثار الخلاف حولها، وتعيين ستة آخرين، ذلك ما مكن الحكومة من أداء القسم أمام مجلس الأمة وانتهاء الأزمة.<sup>٢</sup>

كما استخدم الغياب كوسيلة للتعبير عن الرأي من قبل أعضاء مجلس الأمة، ففي المجلس المنتخب سنة ٢٠٠٩ برزت أزمة أخرى بين

1 تنص المادة ١٣١ من الدستور على أنه: ( لا يجوز للوزير أثناء توليه الوزارة أن يلي أي وظيفة عامة أخرى أو أن يزاول، ولو بطريق غير مباشر، مهنة حرة أو عملاً صناعياً أو تجارياً أو مالياً).

2 يوسف السيد هاشم الرفاعي، الأزمة الدستورية الأولى في حياة مجلس الأمة، ١٩٩٦، الربيعان للطباعة والنشر، الكويت، ص ٩.



الحكومة وأعضاء المجلس بسبب تدخل الحكومة - حسبما يرى الأعضاء - بطريقة غير محايدة في التصويت لاختيار أعضاء اللجان البرلمانية، ذلك ما دفع ١٨ عضواً إلى مقاطعة حضور اجتماعات اللجان في سابقة عدت الأولى من نوعها في الكويت.<sup>١</sup>

فالمستفاد من سرد هاتين الحادثتين أن الغياب قد يشكل سلاحاً للضغط على الطرف الآخر، وتحقيق أهداف سياسية قد يعجز عن ادراكها بالطرق التي رسمها الدستور.

وفي المقابل، استخدمت الحكومة وفي كثير من المناسبات ذات التكتيك في مواجهة الأعضاء، فعدم حضور الحكومة يكفل عدم انعقاد جلسات مجلس الأمة - حسبما يقرر ذلك بعض فقهاء القانون الدستوري - استناداً لنص المادة ١١٦ من الدستور والتي تقر: (... ويجب أن تمثل الوزارة في جلسات المجلس برئيسها أو ببعض أعضائها).<sup>٢</sup>

ولعل أبرز الأمثلة التي يمكن أن تذكر في هذا السياق، هو غياب الحكومة المتعمد في نوفمبر عام ٢٠١٠ كي ترفع الحصانة عن أحد نواب المعارضة، حيث تقرر المادة ٢٠ من اللائحة الداخلية بأن: (... إذا لم يصدر المجلس قراره في طلب الأذن - رفع الحصانة عن النائب - خلال شهر من تاريخ وصوله إليه اعتبر ذلك بمثابة إذن). فالحكومة استغلت عدم مكنة المجلس من عقد جلساته دون حضورها كي تمضي المدة المقررة، وبالتالي ترفع الحصانة عن ذلك العضو، فتغيب جميع الوزراء عن الجلسة المحددة لنظر الطلب ترتب عليه عدم انعقاد الجلسة، وفوات مدة الشهر مما يعني الموافقة الضمنية على رفع الحصانة.<sup>٣</sup>

كما استخدمت الحكومة الغياب في تعطيل مفعول أدوات الرقابة البرلمانية كالاستجواب، فهي تنهرب من الحضور، أو تهدد بذلك عندما لا

١ جريدة الرأي، العدد ١١٨١٢ بتاريخ ٢٠١١/١١/٣.

٢ أنظر على سبيل المثال الصالح، مرجع سابق، ص ٥٦١ والمقاطع، مرجع سابق، ص ٤٤٧.

٣ لم تعقد جلستين متتاليتين في ذلك الشهر مما ترتب عليه رفع الحصانة عن العضو المعارض، حيث كانت الحكومة على يقين من أن انعقاد الجلسة يعني رفض الطلب حيث تمتلك المعارضة الأغلبية اللازمة لذلك، مما حدا بالحكومة لاستخدام وسيلة الغياب.

ترغب في مواجهة تلك الأداة، وأحياناً تعمد إلى عدم حضور الجلسة المحددة لمناقشة موضوع معين حين لا تملك الأغلبية الكافية لرفضه.

وهنا يتبادر إلى الذهن أكثر من تساؤل، فهل استخدام الغياب كسلاح من قبل طرف ضد طرف في مجلس الأمة يعد متوافقاً وأحكام الدستور واللائحة الداخلية؟ وهل من الصحيح أنه لا يجوز عقد جلسة لمجلس الأمة إلا بحضور الحكومة؟ وما هو الحل الأمثل لوقف مثل هذه الممارسات إذا كانت تعد مخالفة؟

لا يساورنا أدنى شك أن اتخاذ الغياب عن الجلسات وسيلة لتحقيق أهداف معينة ضمن أعمال البرلمان يعد مخالفة صريحة لأحكام الدستور، واللائحة الداخلية اللذين رسما طرق محددة يتوجب سلوكها، ففي أزمة الحكومة عام ١٩٦٤، كان يتعين على الأعضاء ولوج الطريق الذي بينه الدستور لمواجهة مثل تلك الحالة، فالدستور منحهم الحق في إعلان عدم التعاون معها ما يعني في نهاية الأمر إلى إقالتها، بدلا من تعطيل جميع أعمال المجلس بسبب غيابهم.

كما أن على الحكومة أن تواجه ما يقدم لها من طلبات مناقشة أو استجوابات، وأن ترضخ لما يسفر عنه التصويت سواء أكان لمصلحتها أم ضدها، وأن تلتزم برأي الأغلبية، والقول بغير ذلك يفسح المجال لها للتهرب من مسؤولياتها أمام مجلس الأمة.

إلا أنه يجب النظر للموضوع من زاوية أخرى، وهي التفرقة بين غياب الأعضاء وغياب الحكومة. فالنتيجة المترتبة عن كل حالة منهما تختلف عن الأخرى، فلا أثر لغياب الأعضاء إلا إذا تجاوز عدد المتغيبين عن نصف العدد الإجمالي لأعضاء مجلس الأمة ذلك ما يفقد الجلسة نصابها. على النقيض من ذلك، فإن غياب الحكومة يترتب عليه - كما جرى عليه العمل منذ إنشاء مجلس الأمة حتى الآن - عدم انعقاد الجلسة حتى لو كان النصاب متوافراً، أي أن الحضور أكثر من النصف الإجمالي الأعضاء<sup>1</sup>. فالسؤال الذي يطرح هنا هو: هل من الصحيح وفقاً لأحكام

1 يتكون مجلس الأمة من ٥٠ عضواً منتخباً بالإضافة إلى الأعضاء المعيّنين وهم الوزراء ونسبتهم كما يقرر الدستور يجب ألا تتجاوز ثلث الأعضاء المنتخبين، فيكون عددهم مجد أقصى ١٦ =

الدستور واللائحة الداخلية أن غياب الحكومة يمنع انعقاد جلسات المجلس حتى لو توافر النصاب المطلوب؟

يذهب فريق من الفقهاء إلى أن حضور الحكومة - ولو بوزير واحد - شرط جوهرى لصحة انعقاد جلسات مجلس الأمة. ويستند أصحاب هذا الرأي إلى نص المادة ١١٦ من الدستور والذي يقضي بأنه: (...يجب أن تمثل الوزارة في جلسات المجلس برئيسها أو ببعض أعضائها). ويرون أن تفسير هذا النص هو أنه لا تصح جلسات مجلس الأمة إلا بحضور الحكومة<sup>١</sup>.

ونحن لا نتفق وما يذهب إليه أنصار هذا الاتجاه من تفسير، ونرى أن المشرع الدستوري وضع هذا النص لا لبيان شروط صحة انعقاد - فهذه تناولتها المادة ٩٧ من الدستور - بل لبيان مستوى تمثيل الحكومة في تلك الجلسات، إذ اشترط حضور رئيس مجلس الوزراء والوزراء أو بعضهم لكي تكون الحكومة ممثلة تمثيلاً صحيحاً بجلسات المجلس، فلو مثلها من هم بمستوى أدنى من ذلك كأن يحضر وكيل الوزارة فيعد هذا التمثيل مخالفاً للدستور. أما شروط صحة انعقاد جلسات مجلس الأمة فقد نصت عليها المادة ٩٧ والتي تقرر في عجزها: ( يشترط لصحة اجتماع مجلس الأمة حضور أكثر من نصف أعضائه... )، فهذا النص هو المرجع في بيان ما يشترط كي تعد جلسة المجلس صحيحة، إذ أوضح بشكل جلي إن ذلك يستلزم حضور أكثر من نصف الأعضاء المكونين للمجلس، دون أي ذكر لأهمية حضور أعضاء الحكومة.

إلا أنه يجب ألا نغفل عما يجري عليه العمل وهو الأخذ بالتفسير الأول أي أن جلسات مجلس الأمة لا تنعقد إلا بوجود ممثل للحكومة، فلم تنعقد جلسة بتاريخ مجلس الأمة دون حضور الحكومة، كما استقر العمل على رفع الجلسة بمجرد انصراف أعضائها من القاعة على الرغم من توافر

---

<sup>١</sup> =وزيرا، ويجب أن يكون من بينهم عضو منتخب واحد على الأقل - وهو ما جرى عليه العمل - ومن ثم يصبح أقصى عدد لأعضاء المجلس هو ٦٥ عضو.  
١ الصالح، مرجع سابق، ص ٥٦١ والمقاطع، مرجع سابق، ص ٤٤٧.

النصاب من الناحية العددية. وهذا ما يعني من وجود عرف دستوري مفسر لنص المادة ١١٦ ، يلزم الأخذ به.<sup>١</sup>

وللأمانة لا يمكن إنكار رجاحة هذا الرأي ، فتواتر العمل لمدة تزيد عن نصف قرن لا أنه يكسب هذا التوجه حجة راسخة ، فركنا العرف الدستوري - المادي والمعنوي - متوافران ، وذلك ما يعني استقراره ، فترتيباً على ذلك يمكن القول إن حضور الحكومة بات شرطاً لصحة انعقاد جلسات مجلس الأمة.

إلا أنه من المهم إيضاح أن نشوء هذا العرف جعل زمام عقد جلسات مجلس الأمة بيد الحكومة ، وأضحت هي المتحكم بأمر يعد من أهم - إن لم يكن الأهم - الأمور التي يمارس من خلالها المجلس اختصاصاته ، وهذا ما شكل اختلالاً بتوازن الاختصاصات فيما بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية لمصلحة الأخيرة.

وإزاء هذا الوضع غير المتكافئ نتيجة لاستقرار العرف الدستوري والذي يعد ملزماً للسلطات العامة كافة ، فإننا نرى ضرورة تدخل المشرع لإعادة تنظيم هذه المسألة بإضافة نص لللائحة الداخلية لمجلس الأمة يلغي بموجبه العرف المفسر في هذا الشأن. فالمتفق عليه فقهاً أن القاعدة الدستورية العرفية مرنة بطبيعتها إذ يكفي لتعديلها صدور قانون عادي.<sup>٢</sup> فهذا يستلزم إضافة حكم جديد لللائحة يفيد صحة انعقاد جلسات مجلس الأمة بمجرد حضور الأغلبية حتى لو تغيب كافة أعضاء الحكومة.<sup>٢</sup>

1 محمد عبدالقادر الجاسم ، دراسة حول هذه المسألة نشرت بمجريدة عالم اليوم ، العدد ٦٠٨ ، بتاريخ ٢٠٠٩/١/٤.

2 A. Le Sueur and M. Sunkin, Public Law, 1997, Longman, London, p. 139.

3 ولما كانت قد صدرت - كما أسلفنا - بقانون ، ذلك ما يعني أن تعديلها لا يكون إلا بصدر قانون جديد ، وهذا ما سيؤدي إلى إلغاء العرف الدستوري. ففي بريطانيا مثلاً ، حيث القواعد الدستورية غير المكتوبة ، فهي كما يصفها الفقهاء De Smith و Brazier مرنة ويمكن للتشريع العادي إلغاؤها. أنظر

S. De Smith and R. Brazier, Constitutional and Administrative Law, Eighth Edition, 1998, Penguin Book, p.10.

ونقترح أن يكون التعديل في نص المادة ٧٤ من اللائحة الداخلية وذلك بأن يضاف لها عبارة (... سواء المعينين أم المنتخبين)، وبالتالي يصبح النص بعد الإضافة كالتالي: ( يفتح الرئيس جلسات المجلس بحضور أغلبية أعضائه سواء المعينين أم المنتخبين...). ونعتقد بأن مثل هذا التعديل سيمنع أي تأويل للنص، إذ سيعقد المجلس جلسته بمجرد وجود الأغلبية ولو كانت الحكومة متغيبية.

كما يتوجب تعديل اللائحة فيما يتعلق بغياب الأعضاء دون عذر مقبول بحيث يجعل تكرار مثل هذا الغياب سبباً في إنهاء عضوية بقوة القانون وليس كما يقضي به النص الحالي وهو ترك الأمر جوازياً للمجلس، إذ إن التجارب تدل على أن الأعضاء لم يستعملوا سلطتهم للحد من ظاهرة الغياب المتكرر مما فاقم منها، وبالتالي يكون اسناد الموضوع للقانون لرفع الحرج عن الأعضاء أمر تقررره الضرورة. والتعديل المقترح هنا ينصب على نص المادة ٢٥ بحيث تستبدل العبارة الأخير من النص وهي: (... ويجوز للمجلس بأغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم اعتباره مستقياً) بعبارة: (... أعتبر العضو مستقياً بقوة القانون). وذات الأمر ينسحب على اجتماعات لجان المجلس، حيث يعد عضو اللجنة مستقياً بقوة القانون في حالة الغياب المتكرر.

### المبحث الثالث

#### القواعد الإجرائية

سبق البيان أن اللائحة الداخلية لمجلس الأمة قد وضعت الكثير من التفصيلات الخاصة بأعماله، وجاء تنظيمها لها بشكل عام مرض، إلا أنه لوحظ من خلال التطبيق العملي وجود إشكاليات تتعلق بالإجراءات واجبة الإلتباع في هذه المسائل مما تسبب في بعض الأحيان في التقليل من فعاليتها، وفي أحيان أخرى فقد قيمتها بسبب هذه الإجراءات. لعل من

1 والتعديل هنا يكون في الفقرة الثانية من المادة ٢٥ من اللائحة الداخلية.

أبرز هذه القواعد تلك المتعلقة بألية الفصل بصحة عضوية نائب في مجلس الأمة وإسقاطها، والأخرى المتعلقة باستخدام أداة الرقابة البرلمانية (الاستجواب).

سيخصص هذا المبحث لمناقشة المشكلات المتعلقة بالقواعد الإجرائية بهاتين المسألتين لكشف ما يوجه لهما من نقد، وبيان القصور التشريعي الذي يلحق باللائحة الداخلية بهذا الشأن، وطرح الحلول المناسبة لها، وذلك بمطليين منفصلين.

### المطلب الأول

#### الفصل في صحة عضوية النواب وإسقاطها

نص الدستور في المادة ٩٥ على أن: «يفصل مجلس الأمة في صحة انتخاب أعضائه، ولا يعتبر الانتخاب باطلا إلا بأغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم المجلس. ويجوز بقانون أن يعهد بهذا الاختصاص إلى جهة قضائية»، وقد أخذ المشرع العادي بتلك الرخصة عندما عهد بهذا الاختصاص للمحكمة الدستورية التي تقرر المادة الأولى من قانون إنشائها الصادر عام ١٩٧٣ على أن: (تنشأ محكمة دستورية تختص دون غيرها بتفسير النصوص الدستورية وبالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين والمراسيم بقوانين واللوائح وفي الطعون الخاصة بانتخاب أعضاء مجلس الأمة أو بصحة عضويتهم، ويكون حكم المحكمة الدستورية ملزما للكافة ولسائر المحاكم).

ويلاحظ عند مقارنة النصين وجود اختلاف في الاصطلاحات الواردة في كل منهما، فنص الدستور استخدم اصطلاح صحة انتخاب أعضاء مجلس الأمة بينما فرق القانون بين أمرين: الطعون المتعلقة بانتخاب أعضاء مجلس الأمة وبين تلك الخاصة بصحة عضويتهم، فهل هذان الاصطلاحان متباينان أم متماثلان؟ وإذا كان ثمة تباين، فما الذي يرمي إليه المشرع من خلال إيرادهما في النص؟ وتنعكس أهمية معنى كل منهما في تحديد جهة الاختصاص المنوط بها الفصل في المسألة.

ناقش فقهاء القانون الدستوري هذه المسألة وفرقوا بين الاصطلاحين، ويرى بعضهم أن المقصود باصطلاح الطعون الانتخابية تلك الطعون الخاصة بالعملية الانتخابية سواء بمعناها الواسع والتي تبدأ بإعداد كشوف الناخبين وتسجيل المرشحين والتصويت وفرز الأصوات وحتى إعلان النتائج الرسمية، أو بمعناها الضيق والذي يقتصر على عملية التصويت تحديداً<sup>1</sup>.

بينما يعني اصطلاح الطعن في صحة العضوية - برأي بعض الفقهاء - فحص الوضع القانوني للنائب منذ تقديمه لطلب الترشيح حتى إعلان النتيجة الرسمية للانتخابات، وهذا ما يقتضي التأكد من توافر شروط الترشيح، وأن عملية الانتخاب جرت بطريقة سليمة، وإن النتيجة المعلنة تعكس إرادة الناخبين بصدق ومطابقة للقانون<sup>2</sup>.

في الواقع ليس من الصعب تقرير الأتباين بين الاصطلاحين، بمعنى ليس كل منهما يمثل حالة منفصلة عن الأخرى. فالطعن الانتخابي - برأينا - هو جزء من الطعن في صحة العضوية وهي شاملة لعدة أمور من ضمنها الطعن الانتخابي.

وترتيباً على ذلك، فإن ما ورد في قانون إنشاء المحكمة الدستورية كان تزييداً، والأصح هو الاقتصار على ذكر اصطلاح الطعون في صحة العضوية دون الطعون الخاصة بانتخاب أعضاء مجلس الأمة، كون الأول يعني عن الثاني ولا سيما أن المحكمة الدستورية هي الجهة المختصة في الحالتين<sup>3</sup>.

1 الدكتور/ عبدالله بسيوني، النظم السياسية والقانون الدستوري، ١٩٩٧، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص ٦٣٦.

2 الدكتور/ صبري السنوسي، الاختصاص بالفصل في صحة العضوية البرلمانية وحدود اختصاص مجلس الشعب، ٢٠٠٠، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٦.

3 ما نقصده هنا الطعون التي بعد انتهاء العملية الانتخابية وإعلان النتائج، أما الطعون الأخرى كتلك المتعلقة بالجداول الانتخابية والتي تقدم قبل بدء العملية الانتخابية فهي من اختصاص القضاء العادي. وفي الحقيقة يكشف لنا هذا الأمر عن عدم وضوح رؤية المشرع حيال الطعون المرتبطة بالعملية الانتخابية برمتها، وهذا ما لمسناه فعلاً في الانتخابات التشريعية التي نظمت في ديسمبر ٢٠١٢، حيث صدرت أحكام متعارضة بشكل لافت، إذ طبقت القواعد العامة =

إلا إن الطعن في صحة العضوية وفقاً للمعنى السالف يختلف عن إسقاط العضوية والوارد ذكره في نص المادة ١٦ من اللائحة الداخلية والتي تقرر: ( إذا فقد العضو أحد الشروط المنصوص عليها في المادة ٨٢ من الدستور أو في قانون الانتخاب أو فقد أهليته المدنية سواء عرض له ذلك بعد انتخابه أو لم يعلم إلا بعد الانتخاب أحال الرئيس الأمر إلى لجنة الشؤون التشريعية والقانونية لبحثه... )، وتضيف: ( ولا يكون إسقاط العضوية إلا بموافقة أغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم المجلس باستثناء العضو المعروض أمره... ). والتميز هنا بين الاصطلاحين أمر في غاية الأهمية، إذ أن الجهة المختصة بالبت في كل واحد منهما تختلف عن الأخرى، حيث - وكما بينا - أن المحكمة الدستورية هي المناط بها الفصل في الطعون المتعلقة بصحة العضوية، بينما يختص مجلس الأمة بالبت في مسائل إسقاط العضوية. فما هو معيار التفرقة بينهما؟

يفرق بعض الفقهاء الدستوريين بين الاصطلاحين بالنظر إلى مدى توافر الشروط التي يتطلبها القانون في المرشح بما في ذلك سلامة العملية الانتخابية يوم الانتخاب، فإن لم تتوافر هذه الشروط في ذلك اليوم فإن الطعن يكون في صحة العضوية بهدف الحكم بطلانها. أما إذا توافرت هذه الشروط يوم الانتخاب وزالت بعد ذلك فإن الأمر يتعلق بإسقاط العضوية لا بطلانها.

إذن، العبرة وفقاً لهذا الرأي هو يوم الانتخاب، فإن لم تكن الشروط متوافرة في هذا الوقت فإن العضوية لم تثبت أبداً للمرشح. على خلاف ذلك، فالإسقاط تكون معه العضوية قد اكتسبت، ثم وفي وقت لاحق فقد المطعون ضده شرطاً أو أكثر من شروط الترشح، مما يفتح المجال ليفقد عضويته للمستقبل فقط.<sup>٢</sup>

---

=لقانون المرافعات المدنية على الدعاوى المرتبطة بتلك الطعون وهو ما كان له من أثر سلبي لعدم تناسبها مع خصوصيتها. وهذا ما يؤكد على ضرورة إعادة النظر في تنظيم مسألة الطعون الانتخابية ككل في تشريع متكامل بدلاً من تركها متناثرة في تشريعات متفرقة.

1. السنوسي، مرجع سابق، ص ٢٠.
2. ويجدر بنا التنويه هنا بأن هذه الحالة تختلف عن حالة إسقاط العضوية كجزاء تأديبي بحق عضو مخالف.



على الرغم من انضباط هذا المعيار واتساقه مع المنطق القانوني، إلا أنه لا يغطي كل حالات الإسقاط التي يختص بالبت فيها مجلس الأمة وفقاً لنصوص لائحته الداخلية، كما لو كان العضو فاقداً لشرط من شروط الترشح يوم الانتخاب، إلا أنه لم يطعن عليه خلال المواعيد المقررة قانوناً فتتحصن نتائج الانتخابات، فالعضوية في مثل هذه الحالة - وفقاً لهذا الرأي - لم تكتسب أبداً، ومن ثم فإن من المفروض أن هذه الحالة تدخل ضمن الطعون في صحة العضوية لإسقاطها، وهذا ما يدحضه الواقع.

بناءً على ما سبق يمكن القول إن إسقاط العضوية لا تثار إلا بعد ثبوتها قانوناً، ولا يتحقق ذلك إلا بانتهاء مدد الطعون في صحة العضوية المقررة قانوناً، سواء أكانت أسباب الطعن قائمة يوم الانتخاب أم استجدت بعد ذلك.

والحقيقة إننا نثير هذه المسألة بعدما عرضت في مجلس الأمة حالة إسقاط عضوية أحد أعضائه لفقده شرطاً من الشروط الواجب توافرها في عضو مجلس الأمة وهي المرة الأولى التي تعرض على المجلس مثل هذه الحالة، وتتلخص وقائع الموضوع في أن أحد الأعضاء صدر ضده حكم نهائي بالإدانة بجرمة تزوير، ولما كان مثل هذه الجريمة تعد ماسة بالأمانة، وإن من يُدان فيها يفقد شرطاً من شروط العضوية التي ينص عليها قانون الانتخابات، وبالتالي يفترض فقده لتلك العضوية، إلا أن ما حصل كان على خلاف الحكمة التي ارتجأها المشرع من وراء تقرير هذه الشروط وهي استبعاد من يثبت عدم أهليته لتمثيل الأمة، إذ صوت المجلس برفض اقتراح إسقاط عضويته، ما يعني استمرار احتفاظه بعضويته على الرغم من الحكم الصادر بحقه. يرجع سبب الرفض، كون العضو المقترح إسقاط عضويته يتمتع بدعم كتلة الحكومة<sup>1</sup>.

وتكشف هذه السابقة بجلاء عدم جدوى النص الحاكم لهذه المسألة، إذ تتحكم الأغلبية المسيطرة في البرلمان على قرار إسقاط العضوية

1 جلسة مجلس الأمة المنعقدة بتاريخ ٢٠١١/٥/١٠، إذ صوتت الحكومة بكافة أعضائها ضد إسقاط العضوية.

بغض النظر عن مدى استحقاقه، مما يفقد اللائحة الداخلية فاعليتها في هذا الجانب.

إن النقاش حول هذه المسألة ليس بجديد، إذ أنه كان يشور في برلمانات أعرق الديمقراطيات في العالم، حيث كان النقاش يتركز حول مدى أحقية المجلس التشريعي في الفصل في المنازعات المتعلقة في عضوية أعضائه. وهناك من يرى أن المجلس هو أحق من غيره في هذا الأمر استناداً لبدأ الفصل بين السلطات. كما يوجد رأي آخر يعتقد أن البرلمان لا يتمتع بالضمانات الكافية التي تؤهله لاتخاذ القرار العادل والنزيه، حيث أن الاعتبارات السياسية هي الطاغية، وأنه في كثير من الأحيان يحكم بما يخالف القانون، مما يجعل هذا الاختصاص سلاحاً يستخدم من قبل الأغلبية ضد المعارضة بشكل لا يتفق والحكمة المرجوة من إيراد مثل هذه النصوص في اللائحة.<sup>1</sup>

وانتهى هذا الجدل في كثير من الدول ذات التجربة البرلمانية العريقة إلى إسناد هذا الاختصاص للقضاء لما يتمتع به من ضمانات تكفل تحقيق العدالة. ففي بريطانيا - مثلاً - ظل البرلمان فيها يمارس هذه المهمة ردحاً من الزمن حتى انتهى البرلمان إلى قناعة مفادها إن النتائج التي تصدر بشأن إسقاط العضوية غير مرضية، مما حمله على نقل هذا الاختصاص إلى القضاء.<sup>2</sup>

والحال كذلك في فرنسا، إذ أسند اختصاص إسقاط عضوية أعضاء البرلمان للمجلس الدستوري بدلاً من البرلمان. وعلق على هذه المسألة الفقيه الفرنسي الشهير دوجي بقوله: ( إنه لمن أخطر الأمور أن تمنح مجلساً سياسياً وظيفة قضائية، إذ من المستحيل أن يسود الهدوء وعدم التخريب الضروريان لمثل هذه الوظيفة).<sup>3</sup>

1 الدكتور/ عادل عبدالله محمد، إسقاط عضوية أعضاء مجلس الشعب، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٥، ص ٢٤.

2 D. Oliver, Constitutional Reform in the UK, Oxford University Press, UK, 2009, p. 18.

3 نقلاً عن الدكتور/ حسن محمد هند، منازعات انتخابات البرلمان وشروط الترشيح لعضوية مجلسي الشعب والشورى، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٦، ص ٣٩٩.

ونستشف مما سبق إنه لا مبررا يسوغ التفرقة - فيما يتعلق بالجهة المختصة بالفصل - بين الطعون المتعلقة بصحة العضوية وبين الطعون المتعلقة بإسقاطها إذ أنه نزاع قضائي يخرج عن اختصاص البرلمان، فالفرق بينهما - كما أوضحنا - ينحصر في التوقيت الزمني فحسب، فالأول يقدم في المواعيد المقررة قانوناً، بينما تكتشف أسباب الآخر أو تستجد بعدها، فالأسباب قد تكون هي ذاتها التي تقدم في أي من الطعنين ولا اختلاف بينهما إلا في التوقيت.

أضف إلى ما سبق سوء النتائج التي تنتهي إليها المسألة إذا ما بت فيها البرلمان حيث لا تتوافر فيها ظروف الحياد والنزاهة، مما يهدر كل قيمة قانونية للنص المنظم ويفرغه من محتواه. ولا سبيل للقول بأن في ذلك مساس باستقلال البرلمان، فالنزاع ذو طابع قضائي، كما أن القضاء سبق له الفصل في صحة العضوية دون أن يحتج أحد على ذلك.

بناء على ما انتهينا إليه، نرى من الأفضل وتحقيقاً للعدالة - ولا سيما بعد السابقة الخطيرة التي حدثت في مجلس الأمة - أن يعهد باختصاص إسقاط العضوية إلى القضاء، وتحديد المحكمة الدستورية شأنه في ذلك شأن الطعن في صحة العضوية، وهذا ما يتطلب إجراء تعديل على اللائحة الداخلية لمجلس الأمة.

والتعديل المقترح ينصب على الفقرة الثانية والثالثة من المادة ١٦ من اللائحة الداخلية بحيث تُلغى هاتان الفقرتان مع الإبقاء على الفقرة الأولى - السابق ذكرها - وإضافة فقرة جديدة بالمعنى المذكور على النحو الآتي: ( ويعرض التقرير على المجلس في أول جلسة تالية، وللعضو أن يبدي دفاعه أمام المجلس على أن يغادر الاجتماع عند التصويت، ويصدر المجلس قراره بإحالة الموضوع للمحكمة الدستورية للبت فيه، في مدة لا تتجاوز أسبوعين من تاريخ عرض التقرير عنه).

فالنص المقترح يستهدف أمرين: الأول هو الموضوع الأساسي وهو إسناد اختصاص مسألة إسقاط العضوية للمحكمة الدستورية، أما الثاني - هو لا يقل أهمية - ويتناول الأغلبية المطلوبة للإحالة هي الأغلبية

الإعادية، وفي ذلك تخفيفاً على المجلس من أن تُستخدم المسألة سلاحاً لطرف ضد آخر، ومن ثم يتم التعتن في الإحالة، وهنا يكون التعديل كأن لم يكن. فوفقاً لهذا التعديل، فإن حماية النائب من الطعون الكيدية قد كُفلت، حيث لا يزال المجلس هو من يقرر الإحالة للمحكمة الدستورية بعد دراسة الموضوع ورفع تقرير عنه، والتصويت من قبل المجلس. وفي الوقت عينه، تم رفع الحرج عن أعضاء المجلس - بما فيهم الوزراء - من أن يصدر قراراً عنهم باسقاط عضوية زميل قد يحظى بدعم الأغلبية.

### المطلب الثاني

#### إجراءات مناقشة الاستجواب

منح الدستور أعضاء مجلس الأمة عدة وسائل للقيام بدورهم الرقابي بشكل فاعل تجاه السلطة التنفيذية، لعل أهمها الاستجواب، إذ تتيح هذه الوسيلة للأعضاء مناقشة الوزير المستجوب بشكل جماعي وعميق، مما يعطي المجلس الفرصة للوصول للحقيقة التي يبحث عنها في موضوع من الموضوعات.

كما يعد الاستجواب المدخل الوحيد للمساءلة السياسية، إذ لا يمكن طرح الثقة بأحد الوزراء إلا بعد استجوابه، إذ من خلال مناقشة الاستجواب يمكن لأعضاء المجلس تحديد موقفهم بوضوح حول مدى استحقاق الوزير لثقتهم للاستمرار بمنصبه. كما ينسحب الأمر ذاته على الحكومة ككل، إذ لا يمكن إعلان عدم التعاون مع رئيس مجلس الوزراء إلا بعد الإنتهاء من استجوابه.<sup>1</sup>

وانعكاساً لأهمية هذه الأداة الرقابية، أولت اللائحة الداخلية لمجلس الأمة اهتماماً خاصاً للاستجواب، فأسهبت في تفصيل قواعده

1 استعاض الدستور الكويتي وفقاً لمادته رقم ١٠٢ بطرح الثقة برئيس مجلس الوزراء بألية أخرى وهي إعلان عدم التعاون، ومفادها إن مأل الأمر عند تصويت مجلس الأمة على إعلان عدم التعاون مع رئيس مجلس الوزراء بأغلبية أعضائه للأمر، الذي له الخيار إما بإقالة الحكومة أو حل مجلس الأمة. فإذا ما اختار حل مجلس الأمة، وعاد المجلس الجديد بالتصويت على عدم التعاون مع ذات رئيس مجلس الوزراء فإنه يعتبر مقالاً من منصبه مباشرة بقوة الدستور دون الحاجة لإجراء آخر.

فخصصت ١١ مادة لهذا الغرض (المواد من ١٣٣ - ١٤٣) ناهيك عن بعض الأحكام المتناثرة في مواد أخرى.<sup>١</sup>

على الرغم من التفصيل الذي أوردته اللائحة فيما يتعلق بالاستجواب، إلا أن الممارسة العملية لهذه الأداة كشفت عن بعض مواضع الخلل التي أدت إلى إضعاف تأثيرها، بل أدى في بعض الأحوال إلى إفراغها تماماً من مضمونها، ونرى أن تدخل المشرع لمعالجتها أمسى ضرورة.

ويجب - وقبل الاسترسال في شرح هذه المسألة - الإشارة بالتعديلات التي أدخلت في اللائحة الداخلية عام ٢٠٠٧ والمتعلقة بالاستجواب، حيث كان لها دور في القضاء على بعض السلبات التي برزت خلال مناقشات الاستجوابات على مدى سنتين. من تلك التعديلات ما تم في المادة ١٣٦، إذ أدخل على أحكامها تعديلاً أولهما: ما كانت تنص عليه تلك المادة من وجوب تحديث ثلاثة أعضاء من مؤيدي الاستجواب وثلاثة آخرون ممن يعارضونه وأنه لا يجوز قفل باب النقاش قبل ذلك. وقد حدث في أكثر من مناسبة ألا يوجد العدد الكافي من المتحدثين - وخصوصاً من مؤيدي الوزير المستجوب - ومن ثم يتم إقفال باب النقاش دون أن يتحدث ثلاثة أعضاء عن كل جانب بالمخالفة لأحكام اللائحة.<sup>٢</sup>

ولتجنب هذه المخالفة التي كانت تقع جبراً ودون قصد خرق أحكام اللائحة، استبدلت الفقرة التي تقر هذا الحكم وتنص على: ( ولا يجوز قفل باب المناقشة في الاستجواب قبل أن يتحدث ثلاثة من طالبي الكلام من كل جانب على الأقل)، بفقرة أخرى تقر أن: ( يتكلم الأعضاء المؤيدون للاستجواب والمعارضون له بالتناوب واحداً واحداً).<sup>٣</sup> فالنص

١ أنظر على سبيل المثال نص المادة ١٢٧ من الدستور والتي تقر: ( لا يجوز لمقدم السؤال أن يحوله إلى استجواب في ذات الجلسة).

٢ كما حدث في استجواب وزير المالية محمود النوري في مارس ٢٠٠٤.

٣ معدل بالقانون رقم ٨ لسنة ٢٠٠٧ بشأن اللائحة الداخلية لمجلس الأمة.

الجديد لم يضع حداً أدنى للمتحدثين قبل قفل باب النقاش في الاستجواب منهاياً بذلك مخالفة كانت تتكرر من وقت لآخر.

كما أدخل تعديل آخر على المادة نفسها تناول مسألة النيابة في التحدث عند مناقشة استجواب، وذلك بإضافة حكم جديد يمنع مثل هذه النيابة، حيث أثرت هذه المسألة عند تقديم استجواب لرئيس مجلس الوزراء عام ٢٠٠٩، فصرح أحد الوزراء بأنه سيتولى الرد على بنود الاستجواب نيابة عن الرئيس استناداً إلى عدم وجود ما يمنع من ذلك في اللائحة الداخلية، ولا سيما أن هناك سابقة برلمانية في هذا الشأن، وذلك عندما تحدث وزير الداخلية والدفاع نيابة عن وزير الشؤون الاجتماعية والعمل في استجواب موجه للأخير في عام ١٩٧٤<sup>١</sup>.

في الحقيقة إن هذه السابقة تعد التفافاً غير مشروع على أحكام اللائحة، فالمقصد من الاستجواب هو استجلاء الحقيقة والحصول على المعلومات الصحيحة في موضوع الاستجواب من الوزير المسؤول تمهيداً لاتخاذ قرار فيه، وإلا كان مصيره الإقالة، وبالتالي لا يصح أن يقوم وزير آخر بالتحدث عن شؤون وزارة لا تعنيه.

فسداً لهذا الباب، أضيف حكم جديد لنص المادة ١٣٦ يحظر مثل هذا التصرف بقولها: ( ولا يجوز للمستجوب أن ينيب غيره في شرح الاستجواب، كما لا يجوز للوزير أن ينيب غيره في الجواب عليه)<sup>٢</sup>. فهذه الإضافة أنهت الجدل الدائر حول هذه المسألة، ومنعت محاولات الالتفاف حولها مستقبلاً.

وعلى الرغم من التعديلات التي أدخلت على اللائحة في سبيل علاج المثالب المتعلقة بالاستجواب، إلا أنه لا يزال هناك ما يؤثر سلباً على استخدام هذه الأداة. فالممارسات العملية أوضحت بجلاء عن وجود ثغرة يمكن من خلالها لأعضاء الحكومة التملص من رقابة مجلس الأمة، بل

1 جريدة القيس العدد ١٢٨٦١ الصادر بتاريخ ٧/٧/٢٠٠٩.

2 معدل بالقانون رقم ٨ لسنة ٢٠٠٧.

وصل الحد في استغلال هذه الثغرة إلى إمكانية إفراغ النصوص المنظمة للاستجواب من محتواها بشكل كامل.

وتتمثل هذه الثغرة في النصوص المتعلقة بمسألة تأجيل الاستجواب، حيث أنها تبيح للوزير طلب تأجيل مناقشة الاستجواب الموجه له إلا أنها لم تضع حداً أقصى لمدد أو عدد التأجيلات، مما يفتح الباب للحكومة للتهرب من المساءلة بواسطة هذا الطريق.

وقد استغلت الحكومة هذه الثغرة في أكثر من استجواب، إذ تمكنت في ظل وجود أغلبية لها في مجلس الأمة من أن تؤجل بعض الاستجوابات لمدد طويلة مما أفقدها أهميتها، فأضحى الاستجواب أداة بيد الحكومة لا البرلمان<sup>1</sup>.

تنص المادة ١٣٥ من اللائحة الداخلية على أن: ( ... لا تجري المناقشة في الاستجواب إلا بعد ثمانية أيام على الأقل من يوم تقديمه، وذلك في غير حالة الاستعجال وموافقة رئيس مجلس الوزراء أو الوزير المختص حسب الأحوال.

ولمن وجه إليه الاستجواب أن يطلب مد الأجل المنصوص عليه في الفقرة السابقة إلى أسبوعين على الأكثر فيجاب إلى طلبه، ويجوز بقرار من المجلس التأجيل لمدة مماثلة، ولا يكون التأجيل لأكثر من هذه المدة إلا بموافقة أغلبية أعضاء المجلس<sup>2</sup>.

فعلى الرغم من أن هذا النص قد عدل سنة ٢٠٠٧ بإضافة مدة أسبوعين آخرين عند طلب تأجيل استجواب، من ثم أصبح التأجيل يتم بصورة تدريجية، فأول تأجيل يكون لمدة أسبوعين بناء على طلب الوزير،

---

1 المثال الأشهر الذي يمكن أن يضرب في هذا السياق الاستجواب الذي وجه رئيس مجلس الوزراء الشيخ ناصر محمد في مايو ٢٠١١ عندما تم تأجيله لمدة سنة.

2 وكانت الفقرة الأخيرة قبل التعديل بموجب القانون رقم ٨ لسنة ٢٠٠٧ يجري نصها على النحو الآتي: ( ولمن وجه إليه الاستجواب أن يطلب مد الأجل المنصوص عليه في الفقرة السابقة إلى أسبوعين على الأكثر فيجب إلى طلبه، ولا يكون التأجيل لأكثر من هذه المدة إلا بقرار من المجلس).

ثم أسبوعين آخرين يكون بموافقة الأغلبية العادية في المجلس، أما التأجيل لمدة ثلاثة فلا يكون إلا بموافقة الأغلبية التي يتألف منها المجلس.

والتأجيل لمدة ثلاثة هو ما يشكل الثغرة، حيث لم تضع اللائحة حدا أقصى لمدة هذا التأجيل، فهي قد تطول وقد تقصر. وهذا ما حصل فعلا في بعض الاستجابات، إذ تم التأجيل لمدد طويلة جدا دون مبرر، إنما كان بقصد التهرب من المساءلة. وهذا ما دعا بعض المهتمين لوصف ما يحدث بالعبث السياسي<sup>1</sup>.

ولسد هذه الثغرة، نقترح وضع سقف أعلى لمدة التأجيل الثالث، ونعتقد مدة شهر كافية تماما وتفي بالمطلوب، وعليه يكون التأجيل في المرة الأولى لمدة أسبوعين ثم أسبوعين آخرين ثم شهر كحد أقصى. فبمثل هذا التعديل - على الرغم من بساطته - إلا أنه كفيل بمنع أعضاء الحكومة من التهرب من مواجهة الاستجابات.

### الخاتمة

تناولنا في هذه الدراسة اللائحة الداخلية لمجلس الأمة، حيث بينا أهمية وجودها والدور الذي تلعبه في تسيير أعمال مجلس الأمة، كما تطرقنا للأداة القانونية التي صدرت بموجبها، وأوضحنا أنه تم إصدارها بقانون على الرغم من أن الدستور أجاز ذلك بقرار، ذلك ما جعل المجلس يقيد نفسه بنفسه. إلا أنه لا يزال بالإمكان تعديل الوضع، وذلك بالغاء القانون الذي صدرت بموجبه اللائحة ثم إصدارها بقرار.

كما سلطت الدراسة الضوء على السليات التي برزت خلال العمل بهذه اللائحة على مدى أكثر من نصف قرن، حيث كشفت التجربة عن العديد من المثالب التي استدعت تدخل المشرع في أكثر من مناسبة لتعديلها، كان أبرزها تعديل سنة ٢٠٠٧. وعلى الرغم من تلك المحاولات إلا أنه ما زالت اللائحة تعاني من عيوب قللت من كفاءة أحكامها، بعضها ينصب على قواعد موضوعية، وأخرى على قواعد شكلية.

1 أ.د. محمد المقاطع، أستاذ القانون الدستوري بجامعة الكويت سابقا، تصريح منشور بجريدة الأنباء العدد ١٢٦٣٥ الصادر بتاريخ ٢٠١١/٥/١٨.



وركزت الدراسة على أهم السليبات التي تعاني منها اللائحة الداخلية لمجلس الأمة والسبل التي نعتقد بقدرتها على القضاء على هذه السليبات. أولى المعوقات التي ناقشناها هي مسألة كشف الذمة المالية لأعضاء مجلس الأمة، إذ لم تتطرق اللائحة لهذه المسألة ذلك ما أدى إلى التشكيك بدمم بعضهم وتقديم بلاغات عن تكسب غير مشروع من خلال الوظيفة النيابية. فسدًا لمثل هذه الادعاءات، رأينا أن يضاف نص يلزم جميع الأعضاء بمجرد إعلان النتيجة الرسمية للانتخابات التشريعية بتقديم كشف بدمتهم المالية، فوجود مثل هذا النص في اللائحة سيمنع التشكيك بالذمم والاتهامات المتبادلة فيما بين الأعضاء، كما تعزز الثقة بهم عند جمهور الناخبين.

كما تطرقت الدراسة لبيان الأسباب من وراء عدم انتظام انعقاد جلسات مجلس الأمة وأرجعنا السبب في ذلك إلى ارتفاع نسبة غياب أعضائه، ولعل ضعف الرقابة الشعبية من ناحية، واللامبالاة من الأعضاء أنفسهم من ناحية أخرى زاد من حالات الغياب غير المبرر. أضف إلى ما تقدم عدم وجود جزاء رادع لمثل هذا الإهمال والتسيب في اللائحة الداخلية، إذ إنها تجعل الجزاء على العضو المتغيب اختياريًا يخضع للسلطة التقديرية للأعضاء، مما قد يجرهم في تطبيقه في أغلب الأحوال. وعليه فوجود عقوبة رادعة في اللائحة، وتطبيق بقوة القانون دون الحاجة لموافقة المجلس سيكون لها أثرا ملموسا في تقليص حالات الغياب، وبالتالي توافر الأغلبية اللازمة لعقد الجلسات.

كما أوضحنا في هذه الدراسة أن عدم انعقاد جلسات مجلس الأمة قد يعود لتغيب الحكومة وليس الأعضاء. حيث فسر نص المادة ١١٦ من الدستور على أن حضور الحكومة شرطا أساسيا لصحة انعقاد هذه الجلسات، وأن عرفاً دستورياً مفسراً قد استقر في هذا الشأن، ومن ثم ولتعديل هذا الوضع المخل بتوازن الاختصاصات فيما بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، فلا بد من تعديل اللائحة الداخلية بإضافة نص جديد يبيح انعقاد جلسات المجلس حتى حالة عدم حضور الحكومة.

كما ناقشت الدراسة قاعدتين إجرائيتين نرى ضرورة تعديلهما، حيث تعاني النصوص المنظمة لها من قصور أدى إلى عدم تحقيقها للأهداف التي شرعت لأجلها. ومن تلك القواعد ما يتعلق بإجراءات الفصل في صحة عضوية أعضاء مجلس الأمة الذي ما زال يحتفظ بسلطته في حالات معينة، إلا أن السوابق أثبتت سوء استخدامها. فنعتقد أن نقل هذا الاختصاص للمحكمة الدستورية - شأنه في ذلك شأن بقية الطعون في صحة العضوية - سيجعل الفصل فيها أكثر إنصافاً وعدالة.

وأخيراً، كشفت الدراسة عن بعض العيوب المتعلقة بإجراءات مناقشة الاستجواب، وأن الحكومة استغللتها بطريقة همشت معها هذه الأداة الرقابية بشكل خطير، وأمسى تعديل اللائحة فيما يخص هذه المسألة أمراً لا غنى عنه. فتأجيل مناقشة الاستجوابات في المجلس أصبح هو السمة البارزة في الاختصاص الرقابي للمجلس، ومن ثم فوضع حد أقصى للتأجيل هو الحل الأمثل، وإلا في حال امتلكت الحكومة الأغلبية لن تتم المناقشة حتى نهاية الفصل التشريعي.

## القيود الواردة علي الإدارة في التعاقد بنظام PPP

دارسة مقارنة بين مصر وفرنسا

إعداد

د علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد

مدرس بقسم القانون العام بكلية الحقوق جامعة حلوان

تهديد

تكتسب مساهمة القطاع الخاص في توفير الخدمات العامة من خلال قيامه بالاستثمار وتشغيل مشاريع البنية التحتية و المرافق العامة أهمية خاصة ليس فقط للاستفادة من موارد القطاع الخاص في تخفيف الأعباء المالية الواقعة علي الدولة و لكن أيضا للاستفادة من قدرات القطاع الخاصة الفنية و التقنية بما يعكس في أداء الخدمات بدرجة عالية من الكفاءة.

فالدولة تهدف إلي الارتقاء بمشروعات البنية الأساسية وتقديم مستوي رفيع لمواطنيها من الخدمات المختلفة التي تحقق لهم حياة أفضل ، والأصل أن الدولة تعتمد علي موازنتها الداخلية لتنفيذ هذه المشروعات الضخمة ، ولكن المشكلة في العجز الدائم و المستمر في موارد بعض الدول ، أو التكلفة الضخمة لهذه المشروعات أو التقنية الفنية العالية لبعض المشروعات و التي تحتاج إلي خبرة القطاع الخاص.

كل هذه العوامل وغيرها أدت رغبة الدولة في إيجاد شريك يتحمل معها أعباء هذه المشروعات المرهقة ووجدت الدولة ضالتها في عقود الشراكة.

وقد نشأت هذه العقود أولا في إنجلترا في عام ١٩٩٢ تحت مسمى private Finance initiative (PFI) بعد أن ألغت الحكومة الانجليزية القواعد التي كانت سارية في عام ١٩٨٩ والتي كانت تجعل الدور الأكبر في تمويل مشروعات البنية الأساسية للقطاع العام ، وقد كان الهدف من ذلك هو تحديث البنية الأساسية للدولة في المجالات الحيوية ، الصحة

والتعليم وغير ذلك دون تحميل الميزانية العامة للدولة بهذه المبالغ الطائلة التي قد تدفع الحكومة للاقتراض.

ومن أمثلة المشروعات التي تم إبرامها بنظام (PFI) تمويل القطاع الخاص لمشروع نفق المانش وغير ذلك من المشروعات الكبرى التي تتعلق بإنشاء الكباري والطرق.

ثم انتقلت هذه الفكرة بعد ذلك إلي فرنسا حيث أصدر المشرع الفرنسي تشريعا خاصا لعقود الشراكة وهو المرسوم رقم ٥٥٩ لسنة ٢٠٠٤ والمعدل بالمرسوم رقم ٧٣٥ لسنة ٢٠٠٨.

و مما لاشك فيه أن هناك اختلاف في الهدف الذي يسعى إلي طرفا عقود الشراكة فههدف الإدارة من هذه المشروعات هو تقديم خدمات أفضل للمواطنين، بينما هدف المتعاقد مع الإدارة هو تحقيق أكبر قدر ممكن من المكاسب و الأرباح دون التقييد بمبادئ المساواة و العدالة الاجتماعية التي تسعى الدولة لتحقيقها.

وقد نص المشرع الفرنسي علي مجموعة من القيود و الضمانات التي ترد علي الإدارة للتعاقد بنظام PPP وجعل اللجوء إلي التعاقد بهذا النظام لتمويل مشروعات البنية الأساسية بشروط خاصة وفي حالات معينة. ثم انتقلت الفكرة بعد ذلك إلي القانون المصري الذي أقر عقود الشراكة في عام ٢٠١٠، ووضع هو الآخر مجموعة من القيود و الضمانات التي تمكن الإدارة من اختيار أفضل العطاءات من الناحية الفنية و المالية.

الإشكالية

مدي كفاية النصوص التشريعية في فرض قيود علي الإدارة لقصر التعاقد بنظام PPP علي حالات خاصة نظرا لخطورة التعاقد بنظام PPP حيث أن المتعاقد مع الإدارة سيكون شريكا لها في إدارة المرفق العام و يؤدي ذلك إلي ارتفاع ثمن الخدمة المقدمة للجمهور أو يؤثر علي الإدارة في اتخاذ بعض القرارات ذات البعد الاجتماعي فالمتعاقد مع الإدارة يهدف إلي تحقيق الربح في المقام الأول بينما تهدف الإدارة إلي تحقيق الصالح العام، لذلك حدد المشرع الفرنسي و المصري حالات خاصة للتعاقد بنظام الشراكة

ووضع قيود علي الإدارة لا تستطيع التحلل منها إذا أرادت التعاقد بنظام PPP فهل كانت هذه النصوص كافية في مصر وفرنسا لحماية متلقي خدمات المرافق العامة.

### تحديد البحث

سوف تقتصر الدراسة علي القيود التي ترد علي الإدارة أثناء إبرام عقود الشراكة و خاصة تحديد الحالات التي يجوز فيها التعاقد بنظام PPP و القيود التي ترد علي الإدارة في كيفية التعاقد مع مقدم العطاء ، و ستكون الدراسة مقارنة بين القانون المصري و القانون الفرنسي ، و سوف أتبع أسلوب التقسيم الثنائي لعرض هذا الموضوع.

### تقسيم البحث

رأينا تقسيم البحث إلي فصلين

الفصل الأول القيود الواردة علي الإدارة في تحديد حالات التعاقد بنظام

PPP

المبحث الأول الوضع في النظام الفرنسي

المبحث الثاني الوضع في النظام المصري

الفصل الثاني القيود الواردة علي الإدارة في اختيار المتعاقد مع الإدارة

المبحث الأول الضوابط التشريعية لاختيار المتعاقد مع الإدارة

المبحث الثاني الرقابة القضائية علي اختيار الإدارة للمتعاقد معها

### الفصل الأول

القيود الواردة علي الإدارة في تحديد حالات تعاقد بنظام PPP

عقد (PPP) (partenariats public-privé) هو عقد إداري

يحدد المدة يبرم بين الإدارة العامة و أحد أشخاص القانون الخاص (الطرف الخاص) و يهدف العقد إلي مشاركة الطرف الخاص في تطوير المرفق العام ، و ذلك بإنشاء مشروعات البنية الأساسية و إدارتها و استغلالها و القيام بالأعمال الفنية و التقنية التي تتعلق بحسن تسيير المرفق العام بانتظام و اطراد و القيام بجميع أعمال الصيانة في مقابل مبلغ مالي يدفع من جانب الإدارة

طوال مدة التعاقد بشكل مجزأ، فقد يكون المقابل المالي شهري أو نصف سنوي أو سنوي<sup>1</sup>.

وقد نشأ هذا العقد في فرنسا بالمرسوم رقم ٥٥٩ الصادر في عام ٢٠٠٤ والمعدل بالمرسوم رقم ٧٣٥ لسنة ٢٠٠٨

وقد سار المشرع المصري علي نهج المشرع الفرنسي وذلك بإقرار قانون الشراكة رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ وذلك بهدف إنشاء المرافق العامة وتطويرها إداراتها.

### تعريف عقد الشراكة في القانون المصري

باستطلاع المادة الأولى و الثانية في القانون المصري رقم ٦٧ الصادر في ٢٠١٠ نستطيع أن نعرف عقد الشراكة بأنه عقد تبرمه الجهة الإدارية مع شركة المشروع بغرض تمويل وإنشاء وتجهيز مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة وإتاحة خدماتها، أو تمويل وتطوير هذه المرافق، مع الالتزام بصيانة ما يتم إنشاؤه أو تطويره، وتقديم الخدمات والتسهيلات اللازمة لكي يصبح المشروع صالحاً للاستخدام في الإنتاج أو تقديم الخدمة بانتظام واضطراد.

ولا يجوز أن تقل مدة العقد عن خمس سنوات ولا تزيد عن ثلاثين سنة من تاريخ اكتمال أعمال البناء والتجهيز أو إتمام أعمال التطوير، وألا تقل قيمة العقد الإجمالية عن مائة مليون جنيه. ويجوز للشخص الاعتباري الخاص القيام بتشغيل المشروع وتقديم الخدمة أو المنتج للجهة الإدارية لتتولى تقديمه لجمهور المستهلكين أو المتفاعلين، أو باستغلال المشروع وبيع المنتج أو تقديم الخدمة إلى من تحدده الجهة الإدارية، مقابل مبالغ مالية لا يحصل عليها إلا بعد أن تصدر الجهة الإدارية المتعاقدة شهادة بقبول مستوى جودة الأعمال أو المنتجات أو الخدمات المتاحة.

و لم يعطي النظام الفرنسي لجهة الإدارة الحرية في تحديد طبيعة العقود التي يمكن إبرامها بنظام الشراكة بل حدد هذه العقود علي سبيل

1 Marty, Frédéric- Trosa, Sylvie Les partenariats public-privé, Paris : La Découverte, 2006, p.10

الحصر ونص علي أن الإدارة لا تستطيع التعاقد بنظام الشراكة إلا إذا توافر أحد الفروض التي حدده المشرع علي سبيل الحصر.

بينما انتهج المشرع المصري فلسفة أخرى حيث نص علي جواز التعاقد بنظام الشراكة في حالة رغبة الإدارة في إنشاء أي مرفق عام أو تطويره و لكن تمثلت القيود التي ترد علي الإدارة في المرحلة في أن المشرع حدد مراحل تنفيذ هذه العقود وهي مرحلة التصميم و التشييد والتشغيل ونقل الملكية وقد رأينا تقسيم هذا الفصل إلي مبحثين :-

المبحث الأول الوضع في النظام الفرنسي

المبحث الثاني الوضع في النظام المصري

### المبحث الأول

#### الوضع في النظام الفرنسي

أوضح المشرع الفرنسي في المرسوم رقم ٥٥٩ الصادر في عام ٢٠٠٤ والمعدل بالمرسوم رقم ٧٣٥ لسنة ٢٠٠٨ أنه لا يجوز اللجوء إلي عقد partenariats public-privé (PPP) إلا في الحالات الآتية :

١- المشروعات المركبة التي يصعب علي الجهة الإدارية تحديد الوسائل الفنية اللازمة لتلبية احتياجاتها بمفردها مسبقا ، وذلك نظرا لما تتطلبه مثل هذه العقود المركبة من العديد من العلاقات المتشابكة والمتداخلة والإمكانات الهائلة.

٢- عندما يكون للمشروع طابع الاستعجال ، بأن يكون ضروريا لمواجهة أمر طارئ لا يحتمل التأخير.

٣- المشروعات التي تحقق امتيازات للصالح العام لا يحققها أي بديل تعاقدية آخر لعقود الشراكة ، تم إضافة هذه الحالة بتعديل المادة الثانية الخاصة بالتعاقد بنظام PPP بالمرسوم رقم ٧٣٥ لسنة ٢٠٠٨.

وقد أوضح المجلس الدستوري الذي أقر بدستورية عقود الشراكة أن المشرع حدد أسباب اللجوء إلي عقود PPP علي سبيل الحصر في المادة الثانية من مرسوم (٥٥٩ - ٢٠٠٤) والمعدل بالمرسوم رقم ٧٣٥ لسنة

٢٠٠٨

وأخذ المشرع بالمعيار التبادلي فلم يشترط توافر صفتي الاستعجال وكون المشروع مركبا معا ، أو يحقق امتيازات لا يحققها أي بديل تعاقدى آخر ، بل يكفي توافر أحدها فقط.<sup>1</sup>

وسوف نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب

**المطلب الأول: المشروعات المركبة**

**المطلب الثاني: المشروعات ذات الصفة العاجلة.**

**المطلب الثالث: المشروعات التي تحقق امتيازات للمصالح العام**

لا يحققها أي بديل تعاقدى آخر لعقود الشراكة.

**المطلب الأول**

**المشروعات المركبة**

أوضح المشرع الفرنسي أن الإدارة العامة لا تستطيع أن تبرم عقد PPP إلا إذ أثبتت أن محل العقد مركب أو تتوافر فيه حالة الاستعجال.

وتقوم الإدارة بتقييم أولي للمشروع محل التعاقد وتحديد الجوانب القانونية والاقتصادية والفنية والتقنية للمشروع ، ومدى قدرتها علي تنفيذ هذا المشروع ، وتقوم بعمل مقارنة بين قدرتها علي تنفيذ المشروع وقدره وكفاءة القطاع الخاص علي تنفيذ المشروع ، فإذا تبين لها أنها بصد مشروع يصعب عليها تنفيذه موضوعيا ، وذلك مثل مشروعات البنية الأساسية في مجال النقل والمعلوماتية ، فهذه المشروعات مركبة ومعقدة فهي تحتاج إلي متطلبات فنية ومالية وقانونية من نوع خاص ويصعب وضع تصور مالي أو تقني أو قانوني مسبق بالنسبة لها<sup>2</sup>.

- 1 Olivier Debouzy, Contrats de partenariat public-privé : le réchauffement de la planète juridique?, Recueil Dalloz 2008 p. 2356
- 2 Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services Journal officiel n° L 134 du 30/04/2004 p. 0114 - 0240



و الصفة المعقدة والمركبة للمشروع محل التعاقد هي شرط موضوعي وليست تصور شخصي للسلطة المختصة بإبرام التعاقد فهي تقوم بتقييم المشروع المقترح بصورة موضوعية وتحدد أسباب اللجوء للقطاع الخاص للمشاركة في تمويل وإدارة المشروع ، ومن أمثلة ذلك المشروعات المتعلقة بالتكنولوجيا العالية المتقدمة والتي يصعب علي الإدارة أن تقوم بتنفيذها ، فهي تحتاج إلي خبرات فنية من نوع معين<sup>1</sup>.

وقد تنجم صعوبة تنفيذ الإدارة للمشروع محل التعاقد من صعوبة الإحاطة الكاملة بتكلفة المشروع .

وسوف نحاول أن نلقي الضوء علي بعض المشروعات التي أبرمتها الحكومة الفرنسية استنادا إلي نص المادة الثانية من مرسوم ٥٥٩ -

٢٠٠٤ ) والمعدل بالمرسوم رقم ٧٣٥ لسنة ٢٠٠٨

#### ١- الصعوبات الفنية والتقنية

#### مشروع Hôpital de Roanne

أرادت الحكومة الفرنسية إعادة هيكلة مستشفى روان وقامت الإدارة المختصة بعمل دراسة مبدئية وتقييم تصوري للمشروع وتبين لها الطبيعة المعقدة لتنفيذ هذا المشروع وقررت التعاقد بنظام PPP .

فقد رأت الإدارة أن إعادة هيكلة مستشفى روان سوف تكون مصحوبة بإعادة هيكلة استخدام الطاقة داخل المستشفى ، وهنا نحن نتعامل مع مرضي في حاجة إلي الراحة وموظفين في حاجة إلي العمل ، ولذلك ينبغي أن يتم توزيع الكهرباء اللازمة لأعمال التدفئة والتبريد علي مستوى مميز ، أثناء فترة إعادة هيكلة المستشفى ، وهذا يحتاج إلي ضرورة إنشاء نظام مركزي تقني متطور يستطيع أن يوفر الكهرباء اللازمة تحت أي ظرف .

وهناك صعوبة فنية وتقنية كبيرة فيجب أن تتوافق المعدات الجديدة مع المعدات الموجود بالفعل ، علاوة علي أن كل هذه التوسعات في الطاقة

1 درجب محمود طاجن ، عقود الشراكة PPP ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ٢٠٠٧ ص ١٣٤ .

لا بد وأن تسيير في خط واحد مع ضمان استمرارية تقديم الطاقة دون انقطاع لأي نوع من أنواع الرعاية والعناية داخل المستشفى<sup>1</sup>.

وقد انتهت الإدارة إلي أن مشروع إعادة هيكلة مستشفى روان يندرج في فئة المشروعات المعقدة والمركبة المنصوص عليها في المادة الثانية من مرسوم ٥٥٩ - ٢٠٠٤<sup>٢</sup> والمعدل بالمرسوم رقم ٧٣٥ لسنة ٢٠٠٨.

## ٢- الصعوبات المالية

قد لا تستطيع الإدارة الإحاطة بالجوانب المالية للمشروع محل التعاقد بصورة مسبقة ما يبرر للإدارة اللجوء للتعاقد بنظام PPP فقد لا تستطيع علي وجه الدقة تحديد العلاقات الناشئة ما بين المستثمرين والمقرضين والمنفذين للعقد وقد يزيد من صعوبة الأمر طول مدة العقد فإذا لم تتمكن الإدارة من تكوين ملف مالي كامل عن المشروع تظهر من خلاله التزاماتها وحقوقها فإن ذلك يؤهلها لطلب إبرام عقد الشراكة.

## ٢- مشروع ligne Montpellier-Nîmes<sup>3</sup>

أرادت الحكومة الفرنسية إنشاء خط سلك حديد يربط بين Montpellier-Nîmes علي طول ٧١ ك/م ويتم تصميمه بمواصفات خاصة حتى ينسني له نقل الركاب والبضائع المختلفة.

- 1 François Bergère, Xavier Bezançon, Laurent Deruy, « Le guide opérationnel des PPP : conditions du recours au partenariat public-privé, passation du contrat, risques et matrice des risques, questions fiscales et comptables » p100
- 2 La réalisation du « pôle énergie » du centre hospitalier de Roanne entre bien dans la catégorie des projets complexes au sens de l'article 2 précité de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de. Op.cit, P.101.
- 3 François Bergère, Xavier Bezançon, Laurent Deruy, « Le guide opérationnel des PPP : conditions du recours au partenariat public-privé, passation du contrat, risques et matrice des risques, questions fiscales et comptables » ; 2e édition ; Éd. le Moniteur, DL 2007 ; p102

وتكلفة هذا المشروع من الصعوبة تحديها بدقة ولكن التقييم الأولي قدر المشروع ستة عشر مليار يورو ولذلك قررت الإدارة العامة اللجوء إلي التعاقد بنظام PPP

## المطلب الثاني

### المشروعات ذات الصفة العاجلة

نص المشرع الفرنسي علي ضروه توافر صفة الاستعجال حتى تتمكن الإدارة العامة من إبرام عقود PPP ولكن لم يرد في الأمر المنظم لعقود الشراكة أي تعريف يحدد المقصود بالاستعجال كسبب يبرر اللجوء لإبرام عقود الشراكة<sup>1</sup>.

وقد تم الطعن علي هذا المرسوم أمام مجلس الدولة الفرنسي وذلك استنادا إلي أن اشتراط صفة الاستعجال يخرق مبدأ المنافسة كأساس عام لإبرام العقود الإدارية، وقد أوضح مجلس الدولة الفرنسي أن هذا الدفع غير سديد لأن المادة الثالثة من ذات الأمر تقرر ضرورة إتباع وسيلة الإعلان التي تكفل تقديم عطاءات متعددة تكفل المنافسة كشرط من شروط إبرام العقد<sup>2</sup>.

وشرط الاستعجال هو شرط موضوعي وليس ذاتي، فالإدارة العامة تبحث في توافر حالة الاستعجال بصورة موضوعية، ولا يشترط توافر جسامه الآثار الناتجة عن الاستعجال بل يكفي فقط حالات الاستعجال البسيط أو العادي<sup>3</sup>.

1 Jean-David Dreyfus, Appréciation de l'urgence justifiant la passation d'un contrat de partenariat, AJDA 2008 p. 1203.

2 Paul Lignières « Partenariats public-privé : contrats de partenariat, montages contractuels complexes, financement de projet, réforme de l'État, droit public des affaires » ; 2e édition, Litec, impr. 2005.

3 درجب طاجن، المرجع السابق، ص ١٣٣.

والأصل أن الاستعجال المعتبر هو الحادث بسبب خارجي لا دخل للإدارة فيه ، كما هو الحال بالنسبة لإعمال التجديدات الناتجة عن حدوث أحد الكوارث الطبيعية.

ويكفي فقط توافر حالة الاستعجال البسيط أو العادي حتى تتمكن الإدارة العامة من اللجوء لإبرام عقد PPP لان فهم الاستعجال بالنظر إلي جسامته الخطر سيؤدي إلي عدم تمكن جهة الإدارة من إبرام عقد الشراكة.<sup>1</sup>

### المطلب الثالث

المشروعات التي تحقق امتيازات للمصالح العام

لا يحققها أي بديل تعاقدى آخر لعقود الشراكة

تم إضافة هذه الحالة بتعديل المادة الثانية الخاصة بالتعاقد بنظام PPP بالقانون رقم ٧٣٥ لسنة ٢٠٠٨.

و لم يحدد المشرع الفرنسي طبيعة هذه الامتيازات فقد تكون امتيازات مالية وقد تكون امتيازات فنية ، وهذه الحالة جاءت بعبارات عامة لتفتح الباب أمام الإدارة في التعاقد بنظام PPP وقد نصت المادة الثانية من الأمر رقم ٥٥٩ لسنة ٢٠٠٤ في فرنسا والمعدل بالقانون رقم ٧٣٥ لسنة ٢٠٠٨ على أن تستعين جهة الإدارة بهيئات الخبرة المتخصصة في مجال مشروعات البنية الأساسية وفقا لمعايير يتم وضعها من قبل وزير الاقتصاد.

و لا تستطيع الإدارة التعاقد بنظام PPP إلا بعد اللجوء للترقيم الأولي و لا بد أن يوضح التقييم الأولي بعبارات واضحة أن المشروع يحقق امتيازات للمصالح العام لا يحققها أي بديل تعاقدى آخر لعقود الشراكة و لا تستطيع الإدارة أن تنفذه بنفسها علي أكمل وجه و لا بد أن يحدد التقييم الأولي الأسباب الموضوعية التي تدعو الإدارة للتعاقد بنظام الشراكة.

1 Jean-David Dreyfus, Appréciation de l'urgence justifiant la passation d'un contrat de partenariat, AJDA 2008 p. 1203.

ويجري حواراً تنافسياً مع كافة المرشحين، تستظهر فيه جهة الإدارة مدى إمكانية العطاءات أو العروض الأولية المقدمة من كل منهم، بما تشمل عليه من إمكانيات فنية أو تقنية، أو قدرات مالية أو مهارات إدارية وقانونية، على تلبية احتياجات تلك الجهة، وذلك بتحقيق الأهداف التي تسعى إليها من وراء تنفيذ المشروع المعنى. بل وتستطيع جهة الإدارة أن تناقش - بهذه المناسبة - كافة الجوانب التي ينطوي أو يجب أن ينطوي عليها عقد المشاركة.

## المبحث الثاني

### الوضع في مصر

نص القانون المصري علي حالتين للتعاقد بنظام المشاركة، فعقد المشاركة وفقاً لهذا التعريف إذن، هو عقد تبرمه الجهة الإدارية مع القطاع الخاص وتعهد إليه بمقتضاه:

- تمويل وإنشاء وتجهيز مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة مع الالتزام بصيانة ما يتم إنشاؤه أو تجهيزه.
- تمويل وتطوير المرافق العامة القائمة مع الالتزام بصيانة ما يتم تطويره.

وكما هو واضح هناك فرق بين الحالتين:

ففي الحالة الأولى يتولى القطاع الخاص تمويل وإنشاء وتجهيز مشروعات لم تكن موجودة من قبل، بل ينشئها لأول مرة سواء أكانت بنية أساسية أو مرافق.

وفي الحالة الثانية فإن عمل القطاع الخاص يقتصر على تمويل وتطوير مرافق عامة موجودة من قبل، وإن كان يلتزم في الحالتين بصيانة هذه المشروعات أو تلك المرافق وتمكينها - بما يقدمه لها من خدمات وتسهيلات - من أن تصبح صالحة للاستخدام في الإنتاج أو تقديم الخدمة أو المنتج بانتظام واضطراد طوال فترة التعاقد.

هذا وقد يقتصر دور القطاع الخاص بعد الإنشاء والتجهيز أو بعد التطوير على:

- القيام بتشغيل المشروع وتقديم الخدمة أو المنتج للجهة الإدارية لتتولى تقديمه لجمهور المستهلكين أو المتفعين.<sup>1</sup>

- استغلال المشروع بذاته - متى اقتضت المصلحة العامة ذلك - وبيع المنتج أو تقديم الخدمة إلى من تحدده الجهة الإدارية والذي قد يكون المستهلك أو المنتفع، أو الوسيط بينه وبين هذا الأخير بعد تحديد سعر وشروط البيع في عقد المشاركة أو على الأقل بعد تحديد الأسس التي يتم على أساسها تحديد هذا السعر أو تلك الشروط.

ويجب أن يتضمن العقد - إذا كان متعلقاً بإنشاء مرفق عام المراحل الآتية: مرحلة التصميم ومرحلة التشييد ومرحلة تشغيل المشروع ثم بعد ذلك نهاية العقد ونقل الملكية وسوف نتناول ذلك في المطالب الآتية :-

### المطلب الأول

#### المراحل التي يمر بها إنشاء المرفق العام

##### أولاً : مرحلة التصميم

تتميز عقود الشراكة بأنها عقود ذات طابع خاص وتحتاج إلي قدرة فنية خاصة للمتعاقد مع الإدارة، وهذا الأمر هو ما دفع المشرع المصري لإنشاء تنظيم تشريعي خاص بهذه العقود.<sup>2</sup>

و تكتسب مرحلة التصميم أهمية خاصة علي اعتبار أنها الخطوة الأولى لتحقيق النتائج المرجوة من بناء المرفق العام وتطويره و يجب أن يتفق التصميم في مشروعات الشراكة مع المعايير الدولية المتفق عليها في هذا الشأن وهذا التزام بتحقيق نتيجة و ليس مجرد بذل عناية.<sup>3</sup>

- 1 د مني رمضان بطيخ، الإطار القانوني لشراكة عقد المشاركة و الوسائل البديلة لتسوية منازعاته، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠١١، ص ٣٢
- 2 د جابر جاد نصار، عقود البوت و التطور الحديث لعقد الالتزام دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ١٤٣.
- 3 دهاني سري الدين، التنظيم القانوني و التعاقد لمشروعات البيئة الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، ٢٠٠١، ص ٢٥١.

فيجب تصميم المرفق العام وإنشائه علي النحو الذي يحقق الغرض من هذا الإنشاء، و تنعقد مسؤولية المتعاقد مع الإدارة إذا لم يتم البناء بالموصفات السابق الاتفاق عليها و لا يستطيع دفع المسؤولية عنه بأن يثبت أنه قد بذل العناية المطلوبة ١.

### طرق تحديد التصميمات

الطريقة الأولى و فيها يقتصر دور جهة الإدارة في تحديد المواصفات العامة المرجو تحقيقها عند إنشاء المرفق العام كطاقته الإنتاجية و كفاءته الفنية و غير ذلك و ترك التفاصيل للمتعاقد مع الإدارة للتحقيق هذه الغاية، وهذا يؤدي لنقل مخاطر التصميم للمتعاقد مع الإدارة. ٢

الطريقة الثانية و فيها يتفق طرفا العقد علي كل تفاصيل النماذج و التصميمات و الرسومات و يقتصر دور المتعاقد مع الإدارة علي تنفيذ هذه التصميمات، و يجوز له بعد موافقة الإدارة أن يدخل بعض التعديلات أو التغييرات علي الرسومات الأصلية إذا تبين له وجود أخطاء و عيوب فنية أثناء التنفيذ، وهذا الأمر يحتاج إلي شئ من المرونة لأن الغرض في النهاية هو إنشاء مرفق عام أو تطويره لتحقيق الصالح العام. ٣

و في المقابل يجوز للدولة أن تدخل بعض التعديلات علي الرسوم الأصلية (التصميمات) بشرط أن لا يتحول الأمر إلي تغيير جوهري في الرسومات و لذلك ففي كثير من عقود الشراكة يتم النص علي حق الإدارة في تعديل الرسومات و التصميمات فيمن لا يجوز ٢٠٪ مثلا. ٤

- 1 د عصام أحمد البهجي، عقود البوت B.O.T : الطريق لبناء سرفاق الدولة الحديثة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٨، ص ١٥١.
- 2 د جابر جاد نصار، عقود البوت و التطور الحديث لعقد الالتزام داز النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ١٤٣، دهاني سري الدين، المرجع السابق، ص ٢٥٣، د عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ١٥١.
- 3 الاشارة السابقة.
- 4 د ماهر محمد حامد النظام القانوني لعقود البوت، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، فرع بنها، ٢٠٠٤، ص ٣٦٦، د عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص ١٥١.

## ثانياً : مرحلة التشييد

يقوم المتعاقد مع الإدارة بإنشاء المرفق العام وفقاً للشروط والمواصفات العقدية وحتى يتم الوفاء باحتياجات المرفق العام علي أفضل وجه تقوم جهة الإدارة بمراقبة تنفيذ العقد، ويكون ذلك بإحدى عمليتين وهما الإشراف والتوجيه.

ويقصد بالإشراف أن جهة الإدارة تقوم بمراقبة الأعمال المادية التي يقوم بها المتعاقد معها وتتأكد من أن التنفيذ يتم وفقاً لما تضمنه العقد من شروط، وتمارس الإدارة هذا الحق عادة عن طريق إيفاد بعض مهندسيها لزيارة مواقع العمل والاطلاع علي الدفاتر، ومراجعة البيانات والتأكد من سير العمل بانتظام واطراد.

بينما يقصد بسلطة التوجيه أن جهة الإدارة تقوم بإصدار التعليمات للمستثمر الأجنبي المتعاقد معها بإتباع طريقة معينة في التنفيذ أو الامتناع عن إتباع مثل هذه الطريقة، القيود التي ترد علي حق الرقابة:

القيد الأول: أن تصدر القرارات الإدارية الخاصة بالرقابة في حدود المبدأ العام للمشروعية وعلي ذلك فإذا أصدرت جهة الإدارة قراراً إدارياً لم يكن الهدف منه تسيير المرفق العام بانتظام واطراد فإنه يكون مشوباً بالانحراف في استعمال السلطة.<sup>1</sup>

القيد الثاني: يجب ألا يترتب علي ممارسة الرقابة تعديل جوهري في طبيعة التزامات المتعاقد معها. والأصل أن يتضمن العقد ميعاداً محدداً لانتهاج مرحلة الإنشاء وبدء مرحلة التشغيل، ويتم فرض غرامة تأخير في التنفيذ إذا كان لذلك مقتضى وفقاً للقانون ونصوص العقد.<sup>2</sup>

1 د خالد ممدوح إبراهيم: الإطار التعاقدى لعقود الاستثمار، ورقة عمل مقدمة لندوة عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص، والمنعقدة في القاهرة، أغسطس ٢٠٠٧

2 د سمير برهان عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص في النظام الفرنسي، ورقة عمل مقدمة في ندوة عقود المشاركة في PPP والتحكيم في منازعاتها والمنعقدة في النامة ٢٠٠٨.



وإذا لم يتضمن العقد نصا يحدد المواعيد الواجب انتهاء أعمال التشييد خلالها، فيجب علي المتعاقد مع الإدارة أن ينتهي من هذه الأعمال في المدة المعقولة التي تتفق و طبيعة الأمور و إذا ثار نزاع بين الطرفين حول المدة المعقولة لانتهاء من التشييد يمكن أن يتم الاسترشاد برأي الخبراء المتخصصين في هذا المجال.<sup>١</sup>

و يعقب مرحلة البناء و التشييد للمباني الأساسية للمشروع مرحلة بناء و تركيب الآلات و الأجهزة المطلوبة و قطع الغيار اللازمة لها، و يجب أن تكون المعدات و الآلات التي يتم تركيبها هي أحدث ما وصلت إليه التكنولوجيا العالمية

### ثالثاً مرحلة تشغيل المشروع

تأتي مرحلة العمل و التشغيل و هي الغاية التي يسعى إليها أطراف العقد فالإدارة تهدف إلي تشغيل المرفق العام لتقديم خدمة مميزة للجمهور و المتعاقد مع الإدارة يهدف إلي تشغيل المرفق العام للحصول علي الأرباح.<sup>٢</sup>

يجب علي المتعاقد مع الإدارة أن يلتزم بالمبادئ العامة التي تحكم سير المرافق العامة فتقديم الخدمة للجمهور يخضع للمبادئ الآتية:

مبدأ المساواة و مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام و اطراد و مبدأ قابلية المرفق العام للتعديل و التغيير، و يجب علي المتعاقد مع الإدارة أن يلتزم بهذه المبادئ.<sup>٣</sup>

و في هذه المرحلة إما أن يحقق المشروع الأرباح المتوقعة وإما أن تواجهه المخاطر التي تؤثر سلباً علي سير المشروع و قد حدد المشرع المصري

1 د محمد محمد بدران، عقود الإنشاءات في القانون المصري، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١، ص ٤٤.

2 د وفاء عثمان، الشراكة بين القطاعين الحكومي و الخاص، ورقة عمل مقدمة لندوة عقود المشاركة بين القطاعين العام و الخاص، و المنعقدة في القاهرة، أغسطس ٢٠٠٧.

3 د جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص ١٤٦

والفرنسي طريقة حصول المتعاقد مع الإدارة علي المقابل النقدي و حدد أيضا كيفية توزيع المخاطر.

### المقابل النقدي

يهدف المتعاقد مع الإدارة من وراء إبرام عقود الشراكة لتحقيق الربح في المقام الأول حيث إنه يحصل علي المقابل المادي في نظير الأعمال التي يقدمها لجهة الإدارة<sup>1</sup>.

وإذا كان المقابل المادي في العقود الإدارية التقليدية يتخذ شكل الثمن أو الرسم في عقود الامتياز الذي يفرضه الملتزم علي المنتفعين وفقا للحدود المتفق عليها مع جهة الإدارة في العقد والأصل أن الشروط التي تتعلق بتحديد المقابل النقدي هي شروط تعاقدية، ومن ثم فلا تستطيع جهة الإدارة أن تعدل فيها، ويرد علي ذلك استثناءان :-

الأول : يتعلق بالرسم الذي يقتضيه المتعاقد مع جهة الإدارة في عقود الامتياز ، حيث يعد من الشروط اللائحة التي يمكن للإدارة أن تعدلها أو تغيرها دون حاجة لموافقة المتعاقد معها .

الثاني : يتعلق بالعقود التي تؤدي وظائف الأعمال الشرطية فهذه العقود لا يتولد عنها مراكز شخصية أو ذاتية فحسب وإنما تسند إلي المتعاقد مراكز نظامية<sup>2</sup>.

أما في عقود الشراكة فقد حدد المشرع المصري و الفرنسي طريقة الحصول علي المقابل النقدي.

ففي فرنسا فقد نص المشرع الفرنسي علي أن تحديد المقابل النقدي في عقود PPP يكون في صورة مبالغ مالية تدفعها الإدارة العامة شهريا أو نصف سنويا أو سنويا ، وينبغي أن يحدد العقد بدقة الحقوق المالية للمتعاقد، ويتم ذلك عن طريق حساب تكلفة التشغيل والاستثمار

1 د محمد جمال عثمان جبريل ، أثار العقد الإداري ، ص ٢٢١ وما بعدها.

2 د محمد جمال عثمان جبريل ، المرجع السابق ، ص ٢٦٢ وما بعدها.

والتحويل والأرباح التي يخصص للمتعاقد أن يحصل عليها ، كما يجب أن تحدد في العقد أسباب وطرق تغيير حقوق المتعاقد المالية أثناء تنفيذ العقد . ولا تنشأ أي علاقة بين المتعاقد مع الإدارة وبين المنتفعين بخدمات المرفق العام ، فالمتعاقد مع الإدارة يحصل على حقوقه من جهة الإدارة دون أن يتحمل مخاطر ترتبط بذلك الاستغلال ، بل تتحملها الإدارة التي تتولي الحصول على المقابل النقدي من منتفعي الخدمة.<sup>٢</sup>

وتحديد المقابل المالي يرتبط مباشرة بشرط اقتسام وتوزيع المخاطر بين الطرفين والذي يجب أن تحدد قواعده أيضا في نصوص عقد PPP .

ونظرا لأن المتعاقد مع الإدارة يتقاضى حقوقه المالية بشكل دوري من قبل الجهة الإدارية ، فإن ما يستحقه في هذا الصدد يخضع لقواعد المحاسبة العامة باعتباره دينا عاما وهو ما يعني إخضاع المبالغ المنصرفة في هذا الصدد

---

1 d) A la rémunération du cocontractant, aux conditions dans lesquelles sont pris en compte et distingués, pour son calcul, les coûts d'investissement, de fonctionnement et de financement et, le cas échéant, les recettes que le cocontractant peut être autorisé à se procurer en exploitant les ouvrages ou équipements pour répondre à d'autres besoins que ceux de la personne publique contractante, aux motifs et modalités de ses variations pendant la durée du contrat et aux modalités de paiement, notamment aux conditions dans lesquelles, chaque année, les sommes dues par la personne publique à son cocontractant et celles dont celui-ci est redevable au titre de pénalités ou de sanctions font l'objet d'une compensation ; Article 11 ; JORF n°141 du 19 juin 2004 page 10994 texte n° 2 ; ORDONNANCE n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

Maïa Melyon ; Du METP au PPP : du marché d'entreprise de travaux publics au partenariat public-privé ; Mémoire DEA ; Paris 2 ; 2004.P. 41.

الإشارة السابقة 2

للقواعد القانونية الخاصة بالمحاسبة العامة وإدراجها في موازنات جهات الإدارة المتعاقدة.<sup>1</sup>

كيفية توزيع المخاطر التي تطرأ في مرحلة التشغيل  
الوضع في فرنسا

يعد مبدأ توزيع المخاطر أحد السمات الرئيسية لعقود PPP والمميز لها عن غيرها من العقود الإدارية الأخرى.

ففي العقود الإدارية التقليدية تبحث الإدارة العامة دائماً علي وضع قانوني مميز في العقد وتحاول التخلص من كافة المخاطر المحيطة بالعقد وإحالتها للمتعاقد معها كما هو الحال في عقود التزام المرافق العامة التقليدية بحيث يتحمل المتعاقد مع الإدارة العامة كل المخاطر المرتبطة بالإ إنشاء الأولي وبالإستغلال وذلك بمقتضي العقد، أما في المرحلة اللاحقة فإن تحمل الإدارة لجزء من مخاطر الإستغلال لا يأتي استناداً إلي قاعدة توزيع المخاطر وإنما استناداً إلي نظريات التوازن العقدي التي أنشأها القضاء الإداري.<sup>2</sup>

أما في عقود الشراكة فالوضع علي خلاف ذلك فقد رأي المشرع الفرنسي في المرسوم ٥٥٩ - ٢٠٠٤ أنه من الأفضل أن يتم إدراج شرط بين الطرفين ينص علي توزيع المخاطر العقدية، ولعل السبب في ذلك يرجع إلي الهدف من إبرام عقد PPP هو القيام بتمويل وتنفيذ مشروعات البيئة الأساسية المركبة والتي تحمل الصفة العاجلة ورغبة الإدارة الفرنسية في الحصول علي جودة عالية في التنفيذ ولذلك رأي المشرع الفرنسي أنه من الأفضل الاتفاق بين الطرفين علي توزيع المخاطر العقدية في كل مراحل العقد بدءاً من تصميم المشروع ومروراً بالتشغيل وانتهاء بالصيانة.<sup>3</sup>

1 د. رجب محمود طاجن ، عقود الشراكة PPP ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ٢٠٠٧ ص ١٨٨.

2 د. رجب طاجن، المرجع السابق، ١٩٧، وما بعدها.

3 Article 11 « Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relative :b) Aux conditions dans lesquelles est établi le partage des risques entre la personne publique et son cocontractant » ; JORF n°141 du 19 juin 2004 page 10994 texte n° 2 ; Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

ف عقود PPP هي عقود طويلة المدة وعقود متشابكة والمتعاقد مع جهة الإدارة يتحمل مخاطر حقيقة وأعباء جسيمة طوال مدة تنفيذها. وتتحدد نسبة المخاطر التي يتحملها المتعاقد في ضوء النظام المحدد عقديا ، والمخاطر التي تؤخذ في الاعتبار هي تلك المخاطر التي تؤثر سلبا في التنفيذ الجيد للمشروع من حيث مدته أو تكلفته أو مستوي الأعمال التي يلتزم بها المتعاقد بمقتضى العقد<sup>1</sup>.

ومن أمثلة المخاطر التي تتحملها الإدارة العامة المخاطر المرتبطة بطبيعية الأرض محل العقد ، ومن أمثلة المخاطر التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة العامة عدم المطابقة الفنية للمواصفات ومخاطر التأخير في التنفيذ، ومخاطر معايير السلامة.

ويتم حصر المخاطر المتوقعة من خلال عمل تصنيف وتبويب للمخاطر التي يمكن أن يتعرض لها المشروع أثناء تنفيذه وعلي أساس هذا التصنيف تتحدد نسبة المخاطر التي تتحملها الإدارة العامة والمتعاقد معها<sup>2</sup>. وتتعدد المخاطر التي يمكن أن تكون محلا للتصنيف، فهذه المخاطر قد تكون مخاطر سياسية، تتمثل في عدم الاستقرار السياسي في الدولة ومخاطر تأمين المشروع أو استرداده، وقد تكون مخاطر فنية ترتبط بأعمال الإنشاءات كالمخاطر الجيولوجية والحصول علي التراخيص الإدارية اللازمة لبدء العمل، وقد تكون مخاطر تشريعية ترتبط بفرض ضرائب جديدة، وغير ذلك.

ويتم تحديد معيار تقسيم المخاطر بين طرفي العقد في ضوء التقييم المبدئي للعقد ويتم إدراج هذا التقسيم ضم البنود التعاقدية<sup>3</sup>.

1 درجب طاجن، المرجع السابق، ص ١٩٧ وما بعدها.

2 دسمير برهان، عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص في النظام الفرنسي، ورقة عمل مقدمة في ندوة عقود المشاركة في PPP والتحكيم في منازعاتها و المعقدة في النامة ٢٠٠٨.

3 Bezançon, Xavier, Les nouveaux contrats de partenariat public-privé, Paris : Editions Le Moniteur, 2005, p68.

ومن جانبه فقد نص المشرع المصري في الفقرة (ط) من المادة (٣٤) من قانون المشاركة رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ على أن عقد المشاركة يجب أن يتضمن "تحديد أسس توزيع المخاطر المرتبطة بتعديل القوانين أو بالحادث المفاجئ أو بالقوة القاهرة والتعويضات المقررة بحسب الأحوال".

أراد المشرع المصري أن ينص العقد علي معالجة المخاطر التي تحدث أثناء تنفيذ العقد و يحدد بدقة كيفية توزيع المخاطر بين الطرفين حتى يتجنب اللجوء إلي القضاء لتوزيع هذه المخاطر و هذا قد يترتب عليه إشكاليات كبيرة في تنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليها لذلك أحسن المشرع صنعا بأن نص علي ضرورة تحديد هذه المخاطر في العقد.

#### أنواع المخاطر التي يجب النص عليها في العقد

**تعديل القوانين:** فمن حق الدولة أن تقوم بتعديل القوانين وهذا يؤثر في بعض الأحيان علي التوازن المالي للعقد وقد ظهرت فكرة التعويض عن تعديل القوانين في قضاء مجلس الدولة وفقا لنظرية عمل الأمير و يقصد بعمل الأمير كل عمل يصدر من سلطة عامة دون خطأ من جانبها، ينجم عنه تسوئ مركز المتعاقد في العقد الإداري و يؤدي إلي التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المضرور عن كافة الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك بما يفيد التوازن المالي للعقد.

و يتخذ عمل الأمير أحد صورتين : الصورة الأولى عمل الأمير في صورة إجراء خاص، وهو يشمل تعديل جهة الإدارة لشروط العقد بالزيادة أو بالنقصان ويشمل الإجراءات التي تتخذها جهة الإدارة وتؤثر في الظروف المحيطة بالتنفيذ، وتؤدي إلى تحميل المتعاقد معها بأعباء جديدة، ومن أمثلة ذلك الأمر الصادر من جهة الإدارة للمتعاقد معها بنقل أسلاك الكهرباء إلي أماكن أخرى لدواعي الأمن.<sup>1</sup>

1 د محمد جمال عثمان جبريل، آثار العقد الإداري، ٢٨٣.

الصورة الثانية عمل الأمير في صورة إجراء عام ، يقصد  
بالإجراء العام ، صدور قوانين أو لوائح من جهة الإدارة المتعاقدة يكون من  
شأنها زيادة أعباء المتعاقد معها بما قد يؤدي إلي تعديل مباشر في شروط  
العقد أو يؤدي إلي تغير في الظروف الخارجية المحيطة بالعقد مما يؤدي إلي  
زيادة أعباء المتعاقد معها<sup>١</sup>.

ومما لا شك فيه أن عمومية هذه الإجراءات تجعل الأمر أكثر صعوبة  
أمام المتعاقد الذي أصابه ضرر من جرائها ذلك أن تحقق مسؤولية الإدارة في  
هذه الحالة أدق وأضيق نطاقاً عنها في حالة الإجراءات الخاصة<sup>٢</sup>.  
توزيع المخاطر بسبب الحوادث المفاجئ :

نص القانون علي ضرورة أن يتضمن العقد كيفية توزيع المخاطر  
نتيجة الحاث المفاجئ وهي فكرة قريبة الشبة بنظرية الظروف الطارئة التي  
أبتدعها القضاء الإداري ويقصد بها أنه إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد  
الإداري ظروف أو أحداث مفاجئة لم تكن متوقعة عند إبرام العقد فقلبت  
اقتصادياته ، وإذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل  
تنفيذ العقد مستحيلاً ، بل أثقل عبئاً ، وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير  
المعتدل وكانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التي  
يحملها أي متعاقد إلي خسارة فادحة استثنائية وغير عادية ، فإن من حق  
المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في مثل هذه الخسارة  
التي تحملها فيعوضه عنها جزئياً<sup>٣</sup>.

و تستطيع جهة الإدارة أن تستعين بالأحكام القضائية المتعددة حتي  
تضع شروطاً تعاقدية محكمة تحدد بدقة المقصود بالحوادث المفاجئ وكيفية  
توزيع المخاطر بين الطرفين في هذه الحالة.

- 1 د محمد جمال عثمان جبريل ، المرجع السابق ، ٢٨٤.
- 2 أنظر في عمل نظرية عمل الأمير بصفة عامة ، د. عبد العظيم عبد السلام : "أثر فعل  
الأمير علي تنفيذ العقد الإداري" ، ١٩٨٩ . د. علي محمد عبد المولى : "الظروف  
التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد" ، رسالة دكتوراه ١٩٩١ .
- 3 د محمد جمال عثمان جبريل ، المرجع السابق ، ٣٢٠.

## توزيع المخاطر بسبب القوة القاهرة :

القوة القاهرة هي حادث مستقل عن إرادة الطرفين ، لا يمكن توقعه أو دفعة يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا كله أو في جزء منه ، ويؤدي إلى إعفاء المتعاقد مع جهة الإدارة من تنفيذ التزاماته العقدية أو التأخير فيها ومن أمثلتها الأعاصير والحروب وغير ذلك.<sup>١</sup>

و يجب أن تحدد الشروط التعاقدية الآثار المترتبة علي توافر القوة القاهرة و كيفية توزيع المخاطر بين الطرفين.

### رابعا صيانة المشروع

يلتزم المتعاقد مع الإدارة بصيانة المرفق العام وفقا لنص القانون و هذا الالتزام في غاية الأهمية و ذلك لأن المرفق العام سيعود في النهاية للدولة و يتعذر علي المتعاقد مع الإدارة تسليمه بحالة جيدة ما لم تكن هناك صيانة دورية علي الآلات و المعدات و الأصول المستخدمة في المرفق العام ، و يجب علي الإجراءات التي اتخذها للمحافظة علي جودة تقديم الخدمة ٢.

### إخلال المتعاقد مع الإدارة بواجبات التشغيل و الصيانة

نص قانون المشاركة رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ علي أن : "للجهة الإدارية أن تباشر بنفسها أو عن طريق من تختاره لذلك ، إدارة المشروع وتشغيله أو استغلاله إذا أخلت شركة المشروع إخلالاً جوهرياً بالتزاماتها في تشغيل المشروع ، أو في تحقيق مستويات الجودة المقررة قانوناً أو في عقد المشاركة ، ولم تقم بإصلاح الخلل ولم تتدخل جهة التمويل لإصلاحه خلال المدة المنصوص عليها في عقد المشاركة من تاريخ إخطارها بذلك ، دون إخلال بالتزام شركة المشروع بتعويض الجهة الإدارية عن الأضرار الناجمة عن هذا الإخلال".<sup>٣</sup>

- ١ د.عيسي عبد القادر: "التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة" ، رسالة دكتوراه ، حقوق القاهرة ١٩٩٧ ، ص ٩٠ وما بعدها .
- ٢ د دويب حسين صابر ، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام و تطبيقاتها علي عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية (البوت) ، رسالة دكتوراه ، جامعة أسيوط ، ٢٠٠٦ ، ص ٣٥٣ .
- ٣ تنص المادة رقم (٩) من قانون المشاركة رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ .



## المطلب الثاني انتهاء عقد الشراكة

### نهاية العقد الطبيعية

نصت المادة ١١ من مرسوم الفرنسي رقم ٥٥٩ - ٢٠٠٤ والمعدل بالمرسوم رقم ٧٣٥ لسنة ٢٠٠٨ علي أن عقد PPP هو عقد محدد المدة ، ويتم تحديد هذه المدة بطريقة ترتبط بمحل العقد ، حيث من الممكن أن تكون طويلة نسبيا في بعض العقود وهذا هو الوضع الغالب ، ومن أمثلة ذلك عقود الإنشاءات العقارية ، ومن الممكن أن تكون مدة العقد قصيرة ويظهر ذلك في عقود المعلوماتية ، ولا يجوز أن تزيد مدة العقد المتعلق بالدومين العام عن ٧٠ عاما<sup>١</sup>.

بينما نص المشرع المصري في قانون المشاركة رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ على أنه "لا يجوز أن تقل مدة العقد عن خمس سنوات ولا تزيد على ثلاثين سنة.... ويجوز أن يتضمن عقد المشاركة تنظيما لتجديد مدته. بحيث لا يتجاوز الحد الأقصى المسموح به وبحيث لا تزيد مدة العقد علي ثلاثين سنة بأي حال من الأحوال<sup>٢</sup>.

تنص المادة ٣٤/ب من قانون المشاركة رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ على أن عقد المشاركة يجب أن يتضمن ملكية أموال وأصول المشروع والتزامات الأطراف المتعلقة بتسليم واستلام موقع المشروع وأحكام نقل الملكية في نهاية المشروع.

### إنهاء العقد بالإرادة المنفردة للإدارة

نصت المادة التاسعة من قانون المشاركة رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ علي أن : " للجهة الإدارية أن تباشر بنفسها أو عن طريق من تختاره لذلك ، إدارة المشروع وتشغيله أو استغلاله إذا أخلت شركة المشروع إخلالاً جوهرياً بالتزاماتها في تشغيل المشروع ، أو في تحقيق مستويات الجودة المقررة قانوناً أو في عقد المشاركة ، ولم تقم بإصلاح الخلل ولم تتدخل جهة التمويل

1 المادة ١١ من مرسوم الفرنسي رقم ٧٣٥ لسنة ٢٠٠٨.

2 المادة ٢/٢ قانون المشاركة رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠.

لإصلاحه خلال المدة المنصوص عليها في عقد المشاركة من تاريخ إخطارها بذلك، دون إخلال بالتزام شركة المشروع بتعويض الجهة الإدارية عن الأضرار الناجمة عن هذا الإخلال<sup>1</sup>

تستطيع الإدارة أن تقوم بتشغيل المشروع إذا أخلت شركة المشروع بالتزاماتها التعاقدية و يشترط حتى تحمل الإدارة محل المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته التعاقدية أن يخل الأخير بالتزاماته إخلالا جوهريا في تشغيل المشروع، أو في تحقيق مستويات الجودة المقررة قانوناً أو في عقد المشاركة. و يقصد بالإخلال الجوهري مخالفة العقد من جانب المتعاقد مع الإدارة مخالفة جوهرية يترتب عليها إلحاق ضرر بالإدارة المتعاقدة من شأنه أن يجرمها بشكل أساسي مما كان يحق لها أن تتوقع الحصول عليه بموجب العقد، ما لم يكن الطرف المخالف يتوقع مثل هذه النتيجة أو من الممكن أن يتوقعها.<sup>2</sup>

### عناصر الإخلال الجوهري

#### أولاً : الإخلال الجوهري بالالتزامات التعاقدية

الأصل هو أن ينفذ كل متعاقد ما يقع على عاتقه من التزامات بموجب العقد. إلا أن ثمة إخلال بواحد أو أكثر من هذه الالتزامات قد يقع من جانب المتعاقد مع الإدارة.

والإخلال بالالتزام قد يكون بعدم تنفيذ الالتزام برمته، وقد يكون بعدم تنفيذ جزء من الالتزام، كما ويتحقق الإخلال أيضا بتنفيذ الالتزام تنفيذا معيبا، وأخيرا قد يتجلى الإخلال في صورة التنفيذ المتأخر للالتزام، مما يؤدي إلى ضياع كل منفعة يقصدها المتعاقد من العقد.<sup>3</sup>

لا يشترط صدور خطأ من المتعاقد مع الإدارة للقول بتحقيق الإخلال الجوهري، لأن المادة التاسعة تقيم مسؤولية الأخير بصرف النظر عن

- 1 المادة التاسعة من قانون المشاركة رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠.
- 2 د. خالد محمد احمد عبد الحميد / فسخ عقد البيع الدولي للبضائع - أطروحة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ٢٠٠٠ - ص ٤٨.
- 3 الإشارة السابقة.

توافر ركن الخطأ من عدمه ، فإثبات عدم التنفيذ أياً كان سبب كافٍ لانعقاد مسؤولية المتعاقد المخل ، فالنص لم يفرق بين عدم التنفيذ بعذر وعدم التنفيذ بغير عذر.<sup>1</sup>

### ثانياً: جسامته الضرر

لم يكتف القانون بتحقيق الضرر لإقرار مسؤولية المتعاقد مع الإدارة عن عدم التنفيذ والسماح للإدارة بفسخ العقد ، بل انه اشترط ان يبلغ الضرر درجة كبيرة من الجسامته. ويعبر القانون عما تقدم من خلال النص علي أنه يعد إخلالاً جوهرياً إذا ترتب علي ذلك الإخلال بتشغيل المشروع أو تحقيق مستويات الجودة المقررة قانوناً أو في عقد المشاركة ، وهذا يؤدي إلي إلحاق الضرر بالإدارة و يترتب عليه حرمانها بصفة أساسية بما كان يحق لها أن تتوقع الحصول عليه من منفعة من العقد.<sup>2</sup>

ويشترط تحقق الضرر فعلاً فلا يكتفي باحتمال تحققه إلا انه لا يشترط أن يكون الضرر حالاً ، بل قد يكون الضرر مستقبلاً متى كان محقق الوقوع في المستقبل.

**ثالثاً:** وجوب إخطار شركة المشروع وجهة التمويل بضرورة إصلاح كافة أوجه الخلل خلال مدة معينة ، وعلي الرغم من هذا الإخطار إلا أن شركة المشروع وجهة التمويل لم تقم بإصلاح الخلل خلال المدة المنصوص عليها في عقد المشاركة من تاريخ إخطارها بذلك.

نماذج للعقود التي تم إبرامها في مصر بنظام PPP

عقد بناء مستشفيات جامعية بنظام الشراكة في أبريل ٢٠١٢

مشروع مشاركة القطاع الخاص لبناء مستشفيات جامعية هو أحد المشروعات النموذجية الرائدة في هذا المجال حيث قامت من خلاله وزارة التعليم العالي ممثلة في جامعة الإسكندرية وبمساعدة فنية من الوحدة

1 المادة التاسعة من قانون المشاركة رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠.

2 د. محمد حسين عبد العال - التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٨ - ص ١٤٢.

3 هذا العقد منشور علي موقع

<http://www.pppcentralunit.mof.gov.eg>

المركزية للمشاركة بتوجيه الدعوة إلى القطاع الخاص للدخول في مشاركة مع القطاع العام من خلال مناقصة عالمية تنافسية لتمويل، تصميم وإنشاء وتجهيز وتأثيث وصيانة وتشغيل وتقديم خدمات غير إكلينيكية لمستشفى جامعي تخصصي من خلال عقد مشاركة مع القطاع الخاص في مناقصة واحدة تضم مجموعتين مختلفتين، ويحق للشركات المؤهلة التقدم بعبءاتها لمجموعة واحدة أو لكلاهما معاً كما يلي:

المجموعة الأولى: مستشفى سموحه الجامعي للولادة وبنك الدم، المستشفى بسعة ٢٠٠ سرير وبنك للدم بنفس المبنى وبمدخل مستقل بمجمع مستشفيات سموحه الجامعي .

المجموعة الثانية: مستشفى المواسة الجامعي التخصصي، المستشفى بسعة ٢٢٤ سرير والمزودة بمراكز امتياز لتقديم خدمات على درجة عالية من التخصص في مجال جراحات الأعصاب والمسالك البولية / طب الكلى (بما في ذلك عمليات زرع الكلى) المستشفى سيتم إنشاء المستشفى في الموقع المجاور لمستشفى المواسة الحالي .

تم طرح المناقصة الخاصة بهذا المشروع تحت مظلة قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، وسوف تطرح المشروعات التالية لهذا المشروع النموذجي وفقاً لقانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية و مدة المشروع ٢٠ سنة، تاريخ المشروع ٢٠١٢/٠٤/٣٠، مدة التشغيل ١٧ سنة وفترة التشييد ثلاث سنوات و مستشاري المشروع المستشار المالي للطرح (IFC)، المستشار الفني (Mott Macdonald)، والمستشار القانوني ( Trowers & Hamlins)

مشروع المشاركة مع القطاع الخاص لإنشاء محطة معالجة مياه الصرف الصحي بالقاهرة الجديدة

مشروع المشاركة مع القطاع الخاص لإنشاء محطة معالجة مياه الصرف الصحي بالقاهرة الجديدة هو أحد المشروعات النموذجية الرائدة في هذا

1 <http://www.pppcentralunit.mof.gov.eg>

المجال ، حيث قامت من خلاله وزارة مرافق مياه الشرب والصرف الصحي من خلال هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة بمساعدة فنية من الوحدة المركزية للمشاركة مع القطاع الخاص - بتوجيه الدعوة إلى القطاع الخاص للدخول في مشاركة مع القطاع العام من خلال مناقصة عالمية تنافسية لتصميم وبناء وتمويل وتشغيل وإدارة محطة معالجة مياه الصرف الصحي بطاقة إجمالية قدرها ٢٥٠ ألف متر مكعب في اليوم لمعالجة مياه الصرف الصحي بمدينة القاهرة الجديدة، ومدينتي، والمستقبل. يهدف المشروع إلى تقديم نموذج لعمليات مشاركة القطاع الخاص في مجال الخدمات بحيث يمكن تكراره في مشروعات أخرى لقطاع معالجة مياه الصرف. ويجرى طرح المناقصة الخاصة بهذا المشروع وفقاً للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ، والذي ينظم المناقصات والمزايدات لتنفيذ الأعمال العامة.

مدة المشروع ٢٠ سنة مكان المشروع مدينة القاهرة الجديدة، مدة التشغيل ١٨ سنة، فتره التشييد ستان، الموقف الحالي للمشروع فازت شركة اوراسكواليا بالمناقصة وقد تم توقيع هذا العقد بتاريخ ٢٩/٦/٢٠٠٩ ، المستشار المالي للطرح (IFC)، المستشار الفني (Parsons Brinckerhoff)، والمستشار القانوني (Guide Loyrette Nouel)

### الفصل الثاني

#### القيود الواردة علي الإدارة في اختيار المتعاقد مع الإدارة

يتم إبرام العقود الإدارية عن طريق المناقصة أو الممارسة أو الاتفاق المباشر، وحيث إن العقد الإداري ليس كعقود القانون الخاص التي هي تعبير عن إرادتين ، وإيجاب وقبول من الطرفين ينعقد بهما العقد، لكن العقد الإداري هو عقد مركب، لأن المتعاقد لا يتعاقد بشخصه ولمصلحته، بل إنه يتعاقد لمصلحة جهة الإدارة و لذلك تتميز القواعد التي تحكم اختيار جهة الإدارة للمتعاقد معها بذاتية خاصة، وتقوم هذه الخصوصية أساسا علي إلزام جهة الإدارة بإتباع إجراءات معينة عند التعاقد وتقييد حريتها في اختيار المتعاقد معها، ومرجع ذلك ارتباط العقد بالمرفق العام الذي يستخدم أموالا عامة ، ويهدف تحقيق نفع عام، ولذلك فعند التعاقد يجب

مراعاة الجانب الفني الذي يحقق أقصى منفعة والجانب المالي الذي يحافظ علي الأموال العامة .

وطرق إبرام العقود الإدارية هي المناقصة، العامة أو المحدودة والممارسة والاتفاق المباشر.

والأصل أن يتم التعاقد عن طريق المناقصة العامة و فيها تلتزم الإدارة بمقتضاه باختيار أفضل العطاءات المقدمة إليها من الناحية المالية، هذه هي الطريقة الأكثر شيوعاً لاختيار المتعاقد مع الإدارة، وتبدأ المناقصة العامة بإعلان في الداخل وأحياناً في الخارج ثم يقدم المناقص عطاءه، ثم تقوم جهة الإدارة بفحص العطاءات واختيار المتعاقد معها، ثم تقوم السلطة المختصة بإبرام العقد مع من اختارته لجنة البت.

وتعتبر المناقصة المحدودة طريقاً استثنائياً لا يجوز اللجوء إليه إلا بقرار مسبب من الجهة المختصة، و المناقصة المحدودة تتقيد الإدارة فيها باختيار أفضل العطاءات مالياً وفنياً إلا أن الإدارة لها سلطة تحديد المتنافسين الذين لهم حق الدخول في المناقصة، فالمناقصة المحدودة تتطلب طبيعتها أن يكون الاشتراك فيها مقصوراً علي موردين أو مقاولين أو استشاريين بذواتهم في مصر أو في الخارج علي أن تتوافر فيهم الكفاءة المالية و الفنية وحسن السمعة، وقد أوجبت اللائحة التنفيذية الحالية علي كل وحدة إدارية أن تمسك سجلاً عاماً لقيد الموردين والمقاولين وبيوت الخبرة والأخصائيين في داخل الجمهورية وخارجها وسجلاً لقيد ممنوعين من التعامل.

وتوجه الدعوة لتقديم العطاءات في المناقصات المحدودة إلي أكبر عدد من المشتغلين بنوع النشاط الخاص بموجب كتاب موصى عليه بعلم الوصول قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف بخمسة عشر يوماً علي الأقل، وينبغي أن تتضمن الدعوة كافة البيانات التي يجب أن يتضمنها الإعلان في المناقصة العامة، ويجوز الإعلان عن المناقصة المحدودة بإذن من رئيس الإدارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص عند الاقتضاء، وفي هذه الحالة يجب أن تتبع ذات الإجراءات الخاصة بالنشر عن المناقصة العامة.

وقد وضع المشرع الفرنسي و المصري مجموعة من القيود الخاصة علي الإدارة عند إبرام عقود الشراكة و قد رأينا تقسيم هذا الفصل إلي مبحثين

المبحث الأول الضوابط التشريعية لاختيار المتعاقد مع الإدارة.

المبحث الثاني الضوابط القضائية لاختيار المتعاقد مع الإدارة.

### المبحث الأول

#### الضوابط التشريعية لاختيار المتعاقد مع الإدارة

الغي المشرع الفرنسي التعاقد عن طريق المناقصة العامة بعد أن كانت هي الطريقة الأكثر شيوعا للتعاقد الإداري في فرنسا، و لكن بصدور تقنين العقود الإدارية في ٢٠٠٤ و المعدل في ٢٠٠٦ ثم في ٢٠١١ أصبحت الطريقة الأكثر شيوعا في التعاقد الإداري هي الممارسة العامة و الحوار التنافسي و تم إلغاء التعاقد بنظام المناقصة العامة.<sup>١</sup>

وقد استجاب المشرع الفرنسي لمطالبة الفقه الفرنسي منذ وقت طويل بضرورة إلغاء إبرام العقود الإدارية عن طريق المناقصة العامة، لأنها لا تصلح لاختيار المتعاقد الأفضل في العقود الإدارية، و لا تتفق مع فلسفة التعاقد الإداري التي تقوم علي أساس الاعتبار الشخصي للمتعاقد مع الإدارة من حيث الكفاءة الفنية و القدرة علي تنفيذ المشروعات بشكل مميز باعتبار أن المتعاقد مع الإدارة معاون لها في تسيير المرفق العام.<sup>٢</sup>

بينما فلسفة المناقصة تستند إلي إرساء المناقصة علي العطاء الأقل سعرا، بغض النظر عن كفاءة المتعاقد مع الإدارة، وهذا الإلية العمياء لا تنسجم مع الإدارة الحديثة للمرافق العامة في الدولة.<sup>٣</sup>

1 د أمين محمد أبو حمزة وسائل التعاقد الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ص ٤٣

2 André de Laubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, Traité des contrats administratifs, Volume 1, L.G.D.J, 1983, PP658

3 د/مهنا مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٥، ص ٧١١

بالإضافة إلي أن شدة المنافسة بين المتقدمين بالعبء في المناقصة قد تؤدي إلي أسعار مبالغ في تخفيضها مما ينعكس في النهاية سلبا علي جودة تنفيذ الأداء المطلوب و جدواه الاقتصادية<sup>1</sup>.

بالإضافة إلي عدم الابتكار في العروض الفنية المقدمة من المتناقصين لأن المعيار الأساسي في الإرساء هو السعر مما أدي من الناحية العملية إلي تطابق العروض وعدم اختلافها إلا في الأسعار فقط.

كما أن تشابك مراحل المناقصة و تعددها أدي إلي وصفها بالبطء مما يتناقض مع متطلبات الحياة التجارية القائمة علي السرعة و التكيف مع معطيات السوق ومع الحاجات المتغيرة للمرفق العام<sup>2</sup>.

### المطلب الأول

#### قيود اختيار المتعاقد مع الإدارة في النظام الفرنسي

نظرا لخصوصية عقد الشراكة فقد رسم المشرع الفرنسي طريقا محمدا لتبادل الإيجاب و القبول وذلك حرصا منه علي توفير كافة الضمانات لاختيار أفضل المتقدمين للتعاقد مع الإدارة وسوف نعرض للقيود الواردة علي الإدارة و التي لا تستطيع التحلل منها لاختيار المتعاقد معها في عقود الشراكة.

#### القيود الأول التقييم الأولي

فقد نصت المادة الثانية من المرسوم الفرنسي رقم ٥٥٩ لسنة ٢٠٠٤ و المعدل بالمرسوم رقم ٧٣٥ لسنة ٢٠٠٨ على أن تستعين جهة الإدارة بهيئات الخبرة المتخصصة في مجال مشروعات البنية الأساسية وفقا لمعايير يتم وضعها من قبل وزير الاقتصاد.

و لا تستطيع الإدارة التعاقد بنظام PPP إلا بعد اللجوء للتقييم الأولي و لا بد أن يوضح التقييم الأولي بعبارات واضحة أن المشروع محل التعاقد مربكا أو عاجلا مثلا.

1 Quancard, Michel, L'Adjudication des marchés publics de travaux et de fournitures, Delmas, 1945, 218 ets

2 الإشارة السابقة، و من الفقه العربي د مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص ٧١٢



ولا تستطيع الإدارة أن تنفذه بنفسها علي أكمل وجه ولا بد أن يحدد التقييم الأولي الأسباب التي تدعو الإدارة للتعاقد بنظام الشراكة وهي أسباب موضوعية فقد يكون سبب اللجوء مثلا أن المشروع معقد فنيا و يصعب علي الإدارة أن تنفذه بنفسها ، وقد يكون السبب هو أن المشرع عاجلا حتى ولو كان سبب الاستعجال هو تقصير الإدارة في أداء مهام وظيفتها فقد أوضح المجلس الدستوري الفرنسي أن حالة الاستعجال تتوافر في حتى ولو كان السبب المباشر لذلك هو خطأ أو تقصير الإدارة فالمصلحة العامة هنا تقتضي الإسراع في التعاقد لضمان سير المرفق العام بانتظام و أطراد<sup>1</sup>.

### القيود الثاني الحوار التنافسي

نص المشرع الفرنسي علي ضرورة أن يجري حوارا تنافسياً مع كافة المرشحين ، تستظهر فيه جهة الإدارة مدى إمكانية العطاءات أو العروض الأولية المقدمة من كل منهم ، بما تشتمل عليه من إمكانيات فنية أو تقنية ، أو قدرات مالية أو مهارات إدارية وقانونية ، على تلبية احتياجات تلك الجهة ، وذلك بتحقيق الأهداف التي تسعى إليها من وراء تنفيذ المشروع المعنى. بل وتستطيع جهة الإدارة أن تناقش - بهذه المناسبة - كافة الجوانب التي ينطوي أو يجب أن ينطوي عليها عقد المشاركة.<sup>2</sup>

مع ملاحظة أنه يجب تحقيق المساواة الكاملة بين كافة المرشحين ، بحيث يتمتع على جهة الإدارة أن تميز بعضهم على البعض الآخر سواء من حيث المعلومات التي تدلى بها أو من حيث مدة وتاريخ ومكان إجراء الحوار ، كما أنه يتمتع عليها أن تفضي بمعلومات معينة أدلى بها بعض المرشحين حول عطاءاتهم أو الحلول والآليات التي يقترحونها وذلك بالكشف عنها لمرشحين آخرين ، إلا إذا وافق أصحاب الشأن على ذلك ، هذا ولجهة الإدارة أن تباشر وتواصل حواراتها مع كل مرشح على حدة حول الوسائل الفنية والتقنية الخاصة به ومدى قدرته المالية وكفاءته المهنية

1 د رجب طاجن ، المرجع السابق ، ص ١٣٤

2 د مني رمضان بطيخ ، المرجع السابق ، ص ٦٧.

والقانونية ومدى قدرته على تلبية احتياجات المشروع.. الخ. بل ولها أن تقرر أن تكون الحوارات التنافسية مع هؤلاء المرشحين على فترات أو مراحل متتالية ومتابعة بقصد تحديد الجوانب المالية والاقتصادية واستبعاد الجوانب الأخرى التي لا تجدي في تنفيذ مثل للمشروع، وذلك من خلال مقارنة نتائج تلك الحوارات مع التقييم والدراسات الأولية أو التمهيدية سالفة الذكر، وقد يؤدي ذلك إلى اكتشاف صعوبات ومعوقات عديدة تفضل الإدارة معها عدم إبرام العقد، وهو ما يعني أن هناك اختلافاً جذرياً بين مرحلة التقييم الأولى ومرحلة التفاوض أو التفاوض التنافسي، مع ملاحظة أن تعاقب الحوارات والتواريخ المحددة لها، يجب أن تكون واضحة وبدقة في الإعلان عن المشروع المعنى<sup>1</sup>.

### القييد الثالث دعوة المتنافسين لتقديم عطاءاتهم

وهنا تقوم جهة الإدارة بدعوة هؤلاء المتنافسين لتقديم عروضهم النهائية، على أساس ما انتهت إليه المناقشات والحوارات من سبل ووسائل وحلول واقتراحات لتنفيذ المشروع، وذلك خلال فترة لا تقل عن شهر من تاريخ إعلان النتيجة السابقة، محددة لهم شروط تنفيذ العقد ومراحل تطور المشروع طوال مدة العقد وكذلك حقوق والتزامات المتعاقد، كما تبين لهم أيضاً المعيار الذي يتم على أساسه التعاقد مع المرشح الفائز مع ملاحظة أنه يجب على جهة الإدارة - وحتى هذه اللحظة - أن تحافظ على مبدأ المساواة بين المرشحين وذلك بما يحقق تنافساً حقيقياً بينهم<sup>2</sup>.

وبعد أن يتقدم المرشحون بعروضهم أو عطاءاتهم والتي يجب أن تكون متضمنة كافة العناصر الأساسية أو الضرورية لتنفيذ العقد، يمكن لجهة الإدارة أن تطلب منهم أو من بعضهم إيضاحات أو إضافات أو تعديلات على هذه العروض أو تلك العطاءات، بشرط ألا يكون لذلك أثر في تغيير العناصر الأساسية للعروض أو العطاءات بما يميزها عن غيرها، وإلا كان في ذلك إخلال بما يجب أن يسود بين كافة المرشحين من مساواة ومنافسة شريفة.

1 الإشارة السابقة، ص ٦٨.

2 الإشارة السابقة، ص ٦٨.

نصت المادة الثالثة من مرسوم ٥٥٩ - ٢٠٠٤ المعدلة بالمرسوم الصادر في ٢٠٠٨ علي وجوب الإعلان عن رغبة الإدارة في التعاقد بنظام الشراكة للسماح بتقديم أكثر من عرض تنافسي ، تقوم الإدارة العامة بالمفاضلة بينهم<sup>١</sup> ، ويجب على جهة الإدارة أن تحدد ويوضح في الإعلان عن مشروعات عقود المشاركة، الإجراءات الواجب الإتياع، كما يجب أن يتضمن هذا الإعلان أيضا مدة تقديم العطاءات.

هذا ومن الممكن أن يشتمل الإعلان الواحد على مشروعات متعددة ولكل منها الإجراءات الخاص به، على أن يترك للشركات أو المؤسسات الراغبة في التعاقد اختيار نوع المشروع والإجراء الخاص به وذلك بما يتلاءم مع إمكانياتها ومعطياتها الفنية والمالية والإدارية والقانونية. ولا يجوز إبرام عقود PPP بأسلوب الاتفاق المباشر وذلك نظرا لخطورة هذه العقود وطول مدة تنفيذها ولذلك وضع المشرع الفرنسي إجراءات مشددة تضمن تحقيق الشفافية ٢.

### والخطوة الثانية التقاء الإيجاب بالقبول

تقوم السلطة الإدارية المختصة بالموازنة بين مختلف العروض مستندة إلي المعايير المختلفة المعلن عنها، و تفاضل بين العروض كما هي بدون تفاوض، فليس لها أن تتصل بهم بأي وسيلة اتصال حفاظا علي مبدأ المساواة بين المتنافسين و حتي لا يكون التقييم خاضعا لمؤثرات أخرى غير

1 Article 3, La passation d'un contrat de partenariat est soumise aux principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Elle est précédée d'une publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes dans des conditions prévues par décret.

2 د مني بطيخ، المرجع السابق، ص ٦٩.

متعلقة بالمعايير المعتمدة و لكن استثناء من ذلك يجوز الاتصال بالعارضين من أجل تقديم توضيحات عن عروضهم أو إكمال ما بدا فيها من نقص مادي، دون الدخول في مفاوضات بشأن العرض المقدم.<sup>1</sup>

و يجب أن تجري المقارنة وفقا لتسلسل المعايير المعلن عنها، فلا يعطي تغليب فعلي لمعيار ما علي الآخر، و لاسيما معيار السعر فالقيمة الحقيقية تحقق بتوافق كل - المعايير، فالإرساء يتم علي العارض الذي تقدم بأفضل العروض حتى و لو لم يكن صاحب السعر الأقل.

ومن هذه المعايير التفضيلية استخدام الطرق الابتكارية في تنفيذ المشروع و تقديم ضمانات كافية لصيانة المشروع و غير ذلك<sup>2</sup>

1 GUIBAL, MICHEL- RAPP, LUCIEN, Bréchon, Christine, Droit des marchés publics, Le Moniteur, 1993, p.24

2 وقد أورد المشرع الفرنسي في القانون الصادر في ٢٠٠٦ المعدل في ٢٠١١ أمثلة لمعايير التفضيل بين المتقدمين بالعطاءات  
Code des marchés publics, Article 53, Modifié par Décret n°2011-1104 du 14 septembre 2011 - art. 5

I.-Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde :

1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, les coûts tout au long du cycle de vie, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution, la sécurité d'approvisionnement, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ;

تستنفذ السلطة المختصة اختصاصها بمجرد اختيار أحد العطاءات، وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي حيث قضى بأن الإدارة طالما أن أحد العروض هو الأكثر ملائمة لها بناء علي المعايير المطروحة فإنها لا تستطيع أن تطلب من صاحب هذا العرض أن يخفض في الثمن الذي أنطوي عليه عرضه إلي ما يوازي تقديراتها من منطلق أن الإرساء علي العرض الأفضل لا رجعة فيه<sup>1</sup> حالة وجود أكثر من عرض ملائم

إذا كان هناك أكثر من عرض ملائم وفقا للمعايير التي وضعتها السلطة المختصة بإبرام العقد فيجب عليها وفقا للقانون الفرنسي أن تطلب من أصحاب العروض المتساوية أن يقدموا عروضاً جديدة غالباً ما يكون فيها مزايا أكثر لجهة الإدارة.

وبعد اختيار اللجنة المختصة صاحب العطاء المناسب تقوم السلطة المختصة بالتوقيع علي العقد وإصدار قرار إبرام العقد يجب أن يتم في الفترة التي حددها دفتر الشروط، فإذا انقضت هذه المدة كان من حق صاحب العطاء أن يتحلل من إيجابه صراحة، وقد أيد ذلك مجلس الدولة الفرنسي حيث لم يعتبر الإرساء بعد انقضاء المدة موجبا للبطلان طالما أن المتعاقد المؤقت لم يعبر صراحة عن رغبته في التحلل من إيجابه حالات إلغاء التعاقد بنظام الشراكة

نص القانون الفرنسي علي حالات إلغاء التعاقد بنظام الشراكة وهي :

- عدم تقديم أي عرض.
- تقديم عروض غير منسجمة مع متطلبات الإدارة الفنية و المالية
- يمكن للسلطة المختصة أن تصدر قراراً بالإلغاء للأسباب تتعلق بالصالح العام.

1 راجع في عرض هذا الحكم د مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص ٧٦٠.

## المطلب الثاني

### القيود الواردة في النظام المصري

(حصر التعاقد في عقود PPP بطريقة المناقصة المحدودة)

المناقصة المحدودة هي صيغة خاصة للمناقصة تعتمد علي الإرساء التلقائي علي السعر الأقل، و تكون المناقصة فيها مقيدة بحيث لا يدخلها إلا المرشحين الذين اختارتهم الإدارة نظرا للضمانات المهنية و المالية التي قدموها و ذلك لأن محل العقد له طبيعة خاصة<sup>1</sup>

و تقوم المناقصة المحدودة علي عنصرين و هما منح الإدارة سلطة تقديرية في تصفية المتقدمين للمناقصة مع بقاء الإسناد التلقائي الذي يحكم المناقصة العامة قائما في مجال المناقصة المحدودة بحيث أن معيار السعر الأقل يبقى وحده الفيصل في تحديد التعاقد مع الإدارة و بذلك يتم التوافق بين مصلحة الإدارة الفنية في دخول المؤهلين فقط للمنافسة علي الفوز بالعطاء و بين مصلحة الإدارة المالية ببقاء مبدأ الإرساء علي السعر الأقل<sup>2</sup>.

و قد أعتمد المشرع المصري طريقة التعاقد بنظام المناقصة المحدودة في التشريعات المتعاقبة التي كان آخرها قانون المناقصات و المزايدات و التي نصت المادة الثالثة منه علي يكون التعاقد بنظام المناقصة المحدودة في الحالات التي تتطلب طبيعتها قصر الاشتراك في المناقصة علي موردين أو مقاولين أو استشاريين أو فنيين أو خبراء بذواتهم سواء في مصر أو في الخارج علي أن تتوافر في شأنهم شروط الكفاية الفنية و المالية و حسن السمعة.

### الضمانات الممنوحة للمرشحين

- العلانية إذ يجب أن تطرح المناقصة علي علم الكافة وذلك في سبيل أن تستقطب الإدارة أكبر عدد من المرشحين المحتملين و لضمان مبدأ تكافؤ

1 د محمد جمال جبريل، العقود الإدارية، إبرام العقد الإداري و صحته، وفقا للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية، ص ١٨٤.

2 راجع في ذلك . رفيق سلام : "الموسوعة العلمية لقانون المناقصات والمزايدات الجديد"، دار النهضة العربية ٢٠٠٠، ص ٨١، د/ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص ٥٣٣.

الفرص بين جميع الراغبين في دخول المنافسة، تسهيل الرقابة علي الإدارة سواء كانت رقابة ذاتية أو قضائية.<sup>١</sup>

- أن التعاقد بنظام المناقصة المحدودة يكون علي مرحلتين
- التسبيب : فقد نص المشرع المصري في المادة ٣٤ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ علي أن يتم التعاقد بطريق المناقصة المحدودة بناء علي قرار مسبب من السلطة المختصة و ذلك لأن المناقصة المحدودة تمثل خروجاً خطيراً علي مبدأ المنافسة الحرة المفتوحة قيود اختيار المتعاقد مع الإدارة في عقود الشراكة

نص المشرع المصري في قانون المشاركة الصادر في ٢٠١٠ و لائحته التنفيذية علي مجموعة من القيود تلتزم بها الإدارة في حالة الرغبة بالتعاقد بنظام عقود الشراكة هي :

القيود الأول في مرحلة الطرح و هو ضرورة التعاقد مع مستشار الطرح لا بد من اختيار مستشار طرح المشروع ليساعد الإدارة في تقدير أهمية الموضوع و تسهيل التعاقد

ويكون التعاقد مع مستشاري الطرح عن طريق مناقصات عامة أو محدودة وإن كان من الجائز في الحالات التي تقتضيها اعتبارات الصالح العام ولا تشمل إتباع إجراءات المناقصة العامة أو المحدودة، وبعد موافقة الوزير المختص بالشئون المالية، أن يكون التعاقد بطريق الاتفاق المباشر، يجب أن يخضع لمبادئ العلانية والشفافية والمساواة، وحرية المنافسة وتكافؤ الفرص.<sup>٢</sup>

الإعلان عن الرغبة في اختيار مستشار الطرح إذا كان التعاقد بالمناقصة العامة يكون الإعلان عن المناقصات العامة من خلال النشر في الصحف المحلية والعالمية أو في أي وسيلة أخرى تكفل العلانية، وتكون الدعوة

١ د. سعاد الشرقاوي : "العقود الإدارية"، دار النهضة العربية سنة ٢٠٠٣، ص ٣٥٥

، د. عبد الفتاح أبو الليل : "أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق دراسة مقارنة"، رسالة لنيل درجة الدكتوراه جامعة طنطا ١٩٩٤، ص ٢٢٢ - ٢٢٣.

٢ المادة ١٣ من اللائحة التنفيذية الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠١١ و المنشورة في الجريدة الرسمية - العدد ٣ مكرر (ب) في ٢٣ يناير ٢٠١١.

للمناقصات المحدودة بكتاب موسى عليه مصحوب بعلم الوصول وبالبريد  
الالكتروني أو من خلال أية وسيلة أخرى تكفل علم ذوى الشأن بالدعوة  
وما تتضمنه من بيانات<sup>١</sup>

### الدعوة للتعاقد إذا كان التعاقد بالمناقصة المحدودة

تعد الوحدة سجلات نوعية لمستشاري الطرح، تدعو للقيّد فيها  
بدعوة عامة مستشاري الطرح المصريين والأجانب ممن تتوافر فيهم شروط  
الكفاية الفنية وحسن السمعة والخبرة العالمية في مجال عقود المشاركة مع  
القطاع الخاص بحسب تخصصهم فنياً أو مالياً أو قانونياً أو بيئياً أو اجتماعياً  
أو غيره من التخصصات بحسب المشروع. وتتضمن الدعوة العامة للقيّد في  
السجلات المشار إليها الشروط الواجب توافرها للقيّد. وثبتت في هذه  
السجلات البيانات الأساسية لمستشاري الطرح ووسائل الاتصال بهم وأية  
بيانات أخرى تتطلبها الوحدة. ويكون إرسال الدعوة في المناقصات المحدودة  
لمستشاري الطرح المقيدين بالسجل المعد لذلك بالوحدة بمحد أدنى اثنين من  
المستشارين هذا وتتم مراجعة وتحديث السجل كل ثلاث سنوات وكلما  
دعت الحاجة لذلك<sup>٢</sup>

### التقدم بالعطاء

ويجوز أن تتضمن إجراءات طرح مناقصة اختيار مستشاري الطرح  
تحديد مواعيد لتلقى استفسارات المتنافسين والرد عليها من قبل الوحدة  
المركزية للمشاركة على أن يتاح الرد على الاستفسارات لجميع المتنافسين،  
وللوحدة أن تدعو المتنافسين لعقد لقاءات منفردة بمراعاة قواعد الشفافية  
والمساواة، هذا ويكون طرح مناقصة اختيار مستشار الطرح على أسس فنية  
مفصلة وكافية ومناسبة لطبيعة التعاقد.

وتعد كراسة اختيار مستشاري الطرح، بمعرفة لجنة من العاملين

- 1 المادة ١٤ من اللائحة التنفيذية الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠١١ و المنشورة في الجريدة الرسمية - العدد ٣ مكرر (ب) في ٢٣ يناير ٢٠١١.
- 2 المادة ١٥ من اللائحة التنفيذية الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠١١ و المنشورة في الجريدة الرسمية - العدد ٣ مكرر (ب) في ٢٣ يناير ٢٠١١.



بالوحدة المركزية للمشاركة تشكل بقرار من رئيس الوحدة وذلك باللغة العربية أو الإنجليزية أو بكليهما بحسب الأحوال، ويجب أن تحدد في الكراسة اللغة التي يتعين على مستشاري الطرح تقديم العروض والمكاتبات بها، وفي أحوال تعدد هذه اللغات، يجب أن تحدد الكراسة اللغة التي تكون لها الحجية في أحوال التعارض بينها وبين اللغة الأخرى<sup>١</sup>.

ويجب تضمين الكراسة على وجه الخصوص البيانات الآتية:

- ١- خطاب الدعوة المرسل إلى مستشاري الطرح للتقدم بعروضهم الفنية والمالية للمناقصة.
  - ٢- تحديد القطاع الذي يندرج تحته المشروع المزمع طرحه للتنفيذ بنظام المشاركة مع القطاع الخاص.
  - ٣- التزامات مستشاري الطرح منذ بدء التعاقد وحتى انتهاء مدة أعماله في المشروع.
  - ٤- نطاق عمل مستشاري الطرح والشروط الحاكمة موضحاً فيها المدة المحددة لأعمال المشروع.
  - ٥- بيان الحد الأدنى لتشكيل فريق العمل لمستشاري الطرح ومؤهلاتهم العلمية والخبرات الأساسية لهم وسابقة الأعمال.
  - ٦- بيان بعدد المشروعات المزمع تنفيذها مع مستشاري الطرح.
  - ٧- إجراءات الطرح ومواعيد تلقي الاستفسارات والرد عليها، والموعد النهائي لتلقى العروض.
  - ٨- تحديد المستندات والنماذج المالية الواجب ملؤها بمعرفة مستشاري الطرح المتنافسين<sup>٢</sup>
- فحص العطاءات واختيار التعاقد:

يتم تلقي العروض من مستشاري الطرح في المكان والموعد المحددين في كراسة شروط ومواصفات اختيار مستشار الطرح وطبقاً للإجراءات المبينة فيها، ويراعى تقديم العطاءات في مظروفين مغلقين، أحدهما

- 1 المادة ١٧ من اللائحة التنفيذية الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠١١ و المنشورة في الجريدة الرسمية - العدد ٣ مكرر (ب) في ٢٣ يناير ٢٠١١.
- 2 المادة ١٧ من اللائحة التنفيذية الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠١١ و المنشورة في الجريدة الرسمية - العدد ٣ مكرر (ب) في ٢٣ يناير ٢٠١١.

للعرض الفني والآخر للعرض المالي، وتعتبر هذه العطاءات ملزمة لأصحابها طوال المدة المحددة في كراسة الاختيار سالفه الذكر.

ولمستشاري الطرح الأجانب المتقدمين أن يضعوا أسعارهم بعملة أجنبية، على أن تدفع لهم بالعملة التي حددها في عروضهم المالية وذلك بمراجعة تحديد تاريخ سعر التحويل إلى الجنيه المصري عند تقييم العروض المالية في كراسة اختيار مستشار الطرح.

تقييم العطاءات الفنية وتحديد المقبول من بينها ومن ثم استبعاد العطاء غير المقبول على أن يكون قرار الاستبعاد مسبباً، يتم إخطار مقدمي تلك العطاءات بنتيجة هذا التقييم بخطاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول وبالبريد الإلكتروني.

ثم تقوم اللجنة بإخطار مستشاري الطرح المقبولين فنياً بميعاد جلسة فض المظاريف المالية لحضور الجلسة إذا رغبوا في ذلك، وذلك بموجب خطاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول أو بأية وسيلة أخرى، مع ملاحظة أن التقييم المالي يقتصر على العروض المقبولة فنياً فقط. تجتمع لجنة اختيار مستشاري الطرح في المكان والموعده المحددين لفتح المظاريف المالية، ويكون العطاء الفائز هو الحاصل على أعلى نتيجة طبقاً لطريقة التقييم المحددة بكراسة الشروط<sup>١</sup>.

#### التقيد الثاني التأهيل المسبق

#### - الدعوة لإبداء الاهتمام بالمناقصة

إذا كانت طبيعة المشروع تقتضى دعوة المستثمرين لإبداء مدى اهتمامهم بهذا المشروع، كإجراء يسبق إجراءات التأهيل المسبق، فيجب على الجهة الإدارية الإعلان عن ذلك على الأقل في صحيفة يومية واسعة الانتشار باللغتين العربية والانجليزية، وعند الاقتضاء فى إحدى الصحف أو المطبوعات الأجنبية خارج مصر، وعلى المواقع الإلكترونية للجهة الإدارية والوحدة والهيئة العامة للاستثمار.

1 المادة ٢١ من اللائحة التنفيذية الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠١١ و المنشورة في الجريدة الرسمية - العدد ٣ مكرر (ب) في ٢٣ يناير ٢٠١١.

ثم تتم دراسة حجم الطلبات المقدمة فى هذا الشأن بمعرفة الجهة الإدارية تحت إشراف الوحدة المركزية للمشاركة وعلى ضوء نتائج هذه الدراسة تتولى الجهة الإدارية بعد موافقة الوحدة الإعلان عن الدعوة للتأهيل المسبق للراغبين فى المنافسة على تنفيذ المشروع.

### مرحلة التأهيل المسبق

يقصد بالتأهيل المسبق التقييم أو الإثبات المسبق لأهلية المستثمر أو مدى قدرته وكفاءته المهنية على تنفيذ مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة فى جميع مراحلها، حتى تتمكن جهة الإدارة من أن تستبعد العناصر غير الجادة أو التي لا تتفق كفاءتها الفنية والقانونية والمالية والبشرية مع طبيعة المشروع المعروض.

فالتأهيل المسبق إذن عملية قانونية وإدارية تجربها الجهة الإدارية المعنية أو السلطة التي ترغب فى التعاقد بغية الوقوف على حقيقة المستثمر الذي يرغب فى التعاقد معها، والتأكد من صلاحيته أو أهليته القانونية والمالية والتنظيمية لتحقيق مقصود التعاقد<sup>1</sup>.

### دور لجنة التأهيل المسبق: الإعلان عن الدعوة للتأهيل المسبق

يتم الإعلان عن الدعوة للتأهيل المسبق من خلال لجنة التأهيل المسبق سألغة الذكر على الأقل فى صحيفة يومية واسعة الانتشار باللغتين العربية والإنجليزية، وفى إحدى الصحف أو المطبوعات الأجنبية خارج مصر، وعلى المواقع الإلكترونية للجهة الإدارية والوحدة والهيئة العامة للاستثمار.

على أن يتضمن الإعلان بياناً مختصراً عن طبيعة المشروع ومدته والعنوان البريدي والبريد الإلكتروني للمشروع وآخر موعد لتلقى طلبات التأهيل.

وعلى الجهة الإدارية عند تلقي أية طلبات لسحب مستندات

1 د منى رمضان بطيخ، الإطار القانوني لشرعية عقد المشاركة والوسائل البديلة لتسوية منازعاته، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ص ٥٩.

التأهيل تسليم نسخة مجانية من مذكرة المعلومات الخاصة بالمشروع ومستندات التأهيل لطلب التأهيل أو من يمثله أو إرسال نسخة الكترونية على بريده الالكتروني

هذا وعلى المستثمرين الراغبين فى المنافسة على تنفيذ المشروع أن يتقدموا المرحلة التأهيل المسبق في صورة مستثمر منفرد أو في صورة تحالف مكون من أكثر من مستثمر. وفي حالة تقديم طلب التأهيل من تحالف، فيجب تحديد ممثل لهذا التحالف يتولى بموجب توكيلات رسمية من أعضاء التحالف، تمثيلهم في إجراءات التأهيل المسبق، والمنافسة على الفوز بالمشروع.

#### الفصل في قرار طلبات التأهيل المسبق

تجتمع لجنة التأهيل المسبق بمقر الجهة الإدارية أو في أي مكان آخر تحده السلطة المختصة بحضور ممثلي مستشاري الطرح، ويكون اجتماع اللجنة بناء على دعوة من رئيسها أو من السلطة المختصة، وتصدر اللجنة قرارها في طلبات التأهيل المسبق بأغلبية أعضائها، ويجب أن تعتمد من السلطة المختصة.

لجنة أن تطلب من المستثمرين الذين تقدموا بطلبات التأهيل المسبق الإيضاحات والمستندات التي تراها لازمة لدراسة هذه الطلبات، على أن يتضمن طلب اللجنة تحديد موعد نهائي للرد عليه، ويكون تلقى استفسارات طالبي التأهيل المسبق على البريد الالكتروني الخاص بالمشروع. كما يجوز للجنة استدعاء ممثل لطالب التأهيل لعرض طلبه أو لتقديم ما تطلبه اللجنة من إيضاحات، وذلك دون إخلال بضمان المساواة وتكافؤ الفرص بين طالبي التأهيل.

وعلى الجهة الإدارية إخطار طالبي التأهيل بقائمة المستثمرين المؤهلين وذلك بموجب خطاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول أو بالبريد الالكتروني، كما يعلن عن تلك القائمة بالموقع الالكتروني لكل من الجهة الإدارية والوحدة.

## إخطار طالب التأهيل المسبق المستبعد

ويجب أن يكون قرار لجنة التأهيل المسبق باستبعاد طلبات التأهيل غير المطابقة لمعايير التأهيل الموضوعة مسبقاً، وعلى الجهة الإدارية بعد اعتماد هذا القرار من السلطة المختصة إعلان طالب التأهيل المستبعد طلبه بالقرار بخطاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول أو بالبريد الإلكتروني أو بأية وسيلة أخرى تكفل علمه بالقرار

على أن يكون من حق أي مستثمر الاعتراض على عدم إدراجه ضمن قائمة المستثمرين المؤهلين بمذكرة مسببة للوحدة خلال أسبوع من تاريخ إعلانه بقرار الاستبعاد أو علمه به.

تقوم الوحدة المركزية للمشاركة بدراسة الاعتراض المقدم من طالب التأهيل والبت فيه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ استلامها للاعتراض، ولها مناقشة لجنة التأهيل المسبق وطلب أصل المستندات إذا لزم الأمر ويكون إخطار الوحدة للمعترض بقرارها في الاعتراض المقدم منه بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول أو بالبريد الإلكتروني أو بأية وسيلة أخرى تحقق علمه بقرار الوحدة، ويجب إخطار الجهة الإدارية بصورة من هذا القرار<sup>1</sup>.

ويكون قرار الوحدة المركزية للمشاركة في هذا الشأن، أي بالبت في الاعتراض يكون نهائياً وملزماً.

### إعداد كراسة الشروط

المادة ٤٢ من اللائحة لا بد من مراجعة النص الأصلي

يجب أن تشتمل كراسة الشروط التي تعد خصيصاً لهذه المرحلة على ما يلي:

- ١- المعلومات العامة المتعلقة بالمشروع والتي تلزم لإعداد العطاءات وتقديمها
- ٢- مواصفات المشروع والشروط الفنية والمالية الواجب توافرها في

1 المادة ٣٧ من اللائحة التنفيذية الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠١١ و المنشورة في الجريدة الرسمية - العدد ٣ مكرر (ب) في ٢٣ يناير ٢٠١١.

## العرضين الفني والمالي.

٣- مواصفات المنتج النهائي، ومواصفات مستوى الخدمة، ومؤشرات الأداء، والمتطلبات الرئيسية للجهة الإدارية والجهات التنظيم والرقابة للمرافق والخدمات محل التعاقد فيما يتعلق بمعايير السلامة والأمن وحماية البيئة وغيرها.

٤- الشروط الرئيسية لعقد المشاركة وغيره من الاتفاقات التكميلية، مع بيان ما يعتبر من هذه الشروط غير قابل للتفاوض.

٥- تحديد طريقة وأسس المفاضلة بين العطاءات، وفي حالة اختيار نظام التقييم بالنقاط يجب بيان معايير تقييم العطاءات، وأسس المقارنة بينها فنياً ومالياً والدرجة التي تمنح لكل معيار منها، والطريقة التي تطبق بها تلك المعايير في تقييم العطاءات، وتحديد الوزن النسبي للجانب الفني والمالي.

٦- المستندات والنماذج والمواعيد الواجب مراعاتها واستيفائها في العطاء.

٧- مدة سريان العطاءات.

٨- قيمة التأمين المؤقت، وطريقة حساب التأمين النهائي بحسب طبيعة المشروع، ومراحل تنفيذه، ومدة سريانه.

وتقوم الوحدة المركزية للمشاركة بالتنسيق مع الجهة الإدارية بإنشاء موقع الكتروني للمشروع تدرج فيه جميع المعلومات والدراسيات الخاصة بالمشروع ويكون متاحاً للدخول إليه من جميع المستثمرين المؤهلين، وتقوم بتحديد ثمن كراسة الشروط، وتولى الجهة الإدارية توجيه خطاب الدعوة للمستثمرين المؤهلين لتقديم عطاءاتهم لتنفيذ المشروع، وذلك بموجب خطاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول وعن طريق البريد الالكتروني، لسحب كراسة الشروط والمواصفات من الوحدة وأداء ثمنها، بحيث لا تقبل العطاءات إلا من المستثمرين المؤهلين الذين قاموا بسحب هذه الكراسة وأداء ثمنها. يجوز للجهة الإدارية بالتنسيق مع الوحدة أن تضمن إجراءات الطرح موعداً لتلقى الاستفسارات من المستثمرين المؤهلين

والرد عليها علي أن تتاح هذه الاستفسارات و الإجابات لجميع المستثمرين المؤهلين.

### القيد الثالث : وضع القيمة التقديرية للمشروع

تشكل بقرار من السلطة المختصة بالجهة الإدارية لجنة تضم عناصر فنية ومالية تتولى وضع تقرير بالقيمة التقديرية للمشروع ، موضحة فيه الأسس التي اتبعتها لوضع هذه القيمة وتمثل هذه الأسس في الآتي :

أ- أن يتم وضع القيمة التقديرية بافتراض أن الجهة الإدارية ستقوم بتنفيذ المشروع بمعرفتها.

ب- يجب أن تشمل القيمة التقديرية على إجمالي التكاليف الاستثمارية للمشروع بالإضافة إلى إجمالي تكاليف التشغيل والصيانة طوال فترة العقد بالأسعار الحالية للسوق وقت وضع القيمة التقديرية.

ج- أن يتم وضع القيمة التقديرية بمراعاة عدم إضافة أي أعباء تمويلية أو معدلات للتضخم<sup>1</sup>.

و يتم وضع المقارن الحكومي بمراعاة الآتي :

أ- أن تتم إضافة تكاليف وأعباء التمويل للمشروع طبقا للهيكل المقترح للتمويل.

ب- أن يتم تحليل كافة المخاطر المتعلقة بالمشروع وعلى الأخص المخاطر الفنية والمالية والقانونية ووضع تقدير لكل منها وإضافتها إلى القيمة التقديرية.

ج- أن يؤخذ في الاعتبار فروق الأسعار عن الفترة من تاريخ إعداد القيمة التقديرية حتى الموعد النهائي لتقديم العطاء ، وذلك من خلال إضافة معدل للتضخم عن تلك الفترة.

د- أن تتم إضافة أي أعباء أخرى يتحملها مقدم العطاء بخلاف ما تقدم وتكون لازمة لتنفيذ المشروع.

هـ - حساب عائد الضرائب المدفوعة من خلال شركة المشروع.

1 المادة ٥١ من اللائحة التنفيذية الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠١١ و المنشورة في الجريدة الرسمية - العدد ٣ مكرر (ب) في ٢٣ يناير ٢٠١١.

و - معدلات التضخم السنوية المتوقعة خلال مدة المشروع ومعدل الخصم المطبق للوصول إلى صافى القيمة الحالية للمشروع.<sup>1</sup>  
تلقي العرض الفني والمالي

يقوم المستثمر المؤهل أو من يمثله قانوناً بإعداد نسخة أصلية واحدة من كل من العرضين الفني والمالي، ويجب أن توقع كافة صفحات المستندات الواردة في المظروفين بالأحرف الأولى للمستثمر المؤهل أو من يمثله قانوناً، وختمها بخاتم المستثمر المؤهل، أما بالنسبة للصفحات المطلوب فيها التوقيع صراحة، فيجب أن توقع توقيعاً كاملاً بمعرفة المستثمر المؤهل أو من يمثله قانوناً. على المستثمر المؤهل تقديم العدد الذي تحدده كراسة الشروط والمواصفات من النسخ المصورة للعرضين الفني والمالي، على أن تتضمن تلك النسخ التوقيعات والأختام المشار إليها آنفاً.

ويجب أن يتضمن مظروف العرض الفني التأمين المؤقت المحدد بكراسة الشروط والمواصفات ويكون التأمين المؤقت على شكل خطاب ضمان بنكي، غير مشروط وغير قابل للإلغاء، صادر من مقدم العطاء لصالح الجهة الإدارية من أحد البنوك المصرية أو من فرع لبنك أجنبي مسجل لدى البنك المركزي المصري، على ألا تقل مدة سريان هذا الخطاب عن تسعين يوماً على الأقل بعد المدة المحددة لسريان العطاء أو أي تعديل له. ويجب أن يقر البنك في خطاب الضمان بأن يدفع لأمر الجهة الإدارية مبلغاً يساوي قيمة التأمين المؤقت كاملة عند أول مطالبة من الجهة الإدارية، ودون أي التفات لأية معارضة تقدم من مقدم العطاء، ويجب أن يتضمن مظروف العرض المالي النماذج والمستندات المالية المنصوص عليها في كراسة الشروط والمواصفات ويجب أن توضع الأسعار في العطاءات المالية بالأرقام والحروف، ويؤخذ بالسعر المبين بالحروف في حالة وجود اختلاف بينه وبين السعر المبين بالأرقام، ولا يعتد بأي كشط أو محو أو تصحيح إلا إذا كان موقعاً بجانبه ومختوماً من قبل المستثمر المؤهل أو من يمثله قانوناً.

1 المادة ٥٢ من اللائحة التنفيذية الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠١١ و المنشورة في الجريدة الرسمية - العدد ٣ مكرر (ب) في ٢٣ يناير ٢٠١١.



وتسليم العطاءات لهذه اللجنة يكون باليد في المكان وفي الموعد المحددين لتلقى العطاءات في كراسة الشروط والمواصفات، في مطروفين مغلقين أحدهما للعرض الفني والآخر للعرض المالي.

ويجب أن يتضمن مطروف العرض الفني التأمين المؤقت المحدد بكراسة الشروط والمواصفات.

#### استبعاد العطاءات غير المطابقة للمواصفات

ويجب استبعاد العطاءات غير المطابقة للشروط والمواصفات وفقا لنظام التقييم المحدد بكراسة الشروط والمواصفات، ويصدر بالاستبعاد قرار من السلطة المختصة بالجهة الإدارية بناء على توصيات لجنة تلقي العطاءات ودراساتها.

#### القيود الرابع طرح المشروع علي مرحلتين و طريقة الحوار التنافسي

للسلطة المختصة بعد موافقة اللجنة العليا أن تقرر أن يكون طرح المشروع علي مرحلتين و إجراء الحوار التنافسي كمرحلة أولي بهدف الحصول علي إيضاحات بشأن عناصر العروض الفنية و المالية المقدمة في هذه المرحلة و يتم في المرحلة الثانية تقديم العطاءات النهائية ١.

و في الأحوال التي يتقرر فيها طرح المشروع علي مرحلتين تقوم لجنة إعداد كراسة الشروط و المواصفات المشكلة طبقا لنص المادة ٤٢ من هذه اللائحة بإعداد كراسة الشروط و المواصفات للمرحلة الأولى و التي يجب أن تتضمن :

- ١- المعلومات العامة عن المشروع ومواصفاته.
- ٢- مواصفات المنتج النهائي ومستوى الخدمة ومؤشرات الأداء.
- ٣- الشروط الرئيسية لعقد المشاركة.
- ٤- نظام التقييم الفني والمالي بشكل عام.
- ٥- المتطلبات والنماذج والمستندات المطلوبة في كل من العرضين الفني

---

1 نص المادة ٦٣ من اللائحة التنفيذية الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠١١ و المنشورة في الجريدة الرسمية - العدد ٣ مكرر (ب) في ٢٣ يناير ٢٠١١.

والمالي غير المزمين والتي توضح الخطوط العريضة للعرضين الفني والمالي.

٦- طريقة تقديم العرضين الفني والمالي غير المزمين.

٧- إجراءات الطرح على مرحلتين، ومواعيد تقديم طلبات الاستفسارات والرد عليها وآخر موعد لتقديم العروض الفنية والمالية غير الملزمة، والمواعيد المبديئة لإجراء الحوار التنافسي مع مقدمي العطاءات وطرح كراسة الشروط والمواصفات النهائية.

هذا وتلتزم الجهة الإدارية بتلقي استفسارات مقدمي العطاءات والرد عليها بالتنسيق مع الوحدة المركزية للمشاركة عن طريق البريد الإلكتروني في الموعد المحدد لذلك.

وبعد تلقى هذه العطاءات غير الملزمة في الموعد المحدد تقوم الوحدة المركزية للمشاركة بإخطار كل من تقدم بعطاء غير الملزم بخطاب موصى عليه بعلم الوصول وبالبريد الإلكتروني بموعد ومكان ومدة جلسات الحوار التنافسي والذي يتم مع كل متنافس على حدة في إطار من المساواة بين مقدمي العطاءات من حيث عدد الاجتماعات ومدتها، مع الالتزام في ذات الوقت بعدم إفشاء سرية ما يدور خلالها من مناقشات أو معلومات للحصول على إيضاحات بشأن عناصر العطاءات غير الملزمة، وللوقوف على أفضل وأحدث ما هو متاح في العالم من تقنيات تكنولوجية حتى اللحظة الأخيرة.

وفي ضوء ما يتضح للجهات الإدارية أثناء الحوار التنافسي مع المستثمرين المؤهلين، تضع الجهة الإدارية المعنية بالتنسيق مع الوحدة المركزية للمشاركة كراسة الشروط والمواصفات للمشروع والتي يتم بناء عليها تقدير الأعباء والتكاليف وحساب المخاطر المرتبطة بالمشروع للوصول إلى القيمة التقديرية والمقارن الحكومي للمشروع (التكلفة التي يتم مقارنتها مع العطاءات المقدمة)، ثم يتم اعتماد هذه الكراسة من السلطة المختصة ل طرحها في المرحلة الثانية.

القيود الخامس تحديد طريقة ترسية المشروع على صاحب العطاء الأقل قيمة مالية وأخيراً تجتمع لجنة تلقي العطاءات ودراستها في المكان والموعده المحددين لفتح المظاريف المالية، وتبدأ اللجنة أعمالها بالتحقق من سلامة غلقها، وتقوم بإثبات حضور أصحاب العطاءات المتواجدين أو ممثليهم، وعلى اللجنة فض المظاريف المالية وفقاً لترتيب تقيمها، ويقوم رئيس اللجنة بإعلان القيم الواردة في كل عطاء والتي سيتم على أساسها التقييم المالي. ويوقع على محضر هذه الجلسة جميع أعضاء اللجنة بالإضافة إلى جميع أصحاب العطاءات الحاضرين أو ممثليهم.١

وتتم ترسية المشروع على صاحب العطاء الأقل قيمة مالية، طبقاً للطريقة المحددة للحساب في كراسة الشروط والمواصفات، في حالة أتباع نظام تقييم (مطابق - غير مطابق).

وفي حالة أتباع نظام التقييم بالنقاط، تكون ترسية المشروع على صاحب العطاء الأجدى اقتصادياً بعد أعمال الوزن النسبي لكل من العرضين الفني والمالي وفقاً لمنهج حساب القيمة الذي تحدده كراسة الشروط والمواصفات حسب كل مشروع وذلك طبقاً للمعادلة الآتية:

$$\text{مجموع النقاط الفنية للعطاء تحت التقييم} \times \text{الوزن النسبي للعرض الفني} \\ = \text{إجمالي النقاط للتقييم الفني} \\ \text{صافي القيمة الحالية لأقل عطاء مقبول} \times \text{الوزن النسبي للعرض المالي} \\ = \text{صافي القيمة الحالية للعطاء تحت التقييم}$$

ويكون صاحب العطاء الفائز هو صاحب أعلى نتيجة، وذلك بعد ترتيب نتيجة العطاءات من الأعلى إلى الأقل، ويجب إخطار صاحب هذا العطاء بموجب خطاب إسناد موصى عليه مصحوباً بعلم الوصول وذلك بعد اعتماد اللجنة العليا لتوصية السلطة المختصة باختيار صاحب العطاء الفائز والموافقة على إبرام العقد.<sup>٢</sup>

- 1 المادة ٧٦ من اللائحة التنفيذية الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠١١ والمنشورة في الجريدة الرسمية - العدد ٣ مكرر (ب) في ٢٣ يناير ٢٠١١.
- 2 المادة ٧٧ من اللائحة التنفيذية الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠١١ والمنشورة في الجريدة الرسمية - العدد ٣ مكرر (ب) في ٢٣ يناير ٢٠١١.

## إلغاء إجراءات الطرح

لقد حدد قانون المشاركة رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ ولائحته التنفيذية

### حالات إلغاء إجراءات الطرح

- إذا تم الاستغناء عن تنفيذ المشروع نهائيا أو إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك.
- إذا لم يقدم سوى عطاء وحيد، أو لم يبق بعد العطاءات المستبعدة إلا عطاء وحيد.
- إذا اقترنت العطاءات كلها أو أغلبها بتحفظات لا تتوافق مع الشروط والمواصفات المطروحة أو يتعذر تقييمها ماليا.
- إذا كانت قيمة العطاء الأقل تزيد زيادة غير مبررة على المقارن الحكومي المعتمد من اللجنة العليا.

واستثناء مما تقدم، يجوز قبول العطاء الوحيد بقرار من السلطة المختصة بناء على توصية لجنة تلقي العطاءات ودراساتها، بعد موافقة اللجنة العليا، إذا توافرت الشروط الآتية:

- ١- أن تقتضي المصلحة العامة عدم السماح بإعادة إجراءات طرح المشروع أو لا تكون ثمّة فائدة ترجى من إعادتها.
- ٢- أن يكون العطاء الوحيد مقبول فنيا ومطابقا للشروط والمواصفات. كما يجوز بعد موافقة اللجنة العليا قبول العطاء الأقل الذي تزيد قيمته على المقارن الحكومي حتى نسبة لا تتجاوز ٢٠٪ من قيمة هذا المقارن وكانت المصلحة العامة تقتضي ذلك.

ويكون الإلغاء بقرار يصدر من السلطة المختصة بناء على توصية من لجنة تلقي العطاءات ودراساتها، وبعد موافقة اللجنة العليا المسبقة على طلب الجهة الإدارية بإلغاء إجراءات الطرح.

ويجب أن يكون قرار الإلغاء مسبيا، وعلى الجهة الإدارية إخطار مقدمي العطاءات على عناوينهم المثبتة في عطاءاتهم بقرارها بإلغاء إجراءات الطرح وذلك بموجب خطاب موصى عليه مصحوبا بعلم الوصول وبالبريد الإلكتروني خلال أسبوع من تاريخ إصدار القرار، كما

لا يجوز لأي من مقدمي العطاءات المطالبة بأية تعويضات عن قرار الإلغاء باستثناء تعويض بنسبة ١٠٪ من المصروفات الفعلية التي تكبدها صاحب العطاء لإعداد عطاءه بحد أقصى خمسمائة ألف جنيه مصري.

وتصرف هذه التعويضات من موازنة الجهة الإدارية خلال ثلاثة شهور على الأكثر من تاريخ تقديم طلب إلى الجهة الإدارية من صاحب العطاء أو من يمثله قانونا في ذلك بموجب توكيل خاص بالصرف.

ويكون الإلغاء في الحالتين السابقتين بقرار من السلطة المختصة بالجهة الإدارية بعد أخذ رأى الوحدة المركزية للمشاركة، وموافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة، بناء على توصية لجنة تلقي العطاءات ودراساتها.

### المبحث الثاني

#### الرقابة القضائية علي اختيار الإدارة للمتعاقد معها

نظرا لأن التعاقد بنظام المشاركة له خصوصيته كما رأينا حيث أستبعد المشرع المصري التعاقد بنظام المناقصة العامة وأخذ بنظام المناقصة المحدودة ووضع مجموعة من الضوابط التشريعية المحكمة حتى تتعاقد الإدارة مع أفضل العروض - وكذلك فعل المشرع الفرنسي - حيث أخذ بالتعاقد عن طريق الحوار التافسي.

وتخضع الإدارة لرقابة القضاء إذا خالفت هذه القيود التشريعية، فمثلا إذا استبعدت الإدارة أحد العروض من المنافسة بصورة تعسفية أو لم تدعو أحد المسجلين لتقديم عطاءه، أو قامت بالتعاقد دون المرور بالمراحل التي نص عليها القانون ولائحته التنفيذية، كل هذه التصرفات تخضع لرقابة مجلس الدولة.

و الإشكالية أن كل هذه القرارات تمس الغير ولا تمس أطراف العقد الذين لهم مصلحة أكيدة في استمرار العقد - وهنا لا يكون أمام الغير إلا الطعن بإلغاء القرار الإداري المنفصل، فما هو الأثر القانوني الذي يترتب علي إلغاء القرار الإداري المنفصل

وقد ذهب البعض إلي أن هناك مبدأ عام هو أن مجلس الدولة الفرنسي قد رفض أن يبسط رقابته علي السلطة التقديرية للإدارة في اختيار

المتعاقد معها بطريق الممارسة و الحوار التنافسي و لذلك لأن اختيار المتعاقد مع الإدارة بهذه الطرق هي مسألة غاية في التعقيد من الناحية التقنية. و لكن ذهب رأي آخر إلي أن مجلس الدولة الفرنسي قد راقب نواحي الملائمة في أمور أشد تعقيدا من اختيار المتعاقد مع الإدارة بطريق الممارسة و الحوار التنافسي في عقود الالتزام، علاوة علي أن القضاء الإداري هو قضاء منشئ بطبيعته و بذلك يمكن أن ينشأ قواعد من خلال رقابته علي نواحي الملائمة في الاختيار، وهو بذلك يطبق مبدأ التنظيم الأفضل للمرفق العام<sup>١</sup>

و نري تقسيم هذا المبحث إلي مطلبين :-

**المطلب الأول** شروط قبول دعوي الإلغاء في قرارات الاستبعاد من الغير.  
**المطلب الثاني** الأثر القانوني المترتب علي إلغاء القرار الإداري المنفصل لصالح الغير (قرار الاستبعاد من المناقصة).

### المطلب الأول

**شروط قبول دعوي الإلغاء في قرارات الاستبعاد من الغير**

توجيه دعوي الإلغاء ضد قرار الاستبعاد المنفصل و ليس ضد العقد ذاته

يجب توجيه دعوي الإلغاء ضد قرار الاستبعاد المنفصل و ليس ضد العقد ذاته حيث لا يمكن توجيه دعوي الإلغاء ضد العقد ذاته و قد أكد علي ذلك مجلس الدولة المصري حيث قررت محكمة القضاء الإداري أن العمل الذي يصلح أن يكون محلا للإلغاء هو القرار الإداري وحدة و ليس العقد الإداري الذي يستلزم توافق إرادتين أو أكثر و أن العقود تصدر عن الإدارة ليس بوصفها سلطة عامة و لكن بوصفها شخصا معنويا<sup>٢</sup>

و قد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلي أن العقود الإدارية لا تصلح بحكم طبيعتها أن تكون محلا للإلغاء سواء كان هذا الطعن موجه من أحد المتعاقدين أو من الغير<sup>٣</sup>

1 راجع في عرض هذه الآراء د مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص ٨١٢ و ما بعدها.  
2 حكم محكمة القضاء الإداري، الصادر في ١٦ / ١٢ / ١٩٤٧ قضية رقم ٢٩٨ لسنة ١ ق، المجموعة، السنة الثانية، ص ١٦٣

## مبررات منع دعوي الإلغاء ضد العقد الإداري :

- وجود دعوي إدارية موازية أمام قاضي العقد  
مر مجلس الدولة الفرنسي بمرحلتين من التطور في مسألة توجيه  
دعوي الإلغاء ضد القرار الإداري ؛ المرحلة الأولى قبل عام ١٩٦٤ كان  
من الممكن أن توجه دعوي الإلغاء ضد العقد ذاته.

المرحلة الثانية (صدر مرسوم ١١/٢/١٩٦٤) نتج عنه إخراج  
دعوي الإلغاء من دائرة القضاء الكامل علي أساس وجود دعوي موازية  
أمام قضاء الإلغاء.

حيث أن الطعن بالإلغاء لا يقبل إذا وجد طريق آخر قضائي للطعن  
بمعني وجود دعوي موازية يمكن أن تؤدي لنفس نتائج دعوي الإلغاء لأنها  
دعوي احتياطية لا يلجأ إليها إلا في الحالات التي يمكن في اللجوء إلي طعن  
آخر<sup>١</sup>

- عدم إمكانية توجيه دعوي الإلغاء ضد العقد تستند إلي النصوص  
التي تحصر إمكانية الطعن بالإلغاء في قرارات السلطات الإدارية، مما  
يستبعد بشكل صريح التصرفات التعاقدية من نطاق هذه الدعوي.<sup>٢</sup>

- احترام الحقوق المكتسبة و مضمون هذه الفكرة أنه بمجرد إبرام العقد و  
صيورته نهائيا فإنه لا يمكن الطعن بالإلغاء في أي من القرارات  
المساهمة في تكوينه و المتداخلة في بنيانه إذا أن هذه العملية قد تولد عنها  
حقوق مكتسبة لطرفي العقد ، و أن إلغاء أي من القرارات المرتبطة بهذه  
العملية يتضمن المساس بهذه الحقوق.<sup>٣</sup>

1 د محمود محمد حافظ ، نظرية الدعوي الموازية في القضاء الفرنسي ، مجلة الحقوق و

الاقتصاد ، جامعة القاهرة ١٩٥٩ ، ص ٥١

2 مهند مختار نوح ، المرجع السابق ، ص ٢٣٦.

3 د عبد الحميد حشيش ، القرارات القابلة للانفصال و عقود الإدارة ، مجلة مصر

المعاصرة ، السنة السادسة و الستون ، العدد ٣٦٢ ، أكتوبر ١٩٧٥ ، ص ٥٢٠ ، د

محمد عبد العال السناري ، النظرية العامة للعقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، دار

النهضة العربية ٦٣.

- بالإضافة إلي أن دعوي الإلغاء توجه إلي القرار الإداري الذي يصدر بالإرادة المنفردة لجهة الإدارة بينما العقد الإداري فهو تصرفاً مختلطاً تتدخل في تكوينه إرادة الإدارة وإرادة المتعاقد معها<sup>١</sup>.

#### قابلية قرار الاستبعاد للانفصال عن العقد

يقبل مجلس الدولة الفرنسي و المصري الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مرحلة تكوين العقد بشرط ويعتبر قرار استبعاد أحد المتقدمين للمناقصة المحدودة أو الممارسة المحدودة هو قراراً إدارياً منفصلاً عن العقد الإداري و بالتالي يجوز الطعن في الإلغاء.

و كان مجلس الدولة الفرنسي في بداية الأمر يرفض فصل القرارات الخاصة بالمناقصات والممارسات و الطعن عليها استقلالاً أمام قاضي الإلغاء و ذلك علي أساس أن القوانين واللوائح المنظمة للمناقصات و الممارسات قد وضعت لصالح الإدارة و ليس لمصلحة المتعاملين معها و من ثم فإنه لا يمكن الاحتجاج بها في دعوي يوجهه الغير ضد أعمال الإدارة.<sup>٢</sup>

و لكن مجلس الدولة الفرنسي عدل عن هذا الرأي و اعتبر أن هذه القواعد قد وضعت للصالح العام و ليس لصالح الإدارة وحدها و بذلك يمكن لكل ذي مصلحة الطعن بالإلغاء علي قرارات استبعاد أحد المرشحين المنفصلة للمناقصات و الممارسات إذا ما خالفت القوانين و اللوائح الصادرة في هذا الشأن.<sup>٣</sup>

و قد أخذ مجلس الدولة المصري بهذا الرأي حيث يجوز الطعن بالإلغاء علي القرار الإداري الصادر من لجنة المناقصات و الزيادات باستبعاد أحد المرشحين دون وجه حق.<sup>٤</sup>

1 د سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ، الكتاب الأول ، قضاء الإلغاء ، دار الفكر العربي ، ص ٣٩٢.

2 C.E.29/11/1866

3 C.E 9/1/1962

4 حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٢٤ / ١١ / ١٩٦٢ ، قضية رقم ١٥٥٨ ، لسنة ٦ ق ، المجموعة ، ص ١٣٦١



المصلحة في الدعوي ( رفع دعوي الإلغاء ضد القرار الإداري المنفصل من الغير )  
لا بد أن يكون للغير مصلحة في رفع الدعوي وأن يكون في مركز  
قانوني معين من القرار الإداري ، وعلي ذلك فالغير المقصود هنا هو كل من  
تقدم للتأهيل و تسجيل بياناته حتى يتم توجيه الدعوة إليه لتقديم عطائه  
إلا أنه تم استبعاده دون وجه حق .

وعلي ذلك فهناك شرطين حتى تتوافر المصلحة في الطعن بالإلغاء  
الشرط الأول اتخاذ إجراءات المشاركة في تقديم العطاء وهذا الشرط  
هام و ضروري حيث رفض مجلس الدولة الفرنسي دعوي الإلغاء الموجهة  
ضد قرار ناجم عن مداولة المجلس العام بالتعاقد مع شركة R.C.I.M لأن  
الشركة المدعية لم تعبر عن رغبتها في الاشتراك في الإجراءات التعاقدية مما  
ينفي كل مصلحة لها في الدعوي ضد القرار المذكور . و أيضا تنتفي المصلحة  
إذا تخلي مقدم العطاء عن رغبته في الاشتراك في المنافسة بعد قبول أوزاقة و  
دعوته لتقديم عطائه<sup>1</sup>

الشرط الثاني المنع من الاشتراك يجب أن يصدر إجراء أو تصرف من  
الإدارة يؤدي إلي استحالة اشتراك المدعي في إجراءات التعاقد .  
أسباب إلغاء القرار الإداري الصادر باستبعاد أحد المرشحين

الطعن بالإلغاء في القرار الإداري باستبعاد أحد المرشحين شأنه شأن  
الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية بصفة عامة و من ثم يجب أن يستند  
الطعن علي سبب أو أكثر من أوجه عدم المشروعية مثل عدم اختصاص  
السلطة التي اتخذت القرار المنفصل أو مخالفة القوانين و اللوائح أو إساءة  
استعمال السلطة ، و هذه الأمور مستقرة ، لكن الإشكالية هل مخالفة القرار  
المنفصل لأحد الالتزامات التعاقدية يعد مخالفة للشرعية و من ثم يجوز  
إلغاؤه<sup>2</sup> .

1 د مهند مختار نوح ، المرجع السابق ، ، د محمد عباد العال السناري ، المرجع السابق

، ص ٨٥

2 د محمد عباد العال السناري ، المرجع السابق ، ص ٨٠

فإذا أستند الطعن بإلغاء قرار الاستبعاد إلي عدم مشروعية الطرح  
بنظام PPP

مثل ذلك أن تعلن الإدارة الفرنسية عن رغبتها في التعاقد بنظام PPP  
لمشروع يخرج عن الحالات الواردة علي سبيل الحصر في قانون الشراكة  
الفرنسي، أو تعلن الإدارة المصرية عن رغبتها في التعاقد بنظام PPP  
لمشروع لا يتعلق بالبنية الأساسية و ذلك بالمخالفة لنص قانون الشراكة  
المصري، فهل يحق لصاحب العطاء المستبعد في مصر أو فرنسا أن يستند إلي  
عدم مشروعية الطرح بنظام PPP وصولاً لإلغاء القرار الإداري النهائي  
الصادر باستبعاده من المناقصة المحدودة في مصر أو من الممارسة في فرنسا .

باستقراء أحكام مجلس الدولة الفرنسي نلاحظ أن له اتجاهين :

الاتجاه الأول : يري رفض الطعن بالإلغاء في هذه الحالة ضد  
القرارات المنفصلة عن عقود الإدارة إذا كان القرار في ذاته مشروعاً و كان  
مبني الطعن هو مخالفة القرار لنصوص العقد و لا يجوز الطعن في هذه الحالة  
إلا لإطراف العقد فقط و علي الطرف الذي يدعي الضرر من تصرف قامت  
به الإدارة بالمخالفة لشروط التعاقد المنصوص عليها في القانون أن يرفع  
دعواه أمام قاضي العقد المختص لأجل البت في هذا الأمر<sup>1</sup>.

الاتجاه الثاني : أجاز مجلس الدولة الفرنسي الطعن بالإلغاء في القرار  
المنفصل لأسباب ترجع إلي عدم مشروعية الشروط التعاقدية ذاتها و المنطق  
الذي أستند عليه المجلس في هذا النطاق يرتكز علي كون مصدر القرار  
المنفصل علي علم تام بعدم مشروعية شروط العقد حين اتخذوا هذه  
القرارات و لذلك فقد قام مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء توقيع أحد العقود  
لأن الشرط المتعلق بمدّة هذا العقد تخالف القواعد المنصوص عليها في تقنين  
عقود الشراء<sup>2</sup>.

و في حكم آخر لمجلس الدولة الفرنسي أجاز توجيه دعوي الإلغاء  
ضد قرار إداري منفصل نتيجة غياب شرط ضروري كان يجب إدراجه في

1 راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي المنشور في مجلة R.D.P., 1981, P. 538.

2 راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي المنشور في مجلة A.J.D.A., 1996. P396.

العقد حيث تم إلغاء قرار اتخذه عضو التنفيذ بتوقيع عقد بيع لأن عضو التنفيذ قد تجاهل شرطاً فرضه المجلس المحلي و لم يتم إدراجه في العقد.<sup>1</sup> و بالتالي يجوز أن يستند صاحب العطاء المستبعد في فرنسا إلي مخالفات الطرح وصولاً لإلغاء قرار الاستبعاد المنفصل.

### المطلب الثاني

## الأثر القانوني المترتب علي إلغاء القرار الإداري المنفصل (قرار الاستبعاد من المناقصة)

مرت فكرة الأثر المترتب علي إلغاء القرار الإداري المنفصل في مصر و فرنسا بمرحلتين :

المرحلة الأولى: عدم ترتيب أي أثر قانوني علي حكم إلغاء القرار الإداري المنفصل إذا حصل صاحب العطاء المستبعد علي حكم بإلغاء قرار الاستبعاد فإن هذا الإلغاء كان معرضاً لأن يبقى بلا أثر، لأن قاضي العقد هو الوحيد الذي يملك الحكم ببطالان العقد و حيث أن صاحب العطاء المستبعد من الغير بالنسبة لأطراف العقد الإداري و بالتالي لا يستطيع اللجوء لقاضي العقد عملاً بمبدأ نسبية آثار العقود.

و هذا يعني أن صاحب العطاء المستبعد سيتوقف مصيره علي انتظار النوايا الحسنة للمتعاقدين فإذا لم يعط الأطراف أي أثر لحكم الإلغاء الصادر عن طريق امتناعهم عن إثارة دعوي البطلان أمام قاضي العقد فإن هذا العقد يبقى مستمراً لأن مشروعيته لم تطرح أمام القاضي الوحيد المختص بتقرير بطلانه.<sup>2</sup>

و إرادة الأطراف محكومة بمصالحهم الخاصة و غالباً ما يفضل أطراف العقد الإداري المحافظة علي المراكز القانونية.<sup>3</sup>

و قد أيد مجلس الدولة الفرنسي هذا الاتجاه في قضية *Martin*

1 د مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٥، ص ٢٤٨.

2 André de Laubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, L.G.D.J., 1983, P.185

3 د مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص ٢٥٩ - ٢٦٠

حيث أوضح مفوض الدولة روميو في تقريره المقدم منه عدم تأثر العقد بإلغاء القرار الإداري المنفصل بل يظل العقد ساريا حتى يطلب إبطاله من قاضي العقد، وقيمة الإلغاء في هذه الحالة هي قيمة نظرية فقط فالإدارة تستطيع أن تصحح الوضع بإجراء لاحق، فإذا صححت الإدارة الوضع بإجراء لاحق فهذا يحمل في طياته أسمي معاني الاحترام للأحكام القضائية، أما إذا صمم الطرفان علي الاحتفاظ بالعقد رغم حكم الإلغاء فسيكون لهذا الحكم دائما أثر هام يتركز في امتناع الإدارة في العقود المستقبلية أن تأتي بمثل هذه المخالفة<sup>1</sup>.

وقد ذهب مجلس الدولة المصري إلي أن الغير الذي حصل علي حكم بإلغاء القرار الإداري المنفصل ليس لهم إلا الحصول علي تعويض لفقدانهم الحق في الطعن بالبطلان علي اعتبار أنهم ليسوا أطرافا في العقد<sup>2</sup>. ويرى بعض الفقه أنه يجب ألا يكون لإلغاء القرار المنفصل أي أثر علي العقد نفسه، حيث يبقي العقد قائما إلي أن يتم إلغائه بواسطة قاضي العقد بناء علي طلب أحد أطرافه، و القول بغير ذلك من شأنه أن يحدث إهدار لقواعد الاختصاص حيث يترتب عليه اعتداء قاضي الإلغاء علي اختصاص قاضي العقد، بالإضافة إلي عدم استقرار تنفيذ العقود الإدارية وخطورة ذلك علي تسيير المرفق العام بانتظام واطراد.

وقد أنتقد الفقه هذه النتيجة المفاجئة التي تشبه إلي حد كبير فكرة إنكار العدالة، ويرى البعض أن فكرة الطعن بالإلغاء علي القرارات المنفصلة من الغير فكرة ناقصة في بنائها القانوني فليس من المنطق القانوني أن يظل العقد قائما و نافذا علي الرغم من صدور الحكم بإلغاء القرار الذي بني عليه هذا<sup>3</sup>.

1 C.E 4/8/1905, R.D.P,1906,P,268

2 حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ ٨ يناير ١٩٥٦، المجموعة، السنة العاشرة،

ص ١٣٥

3 André de Laubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, Traité des contrats administratifs, L.G.D.J, 1983, Flamme, Maurice André Les marchés de l'administration: analyse du droit positif et essai doctrinal sur les contrats de fournitures et de travaux publics, Bruxelles : Bruylant, 1955

فقرار استبعاد أحد مقدمي العطاء دون وجه حق هو قرار جوهرى يصم عملية الاختيار كلها بعدم المشروعية و علي الإدارة أن تترث قبل إتمام العقد و تنتظر حتى صدور حكما قضائيا و علي مجلس الدولة أن يفصل في هذه العقود علي وجه السرعة وذلك حفاظا علي حقوق الخزانة العامة و دوام سير المرفق العام بانتظام و اطراد<sup>1</sup>.

و لا يمكن أن يعتمد تنفيذ الأحكام القضائية في دعوي الإلغاء علي الرقابة الأخلاقية لأطراف العقد، فهذا يؤدي للتغاضي عن هدف هذه الدعوي و هو إيجاد جزاء فعال و كاف للعقد لعيب في تكوينه، وهذا الأمر يشجع القائمين علي هذه العقود علي استبعاد بعض مقدمي العطاء و هم يعلمون أن قرار الاستبعاد - حتى و لو لم يكن علي وجه حق - هو أشبه بالقرار الحصين حيث أن دعوي الإلغاء المرفوعة من صاحب العطاء المستبعد لا أثر لها علي استمرا تنفيذ العقد<sup>2</sup>

و لاشك أن عدم ترتيب أي أثر قانوني علي الحكم الصادر بإلغاء القرار الإداري القابل للانفصال يتضمن مخالفة صارخة لحجية الأمر المقضي به، فكيف يتسنى الإبقاء علي العقد مع ما تضمنه من عدم المشروعية و مع أن أحد العناصر التي قام عليها أصبح معدوما بمقتضي حكم الإلغاء<sup>3</sup>.  
المرحلة الثانية ترتيب آثار قانونية علي حكم الإلغاء ضد القرار الإداري المنفصل في الدعوي المرفوعة من الغير

ظهرت في السنوات الأخيرة بوادر لحل مشكلة الأثر النظري لإلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد فيما لو أثير من جانب الغير، وقد اختلفت الطريقة التي أتبعها مجلس الدولة الفرنسي عن نظيرة المصري وصولا لهذه النتيجة.

أولا فرض غرامة تهديدية علي الإدارة للطعن بالبطلان علي

1 د جورجى شفيق ساري، القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري، دار

النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ٨٥ و ما بعدها

2 د مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص ٢٦٢

3 د محمد عبد العال السناري، المرجع السابق، ص ١١٥.

القاضي لترتيب آثار حكم الإلغاء (اتجاه مجلس الدولة الفرنسي)  
ابتدع مجلس الدولة الفرنسي فكرة فرض غرامة تهديدية علي الإدارة  
للطعن بالبطالان علي القاضي لترتيب آثار حكم الإلغاء مع المحافظة علي  
مبدأ نسبية آثار العقد، ففي حكم بلدية moulines  
في عام ١٩٨٧ - قام عمدة بلدية moulines بالتعاقد علي بيع  
عقار من الدومين الخاص إلي السيد جوزيف هنريك (عامل في بلدية  
moulines) و الذي تصرف فيه فيما بالبيع لوالدته التي تملك العقار المجاور  
للعقار المبيع.

و هذا العقار كان - حراً للزوجين لوييز اللذين طلبا من العمدة تملك  
العقار استناداً إلي الأولوية التي يعطيها لهما القانون في هذه الحالة.  
إلا أن العمدة لم يعلم المجلس البلدي بهذا الطلب حين أجري  
مداولته علي بيع العقار، وبناء عليه فقد طعن الزوجان علي قرار  
الاستبعاد من الترشيح أمام المحكمة الإدارية Clermont - Ferrand - التي  
أصدرت حكمها بإلغاء القرار الإداري المنفصل الخاص باستبعاد الزوجين  
لوييز من الترشيح لشراء العقار.

و رفض قاضي الإلغاء الطعن علي بطلان العقد مستنداً إلي أن هذا  
العقد من عقود القانون الخاص و أن القاضي المدني هو قاضي العقد و هو  
المختص بالفصل في مسألة البطلان.  
و لجأ الزوجان إلي المحكمة المدنية المختصة طالبين بإبطال العقد  
استناداً إلي إلغاء القرار المنفصل.

قضت المحكمة بعدم جواز قبول الدعوي شكلاً لانعدام المصلحة  
لأنهما من الغير بالنسبة للقرار الإداري.

لجأ الزوجان إلي مجلس الدولة الفرنسي مطالبين فرض غرامة  
تهديدية ضد البلدية وفقاً لقانون ١٦/٧/١٩٨٠ و ذلك حتى تنفذ البلدية  
أثار الحكم الصادر بإلغاء القرار الإداري المنفصل،

و قضى مجلس الدولة الفرنسي أن البلدية أهملت دون عذر في اتخاذ  
إجراءات تنفيذ حكم الإلغاء الصادر عن المحكمة الإدارية، و حكمت بغرامة

خمسة آلاف فرنك عن كل يوم تتأخر فيه الإدارة عن اتخاذ الإجراءات الواجبة لتنفيذ هذا الحكم و أهم هذه الإجراءات هي اللجوء لقاضي العقد المختص للمطالبة بإبطال العقد لأن هذه المكنة تكون لأطراف العقد فقط. لجأت البلدية بعد هذا الحكم إلى المحكمة المدنية المختصة و طالبت بإعلان العقد استنادا إلغاء القرار الإداري المنفصل .

وقضت محكمة الدرجة الأولى لمدينة moulins بإعلان العقد بطلانا مطلقا استنادا إلى إلغاء القرار الإداري الصادر باستبعاد صاحب الطعن من المتقدمين للشراء<sup>1</sup>

قانون ٨ فبراير ١٩٩٥

أعطي هذا القانون للقضاء إمكانية توجيه الأوامر إلى الإدارة للقيام بعمل معين خلال مدة محددة، أو لتعيد اتخاذ القرار بشأن حالة معينة خلال مدة معينة - مثال ذلك إلغاء قرار إداري معين وإعطاء الإدارة فرصة لتصدر قرارا آخر بدلا من القرار الملغى منسجما مع المشروعية<sup>٢</sup>. وتطبيقا لذلك يجوز لمجلس الدولة أن يفرض غرامة تهديديه علي الإدارة لترتيب آثار الحكم بالإلغاء، وقد صدر العديد من الأحكام استنادا لهذا النص ومنها علي سبيل المثال الحكم الصادر في قضية تلتخص وقائعها في أنه تم استبعاد أحد المرشحين من الممارسة المحدودة لأحد عقود الامتياز فقام بالطعن بالإلغاء علي القرار الإداري المنفصل أمام محكمة نانت التي حكمت بإلغاء القرار الإداري ثم أمرت المدعي عليه بترتيب آثار الإلغاء و الطعن بالبطلان أمام قاضي العقد تحت طائلة غرامة تهديديه قدرها ألف فرنك عن كل يوم تأخير و ذلك بعد انقضاء مدة ستة أشهر تبدأ من يوم تبليغ الحكم<sup>٣</sup>.

- 1 هذه القضية منشورة في مجلة A.J.D.A, 1994.P.867
- 2 Bréchon-Moulènes, Christine.Droit des marchés publics, Le Moniteur, paris,1993, 623
- 3 هذا الحكم منشور في مجلة R.E.D.A., 1996., P.722

ثانياً اتجاه مجلس الدولة المصري : بطلان العقد الإداري نتيجة إلغاء القرار الإداري المنفصل في الدعوي المرفوعة من الغير

تبني القضاء الإداري المصري هذا الحل في الأحكام التي صدرت في أعقاب ثورة يناير ٢٠١١

وقضي ببطلان العقد الإداري استناداً إلى إلغاء القرار الإداري المنفصل في الدعوي المرفوعة من الغير<sup>١</sup> مخالفاً بذلك فلسفة السابقة و المتعلقة بعدم جواز إبطال العقد الإداري في الدعاوي المرفوعة من الغير إعمالاً لمبدأ نسبية آثار العقد الإداري<sup>٢</sup> ، ففي قضية بيع شركة عمر أفندي المرفوعة من غير أطراف العقد<sup>٣</sup> قضت محكمة القضاء الإداري بإلغاء القرار

1 ومن ذلك حكم محكمة القضاء الإداري، دائرة المنازعات الاقتصادية و الاستثمار، الدائرة السابعة، في قضية شركة طنطا للككتان و الزيوت الصادر في ٢١ سبتمبر ٢٠١١، وغير ذلك من الأحكام.

2 ومن ذلك حكم محكمة القضاء الإداري ٢٥ نوفمبر ١٩٤٧، مجموعة مجلس الدولة، السنة الثانية، ص ١٠٤.

حكم محكمة القضاء الإداري ٨ يناير ١٩٥٦، مجموعة أحكام مجلس الدولة، السنة العاشرة، ص ١٣٥.

3 تتلخص وقائع القضية في أن الشركة القابضة للتشيد والتعمير (الشركة القومية للتشيد والتعمير - حالياً) ممثلة لوزارة الاستثمار باعت بتاريخ ٢٠٠٦/١١/٢ شركة "عمر أفندي" لشركة "أنوال المتحدة للتجارة" المملوكة للسيد/جميل بن عبد الرحمن بن محمد القنييط، مقابل مبلغ إجمالي مقداره ٥٩٠ مليون جنيه (خمسمائة وتسعون مليون جنيه)، واشتمل البيع على جميع فروع عمر أفندي البالغ عددها (٨٢) فرعاً على مستوى الجمهورية، بما في ذلك فرع "أحمد عبد العزيز" الذي يقدر ثمنه بحوالي سعمائة مليون جنيه على الأقل، وغيره من الفروع الأخرى الواقعة بأرقى الأماكن في مدن الجمهورية التي تقدر قيمة الأرض المقامة عليها فقط بما لا يقل عن أربعة مليارات جنيه على الأقل .

ونعى المدعى على عقد بيع شركة "عمر أفندي" مخالفته لقانون المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، ذلك أنه لم يتقدم للمزايدة التي أعلن عنها لبيع الشركة المذكورة سوى عطاء وحيد بمبلغ ٥٠٤ مليون جنيه مقابل شراء كامل أصول الشركة، في حين أن الأصول المطروحة للبيع تمثل ٩٠٪ من هذه الأصول فقط، مع احتفاظ الحكومة المصرية بنسبة ١٠٪ منها. وقد جاء السعر المعروض للشراء أقل بكثير من القيمة التقديرية التي قدرتها لجنة التقسيم الرسمية بمبلغ مليار وثلاثمائة مليون جنيه، وأقل من القيمة الفعلية للشركة التي تقدر بما لا يقل عن مليارين وخمسمائة مليون جنيه، ومن ثم فقد كان يتعين إلغاء المزايدة وإعادة طرح العملية مرة أخرى، وعلى ذلك فقد تم قبول العرض وتم البيع سعر يقل عن =



الإداري المنفصل، مع ما يترتب على ذلك من آثار، أخصها بطلان عقد بيع شركة عمر أفندي استناداً إلي أن :-

(.... القرار الذي يصدر من جهة الإدارة بإبرام عقد من العقود يمثل إفصاح الإدارة عن إرادتها بقصد إحداث أثر قانوني. وبتحليل العملية القانونية التي تنتهي بإبرام العقد إلى الأجزاء المكونة له، يتضح أن القرارات السابقة أو اللاحقة على العقد، كوضع الإدارة لشروط المناقصة أو المزايدة، وقرارات لجنة فحص العطاءات، وقرارات لجنة البت، والقرار

=القيمة التقديرية بمبلغ سبعمائة مليون جنيه وعن القيمة الفعلية بمبلغ مليار جنيه. كما خالف العقد أحكام قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ التي تقضى بوجوب مراجعة إدارة الفتوى المختصة للعقد قبل إبرامه .

وطالب المدعى بفسخ العقد لمخالفة المشتري لبنوده، حيث قام بتسريح عدد من العاملين يفوق العدد الذي نص عليه العقد والذي لا يجب أن يتجاوز ستمائة عامل خلال ثلاث سنوات مع تعويض العامل بمبلغ يعادل مرتب آخر ثلاثة شهور مضروباً في عدد سنوات الخدمة. كما خالف المشتري الهدف من بيع شركة "عمر أفندي" والذي يتمثل في تعظيم الاستفادة الشعبية من هذه الشركة بتنشيط فروعها وزيادة المعروض من السلع وزيادة مبيعاتها، بما يؤدي إلى زيادة حصيلة الدولة من الضرائب على أرباح الشركة، وزيادة الأرباح التي تحصل عليها الدولة نتيجة لاحتفاظها بنسبة ١٠٪ من أصول الشركة، الأمر الذي لم يتحقق مطلقاً، بل على العكس من ذلك فإن من قام بشراء الشركة يطالب الحكومة في الوقت الراهن بمبلغ مائة وثلاثين مليون جنيه. نصيب الدولة في خسائر الشركة. وبالإضافة إلى ما تقدم فقد قام مشتري الشركة بالاستيلاء على أصول وعقارات لم تتضمنها كراسة الشروط أو عرض الشراء ولم يتم مراعاتها عند تحديد سعر البيع، مثل شاليهات بلطيم، وعمارتي سعد زغلول بالإسكندرية، وفروع كاملة تم تسليمها باعتبارها مؤجرة في حين أنها مملوكة للشركة أو تتمتع الشركة عليها بحق انتفاع مثل فروع العجمي وأسوان ومنوف وطما وساقلة وقتنا .

وحيث أنه من المقرر في قضاء المحكمة الإدارية العليا أن تكيف الدعوى وتحديد طلبات الخصوم فيها هو من تصرف محكمة الموضوع تجر به وفقاً لما هو مقرر من أن القاضي الإداري يهيمن على الدعوى الإدارية وله فيها دور إيجابي يحقق من خلاله مبدأ المشروعية وسيادة القانون ولذلك فإنه يستخلص تكيف الدعوى مما يطرح عليه من أوراق ومستندات ودفاع وطلبات الخصوم فيها وما يستهدفونه من إقامة الدعوى دون توقف على حافية الألفاظ التي تستخدم في إبداء تلك الطلبات ودون تحريف لها أو قضاء بما لم يطلبوا أو يهدفون إلى تحقيقه، والعبارة دائماً بالمقاصد والمعاني وليست بالألفاظ والمباني. (حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٤٠١١ لسنة ٥٠ ق ع جلسة ٢٠٠٦/١٢/٥).

بإرساء المناقصة أو المزايدة، هي بغير منازع قرارات إدارية منفصلة عن العقد، ومن ثم يجوز الطعن فيها بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة، ويمكن المطالبة بالتعويض عن الأضرار المترتبة عليها إن كان لهذا التعويض محل. (محكمة القضاء الإداري. الدعوى رقم ٧٣٤ لسنة ٧ ق. جلسة ١٩٥٦/١/٨ - س ١٠ ص ١٣٥ - والمحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ٢٤/٦٦٦ ق - جلسة ١٩٧٩/٤/١٤ - م ١٥ سنة ١٧٨)

وأنة ينبغي التمييز في مقام التكييف بين العقد الذي تبرمه جهة الإدارة، وبين الإجراءات التي يهد بها لإبرام هذا العقد أو تهيئى مولده، ذلك أنه بقطع النظر عن كون العقد مدنياً أو إدارياً فإن من هذه الإجراءات ما يتم بقرار من السلطة الإدارية المختصة له خصائص القرار الإداري ومقوماته من حيث كونه إفصاحاً عن إرادتها الملزمة بناء على سلطتها العامة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث مركز قانوني تحقيقاً لمصلحة عامة يتغياها القانون. ومثل هذه القرارات وإن كانت تسهم في تكوين العقد وتستهدف إتمامه، فإنها تفرد في طبيعتها عن العقد مدنياً كان أو إدارياً وتنفصل عنه، ومن ثم يجوز لذوى الشأن الطعن فيها استقلالاً، ويكون الاختصاص بنظر طلب الإلغاء والحال كذلك معقوداً لمحاكم مجلس الدولة دون غيرها، ذلك أن المناط في الاختصاص هو التكييف السليم للتصرف. (المحكمة الإدارية العليا. الطعن رقم 456 و"٣٢٠" لسنة ١٧ ق. جلسة ١٩٧٥/٤/٥ - س ٢٠ ص ٣٠٧)

..... وحيث إنه من الثابت أن القرار المطعون فيه قد خالف أحكام القانون والقرارات المنظمة لبيع مساهمات المال العام المملوكة للدولة والبنوك وشركات قطاع الأعمال العام والأشخاص الاعتبارية العامة، وقد بلغت هذه المخالفات حداً من الجسامة أدى إلى إهدار المال العام والتفريط فيه ببيع أسهم شركة عمر أفندي بثمان لا يتناسب مطلقاً والحقوق والامتيازات التي حصل عليها المشتري، فضلاً عن تسليم المشتري عقارات مملوكة للشركة مجاناً ودون أى مقابل على النحو سالف البيان، والسماح له ببيع أصول ذات طابع أثري وتاريخي وحضاري لا يجوز التصرف فيها،

وتمكين المستثمر من بيع أصول الشركة بالقيمة السوقية رغم تقييمها على أساس التدفقات النقدية المخصومة ، وتمكينه من التهرب الضريبي وتحصيل الشركة قيمة الضرائب المستحقة الأداء منه شخصياً ، وغيرها من المخالفات السالف بيانها ، وهي مخالفات من شأنها أن تهوى بالقرار المطعون فيه إلى درك الانعدام ، ليصبح هو والعمل المادي سواء ، فلا تلحقه أي حصانة ، ولا يتقيد من ثم بالمواعيد المقررة لسحب وإلغاء القرارات الإدارية .

ومما يؤكد انعدام القرار المطعون فيه أن الشركة القابضة نيابة عن الدولة ممثلة في وزير الاستثمار وكذا المجموعة الوزارية للسياسات الاقتصادية تصرفت في شركة عمر أفندي ليس باعتبارها صرحاً تجارياً ساهم على مدار تاريخه الطويل من خلال فروعه العديدة المنتشرة في أرجاء البلاد في تلبية الحاجات الأساسية لقطاعات عريضة من الشعب ، ولكن باعتبارها رجس من عمل الشيطان يجب التطهر منه بأي ثمن ، أو بوصفها ذنباً يلقي على الشركة والدولة واجب تقديم القربان للاستغفار عن ارتكابها ، وتعاملت مع شركة عمر أفندي ، بكل ما اشتملت عليه من آلاف من العمال والموظفين وأراض وعقارات وفروع منها ما اعتبرته الدولة آثاراً ومنها ما يتميز بطراز معماري فريد يشهد على عراقه هذه البلاد وتحضرها ، وكأنها كما من المهملات وأصنافاً سريعة التلف يتعين التصرف فيها على وجه السرعة قبل نهاية تاريخ الصلاحية. الأمر الذي من شأنه أن يثير الشك والريبة حول حقيقة التصرفات التي قام بها جميع المسؤولين عن إتمام تلك الصفقة ، فلقد بلغت تلك التصرفات حداً كبيراً من الجسامة يصل إلى شبهة التواطؤ لتسهيل تمرير الصفقة بكل ما شابها من مخالفات.

وذلك فقد انتهت المحكمة إلي إلغاء القرار المطعون فيه ، مع ما يترتب على ذلك من آثار ، أخصها بطلان عقد بيع ، وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد ، واسترداد الدولة لجميع أصول وفروع الشركة وكافة ممتلكاتها المسلمة للمشتري مطهرة من كل الرهون التي سبق أن أجزاها المشتري.....)

إشكالية تطبيق هذه القاعدة علي عقود PPP

لاشك أن التعاقد مع الإدارة - خاصة في عقود معقدة ومركبة وطويلة الأمد مثل عقود PPP - يبحث دائما عن الأمن القانوني وعن استقرار العلاقة التعاقدية.

ولاشك أن ترتيب آثار البطلان علي ظعن الغير بإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة يؤدي إلي إحجام المستثمرين عن التعاقد في مثل هذه العقود التي أهتم بها المشرع المصري اهتماما خاصا وأفرد لها قانونا خاصا. ولعل مجلس الدولة الفرنسي كان موقفا في فكرة فرض غرامة تهديدية علي الإدارة لإجبارها علي الطعن بالبطلان أمام القاضي المختص فقد حقق بهذا الحكم عدة ضمانات ومنها المحافظة علي مبدأ نسبية آثار العقد فلا يجوز إبطاله إلا بدعوي مرفوعة من أطرافه وهذا يحقق الأمن القانوني لأطراف العقد، بالإضافة إلي أن قاضي الإلغاء ليس بالضرورة هو قاضي العقد، فجهة الإدارة تبرمه عقود إدارية وعقود مدنية وعلي ذلك فقاضي العقد قد يكون هو القاضي الإداري وقد يكون هو القاضي المدني، وبالتالي فإن هناك إشكالية كبيرة في إبطال العقد بحكم صادر من قاضي الإلغاء.<sup>1</sup>

وقد ازدادت أهمية اللجوء لفكرة الغرامة التهديدية بعد مشروع قانون تعديل حوافز و ضمانات الاستثمار الذي وافق عليه مجلس الوزراء المصري في ٢٤ يناير ٢٠١٤.

حيث أوضحت المذكرة الإيضاحية<sup>٢</sup>؛ أنه في ضوء ما قامت به الدولة عن طريق تجهزتها أو الجهات التابعة لها بما في ذلك شركات قطاع الأعمال العام القابضة والتابعة وشركات القطاع العام من إبرام عقود مع بعض المستثمرين الخاضعين لأحكام هذا القانون لوحظ الطعن علي معظم تلك العقود بالبطلان من غير أطراف العقد دون التحقق من وجود فساد شاب إبرام تلك العقود رغم أن تلك العقود نشأ عنها واقع جديد مادي

1 سبق أن أوضحنا ذلك في القضية منشورة في مجلة A.J.D.A, 1994.P.867

2 مواد التعديل المقترحة منشورة بجريدة اليوم السابع ١٦ مارس ٢٠١٤

وقانوني تمثل الأول في تحول الأصول إلى مستثمر وتمثل الثاني في التصرفات القانونية التي وقعت من المستثمر على الأصول والأموال محل تلك العقود، مما أدى بالمستثمرين أطراف تلك العقود إلى اللجوء لجهات التحكيم الدولية للمطالبة بتعويضات مالية ضخمة لا تتحملها الخزينة العامة للدولة ومرجع قبولها

لهذا كله رؤى اقتراح المادة ٨ مكرر والتي تقصر الطعن على تلك العقود على أطراف العقد والحكومة عن طريق هيئة قضايا الدولة وكذا في حالة وجود دلائل كافية على فساد شاب إبرام تلك العقود يناط بالنيابة العامة من تلقاء نفسها أو بناء على شكوى من ذي الشأن التحقق في الشق الجنائي واتخاذ ما يلزم بشأنه وإذا صدرت أحكام جنائية باتة بشأن هذا الفساد تعتبر تلك العقود باطلة بقوة القانون، وأن تقضى المحاكم من تلقاء نفسها في أية حالة كانت عليها الدعوى بعدم القبول حال عدم توافر الشروط المنصوص عليها بتلك المادة.

علي الرغم من أن هذا الاقتراح يمثل حفاظا علي مبدأ نسبية آثار العقود ويخلق جو من الثقة لدي المستثمرين المتعاقدين مع الإدارة، إلا أنه لم يقدم حلا لمشكلة الأثر القانوني المترتب علي إلغاء القرار الإداري المنفصل، وقد يكون الحل في فكرة فرض غرامة تهديدية علي الإدارة للطعن بالبطلان في حالة إلغاء القرار الإداري المنفصل إذا كان لذلك مقتضي.

## الخاتمة

لا شك أن عقود الشراكة قد شغلت الأوساط السياسية والاقتصادية والقانونية في الآونة الأخيرة، وقد حدث تبادل للأفكار والخبرات القانونية والاقتصادية بين مختلف الدول في هذا الشأن.

وعقد PPP هو عقد إداري محدد المدة يبرم بين الإدارة العامة وأحد أشخاص القانون الخاص (الطرف الخاص) ويهدف العقد إلي مشاركة الطرف الخاص في تطوير المرفق العام وذلك بإنشاء مشروعات البنية الأساسية وإدارتها واستغلالها والقيام بالأعمال الفنية والتقنية التي تتعلق

بمسن تسيير المرفق العام بانتظام واطراد والقيام بجميع أعمال الصيانة في مقابل مبلغ مالي يدفع من جانب الإدارة طوال مدة التعاقد.

و بالنظر إلي التجربة الفرنسية المصرية في هذا الشأن نستطيع أن نرصد الملاحظات الآتية :

- إن لجوء المشرع الفرنسي و المصري إلي إصدار تقنين خاص للتعاقد بنظام **partenariats public-privé (PPP)** كان بهدف تحديث البيئة الأساسية للدولة في المجالات الحيوية ، كالصحة والتعليم و غير ذلك دون تحميل الميزانية العامة للدولة بهذه المبالغ الطائلة التي قد تدفع الحكومة للاقتراض.

- وضع المشرع الفرنسي و المصري مجموعة من القيود علي الإدارة في حالة الرغبة في التعاقد بنظام الشراكة لقصر التعاقد علي حالات خاصة نظرا لخطورة التعاقد بنظام الشراكة حيث أن التعاقد مع الإدارة سيكون شريكا لها في إدارة المرفق العام و يؤدي ذلك إلي ارتفاع ثمن الخدمة المقدمة للجمهور أو يؤثر علي الإدارة في اتخاذ بعض القرارات ذات البعد الاجتماعي فالتعاقد مع الإدارة يهدف إلي تحقيق الربح في المقام الأول بينما تهدف الإدارة إلي تحقيق النصح العام ، لذلك حدد المشرع الفرنسي و المصري حالات خاصة للتعاقد بنظام الشراكة ووضع قيود علي الإدارة لا تستطيع التحلل منها إذا أرادت التعاقد بنظام **PPP** و قد اختلفت الفلسفة التي انتهجها كل من المشرع المصري و الفرنسي في تحديد حالات التعاقد :-

- فلم يعطي النظام الفرنسي لجهة الإدارة الحرية في تحديد طبيعة العقود التي يمكن إبرامها بنظام الشراكة بل حدد هذه العقود علي سبيل الحصر و نص علي أن الإدارة لا تستطيع التعاقد بنظام الشراكة إلا إذا توافرت أحد الفروض التي حددها المشرع علي سبيل الحصر.

- بينما أنتهج المشرع المصري فلسفة أخرى حيث نص علي جواز التعاقد بنظام الشراكة في حالة رغبة الإدارة في إنشاء أي مرفق عام أو تطويره و لكن تمثلت القيود التي ترد علي الإدارة في المراحل التي يمر بها إنشاء

- المرفق العام حيث حدد المشرع المصري مراحل تنفيذ هذه العقود وهي مرحلة التصميم و التشييد و التشغيل و نقل الملكية
- و لاشك أن الضمانات في القانون الفرنسي أكثر منها في القانون المصري حيث لا يجوز للإدارة أن تدخل الغير شريكا لها إلا في أحوال خاصة محددة علي سبيل الحصر بينما في مصر يجوز التعاقد بنظام الشراكة في أي حالة بشرط أن يكون مضمون العقد هو إنشاء أو تطوير المرفق العام أي كانت طبيعة المرفق محل التعاقد.
- وقد أتفق المشرع المصري و الفرنسي في وضع مجموعة من القيود علي الإدارة في اختيار التعاقد معها في عقود الشراكة، وهي تمثل ضمانات هامة لاختيار أفضل المتعاقدين .
- وقد اختار المشرع الفرنسي التعاقد بنظام الحوار التنافسي و اختار المشرع المصري طريقة المناقصة المحدودة و وضع مجموعة من الضمانات الكثيرة لاختيار التعاقد معها.
- و تخضع الإدارة لرقابة القضاء إذا خالفت هذه القيود التشريعية، فمثلا إذا استبعدت الإدارة أحد العروض من المنافسة بصورة تعسفية أو لم تدعو أحد المسجلين لتقديم عطاءه، أو قامت بالتعاقد دون المرور بالمراحل التي نص عليها القانون و لائحته التنفيذية، كل هذه التصرفات تخضع لرقابة مجلس الدولة.
- و الإشكالية أن كل هذه القرارات تمس الغير ولا تمس أطراف العقد الذين لهم مصلحة أكيدة في استمرار العقد - و هنا لا يكون أمام الغير إلا الطعن بإلغاء القرار الإداري المنفصل، وقد اختلفت فلسفة مجلس الدولة الفرنسي عن نظيرة المصري في معالجة الأثر المترتب علي طعن الغير بالإلغاء في القرار الإداري بالاستبعاد من الممارسة أو المناقصة المحدودة.
- فقد مر مجلس الدولة الفرنسي بمرحلتين من التطور في مسألة توجيه دعوي الإلغاء ضد القرار الإداري المنفصل :

- وفيها إذا حصل صاحب العطاء المستبعد علي حكم بإلغاء قرار الاستبعاد فإن هذا الإلغاء كان معرضاً أن يبقي بلا أثر، لأن قاضي العقد هو الوحيد الذي يملك الحكم ببطان العقد وحيث أن صاحب العطاء المستبعد من الغير بالنسبة لأطراف العقد الإداري وبالتالي لا يستطيع اللجوء لقاضي العقد عملاً بمبدأ نسبية آثار العقود. وهذا يعني أن صاحب العطاء المستبعد سيتوقف مصيره علي انتظار النوايا الحسنة للمتعاقدين فإذا لم يعط الأطراف أي أثر لحكم الإلغاء الصادر عن طريق امتناعهم عن إثارة دعوي البطلان أمام قاضي العقد فإن هذا العقد يبقي مستمراً لأن مشروعيته لم تطرح أمام القاضي الوحيد المختص بتقرير بطلانه.

- و المرحلة الثانية : وهي تتعلق بصدور قانون ٨ فبراير ١٩٩٥ الذي أعطي للقضاء إمكانية توجيه الأوامر إلي الإدارة للقيام بعمل معين خلال مدة محددة، أو لتعيد اتخاذ القرار بشأن حالة معينة خلال مدة معينة - مثال ذلك إلغاء قرار إداري معين وإعطاء الإدارة فرصة لتصدر قراراً آخر بدلاً من القرار الملغى منسجماً مع المشروعية. ويمكن لمجلس الدولة أن يفرض غرامة تهديديه علي الإدارة لترتيب آثار الحكم بالإلغاء.

- بينما مر مجلس الدولة المصري بمرحلتين، المرحلة الأولى قضي فيها مجلس الدولة المصري في أغلب أحكامه بأن إلغاء القرار الإداري المنفصل لصالح الغير لا يؤدي إلي بطلان العقد، بينما حدث تحول في المرحلة الثانية في الفلسفة التي انتهجها مجلس الدولة المصري وقضي بأن إلغاء القرار الإداري المنفصل لصالح الغير يؤدي إلي بطلان العقد مخالفاً بذلك مبدأ نسبية آثار العقد الذي ظل محافظاً عليه لفترة طويلة. وبعد فهذا جهدي ، قمت به بحمد الله تعالي وتوفيقه وعلي قدر استطاعتي وحسبي أنني لم أدخر جهداً فإن كنت قد وفقت فمن الله وإن كنت قد أخطأت فمني ومن الشيطان وحسبي أن يكون لي أجر واحد وهو أجر المجتهد المخطئ.



"ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا ربنا ولا تحمل علينا إصرا كما حملته على الذين من قبلنا ربنا ولا تحملنا ما لا طاقة لنا به واعف عنا وأغفر لنا وارحمنا أنت مولانا فانصرنا على القوم الكافرين".  
(سورة البقرة : آية ٢٨٦)

### قائمة المراجع

#### أولا : مراجع باللغة العربية

- د أيمن محمد أبو حمزة ، وسائل التعاقد الإداري ، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية.
- د جابر جاد نصار، عقود البوت و التطور الحديث لعقد الالتزام دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.
- د جورجي شفيق ساري، القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.
- د خالد ممدوح إبراهيم، الإطار التعاقدى لعقود الاستثمار، ورقة عمل مقدمة لندوة عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص، و المنعقدة في القاهرة، أغسطس ٢٠٠٧
- د خالد محمد احمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع - أطروحة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ٢٠٠٠
- د دويب حسين صابر، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام و تطبيقاتها علي عقود البناء والتشغيل و نقل الملكية (البوت)، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط ، ٢٠٠٦.
- د رجب محمود طاجن، عقود الشراكة PPP ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ٢٠٠٧.
- د رفيق سلام ، الموسوعة العلمية لقانون المناقصات والمزايدات الجديد" ، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.
- د سعاد الشرفاوي ، العقود الإدارية، دار النهضة العربية سنة ٢٠٠٣.
- د سمير برهان ، عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص في النظام الفرنسي، ورقة عمل مقدمة في ندوة عقود المشاركة في PPP و التحكيم في منازعاتها و المنعقدة في النامة ٢٠٠٨

- د عبد الحميد حشيش ، القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة ، مجلة مصر المعاصرة ، السنة السادسة و الستون ، العدد ٣٦٢ ، أكتوبر ١٩٧٥ ، ص ٥٢٠ .
- د عبد العظيم عبد السلام ، أثر فعل الأمير على تنفيذ العقد الإداري ، ١٩٨٩ .
- د عبد الفتاح أبو الليل ، أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق دراسة مقارنة ، رسالة لنيل درجة الدكتوراه جامعة طنطا ١٩٩٤ .
- د عصام أحمد البهجي ، عقود البوت B.O.T : الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٨ .
- د على محمد عبد المولى ، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد ، رسالة دكتوراه ١٩٩١ .
- د عيسى عبد القادر ، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة ، رسالة دكتوراه ، حقوق القاهرة ١٩٩٧ .
- د ماهر محمد حامد ، النظام القانوني لعقود البوت ، رسالة دكتوراه ، جامعة الزقازيق ، فرع بنها ، ٢٠٠٤ .
- د محمد جمال عثمان جبريل ، العقود الإدارية ، إبرام العقد الإداري وصحته ، وفقا للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية .
- د محمد جمال عثمان جبريل ، آثار العقد الإداري .
- د محمد حسين عبد العال ، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٨ .
- د محمد عبد العال السناري ، النظرية العامة للعقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية .
- د محمد محمد بدران ، عقود الإنشاءات في القانون المصري ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠١ .
- د محمود محمد حافظ ، نظرية الدعوي الموازية في القضاء الفرنسي ، مجلة الحقوق و الاقتصاد ، جامعة القاهرة ١٩٥٩ ، ص ٥١ .
- د مني رمضان بطيخ ، الإطار القانوني لشرعية عقد المشاركة و الوسائل البديلة لتسوية منازعاته ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، ٢٠١١ .
- د مهند مختار نوح ، الإيجاب والقبول في العقد الإداري ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٥ .
- د هاني سري الدين ، التنظيم القانوني و التعاقدية لمشروعات البيئة الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، ٢٠٠١ .

- د وفاء عثمان، الشراكة بين القطاعين الحكومي و الخاص، ورقة عمل مقدمة لندوة عقود المشاركة بين القطاعين العام و الخاص، و المنعقدة في القاهرة، أغسطس ٢٠٠٧.

ثانيا: مراجع باللغة الفرنسية:

- Auby, Jean-Marie, Roland Drago *Traité des recours en matière administrative* Lexis Nexis Litec, 1992.
- Bergère ,François - Xavier Bezançon, Laurent Deruy, *Le guide opérationnel des PPP : conditions du recours au partenariat public-privé, passation du contrat, risques et matrice des risques, questions fiscales et comptables » ; 2e édition ; Éd. le Moniteur, DL 2007.*
- Bezançon, Xavier, *Les nouveaux contrats de partenariat public-privé*, Paris : Editions Le Moniteur, 2005.
- Bréchon-Moulènes, Christine , *Droit des marchés publics*, Le Moniteur, paris, 1993, 650.
- Couillard, Guillaume - Saussier, Stéphane, *Partenariat public privé et contrats globaux*, 2005.
- De Laubadère, André – Moderne, Franck – Delvolvé, Pierre, *Traité des contrats administratifs, Volume 1*, L.G.D.J, 1983.
- Bergère ,François - Xavier Bezançon, Laurent Deruy, *Le guide opérationnel des PPP : conditions du recours au partenariat public-privé, passation du contrat, risques et matrice des risques, questions fiscales et comptables » ; 2e édition ; Éd. le Moniteur, DL 2007.*
- Hoepffner , Hélène; « *La modification du contrat administratif* » ; LGDJ-Lextenso éd. , DL 2009.
- Lafitte, Michel « *Les partenariats public-privé : une clé pour l'investissement public en France* » ; Revue Banque édition, DL 2006 ; p.158.
- Legrand, Maxime , *Partenariats public-privé, financement des biens culturels et surplus social*,

Mémoire de DEA. Décisions publiques, institutions et organisations. Paris 1, 2005.

- Lichère, François : « Pratique des partenariats public-privé : choisir, évaluer, monter et suivre son PPP » ; 2e édition ; Litec , 2009.
- Lignières,Paul « Partenariats public-privé : contrats de partenariat, montages contractuels complexes, financement de projet, réforme de l'état, droit public des affaires » ; 2e édition, Litec , 2005.
- Melyon,Maïa « Du METP au PPP : du marché d'entreprise de travaux publics au partenariat public-privé » ; Mémoire DEA ; Paris 2 ; 2004.
- Marty, Frédéric- Trosa, Sylvie, Les partenariats public-privé,Paris : La Découverte, 2006.
- Möric, Kim Éric - Ledoux, Laurent , Les partenariats public-privé le choix du partenaire privé au regard du droit communautaire, Bruxelles : Larcier ,2009.

**الحماية الجنائية**  
**للأمن والسلامة النووية والإشعاعية**  
**«دراسة مقارنة»**  
**التشريع المصري - والإماراتي - والفرنسي**  
**الدكتور/ ياسر محمد المعني**  
**مدرس القانون الجنائي**  
**بكلية الحقوق - جامعة طنطا**  
**دكتوراه الدولة في القانون - جامعة رانس - فرنسا**

بسم الله الرحمن الرحيم  
( وَأَنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا  
إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ )  
«صدق الله العظيم»  
(سورة البقر الاية رقم ١٩٥)

**المقدمة**

لا يمكن أن يغفل الإنسان الأهمية التي تمثلها الطاقة النووية في حياتنا الآن، وذلك في الاستخدامات المتعددة سواء كانت في مجال توليد الكهرباء أو المجال الطبى والعلاج من الأمراض المستعصية ومجالات أخرى متشعبة في الصناعة وغيرها .....

فمنذ اكتشاف هذه الطاقة في نهاية القرن الماضى ونجاح الولايات المتحدة الأمريكية في إجراء أول تفاعل انشطارى نووى بجامعة شيكاغو فى عام ١٩٤٢ وكذلك سلسلة التفجيرات النووية فى عام ١٩٤٥ وكذلك فى الاتحاد السوفيتى «سابقاً» عام ١٩٤٩. ثم تلا ذلك دخول بريطانيا ثم فرنسا ثم الصين ثم الهند وباكستان، بالإضافة إلى كوريا الشمالية، وأخيراً تحاول إيران الدخول فى هذا المجال بقوة رغم المعارضة القوية من الدول العظمى.

## أهمية الدراسة :

ونظراً لما تمثله الاستخدامات غير المشروعة للمواد النووية من مخاطر سواء كانت على المستويين الدولي والمحلى فى نشر الأسلحة النووية أو إمكانية حدوث تسرب نووى وتلوث إشعاعى من المفاعلات النووية المستخدمة للأغراض سلمية.

فبعد ما ظهر من خطورة تمثله المواد النووية والنفائيات المشعة على الصحة والسلامة العامة وكذلك إمكانية وقوع هذه المواد النووية فى أيدى المخربين والإرهابيين مما يمثله من خطورة على الأمن الدولى والداخلى ، لذلك تبرز أهمية وجود تشريع نووى مناسب لوضع نظام رقابى وملائم ، يتضمن أمن وسلامة استخدامات التطبيقات النووية السلمية وكذلك الإشراف والرقابة الفعالة تحقيقاً للأمن والسلامة العامة من الأنشطة التى تتضمن استخدام المواد المشعة والتقنيات النووية والمرافق النووية<sup>(١)</sup>.

ونظراً لخطورة هذه المواد النووية، والطبيعة الخاصة للتداول واستخدام المواد المشعة والمواد النووية وإدارة المنشآت النووية. وبالتالي لا تصلح هنا الوسائل التقليدية من الحماية الجنائية للأمن والسلامة وبالتالي لا بد من تدابير أمان نووى وإشعاعى دقيقة تضيف أبعاداً جديدة إلى الأنظمة الرقابية التقليدية بالإضافة إلى ضرورة وجود أجهزة متخصصة مزودة بالسلطات الكافية لتنفيذ مهامها ليتحقق فى النهاية أمن وسلامة المنشآت النووية والإشعاعية.

وكذلك تجريم الأفعال التى تخالف التشريع النووى مما يمثل ردع عام وردع خاص للأشخاص التى تخالف هذه الأنظمة. ومن ناحية أخرى هناك أخطار التلوث البيئى الناتج عن المواد النووية والنفائيات المشعة كذلك استنشاق غبار يحتوى على مادة مشعة من شأنه الإضرار بالصحة العامة للأشخاص وكذلك يحدث ضرراً بليغاً على الخلايا البشرية للإنسان والكائنات الحية<sup>(٢)</sup>.

(١) د/ أمين مرعى ، النظام القانونى للتراخيص النووية والإشعاعية ، رسالة دكتوراه ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص ٢٩.

(٢) التلوث الإشعاعى يحدث من مصادر طبيعية كأشعة صادرة من الفضاء الخارجى والغازات المشعة الصاعدة من القشرة الأرضية أو من مصادر صناعية تحدث بفعل الإنسان كمحطات =

أهمية وجود تشريع نووي :

بالنسبة لوجود تشريع نووي كأسس لتنظيم الأنشطة النووية والإشعاعية تاركاً التفاصيل الخاصة بهذا النشاط ليتم تحديدها باللوائح، فوضع التشريع النووي المناسب يثير مقدمات ضرورية لبدء البرنامج النووي أو ممارسة الأنشطة النووية أو الإشعاعية. وبالتالي يجب أن تبدأ الخطوات التمهيدية لهذا التشريع في مرحلة مبكرة تتزامن مع التفكير في الأنشطة النووية والإشعاعية السلمية.

وإزاء الحاجة الملحة والمتمثلة في ضوء الأوضاع الجديدة التي نشأت من استخدام الطاقة النووية وتنظيم هذه المخاطر التي قد يتعرض لها الإنسان من جراء هذا الاستخدام، وخاصة أخيراً التسرب النووي الناتجة عن المفاعل النووي في مدينة يوكوشيما في اليابان في 11 مارس ٢٠١١. لذلك بادرت الدولة المختلفة إلى إصدار تشريعات نووية لتنظيم الأنشطة النووية والإشعاعية. وقد سلكت الدول في ذلك اتجاهين وهما كالتالي :-

**الاتجاه الأول:** وضع تشريعات للطاقة النووية تنظم كافة جوانبها، يمثل في ذلك الاتجاه، الولايات المتحدة الأمريكية، ألمانيا وفي الدول العربية مصر، والأردن، والإمارات العربية المتحدة.

**الاتجاه الثاني:** يتمثل في وضع تشريعات جزئية تعالج بعض جوانب النشاط النووي مثل المسؤولية أو الرقابة الإشعاعية أو السلامة النووية مثال على ذلك فرنسا.

ويمثل الاتجاه الأول في ذلك :

هذا ويعتبر التشريع النيوزيلاندي الخاص بالطاقة النووية الذرية الصادر في ٧ ديسمبر ١٩٤٥، باكورة التشريعات النووية في العالم. وقد كان يهدف لرقابة وسائل الإنتاج للطاقة الذرية، وقد تميز هذا القانون بالطابع الوقائي وقد خول هذا القانون الجامعات ومراكز البحوث إمكانية

---

=الطاقة النووية والمفاعلات النووية والنظائر المشعة المستخدمة في الصناعة أو الزراعة أو الطب أو غيرها.

إجراء تجارب على كمية معينة من الثورانيوم واليورانيوم، كما احتوى كذلك على غرامات وعقوبات تصل إلى السجن لمدة خمس سنوات لمخالفة أحكام هذا القانون.

### الولايات المتحدة الأمريكية :

فقد أصدرت الولايات المتحدة الأمريكية بعد ذلك قانون الطاقة الذرية ١٩٤٦ ، الذى أعطى دفعة قوية لتنمية القانون النووى ، فقد وضع الهيكل التنظيمى الأمريكى والذى يتمثل فى لجنة الطاقة الذرية ، ووضع أسس تنظيم النشاط النووى فى الولايات المتحدة الأمريكية وقد حل محل هذا القانون قانون الطاقة الذرية ١٩٥٤ ويعد هذا القانون بحق المصدر الأساسى لكثير من التشريعات النووية فى العالم ، فقد نظم النشاط النووى تنظيمًا شاملاً ودقيقاً ، متناولاً كافة جوانب هذا النشاط من حيث الترخيص والوقاية والمسئولية ، ليوكب التطور الكبير فى مجال تطوير مفاعلات القوى النووية. وتوالت بعد ذلك التشريعات النووية فصدر قانون رقابة الطاقة الذرية الكندى ١٩٤٦ ، وقانون الطاقة الذرية الإنجليزى ١٩٤٦ ، وقانون الطاقة الذرية الألمانى ١٩٥٩ ، وقانون حماية الجمهورية من أخطار الإشعاعات المؤينة ١٩٥٨ فى بلجيكا ، وقانون الوقاية من الإشعاع ١٩٥٨ فى النمسا ، وقانون العمل بالإشعاعات المؤينة والوقاية من أخطارها رقم ٥٩ لسنة ١٩٦٠ فى مصر ، وقانون الاستخدامات السلمية للطاقة الذرية الإيطالى ١٩٦٢ .

أما بالنسبة للاتجاه الثانى : فقد سلكت فرنسا سبيل إصدار تشريعات جزئية لتنظيم أمور معينة من النشاط النووى مثل القانون رقم ٥٧٥ لسنة ١٩٧٠ الخاصة بالحماية ورقابة المواد النووية والقانون رقم ٦٦٣ لسنة ١٩٧٦ . والخاص بتقييم المنشآت النووية من الناحية البيئية ، وجدير بالذكر أن قانون الصحة العامة ١٩٥٢ يحتوى على أحكام خاصة بالوقاية من الأنشطة النووية.

كذلك رقم قانون البيئة الفرنسى ٦ لسنة ٢٠١٢ المتعلق بالسلامة والأمان للمنشآت النووية ، وكذلك القانون رقم ٣٤ لسنة ٢٠١٢ والذى



دخل حيز النفاذ في ١ يوليو ٢٠١٢ وكذلك التعديل الحديث في قانون الإجراءات الجنائية وقانون البيئة والصحة في ٥ مارس ٢٠١٣. وقانون الصحة العامة الفرنسي رقم ٧٤٥ لسنة ٢٠١٢ والذي صدر في ٩ مايو ٢٠١٢ ودخل حيز النفاذ في ١ يوليو ٢٠١٢ وفقاً للتعديلات الأخيرة في ٥ مارس ٢٠١٣ لهذا القانون. القواعد القانونية التي تحكم النشاط النووي والإشعاعي في مصر:-

اهتمت مصر بهذا الموضوع، فلم تكن بمنأى عن ذلك التطور العالمي في مجال التشريعي النووي، فقامت في منتصف الخمسينات بتوقيع أول اتفاقية للتعاون النووي في ١٢ يوليو ١٩٥٦ بالقاهرة مع الاتحاد السوفيتي «سابقاً»، ثم اشتركت كعضو مؤسس في الوكالة الدولية للطاقة الذرية بفيينا ١٩٥٧، وأصدرت تشريعاتها الوطنية لتنظيم الاستخدامات السلمية للطاقة النووية على الصعيد الداخلي<sup>(١)</sup>.

فقد دخلت استخدامات الأشعة المؤينة في مصر مبكراً في المجال الطبي والبحثي، وظهرت مع هذه التطبيقات أخطار كثيرة على صحة العاملين بها إذا لم تتخذ لدرئها احتياطات وقائية مناسبة، واتسع نطاق العمل بالأشعة وزادت أنشطة وتعددت أجهزتها وتنوعت تطبيقاتها فزادت الحاجة لوضع شئون الوقاية على أسس علمية قوية تضمن للعاملين فيها سلامتهم.

فقد صدر القانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٦٠ بشأن العمل بالإشعاعات المؤينة والوقاية من أخطارها: ويهدف هذا القانون أساساً إلى حماية العاملين بها وحفظ الصحة العامة. ويتألف هذا القانون من جزئين:

الجزء الأول: يتعلق بالخطوط الرئيسية في تنظيم العمل بالإشعاعات المؤينة وشئون الوقاية من أخطارها.

الجزء الثاني: يتعلق باللوائح التنفيذية اللازمة لتنفيذ هذا القانون وبه اشتراطات تفصيلية فنية لمستلزمات الوقاية لأنواع الإشعاعات المختلفة

(١) د/ ميرفت محمد البارودي الاستخدامات السلمية للطاقة السلمية، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٩٣، ص ٢٢٤.

وتكوين الهيئات والمكاتب الفنية والإدارية وتنظيم أعمالها وتحديد خطوط السير فيها.

القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٤ فى شأن البيئة :

فقد أشار على تنظيم بعض أحكام الإشعاعات المؤينة والنفايات الناجمة عنها، وأناط بهيئة الطاقة الذرية دوراً كبيراً فى نطاق تطبيق أحكامه باعتبارها الجهة التى تملك الكوادر العلمية والفنية العالمية، كما شدد العقوبات على الجرائم التى تمثل استخدام غير رشيد للإشعاعات المؤينة حماية لمكونات البيئة المختلفة، وحفاظاً على سلامة الإنسان<sup>(١)</sup>.

وبناء على الملاحظات الآتية كان يجب البحث عن تشريع نووى جديد لتنظيم الأنشطة النووية والإشعاعية وهى على النحو التالى :

أولاً : قدم القانون الذى مر عليه زهاء أكثر من خمسين عاماً، ومن هنا تبدو ضرورة مراجعة القانون الحالى للوقاية من الإشعاعات النووية رقم ٥٩ لسنة ١٩٦٠، وإعادة النظر فى شأن الأوضاع للجهات المنوط بها المسؤولية لمواده (٥ ، ٦) والقرارات الوزارية المنفذة لها، للتمكن من مواكبة ومواجهة الحديثة للأمان والسلامة النووية.

ثانياً : ضرورة إعداد جهاز للأمان النووى يصبح قادراً على مواجهة حوادث الإصابة بالإشعاعات النووية.

ثالثاً : استكمال قانون البيئة رقم ٤ لسنة ١٩٩٤ ، لأدواته التشريعية لضمان فاعلية تنفيذه بوضع المعايير الخاصة بالإشعاعات المؤينة ومستوياتها، بما فيها المواد والمخلفات والنفايات الخطرة وتصنيفها وفقاً للقوائم المحددة قانوناً، وذلك بصدر قرار من وزير الكهرباء المختص بذلك وفقاً لقانون البيئة.

رابعاً : ضرورة مراجعة جميع التشريعات الخاصة بالأمن النووى على ضوء أحكام الاتفاقيات الدولية التى انضمت لها مصر والخاصة بالأمن البيئى النووى والمصدق عليها والتى لا يجوز مخالفتها.

(١) د/ أيمن مرعى، المرجع السابق، ص ٣٠، ٣١.

خامساً : التأكيد على الدروس المستفادة من حادث ميت حلفا فيما يتعلق بالإطار التشريعى لتداول المواد المشعة وإزالة ما قد يكون هناك من تضارب فى هذا المجال فى التشريعات الحالية<sup>(١)</sup>.

سادساً : وضع تنظيم تشريعى إدارى يحدد جهة واحدة تقوم بالرقابة على الواردات والتصريح باستيرادها وتصديرها وبالتنسيق مع الجهات المختلفة كل فى مجال اختصاصه ، وذلك من أجل تحقيق السلامة والأمن من الأضرار التى قد تنتج عن المواد المستوردة.

سابعاً : مطالبة المجتمع الدولى والمنظمات الدولية بالتعاون من تحقيق أمنه وسلامة المجتمع الدولى من مخاطر الاستخدامات للطاقة النووية والإشعاعية.

وقد أصدر المشرع الاتحادى الإماراتى المرسوم بقانون رقم ٦ لسنة ٢٠٠٩ فى شأن الاستعمالات السلمية للطاقة النووية.

أما فى مصر فقد أصدر المشرع المصرى القانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠ الخاص بتنظيم الأنشطة النووية والإشعاعية واللائحة التنفيذية له فى عام ٢٠١٢.

#### أهداف الدراسة :

- ١- تحديد ماهية الحماية الجنائية للأمن والسلامة النووية.
- ٢- وضع سياسة واضحة وإستراتيجية فعال للأمان النووى على الصعيد الوطنى.

---

(١) فى مايو من عام ٢٠٠٠ ظهرت بعض الحالات المرضية ، تركزت فى أسرة مكونة من سبعة أفراد فى قرية ميت حلفا محافظة القليوبية بجمهورية مصر العربية ، وكانت الإصابة فى صورة التهابات فى اليدين ويثور فى أصابع اليد ، وقد قامت مديرية الشؤون الصحية بالقليوبية مع وزارة الصحة والسكان بمتابعة أول مريض وهو طفل يبلغ من العمر تسع سنوات فى الخامس من يونيو ٢٠٠٠ ، ثم توفى والده وعمره ستون عاماً ، وفى تلك القرية كان أحد المزارعين قد عثر على جسم مشع اسطوانى مدبب وهو من مادة شديدة الإشعاع ، يستخدم فى الكشف عن اللحامات المعدنية بمختلف أنواعها ، وقد قام هذا المزارع بالاحتفاظ بهذا الجسم المشع داخل منزل الأسرة ، وبعد إخطار الأجهزة الأمنية خبراء الطاقة الذرية والمعمل الجنائى ثم العثور على الجسم المشع وكان نسبة الإشعاع ١٤٠ روتجن وهى نسبة شديدة الخطورة.

- ٣- توضيح موقف التشريعات المقارنة «التشريع المصرى، الإماراتى، الفرنسى» من الأمان والسلامة النووى.
- ٤- معرفة موقف المواثيق والاتفاقيات الدولية بالنسبة للأمن والسلامة النووية.

#### منهج الدراسة :

سوف نتناول فى دراسة الحماية الجنائية للأمن والسلامة النووية والإشعاعية من خلال أسلوب الدراسة المقارنة بين التشريعات المصرى والإماراتى والفرنسى بحيث تركز الدراسة على الواقعية والفعلية للمشكلة وعرض سبل مواجهتها. بالإضافة إلى إظهار الجهود الدولية والوطنية التى تهدف تحقيق الأمن والسلامة للمنشآت النووية والاستخدام الآمن للمواد النووية ومكافحة كافة صور الاتجار غير المشروع بالمواد النووية وفى النهاية يتم عرض توصيات هذه الدراسة لكفل الحماية الجنائية والتدابير الفعالة لتحقيق السلامة النووية والإشعاعية.

#### المبحث الأول

#### ماهية الحماية الجنائية للأمن والسلامة النووية

#### التمهيد:

قبل تناول ماهية الحماية للأمن والسلامة النووية لابد منه توضيح بعض المفاهيم الأساسية اللازمة لهذه الدراسة وذلك على النحو التالى:

#### المطلب الأول

#### ما المقصود بالمواد النووية

#### «محل الجريمة والشروط المفترضة»

تعريف الطاقة الذرية: فى القانون المصرى لتنظيم الأنشطة النووية والإشعاعية رقم ٧ لسنة ٢٠١٠، وقد عرفت المادة (٣) لقانون تنظيم الأنشطة النووية والإشعاعية رقم ٧ لسنة ٢٠١٠:-

الطاقة الذرية: «كافة أنواع الطاقة الناتجة عن الذرة خلال عمليات الإثارة والتأين والاضمحلال - الانشطار والاندماج».

الأنشطة النووية والإشعاعية، المادة (٣) قانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠:

كافة الأنشطة المتعلقة بالمنشآت النووية والإشعاعية وإنتاج واستخدام المصادر الإشعاعية وتداولها وجميع الأنشطة المتعلقة بإدارة النفايات المشعة وأية ممارسة أخرى قد يتعرض فيها الإنسان أو الممتلكات أو البيئة للإشعاعات مؤينة من مصادر طبيعية أو صناعية وذلك ما عدا الأنشطة المنطوية على الاستخدامات أجهزة الأشعة السينية فى المجال الطبى.

وبذلك نستخلص أن أشكال الأنشطة النووية قد حددها القانون

على النحو التالى:

صورة هذه الأنشطة النووية الإشعاعية «أشكالها وأنواعها»:

- ١- إنتاج الأنشطة المتعلقة بالمنشآت النووية والإشعاعية.
- ٢- استخدام المصادر الإشعاعية والنووية.
- ٣- تداول المواد النووية والإشعاعية.
- ٤- جميع الأنشطة المتعلقة بإدارة (النقل - التخزين والتخليص) النفاية المشعة.
- ٥- أية ممارسة أخرى قد يتعرض فيها الإنسان أو الممتلكات أو البيئة لإشعاعات مؤينة من مصادر طبيعية أو صناعية وذلك ما عدا الأنشطة المنطوية على الاستخدامات أجهزة الأشعة السينية فى المجال الطبى.

ثانياً: ما هو الفرق بين المنشآت النووية والمنشآت الإشعاعية والشروط الواجب توافرها:

ماهية المنشآت النووية: وقد حدد القانون فى المادة (٣) المنشآت

النووية بأنها المنشآت المرتبطة بدورة الوقود النووى وتشمل ما يلى:

- أ - مصانع الوقود النووى. ب- مفاعلات البحوث والاختبارات.
- ج - المجمعات الحرجة ودون الحرجة. د - مفاعلات القوى النووية.
- هـ - مخازن الوقود النووى المستهلك. و - محطات التحويل النووية.
- ز - مصانع إثراء الوقود النووى. ح - محطات إعادة معالجة الوقود المستهلك.

ماهية المفاعل النووي : بالنسبة لتحديد مفهوم المفاعل النووي فقد عرفها القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٢٠ فى المادة (٣): بأنها أى بنية تحتوى على وقود نووى موضوع فى نسق يسمح لحدوث عملية متسلسلة ذاتية الاستمرار للانشطار النووى دون الحاجة إلى أى مصدر إضافى للنيوترونات ، وما يرتبط بالبنية المذكورة من أنظمة للتشغيل الآمن.

ثالثاً : ماهية الحدود والشروط الخاصة بالتشغيل للمفاعل النووى : وفقاً للمادة (٣) من القانون المصرى الخاص بتنظيم الأنشطة النووية والإشعاعية رقم ٧ لسنة ٢٠١٠ فقد حدد الشروط الواجب توافرها للسماح بتشغيل المفاعل النووى وهى ما يلى : «مجموعة القواعد التى تحددها الهيئة وبين حدود (١) وخصائص المقدرة الوظيفية ، (٢) ومستويات الأداء من أجل التشغيل الآمن للمنشآت المرخص بها ، وذلك بالنسبة للأنظمة والمعدات والأدوات والأفراد.

تشغيل المنشآت النووية : تشغيل المنشأة النووية وملحقاتها ومعدات التجارب الملحقة بها فى إطار حدود وشروط تشغيل محددة حسب الترخيص الممنوح لهذه المنشأة ، وتشمل البدء فى التشغيل والتشغيل عند مستوى قدرة معينة لا يتعدى قدرة المنشأة المرخص بها وكذلك عمليات إغلاق المنشأة النووية.

بالنسبة للعاملين بالمنشآت النووية: الشروط الواجب توافرها:

- ترخيص العاملين المختصين بالتشغيل : التصريح الكتابى الصادر من الهيئة للأفراد المؤهلين لممارسة أنشطة التشغيل.

ماهية المنشآت الإشعاعية والشروط الواجب توافرها فى هذه المنشأة :  
المنشآت الإشعاعية : تعريفها :

«هى : ١- المنشآت التى تتداول أو تمارس بها أنشطة تطوى على وجود مصادر إشعاعية عدا المنشآت النووية. ٢- ومنشآت استخدام أجهزة الأشعة السينية فى المجال الطبى».

ماهية الشروط الواجب توافرها فى المنشآت الإشعاعية أو النووية:

أ - الموقع : «هو المنطقة التى يقع فى نطاقها المنشأة النووية أو الإشعاعية على أن تكون معينة بمحدود واضحة وتحت المراقبة والسيطرة الفعلية لإدارة المنشأة».

ب - اختيار الموقع : ١ - عملية اختيار الموقع المناسب. ٢ - والأمن بيئياً لإقامة المنشأة النووية أو الإشعاعية. ٣ - والتحديد والتقدير الملائمين لأسس التصميم المرتبطة بعملية الاختيار.

ج - معايير الأمان : هى المتطلبات الأساسية التى يجب تحقيقها لضمان أهداف الأمان فى نشاط أو مجال أى من الأنشطة النووية أو الإشعاعية.

د - المرخص له : هو الشخص الحاصل على ترخيص من الهيئة لمزاولة أى نشاط من الأنشطة النووية أو الإشعاعية.

هـ - الإذن: وهى وثيقة تمنحها الهيئة للقيام بتنفيذ أحد مراحل الترخيص الذى يمنح منها.

و - الموافقة: وهى وثيقة تمنحها الهيئة للحصول على ترخيص من جهة أخرى بالدولة.

رابعاً : ما المقصود بالمواد النووية :

وقد حددت المادة الثالثة من قانون تنظيم الأنشطة النووية والإشعاعية رقم ٧ لسنة ٢٠١٠ المواد النووية بأنها : «عناصر اليورانيوم أو الثوريوم أو أى مركبات كيميائية لهذين العنصرين بأى تركيبات أو كميات بخلاف تلك العناصر ومركباتها الموجودة طبيعياً وكذا البلوتونيوم بكافة مركباته».

وبذلك نلاحظ أن المشرع المصرى قد فرق بين عناصر اليورانيوم أو الثوريوم والمركبات الأخرى بعد معالجته واستخلاص المواد النووية منها، المقصودة هنا الكعك الصفراء أى اليورانيوم المخصبة أو الثوريوم المخصبة. فتلك الماد محرمة فى القانون حيازتها أو تداولها أو استخدامها لأن فى هذه الحالة تعتبر مواد نووية وفقاً لتعريف القانون.

أما هذه المواد قبل المعالجة أن هذه العناصر ومركباتها الموجودة فى الطبيعة وكذلك البلوتونيوم بكافة مركباته فلا يحرم المشرع المصرى حيازتها أو استخدامها أو تداولها وفقاً للقانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠.

المراحل التى تمر بها المركبات :

والعناصر الطبيعية لليورانيوم - الثوريوم لتصبح فى النهاية مواد

نووية :-

١- المرحلة الأولى: التعدين: وهى عملية الاستخراج من على سطح الأرض أو من باطنها للخامات التى تحتوى على نويدات مشعة متمية إلى سلسلة اليورانيوم أو سلسلة الثوريوم وأى نويدات مشعة أخرى، إما بكميات أو تركيزات تكفى لتبرير الاستغلال أو عندما يوجد الخام مصحوباً بمواد أخرى يتم تعدينها، بكميات أو تركيزات تتطلب إنفاذ تدابير للوقاية من الإشعاعات.

٢- المرحلة الثانية: المعالجة: وهى العملية التى يتم بواسطتها طحن وتركيز الخامات المستخرجة وتنعيمها أو أى عملية أخرى من أجل تيسير المواد المراد استخدامها.

٣- المرحلة الثالثة: التداول: وهى كل ما يودى إلى استخدام أى مادة من المواد النووية أو مصدر من المصادر الإشعاعية، أو إعادة تشغيلها أو التعامل معها أو تكسيرها أو طحنها أو استخلاصها أو تحويلها أو نقلها أو تخزينها أو دفنها.

٤- المرحلة الرابعة: إنتاج المادة النووية: كل معالجة فيزيائية أو كيميائية تؤدى إلى تواجد مادة نووية بأية كميات أو تركيزات غير طبيعية، وفى أية صورة كيميائية أو فيزيائية.

٥- المرحلة الخامسة: الحرجة: الوصول لعملية متسلسلة ذاتية الاستمرار للانشطار النووى.

٦- المرحلة السادسة والأخيرة: المجمعات الحرجة ودون الحرجة: وهى أى نظام يحتوى على وقود نووى موضوع فى نسق مع مصدر للنيوترونات يسمح بحدوث عملية متسلسلة ذاتية الاستمرار للانشطار



النوى فى حالة المجمعات الحرجة أو مضمحلة تنتهى بتوقف التفاعل فى حالة المجمعات دون الحرجة.

تقرير تحليل الأمان : مستند يقدمه طالب الترخيص إلى الهيئة يحتوى على معلومات عن المنشآت والأنشطة النووية أو الإشعاعية ومنها ما يتعلق بالتصميم وتحليل الأمان والتدابير التى تتخذ لتقليل المخاطر بالنسبة على الجمهور وأفراد التشغيل والبيئة.

الحدود المقبولة : قيمة الجرعة الإشعاعية أو كمية المصدر الإشعاعى المقبولة من الهيئة.

الإنشاء : هى عملية تصنيع وتجميع مكونات المنشأة النووية أو الإشعاعية وتنفيذ الأعمال والإنشاءات المدنية وتركيب المكونات والمعدات وإجراء الاختبارات المصاحبة.

التدشين : هى العملية التى يتم من خلالها جعل مكونات ونظم المنشأة النووية أو الإشعاعية مؤهلة للتشغيل بعد إتمام تشييدها والتحقق من أنها مطابقة لافتراضات التصميم لمعايير الأمان والأداء.

فى النهاية : الخروج من الخدمة : هى العملية التى تخرج بواسطتها المنشأة النووية أو الإشعاعية من التشغيل نهائياً.

التدقيق : هى نشاطات موثقة يتم تأديتها عن طريق التحقيقات والفحص والمواصفات والشفرات والأكواد والقياسات وبرامج الإدارة أو التشغيل المقررة بالوثائق القابلة للتطبيق وكذلك فعالية تنفيذ كل منها.

### المطلب الثانى

ماهية الإجراءات الواجب توافرها

للحصول على (الأمان الإشعاعى)

أولاً: الأمان الإشعاعى :

هى الإجراءات والاحتياطات اللازمة لسلامة تشغيل الأجهزة والمعدات والمنشآت الإشعاعية، وحماية الأشخاص، والممتلكات، والبيئة من أى تعرض إشعاعى غير مقنن ينتج عن الأنشطة الإشعاعية.

ما المقصود بالإشعاعات المؤينة : هى الإشعاعات الكهرومغناطيسية أو الجسيمية القادرة على إثارة أو التأين لذرات أو جزيئات المادة عند

اختراقها، ومنها جسيمات ألفا وجسيمات بيتا وأشعة جاما والأشعة السينية والبروتونات والنيوترونات.  
ثانياً: مما تتكون المصادر الإشعاعية:

المصادر الإشعاعية : هي : ١- المواد التي يصدر عنها إشعاعات مؤينة. ٢- الأجهزة التي تستخدم لإنتاج الإشعاعات المؤينة أو لتعجيل الجسيمات المؤينة عدا أجهزة الأشعة السينية فى المجال الطبى. ٣- المواد النووية والوقود النووى والنفايات المشعة والوقود النووى المستهلك.  
ثالثاً: الأفعال المجرمة فى القانون التى تمثل السلوك الإجرامى:

التعرض الإشعاعى: الفعل أو الظروف المؤدى إلى التعرض للإشعاعات المؤينة سواء كان التعرض خارجياً نتيجة لمصادر خارج الجسم أو داخلياً نتيجة لمصدر داخل الجسم.  
الشخص المؤهل: هو الشخص الذى أنيط به أداء واجبات ومسؤوليات معينة بعد استيفائه لمتطلبات وشروط محددة.

رابعاً: تعريف الوقود النووى وما هى دورة الوقود النووى:

تعريف الوقود النوى: هو وحدات تحتوى على مواد انشطارية تستخدم فى مفاعلات القوى النووية أو مفاعلات البحوث والاختبار أو المجمعات الحرجمة ودون الحرجة.

ما هى دورة الوقود النووى:

دورة الوقود النووى: جميع العمليات المرتبطة بإنتاج الطاقة، بما فى ذلك:

- أ - تعديل ومعالجة خامات اليورانيوم أو الثوريوم .
- ب - تحويل اليورانيوم. ج - إثراء اليورانيوم.
- د - صنع الوقود النووى.
- هـ - تشغيل المفاعلات النووية بما فيها مفاعلات البحوث.
- و - إعادة معالجة الوقود النووى المستهلك.
- ز - كل أنشطة التصرف فى النفايات بما فى ذلك الإخراج من الخدمة.
- ح - أية أنشطة بحوث تطوير ذات صلة.

ما هو الوقود النووي المستهلك :

هو الوقود النووي الذى تم استخدامه فى المفاعل النووى ولم يعد صالحاً للاستخدام بسبب استنفاد المادة الانشطارية إلى الحد المقرر فى التصميم أو تراكم المادة المفسدة أو حدوث تلف إشعاعى أو أى سبب آخر.

ما المقصود بالنفايات المشعة:

هى أية مادة تحتوى على - أو - ملوثة بنويدات مشعة بتركيزات أو مستويات إشعاعية أعلى من مستويات الإعفاء التى تحددها البيئة وليس لها استعمال متوقع بما فى ذلك أجزاء الوقود النووى المستهلك. ما هى الطريقة المتبعة فى التصرف فى النفايات المشعة:

التصرف فى النفايات المشعة: جميع الأنشطة الإدارية والتشغيلية التى تنطوى عليها عمليات تداول النفايات المشعة، والتمهيد لمعالجتها، وتكييفها، ونقلها، وتخزينها، والتخلص منها. خامساً: تعريف النفايات المشعة والمواد النووية :

فى فرنسا: فقد عرف القانون الفرنسى فى القانون رقم ٧٣٩ الصادر فى ٢٨ يونيو ٢٠٠٦ المتعلق بالنفايات المشعة التى قد غفلها قرار Ejuratom ٩٢/٣ فى فبراير ١٩٩٢، بأنها المواد التى توجد احتمالات لا يمكن استبعاد استخدامه فى المستقبل فى القائمة التى تدخل مجموعة أو فئة النفايات. كذلك بالنسبة للمواد المستوردة (النفايات المشعة المستوردة): فقد نظمه المرسوم الصادر فى ٣ مارس ٢٠٠٨ رقم ٢٠٠٨ - ٢٠٠٩. وذلك بإلزام إعادة النفايات المشعة المستوردة إلى البلد المستورد منها هذه المواد وفقاً للإجراءات المتبعة فى حالة عدم وجود اتفاقيات بين الحكومتين. ولكن يجوز الاتفاق على إجراءات الدفن للنفايات المشعة بشرط أن يسبق إجراءات الاستيراد موافقة الحكومة والتصديق على هذه الاتفاقات. تعريف المواد النووية : هى :

١ - المواد الصمامات «الاندماج» وهذا يعنى أن النووى من المزيج أنه شكل ذراته أثقل من مزيج.

- ٢- «المواد الانشطارية» وهنا يعنى أنه نسبته عند انقسام النوى.
- ٣- المواد المخصبة، وهذا يعنى أنه بعد مرحلة الصمامات (الاندماج) والانشطار تصبح هذه المواد مخصبة أى المرحلة التالية للمرحلة السابقة (الصمامات والانشطار). وذلك وفقاً لقانون الدفاع الفرنسى المادة L.1333-1، وقد حدد القانون المواد النووية على سبيل المحصر L.n° 80-572 du 25 Juill. 1980, art. 1<sup>er</sup>.

وتعتبر المواد النووية على وجه المحصر هى: [البولونيوم - واليورانيوم - والديوتريوم - والتريتوم - والثوريوم - والليثيوم (١)].

بالنسبة لحكمة النقص الفرنسية: وقد وضحت ما يلى:

«ويستتج من جميع النصوص التى استشهد بها الأطراف، سواء كانت داخلية أو دولية، المدرجة أو متكاملة مع القانون الفرنسى، أن ما يميز مفهوم النفايات ولا سيما النفايات المشعة هو عدم وجود طريقة واضحة فى تحديد هذا الموضوع. وأن جميع الاستخدامات السابقة تستخدم نفس الطريقة السابقة الموضحة فى المادة L.541-J II c. (L'art L.541-J II c. envir). وذلك عندما يحدد النفايات عموماً أو عن طريق تحديد مواد هذه النفايات أو الأكثر عموماً. أو تجاهل أى منتج أو تجاهل الجهة أو الحامل الذى يحمل هذه المواد (٢)».

أما المادة من قانون البيئة الفرنسى (L'art. L.542. c. envir) فتص على:

«لا يجوز تخزين النفايات المشعة المستوردة من فرنسا، حتى لو تمت معالجتها فى الأراضى الفرنسية بواسطة تكنولوجيا إعادة المعالجة، أى أن المشرع الفرنسى لم يفرق بين النفايات المشعة قبل المعالجة التكنولوجية،

(1) Repertoire de droit penal et procedure pénale, Energie-Fevier 2005, par Michel ReDon. Décr. No 81- 512 du 12 mai 1981, art 1er.

(2) Directive no 92/3 du 3 Févr. 1992, décret du 22 sept. 1994, convention de vienne du 5 sept. 1997.

والنفايات المشعة بعد المعالجة التكنولوجية لها. ففي الحالتين لا يجوز دفن هذه النفايات المشعة على الأراضى الفرنسية.

ويلاحظ هنا أن اتفاقية فيينا ٥ سبتمبر ١٩٩٧ تحدد عملية المعالجة والإجراءات التى تهدف لاستخراج نظائر مشعة من الوقود المستنفذ لاستخدامها مرة أخرى.

وبالنسبة لمحكمة الاستئناف الفرنسية: التى وجدت أنه وقد بذل بالفعل فى عملية إعادة المعالجة على المواد فى حد ذاتها وتخزين هذه المواد على النحو الواجب توافره. حتى لو كانت هناك حاجة للمعالجة بالتزويد ويمكن اعتباره مرحلة أخيرة لإعادة المعالجة مما يخلص إلى أن عدم وجود أى خطر من هذه المواد وفى حالة عدم وجود موافقة على عملية المعالجة والتى بدونها لا يمكن تنفيذ المعالجة.

بذلك نجد أن La Cogema لا يبرر وليست مخولة أن تبرر التأخير فى حالة المعالجة لسبب تقنى أو تكنولوجى وهذا مبدأ الحظر الذى تنص عليه المادة L'art L.452-2 من قانون البيئة فى إجراءات تخزين النفايات المشعة المستوردة.

**خامساً: الوكالة الدولية للطاقة الذرية :**

وهى أحد هيئات الأمم المتحدة المناط بها الحماية الدولية من استخدام الغير مشروع للمواد النووية والعمل على التأكد من أخذ الضمانات الدولية وكذلك مراعاة الإجراءات العلمية من حيث السلامة والمشروعية فى الاستخدامات السلمية للمواد النووية. وذلك من خلال الاتفاقيات الدولية أو إلزام الدول الأعضاء فى الوكالة الدولية للطاقة الذرية على تعديل تشريعاتها الوطنية بحيث تتضمن النص على تجريم الاستخدامات الغير مشروعة للمواد النووية. وكذلك تجريم الاعتداء والاستيلاء على المواد النووية بالإضافة إلى اعتبار صفة المادة «المواد النووية» ظرف مشدد للعقاب على مرتكب هذه النوعية من الجرائم لما تسببه هذه المواد من أضرار شديدة بالمجتمع بما يمثل ردع لمنع ارتكاب هذه النوعية من الجرائم.

تليها : مفهوم الأمان النووي وفقاً للوكالة الدولية للطاقة الذرية:

وفقاً لتعريف الوكالة الدولية للطاقة الذرية فإن مفهوم الأمان النووي هو: «الإجراءات التي تتخذ لمنع الحوادث النووية والإشعاعية أو للحد من عواقبها، ويشمل ذلك محطات الطاقة الذرية، فضلاً عن سائر المرافق النووية، ونقل واستخدام وتخزين المواد النووية للأغراض الطبية والطاقة».

هذا ويعتبر حادث تشيرنوبيل عام ١٩٨٦ نقطة تحول مهمة في الجهود الدولية القائمة على توفير أكبر قدر ممكن من الأمان النووي، فمنذ وقوع هذا الحادث عكفت الوكالة الدولية للطاقة الذرية على تكثيف التعاون الدولي لتحقيق السلامة من مخاطر الإشعاعات النووية، وأقرت بعض الاتفاقيات الدولية ذات الصلة، مثال على ذلك :-

اتفاقية السلامة من تسرب الإشعاعات النووية في عام ١٩٨٩، بالإضافة على أنه قد تأسست الجمعية العالمية للعالمين بالمواد النووية (WANO): لتبني أساليب عالمية للسلامة في الاستخدامات النووية. وتخضع في الوقت الحالي معظم المفاعلات النووية للطاقة في العالم لنظام جمعية WANO الذي يشكل ضماناً للتقيد بمعايير السلامة والأمان الصارمة بموجب ما أوصت به الوكالة الدولية للطاقة الذرية<sup>(١)</sup>.

سابعاً: نظام الضمانات:

تقوم الوكالة الدولية للطاقة الذرية بالتحقق من الاستخدامات السلمية للطاقة الذرية عن طريق ما يسمى بنظام الضمانات الذي يهدف إلى: «تأمين عدم استخدام المواد الانشطارية الخاصة والخدمات والمعدات والمنشآت والمعلومات المقدمة من الوكالة أو بناء على طلبها أو تحت إشرافها أو رقابتها وأن تطبق هذه الضمانات على أي اتفاق ثنائي ومتعدد الأطراف، بناء على طلب طرفي هذا الاتفاق أو أطرافه، أو على أي

(١) د/ أشرف عبد العزيز عبد القادر، الأمان النووي والبرامج النووية لدول الخليج، مجلة كلية الملك خالد العسكرية، العدد رقم ١٠٢، بتاريخ ٢٠١٠/١١/١، Sit: [www.kkmaq.gov.sa](http://www.kkmaq.gov.sa) s

نشاط من نشاطات دولة ما فى ميدان الطاقة الذرية بناء على طلب هذه الدولة.

ويجرى تنفيذ ضمانات الأمان النووى من خلال متابعة ورقابة من قبل الوكالة على عدة مراحل على النحو التالى :

المرحلة الأولى: وتكون بالرقابة والتفتيش على مواقع معينة، بعد موافقة الدولة المعنية، حيث تقوم الوكالة بمراجعة المواد والتسهيلات النووية، والتأكد من حسن تطبيق نظام الأمان.

المرحلة الثانية: وتكون الرقابة والتفتيش فيها ذات طابع آلى وفنى مما يتطلب أن تقدم الدولة المعنية للوكالة السجلات والتقارير العامة، عن التشغيل ووسائل الأمان.

المرحلة الثالثة: وتتضمن مراقبة الأماكن من قبل خبراء الوكالة للتحقق من المعلومات التى قدمتها الدولة المعنية.

وفى ظل ذلك عقدت الوكالة الدولية للطاقة الذرية اتفاقيات ضمانات ثنائية أو متعددة الأطراف مع أكثر من ١٤٠ دولة، الحق بها بروتوكول إضافى يعطى الحق للوكالة فى التحقق والتفتيش عن المواقع والمواد والأنشطة غير المعلن عنها من الدولة المعنية، وقد وقعت على البروتوكول الإضافة ٨٤ دولة حتى الآن.

ثامناً: التحديات التى تواجه الأمان النووى للمشروع النووى الخليجى:

يشير عنصر الأمان النووى من التحديات التى تواجه المشروع النووى الخليجى الذى لا يزال مشروعاً وليداً وفى المراحل الأولية وتمثل هذه التحديات فيما يلى:

١- تحديد المكان: بمعنى ضرورة أن تقام المنشآت النووية فى مناطق مدروسة بعناية فائقة كبعدها عن الهزات الأرضية الكبرى «نشاط أو خط الزلازل» وتجنبها احتمالات الكوارث الطبيعية الأخرى كالفيضانات والأعاصير، وبعدها أيضاً عن المناطق الآهلة بالسكان.

٢- تحديد السرقة: يقصد بذلك احتمال نجاح بعض الأفراد أو الجهات فى سرقة المواد النووية التى يمكن استخدامها بعد ذلك لأغراض

غير سلمية، وبطبيعة الحال فإن الممارسات الأمنية متفاوتة من دولة إلى أخرى، ففي الكثير من الدول قد تكون مثل هذه الماد خاضعة لقدر ملائم من الحماية والسيطرة والضبط، في حين لا تتوافر تلك الإجراءات الأمنية بالشدة نفسها في مناطق أخرى، وقد ظهرت بالفعل تقارير عن اختلاس وسرقة وتهريب مواد نووية من بعض المرافق في عدد من الدول، لاسيما تلك المستقلة حديثاً عن الاتحاد السوفيتي «سابقاً»، كما كانت هناك تقارير مشابهة من دول أخرى حول العالم، ومن ثم يجب على الدول الحديثة العهد باستخدام الطاقة النووية السلمية ومنها الدول الخليجية، أن تنبه إلى هذا التحدي مبكراً وتعطى له أولوية متقدمة في مشروعها النووي بالإضافة إلى تشديد العقوبات لمواجهة حالات السرقة والاختلاس أو الاستيلاء على هذه المواد بما يمثل من ردع عام وخاص لمرتكبي هذه الأفعال المجرمة.

٣- تحدى الإرهاب: حيث تمثل التنظيمات الإرهابية أحد أخطر التحديات التي تواجه الأمان النووي بشكل عام، وقد جاء في دراسة صادرة عن مؤسسة «راند» للأبحاث أنه: «لا يكاد لا يوجد الآن خبراء لا يعتقدون بأن هناك على الأقل بعض الإرهابيين الذين يريدون أن يوقعوا عدداً كبيراً جداً من الإصابات، وفي هذا السياق، لا يمثل الإرهاب النووي مجهوداً للترهيب والإكراه فحسب، بل أنه يشكل أيضاً تهديداً بالغ الخطورة للدول والشعوب حول العالم».

ويمكن القول أن استهداف التنظيمات الإرهابية لأي برنامج نووي يمكن أن يتم من خلال عدة سيناريوهات، ومنها على سبيل المثال:

أ - سرقة مواد قابلة للانشطار لصنع سلاح نووي، حيث يمثل الحصول على تلك المواد إحدى الطرق المحتملة لامتلاك الإرهابيين سلاح نووي.

ب - القيام بهجمات على المفاعلات النووية، وما قد يترتب على ذلك من إحداث تلوث إشعاعي كبير في المناطق المجاورة.



٤ - تحدى التسرب النووي والنفائيات النووية : تعدد مخاطر حدوث أى تسرب نووى من التحديات الرئيسية التى تواجه الأمان النووى بشكل عام ، لذلك نجد أن محور هدف تقنيات سلامة المفاعلات النووية المختلفة ، إنما يتركز فى اتجاه منع خروج المواد الانشطارية من قبل المفاعل إلى محيطه الخارجى ، والذى قد يحدث نتيجة ظروف التشغيل الشاذة ، أو أعطال المنشأة النووية أو أخطاء التشغيل البشرية أو التخريب المتعمد داخل المفاعل النووى. ومن ناحية أخرى لا تزال هناك مخاوف عامة من مخاطر تخزين النفائيات النووية لآجال طويلة ، وحتى هذه اللحظة لم تنجح أية دولة فى بناء مستودعات ثابتة للنفائيات النووية عالية النفاذ ، والدولة التى حصلت على موافقة شعبها لبناء مثل هذه المواقع هى «فنلندا».

تاسعاً : متطلبات الأمان النووى :

ثمة مجموعة متكاملة ومنسقة من متطلبات الأمان تحدد المتطلبات التى يجب الوفاء بها لضمان حماية الناس والبيئة ، سواء الآن أو فى المستقبل وهذه المتطلبات تحكمها أهداف ومبادئ أساسية للأمان. وإذا لم يتم استيفاء المتطلبات ، يجب اتخاذ التدابير اللازمة لبلوغ أو استعادة المستوى المطلوب للأمان. ويسهل شكل وأسلوب هذه المتطلبات استعمالها لوضع إطار رقابى وطنى بطريقة منسقة.

هذا وقد حددت الوكالة الدولية للطاقة الذرية ، باعتبارها الجهاز المسئول عن مراقبة الانتشار النووى ، وتنفيذ معاهدة حظر الانتشار عدداً من الإجراءات التى يتعين على الدول غير النووية الراغبة فى ممارسة حقها الذى منحه إيها المعاهدة ، الأخذ بها بعضها يمتاز بصفة الإرشاد والبعض الآخر نجحت الوكالة فى تضمينه فى اتفاقية دولية ملزمة. وجميعها يهدف لتحقيق السلامة النووية ، أى تقليل الخطر الناتج عن انعدام الكفاءة والإهمال فى تشغيل المفاعلات النووية.

وقد حددت المجموعة الاستشارية الدولية للسلامة النووية التابعة للوكالة (INSAG) خمسين مبدأ للسلامة النووية ، والتى يمكن تصنيفها كإجراءات إرشادية ، تعطى كافة مراحل حياة المنشأة النووية ، بدءاً باختيار

موقعها إلى إنهاء عملها وإغلاقها، وإزالة الوقود النووي منها نهائياً، ومروراً بتصميمها وبنائها ومنح التفويض للجهة المشغلة وتشغيلها وتشغيلها كلياً.

وحددت المجموعة ثلاث أنواع من الإجراءات التي لا بد أن يلتزم بها كل طرف مشارك في إنشاء وتشغيل المنشأة النووية وذلك على النحو التالي:

١- إجراءات خاصة بالجهة المشغلة للمنشأة:

والتي تقع عليها الجانب الأكبر من مسؤولية أمان المنشأة، حيث يتعين عليها نشر ثقافة الأمان النووي، التي تحكم تصرفات العاملين ومواعيد المراجعات الداخلية لمستوى الأمان.

٢- إجراءات خاصة بالدولة المالكة للمنشأة:

فهي المعنية بوضع الإطار القانوني المنظم للصناعة النووية، وإنشاء ما يلزم من أجهزة مستقلة تتولى مهام منح التراخيص وإجراء المراجعات الدولية، والتقويم المستمر لعمل المنشأة لتحديد مدى الاتفاق ما ينفذ بها من إجراءات الأمان النووي، مع تلك التي حددتها المجموعة الاستشارية الدولية، وألزمت الأجهزة الحكومية بتوعية المواطنين بطبيعة البرنامج النووي، أهدافه قبل البدء به.

٣- إجراءات خاصة بتصميم المفاعل النووي:

بحيث يصمم بما يمنع وقوع الحوادث، وبما يخفف من وطأتها في حال وقوعها، ويتحقق ذلك بأن يركز تصميمه على إستراتيجية الدفاع في العمق، على أن تتوافر فيه عدة أنظمة وعدم مستويات من الدفاع للحيلولة دون انبعاث المواد المشعة. بحيث إذا حدث خلل في أحد تلك المستويات أو الأنظمة، فنبداً العمل بالمستوى الثاني تلقائياً، وذلك إلى جانب توافر أنظمة الإنذار المبكر لتمكين الجهة المشغلة للمفاعل والدولة المالكة من اتخاذ ما يلزم من إجراءات كالإخلاء قبل وقوع الحادث.

ورغم عدم إلزامية هذه الإجراءات، إلا أن الوكالة الدولية للطاقة الذرية، تسعى دوماً لإقناع الدول بالوفاء بها، حيث أكدت رسالة المجموعة الاستشارية التابعة للوكالة الدولية، عن مستوى الأمان النووي،

ضرورة توفير الحكومة بنية تحتية تضمن السلامة النووية لعدة قرون مقبلة، بما يعنيه ذلك من تدريب فرق عمل، لتكون مؤهلة للعمل فى الصناعة النووية بين العاملين فى المنشأة النووية بهدف تقليل مستوى حوادث العمل.

وتجدر الإشارة إلى أن الوكالة الدولية للطاقة الذرية، تتصرف بموجب ميثاق السلامة النووية الذى أقر فى سبتمبر ١٩٩٤، ودخل حيز التنفيذ فى ١٧ يونيو ٢٠٠٤. كما رتبت معاهدة حظر الانتشار النووى على الدول المستفيدة من التقنية النووية فى المجال السلمى، والتزاماً بأن تكون تلك الاستفادة تحت إشراف الوكالة الدولية التى ألزمت الدول بتقديم تقارير تفصيلية عن أنشطتها، ويتطلب الوفاء بذلك شفافية حول التفاصيل الدقيقة وتعتبر التقنية النووية مصدر طاقة صديقاً للبيئة، إلا أنه قد يتحول إلى مهدد لها، فى حال غياب إجراءات السلامة، وهذا يبرر تصنيف اللجنة الدولية بصفة السلامة النووية من بين المخاطر المهددة للأمن الدولى.

وقد شهد العالم تهديداً للأمن البيئى النووى مع انفجار الوحدة الرابعة لمفاعل تشرنوبيل عام ١٩٨٦، الذى أثبت الطبيعة التعددية للحدود لمثل تلك الحوادث وكان انفجار بسبب تصميمه الذى لم يراع فيه تمكين المشغلين له من التحكم فى مستوى التفاعيل النووى وسرعته، فقد صمم بما يسمح بزيادة مستوى التفاعل فجأة وبمعدلات متصاعدة يصعب إيقافها، مع غياب أى نظام لتبريد قلب المفاعل.

عاشراً : المشروع النووى ومتطلبات الأمن والسلامة النووية:

يمكن استخلاص مجموعة من التوصيات التى يتضمنها التقارير الدورية السنوية التى تصدرها الوكالة الدولية للطاقة الذرية. وفيما يتعلق بالأمان أو السلامة النووية. وذلك لتلافى الأخطار الناجمة عن الأنشطة النووية أو الإشعاعية :

١ - توفير البنية التحتية اللازمة للنهوض بمتطلب الأمان النووى، وذلك ببناء كادر وطنى علمى وفنى ومهنى متخصص فى شئون الطاقة

النوعية والاستخدامات السليمة وحماية البيئة من أضرار التعرض للإشعاعات، وذلك بتنظيم تلك الخبرات البشرية على أفضل نحو ممكن، بما يشمل ذلك من توفير جميع المعدات والتجهيزات الفنية اللازمة للأمان النووي.

٢- توفير الخبرات البشرية الملمة بإجراءات الحماية والسلامة النووية، ووجوب وجود تنظيم إدارى فعال داخل كل منشأة نووية ينهض بمهمة السلامة النووية، والعمل على صقلهم بالتدريب من خلال ربطهم فى برامج تدريبية فى مختلف العلوم والتقنيات النووية التى تنظمها الهيئات الدولية المتخصصة أو بما يمكن منحها من دول نووية متقدمة، على أن تضم هذه الهيئة كوكبة من أفضل الكوادر العلمية والفنى من ذوى الكفاءات، وفى مختلف الجامعات والمرافق الحكومية المناظرة ذات صلة بالاستخدامات السلمية للطاقة النووية (كوزارات النفط والكهرباء والصحة والزراعة والصناعة ... إلخ).

٣- توفير إجراءات محددة لضمان أمن وسلامة المفاعل النووى بدءاً من عمليات التصميم الهندسية والإنشاء والاختيار وانتهاءً بالتشغيل العادى والطارئ للمفاعل، ومن أبرز تلك الإجراءات:

أ- ضمان نوعية مكونات المنشآت الكهرونووية وفقاً لمواصفات التصميم الهندسى والتقنى المقررة.

ب- تصميم أجهزة سلامة ذات كفاءة عالية، وتملك جاهزية دائمة ومتنوعة الأدوار لمواجهة ظروف التشغيل الشاذة.

ج- تصميم أجهزة سلامة للوقاية من الحوادث الكبرى بعيدة الاحتمال، كققد سائر التبريد الأولى والأخطاء البشرية والأحداث الطبيعية الحادة (زلازل، وأعاصير، وفيضانات)، وغيرها من إجراءات أمن وسلامة أخرى تتخذ لضمان سلامة وأمن المفاعل النووى.

ومن ثم تشكيل اعتبارات السلامة الهندسية أحد أهم المعايير ذات الصلة بالأمان النووى، فعلى سبيل المثال نتجت حادثة مفاعل تشيرنوبيل

من أن هذا النوع من المفاعلات لم يكن يتضمن فى الأسس التصميمية له وجود مبنى حاوى القلب المفاعل ، والذى يعمل على احتواء المواد المشعة فى حال وقوع حادث نووى لقلب المفاعل ، والذى قد ينتج للعديد من الأسباب مثل فقدان سوائل التبريد وبالتالي منع انتقالها إلى البيئة وانتشارها.

٤- إنشاء لجان وطنية تنظم القواعد التى تحكم جميع الممارسات التى تتضمن إشعاعات مؤينة أو مصادر مشعة ، وأن تتولى تلك اللجان مهمة نشر الوعى بالمخاطر النووية ونشر ثقافة الأمان بين العاملين بالإشعاعات أو المواد المشعة على كافة المستويات ، ومراقبة تنفيذ جميع القياسات النووية اللازمة لتحقيق الحماية المطلوبة ، الإشراف على وضع خطط مسبقة وفعالة فى حالة حدوث طوارئ معروفة مسبقاً للعاملين ، وذلك بوضع تصورات لحوادث مختلفة محتملة بناء على الخبرة المتوفرة.

٥- وضع كشوف دقيقة تتضمن معلومات تفصيلية كمية ونوعية. حول جميع المواد التى تستخدم داخل المنشأة النووية ، ومراجعة تلك الكشوف بشكل دورى ومنظم كى لا تتعرض للسرقة أو للتخريب إلى الخارج ، ويمكن فى هذا السياق الجوع إلى (خطة العمل لسلامة وأمن المصادر الإشعاعية) التابعة للوكالة الدولية للطاقة الذرية ، وتطبق ما بها من أحكام وقواعد فى هذا الشأن ، وتعد تلك العملية من أهم متطلبات الأمان النووى وأضحهما فى الوقت ذاته ، سواء من الناحية المالية أو اللوجيستية.

٦- تفعيل عمل هيئات الطاقة الذرية الوطنية فى كل دولة ، وتوسيع اختصاصاتها وصلحياتها وكادرها الفنى والعلمى والإدارى ، واعتماد الموازنة المالية وما يفى ويكفى لتنفيذ المهام والاختصاصات المنوطة بها ، وبخاصة ما يتعلق بحماية البيئة والسكان والوطن من أى احتمالات التعرض لإشعاعات ومواد نووية مشعة.

٧- بناء قاعدة بيانات للمعلومات النووية والاستخدامات العلمية ونتائج الدراسات والبحوث الجيولوجية والفيزيائية والكيميائية ... وغيرها

من المعلومات ذات العلاقة بشئون الطاقة النووية، على أن تنشأ داخل هيئات الطاقة الذرية الوطنية دوائر متعددة تكون ذات اختصاصات علمية وفنية، كدائرة المواد المشعة وتتضمن شعب أكثر دقة في التخصص، وتسمى كل شعبة باسم العنصر المشع الذي تتخصص في متابعة كافة متعلقاته وجوانبه، ودائرة الوقاية الزراعية، ودائرة الوقاية الغذائية، ودائرة الوقاية الطبية، ودائرة المختبرات، ودائرة المخلفات النووى، ودائرة المسح الجيولوجى، ودائرة التوعىة الثقافية والإعلامية، ودائرة البحوث والدراسات الاستراتيجية النووية، وغيرها من الدوائر اللازمة.

٨- السعى نحو المشاركة الفاعلة فى أنشطة التعاون العلمى والتكنولوجى مع الهيئات الدولية، كالهيئة العربية للطاقة الذرية، الوكالة الدولية للطاقة الذرية، وهيئات رسمية تابعة لبلدان نووية، وذلك لإقامة البنى الارتكازية الأساسية لبرامج الاستخدامات النووية السلمية وحماية البيئة من أضرار التعرض للإشعاعات.

٩- تنظيم دورات تدريبية حول إجراءات السلامة والأمن النووية فى محطات توليد الطاقة الكهربية التى تعمل بالوقود النووى، وأن تقوم الجهات المختصة بالطاقة النووية بتنظيم هذه الدورات بالتعاون مع الوكالة الدولية للطاقة الذرية. وتستهدف مثل هذه الدورات مساعدة خبراء الأمان النووى فى البلد المعنى على تنمية خبراتهم فى مجال السلامة النووية وتأمين محطات توليد الكهرباء ووضع أفضل شروط سلامة ممكنة فى المحطات الجديدة.

١٠- بالنظر إلى أن إدارة النفايات تعتبر أحد مصادر القلق البارزة لدى العامة - رغم أن إحدى مميزات الطاقة النووية مقارنة بمصادر الطاقة الأخرى هى الحجم الصغير للنفايات التى تنتجها - فإن الإدارة الآمنة للمخلفات تتطلب موارد مالية كافية وأنظمة كافية للسيطرة على جميع المصادر الإشعاعية، أما فيما يتعلق بالإدارة والتخلص النهائى من النفايات عالية المستوى الإشعاعى، فإن هناك حاجة لاتخاذ قرارات ببناء مستودعات نهائية لتخزينها، ويوافق الخبراء على أن الحلول الفنية موجودة

للتخلص الآمن والدائم من النفايات النووية، ولكن الجمهور لن يقتنع بأن مسألة النفايات قد تم حلها إلا إذا لمس ثمار الحلول على أرض الواقع<sup>(١)</sup>.  
الحادي عشر: الجهات المسؤولة عن التأكد من معايير أمان الوكالة الدولية للطاقة الذرية:

يشارك في إعداد استعراض معايير الأمان كل من الوكالة وأربع لجان مختصة بمعايير الأمان، في مجالات الأمان النووي:

- ١- لجنة معايير الأمان النووي، والأمان الإشعاعي.
  - ٢- لجنة معايير الأمان الإشعاعي، وأمان النفايات المشعة.
  - ٣- لجنة معايير أمان النفايات، والنقل المأمون للمواد المشعة.
  - ٤- لجنة معايير أمان النقل، ولجنة معينة بمعايير الأمان.
  - ٥- لجنة معايير الأمان وتشرف على برنامج معايير أمان الوكالة.
- هذا ولجميع الدول الأعضاء في الوكالة الدولية للطاقة الذرية أن ترشح خبراء للجان معايير الأمان، ويمكنها تقديم تعليقات على مسودات المعايير، ويعين المدير العام أعضاء لجنة معايير الأمان، وتضم كبار المسؤولين الحكوميين الذي يقع على عاتقهم مسؤولية وضع معايير وطنية. هذا وقد أنشأت الوكالة الدولية للطاقة الذرية نظام لإدارة عمليات تخطيط وتطوير ومراجعة وتنقيح ووضع معايير أمان للوكالة.

### المبحث الثاني

موقف التشريعين المصري والإماراتي من

الحماية الجنائية للأمن والسلامة النووية

### المطلب الأول

الحماية الجنائية للأمن النووي وفقاً لقانون البيئة المصري

رقم ٤ لسنة ١٩٩٤

(١) جيوفاني فيريني، أسلوب التفكير حول الأمان النووي، مجلة الوكالة الدولية للطاقة الذرية، سبتمبر ٢٠٠٨، ص ٤٧ - ٤٩.

د/ أحمد حمروش، الأمان النووي، طريقة السلام العالمي، مقاله المنشور على موقع العراق للجميع ٢٠٠٩/٨/١٧ على الرابط التالي:

[www.iraq4allnews.dk/old/new/showne.php?caf-88id.26098](http://www.iraq4allnews.dk/old/new/showne.php?caf-88id.26098).

## أولاً : الجرائم المتعلقة بالنفايات الخطرة:

فقد حظر قانون البيئة تداول ونقل أو جلب النفايات والمواد الخطرة إلى مصر لما تسببه هذه المواد من إلحاق الأذى الجسيم بالإنسان وبالوسط البيئي كالماء والهواء والتربة، بصرف النظر عما إذا كان هذا الأذى سيتحقق بطريقة فورية أو على المدى القصير أو الطويل، وهى فى مجموعها جرائم عمدية يتميز الركن المعنوى فيها بعنصر القصد الجنائى العام، فلا يتصور أن يتم بغير قصد كأن يسمح لها بالدخول إلى مصر أو تداولها دون علم بطبيعتها، وقد نص القانون على ثلاث جرائم تتعلق بالنفايات الخطرة، جميعها من فئة الجنائيات، على النحو التالى:

- ١- جريمة استيراد النفايات الخطرة أو السماح بدخولها أو مرورها فى الأراضى المصرية: (م ١/٣٢) من قانون البيئة.
- ٢- جريمة السماح بمرور السفن حاملة النفايات الخطرة بغير تصريح: (م ٢/٣٢) من قانون البيئة.

وعلى تجريم المشرع لتلك الأفعال رغبته فى سد جميع أوجه احتمالات دفن النفايات أو مرورها عبر الإقليم المصرى، حيث كثرت فى السنوات الأخيرة حوادث قيام بعض السفن بتفريغ حمولتها من النفايات الخطرة فى البحر الإقليمى للدولة، لذا فقد أكد المشرع على حظر وصول هذه السفن إلى البحر الإقليمى للدولة واعتبر أن مرورها دون الحصول على ترخيص بذلك من الجهة المختصة يعد جريمة، ويعاقب على من ارتكب كل من هاتين الجريمتين بالسجن لمدة خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تزيد على أربعين ألف جنيه كما يلزم المخالف بإعادة تصدير النفايات الخطرة محل الجريمة على نفقته الخاصة.

- ٣- جريمة تداول المواد والنفايات الخطرة بغير ترخيص من الجهة الإدارية المختصة (م ٨٨/٢٩). وهذه الجريمة تتحقق بمجرد التداول دون الحصول على ترخيص بذلك سواء أخذ التداول شكل التحريك أو النقل أو التجميع أو التخزين أو المعالجة أو التصريف مع العلم أن المواد التى



تداولها من النفايات الخطرة، ويعاقب عليها بالسجن لمدة لا تزيد على خمس سنوات وغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تزيد 'ن أربعين ألف جنيه.

#### ثانياً : الجرائم المتعلقة بالنشاط الإشعاعي:

بموجب قانون البيئة رقم ٤ لسنة ١٩٩٤ ، أتم المشرع كل فعل من شأنه زيادة مستوى النشاط الإشعاعي أو تركيزات المواد المشعة بالهواء سواء الخارجى أو هواء أماكن العمل أو الأماكن العامة المغلقة وشبه المغلقة عن الحدود المسموح بها، وما قد يترتب على ذلك من إصابة لأحد أو أكثر بعاهة مستديمة، أو وفاة أحد أو أكثر، فقد نظم القانون تلك الجرائم المتعلقة بالنشاط الإشعاعي وجميعها جنایات على النحو التالى:

- ١- جريمة زيادة النشاط الإشعاعي بالهواء عن الحدود المسموح بها: (م/٤٧/٨٨): - وهذه الجريمة جنایة يعاقب عليها بالسجن لمدة لا تزيد على خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تزيد على أربعين ألف جنيه.
- ٢- جريمة إصابة أحد الأشخاص بعاهة مستديمة نتيجة مخالفة عمديه لأحكام القانون: ( /١/ ، ٩٥/١): وهذه الجريمة جنایة يعاقب على ارتكابها بالسجن لمدة لا تزيد على عشر سنوات.
- ٣- جريمة إصابة ثلاثة أشخاص فأكثر بعاهة مستديمة نتيجة مخالفة عمديه لأحكام القانون (م/١ ، ٩٥/٢). وهذه الجريمة جنایة يعاقب على ارتكابها بالسجن وفقاً للحد الأدنى والأقصى أى من ثلاث سنوات إلى خمس عشرة سنة.
- ٤- جريمة وفاة إنسان نتيجة مخالفة عمديه لأحكام هذا القانون: (م/١ ، ٩٥/٣): وهذه الجريمة جنایة يعاقب على ارتكابها بالسجن المشدد.
- ٥- جريمة وفاة ثلاثة أشخاص فأكثر نتيجة مخالفة عمديه لأحكام هذا القانون (م/١ ، ٩٥/٤): وهذه الجريمة جنایة يعاقب على ارتكابها بالسجن المؤبد.

## المطلب الثاني

### الحماية الجنائية للأمن النووي في الإمارات العربية المتحدة

تقوم الهيئة الاتحادية للرقابة النووية بإعداد لوائح لحماية استخدام وتخزين ونقل المواد النووية وحماية المرافق النووية.

تتضمن هذه اللوائح أحكاماً لمنع التصرفات التي تؤدي إلى إزالة المواد أو المعدات المشعة الخاضعة للرقابة أو استخدامها بصورة غير مشروعة، وكشف هذه التصرفات مبكراً والتصدي لها منعاً لوقوع حوادث ذات عواقب إشعاعية، مع التأكيد على مسؤولية إلزام كافة مستخدمي المواد والمعدات النووية بتطبيق متطلبات اللوائح تقع على عاتق الهيئة، فإن المشغل هو الذي يضطلع بمسؤولية توفير حماية المرافق أو المواد النووية من التخريب والسرقة والاستخدام في غير الأغراض المخصصة لها واستعادتها.

بالتالي فإن تعريف الهيئة الاتحادية للرقابة النووية، هي: «الجهة المعنية بتنظيم القطاع النووي، ومسئولة عن الإجراءات التنظيمية والرقابية المتعلقة بتصميم جميع مرافق الطاقة النووية في الدولة وتحديد مواقعها وإنشائها وتشغيلها، بما في ذلك محطات الطاقة النووية، وإخراجها من الخدمة. ويختلف دور الهيئة تماماً عن دور المشغل، الذي يتولى إدارة وتشغيل محطة أو مرفق الطاقة النووية، حيث تقع المسؤولية النهائية عن ضمان توفير الأمان على عاتق مشغل المرفق».

### الفرع الأول

#### صور الحماية الجنائية للأمن النووي وفقاً للتشريع الإماراتي

أولاً: توفير الظروف التشغيلية السليمة أو منع وقوع الحوادث أو تخفيف عواقب الحوادث التي تؤدي إلى رقابة العاملين والجمهور والبيئة من المخاطر الإشعاعية.

ثانياً: حماية الأفراد والبيئة من المخاطر الإشعاعية، وأمان المرافق والأنشطة المسببة لمخاطر إشعاعية، بما في ذلك أمان المرافق النووية

والأمان الإشعاعى وأمان التصرف فى المواد المشعة والأمان فى نقل المواد المشعة ووسائل منع وقوع الحوادث وتخفيف عواقبها.

ثالثاً: منع سرقة المواد النووية وغيرها من المواد المشعة أو المرافق المرتبطة بها أو تخزينها أو الوصول غير المأذون به إليها أو نقلها غير المشروع أو التصرفات غير المشروعة الأخرى المتعلقة بتلك المواد والمرافق وكشف هذه الأفعال والتصدي لها.

رابعاً: «المراجعة الدورية للأمان» من خلال إعادة تقييم بصورة منهجية لأمان مرفق أو نشاط قائم، يتم القيام بها على فترات منتظمة على ضوء الآثار التراكمية الناتجة عن مرور الزمن والتعديلات والخبرة التشغيلية والتطورات التقنية والجوانب المتعلقة باختيار الموقع، بفرض ضمان مستوى عال من الأمان طوال فترة خدمة المرفق أو النشاط.

وتشمل تقييم الأمان على المنشآت النووية ما يلى:

- ١- تقييم جميع الجوانب التى تخص ممارسة ما تكون ذات صلة بالوقاية والأمان، وبالنسبة للمرفق المرخص، يشمل ذلك تحديد موقع المرفق وتصميمه وتشغيله.
- ٢- التحليل الذى يهدف إلى التنبؤ بأداء نظام ما وأثره، بحيث يكون مقياس الأداء هو الأثر الإشعاعى أو هو أى مقياس عام آخر للأثر على الأمان.
- ٣- العملية المنهجية التى تجرى طوال عملية التصميم لضمان وفاء التصميم (المقترح أو الفعلى) بجميع متطلبات الأمان ذات الصلة. ويشمل تقييم الأمان عملية تحليل الأمان الذى تتطلبه البيئة، ولكن لا يقتصر عليه.

## الفرع الثانى

### التفتيش والتنفيذ من خلال الهيئة الاتحادية للرقابة النووية

تتولى الهيئة الاتحادية للرقابة النووية مسؤولية تطبيق برنامج للتفتيش فيما يتعلق بأى نشاط خاضع للرقابة لكى تضمن التزام المشغل بالقانون واللوائح السارية وأى شروط أخرى واردة فى متطلبات الرخصة.

والهدف من عمليات التفتيش هو ضمان «الهيئة الاتحادية للرقابة النووية» ما يلي:

- ١- استيفاء المرافق والمعدات والأداء لجميع متطلبات اللازمة.
- ٢- الالتزام بتطبيق ما هو وارد في الوثائق والتعليمات.
- ٣- ترفير الكفاءة اللازمة لدى الأفراد الذين يعملون مع المشغل بمن في ذلك المقاولون، على نحو يمكنهم من أداء مهامهم بصورة فاعلة.
- ٤- تحديد المخالفات وأوجه القصور وتصحيحها أو تبريرها دون أى تأخير.
- ٥- تحديد الدروس المستفادة فى مجال الأمان النووى وتطبيقها حسبما هو مطلوب.
- ٦- قيام المشغل بإدارة الأمان وفقاً لمتطلبات الأمان الخاصة بالهيئة. وفى حالة وجود أى مخالفات أو عدم امتثال للمتطلبات المعمول بها، فإن للهيئة السلطة القانونية التى تسمح لها باتخاذ الإجراءات اللازمة بحق المشغل، مثل فرض الغرامات.

### الفرع الثالث

#### تراخيص محطات الطاقة النووية

ينص المرسوم بقانون الاتحادى رقم ٦ لسنة ٢٠٠٩ فى شأن الاستعمالات السلمية للطاقة النووية فى المادة ٦ منه على أن:

«تختص الهيئة، دون سواها، بإصدار ترخيص ممارسة أى من الأنشطة الخاضعة للرقابة فى الدولة وأية تراخيص أخرى منصوص عليها فى هذا المرسوم بقانون ولائحته التنفيذية أو أية لوائح أخرى تصدرها الهيئة، أو تعديل تلك التراخيص أو تعليقها أو إلغائها أو رفض إصدارها مع بيان أسباب الرفض، وللهيئة وضع الشروط المتعلقة بالتراخيص وفقاً لهذا المرسوم بقانون واللائحة التنفيذية واللوائح الصادرة بموجبه.

وبالتالى فإن ممارسة الأنشطة الخاضعة للرقابة مسموح بها فقط لحاملى الرخص الصادرة منه «الهيئة الاتحادية للرقابة النووية». الرخص الصادرة تخص كل مرفق على حده، أى يجب على المشغل أن يحصل على

التراخيص الملائمة لكل مرفق، يكون المشغل مسؤولاً عن التقديم للحصول على كافة الرخص فيما تكون الهيئة الاتحادية للرقابة النووية مسؤولة عن تقييم طلب المشغل فيما يتعلق بالأمان والأمن والضمانات. ويمكن للمشغل مباشرة نشاطه فقط بعد اعتماد الهيئة لطلب وإصدارها للرخصة.

يجب أن يتم الحصول على رخصة التشغيل من الهيئة قبل البدء فى ممارسة أى نشاط من أنشطة تشغيل محطات الطاقة النووية بما فى ذلك تلقيم الوقود داخل المفاعل النووى.

حيث تلتزم الهيئة الاتحادية للرقابة النووية بالتعاون مع الجهات الحكومية ذات العلاقة وتقديم المشورة والمعلومات لها فيما يتعلق بالأمان النووى والوقاية من الإشعاعات وبمسائل الأمان المتعلقة بالمواضيع الآتية<sup>(١)</sup>:

- ١- الحماية البيئية. ٢- السلامة والصحة المهنية والعامه.
- ٣- التأهب للطوارئ والتخطيط له. ٤- النفايات المشعة.
- ٥- المسؤولية التى تقع على الجمهور، بما فى ذلك تطبيق الأنظمة الوطنية والمعاهدات الدولية المتعلقة بالمسؤولية تجاه الغير.
- ٦- الحماية المادية والضمانات. ٧- استخدام الماء واستهلاك الغذاء.
- ٨- التخطيط واستخدام الأراضى.
- ٩- الأمان والسلامة عند نقل البضائع الخطرة.

حيث تعاون الهيئة مع الجهات المرخص لها والجهات الحكومية ذات الصلة من أبرز الأسس التى تركز عليها الهيئة سعياً لضمان اتخاذ التدابير الفاعلة لحماية الجمهور من التعرض لأى أخطار فى حال حدوث طارئ نووى أو إشعاعى، من المحتمل أن يقع الطارئ النووى أو الإشعاعى مثل الحوادث النووية.

---

(١) المادة ٧ من المرسوم بقانون الاتحادى الإماراتى رقم ٦ لسنة ٢٠٠٩ بشأن الاستعمالات السلمية للطاقة النووية.

من حيث تقييم الأمان:

تضع الهيئة الاتحادية للرقابة النووية أمان إنشاء وتشغيل محطة الطاقة النووية على رأس أولوياتها، قبل الحصول على أى رخصة حيث يشترط ما يلي:

١- يجب على مقدم الطلب تقديم وثائق تتضمن توضيحاً مفصلاً حول أمان وأمن المرفق متناولاً الجوانب المتعلقة بتحديد الموقع والتصميم والإنشاء والتشغيل.

٢- لا يجوز إصدار أية تراخيص إلا للأشخاص الاعتبارية الموافقة عليها من السلطة المختصة فى الدولة.

٣- يحظر على أى شخص ممارسة أى نشاط خاضع للرقابة فى الدولة، بما فى ذلك المناطق الحرة إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من الهيئة.

٤- يحظر القيام بأى عمل بالمنطقة المحيطة بالمرافق النووية قد يؤثر على تشغيل تلك المرافق<sup>(١)</sup>.

٥- تقوم الهيئة الاتحادية للرقابة النووية من جانبها بإجراء فحص وتقييم دقيقين لهذه الوثائق ومنتح الهيئة الرخصة فقط فى حالة توافق مقترحات والتزامات مقدم الطلب مع متطلبات الهيئة الخاصة بالأمان.

٦- ومن ضمن متطلبات الهيئة أن تقوم جميع الجهات المرخص لها بإعداد خطط للتصدى للطوارئ.

فعملية التخطيط إجراء ضرورى الغرض منه تحديد كيفية السيطرة على أى حالة طارئة فى أى مرفق نووى، ويجب أن يتم التدريب على خطط الطوارئ على نحو منتظم لضمان استمرار فعاليتها.

حيث تقوم الهيئة الاتحادية للرقابة النووية بالتنسيق مع الهيئة الوطنية لإدارة الطوارئ والأزمات والكوارث "NCEMA" والجهات المعنية الأخرى، لحماية الجمهور من الأضرار فى حال حدوث طارئ كبير.

(١) المادة ٢٣ من المرسوم بقانون الاتحاد الإماراتى رقم ٦ لسنة ٢٠٠٩ بشأن الاستعمالات السلمية للطاقة النووية.

وَيَتَمَشَى ذَلِكَ مَعَ التَّزَامِ الدَّوْلِ الْمَوْقِعَةِ عَلَى اتِّفَاقِيَّةِ الْحَمَايَةِ الْمَادِيَةِ لِلْمَوَادِّ النَّوَوِيَّةِ لِعَامِ ١٩٨٠ وَمِنْهَا مِصْرُ وَدَوْلَةُ الْإِمَارَاتِ الْعَرَبِيَّةِ الْمُتَّحِدَةِ وَفَرَنْسَا وَهِيَ تَنْصُ فِي الْمَادَّةِ الْخَامِسَةِ مِنْهَا عَلَى مَا يَلِي :

(١) تَعْمَدُ الدَّوْلُ الْأَطْرَافُ إِلَى تَحْدِيدِ سُلْطَاتِهَا الْمَرْكَزِيَّةِ وَجِهَاتِ الْإِتِّصَالِ فِيهَا الْمَسْتَوَلِيَّةِ عَنِ الْحَمَايَةِ الْمَادِيَةِ لِلْمَوَادِّ النَّوَوِيَّةِ وَتَنْسِيقِ عَمَلِيَّاتِ الْإِسْتِعَادَةِ وَالرَّدِّ فِي حَالَةِ حَدُوثِ أَوْ نَقْلِ أَوْ اسْتِخْدَامِ أَوْ تَغْيِيرِ غَيْرِ مَرْمُوحٍ بِهِ لِلْمَوَادِّ النَّوَوِيَّةِ أَوْ فِي حَالَةِ وُجُودِ تَهْدِيدٍ يُمْكِنُ تَصْدِيقَهُ بِحَدُوثِ ذَلِكَ وَتَتَوَلَّى كُلُّ مِنْهَا إِعْلَامَ الْأُخْرَى مَبَاشَرَةً أَوْ بِوَسَايَةِ الْوَكَاةِ الدَّوْلِيَّةِ لِلطَّاقَةِ الذَّرِيَّةِ بِتِلْكَ السُّلْطَاتِ وَجِهَاتِ الْإِتِّصَالِ.

وهى فى الإمارات : الهيئة الاتحادية للرقابة النووية.

وفى مصر: هيئة الرقابة النووية والإشعاعية.

وفى فرنسا: هيئة السلامة النووية.

(٢) فى حالة وقوع سرقة أو سلب أو أى شكل آخر من أشكال أخذ غير المشروع للمواد النووية أو وجود تهديد يُمْكِنُ تَصْدِيقَهُ بِحَدُوثِ ذَلِكَ ، تَعْمَدُ الدَّوْلُ الْأَعْضَاءُ وَفَقاً لِقَوَانِينِهَا الْوَطْنِيَّةِ وَإِلَى أَقْصَى حَدِّ مُمْكِنٍ عَمَلِيًّا ، إِلَى تَقْدِيمِ تَعَاوُنِهَا وَمَسَاعَدَاتِهَا فِي اسْتِعَادَةِ وَحَمَايَةِ تِلْكَ الْمَوَادِّ إِلَى أَيْةِ دَوْلَةٍ تَطْلُبُ ذَلِكَ وَعَلَى وَجْهِ الْخُصُوصِ :

أ - تَتَّخِذُ الدَّوْلُ الطَّرْفُ الْخَطَوَاتِ الْمُنَاسِبَةَ لِكَيْ تَعْلَمَ فِي أَقْرَبِ وَقْتٍ مُمْكِنٍ ، الدَّوْلُ الْأُخْرَى الَّتِي تَبْدُو أَنَّ الْأَمْرَ يَعْنِيهَا ، بِأَيْةِ سَرَقَةٍ أَوْ سَلْبٍ أَوْ أَى شَكْلِ آخَرَ مِنْ أَشْكَالِ الْأَخْذِ غَيْرِ الْمَشْرُوعِ لِلْمَوَادِّ النَّوَوِيَّةِ أَوْ بِأَى تَهْدِيدٍ يُمْكِنُ تَصْدِيقَهُ بِحَدُوثِ ذَلِكَ وَعِنْدَ الْإِقْتِضَاءِ لِكَيْ تَعْلَمَ الْمُنْتَظَمَاتُ الدَّوْلِيَّةُ بِالْأَمْرِ.

ب - تَتَبَادَلُ الدَّوْلُ الْأَطْرَافُ الْمَعْنِيَّةُ حَسَبَ الْإِقْتِضَاءِ الْمَعْلُومَاتِ فِيمَا بَيْنَهَا أَوْ مَعَ الْمُنْتَظَمَاتِ الدَّوْلِيَّةِ بِغِيَّةِ حَمَايَةِ الْمَوَادِّ النَّوَوِيَّةِ الْمَهْدَدَةِ أَوْ التَّحَقُّقِ مِنْ سَلَامَةِ حَاوِيَةِ النُّقْلِ أَوْ اسْتِعَادَةِ الْمَوَادِّ النَّوَوِيَّةِ الْمَأْخُودَةِ عَلَى نَحْوِ غَيْرِ مَشْرُوعٍ وَعَلَيْهَا :

- ١- أن تنسق جهودها عن طريق القنوات الدبلوماسية أو غيرها من الطرق المتفق عليها،
- ٢- أن تقدم المساعدة عندما يطلب إليها ذلك،
- ٣- أن تضمن إعادة المواد النووية المسروقة أو المفقودة نتيجة الأحداث المذكورة أعلاه وتقرر الدول الأطراف المعنية وسيلة تنفيذ هذا التعاون.
- ٤- على الدول الأطراف أن تتعاون وتتشاور فيما بينها حسب الاقتضاء، مباشرة أو بواسطة المنظمات الدولية بغية الحصول على توجيه بشأن تصميم وصيانة وتحسين نظم الحماية المادية للمواد النووية في وسائط النقل الدولي.

### المطلب الثالث

#### هيئة الرقابة النووية والإشعاعية (الجهة المسؤولة في مصر)

فقد نص القانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠ لجمهورية مصر العربية، بشأن تنظيم الأنشطة النووية والإشعاعية في المادة ١١ منه على أن تنشأ هيئة مستقلة تسمى (هيئة الرقابة النووية والإشعاعية) تتمتع بالشخصية الاعتبارية، تتبع رئيس مجلس الوزراء ويكون مقرها الرئيسى محافظة القاهرة أو إحدى المحافظات المجاورة لها. ويجوز بقرار من مجلس إدارة الهيئة إنشاء فروع أو مكاتب لها داخل جمهورية مصر العربية. ماهى اختصاصات هيئة الرقابة النووية والإشعاعية:

تتولى الهيئة كافة الأعمال التنظيمية والمهام الرقابية المتعلقة بالأنشطة النووية والإشعاعية للاستفادة من الاستخدام السلمى للطاقة الذرية، وذلك على نحو يضمن أمان وسلامة الإنسان والممتلكات والبيئة من أخطار التعرض للإشعاعات المؤينة، ولها فى سبيل تحقيق ذلك كافة الصلاحيات اللازمة وعلى الأخص ما يأتى (١):

(١) المادة ١٢ من القانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم الأنشطة النووية والإشعاعية.



١ - إصدار وتعديل وإيقاف وتجديد وسحب وإلغاء كافة أنواع التراخيص للمنشآت والأنشطة النووية والإشعاعية والتراخيص الشخصية للمتعاملين مع الإشعاعات المؤينة، وفقاً لأحكام القانون.

٢ - الغلق الإداري للأماكن التي تستخدم فيها الإشعاعات المؤينة بالمخالفة لأحكام القانون ولائحته التنفيذية والقرارات الصادرة المنفذة لهما.

٣ - إصدار القرارات والقواعد الملزمة للمرخص لهم فى حالات الضرورة لتدعيم وتأكيد أمن وأمان الممارسة، وبما لا يتعارض وشروط الترخيص الممنوح.

٤ - الحصول على جميع الوثائق والمستندات والمعلومات المتعلقة بهامها من القائمين على المنشآت والأنشطة النووية والإشعاعية والخاضعة لرقابتها مع الالتزام بالحفاظ على سرية ما تحصل عليه.

٥ - ممارسة المهام التنظيمية والرقابية، ومنها:-

أ - مراجعة وتقييم تحاليل الأمان بما فى ذلك التقارير المقدمة من طالب الترخيص وإصدار القرارات بشأنها وفقاً للنظم المقررة فى هذا الشأن.

ب - إجراء التفتيش التنظيمى على كافة الممارسات النووية والإشعاعية المختلفة فى كافة المراحل.

ج - وضع القواعد المنظمة للتخطيط طويل الأجل للموقع الخاصة بالتصرف فى النفايات المشعة وحفظ الوقود النووى المستهلك، وممارسة الرقابة على هذه المواقع.

٦ - ممارسة المهام التنظيمية والرقابة فى مجال التخطيط والاستعداد والمجاهبة لحالات الطوارئ النووية والإشعاعية على النحو المبين فى القانون ولائحته التنفيذية والقرارات المنفذة لهما.

٧ - توعية الجمهور بالعملية التنظيمية للأنشطة النووية والإشعاعية ووضع وسائل وإجراءات إشراكه فيها والتأكد من اتخاذ التدابير اللازمة لنشر ثقافتى الأمن والأمان النوويين لديه والرد على أى

معلومات يطلبها حول وضع الأمان النووى والإشعاعى فى المنطقة التى يقيم فيها، ما لم تكن هذه المعلومات بطبيعتها سرية.

٨- التنسيق مع الجهات الأخرى الحكومية وغير الحكومية المختصة فى مجالات عمل الهيئة.

٩- الاتصال بالجهات التنظيمية والرقابية فى الدول الأجنبية، وبالمنظمات الدولية لتعزيز التعاون وتبادل المهام التنظيمية والرقابية.

١٠- وضع النظم بالأنشطة المبررة ومنها تلك المنطوية على استخدام مصادر إشعاعية تدخل فى تشيع الأغذية والمشروبات وفى صناعة مستحضرات التجميل وأية سلعة أخرى تخصص للاستعمالات البشرية.

١١- وضع النظم الخاصة بالمستويات الإشعاعية المسموح بها فى حالات استيراد أو جلب أو إنتاج أو تصدير أى مواد غذائية أو أى مواد أخرى تخص الاستعمال البشرى.

١٢- التفتيش على المواقع التى يتم فيها أو يتم من خلالها توريد منتجات أو خدمات ذات صلة مباشرة بالأمان وفقاً للتنظيمات المعمول بها فى هذا الشأن.

١٣- طلب الرأى والمساعدة من الهيئات الدولية والاستشارية أو منظمات الدعم الفنى أو المكاتب الاستشارية المتخصصة أو الجامعات لتدعيم وتطوير القيام بمهامها الرقابية وفقاً للنظم المعمول بها فى هذا الشأن.

١٤- وضع النظم الخاصة بإلزام المشغلين بإجراء تقييمات للأمان النووى والإشعاعى بما يشمل عمليات إعادة تقييم الأمان أو استعراضات الأمان الدورية طوال عمر تشغيل أى من المنشآت النووية.

١٥- إبداء الرأى فى مشروعات القوانين المتعلقة بالأنشطة النووية والإشعاعية.

١٦- إصدار تقرير ربع سنوية للجمهور من الموقف الإشعاعى القومى ونشرها بالجريدة الرسمية وبالصحف وبوسائل الإعلام.

- ١٧- وضع تقرير عما تراه من مخالفات لأحكام القانون ولائحته التنفيذية.
- ١٨- إجراء بحوث تتعلق بالأمان النووي والإشعاعى.
- ومجلس إدارة الهيئة هو السلطة العليا المهيمنة على شئونها وتصريف أمورها وله أن يتخذ من القرارات فى إطار الخطة القومية لجمهورية مصر العربية، ما يراه لازماً لتحقيق الأهداف التى من أجلها، وله على الأخص ما يأتى (١):-
- ١- وضع السياسة العامة للهيئة.
  - ٢- إصدار القرارات الملزمة والأدلة والتعليمات الإرشادية المتعلقة بأمن وأمان الاستخدامات السلمية للطاقة الذرية فى جميع المجالات والتى تحدد أنواع وخطوات ومتطلبات إصدار التراخيص المختلفة بما فى ذلك نتائج الدراسات والوثائق والتقارير المعدة فى هذا الشأن.
  - ٣- إصدار تراخيص وأذن المنشآت النووية والإشعاعية بأنواعها المختلفة.
  - ٤- إصدار المعايير والضوابط المتعلقة بأمن وأمان الاستخدامات السلمية للطاقة الذرية فى جميع المجالات، وكذلك معايير الأمان للوقاية من الإشعاعات المؤينة وأمان المصادر الإشعاعية بما يتماشى مع المعايير والضوابط المعترف بها على النطاق العالمى، ومع معايير الأمان والأمان الصادرة عن المنظمات الدولية ذات الصلة، مع مراعاة معايير الأمان السارية فى بلد المنشأ فيما يخص إقامة أى من المنشآت النووية أو الإشعاعية.
  - ٥- إصدار القواعد التى تكفل الحفاظ على سرية المعلومات وتدرج مستوياتها وسلامة تداولها.
  - ٦- إصدار قرارات بالحدود والمعايير للمكونات والمنتجات التى يتم استيرادها من حيث المحتوى الإشعاعى، وكذلك المستوى الإشعاعى للمصادر الإشعاعية التى يتم استيرادها للاستخدامات المختلفة.

(١) المادة ١٧ من القانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠، بشأن تنظيم الأنشطة النووية والإشعاعية.

- ٧- وضع الترتيبات مع الهيئات الرقابية للدول الأخرى بما يكفل عدم تعرض الجمهور للإشعاعات المؤينة وبما يتفق مع الاتفاقيات الثنائية أو الإقليمية أو الدولية النافذة في جمهورية مصر العربية.
- ٨- تحديد رسوم التراخيص والأذون بأنواعها المختلفة بما لا يجاوز الحدود القصوى المنصوص عليها في هذا القانون.
- ٩- تحديد المقابل النقدي الذى تستحقه الهيئة نظير القيام بالأعمال والخدمات التى تؤديها للغير فى الداخل والخارج بشرط عدم خضوع هذا الغير لرقابة الهيئة.
- ١٠- إصدار تقرير سنوى يرفع إلى رئيس الجمهورية وإلى رئيس مجلس الوزراء وإلى رئيسى مجلس الشعب (النواب) والشورى عن حالة الأمان النووى والإشعاعى والأنشطة المختلفة للهيئة والإنجازات فى شأنها والتطور الذى طرأ عليها والخطط المستقبلية.
- ١١- إقرار مشروع الموازنة السنوية للهيئة وحسابها الختامى.
- ١٢- نقل الاعتمادات من بند إلى بند آخر فى نطاق الباب الواحد فى الموازنة السنوية للهيئة.
- ١٣- اعتماد الهيكل التنظيمى للهيئة وإقرار اللوائح الداخلية المتعلقة بالشئون الفنية والمالية والإدارية وغيرها من اللوائح المتعلقة بنشاط الهيئة دون التقييد بالقواعد، أو النظم المعمول بها فى الحكومة وفى الجهاز الإدارى للدولة ويصدر بهذه اللوائح قرارات من رئيس مجلس الوزراء.

### الفرع الأول

#### التنظيم القانونى لمواجهة مخاطر الحوادث النووية

فرنسا على سبيل المثال يوجد بها ٥٨ مفاعل نووى و ١١٠٠ موقع يحتوى على النفايات النووية، وفرنسا تحمل الرقم القياسى لأكبر دولة فى العالم «بلد نووى». نسبة إلى عدد السكان وبالتالي لا بد من وضع خطط طارئة لمواجهة مخاطر الحوادث النووية وشيخوخة المحطات النووية، والحماية من الزلازل وارتفاع درجة الحرارة فى قلب المفاعل النووى فى

الطقس الحار، وكذلك الهجمات الإرهابية على المنشآت النووية لما تمثله هذه المخاطر من عواقب بالنسبة للسكان.

لذلك تتبع هيئة السلامة النووية فى فرنسا وفى أوروبا برنامج (اختبار التحمل) كبرنامج وقائى من مخاطر الحوادث النووية وهو كالتالى :-  
هى السلامة للمفاعل النووى عن طريق اختيار المقاومة أو الإجهاد الاختبارى لقوة منشأة نووية لظواهر الطبيعة عن طريق اختبار وظائف ومرافق المنشأة للتحمل للضغوط الناتجة عن الحوادث الخطيرة لتقييم متانة المنشأة وذلك فى المجالات الآتية :-

- مقاومة المخاطر الطبيعية الرئيسية (الزلازل والفيضانات).
- مقاومة بعض عواقب هذه المخاطر أو غيرها من المخاطر الطبيعية الرئيسية مثل فقدان الطاقة أو فقدان بالوعة الحرارة أو مزيج من الاثنين معاً.
- مقاومة وقوع حوادث خطيرة: مثل فقدان وظائف التبريد لقلب المفاعل أو وظيفة التهذئة لبرك من الوقود أو فقدان خاصية الاحتواء والتثبيت.

وبعد حادث مفاعل اليابان النووى «فوكوشيما» فى ١١ مارس ٢٠١١ دعت السلطات الأوروبية لتقييم المخاطر والأمن للمنشآت النووية أى فرض تقييم تكميلى للسلامة النووية على العناصر التالية:  
الزلازل - الفيضانات - فقدان الطاقة الكهربائية - فقدان مصدر التبريد - إدارة الأزمات - العوامل البشرية.

### الفرع الثانى

#### التبليغ المبكر عن وقوع حادث نووى

وفقاً لاتفاقية التبليغ المبكر عن وقوع حادث نووى التى تنص فى مادتها الأولى على تنظيم عملية الإبلاغ المبكر عن أى حادث نووى يقع فى دولة من الدول. وقد حددت المادة الأولى من الاتفاقية فى فقرتها الثانية من المرافق التى يجب التبكير فى الإبلاغ إذا ما وقع فيها حادث نووى هى:

أ - المفاعلات النووية      ب - دورة الوقود النووى

ج - تصريف النفايات النووية المشعة

د - مرافق صنع النظائر المشعة وتخزينها ونقلها

هـ - مرافق استعمال النظائر المشعة فى توليد الطاقة فى النظم الفضائية

أولاً: ما يجب على الدولة التى يقع فيها الحادث النووى أن تفعله:-

وضعت المادة الثانية من الاتفاقية ما يجب على الدولة التى يقع فيها الحادث النووى أن تفعله من حيث تبليغ الوكالة الدولية للطاقة الذرية بالحادث النووى وطبيعته ووقت حدوثه، وموقعه بالتحديد، وكافة المعلومات المتاحة للتقليل من الآثار الإشعاعية، كما أنه يمكن لدولة الحادث إبلاغ الدول الأخرى الموقعة على الاتفاقية والتى بدورها تقوم بإبلاغ الوكالة بما قد يحدث من تغييرات فى المعلومات المعطاة من دولة الحادث من حيث توقيت الحادث، وموقعه، طبيعته، والمرفق أو النشاط المعنى وخصائص المواد المشعة. والأحوال الجوية والهيدروجينية السائدة والمتوقعة<sup>(١)</sup>.

ثانياً: بالنسبة للمهام الواجبة على الوكالة الدولية للطاقة الذرية فور إبلاغها بالحادث النووى:

تنص المادة الرابعة من الاتفاقية بتحديد هذه المهام من حيث :

١- إبلاغ الدول الأطراف فى الاتفاقية، وكذلك الدول الأعضاء فى الوكالة، والدول غير الأعضاء التى يحتمل أن تضار من الحادث بطريقة غير مباشرة وذلك بكافة المعلومات المتوفرة لديها. كما أن على الدول الأعضاء أخطار الوكالة بما يتوافر لديها من معلومات حول الحادث النووى الواقع<sup>(٢)</sup>.

٢- على الوكالة الدولية للطاقة الذرية والدول الأعضاء فى الاتفاقية فى إرسال الفرق المجهزة وذات الخبرة، والكفاءة المناسبة، سواء من السلطات الحكومية أو المؤسسات النووية، أو أية منظمات أخرى ذات

(١) المادة الثالثة من اتفاقية التبليغ المبكر عن وقوع حادث نووى.

(٢) المادة الخامسة من اتفاقية التبليغ المبكر عن وقوع حادث نووى.

علاقة بخدمات الوقاية الإشعاعية ويكون هذا التحرك على ضوء المعلومات المعطاه طبقاً لما يلزم به مواد المعاهدة<sup>(١)</sup>.

٣- ويتم السيطرة على الحادث برسم خطة طوارئ تشمل قياس مستويات الإشعاع والتلوث فى مكان الحادث، وقياس النشاط الإشعاعى فى الجو والتلوث الأرضى حول موقع الحادث، مع تقدير الجرعات الإشعاعية التى تصيب الأفراد، ويتضمن عمل الفرق المجهزة معالجة حالات الطوارئ، وإزالة التلوث الذى يصيب الأفراد. وذلك عن طريق الإجراءات العلاجية، وإخلاء والسيطرة، على مصادر الغذاء والماء، ووقاية أنظمة شبكات المياه حتى لا يتعداها الإشعاع<sup>(٢)</sup>.

ثالثاً: بالنسبة لإدارة الأمان النووى وضمان الجودة فى التشريع الإماراتى:

حدد المشرع الإماراتى مجموعة الضوابط التى يلتزم بها المرخص له

لضمان الجودة والأمان النووى وهى على النحو التالى<sup>(٣)</sup>:

١- يكون كل مرخص له مسئولاً عن اتخاذ جميع الخطوات الضرورية للتقليل من مخاطر وقوع الحوادث لأقل مستوى ممكن من الناحية العملية.

٢- يلتزم المرخص له بضمان توفير نظام إدارى وموارد مالية وبشرية ملائمة لتحقيق الأمان النووى وعلى المرخص له تحديد مسئولية وسلطة وواجبات الجهات التى تدخل ضمن النظام الإدارى لتحقيق الأغراض الواردة فى البند السابق.

٣- يتعين على كل مرخص له مراعاة العنصر البشرى والإدارى عند ممارسته للأنشطة الخاصة للرقابة.

(١) د/ محمد إبراهيم الجار الله، الإشعاع الذرى، مصادره، استخداماته، مخاطره، والوقاية منه، دار الفكر العربى، ١٩٩٧، ص ٢- ٤، المواد السادسة والسابعة والثامنة من الاتفاقية.

(٢) د/ محمد خيرى بتونه، القانون الدولى العام واستخدام الطاقة النووية، دار الشعب القاهرة ١٩٧١، ص ٩٠ وما بعدها.

(٣) المادة ٤٣ من المرسوم الاتحادى الإماراتى رقم ٦ لسنة ٢٠٠٩.

٤- يلتزم الهيئة بإعطاء الأولوية لحل مسائل الأمان التي تظهر خلال فترة تشييد المرافق وذلك بناء على طلب المرخص له.

٥- يتعين على المرخص له ممارسة تقييم أمان منهجي وشامل واتخاذ الخطوات اللازمة لمعالجة الأخطاء التي تظهر خلال تصميم وتشييد وإدخال المرفق النووي إلى الخدمة أو أى مرفق آخر خاضع لأحكام هذا المرسوم بقانون طيلة عمره التشغيلي، بما فيها ترتيبات إخراجها من الخدمة، ويتم التقييم على مراحل خلال التشغيل. وتحدد اللوائح التنفيذية التي تصدر عن الهيئة نطاق هذا التقييم.

٦- يتعين على المرخص له ضمان بقاء التعرض العام والتعرض المهني والأشعة المؤينة وانبعاثات المواد المشعة إلى البيئة والناجمة عن ممارسة النشاطات الخاضعة للرقابة ضمن الحدود الدنيا المحددة خلال كافة مراحل التشغيل والنشاطات والتعهد بالمحافظة على الجرعات بأقل حد ممكن ويتعين على المرخص له الاحتفاظ بالسجلات عن الجرعات المقاسة والمقدرة وتوفير المعلومات إلى الهيئة وفقاً للوائح المعمول بها لديها.

٧- يتعين على المرخص له توفير المعلومات المتعلقة بشئون الأمان النووي الخاصة بنشاطاته المرخصة الخاضعة للرقابة والتي لا تدخل ضمن أسرار الدولة أو الأسرار الرسمية أو التجارية.

٨- يتعين على المرخص له إصدار دليل بإجراءات ممارسة أنشطته وعلى درجة الخصوص بتشغيل وصيانة ومراقبة واختبار معدات مختارة، شريطة أن تكون هذه الإجراءات متوافقة مع شروط التشغيل وصيانة ومراقبة واختبار معدات مختارة، شريطة أن تكون هذه الإجراءات متوافقة مع شروط التشغيل الأمن وبرنامج ضمان الجودة المعتمد، ويلتزم المرخص له بتحديث وتعديل هذه الإجراءات عند الضرورة، وضع برنامج عمل لأداء الأنشطة المتعلقة بالأمان غير الواردة بدليل الإجراءات.

وابتداءً بالنسبة للمشرع المصري :

فقد حدد المشرع المصري وفقاً لقانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠ مجموعة من الالتزامات على المرخص وهي :



١ - على المرخص له أن يقدم إلى الهيئة جميع ما تطلبه من المعلومات والوثائق والمستندات المتعلقة بأمن وأمان المنشأة وتنفيذ أعمال الضمانات النووية وفقاً لشروط ومتطلبات الترخيص بما في ذلك سجلات التشغيل والصيانة والوقاية الإشعاعية والمحاسبة للمواد النووية وغير ذلك من المستندات التي تثبت قيامه بالتزاماته ومسئوليته بشأن الأمن والأمان النوويين والأمان الإشعاعي والضمانات النووية وعلى الهيئة المحافظة على سرية تلك المعلومات والوثائق والمستندات<sup>(١)</sup>.

٢ - على المرخص له أن يقدم إلى الهيئة تقريراً عن أى حادث يقع فى المنشأة سواء أكان أثناء التشغيل أو أثناء إجراء أعمال الصيانة وإيقاف التشغيل وبصفة خاصة ما يتعلق بأمن وأمان المنشأة أو تلك التى يحتمل أن ينتج عنها آثار إشعاعية للإنسان أو الممتلكات أو البيئة وفق القواعد والإجراءات التى تصدر عن الهيئة<sup>(٢)</sup>.

٣ - كذلك يلتزم المرخص له بإنشاء نظام الأمن النووى للمنشأة النووية أو الإشعاعية الخاصة به أو المواد النووية والمصادر الإشعاعية التابعة له أو الحائز لها وبإلفاء بكافة المتطلبات التى تحددها الهيئة لتحقيق مستويات الحماية المطلوبة<sup>(٣)</sup>.

٤ - على المرخص له قبل انتهاء نشاطه الحصول على ترخيص لإنهاء الخدمة، طبقاً للشروط والإجراءات التى تحددها اللائحة التنفيذية للقانون<sup>(٤)</sup>.

٥ - وفى حالة انتهاء مدة الترخيص الممنوح لممارسة نشاط نووى أو إشعاعى وعدم الرغبة فى تجديد صلاحيته، يظل المرخص له مسؤولاً عن الأمن والأمان النوويين والأمان الإشعاعى والضمانات النووية. وذلك حتى تقوم هيئة الرقابة النووية الإشعاعية خلال مدة لا تتجاوز ستة أشهر

(١) المادة ٣٩ من قانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠.

(٢) المادة ٤٠ من قانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠.

(٣) المادة ٤١ من قانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠.

(٤) المادة ٤٢ من قانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠.

من تاريخ انتهاء صلاحية الترخيص بتحديد التدابير اللازمة فى هذه الحالة والإجراءات التى يجب أن يتبعها المرخص له للتحرر من الرقابة التنظيمية للهيئة وفقاً للقواعد الصادرة عنها فى هذا الشأن<sup>(١)</sup>.

وهذا ما أكد عليه المشرع الإماراتى فى المادة ٤٤ من المرسوم بقانون رقم ٦ لسنة ٢٠٠٩ من حيث التزام المرخص له بوضع نظام إدارى للأمان واعتماد سياسات وإجراءات لتحديد وتطبيق متطلبات الجودة والتصنيف المعدات الضرورية اللازمة للأمان النووى وفقاً للوائح المعمول بها فى الهيئة.

#### المطلب الرابع

### إجراءات الحماية فى حالات الطوارئ النووية والإشعاعية

#### فى التشريع المصرى

أولاً : اللجنة العليا للطوارئ النووية والإشعاعية:

فى التشريع المصرى تنشأ بقرار من رئيس مجلس الوزراء لجنة عليا وهى «اللجنة العليا للطوارئ النووية والإشعاعية» واختصاصاته هلى على النحو التالى:

أ - تختص بإدارة الاستعداد للطوارئ النووية والإشعاعية فى ضوء خطة قومية شاملة.

ب - اتخاذ الإجراءات والأعمال اللازمة لمجابهة حالات الطوارئ النووية والإشعاعية .

ج - تقدم تقرير لرئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء ورئيسى مجلسى الشعب والشورى وإبلاغ الإعلام والجمهور وتنظيم إخلاء السكان عند الضرورة وحالات الحوادث النووية والإشعاعية<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: تشكيل اللجنة العليا للطوارئ النووية والإشعاعية :

تشكل من ممثلى وزارة الداخلية والخارجية والإعلام والوزارة المختصة بكل من شئون البيئة، والصحة، وهيئة الطاقة الذرية وهيئة المواد

(١) المادة ٤٣ من قانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠.

(٢) المادة ٦٤ من قانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠.

النووية وهيئة المحطات النووية لتوليد الكهرباء والهيئة غيرها من الوزارات والجهات الحكومية ذات الصلة بالإضافة إلى ثلاثة من الخبراء فى المجالات ذات الصلة<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: تتولى الهيئة فى مجال التخطيط والاستعداد والمجاهة لحالات الطوارئ النووية والإشعاعية القيام بما يأتى<sup>(٢)</sup>:

١- وضع متطلبات خطط الطوارئ داخل وخارج الموقع ومراجعة تلك الخطط واعتمادها لكل منشأة أو نشاط أو ممارسة على جميع المستويات، وذلك فى ضوء الخطة القومية الشاملة التى تضعها اللجنة العليا.

٢- وضع المعايير والقواعد الخاصة بالاستعدادات اللازمة لمجاهة حالات الطوارئ النووية والإشعاعية على مستوى الدولة.

٣- مراقبة تنفيذ الخطط والتأكد من مدى الالتزام بالمعايير والقواعد الصادرة فى هذا الشأن.

٤- التأكد من كفاءة عمل أفراد فرق التدخل والتأكد من استعدادها أثناء مجابهة حالات الطوارئ النووية والإشعاعية بهدف تقليل حالات التعرض الإشعاعى لأقل حد ممكن.

٥- إتاحة المعلومات اللازمة عن أى حادث نووى أو إشعاعى طبقاً لمقتضيات الحاجة وذلك لجهات الدولة المختلفة أو المنظمات الدولية ذات الصلة أو الجمهور.

وقد عاقب المشرع المصرى المرخص له بالحبس لمدة لا تقل عن سنة ويفرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تجاوز خمسين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من خالف ولم يقم بالإبلاغ الفورى للغرفة المركزية للطوارئ النووية والإشعاعية بالهيئة بكافة البيانات والمعلومات المتوافرة لديه عند وقوع حوادث نووية أو إشعاعية وفق الإجراءات التى

(١) المادة ٦٣ من قانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠.

(٢) المادة ٦٥ من قانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠.

تحدها اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم الأنشطة النووية والإشعاعية.

### المطلب الخامس

#### إجراءات الحماية في حالات الطوارئ النووية والإشعاعية

#### في الإمارات العربية المتحدة

وحيث أنه من ضمن متطلبات الهيئة الاتحادية للرقابة النووية أن تقوم جميع الجهات المرخص لها بإعداد خطط للتصدي للطوارئ. فعملية التخطيط إجراء ضروري الغرض منه تحديد كيفية السيطرة على أى حالة طارئة فى أى مرفق نووى. وبل يجب كذلك أن يتم التدريب على خطط الطوارئ على نحو منتظم لضمان استمرار فعاليتها.

وبالتالى تقوم الهيئة الاتحادية للرقابة النووية بالتنسيق مع الهيئة الوطنية لإدارة الطوارئ والأزمات والكوارث "NCEMA" والجهات المعنية الأخرى، لحماية الجمهور من الأضرار فى حال حدوث طارئ كبير. وبالتالي لم ينشأ المشرع الاتحادى الإماراتى لجنة عليا للطوارئ النووية والإشعاعية على غرار المشرع المصرى بل ترك ذلك للهيئة الوطنية لإدارة الطوارئ والأزمات والكوارث. وهذا المسلك متقد من المشرع الإماراتى فيجب على المشرع إنشاء لجنة متخصصة لمواجهة حالات الطوارئ النووية والإشعاعية والتي تعتبر على درجة من الخطورة والتدمير عن الكوارث والأزمات الأخرى.

حيث يكون الهدف من التأهب للطوارئ والتصدي للطوارئ على النحو التالى<sup>(١)</sup>:

أ - حماية السكان (خطة طوارئ خارج الموقع) وتنظيم مناطق التخطيط للطوارئ وتحديد الإجراءات التى ستخضعها السلطات المختصة لحماية السكان والممتلكات والبيئة عند وقوع أى حادث.

(١) المادة ٤٩ من قانون رقم ٦ لسنة ٢٠٠٩ اتحادى إماراتى القانون النووى.

ب - حماية المرفق النووي أو المرفق الذى يحتوى على مصادر أشعة نووية (خطة طوارئ داخل الموقع) وتحديد الإجراءات التى يتوجب على المرخص له اتخاذها لتخفيف ومعالجة عواقب الحادث، بالتنسيق مع خطة الطوارئ خارج الموقع.

وقد حدد المشرع الاتحادى الإماراتى الالتزامات التى يلتزم بها المرخص له للقيام بها فى حالة وقوع أى حادث نووى أو إشعاعى وذلك على النحو التالى<sup>(١)</sup>:

- ١ - إخطار الهيئة بوقوع الحادث فوراً.
  - ٢ - تحذير السكان والسلطات المحلية بالواقعة ضمن مناطق التخطيط للطوارئ والسلطات المختصة الأخرى على الفور وفقاً لخطة الطوارئ المعتمدة.
  - ٣ - اتخاذ جميع التدابير اللازمة والفورية لمعالجة وتخفيف عواقب أى حادث.
  - ٤ - مراقبة التعرض الإشعاعى الذى يصيب الموظفين المعينين لتخفيف آثار الحوادث أو إزالتها.
  - ٥ - ضمان الرصد المتواصل للانبعاثات المشعة وأثرها على البيئة.
  - ٦ - تنفيذ أى التزامات أخرى محددة فى خطط الطوارئ وفقاً لهذا المرسوم بقانون واللائحة التنفيذية.
- وقد عاقب المشرع الاتحادى الإماراتى المرخص له فى حالة مخالفة هذه الالتزامات بعقوبة الحبس مدة لا تتجاوز سنة وبغرامة لا تقل عن خمسمائة ألف درهم ولا تزيد عن خمسين مليون درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين.
- على عكس المشرع المصرى الذى جعل هذا الحبس مدة لا تقل عن سنة وبالتالي المشرع المصرى قد شدد فى عقوبة الحبس لكنه قلل فى قيمة الغرامة على عكس المشرع الإماراتى الذى شدد فى قيمة الغرامة وقلل من مدة الحبس بحيث لا تزيد هنا عن سنة.

(١) المادة ٥٤ من قانون رقم ٦ لسنة ٢٠٠٩.

## المبحث الثالث

### السلامة والأمان للمنشآت النووية في فرنسا

#### *La Sécurité nucléaire et les installations*

#### *Nucléaires de base*

قانون البيئة الفرنسي :

«الأمان النووي يشمل السلامة النووية والحماية من الإشعاع، ومنع مكافحة الأعمال الخطيرة خاصة والمتعلقة بالأمن المدني في حالة وقوع حادثة»<sup>(١)</sup>.

#### الفرع الأول

#### ماهية السلامة النووية وفقاً للتشريع الفرنسي

فالسلامة النووية : هي مجموعة من التدابير التقنية والتنظيمية للمنشآت والمواد من حيث إغلاق وتشغيل ووقف تشغيل المنشآت النووية ونقل المواد المشعة ، وذلك لمنع وقوع الحوادث أو للتخفيف من آثارها.

الحماية من الإشعاع *La radioprotection* : هو حماية من الإشعاعات المؤينة ، وهذا يعنى مجموعة من القواعد والإجراءات ووسائل الوقاية والرقابة لمنع أو الحد من الآثار الضارة للإشعاع المؤين على الناس ، سواء كان مباشر أو غير مباشر بما فى ذلك الإضرار بالبيئة.

تحدد الدولة القواعد المنظمة للأمان النووي وتعمل على تنفيذ الضوابط اللازمة لتطبيقها. وقد تم وضع لائحة فى ٢٦ سبتمبر ٢٠٠٧ اللائحة العامة الفنية التى تهدف إلى منع والحد من التلوث والمخاطر الناجمة عن تشغيل مرافق نووية فى قاعدة سرية.

وفى ١ أكتوبر ٢٠٠٧ تم وضع قواعد تفصيلية لحماية المنشآت من حيث السرية للإجراءات والمعلومات المتعلقة بتأسيس وتنفيذ وإدارة المنشآت النووية لأغراض عسكرية<sup>(٢)</sup>.

(١) تحت عنوان السلامة والأمان للمنشآت النووية ، وفقاً لنص المادة 1-591.L من قانون البيئة الفرنسي ، المعدلة بالقانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٢ الصادر فى يناير ٢٠١٢ بالمادة ٣ منه.

(٢) المادة 2-591.L كذلك تم تعديلها وفقاً للقرار الصادر فى ٥ يناير ٢٠١٢.

ويجب عند ممارسة الأنشطة التي تنطوي على مخاطر التعرض للإشعاعات المؤينة الالتزام بالضوابط التي نصت عليها المادة L.1333-1 من قانون الصحة العامة وكذلك المادة L.110-1 من نفس القانون<sup>(١)</sup>.

ويشار على الأنشطة التي تنطوي على مخاطر التعرض للإشعاعات المؤينة أو فيما يعرف بالأنشطة النووية المنبثقة من مصدر اصطناعي سواء كانت مواد أو أجهزة، أو المنبثقة من مصدر طبيعي النويدات المشعة بطبيعتها أو تمت معالجتها في ضوء خصائصها، أو المواد المشعة الانشطارية الخصبية، فضلاً عن التدخلات لمنع أو تقليل مخاطر الإشعاعية بسبب حادث أو تلوث البيئة يجب أن الالتزام في جميع هذه الضوابط التالية<sup>(٢)</sup>:

١ - عند القيام بالنشاطات النووية سواء كان في المشاريع الصحية أو الاجتماعية أو الاقتصادية أو العلمية، يجب اتخاذ التدابير اللازمة لضمان سلامة الأشخاص من مخاطر التعرض للإشعاع المؤين.

٢ - يجب أن يبقى تعرض الإنسان للإشعاع المؤين الناجم عن هذه الأنشطة أو التدخلات فيها، إلى أدنى مستوى يمكن تحقيقه بصورة معقولة من الإشعاع، مع مراعاة الدولة من استخدام هذه الأشعة في التكنولوجيا أو الشؤون الاقتصادية والاجتماعية أو للأغراض الطبية.

٣ - على أنه لا يأخذ في حساب المستوى التعرض الشخصي للإشعاع المؤمن في موضوع استخدام الأشعة النووية في الأغراض الطبية بحيث يسمح بتجاوز الحدود المسموح التعرض فيها للإشعاع المؤمن وذلك وفقاً للقانون الصادر بالتعديل رقم ٣٠٠ لسنة ٢٠١٢، الصادر في ٥ مارس ٢٠١٢ المادة رقم ١ منها.

والأشخاص الذين يعلمون في الأنشطة النووية والذين تم تحديدهم وفقاً للمادة L.1333-1 من قانون الصحة العامة الفرنسي عليهم الامتثال والاحترام لهذه القواعد وتحمل المسؤولية عند اتخاذ التدابير الوقائية، بما في ذلك الاختبار للأنظمة، فضلاً عن اتخاذ التدبير للحد من المخاطر الأنشطة

(١) المادة L.591-3 من نص قانون البيئة الفرنسي.

(٢) المادة L.1333-1 من قانون الصحة العامة بفرنسا.

النوية وتصريف النفايات السائلة تحت السلطة الإدارية وفقاً لما هو منصوص عليه في المادة الأولى من الفصل الخامس والسادس من قانون البيئة الفرنسي<sup>(١)</sup>.

وفي حالة وقوع حادث عن الحوادث النووية أو غيره، خطراً أو محتمل الخطورة بأن يكون له تأثير كبير على سلامة المنشأة أو النقل أو يضاعف من التعرض للإشعاع المؤين بنسبة كبيرة سواء كان ذلك لأشخاص أو الممتلكات، أو البيئة، يتعين على مشغل المنشأة النووية أو الشخص المسئول عن نقل المواد المشعة الإبلاغ فوراً إلى إدارة الأمان النووي وكذلك السلطة الإدارية<sup>(٢)</sup>.

أولاً: هيئة السلامة النووية الفرنسية :

هيئة السلامة هي سلطة إدارية مستقلة، والمشاركة في مراقبة السلامة النووية والحماية من الإشعاع وكذلك تلقي الإخطار والمعلومات عن هذا المجال<sup>(٣)</sup>.

وتشكل تلك الهيئة من خمسة أعضاء يعينون لكفاءتهم في مجال السلامة النووية والحماية من الإشعاع<sup>(٤)</sup>.

ومدة العضوية للأعضاء ست سنوات، وفي حالة وجود سبب يحول بين العضو واكمال مدته، يتم تعيين عضو بديل عنه لاستكمال مدة الشخص الذي حل محله. ولا يجوز تعيين أي شخص في الهيئة بعد سن الخامسة والستين عاماً.

ومدة العضوية في الهيئة غير قابلة للتجديد، ومع ذلك لا تنطبق هذه القاعدة على الأعضاء الذين لم تتجاوز مدتهم عن سنتين وفقاً للفقرة السابقة أي فقط حل محل عضو سابق لمدة لا تتجاوز سنتين، في هذه الحالة يجوز عادة تعيينهم في هيئة السلامة النووية.

(١) المادة 4-591.L من قانون البيئة الفرنسي.

(٢) المادة 5-591.L من قانون البيئة الفرنسي.

(٣) المادة 1-592.L من قانون البيئة الفرنسي. والمعدل بالقانون الصادر في ٦ يناير ٢٠١٢.

(٤) المادة 2-592.L من قانون البيئة الفرنسي.



لا يمكن إنهاء مهام أعضائها إلا في حالة العجز أو الاستقالة ويتم ذلك من قبل هيئة السلامة النووية وبأغلبية أعضاء الهيئة وفقاً للقواعد المنصوص عليها في المواد L.592-3 و L.592-4 من هذا القانون.

ويرجع ذلك إلى طبيعة مهام هيئة السلامة النووية، من حيث بحوث اللجنة والمعلومات المستقلة عن النشاط الإشعاعي، والتي تهدف على وجه الخصوص، وفقاً لنظامها الأساسي، للدفاع عن الحق في المعلومات بشأن جميع المسائل المتعلقة بالإشعاع والحق في الحماية من آثار هذه الإشعاعات المؤينة. لذلك يكون هناك ضرورة إلى استقلال الهيئة في تعيين واستبدال أعضائها.

ثانياً : تشكيل هيئة السلامة النووية :

عضوية هيئة السلامة النووية تفرض على العضو عدم قبول أى وظيفة انتخابية عامة، وللهيئة العامة للسلامة النووية سلطة على أعضائها في حالة الجمع بين عضوية الهيئة وأى وظيفة أخرى قد تتعارض مع عضويته بالهيئة، فإذا أرادت ذلك الهيئة فإنه يجب على العضو تقديم استقالته من الهيئة<sup>(١)</sup>.

بغض النظر عن التقاعد الإلزامى بموجب المادة L.592-3 يمكن إنهاء مهام عضو هيئة السلامة النووية في حالة انتهاك الخطير لالتزاماته. ويكون هذا القرار من قبل الهيئة بأغلبية الأعضاء المكونة لها وفقاً للشروط المنصوص عليها في اللوائح الداخلية للهيئة.

وفي جميع الأحوال يجوز لرئيس الهيئة إنهاء عضوية العضو من الهيئة في حالة انتهاك خطير لالتزاماته<sup>(٢)</sup>. دون الإخلال بأحكام المادة L.124-1 كل من لديه الحق في الحصول على المعلومات التي تحتفظ له من قبل<sup>(٣)</sup>:

١ - المشغل للمنشآت النووية.

(١) المادة L.592-3 من قانون البيئة الفرنسى.

(٢) المادة L.592؛ من قانون البيئة الفرنسى.

(٣) المادة L.125-10 من قانون البيئة الفرنسى.

٢- المسئول عن نقل المواد المشعة، عند نقل كييات كبيرة على التى تم ذكره فى الاتفاقيات واللوائح الدولية التى تنظم نقل البضائع الخطرة والمنصوص عليها فى قانون النقل، وهذا النقل يخضع لإشراف هيئة السلامة النووية أو السلطة المختصة الأجنبية فى مجال نقل المواد المشعة، بموجب اتفاقية على النقل أو موافقة على الطرد الذى تم شحنه. وذلك وفقاً للترتيب الخاص لهذه المواد.

وهذه المعلومات، سواء حصل عليها أو تم إنشاءه والتركيز على مخاطره المرتبطة بالتعرض للإشعاع المؤين قد ينبج عن هذا النشاط وتدابير السلامة والوقاية من الإشعاع والتدابير المتخذة لمنع أو تقليل هذه المخاطر أو التعرض، وفقاً للشروط المحددة فى المواد من L.124-1 إلى L.124-6 من هذا القانون.

الوكالة الدولية للطاقة الذرية :

داخل الوكالة وترکز فى المقام الأول على التعاون بين الدول بشأن سلامة المنشآت النووية والحماية من الإشعاع المؤين وإدارة النفايات المشعة سواء كان ذلك فى الجوانب الاقتصادية والفنية لدورة الوقود النووى، مسئولية الوكالة بالنسبة للمعلومات على الصعيد الدولى. وتم تنفيذ هذه المهام تحت سلطة مجلس الوكالة LOCDE، اللجنة التنفيذية المكونة من ممثلين عن جميع الدول الأعضاء فى اتخاذ القرارات والتوصيات بالاتفاق المتبادل بين الأعضاء فى الوكالة.

ومع ذلك فإن القرارات التى تصدر من الوكالة لا تلزم إلا الحكومات التى وافقت عليها. وتساعد اللجنة التنفيذية الأمانة العامة للوكالة، فقد أنشأت لجنة دائمة مكونة من ٧ خبراء، هذه اللجنة تمثل من الأعضاء الذين يعملون معاً لتنفيذ برنامج عمل الوكالة فى المجالات التالية:

- سلامات المنشآت النووية. - الأنشطة التنظيمية النووية.
- الدراسات الفنية والاقتصادية على تنمية الطاقة النووية ودورة الوقود.
- إدارة النفايات المشعة. - الحماية من الإشعاع والصحة العامة.

- القانون النووى والعلوم النووية.

بالإضافة إلى ذلك، توفير قاعدة بيانات لـ ٢٢ دولة أعضاء فى الوكالة فى الخدمات العلمية المتعلقة بالبيانات النووية وبرنامج الكمبيوتر. والوكالة تتعاون مع الوكالة الدولية للطاقة الذرية (AIEA) والتي أبرمت معها اتفاقية التعاون<sup>(١)</sup>.

المراقبة الدولية للمنشآت النووية للحد من مخاطرها :

بالنسبة لفرنسا: تخضع فرنسا مع شركائها فى الاتحاد الأوروبى للمراقبة الدولية الخاصة بالمواد النووية المدنية، وتقوم بالمراقبة هيئتين دوليتين هما:

١- المفوضية الأوروبية وذلك فى إطار تنفيذ الفصل VII

للمعاهدة المنشئة للجماعة الأوروبية للطاقة الذرية «أوراتوم».

٢- الوكالة الدولية للطاقة الذرية.

إن الخضوع للمراقبة وفقاً لاتفاقية «أوراتوم» إلزامى لجميع البلدان الأعضاء فى الاتحاد الأوروبى، وتمارس هذه المراقبة فى إطار المفوضية الأوروبية من طرف المديرية العامة للطاقة ولوسائل النقل. ويتعلق الأمر بالنسبة للمفوضية بالتحقق من أن المعادن والمواد المصدرة والمواد الانشطارية الخاصة لا يتم استعمالها لأغراض أخرى غير تلك التى صرح بها مستعملوها.

كذلك تتجسد المراقبة التى تقوم بها «أوراتوم» بالخصوص فى تسليمها من طرف الدول الأعضاء لمجموع المعطيات الحسابية المتعلقة بالمواد النووية المدنية بما فيها المعادن، وتسليم الخاصيات التقنية الأساسية

---

(1) L'Agence européenne pour l'énergie nucléaire (L'OCDE). (Bertrand Guillerat, énergie, Répertoire de droit international, septembre, 2011, Agence pour energie nucléaire, (AEN) de L'OCDE, 2011, Dalloz.  
(CERN) L'organisation européenne pour la recherche nucléaire.

للمنشآت فى فرنسا، صرح بجميع المواد النووية المدنية لأوراتوم، كذلك التفتيش من طرف المفوضية الأوروبية.

تخضع فرنسا كذلك لضمانات الوكالة الدولية للطاقة الذرية لبعض المواد النووية، فى إطار الاتفاق الثلاثى الأطراف بين فرنسا وأوراتوم والوكالة الدولية للطاقة الذرية التى دخلت حيز النفاذ فى ١٢ سبتمبر ١٩٨١.

وتمارس الوكالة الدولية للطاقة الذرية مراقبة هادفة، الغرض منها التحقق من أن المواد النووية التى يتم إخضاعها لها لم تسحب من الأنشطة النووية المدنية. والمفوضية الأوروبية طرف فى الاتفاق. وهى تؤمن تسليم جميع المعلومات المبعوثة للوكالة فيما يتعلق بهذه المواد النووية. ولتعزيز ضمانات الوكالة الدولية للطاقة الذرية، وقعت فرنسا فى ٢٢ سبتمبر ١٩٩٨، بروتوكول إضافى لاتفاقها للضمانات :-

ويبدأ نفاذ هذا البروتوكول بالنسبة لجميع البلدان الأعضاء فى الاتحاد الأوروبى فى ٣٠ أبريل ٢٠٠٤.

حيث يساهم البروتوكول الإضافى فى تعزيز قدرة الوكالة الدولية للطاقة الذرية على الكشف عن مواد وأنشطة غير مصرح بها فى الدول غير الحائزة.

وبالتالى التزام فرنسا بالتصريح للوكالة بمختلف أوجه تعاونها مع الدول غير الحائزة للأسلحة النووية، والسماح لها، إذا لزم الأمر، بالتأكد من حقيقة الواقع فى المنشآت النووية المعنية.

الاحترام الصارم للمعايير المتقيدة أكثر بالأمان والأمن وعدم الانتشار: كل ذلك فى ضوء الاحترام الصارم للمعايير المقيدة أكثر بالأمان والأمن وعدم الانتشار باعتبار فرنسا عضواً فى الأنظمة العالمية للتحقق من الصادرات «مجموعة موردي المواد النووية ولجنة زانغر».

وتكسى الالتزامات الموقع عليها فى إطار مجموعة موردي المواد النووية بالنسبة لفرنسا بعداً ملزماً، مادامت اللوائح المحددة فى هذا الإطار قد اعتمدت فى قاعدة الاتحاد الأوروبى رقم ٤٢٨/٢٠٠٩.

كذلك تشارك فرنسا في المبادرات متعددة الأطراف إلزامية إلى تشجيع تطوير مسئولية للطاقة النووية. ودعم آليات التأمين متعددة الأطراف للتزويد بالوقود النووي ودعم أنشطة الوكالة الدولية للطاقة الذرية.

بالإضافة إلى تطوير أمن ومسئولية لبرنامج كهرونووي، والمساعدة في تحديد سياسة نووية والتزويد بالخبرة في الجوانب القانونية والتقنية والتنظيمية لبرنامج كهرونووي.

### الفرع الثاني

الحماية الجنائية للأمن والسلامة النووية في التشريع الفرنسي وفقاً لآخر التعديلات التي اتخذها المشرع الفرنسي في ٥ مارس ٢٠١٣ في قانون الإجراءات الجنائية وقانون الصحة العامة في مجال السلامة والأمان النووي:

أولاً: بالنسبة لقانون الإجراءات الجنائية وقانون البيئة الفرنسي:

١- المادة 3-216L تعديل للقانون رقم ٣٤/٢٠١٢ في ١١ يناير ٢٠١٢، بإضافة المادة ٤ وفقاً لتعديل ٥ مارس والذي بدأ نفاذ هذا التعديل في الأول من شهر يوليو ٢٠١٢:

وذلك بإضافة صفة الضبطية القضائية لأعوان الشرطة القضائية ومفتشى النيابة المشار إليهم في المادة 1-172L بحق التحقيق في الانتهاكات وتقديم تقرير لأحكام الفصول الأول إلى السابع من هذا الباب من القانون وكذلك تنفيذ أحكام القانون والقرارات التنفيذية وتنفيذها لكل من: ..... لمفتشى السلامة النووية والمحددین وفقاً للمادة 22-592L.

وبالتالي أصبح لمفتشى السلامة النووية في فرنسا صفة الضبطية القضائية في مجال اختصاصاتهم وفقاً للقانون النووي الفرنسي. وهذا سبق يتميز به المشرع الفرنسي عن المشرع المصري والمشرع الإماراتي، لذلك نشأ كلاً من المشرعين المصري والإماراتي أن يحدوا حذو المشرع الفرنسي في إعطاء صفة الضبطية القضائية لمفتشى السلامة النووية في مجال اختصاصاتهم.

ثانياً: قانون الصحة العامة الفرنسي :

قضية ايبينال في ٢٠٠٨ فرنسا:

ففي قضية تتخلص وقائعها في المستشفى الطبي الفيزيائي جان مونيه ايبينال ، والتي تقدم للأشخاص علاج متخصص في العلاج الطبي الفيزيائي من خلال استخدام الإشعاع النووي ، حيث أن الشخص المستول عن الحماية من الإشعاع وأضراره أى المستول عن السلامة النووية لم يقيم بإتباع الإجراءات المنصوص عليها لحماية المرضى الخاضعين للإشعاع حيث تم تغيير أسلوب علاج المريض المصاب بسرطان البروستاتا دون إخطار المعالجين والمعالجات بالإضافة إلى أنه كان ينبغي تخفيض جرعة الإشعاع النووي التي تعطى للمرضى. حتى تم إعطاء المرضى جرعات زائدة عن الحاجة المحددة في القانون بالإضافة إلى عدم إخطار هيئة السلامة النووية بهذه الحوادث التي خالف ضوابط العلاج الإشعاعي في مستشفى ايبينال الفرنسية في الفترة من ٢٠٠٤ - ٢٠٠٥ على عدد حالات مؤكدة وهي ٢٣ حالة مما كان السبب في فصل هذا الشخص المستول كعقاب عن هذا الخطأ المهني الجسيم<sup>(١)</sup>.

ووفقاً للمادة 2-1451.R من قانون الصحة العامة الفرنسي التي تم تعديلها وفقاً للقانون رقم ٧٤٥/٢٠١٢ في ٩ مايو ٢٠١٢ والتي دخلت في حيز النفاذ في ١ يوليو ٢٠١٢ :  
(وفقاً للفقرة الرابعة):

حيث أوجب القانون إخطار الوزير المختص أو رئيس السلطة أو المدير أو مدير المؤسسة أو مجموعة المصالح العامة بالمعلومات التالية :

---

(1) A.C/C.H Jean Monnet d'Épinal: req.no 09 NCO 1252. Sur cette affaire, CRC Lorraine, Rapport d'observations definitives, centre hospitalier Jean Monnet a Epinial, 28 Mai 2008, p. 52-57 (Sit de la cour des comptes) IGAS, Rapp. Wack, Lalande et Seligman, no RM 2007-015 p, Mars 2007 (version resumée, Site de la Documentation Française) ).

الأنشطة الرئيسية والفرعية سواء كانت بإجراء مجانياً التي نفذت خلال السنوات الخمس الماضية فى الشركات والمؤسسات والمنظمات والجمعيات بالنسبة للأنشطة والتقنيات والمنتجات التي تقع ضمن نطاق اختصاص مواد الصحة العامة والأمن والسلامة العامة للإدارة أو هيئة أو جماعة المشار إليها فى الفقرة الثانية من هذه المادة حيث يجب الإخطار فى الحال إلى هيئة السلامة النووية ومعهد الوقاية من الإشعاع والأمان النووى وذلك للحماية فى مجال سلامة المنتجات الصحية وكذلك إلى معهد سلامة المنتجات الصحية. دون إخلال بالشروط الأخرى المنصوص عليها وهى:

أ - الإخبار بالأنشطة التي أجريت مع شركات أو هيئات المشاركة فى نفس المجال.

- ب - الإخطار بالمشاركة فى هيئة صنع القرار فى منظمة عامة أو خاصة.
- ج - تقديم النصيحة والاستشارات والخبرة للمنظمات العامة والخاصة.
- د - البحوث والدراسات العلمية للمنظمات العامة والخاصة.
- هـ - المداخلات والكتب والنشرات والأبحاث المقدمة فى المؤتمرات والندوات والاجتماعات العامة أو تنظيم دورات أو الدعم المالى من قبل شركات خاصة.
- و - وكذلك براءة الاختراع لمنتج أو عملية أو أى شكل من أشكال الملكية الفكرية أو تلقى مكافآت أو إعلان جائزة بواسطة شخص أو مؤسسة متى كان عضو فيها أو يتلقى مرتب منها.
- المادة 1-1451 R من قانون الصحة العامة الفرنسى:

أوجبت هذه المادة إخطار الوزير المختص ورئيس الإدارة أو مدير المؤسسة أو المؤسسات العامة بالواجبات والمهام التي تم إنجازها على النحو التالى:

(الفقرة الرابعة) أعضاء مجلس إدارة المنظمات لنفس المؤسسات والهيئات والتجمعات الأخرى، واللجان ومجموعات العمل والمجالس القائم على التنظيم للقانون واتخاذ التدابير الداخلية واتخاذ القرارات

والتوصيات ووضع معايير الأداء وتقديم التوصيات والرأى فى الموضوعات التالية حسب اختصاصاتها وهى :

أ - بالنسبة للحالات التى تتم داخل مؤسسة أو سلطة أو مجموعة أخرى من المؤسسات بالنسبة للمسائل المتعلقة بسلامة أمن وسلامة الصحة العامة فيجب إخطار هيئة السلامة النووية ومعهد الوقاية من الإشعاع.

ب - بالنسبة للحالات المتعلقة بأمن وسلامة المنتجات الصحية فيجب إخطار هيئة السلامة النووية ومعهد الوقاية من الإشعاع.

ولوزارة الصحة العامة اعتماد هذه الإجراءات وفقاً للمواد أرقام

L.1222-1 ، L.1431-1 ، L.1418-1 ، L.1417-1 ، L.1415-2 ، L.1413-

2 ، L.1313-1 ، L.3135-1 ، L.5311-1 من قانون الصحة العامة الفرنسى

والمادة 37-16 من قانون الضمان الاجتماعى وكذلك إعداد القرارات

والتوصيات والمراجعة والرقابة وتحديد الوكلاء بالنسبة للموضوعات

المتعلقة بالصحة العامة أو السلامة المذكورة فى الفقرة الرابعة السابق

ذكرها. ولها كذلك الحق فى التفتيش والتقييم والرصد والرقابة على

التقنيات المستخدمة أو المنتجات الداخلة فى مجال الصحة والسلامة العامة.

كذلك لأعضاء معهد الوقاية من الإشعاع والسلامة النووية سلطة

الرقابة والتفتيش والرصد لتقييم وفحص المنتجات الصحية باستخدام

خصائص الإشعاع المؤين للتأكد من سلامة هذه المنتجات. ويجب أن يتم

ذلك على نحو من الكشف العلنى وفقاً للأصول المهنية المحددة فى اللائحة

التفذيذة.

هذا وقد ألزم المشرع الفرنسى الجهة الطبية المعالجة للحصول على

جميع الوثائق اللازمة فما فى ذلك التى تنطوى على البيانات الشخصية

من الطبيب وعمل نسخ منها ونسخ أخرى على الكمبيوتر ووضعها تحت

الطلب، وكذلك العينات التى تم تحليلها، ومن القائم على هذا التحليل.

وفقاً للمادة 3-5411L ويكون حصول هيئة السلامة النووية على هذه

الأشياء والوثائق ذات الصلة يكون بإذن قضائى للإطلاع على هذه

المعلومات، وفى ذلك حماية لحق الإنسان فى الخصوصية، وفى نفس



الوقت حماية لحق المجتمع من الإساءة أو مخاطر استخدام الطاقة النووية أو الإشعاع النووي في العلاج<sup>(١)</sup>.

ويجب أن يتم إرسال السجلات وهي أدلة ظاهرة خلال خمسة أيام من طلب المدعى العام الجمهورى إرسال هذا الطلب مع مراعاة مواعيد المسافة المحددة بالقانون والمكان الجغرافى التى ارتكبت فيه الجريمة<sup>(٢)</sup>.

وقد عاقب المشرع الفرنسى وفقاً للمادة 2-1337 L من قانون الصحة العامة الفرنسى كل من يخالف الالتزامات السابقة من حيث الإخطار بالمعلومات أو انتهاك أحكام المادة السابقة بالغرامة حوالى عشرة آلاف يورو بالإضافة إلى القيام بالتعويض لإصلاح الأضرار التى تحققت نتيجة لأفعاله وكذلك القيام بالخدمة العامة لمدة محددة.

ويعنى من الإخطار والحصول على التصاريح من هيئة السلامة النووية ومعهد رقابة الإشعاع ما يلى<sup>(٣)</sup>:

- حيازة أو استخدام الأجهزة الكهربائية، فى ظل الظروف الطبيعية للاستخدام وفقاً للمتطلبات التالية:

أ - المعدات الكهربائية المستخدمة وفقاً لمعايير المراجعة الصادرة من هيئة السلامة النووية والتى أقرها وزراء الصحة والعمل والصناعة.

ب - الجهاز الحاصل على شهادة الإعفاء الصادرة بقرار من هيئة السلامة النووية التى أقرها وزراء الصحة والعمل أنه حسب التصميم يضمن حماية فعالة للبيئة من الإشعاعات المؤينة فى الظروف العادية للاستعمال.

(١) المادة 1-1-1337 L من قانون الصحة العامة الفرنسى المعدل للقانون رقم ٢٠٠٤/٨٠٦ الصادر فى ٩ أغسطس، والمادة ٨٢/٤، وكذلك القانون رقم ٢٠٠٦/٦٨٦ الصادر فى ١٣ يونيو ٢٠٠٦، المادة ٥٦.

(٢) القرار رقم ٢٠١٠/١٧٧ الصادر فى ٢٣ فبراير ٢٠١٠، المادة ١٩ - ٢٦.

(٣) المادة 18-1333 R من قانون الصحة العامة الفرنسى المعدل للمرسوم رقم ١٥٨٢ - ٢٠٠٧ الصادر فى ٧ نوفمبر ٢٠٠٧، والمادة ١٥، والمادة 4-1333 R من قانون الصحة العامة الفرنسى.

ج - الأجهزة الكهربائية المستخدمة لعرض الصور CRT، أو الأجهزة الكهربائية الأخرى التي تعمل في فرق الجهد أقل من أو يساوي ٣٠ كيلو فولت.

ولا يستفيد من الإعفاء المنصوص عليه السابق من الحصول على التراخيص اللازمة الأنشطة النووية المتعلقة بطب الأسنان والطب والبيولوجي البشرية والبحوث الطبية الحيوية.  
حماية العاملين في مجال الأنشطة النووية والإشعاعية:-

كذلك وفقاً لأحكام قانون العمل المتعلق بحماية العمال حدد المشرع الفرنسي الشروط المتعلقة بممارس المهن التي يتعرض فيها الشخص للإشعاع المؤين وكذلك النسب الطبيعية من الإشعاع المسموع التعرض له حسب النشاط. فقد صدر من وزراء الصحة والبيئة بناء على أخذ رأى هيئة السلامة النووية قرار يحدد فئات الأنشطة المهنية التي تنطبق عليها أحكام هذا القانون وتحديد كميات النويدات المشعة التي يمكن التعرض لها ومستوياتها وكيفية قياس مستوى الأشعة التي يتعرض لها العامل<sup>(١)</sup>.

ويجب أن يتم مراجعة هذه النسب ومستوياتها كل سنتين لتقييم الإجراءات الواجب اتخاذها للحد من التعرض للإشعاع المؤين والنظر إلى النتائج والتقديرات الطبيعية والكميات التي يمكن للإنسان أن يتحمله دون أن تسبب له أضرار وكذلك تحديد التدابير الوقائية من هذه الإشعاعات المؤينة، وذلك بقرار من هيئة السلامة النووية بعد موافقة وزراء الصحة والبيئة، بحيث تحدد الأنشطة التي تجاوزت النشاط الإشعاعي النووي المسموح به بموجب هذا القانون وقانون العمل.

وقد عاقب المشرع الفرنسي بالحبس مدة ٦ شهور والغرامة ٧٤٠٠ يورو في حالة القيام بما يلي:

(١) الفقرة الثالثة من المادة R.1333-13 من قانون الصحة العامة الفرنسي، المعدل للمرسوم رقم ١٥٨٢ - ٢٠٠٧ في ٧ نوفمبر ٢٠٠٧، المادة ١١.

١ - مخالفة الالتزامات من ممارسات أو استخدامات وتطبيقات  
تخالف تعليمات هيئة السلامة النووية المنصوص عليها بموجب المادة  
L.1333-2.

٢ - عدم القيام باتخاذ الإجراءات والتدابير المنصوص عليها من  
هيئة السلامة النووية من حماية التعرض للمعلومات للأشخاص  
المنصوص عليها في المادة L.1333-8 من القانون.

٣ - عدم القيام بالتدابير الوقائية المنصوص عليها بالقانون رقم  
L.2009-879 الصادر في ٢١ يوليو ٢٠٠٩، والمادة II-103 المتعلقة  
بالتدابير الوقائية لحماية الأشخاص والشركات المنصوص عليها وفقاً  
للمادة L.1333-10.

٤ - عدم التسجيل للمعلومات المتعلقة بالمصادر المشعة المنصوص  
عليها في المادة L.1333-9.

٥ - عدم القيام بالإخطار الرسمي أو الإبلاغ في الوقت المناسب  
لهيئة السلامة النووية في حالة وقوع حالة من الحالات المحددة بالمادة  
L.1333-1320.

هذا ويجب ملاحظة أن الشروط الفنية التي تفرضها وزارة الصحة  
وكذلك المديرين أو هيئة السلامة النووية المتعلقة بالأنشطة النووية  
والإشعاعية تخضع لمراجعة قضائية محدودة وذلك وفقاً للحكم الصادر من  
مجلس الدولة الفرنسي<sup>(١)</sup>.

حيث تتلخص وقائع القضية في حكم بعدم قانونية أمر الاعتماد  
للآلات الأشعة السينية للإنسان، حيث أنه ليس هناك تقرير يحدد الشروط  
المحددة لممارسة العمل على هذه الأجهزة واستخدامها «حيث أن هذه  
الحالة العمل قائم على استخدام الأشعة للإنسان لتقييم أو تأهيل الأسنان  
من قبل الطبيب المختص»<sup>(٢)</sup>.

(1) AJDA, 1981, no 1, p. 43, Conci. Bacquet. Dalloz  
Jurisprudence conceit d.Etat, Publié au Recueil Lebon,  
Par. M. Du Caux; M. Olivier, M. Bacquet.

(2) Féd. Des chirurgiens – dentistes de France, req. no 10829:  
Lebon T. 860 "NB: L'agrément ministériel est devenu  
l'autorisation de l'Autorité de Sûreté nucléaire".

ثالثاً: بالنسبة لمورد المصادر المشعة المختومة أو الاستيراد لها:

يلتزم المورد للمصادر المشعة المختومة، والمنتجات أو الأجهزة التي تحتوي عليها أن يحصل على إذن خاص من هيئة السلامة النووية لاستيرادها بناء على طلب مسبق تحدد فيها مصدر هذه المواد أو المنتجات والزمن وصاحب الطلب واستخدامات هذه المواد أو المنتجات وفي حالة الرفض يلزم المستورد إعادة تصدير هذه المنتجات أو المواد إلى الجهة المستوردة منها وفي الوقت المناسب التي تعلنه هيئة السلامة النووية<sup>(١)</sup>.

رابعاً: معالجة النفايات السائلة والنفايات الملوثة بالنويدات المشعة:

نتيجة للأنشطة النووية والإشعاعية تتجمع النفايات السائلة والنفايات الملوثة بالنويدات المشعة وبالتالي حدد المشرع الفرنسي ضوابط من حيث تجميع هذه النفايات ثم التخلص منها مع مراعاة خصائص وكميات هذه النويدات المشعة من حيث خطر التعرض للشخص المنفذ لبرنامج التخلص من هذه النفايات وذلك وفقاً للقواعد التقنية للتخلص من النفايات السائلة والنفايات الملوثة بالنويدات المشعة الصادر بها قرار من هيئة السلامة النووية والتي أقرها وزراء الصحة والبيئة في فرنسا<sup>(٢)</sup>.

هذا وقد حكم بأنه يمكن تعيين عضو من مجلس الدولة في هيئة السلامة النووية حيث أن القانون الصادر في ١٣ يونيو ٢٠٠٦ المتعلق بالسلامة النووية والشفافية لم يقصر عضوية هيئة السلامة النووية فقط على الذين لديهم مهارات علمية في المجالات التقنية بل يجوز أن يستعين بمستشار قانوني له خبرة قانونية في القضايا النووية والقانون النووي وقانون البيئة والشؤون الإدارية<sup>(٣)</sup>.

(١) الفقرة الثانية من المادة R.1333-52 من قانون الصحة العامة الفرنسي المعدل للمرسوم رقم ١٥٨٢ - ٢٠٠٧ الصادر في ٧ نوفمبر ٢٠٠٧، المادة ٢٣، والتي دخلت حيز النفاذ في ٩ مايو ٢٠٠٨.

(٢) المادة R.1333-12 من قانون الصحة العامة الفرنسي المعدل للمرسوم رقم ١٥٨٢ - ٢٠٠٧ الصادر في ٧ نوفمبر ٢٠٠٧، المادة ١٠.

(3) CE 19 déc, 2007, commission de recherche et d'information indépendantes sur la radioactivité, req, no 300451: lebon. P. 516, AJDA 2008. 477, concil-Aguila, Consi d'Etat.

خامساً: بالنسبة للسجلات للمواد النووية الإشعاعية:

بموجب المادة الثالثة من قانون البيئة الفرنسي تحدد هيئة السلامة النووية العناصر التي ينبغي إدراجها في السجلات المطلوبة والمعايير التقنية والاعتبارات المنهجية لإعداد الوثائق المشار إليها في هذا القانون، كذلك الإجراءات وشروط السجلات المشار إليها في الفقرة الأولى إذا كانت في شكل الكتروني<sup>(١)</sup>.

سادساً: الوكالة الوطنية الفرنسية لإدارة النفايات المشعة :

تعتبر الوكالة الوطنية لإدارة النفايات المشعة الناتجة عن المؤسسات العامة الصناعية والتجارية وهي المسؤولة عن الإدارة على المدى الطويل للنفايات المشعة بما في ذلك<sup>(٢)</sup>:

١- إنشاء وتجديد كل ثلاث سنوات مخزن للمواد المشعة والنفايات الموجودة في فرنسا وكذلك نشر مواقعها على التراب الوطني الفرنسي، وذلك وفقاً للمادة L.542.21 من قانون البيئة<sup>(٣)</sup>.

٢- الأخذ بالدراسات والبحوث على تتبع أحدث الأساليب لتخزين النفايات المشعة والتخلص منها في التكوينات الجيولوجية العميقة والتنسيق فيما بينها والمراكز البحثية المهتم بهذه الموضوعات وفقاً للمادة L.542-1-2 من قانون البيئة.

٣- المساهمة ضمن الشروط المحددة في تقييم التكاليف المرتبطة بتنفيذ إدارة من الحلول طويلة الأجل للنفايات المشعة وارتفاع متوسط العمر الافتراضي للمخازن للمواد والنفايات المشعة وفقاً لطبيعتها.

٤- القيام وفقاً لقواعد السلامة النووية والمواصفات لتخزين النفايات المشعة، وللسلطات الإدارية الحق في إعطاء رأى حول مواصفات التغليف للنفايات المشعة للتخلص منها.

(١) المادة ٧٦ من قانون البيئة الفرنسي.

(٢) المادة L.542-12 من قانون البيئة الفرنسي.

(٣) الفقرة الأولى من المادة L.542-12 من قانون البيئة المعدل للقانون رقم L.2006-739

الصادر في ٢٨ يونيو ٢٠٠٦ المادة ١٤.

- ٥- التصميم وتنفيذ وتحقيق وإدارة مراكز التخزين أو مراكز للنفايات المشعة نظراً لاحتمالات طويلة الأجل للإنتاج وإدارة النفايات وكذلك لأداء جميع الدراسات المتعلقة بذلك.
- ٦- لضمان جميع ونقل وإدارة النفايات المشعة ومعالجة المواقع الملوثة المشعة عند الطلب وعلى حسب المسؤولين والطلابين العموميين وتحت مسؤوليتهم فى مواقع النفايات فى حالة حدوث أى أخطاء.
- ٧- إعلام الجمهور والشفافية فى المعلومات والمسائل المتعلقة بإدارة النفايات المشعة، والمشاركة مع الباحثين واستخدام التكنولوجيا الحديثة فى مسائل المتعلقة بإدارة النفايات المشعة.
- ٨- الاستفادة من الخبرات الأجنبية وكذلك نشر هذه الخبرة للخارج من خلال التعاون الدولى.

سابعاً: مبدأ المشاركة العامة للجمهور فى القرارات التى تؤثر على البيئة:

وفقاً للقانون رقم ١٤٦٠ - ٢٠١٢ الصادر فى فرنسا فى ٢٧ ديسمبر ٢٠١٢ بشأن تنفيذ مبدأ المشاركة العامة المنصوص عليها فى المادة ٧ من ميثاق الأمم المتحدة للبيئة.

يعرف الإجراء الجديد مشاركة الجمهور فى القرارات العامة التى تؤثر على البيئة. وقد صدر مؤخراً عن المجلس الدستورى الفرنسى العديد من التعديلات بإلغاء العديد من أحكام قانون البيئة لعدم الدستورية والمخالفة للمادة ٧ من الميثاق الذى اعتمد بالفعل فى الدستور الفرنسى على الرغم من بعض أوجه القصور والنقد نتيجة عدم وجود الضمانات والالتزامات التى تعزز المشاركة العامة الفعالة والأخذ بالتعليقات من الجمهور على القوانين المتعلقة بالبيئة، وخاصة هنا المواد والأنشطة النووية والإشعاعية.

بعد صدور العديد من القرارات من المجلس الدستورى الفرنسى لقانون البيئة لعدم الامتثال لأحكام المادة ٧ من ميثاق الأمم المتحدة للبيئة وبالتالى عدم الدستورية، وبالتالى صدر القانون الجديد رقم ١٤٦٠ - ٢٠١٢ باعتباره أول تشريع إصلاحى حيث مبدأ المشاركة للجمهور وتم

نشر هذا القانون بالإجراء المستعجل في الجريدة الرسمية الفرنسية في ٢٨ ديسمبر ٢٠١٢.

فالمادة ٧ من ميثاق الأمم المتحدة للبيئة نصت على أنه:

«لكل شخص الحق، وفقاً للشروط والحدود التي يحددها القانون، والحصول على معلومات عن البيئة التي تحتفظ بها السلطات العامة، والمشاركة في تطوير القرارات العامة التي تؤثر على البيئة».

فهذه المادة تؤسس لمبدأ دستوري جديد وهو مبدأ المشاركة العامة وتحول للمواطنين الحق في التشريع لقوانين البيئة من حيث إلغائها أو تحديد الشروط المحددة لها<sup>(١)</sup>.

وقد قامت فرنسا بتعديل التشريعات لتنفيذ المبدأ المنصوص عليها باعتباره واحداً من المبادئ العامة للقانون البيئي في المادة L.110-1 من قانون البيئة الفرنسي. وقد وضعت إجراءات خاصة لفئات معينة من القرارات وخاصة فيما يتعلق بالدولة والمؤسسات العامة، حيث أدرجت أحكام عرضية لمواجهة ذلك وفي نفس الوقت متكاملة مع المواد التالية L.120-1 و L.120-2 من القانون رقم ٧٨٨ - ٢٠١٠ الصادر في ١٢ يوليو ٢٠١٠ الخاص بالالتزامات الوطنية بالنسبة للبيئة.

ومع ذلك فقد اعتبر المجلس الدستوري الفرنسي هذا القانون غير كاف وغير كامل ومخالفة لأحكام المادة ٧ من ميثاق الأمم المتحدة للبيئة

- (1) V. Cons. Const. 19 Juin 2008, no 2008-564 DC, AJDA 2008, p. 1614, note O. Dordp D. 2009, p. 1852, obs. V. Bernaud, et L. Gay et p. 2448, obs. F.G.Trébulle ; RFDA 2008, p. 1233, chron- A-Roblot-Troizier et T. Rambaud; Constitutions 2010. p. 56, obs. A.Levade, p. 139, obs. Y. Aguila et, p. 307, obs. Y. Aguila et CE, ass., 2 oct 2008, commune d'Annecy, req. no 297931, Lebon; AJDA 2008. p. 2166, chron. E. Geffray et S.-J. Lieber; D. 2009, p. 1852, obs. V. Bernaud et L. Gay et p. 2448, obs. F.G. Trébulle; RDI 2008, p.563, obs. P. Sober-couteaux; RFDA, 2008, p. 1147, concl. Y. Aguila, p. 2258, note L'Janicot et p. 1233, chron, A. Roblot – Troizier et T. Rambaud.

وخاصة نص المادة L.120-1 من قانون البيئة الفرنسي وتم إعلان عدم دستورتيتها اعتباراً من ١ يناير ٢٠١٣ أوجب على الدولة الفرنسية اتخاذ مجموعة من القرارات والأحكام التنظيمية المحددة لتنفيذ حكم المجلس الدستوري<sup>(١)</sup>.

وتم السماح للجمعية الوطنية الفرنسية «البرلمان» فترة حتى ١ سبتمبر ٢٠١٣ لتعديل واستكمال قانون البيئة الفرنسي حتى يتوافق ويتلاءم مع مبدأ المشاركة الفعالة للجمهور وفقاً للمادة ٧ من ميثاق الأمم المتحدة للبيئة.

وقد تم طرح مشروع القانون في مجلس الشيوخ في ٣ أكتوبر ٢٠١٢ وذلك لتصحيح الوضع بعد القرار الصادر من المجلس الدستوري الفرنسي وضمن امتثال كامل للمادة ٧ من ميثاق الأمم المتحدة للبيئة.

وتندرج ذلك تحت إطار سياسة «التحول الإيكولوجي» التي بدأتها الحكومة الفرنسية الجديدة. فعالية مشاركة الجمهور في القرارات العامة التي تؤثر على البيئة هي واحدة من أهداف خريطة الطرق التي اعتمدت في ختام أعمال المؤتمر البيئي الذي عقد في باريس في ١٤ ، ١٥ سبتمبر ٢٠١٢.

وقدم في البداية المشروع بقانون لتعديل قانون البيئة الفرنسي إلى الجمهور إلكترونياً على الإنترنت في الفترة من ١١ إلى ٢٤ سبتمبر ٢٠١٢. ولكنه لم يصوت عليه إلكترونياً سوى ٢٨٦ شخصاً وكان ذلك إقبالاً ضعيفاً. ثم شرعت الحكومة في اتخاذ إجراءات متسارعة كانت محل معارضة ولكنه نتيجة لالتزام الحكومة وفقاً لقرارات المجلس الدستوري الفرنسي في وضع تعديل لقانون البيئة قبل حلول الموعد النهائي وهو ١ يناير ٢٠١٣.

وكان هذا النص من حيث المبدأ اتفاق واسع النطاق من الجماعات السياسية، ولكنه بالنسبة لتنفيذ المبدأ أو وسائل تنفيذ هذا المبدأ كان هناك

---

(1) Bénédicte Delaunay, "La réforme de la participation du public", AJDA, 2013, p. 344.



مناقشة واسعة وخلافات، وخاصة الاستخدام الواسع للنطاق المتديات الإلكترونية ولكنه فى النهاية تمت الموافقة على المشروع خاصة بدعم من مجموعة حماية البيئة مع الاعتراف «بالإجراء المتوازن» ولكن كان الانتقاد لعدم وجود طموح فى هذا النص وخاصة استبعاد مسألة الأمان النووى من نطاق تطبيق مبدأ المشاركة.

وقد تم تحسين وتجويد للمشروع فى الإجراءات البرلمانية وبخاصة تعزيز فعالية هذا الإجراء ولكنها ليست على المستوى المطلوب على قانون الإدارة البيئية المطلوبة من دعاة حماية البيئة.

وتم تعديل المادة ١١٠-١ من قانون البيئة الفرنسى:

الذى يحدد ويعرف من خلالها مبدأ المشاركة، بناء على مبادرة من الجمعية الوطنية الفرنسية «البرلمان» وفقاً للمادة ١ من القانون، ومن أجل التمييز بينه وبين الحق فى الوصول الى المعلومات المتعلقة بالبيئة، لتوضيح موافقته مع نص المادة ٧ من ميثاق الأمم المتحدة للبيئة. فقد تم الكثير من التعديلات والتغيير فى الصيغة للوصول إلى الصيغة النهائية التى تلبى القرار الصادر من المجلس الدستورى الفرنسى.

فالفقرة الرابعة ١١ من المادة 110-1.L من قانون البيئة لتحل محلها الفقرة التالية «من حيث المبدأ لكل شخص الحق فى الحصول على المعلومات من البيئة التى تحتفظ بها السلطات العامة».

أما الفقرة الخامسة من المادة السابقة فقد حلت محلها الفقرة التالية وفقاً لتعديل الأخير للقانون لتصبح على النحو التالى:

«ومبدأ المشاركة حيث يتم إبلاغ أى شخص من مشروع القرارات العامة التى تؤثر على البيئة فى ظل ظروف تسمح له بالإدلاء بملاحظاته، التى تؤخذ فى الاعتبار من قبل السلطة المختصة».

وفقاً للنص القديم السابق على التعديل للمادة 110-1.L من قانون البيئة الفرنسى: «أثار الوصول إلى المعلومات المتعلقة بالبيئة بما فى ذلك المتعلقة بالمواد والأنشطة الخطرة» مشكلة ولكن هذه المشكلة أصبحت ليست لها محل أو ضرورة وخاصة بعد الصياغة الجديدة للقانون الجديد

بـحيث يعطى مبدأ المشاركة للجمهور جميع فئات المعلومات. فالمؤسسة العامة لا تتناول بالطرح للموضوعات الهامة على البيئة وفقاً لاتفاقية أرهوس "Aarhus" ولكن الميثاق يتوسع ليشمل مبدأ المشاركة محل القرارات التي تؤثر على البيئة وبالتالي كل شئ أصبح متاح للجمهور للمشاركة وإبداء الرأي.

ثامناً: وبالنظر إلى المادة ٢٩ من قانون ١٣ يونيو ٢٠٠٦ المتعلقة بالشفافية والأمن للمواد النووية، فينص على:

«أن الإيقاف النهائي أو المؤقت لتشغيل منشأة نووية لا يتم إلا بناء على إذن مسبق من السلطات المختصة»

والمادة ٧٠ من المرسوم الصادر في ٢ نوفمبر ٢٠٠٧ المتعلقة بأساس التحكيم بالمنشآت النووية والسلامة النووية ونقل المواد المشعة وتطبيقاً لأحكام القانون وهي تنص على ما يلي: -  
تطبيقاً لهذا بالإيقاف النهائي عملاً بالمرسوم الصادر في ١١ ديسمبر ١٩٦٣:

لا بد وأن يسببه معالجة لهذا الأمر وفقاً للإجراءات التي يحددها المرسوم الصادر في ١١ ديسمبر ١٩٦٣. على أن يتم قبول هذه الطلبات أو رفضها بموجب المرسوم، وبناء على تقرير من الوزراء المختصين والمسؤولين عن السلامة النووية وبناء على أخذ رأي والاستشارة من هيئة السلامة النووية وذلك على النحو المبين في المادتين ١٥ و ١٦ من هذا المرسوم.  
وفقاً للمادة ٣٨ من المرسوم فإن الإغلاق النهائي يقصد به التفكيك للمنشأة النووية وفقاً لأحكام المادة ٢٩ من قانون ١٣ يونيو ٢٠٠٦.  
وفقاً لأحكام المادة ٣٨ من المرسوم:

II - بأن الإيقاف النهائي بتفكيك المنشأة النووية بذكر البيانات التالية:

١- يذكر هوية المشغل وموضوع أو نشاط المنشأة النووية التي سوف يتم إيقافها نهائياً.

٢- وصف دقيق للعناصر الأساسية لعمليات التفكيك وظروف الموقع وإجراءات ما بعد عمليات التفكيك للمنشأة النووية وكل ذلك على حساب المشغل للمنشأة المراد إيقافها نهائياً.

٣- تحديد الوقت اللازم للانتهاء من تفكيك المنشأة النووية ومراحل هذه العملية المختلفة إذا أمكن ذلك.

٤- وثم تعديل المرسوم لوضع نظام للتبريد للمنشأة وكذلك استعراض السلامة الدورية للمنشأة بالإضافة إلى محيط المنشأة وتحديد الشروط التي تخضع لها عملية التبريد.

II- المادة ٢٥ من المرسوم تنص على أنه: يجوز للسلطة السلامة النووية اعتماد المتطلبات الفنية اللازمة لحماية السلامة والصحة العامة وحماية الطبيعة والبيئة.

بالإضافة إلى أن المادة ٥٤ من قانون ١٣ يونيو ٢٠٠٦ على أنه «أى منازعات متعلقة بالقرارات الإدارية. وفقاً للمواد ٢٩ و ٣١ و ٣٣ و ٣٤ و ٤١، ويتعرض في المادتين ٤٢ و ٤٤ إلى المحكمة الإدارية وهي هيئة ذات اختصاص كامل ويمكن استئناف قرارات المحكمة الإدارية». وذلك بسبب الخطر على تشغيل المنشأة النووية أو وسائل النقل التي قد تشكل تهديداً خطيراً حقيقياً على صحة الإنسان والبيئة. وقد حدد المشرع الفرنسي مدة سنتين كفترة انتقالية للإغلاق النهائي والتفكيك المشار إليه في المادة ٢٩ من المرسوم. وحدد أربعة سنوات من تاريخ القرار أو نشر القرارات الإدارية الأخرى المشار إليها في الفقرة الأولى من المادة ٤٥ من قانون الصادر في ١٣ يونيو ٢٠٠٦.

ووفقاً للمرسوم الصادر في ٦ مارس ٢٠٠٩ فإنه على هيئة السلامة النووية تحديد المتطلبات التي يجب القيام بها حالة صدور قرار وقف تشغيل منشأة نووية باعتباره المسئولة عن ضمان السيطرة على تفكيك المنشأة النووية، أما في حالة وقف التنفيذ للقرار فإنه يحدد شروط إعادة التشغيل حيث يتم الإنعاش التدريجي للمنشأة النووية وبالتالي يتطلب ذلك تقديراً جديداً للمواد الانشطارية المحتفظ بها. وفي حالة الامتثال لهذه الشروط

يبدأ قرار عملية التفكك وذلك بعد صدور الحكم النهائي غير القابل للاستئناف وفقاً لأحكام هذا المرسوم<sup>(١)</sup>.

## الخاتمة

### التوصيات:

- ١- أهمية دور الوكالة الدولية للطاقة الذرية في صياغة إرشادات شاملة حول الأمن والسلامة النووية والإشعاعية بالتشاور مع الدول الأعضاء.
- ٢- أهمية نظام المراقبة من قبل الدول لمكافحة فقدان التحكم والاتجار غير المشروع للمواد النووية.
- ٣- أهمية التعاون الدولي من أجل تعزيز القدرات التقنية والإدارية والمؤسسية على نحو مستدام للدول التي تملك مشاريع للاستخدام السلمي للطاقة النووية. وكذلك تنفيذ برامج التدريب والتعليم.
- ٤- التأكيد على أهمية ضمان سرية المعلومات المتعلقة بالأمن والسلامة النووية، وكفالة الإجراءات التي تحسن من ضمانات سرية المعلومات المتعلقة بالأمن النووي.
- ٥- التزام الدول بمتطلبات الأمان النووي المنصوص عليها وهي وفقاً لما تنص عليه المجموعة الاستشارية الدولية للسلامة النووية التابعة للوكالة INSAG. بالإضافة إلى ضرورة توافر البنية التحتية لضمان السلامة النووية. وتكون فرق العمل المؤهلة للعمل في المفاعلات النووية مما يهدف إلى تقليل مستوى أخطاء العنصر البشري.
- ٦- أهمية المعاهدات النووية والإشعاعية في المجال النووي نظراً للأسباب التي سبق استعراضها. وهو ما يدعو إلى ضرورة الاهتمام بدراسة الاتفاقيات الدولية في مختلف مراحل النشاط النووي والإشعاعي عند معالجة أمر من الأمور الداخلية سواء في التشريعات الداخلية أو اللوائح النووية أو في التطبيق القضائي.

(1) CE, Arrêt par conseil d'Etat, AJDA, 2012, p. 1309, 25 Juin 2012, no 346395.

- ٧- الاهتمام بالمعاهدات الدولية تعرض ضرورة أخرى تتمثل فى أن بلوغ مسألة ما درج من النضج بحيث تقديم توحيد معاملة الدولة بشأنها وخاصة فى المجال النووى بطلب حماية الإنسان والبيئة ضرورة مراعاة أحكامها.
- ٨- ضرورة منح الجهات الرقابية الوطنية سلطات كبيرة سواء فى مجال إصدار اللوائح أو فى مجال رقابة الأنشطة النووية والإشعاعية.

الجريمة الدولية والإشكاليات التي يثيرها النظام الأساسي  
للمحكمة الجنائية الدولية مع الأنظمة القانونية  
والقضائية الوطنية "سلطنة عمان كنموذج"  
الدكتور/ راشد بن حمد البلوشي  
استاذ القانون الجنائي المساعد  
كلية الحقوق - جامعة السلطان قابوس

بسم الله الرحمن الرحيم

" فَأَمَّا الزُّبَدُ فَيَذَبُ جَفَاءً <sup>ط</sup> وَأَمَّا مَا يَنْفَعُ النَّاسَ فَيَمْكُثُ فِي الْأَرْضِ <sup>ع</sup>  
كَذَلِكَ يَضْرِبُ اللَّهُ الْأَمْثَالَ "

صدق الله العظيم

( الآية ١٧ من سورة الرعد )

مقدمة:

رغم الجهود التي بذلها المجتمع الدولي على صعيد تحقيق حلم الإنسانية في الإبتعاد عن الحروب، ورغم ما طرأ على العلاقات الدولية من تحولات بارزة في المراحل الحديثة لم يستطع المجتمع الدولي أن يضع حداً للحروب بصورة مطلقة وهو ما يزال يتخبط ويكتوي بنيرانها الملتهبه مما رفع سقف التساؤل عن جدوى هذا التنظيم الذي تمخضت عنه التجارب المتلاحقه في المجتمعات البشرية ١.

ولم تحظ الجريمة الدولية بالإهتمام إلا في أواخر القرن الماضي وذلك بفضل ظهور المدارس الفقهية التي حاولت تفسير تعدد وتنوع الجرائم والأفعال التي تعتبر اليوم الجرائم الدولية، حيث ظهرت الكثير من المدارس التي فسرت هذه الأفعال وحاولت أن تضع لها أسبابها وتفسر نتائجها وآثارها؛ الأمر الذي أدى الى ظهور المحاكم الدولية بمختلف أنواعها (المحاكم الجنائية الدولية الخاصة مثل محكمة يوغسلافيا السابقة و

1 د. خليل حسين، المسؤولية والجريمة في القانون الجنائي الدولي، دار المنهل اللبناني، بيروت، لبنان، ٢٠١٠، ص ١٠.

محكمة رواندا وكتطور طبيعي ظهرت المحكمة الجنائية الدولية الدائمة) وذلك نظرا لأن المجتمع الدولي بحاجة لمثل هذه المحاكم ١.

هذا وتعتبر المحكمة الجنائية الدولية الجهاز القضائي الأول في مجال القضاء الجنائي على المستوى الدولي، حيث تعنى المحكمة بالنظر في الانتهاكات المتعلقة بالقانون الجنائي الدولي، حيث دخل النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية حيز التنفيذ في عام ٢٠٠٢ بعد أن صادق على هذا النظام (النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية) العدد المطلوب من الدول (مصادقة ستين دولة)، وفق المادة (١٢٦) من النظام الأساسي. هذا ويعتبر ظهور المحكمة الجنائية الدولية ثمرة لجهود دولية متواصلة في مجال القضاء الجنائي الدولي حيث تخصص هذه المحكمة بنظر الجرائم الدولية التي ترتكب ضد الأنسانية و جرائم الحروب و العدوان. بالإضافة الى جرائم الإبادة ومعاقبة مجرميها. شخصيا بغض النظر عن مكانتهم في دولهم وما قد يتمتعون به من حصانة حيث ان المحكمة تهدف الى وضع حد لإفلات مجرمي الحرب من العقاب ٢.

هذا ولعل من اهم النتائج المترتبة على المصادقة على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على المستوى الوطني هو أن تقوم الدول التي صادقت على هذا النظام بمراجعة تشريعاتها وقوانينها الوطنية و إجراء تعديلات بما يتلاءم مع النظام الأساسي للمحكمة، ومن اهم هذه التعديلات هو ما يتعلق بإجراءات التحقيق ومحاكمة الأشخاص الذين يرتكبون الجرائم التي تقع تحت اختصاص المحكمة و السالف ذكرها، ولعل من بين أهم الأمور التي سوف يتطلبها التصديق على النظام

---

1- Dinah Shelton, *International Crimes, Peace, and Human Rights: the role of the International Criminal Court*: Ardsiley, N.Y., Transnational Publishers, Inc, 2000, Ch 2.1

2 الجدير بالذكر أن عدد الدول التي صادقت على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية حتى الان ١٢١ دولة من بينها ٤ دول عربية هي (الاردن و جيبوتي و تونس و جزر القمر) المصدر: موقع المحكمة الجنائية الدولية على الرابط الالكتروني:

[www.Icc-cpi.int/Menus/ASP/stateparties](http://www.Icc-cpi.int/Menus/ASP/stateparties)

الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية هو إجراء تعديلات في النظام الإجرائي الجزائي الداخلي تتعلق بالإشكاليات التي قد تعترض تطبيق بعض احكام هذا النظام على المستوى الوطني وهي تتعلق بالسيادة الوطنية لكل دولة على حدة، وكذلك مدى إمكانية تقديم الأشخاص للمحكمة الجنائية الدولية ومبدأ حظر تسليم المواطنين، وعدم جواز المحاكمة عن الجريمة ذاتها مرتين، اضافة الى ما تثيره سلطات المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية فيما يتعلق بإجراء التحقيقات في إقليم الدولة الطرف، وحق العفو، والعقوبات واخيرا عدم سقوط الجرائم الدولية بالتقادم.

الجدير بالذكر أن سلطنة عمان وقعت على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية (إعلان روما) وذلك بتاريخ ٢٠ ديسمبر ٢٠٠٠ إلا أن السلطنة لم تصادق على النظام رغم مشاركتها في مختلف الاجتماعات والمؤتمرات التي عقدت في هذا الشأن<sup>١</sup>.

مشكلة البحث:

سيحاول هذا البحث إلقاء الضوء على ما يثار حول إنشاء المحكمة الجنائية الدولية من مخاوف تتعلق بالعلاقة بين النظام الأساسي لهذه المحكمة والأنظمة القضائية الوطنية، التركيز على النظام الاساسي للدولة و القوانين الداخلية لسلطنة عمان.

اهمية البحث:

يكتسب هذا الموضوع أهميته من حيث أن الجريمة الدولية أصبحت تؤثر سلباً على التعايش السلمي بين الشعوب باعتبار أن أثرها يمس المجتمع بأسرة، بالإضافة الى الرغبة الاكيدة لسلطنة عمان بأن تكون عنصراً فاعلاً في المجتمع الدولي من خلال الانخراط في مختلف المؤسسات الدولية.

أهداف البحث:

يهدف هذه البحث بشكل أساسي إلى :

---

١ وفق المادة ٧٦ من النظام الاساسي للدولة رقم ١٩٩٦/١٠١ المعدل بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠١١/٩٩ " لا تكون للمعاهدات و الاتفاقيات قوة القانون إلا بعد التصديق عليها ولا يجوز في أي حال أن تتضمن المعاهدة أو الاتفاقية شروطاً سرية تناقض شروطها العلنية



- التعريف بالجريمة الدولية : بيان اركانها.
- التعريف بالمحكمة الجنائية الدولية.
- بيان ومناقشة التعارض القانوني بين النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية من جهة و بين النظام الاساسي و القوانين الجزائية الداخلية في سلطنة عمان.

#### منهجية البحث:

لقد انتهج الباحث المنهج الوصفي بالإضافة إلى المنهج الوثائقي حيث استعان الباحث بالمراجع العلمية من بحوث ومقالات ودراسات تتعلق بموضوع البحث كما استعان بالاتفاقيات والمعاهدات الدولية والقوانين ذات الصلة في سلطنة عمان.

ولقد حرص الباحث في تبويب هذا البحث أن يكون مترابطاً ومتسلسلاً وأن تكون مادته شاملة للمبادئ والأحكام الأساسية لموضوعه.

#### خطة البحث:

لقد تم تقسيم البحث إلى مبحثين وذلك على النحو التالي :  
المبحث الأول والذي خصص لإعطاء القارئ مقدمة عن مفهوم الجريمة الدولية و اركانها الأساسية بما يتناسب مع البحث وذلك من خلال مطلبين :

المطلب الأول : تعريف الجريمة الدولية

المطلب الثاني : أركان الجريمة الدولية

اما المبحث الثاني فقد ناقش الباحث فيه موضوع العلاقة أو الإشكاليات التي تثيرها احكام النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية مع الأنظمة القانونية والقضائية الوطنية مع التركيز على القوانين المعمول بها في سلطنة عمان وذلك من خلال مطلبين :

المطلب الأول : إشكالية العلاقة ما بين نظام المحكمة الجنائية

الدولية والأنظمة القضائية الوطنية.

المطلب الثاني : جدوى تصديق سلطنة عمان على النظام الأساسي

للمحكمة الجنائية الدولية

هذا وفي نهاية البحث سوف يقدم الباحث خاتمة بما توصل اليه البحث من نتائج و توصيات.

## المبحث الأول

### مفهوم الجريمة الدولية

أغلب التشريعات الجنائية ومنها التشريع العماني والفرنسي لم تعط تعريفاً للجريمة وتركت للفقهاء و رجال القانون مهمة استخلاص تعريف لها وفقاً لفسلفه التشريع الذين هم بصدد شرحه وبيانه ، وهذا طبعي جداً حيث ان الفقهاء لم يجمعوا على تعريف موحد للجريمة نظراً لاختلاف تصوراتهم لها ١.

فالمصنف كتاباً في القانون الجنائي العام لا بد أن يصادف خلاف فقهي حاد حول تعريف الجريمة ، حيث يجد أن هناك تعريفاً موضوعياً وآخر شكلياً وتعريفاً شخصياً ومادياً...الخ. وهنا لا ينبغي للباحث ان يضع في خضم هذه التعريفات بدون أن يعي الأساس القانوني والمنطقي الذي بني عليه هذا التعريف أو ذلك ، فالجريمة تعرف تعريفاً موضوعياً محضاً كما هو الحال بأنها "الخرق المادي للقانون الجنائي" ٢ وهذا معناه أن لا علاقة للعنصر الشخصي في الموضوع : الشخص يرتكب جريمة حينما يتصرف تصرفاً مخالفاً للقانون الجنائي ولا يهم فيما اذا كان هذا الشخص مسؤولاً أو غير مسؤول معاقباً أو غير معاقب المهم أن ثمة جريمة ارتكبت وهذا يعني ان للجريمة عنصرين اثنين فقط : الفعل المادي أو السلوك والنص أي الركن المادي والركن الشرعي:

أما الإتجاه الآخر الأكثر شيوعاً هو الذي يريد أن يدخل تحت تعريف الجريمة جميع العناصر الموضوعية والشخصية للمسؤولية الجنائية وهو التحليل الفرنسي التقليدي وهو ما أخذ به المشرع العماني ايضاً في

1 د . عمر السعيد رمضان ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٦ ص ٢١٤ .

2 عبد الفتاح مصطفى الصفي ، الجريمة المنظمة (التعريف الأنماط والإتجاهات) أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية ، الطبعة الأولى ، الرياض 1999 ، ص.ص 101.97 .

قانون الجزاء حيث يرى ان الجريمة تتكون من الركن المادي والركن الشرعي وأيضاً الركن المعنوي وعلى هذا فالجريمة هي وفقاً لتعريف بعض الفقهاء ظهور الارادة الآتمة بحيث تسلك مسلكاً مخالفاً للقانون ويرتب عليه القانون عقوبة<sup>١</sup> ، فإذا لا بد أن يكون هناك ازادة آتمة حتى نستطيع تصور الجريمة قانوناً وهذا الاتجاه يرى أن للجريمة بشكل عام ثلاثة اركان أساسية هي الركن الشرعي و الركن المادي و الركن المعنوي.

هذا وسوف نتناول مفهوم الجريمة الدولية من خلال مطلبين سوف نخصص الأول لتعريف الجريمة الدولية، بعد ذلك سوف نستعرض الاركان الاساسية للجريمة الدولية التي تميزها عن الجريمة العادية وذلك في مطلب ثان.

### المطلب الأول

#### تعريف الجريمة الدولية

تُعرّف الجريمة الدولية بأنها "واقعة إجرامية تخالف قواعد القانون الدولي وتهدد السلم والأمن الدوليين سواء ارتكبت بفعل الجنائي الايجابي أو امتناعه عن القيام بفعل - الفعل السلبي - مع توافر القصد الجنائي"<sup>(٢)</sup>. كما يمكن تعريف الجريمة الدولية بالنظر الى طبيعتها بأنها "سلوك إرادي غير مشروع يحظرة القانون الدولي ويعرض مرتكبيه للجزاء"<sup>٣</sup>، حيث ان الجريمة الدولية بدأت تقترب من الجريمة الجزائية المنصوص عليها في القوانين الوطنية مثل جريمة الاتجار بالمخدرات وجريمة الاتجار بالبشر والجريمة المنظمة العابرة للحدود إنما فقط اختلقت عنها في العنصر الدولي الذي يسبغ على الجريمة الدولية الصفة الدولية، و بالتالي سيكون

1 د. محمد زكي ابو عامر، قانون العقوبات "القسم العام"، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٦، ص ٣٥.

2 - Robert Cryer, Prosecuting International Crimes, University of Nottingham, June 2005, 2005, p. 9.

3- د. علي محمد جعفر، الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الجزائي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ٢٠٠٧، ص ١٣. وكذلك د حسين عبيد، الجريمة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩، ص ٥.

الاختصاص بنظرها للمحكمة الجنائية الدولية إذا تقاعس القضاء الوطني عن التصدي لها.

هذا ولقد عرف النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية (نظام روما) الجريمة الدولية في المادة ٥ فقرة ١ منه وذلك من خلال إيراد الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية وهي الجرائم ضد الإنسانية وجريمة الإبادة الجماعية وجرائم الحرب وجريمة العدوان<sup>١</sup> وبناءً على ذلك، فإن العناصر الواجب توافرها في الفعل كمي

يستوجب المساءلة الجنائية على الصعيد الدولي هي:

- الركن الشرعي ويقصد به النص القانوني الذي يجرم الواقعة ويستمد من الأعراف والمواثيق الدولية والاتفاقيات الدولية الموقعة بين الدول.
- والركن المادي إي أن يكون الفعل المرتكب أو الامتناع عن فعل مخالفا للقانون الدولي، أي يشكل انتهاكا لأحكام هذا القانون سواء كانت مستمدة من العرف الدولي أم المعاهدات والمواثيق.
- والركن المعنوي إي اتجاه النية لارتكاب الجريمة الدولية على ما عرفها القانون وذلك بتوافر العلم والإرادة.
- واخيرا أن يكون الفعل ذا عنصر دولي، أي إن يشكل اعتداء على القيم والمصالح الأساسية للجنس البشري حتى لو ارتكب بدافع شخصي، وهذا الشرط يعد جوهريا، وذلك لان الفعل المستوجب للمساءلة الجنائية الدولية لا بد أن يتضمن انتهاكا للقيم الأساسية في المجتمع الدولي سواء أكان المجني عليه فردا أم دولة أم المجتمع البشري

---

1- نصت المادة ٥ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على ان الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة:

١- يقتصر اختصاص المحكمة على أشد الجرائم خطورة موضوع اهتمام المجتمع الدولي بأسره وللمحكمة بموجب هذا النظام الأساسي اختصاص النظر في الجرائم التالية:

- جريمة الإبادة الجماعية.
- الجرائم ضد الإنسانية.
- جرائم الحرب.
- جريمة العدوان.

بأسره<sup>(١)</sup>. ويرتكب الفرد الجرائم الدولية إما لحسابه الخاص بوصفه شخصا عاديا، وإما لحساب دولته أو باسمها. ويستهدف الفرد الذي يرتكب الجرائم الدولية لحسابه الخاص أو بوصفه شخصا عاديا تحقيق منافع أو أهداف شخصية بحتة، وهذه الجرائم منها ما قرره العرف ومنها ما عرف بمواثيق دولية ومثال هذه الطائفة من الجرائم القرصنة والمتاجرة بالمخدرات وتزوير العملة والإرهاب<sup>(٢)</sup>. أما الجرائم التي يرتكبها الفرد لحساب دولته فهي إما أن تقع بتشجيع دولته ورضائها أو بناء على طلبها وهذه الجرائم هي الجرائم ضد السلام والجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الحرب، وهذه الطائفة من الجرائم يبرز فيها الطابع الدولي بصورة واضحة فهي جرائم دولية بطبيعتها باعتبار أن الأفعال المكونة لتلك الجرائم لا يمكن أن ترتكب إلا بناء على خطة مرسومة من دولة ضد رعاياها أو ضد دولة أخرى أو رعايا تلك الدولة، ويرتكب إما عن طريق سلطاتها أو بطلب منها أو بتشجيعها ورضائها وهذه الأفعال تسمى في الغالب المصالح الجوهرية للدولة الضحية أو مواطنيها بشكل يهدد السلم والأمن الدوليين، ولعل الجرائم ضد الإنسانية هي خير مثال على ذلك حيث تعتبر الجرائم ضد الإنسانية من أحدث الجرائم الدولية في الظهور وأكثرها انتشارا، وأول ما ظهر هذا النوع من الجرائم بعد الحرب العالمية الثانية<sup>٣</sup>، حيث جاء النص عليها في النظام الأساسي لمحكمة نورنبيرغ<sup>٤</sup>. حيث جاء في المادة (٦) من نظام محكمة نورنبيرغ على أن تختص المحكمة في التحقيق مع الأشخاص الذين

1 كنوت دورمال، المحكمة الجنائية الدولية، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٤٠٥.

2 - Nikos Passas, International Crimes, Ashgate, London, 2003, pp17-18.

3- محمد ماهر عبدالواحد، جريمة الإبادة، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر الحادي عشر للجمعية المصرية للقانون الجنائي، ٢٠ - ٢١ مايو، ٢٠٠٣ القاهرة، ٢٠٠٣.

4- د. عبد الواحد القار، الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٢٨٩.

ارتكبوا وهم يتصرفون لصالح دول المحور الأوربية، سواء كأفراد أو كأعضاء في منظمات، إحدى الجرائم التالية ومعاقبتهم:

- الجرائم ضد السلم

- جرائم الحرب

- الجرائم ضد الإنسانية.

ولقد تم الإتفاق على وضع تعريف للجرائم ضد الإنسانية وذلك بموجب المادة (٧) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والتي نصت على أنه يشكل "أي فعل من الأفعال جريمة ضد الإنسانية عندما يتم ارتكابها في إطار هجومي منهجي أو واسع النطاق والذي يتم توجيهه ضد أي مجموعة من السكان المدنيين على علم بالهجوم، القتل العمد، الإبادة، الاستعباد (الاسترقاق)، النفي أو الإبعاد والنقل القسري للسكان، السجن أو الحرمان الشديد من الحرية انتهاكاً للقواعد الأساسية للقانون الدولي، التعذيب، الاغتصاب أو الاستعباد الجنسي أو الدعارة الإجبارية أو الحمل الإجباري، التعقيم الإجباري أو أي شكل آخر من أشكال العنف الجنسي من نفس الخطورة، الاضطهاد السياسي أو العنصري أو الوطني أو القومي أو الثقافي لأي فئة أو جماعة محددة كما هو منصوص عليه في الفقرة رقم (٣) وأي قواعد أخرى لا يميزها القانون الدولي ارتباطاً بأي عمل مشار إليه في هذه الفقرة أو أي جريمة يتم ارتكابها وتدخل في اختصاص المحكمة الإجباري أو أي أعمال للإنسانية أخرى من نفس الشكل أو ما شابه والتي تسبب آلاماً أو معاناة شديدة أو إصابة بالغة لسلامة البدن أو العقل ١.

كما أكدت هذه المادة على أن الجرائم ضد الإنسانية تتمثل في القتل، والإبادة والاسترقاق، والإبعاد وكل فعل آخر غير إنساني يرتكب ضد أي شعب مدني، وكذلك أسباب الاضطهاد المبني على أسباب سياسية أو جنسية أو دينية متى كانت هذه الأفعال أو الاضطهادات مرتكبة

---

1- Gordon Prather Preventing International Crimes  
Cambridge University, 2001, p. 56.

تبعاً لجريمة ضد السلام أو جريمة حرب أو كانت ذات صلة بها، كما تعتبر الجرائم ضد الإنسانية من أكثر الجرائم ارتباطاً بحقوق الإنسان، ذلك أنها تمس الصفة الإنسانية في الإنسان، فهي إما تهدرها كلياً أو أنها تحط من قيمتها، مما يتنافى مع ما يسعى المجتمع الدولي للحقيقة من إرساء لحقوق الإنسان وإسباغ الحماية عليها سواء حماية داخلية أو دولية ١.

### المطلب الثاني

#### أركان الجريمة الدولية

يمكن تعريف أركان الجريمة بأنها تلك الأركان التي يتوقف وجود الجريمة على توفرها ٢، وبالتالي لا قيام لجريمة بدونها، وهذا بدوره يختلف عن الظروف التي لا تعتبر ركناً من أركان الجريمة وإنما تؤثر هذه الظروف على عقوبة الجريمة سواء بالتشديد أو التخفيف أو الاستبعاد ٣. ولعل المادة (٧٨) من قانون الجزاء العماني بينت ذلك حيث نصت المادة ٧٨ على أن:

"شروط التجريم هي:

- ١- وجود نص يعطي الفعل وصفاً جرمياً.
  - ٢- توفر عناصر الجريمة من إرادة وفعل مادي.
  - ٣- عدم وجود أسباب مبررة تنفي عن الفعل الطابع الجرمي.
- إلا أن هناك أسباباً عائدة لسن المدعي عليه (القصر) أو إرادته (الجنون أو العته أو الغلط) أو ظروف الجريمة (الظروف أو الأعدان) تؤدي إلى عدم معاقبة المدعي عليه أو إلى تخفيض العقوبة بحقه وفقاً للأحكام المبينة في الفصل الثالث من هذا الباب."

وفيما يتعلق بتعداد أركان الجريمة فقد اختلف الفقهاء حولها إلا أن الإجماع يكاد ينعقد على أنه لا يتصور وجود الجريمة بدون توافر ركنين أساسيين هما الركن المادي والركن المعنوي أما الركن الشرعي فكان مشار

١- د. علي القهوجي، القانون الجنائي الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠١، ص ١١٣.

٢- د. حسنين عبيد، الجريمة الدولية، مرجع سابق، ص ٢٦٥ - ٢٦٦.

٣- د. علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص ٤٧.

خلاف بين الفقهاء ١ ، هذا بالنسبة للجريمة العادية ، أما الجريمة الدولية فإن وجودها مرتبط بوجود ركن ثالث بالإضافة إلى الركن المادي والركن المعنوي هو الركن الدولي ٢.

عليه فسوف نتناول في هذا المطلب أركان الجريمة الدولية بما يتناسب مع متطلبات البحث بدون إسهاب غير مطلوب مركزين فيها على ما يتعلق بالجريمة الدولية.

أولاً: الركن المادي:

قاعدة "لا جريمة بدون نشاط مادي" تعني ضرورة وجود ركن مادي للجريمة ، حيث لا نستطيع أن نتصور وجود جريمة بدون هذا النشاط الظاهر الخارجي في صورة أفعال وتصرفات أو مواقف معينة مجرمة قانوناً ، فإزهاق روح إنسان حي ، هو الركن المادي لجريمة القتل ، واختلاس مال مملوك للغير ، هو الركن المادي لجريمة السرقة وهكذا ، وكان الفقه التقليدي يسمي الركن المادي هذا (بجسم الجريمة) على اعتبار أن النص الجنائي هو الذي يحرك هذا "الجسم" ويجعل صاحبه أمام القاضي في قفص الاتهام ٣.

معنى ذلك ، أن لا عقاب على مجرد النيات مهما كانت شريرة حتى لو توصل العلم الحديث إلى اكتشاف ما يجول في نفس الإنسان من تفكير آثم والذي يؤخذ في الاعتبار فقط قانوناً عند الانتقال إلى مرحلة تنفيذ الجريمة. والانتقال إلى التنفيذ لا يعني بالضرورة تنفيذ الجريمة التامة كما هي منصوص عليها في القانون ، قتل - سرقة... إلخ ، فقد يجرم القانون مجرد البدء في تنفيذها إذا كان لهذا البدء مظاهر خارجية نستطيع أن نعتبرها قرينة قاطعة على نية صاحبها في التنفيذ الفعلي لمشروعه الإجرامي (الشروع). ثم إن "جسم الجريمة" هذا قد "يصنعه" شخص واحد فقط وقد يشترك معه

1 د. عبد الفتاح مصطفى الصفي ، مرجع سابق ، ص ١٥٢ .

2 د. محمد عبدالمعتمد عبدالغني ، القانون الدولي الجنائي ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠١٠ ، ص ٥٣ .

3 د. محمد سعيد نمور ، الجرائم الواقعة على الأشخاص في قانون العقوبات الأردني ، دار عمار ، الاردن ، ٢٠٠٠ ، ص.ص ٢٠ - ٢١ .



آخرون بطريقة مباشرة أو غير مباشرة فهو قادر على حملهم جميعاً إلى حيث يريد لهم القانون (المساهمة الجنائية) ١.

وحيث أن الشخص لا يسأل عن الآثار والنتائج الحاصلة في العالم الخارجي إلا إذا كانت ناتجة عن عمله أو امتناعه فمعنى ذلك أنه لا بد هناك من رابطة أو علاقة مادية أي علاقة السبب بالمسبب بين هذا الفعل أو الامتناع والنتيجة المجرمة قانوناً ٢.

والسؤال الذي يطرح نفسه هو هل يختلف الركن المادي في الجريمة الدولية عنه في الجريمة العادية؟ هذا ما سوف نتناوله من خلال شرح الركن المادي للجريمة الدولية ذلك بشرح عناصر الركن المادي للجريمة الدولية من سلوك ونتيجة وعلاقة سببية وذلك على النحو التالي:

١- السلوك الإجرامي

٢- النتيجة في الجريمة الدولية.

٣- علاقة السببية.

١- السلوك الإجرامي في الجريمة الدولية:

إن السلوك الإجرامي بشكل عام هو السلوك الإيجابي أو السلبي الذي يصدر عن الجاني على المصلحة المحمية، وهو يعد من أهم عناصر الركن المادي، إذ يمثل القاسم المشترك بين جميع أنواع الجرائم، سواء أكانت جرائم السلوك المجرد أو جرائم يلزم لقيامها ضرورة تحقق نتيجة إجرامية معينة إلى جانب السلوك الإجرامي ٣.

وتقع الجريمة سواء أكانت داخلية أو دولية، نتيجة ممارسة نشاط بشري إرادي سواء اتخذ ذلك النشاط صورة إيجابية أو سلوك سلبي أو سلوك إيجابي بطريقة الامتناع أو الجريمة الدولية الإيجابية المرتكبة بطريقة

١ ميز القانون العماني بين نوعين من الشروع: الشروع الناقص والشروع التام (الجريمة الناقصة) وعاقب على الشروع الناقص في المادة (٨٦)، بينما عاقب على الشروع التام في المادة (٨٨).

٢ د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات "القسم الخاص"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٣٣٦.

٣- د. فتوح الشاذلي، القانون الدولي الجنائي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص ٣٧٠.

سلبية حيث يتمثل السلوك الإيجابي في حركة أو حركات عضوية إرادية من شأنها أن تحدث تغييراً في العالم الخارجي.

هذا وبعد السلوك من أهم عناصر الركن المادي؛ إذ يمثل القاسم المشترك بين جميع أنواع الجرائم؛ سواء تلك التي يكفي لوقوعها ارتكاب السلوك الإجرامي فقط أم تلك التي يلزم لقيامها ضرورة تحقيق نتيجة إجرامية معينة إلى جانب السلوك الإجرامي<sup>١</sup>. وتقع الجريمة سواء كانت داخلية أم دولية؛ نتيجة ممارسة نشاط بشري إرادي سواء اتخذ ذلك النشاط صورة إيجابية أم صورة سلبية.

#### أ. السلوك الإيجابي:

السلوك الإيجابي عبارة عن حركة أو حركات عضوية إرادية من شأنها أن تحدث تغييراً في العالم الخارجي؛ وهذا التغيير يكون ملموساً في الكيان الخارجي المحيط ويمكن إدراكه بأي حاسة من الحواس سواء ترك آثاراً مادية أم لم يترك<sup>٢</sup>. وتستلزم معظم الجرائم المنصوص عليها في القانون الداخلي هذا النوع من السلوك وذلك لأن نصوص هذا القانون إنما قررت في غالبيتها - للمنع من ارتكاب أفعال معينة أكثر من طلبها إتيان هذه الأفعال.

ومن أمثلة السلوك الإيجابي في القانون الداخلي القتل بالرصاص أو سلاح أبيض، أو التسميم؛ وكذلك جريمة السرقة، وجرائم الاعتداء على العرض وعلى الشرف والاعتبار؛ وعلى المصلحة العامة.

ويلاحظ أن الوضع لا يختلف في هذه الجزئية - في القانون الجنائي الدولي - عنه في القانون الداخلي، فهناك عدد كبير من الجرائم الدولية يتطلب سلوكاً إيجابياً لإتيانها؛ وهو يتمثل في قيام الدولة باستخدام القوة لتحقيق نتيجة يحظر القانون حدوثها؛ وتعتبر جريمة حرب الاعتداء أوضح الأمثلة في هذا الشأن<sup>٣</sup>.

1- د. فتوح الشاذلي، مرجع سابق ص ٣٧٠.

2- د. فتوح الشاذلي، مرجع سابق ص ٣٧٠.

3- أنظر د. حسنين عبيد، مرجع سابق، ص ٩٧.

أما السلوك السلبي فإنه يطلق على الامتناع وهو إحجام الشخص إرادياً عن اتخاذ سلوكاً إيجابياً معين كان يتعين اتخاذه بحكم القانون ١. ومن أمثلة الجرائم الداخلية التي ترتكب بطريقة الامتناع امتناع الشاهد عن أداء الشهادة (م ١٨٨ من قانون الجزاء العماني) وامتناع الموظف عن تنفيذ حكم المحكمة (م ١٦٣ من قانون الجزاء العماني) وامتناع الأم عن إرضاع وليدها، كذلك الامتناع عن تسليم الصغير لمن له الحق في حضنته. أما على مستوى القانون الدولي ضمن أمثلة ذلك سماح الدولة لعصابات مسلحة باستخدام إقليمها كقاعدة انطلاق للإغارة منها على إقليم دولة أخرى، وكذلك سماح سلطات الدولة بنشاط منظم يستهدف إثارة حرب مدنية أو تنفيذ أعمال إرهابية في دولة أخرى ٢.

ج- السلوك الإيجابي بطريقة الامتناع:

وأخيراً قد يكون السلوك عبارة عن سلوك إيجابي بطريقة الامتناع أو الجريمة الدولية الإيجابية المرتكبة بطريقة سلبية، حيث يتمثل هذا النوع من السلوك في القانون الداخلي في الإحجام عن إتيان سلوك معين يفضي إلى تحقيق نتيجة يحظر القانون تحقيقها.

ويلاحظ أن الفرق بين الجريمة الإيجابية المرتكبة بطريقة سلبية والجريمة السلبية البحتة هو أن المحظور في الأولى هو حصول النتيجة أما المحظور في الثانية فهو عدم حصولها ٣.

٢- النتيجة الجريمة في الجريمة الدولية:

يقصد بالنتيجة الجريمة ذلك التغيير الذي يحدث في العالم الخارجي كأثر للفعل الجرمي ومن المفهوم أن الفعل الجرمي يحدث تغيراً في الفضاء الكوني فمن يرتكب فعل قتل سيحدث تغيراً في هذا الكون يتمثل في

- 1 د. فتوح الشاذلي، مرجع سابق، ص ٣٧١.
- 2 د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٧١، د. حسنين عبيد، مرجع سابق، ص ١٠١-١٠٢.
- 3 د. محمد محي الدين عوض، دراسات في القانون الدولي الجنائي، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٢، ص ٣٥٦.

مفارقة القتل للحياة ومن يسرق مالا يحدث تغيراً في العالم الخارجي عن طريق نقل المال المسروق من حيازة المجني عليه إلى حيازته<sup>١</sup> والتغير الذي يحدث في العالم الخارجي لا يشترط أن يكون مادياً كما هو الحال في جريمة القتل والمتمثل في إزهاق الروح وإنما قد يكون معنوياً كما هو الحال في جرائم السب والقذف إذ يترتب على التفوه بألفاظ تحمّش الشرف والاعتبار تغيراً في العالم الخارجي يتمثل في الخط من مكانة المجني عليه و الذي لا يلزم أن يكون واقعياً إذ من الممكن أن تظل مكانه من تعرض للجريمة في مكانها بل ويمكن أن تزيد ولكن المقصود ليس ذلك التغيير الواقعي وإنما التغيير القانوني الذي يفترضه القانون<sup>٢</sup>، لذلك يمكن القول أن النتيجة الجرمية في نطاق الركن المادي لا تعني أي تغيير يمكن أن يحدث في العالم الخارجي كأثر للفعل الجرمي وإنما هو ذلك التغيير الذي يتطلبه المشرع في النص الجنائي.

أما مفهوم النتيجة الحرفي في القانون الدولي الجنائية فلا يكاد يختلف عن القانون الجنائي الداخلي ولعل جريمة العدوان مثلاً كجريمة وضع الألغام تحت سطح الماء والتي تنفجر تلقائياً بمجرد التلامس فهذه الجريمة مثلاً من الجرائم التي لم يتطلب القانون لتحقيقها حصول ضرر معين إذ يكفي بمجرد وضع اللغم وهي الجريمة التي تنص عليها الاتفاقية الثامنة من اتفاقيات لاهاي لعام ١٩٧٠م.

وبالتالي فإننا نرى بأن فكرة الخطر تلعب دوراً هاماً في مجال القانون الجنائي الدولي حيث يعد الخطر في حد ذاته نتيجة من نتائج السلوك المادي الإجرامي وأنه حالة تطرأ على العالم الخارجي لم يكن لها ثمة وجود قبل إتيانه، فهو نتيجة مترتبة عليه، ولكنها لا تثير اهتمام المشرع لكونها مرتبطة بنتيجة أخرى لم تحدث ولكن يعلمها الفاعل، حيث يقصد بالخطر هنا

1 د.حسنين عبيد، قانون العقوبات - القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٣٠.

2- د. فتوح الشاذلي، مرجع سابق، ص ٣٧٨.

3- د. خليل حسين، المسؤولية والجريمة في القانون الجنائي الدولي، مرجع سابق، ص ٩٥.

وضع مادي ينطوي على احتمال قوي ينذر وفقاً للمجرى العادي للأمر  
بحدوث الاعتداء الجسيم الذي يريد الشارع درءه ١.

## ٢- علاقة السببية:

إن علاقة السببية لا يدور البحث فيها إلا بالنسبة للجرائم التي  
يتطلب نموذجها القانوني حدوث نتيجة إجرامية معينة أو حدث إجرامي  
معين ولا مجال يبحثها في الجرائم الشكلية أو جرائم السلوك المجرد إذ لا  
يتطلب القانون فيها حدوث نتيجة معينة حتى يمكن البحث في صلته  
السببية التي تجمع بين الفعل الإجرامي الصادر من الجاني وبين النتيجة ٢.  
ولا تثير رابطة السببية بين فعل الجاني وبين النتيجة أية صعوبة في  
الأحوال التي تلتصق فيها النتيجة بالفعل في لحظة معينة إذ يصبح واضحاً  
وملموساً أن الفعل هو المصدر الوحيد لها، كمن يطلق على آخر عياراً  
نازياً فيسقط صريعاً على الفور أو كمن يوالي آخر بالطعنات حتى يلفظ  
أنفاسه بين يديه أو يضع في شرابه سمّاً قاتلاً ينهي حياته فور تناوله، إذ  
يصبح واضحاً وملموساً في تلك الصور وما يجري مجراها أن الفعل وحده  
مصدر الوفاة.

لكن إسناد النتيجة إلى الفعل وحده لا يعرض دائماً بهذا القدر من  
الوضوح بل إنه غالباً ما تتداخل مع الفعل مجموعة من العوامل والظروف  
تشابك معه وتلتف به بحيث يصبح الوقوف على "سبب" النتيجة عسيراً ٣.  
فقد يتضافر مع فعل الجاني عامل أو أكثر فتقع النتيجة بسبب تلك العوامل  
مجتمعة ٤. هذه العوامل قد تكون سابقة على وقوع الفعل كعامل ضعف  
البنية واعتلال الصحة وعيب البدن كما لو صفع الجاني غريمه عدة  
صفعات على وجهه ورأسه ولنقص في عظم جمجمته سببت تلك

1- د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٧٣.

2- د. علي محمد جعفر، مرجع سابق، ص ٢٤ - ٢٥.

3- عبدالقادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ط ١٤، مؤسسة  
الرسالة، ١٩٩٧، ص ٣٩ - ٤٠.

4- د. محمد زكي عامر، د. سليمان عبد المنعم، قانون العقوبات الخاص، المؤسسة الجامعية  
للدراسات والنشر والتوزيع، ١٩٨٨، ص. ص ١٩٩ - ٢٠٠

الصفعات وفاته وقد تكون تلك العوامل معاصرة للفعل كما لو أطلق شخص عياراً نارياً على غريمه فأصابه في قدمه وتصادف في تلك اللحظة مرور عربة مسرعة فأطاحت به ، أو كما لو أصيب المجني عليه بسكّنة قلبية في اللحظة التي أصابه فيها المقذوف أو كما إذا انطلق سائق بسرعة تجاوز ما تسمح به القوانين واللوائح فقتل شخصاً يعبر الطريق من غير الأماكن المخصصة لعبور المشاة. وقد تكون تلك العوامل من ناحية أخيرة لاحقة على الفعل. وتتدخل تلك العوامل عادة كلما تراخت النتيجة لفترة تسمح لتلك العوامل بالتدخل لتحدث مع الفعل النتيجة الجرمية ، كإهمال المجني عليه في العلاج أو خطأ الطبيب المعالج في استخراج المقذوف أو في جرعة التخدير المناسبة وقد ترقى هذه العوامل إلى مرتبة القوة القاهرة والحادث الفجائي كانهيار المستشفى الذي يعالج فيه المصاب بفعل غارات الحرب ، ففي كل تلك الأحوال يثور التساؤل حول معرفة إلى أي مدى يعتبر فعل الجاني سبباً للنتيجة "الوفاة"؟.

ومن ناحية أخرى فقد تعدد آثار الفعل وتتابع نتائجه فعند أي حد يعتبر فعل الجاني سبباً لحدوثها؟ ، فمثلاً لو أن مزارعاً كان يدرس قمحاً في جرن فسقطت علبة كبريت من جيبه وتصادف وجود شعلة النور فاشتعل الجرن وامتد الحريق إلى ما يجاوره من أجران ومساكن وتوفي بسبب ذلك خلق كثير ، ولو أن رجلاً أفلت منه جواده إهمالاً منه فصادف رجلاً في يده سكين فداسه فكسرت رجله وأصابت السكين رجلاً آخر في مقتل فمات ، وكان يحمل مصباحاً من البترول في يده فسقط على أمتعة البائع فأشعلها وامتد لهيبها إلى مخزن فدمره فهل يسأل الفلاح أو صاحب الجواد عن القتل الذي حدث؟.

ولرابطة السببية في تحديد المسؤولية الجنائية للفاعل لأهمية بالغة تظهر على وجه الخصوص في جرائم القتل باعتبارها - مع جرائم الإيذاء - أكبر الجرائم إثارة لمشاكل السببية ففي القتل المقصود مثلاً لا يكفي مجرد إسناد فعل القتل إلى الفاعل بل يلزم كذلك إسناد "وفاة" المجني عليه إلى هذا

"الفعل" وإن كانت الواقعة شروعا في قتل إذا كان القصد الجنائي متوفرا<sup>١</sup>.

وفي القتل الخطأ لا يكفي إسناد الإصابة إلى الفاعل وإنما يلزم إسناد الوفاة إلى تلك الإصابة وإلا كنا بصدد جثة إصابة خطأ، لا قتل خطأ. خلاصة القول: إن جرائم القتل باعتبارها من الجرائم ذات الحدث أو النتيجة، أي من الجرائم التي يتطلب القانون لتوافر ركنها المادي حدوث "وفاة" كنتيجة لفعل الجنائي لا تقوم مسؤولية الفاعل عنها لمجرد إسناد فعل القتل إليه وإنما يلزم فوق ذلك إسناد النتيجة إلى الفعل للمساءلة عن قتل مقصود إذا توافر القصد، وقس على ذلك سائر جرائم النتيجة. فإذا لم تتوافر رابطة السببية بين الفعل والنتيجة وقفت مسؤولية الفاعل عند حد الشروع، إذا كان الفعل مقترنا بقصد إحداث نتيجة<sup>٢</sup>.

هذا ولا تختلف السببية في مجال القانون الدولي عنه في القوانين الجنائية الداخلية الوطنية، حيث يجب أن يكون الفعل أو السلوك الإجرامي قد أدى إلى النتيجة الإجرامية أو بالأقل بأن يكون سبباً كافياً يفضي إلى النتيجة<sup>٣</sup>. ويصدق ذلك على الجرائم الدولية سواء أكانت جرائم ضد الإنسانية أو إبادة جماعية أو جرائم الحرب أو جريمة العدوان. **ثانياً: الركن المعنوي:**

لا تقوم الجريمة قانوناً لمجرد ارتكاب الفاعل الفعل الجرمي (السلوك الجرمي) الذي يقوم به الركن المادي للجريمة كما بينها القانون بل لابد أن يصدر هذا الفعل عن إنسان متمتعاً بالأهلية الجنائية وأن يسند إليه هذا الفعل جنائياً حيث يقوم القصد الجنائي على عنصرين أساسيين هما العلم والإدارة<sup>٤</sup>.

- 1 د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات "القسم العام"، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ١٩٨٣، ص ٢٨٦
- 2 د. محمود نجيب حسني، علاقة السببية في قانون العقوبات "القسم العام"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤، ص.ص ٣٧-٣٨.
- 3- د. حسين عبيد، مرجع سابق، ص ١٠٨.
- 4- د. محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص ١٦.

والقصد الجنائي يمكن تعريفه بأنه اتجاه إرادة الجاني إلى النشاط الإجرامي الذي باشره وإلى النتيجة الإجرامية المترتبة عليه مع علمه بها وبكافة العناصر التي يشترطها القيام بالجريمة ١.

ولقد عرف المشرع العماني القصد الجنائي في المادة (٧٩) من قانون الجزاء العماني، حيث أشارت المادة إلى أن العنصر المعنوي للجريمة في الجرائم المقصودة هي النية الجرمية وفي حالات التي يرد عليها نص خاص (الدافع) أما النية الجرمية هي إرادة ارتكاب الجريمة على النحو الذي عرضها به النص القانوني ولا يمكن لأحد أن يحتج بجهله للشرعة الجزائية أو بفهمه إياها بصورة مغلوطة.

كما أشارت المادة (٨١) من قانون الجزاء العماني إلى أنه تعد الجريمة مقصودة وإن تجاوزت النتيجة الناشئة عن الفعل قصد الفاعل إذا كان قد توقع حصولها وقبل بالمخاطرة.

هذا ولا يختلف مفهوم القصد الجنائي في القانون الجنائي الدولي عنه في القانون الداخلي فهو يقوم على نفس العناصر (العلم والإرادة)، ولا شك أن عناصر القصد الجنائي في الجريمة الدولية هي ذاتها في الجريمة الداخلية حيث تتمثل هذه العناصر في العلم والإرادة. حيث تبنى نظام روما هذا الاتجاه بأن نصت المادة (٣٠) على أنه لا يكون الشخص عرضة للعقاب إلا إذا توفرت الأركان المادية للجريمة مع توفر القصد والعلم.

والعلم هنا هو علم الجاني بعناصر الجريمة والإرادة انصراف إرادة الفاعل لتحقيق الجريمة إلا أن هذا المفهوم يأخذ طابع أوسع في الجريمة الدولية حيث أن الجرائم ضد السلام والجرائم ضد الإنسانية يمكن مساءلة مرتكبيها هذه الجرائم على أساس القصد الاحتمالي المعادل للقصد المباشر في القانون الجنائي بحيث يعد ذلك من مستلزمات توفير العدالة الجزائية.

1- د. احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥، ص ٤٢٦.



وفيما يتعلق بالظروف المشددة في الجريمة الدولية يمكن اعتبار فكرة سبق الإصرار أيضاً في الجريمة الدولية حيث يمكن استنتاج ذلك لائحتي الاتهام لمحكمتي نورنبيرغ وطوكيو.

كذلك فيما يتعلق بالقصد الجنائي في الجريمة الدولية يمكن القول أيضاً أن بعض الجرائم في القانون الدولي الجنائي تتطلب من أجل قيامها توفر القصد الجنائي الخاص ١ كما في جريمة إبادة الجنس البشري حيث اشترطت المادة الثانية من اتفاقية مكافحه إبادة الجنس أن ترتكب إحدى الجرائم المنصوص عليها بهدف تدمير جماعه وطنية أو طائفية أو دينية بصفة كلية أو جزئية ٢.

عليه فإذا لم يتحقق عنصر العلم والإرادة في الجريمة الدولية بحيث إذا لم يتحقق العلم بصورة كلية أو تحقق على نحو غير مطابق للقانون انتهى القصد الجنائي كما أن الإكراه في الجريمة الدولية متصوراً بصورته الإكراه المادي أو الإكراه المعنوي حيث يكون هذا الإكراه في حاله توفره نافياً للمسئولية الجنائية ومثال ذلك أن تقوم دولة بغزو دولة عبر دولة ثالثة لم تستطيع الوقوف في وجه الدولة ٣.

كذلك الحال في جريمة الإبادة الجماعية حيث يجب أن تتجه إرادته إلى تحقيق النتيجة فيكون غرض الجاني من السلوك الإجرامي هو إبادة الجماعة فإذا ما اتجهت إرادته إلى فعل آخر ولم يكن غرضها الإبادة فحينئذ لا يتوافر القصد الجنائي وكذلك الضابط الذي يطلق الرصاص في الهواء لإرهاب المتشاجرين فيقتل بعضهم فإنه بذلك لا يرتكب جريمة الإبادة الجماعية حيث أن إرادته لم تتجه الى إزهاق روح المجني عليهم بل كان

---

1 -M. Cherif Bassiouni, Crime Against Humanity, Kluwer Law International, The Hague, Second Reused Edition, 1999, p. 278.

2- لمزيد من المعلومات راجع نص اتفاقية مكافحه إبادة الجنس، منشورة على موقع المفوضية السامية لحقوق الإنسان الرابط الالكتروني: (www.unhchr.ch).

3- أنظر المادة (١/٣٠) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على موقع المحكمة الجنائية الدولية على الرابط الالكتروني:

[www.Icc-cpi.int/Menus/ASP/stateparties](http://www.Icc-cpi.int/Menus/ASP/stateparties)

الهدف من إطلاقه للنار هو المشاجرة حيث يتعين علم الجاني انه يستهدف بفعله إهلاك جماعة قومية أو عرقية أو دينية بصفقتها كذلك - إهلاكا كلياً وأن يريد ارتكاب الأفعال التي تفضي إلى تلك النتيجة ١.

كذلك الحال بالنسبة للجرائم ضد الإنسانية المنصوص عليها في المادة الخامسة من النظام الأساسي لمحكمة يوغسلافيا السابقة والتي نصت على أن المحكمة الدولية لها سلطة محاكمة الأشخاص المسؤولين عن الجرائم التي ترتكب عمداً في نزاع مسلح ، سواء كان ذات طبيعة دولية أم داخلية والتي تبأشر أو ترتكب ضد السكان المدنيين (غير المشاركين في الاعمال الحربية). هنا نجد أن المحكمة ربطت بين اسناد المسؤولية الجنائية الدولية والقصد الجنائي ٢.

ثالثاً: الركن الدولي:

لقد اعترف المجتمع الدولي بأن الإنسان يعتبر من أشخاص القانون العام وبالتالي أصبح هو محور المسؤولية الجزائية ، حيث لا يمكن أن تقام الدعوى على الشخص المعنوي (الدولة) وإنما على الشخص الطبيعي باعتباره يملك الوعي والإرادة ٣.

هذا ويمثل الركن الدولي في الجريمة الدولية الفارق الأساسي بين الجريمة العادية والتي ترتكب داخل البلاد و الجريمة الدولية حيث أن الصفة الدولية تعطي هذا النوع من الإجراء ميزة خاصة به تتمثل في الطابع الدولي ، حيث ان هذه الصفة تفترض أن يكون الفعل الإجرامي يمس مصلحة يسعى القانون الدولي لحمايتها الي أن هذا الفعل يمس مصلحة من مصالح المجتمع الدولي ٤ .

---

1- W. Schabas, *Genocide in International Law*, 2nd edn, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p.222.

2- د. سعيد عبد اللطيف ، المحكمة الجنائية الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص ١٥٧.

3 - محمد عبد المنعم عبد الغني ، الجرائم الدولية "دراسة في القانون الدولي الجنائي" ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 2007 ، ص.ص 50.49.

4 - عبد الفتاح مصطفى الصيفي ، مرجع سابق ، ص ٤٦.

علية فإن الجريمة لكي توصف بالدولية يجب ان تنطوي على  
جانين :

الأول موضوعي : وهو يتمثل في المصلحة المحمية أي أن يكون محل  
الجريمة مصلحة تمس قيم المجتمع الدولي و مشمولة بالحماية من من قبل  
قواعد القانون الدولي عام.

اما الجانب الثاني : فيتمثل في الجانب الشخصي و هو أن تكون  
الجريمة ترتكب بأسم الدولة أو برضاء منها، حيث الشخص الطبيعي  
عندما يرتكب الجريمة إنما يرتكبها بصفة ممثلا للدولة وبعلم منها و برضاها  
و مباركتها. فالسلوك الإجرامي الذي تمثل الدولة فيه طرفاً يتمثل في  
العدوان أو التهديد به، والتحضير لاستخدام القوة في العدوان، وتنظيم  
العصابات المسلحة من أجل شن هجمات على إقليم دولة أخرى من أجل  
تشجيع النشاط الذي يرمي إلى إثارة حرب مدنية أو نشاط إرهابي في دولة  
أخرى، والأفعال المخالفة للقانون الدولي ترتكب من قبل الدولة وتكون  
موجهة ضد دولة أخرى ١.

وهذا بخلاف الأفعال التي تتمثل في الحرب الأهلية، أو الاشتباكات  
المسلحة بين الولايات داخل إقليم الدولة الواحدة، أو تلك الاعتداءات  
التي تقوم بها بعض العصابات والتي لا تكون موجهة إلى دولة أخرى  
حيث لا تعتبر مثل هذه الأفعال من قبيل الجرائم الدولية ٢.

### المبحث الثاني

## النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والأنظمة القانونية

### والقضائية الوطنية

لقد شجعت التجربة العلمية والتطبيقية للقضاء الجنائي الدولي  
المؤقت الذي كان نتيجة للحرب العالمية الثانية ( محكمة نوربرج ومحكمة  
ظوكيو ) وكذلك المحاكم التي أنشئت في العصر الحديث ( محكمة

1 - د. فتوح الشاذلي، مرجع سابق، ص ٧٠.

2 - د. محمد علي محمد جعفر، الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الجزائي، المؤسسة الجامعية  
للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٧، ص ٣٧.

يوغسلافيا السابقة ومحكمة رواندا) المجتمع الدولي في تطور هذا النوع من القضاء والذي انتهى بالتوقيع على نظام روما الأساسي الخاص بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية في ١٧/٧/١٩٩٨.

هذا ولقد ظهر النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بعد نجاح عسير من المناقشات بين الدول وذلك بسبب الاختلافات والتباينات بين الأنظمة القانونية للدول ، ولقد انعكس هذا الاختلاف والتباين بين الأنظمة على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ، حيث تم استبعاد بعض المسائل وذلك من أجل الوصول إلى حلول توافقيه ووسطيه لإنقاذ إصدار النظام ، مما أدى إلى ظهور كثيرا من التغيرات والعيوب في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ٢.

هذا ويتكون النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية من ديباجيه و (١٢٨) مادة و (١٣) باب ، حيث ناقش الباب الأول إنشاء المحكمة ( المواد من ١ - ٤ ) أما الباب الثاني فتناول الاختصاص والمقبولية والقانون الواجب التطبيق ( المواد ٥ - ٢١ ) وتناول الباب الثالث المبادئ العامة للقانون الجنائي ( المواد من ٢٢ - ٣٣ ) أما الباب الرابع فتناول تكوين المحكمة وإدارتها ( المواد من ٣٤ - ٥٢ ) وتناول الباب الخامس التحقيق والمقاضاة ( المواد من ٥٢ - ٦١ ) أما الباب السادس فقد تناول المحاكمة ( المواد ٦٢ - ٧٦ ) وتناول الباب السابع العقوبات ( المواد من ٧٧ - ٨٠ ) أما الباب الثامن فقد نظم الاستئناف وإعادة النظر ( المواد من ٨١ - ٨٥ ) وتناول الباب التاسع التعاون الدولي والمساعدة القضائية ( المواد من ٨٦ - ١٠٢ ) والباب العاشر في التنفيذ ( المواد من ١٠٣ - ١١١ ) أما الباب الحادي عشر في جمعية الدول الأطراف المادة (١١٢) والباب الثاني عشر في التمويل ( المواد ١١٣ - ١١٨ ) أما الباب الثالث عشر والأخير فقد خصص للأحكام الختامية ( المواد ١١٩ - ١٢٨ ) .

١- د. علي القهوجي ، مرجع ساب ، ص ١١٣

٢- د. خليل حسين ، الجرائم والمحاكم في القانون الدولي الجنائي ، دار المهل اللبناني ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٩ ، ص ٥٥ .

لقد دخل النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية حيز التنفيذ عام ٢٠٠٢ بعد المصادقة عليه من قبل ٦٠ دولة ، تطبيقاً للمادة (١٢٦) من النظام الأساسي.

وقبل التطرق للنظام الأساسي للمحكمة الدولية وعلاقتها بالأنظمة القانونية القضائية الوطنية ، يجدر بنا توضيح بعض الحقائق و المتمثلة في (١) :

- إن الجرائم التي تدخل ضمن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية وخصوصاً جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية وجريمة الإبادة الجماعية ، هي نفس الجرائم التي تجرمها اتفاقيات جنيف الأربعة .
  - إن المصادقة على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية يفترض بأن تقوم الدول التي صادقت عليه بمراجعة تشريعاتها وقوانينها الوطنية لكي تتلاءم وتتواءم مع النظام الأساسي لهذه المحكمة .
- هذا و حيث أن المحكمة الجنائية الدولية أصبحت مؤسسة دولية دائمة ، كونها أنشئت بموجب معاهدة لفرصة التحقيق ومحاكمة الأشخاص الذين يرتكبون أشد الجرائم خطورة ( جرائم الإبادة الجماعية ، الجرائم ضد الإنسانية ، وجرائم الحرب). الأمر الذي يثير بعض الإشكاليات بين نظام المحكمة الجنائية الدولية والأنظمة القانونية القضائية في الدول التي ترتكب على أراضيها مثل هذه الجرائم ، خصوصاً عند ظهور بعض الأحداث التي تشكك البعض في القرارات والتوجهات التي تتخذ على المستوى الدولي.

هذا ويشير نظام المحكمة الجنائية الدولية في سبيل توفير الحماية الجنائية نوعين من الإشكاليات النوع الأول له طابع عام يتمثل في تأثر العدالة الجنائية الدولية بالاعتبارات السياسية ، وهذا يتضح جلياً من خلال موقف الولايات المتحدة الأمريكية عندما انسحبت من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية من ٦ مايو ٢٠٠٢ بالإضافة إلى ذلك يعتبر نظام

I- د. احمد أبو الوفا ، الملامح الأساسية للمحكمة الجنائية الدولية ، اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ٩ وما يليها.

المحكمة الجنائية الدولية موضوع سيادة الدولة احدى الاشكاليات التي تتعلق بالعلاقة بين النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية ، بالإضافة إلى إشكالية دور المنظمات والهيئات الدولية حيث أن تعدد الأجهزة المعنية بحقوق الانسان في نطاق الأمم المتحدة كالجمعية العامة ، ومجلس الأمن ، والمجلس الاقتصادي والاجتماعي مما ترتب عليه تضارب في الاختصاصات وغموض في دور المحكمة الجنائية الدولية .

بالإضافة إلى تلك الإشكاليات العامة التي تعترض نظام المحكمة الجنائية الدولية فإن هناك نوع ثاني من الاشكاليات تتعلق بالعلاقة بين النظام الاساسي للمحكمة الجنائية و القوانين الوطنية.

الجدير بالذكر أن المسائل التي تثيرها العلاقة بين النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والقوانين والتشريعات الوطنية تتمثل في ثلاث أمور أساسية هي (١) :

- العلاقة بين القانون الدولي والقانون الداخلي.
- حالة التعارض بين القانون الدولي والقانون الداخلي.
- واجب الدولة في إتخاذ الإجراءات الوطنية اللازمة للوفاء بالتزامها الدولية.

هذا ويمكن ايجاز الاشكاليات التي تتعلق بالعلاقة بين النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية و التشريعات و القوانين الوطنية في سبعة امور اساسية وهي :

- مدى ما يمثله اختصاص المحكمة الجنائية الدولية من مساس بالسيادة الوطنية .
- إشكالية تسليم رعايا الدولة إلى قضاء أجنبي.
- سلطات المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية فيما يتعلق بإجراء التحقيقات في إقليم دولة أخرى.

1 - شريف عتلم ، المحكمة الجنائية الدولية : المواءمات الدستورية والتشريعية" مشروع قانون نموذجي " ، اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ص ٥٤ .

- إشكالية عدم سقوط الجرائم المنصوص عليها في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بالتقادم
  - مبدأ عدم جواز المحاكمة عن الجريمة مرتين.
  - إشكالية حق الدولة في إصدار قوانين العفو.
  - وأخيراً مدى إمكانية قيام الدولة بتطبيق عقوبة الإعدام على الجرائم الداخلية في اختصاص النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- عليه سوف يتناول هذا المبحث هذه الإشكاليات بشيء من التفصيل وذلك في مطلب أول ومن ثم سوف نستعرض للآثار والنتائج المترتبة في حاله تصديق سلطنة عمان على الانضمام إلى النظام الأساسي للمحكمة في مطلب ثان .

### المطلب الأول

#### إشكالية العلاقة ما بين نظام المحكمة الجنائية الدولية والأنظمة القضائية الوطنية

أولاً: النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والسيادة الوطنية:

لقد أثار البعض سؤالاً هاماً هو هل يشكل اختصاص المحكمة الجنائية الدولية مساساً بالسيادة الوطنية (١)؟ وذلك لأن تطبيق المادة (٤) من النظام الأساسي الخاص بممارسة المحكمة الجنائية الدولية لوظائفها وسلطاتها يمثل انتهاكاً للسيادة الوطنية للدولة بالسماح لجهة أجنبية بممارسة اختصاص أصيل مرهون بسلطاتها القضائية.

حيث نصت المادة ٢/٤ الذي يقرر أنه: " يمكن للمحكمة أن تمارس وظائفها وسلطاتها كما هو منصوص عليه في النظام الأساسي في إقليم أية دولة طرف وبمقتضى اتفاق يبرم لهذا الغرض فوق إقليم أية دولة أخرى. وكذلك المادة ١/٥٤ ج التي تقرر أن " للمدعي العام أن يقوم بالتحقيق فوق إقليم دولة ما:

أ- وفقاً لنصوص الباب التاسع.

1- شريف عتلم، الأساليب التشريعية لانفاذ النظام الأساسي على الصعيد الوطني، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٣٦٣ وما يليها.

ب- بإذن من قبل دائرة ما في المحاكمة .

أضف إلى ذلك فإن المادة ٣/٥٧/د والتي أشارت إلى وظائف دائرة المحاكمة على " الإذن للمدعي العام بالقيام ببعض إجراءات التحقيق فوق إقليم إحدى الدول الأطراف " وقد نصت القاعدة ١١٥ من قواعد الإجراءات والإثبات (التي تم تبنيها في يونيو ٢٠٠٠) على ان تراعي الدائرة أي آراء تبديها الدولة الطرف المعني وان الإذن بإجراء التحقيق "يصدر على هيئة أمر" يمكن أن يحدد فيه: " التدابير الواجب اتباعها في الاضطلاع بجمع الأدلة".

ومن الجانب الاخر نجد أن التشريعات الوطنية تؤكد على مبدأ السيادة الوطنية في قوانينها الداخلية من حيث النص عليه صراحة فعلى سبيل المثال نجد أن المواد (٢، ٣، ٤، ٥، ٦، ٧، ٨، ٩، ١٠، ١١، ١٢) من قانون الجزاء العماني اهتمت اهتماماً كبيراً بالتأكيد على هذا المبدأ من حيث التأكيد على السيادة الوطنية في تطبيق القانون سواء من حيث المكان أو من حيث الصلاحية الإقليمية المادة (٣) (بالنظر إلى مكان حصول الفعل) والصلاحية الذاتية المادة (٨) (بالنظر إلى اهتمام الدولة العمانية بالفعل) والصلاحية الشخصية المادة (١٠) (بالنظر إلى جنسية الفاعل) والصلاحية الشاملة المادة (١٢) (أي بالنظر إلى نوع الفعل وحرص الدولة العمانية على المشاركة دولياً في مكافحة الجريمة) (١).

وبهذا الخصوص نشير بداية لما ورد في الفقرة العاشرة من ديباجة النظام الأساسي والتي تؤكد على أن المحكمة الجنائية الدولية ستكون مكملة للولايات القضائية الوطنية وهي ذات العبارة التي تورد صراحة في المادة الأولى من هذا النظام.

كما نصت المادة (١٧) من النظام الأساسي على أن المحكمة الجنائية الدولية لا تحمل محل الجهات القضائية الوطنية، وإنما تتدخل حصراً حينما

1 - مزيداً من التفاصيل راجع نصوص قانون الجزاء العماني رقم ٧٤/٧- متوفر على الوصلة الالكترونية الخاصة بوزارة الشئون القانونية بسلطنة عمان: [www.moln.gov.om](http://www.moln.gov.om)



لا تتوافر لدى الدول الرغبة في الاضطلاع بالتحقيق وبالمقاضاة أو القدرة على ذلك.

وعليه فإنه من وجهة نظرنا فإن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية يشجع الدول على ممارسة سلطاتها القضائية على الجرائم الداخلة ضمن اختصاصات المحكمة الجنائية الدولية، ولا يجوز للمحكمة ممارسة سلطاتها القضائية إلا إعمالاً للأحكام الواردة في المادة (١٧).

وفي الواقع إن الاتفاقية المنشأة بمعاهدة دولية يتحدد فيها المبدأ الأساسي في قانون المعاهدات "مبدأ الرضى" فالدول في هذه الحالة لا تتعامل مع محكمة أجنبية أو ولاية قضاء أجنبي، وإنما تتعامل مع جهاز قضائي دولي شاركت في إنشائه كدولة طرف وتساهم في الإجراءات الخاصة بتسييره باعتباره أحد أعضاء جمعية الدول الأطراف كتعيين القضاة مثلاً..

من هنا فلا يمكن القول أن الدولة تتنازل عن الاختصاص لولاية قضاء أجنبي، وإنما تعتبر المحكمة الجنائية الدولية امتداداً لولاية القضاء الوطني إذ أن الأصل أن كل دولة ملزمة بمحاكمة مرتكبي الجرائم المنصوص عليها في هذا النظام ومن ثم لا ينعقد الاختصاص للمحكمة الجنائية الدولية إذا قامت الدولة بواجبها في الاضطلاع أو المحاكمة، أما إذا لم ترغب الدولة أو كانت غير قادرة على الاضطلاع بواجبها فإنها تحيل بذلك اختصاصها إلى المحكمة الجنائية الدولية.

ونخلص من ذلك إلى أن المحكمة الجنائية الدولية لا تمثل سيادة أجنبية مستقلة عن إرادة الدول، بل إن الدول الأطراف ذاتها هي التي أنشأت تلك المحكمة بإرادتها بموجب اتفاقية دولية ورد النص فيها صراحة على أن المحكمة الجنائية الدولية "... ذات اختصاص تكميلي وليس سيادة على القضاء الوطني".

هذا بالإضافة إلى وجود نصوص في المعاهدة تنص على التعاون بين المحكمة الجنائية الدولية والدولة العضو، حيث نجد ذلك واضحاً في المادة (٨٨) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وما بعدها والتي

تنص على التزام الدول باتخاذ كافة الإجراءات الضرورية في تشريعها الوطني لكفاله كل صور التعاون المنصوص عليها في النظام الأساسي.

ثانياً: إشكالية تسليم رعايا الدولة إلى القضاء الأجنبي

في إطار العلاقة ما بين النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والأنظمة القضائية الوطنية تثار إشكالية حظر تسليم رعايا الدولة إلى قضاء أجنبي وهو المبدأ الوارد في دساتيرو قوانين العديد من دول العالم، ومدى تعارض هذا المبدأ مع الالتزام بتقديم رعايا الدولة إلى المحكمة الجنائية الدولية إذا انعقد لها الاختصاص في إجراء المحاكمة وذلك عملاً بأحكام المادة ٨٩ من نظام المحكمة، حيث نجد أن المادة (١٦) من قانون الجزاء في سلطنة عمان تنص على أنه "لا يباح التسليم عندما تتوافر الصلاحية الإقليمية والمادية أو الشخصية للشرطة العمانية كما حددتها المواد ٣ إلى ٥ الفقرة الأخيرة من المادة ٦ والمواد ٨ إلى ١١ من قانون الجزاء".

كما نصت المادة (١٧ فقرة ٨) من نفس القانون على حظر تسليم العمانيين كما نصت المادة (٣) من قانون تسليم المجرمين رقم ٤/٢٠٠٠ على أنه لا يجوز التسليم إذا كان المطلوب بتسليمه عماني الجنسية (١). و استناداً إلى المادة (٧٦) من النظام الأساسي للمحكمة وما بعدها والتي تنص على التزام الدول باتخاذ كافة الإجراءات الضرورية في تشريعها الوطني لكفاله كل صور التعاون المنصوص عليها في النظام الأساسي، والذي يمكن وفقاً لما سبق ذكره أن يصل إلى حد تسليم أي شخص في الجهاز التنفيذي للدولة أو خارج ذلك الجهاز مهما كانت صفته أو وظيفته أو الرتبة أو الدرجة التي يشغلها.

وهنا ينبغي أن نميز ما بين "الإحالة إلى المحكمة" والذي هو تقديم الدولة لشخص ما إلى المحكمة و"التسليم" الذي هو تسليم الدولة لشخص ما إلى دولة أخرى، هذه التفرقة الواردة صراحة في نص المادة

1 - مزيداً من التفاصيل راجع النصوص القانونية المشار إليها على الموقع الإلكتروني الخاص بوزارة الشؤون القانونية بسلطنة عمان على الرابط الإلكتروني:

(١٠٢) من النظام الأساسي يدفعنا إلى القول بأن التسليم إلى دولة أخرى ذات سيادة يختلف تماماً عن الإحالة إلى المحكمة الجنائية الدولية كهيئة دولية أنشئت بموجب القانون الدولي وبمشاركة الدول المعنية وموافقتها. وهذه التفرقة توضح بما لا يدع مجال للشك ان المحكمة الجنائية الدولية لا تعد محكمة أجنبية إنما هي امتداد لولاية القضاء الوطني، كون الدولة وقعت وصادقت على النظام الأساسي للمحكمة والذي يعتبر في سلطنة عمان على سبيل المثال بموجب المادة (٨٠) من النظام الأساسي للدولة جزءاً من التشريع الوطني.١.

ثالثاً: سلطات المدعي العام فيما يتعلق بإجراء التحقيقات في إقليم دولة طرف

لقد أجازت الفقرة الرابعة من المادة (٩٩) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية للمدعي العام أن يباشر بعض أعمال التحقيق دون حضور سلطات الدولة الموجه إليها الطلب وداخل إقليم هذه الدولة، وأن يوسعه على وجه الخصوص جمع إفادات الشهود وإجراء المعاينة، فإن ذلك يتعارض مع ما نصت عليه الدساتير والقوانين الداخلية لمختلف الدول حيث نجد ذلك واضحاً في نص المادة (٦٤) من النظام الأساسي في سلطنة عمان والحال كذلك بالنسبة لقانون الإجراءات الجزائية رقم ٩٩/٩٧ المادة (٤) و قانون الادعاء العام رقم ١٩٩٩/٩٢ ، ولعل اهم اجراء من التحقيقات هو مناقشة ادلة الإتهام امام القضاء الوطني المختص حيث نجد أن في فرنسا على سبيل المثال نص قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي في الفقرة الثانية من المادة ٤٢٧ على هذه القاعدة الهامة بالقول إنه لا يجوز للقاضي أن يؤسس حكمة إلا على أدلة طرحت عليه أثناء المحاكمة ونوقش أمامه في مواجهة الأطراف كذلك فإن قاعدة وجوب مناقشة الدليل الجزائي من القواعد الأساسية في القانون الإنجليزي. ٢

- 1 نصت المادة ٨٠ من النظام الأساسي للدولة على "لا يجوز لاية جهة في الدولة إصدار أنظمة أو لوائح أو قرارات أو تعليمات تخالف أحكام القوانين أو المراسيم النافذة أو المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي هي جزء من قانون البلاد"
- 2 د. البلوشي راشد "الدليل في الجريمة المعلوماتية" مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية- جامعة الإسكندرية- جمهورية مصر العربية العدد الاول لسنة ٢٠٠٨ ، ص ١٨.

إلا أنه في واقع الأمر إن قيام المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية بمثل هذه الصلاحيات لا يشكل مساساً بالسيادة الوطنية للدول، وسندنا في ذلك نص المادتين ٥٤، ٣/٥٧ وأحكام الباب التاسع من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المتعلق بالتعاون الدولي والمساعدة القضائية التي نصت على بعض الأحكام الإجرائية التي تكفل احترام السيادة الوطنية عند ممارسة المدعي العام لاختصاصاته، وما حكم الفقرة الرابعة من المادة (٩٩) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية إلا استثناء من هذه القاعدة، والمشروط أولاً بأن تكون الدولة الطرف الموجه إليها الطلب هي دولة ادعت ارتكاب جريمة في إقليمها، وكان هناك قرار بشأن القبول بموجب المادة (١٨) أو المادة (١٩) وثانياً، فإن المدعي العام ملزم بإجراء كافة المشاورات الممكنة مع الدولة الطرف الموجه إليها الطلب قبل مباشرة إجراءاته.

#### رابعاً: عدم سقوط الجرائم بالتقادم

ان المادة (٢٩) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية تقضي بعدم سقوط الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة بالتقادم في حين تعالج الأنظمة القضائية الوطنية مسألة التقادم حيث نجد أن المادة (١٦) من قانون الإجراءات الجزائية رقم ٩٩/٩٧ حددت مدة عشرين سنة لانقضاء الدعوى العمومية في الجنايات التي يحكم فيها بالإعدام أو السجن المطلق وعشر سنوات في غيرها من الجنايات وثلاث سنوات في الجنح وستة في المخالفات وذلك من تاريخ وقوع الجريمة.

وللرد على ذلك نقول إن الجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب بمقتضى العرف الدولي لا تسقط بمقتضى المدة حيث لا يسمح القانون الدولي الجنائي بشكل عام بتقادم الجرائم الدولية الخاضعة لأحكامه مهما طال الفترة الزمنية والذي أكدت عليه الجمعية العامة للأمم المتحدة عند تبنيها الاتفاقية الدولية بشأن عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم المرتكبة في حق الإنسانية عام ١٩٦٨ و النافذة عام ١٩٧٠، حيث نصت المادة (١)

من الاتفاقية الدولية على " لا يسري أي تقادم على الجرائم التالية بصرف النظر عن وقت ارتكابها:

أ- جرائم الحرب الوارد تعريفها.

ب- الجرائم ضد الإنسانية سواء في زمن الحرب أو زمن السلم ١،

لذلك فإن الدول بالتصديق على نظام روما الأساسي تقبل بحكم هذه المادة التي تقرر حكماً خاصاً لنوع معين من الجرائم هي الجرائم الأشد خطورة على الصعيد الدولي، ومن ثم فإنه ليس هناك ثمة تعارض بين سيادة الوطنية وعدم سقوط الجرائم الداخلة في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية بالتقادم، حيث إن المعاهدات و الاتفاقيات الدولية التي التزمت بها الدول تأتي في المرتبة الثانية بعد الدستور من حيث التزام الدول بها ٢.

خامساً: عدم جواز المحاكمة عن الجريمة مرتين

من بين الإشكاليات التي أثارت إشكالية خاصة بالمادة (٢٠) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية مع القواعد الواردة في الأنظمة المتضائية الوطنية التي تنص على عدم جواز محاكمة الشخص عن الجرم مرتين.

حيث نجد أن الفقرة الثالثة من المادة (٢٠) أجابت عن ذلك بأن حدوث الحالات التي يجوز فيها محاكمة الشخص الذي سبق له أن حوكم أمام القضاء الوطني في الحالات التالية:

- إذا كانت الإجراءات في المحكمة الأخرى قد اتخذت لغرض حماية الشخص المعني من المسؤولية الجنائية من جرائم تدخل في اختصاص المحكمة.

- إذا لم تجر الإجراءات بصورة تتسم بالاستقلال أو النزاهة وفقاً لأصول المحاكمات المعترف بها بموجب القانون الدولي، أو جرت في هذه الظروف على نحو لا يتفق مع النية لتقديم الشخص المعني للعدالة.

1 وثيقة الامم المتحدة المرقمة A/RES/2391(XXIII) الجمعية العامة.  
2 د. خليل حسين، الجرائم والمحاكم في القانون الولي الجنائي، دار المنهل اللبناني، بيروت، ٢٠٠٩، ص.٧٠٠.

وفي هذا الصدد فقد خلصت المحكمة الدستورية في الأكوادور إلى ان المادة ٢٠ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية تتوافق وأحكام الدستور، حيث أن الحالات المنصوص عليها في النظام الأساسي هي حالات إستثنائية تهدف إلى التطبيق على المتهم لمنع من الأفلات من العقاب. وأخيراً فقد قرر المجلس الدستوري الفرنسي " أن المجلس إذ يضع في اعتباره من جانب ان أحكام النظام الأساسي التي تقيد مبدأ تكامل المحكمة إزاء الاختصاصات القضائية الجنائية الوطنية في حاله تعمد الدولة التنصل من التزاماتها بموجب الاتفاقية إنما تنجم عن قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" التي تقضي بأن المعاهدات النافذة تلزم أطرافها ويجب تنفيذها بحسن نية وأن هذه الأحكام تحدد حصراً وموضوعياً الحالات المفترضة التي يكون بوسع المحكمة عندها ان تعلق اختصاصاتها وأن هذه الاحكام بالتالي لا تخل بالشروط الضرورية لممارسه السيادة الوطنية ١.

سادسا: حق العفو

إن حق العفو المقصود هنا هو حق العفو المقرر في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والوارد في المادة (١١٠) هو العفو عن العقوبة وليس العفو الشامل عن الجريمة الذي لا يتقرر في معظم الدول إلا بالقانون، ومنها سلطنة عمان حيث أن هناك عفواً سلطانياً خاصاً يصدر خمس مرات في السنة وذلك بمناسبة الاحتفال ببعض المناسبات الوطنية والدينية وهو مقرر بموجب المادة (٤٢) من النظام الاساسي للدولة و التي نصت على يقوم السلطان بالمهام التالية :

- توقيع المعاهدات والاتفاقيات الدولية وفقاً لأحكام القانون أو التفويض في توقيعها واصدار مراسيم التصديق عليها.
- العفو عن أية عقوبة أو تخفيفها.

1 مشار الى هذا الحكم لدى شريف عتلم، المحكمة الجنائية الدولية" المواءمات الدستورية والتشريعية" مشروع قانون نموذجي"، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٢١٠

والمقصود بالعمو هنا هو العمو الخاص وهو العمو المتعلق بالأشخاص الذين صدر ضدهم حكماً مبرماً حيث يسقط هذا العمو العقوبة الأصلية أو يبدلها وهو موجود في معظم التشريعات ، وهو حق إقليمي للدولة ولا يتعارض ذلك مع النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ، بشرط ألا يكون الهدف من إصدار دولة ما لقوانين العمو ، مساعدة بعض مرتكبي جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية من الإفلات من العقوبات.

وفي هذا الخصوص فقد حكم مجلس الدولة البلجيكي بأن المادتين ١١٠، ١١١ من الدستور البلجيكي تقرر العمو الملكي وهذا العمو له طابع إقليمي وهو أن الملك لا يستطيع ممارسه هذا الحق إلا على العقوبات الصادرة من المحاكم البلجيكية ومن ثم فلا تعارض بين أحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وبين الدستور البلجيكي ، ومن بين جانب آخر ذهب المجلس الدستوري الفرنسي خلاف ذلك حيث أشار إلى أن هناك تعرض بين أحكام النظام الأساسي للمحكمة الدولية وبين القانون الفرنسي وذلك من حيث السيادة الوطنية مما يستوجب تعديلاً دستورياً لمواجهة هذا التعارض ، ومن وجهه نظرنا نعتقد أنه لا يوجد تعارض بين النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وبين القانون الوطني من حيث إصدار العمو الخاص حيث أن الدولة بإصدارها للعمو الخاص عن العقوبات فهي تمارس حقاً إقليمياً ومن ثم فلا تعارض بين النظام الأساسي وتلك القوانين أو التشريعات الوطنية ١.

#### سابعاً: العقوبات

لقد أثير موضوع خلو النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية من عقوبة الإعدام في الوقت الذي توجد في كثيراً من قوانين دول العالم و من بينها سلطنة عمان حيث أن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية

١ مشار إلى هذه الأحكام لدى شريف عتلم ، المحكمة الجنائية الدولية : المواءمات الدستورية والتشريعية" مشروع قانون نموذجي" ، اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص ٢١٢.

الدولية لا ينص على عقوبة الإعدام بل السجن المؤبد، فقد حسمت هذه الإشكالية في ضوء المادة (٨٠) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية التي تمنح الدول حق توقيع العقوبات المنصوص عليها في قوانينها الوطنية إذا ما تمت محاكمة الشخص أمام المحاكم الوطنية، وبالتالي فإن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لا يحول دون تطبيق أحكام الإعدام على الجرائم الداخلة في اختصاصه ما دامت الدولة الطرف هي التي تضطلع بالمحاكمة على الصعيد الوطني.

إن المادة ٨٠ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وضعت أساساً لمبدأ التكاملية بين النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية و بين التشريعات والقوانين الوطنية حيث يمكن للمحكمة الوطنية تطبيق عقوبة الإعدام مثلاً أو محاكمة الاطفال اقل من ثمانية عشر ، هذا ولقد أخذت سلطنة عمان نظرية ثنائية القانون فيما يتعلق بعلاقتها مع القانون الدولي (٢) حيث نجد المادة ١٠ فقر ٢ من النظام الأساسي للدولة في سلطنة عمان تؤكد على توثيق عرى التعاون و تأكيد أواصر الصداقة مع جميع الدول و الشعوب على اساس من الاحترام المتبادل و المصلحة المشتركة و عدم التدخل في الشؤون الداخلية و مراعاة المواثيق و المعاهدات الدولية و الاقليمية و قواعد القانون الدولي المعترف بها ، وهو بذلك يرى ان هناك وحده منطقية بين القانون الداخلي والقانون الدولي وان قواعد كلا القانونيين ينتميان الى نظام قانوني واحد.

كما ان النظام الأساسي في المادة ٨٠ ايضا اكد على أن سلطنة عمان يأخذ بنظرية ازدواجية القانون حيث أن المعاهدات الدولية تصبح

1 - د. البلوشي، راشد والشعبي، خالد التداوير الإحترازية في التشريع العماني بين النظرية والتطبيق دراسة وفقاً للقانون العماني، مجلة كلية الآداب بجامعة السلطان قابوس، سلطنة عمان ٢٠٠٩، ص ٢١.

2 - لمزيداً من التوضيح حول نظرية وحده القانون وثنائية القانون، راجع / شريف عتلم، الأساليب التشريعية لانفاذ النظام الأساسي على الصعيد الوطني، المرجع السابق ص ٥٤ - ٥٦.



جزءاً من النظام القانوني العماني بمجرد التصديق عليها من قبل جلاله السلطان.

لذلك فإن وجود عقوبة في قانون وطني ما ليست موجودة في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية أو عدم وجود عقوبة في قانون وطني ما موجودة في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لا يشكل تعارضاً بين هذه الأخيره والقانون الوطني.

### المطلب الثاني

جدوى تصديق سلطنة عمان على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لقد وقعت سلطنة عمان على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية كما، اشيرنا في المقدمة في تاريخ ٢٠ ديسمبر ٢٠٠٠، إلا أن السلطنة لم تصادق على النظام، وبالتالي فانه واستناداً الى نص المادة (٤٢) من النظام الاساسي للدولة فان السلطنة لاتزال خارج عضوية المحكمة الجنائية الدولية، في هذا المطلب سوف نناقش الآثار والنتائج المترتبة على تصديق سلطنة عمان على النظام الأساسي للمحكمة ومدى تأثير الاشكالات القانونية التي اثرناها في المطلب السابق على العلاقة بين النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والتشريعات الوطنية في سلطنة عمان.

لقد شاركت سلطنة عمان في مؤتمر روما الدبلوماسي ومن ثم تابعت المشاركات في الاجتماعات واللجان المتعددة لهذا الموضوع وحتى تتجلى الصورة تجاه تصديق سلطنة عمان على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية فإننا سوف نستعرض الموضوع من ناحيتين سياسية وقانونية وذلك على النحو التالي:

أولاً: من الناحية السياسية:

١- يؤكد الانضمام اهتمام سلطنة عمان في تعزيز وإرساء قواعد الأمن والسلم الدوليين من خلال تطبيق مبدأ العدالة بما يحقق ويضمن استقرار الدول وحماية الشعوب ومعاقبة مرتكبي الجرائم الخطيرة ضد البشرية.

٢- يضمن الانضمام لسلطنة عمان الانتقال من وضعية مراقب إلى عضو في جمعية الدول والأطراف لنظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية مما يعطي الحق في المشاركة في كافة أنشطة المحكمة.

٣- يمكن الانضمام لسلطنة عمان بمعية غيرها من الدول من الحيلولة دون إدخال تعديلات جوهرية على النظام الأساسي للمحكمة تتعارض مع الثوابت الدينية والاجتماعية لسلطنة عمان خصوصاً والدول العربية والإسلامية عموماً لا سيما وان سلطنة عمان نشطت بفعالية ضمن المجموعة العربية عند صياغة نظام المحكمة في روما في العام ١٩٩٨م وتصدت للعديد من المحاولات للنيل من المبادئ الدينية (ومن ذلك التوسع في مسألة الحرمان من الحقوق الأساسية للإنسان في قضايا المرأة كالحجز القسري) كما أبلت هذه الدول بلاء حسناً في لجم أحكام نظام المحكمة بلجام الشرعية والمساواة وعدم تسليطها على مجموعة قومية أو دينية أو تسييسها لتحقيق مصالح بعض الدول.

٤- أثبت الواقع بعد مضي سنوات على قيام المحكمة أن الدول غير الأطراف في نظام روما ليست بمنأى عن اختصاص المحكمة وفقاً لآليات الإحالة التي تضمنها النظام الأساسي للمحكمة وبالتالي فإن العزوف عن عضوية المحكمة بقصد حجب اختصاصها لم يعد فاعلاً، حيث أن التطبيق العملي لنظام المحكمة منذ بدء سريانه إلى وقتنا الحاضر قد أسفر عن أن هذه الالتزامات المشار إليها لا تقتصر على الدول الأطراف في نظام روما للمحكمة الجنائية الدولية وذلك في حال تدخل مجلس الأمن وفقاً للفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة والمادتين (١٣ و ١٦) من النظام بإحالة حاله في دولة غير طرف إلى المحكمة الجنائية الدولية.

٥- أن سلطنة عمان ليست من الدول التي توجد فيها الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة وهذا يقطع التخوف من الدخول في منظومة المحكمة الجنائية الدولية ومع تطوير القضاء الوطني

واستكمال المنظومة القانونية الجنائية يصبح اختصاص المحكمة محجوباً عن السلطنة وفقاً لقواعد مقبولة الدعوى الواردة بالنظام الأساسي للمحكمة.

- ٦- يشكل الانضمام إسهاماً قوياً من سلطنة عمان في تعزيز التعاون الإقليمي والدولي وملاحقة مرتكبي جرائم الحرب.
- ٧- إن التصديق على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية يعني المضي مع الإجماع الدولي في هذا السياق.

ثانياً: من الناحية القانونية:

- ١- يحقق دخول سلطنة عمان طرفاً في نظام المحكمة القدرة على التأثير في مجريات الأمور بالنسبة للقرارات ذات الأهمية التي تتخذها جمعية الدول الأطراف كما سيكون بإمكانها الإسهام في أجهزة المحكمة القضائية والإدارية لما تزخر به من خبرات قضائية وقانونية متخصصة.
- ٢- يحقق الانضمام حماية قانونية للدول الأطراف في مواجهة الجرائم التي قد ترتكب مواجهتها وضمناً لملاحقه مرتكبي هذه الجرائم أمام المحكمة وضمناً عدم إفلاتهم من العقاب.
- ٣- في حالة إنضمام سلطنة عمان فإن ذلك سيساهم في تأهيل الأجهزة القضائية بما يتلاءم مع التطور العالمي في نظام العدالة وبما يمكن من ممارسة سلطنة عمان للولاية القضائية على الجرائم المشمولة بنظام المحكمة.
- ٤- ضمان تحديث التشريعات الوطنية بإدراج الجرائم الواردة في نظام روما الأساسي ضمن القوانين الجزائية "الجنائية" وتعديل القوانين الوطنية بما يتفق والتطور العالمي في هذا الشأن.
- ٥- يتيح الانضمام وفقاً للمادة (٩) والمادة (٥١) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية إمكانية اقتراح تعديلات على أركان الجرائم والقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات.

٦- عدم سقوط الجرائم بالتقادم حيث تصبح جميع الجرائم المرتكبة بعد تاريخ بدء سريان النظام على الدولة المنظمة جرائم واقعة تحت سلطة المحكمة ولا تزول بالتقادم.

### الخاتمة

لقد استعرض البحث مهمة القضاء الدولي الجنائي والتي اتضح بانها مهمة صعبة ولكنها ليست مستحيلة إلا أن إنشاء المحكمة الجنائية الدولية وان لم تحقق الأمل المنشود منها بعد فأنها حققت بعض الخطوات الإيجابية ولعل ذلك يرجع الى الظروف التي ولدت فيها هذه المحكمة حيث ولدت في ظروف عاصفه (قضية الشرق الأوسط، غزو أفغانستان، الحرب على العراق، مكافحه الإرهاب) وهي ظروف أقوى من ان تواجه بوسائل قضائية عادية.

إلا ان اصبح من الضروري إعادة الإعتبار والهيئة لهيئة الأمم المتحدة كمنظمة فاعلة على الصعيد الدولي تعمل على حفظ الأمن والسلم الدوليين وذلك حتى تستطيع اجهزتها المختلفة القيام بدورها المطلوب ومن بينها المحكمة الجنائية الدولية والتي تعتبر بحق انجازاً حضارياً حققته البشرية في القرن الحادي والعشرين.

كما استعرض البحث الإشكاليات التي تفرضها العلاقة ما بين النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، والنظام الاساسي للدولة و القوانين الداخلية في سلطنة عمان، حيث خلص هذا البحث الى:

١- المحكمة الجنائية الدولية هي امتداد للاختصاص الجنائي الوطني وعند التصديق على النظام الأساسي من قبل السلطة الوطنية يصبح جزءاً من القانون الوطني.

٢- المحكمة الجنائية الدولية لا تتعدى على السيادة الوطنية أو تتخطى نظام القضاء الوطني طالما كان الأخير قادراً وراغباً في مباشرة التزاماته القانونية الدولية.

٣- إن الاختصاص الجنائي الوطني دائماً تكون له الأولوية على اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، لكنها تستطيع (المحكمة) ممارسة اختصاصها في حالتين هما: الأولى عند انهيار النظام القضائي الوطن، والثانية عند رفض أو فشل النظام القضائي الوطني في القيام بالتزاماته القانونية بالتحقيق ومحاكمة الأشخاص المشتبه بارتكابهم الجرائم الداخلة في اختصاص المحكمة الجنائي الدولية.

٤- تعتبر أسبقية النظام القضائي الوطني تأكيداً على مبدأ التكامل بين النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية و النظم القضائية الوطنية، وخصوصاً من حيث قيام النظم القضائية الوطنية بمباشرة طلبات التعاون المشتملة على القبض وتسليم المشتبه بهم.

٥- أن المحكمة الجنائية الدولية كمحكمة مكملة للاختصاص الجنائي الوطني، فإن تسليم الدول الأطراف شخصاً إلى المحكمة الجنائية الدولية إنفاذاً للمعاهدة:

أ- لا يقلل من سيادتها الوطنية.

ب- لا ينتهك السيادة الوطنية لدولة أخرى مثل دولة جنسية الجاني أو المجني عليه.

ج- لا ينتهك حقوق الشخص الذي تنقل محاكمته إلى الاختصاص الجنائي المختص.

٦- أن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، وفي إطار علاقته بالأنظمة القضائية الوطنية يحكمه مبدأ التكاملية والتعاون ولا يترتب عليه المسّ بالسيادة الوطنية للدول الأطراف.

٧- عدم تصديق سلطنة عمان على النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية لوجود تعارض قانوني بين بعض مواد النظام الاساسي لسلطنة عمان وقوانينها الداخلية مع مواد النظام الاساسي للمحكمة.

#### التوصيات:

١- يوصي الباحث بتصديق سلطنة عمان على النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية و الإنضمام الى عضوية المحكمة.

٢- يتطلب التصديق على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية إجراء التعديلات اللازمة على التشريعات الوطنية لتوائم مع أحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وعلى الأخص:  
أ- إجراء تعديلات تشريعية تقضي بتجريم الجرائم الواردة في النظام وتحديد العقوبات على كل جريمة منها وتحديد ولاية القضاء الوطني على هذه الجرائم واختصاصه فيها(من حيث الإقليم والأشخاص والمصالح).

ب- إجراء تعديلات تشريعية يسمح بموجبها لسلطة غير وطنية ممارسة أعمال التحقيق والادعاء على ارض السلطنة.

٣- تضمين القوانين الوطنية نصا يحدد الحالات التي يجوز ل سلطنة عمان عدم مقبولية اختصاص المحكمة وهي الحالات الواردة في المادة(١٧) من نظام المحكمة ويكون مضمون هذا النص " تتمثل قاعدة المقبولية بأنه بالرغم من انعقاد الاختصاص للمحكمة الجنائية الدولية إلا أن الدعوى غير مقبولة لديها إذا قامت الدولة بإشعار المحكمة بأنها قامت فعلا بالتحقيق والمتابعة وقررت عدم مقاضاة الشخص المعني أو أن الشخص قد سبق وان حوكم عن السلوك موضوع الشكوى ويستثنى من ذلك الحالات التي لا ترغب الدولة فيها بالمقاضاة".

٤- يتوجب أن يتضمن التشريع آلية مختصة بالإجابة على الطلبات المتعلقة بالنظام وبالأخص المادتين(١٨ - ١٩) وتحديد جهة مسؤولة عن طلبات التعاون مع المحكمة وفقا للمادة(٨٧) من نظام المحكمة" ويقترح الباحث تحديد وزارة العدل بسلطنة عمان".

٥- وضع نصوص تتعلق بتنفيذ قرارات المحكمة الجنائية في سلطنة عمان وما تقررره من مصادرات وغرامات وتعويزات طبقا للمادة(٧٥) من نظام المحكمة.

٦- إصدار التشريعات التي تضع آليات التعاون مع المحكمة وفقا للمواد (٩٣، ٨٨، ٩٦، ٩٧، ٩٨) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المتعلقة بتكفل الدول الطرف بأخذ كافة الإجراءات اللازمة للتعاون مع المحكمة.

#### المراجع العربية:

- د. احمد أبو الوفا، الملامح الأساسية للمحكمة الجنائية الدولية، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة، ٢٠٠٤.
- د. احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات "القسم العام"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥.
- د. البلوشي راشد "الدليل في الجريمة المعلوماتية" مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية- جامعة الإسكندرية- جمهورية مصر العربية العدد الاول لسنة ٢٠٠٨.
- د. البلوشي، راشد و الشحيبي، خالد" التدابير الإحترازية في التشريع العُماني بين النظرية والتطبيق" دراسة وفقاً للقانون العُماني، مجلة كلية الاداب بجامعة السلطان قابوس،، سلطنة عمان ٢٠٠٩.
- بصائر علي ألياتي، حقوق المجني عليه أمام المحكمة الجنائية الدولية، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٢.
- د.حسني عبيد، الجريمة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩.
- د.حسني عبيد، قانون العقوبات "القسم الخاص"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥.
- د. خليل حسين، المنظمات الدولية و الإقليمية، دار المنهل اللبناني، بيروت، لبنان، ٢٠٠٦.
- د. خليل حسين، الجرائم والمحاكم في القانون الدولي الجنائي، دار المهمل اللبناني، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩.
- د. سعيد عبد اللطيف، المحكمة الجنائية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
- شريف عتلم، المحكمة الجنائية الدولية : المواءمات الدستورية والتشريعية"مشروع قانون نموذجي"، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة، ٢٠٠٦.
- شريف عتلم، الأساليب التشريعية لانفاذ النظام الأساسي على الصعيد الوطني، اللجنة الدولية للصليب الاحمر، القاهرة، ٢٠٠٤.

- ضاري خليل محمود وباسيل يوسف، المحكمة الجنائية الدولية " هيمنة القانون أم قانون الهيمنة"، بيت الحكمة، بغداد، العراق، ٢٠٠٣.
- د. عامر الزمالي، تطور فكرة إنشاء محكمة جزاء دولية. بحث في الندوة العلمية (المحكمة الجنائية الدولية: تحدي الحصانة) كلية الحقوق / جامعة دمشق بالتعاون مع اللجنة الدولية للصليب الأحمر في ٣- ٤ / تشرين الثاني، مطبعة الداودي، أيار / مارس ٢٠٠٢.
- عبد الحسين شعبان، المحكمة الجنائية الدولية: قراءه حقوقية لإشكالات منهجية وعملية، مركز دراسات الوحدة العربية، مجلة المستقبل العربي، العدد (٢٨١) ٢٠٠٢/ ٧.
- عبد الفتاح مصطفى الصيفي، الجريمة المنظمة (التعريف الأنماط والاتجاهات) جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الطبعة الأولى، الرياض ١٩٩٩.
- عبدالقادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي ١٤، مؤسسة الرسالة بيروت، لبنان، ١٩٩٧.
- د. عبد الواحد القار، الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥.
- عز الدين الأصبحي، نظام روما الأساسي، ورقة عمل مقدمه إلى الورشه العربية التدريبية حول المحكمة الجنائية الدولية التي نظمتها المعهد الدولي لتضامن النساء /الأردن من ١٧ - ١٩ / ٥ / ٢٠٠٣ منشور على الموقع: [www.iccarabic.org](http://www.iccarabic.org)
- د عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات " القسم الخاص"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦.
- د. علي القهوجي، القانون الجنائي الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠١.
- د. علي محمد جعفر، الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الجزائي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ٢٠٠٧.
- د. فتوح الشاذلي، القانون الدولي الجنائي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢.
- د. محمد زكي أبوعمار، قانون العقوبات القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٦.
- د. محمد زكي أبوعمار، د. سليمان عبد المنعم، قانون العقوبات الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ١٩٨٨.
- د. محمد سعيد نمور، الجرائم الواقعة على الأشخاص في قانون العقوبات الأردني، دار عمار، الاردن، ٢٠٠٠.



- محمد ماهر عبد الواحد، جريدة الإبانة، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر الحادي عشر للجمعية المصرية للقانون الجنائي، القاهرة ٢٠ - ٢١ مايو، ٢٠٠٣.
- د. محمد محي الدين عوض، دراسات في القانون الدولي الجنائي، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٢.
- د. محمد عبد المنعم عبد الغني، القانون الدولي الجنائي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠.
- محمد عبد المنعم عبد الغني، الجرائم الدولية (دراسة في القانون الدولي الجنائي) دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
- د. علي محمد جعفر، الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الجنائي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ٢٠٠٧.
- د. محمد يوسف علوان، الجرائم ضد الإنسانية، ندوة علمية ٣- ٢٠٠١/١١/٤، جامعة دمشق - كلية الحقوق، مطبعة الراودي، دمشق، سوريا، ٢٠٠٢.
- محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات "القسم العام"، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ١٩٨٣.
- د. محمود نجيب حسني، علاقة السببية في قانون العقوبات "القسم العام"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤.
- د. محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.
- د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات "القسم الخاص"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.
- كتوت دورمال، المحكمة الجنائية الدولية، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة، ٢٠٠٤.
- يونس العزاوي، حاجة المجتمع الدولي إلى محكمة جنائية دولية، مجلة العلوم القانونية، المجلد الأول، العدد الأول، السنة ١٩٦٩، مطبعة العناني، بغداد، العراق، ١٩٦٩.

#### المراجع الأجنبية:

- Dinah Shelton, International Crimes, Peace, and Human Rights: the role of the International Criminal Court (Ardsiley, N.Y.; Transnational Publishers, Inc, 2000.
- Gordon Prather, Preventing International Crimes, Cambridge University, UK,,2001.
- M. Cherif Bassiouni, Crime Against Humanity, Kluwer Law International, The Huge, Second Reused Edition, 1999, p. 278.

- Nikos Passas, International Crimes, Ashgate, London, 2003.
- Robert Cryer, Prosecuting International Crimes, University of Nottingham, UK, 2005.
- W. Schabas, Genocide in International Law, 2nd edn, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

#### الروابط الالكترونية:

- موقع المحكمة الجنائية الدولية على الرابط الالكتروني :  
[www.Icc-cpi.int/Menus/ASP/statestparties](http://www.Icc-cpi.int/Menus/ASP/statestparties)
- نص اتفاقية مكافحه إبادة الجنس ، منشورة على موقع المفوضية السامية لحقوق الإنسان على الرابط الالكتروني :  
[www.unhchr.ch](http://www.unhchr.ch)
- وزارة الشؤون القانونية بسلطنة عمان ، مجموعة القوانين العمانية ، ركن القوانين على الرابط الالكتروني :  
[www.moln.gov.om](http://www.moln.gov.om)

**اتجاه الاجتهاد القضائي الجزائري**  
**في تقدير مصلحة المحضون**  
**الدكتورة ليلى جمعي**  
**دكتورة دولة في القانون، وأستاذة محاضرة (أ) -**  
**جامعة وهران - الجزائر**

**الملخص:**

لقد أصبحت مصلحة الطفل في جل دول عالمنا المعاصر، تشكل مبدءا و أساسا تبنى عليه التشريعات التي تخص هذا الأخيرة والأسرة على السواء، بما فيها قانون الأسرة الجزائري، الذي نص على كثير من الحلول المتعلقة بحضانة الطفل تاركا للقاضي سلطة المفاضلة بينها على ضوء مصلحة المحضون، فمثلا نصت المادة ٦٤ من ق أ ج على أن: " الأم اولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب... ثم الأقربون درجة مع مرعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة ان يحكم بحق الزيارة." و هو ما نستشفه أيضا من المادة ٦٥ من ذات القانون و التي جاء فيها ما يلي " تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (١٠) سنوات والأنتى ببلوغها سن الزواج وللقاضي ان يمدد الحضانة بالنسبة للذكر الى (١٦) سنة اذا كانت الحاضنة اما لم تتزوج ثانية. على ان يراعى في الحكم بإنتهائها مصلحة المحضون."

حيث نستشف من النصوص السالفة الذكر أنه يجب على القاضي تأسيس أحكامه و قراراته المتعلقة بحضانة الطفل على مصلحة هذا الأخير، وهذا يتسق مع كون أن الشريعة

الإسلامية التي تعرف بتأسيس أحكامها على المصلحة تشكل مصدر ماديا و رسميا لنصوص قانون الأسرة الجزائري، ناهيك عن تصديق الجزائر على الإتفاقية الدولية لحقوق الطفل التي جعلت من المصلحة الفضلى للطفل مبدءا يجب احترامه في أي قرار يتخذ بشأن هذا

الأخير مهما كانت الجهة التي أصدرته. هذا ما يجعل من مصلحة المحضون المعيار الذي يجب أن يستند اليه قاضي شؤون الأسرة في ما يصدره من أحكام وقرارات متعلقة بحضانة الطفل، إلا أن رعاية هذه المصلحة قد تتطلب من القاضي ضرورة الإستعانة بالخبراء والمختصين للتعرف على شخصية الطفل وظروفه للوقوف على مدى قدرة الحاضنة وصلاحيتها لرعاية الطفل، لأن سوية شخصيته تنوقف على نوعية الرعاية التي يتلقاها من حاضنته في ظل شخصيته وظروفه. فإلى أي مدى وفق القضاء الجزائي في اجتهاداته المتعلقة بالحضانة في تقدير ما يعد مصلحة للمحضون؟ وإلى أي مدى استأنس فعلا في قرارته تلك بأراء المختصين؟ هو ما سنحاول الاجابة عنه في هذا البحث بإذن الله.

مقدمة:

تتخذ تشريعات الأسرة في العديد من المجتمعات الحديثة من مصلحة الطفل، الأساس الذي تتمحور حوله نصوصها، ولا يشذ قضاء شؤون الأسرة في هذه المجتمعات عادة عن هذا النسق، من خلال ابقائهم لمصلحة الطفل نصب أعينهم فيما يتخذونه من قرارات تتعلق بهذا الأخير، لقناعتهم التامة أن الطفل يشكل جزءا من الحاضر ولكنه يمثل كل المستقبل، هو ما كرسته أيضا الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل في مادتها ٣ و التي نصت من خلالها على وجوب مراعاة مصلحة الطفل في كل ما يتخذ بشأنه من قرارات.

إنطلاقا من المبدأ السابق تضمنت التشريعات الجزائية، على غرار العديد من الأنظمة القانونية المعاصرة، العديد من النصوص التي اهتمت بحماية الطفل وحقوقه، و على رأسها قانون الأسرة الذي حرص على جعل مصلحة الطفل المعيار والأساس الأوحد لتنظيم الحضانة، من خلال مطالبته للقضاء بوضع مصلحة المحضون نصب أعينهم في كل حكم أو قرار يتخذونه بشأن حضانتهم.

إذ يمكن للمتبع لقرارات قضاة شؤون الأسرة المتعلقة بالحضانة أن يلاحظ بكل وضوح أن هؤلاء عادة ما يبنون قراراتهم المتعلقة بحضانة الطفل على مصلحة هذا الأخير.

الآن أن المصالح ليست مرتبة واحدة، مما يدفعنا إلى التساؤل عن طبيعة المصلحة التي يجب رعايتها؟ و الدور المنوط بالقاضي في الكشف عن تلك المصلحة، وهو ما سنقف عليه من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول: استناد القرارات المتعلقة بالحضانة إلى مصلحة المحضون

المبحث الثاني: مدى اتساق جهود القضاء في تقدير المصلحة فضلى للمحضون.

### المبحث الأول

#### استناد القرارات المتعلقة بالحضانة إلى مصلحة المحضون

نصت المادة ١/٣ من الإتفاقية الدولية لحقوق الطفل على أنه " ١- في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال، سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الإجتماعية العامة أو الخاصة، أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية، يولي الإعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى."

تعد المصلحة الفضلى للطفل، وفق ما هو منصوص عليه أعلاه الأساس الذي يجب أن تستند اليه كل القرارات المتخذ بشأن الطفل، أين كانت الجهة التي أصدرت تلك القرارات<sup>١</sup>.

#### المطلب الأول

##### طبيعة المصلحة محل الرعاية

تعتبر المصلحة الفضلى للطفل المعيار المعتمد في حماية شخصه، فماذا نعني بها؟ وكيف يتم تحديدها؟

#### الفرع الأول

##### مفهوم المصلحة

حتى نوضح المقصود بالمصلحة الفضلى للطفل لا بد من استجلاء مفهوم المصلحة أولاً، وهي لغة مصدر بمعنى الصلاح، وهي اسم

للواحدة من المصالح، ونعني بها كل ما فيه نفع، سواء بالجلب أو التحصيل كاستحصال الفوائد...، أو بالدفع والإتقاء كاستبعاد المضار والآلام.<sup>٢</sup>

فالمصلحة في اللغة العربية، المنفعة و مرادفها Interet في اللغة الفرنسية. فماذا نعني بها من الناحية الإصطلاحية ؟  
تناول الفقه الإسلامي موضوع " المصلحة" في أبحاثه الفقهية بإسهاب، باعتبارها المقصد العام للشرعية الإسلامية<sup>٣</sup>، وأصل لاستخراج الأحكام والإجتهاد<sup>٤</sup>، حيث لا يكاد يختلف تعريفها الإصطلاحي عن تعريفها اللغوي، رغم تقييد البعض لمفهومها اللغوي بأن تكون موافقة للشرعية الإسلامية باعتبارها من قبل الشارع و عدم إغائتها لها، مما يعني أن المصلحة هي "المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم و نفوسهم و عقولهم و نسلهم و أموالهم".

الآن هذا التعريف اعتبر ناقصاً لأن المصلحة في الشريعة الإسلامية تشمل المنفعة وما كان وسيلة إليها ومنع الألم والضرر وما كان وسيلة إليه و عليه يمكن تعريفها بأنها " اللذة تحصيلاً وإبقاءً، والمراد بالتحصيل جلب اللذة مباشرة ...، أما الإبقاء فيقصد به الحفاظ عليها."<sup>٥</sup>

و أيا كان الاختلاف الموجود بين هذه التعاريف إلا أن جميعها يدور حول فكرة تحقيق اللذة و دفع الألم . غير أن المصالح في الشريعة الإسلامية ليست مرتبة واحدة، مما يعني أن تحديد ما يعد مصلحة حقيقية يتم بالنظر الى المصالح المختلفة التي قد تتعارض معها، لذا وضع الفقه الإسلامي مجموعة من القواعد الفقهية لضبط و استخراج هذه المصلحة كقاعدة " دفع الضرر و درء المفسدة مقدم على جلب المنفعة"<sup>٦</sup> و عليه يمكن القول أن المصلحة في الشريعة "هي جلب المنفعة و دفع الضرر في ظل ظروف معينة وفق احكام الشريعة الإسلامية".

و على عكس فقهاء الشريعة لم يهتم فقهاء القانون<sup>٧</sup> كثيراً بتعريف المصلحة و تجلية معناها<sup>٨</sup>، بحجة أنها مصطلح غامض يصعب تعريفه و ضبطه، باستثناء بعض المحاولات التي عرفتها بأنها: " الفائدة و تعني في

مفهومها العام اعتبار ذو طابع معنوي ( حنان، شرف، كره )، أو إقتصادي ( حيازة ... ) يتعلق بشخص أو يهتم به أو يهيمه في مسألة ما ... أما في مفهومها الخاص فيقصد بها كل ما هو حسن وملائم ومفيد وذو نفع، ولهذا نقول مصلحة الأسرة ونقصد به خير الأسرة وأعضائها<sup>٩</sup> كما يقصد بها " تلبية الحاجات وإشباعها سواء كانت مادية أو معنوية، خاصة أو عامة"<sup>١٠</sup>

يبدوا التقارب واضحا بين تعريف المصلحة عند فقهاء القانون و تعريفها في الفقه الإسلامي وهي " تحقيق الفائدة، يجلب المنفعة و دفع الضرر " فماذا نعني بالمصلحة الفضلى اذن ؟، هذا ما سنعرفه في الفقرة الموالية .

### الفرع الثاني

ضرورة الالتزام بالمصلحة الفضلى للمحضون كل ما كان ذلك ممكنا<sup>١١</sup>  
اكتفت المادة الثالثة من الإتفاقية الدولية لحقوق الطفل بالتأكيد على ضرورة الإلتزام بمراعاة المصلحة الفضلى للطفل في كل ما يتخذ بشأنه من قرارات . دون توضيح لمفهوم تلك " المصلحة " حيث بدت العبارة غير واضحة<sup>١٢</sup>، مما تطلب توضيحا فليل أنها مصلحة الأساسية، خاصة بعد استعمال هذا المصطلح كمرادف للمصلحة الفضلى في بعض الوثائق التي صدرت عن الأمم المتحدة<sup>١٣</sup>، فهل المصطلحان مترادفان ؟  
استعمل مصطلح المصلحة الفضلى في اللغة العربية مقابل مصطلح L. intérêt supérieur، ويقصد بكلمة أفضل و فضلى الأحسن، حيث يستعمل هذا اللفظ للدلالة على إمكانية المفاضلة لإختيار ما هو أحسن، أما كلمة supérieur فتعني الأعلى، و نقصد بها المصلحة العليا للطفل، كما تدل على الأعظم والأكبر والأسمى، ومنها اشتق لفظ superlatif والذي يعني تفضيلي مما يعني أنّ كلمة الفضلى و supérieur تعني القيام بالمفاضلة وإختيار الأحسن والأفضل.  
و يقصد بكلمة أساسي، الأمر الجوهرى أو الحيوى أو الرئيسي، ويرادفها في اللغة الفرنسية لفظ Fondamental و لفظ Principal، وبما

ان لفظ "أساسي" يقصد به الأمر الجوهري، الرئيسي أو الحيوي، في حين يقصد بلفظ "فضلي" هو الأحسن. فهل اختيار مصلحة حيوية للطفل معناه اختيار مصلحته فضلي؟، الأمر قد لا يكون دائما كذلك لأننا قد نضطر إلى المفاضلة بين مجموعة من المصالح قد تكون كلها جوهرية أو العكس لأن المفاضلة لا تكون دائما بين مصلحة جوهرية وأخرى غير جوهرية. وهذا يجعلنا ندرك أن المصلحة "الفضلي" لا تعتبر مرادفة لعبارة المصلحة "الأساسية"

ولإنهاء الجدل الذي اثير حول معنى "المصلحة الفضلي" أرفقت الإتفاقية الدولية لحقوق الطفل بنشرات توضحية لإظهار أسباب إصدارها، وشرح بعض البنود التي اعتبرت غامضة منها عبارة "المصلحة فضلي للطفل" التي جاء تعريفها في إحدى هذه المنشورات<sup>٤</sup> على النحو التالي "هي المبدأ الذي يجب الإستناد في كل إجراء يتخذ بشأن الطفل، بهدف إيجاد أحسن الحلول وأنسبها للمشاكل التي يعاني منها الأطفال كمجموعة أو بصفة فردية."

### المطلب الثاني

#### أسس الواجب اعتمادها لتقدير المصلحة الفضلي للمحزون

اذن يقصد برعاية المصلحة الفضلي للطفل تبني احسن الحلول وانسبها للمشاكل التي يعاني منها، ولن يتأتى ذلك الا بمراجعة حقوقه كاملة اضافة الى ظروف التي تحيط به.

#### الفرع الاول

#### النظرة التكاملية لحقوق الطفل

تقتضي رعاية المصلحة الفضلي للطفل الاعتراف له بحقوقه كاملة، وفق ما نصت عليه المادة ٢ من الإتفاقية الدولية لحقوق الطفل: "تحترم الدول الأطراف الحقوق الموضحة في هذه الإتفاقية وتضمنها لكل طفل يخضع لولايتها دون أي نوع من انواع التمييز، بغض النظر عن عنصر الطفل او والديه او الوصي القانوني عليه او لونهم او جنسهم او



لغتهم او دينهم او رأيهم السياسي او غيره ... " لأن تلك الحقوق تكمل بعضها البعض و المساس بأي منها يعد خرقا لجمعيتها.

الآن هذا لا يمنع من حقيقة وجود حالات يكون فيها التمسك بضمان الحقوق الكاملة للطفل منافيا لمصلحته الفضلى، كأن يتعذر حماية حق معين دون التضحية بغيره من الحقوق. مما يلزم القائمين على شؤون الطفل بالموازنة الدقيقة بين حقوقه المختلفة حتى لا يضحى بما هو أهم حماية لما هو مهم، وعليه قد نضطر للتضحية ببعض حاجات الطفل حماية لحقه في الضبط والتوجيه والإرشاد كما نصت عليه المادة ٩ من الإتفاقية الدولية لحماية حقوق الطفل "تضمن الدول الأطراف عدم فصل الطفل عن والديه على كره منهما، الا عندما تقرر السلطات المختصة، رهنا بإجراء اعادة النظر قضائيا، وفقا للقوانين والإجراءات المعمول بها، ان هذا الفصل ضروري لصون مصالح الفضلى للطفل ... " وهو ما أكدت عليه أيضا المادة ١٨ من نفس الإتفاقية التي نصت على أنه " ... تقع على عاتق الوالدين والأوصياء القانونيين، حسب الحالة، المسؤولية الأولى عن تربية الطفل ونموه وتكون مصالح الطفل الفضلى موضع اهتمامهم الأساسي ."

إذن تشكل النظرة التكاملية لحقوق الطفل أساسا هاما لرعاية مصلحته الفضلى، حيث يعد ضمان حقوقه كاملة وحمايتها الهدف الأسمى، فإن تعذر ذلك تمت التضحية بالحق الأدنى ضمانا للحق الأقوى. وهو ما جسدهته المحكمة العليا في حيثيات أحد قراراتها التي أكدت من خلاله على أنه: " سبق لها أن قررت في العديد من القضايا أن بعد المسافة بين الحاضنة و صاحب الحق في الزيارة و الرقابة يعد مبرر لسقوط الحضانة إن كان يحول دون ممارستها بشكل عادي.

ولكن حيث يتبين بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس استندوا حضانة الأبناء للأمم المطعون ضدها المقيمة في الخارج مراعاة لمصلحتهم و لأنهم يدرسون بفرنسا.<sup>١٥</sup>

## الفرع الثاني

### مرعاة ظروف الطفل

بما أن رعاية المصلحة الفضلى للطفل ليست إلا "... إيجاد أحسن الحلول وأنسبها للمشاكل التي يعاني منها الأطفال كمجموعة أو بصفة فردية." فإن ذلك لن يتأتى إلا إذا رعت ظروف الطفل قبل اتخاذ أي إجراء أو قرار يتعلق به، كأخذ قدراته النامية بعين الاعتبار. وفق ما نصت عليه المادة الخامسة من الإتفاقية الدولية لحقوق الطفل "تحتزم الدول الأطراف مسؤوليات وحقوق وواجبات الوالدين أو عند الإقتضاء اعضاء الأسرة الموسعة.... في ان يوفروا بطريقة تتفق مع قدرات الطفل المتطورة، التوجيه والإرشاد الملائمين عند ممارسة الطفل الحقوق المعترف بها في هذه الإتفاقية." وهو ما أكدت عليه المادة ١٤ من ذات الإتفاقية التي جاء فيها "تحتزم الدول الأطراف حقوق وواجبات الوالدين.... في توجيه الطفل في ممارسة حقه بطريقة تنسجم مع قدرات الطفل المتطورة." دون نسيان عجزه و حاجته للمساعدة وفق ما نصت عليه المادة ١٨ / ٢ في سبيل ضمان وتعزيز الحقوق الميينة في هذه الإتفاقية، على الدول الأطراف في هذه الإتفاقية ان تقدم المساعدة الملائمة للوالدين وللأوصياء القانونيين في الإضطلاع بمسؤوليات تربية الطفل وعليها ان تكفل تطوير مؤسسات رعاية الأطفال." وهو ما أكدت عليه المواد ١٩ ، ٢٠ ، ٣٢ من نفس الإتفاقية.

إذن فتقرير ما يعد مصلحة الفضلى ليست عملية جزافية بل قرار حكيم يأخذ في الحسبان حقوق الطفل المختلفة في ظل الظروف التي تحيط به.

## المبحث الثاني

مدى اتساق جهود القضاء في تقدير المصلحة فضلى للمحضون

يلعب المشرع دورا فعالا في حماية مصالح الطفل غير أن القاضي وحده يملك سلطة تحقيق هذه الحماية على أرض الواقع، من خلال التكييف القانوني للوقائع المعروضة عليه في ظل إحاطته بظروف الطفل

وحقيقة مشاكله، بمساعدة المختصين مما يمكنه من حسن تقدير ما يعد مصلحة فضلى له.

## المطلب الأول

### القاضي الراعي الحقيقي لمصلحة الفضلى للمحضون

يلعب القاضي دورا فاعلا في تفسير القانون و تطبيقه اثناء بحثه عن الحلول القانونية المتاحة، و اختيار افضلها للوقائع المطروحة عليه، على ضوء المصالح المتنازعة عليها، مما يؤهله، بحكم وظيفته، لتقدير ما يعد مصلحة فضلى للطفل من خلال إلمامه بمشاكله وظروفه.

## الفرع الأول

### اتساع سلطة القاضي في تقدير مصلحة الطفل

نصت المادة الثالثة من الإتفاقية الدولية لحقوق الطفل على أنه يجب على مؤسسات الرعاية الإجتماعية و المحاكم في جميع ما تتخذه من الإجراءات تتعلق بالطفل، أن تولى الإعتبار الأول لمصالح الفضلى لهذا الأخير. وهو ما أكد عليه المشرع الجزائري بمنحه القاضي سلطة تقديرية واسعة لإتخاذ أي قرار أو إجراء يراعي مصالح الطفل المحضون على ضوء الوقائع و الملابسات المعروضة عليه اضافة الى ظروف الطفل و أحواله.

### الفقرة الأولى: تبني الحل المناسب للمحضون

شكلت مصلحة المحضون المبدأ و الأساس التي بنيت عليه النصوص المتعلقة بالحضانة، و التي نصت على مجموعة من الحلول و الإختيارات تاركة للقاضي سلطة المفاضلة بينها على ضوء تلك المصلحة. فمثلا لقد اعترف المشرع بأولوية بعض الأشخاص في حضانة الطفل إلا أنه قرن ذلك بمصلحته، و أوكل الى القاضي سلطة تقدير ما يوافق هذه الأخيرة، كما يبدوا جليا من المادة ٦٤ من ق أ ج " الأم اولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب .... ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة ان يحكم بحق الزيارة ". كما نص في ما يتعلق بتحديد مدة الحضانة في المادة ٦٥ من ذات القانون على أنه: " تقضي مدة حضانة

الذكر ببلوغه (١٠) سنوات والأثني ببلوغها سن الزواج<sup>١٧</sup> وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر الى (١٦) سنة اذا كانت الحاضنة اما لم تتزوج ثانية.

على أن يراعى في الحكم بإنتهائها مصلحة المحضون .  
إن القاضي ملزم بمقتضى النص الأخير برعاية مصلحة المحضون قبل الحكم بإنهاء حضنته، وهو ما أكدت عليه النصوص المتعلقة بإسقاط الحضانة.

إذن لقد اتفقت كل النصوص المتعلقة بالحضانة صراحة على إلزام القاضي بتأسيس أحكامه وقراراته المتعلقة بحضانة الطفل على مصلحته. إضافة الى ذلك تعتبر الشريعة الإسلامية التي تأسس أحكامها على المصلحة، مصدر ماديًا ورسميًا لنصوص المتعلقة بنظام الأسرة، ناهيك عن تصديق الجزائر على الإتفاقية الدولية لحقوق الطفل مما يجعل من المصلحة الفضلى للطفل مبدأ من المبادئ العامة في القانون الجزائري، حتى ولو سكت المشرع عن ذكر ذلك مما يلزم القاضي بتأسيس أحكامه وقراراته التي تتعلق بالطفل على مصلحة هذا الأخير باعتبارها الغاية من تنظيم أوضاعه و شؤونه.

#### الفقرة الثانية: إمكانية إعادة النظر في الإجراءات المتخذة

قد تقتضى مصلحة الطفل في بعض الأحيان ضرورة مراجعة و إعادة النظر في القرارات المتخذة بشأنه، خاصة تلك التي تتعلق برعايته، حتى بعد استفراغ القاضي لكامل جهده قبل اتخاذها، تحريًا لما يعد مصلحة فضلى للطفل، لأن الواقع قد يظهر عكس ذلك. إضافة الى أن ما يعد مصلحة للطفل في ظروف أو سن معينة قد لا يكون كذلك في أخرى. لهذا اعترف المشرع الجزائري شأنه شأن المشرع الفرنسي للقاضي بإمكانية مراجعة قراراته بناء على طلب ممثل الطفل أو من له مصلحة كما هو الحال في اسقاط الحضانة وفق ما نصت عليه المادة ٦٧ أ ج " تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة ٦٢ أعلاه . " مما يعني أنه يمكن للمحكمة أن توكل حضانة الطفل لشخص معين استنادا الى

مصلحته الفضلى، ثم تحكم بإسقاطها لإختلال أحد الشروط المنصوص عليها رعاية لنفس المصلحة، لتقرر إرجاعها مرة أخرى لمن اسقطت عنه حسب المادة ٧١ من ق أ تأسيسا على مصلحة الطفل دائما.

اذن لقد جاءت النصوص المذكورة أعلاه مؤكدة على السلطة الواسعة التي منحها المشرع للقاضي، قصد تمكينه من تقدير ما يعد مصلحة فضلى للطفل، باعتبار القاضي الراعي الحقيقي لهذه المصلحة. وهو ما يمكن أن نستشفه أيضا من نص المادة ٤٦٠ من إ م و التي نصت على أنه يجوز للقاضي أن يسند مؤقتا حضانة القاصر لأحد الأبوين، وإذا تعذر ذلك تسند لأحد الأشخاص الميينين في قانون الأسرة، ويمكن أن يكون هذا الإجراء محل تعديل إذا تطلبت مصلحة القاصر ذلك، إما تلقائيا من القاضي أو بناء على طلب الولي أو القاصر المميز أو ممثل النيابة العامة، أو كل شخص توافر فيه الصفة لحماية القاصر.

## الفرع الثاني

كيفية تفعيل قدرة القاضي على حسن تقدير ما يعد مصلحة للمحضون إن احاطة القاضي بمصلحة المحضون وظروفه سواء كانت عامة لتعلقها به كطفل على وجه عام، أو خاصة بالطفل الذي يتولى القاضي النظر في الدعوى المتعلقة به سيساعده على حسن تقدير ما يعد مصلحة فضلى له. لذا اتجهت التشريعات الحديثة الى انشاء منصب قاضي مختص بشؤون الأسرة، كما حرصت على إخضاع القضاة الذين يحتلون هذا المنصب لتكوين خاص.

الفقرة الأولى: ضرورة خضوع قضاة شؤون الأسرة للتكوين المتخصص.

أدى التدفق المعرفي الناتج عن تطور الأبحاث حول الإنسان و طبيعة سلوكه الى تشكيل اتجاه جديد في تكوين القضاة في كثير من الأنظمة القانونية في عالمنا المعاصر، يقوم على تدعيم التكوين القانوني للقضاة بتكوين نفسي واجتماعي.<sup>١٨</sup>

ولقد كان قضاء الأحداث أول من استفاد من هذه التجربة - بسبب الإكتشاف المبكر للأثر السلبي للبيئة على سلوك الطفل ونموه - من خلال تلقيهم لتكوين خاص في علم نفس الطفل بهدف تعريفهم بحقيقة الطفل وطبيعة حاجاته واثـر المشاكل التي تعترض حياته على اتزان شخصيته ونموه العام. ولقد ساهم مثل هذا التكوين في رفع اداء القضاة واعطائهم المزيد من الكفاءة في تقدير ما يعد مصلحة فضلى للطفل. إلا أن هذا التكوين مازال في بدايته في الجزائر هو يقتصر على قضاء الأحداث بينما يشمل في فرنسا كل الهيئات القضائية التي لها علاقة بالطفل. كما عمد هذا البلد في تجربة خاصة الى جمع كل المختصين بشؤون الطفل بما في ذلك القضاة في تكوين مشترك لتمكينهم من تبادل التجارب فيما بينهم ، و لقد استحسن هؤلاء المختصين هذه المبادرة وطالبوا يجعلها تكوينا مستمر يضمن لهم الاطلاع الدائم على آخر المستجدات المعرفية المتعلقة بشؤون الطفل ، مما يسمح لهم بحسن رعاية مصالحه الفضلى.<sup>19</sup>

إن التكوين المتخصص للقاضي يعطيه قدرة أكبر على إيجاد أفضل الحلول لمشاكل الطفل ، إلا أنه لا يكفي وحده لحسن تقدير ما يعد مصلحة فضلى له ، لأنه يجب على القاضي زيادة على ذلك أن يحيط نفسه بالخبراء.

الفقرة الثانية: إمكانية استعانة القاضي بالخبراء

تتميز القاعدة القانونية بأنها عامة ومجردة ، لذا يمكنها النص على رعاية مصلحة الأطفال في مجموعهم أو على أساس ظروفهم المشتركة لكونهم ينحدرون من أبناء منفصلين. غير أن اشتراك الأطفال في خصائص و صفات معينة لا يمنع من أن لكل منهم خصوصياته وحاجاته المختلفه التي يعجز المشرع عن رعايتها في جزئيتها و اختلافاتها الدقيقة ، على عكس القاضي الذي يمكنه الوقوف على تلك الخصوصيات مما يساعده على تحديد ما يعد مصلحة الفضلى لكل طفل حسب ما تتطلبه ظروفه و خصوصياته على ضوء الحلول التي يعرضها المشرع و الغاية التي يسعى إليها .

اذن فتحري ما يعد مصلحة فضلى للطفل يستلزم سعي القاضى للإحاطة الشاملة بالنزاع المطروح عليه، بما فيها الظروف المحيطة بالطفل، بغية البحث عن الحلول المتاحة و اختيار أفضلها له. فمثلا في دعوى اسناد الحضانة يجب على القاضى قبل النطق بالحكم، الحرص على الإحاطة بسن الطفل وطبيعة المرحلة التي يمر بها والظروف المحيطة به ومدى ادراكه لإنفصال والديه، ومن هو الوالد الذي يمكن أن يكون الأكفء لتقديم ما هو الأفضل للطفل.

اذن تعتبر المصلحة الفضلى للمحضون الأساس الذي يجب أن يستند اليه القاضى في ما يتخذه من قرارات تتعلق بشأن هذا الأخير، من خلال فهمه الجيد للنصوص القانونية و إحاطته الشاملة بظروف الطفل التي قد تقتضي منه الاستئناس بأراء الخبراء و المختصين في شؤون الطفل. اولاً: تنوع المعلومات التي يمكن للخبير توفيرها لقاضى شؤون الأسرة

يمكن للخبير أن يلعب دوراً فاعلاً في مد القاضى بمعلومات هامة في جل الدعاوى المتعلقة بحضانة الطفل، ابتداءً بالأطباء بمختلف تخصصاتهم إضافة الى خبير التغذية، مما قد يساعده على الحصول على معلومات قيمة حول نمو الطفل وصحته، كما يمكنه أن يجري بحثاً اجتماعياً حول البيئة التي يعيش فيها أبوي وأسرة الطفل و أيهم يعد أفضل لحضانه.

حيث يمكن لهذا الزخم من المعلومات الذي يوفره الخبراء للقاضى أن يعطيه نظرة أعمق و أشمل عن الوقائع و الحقائق الموجودة بين يديه مما يساعده على تحري المصلحة الفضلى للطفل. لذا تستند القرارات القضائية المتعلقة بالطفل في الانظمة القانونية الحديثة الى المعلومات التي يوفرها الخبراء للقضاء، إذ تؤكد الإحصائيات في فرنسا أن ٨٠ ٪ من القرارات المتخذة من القضاء الفرنسى<sup>٢</sup> حول الطفل تستند اساسياً الى المعلومات المقدمة من الخبراء. وهو ما نص عليه القرار التالي " ..إن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد حكم القاض باسقاط حضانة البنت عن أمها لتنازلها عنها و اسنادها لأبيها رغم الشهادات الطبية التي تثبت أن البنت مريضة مرضاً يحتاج الى رعاية الأم أكثر من رعاية الأب فبقضائهم كما فعلوا خرقوا

الأحكام الشرعية الخاصة بالحضانة ومتى كان كذلك استوجب القرار النقض.<sup>٢١</sup> في نفس الاتجاه ذهبت المحكمة العليا إلى أن: "تأييد الحكم الذي أسند حضانة الطفل للجددة دون مراعاة مصلحة المحضون و دون مناقشة الدفوع التي اثارها الطاعن حول الحالة النفسية للولد و التقرير الذي أعدته المساعدة الاجتماعية يعتبر قصورا. في التسييب."<sup>٢٢</sup> كما جاء في قرار آخر أنه على القاضي: " أن يستعين... في الحكم بعدم تحقق مصلحة المحضون بتقرير مساعدة اجتماعية."<sup>٢٣</sup>

ثانيا: امكانية تبني الحلول التي يقترحها الخبير

قد يطلب القاضي من الخبير، في الدعاوى المتعلقة برعاية الطفل، تزويده بمعلومات لتوضيح الوقائع المطروحة عليه مع اقتراح الحلول التي يراها مناسبة له، خاصة اذا اقتضت مصلحته الموازنة بين حقه في تلقي رعاية والديه وحقه في رعاية جيدة أو تحديد من يتولى حضنته اذا انفصل أبواه. هو ما يذهب اليه قضاء الأسرة الفرنسي الذي يرى أن تنازع الأبوين حول حضانة الطفل يتطلب منه الوقوف الى جانب الطفل ليوفر له الحماية التي يحتاجها مستعينا في ذلك بما يشير به الخبراء لتقرير ما إذا كانت مصلحة الطفل تقتضي ابقاء الطفل مع أبيه أو أمه أو أحد اقاربه.

في حين نادرا ما يعتمد القضاء الجزائري في الدعاوى المتعلقة بإسناد الحضانة أو اسقاطها على الخبراء إلا اذا تعلق الأمر باثبات مرض الحاضنة بمرض جسدي او عقلي يحول دون قدرتها على حضانة الطفل<sup>٢٤</sup>، خاصة أن تشويه صورة الوالد اخر لدى الطفل أو قطع صلته بأقاربه من والده أو والدته مازال ينظر اليها على أنها أمر قد يخالف بعض قواعد الدين و الأخلاق و لكنه لا يعتبر مصدر خطر على الطفل و سلوكه و فق ما يشير اليه القرار الموالي " من المقرر شرعا بأن الشريعة الإسلامية تزاعي بالدرجة الأولى مصلحة الأولاد المحضونين و شروط جدية تكون متوفرة في الشخص الذي يكلف بالحضانة و التي من جملتها أن الحاضنة لا تكون متزوجة برجل أجنبي عن الأولاد و غير مسنة و سليمة في صحتها البدنية و العقلية ."



في آخر هذه النقطة يرجى من القضاء الجزائري الاستفادة مما توفره له الخبرة لحماية شخص الطفل، وهو ما أكدت عليه المادة ٤٢٥ من ق إ م وإ والتي أجازت للقاضي أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية، أو طبيب خبير، كما يمكنه اللجوء إلى أي مصلحة مختصة بغرض الاستشارة و اقتراح الحلول.

## المطلب الثاني

### تأكيد القضاة على بناء قراراتهم على مصلحة المحضون

يختص قضاء شؤون الأسرة JAF بالفصل في دعاوى الطلاق وما يرتبط بها من اشكلات تتعلق بحضانة الأطفال و الإنفاق عليهم، إضافة الى دعوى النسب.

هذا ما يجعله في موقع ممتاز للقيام بدور فعال في حماية الطفل المحضون في ظل الظروف الصعبة التي قد تصاحب طلاق والديه.

هذا ما سنقف عليه في هذا المطلب من خلال الفرعين التاليين، حيث نخصص الأول للتعرف على مضمون دعاوى الحضانة و الثاني للوقوف على المعايير التي اعتمد عليها القضاة لتقدير مصلحة المحضون.

## الفرع الأول

### المضمون التقليدي لدعاوى الحضانة

تهدف دعاوى الحضانة إلى تمكين الطفل الذي انفصل والداه من الحصول على الرعاية التي يحتاجها، إلا أنها عادة ما ينحصر موضوعها في منظومتنا القضائية في اسناد الحضانة أو اسقاطها.

#### اولا: اسناد الحضانة

يشارك الوالدان في حضانة الطفل اثناء قيام الزوجية بينما تعطى اولوية حضائته للأم بعد الطلاق، وهو ما صرحت به المحكمة العليا في أحد قراراتها " من المقرر شرعا ان حضانة الأبناء تسند الى أمهم ولا يسقط عنها هذا الحق إلا بمبرر شرعي...<sup>٢٥</sup> " لأن " مصلحة المحضون لا تتحقق بصورة كاملة إلا اذا كان عند امه...<sup>٢٦</sup> " ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك باعتبار "... أن الحضانة يراع في اسنادها توافر مصلحة المحضون

وهذا ما يقدره قضاة الموضوع...<sup>٢٧</sup> بعد تأكدهم من استفاء الحاضنة للشروط التي تضمن قدرتها على رعاية الطفل كسلامتها وأمانتها. وهو ما جاء التأكيد عليه في قرار أخرذهبت من خلالها المحكمة العليا إلى أن: "عمل الأم الحاضنة لا يوجب اسقاط حقها في حضانة أولادها ما لم يتوافر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرياسة".<sup>٢٨</sup>

ثانيا: اسقاط الحضانة وانهاؤها

تشكل دعوى اسقاط الحضانة و دعوى انهاؤها سبيلا لضمان حق الطفل في رعاية مثلى إستنادا لمصلحته.

#### (١) اسقاط الحضانة

لا يحكم القاضي باسقاط حضانة الحاضنة إلا اذا اقتضت مصلحة المحضون ذلك , لأن حق في الحضانة لا يسقط وفق ما ذهبت اليه المحكمة العليا ".... إلا لأسباب معينة شرعا...<sup>٢٩</sup> وهو ما أكد عليه قرار آخر" من المقرر شرعا أن حضانة الأبناء تسند الى امهم ولا يسقط عنها هذا الحق إلا بموجب شرعي...<sup>٣٠</sup> لذا يجب " في حالة انتقال الحضانة من شخص لآخر.... على قضاة الموضوع ذكر اسباب سقوط الحضانة...<sup>٣١</sup>

ولقد اعتبرت المحكمة العليا أن انتفاء شرط من شروط الحضانة يسبب إسقاطها مصرحة أنه " من المقرر شرعا بأنه وفقا لمصلحة المحضون فإنه لا يمكن التفكير في نزع الولد من أمه ما لم يثبت أنها خالفت بسيرتها أو عدم استقرارها... الشروط التي تحددها الشريعة الإسلامية والتي تفضلها على الأب فيما يخص الأولاد الصغار".<sup>٣٢</sup> و جاء في قرار آخر " ان الجدير بالملاحظة , أن في قضية الحال فالشريعة تراعي بالدرجة الأولى مصلحة المحضونين وشروط جدية تكون متوفرة في الشخص الذي يكلف بالحضانة من جملتها أن الحاضنة لا تكون متزوجة برجل اجنبي عن الأولاد وغير مسنة وسليمة في صحتها البدنية والعقلية، حيث بما ان جدة الأولاد كبيرة في السن وتزوجت برجل اجنبي فطبعا ان حضانة الأولاد ترجع للأب...<sup>٣٣</sup>

و يشكل إهمال الأم لواجباتها اتجاه المحضون سببا كافيا لإسقاط حضانتها حسب المحكمة العليا التي ذهبت الى أنه " من المقرر شرعا ان اسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدية و واضحة و مضرة بالمحضون و متعارضة مع مصلحته... و لما كان ثابتا - في قضية الحال - ان المجلس القضائي لما قضى بإبقاء حضانة الولد لأمه باعتبار ان الأب لم يثبت اهمال الأم لولدها يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا... " <sup>٣٤</sup> و هو ما جاء التأكيد عليه في قرار آخر لأن "... الحضانة حق و واجب في آن واحد... و تتعرض الأم التي تهمل اولادها بدون عذر الى سقوط حقها في حضانتهم. و عليه فقد أجاد تطبيق القانون الذي بعد الإطلاع على الوثائق المقدمة و نتائج البحث ان الأم اهملت أولادها منذ وفاة ابيهم... " <sup>٣٥</sup>

و عليه لا تسقط حضانة الحاضنة إلا إذا أضرت بالمحضون و أخلت بمصلحته سواء بفقدائها لأحد الشروط أو لإهمالها لواجباتها لهذا قررت المحكمة العليا أنه "... عندما تعترف الأم دون تفسير ولا تعليل بزناها فإنه يجوز لقضاة الموضوع الحكم بأنها صارت غير جديرة بحضانة الولدين. " <sup>٣٦</sup> في حين لا يشكل امتناع الحاضن عن تسليم المحضون على سبيل الزيارة سببا لإسقاط حضانته حسب المحكمة العليا " من المقرر شرعا انه لا يسقط الحق في الحضانة إلا لأسباب معينة شرعا ليست من جملتها عدم تسليم الحاضن الولد المحضون على وجه الزيارة المقررة الى ابيه او الى من يهيمه الأمر... " <sup>٣٧</sup> كما أنها لا ترى في انشغال المرأة بعملها خارج المنزل سببا لإسقاط حضانتها حسب ما ذهبت اليه في أحد قراراتها " من المقرر شرعا و قضاء ان ابتعاد الأم الحاضنة عن اولادها المحضونين و إنشغالها بوظيفتها الشطر الأعظم من النهار لا تؤدي الى سقوط حق الحضانة عنها... " <sup>٣٨</sup> رغم أنها اعتبرت زواج الحاضنة مسقطا لحضانتها بحجة إنشغالها بالزواج ، فهل الزواج يشغل المرأة أكثر من العمل ؟ قد يبرر هذا الإختلاف في موقف المحكمة العليا بالخوف على الطفل من بطش زوج أمه و لكن " ... الشرع أو القانون لا يبنى على التخوف... " <sup>٣٩</sup> حسب ما صرحت به المحكمة العليا نفسها.

كما رفضت المحكمة العليا إسقاط حضانة الأم التي تنازل عن حضانة طفلها اذا كان منافيا لمصلحته "من المقرر شرعا وقانونا أن تنازل الأم عن حضانة اولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها وله القدرة على حضانتهم. فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبولا وتعامل معاملة تقيض قصدتها..."<sup>٤١</sup> وهو ما أكدت عليه في قرار آخر "من المقرر قانونا انه يسقط حق الحاضنة... بالتنازل مالم يضر بمصلحة المحضون . من ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون . ولما كان ثابتا - في قضية لتنازلها عنها واسنادها الى ابيها رغم ان الشهادات الطيبة تثبت ان البنت مريضة مرضا يحتاج الى رعاية الأم اكثر من رعاية الأب..."<sup>٤١</sup>

(ب) انتهاء الحضانة

تهدف دعوى انتهاء الحضانة الى نقل اقامة الطفل و واجب رعايته من حاضنته الى والده وفق ما تقتضيه مصلحته ، حتى ولو لم تخل الحاضنة بواجباتها ، أو تفقد شرطا من شروط صلاحيتها لحضنته .

وتعرف كذلك بدعوى الضم ، لأنها تسمح للوالد بضم طفله اليه مراعاة لمصلحته . وهو ما أكدت عليه المحكمة العليا في العديد من قراراتها و الذي أكدت في احداها على أنه " من المقرر شرعا أن إسقاط حضانة الولدين عن الأم وصرفها الى الأب لمجرد كونهما في سن التعليم دون إظهار تسبب خاص ما اذا كان يتعذر عليهما ماديا أو ادبيا تعليمهما وهما في أحضان الأم..."<sup>٤٢</sup> كما ذهبت في آخر إلى أنه " من المقرر قانونا انه تنقضي مدة حضانة الطفل الذكر ببلوغه ١٠ سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج وللقاضي ان يمدد الحضانة بالنسبة للذكر الى ١٦ سنة اذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج مع مراعاة مصلحة المحضون ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد منعذما للأساس القانوني ولما كان ثابتا - في قضية الحال - ان المجلس القضائي لما لم يوضح في قراره عمر الأولاد الذين تشملهم الحضانة خالف القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه ."<sup>٤٣</sup>

أذن تهدف دعوى إنهاء الحضانة الى ضم الطفل الى أبيه ليتمكن من ممارسة دوره في تربيته بما يحقق مصلحته.

حيث تكشف هذه الدعاوى و كأن البيئة الذي يحيا فيها الطفل بعد طلاق والديه لا يمكن أن تقوم على التعاون، و التفاهم، و إنما، الأصل فيه هو التنافس و الصراع و النزاع المستمر إلى ما بعد انحلال الرابطة الزوجية.

## الفرع الثاني

### تنوع المعايير المعتمدة لتقرير مصلحة المحضون

تعد مصلحة المحضون المعيار الذي يستند اليه القضاة في أحكامهم و قراراتهم المتعلقة بالحضانة، إلا أن تقدير ما يعد مصلحة للمحضون يتطلب أكثر من مجرد الوقوف على مدى استفاء الحاضنة للشروط القانونية، لأن سوية شخصية الطفل تتوقف على نوعية الرعاية التي يتلقاها من حاضنته، في ظل شخصيته و ظروفه، مما أدى إلى تنوع الأسس التي يستند إليها القضاة في تقدير ما يعد مصلحة للمحضون.

#### (أ) المعيار الصحي: سلامة الحاضنة من الأمراض

اشترط القضاء الجزائري ضمنا لسلامة الطفل ضرورة سلامة حاضته من العجز و المرض، و هو ما أكدت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها التي جاء فيها ما يلي:

" من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون، ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة الحضانة دون توافر هذا الشرط يعدة خرقا لقواعد الفقه الإسلامي ولما كان - في قضية الحال - إن الحاضنة فاقدة البصر، وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها، ومن ثم فإن قضاة الموضوع بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال، حادو عن الصواب... " و جاء في قرار آخر " ان الجدير بالملاحظة، أن في قضية الحال فالشريعة تراعي بالدرجة الأولى مصلحة المحضونين، والشروط الجدية تكون متوفرة في الشخص الذي يكلف بالحضانة من جملتها أن لا تكون الحاضنة متزوجة برجل أجنبي

عن الأولاد وغير مسنة وسليمة في صحتها البدنية والعقلية، حيث بما أن جدة الأولاد كبيرة في السن وتزوجت برجل أجنبي فطبعاً ان حضانة الأولاد ترجع للأب...<sup>٤٥</sup> إذن لقد أكدت القرارات السابقة على نحو جازم، أن مراعاة مصلحة المحضون تقتضي اسناد حضانته لمن يضمن سلامته ولا يعرضه للخطر.

(ب) المعيار السلوكي: أن تكون الحاضنة مأمونة على سلوك الطفل

يتوجب أن تكون الحاضنة، إضافة إلى الشرط السابق، حسنة السلوك حماية لأخلاق الطفل، الذي عادة ما يتأثر بمحيطة و يقلد السلوكات الممارسة في نطاقه، وهو ما أكدت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها التي جاء فيها أنه: "من المقرر أن سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد اخلاقها وسوء تصرفاتها، فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا...<sup>٤٦</sup> " كما حرصت على أن يترى المحضون على دين أبيه وفق ما يظهر من القرار الموالي " حيث أن السيدة الحاضنة تقيم بفرنسا وخوفا على العقيدة الإسلامية للبنات فإن الحضانة تعطي للأب المقيم في الجزائر، وحيث أن حكم الحضانة غير نهائي فمتى رجعت الأم الى الوطن يمكنها المطالبة بحضانة بناتها الثلاثة...<sup>٤٧</sup> " وهو ما أكدت عليه في قرار اخر على النحو الموالي: " من المقرر قضاء في مسألة الحضانة انه في حالة وجود احد الأبوين في دولة اجنبية غير مسلمة، وتخاصما على الأولاد بالجزائر، فإن من يوجد بها يكون أحق بهم...<sup>٤٨</sup> " لأنه " من المقرر شرعا وقانونا أن اسناد الحضانة يجب ان تراعى فيها مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، .....<sup>٤٩</sup>

(ج) معيار توفر الحاضنة للعناية بالطفل ورعايته

تطلبت المحكمة العليا في العديد من قراراتها أن تكون الحاضنة خالية من الزواج، لأنه يشغلها عن رعاية الطفل المحضون، وهو ما صرحت به في أحد هذه القرارات التي جاء فيها أنه " من المقرر في الشريعة الإسلامية، أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما، فأحرى بغيرها أن تكون

خالية من الزواج، اما اذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لإنشغالها عن المحضون...<sup>٥٠</sup> بينما اكدت في قرارات أخرى بتقيد حقها في الزواج من رجل محرم للطفل وفق ما يظهر من القرار التالي الذي جاء فيه: " أن الجدير بالملاحظة، أن في قضية الحال فالشريعة تراعي بالدرجة الأولى مصلحة المحضونين وشروط جدية تكون متوفرة في الشخص الذي يكلف بالحضانة من جملتها أن الحاضنة لا تكون متزوجة برجل اجنبي عن الأولاد وغير مسنة وسليمة في صحتها البدنية والعقلية، حيث بما أن جدة الأولاد كبيرة في السن وتزوجت برجل اجنبي فطبعا ان حضانة الأولاد ترجع للأب...<sup>٥١</sup>"

و لقد تمسك الفقه الاسلامي بهذا الشرط، لأنه يرى في زواج الحاضنة بغير المحرم، سببا قويا يجعل منها غير متوافرة، باعتبار أن زوجها غير ملزم برعاية إبنها من زواج سابق.

و لقد أكدت المحكمة العليا على تبنيها لهذا المعيار من خلال تأكيدها على أن عمل الأم لا يوجب اسقاط حضانتها على أطفالها ما دامت متوفرة لتوفير الرعاية و العناية لهم.

مع العلم أنه يجب على القاضي الذي يتولى الفصل في دعوى اسناد الحضانة الحكم بحق الزيارة حسب ما صرحت به المحكمة العليا في قرار آخر لها جاء فيه أنه " من المقرر أنه وفقا لنص المادة ٦٤ من قانون الأسرة على القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى ابنائه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون اليه والتعاطف معهم، ومن ثم فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق الزيارة للأب مرتين كل شهر قد خرق القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.<sup>٥٢</sup> باعتبار أن الزيارة تعد الوسيلة الوحيدة للحفاظ على علاقة الطفل بكلا والديه وفق ما أشار اليه القرار التالي " من المقرر فقها وقضاء أن حق الشخص لا يقيد إلا بما يقيد به القانون، فزيارة الأم أو الأب لولدهما حق لكل منهما، و على

من كان عنده الولد أن يسهل على الآخر استعماله على النحو الذي يراه بدون تضيق أو تقييد... " وهو ما أكد عليه القرار الموالي أيضا الذي جاء فيه أن: " من المقرر شرعا بأن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب حق الزيارة والرقابة... لا يمنع استعمال ذلك الحق .."<sup>٥٣</sup> ويثبت حق الزيارة في القضاء الجزائري لأجداد الطفل أيضا وفق ما صرحت به المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه أنه: " من حق الأجداد استقبال أحفادهم لزمن محدد خلال السنة... "<sup>٥٤</sup> في حين يعترف المشرع و القضاء الفرنسي بهذا الحق لكل أقارب الطفل.<sup>٥٥</sup>

#### (د) معيار البيئة المستقر لنمو الطفل

أظهرت قضية شؤون الأسرة، بما فيهم قضية المحكمة العليا بالجزائر في الأونة الأخيرة اهتماما واضحا بضرورة توافر البيئة المستقرة للمحضون، وهو ما كشفت عنه بعض القرارات الصادرة عن المحكمة العليا، التي قررت في أحدها أن: " اسناد الحضانة يقتضي مراعاة مصلحة المحضونين، وأن الأبناء كانوا يعيشون مع والدهم قبل وفاة أمهم. وأنهم تعودوا على هذا النمط والمحيط الذي يعيشون فيه وأن مصالحتهم تستدعي بقاءهم عند والدهم.."<sup>٥٦</sup> كما أكدت في ذات القرار على أن اسناد حضانة الأبناء الثلاثة لجدتهم من الأم من طرف قضية المجلس تم دون تبيان المعايير التي اعتمد عليها وأين تكمن مصلحة المحضون.

إلا أن ذات الهيئة ناقضت نفسها في قرار آخر لها والذي أكدت في أحد حيثيات على أنه رغم أن: " المطعون ضدها تركت العارض رفقة أبنائه الخمسة الذي تكفل بهم أحسن تكفل على رغم من أن له طفلة لم يتجاوز عمرها سنة ونصف، كما ثبت من خلال محضر المعاينة المحرر بتاريخ ٢٠٠٤ / ٠٣ / ١٥

كما أن المحضر المحرر بتاريخ ٢٠٠٥ / ٠٣ / ١١ المرفق يثبت أن الأبناء الخمسة يعيشون مع العارض منذ ولادتهم إلى حد الآن زيادة على أن المحضر المؤرخ في ٢٤ / ٠٦ / ٢٠٠٦ المتضمن إثبات حالة، يثبت ترك المطعون ضدها للأبناء لدى العارض..."<sup>٥٧</sup> ومع ذلك ذلك قررت المحكمة



العليا أنه: "حيث اكتسبت المطعون ضدها الجنسية الفرنسية دون أن ترتد عن الديانة الاسلامية و لا يوجد أمام الجهة القضائية ما يفيد تخليها عن الدين الاسلامي فإن ذلك لا يسقط حقها في الحضانة لكونها أولى بحضانة أطفالها وفق المادة ٦٤ من قانون الأسرة."

حيث يظهر من القرار الأخير و كأن المحكمة العليا أغفلت أن تلك الأولوية ، مقيدة بشرط مراعاة مصلحة المحضون ، و الذي تم إغفالها كلية في هذه الحالة.

### الخاتمة

اعتبر قانون الأسرة الجزائري - في نصوصه المتعلقة بالحضانة - مصلحة المحضون الأساس الأوحد الذي يجب أن تبنى عليه كل القرارات المتخذة بشأن المحضون. و هو ما حرصت المحكمة العليا على تكريسه في العديد من قراراتها المتعلقة بالحضانة ، مؤكدة من خلالها على تمسكها الشديد بمبدأ وجوب مراعاة قضاة الموضوع لمصلحة المحضون ، في كل ما يصدر عنه من قرارات تتعلق بحضائنه. إلا أن العديد من تلك الأحكام و القرارات أظهرت أن تقرير ما يعد مصلحة لمحضون ليست بالمهمة السهلة ، مما دفع بالكثير من القضاة إلى الاعتماد على بعض المعايير الشكلية الصرفة للكشف عن تلك المصلحة مثل سلامة صحة الحاضنة و خلوها من الأمراض .... على النحو السابق تبينه في هذه المداخلة. إلا أن هذا يجب أن لا يمنعنا من تبيين اتجاه القضاء الجزائري مؤخرا إلى الاستئناس برأي الخبراء في الكشف عما يوافق مصلحة المحضون ، و لكن ذلك لا ينفي حقيقة استمرار الطابع التقليدي للدعوى الحضانة و القرارات المتعلقة بها ، بسبب افتقار محيط الطفل الذي انفصل والداه للتعاون في ظل تفشي الصراع و استمرار النزاع مع حرص كل طرف على إلغاء الطرف الآخر ، مما يعد مؤشرا واضحا على إهمال الكلي لمصلحة الطفل المحضون في وسطه العائلي أساسا ، فكيف يمكن للقضاء إذن أن ينجح ضمن هذه الظروف في رعاية ما يوافق مصلحة المحضون أصلا ؟

1 وهو أكدت عليه الشريعة الإسلامية التي تعتبر المصلحة أصلاً من أصول الأحكام وتشرع في الشريعة الإسلامية عند عدم وجود النص لمزيد من المعلومات يمكن الرجوع إلى وهبة الزحيلي: أصول الفقه، ج ٢، دار الفكر، الجزائر، ط ١، ١٩٨٦، وعبد الوهاب خلاف: أصول الفقه، الزهراء للنشر والتوزيع، الجزائر، ط ٢، ١٩٩٣، ومحمد محده: أصول الفقه، الشهاب، الجزائر، ط ٤، ١٩٩٠.

2 - ابن منظور: لسان العرب، المجلد ٢، ص ٥١٦.

3 - إذ ترتب على هذا الاهتمام نشوء "علم المقاصد" انظر ابو اسحاق ابراهيم بن موسى بن محمد للخمى الشاطبي: الموافقات في اصول الفقه، طبعة دار الفكر، دمشق سورية.

4 - سعيد رمضان البوطي: ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان ومكتبة الرحاب، الجزائر ١٩٨٧، ص ٢٠٧، صبحي المحمصاني: فلسفة التشريع في الإسلام، دار العلم للملايين، بيروت لبنان، ١٩٦١، ط ٣، ص ١٧٦ وما بعدها.

5 - سعيد رمضان البوطي: المرجع السابق، ص ٢٠٧.

6 - ومن بينها كذلك "يتحمل الضرر الخاص من أجل دفع الضرر العام" وقاعدة "يتحمل اخف الضررين للتعرف على هذه القواعد يمكن الرجوع إلى احمد مصطفى الزقاة: المرجع السابق، ج ٢ ص من ٩٤٥ إلى ١٠٧٧، سليم رستم: شرح المجلة العدلية العثمانية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ط ٣ المجلد الأول، ص من ٢ إلى ٦٣.

7 - حيث تعتبر المصلحة شرطاً جوهرياً لقبول الدعوى القضائية وهذا ما تؤكد عليه المادة ٤٥٩ من ق إ م ج والتي جاء فيها "لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن... له مصلحة في ذلك". كما أنها تعتب غاية للقانون والحق معا لمزيد من المعلومات يمكن الرجوع إلى رسكو باوند: مدخل إلى فلسفة القانون، ترجمه الى العربية صلاح دباغ، المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان بالاشتراك مع مؤسسة فرنكلين للطباعة والنشر نيويورك ١٩٦٨، فتحي الدريني المرجع السابق، احمد فهمي أبو سنة: نظرية الحق، مجلة الفقه الإسلامي أساس التشريع، المذكورة سابق ص ١٧٣ وما بعدها Vasile V.STANCIU: les droit de la victime, PUF 1er ed 1985.

8- Michel VIRALLY: la pensée juridique, L.G.D.J. France 1998, p 26 et s ; Simone GOYARD - FABRE: Les fondement de l ordre juridique ; PUF, 1er ed 1992 p 41 et s

9 - جيرار كورنو: معجم المصطلحات القانونية، ترجمه إلى العربية منصور القاضي، المؤسسة الجامعية بيروت، لبنان، ١٩٩٧، ج ٢ ص ١١٨٨.

- 10 - روسكو باوند: الفلسفة القانون ص ٥٦ وما بعدها
- 11 - رغم أن إرهابات الاهتمام بحقوق الطفل في القرن العشرين قد بدأت بإعلان جنيف حول حقوق الطفل لسنة ١٩٢٤، والذي تبع بالإعلان العالمي لحقوق الطفل الذي صدر عن هيئة الأمم المتحدة سنة ١٩٥٩، وإن الأول جاء في شكل توصيات موجهة لأولياء الطفل في حين كانت التوصيات التي احتواها الإعلان الثاني موجهة للدول والمجتمع الدولي، إلا أن كلاهما لم يشير إلى مصطلح المصلحة الفضلى للطفل على عكس الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل التي تميزت بهذا المصطلح، وسبب إدراجها للمصلحة الفضلى للطفل كغاية يرجى تحقيقها هو نتيجة لكثير من الحقائق العلمية التي وصلت إليها البشرية، والمتعلقة بالطفل وأهمية العناية به وأثر ذلك عليه وعلى المجتمع، بالإضافة إلى تحفظ بعض الدول حول بعض بنود الاتفاقية بحجة تعارضها مع نظامها العام وثقافتها المحلية، وحتى لا تتخذ هذه الدول من هذه الحجج وسيلة للتهرب من التزاماتها في حماية الطفل وحقوقه ولا تصبح الاتفاقية وسيلة لتغيير الأنظمة القانونية والاجتماعية للدول ثم التوصل إلى أن أي كان الاختلاف بين الثقافات والنظم القانونية لا بد من الاعتراف للطفل بحقوقه وحمايتها وأن تكون الغاية الموحدة التي يجب أن يسعى الجميع لها هي مصلحته الفضلى.
- 12 - مما فتح الباب للاختلاف حول مفهوم هذا المصطلح وإعطائه عدة تأويلات قد تكون بعيدة عن معناه الحقيقي وهذا ما جاءت الإشارة إليه في Dossier d information UNICEF , n 3 p 2
- 13 - بحيث استعملت الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل في ديباجتها مصطلح " مصلحة أساسية " في حين استعملت في المادة ٣ من هذه الأخيرة مصطلح " مصلحة فضلى "
- 14 - Dossier n 3 , op cit , p 2-
- 15 - م.ع. غ.أ.ش.،، ٢٠٠٨/٠٣/١٢، ملف رقم ٤٢٦٤٣١، م.ق. لسنة ٢٠٠٨، العدد ١، ص ٢٧٣ .
- 16 - Ibid.
- 17 - أليس غريبا أن يطول عمر حضانة الفتاة إلى سن الزواج أي ١٩ سنة.
- 18- Jean CARBONNIER: *Fléxible droit* , 10ed L.G. D. J, Paris , France , p 41 et s .
- 19 - لمزيد من المعلومات يمكن الرجوع إلى أعمال ملتقى Odile AH-MOUK: *Une experience de formation à la reunion in AFIREM: L enfance maltraité du silence a la communication* , op cit , p227 et s
- 20- T GARE: *droit de la famille* , p 112
- 21 - م.ع. غ.أ.ش.، ١٩٨٩/٧/٣، ملف رقم ٥٤٣٥٣، م.ق. لسنة ١٩٩٢، العدد ١، ص ٤٥ .

- 22 - م.ع. ن.ق. ع. ٥٩، ص. ٢٣٦
- 23 - م.ع. في ١٨/٥/٢٠٠٥ / م.ع. م. ع. ١، ٢٠٠٥، ٣٠١.
- 24 - وفق ما أكد عليه القرار الصادر عن المحكمة العليا في ٩ / ٧ / ١٩٨٤. ملف رقم ٢٣٩٢١ والذي نقضت فيه قرار صادر عن قضاء الاستئناف مفاده قبول حضانة ام لأطفالها رغم وجود تقرير يفيد بأنها مكفوفة. م. ج. ١٩٨٩ عدد ٤ ص ٧٦.
- 25 - م.ع. غ. أ. ش. في ٢ / ٤ / ١٩٨٤، ملف رقم ٣٢٥٩٤، م. ق. لسنة ١٩٨٩، العدد رقم ١، ص ٧٧ وهناك عدة قرارات تذهب في نفس هذا السياق على سبيل المثال لا الحصر القرار الصادر عن م.ع. غ. أ. ش. في ١٦ / ٤ / ١٩٧٩، ملف رقم ١٩٢٨٧، ن. ق. لسنة ١٩٨١، العدد ٢، ص ١٠٨ والقرار الصادر عن نفس المحكمة في تاريخ ٢٤ / ٢ / ١٩٨٦، الملف رقم ٣٩٩٤١ ذكره العربي بلحاج: مبادئ الاجتهاد القضائي المرجع السابق ص ١٣٢.
- 26 - م.ع. غ. أ. ش. في ٦ / ٦ / ١٩٨٨، ملف رقم ٦٩١٩١، ذكره العربي بلحاج: مبادئ الاجتهاد القضائي. المرجع السابق ص ١٠٢.
- 27 - م.ع. غ. أ. ش. في ١٨ / ٦ / ١٩٩١، ملف رقم ٧٥١٧١، ذكره العربي بلحاج المرجع نفسه، ص ١٢١.
- 28 - م.ع. في ٣ / ٧ / ٢٠٠٢ م. ق. ع. ١، ٢٠٠٤، ص ٢٧٠
- 29 - م.ع. غ. ق. خ. في ١٤ / ٥ / ١٩٦٩، ن. ق. لسنة ١٩٧٠، (١٠-١٢) ص ٤٨.
- 30 - م.ع. غ. ق. خ. في ٥ / ٢ / ١٩٧٩، ملف رقم ١٩٣٠٣، ن. ق. لسنة ١٩٨١ العدد ١، ص ٧٧.
- 31 - م.ع. غ. أ. ش. في ٢٤ / ٢ / ١٩٨٦، ملف رقم ٣٩٧٦٨، ذكره بلحاج العربي في مبادئ الاجتهاد القضائي، ص ١٢٨.
- 32 - م.ع. غ. ق. خ. في ١٣ / ١١ / ١٩٦٨، ن. أ. لسنة ١٩٦٨ ص ١٢٩.
- 33 - م.ع. غ. أ. ش. في ١٣ / ١ / ١٩٨٦، ملف رقم ٣٩٥٥٩، ذكره العربي بلحاج: المرجع السابق، ص ١٢٣.
- 34 - م.ع. غ. أ. ش. في ٧ / ١١ / ١٩٨٨، ملف رقم ٥٠٢٧٠، م. ق. ١٩٩١ عدد ٣ ص ٤٨.
- 35 - م.ع. غ. ق. خ. في ٢٥ / ١٢ / ١٩٦٨، ن. س. لسنة ١٩٦٨، ص ١٣٦.
- 36 - م.ع. غ. ق. خ. في ١٥ / ٥ / ١٩٦٨، ن. س. لسنة ١٩٦٨، ص ١٠٩.
- 37 - م.ع. غ. ق. خ. في ١٤ / ٥ / ١٩٦٩، ن. ق. ١٩٧٠ ص ٤٨.
- 38 - م.ع. غ. ق. خ. في ٢٩ / ٥ / ١٩٦٩، ن. س. لسنة ١٩٦٩، ص ٣٠٦.
- 39 - م.ع. غ. أ. ش. في ٣٠ / ٤ / ١٩٩٠، ملف رقم ٧٩٨٩١، م. ق. لسنة ١٩٩٢ العدد ١ و ص ٥٥
- 40 - م.ع. غ. أ. ش. في ١٩ / ١٢ / ١٩٨٨، ملف رقم ٥١٨٩٤، م. ق. لسنة ١٩٩٠، العدد ٤، ص ٧٥.

- 41 - م.ع.غ.أ.ش. في ٣ / ٧ / ١٩٨٩ ، ملف رقم ٥٤٣٥٣ ، م.ق. لسنة ١٩٩٢ ، العدد ١ ، ص ٤٥ .
- 42 - م.ع.غ.ق.ب.خ. في ٢٣ / ٦ / ١٩٧١ ، ن. ق. لسنة ١٩٧٢ ، العدد ٢ ، ص ٨٨ .
- 43 - م.ع.غ.أ.ش. في ١٩ / ٣ / ١٩٩٠ ، ملف رقم ٥٩١٥٦ ، م.ق. لسنة ١٩٩١ ، عدد رقم ٢ ، ص ٧٦ .
- 44 - م.ع.غ.أ.ش. في ٩ / ٧ / ١٩٨٤ ، ملف رقم ٣٣٩٢١ ، م.ق. لسنة ١٩٨٩ ، العدد ٤ ، ص ٧٦ .
- 45 - م.ع.غ.أ.ش. في ١٣ / ١ / ١٩٨٦ ، ملف رقم ٣٩٥٥٩ ، ذكره العربي بلحاج في مبادئ الإجتهد القضائي المذكور سابقا ، ص ١٢٣ ، م.ع.غ.أ.ش. في ١٣ / ١ / ١٩٨٦ ، ملف رقم ٣٩٥٥٩ ، ذكره العربي بلحاج في مبادئ الإجتهد القضائي المذكور سابقا ، ص ١٢٣ .
- 46 - م.ع.غ.أ.ش. في ٩ / ١ / ١٩٨٤ ، ملف رقم ٣١٩٩٧ ، م.ق. لسنة ١٩٨٩ ، العدد رقم ١ ، ص ٧٣ .
- 47 - م.ع.غ.أ.ش. في ٩ / ٣ / ١٩٨٧ ، ملف رقم ٤٥١٨٦ ، ذكره العربي بلحاج: في مبادئ الإجتهد القضائي المذكور السابق ص ١٣٢ .
- 48 - م.ع.غ.أ.ش. في ٢ / ١ / ١٩٨٩ ، ملف رقم ٥٢٢٠٧ ، م.ق. لسنة ١٩٩٠ ، العدد ٤ ، ص ٧٤ .
- 49 - م.ع.غ.أ.ش. في ١٩ / ٢ / ١٩٩٠ ، ملف رقم ٥٩٠١٣ ، م.ق. لسنة ١٩٩١ ، العدد ٤ ، ص ١١٦ .
- 50 - م.ع.غ.أ.ش. في ٥ / ٥ / ١٩٨٦ ، ملف رقم ٤٠٤٣٨ ، م.ق. لسنة ١٩٨٩ ، العدد رقم ٢ ، ص ٧٥ .
- 51 - م.ع.غ.أ.ش. في ١٣ / ١ / ١٩٨٦ ، ملف رقم ٣٩٥٥٩ ، ذكره العربي بلحاج: المرجع السابق ، ص ١٢٣ .
- 52 - م.ع.غ.أ.ش. في ١٦ / ٤ / ١٩٩٠ ، ملف رقم ٥٩٧٨٤ ، م.ق. لسنة ١٩٩١ ، العدد ٤ ، ص ١٢٦ .
- 53 - م.ع.غ.م. في ١٨ / ١١ / ١٩٧٠ ، ن. ق. لسنة ١٩٧٢ ، ص ٦٧ .
- 54 - م.ع.غ.م. في ٨ / ١٠ / ١٩٦٩ ، ن. س ١٩٦٩ ، ص ٣٢٧ .
- 55- Mireille DELMAS -MARTY: op cit , p 35.
- 56 - م.ع.غ.أ.ش. ، ١٣ / ٠٢ / ٢٠٠٨ ، ملف رقم ٤٢٤٢٩٢ ، م.ق. ، ٢٠٠٨ ، العدد ١ ، ص ٢٦٨ .
- 57 - م.ع.غ.أ.ش. ، ١٠ / ٠٩ / ٢٠٠٨ ، ملف رقم ٤٥٧٠٣٨ ، ، م.ق. ، ٢٠٠٨ ، العدد ١ ، ص ٣١٥ .

مدى الالتزام بتشريعات أولى الأمر  
دكتوراه صباح مصطفى حسن المصرى  
أستاذ القانون العام المساعد  
جامعة الملك عبد العزيز

مقدمة:

تعد الشريعة الإسلامية خاتمة الشرائع التى تحمل الهداية الإلهية للبشر، وقد خصها الله بالعموم والخلود والشمول فهى رحمة للعالمين من كل الأجناس فى كل البيئات وفى كل العصور إلى أن تقوم الساعة، لذا أودع الله فيها من الأصول والأحكام ما يجعلها قادرة على الوفاء بمحاجات الانسانية المتجددة على امتداد الزمان واتساع المكان وتطور الإنسان؛ ولذلك جاء القرآن الكريم تبياناً لكل شئ، فقد أتى بقواعد تفصيلية لبعض الأمور وذلك فى المجالات التى لا يتصور أن يختلف فيها الوضع باختلاف الأمم أو باختلاف الزمان مثل نظام الموارث والحدود، ولكنها فى بعض المسائل الأخرى اقتصرت أحكام الشريعة الإسلامية على وضع مبادئ عامة تنظمها.

ومن أهم هذه الموضوعات التى لم تحدد الشريعة الإسلامية أحكامها التفصيلية نظام الحكم، فإن الشريعة الإسلامية لم تأتى بأحكام تفصيلية لتنظيمه ولكنها اكتفت بتقرير العديد من المبادئ تنظمه مثل مبدأ الشورى والعدل والمساواة، تاركاً تنظيم هذه المبادئ لكل أمة تضعها بما يلائم ظروفها؛ لكى تتماشى الأحكام مع مقتضيات كل زمان ومكان<sup>(١)</sup>. من هنا يأتي دور أولى الأمر فى إصدار التشريعات التى تحقق مصالح الأمة الإسلامية شريطة أن تكون هذه التشريعات موافقة لأحكام

(١) للمزيد من التفاصيل حول شمول الشريعة وصالحية الشريعة للتطبيق فى أى عصر: د/ عبد الكريم زيدان، أصول الدعوة، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، ١٩٨٧، ص ٥٢. د/ جاد الحق على جاد الحق، الفقه الإسلامى، نشأته تطوره، معهد الدراسات الإسلامية، ١٩٩٥، ص ٢٠٢.

ومقاصد الشريعة الإسلامية تطبيقاً لقوله تعالى :  
 ( يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ  
 الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا )<sup>(١)</sup>.

ومن الملاحظ على هذه الآية الكريمة أنه لم يذكر فيها الخالق - عز وجل - لفظ "ولي الأمر"، ولكن ذكر سبحانه لفظ "أولي الأمر" في إشارة واضحة لتعدد أولي الأمر الواجب طاعتهم، واختلفت الآراء فى الفقه الإسلامى فى المقصود بهؤلاء الولاة، فهناك من يرى أن المقصود بهم هم "أهل الحل والعقد" (النخبة فى المفهوم الحديث)، وجانب آخر يرى أن المقصود بهؤلاء "الأمرء والولاة"، ونحن نميل للجانب الذى يرى أن المقصود بأولى الأمر فى الآية الكريمة صنفان: أولو الأمر الدينى وهم المجتهدون وأهل الفتيا، وأولو الأمر الدنيوى وهم الذين نطلق عليهم فى العصر الحديث "الحكام" أى رجال السلطات العامة، وهو ما سوف تتبعه فى هذه الدراسة<sup>(٢)</sup>.

(١) سورة النساء، آية (٥٩).

(٢) اختلفت آراء الفقه الإسلامى حول تحديد المقصود "بأولى الأمر" فهناك من ذهب إلى أنهم أولو العقل والرأى الذين يدبرون أمر الناس "الجامع لأحكام القرآن لأبى عبد الله محمد بن أحمد الأنصارى القرطبى، الجزء الخامس، مطبعة دار الكتب المصرية، ١٩٣٧، ص ٢٥٩، ٢٦٠. وهناك من قال إنهم الأمرء والولاة لصحة الأخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بالأمر بطاعة الأئمة والولاة فيما كان طاعة، وللمسلمين مصلحة. أبى جعفر محمد بن جرير الطبرى، المتوفى ٣١٠ هـ، جامع البيان عن تأويل القرآن، الجزء الخامس، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبي، الطبعة الثانية، ١٩٥٤، ص ١٤٨ : ١٥٠. وجاء فى تفسير الشوكانى لأولى الأمر: "هم الأئمة والسلطين والقضاة وكل من كانت له ولاية شرعية لا ولاية ظاغوتية"، محمد بن على بن محمد محمد الشوكانى، المتوفى ١٢٥٠ هـ، الجامع بين فتى الرواية والدراية من علم التفسير، الجزء الأول، دار المعرفة، بدون سنة، ص ٤٨١، ٤٩١. وفى تفسير ابن كثير: "هم الأمرء والعلماء" تفسير القرآن العظيم للإمام الجليل الحافظ عماد الدين أبو الفداء اسماعيل بن كثير القرشى الدمشقى، الجزء الأول، مكتبة دار التراث، ص ٥١٨. والبعض الآخر قال إن أولى الأمر صنفان هم: أ- أولو الأمر الدينى وهم المجتهدون وأهل الفتيا، ب- أولو الأمر الدنيوى، وهم الذين نطلق عليهم فى العصر الحديث "الحكام" أى رجال=

وتهدف هذه الدراسة لبيان مدى الالتزام بالتشريعات الصادرة عن أولى الأمر بنوعيهما في المجتمعات الإسلامية وعلى ذلك فسوف نقسم هذه الدراسة إلى مبحثين:

**المبحث الأول:** مدى الالتزام بتشريعات أولى الأمر الديني.

**المبحث الثاني:** مدى الالتزام بتشريعات أولى الأمر الدنيوي.

### المبحث الأول

#### مدى الالتزام بتشريعات أولى الأمر الديني

المقصود من أولى الأمر الديني المجتهدون من فقهاء الشريعة الإسلامية<sup>(١)</sup>، وبيان مدى الالتزام بتشريعات أهل الاجتهاد علينا أن

=السلطين التشريعية والتنفيذية. ونحن نتفق مع هذا الرأي الأخير. الشيخ / عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، مكتبة الدعوة الإسلامية، الطبعة الثامنة، بدون سنة نشر، ص ٤٧. كذلك: د/ عبد الحميد متولى، مبادئ نظام الحكم فى الإسلام، دار المعارف، الطبعة الأولى، بدون سنة نشر، ص ٤٧، ٤٨.

(١) الدليل على أن المجتهدين من أولى الأمر الديني ما يلي:

أ- من القرآن: (وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِنَ الْأَمْنِ أَوْ الْخَوْفِ أَدْعَوْهُمْ إِلَيْهِ وَوَرَّوْهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلَّهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ وَلَوْ أَنَّا فَضَّلْنَا اللَّهُ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ لَاتَّبَعْتُمُ الشَّيْطَانَ إِنَّا لَقَلِيلًا) سورة النساء، آية ٨٣. فتفسير "لعلمه الذين يستنبطونه" أى يستخرجونه، أى لعلوا ما ينبغي أن يُشقى منهم وما ينبغي أن يُكتم. والاستنباط مأخوذ من استنبطت الماء إذا استخرجته. والنبط: الماء المستنبط أول ما يخرج من ماء البئر أول ما تحفر. وسمى النبط نبطاً لأنهم يستخرجون ما فى الأرض. والاستنباط فى اللغة الاستخراج، وهو يدل على الاجتهاد إذا عدم النص والإجماع كما تقدم. ابن منظور، لسان العرب، مادة (نبط)، الجامع لأحكام القرآن لأبى عبد الله محمد بن أحمد الأنصارى القرطبي، مرجع سابق، ص ٢٩١، ٢٩٣. وفى تفسير الشوكانى "لعلمه الذين يستنبطونه" أى يستخرجونه بتقديرهم وصحة عقولهم. انظر فتح القدير للشوكانى، الجزء الأول، مرجع سابق، ص ٤٩١. ب- من السنة النبوية الشريفة: "لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لمعاذ حين بعثه إلى اليمن: "م تحمك؟ قال: بكتاب الله. قال: فإن لم تجد؟ قال: بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم. قال: فإن لم تجد؟ أجتهد رأى ولا ألو. قال: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم لما يرضى رسول الله صلى الله عليه وسلم "ضعيف وصححه بعض العلماء كابن القيم فى كتابه إعلام الموقعين عن رب العالمين. للإمام محمد بن أبى بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية المولود سنة ٦٩١هـ - المتوفى سنة ٧٥١هـ، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، ج ١، ص ١٥٥. مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق شعيب الأرنؤوط وعادل مرشد، ط: الرسالة، =



نوضح أولاً تعريف المجتهد وتحديد الشروط الواجب توافرها فيه ، ثم نبين مدى الالتزام بالاجتهاد الصادر عنه وذلك فى المطلبين الآتيين :

**المطلب الأول:** تعريف المجتهد والشروط الواجب توافرها فيه  
**المطلب الثانى:** مدى الالتزام بالاجتهاد الصادر عن أولى الأمر الدينى

### المطلب الأول

#### تعريف المجتهد والشروط الواجب توافرها

يتعين قبل أن نقف على مدى الالتزام بالاجتهاد الصادر عن أولى الأمر الدينى أن نتعرض لتعريف المجتهد وبيان الشروط الواجب توافرها فيه ، فى فرع مستقل لكل منهما.

### الفرع الأول

#### تعريف المجتهد

نظرا لصعوبة تعريف المجتهد بصفة مستقلة عن شروط الاجتهاد لم يضع الكثير من الأصوليين تعريفاً له واكتفوا بتعريفه من خلال الشروط اللازمة لجعل الشخص أهلاً للاجتهاد.

وقد حاول بعض الفقهاء تعريفه تعريفاً مستقلاً فقالوا الاجتهاد فى عرف الفقهاء هو: استفراغ الوسع وبذل الجهود فى طلب الحكم الشرعى<sup>(١)</sup> ، وعرفه البعض الآخر بأنه "الفقيه المستفرغ لوسعه لتحصيل ظن بحكم شرعى"<sup>(٢)</sup> .

---

=ج ٣٦ ، ص ٣٣٣ ، سنن الترمذى . باب ما جاء فى القاضى كيف يقضى ، تحقيق: بشار عواد معروف . سنن أبى داود ، للإمام الحافظ المصنف المتقن أبى داود سليمان ابن الأشعث الحستائى الأزدي المولود فى ٢٠٢ هـ والمتوفى بالبصرة شوال ٢٧٥ هـ . حقق أصله وضبط غرائب وعلق حواشيه محمد محيى الدين عبد الحميد ، ص ٤١٢

(١) أبو اسحاق إبراهيم بن على بن يوسف الشيرازى ( المتوفى ٤٧٦ هـ ) ، اللمع فى أصول الفقه ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الثانية ، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ .

(٢) د/ محمد كمال الدين إمام ، أصول الفقه الاسلامى ، دار المطبوعات الجامعية ، بدون طبعة ، بدون سنة نشر ، ص ٣١٠ .

## الفرع الثاني

الشروط الواجب توافرها في أولى الأمر الديني (شروط المجتهد)

سبق أن ذكرنا أن أولى الأمر الديني هم أهل الاجتهاد والفتيا وأهل الحل والعقد. وقد اشترط الفقهاء فيمن يصل إلى درجة الاجتهاد<sup>(١)</sup> الشروط الآتية:

أ- العلم باللغة العربية: وهي اللغة التي نزل بها القرآن الكريم، والأحكام التي يتصدى لبيانها المجتهد وعاؤها الأول هو "القرآن الكريم"، ولا بد لمن يستخرج الأحكام منه أن يكون عليماً بأسرار البلاغة ليتسامى إلى إدراك ما اشتمل عليه من أحكام<sup>(٢)</sup>.

ب- العلم بالقرآن الكريم: القرآن الكريم هو المصدر الأول من مصادر الشريعة الإسلامية، وعند بعض العلماء لا يشترط في المجتهد حفظ القرآن الكريم كله، بل يكفي أن يكون عارفاً بمواقع آيات الأحكام حتى يرجع إليها وقت الحاجة. ويقتضى العلم بالقرآن الكريم أيضاً معرفة أسباب النزول والناسخ والمنسوخ<sup>(٣)</sup>.

(١) يجدر بنا أن نذكر الشروط الواردة في المتن هي الشروط التي يجب توافرها في طبقة المجتهد اجتهاداً كاملاً، وهم العلماء الذين اتجهوا الي معرفة الأحكام من مصادرها الشرعية. أما الطبقة الثانية فيقصد بها علماء التخرّيج وتطبيق قواعد الأحكام علي الأفعال الجزئية. وبهذا التطبيق تبين أحكام المسائل التي لم يعرف للسابقين أصحاب الاجتهاد الكامل رأى فيها. انظر في تقسيم المجتهدين: الإمام / محمد أبو زهرة، تاريخ المذاهب الإسلامية، ص ٣٠٦

(٢) ان الشاطبي رتب الباحثين في الشريعة بمقدار مرتبتهم في فهم الكلام فيقول: "اذا فرضنا مبتدئاً في فهم العربية، فهو مبتدئ في فهم الشريعة، أو متوسطاً فهو متوسط في فهم الشريعة، والمتوسط لم يبلغ درجة النهاية، فإذا انتهى إلى الغاية في العربية، كان كذلك في الشريعة، فكان فهمه فيها حجة، كما كان فهم الصحابة وغيرهم من الفصحاء الذين فهموا القرآن حجة، فمن لم يبلغ شأوه فقد نقصه من فهم الشريعة بمقدار التقصير عنهم، وكل من قصر فهمه لم يكن حجة، ولا كان قوله مقبولاً". الشاطبي (إبراهيم بن موسى اللحى الغناطي المالكي)، الموافقات في أصول الشريعة، شرح وتخرّيج الشيخ / عبد الله دراز، المكتبة التجارية الكبرى، ج ٤، بدون طبعة بدون سنة نشر، ص ١١٤.

(٣) روى عن الإمام الشافعي أنه اشترط حفظ القرآن الكريم كله، ولا شك أن أقصى درجات العلم بالقرآن الكريم أن يكون حافظاً للقرآن حفظاً كاملاً فاهماً لمعانيه في الجملة، دارساً =

ج- العلم بالسنة النبوية. السنة النبوية الشريفة هي المصدر الثاني من مصادر الشريعة الإسلامية، لذلك اتفق الفقهاء علي وجوب العلم بالسنة القولية والفعلية والتقريبية ومعرفة الناسخ والمنسوخ منها وطرق الرواية وقوة الرواة<sup>(١)</sup>.

د العلم بالقياس: إن العلم بالقياس يقتضى العلم بثلاثة أمور: أولها: العلم بالأصول من النصوص التي يمكن أن تبنى عليها أحكام غيرها، والعلل التي لها تأثير في أحكام هذه النصوص التي يمكن تطبيقها علي الفروع غير المنصوص علي حكمها. ثانيها: العلم بقوانين القياس وضوابطه. فلا يقاس - مثلا - على ما يثبت أنه خاص بحال معينة لا تقاس عليها. وثالثها: أن يعرف المنهاج الذي سلكه السلف الصالح من العلماء فى تعرف علل الأحكام، والأوصاف التي اعتبروها أساسا لبناء الأحكام عليها، واستخرجوا بها طائفة من الأحكام الفقهية<sup>(٢)</sup>.

=ما اشتمل عليه من أحكام دراسة تفصيلية عالماً بآيات الأحكام علماً دقيقاً، ملماً بأقوال الصحابة في تفسيرها مطلعاً علي أسباب النزول، يعرف المقاصد والغايات. للمزيد من التفاصيل حول اشتراط العلم بالقرآن الكريم الإمام / محمد ابو زهرة، تاريخ المذاهب الإسلامية، ص ٣٠٨. د/ يوسف القرضاوى، الاجتهاد فى الشريعة الإسلامية مع نظرات تحليلية فى الاجتهاد المعاصر، دار القلم، الطبعة الأولى، ١٩٨٥، ص ٢٠: ٢٤. د/ عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ص ٢١٨. (١) ولا يشترط أن يكون حافظاً للسنة المتعلقة بالأحكام، بل الشرط أن يعرفها ويعرف مواضعها، وطرق الوصول إليها، وأن يكون عليهما برجال الحديث. للمزيد من التفاصيل حول اشتراط العلم بالسنة النبوية أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشى، المتوفى سنة ٧٩٤ هـ، تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم، البرهان فى علوم القرآن، ج ٢، دار إحياء الكتب العربية، الطبعة الأولى، ١٣٧٦ هـ، ١٩٥٧ م، ص ٢٩: ١٤٦. السيوطى، الاتقان فى علوم القرآن، لعبد الرحمن بن أبى بكر جلال الدين السيوطى، المتوفى سنة ٩١١ هـ، تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم، البيئة المصرية العامة للكتاب، طبعة ١٣٩٣ هـ، ١٩٧٤ م، ج ٢ ص ٣٣٤، ج ٤ ص ٢٠٠. الإمام / أبو زهرة، تاريخ المذاهب الإسلامية، ص ٣٠٩. د/ يوسف القرضاوى، الاجتهاد فى الشريعة الإسلامية مع نظرات تحليلية فى الاجتهاد المعاصر، ص ٢٥: ٣٢.

(٢) ويقول الإستوى فى معرفة القياس بالنسبة للمجتهد: " لا بد أن يعرفه ويعرف شرائطه المعتبرة؛ لأنه قاعدة الاجتهاد. والموصل الي تفاصيل الأحكام التى لا

هـ - معرفة مقاصد الأحكام: يشترط الفقهاء هذا الشرط في المجتهد حتى لا ينحرف باجتهاده عن مقاصد الشريعة الإسلامية، ويستطيع أن يفرق بين المصلحة الوهمية والمصلحة الحقيقية، وما يقره الإسلام من أمور تنفع الناس، وما يحاربه من أوهام وأهواء وشهوات، ويجب أن يعرف ما يكون في الفعل من مصلحة ومضرة ويوازن بينهما، فيقدم دفع المضار علي جلب المصالح، وما ينفع الناس على ما ينفع الآحاد، وهذا من أسس الاجتهاد<sup>(١)</sup>.

و- صحة الفهم وحسن التقدير: وهذا الشرط يشترطه بعض الفقهاء حتى يتمكن المجتهد من كسب الحقائق، وتمييز زيف الآراء من جيدها.

ز- صحة النية وسلامة الاعتقاد: إن من يصل لمرتبة الاجتهاد لا بد وأن يتصف بالسمو في التفكير، وعلو النفس، فالنية المخلصة تجعل القلب يستنير بنور الله تعالي فينفذ إلى لب هذا الدين الحكيم، ويتجه إلي الحق لا يبغي سواه<sup>(٢)</sup>. وهذه هي الأمور التي اجمع العلماء علي اشتراطها في المجتهد، ومن يعتلي مرتبة الاجتهاد العام، وتكون الفتوي الصادرة ممن لا تتوافر فيه هذه الشروط غير واجبة الاتباع<sup>(٣)</sup>.

=حصر لها". عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعي أبو محمد جمال الدين، المتوفى ٧٧٢ هـ، تحقيق د/ محمد حسن هيتو، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، ج ١، مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٠ هـ، ص ٤٤، للمزيد من التفاصيل حول شرط معرفة المجتهد للقياس الإمام / محمد أبو زهرة، تاريخ المذاهب الإسلامية، ص ٣١٠، ٣١١ د/ يوسف القرضاوي، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية مع نظرات تحليلية في الاجتهاد المعاصر، ص ٤٠: ٤٣ د/ عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، مرجع سابق، ص ٢١٩.

(١) د/ يوسف القرضاوي، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية مع نظرات تحليلية في الاجتهاد المعاصر، ص ٤٧: ٤٣ د/ محمد أبو زهرة، تاريخ المذاهب الإسلامية، ص ٣١١: ٣١٢.

(٢) بتصريف الإمام / محمد أبو زهرة، تاريخ المذاهب الإسلامية، ص ٣١٣

(٣) للمزيد من التفاصيل حول شروط المجتهد: الإمام / محمد أبو زهرة، تاريخ المذاهب الإسلامية، ص ٣١٣. و د/ فتحى الدريني، خصائص التشريع الاسلامي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، ١٩٨٧، ص ٤٣٧ د/ سليمان الطماوي، السلطات الثلاث، في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الاسلامي، مطبعة جامعة عين شمس، الطبعة الخامسة، ١٩٨٦، ص ٣٨٧، ٣٨٨ د/ عبد القادر عوده، الإسلام وأوضاعنا السياسية، مؤسسة الرسالة، بدون طبعة، ١٩٨٤، ص ٢١٠.

ح - معرفة مواضع الإجماع ومواضع الاختلاف : بين الفقهاء وأسباب هذا الاختلاف وأثر الاختلاف علي الأحكام الشرعية.

## المطلب الثاني

### مدى الالتزام بالاجتهاد الصادر عن أولى الأمر الديني

يتخذ الاجتهاد مظهرين مظهر فردي ومظهر جماعي ، والاجتهاد الفردي هو اجتهاد كل مسلم تتوافر فيه شروط الاجتهاد السابقة ، ويكون في الأمور التي يكفي لمعرفة حكمها اجتهاد فرد واحد. ونكون بصدد اجتهاد جماعي عندما يعرض ولي الأمر موضوعاً من الموضوعات على المجتهدين في عصره فيبحثونه ، فإذا اجتمعوا على رأى صار بذلك إجماعاً. وهو المصدر الثالث للتشريع الإسلامي بعد القرآن والسنة النبوية الشريفة<sup>(١)</sup>. وفي هذا المطلب سوف نوضح مدى الالتزام بكل من الاجتهاد الفردي والاجتهاد الجماعي :

### الفرع الأول

#### مدى الالتزام بالاجتهاد الفردي

اتفق الفقهاء على أن الاجتهاد الفردي لا يكون حجة ملزمة إلا لصاحبه ، فلا يصح له أن يقلد غيره فيما لا يراه هو ولا يجب على أحد أن يقلده<sup>(٢)</sup>. إذ إن حكم الاجتهاد الفردي يقبل الصواب أو الخطأ ، فعن عمرو بن العاص رضى الله عنه أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : { إذا حكم الحاكم فاجتهد ، ثم أصاب فله أجران ، وإذا حكم

(١) د/ سليمان محمد الطماوى ، السلطات الثلاث ، ص ٣٨٩. وللمزيد من التفاصيل حول أهمية الاجتهاد الجماعي : الإمام محمد الغزالي ، مائة سؤال عن الإسلام ، ص ٢٩٠. د/ يوسف القرضاوى ، الاجتهاد فى الشريعة الإسلامية ، ص ٩٦. د/ كمال الدين إمام ، أصول الفقه الإسلامى ، ص ٢٩٤.

(٢) د/ سليمان الطماوى ، السلطات الثلاث ، مرجع سابق ، ص ٣٨٩. د/ صوفى حسن أبو طالب ، تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية ، دار النهضة العربية ، الطبعة الرابعة ، ١٩٩٣ ، ص ١٣٩.

واجتهد، فأخطأ فله أجر {<sup>(١)</sup> ويقول الإمام الشافعي " رأيى صواب  
يحتمل الخطأ ورأى غيرى خطأ يَحْتَمِلُ الصواب "<sup>(٢)</sup>.

ويجدر بنا أن نذكر أن قاعدة عدم إلزام الاجتهاد الفردي ليست  
مطلقة، فهي تصدق فقط على المجتهدين الشرعيين غير الرسميين، أما  
المجتهدون الرسميون الذين يشغلون وظيفة الإفتاء فإن فتاواهم ملزمة  
شريطة أن تكون الفتوى غير مخالفة لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية،

(١) البخارى، الجامع الصحيح، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، محمد بن  
إسماعيل أبو عبد الله البخارى الجعفرى، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار  
طوق النجاة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢ هـ. والإمام مسلم فى المسند الصحيح، باب  
بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري  
النيسابوري، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربى - بيروت.

(٢) من الثابت أن كبار الأئمة والمجتهدين لم يترددوا فى العدول عن الرأى الذى سبق  
لهم إيدأؤه إذا تبين لهم رأى آخر أقوى حجة، وتختلف نتيجة تغيير الرأى تبعاً لما إذا  
كان المجتهد فقيهاً أو قاضياً (حاكماً)، فإن كان فقيهاً وجب عليه أن يعمل باجتهاده  
الجديد، أما إن كان قاضياً (حاكماً) تبقى لحكمه الأول حجته وآثاره، ولا يطبق  
اجتهاده الجديد إلا على الوقائع الجديدة اللاحقة لحكمه الأول. وهذا هو ما دفع  
الخليفة عمر بن الخطاب حينما غير رأيه إلى القول " ذلك على ما قضينا وهذا ما  
تقضى ". وتقول الرواية أن عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - كتب بقضية إلى  
عامل له. فكتب الكاتب ( هذا ما أرى الله عمر )، فقال: اعنه واكتب ( هذا ما رأى  
عمر ) فإن يكن صواباً فمن الله - عز وجل - وإن يكن خطأ فمن عمر، ومثل ذلك  
ما كان من عبد الله بن مسعود - رضى الله عنه - لما سئل عن الرجل الذى تزوج  
امراً فلم يدخل بها، ولم يُسَم لها صداقاً حتى توفى أقول فيها برأى، فإن يكن  
خطأً فمن قبلى وإن يكن صواباً فمن الله عز وجل. الطحاوى، شرح مشكل الآثار،  
ج ٩، لأبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري  
المصري المعروف بالطحاوى ( المتوفى ٣٢١ هـ ) تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة  
الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م، ص ٢١٤. وعلى ذلك فالحكم  
القضائى المبنى على الاجتهاد يلزم طرفى الخصومة، ويرقى اجتهاده إلى مرتبة المصدر  
الرسمى "د/ صوفى حسن أبو طالب، تطبيق الشريعة الإسلامية، مرجع سابق،  
ص ١٤٠. وللزيد من التفاصيل د/ صبحى محمصانى، فلسفة التشريع فى  
الاسلام، مقدمة فى دراسة الشريعة الإسلامية على ضوء مذاهبها المختلفة وضوء  
القوانين الحديثة، ص ١٥٩، ١٦٠. د/ عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه،  
ص ٢٢١.

وَألا يكون المفتى ممن يبتغون إرضاء السلطة ، أو تكون الفتوى واقعة تحت تهديد أو إكراه للسلطة<sup>(١)</sup>.

## الفرع الثانى

### مدى الالتزام بالاجتهاد الجماعى

يتفق جمهور الفقهاء على أن إجماع المجتهدين فى جميع الدول الإسلامية على حكم معين يعتبر ملزم لجميع المسلمين فى جميع الأقطار الإسلامية ، حيث إن اتفاق جميع المجتهدين على حكم واحد فى واقعة ما على اختلاف أنظارهم والبيئات المحيطة بهم دليل على أن وحدة الحق والصواب هى التى جمعت كلمتهم وغلت عوامل اختلافهم<sup>(٢)</sup>. والإجماع فى اللغة يحتمل معنيين أحدهما الإجماع على الشئ ، والثانى العزم على الأمر والقطع به من قولهم : أجمعت على الشئ إذا عزمت عليه ، وأما فى الشرع فهو اتفاق علماء العصر على حكم الحادثة<sup>(٣)</sup>. والدليل على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم : " ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن " <sup>(٤)</sup>.

- (١) د/ الشحات إبراهيم محمد منصور ، الضوابط التى تحكم فتوى المفتى وقضاء القاضى فى الفقه الإسلامى - دراسة مقارنة ، ص ٢١٤ : ٢١٦ وللمزيد من التفاصيل حول الفتوى : د/ عبد الكريم زيدان ، أصول الدعوة ، ص ١٧١ ، ١٧٢. د/ إسماعيل البدوى ، نظام القضاء الإسلامى ، دار الفكر العربى ، ٢٠١٢ ، ص ١١٧ ، ١٢٠. د/ أحمد شلبى ، تاريخ التشريع الإسلامى وتاريخ النظم القضائية فى الإسلام ، موسوعة النظم والحضارة الإسلامية ، مكتبة النهضة المصرية ، ص ٢٢٤.
- (٢) للمزيد من التفاصيل حول حجية الإجماع د/ غنيد الوهاب خلاف ، علم أصول الفقه ، ص ٤٦ ، ٤٧ د/ صوفى حسن أبو طالب ، تطبيق الشريعة الإسلامية ، ص ١٤٤ ، ١٤٥. د/ سليمان محمد الطماوى ، السلطات الثلاث ، ص ٣٩٠.
- (٣) الشيرازى ، اللمع فى أصول الفقه ، ج ١ ، ص ٨٧.
- (٤) موقوف على ابن مسعود ، فى مسند الإمام أحمد ، ج ٦ ، ص ٨٥. ومسند البزار ، أبو بكر أحمد بن عمرو بن عبد الخالق بن خلاد بن عبيد الله العتقى المعروف بالزار ، المتوفى سنة ٢٩٢ هـ ، ج ٥ ، تحقيق : محفوظ الرحمن زين الله ، عادل بن سعد ، و صبرى عبد الخالق الشافعى ، مكتبة العلوم والحكم ، الطبعة الأولى ، ص ٢١٢. والطبرانى ، المعجم الكبير رقم / ٨٥٨٣ ، سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامى ، أبو القاسم الطبرانى ، المتوفى سنة ٣٦٠ هـ ، تحقيق : حمدى بن عبد المجيد السلفى ، مكتبة ابن تيمية ، القاهرة ، الطبعة الثانية.

والاجتهاد الجماعي يأتي على شكلين : اجتهاد جماعي على مستوى فقهاء الدولة ، ويكون هذا الحكم الشرعي ملزم لمواطني هذه الدولة الإسلامية وحكامها ، واجتهاد جماعي آخر على مستوى الأمة الإسلامية ، ويكون هذا الحكم الشرعي ملزم لجميع المسلمين وجميع حكام المسلمين<sup>(١)</sup> .

وإذا كان هناك من يقول إن الإجماع متعذر اليوم لكثرة الدول الإسلامية وتفرقها ، وكثرة المذاهب الفقهية ، لكننا نؤيد ما يذهب إليه جانب من الفقه من إمكانية حدوث مثل هذا الإجماع في العصر الحالي ، وهذا الأمر في رأيي يحتاج شرطين أولهما وأهمها النية الحسنة من حكام الدول الإسلامية ، وإعلان التزامهم جميعاً بما ينتهي إليه هؤلاء الفقهاء الذين يمثلون المصدر الثالث من مصادر الشريعة الإسلامية ، ثانيهما إجرائي وهو أن تضع كل دولة إسلامية شروط ينبغي توافرها فيمن يعتبر عضواً في مجمع فقهي محلي ينشأ في كل دولة إسلامية ، وجميع أعضائه من المجتهدين ، والحكم الصادر من هذا المجمع يكون ملزم للدولة التي يوجد فيها ، ثم يختار هذا المجمع الفقهي عضواً منهم يمثل هذا المجمع في المجمع الفقهي الإسلامي العالمي الذي ينبغي إنشاؤه ، فإذا عُرِضت مسألة ما على هذا المجمع واتفق أعضاؤه على رأي واحد بشأنها تحقق بذلك الإجماع الذي هو المصدر الثالث من مصادر الأحكام الشرعية ، وكان الحكم المجمع عليه حكماً شرعياً واجباً اتباعه من كافة المسلمين وحكام الدول الإسلامية<sup>(٢)</sup> .

(١) انظر الامام / أبو الأعلى المودودي ، الحكومة الإسلامية ، المختار الإسلامي ،

الطبعة الثانية ، ١٩٨٠ ، ص ١٤٣ د / وهبة الزجيلي ، نظام الاسلام ، ص ١٨١ .

(٢) د / عبد الوهاب خلاف ، علم أصول الفقه ، ص ٤٩ ، ٥٠ . وللمزيد من التفاصيل

حول كيفية الاجماع اليوم د / يوسف القرضاوي ، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية

مع نظرات تحليلية في الاجتهاد المعاصر ، ص ١٠٩ : ١١٣ . ويقول د / وهبة

الزجيلي ، وإذا لم يحدث إجماع فيؤخذ برأي الأكثرية والأغلبية عملاً برأي جماعة

من الفقهاء القائلين إن اتفاق أكثر المجتهدين حجة ، وإن لم يكن إجماعاً لقول النبي

صلى الله عليه وسلم : " يد الله مع الجماعة " " عليكم بالجماعة والعامة " " اتبعوا

السواد الأعظم " هذا ما لم يتبين للإمام الأعظم رجحان رأي الأقلين بدليل =



## المبحث الثاني

### مدى الالتزام بتشريعات أولى الأمر الديني

المقصود بأولى الأمر الديني حاكم الدولة الإسلامية، وفي الحقيقة لا يوجد في هذا العصر حاكم مسلم يحكم الدولة بمفرده، ولكنه يساعده مجموعة من أعضاء السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية والسلطة القضائية. وفي هذا المبحث سوف نوضح مدى الالتزام بالتشريعات الصادرة عن كل منهم وذلك في مطلبين على النحو التالي:

**المطلب الأول:** مدى الالتزام بالتشريعات الصادرة عن الحاكم وأعضاء السلطة التنفيذية.

**المطلب الثاني:** مدى الالتزام بالتشريعات الصادرة عن أعضاء السلطة التشريعية والسلطة القضائية.

### المطلب الأول

#### مدى الالتزام بالتشريعات الصادرة

#### عن الحاكم وأعضاء السلطة التنفيذية

سوف نبين فيما يلي مدى الالتزام بالتشريعات الصادرة عن كل من الحاكم وأعضاء السلطة التنفيذية من الوزراء وأمراء الأقاليم وغيرهم وذلك على النحو التالي:

**الفرع الأول:** مدى الالتزام بالتشريع الصادر من الحاكم.

**الفرع الثاني:** مدى الالتزام بالتشريع الصادر من أعضاء السلطة التنفيذية.

---

=واضح، أو لمصلحة أنسب، وإلا اتبع أهل الشورى وهو معنى "العزم" في آية " وشاورهم في الأمر " أي " مشاوره أهل الرأي ثم اتباعهم " كما قال النبي صلى الله عليه وسلم، قال لأبي بكر وعمر مستشاريه: " لو اجتمعتما في مشورة ما خالفتكما " ضعيف مسند أحمد، ج ٢٩ ص ٥١٨ رقم ١٧٩٩٥. انظر د/ وهبة الزجيلي، نظام الاسلام، منشورات جامعة بنغازي، الطبعة الأولى، ١٩٧٤، ص ١٨١.

## الفرع الأول

### مدى الالتزام بالتشريع الصادر من الحاكم

في هذا المطلب نحاول توضيح المقصود بالحاكم في الدولة الإسلامية، والشروط التي يجب توافرها فيه. ثم نعرض لمدى الالتزام بالتشريع الصادر من حاكم الدولة الإسلامية.

#### أولاً: تعريف الحاكم

يقصد بالحاكم: "هو الذي يحكم الأمة الإسلامية نيابة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في إقامة الدين وسياسة الدنيا"<sup>(١)</sup>. وهذا الحاكم قد يطلق عليه عدة مسميات أو ألقاب مثل لفظ خليفة أو إمام أو أمير المؤمنين أو ملكاً أو رئيساً<sup>(٢)</sup>. وهذه المسميات تطلق كلها لمن يقوم بالولاية العامة للمسلمين.

في عصرنا الحالى يقصد بالحاكم في الدولة الإسلامية رئيس الدولة ومصرف أمورها والمسئول الأول عن أعمالها، فهو الذى يضع سياسة الدولة ويشرف على تنفيذها، وهو الذى يهيمن على كل أمور الدولة ومصائرها<sup>(٣)</sup>.

- (١) للمزيد من التفاصيل حول تعريف الخلافة: الماوردى، الأحكام السلطانية، دار الفكر، الطبعة الأولى، ١٩٨٣، ص ٥. الإمام الجوينى، غياث الأمم فى التياث الظلم، لإمام الحرمين أبى المعالى الجوينى، دار الدعوة، ١٩٧٩، ص ٥٥. د/ يوسف القرضاوى، السياسة الشرعية فى الشئون الدستورية والخارجية والمالية، دار القلم، ١٩٨٨، ص ٤٨. د/ عبد الرزاق السنهورى، فقه الخلافة وتطورها لتصبح عصبة أمم شرقية، الهيئة المصرية للكتاب، الطبعة الثانية، ١٩٩٣، ص ٦٥.
- (٢) للمزيد من التفاصيل حول هذه الألقاب ومعناها د/ فؤاد محمد النادى، طرق اختيار الخليفة، رئيس الدولة فى الفقه السياسى الإسلامى والتنظم الدستورية المعاصرة، منشورات جامعة صنعاء، الطبعة الأولى، ١٩٨٠، ص ٤: ١٩ د/ محمد ضياء الدين الرئيس، النظريات السياسية الإسلامية، دار التراث، الطبعة السابعة، بدون سنة نشر، ص ١٢٦: ١٠٦.
- (٣) د/ عبد القادر عودة، الاسلام وأوضاعنا السياسية، ص ٢٣٠. ويستدل على أن

الحاكم يعتبر من ولاة الأمر الذين يجب طاعتهم:  
أ- من القرآن الكريم: قوله تعالى: ( يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ) سورة النساء، =

ثانياً: الشروط الواجب توافرها فى الحاكم

اشتراط الفقهاء العديد من الشروط التي يجب توافرها فيمن يتولى السلطة الحاكمة حتي يتحقق مقصود الشارع من هذا المنصب ، ومن هذه الشروط ما استخلصه الشراح من نص شرعي ، ومنها ما استنبطوه من المصلحة التي ابتغي الشارع تحقيقها من وجود رئيس الدولة الإسلامية ، مما أدى إلى تباين وجهات النظر فى بيان هذه الشروط ومن الشروط المتفق عليها:

١- أن يكون أهلاً للولاية الكاملة وهو أن يكون مسلماً حراً ذكراً<sup>(١)</sup> بالغاً عاقلاً.

=آية ٥٩. وقد سبق أن ذكرنا فى تفسير هذه الآية أن الولاة والأمراء هم من أولى الأمر.

ب- من السنة النبوية الشريفة: هناك الكثير من الأحاديث النبوية الشريفة التي توضح أن الحكام هم من أولى الأمر الذين يجب طاعتهم نذكر منها: عن أنس رضى الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "اسمعوا وأطيعوا، وإن استعمل عليكم عبد حبشى، كأن رأسه زبيبة" متفق عليه عند البخارى، باب إمامة العبد والمولى. رياض الصالحين للإمام أبى زكريا يحيى بن شرف النووى الدمشقى، صححه ووثق تصوفه وعلق حواشيه أنور الباز، دار الوفاء، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠، ص ١٩٢.

وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من أطاعنى فقد أطاع الله ومن عصانى فقد عصى الله، ومن يطع الأمير فقد أطاعنى، ومن يعص الأمير فقد عصانى" متفق عليه عند البخارى فى باب يقاتل من وراء الإمام ويتقى به، وعند مسلم فى صحيحه فى باب وجوب طاعة الأمراء فى غير معصية وتخريبها فى المعصية. ورياض الصالحين للإمام أبى زكريا يحيى بن شرف النووى الدمشقى، ص ١٩٣.

(١) ومن الجدير بالذكر أن جمهور الفقهاء القدامى اتفقوا على ضرورة توافر شرط الذكورة، وعلى ذلك لا يجوز تولية المرأة رئاسة الدولة الإسلامية. راجع فى ذلك آراء الفقه القديم د/ محمد يوسف موسى، نظام الحكم فى الاسلام، ص ٥٠ وما بعدها. وهناك من الفقهاء المحدثين الذين أجازوا تولية المرأة رئاسة الدولة الإسلامية د/ محمد أنس جعفر، الحقوق السياسية للمرأة فى الاسلام والفكر والتشريع المعاصر، ستاريس للطباعة والنشر، ١٩٩٧، ص ٥٧: ٦٣. د/ فؤاد عبد المنعم أحمد، مبدأ المساواة فى الاسلام، المكتب العربى الحديث، بدون طبعة، بدون سنة نشر، ص ٢١٠.

٢- سلامة الحواس ويقصد بها سلامة السمع والبصر واللسان، وسلامة الأعضاء من نقص يمنع استيفاء الحركة وسرعة النهوض<sup>(١)</sup>.

أما شروط الحاكم المختلف عليها فهي:

- ١- الاجتهاد فهناك من الفقه من اشترط في الحاكم العلم المؤدى للاجتهاد، وآخرون يشترطون العلم وليس الوصول إلى درجة الاجتهاد.
- ٢- أن يكون على درجة من الحكمة اللازمة لسياسة الرعية وإدارة شئونها.
- ٣- الكفاءة العسكرية بأن يكون على درجة من الشجاعة والإقدام اللازمين لحماية البلاد من الأعداء.
- ٤- أن يكون قرشياً<sup>(٢)</sup>.

(١) لقد أورد الماوردي سبعة شروط في أهل الإمامة أولها العدالة على شروطها الجامعة. والثاني: العلم المؤدى إلى الاجتهاد فى النوازل والأحكام، والثالث: سلامة الحواس من السمع والبصر واللسان ليصح معها مباشرة ما يدرك بها. والرابع: سلامة الأعضاء من نقص يمنع عن استيفاء الحركة وسرعة النهوض، والخامس: الرأى المفضى إلى سياسة الرعية وتدبير المصالح. والسادس: الشجاعة والنجدة المؤدية إلى حماية البيضة وجهاد العدو والسابع: النسب وهو أن يكون من قریش لورود النص فيه وانعقاد الإجماع عليه، ولا اعتبار بضرار حين شد فجوهرها فى جميع الناس، لأن أبا بكر الصديق رضى الله عنه احتج يوم السقيفة على الأنصار فى دفعهم عن الخلافة لما بايعوا سعد بن عبادة عليها بقول النبى صلى الله عليه وسلم "الأئمة من قریش" صحيح لكثرة طرقه وشواهدة وهو فى مسند أحمد، ج ١٩، ص ٣١٨، حديث رقم ١٢٣٠٧. على بن محمد حبيب البصرى الماوردى، الأحكام السلطانية، ص ٦.

(٢) للمزيد من التفاصيل حول شروط الخلافة أو الحاكم الإسلامى: د/ عبد الرزاق السنهورى، فقه الخلافة وتطورها، ص ٩٧: ١٠٤. د/ فؤاد محمد النادى، طرق اختيار الخليفة، ص ٢٣ وما بعدها. الشيخ / عبد الوهاب خلاف، السياسة الشرعية فى الشئون الدستورية والخارجية والمالية، فى الشئون الدستورية والخارجية والمالية، دار القلم، ١٩٨٨، ص ٦١: ٦٤. د/ محمد ضياء الدين الرئيس، النظريات السياسية الإسلامية، ص ٢٨٧: ٣٠٣. د/ محمد عبدالله العربى، نظام الحكم فى الإسلام، دار الفكر، بدون طبعة، بدون سنة نشر، ص ٧٦: ٧٥.

ثالثاً: مدى الالتزام بالتشريع الصادر من حاكم الدولة الإسلامية.

تستند سلطة الحاكم فى التشريع إلى نظام شرعى يعرف بالسياسة الشرعية، ويقصد بها "التصرف فى الشؤون العامة للأمة على وجه المصلحة لها" (١)، تطبيقاً لقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا" (٢).

وقد جرى العمل منذ عهد الخلفاء الراشدين على التسليم للحاكم بحقه فى تنظيم الأمور التى لم تتعرض لها الشريعة الإسلامية بأحكام تفصيلية، وأجاز الفقهاء للخليفة أو الحاكم إذا كان قد وصل إلى درجة الاجتهاد أن يجتهد فى أحكام الشريعة على قدم المساواة مع غيره من المجتهدين بصفته فقيهاً مجتهداً إذا توافرت لديه شروط العلم والاجتهاد، فإذا لم يكن من

(١) د/ صوفى حسن أبو طالب، تطبيق الشريعة الإسلامية، ص ٢٣٥. ويطلق على السياسة الشرعية أيضاً "الأحكام والتصرفات التى تدبر بها شؤون الأمة فى حكوماتها وتشريعاتها وقضائها، وفى جميع سلطاتها التنفيذية والإدارية، وفى علاقاتها الخارجية التى تربطها بغيرها من الأمم، فلكل أمة فى هذه النواحي سياسة وأحكام خاصة تتفق وعاداتها وأسلوب معيشتها. ودرجة رقيها" د/ عبد الرحمن تاج، السياسة الشرعية والفقہ الاسلامى، مطبعة دار التأليف بمصر، الطبعة الأولى، ١٩٥٣، ص ٧، ويقول الامام / عبد الوهاب خلاف، السياسة الشرعية فى الشؤون الدستورية والخارجية والمالية، دار القلم، بدون طبعة، ١٩٨٨، ص ٢٠ إذ يقول: "السياسة الشرعية هى تدبير الشؤون العامة للدولة الإسلامية بما يكفل تحقيق المصالح ودفع المضار مما لا يتعدى حدود الشريعة وأصولها الكلية، وإن لم يتفق وأقوال الأئمة المجتهدين، وبعبارة أخرى هى متابعة السلف الأول فى مراعاة المصالح ومسيرة الحوادث. والمراد بالشؤون العامة للدولة كل ما تطلبه حياتها من نظم سواء أكانت دستورية أم مالية أم تشريعية أم قضائية أم تنفيذية وسواء أكانت من شؤونها الداخلية أم علاقاتها الخارجية. فتدبير هذه الشؤون والنظر فى أساسها ووضع قواعدها بما يتفق وأصول الشرع هو السياسة الشرعية". وللمزيد من التفاصيل حول السياسة الشرعية شيخ الإسلام / تقي الدين أحمد بن تيمية، السياسة الشرعية فى إصلاح الراعى والرعية، المكتبة السلفية، الطبعة الثالثة، بدون سنة نشر، الكتاب كله. د/ يوسف القرضاوى، السياسة الشرعية، ص ٣٧ وما بعدها. د/ محمد البناء، السياسة الشرعية، أصولها، مجالاتها، دار الهداية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٢، ص ١١ وما بعدها.

(٢) سورة النساء، آية ٥٩.

المجتهدين فلا يجوز له إصدار أحكام شرعية إلا بعد رأى أهل العلم في الشريعة وموافقتهم قبل إلزام الأمة بها<sup>(١)</sup>.

وعلى ذلك فللحاكم المسلم أن يصدر تشريعات تنظم العلاقة بين الدولة والأفراد، أو تنظم العلاقة بين الأفراد بعضهم ببعض، أو يصدر تشريعات تنظم علاقات الدولة الإسلامية بعضها ببعض، أو تنظم العلاقات بينها وبين غيرها من الدول غير الإسلامية<sup>(٢)</sup>.

وعلى ذلك اتفق جميع الفقهاء على أن التشريعات التي تصدر من حاكم الدولة الإسلامية يجب الالتزام بها تطبيقاً لقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ

(١) راجع كلاً من: د/ عبد الرزاق السنهوري، فقه الخلافة وتطورها لتصبح عصبة أمم شرقية، ص ٥٥. د/ صوفي أبو طالب، تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية، ص ٢٤٠، ٢٤١. والتشريعات التي يصدرها رئيس الدولة تأخذ صورتين: الأولى تشريعات تنفيذية: يقصد بها ضمان تنفيذ نصوص الشريعة الإسلامية، والتشريع على هذا الوجه يعد بمنزلة اللوائح والقرارات التي يصدرها الوزراء اليوم كل في حدود اختصاصه لضمان تنفيذ القوانين الوضعية. وتشريعات تنظيمية: يقصد بها تنظيم الجماعة وحمايتها وسد حاجتها على أساس مبادئ الشريعة العامة، وهذه التشريعات لا تكون إلا فيما سكتت عنه الشريعة فلم تأت فيه بنصوص خاصة.

(٢) فمن المسلم به أن إبرام المعاهدات أمر جائز في الإسلام سواء بين دولة إسلامية أو غير إسلامية. وقد سبق أن الرسول صلى الله عليه وسلم أبرم عدة معاهدات حين عاهد اليهود بعد هجرته إلى المدينة، وحين عاهد أهل مكة وصالحهم فيما يسمى بصلح الحديبية لوقف الحرب للمزيد من التفاضيل حول هذا الحق د/ جاد الحق على جاد الحق، الفقه الإسلامي، ص ١٨٥ إذ يقول: "وقد وضع الإسلام إطاراً عاماً للمعاهدات المشروعة تدور في نطاقه فهو يشترط لصحة المعاهدات ونفاذها شروطاً: أولها: ألا تخالف نصوصها قواعد الإسلام الأساسية، وهذا ما قرره قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل". بمعنى أن الشرط الذي يعارضه كتاب الله يقع باطلاً غير معمول به كأن يكون في المعاهدة ما يقتضى تعطيل أحكام الله الأساسية في العبادات أو استباحة حرمة المسلمين وأموالهم. ثانيها: أن تتم المعاهدة بالتراضي بين طرفيها أو أطرافها، فلا اعتبار لمعاهدات تعقد على أساس الغلبة والقهر، إذ التراضي وارتفاع الإكراه شرط تخليص طبيعة العقود. ثالثها: وضوح نصوص المعاهدة واستظهار أهدافها ومعالمها، وفي التحذير من المعاهدات الملتوية النصوص والأغراض".

وفي المعنى ذاته د/ عبد الكريم زيدان، نظرات في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠، ص ١٤٤، ١٤٥. د/ فتحى الدريني، خصائص التشريع الإسلامي، في السياسة والحكم، ص ٣٦٦: ٣٧٠.

فِي شَيْءٍ فَرَدُّهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا" (١). ولكن هذا الالتزام مقيد بالشروط الآتية:

١- أن تكون هذه التشريعات غير مخالفة للقرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة ومقاصد الشريعة الإسلامية، أما إذا أصدر حاكم الدولة الإسلامية تشريعات مخالفة لما ورد بنصوص قطعية الثبوت والدولة، أو مخالفة لمقاصد الشريعة الإسلامية في غير حالات الضرورة فإنه من حق الأفراد رفض طاعته ومطالبته بتصحيح التشريع المخالف لأحكام الشريعة الإسلامية (٢).

٢- أن تكون هذه التشريعات في مسائل لم يرد بها نص صريح في القرآن والسنة النبوية، أو كان هذا التشريع تفصيلاً لبعض الأحكام الكلية التي وردت في القرآن والسنة مثل كيفية تنظيم السلطة التشريعية، أو تنظيم مؤسسات في الدولة، أو وضع عقوبات لجرائم لا يوجد لها نصوص عقابية في القرآن أو السنة، وذلك مثل جرائم التعازير.... وغيرها.

٣- أن يكون هدف كل تشريع الصالح العام للمجتمع وأفراد الأمة الإسلامية، فغاية التشريع هي المصلحة، وحيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله (٣).

### الفرع الثاني

#### مدى الالتزام بالتشريع الصادر من أعضاء السلطة التنفيذية

يتمثل أعضاء السلطة التنفيذية في كل من يتولي سلطة تنفيذية في البلاد ويلتزم بتنفيذ القانون والأحكام القضائية مثل: الوزراء وأمراء المناطق والمحافظين ومساعديهم من رؤساء المجالس المحلية، وكذلك رؤساء الهيئات والمؤسسات العامة. ومن أهم أعضاء السلطة التنفيذية هم الوزراء؛ ولذلك سوف نعرض لهم بشيء من التفصيل.

(١) سورة النساء، آية ٥٩.

(٢) بتصرف د/ يوسف القرضاوي، السياسة الشرعية، ص ١٠٦، ١٠٧.

(٣) للمزيد من التفاصيل د/ يوسف القرضاوي، السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، ص ٨٢: ص ١٠٥.

١- تعريف الوزير<sup>(١)</sup>: هو يقع في المرتبة التالية بعد رئيس الدولة، وقد نشأ هذا المنصب في عهد الخلفاء الراشدين، حيث كان كل واحد منهم يستعين بواحد أو أكثر من الصحابة دون أن يلقب بلقب وزير، فكان يسمى بالعامل أو الحاكم حتى عصر الدولة العباسية، حيث بدأ استخدام لفظ الوزير، فالوزير هو معاون الخليفة أو الحاكم الإسلامي، حيث إن لرئيس الدولة أن يستعين بالوزارة في القيام على شئون الدولة وتوجيه أمورها<sup>(٢)</sup>.

وقد ميز الفقهاء بين نوعين من الوزارة: وزارة تفويض، ووزارة تنفيذ.

١- وزير التفويض: له ولاية عامة في كل الأمور الدينية أو المدنية أو العسكرية، وفي كل أنحاء الدولة الإسلامية. وهو ذو سلطة استقلالية، وله حق النظر والفصل في الأمور برأيه الخاص وإنشاء الالتزامات.

(١) لفظ وزير كما يقول بن خلدون في مقدمته مشتق من "الوزارة" وهي أهم الخطط السلطانية والرتب الملوكية؛ لأن اسمها يدل على مطلق الإعانة، فإن الوزارة مأخوذة إما من الموازنة وهي المعاونة، أو من الوزر وهو الثقل كأنه يحمل مفاعله أوزاره وأثقاله، وهو راجع إلى المعاونة المطلقة. مقدمة ابن خلدون، تاليف العلامة عبد الرحمن بن محمد بن خلدون، الجزء الثاني، ص ٦٦٥. ويستدل على أن الوزير (الوزراء) من أولى الأمر بالأدلة الآتية:

أ- القرآن الكريم: يقول الله تعالى: (وَاجْعَلْ لِي وِزيراً مِنْ أَهْلِي، هَارُونَ أَخِي، اشْدُدْ بِهِ أَزْرِي، وَأَشْرِكْ فِي أَمْرِي) سورة طه آيات ٢٩: ٣٢.

ب- السنة النبوية: عن عائشة رضي الله عنها قالت: "قال صلى الله عليه وسلم: إذا أراد الله بالأمير خيراً جعل له وزير صدق، إن نسي ذكره، وإن ذكر أعانه، وإذا أراد به غير ذلك جعل له وزير سوء، إن نسي لم يذكره، وإن ذكر لم يعنه" رواه أبو داود بإسناد جيد على شرط مسلم في باب اتخاذ الوزير سنن أبي داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (متوفى ٢٧٥هـ) تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية - بيروت. رياض الصالحين، للنووي، ص ١٩٤.

(٢) للمزيد من التفاصيل العلامة / محمد البنا، السياسة الشرعية، أصولها، مجالاتها، ص ١٥٨. د/ صوفي أبو طالب، تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية، ص ١٢٤، ١٢٥. د/ عبد القادر عودة، الإسلام وأوضاعنا السياسية، ص ٢٣٠. د/ وهبة الزحيلي، نظام الإسلام، مرجع سابق، ص ٢٦٦: ٢٧٠. د/ محمد ضياء الدين الرئيس، النظريات السياسية الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢٦٥: ٢٧١.



وشروط هذه الوزارة هي نفسها شروط الخلافة ما عدا شرط النسب، بل إنه يشترط لوزارة التفويض شرط زائد وهو أن يكون المرشح من أهل الكفاية فيما وكل إليه سواء فى الأمور الاقتصادية أو الحربية أو السياسية أو المالية، فيجب أن يكون ذو خبرة فى مجال ما رشح فيه، والقاعدة العامة فى وزارة التفويض إن كل ما صح من الحاكم صح من هذا الوزير، وولايته تنعقد من الخليفة، ويقوم مقامه فى كل شئ<sup>(١)</sup>.

ب- وزير التنفيذ: هو من يعينه الحاكم لينوب عنه فى تنفيذ ما يرد إليه من أوامر دون أن تكون له سلطة استقلالية، وعلى ذلك فشروط هذه الوزارة أقل من شروط وزارة التفويض، فلا يشترط العلم بالأحكام الشرعية أو القدرة على الاجتهاد؛ لأنه ليس له أن يحكم أو يقضى برأيه، ولا يشترط فيمن يولاهها الحربة. كما أن الإسلام ليس شرطاً لهذه الوزارة، ولكن ينبغى أن يتصف من يتولى هذه الوزارة بالأمانة والصدق وقلة الطمع حتى لا يقبل أى رشوة، وأن يكون محايداً، وألا يكون من أهل الأهواء فيخرجه الهوى من الحق إلى الباطل<sup>(٢)</sup>. ولذلك لا يدخل الفقهاء هذه الوظيفة فى عداد الولاية العامة، ولكن الفقهاء وصفوا عمله بالوزارة؛ لأنه أحياناً يشارك الخليفة الرأى فى بعض الأمور وإن كان القرار للخليفة وحده<sup>(٣)</sup>.

٢- مدى الالتزام بقرارات الوزراء<sup>(٤)</sup>: رأينا أن وزراء التنفيذ ليس لديهم سلطة إصدار قرارات، خلافاً لوزراء التفويض، حيث يملك الوزير

(١) الماوردى، الأحكام السلطانية، ص ٢٤. واستثنى من ذلك "للإمام أن يعهد إلى من يرى وليس ذلك للوزير، للإمام أن يستعفى من الأمة من الإمامة وليس ذلك للوزير، للإمام أن يعزل من قلده الوزير، وليس للوزير أن يعزل من قلده الإمام".

(٢) للمزيد من التفاصيل الماوردى، الأحكام السلطانية، ص ٢٠ : ٢٥ د/ محمد ضياء الدين الرئيس، النظريات السياسية الإسلامية، ص ٢٦٥ : ٢٧١ د/ محمد البناء، السياسة الشرعية، ص ١٥٨.

(٣) الماوردى، الأحكام السلطانية، ص ٢٣ د/ صوفى حسن أبو طالب، تطبيق الشريعة الإسلامية، ص ١٢٥

(٤) فى القانون الوضعى لأعضاء السلطة التنفيذية الحق فى إصدار التشريعات، وهى ما تسمى بالتشريعات الفرعية أو اللوائح، وهذه اللوائح تعد قرارات إدارية من حيث =

المفوض كل اختصاصات الخليفة، ومن هنا فإن قرارات هذه الوزارة واجبة النفاذ.

وسلطاته في ذلك مقيدة بأمرين:

الأمر الأول: أن يطالع الإمام بما أمضاه من تدبير وأنفذه من ولاية وتقليد لئلا يصير بالاستبداد كالإمام.

الأمر الثاني: على الإمام أن يتصفح أفعال وزيره وتدبيره ليقر منها ما وافق الصواب ويستدرك ما خالفه؛ لأن تدبير الأمة إليه موكل وعلى اجتهاده محمول<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثاني

#### أعضاء السلطة التشريعية والسلطة القضائية

في هذا المطلب نوضح مدى الالتزام بالتشريعات الصادرة من أعضاء السلطة التشريعية، وكذلك القرارات أو الأحكام الصادرة من أعضاء السلطة القضائية بوصفهما من أولى الأمر الذي يجب أن يطيع المسلمون ما يصدر عنهما من تشريعات وأوامر وأحكام، وذلك في الفرعين الآتين:

الفرع الأول: مدى الالتزام بالتشريعات الصادرة من أعضاء السلطة التشريعية.

الفرع الثاني: مدى الالتزام بالأحكام الصادرة من أعضاء السلطة القضائية.

#### الفرع الأول

##### مدى الالتزام بالتشريعات الصادرة من أعضاء السلطة التشريعية

يقتضى حسن العرض أن نبين أولاً المقصود بأعضاء السلطة التشريعية والشروط الواجب توافرها فيهم، ثم نبين بعد ذلك مدى الالتزام بالتشريعات الصادرة عنهم.

---

=مصدرها أي من الناحية العضوية أو الشكلية، غير أنها من الناحية الموضوعية تعتبر تشريعات بالنظر إلى موضوعها وما يتضمنه من قواعد عامة مجردة. للمزيد من التفاصيل حول التشريعات الفرعية د/ محسن خليل، القضاء الإداري، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، ١٩٩١، ص ٢٢، ٢٣ د/ ماجد راغب الخلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، بدون طبعة، ١٩٩٠، ص ٣٠: ٣٢.

(١) الماوردي، الأحكام السلطانية، ص ٢٢ د/ صوفى حسن أبو طالب، تطبيق الشريعة الإسلامية، ص ١٢٤.

## أولاً: أعضاء السلطة التشريعية

يرى جانب كبير من الفقه الإسلامى القديم أن السلطة التشريعية فى الدولة الإسلامية يتولاها المجتهدون وأهل الفتيا، ومهمتهم تنحصر فى البحث والتعرف على الحكم الذى ورد به نص، أما فيما لم يرد فيه نص فمهمتهم استنباط الحكم من الأدلة الشرعية أى بالاجتهاد<sup>(١)</sup> ووفقاً لهذا الرأى فإن الذين تولوا السلطة التشريعية بعد وفاة الرسول - صلى الله عليه وسلم - وطوال القرن الأول الهجرى هم فقهاء الصحابة، ثم تولى هذه المهمة بعد ذلك فقهاء التابعين، ثم فقهاء تابعى التابعين<sup>(٢)</sup>.

بينما البعض الآخر من الفقه<sup>(٣)</sup> يرى أن التشريع بمعنى وضع القواعد القانونية المنظمة لمجالات الحياة العامة فى المجتمع فى الأمور السياسية والاقتصادية والاجتماعية يأتى فى مرحلة لاحقة لبيان الحكم الشرعى للأمر محل التنظيم من حيث الحل أو التحريم، ولا يمكن قصره على المجتهدين، فهؤلاء يرجع إليهم لمعرفة الحكم الشرعى أو الفتيا، أما وضع القواعد التشريعية المنظمة لحياة الأمة كلها بعد معرفة الحكم الشرعى فهو أمر ينظمه مبدأ الشورى، فالشعب هو الذى يقرر إما ممارسة سلطة التشريع بنفسه، أو عن طريق نواب عنه يقررون فى كل الأمور التشريعية بصفة نهائية، أو تستثنى من ذلك بعض الأمور التى يرجع فيها إلى الشعب مباشرة.

وقد أفضى التطور الدستورى والسياسى الحديث إلى إتجاه غالبية الدول إلى إسناد مهمة التشريع إلى مجلس نيابى مكون من أعضاء منتخبين كل منهم ينوب عن الشعب فى مجموعته وليس فقط عن الدائرة التى

(١) بتصرف د/ سليمان الطماوى، السلطات الثلاث، ص ٣٨٦.

(٢) للمزيد من التفاصيل د/ عبد الوهاب خلاف - السلطات الثلاث فى الاسلام، ص ٥٦٧ وما بعدها.

(٣) د/ مصطفى أبو زيد فهمى - فن الحكم فى الاسلام، دار الفكر العربى، القاهرة، ط الثانية، ١٩٩٣، ص ٢٠٨ وما بعدها.

انتخبته<sup>(١)</sup>، ولا يشترط فيهم الشروط السابق ذكرها في المجتهدين، حيث إن كثيراً من البلدان الإسلامية لا تشترط في أعضاء هذه السلطة من الثقافة إلا القدر الذي يمكنهم من أداء وظائفهم، والذي يتمثل في إجادة القراءة والكتابة. بالإضافة إلى الشروط المتعلقة بالسن والجنسية والأهلية القانونية واللياقة الصحية وغيرها<sup>(٢)</sup>.

(١) للمزيد من التفاصيل حول تشكيل السلطة التشريعية في الإسلام والنظم المعاصرة: د/ سليمان محمد الطماوى، السلطات الثلاث، فى الدساتير العربية المعاصرة وفى الفكر السياسى الإسلامى، ص ٣٧٧ وما بعدها. د/ عبد الوهاب خلاف، السلطات الثلاث فى الإسلام، مجلة القانون والاقتصاد للبحث فى الشؤون القانونية والاقتصادية، السنة الخامسة، العدد الأول والثانى، يناير وفبراير ١٩٣٥، مطبعة نورى، ص ٣٤٩ وما بعدها. د/ أحمد محمد أمين، الدولة الإسلامية والمبادئ الإسلامية الحديثة، مكتبة الشروق الدولية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥، ص ٥٣ وما بعدها.

(٢) فمثلاً نجد أن شروط العضوية لمجلس الشعب فى مصر قد نصت عليه المادة الخامسة من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ المعدلة بالقانون رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧٦ قد نصت على الشروط الآتية:

١- أن يكون المرشح لعضوية مجلس الشعب مصرى الجنسية من أب مصرى. ومعنى ذلك أنه يشترط فى المرشح الجنسية الأصلية، ومن ثم فلا يجوز ترشيح من اكتسب الجنسية المصرية عن طريق التجنس مهما طال مدة اكتسابه الجنسية. وبذلك اختلف الوضع فى ظل دستور عام ١٩٧١ عن الوضع فى دستورى ١٩٥٦، ١٩٦٤، حيث كانا يميزان ترشيح من اكتسب الجنسية المصرية عن طريق التجنس شرط انقضاء عشر سنوات على الأقل على ذلك.

٢- أن يكون المرشح مقيداً فى أحد جداول الانتخاب، ومعنى ذلك أن المرشح يجب أن يكون ابتداءً من جمهور الناخبين ومن ثم فلا يجوز ترشيح من لحقه مانع من موانع الانتخاب السابق بيانها الواردة فى القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ المعدل بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٢ بشأن تنظيم مباشرة الحقوق السياسية والواردة فى القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٨ بشأن حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعى.

٣- أن يكون المرشح بالغاً من العمر ثلاثين سنة ميلادية على الأقل يوم الانتخاب.

٤- أن يجيد القراءة والكتابة.

٥- أن يكون المرشح قد أدى الخدمة العسكرية الإلزامية أو أعفى من أدائها طبقاً للقانون

٦- أن لا يكون المرشح قد أسقطت عضويته النيابية بقرار من مجلس الشعب، وذلك بالتطبيق لأحكام المادة ٩٦ من الدستور، ويجوز الترشيح مع ذلك إذا انقضى الفصل التشريعى الذى صدر خلاله قرار إسقاط العضوية، أو صدور قرار من مجلس الشعب بإلغاء الأثر المانع من الترشيح المترتب على إسقاط =

ثانياً: مدى الالتزام بالقوانين الصادرة من السلطة التشريعية:

القوانين التي تصدر من المجالس النيابية التي يناط بها مهمة التشريع طبقاً للاجراءات والشروط التي تنص عليها الدساتير تعد ملزمة وواجبة النفاذ<sup>(١)</sup>. ولكن تلك القوانين يجب أن تأتي متفقة مع مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية القطعية، ولضمان عدم مخالفة القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية لمبادئ الشريعة الغراء تنص دساتير بعض الدول الإسلامية على أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيس للتشريع، ومن هنا فإن على السلطة التشريعية لدى ممارستها اختصاصها في التشريع أن تحترم مبادئ الشريعة الإسلامية، فلا تسن قوانين تتضمن أحكاماً تخالف هذه المبادئ، وتنص دساتير بعض الدول على آلية للرقابة على التزام السلطة التشريعية بأحكام الدستور ومبادئ الشريعة الإسلامية<sup>(٢)</sup>.

---

=العضوية.د/ محسن خليل، النظام الدستوري في مصر، دار المطبوعات الجامعية، بدون طبعة، بدون سنة نشر، ص ٣٤٢. د/ سامى جمال الدين، القانون الدستوري والشرعية الدستورية على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا، منشأة المعارف بالاسكندرية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٥، ص ٢٦٥.

٧- أن لا يكون المرشح قد حكم عليه من محكمة القيم بالحرمان من الترشح لعضوية المجالس النيابية وفقاً للمادة الرابعة من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ بشأن حماية القيم من العيب.

- (١) للمزيد من التفاصيل د/ حسن كيرة، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، بدون طبعة، ١٩٦٨. د/ عبد الرزاق السنهورى، د/ أحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، ١٩٣٨، ص ١٧٢.
- (٢) فى مصر يطعن فى القوانين التى تخالف مبادئ الشريعة الإسلامية فى المحكمة الدستورية العليل، وذلك إعمالاً للمادة الثانية من الدستور المصرى: " الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع". موسوعة الصيغ القانونية الحديثة والقانون المصرى، محمود ربيع خاطر، الدستور والقانون المصرى، دار محمود للنشر والتوزيع، ص ٩. وللمزيد من التفاصيل حول الطعن بعدم دستورية القوانين كل من د/ حسن كيرة، مبادئ القانون، ص ١٦٤ : ١٧٠. د/ حسام محفوظ، الموسوعة الدستورية الشاملة لجميع أحكام المحكمة الدستورية العليا، الحضرى للطباعة، ص ٧ : ١٦.

## الفرع الثاني:

### مدى الالتزام بالأحكام الصادرة من أعضاء السلطة القضائية

وستتبع هنا النهج السابق ذاته، فنحدد أولاً مفهوم القاضى والشروط الواجب توافرها فيه، ثم نوضح مدى الالتزام بالأحكام القضائية. أولاً: تعريف القاضى وشروطه.

القاضى هو الشخص الذى تعينه الدولة للنظر فى الخصومات والدعاوى وإصدار الأحكام التى يراها طبقاً للقانون<sup>(١)</sup>، ومن الجدير بالذكر أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد تولى القضاء بنفسه، وكذلك الخلفاء الراشدين، لكنهم كانوا يفوضون غيرهم فى ممارسة تلك الوظيفة حتى يتفرغوا للمسئوليات الأخرى<sup>(٢)</sup>.

(١) والقاضى هو القاطع للأمر المحكم لها، وهو من يقضى بين الناس بحكم الشرع. المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، ٢٠٠٠، ص ٥٠٦.

(٢) د/ عبد القادر عودة، الإسلام وأوضاعنا السياسية، ص ٢٣٥. ويعتبر القضاء من الوظائف الداخلة تحت الخلافة؛ لأنه منصب الفصل بين الناس فى الخصومات حسماً للتداعى وقطعاً للتنازع، إلا أنه بالأحكام الشرعية المتلقاة من الكتاب والسنة، فكان لذلك من وظائف الخلافة ومندرجاً فى عمومها وكان الخلفاء فى صدر الإسلام يباشرونه بأنفسهم ولا يجعلون القضاء إلى من سواهم. وأول من دفعه إلى غيره وفوضه فيه عمر بن الخطاب رضى الله عنه، فولى أبا الدرداء معه بالمدينة، وولى شريحاً بالبصرة، وولى أبا موسى الأشعري بالكوفة، وكتب له فى ذلك الكتاب المشهور الذى تدور عليه أحكام القضاة وهى مستوفاة فيه. مقدمة ابن خلدون، لعبد الرحمن بن محمد بن خلدون، ص ٦٢٧. ويستدل على القاضى أنه من أولى الأمر: أ- فى القرآن: قوله تعالى: (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا) سورة النساء، آية (٥٨). وقوله تعالى: (يَا ذَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ يَمَّا تَسُوءُوا يَوْمَ الْقِسَافِ) سورة ص، آية (٢٦). ب- من الأحاديث النبوية: عن عبد الله بن عمرو بن العاص، رضى الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إن المقسطين عند الله على منابر من نور: الذين يعدلون فى حكمهم وأهلهم وما ولوا" صحيح رواه مسلم فى باب فضيلة الإمام العادل وعقوبة الجائر والحث على الرفق بالرعية والنهى عن إدخال المشقة عليهم. رياض الصالحين للنووى، ص ١٩١. ويتبين لما سبق أن العدل والإقسط هو الغاية العامة من الحكم الإسلامى، وأن الله يأمر الحكام والقضاة أن=

والشروط الواجب توافرها في القاضي هي: البلوغ، التمييز، والفطنة، الحرية، الإسلام<sup>(١)</sup>، الذكورة<sup>(٢)</sup>، العدالة، سلامة الجسم والحواس بالقدر الذى يمكن القاضي من أداء وظيفته. ولقد حرص الخلفاء الراشدون على اختيار الأكفاء لتولية القضاء؛ لأن فى غالب الأمر كان يضطر القاضي إلى الاجتهاد حتى يصل إلى الحكم الشرعي الواجب تطبيقه على النزاع<sup>(٣)</sup>.

ثانياً: مدى الالتزام بالأحكام القضائية:

لا ريب فى أن أحكام القضاء المبني على الاجتهاد تلزم طرفي الخصومة ويجب العمل بها<sup>(٤)</sup>. كما أن القاضي فى الإسلام يستطيع أن

= يحكموا بين الناس بالحق المنزل من عنده تبارك وتعالى ولا يعدلوا عنه فيضلوا عن سبيل الله، وعلى ذلك يصبح العدل أسلوباً عاماً يشمل القضاء والحكم معاً. للمزيد من التفاصيل د/ مصطفى أبو زيد فهمي، النظرية العامة للدولة، منشأة المعارف، بدون طبعة، بدون سنة نشر، ص ٤٠١: ٤١٤.

(١) ومن الجدير بالذكر أنه فى العصر الحديث لا يشترط هذا الشرط، حيث نجد أن هناك قضاة غير مسلمين، وذلك لأن القاضي فى الوقت الحالى يطبق القوانين الوضعية المعمول بها فى الدولة الإسلامية.

(٢) تعتبر الذكورة من الشروط المختلف فيها فى تولى المرأة منصب القضاء، حيث هناك جانب من الفقه يرى أن المرأة تصلح لتولية القضاء، ومن هؤلاء: الحنفية والطبري وابن حزم راجع د/ أحمد رشاد أمين، التنظيم القانوني لعمل المرأة فى قانون العمل المصرى - دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٩٨. د/ فؤاد عبد المنعم أحمد، مبدأ المساواة فى الإسلام، ص ١٧٩. د/ يوسف القرضاوى، من فقه الدولة فى الإسلام، دار الشروق، الطبعة الأولى، ١٩٩٧، ص ١٧٦.

(٣) للمزيد من التفاصيل الامام الماوردى، الأحكام السلطانية، ص ٥٩، ٦٠. د/ سليمان الطماوى، السلطات الثلاث، ص ٤٨٩، ٤٩٠.

(٤) د/ صوفى حسن أبو طالب، تطبيق الشريعة الإسلامية، ص ١٤٠. د/ المودودى، الحكومة الإسلامية، ص ١٤٢. د/ الشحات إبراهيم محمد منصور، الضوابط التى تحكم فتوى المفتى وقضاء القاضي فى الفقه الإسلامى، مرجع سابق، ص ٢١١، ٢٧٠، ٢٧١. فالأصل لدى الفقهاء أن الحكم متى صدر من قاض صالح لنظر الدعوى فإن هذا الحكم يكتسب حجية الأمر المقتضى، لكن نص الفقهاء على أحوال لا يكتسب فيها الحكم حجية الأمر المقتضى وهى:

يعدل عن رأيه (حكمه) فى واقعة أخرى مشابهة، أما حكمه الأول فتظل له حجتيه ويظل منتجا لآثاره، ولا يطبق اجتهاده الجديد إلا على الوقائع الجديدة اللاحقة لحكمه الأول وهذا هو ما دفع الخليفة عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - حينما غير رأيه إلى القول "ذاك على ما قضينا وهذا ما نقضى" (١).

وعلى ذلك فأحكام القضاء فى الإسلام ليست لها الصفة القانونية الدائمة، كما فى الدول التى تجعل من القضاء مصدراً رسمياً للقانون إذ تلتزم المحاكم بالسوابق القضائية بوصفها قانوناً ملزماً لها كما فى القانون الإنجليزى (٢)، حيث إن القاضى كما سبق أن ذكرنا لا يكرر دائماً ما أصدره من حكم فى قضية ما فى القضايا المماثلة (٣).

### خاتمة الدراسة

انتهينا بحمد الله وشكره من هذه الدراسة التى حاولنا فيها تحديد مفهوم تشريعات أولى الأمر، وكذلك توضيح مدى الالتزام بهذه التشريعات المختلفة وقد أسفرت الدراسة عن نتائج وتوصيات نستعرضها كالاتى.  
أولاً: نتائج البحث.

- إن تدبير الشئون العامة للدولة الإسلامية يستلزم إصدار تشريعات من أولى الأمر، فقد جاءت الشريعة الإسلامية بالقواعد الكلية وتركت الجزئيات والتفصيلات لأولى الأمر.

- ١- إذا صدر الحكم من قاضى غير مختص بنظر الدعوى، فإذا صدر الحكم من قاضى خارج محل ولايته، أو تفوق اختصاصه القيمى فإنه يتنقض ولا يكتسب حجية الأمر المقضى.
- ٢- إذا كان القاضى معروفاً بالجور فى أحكامه، أو كان جاهلاً لم يشاور العلماء فإن أحكام هذا القاضى ترد وتنقض وبالتالي: لا تكتسب حجية الأمر المقضى.
- ٣- إذا صدر الحكم مخالفاً لنص من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس الجلى، فإن هذا الحكم يتنقض، وبالتالي لا يكتسب حجية الأمر المقضى.
- ٤- إذا حكم القاضى لنفسه أو لمن لا تجوز شهادته له أو حكم على عذوه فإن هذا الحكم يتنقض ويرد، وبالتالي لا يكتسب حجية الأمر المقضى.

(١) د/ صوفى أبو طالب، تطبيق الشريعة الإسلامية، ص ١٤٠.

(٢) د/ عبد الرزاق السنهورى، فقه الخلافة وتطورها، ص ١٢٦: ١٢٤.

(٣) أبو الأعلى المودودى، الحكومة الإسلامية، ص ١٤٢.



- إن تشريعات أولى الأمر التى لا تخالف الشريعة الإسلامية يجب الالتزام بها تطبيقاً لقوله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ) (١).

- إن تشريعات أولى الأمر ليست على درجة واحدة فى الالتزام بها فمثلاً القوانين التى تصدر عن رئيس دولة إسلامية يلتزم بها كافة رعية تلك الدولة الإسلامية فقط، ولا يلتزم بها مواطنى باقى الدول الأخرى، وأن الاجتهاد الفردى غير ملزم، وإذا كان هناك إجماع على حكم شرعى من فقهاء دولة إسلامية واحدة فيلزم هذا إجماع مواطنى هذه الدولة فقط، أما إذا كان هناك إجماع من قبل مؤسسة إسلامية عالمية اشتركت فيها كل الدول الإسلامية، وتضم أبرز علماء المسلمين فى كل دولة، فإن هذا الإجماع يعد ملزماً لكافة الدول الإسلامية شعوباً وحكاماً.

### ثانياً: التوصيات.

- ضرورة أن يكون هناك فى كل دولة إسلامية جهاز رقابي على تشريعات أولى الأمر الدينى أو الدنيوى للنظر فى مدى موافقة هذه التشريعات لأحكام الشريعة الإسلامية وروحها ومقاصدها، وأن يكون هذا الجهاز مكون من أفضل وأكفأ المجتهدين والعلماء والمتخصصين فى كافة المجالات، ويجوز له النظر فى مشروعات القوانين قبل إصدارها، وله الحق فى الاعتراض على الأحكام القضائية المخالفة للشريعة الإسلامية، وكذلك يحق له قبول الاعتراضات المقدمة من الأفراد ضد قرارات وأعمال الإدارة المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية.

- ضرورة العمل الجاد من حكام الدول الإسلامية على إحياء الإجماع بمفهومه الشرعى، وتوفير الظروف والآليات التى تساعد على تحقيق ذلك، وفتح باب الاجتهاد لمن يتوافر فيهم شروط الاجتهاد، وإنشاء

(١) سورة النساء آية ٥٩.

مجمع عالمى إسلامى يضم تلك الكفاءات لإصدار أحكام وتشريعات تتوافق مع العصر وضروراته تلتزم بها كافة الدول الإسلامية؛ من أجل توحيد كلمة المسلمين في العالم.

العمل على تقليل الخلافات الفقهية حول المسائل الفقهية الشرعية المختلف فيها، وذلك هو عمل المجامع الفقهية الدولية للحد من اختلاف أحكام القضاة فى المسألة الواحدة وتجنب تضارب الأحكام القضائية.

### قائمة المراجع

أولاً : المراجع الفقهية:

- أبى داوود:
- سنن أبى داوود، للإمام الحافظ المصنف المتقن أبى داوود سليمان ابن الأشعث الحستانى الأزدى المولود فى ٢٠٢ هـ والمتوفى بالبصرة شوال ٢٧٥ هـ - حقق أصله وضبط غرائبه وعلق حواشيه محمد محيى الدين عبد الحميد
- ابن قيم الجوزيه:
- إعلام الموقعين عن رب العالمين، للإمام محمد بن أبى بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزيه، المولود سنة ٦٩١ هـ المتوفى سنة ٧٥١ هـ تحقيق: محمد عبد السلام ابراهيم، ج ١.
- ابن كثير:
- تفسير القرآن العظيم للإمام الجليل الحافظ عماد الدين أبو الفداء اسماعيل بن كثير القرشى الدمشقى، الجزء الأول، مكتبة دار التراث.
- أحمد بن حنبل:
- مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق شعيب الأرنؤوط وعادل مرشد ط: الرسالة، ج ٣٦.

• الإسنوى :

التمهيد فى تخريج الفروع على الأصول لعبد  
الرحيم بن الحسن بن على الإسنى الشافعى  
أبو محمد جمال الدين، المتوفى ٧٧٢ هـ،  
تحقيق د/ محمد حسن هيتو، ج ١، مؤسسة  
الرسالة - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٠ هـ.  
الجامع الصحيح، باب أجر الحاكم إذا اجتهد  
فأصاب أو أخطأ، محمد بن إسماعيل أبو عبد  
الله البخارى الجعفرى، تحقيق: محمد زهير  
بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة  
الأولى، ١٤٢٢ هـ.

• البخارى :

• البزار :

مسند البزار، أبو بكر أحمد بن عمرو بن عبد  
الخالق بن خلاد بن عبيد الله العتقى المعروف  
بالبزار، المتوفى سنة ٢٩٢ هـ، ج ٥، تحقيق:  
محمود الرحمن زين الله، عادل بن سعد، و  
صبرى عبد الخالق الشافعى، مكتبة العلوم  
والحكم، الطبعة الأولى.

• الترمذى :

سنن الترمذى، باب ما جاء فى القاضى كيف  
يقضى، تحقيق: بشار عواد معروف.

• الجوينى :

غياث الأمم فى التياث الظلم، لإمام الحرمين  
أبى المعالى الجوينى، دار الدعوة، ١٩٧٩

• الزركشى :

البرهان فى علوم القرآن لأبو عبد الله بدر  
الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشى،  
المتوفى سنة ٧٩٤ هـ، تحقيق محمد أبو الفضل  
إبراهيم، ج ٢، دار إحياء الكتب العربية،  
الطبعة الأولى، ١٣٧٦ هـ، ١٩٥٧ م.

• السيوطى :

• لعبد الرحمن بن أبى بكر جلال الدين  
السيوطى، الدر المنصور فى تفسير

المأثور، الجزء الثاني، دار الكتب  
العلمية، بيروت، الطبعة الأولى،  
١٩٩٠.

• الاتقان في علوم القرآن، المتوفى سنة  
٩١١ هـ، تحقيق محمد أبو الفضل  
إبراهيم، الهيئة المصرية العامة للكتاب،  
طبعة ١٣٩٣ هـ، ١٩٧٤ م

• الشوكاني: محمد بن علي بن محمد محمد الشوكاني،  
المتوفى ١٢٥٠ هـ، الجامع بين فنى الرواية  
والدراية من علم التفسير، الجزء الأول، دار  
المعرفة، بدون سنة.

• الشيرازى: اللمع في أصول الفقه، لأبو إسحاق إبراهيم  
بن علي بن يوسف الشيرازى  
(المتوفى ٤٧٦ هـ)، دار الكتب العلمية،  
الطبعة الثانية، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م.

• الطبرى: الجامع لأحكام القرآن لأبى عبد الله محمد بن  
أحمد الأنصارى القرطبى، الجزء الخامس،  
مطبعة دار الكتب المصرية، ١٩٣٧

• الطبرانى: المعجم الكبير رقم / ٨٥٨٣، سليمان بن  
أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي،  
أبو القاسم الطبرانى، المتوفى سنة ٣٦٠ هـ،  
تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفى،  
مكتبة ابن تيمية، القاهرة، الطبعة الثانية.

• الطحاوى: شرح مشكل الآثار، ج ٩، لأبو جعفر أحمد  
بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة  
الأزدى الحجرى المصرى المعروف بالطحاوى  
(المتوفى ٣٢١ هـ) تحقيق: شعيب

الأرنؤوط ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة الأولى ،  
١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م .

• القرطبي :  
الجامع لأحكام القرآن لأبى عبد الله محمد بن  
أحمد الأنصارى القرطبي ، الجزء الخامس ،  
مطبعة دار الكتب المصرية ، ١٩٣٧

• المالكي :  
الشاطبي ( ابراهيم بن موسى اللحمي  
الغناطي المالكي ) . الموافقات فى اصول  
الشريعة . شرح وتخرىج الشيخ / عبالله دراز .  
المكتبة التجارية الكبرى . ج ٤ . بدون طبعة  
بدون سنة نشر .

• الماوردي :  
الأحكام السلطانية والولايات الدينية ، دار  
الفكر ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٣

• النووي :  
رياض الصالحين للإمام أبى زكريا يحيى بن  
شرف النووي الدمشقى ، صححه ووثق  
نصوصه وعلق حواشيه أنور الباز ، دار الوفاء  
الطبعة الثانية ، ٢٠٠٠

• النيسابورى :  
الإمام مسلم فى المسند الصحيح ، باب بيان  
أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ ،  
مسلم بن الحجاج أبى الحسن القشبرى  
النيسابورى ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ،  
دار إحياء التراث العربى - بيروت .

ثانيا : المراجع المتخصصة :

• أحمد بن تيمية :  
الحسبة فى الاسلام ، دار الفكر اللبنانى ،  
الطبعة الأولى ، ١٩٩٢

• أحمد رشاد أمين :  
التنظيم القانونى لعمل المرأة فى قانون  
العمل المصرى ، رسالة دكتوراه ، كلية  
الحقوق - جامعة القاهرة ، ٢٠٠٥

- أحمد شلبي: تاريخ التشريع الاسلامى وتاريخ النظم القضائية فى الاسلام، موسوعة النظم والحضارة الاسلامية، مكتبة النهضة المصرية
- أحمد محمد أمين: الدولة الاسلامية والمبادئ الاسلامية الحديثة، مكتبة الشروق الدولية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥
- اسماعيل البدوى: نظام القضاء الاسلامى، دار الفكر العربى، ٢٠١٢
- الشحات ابراهيم محمد المنصور: الضوابط التى تحكم فتوى المفتى وقضاء القاضى فى الفقه الاسلامى - دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، بدون طبعة، ٢٠١١
- المودودى: الامام / أبو الأعلى المودودى، الحكومة الإسلامية، المختار الاسلامى، الطبعة الثانية، ١٩٨٠
- جاد الحق على جاد الحق: الفقه الاسلامى، نشأته تطوره، معهد الدراسات الإسلامية، ١٩٩٥.
- حسام محفوظ: الموسوعة الدستورية الشاملة لجميع أحكام المحكمة الدستورية العليا، الحضرى للطباعة.
- حسن كيرة: مبادئ القانون، دار النهضة العربية، بدون طبعة، ١٩٦٨
- سليمان محمد الطمناوى: السلطات الثلاث، فى الدساتير العربية المعاصرة وفى الفكر السياسى الإسلامى، مطبعة جامعة عين شمس، الطبعة



مؤسسة الرسالة الطبعة الأولى،  
٢٠٠٠.

• عبد الوهاب  
خلاف:

علم أصول الفقه، مكتبة الدعوة  
الإسلامية، الطبعة الثامنة، بدون سنة  
نشر

• السلطات الثلاث فى الاسلام، مجلة  
القانون والاقتصاد للبحث فى الشؤون  
القانونية والاقتصادية، السنة الخامسة،  
العدد الأول والثانى، يناير وفبراير  
١٩٣٥، مطبعة نورى

• السياسة الشرعية فى الشؤون  
الدستورية والخارجية والمالية، فى  
الشؤون الدستورية والخارجية والمالية،  
دار القلم، ١٩٨٨.

• فتحى الدرينى:  
خصائص التشريع الاسلامى، فى السياسة  
والحكم، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية،  
١٩٨٧

• فؤاد محمد النادى:  
طرق اختيار الخليفة، رئيس الدولة فى  
الفقه السياسى الاسلامى والنظم  
الدستورية المعاصرة، منشورات جامعة  
صنعا، الطبعة الأولى، ١٩٨٠.

• كمال الدين امام:  
أصول الفقه الاسلامى، دار المطبوعات  
الجامعية، بدون طبعة، بدون سنة نشر.

• محمد أنس جعفر:  
الوسيط فى القانون العام " القضاء  
الإدارى، دار النهضة العربية، بدون  
طبعة، ١٩٨٧.

• محمد ضياء الدين  
النظريات السياسية الاسلامية، دار



- التراث، الطبعة السابعة، بدون سنة نشر. الرئيس:
- محمد عبد الله  
العريبي:
- نظام الحكم فى الاسلام، دار الفكر، بدون  
طبعة، بدون سنة نشر.
- محمد البنينا:
- السياسة الشرعية، أصولها، مجالاتها، دار  
الهداية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٢
- محمد الغزالي:
- مائة سؤال عن الاسلام، الجزء الأول،  
دار ثابت، الطبعة الثالثة، ١٩٨٧.
- الفساد السياسى فى المجتمعات العربية  
والاسلامية، نهضة مصر، بدون  
طبعة، ١٩٩٨.
- وهبة الزجلى:
- نظام الاسلام، منشورات جامعة بنغازى،  
الطبعة الأولى، ١٩٧٤.
- يوسف القرضاوى:
- الاجتهاد فى الشريعة الإسلامية مع  
نظرات تحليلية فى الاجتهاد المعاصر،  
دار القلم، الطبعة الأولى، ١٩٨٥.
- السياسة الشرعية فى الشؤون الدستورية  
والخارجية والمالية، دار القلم، ١٩٨٨
- من فقه الدولة فى الاسلام، دار  
الشروق، الطبعة الأولى، ١٩٩٧.

# المضاربة الوهمية في الأسواق المالية

## صورها وآثارها

د. أحمد العازمي

أستاذ الشريعة المساعد

بكلية القانون الكويتية - الكويت

## المبحث التمهيدي في تعريف المضاربة في الأسواق المالية

### المطلب الأول

### تعريف المضاربة في الأسواق المالية

المضاربة في سوق الأوراق المالية ترجمة للكلمة الإنجليزية (speculation)؛ بمعنى التفكير والتأمل، أو التنبؤ والتخمين.

والتأمل والتفكير يحملان معنى حسن التقدير والتحليل القائم على أسس منطقية، بينما التنبؤ والتخمين يحمل معنى المخاطرة والمقامرة<sup>(١)</sup>.

ويشير بعض الباحثين إلى أن ترجمة هذا المصطلح تعني: (تحمل الشخص مخاطر تجارية غير عادية أملًا في الحصول على مكاسب كبيرة)<sup>(٢)</sup>.

ومن هنا عرفت في الاصطلاح بأنها: (بيع أو شراء، لا الحاجة راهنة، ولكن للاستفادة من فروق الأسعار الناتجة عن تنبؤ في تغيرات قيم الأوراق المالية)<sup>(٣)</sup>.

وعرفت المضاربة بتعريفات كثيرة تدور في مجملها على البيع والشراء للورقة المالية؛ للربح من فروق الأسعار، فهي اقتناء السهم بقصد الربح من فروق الأسعار، فيشتري السهم بسعر معين، فإذا ارتفع باع مباشرة،

(١) ينظر: المضاربة في الأسواق المالية، أ.د. محمد بن إبراهيم السحبياني، ص ٢، ورقة مقدمة لندوة المضاربة في الأسواق المالية، الهيئة الإسلامية للاقتصاد والتمويل.

(٢) ينظر: الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية، ص ٨٥ - ٩٢، والمضاربة والتلاعب، د. صالح البربري، ص ١٢ - ٢٠، وتطهير الأسهم، فيصل المري، ص ٢٥٨.

(٣) ينظر: البورصة وأفضل الطرق في نجاح الاستثمارات المالية، د. مراد كاظم، ص ٢١٩.

ولا يكون مقصد مقتني السهم الاستثمار؛ بمعنى اقتناء السهم بقصد الربح من ربح السهم ورجحه الدوري.

ويجدر التنبيه إلى أن الممارسات التي يسلكها بعض المضاربين للتأثير على الأسعار، مثل: الإشاعات وعقد الصفقات الوهمية، لا يؤثر على حقيقة المضاربة.

لأن البيع والشراء بقصد الحصول على الفروق المصطنعة لا يتنافى مع المضاربة من حيث حقيقتها، غاية ما في الأمر أن المضاربة تكون معه غير مقبولة. وهو أمر غير بيان الحقيقة<sup>(١)</sup>.

المضاربة والمقامرة:

التفريق بين المضاربة والمقامرة:

يشير بعضهم<sup>(٢)</sup> إلى أن المضاربة المقبولة هي المبنية على معلومات دقيقة تعطي تصوراً صحيحاً عن الشركة مُصدرة الورقة المالية، بحيث يكون التداول في أسهم هذه الشركة مبنياً على حسابات دقيقة، وتكون الأسعار الناتجة عن ذلك مبررة من الناحية الاقتصادية. أما الإقدام على التداول في أسهم شركة معينة دون أن يكون ذلك مبنياً على مثل هذه المعلومات، بل يكون الباعث على ذلك الحدس أو التخمين المجرد؛ فإن ذلك يكون إلى المقامرة أقرب منه إلى المضاربة.

لكن التفريق بين المضاربة والمقامرة ليس بذاك الوضوح؛ ذلك أنه ليس مبنياً على طبيعة عقد البيع أو الشراء الذي يُبرمه المضارب أو المقامر، وإنما يعتمد على التشبيه بالمقامر، بجامع أن المتعامل الذي لا يبني تعامله على دراسة ونظر يشبه المقامر الذي يُقدم على التعامل مع الخطر الكبير والغرر اليّين، اعتماداً على الحظ.

ونخلص أنه إذا روعي في معنى المضاربة العمل الذي تقوم به المضاربة؛ وهو البيع والشراء بقصد الربح، تكون المضاربة - بالاصطلاح

(١) ينظر: أحكام التعامل في الأسواق المالية، لمبارك آل سليمان، ٦٧٣/٢.

(٢) ينظر: الأسواق والبورصات، د. مقبل جميعي، ص ٢٢، وأحكام التعامل في الأسواق المالية، لمبارك آل سليمان، ٦٧٤/٢.

المعاصر - نوعاً من المتاجرة والسعي لطلب الكسب، وأما إذاروعي في المضاربة معنى الكلمة المترجمة، وهو التخمين والتنبؤ؛ فإن الترجمة تكون غير دقيقة.

وأؤكد بأن الغرض بيان حقيقة المضاربة، وليس من حيث طبيعة سلوك المضاربين؛ ذلك أن المضارب قد يسلك طرقاً مشروعة، وقد يسلك طرقاً محرمة. وهذا لا ينافي حقيقة المضاربة، كما أن التاجر قد يسلك في تجارته طرقاً مشروعة، وقد يسلك طرقاً محرمة، ولا ينافي ذلك حقيقة التجارة.

كما سبق يتبين الفرق بين المضاربة والتلاعب؛ ذلك أن التلاعب هو مضاربة لكن مع سلوك طرق غير مشروعة. وهذا السلوك المحرم لا يخرج المضاربة عن حقيقتها؛ فالمضاربة قد تكون مصحوبة بذلك، أي إن المضارب قد يكون متلاعباً، وقد يكون مضارباً متاجراً، وعلى ذلك فالعلاقة هي علاقة خصوص وعموم، فكل متلاعب مضارب، وليس كل مضارب متلاعباً.

سمات المضاربة وخصائصها:

تتلخص أهم سمات المضاربة فيما يأتي:

(أ) سرعة التداول: ويعني ذلك استمرار الشراء والبيع للأسهم، وبمعدل دوران كبير في وقت قصير حتى يحصل المضاربون في كل دورة على ربح. وهذا الأمر وإن كان يسهم في تنشيط السوق المالية، إلا أنه في الوقت نفسه يؤدي إلى التأثير غير السليم على أسعار الأوراق المالية، ويضر بالتعاملين الآخرين في تلك السوق؛ لأنه يجعل سعر الأسهم يرتفع في مدة قصيرة، في حين أن نشاط الشركة المصدرة للسهم ومركزها المالي لم يتغير في تلك المدة.

(ب) المخاطرة: والتي تعني عدم التيقن، وقد تزيد هذه المخاطرة إلى درجة المراهنة أو المقامرة، وتكون نتيجة التعامل فيها مجهولة العاقبة.

(ج) تقلب الأسعار باستمرار، حتى يكون هناك فروق أسعار يحصل عليها المضاربون. ومن المعلوم أن التقلب الناتج عن تغير في قيمة ما

تمثله الورقة من حق لا يتأتى بالسرعة المطلوبة للمضاربين ، وبالتالي فإنهم يعمدون إلى التأثير على الأسعار لتزيد بتقص العرض ، ولتقل بتقص الطلب ولو بشكل صوري ، واتباع الممارسات غير الأخلاقية والمحرفة.

(د) توفير السيولة : ويكون ذلك حسب توقعات معظم المضاربين ، فإذا توقعوا انخفاضاً في الأسعار في المستقبل كانت السيولة في اتجاه واحد ، بمعنى أن النشاط في البورصة سيميل إلى الشراء.

(هـ) التعامل بكميات كبيرة : بحيث تسمح بالحصول على ربح كبير ، أو التحكم في الأسعار لصالح المضاربين ، وبذلك يسعى المضاربون إلى الاحتكار ، والتواطؤ بين كبار المتعاملين منهم ؛ ليعمل السوق لصالحهم. وهذا أمر ضار. وما يؤكد ذلك لجوء المضاربين إلى أساليب البيع القصير والشراء بالهامش ، والاختيارات والمستقبليات ؛ بهدف توظيف أموال تزيد كثيراً عن مواردهم ، ويهدف تعظيم الكميات التي يتعاملون بها لتعظيم عوائدهم.

#### أنواع المضاربين:

المضاربون في سوق الأوراق المالية أنواع باعتبارها متعددة ؛ فمن حيث التأثير على السوق يمكن تقسيمهم إلى :

(أ) صناع السوق : وهم كبار المتعاملين في السوق المالية ، وكبار التجار ، والصناديق الاستثمارية ، وصناديق التأمينات والمعاشات ، والبنوك. ويؤثر عملهم في المضاربة على السوق من ناحية قدراتهم المالية وثقلهم في التعامل ، إضافة إلى أن عملهم يقوم على دراسات وتحليلات لأحوال السوق.

(ب) الأفراد والجهات من صغار المتعاملين الذين لديهم القدرة على دراسة أحوال السوق والتنبؤ بالأسعار وفق أسس فنية علمية ، لكن حجم تعاملاتهم لا يُمكنهم من التأثير على السوق.

(ج) الأفراد والجهات من صغار المتعاملين الذين ليس لديهم القدرة على دراسة السوق، كما أن حجم تعاملاتهم لا يُمكنهم من التأثير على السوق.

ويمكن تقسيمهم من حيث الدراية والمعرفة إلى:

- (أ) المضارب المحترف: وهو الذي تتوفر لديه الخبرة والإلمام الواسع بالسوق، ويهدف إلى تحقيق أكبر عائد ممكن في أقل مدة ممكنة، حتى لو أدى ذلك إلى تحمُّله أقصى درجات المخاطرة في مجال الاستثمار.
- (ب) المضارب الهاوي: وهو الذي يزاول عملاً آخر بصيغة أساسية، لكن أرباح المضاربة تستهويه، فيدخل السوق بهدف توظيف بعض مدخراته، ويقوم بالمضاربة دون علم أو دراية أو خبرة، ومن ثم يأخذ قرارات عشوائية تكون أقرب إلى المقامرة، فمنهم الذي يعتمد على الإشاعات، ومنهم المغامرون الذين يقبلون على الأوراق المالية المغمورة أملاً في ارتفاعها، ومنهم القطيع الذي ينقاد بسهولة وراء الآخرين<sup>(١)</sup>.

## المطلب الثاني

### تعريف الأسواق المالية

الأسواق المالية:

الأسواق: جمع سوق، والسوق في اللغة: موضع البياعات، والبياعات: جمع بياعة - بالكسر - وهي السلعة<sup>(٢)</sup>.

والسوق في الاصطلاح: المكان المعروف الذي يلتقي فيه البائعون والمشترون للتعامل في سلعة معينة أو سلع متنوعة<sup>(٣)</sup>.

(١) ينظر: سوق الأوراق المالية، د. خورشيد إقبال، ص ٥٥١. وقد ذكر د. محمد السحياني في ورقته المضاربة في الأسواق المالية، ص ٣، متابعة لهاريس، جملة من الأنواع والتقسيمات يحسن الرجوع إليها.

(٢) ينظر: الصحاح، للجوهري (١٤٩٩/٤)، ولسان العرب، لابن منظور (١٦٧/١٠)، والمصباح المنير، للفيومي، ص ١١٢.

(٣) ينظر: فتح الباري، لابن حجر (٢٤٦/٥).

والسوق في الاصطلاح المعاصر معناه أوسع ؛ إذ يكفي مجرد وجود تعامل على سلعة أو خدمة معينة لإطلاق لفظ السوق، سواء تم هذا التعامل بالالتقاء المباشر بين البائعين والمشتريين، أو بأي وسيلة من وسائل الاتصال: كالبريد، والهاتف، والتلكس، وشبكة المعلومات وغيرها.

وفيما يأتي بعض التعريفات للسوق بمعناه المعاصر:

١- "السوق هو: وسيلة تجمع بين البائعين والمشتريين بغرض انتقال السلع والخدمات من طرف لآخر"<sup>(١)</sup>.

٢- "السوق عبارة عن منطقة يتصل فيها المشترون والبائعون - إما بطريق مباشر، أو عن طريق وسطاء (تجار) - بعضهم ببعض ؛ بحيث إن الأسعار السائدة في جزء من السوق تؤثر في الأسعار التي تدفع في الأجزاء الأخرى ؛ مما يترتب عليه وجود تجانس في أسعار السلعة الواحدة في السوق كلها، بغض النظر عما يحدث من انحرافات عن الثمن المتجانس، ترجع إلى اعتبارات محلية أو أسباب طارئة وقتية"<sup>(٢)</sup>.

تعريف السوق المالية:

يحسن التنبيه إلى أن (مصطلح السوق المالية) ليس مرادفاً لمصطلح (البورصة) ؛ وذلك لأن البورصة هي المكان أو القاعة المخصصة لتداول الأوراق المالية، في حين لا يقتصر مفهوم السوق المالية على سوق التداول، بل يشمل بالإضافة إلى ذلك سوق الإصدار، أي إصدار الأوراق المالية، بل إن التداول كما يكون داخل البورصة، فإنه يكون خارجها، وعلى ذلك فإن البورصة جزء من السوق المالية، وليست هي السوق المالية"<sup>(٣)</sup>.

وعرفت السوق المالية بتعريفات؛ منها:

١- "الإطار الذي يجمع بائعي الأوراق المالية بمشتري تلك الأوراق"<sup>(٤)</sup>.

(١) الاستثمار في الأوراق المالية، لسعيد توفيق عبيد، ص ٦٧.

(٢) الموسوعة الاقتصادية، للبرأوي، ص ٣١٩.

(٣) ينظر: أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة، لمبارك آل سليمان (١/١٠).

(٤) إدارة الاستثمارات، لمحمد مطر، ص ١٤٠.

٢- "المجال الذي يتم من خلاله إصدار أدوات معينة، للحصول على الأموال اللازمة للمشروعات الإنتاجية وغيرها، وتداول هذه الأدوات"<sup>(١)</sup>.

ومن خلال التعريفات السابقة وغيرها، يمكن إبراز الجوانب المختلفة للسوق المالية في النقاط التالية:

١- موضوع المبادلة في السوق هو المال، وبه توصف فيقال: (السوق المالي)، وإليه تضاف فيقال: (سوق المال).

٢- تتمثل الوظيفة الأساسية للسوق المالية في جذب مدخرات الأفراد وتجميعها، وكذلك الفوائض المالية لدى منشآت الأعمال وغيرها، وإتاحتها إلى الجهات التي تحتاج إليها.

٣- تؤدي السوق المالية وظيفتها هذه من خلال أدوات مالية معينة؛ كالأسهم والسندات وغيرها؛ حيث تصدر الجهات المحتاجة إلى المال مثل هذه الأدوات، وتبيعها للجهات ذات الفائض المالي.

٤- تُطلق السوق المالية على عملية تتكون من مرحلتين:  
المرحلة الأولى: المرحلة التي يتم فيها إصدار الأوراق المالية، وهي ما تعرف بـ"السوق المالية".

المرحلة الثانية: المرحلة التي يتم فيها تداول هذه الأوراق، وهي ما تعرف بـ"السوق الثانوية". والسوق المالية تطلق على مجموع السوقين.

١- تتناول السوق المالية الحالات التي يتم فيها إصدار الأوراق المالية طويلة الأجل، كالأسهم والسندات وتداولها، وهي ما تعرف بـ"سوق رأس المال".

والحالات التي يتم فيها إصدار الأوراق المالية قصيرة الأجل؛ كأذون الخزانة، وشهادات الإيداع، هي ما تعرف بـ"سوق النقد".

٢- تتضمن الأسواق المالية الوسيطة الماليين، وبذلك فإن مؤسسات الوساطة المالية جزء من السوق المالية.

---

(١) أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة، لمبارك آل سليمان (١/١٥).



٣- السوق المالية تعني التعامل في الأموال بيعاً وشراءً، عرضاً وطلباً، سواء تم ذلك في أماكن محددة، كما في (بورصات الأوراق المالية)، أو تم بواسطة وسائل الاتصال المختلفة، من خلال ما يعرف بـ"السوق الموازية"، أي من خلال المؤسسات المالية المتخصصة في التعامل في الأوراق المالية بيعاً وشراءً؛ كبيوت السمسرة وشركات الاستثمار وغيرها.

٤- يتم في السوق المالية إصدار الأصول المالية بنوعيتها وتداولها، وهي الأصول التي تعبر عن الملكية كالأسهم، والأصول التي تعبر عن الديونية كالسندات، بالإضافة إلى أدوات مالية أخرى قابلة للتداول؛ كشهادات الإيداع والأوراق التجارية<sup>(١)</sup>.

### الفصل الأول

## أبرز صور المضاربات الوهمية في الأسواق المالية

### المبحث الأول

## صور المضاربة في الأسواق المالية التي لا يجرمها القانون وحكمها الشرعي

### المطلب الأول

## صور المضاربة في الأسواق المالية التي لا يجرمها القانون

من أبرز أنواع المضاربات في الأسواق المالية التي لا يجرمها القانون:  
١- البيع على المكشوف<sup>(٢)</sup> :

البيع على المكشوف كما يعرفه الاقتصاديون هو: بيع الإنسان ما لا يملك من الأسهم بأخذ مراكز قصيرة الأجل للاستفادة من فروق الأسعار.

---

(١) ينظر: أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة، لمبارك آل سليمان (١٦/١).  
(٢) تجدر الإشارة إلى أن هيئة سوق المال الألمانية قد حظرت عمليات البيع على المكشوف في سندات المجموعة الأوروبية الحكومية في شهر مايو ٢٠١٠م؛ لأنها - بحسب المتحدث باسم الحكومة الألمانية - تفتح الباب واسعاً أمام المضاربات، وقد أشارت كذلك هي ومجموعة من الدول - مثل فرنسا واليونان ولكسمبورغ - إلى أنها ستبحث إمكانية حظر مبادلات المخاطر الائتمانية credit Default Swap في المشتقات الحكومية. انظر:

<http://www.euractiv.com/en/euro/germany-first-to-introducere-ban-on-naked-short-selling-news-494307>.

وعرفه Robert Wessel بأنه: عملية مضاربة تستهدف تمكين  
التجار من الترح من خلال انخفاض أسعار الأسهم.

وعرفه فريدريك Fredric Amlin بأنه: بيع لأوراق مالية مقترضة  
على أمل أن ينخفض السعر، ثم يتم شراء الأوراق المباعة وإعادتها إلى  
مالكها<sup>(١)</sup>.

## ٢- الشراء بالهامش:

وله عدة مسميات؛ منها: المتاجرة بالهامش، أو الشراء الهامشي،  
أو التمويل النقدي الجزئي.

وقد عرفه البرواري بأنه: دفع المشتري جزءاً من المال واقتراض جزء  
آخر منه من السمسار الذي يتعامل معه، مقابل فائدة شهرية عليه لشراء  
كمية أكبر من الأوراق المالية، ثم رهن هذه الأوراق المالية المشتراة لدى  
السمسار كضمان للقرض. وهذا النوع من المعاملة يتطلب من العميل فتح  
حساب يسمى حساب الهامش Magrin Account لدى السمسار  
(الوسيط)؛ حيث يقوم العميل بإيداع جزء من قيمة أوراق مالية على أن  
يقوم السمسار بتمويل الجزء المتبقي على شكل قرض، على أن توضع  
الأوراق محل الصفقة كرهن لسداد القرض، وعلى أن تسجل تلك  
الأوراق باسم السمسار<sup>(٢)</sup>.

## المطلب الثاني

### لحكم الشرعي لهذه الصور

قبل بيان الحكم الشرعي لهذه الصور لابد من التنبيه ابتداءً إلى أن  
علماء الشريعة وخبراء التمويل الإسلامي اختلفوا في الحكم الشرعي  
للمضاربة في سوق الأوراق المالية؛ فقد ذهبوا فيها اتجاهات ثلاثة:  
أولاً: اتجاه أيد المضاربة القائمة على أسس شرعية، والملتزمة بأداب  
التعامل وميثاق الشرف، واحترام قواعد العمل في سوق الأوراق المالية.

(١) البرواري: بورصة الأوراق المالية من منظور إسلامي، ص ١٩٦ وما بعدها.

(٢) المرجع نفسه، ص ١٨٧.

والمضاربة التي يؤيدونها هي المضاربة القائمة على التنبؤ بسعر المستقبل القريب للاستفادة من السعر الحالي. وهم يرون في هذا النوع من المضاربة ميزات عدة؛ أبرزها:

- التوفيق بين العرض والطلب، فعندما تنخفض الأسعار في البورصة يتدخل المضاربون بالشراء، وينتج عن ذلك الحد من استمرار الانخفاض نظراً لازدياد الطلب، وكذلك عند ارتفاع الأسعار يتدخل المضاربون لبيعوا ما بحوزتهم من أوراق، فينتج عن ذلك الحد من استمرار الارتفاع بسبب ازدياد الطلب، أو بسبب ازدياد العرض؛ فالمضاربة تعمل على تقليل الفارق بين الأسعار.

- تفعيل حركة السوق: فهي تُشجّع التداول بالنسبة لكميات كبيرة من الأوراق، وتزيد حركة التداول، وتوجد التوازن للمعادلة الاقتصادية، والقيام بدور المنظم في السوق. وهو ما يؤدي إلى توفير السيولة دون حدوث هزات عنيفة في الأسعار.

- التخفيف من مخاطر التجار، فهي إما أن تحقق أرباحاً، أو تقلل خسائر عن طريق الصفقات العاكسة أو التعويضية.

- تساعد على تغطية سريعة للاكتتاب العام، لاسيما الاكتتاب في أسهم الشركات الجديدة التي قد تكون جيدة ولكن غير معروفة لدى المستثمرين. فالمضارب يقوم بشراء هذه الأسهم ثم يبيعها؛ مما يساعد على التغطية السريعة للاكتتاب فيها<sup>(١)</sup>.

ثانياً: اتجاه مُعارضٍ للمضاربة عَاداً إياها صورة حديثة للقمار؛ حيث تريح قِلَّة ثرواتٍ هائلةٍ وسريعة، وتُخسر كثرةً، وما تريحه القلة إنما هو على حساب الكثرة. وقد استند هذا الاتجاه في رفضه للمضاربة على ما يلي:

---

(١) انظر: عصام حسين، سوق الأوراق المالية (البورصة)، ص ٢٣٩، ٢٣٨، البربري، المضاربة والتلاعب بالأسعار في سوق الأوراق المالية، دراسة قانونية مقارنة، ص ٦ وما بعدها، ورفيق يونس المصري، المضاربة على الأسعار بين المؤيدين والمعارضين، ص ٧٠، ٧١.

- المضاربة تزيد من حدة تقلبات الأسعار؛ فهي تستند أصلاً إلى وجود هدة التقلبات، ولا تجد مجالاً لها في ظل استقرار الأسعار؛ ففي المضاربة ترتفع الأسعار إلى مستويات غير مبررة اقتصادياً، وتنخفض بمعزل عن القيمة الحقيقية للورقة أو السلعة، وبمعزل عن الأداء الفعلي للشركة المصدرة للورقة.

- المضاربة نشاط إضافي طفيلي غير مرغوب فيه؛ لأن النشاطات التي تولدها المضاربة ينتفع بها السماسرة والمضاربون المطلعون، وليس فيها منفعة للجمهور، بل فيها مضرة ونشاط جاذب وخادع في آن معاً.

- إذا كانت البيوع المتعكسة المعروفة ببيوع الآجال أو بيوع العينة حراماً وفيها تقابض، فكيف بالبيوع المتعكسة التي لا تقابض فيها، وهي مخاطرة محضة غير مرتبطة بالتجارة؟ وإذا كان التقابض غير حاصل في البورصة؛ فإن السلعة لم تعد مهمة، وهل هي مثلية أو قيمية صالحة للعمليات الآجلة أو غير صالحة؟

كل هذا لم يعد مهماً؛ لأن التقابض غير مهم، وقد تكون السلع وهمية أو رمزية (كالمؤشرات)، بل ربما تكون الشركات نفسها وهمية.

- المضاربة في البورصة تحول البيوع من عقود جديّة حقيقية إلى عقود صورية شكلية، أو تحول البيوع إلى ألعاب، كما كانوا يفعلون سابقاً في الجاهلية في بيوع الحصاة والملاسة والمنابذة وأمثالها.

- المضاربة وإن كان فيها نفع من بعض الجوانب، غير أن مضارها أعظم من نفعها، وما كانت مضاره أعظم من منافعه توجب منعه.<sup>(١)</sup>

ثالثاً: اتجه ثالث حاول التوسط بين الرأيين، فقسم المضاربة إلى مضاربة مشروعة ومضاربة غير مشروعة، أو مضاربة مفيدة ومضاربة ضارة، النافع فيها ما تم تناوله عند المؤيدين، والضار فيها ما تم تناوله عند المعارضين.

(١) عصام حسين، سوق الأوراق المالية (البورصة)، ص ٢٣٩، رفيق يونس المصري، المضاربة على الأسعار بين المؤيدين والمعارضين، ص ٧١، ٧٢.

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن العنصر الرئيسي المحدد لاتجاه المضاربة هو المضارب ؛ فهو الذي يسير بعملية المضاربة إلى طريقها السوي إذا التزم ضوابطها وقيمها ، وهو بالمقابل من يسير بها إلى طريق الاستغلال والتغريب وأكل أموال الناس بالباطل إذا انحرف عن هذه الضوابط. وهو ما يحتم على الجهات المنظمة للمضاربة التأكد من تحلي المضارب بشروط أساسية ؛ منها: الكفاءة، والخبرة، والالتزام بأداب التعامل وميثاق الشرف.

### تعليق على الاتجاهات

الذي يبدو لي أن الذين أجازوا المضاربة في الأسواق المالية اعتمدوا المقاربة النظرية لهذه الممارسة، وما يغلب عليها من فوائد على السوق والمستثمرين، لا سيما أهميتها في توفير السيولة التي هي عصب العمليات التمويلية. فهؤلاء اعتدوا بأصل العملية لا بتصرفات المضاربين. ويلاحظ على مقاربتهم للمسألة ما يلي:

- إن ثمة أحكاماً هي في أصلها النظري صحيحة في الإسلام، ولكنها لما كانت ذريعة واضحة إلى الحرام حرمت، وأبرز مثال لها: بيع السلاح زمن الفتنة. وثمة قواعد فقهية تبين أنه إن كانت مفسدات المعاملة أكثر من المصالح حرمت المعاملة.

- إن تم التسليم برأيهم، فإنه يحتاج إلى ضغط يضمن ألا تستغل هذه المسوغات لاستمرار استغلال المضاربين المغرضين لها للتصادي في الإضرار بالمستثمرين باسم شرعية مضاربتهم.

أما الذين منعوها فنظروا إلى واقعها وتطبيقاتها في الأسواق العالمية، وتدابيرها التي غلب عليها الغش والخداع والاحتيال، فهؤلاء نظروا إلى تطبيقاتها، واعتمدوا في منعها سد ذرائع الشر، واعتبار مآلات الأفعال، والموازنة بين المصالح والمفاسد، فما غلبت مفسدته حُرِّم. ويلاحظ على مسوغاتهم ما يلي:

- أن مقارنة المضاربة بالقمار مقارنة غير دقيقة، أو على الأقل لا تنطبق على كثير من المضاربات ؛ لأن الفرق - في نظري - واضح بين

من يعتمد الحظ ، وبين من يعتمد معطيات سوقية وتنبؤات مبنية على هذه المعطيات.

- أن حصر الاستثمار المشروع فيما يرتبط بزيادة الإنتاج ، ورفض الاستثمار على فوارق الأسعار غير مسلم به ؛ لأن كثيراً من الصحابة على عهد رسول الله ﷺ مثل حكيم بن حزام رضي الله عنه ، كان يشتري السلعة لبيعها والحصول على فرق السعر.

- أن عدَّ شراء الأوراق المالية بقصد بيعها نوعاً من العبث الذي حرّمته الشريعة غير دقيق ؛ لأن الحصول على فرق السعر ليس عبثاً ، وإنما يكون لأسباب عديدة ؛ منها : الرغبة في الحصول على السيولة ، والتداول المنضبط فيه إشارة نافعة للسوق المالية لمنتج من المنتجات أو شركة من الشركات لتحسين أو المحافظة على مردودها الإنتاجي أو نوعية منتجاتها.

- أن إطلاق منع معاملة بسبب تطبيقاتها لا أسسها أمرٌ غير مسلم . وقد رُفض غلق الاجتهاد بحجة سوء استغلال جملة من الفقهاء للاجتهاد في تسويغ أحكام مشبوهة ، ثم إن أعمال سد الذرائع - إن تم التسليم به - قد يصلح في بيئة يمكن ضبطها والسيطرة عليها . أما الأسواق المالية المفتوحة فمن الصعب تطبيقه فيها ؛ لأن تنفيذها يشبه الدعوة إلى إغلاق هذه الأسواق المالية.

- أما الذين حاولوا التوسط بين الفريقين ؛ فإنه وإن بدا موقفهم في ظاهرة معتدلاً ، غير أنه يُعد - في نظري - أصعب المواقف ؛ لأن إباحة بعض المضاربات ومنع بعضها الآخر يحتاج إلى أدلة قوية وضوابط واضحة تُسوِّغ أخذه هذا الموقف . ولا شك أنهم قدموا مسوغات . تم تناول جزء منها في حجج المؤيدين ، ولكن تحتاج إلى تعميق ؛ كون التلاعبات في الأسواق المالية أخذت منحرجات خطيرة ، واستعملت فنيات تحتاج إلى تطوير نوعي لهذه الضوابط.

وخلاصة ما يمكن أن يقال في هذه المسألة أن التأكيد على الضوابط المسطرة في اللوائح التنفيذية لأسواق الأوراق المالية ، والارتقاء ببعضها

وتفعيلها، يعد خطوة مهمة في الحد من أضرار المضاربة التي تُصير المعاملة نوعاً من أنواع التلاعب.

## المبحث الثاني

صور المضاربات الوهمية في الأسواق المالية التي يجرمها القانون

وحكمها الشرعي

المطلب الأول

صور المضاربات الوهمية في الأسواق المالية

من أبرز تلك الصور التي تتم داخل الأسواق المالية:

١- البيع الصوري:

ويقصد بهذا العمل خلق تعامل مظهري نشط على سهم ما؛ لإيهام المضارين بأن السهم عليه حركة، أو يخفى خيراً أو محضراً لهذا السهم. ولا يعدو الأمر مجرد مضاربة بحتة، ولا توجد أخبار ولا محفزات البتة. ومن صورته:

(أ) أن يقوم المضارب بالبيع على نفسه بكميات كبيرة من خلال تعدد المحافظ التي باسمه - إن كانت اللوائح أو الأنظمة لا تمنع ذلك - أو بأسماء أصدقائه، أو أفراد أسرته، أو بأسماء مجموعات متفق فيما بينها على هذا الأساس، ثم تقوم هي نفسها بالبيع على البائع الأول وإعادة هذا السهم وذات الورقة المالية إليه بسعر أكبر - إذا أريد للسهم الصعود، أو أقل إذا أريد للسهم النزول - ويتم ذلك في الغالب بوضع أوامر البيع أو الشراء لهذه الأسهم مشروطة ببيعها أو شرائها كاملة.

والغالب أن مثل هذه الطلبات يكون فيها نوع اتفاق متبادل بين الطرفين لعدم استطاعة الأفراد شراء مثل هذه الكميات من الأسهم، فتأثر العروض والطلبات جراء ذلك التلاعب. والهدف من ذلك كما سبق إيهام المتعاملين بأن تغيرات سعرية حدثت لذلك السهم، وأن هذا السهم يحمل في طياته أخباراً إيجابية، ووعوداً

ترجسية<sup>(١)</sup>. وهذه العملية من المضاربات يسميها بعض المضاربين "بعملية التدوير".

(ب) ومن صور البيع الصوري أن ينتهز المضارب أو المستثمر المخادع فرصة ارتفاع في القيمة السوقية لأسهم يمتلكها، فيقوم بالاتفاق مع أشخاص آخرين يبيعها عليهم صورياً بسعر أعلى من السعر الجاري في السوق، ثم يقوم هؤلاء الأشخاص في نفس اليوم بإعادة بيعها له بسعر أعلى، أو يقوم المضارب نفسه بالبيع، ثم يعرض بسعر أعلى، ثم يقوم بالشراء وهكذا. مثل هذه المبيعات والتداولات للسهم من شأنها أن تفرض حالة من الركون والاطمئنان لدى المضاربين بإبقاء أسهمهم؛ لكثرة وتزايد التعامل على تلك الأسهم. وهو ما يعتبره بعض المضاربين. والذين لا يملكون أسهماً من هذه الشركة المساهمة. أن مثل هذا التداول مؤثر على تحسن في ظروف المنشأة المصدرة لها، خاصة إذا كان مثل هذا التداول قبيل انعقاد الجمعية العمومية للشركة؛ مما قد يشجع بعضهم على الدخول لشراء هذه الأسهم. والنتيجة مزيد من الارتفاعات في قيمتها السوقية، ثم بعد ذلك يقوم المضارب المحترف - والذي يملك أسهماً كثيرة في هذه الشركة - ببيع ما يملكه منها بالسعر المرتفع، ويجني أرباحه. والنتيجة الحتمية عند تشبع السهم في البيع أن يتدهور وينهار سعره السوقي إلى هاوية ما لها من قرار<sup>(٢)</sup>. ويطلق على هذه الطريقة اسم: "الغلاية". وهذا مصطلح فني يعرفه أهل التحليل الفني والمضاربة<sup>(٣)</sup>.

(١) ينظر: الأوراق المالية وأسواق المال، ص ١٧٥، ١٧٦.

(٢) ينظر: الأوراق المالية وأسواق المال، ص ١٧٦، الممارسات غير المشروعة في بورصة الأوراق المالية ص ٢٨٧.

(٣) ينظر: الممارسات غير الشرعية في بورصة الأوراق المالية، ص ٢٨٧، الحماية الجنائية للمعلومات غير المعلنة للشركات المقيدة بسوق الأوراق المالية، د. عمر سالم، ص ١٣، ١٤.



ويسمى بعض المضاربين هذه الطريقة طريقة التصريف بطريقة التجميع.

والتصريف معناه بيع الأسهم التي يمتلكها، والتجميع شراء هذه الأسهم بحيث يقوم المضارب بالشراء من نفسه، ورفع قيمة السهم السوقية من خلال تعدد المحافظ التي يديرها، لجذب الانتباه، ولزيادة قيمة السهم؛ للتسابق عليه قبل إقفال السهم على النسبة اليومية له - وهي في سوقنا في المملكة العربية السعودية (١٠٪) - فيقوم المتعاملون بالشراء كي يظفروا ببعض الأرباح قبل الأقفال، فيقوم بالبيع والتصريف عليهم. وللزيادة في التغرير قد يلامس السهم النسبة القصوى لليوم أكثر من مرة، ثم يتدهور السهم بالنزول ثم يقوم بزيادة الشراء على نفسه حتى يرتفع، ثم يقوم بالتصريف، وهكذا حتى نفاذ الكمية التي لديه.

فإذا أراد للسهم بعد ذلك النزول ليأخذه بأسعار متدنية، يقوم بالتقاط أسهمه بطريقة محترفة بحيث لا تثير اهتمام المتعاملين والمضاربين؛ حتى إذا استحوذ على كمية يستطيع من خلالها إرباك صغار المضاربين على السهم، يقوم بطريقة يسميها بعض المضاربين طريقة (التجميع بطريقة التصريف)، وهي أن يقوم بالرش والبيع المكثف على السهم. وهي عمليات العرض المفاجئة بالكميات الكبيرة بأن لدى السهم أخباراً سيئة من شأنها أن يتدهور سعر السهم عن سعر السوق الحالي، فيقومون بالبيع. وهذا الأسلوب من المضاربة يسميه بعضهم بأسلوب إحداث الصدمات السعري، وغالباً ما يتم ذلك باتفاق بين عدد من الأشخاص على القيام بمضاربات واسعة على سهم ليحطموا نظرية العرض والطلب، وتدفع ملاك السهم للبيع بكميات كبيرة. ولكثرة العرض بالبيع يتدهور السهم تلقائياً؛ حتى يصل إلى أسعار متدنية يرتضيها المضارب المحترف، فيقوم بعد ذلك بالتجميع والشراء، ثم ينطلق السهم بعد ذلك بنحو الطريقة الأولى إلى الصعود والتلاعب والغش والتغرير. فويل لهم مما كسبت أيديهم وويل لهم مما يكسبون.

ولا شك أن هذا البيع الصوري نوع من أنواع الخداع والنجش المجمع على تحريره. والنجش هو الإضرار بأحد المتعاقدين على سبيل

الخدیعة بزيادة في السلعة ومدحها أو ذمها<sup>(١)</sup>، وسواء كان الناجش والمخادع في السعر شخصاً لا يريد السهم، فیزید في السلعة وهو لا يريد شراءها، أو كان البائع نفسه؛ لأن المقصد الأكبر في النهي عن التغریر في السعر هو الإضرار، ولعلها: عدم الإضرار، وإن كان الغالب في تعاریف الفقهاء أن یذكروا الإضرار والنجش ممن لا یرید الشراء<sup>(٢)</sup>.

ونص العلامة ابن قدامة - رحمه الله - على أنه: "لو قال البائع: أعطيتُ بهذه السلعة كذا وكذا، فصدقه المشتري واشترها بذلك، ثم بان كاذباً؛ فالبيع صحيح، وللمشتري الخيار أيضاً؛ لأنه في معنى النجش".<sup>(٣)</sup>

وقد نص على أنها في معنى النجش أيضاً ابن شاس المالكي - رحمه الله - في كتابه عقد الجواهر الثمينة<sup>(٤)</sup>. ولا شك في دخول هذه الصورة في معنى النجش؛ لما في ذلك من الخديعة والتغریر والختل في سعر السهم، فالبائع يخدع المشتري ويثيره للبيع أو الشراء.

وقد جاء الوعيد الشديد على من فعل مثل هذا: فعند البخاري من حديث عبد الله بن أبي أوفى رضي الله عنه، أن رجلاً أقام سلعة له في السوق فحلف بالله لقد أعطي بها ما لم يعطه ليقع فيها رجلاً من المسلمين، فنزل قول الله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ عَهْدَ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَٰئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾<sup>(٥)</sup>.

(١) ينظر: الغش وأثره في العقود.

(٢) ينظر: فتح القدير (٢٣٩/٥)، البناية على البداية، للعيني (٢٧٧/٧)، المعونة على مذهب عالم المدينة، للفاضل عبد الوهاب المالكي (١٠٣٣/٢)، عقد الجواهر الثمينة (٤٢٧/٢)، روضة الطالبين (٤١٦/٣)، المغني (٣٠٤/٦).

(٣) ينظر: المغني (٥٠٣/٦).

(٤) ينظر: عقد الجواهر الثمينة (٤٢٨/٢)، ونص على أنها في معنى النجش أيضاً الزركشي في شرحه لمختصر الخزقي (٦٤٥/٣)، وكذا ابن تيمية - رحمه الله - في ظاهر قوله كما في مجموع الفتاوى (٣٥٩/٢٩)، (١٦٣/٣٠).

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب: ما يكره من الخلف في البيع، وفتح الباري (٣٩٧/٤) رقم (٢٠٨٨).

٢- ومن صور المضاربات الوهية أيضاً: ما يفعله بعض المضاربين من احتكار لبعض الأسهم مع البيع الصوري حتى يرتفع السهم، فيقوم بعد ذلك بالبيع والتصريف على الناس؛ حيث يقوم المضارب بالتجميع في سهم معين لفترة طويلة حتى يقل العرض (وهو البيع) من الناس، وكلما وجد عرضاً من العروض قام بالشراء بصورة لا تثير متابعي الأسهم والمضاربين في العادة.

وبعد أن يرتفع السعر بفوارق سعرية جيدة؛ إما لكثرة الطلب عليه، أو لوجود خبر أو محفز (من زيادة رأس المال، أو منحة في توزيع الاحتياطي)، فيزداد طمع المضارب في التجميع أكثر وأكثر، فيقوم بالضغط على السهم بعرض كمياته التي اشتراها أصلاً بسعر متدن، وكسر مقاومات السهم الفنية - التي يركز عليها عامة المضاربين المحترفين - حتى يملأ ملاك السهم والمضاربون فيضطروا للخلاص من هذا السهم إلى سهم آخر يضاربون فيه، فيبيعونه بخسارة، فيقوم المضارب الكبير بالشراء منهم. حتى إذا خلا له الجو قام بالشراء من نفسه لنفسه، أو بالاتفاق مع آخرين معه قبل صدور خبر المحفز لهذا السهم، أو قبيل انعقاد الجمعية العمومية؛ ليستفيد هو وزمرته من الفارق السعري الجديد عبر المحافظ التي يديرها، معتمداً في ذلك على ضخامة رأس المال الذي يملكه، وعدم خبرة المتعاملين في السوق، وضعف الرقابة والإشراف، وقوة النفوذ، ومعرفة أخبار مجالس إدارة الشركات المساهمة، فيقوم بعد ذلك بعملية البيع الصوري والتغريب بالسعر بالطرق التي سبق أن ذكرناها في الفقرة الأولى. والاحتكار أعم من أن يكون في جنس معين من الأقوات - كما هو مذهب بعض الفقهاء<sup>(١)</sup> - لأن الاحتكار في الاقتصاد الإسلامي هو جمع أو حبس الباعة للسلعة التي يحتاج إليها الناس؛ لبيعها بثمن مرتفع، أو لخلق نوع من الندرة وعدم الاستقرار في السوق التجاري؛ مما يؤدي

(١) ينظر: حاشية سعدي حلبي (٥٨/١٠)، المدونة (٣/٣١٣ - ٣١٤)، أسنى المطالب (٢/٣٧ - ٣٨)، كشاف القناع (٣/١٨٧ - ١٨٨).

بالتالي إلى تحكم فرد أو مجموعة بعرض السلعة المحتكرة، وفرض السعر الذي تراه لنفسها<sup>(١)</sup>.

وهذه الطريقة في التعامل بالأسهم تتعارض مع المنافسة الحرة، وتضر بالأفراد والمجتمع، ولأجل ذلك نهى الشارع الحكيم عن الاحتكار، وقال ﷺ: "من احتكر فهو خاطئ"<sup>(٢)</sup>؛ لأن ذلك قائم على فرض سلطان الأقوياء ممن يملكون ضخامة في رأس المال على المستضعفين من المضاربين، والذين لا يدركون نوايا هؤلاء وطرائقهم.

٣- ومن صور المضاربات الوهمية أيضاً: العروض الوهمية:

وهذه الطريقة تتم قبل افتتاح السوق المالي للتداول بساعة أو نصف ساعة تقريباً؛ حيث يقوم مضارب السهم، والذي يملك أسهماً كثيرة في سهم ما بعرض عروض بيع بصفقات مختلفة؛ ليوهم المضارب غير المحترف بأن هذه العروض من أشخاص كثير.

وهدف هذه الطريقة الإيهام بأن السهم عليه تصريح، أو لديه خبر سيئ، فيقوم ملاك السهم بعرض عروضهم للبيع بسعر أقل من سعر مضارب السهم المحترف، حتى يغتتموا فرصة البيع أولاً، حتى إذا لم يبق لافتتاح السوق إلا دقائق معدودة أو ثوان محسوبة، قام بالغاء أوامر العرض، ثم سحب عروض ملاك الأسهم المخدوعين فاشتراها منهم، ثم يبدأ السهم بالصعود تدريجياً؛ ليصل أحياناً قريباً من النسبة اليومية وقد يلامسها، فيقوم الملاك بشرائها مرة ثانية، ثم يقوم المضارب ببيعها عليهم بفارق سعري عالٍ وجديد.

٤- ومن صور المضاربات الوهمية أيضاً: ما يقوم به بعض كبار المضاربين من عرض كمية طلب (شراء) كبيرة تحت سعر معين، وعرض كمية بيع كبيرة فوق سعر معين. وإنما يصنع المضارب المحترف ذلك لضبط

(١) ينظر: إصلاح المال، لأبي بكر بن أبي الدنيا، تحقيق مصطفى الزرقا (ص - ١١١)،

وينظر: بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، لفتحي الدريني (١/٤٤٧).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة والمزارعة، باب تحريم الاحتكار في الأوقات، رقم (١٦٠٥).

التذبذب السعري للسهم مع فارق سعري محدد، يتحكم من خلاله بالمضاربة على فوارق بسيطة قد لا تفيد صغار المضاربين، ويقوم بالمضاربة على السهم بنفسه.

٥- ومن صور المضاربات الوهمية أيضًا: نشر الشائعات والأكاذيب، والترويج للأخبار، وتسريب معلومات خاطئة عن شركة من الشركات المساهمة المتداول أسهمها في سوق المال، والقيام بعمليات تداول تصاحب هذه الأخبار والشائعات. وما من شك أن مثل هذه الشائعات والمعلومات الخاطئة سوف تترجم عمليًا إلى اتخاذ مواقف بيع أو شراء من قبل ملاك هذا السهم، على حسب نوع هذه الأخبار. ويقوم صانعو السوق في غيبة الرقابة الذاتية والرقابة النظامية بتسريب تلك الأخبار المضللة في الصحف، وفي وسائل الإعلام، وفي المنتديات الاقتصادية، وربما شراء ذمم بعض من لا خلاق لهم من بعض الذين يدعون التحليل الفني؛ ليقوم بالتغريب في رسم بعض الشارات الموافقة لتلك الشائعات سلبيًا أو إيجابيًا بطريق خفي مقصود؛ ليدفعوا صغار المستثمرين لبيع أسهم شركة معينة؛ فتتخفض أسعار أسهمها، فيغتنم صانعو السوق والمضاربون المضللون هذا النزول وهذا التدهور فيقومون بشراء تلك الأسهم بأسعار ربما لم يحلموا بها، ثم بعد زمن تظهر الأخبار الصحيحة من زيادة في رأس المال، أو منحة في أسهم، أو إبرام صفقة تعود على الشركة بمستقبل زاهر، وحينئذ تتجه الأسعار إلى الصعود، فيبادر الجمهور إلى الشراء بعد أن باعوها بخسارة، وتواصل الأسعار سيرتها الصعودية إلى أن تصل إلى المستوى الذي يرضي مطامع المضاربين، فيصنفون محافظهم بالبيع، ولا تلبث الأسعار أن تتدهور بسبب كثرة الطلب. والنتيجة مزيد من الخسائر على صغار المستثمرين، وقد يعتمد صانعو السوق على تسريب معلومات خاطئة وكاذبة عن سهم شركة معينة؛ مما يتسبب في ارتفاعه ارتفاعًا حادًا مفاجئًا، فيبيع عليهم إذا وصل إلى سعر سوقي يرتضيه<sup>(١)</sup>.

(١) ينظر: الممارسات غير الشرعية في بورصة الأوراق المالية، ص ٢٨٨، الحماية الجنائية للمعلومات غير المعلنة للشركات المقيدة بسوق الأوراق المالية، ص ١٣، أحكام الأسواق المالية، ص ١٦٧، دليلك إلى البورصة والاستثمار (٢- ٢٠٢).

وهذه الطرق تبدو بجلاء أنها طرق احتيالية تهدف إلى خلق فارق سعري مصطنع، وعرقلة الأداء الطبيعي للعرض والطلب. وقد يكون الهدف أحياناً هو السيطرة على السوق عن طريق الشراء المكثف للاستحواذ على الغالبية العظمى من ورقة مالية معينة في وقت معين، حتى يصبح المتلاعب بالسعر هو الحائز الرئيسي لهذه الورقة، وبهذا يستطيع عن طريق التحكم في عرضها مع وجود المنافسة أن يقتضي سعراً أعلى. وهو ما يسمى بالاستحواذ، والذي يهدف أولاً إلى تخطيم المنافسة، أو الحد منها، عن طريق الشراء المكثف، ثم الهدف النهائي هو الوصول إلى سعر احتكاري<sup>(١)</sup>. وهذه الصور - وهي ذم تلك الشركة ذات الورقة المالية المتداولة في سوق المال وعيبتها، ليقوم الناس ببيع أسهمهم، أو مدح السهم وذكر الأخبار الكاذبة ليرغب الناس في شرائه - صورتان من صور التفرير التي أشار الفقهاء - رحمهم الله - إليها.

وقد ذكر النووي - رحمه الله - في شرحه لصحيح مسلم، عن بعض علماء اللغة أنه فسر النجش بالمدح والإطراء، ثم قال: وعلى هذا معنى الحديث: لا يمدح أحدكم السلعة ويزيد في ثمنها بلا رغبة.

وقد فسر علاء الدين الحصفكي الحنفي - رحمه الله - النجش "بأن يزيد ولا يريد الشراء، أو يمدحه ويزيد بما ليس فيه ليروجه"<sup>(٢)</sup>.

وقد فسر النضر بن شميل - وهو من علماء اللغة - النجش بأنه: "أن تمدح سلعة غيرك لبييعها، أو تدمها لثلاث تنفق عنده"<sup>(٣)</sup>.

وهذه الطريقة تجعل البائع يظن أن قيمتها الحقيقية هي ما أوصلها إلها، فيبيعه برخص. ومما يؤيد ذلك أن معنى النجش في اللغة: الإثارة والختل والخديعة. فذم المضارب أو غيره السهم حتى يمدح بذلك جمهور المضاربين داخل في معنى النجش الذي هو إثارته؛ حتى يبيعه بثمن بخس.

(١) ينظر: الممارسات غير الشرعية في بورصة الأوراق المالية، ص ٢٨٩.

(٢) ينظر: الدر المختار في شرح تنوير الأبصار (١٠١/٥) الموجود مع حاشية ابن عابدين، وقد أشار إلى ذلك أيضاً بعض الشافعية كما في حاشية الشرواني على تحفة المحتاج (٣١٥/٤).

(٣) ينظر: القاموس المحيط، ص ٧٨٣، والنهاية في غريب الحديث (٢١/٥).

٦- ومن صور المضاربات الوهمية أيضاً: تغريب أحد أعضاء مجلس إدارة بعض الشركات المساهمة، أو أحد الرؤساء أو المديرين. الواقع أننا نجد بعض الفقهاء - رحمهم الله - قد قيدوا تحريم المضاربات الوهمية بالسعر في بيع النجش، بأن تكون الزيادة المذكورة في النجش فوق ثمن المثل حتى يكون عاصياً بفعله. وهذا مذهب الحنفية، وظاهر كلام الإمام مالك، واختيار ابن عبد البر وابن العربي وغيرهم. قال المرغيناني الحنفي (ت: ٥٩٣هـ): "النجش هو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليُرغب غيره"<sup>(١)</sup>.

قال ابن الهمام في شرحه لهذه العبارة: "أي أن يزيد في الثمن ... بعدما بلغت قيمتها؛ فإنه تغريب للمسلم ظليماً. فأما إذا لم تكن قد بلغت قيمتها فزاد القيمة لا يريد الشراء فجائز؛ لأنه نفع مسلم من غير إضرار بغيره إذا كان شراء الغير بالقيمة"<sup>(٢)</sup>، بل جعل ابن عابدين الحنفي أن تصرفه في هذه الحال محمود<sup>(٣)</sup>.

وقد فسر ابن عرفة المالكي قول مالك - رحمه الله - في تعريفه للنجش بـ "أن تعطيه في سلعته أكثر من ثمنها وليس في نفسك اشتراؤها ليقندي بك غيرك"<sup>(٤)</sup>.

فسر قول مالك: "أكثر من ثمنها" بأن المراد بالثمن: القيمة<sup>(٥)</sup>. وهو اختيار ابن العربي المالكي؛ حيث قال - رحمه الله - : "ولو أن رجلاً رأى سلعة رجلٍ تباع بدون قيمتها فزاد فيها لينتهي إلى قيمتها لم يكن ناجشاً عاصياً، بل يؤجر ذلك على نيته"<sup>(٦)</sup>.

(١) ينظر: فتح القدير (٢٣٩/٥).

(٢) ينظر: المصدر السابق.

(٣) ينظر: حاشية ابن عابدين (١٣٢/٤).

(٤) ينظر: الموطأ، ص ٤٢٥، وأوجز المسالك إلى شرح موطأ مالك (٣٨٥/١١).

(٥) ينظر: شرح الخرشي (٨٢/٥ - ٨٣)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٨٦/٣).

(٦) ينظر: شرح الخرشي (٨٢/٥ - ٨٣)، فتح الباري (٤٤٨/٤)، وراجع فتح البر في

الترتيب الفقهي لتمهيد ابن عبد البر (٢١٦/١٢).

علمًا بأن الداعي للمضاربة الصورية في الأسهم هو بعث الثقة والطمأنينة للمالك الأسهم بالمحافظة على أسهمهم، والوصول بها إلى القيمة الحقيقية؛ لئلا يتضرر ملاك السهم، وليرغب المساهمون بإبقاء أسهمهم وعدم بيعها بخسارة؛ لأن مثل هذا البيع الصوري يخلق انطباعًا جيدًا لدى جمهور المضاربين بأن تغيرات سعرية سوف تحدث للسهم، فيُفضّلون إمساك أسهمهم وعدم بيعها، فيتحمّس تداول السهم ويبدأ بالصعود إلى القيمة الحقيقية العادلة.

وهذا التفسير لابن عرفة وغيره لكلام الإمام مالك - رحمه الله - ليس مسلمًا عند المالكية؛ فقد فسّر الخرخشي المالكي وصاحب الشرح الكبير أبو البركات الدرديري قول مالك: "أكثر من ثمنها"، بحمل الثمن في كلام الإمام مالك على الثمن الذي وقع في المناذاة لا القيمة<sup>(١)</sup>.

والقول الثاني في المسألة - وهو مذهب جماهير أهل العلم من المالكية والشافعية والحنابلة<sup>(٢)</sup> - أن النهي في الزيادة مطلق، سواء بلغت قيمتها أو لم تبلغ؛ لأن غرض هذا هو الخديعة وهو قاصد للتغريب، ولا يبعد أن يقلّ سعر السهم أكثر من ذي قبل، فلولا هذا التعامل الصوري من المضارب لكان مالك السهم قد باع سهمه بسعر أحسن حالًا من سعره السوقي بعد ذلك.

ثم إن قولهم: إن ذلك من النصيحة ليس بظاهر أيضًا إذا لم تتعين النصيحة وتحقق في أن يوهم غيره بزيادة الطلب على السهم.

والذي يريد النصيحة له مندوحة عن هذا التصرف بأن يُعلم المضاربين عبر وسائل الإعلام أو المنتديات بأن قيمة السهم أعلى مما هي عليه الآن، ثم المضاربون لهم الاختيار بعد ذلك<sup>(٣)</sup>، وقال الحافظ ابن

(١) ينظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٦٨/٣)، وشرح الخرخشي (٨٢/٥).

(٢) ينظر: فتح الباري (٤٤٨/٤)، المغني (٣٠٤/٦)، شرح الخرخشي (٨٢/٥)، تحفة المحتاج مع الحواشي (٣١٥/٤).

(٣) ينظر: شرح الخرخشي (٨٢/٥)، فتح الباري (٤ / ٤٤٨).



حجر: "ويحتمل ألا يتعين عليه إعلامه بذلك حتى يسأله للحديث الآتي: "دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض، فإذا استنصح أحدكم أخاه فلينصحه"<sup>(١)(٢)</sup>.

ومما يؤيد ذلك ما رواه عبد الرزاق وابن حزم وغيرهما، أن عمر بن عبد العزيز - رحمه الله - بعث عبيد بن مسلم يبيع السبي، فلما فرغ أتى عمر فقال له: "إن البيع كان كاسدًا لولا أنني كنت أزيد عليهم وأنفقه"، فقال عمر: "هذا نجش، والنجش لا يحل. ابعث منادياً أن البيع مردود، وأن النجش لا يحل"<sup>(٣)</sup>.

### المطلب الثاني

#### الحكم الشرعي للمضاربات الوهيمية في سوق الأوراق المالية

لم تقف محاربة الإسلام للنجش عند باب النصيحة والتوجيه فحسب، بل تعدى ذلك إلى أن رتب عليه آثاراً وأحكاماً من الحرمة والإثم إلى إيقاع العقوبة والتعزير حتى تستقيم الأمور على أحسن حال، وأقوم سلوك. ولقد أمر الإسلام بالصدق والأمانة والصراحة والسماحة عند التعامل، فقال ﷺ: "رحم الله رجلاً سمحاً إذا باع، وإذا اشترى، وإذا اقتضى"<sup>(٤)</sup>، وقال ﷺ: "التاجر الصدوق الأمين مع النبيين والصديقين

(١) فتح الباري (٤/٤٤٨).

(٢) الحديث أخرجه الإمام أحمد في مسنده (الفتح الرباني ٦٥/١٩) من حديث أبي يزيد الكرخي، وفي سنده عطاء بن السائب اختلط بآخره. وينظر كلام الحافظ على الحديث في الإصابة (٧/١٧).

(٣) ينظر: المصنف (٢٠١/٨) رقم (١٤٨٨٢)، المحلي، لابن حزم (٤٤٨/٨)، فتح الباري (٤/٤٤٧).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب: السهولة والسماحة في الشراء والبيع، ومن طلب حقاً فليطلبه في عفاف (فتح) (٣٨٤/٤)، رقم (٢٠٧٦) من حديث جابر بن عبد الله.

والشهداء"<sup>(١)</sup>، وجعل الكذب، ولا سيما الكذب الذي يُقْتَطَع به مال امرئ مسلم بغير حق، إحدى الكبائر والمهلكات.<sup>(٢)</sup>  
ولا أدل على اهتمام القرآن الكريم بأمر التغرير من ذكره سبحانه للفرور ومشتقاته (٢٨) مرة، والخيانة ومشتقاتها (١٦) مرة، والخدعة ومشتقاتها (٥) مرات<sup>(٣)</sup>.

والمضاربات الوهمية من الغش البين والمحرم في شريعتنا بالكتاب والسنة والإجماع، وبيانها كالتالي:  
أولاً: من الكتاب:

قوله تعالى: (يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) [النساء: ٢٩].  
وجه الدلالة: أن الله - سبحانه وتعالى - قد حرم أكل أموال الناس بالباطل، إلا إذا كان عن علم وتراضٍ بينهما، ولا شك أن

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه، كتاب البيوع، باب: ما جاء في التجارة وتسمية النبي ﷺ إياهم (٥١٥/٣) رقم (١٢٠٩)، والدرامي في سنته، كتاب البيوع، باب: في التاجر الصدوق (٣٢٢/٢)، رقم (٢٥٩٣). والحديث في سنته ضعف لالتقاطع بين الحسن البصري وأبي سعيد الخدري؛ إذ إنه لم يسمع منه، وممن نفى سماعه ابن المديني والدرامي؛ حيث قال عقب روايته لهذا الحديث في سنته: "لا علم لي أن الحسن سمع من أبي سعيد". وينظر: تهذيب التهذيب (٣٨٩/١). وقد أخرج الترمذي في جامعه في الباب نفسه من كتاب البيوع (٥١٥/٣ - ٥١٦)، رقم (١٢١٠) من حديث رفاعة بن رافع، أن النبي ﷺ خرج إلى المصلى فرأى الناس يتبايعون فقال: (يا معشر التجار)، فاستجابوا لرسول الله ﷺ ورفعوا أعناقهم وأبصارهم إليه فقال: (إن التجار يبيعون يوم القيامة فجاراً إلا من اتقى الله وبراً وصدق). والحديث قال فيه الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

(٢) إشارة إلى الحديث المتفق عليه أن النبي ﷺ قال: (اجتنبوا السبع الموبقات...). أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الوصايا، باب: قول الله تعالى: (إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً). فتح الباري (٤٩٤/٥)، رقم (٢٧٦٦)، ومسلم في صحيحه في كتاب الإيمان، باب: بيان الكبائر وأكبرها (٩٢/١)، رقم (٨٩) من حديث أبي هريرة ﷺ.

(٣) ينظر: مبدأ الرضا في العقود (٦٦٧/١).

التلاعب بالأسعار وتمويه المتعاملين في سوق المال بأنواع الحيل من أعظم الخديعة بالمسلم، ومن أكل ماله بغير رضا منه<sup>(١)</sup>.

قوله تعالى: (ولا تبخسوا الناس أشياءهم) [الأعراف: ٨٥].

وجه الدلالة: "أن البخس - في لسان العرب - هو النقص بالتعيب والتزهيد، أو المخادعة عن القيمة، أو الاحتيال في التزبد في الكيل أو النقصان منه ..."<sup>(٢)</sup>.

والمضاربات الوهمية داخلة في هذا كله، ومنهي عنها ضمناً، والنهي يقتضي التحريم.

ثانياً: من السنة:

لقد تكاثرت الأحاديث الدالة على تحريم التدليس والغش والتليس؛ فمنها:

عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مرَّ على صبرة طعام، فأدخل يده فيها فالت أصابعه بللاً فقال: "ما هذا يا صاحب الطعام؟ فقال: أصابته السماء يا رسول الله، فقال: أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس؟! من غش فليس مني"<sup>(٣)</sup>.

عن عقبة بن عامر رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "المسلم أخو المسلم، ولا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً فيه عيب إلا بينه له"<sup>(٤)</sup>.

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٢٧٤/٥)، الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (٢٢٥/٢)،

مجموع الفتاوى، لابن تيمية (١٢٧/١٥)، (١٠٤/٢٨).

(٢) أحكام القرآن، لابن العربي (٧٨٨/٢).

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب: قول النبي صلى الله عليه وسلم: (من غشنا فليس منا)، (١ / ٩٩)، رقم (١٠٢) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٤) أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب التجارات، باب من باع عيباً فليبينه، (٧٥٥/٢)،

رقم (٢٢٤٦)، والحاكم في المستدرک (١٠/٢)، وعنه أخرجه البيهقي في السنن

الكبرى، كتاب البيوع، باب: ما جاء في التدليس وكتمان العيب بالمبيع (٣٢٠/٥).

والحديث قال فيه الحاكم: "صحيح على شرط الشيخين"، ووافقه الذهبي، وأقره

المنذري في الترغيب والترهيب (٢٤/٣)، وصححه الألباني - رحمه الله - في

إرواء الغليل، وتعقب الحاكم بقوله على شرط الشيخين فقال: "إنما هو على شرط

مسلم وحده، فإن ابن شماسه لم يخرج له البخاري شيئاً". ينظر: إرواء الغليل

(١٦٥/٥).

وعن قيس بن سعد بن عبادة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول:  
"الخدیعة فی النار"<sup>(١)</sup>.

وجه الدلالة من هذه الأحاديث:

تُبين هذه الأحاديث وغيرها حرمة الخديعة والتدليس وكتمان العيوب، وأن فاعله متوعّد بالنار، وخارج من دائرة الإيمان الكامل<sup>(٢)</sup>، وقد جاء هذا النص عن بضعة عشر صحابياً لتأكيدهم في نفوس المسلمين<sup>(٣)</sup>. وأوجب على العاقدين تأكيداً لذلك أن يُبيناً كل ما في المعقود عليه، وأن هذا من واجب الأخوة والنصيحة بين المسلمين. وقد جعل النبي ﷺ فعل صاحب الطعام بالبصرة - حين جعل ظاهر المبيع خيراً من باطنه - من الغش والخديعة بالمسلمين؛ فدلّ ذلك على تحريم كل من أظهر المبيع على صفة كمال ليست موجودة فيه، سواء كان ذلك بالفعل أو بالقول<sup>(٤)</sup>. ومن باع سهماً على غيره وهو يعلم خيراً سيئاً أو سلباً ولا يبينه لمشتري السهم كان كاتماً للغيب، فكيف إذا كان ذلك خداعاً من البائع لكي يستثير رغبة الطرف الآخر، فيقدم على البيع أو الشراء ظاناً أن ذلك في مصلحته وليس كذلك؟ فإن العقوبة أشنع والمقت أفظع.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه معلقاً بصيغة الجزم في باب النجش من كتاب البيوع، فتح الباري (٤ / ٤٤٦)، وقال الحافظ في الفتح: "رويناه في الكامل لابن عدي من حديث قيس بن سعد بن عبادة... وإسناده لا بأس به. وأخرجه الطبراني في الصغير (٣٧/٢)، رقم (٧٣٨) من حديث ابن مسعود، والحاكم في المستدرک (٤ / ٦٥٠)، رقم (٨٧٩٥) من حديث أنس، وإسحاق بن راهويه في مسنده (١ / ٣٧٠)، رقم (٣٨١) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، وفي إسناده كل منهما مقال، ولكن مجموعها يدل على أن للمتن أصلاً. أ.هـ. ينظر: فتح الباري (٤ / ٤٤٨).

(٢) ينظر: شرح السنة، للبغوي (٨ / ١٦٧)، تحفة الأحوذی (٤ / ٥٤٤).

(٣) ينظر: الزواجر (١ / ٢٣٧).

(٤) ينظر: تكملة المجموع (١٢ / ١١٤)، مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٨ / ١٠٤)، معالم القرية في أحكام الحسبة (ص - ٧٢)، المغني (٦ / ٢٠٤ - ٢٠٨)، إحياء علوم الدين (٢ / ٧١).

(٤) عن حكيم بن حزام رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ:  
"البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما، وإن  
كذبا وكتما محقت بركة بيعهما"<sup>(١)</sup>.

قال الحافظ ابن حجر في قوله عليه الصلاة والسلام: "محقت بركة  
بيعهما" قال: "يحتمل أن يكون على ظاهره، وأن شؤم التدليس والكذب  
وقع في ذلك العقد فمحق بركته، وإن كان الصادق مأجوراً والكاذب  
مأزوراً".

وهذا الأمر موجود فيمن يتلاعب بأسعار الأسهم بأنواع التغيرير،  
فإن محق البركة وشؤم التغيرير حاصل عليه لا محالة ولو بعد حين. وما ريك  
بظلام للعبيد، والواقع خير شاهد، ولا ينبئك مثل خبير.  
(٥) ما رواه ابن عمر (رضي الله عنهما) أنه قال: "نهى رسول الله  
ﷺ عن النجش".

### المبحث الثالث

## الأثر المترتب على المضاربات الوهمية في سوق الأوراق المالية

### المطلب الأول

## الأثر الفقهي المترتب على المضاربات الوهمية في سوق الأوراق المالية

تناول الفقهاء القدامى الأثر المترتب على عقد البيع إذا تم مع  
النجش من حيث الصحة والفساد، ومن حيث ثبوت الخيار لمن وقع عليه  
التغيرير، وكثرت تفرعاتهم، ولم يدعوا شيئاً من الآثار المترتبة على هذا  
التعاقد إلا ذكروه، فتحدثوا عن رغبة المشتري في الإمساك بالمبيع أو رده،  
وفرقوا بين علمه بسعر البضاعة وعدم علمه، وبين بذله في معرفة سعر  
السلعة وعدم بذله، وبين علم البائع بمن يزيد وعدم علمه، وبين تغيرير  
الناجش وعدمه، وبين القدرة على معرفة الناجش وعدمها، وغير ذلك

(١) أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب البيوع، باب: إذا بين البيعان ولم يكتما  
ونصحا، (فتح ٣٨٨/٤)، رقم (٢٠٧٩)، ومسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب:  
الصدق في البيع والبيان (٣/١١٦٤)، رقم (١٥٣٢).

من المسائل التي نستطيع أن نخرج عليها صور النجش في سوق الأوراق المالية.

ولن نستطيع في هذه العجالة تفصيل كل هذه الجزئيات، وإنما نكتفي بأهم هذه المسائل، وهي: مسألة صحة عقد البيع وحق المشتري في الخيار، ومن ثم نخرج عليها الصور المعاصرة للمضاربة الوهمية في سوق الأوراق المالية.

وقد اختلف الفقهاء في الأثر المترتب على المضاربة الوهمية من حيث صحة العقد وفساده، وخيار الرد، إلى أربعة أقوال:

القول الأول: يبقى العقد صحيحاً وناظلاً، ولا تأثير له على الصحة، وليس للمشتري خيار. وبه قال الحنفية<sup>(١)</sup> والشافعية في الصحيح عندهم<sup>(٢)</sup>، ورواية عن أحمد<sup>(٣)</sup>.

القول الثاني: يبطل العقد. وبه قال مالك في رواية<sup>(٤)</sup>، وأحمد في رواية اختارها أبو بكر<sup>(٥)</sup>، وبه قال طائفة من أهل الحديث<sup>(٦)</sup>.

القول الثالث: العقد صحيح، وللمشتري الخيار بين الإمساك والفسخ. وبه قال مالك في المشهور<sup>(٧)</sup>، والشافعي في قول<sup>(٨)</sup>، وأحمد في المشهور<sup>(٩)</sup>، وابن حزم<sup>(١٠)</sup>.

واشترط الحنابلة لثبوت الخيار ثلاثة شروط؛ وهي:

الأول: اشتراط حذف الذي زاد فيها.

الثاني: كون المشتري جاهلاً.

(١) انظر: بداية المبتدي ١/١٣٧.

(٢) انظر: مختصر المزني ١/٨٨، الخاوي ٥/٣٤٢.

(٣) انظر: الكافي في فقه ابن حنبل ٢/٢٢، المغني ٤/١٤٨.

(٤) انظر: التلقين ٢/٣٨٣.

(٥) انظر: الكافي في فقه ابن حنبل ٢/٢٢، المغني ٤/١٤٨.

(٦) انظر: المغني ٤/١٤٨.

(٧) انظر: بداية المجتهد ٢/١٢٦.

(٨) انظر: المهذب ٢/٦١.

(٩) انظر: المبدع ٤/٢٧٨، كشاف القناع ٣/٢١٢.

(١٠) انظر: المحلى ٨/٤٤٨.

الثالث: كون الزيادة فاحشة. أما إن كانت يسيرة فلا خيار<sup>(١)</sup>.  
 القول الرابع: يبطل العقد إذا كان النجش من البائع، أو بالمواطأة  
 منه مع الناجش. وبه قال الشافعية في قول<sup>(٢)</sup>، والحنابلة في رواية ثالثة<sup>(٣)</sup>.  
 سبب الخلاف: يرجع سبب الخلاف في هذه المسألة إلى النهي الوارد  
 في الأحاديث هل يتضمن فساد المنهني؟ وإن كان النهي ليس في نفس  
 الشيء بل هو خارج عنه، فمن قال يتضمن؛ فسخ البيع ولم يجره، ومن  
 قال ليس يتضمن؛ أجازته<sup>(٤)</sup>.  
 استدلل أصحاب القول الأول بالآتي:

- ١- أن هذا ليس بعيب في المبيع؛ كالعيب في المصرة، وإنما هو كالمدح  
 وشبهه، وما حصل من زيادة فمن المشتري باختياره، وهو مأمور  
 بمزيد التأمل والاستعانة بمن يعرف الثمن<sup>(٥)</sup>.
- ٢- أن النهي الوارد في الأحاديث محمول على إذا ما بلغت السلعة  
 قيمتها، وأما إذا لم تبلغ قيمتها؛ فالنجش غير مكروه<sup>(٦)</sup>.
- ٣- أن المشتري مُفْرَطٌ في سؤال أهل المعرفة بقيمة مثيلاتها من السلع،  
 والمفراط يستحق العقوبة بعدم إثبات حق الفسخ له<sup>(٧)</sup>.
- ٤- أن النهي لحق الآدمي، فلم يفسد العقد؛ كتلقي الركبان وبيع  
 المعيب والمدلس<sup>(٨)</sup>.
- ٥- أن عقد الشراء غير النجش<sup>(٩)</sup>، فالنهي لا يعود إلى البيع<sup>(١٠)</sup>  
 وإنما إلى غير العاقد؛ فلم يؤثر فيه<sup>(١١)</sup>.

(١) انظر: المبدع ٢٧٨/٤، كشاف القناع ٢١٢/٣.

(٢) انظر: المهذب ٢٩١/١، الوسيط ٦٤/٣.

(٣) انظر: شرح الزركشي على الخرقى ٦٤٣/٣.

(٤) انظر: بداية المجتهد ١٢٦/٣.

(٥) انظر: الحاوي ٢٤٣/٥، المهذب ٢٩١/١.

(٦) انظر: زاد المحتاج بشرح المنهاج ٤١/٣.

(٧) انظر: حاشية ابن عابدين ١٣٢/٤.

(٨) انظر: المغني ١٤٨/٤ - ١٤٩.

(٩) انظر: مختصر المزني ٨٨/١.

(١٠) انظر: المهذب ٢٩١/١.

(١١) انظر: الكافي في فقه ابن حنبل ٢٢/٢.

## واستدل أصحاب القول الثاني بالآتي:

- ١- ما رواه عبد الرزاق في مصنفه عن عمرو بن مهاجر الأنصاري، قال: إن عمر بن عبد العزيز بعث عبيد بن مسلم يبيع السبي، فلما فرغ أتى عمر فقال له: إن البيع كان كاسدًا لولا أنني كنت أزيد عليهم فأنفقه، فقال عمر: كنت تزيد عليهم ولا تريد أن تشتري؟ قال: نعم، قال عمر: "هذا نجش، والنجش لا يحل. ابعث مناديًا ينادي أن البيع مردود، وأن النجش لا يحل"<sup>(١)</sup>. وقول عمر بن عبد العزيز: "البيع مردود" دليل على فساد العقد.
- ٢- ما ثبت عن عبد الله بن أبي أوفى أنه قال: "الناجش أكل ربا خائن"<sup>(٢)</sup>. فمن أكل زيادة بلا عوض فقد أكل ربا، والربا لا يجوز شرعًا.

٣- أن النهي يقتضي الفساد<sup>(٣)</sup>؛ للمضرة الواقعة على الناس من فساد معيشتهم<sup>(٤)</sup>.

٤- أن الناس اعتادوا على أن يركنوا إلى زيادة التاجر، ويعتقدوا أنها تساوي ما يبذلونه فيها، وذلك فساد وضرر؛ فوجب فسخه<sup>(٥)</sup>.

واستدل أصحاب القول الثالث بمثل ما استدل به أصحاب القول الأول القائلين بصحة العقد دون ما يدل على عدم ثبوت الخيار.

واستدل أصحاب القول الرابع بأنه غبن استند إلى تلبيس، فضاهى غبن المصراة وصورة تلقي الركبان<sup>(٦)</sup>.

الراجع:

(١) رواه عبد الرزاق في مصنفه ٢٠١/٨، رقم (١٤٨٨٢)، وابن أبي شيبة في مصنفه ٢٨٦/٤، رقم (٢٠٢٠٠).

(٢) رواه البخاري في صحيحه معلقًا ٧٥٣/٢، ٦٠، باب النجش.

(٣) انظر: الكافي في فقه ابن حنبل ٢٢/٢.

(٤) انظر: المعونة ١٠٣٣/٢.

(٥) انظر: المصدر نفسه.

(٦) انظر: الوسيط ٦٤/٣.



الذي يترجح في نظري - والعلم عند الله سبحانه وتعالى - أن العقد صحيح مع ثبوت الخيار للمشتري. وهو أوسط الأقوال وأعدلها، فلا يمكن إبطال العقد؛ لأن النهي عائد إلى الناجش لا إلى العاقد، فلم يؤثر في العقد، فالنهي جاء لأمر طارئ على العقد من غير العاقدين، فتعتبر الجهة منقكة، والنهي جاء لما هو طارئ على العقد أي لوصف مقارن له. وهذا الطارئ يمكن تلافيه من خلال إثبات الخيار للمشتري مع تصحيح العقد ما أمكن؛ ولهذا صحح الشارع بعض العقود التي وقع فيها من الغرر والخديعة مثل ما وقع في المضاربة الوهمية؛ كتبدليس المصراة وتلقي الركبان، وأثبت الخيار للمشتري ليدفع ما وقع عليه من ضرر.

### المطلب الثاني

#### الأثر القانوني المترتب على المضاربة الوهمية في سوق الأوراق المالية

ما سبق لا إشكال فيه بالنسبة لليوع المعتادة الظاهرة التي يُعرف فيها أطراف العقد مع المضارب. أما المضاربة الوهمية في الأسواق المالية العالمية، سواء أكان ذلك عن طريق التداول داخل قاعات أسواق المال أو خارجها، عن طريق التداول الإلكتروني المحلي والعالمي، فيشتمل على عدة إشكالات، وهي على النحو الآتي:

١- صعوبة إثبات حالات وصور المضاربات الوهمية، لا سيما الصفقات الكبيرة والمتعددة، وكذا صعوبة معرفة الأطراف (الجرويات) المشاركة في عملية التلاعب بالأسعار.

٢- مدى القدرة على تطبيق الخيارات المتعلقة بالتدليس من عدمه.

٣- أنواع العقوبات المترتبة على هذا التعامل، وهل هي كافية وراذعة أم لا؟

وسوف أتناول هذه النقاط بشيء من الإيجاز المتناسب مع هذا البحث على النحو التالي:

١- أما إثبات حالات وصور المضاربات الوهمية، فهي في غاية الصعوبة والتعقيد، بل قد تكون متعذرة في كثير من الأحيان لثلاثة اعتبارات:

أ- تجدد وتغير أساليب المتحايلين، بالإضافة إلى عدم معرفة الطرف المقابل في التداول.

ب- التداول بأساليب متغايرة، من حيث أسماء المتداولين، ومديري المحافظ، ومكاتب السماسرة، والوسائل الإلكترونية.

ج- تسهيل بعض المسئولين في الأسواق المالية مهمة أهل المضاربات الوهمية لقاء عمولات، ومشاركات وبعض التسهيلات، لا سيما أن هؤلاء الهوامير من أصحاب المكانة الاجتماعية والاقتصادية والإدارية المتنفذة في كثير من البلدان.

وأخبرني أحد مديري المحافظ المالية في مقابلة شخصية، بأنه سيتم العمل بأجهزة جديدة عالية الكفاءة في سوق الأوراق المالية في الكويت، ومن خلالها سيتم التعرف على أطراف العمليات الوهمية والتلاعبات الصورية.

إذن هناك صعوبات عدة في الحاضر في إثبات هذه الدعوى.

٢- أما تطبيق الخيارات المتعلقة بالتدليس، فهي مشكلة أخرى بعد مشكلة إثبات التلاعب، ومعرفة المغرر به.

وذهب بعض المعاصرين إلى بطلان العقود التي تمت على سهم معين في وقت ما، ثم تعاد الأسهم إلى مصادرها من باب السياسة الشرعية<sup>(١)</sup>. وذهب البعض إلى صحة العقد وإبطال الخيار، مع جواز أخذ قيمة الغبن، كما أن لولي الأمر فرض شيء من العقوبات التعزيرية المالية التي تتناسب مع حجم التفرير الواقع<sup>(٢)</sup>.

٣- أنواع العقوبات المترتبة على هذا التعامل، وهل هي كافية ورداعة أم لا؟

العقوبات المقررة على جرائم البورصة كثيرة، وقد عقد الفرع الثاني للجرائم والعقوبات، واشتمل على المواد من (١١٧ - ١٣٧)، وخصص

(١) انظر: الأسهم حكمها وآثارها، د. صالح السلطان، ص ٨٦.

(٢) انظر: حكم المضاربة في أسواق المال، د. عبد الله السلمي، ص ١٠٢.

الفرع الثالث في المخالفات والتأديب، واشتمل على المواد من (١٣٨) - (٦٤٧).

ومن تلك المواد ما نصت عليه المادة (١٢٢) من قانون أسواق المال على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز خمس سنوات، وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف دينار، ولا تتجاوز مائة ألف دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من:

١ - تصرف تصرفاً ينطوي على خلق مظهر أو إيماء زائف أو مضلل، بشأن التداول الفعلي لورقة مالية، أو لسوق الأوراق المالية عن طريق:

أ - الدخول في صفقة بشكل لا يؤدي إلى تغيير فعلي في ملكية الورقة المالية.

ب - إدخال أمر شراء أو بيع ورقة مالية وهو على علم بأن أمراً مقارباً من حيث الحجم والسعر وزمن البيع أو الشراء لتلك الورقة المالية قد تم، أو سيتم إصداره من قبل نفس الشخص، أو أشخاص يعملون باتفاق مع ذلك الشخص.

٢ - كل من أبرم أو أكثر في ورقة مالية من شأنها:

أ - رفع سعر تلك الورقة المالية لنفس المصدر؛ بهدف حث الآخرين على شرائها.

ب - تخفيض سعر تلك الورقة المالية لنفس المصدر؛ بهدف حث الآخرين على بيعها.

ج - خلق تداول فعلي أو وهمي؛ بهدف حث الآخرين على الشراء أو البيع<sup>(١)</sup>.

وفي المادة (١٢٤): "يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز خمس سنوات، وبغرامة لا تقل عن مبلغ خمسة آلاف دينار، ولا تتجاوز مبلغ خمسين ألف دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل شخص ثبت أن لديه مصلحة غير

(١) قانون (٧/ ٢٠١٠)، ص ٢٤ - ٢٥.

معلنة ، شجع أو أوصى بشكل علني على شراء أو بيع ورقة مالية معينة. وتعني المصلحة غير المعلنة أي عمولة خفية ، أو عائد مادي ، أو هبة أو هدية من مصدر ، أو وسيط ، أو متداول ، أو مستشار ، أو وكيل اكتتاب ، لها علاقة بالورقة المالية"<sup>(١)</sup>.

وفي المادة (١٢٨) ما نصه: "في جميع الأحوال يحكم على الجاني فضلاً عن العقوبة الأصلية برد قيمة المنفعة المالية التي حققها ، أو قيمة الخسائر التي تم تجنبها نتيجة ارتكابه فعلاً مخالفاً لأحكام القانون"<sup>(٢)</sup>.

وفي المادة (٦٧) من القانون رقم (٧) بشأن إنشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية (٢٠١٠/٧) ما نصه: "للهيئة (هيئة أسواق المال) رفض أو وقف أو إلغاء رخصة أو تقييد نشاط أي شخص مرخص له بالعمل في إدارة أنشطة الأوراق المالية ، أو أي شخص ذي علاقة تابع له إذا ثبت إتيانه أحد الأمور الآتية :

- ١- ارتكابه خطأ جسيماً.
- ٢- خالف أي حكم أو قاعدة أو نظام لائحة صدرت بموجب هذا القانون..."<sup>(٣)</sup>.

ومن هؤلاء المصرح لهم بالنشاط كما في المادة (٧٣) من القانون المقترح نفسه: "١- وسيط أوراق مالية ، أو مندوب له. ٢- مستشار استثمار أو مندوب له ..."<sup>(٤)</sup>.

وهناك عدة مواد في السياق ذاته.

وفي نظري هذه العقوبات غير رادعة لأمرين :

أحدهما : أن العقوبات جزء من جزء يسير من الأرباح التي حققها المتلاعبون ، فهم صناع سوق ، وحجم تداولاتهم بعشرات الملايين ،

---

(١) قانون (٧ / ٢٠١٠) ، ص ٢٥.

(٢) قانون (٧ / ٢٠١٠) ، ص ٢٥.

(٣) ص ١٥ من القانون نفسه.

(٤) ص ١٤ من القانون نفسه.

وأرباحهم هائلة، فما يعني لهم حسم عشر أو ربع الأرباح. أما الحبس فهو رادع ولكن من يطبقه؟ وعلى من؟!

والأخرى: وهي كما سلف التعاون الواقع بين بعض المسؤولين وهؤلاء المتلاعبين، هذا في حال تم التعرف عليهم ورصدهم.

وعلى كل، فنحن نؤمل كثيراً في الأجهزة المطورة القادمة التي سمعت أنها ستكون رادعة لكثير من المتلاعبين<sup>(١)</sup>. وتطور سياسة التجريم التي شهدتها المعاملات داخل سوق المال تعكس الأهمية التي عليها الأسواق المالية في اقتصاديات الدولة<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الثالث

#### أثر التعامل بالمضاريات الوهمية على سوق الأوراق المالية

للمضاريات الوهمية آثار سيئة على أسواق الأوراق المالية أبرزها ما

يلي:

- ١- الوقوع فيما حرمه الله ورسوله ﷺ من النهي عن النجش كما سبق.
- ٢- أكل أموال الناس بالباطل.
- ٣- ضعف التوكل على الله في طلب طيب المعاش، والاعتماد على التحايل، والاتصاف بالجشع.
- ٤- خروج المضاربة عن وظيفتها الأساسية، مما يؤدي إلى بعض العيوب التي يترتب عليها فقد الثقة في البورصة بدلاً من أن تكون عاملاً من عوامل الاستقرار<sup>(٣)</sup>، وانتقالها من المضاربة إلى المقامرة، وتحول المستثمرين في البورصة إلى متلاعبين ومتربصين.
- ٥- حدوث فوارق غير حقيقية بين أسعار الأسهم الحقيقية والسوقية.

(١) أفدت هذه المعلومات من أحد مديري المحافظ المالية.

(٢) انظر: المسؤولية الجنائية للوسطاء الماليين في عمليات البورصة، د. منير بوريشة، ص ٤٠.

(٣) انظر: أساسيات الاستثمار في الأوراق المالية، د. منير هندي، ص ٨٥.

٦- فشل المدينين في الوفاء بما عليهم من التزامات، وإحجام المقرضين عن الإقراض والتمويل، وانخفاض حجم الاستثمار، ومواجهة البنوك لصعوبات تحصيل مستحقاتها.

ويسبب هذا الداء وغيره من الممارسات غير الأخلاقية في سوق الأوراق المالية خسر المودعون ما يعادل ٣ بلايين دولار، واضطر الرئيس الأمريكي الأسبق روزفلت إلى إعلان إغلاق جميع البنوك، وذلك اعتباراً من ٦ مارس من عام ١٩٣٣م، ثم سمح للبنوك التي لديها قدرًا من السيولة أن تفتح أبوابها بعد أسبوع من ذلك التاريخ. ومن أبرز صور الانحرافات التي أدت إلى هذا الانهيار هي: البيع الصوري، والشراء لغرض الاحتكار، واستغلال السماسرة لثقة العملاء، واتفاقيات التلاعب<sup>(١)</sup>، وكل هذه الصور لا تخلو من النجش.

٧- إفلاس كثير من الأفراد والشركات، وانتشار البطالة، وضعف الطلب على السلع والخدمات، وانخفاض أسعارها<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر: المصدر السابق، ص ٨٥ - ٨٦.

(٢) انظر: المضاريات الوهمية، ص ٤٧.

واجب محافظ الحسابات<sup>(١)</sup> بالإخطار  
عن الوقائع الإجرامية في القانون الجزائري  
الدكتور / طيطوس فتحي\*  
جامعة د. مولاي الطاهر ، سعيدة- الجزائر

دأب المشرع الجزائري في مادة الشركات التجارية، على غرار نظيره الفرنسي، على تبني تقنية محكمة من أجل تسريب المعلومة من داخل الشركات التجارية، تضمن مصداقية المعلومة من جهة، وتبقى الشركاء، الغير والسلطات العمومية الممثلة في وكيل الجمهورية<sup>(٢)</sup>، على إطلاع دائم بما يدور في الشركة وكذلك بأعمال القائمين بإدارتها من جهة أخرى، فالزوم محافظ الحسابات بإخطار وكيل الجمهورية بكل ما من شأنه أن يشكل عملا إجراميا.<sup>(٣)</sup>

وهذا ما تكرس في المادة ٧١٥ مكرر ١٣ فقرة ٠٢ من القانون التجاري الجزائري،<sup>(٤)</sup> إذ جاء فيها: "ويطلعون، علاوة على ذلك، وكيل الجمهورية بالأفعال الجنحية التي اطلعوا عليها...".  
وعليه فإن محافظ الحسابات بمجرد علمه بالوقائع والأفعال الجنحية التي ترتكب في الشركة (المبحث الأول) يقع عليه واجب أخطار وكيل الجمهورية بها (المبحث الثاني).

1. ويقابله مراقب الحسابات في القانون المصري، أما المشرع الأردني فاستعمل عبارة مدقق الحسابات، واستعمل المشرع اللبناني تسمية مفوضي الحسابات.
- ♦ أستاذ مكلف بالمحاضرات بجامعة د. مولاي الطاهر، سعيدة- الجزائر.
2. ويقابله النائب العام في مصر.
3. اختيار هذه العبارة، له ما يبرره في متن هذه الدراسة، عكس العبارة التي تبناها المشرع في أكثر من مرة والمتمثلة في: "...الأفعال الجنحية ...".
4. الأمر رقم ٧٥-٥٩ المؤرخ في ٢٦ سبتمبر ١٩٧٥، المتضمن القانون التجاري الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد ١٠١، المؤرخة في ١٩ ديسمبر ١٩٧٥، ص. ١٣٠٦، المعدل والتمتم.

## المبحث الأول

### توافر الأفعال الجنحية

لا نجد نص في القانون التجاري ولا في القانون المنظم لمهنة محافظي الحسابات،<sup>(١)</sup> يعطي مفهوما واضحا للأفعال الجنحية، التي يقع على محافظ الحسابات إخطار وكيل الجمهورية بها.

وأمام هذا الوضع، حتى لدى القانون الفرنسي، كان للفقهاء كلمته، فكانت هذه المسألة محل نقاش بين رأيين في فرنسا، رأي تبني المفهوم الضيق للأفعال الجنحية (المطلب الأول)، ورأي آخر اتجه إلى المفهوم الواسع للأفعال الجنحية (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### المفهوم الضيق للأفعال الجنحية

أنصار هذا الرأي يرون بأن محافظ الحسابات ليس ملزما بإخطار وكيل الجمهورية إلا بالأفعال التي تدخل في إطار مرحلة تأسيس الشركة وتسييرها،<sup>(٢)</sup> خاصة وأن أعماله تتسم بالطابع العشوائي، مما يجعل حصر كل الأفعال الجرمية التي ترتكب داخل الشركة أمراً صعباً.<sup>(٣)</sup>

كما أن غياب محافظ الحسابات عن الشركة، بحكم أن ليس له مكتب قار فيها، وإنما كثيراً ما يعتمد على التفتيش والمراقبة، وكثيراً ما يلجأ إلى تقنية "العينة"، فهذا كله، يجعله لا يعلم بكل ما يدور في الشركة

1. القانون رقم ٩١ - ٠٨ المؤرخ في ٢٧ أبريل ١٩٩١، التعلق بمهنة الخبير المحاسب، محافظ الحسابات والمحاسب المعتمد، الجريدة الرسمية، العدد ٢٠، المؤرخة في ٠١ ماي ١٩٩١، ص. ٦٥١، المعدل بالقانون رقم ١٠ - ٠١ المؤرخ في ٢٩ جوان ٢٠١٠، ج.ر.، عدد ٤٢، ص. ٤.

2. Henri Launais et André Bokobza, Le commissaire aux comptes des sociétés anonymes devant l'obligation de révéler au procureur de la république les faits délictueux dont il a eu connaissance a l'occasion de l'exercice de sa fonction. Gaz.Pal.,1965,doctr.,p.11.

3. Jean Charles Boulay, L'obligation du commissaire aux comptes de révéler les faits délictueux, Rev.Soc.,n°03, Juillet-Septembre,1980,p.444.



أو بكل الأفعال التي ترتكب داخلها،<sup>(١)</sup> والتي يمكنها أن تشكل عملا جرميا يستدعي إخطار وكيل الجمهورية به.

كما أن وضعية محافظ الحسابات، بعد أن أصبح ملزما بإخطار وكيل الجمهورية بالأفعال الجرمية، أصبحت حرجة، إذ أُعْتَبِرَ بمثابة الواشي داخل الشركة، مما أفقده ثقة المديرين وجعله لا يستطيع أن يعلم بكل ما من شأنه أن يعد خرقا للقانون في إدارة الشركة،<sup>(٢)</sup> وبالتالي يكون محل إخطار.

لذلك، ذهب جانب من الفقه الفرنسي،<sup>(٣)</sup> في نفس السياق، إلى القول بأن محافظ الحسابات ليس مساعدا لوكيل الجمهورية، وبأنه عبارة عن Auditor وليس متحرر، وأنه كلب حراسة وليس كلب صيد.<sup>(٤)</sup> كما أكد أحد الفقهاء الفرنسيين،<sup>(٥)</sup> على أنه وجب احترام القانون وإعطاء لمفهوم "الأفعال الجنحية" تطبيقا ضيقا، ويدخل بالتالي ضمن هذا المفهوم، كل فعل ممكن أن يشكل خرقا للأحكام الجزائية والتي ترتبط أساسا بحسابات الشركة والوضعية المالية لها، سواء تعلق الأمر بمخالفات القانون العام، أو مخالفات تتعلق بقانون الشركات، كتقديم ميزانية خاطئة أو المصادقة على معلومات كاذبة، أو تعلق الأمر بأفعال ترتبط بمسألة تأسيس وتسيير الشركة.

1. Robert Castell et François Pasqualini, Le commissaire aux comptes, Economica, Paris, 1995.p.p.101 et 102.
2. Jean Hémard, François Terré et Pierre Mabilat, Sociétés commerciales, T.II, Dalloz, Paris, 1974, n°1016, p.808.
3. Georges Ripert et René Roblot, Traité élémentaire de droit commercial, L.G.D.J., Paris, 1972, n°1355, p.755.
4. " ....qu'un auditor n'est pas un détective, qu'il est un chien de garde et non un chien policier."
5. Michel Véron, Droit pénal des affaires, 4eme édition, Dalloz, Paris, 2001, p.159.

ولقد سائر هذا الرأي، بعض الأساتذة الجزائريين،<sup>(١)</sup> والذين كتبوا في هذا المجال، حيث أقر هذا الجانب من الفقه الجزائري على أن الأفعال الجنحية وجب أن تُؤخذ بالمفهوم الضيق، وراح يعطي أمثلة عن هذه المخالفات، مثل المادة ٨١٤ من القانون التجاري والتي تتعلق بمنع أحد المساهمين عمداً من الحضور أو المشاركة في الجمعية العامة للمساهمين، أو كذلك المادة ٨٢٤ من القانون التجاري والتي تخص منع المساهم من حصوله على نصيبه من الأرباح.

لكن يبقى وأن هذا الرأي يجعل محافظ الحسابات في اختيار من أمره، بين الأفعال التي قد تدخل في إطار تأسيس وتسيير الشركة، والأفعال الأخرى التي لا تدخل في هذا الإطار رغم تجريمها، لذلك إذا تنصل من عقوبة "عدم إبلاغ وكيل الجمهورية بالوقائع الإجرامية"، فقد يعاقب كونه شخصاً عادياً قد علم بجريمة ولم يبلغ عنها، تطبيقاً للقواعد العامة الموجودة في قانون العقوبات.<sup>(٢)</sup>

### المطلب الثاني

#### المفهوم الواسع للأفعال الجنحية

يقر أنصار هذا الرأي، بأن محافظ الحسابات ملزم بإخطار بكل ما من شأنه أن يشكل جريمة، سواء تعلق الأمر بمرحلة التأسيس وإدارة الشركة أو جرائم القانون العام الأخرى.

إذ لا يتعلق الأمر بالجنح كما تعبر عنه عبارة "Les faits délictueux"، وإنما كل الجرائم بمختلف أنواعها، وهذا بشرط أن يتم ذلك في إطار ممارسة محافظ الحسابات لمهامه.<sup>(٣)</sup>

1. ديدن بوعزة، أجهزة الرقابة في شركات المساهمة، مجلة الدراسات القانونية، جامعة أبو بكر بلقايد، العدد ٠٣، تلمسان، ٢٠٠٦، ص. ٢٥.
2. المادتين ١٨٠ و ١٨١ من قانون العقوبات الجزائري.
3. Jean Hémar, François Terré et Pierre Mabilat, op.cit., n°1016, p.808.

وعليه فإن صفة محافظ الحسابات مهمة من أجل قيامه بواجب الإخطار، وهذا ما أكد عليه الأستاذ عمور زاهي،<sup>(١)</sup> عندما أكد على أن مثل هذا الشرط، قد يثير مشاكل تتمثل في:

١ - عدم توافر محافظ الحسابات لشروط الالتحاق بالمهنة، والتي حُددت في المادة ٠٦ من القانون رقم ٩١ - ٠٨ المنظم للمهنة السالف الذكر،

٢ - وجود إحدى حالات التنافي<sup>(٢)</sup> المباشرة أو غير المباشرة.<sup>(٣)</sup>

فهنا في هاتين الحالتين، يسأل محافظ الحسابات عن فعل عدم إخطاره وكيل الجمهورية بالأفعال الإجرامية، كونه محافظ حسابات فعلي مثله مثل المسير الفعلي وكذلك المحاسب الفعلي،<sup>(٤)</sup> كما يسأل كذلك عن ممارسته لمهام محافظ الحسابات رغم عدم توافره للشروط القانونية،<sup>(٥)</sup> أو لوجود حالة من حالات التنافي فيه.<sup>(٦)</sup>

#### 1. Amor Zahi, Responsabilité du commissaire aux comptes et révélation des faits délictueux, Revue Algérienne des Sciences juridiques, Economiques et politiques, Université d'Alger, n°02,1990,p.287.

2. وهي وضعية يجد محافظ الحسابات نفسه فيها غير مستقل في أداء المهام المنوطة به، كأن يمتلك مثلا ويصنف مباشرة أو غير مباشرة أسهم في الشركة التي يراقبها، ويطلق على هذه الوضعية حالة عدم الملائمة التي تجعل محافظ الحسابات غير مؤهلا لممارسة مهمة الرقابة حسب المادة ٨٢٩ من القانون التجاري الجزائري.

3. أنظر في هذا السياق:- المادة ٦٤ وما يليها من القانون رقم ١٠ - ٠١ المنظم للمهنة.

- المادة ٧١٥ مكرر ٠٦ من القانون التجاري الجزائري، المعدل والمتمم بالمرسوم التشريعي رقم ٩٣ - ٠٨ المؤرخ في ٢٥ أبريل ١٩٩٣.

- المادتين ٣٥ و ٣٦ من المرسوم التنفيذي رقم ٩٦ - ١٣٦ المؤرخ في ١٥ أبريل ١٩٩٦ المتضمن قانون أخلاقيات مهنة الخبير المحاسب، محافظ الحسابات والمحاسب المعتمد.

#### 4. Amor Zahi, précité, p 288.

5. جريمة معاقب عليها بنص المادة ٨٢٩ من القانون التجاري الجزائري.

6. أنظر:- المادة ٦٤ من القانون رقم ١٠ - ٠١ المنظم للمهنة.

- المادة ٢٤٣ من قانون العقوبات الجزائري.

وفي نفس السياق، ذهب محكمة استئناف باريس، الغرفة التاسعة، في ٢٩ مارس ١٩٩٠، إلى التأكيد على ضرورة توافر صفة محافظ الحسابات من أجل فعل الإخطار، وهذا عندما قضت بأن إخطار الخبير المحاسب بوقائع كانت فعلا غير قانونية لا يعفيه من عقوبة فعل إفشاء السر المهني، نظرا لأنه لا يتوافر على صفة محافظ الحسابات،<sup>(١)</sup> وهذا ما جعل جانب من الفقه الفرنسي،<sup>(٢)</sup> يؤكد على ضرورة منح محافظ الحسابات كل الإمكانيات اللازمة من أجل تدعيم دوره في الوقاية من الجرائم داخل الشركات التجارية.

وما يؤكد تمسك المشرع الفرنسي بهذا الرأي، هو رفض وكلاء الجمهورية على مستوى فرنسا مقترح المجلس الوطني لمحافظي الحسابات عندما تقدم باقتراح لتحديد ما هي الأفعال التي تكون محل إخطار من طرف محافظي الحسابات، والتي تتمثل أساسا في الجنح التي نص عليها القانون التجاري والتي لها أهمية بالغة على حسابات الشركة.<sup>(٣)</sup>

ولقد أكد مرة أخرى جانب آخر من الفقه الفرنسي،<sup>(٤)</sup> على أن الأفعال التي على محافظ الحسابات أن يخطر بها وكيل الجمهورية هي كل فعل مجرم سواء تعلق الأمر بجناية، جنحة أو مخالفة، سواء كانت محددة عن طريق قانون الشركات أو قانون المحاسبة أو قانون الجمارك، قانون العمال أو قانون الضرائب.

ويستشهد آخرون،<sup>(٥)</sup> بالمواد الموجودة في قانون العقوبات الفرنسي، سيما تلك التي تفرض على كل شخص مهما كانت صفته بأن

1. Cour d'Appel de Paris, 29 Mars 1990, Gaz.Pal.,note Jean Pierre Marchi.
2. Jean Charles Boulay, op.cit.,n°22,p.460.
3. Maurice Cozian, Alain Viandier et Florence Deboissy, Droit des sociétés, 18eme édition, Paris, 2005, n°760, p.334.
4. André Dlasace, Un texte à abroger : L'avant – dernier alinéa de L'article 34 de la loi du 24 juillet 1867,Gaz.Pal. ,I ,doct.,1963, p.p.8I et 82.
5. Henri Launais et André Bokobza, op.cit., p.11.

يبلغ السلطات العمومية عن كل الجرائم وكذلك عن مشاريع الجرائم التي علم بها.<sup>(١)</sup>

ولقد سائر هذا الرأي، من الفقه الجزائري، معظم من كتبوا في هذا المجال، فذهبت الأستاذة صالح زراوي فرحة،<sup>(٢)</sup> إلى القول بأنه يدخل ضمن الجرائم الملزمة محافظ الحسابات الأخطار عنها، كل المخالفات الخاصة بقانون الشركات، كإساءة استعمال أموال الشركة أو تقديم ميزانية غير صحيحة وكذلك كل العوائق التي يخلقها المديرين لمنع محافظ الحسابات من قيامه بالمراقبة اللازمة، وكل الجنح التقليدية، كالسرقة أو النصب وكذلك كل المخالفات المتعلقة بقانون العمل أو قانون المالية.

كما أكد كذلك الأستاذ عمور زاهي، على أن الأفعال الجنحية تتعلق بمفهوم "الجنحة" الموجود في قانون العقوبات، وكذلك بمفهومها الواسع، وذلك حفاظا على حقوق الشركاء، الغير وكذلك المجتمع على حد سواء.<sup>(٣)</sup>

ورغم ورود عبارة "الأفعال الجنحية" في أكثر من مرة،<sup>(٤)</sup> في القانون الجزائري، إلا أنه يستشف من ظاهر بعض المواد، أن المشرع الجزائري تبنى المفهوم الواسع لعبارة الأفعال الجنحية.

فبالرجوع إلى نص المادة ٣٨٠ فقرة ٠١ من القانون التجاري، نجد أن المشرع الجزائري اعتمد عبارة "... الوقائع الإجرامية ..."، إذ جاء

### 1. L'art.62 du ancien code pénal Français, et L'art.L.434-1 du nouveau code pénal Français.

2. صالح زراوي فرحة، وظيفة المراقبة الحسابة في الشركات التجارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، الطبعة الأولى، جامعة الجزائر، ١٩٩٤، ص.١٧٧ و ١٧٨.

### 3. Amor Zahi, op.cit., p.p.291 et 292.

4. المادة ٧١٥ مكرر ١٣ فقرة ٠٢ من القانون التجاري: "ويطلعون، علاوة على ذلك، وكيال الجمهورية بالأفعال الجنحية التي اطلعوا عليها..."

= كذلك المادة ٠٧ من المرسوم التنفيذي رقم ٠٦ - ٣٥٤ المؤرخ في ٠٩ أكتوبر ٢٠٠٦ المحدد لكيفيات تعيين محافظ الحسابات لدى الشركات ذات المسؤولية المحدودة: "... يرفع محافظ الحسابات إلى وكيال الجمهورية لدى محكمة مقر الشركة ذات المسؤولية المحدودة كل فعل جنحي اطلع عليه في إطار مهمته الدائمة بالمراقبة."

فيها: "يعاقب بالسجن"<sup>(1)</sup> من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من ٢٠,٠٠٠ إلى ٥٠,٠٠٠ دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل مندوب للحسابات... لم يكشف إلى وكيل الدولة عن الوقائع الإجرامية التي علم بها". فهذه المادة تعطينا انطبعا على أن مشروعنا الجزائري في هذه المسألة، لم يقصد الجرح بمفهومها الضيق، المعبر عنه في قانون العقوبات، وإنما بمفهومها الواسع، ليشمل كل أقسام الجريمة.

ويبقى الرأي الثاني، وبالنتيجة، موقف المشرع الجزائري هو الرأي الراجح، نظرا لما يعطيه من ضمانات تكفل السير الحسن للشركات، في ظل آلية تضمن نقل المعلومات من داخل الشركة إلى الجهات المعنية بالأمر، سيما ممثل الحق العام المتمثل في وكيل الجمهورية.

### المبحث الثاني

علم محافظ الحسابات بالأفعال الإجرامية واطار وكيل الجمهورية بها

يتزامن علم محافظ الحسابات بفعل الإخطار، نظرا لأن الثاني لا يتأتى إلا بحدوث الأول، لذلك على محافظ الحسابات أن يعلم بوجود الأفعال الإجرامية داخل الشركة (المطلب الأول)، وبعدها يقوم بإخطار وكيل الجمهورية بها (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

علم محافظ الحسابات بالأفعال الإجرامية

لا يكفي أن تقع أفعال إجرامية داخل الشركة، حتى يقع على عاتق محافظ الحسابات إخطار وكيل الجمهورية بها، بل لا بد أن يعلم بها، غير أن هذا العلم وجب أن تتوافر فيه بعض الخصائص (الفرع الأول)، كما قد يقع بعض اللبس، يجعل مسألة إثبات علم محافظ الحسابات بالأفعال الإجرامية صعب نوع ما (الفرع الثاني).

1. عبارة "السجن" جاءت في غير محلها، إذ نجد النص باللغة الفرنسية جاء بعبارة "emprisonnement" والتي تعني الحبس.

## الفرع الأول

### خصائص علم محافظ الحسابات بالأفعال الإجرامية

يجب على علم محافظ الحسابات أن يكون دقيقا ومؤكدا ولا ينبغي أن يُبنى على فرضيات أو على احتمالات، ويجب كذلك أن ينصب على ماديات الوقائع الإجرامية، لا على القصد الجنائي لفاعليها.<sup>(١)</sup> كما لا يشترط على محافظ الحسابات أن يقوم بذلك البحث المعمق والتفتيش قصد وصوله إلى العلم بوجود وقائع إجرامية، وإنما يتعلق الأمر بوقائع علم بها أثناء قيامه بمهامه في تلك الظروف العادية، على أنه يجب أن يكون ذلك العلم فعلي ومضمون.<sup>(٢)</sup> كذلك يرى أحد الفقهاء الفرنسيين،<sup>(٣)</sup> أنه يجب على علم محافظ الحسابات أن يكون حقيقي غير زائف، مبني على أسس واقعية وعلى ظروف وملابسات موجودة فعلا.

وهكذا، فقد قضت محكمة استئناف نانسي يوم ٢٩ جوان ١٩٨٢، بأن محافظ الحسابات مسؤول عن إخطاره وكيل الجمهورية بكل الوقائع الإجرامية، شريطة أن يكون علم محافظ الحسابات بها علما دقيقا ومؤكدا.<sup>(٤)</sup>

## الفرع الثاني

### إثبات علم محافظ الحسابات بالأفعال الإجرامية

يبقى هذا الشق من هذه المسألة يطرح بعض الصعوبات في الحياة العملية، نظرا لأنه يرتبط بنفسية محافظ الحسابات، والتي لا يمكن التكهن بها في ظل غياب تصرف مادي ملموس يدل عنها من طرف محافظ الحسابات.

1. Amor Zahi, op.cit., p.p.291 et 292.
2. André Dlasace, op.cit., p.82.
3. Yves Guyon, Droit des affaires, 12eme édition, Economica, Paris,2003,n°383,p.414.
4. Cour d'Appel de Nancy, 28 Juin 1982, Rev. Soc., n°04, Octobre-Décembre 1982,p.840, note Emmanuel du Pontavice.

تجدر الإشارة هنا إلى ما كان متواترا لدى القضاء الفرنسي في ظل القانون القديم المنظم للشركات في فرنسا لسنة ١٨٦٧،<sup>(١)</sup> إذ كانت هنالك قرينة علم محافظ الحسابات بالأفعال الجرمية، كلما عرضت قضية مثل هذا النوع أمام المحاكم.<sup>(٢)</sup> غير أن محكمة النقض الفرنسية كان لها رأي آخر، إذ اعتبرت محافظ الحسابات ليس عالما بالأفعال الجرمية، ما دام لم يقدم دليلا ملموسا على سوء نيته، ولا يمكن أن نسلم بقرينة علمه في مثل هذه المسائل.<sup>(٣)</sup>

كما أنه لا يمكن أن يثبت أن محافظ الحسابات قد كان عالما بالوقائع الجرمية، بمجرد إثبات أنه كان مهملا، و لم يقم بأعمال الرقابة بالشكل الذي تطلبه عليه القواعد المهنية المنظمة لمهنة محافظ الحسابات، والذي كان ممكنا له أن يعلم بها لو أنه قام بمهامه بشكل قانوني.<sup>(٤)</sup> وينبغي أن نشير إلى أن إثبات علم محافظ الحسابات بالوقائع الجرمية يجب أن لا يكون إثبات احتمال علمه وإنما إثبات علمه المؤكد القريب من الإقرار.<sup>(٥)</sup>

ويعتبر علم أحد العاملين تحت إشرافه، كالخبراء المساعدين له، قرينة على علمه بالأفعال الجرمية، لذلك يكفي أن يثبت علم هؤلاء حتى تثور قرينة علمه،<sup>(٦)</sup> والتي في هذه الحالة ستكون قرينة قوية قد يصعب على محافظ الحسابات دحضها.

وتقع على الطرف المدني وكذلك النيابة، مسؤولية إثبات علم محافظ الحسابات بالأفعال الإجرامية وهذا عن طريق إثبات، عكس ما هو

1. La loi du 24 Juillet 1867 sur les sociétés anonymes en France, modifiée par la loi n° 55-537 du 24 Juillet 1966 sur les sociétés commerciales.
2. Jean Hémard, François Terré et Pierre Mabilat, op.cit., n°1018,p.811.
3. Nicole Stolowy, Les délits comptables, Economica, Paris, 2001, p.p.267 et 268.
4. Note Emmanuel du Pontavice, op.cit.,p.842.
5. Amor Zahi,op.cit.,p.292.
6. Jean Hémard, François Terré et Pierre Mabilat, précité, n°1018,p.811.



عليه في المسؤولية المدنية والتأديبية،<sup>(١)</sup> وجود نية سيئة<sup>(٢)</sup> لدى محافظ الحسابات والتي تعتبر قرينة على أنه كان عالماً بالوقائع الجرمية. ويرى جانب من الفقه الفرنسي،<sup>(٣)</sup> بأنه إذا كان المحاسب عادي ملكة أنه يعلم بوجود فعل غير قانوني لمجرد أن يتفحص دون عناء أو بحث معمق بعض المستندات، فإن محافظ الحسابات، والذي تفترض فيه تلك الملكة، نظراً لخبرته ومعلوماته الواسعة في هذا المجال، يكون أحسن وضعا من المحاسب العادي، وبالتالي تتشكل قرينة علمه بالأفعال الجرمية، خصوصا إذا كان من السهل اكتشافها من طرف رجل مهني يشغل مجال المحاسبة، غير أن نفس الفقه يعترف بصعوبة ذلك أمام انعدام تلك الملكة، أي المعرفة الواسعة في مجال المحاسبة، لدى القضاة.

لذلك يصعب إثبات علم محافظ الحسابات، بعيدا عن أدلة مادية ثابتة ملموسة، لا تدع شكاً في حقيقة علمه بالوقائع الجرمية، وفي غياب حكم جزائي، في مثل هذه المسألة، سواء في القانون أو في القضاء الوطني، يبقى دائما تقدير علم من عدم علم محافظ الحسابات بالوقائع الجرمية من اختصاص قضاة الموضوع، الذين يستشفون ذلك من ظروف وملابسات كل قضية.

### المطلب الثاني

#### إخطار محافظ الحسابات وكيل الجمهورية

فبعد علمه بوجود أفعال جرمية، يتوجب على محافظ الحسابات أن يخطر وكيل الجمهورية بها، تحت طائلة العقوبات، وهذا وفقا للطريقة التي أقرها القانون لهذا الإجراء (الفرع الأول)، وفي مدة زمنية معقولة (الفرع الثاني) غير أنه قد تطرأ بعض الظروف قد تؤثر في فعل الإخطار (الفرع الثالث).

1. حيث يكفي إثبات إهمال محافظ الحسابات وعدم التعامل وفق معيار رجل المهنة الحرص، ليسال مدنيا وتاديبيا.
2. Amor Zahi, op.cit., p.292.
3. Henri Launais et André Bokobza, op.cit., p.11.

## الفرع الأول طريقة الإخطار

علينا أن نعلم أن الإخطار لا يعتبر شكوى،<sup>(١)</sup> وبالتالي لا يمكن لمحافظ الحسابات أن يخطر وكييل الجمهورية بالأفعال الجرمية عن طريق شكوى مصحوبة بالإدعاء المدني.<sup>(٢)</sup>

وهكذا فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في ١٢ نوفمبر ١٩٦٠ بعدم قبول شكوى، قدمت من طرف محافظ الحسابات، مصحوبة بإدعاء مدني، نظرا لأنه لا يُعتبر ضحية، ولا يمكنه أن يكون كذلك، كونه يمنع عليه اكتساب منافع وحقوق مالية بصفة مباشرة أو غير مباشرة في الشركة التي تكون محل مراقبته.<sup>(٣)</sup>

وفي وقت لا نجد فيه المشرع الجزائري حدد بدقة، شكل أو طريقة إجراء الإخطار، كان للمشرع الفرنسي مبادرة عن طريق منشور وزاري صادر عن وزارة العدل الفرنسية،<sup>(٤)</sup> إذ أقر بضرورة وجود لقاء غير رسمي ما بين محافظ الحسابات وكييل الجمهورية المختص إقليميا، الذي يقع مكتبه داخل دائرة اختصاص مقر الشركة، محل مراقبة من طرف محافظ الحسابات.<sup>(٥)</sup>

فيقع على محافظ الحسابات أن يحرر ورقة عمل خاصة بإجراء الإخطار، أين يحدد فيها بالتدقيق الأفعال التي يراها ذات طابع جرمي وكذلك يقوم بتحديد ما توصل إليه عن معلومات عبر التحقيق وتفتيش الوثائق ومستندات الشركة.<sup>(٦)</sup>

1. Yves Gugon et Georges Coquereau, Le commissariat aux comptes, Librairie de la Cour de Cassation, Paris, 1974, n°321,p.246.
2. Nicole Stolawy,op.cit.,p.p.267 et 268.
3. Cass. Crim.29 novembre 1960, J.C.P., II,p.12136,note Bouzat.
4. N° Crim.85-22-E2/23 Octobre 1985, référence circulaire du 13 février 1978.
5. Jacques Potdevin, Le commissaire aux comptes, Dalloz, 1996,p.69.
6. Joël Monéger et Thierry Granier, Le commissaire aux comptes, Dalloz,Paris,1995,n°423,p.116.

غير أن الإخطار في شكله النهائي، يكون بصفة رسمية، كتابية وغير مبهمة، أي على محافظ الحسابات اتخاذ موقف من كل الأفعال التي يلاحظها أو يكتشفها، مع تدعيم موقفه بوثائق ومستندات.<sup>(١)</sup>

وتجدر الإشارة، إلى أن الإخطار ينصب على ماديات الأفعال الجرمية، وليس على مقترفي هذه الأفعال، فهذه المسألة تبقى من اختصاص القضاء.<sup>(٢)</sup> وإذا امتنع محافظ الحسابات عن فعل الإخطار، يمكن أن تكون هذه المخالفة، محل إخطار من طرف محافظ حسابات آخر، إذا كان للشركة أكثر من محافظ للحسابات.<sup>(٣)</sup>

## الفرع الثاني

### وقت الإخطار

لا يوجد في القانون الجزائري سواء القانون رقم ٩١ - ٠٨ المنظم للمهنة أو القانون التجاري، حكم ينظم مسألة وقت الإخطار. وبالرجوع إلى الفقه، ونعني به الفقه الفرنسي، نجد أنه ثابت على مسألة أن يكون الإخطار في وقت معقول، لأنه فعل عفوي،<sup>(٤)</sup> يكون كلما اكتشف محافظ الحسابات فعلا جرميا.

لذلك هناك من الفقهاء<sup>(٥)</sup> من يؤكد على ضرورة أن يكون الإخطار فعال، ولا يمكنه أن يكون كذلك إلا إذا جاء في وقت مناسب يمكن فيه تخفيف الأضرار أو منع وقوع خروقات أخرى على مستوى الشركة.

ويكون الإخطار في وقت مناسب، إذا جاء قبل أن يعلم وكيل الجمهورية بالأفعال الجرمية عن طريق الغير، والذي مثلا تضرر مباشرة بالأفعال الجرمية التي وقعت.<sup>(٦)</sup>

1. Ibid, n°424, p.116.
2. Jean Hémard, François Terré et Pierre Mabilat, op.cit., n°1017, p.809.
3. Ibid.
4. Jacques Potdevin, précité, p.69.
5. Jean Hémard, François Terré et Pierre Mabilat, op.cit., n°1016, p.809.
6. Amor Zahi, op.cit., p.296. Voir aussi: Yves Guyon et Georges Coquereau, op.cit., n°324, p.249.

وهناك جانب من الفقه الفرنسي،<sup>(١)</sup> من رأى بضرورة أن يكون الإخطار محدد للأفعال الجرمية المرتكبة، أيا كانت القواعد القانونية التي خُرقت، وهذا كون الامتناع عن الإخطار يعرض صاحبه (محافظ الحسابات) إلى عقوبات جزائية.

وهكذا فقد قضت محكمة استئناف باريس في ١٥ فيفري ١٩٧٩، بأن مهلة ثلاثة أشهر، هي مهلة مبالغ فيها، من أجل الإخطار، خاصة إذا حدث خلال هذه المهلة إخطار من طرف لجنة عمليات البورصة.<sup>(٢)</sup> وتبقى مسألة تقدير إن كان وقت الإخطار جاء ضمن مهلة معقولة أم لا، من اختصاص قضاة الموضوع،<sup>(٣)</sup> وهذا عن طريق تحليل ظروف وملابسات الإخطار، من أجل معرفة حسن أو سوء نية محافظ الحسابات.

### الفرع الثالث

#### الظروف المؤثرة في فعل الإخطار

هنالك ظروف قد تؤثر في فعل الإخطار، وذلك إما بإعفاء محافظ الحسابات من هذا الواجب (أولا)، أو جعله في شك من أمره، فيظن أنه قد يُعفى من واجب الإخطار (ثانياً).

أولاً: حالات إعفاء محافظ الحسابات من واجب الإخطار

وهي حالات قليلة، أقرها القانون نظراً للملابسات وظروف اضطرت محافظ الحسابات للتصرف على نحو مخالف لما هو قانوني، ويتعلق الأمر بـ:

١ - التقادم: فتقادم جنحة عدم إبلاغ وكيل الجمهورية بالأفعال الجرمية هو بثلاث سنوات، تسري ابتداءً من تاريخ علم محافظ الحسابات بالأفعال الإجرامية.<sup>(٤)</sup> ولكن إذا ثبت أن محافظ الحسابات قد علم

1. Christian de Lauzainghein et Alain Viandier, Droit comptable, 2eme édition, Dalloz, Paris, 1993, n°103, p.93.
2. Nicole Stolowy, op.cit.,p.264.
3. صالح زراوي فرحة، المرجع السابق، ص.١٧٥.
4. Anne Charvériat et Alain Couret, Société commerciale, Edition Francis Lefebvre, Paris, 2004, n°12909, p.765.

بالأفعال الجرمية قبل المصادقة على الحسابات، لكن لم يُعرف التاريخ بالضبط الذي علم فيه بالأفعال الجرمية، فتسري ثلاث سنوات من يوم المصادقة على الحسابات،<sup>(١)</sup> غير أنه، إذا التمس القاضي أن يحافظ الحسابات تماطل عن الإخطار، من أجل انقضاء مدة التقادم، فهنا يعد ذلك فعل عدم إبلاغه لوكيل الجمهورية بالأفعال الجرمية.<sup>(٢)</sup>

٢- العفو: كذلك العفو، قد يعني محافظ الحسابات من واجب الإخطار، غير أن مسألة العفو تطرح إشكالا، لأن القاضي وحده الذي يدرك عقوبة المجرم، ولا يمكن لمحافظ الحسابات التكهن بالعقوبة ما دامت لم تحدد بعد من طرف الجهة القضائية المختصة.<sup>(٣)</sup> فهذه الحالة صعبة التطبيق نوعا ما، كون محافظ الحسابات سيلعب دور المراقب والقاضي، فيقدر كم ستكون العقوبة، ثم يقرر إذا ما كان سيخطر وكيل الجمهورية بهذا الفعل الجرمي، وهذا يحد ذاته سيدخل محافظ الحسابات في تقديرات وحسابات قد تكون خاطئة.

٣- عدم إدراكه لماديات الأفعال: إذ ممكن لمحافظ الحسابات أن يتصل من هذا الواجب، وبالتالي من المسؤولية في حالة عدم إخطاره وكيل الجمهورية، إذا أثبت انه لم يتمكن من إدراك الفعل الجرمي يحد ذاته، وهذا نظرا لوجود مضايقات، من طرف القائمين بالإدارة منعه من القيام بمهامه بصورة فعالة، وحرمة من اكتشاف الأفعال الجرمية.<sup>(٤)</sup>

لكن على محافظ الحسابات أن يكون قد أشار في تقاريره السابقة إلى وجود مثل هاته المضايقات، وهذا يحد ذاته يعتبر إشارة لحسن نيته،

1. Ibid.
2. Jean Hémard, François Terré et Pierre Mabilat, op.cit., n°1020, p.p.812 et 813.
3. Ibid.
4. Yves Gugon et Georges Coquereau, op.cit., n°324, p.249.

خاصة وأن القوانين تفرض مثل هذه الإجراءات، سيما القانون الجزائري.<sup>(١)</sup>

٤ - إثبات محافظ الحسابات أنه قام بكل ما تمليه عليه المهنة من اجتهادات قانونية، وهذا في إطار دفع المسؤولية عنه بشكل عام،<sup>(٢)</sup> بما في ذلك مسؤولية عدم إخطار وكيل الجمهورية بالأفعال الجرمية.

ثانيا: حالات لا يعفى فيها محافظ الحسابات من الإخطار

هناك حالات أين يجب على محافظ الحسابات أن يخاطر وكيل الجمهورية بالأفعال الجرمية، إلا أنه لا يفعل، وهذا يعرضه لمساءلة جنائية، وتعلق بـ:

١ - موت الفاعل الأصلي: فرغم موت الفاعل الأصلي، إلا أن محافظ الحسابات ينبغي عليه أن يخاطر وكيل الجمهورية بالأفعال الجرمية،<sup>(٣)</sup> كونه ليس ملزما بالإخطار عن الأشخاص وإنما عن ماديات الجريمة، وكذلك كون الفاعل الأصلي ممكن أن يكون له شركاء، ويفعل الإخطار قد يتسنى الإمساك بهم قبل الإقدام على أفعال أخرى.<sup>(٤)</sup>

٢ - عدم معرفة محافظ الحسابات بالطابع الجرمي للأفعال: إذ لا يمكن لمحافظ الحسابات أن يدفع عن نفسه مسؤولية عدم إخطاره وكيل الجمهورية بالفعل المجرم، بإثباته أنه لم يتيقن من التكييف الحقيقي للواقعة، لأن التكييف هنا من اختصاص وكيل الجمهورية.<sup>(٥)</sup>

1. المادة ٣٤ من القانون رقم ١٠ - ٠١ المتظم للمهنة: "يعلم محافظ الحسابات في حالة عرقلة ممارسة مهمته كتابة الأجهزة الإدارية قصد تطبيق أحكام القانون التجاري".

2. Mohamed Salah, Sociétés commerciales, T.1, Edik, Alger, 2005, n° 341, p.211.

3. Jean Hémard, François Terré et Pierre Mabilat, op.cit., n°1017, p.809.

4. Ibid.

5. Michel Véron, op.cit., p.159.

إذا كان مشكل التكييف لا يطرح في فرنسا، ما دامت هنالك آلية تبناها المشرع الفرنسي عن طريق المنشور الوزاري الصادر عن وزارة العدل، السالف الذكر، إلا أنه في الجزائر تبقى مسألة التكييف مطروحة، فعلى محافظ الحسابات أن يقوم بتكييف الأفعال من أجل إخطار وكيل الجمهورية بها، وهذا يجعله عرضة لفعل عدم الإخطار إذا لم يصل إلى تكييف، أو للمساءلة عن البلاغ الكاذب في حالة توصله إلى تكييف خاطئ، وتبقى مسألة الكشف عن نية محافظ الحسابات إن كانت حسنة أو سيئة من اختصاص قضاة الموضوع.

٣ - إعادة الأوضاع إلى حالتها القانونية: فرغم إعادة الأوضاع إلى حالتها القانونية، لا يعفي ذلك محافظ الحسابات من واجب إخطار وكيل الجمهورية على أنه كان هناك خرق، مع إمكانية الإشارة إلى أن هذا الخرق قد تم تصحيحه،<sup>(١)</sup> ومثال ذلك مدير الشركة الذي سحب مبلغ مالي من حسابها بطريقة غير قانونية، ثم يعيده بعد فترة، فعلى محافظ الحسابات إخطار وكيل الجمهورية بهذا الفعل رغم أن المبلغ قد أعيد إلى حساب الشركة.

٤ - الخطأ في القانون: لا يعتبر الخطأ في القانون عذرا يعفي محافظ الحسابات من واجب الإخطار، ما دامت تفترض فيه الملكة القانونية التي يتمتع بها رجل القانون.<sup>(٢)</sup>

1. Nicole Stolowy, op.cit., p.266; André Dalsace, op.cit., p.82; Joël Monéger et Thierry Granier, op.cit., n°426, p.117; Jean Charles Boulay, op.cit., n°30, p.p.466 et 467.
2. Yves Gugon et Georges Coquereau, op.cit., n°323, p.249.

---

---

المنظمات الدولية غير الحكومية في ظل قواعد القانون  
الدولي العام

د. ثقل سعد العجمي

أستاذ القانون الدولي العام المساعد

كلية الحقوق - جامعة الكويت

---

---

تهدف هذه الدراسة التأصيلية إلى بحث وضع المنظمات الدولية غير الحكومية في ظل قواعد القانون الدولي العام، وذلك نظرا للمشاركة الفعالة والواضحة التي تقوم بها هذه الكيانات على مستوى هذه القواعد، لذلك فقد بات من الملح جدا أن يتم شرح علاقة هذه المنظمات، بعد تعريفها، بغيرها من أشخاص القانون الدولي العام (الدول والمنظمات الدولية الحكومية)، وبيان دورها في أهم مجالات القانون الدولي العام، كالقانون الدولي البيئي والقانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، ثم أخيرا، الوقوف على مسألة مدى تمتع المنظمات الدولية غير الحكومية بالشخصية القانونية الدولية.

*The Status of the International Non-Governmental  
Organizations Under the Rules of Public  
International Law*

*Dr. Thaqal S. Al-Ajmi*

*Kuwait University - School of Law*

The purpose of this study is to examine the status of the international non-governmental organizations under the rules of public international law. Because of the effective and evident participation of the international non-governmental organizations under international law, it becomes so necessary to explain the relations between these entities, after defining them, with other persons of international law (States and International Governmental



Organizations). After that, this study will clarify their roles in the most important fields of international law, like the international environmental law, International law of human rights, and international humanitarian law. Last but not the least, the study will look at the issue of whether these entities enjoy the international legal personality or not.

تمهيد وتقسيم:

نظرا للتطور المتّرد والكبير لوضع الفرد في القانون الدولي خلال السنوات القليلة الماضية، وذلك من خلال السماح بوجود اتصال مباشر بين الفرد من جهة وقواعد القانون الدولي من جهة أخرى، كما هو الحال مثلا بالنسبة لقواعد القانون الدولي الجنائي. وإذا كان الحال كذلك بالنسبة للفرد بشكل عام، فإن الأمر أَدعى إلى البحث والتمحيص حينما يعمل الفرد مع غيره من الأفراد على شكل جماعات منظمة تستهدف القيام بنشاط يتجاوز حدود الدولة الواحدة، إذ إن المنطق يقتضي أن يكون اهتمام القانون الدولي بجماعات الأفراد في هذه الحال أهم وأكبر.

لذلك فمن خلال هذه الدراسة الاستقرائية لتطبيقات دولية كثيرة ومختلفة، سوف نبحث في وضع المنظمات الدولية غير الحكومية في القانون الدولي ابتداءً من تعريفها، ثم علاقتها بأشخاص القانون الدولي العام، ثم دورها في أهم مجال في القانون الدولي، وانتهاءً بالحديث عن مدى تمتعها بالشخصية القانونية الدولية. ولعل السبب في اختيار هذا الموضوع واضح وجلي، فهو من جهة يرجع إلى تنامي دور هذه الكيانات على مستوى القانون الدولي، مما يضحى معه التساؤل حول وضعها على مستوى القانون الدولي، من حيث اعترافه بها وتعامله معها وحدود هذا التعامل، قد أصبح حتمياً ومشروعاً.

ومن جهة أخرى فإن المكتبة العربية تعاني فقراً شديداً في البحوث والدراسات الشاملة والتفصيلية التي تتناول هذا الموضوع، عدا بعض الإشارات المتفرقة في بعض الكتب دون تفصيل أكبر يتناسب مع الأهمية المتزايدة للمنظمات الدولية غير الحكومية بالنسبة لقواعد القانون الدولي،

ومن ثم يُأمل في أن تكون هذه الدراسة مرجعاً مهماً في هذا الموضوع لمن يريد الاطلاع والمعرفة، أو من يريد الإضافة إليها من خلال بحوث ودراسات جديدة.

وبناءً على ما سبق فقد تم تقسيم هذه الدراسة إلى أربعة مطالب، وذلك على النحو التالي:

- **المطلب الأول:** تعريف المنظمات الدولية غير الحكومية.
- **المطلب الثاني:** علاقة المنظمات الدولية غير الحكومية بغيرها من أشخاص القانون الدولي.
- **المطلب الثالث:** دور المنظمات الدولية غير الحكومية في أهم مجالات القانون الدولي.
- **المطلب الرابع:** الشخصية القانونية الدولية للمنظمات الدولية غير الحكومية.

### المطلب الأول

#### تعريف المنظمات الدولية غير الحكومية

تعددت التسميات التي أطلقها الفقه الدولي على المنظمات الدولية غير الحكومية، فمنهم من سماها بـ"المنظمات الخاصة"<sup>(١)</sup>، أو "جماعات الضغط العالمية"<sup>(٢)</sup>، ووصفتها عصبة الأمم المتحدة بعبارة "الوكالات التطوعية"<sup>(٣)</sup> أو "الجمعيات التطوعية" أو "الجمعيات غير الربحية" أو

(١)

L. C. White, *The Structure of Private International Organizations: Their Purposes, Methods, and Accomplishments* (New Brunswick: Rutgers University Press, 1933).

(٢)

P. Willetts (ed.), *Pressure Groups in the Global System* (London: Frances Pinter, 1982).

(٣)

Kerstin Martens, *Mission Impossible? Defining Nongovernmental Organizations*, 13 *International Journal of Voluntary and Nonprofit Organizations* 3 (September 2002), at 272.

"المنظمات التطوعية الخاصة" أو "منظمات التنمية غير الحكومية" أو "منظمات الحركات الاجتماعية الجديدة" أو "منظمات الناس"<sup>(٤)</sup>.

والحقيقة أن التسمية التي نراها مناسبة هي "المنظمات الدولية غير الحكومية"، فهي من جانب تقابل تسمية النوع الآخر من المنظمات الدولية، وهي المنظمات الدولية الحكومية، ومن جانب آخر فإنها تسمية شاملة لأهم عناصر هذا الكيان من تنظيم ونشاط دوليين وتكوين غير حكومي على النحو الذي سوف نبينه لاحقاً.

كذلك فقد تعددت تعريفات المنظمات غير الحكومية، دولية كانت أم غير دولية، كل بحسب الزاوية التي ينظر منها إلى هذه الكيانات، فمن التعريفات الفقهية التي قيلت في المنظمات غير الحكومية عموماً تعريف الدكتورة عائشة راتب، والتي قالت بأنها عبارة عن "هيئات أو جماعات أو اتحادات شعبية ليس بها الصفة الحكومية، وقد يكون لهذه المنظمات الصفة الدولية بأن تربط بين جماعات غير حكومية تابعة لدول مختلفة وقد تكون هيئات وطنية غير حكومية"<sup>(٥)</sup>. ويعرفها الدكتور محمد إبراهيم العناني بأنها "منظمات لا تنشأ بمقتضى اتفاقات بين الحكومات، وقد تكون هذه المنظمات دولية بمعنى أنها تضم هيئات غير حكومية تابعة لدول مختلفة وقد تكون وطنية أو أهلية إذا انحصر نطاقها داخل الدولة الواحدة"<sup>(٦)</sup>. في حين يعرفها الدكتور أحمد أبو الوفا بأنها "منظمة لا يتم إنشاؤها باتفاق بين

(٤)

See:

- Gerard Clark, *The Politics of NGOs in South-East Asia: Participation and Protest in the Philippines* (London: Routledge Press, 1998), p. 2.
- Jude L. Fernando and Alan W. Heston (eds), *The Role of NGOs Charity and Empowerment* Thousands Oaks, California: Sage Periodicals Press, 1997), p. 10.

(٥) د. عائشة راتب، المنظمات الدولية، دار النهضة العربية (القاهرة - ١٩٦٤)، ص ٣٠.

(٦) د. إبراهيم محمد العناني، التنظيم الدولي، جامعة عين شمس، دار الفكر العربي (القاهرة - ١٩٨٢)، ص ٢٧٥.

الحكومات وإنما تنشأ باتفاق بين أشخاص وهيئات غير حكومية، كما أنها تضم أساساً ممثلين وأعضاء غير حكوميين<sup>(٧)</sup>.

أما فيما يتعلق بتعريف المنظمات الدولية غير الحكومية تحديداً، وهذا ما يهمننا في هذه الدراسة فقد عرفها مثلاً معهد القانون الدولي بباريس في مشروع الاتفاقية الدولية التي أعدها حول المنظمات الدولية غير الحكومية عام ١٩٢٣ بأنها "جماعات غير ربحية لها هدف دولي وتسمح بالعضوية فيها من مختلف الدول"<sup>(٨)</sup>، وتعرفها موسوعة القانون الدولي العام بأنها "منظمات خاصة لم تنشئها حكومات أو باتفاق بين حكومات، ولها القدرة على لعب دور في الشؤون الدولية بفضل أنشطتها"<sup>(٩)</sup>، في حين جاء تعريفها في قاموس القانون الدولي العام بأنها "منظمات دولية خاصة تخدم كوسيط للتعاون بين الجماعات الوطنية الخاصة في الشؤون الدولية"<sup>(١٠)</sup>. ويعرفها Carroll بأنها "جماعات من الأشخاص أو الجمعيات، طوعية النشأة وبمبادرة خاصة، تقوم - دون أن تهدف إلى تحقيق الربح - بنشاط دولي يتصل بالصالح العام ولا تخضع بشكل حصري لنظام وطني"<sup>(١١)</sup>.

---

(٧) د. أحمد أبو الوفا، الوسيط في قانون المنظمات الدولية، ط ٢، دار النهضة العربية (القاهرة - ١٩٨٥/١٩٨٦)، ص ٦٦٢.

(٨)

Steve Charnovits, *Two Centuries of Participation: NGOs and International Governance*, 18 *Michigan Journal of International Law* (Winter 1997), at 189.

(٩)

Hermann H.K. Rechenberg, *Non-Governmental Organizations*, 9 *Encyclopedia of Public International Law* (1986), at 276.

(١٠)

Steve Charnovits, *Two Centuries of Participation*, note 8 at 186.

(١١)

See:

- Kerstin Martens, note 3 at 275.

- Simon Carroll, *NGO Access to Multilateral Fora: Does Disarmament Law Behind?* *Disarmament Forum* (2002), at 17.

ويعرفها كذلك الدكتور غازي حسين صباريني بأنها "جمعيات دولية لا تمثل فيها الحكومات إنما الأعضاء الأفراد يمثلون هيئة إنسانية واجتماعية من دول مختلفة"<sup>(١٢)</sup>. وأما الدكتور عبد المجيد العبدلي فيعرفها بأنها "جمعيات يكونها أشخاص طبيعيين أو معنويون للتعبير عن تضامن وتعاون ذات بعد دولي، بدون تحقيق غاية الربح"<sup>(١٣)</sup>.

وفي وثيقة صادرة عن الأمين العام للأمم المتحدة بطرس بطرس غالي عام ١٩٩٤، وصف فيها المنظمات الدولية غير الحكومية بأنها "كيانات غير ربحية أعضاؤها مواطنون أو جماعات من المواطنين من دولة أو أكثر حددت أنشطتها بواسطة الإرادة الجماعية لأعضائها استجابة لحاجة الأعضاء في مجتمع واحد أو أكثر"<sup>(١٤)</sup>. ويعرفها Weiss بأنها "منظمات غير ربحية تطوعية ورسمية وغير عنفية وغير سياسية وتهدف إلى تطوير التنمية والتغير الاجتماعي"<sup>(١٥)</sup>. وآخر يقول إنها "جماعات من الأفراد أو الجمعيات التي تم تكوينها بواسطة مبادرة خاصة وحررة، تهدف إلى تحقيق الصالح العام في مسائل تتجاوز حدود الدولة الواحدة ولا تهدف إلى الربح"<sup>(١٦)</sup>.

والحقيقة أن القبول بأي من هذه التعريفات أو عدم القبول بها إنما يعتمد بشكل أساسي على مدى تضمن أي من هذه التعريفات لأهم

---

(١٢) د. غازي حسين صباريني، الوجيز في مبادئ القانون الدولي العام، ط ١، مكتبة دار الثقافة (عمان - ١٩٩٢)، ص ١٣١.

(١٣) د. عبد المجيد العبدلي، قانون العلاقات الدولية، ط ٢، طبع شركة أوريس (تونس - ٢٠٠٠)، ص ٣٤٣.

(١٤)

P.J. Simmons, "Learning to live with NGOs", 112 Foreign Policy (Fall 1998), p. 8

(١٥)

Thomas G. Weiss, International NGOs, Global Governance, and Social Policy in the UN System. GASPP Occasional Paper no 3 (March 1999), at 5.

(١٦)

Steve Charnovits, Nongovernmental Organizations and International Law, 100 American Journal of International Law (April 2006), at 350.

العناصر التي يجب أن تتوافر في المنظمات الدولية غير الحكومية كما جاء في بعض الوثائق الدولية كقرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي رقم ٣١ لسنة ١٩٩٦ والاتفاقية الأوروبية المتعلقة بالاعتراف بالشخصية القانونية للمنظمات غير الحكومية لعام ١٩٨٦<sup>(١٧)</sup>، وما استقر عليه الفقه الدولي، فإذا لم نجد ذلك فسوف نجتهد في وضع تعريف شامل لهذه العناصر.

فطبقاً لقرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي والاتفاقية الأوروبية والفقه الدولي فإنه ينبغي أن تتوافر في المنظمات الدولية غير الحكومية - سواء تعلق الأمر بتسجيل هذه المنظمة لدى الأمم المتحدة أو لانطباق الاتفاقية الأوروبية عليها أو بحسب ما ذهب إليه الفقه الدولي - الشروط التالية:

- أن يكون أشخاص القانون الخاص - سواء كانوا طبيعيين أو اعتباريين - هم من قاموا بإنشائها بموجب قانون إحدى الدول، أي أن لا تكون قد أنشئت بموجب اتفاق دولي بين مجموعة من الدول.
- أن تكون مستقلة عن الدول، ولكن هل يعني ذلك عدم جواز تمثيل الدول فيها مطلقاً وقصر العضوية فيها على أشخاص القانون الخاص فقط كما يعتقد البعض<sup>(١٨)</sup>؟ أم أن المسألة لا تتعلق بالتمثيل أو العضوية، وإنما بالتأثير كما يعتقد البعض الآخر<sup>(١٩)</sup>؟

(١٧) دخلت هذه الاتفاقية حيز التنفيذ في عام ١٩٩١، والدول المصادقة عليها هي: (النمسا وبلجيكا وقبرص وفرنسا وألمانيا والبرتغال وسلوفاكيا وسويسرا ومقدونيا والمملكة المتحدة).

See: (١٨)

- B. M. Russett, *World Politics: A Menu for Choice* (4th edn.), (New York: Freeman, 1996), p. 67.
- F. Mawlawski, *The Evolving Role of Non-Governmental Actors*, 46 (2) *Journal of International Affairs* (1993), p. 392.

See: (١٩)

- Karsten Nowrot, *Legal Consequences of Globalization: The Status of Non-Governmental Organizations Under International Law*, 6 *Indiana Journal of Global Legal Studies* (Spring 1999), at 615.

والحقيقة أننا نميل إلى الرأي الأخير، ذلك أن وجود ممثلين للدول في المنظمة الدولية غير الحكومية لا يغير من طبيعتها القانونية من كونها منظمة غير حكومية تم إنشاؤها من قبل أشخاص القانون الخاص وتخضع لقانون دولة النشأة، كما هو الحال بالنسبة للجنة الأولمبية الدولية، والتي تسمح للاتحادات الرياضية والأندية بالانضمام إليها وإن كانت حكومية دون أن يؤثر ذلك في طبيعتها القانونية كمنظمة دولية غير حكومية<sup>(٢٠)</sup>. والدليل الآخر على أن المقصود بالاستقلال عن الدول هو عدم الخضوع للتأثير الحكومي دون التمثيل الحكومي المحدود أنه يسمح للمنظمات الدولية غير الحكومية بتلقي المساعدات المالية الحكومية المباشرة وغير المباشرة على أن تكون معلنة وموثقة في السجلات المالية للمنظمة، كما جاء في القرار رقم ١٩٩٦/٣١، وبشرط - وهذا هو الأهم - أن لا تعتمد هذه المنظمة في عملها على المساعدات الحكومية بحيث يؤدي انقطاعها إلى توقف عملها<sup>(٢١)</sup>.

- أن يكون نشاطها متوافقا مع القانون، وبناء على ذلك يتم استبعاد المنظمات الإجرامية كما في المخدرات والاتجار بالرقيق ونحوه على اعتبار أن نشاط هذه المنظمات غير متوافق مع القانون، والأمر ينطبق كذلك على المنظمات الإرهابية<sup>(٢٢)</sup>.

=

- P. Willetts, Introduction, in P. Willetts, 'The Conscience of World', The Influence of Non-Governmental Organizations in the UN System (London: Hurst, 1996).

(٢٠) تنص المادة (أو البند) ١٥ من ميثاق اللجنة الأولمبية الدولية على أنه "١- إن اللجنة الأولمبية الدولية هي منظمة دولية غير حكومية وغير ربحية وغير محددة المدة، وهي عبارة عن جمعية لها شخصية قانونية معترف بها بمقتضى القانون السويسري ...".  
(٢١) Kerstin martens note 3 at 280.

See:

(٢٢) J. N. Rosenau, NGOs and Fragmented Authority in Globalizing Space, Paper presented at the Third Pan-European International Relations Conference and Joint=

- تسعى إلى تحقيق مصلحة عامة وليس مصالح خاصة، وبناء على ذلك يستبعد من تعريف المنظمات الدولية غير الحكومية كل الكيانات الأخرى التي يكون هدفها الرئيس هو تحقيق الربح أو الفائدة أو غيرها من صور المصالح الخاصة، كالشركات متعددة الجنسية<sup>(٢٣)</sup>. وتضيف الاتفاقية الأوروبية للمنظمات غير الحكومية وصفا مقيدا لهذه المصلحة العامة بأن تكون ذات خدمة دولية ( International Utility)، أي أن تكون لهذه المصلحة قيمة دولية<sup>(٢٤)</sup>. وطبقا لهذا القيد الأخير فإنه إذا كانت المصلحة العامة التي تسعى هذه المنظمة إلى

---

=Meeting with the International Studies Association (Vienna, 16-19 September 1998).

- P. Univ and T.G. Weiss, *The United Nations and NGOs: Global Civil Society and Institutional Change*, in M.I. Glassner (ed.), *The United Nations at Work* (Westport: Praeger, 1998), p. 213.

- P. Willetts, *The Conscience of World*, note 19.

(٢٣) حول التفرقة بين المنظمات الدولية غير الحكومية والشركات متعددة الجنسية، راجع مثلا:

د. وسام نعمت إبراهيم السعدي، المنظمات الدولية غير الحكومية، دار الكتب القانونية (مصر) ودار شتات للنشر والبرمجيات (الإمارات)، ٢٠١٢، ص ٦١ - ٦٣.

See also:

Karsten Nowrot, note 19 at 615.

(٢٤) نصت المادة ١ من الاتفاقية الأوروبية للمنظمات غير الحكومية على أنه:

"The Convention shall apply to associations, foundations and other private institutions (hereinafter referred to as NGOs), which satisfy the following conditions:

- a- have a non-profit-making aim of international utility,
- b- have been established by an instrumental governed by the internal law of a Party,
- c- carry on their activities with effect in at least two states, and
- d- have their statutory office in the territory of a Party and the central management and control in the territory of that Party or of another Party.

For more details on this subject, see:

Martin A. Oiz, *Non-Governmental Organizations in Regional Human Rights Systems*, 28 *Columbia Human Rights Law Review* (Winter 1997), at 318.



تحقيقها خاصة بمجتمع معين دون غيره فلن يكون ذلك كافيا في هذه الحالة، بل يجب أن تكون هذه المصلحة العامة لها فائدة على المستوى الدولي. ويضيف البعض أن المصلحة العامة تعني أيضا استبعاد المنظمات من أحزاب سياسية أو جماعات منظمة تسعى إلى تحقيق مصالح سياسية معينة كالسيطرة على الحكم أو الفوز بالانتخابات ونحوه<sup>(٢٥)</sup>.

- أن يكون نشاطها عابرا لحدود الدولة الواحدة، وتشترط لجنة المنظمات الدولية غير الحكومية في المجلس الاقتصادي والاجتماعي أنه حتى يسمح بتسجيل المنظمة لدى المجلس فإنه يجب أن تكون لها أنشطة وعمليات في ثلاث دول على الأقل، في حين يشترط المجلس الأوروبي دولتين على الأقل يجب أن تعمل فيهما هذه المنظمة حتى يسمح بتسجيلها لدى المجلس الأوروبي<sup>(٢٦)</sup>. والشرط بشكله الأخير هو أيضا ما تبنته الاتفاقية الأوروبية للمنظمات غير الحكومية حتى تنطبق بنودها على هذه المنظمة<sup>(٢٧)</sup>.

- أن تتمتع هذه المنظمة بأبسط قواعد التنظيم الهيكلي، كنظام للعضوية ونصاب لانعقاد الجلسات ومجلس إدارة ونحوه، وهذا الشرط هو ما يميزها عن بعض الأنشطة الجماعية المؤقتة كالاحتجاجات العامة والمظاهرات<sup>(٢٨)</sup>.

(٢٥)

Kerstine Martens, note 3 at 281.

(٢٦)

Karsten Nowrot, note 19 at 615.

(٢٧) راجع: المادة ١ من الاتفاقية الأوروبية للمنظمات غير الحكومية.

(٢٨)

L. Gorgenker and T.G. Weiss, *Pluralizing Global Governance: Analytical Approaches and Dimensions*, T.G. Weiss and L. Gordenker (eds.), *NGO, the UN, and the Global Governance* (Boulder: Lynne Rienner, 1996), p. 18.

ويضيف القرار رقم ١٩٩٦/٣١ أنه حتى يتم قبول تمتع المنظمة الدولية غير الحكومية بالوضع الاستشاري لدى الأمم المتحدة فإنه يجب أن يكون لهذه المنظمة دستور تم تبنيه بطرق ديمقراطية ولها جهاز يتكون من أعضاء يقع ضمن مسؤولياتهم رسم سياسة هذه المنظمة. كما يجب أن تكون فيها وسائل مناسبة لمحاسبة أعضائها الذين يديرون شؤون هذه المنظمة وأنشطتها بطرق ديمقراطية وشفافة<sup>(٢٩)</sup>.

ومن جماع ما سبق يمكن القول إن المنظمات الدولية غير الحكومية هي كيانات قانونية نشأت بشكل رئيس بين أشخاص القانون الخاص بمقتضى قانون وطني، مستقلة عن الدول، وتقوم بنشاط عابر للحدود من أجل أهداف مشروعة متصلة بمصلحة دولية ذات بعد دولي و متمتعة بقدر لا بأس به من التنظيم الذاتي.

#### المطلب الثاني

### علاقة المنظمات الدولية غير الحكومية بغيرها من أشخاص القانون الدولي العام

النقاش في هذا المطلب سوف يكون منصباً على علاقة المنظمات الدولية غير الحكومية بأشخاص القانون الدولي العام المعترف لها بالشخصية القانونية الدولية الكاملة، وهي الدول والمنظمات الدولية الحكومية. ولذا سوف نبدأ بالحديث عن علاقتها بالدول والأساس القانوني لهذه العلاقة، ثم عن علاقتها بالمنظمات الدولية الحكومية وأشكال هذه العلاقة وصورها، وذلك على النحو التالي:

#### الفرع الأول

### علاقة المنظمات الدولية غير الحكومية بالدول

تختلف أنماط العلاقة بين الدول والمنظمات الدولية غير الحكومية بحسب الأساس القانوني لهذا التعامل، والذي قد يكون قانوناً داخلياً أو اتفاقية دولية أو قراراً دولياً وذلك على النحو التالي:

(٢٩)

See:

E.S.C. Res. 31, UN ESCOR, 49 th Sess. Supp. No. 1, at 54 U.N. Doc. E/1996/96 (1996), para. 12.

## أولاً: القانون الداخلي

طبقاً للقانون الوطني لكل دولة فإنه غالباً ما يسمح بإنشاء المنظمات الأهلية، وإن اختلفت تسمياتها كجمعيات النفع العام أو مؤسسات المجتمع المدني أو الجمعيات التطوعية ونحوها، كما أنه قد تكون بعض هذه المنظمات الأهلية ذات نشاط دولي فتكون بذلك منظمات دولية غير حكومية، أو قد يكون نشاطها وطنياً داخل حدود الدولة فقط فتكون منظمات وطنية غير حكومية.

المهم أن القانون الوطني لكل دولة على حدة هو الذي يبين شروط إنشائها وحقوقها وحدود شخصيتها القانونية. ففيما يتعلق بالحقوق فإن القانونين البريطاني والأمريكي مثلاً يعطيان المنظمات الأهلية بنوعيتها الحق في جمع التبرعات والمساعدات المالية ويعفيانها من الضرائب الواجبة على جميع الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين<sup>(٣٠)</sup>. وأما فيما يتعلق بالشخصية القانونية فبعض الدول، كفرنسا، تجعل من عناصر هذه الشخصية القانونية الاعتراف للمنظمات الأهلية المسجلة بحق التقاضي واللجوء إلى المحاكم الوطنية<sup>(٣١)</sup>.

## ثانياً: الاتفاقيات الدولية

وهنا قد يكون الأمر متعلقاً باتفاقية بين دولة ومنظمة دولية غير حكومية معينة، مثال اتفاق المقر بين دولة الكويت واللجنة الدولية للصليب الأحمر لعام ١٩٩١<sup>(٣٢)</sup>، وفيه تعهدت دولة الكويت بالسماح للجنة الدولية للصليب الأحمر بإنشاء بعثة إقليمية لها في الكويت، كما تم

See:

- L.M. Salamon, *America's Nonprofit Sector, A Primer* (2nd edn.), (Baltimore: The Foundations Center, 1999).
- N. Fontaine, *1986 Resolution on Non-Profit-Making Associations in the European Communities* (2000).

Ibid.

(٣٢) أقر هذا الاتفاق بالمرسوم بقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٩٢، والجدير بالذكر أن بعض شراح القانون الدولي يذهب للقول بأن اللجنة الدولية للصليب الأحمر وضعا خاصاً في القانون الدولي يختلف عن سائر المنظمات الدولية غير الحكومية، ومن الأمثلة على تمتعها بهذا الوضع ذكرها صراحة في اتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩ وإعطائها أدواراً مختلفة في هذا المجال على نحو ما سوف نبين تالياً.

Steve Charnovitz, *Two Centuries of Participation*, note 8 at 182.

السماح لها بتملك الأموال المنقولة وغير المنقولة والتصرف فيها وعقد الالتزامات وإقامة الدعاوى<sup>(٣٣)</sup>، مع تمتع مقر البعثة ومنشأتها وأموالها وموظفاتها وموظفيها بالحصانات القانونية اللازمة<sup>(٣٤)</sup>.

وقد يكون الأمر متعلقا باتفاقية إقليمية تعقدها مجموعة من الدول تقرر بمقتضاها الاعتراف للمنظمات الدولية غير الحكومية، التي تستوفي شروطا معينة والمسجلة بإحدى الدول الأطراف، بالشخصية القانونية في كل الدول الأطراف. ومن هذه الاتفاقيات مثلا الاتفاقية الأوروبية المتعلقة

(٣٣) تنص المادة ٢ من الاتفاقية على أنه "يكون للبعثة في الكويت شخصية قانونية ويحق لها بوجه خاص اقتناء الأموال المنقولة وغير المنقولة والتصرف بها وعقد الالتزامات وإقامة الدعوى".

(٣٤) نصت المادة ٣ من الاتفاقية على أنه "تمتع اللجنة وأموالها وممتلكاتها، أيا كان موقعها في الكويت وأيا كان حائزها، بالحصانة من جميع الدعاوى القانونية والإدارية، باستثناء الحالات التي تتنازل فيها اللجنة صراحة عن حصانتها". ونصت المادة ٤ منها على أنه "تكون حرمة منشآت البعثة مصونة، وتمتع أموالها وممتلكاتها أيا كان موقعها وأيا كان حائزها بالحصانة من التفتيش والاستيلاء والصادرة ونزع الملكية وأي شكل من أشكال التدخل الأخرى سواء تم ذلك بموجب إجراءات تنفيذية أو قضائية أو إدارية أو تشريعية ولا يعد إرسال الدعوى إلى البعثة بالبريد مؤديا للتبليغ". وتضيف المادة ٦ منها على أنه "تكون حرمة محفوظات البعثة، وبصفة عامة جميع الوثائق العائدة لها أو التي في حيازتها مصونة أيا كان مكانها". وفيما يتعلق بحصانة أعضاء البعثة فقد نصت المادة ١١ على أنه:

- ١- يتمتع مبعوثو البعثة بالحصانات والامتيازات والتسهيلات الوارد ذكرها في الفقرات من (٢) إلى (٩) أدناه.
  - ٢- يتمتع مبعوثو البعثة بالحصانة من التوقيف أو الاحتجاز ومن مصادرة أمتعتهم الشخصية، ويتمتعون فيما يخص كلامهم الشفوي أو المكتوب وجميع ما يأتون من أعمال أثناء أداء مهامهم الرسمية بالحصانة من الدعاوى القانونية مهما كان نوعها، حتى بعد انقضاء خدمتهم في البعثة ولا يجوز استدعاؤهم للشهادة.
  - ٣- تكون حرمة منازلهم ومركباتهم ووثائقهم ومخطوطاتهم وجميع حاجاتهم الشخصية الأخرى مصونة.
  - ٤- يعفى مبعوثو البعثة من جميع القيود المقررة على دخول البلد، ومن تسجيل الأجانب والالتزامات الخدمة الوطنية.
  - ٥- يحق لهم استيراد حاجاتهم الشخصية معفاة من الرسوم، ويحق لكل مبعوث أيضا استيراد مركبة لاستعماله الشخصي معفاة من الرسوم أو أي مصاريف أخرى. ويتمتع المبعوثون بنفس الإعفاءات عند مغادرتهم البلاد. ويسمح بالواردات أو الصادرات الأتفة المذكور في غضون فترة ستة أشهر من تاريخ بدء الوظيفة ومن تاريخ انتهائها.
  - ٦- يحق لهم بيع ممتلكاتهم الشخصية في دولة الكويت بنفس الشروط السارية على أعضاء البعثة الدبلوماسية.
  - ٧- في حالة حدوث اضطرابات داخلية أو نشوب نزاع دولي، تتاح لمبعوثي البعثة التسهيلات اللازمة لمغادرة البلد، إذا رغبوا في ذلك وبالوسائل التي يرون أنها أسلم الوسائل وأسرعها.
  - ٨- يحظى مبعوثو البعثة فيما يتعلق بتسهيلات الصرف بنفس الامتيازات الممنوحة لأعضاء البعثات الدبلوماسية.
  - ٩- يعفى مبعوثو البعثة من جميع الضرائب على المرتبات وغيرها من الأجور التي تدفعها اللجنة أو يتلقونها من خارج دولة الكويت بصفة عامة ....
- جددير بالذكر أن اللجنة الدولية للصليب الأحمر عقدت ما لا يقل عن ٧٠ اتفاقية مقرر مع دول مختلفة.

بالشخصية القانونية للمنظمات الدولية غير الحكومية لعام ١٩٨٦ ، والتي بمقتضاها تتمتع المنظمة الدولية غير الحكومية التي تستوفي الشروط المنصوص عليها في المادة ١ من الاتفاقية بالشخصية القانونية في كل الدول الأطراف<sup>(٣٥)</sup>. ولعل الفرق هنا بين هذا النوع من الاتفاقيات الدولية والقانون الوطني فيما يتعلق بالشخصية القانونية هو أن القانون الوطني يعطي المنظمة الشخصية القانونية فقط ضمن نطاق تطبيقه ، أي داخل حدود الدولة المعنية ، أما في الاتفاقية الدولية فالشخصية تثبت لها في كل الدول الأطراف.

كما قد تكون الاتفاقية هي اتفاقية ثنائية بين دولة ومنظمة دولية حكومية ، مثل اتفاق المقر المعقود بين الولايات المتحدة الأمريكية والأمم المتحدة لعام ١٩٤٧ ، والذي بمقتضاها تلتزم دولة المقر - الولايات المتحدة الأمريكية - بالسماح لممثلي المنظمات الدولية غير الحكومية ، التي يوجد بينها وبين الأمم المتحدة ترتيبات تشاورية استنادا إلى المادة ٧١ من ميثاق الأمم المتحدة على النحو السابق إيضاحه ، بالدخول إلى إقليم الدولة للوصول إلى الأمم المتحدة<sup>(٣٦)</sup>.

### ثالثاً: القرارات الدولية

وقد يكون الأساس القانوني للعلاقة بين الدول والمنظمات الدولية غير الحكومية قراراً دولياً ، والذي قد يكون غير ملزم أو ملزماً بحسب الأحوال ، وهو ما يعني أنه في الحالة الثانية (القرار الملزم) فإن مسألة

(٣٥) هذه الشروط هي كالتالي :

- ١- أن تكون المنظمة غير ربحية وأن تقدم خدمة دولية.
- ٢- أن يكون قد تم إنشاؤها بموجب قانون إحدى الدول الأطراف.
- ٣- أن تقوم بنشاط في دولتين على الأقل.
- ٤- أن يكون لها مكتب إقليمي في إحدى الدول الأطراف ولها إدارة مركزية وتحكم في إقليم تلك الدولة أو أي دولة طرف أخرى.

(٣٦)

Yuen-Li Liang, Note on Legal Questions Concerning the United Nations, Question of Access to UN Headquarters of Representatives of Non-Governmental Organizations in Consultative Status, 48 American Journal of International Law, 434 (1954).

الاعتراف بالمنظمة الدولية غير الحكومية والتعامل معها على هذا الأساس هي أمر حتمي بالنسبة للدول المعنية بهذا القرار الدولي. ومن الأمثلة على ذلك قرار مجلس الأمن رقم ٦٨٦ (١٩٩١) الصادر بمناسبة الاحتلال العراقي للكويت، وفيه يقرر مجلس الأمن - متصرفاً بمقتضى الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة - أن على العراق "أن يقوم، على الفور، وتحت رعاية لجنة الصليب الأحمر الدولية، أو جمعيات الصليب الأحمر أو جمعيات الهلال الأحمر، بإطلاق سراح جميع الكويتيين ورعايا الدول الثالثة الذين احتجزهم العراق .."<sup>(٣٧)</sup>. وبناءً عليه، فإن مسألة تعاون العراق أو عدم تعاونه مع المنظمات الدولية غير الحكومية التي أشار إليها القرار الدولي الملزم بشكل صريح ليست محل بحث أو قبول من قبل دولة العراق، بل هي ملزمة بذلك.

### الفرع الثاني

#### علاقة المنظمات الدولية غير الحكومية بالمنظمات الدولية الحكومية

يقصد بالمنظمات الدولية الحكومية تلك التي تنشئها الدول وتتمتع بالشخصية القانونية الدولية<sup>(٣٨)</sup>، وتتراوح العلاقة بينهما بين العضوية الكاملة للمنظمات غير الحكومية في المنظمات الحكومية أو تمتعها بمركز استشاري يعطيها بعض الحقوق أو ما هو أقل من ذلك، وذلك بحسب كل منظمة دولية حكومية على حدة.

ويرجع البعض وجود العلاقة بين المنظمات غير الحكومية والمنظمات الحكومية إلى وقت عصبة الأمم عام ١٩١٩، حيث جاء في المادة ٢٥ من ميثاق العصبة ما يتضمن الإشارة إلى المنظمات غير الحكومية

(٣٧) قرار مجلس الأمن رقم ٦٨٦ (١٩٩١)، الصادر في ١٩٩١/٣/٢.

(٣٨) حول المنظمات الدولية الحكومية، انظر على سبيل المثال:

- د. عبد العزيز سرحان، الأصول العامة للمنظمات الدولية، ط ١، دار النهضة العربية (القاهرة - ١٩٦٨).
- د. محمد طلعت الغنيمي، الغنيمي الوجيز في التنظيم الدولي (النظرية العامة)، ط ٤، منشأة المعارف (الإسكندرية - ١٩٧٧).
- د. مفيد شهاب، المنظمات الدولية، ط ٩، دار النهضة العربية (القاهرة - ١٩٨٩).
- د. علي يوسف الشكري، المنظمات الدولية والإقليمية المتخصصة، إيتراك للطباعة والنشر والتوزيع (مصر - ٢٠٠٤).
- د. محسن أفكيرين، قانون المنظمات الدولية، دار النهضة العربية (القاهرة - ٢٠١٠).

وضرورة التعاون معها<sup>(٣٩)</sup>. والحقيقة أن نص المادة ٢٥ من ميثاق العصبة إنما جاء قاصرا على المنظمات الوطنية للصليب الأحمر، ومن ثم لا مجال للتأسيس على هذا النص للقول بأن عصبة الأمم تضمنت ما يفيد التعاون أو التنظيم القانوني للعلاقة بينها وبين المنظمات الدولية غير الحكومية. لذلك سوف نأتي هنا إلى ذكر المنظمات الدولية الحكومية التي تضمنت تنظيما قانونيا أكثر اتساعا ووضوحا للعلاقة بينها وبين المنظمات الدولية غير الحكومية، ثم نبين حدود هذا التنظيم، وذلك على النحو التالي:

#### أولا: العضوية الكاملة في المنظمات الدولية الحكومية

على نحو فريد في نوعه - على الرغم من قدمه - أعطت منظمه العمل الدولية التي أنشئت عام ١٩١٩ للمنظمات غير الحكومية (دولية أو وطنية)، إضافة إلى الدول، الحق في العضوية الكاملة، وذلك من خلال تبني هذه المنظمة لما يسمى بالتكوين الثلاثي لأجهزتها، حيث يوجد إضافة إلى ممثل الدولة ممثلان آخران أحدهما عن العمال، والآخر عن أرباب العمل<sup>(٤٠)</sup>. وبناء عليه تم إعطاء اتحادات أرباب العمل واتحادات العمال (وهي منظمات غير حكومية) الحق في الاشتراك في أعمال هذه المنظمة والتمتع بجميع حقوق العضوية التي تتمتع بها الدول، بما في ذلك الحقوق

(٣٩) نصت المادة ٢٥ من ميثاق عصبة الأمم على أنه: "يوافق أعضاء العصبة على التشجيع والدفع قداما بإنشاء منظمات الصليب الأحمر الوطنية، المرخص بها، والتي تستهدف تحسين الصحة ومنع الأمراض وتخفيف الآلام في أنحاء العالم كافة".

See:

- B. Seary, "The Early History-from the Congress of Vienna to the San Francisco Conference", in Willetts (ed.) The Conscience of the World-the Influence of Non-Governmental Organizations in the UN System, note 19.
- Karsten Nowrot, note 19 at 584.
- Steve Charnovits, Non-Governmental Organizations and International Law, note 16 at 357.

(٤٠) تنص المادة ٣ (١) من دستور منظمة العمل الدولية على أنه: "يعقد المؤتمر العام لممثلي الأعضاء دوراته كلما حدث ما يتطلب اجتماعه، على ألا تقل هذه الدورات عن واحدة كل سنة. ويتألف المؤتمر من أربعة ممثلين لكل من الأعضاء يكون اثنان منهم مندوبين حكوميين بينما يكون أحد الآخرين في وفد العضو مندوبا عن أصحاب العمل وثنائهما عن العمال".

التصويتية<sup>(٤١)</sup>. كما أعطيت هذه الاتحادات الحق في تقديم الشكاوى أو المطالبات ضد الدول الأعضاء عند انتهاك الأخيرة لالتزاماتها الدولية المتعلقة بالعمل<sup>(٤٢)</sup>.

ويلاحظ هنا أننا نتحدث عن نوع واحد من المنظمات غير الحكومية، وهي تلك المعنية بالعمال وأرباب العمل، على خلاف الحال بالنسبة للأمم المتحدة كما سوف نبين تالياً. كما إن بعض اتحادات العمال وأرباب العمل ربما لا يكون بالضرورة منظمات دولية إذا كان نشاطها فقط داخل الدولة المعنية ولا يتعداها إلى غيرها من الدول كما جاء في تعريف المنظمات الدولية غير الحكومية.

#### ثانياً: المركز الاستشاري في المنظمات الدولية الحكومية

أعطى بعض المنظمات الدولية الحكومية مركزاً استشارياً للمنظمات الدولية غير الحكومية، والذي يمنحها بعض الحقوق التي تختلف باختلاف هذه المنظمات وباختلاف الدور الذي تقوم به في مجال اختصاص المنظمة الدولية الحكومية، ونظراً لأن منظمة الأمم المتحدة هي أهم المنظمات الدولية الحكومية على الإطلاق فسوف يبدأ الحديث بها ثم نتطرق إلى بعض المنظمات الدولية الأخرى العالمية منها والإقليمية التي اعترفت بالمنظمات الدولية غير الحكومية والتي سمحت بالتعامل معها، وذلك على النحو التالي:

(٤١) تختلف هذه الحقوق التصويتية حيث أعطيت الحكومات صوتين في مقابل صوت واحد لكل من اتحادات العمال واتحادات أرباب العمل.

(٤٢) تنص المادة ٢٤ من دستور منظمة العمل الدولية على أنه:  
إذا حدث أن قدمت إحدى منظمات أصحاب العمل أو العمال المهنية إلى مكتب العمل الدولي أية دعوى بأن عضواً ما قد قصر على أي نحو عن تأمين التقيد الفعلي في نطاق ولايته بأية اتفاقية هو عضو فيها، كان لمجلس الإدارة أن يجبل هذه الدعوى إلى الحكومة محل الدعوى، وله أن يدعو الحكومة المذكورة إلى تقديم الرد الذي تراه مناسباً بشأن الموضوع.

See:

- Anna K. Lindblom. The Status of Non-Governmental Organizations in International Law. (Cambridge: CSICL, 2001), p. 376.
- Thomas G. Weiss. note 15 at 9.



في الواقع إن علاقة الأمم المتحدة بالمنظمات الدولية غير الحكومية قد بدأت منذ اللحظات الأولى لصياغة ميثاق الأمم المتحدة، حيث حضر ما لا يقل عن ١٢٠٠ ممثل لمنظمات تطوعية في المؤتمر التأسيسي للأمم المتحدة في سان فرانسيسكو، وكان لهم دور بارز في كتابة أول أربع كلمات من ميثاق الأمم المتحدة "نحن شعوب الأمم المتحدة". كما كان لهم دور بارز في صياغة المادة ٧١ من ميثاق الأمم المتحدة<sup>(٤٣)</sup>، والتي هي محور حديثنا التالي.

وجاء في المادة ٧١ من ميثاق الأمم المتحدة أن "للمجلس الاقتصادي والاجتماعي أن يجري الترتيبات المناسبة للتشاور مع الهيئات غير الحكومية التي تعنى بالمسائل الداخلة في اختصاصه. وهذه الترتيبات قد يجريها المجلس مع هيئات دولية، كما أنه قد يجريها إذا رأى ذلك ملائماً، مع هيئات أهلية وبعد التشاور مع عضو الأمم المتحدة ذي الشأن"<sup>(٤٤)</sup>.

ويلاحظ على هذا النص أمرتن: أولاً، إنه لم يتضمن أي تعريف "للهيئات غير الحكومية" أو "الهيئات الأهلية"، التي جاء ذكرهما في المادة المشار إليها عليه. وثانياً، إن هذه الترتيبات التشاورية ليست إلزامية للمجلس، ومن ثم فللمجلس مطلق الحرية في تقدير إشراك المنظمات غير الحكومية في هذه الترتيبات أو عدم إشراكها بحسب ما يراه مناسباً. وبناء على نص المادة ٧١ من ميثاق الأمم المتحدة، فقد أصدر المجلس الاقتصادي والاجتماعي القرار رقم ١٢٩٦/١٩٦٨، والذي كان في حقيقته عبارة عن تفسير رسمي للمادة ٧١ من الميثاق<sup>(٤٥)</sup>.

(٤٣)

Chadwick Alger, *The Emerging Roles of NGOs in the UN System: From Article 71 to a People's Millennium Assembly*, *Global Governance* 8 (January-March 2002), p. 93.

(٤٤) المادة ٧١ من ميثاق الأمم المتحدة.

(٤٥) قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي رقم ١٢٩٦، الصادر في ١٩٦٨/٥/٢٣.

ثم جاء القرار رقم ١٩٩٦/٣١ ، وهو الأهم نظرا لتضمنه الشروط التفصيلية اللازم توافرها في المنظمات الدولية غير الحكومية حتى تحصل على المركز الاستشاري لدى المجلس الاقتصادي والاجتماعي وأنواع هذه المنظمات ، حيث تختلف المراكز الاستشارية باختلاف هذه المنظمات<sup>(٤٦)</sup> .

جدير بالذكر أن المجلس الاقتصادي والاجتماعي قد أنشأ لجنة سميت بلجنة المعنية بالمنظمات غير الحكومية تكون مهمتها النظر في طلبات الحصول على المركز الاستشاري وطلبات تغيير المركز بعد ذلك الذي تتقدم به المنظمة المعنية ، ثم تقدم توصيتها بذلك إلى المجلس الاقتصادي والاجتماعي<sup>(٤٧)</sup> .

أما فيما يتعلق بشروط حصول المنظمة الدولية غير الحكومية على المركز الاستشاري فيمكن إيجازها بما يلي :

- ١- أن تكون المنظمة معنية بمسائل تدخل ضمن اختصاص المجلس الاقتصادي والاجتماعي وهيئاته الفرعية.
- ٢- أن تكون أهداف المنظمة ومقاصدها متمشية مع روح ميثاق الأمم المتحدة ومقاصده ومبادئه.
- ٣- أن تتعهد المنظمة بدعم أعمال الأمم المتحدة وبتعزيز الوعي بمبادئها وأنشطتها.
- ٤- أن تكون للمنظمة مكانة معترف بها في مجال اختصاصها المحدود أو طابع تمثيلي.
- ٥- أن يكون للمنظمة مقر دائم ومسئول تنفيذي ، ويكون لها دستور معتمد بصورة ديمقراطية.
- ٦- أن يكون للمنظمة سلطة التكلم نيابة عن أعضائها من خلال ممثلها المفوضين بذلك.
- ٧- أن يكون للمنظمة نظام مساءلة من قبل أعضائها.

---

(٤٦) قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي رقم ٣١ ، الصادر في ١٩٩٦/٧/٢٥ .  
(٤٧) قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي رقم ١٠٩٩ (د. ٤) ١٩٨١ ، وقرار المجلس رقم ٣٠٤ (١٩٩٥) .

٨- أن لا تكون هذه المنظمة قد تم إنشاؤها من قبل كيان حكومي أو اتفاق دولي بين حكومات.

٩- أن يستمد الجزء الرئيس من الموارد الأساسية للمنظمة من مساهمات المنظمات الوطنية التابعة لها أو من مساهمات عناصرها الأخرى أو من الأعضاء الأفراد<sup>(٤٨)</sup>.

وبعد قبول هذه المنظمات غير الحكومية فإنها تعطى مركزا استشاريا يختلف بالنظر إلى طبيعة نشاط هذه المنظمات ونطاقه والمساعدة المتوقع منها تقديمها إلى المجلس الاقتصادي والاجتماعي أو إلى هيئاته الفرعية، وتنقسم هذه المراكز الاستشارية إلى ثلاثة أنواع:

#### أ- المركز الاستشاري العام

ويعطى هذا المركز إلى المنظمات التي تعنى بمعظم أنشطة المجلس وهيئاته الفرعية، والتي يكون بمقدورها أن تقدم للمجلس أدلة كافية على أن لديها إسهامات جذرية ومستمرة في سبيل بلوغ أهداف الأمم المتحدة في الميادين المختلفة. كما يجب أن تكون هذه المنظمات مشتركة اشتراكا وثيقا في الحياة الاقتصادية والاجتماعية للشعوب والمناطق التي تمثلها، وتكون العضوية فيها كبيرة وفيها تمثيل واسع لقطاعات المجتمع الرئيسة في عدد كبير من الدول في مختلف مناطق العالم.

ويسمح هذا المركز للمنظمة المعنية بحضور جلسات المجلس الاقتصادي والاجتماعي وهيئاته الفرعية من خلال مفوض يحضر بصفة مراقب، كما أن له الحق في الكلام أو توزيع بيان مكتوب على الأعضاء<sup>(٤٩)</sup>. كما يسمح لها باقتراح الموضوعات على المجلس أو هيئاته، بحيث يتم وضعها على جدول الأعمال المؤقت.

(٤٨) القرار رقم ٣١، المرجع السابق.

Anna K. Lindblom, note 42 at 38.

(٤٩) البيان المكتوب يجب أن يكون في حدود ٢٠٠٠ كلمة، فإن تجاوز ذلك يقدم موجزا يجرى تعميمه.

## ب- المركز الاستشاري الخاص

ويعطى هذا المركز إلى المنظمات ذات الاختصاص الخاص أو الاهتمام المحدود ببعض أنشطة المجلس الاقتصادي والاجتماعي وهيئاته الفرعية. وتعطى المنظمات التي تتمتع بهذا المركز الحق في حضور جلسات المجلس وهيئاته الفرعية، كما هو الحال بالنسبة للمنظمات المتمتعة بالمركز الاستشاري العام، ولكنها تختلف عنها في أنها لا يسمح لها بالكلام في جلسات المجلس أو هيئاته، وإنما يسمح لها بتقديم بيان مكتوب بذلك<sup>(٥٠)</sup>. كذلك فإنه لا يسمح لها باقتراح الموضوعات على جدول الأعمال المؤقت.

ج- نظام القائمة

ويدرج في نظام القائمة المنظمات التي لا يكون لها مركز استشاري عام أو خاص، ولكن يعتقد المجلس الاقتصادي والاجتماعي أو الأمين العام، بالتشاور مع المجلس أو لجنته المعنية بالمنظمات غير الحكومية، أنها يمكن أحيانا أن تقدم في نطاق اختصاصها مساهمات مجدية في أعمال المجلس أو هيئاته الفرعية أو هيئات الأمم المتحدة الأخرى. وهذه الأخيرة يكون لها الحق في حضور جلسات المجلس أو هيئاته الفرعية التي تناقش موضوعات تدخل في اختصاصها، ويمكن استشارتها بناء على طلب المجلس أو هيئاته الفرعية، غير أنه لا يحق لها تقديم أي بيان مكتوب إلا بناء على طلب من الأمين العام<sup>(٥١)</sup>.

---

(٥٠) البيان المكتوب يجب أن يكون في حدود ١٥٠٠ كلمة، فإن تجاوز ذلك يقدم موجزا يجرى تعميمه.

(٥١) البيان المكتوب يجب أن يكون في حدود ١٥٠٠ كلمة، فإن جاوز ذلك يقدم موجزا يجرى تعميمه.

See:

- Kerstin Martens. Examining The (Non-)Status of NGOs in International Law, 10 Indiana Journal of Global Legal Studies (Summer 2003), p. 17.
- Stephan Hobe. Global Challenges to Statehood: The Increasingly Important Role of Non-Governmental Organizations. 5 Indiana Journal of Global Legal Studies (Fall 1997), at 202-03.

وإضافة إلى ما سبق فإن في الأمم المتحدة فروعاً وأجهزةً ولجاناً أخرى تتشاور مع المنظمات الدولية غير الحكومية كل في مجال اختصاصه كلجنة الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين وبرنامج الأمم المتحدة للبيئة (UNEP) وبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي (UNDP) والأمانة العامة للأمم المتحدة<sup>(٥٢)</sup>.

## ٢- اليونيسكو (منظمة التربية والثقافة والعلوم)

نصت المادة ١١(٤) من دستور اليونيسكو على أنه "يجوز لهذه المنظمة إجراء ما تراه من الترتيبات المناسبة للتشاور والتعاون مع منظمات دولية غير حكومية تهتم بأمور تقع ضمن اختصاص هذه المنظمة، ويجوز لها أن تدعو هذه المنظمات للقيام بمهام محددة. ويجوز أن يشمل هذا التعاون اشتراك ممثلين لهذه المنظمات بطريقة مناسبة في أعمال اللجنة الاستشارية التي يشكلها المؤتمر العام"، وتطبيقاً لذلك صدر القرار رقم (EX13/104) من اللجنة التنفيذية في اليونيسكو، والذي بمقتضاه تم منح

---

=جدير بالذكر أن عدد المنظمات غير الحكومية التي حصلت على مراكز استشارية (بأنواعها المختلفة) لدى المجلس الاقتصادي والاجتماعي كان يتراوح بين ٢٠ و٣٠ في السنة في السبعينيات والثمانينيات من القرن الماضي، ثم قفز إلى ٢٠٠ في الفترة بين عام ١٩٩٨ و١٩٩٩، ثم إلى ٤٠٠ عام ٢٠٠١، ثم إلى ٥٠٠ في العام بعد ذلك إلى أن وصل عدد المنظمات غير الحكومية حتى ٢٠١١/٩/١ على النحو التالي:

- ١٤٤ منظمة تتمتع بالمركز الاستشاري العام.
- ٢٤٠٨ منظمة تتمتع بالمركز الاستشاري الخاص.
- ٩٨٤ منظمة مدرجة في نظام القائمة.

(<http://csonet.org/content/documents/E2011INF4.pdf>)

(٥٢) فمثلاً في مجال التعاون مع الأمانة العامة يمكن لجميع المنظمات ذات العلاقة الاستشارية أن تتشاور مع موظفي الأقسام المناسبة من الأمانة العامة بشأن المسائل محل الاهتمام المشترك أو القلق المشترك، ويجري هذا التشاور بناء على طلب المنظمة غير الحكومية أو على طلب الأمين العام للأمم المتحدة. كما يجوز للأمين العام للأمم المتحدة أن يطلب من المنظمات غير الحكومية ذات المركز الاستشاري العام أو الخاص أو المدرجة في القائمة إجراء دراسات محددة أو إعداد أوراق محددة. (قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي رقم ٣١ لسنة ١٩٩٦).

المنظمات الدولية غير الحكومية الحق في تقديم الشكاوى نيابة عن ضحايا انتهاكات حقوق الإنسان<sup>(٥٣)</sup>.

### ٣- منظمة الصحة العالمية

تنص المادة ٧١ من دستور منظمة الصحة العالمية على أنه "للمنظمة أن تتخذ، في المسائل التي تدخل في اختصاصها، الترتيبات المناسبة للتشاور والتعاون مع المنظمات الدولية غير الحكومية، وبموافقة الحكومة المعنية، مع المنظمات الوطنية الحكومية وغير الحكومية".

### ٤- منظمة التجارة الدولية

تضمن ميثاق منظمة التجارة الدولية نصين متعلقين بالمنظمات الدولية غير الحكومية، الأول منها جاء متعلقا بإجراءات تقديم الشكاوى ضد الممارسات التجارية التقييدية (المادة ٤٨ من ميثاق هافانا)، حيث أعطى للدول الأعضاء الحق في تقديم الشكاوى عن نفسها أو نيابة عن أي شخص أو شركة أو منظمة متضررة تحت ولايتها، ومتى ما قررت منظمة التجارة الدولية أن التحقيق له ما يبرره، أقامت جلسة استماع يتاح فيها المجال للحكومات والشركات التجارية المعنية والأشخاص المبادرين والشركات الأخرى والمنظمات لسماع وجهة نظرهم<sup>(٥٤)</sup>.

(٥٣) المادة ١١ (٤) من دستور اليونسكو

See:

- Jost Delbruck, *Non-Judicial Procedures of Enforcement of Internationally Protected Human Rights with Special Emphasis on Human Rights Practice of UNESCO*, in *Neunties Deutsch-Polnisches Juristen-Kolloquium* 31, 42.

- Stephan Hobe, note 51 at 204.

(٥٤) المادة ٤٨ (٤) من ميثاق منظمة التجارة الدولية لعام ١٩٤٨، والتي نصت على أنه "If the Organization decides that an investigation is justified, it shall inform all Members of the complaint, request any Member to furnish additional information relevant to the complaint as the Organization may deem necessary, and shall conduct or arrange for hearings on the complaint. Any Member, and any person, enterprise or organization on whose behalf the complaint has been made, as well as the commercial enterprises alleged to have engaged in the practice complained of, shall be afforded reasonable opportunity to be heard".

أما النص الثاني من ميثاق المنظمة المتعلق بالمنظمات الدولية غير الحكومية فهو نص المادة ٨٧ (٢) من ميثاق المنظمة، والذي جاء فيه أن "للمنظمة أن تقوم بعمل الترتيبات المناسبة للتشاور والتعاون مع المنظمات غير الحكومية التي تهتم بمسائل تدخل ضمن نطاق الميثاق"<sup>(٥٥)</sup>.

٥- مجلس أوروبا

بعد أقل من ثلاث سنوات من إنشاء مجلس أوروبا، قام المجلس في عام ١٩٥١ بإصدار أول قرار يتعلق بالمنظمات الدولية غير الحكومية، والذي جاء فيه أن "لجنة الوزراء يمكنها، نيابة عن مجلس أوروبا، أن تقوم بعمل الترتيبات المناسبة للتشاور مع المنظمات الدولية غير الحكومية التي تهتم بمسائل محل اهتمام مشترك مع المجلس"<sup>(٥٦)</sup>.

ثم توالى القرارات بعد ذلك على نحو أكثر تفصيلاً في عام ١٩٧٦<sup>(٥٧)</sup>، و عام ١٩٩٣<sup>(٥٨)</sup>، وصولاً عام ٢٠٠٣، وفيه أصدر المجلس قرارين: أحدهما يتعلق بمشاركة المنظمات الدولية غير الحكومية في أعمال

(٥٥)

See:

- Robert F. Housman, *Democratizing International Trade Decision-Making*, 27 *Cornell International Law Journal*, (1994), at 704-705.
- Steve Charnovitz, *Two Centuries of Participation*, note 8 at 254-255..

As the Resolution states:

(٥٦)

"The Committee of Ministers may, on behalf of the Council of Europe, make suitable arrangements for consultation with International non-governmental organizations which deal with matters that are within the competence of the Council of Europe". Res. (51) 30F, *Relations with International Organizations, both Intergovernmental and Non-Governmental*, 3 May 1951, para. 4.

(٥٧)

*Relations between the Council of Europe and International Non-Governmental Organizations (Consultative Status)*, may 1976.

(٥٨)

Committee of Ministers, Res. (93)38 on *Relations between the Council of Europe and International Non-Governmental Organizations*, 10 Oct. 1993.

المجلس وأجهزته، والآخر يتعلق بالشراكة والتعاون مع المنظمات الوطنية غير الحكومية<sup>(٥٩)</sup>.

رأينا فيما سبق كيف أن للمنظمات الدولية غير الحكومية علاقة بالدول التي قد يكون مصدر هذه العلاقة قوانينها الداخلية أو اتفاقية دولية أو قرارات دولية، ثم رأينا بعد ذلك أن للمنظمات الدولية غير الحكومية علاقة بالمنظمات الدولية الحكومية تتراوح بين العضوية الكاملة فيها والتعاون والتشاور معها في بعض المسائل ذات الاهتمام المشترك.

### المطلب الثالث

دور المنظمات الدولية غير الحكومية في أهم

#### مجالات القانون الدولي

نظراً لأن مجالات القانون الدولي كثيرة ومتنوعة، فقد وجد أنه من الأنسب في هذا المطلب التركيز فقط على أهم هذه المجالات، وهي المجال البيئي ومجال حقوق الإنسان سواء في وقت السلم أو في وقت النزاع المسلح، وذلك من خلال بيان دور المنظمات الدولية غير الحكومية فيها.

#### الفرع الأول

دورها في مجال القانون الدولي البيئي

في البداية ينبغي التأكيد على حقيقة أن الحديث هنا لا يتعلق بلجوء المنظمات الدولية غير الحكومية إلى وسائل الضغط وكتابة التقارير والحث على التوصل إلى تعهدات دولية بخصوص حماية البيئة، فالأمثلة كثيرة ومتنوعة، منها على سبيل المثال مشاركة ما لا يقل عن ١٤٠٠ منظمة

(٥٩)

Committee of Ministers. Res. (2003) 8. Participatory Status for International Non-Governmental Organizations with the Council of Europe, and Res. (2003) 9. Status of Partnership between the Council of Europe and National Non-Governmental Organizations, both adopted on 18 Nov. 2003.

جدير بالإشارة أنه توجد منظمات حكومية إقليمية أخرى كمنظمة الدول الأمريكية والاتحاد الأفريقي قد أصدرت قرارات متعلقة بإقامة ترتيبات تشاورية مع المنظمات الدولية غير الحكومية.

See: Anna K. Lindblom, note 42, p. 431-444.



دولية غير حكومية في مؤتمر الأرض الذي انعقد في ريو دي جانيرو في البرازيل عام ١٩٩٢ ، والذي انتهى بإصدار إعلان ريو دي جانيرو الشهير<sup>(٦٠)</sup>. لذلك فالحديث سوف يدور حول أدوار صريحة تتمتع بها المنظمات الدولية غير الحكومية المعنية في البيئة وتم تضمينها في العديد من الاتفاقيات الدولية، وذلك على النحو التالي:

- المادة ٨ من اتفاقية رامسار للأراضي الرطبة ذات الأهمية الدولية لعام ١٩٧١ ، والتي أعطت الاتحاد الدولي لصون الطبيعة والموارد الطبيعية (منظمة دولية غير حكومية) اختصاصا صريحاً بتولي وظيفة الأمانة العامة حتى يتم تعيين أخرى<sup>(٦١)</sup>.
- المادة ٨ (٣) من اتفاقية حماية التراث العالمي والطبيعي لعام ١٩٧٢ ، والتي سمحت للمنظمات الدولية غير الحكومية بحضور اجتماعات

(٦٠) كانت نسبة حضور المنظمات الدولية غير الحكومية بالنظر إلى ممثلي الأمم المتحدة ومختلف دول العام هي تقريبا شخص لكل شخص.

A. Dan Tarlock, *The Role of Non-Governmental Organizations in the Development of International Environmental Law*, 68 *Chicago-Kent Law Review* (1992), at 63.

(٦١) تنص المادة ٨ من اتفاقية رامسار للأراضي الرطبة ذات الأهمية الدولية لعام ١٩٧١ على أنه:

١- يضطلع الاتحاد الدولي لصون الطبيعة والموارد الطبيعية بمهام المكتب الدائم في إطار هذه الاتفاقية، إلى أن تعين منظمة أو حكومة أخرى بأغلبية ثلثي الأطراف المتعاقدة بأسرها.

٢- تكون مهام المكتب الدائم، ضمن أمور أخرى، ما يلي:

أ- المعاونة على الدعوة إلى عقد المؤتمرات المشار إليها في المادة ٦ وتنظيمها.

ب- الاحتفاظ بقائمة الأراضي الرطبة ذات الأهمية الدولية وتلقي المعلومات من خلال الأطراف المتعاقدة بشأن أية إضافات أو توسيعات أو إجراءات شطب أو تضييق حدود أراضي رطبة مدرجة في القائمة المنصوص عليها في الفقرة (٥) من المادة ٢.

ج- أن يتلقى من الأطراف المتعاقدة المعلومات المنصوص عليها في الفقرة (٢) من المادة ٣ والمتعلقة بأية تغييرات تطرأ على الطابع الايكولوجي للأراضي الرطبة المدرجة في القائمة.

د- إبلاغ جميع الأطراف المتعاقدة بأية تعديلات تدخل على القائمة أو أية تغييرات تطرأ على طابع الأراضي الرطبة المدرجة بها، واتخاذ التدابير لمناقشة هذه الأمور في المؤتمر التالي.

هـ- إخطار الأطراف المتعاقدة المعنية بتوصيات المؤتمرات فيما يتعلق بهذه التعديلات التي تدخل على القائمة أو التغييرات التي تطرأ على خصائص الأراضي الرطبة المدرجة بها.

اللجنة الحكومية في اليونسكو والمعنية بحماية التراث الطبيعي والثقافي وإبداء الرأي فيها<sup>(٦٢)</sup>.

- المادة ١١ من اتفاقية الاتجار الدولي في أنواع الحيوانات والنباتات المهددة بالانقراض لعام ١٩٧٣، حيث إنه بمقتضاها تم منح المنظمات الدولية غير الحكومية صفة المراقب<sup>(٦٣)</sup>. كما سمحت المادة ١٢ منها للمنظمات الدولية غير الحكومية بمساعدة الأمانة العامة<sup>(٦٤)</sup>.

- المادة ٦ (٥) من اتفاقية فيينا لحماية طبقة الأوزون لعام ١٩٨٥، والتي جاء فيها أنه "٥- يجوز للأمم المتحدة، ولو كالاتها المتخصصة، وللوكالة الدولية للطاقة الذرية وكذلك لأية دولة ليست طرفا في هذه الاتفاقية، أن تكون ممثلة في اجتماعات مؤتمر الأطراف بمراقبين. ويجوز أن يسمح بحضور أية هيئة أو وكالة، وطنية كانت أم دولية حكومية أو غير حكومية مؤهلة في المجالات ذات الصلة بحماية طبقة الأوزون ..."<sup>(٦٥)</sup>.

(٦٢) جاء في المادة ٨ (٣) من اتفاقية حماية التراث العالمي والطبيعي لعام ١٩٧٢ أنه: "يحضر جلسات اللجنة، بصفة استشارية ممثل عن المركز الدولي لدراسات صون الممتلكات الثقافية وترميمها (مركز روما)، وممثل عن المجلس الدولي للآثار والمواقع (م دل أم)، وممثل عن الاتحاد الدولي لصون الطبيعة ومراقبها (أ د ص ط)، ويمكن أن يضاف إلى هؤلاء بناء على طلب الدول الأطراف في اجتماع عام، خلال دورات المؤتمر العادية لمنظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة، ممثلون عن المنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية الأخرى التي لها أهداف مماثلة".

(٦٣) تنص المادة ١١ من الاتفاقية على أنه "٧- يسمح لأية هيئة أو منسأة مؤهلة فنيا في شئون الحماية أو الحفاظ على أو الصيانة لمجموعات الحيوان والنباتات البرية ومنتسبة إلى إحدى الفئات المذكورة أدناه ... أن تمثل في اجتماعات المؤتمر بواسطة مراقبين بحضور هذه الاجتماعات ...: أ- الهيئات أو المنشآت الدولية حكومية كانت أو غير حكومية والهيئات والمنشآت الوطنية الحكومية. ب- الهيئات والمنشآت الوطنية غير الحكومية المعتمدة لهذا الغرض من الدولة التي يوجد فيها مقرها. وعند قبول تمثيل هذه الهيئات يكون لهؤلاء المراقبين حق الاشتراك في الاجتماعات دون حق التصويت".

(٦٤) جاء في المادة ١٢ من الاتفاقية أنه "١- على المدير التنفيذي لبرنامج الأمم المتحدة للبيئة أن يشكل فور سريان مفعول هذه الاتفاقية أمانة سر ويجوز له أن يستعين بالقدر وعلى النحو اللذين يراهما مناسبين بالهيئات والمنشآت الملائمة حكومية كانت أو غير حكومية دولية كانت أو وطنية ...".

(٦٥) المادة ٦ (٥) من اتفاقية فيينا لحماية طبقة الأوزون لعام ١٩٨٥.

- المادة ٧ من اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ لعام ١٩٩٢ ، والتي نصت على أن يقوم مؤتمر الأطراف بوصفها الهيئة العليا لهذه الاتفاقية باتخاذ القرارات اللازمة لتعزيز التنفيذ الفاعل للاتفاقية ، فيقوم في سبيل ذلك بأمر عدة من بينها " ... (ل) القيام ، حيثما كان ملائما ، بالتماس واستخدام خدمات وتعاون المنظمات الدولية المختصة والهيئات الحكومية الدولية والهيئات غير الحكومية المناسبة ، والتماس واستخدام المعلومات التي تقدمها". كما تضيف الفقرة الأخيرة منها أنه " ... يمكن للأمم المتحدة ووكالاتها المتخصصة .... أن يكونوا ممثلين بصفة مراقب في دورات مؤتمر الأطراف ، ويجوز الموافقة على حضور أية هيئة أو وكالة ، سواء كانت وطنية أو دولية ، حكومية أو غير حكومية..."<sup>(٦٦)</sup>.

- المادة ٩ من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة التصحر في البلدان التي تعاني من الجفاف أو من التصحر وبخاصة أفريقيا لعام ١٩٩٤ ، والتي جاءت تحب الباب الثالث المعنون بـ(برامج العمل والتعاون العلمي والتقني والتدابير الداعمة) ، حيث جاء فيها " ... ٣- يشجع الأطراف أجهزة وصناديق وبرامج منظومة الأمم المتحدة ، وغيرها من المنظمات الحكومية الدولية ذات الصلة ، والمؤسسات الأكاديمية ، والأوساط العلمية ، والمنظمات غير الحكومية التي يمكنها التعاون ، وفقا لولاياتها وقدراتها ، على تقديم الدعم لوضع برامج العمل وتنفيذها ومتابعتها"<sup>(٦٧)</sup>.

---

(٦٦) المادة ٧ من اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ لعام ١٩٧٢ .  
حول المزيد من التفصيل حول هذه الاتفاقية انظر:

Chiara Giorgetti, *The Role of Non-Governmental Organizations in the Climate Change Negotiations*, 9 *Colorado International Environmental Law and Policy*, 115 (1987).

(٦٧) المادة ٩ من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة التصحر في البلدان التي تعاني من الجفاف أو من التصحر وبخاصة أفريقيا لعام ١٩٩٤ .

## الفرع الثاني

### دورها في مجال القانون الدولي لحقوق الإنسان

كما في مجال القانون الدولي البيئي لن يكون الحديث هنا عن الدور الذي تقوم به المنظمات الدولية غير الحكومية المعنية بحقوق الإنسان في مراقبة احترام الدول لمواثيق حقوق الإنسان وتذكيرها بالتزاماتها ذات الصلة ونشر هذه الانتهاكات إن وقعت، ولا عن دورها في صياغة المواثيق الدولية. ويكفي في هذا الصدد الإشارة إلى الدور الذي قامت به منظمة العفو الدولية في صياغة اتفاقية حظر التعذيب<sup>(٦٨)</sup> أو اتفاقية حقوق الطفل<sup>(٦٩)</sup>.

لذلك سوف يكون النقاش هنا عن أدوار تم النص عليها في دساتير أو مواثيق منظمات دولية حكومية أو في لوائح أجهزة دولية أو لجان أيا كان نوعها، بما في ذلك القضائية أو شبه القضائية منها، أو تم النص عليها في اتفاقيات دولية متعلقة بحقوق الإنسان، وذلك على نحو صريح، بحيث أعطيت هذه المنظمات بعض الحقوق أو الصلاحيات في متابعة تنفيذ هذه الاتفاقيات.

(٦٨)

#### See:

- Christopher Tracy, *The Growing Role of Nongovernmental Organization*, 89 American Society of International Law Proceedings (5-8 April 1995), p. 414.
- H. Cook, *Amnesty International at the United Nations*, in P. Willetts (ed.), *The Conscience of the World*, note 19.

(٦٩)

N. Cantwell, *How NGOs Contributed to Drafting the Convention on the Rights of the Child*, Paper presented at the Symposium on the Contribution of NGOs to the Formulation and Promotion of International Human Rights Law, 4 May 1990 (Geneva: Palais des Nations).

بلغ عدد المنظمات الدولية غير الحكومية التي اشتركت في مؤتمر فيينا لحقوق الإنسان لعام ١٩٩٣ (٨٤٠) منظمة.

See: Kerstine Martens, *Examining the (Non-)Status of the NGOs in International Law*, note 51 at 4.

## أولاً: علاقات تشاورية وتعاونية

هنا سوف يكون التفصيل حول بعض اللجان الدولية أو المنظمات الدولية الحكومية المهمة التي تسمح بإقامة علاقات تشاورية أو تعاونية مع المنظمات الدولية غير الحكومية تستطيع الأولى من خلالها الاستعانة والاستفادة من تقارير الأخيرة ودراساتها واقتراحاتها وتوجيهاتها في مواقع الاهتمام المشترك:

### ١- لجنة حقوق الإنسان

طبقاً للمادة ٢٨ من العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦ فإن هذه اللجنة تتألف من ثمانية عشر خبيراً يتم اختيارهم لمدة أربع سنوات بصفتهم الشخصية من مواطني الدول الأطراف. وتمارس هذه اللجنة نوعين من الاختصاص:

#### أ- الاختصاص الأول متعلق بالدول الأطراف وله صورتان:

الصورة الأولى: وتمثل في تلقي التقارير من الدول الأطراف حول مدى تنفيذهم للالتزامات المنصوص عليها في العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية<sup>(٧٠)</sup>.

الصورة الثانية: وتمثل في أحقية اللجنة بتسلم ودراسة بلاغات تنطوي على ادعاء دولة طرف بأن دولة طرفاً أخرى لا تفي بالالتزامات التي يربتها عليها هذا العهد، بشرط أن تكون كلتا الدولتين قد قبلتا باختصاص اللجنة على هذا النحو<sup>(٧١)</sup>.

ب- الاختصاص الثاني: وهو يتعلق باختصاص اللجنة في تلقي ومعالجة الشكاوى المقدمة من الأفراد الداخلين في ولاية الدول الأطراف في البروتوكول الإضافي الأول الملحق بالعهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦، الذين يدعون بأنهم ضحايا انتهاك من جانبها لأي حق من الحقوق المقررة في العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية.

(٧٠) المادة ٤٠ من العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦.

(٧١) المادة ٤١ من العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦.

المهم في مجال موضوعنا عن العلاقات التشاورية والتعاونية في مجال حقوق الإنسان جاء في البند رقم ٦٢ من قانون إجراءات هذه اللجنة ولوائحها أن تنشأ مجموعات عمل تجتمع قبل كل جلسة من جلسات اللجنة لوضع قوائم بالقضايا المتعلقة بتقارير الدول الأعضاء التي سوف تنظرها اللجنة في تلك الجلسة. وقد جرى العمل بأن تقوم مجموعات العمل بعقد جلسات مناقشة مع ممثلي المنظمات الدولية غير الحكومية<sup>(٧٢)</sup>.

## ٢- لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية

ولهذه اللجنة التي أنشأها المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة عام ١٩٨٥، لتابعة تنفيذ الدول لالتزاماتها الواردة في العهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، علاقة تشاورية شبيهة بعلاقة المجلس الاقتصادي والاجتماعي بالمنظمات الدولية غير الحكومية على النحو السابق بيانه. ولها أيضا دور مهم في إبداء الملاحظات على تقارير الدول الأعضاء في الأمم المتحدة، كما ينظر إليها كمصدر مهم للمعلومات بخصوص مدى تنفيذ الدول للاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، وخصوصا العهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام ١٩٦٦<sup>(٧٣)</sup>.

## ٣- لجنة مناهضة التعذيب

وتستقبل هذه اللجنة المعلومات من مختلف المنظمات غير الحكومية، الدولية وغير الدولية، حول مدى احترام الدول الأطراف لاتفاقية حظر التعذيب لعام ١٩٨٤، وبناءً على هذه المعلومات قد تقوم اللجنة باستدعاء ممثل الدولة المعنية وتطلب إيضاحات حول هذه الادعاءات<sup>(٧٤)</sup>.

(٧٢)

Andrew Clapham, UN Human Rights Reporting: An NGO Perspective, in Philip Alston and James Crawford (eds.), The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring (Cambridge University Press: 2000), p. 176-181.

(٧٣)

Anna K. Lindblom, note 42 at 397-98.

(٧٤) تنص المادة ٢٠ من اتفاقية حظر التعذيب لعام ١٩٨٤ على أنه: =

#### ٤ - لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة

وتقوم هذه اللجنة التي أنشئت عام ١٩٨٢ بمقتضى اتفاقية القضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة لعام ١٩٧٩، في سبيل أدائها لمهامها بدعوة ممثلي المنظمات الدولية غير الحكومية لتقديم بيانات مكتوبة أو شفوية أو وثائق حول مدى احترام الدول الأطراف للاتفاقية، بل إن هذه اللجنة توصي الدول الأعضاء بالتشاور مع المنظمات الوطنية غير الحكومية عند كتابتها للتقارير التي تنوي تقديمها للجنة تنفيذاً لنص المادة ١٨ من اتفاقية القضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة<sup>(٧٥)</sup>.

- ١- إذا تلقت اللجنة معلومات موثوقاً بها يبدو لها أنها تتضمن دلائل لها أساس قوي تشير إلى أن تعذيباً يمارس على نحو منظم في أراضي دولة طرف، تدعو اللجنة الدولة الطرف المعنية إلى التعاون لدراسة هذه المعلومات، وتحقيقاً لهذه الغاية إلى تقديم ملاحظات بصدد تلك المعلومات.
  - ٢- وللجنة بعد أن تأخذ في اعتبارها أية ملاحظات تكون قد قدمتها الدولة الطرف المعنية وأية معلومات ذات صلة متاحة لها، أن تعين، إذا قررت أن هناك ما يبرر ذلك، عضواً أو أكثر من أعضائها لإجراء تحقيق سري وتقديم تقرير بهذا الشأن إلى اللجنة بصورة مستعجلة.
  - ٣- وفي حالة إجراء تحقيق بمقتضى الفقرة (٢) من هذه المادة، تلتزم اللجنة بتعاون الدولة المعنية، وقد يشمل التحقيق، بالاتفاق مع الدولة الطرف، القيام بزيارة أراضي الدولة المعنية.
  - ٤- وعلى اللجنة، بعد فحص النتائج التي يتوصل إليها عضوها أو أعضاؤها وفقاً للفقرة (٢) من هذه المادة، أن تحيل إلى الدولة الطرف المعنية هذه النتائج مع أي تعليقات واقتراحات قد تبدو ملائمة بسبب الوضع القائم.
  - ٥- تكون جميع إجراءات اللجنة المشار إليها في الفقرات من (١) إلى (٤) من هذه المادة سرية، وفي جميع مراحل الإجراءات يلتزم تعاون الدولة الطرف ويجوز للجنة وبعد استكمال هذه الإجراءات المتعلقة بأي تحقيق يتم وفقاً للفقرة (٢)، أن تقرر بعد إجراء مشاورات مع الدولة الطرف المعنية إدراج بيان موجز بنتائج الإجراءات في تقريرها السنوي المعد وفقاً للمادة (٢٤).
- ومن الأمثلة على هذا الأمر التقرير الذي أصدرته هذه اللجنة عام ١٩٩٦، والذي أدانت فيه الحكومة المصرية بسبب انتهاجها للتعذيب، بواسطة أجهزتها الرسمية، وذلك بالمخالفة لاتفاقية حظر التعذيب. وقد كان السبب في إصدار هذا التقرير معلومات أولية قامت بإرسالها منظمة العفو الدولية (منظمة دولية غير حكومية) وتم تأكيدها لاحقاً بواسطة اللجنة الدولية لناهضة التعذيب.

A/51/44, 3 May 1996, Para. 181, 182-83, 201-220.

(٧٥) نصت المادة ١٨ من اتفاقية القضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة على أنه "١- تتعهد الدول الأطراف بأن تقدم إلى الأمين العام للأمم المتحدة، للنظر من قبل اللجنة، تقريراً عما اتخذته من تدابير تشريعية وقضائية وإدارية وغيرها من أجل إنفاذ أحكام هذه الاتفاقية، وعن التقدم المحرز في هذا الصدد...."

## ٥- لجنة القضاء على التمييز العنصري

تألف هذه اللجنة من ثمانية عشر خبيراً يتم اختيارهم لمدة أربع سنوات بصفتهم الشخصية من مواطني الدول الأطراف في الاتفاقية، وذلك طبقاً للمادة ٨ من اتفاقية القضاء على كل أشكال التمييز العنصري لعام ١٩٦٥، وتهدف هذه اللجنة إلى متابعة تنفيذ الدول الأطراف لأحكام هذه الاتفاقية، وتقوم في سبيل ذلك بفحص التقارير التي ترسلها الدول الأطراف. ومنذ عام ١٩٩١ بدأت اللجنة باستقبال المعلومات من المنظمات الدولية غير الحكومية، بل أصبحت تستقبل مشاركة هذه المنظمات - وخصوصاً الوطنية منها - في إعداد تقارير الدول<sup>(٧٦)</sup>.

## ٦- لجنة حقوق الطفل

وتهدف هذه اللجنة التي أنشئت بمقتضى الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لعام ١٩٨٩ إلى مراقبة مدى تنفيذ الدول الأطراف لما تضمنته هذه الاتفاقية من التزامات. وطبقاً للمادة ٤٥ من الاتفاقية، التي تنص على أنه "لدم تنفيذ الاتفاقية على نحو فعال وتشجيع التعاون الدولي في الميدان الذي تغطيه الاتفاقية: أ- يكون من حق الوكالات المتخصصة ومنظمة الأمم المتحدة للطفولة وغيرها من أجهزة الأمم المتحدة أن تكون ممثلة لدى النظر في تنفيذ ما يدخل في نطاق ولايتها من أحكام هذه الاتفاقية، وللجنة أن تدعو الوكالات المتخصصة ومنظمة الأمم المتحدة للطفولة والهيئات المختصة الأخرى، حسبما تراه ملائماً، لتقديم مشورة خبراءها بشأن تنفيذ الاتفاقية في المجالات التي تدخل في نطاق ولاية كل منها..."، فقد فهمت عبارة "الهيئات المختصة الأخرى" على أنها تشمل المنظمات غير الحكومية الدولية وغير الدولية<sup>(٧٧)</sup>.

(٧٦)

Anna K. Lindblom, note 42 at 402-03.

(٧٧)

Price Cohen, *The United Nations Conventions on the Rights of Child*, pp. 173-184.



وكما ذكر سابقا فإن هذه المنظمة التي تم إنشاؤها عام ١٩١٩ تميزت بما يسمّى بالتكوين الثلاثي، والذي سمح فيه لكيانات أخرى غير الدول بالعضوية الكاملة فيها جنبا إلى جنب مع الدول. وهذه الكيانات القانونية هي اتحاد العمال واتحاد أرباب العمل من كل دولة عضو، وهي منظمات غير حكومية دولية أو غير دولية بحسب نطاق نشاط كل منها على حدة<sup>(٧٨)</sup>.

٨- المحكمة الجنائية الدولية

بعد إقرار النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في ١٧/٧/١٩٩٨، ومصادقة ٦٠ دولة عليه مما أدى إلى دخوله حيز التنفيذ في ١/٦/٢٠٠٢، فقد نصت المادة ١٥ من النظام الأساسي والبند ١٠٤ من قانون إجراءات المحكمة وأدلتها، فإنه يجوز للمدعي العام أن يستقبل (أو يطلب) معلومات من كل المصادر الموثقة التي يراها مناسبة، والتي على ضوءها قد يقرر ضرورة البدء في التحقيق بعد أن يطلب من الدائرة التمهيديّة تفويضه في ذلك<sup>(٧٩)</sup>. وهذا الأمر قد يشمل، بطبيعة الحال، المعلومات التي تقدمها المنظمات الدولية غير الحكومية حول بعض

(٧٨)

Virginia Leary, *The ILO: A Model for Non-State Participation?* In Theo C. Van Boven et. Al. (eds.), *The Legitimacy of the United Nations: Towards an Enhanced Legal Status of Non-State Actors* (Netherlands Institute of Human Rights: Utrecht, 1997).

(٧٩)

See:

- Andrea E.K. Thomas, *Nongovernmental Organizations and the International Criminal Court: Implication of Hobbes' Theories of Human Nature and the Development of Social Institutions for their Evolving Relationship*, 20 *Emory International Law Review* (Spring 2006), at 443.
- Zoe Pearson, *Non-Governmental Organizations and the International Criminal Court: Changing Landscapes of International Law*, 39 *Cornell International Law Journal* (Spring 2006).

انتهاكات حقوق الإنسان التي قد تشكل جرائم دولية تدخل في الاختصاص الموضوعي للمحكمة الجنائية الدولية<sup>(٨٠)</sup>.

ثانياً: حق الادعاء أو تقديم الشكوى أمام أجهزة قضائية أو شبه قضائية

هذا الأمر لا يشمل كذلك الدور غير المباشر الذي قد تقوم به بعض المنظمات الدولية غير الحكومية في تحريك بعض القضايا الدولية كما حصل بالنسبة للرأي الإفتائي لمحكمة العدل الدولية فيما عرف بقضية مشروعية الأسلحة النووية من خلال الضغط على منظمة الصحة العالمية التي تقدمت بطلب الفتوى في ذلك الموضوع<sup>(٨١)</sup>، بل الحديث يركز على أدوار مباشرة

(٨٠) تنص المادة ١٥ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أنه " ... ٢ - يقوم المدعي العام بتحليل جديّة المعلومات المتلقاة وجزأ له، لهذا الغرض، التماس معلومات إضافية من الدول، أو أجهزة الأمم المتحدة، أو المنظمات الحكومية الدولية أو غير الحكومية، أو أية مصادر أخرى موثوق بها يراها ملائمة ..".

للمزيد من التفصيل حول المحكمة الجنائية الدولية، راجع مثلاً:  
- د. أبو الخير أحمد عطية، المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، دار النهضة العربية (القاهرة - ١٩٩٩).

- د. محمود شريف بسوي، المحكمة الجنائية الدولية (نشأتها ونظامها الأساسي)، نادي قضاة مصر (القاهرة - ٢٠٠١).

- د. عبد الفتاح يومي حجازي، المحكمة الجنائية الدولية، دار الفكر الجامعي (الإسكندرية - ٢٠٠٤).

- لندة معمر يشوي، المحكمة الجنائية الدولية الدائمة واختصاصاتها، دار الثقافة للنشر والتوزيع (عمّان - ٢٠٠٨).

وتجدر الإشارة إلى أنه فيما يتعلق بتلقي المعلومات من المنظمات الدولية غير الحكومية فإن هذا ينطبق كذلك على المحكمة الجنائية الخاصة بيوغسلافيا والمحكمة الجنائية الخاصة برواندا، فطبقاً لنص المادة ١٨ من ميثاق الأولى والموجود أيضاً في الثانية، فإنه:

The Prosecutor "shall institute investigations, ex officio or on the bases of information obtained from any source, particularly from governments, United Nations organs, intergovernmental and non-governmental organizations".

(٨١)

For more details on this subjects, see for examples:

- Philippe Sands, International Law, the Practitioner and Non-State Actors, in Chabaka Wickremasinghe (ed.), The International Lawyer as Practitioner (London: The British Institute of International and Comparative Law, 2000), p. 103.

- Rosalyn Higgins, The Reformation in International Law, in Richard Rawlings (ed.), Law, Society, and Economy=

للمنظمات الدولية غير الحكومية تمكثها من الادعاء أو تقديم الشكاوى والمطالبات أمام أجهزة دولية قضائية وشبه قضائية.

#### ١- لجنة القضاء على التمييز العنصري

نصت المادة ١٤ من اتفاقية القضاء على كل أشكال التمييز العنصري لعام ١٩٦٥ على أحقية لجنة مناهضة التمييز العنصري في تلقي ومعالجة بلاغات الأفراد أو مجموعات الأفراد الذين يدعون تعرض حقوقهم المنصوص عليها في هذه الاتفاقية للانتهاك، وهذا بالطبع بعد موافقة الدولة الطرف للجنة على ممارسة هذا الاختصاص من خلال إعلان تقدمه بذلك<sup>(٨٢)</sup>.

وعلى الرغم من عدم إمكان تصور وقوع منظمة غير حكومية كضحية لهذه الجريمة، فإنه من المتصور أن تتقدم هذه المنظمة إلى اللجنة نيابة عن ضحايا التعذيب من الأفراد عندما لا يكون باستطاعة هؤلاء الأفراد تقديم البلاغات بأنفسهم أو عندما تكون هذه المنظمة هي الممثل القانوني لهؤلاء الأفراد<sup>(٨٣)</sup>.

---

=Centenary Essays for London School of Economics and Political Science 1895-1995 (Oxford: Clarendon Press 1997), p. 215.

(٨٢) تنص المادة ١٤ من اتفاقية القضاء على كل أشكال التمييز العنصري لعام ١٩٦٥ على أنه "١- يجوز لكل دولة من الدول الأعضاء أن تعلن في أي وقت اعترافها باختصاص اللجنة في أن تتلقى وتبحث العرائض التي يقدمها لها أفراد وجماعات من الأفراد الخاضعين لولايتها والتي يدعون فيها أنهم من ضحايا انتهاك تلك الدولة لأي حق من الحقوق المنصوص عليها في هذه الاتفاقية، ولا يجوز للجنة أن تتلقى أية عريضة من أية دولة لم تعلن ذلك الاعتراف من جانبها...".

(٨٣) جدير بالذكر أن اللجنة كانت قد نظرت بالفعل بلاغين تم تقديمهما من منظمات غير حكومية، البلاغ الأول رقم ٢٠٠٢/٢٢ قد تم تقديمه من منظمة (POEM)، وهي منظمة غير حكومية ديمقراطية تعنى بالأقليات العرقية ومنظمة (FASM) وهي منظمة ديمقراطية أيضاً تعنى بالطلبة المسلمين، والسبب في هذا البلاغ أو العريضة هو قيام أحد قادة الأحزاب السياسية في الدانمرك بإطلاق تصريحات علنية معادية للإسلام، وذلك بالمخالفة لنصوص الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز العنصري لعام ١٩٦٥، ومع ذلك قررت اللجنة عدم قبول هذه العرائض لأن المنظمات التي قدمت البلاغ لم باستفاد طرق التناضحي الداخلية في الدانمرك على نحو ما هو مقرر في المادة ١٤ (٧) من الاتفاقية، والتي نصت على أنه "تدرس اللجنة=

على الرغم من أن المادة ٢٢ (١) من اتفاقية حظر التعذيب لعام ١٩٨٤ قد قصرت حق تقديم البلاغات أمام لجنة مناهضة التعذيب على الأفراد<sup>(٨٤)</sup>، فإن البند ١٠٧ (ب) من قانون إجراءات اللجنة تنص - وبشكل صريح - على أنه من حق اللجنة تلقي بلاغات من المنظمات غير الحكومية نيابة عن الأفراد، إذا تبين لها أن الأفراد غير قادرين على القيام بذلك بأنفسهم<sup>(٨٥)</sup>.

=العرائض في ضوء المعلومات المقدمة لها من الدولة الطرف المعنية ومن مقدم العريضة، ولا تنظر اللجنة في أية عريضة ما لم يثبت لديها أن مقدم العريضة قد استفد كافة طرق التظلم المقررة في تلك الدولة ..

(POEM and FASM v. Denmark, CERD/C/22/2002, 15 April 2003).

أما البلاغ الثاني رقم ٢٨/٢٠٠٣ فقد تم تقديمه أيضا بواسطة منظمة ديمقراطية غير حكومية (DRC) وهي مركز توثيق واستشارات ضد ممارسات التمييز العنصري، وتدور وقائع هذا البلاغ حول إعلان توظيف قامت به إحدى الشركات الدانمركية واشترطت فيه أن يكون المتقدم للوظيفة من أصول دانمركية، مما اعتبرته (DRC) ينطوي على تمييز عنصري ضد كل من ينتمي للعرقيات الأخرى. المهم أن اللجنة في قرارها لم تستبعد إمكانية قيام مجموعة من الأفراد، والتي تمثل مصالح جماعات عرقية أو أقليات، بتقديم البلاغات أو العرائض بشكل فردي نيابة عنهم بشرط أن تثبت أنها (أي المجموعة أو أحد المنتمين إليها) قد وقعت ضحية انتهاك نصوص الاتفاقية وأنها مفوضة بذلك. ومع ذلك قررت اللجنة عدم القبول لأن (DRC) لم تثبت أن أحد أعضائها أو أي فرد آخر من عرقية غير ديمقراطية قد تقدم بالفعل لشغل هذه الوظيفة أو أن له حتى مصلحة في شغلها.

(DRC v. Denmark, CERD/C/63/D/28?2003, 26 August 2003).

Anna K. Lindblom, note 42 at 231-234.

(٨٤) تنص المادة ٢٢ (١) من اتفاقية حظر التعذيب لعام ١٩٨٤ على أنه "يجوز لأية دولة طرف في هذه الاتفاقية أن تعلن في أي وقت أنها تعترف بمقتضى هذه المادة باختصاص اللجنة في تسلم ودراسة بلاغات واردة من أفراد أو نيابة عن أفراد يخضعون لولايتها القانونية ويدعون أنهم ضحايا لانتهاك دولة طرف أحكام الاتفاقية، ولا يجوز للجنة أن تسلم أي بلاغ إذا كان يتصل بدولة طرف في الاتفاقية لم تصدر مثل هذا الإعلان".

(٨٥) تشير الإحصاءات الرسمية إلى أنه حتى ٢٠٠٤/٨ أصدرت اللجنة ١٣٤ قرارا في البلاغات المقدمة إليها، منها بلاغان تم تقديمهما من منظمات غير حكومية، و١٢ منها قال الضحية فيها - وبشكل صريح - إنه تمت الاستعانة بمنظمات غير حكومية بصفة مستشار..

حول آليات عمل لجنة مناهضة التعذيب وإجراءات تقديم الشكاوى أمامها، راجع على سبيل المثال:

### ٣- لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة

طبقا للبروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية القضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة، والذي دخل حيز التنفيذ في عام ١٩٩٩<sup>(٨٦)</sup>، فإنه يمكن تقديم البلاغات بواسطة (أو نيابة عن) الأفراد أو مجموعات من الأفراد الذين يقعون ضحية انتهاك للحقوق المنصوص عليها في الاتفاقية، وهذا من شأنه أن يفتح المجال كذلك أمام المنظمات غير الحكومية لتقديم البلاغات نيابة عن الأفراد<sup>(٨٧)</sup>.

### ٤- منظمة العمل الدولية

قامت منظمة العمل الدولية بتبني ما لا يقل عن ١٨٠ اتفاقية دولية في مجال قانون العمل، بعضها تعلق بحق العمال وأرباب العمل في التنظيم من خلال إنشاء الجمعيات والنقابات والاتحادات<sup>(٨٨)</sup>. المهم أن طرق الرقابة الدولية لمنظمة العمل الدولية على مدى احترام الدول الأطراف في هذه الاتفاقيات الدولية بما تضمنته من حقوق للعمال وأرباب العمل جاءت على صورتين:

= - د. محمد أمين الميداني، الآليات الدولية لحماية حقوق الإنسان، مقالة منشورة بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية (جامعة بني سويف - ١/١٩٩٤)، ص ٣٥ وما بعدها.

- د. نبيل مصطفى إبراهيم خليل، آليات الحماية الدولية لحقوق الإنسان، دار النهضة العربية (القاهرة - ٢٠٠٥)، ص ٧٣١ - ٧٦٩.  
(٨٦) دخل هذا البروتوكول حيز التنفيذ في ٢٢/١٢/٢٠٠٠، وبلغ عدد الدول المصادقة عليه ١٠٤ دول.

(٨٧) نصت المادة ٢ من البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية القضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة على أنه يجوز تقديم البلاغات من قبل الأفراد أو مجموعات الأفراد، والتي يزعمون فيها أنهم ضحايا لانتهاك أي من الحقوق الواردة في الاتفاقية على يدي تلك الدولة الطرف، وحيث يقدم التبليغ نيابة عن أفراد أو مجموعات من الأفراد، فيجب أن يتم ذلك بموافقتهم، إلا إذا أمكن لكاتب التبليغ تبرير عمله نيابة عنهم من دون مثل هذه الموافقة.

(٨٨) الاتفاقية رقم ٨٧ الخاصة بالحرية النقابية وحماية حق التنظيم، حيث جاء في المادة ٣ منها أنه:

١- لمنظمات العمال ومنظمات أصحاب العمل الحق في وضع دساتيرها ولوائحها الإدارية، وفي انتخاب ممثلها بحرية كاملة، وفي تنظيم إدارتها ونشاطها، وفي إعداد برامج عملها.

٢- تمتنع السلطات العامة عن أي تدخل من شأنه أن يقيد هذا الحق أو يعوق ممارسته المشروعة.

الصورة الأولى: وتمثل في قيام الدول الأطراف بإرسال تقارير دورية إلى المنظمة حول تنفيذها لالتزاماتها الدولية ذات الصلة، حيث تقوم المنظمة بفحصها<sup>(٨٩)</sup>.

الصورة الثانية: وتمثل في تقديم المطالبات Representation عند وقوع المخالفات، وهنا توجد ثلاث وسائل، اثنان منها، وهذا هو المهم بالنسبة لنا، تتعلق بمنظمات أو اتحادات العمال وأرباب العمل. ففيما يتعلق بالوسيلة الأولى فإنه طبقا للمادة ٢٤ من دستور منظمة العمل الدولية يمكن لاتحادات العمال أو أرباب العمل تقديم المطالبات إلى المنظمة عند عدم قيام دولة طرف باحترام التزاماتها الدولية الواردة في اتفاقيات العمل الدولي<sup>(٩٠)</sup>.

(٨٩) تنص المادة ٢٢ من دستور منظمة العمل الدولية على أنه: "يتعهد كل عضو بتقديم تقرير سنوي إلى مكتب العمل الدولي عن التدابير التي اتخذها من أجل إنفاذ أحكام الاتفاقيات التي يكون طرفا فيها. ويتم إعداد هذه التقارير بالشكل الذي يحدده مجلس الإدارة، متضمنة أيضا ما يطلبه من بيانات".

(٩٠) تنص المادة ٢٤ من دستور منظمة العمل الدولية على أنه: "إذا حدث أن قدمت إحدى منظمات أصحاب العمل أو العمال المهنية إلى مكتب العمل الدولي أية دعوى بأن عضوا ما قد قصر على أي نحو عن تأمين التقيد الفعلي في نطاق ولايته بأية اتفاقية هو عضو فيها، كان لمجلس الإدارة أن يحيل هذه الدعوى إلى الحكومة محل الدعوى، وله أن يدعو الحكومة المذكورة إلى تقديم الرد الذي تراه مناسباً بشأن الموضوع".

- وتنص المادة ٢٦ من دستور منظمة العمل الدولية على أنه:
- ١- لكل من الأعضاء حق إيداع مكتب العمل الدولي شكوى ضد أي عضو آخر إذا كان من رأيه أن هذا الأخير لا يقوم بتأمين التقيد الفعلي بأية اتفاقية صدقها كلاهما طبقاً لأحكام المواد السابقة.
  - ٢- لمجلس الإدارة إذا رأى ذلك مناسباً، وقبل إحالة الشكوى المذكورة إلى لجنة تحقيق وفقاً للمنهج المنصوص عليه أدناه، أن يتصل بالحكومة المشكوك منها على النحو الموصوف في المادة ٢٤.
  - ٣- إذا لم ير مجلس الإدارة ضرورة لإبلاغ الشكوى إلى الحكومة المشكوك منها، أو إذا أبلغها هذه الشكوى ثم لم يصله منها خلال مهلة معقولة أي رد يعتبره مقنعاً، كان للمجلس أن يشكل لجنة تحقيق لدراسة الشكوى وتقديم تقرير بشأنها.
  - ٤- لمجلس الإدارة أن يأخذ بهذا النهج نفسه إما من تلقاء ذاته وإما بناء على شكوى يتلقاها من أحد المتدوين في المؤتمر.
  - ٥- حين تطرح على مجلس الإدارة مسألة نشأت عن تطبيق المادة ٢٥ أو المادة ٢٦، يكون من حق الحكومة المعنية، إذا لم تكن ممثلة سلفاً فيه، أن توفد ممثلاً للاشتراك في مداورات المجلس أثناء نظره في المسألة. ويتم إخطار الحكومة المعنية بالموعد الذي ستناقش فيه المسألة قبل ذلك الموعد بمهلة كافية.

أما الوسيلة الثانية فتمثل في إعطاء هذه التنظيمات (أي اتحادات العمال وأرباب العمل) الحق في تقديم الشكاوى أمام لجنة حرية التنظيم ذات التكوين الثلاثي التي تم إنشاؤها عام ١٩٥١، حيث تقوم هذه اللجنة بفحص الشكاوى وتقديم توصيتها بهذا الخصوص<sup>(٩١)</sup>.

#### ٥. منظمة اليونسكو

في عام ١٩٧٨ قام مجلس إدارة منظمة اليونسكو بوضع لوائح فحص البلاغات وإجراءاته المتعلقة بانتهاكات حقوق الإنسان التي تدخل في نطاق اختصاص المنظمة، كالحق في التعليم والحق في الإعلام وحرية الرأي والتعبير وحرية الاعتقاد والضمير والدين والحق في التجمع والتنظيم لأنشطة تتعلق بأهداف هذه المنظمة. وهذه البلاغات لا تتعلق باتفاقية دولية محددة، ومع ذلك فقد تم استخدام الإعلان العالمي لحقوق الإنسان كمعيار لتحديد نطاق هذه المنظمة بالنسبة لبعض الحقوق<sup>(٩٢)</sup>.

المهم أن هذه البلاغات يمكن تقديمها بوساطة الأفراد أو مجموعات من الأفراد أو المنظمات غير الحكومية، ومقدم البلاغ قد يكون هو نفسه ضحية هذا الانتهاك أو شخص آخر أو منظمة لديها معلومات حقيقية حول هذا الانتهاك<sup>(٩٣)</sup>.

#### ٦. المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان

طبقاً لنص المادة ٢٥ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية لعام ١٩٥٠، فإن للمنظمات غير الحكومية الحق في تقديم المطالبات إلى اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان، والتي تدعي من خلالها أنها وقعت ضحية لانتهاك حق من الحقوق المنصوص عليها في الاتفاقية<sup>(٩٤)</sup>.

(٩١)

ILO Law on Freedom of Association: Standards and Procedures, Geneva: International Labor Office, 1995, p. 125.

(٩٢)

104 EX/Decision 3.3, Study of the Procedures Which Should Be Followed in the Examination of Cases and Questions, Executive Board 104th session, 24 April – 9 June 1978, para. 14 (aiii).

Ibid.

(٩٣)

(٩٤) تنص المادة ٢٥ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية على أنه =:

ووضع المنظمات غير الحكومية كمدعية أمام المحكمة قد تطور بصورة أكبر بعد صدور البروتوكول رقم ٩ الملحق بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية عام ١٩٩١<sup>(٩٥)</sup>، والذي بمقتضاه تم السماح للمنظمات

١- يجوز للجنة أن تتلقى الشكاوى المرسلة إلى السكرتير العام لمجلس أوروبا من أي شخص، أو من المنظمات غير الحكومية، أو من مجموعات الأفراد بأنهم ضحايا انتهاك للحقوق الموضحة بهذه المعاهدة من جانب أحد الأطراف السامية المتعاقدة، بشرط أن يكون هذا الطرف السامي المتعاقد الذي قدمت ضده الشكاوى قد سبق أن أعلن اعترافه باختصاص اللجنة في تلقي هذه الشكاوى. وتتعهد الأطراف السامية المتعاقدة التي قامت بهذا الإعلان ألا تعوق بأي حال من الأحوال الممارسة الفعالة لهذا الحق.

٢- يجوز أن يتم الإعلان المذكور محددًا بمدة معينة.

٣- تودع هذه الإعلانات لدى السكرتير العام لمجلس أوروبا الذي يقوم بإرسال نسخ منها إلى الأطراف السامية المتعاقدة وينشرها.

٤- تباشر اللجنة السلطات المخولة لها في هذه المادة بعد أن يتم ارتباط ستة أطراف سامية متعاقدة على الأقل بهذه الإعلانات وفقا للفقرات السابقة.

حول عمل هذه اللجنة ودورها في السابق في حماية الحقوق والحرريات المنصوص عليها في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وحرياته، انظر:

د. عز الدين فودة، اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان ودورها في تفسير وحماية الحقوق والحرريات الأساسية للأفراد والجماعات، الهيئة المصرية العامة للكتاب (١٩٩١).

(٩٥) دخل هذا البروتوكول حيز التنفيذ في ١٠/١/١٩٩٤، وجاء في المادة ٥ منه أنه "تقرأ المادة (٤٨) من الاتفاقية كما يلي:

١- يجوز للجهات التالية أن تحيل قضية ما إلى المحكمة بشرط أن يخضع الطرف المتعاقد الأصلي المعني - إذا كان هناك طرف واحد فقط - أو الأطراف المتعاقدون الأصليون المعنيون - إذا كان هناك أكثر من طرف - للاختصاص الإجباري للمحكمة أو - عند الفشل في ذلك - بموافقة الطرف المتعاقد الأصلي المعني - إذا كان هناك طرف واحد فقط - أو موافقة الأطراف المتعاقدين الأصليين المعنيين إذا كان هناك أكثر من طرف:

(أ) اللجنة،

(ب) طرف متعاقد أصلي وكان هناك زعم بأن مواطنه ضحية،

(ج) طرف متعاقد أصلي أحال القضية إلى اللجنة،

(د) طرف متعاقد أصلي رفعت ضده الشكاوى،

(هـ) الشخص أو المنظمة غير الحكومية أو مجموعة الأفراد الذين رفعوا الشكاوى

لدى اللجنة.

٣- إذا أحيلت قضية ما إلى المحكمة فقط طبقاً للفقرة (١ - ٢) - تقدم أولاً إلى هيئة من المستشارين تتكون من ثلاثة من أعضاء المحكمة، ويحتل مقعده بصفته عضواً بحكم منصبه في الهيئة القاضي المنتخب الذي يتسبب للعضو المتعاقد الأساسي الذي رفعت ضده الشكاوى، أو إذا لم يكن هناك قاضٍ يحتل مكانه شخص بصفة القاضي من اختياره، وإذا رفعت الشكاوى ضد أكثر من طرف متعاقد أساسي يزداد حجم اللجنة تبعاً لذلك، وإذا كانت القضية لا تثير مسألة خطيرة تؤثر على تفسير أو تطبيق الاتفاقية ولا تثير لأي سبب آخر أن تقوم المحكمة بنظرها يجوز للهيئة - بالتصويت =



غير الحكومية - في بعض الحالات - بإحالة الدعاوى مباشرة إلى المحكمة الأوروبية حتى دون موافقة اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان، بل إنه بعد دخول البروتوكول رقم ١١ حيز التنفيذ في ١١/١/١٩٩٨<sup>(٩٦)</sup>، والذي بمقتضاه تم إنشاء محكمة أوروبية وحيدة بعد إلغاء لجنة حقوق الإنسان ودمجها في المحكمة، أصبح باستطاعة المنظمات غير الحكومية اللجوء مباشرة إلى المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان<sup>(٩٧)</sup>.

### الفرع الثالث

#### دورها في مجال القانون الدولي الإنساني

في البداية ينبغي التأكيد على أن ما ذكر سابقا حول دور المنظمات غير الحكومية (الدولية أو غير الدولية) في مجال القانون الدولي لحقوق الإنسان قد ينطبق هنا أيضا، فمثلا ما يتعلق بعلاقة المنظمات غير الحكومية بالمحكمة الجنائية الدولية قد يتعلق بالقانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون

---

= بالإجماع - أن تقرر ألا تقوم المحكمة بنظرها. وفي تلك الحالة - تقرر لجنة الوزراء طبقا لأحكام المادة (٣٢) - إن كان هناك انتهاك للاتفاقية".

(٩٦) دخل هذا البروتوكول حيز التنفيذ في ١١/١/١٩٩٨.

(٩٧) نصت المادة ٣٤ من البروتوكول على أنه "يجوز للمحكمة أن تتلقى طلبات من أي شخص، أو منظمة حكومية، أو مجموعة من الأفراد تزعم بأنها ضحية انتهاك من قبل أحد الأطراف المتعاقدين الأساسيين للحقوق المذكورة في الاتفاقية أو البروتوكولات الخاصة بها، ويتعهد الأطراف المتعاقدون الأساسيون بعدم إعاقة الممارسة الفعالة لهذا الحق بأي حال".

Steve Charnovitz, *Nongovernmental Organizations and International Law*, note 16 at 354.

حول الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وحرياته بشكل عام، انظر مثلا:

- د. إبراهيم محمد العناني، دراسة حول الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان، موسوعة حقوق الإنسان، المجلد الثاني، دار العلم للملايين (بيروت - ١٩٨٩).
- د. محمود شريف بسيوني، د. محمد السعيد الدقاق، ود. عبد العظيم وزير، حقوق الإنسان، موسوعة حقوق الإنسان، المجلد الثاني، دار العلم للملايين (بيروت - ١٩٨٩).

جدير بالذكر أيضا أنه في النظام الأمريكي (الإقليمي بين الدول الأمريكية) لحقوق الإنسان، فإنه، طبقا للمادة ٤٤ من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام ١٩٦٩، يسمح للمنظمات غير الحكومية بتقديم الشكاوى للجنة (اللجنة الأمريكية لحقوق الإنسان) حول انتهاك الدول الأطراف للاتفاقية، حيث جاء فيها أنه يحق لأي شخص أو جماعة أو أية هيئة غير حكومية معترف بها قانونا في دولة أو أكثر من الدول الأعضاء في المنظمة، أن ترفع إلى اللجنة عرائض تتضمن شجبا أو شكاوى ضد أي خرق لهذه الاتفاقية من قبل دولة طرف".

الدولي الإنساني لأن الجرائم التي تختص بها هذه المحكمة قد تقع وقت السلم (مثال جريمة الإبادة الجماعية) وقد تقع وقت النزاع المسلح (مثال جرائم الحرب)، لذا سوف نكتفي بخصوصها بما سبق بيانه تجنباً للتكرار.

كما لن يتم الحديث عن الجهود التي تبذلها المنظمات الدولية غير الحكومية في سبيل التوصل إلى بعض الاتفاقيات الدولية في مجال القانون

الدولي الإنساني<sup>(٩٨)</sup>، بل سوف يركز البيان على نصوص صريحة تضمنتها اتفاقيات دولية تحدثت فيها عن دور واضح أو محتمل للمنظمات الدولية غير الحكومية في مجال القانون الدولي الإنساني، وذلك على النحو التالي:

- المادة ٣ المشتركة في اتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩، والتي جاء فيها أنه "في حالة قيام نزاع مسلح ليس له طابع دولي في أراضي أحد الأطراف السامية المتعاقدة يلتزم كل طرف في النزاع بأن يطبق كحد أدنى الأحكام التالية:

(١) الأشخاص الذين يشتركون مباشرة في الأعمال العدائية، بمن فيهم أفراد القوات المسلحة الذين ألقوا عنهم أسلحتهم، والأشخاص العاجزين عن القتال بسبب المرض أو الجرح أو الاحتجاز أو لأي سبب آخر .... ويجوز لهيئة إنسانية غير متحيزة، كاللجنة الدولية للصليب الأحمر، أن تعرض خدماتها على أطراف النزاع ...".

- المواد من ٨ - ١٠ المشتركة في اتفاقيات جنيف الثلاث الأولى لعام ١٩٤٩، بعد أن عرّفت المادة ٨ دور الدولة الحامية "التي تكلف برعاية مصالح أطراف النزاع"، ذكرت المادة ٩ أن أحكام هذه الاتفاقية يجب أن لا تكون "عقبة في سبيل الأنشطة الإنسانية التي يمكن أن تقوم بها اللجنة الدولية للصليب الأحمر أو أية هيئة إنسانية أخرى غير

---

(٩٨) فمثلاً تعترف اتفاقية حظر استعمال وتخزين وإنتاج ونقل الألغام المضادة للأفراد وتدمير تلك الألغام لعام ١٩٩٧ بالجهود التي بذلتها المنظمات الدولية غير الحكومية في سبيل التوصل إلى هذه الاتفاقية، فتقول في ديباجتها: وإذ تؤكد دور الوعي العام في تعزيز مبادئ الإنسانية على نحو ما يتجلى في الدعوة إلى حظر تام للألغام المضادة للأفراد وتقر بالجهود التي تضطلع بها لهذه الغاية الحركة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر، والحملة الدولية لحظر الألغام البرية والعديد من المنظمات غير الحكومية الأخرى في كافة أنحاء العالم.

متحيزة". وأخيرا جاء في المادة ١٠ أنه يمكن لأطراف النزاع أن يعهدوا بمهام الدولة الحامية إلى اللجنة الدولية للصليب الأحمر أو أي "هيئة تتوافر فيها كل ضمانات الحيطة والكفاءة"<sup>(٩٩)</sup>.

- المادة ٢٣ من اتفاقية جنيف الأولى لتحسين حال الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة في الميدان لعام ١٩٤٩ ، والتي جاء فيها أنه "يجوز للأطراف السامية المتعاقدة في وقت السلم ، ولأطراف النزاع بعد نشوب الأعمال العدائية ، أن تنشئ في أراضيها ، أو في الأراضي المحتلة إذا دعت الحاجة ، مناطق ومواقع استشفاء منظمة ... والدول الحامية واللجنة الدولية للصليب الأحمر مدعوة إلى تقديم مساعيها الحميدة لتسهيل إنشاء مناطق ومواقع الاستشفاء والاعتراف بها.

- المادة ١٢٣ من اتفاقية جنيف الثالثة بشأن معاملة أسرى الحرب لعام ١٩٤٩ ، والتي جاء فيها أنه "تنشأ في بلد محايد وكالة مركزية للاستعلامات بشأن أسرى الحرب ، وتقتصر اللجنة الدولية للصليب الأحمر على الدولة المعنية ، إذا رأت ضرورة لذلك ، تنظيم مثل هذه الوكالة .."

- المادتان ١٤ و ١٥ في اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب لعام ١٩٤٩ ، حيث جاء في المادة ١٤ أنه "يجوز للأطراف السامية المتعاقدة في وقت السلم ، ولأطراف النزاع بعد نشوب الأعمال العدائية ، أن تنشئ في أراضيها ، أو في الأراضي المحتلة إذا دعت الحاجة ، مناطق ومواقع استشفاء منظمة ... والدول الحامية واللجنة الدولية للصليب الأحمر مدعوة إلى تقديم مساعيها الحميدة لتسهيل إنشاء مناطق ومواقع الاستشفاء والاعتراف بها. أما المادة ١٥ فقد نصت على أنه "يجوز لأي طرف في النزاع ، أن يقترح على الطرف

---

(٩٩) جدير بالإشارة أن ذات النصوص موجودة في اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب لعام ١٩٤٩ ، وهي المواد من ٩ إلى ١١ .  
حول وظيفة الدولة الحامية انظر:

Hilave Mccoubrey, *International Humanitarian Law* 40-41 (1990).

المعادي، إما مباشرة أو عن طريق دول محايدة أو هيئة إنسانية، إنشاء مناطق محايدة في الأقاليم التي يجري فيها القتال بقصد حماية الأشخاص المذكورين أدناه من أخطار القتال ...".

- المادة ٦٠ من البروتوكول الأول الإضافي إلى اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ المتعلق بحماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة لعام ١٩٧٧، التي نظمت المناطق منزوعة السلاح، حيث جاء فيها أنه "١- يحظر على أطراف النزاع مد عملياتهم العسكرية إلى مناطق تكون قد اتفقت على إسباغ وضع المنطقة منزوعة السلاح عليها إذا كان هذا المد منافيا لأحكام هذا الاتفاق. ٢- يكون هذا الاتفاق صريحا، ويجوز عقده شفاهة أو كتابة، مباشرة أو عن طريق دولة حامية أو أية منظمة إنسانية محايدة ...".

- المادة ٦ من اتفاقية حظر استعمال وتخزين وإنتاج ونقل الألغام المضادة للأفراد، وتدمير تلك الألغام لعام ١٩٩٧، والتي جاءت بعنوان "التعاون والمساعدة الدوليان"، حيث نصت على أن "٣- تقوم كل دولة طرف تكون في وضع يتيح لها تقديم المساعدة بتوفيرها من أجل رعاية تأهيل ضحايا الألغام وإعادة إدماجهم الاجتماعي والاقتصادي ومن أجل برامج للتوعية بمخاطر الألغام، ويجوز تقديم هذه المساعدة من خلال جهات شتى منها منظمة الأمم المتحدة، والمنظمات أو المؤسسات الدولية أو الإقليمية أو الوطنية، ولجنة الصليب الأحمر الدولية، وجمعيات الصليب الأحمر والهلال الأحمر الوطنية واتحادها الدولي، والمنظمات غير الحكومية، أو على أي أساس ثنائي. ٤- تقوم كل دولة طرف تكون في وضع يتيح لها تقديم المساعدة بتوفيرها من أجل إزالة الألغام والأنشطة المتصلة بذلك، ويجوز تقديم تلك المساعدة، من خلال جهات شتى منها منظمة الأمم المتحدة، والمنظمات أو المؤسسات الدولية أو الإقليمية، والمنظمات أو المؤسسات غير الحكومية .... ٥- .... يجوز للدول الأطراف أن تطلب من الأمم المتحدة، أو المنظمات الإقليمية، أو

الدول الأطراف الأخرى أو المحافل الحكومية الدولية أو غير الحكومية المختصة الأخرى، مساعدة سلطاتها الوطنية في وضع برنامج وطني لإزالة الألغام ...".

رأينا فيما سبق كيف تقوم المنظمات الدولية غير الحكومية بأدوار مهمة وحاسمة في أهم مجالات القانون الدولي، وكيف أن هذه الأدوار تتدرج من مجرد التعاون والتشاور إلى حد السماح لها بالادعاء وتقديم الشكاوى مباشرة أمام بعض اللجان والمنظمات الدولية، وهذا يعد تطوراً مهماً يواكب التطور الذي تشهده قواعد القانون الدولي العام في علاقتها بالأفراد خلال السنوات القليلة الماضية.

### المطلب الرابع

#### الشخصية القانونية الدولية للمنظمات الدولية غير الحكومية

بعد الحديث عن الأدوار المختلفة التي تقوم بها المنظمات الدولية غير الحكومية على مستوى الأجهزة واللجان والمنظمات الدولية الحكومية أو على مستوى الاتفاقيات الدولية، دون إغفال لدورها في ظهور العديد من الاتفاقيات الدولية أو القرارات الدولية أو دورها في متابعة تنفيذ قواعد القانون الدولي واحترامها، نأتي إلى سؤال مهم وهو: هل تتمتع المنظمات الدولية غير الحكومية بالشخصية القانونية الدولية؟ أو بعبارة أخرى، هل هي شخص من أشخاص القانون الدولي العام؟

وينبغي التأكيد في البداية على أنه لا يوجد إجماع فقهي حول الشروط الواجب توافرها في الكيان المعني للقول بتمتعه بالشخصية القانونية الدولية أو في اعتباره شخصاً من أشخاص القانون الدولي العام<sup>(١٠٠)</sup>. غير أن ذلك لم يمنع البعض من التحدث عن عناصر ضرورية يجب توافرها في الشخصية القانونية الدولية، وهي كالتالي:

- صلاحية تقديم المطالبة القضائية الدولية عند انتهاك قواعد القانون الدولي.

- القدرة على إبرام المعاهدات والاتفاقيات الدولية.
  - التمتع بالحصانات والامتيازات في الدول.
  - القدرة على خلق قواعد القانون الدولي العرفية<sup>(١٠١)</sup>.
- ولا شك في أن الدول هي الشخص التقليدي من أشخاص القانون الدولي الذي يتمتع بشخصية قانونية دولية كاملة، ويضاف إليها المنظمات الدولية الحكومية والتي تتمتع بشخصية قانونية دولية وظيفية تمكنها من القيام بالمهام التي أوكلتها الدول إليها، بما في ذلك إبرام المعاهدات الدولية والتمتع بالحصانات والامتيازات والقدرة على خلق قواعد العرف الدولي والتقدم بالمطالبات القضائية الدولية ضد الدول المسئولة عما لحق بموظفيها من أضرار في أثناء تأديتهم لوظائفهم الدولية، كما جاء في الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية فيما عرف بقضية تعويضات الأمم المتحدة لعام ١٩٤٩، وفيه أعلنت محكمة العدل الدولية عبر رأيها الاستشاري أن "أشخاص القانون في أي نظام قانوني ليسوا - بحكم الضرورة - متطابقين في الطبيعة أو في مدى الحقوق ... وتتمتع منظمة الأمم المتحدة بالشخصية القانونية أمر ضروري لتحقيق أهداف ومبادئ الميثاق"<sup>(١٠٢)</sup>.

كما يعترف الفقه الدولي بالشخصية القانونية الدولية الخاصة لبعض الكيانات الأخرى كالثوار المحاربين وحكومات المنفى وحركات التحرر

(١٠١)

Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th edn. (London: Routledge, 1997), p. 91.

(١٠٢)

(Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations case (1949), ICJ Rep., 1949, p. 179)

حول الشخصية القانونية للمنظمات الدولية راجع مثلا:

- د. إبراهيم مصطفى مكارم، الشخصية القانونية للمنظمات الدولية، دار النهضة العربية (القاهرة، ١٩٧٥ - ١٩٧٦).
- د. مصطفى أحمد فؤاد، المنظمات الدولية (النظرية العامة)، دار الجامعة الجديدة للنشر (الإسكندرية - ١٩٩٨)، ص ٩٤ - ١٠٦.
- د. محمد سامي عبد الحميد، ود. محمد السعيد الدقاق، التنظيم الدولي، دار المطبوعات الجامعية (الإسكندرية - ٢٠٠٢)، ص ٢٦٦ - ٢٨٢.

الوطنية<sup>(١٠٣)</sup>، حيث يعترف لها بالحق في القيام ببعض التصرفات الدولية التي تستلزم تمتعها بالشخصية القانونية الدولية وفق ضوابط وشروط محددة<sup>(١٠٤)</sup>.

أما بالنسبة للمنظمات الدولية غير الحكومية فهناك أيضا من الفقه الدولي من يعترف للبعض منها دون غيرها بالشخصية القانونية الدولية الخاصة، وهذه المنظمات الدولية غير الحكومية هي منظمة سانت جون (منظمة فرسان مالطة - The Order of Malta)<sup>(١٠٥)</sup> ومنظمة الصليب الأحمر<sup>(١٠٦)</sup>.

- (١٠٣) حول الثوار حركات التحرر الوطنية، انظر على سبيل المثال:
- د. سهيل حسين الفتلاوي، ود. غالب عواد حوامدة، القانون الدولي العام (الجزء الأول: مبادئ القانون الدولي العام)، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع (عمان - ٢٠٠٧)، ص ٢٦٥ - ٢٦٨.
  - د. محسن افكيرين، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية (القاهرة - ٢٠١١)، ص ٤١٥ - ٤١٧.
- (١٠٤)

Martin A. Olz, note 24 at 321.

(١٠٥) أنشأت هذه المنظمة عام ١٠٩٩، وبدأت في تقديم الإرشاد الديني والمساعدة الطبية للحجاج المسيحيين وللصليبيين، وفي عام ١٨٣٤ جعلت هذه المنظمة مقرها الرئيس في روما كمنظمة إنسانية وما زالت هناك حتى هذه اللحظة. ولها ١٢ فارسا وفارسة وأكثر من مليون عضو، ولها نشاط طبي في أكثر من ٢٠٠ مستشفى أو مركز طبي. ومن جهة أخرى، وعلى الرغم من عدم تمتع هذه المنظمة بإقليم خاص بها، فإن لها علاقات دبلوماسية مع ما يقارب ٦٠ دولة، ومفوضية في ٥ دول، كما أنها تقوم بإصدار جوازات دبلوماسية خاصة بها. المهم أنه على المستوى الدولي، قامت الجمعية العامة للأمم المتحدة عام ١٩٩٤ بإصدار القرار رقم (٢٦٥/٤٨)، والذي بمقتضاه تم منح منظمة فرسان مالطة العسكرية المستقلة مركز المراقب لدى الجمعية العامة، وفيه تقول الجمعية العامة إنها "إذ تضع في اعتبارها تفاني منظمة فرسان مالطة العسكرية المستقلة في تقديم المساعدة الإنسانية منذ وقت طويل، والدور الذي تقوم به في العلاقات الإنسانية الدولية"، فإنها "تقرر دعوة منظمة فرسان مالطة العسكرية المستقلة إلى الاشتراك في دورات الجمعية وأعمالها بصفة مراقب". قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٢٦٥/٤٨ بشأن منح منظمة فرسان مالطة العسكرية المستقلة مركز المراقب لدى الجمعية العامة، الجلسة العامة ١٠٣، ١٩٩٤/٨/٢٤.

(١٠٦) إضافة إلى ما سبق ذكره حول دور اللجنة الدولية للصليب الأحمر في مجال القانون الدولي الإنساني كما جاء في اتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩، فقد قررت المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا أن للجنة الدولية للصليب الأحمر وضعاً ليس فقط باتفاقيات جنيف، ولكن أيضا في القانون الدولي العرفي. =

والحقيقة أن القبول يتمتع بعض المنظمات الدولية غير الحكومية بالشخصية القانونية الدولية، وإن كانت خاصة، هو تطور إيجابي في الفقه الدولي. فما ينطبق مثلا على منظمة الصليب الأحمر، والتي بسبب دورها في حماية ضحايا النزاعات المسلحة قد اعترف لها بالشخصية القانونية الدولية الخاصة التي مكنتها من مخاطبة الدول والمنظمات الدولية الحكومية وإبرام الاتفاقيات الدولية ومنح العاملين فيها الحصانات اللازمة لعملهم، قد ينطبق على غيرها من المنظمات الدولية غير الحكومية بحسب أهمية نشاط هذه المنظمة ودورها على المستوى الدولي. لذلك فإنه من المتوقع أن تشهد قواعد القانون الدولي تطورا في المستقبل تسمح بمقتضاها بالاعتراف لمنظمات دولية غير حكومية، وفقا لضوابط معينة، بالشخصية القانونية الدولية الخاصة تمكنها من القيام بأمر لا تستطيع القيام بها في الوقت، ومنها مثلا المساهمة في خلق قواعد القانون الدولي الاتفاقية منها والعرفية.

### الخاتمة

رأينا فيما سبق كيف أن للمنظمات الدولية غير الحكومية شبكة واسعة من العلاقات الدولية مع الدول والمنظمات الدولية الحكومية، وكيف أن الأخيرة قد حرصت على وضع آليات واضحة للتعاون والتشاور معها مدركة بذلك أهمية الدور الذي تضطلع به هذه الكيانات، بسبب ما تتمتع به من قدر كبير من المرونة وسرعة العمل والاستقلال والتخصص على خلاف الحال بالنسبة لما يجري عليه العمل في المنظمات

---

=(Prosecutor v. Simic et al., Decision on the prosecution motion under rule 73 for a ruling concerning the testimony of witness, 27 July 1999).

وفي السابق كانت الجمعية العامة للأمم المتحدة قد قررت عام ١٩٩٤ منح الاتحاد الدولي لجمعيات الصليب والهلال الأحمر مركز المراقب لدى الجمعية العامة.

- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٤٩/٢ بشأن منح الاتحاد الدولي لجمعيات الصليب والهلال الأحمر مركز المراقب لدى الجمعية العامة، الجلسة العامة ٢٨، ١٩٩٤/١٠/١٩

See:

- arsten Nowrot, note 19 at 662.
- Martin A. Olz, note 24 at 321.



الدولية الحكومية من بطء في العمل وعدم استقلال ممثلي الدول الأعضاء فيها عن توجيهات وسياسات دولهم. لذلك جعلت المنظمات الدولية الحكومية الباب مفتوحا - بشكل كبير - للاستفادة من جهود المنظمات الدولية غير الحكومية وخبرتها، بل إن الأمر قد تعدى ذلك إلى حد السماح لها بتقديم الدعاوى أو الشكاوى أمام بعض الأجهزة الدولية ذات الطبيعة القضائية أو شبه القضائية.

كما رأينا كيف أن دور المنظمات الدولية غير الحكومية قد امتد ليشمل أهم مجالات القانون الدولي، كالقانون الدولي البيئي والقانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، سواء تعلق الأمر بنصوص صريحة تم تضمينها في الاتفاقيات الدولية ذات الصلة أو علاقة مباشرة بأجهزة ولجان دولية تعمل في تلك المجالات.

وأخيرا دار النقاش حول مدى تمتع المنظمات الدولية غير الحكومية بالشخصية القانونية الدولية، ورأينا كيف أن الوقت مازال مبكرا للقول بوجود هذه الشخصية القانونية الدولية، مع الأخذ في الاعتبار أن الدور الذي تقوم به هذه الكيانات على المستوى الدولي سوف يؤدي إلى هذه النتيجة حتما، خصوصا بعد قبول الفقه الدولي بفكرة تمتع بعض المنظمات الدولية غير الحكومية، كاللجنة الدولية للصليب الأحمر ومنظمة فرسان مالطة بالشخصية القانونية الدولية الخاصة.

### قائمة المراجع

#### أولا: المراجع العربية

- د. إبراهيم محمد العناني، التنظيم الدولي، جامعة عين شمس، دار الفكر العربي (القاهرة - ١٩٨٢).
- د. إبراهيم محمد العناني، دراسة حول الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان، موسوعة حقوق الإنسان، المجلد الثاني، دار العلم للملايين (بيروت - ١٩٨٩).
- د. إبراهيم مصطفى مكارم، الشخصية القانونية للمنظمات الدولية، دار النهضة العربية (القاهرة، ١٩٧٥ - ١٩٧٦).

- د. أبو الخير أحمد عطية، المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، دار النهضة العربية (القاهرة - ١٩٩٩).
- د. أحمد أبو الوفا، الوسيط في قانون المنظمات الدولية، ط ٢، دار النهضة العربية (القاهرة - ١٩٨٦/١٩٨٥).
- د. سهيل حسين الفتلاوي ود. غالب عواد حوامدة، القانون الدولي العام (الجزء الأول: مبادئ القانون الدولي العام)، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع (عمّان - ٢٠٠٧).
- د. عائشة راتب، المنظمات الدولية، دار النهضة العربية (القاهرة - ١٩٦٤).
- د. عبد العزيز سرحان، الأصول العامة للمنظمات الدولية، ط ١، دار النهضة العربية (القاهرة - ١٩٦٨).
- د. عبد الفتاح بيومي حجازي، المحكمة الجنائية الدولية، دار الفكر الجامعي (الإسكندرية - ٢٠٠٤).
- د. عبد المجيد العبدلي، قانون العلاقات الدولية، ط ٢، طبع شركة أوريس (تونس - ٢٠٠٠).
- د. عز الدين فودة، اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان ودورها في تفسير وحماية الحقوق والحريات الأساسية للأفراد والجماعات، البيئة المصرية للكتاب (١٩٩١).
- د. علي يوسف الشكري، المنظمات الدولية والإقليمية المتخصصة، إيتراك للطباعة والنشر والتوزيع (مصر - ٢٠٠٤).
- د. غازي حمين صباريني، الوجيز في مبادئ القانون الدولي العام، ط ١، مكتبة دار الثقافة (عمّان - ١٩٩٢).
- لندة معمريشوي، المحكمة الجنائية الدولية الدائمة واختصاصاتها، دار الثقافة للنشر والتوزيع (عمّان - ٢٠٠٨).
- د. محسن افكيرين، قانون المنظمات الدولية، دار النهضة العربية (القاهرة - ٢٠١٠).
- د. محسن افكيرين، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية (القاهرة - ٢٠١١).
- د. محمد أمين الميداني، الآليات الدولية لحماية حقوق الإنسان، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية - جامعة بني سويف (يناير - ١٩٩٤).

- د. محمد سامي عبد الحميد ود. محمد السعيد الدقاق، التنظيم الدولي، دار المطبوعات الجامعية (الإسكندرية - ٢٠٠٢).
- د. محمد طلعت الغنيمي، الغنيمي الوجيز في التنظيم الدولي (النظرية العامة)، ط ٤، منشأة المعارف (الإسكندرية - ١٩٧٧).
- د. محمود شريف بسيوني، د. محمد السعيد الدقاق، ود. عبد العظيم وزير، حقوق الإنسان، موسوعة حقوق الإنسان، المجلد الثاني، دار العلم للملايين (بيروت - ١٩٨٩).
- د. محمود شريف بسيوني، المحكمة الجنائية الدولية (نشأتها ونظامها الأساسي)، نادي قضاة مصر (القاهرة - ٢٠٠١).
- د. مصطفى أحمد فؤاد، المنظمات الدولية (النظرية العامة)، دار الجامعة الجديدة للنشر (الإسكندرية - ١٩٩٨).
- د. مفيد شهاب، المنظمات الدولية، ط ٩، دار النهضة العربية (القاهرة - ١٩٨٩).
- د. نبيل مصطفى إبراهيم خليل، آليات الحماية الدولية لحقوق الإنسان، دار النهضة العربية (القاهرة - ٢٠٠٥).
- د. وسام نعمت إبراهيم السعدي، المنظمات الدولية غير الحكومية، دار الكتب القانونية (مصر) ودار شتات للنشر والبرمجيات (الإمارات)، ٢٠١٢.

#### ثانياً: المراجع الأجنبية

- A. Dan Tarlock, 'The Role of Non-Governmental Organizations in the Development of International Environmental Law', 68 Chicago-Kent Law Review (1992).
- Andrea E.K. Thomas, 'Nongovernmental Organizations and the International Criminal Court: Implication of Hobbes' Theories of Human Nature and the Development of Social Institutions for their Evolving Relationship', 20 Emory International Law Review (Spring 2006).
- Andrew Clapham, 'UN Human Rights Reporting: An NGO Perspective', in Philip Alston and James Crawford (eds.), 'The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring' (Cambridge University Press: 2000).

- Anna K. Lindblom, 'The Status of Non-Governmental Organizations in International Law' (Cambridge: CSICL, 2001).
- B. M. Russett, 'World Politics: A Menu for Choice' (4<sup>th</sup> edn.) (New York: Freeman, 1996).
- B. Seary, "The Early History-from the Congress of Vienna to the San Francisco Conference", in Willetts (ed.) 'The Conscience of the World-the Influence of Non-Governmental Organizations in the UN System', note 14.
- Chadwick Alger, 'The Emerging Roles of NGOs in the UN System: From Article 71 to a People's Millennium Assembly', *Global Governance* 8 (January-March 2002).
- Chiara Giorgetti, 'The Role of Non-Governmental Organizations in the Climate Change Negotiations', 9 *Colorado International Environmental Law and Policy*, 115 (1987).
- Christopher Tracy, 'The Growing Role of Nongovernmental Organization', 89 *American Society of International Law Proceedings* (5-8 April 1995).
- F. Mawlawski, 'The Evolving Role of Non-Governmental Actors', 46 (2) *Journal of International Affairs* (1993).
- Gerard Clark, 'The Politics of NGOs in South-East Asia: Participation and Protest in the Philippines' (London: Routledge Press, 1998).
- H. Cook, 'Amnesty International at the United Nations', in P. Willetts (ed.), 'The Conscience of the World', note 14.
- Hermann H.K. Rechenberg, 'Non-Governmental Organizations', 9 *Encyclopedia of Public International Law* (1986).
- Hilave Mccoubrey, 'International Humanitarian Law' 40-41 (1990).
- J. N. Rosenau, 'NGOs and Fragmented Authority in Globalizing Space', Paper presented at the Third Pan-European International Relations Conference and Joint Meeting with the International Studies Association (Vienna, 16-19 September 1998).

- Jost Delbruck, Non-Judicial Procedures of Enforcement of Internationally Protected Human Rights with Special Emphasis on Human Rights Practice of UNESCO, in Neunties Deutsch-Polnisches Juristen-Kolloquiu mmmm 31.
- Jude L. Fernando and Alan W. Heston (eds), The Role of NGOs Charity and Empowerment, Thousands Oaks, California: Sage Periodicals Press, 1997).
- Karsten Nowrot, Legal Consequences of Globalization: The Status of Non-Governmental Organizations Under International Law, 6 Indiana Journal of Global Legal Studies (Spring 1999).
- Kerstin Martens, Examining The (Non-)Status of NGOs in International Law, 10 Indiana Journal of Global Legal Studies (Summer 2003).
- L. C. White, The Structure of Private International Organizations: Their Purposes, Methods, and Accomplishments (New Brunswick: Rutger's University Press, 1933).
- L. Gorgenker and T.G. Weiss, Pluralizing Global Governance: Analytical Approaches and Dimensions, T.G. Weiss and L. Gordenker (eds.), NGO, the UN, and the Global Governance (Boulder: Lynne Rienner, 1996).
- L.M. Salamon, America's Nonprofit Sector, A Primer (2<sup>nd</sup> edn.), (Baltimore: The Foundations Center, 1999).
- Martens, Mission Impossible? Defining Nongovernmental Organizations, 13 International Journal of Voluntary and Nonprofit Organizations 3 (September 2002).
- Martin A. Olz, Non-Governmental Organizations in Regional Human Rights Systems, 28 Columbia Human Rights Law Review (Winter 1997).
- N. Cantwell, How NGOs Contributed to Drafting the Convention on the Rights of the Child, Paper presented at the Symposium on the Contribution of NGOs to the Formulation and Promotion of International Human Rights Law, 4 May 1990 (Geneva: Palais des Nations).
- N. Fontaine, 1986 Resolution on Non-Profit-Making Associations in the European Communities (2000).

- P.J. Simmons, "Learning to live with NGOs", 112 *Foreign Policy* (Fall 1998).
- P. Univ and T.G. Weiss, *The United Nations and NGOs: Global Civil Society and Institutional Change*, in M.I. Glassner (ed.), *The United Nations at Work* (Westport: Praeger, 1998).
- P. Willetts (ed.), *Pressure Groups in the Global System* (London: Frances Pinter, 1982).
- P. Willetts, Introduction, in P. Willetts, 'The Conscience of World', *The Influence of Non-Governmental Organizations in the UN System* (London: Hurst, 1996).
- Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7<sup>th</sup> edn. (London: Routledge, 1997).
- Philippe Sands, *International Law, the Practitioner and Non-State Actors*, in Chabaka Wickremasinghe (ed.), *The International Lawyer as Practitioner* (London: The British Institute of International and Comparative Law, 2000).
- Price Cohen, *The United Nations Conventions on the Rights of Child*, pp. 173-184.
- Robert F. Housman, *Democratizing International Trade Decision-Making*, 27 *Cornell International Law Journal*, (1994).
- Rosalyn Higgins, *The Reformation in International Law*, in Richard Rawlings (ed.), *Law, Society, and Economy: Centenary Essays for London School of Economics and Political Science 1895-1995* (Oxford: Clarendon Press 1997).
- Simon Carroll, *NGO Access to Multilateral Fora: Does Disarmament Law Behind?* *Disarmament Forum* (2002).
- Stephan Hobe, *Global Challenges to Statehood: The Increasingly Important Role of Non-Governmental Organizations*, 5 *Indiana Journal of Global Legal Studies* (Fall 1997).
- Steve Charnovits, *Two Centuries of Participation: NGOs and International Governance*, 18 *Michigan Journal of International Law* (Winter 1997).

- Steve Charnovits, Nongovernmental Organizations and International Law, 100 American Journal of International Law (April 2006).
- Thomas G. Weiss, International NGOs, Global Governance, and Social Policy in the UN System, GASPP Occasional Paper no 3 (March 1999).
- Yuen-Li Liang, Note on Legal Questions Concerning the United Nations, Question of Access to UN Headquarters of Representatives of Non-Governmental Organizations in Consultative Status, 48 American Journal of International Law, 434 (1954).
- Virginia Leary, The ILO: A Model for Non-State Participation? In Theo C. Van Boven et. Al. (eds.), The Legitimacy of the United Nations: Towards an Enhanced Legal Status of Non-State Actors (Netherlands Institute of Human Rights: Utrecht, 1997).
- Zoe Pearson, Non-Governmental Organizations and the International Criminal Court: Changing Landscapes of International Law, 39 Cornell International Law Journal (Spring 2006).

كفالة الحق في التقاضي وتعزيز حقوق الإنسان  
وبرنامج العيادة القانونية بكليات الحقوق  
(مشروع)

قواعد التنظيم القانوني وضمان الجودة والاعتماد للعيادة  
القانونية بكليات الحقوق بالجامعات العربية  
*Model rules for legal organizing and Quality assurance and  
Accreditation for legal clinics program in Arab law schools*

الدكتور / فايز محمد حسين محمد  
كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

مقدمة عامة

دون شك إنه من الأهمية بمكان في الآونة المعاصرة، أخذ كل ما يلزم لتطوير التعليم القانوني، وربط نواتج العملية التعليمية القانونية باحتياجات المجتمع. ومن المسلم به إن حماية حقوق الإنسان وتعزيزها، صارت من أوليات الحياة الإنسانية في ظل التحديات المعاصرة بكافة أشكالها.

برنامج العيادة القانونية Legal clinic يتضمن محاور أساسية كثيرة، منها محور تطوير التعليم القانوني، من خلال تحسين وتطوير نواتج التعليم القانوني، فضلا عن محور حماية حقوق الإنسان، وتعزيز تمتع الفئات المستضعفة بها، كالمرأة والأطفال وضحايا العنف المجتمعي، وضحايا الإجتار بالبشر وضحايا الهجرة غير الشرعية.

تهدف العيادة القانونية إلى بناء قدرات طلاب كليات الحقوق وتدريبهم على إكتساب المهارات الأساسية للممارسة القانونية وحماية حقوق الإنسان، وكفالة الحق في التقاضي للفئات المستضعفة.

ورسالة العيادة القانونية هي العمل على كفالة وتعزيز حقوق الإنسان للفئات المستضعفة وتدريب الطلاب المهارات القانونية الأساسية، وتشجيع العمل التطوعي في مجال حماية حقوق الإنسان، فضلا عن ثقل



المعرفة القانونية من خلال الربط بين المعلومات النظرية والتطبيقات العملية للممارسة القانونية، من خلال الحالات التي تحتاج إلى خدمات قانونية مجانية في المجتمع.

وتهدف برامج العيادة القانونية إلى تطوير التعليم القانوني وتعزيز حقوق الإنسان في المجتمع وكفالة تمتع الإنسان بالحق في التقاضي وهو من حقوق الإنسان الأساسية التي تكفلها المواثيق الدولية والداستاتير.

**الأصول الدستورية لبرنامج العيادة القانونية:**

من المسلم به إن سيادة القانون هي أساس الحكم في الدول الديمقراطية الحديثة، وتلتزم الدولة بحماية وتعزيز حقوق الإنسان وضمن تمتع كل فرد بها.

وتتمثل الأصول الدستورية والقانونية لبرنامج العيادة القانونية، في مجموعة النصوص الدستورية والقانونية المنظمة لسيادة القانون وكفالة الحق في التقاضي وكفالة حق الدفاع أصالة أو بالوكالة. فضلا عن النصوص الدستورية المتعلقة بتطوير التعليم وأهميته.

وبناء على ما سبق، فتجد العيادة القانونية أساسها الدستوري في بعض النصوص الدستورية أهمها، نصت المادة ٩٤ من الدستور المصري ٢٠١٤ على (سيادة القانون أساس الحكم في الدولة، وتخضع الدولة للقانون، وأستقلال القضاء وحصانته وحيدته، ضمانات أساسية لحماية الحقوق والحريات). وتنص المادة ٩٧ من الدستور على: (التقاضي حق مصون ومكفول للكافة.....). وتنص المادة ٩٨ على ما يلي: (حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول. وأستقلال المحاماة وحماية حقوقها ضمان لكفالة حق الدفاع. ويضمن القانون لغير القادرين ماليا وسائل الإلتجاء إلى القضاء والدفاع عن حقوقهم).

وفضلا عما سبق، نصت المادة ٩٣ من الدستور على (تلتزم الدولة بالإتفاقيات والعهود والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان التي تصدق عليها مصر، وتصبح لها قوة القانون بعد نشرها وفقا للأوضاع المقررة). أما فيما يتعلق بالأصول القانونية لنظام العيادة القانونية، فيتمثل

في مجموعة نصوص قانونية كثيرة، كالنصوص الواردة في قانون المحاماة والمتعلقة بكفالة المساعدة القضائية، والنصوص الواردة في قانون الطفل بشأن حمايته ومراعاة المصلحة الفضلي له، والنصوص الواردة بشأن حقوق ضحايا الإتجار بالبشر في قانون مكافحة الإتجار بالبشر. وكذلك النصوص المتعلقة بتطوير التعليم القانوني والتعليم القانوني المستمر، والنصوص المتعلقة بجودة التعليم.

**تقسيم:**

**القسم الأول:** العيادة القانونية وتطوير الدراسات القانونية.  
**القسم الثاني:** مشروع قواعد التنظيم القانوني وضمان الجودة للعيادة القانونية.

### القسم الأول

### العيادة القانونية وتطوير الدراسات القانونية

#### المبحث الأول

#### تطوير التعليم القانوني

#### المطلب الأول

أسس تطوير قطاع الدراسات القانونية (الدمج بين المعلومات والمهارات)

**أولاً: ضرورة التطوير:**

- أصبح التعليم المتميز في ضوء المتغيرات العالمية والإقليمية، ما يترتب عليها من نتائج يدور حول اكساب الطالب القدرة على الابداع والابتكار والتعلم الذاتي واستخدام التكنولوجيا وتنمية المهارات، بحيث يكون الطالب خريجاً مساهماً في إنتاج فرص العمل، الأمر الذي يستوجب ضرورة أحداث نقلة نوعية في البرامج التعليمية والمقررات الدراسية، فالتعليم، دون شك، هو المنفذ الرئيسي للتنمية البشرية<sup>(١)</sup>.

- ولا شك أن النظام القانوني الحالي في الدول العربية وغيرها، شهد تغيرات كثيرة تحت تأثير حركة العولمة Globalization؛

---

(١) انظر: الهيئة القومية لضمان الجودة والأعتماد - مصر: دليل الاعتماد لمؤسسات التعليم العالي، الإصدار الأول، ٢٠٠٩، ص ٨ وما بعدها.

ولذا فهناك مجموعة من التحديات تواجه مستقبل الدراسات القانونية في العالم العربي، وهي تنبع من ضغوط حركة العولمة المعاصرة. والتحديات التي تواجه مستقبل الدراسات القانونية متعلقة بمدى توافق المقررات والبرامج، مع متطلبات التعليم القانوني ومخرجات العملية التعليمية طبقاً للمعايير العالمية؛ هذا من ناحية. ومن ناحية ثانية، مدى قدرة خريج كليات الحقوق على المنافسة عالمياً، بمجموعة المقررات الدراسية، التي يدرسها في البرامج الأكاديمية القانونية الحالية. ومن ناحية ثالثة، فلسفة وآليات تطوير الدراسات القانونية ومقرراتها، على النحو الذي يسمح، باكتساب الخريج للمعلومات القانونية Legal knowledge بجانب المهارات القانونية Legal skills.

- من الأهمية بمكان ضرورة مناقشة مشكلة الجودة والاعتماد Quality assurance and accreditation في قطاع التعليم القانوني Legal education sector وكيفية إدراجها بفعالية في كليات الحقوق.

- النظام المتميز للتعليم القانوني هو الذي يركز على الاهتمام باكتساب الطالب، المهارات القانونية Legal Skills بجانب المعلومات القانونية Legal Knowledge، حيث الاهتمام بالربط بين الدراسة النظرية للقانون Theoretical study of law وبين الدراسة التطبيقية له practical study of law.

- يؤدي دون شك تدريب الطالب على التطبيقات العملية القانونية، إلى صقل المعرفة القانونية لديه، حيث يتعلم ويكتسب، من خلال التدريبات العملية القانونية، القدرة على التعرف وحل المشاكل القانونية. سواء أكان التدريب على القضايا النظرية الافتراضية، أو من خلال القضايا العملية الواقعية من خلال برنامج العيادة القانونية، مع الأخذ في الاعتبار، الطريق الأخير هو الأفضل.

- يتطلب التطبيق الصحيح للقانون، التدريب على مجموعة من الأصول الفنية والمهارات القانونية، ومن هنا تبدو أهمية مسألة تدريس أصول المهارات القانونية العملية للطلاب، ويتم هذا من خلال العيادة

القانونية Legal Clinic والتدريبات العملية Legal Training في الكثير من الجامعات العالمية. ولذا يجب إدراج برنامج العيادة القانونية في كليات الحقوق، وربطه بنظام ضمان الجودة والتأهيل للأعتماد في قطاع الدراسات القانونية.

ثانياً: تدريس المهارات القانونية والتدريب القانوني في ضوء ضمان الجودة والأعتماد في قطاع الدراسات القانونية بكليات الحقوق:

تتمثل المشكلة الكبرى في قطاع الدراسات القانونية في الجامعات العربية في تغلغل الدراسة النظرية التجريدية للقانون في اللوائح الداخلية للكليات؛ ولذا ينبغي تعديل هذه اللوائح على النحو الذي يسمح بتخفيف التجريد الزائد في الدراسة القانونية، إذ يجب منح الطالب مجموعة تمرينات عملية؛ لأدراك الأفكار القانونية المجردة التي درسها، ويؤدي ذلك إلى تثبيت المعرفة النظرية للقانون، لدى الطلاب الذين تلقوا تمرينات عملية<sup>(١)</sup>.

ومن الأهمية بمكان النظر إلى أن تطوير التعليم القانوني في الجامعات العربية يعد جزءاً كبيراً من مسؤوليتنا المهنية، التي يجب الأضطلاع بها على أكمل وجه.

ولقد أشارت المعايير القومية الأكاديمية القياسية لقطاع الحقوق (بالنسبة لمرحلة الليسانس ومرحلة الدراسات العليا) والصادرة عن الهيئة

---

(١) د. عكاشة عبد العال، د. سامي بديع منصور: المنهجية القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط ٢٠٠٥، ص ٦-٧، د. حلمي محمد الحجار: المنهجية في القانون من النظرية إلى التطبيق، بيروت، ط ١، ١٩٩٧، ص ١٠؛ د. هاني محمد دويدار: منهج الدراسات التطبيقية في مجال علم القانون، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٨، د. مصطفى العوجي: القانون المدني، التمارين العملية، بيروت، دار الخلود، ط ١٩٩٩، ص ٧. د. عاطف عبد الحميد ندا: التدريب القانوني في القانون الدولي الخاص، ط ٢٠٠٨، ص ٣، م. أحمد فتحي موسى: محاضرات في الأدب القضائي وقواعد اللغة، وزارة العدل، المركز القومي للدراسات القضائية، ١٩٨٩، ص ١٣.. Sourieux(J.L.)& LErat(P.): Methode du droit, l'analyse de texte, paris, Dalloz, 1980, p. 6.K, Gridel (J-P.): la dissertation et le cas pratique, consultation en droit prive, paris, Dalloz, 1993, p. 151, Bergel(J-L.): Méthodologie juridique, Paris, puf, 2001, p. 18 - 19.

القومية لضمان جودة التعليم والاعتماد عام ٢٠٠٩ إلى التدریب القانوني واكتساب المهارات القانونية، حيث يشترط في خريج الحقوق ما يلي: القدرة على إجراء الأبحاث وكتابة التقارير والمذكرات؛ والمرافعة أمام المحاكم وهيئات التحكيم؛ ~~القومية والقوانين والقرارات~~ واستيعاب التطبيقات القضائية وفهمها.

ومن ناحية ثانية، فقد أشير إلى أن خريج كلية الحقوق، يجب أن يكتسب المعرفة والفهم في مجال مناهج البحث وأدوات التحليل والصياغة القانونية (٢- ١ من المعايير). ومن ناحية ثالثة، فقد أشارت المعايير القومية الأكاديمية المشار إليها، إلى أنه يشترط في خريج كلية الحقوق، أن يكون قادرا من الناحية المهنية على كتابة مذكرات الدفاع وكتابة التقارير والمرافعة أمام القضاء وهيئات التحكيم وصياغة العقود وتقديم الاستشارات والمشاركة في الأنشطة البحثية. وبلا شك أن كل ما سبق، فإنه يتطلب الاهتمام بالتكوين المنهجي والتكوين الموضوعي، للطالب في مرحلة الليسانس.

ومن ناحية رابعة، فقد أشارت المعايير إن يكون خريج كليات الحقوق - فيما يتعلق بالمهارات الذهنية - قادرا على: - تحليل الوقائع في المسائل محل البحث والربط فيما بينها لاستخلاص النتائج؛ تفسير نصوص القانون تفسيراً سليماً واستخلاص ما ينطبق منها على الوقائع؛ البحث والتحليل والتأصيل لإيجاد حل للمشكلات القانونية المعروضة؛ استخلاص اتجاهات القضاء في المسائل المعروضة واستخدامها في تدعيم رأيه؛ والقدرة على النقد.

وانطلاقاً مما سبق، فيجب أن يتلقى طلاب الدراسات القانونية، أصول التدریب القانوني والمهارات القانونية الأساسية، حتى يتوافق مع ما جاء في المعايير الأكاديمية القومية، بهذا يصبح خريج كلية الحقوق في قطاع الليسانس وقطاع الدراسات العليا، مكتسباً لمجموعة من المهارات العامة والذهنية والمهنية، ويحقق له هذا الاكتساب التميز على المستوى الأكاديمي وعلى المستوى العملي، وبالتالي يصبح قادراً على أن يكون منافساً، قوياً في سوق العمل.

## المطلب الثاني

معاليم الأساسية للبرامج والمقررات القانونية في قطاع الدراسات القانونية في الجامعات العربية والتحولات العالمية لقطاع الدراسات القانونية

أولاً: المعاليم الأساسية للبرامج والمقررات القانونية في الجامعات العربية:

يتبين من خلال القراءة المقارنة للمقررات القانونية التي تدرس في قطاع الدراسات القانونية بالجامعات العربية (كليات الحقوق - كليات القانون) بالجامعات العربية نجد ما يلي:

- التقارب مع النظام المصري، تتقارب برامج ومقررات كليات الحقوق / القانون بالجامعات العربية بدرجة كبيرة، تصل أحياناً للتقارب، وهي تأخذ من النظام التعليمي القانوني المصري أساساً لها.

- تركز برامج الدراسات القانونية بالجامعات العربية على الدراسات القانونية الأساسية التي تقوم على تلقين الطلاب أكبر قدر من المعلومات القانونية الأساسية في فترة زمنية قصيرة، قد تكون على مستوى العام الدراسي أو على مدار فصلين دراسيين منفصلين.

- ندرة أو انعدام الأهتمام بالعلوم القانونية المساعدة مثل: علم اللغة القانونية، المنهج القانوني ومناهج البحث، علم الاجتماع القانوني، الصياغة القانونية، علم النفس القانوني وفروعه، دراسات القوانين المتنوعة مثل قانون الطاقة، قانون الطفل، قانون التجارة الدولية، ....

- تركز طرق تقويم الطلاب في قطاع الدراسات القانونية على قياس مستوى الحفظ والقدرة على استرجاع المعلومات وليس قياس القدرة على الفهم وحل المشكلات.

- تركيز مجمل الدراسات القانونية على التكوين المعرفي للطلاب وتجاهل التكوين المهاري للطلاب فلا يتم الأهتمام بكيفية تطبيق الطالب للمعلومات القانونية، التي يقوم بدراساتها على القضايا الواقعية، إلا في حالات نادرة وفي جزئيات قليلة من المقررات الدراسية.

- قلة جرعة الدراسات القانونية المقارنة في المقررات الدراسية في كليات الحقوق مع ملاحظة إنه من المفترض زيادة هذه الجرعة مع التطورات

القانونية والسياسية والاجتماعية على اثر حركة العولمة في الوقت المعاصر.

- المشاكل الكبيرة المتعلقة بالبرامج الدراسية الخاصة ويوجه عام: شعب الدراسة باللغات الأجنبية (الفرنسية - الانجليزية) والتعليم المفتوح.
- مشاكل تطبيق نظام الساعات المعتمدة فى قطاع الدراسات العليا القانونية
- الانفصال بين الدراسات القانونية الشرعية المتعلقة بالفقه الإسلامى والمقررات القانونية، إذ ينبغي تطوير دراسات الفقه الإسلامى، حتى يستطيع الطالب الاستفادة منها.
- عدم وضوح الارتباط والأستفادة من الربط بين النظم والأفكار الاقتصادية والسياسية والقانونية والشرعية، وأنعكاساتها على التكوين المعرفى للطالب، ومدى قدرته على المنافسة فى سوق العمل.
- الطابع القومى للمقررات القانونية، على النحو الذى يحول دون استقبال التأثيرات الخارجية المقارنة، مع أهميتها فى مجمل التكوين العلمى والمهاري للخريج.
- قلة الاهتمام بتأثيرات القانون الدولى على النظم القانونية الداخلية، ليس على مستوى الموضوع فقط بل أيضا على مستوى الصياغة القانونية، إذ الملاحظ أن الكثير من التشريعات الوطنية لا تقتبس فقط الفكرة القانونية من المعاهدات والمواثيق الدولية، بل ايضا تقتبس الصياغة التشريعية ذاتها.
- إعادة صياغة العلاقات بين محاور العملية التعليمية وهى (الأستاذ الجامعى - الطالب - المؤسسة - البرنامج - المقررات).
- عدم وجود تأثير فعلى وواقعي لبرامج ضمان الجودة والتأهيل للاعتماد - بالرغم من دخول هذه المشروعات وتحولها إلى مؤسسات كاملة وتنفق الكثير - على قطاع الدراسات القانونية.

ثانيا: التحولات العالمية لقطاع الدراسات القانونية

الواقع إن المتغيرات العالمية على أثر العولمة أدت إلى تغيير نطاق

القانون ذاته، فأصبحت النظرة إلى القانون الداخلي مختلفة عما سبق وصار من الأهمية بمكان ضرورة الاهتمام بالتحويلات الاجتماعية وأثرها على القانون والنظام القانوني من زوايا مختلفة<sup>(١)</sup>.

ففي واقع الأمر، إن العولمة أدت إلى إبراز دولية القانتون "تدويل القانون" *the internationalization of law* حيث إنها أدت معاً إلى إبراز أهمية القانون الدولي وأثره على القانون الداخلي، بالإضافة إلى تغير طبيعة القانون الداخلي؛ ولذا يجب النظر إلى ظاهرة تدويل القانون، على إنها مرتبطة بالسياق الاجتماعي وحركة التحويلات العالمية المعاصرة بكافة جوانبها<sup>(٢)</sup>.

ودون شك أصبح من المؤكد الآن إن مسألة حيادة النظم القانونية الداخلية عن المؤثرات الخارجية مسألة غير مقبولة، إذ إن المشرع الوطني، لم يعد مستقلاً كل الاستقلال، كما كان الأمر سابقاً، بل صار يجب عليه مراعاة الكثير من الاعتبارات عبر الدولية.

- في ظل التطورات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والثقافية الحديثة، تحت تأثير الحركات الاجتماعية والسياسية، بات من الأهمية بمكان مناقشة مشكلة تطوير التعليم القانوني، باعتباره جزءاً من مشكلة تطوير التعليم العالي.

وتتمثل أهم المستجدات الدولية والداخلية التي تضع تحديات للبرامج القانونية المعاصرة، في التحديات الناشئة عن: التجارة العالمية،

(١) انظر:

Wibo M. Van Rossum: *Resolving Multicultural Legal cases: A bottom up perspective on the internationalization of law*, in: op. cit., p.113-124. Tomorrow's law schools: internationalization and Legal education, 32 san Diego L. Rev. 1995, p. 137 ; W. Michael Reisman: *Designing law curricula for transnational industrial and sentence-based civilization*, 46, Journal of Legal education , 322, 1996.

(٢) انظر:

Cluadia Grossnan: op. cit., p.30 - 32.



الاستثمارات الآمنة، تحولات معظم النظم السياسية والدور الفعال للمجتمع المدني وتفاقم المشكلات على النحو الذي يتطلب التفاوت الدولي international cooperation والمشكلات النووية والبيئية والإرهاب الدولي، ولذا فيجب على المجتمع أن يواجه هذه المتغيرات وتأثيرها على التعليم القانوني legal education فتدويل القانون والتعليم القانوني من نتاج الثورة التكنولوجية على أثر العولمة<sup>(١)(٢)</sup>.

- فرضت العولمة الكثير من التحديات أمام النظم القانونية والسياسية المعاصرة، ففي مجال التعليم القانوني فرضت مشكلة العلاقة بين القوانين الوطنية والقانون الدولي، مشكلة حقوق الإنسان، مشكلة تبادل المعلومات القانونية، مشكلة التوفيق والتكامل بين النظم القانونية، مشكلة أكتساب المهارات القانونية، مشكلة متطلبات السيادة الوطنية والتطبيق العالمي للقانون، مشكلات التجارة الدولية والتنظيم القانوني الداخلي للتجارة، متطلبات فض المنازعات والطرق البديلة كالتحكيم والتوثيق والوساطة، مشكلة التكوين المعلوماتي والمهاري لخريج كليات الحقوق.

- لقد بات من الضرورة بمكان النظر إلى مسألة تطوير قطاع

---

(١) ولقد قيل في هذا الصدد ما يلي:

**(The internationalization of law and of legal education is the inevitable result of changes in technology and communication that make global contacts and cooperation more possible, and therefore more likely to occur. Like most cultural changes, these developments may have negative as well as positive implications). See: Mortiner Sellers: The internationalization of law and of legal education in: J. KLABBERS, M. Sellers (eds.), the internationalization of law and of legal education, Op.cit., p. 3**

(٢) انظر:

**Cloudio Grossmon: Building the world community through legal education, in J. KL Abbers, M. Sellers (eds): The internationalization of law and of legal education, Op.cit., p. 21.**

الدراسات القانونية، بوجه خاص، في العالم العربي بقدر كبير من الأهمية، لأنه لم يعد من المقبول، أن يظل مستوى الدراسات القانونية في كليات الحقوق (القانون) بالجامعات العربية علي ما هو عليه الحال الآن. ومن نافلة القول الإشارة إلى أن البعض قد يرى عدم الاهتمام بتأثير المتغيرات العالمية على التعليم القانوني، استناداً إلى أن القانون بطبيعته مرتبط بالمجتمع، وأن المشتغلين بالقانون يطبقون القانون الوطني، ولذا فليس من الضرورة الاهتمام بالأثر القليل من المتغيرات العالمية، وأحداث تغيرات في التعليم القانوني وهذه الرؤية المحافظة، تتجاهل إن تطبيق القانون وممارسة المهن القانونية، هي مسألة داخلية بحته؛ الأمر ليس من الضروري إحداث تغيرات في النظام التعليمي. وهناك من يرى بضرورة الاهتمام بتطوير التعليم القانوني ليجابه التحولات العالمية؛ ولذا يجب إدخال تطوير كمي وكيفي على الدراسات القانونية<sup>(١)</sup>.

### الطلب الثالث

#### التمرينات القانونية العملية ومتطلبات جودة التعليم القانوني

أولاً: متطلبات جودة التعليم القانوني:

يقصد يقصد بضمان الجودة Quality assurance - ضوء المعايير الأكاديمية القومية لضمان الجودة والاعتماد في مجال الدراسات القانونية - ما يلي (استيفاء الجودة لجميع عناصر العملية التعليمية من مناهج ومؤسسات وطلاب ومعلمين وأساتذة ومختلف الأنشطة التي ترتبط بالعملية التعليمية)<sup>(٢)</sup>.

بلا شك إن متطلبات ضمان الجودة والحصول على الاعتماد Quality Assurance and Accreditation أصبحت من الأمور الهامة في قطاع التعليم في العالم على مستوى التعليم قبل الجامعي والتعليم الجامعي.

(١) انظر: Cluadia Grossnan: Building the world community ..., op. cit., p. 22 - 24.

(٢) انظر قانون ضمان الجودة المصري - القانون ٨٢ لسنة ٢٠٠٦.

ودون شك فإنه يجب تطوير مقررات الدراسات القانونية بكليات الحقوق، من أجل ان تتوافق مع متطلبات الجودة، حيث يجب أن يقوم المقرر والبرنامج على انجاز وتحقيق مخرجات التعلم المستهدفة. والتي يقصد بها: (النتائج المستهدفة من التعلم وهى المعرفة والفهم والمهارات التى تسعى إلى تحقيقها المؤسسة من خلال برامجها المختلفة والمرتبطة برسالتها، وتعكس المعايير الأكاديمية وتكون قابلة للقياس وترتبط بشكل واضح بالطرق المختلفة لتقويم الطلاب)<sup>(١)</sup>.

تضمنت المعايير القومية الأكاديمية القياسية - بمصر - لقطاع الحقوق الإصدار الأول يناير ٢٠٠٩ فيما يتعلق بالمواصفات الواجب توافرها في خريج الحقوق. فقد تطلبت كحد أدنى أن يكون الخريج قادرا على: إجراء الأبحاث وكتابة التقارير والمذكرات؛ والمرافعة أمام المحاكم وهيئات التحكيم؛ وصياغة الوثائق القومية والقوانين والقرارات؛ واستيعاب التطبيقات القضائية وفهمها، وعلى معرفة بمنهج البحث وأدوات التحليل والصياغة القانونية. وبلا شك كلها مهارات عملية تحتاج إلى وضع برامج تدريبية للطلاب<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر: الهيئة القومية لضمان الجودة والاعتماد - مصر: دليل الاعتماد لمؤسسات التعليم العالي، الأصدار الأول، ٢٠٠٩، ص ١٣١.  
(٢) ومن نافذة القول الإشارة إلى برنامج العيادة القانونية لها علاقة وثيقة بمشكلة التوفيق بين الدراسة النظرية والعملية للقانون، من خلال تحقيق التركيز على تدريب الطلاب على الواقع العملي والممارسة العملية للقانون. ولكن ليس هذا فقط هو الهدف الوحيد للعيادة القانونية؛ لأن دراسة القانون، يجب أن تجمع بين الجانبين النظري والعملي. فإن العيادة القانونية، تعني شئ أكثر من مهارات التدريب هذا من ناحية ومن ناحية ثانية إن الربط بين برنامج العيادة القانونية والتدريبات العملية يؤثر على المحتوى، والدور الحقيقي للعيادة القانونية في تنمية مهارات الطلاب.

Jane Harris Aiken: Striving to Teach "Justice, Fairness and Morality," 4 Clin. L. Rev. 1, 6 n.10 (1997), Anthony G. Amsterdam, Clinical Legal Education- op. cit., p. 767; Richard A. Rosen: op. cit., p. 789; Suzanne Valdez Carey: Special issue on the history of the trial: An Essay on the Evolution of Clinical Legal Education and Its Impact on Student Trial Practice, Kansas Law Review, Inc Kansas Law Review, May, 2003,1 Kan. L. Rev. 509.

وجدير بالذكر الإشارة إلى التطورات العالمية أدت إلى حركة تطور وتحديث برامج الدراسات القانونية وخصوصا في الجامعات الأمريكية، وهو الأمر الذي أدى إلى إعادة التفكير في الكثير من نواتج العملية التعليمية وكذلك مدخلاتها. وأدى هذا إلى إعادة هيكلة الكثير من المناهج والبرامج التعليمية القانونية، وذلك بهدف التركيز على اكتساب الطالب للمهارات القانونية العملية، بوصفها من أساسيات نواتج برنامج التعليم القانونية.

وبالإضافة إلى ما سبق، فالإحساس بضرورة تدريب طلاب كليات الحقوق مسألة شغلت الفكر القانوني كثيرا، فهي ليست مسألة حديثة العهد. فعلى سبيل المثال قال لاروش فلافين La Roche Flavin ما يلي (١): (إن مثل علم الحقوق إذا لم تكمله التجارب التي تكتسب في ساحة المحاكم وفي غرف الجلسات كمثل آلة ضخمة يجربها الإنسان على نماذج صغيرة أو بعبارة أخرى أن مثل من يتعلمون العلم دون أن يكون علمهم مشفوعا بتجارب كمثل جماعة اشتبكوا في معارك وهمية، دون أن يروا عدوا). ويتضح من المقولة السابقة، مدى أهمية التدريب العملي لطلاب الدراسات القانونية، حتى وإن كان النظام القانوني السائد ينتمي للنظام القانوني اللاتيني، حيث التركيز على التنظير والمحاضرات بوصفهما أهم أدوات التدريس في مجال القانون.

يوجد اتجاه عالمي متزايد نحو الاهتمام بالمهارات التدريبية Skills Training وإدماجها في مقررات كليات الحقوق. من خلال الاتجاه نحو تحسين المقررات القانونية عن طريق جعلها تعكس الواقع الاجتماعي بما فيه من مؤثرات تؤثر تأثيراً قويا في نشأة القانون وتكوينه وتطوره كالعلاقات الاجتماعية والظروف الاقتصادية والظروف السياسية.

ويتوافق مع ما سبق ما اشارت إليه المعايير القومية الأكاديمية القياسية لقطاع الحقوق الإصدار الأول يناير ٢٠٠٩ فيما يتعلق بالمواصفات

(١) ج. رانسون: فن القضاء، ترجمة من الفرنسية للعربية، ترجمة محمد رشدي، د. ت، ص ٧.

الواجب توافرها في خريج الحقوق والتي هي: - إجراء الأبحاث وكتابة التقارير والمذكرات؛ - المرافعة أمام المحاكم وهيئات التحكيم؛ - صياغة الوثائق القومية والقوانين والقرارات؛ - استيعاب التطبيقات القضائية وفهمها؛ ومن ناحية ثانية، فقد أشير إلى أن خريج كلية الحقوق يجب أن يكتسب المعرفة والفهم في مجال مناهج البحث وأدوات التحليل والصياغة القانونية (٢- ١ من المعايير). ومن ناحية ثالثة، فقد أشارت المعايير القومية الأكاديمية المشار إليها، إلى أنه يشترط في خريج كلية الحقوق إن يكون قادرا من الناحية المهنية على كتابة مذكرات الدفاع وكتابة التقارير والمرافعة أمام القضاء وهيئات التحكيم وصياغة العقود وتقديم الاستشارات والمشاركة في الأنشطة البحثية.

وبلا شك أن كل ما سبق، فإنه يتطلب الاهتمام بالتكوين المنهجي والتكوين الموضوعي للطالب في مرحلة الليسانس. ومن ناحية رابعة، فقد أشارت المعايير إن يكون خريج كليات الحقوق - فيما يتعلق بالمهارات الذهنية - قادرا على: - تحليل الوقائع في المسائل محل البحث والربط فيما بينها لاستخلاص النتائج، تفسير نصوص القانون تفسيراً سليماً واستخلاص ما ينطبق منها على الوقائع. - البحث والتحليل والتأصيل لإيجاد حل للمشكلات القانونية المعروضة، - استخلاص اتجاهات القضاء في المسائل المعروضة واستخدامها في تدعيم رأيه، القدرة على النقد.

وانطلاقاً مما سبق، فيجب أن نقوم بمراجعة اللوائح المنظمة لبرنامج الليسانس وكذلك برنامج الدراسات العليا، حتى يتوافق مع ما جاء في المعايير الأكاديمية القومية، وبالتالي هذا سيؤدي إلى الاهتمام بالعيادة القانونية.

## ثانياً: التعليم القانوني المستمر Continuous legal education

(١) ماهية التعليم القانوني المستمر:

يرتبط التعليم القانوني المستمر ببرنامج العيادة القانونية وتطوير المهارات القانونية للمشتغلين بالقانون، بالإضافة تغيير مضمون المقررات

الأكاديمية القانونية عن طريق جعلها تعكس الواقع الاجتماعي بما فيه من مؤثرات تؤثر تأثيراً فعلاً في نشأة القانون وتكوينه وتطوره كالعلاقات الاجتماعية والظروف الاقتصادية والظروف السياسية. وعلى أن تك في تزويد الطلاب للمهارات القانونية العملية بالإضافة إلى الإطار التحليلي التأسيلي للجوانب القانونية للمتغيرات الحديثة.

ولقد عرفنا سابقاً أنه من ضمن متطلبات جودة التعليم القانوني، أن يكون خريج كليات الحقوق قادراً على البحث والتحليل والتأصيل؛ لإيجاد حل للمشكلات القانونية المعروضة واستخلاص اتجاهات القضاء في المسائل المعروضة واستخدامها في تدعيم رأيه والقدرة على النقد، وهذا لا يكون إلا إذا تلقى الخريج تدريبات مستمرة تؤدي إلى تحسين مستواه العلمي وجعله موافقاً للمستجدات القانونية الحديثة.

ومن الأهمية بمكان النظر على أن التعليم القانوني المستمر يعتبر من تقاليد وآداب ممارسة المهن القانونية، إذ تستمد فلسفة التعليم القانوني المستمر فلسفتها من الرغبة في استمرارية تطوير المستوى التعليمي والمهاري للخريجين، عن طريق الدورات والبرامج التدريبية المتنوعة في شتى الفروع القانونية، ليكون الخريج على علاقة وإطلاع بمستجدات العلوم والنظم القانونية والتطورات التشريعية والدستورية القانونية المحلية والإقليمية والعالمية.

(٢) أهمية التعليم القانوني المستمر: تتمثل أهمية التعليم القانوني المستمر في أنه يؤدي إلى: تحقيق التواصل بين الخريج والجامعة، وتنمية المهارات والخبرات والمعلومات عند الخريجين؛ وتفعيل البرامج التدريبية وتطوير البرامج الأكاديمية للتوافق مع المستجدات العالمية؛ والتوافق بين الدراسة الأكاديمية ومتطلبات سوق العمل؛ والربط بين الجامعة والمجتمع، ومعرفة متطلبات المجتمع من النظام التعليمي، ولذا يزداد دور الجامعة في تنمية المجتمع.

(٣) منهج التعليم القانوني المستمر: تتمثل أهم محاور ومناهج إدراج التعليم القانوني المستمر فيما يلي: عقد ندوات وورش عمل حول التشريعات

الجديدة ؛ التعرف على الاحتياجات المهنية والمعرفية التي يتطلبها سوق العمل من الخريجين ؛ ان تكون البرامج التدريبية مستمرة وقصيرة المدة ، حتى تتوافق مع ظروف الخريجين ؛ التنظيم القانوني للتعليم القانوني المستمر (إجباري - اختياري).

تمثل مشكلة التعليم القانوني المستمر في أن الكثير من المجتمعات لا تؤمن بضرورة تطوير المستوى المعرفي والمهاري للخريجين وكذلك العاملين هذا من جهة. ومن جهة ثانية، فلسفة التعليم القانوني المستمر، تقوم على تنمية وتطوير المهارات (العلمية والعملية) للخريجين، ولكن كيف يتم ذلك. وهل هناك مقررات إجبارية وأخرى اختيارية. وما هي عدد الساعات المطلوبة، وهل تستطيع الجامعة بالاتفاق مع الجهات المعنية (نقابة المحامين - الهيئات القضائية - ..) أن تجعل التعليم القانوني المستمر إجباريا. وبوجه عام، تنوع صور برامج التعليم القانوني المستمر. ويؤدي التعليم القانوني المستمر إلى الارتقاء بمستوى الخريج، والحفاظ على احتكاكه بالتطورات القانونية<sup>(١)</sup>. وما يؤكد أهمية التعليم القانوني المستمر، اتفاق الشراح حول ضرورة وضع برامج تدريبية منظمة للمحامين والقضاة لسد أوجه القصور التي يكشف عنها العمل<sup>(٢)</sup>. بالإضافة إلى تدريبهم على المستجدات القانونية..

### المبحث الثاني

#### التدريب القانوني واكتساب المهارات القانونية العملية

#### المطلب الأول

#### مهارات التدريب القانوني

يتطلب التطبيق الصحيح للقانون التدريب على مجموعة من الأصول الفنية والمهارات القانونية، ومن هنا تبدو أهمية مسألة تدريس

(١) انظر:

J.W.Lawson: the history of continuing legal education and experiences from mandatory continuing legal education, 40 V. University law review, 2006, p. 401.

(٢) د. محمد عبد الخالق عمر: النظام القضائي المدني، ج ١، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٧٦، ص ٩٢.

أصول المهارات القانونية العملية للطلاب ، ويتم هذا من خلال العيادة القانونية Legal Clinic والتدريبات العملية Legal Training في الكثير من الجامعات العالمية.

لا ينكر احد أهمية التدريب القانوني Legal training فهو الطريق لاكتساب العديد من المهارات القانونية Legal skills ، ويوجه خاص كيفية إنزال المعلومات القانونية النظرية على الوقائع ، التي يتضمنها التمرين ، فهو وسيلة لقياس مهارات قانونية عملية متعددة لدى الطالب ، وهى مجموعة مهارات تؤهله لمجابهة ما قد يواجهه في الواقع العملي عندما يخرج للعمل القانوني.

يقصد بالتدريب القانوني أو التمرينات العملية عرض مجموعة من وقائع بسيطة على دارس القانون ، على أن يتولى تحديد حكم القانون في شأنها ، وذلك استنادا إلى معارفه النظرية المكتسبة<sup>(١)</sup> .<sup>(٢)</sup> :

فبلا شك أن العلم النظري للقانون ، لا يكون مفيدا إلا إذا تلقى دارس القانون تطبيقات عملية على ما درسه من نصوص ومفاهيم ونظريات وقواعد. ومن هنا تتجلى أهمية التدريب القانوني أو ما يسمى بالتمرينات العملية Legal training - Case pratique " أو ما يمكن إن نطلق عليه أيضا "كيفية اكتساب الطلاب مهارات تطبيق القانون أو باختصار المهارات القانونية Legal skills ، إذ يؤدي التدريب القانوني إلى ربط المعرفة النظرية القانونية بالواقع العملي ، حيث يوضح للدارس كيفية أنزال المبادئ القانونية المجردة على الحالات الواقعية التي تناولها.

(١) د. هاني محمد دويدار: منهج الدراسات التطبيقية في مجال علم القانون ، المرجع السابق ، ص ١٢ ، د. مصطفى العوجي: القانون المدني ، التمارين العملية ، بيروت ، دار الخلود ، ط ١٩٩٩ ، ص ١١ ، د. على مصباح إبراهيم: منهجية البحث القانوني ، بيروت ، ٢٠٠١ ، ص ١٦٣ ؛ د. حلمي الحجار: المنهجية في القانون من النظرية إلى التطبيق ، بيروت ١٩٩٧ ، ص ١٦٣ ، د. عاطف عبد الحميد ندا: التدريب القانوني في القانون الدولي الخاص ، ط ٢٠٠٨ ، ص ٣ ..

(٢) انظر:

Gridel (J-P.): la dissertation et le cas pratique, consultation en droit prive, Paris, Dalloz, 1993, p. 151.



فالتمرينات العملية تساعد كثيرا على استيعاب القواعد القانونية وفهما وفهم أبعادها وتطبيقاتها في الواقع العملي<sup>(١)</sup>.

وبلا شك أن أهمية التمرين والتدريب في مهنة القانون، يرجع إلى أن القانون ذات طابع عملي واضح؛ لأنه جزء من المجتمع؛ وبالتالي فلا قيمة له، إلا باعتباره عنصرا أو وسيلة من عناصر أو وسائل تنظيم المجتمع. وبناء عليه، فيجب أن يكون خريج كلية الحقوق، قادرا على سد الاحتياجات العملية المتعلقة، بالقانون للمجتمع، مثل تقديم الاستشارات وكتابة المذكرات وصياغة التشريعات، وكتابة العقود والمرافعات وإصدار الأحكام في المنازعات. ومن البديهي أن الخبرة القانونية اللازمة، لأداء الأعمال المشار إليها لها أساس علمي، وهو يتمثل فيما يكتسبه الطالب أثناء دراسته النظرية للقانون، ولكن هذه الدراسة النظرية تتطلب توافر أساس عملي، وهو الذي يتمثل فيما يكتسبه الطالب من تدريبات قانونية عملية، تمكنه فيما بعد، من إن يقوم بدوره في المجتمع في المجال الذي سوف يعمل به<sup>(٢)</sup>.

وخلاصة القول، أن التدريب القانوني - من خلال تدريب الدارس على كيفية أنزال المبادئ القانونية المجردة، التي درسها في كل فرع من فروع القانون على الواقع العملي - يؤدي دون أدنى شك إلى تكوين خريج قانوني يعرف وجهي القانون، الوجه النظري والوجه العلمي. ويقول آخر الفكرة القانونية في جانبها النظري Theoretical aspect وجانبها العملي Practical aspect، وبالتالي يستطيع أن يكون محاميا وقاضيا وفقهيا ومشرعا مع قليل من التدريب القانوني المتخصص في المجال الذي سوف يلتحق بالعمل به. هذا من ناحية.

ويتوافق تدريس التدريب القانوني والاهتمام به، مع متطلبات ضمان الجودة، وإعمالا لما ورد في المعايير الأكاديمية القومية وكذلك المعايير الأكاديمية العالمية. حيث إن تدريس مقرر التدريب القانوني، وكيفية

(١) د. مصطفى العوجي: المرجع السابق، ص ٧.

(٢) د. محمد عبد الخالق عمر: النظام القضائي المدني، المرجع السابق، ص ٩٢.

اكتساب المهارات القانونية العلمية يعتبر من متطلبات الجودة المطلوبة في التعليم القانوني.

وبناء عليه، فقد أصبح مقرر التدريب القانوني والتركيز على تلقى خريج الدراسات القانونية أصول المرافعة وكتابة المذكرات وتقديم الاستشارات القانونية، والتحليل القانوني والصياغة القانونية، من متطلبات الجودة في نظام التعليم القانوني، إذ يجب أن يكون الخريج مؤهلاً ومكتسباً، للمهارات القانونية العملية الأساسية، طبقاً لمتطلبات ضمان الجودة والحصول على الاعتماد Quality Assurance and Accreditation بشأن مواصفات خريج كلية الحقوق، وما يجب أن يكتسبه من مهارات ذهنية ومهنية ومهارات عامة. وما يجب أن يكتسبه من معرفة وفهم. وذلك بالنسبة لبرنامج درجة الحصول على الليسانس، وكذلك برنامج الدراسات العليا (الماجستير - الدكتوراه).

### المطلب الثاني

### الكتابة القانونية ومهارات الدفاع

#### أولاً: الكتابة القانونية:

لا يمكن إتقان المعرفة القانونية، بدون التدريب على الكتابة القانونية ومهارات الدفاع Legal writing and Advocacy skills؛ ولذا نجد أن الكثير من الجامعات العالمية، يخصص بها ساعات دراسية، يتلقى فيها الطلاب أسس الكتابة القانونية Legal writing، كالمهارات المتعلقة بكتابة المذكرات القانونية والصحف القانونية، والأبحاث العلمية القصيرة، وكذلك مهارات المرافعة، وكذلك مهارات تقديم الاستشارات القانونية، ومهارات تحليل النصوص القانونية. وفي الجامعات الأمريكية، يتم تدريب الطلاب على المهارات السابقة، من خلال برامج العيادات القانونية Legal clinics.

وبالإضافة إلى ما سبق، فتقديم الاستشارات القانونية - الشفوية والكتابية - من أهم جوانب ممارسة مهنة المحاماة في الوقت الحالي؛ ولذا فمن الأهمية بمكان تدريب الطلاب على تقديم الاستشارة القانونية

(الشفوية - المكتوبة)؛ ليكتسب مهارات تساعده في تقديم الخدمات القانونية المجانية، من خلال العيادة القانونية ومكاتب المساعدة القانونية، وكذلك غير المجانية، عندما يمارس مهنة المحاماة بمقابل.

وتتجلى مهارة المحامي في الكيفية، التي يكتب بها مذكراته في الدعوى، وتزايد أهمية المذكرات المقدمة من المحامين في الفترة الراهنة، نظراً لضيق الوقت الذي يخصص للمرافعات الشفوية، الأمر الذي أدى إلى زيادة الاهتمام بالمذكرات المكتوبة؛ ولذا قيل: (تأخذ المذكرات القانونية المكتوبة أهمية خاصة اليوم ومرجع هذا فقدان المساحة الخالية من ذهن المحكمة للاستماع إلي المرافعات الشفوية)<sup>(١)</sup>.

وفى واقع الأمر، إن كتابة المذكرات القانونية، يحتاج إلى إعداد خاص، حتى يتمكن المحامي من الإلمام الكامل والدقيق بفنيات إعداد المذكرة سواء من النواحي القانونية أو النواحي اللغوية، فالمذكرات ليست نماذج وقوالب جامدة ولكنها تدريب وتمرس واكتساب خبرات<sup>(٢)</sup>.

وانطلاقاً مما سبق، فقد صارت البرامج الأكاديمية القانونية، في الكثير من كليات الحقوق العالمية، تتضمن مقررات لتدريب الطلاب علي كبنية كتابة المذكرات القانونية، ويكون الهدف من هذه البرامج التدريبية هي إكساب الطالب مهارات كتابة المذكرات القانونية. فعلى سبيل المثال، يوجد في بعض الجامعات الأمريكية عيادات قانونية، تقوم بتدريب الطلاب على كتابة المذكرات القانونية<sup>(٣)</sup>.

ثانياً: اللغة القانونية والصياغة التشريعية:

#### ١- اللغة القانونية:

لكل علم لغة، واللغة القانونية هي لغة علم القانون، وهي اللغة

(١) الأستاذ هشام زوين: موسوعة المحامي الشاملة في المذكرات، المجلد الثاني، القاهرة، الناشر: المتحدون، د.ت، ص ٧ د. أسامة الروبي: تحرير صحف الدعاوي بين النظرية والتطبيق، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص ٧.

(٢) الأستاذ هشام زوين: موسوعة المحامي الشاملة في المذكرات، المجلد الأول، القاهرة، الناشر: المتحدون، د.ت، ص ١١.

(٣) انظر: د. فايز محمد حسين محمد: العيادة القانونية، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١١.

التي يجب على كل من يعمل في مجال القانون، التعرف على أصولها واكتساب مهاراتها<sup>(١)</sup>. والهدف العلمي والتدريبي من دراسة اللغة القانونية هي التعرف على أصول وسمات اللغة القانونية، كمدخل لدراسة الصياغة التشريعية، وحتى يعرف كل من يستخدمها كيفية استعمالها وشروطه وبالتالي مهارات الكتابة القانونية<sup>(٢)</sup>.

ومن ناحية ثانية، فيعتبر الإلمام بأصول ومهارات علم اللغة القانونية، ضروري ليس فقط لصياغة الأفكار القانونية، بل أيضا لتطبيق القانون واكتساب مهاراته (التفسير - التكيف - الاستدلال - التسيب)، وكتابة المذكرات القانونية والعقود والتصرفات.

وجدير بالذكر أن قراءة النصوص القانونية والآراء الفقهية والأحكام القضائية، تساعد الباحث على القدرة على الصياغة القانونية تدريجا، بل أن التعمق في قراءة المؤلفات القانونية، والتأمل في المصطلحات المستخدمة فيها، يساعد الباحث على اكتساب أسلوب صياغة الفكر القانوني والقدرة على الكتابة بلغة قانونية سليمة؛ ولكن يجب أن يتم ذلك في إطار التأمل في الفن القانوني؛ لصياغة الجمل التشريعية والفقهية والقضائية، وليس مجرد الملاحظة السطحية العابرة<sup>(٣)</sup>.

## ٢- الصياغة التشريعية

الصياغة التشريعية صورة متخصصة من الصياغة القانونية، وهي تعتبر أرقى وأدق صور الصياغة القانونية. وهي تحتاج إلى تفهم أصولها وإتقان مجموعة متنوعة من المهارات، للوصول إلى صياغة تشريعية سليمة، تتحقق من خلالها أهداف القانون وتتكامل المنظومة التشريعية في النظام القانوني ككل.

(١) د. حسن كيرة: المدخل لدراسة القانون، الإسكندرية، ١٩٨٥، ص ٢٠ - ٢٢، د. عبد المنعم البدرابي: مبادئ القانون، ط ١٩٧٧، ص ١٤٣.

Cornu (G.): Linguistique juridique, op. cit., p.41

(٢) راجع:

Cornu (G.): Linguistique juridique, op. cit., p.42 etss.

(٣) د. عبد القادر الشبخلي: فن الصياغة القانونية، مرجع سابق، ص ١٠٤.

ومن أهم المهارات القانونية التي يجب أن يكتسبها خريج كليات الحقوق هي كيفية صياغة التشريعات، حيث إن الصياغة التشريعية Legislative drafting لها مجموعة أصول يجب أن يتدرب عليها الطالب. ويكون هذا التدريب على النحو الآتي: المرحلة الأولى: التعرف على أصول علم الصياغة التشريعية، المرحلة الثانية: تدريب الطلاب على نماذج من النصوص التشريعية من خلال المقررات الدراسية. المرحلة الثالثة: تدريب الطلاب على صياغة القوانين النموذجية Model Law. ونوصى بانتهاج هذا المنهج لما له من فائدة كبرى في اكتساب الطلاب، ليس فقط لمهارات الصياغة التشريعية الجديدة، بل أيضا مهارات البحث القانوني ككل، بالإضافة إلى الفوائد الجمة التي تعود على الطلاب في الإطلاع على التشريعات المقارنة<sup>(١)</sup>.

خلاصة القول، إنه في إطار التدريبات القانونية والمهارات القانونية الأساسية، فمن الأهمية، تلقى الطلاب المعالم الأساسية، لأسس ومهارات الصياغة التشريعية، ثم تدريب الطلاب من خلال النصوص التشريعية النافذة، للتعرف على هذه الأسس والأصول، ثم تدريب الطلاب عليها، وعلى صياغة القوانين النموذجية، ليتم صقل المعرفة النظرية بتدريبات عملية.

## المطلب الثاني

### مهارات تطبيق القانون والمنطق القانوني والتقاليد والأداب المهنية

أولا: المنطق القانوني:

المنطق القانوني - Legal logic أحد العلوم القانونية المساعدة، كعلم الاجتماع القانوني وعلم اللغة القانونية وعلم السياسة التشريعية والصياغة القانونية. ولقد صار المنطق القانوني محلا لاهتمام كبير في

(١) د.م. عادل قورة: مواصفات التشريع الجيد، المؤتمر العربي السنوي الأول، عن الاتجاهات الحديثة في إعداد وصياغة مشروعات القوانين، القاهرة، ٧ - ٩ / نوفمبر / ٢٠٠٩، ص ٥، د. محمد كمال إمام: في الصياغة التشريعية، دراسة لبعض أحكام الأسرة في ضوء منهجية التقنين، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٧، ص ١٤ - ١٥.

الدراسات القانونية في كليات الحقوق العالمية ؛ نظرا لأهميته في التكوين العلمي للطلاب<sup>(١)</sup>.

ويتصل المنطق القانوني اتصالا وثيقا بتطبيق القانون ، فمراعاة القواعد المنطقية ضروري في التكيف والتفسير والاستدلال والتسييب. وبناء عليه ، فهناك علاقة وثيقة بين تدريب الطلاب على مهارات وأصول تطبيق القانون ، وأسس المنطق القانوني.

وخلاصة القول ، يفترض تطبيق القانون معرفة واكتساب مهارات التفسير القانوني ، التكيف القانوني ، الاستدلال القانوني ، التسييب القانوني. ودون شك كل المهارات السابقة ، ترتبط ارتباطا وثيقا بالمنطق ، ؛ ولذا فقد فمن الأهمية بمكان تلقى الطالب أسس المنطق القانوني ، لأنها سوف تساعده في اكتساب مهارات تطبيق القانون.

ثانيا: مهارات التعليق على الأحكام القضائية وتحليل النصوص القانونية:

ولقد زادت أهمية ضرورة التركيز على التدريب القانوني ، والتعليق على الأحكام القضائية وتحليل النصوص القانونية ، بعدما أصبحت هناك الكثير من المواصفات ، التي يجب أن تتوافر لدى الخريج ، وفقا لمتطلبات نظام ضمان الجودة في قطاع التعليم الجامعي بوجه عام ، وفي قطاع التعليم القانوني بوجه خاص.

ويكتسب الطالب أسس المنهج القانوني العملي الصحيح من خلال التدريب القانوني ومن خلال التعليق على الأحكام القضائية ومن خلال التدريب على تحليل النصوص القانونية. فدون شك ، فمن خلال معرفة الطالب لأصول التدريب القانوني وأحكامه ، وكذلك كيفية التعليق على الأحكام القضائية وتحليل النصوص القانونية ، يكتسب مهارة تطبيق القانون على الوقائع ، هذا من ناحية. ومن ناحية ثانية ، ومن خلال معرفة وتعلم ، كيفية تحليل الأحكام القضائية ، يستطيع الطالب من خلالها ، فهم بناء الحكم القضائي واكتساب كيفية الكتابة الصحيحة ، والتحليل الدقيق

(١) انظر في المنطق القانوني : د. فايز محمد حسين : دور المنطق القانوني في تكوين القانون وتطبيقه ، القاهرة ، ٢٠٠٩.

للأحكام. وهي مجموعة مهارات قانونية أساسية، يفتقدها الكثير من طلاب الدراسات القانونية، الأمر الذي يقطع بضرورة توجيه الاهتمام نحو العناية بها.

ويقصد بالتعليق على الحكم القضائي: (معالجة أي قرار صادر من هيئة قضائية، في إطار القانون العام، أم في إطار القانون الخاص سواء أكانت الهيئة هي محكمة عادية أم محكمة استثنائية أو خاصة أو هيئة تحكيمية) (١).

وفي اعتقادنا، يمكن القول أن المقصود بالتعليق على الحكم القضائي هو: "عملية التحليل المنهجي للحكم القضائي - أيا كان نوعه وأيا كانت المحكمة التي أصدرته - للوصول إلى المنهجية العلمية القانونية التي اتخذها القاضي من أجل تطبيق حكم القانون على الواقعة المعروضة عليه). فالتعليق دراسة منهجية تقوم على المنهج التحليلي التأسيلي، لمجموعة العمليات التي صدرت من القاضي، بداية من عرضه للوقائع، حتى إصداره للحكم (٢).

يهدف التعليق على الأحكام القضائية إلى تحقيق أهداف تعليمية إرشادية للطلاب. إذ أن التعليق على الأحكام القضائية من قبل الطلاب يهدف إلى تنمية وتطوير القدرة على الاستيعاب والتحليل والفكر القانوني. وبالتالي يغلب عليه الطابع التعليمي.

أن التعليق على الأحكام القضائية؛ تلقى اهتماما كبيرا في مقررات برامج الدراسات القانونية في الكثير من الجامعات العالمية، لتدريب الطلاب هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، فهي تعتبر عمل فقهي متميز في محل اهتمام الكثير من الفقهاء الأجانب. ولكن بالرغم من هذا نلاحظ كل عزوف من قبل الفقهاء، إذ نادرا ما نجد تعليقا لكبار الفقهاء على

(١) د. عكاشة عبد العال، د. سامي بديع منصور: مرجع سابق، ص ١٠٤.  
(٢) انظر: نصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية: الباب التاسع (إصدار الأحكام المواد ١٦٦ - ١٨٣).

Menderis(R.) & Vermelle (G.): Méthodes du droit -Le commentaire d'arrêt en droit prive, 3<sup>e</sup> ed., Paris, Dalloz, 1989, p. 1.

## الأحكام القضائية.

يساعد التعليق على الأحكام القضائية على التعرف على المفاهيم القانونية المكرسة ، في قرارات المحاكم والإحاطة بمداها العملي ، فتستعمل لحل مسائل قانونية واقعية ، عرضت إمام القضاء وفصل فيها باعتماده حلا قانونيا معيناً<sup>(١)</sup>.

تؤدي قراءات أحكام المحاكم ، بهدف التعليق عليها ، إلى تزويد الباحث بالصيغ القضائية ، التي تستعمل في حل النقاط القانونية ، الأمر الذي يؤدي إلى تنميته قدرته ، على التحليل والتكييف والتسيب السليم ، إذ أن اكتساب القدرة على التعليل والتحليل وتقديم الحلول ، تفترض تكوين علمي - عملي ، وهو لا يكتسب ، إلا من خلال الإطلاع على الأحكام القضائية وتحليلها والتعليق عليها<sup>(٢)</sup>.

خلاصة الأمر ، أن التدريب على تحليل وصياغة الحكم القضائي والتعليق على الأحكام القضائية من أهم المهارات القانونية التي يجب أن يتم تدريب الطلاب عليها في قطاع الدراسات القانونية<sup>(٣)</sup>. حيث إن التعليق على الأحكام يعد الوسيلة الممتازة ؛ لتدريب الطلاب على استخدام المعارف النظرية في الوصول إلى الحلول العملية ، وهذا يزودهم بمنهجية قانونية ، تساعدهم مستقبلا في حياتهم العملية<sup>(٤)</sup>.

(١) د. مصطفى العوجي : مرجع سابق ، ص ١٩٨ ؛ د. على مصباح إبراهيم : منهجية البحث القانوني .. مرجع سابق ، ص ١٤٧ .

(٢) د. حلمي محمد الحجار : المنهجية في القانون من النظرية إلى التطبيق ، مرجع سابق ، ص ٢٣٥ ؛ د. مصطفى العوجي : مرجع سابق ، ص ١٩٨ ؛ د. على مصباح إبراهيم : منهجية البحث القانوني .. مرجع سابق ، ص ١٤٧ .

(٣) انظر تفصيلا مؤلفنا : د. فايز محمد حسين محمد : التدريب القانوني والمهارات القانونية العملية والعيادة القانونية ، الإسكندرية ٢٠١٢ ، وكذلك العيادة القانونية ، الإسكندرية ، دار المطبوعات الجامعية ، ٢٠١٢ ، في مفهوم الحكم القضائي انظر : د. أحمد هندي : قانون المرافعات المدنية والتجارية ، الإسكندرية ، ٢٠١٢ ، ص ٥٠٣ ؛ د. محمد سعيد حسن عبد الرحمن : الحكم القضائي ، ط ١ ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ص ١٧ - ١٨ .

(٤) د. على إبراهيم ، مرجع سابق ، ص ١٤٧ ؛ د. حلمي محمد الحجار : المنهجية في القانون من النظرية إلى التطبيق ، مرجع سابق ، ص ٢٣٥ ؛

Menderis(R.) & Vermelle (G.): Méthodes du droit -Le commentaire d'arrêt en droit prive, Op.cit., p. 18 et ss.



ثالثاً: التدريب على تقديم الاستشارة القانونية ومهارات المرافعات القضائية:

يقصد بالاستشارة القانونية: (الآراء القانونية الشفوية أو المكتوبة المعطاة، من المحامي للعميل بمناسبة تصرف قانوني أو دعوى قضائية، أو لتجنب صعوبة أو نزاع مستقبل، وهي جزء من أنشطة المحامي اليومية) في واقع الأمر، للاستشارة القانونية أهمية كبيرة، حيث إن استشارة الغير من متطلبات التفكير والوصول إلى الحكم الصحيح على الأمور، والاستفادة، من خبرة الآخرين<sup>(١)</sup>.

وتقديم الاستشارات القانونية، يرتبط ارتباطاً وثيقاً، بقواعد ومهارات طرح الأسئلة والمحاورة والكتابة القانونية ومهارات المقابلة؛ ولذا يشترط أن يكون المحامي الذي يقدم الاستشارة القانونية مكتسباً للمهارات المشار إليها، ويؤكد هذا الارتباط الوثيق بين كافة صور المهارات القانونية، التي يجب أن يتدرب عليها طلاب الحقوق.

- يعتبر تعليم أصول ومهارات المرافعة القضائية من الجوانب التطبيقية الأساسية، التي يجب الاهتمام بها في برامج كليات الحقوق. وهي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالمنهجية القضائية من ناحية، بأصول ومهارات وفنون مهنة المحاماة، باعتبار أن المحامي من أعوان القضاء، فهو يساعد القضاء في أداء مهامه. والمرافعة من أهم مهامه<sup>(٢)</sup>.

يقصد بالمرافعة القضائية: (الشرح الشفوي من الخصم أو محاميه للدعاءات - أو أوجه الدفاع - وأسانيدها أمام المحكمة)؛ واتفق الشراح على أنه بالإضافة إلى مراعاة الأحكام القانونية المتعلقة بنظام المرافعة، فإن هناك مجموعة مهارات Skills، يجب أن يتدرب عليها كل من يقدم على الترافع أمام المحاكم؛ وتكتسب هذه المهارات من خلال التدريب العملي؛ ومن خلال حضور جلسات المحاكم للتدريب، ومن

(١) انظر تفصيلاً: د. محمد عبد الظاهر: المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل، القاهرة، ١٩٩٦، ص ١١٠؛ د. عكاشة عبد العال، د. سامي منصور، مرجع سابق، ص ٥٢٦؛ د. كمال الجوهري: سلسلة المستشار القانوني وأعمال المحاماة اليومية، الكتاب الأول، ط ١، القاهرة - المركز القومي للإصدارات القانونية ٢٠١٠، ص ٧  
(٢) د. سيد محمود: دور المرافعة في المنظومة القضائية، د. ت، ص ١٤.

خلال برامج المحاكمات الصورية Moot court ؛ ولذا فمن أهم مكونات برامج العيادات القانونية في الجامعات - هو تدريب الطلاب على مهارات المرافعة القضائية وأصولها<sup>(١)</sup>.

#### رابعاً: تدريس تقاليد وآداب المهن القانونية والمسئولية المهنية

يقصد بمهنة القانون (الوظيفة القانونية أو الأشخاص الذين يزاولون عملاً قانونياً فهي تشمل الوظيفة القضائية إلى جانب الوظائف القانونية الأخرى، وتشمل القضاة إلى جانب رجال القانون الآخرين)<sup>(٢)</sup>. ويقصد بالأخلاق المهنية (مجموعة المعايير والأنماط والقيم السامية التي تعارف عليها المشتغلون في كل مهنة)<sup>(٣)</sup>.

أستقر الرأي على أن أفراد كل مهنة يخضعون لنوعين من القواعد المنظمة لممارسة المهنة التي ينتموا إليها: النوع الأول: القواعد القانونية العامة، المنظمة لسلوك الأفراد في المجتمع بوجه عام. والنوع الثاني: مجموعة من المبادئ التي تحكم سلوكهم، وهي تحدد ما لهم وما عليهم، ومجموعة هذه القواعد يطلق عليها (قواعد الأخلاق المهنية)<sup>(٤)</sup>.

وتعتبر قواعد أخلاقيات المهنة مصدراً للواجبات المهنية، ويترتب على مخالفتها قيام المسؤولية المهنية للمهني في مواجهه العميل، ولذا يرجع إليها القاضي في تحديد التزامات ونطاق التزامات المهني تجاه العميل وتجاه

(١) د. فتحي والي: الوسيط في شرح قانون القضاء المدني، ٢٠٠٩، ص ٤٧٧؛ د. أحمد عوض هندي: قانون المرافعات المدنية والتجارية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩، ص ٥٠٣؛ حسن الجداوي: المرافعة، بحث في أساليبها وحقوق المترافعين وواجباتهم، ط ١٩٣٣، ص ١٣ مشار إليه لدي: د. السيد محمود: دور المرافعة في المنظومة القضائية، د.ت، ص ٩، الأستاذ زكريا إدريس الحامي: المدخل في كتابة المذكرات وأصول المحاكمة، مجلة المحاماة، ع ٣، ٢٠٠٣، ص ٤٣٥؛ د. فايز الحاج شاهين: من كلمة تقديم لكتاب الأستاذ المشعلاني عن مرافعات مختارة (فؤاد توفيق المشعلاني: مرافعات مختارة، بيروت، ١٩٩٣) ص ١٦ - ١٧.

(٢) د. محمد عبد الخالق عمر: المرجع السابق، ص ٨٩.

(٣) كمال أبو العيد: سر المهنة، مجلة القانون والاقتصاد، ع ٣-٤، ١٩٧٨، ص ٦٦٧.

(٤) انظر بوجه خاص البحث المتميز والدقيق للأستاذ الدكتور / جابر محجوب على: قواعد أخلاقيات المهنة مفهومها، أساس إلزامها ونطاقها - دراسة مقارنة، القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠٠١ وكذلك مقالة سيادته في مجلة الحقوق جامعة الكويت عدد عام ١٩٩٣.

وتنظم قواعد أخلاق المهنة علاقة المهني بزملاء المهنة والغير، ليس هذا فحسب، بل أن قواعد أخلاقيات المهنة؛ نظرا لأنها تضع بعض المبادئ الأساسية التي رأى المجتمع ضرورة التزام المهني بها أثناء ممارسته لمهنته، ولذا فإنها - كما قيل - تزود النظام العام المدني بجزء من قواعده، الأمر الذي يؤدي إلى بطلان كل عقد يرتبط به المهني ويكون مخالفا لمجموعة المبادئ الأساسية لأخلاقيات المهنة، نظرا لتعارضه مع النظام العام<sup>(٢)</sup>.

بلا شك إنه من الأهمية بمكان التعرف على تقاليد وآداب المهن القانونية وأحكام المسؤولية المهنية، وذلك لتحقيق مجموعة من الأهداف أهمها: إبراز هذه التقاليد والآداب وجوانبها القانونية والأخلاقية؛ لتكون هاديا ونبراسا؛ للمشتغلين بالمهن القانونية وخصوصا القضاة وأعضاء هيئة التدريس والمحامين. ومن ناحية أخرى، التعرف على الأحكام العامة لمجموعة تقاليد وآداب المهن القانونية من خلال نصوص قانون المحاماة وقانون تنظيم الجامعات ولائحته التنفيذية وقانون السلطة القضائية. ومن ناحية ثالثة، معرفة أحكام المسؤولية المهنية Professional responsibility من خلال التعرف على أصول ممارسة مهنة المحاماة والعمل بالجامعة وبالقضاء.

لا جدال في أن التعرف على أصول وتقاليد وآداب ممارسة المهن القانونية، يؤدي إلى حسن أداء ممارسة المهن القانونية في المجتمع، وتخريج جيل من رجال القانون مكتسب مهارات وتقاليد وآداب وأخلاقيات ممارسة المهن القانونية الأمر الذي يؤدي إلى حسن أداء القانون لوظيفته في المجتمع.

(١) د. جابر محبوب: المرجع السابق، ص ٣٤١، ص ٤٩٩

(٢) د. جابر محبوب على: قواعد أخلاقيات المهنة... المرجع السابق، ص ٤، ص ٢٠٤ وما بعدها.

## خاتمة وتوصيات

- بناء على ما سبق ، فتطوير الدراسات القانونية بكليات الحقوق ، يجب أن يتم من خلال المحور المعرفي والمحور المهاري والتوفيق بينها من خلال الاسترشاد بالتجارب العالمية المقارنة. فعلى المستوى المعرفي يجب إدخال مقررات جديدة في برامج الدراسات القانونية وأهمها مقررات القانون المقارن. وعلى المستوى المهاري ، إعادة هيكلة نظام التمرينات العملية. مع ملاحظة ان الهدف من تدريب الطلاب هو تعليم أصول المهارات القانونية ، كتدريب الطلاب على الإلمام بالأصول النظرية للجوانب العملية فى تطبيق القانون والاستدلال القانوني ، على الأحكام من النصوص وصياغة النصوص القانونية ، بالإضافة إلى تحليل وكتابة الأحكام القانونية ، وتعلم مهارات الدفاع والمرافعة والكتابة القانونية.
- الاهتمام بالروابط بين دراسة القانون الدولي القانون الداخلي<sup>(١)</sup> ؛ وجعل المقررات القانونية انعكاساً للمتغيرات الإيجابية الدولية ؛ حتى نفهم القانون الوطني فهماً جيداً ويكون موافقاً للمتغيرات العالمية.
- دون شك إن التدريبات القانونية العملية تحتل حيزاً هاماً بجانب الدراسة الأكاديمية التي تكتفي بتلقين الطالب المعلومات القانونية النظرية ، فلم تعد المعلومات كافية للخريج ، بل إنه بحاجة إلى اكتساب مهارات قانونية من خلال التدريب<sup>(٢)</sup> <sup>(٣)</sup> ؛ ولكن المشكلة التي تفرض

(١) انظر:

Cluadia Grossnan: op. cit., p.30 – 32.

(٢) انظر:

Janes R. Maxeiner: Integrating practical training and professional legal education in: J. KLABBERS, M. Sellers (eds.), The internationalization of law and of legal education,.. Op.cit., p. 37.

(٣) وفي هذا الصدد قد قيل ما يلي :

(Practical training is an issue in legal education because legal education does more than convey legal knowledge: it prepares students for professional practice. Knowledge of law is essential to becoming a jurist. Yet knowledge of law alone is not enough; becoming a lawyer, judge or other=

إدراج التمرينات العملية - كما يري البعض بجانب المقررات الأكاديمية تتمثل في تحديد نوعية التمرينات العملية التي يجب أن نركز عليها ويكتسبها الطالب - إذ تتنوع المهارات العملية بحسب نوعية العمل الذي يقوم به خريج الحقوق بعد إتمام الدراسة، فما قد يكون له أهمية كبرى بالنسبة لمهنة معينة قد لا يكون كذلك لمهنة أخرى<sup>(١)</sup>.

ولكن من السهولة بمكان الرد على الحجة السالفة وهي أن المهارات القانونية العملية تتميز بطابع العمومية التي تسمح بأن تكون صالحة لجميع خريجي قطاع الدراسات القانونية، فهناك أساس مشترك لممارسة المهن القانونية، وبالتالي هناك مهارات قانونية عملية يفترض أن يكون قد اكتسبها الطالب طوال فترة دراسته للقانون. ويقول آخر، فالتدريبات العملية القانونية على المقابلة والسؤال وكتابة المذكرات القانونية والدفاع والمرافعة، والاستشارة القانونية، التفاوض، الاتصال، التحليل القانوني، الاستدلال القانوني... الخ، يحتاج إليها كل من يعمل في المهن القانونية، بغض النظر عن المهنة يمارسها<sup>(٢)</sup>.

---

=legal professional also requires professional skills. Learning substantive knowledge of the law is usually denominated "education" while acquiring practical skills is ordinarily called "training". Legal educators ponder the proper proportions and proper places for legal education and for practical training in the preparation of legal professionals) See: Janes R. Maxeiner: op. cit., p. 38 - 39.

(١) انظر:

Janes R. Maxeiner: op. cit., p. 38 - 39.

(٢) ومن نافلة القول الإشارة إلى أن ولقد ساعدت العيادات القانونية legal clinics طلاب القانون في الولايات المتحدة الأمريكية في اكتساب المهارات القانونية العملية من خلال استخدام حالات من الواقع العملي إلى العيادات القانونية بالكليات لتدريب الطلاب انظر:

Janes R. Maxeiner: Integrating practical training and professional legal education in: p.46, Richard J. Wilson: the role of practice in legal education, in K. B. and D. V. Snyder (eds). General Reports of the XVIIIth Congress of the international Academy of Comparative law-Rapports (Généraux du XVIIIeme Congres de l'Académie international de Droit compère, Springer Science and Business Media, 2012.

وخلاصة القول، إنه ينبغي أن يتم تطوير المقررات الدراسية حتى تكون كما قال البعض<sup>(١)</sup> :

(The law School curriculum should embrace the emerging transnational legal order to create a more open and forward-looking legal education that truly participates in the wider world with which law graduates will have to engage, to pursue successful legal careers).

- دون شك أن أسس تغيير البرامج الدراسية القانونية، بما يتفق مع متغيرات عصر العولمة، يجب ان يقوم على فلسفة الربط بين المعلومات القانونية والمهارات القانونية العملية. في واقع الأمر، نحن بحاجة إلى تغيير الكثير من أسس ومناهج الدراسات القانونية الموجودة حالياً، إذا لم يعد الكثير منها، يؤهل الخريج، ليكون أداة قادرة؛ لإحداث تغيير في مجتمعه، وقادراً على صياغة الأسس القانونية للتنمية الشاملة.

فى واقع الأمر نحن بحاجة إلى النظر مرة أخرى إلى برامج الدراسات القانونية على مستوى المرحلة الجامعية الأولى وعلى مستوى الدراسات العليا، بالإضافة إلى فتح الطريق إلى تحديث وتطوير الخريج عن طريق برامج تدمج بالمعلومات القانونية والمهارات القانونية بصورة مستمرة

#### Continuing legal Education.

- وفي واقع الأمر، أن التعليم القانوني في العالم العربي، بحاجة إلى مجموعة من التغيرات الجوهرية، حيث إنه يوجد ثبات معلوماتي ومهارى، بالنسبة لخريج كليات الحقوق، يجعله غير قادر في بعض

(١) انظر:

Wibo M. Van Rossum: Resolving Multicultural Legal cases: A bottom up perspective on the internationalization of law, in: op. cit., p.113-124. ALBERTO B-Reifhohl: Tomorrow's law schools: internationalization and Legal education, 32 san Diego L. Rev. 1995, p. 137. W. Michael Reisman: Designing law curricula for transnational industrial and sentence-based civilization, 46, Journal of Legal education , 322, 1996.

الحالات على مواجهة متغيرات الساحة العالمية والمنافسة العالمية في سوق العمل القانوني، وبناء عليه، فيجب أن نبحث عن كيفية اكتساب الطالب لبعض المهارات وكيفية تنميتها فيه، مثل مهارة الكتابة القانونية، ومهارة المرافعة، ومهارات استعمال اللغة القانونية، بصورها المختلفة كاللغة التشريعية - اللغة القضائية - اللغة الفقهية - دراسة القانون المقارن.

- وبناء عليه، فإصلاح نظام التعليم القانوني في مصر وكذلك في البلاد العربية، يفترض إدخال تغييرات أساسية لبرامج الدراسات القانونية على نحو يجعل الطالب يتلقى مقررات أكاديمية أساسية؛ لتكوينه العلمي القانوني، مع التركيز على تلقي الطلاب، تدريبات عملية في المقررات النظرية القانونية، حتى نصل إلى خريج يجمع بين وجهي التعليم القانوني، المعرفة والمهارات التطبيقية. ومن ناحية أخرى فيجب إدراج مقرر عن أخلاقيات المهن القانونية والمسئولية المهنية.
- إعادة النظر أو تطوير الدراسة بشعب الدراسة القانونية باللغات الأجنبية (الإنجليزية - الفرنسية) بكليات الحقوق.
- الأخذ في الاعتبار متطلبات سوق العمل عند وضع البرامج والمقررات القانونية.
- إعادة النظر في نظم ضمان الجودة والتأهيل للاعتماد المطبق في قطاع الدراسات القانونية وإنشاء وحدة متخصصة لمراقبة وتفعيل ضمان الجودة بكليات الحقوق مستقلة نوعياً عن الهيئة القومية لضمان الجودة والاعتماد.

### المبحث الثاني

#### العبادة القانونية ومتطلبات ضمان الجودة والحصول على الاعتماد في قطاع الدراسات القانونية

- يقصد بضمان الجودة Quality assurance - في ضوء المعايير الأكاديمية القومية لضمان الجودة والاعتماد في مجال الدراسات القانونية - (استيفاء الجودة لجميع عناصر العملية التعليمية من مناهج ومؤسسات

وطلاب ومعلمين وأساتذة ومختلف الأنشطة التي ترتبط بالعملية التعليمية)  
(١)

- متطلبات ضمان الجودة والحصول على الاعتماد Quality Assurance and Accreditation أصبحت من الأمور الهامة في قطاع التعليم في العالم على مستوى التعليم قبل الجامعي والتعليم الجامعي  
- يلزم تطوير مقررات الدراسات القانونية بكليات الحقوق، من أجل أن تتوافق مع متطلبات الجودة، حيث يجب أن يقوم المقرر والبرنامج، على انجاز وتحقيق مخرجات التعلم المستهدفة. والتي يقصد بها: (النتائج المستهدفة من التعلم وهي المعرفة والفهم والمهارات، التي تسعى إلى تحقيقها المؤسسة من خلال برامجها المختلفة والمرتبطة برسالتها، وتعكس المعايير الأكاديمية وتكون قابلة للقياس وترتبط بشكل واضح بالطرق المختلفة لتقويم الطلاب)<sup>(٢)</sup>.

- أشارت المعايير القومية الأكاديمية القياسية لقطاع الحقوق (بالنسبة لمرحلة الليسانس ومرحلة الدراسات العليا) والصادرة عن الهيئة القومية لضمان جودة التعليم والاعتماد عام ٢٠٠٩ إلى التدريب القانوني وأكتساب المهارات القانونية، حيث يشترط في خريج الحقوق ما يلي: القدرة على إجراء الأبحاث وكتابة التقارير والمذكرات؛ والتدريب على الصياغة القانونية، والمرافعة أمام المحاكم وهيئات التحكيم؛ وصياغة الوثائق القومية والقوانين والقرارات واستيعاب التطبيقات القضائية وفهمها، وتقديم الاستشارات والمشاركة في الأنشطة البحثية.

وأشارت المعايير كذلك إلى أن يكون خريج كليات الحقوق - فيما يتعلق بالمهارات الذهنية - قادرا على: تحليل الوقائع في المسائل محل البحث والربط فيما بينها لاستخلاص النتائج؛ تفسير نصوص القانون تفسيراً سليماً واستخلاص ما ينطبق منها على الوقائع؛ البحث والتحليل

---

(١) انظر قانون ضمان الجودة المصري - القانون ٨٢ لسنة ٢٠٠٦.  
(٢) انظر: الهيئة القومية لضمان الجودة والاعتماد - مصر: دليل الاعتماد لمؤسسات التعليم العالي، الإصدار الأول، ٢٠٠٩، ص ١٣١.



والتأصيل لإيجاد حل للمشكلات القانونية المعروضة ؛ استخلاص اتجاهات القضاء في المسائل المعروضة واستخدامها في تدعيم رأيه ؛ والقدرة على النقد<sup>(١)</sup>.

- يجب أن يتلقى طلاب الدراسات القانونية، أصول التدريب القانوني والمهارات القانونية الأساسية، حتى يتوافق مع ما جاء في المعايير الأكاديمية القومية، بهذا يصبح خريج كلية الحقوق في قطاع الليسانس وقطاع الدراسات العليا، مكتسباً لمجموعة من المهارات العامة والذهنية والمهنية، ويحقق له هذا الاكتساب التميز على المستوى الأكاديمي وعلى المستوى العملي، وبالتالي يصبح قادراً على أن يكون منافساً، قوياً في سوق العمل.

- تركز طرق تقييم الطلاب في قطاع الدراسات القانونية - في الوقت الحالي - على قياس مستوى الحفظ والقدرة على استرجاع المعلومات وليس قياس القدرة على الفهم وحل المشكلات، بمعنى يتم التركيز فقط على التكوين المعرفي للطلاب وتجاهل التكوين المهاري للطلاب.

- ندرة الاهتمام بتدريب الطالب على تطبيق المعلومات القانونية، التي يقوم بدراساتها على القضايا الواقعية، إلا في حالات نادرة وفي جزئيات قليلة من المقررات الدراسية، ويتعارض هذا مع متطلبات جودة الخريج وتأهيل البرنامج الدراسي للحصول على الاعتماد.

- من الثابت إنه لا يوجد تأثير فعلي وواقعي لبرامج ضمان الجودة والتأهيل للاعتماد في قطاع الدراسات القانونية، وهو الأمر الذي يتطلب إعادة التفكير في وضعية قطاع الدراسات القانونية.

- تضطلع برامج العيادة القانونية، بمسألة اكتساب وتدريب الطلاب على المهارات القانونية العملية، من خلال استقبال الحالات الواقعية.

---

(١) المصدر: الهيئة القومية لضمان الجودة والاعتماد - مصر: المعايير، قطاع الدراسات القانونية ٢٠٠٩.

- يتوافق إدخال العيادة القانونية فى برامج كليات الحقوق، مع ما تفرضه مقتضيات التحولات والتطورات العالمية، من ضرورة التفكير فى تطوير برامج الدراسات القانونية، وهو ما يقتضى إعادة التفكير فى الكثير من نواتج العملية التعليمية، وكذلك مدخلاتها، بحيث يؤدى ذلك إلى إعادة هيكلة الكثير من المناهج والبرامج التعليمية القانونية، وذلك بهدف التركيز على اكتساب الطالب للمهارات القانونية العملية، بوصفها من أساسيات نواتج برنامج التعليم القانوني، وخصوصا مع تزايد الإتجاه العالمي نحو الاهتمام بالمهارات التدريبيه Skills Training وإدماجها فى مقررات كليات الحقوق، من خلال الإتجاه نحو تحسين المقررات القانونية عن طريق جعلها تعكس الواقع الاجتماعي، بما فيه من مؤثرات تؤثر تأثيراً قويا، فى نشأة القانون وتكوينه وتطوره، كالعلاقات الاجتماعية والظروف الاقتصادية والظروف السياسية.

- يرتبط التعليم القانوني المستمر، ببرنامج العيادة القانونية، وتطوير المهارات القانونية للمشتغلين بالقانون.

ومن ضمن متطلبات جودة التعليم القانوني، أن يكون خريج كليات الحقوق قادرا على البحث والتحليل والتأصيل؛ لإيجاد حل للمشكلات القانونية المعروضة واستخلاص اتجاهات القضاء فى المسائل المعروضة واستخدامها فى تدعيم رأيه والقدرة على النقد، وهذا لا يكون إلا إذا تلقى الخريج تدريبات مستمرة، تؤدى إلى تحسين مستواه العلمي وجعله موافقا للمستجدات القانونية الحديثة.

- يرتبط التعليم القانوني المستمر من تقاليد وآداب ممارسة المهن القانونية، إذ تستمد فلسفة التعليم القانوني المستمر من الرغبة فى استمرارية تطوير المستوى التعليمي والمهاري للخريجين، عن طريق الدورات والبرامج التدريبية المتنوعة، فى شتى الفروع القانونية، ليكون الخريج على علاقة وإطلاع، بمستجدات العلوم والنظم القانونية

والتطورات التشريعية والدستورية القانونية المحلية والإقليمية والعالمية<sup>(١)</sup>

- يساعد التعليم القانوني المستمر فى تحقيق التواصل بين الخريج والجامعة، وتنمية المهارات والخبرات والمعلومات عند الخريجين؛ وتفعيل البرامج التدريبية وتطوير البرامج الأكاديمية، للتوافق مع المستجدات العالمية؛ والتوافق بين الدراسة الأكاديمية ومتطلبات سوق العمل؛ والربط بين الجامعة والمجتمع، ومعرفة متطلبات المجتمع من النظام التعليمي، ولذا يزداد دور الجامعة فى تنمية المجتمع.

- تتمثل مشكلة التعليم القانوني المستمر - بالرغم من أهميته - فى أن الكثير من المجتمعات لا تؤمن بضرورة تطوير المستوى المعرفي والمهارى للخريجين وكذلك العاملين هذا من جهة. ومن جهة ثانية، فلسفة التعليم القانوني المستمر، تقوم على تنمية وتطوير المهارات (العلمية والعملية) للخريجين، ولكن كيف يتم ذلك. وهل هناك مقررات إجبارية وأخرى اختيارية. وما هي عدد الساعات المطلوبة، وهل تستطيع الجامعة بالاتفاق مع الجهات المعنية (نقابة المحامين - الهيئات القضائية - ....) أن تجعل التعليم القانوني المستمر إجباريا.

### القسم الثاني

نصوص المشروع المقترح للقواعد المنظمة للعبادة القانونية بكلية الحقوق

#### الوصف العام:

هذا المشروع عبارة عن اقتراح بمجموعة نصوص قانونية، تهدف إلى بيان الإطر العامة للتنظيم القانوني للعبادة القانونية، ولقد تمت

(١) د. محمد عبد الخالق عمر: النظام القضائي المدني، ج ١، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٧٦، ص ٩٢.

J.W.Lawson: the history of continuing legal education and experiences from mandatory continuing legal education, 40 V. University law review, 2006, p. 401, Janes R. Maxeiner: Integrating practical training and professional legal education in: J. KLABBERS, M. Sellers (eds.), The internationalization of law and of legal education,.. op. cit., p. 37.

صياغتها بحيث تكون مرشداً، للكليات التي تهدف إلى إنشاء عيادات قانونية بها.

ولقد دفنني لتقديم مجموعة النصوص المقترحة، هي الرغبة في تقديم رؤية عامة وشاملة، للعيادة القانونية، من كافة جوانبها. والكثير من نصوص المشروع مصدرها بالإضافة إلى الدراسة النظرية، ومجموعة المقالات والمؤلفات التي اطلعت عليها، ما استخلصته من تجربة إنشاء أول عيادة قانونية، بالجامعات المصرية منذ عام ٢٠٠٩ بالتعاون مع الأستاذ الدكتور محمد مطر - المدير التنفيذي لمشروع الحماية - بجامعة جونز هوبكنز، والذي من خلال عملي معه، تعرفت على العيادات القانونية، بالولايات المتحدة الأمريكية وبجنوب أفريقيا، بالإضافة إلى الزيارات واللقاءات التي تمت مع مجموعة متميزة من المتخصصين في العيادات القانونية من الجامعات الأمريكية، إلى العيادة القانونية بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية.

- ولا يمكن أن ننكر عملي في وحدة ضمان الجودة والتأهيل للاعتماد، بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية، حيث إنني كنت مديراً لمشروع QAAP2 بالكلية، وتلقيت دورات تدريبية، حضور لقاءات، وورش عمل، بخصوص في مشروعات ضمان الجودة والتأهيل المستمر.

- لا يخفى على كل من عمل في مجال مشروعات ووحدات ضمان الجودة والاعتماد، مدى أهمية العون والتميز، والتفصيل، والبيان، وجودة ورش العمل، وكذلك تميز إصدارات الهيئة القومية لضمان الجودة والاعتماد بمصر. وسيلاحظ القارئ لهذا المشروع، إن بعض نصوصه مصدرها هذه الإصدارات، وكذلك من نصوص قانون ضمان الجودة ولائحة التنفيذية قانون ٨٢ لسنة ٢٠٠٦.

- لقد ساهم اتحاد الجامعات العربية، بدوره أسهاماً كبيراً، بإصداره مجموعة أدلة حول ضمان الجودة والتأهيل للاعتماد، ولقد استفدنا منها كذلك - كما اشرنا - في صياغة بعض النصوص الواردة في هذا المشروع.

- الفكرة الجوهرية لنصوص المشروع هي كيفية وضع تنظيم قانوني للعيادات القانونية بالجامعات العربية، وكيفية حصول برامج العيادة القانونية، على الاعتماد التخصصي، وكذلك كيفية مساهمة هذه العيادة في حصول كليات الحصول على الاعتماد المؤسسي، بوصفها من متطلبات الجودة والتأهيل للاعتماد.

وجدير بالذكر، إنه دون شك، فهذا المشروع، عمل بشري فردي، ناقص، يحتاج إلى جهد وفكر الآخرين، ومراجعتهم له واسهامتهم، وإذا كان فيه اسهام لاصلاح التعليم القانوني، فهذا من فضل الله علي، وإن كان فيه خطأ وتناقض، فهذا يتفق مع طبيعة العمل الإنساني، فالكمال لله وحده، والله ولي التوفيق إنه نعم المولى ونعم النصير.

ثانياً: الأفكار الأساسية لمجموعة القواعد المنظمة للعيادة القانونية بكلية الحقوق:  
تمثل الأفكار الأساسية لمشروع القواعد المنظمة للعيادات القانونية بكليات الحقوق في مجموعة النقاط الآتية:

- التعريف بالعيادة القانونية ورسالتها وأهدافها وبمجموعة المصطلحات القانونية الأساسية المرتبطة بها وبضمان الجودة الاعتماد.
- بيان صور العيادات القانونية وقواعد إنشائها بكليات الحقوق.
- قواعد التحاق الطلاب بالعيادة القانونية وأسس التدريس بها.
- التنظيم الإداري والمالي للعيادة القانونية.
- العيادة القانونية ونظم ضمان الجودة.
- المحتوى العلمي للوحدات الدراسية وصور المهارات القانونية العملية لبرنامج العيادة القانونية.
- العيادة القانونية والتدريبات القانونية العملية والتعليم القانوني المستمر.
- العيادة القانونية وكفالة الحق في التقاضي وتقديم المساعدة القانونية للفئات المستضعفة.
- العيادة القانونية والمسئولية المهنية والاخلاق والتقاليد المهنية للمشتغلين بالمهن القانونية.

- العيادة القانونية والتعاون مع منظمات المجتمع المدني والنقابات المهنية والجامعات ومراكز البحوث الوطنية والاقليمية والعالمية.
  - العيادة القانونية وتطوير الدراسة بكليات الحقوق.
  - تمويل برامج العيادات القانونية.
  - إدارة العيادة القانونية ومنظومة إدارة كليات الحقوق.
  - العيادة القانونية والجودة والتأهيل للحصول على الأعتداد التخصصي.
- تقسيم المشروع:

الفصل الأول: الأحكام العامة.

الفصل الثاني: إنشاء العيادة القانونية.

الفصل الثالث: المجلس الأكاديمي والإداري للعيادة القانونية.

الفصل الرابع: نظام الجودة والاعتماد وبرنامج العيادة القانونية.

الفصل الخامس: أحكام القبول والدراسة بالعيادة القانونية.

الفصل السادس: النظام الإداري والمالي.

الفصل السابع: العيادة القانونية والتدريب القانوني والتعليم القانوني

المستمر.

## الفصل الأول

### الأحكام العامة

المادة (١): يضاف إلى لائحة الدراسة بكلية الحقوق مجموعة القواعد المنظمة لبرنامج العيادة القانونية، ويخضع العمل بها للقواعد الواردة في هذا المشروع، ويطبق فيمبين لم يرد به نص نصوص اللائحة الداخلية للكلية.

المادة (٢): في تطبيق أحكام هذه القواعد المنظمة للعيادة القانونية يقصد بكل من المصطلحات الواردة بها، حيثما وردت ما يلي من معنى مبين أمامها.

أ- العيادة القانونية Legal clinic - Clinical Legal education - هي

مقرر في برنامج كليات الحقوق يقوم على فلسفة الجمع بين المفاهيم النظرية والواقع العملي للممارسة القانونية وتهدف إلى مساعدة

الطلاب على اكتساب الخبرات والمهارات من خلال مقابلة حالات عملية Live cases من الواقع العملي مع تقديم الخدمات القانونية المجانية لغير القادرين لتفعيل الحق في التقاضي Access to justice والمساعدة القانونية Legal aid<sup>(١)</sup>.

ب- البرنامج التعليمي: (المناهج والمقررات الدراسية والأنشطة التي تكسب الدارس المعرفة والمهارات والقيم اللازمة لتحقيق هدف تعليمي أو تخصص دراسي محدد)<sup>(٢)</sup>؛ (البرامج الأكاديمية: هي مجموعة البرامج الدراسية والمقررات التي تساعد على تحقيق رسالة المؤسسة وترجم أهدافها مراعية معايير الجودة<sup>(٣)</sup>).

ج- المنهج: المكون المعرفي والمهاري والوجداني لتحقيق مخرجات التعليم المنشودة في فترة زمنية محددة<sup>(٤)</sup>.

د- ضمان الجودة: استيفاء الجودة لجميع عناصر العملية التعليمية من مناهج ومؤسسات وطلاب ومعلمين وأساتذة ومختلف الأنشطة التي ترتبط بالعملية التعليمية<sup>(٥)</sup>.

(١) انظر:

Frank S. Bloch: New Directions in Clinical Legal Education: Access to Justice and the Global Clinical Movement, In: 28 Washington University, Journal of Law & Policy, 111 (2008), NINA W. TARR: Current Issues in Clinical Legal Education, 37Howard Law Journal, 31(1993); see also, Mark Spiegel: symposium: clinical education: theory and practice in legal education: an essay on clinical education. The Regents of the University of California, 1987. UCLA Law Review 34 UCLA L. Rev. 577.

(٢) المصدر: قانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٦ بإنشاء الهيئة القومية لضمان جودة التعليم والاعتماد في مصر، المادة الثانية.

(٣) المصدر: اتحاد الجامعات العربية: الأمانة العامة - عمان - دليل ضمان الجودة والاعتماد للجامعات، أعضاء الاتحاد، عمان الموافق، ٢٠٠٨، ص ٤٩.

(٤) المصدر: قانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٦ بإنشاء الهيئة القومية لضمان جودة التعليم والاعتماد، في مصر، المادة الثانية.

(٥) المصدر: قانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٦ بإنشاء الهيئة القومية لضمان جودة التعليم والاعتماد، المادة الثانية.

هـ - الاعتماد: الاعتراف الذي تمنحه الهيئة القومية لضمان جودة التعليم والاعتماد للمؤسسة التعليمية "في كل دولة" إذا تمكنت من إثبات أن لديها القدرة المؤسسية، وتحقق الفاعلية التعليمية وفقاً للمعايير القياسية الأكاديمية القومية والتي تمثل الحد الأدنى، أو أي معايير أخرى دولية معتمدة من الهيئة، ولديها من الأنظمة المتطورة التي تضمن التحسين والتعزيز المستمر للجودة<sup>(١)</sup>.

ز - الاعتماد التخصصي (البرامجي) Programming Accreditation: هو تقييم البرامج بمؤسسة ما والتأكد من جودة هذه البرامج ومدى تناسبها لمستوى الشهادة الممنوحة بما يتفق مع المعايير العالمية المحددة<sup>(٢)</sup>.

ح - التقويم Evaluation: عملية تقوم بها المؤسسة لتحديد نقاط القوة والضعف في أدائها الأكاديمي والمالي والإداري والفني وغيرها<sup>(٣)</sup>.

ط - المساعدة القانونية Legal Aid: هي تقديم الخدمات القانونية المجانية للفئات المستضعفة أو غير القادرة على ممارسة حقها في التقاضي، وتشمل المساعدة القانونية، كحد أدنى الإعفاء من الرسوم والمصروفات القضائية وتقديم خدمات الاستشارة القانونية وتوثيق العقود والتصرفات القانونية المجانية<sup>(٤)</sup>.

المادة (٣): أهداف العيادة القانونية: تهدف العيادة القانونية إلى تحقيق الأهداف الآتية<sup>(٥)</sup>:

(١) المصدر: مضمون وفكرة النص مقتبسة من دليل الاعتماد لمؤسسات التعليم العالي - جمهورية مصر العربية - الإصدار الأول يناير ٢٠٠٩، الهيئة القومية لضمان جودة التعليم والاعتماد، ص ٢٠، ولكن أضيف إليه فقط عبارة (في كل دولة).

(٢) المصدر: انظر: اتحاد الجامعات العربية: الأمانة العامة - عمان - دليل ضمان الجودة والاعتماد للجامعات، أعضاء الاتحاد، عمان الموافق، ٢٠٠٨، ص ١١.

(٣) المصدر: اتحاد الجامعات العربية، المرجع السابق، ص ٥٥.

(٤) عرف القانون العربي الاسترشادي للمساعدة القضائية - الأمانة العامة - جامعة الدول العربية - إدارة الشؤون القانونية، مجلس وزراء العدل العرب، القرار ٧٤٦ في ٢٧ / ١١ / ٢٠٠٨ المساعدة القضائية بانها (الإعفاء من الرسوم والمصروفات القضائية أو دفعها كلها أو بعضها عن من يثبت عجزه عن دفعها كما تشمل انتداب محام...).

(٥) المصدر: تم استخلاص مضمون هذه المادة من خلال الاطلاع واستقراء وتحليل الكثير من برامج العيادة القانونية العامة والمتخصصة، بالجامعات العالمية.



- ١- نشر الوعي القانوني.
  - ٢- كفالة حقوق الإنسان.
  - ٣- تقديم المساعدة القانونية للفئات المستضعفة.
  - ٤- كفالة الحق في التقاضي.
  - ٥- تقديم الاستشارات القانونية المجانية.
  - ٦- تدريب الطلاب على المهارات القانونية مثل السؤال والمقابلة والكتابة القانونية والعيادة القانونية.
  - ٧- الأرتقاء بمستوى خريج القانون، وتنمية الاتصال الفعال بينه وبين المجتمع.
  - ٨- نشر وتعليم أحكام المسؤولية المهنية للقانونيين.
  - ٩- تفعيل التعاون بين الكلية والعيادة القانونية ومؤسسات المجتمع المدني ونقابات المحامين.
  - ١٠- تأهيل الطلاب للالتحاق بسوق العمل.
  - ١١- المساعدة في تنفيذ وتطبيق خطط خدمة وتنمية المجتمع.
  - ١٢- ربط الدراسة النظرية للقانون بمتطلبات سوق العمل.
  - ١٣- ضمان جودة الخريج ورفع قدرته التنافسية على المستوى القومي والإقليمي والدولي.
  - ١٤- تحسين جودة ممارسة مهنة المحاماة.
  - ١٥- تفعيل التعلم الذاتي.
  - ١٦- تعزيز الاخلاقيات المهنية للمشتغلين في المهن القانونية.
  - ١٧- تدريب الطلاب على الصياغة التشريعية من خلال التدريب على صياغة قوانين نموذجية في المسائل المتعلقة بحقوق الانسان وكفالة الحق في التقاضي.
- المادة (٤): يجب أن تعمل كل عيادة قانونية، عامة أو متخصصة، على مراعاة نظم ضمان الجودة والتأهيل للاعتماد التخصصي لبرنامجها،

(١) يعتبر هذا الهدف من أهداف مشروع التطوير المستمر والتأهيل للاعتماد في مؤسسات التعليم العالي، انظر: الدليل - إصدار ٢٠٠٩، ص ٩.

إذا لم تحصل كلية الحقوق التي بها العيادة القانونية، بعد على  
الأعتماد المؤسسي.

## الفصل الثاني

### إنشاء العيادة القانونية

المادة (٥): تنشئ كلية الحقوق إنشاء عيادات قانونية عامة أو عيادات  
قانونية متخصصة بمفردها أو من خلال بالتعاون مع الجامعات  
والمراكز البحثية والتقابات المهنية ومؤسسات المجتمع المدني  
الوطنية والأجنبية وجهات أخرى.

المادة (٦): العيادة القانونية على نوعين: النوع الأول: العيادات القانونية  
العامة، والنوع الثاني: العيادات القانونية المتخصصة. ويتم  
تحديد نوع العيادة المزمع إنشاؤها طبقاً لقرار مجلس الكلية.

المادة (٧): يعمل مجلس كلية الحقوق على تدعيم وتعزيز إنشاء العيادات  
القانونية العامة والمتخصصة بالكلية، إذ يجب على مجلس  
الكلية اتخاذ ما يلزم نحو إنشاء عيادة قانونية واحدة على  
الأقل، سواء أكانت العيادة عامة أو خاصة؛ إعمالاً للمتطلبات  
ضمان الجودة والتأهيل للاعتماد.

المادة (٨): يضع مجلس كلية الحقوق بعد أخذ رأي مجلس إدارة العيادة  
القانونية المحتوى العلمي والقواعد المتعلقة بالتقويم ونظم  
الامتحانات لطلاب العيادة القانونية.

المادة (٩): في حالة إنشاء عيادات قانونية عامة أو متخصصة بالتعاون مع  
جهات وطنية أو اقليمية أو أجنبية، سواء أكانت مراكز أبحاث  
أو جامعات أو منظمات مجتمع مدني، تشارك هذه الجهات في  
إدارة العيادة القانونية، في ضوء الاتفاق المنشئ للعيادة  
القانونية، ويكون مجلس إدارة العيادة القانونية، مسئولاً عن  
ذلك.

المادة (١٠) يجوز الجمع بين مقرر التدريبات القانونية العملية وبرامج  
العيادة القانونية أو الدمج بينها، أو حلول العيادة القانونية محل

مقرر التدريب القانوني أو يتم التنسيق بين مقررات التدريب القانوني وبرامج العيادة القانونية بالكلية.

المادة (١١): يجب أن يكون المحتوى العلمي النظري للوحدات الدراسية للعيادة القانونية متضمناً ما يتوافق مع متطلبات العولة القانونية ونشر ثقافة حقوق الإنسان والدور الاجتماعي الخدمي ، لكلية الحقوق في المجتمع في نشر الثقافة القانونية وتعزيز وكفالة الحق في التقاضي.

المادة (١٢): يجب أن تعمل العيادة القانونية على تفعيل النصوص الواردة في قوانين المحاماة والمرافعات والنصوص القانونية ذات الصلة المتعلقة بنظام المساعدة القانونية أو المساعدة القضائية، وكفالة الحق في التقاضي وسيادة القانون.

المادة (١٣): ينشأ بكل عيادة قانونية مكتبة قانونية تضم المراجع القانونية والدوريات العلمية ورسائل الماجستير والدكتوراه، ذات الصلة بموضوعات العيادة القانونية.

المادة (١٤): ينشأ بكل عيادة قانونية صندوق يسمى (بصندوق برنامج العيادة القانونية) Legal Clinic Fund وللصندوق حق تلقي التبرعات من الجهات الوطنية والإقليمية والأجنبية بالإضافة إلى حصيله رسوم الطلاب الملتحقين بالعيادة القانونية، وحصيله حصه العيادة القانونية من الدورات التدريبية وبرامج التعليم القانوني المستمر، وذلك طبقاً للقواعد القانونية المعمول بها، في كل جامعة ولما يقرره مجلس إدارة العيادة القانونية.

المادة (١٥): لا يجوز أن تقوم العيادة القانونية بتقديم الخدمات القانونية المتعلقة بالاستشارات القانونية وكفالة الحق في التقاضي للمستفيدين بمقابل أيا كان نوعه.

المادة (١٦): يعمل مجلس إدارة العيادة القانونية على الربط بين العيادة القانونية والمجتمع المحلي، الذي تعمل فيه، واتخاذ كل ما من

شأنه لإعلام الجمهور، بنشاطها في مجال الدفاع عن حقوق الإنسان، وتقديم الخدمات القانونية المجانية للفئات غير القادرة.

المادة (١٧): يجب أن تسعى كل عيادة قانونية إلى تشجيع إنشاء جمعيات تطوعية لتقديم الخدمات القانونية المجانية. أو عقد اتفاقات تعاون مع ما يوجد منها في المجتمع.

المادة (١٨): يتم إعداد الوحدات الدراسية النظرية والعملية من خلال لجنة تشكل بمعرفة مجلس إدارة العيادة القانونية، وللجنة الاستعانة بالمتخصصين من الجامعات الوطنية والأجنبية، ونقابات المحامين وكبار القضاة.

المادة (١٩): يجب أن يتكون المحتوى الأكاديمي للوحدات الدراسية النظرية والعملية، لمقرر العيادة القانونية، على كل ما يتعلق بكفالة الحق في التقاضي وتقديم الخدمات القانونية المجانية لغير القادرين، وتعزيز حقوق الإنسان، وبوجه خاص على ما يلي:

- ١- المسؤولية المهنية للمحامي.
- ٢- الآداب والتقاليد القانونية.
- ٣- المساعدة القانونية.
- ٤- كفالة الحق في التقاضي.
- ٥- المهارات القانونية العملية.
- ٦- مهارات الكتابة القانونية.
- ٧- أساسيات حقوق الإنسان وكل ما يتصل ببرنامج العيادة القانونية سواء أكانت عيادة قانونية عامة أو متخصصة.

### الفصل الثالث

#### المجلس الأكاديمي والإداري للعيادة القانونية

المادة (٢٠): يتولى إدارة العيادة القانونية، مجلس إدارة، يسمى (المجلس الأكاديمي والإداري للعيادة القانونية) ويتشكل المجلس من

عدد من أعضاء هيئة التدريس بالكلية والمدير الأكاديمي والمدير الإداري وطلاب واحد أو أكثر من الطلاب المتحقين بالعيادة القانونية.

المادة (٢١): يختص مجلس إدارة العيادة القانونية باتخاذ الإجراءات اللازمة في ضوء القواعد المقررة بالكلية لتدبير الموارد المالية للعيادة القانونية وتسهيل التحاق الطلاب بها ولتحقيق العيادة القانونية لأهدافها.

المادة (٢٢): لمجلس إدارة العيادة القانونية الاستعانة بكبار المحامين والقضاة للتدريس وللتدريب في العيادة القانونية بالإضافة إلى أعضاء هيئة التدريس بالكلية التي يوجد بها العيادة القانونية.

المادة (٢٣): يختص مجلس إدارة العيادة القانونية، بتحديد عدد الطلاب وكيفية اختيارهم وتحديد عدد الوحدات الدراسية والتدريبية، للعيادة القانونية.

المادة (٢٤): للعيادة القانونية - وطبقاً لما يقرره مجلس إدارتها تلقى التبرعات من الجهات الوطنية والإقليمية والوطنية - ويتم الصرف منها طبقاً لما يقرره مجلس إدارة العيادة القانونية في ضوء أهداف العيادة ودورها الخدمي والتعليمي وطبقاً للقوانين واللوائح.

المادة (٢٥): لمجلس إدارة العيادة القانونية عقد اتفاقيات تعاون بين الجامعات والمراكز العلمية والنقابات المهنية ومؤسسات المجتمع المدني التي تعمل في مجال حقوق الإنسان الوطنية والإقليمية والأجنبية.

### الفصل الرابع

#### نظام الجودة والاعتماد وبرنامج العيادة القانونية

المادة (٢٦): تسرى الأحكام والقواعد القانونية واللوائح المنظمة لضمان الجودة النافذة في الدولة على برنامج العيادة القانونية بالقدر الذي يتفق مع طبيعة البرنامج ومتطلباته ورؤية العيادة القانونية ورسالتها والنواتج التعليمية المستهدفة منها.

المادة (٢٧): تلتزم العيادة القانونية بمراعاة المعايير الإقليمية والعالمية الأكاديمية.

المادة (٢٨): يكون لكل عيادة قانونية رسالة ورؤية وأهداف. وتعمل العيادة القانونية في إطار رؤية ورسالة وأهداف كلية الحقوق، حيث تستمد العيادة القانونية - بوصفها جزءاً من كلية الحقوق - رسالتها ورؤيتها وأهدافها من رؤية وأهداف ورسالة كلية الحقوق، بالقدر الذي يتوافق مع طبيعة برنامج العيادة القانونية.

المادة (٢٩): تلتزم العيادة القانونية بالقواعد المنظمة للمصادقية والأخلاق، في جميع سياساتها وقراراتها وتعاملاتها وتطبق قواعد الممارسة العادلة، وعدم التمييز وتكفل حماية الحريات الأكاديمية، وحقوق الملكية الفكرية والنشر<sup>(١)</sup>.

المادة (٣٠): يكون اعتماد المعايير القياسية الأكاديمية للعيادة القانونية من مجلس كلية الحقوق بكل جامعة. ويجب مراجعة المعايير، من حين لآخر، ويكون ذلك بناء على اقتراح المجلس الأكاديمي للعيادة القانونية<sup>(٢)</sup>.

المادة (٣١): يراعى في المعايير الأكاديمية القياسية للعيادة القانونية أن تتضمن المحاور الأساسية للمعايير الأكاديمية لقطاع الدراسات القانونية من حيث المواصفات العامة لخريج كليات الحقوق والمعرفة والفهم والمهارات الذهنية والمهارات المهنية والمهارات العامة<sup>(٣)</sup> ويتم مراجعة هذه المعايير كل عام لضمان جودة الخريج.

(١) المصدر: تم اقتباس فكرة النص من دليل الاعتماد لمؤسسات التعليم العالي - الإصدار الأول يناير ٢٠٠٩، جمهورية مصر العربية، ص ٩٧.

(٢) المصدر: مضمون النص يقابل نص المادة الأولى والثانية من اللائحة التنفيذية للقانون ٨٢ لسنة ٢٠٠٦ بشأن الهيئة القومية لضمان جودة التعليم والاعتماد، مع تعديل الصياغة ليكون متفقاً مع برنامج العيادة القانونية.

(٣) المصدر: تم اقتباس فكرة النص من كتاب المعايير الأكاديمية القياسية - قطاع الحقوق - الإصدار الأول - يناير ٢٠٠٩، جمهورية مصر العربية، الهيئة القومية لضمان جودة التعليم والاعتماد، ص ١٣ - ١٦.

المادة (٣٢): تلتزم العيادة القانونية بنظم التقويم الذاتي self assessment، إعمالاً لقواعد الضمان والجودة والاعتماد الأكاديمي أو التخصصي، النافذة في الدولة، مع مراعاة ما جاء في المادة الخامسة من هذا المشروع.

المادة (٣٣): تلتزم العيادة القانونية بالاستعانة بمقيم خارجي يقوم بعملية تقييم خارجي External evaluation وذلك لتقييم أداء برنامج العيادة القانونية والتأكد من إنها والأنشطة التي يقوم بها تتوافق مع رسالة العيادة ورؤيتها وتقديم النصح والإرشاد المتطلب لضمان الجودة والتأهيل للاعتماد التخصصي لبرنامج العيادة القانونية<sup>(١)</sup>.

المادة (٣٤): تلتزم برامج العيادة القانونية، بمبدأ المشاركة المجتمعية والاتصال مع العيادات القانونية، الموجودة في الجامعات الوطنية والأجنبية والإقليمية، ويكون مجلس إدارتها مسؤولاً عن ذلك.

### الفصل الخامس

#### أحكام القبول والدراسة بالعيادة القانونية

المادة (٣٥): طبيعة الدراسة والتدريب: تقوم طبيعة الدراسة والتدريب بالعيادة القانونية على الأسس الآتية:

- تقوم الدراسة على تلقي الطالب الأصول النظرية والعملية لممارسة المهن القانونية، وكفالة الحق في التقاضي والدفاع عن حقوق الإنسان.
- تفعيل ممارسة الحق في الدفاع وكفالة الحق في التقاضي للفئات المستضعفة.
- تفعيل التعاون مع مؤسسات المجتمع المدني.

(١) المصدر: مضمون المادة مقتبس من نظام التقييم الخارجي External evaluation، والشار إليه في دليل المتابعة والتقييم للمشروعات الممولة من برنامج التطوير المستمر والتأهيل للاعتماد بمؤسسات التعليم العالي الإصدار الأول، يونيو ٢٠٠٩، جمهورية مصر العربية، وزارة التعليم العالي، وحدة إدارة مشروعات تطوير التعليم العالي، مع الإضافة لتوافق مع برنامج العيادة القانونية.

- التدريب على أصول البحث العلمي واكتساب المهارات القانونية العملية.
- تدريب الطلاب على صياغة القوانين النموذجية في الموضوعات المتعلقة بحقوق الإنسان وكفالة الحق في التقاضي وحماية الفئات المستضعفة.

المادة (٣٦): ضوابط القبول الطلاب بالعيادة القانونية بكلية الحقوق:

- ١- أن يكون من طلاب المرحلة الدراسية الأولى (الليسانس)
- ٢- أن يكون ملماً بلغة أجنبية.
- ٣- يفتح باب التسجيل في العيادة القانونية مرتين في العام، في فصل الخريف، وفصل الربيع.
- ٤- يتم قيد الطلاب في برنامج العيادة القانونية بعد اجتيازه المقابلة. ولمجلس إدارة العيادة القانونية وضع الأحكام المنظمة لقواعد القبول والدراسة بالعيادة القانونية في كل فصل دراسي، كلما تراءى الأمر له.

ولمجلس إدارة العيادة القانونية أن يقرر التحاق احد الخريجين أو ثلاثة على الأكثر ممن لهم خبرة بأعمال العيادة القانونية للاشراف على تدريب الطلاب.

المادة (٣٧): يمنح الطالب المقيّد ببرنامج العيادة القانونية بطاقة جامعية مدون عليها اسمه والعيادة القانونية التي التحق بها، وتصدر البطاقة بأسم الكلية والعيادة القانونية.

المادة (٣٨): يمنح الطالب المقيّد بالعيادة القانونية شهادة تفيّد حضوره واجتيازه بنجاح البرنامج المسجل به.

المادة (٣٩): يستفيد الطالب المقيّد بالعيادة القانونية وكذلك الطالب الذي التحق ببرنامج التعليم القانوني المستمر والدورات التدريبية التي تقدمها العيادة القانونية، بالخدمات الأكاديمية المقررة لجميع طلاب الكلية

المادة (٤٠): تطبق قواعد الحضور والغياب المعمول بها بالنسبة لمقرر



المدرسيات القانونية في لوائح كليات الحقوق على الطلاب  
الملتحقين بالعيادة القانونية. ويلغى قيد الطالب في الالتحاق  
في العيادة القانونية، بناء على تقرير من الأستاذ المشرف على  
العيادة وبناء على قرار من مجلس إدارة العيادة القانونية  
بالكلية.

المادة (٤١): يقوم النظام الدراسي في العيادة القانونية على أساس نظام  
الساعات المعتمدة. وتنقسم السنة الدراسية ثلاثة فصول: أ  
- فصل الخريف (الفصل الدراسي الأول)، ب- فصل  
الربيع (الفصل الدراسي الثاني)، ج - فصل الصيف.

المادة (٤٢): الإرشاد الأكاديمي: يعين أحد أعضاء مجلس إدارة العيادة  
القانونية كمرشد أكاديمي لطلاب العيادة القانونية. ويجوز بناء  
على التعاون مع نقابة المحامين، اختيار احد المحامين، وبعد  
موافقة مجلس إدارة العيادة القانونية، على أن يكون أحد  
المحامين مرشداً أكاديمياً لطلاب العيادة القانونية.

المادة (٤٣): يراعى في برنامج العيادة القانونية خطة الكلية في برامج خدمة  
المجتمع وتنمية البيئة والمشاركة المجتمعية<sup>(١)</sup> وظروف وطبيعة  
المجتمع المحيط بها.

المادة (٤٤): تلتزم العيادة القانونية في إطار تحقيقها لأهدافها وممارستها  
لمهامها في المجتمع، بضرورة مراعاة الجوانب الأخلاقية في  
خدمة المجتمع<sup>(٢)</sup>.

المادة (٤٥): يقوم مجلس إدارة العيادة القانونية، بإعداد نماذج الأوراق

---

(١) تعتبر المشاركة المجتمعية وتنمية البيئة من معايير التقويم والاعتماد المؤسس في نظم  
ضمان الجودة والتأهيل للاعتماد، انظر: برنامج التطوير المستمر والتأهيل للاعتماد  
بمؤسسات التعليم العالي، دليل المتابعة والتعليم للمشروعات الممولة من برنامج  
التطوير المستمر والتأهيل للاعتماد بمؤسسات التعليم العالي، ص ١١٢ وما بعدها.  
(٢) المصدر: مراعاة التقاليد والعادات والأخلاقيات الجامعية وما يرتب بها من متطلبات  
ضمان الجودة والتأهيل للاعتماد في نظم الضمان والجودة في التعليم الجامعي، انظر:  
دليل ضمان الجودة، اتحاد الجامعات العربية، المرجع السابق، ص ٥٧، دليل الاعتماد  
لمؤسسات التعليم العالي - الاصدار الاول يناير ٢٠٠٩، مصر.

واستمارات متابعة الحالات ، التي تستقبلها العيادة ،  
والأدوات اللوجستية المناسبة ، لتدريب الطلاب .

المادة (٤٦) : يقوم برنامج العيادة القانونية بإصدار نشرة دورية عن  
نشاطها وتقرير سنوي عن أعمالها ، يتم اعتماده من مجلس  
الكلية ، ويحفظ في وحدة ضمان الجودة بالكلية .

المادة (٤٧) : ينشأ قسم بمكتبة الكلية خاص بالعيادة القانونية ، يحتوي على  
المواد التعليمية المتعلقة بالعيادة القانونية ، باللغات المختلفة ،  
ويشرف عليها أحد أعضاء هيئة التدريس ومجموعة من  
طلاب العيادة القانونية . ويسمح لطلاب بالاستفادة منها  
طبقاً للقواعد التي يضعها مجلس إدارة العيادة القانونية  
بالكلية .

## الفصل السادس

### النظام الإداري والمالي

المادة (٤٨) : الجهاز الإداري للعيادة القانونية : في ضوء ظروف كل كلية ،  
يجب أن تضم العيادة القانونية عدداً من الموظفين الإداريين  
المؤهلين ، ويعهد إليهم القيام بالمهام الإدارية المتعلقة ، بنشاط  
العيادة القانونية ، ويكون مدير العيادة القانونية هو الرئيس  
المباشر لهم .

المادة (٤٩) : يجب على مجلس إدارة العيادة القانونية العمل على اشتراك  
الطلاب في إدارة العيادة القانونية مع الجهاز الإداري والمجلس  
الأكاديمي للعيادة القانونية ، وذلك في ضوء القواعد التي  
يضعها مجلس إدارة العيادة القانونية .

المادة (٥٠) : يخصص للعيادة القانونية مكان في داخل كلية الحقوق ،  
ويكون لها تليفون مستقل وتكفل الكلية وسائل الاتصال  
منها وبين المستفيدين والطلاب . ويتولى مجلس إدارة العيادة  
القانونية ، تحديد احتياجات العيادة وتجهيزاتها .

المادة (٥١) : لمجلس إدارة العيادة القانونية عقد اتفاقات تعاون مع منظمات

المجتمع المدني والمؤسسات العاملة فى مجال المساعدة القانونية، لجلب الحالات العملية للمحتاجين المساعدة القانونية، الى العيادة القانونية، ليتدرب الطلاب عليها. المادة (٥٢): تعمل إدارة رعاية الشباب بكل كلية، وفي إطار برامجها المتعلقة بالتوعية، والندوات، مع برنامج العيادة القانونية، وذلك بالتنسيق مع المسئول عن العيادة القانونية، ورئيس قسم شئون رعاية الشباب وعميد الكلية.

### الفصل السابع

#### العيادة القانونية والتدريب القانوني والتعليم القانوني المستمر

المادة (٥٣): تنظم العيادة القانونية بالمشاركة مع الكليات والمراكز التعليمية والعيادات القانونية والقبابات المهنية دورات تدريبية في الموضوعات القانونية ذات الصلة.

المادة (٥٤): يمنح الطالب المتحقق بالدورات التدريبية، التي تنظمها العيادة القانونية، شهادات مشاركة وليس درجة جامعية.

المادة (٥٥): تقوم فلسفة التعليم القانوني المستمر، المرتبط ببرنامج العيادة القانونية، على تنمية المهارات والخبرات والمعلومات عن الخريجين وتحقق التواصل بين الجامعة والخريجين والتوفيق بين الدراسة الأكاديمية ومتطلبات سوق العمل.

المادة (٥٦): نظام التعليم القانوني المستمر بالعيادة القانونية، يشترط في الالتحاق ببرامج التعليم القانوني المستمر الذي تقدم من خلال العيادة القانونية ما يلي:

- أ - الحصول على درجة الليسانس في الحقوق أو ما يعادلها.
- ب- موافقة مجلس إدارة العيادة القانونية المختص.
- ج - تعقد دورات التعليم القانوني المستمر لمدة لا تتجاوز ٣٠ ساعة في الموضوعات القانونية المستحدثة والمتعلقة بحقوق الإنسان والمهارات القانونية العملية.

وتضاف النسبة المقررة من حصيلة البرامج التدريبية والتعليم

القانوني المستمر، التي تجرى بمعرفة العيادة القانونية في صندوق العيادة القانونية المشار اليه في هذا المشروع وينفق منها لتنفيذ اهداف العيادة. المادة (٥٧): يطبق فيما لم يرد فيه نص خاص في هذه القواعد، ما هو معمول به من قواعد في لائحة الكلية، وكذلك ما يقرره المجلس الأكاديمي والإداري للعيادة القانونية.