
**التحكيم متعدد الأطراف في
منازعات عقود التشييد**
د/ مهندس حميد لطيف نصيف الدليمي

المقدمة

إن التطور الكبير الحاصل في صناعة التشييد محليا وعالميا، وسرعة انجاز العمل، فرضا على الواقع العملي البحث عن وسائل عملية لحل الخلافات والمنازعات التي تنشأ بين اطراف عقود التشييد وبما ان اللجوء الى المحاكم القضائية لم يعد ذات فعالية في التقاضي اذ اصبحت الاطراف تعاني ببطءاً في إجراءات القضاء وزيادة في النفقات، مع لجوء الاطراف في بعض الاحيان الى المماطلة ومحاولة التعطيل في حسم الموضوع، ما أدى الى تكديس القضايا امام المحاكم، فضلا عن تعدد درجات التقاضي وصعوبة تنفيذ الاحكام بعد صدورها.

امام هذا القصور الذي اعترى المحاكم القضائية ولا سيما في موضوع المنازعات التي تتعلق بعقود التشييد، فقد برزت الحاجة الماسة الى ايجاد وسائل بديلة للفصل في المنازعات التي تنشأ في هذه العقود، ومن هذه الوسائل اللجوء الى التحكيم.

لقد تطورت قوانين التحكيم في معظم البلدان العربية والاجنبية خلال العقدين الماضيين واصبح للتحكيم قوانين خاصة به، وتم التركيز من خلالها على اهمية مرتكزات العملية التحكيمية التي تتضمنها والتي تشمل: إتفاق التحكيم، وإجراءات التحكيم، وقرار التحكيم، وفي الوقت نفسه نلمس العناية الخاصة من هذه القوانين على اولوية سلطان الارادة لدى الاطراف، والحد من تدخلات السلطات القضائية المحلية في اجراءات التحكيم.

إذ إن التحكيم يعد الاسلوب الذي تختاره الاطراف المتنازعة بغرض فض النزاعات التي تنشأ بينهما عن طريق احالة النزاع والفصل فيه من لدن شخص او اكثر يطلق عليهم المحكم او المحكمون، او هيئة التحكيم، من دون اللجوء الى محاكم الدولة فهئية التحكيم تستمد سلطتها من اتفاق التحكيم وتصدر حكم التحكيم بمقتضى القواعد القانونية والاعراف.

وللتحكيم بصفة عامة مُسوغات دعت الحاجة الى وجوده بوصفة وسيلة لفض المنازعات تقتضي طبيعتها الخاصة سرعة الفصل فيها إذ إن اللجوء الى التحكيم هو افضل وسيلة لحسم المنازعات والخلافات بين الاطراف لما يمتاز به من المرونة والبساطة في الاجراءات وحرية الاطراف في اختيار المحكمين والسرية فضلا عن قلة التكاليف واختصارا للوقت مقارنة بالقضاء واجراءاته المعقدة والطويلة، والنقطة المهمة التي تحصل عليها الاطراف هي حفظ العلاقات فيما بينها بعد الانتهاء من إجراءات التحكيم.

مُسوغات البحث:

تم تحديد مسوغات البحث في النقاط الاتية:

- ١- ضخامة عقود التشييد وكثرة التخصصات فيها ما يؤدي الى تعدد الاطراف كما في عقود تسليم المفتاح لذا يتطلب البحث عن وسائل لحل الخلافات التي تحدث بين اطرافها.
- ٢- التقدم العلمي والاستجابة للحاجات العملية لمطالبات عقود التشييد.
- ٣- التعدد الافقي والراسي للاطراف في عقود الكونسورتيوم التي تقوم بتنفيذ مشاريع التشييد الكبيرة والمعقدة.
- ٤- الحاجة الى التحكيم متعدد لاطراف في عقود التشييد تظهر حينما يخل احد المقاولين الثانويين او الموردين الذين يستعين بهم المقاول الرئيس الحق في ان يرجع ويقاضي المقاول الثانوي عن ذلك الاخلال ايضا، ولتلافي صدور احكام متعارضة بين الحالتين، والتي تزيد العملية تعقيدا، فإنه من الافضل أن يتم حسم هذا النزاع عن طريق محكمة تحكيم واحدة.

اهداف البحث:

اهم الاهداف التي يرمي اليها البحث:

- ١- امكانية حسم النزاع عن طريق التحكيم متعدد الاطراف مرة واحدة بسبب تشابك العلاقة التعاقدية بين مجموعة الاطراف المشتركة في العملية التعاقدية.
- ٢- لتلافي اصدار قرارات تحكيم مختلفة وقد تتعارض بعضها مع بعضها الاخر.
- ٣- يرمي التحكيم متعدد الاطراف إلى اختصار مراحل التقاضي من خلال حسم الامر بتحكيم محكمة واحدة وهذا يوفر:
أ - قلة الجهد والوقت للاطراف.
ب- قلة في النفقات والمصاريف.

منهجية البحث:

لغرض الوصول الى تحقيق أهداف البحث فقد تم تقسيمه على الفصول والمباحث الآتية:

الفصل الاول: التحكيم

المبحث الاول: تعريف التحكيم ومزاياه وعيوبه وصوره

المبحث الثاني: التحكيم في عقود التشييد FIDIC

الفصل الثاني: الاتفاق على التحكيم متعدد الاطراف

المبحث الاول: في حالة عقد المقاولة من الباطن

المبحث الثاني: في حالة عقود الكونسورتيوم وعقود المشروع المشترك

وعقود الـ B. O. T

المبحث الثالث: امتداد شرط التحكيم الى الغير

الفصل الثالث: اختيار هيئة التحكيم متعدد الاطراف

المبحث الاول: تشكيل هيئة التحكيم متعدد الاطراف بوساطة اطراف

النزاع

المبحث الثاني: تشكيل هيئة التحكيم متعدد الاطراف بوساطة الغير

الفصل الرابع: اجراءات اصدار الحكم في التحكيم متعدد الاطراف

الفصل الاول التحكيم

مقدمة:

لقد تحول التحكيم بحسب التطور التاريخي من بديل للعدالة الفردية الى نظام يجمع بين الصفتين التجارية والقانونية لتجاور الكثير من التعقيدات الاجرائية والتكاليف الباهضة والوقت الذي يستغرقه القضاء، ولم يقف الى حد المنازعات بين طرفين متخاصمين على واقعة تجارية بعينها، بل تميز التحكيم بقدرته على حسم المنازعات التجارية، والمنازعات في عقود التشييد بصورة خاصة.

لذلك فإنه من النادر خلو اي عقد من هذه العقود من شرط التحكيم، وبالتالي انعكس ذلك على انصراف إرادة الاطراف لعرض ما ينشأ بينها من خلاف على التحكيم، مع الاخذ في الحُبان أن غالبية عقود التشييد يستمر تنفيذها عادة مدة زمنية طويلة.

ابتداءً من التخطيط له، وطرح المناقصة، وتنفيذ الاعمال، وحتى إنجاز العمل الذي قد يستغرق عدة سنوات، وتظل العلاقة بين اطرافه مستمرة.

والتي قد تؤدي الى نشوء المنازعات والخلافات، ولهذا سوف يتضمن هذا الفصل المباحث الآتية:

المبحث الاول: تعريف التحكيم ومزاياه وعيوبه وصوره.

المبحث الثاني: التحكيم في عقود التشييد FIDIC.

المبحث الاول

تعريف التحكيم ومزاياه وعيوبه وصوره

سيقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب وعلى النحو الآتي

المطلب الاول: تعريف التحكيم

المطلب الثاني: مزايا التحكيم وعيوبه

المطلب الثالث: صور التحكيم

المطلب الاول تعريف التحكيم

أولاً: تعريف التحكيم في الفقه:

عرف فقهاء المسلمين التحكيم بأنه "تولية الخصمين حكماً بينهما"^(١). أو إنه نزول الخصوم عن الإلتجاء الى القضاء، والتزامهم بطرح النزاع على محكم أو اكثر ليفصلوا فيه بمحكم ملزم للخصوم"^(٢).

كما عرفه باحث آخر بأنه "إجراء يتفق بمقتضاه الاطراف في نزاع معين على اخضاع خلافاتهم لمحكم يختارونه ويحددون سلطاته للفصل بينهم مع تعهدهم بقبول الحكم التحكيمي الذي يصدره ويعتبرونه ملزماً"^(٣).

وللتحكيم تعريف آخر هو: "الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو اشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة"^(٤).

وفي قاموس اكسفورد المختصر فقد تم تعريف التحكيم بأنه: "تسوية النزاع بوساطة شخص معين اتفقت الاطراف على إحالة النزاع اليه لحسمه عن طريق حكم عادل يصدره في النزاع المعني"^(٥).

وقد أوردت الجمعية الامريكية تعريفاً آخر للتحكيم على أنه: "إحالة النزاع الى شخص أو اكثر شريطه انصافه بالحياد حتى يصدروا حكماً نهائياً ملزماً"^(٦).

- (1) عبد الباسط محمد عبد الواسع، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص١٦.
- (2) د. جورج شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء اليه لفض المنازعات في العقود الادارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص٥٦.
- (3) د. احمد المومني، التحكيم في التشريع الاردني والمقارن، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٨٣، ص ١٩.
- (4) د. احمد ابو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٣، ص ١٥.
- (5) د. هشام خالد، أوليات التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٣٧.
- (6) المصدر السابق، ص ٣٩.

ويذهب رأي آخر الى أن التحكيم هو " الطريقة التي تختارها الاطراف
لفض المنازعات التي تنشأ عن العقد عن طريق طرح النزاع، والبت فيه
أمام شخص أو أكثر يطلق عليه إسم المحكم أو المحكمين من دون اللجوء
الى القضاء"^(١).

وعرفه البعض بأنه " اتفاق اطراف علاقة قانونية معينة، عقدية أو
غير عقدية، على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل، أو
التي يحتمل أن تثار عن طريق أشخاص يتم اختيارهم محكمين، وتتولى
الاطراف تحديد أشخاص المحكمين أو على الاقل، يضمنون اتفاقهم على
التحكيم، بياناً لكيفية اختيار المحكمين، أو أن يعهدوا لهيئة أو مراكز
التحكيم الدائمة لتتولى تنظيم عملية التحكيم وفقاً للقواعد أو اللوائح
بهذه الهيئات أو المراكز"^(٢).

وذهب رأي آخر في الفقه الى أن " التحكيم هو رغبة الطرفين في عدم
عرض النزاع على القضاء المدني من الدولة، ورجبتهم في اقامة محكمة
خاصة بهم يختارونها هم بأنفسهم، ويحددون لها موضوع النزاع والقانون
الذين يرغبون في تطبيقه فيما بينهم، فالمحكم ليس قاضياً مفروضاً على
الطرفين، وإنما هو قاضٍ مختار بوساطتهم بطريق مباشر أو غير مباشر"^(٣).

ويتضح من هذه التعاريف أن التحكيم يقتضي توافر العناصر الثلاثة

الآتية:

العنصر الاول: أن تكون هناك خصومة بين أطراف العقد.
العنصر الثاني: وجود محكم أو محكمين لهم سلطة الفصل في النزاع بحكم
ملزم للاطراف.

- (1) د. ممدوح طنطاوي، التوفيق والتحكيم، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ١٣.
- (2) د. محمود مختار بربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٥.
- (3) د. محي الدين علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الاول، بدون دار النشر، ١٩٨٦، ص ٧ - ٨.

العنصر الثالث: أن يكون هناك إتفاق على التحكيم بين الاطراف سواء كان شرطاً او مشارطه.

ثانياً: تعريف التحكيم في القانون والقضاء.

لقد عرف التحكيم في أغلب التشريعات العربية بأنه:

" اتفاق الاطراف في المنازعات ذات الطبيعة المدنية على إحالة ما ينشأ بينها من نزاع بخصوص تنفيذ عقد معين أو إحالة أي نزاع قائم بينهما ليحل عن طريق هيئات أو افراد يتم اختيارهم بإرادتهم واتفاقهم"^(١).
أما المشرع العراقي فقد عرف التحكيم بأنه "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين، كما يجوز الإتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين"^(٢).

يتبنى من التعريف ان المشرع العراقي وإن اجاز التحكيم الا أنه لم يتعرض الى التحكيم المؤسسي، أو التحكيم الدولي.

وعرف المشرع الفرنسي التحكيم بأنه " إجراء خاص لتسوية بعض الخلافات بوساطة محكمة تحكيم تعهد اليها الاطراف مهمة القضاء فيها بمقتضى اتفاق تحكيم"^(٣).

ولم يعرف المشرع المصري التحكيم بشكل صريح، لكن ما أورده يحمل هذا المعنى اذ نص على "ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون الى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى إتفاق منظمة أو مركزاً دائماً للتحكيم أو لم يكن كذلك"^(٤).

- 1 - المادة (٤) من قانون التحكيم السوداني الجديد لسنة ٢٠٠٥، وزارة العدل، مطابع وزارة العدل، الخرطوم، ٢٠٠٦.
- 2 - وزارة العدل، قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، مطابع وزارة العدل، بغداد ٢٠٠١، المادة رقم (٢٥١).
- 3 - المادة الاولى من القانون الفرنسي، رقم (٤٢) لسنة ١٩٩٣.
- 4 - المادة (٤) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

ويتبنى من التعريف أن المشرع قد أعطى دوراً بارزاً لمبدأ سلطان الإرادة إذ ترك للاطراف مساحة واسعة يمكن لهم أن يشكلوها وفقاً لما يتفقون عليه.

وكذلك يميز هذا التعريف إشارته الى التحكيم المؤسسي خلافاً لما جاء في التحكيم العراقي وقد ظهر واضحاً من هذا التعريف أنه عد التحكيم المؤسسي الاصل من خلال العبارة الاخيرة في التعريف.

اما في القضاء فقد عرفت محكمة النقض المصرية التحكيم: بأنه طريق لفض الخصومات، قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية وعدم التقيد بأجراءات المرافعات امام المحاكم بالأصول الاساسية في التقاضي وعدم مخالفة مانص عليه في باب التحكيم^(١).

وعرفته محكمة التمييز الاردنية بأنه "طريق استثنائي لفض المنازعات، وتقتصر على ما انصرفت اليه إرادة طرفي التحكيم، وعلى المحكمة أن لا تتوسع في تفسير العقد المتضمن شرط التحكيم لتحديد المنازعات الخاضعة للتحكيم"^(٢).

واشار القانون النموذجي Model Law للتحكيم التجاري الدولي في الفقرة الاولى من المادة (٧) الى أن اتفاق التحكيم هو "اتفاق الطرفين على أن يحيلوا الى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون إتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة إتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل"^(٣).

- 1 - محكمة النقض المصرية رقم (١٤٠٣) لسنة ٥٥، ٢٠ / ١١ / ١٩٩٨.
- 2 - محكمة التمييز الاردنية، رقم (٩٤/١٧٧٤)، مجلة نقابة المحامين الاردنية، السنة (٤٣) عام ١٩٩٥، العددان (٧،٨)، ص ١٩١.
- 3 - نصت اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨، في الفقرة (٢) من المادة (٢) على: "يكون اتفاق التحكيم مقصوداً به شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الاطراف أو الاتفاق الذي تتضمنه الخطابات المتبادلة أو البرقيات".

نرى ومن خلال استعراض التعريفات السابقة سواء أكانت في الفقه أو في القانون أو في القضاء أنه بالإمكان تعريف مقترح للتحكيم بأنه :-
نظام يتم فيه الفصل في المنازعات التي تحدث بين اطراف تربطهم علاقة تعاقدية قانونية على احالة أي نزاع ينشأ أو محتمل الحدوث من خلال تنفيذ العقد وإيرادتها الحرة على محكم أو هيئة تحكيم أو أي مركز تحكيم دائم للفصل فيه على أن يكون الحكم ملزماً لأطرافه وغير قابل للنقض.

المطلب الثاني

مزايا التحكيم وعيوبه

بما أن التحكيم هو الوسيلة التي تتوخاها الاطراف المتنازعة وقد أصبح في الوقت الحاضر أهم وسيلة لحل الخلافات الناتجة عن العقود الدولية والمحلية ، وهذا ما انعكس على أهمية التحكيم وانتشاره على الصعيد المحلي والعربي والدولي ، لكونه الوسيلة الأكثر توفيقاً وتقريباً لوجهات النظر المختلفة ، وله مزايا وعيوب شأنه شأن أي نظام آخر لا يخلو من المزايا والعيوب التي سيتم استعراضها بإيجاز وكما يأتي^(١) :
أولاً: مزايا التحكيم :-

من أهم المزايا التي يوفرها التحكيم ولاسيما في عقود التشييد ما يأتي :-

١. المرونة وبساطة الاجراءات:

التحكيم بصفة عامة أكثر مرونة وسرعة من أساليب التقاضي العادية ولكون اجراءات التحكيم بسيطة ، اذ يحدد اطراف النزاع تلك الاجراءات الامر الذي يؤدي الى سرعة إصدار حكم التحكيم^(٢).

- 1 - د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٠ ، ص ٢١١ .
- 2 - د. أحمد ابو الوفا ، التحكيم الاختياري والاجباري ، المرجع السابق ، ص ٩٤ .

علاوة لما في التحكيم من افتقار لدرجات التقاضي اذ تصدر هيئة التحكيم حكماً باتاً غير قابل للطعن فيه من حيث الموضوع وقابل للتنفيذ الفوري^(١).

٢- السرعة:-

يرمي التحكيم إلى تحقيق مصلحة الاطراف المتنازعة في السرية بمعنى تمكينهم من المحافظه على اسرارهم التي تكون لهم مصلحة في عدم إذاعتها، والتحكيم يحقق ذلك بحكم سرية اجراءاته، اذ تحرص الأطراف على عدم اذاعة اسرارهم أو اتفاقياتهم وإبقائها سرّاً، وهذا بخلاف ما يحصل أمام القضاء العادي، اذ تكون الاجراءات علنية، ويتعذر إخفاء موضوع القضية المتنازع عليها وحجم النزاع، وكثيراً ما يكون في كشف مثل هذه الامور سبب ضرراً على أحد الطرفين أو عليهما معاً، ولاسيما في مجال عقود التشييد اذ تكون قيمة العقود المتعلقة بها كبيرة جداً^(٢).

٣- حرية الاطراف في اختيار الحكمين:-

ومن مزايا التحكيم أنه يوفر الحرية الكافية لأطراف النزاع باختيار محكميهم الذين غالباً ما يكونون من أصحاب الخبرة في مجال الاختصاص مما لا ييسر للقضاة العاديين الذين ليس لديهم الدراية الفنية الكافية في عقود التشييد^(٣).

ومن الناحية الفنية، تستطيع هيئة التحكيم أن تنظر النزاع منذ بدايته وحتى نهايته وذلك خلافاً للنظام القضائي الذي قد يسمح في بعض الدول بتناوب اكثر من تشكيل قضائي ثم تغييره كل عام لنظر القضية، فاذا ما استمر نظر القضية لأكثر من عام ففي هذه الحالة فإن أكثر من دائرة تنظرها

- 1 - د. نريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٦٨.
- 2 - د. احمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص ٩٤، د. محي الدين علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الاول، بدون دار نشر، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٨.
- 3 - داود خلف، مدارك التحكيم وفقاً لقانون التحكيم الاردني، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، الاردن، ٢٠٠٣، ص ١٠.

الامر الذي قد يؤدي لصدور حكم فيها من دائرة مغايرة للدائرة الاخرى التي تولت نظر النزاع منذ بدايته^(١).

٤- سرعة الاجراءات في تسوية المنازعات:-

ويأتي في مقدمة مسوغات اللجوء الى التحكيم السرعة في الاجراءات لتسوية المنازعات، اذ تكون الرغبة لدى اطراف النزاع بتفادي طرح منازعاتهم على القضاء بسبب ما تتسم به اجراءات التقاضي من بطء وتعقيد وزيادة في استطالة أمد النزاع بسبب تعدد درجات التقاضي وإمكانية الطعن^(٢)، اذ يتيح عقد الجلسات في أوقات مناسبة لظروف الخصوم فضلاً عن أن المحكمين يلتزمون باصدار قرار التحكيم خلال وقت معين غالباً ما تحدده الاطراف في اتفاق التحكيم، أو على وفق القانون^(٣) فضلاً عن ذلك فان الطبيعة الاختيارية للتحكيم تكشف عن رغبة الأطراف في حسم النزاع.

٥- حفظ العلاقات بين الاطراف المتنازعة:-

إن التحكيم يحافظ على العلاقات بين الطرفين، فهو ليس طريقاً هجومياً عنيفاً، وإنما هو اقرب الى التفاهم، فكل طرف من الاطراف المتنازعة يعتقد أنه تصرف في تنفيذ العقد تصرفاً سليماً، لذلك ولرغبة هذه الاطراف باللجوء الى التحكيم واضعين في حساباتهم المحافظة على مستقبل العلاقة بينهم، أي أنهم ينظرون الى الامام، فهو يحقق العدالة بطرق وظروف اكثر ملائمة للمتخاصمين من تلك التي تتم أمام القضاء العادي التي يستعمل فيها كل من الطرفين اساليب الكيد للطرف الاخر، وغالباً ما

- 1 - د. محمد عبد المجيد اسماعيل، عقود الاشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣، ص ٣٦٧.
- 2 - عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق، ص ٥٠.
د. مختار محمود بريري، المرجع السابق، ص ٨.
- 3 - د. محمد ناصر البجاد، التحكيم في المملكة العربية السعودية، منشورات مركز البحوث والدراسات الادارية، الرياض، ١٩٩٩، ص ٣١.

تنتهي المسألة الى حد اللاعودة للعلاقات بينهما، ولذلك يقول البعض :
إن الاطراف يدخلون الى القضاء العادي وهم ينظرون إلى الوراثة^(١).

٦- الطبيعة الرضائية للتحكيم:-

إذ إن اطراف النزاع يلجؤون الى التحكيم بأرادتهم الحرة، من دون أن يكونوا مجبرين على اللجوء إليه، ولذلك فإن التحكيم يحافظ على العلاقة كما يوحي بالثقة لتلاقي اطراف النزاع امام هيئة تحكيم واحدة يطمئن كل طرف الى أن وجهة نظره الفنية والقانونية ودفاعه وقد وصل الى مسمع خصمه والمحكم المعين من قبله^(٢).

لذلك ومن دون وجود إتفاق تحكيم سواء كان شرطاً أو مشاركة بين الأطراف، فإنه ليست للمحكم ولاية ولا سلطه في نظر النزاع، ولا يمكن إحضار الخصم أمام هيئة التحكيم من دون موافقته، وليس لحكم التحكيم الصادر عندئذٍ أي أثر ملزم^(٣).

٧- التحكيم يؤدي الى التغلب على صعوبات كبيرة:-

من هذه الصعوبات، تحديد المحكمة المختصة في منازعات مشاريع عقود الانشاءات الدولية، وتحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع، واختيار قواعد الاجراءات، وعدم العلم بالقانون الاجنبي وباجراءات التقاضي امام القضاء الوطني، وعدم معرفة لغة القضاء وكذلك امكانية التحكيم صلحاً اذا رغبت الاطراف في ذلك^(٤).

1 - د. محي الدين علم الدين، المرجع السابق، ص ٩.

2 - د. عصمت الشيخ، التحكيم في العقود الادارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٠ ص ٤٢ ود. عزيزة الشريف، التحكيم الاداري في القانون المصري دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٣ ص ٣٢

3 - **Hatel Fex , sovereign immunity and Arbitration,**
Edited by Julian D.M lew, contemporary problems
in international Arbitration, 1987, Marionusnij-
Hoff, publishers, p.323

4 - د. محمد ابوبكر، قانون التحكيم في الاردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢، ص ٣٩.

٨- قلة التكاليف والمصاريف:-

تعد تكلفة التحكيم قليلة مقارنة بقضاء الدولة، إذ لا يتطلب رسوماً للمحكمة واتعاب للمحامين، فضلا عن التغير الكبير في العملة بسبب طول مدة الفصل في النزاع اذا ما عرض على القضاء وانخفاض القوة الشرائية للنقود خاصة بعد الهبوط امام العملات الاجنبية وذلك اذا ما حكم بالحق بعد مدة طويلة، وكذلك تراكم الفوائد المختلفة وهذا يجعل الاطراف مبالغ كبيرة لا يضطرون الى دفعها في حالة اللجوء الى التحكيم، وتؤدي الطبيعة الفنية لبعض المنازعات الى إحالة النزاع الى محكمين متخصصين ذوي خبرة فنية وكفاءة في موضوع النزاع، وهذا يؤدي الى تقليل النفقات مقارنة لو تم عرض النزاع على القضاء الذي سيحيله بدوره الى خبراء لعدم توافر الخبرة الفنية لدى القضاة^(١).

فضلا الى ماتقدم من مزايا يوفرها التحكيم، نرى أن التحكيم يحقق مصلحة عامة تتمثل في تخفيف العبء الملقى على عاتق محاكم الدولة بسبب كثرة القضايا المعروضة عليها، فالتحكيم بوصفه قضاء خاصاً يعد اهم بديل تستطيع الاطراف المتنازعة اللجوء اليه والاستغناء عن قضاء الدولة.

ثانياً: سلبيات التحكيم عيوبه:

على الرغم من المميزات الكثيرة التي يوفرها التحكيم للاطراف التي تلجأ اليه بوصفه اسلوباً لحل منازعاتهم، الا أن هناك انتقادات وجهت لقضاء التحكيم منها:-

١- إن القول بأن التحكيم يتمتع بالسرية هو حجة واهية وغير مقنعة، إذ إن مجموعات القضاء في الدول المختلفة مليئة بالأحكام الصادرة في منازعات متعلقة بعقود الانشاءات، وعقود الترخيص، أما التي تحرص

1 - د. مراد محمد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، ص ٤٠.

على السرية في علاقاتها فهي الشركات الكبرى المهيمنة وليس الطرف الضعيف فشرط السرية دائما يكون في صالح الطرف القوي^(١).

٢- التحكيم يكلف أطراف النزاع مصاريف أكثر من القضاء الإعتيادي، أي أن التحكيم لا يمتاز برخص تكاليفه من حيث كونه وسيلة بديلة للقضاء الوطني المختص فأتعاب المحكمين والمصاريف الإدارية التي تتحملها الأطراف والتي تقدر بنسبة مئوية من قيمة النزاع وفي بعض الأحيان تكون هذه المصاريف والاتعاب باهضة^(٢).

في حين أن اللجوء إلى القضاء الإعتيادي تقوم الدولة بوضع مرتبات القضاء ولا يتحمل من يقيم الدعوى سوى الرسوم القضائية^(٣).

٣- أما بالنسبة إلى توافر الخبرة الفنية في المحكمين من دون القضاء فإنه غالبا ما يلجأ القضاء الداخلي إلى الاستعانة بالخبراء في المسائل الفنية وإن كان رأيهم غير ملزم للأطراف أو القضاء، وغالبا ما يكون المحكمون في القضايا الكبيرة من كبار رجال القانون أو من رجال القضاء العاملين في محاكم الدولة المختلفة الذين تنقصهم الخبرة الفنية، ما يؤدي إلى إصدار أحكام غامضة وخالية من الأسباب التي استند إليها المحكمون عند إصدار قرارهم التحكيمي، وهذا قد يؤدي إلى انتزاع الثقة منهم^(٤).

٤- الطبيعة الرضائية للتحكيم: أما بالنسبة للطبيعة الرضائية للتحكيم فهناك من يرى أنها مجافاة للواقع، فالتحكيم يفرضه الطرف الأقوى ولا سيما حينما يكون الطرف الآخر من الدول النامية التي لا تملك سوى الخضوع له، وذلك بسبب العلاقات غير المتكافئة مع الدول

- ١- د. حسام عيسى، دراسات في الآليات القانونية للتبعية الدولية، التحكيم التجاري الدولي، بدون دار نشر، بدون تاريخ، ص ١٨ - ١٩
- ٢- د. محمد عبد المجيد اسماعيل، المرجع السابق ص ٣٦٨.
- ٣- د. حمزة حداد، مبادئ التحكيم التجاري، بحث منشور في مجلة التحكيم الصادرة عن المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، العدد ١٥، ٢٠٠١ ص ٣٠.
- ٤- د. إبراهيم محمد أحمد دريج، التحكيم الداخلي والدولي النظرية والتطبيق، شركة مطابع السودان للعملة، الخرطوم ٢٠٠٣ ص ٣٥ - ٣٦.

الاستعمارية السابقة، إذ تشترط دائماً التحكيم في عقود التنمية مما يعد عودة للسيطرة الاقتصادية الاستعمارية في ثوب اقتصادي جديد(١)، لذلك عملت الدول النامية على إصدار التشريعات التي تجيز التحكيم تحت وطأة الحاجة لرؤوس الأموال التي تتطلبها عملية التنمية والاحترام من المساعدات ومؤازرة المؤسسات الدولية لها (٢).

ولا شك أن هذا الأمر يعبر عن احتياجات هذه الأطراف المهيمنة وعن مصالحها. إن التحكيم شر لا بد منه، ويجب أن يبقى استثناء أمام قضاء الدولة (٣)، والقول إن هناك تحيزاً من القضاء للدولة مردود، فهناك أيضاً تحيز من هيئات التحكيم للشركات الكبرى المسيطرة على التجارة ومشاريع الانشاءات الدولية، لذلك من النادر أن تنتهي عمليات التحكيم بحكم لمصالح الدول النامية (٤).

إن الأطراف الأجنبية تلجأ إلى التحكيم لكي لا تتعرض لتطبيق القوانين الوطنية، ويعترف كبار فقهاء القانون التجاري في الغرب بأن الهدف من نظام التحكيم هو استبعاد قانون الدولة وذلك من أجل وضع العلاقات التجارية الدولية تحت مظلة النظام القانوني الدولي الجديد وهو نظام أكثر قدرة على تلبية احتياجات هذه التجارة وأكثر ملاءمة لمصالح الأطراف (٥).

ولذلك فإنه ينبغي الكف عن النظر إلى نظام التحكيم كضمانة اجرائية ترمي إلى تشجيع الاستثمار فقط بل يجب الأخذ في الحسبان مصالح كلا الطرفين، ولا يتحقق ذلك إلا إذا أصبح نظام التحكيم غير مفروض من القوى الاقتصادية الكبرى التي لا تلقي بالألم بمصالح الدول النامية (٦).

- 1 - د. السيد المركبي، المرجع السابق، ص ٦٧
- 2 - د. محمد مختار بيري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص ٣١.
- 3 - د. محمد مختار بيري، المرجع السابق، ص ١٢.
- 4 - د. حسام عيسى، المرجع السابق، ص ٩.
- 5 - د. حسام عيسى، المرجع السابق، ص ٣٥.
- 6 - د. حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠١، ص ١٤.

٥- عدم امكانية نظر المنازعات متعددة الاطراف امام محكمة تحكيم واحدة يؤخذ على نظام التحكيم ايضاً عدم امكانية نظر المنازعات متعددة الاطراف **Multi- party disputes** امام محكمة تحكيم واحدة^(١) بسهولة خلافاً للمحاكم العادية والمثال الواضح لذلك عقد الانشاءات الدولي حينما يدخل صاحب العمل في علاقة عقدية مع المقاول الرئيس، الذي تعاقد بدوره مع الكثير من المقاولين من الباطن والموردين. فاذا ما أراد صاحب العمل اللجوء الى التحكيم مطالباً المقاول بتنفيذ التزاماته التعاقدية من خلال تنفيذ الأعمال، فسيعود الاخر بدوره على مقاولي الباطن أو الموردين، الذين قد يسألون عن العمل المعيب ولكن سيكون ذلك عن طريق تحكيمات منفصلة^(٢).

على ضوء ما تقدم نرى أن السلبيات يمكن أن تتضاءل أمام تلك الايجابيات الكثيرة التي يوفرها التحكيم لأنها أكثر واقعية وقبولا من عيوبه التي يمكن تقليصها والتخلص منها بوضع حلول مناسبة مع الأخذ في الحسبان التطور الكبير الذي يشهده العالم وتشابك العلاقات التجارية والحاجة الكبيرة لوجود التحكيم كقضاء خاص سواء كان داخلياً أو دولياً لفض المنازعات ولاسيما في عقود التشييد المحلية والدولية.

المطلب الثالث

صور اتفاق التحكيم

تلجأ الاطراف الى التحكيم لفض منازعاتهم عن طريق شرط التحكيم أو بمشاركة تحكيم أو بالاحالة الى وثيقة تتضمن شرط التحكيم، وستتناول ذلك فيما يأتي :-

1 - Alan Redfern and martion Hunter , Law and practice of international commercid arbitration, Edition, 1999, p.25

2 - د. حسام عيسى، المرجع السابق، ص ٦٠.

الفرع الاول شرط التحكيم

هو اتفاق يرد ضمن نصوص عقد معين يقرر بموجبه الاطراف اللجوء الى التحكيم بوصفه وسيلة لحل المنازعات التي قد تثور بينهما مستقبلا والتي تنشأ في اثناء تنفيذ العقد، وشرط التحكيم كثيرا ما يدرج ضمن العقد الاصلي المبرم بين اطرافه، الا أن هذا لا يمنع من الاتفاق عليه في وثيقة مستقلة تعد بمثابة ملحق للعقد الاصلي^(١).

ويأتي شرط التحكيم بصيغة عامة، إذ لا يتطرق الى تفصيلات ولكنه يشير الى عرض النزاعات التي قد تنشأ في المستقبل على التحكيم، وهذا لا يمنع من تحديد الاجراءات الاخرى^(٢).

وبرغم ورود شرط التحكيم في العقد الاصلي المبرم بين اطرافه فلا يؤدي بطلان هذا العقد بطلان شرط التحكيم وهذا الامر يرتب اختصاص المحكم بسلطة النظر في المنازعات المتصلة ببطلان هذا العقد إذ إن المحكم لا يستمد ولايته من العقد الباطل وإنما من شرط التحكيم المستقل عنه^(٣).

ولا شك أن الاعتراف باستقلال شرط التحكيم حين وروده في عقد غير صحيح يعمل على تشجيع نظام التحكيم ويدعم مكانته بين النظم القانونية المختلفة لتسوية المنازعات الناشئة في عقود التشييد الدولية أو في مجال التجارة الدولية، وقد اخذ المشرع المصري بفكرة استقلال شرط التحكيم عن العقد الاصلي^(٤).

1 - د. محي الدين اسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الثاني،

بدون دار نشر القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٢٥.

2 - د. جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الادارية، دار النهضة العربية، القاهرة،

١٩٩٧، ص ٢٥.

3 - د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦،

ص ١٠٢.

4 - نصت المادة (٢٣) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ على انه:

"يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الاخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو نهايته أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه اذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته".

إذ يتضح ان المشرع قد اتخذ موقفاً واضحاً ومحدداً أيد بموجبه استقلال شرط التحكيم عن العقد الاصيلي، واعدته عقدا قائما بذاته على الرغم من أنه يعد جزءاً من هذا العقد ولا يطرأ شيء على هذا الشرط اذا حكم ببطلان أو فسخ أو انتهاء العقد الذي يحتوي شرط التحكيم وكذلك جاءت الاتفاقيات الدولية بنصوص صريحة تؤيد مبدأ استقلال شرط التحكيم من هذه الاتفاقيات القانون النموذجي^(١).

وكذلك قواعد **unicitral**^(٢)، اما عن الصيغة التي يرد فيها شرط التحكيم فليست هناك صيغة معينة وإنما يجب أن تكون الصيغة واضحة ومحددة كي لا تثير تفسيرات مختلفة لدى الاطراف المتنازعة أو لدى المحكمين.

وينقسم شرط التحكيم على ما يأتي^(٣) :-

أ- شرط تحكيم عام:-

إذ يحال الى التحكيم جميع المنازعات التي ستنشأ في المستقبل من دون استثناء والمتعلقة بتفسير أو تنفيذ العقد.

ب- شرط تحكيم خاص:-

وذلك عند احالة بعض المنازعات الى التحكيم من دون البعض الاخر قبل نشوء النزاع ولقد اخذت الانظمة القانونية المختلفة بشرط

1 - انظر المادة (١٦) الفقرة (١) من القانون النموذجي والتي تنص على: "ينظر الى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من العقد كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الاخرى".

2- انظر الفقرة (٢) من المادة (٢١) من قواعد **unicitral** والتي نصت على: ".... يعامل شرط التحكيم الذي يكون جزءاً من عقد، وينص على اجراء التحكيم وفقاً لهذا النظام بوصفه اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الاخرى، وكل قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم".

3 - أوردت اتفاقية نورك لسنة ١٩٥٨ في الفقرة (١) من المادة (٢) على: "تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يقوم بمقتضاه الاطراف بان يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم" فقرة (٢) ويقصد باتفاق مكتوب "شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الاطراف أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات".

التحكيم، اذ اعترف المشرع الفرنسي بشرط التحكيم في مجال العلاقات الناشئة عن التجارة الدولية ولكنه عد اللجوء الى التحكيم الداخلي باطلا. وأخذ المشرع المصري بشرط التحكيم حينما نصت الفقرة (٢) من المادة العاشرة من قانون التحكيم على أنه "يجوز أن يكون 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..."

واعترفت إتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ باتفاق الأطراف على اللجوء الى التحكيم بوساطة شرط تحكيم يخضعون بموجبه كل أو بعض المنازعات التي يجوز تسويتها عن طريق التحكيم وتوسعت الإتفاقية في معنى شرط التحكيم إذ عدت أن الأتفاق الذي تتضمنه الخطابات المتبادلة أو البرقيات شرط صحيح.

والجددير بالذكر أن شرط التحكيم أكثر انتشارا في مشاركة التحكيم إذ إن قرابة ٨٠٪ من العقود الدولية سواء كانت في مجال الانشاءات أو التجارة تتضمن شرط التحكيم خصوصا في العقود التي تكون الدولة طرفا فيها ويكون الطرف الاخر شخصا خاصاً اجنبياً إذ إن الطرف الاجنبي لا يطمئن الى حياد قضاء الدولة الوطني تجاهه ولذلك يصر على تضمين العقد شرط التحكيم يستبعد بموجبه اختصاص قضاء الدولة الوطني^(١).

الفرع الثاني

مشاركة التحكيم

هي اتفاق يبرمه الأطراف منفصلا عن العقد الاصيلي بعد نشوء نزاع فعلي بينهما وبموجبه يتم اللجوء الى التحكيم لفض هذا النزاع^(٢). فهي تكون في حالة خلو العقد الاصيلي من شرط التحكيم عند نشوء النزاع فيتم إبرام مشاركة تحكيم من أجل عرض هذا النزاع على

١ - د. ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ٨٨.

٢ - د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٧٥.

التحكيم لعله ، لذلك فهي اتفاق بينهم بمناسبة نزاع قائم فعلا يلتزمون بمقتضاه بعرض هذا النزاع على المحكم أو المحكمين المختارين من قبلهم بدلا من عرض تلك المنازعة على المحكمة المختصة اصلا بنظره^(١).

كما يجب تحديد المسائل المتنازع عليها والتي يرغب الاطراف في عرضها على المحكمين في صلب مشاركة التحكيم^(٢) ولذلك فإن من مميزات المشاركة أنها تتضمن الكثير من التفاصيل.

يفهم من ذلك بأن مشاركة التحكيم تأتي بعد قيام النزاع بعكس شرط التحكيم الذي يأتي بشكل مجمل في الغالب ولا يعدو أن يكون الا بندا من بنود العقد الاصيلي.

ومن النقاط المهمة التي تحتويها المشاركة ما يأتي :-

- أسماء اطراف النزاع
- تشكيل هيئة التحكيم
- تحديد مدة التحكيم
- موضوع النزاع والمطالبات التي يتقدم بها الأطراف
- تحديد مكان التحكيم
- القانون الواجب التطبيق
- لغة التحكيم
- مصاريف التحكيم وأجوره

كما هو الحال بالنسبة لشرط التحكيم فقد اخذت معظم التشريعات بجواز اللجوء الى التحكيم عن طريق ابرام مشاركة تحكيم ومنها المشرع الاردني^(٣).

1 - د. محمود السيد عمر التحيوي، اتفاق التحكيم وقواعده، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٧٤.

2- الفقرة (١) من المادة (١٠) من قانون التحكيم المصري تنص على " ... كما يجوز ان يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد اقيمت في شأنه دعوى امام جهة قضائية ، وفي هذه الحالة يجب ان يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم والا كان الاتفاق باطلاً."

3 - المادة (١١) من قانون التحكيم الاردني رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١ نصت على ما ياتي: "يجوز ان يكون اتفاق التحكيم سابقا على نشوء النزاع سواء كان مستقلا بذاته أو =

وأخذت أيضا الإتفاقيات الدولية بأسلوب مشاركة التحكيم لفض المنازعات القائمة فعلا بين الأطراف^(١).

الفرع الثالث

شرط التحكيم بالإحالة

ينصرف ذلك الى اشارة الاطراف المتعاقدة في العقد الموقع بينهم الى وثيقة معينة تحتوي على شرط تحكيم، وعدها جزءاً مكملًا للعقد بحيث تعد الاحالة اليها هي الاساس الذي يستند اليه للقول بوجود شرط تحكيم^(٢).

ولاشك أن شرط التحكيم بالإحالة يفترض خلو العقد الأساس من بند يشير صراحة الى اللجوء للتحكيم، وإنما تتجه إرادة الاطراف المتعاقدين الى الأخذ بالشروط العامة أو العقود النموذجية لتنظيم أحكام العقد أو لتكملة ماورد من احكام^(٣).

وتعد الوثيقة المحال اليها من لدن الاطراف والتي تتضمن شرط التحكيم جزءاً لايتجزأ عن العقد الاصلي، ولايتأثر في حالة بطلان العقد الاصلي أو انهائه، اذ يعد هذا الشرط الوارد في الوثيقة مستقلاً عن العقد الاصلي. وقد أخذ المشرع المصري بهذا حينما نصت الفقرة(3) من المادة(10) في قانون التحكيم على ماياتي: "يعتبر اتفاقاً على التحكيم كل

=ورد في عقد معين بشأن كل المنازعات او بعضها التي قد تنشأ بين الطرفين، كما يجوز ان يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد اقيمت في شأنه دعوى أمام أية جهة قضائية ويجب في هذه الحالة أن يحدد موضوع النزاع الذي يحال الى التحكيم تحديداً دقيقاً والا كان الاتفاق باطلاً" انظر كذلك الفقرة (١) من المادة (١٠) من قانون التحكيم المصري.

1 - انظر المادة (٧) من القانون النموذجي، وكذلك الفقرة (١) من المادة الثانية من اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨.

2 - د. مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص ٣٠.

3 - د. احمد مخلوف، اتفاقيات التحكيم كاسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٩٤.

احالة ترد في العقد الى وثيقة تتضمن شرط التحكيم اذا كانت الاحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد^(١).

من النص السابق يتضح لنا أن اتفاق التحكيم لا يقتصر على وروده بنداً في العقد الأصلي، أو في مشاركة مستقلة، وإنما يمكن أن يوجد اتفاق على التحكيم بالإشارة أو بالاحالة.

وتعد الإحالة بشكل عام الى وثيقة تتضمن شرط التحكيم والتي يتضح منها عدم علم أحد الاطراف بوجود شرط التحكيم ملزمة، ولا يفتني معها القول بوجود اتفاق مكتوب على شرط التحكيم^(٢).

ويُعد شرط التحكيم بالاحالة أو بالإشارة ضرورة ملحة لتسليح حاجات التجارة الدولية أو عقود الانشاءات الدولية من حيث السرعة في إنجاز المعاملات، والأخذ بالوسائل المتطورة في الاتصالات واللجوء الى العقود النموذجية. ومن أمثلة ذلك أن تضمن العقد الاصلي بنداً بالإشارة أو بالإحالة الى شروط عامة أو عقود نموذجية، يفترض علم الطرفين بها، وهذه العقود أو الشروط أو القواعد توضع بوساطة هيئة دولية متخصصة بنشاط تجاري دولي معين، مثل الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، أو ما يسمى بعقود الانشاءات الدولية

(3) Federation International Des Ingenieurs Conseils (FIDIC)

- 1 - الفقرة (٢) من المادة (٧) من القانون النموذجي تنص على أنه "تعتبر الإشارة في عقد ما الى مستند يشتمل على شرط التحكيم بمثابة اتفاق تحكيم، شريطة أن يكون العقد مكتوباً، وأن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل هذا الشرط جزءاً من العقد".
- 2 - عاطف بيومي محمد شهاب، الاختصاص بالتحكيم في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق / جامعة عين شمس، ٢٠٠١، ص ١٨٤.
- 3 - الفقرة (٣) من المادة (٦٧) من عقد FIDIC ١٩٨٧ تنص على "أي نزاع يتصل:
 - أ- بقرار المهندس إن وجد، لم يصبح نهائياً وملزماً اعمالاً للبند (٦٧ - ١).
 - ب- لم يتم التوصل الى تسوية ودية في خلال المدة في البند (٦٧ - ٢) فيجب ان تتم تسويته نهائياً، ما لم يتفق في العقد على غير ذلك، بموجب قواعد التوفيق والتحكيم الخاصة بفرقة التجارة الدولية بواسطة محكم أو اكثر يعينون وفقاً لتلك القواعد. وتثبت للمحكم المذكور أو المحكمون السلطة الكاملة في إعادة طرح ومراجعة وتعديل أي قرار أو رأي أو تعليمات أو تقرير، أو تقييم صادر عن المهندس ومتصل بالنزاع...."

ومتى وردت الاحالة فإنه لا يعتد بجهل احد الاطراف بشرط التحكيم الوارد في الوثيقة، اذ يفترض علم الاطراف بشرط التحكيم في مثل هذه الوثائق إذ حكمت محكمة التحكيم في تسمية "Bamarl Oil" بما يأتي:

"ومن حيث أن نشاط الاطراف ينصب حول قطاع مهني خاص وهو البترول، ويكتسب كل منها صفة التاجر، ويحترف العمل بهذا النشاط، فإنه لا يمكن أن يدعي عدم معرفته بهذا الشرط كوسيلة لتسوية المنازعات التي تثور في هذا القطاع من النشاط."

وفي حكم آخر لمحكمة النقض الفرنسية قضت بأنه: "في مسائل التحكيم الدولي يعد شرط التحكيم بالاحالة الى مستند بشرط التحكيم صحيحاً، اذا كان الطرف الذي يحتج عليه قد علم به في لحظة انعقاد العقد، ويكفي سكوته للدلالة على قبوله بهذه الاصالة"^(١).

المبحث الثاني

التحكيم في عقود التشييد FIDIC

وضع الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين^(٢)

Federation International Des Ingenieurs Conseils (FIDIC)

- 1 - حكم محكمة التحكيم وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية - باريس، في ٢٥ يناير ١٠٨٥، مشار إليه، د. مخلوف، المرجع السابق ص ٤٤.
- 2 - تأسس الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين FIDIC عام ١٩١٣ في بلجيكا ومقره حالياً في سويسرا وقد اشترك في تأسيسه جمعيات أو نقابات المهندسين الاستشاريين في فرنسا وبلجيكا وسويسرا، وتوجد في عضويته حالياً اربعة دول عربية هي، مصر والسعودية والمغرب وتونس، ويقوم الفيديك بعدد كبير من الأنشطة، وأهم هذه الأنشطة هو إعداد ونشر نماذج للعقود المتصلة بأعمال المقاولات بانواعها المختلفة، سواء كانت أعمال مدنية انشائية أو أعمال ميكانيكية أو كهربائية، وحقيقة الامر أن هذه النماذج المعدة من قبل الفيديك تعبر عن خبرات السابقين الذين قاموا بهذه الاعمال على أرض الواقع، ويلاحظ ان عقد الفيديك باعتباره من العقود النموذجية لا يمكن اعتباره أو ادراجه ضمن عقود الاذعان، حيث يحق للعميل في هذه العقود قبول العقد أو رفضه أو تعديل بعض شروطه بل يحق للعميل ان يأخذ بعض الشروط أو جزءاً من الشروط النموذجية الواردة في عقود الفيديك دون باقي الشروط.

مجموعة من اهم العقود النموذجية في مجال اعمال البناء والتشييد، وهي صياغة مسبقة لمجموعة من العقود التعاقدية التي تندمج في عقد ينصب على الموضوع نفسه وذلك باتفاق طرفي العقد. لذلك نجد أنه في كل أنموذج من هذه النماذج عدة فراغات يجب على الاطراف ملؤها حتى ينعقد وفي نهاية الانموذج توضع التواقيع الخاصة بالاطراف، والفراغات المذكورة تخص اسماء المتعاقدين ومواصفات العمل، ومبلغ العقد والمدة اللازمة للتنفيذ، وغير ذلك من المسائل التي تتوقف على إرادة الأطراف التي تختلف من عقد الى اخر. وبهذا يمكن استخدام هذه الشروط الواردة بعقود الفيديك على المستوى المحلي بعد اجراء بعض التعديلات عليها. فقد قام FIDIC منذ سنة ١٩٥٧ بوضع الكثير من عقود الإنشاءات الانموذجية وداوم على تطويرها باستمرار حتى سنة ١٩٩٩. وهي مجموعة متكاملة ومترابطة ومن هذه العقود والتي تشمل على ما يأتي:

- عقد الانشاءات
- عقد التجهيزات الالية (تصميم وتنفيذ)
- عقد المشاريع المتكاملة (تسليم مفتاح)
- عقد المقاولة الموجز

ولكل من هذه العقود الانموذجية مجال استعمال معين، فعقد الانشاءات هو الاكثر انتشاراً واستعمالاً فيما بينها ويستخدم للمشاريع الانشائية التي يقوم صاحب العمل بتصميمها وتقاس الاعمال المنفذة بموجبه بحسب جدول الكميات والأسعار، اما عقد تجهيزات الاليات فيستخدم لمشاريع الكهروميكانيك والتي يقوم المقاول باعداد تصاميمها وتحسب الكميات المنفذة بموجبه بحسب السعر المقطوع. واما عقد المشاريع المتكاملة (تسليم مفتاح) فيتم من خلال زيادة الاعباء والمخاطر التي تقع على عاتق المقاول ويكون عادة مسئولاً عن التصميم والتنفيذ بمبلغ مقطوع أيضاً.

ويبقى عقد المقاوله الموجز والذي يستخدم في المشاريع الصغيره ذات الكلفه القليله ، فضلا عن قصر مدة التنفيذ. وعلى اي حال فإن هذه العقود الاموذجيه التي تصدر عن FIDIC تشتمل على فصل خاص بتسوية الخلافات التي قد تنشأ بين اطراف العقد.

وتعد الاحاله الى احكام عقد أموذجي يتضمن شرط تحكيم بمثابة اتفاق تحكيم مكتوب اذا كانت الاحاله واضحه على أساس أن هذا الشرط جزءاً لا يتجزأ من العقد ، ويكون هذه الاتفاق سابقاً لنشوء الخلافات ، كما يعد شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الاخرى ولا يترتب على بطلان العقد أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه اذا كان الشرط صحيحاً في ذاته^(١).

وعليه يمكن تقسيم هذا المبحث على مطلبين وعلى النحو الآتي :

المطلب الاول: التحكيم طبقاً لعقد الفيديك ١٩٨٧

المطلب الثاني: التحكيم طبقاً لعقد الفيديك ١٩٩٩

المطلب الاول

التحكيم طبقاً لعقد الفيديك ١٩٨٧

خلال تنفيذ عقد التشييد ، كثيراً ما تحدث خلافات بين صاحب العمل والمقاول والمهندس سواء أكانت هذه الخلافات تدور حول مسائل فنيه أم ماليه وطبقاً لما ينص عليه البند ١/٦٧ " اذا نشأ نزاع اياً كان نوعه بين رب العمل والمقاول وكان النزاع مرتبطاً بالعقد أو ناشئاً عنه أو مرتبطاً أو ناشئاً عن تنفيذ الاعمال سواء نشأ خلال تنفيذ الاعمال أو بعد اتمامها.... فيجب إحالة موضوع النزاع أولاً الى المهندس كتابة مع ارسال صورة الى الطرف الاخر ، ويتعين أن يشار في كتاب الاحاله الى أن الاحاله تمت اعمالاً لهذا البند....."

1 - د. عصام احمد البهجي ، عقود الفيديك ، دار الجامعة الجديده ، القايره ، ٢٠٠٨ ، ص ١٧ ، داود خلف ، مجلس فض الخلافات وأساليب التسوية الوديه ، جمعيه عمال المابع التعاونيه ، عمان ، ٢٠٠٥ ، ص ٩.

الواضح من نص المادة السابقة انها الزمت الأطراف اتباع الاجراءات الاتية:

- ١- تشترط هذه المادة في حالة حدوث اي نزاع بخصوص العقد المبرم بينهما بإحالة الموضوع الى المهندس.
- ٢- المهندس ملزم بإصدار القرار الخاص بالموضوع المحال اليه خلال ٨٤ يوماً التي تلي تقديم موضوع النزاع، أما بالرفض أو القبول وتسوية النزاع.
- وقد يسكت المهندس خلال هذه المدة من دون اتخاذ قرار، في هذه الحالة يعد سكوته قراراً ضمناً برفض الطلب المحال اليه^(١).
- ٣- طبقاً لنص المادة (٦٧ - ١) اذا أصدر المهندس قراراً بخصوص الأمر المحال اليه فإن هذا القرار يكون نهائياً وملزماً للطرفين ولا يجوز نقضه أو إبرامه الا باللجوء الى التحكيم.
- ٤- في حالة عدم موافقة أي من الطرفين على قرار المهندس خلال (٧٠) يوماً من تاريخ تسلم الطرفين للقرار، أو في أو قبل (٧٠) يوماً التي تلي يوم انتهاء مدة (٨٤) يوماً المذكورة، فعليه إخطار الطرف الاخر مع إرسال صورة الى المهندس للعلم برغبته في البدء باجراءات التحكيم.

مع الاخذ في الحسبان حينما يصبح قرار المهندس في النزاع نهائياً وملزماً وفقاً للفقرة الأولى من المادة (٦٧) فيجوز للطرفين سواء كان صاحب العمل أو المقاول، اذا لم ينفذ الطرف الاخر قرار المهندس، أن يعرض على عدم اللجوء الى التحكيم وفقاً للفقرة (٣) من المادة المذكورة حيث لا تطبق احكام الفقرتين (١) و (٢)^(٢). لأن الفرض في هذه الحالة

١- د. محمد بدران، عقد الانشاءات في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٢٥٦.

٢- الفقرة (٤) من المادة (٦٧) من شروط عقد FIDIC ١٩٨٧ تنص على ما ياتي:
"اذا لم يقدم صاحب العمل أو المقاول اخطاراً بالرغبة في بدء التحكيم في شأن نزاع ما خلال الفترة المشار اليها في البند (٦٧ - ١) مما يصبح معه قرار المهندس المتعلق =

أن أحد الطرفين أن يتقدم بكتاب إحالة يطلب فيه التحكيم، غير أنه لم يخطر الطرف الآخر بالرغبة في اجراءات التحكيم خلال المدة المشار إليها في البند ٦٧ - ١ مما يصبح معه قرار المهندس المتعلق به نهائياً وملزماً، غير أن أحد الطرفين لم ينفذ القرار النهائي الصادر من المهندس، ففي هذه الحالة يجوز طلب إحالة امتناع الطرف الآخر عن تنفيذ قرار المهندس النهائي الى التحكيم^(١).

ودور المهندس عند اتخاذ القرار بموجب المادة ٦٧ لم يعد خبيراً أو وكيلاً لصاحب العمل بل يُصبح ملزماً بسماع الطرفين والتدقيق في الوقائع والمعطيات وهو يمارس دوره هذا، وهو دور شبه تحكيمي، أو التحكيم في خطوته الاولى، وبذلك يتطلب من المهندس أن يفسر العقد ويطبق القانون وأن يكون قراره معللاً وواضحاً في التناجح والحسابات التي يتوصل إليها^(٢).

هذا فضلاً عن أن المهندس وهو يمارس سلطاته لا يتقيد بأي قواعد إجرائية في إصداره لهذه القرارات وفي هذا يختلف عن المحكم الذي يلتزم باتباع قواعد إجرائية^(٣).

فضلاً عن ان عمل المهندس بوصفه وكيلاً عن صاحب العمل عن طريق العلاقة التعاقدية التي تربطه معه، لذلك يستبعد في عمله صفة الحياد التي يجب ان يتمتع بها لانه يجب أن يكون مستقلاً وغير منحاز، فإنه بهذا يفقد صفة الحياد التي تعد الصفة الاساسية للمحكم.

-
- 1- به نهائياً وملزماً، جاز لاي من الطرفين، في حالة عدم امثال الطرف الاخر لهذا القرار، ودون الاخلال بأية حقوق أخرى قد تكون له، ان يحيل موضوع عدم الامتثال الى التحكيم وفقاً للبند الفرعي (٦٧ - ٣) ولا تطبق احكام البندين الفرعيين (٦٧ - ١) و (٦٧ - ٢) على هذه الحالة.
 - 1- د. عصام احمد البهجي، عقود الفيديك، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٢٧٣.
 - 2- د. نجلاء حسن سيد احمد خليل، التحكيم في المنازعات الادارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٢٥٥.
 - 3- د. مصطفى عبد المحسن الخبشي، التوازن المالي في عقود الانشائية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٥٤٨.

مع الاخذ في الحسبان أن المادة ٦٧ من عقد FIDIC لاتعترف بأية سلطات تحكيمية للمهندس أو شبه تحكيمية وإنما يعول على نص هذه المادة في صدد ما جاءت به من أحكام تنظيمية الغرض منها ضبط إجراءات فض المنازعات التي تناط بالمهندس إصدار قرارات بأنها تعد تمهيدية الا اذا ارتأى احد الاطراف ضرورة اللجوء الى التحكيم فالمادة المذكورة لم تسبغ على قرارات المهندس أية صفة ونستطيع أن نكيفها بما يتلاءم مع نظامنا القانوني الذي يأبى أن يعترف بأية اختصاصات تحكيمية أو شبه تحكيمية للمهندس بوصفه وكيلاً عن صاحب العمل في مثل هذه العقود^(١). وقد اثار التكييف القانوني لقرار المهندس في تسوية المنازعات وللقرار الذي يصدره جدلاً فقهيّاً كبيراً.

وتمثل هذا الجدل في ثلاثة اراء يمكن إيجازها فيما يأتي:

- **الرأي الاول:** إن مهمة المهندس هي مهمة المحكم بالمعنى الكامل للفظ، فهو يستمع لمطالبات الاطراف، ويتحقق من الوقائع، يفسر العقد، ويطبق القانون، ثم بعد ذلك يصدر قراره^(٢).

- **الرأي الثاني:** إن المهندس ليس محكماً بالمعنى السائد والقانون للفظ، وإنما شبه محكم في ممارسته لدوره الخاص بحل المنازعات، لأنه وإن لم يكن محكماً بالمعنى القانوني الدقيق بسبب كونه غير ملزم باتباع إجراءات التحكيم، فضلاً عن أنه معين بوساطه أحد الاطراف ويتقاضى منه الأجر، فإنه في هذه الحالة في مركز يشبه مركز المحكم فيما يتعلق بالتزامه جانب الحياد وانعدام المصلحة المطلوبة في المحكم، وكذلك من حيث كون قراراته نهائية وملزمة للاطراف، الا في حال وجود شرط تحكيم^(٣).

- 1 - د. عصام احمد البهجي، المرجع السابق، ص ٢٨٢.
- 2 - د. عصام عبد الفتاح مطر، عقود الفيديك، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٣٨٩.
- 3 - د. احمد شرف الدين، تسوية منازعات عقود الانشاءات الدولية في الدولة العربية، بدون دار نشر، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ١٨ - ١٩.

- **الرأي الثالث:** إن المهندس ليس محكماً، وأن القرار الذي يصدره والذي يعد نهائياً وملزماً، ليس حكماً تحكيمياً ذلك لان المهندس إما أنه معين من قبل صاحب العمل أو هو نفسه صاحب العمل، وفي كلتا الحالتين يفترض أن صاحب العمل ينازع المفاوض في مطالباته، ومع ذلك يجب أن يحال النزاع له نفسه لبيان رأيه فيه بصفته مهندساً وليس صاحب العمل، بمعنى أن صاحب العمل هو نفسه الخصم والحكم في آن واحد. وفي ظروف كهذه ربما يكون صحيحاً القول بأنه يندر أن يكون رأي المهندس مخالفاً لرأي صاحب العمل^(١).

ويزاد الى ذلك أن المهندس لا يتقيد بأية قواعد إجرائية عند إصداره للقرار، وهو يختلف في ذلك عن التحكيم الذي يتميز بوجود قواعد إجرائية وهو ما يتعارض مع وظائف وواجبات المحكم، فضلاً عن ذلك صعوبة أن يجوز قرار المهندس حجية الامر المقضي أو ان يكون واجب النفاذ، كذلك من الصعب أن يتم إصدار أمر بتنفيذ أو الطعن عليه بالبطلان.

كما أن قرار المهندس إذا كان نهائياً وملزماً فيمكن أن يخضع للطعن فيه باللجوء الى التحكيم وفقاً للمادة (٤/٦٧) من عقد FIDIC إذ تشير هذه المادة الى امكانية اللجوء الى التحكيم فضلاً عن الحق باللجوء الى القضاء الوطني^(٢).

ونحن نتفق مع ما ذهب اليه الرأي الثالث للاسباب الاتية :-

1 - د. حميد لطيف الدليمي، تسوية المنازعات في عقود التشييد، منشورات دار ميزوبوتاميا، بغداد، ٢٠٠٩، ص ١٨.

2 - dr. ahmed kesmat, el, geddawy, the time limit for commerncing arbitration under fidic rules relating to const ruction contracts. Lts nzture and effect in light of egyption law.

ورقة عمل مقدمة الى مؤتمر التحكيم التجاري الدولي الذي نظمه مركز القاهرة الاقليمي التجاري الدولي، يونيو ١٩٩٦، ص ١.

١- إن المادة ٦٧ من شروط عقد FIDIC لم تعط الصفة التحكيمية للقرار الذي يصدره المهندس والا لما أعطت للأطراف الحق بقبول القرار أو رفضه من خلال اللجوء الى التحكيم ولكن هذه المرة ليست عن طريق الامر الذي يؤدي الى ان القرار الذي يصدره المهندس لا يعد قراراً تحكيمياً.

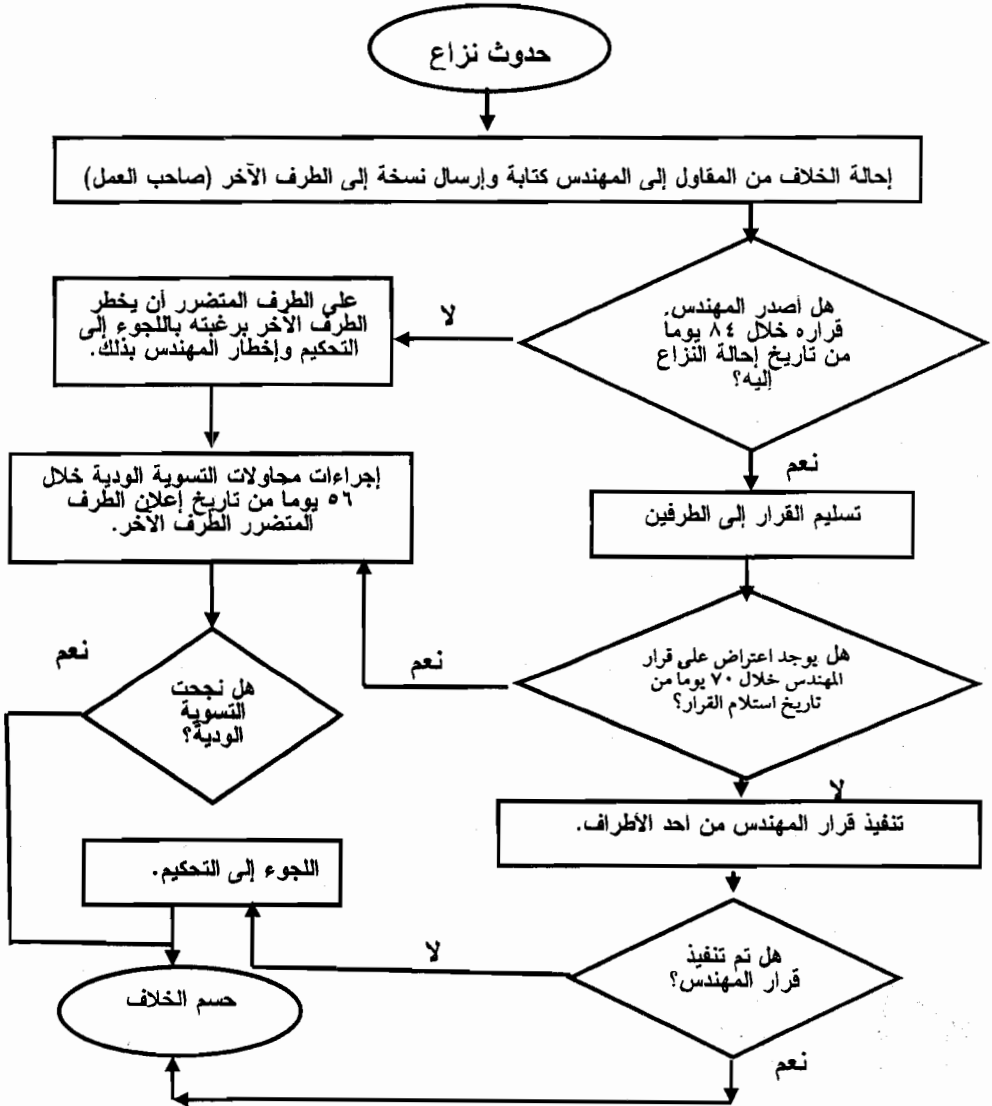
٢- من الصعب القول بأن الاتفاق في المادة (٦٧) من شروط عقد FIDIC على احالة الخلاف الى المهندس للفصل فيه هو اتفاق تحكيم، فالطرفان لا يقصدان إعطاءه صلاحية البت في النزاع بصورة قاطعة، وقراره ليس اكثر من وجهة نظر تمثل رأيه في النزاع ويكون لاي من الطرفين مطلق الحرية في قبوله أو رفضه من دون مسؤولية وفي حالة رفضه من أحدهما أو كليهما فلا الزام في تنفيذه في مواجهة اي منهما بل إن المهندس لا يجبر اصلا على اصدار قرار في النزاع المعروض عليه وكل هذا يخالف لطبيعة التحكيم واثاره.

٣- الطرف الذي يرغب في اللجوء الى التحكيم ملزمٌ بعدم المباشرة بإجراءات التحكيم الا بعد ٥٦ يوم من تاريخ اعلانه للطرف الاخر، وعلى الطرفين إجراء محاولات التسوية الودية خلال مدة ٥٦ يوماً من تاريخ الذي اعلن فيه الطرف الذي يرغب في اللجوء الى التحكيم للطرف الاخر، سواء أتمت التسوية الودية أم لا وهذا ما اشار اليه البند ٢/٦٧ من عقد FIDIC.

٤- اذا فشلت محاولات التسوية الودية بين الطرفين محل موضوع النزاع بعد انقضاء مدة ٥٦ يوماً من دون أن يتوصلا الى نتيجة تصبح الإجراءات المبينة في البند ٣/٦٧ نافذة على شرط أن يقدم الطرف الذي يريد اللجوء الى التحكيم ان يوجه أخطاراً بالنية في البدء باجراءات التحكيم خلال المدة المحددة.

لذلك نرى أن نص المادة ٦٧ من شروط عقد FIDIC انها تحدد مواعيد المهندس لاصدار القرار الذي يعرض عليه بشأن النزاع بين المفاوض وصاحب العمل بمدة ٨٤ يوماً، ثم اعطاء موعداً آخر للأطراف للجوء الى التحكيم في تاريخ تسلم الطرفين لقرار المهندس، والغاية منه هو سرعة حسم المنازعات التي تنشأ في عقود المشاريع الانشائية، فإذا انقضت هذه

المواعيد من دون اللجوء الى التحكيم ، فإنها تؤدي الى سقوط حق الاطراف في عرض النزاع على التحكيم ، غير أن ذلك لا يعني سقوط حق الاطراف في اللجوء الى القضاء الوطني للمطالبة بحقوقهم. والشكل الآتي يبين اجراءات حل المنازعات عن طريق قرار المهندس على وفق المادة ٦٧ من شروط عقد FIDIC لسنة ١٩٨٧.



الشكل (١) يبين حل المنازعات وفق على المادة ٦٧ من شروط عقد IDIC لسنة ١٩٨٧

المطلب الثاني

التحكيم طبقاً لعقد الفيديك ١٩٩٩^(١)

نتيجة للانتقادات الكثيرة التي وجهت الى الدور الذي يقوم به المهندس على وفق المادة ٦٧ من شروط عقد FIDIC قبل تعديلها عند اصداره القرار حينما تعرض عليه الخلافات التي تحصل بين صاحب العمل والمقاول، ومع تزايد لجوء الطرفين بإحالة المنازعات العقدية الى التحكيم أو القضاء، وبذلك اصبحت الحاجة ملحة لوجود نظام يلبي متطلبات عقود البناء والتشييد الذي تتميز بالسرعة في حسم المنازعات، وقلة التكاليف في حل المنازعات التي تثور بين اطرافه.

لهذه الاسباب ظهر اتجاه يرمي الى استبدال تدخل المهندس في تسوية المنازعات بين صاحب العمل والمقاول بنظام آخر أكثر قبولاً للأطراف أو إتاحة الفرصة لهم للإختيار بين تدخل المهندس وبين نظام آخر، وهذا هو الاتجاه الذي اخذ به التعديل الاخير في عام ١٩٩٦ والذي أدخل على بنود تسوية منازعات أتمودج عقد الفيديك بشأن أعمال الهندسية المدنية أتاح الفرصة لطرفي العقد، الإختيار بين المهندس أو نظام اخر لتسوية النزاع بينهما^(٢).

ونتيجة لذلك فقد ظهر مجلس تسوية المنازعات

Dispute Adjudication Board

وهو النظام الجديد الذي خرج به عقد الفيديك بديلاً عن دور المهندس الفصل في المنازعات التي تحدث بين صاحب العمل والمقاول.

- 1 - عقد فيديك، الطبعة الخامسة، ١٩٩٩، تناول الفصل العشرون، تحديد أسلوب تسوية الخلافات ومن ضمنها المواد (٦/٢٠، ٧/٢٠، ٨/٢٠) التي تبيح في اعتماد التحكيم لتسوية الخلافات بصورة نهائية والتي يمكن اعتمادها على أنها يتشكل منها شرط التحكيم.
- 2 - د. عمرو طه بدوي محمد علي، الالتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٢٨٥ - ٢٨٦.

وبما أن المقصود هو تسوية المنازعات لذلك سنتعرض إلى تحديد أسلوب تسوية الخلافات ومن ضمنها المواد (٦/٢٠، ٧/٢٠، ٨/٢٠) التي تبحث في اعتماد التحكيم لتسوية الخلافات بصورة نهائية، وبما أن المقصود هو تسوية الخلافات فإنه لا يمكن بحث مضمون هذه المواد من دون تناول الأحكام والشروط الأخرى التي تؤدي إليها، بل تعد إجراءات ضرورية سابقة لتطبيقها وعلى النحو الآتي:

أولاً: كيفية تسوية الخلافات

أشارت المادة ١/٢٠ من الشروط الى ضرورة أن يتقدم المقاول بمطالباته سواء بخصوص أي دفعة إضافية أو تمديد في مدة الإنجاز إلى المهندس خلال (٢٨) يوماً من تاريخ حصول الواقعة أو الظرف الذي أدى إلى تكون المطالبة، على أن يتقدم بتفاصيل المطالبة خلال (٤٢) يوماً من نفس تاريخ تكون المطالبة، ويتعين على المهندس أن يقيم المطالبة ويرد عليها خلال (٤٢) يوماً من تاريخ تسلمه لتفاصيلها إما بالموافقة أو عدم الموافقة مع ذكر الأسباب أو أن يطلب تفاصيل إضافية، إلا أنه ملزم بتقديم رده على أسس المطالبة خلال هذه المدة، كما يتعين عليه إعداد التقديرات بموجب المادة (1/20) لأي تعويضات أو تمديد في مدة الانجاز. إذا رد المهندس على المطالبة أو كان للمقاول اعتراض على تقديرات المهندس ورجب المقاول في متابعة إجراءات مطالبته، تتحول المطالبة الى خلاف Dispute، اذ لا يمكن اعتبار انها قد تشكل خلاف الا اذا اجتازت مطالبة المقاول خلال هذه الخطوة بمراحلها.

ثانياً: تعيين مجلس تسوية الخلافات:

يفترض أن يكون مجلس تسوية الخلافات مشكلاً منذ توقيع عقد المفاوضة فإذا نشأ خلاف بين طرفي العقد بخصوص تنفيذ الاشغال بما في ذلك أي خلاف حول أي شهادة أو تعليمات أو تقديرات أو تقييم قام به

المهندس. فإن المفاوض أو صاحب العمل له الحق على احواله الخلاف الى المجلس لدراسته واتخاذ قرار بشأنه^(١).

أ- يتعين على المجلس خلال مدة لا تتجاوز (٨٤) يوماً من تاريخ تسليم اشعار احواله الخلاف اليه، أو خلال مدة اخرى يقترحها المجلس ويوافق عليها الطرفان، أن يتخذ قراره بشأنه، ويشترط في هذا القرار ان يكون معللاً، ويعد هذا القرار ملزماً للطرفين ويتعين عليهما تنفيذه، الا اذا تمت اعادة النظر فيه بطريقة التسوية الودية، أو من خلال اجراءات التحكيم.

ب- اذا لم يرض أي طرف بقرار المجلس، فعليه خلال (٢٨) يوماً من تاريخ تسلمه للقرار، أن يرسل اشعاراً للطرف الاخر يعلمه فيه بعدم رضاه مع بيان اسباب عدم الرضى، فضلاً عن ذلك اذا لم يتمكن المجلس من اصدار قراره خلال (٨٤) يوماً من تاريخ تسلمه طلب احواله الخلاف اليه، فلكل من الطرفين خلال (٢٨) يوماً التاليه لمدة (٨٤) يوماً المتقضيه ان يعلم الطرف الاخر بعدم رضاه. في أي من هاتين الحالتين، يتعين بيان موضوع الخلاف واسباب عدم الرضا في ذلك الاشعار، وكذلك التنويه الى أنه قد تم إصداره بموجب احكام هذه المادة. وبإستثناء مايرد في المادتين (٧/٢٠، ٨/٢٠)^(٢) فانه لا

١ - اعمالاً لاحكام المادة (٤/٢٠) من عقد فيديك الطبعة الخامسة والتي نصت على: "اذا نشأ خلاف في اي نوع كان بين الطرفين بخصوص العقد أو تنفيذ الاشغال، بما في ذلك أي خلاف حول أي شهادة أو تقديرات أو تعليمات أو رأي أو تحديد قيمة من قبل المهندس، فإنه يمكن لاي فريق احواله الخلاف خطياً الى المجلس لدراسته واتخاذ قرار بشأنه مع ارسال نسختين من ذلك الاشعار الى الطرف الاخر والمهندس وعلى ان يتم التنويه بان احواله الخلاف هذه تتم وفقاً لاحكام هذه المادة...."

٢ - المادة ٧ / ٢٠ من عقد FIDIC التي تشير الى الاخفاق في التقييد بقرارات مجلس تسوية المنازعات والتي تنص على:
" في حالة ان:

أ- لم يصدر اي من الطرفين اشعاراً بعدم القناعة خلال الفترة المنصوص عليها في المادة ٤/٢٠ الحصول على قرار مجلس تسوية المنازعات.

يجوز لاي طرف المباشرة باجراءات التحكيم حول الخلاف الا اذا تم اصدار
الاشعار بعدم الرضا على النحو المحدد في هذه المادة.

ثالثاً: التسوية الودية

اذا صدر اشعار بعدم الرضا اعمالاً للمادة (٤/٢٠) من شروط عقد
FIDIC ، فإنه يتعين على الطرفين محاولة تسوية الخلاف بشكل ودي قبل
المباشرة باجراءات التحكيم. وما لم يتفق علي خلاف ذلك ، فإنه يجوز
البدء بإجراءات التحكيم بعد مرور (٥٦) يوماً من تاريخ إرسال الاشعار
بعدم الرضا ، وذلك بصرف النظر عما كانت قد تمت محاولة تسوية الخلاف
بينهما ودياً^(١).

رابعاً: التحكيم

طبقاً لما جاء في نص المادة (٦/٢٠) من عقد FIDIC فيما يخص
إجراءات التحكيم فقد ذهبت هذه المادة بنص على ما لم يكن قد تمت
تسوية الخلاف ودياً ، فإن اي خلاف حول قرار المجلس بشأنه ، مما يصبح
نهائياً وملزماً ، تتم تسويته بوساطة التحكيم وفقاً لما يأتي :

أ- تتم تسوية الخلاف نهائياً بموجب قواعد التحكيم لغرفة التجارة
الدولية "ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك".

ب- يجب أن يحل النزاع من قبل ثلاثة محكمين معينين وفقاً لهذه القواعد
أو بموجب القانون الواجب التطبيق.

ب- قرار (dispute adjudication board (DAB) ذي الصلة أن وجد
أصبح نهائياً وملزماً.

ج- اخفاق اي من الطرفين التقييد بهذا القرار.
عندئذ يحق للطرف الاخر دون الاجحاف بأي حقوق أخرى لديه ، أن يحيل الاخفاق
ذاته الى التحكيم بموجب الماد ٦ / ٢٠ التحكيم...

اما المادة ٨ / ٢٠ والتي تنص على "اذا نشأ خلاف بين الطرفين فيما يتصل أو ناجما
عن العقد أو تنفيذ الأشغال ولم يكن هناك وجود للمجلس سواء بسبب انقضاء فترة
معينة أو غير ذلك ، فإنه يمكن احالة الخلاف مباشرة الى التحكيم".

1 - انظر المادة ٥ / ٢٠ من عقد FIDIC الطبعة الخامسة لسنة ١٩٩٩.

ج - تتم اجراءات التحكيم بلغة التخاطب المحددة في المادة (٤/١) (١١)

مع الاشارة الى أن هيئة التحكيم تتمتع بكامل الصلاحيات بكشف ومراجعة وتنقيح أية شهادة أو تقديرات أو تعليمات أو اراء أو تقييم صدر عن المهندس ، وأي قرار صادر عن مجلس تسوية الخلافات فيما يتعلق بالخلاف ، علماً بأنه لا شيء يمكن أن ينزع الأهلية عن المهندس من المثول أمام هيئة التحكيم للدلاء بشهادته أو تقديم أدلة في أي أمر متعلق بالخلاف.

كما ينبغي عدم تقييد أي من الطرفين في الإجراءات امام هيئة التحكيم بخصوص البيانات أو الحجج التي سبق طرحها امام المجلس قبل اتخاذ قراره، أو الأسباب المذكورة في إشعار عدم الرضا، كما يعد أي قرار للمجلس بينه مقبولة في التحكيم.

يمكن البدء بالتحكيم قبل أو بعد أنجاز الأشغال، ويجب أن لا تتأثر التزامات أي من الطرفين أو المهندس أو المجلس اذا ما تمت المباشرة باجراءات التحكيم في اثناء تنفيذ الاشغال.

يعد عمل مجلس فض الخلافات شكلاً من اساليب التسوية الودية، اذ يهدف الى طرف ثالث محايد ليساعد في إجراءات حل النزاعات أو الخلافات الناشئة بين طرفي العقد، ويدرسها وينظر فيها.

تختلف فكرة مجلس فض الخلافات عن التقاضي وعن التحكيم وعن الوساطة، ففي حين يعفى المجلس من التقييد بالاجراءات القانونية، وكما أن للتحكيم قواعده واجراءاته والذي ينتهي بقرار نهائي وملزم للاطراف ويمكن تنفيذ قرار الحكم اذا لم يتم تنفيذه فوراً بسلطة المحاكم المختصة، اما التوسط فلا يسفر الا عن محاولات للحل واعطاء التوصيات للاطراف بخصوص النزاع أو الخلاف، فإن عملية فض الخلافات يكون

1 - المادة (٤/١) من عقد FIDIC تنص على ما ياتي: "..... يجب ان تكون لغة التخاطب تلك المنصوص عليها في ملحق العطاء، واذا لم ينص على لغة هناك فان لغة التخاطب يجب ان تكون اللغة التي كتب بها العقد".

قرارها ملزماً في اغلب الحالات اذا لم يكن لإي طرف من الاطراف الاعتراض عليه.

إن عملية فض الخلافات اقرب ما تكون الى أعمال الخبرة للوصول الى قرار، وأما عدم الزاميه القرارات فوراً فإن كل طرف يظل محتفظاً بحقه للرجوع الى التحكيم بحسب نصوص العقد، ولكن الخبرة العملية في هذا المجال تظهر بأن ٨٠٪ من القضايا المعروضة على مجلس فض الخلافات يتم الالتزام بها^(١).

أما عن الطبيعة القانونية لقرار مجلس تسوية المنازعات، وبالنظر لإمكانية الإعتراض على القرارات التي يصدرها فقد ساد الاعتقاد بان هذه القرارات غير ملزمة للاطراف، غير أنه يمكن القول إنها تتمتع بقيمة قانونية كبيرة في المراحل المتقدمة من النزاع ونعني بها مرحلتي التحكيم والقضاء، وليس هناك ما يمنع من منح صفة الالزام للقرارات الصادرة عن المجلس^(٢).

فقد تضمن عقد الفيديك النص الصريح على منح القوة الالزامية لقرارات مجلس تسوية المنازعات وذلك بالنسبة للاطراف الذين يلتزمون وضعها موضع التطبيق من دون تأخير وذلك الى أن تتم مراجعتها بطريق التسوية الودية أو التحكيم^(٣).

ومن حيث طبيعة قرار المجلس وحجته أمام القضاء، فيلاحظ أن القضاء ينظر اليه كما ينظر الى الرأي الفني الذي يصدر من الخبير الفني حينما يطلب منه القضاء تقديم مشورته الفنية والمهنية.

- 1 - داود خلف، مجلس فض الخلافات واساليب التسوية الودية، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، ٢٠٠٥، ص ٣٩.
- 2 - د. عصام عبد الفتاح مطر، عقود الفيديك، المرجع السابق، ص ٤٠٧.
- 3 - ينص النموذج الجديد لعقد الفيديك على امكانية الاطراف الاتفاق على تخويل المجلس سلطة اصدار اراء استشارية وعادة ما تطلب هذه الاراء الاستشارية عندما يكون الاطراف بحاجة الى بعض المساعدة بشأن تفسير بعض البنود التعاقدية الغامضة التي تعوق مساعي تسوية النزاع، وباحالة مسألة التفسير الى المجلس فان مباشرته لتلك المهمة عادة ما تقتصر على اساس من المستندات العقدية فقط دون سواها من وسائل اخرى.

الفصل الثاني

الاتفاق على التحكيم متعدد الاطراف

يقصد بالتحكيم متعدد الاطراف ، حينما يضم اكثر من طرفين الى ثلاثة أطراف كحد ادنى^(١).

في مجال عقود التشييد يتخذ اتفاق التحكيم شرطاً كان أو مشاركة أو قد يكون بصيغة الاحالة ، قد يثير الكثير من المشكلات والتي تكون ناتجة اما عن انتقال هذا الشرط أو عدم وجود الاتفاق في حد ذاته ، كما في حالة اذا ما قام الاطراف بالاتفاق على الاحالة في خضوع موضوع معين الى شروط عامة أو عقوداً نموذجية تتضمن شرط التحكيم فضلاً عن حالة تعارض المصالح بين الاطراف وما ينشأ عنه من تعدد التحكيم^(٢).

ولكي يرتب شرط التحكيم الوارد في العقد اثاره ويؤدي الى تحكيم متعدد الاطراف ، فانه يجب توافر الشرطين الاتيين :

الشرط الاول: يتعلق باتفاق التحكيم متعدد الاطراف.

الشرط الثاني: يتعلق بتنفيذ هذا الاتفاق.

مع الاخذ في الحسبان أن اتفاق التحكيم متعدد الاطراف يمكن اللجوء اليه في حالة النزاع المعقد وحينما يكون عدد أطراف النزاع ثلاثة أو اكثر^(٣).

وللتحكيم متعدد الاطراف مزايا وعيوب نجملها فيما يأتي :

1- bourgue (j. f), le reglement des litigs multipartites dans.

2 - د. حسام فتحى ناصيف ، قابلية حل النزاعات للتحكيم في عقود التجارة الدولية ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، حقوق عين شمس ، العدد (١) سنة ٤٣ ، يناير ٢٠٠١ ، ص ١٥٧.

3- budin (r.ph), les clause arbitrales internatonales bipartites, multipartites et speciales de larbitrge adhoc et institutionnel, clause modeles, editions payot, Lausanne 1993, p.93.

أولاً: مزايا التحكيم متعدد الاطراف

يمتاز التحكيم متعدد الاطراف بما يأتي^(١):

- ١- امكانية حسم النزاع عن طريق محكمة تحكيم واحدة، بسبب تشابك العلاقة التعاقدية بين الاطراف المنفذة للمشروع ولاسيما حينما يكون هناك مقاول من الباطن أو في عقود الكونسورنيوم أو عقود .B. O. T.
- ٢- تلافي اصدار احكام تحكيم متعددة قد تتناقض أو تتعارض بعضها مع بعضها الآخر.
- ٣- يعد التحكيم متعدد الاطراف بصفة عامة أقل تكلفة وأكثر سرعة في حسم النزاع.
- ٤- اختصار مراحل التقاضي من خلال حسم النزاع في محكمة تحكيم واحدة.

ثانياً: صعوبات التحكيم متعدد الاطراف.

- على الرغم من المزايا التي يتسم بها التحكيم متعدد الاطراف، الا أن هناك بعض الصعوبات منها^(٢).
- ١- صعوبات مرتبطة اما بنطاق التحكيم أو تشكيل هيئة التحكيم أو تنظيم الاجراءات التحكيمية ولاسيما في مجال التحكيم الدولي.
 - ٢- في هذا النوع من التحكيم يتدخل فيه عدد من المدعين وعدد آخر من المدعى عليهم الذين ليس لهم نفس المصالح أو ان مصالحهم تكون متعارضة مما يؤدي الى صعوبة ادارته.
- ونرى أن بحث اتفاق التحكيم متعدد الاطراف يقتضي معالجته في كل من عقد المساولة من الباطن، وعقود الكونسورتيوم والمشروع المشترك

١- د. محي الدين اسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص ١١.

د. وائل محمد السيد اسماعيل، المرجع السابق، ص ٣٦٨.

٢- د. احمد حسان حافظ مطاوع، المرجع السابق، ص ٣١٩ - ٣٢٠.

فضلا عن عقود B. O. T وبالتالي سيتم تقسيم هذا الفصل على مبحثين وعلى النحو الاتي :

المبحث الاول: شروط التحكيم متعدد الاطراف في عقد المقاولة من الباطن.

المبحث الثاني: شروط التحكيم متعدد الاطراف في عقود الكونسورنيوم،

والمشروع المشترك، وعقود B. O. T

المبحث الاول

شروط التحكيم متعدد الاطراف في عقد المقاولة من الباطن.

عرف عقد المقاولة من الباطن بأنه "ذلك العقد الذي يعهد فيه المفاوض الى اي شخص أجنبي عن العقد الاصلي يسمى المفاوض من الباطن لتنفيذ كل أو بعض الاعمال الموكلة اليه"^(١).

بينما ذهب رأي آخر في تعريف التعاقد من الباطن بأنه: "العقد الذي يبرمه المتعاقد المشترك، مع شخص أجنبي عن العقد يقال له المفاوض من الباطن، وذلك بهدف تنفيذ العقد الاصلي أو الحصول على منفعة ناشئة عن العقد الاصلي"^(٢)، فضلا عما تم تعريفه في التشريعات الأخرى^(٣).

من التعريفات السابقة يمكننا أن نستخلص العناصر التي تتميز فيها عقود الباطن، فمن جهة يعد التعاقد من الباطن عملية عقدية، تتكون من عقدين هما العقد الاصلي والعقد من الباطن، ومن جهة أخرى يستند

1 - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٧، الايجار والعارية، طبعة نقابة المحامين، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٢٦٢.

2 - د. حسن البرادي، التعاقد من الباطن، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ١٨.

3 - فقد عرفت المادة (٨٨٢) من القانون المدني العراقي مفاوض المفاوض أو المفاوض من الباطن أو ما يسمى بالثانوي بأنه:

١- يجوز للمفاوض أن يكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه الى مفاوض اخر إذا لم يمنعه في ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل مما يفترض معه قصد الركون الى كفايته الشخصية.

٢- ولكنه يبقى في هذه الحالة مسئولاً نحو رب العمل عن المفاوض الثاني"

العقد من الباطن في وجود ونطاقه ومدته الى العقد الاصيلي الذي يعد سببا في وجوده، فضلا عن ذلك فإن التعاقد من الباطن يظل موجودا كحلقة وصل بين العقد الاصيلي والعقد من الباطن.

يظهر العقد من الباطن بهذه الصورة كوسيلة لتنفيذ العمل الملقى على عاتق العقد الاصيلي، اذ يتحد العقدان في المحل والهدف، فمحل العقد من الباطن هو ذات محل العقد الاصيلي. ويقصد بوحدة المحل هي أن يستعير العقد من الباطن محله من العقد الاصيلي وليس العكس والاستعارة لها وجهان، أما أن يكون العقد من الباطن وسيلة لتنفيذ العقد الاصيلي أو وسيلة لنقل المنفعة دون أن يؤدي الى تنازل عن العقد الاصيلي، ووحدة المحل تأتي من أمرين: أولهما وحدة طبيعة العقدين، وثانيهما وحدة الشيء المادي في العقدين^(١). ومع ذلك إذا توافرت وحدة المحل بالمعنى الواضح يجوز التجاوز عن شرط وحدة الطبيعة ولكن لا يجوز التجاوز على شرط وحدة الشيء المادي، فيجوز أن تختلف الطبيعة ويتحد المحل الا أن وحدة الشيء لا تستلزم أن يتعلق العقد من الباطن بكل شيء بل يجوز أن يتعلق فقط بجزء من هذا الشيء، فالمقاولة من الباطن يجوز أن تتعلق فقط ببعض الاعمال التي تشملها المقاولة الاصيلية^(٢).

إن التبعية هي وجه واحد، فالعقد من الباطن يتبع العقد الاصيلي وليس العكس، وتترتب على هذا التبعية في حالة انقضاء العقد الاصيلي لاي سبب انقضى العقد من الباطن، بسبب أن تنفيذ العقد من الباطن يصبح مستحيلا وينقضي اما بالفسخ أو بالأنفاساخ^(٣)، فاذا كان العقد الاصيلي قد لحقه أنفاساخ لاستحالة التنفيذ بسبب أجنبي فإنها تؤدي في

- 1 - د. اسامة محمد طه ابراهيم، النظرية العامة لعقود الباطن، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٩١ - ٩٢.
- 2 - د. عدنان ابراهيم السرحان، العقود المسماة في المقاولة، الوكالة، الكفالة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٦، ص ١٢٢.
- 3 - د. عبد الحميد فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري المقارن، دار المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٣، ص ٢٢٣.

الوقت نفسه الى انفساخ العقد من الباطن أما في غير هذه الحالة فيجوز للمقاول من الباطن طلب الفسخ القضائي لإستحالة التنفيذ لغير سبب أجنبي ، وبمجرد انقضاء العقد الاصيلي فيجب على المقاول من الباطن أن يترك موقع العمل بمجرد التنبيه عليه ، اذ يعد بقاءه في الموقع من دون سند يحتاج به على المقاول الاصيلي^(١) .

والذي يهمننا في هذا الموضوع الدور الذي يقوم به شرط التحكيم متعدد الاطراف في حالة المقاول من الباطن في عقود التشييد.

ولعل افضل وسيلة لفهم طبيعة هذا النوع من التحكيم ، هي النظر الى موقف كل من صاحب العمل والمقاول الرئيس والمقاول من الباطن ، ونحاول فيها معرفة الزاوية التي ينظر فيها كل منهم اليه .

ليس من شك أن اهتمام صاحب العمل بالتحكيم متعدد الاطراف يقل عن اهتمام المقاول الرئيس أوالمقاول من الباطن فكل ما يسعى اليه صاحب العمل هو أن يثبت مسئولية المقاول الرئيس أمامه عما هو منسوب اليه من إدعاءات ، إلا أن صاحب العمل قد لا يستطيع أن يجعل المقاول الرئيس مسئولاً عن كل الاخطاء التي يتسبب فيها المقاولين من الباطن^(٢) . وفي عقود التشييد يحدث أن يفرض صاحب العمل على المقاول الاصيلي مقأولا من الباطن أو اكثر والذي يسمى في عقد FIDIC المقاول من الباطن المسمى^(٣) ففي هذه الحالة يتطلب من صاحب العمل التخفيف من مسئولية المقاول الاصيلي .

أما عن امتداد شرط التحكيم الوارد في عقد الماؤولة الاصيلي الى عقد الماؤولة من الباطن إذإن الاصل ان شرط التحكيم لا يمتد الى غير اطرافه وهو ما يعرف بالاثر النسبي لاتفاق التحكيم^(٤) .

1 - د. غازي خالد غرابي ، الماؤولة من الباطن ، دار وائل للنشر ، عمان ، ٢٠٠٨ ، ص ٩٤ .

2 - د. محمد عبد المجيد اسماعيل ، المرجع السابق ، ص ٤٧٠ .

3 - انظر المادة (٥٩) من شروط عقد FIDIC ، الطبعة الرابعة ، اصدار عام ١٩٨٧ .

4 - د. سامي عبد الباقي ابو صالح ، عوائق اللجوء الى التحكيم في مجال المنازعات الناشئة عن تنفيذ مشروعات البنية الاساسية طبقا لنظام B. O. T ، مركز التنمية الادارية ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٥ .

فاذا تضمن عقد المقاولة من الباطن شرط تحكيم التزم به مقاول الباطن، وكذلك في حالة إحالة عقد المقاولة من الباطن صراحة الى شرط التحكيم الوارد في العقد الاصلي مع صاحب العمل.

مع الاخذ في الحسبان وجود صعوبة عملية تعوق أعمال شرط التحكيم في عقد المقاولة من الباطن على الرغم من توافر الإرادة التي تتمثل في اصطدام اتفاق التحكيم بمبدأ عدم جواز تجزئة النزاع عندما يخضع العقد الاصلي لاختصاص القضاء الاداري، إذ إن غالبية عقود التشييد تعد عقوداً ادارية ويختص القضاء الاداري من دون غيره بنظر المنازعات الناشئة عنها^(١).

ويرى البعض أنه عند حدوث نزاع بين المتعاقد الاصلي والمتعاقد من الباطن حول تفسير شروط العقد أو العكس اي عند اختلاف المتعاقد الاصلي مع صاحب العمل حول تفسير شروط العقد فيمكن الاستعانة بالعقد الاداري وتفسيره^(٢).

ويعد عقد المقاولة من الباطن مستقلاً بالنسبة للعقد الاصلي، والدليل على هذا الاستقلال عدم وجود علاقات تعاقدية بحسب الاصل بين صاحب العمل والمقاول من الباطن وعلى الرغم من هذا الاستقلال توجد عناصر مشتركة بين العقدين وبالتالي يوجد نوع من التبعية من جانب عقد المقاولة من الباطن للعقد الاصلي.

اما عن شرط التحكيم ومدى عده شرطاً استثنائياً ومن ثم انتقاله من العقد الاصلي الى العقد من الباطن فلا يجوز ما لم تكن هناك احالة صريحة اليه أو إحالة عامة لشروط العقد كافة، وفي هذه الحالة يحق

1 - د. هدى محمد مجدي، ارتباط المنازعات في خصومة التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٥٩.

2 - د. احمد حسان حافظ مطاوع، التحكيم في العقود الدولية للانشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٥١٢.

لصاحب العمل الاعتراض على انضمامه أو تدخله في خصومة التحكيم^(١).

وقد يوافق صاحب العمل على انضمام مقاول الباطن لإجراءات التحكيم المتعددة بينه وبين المقاول الاصلي، وهنا يصبح المقاول من الباطن طرفاً أصيلاً في خصومة التحكيم بمقتضى هذا الاتفاق وليس بمقتضى عقد المقاوله من الباطن ذاته، وأن كانت هذه المسائل تقتضي تدخل المشرع لحسمها بتنظيم تشريعي ليضع الضوابط التي تحكمها^(٢).

ولالقاء الضوء على الدور الذي يقوم به شرط التحكيم متعدد الاطراف في حالة المقاوله من الباطن ان نفرق بين نوعين من المنازعات، نزاع المقاول الاصلي في مواجهة المقاول من الباطن، ونزاع مقاول الباطن ضد صاحب العمل وذلك على النحو الآتي:

أولاً: النزاع بين المقاول الاصلي والمقاول من الباطن.

هذا النوع من التحكيم يفيد المقاول الرئيس فحينما يقوم صاحب العمل برفع الدعوى ضده ففي هذه الحالة فإن المقاول الرئيس يستطيع أن يرجع الى المقاول من الباطن ليحمله جزءاً من المسؤولية سواء بسبب سوء التنفيذ أو التأخير في إنجاز الأعمال أو لأي سبب آخر يتعلق بعقد المقاوله من الباطن وبالتالي يكون الحكم الصادر حجة عليه بدلاً من أن ينتظر المقاول الاصلي صدور حكم في الدعوى المقامة عليه من قبل صاحب العمل، ثم بعد ذلك يعود على المقاول من الباطن بدعوى أخرى^(٣).

في عقود التشييد تبدو أهتمامات صاحب العمل بالتحكيم متعدد الأطراف أقل من إهتمام المقاول الاصلي أو مقاول الباطن أو المهندس الاستشاري فكل ما يسعى اليه صاحب العمل هو أن يثبت مسؤولية المقاول

- 1 - د. وائل محمد السيد اسماعيل، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود B. O. T وما يماثلها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٣٦٨.
- 2 - د. هدى محمد مجدي، المرجع السابق، ص ٦٣.
- 3 - د. محمد عبد المجيد اسماعيل، المرجع السابق، ص ٤٧١.

الأصلي أمامه عما هو منسوب إليه من ادعاءات إلا أن صاحب العمل قد لا يستطيع أن يجعل المقاول الأصلي مسئولاً عن كل الأخطاء المتسبب فيها مقاولو الباطن أو المهندس الاستشاري كما في حالة أن يقوم صاحب العمل بفرض مقاول الباطن على المقاول الأصلي والذي يسمى في عقد التشيد FIDIC المقاول الثانوي المسمى^(١) ولهذا فإن مصلحة تكمن في أن تكون محكمة تحكيم واحدة لحسم النزاع بينه وبين صاحب العمل من جهة، وبين المقاول من الباطن أو المهندس الاستشاري من جهة أخرى^(٢). وبالمقابل فإن لمقاول الباطن مصلحة في أن يتدخل في خصومة التحكيم بين صاحب العمل والمقاول الأصلي ليثبت ما تم على يديه من أعمال وقيمتها بالمستندات وبذلك يكون طرفاً جديداً في القضية، ويتوقف تدخل مقاول الباطن في هذه الحالة على موافقة صاحب العمل والمقاول الأصلي فضلاً عن هيئة التحكيم التي تنظر في الموضوع^(٣).

ثانياً: النزاع بين صاحب العمل ومقاول الباطن.

تعترف بعض القوانين الوضعية لمقاول الباطن بدعوى مباشرة في مواجهة صاحب العمل لكي يطالبه بمقتضاها بأن يدفع له كلفة الاعمال التي قام بتنفيذها وهذه الدعوى مصدرها القانون وليس العقد، ومن ثم فهي دعوى قانونية وليست تعاقدية^(٤).

إذ يستطيع المقاول من الباطن رفع دعوى أمام هيئة التحكيم حينما يتم تشكيلها للفصل في النزاع، إذ يواجه صاحب العمل والمقاول الأصلي

- 1 - انظر المادة (٥٩) من شروط عقد التشيد FIDIC، الطبعة الرابعة، لسنة ١٩٨٧.
- 2 - د. سامي محمد فريج، تسوية النزاعات، دار النشر للجامعات، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ١٤٧.
- 3 - د. محي الدين اسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري التحكيم متعدد الاطراف، ج ٢، بدون دار نشر، القاهرة، ١٩٨٦، ص ٢٣ - ٢٤.
- 4 - د. قدوري عبد الفتاح الشهاوي، عقد المقاولة، منشأة المعارف، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٢٤٩.

Glavinis p. ,le contrat international de construction, paris, gln joly edition, 1993, p. 510.

بخصوص الاعمال المنفذة ضمن عقد الباطن، وفي حالات اخرى قد يحصل أن يفرض المقاول الاصلي شرط التحكيم متعدد الاطراف على المقاول من الباطن خلال وضع بند صريح في العقد المبرم بينهما والغرض منه تسوية المنازعات التي قد تنشأ من تنفيذ الاعمال المتعلقة باعمال المقاولة من الباطن بواسطة التحكيم متعدد الاطراف^(١).

بيد أن نفس السبب يجعل المقاول الاصلي يتردد في اتاحة الفرصة لمقاول الباطن لكي يتدخل في الدعوى الاصلية، فان مقاول الباطن من جانبه قد يرى ان الفائدة التي تعود عليه في رفع الدعوى المباشرة في اطار تحكيم متعدد الاطراف فائدة قليلة وذلك لان الاهتمام الرئيسي لمقاول الباطن على المستوى الاجرائي يتمثل في الحفاظ على الاستقلال الذي حصل عليه من قبل على المستوى الموضوعي كما ان الخصوصية التي تتمتع بها المقاولة من الباطن الدولية قد يجعلها غير منسجمة مع التحكيم متعدد الاطراف، سواء فيما يتعلق بدعوى المقاول الاصلي ضد مقاول الباطن أو ما يتعلق بدعوى مقاول الباطن المباشر ضد صاحب العمل^(٢).

واذا كان ادعاء المقاول من الباطن سوف يعتمد في نجاحه على اثبات ان المقاول الرئيس هو ضامن امام صاحب العمل في الدفع.

وفي الواقع العملي لعقود التشييد توجد امام مقاول الباطن ثلاث خيارات للمطالبة بحقوقه واللجوء الى التحكيم المتعدد الاطراف^(٣).

١ - رفع دعوى على المقاول الاصلي، ويترك للمقاول الاصلي الرجوع على صاحب العمل.

1 - د. احمد حسان مطاوع، المرجع السابق، ص ٣٢٦.

2 - humphery lioyd q.c., multi-party clauses and agreement, revised version of paper given n Stockholm, icc puplication, 1991, p. 61.

3 - د. محي الدين اسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص ٤٦.

د. قدوري عبد الفتاح الشهادوي، المرجع السابق، ص ٢٤٩.

- ٢- ان يرفع دعوى على المقاول الاصلي وينظم الى الدعوى الاصلية في التحكيم التي يقيمها المقاول الاصلي ضد صاحب العمل.
- ٣- ان يرفع دعوى يستخدم فيها اسم المقاول الاصلي ضد صاحب العمل وهو يشبه الدعوى غير المباشرة في القانون المدني.
- في رايانا ان التحكيم متعدد الاطراف في هذه الحالة له ايجابيات وسلبيات **فمن ايجابياته:**

- إن المقاول الاصلي يريد إدخال المقاول من الباطن في التحكيم لكي يساعده في أثبات حجم قيمة الاعمال التي نفذت وخاصة عندما يقوم مقاول الباطن بتنفيذها.
- ان المقاول الاصلي يستفاد من توفير الوقت والنفقات عندما تكون محكمة تحكيم واحدة تجمع مع صاحب العمل والمقاول من الباطن.
- اما سلبياته فتتلخص بالاتي:**

- إن التحكيم متعدد الاطراف لا يوفر السرية للمقاول الاصلي الذي يود الاحتفاظ بالعلاقة التي تربطه مع صاحب العمل، أي انه لا يرغب في كشف اسرار العقد وقيمة امام المقاول من الباطن.

المبحث الثاني

شرط التحكيم متعدد الاطراف في عقود الكونسورتيوم والمشروع المشترك

B. O. T وعقود

المقدمة:

المشروع المشترك أو تألف الشركات joint - venture هو نوع من العقود يتكون من إتحاد شركتين أو أكثر لايجاد هيئة تشبه الشركة أو المؤسسة المستقلة، وتتجمع خلالها جهود الشركات المكونة للإتحاد في توفير الامكانيات المالية والادارية والفنية، ويختلف هذا النوع عن الشركات والمؤسسات الاخرى لكونه ينشأ من اجل تنفيذ مشروع واحد فليس له صفة الاستمرارية وبقاؤه مرتبط في تنفيذ المشروع المشترك الذي أنشئ اساساً من أجله، يستعمل هذا النوع من العقود في المشاريع الكبيرة المنفذة

على وفق اسلوب المفاوض العام لتقليل العبء المالي والاداري والفني عن المنفذين ولتقليل المخاطر والمشاكل بشكل منفرد^(١).

ولصعوبة وضع تعريف جامع للمشروع المشترك ، لجأ الفقه والقضاء في الشريعة العامة الى تحديد اهم خصائص المشروع المشترك ، وهي على النحو الاتي^(٢) :

- أ- شراكة لعملية واحدة.
- ب- ليس له شخصية معنوية ، اذ لا يعدو المشروع المشترك قانوناً أن يكون اجتماع عدد من الاشخاص ، يتفقون كتابة على تكون مشروع مشترك.
- ج- المسؤولية على اساس التضامن أو الافراد أمام الشخص الثالث ، والغالب أن تكون المسؤولية تضامنية بين الشركاء.
- د- كل شريك هو اصيل ووكيل في الوقت نفسه.

اما عيوبه فتتمثل بالاتي:

- أ- ارتفاع نسبة المخاطر اذ يكون كل شريك ضامناً للآخر.
- ب- تشابك العلاقات بين اطراف المشروع المشترك.
- ج- ليس له شخصية اعتبارية.

اما عقود اتحاد الشركات أو ما يسمى **consortium** فيمكن تعريفه على انه "عبارة عن اتفاق بين اشخاص طبيعية أو معنوية محلية أو اجنبية ، يتضمن التزامات كل جانب في تنفيذ مشروع معين ، ولمدة محددة من أجل تحقيق الربح ، من دون أن ينشأ عن هذا العقد كيان ذاتي او شخصية قانونية مستقلة ، فموجب هذا الاتفاق يتم تجميع الشركات في كيان غير مستقل عن مكوناته ، الذين يحتفظون بشخصيتهم المستقلة ، إذ يتم انشاء

١ - د. محمد محمد بدران ، المرجع السابق ، ص ٣٤٥.

د. حميد لطيف الدليمي ، العقود الهندسية ، مؤسسة مصر مرتضى للكتاب العراقي ، بغداد ، ٢٠١١ ، ص ٢١.

د. احمد حسان حافظ مطاوع ، المرجع السابق ، ص ٣٢٧ - ٣٢٨.

٢ - د. محمد محمد بدران ، المرجع السابق ، ص ٣٤٥.

الكونسورتيوم بموجب اتفاق متعدد الاطراف يحدد اهداف المشروع ويضع خطط تنفيذه , ويعين كيفية التعاون بين الاطراف , ثم يقوم كل طرف بتنفيذ الجزء الذي يقع على عاتقه" (١).

ويرمي الكونسورتيوم الى تحقيق التخصص والتكامل بين الاطراف , الامر الذي تفرضه طبيعة عقود الانشاءات الدولية (٢).

وتعد الالتزامات التي تقع على عاتق اعضاء الكونسورتيوم في مواجهة غيرالتضامنية والشخصية , وأساس هذه المسؤولية التعاقدية امام الغير هي الوكالة , حيث يعين قائد مشترك للتحدث بأسم أعضاء الكونسورتيوم وينوب عنهم , ويسأل هذا الوكيل طبقاً لقواعد الوكالة (٣) وكل عضو من أعضاء الكونسورتيوم يعد مسؤولاً تجاه صاحبه العمل مجتمعاً أو منفرداً.

ويظهر مما سبق ذكره أن تجمع اعضاء الكونسورتيوم هو نوع من الضمان الاتفاقي يقدم لصاحب العمل ويوقعه جميع الاعضاء , فلذلك تصبح المسؤولية تضامنية أو فردية بحسب رغبة صاحب العمل.

أما عقود B.O.T , فقد اجتهد الفقه في وضع تعريف لهذه , لذا جاءت التعريفات متعددة في هذا الصدد , وسوف نشير الى ابرز هذه التعريفات , فقد عرفها البعض (٤) بأنها "تنظيم تقوم الدولة بمقتضاه بمنح مستثمر من القطاع الخاص ترخيصاً لبناء او تطوير أو تحديث أحد المرافق

1) Allwood , R. J., *Techniques and Applications of Expert systems in the construction industry* published by Ellis Horwood limited, U. K., 1989, P. 136.

٢) د. جمال نصار احمد , اتفاقية المشروع في المشروعات بنظام البحوث , مجلة التحكيم العربي , القاهرة , العدد ٢ , اغسطس ٢٠٠١ .

٣) د. محمد محمد بدران , المرجع السابق , ص ٣٠٦ .

٤) د. هاني صلاح سر الدين . الاطار القانوني لمشروعات البنية الاساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتشغيل والتمويل في مصر , مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية , كلية الحقوق , جامعة القاهرة , العدد ٦٩ , ١٩٩٩ , ص .

العامة الاقتصادية ، وتمويله على نفقته الخاصة ، وتملك أو أستئجار أصول هذا المرفق وتشغيله بنفسه أو عن طريق الغير ، ويكون عائد تشغيل المشروع في معظمه خالصاً له طوال مدة الترخيص بالشروط والاوزاع المبينة في اتفاق الترخيص وقرار منحه".

وقد عرفها بعض الفقه^(١) " يقصد بمشروعات البوت تلك المشروعات التي تعهد بها الحكومة الى احد الشركات الوطنية كانت او اجنبية وسواء أكانت شركة من شركات القطاع العام ام القطاع الخاص وتسمى شركة المشروع ، ذلك لانشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة من الزمن ثم نقل ملكيته الى الدولة او الجهة الادارية " .

كما يذهب رأي آخر في تعريفه لنظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية الى أنه " نظام من نظم تمويل مشروعات البنية الاساسية حيث تعهد الدولة الى شخص من اشخاص القانون الخاص يطلق عليه في العمل شركة المشروع بموجب اتفاق يبرم بينهما يسمى اتفاق الترخيص تلتزم شركة المشروع بمقتضاه بتصميم وبناء مرفق من مرافق البنية الاساسية ذات الطابع الاقتصادي ، ويرخص لشركة المشروع بتملك أصول هذا المشروع وتشغيله بنفسها أو عن طريق الغير ويكون عائد تشغيل المرفق خالصا لها على نحو يمكنها من أسترداد تكلفة المشروع وتحقيق هامش ربح طول مدة الترخيص ، وتلتزم شركة المشروع بنقل ملكية اصول المشروع الى الدولة عند نهاية مدة الترخيص بالاوزاع والشروط المبينة باتفاق الترخيص "^(٢).

(١) د. جابر جار نصار ، عقود B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام ، دراسة نقدية

لنظرية التقليدية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ ، ص ٣٨ .

(٢) د. هاني صلاح سر الدين ، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الاساسية

الممولة - عن طريق القطاع الخاص - دراسة تحليلية لنظام البناء والتملك والتشغيل

ونقل الملكية BOOT ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص ٤٤ . ويتفق هذا

التعريف كثيرا مع تعريف الامم المتحدة للقانون التجاري (الانسترال) لنظام البناء

والتشغيل والتمويل حيث ذهبت الى انه " شكل من اشكال تمويل المشاريع تمنح

بمقتضاه حكومة ما لفترة من الزمن احد الاتحادات المالية الخاصة ويدعى شركة

المشروع امتيازاً لتنفيذ مشروع معين ، وعندئذ تقوم شركة المشروع ببناءه وتشغيله

وادارته لعدد من السنوات وتسترد تكاليف البناء = وتحقق ارباحاً من تشغيل المشروع

واستغلاله تجارياً وفي نهاية مدة الامتياز تنتقل ملكية المشروع الى الحكومة " .

يظهر من التعريفات السابقة ان عقود B.O.T , تعد من العقود المعقدة والشائكة , بحيث يوجد الى جانب العقد الرئيس عدد من العقود , ويتداخل عدد من الاطراف في تنفيذ هذا العقد , بالاضافة الى امتداد مدة التنفيذ الطويلة.

ونتيجة لتعدد الاطراف الداخلة في تنفيذ العقد فمن الممكن أن يحدث بينها نزاعات ناشئة عن تضارب المصالح , إذ إنه وفقا لنظام البوت من الممكن أن يتدخل الطرف في اكثر من عقد , ويبرز ذلك بشدة في حالة كون شركة المشروع تضم مجموعة من الاطراف تشمل المقاولين والممولين والموردين والمشغلين , وبالتالي قد تحدث نزاعات عديدة نتيجة تعدد المهام التي يقوم بها الاطراف , فضلا عن ذلك فإن شركة المشروع قد تستعين بمقاولين من الباطن لتنفيذ بعض الاعمال , وهذا من شأنه ان يثير المنازعات , وكذلك في حالة عدم تنفيذ اطراف الاتفاقية الرئيسية بين الجهة المانحة وشركة المشروع , وهذه المنازعات من شأنها أن تؤثر سلبا في سير تنفيذ المشروع وبالتالي التأثير في عملية التنمية الاقتصادية في الدولة التي ينفذ فيها المشروع , بالاضافة للتأثير السلبي في بقية العقود المبرمة , وبالرغم من أن بقية العقود مستقلة من الناحية القانونية , الا أنها مرتبطة من الناحية العملية لارتباطها بهدف اقتصادي واحد , وبالتالي اي نزاع ينشأ في اي عقد من شأنه أن يؤثر على باقي العقود^(١).

1 د. احمد شرف الدين , تسوية منازعات عقود مشروعات البنية الاساسية الممولة من القطاع الخاص B.O.T , بحث في مجلة التحكيم العربية , العدد ٤ , ٤ اغسطس , القاهرة , ٢٠٠١ , ص ٤٨ .

د. ابراهيم الشهاوي , عقد امتياز المرفق العام , B.O.T , بدون دار نشر , القاهرة , ٢٠٠٣ , ص ٣ .

- UNIDO: Guidelines for infrastructure Development through Build – opeat – Transfer (B.O.T) Project, Vienna , 1996 , p. 288

- د. عمرو احمد حسبو , التطور الحديث لعقود التزام المرفق طبقا لنظام ال BOT , دراسة مقارنة , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٢ , ص ١٠ .

وحيثما تنشأ منازعات قانونية في اثناء تنفيذ المشروع , فيحتمل أن تلجأ الاطراف المتنازعة الى التحكيم متعدد الاطراف بغرض تسويتها . وفيما يتعلق بالتحكيم متعدد الاطراف فإنه " يوجد حينما تضم إجراءات التحكيم عدة اطراف في خصومة تحكيم ناشئة عن إتفاق تحكيم بين طرفين" (١) .

أي أنه لكي يتم اللجوء الى التحكيم متعدد الاطراف في المنازعات المتعلقة بعقود B.O.T فلا بد من توافر موافقة الاطراف كافة على شرط التحكيم (٢) .

ومن مجمل ما تقدم تبين لنا أن شرط التحكيم يمتد في عقود المشروع المشترك أو عقود الكونسورتيوم أو عقود البوت الى اكثر من طرف , وذلك لاشتراك مجموعة العقود في تحقيق هدف مشترك الا وهو تنفيذ المشروع . فضلا عن قيام باقي الاطراف المنفذين للمشروع بالاطلاع على العقد الاساسي , بما يحقق معه علمهم الكافي بشرط التحكيم .

وفيما يتعلق بالامتداد من حيث الموضوع لمجموعة العقود والتي تعرف بأنها " ترابط عدة عقود معينة سواء بسبب موضوعها او بسبب اشخاصها تتحقق عملية تجارية معينة " (٣) .

وبالنسبة لمجموعة العقود نجد انها تنقسم على مجموعة افقية , ومجموعة رأسية :

١- مجموعة العقود الافقية :

هذه المجموعة تأخذ شكل صورة عقود متتالية بين الاطراف نفسها كأطراف الاطار القانوني التعاقدية (٤) .

- 1) د. سامي عبد الباقي ابو صالح , المرجع السابق , ص ٣٦٧ .
 - 2) د. وائل محمد السيد اسماعيل , المرجع السابق , ص ٣٦٨ .
 - 3) د. احمد صالح مخلوف , اتفاق التحكيم كاسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية , رسالة دكتوراه , كلية الحقوق , جامعة القاهرة , ٢٠٠٠ , ص ١٤٥ .
- 3) Sandrine fremaux , l'action direct et les groups de contrats internationaux , R.D.A.I, N 22, 2002, P. 157

أي تضم جميع الاطراف الذين اسهمو في اتخاذ مشروع ما , سواء كان المشروع في حقيقته مشروعاً مشتركاً أم كونسورتيوم أم عقداً من عقود البوت. إذ يتم التعامل من جانب الجهة المانحة مع هذا النوع من العقود الذي يشمل الكثير من الاعضاء سواء أكانوا مقاولين أم ممولين أم مشغلين أم موردين , والذي يؤدي الى إمكانية انتقال إتفاق التحكيم في حالة نشوء أي نزاع^(١) .

وفيما يتعلق بامتداد التحكيم في حالة وجود الكونسورتيوم, الذي لم يكتسب شخصية قانونية مستقلة عن الاطراف المكونة له , وذلك إذا ما نشأ بين الجهة المانحة أو أي عضو من اعضاء الكونسورتيوم او العكس وفي هذا نجد أن اتفاق التحكيم يمتد لاي طرف من اطراف الكونسورتيوم لوجود حالة من التضامن بين اطراف الكونسورتيوم^(٢) , بما يجوز معه اختصاص اي عضو في الكونسورتيوم وهذا ما دفع البعض الى القول بأن " العقد المبرم بين شركة المشروع المشترك أو الكونسورتيوم وطرف اخر والمتضمن اتفاقاً على التحكيم يعد ملزماً للاشخاص كافة الذين تشملهم تلك التسميات , بحيث يجوز لاي منهم أن يحرك باسمه اجراءات التحكيم ضد الطرف الآخر , كما يجوز لهذا الاخير أن يوجه طلب التحكيم ضد الطرف الاخر , كما يجوز لهذا الاخير أيضاً أن يوجه طلب التحكيم ضد الاشخاص المعينين مجتمعين أو ضد أي منهم^(٣) , وفي مجال عقود التشييد بالنسبة لشركات التضامن يعد اتفاق التحكيم المبرم باسم الشركة ملزماً بالنسبة لجميع الشركاء , بحيث يمكن أن تقام ضدهم مجتمعين او ضد اي منهم اجراءات التحكيم , كما يستطيعون هم أن يحركوا دعوى التحكيم ضد الطرف الذي كان تعاقده مع الشركة متضمناً اتفاق التحكيم^(٤) .

- 1) د. محمد نور شحاته , مفهوم الغير في التحكيم , دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة لمبدأ نسبية اثر التحكيم بالنسبة للغير , دار النهضة العربية , القاهرة , ص ١٢١ .
- 2) د. محمود نور شحاته , المرجع السابق , ص ١٢٧ .
- 3) د. سامية راشد , التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة , الكتاب الاول , اتفاق التحكيم , دار النهضة العربية , ١٩٨٤ , ص ٣٣٧ .
- 4) د. هدى محمد مجدي , ارتباط المنازعات والطلبات في خصومة التحكيم , المرجع السابق , ص ٤٨ .

وهذه الحالة تطبق المسؤولية التضامنية التي تنشأ بين اشخاص لا يضمهم تنظيم في صورة شركة تتمتع بالشخصية المعنوية^(١) فالعقد المبرم بين الكونسورتيوم أو joint - venture وطرف اخر والمتضمن اتفاقا على التحكيم يعد ملزما للاشخاص كافة الذين تضمهم تلك التسميات ، بحيث لا يجوز لاي منهم أن يحرك باسمه إجراءات التحكيم ضد الطرف الآخر ، كما يجوز لهذا الاخير أن يوجه طلب التحكيم ضد الاشخاص المعنيين مجتمعين أو ضد اي منهم^(٢) .

وتأسيسا لما تقدم فقد قضت محكمة التحكيم في غرفة التجارة الدولية في باريس في حكم لها تلخص وقائعه في أن وزارة النقل في اليمن تعاقدت بأسلوب العقد المشترك (joint - venture) مع شركة فرنسية وتاجر يمني لتنفيذ مقابلة رصف طريق ، وخلال مدة تنفيذ العقد تقدمت الشركة الفرنسية بعدة مطالبات رفضها مهندس المشروع فلجأت الشركة الفرنسية الى التحكيم باسمها استنادا الى اتفاق التحكيم الوارد ضمن شروط عقد المقابلة ، إلا أن الحكومة اليمنية رفضت قبول التحكيم لأنه لم يرفع بوساطة التالف (joint - venture) التي قد تم تعريبها في المراسلات بتسميتها (الشركة التضامنية) وقد انتهت هيئة التحكيم الى رفض ذلك الدفع بعدم القبول لانعدام الصفة مستندة في قضائها الى أنه في ضوء العلاقة بين الاطراف ، يكون لكل شريك في التالف الحق في أن يرفع دعوى التحكيم باسمه أو في أن تقام عليه الدعوى ، وذلك تأسيسا على أنه في هذا النوع من النشاط المشترك لا يوجد شخص معنوي مستقل يتمتع بذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء على نحو يتعذر معه الرجوع على هؤلاء في أموالهم ، وبعبارة أخرى فان الشركاء الواقعين لا يمكن أن يعاملوا على نحو اكثر تشددا عما تلقاه الاطراف في شركة التضامن^(٣) .

- (1) د. نبيل اسماعيل عمر ، التحكيم ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ١٢٢ .
- (2) د. سامية راشد ، دور التحكيم في تدويل العقود ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٠ ، ص ٢٣٧ .
- (3) د. احمد حسان حافظ ، التحكيم في العقود الدولية ، المرجع السابق ، ص ٣٣٥ . د. سامية راشد ، المرجع السابق ، ص ٣٣٩ - ٣٤٠ .

ومن مجمل ما تقدم يتبين لنا في حالة العقود الافقية أن التحكيم الذي يكون بين صاحب العمل واعضاء الكونسورتيوم لا يعد تحكيما متعدد الاطراف، وذلك لأن جميع اعضاء الكونسورتيوم قد قاموا بالتوقيع على العقد مع صاحب العمل متضامنين ، وبالتالي فالمفروض أن صاحب العمل يعرفهم جميعا، وعليه فإن قرار حكم التحكيم الصادر في مواجهة اعضاء الكونسورتيوم سيكون حجة عليهم جميعا ، وبلاسلوب نفسه فان الحكم الصادر في مواجهة أحد أعضاء الكونسورتيوم سيكون حجة عليهم جميعا ، وكذلك فإن تشكيل هيئة التحكيم في مثل هذه الحالة يجري عن طريق التحكيم الثنائي التقليدي.

٢- مجموعة العقود الرئيسية:

عرفها الفقه بأنها "هي الحالة التي يجتمع فيها عدة عقود حول محل واحد وتتعاقب عليه ويكون محلها واحد ، أو عطاؤها واحداً ، برغم اختلاف اطرافها، وينتج عن ذلك سلسلة عقدية متصلة ، وتتظافر هذه العقود على تحقيق هدف واحد مشترك رغم اختلافها"^(١).

ويقصد بها ايضا " اتفاق مجموعة من الاشخاص أو الشركات على تنفيذ مشروع واحد من خلال التوقيع على العقد مع صاحب العمل ، ثم يقوم أعضاء الكونسورتيوم بعقد اتفاقيات بعضهم مع بعضهم الاخر بهدف انجاز العمل"^(٢) ، وفي هذه الحالة يمكن أن تواجه شرط التحكيم متعدد الاطراف مجموعة من المشاكل والخاصة بامتداد هذا الشرط، وقد سبقت الاشارة الى أن هناك اتجاه يقرر سريان شرط التحكيم بالنسبة لأطراف لم توقع عليه في حالات معينة كما هو الحال في العقود المتضمنة الشروط التحكيمية والمبرمة في اطار ما يعرف بمجموعة الشركات وهذا الاتجاه يذهب الى تغليب فكرة الوحدة الاقتصادية التي تظهر خلف

1) د. نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، ص ٥٦.

2) د. احمد حسان حافظ مطاوع ، التحكيم في العقود الدولية للانشاءات ، المرجع السابق ، ص ٣٢٨.

فكرة مجموعة الشركات وعدم التوقف عند فكرة التوقيع المادي على الاتفاق^(١).

وقد استند الفقه في تأسيس هذا الامتداد الى المجموعة العقدية أو العقود المشتركة على اساس أن هذه العقود وإن كانت مستقلة من الناحية القانونية، إلا أنها مرتبطة ببعضها من الناحية الاقتصادية^(٢)، وهذا الترابط الاقتصادي من شأنه أن يجعل من أطراف كل عقد من العقود المكونة للمجموعة أطرافاً في المشروع الذي تمثله المجموعة من دون الحاجة لأن يكون أطرافاً في بقية العقود الداخلة في المجموعة^(٣)، إذ إن العقود جميعاً ترمي الى تحقيق هدف واحد إلا وهو تنفيذ المشروع، وهذا من شأنه أن يجعل العقود كافة تنصهر في بوتقة واحدة، وذلك لعجزها عن تنفيذ المشروع بصورة منفردة^٤.

وفي هذا السياق فقد جاء القضاء مؤيداً ومدعماً لهذا الاتجاه الفقهي إذ نجد أن القضاء الفرنسي قد استقر على أن من حيث مقتضى استقلال شرط التحكيم الثابت في عقد دولي أن يمتد نطاق تطبيقه الى الأطراف التي تدخلت مباشرة في تنفيذ هذا العقد وفي المنازعات الناتجة عنه حتى ولو لم تكن قد وقعت عليه، متى ثبت أن هذه الأطراف كانت بحكم مراكزها وانشطتها مفترضا فيها العلم بوجود شرط التحكيم ونطاقه^٥.

وفي حكم حديث لمحكمة النقض الفرنسية قضت فيه بامتداد شرط التحكيم الى اطراف لم تكن موقعة على العقد الاصلي المتضمن لشرط التحكيم، نظرا الى أن هذه الأطراف قد اشتركت في تنفيذ العقد الاصلي^(٦).

- 1) د. نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، ص ٥٧.
- 2) د. علي سيد قاسم، نسيية اتفاق التحكيم، دراسة في احكام القضاء وقرارات المحكمين، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة للنشر، ص ٥٥.
- 3) د. مصطفى محمد الجمال، د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الاول، بدون سنة نشر، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٤٩٥.
- 4) المرجع السابق، ص ٤٩٨ - ٤٩٩.
- 5) د. علي سيد قاسم، المرجع السابق، ص ٦٤.
- 6) CIV.1, 27 mars 2007, note Ericloquin, tribunaux de commerce et arbitrage, RTD com. n 4, 2007. p. 677.

ونلخص من كل ما سبق ذكره في اتجاه الفقه والقضاء وأحكام التحكيم الدولي الى عدم التوقف عند فكرة التوقيع المادي على العقد الاصيلي ، أو عند مبدأ الاستقلالية القانونية للأشخاص المعنية بالتحكيم . وتم تفضيل الارتكاز على معيار الوحدة الاقتصادية التي توجد وراء فكرة مجموعة الشركات ^(١) .

المبحث الثالث

ضم التحكيمات في عقود التشييد

هذه المسألة تبرز في عقود التشييد ولاسيما العقود الدولية ، بسبب تعارض المصالح بين اطرافها ^(٢) ، اذ ان مصلحة المقاول الاصيلي طلب الضم في حين أن مثل هذا الضم لا يحقق مصلحة المقاول من الباطن ، وأن اهتمامات صاحب العمل بضم التحكيم اقل اهتماما من المقاول الاصيلي والمقاول من الباطن أو المهندس الاستشاري ، فكل ما يسعى اليه صاحب العمل هو أن يثبت مسؤولية المقاول الاصيلي أمامه عما هو منسوب اليه من ادعاءات ^(٣) .

والتحكيم متعدد الاطراف يثير اشكالية على جانب كبير من الاهمية، ألا وهي المتعلقة بتعدد أو ضم التحكيمات، ونتيجة لتعارض المصالح بين الاطراف المشتركة في تنفيذ المشروع، التي تؤدي الى عدم رغبة الاطراف في ضم التحكيمات، ما يؤدي الى تعدد اختلاف الاحكام بما يهدد استقرار المعاملات الاقتصادية.

وهذه الاشكالية، قد حظيت باهتمام كل من الفقه والقضاء، وبعض لوائح مراكز التحكيم كغرفة التجارة الدولية ، وهذا الاهتمام يزداد في ظل غياب تشريعي، إذ لم تتعرض معظم القوانين الوطنية لمسألة ضم

(١) د. محمد محمد بدران، المشاكل الخاصة بتشكيل هيئة التحكيم، مجلة التحكيم العربي، العدد ٣، اكتوبر ٢٠٠٠، القاهرة، ص ٣٩.

(٢) د. محمد نور شحاته، مفهوم الغير في التحكيم، المرجع السابق، ص ١١٩

(٣) د. سامي محمد فرج، تسوية النزاعات، دار النشر للجامعات، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ١٢٨.

التحكيمات سوى القانون الهولندي ، في قانون المرافعات المدنية ، في المواد من ١٠٢٠ الى ١٠٧٦ والتي نصت على قواعد متعلقة بالتحكيم الذي يتخذ من هولندا مقرا له وذلك بصرف النظر عن جنسية الاطراف^(١).

وقد عاجلت الفقرة الاولى من المادة ١٠٤٦ من هذا القانون مسألة ضم قضايا التحكيم اذ نصت على أنه " اذا بدأت إجراءات التحكيم أمام محكمة تحكيم في هولندا للنظر في موضوع مرتبط بموضوع اجراءات تحكيم بدأت أمام محكمة تحكيم اخرى في هولندا ، فإن أيا من الاطراف ، ما لم يتفقوا على خلاف ذلك ، يمكنه أن يطلب الى رئيس المحكمة الابتدائية في امستردام أن يأمر بضم اجراءات التحكيم)^٢.

ولمعالجة هذه المسألة فقد ذهب غالبية الفقه الى أنه حينما تتعدد التحكيمات لدعاوى مرتبطة وغير قابلة للتجزئة ، فإنه يجب أن تنضم هذه التحكيمات لتتظر أمام هيئة تحكيم واحدة ، وذلك لضمان حسن سير العدالة ، ولكي يتم تجنب إصدار أحكام متعارضة^(٣) . فضلا عن ذلك فإن مزايا من ضم التحكيمات بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي متعدد الاطراف إذ يوفر هذا الاجراء الوقت ويقلل النفقات ويضع المنازعات كافة المرتبطة امام المحكمين برفائعهما وقواعدها القانونية ، فهو في النهاية مفيد للاطراف وللمحكمين وللعدالة^(٤).

وقد ذهب البعض^(٥) الى أن ضم التحكيمات يأتي في صالح السياسة العامة التي يستفيد اليها التحكيم بشكل عام ، وذلك سواء أكان ضما

1) Code of Civil proceduer , arts 1020 – 1067 (Nether lands) , in: p. sanders & A.J. Van den Bery , The Nether lands Arbitration Act 1986 , Kluwer , 1987.

(2) مشار اليه في د. محمد نور شحاته ، مفهوم الغير في التحكيم ، المرجع السابق ، ص ١٣ .

(3) د. احمد صالح مخلوف ، المرجع السابق ، ص ٢٧٩ .

(4) Dore. I. I: Theory and practice of multiparty Arbitatiob , Kluwer , 1990 , p. 16.

(5) R. Sommer. R. H: Consolidation of Arbitrations the VI TH. I. C. M. A , monaco , 1983 , p. 14 .

اختياريا أم اجباريا، وذلك لانه يقلل النفقات، ويوفر الوقت، ويحقق مصلحة العدالة في حسن تسييرها بوساطة المحكمين عند تجميع الوقائع كافة والقواعد القانونية والاطراف والشهود في وقت واحد، فضلا عن منع تضارب الاحكام.

وذهب البعض الاخر من الفقهاء^(١) الى أن ضم التحكيمات وإن كانت مزاياه كثيرة الا أنه موضوع شائك لا يخلو من صعوبات سواء عند اقرار الضم او عند نظر الدعوى المنظمة او بعد اصدار الحكم، وهذه الصعوبات لن يتم التغلب عليها اذا اضفنا الصفة الانزامية على ضم التحكيمات، ففكرة الضم يترتب عليها، تغيير في طريقة اختيار المحكمين عن تلك المتفق عليها في اتفاقيات تحكيم الدعاوى المنظمة، فضلا عن زيادة عدد المحكمين، وتوسيع دائرة الجلسات التحكيمية، حتى تتسع لاطراف الدعاوى الاخرى، فقد يصل تشكيل محكمة التحكيم الى خمسة محكمين او سبعة او تسعة، تبعا لتعدد الدعاوى المنظمة ذات الاطراف المتعددة^(٢). كذلك على صعيد اجراءات التحكيم المنظمة فإن الامر لا يخلو من افساء لاسرار الجلسات، وعدم احترام حق المواجهة احيانا نظرا لتعدد الاطراف فضلا عن تأثر المحكمين بالحكم الصادر في احدى الدعاوى عند حكمه في دعوى أخرى مرتبطة في بعض صور الضم، وغير ذلك من المسائل التي تأتي على الحقوق الواجب احترامها عند نظر الدعاوى القضائية او التحكيمية، فضلا عن أن الضم الاجباري يغير كثيرا من الامور التي سبق الاتفاق عليها في الاتفاقيات التحكيمية المبرمة بشأن

- (1) Hascher. D. T: Consolidation of Arbitration by American courts, fostering or Hampering international Commercial Arbitration, J. int. Arb, Vol 1, july 1984, p. 136
- 2) Hascher. D. T: Consolidation of Arbitration by American Courts, fostering or Hampering international commercial Arbitration, J. int. Arb, vol 1, july 1984, p. 136

الدعاوى المراد ضمها . الامر الذي يضيف الشكوك على الحكم التحكيمي الصادر في التحكيم المنضم . ويجعله أمراً متوقفاً بعد ذلك ^(١) .

إن القوانين التي سمحت بالضم الاجباري للتحكيمات عن طريق الامر به من المحاكم القضائية، قد ساوت بين التحكيم والقضاء، وسمحت للقضاء بالتدخل في التحكيم، واعطت فرصة ذهبية لمن يرغب من الاطراف في تجنب التحكيم أو تعطيل إجراءاته التي سبق أن اتفق عليها منذ البداية في اتفاق التحكيم، وهكذا تحول التحكيم من وسيلة خاصة لحل المنازعات يفترض ان تكون سريعة وغير مكلفة الى وسيلة لا تحترم أياً من العوامل التي جعلت التحكيم وسيلة عالمية لحل المنازعات في عقود الانشاءات الدولية او في عقود التجارة الدولية، كما أن المحاكم القضائية التي أعطت لنفسها الحق في اصدار الامر بالضم من تلقاء نفسها تسببت في هذه النتائج الضارة بالتحكيم كنظام يرجى تطوره نتيجة افتقار القضاء في هذه المحاكم الى التجربة العملية والخبرة بأعمال التحكيم التجاري ^(٢) .

وعلى صعيد قضاء الدولة فنجد أن قضاء بعض الولايات المتحدة الامريكية قد امر بالضم ، ومن ذلك أن محكمة ولاية نيويورك قد أمرت بضم دعوى التحكيم المرفوعة من مجلس إدارة مقاطعة سوليفيان والمتعلقة ببناء مدرسة ضد المهندس الاستشاري، ودعوى التحكيم المرفوعة من اللجنة الممولة للمدرسة والمقاول الذي تعهد بالبناء واكدت محكمة الاستئناف أن سلطة المحاكم في الامر بضم دعاوى التحكيم ليست محلاً للنقاش . كما قضت محكمة ولاية بنسلفانيا بضم أربع دعاوى تحكيم رفعها صاحب العمل ضد أربعة من المقاولين ارتبط بكل منهم بعقد مستقل، تعهد كل مقاول بمقتضاه القيام بعمل معين بشأن مستشفى وتجهيزه، واشتمل كل عقد منها على شرط تحكيم ^(٣) .

1) T. Hascher , op. cit. , p. 137

2) D. T. Hascher , op. cit. , p. 132

(3) د. محمد نور شحاته . مفهوم الغير في التحكيم . المرجع السابق . ص ١٢٠

بينما ذهب القضاء الفرنسي في هذا الشأن منحازا الى الاتجاه الذي يجعل مركز الثقل في هذا الموضوع هو إرادة الاطراف على ضم تحكيماتهم. فالضم ينبغي أن يكون اختياريا وليس اجباريا^(١).
ففي دعوى (SOFIDIF)^(٢) التي عرضت على محكمة استئناف باريس بشأن ضم تحكيمات ناشئة عن مجموعة من العقود، قالت المحكمة: " في الواقع أن القواعد القانونية المطبقة على التحكيم والمؤسسة على الطابع الاداري لشرط التحكيم، لا تسمح بمد أثار الاتفاق التحكيمي محل النزاع الى انحياز الا جانب عن العقد، كما تضع حاجزا امام كل إجراء للتدخل الاجباري او الاختياري، فضلا عن أن حل المشاكل الناجمة عن الارتباط او عدم القابلية للتجزئة لا يمكن أن تجد حلها الا على اساس تعاقدية".

ويظهر من هذا الحكم أن العنصر الوحيد الذي يجب أن تأخذ به محكمة التحكيم أو المحكمة القضائية في الاعتبار وهي تحمل على عاتقها بحث مسألة ضم التحكيمات هو ارادة الاطراف، وذلك لأن القانون الفرنسي يضع شرطا وحيدا لضم التحكيمات ينبغي البحث عنه في ارادة كل الاطراف المرتبطين بالتحكيم المطلوب ضمها، وهذه الارادة يمكن أن تكون صريحة كما يمكن أن تكون ضمنية، بيد أنه في الحالتين ينبغي أن تكون واضحة ومحددة.

وعلى هذا فإن الضم في القانون الفرنسي لا يمكن الحصول عليه بامر من المحكمة القضائية اذا لم يخولها القانون هذا الحق، وانما يمكن الحصول عليه امام المحكمة التحكيمية، وذلك بالاتفاق عليه في اتفاقات التحكيم أو حتى بعد ذلك، فلا ضم بغير موافقة جميع الاطراف او اعتراض احدهم، إذا تغنى عن هذه الارادة الاعتبارات الاخرى المستجدة

(1) M. De Boissesson, le droit franca is de l arbitrage internet international, 1990, no 621, p. 546

(2) Paris, 19 December, 1986, Rev. Arb, 1987, p. 364

من حسن سير العدالة او غيرها من الاعتبارات. وإلا تعرض الحكم الصادر في التحكيمات بعد ذلك للإبطال^(١).

ومما تقدم تتجلى لنا ارادة الاطراف على ضم التحكيمات من خلال تضمين العقود المرتبطة اصلية كانت ام فرعية شرط تحكيم مماثل يحدد فيه الاطراف موافقتهم على الضم فضلا عن رؤيتهم لحل المنازعات التي يمكن أن تنشأ في المستقبل سواء من حيث اختيار مكان التحكيم نفسه، وهيئة التحكيم نفسها، والقواعد الاجرائية والموضوعية الواجب تطبيقها على التحكيم المتعدد الاطراف، فضلا عن إلزام الاطراف كافة بحكم التحكيم الذي سيتم اصداره، أو اختيار الاطراف هذه الشروط التحكيمية في مركز تحكيم مؤسسي يتولى عنهم هذه المسائل، او حتى اختيار لائحة تحكيم تم معينة تعالج مسائل التحكيم المتعدد الاطراف المتفق عليه.

فضلا عن ذلك تستطيع الاطراف في حالة خلو العقد الاصلي أو العقود الفرعية من شرط التحكيم استدراك الامر بعد نشوء المنازعات المرتبطة، وذلك عن طريق ابرام مشاركة تحكيم مستقلة يتفقون فيها على اللجوء الى التحكيم متعدد الاطراف من خلال ضم التحكيمات واختيار نوع التحكيم، كما يمكن للاطراف ابراز ارادتهم في الضم بالجمع بين هاتين الطريقتين اي النص عليه في شروط التحكيم الموجودة في العقود المرتبطة قبل نشوء النزاع، فضلا عن إبرام مشاركة تحكيم مستقلة عن هذه العقود بعد نشوء النزاع.

فاذا استحال على الاطراف اللجوء الى التحكيم متعدد الاطراف نتيجة رفضها لهذا الضم ورجبتهم في نظر المنازعات في تحكيمات منفصلة الاطراف، فإن لم يستجيبوا فعليها أن ترشدهم الى مزايا الطرق الاخرى للتعدد كضم الجلسات أو وحدتها أو نظر التحكيمات الواحد تلو الاخر، أو تاجيل احداها حتى يتم الفصل في الاخرى. كل ذلك للتغلب على

(١) د. عاطف محمد الفقي، التحكيم التجاري متعدد الاطراف، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ١٥٩.

مساوئ الانفصال كزيادة التكاليف وإطالة الوقت وتعارض الاحكام. مع
الآخذ في الحسبان أن ضم التحكيمات بتحكيم واحد متعدد الأطراف يتم
بموافقة أطرافه تمثيلاً مع الأساس التعاقدى للتحكيم.

الفصل الثالث

تشكيل هيئة التحكيم متعدد الأطراف

هذا الموضوع يثير مشاكل كثيرة في مجال التطبيق العملي في عقود
التشييد. إذ إن طريقة تشكيل هيئة التحكيم في التحكيم متعدد الأطراف قد
يحدث صعوبة حينما تكون المحكمة ثلاثية. أي تجمع ثلاثة أطراف في نزاع
واحد. فإذا كان الأمر في التحكيم العادي أن يقوم كل طرف من طرفي
المنازعة باختيار محكم عنه ثم يختار المحكمون محكما ثالثا الذي يتولى رئاسة
هيئة التحكيم^(١). بينما في التحكيم متعدد الأطراف عند نشوء نزاع بين
صاحب العمل والمقاول الأصلي الذي قد يحيل بدوره إلى المقاول من
الباطن فيصبح هناك ثلاثة أطراف في النزاع. وهذه المشكلة تكمن في مدى
حرية الأطراف في اختيار هيئة التحكيم. وعدد أعضاء هيئة التحكيم^(٢).
لهذا كانت مسألة تشكيل هيئة التحكيم هي الأكثر صعوبة في مجال
التحكيم متعدد الأطراف نظرا إلى التضارب بين مصالح الأطراف في اختيار
محكميهم على أساس قاعدة محكم لكل طرف. وبناء على ذلك فإن
تشكيل هيئة يتم بإرادة الأطراف واتفاقهم من خلال طريقة أساسية هي
اختيارها عن طريق الأطراف مباشرة أو غير مباشرة. والطريقة الثانية هي
اختيارها بواسطة الغير. ولذلك سنتناول الموضوع في هذا الفصل في مبحثين
وعلى النحو الآتي:

المبحث الأول: تشكيل هيئة التحكيم متعدد الأطراف بواسطة الأطراف

المبحث الثاني: تشكيل هيئة التحكيم متعدد الأطراف بواسطة الغير

(١) د. محمد عبد المجيد اسماعيل. المرجع السابق. ص ٤٧٣.

(٢) د. محمد محمد بدران. المشاكل الخاصة بتشكيل هيئة التحكيم. مجلة التحكيم العربي.
العدد ٣. أكتوبر ٢٠٠٠. القاهرة. ص ٣٩.

المبحث الاول

تشكيل هيئة التحكيم متعدد الاطراف بواسطة الاطراف

هذا الطريق في تشكيل هيئة التحكيم هو الاكثر تمشيا مع روح التحكيم والفلسفة التي يقوم عليها ، والتي تحقق أهم الضمانات للاطراف في اختيار الاشخاص المحكمين بمعرفتهم . كما يحقق هذا الطريق للخصوم اهم سمات التحكيم ولاسيما الدولي الخاص منه المحافظة على سرية النزاع وسرية إجراءاته وما تم تبادلته من مستندات ووثائق يحرص المحكمون على اخفائها^(١).

وقد ذهب الفقه الى تأييد هذه الطريقة في اختيار المحكمين . لكونها تتوافق مع فلسفة التحكيم التي تستند الى ثقة الاطراف في اعضاء هيئة التحكيم^(٢).

ويقصد بتشكيل هيئة التحكيم عدداً للمحكمين الذين تتكون منهم محكمة التحكيم^(٣) . فهي ركن جوهري في التحكيم لا يتصور قيامه من دونه^(٤) ، إذ إن فكرة التحكيم تقوم اساساً على الثقة . وهذه الثقة ليست في احد الاطراف في الطرف الاخر في عقود الاعتيار الشخصي . وإنما هي ثقة الاطراف معا في هيئة التحكيم من حيث خبرتها . ومن ثم قدرتها على تسوية النزاع تسوية قانونية عادلة وسريعة^(٥).

- (١) د. ابو العلا علي ابو العلا . تكوين هيئات التحكيم . بحث مقدم الى الدورة العامة لاعداد المحكم . مركز حقوق عين الشمس للتحكين . كلية الحقوق . جامعة عين الشمس . القاهرة . ٢٢ - ٢٧ يناير ٢٠٠٠
- (٢) د. علي بركات . خصومة التحكيم في القانون المصري والمقارن . رسالة دكتوراه . كلية الحقوق . جامعة القاهرة . ١٩٩٦ . ص ٦٤ .
- (٣) د. مهند احمد الصانوري . دور المحكم في خصومة التحكين الدولي الخاص . دار الثقافة للنشر والتوزيع . عمان . ٢٠٠٥ . ص ٧٧ .
- (٤) د. مصطفى الجمال . د. عكاشة عبد العال . المرجع السابق . ص ٥٧٤ .
- (٥) المرجع السابق . ص ٥٧٥ .

الا أن تعدد الاطراف امام التحكيم التجاري قد فرض طرقا مختلفة لاختيار هيئة التحكيم , فقد يتفق الاطراف على اختيار عدد محدد من المحكمين بصرف النظر عن عدد الاطراف. او على اختيار عدد من المحكمين مرتبط بعدد الاطراف.

لذلك سنتناول هذا المبحث في مطلبين وعلى النحو الاتي :

المطلب الاول: اختيار هيئة تحكيم ذات تشكيل ثابت.

المطلب الثاني: اختيار هيئة تحكيم ذات تشكيل متغير.

المطلب الاول

اختيار هيئة تحكيم ذات تشكيل ثابت

قد يتفق الاطراف في اتفاق التحكيم على اختيار عدد ثابت من المحكمين , وذلك بصرف النظر عن تعدد اطراف النزاع , بحيث يتم احترام هذا الاتفاق من دون خلق مشاكل كبيرة بعد نشوء النزاع نظرا الى تطابق طريقة الاختيار مع ما تم الاتفاق عليه سلفا بين الاطراف.

ويمكن ان نقسم هذا المطلب على اربعة فروع وعلى النحو الاتي :

الفرع الاول: اختيار محكم واحد

الفرع الثاني: اختيار ثلاثة محكمين

الفرع الثالث: الاختيار بالاستبعاد

الفرع الرابع: الاختيار بالتنازل

الفرع الاول

اختيار محكم واحد

تقضي هذه الطريقة اختيار محكم واحد لحل المنازعات الناشئة في عقود التشييد , وذلك ايا كان عدد اطراف هذه المنازعات , ويتم هذا الاختيار عادة بالاتفاق المسبق على تعيين محكم واحد مع اغفال ذكر اسمه , ويكثر استخدام هذه الطريقة في التحكيم الخاص Ad - hoc

ولاسيما في المنازعات الناشئة عن عقود الكونسورتيوم والمشروع المشترك وعقود البوت^(١).

وفي الحقيقية فإن الاتفاق مسبقاً على اختيار محكم وحيد من جميع الاطراف يحقق بعض المزايا، إذ يعد من أنجح الطرق للاسراع بالعملية التحكيمية، اذ يسهل معه تحديد جلسات تحكيمية سريعة وفي اوقات مناسبة، كما يسهل الاتصال به لممارسة الاجراءات التحكيمية كافة، فضلاً عن أنه يوفر نفقات التحكيم التي تتحملها الاطراف، فضلاً عن سرعة الفصل في النزاع ولصدار القرار التحكيمي^(٢). اما في حالة تعدد المحكمين فهذا الامر قد يعرقل إجراءات التحكيم امام هيئة التحكيم بسبب عدم تعاون المحكمين، زيادة على اطالة مدة التحكيم^(٣).

ويعاب على طريقة انتخاب محكم واحد، حينما تكون المنازعات المعروضة على التحكيم كبيرة ومعقدة وتثير مشاكل قانونية وفنية متشابكة، فيما لو كان النزاع يطرح مسألة تحتاج الى خبرات معينة او كفاءة ومعرفة عالية^(٤) وعلى الرغم من أن بعض الانظمة قد اشترطت أن يكون المحكم من ذوي الخبرة في مجال المنازعة المعروضة على التحكيم^(٥)، لكن اغلبها قد سكتت عن هذا الشرط ومن ثم فالامر متروك لتقدير طرفي التحكيم نفسيهما عند الاتفاق على التحكيم^(٦).

ومن سمات المعاملات التجارية الدولية ظهور اشكال جديدة لها طغت على العقود التقليدية، وذلك مثل عقود التشييد الدولية، وعقود

- (1) د. ابو العلا ابو العلا، تكوين هيئات التحكيم، المرجع السابق، ص ٢٨.
- (2) د. عاطف محمد الفقي، التحكيم التجاري متعدد الاطراف، المرجع السابق، ص ١٩٨.
- (3) د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٢٢٠.
- (4) وليد عناني، محاضرات في التحكيم، المكتبة القانونية، دمشق، ٢٠٠٣، ص ٩٤.
- (5) المادة الرابعة من نظام التحكيم السعودي تنص على انه (يشترط في المحكم ان يكون من ذوي الخبرة حسن السيرة والسلوك).
- (6) د. مصطفى الجمال، د. عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق ققرة ٤٢٧.

التكنولوجيا، و عقود التعاون الصناعي، إذ يتطلب معظم المنازعات في مثل هذه العقود مبالغ كبيرة جدا.

ولهذا فإن إختيار هيئة التحكيم وحصرها في محكم واحد تعد طريقة نادرة الحدوث لا يلجأ إليها الاطراف كثيرا ولا سيما مع تعددهم، وحجم المبالغ التي تنطوي عليها قيمة العقود، وتعقيد المنازعات الناشئة عنها، الامر الذي يغلق الطريق في وجه المحكم الواحد من ذي قبل لصالح اختيار محكمين متعددين للفصل في المنازعات المتعددة الاطراف تتوافر لديهم الخبرة لاصدار حكم تحكيمي يلقي الرضا، والقبول من المحكمين، والاطراف والجهات التنفيذية.

الفرع الثاني

اختيار ثلاثة محكمين

وتقضي هذه الطريقة تشكيل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين، يتم اختيارهم بالاجماع بحيث يختار المدعون محكماً واحداً مهماً كان عددهم، ويختار المدعي عليهم محكماً مهما تعددوا، ثم يختار المحكمان المختاران سلفاً المحكم الثالث ليكون رئيساً لهيئة التحكيم.

ولاشك أن تشكيل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين يعطي كل طرف حقه في تعيين محكم يفهم وجهة نظره، ويعبر عن المعطيات القانونية والمهنية والعرفية السائدة في بلده لينقله الى باقي أعضاء هيئة التحكيم من دون ميل او تحيز حتى يكون حكم التحكيم مرضياً للاطراف ومبقياً لمشاعر الصلح بينهم، وحتى يزول الشك والريبة في اللجوء الى التحكيم^(١).

إن تشكيل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين يسهل لاطراف النزاع اختيار محكمين مختلفي الكفاءات والتخصصات كأن يكون احدهم فنياً والثاني قانونياً والثالث له المام وخبرة في طبيعة عقود التشييد ومشاكلها، إذ يتوافق الجمع بين التخصصات المختلفة للمحكمين مع طبيعة المنازعات

(١) د. احمد السيد الصاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وانظمة التحكيم الدولية، بدون دار نشر، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٧٠.

التجارية ، التي تشمل جوانب فنية وقانونية وتجارية ، مما يوفر للاطراف تشكيل هيئة تحكيم قادرة على الفصل بكفاءة في النزاع ، فضلا عن توفر الطمأنينة للجميع سواء كانوا محكمين ام اطراف ، إذ يأخذ النزاع حقه في النظر والمناقشات والمدأولات ، وتناول الامور من وجهات نظر متعددة ، والقاء الضوء على جوانبها المختلفة قبل اصدار الحكم ⁽¹⁾ .

وإن طريقة تشكيل هيئة التحكيم في التحكيم متعدد الاطراف قد يثير صعوبة حينما تكون المحكمة ثلاثية ، اي تجمع ثلاثة اطراف في نزاع واحد ، ففي التحكيم العادي يقوم الطرفان المتنازعان باختيار محكم عن كل منهما ، ثم يختار المحكمين المختارين محكما ثالثا الذي يتولى رئاسة هيئة التحكيم ⁽²⁾ . الا ان الامر يختلف من التحكيم متعدد الاطراف ولاسيما في عقود التشييد ، حينما يكون هناك نزاع بين صاحب العمل والمقاول الاصلي من جهة ومع الاخير والمقاول من الباطن من جهة اخرى ، يصبح هناك ثلاثة اطراف في النزاع ، في هذه الحالة إن عملية تشكيل هيئة التحكيم تبدو صعبة ، فعند اختيار كل طرف محكما عنه يصبح العدد ثلاثة محكمين ، ثم بدورهم يقومون بانتخاب محكم محايد ، فيتضح عدد المحكمين اربعة وهذا مخالف لطبيعة التحكيم ، إذ إن أغلب التشريعات العربية والاجنبية قد نصت على وترية المحكمين والا عد التحكيم باطلا ⁽³⁾ .

وهكذا فإذا تعدد المدعون أو المدعي عليهم ، فإن اختيار هيئة التحكيم لا بد أن يتم بالتراض بمعنى اتفاق اطراف كل طائفة على تعيين محكم ، فاذا لم يتم الوصول الى مثل هذا الاتفاق ، فان كل طرف سيسترد حريته في اختيار محكمه ، بمعنى اذا رفع المدعي (A) دعوى تحكيم على

(1). Orisini. B.V.: sole Arbitrator or a three persons Board , and the v th I. C.M.A, New York , 1981 , p. 1

- (2) د. ابراهيم محمد احمد دريج ، تشكيل هيئة التحكيم ، الدار السودانية للكتب ، الخرطوم ، ٢٠٠٧ ، ص ١٤ .
(3) د. احمد شرف الدين ، دراسات في التحكيم في منازعات الدولية ، بلور دار نشر ، القاهرة ، ١٩٩٣ ، ص ٩٣ .

كل من المدعي عليه (B) ، والمدعي عليها (C) و (D) ، ولم يتفق المدعي عليها على اختيار محكم واحد ، فلا مناص من اعطاء كل طرف الحق في تعيين محكم فتصبح هيئة التحكيم مشكلة من محكم للمدعي (A) ، ومحكم للمدعي عليه (B) ، ومحكمان لكل من المدعي عليه (C) و (D) ، ثم يختار المحكمون الاربعة المختارون هكذا محكما خامسا محايدا ، فيصبح التشكيل خماسياً^(١) .

ويمكن رد الصعوبات التي تنشأ عن المنازعات متعددة الاطراف والخاصة باتفاقيات الكونسورتيوم الى سببين رئيسين :-

اولهما : أن يرد شرط التحكيم في الكونسورتيوم في صياغة عامة كما في العقود ثنائية الاطراف .

ثانيهما : غياب التنظيم التشريعي لهذه المسألة^(٢) .

قد يأتي شرط التحكيم محمداً لثلاثة او خمسة محكمين بما فيهم المحكم الرئيس او المرجح ، في حين يصل عدد الاطراف المتنازعة الى ثلاثة او خمسة فاكثر ويتمسك كل طرف بحقه في تعيين محكمه الخاص به ، ومن هنا تنشأ الصعوبة حين عند عدم وجود تناسب بين عدد المحكمين المحددين بشرط التحكيم وعدد اطراف النزاع ، فتنشأ الصعوبة وهناك دعاوى شهيرة كانت محل خلاف واجتهاد كبير من قضاء الدولة وقضاء التحكيم .

فاما عن الدعوى الاولى فهي دعوى شركة "Dutco"^(٣) التي تأسست في دبي وأبرمت عقد كونسورتيوم مع شركتين المانيتين هي شركة "Siemens" وشركة "BKMI" على انشاء مصنع اسمنت على وفق عقد تسليم مفتاح "Turn key" لصاحب العمل من سلطنة عمان ، وتم توقيع العقد بوساطة شركة "BKMI" عن نفسها وعن شركة "Siemens" .

(1) J. F. Bourque , OP. cit., p 547.

(2) د. حسن محمد سليم ، النظام القانوني للتحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧ - ٢٠٠٨ ، ص ٢٩٣ .

(3) Duto v. sie mens and BKMI , C.A. PARIS , 5 MAI 1989 Rev. Arb. 1989 , p. 723

وقد تضمن اتفاق الكونسورتيوم شرط تحكيم بمقتضاه أنه في حالة نشوب نزاع بين اطراف العقد ولم يتم حسمه وديا . يحسم النزاع عن طريق قواعد التوفيق والتحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية وبالفعل فقد نشب الخلاف بين شركة "Dutco" وبين الشركتين المشار اليهما . وتقدمت شركة "Dutco" بطلب تحكيم ضدهما وعينت محكما عنها . وكانت شركة "Siemen" وشركة "BKMI" تريدان تعيين محكم مستقل عن كل منهما . إلا أن غرفة التجارة الدولية طلبت منهما تعيين محكم واحد كما نص عليه شرط التحكيم . فقامتا بذلك مع الاحتفاظ بحقوقهما كاملة بصدد هذا التعيين.

وقد اصدرت محكمة التحكيم حكماً تمهيدياً فيما يتعلق بالاختصاص بينت فيه أن اطراف النزاع تجمعهم نوايا مشتركة لحسم النزاع بتحكيم متعدد الاطراف وذلك نظرا الى طبيعة اتفاق الكونسورتيوم بينهم التي تحتم ان ينشأ نزاع بهذه الطريقة.

وأن المادة (٤/٢) من لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية تقرر حق كل طرف في تعيين محكم. إلا أنه لا يجب تفسيرها على انها تشترط أن يعين كل طرف محكما في جميع الاحوال والظروف. وازدادت المحكمة أنه برغم ان حق كل طرف في اختيار محكمه هو حق اساسي. الا أنه ليس حقا مطلقا اذ يتضمن استثناءات مثل التنازل الضمني عن هذا الحق من جانب الاطراف.

واستطردت محكمة التحكيم مقررة أن تشكيل محكمة التحكيم الحاصل عن طريق تعيين محكم واحد عن الشركتين المدعي عليهما لم ينشأ عنه عدم تكافؤ ظاهر وحققيقي بين الطرفين . ولذا فإن مبدأ المساواة بين الاطراف بوصفه من النظام العام لم يتم تجاوزه او تخطيه او انتهاكه.

ولكن شركتي (Siemens) و(BKMI) طعنتا^(١) في حكم التحكيم امام محكمة استئناف باريس لعدم صحة تشكيل هيئة التحكيم مطالبتين بالغاء الحكم على اساس أنه انتهاك حق كل منهما في تعيين محكم خاص به . ولكن محكمة استئناف باريس رفضت هذا الطعن . بحجيات مهمة على صعيد التحكيم التجاري متعدد الاطراف جاء فيها :

"حيث ان التحكيم يجد أساسه القانوني في اتفاق الاطراف ويستمد قوته القانونية في استقلال المحكمين واحترام المبادئ الاساسية في الدعوى تعبيراً عن ضرورات النظام العام الدولي . وأن اللجوء بالنزاع متعدد الاطراف الى محكمة تحكيم واحدة لا يمكن ان ينتج الا عن الارادة المشتركة للإطراف . سواء كانت صريحة أم ضمنية. فإن ذلك لا يتم الا بالتمسك باحترام مبادئ المساواة بين الاطراف واحترام حقوق الدفاع. ولكون هذا الاتفاق المندمج في الاتفاق الاصيلي الذي يربط بين الشركات الثلاثة في كونسورتيوم يعبر من دون لبس عن ارادة مشتركة للاطراف في عقد واحد في اخضاع كل المنازعات الناشئة عن اتفاقهم على محكمة تحكيم مكونة من ثلاثة محكمين . وينتج من هذا بالضرورة كنتيجة للطبيعة الجماعية للعقد نفسه مع الاحتمالات المتوقعة بالاختلافات التي تواجه الشركاء الثلاثة وأن الاطراف قد اتفقوا على محكمة تحكيم واحدة مكونة من ثلاثة محكمين تفصل في نزاع يواجه الاطراف الثلاثة بما يستلزمه ذلك من أن هذا الموقف يفرض اختيار المحكمين بوساطة الاطراف فضلا عن تنظيم الإجراءات. وبهذا الصدد. فإن الاشارة الى لائحة تحكيم في غرفة التجارة الدولية التي تنص على أن كل طرف يعين محكما. فإنه يجب أن يفهم من ذلك في هذه القضية. أنه يعني أن الاطراف الثلاث في الاتفاق قبلوا والحال كذلك ان المحكمين الواجب تعيينهما بوساطة كل من المدعي والمدعي عليه يكون

(1) لمخالفته نص المادة (٢ / ١٥٠٢) من قانون المرافعات الفرنسي . التي تجيز الطعن في احكام التحكيم لعدم صحة تشكيل هيئة التحكيم . او اذا كان القرار يتعلق بالنظام العام الدولي.

أحدهما معينا من لدن المدعي أو المدعى، والآخر بوساطة المدعي عليه أو المدعي عليهم، وفي ظل ظروف الدعوى التي تضم ثلاثة أطراف في عقد واحد، فإن هذا التفسير هذا الاتفاق له فعالية كاملة، وينتج عن ذلك أن محكمة التحكيم في الدعوى المنظورة قد شكلت تشكيلا سليما طبقا لاتفاق الطرفين ولائحة غرفة التجارة الدولية، من محكم اقترحه المدعي "Dutco"، وآخر بالاشتراك بين المدعي عليهما "Siemens" و"BKMI"، والثالث بوساطة محكمة التحكيم الدولية بالغرفة، إذ إن هذا التشكيل الموافق لشرط التحكيم لا يمس أيا من مبادئ النظام العام الدولي المتصلة بالحقوق الأساسية للأطراف فيما يختص بالمساواة بين المتقاضين واحترام حقوقهم في الدفاع، وبما أنه لم يقع اختلال بمبدأ المساواة بين الأطراف في تشكيل محكمة التحكيم، إذ إن شرط التحكيم كما اتفقت عليه الأطراف يتعلق بمصالح مشتركة، يسهل في جموع أمام محكمة تحكيم واحدة، ويمكن أن يلزم اثنين منهم باختيار محكم واحد يجوز ثقتهم المشتركة، وهذا ما يسمح به تطبيق نظام التحكيم الا في حالة الاختلاف فيتبع الطريق البديل للاختيار عن طريق لائحة التحكيم، ولأن اختيار محكم واحد بوساطة المدعى عليهم ناتج عن مركزهما المتحد الملزم في الكونسورتيوم، وانعكاس لمشاركتها الاتفاقية، من دون أن يقيد هذا استقلالهما في تقديم دفاعهما، إن المحكم الذي تم اختياره قد تم تأييد مسألة تعيينه بمعرفة مؤسسة التحكيم بما يتفق مع لائحة تحكيمها، وهو بهذا يكون قد استمد كامل اختصاصه بالفصل في الدعوى كقاضي من دون الاعتماد كلية على الأطراف، إذ يشكل استقلالهم ضمانا للمساواة التامة بينهم في ادارة الدعوى" (١).

1 (حكم محكمة استئناف باريس في ١٥ / ٥ / ١٩٨٥

مشار إليه :

د. محي الدين اسماعيل علم الدين . التحكيم متعدد الاطراف . الجزء الثاني . بلون دار نشر . القاهرة . ١٩٨٦ . ص ١٦ - ٢٠ .

ويظهر من ذلك أن الحكم الصادر من القضاء الفرنسي يبرز افضلية التشكيل الثلاثي لهيئة التحكيم متعدد الاطراف، التي يتم التوصل اليها عن طريق قيام المدعي او المدعين عند تعددهم باختيار محكم واحد ، وقيام المدعي عليه او المدعي عليهم عند تعددهم باختيار محكم واحد ، ثم يتم اختيار المحكم الثالث او رئيس هيئة التحكيم عن طريق المحكمين المختارين من الاطراف، وذلك شريطة أن تكون الاطراف اطرافا في اتفاق التحكيم حتى يفهم من ذلك ان ارادتهم الصريحة او الضمنية الى اختيار محكم واحد للفصل في النزاع الناتج عن علاقتهم العقدية¹.

وعلى هذا فان هذه الطريقة التي تفرض المحكم على المدعين او المدعي عليهم بدلا من اختياره، حينما يرفض المدعون او المدعي عليهم القيام بهذا الاختيار او حينما يرفض بعضهم، قد اخذت بها محاكم التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية ، وايدتها في ذلك المحاكم الفرنسية شريطة أن ينعقد الاختصاص لهيئة التحكيم بالفصل في منازعات الاطراف في اتفاق التحكيم الذي انعقد التحكيم على اساسه، اما اذا كان احد المدعين او المدعي عليهم المتعددين ليس طرفا في اتفاق التحكيم فلن يدخل في الطائفة التي ينبغي عليها اختيار محكم واحد.

طعنت الشركتان الالمنيتان (Siemens) و (BKMI) في حكم محكمة استئناف باريس امام محكمة النقض لمخالفته نص المادة (٥٠٢ / ٢) من قانون المرافعات الفرنسي ، التي يميز الطعن في احكام التحكيم لعدم صحة تشكيل هيئة التحكيم او اذا كان القرار يتعلق بالنظام العام الدولي.

= د. احمد حسان حافظ مطاوع ، التحكيم في العقود الدولية للانشاءات ، المرجع السابق ، ص ٣٢٩ .
د. محمد عبد المجيد اسماعيل ، عقود الاشغال الدولية والتحكيم فيها ، المرجع السابق ، ص ٤٧٥ .

1) De Boissesson M. constituting An Arbitral Tribunal, ICC , Dossir of the institute of international Business law and practice , 1991 , p. 153

قضت محكمة النقض بأن " مبدأ المساواة بين بين الخصوم في اختيار المحكمين من المبادئ التي تتعلق بالنظام العام ولا يجوز التنازل عنها الا بعد نشأة النزاع ، ونظرا لقيام غرفة التجارة بضم الطلبين المقدمين من الشركتين " Siemens " و " BKMI " وحرمانهما من حقهما الطبيعي في تعيين محكم عن كل شركة مما يخل بمبدأ المساواة بين الخصوم ، وهو مبدأ متصل بالنظام^(١) .

يظهر من حكم محكمة النقض أنها الفت حكم محكمة الاستئناف وقضت بضرورة المساواة بين الخصوم في اختيار المحكمين ، واعتبار ذلك من المبادئ التي تتعلق بالنظام العام ولا يجوز التنازل عنها^(٢) .

ويظهر مما سبق ذكره أن محكمة النقض الفرنسية قد أستندت في حكمها الى مخالفتين صريحة في حكم الاستئناف هما : -

أ - إن تشكيل المحكمة التحكيمية لم يكن شرعيا بحسب المادة (٥٠٢ / ٢) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي .

ب - عدم احترام النظام العام في العقود ، معتبرة أن مبدأ المساواة بين الاطراف في تسمية اركان لهذا الحكم رد فعل صريح على انظمة مراكز التحكيم المختلفة .

وقد يتضح من الحكمين السابقين لكل من محكمة استئناف باريس ومحكمة النقض أن كلا منهما قد وضعتا السؤال نفسه الا وهو . هل يوجد تنازل من جانب كل طرف من اطراف الخصومة متعددة الاطراف عن حقه في تعيين محكمه ؟

(1) حكم محكمة النقض الفرنسية في ١٢ يونيو ١٩٩٢ . مشار اليه :

د. حسن محمد سليم . النظام القانوني للتحكيم . المرجع السابق . ص ٢٩٥ .

(2) د. حسام الدين فتحي ناصف . نقل اتفاق التحكيم . دراسة لقواعد النزاع والقواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على النقل الاتفاقي والقانوني لاتفاق التحكيم في ضوء القانون والقضاء المقارن والاتفاقات ولوائح التحكيم . ط ١ . دار النهضة العربية . القاهرة . ٢٠٠٣ . ص ٥٩ .

فقد جاءت إجابات محكمة الاستئناف، عن هذا السؤال بالإيجاب
واسست قضاءها ليس على اساس شرط التحكيم فحسب ولكن ايضا
على اساس الاتفاق في مجمله وبصفة خاصة على اساس الخصوصية التي
يتمتع بها اتفاق الكونسورتيوم.

بينما اجابت محكمة النقض على السؤال نفسه بالنفي على اساس
أن التنازل لا ينتج اثره الا بعد نشأة النزاع اما التنازل السابق على نشأة
النزاع فيعد باطلا.

فيما يتعلق بموقف الفقه الفرنسي من مسألة محل البحث فإنه لم
يعتق ايا من وجهتي النظر السابقتين على اطلاقها، لأن الاخذ بوجهة نظر
محكمة الاستئناف قد يضر بأحد الخصوم في الرابطة التعاقدية متعددة
الاطراف اذا ما اتضح تعارض مصلحته مع مصالح شركائه في اثناء سير
إجراءات التحكيم، والاخذ بوجهة نظر محكمة النقض قد يتعارض مع مبدأ
سلطان الارادة في مجال التحكيم، فاذا ما تأكدت إرادة كل طرف من
اطراف الخصومة متعددة الاطراف في التخلي عن حق كل منهم تسمية
محكمه فلا يحق لاحدهم بعد ذلك أن يشكوا من عدم المساواة ومن ناحية
اخرى، فإن تعدد الخصوم في الرابطة التعاقدية لا يعني دائما انهم اطراف
متعددون، بل قد يشكلون طرفا واحدا وبالتالي لن يكون هناك عدم
مساواة اذا اتفقوا جميعا على تعيين محكمة واحدة، هذا فضلا عن اعطاء
كل خصم الحق في أن يعين يارادته المنفردة محكما لنفسه برغم اتحاد
مصلحته مع مصلحة شركائه في الرابطة التعاقدية يعني اقراره فكرة المحكم
الموالي لخصم معين التي يرفضها الفقه^(١).

ونتيجة للمشاكل القانونية التي تنجم عن اتفاق التحكيم متعدد
الاطراف، فقد اجتهد بعض الفقهاء، لايجاد الحلول القانونية التي تعترض

(1) د. احمد مخاوف، اتفاق التحكيم كاسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية،
دراسة تحليلية تأصيلية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٢٧٧
د. حفيفة الحداد، المرجع السابق، ص ١٨٩.

طريق اتفاق التحكيم متعدد الاطراف خلال الاجراءات التحكيمية ، وذلك حتى يتم انجاز المهمة الموكلة اليه .

فقد ذهب جانب من الفقه الى القول بأنه يجب أن يترك مسألة تشكيل هيئة التحكيم عند تعدد اطراف الاتفاق عليه الى محكمة التحكيم وحدها ^(١) . ويترك لهيئة التحكيم هذه المهمة في تعيين اثنين من الثلاثة او اربعة من خمسة وترك لها حرية اختيار المحكم الثالث .

وبالفعل فقد ثبتت قواعد غرفة التجارة الدولية هذا الرأي وعالجت مشكلة تشكيل هيئة التحكيم لتفادي النتائج المترتبة على ذلك كما هو في حكم قضية " Dutco " ^(٢) .

في حين ذهب جانب اخر من الفقه الى القول بضرورة أن يتمسك كل طرف من اطراف النزاع بحقه في تعيين محكمه الخاص . لأن قوام التحكيم هو مبدأ سلطات الارادة كنتيجة منطقية للاسس التي يقوم عليها التحكيم التجاري الدولي وهي حرية كل طرف في تعيين محكمه الخاص الذي يستمد سلطة الفصل في الدعوى من إرادة الاطراف وحدهم ^٣ .

(1) د. محمد ابو العينين ، الطبيعة الخاصة للمنازعات الناشئة عن العقود الادارية ودور المؤسسات التحكيمية في تسويتها ، بحث مقدم الى ندوة التحكيم في منازعات العقود الادارية الدولية ، مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم بالتعاون مع مجلس الدولة المصري ، مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم ، القاهرة ، الفترة ١٦ - ١٨ / ابريل ٢٠٠٦ ، ص ٧ - ٨ .

(2) المادة العاشرة من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس التي صدرت في يناير عام ١٩٩٨ والتي نصت على ما ياتي :

" ١ - في حالة تعدد المدعين أو المدعى عليهم ، وكان النزاع يخضع لثلاثة محكمين ، فإن المدعين بالاشتراك فيما بينهم والمدعى عليهم بالاشتراك فيما بينهم يعين كل منهم محكما عنه يتم التصديق وفقا لاحكام المادة التاسعة .

٢ - وفي حالة عدم اتفاق الاطراف على تعيين محكم مشترك أو على اسلوب تشكيل هيئة التحكيم ، فإن محكمة الغرفة تستطيع تعيين اعضاء هيئة التحكيم وتختار من بينهم الرئيس ، وفي هذه الحالة فإن المحكمة تتمتع بجمرية كاملة في اختيار كل شخص تراه مؤهلا وقادرا على ان يقضي في النزاع بصفته محكما مع مراعاة تطبيق القواعد الواردة في المادة التاسعة " .

(3) د. عاطف محمد الفقي ، التحكيم التجاري متعدد الاطراف ، المرجع السابق ، ٢١٣ .

لذلك ينادي انصار هذا الرأي بأن يقوم اطراف النزاع بتفويض او توكيل شخص من الغير يتولى عنهم مهمة اختيار هيئة التحكيم التي يعهد اليها سلطة الفصل في النزاع , لان ذلك يعد تعبيراً عن ارادتهم إذ إن النائب عنهم ما هو الا معبراً عن إرادتهم, كما اضافوا بأنه في حالة منع المقوض من الغير في اختيار هيئة التحكيم فلا مفر من اللجوء الى قضاء الدولة لتشكيل هيئة التحكيم^(١).

في حين يرى البعض^(٢) أنه يجب تلافي مشكلة تعدد التحكيمات في حالة التحكيم متعدد الاطراف أن يكون ذلك باحد طريقتين, اولهما اذا كان الاتفاق التحكيمي يضم ثلاثة اطراف يتم تعين محكم واحد فقط للفصل في النزاع يكون محل اختيار جميع الاطراف, وثانيهما في حالة عدم توصل الاطراف الى اختيار محكم واحد ليفصل في النزاع, فيقوم كل طرف هنا بتعيين محكمه, ويتم اختيار رئيس هيئة التحكيم من بين المحكمين ويفضل الاكبر سناً.

وتذهب غالبية الفقه^(٣) الى أنه في حالة تعدد التحكيمات في عدة دعاوي يجمع بينهما ارتباط لا يقبل التجزئة, فيجب ان تنضم هذه التحكيمات بعضها مع بعضها الاخر, وتنظر فيها هيئة تحكيم واحدة تفصل في النزاع الناشئ عن هذه العقود باكماله, ولا يرى هذا الرأي صعوبة في عملية الضم اذا كانت شروط التحكيم في هذه العقود متماثلة اذ يفترض ضمنا موافقة الاطراف على هذا الضم, كما أن ذلك قد يمنع صدور احكام تحكيم تتعارض مع بعضها ويوفر الوقت والجهد.

في حين يرى البعض^(٤) الاخر امكانية الضم اذا وجدت الشروط التحكيمية تختلف من عقد الى اخر مستنديين الى ما صدر من احكام من

- (١) د. محي الدين اسماعيل علم الدين, منصة التحكيم التجاري متعدد الاطراف, المرجع السابق, ص ٢١٣.
- (٢) د. احمد مخلوف, المرجع السابق, ص ٢٧٧.
- (٣) د. احمد مخلوف, المرجع السابق, ص ٢٧٩.
- (٤) د. حسام الدين فتحي, المرجع السابق, ص ٥٨.

القضاء الفرنسي ، الذي قرر هذا الضم لتتخلف الإرادة الصريحة او الضمنية للإطراف مما يتعين معه رفض الضم ويتم كل تحكيم منفصلا عن الاخر.

ويتضح من ذلك أن غالبية الفقه تؤيد مسألة ضم التحكيمات في حالة التعدد والفصل فيها من هيئة تحكيم واحدة تفصل في النزاع بأكمله في حالة صعوبة تشكيل هيئة تحكيم من اطراف النزاع.

الفرع الثالث

الاختيار بالاستبعاد

توجد هذه الطريقة من طرق تشكيل هيئة التحكيم التجاري متعدد الاطراف في لائحة تحكيم متخصصة . ومن هذه اللوائح الموجودة لدى الجمعية الامريكية للتحكيم

The American Arbitration Association (AAA)

اذ تقوم الجمعية الامريكية بتقديم الى كل من الاطراف المتعددين قائمة بها أسماء اشخاص يمكن اختيار المحكمين من بينهم . فاذا كان عدد الاطراف ثلاثة والمطلوب محكم واحد ، تم ذلك بتقديم قائمة من الجمعية الى كل من الاطراف بها أربعة أسماء ، على أن يقوم كل طرف بحذف اسم واحد ، والاسم الذي لم يحذف يعد هو المحكم المتفق عليه ، اما اذا كان المطلوب ثلاثة محكمين فإن الجمعية ترشح للاطراف قائمة بها عدد مساو لعدد الاطراف زائدا واحدا ، على أن يستبعد كل طرف ثلاثة أسماء ، فاذا وجدت ثلاثة أسماء غير مستبعدة اعتبرت هي الاسماء المختارة ، هذا اذا استبعد الاطراف المحكمين أنفسهم ، اما اذا استبعد الاطراف محكمين مختلفين ، فيتم الاختيار بوساطة الجمعية من بين الاسماء غير المستبعدة الموجودة في القائمة.^(١)

(١) وقد نصت المادة (٢ / ٤) من اللائحة على انه " اذا كان هناك اكثر من طرفين في التحكيم ، فان الجمعية الامريكية للتحكيم سوف تقدم للاطراف قائمة باسماؤهم تساوي عدد الاطراف + واحد ومن حق كل طرف ان يستبعد محكما من القائمة . وتحفظ الجمعية الامريكية للتحكيم بملف يتضمن الخلفية المهنية لكل عضو في هيئة التحكيم =

الفرع الرابع الاختيار بالتنازل

يتم العمل بهذه الطريقة عن طريق تنازل أحد الاطراف او تخليه عن حقه في تعيين محكم عنه للوصول الى اقل عدد ممكن من المحكمين ليتلاءم مع العدد المتفق عليه في اتفاق التحكيم ، وذلك اما انه يرى ان النزاع الحقيقي لا يمس بل يمس طرفا اخر في تحكيم اخر منضم او لانه تدخل او ادخل في تحكيم قائم ويكتفي بالمحكمين المختارين سلفا من الاطراف الاصيلين. ويمكن أن تظهر هذه الطريقة في الحالتين الاتيتين :

١- التنازل من احد اطراف التحكيم المنضمة:

في هذه الحالة حينما يتعلق الامر بضم محكمين احدهما بين صاحب العمل والمقاول الاصيلي ، والثاني بين المقاول الاصيلي والمقاول من الباطن ، بشأن عقد من عقود التشييد. حينما يحصل نزاع بين صاحب العمل والمقاول من الباطن.

إذ إن اغلب التشريعات تعترف لمقاول الباطن باقامة دعوى مباشرة ضد صاحب العمل ، وهذه الدعوى مصدرها القانون ، لذلك يستطيع المقاول من الباطن رفع دعوى امام التحكيم حينما يتم تشكيل هيئة التحكيم للفصل في النزاع ، اذ يواجه صاحب العمل والمقاول الاصيلي بخصوص موضوع الاعمال المنفذة ضمن العقد من الباطن^(١) .

وقد يرى المقاول الاصيلي أنه ليس في حاجة لتعيين محكم حتى يتسنى تشكيل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين يختار صاحب العمل

= ويتعين ان توافر المعلومات وتقديمها لاي طرف في التحكيم بناء على طلب كتابي او شفهي مقدم منه . ويجب ممارسة حق الاستبعاد خلال ثمانية ايام من تاريخ ارسال قائمة المحكمين بالبريد بمعرفة الجمعية الامريكية للتحكيم . ويجب ان تختار الجمعية الامريكية للتحكيم المحكم من بين المحكمين الموجودين في القائمة . ولن يمارس اي محكم العمل في اكثر من ٢٥ تحكيميا من هذا القبيل خلال العام الميلادي .

J. F. Bonrque , op. cit. , p. 551 & M. DE. Boisseson

١ د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي ، عقد المقاوله ، منشأة المعارف ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ٢٤٩ .

احدهما والمقاول من الباطن احدهما , ثم يختار المحكمان المعينان سلفا المحكم الثالث او رئيس المحكمة ^(١) .

ويظهر مما سبق ذكره يمكن المحافظة على التشكيل الثلاثي لهيئة التحكيم عن طريق تنازل المقاول الرئيس عن حقه في تعيين محكمه . وكلما زاد عدد الاطراف في العقود المرتبطة زاد احتمال تنازل أحدهم أو بعضهم عن حقه في تعيين محكمه او محكميهم , وذلك بموافقة باقي الاطراف. حتى يتم التوصل الى اصدار حكم التحكيم بكلفة اقل وفي وقت اقصر ^(٢) .

وقد اشارت الى هذه الطريق المحكمة العليا في نيويورك في دعوى " In Rew Showa " , فقد ضمت المحكمة نزاعين احدهما بين مالك السفينة والمستأجر , والآخر بين المستأجر الاصلي والمستأجر من الباطن . حيث لاحظت المحكمة ان النزاع كان بين المالك والمستأجر من الباطن , وبضوء ذلك فقد قضت المحكمة بما يأتي " إن المشاتل والصعوبات المثارة بشأن تعيين هيئة التحكيم من السهل حلها , وذلك من خلال قيام المدعي في القضية الثانية بين المستأجر الاصلي والمستأجر من الباطن , وهو المستأجر الاصلي بسحب محكمه الذي عينه , ليسمح للمحكمن المختارين من كل من مالك السفينة والمستأجر من الباطن باختيار محكم ثالث محايد , والا فلا مناص من التشكيل الخماسي لهيئة التحكيم , بمعنى أن يختار المالك محكما , والمستأجر الاصلي محكما , والمستأجر من الباطن محكما ثم يقوم الثلاثة محكمين باختيار محكمين اثنين محايدين , ثم يصدر الحكم بأغلبية ثلاثة من هؤلاء الخمسة " ^(٣) .

(1) عاطف محمد الفقي . التحكيم التجاري متعدد الاطراف . المرجع السابق . ص ٢١٧ .

2) in Re showa shipping co. Inc. 1975, A. M.C., 790 (SUP. CA. N. Y.975N).

دعوى تحكيمية عرضت على المحكمة العليا في نيويورك مشار اليها في د. عاطف محمد الفقي . المصدر السابق . ص ٢١٨ .

3) J. F. Bourqne , op. cit , p. 552

وهكذا فإن اختيار هيئة التحكيم عن طريق تنازل احد الاطراف او بعضهم عن حقه أو حقهم في تعيين محكمه او محكميهم قد يغني اساساً عن ضم التحكيمات ويتم ذلك عن طريق انسحاب احد الاطراف والانتظار حتى يتم الفصل في الدعوى بين اطرافها الحقيقيين مع حفظ حقوقه كافة. فإن لم يعرض عن الضم فإنه يحافظ على التشكيل الثلاثي المقرر سلفاً في شروط التحكيم، ويقلل بالتالي من نفقات التحكيم ويوفر من وقته ويعزز من قدرة الحكم الصادر على التنفيذ^(١).

٢- التنازل من الطرف المتدخل او الطرف الذي ادخل:

إذا تدخل احد الاطراف أو أدخل في النزاع التحكيمي فإن الطرف المتدخل أو الطرف الذي ادخل، قد يرى أن النزاع الحقيقي هو بين اطراف الخصومة الاصيلين ، أو أنه لن يستفيد او يضر من هذا المتدخل او الذي ادخل فيتنازل عن حقه في تعيين محكم لصالح الطرف الذي تدخل أو أدخل الى جانبه ، ومن ثم يظل تشكيل هيئة التحكيم ثابتاً بين الخصوم الاصيلين في الدعوى ، أي يبقى التشكيل ثلاثياً والا سيزداد العدد الى خمسة ، وهذه الطريقة في التنازل مستخدمة في بعض شروط التحكيم الأنموذجية^(٢).

المطلب الثاني

اختيار هيئة تحكيم ذات تشكيل متغير

يتم في هذه الحالة إحترام مبدأ حرية الاطراف في تعيين محكميهم إذ يتم اختيار محكم لكل طرف من الاطراف مهما تعددوا سواء أكان التعدد في جانب المدعين ام المدعي عليهم ام الاثنين معا. وهذا يمكن أن يضع تحت هذا الاسلوب في اختيار هيئة التحكيم متعدد الاطراف طريقتين تعرض لكل منها في فرع مستقل وذلك على النحو الآتي:

الفرع الاول: اختيار عدد من المحكمين مساوٍ لعدد الاطراف.

(١) د. محمد نور شحاته، المرجع السابق، ص ١٥٣.

(٢) د. عاطف محمد الفضي، المرجع السابق، ص ٢١٩.

الفرع الثاني: اختيار عدد من المحكمين على وفق اسلوب معين.

الفرع الاول

اختيار عدد من المحكمين مساو لعدد الاطراف

يتم في هذه الحالة اختيار محكم واحد لكل طرف من اطراف النزاع متعدد الاطراف مهما بلغ هذا التعدد , ثم يقوم المحكمون المختارون من الاطراف بتعيين محكم محايد او اكثر . فيتزايد عدد المحكمين تبعاً لتزايد عدد الاطراف^(١) .

كما في حالة تحكيم ناشئ عن عقد كونسورتيوم بين شركة " A " من ناحية , والشركات الاخرى " B " و " C " و " D " من ناحية اخرى , يتم تشكيل هيئة تحكيم على وفق هذه الطريقة كالاتي : تعيين الشركة المدعية " A " محكما عنها , ويعين المدعي عليهم " D , C , B " ثلاثة محكمين بواقع محكم عن كل طرف , ثم يقوم المحكمون المختارون من الاطراف بتعيين محكم محايد , فيكون التشكيل خماسيا ويتزايد عدد المحكمين كلما زاد عدد الاطراف.

وفي تحكيم متعلق بمنازعة ناشئة عن عقد ضمان بين المدعي " A " والمدعي عليه " B " والضامنين " D " , " C " , واللذين تم ادخالهما في الدعوى , إذ يتم تشكيل هيئة التحكيم كالاتي : يقوم المدعي " A " بتعيين محكم , ويقوم المدعي عليهم " B " , " C " , " D " بتعيين ثلاثة محكمين بواقع محكم لكل طرف , ثم يختار المحكمون الأربعة محكما خامسا محايدا ليكون رئيس هيئة التحكيم^(٢) .

يتضح من ذلك أن هذه الطريقة التي يتم فيها تشكيل هيئة التحكيم وعلى الرغم من أنها تحقق مبدأ المساواة وتعطي الحرية لكل طرف من

(1) د. محمد ابو العينين , الطبيعة الخاصة للمنازعات الناشئة عن العقود الادارية ودور المؤسسات التحكيمية في تسويتها , المرجع السابق , ص ١٧ .

2) J. F. Bourque , op. cit. , p. 554

تعيين محكما عنه، الا أنه يعاب عليها أنها تستغرق وقتا اطول بسبب تعدد المحكمين وكثرتهم، فضلا عن أنها ستزيد من كلفة التحكيم.

الفرع الثاني

اختيار عدد من المحكمين على وفق اسلوب معين

في هذه الطريقة من طرق تشكيل هيئة التحكيم متعدد الاطراف وحينما يتعدد المحكمون ويزداد عددهم تبعا لزيادة عدد الاطراف المتنازعة، ولكن على وفق اسلوبين محددين عمل بهما القضاء الامريكى في تغيير تشكيل هيئة التحكيم.

إذ إن القضاء الامريكى في البداية ولكي لا تتم مخالفة التشكيل المتفق عليه من الاطراف سلفا في اتفاق التحكيم أشار باتباع أسلوب التنازل أو التخلي من أحد الاطراف أو بعضهم عن حقه أو حقهم في تعيين محكمه أو محكميهم، غير أن الكثير من الاطراف وفي كثير من القضايا رفضوا اسلوب التنازل أو التخلي، ومن ثم ظهر في القضاء الامريكى اسلوبان لاختيار تشكيل هيئة التحكيم المنضمة احدهما في دعوى " Espanola " والاخرى في دعوى " Manumante " وذلك على النحو الاتي:

١- اختيار هيئة التحكيم المنضم على وفق طريقة دعوى " Espanola " (١):

في هذه الدعوى فقد أمرت المحكمة الفيدرالية الامريكية بضم التحكيمين، وهما التحكيم بين مالك السفينة والمستأجر، والتحكيم بين مالك السفينة وضامن المستأجر. قررت لذلك أنها تملك عقد الامر بضم التحكيمات وسلطة تحديد اسلوب اختيار هيئة التحكيم وكذلك عدد المحكمين.

(1) compania Espanola de petroleos , S. A. V. Nereus shipping , S. A. et al , 527 f. 2d 966 (2 d. cir. 1975),
مشار اليه في د. عاطف محمد الفضي . المرجع السابق . ص ٢٢٢ - ٢٢٣ .

ولهذا قضت المحكمة بأن تشكيل محكمة التحكيم على النحو الآتي :
" يقوم مالك السفينة بتعيين محكم واحد برغم أنه كان طرفاً في الدعوى
الأولى والدعوى الثانية ، ولهذا فهو بمثابة الطرف الوسيط الذي لا تتغير
مصالحه ، ثم يقوم المستأجر بتعيين محكم ، ويقوم الشخص الضامن بتعيين
محكم ، فيكون العدد ثلاثة ، ثم يقوم المحكمون الثلاثة المختارون من
الأطراف باختيار محكمين محايدين فيكتمل التشكيل خماسياً ، واعطت
المحكمة للأطراف مهلة قدرها عشرون يوماً ثم اعطت للمحكمين
المختارين من الأطراف مهلة قدرها عشرة أيام للقيام بمهمة تعيين المحكمين ،
فإن فشلوا أو قصروا فإن المحكمة الابتدائية تقوم بهذا التعيين .

٢- اختيار هيئة التحكيم المنضم وفق طريقة دعوى (Manumante)^(١)

أجرى القضاء الأمريكي في هذه الدعوى تعديلاً على تشكيل هيئة
التحكيم المنضم الذي تم تبنيه في الدعوى السابقة ، إذ خير الأطراف بين
تشكيل الخماسي في الدعوى السابقة ، وبين تقليل هذا العدد إلى أربعة
محكمين ، إذ يختار كل طرف محكماً ، ثم يختار الثلاثة محكمين المختارين من
الأطراف محكماً رابعاً محايداً .

ويتضح من ذلك أن الأسلوبين اللذين تبناهما القضاء الأمريكي
والخاص بضم التحكيم يؤدي إلى زيادة عدد المحكمين أي أنه كلما زاد
عدد الأطراف المتنازعة ازدادت في أعداد المحكمين ربما إلى سبعة أو تسعة أو
أكثر ، مع الأخذ في الحسبان أن هذه الزيادة في أعداد المحكمين لا تخدم
العملية التحكيمية وخاصة عندما يكون أطراف النزاع أو المحكمون يتمتعون
إلى جنسيات مختلفة مما يؤدي ذلك إلى الصعوبة في عقد جلسات التحكيم ،
وينعكس سلباً على التحكيم وعلى الميزات التي يوفرها عند اللجوء إليه
من أهمها السرعة والمرونة في تبسيط الإجراءات وقلة التكاليف .

(1) compania Espanola de petroleos , S. A. V. Nereus
shipping , S. A. et al, 527 F. 2d 966 (2d. cir. 1975)
مشار إليه في د. عاطف محمد الفضي ، المرجع السابق ، ص ٢٢٢ - ٢٢٣ .

المبحث الثاني

اختيار هيئة التحكيم متعدد الاطراف بوساطة الغير

قد يرغب الاطراف حينما تشكل هيئة التحكيم في اللجوء الى احدى مراكز التحكيم أو مؤسساته الدائمة لما تحظى به من مكانة وخبرة وقبول في مجال التحكيم وما تشتمل عليه لوائحها الداخلية من قواعد معلومة يسهل الرجوع اليها لضبط عملية التحكيم^(١).

ومن الجدير بالذكر أنه في حالة التجاء الاطراف الى احدى المؤسسات التحكيمية ليس من الضروري الاتفاق على كيفية اختيار المحكمين ، ذلك أن القواعد المتبعة في تلك المؤسسة التحكيمية هي التي تعالج هذا الامر وفقا لاهمية النزاع وطبيعته ، ففي بعض الحالات قد تلجأ الاطراف الى مؤسسة تحكيمية او مركز تحكيمي لاختيار أو تشكيل هيئة التحكيم ، وفي بعض الاحيان يقتصر دور المركز او رئيسه على مهمة التشكيل فقط من دون غيرها ، وفي حالات اخرى قد يضمن الاطراف في اتفاقهم و رغبتهم في حل منازعاتهم في اطار احدى المنظمات الدولية التي تتولى تنظيم التحكيم في جميع مراحلها^(٢).

ومن الملاحظ أن إرادة المحكمين لا تقتصر على مجرد اختيار المركز التحكيمي فحسب بل تملك ايضاً في لائحة المركز المختار^(٣) . وقد بدأت مراكز التحكيم الدولي تعديل لوائح تحكيمها لابرار دورها في تعيين هيئة التحكيم متعدد الاطراف بعد أن فرض هذا التعدد أهميته على التحكيم التجاري الدولي.

(1) د. احمد السيد صاوي ، المرجع السابق ، ص ٧٣ .

(2) د. مهنتد احمد الصانوري ، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٥ ، ص ٨٧ .

(3) د. ابراهيم احمد ابراهيم ، اختيار طريق التحكيم ومفهومه ، بحث مقدم الى الدورة العامة لاعداد المحكم ، مركز حقوق عين شمس للتحكيم ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، القاهرة ، ٢٢ - ٢٧ يناير ٢٠٠٠ .

فقد عدلت محكمة لندن للتحكيم التجاري الدولي
" London Court of International Arbitration " LCIN "

لائحة تحكيمها فقد نصت المادة الثامنة على تعدد الاطراف بما يأتي :
١ - حينما يعطي اتفاق التحكيم كل طرف الحق في تعيين محكم، وحينما
يشتمل النزاع على اطراف يزيد عددهم على اثنين، وحين لا يتفق
هؤلاء الاطراف كتابة على انهم سيتنازعون في طرفين مختلفين
احدهما المدعي والآخر المدعي عليه، فإن محكمة لندن للتحكيم
التجاري الدولي ستعين محكمة التحكيم من دون انتظار تعيينهم من
الاطراف.

٢ - وفي مثل هذه الظروف، فإن اتفاق التحكيم سيتم تعديله كتابة
بوساطة الاطراف ليشمل الموافقة على تعيين محكمة التحكيم التي
عينتها محكمة لندن للتحكيم التجاري الدولي.

كذلك نصت المادة (٨) مكرر من لائحة تحكيم مركز القاهرة
الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي على " عندما يتضمن التحكيم متعدد
الاطراف ، طرفين مدعين او اكثر ، او طرفين مدعي عليهما او اكثر ، قد
يتفق الاطراف على عدد ووسائل تعيين المحكمين ، واذا لم يتفق الاطراف
على التعيين خلال خمسة واربعين يوما من تاريخ اخطارهم بطلب
التحكيم يتولى المركز تعيين جميع المحكمين بناء على طلب اي من
الاطراف وفي هذا الصدد أيضاً يقوم المركز بتعيين واحد من المحكمين
المعينين للعمل كرئيس هيئة التحكيم " .

وعلى هذا فإن اللجوء الى مراكز التحكيم النظامي هو انسب
الحلول لتفادي المشاكل التي يمكن أن تظهر اذا نشب النزاع بسبب تنفيذ
العقود المركبة التي يشترك في تنفيذها اطراف متعددة ، وذلك من خلال
قدرة تلك المراكز على ادارة التحكيم متعدد الاطراف ، وهكذا نجد الاتجاه
العام في غرفة التجارة الدولية ومحكمة لندن للتحكيم التجاري الدولي
ومركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي، تقوم بمساعدة اطراف

النزاع عند عدم اتفاقهم على تعيين المحكمين، إذ تقوم هي بهذا الدور وتعيين جميع المحكمين. وهذا على خلاف الجمعية الامريكية للتحكيم التي تبقى على المحكمين المعينين بوساطة الاطراف وتقوم باستكمال العدد الناقص من المحكمين فقط^(١).

وقد أجاز قانون التحكيم المصري لأطراف التحكيم اللجوء الى منظمة دائمة أو مركز للتحكيم، واعطى الاولوية لقواعد هذه المراكز تغليبا للطابع الرضائي للتحكيم واحتراما لإرادة الاطراف المحتكمة التي اختارت اللجوء الى هذه المؤسسات، إذ نصت المادة السادسة منه على ما يأتي:

" إذا اتفق طرفا التحكيم على اخضاع العلاقة القانونية بينهما لاحكام عقد أمودجي أو اتفاقية دولية او وثيقة اخرى، وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من احكام خاصة بالتحكيم."

الفصل الرابع

حكم التحكيم متعدد الاطراف

تنتهي مهمة هيئة التحكيم بانتهاء إجراءات التحكيم بعد نظرهم النزاع وتصدر حكمها فيه بحسب القواعد الموضوعية في القانون الواجب التطبيق على النزاع.

والمقصود بحكم التحكيم، هو الحكم النهائي الذي تصدره هيئة التحكيم في موضوع النزاع سواء كان الحكم شاملا لكل النزاع او جزءاً منه، وبه تنتهي الخصومة بين الاطراف المحتكمه، ويحصل كل طرف على حقه^(٢).

وحرصاً من الدول المختلفة على تشجيع التحكيم التجاري وتنفيذ احكامه ابرمت الكثير من الاتفاقيات الدولية الثنائية والجماعية التي تلزم القضاء الوطني في الدول المختلفة بالاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم،

- (1) د. محي الدين اسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص ٦٣ - ٦٤.
- (2) د. حميد لطيف الدليمي، دراسات في التحكيم، مؤسسة مصر مرتضى لكتاب العراقي، بغداد ٢٠١١، ص ٩٣.

وتأتي في مقدمة هذه الاتفاقيات اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ بشأن الاعتراف وتنفيذ احكام المحكمين، والنافذة على المستوى الدولي منذ ٧ يونيو ١٩٥٩^(١).

وقد انضم عدد كبير من الدول لهذه الاتفاقية بلغ عددها ١٢٨ دولة^(٢) لغاية ٢٠٠٥، ولم يوقع عليها ولا مُسوغ عدد كبير من الدول العربية، مع الاخذ في الحسبان أن الاتفاقية قاصرة على الدول الموقعة عليها فقط لتنفيذ الاحكام في القضايا التحكيمية الناشئة عن العلاقات بين الدول أو الاشخاص.

وقد سعت الاتفاقية في مادتها الاولى من نطاق تطبيق احكامها ليشمل احكام التحكيم التجاري الدولي كافة، سواء اكانت احكاماً تحكيمية صادرة من تحكيم خاص "Ad-hoc" او من تحكيم نظامي، وسواءً اكان اطراف هذه الاحكام افراداً ام شركات ام اشخاصاً اعتبارية كالدولة او احد اشخاصها المعنوية العامة، وهذا الاتساع في نطاق تطبيق الاتفاقية يسمح بتطبيقها بالطبع على الاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم التجاري الدولي متعدد الاطراف^(٣).

والمعاهدة لم تشترط أن يكون النزاع تجارياً، لأن من الدول ما لا يعرف التفرقة بين المسائل المدنية والتجارية وذلك حتى يتسع نطاق المعاهدة وحتى لا تحجم الدول عن الانضمام اليها^(٤).

وحسنت اتفاقية نيويورك موضوع اتفاق التحكيم اذ قررت صراحة أن تعترف بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقاضاة الاطراف بأن يخضعوا

- (1) د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دروس على الالة الكاتبة القيت على طلبة الدراسات العليا في كلية حقوق القاهرة، ١٩٧٣ ص ٨٩ - ٩٠
- (2) من الدول العربية التي صادقت وانظمت لهذه الاتفاقية: مصر وسوريا والمغرب (١٩٥٩)، تونس (١٩٦٧) البحرين (١٩٨٨) الجزائر (١٩٨٩) الكويت (١٩٧٨) الاردن (١٩٧٩) السعودية (١٩٩٤) لبنان (١٩٩٨)
- (3) د. عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق المستوفية، مصر ١٩٩٥، ص ٧٠٤، وما بعدها.
- (4) د. ابراهيم احمد ابراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق ص ٢٥٢

للتحكيم كل او بعض المنازعات الناشئة او التي قد تنشأ بينهم سواء كانت الرابطة بشأن موضوع يتعلق بروابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية^(١). بشرط جواز تسوية موضوع النزاع وقابليته للتحكيم^(٢)، وبذلك فقد عملت اتفاقية نيويورك على المساواة بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم.

وكذلك أوجبت الفقرة الناشئة من المادة الثانية من الاتفاقية على محاكم الدول المتعاقدة حينما تنظر في نزاع كان اطرافه اتفقوا على حل نزاعهم عن طريق التحكيم وفقاً للشروط المذكورة في الفقرتين (١) و(٢) من المادة نفسها ان تحيل النزاع الى التحكيم بناءً على طلب احد الاطراف، وبذلك يلحظ ان المادة الثانية تتطلب شروطاً لصحة اتفاق التحكيم وهذه الشروط هي :-

١. أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً.

حيث ان شرط الكتابة متطلب اجباري لالتزام الدولة المتعاقدة المطلوب منها التنفيذ والاعتراف بحكم التحكيم الاجنبي، فلا تلتزم الدولة بالاعتراف باتفاق التحكيم، اذا لم يكن هذا الاتفاق مكتوباً^(٣). ولا يلزم أن يكون شرط تحكيم في العقد الاصلي المنظم لاتفاق الاطراف. ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً من خلال الخطابات او برقيات متبادلة فيما بينهم، إذ يكثر اللجوء الى البرقيات والبريد الالكتروني والتلكس وذلك ضروري لتسهيل العمليات التجارية الدولية ولكن يجب أن يكون هناك تبادل للمراسلات بين الطرفين ليتحقق شرط الكتابة بين الطرفين^(٤).

- (١) د. ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٦ ص ١١٧
- (٢) د. ابراهيم احمد ابراهيم، المرجع السابق ص ٢٥٦
- (٣) د. عز الدين عبد الله، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، مجلة مصر المعاصرة، السنة ٦٩ العدد ٣٧، يناير ١٩٧٨.
- (٤) د. ابراهيم احمد ابراهيم، تنفيذ احكام التحكيم الاجنبية، المجلة المصرية القاهرة، العدد ٣٧، ١٩٨١

٢. قابلية النزاع للتحكيم:

تعد القوانين الوطنية المرجع الرئيس في تحديد مسألة قابلية النزاع للتحكيم، إذ إنه لا بد من الرجوع الى هذه القوانين لمعرفة إجازته للتحكيم في موضوع النزاع من عدمه، ولم تعترض اتفاقية نيويورك لهذه المسألة، وقد اختلفت الفقرة الثانية^(١) من المادة الخامسة من هذه الاتفاقية الى القانون الوطني في الدولة المطلوب منها التنفيذ للتأكد من قابلية النزاع للحل بالتحكيم وهو أمر يتعلق بالنظام العام في بلد القاضي.

والآثار التي تترتب على اتفاق التحكيم تشمل ما يأتي:

أ - إذا توافرت الشروط السابقة فإن الدولة المتعاقدة المطلوب منها تنفيذ حكم التحكيم الاجنبي تلتزم بالاعتراف باتفاق التحكيم وليس لها ان تفرض اية شروط اخرى.

ب - امتناع محاكم الدولة عن النظر فيما ينشأ عن اتفاق التحكيم من منازعات حتى لو كانت مختصة بالنظر وفقا لقواعد الاختصاص القضائي وذلك في حالة تمسك أحد الاطراف باتفاق التحكيم وطلب اللجوء للتحكيم.

اما اذا طرح الامر على المحكمة القضائية بعد اصدار الحكم فان جوهر الاتفاقية هدفها الاساسي تقضي باعتراف كل من الدول الموقعة بحجية حكم التحكيم وتنفيذه طبقا لقواعد المرافعات المدنية المتبعة فيها^(٢).

(1) حيث نصت الفقرة الثانية من المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك على ماياتي
يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين ان ترفض الاعتراف والتنفيذ اذا تبين لها:

أ - ان قانون ذلك البلد لا يميز تسوية النزاع عن طريق التحكيم
ب - ان في الاعتراف بحكم المحكمين او تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد.

(2) المادة الثالثة من اتفاقية نيويورك نصت على ماياتي:
تعترف كل من الدول المتعاقدة بحجية حكم التحكيم وتامر تنفيذه طبقا لقواعد المرافعات المتبعة في الاقليم المطلوب اليه التنفيذ للشروط المنصوص عليها في المواد التالية: ولا تفرض الاعتراف او تنفيذ احكام المحكمين التي تطبق عليها احكام الاتفاقية الحالية شروط اكثر شدة ولا رسوم قضائية اكثر ارتفاعا بدرجة ملحوظة من تلك التي تفرض للاعتراف وتنفيذ احكام المحكمين الوطنيين.

وقد ذهب البعض^(١) الى أنه يجوز اخضاع القرار الاجنبي لرقابة اشد من الرقابة على القرار الوطني ولكن لا يجوز أن يصل الفرق في هذه الحالة العاملة الى حد الاختلاف في جوهر المعاملة ويظهر مما سبق ذكره نحن لا نميل الى هذا الرأي في مجال تطبيق اتفاقية نيويورك إذ إن الدول طبقاً لهذه الاتفاقية تلتزم بالاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الاجنبي في اقليمها وفقاً للاجراءات المقررة في قانونها وبالشروط التي وضعتها الاتفاقية والزمّت المادة الرابعة من اتفاقية نيويورك طالب التنفيذ أن يرفق بطلبه اصل حكم التحكيم او صورته الرسمية التي تحتوي على جميع بيانات الحكم وترجمة رسمية لحكم التحكيم واتفاق التحكيم بلغة الدولة المراد اجراء التنفيذ فيها ويترتب على عدم تقديم اي من هذه الاوراق عدم قبول الطلب^(٢).

وتقتصر دعوى الامر بالتنفيذ على مدى توافر الشروط الاساسية اللازمة لتنفيذ حكم التحكيم الاجنبي وفقاً للشروط المذكورة في المعاهدة. ومن خلال استعراض المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك نرى أنها ميزت بين أسلوبين من أساليب رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم الاجنبي :-

الاسلوب الاول:-

من خلال الغاء عبء الاثبات في الفقرة الاولى من هذه المادة على طالب التنفيذ إذ نصت على أنه لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الا اذا قدم الدليل للسلطة المختصة على :-

أ - عدم صحة اتفاق التحكيم سواء بسبب نقص الاهلية او عدم صحة الاتفاق وفقاً للقانون الذي اخضعتة الاطراف له ، او بالنسبة لقانون مكان صدور الحكم.

(1) د. محسن شفيق، المرجع السابق ص ٢٣٠
(١) نقض مدني مصري في ١٩٩٧/٥/٢١ رقم ٨١٥ لسنة ٥٢ ق، شاراليه في د. منير عبد المجيد، الاسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٤١٣

ب- عدم تبليغ المحكوم عليه بتعيين المحكم او باجراءات التحكيم او استحالة تقديم دفاعه.

ج- تجاوز المتحكمن لاتفاق التحكيم.

د- مخالفة تشكيل هيئة التحكيم او مخالفة الاجراءات التحكيمية لاتفاق التحكيم او لقانون الدولة التي تم فيها التحكيم حين عدم الاتفاق.

هـ- عدم امكانية جعل الحكم ملزما للخصوم او أنه قد تم ابطاله او ايقاف تنفيذه بوساطة السلطة المختصة في الدولة التي صدر فيها الحكم او في الدولة التي صدر الحكم وفقا لقانونها.

الاسلوب الثاني:-

جواز رفض الاعتراف والتنفيذ لحكم التحكيم الاجنبي من قبل المحكمة من تلقاء نفسها وذلك في حالتين :-

أ - ان قانون بلد التنفيذ لا يميز تسوية النزاع عن طريق التحكيم.

ب- اذا كان في الاعتراف بحكم المحكمين او تنفيذه ما يخالف النظام العام في بلد التنفيذ.

وبضوء ما تقدم يمكننا تقسيم هذه الاسباب الى ماياتي:-

١- اسباب تعود الى اطراف اتفاق التحكيم من حيث كونهم لاتتوافر فيهم الاهلية اللازمة للوصول الى اتفاق التحكيم وفقا للقانون الذي ينطبق عليهم.

٢- اسباب تعود الى اتفاق التحكيم نفسه اذا شابه عيب يمس بصحته وفقا للقانون الخاضع له ذلك التحكيم او وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه حكم التحكيم.

٣- أسباب تعود الى الحكم نفسه :-

أ - عند تجاوز الحكم الامور المشمولة في اتفاق التحكيم او فصله في امور لم يتفق عليها ومع جواز الاعتراف بالحكم جزئيا في حدود المنازعات الداخلة في اتفاق التحكيم اذا امكن فصلها عن باقي اجزاء الحكم.

ب- اذا كان الحكم لم يصبح قطعياً ملزماً للأطراف أو أن يكون قانون الدولة التي جرى فيها التحكيم أو صدر الحكم بموجبه قد انقضى أو اوقفه.

٤- اسباب تعود الى عيب في اجراءات التحكيم او اصدار الحكم :
أ - كأن يكون تشكيل هيئة التحكيم واجراءاته تمت بعدم وجود اتفاق.

ب- عدم احترام حقوق الدفاع بالنسبة للخصوم^(١).
هذا وقد ثبتت معظم الدول هذه الاسباب التي اوردها اتفاقية نيويورك عند تنظيمها لكل من الطعن على حكم التحكيم في الدول التي صدر فيها الحكم، او اسباب رفض تنفيذ الحكم في الدولة المطلوب اليها التنفيذ، بحيث اصبحت مراعاة هذه الاسباب في صالح تنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي، واغفالها في غير صالحة في الدول كافة^(٢).

فإذا اردنا البحث عن هذه الاسباب في مجال تنفيذ احكام التحكيم متعدد الاطراف، فإنه ينبغي ان نفرق بدءاً بين التعدد الاختياري للأطراف امام التحكيم التجاري الدولي، والتعدد الاجباري لهؤلاء الاطراف، فإذا كان تعدد الاطراف امام التحكيم التجاري الدولي تعدداً اختيارياً صراحة او ضمناً، وذلك بابرام اطراف العلاقات التجارية المركبة لاتفاقات تحكيم واضحة تبرز اتفاقهم على عقد تحكيم متعدد الاطراف يتم تنظيمه وإدارته من قبل هؤلاء الاطراف او من خلال مركز تحكيم تجاري نظامي، فإن هذا الاتفاق من خلال اقراره لمبدأ التعدد، ومعالجته لمسألة تشكيل هيئة التحكيم متعدد الاطراف، وتنظيمه للاجراءات التحكيمية كافة بعدالة ومساواة، فضلاً عن الرضا بالحكم التحكيمي المنتظر اصداره، فإن هذا الاتفاق يصل بالحكم التحكيمي الى بر الامان بعيداً عن الانتقادات التي

(١) د. جورج حزبون، النظام القانوني للتحكيم الاجنبي في القانون الداخلي، مجلة الشريعة، لسنة الحادية عشر، العدد الرابع ١٩٨٧
(٢) انظر المادة (٥٣) من قانون التحكيم المصري التي تبين الحالات التي يجوز فيها رفع دعوى بطلان حكم التحكيم.

يمكن أن توجه إليه من خلال اسباب عدم الاعتراف ، وعدم تنفيذ هذا الحكم^(١).

أما إذا كان تعدد الاطراف امام التحكيم التجاري الدولي اجبارياً رغباً عن احد الاطراف او بعضهم فإن حكم التحكيم الصادر يكون عرضة للهجوم على وفق بعض اسباب عدم الاعتراف ورفض التنفيذ الوارد في معاهدة نيويورك وقوانين التحكيم الوطنية والذي سنتناوله في اربعة مباحث وعلى النحو الاتي:

المبحث الاول: عدم صحة اتفاق التحكيم.

المبحث الثاني: الاخلال بحقوق المدعي عليه في الدفاع.

المبحث الثالث: مخالفة تشكيل هيئة التحكيم او مخالفة الاجراءات التحكيمية للاتفاق او لقانون محل التحكيم.

المبحث الرابع: مخالفة النظام العام.

المبحث الاول

عدم صحة اتفاق التحكيم

تنص المادة (٥٣) من قانون التحكيم المصري على ما يأتي :-

- ١- لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم الا في الاحوال الاتية:
 - أ - اذا لم يوجد اتفاق تحكيم او كان هذا الاتفاق باطلا او قابلاً للإبطال او سقط بانتهاء مدته.
 - ب- اذا كان احد طرفي اتفاق التحكيم وقت ابرامه فاقد الاهلية او ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم اهليته^(٢).

(1) Garig w.l , means of recourse and enforcement of the Awards , in Ice , Dossier of the institute of international business Law and pratice , 1991 , P 220

(٢) المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ نصت على مايلي :

١- لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم الا اذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب اليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على:

وعلى هذا فعند غياب موافقة الاطراف على التحكيم متعدد الاطراف فإنه يجوز الطعن في الحكم الصادر في مثل هذا التحكيم، وكذلك يجوز رفض الاعتراف به او تنفيذه اذا مدت هيئة التحكيم اختصاصها الى اشخاص ليسوا اطرافا في اتفاق التحكيم، وذلك على عكس المعايير التي تتعلق بجواز هذا المد وتوسيع اتفاق التحكيم ليشمل هؤلاء الاطراف وذلك لأن مثل هذا الاتفاق يكون غير صحيح بالنسبة لهؤلاء الاطراف وفقا للقانون الذي خضعت له الاطراف او لقانون مكان التحكيم.

ولبلورة موقف القضاء التحكيمي والوطني في الاعتراض على حكم التحكيم متعدد الاطراف وأثره في نطاق اتفاق التحكيم من خلال عدة قضايا نستعرض منها القضايا الآتية :-

١- قضية الشركة الفرنسية Elf - Aquitaine والشركة الايرانية للبترول (نيوك)^(١)

تتلخص وقائع هذه القضية في ابرام عقد يتعلق بالبتروزل حيث تمسكت الشركة الايرانية ببطلان شرط التحكيم مستندة في ذلك الى أن القانون الايراني يحظر عليها اللجوء الى التحكيم.

رفض المحكم هذا الدفع الذي تمسكت به الشركة الايرانية واكد أن "هناك مبدأ عاما معترفا به في القانون الدولي يلزم الدولة بشرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بوساطتها او بوساطة إحدى الشركات العامة التابعة لها، ويحظر عليها الغاؤه في وقت لاحق بارادتها المنفردة...."

= أ - ان اطراف الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية كانوا طبقا للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الاهلية او ان الاتفاق المذكور غير صحيح وفقا للقانون الذي اخضعه له الاطراف او عند عدم النص على ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم.....

(١) حكم التحكيم الصادر في اطار غرفة التجارة الدولية في ١٤ يناير ١٩٨٢ مشار اليه في د. سراج حسين ابو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٣٥٦.

ثم اضاف المحكم "أن هذا المبدأ معترف به من جانبه في اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الاخرى لسنة ١٩٦٥ فوفقا للمادة (٢٥) من هذه الاتفاقية، حينما يتفق الاطراف على التحكيم في اطار الاتفاقية فلا يجوز لاي منهم ان يسحب رضاه بارادته المنفردة كما ان هذا المبدأ معترف به من لدن الكثير من الفقهاء المتخصصين كما اخذ به الكثير من أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الدولية".

كما هو واضح من النص فانه لا يجوز للدولة أو الاشخاص العامة الاحتجاج بقانونها الداخلي للمنازعة في قدرتها على إبرام اتفاق تحكيم صحيح.

وعلى الرغم من أن اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ لم تتضمن اي نص يتعلق باهلية الدولة والاشخاص العامة التابعة لها في الاتفاق على التحكيم.

الا أننا نرى أن نطاق تطبيق الاتفاقية يتسع ليشمل اتفاقات التحكيم المبرمة بوساطة الدولة والاشخاص العامة.

وفي هذا الاتجاه فقد ذهب جانب من الفقهاء^(١) الى القول:

بأن قدرة الدولة والاشخاص المعنوية العامة ليست في مسائل الاهلية وإنما في مسائل الاختصاص، بمعنى ان المقصود هو تحديد الهيئات التي لها الاختصاص بابرام اتفاقات التحكيم والزام الدولة بها، وبناء عليه ذهب اصحاب هذا الراي الى ان القانون الوحيد الذي ينظم هذا الاختصاص هو القانون الدولي بشأن تحديد الاعضاء المختصين بالتوقيع او التصديق على المعاهدات الى القانون الداخلي، ومن ثم فإن مسألة معرفة الاعضاء الذين لهم الاختصاص بالتوقيع باسم الدولة على اتفاقات التحكيم والزام الدولة بها تخضع قسرا للقانون الداخلي لهذه الدولة.

(١) د. عصام الدين القسبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٣ ص ٤٤

واكد جانب اخر من الفقهاء^(١) وجود قاعدة عرفية من قواعد قانون التجارة الدولية مقتضاها الاعتراف للدولة والاشخاص العامة بالقدرة على الاتفاق على التحكيم، وان هذه القاعدة تعد من النظام العام الدولي، بحيث لا يجوز للدولة الاحتجاج بالخطر المنصوص عليه في قانونها الداخلي او بالقيود المفروضة على اهليتها في اللجوء الى التحكيم.

المبحث الثاني

الاخلال بحقوق المدعى عليه في الدفاع

ينبغي أن تتم إجراءات التحكيم متعدد الاطراف بشكل يراعي حقوق الاطراف كافة في تقديم طلباتهم ودفعهم وإعلانهم إعلاناً صحيحاً بتعيين هيئة التحكيم ومواعيد الاجراءات التحكيمية المتبعة، لكي يتمكنوا من تقديم ادلتهم وشهودهم، والاستعانة بمحاميههم ومستشاريههم، ولا سيما أن التحكيم المتعدد الاطراف يشتمل على اطراف عدة ومحكمين متعددين وكل هؤلاء قد يقطنون دولا مختلفة، الامر الذي يتطلب اكثر من غيره مراعاة مواعيد الجلسات ومناسبتها لكافة اطراف العملية التحكيمية ومحكميههم^(٢).

وقد أخذت بذلك المادة (١/٥/ب) من اتفاقية نيويورك ١٩٨٥

حينما نصت على:

١- لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتاج عليه بالحكم الا اذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب اليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على:

٢- إن الخصم المطلوب تنفيذ الحكم عليه لم يعلن إعلاناً صحيحاً بتعيين المحكم او باجراءات التحكيم او كان من المستحيل عليه لسبب اخر أن يقدم دفاعه^(٣).

(١) د. عصام الدين القسبي، المرجع السابق، ص ٤٥.

(٢) د. عاطف محمد الفقي، التحكيم التجاري متعدد الاطراف، المرجع السابق ص ٢٤٢.

(٣) المادة (٥٣) من قانون التحكيم المصري نصت:

١- لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم الا في الاحوال الاتية:

وعلى هذا فإنه ينبغي على هيئة التحكيم احترام المبادئ الأساسية في
التقاضي وأهم هذه المبادئ هي :
مبدأ المساواة بين الخصوم .

وقد ورد النص على هذا الالتزام في المادة (٢٦) من قانون التحكيم
المصري والتي تنص على أنه "يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهيأ
لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه"^(١).

ومراعاة لهذا الالتزام فإنه لا يجوز للمحكم أن يمنح أحد الأطراف
ميعادا لتقديم مذكرة بدفاعة مثلا ثم يمنح الطرف الآخر ميعادا أطول أو
أقصر أو يخول أحد الأطراف حق الاطلاع على تقرير الخبير من دون
الطرف الآخر^(٢).

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في قضائها الحديث ان مبدأ
المساواة بين الخصوم في اثناء سير خصومة التحكيم من المبادئ المتعلقة
بالنظام العام^(٣).

واعمالا لمبدأ المساواة، لا يجوز للمحكم الاتصال بأحد الأطراف
على انفراد بعد بدء الاجراءات او مناقشة تفاصيل النزاع، والادعاءات
والدفعوع إذ إن هذا التصرف يعد سلوكا غير مقبول من المحكم يجوز ابطال

= ج - إذا تعذر على احد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم اعلانه اعلانا صحيحا
بتعيين محكم او باجراءات التحكيم او لاي سبب اخر خارج عن ارادته.

(١) وقد قضي بانه : اذا كانت هيئة التحكيم قد عاملت الطرفين على قدم المساواة
وهيات لكل منهما فرصا متكافئة وكاملة لعرض دعواه فان رفض هيئة التحكيم
اجابة طلب المحتكم اعادة الدعوى للمرافعة لا يؤدي الى بطلان الحكم، استئناف
القاهرة في ١٩٩٩/٧/٢٠ في الاستئناف رقم ٧ لسنة ١٦ ق، تحكيم، مشار اليه في د.
فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية القاهرة، ٢٠٠١،
ص ٩٦٦.

(٢) د. سعيد احمد محمود، خصومة التحكيم القضائي، ط ١، دار النهضة العربية،
١٩٩٧، ص ٨٠

(٣) نقض مدني فرنسي في ٧ يناير ١٩٩٢، منشور في مجلة التحكيم، عدد ١٩٩٢
ص ٤٧٠

حكمه لاخلاله بالتزام جوهرى وهو مبدأ المساواة بين الطرفين، الذى يعد من مظاهر احترام حق الدفاع بصفة عامة^(١).

ب - مبدأ المواجهة:

تحرص قوانين التحكيم ولوائح مراكز التحكيم على ضمان مبدأ المواجهة، وعدم التزام هيئة التحكيم بمراعاة هذا المبدأ يترتب عليه رفض تنفيذ الحكم وفقاً لاتفاقية نيويورك لتنفيذ احكام التحكيم الاجنبية^(٢). ولذلك يرى جانب من الفقهاء^(٣) أن احترام مبدأ المواجهة هو القيد الوحيد الذى يرد على الحرية الكبيرة التى يتمتع بها الاطراف ومن بعدهم المحكم عند تحديد اجراءات التحكيم.

يعد مبدأ المواجهة من اهم الالتزامات التى يجب أن تحرص عليها هيئة التحكيم فى اثناء سير خصومة التحكيم لذلك فان جانب اخر من الفقهاء^(٤) يؤكد أن اى حكم يصدره المحكم يخل بمبدأ المواجهة يقع باطلا لمخالفته لقاعدة جوهرية متعلقة بالنظام العام.

المبحث الثالث

مخالفة تشكيل هيئة التحكيم أو مخالفة الإجراءات التحكيمية

للاتفاق أو لقانون محل التحكيم

أولاً: مخالفة تشكيل هيئة التحكيم.

وهذه الحالة وردت فى المادة ١/٥٣ هـ من قانون التحكيم المصرى والتي نصت على:

"إذا تم تشكيل هيئة تحكيم او تعين المحكمين على وجه مخالف للقانون او لاتفاق الطرفين"

وهذه المادة تعالج فرضين هما:

- ١ - د. حميد لطيف الدليمي، دراسات فى فى التحكيم، المرجع السابق، ص ٦١.
- ٢ - انظر المادة (٥/١/٥) من اتفاقية نيويورك للاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم الاجنبية ١٩٥٨
- ٣ - د. ابراهيم احمد ابراهيم، التحكيم الدولى الخاص، المرجع السابق ص ١٦٣
- ٤ - د. فتحي والى، المرجع السابق ص ٩٦٧

- ١ - تشكيل هيئة التحكيم او تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون.
- ٢ - تشكيل هيئة التحكيم او تعيين المحكمين على وجه مخالف لاتفاق الطرفين.

فيما يتعلق بالفرض الاول بمخالفة القانون بصدد تشكيل هيئة التحكيم التي نظمتها المادة (١٧) من قانون التحكيم المصري، مع أنها اعطت للاطراف استبعاد حكمها اذا ما اختاروا غير ما تنص عليه في تشكيل هيئة التحكيم، الا انه في حالة عدم الاختيار، أي في حالة وجوب تطبيق هذه المادة، فإن أي مخالفة لها تعد سبباً من اسباب بطلان حكم المحكم الصادر من هيئة التحكيم التي تم تشكيلها بالمخالفة لنص هذه المادة. اما الفرض الثاني فهو يتعلق بحالة تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف لاتفاق الاطراف وهنا يتجلى مظهر من مظاهر احترام المشروع لارادة الخصوم، لأنه يعطيها الحق في استبعاد الاحكام الواردة في المادة (١٧) من قانون التحكيم ذات الطابع المكمل، كما اعطاها الحق في الطعن بالبطلان على احكام التحكيم الصادرة من هيئة تشكيلها مخالف وهذا السبب من اسباب بطلان حكم هيئة التحكيم يوجد في القانون الفرنسي ايضاً في المواد (٢/١٥٠٢) و (١٥٠٤) من قانون المرافعات الجديد^(١).

ثانياً: مخالفة الاجراءات التحكيمية للاتفاق.

إن أخطاء حكم التحكيم المتعلقة بعيوب في التقدير بالنسبة للوقائع او القانون فإنها تجعله معيب بعيب عدم العدالة وليس بالبطلان، لان بطلان الاحكام لا يكون الا لعيوب اجرائية^(٢).

وان مخالفة الاجراءات المؤثرة في حكم التحكيم تؤدي الى بطلانه، ومقتضى هذا السبب هو ان يكون العيب قد اثر في الحكم بمعنى انه يوجد

(١) د. نبيل اسماعيل عمر، التحكيم، المرجع السابق، ص ٢٧٣ - ٢٧٤
 (٢) د. فتحي والي، دعوى بطلان حكم التحكيم وقوته التنفيذية بحث مقدم الى مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، القاهرة، مارس ٢٠٠٠

ارتباط وثيق بين حكم التحكيم والاجراء الباطل بحيث لا يتصور لحكم كيان دون هذا الاجراء، ومع ذلك فهل يفهم من صياغة المادة (١/٥٣/ ز) من قانون التحكيم المصري أن كل بطلان يلحق بالاجراءات قد يؤثر في الحكم، ام أنه يتعين التضييق في مفهوم البطلان الذي يلحق بالاجراءات على نحو يؤثر في الحكم ولا سيما في اطار التحكيم الدولي وعلى ذلك يأخذ القانون الفرنسي فلا يؤثر بطلان الاجراءات في حكم المحكم إلا اذا مس بحقوق الدفاع^(١).

والواقع أن تأثير بطلان الاجراءات التحكيمية في صحة الحكم الصادر هي مسألة تخضع لتقدير المحكمة التي ترفع اليها دعوى البطلان فهي التي تقدر مدى الارتباط المؤثر بين الاجراء الباطل وامكانية انعكاس بطلانه على بطلان الحكم الصادر من المحكم^(٢).

وقد قضت محكمة النقض المصرية بما يأتي: "ولا ينال من ذلك أن تكون اوراق القضية قد اودعت مع الحكم الى المحكمة، لأن الحكم يجب أن يكون دالاً بذاته على استكمال شروط صحته، بحيث لا يقبل تسوية ما نقص فيه من البيانات الجوهرية لاي طريق اخر^(٣)".

فالعبارة بالنسبة لبطلان الاجراء وتأثيره في الحكم هي بالنظر الى تحقيق او تحقيق الغاية منه وذلك اعمالا للقواعد العامة في قانون فقه المرافعات بخصوص بطلان الاحكام^(٤).

(١) د. حفيظة حداد، الطعن بالبطلان في حكم المحكم، دار النهضة العربية القاهرة، ٢٠٠١، ص ٢٠٤.

(٢) د. منير عبد المجيد الاسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص، منشأة المعارف، الاسكندرية ٢٠٠٠ ص ٤٦٧

(٣) نقض مدني مصري رقم ١٩٩٣/١/٢٣/٤٤، سي ٤١، ص ٢٢١، مشار اليه في نبيل زيد سليمان تنفيذ احكام التحكيم الاجنبية دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ١٠٤

(٤) د. اكرم الخولي، الاتجاهات الحديثة في قانون التحكيم الجديد، محاضرة القايت في مؤتمر القانون المصري الجديد للتحكيم الذي نظمه مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم في الفترة من ١٢ - ١٣ سبتمبر ١٩٩٤ ص ٢٤

ثالثاً: مخالفة لقانون محل التحكيم:

يتعرض حكم التحكيم الى البطلان، اذا تم استبعاد تطبيق القانون الذي اتفق الاطراف على تطبيقه على موضوع النزاع^(١).

ويترتب على ذلك أن تقوم هيئة التحكيم بتطبيق القواعد التي يتفق عليها الاطراف على موضوع النزاع، فإذا اتفقوا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه من دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك^(٢).

اما اذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى الاكثر اتصالاً بموضوع النزاع^(٣).

وقد طبق القضاء هذه الاولوية في احكامه، في دعوى Rederi^(٤) لمنظوره امام القضاء الايطالي وكان النزاع يتعلق بعقد ايجار بين المؤجر والمستأجر، وقد تضمن العقد شرط تحكيم نص على أنه "جميع المنازعات مهما كانت طبيعتها التي تنشأ عن هذا العقد تعرض على التحكيم في مدينة نيويورك او لندن أيا كان المكان المحدد في الجزء الاول من هذا العقد وفقا للقوانين المتعلقة بالتحكيم هناك، وذلك امام هيئة تحكيم مكونة من ثلاثة اشخاص يعين أحدهما من قبل المالك، والثاني يعينه المستأجر، والثالث يعينه المحكمان المختاران سلفاً، وسوف يكون الحكم الذي

(١) المادة (٥٣) من قانون التحكيم المصري تنص على ما يلي:

" ١ - لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم الا في الاحوال الاتية:

د- اذا استبعد حكم التحكيم القانون الذي اتفق الاطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.

(٢) انظر المادة (٣٩) من قانون التحكيم المصري

(٣) د. حفيفة حداد، المرجع السابق، ص ١٦٨

(4) Rederi Aktiebolaget Sally V. S. R. L. Termarea, Court dappello of Florence, April 13, 1978, in: iv, Y. B. com. Arb., P294

مشار اليه د. عاطف محمد الفقي، التحكيم التجاري متعدد الاطراف، المرجع السابق

ص ٢٤٦

يتوصل اليه اثنان من بين الثلاثة محكمين حكما نهائيا في أية نقطة او كل نقاطه".

كما تضمنت المشاركة على معالجة حالة تقصير المدعى عليه في حالة عدم تعيين محكمه فضلا عن معالجة فشل المحكمين المختارين من اطراف النزاع في تعيين المحكم الثالث ، ونصت المشاركة أيضا على قيام قاضي المحكمة المختصة على تحديد المكان المشار اليه في شرط التحكيم والتي حددها الجزء الاول من المشاركة بأنها مدينة لندن"

وبعد نشوب النزاع قام كل من المؤجر والمستأجر بتعيين محكمه ، الا أن هذين المحكمين اخفقا في تعيين المحكم الثالث ، وبالرجوع الى المادة ١/٩ من قانون التحكيم الانكليزي التي تقضي بأن المحكم الثالث يستطيع أن يقوم بدور المحكم الفاصل باصدار حكم التحكيم لوحدته في حالة عدم اتفاق المحكمين المختارين من قبل الاطراف.

ولما كان هذان المحكمان المختاران من الاطراف باستطاعتها اصدار قرار الحكم من دون حاجة لتعيين محكم ثالث لذلك قاما باصدار الحكم. وحين البدء بإجراءات تنفيذ الحكم في ايطاليا ، رفضت محكمة استئناف Florence الاعتراف بالحكم ورفضت تنفيذه على اساس أن تشكيل هيئة التحكيم كان مخالفا لاتفاق الاطراف وبلاستناد الى اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ ، فقد نصت المادة (٥/١/د) على ما يأتي :

"إن اتفاق تشكيل هيئة التحكيم مع قانون محل التحكيم لا اعتبار له الا حينما لا يتفق الاطراف على تشكيل اخر في اتفاق التحكيم".

ويتضح من هذا الحكم أنه حتى اذا نص شرط التحكيم على أن يتم التحكيم وفقا للقوانين المتعلقة بالتحكيم والمعمول بها في مكان التحكيم فإن هذه القوانين لن تحكم تشكيل هيئة التحكيم ولن تنظم الاجراءات التحكيمية طالما عالج الاطراف هذه المسائل في اتفاق التحكيم ، فالاولوية لاتفاق الاطراف على قانون محل التحكيم ، بحيث لا يعد بتطابق تشكيل

هيئة التحكيم مع قانون دولة محل التحكيم الا اذا اغفل الاطراف الاتفاق على هذا التشكيل في اتفاق التحكيم^{(١)(٢)}.

وبالرجوع الى حكم التحكيم المشار اليه نجد أن الاطراف وإن لم يغفلوا النص في اتفاق التحكيم على تشكيل هيئة التحكيم، الا أنهم اغفلوا النص على معالجة او التلكوء الحاصل من قبل أحد الاطراف في تعين محكمه، او في حالة عدم اتفاق المحكمين المختارين سلفا على تعيين المحكم الثالث، ومن الضروري إيجاد حل لهذه المشكلة لكي لا يتعطل تنفيذ احكام التحكيم الذي قد يتسبب فيه احد الاطراف بسوء نية^(٣).

لذلك نرى في حالة عدم اتفاق الاطراف على إجراءات تشكيل هيئة التحكيم فيكون من الملائم اللجوء الى قانون محل التحكيم، لحل هذا القصور ولاسيما أن الاطراف لم يتفقوا على إجراءات اخرى بديلة^(٤).

وتلعب ارادة الاطراف ولاسيما باتفاقهم على تشكيل هيئة التحكيم وعلى الاجراءات الاخرى التي تشمل ضم التحكيمات وخاصة في

1 - Dore I. I. , Theory and practice of multiparty commercial Arbitration , kluwer, 1990 , p. 144

2 - وقد قضت بذلك ايضا المادة (٣٦) من قانون التحكيم الاردني ٢١ لسنة ٢٠٠١ بالنص على:

"أ- تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان واذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بالتنازع القوانين.

ب- اذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبه التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى انه الاكثر اتصالا بالنزاع....."

(٣) د. عاطف الفقي، التحكيم التجاري متعدد الاطراف، المرجع السابق ص ٢٥٣

(٤) المادة الخامسة في اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ تنص على ماياتي:

١- لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم الا اذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب اليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على:-

د- ان تشكيل هيئة التحكيم او اجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الاطراف او لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق.

منازعات عقود التشييد المتعددة الاطراف دورا مهما في مجال الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم المنظم، مما يشكل خطورة على تنفيذه اذا صدر عن تحكيم منظم اجباري وقد تغير فيه تشكيل هيئة التحكيم بموجب هذا الضم الاجباري في الدول التي تسمح به، وذلك حينما يراد تنفيذ هذا الحكم خارج هذه الدول.

ما يؤدي الى فقدان الثقة باتفاقية نيويورك ١٩٥٨ التي صدرت لغرض تسهيل الاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم الاجنبية، ويؤدي أيضاً الى عزوف المجتمع التجاري من اللجوء الى التحكيم التجاري الدولي متعدد الاطراف.

ومن خلال نصوص اتفاقية نيويورك التي اعطت لاطراف النزاع الاولوية في اتفاقاتهم وتقديمها على قانون محل التحكيم، وهو الامر الذي اعترفت به المحاكم القضائية في الولايات المتحدة الامريكية واطاليا التي اصدرت الحكم المشار اليه والتي اخذت بالتفسير الواسع لنص المادة (١/٥ د) من الاتفاقية وذلك حينما قصدت تقديم محل التحكيم بغرض التغلب على المشاكل التي يثيرها أحد الاطراف بسوء نية لتعطيل تشكيل هيئة التحكيم ومن ثم تأخير هذا التحكيم^(١).

وبضوء ما تقدم ولغرض حل المشاكل التي يثيرها التحكيم متعدد الاطراف يمكن الاهتمام باتفاق التحكيم الذي تبرمه الاطراف من خلال تضمينه وبشكل تفصيلي قدر الامكان القواعد الواجب اتباعها لتسيير ادارة العملية التحكيمية من تقرير لاجراء الضم، وما يترتب عليه من كيفية اعادة تشكيل هيئة التحكيم المنظمة الى غير ذلك من إجراءات تحكيمية وذلك حتى يتم تنفيذ حكم التحكيم بسهولة ويسر مع الأخذ في الحسبان ان الأولوية تكون لما تم الاتفاق عليه بين الاطراف.

(١) د. عاطف محمد الفقي، المرجع السابق ص ٢٥٥

المبحث الرابع

مخالفة حكم التحكيم للنظام العام

نصت على هذه الحالة المادة (٢/٥٣) من قانون التحكيم المصري على: "وتقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم اذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية" وبناء على ذلك فإن المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان هي المحددة في المادة (٢/٥٤)^(١) من قانون التحكيم ويرى بعض الفقه المصري^(٢) إن المقصود بمفهوم النظام العام في قانون التحكيم المصري، هو النظام العام الدولي المتعارف عليه في اطار النظرية العامة للقانون الدولي الخاص نظرا لطبيعة المعاملات الدولية الخاصة ولما لفكرة النظام العام من مفهوم ووظيفة خاصة في اطار هذا القانون.

والحقيقة أن هذا المفهوم يبدو متعارضا مع صريح نصوص المادتين (٥٣، ٥٨) من قانون التحكيم المصري، إذ أنهما تؤكدان على ان المقصود بالنظام العام في مصر الذي يعبر عن الاسس الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي يرتكز عليها كيان الدولة، وهي اسس لا تطابق الى الحد الذي يمكن معه القول بوجود مفهوم موحد للنظام العام الدولي^(٣). وليست العبرة في هذا المقام بتعلق الحكم بمسألة تمس النظام العام وإنما العبرة باشتمال الحكم على ما يخالف النظام العام المصري وهي صياغة معرفة للنص وتزيل التداخل واللبس ما بين اتفاق التحكيم وصحته وبطلانه وبين حكم التحكيم وصحته، وبطلانه^(٤).

- (١) نص المادة (٢/٥٤) من قانون التحكيم المصري على ماياتي:
"تختص بدعوى البطلان في التحكيم التجاري الدولي المحكمة المشار اليها في المادة (٩) من هذا القانون وفي غير التحكيم التجاري الدولي يكون الاختصاص لمحكمة الدرجة الثانية التي تتبعها المحكمة المختصة اصلا بنظر النزاع".
- (٢) د. ابراهيم احمد ابراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ٢٣٢
- (٣) د. اكثم الخولي، المرجع السابق، ص ٢٤
- (٤) د. محمود مختار بري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق محمود مختار احمد

ومما يتعين الإشارة إليه أن مفهوم النظام العام الذي يتعين اخضاع حكم التحكيم لرقابته هو ذلك القائم وقت ممارسة الرقابة على الحكم. ويأخذ التعارض بين حكم التحكيم والنظام العام في مصر صورا عدة تتمثل في اصطدام الحكم في النتيجة المادية الملموسة التي يرتبها، وذلك لحظة قيام القاضي بفحصه مع المبادئ الأساسية السائدة في مصر. ولا يوجد ما يمنع القاضي المصري من الحكم ببطلان احكام التحكيم الخاصة للقانون المصري حتى ولو كانت صادرة في تحكيم دولي في مصر او في الخارج، استنادا الى اتساق الحكم مع النظام العام الدولي الذي يجب أن تكون له الغلبة على النظام العام المصري وهو ما كان ممكنا لو تمت صياغة النص من دون تقييد النظام العام وتحديدده وفقا للمفهوم المصري^(١).

فاذا تضمن حكم التحكيم القضاء بفوائد تاخيرية لصالح احد الاطراف بسعر يزيد على الحد الاقصى المحدد قانونا، لذلك فقد قضت محكمة النقض المصري بما يأتي:

".... وحيث أن حكم التحكيم قد تضمن الزام المطعون ضده بفوائد بنسبة ٨٪ اي ما يجاوز الحد الاقصى المسموح به قانونا ٥٪ وهو وفقا للمقرر في قضاء هذه المحكمة مما يتصل بالنظام العام في مصر، لذا كان ممتعا تنفيذ هذا الحكم فيما يجاوز ذلك الحد^(٢) (٣).

ولا يعد هذا الحكم متعارضا مع انضمام مصر لاتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ ولا سيما أن المادة (٥/٢/ب) تجيز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي اذا كان مخالفا للنظام العام في البلد المطلوب تنفيذ الحكم فيها.

(١) د. حفيظة حداد، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق ص ٢٠٩

(٢) د. حفيظة حداد، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق ص ٢١٠

(٣) نقض مصري رقم ٨١٥ في ١٩٩٠/٥/٢١ لسنة ٥٢ ق، مجموعة الاحكام الصادرة عن الدوائر المدنية

وعلى هذا فإنه يجوز للمحكمة رفض تنفيذ حكم التحكيم من تلقاء نفسها لمخالفة هذا الحكم المطلوب تنفيذه للنظام العام في الدولة المطلوب إليها التنفيذ، وذلك مراعاة للاعتبارات الواجبة في هذه الدولة أو تلك في اعتبارات سياسية أو اقتصادية.

وقد عهدت اتفاقية نيويورك في تحديد مخالفة الحكم للنظام العام الى قانون دولة التنفيذ، وما ينتج عن ذلك من اختلاف في نطاق هذه الفكرة من الضيق الى الاتساع في هذه الدولة أو تلك، وفي دول القانون الخاص أو دول القانون العام^(١).

وهذا ما يلقي بظلاله على التحكيم متعدد الاطراف من خلال تأثيره في فكرة ضم التحكيم كطريق لتعدد الاطراف في عقود الانشاءات الدولية باعتبار فكرة الضم الاجباري من النظام العام سواء اقرت هذه الفكرة أو في الدول التي رفضتها... ومن الدول التي اجازت قوانينها أو قضاؤها الضم الاجباري لقضايا التحكيم الولايات المتحدة الامريكية وهونك كونك وأن هذا الضم لا يخالف النظام العام السائد في هذه الدول بعكس الحال للدول التي ترفض قوانينها فكرة الضم الاجباري كانكلترا وفرنسا، معتبرة هذا الضم مخالفا للنظام العام في دولها.

وبضوء ما تقدم ولغرض تنفيذ حكم التحكيم فإننا سنكون امام عدد من الحالات وكما يأتي^(٢):

١- في حالة صدور حكم التحكيم متعدد الاطراف في دولة تميز الضم الاجباري للتحكيم في حق اطراف اتفقوا على اخضاع تحكيمهم لقانون الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها والتي لا تميز هذا الضم. هنا

(1) Bernini G., the enforcement of foreign Arbitral Awards by national Judiciaires, Liber Amicorum pieter Sanders , 1982 , P. 59.

(٢) المادة (٥/١/٥) من اتفاقية نيويورك تنص على: " أن تشكيل هيئة التحكيم أو اجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الاطراف أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق".

يتطابق اتفاق الاطراف مع قانون دولة التنفيذ، في حين يختلف مع قانون محل التحكيم. فاذا ما طلب تنفيذ هذا الحكم في الدولة التي لا تجيز الضم الاجباري، فإنه يمكنها رفض الاعتراف وتنفيذ هذا الحكم إما على اساس مخالفته لاتفاق الاطراف طبقاً لاتفاقية نيويورك، او لمخالفته للنظام العام في دولة التنفيذ طبقاً لاتفاقية نيويورك^(١).

٢- هذه الحالة تختلف عن الحالة الاولى في أن الأطراف هنا قد اتفقوا على اخضاع تحكيمهم لقانون محل التحكيم الذي يجيز الضم الاجباري للتحكيمات وفي هذه الحالة يكون له الحكم قد صدر متفقاً مع كل من اتفاق الاطراف وقانون محل التحكيم بيد أنه قد صدر مخالفاً للاحكام الواردة في قانون دولة التنفيذ التي لا تجيز الضم الاجباري للتحكيمات وفي هذه الحالة يمكن للمحاكم القضائية في دولة التنفيذ اما أن ترفض تنفيذ الحكم على أساس مخالفته للنظام العام وفقاً للمادة (٢/٥ ب) من اتفاقية نيويورك ١٩٥٨، او تأمر بتنفيذ الحكم على اساس أنه وإن خالف النظام العام الداخلي في دولة التنفيذ إلا أنه لا يخالف النظام العام الدولي. وهذه التفرقة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي مستمرة في التحكيم التجاري الدولي إذ تعطي للنظام العام الدولي مفهوماً أضيق من النظام العام الداخلي تشجيعاً للتحكيم التجاري الدولي، إذ إن الدفع بالنظام العام المقرر في اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ ينبغي أن يفسر تفسيراً ضيقاً إذ يجب لرفض تنفيذ الاحكام التحكيمية الدولية على

(١) المادة (٢/٥ ب) من اتفاقية نيويورك تنص على: "ان في الاعتراف بحكم المحكمين او تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد" د. عاطف محمد الفقي، التحكيم التجاري متعدد الاطراف، المرجع السابق ص ٢٥٩ وما بعدها.

هذا الاساس فقط حينما يكون في هذا التنفيذ مخالفة للمفاهيم الاكثر جوهرية للعدالة ولا خلاف في دولة التنفيذ^(١).

٣- الحالة الثالثة فإنها تختلف عن الحالة الثانية في أن احد اطراف التحكيم كان مواطنا لدولة التنفيذ وأنه برغم اخضاعه التحكيم لقانون دولة محل التحكيم الذي يميز الضم، الا أنه لم يتفق على مثل هذا الاجراء وفي مثل هذه الحالة يمكن لمحكمة دولة التنفيذ ان ترفض الاعتراف وتنفيذ هذا الحكم اما على اساس أنه قد صدر مخالفا لاتفاق الاطراف الذي يتمتع بأولوية على قانون محل التحكيم وفقا للمادة (١/٥/د) من اتفاقية نيويورك او على اساس مخالفته لنظام العام في دولة التنفيذ اذا تعلق الامر بحماية حقوق مواطنيها.

الخاتمة

يعد التحكيم متعدد الاطراف احد الموضوعات المهمة في الوقت الحاضر نتيجة للتطورات الكبيرة الحاصلة في صناعة التشييد محليا وعالميا إذ ادت هذه التطورات الى ضخامة المشاريع الاقتصادية وتشعب جوانب تخصصاتها مما ادى الى ظهور مجموعات العقود ومجموعات الشركات وغيرها من التجمعات الاقتصادية ذات الاطراف المتعددة التي قد تتحد مصالحها وقد تتعارض عند حدوث المنازعات.

فقد ادى هذا التعدد الى تأكيد الحاجة الى التحكيم متعدد الاطراف لحل المنازعات التي تنشأ في مثل هذه العقود وبالتالي ادى الى أن يقوم الاطراف بتضمين عقودهم شروط تحكيمية، سواء كان عن شرط التحكيم متعدد الاطراف او عن طريق امتداد شرط التحكيم الى الغير في الحالات الاستثنائية التي يمتد فيها، فضلا عن أن صياغة اتفاق التحكيم في هذه العقود بما تتطلبه من ضرورات معينة تجعل للتحكيم خصوصيته المميزة، فالخصائص الذاتية التي تتميز بها عقود الانشاءات الدولية في مرحلتها

1 - waterside ocean navigation v. Intl , nov. L td (2d. cir. n. y., 1984) , A. m. c. 1985 , P. 349

العملية او التنفيذية في تعدد وتنوعها المنازعات والطبيعة الفنية لها وايضا كثرة المتنازعين وتعدددهم ، وهذه الخصائص هي التي جعلت التحكيم بصورة عامة والتحكيم متعدد الاطراف بصورة خاصة افضل الوسائل المتاحة حاليا لفض المنازعات المتعلقة بعقود الانشاءات المحلية او الدولية. وفي ختام الدراسة أود أن أوجز أهم ما توصل اليه البحث من استنتاجات وتوصيات وعلى النحو الاتي :-

أولاً: الاستنتاجات

١ - اظهرت الدراسة أن تعدد الاطراف في عقود الانشاءات سواء كانت محلية او دولية قد ينتج داخل العقد الواحد في حالة اتساع نطاق شرط التحكيم في المنازعات التي يكون اطرافها صاحب العمل والمقاول الاصلي والمقاول من الباطن ، أو تلك التي تكون في حالة عقود الكونسورتيوم أو عقود المشروع المشترك أو عقود الـ **B.O.T** ، ما أدى الى اتساع نطاق شرط التحكيم الوارد في عقد من هذه العقود التي تشملها المجموعات السالفة الذكر يشمل طرف آخر لم يوقع على العقد.

٢ - بينت الدراسة أن التحكيم والقضاء قد انقسم على اتجاهين :-

أ - الاتجاه الاول:

يؤيد فكرة اتساع نطاق شرط التحكيم مستمداً ذلك من قانون الشركات كالارادة المشتركة للشركات المنضمة في عقود الكونسورتيوم أو المشروع المشترك ، وبعضها مستمدة من فكرة الاشتراط لمصلحة الغير، وبعضها مستمدة من قانون العقود كالارادة الضمنية للاطراف.

ب - الاتجاه الثاني:-

اصحاب هذا الاتجاه يرفضون فكرة اتساع نطاق شرط التحكيم بصدد منازعات مجموعات الشركات وذلك تأسيساً على قانون العقود او الالتزامات ، والذي يقرر أن كل عقد ينبغي لصحته توافر شروط موضوعية يأتي في مقدمتها الرضا ، ومن هنا ولكي يتسع نطاق شرط

التحكيم فإنه ينبغي أن يتسع ليشمل اطرافا لم يجبروا عليه طالما كانت الإرادة هي اساس التحكيم وجوهره.

٣- بينت الدراسة أن بعض الدول عاجلت مسألة ضم التحكيمات في قوانينها المتعلقة بالمرافعات او التحكيم، ادراكا منها لمزاياه المتمثلة في توفير الوقت وتقليل النفقات ومنع اصدار احكام متضاربة فضلا عن عدم اضرار الضم بالحقوق الاساسية للاطراف.

وفي مقدمة هذه الدول الولايات المتحدة الامريكية وهونك كونك. ٤- أظهرت الدراسة أن تعدد الاطراف في عقود الانشاءات يؤثر تأثيراً كبيراً في تشكيل هيئة التحكيم إذ قد يختلف هذا التشكيل عن التشكيل المتفق عليها في اتفاق التحكيم سواء كان شرطاً ام مشاركة، مما تطلب تشكيلاً جديداً لهيئة تحكيمية تنظر في المنازعات كافة المرتبطة او في التحكيمات المنضمة كافة.

وفي هذا الشأن استعرضنا عدة طرق لتشكيل هذه الهيئة بعضها ملتزم بعدد محدد من المحكمين مهما تعدد اطراف النزاع وسواء أكان التشكيل أحادياً ام ثلاثياً، وذلك على وفق طرق معينة كالاشتراك في الاختيار او الاختيار بالاستبعاد او بالتنازل وبعضها لا يلتزم بعدد ثابت من المحكمين بل يقضي بتعدد المحكمين في هيئة التحكيم الى أربعة محكمين او خمسة او تسعة او اكثر بحسب عدد القضايا المنظمة او عدد الاطراف في هذه القضايا.

٥- بينت الدراسة الدور الذي تقوم به بعض مراكز ومؤسسات التحكيم الاقليمي او الدولي والتي قامت بتعديل لوائح التحكيم الخاصة بها لمساعدة الاطراف في الوصول الى تحكيم متعدد الاطراف عن طريق مساعدتهم في تشكيل هيئة التحكيم على وفق نظام معين يلتزم به جميع الاطراف تبعاً لالتزامهم بعرض منازعاتهم امام هذه المراكز والذي اصبح طريقاً مهما تسلكه الاطراف المتنازعة للتغلب على

المصاعب والمشاكل التي يثيرها التحكيم التجاري او في عقود الانشاءات الدولية المتعددة الاطراف.

٦- اكدت الدراسة على أثر تعدد الاطراف امام التحكيم التجاري الدولي مسألة الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الناتجين عن تخلف الاتفاق على التحكيم متعدد الاطراف ما يؤدي الى اصدار احكام مخالفة لما هو موجود ومستقر عليه في المعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم ولاسيما اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية وتنفيذها.

ثانياً: التوصيات

في أدناه بعض التوصيات التي نود طرحها على الأطراف في عقود التشييد والتي تتلخص بما يأتي:

١- بذل اقصى درجات العناية والحرص على اعداد شرط التحكيم وصياغته ذلك أن وجود بعض الثغرات في مضمونه وعدم الدقة في صياغته يسمح من ناحية للطرف الذي لا يرغب في التحكيم باتباع اساليب التسويق والمماطلة ما يجعل من التحكيم وسيلة غير فعالة في حل النزاع، ومن ناحية اخرى يفتح الباب امام المحكمين للوصول الى نتائج ربما تكون غير عادلة.

٢- الاهتمام بمسألة التحكيم متعدد الاطراف سواء من ناحية القوانين الوطنية أو من خلال لوائح التحكيم في المراكز والمؤسسات النظامية، وذلك من خلال معالجة نصوص هذه القوانين وتلك اللوائح على غرار بعض القوانين الحديثة منها القانون الانكليزي مع اعطاء مزيد من المعالجة التي تخص المشاكل والخلافات التي يثيرها التحكيم متعدد الاطراف.

٣- عند تشكيل هيئة التحكيم من الاطراف يفضل أن يكون عددهم ثلاثة محكمين، مالم يتفق على خلاف ذلك، على ان يتم تعيين هؤلاء المحكمين باجماع الاطراف، وفي حالة صعوبة الاتفاق على

- تعيين المحكمين فيمكن اللجوء الى احدى مراكز التحكيم النظامية، حيث سيتم تعيين المحكمين طبقاً للوائح هذا المركز، وهذه طريقة عملية لانها تجمع بين منح الاطراف حقهم الطبيعي في اختيار كل منهم لمحكمة وبين حل المشكلة اذا وقع خلاف وتعذر تعيين المحكمين.
- ٤- أن يتفق الاطراف على القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم متعدد الاطراف والذي يحكم الشروط الموضوعية اللازمة لصحة هذا الاتفاق، وفي حالة عدم اتفاقهم فيجب على هيئة التحكيم أن تختار هذا القانون شريطة أن تراعي في اختياره موضوع النزاع.
- ٥- تحديد المكان الذي يجب أن يتم فيه التحكيم من الاطراف على أن يتم اختيار مكان التحكيم بعناية نظر لاهمية النتائج التي تترتب على هذا الاختيار اذ ان قانون هذه الدولة هو الذي يحكم اتفاق التحكيم من حيث وجوده وصحته في حالة غياب قانون الارادة، كما أن هذا القانون هو الذي يحكم إجراءات التحكيم بما في ذلك تشكيل هيئة التحكيم في حالة عدم وجود قواعد مختارة من الاطراف طبقاً لاتفاقية نيويورك ١٩٥٨ فضلاً عن ذلك فان المحاكم القضائية في الدولة مقر التحكيم هي التي تتدخل لنظر بعض المسائل المتصلة بالتحكيم، كما أنها تختص بنظر الطعن في حكم التحكيم بعد صدوره.

المصادر

أولاً: باللغة العربية

- ١- عبد الباسط محمد عبد الواسع، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠٠٥.
- ٢- د. جورج شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء اليه لفض المنازعات في العقود الادارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
- ٣- د. احمد المومني، التحكيم في التشريع الاردني والمقارن، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٨٣.

- ٤- د. احمد ابو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٣.
- ٥- د. هشام خالد، أوليات التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٤.
- ٦- د. ممدوح طنطاوي، التوفيق والتحكيم، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤.
- ٧- د. محمود مختار بري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
- ٨- د. محي الدين علم الدين، فصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الاول، بدون دار النشر، ١٩٨٦.
- ٩- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠.
- ١٠- د. نريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ١١- داود خلف، مدارك التحكيم وفقاً لقانون التحكيم الاردني، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، الاردن، ٢٠٠٣.
- ١٢- د. محمد عبد المجيد اسماعيل، عقود الاشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣.
- ١٣- د. محمد ناصر البجاد، التحكيم في المملكة العربية السعودية، منشورات مركز البحوث والدراسات الادارية، الرياض، ١٩٩٩.
- ١٤- د. عصمت الشيخ، التحكيم في العقود الادارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٠.
- ١٥- د. محمد ابو بكر، قانون التحكيم في الاردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢.
- ١٦- د. مراد محمد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠.
- ١٧- د. حسام عيسى، دراسات في الاليات القانونية للتبعية الدولية، التحكيم التجاري الدولي، بدون دار نشر، بدون تاريخ.

- ١٨- د. حمزة حداد، مبادئ التحكيم التجاري، بحث منشور في مجلة التحكيم الصادرة عن المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، العدد ١٥، ٢٠٠١.
- ١٩- د. ابراهيم محمد احمد دريج، التحكيم الداخلي والدولي النظرية والتطبيق، شركة مطابع السودان للعملة، الخرطوم ٢٠٠٣.
- ٢٠- د. حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠١.
- ٢١- د. محي الدين اسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الثاني، بدون دار نشر القاهرة، ٢٠٠٠.
- ٢٢- د. جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الادارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.
- ٢٣- د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.
- ٢٤- د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤.
- ٢٥- د. محمود السيد عمر التحيوي، اتفاق التحكيم وقواعده، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٣.
- ٢٦- د. احمد صالح مخلوف، اتفاقية التحكيم كاسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
- ٢٧- د. محمد بدران، عقد الانشاءات في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
- ٢٨- د. عصام احمد البهجي، عقود الفيديك، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، ٢٠٠٨.
- ٢٩- د. نجلاء حسن سيد احمد خليل، التحكيم في المنازعات الادارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
- ٣٠- د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، التوازن المالي في عقود الانشائية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.

- ٣١- د. عصام عبد الفتاح مطر، عقود الفيديك، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٩،
- ٣٢- د. احمد شرف الدين، تسوية منازعات عقود الانشاءات الدولية في الدولة العربية، بدون دار نشر، القاهرة، ٢٠٠٥.
- ٣٣- د. حميد لطيف الدليمي، تسوية المنازعات في عقود التشييد، منشورات دار ميزوبوتاميا، بغداد، ٢٠٠٩.
- ٣٤- د. عمرو طه بدوي محمد علي، الالتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.
- ٣٥- داود خلف، مجلس فض الخلافات واساليب التسوية الودية، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، ٢٠٠٥.
- ٣٦- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٧، الايجار والعارية، طبعة نقابة المحامين، القاهرة، ٢٠٠٦.
- ٣٧- د. حسن البراوي، التعاقد من الباطن، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
- ٣٨- د. اسامة محمد طه ابراهيم، النظرية العامة لعقود الباطن، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
- ٣٩- د. عدنان ابراهيم السرحان، العقود المسماة في المقاوله، الوكالة، الكفالة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٦.
- ٤٠- د. عبد الحميد فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري المقارن، دار المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٣.
- ٤١- د. غازي خالد غرابي، المقاوله من الباطن، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٨.
- ٤٢- د. سامي عبد الباقي ابو صالح، عوائق اللجوء الى التحكيم في مجال المنازعات الناشئة عن تنفيذ مشروعات البنية الاساسية طبقا لنظام B. O. T، مركز التنمية الادارية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٥.
- ٤٣- د. هدى محمد مجدي، ارتباط المنازعات في خصومة التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.

- ٤٤- د. احمد حسان حافظ مطاوع، التحكيم في العقود الدولية
للانشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.
- ٤٥- د. وائل محمد السيد اسماعيل، المشكلات القانونية التي تثيرها
عقود **B. O. T** وما يماثلها، دار النهضة العربية، القاهرة،
٢٠٠٩.
- ٤٦- د. سامي محمد فريج، تسوية النزاعات، دار النشر للجامعات،
القاهرة، ٢٠٠٧.
- ٤٧- د. قدوري عبد الفتاح الشهاوي، عقد المقاولة، منشأة المعارف،
القاهرة، ٢٠٠٤.
- ٤٨- د. حميد لطيف الدليمي، العقود الهندسية، مؤسسة مصر مرتضى
للكتاب العراقي، بغداد، ٢٠١١.
- ٤٩- د. هاني صلاح سر الدين، التنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات
البنية الأساسية الممولة - عن طريق القطاع الخاص - دراسة
تحليلية لنظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية **BOOT**،
دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
- ٥٠- د. ابراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام، **B.O.T**، بدون
دار نشر، القاهرة، ٢٠٠٣.
- ٥١- د. عمرو احمد حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرفق طبقا
لنظام الـ **BOT**، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة،
٢٠٠٢.
- ٥٢- د. محمد نور شحاته، مفهوم الغير في التحكيم، دراسة تحليلية
تطبيقية مقارنة لمبدأ نسبية اثر التحكيم بالنسبة للغير، دار النهضة
العربية، القاهرة.
- ٥٣- د. نبيل اسماعيل عمر، التحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر،
القاهرة، ٢٠٠٤.
- ٥٤- د. سامية راشد، دور التحكيم في تدويل العقود، دار النهضة
العربية، القاهرة، ١٩٩٠.

- ٥٥- د. علي سيد قاسم , نسبية اتفاق التحكيم , دراسة في احكام القضاء وقرارات المحكمين , دار النهضة العربية , القاهرة , بدون سنة للنشر.
- ٥٦- د. مصطفى محمد الجمال , د.عكاشة عبد العال , التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية , الجزء الاول , بدون سنة نشر , القاهرة , ١٩٩٨ .
- ٥٧- د. عاطف محمد الفقي , التحكيم التجاري متعدد الاطراف , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٧ .
- ٥٨- د. مهند احمد الصانوري , دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص , دار الثقافة للنشر والتوزيع , عمان , ٢٠٠٥ .
- ٥٩- وليد عناني , محاضرات في التحكيم , المكتبة القانونية , دمشق , ٢٠٠٣ .
- ٦٠- د. احمد السيد الصاوي , التحكيم طبقا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وانظمة التحكيم الدولية , بدون دار نشر , القاهرة , ٢٠٠٢ .
- ٦١- د. ابراهيم محمد احمد دريج , تشكيل هيئة التحكيم , الدار السودانية للكتب , الخرطوم , ٢٠٠٧ .
- ٦٢- د. احمد شرف الدين , دراسات في التحكيم في منازعات الدولية , بدون دار نشر , القاهرة , ١٩٩٣ .
- ٦٣- د. حسن محمد سليم , النظام القانوني للتحكيم , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٧ - ٢٠٠٨ .
- ٦٤- د. حسام الدين فتحي ناصف , نقل اتفاق التحكيم , دراسة لقواعد التنازع والقواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على النقل الاتفاقي والقانوني لاتفاق التحكيم في ضوء القانون والقضاء المقارن والاتفاقات ولوائح التحكيم , ط ١ , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٣ .
- ٦٥- د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي , عقد المقاوله , منشأة المعارف , القاهرة , ٢٠٠٤ .

- ٦٦- د. عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٣.
- ٦٧- د. سعيد احمد محمود، خصومة التحكيم القضائي ط١ دار النهضة العربية ١٩٩٧.
- ٦٨- د. حفيظة حداد، الطعن بالبطلان في حكم المحكم، دار النهضة العربية القاهرة ٢٠٠١.
- ٦٩- د. منير عبد المجيد الاسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص / منشأة المعارف، الاسكندرية ٢٠٠٠.
- ٧٠- د. عزيزة الشريف، التحكيم الاداري في القانون المصري دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.
- ٧١- د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ط١. منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٧.

ثانياً: باللغة الانكليزية

- 1- **Hatel Fex , sovereign Immunity and Arbitration, Edited by Julian D.M lew , contemporary problems in international Arbitration , 1987 , Marionusnij – Hoff, publishers, p.323**
- 2- **Alan Redfern and martion Hunter , Law and practice of international commercid arbitration , Edition , 1999 , p.25**
- 3- **dr. ahmed kesmat, el, geddawy, the time limit for commercing arbitration under fidic rules relating to const ruction contracts. Lts nzture and effect in light of egyption law.**
ورقة عمل مقدمة الى مؤتمر التحكيم التجاري الدولي الذي نظمه مركز القاهرة الاقليمي التجاري الدولي ، يونيو ١٩٩٦.
- 4- **budin (r.ph), les clause arbitrales internatonales bipartites, multipartites et speciales de larbitrge adhoc et institutionnel, clause modeles, editions payot, Lausanne 1993, p.93.**

- 5- Glavinis p. ,le contrat international de construction, paris, gln joly edition, 1993, p. 510.
- 6- humphery lioyd q.c., multi- party clauses and agreement, revised version of paper given n Stockholm, icc puplication, 1991, p. 61.
- 7- Allwood , R. J., Techniqes and Applications of Expert systems in the coustruction industry ist published by Ellis Horwood limited, U. K., 1989, P. 136
- 8- UNIDO: Guidelines for infrastructure Development through Build opeat – Transfer (B.O.T) Project , Vienna , 1996 , p. 288
- 9- Code of Civil procedner , arts 1020 – 1067 (Nether , lands) , in: p. sanders & A. J. Van den Bery , The Nether lands Arbitration Act 1986 , Klouer , 1987
- 10- Dore. I. l: Theory and practice of multiparty Arbitatiob , Kluwer , 1990 , p. 16.
- 11- R. Sommer. R. H: Consolidation of Arbitrations the VI TH. I. C. M. A , monaco , 1983 , p. 14.
- 12- Hascher. D. T: Consolidation of Arbitration by American courts , fostering or Hampering international Commercial Arbitration , J. int. Arb , Vol 1 , july 1984 , p. 136
- 13- Hascher. D. T: Consolidation of Arbitration by American Courts , fostering or Hampering international commercial Arbitration , J. int. Arb , vol 1 , july 1984 , p. 136
- 14- M. De Boissesson , le hroit franca is de l arbitrage internet international , 1990 , no 621 , p. 546
- 15- Paris , 19 December , 1986 , Rev. Arb , 1987 , p. 364
- 16- Duto v. sie mens and BKMI , C.A. PARIS , 5 MAI 1989 Rev. Arb. 1989 , p. 723
- 17- De Boissesson M.constituting An Arbitral Tribunal , ICC , Dossir of the institute of international Business law and practice , 1991 , p. 153
- 18- Garig w.l , means of recourse and enforcement of the Awards , in Ice , Dossier of the institute of international basiness Law and pratice , 1991 , P 220

- 19- Rederi Aktiebolaget Sally V. S. R. L. Termarea, Court dappello of Florence , April 13 , 1978, in: iv , Y. B. com. Arb. , P294
- 20- Dore I. I. , Theory and practice of multiparty commercial Arbitration , kluwer, 1990 , p. 144
- 21- Bernini G., the enforcement of foreign Arbitral Awards by national Judiciaires, Liber Amicorum pieter Sanders , 1982 , P. 59.
- 22- waterside ocean navigation v. Intl , nov. L td (2d. cir. n. y., 1984) , A. m. c. 1985 , P. 349

ثالثاً: القوانين والاتفاقيات الدولية والقضاء والانظمة.

- ١ - قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠٠٥. وزارة العدل. مطابع وزارة العدل. الخرطوم. ٢٠٠٦.
 - ٢ - قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩. وزارة العدل. مطابع وزارة العدل. بغداد. ٢٠٠١.
 - ٣ - القانون المدني الفرنسي رقم ٤٢ لسنة ١٩٩٣.
 - ٤ - قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.
 - ٥ - محكمة النقض المصرية.
 - ٦ - محكمة التمييز الاردنية.
 - ٧ - اتفاقية نيويورك ١٩٥٨.
 - ٨ - الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين FIDIC.
 - ٩ - قواعد التحكيم في غرفة التجارة الدولية في باريس ICC.
- رابعاً: رسائل الدكتوراه

- ١ - د. عاطف بيومي محمد شهاب. الاختصاص بالتحكيم في عقود التجارة الدولية. رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق في جامعة عين شمس. ٢٠٠١.
- ٢ - د. علي بركات. خصومة التحكيم في القانون المصري والمقارن. رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق. جامعة القاهرة. ١٩٩٦.

- ٣- د. عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، المنوفية، مصر، ١٩٩٥.
- ٤- د. سراج حسين ابو زيد، التحكيم في عقود البترول، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠٠٤.
- ٥- د. محسن محسوب عبد المجيد درويش، نشأه وتطور قانون التجارة الدولي "دراسة تاريخية"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٦.
- ٦- د. هشام محمد احمد خالد، القانون الواجب التطبيق عليه، وطرق تسوية المنازعات التي تشور بشأنه، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، ١٩٨٦.

خامساً: الابحاث والمقالات

- ١- د. حسام فتحى ناصيف، قابلية حل النزاعات للتحكيم في عقود التجارة الدولية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس، العدد ١، سنة ٤٣ ويناير ٢٠٠١.
- ٢- د. جمال الدين احمد نصار، اتفاقية المشروع في المشروعات بنظام البوت، مجلة التحكيم العربي، القاهرة، العدد ٢، اغسطس ٢٠٠١.
- ٣- د. هاني صلاح سري الدين، الاطار القانوني لمشروعات البنية الاساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتشغيل والتمويل في مصر، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد ٦٩، ١٩٩٩.
- ٤- د. أحمد شرف الدين، تسوية منازعات عقود مشروعات البنية الاساسية المحمولة من القطاع الخاص B.O.T، مجلة التحكيم العربي، العدد ٤٤ اغسطس، القاهرة، ٢٠٠١.
- ٥- د. محمد محمد بدران، المشاكل الخاصة بتشكيل هيئة التحكيم، مجلة التحكيم العربي، العدد ٣، اكتوبر ٢٠٠٠ والقاهرة.

- ٦- د. ابو العلا علي ابو العلا، تكوين هيئات التحكيمو بحث مقدم الى الدورة العامة لاعداد المحكم، مركز حقوق عين شمس للتحكيم، كلية الحقوقو جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٢- ٢٧ يناير ٢٠٠٠.
- ٧- د. محمد ابو العينين، الطبيعة الخاصة للمنازعات الناشئة عن العقود الادارية ودور المؤسسات التحكيمية في تسويتها، بحث مقدم الى ندوة التحكيم في منازعات العقود الادارية الدولية، مركز القاهرة الاقليمي للدولي للتحكيم، بالتعاون مع مجلس الدولة المصري، القاهرة، ١٦- ١٨ ابريل ٢٠٠٦.
- ٨- د. ابراهيم احمد ابراهيم، اختيار طريق التحكيم ومفهومه، بحث مقدم الى الدورة العامة لاعداد المحكم، مركز حقوق عين شمس للتحكيم، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٢- ٢٧ يناير ٢٠٠٠.
- ٩- د. عز الدين عبدالله، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، مجلة مصر، القاهرة، لسنة ٦٩، العدد ٣٧، يناير ١٩٧٨.
- ١٠- د. ابراهيم احمد ابراهيم، تنفيذ احكام التحكيم الاجنبية، المجلة المصرية، القاهرة، العدد ٣٧، ١٩٨١.
- ١١- د. فتحي والي، دعوى بطلان حكم التحكيم وقوة التنفيذية، بحث مقدم الى مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، القاهرة، مارس، ٢٠٠٠.
- ١٢- د. اكثم الخولي، الاتجاهات الحديثة في قانون التحكيم الجديد، محاضرة القيت في مؤتمر قانون التحكيم الجديد الذي نظمه مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم في الفترة ١٢- ١٣ سبتمبر ١٩٩٤.

حق التقاضي بين الضمانات والقيود الإجرائية

من منظور العدالة والمساواة

الدكتورة / هناء عبد الحميد إبراهيم بدر

أستاذ مساعد القانون الجنائي - بكلية العلوم والدراسات الإنسانية -

جامعة شقراء - المملكة العربية السعودية

المقدمة

حق التقاضي من الحقوق الطبيعية للصيقة بشخص الإنسان كما يعد في الوقت نفسه من المبادئ الأساسية في كل المجتمعات المتقدمة ، لذلك فان تاريخه قديم قدم القانون ذاته ، لانبثاقه من المبادئ العليا للجماعة ، والذي وجد فيه الفرد والمجتمع الحارس الأمين. والسياس المنيع للحفاظ على الأمن وصيانة الحقوق. لذلك نصت عليه الشريعة الإسلامية وأكد ضرورته جميع الفقهاء المسلمين. كما لم يخل نظام أو دستور من ذكره وتوكيده ، باعتباره أساس الشرعية وسيادة القانون التي تقوم على إن من حق كل مواطن إن يعرض مزاعمه على القضاء ويجد لكل خصومة قاضيا.

وإذا كان حق التقاضي مكفولا فانه لا يجوز لفرد اقتضاء حقه بنفسه عند وقوع اعتداء عليه ، وإنما يجب عليه الالتجاء إلى المحاكم لرد الاعتداء. والتعويض عنه ، حتى لاتسود شريعة الغاب ، التي لاتقوم على إعلاء الغرائز وتحكيم القوة والبطش ، وما يعنيه ذلك من إهدار للعدالة وهدم مبدأ المساواة بين البشر.

فالعدالة هي مطلب قيمي مهم في المجتمع ، لان مقصد تحقيق العدالة هو تحقيق كرامة الإنسان مطلب لأداء وظيفته الاستخفافيه وفق الرؤية الإلهية في الأرض ليقيم المشروع الالهي فيها فوفق مقولة العدالة تتحقق الحريات بما يحقق العدالة ، وتنتظم لذلك مجموعة الحقوق والواجبات وفق ما تقتضيه العدالة ، فإذا تحققت هذه القيم فقد تحققت بذلك كل مقومات الكرامة الإنسانية.

فإذا قلنا إننا نريد أن يرتفع سقف الحريات، تكون الحريات المطلوبة هي تلك التي تحقق العدالة بحيث لا يمكن لهذه الحرية أن تحقق نقيض العدالة بالظلم أو سلب الآخرين لحقهم، فتكون الحرية المطلوبة حرية عادلة، وهكذا المساواة وحق التقاضي.

ونظراً لتعلق حق التقاضي بالقانون الذي في تصور الفقه الحديث ينقسم إلى قانون موضوعي وقانون اجرائي فان الحقوق تنقسم بناء على ذلك إلى حقوق موضوعية وحقوق إجرائية، ونتيجة لذلك قرر المشرع في القوانين الإجرائية العديد من الحقوق والضمانات الإجرائية التي تهدف في مجملها إلى خدمة العدالة وتحقيقها واحترام حقوق الدفاع وتسهيل عملية الفصل في الدعوى وحماية حقوق الأفراد الموضوعية والإجرائية بالقدر الذي يحقق المساواة بين الخصوم أمام القضاء، الأمر الذي يقتضي الالتزام باستخدام تلك الحقوق والضمانات الإجرائية وفقاً للغرض الذي شرعت من اجله فلا يجوز استخدامها بوصفها وسيلة أو ذريعة لتعطيل الفصل في الدعوى حتى لا تكون هذه الإجراءات سبباً في تعطيل العدالة بدلا من وصفها ضمانه لحسن سير الدعوى وتسهيل إجراءات التقاضي لتحقيق العدالة والمساواة بين الجنسين .

ثانيا أهمية موضوع البحث وسبب اختياره:

تكمن أهمية الموضوع بأهمية الحقوق الإجرائية بوصفها الوسيلة التي تضمن الحق الموضوعي والعدل، لذلك وصف قانون المرافعات بأنه قانون يخدم الحقوق الموضوعية وحمايتها عند قيام نزاع يصددها، وإن التزام الأفراد بحدود الحقوق الإجرائية واستخدامها طبقاً لما شرعت له سيجعلها تؤدي دوراً هاماً في الحياة الاجتماعية بحيث يجعل تنفيذ القرارات القضائية أمراً طوعياً لدى الأفراد مما يؤدي إلي إشاعة الطمأنينة في نفوس أصحاب الحقوق وعكس ذلك يؤدي إلي الفوضى والظلم والتعسف، ولذا فإن حق التقاضي من الناحية الإجرائية والذي بدوره يعد حجر الزاوية في كفالة الدفاع عن الحقوق والحريات.

ولأهمية هذا الموضوع وارتباطه بالمساواة التي بمقتضاها تحقق العدالة التي من أجلها شرعت الحقوق كان موضوع البحث من خلال محاولة صياغة نظرية عامة لحق التقاضي للقضاء علي الإساءة في استعمال هذا الحق، وللقضاء علي عدم جدية الخصومات أمام القضاء بحيث تجعل المتعسف في استعمال هذا الحق خاضعا لحكم المسؤولية .

يقتضي ما تقدم للإمام بهذا الموضوع أن يتم بحته ضمن خطة البحث الآتية :-

خطة البحث

المقدمة

المبحث التمهيدي: ماهية حق التقاضي والمساواة بين الجنسين.

المطلب الأول: تعريف حق التقاضي وأهميته.

المطلب الثاني: المساواة والتقاضي في النظم القانونية المختلفة .

المطلب الثالث: المساواة أمام القضاء في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

الفصل الأول: ضمانات حق التقاضي وكفالة تحقيق العدالة والمساواة.

المبحث الأول: الضمانات العامة لحق التقاضي.

١ - استقلال السلطة القضائية

٢ - الحق في اللجوء إلي القاضي الطبيعي

المبحث الثاني: ضمانات التقاضي والمساواة من الناحية الإجرائية

١ - ضمانات خاصة بالقواعد الإجرائية

٢ - حق الدفاع.

الفصل الثاني: القيود الإجرائية لحق التقاضي

المبحث الأول: القيود العامة.

١ - قواعد منع القضاة وردهم ومخاصمتهم

٢ - تعسف القاضي في مرحلة الفريد القضائي.

المبحث الثاني: القيود الخاصة.

١ - القيود الخاصة بالمساواة في القانون الجنائي.

- ٢- القيود الخاصة بالقضاء العسكري.
٣- القيود الخاصة بقانون الأحوال الشخصية.

الخاتمة

المراجع

المبحث التمهيدي

ماهية حق التقاضي والمساواة:

يتمثل التقاضي في حق الإنسان في إيجاد وسيلة عن طريق دعوي قضائية لمباشرة الأفراد لحقهم في اللجوء إلى القضاء. وينقسم هذا المبحث إلى مطلبين الأول تعريف حق التقاضي وأهميته، والثاني تطور حق التقاضي وارتباطه بالمساواة.

المطلب الأول

تعريف حق التقاضي وأهميته

والقضاء لغة هو الحكم، وقضى أي قضيت الشيء أي أقضا أكلته. قضى: القضاء الحكم وأصله قضاء لأنه من قضيت والجمع الأفضية أو القضايا.

وقاضاه إلى الحاكم مقاضاة أي رافعه إليه وحاكمه وعلى مال ونحوه صالحه عليه واقتضى الدين وغيره اقتضاه: طلبة، الأمر الوجوب أي استدعاه واستوجهه يقال (افعل ما يقتضيه كرمك)، أي يطالبك به، واستقضاه السلطان استقصاء عينه قاضياً - فلان الدين طلب منه أن يقضيه، وفلان حكمه وقضاه وطلبه للقضاء، والقضاء أي الحكم أو الأداء ورجال القضاء الهيئة التي يوكل إليها بحث الخصومات للفصل فيها طبقاً للقانون.¹

والتقاضي بالمعنى الاصطلاحي يعنى تصرف إرادي مكتوب يلزم التقدم به إلي القاضي كي يتمكن الفرد من توفير الحماية القضائية لمن

1 مختار الصحاح، حرف القاف ص ٩٤٩ - الوسيط معجم النفائس د. احمد أبو هاقه - دار النفائس الطبعة الأولى ٢٠٠٧ - ص ١٠٠٧ - ١٠٠٨

يطلبها من الخصوم، فحق التقاضى (هو حق الأفراد باللجوء الى القضاء فيما يدعونه من حقوق)^١

ويتميز حق التقاضى عن المصطلحات القانونية الآتية (الدعوي) و(الادعاء) و(المطالبة القضائية) و(المخاصمة)

أولاً - الدعوي:

الدعوي هي طلب شخص حقه من آخر أمام القضاء. وهذا التعريف مقتبس من الفقه الإسلامى الذي تتصف فيه فكرة الدعوي بالوضوح التام^٢

وفي فرنسا عرفها المشرع الفرنسى في المادة ٣٠ من قانون المرافعات الفرنسى بأنها(الدعوي هي بالنسبة للمدعى هي الادعاء في أن يسمع القاضى حقيقة ادعائه لبيت في صحته، أو عدم صحة هذا الادعاء، أما بالنسبة للخصم فهي حقه في أن يناقش صحة هذا الادعاء)^٣

فالدعوي هي وسيلة قانونية لحماية الحق، أما حق التقاضى فهو حق وسيلة حمايته هي الدعوي، والحق هو عنصر من عناصر الدعوي

ثانياً - الادعاء:

هو الطلب الذي تتحرك بموجبه الدعوي أمام القضاء. فالادعاء مثله مثل الحق هو عنصر من عناصر الدعوي.

ثالثاً - المطالبة القضائية:

هي البيانات التى يتقدم بها إلى القضاء كل طرف في الدعوي وفقاً لإجراءات التقاضى.

رابعاً - المخاصمة:

هي السبب الذي تقوم من اجله الدعوي.

1 الدكتور عبد الله البياتي: كفالة حق التقاضى دراسة مقارنة طبعة ٢٠٠٢، مكتبة الملك

عبد العزيز، الرياض، ص ٢٠

2 الدكتور سعيد عبد الكريم مبارك: المرافعات المدنية طبعة ١٩٨٤ ص ٥١

3 الدكتور عبد الله البياتي: المرجع نفسه ص ٢٢

أهميه حق التقاضي:

إن وجود حق التقاضي واحترامه ضمان لحقوق الأفراد وحررياتهم، فإذا كانت للفرد حقوقاً يحافظ عليها فضمن الحفاظ على هذه الحقوق هو امتلاكه لحق اللجوء إلى القضاء إذا ما مست أي من هذه الحقوق، وقد اهتمت الدساتير اهتماماً كبيراً لحقوق الأفراد وحررياتهم وأهمها حق التقاضي^١ ونجد ذلك في أحكام ضامنة احتوتها المواد الدستورية في مختلف الدول، وحظيت هذه المواد بمكانة متميزة. وعلى المستوى الدولي تبرز أماننا المادتين (٨، ١٠) للإعلان العالمي لحقوق الإنسان لأهمية هذا الحق والحرص على تأكيد ممارسته حماية لحقوق وحرريات الإنسان.

والاتفاقيات الإقليمية لم تخلوا هي الأخرى من ما يؤكد اهتمامها بحق الأفراد في التقاضي، وكذا الأمر في المؤتمرات الإقليمية ومثالها المؤتمر العربي للعلوم الإدارية الذي أكد على كفاله حق المواطنين في اللجوء إلى القضاء.

وحق التقاضي - هو حق مكفول بين الجنسين الرجل والمرأة - وقد اهتم القانون الدولي الحقوق الإنسان ولحقوق المرأة بصفة خاصة التي تعد الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة لعام ١٩٧٩ م. أهم مصادر هذا الحق - وقد أوجب على الدول والأطراف في هذه الاتفاقية ضرورة اتخاذ سياسة شاملة تهدف إلى مساواة المرأة بالرجل في كل الحقوق والواجبات وهدم كل القوانين والأعراف والممارسات القائمة التي تشكل تمييزاً ضد المرأة.

وإذا كان التزام الدول بانتهاج سياسة عامة للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة هو بداية الانطلاق نحو حماية دولية ووطنية لحقوق المرأة، فإن التزامها باتخاذ التدابير المناسبة من أجل تقدم وتطور وضع المرأة، هو الخطوة التالية في طريق حماية حقوق المرأة، وهذا ما

1 الدكتور محمد عبد الله العربي، كفالة حقوق الأفراد والحرريات العامة، مجلة مجلس الدولة السنة الثانية يناير ١٩٥١ دار النشر للجماعات المصرية القاهرة ص ٤٨.

نصت عليه المادة الثالثة من هذه الاتفاقية عندما حثت الدول الأطراف القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة في كافة الميادين السياسية والمدنية والاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية واتخاذ التدابير المناسبة - بما في ذلك التشريعي منها - بكفالة تطور المرأة وتقدمها وذلك من أجل أن تضمن لها ممارسة حقوق الإنسان والحريات الأساسية والتمتع لها على أساس المساواة مع الرجل¹

حيث لا تمييز في الحقوق والواجبات بين البشر بسبب الجنس. ولقد اقتضت ضرورات التطور أن تواكب النظم الإجرائية غيرها من النظم الموضوعية، وبعد أن اتجهت الدراسات إلى كشف ما تميز به هذه النظم من مبادئ ونظريات لكن المسؤولية الإجرائية لم تواكب هذه النهضة، ولهذا فكان من الضروري البحث في القواعد الإجرائية لحمايتها من عبث الخصوم، كل ما يشكل خروجاً عليها وانتهاكاً لها، التي تشكل بدورها حجر الزاوية في كفالة الدفاع عن الحقوق والحريات، فإذا لم يكن من الممكن كفالة الاحترام الواجب لها، فكيف بها إذا دعيت إلى كفالة غيرها من قواعد القوانين الأخرى...؟

المطلب الثاني

حق النقاضي والمساواة في النظم القانونية المختلفة:

في بداية القرن التاسع عشر كان عدم المساواة بين الرجل والمرأة مماثلاً لما كانت عليه في الحضارات القديمة، فكانت النساء ممنوعات من أي مشاركة في الحياة السياسية وفي الأنشطة العامة فكانت المرأة تشغل مكانة أدنى من الرجل وكانت المرأة مازالت في كثير من البلاد ضحية لبعض العادات السيئة. وقد حملت التغييرات التي طرأت على ظروف الحياة في الدول الأوروبية خلال القرن التاسع عشر والعشرين على إدخال بعض التعديلات لتقريب الشقة بين الجنسين وتزايدت الحركة نحو تحقيق المساواة بين الرجال والنساء ومعدل سرعتها واتساعها خلال القرن العشرين^٥

1 راجع الدكتور منتصر سعيد حمودة: الحماية الدولية لحقوق المرأة - دراسة مقارنة بأحكام الشريعة طبعة ٢٠٠٧ دار الجامعة الجديدة - ص ٢٧١.

أ- في العصر الفرعوني:-

من خلال الوثائق القانونية التي تم العثور عليه في مصر الفرعونية خصوصا فيما يتعلق بالقانون الجنائي كانت لا تملك تقنين مكتوب ولكنها مع ذلك كانت تعرف فكرة العدالة¹

فالقانون كان شديد الارتباط بمظاهر الحياة ولذلك لم تصل العقلية القانونية إلى تحديد دقيق للأفكار القانونية ويظهر لنا من خلال الوثائق الدليل على وجود فكرة الحق في الانتقام الفردي في المفهوم القانوني وكان القضاء يتخذ شكل مجلس هذه المحكمة كان يدخل في اختصاصها النظر في منازعات الأفراد سواء كانت تتعلق بالقانون المدني أو القانون الجنائي، وكانت الجرائم المرتكبة في هذه الفترة مثل السرقة - الزنا- البلاغ الكاذب كان لا يتم النظر فيها الا عن طريق المحكمة، وفي ذلك إشارة إلى أن القضاء في المسائل الجنائية كان مقصورا على السلطة العامة، فالمسائل الجنائية كانت إذا تشكل جزء من "الشأن العام" يدخل في اختصاص السلطة العامة، ويؤكد ذلك قيام المحكمة المحلية ليس فقط بالحكم في القضية المنظورة وإنما بتنفيذ العقوبة (مثل عقوبة القرع بالعصا bastinade) ومعنى ذلك أن هذه المحكمة كانت تتصرف على إنها جهة تنفيذية بالإضافة لكونها جهة قضائية، فهي ذات اختصاص تنفيذي بغض النظر عن كون الأمر يتعلق بمسألة مدنية أو جنائية. فقد كان لهذه المحكمة سلطة استعمال القوة إذا كان لها حق توقيع الخبزاء سواء في المسائل المدنية أو الجنائية

وعلى الرغم من ذلك يمكن التمييز بين المسائل المدنية والجنائية من خلال طبيعة تنفيذ هذا الجزاء ففي المسائل المدنية يتخذ القرع بالعصا شكل الإجراء الجبري measure coercitive لإرغام المدين على تنفيذ

1- Salam. Traces deco deification en Egypt ancient (a abases époque)

Revue International desDroits de Antiquate. T.XL, 1993.

P.P 11.26

التزاماته قبل الدائن. ولكن على الرغم من ذلك فإن الوثائق لا تتيح لنا التعرف على ما إذا كانت المحكمة نفسها تقيم التفرقة بين المسائل المدنية والجنائية، لذلك يجب اللجوء إلى الصيغة المعلنة في العديد من محاضر الجلسات التي من خلالها يصبح الحكم علنا المؤرخين إلى اللامساواة في عقاب بعض الجرائم بين الحر والعبد. وفي نطاق الإجراءات الجنائية يسجل التاريخ وجود فرعين من المحاكم محاكم بغض النظر عن نوع القضية.

في هذه الصيغة تعلن المحكمة أن أحد الأطراف محظنا والآخر محقا وتفرض المحكمة في هذه الصيغة التعهد المقترن بيمين على الطرف الخاسر. وفي العديد من القضايا كانت المحكمة لا تكتفى بهذا القسم المجرد وإنما كانت تقرنه بجزء مادي توقعه المحكمة في حالة نقض القسم ومعنى ذلك أن الطرف الخاسر كان يعلن عقابا لنفسه في حالة عدم وفائه بهذا القسم¹

خلاصة ما تقدم أن القضاء المصري القديم كان يقيم التفرقة بين المسئولية المدنية وما تستتبعه من جزاء مدني، والمسئولية الجنائية وما تقتضيه من عقوبة جنائية هذه التفرقة تبيح لنا التأكيد على فكرة القانون الجنائي والتقاضى غير مجهولة للمصريين في هذه الحقبة الزمنية.

أما فكرة العدل في مجال القانون الجنائي فإن الغرض منها هو الدفاع عن التوزيع العادل للثروات بين الأسر أي الدفاع عن التوازن العادل.

ولهذا ففكرة العدالة عند الفكر المصري الفرعوني يشير إلى نزع المنحرف من الشر والخطأ والخطيئة وإعادته إلى طريق الماعت بعد تطهيره من النجاسة التي التصقت به نتيجة قيامه بالفعل الاجرامى فكان الملك يتمثل بالنسبة لهم الضامن المعصوم والمصدر الأكيد ولذلك فكان عدل الملك وعدل المحاكم هو تطبيق لفكر واحد².

- 1 د / حسن عبد الحميد - فكرة المسئولية الجنائية في مصر الفرعونية، دار النهضة العربية. ط ٢٠٠٠، ص ٢٤ وبعدها.
- 2 راجع نظم جستنيان، ترجمة عبد العزيز فهمي الكتاب الرابع، الفقرة الأولى، د. شفيق شحاتة. نظرية الالتزامات في القانون الروماني، ص ١١. التاريخ العام للقانون في مصر الفرعونية، القاهرة، ١٩٨٥، ص ٤٢

أما بالنسبة للمرأة ومساواتها بالرجل فإن القوانين والأوامر وغيرها لا تطور الناس إلا بقدر ما لديهم من استعداد للتطور والاستجابة إليه، وكل تطور في حياة المرأة وفي شخصيتها يجب أن تدفع إليه ضرورة اجتماعية يستجيب إليها المجتمع وهذا ما سنوضحه من خلال التطور التاريخي لمبدأ المساواة من الناحية السياسية.

وكانت المساواة بين الذكور والإناث في الدولة الفرعونية هي السائدة فكانت المرأة تقف بجانب الرجل، وقد اشتغلت بشئون البلاد وارتقت العرش سواء بمفردها أو بمشاركة زوجها^١.

وقد يأخذ البعض على النظام الجنائي الفرعوني انه لم يستهدف تحقيق العدل والمساواة بقدر ما استهدف الإبقاء على أنظمة الحكم والحرص على التقاليد الدينية، هذه الملاحظة تقود إليها بعض أحكام النظام فيما يتعلق بالقواعد الإجرائية، ففي قانون العقوبات يشير بعض المؤرخين إلي الامساواه في عقاب بعض الجرائم بين الحر والعبد. وفي نطاق الإجراءات الجنائية يسجل التاريخ وجود نوعين من المحاكم (محاكم عادية، ومحاكم استثنائية بالإضافة إلى اختصاص الملك بالقضاء إذا شاء في الدعاوى الهامة. ومن سمات النظام الجنائي بشقيه الموضوعي والاجرائي روعي تنظيم المحاكم وتشكيلها وإجراءاتها توفير ضمانات لكفالة العدالة لم يوجد لها نظير في الشرائع القديمة، كذلك تسجيل بعض الوثائق لوصايا الملوك باتباع العدل وتحقيق المساواة^٢.

ب - في العصر اليوناني والروماني:

كان العدل في قانون حمورابي هو أساس الملك وأساس القانون، ولهذا فكان يهدف إلى تحقيق المساواة بين أفراد المجتمع... فكان لكل مدينة

1 راجع الدكتور: فؤاد عبد المنعم أحمد: مبدأ المساواة في الإسلام، رسالة دكتوراه، طبعة ١٩٧٢، الإسكندرية، ص ٢٥، دكتورة درية شفيق: المرأة المصرية من الفراعنة إلى اليوم، طبعة ١٩٥٥، ص ٦، ٧، الدكتور: عائشة عبد الرحمن: الأصول الشرقية والإسلامية لتحرير المرأة ص ٦٩

2 دكتور عبد الواحد وافي، المساواة في الإسلام طبعة ١٩٨٣ ص ١١ وما بعدها.
Rcharles, Histoire du droit penal quesais - je 1969 P. 19

في الإمبراطورية الرومانية شروطها الخاصة لنيل حقوق المواطنة، وكانت
أثمن ميزة يتمتع بها المواطن الروماني هي حماية القانون الشخصية، وملكه
وآمنه على نفسه من التعذيب أو العنف إثناء انحاكمة.

وكان الرومان أكثر الشعوب ميلا إلى التقاضي على الرغم مما
امتاز به قانون المرافعات من تعقيد فكان كل من طرفي النزاع يودع مبلغ من
المال يضيع على من يخسر القضية، وكان من الواجب على المدعى عليه أن
يقدم كفالة تضمن بها المحكمة حضوره أمامها فيما بعد فإذا تم هذا أحال
الحاكم النزاع إلى رجل يختاره ثبت لهم من الرجال الذين يصح لهم أن
يكونوا قضاة، وكان القاضي يصدر حكما تمهيدا يوجب على احد
الطرفين المتقاضين - أو لكليهما أن يقوم بعمل من الأعمال أو يمتنع عن
القيام به، وإذا خسر المدعى عليه القضية كان من حق المدعى أن يستولى
على أملاكه أو يقبض عليه حتى ينفذ الحكم.

- وبعد ذلك في عام ١٥٠ م الغنى قانون "أويا" الإجراءات المعقدة
واستبدل بها إجراءات اقل تعقيدا ولذلك صار من حق المتقاضين أن
يشتركوا مع الحاكم في تحديد الشكل الذي يعرض به النزاع على القاضي،
ثم يصدر الحاكم إلى القاضي تعليمات بالحقائق الموضوعية والمسائل
القانونية التي يتضمنها النزاع - ولذلك كانت هذه إحدى الوسائل التي
وضع بها الحاكم أو البريتور القانون البريتوري ثم بعد ذلك كان الحاكم
بنفسه هو الذي يفصل في القضية ويصدر فيها الأحكام ١.

وكانت المرأة الرومانية كاليونانية محرومة من الحقوق السياسية لأن
تلك الحقوق التي كانت وثيقة الصلة بالخدمة العسكرية وضريبة الدم لم
تكن مفروضة على النساء^٢ ولم تعرف اليونان القديمة مبدأ المساواة بمعناها
المعروف في العصر الحديث ولذلك حرمت المرأة من الحقوق السياسية

- 1 راجع د. عبد السلام الزمانيني - الوسيط في تاريخ القانون والنظم القانونية -
مطبوعات الكويت ص ١٠٨ وما بعدها.
- 2 الدكتور: محمود سلام زنتاتي: دراسات حول وضع المرأة الاجتماعي والقانوني في
العصور القديمة، الكتاب الثاني عند الرومان، طبعة ١٩٨٢ ص ١٩

وعزلت عن الحياة العامة وذلك بسبب نظرة المجتمع اليوناني إلى المرأة على أنها كائن أدنى من الرجل¹.

المطلب الثالث

مبدأ المساواة أمام القضاء في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

إن النظام الإسلامي هو النظام الوحيد الذي لا يستثني أحداً مهما كان شأنه من المثول أمام القضاء الإسلامي، ويعني هذا المبدأ: أن يتساوى جميع الأفراد في المثول أمام القضاء، وأن لا يكون التمييز بينهم في إجراءات التقاضي، وألا يوصد باب القضاء أمام البعض ويفتح لآخرين، وألا تخصص محاكم لفئات أو طبقات معينة، وألا يفرق بين الأفراد في توقيع العقوبات عليهم متى تماثلت الجرائم والظروف أو في طريقة توقيع هذه العقوبات.

ويمقتضى هذا المبدأ يلقي الأفراد معاملة واحدة لدى المحاكم القضائية، ويحاكمون جميعاً لدى محاكم واحدة مهما تفاوتت مكانتهم الاجتماعية أو علت درجاتهم لسبب من الأسباب التي يتفاخر بها الناس عادة، وهذا بخلاف القوانين الوضعية التي تحظر محاكمة رئيس الدولة أو الوزراء أو تنشئ محاكم وهيئات خاصة لمحاكمتهم، ولا يقتصر أثر المساواة أمام القضاء على الأفراد وإنما يتعداه إلى الحكام الذين لم يجعل لهم في الإسلام أي ميزة خاصة بهم، وعليهم أن يقفوا أمام الهيئات التي يقف أمامها الأشخاص العاديون فالقضاء في الشريعة الإسلامية واحد للناس جميعاً، ولا تفرق هذه الشريعة كما لم يعرف تطبيقها على امتداد القرون نظام المحاكم الخاصة في تشكيلها أو الخاصة في إجراءاتها كما تعرفه القوانين الوضعية، وكذلك كان الخلفاء الراشدون ورعاياهم من المسلمين أو غيرهم يمثلون أمام القاضي الذي يمثل أمامه عامة الناس ويتبع في إجراءات التقاضي ما ينطبق على هؤلاء، كما ينطبق على غيرهم، وليس من شك أن هذا يعد أحد نتائج الأخذ بمبدأ المساواة الذي قرره نصوص القرآن

1 الدكتور: عبد الحميد الشواربي: الحقوق السياسية للمرأة في الإسلام، دار المعارف، الإسكندرية، ص ٢٧.

الكريم وأحاديث الرسول - صلى الله عليه وسلم - وسيرة الخلفاء الراشدين - رضي الله عنهم.

وهكذا تقتضي هذه المساواة في القضاء أن يعتبر صاحب الحق قويا وكبيراً حتى يأخذ حقه، وأن يعتبر القوي ضعيفاً حتى يؤخذ الحق منه، كما أقرت ذلك عبارة أول الخلفاء الراشدين أبي بكر الصديق - رضي الله عنه - وسيرته وسيرة غيره من الخلفاء وأئمة السلف الصالح من بعدهم، فهذا أبو بكر الصديق - رضي الله عنه يقول: «الضعيف فيكم عندي قوي حتى أخذ له حقه، والقوي فيكم عندي ضعيف حتى أخذ الحق منه إن شاء الله.»¹

ولقد قضت قاعدة الإسلام في المساواة أمام القضاء على كل أنواع التفرقة بين الناس مبدئياً وخصوصاً على التفرقة بسبب الدين أو النسب أو الطبقية أو الجنسية أو بسبب العداوة، وبالإضافة إلى المساواة بين الأفراد والحكام فإن الإسلام أقر المساواة المطلقة أمام القضاء بين المسلمين وغيرهم من المسالمين المأذون لهم بالإقامة في دار الإسلام سواء بعقد الذمة أو العهد أو بعقد الأمان، إذ إنهم يتمتعون بالمساواة القضائية مبدئياً وذلك فيما يجري فيه التقاضي وفق شريعة الإسلام.

ولقد أمر الإسلام أن يسوى بين الخصمين مهما عظم أحدهما وصغر الآخر ومهما كان أحدهما صغيراً والآخر أميراً، حتى إنه ليس للقاضي أن يجعل أحدهما عن يمينه والآخر عن شماله؛ لأن في ذلك امتيازاً لصاحب اليمين.

ولقد كان الرسول - صلى الله عليه وسلم - يتولّى الفصل في الخصومات، وكان - صلى الله عليه وسلم - يتخذ من بيته أو مسجد المسلمين مكاناً للفصل في الخصومات، وكان - صلى الله عليه وسلم - مثلاً يحتذى به في ميدان العدل والمساواة في القضاء، وقد سار على نهجه وطريقته من جاء بعده من الخلفاء الراشدين الذين كانوا مثلاً يقتدي بهم

1 الدكتور أحمد براك: مبدأ المساواة أما القضاء في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي طبعة ٢٠١٠. ص ٣.

في ميدان المساواة في القضاء، ، فلا تفرقة عندهم بين المتقاضين بسبب الأصل أو الجنس أو الطبقة أو اللون أو الثروة، فالجميع أمام القضاء سواء.

وقد اتفق فقهاء المسلمين على أنه ينبغي للقاضي أن يسوي بين الخصمين في الدخول عليه، والجلوس بين يديه والإقبال عليهما والاستماع لهما والحكم عليهما فجميع المواطنين في الدولة الإسلامية أمام القضاء سواء من جهة: المرافعة، وقواعد الإثبات، وتطبيق النصوص، وتنفيذ الأحكام، ووجوب تحري العدالة بين الخصمين، لا فرق بين فرد وفرد، بل حتى الأعداء يظفرون بعدالة القضاء والمساواة أمامه.

وهكذا طبق المسلمون مبدأ المساواة أمام القضاء تطبيقاً لا نرى له مثيلاً في أي نظام آخر، ولعل هذا التطبيق يبدو جلياً في دستور القضاء الذي وضعه عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - في رسالة أوصى بها أبا موسى الأشعري - رضي الله عنه - حين ولاة القضاء قال فيها:

" بسم الله الرحمن الرحيم من عبد الله عمر بن الخطاب أمير المؤمنين إلى عبد الله بن قيس - يعني: أبا موسى الأشعري - سلام عليك أما بعد.. فإن القضاء فريضة محكمة، وسنة متبعة، فافهم أنه أولى إليك فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له أس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك، البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً."

وقد جرى العمل في الإسلام على مقاضاة الخلفاء والولاة - تماماً - كما يحاكم سائر الناس أمام القاضي، فليس هناك جهات أو درجات متعددة للقضاء، ومن ذلك أن الخليفة علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - وهو حاكم المسلمين وخليفتهم يفتقد درعه فيجدها لدى يهودي يعرضها في السوق فلا يأخذها منه قهراً وإنما يقول له: بيني وبينك قاضي المسلمين فجاء به إلى شريح القاضي فتحاكما إليه وقال علي إنها درعي ولم أبع ولم أهب، فسأل اليهودي: ما تقول فيما يقول أمير المؤمنين؟ قال

اليهودي: ما الدرع إلا درعي وما أمير المؤمنين عندي بكاذب، فالتفت شريح إلى علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - يسأله: يا أمير المؤمنين هل من بينة، فضحك علي وقال: أصاب شريح ما لي بينة، فقضى شريح لليهودي بالدرع، فأخذها ومشى إلا أنه لم يخط خطوات حتى عاد يقول أما أنا فأشهد أن هذه أحكام أنبياء، أمير المؤمنين يدنيني إلى قاضيه فيقضي عليه، أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله، الدرع درعك يا أمير المؤمنين اتبعت الجيش وأنت منطلق من صفين فخرجت من بعيرك الأوراق فقال علي: أما إذ أسلمت فهي لك وأخذ عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - فرساً من رجل على سوم فحمل عليه فعطب، فخاصم الرجل عمر بن الخطاب - رضي الله عنه فقال له: اجعل بيني وبينك رجلاً، فقال الرجل: إني أرضى بشريح القاضي، فقال شريح لعمر: أخذته صحيحاً فأنت له ضامن حتى ترده صحيحاً مسلماً، فأدى عمر ثمنه للرجل.

تطبيق مبدأ المساواة في الفقه الإسلامي

تتجه دول أوروبا الغربية إلى وحده شاملة تلم أطرافها اقتصادياً وسياسياً، وقد تحدث المتحدثون أن هناك التراث اليوناني الفلسفي والروماني الديني هما المهاد الأول لأوروبا المعاصرة، ولكن إذا نظرنا إلى فلاسفة اليونان نجد أنهم لم ينصفوا المرأة ولا أعزوا جانبها ولا أعلوا مكانتها بل إن تاريخ أولئك الفلاسفة ملطخ بالعار موغل في الشذوذ وتاريخ الرومان ليس أشرف من تاريخ اليونان، وقد حاولت النصرانية واليهودية أن تكفكف هذه الغرائز الجاححة بالرهبانية الصارمة، والإسلام الذي تقدمه علاجاً شريفاً لهذه الفوضى فالإسلام ساوى بين الرجل والمرأة في كل الحقوق السياسية والاجتماعية والثقافية والقانونية، مع وجود بعض الفوارق بينهما، وهذه الفوارق مع التطبيق للعدل الدقيق لا تحدش المكانة الإنسانية للمرأة، بل إن الإسلام عندما يعترف بهذه الفروق يتمشى مع طبائع الأشياء.

أ. ففي المجال الاجتماعي: قد فتح أمامها مجال التعليم وأسبغ عليها مكانا اجتماعياً كريماً في مختلف مراحل حياتها من طفلة إلى زوجة إلى أم.

ب. ومن الناحية القانونية: فقد أعطاها الأهلية المالية الكاملة في جميع التصرفات حين تبلغ سن الرشد، ولم يجعل لأحد عليها ولاية من أب، أو زوج، أو رب أسرة^(١).

ج. المساواة السياسية في الإسلام: فقد ساوى الإسلام بين الذكر والأنثى مساواة كاملة فيما نطلق عليه في العصر الحديث القوانين المدنية والجنائية وإن أهم مشكلة تتعلق بالمرأة هي الحقوق السياسية وقد أثارت هذه المشكلة خلافات بين الفقهاء المسلمين وما زال هذا الخلاف قائماً حتى الآن.

وقد انقسم فقهاء الإسلام في هذه المسألة على رأيين.

الرأي الأول: والقاتل إن الإسلام يحرم المرأة من الحقوق السياسية. يري هذا الرأي أن الولايات والوظائف العامة تكون للرجل دون المرأة ولذلك فهو يمنع المرأة من مزاولة الحقوق السياسية ويستدل على ذلك من القرآن والسنة والإجماع والقياس.

أ - القرآن: يقولون إن الرجل أفضل من المرأة بالفطرة، وأنه له عليها درجة وذلك لقوله تعالى: ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ﴾^(٢).

ويقول أنصار هذا الرأي أيضاً إن القرآن كلف المرأة القرار في البيت وعدم الاختلاط بالرجال وذلك في قوله تعالى: ﴿ وَإِذَا سَأَلْتُمُوهُنَّ مَتَاعًا فَاسْأَلُوهُنَّ مِنْ وَرَاءِ حِجَابٍ ﴾^(٣).

(١) الدكتور: مصطفى السباعي: المرأة بين الفقه والقانون، المرجع السابق، ص ٢٢.

(٢) سورة البقرة: آية ٢٢٨.

(٣) سورة الأحزاب: آية ٢٣.

ب - دليل السنة : استدل أنصار هذا الرأي بحديث " لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة ^(١) ؛ لذلك فقد منعت المرأة من الولايات في الوظائف العامة.

ج - دليل الإجماع : يستند هذا الرأي بما جري عليه العمل في عصر الرسول والخلفاء الراشدين فيقول ابن قدامة " لا تصلح المرأة للإمامة لهذا لم يول النبي ولا أحد خلفاءه من بعده إمامة امرأة أو قضاء أو ولاية ^(٢).

هـ - دليل القياس : والقياس هو إلحاق النظير بنظيره لاشتراكهما في العلة ولقد أوجب حرمان المرأة من الولاية العامة والوظائف العامة ؛ لأن كثيراً من الأحكام الشرعية تميز بين الرجل والمرأة، لذلك جعلت القوامة على النساء للرجال والدليل قول الرسول عليه الصلاة والسلام : " الجمعة حق واجب على مسلم في جماعة إلا أربعة عبد مملوك أو امرأة، أو صبي، أو مريض " ^(٣).

الرأي الثاني : القائل بأن الإسلام يمنح المرأة الحقوق السياسية :

يستدل هذا الرأي أيضاً من القرآن، والسنة، والإجماع.

أ - دليل القرآن : يقرر أنصار هذا الرأي بأن المرأة شقيقة الرجل

وذلك في قوله تعالى :-

﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴾ ^(٤).

(١) انظر : صحيح البخاري ٤/١٦١٠ ، صحيح ابن حبان ١٠/٣٧٥ المستدرک للحاکم ٣/١٢٨ . سنن الترمذی ٤/٥٢٧ ، سنن البيهقي ١٠/١١٧ ، سنن النسائي ٢٤٧/ و المسند لأحمد ٥/١٣٨ وللحديث سبب ورود وهو انه لما بلغ النبي ﷺ أن الفرس ملكوا ابنة كسرى أمرهم فقال " لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة " والحديث هنا جاء كنبوءة سياسية بزوال ملك فارس وهي نبوءة تحققت بعد سنوات وبعد تشريعاً عاماً بعدم ولاية المرأة للعمل السياسي ، أما الإمامة فقد اشترط فيها الفقهاء شرط " الذكورة " و ما سوى ذلك للمرأة الحق في المشاركة فيه.راجع الدكتور محمد عمارة - التحرير الإسلامي للمرأة ، ط ٢ دار الشروق ٢٠٠٢ م ، ص ١٠١ .

(٢) ابن قدامة : المغني - ج ٧ ، مكتبة القاهرة ، ط ١٩٧٠ م ، ص ٣٨٠ .

(٣) أبو داود السجستاني : السنن ، الجزء الأول بتعليقات الشيخ أحمد سيد مطبعة الحلبي ١٩٥٢ ، ص ٢٤٠ .

(٤) سورة الحجرات : آية ١٣ .

وقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا جَاءَكَ الْمُؤْمِنَاتُ يَبَايَعْنَكَ عَلَىٰ أَنْ لَا يُشْرِكْنَ بِاللَّهِ شَيْئًا وَلَا يَسْرِقْنَ وَلَا يَزْنِينَ وَلَا يَقْتُلْنَ أَوْلَادَهُنَّ وَلَا يَأْتِينَ بِيْهْتَانٍ يَفْتَرِيْنَهُ بَيْنَ أَيْدِيْهِنَّ وَأَرْجُلِهِنَّ وَلَا يَعْصِيْنَكَ فِي مَعْرُوفٍ فَبَايِعْهُنَّ وَاسْتَغْفِرْ لَهُنَّ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾^(١)

وقوله تعالى: ﴿ قَالُوا نَحْنُ أَوْلُوا قُوَّةً وَأَوْلُوا بِأَسِ شَدِيدٍ وَالْأَمْرُ إِلَيْكَ فَانظُرِي مَاذَا تَأْمُرِينَ ﴾^(٢)، فهذه الآيات يستدل منها على أن المرأة تستطيع أن تدبر الملك وتحسن السياسة^(٣).

ولهذا فقد أجازت بعض الفرق حق الإمامة بشرط أن تكون المرأة من بينهم^(٤)، ومن هذه الفرق الشيعة.

ب - دليل السنة: أن الرسول ﷺ أقر للمرأة الحقوق السياسية لأنه قبل أمان أم هاني لأحد الكفار يوم فتح مكة، وكان أخوها على ابن أبي طالب يريد قتله، فجاءت للنبي فقالت يا رسول الله زعم ابن أبي طالب أنه قاتل رجلاً أجرته فقال أجرنا من أجرت يا أم هاني^(٥).

يدل التاريخ الإسلامي على أن المرأة شاركت بمقدار ما تزودت به من علم ومعرفة في الحياة العامة وقد كانت عائشة فقيهة مجتهدة يؤخذ عنها، وقد عرف التاريخ الإسلامي نماذج من النساء مارسن السياسة واضطلعن بأعباء الحكم فكانت منهن الملكة والأميرة والحاكمة والموجهة^(٦). ومن أمثلة ذلك:

- (١) سورة الممتحنة: آية ١٢.
- (٢) سورة النمل: آية ٣٣.
- (٣) محمود شلتوت: القرآن والمرأة، طبعة ١٩٦٣، الأمانة العامة لمجمع البحوث الإسلامية، ص ٧، ٨.
- (٤) الدكتور: محمد أنس قاسم: الحقوق السياسية للمرأة في الإسلام، دار النهضة العربية، ص ٥٩.
- (٥) دكتور: محمد أنس قاسم، الحقوق السياسية للمرأة في الإسلام، المرجع السابق، ص ٥٩.
- (٦) الدكتور: عبد الله شحاتة: المرأة في الإسلام، بيروت طبعة ص ٢٠٩.

بلقيس ملكة سبأ، وشجره الدر وغيرهما كثير في كتب التاريخ الإسلامي
المليء بالنساء اللواتي حكمن البلاد أو شاركن في الحكم^(١).
ويبدو من هذه النصوص:

أنه ليس هناك حكم قطعي من الأحكام الشرعية يمنع ويحرم المرأة
تلك الحقوق، فالقاعدة العامة في القرآن المساواة التامة بين الرجل والمرأة
في الحقوق والواجبات وكل حق لها يقابله واجب عليها.

فقد ذكر في القرآن قصة بلقيس ملكة سبأ، وابنة شعيب، وقد
أعطى الإسلام وأعلى من مكانة المرأة ووضع لها من التشريعات التي
تكرمها كزوجة، وابنة وأم، ما لم تبلغه الدول الأوربية في عصرنا هذا،
ومن الحقائق التاريخية أن المرأة الأوربية لم تحصل على حق الانتخاب إلا
عام ١٩٤٤ في فرنسا و عام ١٩٤٥ م في إيطاليا، و عام ١٩٤٨ م في بلجيكا
في حين أن الإسلام أعطى المرأة المسلمة هذا الحق منذ ما يزيد على أربعة
عشر قرناً، فقد كانت المرأة تدلي بصوتها في اختيار الخلفاء الراشدين.

أما المساواة في القانون الوضعي أما القضاء فهي الأساس الأول الذي
يرتكز عليه حق الإنسان في الرجوع إلى قاضية الطبيعي، كما لا يتنافى مع
مضمون مبدأ وجود محاكم مختلفة باختلاف أنواع المنازعات أو باختلاف
طبيعة الجرائم بشرط ألا توضع تفرقة أو تمييز بين الأشخاص المتقاضين.
وهكذا يتضح أن المساواة أمام القضاء عنصر في مبدأ المساواة أمام القانون،
وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا المصرية في حكمها الصادر بجلسته
١٩٨٩/٤/٢٩ م في القضية رقم ٢١ لسنة ٧ ق دستورية

(مبدأ المساواة لا ينطبق على الحريات والحقوق المنصوص عليها
في الدستور فحسب، وإنما أيضاً على كافة الحقوق التي يكفلها المشرع
للمواطنين، وأن هذه المساواة ليست مساواة حسابية، إذ يملك المشرع
سلطته وفقاً لمقتضيات الصالح العام وضع شروط موضوعية لتحديد بها
المراكز القانونية التي يتساوى بها الأفراد أما القانون بحيث إذا توافرت هذه

(١) الدكتور: أحمد الكيسي: المرأة والسياسة في صدر الإسلام، أبو ظبي، بدون تاريخ
ص ١٤٧.

الشروط في طائفة من هؤلاء الأفراد وجب أعمال المساواة بينهم لتمثيل مراكزهم القانونية.

وما هو جدير ذكره أن هناك العديد من النصوص في كافة الأنظمة القضائية التي تكفل حياد القاضي باعتباره المظهر الملموس لمبدأ المساواة أما القضاء ومنها (عدم صلاحية القضاة وتنحيهم وردهم).

مع الأخذ في عين الاعتبار أنه لا يتعارض مع مضمون مبدأ المساواة أمام القضاء أن توجد أحياناً محاكم خاصة لطوائف معينة من المواطنين إذا دعت الضرورة لذلك بشرط ألا يكون وجود مثل هذا النوع من المحاكم سبباً في تمييز فئة من الأفراد على غيرها أو في انتقاص حقوق طائفة من الناس مقارنة بطائفة أخرى^١.

إن مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون رددته الدساتير المصرية جميعها منذ بداية دستور ١٩٢٣، وانتهاء بالدستور القائم، رددته الدساتير المصرية بحسبانه ركيزة أساسية للحقوق والحريات علي اختلافها، وأساساً للعدل والسلام الاجتماعي، غايته صون الحقوق والحريات في مواجهه صور التمييز التي تنال منها، أو تقيده ممارستها، وباعتباره وسيلة لتقرير الحماية المتكافئة للحقوق جميعاً.

وقد تضمن الدستور مادتين تقيمان مبدأ مساواة المرأة بالرجل، (مادته الحادي عشر التي تكفل الدولة بمقتضاها التوفيق بين واجبات المرأة نحو أسرتها وعملها في مجتمعها، وكذلك مساواتها بالرجل في ميادين الحياة السياسية والاجتماعية والاقتصادية دون إخلال بأحكام الشريعة الإسلامية).

وقد جاء في حكم المحكمة الدستورية أن إقامة تفرقة بين أثار الأحكام القضائية المتماثلة في درجة حجيتها وفي الحق الواحد الذي تقرره - إخلال بحقوق أصحاب المركز القانوني الواحد - إهدار لمبدأ المساواة^٢

1 الدكتور أحمد براك - المساواة أما القضاء طبعة ٢٠١٠ مرجع السابق ص ١٥

2 أحكام المحكمة الدستورية العليا . نت .

الفصل الأول

الضمانات الإجرائية لحق التقاضى وكفالة تحقيق العدالة والمساواة

أن هناك الكثير من الحقوق والمبادئ القانونية التي ترتبط عضويًا بحق التقاضى، وأن كل منها يتمتع بضمانات تحمى وجوده وعملة وحق الأفراد في ممارسته، وبطبيعة الحال فإنه ما دام هذا الارتباط القوي موجوداً بين هذه الحقوق والمبادئ والنظم وبين حق التقاضى فيستمد نطاق حماية هذه الضمانات ليشمل حق التقاضى ولو بطريق غير مباشر.

ويتبين ذلك من خلال استعراض بعض القواعد القانونية سواء ما ورد منها في قانون الإجراءات الجنائية أو غيرة، هذه الضمانات تتمثل في استقلال السلطة القضائية وحق الأفراد في اللجوء إلى القاضى الطبيعى وحق الدفاع وحق الفرد في محاكمة عادلة، ولهذا سوف نقسم هذا الفصل إلى ضمانات عامة وضمانات خاصة بإجراءات التقاضى.

المبحث الأول

الضمانات العامة: المساواة أمام القضاء بين الانتهاك والحماية

تجمع كافة النظم القانونية السائدة في العالم اليوم على وجوب ضمان استقلال السلطة القضائية عن غيرها من السلطات الأخرى في الدولة إعمالاً لمبدأ الفصل بين السلطات وحق الفرد في اللجوء إلى قاضيه الطبيعى وتيسير الوصول إلى هذا الحق بحقه في الدفاع.

المطلب الأول

استقلال السلطة القضائية

وإذا كان المبدأ في أصله يقضى بضرورة الفصل المطلق بين السلطات الثلاث، التشريعية والتنفيذية والقضائية، فإن مفهومه قد تطور مع الزمن نزولاً عند حكم الضرورة حيناً ولاعتبارات عديدة أخرى حيناً آخر، حتى أصبح مضمونه في الزمن المعاصر يكاد يكون مختلفاً عن ذلك الذي ظهر بت لأول مرة، فقد صارت السلطة التنفيذية تقاسم السلطة التشريعية بعض اختصاصاتها من خلال ما يُعرف اليوم بتشريعات الضرورة أو التفويض أو الطوارئ لأسباب معلومة، وصارت السلطة

التشريعية تتدخل في أعمال السلطة القضائية، وصارت هذه الأخيرة تراقب أعمال السلطتين الأخريين من خلال ما يعرف بالرقابة على دستورية القوانين فيما يخص السلطة التشريعية، ورقابة القضاء على أعمال الإدارة فيما يخص السلطة التنفيذية، حتى ساد اليوم القول بأن الفصل بين السلطات إنما هو مجرد نوع من توزيع الوظائف بين مؤسسات الدولة يقوم على أساس التعاون بينها تحقيقاً للمصلحة العامة، بل إن هناك من فقهاء القانون من لم يعد يقر بوجود هذا المبدأ لزوال مبررات وجوده، وبيان ذلك أن مبدأ الفصل بين السلطات إنما ولد في ظل أنظمة الحكم النيابية حيث يسود مفهوم سيادة الأمة. ليقصر دور الشعب في ظله على اختيار من ينوي عنه في الحكم بطريق الانتخاب، في حين يتلاشى هذا المبدأ في ظل نظام سلطة الشعب..الديمقراطية المباشرة.

ونخلص مما تقدم إلى عدم وجود تعارض بين مبدأ وحدة السلطة التي يملكها الشعب ووحده، وبين مبدأ توزيع الوظائف العامة، على أن الذي يعنينا في هذا المقام بيان الضمانات المقررة لاستقلال القضاء كوظيفة عامة في وسط الوظائف الأخرى للدولة، بصرف النظر عن طبيعة نظام الحكم السائد فيها، ثم إبراز مظاهر التدخل في دائرة النشاط القضائي، وعلاقة كل ذلك بحق التقاضي¹

أولاً مفهوم وضمانات استقلال القضاء:

تخضع السلطة القضائية لمبدأ المشروعية في الوجود ولأحكام القانون في التطبيق، وهذا بالضرورة يقودنا إلى البحث في الركائز التي يقوم عليها بناء السلطة القضائية من ناحية ووجوب التزامها بالقانون نصاً وروحاً عند ممارستها للوظيفة القضائية من ناحية أخرى، وفي هذا السياق ولأجل بيان معنى استقلالية السلطة القضائية كضمانة مقررة لها بموجب القوانين، تمتنع عنها التدخل، وتضمن لها الحيادة والنزاهة في الأداء، وتفترض الثقة في نفس المواطن بحسبان أنها الجهة التي تحمي قوانين الدولة

1 دكتور محمد عصفور: موقف الديمقراطيات من الرقابة على دستورية القوانين. مجلة المحاماة، العدد الأول ١٥ يناير سنة ١٩٧١ ص ١.

من أي انتهاك، وترعى حقوق المواطنين، ولذا أجمعت كافة القوانين الأساسية السائدة في عالم اليوم (موثيق ودساتير وقوانين) على اعتبار السلطة القضائية (هيئات المحاكم والنيابات) هيئات قضائية لا تخضع في عملها سوى للقانون والضمير، وبالتالي يحظر على كافة الجهات الأخرى التشريعية منها والتنفيذية التدخل في عملها ضمناً لمبدأ حياد القاضى الذي يجسد استقلال القضاء، ولذلك درجت الدول على تضمين قوانينها الإجرائية، ولاسيما منها قانون نظام القضاء وقانونى الإجراءات الجنائية والمرافعات المدنية الضمانات الكفيلة باستقلال القضاء وحياد القاضى، وذلك من خلال منع التأثير على استقلاليته والتدخل في نشاطه.

ومن أهم الضمانات: أن تكون إدارة شؤون المحاكم والنيابات موكولة إلى هيئة مؤلفة من أعضاء الهيئات القضائية وهى المجلس الأعلى للهيئات القضائية، مما يضمن عدم تدخل السلطة التنفيذية في شؤون القضاء بما في ذلك أمين اللجنة الشعبية العامة للعدل (وزير العدل)، وكذا من خلال الأسلوب المتبع في تعيين القضاة ونقلهم وترقياتهم وتأديبهم وعزلهم الذي يخضع لأحكام قانون نظام القضاء تشريعاً وإلى سلطة المجلس الأعلى للهيئات القضائية تطبيقاً.

تلك هى القواعد التى يعتصم بها القاضى في مواجهة السلطات الأخرى تأثيراً وتدخلًا. وإذا كان القانون يضمن للقاضى هذا القدر من الاستقلالية في مواجهة الغير، فإنه بالمقابل يخضع للقانون في عمله، حيث يلتزم في إدارته للعملية القضائية بجملة من المبادئ الأساسية منها النزاهة والحياد والمساواة بين الخصوم، وهى المبادئ التى تشكل ما يسمى بدستور القضاء ابتغاء تحقيق هدف أسمى ما انفكت البشرية تسعى إلى تحقيقه ألا وهو تحقيق العدالة، وهنا يجد القاضى نفسه أمام عدالة النصوص كما افترضها المشرع، وعدالة الواقع كما يقدرها هو من خلال الوقائع المطروحة عليه، الأمر الذى يفرض عليه القيام بعمل ذهنى ونشاط ايجابي يُقرب به الوقائع من تلك النماذج التى صورها المشرع في نصوصه، لذا أطلقت القوانين يده ليقوم بدور ايجابي في إدارة دفة العدالة حتى لا يتحول

في ظل جمود النصوص إلى مجرد آلة صماء، كل ذلك إذا ما قدرنا تناهى النصوص وعدم تناهى الوقائع بحكم صيرورة الحياة والتغير الذي يحدث على صعيد الواقع الحياتي في المجتمعات، وهكذا يصير القاضى مطالباً بالتقريب بين العدالة القضائية والعدالة الحقيقية بما يحقق الإنصاف والمساواة بين الخصوم، وعلى نحو يتفق مع أحكام القانون وإملاءات الضمير، ولذلك كانت مهمة القضاء من أنبل المهن لا يقدر عليها سوى الراسخون في العلم ممن نذروا أنفسهم لخدمة العدالة، ولأجل تحقيق تلك الأهداف أقرت كافة التشريعات الموضوعية منها والإجرائية للقاضى بسلطات واسعة في تقدير وقائع النزاع أو الخصومة وتكييفها والبحث عن الأدلة وتقييمها أي وزنها حتى يكون حكمه مطابقاً للحقيقة الواقعية، لا كما صورها الخصوم في أوراقهم ومرافعاتهم ولأجل فهم الدور الذي يقوم به القاضى عند فصله في موضوع النزاع المطروح عليه.

ومختصر القول أن استقلال القاضى لا يعنى وقوفه محايداً أو جامداً عند النظر في المنازعات المطروحة عليه، وإنما يعنى باختصار امتناع التأثير عليه في الحكم من أي جهة أخرى بما في ذلك الجهة التي ينتمى إليها، مع وجوب تقيده بالمبادئ التي تُرسيتها المحكمة العليا في أحكامها نزولاً عند حكم القانون الذي يجعل من المبادئ التي تقررها المحكمة العليا في أحكامها ملزمة لكافة المحاكم والسلطات في الدولة، وليس هذا في واقع الأمر سوى مظهر من مظاهر الخضوع للقانون من جانب القاضى الأدنى درجة في السلم القضائي للأعلى درجة في قمته ابتغاء توحيد القانون تفسيراً وفهماً وتأويلاً.

ثانياً: مظاهر التدخل في أعمال السلطة القضائية:

يقوم هذا التدخل في صور عديدة منها ما يشكل اعتداءً صارخاً على حرمة القضاء وقدسية أحكامه، ومنها ما ينتقص من دائرة نشاطه لصالح هيئات قضائية استثنائية، ومن أبرز صور النوع الأول إلغاء الأحكام

القضائية بعد صيرورتها نهائية وقابليتها للتنفيذ طبقاً للقوانين التي صدرت في ظلها.¹

ويحدث ذلك عندما يصدر المشرع قانوناً يعيد بموجبه تنظيم موضوع معين وفق رؤية جديدة تتناقض في كليتها مع سياسة المشرع السابقة، وكثيراً ما يحدث ذلك في المجتمعات التي تشهد حركة تغيير في نظامها الاقتصادي والسياسي والاجتماعي والثقافي على أثر ثورة أو حركة تغيير أو بسبب تبنى أيديولوجية مناقضة للتي كانت سائدة قبلها، ومن الآثار المترتبة على ذلك زعزعة المراكز القانونية التي ترتبت على إصدار تلك الأحكام، مما يؤدي بالضرورة إلى المساس بهيئة القضاء وقدسية أحكامه، ليس فقط في نظر المتقاضين بل أيضاً في نظر عموم الناس، فقهاء القانون على وجوب عدم إصدار مثل تلك التشريعات حفاظاً على هيئة القضاء وقدسية أحكامه، ولا يشفع في ذلك القول بأن التشريع هو من مطلق سلطان السلطة التشريعية، وأنه تعبير عن إرادة الأمة أو الشعب، فلا ينبغي غل يدها في ذلك إلا إذا كان التشريع صادراً بشأن قضية بعينها، فهذا القول مردود عليه بأن مثل ذلك التشريع لا يُعد قانوناً في جوهره بحكم افتقاره إلى الخصائص التي تميزه عن القرارات والأوامر، أي صفتي العمومية والتجريد. ومن أبرز صور التدخل الأخرى نزع الاختصاص من القضاء العام لصالح هيئات أخرى استثنائية تحت مسميات عديدة، وقد شهدت دول كثيرة مثل هذا النوع من الاعتداء تحت ذرائع وحجج لا تقع تحت حصر، تلتقى جميعها حول نقطة واحدة ألا وهي عدم أهلية القضاء العام للفصل في نوع من القضايا، وقد لحقت بعض الدول الكبرى في الزمن المعاصر بالدول الصغرى في هذا الشأن، فأنشأت لها محاكم استثنائية لمحاكمة فئات من المهتمين بالمخالفة لللكوك الدولية التي تُوجب مشول

1 الدكتور صلاح الدين ناهي _حقوق الإنسان والضمانات القضائية في الإسلام. المجلة القضائية. العدد الأول سنة ١٩٨٤ ص-

وذلك كما حدث في مصر الآن في ظل ثورة ٢٥ يناير من تدخل السلطة التنفيذية في عمل السلطة القضائية إلغاء بعض الأحكام بعد صدورها مما يعد ذلك انتهاكاً لمبدأ الفصل بين السلطات الذي كفله الدستور.

المتهم أمام قاضيه الطبيعي من ناحية، وحقه في أن يحظى بمحاكمة عادلة تؤمن له فيها المحكمة كافة الضمانات المتعلقة بحق الدفاع من ناحية أخرى^١

ثالثاً:- كفاءة حق التقاضي واستقلال السلطة القضائية:

من المبادئ المقررة قانوناً لحماية حق التقاضي أن يكون للقضاء الولاية العامة للفصل في الخصومات والمنازعات، ومعناه أن لكل شخص الحق في الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي والقاضى الطبيعي هو القاضى الذي يقوم بتطبيق القوانين العادية وليس القوانين الاستثنائية^٢

أو هو القاضى الذي يعين وفقاً لقوانين تنظيم القضاء ويتمتع بالاستقلال وعدم القابلية للعزل، ويطبق القانون العادي لا الاستثنائي^٣.

وذلك لأن القوانين العادية هي التي شرعت بموجب المسائل والإجراءات التشريعية الأصولية الاعتيادية التي حددها الدستور وهي التي تشكل الضمان الكافي لحماية حقوق الأفراد وليس القوانين الاستثنائية، إذا أن القوانين العادية هي التي تتضمن أحكاماً متوازنة لرعاية المصالح العامة والمصالح الخاصة على حد سواء.

وقد كفلت المواثيق والإعلانات الدولية وفي مقدمتها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة الثامنة والعاشرة^٤.

وقد درجت دول متعددة على النص في دساتيرها على وجوب التقاضى أما القاضى الطبيعي وكان ذلك من المبادئ الدستورية المستقرة عليها في معظم النظم القانونية المعاصرة.

-
- ١ المستشار محمد محمود محمد علي: حقوق الإنسان في قضاء محكمة النقض المصرية، مقال منشور في مجلة حقوق الإنسان المجلد الثالث ص ٢٧٣
 - ٢ المستشار محمد محمود محمد علي: حقوق الإنسان في قضاء محكمة النقض المصرية، المرجع نفسه.
 - ٣ هذا التعريف للمؤتمر الأول للجمعية المصرية للقانون الجنائي الذي انعقد في القاهرة في مارس ١٩٨٧ م راجع الدكتور لطفي جمعه، مجلة حقوق الإنسان
 - ٤ تنص المادة الثامنة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لكل شخص حق اللجوء إلى المحاكم الوطنية الخاصة.

فقد نص القانون المصري المادة ٦٨ على أن (لكل مواطن الحق في الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي^١ .

ولهذا فالدستور أناط بالمشرع العادي سلطة تحديد الهيئات القضائية وأطلق يده في إنشاء المحاكم القضائية فاعتبر أن كل هيئة أو لجنة ينشئها القانون للفصل في المنازعات ونظر الجرائم تعتبر قضاء طبيعى حتى ولو كانت مشكلة من قضاة غير متخصصين.

ويبدو أن هذا الاتجاه ينطلق من اعتبارات سياسية تبرر للحاكم اعتدائه على السلطة القضائية باقتطاع جزء من ولايتها القضائية، ليسنده إلى جهة غير قضائية، لا تشكل من القضاة، وغير مؤهلة للفصل في المنازعات للتكامل بخصوصه السياسيين، وإهداره إلى حق التقاضى، وانتهاكاً لمبدأ المساواة، وللانتقام من القضاة على الأحكام الصادرة منهم على غير هواه^٢ .

ويمكن تعريف القاضى الطبيعي بأنه من له الولاية القضائية العامة للفصل في كافة الخصومات، والمعروف سلفاً للخصوم، والذي يتميز عمله بالدوام ويتمتع القضاة في ظلّه بالاستقلال وعدم العزل وصفة الحياد، ويحاط عمله بالضمانات الدستورية والقانونية التى تحمى مصالح الخصوم وتضمن عدالة الأحكام.

وفقاً للقانون وتؤمن له المحكمة كافة الضمانات اللازمة لضمان حق المتهم في أن يحظى بمحاكمة عادلة، من خلال استقلال القضاء. ولهذا فإن المساس باستقلال السلطة القضائية من أي سلطة أخرى يمثل اعتداء صارخ لحق التقاضى، وبالتالي فإن صيانة استقلال القضاء والحفاظ عليه، يعني الحفاظ علي حق التقاضى نفسه .

١. انظر أعمال المؤتمر الأول (مؤتمر العدالة الذي نادى إليه نادي القضاة بمصر في الفترة من ٤—٢٤ أبريل ١٩٨٦ م، راجع الدكتور محمد كامل عبيد استقلال القضاة دراسة مقارنة دار النهضة العربية - ١٩٩١ م ص ٧٠٧، الدكتور محمد وجدي عبد الصمد - حق الإنسان في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي - مجلة القضاة السنة ٢٥ العدد الأول يونيه ١٩٩٢ م
2. دكتور محمد عبد الخالق عمر - قانون المرافعات - الجزء الأول - دار النهضة العربية - طبعة ١٩٧٨ - ص ٤٥.

ولقد أدركت الدول أهمية استقلال السلطة القضائية في مواجهه سلطات الدولة الاخرى لذلك حرصت العديد منها على وضع النصوص الدستورية والقانونية الصريحة التي تكفل هذا الاستقلال. ومن هذه الدول فرنسا ، فقد اهتمت اهتماماً خاصاً بموضوع استقلال السلطات خاصة السلطة القضائية وبعدها عن التأثيرات¹ التي تمس حق التقاضى والمساواة، ولذلك كانت فرنسا من أوائل الدول التي نصت على حق الإنسان في قاضية الطبيعي على الرغم من وجود محاكم عسكرية في فرنسا إلا إن الولاية الكاملة للقضاء العادي على كافة المواطنين مدنيين وعسكريين وذلك لأن المحاكم العسكرية لها اختصاص ضيق مقصور على النظر من الجرائم العسكرية ولذلك يوجد في فرنسا بجانب المحاكم الابتدائية les tribunaux de grande instance الولاية العامة les tribunaux de droit commun ، محاكم أخرى استثنائية les tribunaux d'excebtion لها ولاية محددة إلا أنها تدخل ضمن تشكيلات المحاكم العادية ويطلق عليها جميعاً المحاكم المدنية، وهذه المحاكم تختص جميعاً بنظر كافة المنازعات الخاصة التي يرفعها الأشخاص لحماية حقوقهم الخاصة²

- 1) American Constitutional Law. Fourth Edition Martin Shipro Rocco Trasolini, MacMilan publishing Co. Inc, p.10. (Andre Pouille-le pouvoir Juiciaire et les tribunaux-masson 1985-p-108.

انظر النص في أصله الفرنسي:

Art 749: les dispositions du present livre s'appliquent devant toutes les juidictions. de l'ordre Judiciaire statuont en matiere civil, commerciale, sociale , rurale ou prud' homale, sous reserve des regles segles specials a chaque matiere et des dispositions particulieres a chaque jurisdiction.

- 2 ويلاحظ اعتياد الأنظمة علي الاعتداء علي حق المواطنين في قاضيهم الطبيعي ليحاكموا أمام المحاكم العسكرية عن جرائم ملفقة لتصفية

ولهذا وطبيعة المصلحة هي مناط اختصاص المحاكم المدنية والجنائية والإدارية ، ولهذا فعندما يتعلق الأمر بمصالح موضوعية للمجتمع يختص القضاء الجنائي ، إما عندما يتعلق الأمر بمصالح عامة تكون الدولة طرف فيها يكون الاختصاص للمحاكم الإدارية ، إما المحاكم المدنية فهي تهدف إلي تحقيق مصالح الخصوم الخاصة وتكرر اختصاصها علي حسب طبيعة المنازعة وليس حسب صفة الشخص.

يتبين من ما سبق أن حق التقاضي لا يأخذ مداه الطبيعي ولا يحقق سيادة فعالة لحماية حقوق الإنسان الاخرى ورد العدوان عنها إلا إذا إقامة قاضي طبيعي يلجأ إليه المواطن إذا ما اعتدي علي حقوقه وحرته سواء من الأفراد أو من السلطات العامة ، وفي حرمان المواطن من اللجوء إلي قاضية الطبيعي إهدار للحماية الحقيقية لحقوقه وحرياته بل وسائر حقوقه القانونية الاخرى.

المبحث الثاني

الضمانات الخاصة

ضمانات حق التقاضي والمساواة من الناحية الإجرائية

- نصت المادة ١٤ من العهد الدولي على " تكفل المساواة بين الأفراد إمام القضاء ، ولكل فرض الحق عند النظر في أية تهمة جنائية ضده أو في حقوقه والتزاماته في احدي القضايا في محاكمة عادلة وعلنية إمام قضاء مختص ومستقل ومحاييد يتصف بالنزاهة وينسحب ذلك علي النواحي الإجرائية التي تحدد الضمانات القانونية للمتهم "
- وينصرف مدلول المحاكمة العادلة إلي مجموعة من القواعد والإجراءات التي تدار بها الخصومة ، ويخطي مصطلح المحاكمة العادلة حق الفرد في مرحلة ما قبل المحاكمة - وفي إثنائها - وما بعدها

١- رقابة الإجراءات السابقة علي مرحلة المحاكمة :-

الإجراءات الجنائية التي تباشر في المراحل السابقة علي مرحلة المحاكمة قد تكون مصدراً للتحكم ولعدم المساواة في المعاملة بين الأفراد في حق التقاضي لذلك نظمها قانون الإجراءات الجنائية بقواعد تفصيلية

تضمن وحدة المعاملة الإجرائية في الظروف المتماثلة ويظهر ذلك في مرحلتين جمع الاستدلالات، والتحقيق في هاتين المرحلتين يظهر قصد تحقيق المساواة في إجراءات التقاضي.

١- مرحلة جمع الاستدلالات

تفرض المادة ٢٤ من قانون الإجراءات الجنائية علي مأموري الضبط القضائي ان يقوم دون تفرقة بين من يتقدمون بالشكاوي من المجني عليهم، أو بين من يتقدمون بالبلاغات سواء كانوا متضررين من الجريمة أو غيرهم من عامة الناس^١.

فهذا الواجب مفروض علي مأمور الضبط القضائي ايا كان شخص المبلغ او صفته^٢.

التقاضي فقررت المادة ٤١ عدم جواز حبس إنسان إلا في السجون المخصصة لذلك، وحظرت علي مأمور السجن قبول أي إنسان فيه إلا بمقتضى أمر موقع عليه من السلطات المختصة، أو إبقائه فيه بعد المدة المحددة بهذا الأمر^٣.

وكذلك في ضمان عدم التعسف في التنظيم الإجرائي للقبض والحبس الاحتياطي، وفي هذا الصدد وضعت المادة ٣٠ من قانون الإجراءات الجنائية الأصل العام عندما قررت انه " لا يجوز القبض علي إنسان أو حبسه الا بأمر من السلطات المختصة قانوناً، كما تجب معاملته بما يحفظ عليه كرامة الإنسان، ولا يجوز إذائه بدنياً او معنوياً وتكفلت المواد من ٣١ إلي ٤٣ إجراءات جنائية بتقرير الضمانات التي تهدف إلي وضع

١ الدكتور / حسن المرصفاوي: أصول الإجراءات الجنائية . طبعة ١٩٨٢ . ص ٧ وما بعدها.

الدكتور / مأمون سلامة: الإجراءات الجنائية في التشريع المصري ١٩٧٧. ص ١٠.
الدكتور / رءوف عبيد: مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري . طبعة ١٩٨٥ . ص ٥.

٢ الدكتور / محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية . طبعة ١٩٨٢ . ص ٤.

٣ ويتقيد ذلك بما يقرره القانون من نصوص تجعل لبعض الأفراد دون غيرهم حق التقدم بالشكوى بالنسبة لطائفة معينة من الجرائم . إذا لم يلتزم مأمور الضبط القضائي بقبول الشكوى المقدمة من غير من خصهم القانون بهذا الحق.

هذا الأصل العام موضع التطبيق الفعلي بغية تحقيق المساواة في التقاضي
فقررت المادة ٤١ عدم جواز حبس إنسان إلا في السجون المخصصة لذلك
وحظرت علي مأمور السجن قبول أي إنسان فيه إلا بمقتضي أمر موقع
عليه من السلطات المختصة - أو إبقائه فيه بند أمدة المحددة بهذا الأمر^١
وأعطت المادة ٤٢ لأعضاء النيابة ورؤساء وكلاء المحاكم الابتدائية
والاستئنافية حق زيارة السجون العامة والمركزية الموجودة في دوائر
اختصاصهم والتأكد من عدم وجود محبوس بصفة غير قانونية. كذلك
أقرت المادة ٤٣ بالحق لكل مسجون في أن يقدم شكوى كتابية أو شفاهة
لمأمور السجن ويطلب منه تبليغها للنيابة العامة. ويلتزم المأمور قانوناً
بقبولها وتبليغها.

وضمن تحقيق المساواة بين الأفراد اقتضي تنظيم سلطات مأمور
الضبط القضائي في تفتيش المنازل إلا في الأحوال المحددة .
ب - مرحلة تحريك الدعوي من قبل النيابة العامة :-

لضمان تحقيق المساواة في الإجراءات الخاصة بالتقاضي من خلال
تقدير ملائمة رفع الدعوة الجنائية وهي رقابة تتعلق بالإجراءات السابقة
علي مرحلة المحاكمة وذلك لأن الأخذ بنظام الملائمة في تحريك الدعوي لا
يتحقق كاملاً إذا ما أساءت النيابة العامة استعمال سلطتها التقديرية.
فحركت الدعوي الجنائية أو تقاعست عن تحريكها في أحوال لا يقتضيها
الصالح العام. ولا يخفي ما يترتب علي إساءة استعمال السلطة التقديرية
للنيابة العامة في هذا المجال من إخلال بمساواة الأفراد إمام التقاضي. فتحرك
ضد بعضهم وتحفظ بالنسبة لغيرهم رغم تماثل الظروف لان ذلك ينشئ

1 ويرى أستاذنا الدكتور فتوح الشاذلي أن الدستور قد رفع هذه الضمانات الإجرائية
إلي مستوي الضمان الدستوري . وبصفة خاصة اوجب
الدستور تسيب الأوامر ألماسه لأحكام الرقابة عليها . وقيد الحبس الاحتياطي بمدة
معينة . بما يترتب عليه من إلزام المشرع بوضع حد أقصى للحبس . راجع الدكتور /
فتوح الشاذلي : المساواة في الإجراءات الجنائية . ط ١٩٩٠ ص ٤١ ما يعدها .

تفرقة بين المواطنين تتنافر مع أهم التزامات الدولة وهو التزام بإقامة العدالة¹.

وذلك فخطر اللامساواة الكامن في هذه السلطة التقديرية للنيابة، كما هو الأمر في حالة تمنح فيها سلطة تقديرية يساء استعمالها. هو الذي دعا المشرع إلي فرض رقابة علي استعمال النيابة العامة لسلطتها في تقدير الملائمة تحقيقاً للمساواة

والرقابة هنا تتمثل في إشراف الرؤساء الإداريين للنيابة العامة علي تصرف ممثلها إزاء الدعوة الجنائية ابتداء من رئيس النيابة والمحامي العام او النائب العام وحتى وزير العدل.

والرقابة القضائية يباشرها قضاء التحقيق متي أحيلت إليه الدعوة إذ يكون مختصاً دون غيره بتحقيقها، ويباشرها قضاء الحكم في حدود معينة.

والرقابة علي تحريك الدعوي الجنائية اقتضت إلزام النيابة العامة بإعلان أمر الحفظ² والحكمة من هذا الإعلان أخطارها بتقدير النيابة العامة لعدم ملائمة رفع الدعوى، فيكون لأي منها أن يحرك الدعوى الجنائية مباشرة أمام قضاء الحكم أو يقيم الدعوى المدنية—أمام المحاكم المدنية.

وإذا كان القانون لا يجيز الطعن في الأمر الصادر من النيابة العامة بحفظ الأوراق للمجني عليه فهو موقف يخالف ضمانات التقاضي و المساواة³ خصوصاً إذا كان الأمر بالحفظ صادر في جنابة لا يجوز لمن أصابه ضرر من تلك الجنابة أن يقيم الدعوي عنها مباشرة أمام محاكم الجنايات. لذلك يجب لكي تتحقق المساواة الإجرائية التي هي مرحلة من مراحل التقاضي يجب ان يشترط المشرع تسيب هذا الأمر من ناحية، وفتح سبيل الطعن فيه من ناحية أخرى وذلك لتحرى العدالة و تحقيقها علي أوسع نطاق.

1 راجع د. رمسيس بهنام: الإجراءات الجنائية تحليلاً وتأصيلاً. سنة ١٩٧٧. ص. ٤١.
راجع د. فتوح الشاذلي: المساواة في الإجراءات الجنائية. المرجع نفسه. ص. ٤.

ج- مرحلة التحقيق:-

لضمان تحقيق المساواة بين الخصوم في الدعوي الجنائية أوجبت المادة ٧٨ من قانون الإجراءات الجنائية أن يخطر هؤلاء باليوم الذي يباشر فيه القاضي إجراءات التحقيق وبمكانها حتى يتسنى لهم حضور مباشرة هذه الإجراءات. وتسري علانية التحقيق أو المستشار الذي ينتدب للتحقيق. ولاشك أن علانية التحقيقات ضمانات هامة من ضمانات المساواة وتحقيق العدالة في إجراءات التقاضي. إذ تمكن الخصوم علي قدم المساواة من الرقابة علي إجراءات التحقيق^١ بالإضافة إلي ضمانات الحيدة و عدم الخضوع للتأثير بالنسبة للمحقق. لذلك يترتب علي مخالفة العلانية بالنسبة للخصوم بطلان الإجراء الذي اتخذ في غيبتهم وهذا البطلان متعلق بالنظام العام^٢ من أجل ذلك قرر المشرع عدة قواعد للتحقيق في عدم الإخلال بالضمانات المقررة للخصوم و منها ضمانات المساواة بين مراكز الخصوم في الظروف المتماثلة، فإذا انتهى التحقيق يرسل قاضي التحقيق الأوراق الي النيابة العامة، كما ان علي قاضي التحقيق أن يخطر باقي الخصوم ليبدو ما لديهم من أقوال^٣

والرقابة علي إجراءات التحقيق الابتدائي اقتضت تقرير حق الطعن في أوامر قاضي التحقيق لجميع الخصوم تحقيقا للمساواة^٣

- 1 راجع الدكتور: فتوح الشاذلي " المساواة في الإجراءات الجنائية " المرجع السابق ص٤٦ وما بعدها
- 2 تكفل المادة ١٤ من العهد الدولي عدد من الضمانات لكل فرد توجه إليه تهمة جنائية حدها الادني يشمل إبلاغه فوراً بطبيعة وسبب التهمة الموجهة إليه، وإتاحة الوقت الكافي للمتهم لإعداد دفاعه و احترام حقه في إجراء المحاكمة خلال فترة زمنية معقولة دون تأخير الأمر الذي لا يعني فحسب بداية المحاكمة بل يشمل الفترة التي تستغرقها المحاكمة حتى الحكم النهائي البات إي كافة مراحل التقاضي
- 3 وتقرير حق الطعن في أوامر قاضي التحقيق يكون أمام محكمة الجنح المستأنفة منعقدة في غرفة المشورة أو أمام محكمة الجنايات منعقدة في غرفة المشورة نصت علي ذلك المادة ١٦١ من قانون الإجراءات الجنائية.

٢- أثناء المحاكمة:-

تكون المحاكمة خلال فترة زمنية معقولة دون تأخير الامر الذي لا يعني فحسب بداية المحاكمة بل يشمل الفترة التي تستغرقها المحاكمة حتى الحكم النهائي البات أي كافة مراحل التقاضي.

- وقد حدد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان مبادئ المساواة أمام القانون و افتراض البراءة و الحق في محاكمة عادلة و علنية أمام محكمة مختصة و محايدة تتوافر فيهل جميع الضمانات للدفاع عن حقوق الأفراد، أكد ذلك كل العهود الخاصة بالحقوق الخاصة بالحقوق الاقتصادية - والاجتماعية - و الثقافية.

- وإذا كانت العهود و الإعلانات و المواثيق الدولية و الدساتير الوطنية تنص علي مبدأ سيادة القانون و المساواة أمامه و حق التقاضي و سلوك طرق الطعن فان تطبيق هذه المبادئ و حمايتها يتطلب ضمانات قضائية توفرها سلطة قضائية مستقلة تحكم بالعدل.

الشروط الأساسية للمحاكمة العادلة:

من الشروط الأساسية للمحاكمة العادلة أن تكون المحاكمة قانونية، ومنصفة.

أ- المحاكمة القانونية:

تعد المحاكمة القانونية من الشروط الأساسية للمحاكمة العادلة، حيث تستوجب تشكيل المحكمة التي ستضطلع بمسئولية نظر الدعوي و الفصل فيها تشكيلا قانونيا و تمتعها بالاستقلالية و النزاهة و الحيادة فالضمان الأساسي للمحاكمة العادلة ألا تصدر الأحكام عن مؤسسات سياسية، بل بواسطة محاكم مختصة مستقلة و محايدة و مشكلة وفقا للقانون.

ب- المحاكمة المنصفة:

تعتبر المحاكمة المنصفة بدورها من أهم معايير المحاكمة العادلة، حيث يدخل الحق في النظر المنصف في القضايا في صميم مفهوم المحاكمة العادلة و جوهر مفهوم المحاكمة المنصفة يقوم على مبدأ المساواة بين طرفي

الدعوي أي مبدأ المساواة بين الدفاع و الادعاء ، و ان يعاملا على قدم المساواة من الناحية الإجرائية إثناء المحاكمة ، و ينطوي مفهوم المحاكمة المنصفة علي حق كل فرد في المساواة أمام القانون ، و أن يعاملا على قدم المساواة من الناحية الإجرائية أثناء المحاكمة ، و ينطوي مفهوم المحاكمة المنصفة علي حق كل فرد في المساواة أمام القانون ، و ان يتمتع بحق متساوي في عرض أدلته ، و الاطلاع علي المعلومات اللازمة التي تجعل من مبدأ المحاكمة المنصفة مبدءا واقعيا.

ج- حق الدفاع:

حق الدفاع من الحقوق الأساسية للمتهم أمام القضاء و قد اهتمت به المواثيق الدولية فقد قررت المادة ١٠٥ من اتفاقية جنيف ١٩٤٩ علي أن يكون لأسري الحرب الحق في المساعدة من قبل أحد أصدقائهم الخاصين للأسر ، وكذلك لهم الحق في أن يدافع عنهم محام متخصص يختارونه بأنفسهم ، وإذا لم يختار الأسير المحامي الذي يدافع عنه فان الدولة تختار له محاميا^١

و قد نصت المادة العاشرة من الإعلان العالمي "علي أن لكل إنسان علي قدم المساواة مع الآخرين الحق في أن تنظر قضيته محكمة مستقلة و محايدة نظرا منصفًا و علنيا للفصل في حقوقه و التزاماته و في أية تهمة جزائية توجه إليه.

د- كما جاء بالمادة الحادية عشر: أن "لكل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئا إلي أن يثبت ارتكابه لها قانونا في محاكمة عادلة علنية تكون قد وفرت لها جميع الضمانات اللازمة للدفاع عنه.

هـ- وقد نصت عليه دساتير الدول المختلفة منها مصر و السودان و غيرها^٢

1 د. عبيد علي محمد سودان: حماية اسري الحرب في القانون الدولي . رسالة ماجستير بغداد . سنة ١٩٨٨ ، ص ١١٥ وما بعده.

2 نصت المادة ٦٧ من الدستور المصري علي " المتهم بريء حتى تثبت ادانته في محاكمة قانونية تكفل له ضمانات الدفاع عن نفسه و كل متهم في جنابة يجب أن يكون له محام يدافع عنه" . و قد نصت المادة ٦٩ من الدستور نفسه علي حق الدفاع أصالة حق مكفول . يكفل القانون لغير القادرين مالياً وسائل الالتجاء إلي القضاء و الدفاع عن=

و- ولهذا فتقييد حق الدفاع يعد اعتداء خطيرا علي حق الفرد في التقاضي، و ذلك لان الدفاع هو الوسيلة للوصول لهذا الحق، فإذا حرم الفرد من الدفاع بوضع عراقيل في طريقه فهو اعتداء علي التقاضي و المساواة.

- عرفت المادة الأولى من قانون تنظيم مهنة المحاماة رقم /٣٩/ بأنها مهنة علمية فكرية حرة مهمتها التعاون مع القضاة علي تحقيق العدالة و الدفاع عن حقوق الموكلين وفقا لأحكام هذا القانون.

- وقد نصت المادة الأولى من مشروع قانون المحاماة الغربي النموذجي "علي أن مهنة المحاماة مهنة علمية مستقلة حرة تشارك السلطة القضائية و تحقيق العدالة و احترام سيادة القانون، و كفالة الدفاع عن حقوق المواطنين و حرياتهم".

- ولهذا فمهنة الدفاع ترتبط ارتباطا و وثيقا بحقوق الإنسان و حرياته الأساسية، و يشكل المحامون جنبا إلي جنب مع القضاة القاعدة الأساسية في الحفاظ علي سيادة القانون، و الدفاع عن الحقوق و الكرامة الإنسانية.

- و لكي يتمكن حق الدفاع من القيام بواجبه لابد من منحهم ضمانات و من هذه الضمانات :-

- ١- القدرة علي أداء جميع وظائفهم المهنية بدون تخويف أو إعاقة.
 - ٢- القدرة علي الانتقال إلي موكلهم.
 - ٣- عدم تعريضهم للملاحقة القانونية أو العقوبات الإدارية أو القضائية أثناء قيامهم بعمل يتفق مع واجبات و معايير أداء المهنة.
- و قد جاء ذلك في التشريع التونسي أن لكل إنسان الحق في محاكمة عادلة منها الضمانات الضرورية للدفاع عن نفسه أمام محكمة مختصة، كما

=حقوقهم كما نصت المادة ٧٩ من الدستور السوداني " لا يجوز إصدار أي حكم قضائي إلا إذا توافرت لجميع الأطراف فرصة تقديم أدلتهم و دفاعهم (الدستور السوداني الانتقالي لعام ٢٠٠٥)

1 انظر قانون تنظيم المهنة المادة ٧٨ فقرات د.و.ه

جاء في القانون الفرنسي انه إذا لم يكن في استطاعة الخصم أن يوكل من يتولي الدفاع عن حقوقه يجب أن يندب محام للدفاع عنه حيث يجوز للمتهم أن يطلب إلي قاضي التحقيق ندب محام وفقا للمادة ١١٤ فقرة ٣ من قانون الإجراءات الجنائية، و في مرحلة المحاكمة أمام الجنايات.

الفصل الثاني

القيود الإجرائية الواردة علي حق التقاضي والمساواة

يعد حق التقاضي من الحقوق العامة التي لا يجوز التنازل عنها أو التصرف فيها ولذلك لا يجوز للمشرع العادي مصادرته أو وضع العراقيل أمام استعماله، لأن سلطته في هذا المجال قاصرة دون ذلك، وإذا جاوز اختصاصه وإصدار تشريعا يقيد هذا الحق كان خروجاً منه علي أحكام الدستور، وانتهاكاً لمبدأ الفصل بين السلطات لأن السلطة التشريعية لا تملك إصدار تشريعات تمنع بها القضاء من نظر منازعات معينة أو تحرم بعض الأفراد من حق التقاضي. ويظهر ذلك من خلال القيود العامة والقيود الخاصة.

المبحث الأول

القيود العامة التي ترد علي حق التقاضي

لأن كل تقييد لحق التقاضي هو تقييد لحقوق الأفراد وتقييد لوظيفة السلطة القضائية في مباشرة ولايتها الذي نص صراحة عليه الدستور المصري (أن المساواة بين جميع المواطنين في التجائهم إلي القضاء دون تفرقة أو تمييز في ممارستهم لهذا الحق، اذا كان المبدأ هو أن جميع الأفراد متساوون أمام القضاء من الناحية القانونية، إلا أنهم ليسوا كذلك من الناحية الواقعية و ذلك لأن هناك قيود وعقبات ترد علي حق التقاضي وهذه القيود تعد ضمان لإجراءات التقاضي ومنها قواعد خاصة تمنع القضاة و ردهم و محاصمتهم.

أولاً: قواعد منع القضاة و ردهم و محاصمتهم

تنص المادة ٢٤٧ من قانون الإجراءات أنه يمتنع علي القاضي أن يشترك في نظر الدعوي إذا كان يتحقق فيه سبب من الأسباب الآتية:

- (١) أن تكون الجريمة قد وقعت عليه شخصيا.
- (٢) أن يكون قد قام في الدعوى بعمل مأموري الضبط القضائي
- (٣) أو قام فيها بوظيفة النيابة.
- (٤) أو باشر الدفاع من أحد الخصوم.
- (٥) أو أدى فيها شهادة.
- (٦) أو أدى عملا من أعمال الخبرة.
- (٧) أو قام فيها بعمل من أعمال التحقيق.
- (٨) أو يكون قد اشترك في الحكم المطعون فيه وذلك إذا كان الحكم الابتدائي صادرا منه.

وقد وضع المشرع هذه القيود لضمان مساواة الأفراد أمام نصوص القانون التي يطبقها القاضي وضمان حيده القاضي^١

وقد قرر قانون الإجراءات الجنائية الضمانات التي تكفل حياد القاضي وتمنعه من نظر الدعوى في بعض الحالات، والسماح برده أو تنحيه أو محاصمته في حالات أخرى وفي أغلب هذه الحالات التي لا تقتصر على القاضي الجنائي وحده يخشى إذا نظر القاضي في الدعوى المعروضة عليه أن تتأثر حيده، فتختل بالتالي المساواة بين المتقاضين فمظنة عدم الحياد تكفي لتبرير منع القاضي من نظر الدعوى^٢

١- منع القاضي من نظر الدعوى:-

أورد القانون بعض الأسباب التي إذا توافر أحدها امتنع على القاضي أن يشترك في نظر الدعوى. هذه الأسباب يجمع بينها انه يخشى إذا توافر سبب منها أن يتأثر القاضي بمصلحته الشخصية أو برأي سبق له أن أبداه في الدعوى.

- 1 الدكتور أحمد فتحي سرور: الشرعية والإجراءات الجنائية، ص ١٨٧، الدكتور رؤوف عبيد مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، دار الجيل للطباعة، القاهرة، بدون سنة، ص ٦٠٣ وما بعدها.
- 2 وقد قرر القانون عدة ضمانات لكفالة هذا الحياد منها حظر اشتغال القاضي بالعمل السياسي أو الانتماء إلى الأحزاب حتى لا يتأثر في حكمة فيميل إلى صالح الخصم الذي يشاركه في العقيدة السياسية. راجع الدكتور فتوح الشاذلي: المساواة في الإجراءات الجنائية ص ٧٤. راجع قانون السطة القضائية المادة ٧٣.

ومن هذه الأسباب ما أوردهته المادة ٢٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية.

- كذلك نصت المادة ١٤٦ من قانون المرافعات المدنية والتجارية التي أحالت عليها المادة ٢٤٨ أ.ج علي أحوال عدم صلاحية القاضي لنظر الدعوى بقولها أن يكون القاضي غير صالح لنظر الدعوى ممنوعاً من سماعها. ولو لم يرده أحد في الأحوال الآتية :-

- ١- إذا كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم في الدعوى أو زوجته.
- ٢- إذا كان له أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم في الدعوى.
- ٣- إذا كان وكيلاً لأحد الخصوم في أعماله الخصوصية أو وصياً عليه أو قيماً عليه أو مظنوناً وراثته له، أو كانت له صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة، أو بأحد أعضاء مجلس إدارة الشركة المختصة أو بأحد مديريها، وكان لهذا العضو أو المدير مصلحة شخصية.
- ٤- إذا كان له أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب أو لمن يكون هو وكيلاً عنه أو وصياً أو قيماً عليه مصلحة في الدعوى المقامة.

٥- إذا كان قد أفتى أو ترفع عن أحد الخصوم في الدعوى أو كتب فيها و لو كان ذلك قبل اشتغاله بالقضاء، أو كان قد سبق له نظرها قاضياً أو خبيراً أو محكماً أو كان قد أدى شهادة فيها والراجع عند فقهاء الشريعة اشتراط العدالة فيمن يتولى وظيفة القاضي

ولهذا ففي هذه الحالات يخشى فيها إن تتأثر حيده القاضي فتختل العدالة التي هي شرط لالتزام الأفراد و بحكم القاضي كيلا عنه أو وصياً أو قيماً عليه مصلحة في الدعوى القائمة.

وقد نصت المادة ٧٥ من قانون السلطة القضائية على أحوال عدم الصلاحية بقولها - لا يجوز أن يجلس في دائرة واحدة قضاة بينهم قرابة أو مصاهرة لغاية الدرجة الرابعة، كما لا يجوز أن يكون ممثل النيابة أو ممثل أحد الخصوم أو المدافع ممن تربطهم الصلة المذكورة بأحد القضاة الذين ينظرون الدعوى.

ولا يعتد بتوكيل المحامي الذي تربطه بالقاضي صلة إذا كانت
الوكالة لاحقة لقيام القاضي بنظر الدعوى.

في كل الحالات السابقة يمتنع على القاضي نظرا لدعوى أو
الاشتراك وقد جاء في الأحكام السلطانية للما وردى "أنه ليس للقاضي
تأخيرا لخصوم إذا تنازعوا إليه إلا من عذر وليس له إن يحكم لأحد من
والديه ولا من أولاده لأجل التهمة، وكذلك ليشهد لهم أو يشهد عليهم
في نظرها وإلا بطلت المحاكمة بطلان مطلقا. والبطلان في هذه الأحوال من
النظام العام فلا يجوز التنازل عنه، وتقضى به محكمة الطعن من تلقاء
نفسها. ويجوز التمسك به ولو لأول مرة أمام محكمة النقض^١
٢- رد القاضي وتنحيه عن نظر الدعوى:-

إذا لم يمتنع القاضي عن نظر الدعوى من تلقاء نفسه على الرغم
من توافر سبب من الأسباب السابق ذكرها، فإنه يجوز رده. طبقا للقواعد
المنصوص عليها في قانون المرافعات يجوز رد القاضي لأحد الأسباب
الآتية:-

- ١- إذا كانت لزوجته خصومة مع أحد الخصوم أو دعوى مماثلة مال
تكن هذه الدعوى قد أقيمت بقصد رده.
 - ٢- إذا كانت لمطلقة أو أحد أقاربه خصومة قضائية قائمة.
 - ٣- إذا كان أحد الخصوم خادما له.
 - ٤- إذا كان بينه وبين أحد الخصوم عداوة أو مودة^٢.
- ولهذا فأحوال الرد والتنحي جوازيه وبالتالي إذا قام سبب الرد
والتنحي ونظر القاضي الدعوى

١ نقض جنائي ١٢ يونيه ١٩٧٢ مجموعة احكام النقض لسنة ٢٣ رقم ٢٠٥
ص ٩١٤. نقض ٧ نوفمبر ١٩٣٨ مجموعة القواعد القانونية ج ٤ رقم ٢٦٦ ص ٢١٩.
٢ وقد اوجبت المادة ٢٤٩ من قانون الاجراءات الجنائية علي القاضي اذا قام به سبب من
اسباب الرد
ان يصرح به للمحكمة لتفصل في امر تنحيه في غرفة المشورة . وإذا قامت لديه اسباب
يستشعر منها الخرج من نظر الدعوي له ان يعرض امر تنحيه علي المحكمة . واحوال
الرد والتنحي جوازية

رغم تحققه تبطل إجراءات المحاكمة بطلانا نسبيا، وبالتالي يزول هذا البطلان إذا تمسك به الخصم ، وحيث لاستطيع القاضي الحكم دون ميل إلى احد الخصوم علي حساب الأخر. فالرد والتتحي تعد لذلك قيود وقائية من خطر تعسف أو تحكم القاضي الهدف منها الحيلولة دون الإخلال بمساواة الأفراد في التقاضي.

- مخاصمة القاضي:

حصرت المادة ٤٩٤ من قانون المرافعات حالات مخاصمة القاضي في الأحوال الآتية :-

- ١- إذا وقع من القاضي أو عضو النيابة في عملها غش أو تدليس أو عذر أو خطأ مهني جسيم.
- ٥- إذا امتنع القاضي عن الإجابة على عريضة قدمت له أو عن الفصل في قضية صالحه وذلك بعد أذاره^١ في الأحوال التي يقضى فيها القانون مسئولية القاضية والحكم عليه بالتعويض.

ثانياً: حالات تعسف القاضي في التفريد القضائي:

التفريد القضائي وهو سلطة القاضي في اختيار نوع ومقدار العقوبة ولاشك أن القاضي الذي يختص بتطبيق نصوص القانون المجردة على حالات واقعية يمكنه تفريد المعاملة الجنائية لقربه من مرتكب الجريمة أو عداوته له ولهذا فمن خلال وظيفة القاضي في التفريد القضائي إما إن يحسن استعمال تلك الوظيفة في تحقيق المساواة والعدل إمام النصوص المقررة ، أو يوقف تنفيذها أو تأجيل هذا التنفيذ ولهذا فان سلطة القاضي

١- تنص المادة ١٢٢ من قانون العقوبات علي (يعاقب بالعزل والغرامة القاضي الذي يمتنع عن الحكم . ويعد ممتنعاً عن الحكم كل قاضي أبا أو توقف عن إصدار حكم بعد تقديم طلب إليه في هذا الشأن بالشروط المبينه في قانون المرافعات) وفي هذه الحالات يعد الامتناع مرتبا للمسؤولية الجنائية للقاضي فضلاً عن إمكان مخاصمته.

راجع الدكتور فتوح الشاذلي: المساواة في الإجراءات الجنائية. المرجع السابق. ص ٧٧ وما بعدها

التقديرية يجب أن تتقيد من خلال تحقيق المساواة والعدالة وفى سبيل
تحتي تلك المهمة تشرع بعض التشريعات الأجنبية ضرورة الالتجاء إلى
الفحوص الفنية والدراسة الاجتماعية لشخص المتهم وظروفه وتصب
نتائج تلك الفحوص والدراسات فيما يسمى "بملف الشخصية".
- وخطر الإخلال بالمساواة الفعلية أمام التقاضي والمقصود منها حماية
حقوق الأفراد قد يسيء تطبيقها في بعض النصوص القانونية. ذلك ما نقوم
بعرضه في الفصل التالي.

ثالثاً: منع اختصاص القضاء العسكري بمحاكمة المدنيين:

وما نقوله يجد سنده في الأنظمة القضائية المقارنة في تقليص اختصاص
المحاكم العسكرية وقصر ولايته على العسكريين وفي الجرائم العسكرية البحتة
وعدم اختصاصه بتاتا بمحاكمة المدنيين، بل أن بعض تلك الأنظمة ذهبت إلى
إلغاء المحاكم العسكرية وإعطاء هذا الدور للقضاء الأصيل القضاء النظامي
ضمانا حقيقيا لمبدأ المساواة. ففي الولايات المتحدة الأمريكية استقر النظام
الدستوري والقانوني على عدم امتداد القانون العسكري أو ولاية المحاكم
العسكرية على المدنيين. فالقانون العام هو صاحب السيادة والسمو والمحاكم
العادية هي صاحبة الولاية العامة والاختصاص الأصيل وينحصر اختصاص
النظام القضائي العسكري في أمريكا على محاكمة العسكريين الذين يعملون في
خدمة الجيش وقت إجراء المحاكمة بل أكثر من ذلك بأن إنشاء محكمة استئناف
عسكرية تتكون من ثلاثة قضاة مدنيين للنظر في الطعون المقدمة في الأحكام
العسكرية، ونجد هذا المسلك لدى المشرع الأردني حيث تنظر الطعون في
أحكام المحاكم العسكرية لدى محكمة التمييز. وفي إنجلترا لا يميز القانون
الانجليزي امتداد ولاية المحاكم العسكرية على المدنيين في الظروف العادية
وغير العادية ويكون تطبيق القانون العسكري في حالة الحرب مرهونا بعدم
قدرة المحاكم المدنية على مباشرة أعمالها.

وفي فرنسا ويصدر قانون القضاء العسكري رقم ٥٤٢ \ ٦٥ الصادر
في ٨ يوليو ١٩٦٥ وتعديله بالقانون الصادر في ٢١ تموز ١٩٨٢ وباستقرار هذا
القانون يمكن القول بأن أصوله العامة وأحكامه الأساسية تتلخص في أن

المحاكم العسكرية على اختلاف درجاتها يرأسها قاض مدني ، وأن المحاكم العسكرية تختص بالنظر في الجرائم العسكرية البحتة التي يرتكبها العسكريين وحدهم ، وعدم اختلاف إجراءات الدعوى العسكرية عن إجراءات الدعوى العادية إلا عند الضرورة ، وأخيراً أكد المشرع الفرنسي على استمرار خضوع الأحكام الصادرة من المحاكم العسكرية لرقابة محكمة النقض سواء صدرت هذه الأحكام في زمن السلم أو الحرب وهذا بالطبع يحقق وحدة القضاء الجنائي الفرنسي. وقد سار على ذات النهج دستور جمهورية ألمانيا الاتحادية الصادر عام ١٩٤٩ والمعدل في ١٩ آذار ١٩٥٦ ، حيث صدرت المادة ٩٦ منه نطاق اختصاص المحاكم العسكرية في الجرائم العسكرية البحتة وأن المحاكم العسكرية تتبع وزير العدل ، وخاضعة لرقابة المحكمة الاتحادية العليا. وكذلك في إيطاليا نصت المادة ١٠٣ من دستور الصادر في ١٩٤٧ على أن: للمحاكم العسكرية في وقت الحرب اختصاص يحدده القانون، ولا يكون لها اختصاص وقت السلم إلا في الجرائم العسكرية التي يرتكبها أعضاء القوات المسلحة " وبذلك يكون قد ضيق من نطاق اختصاص المحاكم العسكرية.¹

كما تضمنت دساتير كل من دولة أفغانستان الصادر في ١٩ أيلول ١٩٦٤ (المادة ٩٨ منه) وجمهورية الصومال الصادر في أول تموز ١٩٦٠ (المادة ٩٥ من الدستور) ودولة الكويت الصادر في ١٩٦٢ (المادة ١٦٤ من دستور) ، نصوصاً تحظر امتداد ولاية المحاكم العسكرية على المدنيين وتقتصر نطاق اختصاصها على الجرائم العسكرية التي تقع من أفراد القوات المسلحة وعلى حالة الحرب.

المبحث الثاني

الضمانات الخاصة

القيود الخاصة بالمرأة في القانون الجنائي

لا يكفي أن تقرر النصوص صراحة المساواة أمام القانون بل لا بد من وضع قيود خاصة تحقق هذه المساواة وذلك لوجود نصوص تنطوي

1 راجع الدكتور عبد الغني بسيوني مبدأ المساواة أمام القضاء ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، طبعة ١٩٨٣ ، ص ٢٦ وما بعدها

علي تمييز ضد المرأة علي نحو يعرقل تحقيق تلك المساواة ومن هذه النصوص في قانون العقوبات الخاصة وذلك لأن هذه النصوص تعد من انتهاكات حق المرأة في تساويها مع الرجل في مراحل التقاضي ، كما أن هناك قيود خاصة بقانون الأحوال الشخصية بجرائم الزني والعنف الأسري.

١ - حق التقاضي والتمييز في جريمة الزني

الفروق بين زنا الزوج وزنا الزوجة من الوجهة الشرعية والتشريعية

يحمي الشارع بتجريم الزنا أهم الحقوق المشتركة بين الزوجين فلكل من الزوجين الحق في أن يستأثر بالعلاقات الجنسية لزوجه ، وعليه مقابل ذلك الالتزام بالإخلاص الجنسي لزوجه ولهذا كان يجب أن يكون نتيجة هذه الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الزوجين أن يكون التجريم أيضا متبادلاً ولكن أخل القانون الوضعي بذلك وفرق بين زنا الزوج وبين زنا الزوجة من النواحي الآتية :

- ١- من الأحكام الإجرائية التي فرضها القانون أنه لا يجوز محاكمة الزوجة إلا بناء على شكوى زوجها.
- ٢- إذا زني الزوج في مسكن الزوجية المقيم فيه زوجته يعاقب بجريمة الزنا ، ولكن الزوجة تعاقب إذا ارتكبت هذه الجريمة في أي مكان.
- ٣- للزوج حق إيقاف العقوبة حتى بعد صدور الحكم النهائي فله العفو عنها ، أما الزوجة فيقف حقها في إيقاف العقوبة إلى ما قبل صدور الحكم.
- ٤- من ناحية العقوبة تعاقب الزوجة بالحبس مدة لا تزيد عن سنتين أما الزوج الزاني الذي تبين زناه في منزل الزوجية يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن ستة أشهر.
- ٥- أن الشريعة الإسلامية تعتبر كل وطء محرم زنا وتعاقب عليه سواء حدث من متزوج أو غير ذلك ولكن القانون اشترط أن يكون متزوجاً^(١).

(١) الدكتور: نصر فريد وصل : الوسيط في جريمتي الزنا والقذف المرجع السابق ، ص ١٥.

وفيما يلي تفصيل هذه الفروق

١- من ناحية الأحكام الإجرائية:

أن المشرع قد قيد حق النيابة العامة في السير في دعوى الزنا على شكوى المجني عليه طبقاً لنص المادة ٢٧٣ من قانون العقوبات وذلك للزوج أو الزوجة المجني عليها.

وانطلاقاً من مبدأ التفرقة في المعاملة بين زنا الزوج وزنا الزوجة فقد وضع المشرع الجنائي لمن قدم شكواه حق التنازل عنها.

أما حق الزوجة يقف إلى ما قبل صدور الحكم النهائي أما الزوج فيمتد حقه إلى ما بعد صدور الحكم النهائي. في حين أن الشريعة الإسلامية لم تفرق بين الزوج والزوجة في ذلك الأمر.

ويرى من البحث أنه يجب المساواة بين الزوج والزوجة في هذا الحق وذلك لأن الشريعة الإسلامية لم تفرق في المعاملة بين الزوجين كما أن هذا الحق ليس له مبرر في القانون أو من الناحية الجنائية.

٢- التفرقة بين الزوج والزوجة في أركان الجريمة:

تتطلب جريمة زنا الزوج في القوانين الوضعية ارتكاب الفعل في منزل الزوجية، في حين تكتمل أركان جريمة زنا الزوجة أياً كان مكان ارتكاب الفعل^(١).

في حين أن الشريعة الإسلامية لا تفترض هذا الركن فجريمة الزنا إذا ارتكب فيها الوطاء المحرم يقصد الزنا فهو زنا ولم تشترط أن يكون في مكان معين. ويقول أستاذنا الدكتور: فتوح الشاذلي إن هذا الرأي غير مقبول وأنه ينبع من نظرة للمرأة لا تتفق مع كرامتها فهي تفرقة تقوم على افتراض أن المرأة تنفعل حين ترى زوجها متلبساً بالزنا في منزل الزوجية وهو نفس تفسير تخفيف العقاب في حالة العذر المخفف.

(١) الدكتور: محمود نجيب حسني: الحق في صيانة العرض في الشريعة الإسلامية وقانون العقوبات المصري، المرجع السابق، القاهرة ص ٩٣.

فالمشرع يعتد بإحساسها وشعورها إذا استفزها الزوج في مكان يتطلب فيه الإخلاص لزوجته وهذا يشير إلى فساد خطة المشرع المصري في معالجته لموضوع الزني^(١).

ولنح نؤيد هذا الرأي لأنه كان الأوجب على المشرع المصري بدلاً من أن يستقي أحكامه من القانون الفرنسي أن ينظر إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تحمي الفضيلة وتحافظ على الأعراض.

٣- حق العفو:

نصت المادة ٢٧٤ عقوبات على هذا الحق للزوج أن يوقف العقوبة برضاه معاشرته زوجته وهذا الحق مقرر حتى بعد صدور الحكم بإدانة الزوجة، أما الزوجة فلها الحق في العفو عن عقوبة زوجها ولكن قبل الحكم بإدانتها - وهذه التفرقة أيضا لا مبرر لها وهي تخالف المصدر الرئيسي للتشريع ويخالف مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة وهو من المبادئ التي قررها الدستور.

٤- التفرقة بين الزوج والزوجة في العقوبة المستحقة عن جريمة الزنا:

الزوجة الزانية تعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين (م ٢٧٤ ع). الزوج الزاني يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور (م ٢٧٧ ع). أنه من حيث العقاب توقع على الزوجة الزانية عقوبة الحبس الذي لا تزيد مدته على سنتين، وتوقع على الزوج الزاني عقوبة الحبس الذي لا تزيد على ستة شهور ويميز خطة الشارع تشدده إزاء الزوجة الزانية أكثر من الزوج الزاني^(٢)، وقد قيل في ذلك أن زنا الزوجة أكثر خطورة من زنا الزوج، فالزوجة لا تخطئ إلا إذا استسلمت نهائيا لعشيقها وضحت في سبيله بزوجها وأبنائها في حين أن الزوج قد يخطئ في صورة عارضة لا تعني تخليه عن زوجته^(٣).

(١) الدكتور: فتوح عبد الله الشاذلي "شرح قانون العقوبات الخاص، طبعة ١٩٩٦، ص ٧٢١.

(٢) عزت مصطفى الدسوقي: جريمة الزنا في القانون الوضعي والشريعة، المرجع السابق، المكتب الفني ص ٥٦.

(٣) الدكتور: محمود نجيب حسني: الحق في صيانة العرض، المرجع السابق ص ٩٥.

ولكن هذه الاعتبارات غير مقنعة لأن زنا الزوج أكثر خطراً على العائلة وعلى الزوجة، فالزوج الزاني يتصل بزوجة آخر فيدخل بفعله الاضطراب على نسب أبنائها، وإذا اتصل بامرأة غير متزوجة فهو يقلل من فرص زواجها حين يلوث شرفها وشرف ذريتها على نحو يتأذى به المجتمع، وإذا كان الرأي العام يحقر زوج الزانية، فإن عطفه على زوجة الزاني فيه نوع من الرثاء لها ترتضيه كرامتها.

ولهذا كان الأولى على المشرع المصري أن يرجع إلى الأحكام الشرعية التي لا تفرق بين الزوج والزوجة في هذا العقاب لأن الجريمة تخص المجتمع ويجب حماية المرأة من هذا الإخلال.

كما أننا نلاحظ أن الزنا في القانون المصري جنحة أما في الشريعة الإسلامية فهو جنابة تستوجب الموت ولم تفرق في ذلك بين الرجل والمرأة أو بين المتزوج وغير المتزوج.

وقد طعن أمام المحكمة الدستورية على المواد المتعلقة بإخلال بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في المواد التالية^(١):

أولاً: عدم المساواة في العقوبة بين زنا الزوجة حيث تعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين نص المادة ٢٧٤ في حين يعاقب الزوج بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر م ٢٧٧.

ثانياً: منح الزوج حق وقف تنفيذ العقوبة الصادرة ضد زوجته الزانية برضاها معاشرتها م ٢٧٤، ولم تمنح الزوجة هذا الحق.

ثالثاً: قرر القانون عقاب الزوج على جريمة الزنا بشرط خاص وهو وقوع الزنا في منزل الزوجية فقط، في حين تعاقب الزوجة الزانية على جريمة الزنا إذا وقع في أي مكان.

رابعاً: التفرقة في العذر المخفف لعقاب القتل في حالة التلبس في الزنا: فالمادة ٢٣٧ من قانون العقوبات تخفف عقاب الزوج إذا فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا فقتلها في الحال هي ومن يزني بها أو اعتدى عليها اعتداء

(١) طعن رقم ٢٧٧، ٢٧٤ أمام المحكمة الدستورية العليا، وقد حكم بعدم دستورية هذه النصوص.

أفضى، إلى موتها أو أحدث لها عاهة مستديمة، هذا العذر المخفف للعقاب لا تستفيد منه الزوجة التي تفاجئ زوجها متلبسا بالزنا ولو كانت المعجزة له في منزل الزوجية الذي تقيم فيه مع زوجها ولا شك في أن هذه التفرقة تفرقة معيبة، ولا سند لها وهى سبب من أسباب عدم دستورية النص.

ولما كانت هذه الموضوعات تتضمن إخلالا بالمراكز القانونية، والتميز بين الزوج والزوجة وتخالف مواد الدستور والأديان والمواثيق الدولية، ولهذا فقد يتم هذا الطعن أمام محكمة المعادي الجزئية حيث تم الدفع بعدم دستورية المادتين ٢٧٤، ٢٧٧ من قانون العقوبات وقد استجابت محكمة الجرح لهذا الدفع وتم تأجيل الدعوى والتصريح بإقامة الطعن بعدم الدستورية وتم إقامتها.

ومن أسباب الطعن:

١- مخالفة المواد المطعون عليها للمادة الثانية من الدستور للشريعة الإسلامية:

فالمادة الثانية من الدستور المصري تقرر أن الإسلام هو دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع وحث على تأكيد مبدأ المساواة بين الزوج والزوجة وإعطاء كلاهما حقوقاً متساوية، وهناك أدلة من القرآن والسنة، وهذه المادة تكون في جميع المجالات في الخلق وحرية التفكير والرأي، والتملك والحماية، والتدين، والمسئولية والجزاء.

ولما كانت هذه النصوص قد خالفت مبدأ المساواة في المسئولية والجزاء بين الزوج والزوجة، وذلك المبدأ الذي قرره الشريعة الإسلامية — تكون المواد المطعون عليها قد خالفت نص المادة الثانية من الدستور.

٢- مخالفة النصوص المطعون عليها للمادة ٤٠ من الدستور:

حرص الدستور المصري على تأكيد مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في جميع المجالات، نصت المادة ٤٠ على أن المواطنين لدي القانون سواء وهم متساوون في الحقوق والواجبات بدون تمييز، وكذلك ضرورة المساواة بين زنا الزوج والزوجة من زاوية المنطق القانوني والسياسة التشريعية، وإلا فإن المشرع قد انحرف عن ذات الفكرة بالنسبة للمرأة

حيث لم يعاقب الزوج إلا إذا ارتكبت داخل منزل الزوجية فصارت الحماية الجنائية إلى حماية شعور الزوجة فقط داخل منزل الزوجية وهذه المخالفة تكشف عدم صواب اتجاه المشرع.

وكذلك فقد خالفت المواد ٢٧٧، ٢٧٤ من قانون العقوبات الاتفاقيات الدولية وهي الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية، والسياسية والعهد الدولي الخاص بالحقوق للاقتصادية والاجتماعية واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

هذه المواثيق التي قررت مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في أكثر من موضع، ولهذا فإن التنظيم التشريعي لجريمة الزنا في قانون العقوبات المصري في حاجة إلى إعادة نظر.

وقد اقترحت مؤسسة رابطة المرأة العربية بعض تعديلات لمشروع قانون في نصوص العقاب الخاص بجريمة الزنا، والتي تقدر أنها تمثل عنفاً ضد المرأة، لما تتضمنه من تمييز بين الرجل والمرأة في التجريم والعقاب أو عدم كفاية العقوبات المقررة لها نود الإشارة إليها وأهم هذه المقترحات:

١- مادة ٢٧٣ عقوبات لا تجوز محاكمة الزانية إلا بناء على شكوى زوجها كما لا تجوز محاكمة الزاني إلا بناء على شكوى زوجته، إلا أنه إذا زنى أيهما لا تسمع شكواه على الآخر.

٢- المادة ٢٧٤ عقوبات الزوج أو الزوجة الذي ثبت زناه يحكم عليه بالحبس مدة لا تزيد على سنتين، لكن للزوج أو الزوجة أن يوقف تنفيذ الحكم برضائه معاشرته زوجه كما كان.

٣- إلغاء المادة ٢٧٥ من قانون العقوبات.

٤- المادة ٢٧٦ عقوبات يعاقب الشريك في جريمة زنا الزوج أو زنا الزوجة في العقوبة المقررة للفاعل طبقاً للقواعد العامة.

٥- إلغاء المادة ٢٧٧ عقوبات^(١).

(١) تامر راجي: مشروع شبكة مناهضة العنف ضد المرأة، مقترح تعديل بعض نصوص قانون العقوبات، مقدم مؤسسة رابطة المرأة العربية، المرجع السابق، ص ٨.

٢- عذر الاستفزاز في القانون الوضعي والشريعة:

اتفقت الشريعة الإسلامية مع القانون الوضعي في الآتي:

أولاً: ماهية العذر الاستفزازي:

فقد سمّرت فيه الشريعة كما عرفت القوانين الوضعية فقد أباح حق الدفاع عن العرض وأباح القتل في سبيل الدفاع عنه، والأدلة على ذلك.

جمهور الفقهاء: أنه إذا قتل الزاني المحصن من غير الإمام فليس على القاتل الدية أو الكفارة.
وأدلة هذا الرأي:

ما رواه أبو داود والترمذي عن الرسول عليه الصلاة والسلام "من قتل دون ماله فهو شهيد، ومن قتل دون دمه فهو شهيد، ومن قتل دون أهله فهو شهيد"^(١).

وبذلك تكون الشريعة الإسلامية قد عرفت العذر كما عرفت القوانين الوضعية

ثانياً: الأثر القانوني:

ويترتب على وجود هذا العذر إعفاء الجاني نهائياً وتكون الشريعة الإسلامية هنا قد اتفقت مع القانون الفرنسي ولكنها اختلفت مع القانون المصري في أن القانون المصري جعله عذراً مخففاً للعقاب والتخفيف هنا وجوبي في حالة توافره^(٢).

ولكن تختلف الشريعة الإسلامية مع القوانين الوضعية في أن القانون الوضعي قصر هذا العذر على الزوج فقط دون الزوجة. أما الشريعة الإسلامية لم تفرق بين المرأة والرجل في ذلك فقد منحتة للزوجة كما منحتة للزوج، فالشريعة الإسلامية تساوى في المعاملة بين الرجل والمرأة.

(١) والحديث أخرجه البخاري في صحيحه ٨٧٧/٢، وصحيح ابن حبان ٤٦٧/٧ سنن الترمذي ٢٨/٤.

(٢) جنائيات أسيوط ١٩٣٩/١١/٢٧ - مجلة المحاماة س ٢٠ رقم ٣٠٥ العدد ٦ ص ٧٩٢.

ويبدو لنا أنه لا بد من التدخل والرجوع إلى الشريعة الإسلامية لأن العلة من تقرير هذا الحق متوافرة في الرجل والمرأة على السواء، ويبدو لنا أيضاً أن هذا الحق إذا انفرد به الزوج وحده دون الزوجة فإنه قد يستغله دائماً ضد المرأة لأنه قد قيل إن النساء أقل إجراماً من الرجال لأن المرأة أقل من الرجل شراسة، كما أن المرأة بطبيعتها تكوينها كلها رقة وبذل وتضحية ومن ثم أوجدت المرأة بالضرورة قدراً أكبر من الإيثار والعطف والحساسية والحنان لا يتوافر لدي الرجل فكيف تحرم من هذا الحق وتلغي هذا الإحساس عند ما تري زوجها وهو متلبس بالزنا مع امرأة أخرى ألا يتحرك هذا الإحساس بداخلها وتقتله؟.

وهذا النص قد طعن عليه بعدم دستوريته، كما أن القانون الجنائي يظهر في مجال التفرقة بين الرجل والمرأة واضحاً في نصوص جريمة الزنا التي استقى المشرع أحكامها من قانون العقوبات الفرنسي الصادر سنة ١٨١٠.

وهذه الأحكام تشوبها شبهة عدم الدستورية لمخالفتها لمبدأ المساواة، وبالتالي المبادئ العامة في الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني

حق المرأة ان تكون في مأمن من التعذيب او المعاملة القاسية وارتباطه بحق التقاضي تجاوز الزوج حدود الإباحة وفقاً لقانون العقوبات.

محل الاعتداء في هذه الجريمة هو حق المرأة في سلامة جسمها فهو محل الحماية الجنائية، ويحمي القانون جسم الإنسان من كل إخلال يعطل أي وظيفة من وظائف الحياة فيه، يستوي أن تكون هذه الوظيفة مادية أو نفسية، ويعني أن الاعتداء على سلامة الجسم لا يقتصر على الأفعال التي تؤدي إلى المساس بالوظائف المادية للجسم بل يشمل كذلك الأفعال التي يترتب عليها عرقلة الوظائف الذهنية والنفسية له^(١).

(١) الدكتور: على عبد القادر القهوجي: قانون العقوبات القسم الخاص، ص ١٣٢. طبعة ٢٠٠٤.

وهنا يثور تساؤل متى يعد تأديب الزوجة جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات ؟.

أ. فإذا تجاوز الزوج حدود الوعظ بأن وصل الوعظ إلى حد تقييحها بما ينال من شرفها أو سبها فهنا يسأل الزوج عن جريمة السب أو القذف المعاقب عليه قانوناً.

ب. وإذا هجر الزوج بيت الزوجية سواء كان هذا الهجر مادياً أو معنوياً عوقب كما بينا في جريمة الهجر المادي ونأمل أن يعاقب قانون العقوبات على الهجر المعنوي.

ج. أما عن المسؤولية الجنائية للزوج :

فقد تردد القضاء قديماً بالاعتراف بحق الزوج في تأديب زوجته وأثره في المسؤولية الجنائية، وقد أنكرته محكمة النقض في أحكام قديمة، وقررت أنه لا يوجد في القانون ما يسقط عقوبة الزوج عن ضرب زوجته وإن لم يتجاوز في ضربها حق التأديب، فالحكم عليه بالعقاب لا وجه من الطعن فيه بأنه لم يأت بما يفيد تجاوزه حد التأديب لكن بعض الأحكام قررت العكس وقضى فيها ببراءة الأزواج المتهمين بضرب زوجاتهم، مهما بلغت درجة التعدي، وأياً كان السبب الذي حمل المتهم على ضرب زوجته.

لكن قضاء النقض الحديث استقر على أن التأديب حق للزوج بالقيود التي قررتها قواعد الشريعة الإسلامية ومقتضاها إباحة الإيذاء الخفيف الذي لا يكثر عظماً ولا يدمى جسداً فإن تجاوز الزوج هذا الحد كان خارجاً عن حدود حقه المقرر بمقتضى الشريعة، ولو كان الأثر الذي حدث بجسم الزوجة لم يزد عن سجحات بسيطة^(١).

والغرض في هذه الأحوال أن يتوافر قصد تجاوز حدود التأديب لدى الزوج حتى يسأل عن مسؤولية عمديه^(٢).

(١) نقض ١٨ ديسمبر ١٩٣٣، مجموعة القواعد ج ٣ رقم ١٧٥ ص ١٢٥. نقض ٢ نوفمبر

١٩٧٥، مجموعة النقض لسنة ٢٦ رقم ١٤٦ ص ٦٧٢.

(٢) الدكتور: فتوح عبد الله الشاذلي: قانون العقوبات القسم العام، المرجع السابق، ص ٢٠٠٠.

فأفعال الضرب الخفيف التي يبيحها حق التأديب هي تلك المجرمة أصلاً بمقتضى المادة ٢٤٢ عقوبات وكذلك أفعال التعدي والإيذاء الخفيف التي تجرمها أصلاً المادة ٣٧٧ / ٩ من قانون العقوبات إذ تصبح مثل هذه الأفعال مباحة إذا توافرت شروط استعمال الحق^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن " حق الزوج في تأديب زوجته مبين بالمادة ٢٠٩ من قانون الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ومن تطبيقات هذا الحق ما نصه " يباح للزوج تأديب المرأة تأديباً خفيفاً عن كل معصية لم يرد في شأنها حد مقرر ولا يجوز له أصلاً أن يضربها ضرباً فاحشاً ولو بحق ، وقيل إن الضرب الفاحش الذي تشير إليه المادة هو الذي يؤثر في الجسم ويغير لون الجلد فإذا ضرب الزوج زوجته فأحدث بها سحجتين في ظاهر الخنصر وسجحاً آخر في الصدر فهذا القدر كاف لاعتبار ما وقع منه خارجاً عن حدود حقه المقرر بمقتضى الشريعة ومستوجباً للعقاب عملاً بالمادة ٢٠٦ عقوبات ، وإذا كان الطاعن قد اعتدى عليها اعتداءً بلغ من الجسامه الحد الذي أوردتها حثفها فليس له أن يتعلل عما يزعمه حقاً له أبيض له ما جناه^(٢) ، ولهذا فإذا كان حقاً للزوج أن يادب زوجته ، فإنه لا يجوز أن يتعدى هذا الحق الإيذاء الخفيف ، فإذا تجاوز الزوج هذا الحد ولو كان الأثر الذي حدث بجسم الزوجة لم يزد عن سحجات بسيطة كان معاقباً عليه قانوناً^(٣).

فالضرب هو كل ضغط مادي على الجسم لا يؤدي إلى إحداث قطع فيه أو تمزيق لأنسجته ، ولا يشترط أن يكون الضغط على جسم الإنسان باستعمال أداة معينة^(٤).

(١) الدكتور: على عبد القادر القهوجي ، شرح قانون العقوبات القسم العام ، دار المطبوعات الجامعية ، طبعة ١٩٩٧ ص ٢٤١.

(٢) نقض ٧ / ٦ / ١٩٦٥ مجموعة القواعد القانونية ج ٣ قاعدة ١٧٥ لسنة ٣٥٤ ق ، ص ٢٥٥.

نقض ١٩٧٥ / ١١ / ٢ ، ص ٦٧٢ رقم ١٤٦.

(٣) نقض ١٩٨١ / ١١ / ١١ ، أحكام نقض ٢٠١ س ٣٢ رقم ١٤٩ ، ص ٧٦٨.

(٤) انظر الدكتور: على عبد القادر القهوجي : قانون العقوبات الخاص ، المرجع السابق ، ص ١٣٤ وما بعدها.

ولهذا يعد من قبيل الضرب توجيه صفة باليد^(١)، فالعقاب على الضرب واجب مهما كان بسيطاً ولو لم يترك أي أثر ظاهر في الجسم^(٢) وقد توسع القضاء في تحديد معنى الضرب بما يجاوز كل اعتداء يقع على سلامة الجسم، وعرفته محكمة النقض بأنه "كل فعل مادي يقع على جسم الإنسان عمدا بقصد الإيذاء"^(٣).

أما بالنسبة للضرب المشدد وهو الذي ينشأ منه مرض أو عجز عن الأشغال الشخصية مدة لا تزيد على عشرين يوماً فإن المحكمة لا بد أن تبين أثر الإصابات ودرجة جسامتها باعتبار ذلك الأثر المترتب عليه يؤدي إلى تشديد العقوبة وفقاً للمادة ٢٤١ عقوبات^(٤).

بناء عليه فإذا أتى الزوج بفعل الاعتداء الذي يقع على جسم المجني عليها مما يترتب عليه مساس بسلامة الجسم لأنه لا عقاب على الشروع في جرائم الاعتداء على سلامة الجسم وأن يكون هذا المساس نتيجة فعل الزوج وأن يكون الزوج قد تعمد إيذاء الزوجة المجني عليها ففي هذه الحالة يسأل الزوج عن فعله ولهذا فيكفي توافر فيه تعمد الضرب^(٥). ولم يتطلب القانون تحديد نوع الأذى الذي تتجه إليه الإرادة، فمطلق الأذى البدني يكفي ولو كان يسيراً، ويسأل الزوج أيضاً إذا تجاوز هذا القصد إلى نتيجة لم يتوقعها كأن يؤدي هذا الفعل إلى إحداث عاهة مستديمة أو إلى موت المجني عليها^(٦).

وإذن فإن جسامته الإيذاء هو مناط التمييز بين الضرب ونحوه من أنواع الإيذاء الخفيف، وتقدير مدى جسامته الإيذاء أمر موضوعي تفصل فيه محكمة الموضوع في حدود سلطتها التقديرية^(٧).

- (١) نقض ٢٧ مارس ١٩٣٠ مجموعة القواعد القانونية ج ٣، رقم ١٦، ص ٧، ١٥، نقض مايو ١٩٨٥، مجموعة أحكام نقض لسنة ٣٦ رقم ١١٨، ص ٦٦٢.
- (٢) نقض ٦ فبراير ١٩٣٣، مجموعة القواعد القانونية، ج ٣ رقم ٨٦، ص ١٣١.
- (٣) نقض ٦ يناير ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض، لسنة ٤ رقم، ص ٣٤٦.
- (٤) الدكتور: مأمون محمد سلامة: قانون العقوبات القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الأشخاص، طبعة دار الفكر العربي، طبعة ١٩٨٣، ص ١١٦.
- (٥) نقض ١٣ ديسمبر ١٩٤٩، مجموعة أحكام النقض، السنة الأولى رقم ٥٠، ص ١٥٠.
- (٦) نقض ١٥ إبريل ١٩٤٠ مجموعة القواعد القانونية، ج ٥، رقم ٩٧، ص ١٧٢.
- (٧) الدكتور: أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، المرجع السابق، ص ٦٣١.

ولهذا فالقانون يرفع عن الأفعال صفة عدم المشروعية ويعترف بمشروعيتها إذا ارتكبت في ظروف معينة تبرر إتيانها، فتسري على أفعال الاعتداء على سلامة الجسم أسباب الإباحة العامة كالدفاع الشرعي، واستعمال السلطة، كما أن استعمال الحق يجد أهم تطبيقاته في جرائم المساس بسلامة الجسم من ذلك حق الزوج في تأديب زوجته إذا خاف نشوزها، ولم يفلح معها الوعظ، أو الهجر في المضجع، فله أن يؤديها بالضرب الخفيف الذي لا يكسر عظماً، ولا يدمي جسداً^(١)

فإذا تجاوز الزوج حدود التأديب كان معاقباً عليه قانوناً ويطبق عليه نص المواد من ٢٤٠، ٢٤١، ٢٤٢، ٢٤٣ من قانون العقوبات.

فإذا كان الضرب بسيطاً سئل الزوج عن جنحة ضرب، وإذا تجاوز هذا الحد إلى إحداث عاهة سئل عن جناية ضرب أفضى إلى عاهة، فإذا تعدى القصد إلى إحداث الوفاة سئل الزوج عن قتل عمد.

ولهذا فإذا خالف الزوج تلك القواعد اندرج فعله تحت نطاق التجريم ويكون متجاوزاً لحدود الحق^(٢)، فإذا كان تجاوزه عمداً كانت الجريمة عمدية أو متجاوزة القصد بحسب الأحوال فضرب الزوج زوجته على رأسها مما سبب لها الوفاة يعتبر ضرباً مفضياً إلى موت، وإن كان التجاوز بحسن النية ونتيجة خطأ في توجيه الفعل كنا بصدد جريمة غير عمدية، فإذا شرع الزوج في ضرب زوجته بما لا يخالف قواعد التأديب ولكن الضربة أصابها في عينها فأحدثت العاهة نتيجة إهمال الزوج وعدم اتخاذ الحيطة كنا بصدد جريمة غير عمدية وليست جريمة ضرب أفضى إلى عاهة ولهذا ففعل التأديب لا بد له من عنصر نفسى يتمثل فى قصد مرتكبه

(١) انظر الدكتور: على عبد القادر القهوجي: قانون العقوبات الخاص - المرجع السابق ص ١٤٧، نقض ٧ يونيو ١٩٦٥، مجموعة أحكام النقض سنة ١٦ رقم ١١٠، ص ٥٥٢.

(٢) دكتور: محمد محى الدين عوض: القانون الجنائى (جرائمه الخاصة) مطبعة جامعة القاهرة، الكتاب الجامعى، طبعة ١٩٧٧م، ص ٣٨٧ وما بعدها.

فى التأديب والتهديب ، ولهذا فإذا بوشر الفعل بنية التشفى أو الانتقام كنا خارج نطاق الإباحة وفى محيط الفعل غير المشروع^(١).

ولهذا بيدو لنا من البحث: أن من الأزواج من يستغل هذا الحق فى تعذيب زوجته والانتقام منها لعدم إطاعته فى أمر من خصائص أمورها ، كعدم إطلاعها على سر ائتمته عليه أمها أو أختها أو غيره من الأمور الخاصة بها ، وهنا نذكر بقول الرسول عليه الصلاة والسلام " لن يضربهن خياركم"^(٢). وهذا يعنى أن الرسول عليه الصلاة والسلام نهى عن إيذاء الزوجة حتى ولو كانت ناشزاً ويبين أن من خيار الرجال عدم ضرب الزوجة.

أما الرجل الذى يري فى ضرب المرأة وممارسة أشكال العنف ضدها بغية إصلاحها فيجب عقابه والتشديد على ذلك ، فالزوج دائماً فى حياته اليومية يستعين بمسوغات قانونية وشرعية تعطي له الحق فى تأديب زوجته ، والبعض الآخر يري أن المرأة جاهلة ولا تتصرف بعقلها وهي دائماً تثير أعصاب الرجل ، ولا تحترمه وهي ليست ربه منزل أو أم مثالية. ولقد ظهرت فى بعض المجتمعات التي تمر بمراحل انتقالية بحيث تتقلد فيها المرأة وظائف عليا وهامة فى المجتمع ، مما يثير غضب الرجل كأنها بذلك تهدد نفوذه فهو يري فى إهانتها وإيذائها أنها يجب أن تدفع ثمن ذلك المنصب مما يكون هذا التجاوز عائقاً لها فى دورها فى هذه المجتمعات ، مما يكون له خطورته عليها مادياً ومعنوياً ؛ لهذا يجب أن تكون هناك عقوبة رادعة لهذا الزوج الظالم.

لذا نناشد المشرع المصرى أن يضع عقوبة خاصة بالزوج لحماية المرأة من تعسفه وقد نجد كثيراً من النساء ضحايا العنف يفضلن البقاء مع الأزواج وذلك لأسباب إجتماعية واقتصادية ، وبخاصة فى الأسر الأكثر

(١) الدكتور: مأمون محمد سلامة: شرح قانون العقوبات القسم العام، دار الفكر العربى ، المرجع السابق، ص ١٩٧.

(٢) انظر: الدكتور: عبد الفتاح مصطفى الصيفى: الأحكام العامة للنظام الجنائى فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى، المرجع السابق، ص ١٦٨. والحديث أخرجه ابن أبى شيبه فى مصنفه ج ٥ ص ٢٢٣.

فقراً حيث لا يكون لديها الاستعداد لرعاية الأولاد مما تضطر الزوجة للخضوع لذلك الزوج العنيف لأنها ليس لديها من المال ما تنفق به على نفسها وأولادها^(١).

وقد جاءت اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة ورصدت في دورتها الحادية عشرة في ١٩٩٢ م أن أكثر من نصف الدول المتقدمة أبلغت عن العنف ضد المرأة من العنف المنزلي^(٢)، وقد جاء في تقرير اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة عن المواقف التقليدية التي تعتبر فيها المرأة تابعة أو ذات أدوار نمطية تعمل على إدامة الممارسات الشائعة التي تنطوي على العنف أو الإكراه مثل العنف والتعسف في الأسرة والزواج بالإكراه.

وقد شهد العقد الأخير نمواً هائلاً في الوعي لمسألة العنف المنزلي، وتدعم ذلك في بعض الدول بوضع تشريعات وبرامج وبيدل جهود من جانب المنظمات غير الحكومية تهدف إلى مكافحة العنف المنزلي.

1- Violence in the family the case of wife Battering in Egypt. 1996.P 26 the social structure of divorce Adjudication.

(٢) من مطالعة التقارير أثبت أن الإيذاء البدني في المنزل محظور بحكم القانون، وقد أذن دستور نيجيريا العنف في الأسرة وهو جرم يعاقب عليه الاتحاد السوفيتي ويعتبر العنف من جانب عضو من أعضاء الأسرة يعاقب عليه القانون في بيرو وأوراجواي، وقد نص قانون الحماية المنزلية لعام ١٩٨٢م في نيوزيلندا على وسائل إنصاف جديدة لضحايا العنف المنزلي بواسطة قانون منزل الزوجية لعام ١٩٨٣م، وفي المملكة المتحدة تم حماية الزوجات من العنف المنزلي بالإجراءات الزوجية لعام ١٩٧٦م وقانون المحكمة العليا، وقد أشارت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في تقريرها أن بعض البلدان يمكن أن يكون العنف المنزلي فيها مبرراً للطلاق أو الانفصال، ففي العراق يمكن أن تطلب الزوجة الانفصال إذا ارتكب زوجها فعلاً ضاراً بها أو ضد أولادها مما يجعل استمرار حياتها الزوجية معه مستحيلة.

راجع: (تقرير اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة في دورته الحادية عشر ١٩٩٢م في شأن تحليل المادة رقم ٦ وسائر المواد المتصلة بالعنف الواقع على المرأة) من اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة، ص ١٣، ١٤.

وفى عام ٢٠٠٦م أصدرت منظمة الصحة العالمية تقريراً عالمياً عن العنف والصحة، على الرغم من التقدم الذى أحرز فى هذا العقد إلا أنه لم نلمس سوى الجزء الصغير الظاهر من المشكلة، ففى ٤٨ استقصاء تركز عن السكان من أنحاء العالم بلغت نسبة تتراوح بين ١٠٪ إلى ٦٩٪ تؤكد أن الشريك الذكر- الزوج- قد ضربه وأذاهن بدنياً فى وقت من الأوقات، وتبين الدراسات أن فى أستراليا وجنوب أفريقيا وكندا والولايات المتحدة نسبة قدرها ٤٠٪ إلى ٧٠٪ من ضحايا القتل من النساء قد قتلهن أزواجهن وكثيراً ما يحدث ذلك فى إطار علاقة تعسفية مستمرة.

وعلى خلاف هذا الاتجاه قد توافق المرأة على فكرة أن للرجل حق فى استخدام القوة إذا رفضت زوجته مجامعة زوجها أو أهملت الزوجة المنزل أو الأطفال، ويبين تقرير منظمة الصحة العالمية أنه مازال يتعين القيام بقدر أكبر من العمل فيما يتعلق بمكافحة العنف المنزلى ويعين على المجتمع العملى التدخل من أجل وقف هذا العنف^(١).

ومما سبق يتضح أن:

- ١- الشريعة الإسلامية قد منحت الزوج حق تأديب زوجته ؛ ولكن بشروط وضوابط ولا بد أن يسبق ذلك كله مراحل: الوعظ والهجر فى المضاجع وتدخل الحكيمين.
- ٢- القانون الوضعي أعطى الزوج هذا الحق من أجل غاية نبيلة وهدف سام وعلى الزوج عدم تجاوز هذا الحق.

(١) بمراجعة تقرير اللجنة المعنية للقضاء على التمييز ضد المرأة فى يناير ١٩٩٢م وفى تحليل المادة ٦ من الاتفاقية ترى الاتفاقية أن التشريع المثالى لحماية المرأة من العنف المنزلى هو التشريع الذى يجمع بين سبل الأنصاف (الجنائية والمدنية على السواء)، فأمر الحماية الذى يحظر على مرتكبى الفعل الاتصال والضحية ويحمى منزلها وأسرتها من العنف المنزلى، وإلى جانب التشريع يجب التوعية وإصلاح نظام العدالة الجنائية لأنها فى شكلها العام لا يراعى فيها احتياجات الضحايا من الإناث وقدر أقامت بعض البلدان مراكز شرطة خاصة موظفوها من النساء لكى تكون أكثر تجاوباً مع احتياجات الضحية غير أنها كثيراً ما تفتقر إلى الموارد الضرورية وإلى جانب مراكز الشرطة يجب توعية معاهد إعداد القضاة وتحتاج إلى دورات خاصة لضمان نظام العدالة الجنائية.

راجع: "تقرير لجنة حقوق الإنسان الدورة التاسعة والخمسون - العنف ضد المرأة ص ١٢، ١٣" راجع: الدكتور: جابر عوض عبدالحميد، حقوق المرأة فى نطاق الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص ١٨٤.

٣. إذا تجاوز الزوج حق التأديب المقرر يعد متعدياً ويؤاخذ على فعله وفقاً للمواد ٢٦٣، ٢٤٠، ٢٤١ عقوبات.

٤. أجاز القانون للزوجة حق طلب الطلاق إذا نتج ضرر مادي أو معنوي من وراء هذا التأديب.

التعسف في استعمال الحق وفقاً لقانون الأحوال الشخصية:

تجاوز الزوج حدود الإباحة وفقاً لقانون الأحوال الشخصية رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ م

فإذا استخدم الزوج حقه في التأديب في حدوده المشروعة فلا يسأل لأنه استعمل حقاً أباحه الشارع فلا ينبغي للزوج أن يسئ استعمال حقه فيؤدب بلا سبب، فقد يكون الدافع من وراء التأديب كراهية الزوج لزوجته، أو لأحقاد شخصية بينه وبين أهلها، أو لأخذ أموالها قسراً عنها ففي هذه الصور يعد فعله غير مستند لحق ويستوجب عقابه^(١) فإذا اقترف الزوج هذا الفعل وزاد عن القدر اللازم كان متعدياً وتواجه الزوجة تعديه بأمرين:

١- الشكوى إلى القاضي:

للمرأة إذا تجاوز الزوج حدود التأديب أو أساء استعماله لها أن تلجأ إلى القاضي تشكو زوجها وتشرح سوء ما أصابها، وللقاضي سلطة تقديرية في الصلح بين الزوجين، أو الحكم بعقابه.

فالضرب باعتباره صورة من صور التأديب سلطة استثنائية للزوج فإذا أساء استعمال هذه السلطة عاد الأمر إلى أصله وأصبح معاقباً عليه " فإذا ضرب الزوج زوجته بغير حق وجب عليه التعزير، وإن لم يكن الضرب فاحشاً، وليس في التعزير عقوبة مقررة، بل الأمر فيه للقاضي فإذا كان الضرب مبرحاً فلا تلزم طاعته"^(٢).

(١) انظر: محمد عبد الحميد الألفي: الجرائم العائلية، طبعة ١٩٩٩، بدون ناشر، ص ١٤٦.

(٢) محكمة تلا في ١٣ / ٤ / ١٠٩٣، حكم محكمة مصر الابتدائية الشرعية في ٢٣ / ١١ / ١٩٣١، حكم منشور في مجلة القضاء الشرعي، س ١، ص ٧٠.

٢- حق طلب التفريق للضرر:

أجاز القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ للزوجة حق طلب مفارقة الزوج وتطبيقها منه ، لما أصابها من ضرر^(١) فإذا تجاوز الزوج حدود الوعظ ، وحدود الهجر وتحقيق الضرر الموجب للتفريق ماهية الغيبة وماهية الوعظ وجب التفريق .
ويوجب القاضي التفريق أيضاً إذا تجاوز الزوج حدود الضرب فالضرب بغير حق شرعي من صور الإضرار التي تجيز التطلاق^(٢) فللزوجة التي أصابها ضرر طبقاً لمذهب الإمام أبي حنيفة أن تطلب التطلاق للضرر وعند الشافعية إذا ساء خلق الزوج مع زوجته و أذاها بالضرب بغير سبب ولم ينفع نهى القاضي له فإنه يفرق بينهما بالطلاق ، حتى يعود الزوج للعدل وتستمر النفقة عليها^(٣) ، كما أنه إذا أذى الزوج زوجته بالضرب فإن ذلك يفقده حقه في طاعتها فتستحق النفقة ولا تجبر على الطاعة^(٤).

ولهذا فإذا تجاوز حدود التأديب طبقاً للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فإن ذلك يسلب الزوج أمانته على زوجته مما يبرر لها الامتناع عن الدخول في طاعته وتيجيز للزوجة طلب التفريق للضرر فطلب الزوجة التطلاق من خلال دعواها بالاعتراض على الطاعة وجب اتخاذ المحكمة إجراءات التحكيم إذا استبان لها الخلاف بين الزوجين^(٥) فالضرر المبيح للتطلاق ، ماهيته إيذاء الزوج زوجته بالقول أو الفعل إيذاء لا يليق بمثلها مما

(١) الدكتور: أحمد فراج حسين: " أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية طبعة ١٩٩٧ ، ص ١٥٠ .

(٢) الدكتور: على حسب الله: الزواج في الشريعة الإسلامية ، دار الفكر العربي ، بدون طبعة ، ص ٢٨٦ .

(٣) الدكتور: محمد كمال إمام: الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي ، طبعة ١٩٩٦ ، ص ٢٥٣ .

(٤) الدكتور: أحمد فتحي بهنسي: المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص ١٧٠ .

(٥) طعن رقم ٤٢٦ لسنة ٦٥ ق جلسة ٢٤/٤/٢٠٠٠ ، منشور في مجلة المحاماة ، العدد الأول ، طبعة ٢٠٠١ ، ص ٢٣٩ .

لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها، وأن يعجز القاضي عن الإصلاح بينهما.

ويشور التساؤل:

عن حق الزوجة في طلب التفريق في حالة الطوائف غير الإسلامية فهل تطبق عليهن أحكام الشريعة الإسلامية أم تطبق أحكام شرائعهم؟
- عقد الزواج في الشرائع غير الإسلامية يترتب عليه التزامات بين الزوجين منها الإخلاص، والالتزام بالمساكنة^(١).

فإذا تجاوز الزوج حدود التأديب تطبق عليهم أحكام شرائعهم^(٢). ولهذا فالزوجة في الشرائع غير الإسلامية تؤدب عن طريق توبيخ من الرئيس الديني، كما أن مجموعات الأقباط الأرثوذكسي في مصر تجيز للزوجة المجني عليها أن تطلب إيقاع الطلاق إذا اعتدى عليها زوجها بالإيذاء الجسيم بما يعرض صحتها للخطر.

ويستدل من ذلك أن الإيذاء البسيط جائز في شريعة الأقباط الأرثوذكسي، أما الإيذاء غير البسيط غير جائز ويحق للزوجة طلب إيقاع الطلاق^(٣).

القيود الواردة في قانون الأحوال الشخصية:

تسرى أحكام القانون المرافق على إجراءات التقاضي في مسائل

الأحوال الشخصية

- وبمراعاة أحكام المادة ٥٢ من القانون حكمها في الدعاوى قابله للطعن بالاستئناف مالم ينص القانون على نهايته على الوجه التالي:

- ١- المسائل المتعلقة بالولاية على النفس
- ٢- الدعاوى المتعلقة بحضانة الصغير وحفظه ورؤيته وضمه

(١) الكنز المرصود في قواعد التلمود، ترجمة الدكتور: يوسف نصر الله، طبعة ١٨٩٩، ص ٣٠.

(٢) الدكتور: أحمد سلامة: الأحوال الشخصية لغير المسلمين، طبعة ١٩٦٢، بدون ناشر، ص ٢٥٠.

(٣) انظر: الدكتور: حسام الدين الأهواني: شرح مبادئ الأحوال الشخصية في شريعة الأقباط الأرثوذكسي، طبعة ١٩٧٢، ص ٤٥٦ وما بعدها.

٣- الدعاوى المتعلقة بالإذن للزوجة بمباشرة حقوقها متى كان القانون الواجب التطبيق يقضى بضرورة الحصول على إذن الزوج لمباشرة تلك الحقوق

٤- دعاوى المهر والجهاز والدوطة والشبكة وما في حكمها

٥- تصحيح القيود المتعلقة بالأحوال الشخصية فى وثائق الزواج والطلاق

٦- توثيق ما يتفق عليه ذوى الشأن أمام المحكمة فيما يجوز شرعا

٧- الإذن بزواج من لا ولى له

٨- تحقيق الوفاة والدراسة والوصية الواجبة

٩- دعاوى الحبس للامتناع

١٠- دعاوى المسائل المتعلقة بالولاية على المال.

وعلى صعيد الحقوق الشخصية، فمن المعروف ان إجراءات التقاضي في قانون الأحوال الشخصية فمن المعروف أن إجراءات التقاضي في قانون الأحوال الشخصية في مصر تنطوي في كثير منها على تشريعات وإجراءات تمييزية ضد المرأة. فقد اقتضى الأمر سنوات من النضال لنضرة المتقاضين، وأغلبهم من النساء

(فيحق للرجل أن يطلق زوجته، من جانب واحد، دون اللجوء إلى القضاء) وفي عام ٢٠٠٠ تم تعديل قانون الاحوال الشخصية ليصبح الهدف الرئيسي للقانون الجديد، قانون رقم ١ لعام ٢٠٠٠، منح المرأة حقوقاً إضافية، وتوفير إجراءات أقل تعقيداً وأكثر يسراً للحصول على حكم الطلاق من المحكمة، وغير ذلك من الحقوق المالية المترتبة على فسخ عقد الزواج. وتنص المادة ٢٠ من القانون الجديد على (حق المرأة في طلب الخلع دون حاجتها إلى إثبات حدوث الضرر، أو أذى أو خطأ أو اضطرابها إلى التنازل عن حقوقها المالية، كذلك فإن المادة ١٧ من القانون الجديد تتيح للمرأة طلق الطلاق من الزواج العرفي غير المسجل.

وفي محاولة للحد من المعاناة الشديدة التي تلاقىها المرأة بسبب تنقلها بين المحاكم المختلفة وكفاحها الذي قد يمتد لسنوات طوال بغية الحصول

على حقوقها، تم إنشاء محاكم الأسرة في عام ٢٠٠٤ م للنظر في شؤون الأسرة بما في ذلك الطلاق، والنفقة، حضانة الاطفال وحق الزيارة. وبمقتضى القانون رقم ١٠ والقانون رقم ١١ لعام ٢٠٠٤ تم أيضاً إنشاء صناديق النفقة لمساعدة المطلقات وأطفالهن لتجنب العواقب الاقتصادية والاجتماعية الحادة للطلاق، نتيجة الاجراءات المطولة المتبعة في المحاكم فيما يتعلق بالنفقة وإعالة الأطفال.

وعلى الرغم من أن الإطار القانوني قد شهد تحسناً في مجال حماية معظم حقوق النساء ليصبحن على قدم المساواة مع الرجال، تظل الفجوات قائمة في التشريعات والإجراءات بسبب السلطات التقديرية المخولة للقضاة والمسؤولين، والتي تتيح لهم الحق في تطبيق أحكام القانون وفقاً لرؤياهم وأيضاً بسبب التحيز بين الجنسين وضعف إنفاذ الآليات على الجانب الآخر.

التعسف في استعمال الحق الاجرائي لعق التقاضي

خلافًا للغاية التي شرعت الحقوق الإجرائية من أجل تحقيقها فقد شاعت أساليب المماطلة والتسويف والالتواء واستخدام الإجراءات القضائية في غير ما شرعت له، الأمر الذي قد يضر ضرراً كبيراً بتحقيق العدالة، ويدفع أصحاب الحقوق في بعض الأحيان إلى الخوض في دعاوى مكلفة وغير مأمونة العواقب.

ونتيجة لتلك الأساليب، أصبح الالتجاء إلى القضاء في بعض الأحيان وسيلة غير فعالة لاقتضاء الحقوق فقد يستغل البعض ما نص عليه القانون من ضمانات لإطراف الدعوى المدنية في الحق في المحاكمة العادلة ويستخدمها وسيلة للكيد والتضليل وتضييع وقت الخصم الآخر وجهده وماله لا لشيء إلا بادعائه انه يستخدم حقه في الادعاء أو التبليغ أو الدفع أو الطعن أو غيرها من الحقوق والضمانات الإجرائية وهو ما يرغم صاحب الحق في الكثير من الأحيان بالتنازل عن حقه كله أو جزء منه للغير بأقل من قيمته الحقيقية، بل انه قد يترك حقه بلا مقابل خشية المشقة والجهد والمال الضائع لفترة زمنية طويلة إمام القضاء بسبب الصعوبات التي

تكتنف طريق الوصول إلى حقه والتي تتعدى إضرارها في بعض الأحيان
المنافع التي ستعود عليه بعد إن تقضى له المحكمة بحقه.

كما إن أساليب المماطلة ، قد تطول الأمر الذي يجعل حصول
صاحب الحق على حقه بعد فوات الأوان اشد ظلما من تركه الحق من
دون مطالبة الأمر الذي يتعارض مع تحقيق القضاء العادل الناجز قليل
التكاليف ، وبذلك أصبح من مصلحة الخصم المراوغ جر خصمه إلى
الالتجاء إلى القضاء بوصفه أفضل وسيلة لتضييع حق خصمه وإفراغه من
محتواه. ولما كان من الثابت في ظل القانون وبعد تطور المجتمع إن الفرد لا
يستطيع إن يقتضى حقه فان الحل الأمثل في الوصول إلى القضاء العادل
العاجل يتمثل بضرورة الالتزام والتمسك بمبدأ عدم التعسف في استخدام
الحق الاجرائى ذلك أن استعمال الحق ليس مطلقا بل مقيد بضوابط
الغرض منها ألا يلحق هذا الاستعمال ضررا بالآخرين.

وطبقا للقواعد العامة فان الضرر قد يكون ماديا أدبيا^١ ، فالضرر
المادي هو الذي يصيب حقا أو مصلحة تتمتع بحماية القانون ، ويكون من
شانه الانتقال من المزايا المالية التي يخولها هذا الحق او المصلحة ، وقد
يكون الضرر ماديا ولو أدى إلى المساس بحق غير مالى ، كالمساس بسلامة
الجسم إذا ترتب عليه ضرر مادي ، ويشترط فى هذا النوع من الضرر ان
يكون محقق الوقوع او يكون محققا ، ويكون كذلك إذا وقع فعلا أو كان
محقق الوقوع فى المستقبل ، ولهذا لا يصلح الضرر المحتمل غير محقق
الوقوع ، اما الضرر المتمثل بتفويت فرصة فانه وان كانت الفرصة امرا
محملا إلا أن تفويتها يعد امرا محققا. اما الضرر الادبى فهو الذى لا يؤدي
الى المساس بمصلحة مالية للمضرور ، كالضرر الناشئ عن المساس بالشرف
والاعتبار او يصيب العاطفة والشعور وقد ينشأ هذا الضرر نتيجة الالم

١- د.ابراهيم أمين النياوى: التعسف فى التقاضى ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ،
القاهرة ، سنة ٢٠٠٦ ، ص ٣٧١ - ٣٧٢ . نواف حازم خالد: المسؤولية المدنية
الناجمة عن التعسف في استعمال الحق الاجرائى . مجلة الحقوق مجلد ١٢ العدد ٤٤
٢٠١٠ ، ص ١٠٢

الذى يصيب الانسان من المساس بجسمه او المساس بحق ثابت من حقوقه ، وينشأ فى هذه الحالة ضرر ادبى ، حتى لو لم يترتب عليه المساس بأى من هذه القيم ضرر مادى ، ويشترط فى هذا النوع من الضرر ما يشترط فى الضرر المادى من حيث كونه محقق الوقوع فى الحال او الاستقبال ، والضرر باعتباره ركنا فى المسئولية فانه يكون واجب الاثبات ، سواء اكان الضرر ماديا او ادبيا ، ويقع عبء اثباته على من يدعيه ، فإذا ادعى المضرور ان ضررا اصابه من فعل معين ، وجب عليه اثبات ما اصابه من ضرر. وإذا كان الضرر المادى هو الذى يمس مصلحة أو حقا له طبيعة مالية ، فان كل ما يترتب فى الدعوى من نفقات يدخل فى إطار المادى ، ويدخل فيها الضرر الذى يصيب الخصم من جراء ضياع جهده ووقته ، ولتوقف الإضرار المادية عند هذا الحد وإنما تشمل فضلا عن ذلك ، الإضرار التى تترتب على حرمان الخصم من موارده المالية لفترة طويلة ، والإضرار التى تطرئ تب على الارتباك المالى بسبب الدعوى ، وقد يكون الضرر الناشئ من رفع الدعوى ضررا أدبيا ، إذا كان من شأنه المساس بشرف الخصم وسمعته ، كالدعوى التى ترفع على الموظف القضائى أو الطبيب أو المحامى بقصد النيل من سمعته ، أو إذا كان القصد من رفع دعوى الإفلاس المساس بسمعة التاجر.

ويتميز الضرر الناشئ عن استعمال الحق الاجرائى ، بأنه ضرر من النوع الذى لا يورث من الممكن تجنبه ، وبصفة خاصة النفقات اللازمة لتسيير الإجراءات ، والتي تنشأ من كل مرة يلجأ فيها الأفراد إلى الإجراءات القضائية.

ولقد تبني المشرع المصرى فى قانون المرافعات فى المادة (٢/١٨٨) منه ، قاعدة الحكم الجوازى بالغرامة للتعسف فى استعمال الحقوق الاجرائية ، لكنها تركت أمر تقدير الحكم بتا لسلطة المحكمة التقديرية ، لتحكم بحسب ما يترائى لها من ظروف الواقعة المعروضة عليه ، لكن

الحكم بالغرامة يحتاج إلي ثبوت التعسف في استعمال الحق الإجرائي في حق المحكوم عليه^١

كما أن المشرع المصري عمم فكرة الغرامة علي إساءة استعمال حق التقاضي، إذا أجاز للمحكمة في المادة الثالثة من قانون المرافعات، الحكم بالغرامة في حالة حكمها بعدم القبول لانتهاء المصلحة، إذا تبين للمحكمة أن المدعي قد أساء استعمال حق التقاضي، وقد جاء بالإعمال التحضيرية لهذا النص رغبة المشرع في القضاء علي الدعاوي الكردية التي لا هدف منها ولا طائل سوي تعطيل المحاكم وتكديس القضاء والتشهير ببعض الخصوم^٢.

وقد اتجه المشرع المصري إلي ترتيب الحكم الجوارى بالغرامة في حالات أخري علي واقعة الخسارة، ولا يحتاج الحكم بالغرامة في هذه الحالات إلي إثبات التعسف في جانب الخاسر.

الخاتمة: قانون المرافعات الفرنسي^٣، فقد أجاز المشرع الفرنسي في المادة (١/٣٢) الحكم بالغرامة علي من يسئ استعمال حق الالتجاء إلي القضاء بطريقة تعسفية أو تسويقية، سواء اتصل الأمر باستعمال الحق في

١ ويدور الحكم بالغرامة في هذه الحالات حول الحكم برفض الدعوي او الطعن او الحكم بعدم القبول او عدم جواز نظرة . واذا كانت المادتان (٢٧٠، ٢٤٦) من قانون المرافعات المصري قد رتبت الحكم بمصادرة الكفالة كلها او بعضها . ويأخذ هذا الجزاء حكم الغرامة

٢ نصت الفقرة الثانية من المادة ١٨٨ من قانون المرافعات المصري بعد تقرير المشرع للحق في التعويض عن أية دعوي او دفاع قصد به الكيد علي انهم (ومع عدم الاخلال بحكم الفقرة السابقة يجوز للمحكمة عند اصدار الحكم الفاصل في الموضوع ان تحكم بغرامة لا تقل عن اربعون جنيها ولا تجاوز اربع مائة جنية علي الخصم الذي يتخذ اجراء او يبدي طلبا او دفعا او دفاعا بسوء نية). والمقصود بسوء نية في هذه الحالة ان يكون الخصم وهو يتخذ الاجراء او الطلب او الدفع او الدفاع عالما بالحق له فيه وإنما قصد من ابدائه مجرد تعطيل الفصل في الدعوي او الضرار بالخصم الاخر راجع الدكتور احمد ابو الوفا: نظرية الاحكام في قانون المرافعات ط ٥ . انشأت المعارف . الاسكندرية . ١٩٨٥ . ص ١٥١ .

المستشار عز الدين الدناصوري والمستشار حام عكاز . التعليق علي قانون المرافعات . ج ١ . دار النهضة العربية . القاهرة . طبعة ١٩٩٤ . ص ٩٦٣

3- Jean Viatte , L , amende Civile Pour adus du droit de plaider , gaz. 1978. p. 305 Jean Vincent et serge Guinchard , op. cit , p. 995

الدعوي أو الحق في الدفاع، لذا فإن حكم هذه القاعدة يمتد ليشمل كل الحالات التي يقدر فيها القاضي أن استعمال الحق الإجرائي كان مشوباً بالتعسف، وذلك لأن حكم الغرامة جوازي، يترك تحديده للقاضي ما بين الحد الأدنى والأعلى.

كما عالج المشرع الفرنسي مبدأ الحكم الجوازي بالغرامة في المادة ٥٥٩ من قانون المرافعات علي من بسئ استعمال الحق في الاستئناف، كما عمم المشرع الفرنسي المبدأ نفسه بالنسبة إلي كل الطعون التعسفية أو التسويقية في المادة (٥٨١) والمتعلقة بالتعسف في استعمال طرق الطعن غير العادية في حالة إساءة استعمال الحق في الطعن.

الخاتمة

تناول هذا البحث موضوع حق التقاضي بين الضمانات والقيود من منظور العدالة والمساواة الإجرائية، وهو من الموضوعات التي تهتم الرجل والمرأة وخاصة في الوقت الحاضر، فالمساواة أمام القضاء هي من أهم الأسس التي يقوم عليها النظام القضائي في الإسلام، وهذا الاهتمام بالمساواة الإجرائية وهو أصل من أصول العقيدة الإسلامية، فالعدل والمساواة في شريعة الإسلام، فريضة واجبة فرضها الله سبحانه وتعالى على الكافة دون استثناء وفي كافة المجالات، وفرضها كذلك على أولياء الأمور من ولاية حكام وقضاة.

ولأن الإسلام قد ساوى بين الرجل والمرأة إلا أنه قد وضع بعض الفوارق مع التطبيق للعدل الدقيق الذي لا يחדش المكانة الإنسانية للمرأة ولا ينقص من حقها كما يزعم البعض.

وبذلك وصل الإسلام بالمرأة إلى منزلة لم يالكافة، لا مثلها أحدث القوانين في أعرق الأمم، لتقف مع الرجل جنباً إلى جنب على قدم المساواة.

ولأن المساواة واجبة باعتبارها فريضة على الكافة، فهي تجب على الإنسان للإنسان من حيث هو إنسان، لذلك فهي واجبة سواء كان

الخصم مؤمناً أو كافراً، رجلاً أو امرأة، بين الحاكم والمحكوم. ملازمة للدعوة منذ رفعها حتى الفصل فيها، كما أن تطبيق القاضي للمساواة لا يقاحترامه، لمساواة المادية وإنما يلتزم بتطبيقها بين الخصوم.

ولأن مجرد وجود حق التقاضي ولو كان مقرر بنصوص دستورية لا يضمن بصفة تلقائية احترامه، بل أن القانون قد يهدر في بعض الحالات بما يقرر الدستور من حقوق و ضمانات لهذا الحق وذلك بوضع العراقيل أو القيود لعدم الوصول لذلك الحق.

ومن خلال التقاضي، أن بعض الأنظمة الإجرائية الجنائية الوضعية ما زالت بعيدة عن تحقيق المساواة خاصة في المجال الإجرائي، وقد حاولنا بقدر المستطاع أن نبحث عن الضمانات والقيود الخاصة بحق التقاضي لكفالة تحقيق المساواة وحماية الأفراد وخاصة بين الرجل والمرأة من تعسف من له الحق في المساواة القضائية سواء من الخصوم أو من القضاة، ولعدم وجود ضمانات فعالة تحقق المساواة بين الجنسين لحماية حق الرجل والمرأة في التقاضي، ولأن هناك من يتخذ القضاء ذريعة للمماطلة والتسويف في الحقوق وخاصة حقوق المرأة كان هناك بعض القصور ضمن نصوص قانون العقوبات وبعض الإجراءات الخاصة بحق التقاضي.

ومن هنا يأتي أهمية البحث عن المساواة الجنائية لحق التقاضي وقد قسمت هذا البحث إلى تمهيد يظهر فيه دور المساواة من خلال العصور المختلفة وماهية حق التقاضي، وكيف أن النظام القضائي الإسلامي لا يميز بين الناس بحسب الأصل أو الجنس أو العقيدة، ثم قسمت البحث إلى فصلين:

الفصل الأول: ضمانات حق التقاضي، وقد تناولت في هذا الفصل ماهية الضمانات التي تكفل تحقيق المساواة أمام القاضي سواء كانت تلك الضمانات خاصة بالسلطة القضائية واستقلالها أو حق الإنسان في اللجوء إلى قاضية الطبيعي، أو كانت ضمانات خاصة بالنواحي الإجرائية.

المبحث الأول: استقلال السلطة القضائية وقد تناولت في هذا البحث مفهوم وضمانات الضمير، القضاء وحق لجوء الفرد إلى قاضية الطبيعي. واتضح من هذا المبحث أن السلطة القضائية لا تخضع في عملها سواء في القانون أو الضمير، ذلك كان على السلطات الأخرى عدم التدخل في عملها ضماناً لمبدأ حياد القاضي الذي يجسد استقلال القضاء.

لكن في ظل الثورات والأنظمة المعاصرة بدأ اعتداء خارق لهذا الحق حتى سقطت هيبة القضاء وإلزاميته أمام الناس كافة.

من مظاهر التدخل في صور الاعتداء على حرمة القضاء وقديسيته إلغاء الأحكام القضائية بعد صيرورتها نهائية.

كما أن حق الفرد في اللجوء إلي القاضي الطبيعي فقد نص عليه الدستور المصري في المادة ٦٨ وأناط بمحدودة، لعادي سلطة تحديد الهيئات القضائية وذلك ليبرر للحاكم اعتدائه علي السلطة القضائية باقتطاع جزء من ولايتها القضائية ليسنده إلي جهة غير قضائية وذلك بالتنكيل بخصوصية السياسيين وإهدار حق التقاضي.

كما تناولت في المبحث الثاني الضمانات الخاصة بالتقاضي والمساواة من الناحية الإجرائية.

واتضح من البحث أن هناك بعض الإجراءات الخاصة بمراحل التقاضي سواء من تعسف مأموري الضبط القضائي أو من النيابة العامة عندما تحرك الدعوي الجنائية لفرد وتتعاكس عن تحريكها للآخر، وقد ترتب علي إساءة استعمال السلطة التقديرية للنيابة العامة في هذا المجال إخلال بالمساواة أمام التقاضي.

كما أنه يجب لضمان مساواة الجنسين أمام التقاضي أن تكون المحاكمة علنية، وتكون خلال فترة زمنية محدودة، وتكون هذه المحاكمة عادلة ومنصفة. وكيف ذلك بعد أن دخل الفساد في المجال القضاة الدفاع، الرشوة والمحسوبية في هذا المجال.

ولضمان الوسيلة للوصول إلى هذا الحق كان حق الدفاع، واتضح أنه يجب أن تزال بعض العراقيل التي هي اعتداء على التقاضي والمساواة وذلك بتوفير الحماية لحق الدفاع، وحق اختيار الفرد في أن يختار محاميه.

الفصل الثاني: القيود الإجرائية التقاضي: حق التقاضي:

وقد تبين من هذا الفصل أن هناك قيود عامة بمنع القضاة وردهم ومخاصمتهم وذلك لضمان حيطة القضاة وعدم تعسفهم خاصة في مرحلة التفريد القضائي.

فمن خلال وظيفة القاضي في التفريد القضائي أما أن يحسن استعمال هذه الوظيفة في تحقيق المساواة والعدل أمام النصوص المقرر، أو يوقف تنفيذها أو يقوم بالمماثلة في تنفيذها، ولهذا قد لجأت بعض التشريعات الأجنبية لضرورة الحقوق الفنية للمتهم من خلال ظروفه وأحداث تقاضيه، وهذا يعد قصور لدى المشرع المصري.

كما أن قاعدة اختصاص القضاء العسكري بمحاكمة المدنيين يجب النظر فيها لأن هناك بعض الحكام من يتخذون هذه القاعدة للهروب من جرائمهم التي يرتكبونها وهذا ما حدث في ظل ثورة ٢٥ يناير.

كما تناولت في المبحث الثاني القيود الخاصة بالمرأة في القانون الجنائي، وتبين أن هناك أحكام خاصة يعاب فيها على المشرع المصري وهذه الأحكام تعد قيوداً على مبدأ المساواة بين الجنسين وهي - كما في جريمة الزنا - يعاب على المشرع المصري انه لم يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية لان بها الردع الكافي لذلك.

كما إن هناك قيود في مسائل الأحوال الشخصية وتبين من هذه القيود أن المرأة مازالت تلاقى المعاناة الشديدة في حق التقاضي بسبب تنقلها بين المحاكم المختلفة وكفاحها التي تمتد سنوات طويلة بغية الحصول على حقوقها.

ومحاكم الأسرة التي تعتبر مرحلة من مراحل التقاضي والتي زادت فيها المسألة تعقيداً من خلال الإجراءات المطولة وخاصة الأحكام الخاصة بالنفقة.

واتضح أن هناك فجوات بين الرجل والمرأة في التشريعات والإجراءات بسبب السلطات التقديرية المخولة للقضاء والمسئولين والتي تتيح لهم الحق في تطبيق القانون وفقاً لرأيهم وأيضاً بسبب التمييز بين الجنسين، وضعف إنفاذ الآليات على الجانب الآخر.

التوصيات

- ١- التأكيد على أهمية تضمين التشريعات والأنظمة العربية النصوص التي تنظم قواعد تنفيذ الأحكام القضائية وطرق الإشكاليات فيها، وإجراءاتها مع تحديد الجهات القضائية المختصة.
- ٢- معرفة إشكاليات التنفيذ في الأحكام الصادرة من القضاء المدني أو العادي.
- ٣- دعوة المقتن في كل دولة عربية إلى إسناد مسائل التنفيذ إلى جهاز قضائي مستقل تحت إشراف قضاء التنفيذ في كل دولة وذلك على قرار بعض التشريعات العربية الحديثة في هذا الخصوص
- ٤- مناشدة المشرع المصري أن يستمد أحكامه الموضوعية والإجرائية من أحكام الشريعة الإسلامية وإلغاء التمييز بين الجنسين سواء في قانون العقوبات، أو في قانون الإجراءات الجنائية أو غيرها.
- ٥- دعوة المشرع المصري لوضع ضمانات لحق التقاضي بنصوص تشريعية كافية وذلك حتى لا نترك لجهة القضاء سلطة تقديرية واسعة يكون فيها الحكم بالاهواء أو الميل إلى تفويت حقوق الأفراد.
- ٦- ضرورة وضع مدة محددة يفصل فيها في الدعوي وتوسيع مبدأ مجانية التقاضي وكفالة حق الدفاع.

المراجع

مؤلفات القانون الجنائي:

- ١- أحمد فتحي سرور، دكتور:
- الشرعية والإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٣ م.
- الوسيط في قانون العقوبات، الطبعة الرابعة، القاهرة، طبعة ١٩٩١ م.

- ٢- حسن صادق المرصفاوى، دكتور:
أصول الإجراءات الجنائية، طبعة ١٩٨٢
- ٣- رمسيس بهنام، دكتور:
الإجراءات الجنائية تحليلا وتفصيلا، طبعة ١٩٧٧.
- ٤- رؤوف عبيد، دكتور:
- مبادئ الإجراءات الجنائية، طبعة ١٩٨٥م
- ٥- عبد الفتاح مصطفى الصيفي، دكتور:
- الأحكام العامة للنظام الجنائي، طبعة دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٧م.
- ٦- عبيد علي سويدان، دكتور:
حماية اسري الحرب، طبعة ١٩٨٨
- ٧- عزت مصطفى الدسوقي، دكتور:
أحكام جريمة الزنا في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، المكتب الفني، طبعة ١٩٩٩م.
- ٨- على عبد القادر القهوجي، دكتور:
- قانون العقوبات، القسم الخاص، طبعة ١٩٩١م - ١٩٩٦م
- ٩- فتوح عبد الله الشاذلي، دكتور:
- شرح قانون العقوبات، القسم العام، مطابع السعدنى طبعة ٢٠٠٣م.
- شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، طبعة ١٩٩٦م، ٢٠٠١م.
- المساواة في الاجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية طبعة ١٩٩٠
- ١٠- مأمون محمد سلامة، دكتور:
- قانون العقوبات، القسم العام، دار الفكر العربي، طبعة ١٩٩٠م.
- قانون العقوبات القسم الخاص، دار الفكر العربي، طبعة ١٩٨٣
- ١١- محمد يحي الدين عوض، دكتور:
القانون الجنائي (جرائمه الخاصة)، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، طبعة ١٩٧٧م.

- ١٢- محمد عبد الحميد الألفي، دكتور:
الجرائم العائلية، طبعة ١٩٩٩
- ١٣- محمود نجيب حسنى، دكتور:
الحق في صيانة العرض، بدون طبعة.
كتب قانونية عامة:-
- ١- إبراهيم أمين النفاوي، دكتور:
التعسف في استعمال حق التقاضي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٠.
- ٢- أحمد براك، دكتور:
- مبدأ المساواة أمام القضاء في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، طبعة ٢٠١٠، بدون ناشر.
- ٣- أحمد فتحي بهنسي، دكتور:
المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، مطبعة الحلبي ١٩٦٩.
- ٤- أحمد سلامة، دكتور:
الوجيز في الأحوال الشخصية لغير المسلمين، بدون ناشر، طبعة ١٩٩٧ م.
- ٥- أحمد فراج حسين، دكتور:
أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، بدون ناشر، طبعة ١٩٩٧ م
- ٦- أحمد الكبيسي، دكتور:
المرأة والسياسة في الإسلام، أبو ظبي، بدون طبعة.
- ٧- جابر علي عبد الحميد، دكتور:
حقوق المرأة في نطاق الأحوال الشخصية، بدون طبعة، بدون ناشر
- ٨- حسام الدين الأهواني، دكتور:
٩- سعيد عبد الكريم مبارك، دكتور:
المرافعات المدنية، طبعة ١٩٨٤، بدون ناشر
شرح مبادئ الشخصية في شريعة الأقباط الأرثوذكس، بدون ناشر
طبعة ١٩٧٢
- ١٠- حسن عبد الحميد، دكتور:
المسؤولية الجنائية في مصر الفرعونية، طبعة ٢٠٠٩.

- ١١- شفيق شحاته، دكتور:
نظرية الالتزامات في القانون الروماني، بدون طبعة وناشر
عبد الله البياتي، دكتور:
كفالة حق التقاضي، دراسة مقارنة، طبعة ٢٠٠٢.
- ١٢- عبد الغني بسيوني، دكتور:
مبدأ المساواة أمام القضاء، دار المعارف، طبعة ١٩٨٣
- ١٣- عبد الواحد وافي، دكتور:
المساواة في الاسلام، طبعة ١٩٨٣
- ١٤- عز الدين الديناصوري:
التعليق علي قانون المرافعات والنهضة العربية، القاهرة، سنة
١٩٥٤
- ١٥- على حسب الله، دكتور:
الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، بدون تاريخ.
- محمد انس قاسم، دكتور:
الحقوق السياسية للمرأة في الإسلام، دار النهضة العربية بدون
تاريخ
- ١٦- محمد عبد الخالق عمر، دكتور:
قانون المرافعات دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٨
- ١٧- محمد عصفور، دكتور:
موقف الديموقراطيات من الرقابة علي دستورية القوانين، ط ١٩٧١
- ١٨- محمد كامل عبيد، دكتور:
استقلال القضاء، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، طبعة
١٩٩١
- ١٩- محمد كمال إمام، دكتور:
الزواج والطلاق، بدون طبعة
- ٢٠- محمود سلام زناتي، دكتور:
- اختلاط الجنسين عند العرب، دار الجامعات، طبعة ١٩٥٩ م.
- تاريخ القانون المصري في العصر البطلمي - الرماني طبعة ١٩٧٢ م.
- حقوق الإنسان في مدخل تاريخي، الطبعة الأولى ١٩٨٧ م.

- دراسات حول وضع المرأة الإجتماعى والقانونى فى العصور
القديمة، الكتاب الثانى عند الرومان، الطبعة الثانية ١٩٨٢م.
- المرأة عند قدماء اليونان، الكتاب الأول، المكتبة العربية التجارية،
طبعة ١٩٥٧م

٢١- منتصر سعيد حمودة، دكتور:

الحماية الدولية لحقوق المرأة، دراسة مقارنة، طبعة ٢٠٠٧

٢٢- نصر فريد واصل، دكتور:

الوسيط فى جريمة الزنا

الرسائل:-

١- فؤاد عبد المنعم، دكتور:

مبدأ المساواة فى الإسلام رسالة دكتوراه، طبعة ١٩٧٢

الأبحاث:

١- تامر راجى، دكتور:

مشروع مناهضة العنف ضد المرأة، بحث مقدم لرابطة المرأة العربية.

٢- صلاح الدين ناھى، دكتور:

حقوق الانسان والضمانات القضائية فى الاسلام، المجلة القضائية،

بحث مقدم للمجلة القضائية ١٩٨٤

٣- محمد عبد الله العربي، دكتور:

كفالة حقوق الافراد والحريات العامة، سنة ١٩٥١.

٤- محمد محمود علي، مستشار:

حقوق الانسان فى قضاء محكمة النقض المصرية

٥- محمد وجدى عبد الصمد، دكتور:

حق الانسان فى اللجوء الى قاضية الطبيعى، سنة ١٩٩٢

٦- لطفى جمعة، دكتور:

حقوق الانسان فى قضاء المحكمة الدستورية العليا

٧- يوسف اليونس، دكتور:

دور المحامين فى الدفاع عن حقوق الانسان وحرياته سنة ٢٠٠٨

كتب الحديث

١- ابن أبى شيبة ؛ عبدالله محمد بن أبى شيبة، أبو بكر الكوفى (ت

٢٣٥هـ).

- المصنف في الحديث. تحقيق: كمال يوسف الحوت. ط. الرياض: مكتبة الرشد، سنة ١٤٠٩ هـ.
- ٢- ابن حبان (محمد بن حبان البستي):
صحيح ابن حبان: تحقيق: شعيب الأرنؤوط. ط ٢. لبنان: بيروت، مؤسسة الرسالة، سنة ١٤١٤ هـ = ١٩٩٣ م.
- ٣- ابن حنبل (أحمد بن حنبل الشيباني):
المسند: تحقيق: أحمد محمد شاكر. الطبعة الثالثة. دار المعارف، سنة ١٩٤٩ م.
- ٤- ابن حجر (: ابن حجر العسقلاني):
فتح الباري شرح صحيح البخاري: دار الفد العربي، الطبعة الأولى ١٩٩٢ - ١٤١٢ هـ.
- ٥- ابن ماجه (محمد بن يزيد بن ماجه):
سنن ابن ماجه : ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي ط. دار الحديث. أبو داود السجستاني:
- ٦- سنن أبي داود: ، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، ط دار إحياء السنة سنة ١٩٧٠ م.
- ٧- أبو الطيب محمد شمس الحق أبادي :
عون المعبود شرح سنن أبي داود: ومعه شرح شمس الدين ابن القيم الجوزية، طبعة الأولى، دار الكتب العلمية ١٩٩٠ م.
- ٨- أبو عوانة الاسفرايني :
مسند أبي عوانة: ، ط. دار التراث (بدون تاريخ).
- ٩- البخاري (محمد بن إسماعيل البخاري):
صحيح البخاري: ط. دار الحديث، القاهرة.
- ١٠- البيهقي:
السنن الكبرى: تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ط مكتبة دار البار سنة ١٩٩٤ م.
- ١١- الألباني (محمد ناصر الدين):
السلسلة الضعيفة، ط. المكتب الإسلامي، بيروت.
- ١٢- الترمذي (أبو عيس محمد بن عيسى):
الجامع الصحيح: ، ، تحقيق: أحمد شاكر، دار الحديث، القاهرة.

- ١٤- الحاكم (أبو عبد الله الحاكم):
المستدرک علی الصحیحین فی الحدیث. تحقیق: مصطفیٰ عبد القادر
عطا، ط ١. بیروت: دار الکتب العلمیة، سنة ١٤١١ھ = ١٩٩٠م.
- ٢٣- النسائي، أبو عبد الرحمن، أحمد بن شعيب.
سنن النسائي، ط، دار الريان للتراث الإسلامي.
- ٢٤- النووي (يحيى بن شرف الدين):
صحيح مسلم بشرح النووي: تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي،
ط. دار الغد العربي، طبعة ١٩٨٧
- ٢٥- الهيثمي (نور الدين بن الحسن الهيثمي):
مجمع الزوائد ومنبع الفوائد: ط. دار الکتب العلمیة، بیروت،
لبنان. سنة ١٩٨٨ م.

كتب الفقه

- ابن قدامة:
الشرح الكبير، طبعة. دار الغد. (بدون تاريخ).
- المغني، مكتبة القاهرة طبعة سنة ١٩٧٠ م

كتب عامة

- ٢- الموسوعة الفقهية. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت.

كتب المعاجم

- ١- إبراهيم أنيس، وآخرون:
المعجم الوسيط، الطبعة الثانية، مجمع اللغة العربية.
٢- الرازي: (محمد ابن أبي بكر عبد القادر الرازي):
مختار الصحاح، مطبعة الحلبي، طبعة ١٩٥٠ م..

كتب عامة

- ١- درية شفيق:
المرأة المصرية من الفراعنة إلى اليوم: طبعة ١٩٥٥ م.
- ٢- عائشة عبد الرحمن؛ دكتور:
المفهوم الإسلامي لتحرير المرأة: طبعة أم درمان السودان، ١٩٦٧ م.
- ٣- عبد السلام الترماني؛ دكتور:
الزواج عند العرب في الجاهلية الإسلام - دراسة مقارنة -
كتاب عالم المعرفة عدد ٨٠ سنة ١٩٨٤
- ٤- عبد الله شحاتة، دكتور:
المرأة في الإسلام

- ٥- على عبد الواحد وافي ؛ دكتور :
- الأسرة والمجتمع ، دار إحياء الكتب ، طبعة ١٩٥٨ م.
- المساواة في الإسلام : دار المعارف بمصر طبعة سنة ١٩٦٢ م.
- ٦- مصطفى السباعي المرأة بين الفقه والقانون
- ٧- محمد عمارة ، دكتور :
يوسف نصر لإسلامي للمرأة ، ط ٢ ، دار الشروق ، سنة ٢٠٠٢
- ٧- محمود شلتوت ، دكتور :
المرأة والقران ، طبعة ١٩٦٣
- ٨- يوسف نصر الله ، دكتور :
الكنز المرصود في قواعد التلمود : ترج

المجلات والدوريات

- ١- مجلة القضاة ، العدد الأول والثالث والرابع طبعة ١٩٨٨ .
- ٢- مجلة المحاماة : العدد الأول ٢٥ يناير سنة ١٩٧١ .
- ٣- مجلة الحقوق : تصدرها كلية الحقوق جامعة الإسكندرية ، دار
الجامعة الجديدة ، العدد ٤٤ سنة ٢٠١٠ م .
- ٤- مجلة حقوق الإنسان المجلد الثالث سنة ٢٠٠٨
- ٥- مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد ١٢ ، العدد ٤٤ ، سنة ٢٠١٠
- ٦- مجلة مجلس الدولة السنة الثانية يناير ، دار النشر للجامعات
المصرية ، سنة ١٩٥١

مجموعة أحكام النقض الجنائي

- ١- بعض أحكام محكمة النقض الجنائي المصري ، المنشور في مجموعة
القواعد القانونية. على فهمي - محمود أحمد عمر- الأجزاء من ١
إلى ٦ طبعة دار الكتب - القاهرة - طبعة ٣٤ .
- ٢- بعض أحكام محكمة النقض المنشورة في الموسوعة الذهبية للقواعد
القانونية من عام ١٩٩٢ إلى سنة ١٩٩٧ - الدار العربية بدون طبع .
- ٣- بعض أحكام محكمة النقض الجنائي المصري ، المنشور في مجموعة
أحكام النقض من يناير إلى ديسمبر حتى ١٩٩٧ لسنة ١٩٤٧ .
- ٤- بعض أحكام محكمة النقض الجنائي المصري ، المنشورة في المجموعة
الرسمية
- ٥- بعض الأحكام المنشورة في مجلة الحقوق .

- ٦- بعض الأحكام المنشورة في مجلة المحاماة.
- ٧- بعض الأحكام المنشورة في مجلة نادي القضاة.
- ٨- بعض الأحكام المنشورة في مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ١٩٩١.
- ٩- بعض الأحكام المنشورة في الموسوعة الحديثة في أحكام النقض الطبعة الأولى دار الألفي بالمنيا طبعة ٢٠٠٣.
- ١٠- بعض الأحكام المنشورة في الموسوعة الحديثة في أحكام النقض الصادرة في جميع الدوائر الجنائية للمستشار: إيهاب عبد المطلب، من الجزء الأول إلى الجزء السادس، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى ٢٠٠٣م.
- ١١- طعن رقم ١١٩٦ لسنة ٢٠٠٢ - ١٦ من ديسمبر لسنة ٢٠٠٢ منشور في الموسوعة الحديثة في أحكام النقض الجنائي، الطبعة الأولى، دار الألفي للنشر بالمنيا طبعة ٢٠٠٣.
- ١٢- مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ط ٤، رقم ٤٢، ص ٣٥١ مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ٤ مايو ١٩٩١م.
- ١٣- اتفاقية حقوق الطفل واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، طبعة ١٩٨٩م الأمم المتحدة.

المراجع الاجنبية

- 1- Andre Pouille-le pouvoir Juiciaire et les tribunaux-masson1985>
- 2- A ndr  Vitu et Regan perl: traité de droit criminel et droit b nal sbcial. Paris.1982.
- 3- Jean Viatte، L ، amende Civile Pour adus du droit de plaider، gaz. 1978...JeanVincent et serge Guinchard.
- 4- Rousselet(M) ، Histore du droit penal quesais - je 1969.
- 5- Rocco (Trasolini، MacMilan publishing) !American Constitutional Law. Fourth Edition Martin ShiprO)
- 6- code penal، the information Edition 2003.

استعمال القضاء لتكنولوجيات المعلوماتية في الخصومة
المدنية وتدعيم الحق في محاكمة عادلة
الأستاذة / كريم كريم
دكتوراه في القانون الخاص - أستاذة محاضرة
قسم -- ب- تخصص قانون خاص
كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة جيلالي ليابس-
سيدي بلعباس

الملخص:

Justice is primarily a public service that develops the use of information technology and communication to modernize the organization and its methods. The use of its technology allows the implementation of a genuine policy of accessibility, each of which may be offered access to all the basic information useful to the organization of his daily life. But the justice is not a public service like the others. Its mission, its status, the general principles of a process' s democratic it must apply, call for special consideration, put in the texts on these principles (Articles: 6-1 ECHR, 10 IHRL) in a track discussion.

In the legal field, the use of technology and communication reversal can contribute to the implementation of the principles of fair trial? And An unlimited use of these techniques could it emptied of their contents guarantees afforded to the citizen, the right to respect for private Viee, right to justice and fair trial?

الملخص باللغة الفرنسية

La justice est d'abord un service public qui développe l'usage des technologies de l'information et de la communication pour moderniser son organisation et ses méthodes. L'utilisation de ses technologies permet la mise en

œuvre d'une véritable politique d'accès au droit, chacun pouvant se voir offrir l'accès à l'ensemble des informations de base utiles à l'organisation de sa vie quotidienne. Mais la justice n'est pas un service public comme les autres. Sa mission, son statut, les principes généraux d'un «procès» démocratique qu'elle doit appliquer, rendent nécessaire une réflexion particulière, en met les textes concernant ces principes (articles : 6-1 CEDH, 10 DIDH) dans une piste de discussion.

Dans le domaine juridique, l'usage des technologies de l'information et de la communication peut-il contribuer à la mise en œuvre des principes du procès équitable? Et Une utilisation sans limites de ces techniques ne pourrait-elle vider de leur contenu les garanties reconnues au citoyen, droit au respect de la vie privée, droit au juge et au procès équitable ?

المقدمة:

لقد مس استعمال تكنولوجيا المعلوماتية جميع الميادين: بداية من التجارة، الاعتراف بحجية السندات الإلكترونية في الإثبات، المعاملات الإلكترونية والأخذ بوسائل الدفع والوفاء الإلكترونية، تسهيل ممارسة العمل الإداري ...، مما أدى إلى تعديل التشريعات المنظمة لتلك المجالات قصد مواكبة ذلك التطور مثلا: بتعديل القانون المدني¹ وإصدار قانون خاص بشهادة التصديق على التوقيع، مع تنظيم فكرة التجريم الإلكتروني بتعديل أحكام قانون العقوبات²، وتعديل أحكام القانون التجاري بتنظيم طرق الدفع الحديثة التي أصبحت تضم أوامر التحويل و البطاقات الإلكترونية³ إدخال هذه التقنية كوسيلة دفع و وفاء إلكتروني في القانون التجاري، بل وحتى وثائق الحالة المدنية تتوجه نحو استخدام هذه التكنولوجيا وإلزام الموظفين بالتعامل بتكنولوجيا المعلوماتية كالموثق وإدارة الضرائب ومركز السجل التجاري...، بالتالي أثرت تقنية المعلومات على النظام القانوني من كل النواحي مدني وتجاري وإثبات ومصرفي

ومالي وجزائي، حقوق الإنسان، وعلى كل قطاع الخدمات والاستثمار والأداء الحكومي وصولاً لتحقيق المعلوماتية القانونية والحكومة الإلكترونية^٤.

وحتى جهاز العدالة اليوم ليس على نفس الحال التي كان عليها سابقاً، ودخول تكنولوجيات المعلومات والاتصال كان لها أثر كبير على نشاطه، عن طريق الاستعمال الكلي أو الجزئي لهذه التقنية والذي يتخذ عدة أشكال: إما عن طريق تحقيق الجلسات، تبادل المعلومات بين النيابة العامة والشرطة القضائية بخصوص من هو موضوع تحت النظر أو في الحبس المؤقت^٥، أو عن طريق الجلسة المصورة *vision conférence* والتي بدأ العمل بها بداية لقلّة القضاة في بعض المناطق البعيدة مقارنة بمجالس الاستئناف وذلك نهاية سنوات التسعينات في فرنسا، أو إدخال هذه التقنية في مجال التحكيم حيث أصبح هو الآخر يتم بشكل إلكتروني.

فهذه التقنية ستخلق نوعاً من الشراكة بين عدة أطراف متدخلة في العمل القضائي: قضاة، محامون، كتاب ضبط، إداريون خبراء وشهود وحتى الشرطة والدرك، القائمين على تنفيذ العقوبات إضافة للمتخصصين في الإعلام الآلي الذين يشرفون على تنفيذ هذه التقنية، ومعظم الدول التي أخذت بالمحاكمة عن بعد ربطت تطبيقها بالمجال الجزائي كقانون الإجراءات الجزائية الفرنسي^٦ الذي يسمح باستعمال الجلسة المرئية *la visioconférence* أو الجلسة المصورة *vidéoconférence* ولكن بشروط معينة بان تبررها ضرورة التحقيق وأن تكون للقضاة إمكانية استعمالها.

وحتى المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان فقد تبنت وأخذت بالجلسة المصورة في قرارها المشهور باسم *Marcelo VIOLAC ITALIE*^٧، كما أن المجلس الوطني الفرنسي لنقابات المحامين في الجمعية العامة خلال الاتفاقية الوطنية للمحامين ب *NANTES* في ٢٢ أكتوبر ٢٠١١ قد أكد ذلك الموقف ولكن مع طرحه عدة تساؤلات أهمها أن وزارة العدل الفرنسية تسعى إلى تعميم استعمال الجلسة المصورة من دون أن تتساءل

ولا أن تهتم بتأثيرها على المحاكمة بحد ذاتها وإن كانت تحقق بالفعل ضمان تواصل واستمرارية الخدمات العامة بين نقاط إقليمية مختلفة ؟ و التي قد اعتبرت هذا النوع من الجلسات سيغير و يؤثر في شرعية و رسمية الجلسة و يعدل في صوت العدالة^{١٠} و قد اعتبر هذا المجلس أيضا أن الدفاع عن بعد يعتبر بعيدا عن الحياد أما عن استعمال الجلسة المصورة فهو يعدل بشكل عميق سير المحاكمة^{١١}.

و المحاكمة العادلة التي تعد من ضمانات دولة القانون فهي من المبادئ الأساسية التي يقوم عليه القضاء و من حقوق الإنسان الأساسية و المبادئ التي يقوم عليها المجتمع الدولي الحالي، و التي جسدها عدة نصوص دولية سعت لوضع معايير محددة لها (للمحاكمة العادلة) لتكفل محاكمة الفرد عما اقترفه من أفعال ضد الجماعة دون تقصير في حقوقه باعتباره إنسانا^{١٢}، و التي تحكم و تطبق في كل النزاعات مدنية كانت أو جزائية بل و حتى الإدارية، على الرغم من أن مجال تطبيقها كحق مثلما هو محدد في القانون الدولي لحقوق الإنسان لا يشمل لا من بعيد أو من قريب القاضي الإداري . و لكن التفسيرات الحالية تتجه نحو توسيع المجال ليشمله أيضا، بل و اعتبر من الأعمدة الأساسية للسلم الاجتماعي و لوجود دولة القانون^{١٣} كما أصبح بالإمكان تطبيقه و التمسك به حتى أمام الجهات الإدارية المستقلة الخاصة بالنشاط الاقتصادي (في مجال البورصة مثلا)^{١٤}.

و من بين تلك النصوص^{١٥}، المادة ١٤ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية المؤرخ في ١٩ ديسمبر ١٩٦٦^{١٦} و التي تنص: "الناس جميعا سواء أمام القضاء و من حق كل فرد لدى الفصل في أية تهمة جزائية توجه إليه أو في حقوقه و التزاماته في أية دعوى مدنية، أن تكون قضيته محل نظر منصف و علني من قبل محكمة مختصة مستقلة حيادية، منشأة بحكم القانون، و يجوز منع الصحافة و الجمهور من حضور المحاكمة كلها أو بعضها لدواعي الآداب العامة أو بعضها لدواعي الآداب العامة أو النظام العام أو الأمن القومي في مجتمع ديمقراطي، أو لمقتضيات حرمة الحياة الخاصة لأطراف الدعوى، و في أدنى الحدود التي

تراها المحكمة ضرورية حين يكون من شأن العلنية في بعض الظروف الاستثنائية أن تخل بمصلحة العدالة، إلا أن أي حكم في قضية جزائية أو دعوى مدنية يجب أن يصدر بصورة علنية، إلا إذا كان الأمر يتصل بأحداث تقضي مصلحتهم خلاف ذلك أو كانت الدعوى تتناول خلافات بين زوجين أو يتعلق بالوصاية على الأطفال".

و المادة ١٠ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: "لكل إنسان على قدم المساواة التامة مع الآخرين الحق في أن تنظر قضيته محكمة مستقلة، و محايدة، نظرا منصفًا، و علنيا، للفصل في حقوقه و التزاماته، و في أية تهمة جزائية توجه إليه"، و أيضا المادة ٦ - ١ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان^{١٥} و التي تتضمن تقريبا نفس محتوى المواد السابقة لكن من دون تمييز بين طبيعة القضايا جزائية كانت أو مدنية، كما أضفت عنصرا آخر و هو ضرورة الفصل في آجال معقولة «... et dans un délai raisonnable...» و على الرغم من أن أحكام الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ليست ملزمة في حد ذاتها غلا انه عدد الحقوق التي يتعين على الدول ترقيتها و العمل على حمايتها حسب ما ورد في ميثاق الأمم المتحدة، و الذي بدوره ترك للدول سلطة تقديرية واسعة بخصوص السرعة و الوسائل التي يتعين العمل بها لتحقيق ما تعهدت به لترقية تلك الحقوق، و لكن يعد هذا الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التزاما على أعضاء المجموعة الدولية^{١٦}.

و بالرجوع إلى النصوص القانونية الداخلية فالمرجع الجزائري لم يأخذ بفكرة المحاكمة العادلة بنص صريح خاصة في الدستور و لكن بطريقة غير مباشرة عن طريق الأخذ بعناصرها: و هو ما تضمنه الدستور الجزائري المعدل^{١٧} في المواد ١٣٨^{١٨} و ١٣٩^{١٩} و ١٤٠^{٢٠} و ١٤٤^{٢١} و ١٤٥^{٢٢} ١٤٦^{٢٣} و كل ذلك مبني على حق الدفاع الذي هو حق دستوري بناء على المادة ١٥١^{٢٤}.

و على الرغم من أهمية مبدأ المحاكمة العادلة لم ينص عليه كحق دستوري وإن وجدت نصوص تؤكد على دستوريته، و حتى الدستور

الفرنسي لم يتضمن هذا المبدأ كحق دستوري مستقل و خاص^{٢٥} إلا في ٢٠ جانفي ٢٠٠٥^{٢٦} مبني على المادة ١٦ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي ١٧٨٩. ويعتبر جزءاً من مبدأ احترام حقوق الدفاع والمرتبط بمبدأ ذاته بالحق في المساواة أمام القضاء ولكن يبقى دائماً مختلفاً عن الحق في الدفاع وهو ما أكدته المجلس الدستوري الفرنسي في عدة قرارات على الرغم من أنها تؤسس كلها على المادة ١٦ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن^{٢٧}.

ولكن على العكس من ذلك فقانون الإجراءات المدنية والإدارية^{٢٨} قد أخذ بهذا الحق في المادة ٣ منه إضافة إلى استحداثها لحقوق جديدة^{٢٩} والتي تنص: "يجوز لكل شخص يدعي حقاً رفع دعوى أمام القضاء للحصول على الحق أو حمايته. يستفيد الخصوم أثناء سير الخصومة من فرص متكافئة لعرض طلباتهم ووسائل دفاعهم. يلتزم الخصوم والقاضي بمبدأ الوجاهية.

تفصل الجهات القضائية في الدعاوى المعروضة أمامها في آجال معقولة"، وأيضاً المادة ١٠ من القانون العضوي ٠٤ - ١ المتضمن القانون الأساسي للقضاء^{٣٠}: "يجب على القاضي أن يفصل في القضايا المعروضة عليه في أحسن الآجال"، والقاضي في كل الظروف ملزم بالحياد والاستقلالية^{٣١}.

فهل استعمال تكنولوجيا المعلوماتية سيؤدي إلى ظهور شكل جديد للدعوى القضائية و جلسات افتراضية تتم عن بعد، مما يؤدي إلى زوال بعض النظريات التقليدية كالحضور في نفس المكان أو وحدة المكان والزمان، وهل ستكون العدالة عن بعد كبديل للعدالة الحالية بأن تجعل جعل القاضي و جهاز العدالة ككل يعتمد على هذه التقنية في تسجيل القضايا وترتيبها و جمع المعلومات القانونية و نشر الأحكام و المرافعات و المناقشات بين أشخاص في أماكن مختلفة و ذلك إما بالاستعمال الكلي أو الجزئي لها، فهل سيدعم ذلك الحق في محاكمة عادلة؟ و هل الاستعمال غير المحدد و الآلي لهذه التكنولوجيا سيؤدي إلى إفراغ الضمانات الممنوحة

للمواطن من محتواها خاصة الحق في احترام الحياة الخاصة و الحق في وجود قاضي و محاكمة عادلة بأن يؤثر سلبا في ضمان هذا الحق؟
ستتم الإجابة عن ذلك من خلال دراسة: مساهمة تكنولوجيا المعلوماتية و الإتصال في تحقيق فاعلية المحاكمة العادلة عن طريق تبسيط و تسهيل أداء الإدارة العدلية لمهامها (المبحث الأول)، مع محاولة تسليط الضوء على بعض الآثار السلبية لهذا الاستعمال الذي يمس خاصة الحياة الخاصة و ذلك بتحديد مدى اعتبار المحاكمة الافتراضية تجسيد دائم للمحاكمة العادلة (المبحث الثاني)

المبحث الأول

تكنولوجيا المعلوماتية و الإتصال تستجيب لمبدأ التعجيل وتحقيق فاعلية المحاكمة العادلة (تسهيل أداء الإدارة العدلية لمهامها)

فالحق في محاكمة عادلة يقضي أن تكون المحاكمة دون تأخير و هذه الضمانة نصت عليها المادة ١/٦ من الإتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان و هي لا تتعلق فقط بالمحاكمات الجزائية و لكن تخص أيضا المحاكمات المدنية - و هو مجال الإهتمام في هذه الورقة البحثية - ، حيث اعتبرت المحكمة الأوربية مدة ٨ اشهر و ٨ سنوات مدة طويلة و مبالغ فيها لا تستجيب لمعيار المدة المعقولة للمحاكمة حين الفصل في قضية STRANNIKOV التي رفع صاحبها دعوى أمام القضاء للاعتراف له بأنه مؤسس لشركة خاصة (مصنع الخشب) ليتمكن من مطالبة الشركة بدفع تعويضات لفائدته. كما أن المدة الخاصة بمعيار المحاكمة العادلة لا تعني فقط المدة التي تمر بين عرض النزاع على القضاء و بين صدور حكم نهائي بشأنه فقط ، بل تعني كذلك الفترة التي يحتاجها ذلك الحكم من أجل تنفيذه و هو ما أكدته أيضا المحكمة الأوربية حيث حكمت على الحكومة الأوكرانية بمبلغ ١٠٨٠٠ أورو لصالح العمال الذين طالبوا بمؤخرات أجورهم و المحكمة تأخرت في تنفيذ الحكم الصادر لمصلحتهم رغم مرور مدة تفوق سنتين دون أن تتمكن من تبرير هذا التأخير^{٣٢}.

يتخذ استعمال تكنولوجيا المعلوماتية في هذا المجال عدة أشكال أهمها: في المراسلات التي تتم بين جهاز العدالة و ممثلي هيئة دفاع المتقاضين و تبادل العرائض فيما بينهم، أو استعمال القاضي الشخصي لهذه التكنولوجيا أثناء نظره و فصله في النزاع، و أغلب الاستعمالات التي ظهرت كانت مرتبطة بال جال الجزائي بحيث أن الهدف الأساسي من المحاكمة عن بعد هو التقليل من عدد السجناء الذين يتم نقلهم خاصة الخطرين منهم و تجنب احتكاكهم مع غيرهم من السجناء، مع ضمان أمن و حماية الأشخاص بتجنب ظهورهم شخصيا في الجلسة بحيث تجرى المناقشات من مكان بعيد و الذي يكون بالاتصال عبر الفيديو مع القاعة التي يتواجد فيها قاضي الحكم^{٣٣}.

بذلك فإدارة القضاء كغيرها من المرافق العامة التي تقدم خدمة عمومية للمواطن ملزمة بأن تحرص على تحسين نوعية خدماتها باستمرار و تبسيط إجراءاتها و طرقها قصد تحسين صورتها باعتبارها تعبيرا عن السلطة العمومية^{٣٤}، و ذلك بتكليف مهامها و هيكلها مع إحتياجات المواطنين لتضع تحت تصرفه خدمة جيدة^{٣٥} و تحقيقا لكل ذلك فهي ملزمة بتطوير كل إجراء ضروري لتلاءم دوما مع التقنيات الحديثة في التنظيم و التسيير^{٣٦}، و هو فعلا ما تسعى الدولة الجزائرية إلى تحقيقه و إن كان بشكل متأخر تحقيقا لما يعرف بالحكومة الإلكترونية و ذلك عن طريق تنصيب اللجنة الإلكترونية مع مطلع هذا القرن يترأسها رئيس الحكومة (الوزير الأول حاليا) و الوزراء المعنيين بهذا المجال كما تم تشكيل لجنة تقنية لتوفير الدعم الفني لهذه اللجنة الإلكترونية^{٣٧}، و هو ما تؤكد المادة ١٠ من القانون العضوي ٠٤ - ١١ المتضمن القانون الأساسي للقضاء^{٣٨}: " يجب على القاضي أن يفصل في القضايا المعروضة عليه في أحسن الأجال"

المطلب الأول

المراسلة الإلكترونية في مرحلة تحقيق الملفات المدنية

يتم استعمال تكنولوجيا المعلوماتية في تنظيم كتابة جلسات المحاكمة وبالتالي تساهم التقنية في معالجة مشكلة الاختناق القضائي

بالتسريع في إجراءات المحاكمة، وهي نفس الخدمة التي تقدمها دائرة محاكم دبي الإلكترونية، بحيث أصبح بإمكان المتقاضى متابعة الدعوى بدءاً من التسجيل وإنتهاءاً بصدر الحكم عبر الشبكة الإلكترونية، كما يمكنه معرفة مواعيد الجلسة الخاصة بدعواه المنظورة أمام المحكمة ومكان انعقادها وترتيبها بالنسبة للقضايا الأخرى، وللوصول إلى ذلك ثم إجراء تغيير شامل للأنظمة الداخلية التي يستخدمها الموظف لمتابعة الخدمات في المحاكم^{٣٩}.

إذن فتنقية المعلوماتية تجعل الدعوى المدنية تتم عن طريق تبادل الوثائق والمستندات بين الخصوم ووكلائهم بشكل يدعم فكرة المحكمة الإلكترونية، بحيث تكون إجراءات رفع الدعوى وإعلانها بواسطة نظام معتمد بين الجهاز القضائي ومحاكم الخصوم وهو ما تم اعتماده منذ ديسمبر ٢٠٠٠ بين وزارة العدل الفرنسية والغرفة الوطنية لوكلاء الدعوى (المحامون) قصد تعويض النظام اليدوي بنظام تسيير آلي للخصومة المدنية وهو يركز على مبدأ الإتصال بين شبكة الإتصال الداخلية الأنترنت لوزارة العدل ولمواقع المحامين والمرتبطة بنقطة دخول واحدة، ومثل هذا التطبيق كبدائية سيسمح للمحامين الإطلاع على الملفات الموجودة على مستوى المحاكم أو المجالس، أو تسجيل الدعوى أو الإستئناف يكون إلكترونياً ويكون التبليغ الخاص بالأحكام الصادرة بنفس الطريقة...، فالمحامي بدل الانتقال من مكتبه إلى المحكمة يمكنه إرسال العرائض والتسجيل عبر الشبكة مما يبعد عنه مشاكل الاكتظاظ ويجعله يربح الوقت، بل ويمكن استعمال حتى الرسائل القصيرة للتذكير بمواعيد الجلسات، وهي عملية كثر استعمالها في الوقت الحالي من طرف البنوك. فتنقية هذا النظام يتطلب الاعتماد على المواقع الإلكترونية الخاصة بالمشاركين في الفصل في النزاع المدني المعروض أمام القضاء من محامين، مترجمين، خبراء، موثقين وأن كان الكنديون^{٤٠} هم السباقون في استعمال تقنية التواصل عبر الشبكة وتأثر بهم الفرنسيون فيما بعد، أما بالنسبة للمحامين فقد كان دخولهم إلى عالم الأنترنت متردداً^{٤١} خاصة وأن

أخلاقيات المهنة تمنح استعمال أية وسيلة إعلامية للإشهار لارتباط هذه الطرق بالممارسات التجارية أكثر، و لكن بالنسبة للنقابات الفرنسية فكانت نقابة المحامين لناحية باريس السبابة في وضع بوابة إلكترونية تضم المحامين المنتمين لها و ذلك في سنة ١٩٩٥^{٤٢}، و تم توسيع مجال عمله في ١٩٩٦ بوضع خدمة الأنترنت في خدمة المحامين للتعرف على المعلومات الخاصة بمجتمعات النقابة و الوصول إلى المكتبة و جدولة الجلسات لمختلف القضايا و الدخول لبنوك المعلومات^{٤٣} إضافة إلى استخدام هذه التكنولوجيات في العمل و النشاط اليومي لمكاتب المحاماة من تقديم للاستشارات أو تحرير للعرائض و العقود و الدعاوى، و هو ما يشكل بالفعل توظيف التكنولوجيات في النشاطين القضائي و القانوني.

كل ذلك سيجعل جهاز العدالة باعتباره مرفقا عاما يكيف مهامه و هياكله مع احتياجات المواطنين و أن يضع تحت تصرفهم خدمة جيدة^{٤٤}، فاستعماله لهذه التقنية سيجعله ينفذ إلتزامه المتمثل في تحسين نوعية الخدمات المقدمة و هي تساعده على تبسيط إجراءاتها و طرقها و دوائر تنظيم عملها، و بالتالي تصل إلى ملاءمة خدماتها مع التقنيات الحديثة في التنظيم و التسيير^{٤٥}

و في مرحلة ثانية يشمل الإتصال عبر الشبكة الداخلية في كامل مراحل الدعوى و ما يطرأ فيها من أحداث من تحقيق و خبرة فنية على مستوى الدرجة الأولى أو في الاستئناف، عن طريق الإرسال في الوقت الحقيقي للمعلومات المرتبطة بالإجراءات و هو ما تحققه فكرة التحكيم الإلكتروني في المعاملات التجارية (و هو ما سيتم تحديده لاحقا)، مما يساهم في الإنقاص في المواعيد الخاصة بمعالجة القضايا و إلى تحسين تسيير و تنظيم الجلسات و في الأخير يسمح بالتقليل من وقت الكتابة كما يحقق شفافية للمعلومة و تحكم أكبر في القضايا المعروضة على العدالة، و تحقيق مبدأ الوجاهية بشكل دقيق و بسرعة مع ضمان إمكانية المراقبة من طرف القاضي و الأطراف^{٤٦}. فهل سيبقى قانون الإجراءات المدنية يطبق لكن بالطرق الإلكترونية؟

الإجابة تكون بالنفي لأن الإلتزامات القانونية تبقى هي الواجبة التطبيق إذا كان القانون يشترطها صراحة مثلا التبليغ عن طريق رسالة موصى إليها مع الإشعار بالوصول فالقاضي لا يمكنه إبعاد هذا الإجراء و الاكتفاء مثلا بالتبليغ عن طريق البريد الإلكتروني ، مما يلزم معه تدخل المشرع لتعديل ذلك حتى تتناسب الإجراءات مع التطور التكنولوجي ، على العكس فالنص على ضرورة تقديم طلب الإستئناف لدى مكتب كتابة الضبط يمكن أن يتحقق بطريقة الكترونية متى كان التوقيع للوكيل و الذي لا بد أن يكون موثقا في الأشكال القانونية مع الحصول على شهادة المصادقة للتوقيع لتوثيق الهوية^{٤٧} .

رغم كل التسهيلات التي تقدمها هذه التقنية خاصة التقليل من إجراءات التبادل المادي للمعلومات عبر آلاف الأوراق التي تتطلب التصوير و الترجمة و تبادل الإطلاع من طرف أطراف الدعوى و سرعة الفصل في الدعاوى و عدم الإطالة بسبب الإجراءات البيروقراطية ، يبقى لها عدة سلبيات فهي غالبا ما تؤدي إلى فقد القاضي لسلطاته (و هو ما سيتم تحديده لاحقا).

المطلب الثاني

العمل الشخصي للقاضي و استعمال تكنولوجيات المعلوماتية في المعاملة

مجال آخر يمكن للقاضي أن يستفيد من تكنولوجيات المعلوماتية والإتصال و هو عمله الشخصي ، و المتمثل في إمكانية دراسة و تحليل ملف ذو حجم كبير جدا أو معقد عن طريق برنامج الكتروني (logiciel) يسمح بالبحث في النص بكامله عن كلمة أو جملة في كل الوثائق المكونة للملف و التي قد سبق رقمتها مسبقا فهو يشكل مساعدة إستثنائية للقاضي ، و تلك البرامج تشكل ما يعرف بعملية التحقيق المساعد من طرف الكمبيوتر (instruction assistée par ordinateur) ، و هي عملية تسهل على القضاة أداء عملهم رغم حجم الملفات ، و تؤدي إلى مضاعفة قدرات تحليلها مما يساعد في تعجيل الفصل في القضايا و تحقيق

فاعلية القضاء، و مثل هذا البرنامج قادر على مرافقة القاضي في كل الخطوات التي يمر بها صدور الحكم.

إضافة إلى ذلك توجد بوابات إلكترونية شخصية (مواقع إلكترونية على شبكة الأنترنت) تسمح للقاضي من مكان عمله أو مكتبه الحصول على مجموع العناصر الضرورية لعمله عن طريق مجرد الضغط على زر، فهو يسهل الدخول إلى بنك المعلومات على الشاشة و إدخال المعطيات الضرورية و التي يحتاجها في تحرير حكمه و التحكم في جدولة الملفات و رزنامة الإجراءات، فالقاضي سيجد نفسه ملزم بالتخصص أيضا في الإعلام الآلي^{٤٨}.

إن بنك أو قاعدة المعطيات القانونية^{٤٩} هو الذي يسهل عمل القاضي فمثلا خدمات دائرة دبي الإلكترونية تتضمن دليلا خاصا بالتوثيق الشرعية و المدنية على مستوى المحاكم الثلاث في دبي الابتدائية والاستئناف و التمييز، و نظاما خاصا بالقواعد القانونية لمساعدة القضاة و رجال القانون للتعرف على السوابق القضائية و الاستفادة منها في إصدار الأحكام بشأن القضايا المماثلة، و يساعد الباحثين في مجال القانون على التعرف إلى القواعد القانونية المختلفة^{٥٠}، و هو ما تسعى الجزائر إلى تحقيقه من خلال البوابة الإلكترونية لأمانة الحكومة و التي تمكن المتصل بها من التعرف على النصوص التشريعية الصادرة عن طريق تصفح و تحميل الجرائد الرسمية مع إمكانية التعرف على المذكرات التمهيدية و المناقشات المتعلقة بتلك النصوص من خلال الموقع الإلكتروني للبرلمان بغرفتيه و ذلك كله قصد الوصول إلى الحكومة الإلكترونية^{٥١}.

و توجد بعض الدول - كالصين الشعبية - تستعين بقاضي إلكتروني يستقبل إدعاءات و طلبات الأطراف في شكل أقراص متساوية الأحجام و يستعين بالقوانين الموجودة بطريقة الكترونية فيقوم بالفصل بموجب أحكام جماعية و بعقوبات قياسية موحدة، تكون بعيدة عن العاطفة و الميول الشخصية. من الناحية التقنية يتم ذلك بالاعتماد على عمليات منطقية مترابطة، مثلا: إذا ضرب زيد عمر، يدخل زيد السجن و يدفع تعويضا

لعمر، أما إذا اكتشف الكمبيوتر أن عمر هو من تحرش أولاً يزيد سيكتفي بإصدار حكم مخفف، فالأمر إذن سيقى مرتبطاً ببرمجة الكمبيوتر للقيام بأنشطة معينة (الطب، والتدريس...).

وأيضاً الحال في سنغافورة التي تأخذ بالمحاكم الإلكترونية المختصة في تسوية الخلافات المتعلقة بالتجارة والأعمال الإلكترونية، أو ما يعرف بالتحكيم الإلكتروني والذي تتمثل الإجراءات فيه فيما يلي: لا يحظر الأطراف أمام المحكمة بل يقدم كل واحد منهم عنوانه البريدي الإلكتروني والحقيقي بالتوجه نحو موقع المحكمة (مثلاً موقع المحكمة الإلكترونية لسنغافورة (www.e-adrg.org.sg) وملاً الاستمارة الخاصة بالشكوى أو الطلب مع اقتراح الحلول، يتم إرسال تلك الطلبات إلى الطرف الآخر لتكون له مدة قصيرة - ثلاثة أيام - للإجابة أو الرفض، وبعد تسلم المحكمة الرد وقبوله تحكيمها تختار القسم أو الجهة القانونية التي ستقوم بفض النزاع، تبدأ عملية التحكيم بعد تحديد جدولها الزمني ...، كل ذلك يتم عن طريق الاتصالات والمحدثات الإلكترونية على أن تضمن المحكمة السرية والسرعة^{٥٢}.

المبحث الثاني

مدى اعتبار المحاكمة الافتراضية تجسيداً دائماً للمحاكمة العادلة

من مهام الدولة الحديثة، تحقيق الأمن والاستقرار وتوفير الحماية لمصالح وحقوق الأفراد ومصالح المجتمع في وقت واحد، لكن التوفيق بين تلك المصالح ليس بالأمر السهل، فقد سعت التشريعات الوطنية والدولية من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ومن بعده الإتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية وحتى الميثاق العربي لحقوق الإنسان إلى وضع معايير محددة للمحاكمة العادلة، يؤدي تقييد الدول بها إلى محاكمة الفرد عما اقترفه ضد الجماعة مع احترام حقوقه باعتباره إنساناً^{٥٣}، ومنها المساواة أمام القضاء، علنية المحاكمة، ضمانات المحاكمة، قرينة البراءة، الحق في الطعن...

فإذا كان استعمال تكنولوجيا المعلوماتية يؤدي لا محالة إلى التقريب بين الأماكن وتحقيق المساواة بين المتقاضين فهل يحقق مبدأ العلانية الذي تركز عليه المحاكمة العادلة و تسيب الأحكام القضائية مع عدم المساس بالحياة الخاصة؟

المطلب الأول

المحاكمة الافتراضية و حماية الحياة الخاصة مقارنة بالمحاكمة العادلة

حماية الحياة الخاصة تعد من الحقوق الدستورية و التي نظمتها المادة ٣٩ / ١ من دستور ١٩٩٦م المعدل فلا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة، تتولى السلطة القضائية بناء على المادة ١٣٩ من الدستور حمايته و تضمن المحافظة عليه للجميع باعتباره من الحقوق الأساسية، فهل استعمال تكنولوجيا المعلوماتية سيضمن للشخص عدم التعدي على حياته الخاصة عندما يكون طرفا في الدعوى التي فصل فيها القاضي بحكم قضائي و تم نشر حكمها عبر الشبكة؟

فالقضية حين رفعها لجهاز العدالة سيتم النظر فيها بشكل علني كقاعدة عامة ما لم تمس العلنية بالنظام العام و الآداب العامة أو حرمة الأسرة^{٥٥}، فالعلنية إذن تعتبر كشرط وقائي مهم تخدم مصلحة الفرد و مصلحة المجتمع ككل عدا الظروف الإستثنائية بان يكون الرأي العام هو الرقيب في الكشف عن الحقيقة و الوصول للعدالة دعما للثقة بالعدالة و هو ما نصت عليه أيضا النصوص الدولية: المادة ١٠ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، و المادة ١٤ من العهد الدولي، و المادة ١/٦ من الإتفاقية الأوربية، و المادة ١٣ من الميثاق العربي لحقوق الإنسان، حددت المواد الثلاث الإستثناء الوارد على الحق في جلسة علنية يقيد حضور الجمهور إذا كان الأمر فيه إخلال للنظام العام حماية للمصلحة العامة، ما عدا الإعلان العالمي لحقوق الإنسان فلم يحدد أي استثناء يتعلق بمبدأ علنية المحاكمات، و أية مخالفة لهذا الإجراء ستؤدي إلى بطلان الإجراءات فالبطلان هو ضمان للخصوم.

والعلانية هي للرقابة الفعلية للعدالة من طرف الجمهور عموما بمن فيهم العاملين في الصحافة دون أن يكون الإفتتاح مقصورا على فئة معينة من الأشخاص دون سواها^{٥٦}، وواجب النظر في دعاوى القانون بصورة علنية ملقى على عاتق الدولة و ليس متوقفا على أي طلب مقدم من أي طرف معني . كما أنه بالمقابل تصدر الأحكام بمختلف أنواعها من السلطة القضائية بصفة علنية^{٥٧} و هو ما أكدته مسبقا النصوص الدولية : المادة ١٤ من العهد الدولي في الجزء الأخير، المادة ١/٦ من الاتفاقية الأوروبية، و المادة ٥/٨ من الاتفاقية الأمريكية، على أن يكون الهدف المتبع من ذلك هو كفالة فحص الجمهور لما يصدر عن السلطة القضائية بغية صياغة الحق في محاكمة عادلة، و طرق علنية النطق بالحكم متعددة: إما عن طرق القراءة العلنية جهرا المنطوق بالحكم - و هو ما تأخذ به الجزائر ٢٧٢ من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية- ، أو بإيداعه في سجل خاص يتاح الإطلاع عليه لعامة الجمهور^{٥٨}، فالعلانية ستسمح من مراجعة عمل القاضي عن طريق الطعن في الحكم و بالتالي يعد تجسيدها لحماية المتقاضى من أي تعسف أو انحراف يصدر من القاضي الذي يضمه القانون^{٥٩}.

وتصدر الأحكام متضمنة لعدة بيانات من أهمها أسماء و ألقاب القضاة و ممثل النيابة العامة و أمين الضبط و الخصوم المحامين الممثلين لهم بناء على المادة ٢٧٦ من قانون الإجراءات المدنية^{٦٠} (و أيضا المواد ٢٧٥ و ٥٨٢ من ذات القانون) و استعمال هذه التقنية في إصداره سيؤكد الحق في منطوق حكم يفصل في الدعوى في أجل معقول فيمنح بذلك مصداقية للمرفق العام للعدالة^{٦١} فهل استعمالها لنشره سيؤكد حماية الحياة الخاصة التي تعد مجالا يستبعد فيه الأخذ بالعلنية لاعتبارات معينة غالبا تتمثل في حماية مصلحة استثنائية هي المصلحة الخاصة؟

بالرجوع لنص المادة ١١ من مرسوم ٨٨ - ١٣١ المنظم للعلاقات بين الإدارة و المواطن تمنع الإدارة من نشر أية وثيقة أو خبر مهما يكن سندها في ذلك، إذا كانت الوثيقة أو الخبر يتصلان بحياة الفرد الخاصة أو يرتبطان بوضعيته الشخصية، كما أنها ملزمة أيضا بحماية حريات المواطن و حقوقه

المعترف بها دستوريا وتشريعيا) المادة ٢ من مرسوم ٨٨ - ١٣١)، ولكن بالمقابل هي ملزمة بأن تزود الصحفي بالأخبار والمعلومات التي يتطلبها بما يكفل حق المواطن في الإعلام في إطار قانون الإعلام والتشريع المعمول به (بناء على المادة ٨٣ من قانون الإعلام^{١٢})، ولكن بالمقابل الحق في الإعلام يلزم الصحفي بعدم انتهاك الحياة الخاصة للأشخاص و شرفهم واعتبارهم (المادة ١/٩٣ من قانون الإعلام.)،

فعلائية الأحكام مرتبطة بحق المواطن في الإعلام^{١٣} بالتالي مادام للصحفي الحق في الوصول إلى مصدر الخبر ماعدا في حالات معينة (حددها المادة ٨٤ من قانون الإعلام) مثلا إذا تعلق الخبر بسر البحث والتحقيق القضائي، وبمفهوم المخالفة يمكن له الوصول للمعلومة من الأحكام الصادرة عن الجهات القضائية وتطبيق علاقة التعدي للجمهور أيضا الوصول إلى المعلومات التي تحويها الأحكام الصادرة عن الجهات القضائية، مادام المنع مقتصر على مرحلة البحث والتحقيق القضائي التي تمتاز بالسرية.

ولكن يلتزم الإعلامي أيضا بالسهر على الإحترام الكامل لآداب و أخلاقيات المهنة و يمتنع عن تعريض الأشخاص للخطر و عن نشر أو بث صور أو أقوال تمس بالخلق العام أو تستفز مشاعر المواطن (المادة ٩٢ من قانون الإعلام)، و باعتبار النشر عبر الإنترنت يعد من أنشطة الإعلام بناء على المادة ٣ من قانون الإعلام و يكون موجها للجمهور أو لفئة منه بطبيعة الحال يتم بوسائل الإعلام الإلكترونية (المنظمة في المواد من ٦٧ إلى ٧٢ من قانون الإعلام) فهل ما تتضمنه المواقع القانونية من إحكام و قرارات قضائية فيه تعدي على الحياة الخاصة مما يجعل هذه التقنية تتسبب في التعدي على الحق في محكمة عادلة ؟

اعتمادا على بعض التجارب العربية الأكثر شهرة و هي الخدمات التي تقدمها دائرة محاكم دبي الإلكترونية و التي من بينها: وضع نظام خاص بالأحكام التي تصدرتها محكمة التمييز في دبي في المواد المدنية و العمالية و الأحوال الشخصية و الجزائية، و كأنه مكتبة قانونية تتضمن جميع

القواعد القانونية المعمول بها في الدولة، والتي قررتها محكمة التمييز (النقض) وذلك حتى يسهل الوصول للقاعدة القانونية المطلوب تطبيقها بسهولة ويسر⁶⁴، ونشرت تلك الأحكام بدعم أكثر بنك المعلومات أو ما يعرف بقاعدة المعطيات القانونية إضافة للنصوص القانونية والاجتهادات الفقهية⁶⁵.

فتواجد محركات بحث أكثر قوة وسرعة قادرة مهما كان حجم الملفات على الدخول إلى المعطيات الشخصية حتى ولو كانت بطريقة غير إرادية مفهومة مسبقا ومتواجدة في محتوى القرار، قادرة على معالجتها وإمكانية إعادة النسخ أو النقل من مكونات الحكم والتي لها علاقة بشخصية أطراف كان لهم في وقت من الأوقات علاقة مع القضاء، وهو ما قد يسمح للكافة إمكانية الوصول إلى مجموعة كبيرة من المعلومات الخاصة و الشخصية إضافة إلى تبريرات القاضي ومحتوى تقارير الخبرة....، فمن سيتحمل الآثار والأضرار الناشئة عن الدخول أو استعمال معلومات خاصة تضمنتها أحكام منشورة عبر الشبكة نهائية كانت أو غير نهائية حتى لو كانت مستهلكة؟ وهل يوجد ما يعرف بالحق في النسيان عبر الشبكة؟ للإجابة على ذلك يمكن الاستعانة بمداولة اللجنة الوطنية الفرنسية للمعلوماتية والحريات⁶⁶ CNIL حول بث المعطيات الشخصية على الانترنت عن طريق بنوك المعطيات القانونية، حيث تلزم الجهات القضائية باحترام نفس القيود بعدم إظهار اسم وعنوان أطراف الدعوى والشهود حتى وإن كان ذلك سيؤدي إلى صعوبة قراءة بعض الأحكام، مع ضرورة حماية القضاة وكل من ترد أسماؤهم في الأحكام ولا بد من التأكد أن استعمال الوسائل التقنية وجدت من أجل وضع رقابة ختامية للقرارات القضائية وتحقيقي لمفهوم القاضي العادل - *juge impartial* -، فتلك اللجنة توصي بضرورة احترام التوازن بين الطابع العمومي بين الأحكام القضائية وحقوق وحرريات الأشخاص المعنيين منها: نشر بعض الأحكام لأسماء الأطراف وكل معلومة تتعلق بالأصول العرقية والمعتقدات السياسية والفلسفية والدينية والنقاية...

نشر الأحكام القضائية عبر الانترنت من قبل بنوك المعلومات القضائية، يطرح مشكل الاستعمال الفعلي لمبدأ العلانية فيما يتعلق بالأحكام القضائية من طرف المواطنين، و لكن تلك العلانية لا تعني إضفاء الطابع الإعلامي على الخصومة المدنية خاصة و أن القانون يمنع صراحة استعمال وسائل الإعلام بكل أنواعها العادية و الإلكترونية لنشر أو بث أخبار يضر بسير التحقيق الابتدائي في الجرائم، أو فحوى مناقشات الجهات القضائية التي تصدر الحكم متى كانت الجلسة سرية أو تقارير المرافعات المتعلقة بحالة الأشخاص و الإجهاض أو المتعلقة ببعض الجنايات^{٧٧}، فالإعلامي سيقوم بنشر أحكام التي تصدر بشكل علني من طرف القاضي .

لذلك يظهر من المفيد التمييز بين الشهر *la publicité* وبين الإعلان *la publication* الخاص بالأحكام القضائية، فالمادة ٦ من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان و الحريات العامة تضمن الحق في محاكمة عادلة بحيث يرتبط هذا الحق بعلانية الأحكام للجمهور^{٧٨}، فالعلانية و الشهر يضمن ثقة الجمهور في نزاهة جهاز العدالة و يسهل الوصول لإدارة القضاء، و إن كان نشر تلك الأحكام القضائية عبر شبكة الانترنت اهتمت الدول الأوروبية بتنظيمه من منطلق أن الأحكام القضائية لا بد أن لا تكون فقط منطقية و مبررة و مسببة بحذاتها و لكن لا بد من أن توضع تحت التجربة و الدراسة من طرف كل مختص و مهتم بمجال صدور تلك الأحكام و ذلك قصد الإنهاض و الرفع من مستوى سلطة الحكم، و هو تجسيد فعلي لحق الجمهور في الإعلام أو الحصول على المعلومة بالإطلاع على الأحكام المحتفظة من طرف كتابة ضبط الجهات القضائية، و حق السلطة الرابعة و هي الإعلام بتقديم حساب أو تقرير حول الأحكام المكونة للواقع القضائي المعاش.

فطريقة النشر و إعلان الأحكام يشكل امتيازاً جانبياً لإدخال شكل من المراقبة على طبيعة عمل القضاة و بالتالي فهي تساهم بدون شك في حماية المتقاضين ضد الحكم، فيجد القاضي نفسه خاضعاً للنقد بالتالي

يكون أكثر حذر و فطنة اتجاه تسبيب الحكم و شكلية صدوره^{٦٩} ، بالتالي فالأهداف الأساسية المرتبطة بالأنظمة الآلية لنشر و بث الاجتهاد القضائي لا تتمثل في تحقيق شفافية العدالة و ضمان إمكانية الطعن ضد حكم القضاة بل في تسهيل العملية على ممتهني الدراسات القانونية بتقديم لهم المعلومات التي تمتاز بأنها وقتية آنية و سريعة و كاملة و يومية، تمكن الجمهور من أكبر عدد من الأحكام القضائية، كما تسمح للمشرع بتحليل طريقة تطبيق القوانين و تسهيل الدراسات على الاجتهادات القضائية و القيام بأغراض إحصائية^{٧٠}، أو من أجل تدعيم و توحيد الاجتهاد القضائي و هو ما تسعى المحكمة العليا لتحقيقه عن طريق نشر قراراتها و جميع التعليقات و البحوث القانونية و العلمية^{٧١}، و ذلك عن طريق مصلحة المستندات و النشر المنشأة لديها^{٧٢}، التي تسهر على نشر المجلة القضائية للمحكمة العليا^{٧٣} و هي في ذلك تحت إشراف الرئيس الأول للمحكمة^{٧٤}، بعدما يتكفل رئيس الغرفة بالتعاون مع رؤساء الأقسام بتحديد قائمة القرارات القابلة للنشر^{٧٥}. و لكن من دون أن يتدخل المشرع لضمان حماية الحياة الخاصة لمن تذكر أسماؤهم في القرار محل النشر، عن طريق إلزام استعمل المختصرات أو الحروف الأولى من الاسم مثلا.

لذلك فإن تدخل المشرع بتعديله لقانون العقوبات^{٧٦} و الاكتفاء بتجريم التعدي على الحياة الخاصة بالطرق العادية أو الإلكترونية لا يكفي لضمان الحق في حماية الحياة الخاصة^{٧٧} بل لا بد من السعي نحو تحقيق حماية أكبر عدد من المصالح، و ذلك بإعادة تنظيم كيفية نضر الأحكام و القرارات القضائية في المجلة القضائية خاصة المنشورة على دعامة ورقية بشكل يحمي المصلحة العامة من دون الإضرار بالمصالح الخاصة.

المطلب الثاني

المحاكمة الافتراضية و توفير الحق في وجود قاضي يفصل في النزاع و أن يكون

قاضي حقيقي

من العناصر الأساسية و الخاصة بالحكم القضائي: تمكن الأطراف من فهم الأساس القانوني للحكم و التحليل و التفكير التابع من طرف

القضاة حتى يتمكن من مخاصمته فيما بعد باستعمال طرق الطعن المحددة قانونا، و هو يشكل ضمانا أساسيا ضد تعسف القضاة الذين يمنح لهم القانون سلطة على حياة الأشخاص و سلطة داخل الدولة تمكنهم من تسيير الجلسات القضائية التي تكون تحت رئاستهم باستعمال كل الصلاحيات الممنوحة قانونا، بداية من فتح الجلسة و غلقها و تنظيم سير العمل بها، إلى تسييب الحكم و إصداره فصلا للنزاع.

فيقع على عاتق الدولة أن تضمن لكل فرد الحق في أن يرفع أية دعوى لها صلة بحقوقه و التزاماته المدنية إل محكمة أو هيئة قضائية مثلا عن طريق التحكيم، فينبغي لتحقيق ذلك أن لا تكون هناك إعاقة لأحد إما قانونا أو بفعل الإجراءات الإدارية أو الموارد المادية من أن يلجأ إلى محكمة أو هيئة قضائية لإعمال حقوقه .

كما سبق تحديده فقد يكون القاضي شخصا طبيعيا يستعمل تكنولوجيا المعلوماتية في كل مراحل عمله كما قد يكون عبارة عن برنامج آلي مبني على أساس معادلات رياضية منطقية و يعمل بشكل آلي لكن يمكنه الاستعانة أيضا بالقاضي الشخص الطبيعي، و للتعرف على التأثير السلبي لهذه التقنية على عمل القاضي سيتم التمييز بين مرحلة فتحه للجلسة و تنظيمها إذا تمت مثلا عن بعد، و بين تسييبه للحكم الذي يصدره .

أولاً: تنظيم الجلسة القضائية: إن الجلسة القضائية التي تتم عن بعد ستؤدي إلى إضعاف تلك التصرفات المرتبطة بالكلام و تقضي على كل تأثير لها كما تجسده في المحاكمة العادية، فخصائص هذا النوع من المحاكمة يؤثر في فاعلية القضاء ككل، تتبع المثال التالي سيوضح الفكرة: عند التواصل عبر الشاشة - عن بعد - فالقاضي سيقوم بفتح الجلسة ثواني بعد التواصل عبر الأعمار الصناعية وذلك حتى تكون تلك العملية مشابهة لتلك التي تتم عبر الجلسات العادية لكن في الغالبية العظمى من الحالات لا يستطيع القاضي القيام بمهمته تلك على أحسن ما يرام لأسباب عدة:

منها صعوبة رؤية الحاضرين في الشاشة خاصة لعدم معرفتهم لكيفية استعمال و سير هذا النوع من الجلسات فهم ملزمون بالبقاء مباشرة بمواجهة كاميرا التصوير المثبتة في مكان يسمح بان تتضمن الصورة المرسله أعضاء الجلسة من نيابة عامة و أطراف الخصومة ، و المحامي الممثل لهم ، و كتابة الضبط. هذا من جهة و من جهة أخرى يصعب على القاضي ضبط سلوكهم خاصة مع ذلك الفارق في الزمن حتى لو كان بالأجزاء من المائة إلا أنه يظهر مخالفة الحاضرين في غير مكان تواجد القاضي لتعليمات القاضي بل يشعره بأن الجلسة قد تم إغلاقها حتى بعد بدايتها مما يشكل مخالفة للمادة ١٢ من القانون الأساسي للقضاء: " يلزم الأطراف بالهدوء أثناء الجلسة و أن يراعوا الوقار الواجب للعدالة".

ومن جهة ثالثة، فمن خلال المحاكمة إن القاضي - وحتى المحامي -

لا يمكنه الدخول في البيئة الافتراضية للشخص المراد استجوابه أو الوصول للمعلومات من طرفه ، لان الجهاز هو الوسيط بينهما و لا يمكن رؤيته إلا من خلال الشاشة و إذا كان خارج مجال التغطية يصعب رؤيته ، و حتى الخبير والشاهد يكون محمي من طرف الشاشة يمكنه التهرب و التملص بكل سهولة من أسئلة الأطراف و هو الأمر الذي قد يمنع الوصول إلى الحقيقة خلال الجلسة ، و حتى المترجم لا يمكنه التحدث بصوت منخفض في الوقت الحقيقي مع الشخص الذي يسعى لترجمة ما يقول بل يتحدث في مكبر الصوت و هو ما يعدل ديناميكية و آلية تداول الكلمة داخل الجلسة التي من المفروض رئيس الجلسة هو الذي يتحكم فيها^{٧٨}.

فتنظيم الجلسة المصورة التي تتم عن بعد يؤكد ذلك : فيتواجد رئيس الجلسة مع كاتب الضبط في إقليم أو مكان معين يجلسان بشكل مقابل لشاشة كبيرة مسطحة يمكن له من خلالها رؤية ما يقع في المكان الذي يتواجد فيه مع ما يقع في المكان الذي يتم التواصل معه ، فتظهر صورتها مع صورة المشاركين معهم المتواجدين في المكان الثاني ، كما يجلس بجانبه الأيسر ثلاث تقنيين في الإعلام الآلي وفي الجهة اليمنى مراقب للكاميرا و أيضا مرشد مختص بالتلفاز يتولى تحديد الصورة التي سيتم

إرسالها و مراقبة نوعيتها، أما من يتواجد في المكان الثاني و يشاركه الجلسة المحامي و صاحب القضية و كاتب الضبط مع وكيل الجمهورية^{٧٩}.
ثانياً: تسبیب الأحكام: أما عن تسبیب الحكم الذي يفترض نظاماً ديمقراطياً، يسمح بمراقبة أخذ القاضي لإدعاءات الأطراف بعين الاعتبار و كان ذلك بشكل وجاهي و صدوره علانية احتراماً لحق الدفاع، كل ذلك تسهيلاً على الأطراف للقيام بالطعن بالنقض، كما يعد كضمان ضد تعسف القضاة و ضمان لسلامة العمل القضائي من حيث الوقائع و القانون و بوجه عام ضمان مراقبة العدالة^{٨٠}. فالقاضي هو المختص بإصدار الأحكام^{٨١} ملزم أن تكون أحكامه مسببة^{٨٢} و لا يمكن النطق بها إلا بعد التسبیب (المادة ٢٧٧ من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية) و يكون تسبیب الحكم من حيث الوقائع و القانون بتحديد بإيجاز وقائع القضية و طلبات و إدعاءات الخصوم و وسائل دفاعهم و مع الإشارة إلى النصوص المطبقة.

فإذا كان استعمال تكنولوجيات المعلوماتية و الاتصال لا يؤدي بشكل آلي إلى إزالة و حذف تسبیب الأحكام لكنه على الأقل يقيد من ديناميكية و انسجام الشكلية الالكترونية مع النمط أو النموذج الموحد لكتابة الأحكام و الذي يتحكم فيه القاضي لتكرار استعماله، فيلزم على الشركات المتخصصة في المعلوماتية و المتدخلة لتوفير الشكلية الإلكترونية المطلوبة عدم تجاهل المجال الخاص بتسبیب الحكم: فالقاضي الحقيقي هو ذلك القاضي الذي يفسر و يشرح و يبرر حكمه و الذي يأخذ وقته للتفسير و الشرح

(un vrai juge est un juge qui s'explique, qui prend le temp de s'expliquer)

فاكتساب المعارف الضرورية لدراسة ملف معين، التفكير، المداولة، التحرير و الكتابة مع الإبتعاد عن الضغوطات من كل نوع التي تكون في الجلسة و خلال المناقشات القضائية كلها تتطلب وقتاً، و هو ما يؤدي لاعتبار أن الحكم القضائي لا يعد جواباً مكتسباً أو بديهياً، لأن إصدار

الحكم ليس عملية تلقائية نتيجة لعمل إجرائي وحيد، بل نتيجة عدة أعمال إجرائية يتخذها في خصومة معينة والتي تتطلب من القاضي القيام بعملية منطقية عقلية تعتمد على التفكير والتحليل والتأمل^{٨٣}.

حقيقة يمكن للقاضي السماع والنظر عن بعد: عن طريق البريد الإلكتروني وتقنيات أخرى كالصور الرقمية أو عبر الشاشة، ولكن التبادل المباشر بين الشخص الذي يعبر أو يتكلم في ظل محاكمة معينة وبين من سوف يقرر غير قابل للتغيير والتعويض. فوحدة المكان والزمان في بعض المجالات لا يمكن الإعفاء منها من أجل أن يكون كل الفاعلين تطوف وتتحرك في وقت واحد من أجل في الأخير أن يتدخل كل الفاعلون ويتحركوا في وقت واحد للوصول معا في الأخير إلى حل يتم قبوله منهم بفضل المواجهة في الجلسة. فبعد تقديم الطلبات والدفع وتكوين الملف، يقوم القاضي باستخلاص الوقائع مع بيان الدليل المستخلصة منه والعلاقة السببية بينهما، وذكر الأدلة المستمدة من الخصوم لاستخلاص تلك الوقائع، وذلك باحترام القواعد الموضوعية والإجرائية للإثبات ليتوجه القاضي فيما بعد للبحث عن القاعدة القانونية التي يطبقها بإتباع المنطق القانوني والقضائي^{٨٤}

فتصرفات وسلوك القاضي والاحترام الذي يوليه اتجاه الأطراف يعد عنصرا أساسيا في المحاكمة، بالتالي حرمان الأطراف كلية من هذه الإمكانية في التوجه نحو قاضي دون وسيط بشري أو تقني يعد من دون شك مخالف لمبدأ المحاكمة العادلة^{٨٥}، فالتسيب يؤدي إلى جعل الحكم القضائي وسيلة لتبرير المنطوق وهو ما يعرف بالفرنسية *La justification*، وليس مجرد تأكيد أجوف لمسائل لا دليل عليها (*Une simple affirmation*)، فعن طريق الإستدلال المنطقي (*Le raisonnement juridique*) يصل القاضي إلى وضع المنطوق الملائم^{٨٦}، فالأحكام والقرارات التي يشترط فيها التسيب - والتي تكون غالبا مرتبطة بالسلطة التقديرية للقاضي - لا يمكن التصور معها إمكانية تعويض القاضي ببرنامج للإعلام الآلي ليتولى تلك العملية ما

دامت تلك الأحكام لا تصدر عن طريق عملية آلية. ولكن ليست كل الأحكام يلزم بتسيبها^{٨٧} كالحالات التي تنعدم فيها وجود سلطة حقيقية للقاضي: كالحكم بوقف الخصومة أو غلق أو إعادة فتح الجلسة، أو الأعمال الولائية، وقرارات الإحالة مثلا...، في هذه الحالات استعمال تكنولوجيا المعلوماتية لا يغير شيئا ما دام القاضي سيصدر حكمه بصورة آلية.

الخاتمة

استعمال وسائل الاتصال و تكنولوجيا المعلوماتية في مجال القضاء سيؤدي إلى تقصير مدة التقاضي و التيسير على المتقاضين بتحسين سبل الوصول على العدالة للمواطنين و ذلك عن طريق تطوير نظم الإطلاع على المعلومات القضائية و القانونية (القوانين و الأحكام) باستعمال أنظمة البحث الإلكتروني، إذن فاستعمال تلك التقنية الحديثة يساعد على تفعيل و تكثيف ضمانات المواطن و تسهل الدخول للقضاء، كما تسمح لهذا الجهاز بتحسين فاعلية الدعوى و الإجراءات.

كما أن ذلك الاستعمال لا يقتصر فقط على الفصل في القضايا بل أدى إلى ظهور طرق بديلة للعقوبات التي قد يتعرض لها الشخص، فأصبحت تمكنه من التنقل بحرية - لكن بشروط معينة - إما لمراقبة تنقله، أو تنفيذاً لعقوبة جزائية تتمثل في الحبس لمدة قصيرة و هو ما يعرف بنظام المراقبة الالكترونية (السوار الإلكتروني) فهل مثل هذا النظام سيوفر حماية المصلحة العامة مع ضمان المصلحة الخاصة؟

فعصر المعلوماتية سيؤدي مستقبلا إلى إعادة النظر في مهام و مسؤولية القضاء و موظفي جهاز العدالة، و كل المشاركين في سير العدالة و الفصل في القضايا و تنفيذ الأحكام القضائية: القاضي، المحامي، الموثق، المحضر القضائي، الخبير بكل تخصصاته، أعوان الشرطة، و الدرك الوطني...، مما يتحتم معه تكاثف جهود كل المؤسسات و الأجهزة المنظمة لهاته الوظائف و المهن لأن تكون لها بوابات إلكترونية، مع ضرورة دعم قدرات وزارة العدل و الجهات القضائية بتحديث طرق العمل فيها بإدخال أنظمة إدارة

الدعوى الإلكترونية و تدريب العاملين على استعمال هذه الوسائل ، مع تحديث مناهج التعليم القضائي لتناسب مع التطور الحالي و لتحقيق ما تصبو إليه الجزائر و هو الوصول إلى الحكومة الإلكترونية.

تظهر في الوقت الحالي إمكانية طرح تساؤلات حول التقريب بين ما يقع عند استعمال العدالة لتلك الوسائل عن طريق المحاكمة عن بعد ، مع ما يحدث في المجال الطبي و المجال التعليمي خاصة الجامعي أين أصبحت تلك المهام تتم عن بعد ، و كل الأعمال الضرورية للنشاط و تحديد الهوية المهنية التي تتحقق هي الأخرى عن بعد و هو الأمر الذي سيؤدي إلى إعادة تكوين المهن و الوظائف و الممارسات المهنية و عاداتها ، و ما ينتج عن ذلك التطور و التغيير لا يتعلق فقط بشروط القيام و مباشرة النشاط بل مس النشاط بمحد ذاته^{٨٨}.

وحتى النصوص القانونية الجزائرية الموجودة و النافذة لا تغطي كل المسائل القانونية المترتبة عن استخدام و تطوير تكنولوجيات الإعلام و الإتصال و تشييد مجتمع المعلومات. و عليه لا بد من ضبط مستوى الإطار القانوني تماشياً مع الممارسات الدولية و متطلبات مجتمع المعلومات ، مع الأخذ بعين الاعتبار التجربة المعاشة و كل النقائص الملاحظة و الصعوبات المسجلة ، لتهيئة مناخ من الثقة يشجع على إقامة الحكومة الإلكترونية و هذا الهدف الرئيسي يستلزم بدوره هدفاً خاصاً يتعلق بتحديد إطار تشريعي و تنظيمي ملائم^{٨٩} لا يمس بالحقوق الخاصة للشخص تحقيقاً للمصلحة العامة ، فإذا فقد النظام القضائي مصداقيته بسبب التعدي على حقوق الشخص كإنسان يؤدي ذلك إلى اعتبار الدولة قد أخلت بواجباتها الدولية بعد تصديقها و انضمامها إلى المعاهدات الدولية التي توجب احترام تلك الحقوق.

و لا يمكن أن يتحقق ذلك إلا بتدخل لتنظيم كل ذلك عن طريق تضافر جهود أهل الاختصاص ، لمساعدة الدولة على تحقيق مهامها المتمثلة في التوفيق بين مصلحة الفرد (المواطن) و مصلحة المجتمع العامة ، على أن لا يكون العمل بالحكومة الإلكترونية و آلياتها يجعلها تتعارض مع مبادئها

الأساسية كمبدأ الحق في محاكمة عادلة، فهل سيؤدي هذا التطور إن كان غير عقلانيا في المجال القضائي إلى التعارض مع مقتضيات قضاء ديمقراطي يخضع لمبدأ التناسب؟.

المراجع

- 1- بموجب قانون ٠٥- ١٠ المؤرخ في ٢٠ يونيو ٢٠٠٥، والذي من التعليل خاصة أحكام الإثبات وحدد مفهوم الكتابة لتشمل الكتابة الإلكترونية.
- 2- بموجب قانون ٠٤- ١٥ المؤرخ في ١٠ نوفمبر ٢٠٠٤ والذي أضاف القسم السابع مكرر تحت عنوان المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات.
- 3- وذلك بإضافة باب رابع للكتاب الرابع السندات التجارية، بموجب قانون ٠٥- ٠٢ المؤرخ في ٦ فبراير ٢٠٠٥.
- 4- راجع في ذلك، يونس عرب، "قانون تكنولوجيا المعلومات و موقع التجارة الإلكترونية منه"، ورقة عمل مقدمة خلال ورشة عمل "تطوير التشريعات في مجال مكافحة الجرائم الإلكترونية"، هيئة تنظيم الاتصالات، مسقط، سلطنة عمان ٢- ٤ أبريل ٢٠٠٦، موقع مجموعة عرب للقانون www.arablaw.org ص ٢٤- ٢٥.
- 5- بالاعتماد على قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي خاصة المواد ٧١٢- ٦ و ٧١٢- ٣...
- 6- خاصة المواد ٧٠٦- ٧١، ٧١٢- ٦ و ٧١٢- ١٣: و الخاصة باستجواب الأشخاص عن بعد وذلك بشروط معينة مبررة بتحقيق الصالح العام، و خاصة: **Livre IV : de quelques procédures particulières, Titre XXIII : De l'utilisation de moyens de télécommunications au cours de la procédure .**
- 7 - **Requête n° 45106/04, Arrêt STRASBOURG 5 Octobre 2006, le 05-01-2007 Cet arrêt deviendra définitif dans les conditions définies à l'article 44§2 de la Convention II, consulté le site de la Cour européennes des droits de l'homme**
- 8 - **« En définitive, la visioconférence banalise l'audience qui perd de sa solennité et elle modifie la parole judiciaire » .**
- 9 - **« Juger et défendre à distance : loin d'être neutre le recours à la visioconférence modifie profondément le déroulement des procès » .**
- 10- راجع في ذلك، بوكعبان العربي، "معايير المحاكمة العادلة في القانون الدولي لحقوق الإنسان"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس، العدد ٢ أبريل ٢٠٠٦، ص ٦٣.

- 11- أنظر تفصيل ذلك،
Fabienne QUILLERE-MAJZOUB, « Le droit à un
procès équitable et le juge administratif »,
Beyrouth 4 mai 2001 .
- 12 -Samuel ETOA, Jean – Marc Moulin, «
L'application de la notion conventionnelle de
procès équitable aux autorités administratives
indépendantes en droit économique et financier »,
C.R.D.F. n°.1/2002.p.47.
- 13- إضافة إلى الميثاق العربي لحقوق الإنسان المؤرخ في ماي ٢٠٠٤ خاصة المواد ١١ ،
١٢ ، ١٤ .
- 14- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية اعتمد وعرض للتوقيع
والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢٢٠٠ ألف (د -
٢١) المؤرخ في ١٦ آنون/ديسمبر ١٩٦٦ تاريخ بدء النفاذ: ٢٣ آذار/مارس
١٩٦٧، وفقا لأحكام المادة ٤٩.
- 15 -« Toute personne a droit à ce que sa cause soit
entendue équitablement, publiquement et dans un
délai raisonnable par un tribunal indépendant et
impartial, établi par la loi . Le jugement doit être
rendu publiquement mais l'accès de la salle
d'audience peut être interdit à la presse et au
public pendant la totalité ou une partie du procès
dans l'intérêt de la morale , de l'ordre public ou de
la sécurité nationale dans une société
démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou
la protection de la vie privée des parties au procès
l'exigent ; ou dans une mesure jugée strictement
nécessaire par le tribunal, lorsque dans des
circonstances spéciales la publicité serait de nature
à porter atteinte aux intérêts de la justice. »
- 16- راجع في ذلك
M .Akehurst , « A Modern introduction to international
Law »,6 th éd, VNWIN HYMAN, London, 1987,
p.78 . مشار إليه من طرف، بوكعبان العربي، المقال السابق، ص.٦٢ .
- 17 - الجريدة الرسمية رقم ٧٦. المؤرخ في ٨ ديسمبر ١٩٩٦ .
- 18- تنص المادة ١٣٨ من الدستور: " السلطة القضائية مستقلة، وتُمارَس في إطار
القانون".

- 19 - تنص المادة ١٣٩ من الدستور: "تحمي السلطة القضائية المجتمع والحريات، وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية".
- 20- تنص المادة: "أساس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة. الكل سواسية أمام القضاء، وهو في متناول الجميع ويجسده احترام القانون".
- 21 - تنص المادة: "تعلل الأحكام القضائية، ويُتطَق بها في جلسات علانية".
- 22- تنص المادة: "على كل أجهزة الدولة المختصة أن تقوم، في كل وقت وفي كل مكان، وفي جميع الظروف، بتنفيذ أحكام القضاء".
- 23- تنص المادة: "يختص القضاء بإصدار الأحكام. ويمكن أن يُعينهم في ذلك مساعدون شعبيون حسب الشروط التي يحددها القانون".
- 24- تنص المادة ١٥١: "الحق في الدفاع معترف به. الحق في الدفاع مضمون في القضايا الجزائية".
- 25- للتعرف أكثر حول مدى اعتبار الحق في محاكمة عادلة من الحقوق الدستورية، أنظر،

Damien FALLON, « L'entrée du droit au procès équitable dans le champ du droit constitutionnel », Champ des mutations du droit constitutionnel- Aspects jurisprudentiels-, Université de Toulouse 1 Capitole-IMH.2010.

26 - Loi relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance, n°.2004-510 DC.

- 27- راجع في ذلك، Damien FALLON , art-précit, p. 3.
- 28- الصادر بموجب قانون ٠٨ - ٠٩ المؤرخ في ٢٥ فبراير ٢٠٠٨ يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ٢١ المؤرخة في ٢٣ - ٠٤ - ٢٠٠٨، والذي دخل حيز التنفيذ بعد سنة من نشره.
- 29- للتفصيل في الحقوق الجديدة المستوحاة من قواعد العدالة بوجه عام، راجع، بودالي محمد "الحقوق الأساسية الخاصة بالخصومة المدنية"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد ٨ لسنة ٢٠١١، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس، ص ص ٤٠ - ٥١.
- 30- المؤرخ في ٦ سبتمبر ٢٠٠٤، ج ر عدد ٥٧، الصادرة في ٨ سبتمبر ٢٠٠٤، ص ١٣.
- 31- بناء على المادة ٧ من القانون العضوي ٠٤ - ١١ المتضمن القانون الأساسي للقضاء والتي تنص: "على القاضي أن يلتزم في كل الظروف بواجب التحفظ و إتقاء الشبهات والسلوكات الماسة بمبادئه واستقلالته".
- 32- راجع في ذلك، بوكعبان العربي، المقال السابق، ص ص ٦٧ - ٦٨.
- 33- للتعرف بالتفصيل حول هذا التطبيق خاصة في القانون الإيطالي بموجب قانون ٩٨ - ١١ المؤرخ في ٧ جانفي ١٩٨٨ و الذي دخل حيز التنفيذ في ٢١ فيفري

١٩٩٨ بحيث نظم المشاركة في المحاكمة الجزائية عن طريق المحاكمة عن بعد أو الافتراضية بأن لا يظهر الشخص المعني شخصيا في قاعة الجلسة التي تجري فيها المناقشات بل يشارك في مكان بعيد عن طريق الإتصال عبر الفيديو مع تلك القاعة و الذي حدد ثلاث أشكال لهذه الطريقة: الشكل الأبسط هو الإتصال المباشر لقاعة الجلسة مع مكان آخر بعيد موجود في سجن أو قاعة جلسات، أو تواصل عدة قاعات و كل واحد منها يرى من يتحدث على شاشة واحدة و تنتقل الصورة ارتباطا بالشخص المتحدث، أما الشكل الأخير تقسم الشاشة إلى عدة أجزاء إلى غاية أربعة تسمح بالتواصل مع خمسة أماكن كتقاعة قاعة الجلسات و أربع قاعات أخرى، و أول أخذ للمحاكمة المصورة في الإجراءات الجزائية كان بموجب مرسوم القانون ٣٠٦/١٩٩٢ و الذي أصبح قانون ٣٥٦/١٩٩٢ المتعلق بالجلسة عن بعد لمساعدتي العدالة،

« Le procès à distance au moyen de la vidéo conférence : l'expérience Italienne », Ministère de la justice, Dixième congrès des Nations Unies sur la prévention du Crime et le traitement des délinquants, VIENNE, 10-17 avril 2000, A/CONF.187/G/ITALY/2

- 34- اعتمادا على المادة ٢١ من مرسوم ٨٨ - ١٣١ المؤرخ في ٤ يونيو ١٩٨٨ المنظم للعلاقات بين الإدارة و المواطن، ج ر بتاريخ ٢٢ دو القعدة ١٤٠٨، ص. ١٠١٣.
- 35- تطبيقا للمادة ٦ من مرسوم ٨٨ - ١٣١ المحدد سابقا.
- 36- تطبيقا للمادة ٣/٢١ من مرسوم ٨٨ - ١٣١ المحدد سابقا.
- 37- راجع في ذلك، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، اللجنة الإلكترونية، "الجزائر الإلكترونية"، تقرير ديسمبر ٢٠٠٨، ص. ١٣ - ١٢ (الموقع على الأنترنت). و من أهم الأهداف الخاصة بتطوير تطبيقات الحكومة افقية الخدمات الإلكترونية الموجهة إلى الإدارات و التي تتضمن ٤٤ عملية منها العملية رقم ٣٧٨٨ الخاصة بإقامة مخطط توجيهي للإدارة الإلكترونية: و الذي يهدف إلى وضع تدابير لتسهيل المساعي الإدارية إلكترونيا و إيجاد محيط تنظيمي و قانوني للتوقيع الإلكتروني على وثائق الإدارة العمومية، و العملية ٣٨١١ الخاصة بإقامة بوابة الحكومة الإلكترونية لتشكل نقطة التقاء و إتصال وحيدة تجاه المواطنين و الإدارات، راجع كل ذلك، اللجنة الإلكترونية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المرجع السابق، ص. ١٨.
- 38- المؤرخ في ٦ سبتمبر ٢٠٠٤ المتضمن القانون الاساسي للقضاء، ج ر، عدد ٥٧، الصادرة في ٨ سبتمبر ٢٠٠٤، ص. ١٣.
- 39- راجع في ذلك، عيد الفتح يومي حجازي، "النظام القانوني لحماية الحكومة الإلكترونية"، الكتاب الأول النظام القانوني للحكومة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٣، ص. ٣٦٧ - ٣٦٨.

- 40- فقد كانت جامعة مونريال الكندية هي مصدر الموقع تحت عنوان-« Jugenet L » والمتضمن أول قائمة للمحادثات الموجهة إلى القضاة الفرنسيين مهما كان بلد نشاطهم، و من أجل الاشتراك يشترط أن يكون قاضي بارسال رسالة للعنوان majordomo@lazio.droit.UMontreal.ca
- 41- على العكس فقد كانت الخدمات التي يقدمونها عبر الإتصال المباشر بهم عن طريق طرح الأسئلة باستخدام الخدمة الصوتية عبر الهاتف من أهم مجالات تقديم خدمة المعلومات الصوتية، راجع في ذلك محمد سامي عبد الصادق، " خدمة المعلومات الصوتية و الإلتزامات الناشئة عنها" دراسة لعقد خدمة للمعلومات الصوتية في ضوء قانون تنظيم الاتصالات المصري رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٣، دة النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ص.٢٠- ٢١.
- 42- فالأمر يتعلق بالموقع التال <http://www.paris.barreau.fr> : و الذي أصبح دوره ضمان المعلومة الكاملة للمتقاضين، بتحديد دور المحامي، و كيفية اختياره، التحاور مع المحامي
- 43- Voir, Nicole TORTELLO, Pascal LOINTIER
- 44- بناء على المادة ٦ من المرسوم ٨٨- ١٣١ المؤرخ في ٤ يوليو ١٩٨٨ المنظم للعلاقات بين الإدارة و المواطن، ج ر مؤرخة في ٢٢ دو القعدة ١٤٠٨، ص.١٠١٣.
- 45- و ذلك تطبيقا للمادة ٢١ من المرسوم ٨٨- ١٣١ المنظم للعلاقات بين الإدارة و المواطن.
- 46- لفهم أكثر للخطوات التي ستم عبر شبكة الأنترنت من أجل سير الدعوى من توجه الموكل إلى المحامي وصولا لفصل القاضي في النزاع، مع سير العمل داخل المصالح العدلية لجهاز القضائي خاصة في التجربة الماليزية، راجع،
- Kamal Halili Hassan ,Maizatul Farisah Mokhtar, « The E-COURT system in MALAYSIA », 2011 2nd International Conference on Education and Management Technology IPCSIT vol.13 (2011) © (2011) IACSIT Press, Singapore(en ligne), p p.242-243.**
- 47- راجع في ذلك،
- Magali Legras, « La justice et les technologies de l'information et de la communication », intervention présenté dans le colloque « L'administration électronique au service du citoyen » organisé par le Conseil d'Etat et l'Université Paris I, 20/21 janvier 2001, p. 2 .**
- 48- IBIDE.

- 49- يعد وضع مثل هذا البنك من التزامات الأمانة العامة للحكومة الفرنسية و ذلك بموجب المرسوم المؤرخ في ٣١ ماي ١٩٩٦ المتعلق بالخدمة العامة لقاعدة المعطيات القانونية (**service public des bases de données juridiques**) الجريدة الرسمية بتاريخ ٤ جوان ١٩٩٦ و الذي عدل بذلك النظام الابتدائي الموضوع بموجب المرسوم المؤرخ في ٢٤ أكتوبر ١٩٨٤ الذي وضع المركز الوطني للمعلوماتية القانونية **CNII**، و الذي اصبح بناءا عليه تم توكيل خدمة إذاعة النصوص التشريعية و القرارات القضائية الصادرة من أعلى الدرجات إلى شركة خاصة
- 50- راجع في ذلك، عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص.٣٦٨.
- 51- فأولى الإلتزامات المرتبطة بوضع موقع للإدارة على الشبكة أو كما هو معروف ب **AdmiNet** هو نشر الجريدة الرسمية عبر الشبكة و كان ذلك بالنسبة للإدارة الفرنسية منذ ١٩٩٢ و أيضا ١٩٩٦ في البداية ثم إقتراح أن يكون الحصول على المعلومة بمقابل عكس الولايات المتحدة الأمريكية و كندا و اسبانيا التي تسمح بالوصول للمعلومات عبر الشبكة دون مقابل لمواطنيها، راجع في ذلك **Nicole TORTELLO, Pascal LOINTIER, « Internet pour les juristes », DALLOZ, DELTA, Paris, 1996, p.191.**
- 52- راجع في ذلك، محمد محمد الألفي، " المحكمة الإلكترونية بين الواقع و المأمول"، ورقة بحثية مقدمة في فعاليات مؤتمر الحكومة الإلكترونية السادس، " الإدارة العامة الجديدة و الحكومة الإلكترونية"، دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة، ٩- ١٢ ديسمبر ٢٠٠٧، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، خاصة الصفحات، ٩ إلى ١٢.
- 53- راجع في ذلك، بوكعبان العربي، المقال السابق، ص.٦٣.
- 54- تنص المادة ١/٣٩: " المؤرخ في ٨ ديسمبر ١٩٩٦، ج ر عدد ٧٦.
- 55- اعتمادا للمادة ٧ من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
- 56- راجع في ذلك التعليق العام رقم ١٣ بشأن المادة ١٤ من العهد الدولي لحقوق الإنسان، راجع في ذلك مجموعة التعليقات العامة الصادرة عن الأمم المتحدة ص.١٢٣- ١٢٤ الفقرة ٦.
- 57- باستثناء الأوامر الولائية، بناءا على المادة ٢٧٢ من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
- 58- راجع في ذلك، مجموعة التعليقات العامة الصادرة عن الأمم المتحدة، ص.ص. ٢٣٩ إلى ٢٤١.
- 59- المادة ١٥٠ من الدستور الجزائري المعدل.
- 60- تنص المادة بناءا على المادة ٢٧٦ من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: " يجب أن يتضمن الحكم البيانات الآتية: ٢....- أسماء و ألقاب و صفات القضاة الذين تداولوا في القضية.٤- اسم و لقب ممثل النيابة العامة عند الاقتضاء.٥- اسم و لقب أمين الضبط الذي حضر مع تشكيلة الحكم.٦- أسماء و ألقاب الخصوم و

- موطن كل منهم، و في حالة الشخص المعنوي تذكر طبيعته و تسميته و مقره الاجتماعي و صفة ممثله القانوني أو الإتفاقي.٧- أسماء و ألقاب المحامين أو أي شخص قام بتمثيل أو مساعدة الخصوم....
- 61- للتعرف على الحقوق الإجرائية المستحدثة، أنظر بودالي محمد، المقال السابق، ص. ٤٥- ٤٨.
- 62- المؤرخ في ١٢ يناير ٢٠١٢، ج ر عدد ٠٢، الصادرة بتاريخ ١٥ يناير ٢٠١٢، ص. ٢١.
- 63- الذي تضمنه المادة ٤١ من الدستور: " حرية التعبير، و انشاء الجمعيات و الاجتماع مضمونة للمواطن"، و المادة ٢ من القانون العضوي ١٢- ٠٥ المتعلق بالإعلام:
- 64- راجع في ذلك، عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص. ٣٦٨.
- 65- و هو ما تضمنه المرسوم الفرنسي الصادر في ٢٦ ماي ١٩٩٦ المحدث للختمة العمومية و الذي يسمح بنشر و بث المعلومات عبر قواعد البمعطيات القانونية الناتجة عن الدولة باستعمال كل الطرق و الدخائل حتى الإلكترونية، و يقصد بالإدارات وفقا لمادته الأولى مرافق الدولة و جهاز القضاء و باقي تنظيمات القانون العام المرتبطة بالدولة، راجع تفصيل ذلك،
- Nicole TORELLA, Pascal LOINTIER, op- cit, pp.192-193

- 66- المداولة رقم ٠١ - ٥٧ المؤرخة في ٢٩ نوفمبر ٢٠٠١
- 67- تطبيقا للمواد ١١٩ و ١٢٠ و ١٢١ و ١٢٢ من قانون الإعلام و التي احتفظت بنفس المبدأ الذي بنت عليه المواد ٩٢، ٩٣، ٩٤، ٩٥، من قانون ٩٠- ٠٧ المتعلق بقانون الإعلام الملغى و لكن بتفاصيل أكثر و بأكثر دقة بأن أصبحت و سائل الإعلام تتضمن العادية و الإلكترونية.

68-Article 6 du convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des liberté fondamentales : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartialle jugement doit être rendu publiquement mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans une mesure jugée strictement

nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice . »

69- راجع في ذلك،

Cécile de Terwangne, « Diffusion de la jurisprudence via internet dans les pays de l'Union européenne et règles applicables aux données personnelles », FUNDP-CRID, Namur, pp.2-3-4.

70- و ذلك ما حددته لجنة وزراء المجلس الأوروبي اعتمادا على التوجيهية الأوربية للمجلس الأوروبي بتاريخ ١١ سبتمبر ١٩٩٥ رقم 11 (95) R المتعلقة بانتقاء أو معالجة أو تقديم و أرشيف الأحكام القضائية.

71- بناء على المادة ١٠ من قانون ٨٩- ٢٢ المؤرخ في ١٢ ديسمبر ١٩٨٩ المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا و تنظيمها و سيرها، ج رالصادرة في ١٥ جمادى الاولى ١٤١٠هـ، ص.١٤٣٥.

72- بناء على المادة ٣٣ من قانون ٨٩- ٢٢ المحدد سابقا.

73- بناء على المادة ٤/٣٤ من قانون ٨٩- ٢٢ المحدد سابقا.

74- بناء على المادة ٣٣ من قانون ٨٩- ٢٢ المحدد سابقا، و المادة ٣ من النظام الداخلي للمحكمة العليا و الصادر بموجب المرسوم الرئاسي ٠٥- ٢٧٩ المؤرخ في ١٤ غشت ٢٠٠٥، ج ر عدد ٥٥، الصادرة في ١٥ غشت ٢٠٠٥، ص.٨.

75- بناء على المادة ٨ من المرسوم الرئاسي ٠٥- ٢٧٩ المحدد سابقا.

76- بموجب قانون ٠٦- ٢٣ المؤرخ في ٢٠ ديسمبر ٢٠٠٦، و الذي أضاف المادة ٣٠٣ مكرر: " يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات و بغرامة من ٥٠٠٠٠٠ دج إلى ٣٠٠٠٠٠٠ دج كل من تعمد المساس بجرمة الحياة الخاصة للأشخاص، بأية تقنية كانت و ذلك:

١- بالتقاط أو تسجيل أو نقل مكالمات أو أحاديث خاصة أو سرية، بغير إذن صاحبها أو رضاه. ٢- بالتقاط أو تسجيل أو نقل صورة لشخص في مكان خاص، بغير إذن صاحبها أو رضاه...، و المادة ٣٠٣ مكرر ١ إلى المادة ٣٠٣ مكرر ٣.

77- للتعرف أكثر حول حماية الحق في الحياة الخاصة من مختلف حالات الإعتداء التي قد تتم باستعمال المعلوماتية، كريم كريمة، " حماية الحق في الخصوصية في ظل مجتمع المعلوماتية"، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، كلية الحقوق جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس، العدد ٢ أبريل ٢٠٠٦، ص ص.١٢٩- ١٥٩.

78 -Voir, Christian Licoppe & Laurence DUMOULIN, « L'ouverture des procès à distance par visioconférence : activité, performativité, technologie », Article paru dans « Réseaux », Dossier consacré à la visiophonie, n°144, pp.103-104(en

ligne) ;Christian Licoppe, « Ouvrir, suspendre et lever une audience à distance tenue par visioconférence », Etudes de communication (en ligne) 29/ 2006, mis en ligne le 29 octobre 2011, URL :<http://edc.revues.org/index377.html> DOI :en cours d'attribution ...

79- راجع في ذلك النموذج المحد من طرف، Christian Licoppe & Laurence DUMOULIN, art-précit

80- راجع في تفصيل أهمية تسيب الأحكام القضائية، نبيل اسماعيل عمر، "تسيب الأحكام القضائية في قانون المرافعات المدنية و التجارية"، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠١، الإسكندرية، ص ص. ٥- ٦.

81- اعتمادا على المادة ١/١٤٦ من دستور ١٩٩٦ المعدل.

82- اعتمادا على المادة ١٤٤ من دستور ١٩٩٦ التي تضمنت خطأ مادي فبدل التعليل يقصد التسيب، و ذلك بمقارنة النص العربي بالنص الفرنسي، و المادة ١١ من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

83- راجع حول الإجراءات التي يقوم بها القاضي لتسيب الحكم، نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص ص. ٢- ٣، ٣٤- ٣٥.

84- راجع في تفصيل ذلك، نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص ص. ٣٤- ٣٩.

85 - Voir, Christian LICOPPE & Laurence DUMOULIN, art- précit,,pp.5-6.

86- راجع في ذلك، نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، ص. ٦.

87- راجع الفرق بين الحالات التي يلزم فيها القاضي بتسيب الأحكام ، و الحالات التي لا يلزم فيها بالتسيب، نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص ص. ٧ إلى ٢٣، ٢٧ إلى ٢٩.

88 - Voir, Laurence Dumoulin, « Justice et visioconférence : les audiences à distance. Genès et institutionnalisation d'une innovation », Synthèse , Janvier 2009, Institut des sciences sociales et politique, Unité mixte de recherche 8166 ISP, Site de Cachan, Paris p.9(en ligne)

89- راجع في ذلك، "اللجنة الإلكترونية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، تقرير حول "الجزائر الإلكترونية" - ديسمبر ٢٠٠٨، ص. ١١. (هذه اللجنة تتكون من مجموع الوزراء المعنيين بمجال التحضير للسياسة الموجهة لترقية مجتمع المعلومات و الاقتصاد الرقمي و يرأسها رئيس الحكومة.

إمتداد أثر إتفاق التحكيم للغير
الأستاذة / عبلة خالد عبد السلام عبد المجيد الفقي

المقدمة

أهمية التحكيم:

التحكيم بما يقدمه للخصوم من مزايا يشجع الكثيرين علي اللجوء إليه كبديل عن القضاء العادي. فأهم ما يميز التحكيم أنه يعلى سلطان الإرادة، حيث يمنح الأطراف سلطة إختيار هيئة التحكيم التي ستتولي الفصل فى النزاع وكذلك إختيار القانون الذي يحكم الإجراءات أمامها ومكان التحكيم ولغته وغير ذلك من المسائل المتعلقة بالخصومة التحكيمية. كما أن اللجوء للتحكيم يوفر للأطراف السرية والخبرة وسرعة الفصل في المنازعات.

كذلك فإن العديد من التشريعات الوطنية تمبذ اللجوء للتحكيم وتسعى إلي تفعيل إتفاقات التحكيم التي يبرمها الأطراف إحتراماً للقوة الملزمة للعقود في المقام الأول، وكذلك تخفيفاً للعبء الملقى علي عاتق محاكمها الوطنية.

وأهمية التحكيم تظهر بوضوح على الصعيد الدولي. فمع غياب التنظيم القضائي الموحد علي المستوى الدولي من جهة، وحاجة التجارة الدولية للإستقرار بفض المنازعات التي ثور بين القائمين عليها من جهة أخرى، يأتي دور التحكيم وتظهر أهميته. فالتحكيم كطريق إتفاقي لفض المنازعات يوفر للمتعاملين في مجال التجارة الدولية القضاء الذي يحتاجون إليه، كما يضمن للأطراف إختيار الهيئة التحكيمية التي ستتولي الفصل في نزاعهم وإختيار القانون الحاكم لإجراءات الخصومة مما يجعل قضاء التحكيم أكثر قبولا من جانب الأطراف وأحكامه أكثر قابلية للتنفيذ من جانبهم.

على الرغم من المميزات الكثيرة التي يقدمها التحكيم للأطراف، إلا أن إتفاق التحكيم بلا شك تترتب عليه آثارا خطيرة أهمها حرمان الأطراف من اللجوء لقاضيهم الطبيعي وتكليفهم باللجوء للتحكيم. وكان من الطبيعي أن تدفع هذه الآثار الخطيرة الفقه والقضاء إلى التشديد على ضرورة قصر إتفاق التحكيم على أطرافه حماية لمصالح الغير، إلا أن الواقع العلمي يؤكد على أنه في كثير من الأحيان يقتضى تحقيق العدالة وإستقرار المعاملات وكذلك حسن النية في تنفيذ الإلتزامات ومنع التواطؤ إلزام الغير بإتفاق التحكيم أو إلزام الأطراف به في مواجهة الغير. الأمر الذي يتطلب البحث عن المبادئ والأسس الواضحة التي يمكن الإستناد إليها لمد هذا الإتفاق للغير دون توسع أو تضييق يؤدي للإضرار بمصالح الغير أو بمصالح الأطراف.

ونقطة البدء في محاولة إستخلاص المبادئ والأسس الواضحة التي يمكن الإستناد إليها لمد إتفاق التحكيم للغير هي الحقيقة المتمثلة في أن التحكيم ولو كان قضاء بما يخوله للهيئة التحكيمية القائمة عليه من سلطات عديدة لا تتمتع بها إلا الهيئات القضائية وأهمها سلطة الفصل في المنازعات القائمة بين الأطراف بحكم ملزم يجب عليهم الخضوع له وتنفيذه، إلا أنه في الأصل قضاء إتفاقي أساسه التعاقد. فالتحكيم هو إتفاق بين طرفين أو أكثر علي عرض المنازعات التي نشأت بينهم أو ستنشأ في المستقبل بصدد علاقة قانونية معينة علي محكم أو هيئة تحكيم يتم إختيارهم بواسطة الأطراف. ومن هنا فإن التحكيم بإعتباره عقدا يخضع للقواعد العامة الحاكمة للعقود ومنها بلا شك قاعدة الأثر الملزم للعقد ومبدأ نفاذ العقد أو السريان.

مبدأ الأثر الملزم للعقد ومبدأ نفاذ العقد:

العقد هو تلاقي إرادتين متطابقتين على إحداث أثر قانوني معين. والعقود بإعتبارها تصرفات قانونية لا ترتب آثارها إلا في مواجهة الأطراف وحدهم، فالأثر الملزم للعقد أو قوته الملزمة قاصرة على أطرافه وهذا ما

يعرف بمبدأ نسبية العقود. والهدف من قصر القوة الملزمة للعقد علي أطرافه هو حماية المصلحة الخاصة للغير الذي لم يرتضي هذا العقد ومراعاة حرته واستقلاله. على أن العقود أو التصرفات القانونية كما تؤثر في المراكز القانونية لأصحابها فإنها تؤثر في المجتمع ككل. ومن هنا فإن العقد أيضا يشكل واقعة إجتماعية وقانونية يجوز للغير أن يحتج بها كما يجوز للأطراف الإحتجاج بها في مواجهته وهو ما يعرف بمبدأ نفاذ العقد أو مبدأ السريان. والمقصود من تقرير هذا المبدأ هو حماية المصالح الخاصة للأطراف والغير على السواء، فالأطراف نتيجة لنفاذ عقدهم ملتزمون بإحترام ما قرره إرادتهم بنفس القدر الذي يلتزم به الغير بإحترام هذه الإرادة وما أفرزته من علاقة قانونية.⁽¹⁾ كما يهدف إلي حماية مصالح المجتمع ككل من خلال تحقيق العدالة وإستقرار المعاملات داخل المجتمع.

ومن هنا يتضح أن الحد الفاصل بين نطاق تطبيق الأثر الملزم للعقد ونطاق سريانها هو فكرة الحماية أو الغرض منها، إذا كان محل الحماية هي المصلحة الخاصة للغير كنا بصدد تطبيق الأثر الملزم للعقد، أما إذا كان محلها هو مصالح الأطراف والغير معا وبالتالي مصلحة المجتمع ككل بالتبعية كنا بصدد نطاق السريان.

وسريان العقد في مواجهة الغير إما أن يتم بوصفه واقعة إجتماعية أو بوصفه واقعة قانونية. فإذا كان نفاذ العقد في مواجهة الغير يتم بوصفه واقعة إجتماعية كان للغير الإحتجاج به بوصفه مصدرا للمعلومات أو كوسيلة للإثبات دون أن يكتسب الغير من العقد أي حقوق أو يتحمل بأي إلتزامات. ونفاذ العقد بهذا الشكل يتم في مواجهة كل طوائف الغير أي سواء كان الغير حقيقيا أي لا تربطه صلة أو علاقة مباشرة بالعقد أو أطرافه أو كان الغير وهميا أي له مصلحة أو تربطه علاقة بأحد أطراف العقد. أما إذا كان نفاذ العقد يتم بوصفه واقعة قانونية فإن الوقائع القانونية يرتب عليها القانون آثارا قانونية بصرف النظر عما إذا كانت الإرادة قد إتجهت

(1) د/ عاطف محمد كامل فخري، الغير في القانون المدني المصري، رسالة لنيل درجة الدكتوراة، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، عام ١٩٧٦، ص ١٠

لذلك من عدمه، بخلاف التصرف القانوني الذي يتطلب إتجاه الإرادة إلي إحداث الأثر القانوني.^(١) و نفاذ العقد بهذه الصفة يحمل الغير إلزاما بإحترام عقود الآخرين و عدم التدخل فيها تدخلا يكون شأنه الإخلال بالإشتراطات التي تتضمنها هذه العقود و هذا واجب عام يقع على الكافة، كما قد يكسبه حقا.

على أن العقود بإعتبارها و قائع قانونية كما تؤثر في المراكز القانونية لأصحابها فإنها تؤثر في المجتمع ككل بما في ذلك الأغير. فإذا كان الغير تجمعه بأحد الأطراف أو كلاهما مصلحة أو رابطة قانونية، و حاول هذا الغير تحصيل فائدة أو منفعة مباشرة من العقد المبرم بين الأطراف و جب عليه الإلتزام بتلك العقود أو ببعض شروطها بحسب مقدار المنفعة التي تعود عليه.

و يتضح من ذلك أن كل ما عدا الأطراف يعتبر غيرا بالنسبة للأثر الملزم للعقد و شخصا من أشخاص السريان. إلا أن المصالح التي تجمع الغير بالأطراف و حصوله علي منافع مباشرة من العقد يقتضي من ناحية مد آثار هذا العقد إليه فتقل دائرة الغير و يضيق مفهومه، بما يعني زيادة النطاق الشخصي للأثر الملزم للعقد. كما يقتضي من ناحية أخرى وضع قيود بالنسبة للسريان فيصبح هناك أغير لا يسرى عليهم العقد.

و مما لا شك فيه أن هذه القواعد تنطبق علي إتفاق التحكيم شأنه شأن سائر العقود و بالتالي يمكن القول بأن إتفاق التحكيم يلزم الغير كلما إتسع النطاق الشخصي للأثر الملزم للعقد الأصلي الذي يتضمنه بإعتباره أحد بنود هذا العقد.

وضع المسألة:

و غني عن البيان ما يتمتع به موضوع إمتداد أثر إتفاق التحكيم للغير من أهمية بالغة بالنظر لما يثيره من مشكلات سواء أمام القضاء أو أمام هيئات التحكيم، نتيجة لتعدد العلاقات الإقتصادية و ظهور أشكال معقدة

(1) د/ عاطف محمد كامل فخري، المرجع السابق، ص ١٢.

للكيانات والتجمعات الإقتصادية القائمة علي إبرام العقود الإقتصادية خاصة الدولية منها، وتنفيذ تلك العقود. ومن هنا تظهر الأهمية القصوي لتحديد الأسس والمبادئ التي يمكن الإستناد إليها لمد آثار العقود للغير في مجال التحكيم: لأن إتفاق التحكيم يرتب أثرا خطيرا يتمثل في حرمان من يلتزم به من اللجوء للقضاء بما يوفره للخصوم من ضمانات، منها على سبيل المثال إمكانية نظر موضوع الدعوي أكثر من مره أمام محكمتين من درجتين مختلفتين، بعكس التحكيم هذا فضلا عما يتمتع به القاضي من سلطة الأمر والتي يفتقدها المحكم.

ناهيك عما إستقر عليه الحال علي الصعيدين الدولي والوطني من التوسع في اللجوء للتحكيم وإنتشاره كوسيلة لفض المنازعات خاصة في مجال الإستثمار والعلاقات التجارية الدولية، علي نحو يمكن معه القول دون أى تردد أن التحكيم قد أصبح هو الوسيلة المعتمدة بين أطراف العلاقات التجارية الدولية لفض المنازعات التي قد تنشأ بينهم، بل أكثر من ذلك فإن المستثمر الأجنبي في الأغلب والأعم من الأحوال قد جعل شرط التحكيم من الشروط الأساسية الواجب إدراجها في العقود التي يبرمها سواء مع الدولة أو مع أحد المستثمرين الوطنيين التابعين لها بدونه لا يتم توقيع العقد. فإذا ربطنا كل ذلك بمحاولة بعض الأطراف في بعض الأحيان التهرب من الإلتزام بإتفاق التحكيم الذي سبق لهم التوقيع عليه بإدعاء أنهم من الغير، أو يحاولون في أحيان أخرى إقحام الغير في خصومة تحكيم لا ناقة له فيها ولا جمل بإدعاء أنه طرف في إتفاق التحكيم وأنه ملزم به تتضح مدي أهمية محاولة ضبط القواعد التي يرجع إليها لمد إتفاق التحكيم للغير.

ولقد تكدست محاكم الدول المختلفة بالعديد من الدعاوي التي يتطلب الفصل فيها تجديد صفة الشخص ومدي إلتزامه بإتفاق التحكيم، مما إستوجب علي القضاة التعرض لهذه المسألة علي نطاق واسع وإيجاد الحلول لها والتي تتناسب مع وقائع النزاع المعروض وتحقق العدالة. علي أن السياسة التي إتبعها الهيئات القضائية للفصل في هذه المسألة إختلفت

من دولة إلي أخرى، ففي الوقت الذي وضع فيه القضاء الأمريكي والقضاء الإنجليزي قواعد عامة تحكم مد إتفاق التحكيم للغير يتم تطبيقها علي القضايا المختلفة، تعامل القضاء في مصر وفرنسا مع كل حالة علي حدة وأعطائها حكمها.

ومن قراءة مختلف الأحكام القضائية والتحكيمية المتعلقة بمنازعات التجارة الدولية نجد المحاكم تجبذ إعطاء الغير مفهوما ضيقا يتماشى مع حاجات التجارة الدولية بما يالزام أشخاص بإتفاق التحكيم هم في الأصل ليسوا أطرافا فيه، فلو تم التقيد بالمفهوم الداخلي الموسع للغير لما أمكن إلزامهم بالإتفاق. والسبب في هذا التوجه من قبل المحاكم وهيئات التحكيم هو أن اللجوء للتحكيم أصبح القاعدة العامة والوسيلة المثلي لفض المنازعات التجارية علي الصعيد الدولي.

منهج البحث:

لقد حاولنا في هذا البحث عرض أهم النتائج التي توصل إليها الفقه والقضاء في الولايات المتحدة الأمريكية وإنجلترا بإعتبارهما أبرز دول القانون العام، ومقارنة تلك النتائج بما إستقر عليه الأمر في النظام القانوني المصري علي وجه الخصوص وكذلك نظيره الفرنسي بالنظر للإرتباط القائم بينهما وإعتبارهما من نظم القانون المدني. ولقد إعتدنا في دراستنا بشكل أساسي علي المنهج الوصفي حيث عرضنا للنتائج المختلفة التي توصل لها الفقه والقضاء في تلك النظم والأسس التي بني عليها كلا منهم وجهة نظره. علي أن ذلك لم يمنع من إتباع المنهج التحليلي عند قيامنا بمقارنة تلك النتائج بعضها ببعض لمعرفة أوجه التشابه والإختلاف بينها وأيهما أولي بالإتباع في نظرنا.

ولحسن العرض رأينا أن نخصص الفصل الأول لتحديد المقصود بالغير في إتفاق التحكيم لتمييزه عن غيره من الأشخاص، وخصصنا الفصل الثاني لبيان أثر إتفاق التحكيم علي هذا الغير ونعرض ذلك في كل من الولايات المتحدة الأمريكية ومصر علي وجه الخصوص وكذلك في إنجلترا وفرنسا، ورأينا أن إستكمال الصورة في هذا الصدد يقتضي في النهاية أن

نعرض لموقف الغير من خصومة التحكيم، فقمنا بتقسيم البحث إلى
الفصول الآتية:

الفصل الأول: مفهوم الغير في التحكيم.

المبحث الأول: الطرف الأصلي في إتفاق التحكيم.

المبحث الثاني: الطرف الحكمي في إتفاق التحكيم.

الفصل الثاني: الغير وآثار إتفاق التحكيم.

المبحث الأول: الوضع في الفقه القضاء الأمريكيين.

المبحث الثاني: الوضع في النظام القانوني المصري.

المبحث الثالث: تحليل الوضع في كل من النظامين.

الفصل الثالث: الغير وخصومة التحكيم.

المبحث الأول: مدى إمكانية تدخل الغير في خصومة التحكيم.

المبحث الثاني: مدى إمكانية إختصاص الغير في خصومة التحكيم.

الفصل الأول

مفهوم الغير في التحكيم

تمهيد:

إتفاق التحكيم هو العقد الذي بمقتضاه يتفق الأطراف علي عرض
النزاع القائم بينهم أو الذي سينشأ في المستقبل علي هيئة تحكيم يتم
إختيارها بواسطتهم. فالتحكيم في الأساس عقد، أي إتفاق بين طرفين أو
أكثر، يخضع كباقي العقود للنظرية العامة للإلتزامات المنصوص عليها في
مختلف التقنيات المدنية في الدول المختلفة.

بالتالي فإن إتفاق التحكيم يخضع من ناحية لقاعدة "العقد شريعة
المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا بإتفاق الطرفين" وطبقاً لهذا المبدأ
يلتزم كلا طرفي العقد بما إتفقاً عليه ولا يجوز لأي منهما التحلل من إلتزامه
بإرادته المنفردة. كما يخضع من ناحية أخرى لمبدأ نسبية أثر العقد، فلا يلزم
إلا أطرافه دون الغير كما سنرى. علي أن عدم التزم الغير بإتفاق التحكيم
لا يستند فقط الي مبدأ النسبية، ولكن أيضاً الي الطبيعة الخاصة لموضوع

هذا الإتفاق. فإتفاق التحكيم يهدف الي إخراج طائفة محددة من المنازعات من ولاية القاضي الوطني، بوصفة القاضي الطبيعي للأطراف، والعهدة بها إلي محكم أو هيئة تحكيم مختاره للفصل فيها. وإتفاق التحكيم بهذه المثابة يمثل تنازلا من الأطراف عن الضمانات التي يتمتعون بها أمام القضاء العادي إذا ما عرض النزاع عليه.^(١) مما يستوجب ألا يجبر أي شخص علي الخضوع للتحكيم رغما عن إرادته.

والسؤال الذي يطرح نفسه الآن من هو الغير وكيف يمكن تحديده؟ والواقع أنه لا يوجد تعريف محدد للغير. فمصطلح الغير له دلالات مختلفة في فروع القانون المختلفة، بل في الفرع الواحد قد تلعب فكرة الغير أكثر من دور ويكون له أكثر من معنى، فهو يعتبر بشكل ما فكرة وظيفية.^(٢) وأكثر من ذلك فإن أحد الفقهاء الفرنسيين قد وصف فكرة الغير بأنها "فكرة متلونة سريعة التملص وهي فكرة مستعصية تماما عن أي تعريف عام يمكن أن يحيط بها في كل جوانبها"،^(٣) فهذا المفهوم له دلالات كثيرة بحسب الموضوع الذي يستخدم فيه. لذلك ففي رأينا إن الإجابة علي هذا السؤال تأتي عن طريق تحديد من هو الطرف في إتفاق التحكيم، لأن القدر المتفق عليه لدي الكافة أن الغير هو كل من لم يكن طرفا في العقد أو الإتفاق، وبناء عليه يمكن تحديد من هو الغير.

علي أن تحديد من هو الطرف يثير الكثير من الصعوبات. فعلي ما سنري ليس كل من يوقع علي العقد أو يذكر إسمه فيه هو طرف في العقد أو ملزم بأثاره. فمجرد إعتماذ الوزير المسئول أو تصديقه علي عقد تبرمه إحدي الشخصيات الإعتبارية العامة لتنفيذ أحد المشروعات لا يؤدي إلي جعل الدولة أو الحكومة طرفا في هذا العقد بإعتبار الوزير ممثلا لها كما هو

(١) أ.د/ حفيظه الحداد، الإتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، ص ١٣٥.

(٢) د/ محمد عبد الفتاح ترك، شرط التحكيم بالإحالة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦، ص ٣٨٦.

(٣) د/ نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، ط ٢٠٠٥، ص ٢٩٣.

الحال في قضية هضبة الأهرام الشهيرة. في حين أنه قد يؤدي إنصراف إرادة الشخص الي الإرتباط بعقد ما وتحمل ما ينتجه من إلتزامات إلي أن يصبح طرف في عقد آخر.

وكذلك إذا لاحظنا أن هناك طائفة من الأشخاص لا يقومون بإبرام العقد أو الإلتفاق بأنفسهم، كما يصعب القول بأن غيرهم قد قاموا بإبرامه نيابة عنهم. وكذلك لا يمكن القول أن إرادتهم قد إنصرفت إلي الإرتباط بالعقد، مع ذلك فإن العقد ينصرف إليهم ويلتزمون به بإعتبارهم أطرافاً فيه وهؤلاء هم الخلف العام والخاص.⁽¹⁾

وإذا علمنا أن المبدأ العام في السياسة القضائية الأمريكية هو تدعيم إتفاق التحكيم والتأكيد علي وجوب الإلتزام به، خاصة في مجال المعاملات الدولية، والتوسع في تفسير ألفاظه علي نحو يساعد علي إمتداده ليشمل كافة المنازعات التي قد تنشأ عن العلاقة القانونية الأصلية وكذلك محاولة إلتزام كل من له علاقة بهذه العلاقة القانونية بشرط التحكيم. ذلك كله بالطبع شريطة التأكد من وجود إتفاق التحكيم ذاته وصحته وإتجاه إرادة الأطراف للإلتزام به.

والوضع في القانون والقضاء المصريين لم يختلف كثيراً، فتدعيم إتفاق التحكيم وإلتزام الأطراف به خاصة في مجال المعاملات الدولية هو مبدأ من المبادئ العامة في السياسة التشريعية والقضائية المصرية. إلا أن القضاء لا يميل إلي التوسع في تفسير ألفاظ إتفاق التحكيم خاصة علي المستوي الداخلي مخافة مد إتفاق التحكيم لأشخاص ليسوا أطرافاً فيه بما يحرمهم من حقهم في اللجوء للقضاء العادي الذي مازال الإعتقاد راسخاً بأنه الطريق الوحيد والمضمون لتحقيق العدالة.

ومن جانبه يعتمد القانون الإنجليزي علي ما يمكن أن نطلق عليه مبدأ "تحليل المنفعة المشروطة"⁽²⁾ لمد إتفاق التحكيم لإشخاص هم بحسب الأصل

(1) د/ الأنصاري حسن النيداني، الأثر النسبي لإتفاق التحكيم، دار الجامعة الجديدة، ط ٢٠٠٩، ص ٢٤.

(2) "Conditional Benefit Analysis"

من الغير بالنسبة لإتفاق التحكيم. وطبقا لهذا المبدأ مد المشرع الإنجليزي نطاق مفهوم الطرف في إتفاق التحكيم ليشمل كل من يدعي حقا متعلقا بإتفاق معين من خلال أحد أطرافه. أي كل من يعتمد علي حق مقرر لأحد أطراف العقد الأصلي المتضمن شرط تحكيم ليحصل منفعة خاصة به، وذلك في المادة ٨٢ في الفقرة الثانية من قانون التحكيم ١٩٩٦. وذلك تحقيقا للعدالة وحتى لا يستفيد الغير، بشكل مباشر، بكل أو بعض الحقوق الناشئة عن عقد لم يكن طرفا فيه دون التحمل أو التقيد بأي إتزام ناجم عنه. وسيتم شرح ذلك تفصيلا خلال الدراسة.

كل ذلك يعني أن وصف الطرف ينطبق علي نطاق واسع من الأشخاص تختلف مراكزهم القانونية، مما يدعوننا الي محاولة تحديد من هو الطرف في إتفاق التحكيم وما هي صورته وذلك في مبحثين يتناول الأول منهما الصورة البسيطة للطرف وما يمكن ان تثيره من صعوبات تحت عنوان الطرف الأصلي لإتفاق التحكيم، أما الثاني فيتعلق بصورة أكثر تعقيدا وهي ما أطلقنا عليها الطرف الحكمي في هذا الإتفاق، وذلك علي النحو التالي:

المبحث الأول: الطرف الأصلي في إتفاق التحكيم.

المبحث الثاني: الطرف الحكمي في إتفاق التحكيم.

المبحث الأول

الطرف الأصلي في إتفاق التحكيم

ثار التساؤل في الفقه والقضاء في شأن تحديد من هو الطرف الأصلي في إتفاق التحكيم وما يميزه عن مفهوم الغير. وقد وجد في هذا الشأن عدة إتجاهات فقهية. فالبعض إعتد معايير شكلية للترقية منها ضرورة أن يتم إفراغ الإرادة في شكل كتابي لإعتبار الشخص طرفا في الإتفاق. ومنهم من إعتد معايير موضوعية قوامها الإرادة الصريحة وأثر الإتفاق ومدى سلطة المتعاقدين في إبرام الإتفاق.^(١)

(١) محمد عبد الفتاح ترك، شرط التحكيم بالإحالة، المرجع السابق، ص ٣٦٨.

ومن مجمل تلك المعايير يمكن القول أن الطرف الأصلي في إتفاق التحكيم هو كل من أبرم إتفاق تحكيم بإسمه وحسابه. ومن نافلة القول أنه حتي ينتج التعبير عن الإرادة أثره القانوني لابد أن يكون صادرا عن ذي أهلية وفقا للقواعد العامة. والأهلية المطلوبة هي أهلية التصرف في الحق المتنازع عليه، مما يعني أن القاصر، صبيبا كان أو محجورا عليه، لا يملك لا هو ولا من يمثله إبرام إتفاق التحكيم، ما لم تأذن المحكمة المختصة للقاصر بأن يكتسب صفة الطرف في هذا الإتفاق.

وإذا كان من المنطقي أن التوقيع علي إتفاق التحكيم يكسب صاحبه صفة الطرف، إلا أنه يصعب إتخاذ التوقيع كمييار قاطع. فمجرد ذكر إسم شخص أو ورود توقيعه علي الإتفاق لا يكفي ليعتبر طرفا فيه، كذلك فإن عدم توقيع الشخص على الإتفاق لا يحول دون إمكانية إعتباره طرفا فيه، فالأمر يتوقف في النهاية علي صلة الشخص بالأثر المترتب علي الإتفاق فضلا عن صفته التي وقع بها.^(١) وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في جلسة ١٤ مارس ١٩٧٩ حين قضت بأن "إسباغ وصف المتعاقد إنما ينصرف الي من يفصح عن إرادة متطابقة مع إرادة أخرى علي إنشاء إلتزام أو نقله أو تعديله أو زواله في خصوص موضوع معين يحدد العقد نطاقه، دون أن يعتبر بإطلاق كل من يرد ذكره بالعقد أنه أحد أطرافه، طالما لم يكن له صلة بشأن ترتيب الأثر القانوني الذي يدور حوله النزاع الناشئ بسبب العقد....."^(٢)

فالمييار إذا هو الصفة التي وقع بها الشخص علي الإتفاق وصلته بموضوع العقد من ناحية، مع إتجاه إرادته للارتباط بإتفاق التحكيم والتحمل بأثاره من ناحية أخرى.

(١) د/ باسمه لطفي دباس، شروط إتفاق التحكيم وآثاره، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، ط ٢٠٠٥، ص ٤٦.

(٢) الطعن رقم ٦٦٩ لسنة ٤٢ ق، جلسة ١٤ مارس ١٩٧٩، مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفني لمحكمة النقض، السنة الثلاثون من يناير إلي مارس سنة ١٩٧٩، ص ٧٨٦.

ولقد ظهرت العديد من الصور التي أثارت جدلا حول ما إذا كان الشخص قد إرتضى فعلا أن يكون طرفا في الإتفاق أم لا ، وذلك على النحو التالي :

أولاً: حالة العقد النموذجي المتضمن إتفاق علي التحكيم

في هذه الحالة يرتضى أطراف الإتفاق أحد العقود النموذجية ويقومون بالتوقيع عليه متخذين منه الإطار المنظم لعلاقتهم الأصلية. فإذا كان هذا العقد يتضمن شرط تحكيم فهل يعد هذا الشرط ملزما للطرفين بإعتبارهم أطرافا في الإتفاق علي التحكيم؟

ولقد أثير هذا التساؤل أمام القضاء الإيطالي ، نظرا لأن القانون المدني هناك يشترط فيما يتعلق بالعقود التي تتضمن شروطا عامة مطبوعة أن يوقع الأطراف علي شرط التحكيم ذاته ، فلا يكفي التوقيع العام علي العقد برمته. في حين أن إتفاقية نيويورك فى شأن الإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ، والتي تعتبر إيطاليا طرفا فيها ، لا تتطلب مثل هذا الشرط. ولقد حسم القضاء الإيطالي الخلاف حول هذه المسألة حيث إستقر علي أن شرط التحكيم في هذه الحالة يكون ملزما للأطراف إستناداً علي عدم إشتراط الإتفاقية ضرورة التوقيع الخاص علي الشرط من ناحية ، ومن ناحية أخرى علي أن الإتفاقية تنص علي وجوب الإعفاء من الشروط الأكثر شدة أو قسوة المنصوص عليها في الشريعات الداخلية للدول الأعضاء. كل ذلك بطبيعة الحال شريطة أن تكون الشروط العامة التي تضمنت شرط التحكيم جزءا من العقد الأصلي وقت إبرامه.

ولقد حسمت هذه المسألة فى باقى التشريعات والنظم القانونية كالتشريع الفرنسي والإنجليزي وغيرهما ، حيث إستقرت علي أن شرط التحكيم فى هذه الحالة ملزم للأطراف. ولم يخالف المشرع المصري باقى التشريعات فى هذا الصدد فنص علي أنه "... ويكون إتفاق التحكيم مكتوبا إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو

برقيات أو غيرها من وسائل الإتصال المكتوبة".^(١)

والواقع أن الدافع وراء طرح هذا التساؤل كان محاولة التأكد من أن إرادة كلا الطرفين قد ذهبت للإرتباط بإتفاق التحكيم مما يقتضي أن يكون علي علم به أو علي الأقل في إستطاعته أن يعلم بذلك. وبما لاشك فيه أن كلا من الطرفين في هذه الحالة يعلم أو في إستطاعته أن يعلم بوجود شرط التحكيم من خلال إطلاعاه علي العقد النموذجي وقراءته. وبالتالي فإن توقيعهم عليه يعني بلا شك إتجاه إرادتهم للإلتزام بشرط التحكيم الوارد به، وأنهم أطراف أصليون في هذا الإتفاق.^(٢)

ثانياً: الإحالة إلي وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم

في هذه الحالة يتضمن العقد الأصلي الذي يحكم العلاقة بين الأطراف نصاً يحيل إلي وثيقة أخرى، سواء أكانت عقداً آخر أو عقداً نموذجياً أو غير ذلك، تنص ضمن شروطها علي اللجوء للتحكيم. وعندئذ يثور التساؤل حول مدى علم الأطراف بوجود هذا الشرط ومن ثم مدى توافر الإرادة اللازمة لإنعقاده.

ولقد حسم المشرع المصري الخلاف من حيث المبدأ، فنص في المادة (١٠) من قانون التحكيم الجديد علي أنه "ويعتبر اتفاقاً علي التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلي وثيقة تتضمن شروط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد." وبمقتضي هذه المادة فإن المشرع المصري أعترف بالإحالة بشرط أن تكون واضحة كوسيلة للإتفاق علي التحكيم.

وجدير بالذكر أن قضاء التحكيم وكذلك القضاء الوطني في الدول المختلفة يجمع علي أن شرط التحكيم يمتد من أحد العقود إلي آخر إذا

(1) ويجب ملاحظة أنه عند إعمال هذه القاعدة يجب إحترام النصوص الخاصة في القوانين المختلفة، كالنص المتعلق بعقد التأمين في القانون المصري والذي يشترط التوقيع الخاص علي شرط التحكيم إذا ورد ضمن الشروط العامة المطبوعة في عقد التأمين لا في صورة إتفاق خاص.

(2) د/ الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص ٢٦.

أحال هذا الأخير - الخالي بحسب الأصل من شرط تحكيم - الي العقد الأول الذي يتضمن هذا الشرط.

علي أن خلافا آخر قد ظهر حول طبيعة الإحالة المتطلبة، فهل تكفي الإحالة العامة أم يجب أن تكون الإحالة خاصة الي شرط التحكيم ذاته؟ وأساس هذا الخلاف هي الرغبة في التأكد من توافر العلم والرضي بإتفاق التحكيم حتي يصبح الشخص طرفا في الإتفاق. وفي هذه المسألة ثمة إتجاهين:

الأول: الإحالة العامة كافية

إكتفت أغلب أحكام القضاء المصري وكذلك جانب من أحكام القضاء الإنجليزي والأمريكي^(١) بمجرد الإحالة من عقد لا يتضمن شرط التحكيم إلى آخر يتضمنه لإلزام أطراف العقد الأول بهذا الشرط.

فقد ذهبت محكمة النقض المصرية، مؤيدة في ذلك من جانب الفقه، إلي أنه يستوي أن تكون الإحالة عامة أو خاصة حتي يلتزم بها الأطراف شريطة ألا تكون الإحالة مجهولة. حيث قضت بأنه "إذا كان الحكم المطعون فيه قد إنتهي في نطاق سلطته الموضوعية إلي أن سند الشحن قد تضمن الإحالة إلي شرط التحكيم الوارد في مشاركة الإيجار، فإن مقتضي هذه الإحالة أن يعتبر شرط التحكيم ضمن شروط سند الشحن فتلتزم به الطاعنة (المرسل إليها) لعلمها به من نسخة سند الشحن المرسلة إليها"^(٢). ولقد ذهبت المحكمة إلي أبعد من ذلك بصدد سندات الشحن عندما إستقرت على أنه لا يشترط في حالة صدور سند الشحن محيلا إحالة عامة إلي شروط مشاركة الإيجار أن يكون الشاحن قد وقع السند الذي لا يعدو أن يكون في هذه الحالة إيصالا بإستلام البضاعة وشحنها علي ظهر السفينة

(١) د/ عاطف محمد الفقي، التحكيم التجاري متعدد الأطراف دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٧، ص ٦٩.

(٢) نقض مدني ٢٥ فبراير ١٩٦٥ مجموعة النقض السنة ١٦ صفحة ٢٢٠. مذكور في مرجع د/ أحمد السيد الصاوي، التحكيم طبقا لقانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤، ط ٢٠٠٢، ص ٤٧.

حتى يلتزم المرسل إليه بشروط مشاركة الإيجار.^(١) فالمحكمة ألزمت المرسل إليه الذي لم يوقع على مشاركة الإيجار بشرط التحكيم الوارد فيها بمجرد أن يتضمن سند الشحن إحالة عامة للمشاركة. بل إن عدم توقيع الشاحن نفسه على السند لا يمنع من إلزام المرسل إليه بشرط التحكيم المحال إليه. ولا يختلف موقف القضاء الإنجليزي عن نظيره الأمريكي بصدد هذه المسألة. فقد ذهب جانب من أحكام كلا القضاءيين إلي أن الإحالة العامة خاصة الواردة في سند الشحن إلي مشارطه الإيجار كافية لدمج شرط التحكيم الوارد في المشاركة في السند.

ففي إنجلترا قضت محكمة الاستئناف الإنجليزية في قضية " The Merak"^(٢) بأن بند الإحالة الوارد في سند الشحن والذي نص علي أن " كل النصوص والشروط والإعفاءات الموجودة بالمشاركة تطبق علي هذا السند." هو شرط عام لكنه واضح خاصة مع وجود عبارة " أو أي سند شحن صادر تنفيذا له" يكفي لجعل شرط التحكيم مندجا في سند الشحن. وفي الولايات المتحدة الأمريكية قضى في إحدى الدعاوي بأن " الإحالة التي تنص علي أن (كل الشروط والإعفاءات كما في المشاركة) وإن زعم المدعي علي أنها لم تكن واضحة بما فيه الكفاية، وكانت مبهمة وغير محددة، ولذا لا يمكن الإحتجاج عليه بشرط التحكيم الوارد بالمشاركة، إحالة كافية ومحددة تسمح بالإحتجاج بشرط التحكيم الوارد بالمشاركة علي حامل سند الشحن."^(٣)

الثاني: وجوب الإحالة الخاصة

ذهبت أحكام التحكيم وأحكام القضاء الفرنسي إلي وجوب التأكد من أن الأطراف قد إرتضوا بالفعل إتفاق التحكيم. وهو الأمر الذي يقتضي أن

(1) د/ عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص ٧٠

(2) C.A, The Mark, Lloyd's Rep. 1964, P. 527.

مذكور في د/ عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص ٧٠.

(3) Lowry & Co. C.S.SS. Lemoune d'Aberville, (S.D.N.Y. 1966), A.M.C, 1966, 2195.

مذكور في د/ عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص ٧٢.

تكون الإحالة خاصة واضحة وصريحة تتضمن علي وجه التخصيص ذكر شرط التحكيم. فالإحالة علي هذا النحو هي وحدها التي تثبت إنصراف الإرادة بالفعل إلي شرط التحكيم.

وفى إنجلترا تتطلب أغلب الأحكام القضائية أن تكون الإحالة خاصة لشرط التحكيم حتى يلتزم به الأطراف. من ذلك ما قضي به في دعوى "Hamilton"^(١) حيث جاءت الإحالة فى صيغة عامة مضمونها الأتي "كل النصوص والشروط الأخرى كما وردت بالمشاركة". عندئذ رفضت المحكمة الإحالة العامة كوسيلة كافية لإدماج شرط التحكيم فى السند. وفى نفس الإتجاه ذهب بعض أحكام المحاكم الأمريكية. فقضى بأن سند الشحن أحال بشكل غير كافى إلي مشاركة الإيجار الأمر الذى لا يمكن معه دمج شرط التحكيم فى سند الشحن، لأن السند فى إحالته إلي المشاركة لم يعين أطرافها أو تاريخها أو مكان الإبرام. كما لم توجد أية إشارة لشرط التحكيم أو إدماجه فى السند.

ولقد أيدت محكمة النقض الإيطالية فى بادئ الأمر وجهة النظر القائلة بأن الإحالة العامة لا تكفى للقول بتوافر إتفاق التحكيم، حتى وقفا لمفهوم المادة الثانية من إتفاقية نيويورك، ما لم يكن هناك دليل يسمح بالتأكد من ذلك. إستناداً على أن القانون الإيطالى يشترط التوقيع الخاص علي شرط التحكيم. ثم ما لبثت أن تبنت وجهة النظر المخالفة، فقضت فى حكمها الصادر بتاريخ ١٢ مايو ١٩٧٨ بأن تبني شروط نموذجية معدة سلفاً يعتد به علي نحو قاطع متى كان ذلك نابعا عن إختيار وتعاون بين الأطراف وعلم بمضمون الشروط وليس من قبيل الإذعان من جانب طرف ضعيف لم يحط علما بمقتائق الأمور.^(٢)

(1) C.A, Hamilton & Co. V. Makie and Sons, 1889, in Russell, on the law of Arbitration, 1982, P.46.

مذكور فى د/ عاطف الفقى، المرجع السابق، ص ٧٥.

(2) د/ سامية راشد، التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة،، الكتاب الأول، إتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، ط ١٩٨٤، ص ٢٥٤.

وفي تقديرنا أن الأصوب هو ما ذهب إليه أنصار الرأي الأول. لأن الموافقة علي الإحالة من حيث المبدأ تقتضي ضرورة علم كل من الطرفين بمحتوي الوثيقة الأخرى وشروطها قبل الموافقة علي الإحالة إليها، أو علي الأقل قدرة كل منهما على الإطلاع عليها قبل الموافقة، وبالتالي فإن عدم إطلاع أحدهم عليها يعد تقصيرا من جانبه فلا يقبل منه بعد ذلك الدفع بعدم علمه، وهذا ما يقتضيه حسن النية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية.

ثالثاً: حالة تجديد العقد وإمتهاده

تجديد العقد وفقا للقواعد العامة يتم إما بتغير الدائن وذلك إذا إتفق الدائن والمدين مع أجنبي علي أن يحل هذا الأخير محل الدائن، أو بتغير المدين إذا إتفق الدائن مع أجنبي علي أن يكون هذا الأجنبي مدينا مكان المدين الأصلي أو حصل المدين علي رضا الدائن بشخص أجنبي ليحل محله وهاتين الحالتين تقتربان من حوالة الدين وحوالة الحق. كما قد يتخذ تجديد العقد شكل تغيير الدين إذا إتفق الدائن والمدين علي أن يستبدلا الإلتزام الأصلي بالإلتزام جديد يختلف في محله أو مصدره عن الإلتزام الأصلي. وأهم ما يميز التجديد أن الإلتزام الأصلي ينقضي ويحل محله إلتزام جديد بضمانات وصفات ودفوع مختلفة عن تلك التي كانت تلحق بالإلتزام الأصلي.^(١)

وإستناداً إلي هذا التعريف أو التحديد فإننا نري أن إتفاق التحكيم في هذه الحالة لا يلزم الأطراف إلا إذا إتفقوا صراحة علي ذلك في العقد الجديد أو علي الأقل أتضح من الظروف أن إرادتهم الضمنية قد ذهبت إلي الإلتزام بهذا الشرط.

أما إمتداد العقد فهي حالة تتعلق بعقود المدة، كعقد الإيجار وعقد التوريد وغيره. والإمتداد يعني أن العقد بعد إنتهاء مدته الأصلية يظل قائماً

(١) د/ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزامات، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٣، ص ٣١٢.

وصحيحا ومنتجا لأثره بين طرفيه لفترة جديدة قد تكون هي ذات الفترة المتفق عليها في العقد أو فترة أخرى. والإمتداد إما أن يتم بإتفاق صريح بين الطرفين أو بصورة ضمنية من خلال إستمرار الأطراف في أداء الإلتزامات التي يوجبها عليهم العقد. وبذلك فإن هذه الحالة تختلف عن حالة التجديد، ففي الإمتداد يلتزم الأطراف بذات العقد الأصلي مع مده لفترة جديدة بينما التجديد يتضمن إنشاء عقد جديد يختلف عن العقد الأساسي في ركن أو أكثر من الأركان. فإذا إتفق أطراف العقد المتضمن شرط التحكيم على إمتداده فترة أخرى فهل يظل الإتفاق علي التحكيم قائما منتجا لأثاره أم أن الشرط يسقط بإنتضاء المدة الأصلية؟

وعندما أثرت هذه المسألة أمام محكمة النقض الإيطالية بصدد دعوى متعلقة بعقد من عقود المدة أبرم بين إحدي الشركات الإيطالية وشركة أجنبية متضمنا شرط تحكيم والذي تم مده عدة مرات متتالية كان آخرها قد تم كتابة. قضت المحكمة بدوائرها مجتمعة في ١٢ مايو ١٩٧٧ بإستمرار شرط التحكيم في ظل الإمتدادات المتتالية، حيث لا يشترط أن ينص الإتفاق علي المد صراحة علي إستمرار نفاذ شرط التحكيم. ولقد أسست المحكمة حكمها علي أن إتفاق التحكيم يعد جزءا من العقد الممتد بالإحالة، وأن الإحالة في هذا الصدد قد إستوفت شرط الكتابة المنصوص عليه في إتفاقية نيويورك. وأن العقد قد تم مده بشكل صريح بين نفس الأطراف ومتعلق بذات الموضوع.^(١)

علي أننا نتفق مع الرأي القائل بضرورة التفرقة بين التجديد الصريح والتجديد الضمني للعقد. فإذا كان الإتفاق علي الإمتداد صريحا وجب أن يتضمن النص علي شرط التحكيم أو النص علي أن التمديد يشمل كافة البنود المنصوص عليها في العقد الأصلي أو علي الأقل يمكن بالنظر للظروف المحيطة بالتعامل التأكيد من أن الإرادة الضمنية للأطراف قد ذهبت

(1) حكم رقم (٦٣) المنشور في ١٠٩ - ١٥٦ Gaja.v. ورد في: د/ سامية راشد، المرجع السابق، ص ٢٧١.

إلي ذلك.^(١)

أما إذا كان التمديد ضمناً، فإن شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي يسري أيضاً على العقد الممتد، إستناداً على الرضاء الضمني للأطراف بهذا الشرط. كما أنه ليس من شأن التمديد الضمني إنهاء شرط التحكيم الذي يتضمنه العقد، ذلك أن إنتهاء المدة الأصلية يؤدي إلي إنتهاء الحقوق والإلتزامات المتعلقة بهذه المدة ولا ينهي العقد ذاته في هذه الحالة لأنه تم تمديده.^(٢)

رابعاً: سلسلة العقود من نوع واحد:

الأطراف في هذه الحالة، بحكم التعامل القائم بينهم، يرمون سلسلة من العقود من نفس الطبيعة متضمنة جميعها شرط تحكيم، ثم يقوم الأطراف بإبرام عقد جديد من ذات الطبيعة دون أن ينص فيه على هذا الشرط، فهل تخضع المنازعات المتعلقة بهذا العقد الأخير للتحكيم؟

إستقر الوضع في القضاء الفرنسي علي إمتداد إتفاق التحكيم للمنازعات الناشئة عن العقد الأخير، حيث يستنتج من معاملات الأطراف السابقة قبولهم الضمني إخضاع كافة معاملاتهم للتحكيم. ذلك ما لم يتبين من الظروف أن الطرفين قد قصدا من عدم ذكر شرط التحكيم في التعامل الجديد إغفاله أو عدم سريانه علي التعاقد الجديد.

و في تأييد ما إنتهت إليه المحاكم الفرنسية ذهب جانب من الفقه إلي أنه " طالما أن المعاملات السابقة كانت من الأهمية بمكان بحيث يمكن أن يستخلص منها القبول الضمني للتحكيم بالنسبة للعقد الأخير الذي لا ينص عليه، وبالتالي لا يوجد ما يحول والحال كذلك من خضوع المنازعات الناشئة عنه للتحكيم "^(٣) والحكم لا يختلف في الحالة التي تبرم فيها سلسلة من العقود من نفس

(1) د/ الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص ٣٠.

(2) د/ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأ المعارف، ط ٢٠٠٧، ص ١٦٨.

(3) د/ حفيظه الحداد، الإتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص ١٧٢.

النوع ومتعلقة بذات المحل إلا أنها بين أطراف مختلفة كالبيوع المتألية علي ذات المبيع وعقود النقل المتابعة علي ذات البضائع. ففي هذه الحالة إذا تضمن عقد أو عقود البيع الأولي شرط تحكيم فإن هذا الشرط يلزم المشتريين اللاحقين. وفي هذا الإتجاه قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه في سلسلة العقود المتجانسة والمتعلقة بنقل البضائع شرط التحكيم الدولي ينتقل بإنتقال الحق الموضوعي سبب الدعوي، ما لم يكن المتلقي جاهلا بوجود شرط التحكيم.^(١)

وأخيراً، فإننا نلاحظ أن الأحكام الصادرة في شأن تحديد الطرف في إتفاق التحكيم تركز في الأساس علي الوقائع والملاسات المتعلقة بكل دعوى علي حده. فإختلاف الوقائع والظروف من قضية إلي أخرى هي التي تدفع هيئات التحكيم والجهات القضائية المخالفة إلي إصدار أحكام قد تبدو متعارضة. فقد يثبت من ظروف وملاسات إحدى الدعاوي توافر الرضي باللجوء للتحكيم، وينتفى توافره من ظروف وملاسات دعوي أخرى مع وحدة السبب القانوني المعتمد عليه في كلا الدعويين. ونظراً لخطورة هذا الوضع يتعين علي هيئات التحكيم والهيئات القضائية أن تسبب أحكامها الصادرة بهذا الشأن على نحو يمكن من مراقبتها وصولاً إلي صياغة معيار عام منضبط.

المبحث الثاني

الطرف الحكمي في إتفاق التحكيم

يقصد بالطرف الحكمي في إتفاق التحكيم كل شخص لم يبرم هذا الإتفاق لا أصالة ولا نيابة. لكن نظراً لعلاقته بأحد أطراف التحكيم أو كليهما، فإنه يلتزم به بإعتباره طرفاً حكماً فيه، ويمثله خلفه العام أو الخاص.

وإنتقال إتفاق التحكيم للخلف، عاماً كان أو خاصاً، بالتبعية لإنتقال العقد الأصلي من السلف إلي الخلف هو تطبيق للقواعد العامة. فالعقد،

(1) Dr.Jean-Francois Poudert & Dr Sebastien Besson, "Comparative Law of International Arbitration", 2nd edition, p.245, para.284.

وإن كان لا يلزم إلا المتعاقدين، إلا أن مفهوم كلمة المتعاقدين لا يقتصر علي الأطراف فقط وإنما يشمل من يمثلانه في العقد.^(١) وقد يتصور البعض أن مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الوارد فيه يحول دون إنتقاله بالتبعية لإنتقال العقد الأصلي. وهذا تصور غير صحيح بالمرّة فإستقلال شرط التحكيم لا يعني إنفصاله عن العقد الأصلي، بل إنه في خدمة هذا العقد.^(٢)

فإستقلال شرط التحكيم مجاله حماية هذا الشرط وعدم المساس به عند إبطال العقد الأصلي أو فسخه أو إنقضائه. وقد عبر جانب من الفقه عن ذلك بمقولة أن "مبدأ إستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي مجاله هو صحة وفاعلية الإتفاق التحكيمي. لكنه يستبدل هنا بمبدأ مختلف، وإن لم يكن متعارضاً، وهو مبدأ التبعية الذي يؤدي للإنتقال السلس لإتفاق التحكيم."^(٣) كما أن تبعية إتفاق التحكيم للعقد الأصلي والتي تستهدف حماية هذا العقد من خلال الدفاع عن الحق الموضوعي محله،^(٤) تقتضي أن يتبع العقد الأصلي وينتقل بإنتقاله وإلا أفرغ من مضمونة وفقد قيمته لإنعدام محله.

ولقد أكدت غرفة التجارة الدولية عام ١٩٧٧ علي إنتقال إتفاق التحكيم حين قضت بأنه "وفقاً للفقهاء القانوني السائد فإن إتفاق التحكيم لا يكون صحيحاً بين الأطراف فحسب، بل إنه يفرض نفسه أيضاً علي الخلف العام والخلف الخاص لهم كما يفرض نفسه علي المحال إليهم، وكل من تنتقل إليهم الإلتزامات، ولا يستثنى من ذلك إلا الحالات التي

(1) د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني "نظرية الإلتزام"، دار إحياء التراث العربي، ط ١٩٥٢.

(2) د/ محمد نور شحاتة، مفهوم الغير في التحكيم، دار النهضة العربية، ط ١٩٩٦، ص ٩٨.

(3) د/ حسام الدين فتحى ناصف، نقل إتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، ط ٢٠٠٣، ص ١٦، ١٥.

(4) د/ حسام الدين فتحى ناصف، نقل إتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، ط ٢٠٠٣، ص ١٦، ١٥.

يعد فيها إتفاق الحكيم محررا بطريقة تستبعد هؤلاء الخلفاء والمحال إليهم.^(١) وينتقل العقد الأصلي إلي الخلف إما بنص القانون كالميراث فنكون بصدد خلف عام، أو بالإتفاق بين الأطراف والغير بطريق الحوالة أو الحلول فنكون أمام خلف خاص.

الفرع الأول

الخلف العام

ينص المشرع المصري في المادة (١٤٥) من القانون المدني علي أن " ينصرف أثر العقد إلي المتعاقدين والخلف العام، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلي الخلف العام". وهذا ما نص عليه المشرع الفرنسي والعديد من التشريعات الأخرى.

يقصد بالخلف العام من يخلف غيره في ذمته المالية كلها أو جزء منها، كالوارث أو الموصي له بكل التركة أو جزء منها. والقاعدة أن الخلف العام يكتسب صفة الطرف بالنسبة للتصرفات التي يبرمها سلفه، بالتالي تنصرف إليه آثارها سواء كانت حقوقا أو إلتزامات. على أنه يجوز للأطراف الإتفاق علي عدم إلتزام خلفهم العام بالعقد المبرم بينهم أو قد ينص القانون علي ذلك كما في حالة عقد شركة الأشخاص أو عقد الإيجار. وقد يتضح أن العقد أو طبيعة التعامل تقوم علي الإعتبار الشخصي وبالتالي لا يجوز أن تنتقل آثاره للخلف.^(٢) وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه " يبين من نص المادة ١٤٥ من القانون المدني ومذكرتها الإيضاحية أنها وضعت قاعدة عامة تقضي بأن أثار العقد لا تقتصر علي المتعاقدين بل تجاوزهم إلي من يخلفهم خلافة عامة عن طريق الميراث أو الوصية، وإستثني من هذه القاعدة الحالات التي تكون فيها

-
- (1) حكم منشور في J.C.I.، ١٩٧٨، ص ٩٨٠ وارد لدى د/ حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص ٩١.
 - (2) وقد يعتبر الخلف العام غيرا بالنسبة لتصرفات سلفه حماية له كما في حالة تصرفات السلف المريض مرض الموت التي تهدف للإضرار بالورثة.

العلاقة القانونية شخصية بحتة، وهي تستخلص من إرادة المتعاقدين صريحة أو ضمنية أو من طبيعة العقد أو من نص في القانون.^(١)

يلاحظ أن صفة الطرف التي يكتسبها الخلف العام تضي عليه بحكم القانون دون الإعتداد بإرادته، بل إن آثار العقد تنصرف إليه حتى لو لم يعلم بوجوده أصلاً.^(٢)

فإذا طبقنا هذه القواعد علي إتفاق التحكيم، نجد أن السلف إذا أبرم إتفاق تحكيم متعلق بحق من الحقوق التي إنتقلت للخلف، إنتزم الخلف بالإتفاق ولا يجوز له الإدعاء بأنه لم يكن طرفاً فيه. ولذلك قضت إحدي المحاكم الفرنسية^(٣) بأن " إتفاق التحكيم لا ينصرف أثره إلي المتعاقدين فحسب، وإنما يلتزم به أيضا الخلف العام والخاص للمتعاقد، ما لم ينص الإتفاق علي خلاف ذلك."

الخلافة أمر لا يقتصر علي الأشخاص الطبيعية فقط بل ينطبق كذلك علي الأشخاص المعنوية. فإنقضاء الشركة سواء بالإندماج أو بالضم أو بالإنقسام^(٤) يؤدي إلي نفس النتيجة وهي أن الشركة الجديدة تصبح خلفا عاما للشركة القديمة المندجة أو المنقسمة. وبالتالي تنصرف آثار العقود التي أبرمتها الشركة القديمة إلي الشركة أو الشركات الجديدة ومنها إتفاق

(1) طعن رقم ١٠٦ لسنة ٢٢ قضائية، الصادر بجلسة ١٢ فبراير ١٩٦٨ مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفني لمحكمة النقض، السنة التاسعة عشر، العدد الأول، مشار إليه في د/ باسمه لطفي دباس، المرجع السابق، ص ٤٧٢.

(2) د/ حسام الدين ناصف، المرجع السابق، ص ٢٢.

(3) Sentence rendue dans l'affaire no 2626 en 1977, J.D.I, 1978,P.980

د/ باسمه لطفي دباس، المرجع السابق، ص ٤٧٣.

(4) تعددت التعريفات المقدمة لتحديد المقصود بإندماج الشركات، ومنها تعريفه بأنه " عقد تضم بمقتضاه شركة أو أكثر إلي شركة أخرى، فتزول الشخصية المعنوية للأولي، وتنتقل أصولها وخصومها إلي الشركة الضامة". أما الإندماج فيعرف بأنه إندماج الشركة المالية لشركة من الشركات إلي قسمين أو أكثر، تقوم علي كل منها شركة جديدة. ويزول بعملية الإندماج الشخصية المعنوية للشركة المنقسمة، فتنتقل كل أصول وخصوم هذه الشركة إلي الشركات الناتجة عن الإندماج. أنظر د/ حسني المصري، إندماج الشركات وإندماجها، ط ١٩٨٦، ص ٣٥ وما بعدها.

التحكيم. وهذا ما أكده القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه، حيث قضي بأن "إدماج شركة في شركة أخرى يترتب عليه إنتقال شرط التحكيم من الشركة المندمجة إلى الشركة الداخلة".^(١) كما قضي بأن "الشركات السبع الناتجة عن إنقسام الشركة التي كانت طرفاً في الإتفاق المنصوص فيه علي شرط التحكيم يلتزم علي وجه التضامن بمقتضي الشرط".^(٢) ولم يختلف موقف كلا من القضاء الإنجليزي والأمريكي في هذا الصدد عن موقف القضاء المصري ونظيرة الفرنسي.

والتساؤل الآن إذا إنقضي الحق الموضوعي محل الخلافة بوفاة السلف سواء كان الإنقضاء راجعاً لنص في القانون أو لطبيعة العلاقة الأصلية أو لإتفاق الأطراف، هل يترتب علي هذا الإنقضاء زوال شرط التحكيم بالتبعية؟

والإجابة علي هذا السؤال تكمن في مبدأ إستقلال شرط التحكيم المنصوص عليه في مختلف النظم القانونية ومنها التشريع المصري، حيث تنص المادة (٢٣) من قانون التحكيم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ علي أنه "يعتبر شرط التحكيم إتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى. فلا يترتب علي بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر علي شرط التحكيم إذا كان هذا الأخير صحيحاً في ذاته. فيبقي شرط التحكيم في هذه الحالة منتجاً لأثاره علي أن يكون نطاقه قاصراً علي المنازعات المتعلقة بالعقد المنقضي أو ما قد يثيره هذا الإنقضاء من منازعات فقط".^(٣)

(1) Cour d'appel de Paris. 11 mars 1993. Rev.arb,1994. p.735. note: D.Cohen.

مشار إليه في د/ باسمة لطفي دباس، المرجع السابق، ص ٤٧٤

(2) Cour d'appel de Paris.29 mars 1991, Rev.arb, 1991,p.478. note: L.I dot.

مشار إليه في د/ باسمة لطفي، المرجع السابق، ص ٤٧٥

(3) أنظر د/ فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، د/ مصطفى الجمال ود/ عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية د/ سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة. السابق الإشارة إليهم.

الفرع الثاني

الخلف الخاص

الخلف الخاص بحسب الأصل يعتبر من الغير بالنسبة للعقد المبرم من قبل سلفه. فالخلف الخاص هو من يتلقي من سلفه ملكية شئ معين بالذات أو حقا عينيا علي هذا الشئ.^(١) إلا أن الخلف الخاص يصبح طرفا حكما في العقد الذي أبرمه سلفه إذا توافرت الشروط التي ينص عليها القانون، وهنا تنصرف آثار العقد للخلف بقوة القانون.

ولقد نص المشرع المصري في المادة ١٤٦ من التقنين المدني على أنه " إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشئ أنتقل بعد ذلك إلي خلف خاص، فإن هذه الإلتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشئ، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت إنتقال الشئ إليه"

وطبقا لهذا النص فإن إنتقال آثار العقد من السلف إلي الخلف الخاص تقتضي توافر الآتي:

أولاً: أن تكون الحقوق والإلتزامات الناشئة عن العقد من مستلزمات الشئ الذي أنتقل إلي الخلف. تكون الحقوق الناجمة عن العقد من مستلزماته إذا كانت مكملة للشئ، لأنها في هذه الحالة تعتبر من توابعه والتابع ينتقل مع الأصل. في حين تعتبر الإلتزامات من مستلزمات الشئ إذا كانت محددة له لأن السلف لا يستطيع أن ينقل إلي خلفه أكثر مما يملك.^(٢)

ثانياً: أن يكون الخلف الخاص عالما بهذه الحقوق والإلتزامات عند إنتقال الشئ إليه، وهذا ما يقتضي أن يكون العقد قد تم أبرامه ورتب آثاره قبل إنتقال الشئ للخلف. وهذا شرط منطقي خاصة فيما يتعلق بالإلتزامات فلا يجوز إلزام شخص بشئ دون أن يكون عالما به. والعلم المطلوب هنا هو العلم اليقيني وليس مجرد إستطاعة العلم بالعقد.

(1) والشئ الذي يتلقاه الخلف كما يمكن أن يكون حقا عينيا وهو الوضع الغالب، قد يكون حقا شخصيا أيضا. د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٥٤٦.

(2) د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٥٤٩.

فإذا كان العقد الذي أبرمه السلف قد تضمن شرط تحكيم فهل يعني مجرد انتقال العقد الأصلي للخلف إلتزامه بشرط التحكيم المتعلق به؟ ذهب جانب من الفقه - بحق - إلى أن مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم لا يشترط التحقق من وجود قبول خاص من جانب الخلف بنقل شرط التحكيم، بجانب القبول العام بنقل العقد الأصلي ككل. وذلك إعمالاً لقاعدة أن الفرع يتبع الأصل، وأن شرط التحكيم يعتبر من لوازم العقد المنقول، فقد خلق كعنصر فيه مما يجعلهما مندمجين في مجموع عقدي واحد يسمح بهذه التبعية وبالتالي الإنتقال.^(١)

ومما لا شك فيه أن إنتقال إتفاق التحكيم يتطلب توافر الشروط الواجب توافرها لإنتقال العقد إلي الخلف الخاص. فلا بد أن يكون إتفاق التحكيم من مستلزمات العقد الأصلي أي أن يكون من توابع العقد الأصلي أو محمداً له، ومما لا شك فيه أن إتفاق التحكيم من توابع هذا العقد. فإتفاق التحكيم يخدم العقد الأصلي بتحديد شكل الحماية الإجرائية المتوفرة للحق الموضوعي محله، بإعتباره عقداً إجرائياً يحدد الإجراءات الواجب إتباعها للفصل في النزاع المتولد عن الحق الموضوعي محل العقد الأصلي. وكذلك فقد ذهب القضاء الفرنسي إلي التأكيد علي أن "إتفاق التحكيم لا يمكن فصله عن إقتصاديات العقد".^(٢)

كما يجب لإنتقال إتفاق التحكيم للخلف الخاص أن يكون عالماً به.^(٣) فإذا جاء الإتفاق في صورة شرط تحكيم، أي بند من بنود العقد الأصلي فلا شك أن الخلف الخاص علي علم به. أما إذا كان في صورة مشاركة، أي في صورة إتفاق مستقل لاحق علي نشأة النزاع، فلا بد من إثبات علم الخلف الخاص به، كأن يكون مرفقاً بالعقد الأصلي أو علي الأقل تمت

(1) د/ حسام الدين ناصف، المرجع السابق، ص ٨٧

(2) حكم إستئناف باريس في ١٩٨٨/١/٢٨ وازد لدى د/ حسام الدين ناصف، المرجع السابق، ص ١٤. ويرى بعض الفقه بحق أن شرط التحكيم هو تابع ضروري للإلتزام الأصلي، وأحد أوصاف الحق المنقول.

(3) ولا يفوتنا التأكيد على أن العلم المطلوب في هذا الشأن هو العلم اليقيني وليس مجرد إستطاعة العلم.

الإحالة إليه، وإلا كان من حق الخلف التمسك بعدم إنتقال الإتفاق إليه. وما لا شك فيه أن الفقه والقضاء في مصر مستقران علي أن الشخص لا يمكن أن ينقل إلي خلفه أكثر مما يملك. فإذا كان حقه موصوفاً أو مشروطاً أنتقل إلي خلفه محملاً بهذه الأوصاف. كذلك فإنه من القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية أن الرضا بالشئ رضا بما يتولد عنه، فمن إتجهت إرادته إلي الرضا بعقد معين رضي بشماره وتوابعه ومنها الشروط الواردة فيه. وكذلك فإن من القواعد الفقهية المستقر عليها قاعدة الغرم بالغرم، والهدف من هذه القاعدة تحميل الفرد واجبات وأعباء تتناسب مع ما يأخذه من الميزات والحقوق، بحيث تتعادل كفتا الميزان في الواجبات والحقوق، فلا تثقل إحداها على حساب الأخرى.^(١) فموجب هذه القاعدة أن من ينال نفع شيء، يجب أن يتحمل ضرره أو إلتزاماته. فالتكاليف المتعلقة بشيء ما، تكون على من يستفيد منه شرعاً.^(٢)

ومن مجمل هذه المبادئ ودون حاجة للإستعانة بشروط أخرى بإمكاننا القول أن الخلف الخاص أياً كان وضعه يجب أن يلتزم بشروط السلف الخاصة بالعقد الذي إنتقل إليه ومنها بالطبع شرط التحكيم.

ولقد جسد النظام القانوني الإنجليزي كل هذه القواعد في مبدأ بسيط ومرن هو مبدأ " المنفعة المشروطة" أو "تحليل المنفعة المشروطة" "Conditional Benefit Analysis". وجوهر هذا المبدأ أن الشخص لا يستطيع أن ينقل لغيره حقوقاً أكثر مما يملك، بالتالي فإن كل من تلقي من غيره حقاً أو منفعة مقيدة بشرط معين كان ملتزماً بهذا الشرط، فلا يستطيع الحصول على حقه دون التقيد به. فالخلف الخاص بإعتباره قد تلقي عن غيره (سلفه) حقاً متعلقاً بشئ معين، يلتزم بالشروط التي إتفق عليها السلف مع الغير ومنها شرط التحكيم.

(١) م / أحمد المبيض، موقع بوابة فلسطين القانونية، مكتبة المبادئ والمصطلحات القانونية.

(٢) أ / محمد بن صالح حمدي، مقال بعنوان الغرم بالغرم والخراج بالضمان، كلية العلوم الإسلامية. [www. Google/scholar.com](http://www.Google/scholar.com)

ويقترَب من مبدأ المنفعة المشروطة في النظام القانوني المصري نظام الدعوي غير المباشرة الذي يعطي للدائن سلطة مباشرة حقوق مدينه قبل الغير "مدين المدين" نيابة عنه، عندما يهمل المدين في إستخدامها تمكينا للدائنين من المحافظة علي الضمان العام. والدائن عندما يختار إستعمال الدعوي غير المباشرة إنما يستخدم حقوق المدين بإعتباره نائبا عنه، ولذلك فهو يلتزم في إستعمال هذه الحقوق بما يلتزم به المدين ذاته. فإذا كان المدين ملتزم بإتفاق تحكيم بشأن هذه الحقوق، إلزم الدائن بمقتضي هذا الإتفاق بتحريك الدعوي أمام هيئة التحكيم علي النحو المتفق عليه.

ونري أن كلا من القانونين الإنجليزي والمصري قد وصلا إلي نفس النتيجة المتمثلة في إلزام من يستعمل حق غيره لتحقيق مصالحه بذات الشروط والتوابع التي يلتزم بها الأخير ومنها إتفاق التحكيم. إلا أن الوسيلة التي إستخدامها كل من القانونين مختلفة حيث نجد أن المشرع الإنجليزي قد جعل ممن يستعمل حق غيره طرفا في إتفاق التحكيم بموجب المادة ٢/٨٢ من قانون التحكيم ١٩٩٦. بينما أبقاه المشرع المصري من الغير بالنسبة لإتفاق التحكيم فهو نائب عن المدين في المطالبة بحقه. ولعل السبب في إختلاف الوسيلة بين النظامين هو إختلاف الغاية من وراء كل منهما. ففي الوقت الذي تهدف فيه الدعوي غير المباشرة إلي تمكين الدائن من الحفاظ علي الضمان العام، يهدف مبدأ المنفعة المشروطة لمنع الغير من الإستفادة من الحقوق والمزايا التي يوفرها عقد لم يكن طرفا فيه دون التحمل بالقيود أو الإلتزامات الناجمة عن هذا العقد تحقيقا للعدالة.

وتتعدد صور إنتقال العقود من السلف إلي الخلف ما بين حوالة حق أودين أو التنازل عن العقد، كما قد يأخذ إنتقال العقد للخلف صورة الحلول.

أولاً: حوالة الحق

حوالة الحق هي إتفاق بمقتضاه ينقل الدائن ما له من حق قبل المدين إلي شخص آخر يصبح دائئا بدلا منه. وبطبيعة الحال يسمى الدائن الأصلي

محيلا، والدائن الجديد محالا له، والمدين محالا عليه.^(١) وحوالة الحق تنفذ في مواجهة المحال عليه بمجرد إعلانه بها دون حاجة للحصول علي موافقته.

ينص المشرع المصري في المادة ٣٠٧ مدني علي أن " تشمل حوالة الحق ضماناته كالكفالة والإمтиاز والرهن"، كما ينص في المادة ٣١٢ علي أنه " للمدين أن يتمسك قبل المحال له بكل الدفع التي كان له أن يتمسك بها قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة في حقه". وطبقا لهذه النصوص إذا قام الدائن بحوالة حقه في عقد من العقود وكان العقد متضمنا شرط تحكيم، فإن المحال له يلتزم بإتفاق التحكيم الوارد في العقد كما لو كان طرفا أصيلا في العقد بإعتباره من توابع الحق الذي أنتقل إليه.

ويظل المدين المحال عليه ملتزما بإتفاق التحكيم في مواجهة المحال إليه لأن حوالة الحق لا تنشئ إلتزاما جديدا في ذمة المدين، فمركزه القانوني لا يمكن أن يتغير لتغير الدائن. ذلك ما لم يكن إتفاق التحكيم قائما علي الإعتبار الشخصي، أي شخصية الأطراف محل إعتبار عند أبرام إتفاق التحكيم، في هذه الحالة لا يلتزم المحال عليه بشرط التحكيم في مواجهة المحال إليه. ويكون الإتفاق قائما علي الإعتبار الشخصي إذا تم النص علي ذلك صراحة في العقد أو تبين ذلك من ظروف القضية.^(٢)

وهذا ما إنتهت إليه محكمة إستئناف القاهرة. ففي إحدي القضايا المتعلقة بإحدي شركات السيارات والتي كانت قد أبرمت عقدي توزيع مع شركة وتضمن كلا العقدين شرط تحكيم. أحالت شركة التوزيع إلي أحد البنوك حقها في إستلام بعض السيارات وقبلت شركة السيارات الحوالات كتابة ودون شرط أو تحفظ. وعند نشوب النزاع أقام البنك دعواه أمام محكمة جنوب القاهرة التي قضت برفض الدعوي.

وعندما رفع الأمر لمحكمة الإستئناف أيدت الحكم وقضت بأن " حوالة

(1) د/ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص ٢٥٣.

(2) د/ نبيل إبراهيم سعد، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص ٢٧٣.

الحق لا تنشئ إلتزاماً جديداً في ذمة المدين وإنما تنقل الإلتزام الثابت أصلاً في ذمته إلي دائن آخر ليس طرفاً في العلاقة الأصلية مصدر الحق المحال به، إلا أن الدائن الجديد يعد خلفاً خاصاً للدائن الأصلي. وإعمالاً للقاعدة التي تقضي بأن الشخص لا يملك أن ينقل إلي غيره أكثر مما كان له، فإن الحق الذي ينقله السلف إلي الخلف ينقله بالحالة التي كان السلف قد تلقاه عليها. كما أن حوالة الحق في ذاتها. أثراً ناقلاً حيث ينتقل الحق إلي المحال إليه بجميع أوصافه وتوابعه والدفوع التي تحميه، وتلك التي تنقله. والحوالة من ثم. تؤدي بالضرورة إلي إنتقال شرط التحكيم بإعتباره من توابع الحق الذي أنتقل إلي المحال إليه^(١). وهذا ما إستقر عليه الوضع أيضاً في القضاء الفرنسي، فقد جري قضاء محكمة إستئناف باريس علي إمتداد إتفاق التحكيم إلي المحال إليه^(٢).

ولقد إنتهت محكمة الإستئناف الإنجليزية إلي ذات النتيجة لكنها إعتمدت علي أساس آخر هو تحليل المنفعة المشروطة وذلك في قضية (Voest Alpine)^(٣). فإنتهت إلي أن الحق الذي أكتسبه المحال إليه بموجب الحوالة هو حق موصوف أو مشروط بإتفاق التحكيم فلا ينتقل إلي الغير إلا محملاً بشروطه، التي تعد إلتزاماً علي المحال إليه لا بد أن يتقيد به فلا يصل إلي حقه دون الإلتزام بهذا الشرط. على أنه يشترط أن يكون المحال له في مطالبته بالحق معتمداً علي العقد المتضمن شرط التحكيم. وهذا الحكم لا يقتصر علي حوالة الحق الناجم عن العقد فقط بل كذلك الحوالة التي تتم للسبب في الدعوي. وعلي ذلك إذا قام المحال إليه برفع دعوي

(1) حكم محكمة الإستئناف الصادر من الدائرة ٧ تجاري بتاريخ ٢٠٠٢/٤/٩ في إستئنافين رقمي ١٢٩٤، ٢٠٣٧ لسنة ١١٧ ق.ت القاهرة. مشار إليه في د/ فحفي والي، المرجع السابق، ص ١٦٥.

(2) د/ حسام الدين ناصف، المرجع السابق، ص ١٠٥.

(3) {1997} 2 Lloyd's re p.279, 285- 286. David Joseph Q.C, "Jurisdiction and Arbitration Agreement and Their Enforcement", First edition, 2005, London Sweet & Maxwell p.183.

متعلقة بالحق المحال إليه أمام القضاء العادي، كان للمحال عليه أن يطلب من المحكمة إصدار أمرا بوقف نظر الدعوي. وجدير بالذكر أنه إذا كان المحال إليه ليس بحسب الأصل طرفا في إتفاق التحكيم المبرم بين المحيل والمحال عليه، إلا أن المشرع الإنجليزي قد اعتبره طرفا بحكم القانون وذلك حين نص في المادة ٨٢ من قانون التحكيم علي أنه "عندما يشير هذا الفصل إلى طرف في إتفاق التحكيم فإن الإشارة تشمل أي شخص يطالب بحقوق من خلال أطراف العقد".^(١)

أما علي الصعيد الدولي فقد قضي في إحدي الأحكام القضائية بأن "الشرط التحكيمي المدرج في عقد دولي له صحته وفاعليته الخاصة التي تفرض إمتداد تطبيقه علي الطرف الذي تنتقل إليه ولو جزئياً. حقوق المتعاقدين الأصليين. وبعبارة أخرى فإن المحال إليه في عقد والذي يستفيد من الحقوق المحال أو المتنازل عنها لا يمكنه التهرب من الشرط المدرج في العقد المحال أو المتنازل عنه، ولا يتطلب قبولا خاصا من جانبه. وعلي العكس من ذلك يكون الشرط الصريح ضروريا لإستبعاد إتفاق التحكيم".^(٢)

والخلاصة: أن كلا من المحال إليه والمحال عليه يلتزم بلا جدال بإتفاق التحكيم المتعلق بالعقد المحال دون حاجة لقبول خاص بالإتفاق، والذي أبرم أصلا بين المحيل والمحال عليه.

ثانياً: حوالة الدين

حوالة الدين هي إتفاق ينتقل بموجبه عبء الدين بجميع مقوماته من المدين الأصلي إلي شخص آخر، وتنعقد إما بموجب إتفاق بين الدائن

(1) Section 82/2 of the Arbitration Act 1996 stipulats that "References in this Part to a party to an arbitration agreement include any person claiming under or through a party to the agreement."

(2) حكم محكمة الإستئناف في الطعن المقدم في الدعويين رقم ٧٥٩ لسنة ١٩٩٩ ت.ك، ورقم ٦٥١ لسنة ١٩٩٩، مشار إليه في د/ فتحي والي، التحكيم المرجع السابق، ص ١٦٦.

والمحال عليه أو بإتفاق بين المدين والمحال عليه. وحوالة الدين لا تنفذ في مواجهة الدائن إلا إذا قبلها، لأن شخصية المدين محل إعتبار لدي الدائن، فالمدينون يتفاوتون في يسارهم وفي مدى إلتزامهم بالوفاء بديونهم. والسؤال هل يلتزم المحال عليه بإتفاق التحكيم الذي كان يحكم العلاقة الأصلية بين الدائن و المدين الأصلي؟

إن الإجابة علي هذا السؤال تتوقف علي ما إذا كنا بصدد حوالة دين أبرمت بين الدائن والمحال عليه أم أنها أبرمت بين المدين وهذا الأخير. فإذا كانت الحوالة قد أبرمت من قبل الدائن فإن الفقه يجمع علي أن الإتفاق إذا كان واردا في سند الدين أو مشارا إليه في السند، فإن كلا من المحال عليه والدائن يلتزم بإتفاق التحكيم. حيث ينتقل إتفاق التحكيم للمحال عليه باعتباره من توابع أو مستلزمات الإلتزام المنقول، ذلك ما لم ينص الإتفاق بينهما علي غير ذلك. أما إذا كانت الحوالة قد أبرمت بواسطة المدين، فإن جانبا من الفقه يرى أن المحال عليه لا يلتزم بإتفاق التحكيم إلا إذا نص إتفاق الحوالة علي ذلك، فيما يرى جانب آخر أنه يكفي حتي يلتزم المحال عليه بإتفاق التحكيم أن يكون واردا في سند الدين أو مشارا إليه فيه تطبيقا للقواعد العامة في الخلافة. أما فيما يتعلق بالدائن فإنه لا يلتزم بإتفاق التحكيم، في هذه الحالة، قبل المدين الجديد إلا إذا أقر الحوالة، حيث يعتبر الدائن بهذا الإقرار قد قبل الإيجاب الجديد بالتحكيم الموجه له من المدين الجديد.^(١)

ثالثاً: التنازل عن العقد

التنازل عن العقد هو إتفاق بين المتنازل والمتنازل إليه يحل بمقتضاه الأخير محل الأول في العقد المتنازل عنه في كلا الجانبين الإيجابي "الحقوق" والسلبى "الإلتزامات" للعقد.^(٢) وعلي الرغم من كثرة الحالات التي يتم فيها التنازل عن العقود في الواقع العملي، نجد أغلب القوانين لم تحدد

(1) د/ مصطفى الجمال، د/ عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص ٤٧.

(2) د/ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزامات، المرجع السابق، ص ٢٩٧.

القواعد المنظمة له ، كالتشريع المصري ونظيره الفرنسي. والتنازل يؤدي بحسب الأصل إلي تبرئة ذمة المتنازل نهائيا وفي هذه الحالة ينتقل العقد برمته بما في ذلك شرط التحكيم الوارد فيه للمتنازل إليه. علي أنه في بعض الأحيان قد لا يترتب علي التنازل هذا الأثر فيظل المتنازل ملتزما بالعقد جنباً إلي جنب مع المتنازل إليه.

والتنازل يرد علي العقود الملزمة لجانب واحد والملزمة لجانبين علي السواء. فإذا كان العقد ملزماً لجانب واحد خضع التنازل لقواعد حوالة الحق أو حوالة الدين بحسب ما إذا كان التنازل من جانب الدائن أم المدين في العقد. أما إذا كان العقد ملزماً لجانبين ، فإن التنازل يخضع إتفق عليه الأطراف ، فإذا لم يوجد هذا الإتفاق خضعت للقواعد العامة التي تحكم حوالة الحق وحوالة الدين معا لأن التنازل عن العقد يتضمن حوالة الحقوق والإلتزامات الناجمة عنه. ونتيجة لذلك فإن إتفاق التحكيم الوارد في العقد المتنازل عنه يلزم المحال إليه إذا توافرت شروط حوالة الحق وحوالة الدين معا.

والمحاكم الفرنسية مستقرة علي أن حوالة الحقوق والإلتزامات الناتجة عن العقد تتضمن حوالة لشرط التحكيم الوارد به ، بإعتباره أحد بنود هذا العقد ، ما لم يتفق الأطراف علي خلاف ذلك أو كان العقد قائماً علي الإعتبار الشخصي. ومن ثم يلتزم المحال إليه بشرط التحكيم فلا يمكنه التنصل منه ، كما يلتزم المحال عليه بالشرط في مواجهته لأنه في الأصل قد أرتضي هذا الشرط فيفترض رضاه به في مواجهة المحال إليه. ولتبرير ذلك إستندت المحاكم الفرنسية إلى العديد من المبررات منها الصفة التبعية لهذا الشرط أو الإرادة المفترضة لأطراف الحوالة أو إستناداً لتفسير إرادة الأطراف. بل إن محكمة النقض الفرنسية ، إستجابة لسياسة تدعيم إتفاق التحكيم الدولي والتوسع في تفسيره التي يتبناها النظام القانوني الفرنسي ، قد ذهبت لأبعد من ذلك حيث إستقر قضاؤها علي أنه فيما يتعلق بالمنازعات الدولية فإن شرط التحكيم ينتقل بالحوالة مع العقد الأصلي

بصرف النظر عن صحة حوالة الحق الموضوعي ذاته.^(١) وهو الأمر الذي لا يمكن، في نظرنا، تقبله لما فيه من مخالفة للمنطق حيث لا يجوز إجبار المحال إليه في هذه الحالة علي اللجوء للتحكيم والإلتزام به علي الرغم من أنه لم يتلق أي منفعة من العقد في المقابل حيث أن الحوالة لا تنتج في حقه أي أثر إيجابي، فلا يلزم كذلك بالتنازل عن حقه في اللجوء لقاضية الطبيعي.

ومن جهة أخرى، لم يتضمن القانون الإنجليزي نصاً صريحاً يحكم مسألة الحوالة سواء كانت حوالة حق أم دين أم حوالة عقد بأكمله، إلا أنه نص صراحة علي أن وجود شرط التحكيم في عقد من العقود لا يجعله غير قابل للحوالة وترك المسألة بعد ذلك للقضاة الذي إستقر بدوره علي أن حوالة العقد الذي يتضمن شرط التحكيم يترتب عليها إلتزام كلا من المحال عليه والمحال إليه بهذا الشرط، ما لم يرد إتفاق علي خلاف ذلك.^(٢)

رابعاً: الحلول

إذا قام أحد الأشخاص بالوفاء بالدين بدلا من الدائن، فإنه يحل محل الدائن في علاقته بالمدين. هذا ما تنص عليه التشريعات المختلفة ومن ذلك ما ينص عليه المشرع المصري في القانون المدني في المادة (٣٢٩) علي أنه " من حل قانوناً أو إتفاقاً محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص، وما يلحقه من توابع، وما يكفله من تأمينات، وما يرد عليه من دفع، ويكون هذا الحل بالقدر الذي أداءه من ماله من حل محل الدائن".

فالوفي للدائن يتقل إليه الحق بكل توابعه وضمائنه وما يكفله من تأمينات ودفع. فإذا كان الدائن قد أبرم إتفاق تحكيم متعلق بهذا الحق، فإن إلتزام

(1) Jean-Francois Poudert & Sebastien Besson, "Comparative Law of International Arbitration", 2nd edition, p.246, para.284.

(2) Jean-Francois Poudert & Sebastien Besson, "Comparative Law of International Arbitration", 2nd edition, p.249, para.28.

الدائن الحال بهذا الإتفاق يتوقف علي نوع الدعوي التي يرجع بها الدائن علي المدين. فإذا كان الرجوع بدعوي الحلول فإن الدائن الجديد يلتزم بإتفاق التحكيم لأنه في رجوعه يستند إلي الحق الذي آل إليه من الدائن الأصلي فيلتزم بتوابعه ومنها إتفاق التحكيم، وذلك طبعاً شريطة أن يكون عالماً به وقت إنتقال الحق إليه. أما إذا كان الرجوع بالدعوي الشخصية فإن الدائن لا يلتزم بإتفاق التحكيم لأن رجوعه في هذه الحالة يكون بحقه الشخصي، كما لا يمكن التمسك به من قبل المدين في مواجهته.

وجدير بالذكر أن القضاء الإنجليزي قد تعرض لهذه المسألة بخصوص عقد التأمين. حيث قضى بأن شركة التأمين بقيامها بإلتزامها بدفع التعويض تكون قد حلت، بقوة القانون، محل المؤمن عليه في علاقته بالطرف الآخر في العقد، وبالتالي فإن شركة التأمين تلتزم بإتفاق التحكيم الوارد في العقد الأصلي ولا يمكنها الحصول علي حقها في حال النزاع إلا عن طريق اللجوء للتحكيم⁽¹⁾. وهذا أيضاً ما إستقر عليه الوضع في الأحكام القضائية الفرنسية في شأن عقد التأمين.

وبعد أن بينا من هو الغير في إتفاق التحكيم من خلال عرضنا لمفهوم الطرف في هذا الإتفاق، ننتقل للفصل الثاني من هذا البحث حيث نعرض لأثر إتفاق التحكيم في مواجهة هذا الغير.

الفصل الثاني

الغير وأثار إتفاق التحكيم

تمهيد:

رأينا أن المنظور الذي ينظر به للعقد هو الذي يحدد الملتزمين بآثاره. فالعقود بإعتبارها تصرفات قانونية لا ترتب آثارها إلا في مواجهة الأطراف وحدهم، فالأثر الملزم للعقد أو قوته الملزمة قاصرة على أطرافه طبقاً لمبدأ

(1) The Padre Island No 1{1984} 2 Lloyd's Rep.408 (leggatt j.) p.189. David Joseph Q.C, "Jurisdiction and Arbitration Agreement and Their Enforcement", First edition, 2005, London Sweet & Maxwell p.183.

نسبية العقود. والهدف من قصر القوة الملزمة للعقد علي أطرافه هو حماية المصلحة الخاصة للغير الذي لم يرتض هذا العقد ومراعاة حرته وإستقلاله. إلا أن العقود أو التصرفات القانونية كما تؤثر فى المراكز القانونية لأصحابها فإنها تؤثر فى المجتمع ككل. ومن هنا فإن العقد ينظر إليه أيضا باعتباراه واقعة إجتماعية وقانونية يجوز للغير الإحتجاج بها، كما يجوز للأطراف الإحتجاج بها فى مواجهته وهو ما يعرف بمبدأ نفاذ العقد أو مبدأ السريان. والمقصود من تقرير هذا المبدأ من ناحية حماية المصالح الخاصة للأطراف والغير على السواء، فالأطراف نتيجة لنفاذ عقدهم ملتزمون بإحترام ما قررته إرادتهم وبالتالي تمكينهم من تحقيق الأهداف التي قصدوها كل منهم من العقد، كما يمنح الغير إمكانية الإحتجاج بالعقد بما يحقق مصالحه. كما يهدف من ناحية أخرى إلي حماية مصالح المجتمع ككل من خلال تحقيق العدالة وإستقرار المعاملات داخل المجتمع.

بالتالي فإن الحد الفاصل بين نطاق تطبيق الأثر الملزم للعقود ونطاق سريانها هو فكرة الحماية أو الغرض منها، فإذا كان محل الحماية هي المصلحة الخاصة للغير كنا بصدد تطبيق الأثر الملزم للعقد، أما إذا كان محلها هو مصالح الأطراف والغير معا وبالتالي مصلحة المجتمع ككل بالتبعية كنا بصدد نطاق السريان.

وسريان العقد فى مواجهة الغير إما أن يتم بوصفه واقعة إجتماعية أو بوصفه واقعة قانونية. فإذا كان نفاذ العقد فى مواجهة الغير يتم بوصفه واقعة إجتماعية كان للغير الإحتجاج به بوصفه مصدرا للمعلومات أو كوسيلة للإثبات دون أن يكتسب الغير من العقد أي حقوق أو يتحمل بأي إلتزامات. ونفاذ العقد بهذا الشكل يتم فى مواجهة كل طوائف الغير أي سواء كان الغير حقيقيا أي لا تربطه صلة أو علاقة مباشرة بالعقد أو أطرافه أو كان الغير وهميا أي له مصلحة أو تربطه علاقة بأحد أطراف العقد. أما إذا كان نفاذ العقد يتم بوصفه واقعة قانونية فإن الوقائع القانونية يرتب عليها القانون آثارا قانونية بصرف النظر عما إذا كانت الإرادة قد إتجهت لذلك من عدمه، بخلاف التصرف القانوني الذى يتطلب إتجاه الإرادة إلي

إحداث الأثر القانوني.^(١) و نفاذ العقد بهذه الصفة يحمل الغير إلزاماً بإحترام عقود الآخرين و عدم التدخل فيها تدخلا يكون شأنه الإخلال بالإشترطات التي تتضمنها هذه العقود و هذا واجب عام يقع على الكافة، كما قد يكسبه حقا.

على أن العقود بإعتبارها و قائع قانونية كما تؤثر فى المراكز القانونية لأصحابها فإنها تؤثر فى المجتمع ككل بما فى ذلك الأغير. فإذا كان الغير تجمعه بأحد الأطراف أو كلاهما مصلحة أو رابطة قانونية، و حاول هذا الغير تحصيل فائدة أو منفعة مباشرة من العقد المبرم بين الأطراف و جب عليه الإلتزام بتلك العقود أو ببعض شروطها بحسب مقدار المنفعة التي تعود عليه.

و يتضح من ذلك أن كل ما عدا الأطراف يعتبر غيرا بالنسبة للأثر الملزم للعقد و شخصا من أشخاص السريان. إلا أن المصالح التي تجمع الغير بالأطراف و حصوله علي منافع مباشرة من العقد يقتضي من ناحية مد آثار هذا العقد إليه فتقل دائرة الغير و يضيق مفهومه، بما يعني زيادة النطاق الشخصي للأثر الملزم للعقد. كما يقتضي من ناحية أخرى وضع قيود بالنسبة للسريان فيصبح هناك أغير لا يسرى عليهم العقد.

و بما لا شك فيه أن هذه القواعد تنطبق على إتفاق التحكيم شأنه شأن سائر العقود و بالتالي يمكن القول بأن إتفاق التحكيم يلزم الغير كلما إتسع النطاق الشخصي للأثر الملزم للعقد الأصلي الذي يتضمنه بإعتباره أحد بنود هذا العقد.

ونرى أن موقف الفقه والقضاء فى الولايات المتحدة الأمريكية جدير بالعرض والدراسة. فالنظام القانوني هناك يدعم التوسع فى تطبيق إتفاق التحكيم دوليا كان أو داخليا. فعلى الرغم من تسليم كل من الفقه والقضاء الأمريكيين بأن إتفاق التحكيم هو عقد بين طرفين يقوم على إتجاه الإرادة للإرتباط به بما يعني عدم وجود تحكيم طالما لا يوجد إتفاق بين

(1) د/ عاطف محمد كامل فخري، المرجع السابق، ص ١٢.

الطرفين ، إلا أن ذلك لم يحل دون السماح للغير بإجبار الأطراف تحت ظروف معينة علي اللجوء للتحكيم. بل ذهب القضاء هناك إلي أكثر من ذلك حيث ألزم الغير باللجوء للتحكيم في حالات معينة تحقيقا للعدالة ولمنع التلاعب أو الغش لإلحاق الضرر بالآخرين سواء من جانب أحد الأطراف أو الغير.

ويقدم التحكيم في الولايات المتحدة الأمريكية للأطراف ميزه كبيرة لا يحصل عليها الأطراف في الأنظمة القانونية الأخرى وهى قلة التكاليف. فالقضاء في العديد من النظم القانونية كالمصري والفرنسي والإنجليزي مجاني مما يجعل اللجوء إليه أقل تكلفة من اللجوء للتحكيم. وعلي العكس فإن القضاء في الولايات المتحدة مدفوع الأجر مما يحمل الخصوم تكاليف باهظة تجعلهم يجمعون عن اللجوء للقضاء مفضلين المثول أمام هيئات التحكيم. وفي إعتقادنا أن هذا الوضع هو أحد أسباب توسع الفقه والقضاء الأمريكيين في تفسير وتطبيق إتفاق التحكيم علي الصعيد الداخلي.

علي أننا سنلاحظ من خلال الدراسة أن صياغة شرط التحكيم من ناحية ، والظروف والوقائع المتعلقة بكل دعوي من الدعاوي من ناحية أخرى ، قد تؤثر وبشدة بل يكون لها في بعض الأحيان الكلمة الأخيرة في تقرير مدي إلتزام الغير أو الطرف باللجوء للتحكيم.

ونعرض لما توصلنا إليه بشأن هذه المسألة علي النحو التالي :

المبحث الأول: الوضع في فقه وقضاء الولايات المتحدة الأمريكية.

الفرع الأول: إجبار الطرف علي الخضوع للتحكيم من قبل الغير.

الفرع الثاني: إجبار الغير علي الخضوع للتحكيم من قبل الطرف.

المبحث الثاني: الوضع في النظام القانوني المصري.

الفرع الأول: حالات يجوز فيها للغير التمسك بإتفاق التحكيم.

الفرع الثاني: حالات يجبر فيها الغير علي الخضوع للتحكيم.

المبحث الثالث: تحليل الوضع في كل من النظامين.

المبحث الأول

الوضع في الفقه والقضاء الأمريكيين

إتفاق التحكيم في النظام القانوني الأمريكي لا يخرج عن كونه عقدا تحكمه إرادة الأطراف الذين إتفقوا عليه. والنتيجة المترتبة علي ذلك بطبيعة الحال أن إرادة الأطراف أو نيتهم هي الفيصل في تحديد من هم الأشخاص الملزمون باللجوء للتحكيم ومن هم الأشخاص الذين يمكنهم طلب تنفيذ هذا الإتفاق. إلا أن قانون التحكيم الفيدرالي قد نص علي أنه " بمقتضي القانون الفيدرالي ، فإن أي شكوك تتعلق بنطاق المسائل القابلة للتحكيم يجب أن تفسر لصالح التحكيم ، سواء تعلق الشك أو الخلاف بصياغة العقد نفسه أو بالإدعاء بفسخ العقد أو التأخير في التنفيذ أو أي دفع آخر ضد اللجوء للتحكيم".⁽¹⁾ وأمام هذا النص الصريح إتجهت المحاكم الأمريكية إلي تفسير كل غموض يشوب تكوين إتفاق التحكيم أو صياغة بنوده لصالح نفاذ إتفاق التحكيم. من ذلك ما قضت به محكمة إستئناف الولايات المتحدة الأمريكية في دائرتها الثانية بأنه " لتحديد مدي قابلية النزاع للتحكيم ، تحتاج المحكمة فقط أن تقرر ما إذا كان هناك تفسير لإتفاق الأطراف يسمح بإمتداد الإتفاق ليغطي مثل تلك المنازعات أم لا."⁽²⁾ وفي عبارات أكثر وضوحا في دلالتها علي مدي حرص القضاء الأمريكي علي

(1) The FAA establishes that " as a matter of federal law, any doubts concerning the scope of arbitrable issues should be resolved in favor of arbitration, whether the problem at hand is the construction of the contract language itself or an allegation of waiver, delay or a like defense to arbitrability." Quoting Moses H.Cone Mem'I Hop.v.Mercury Constr.Corp., 460 US. 1,25-25 103 S.Ct. 927, 74 L.Ed.2d 765 (1983).

(2) In re Chung,943 F2d225,230(2d Cir. 1991). Mentioned in Anthony M.DiLeo's article" the enforceability of arbitration agreements by and against nonsignatories", " the journal of American arbitration", volume 2, Issue 1,2003, p 35.

تفعيل إتفاق التحكيم والتأكيد علي وجوب الإلتزام به قضت إحدي المحاكم الأمريكية بأن " طلب اللجوء للتحكيم بصدد نزاع معين لا يجوز رفضه ، إلا إذا أمكن القول علي نحو مؤكد أن شرط التحكيم غير قابل للتفسير علي نحو يجعله شاملا لهذا النزاع." (١)

علي أن هذا التوسع في تطبيق إتفاق التحكيم وفي تفسيره محكوم في نهاية الأمر بكون إتفاق التحكيم في الأصل عقدا ، وبالتالي فإن تفسيره يجب أن يكون محكوما بالقواعد العامة التي تحكم العقود بصفة عامة. وبما يعني أن علي المحكمة عند تفسير إتفاق التحكيم عليها الرجوع للقواعد العامة التي تحكم العقود في قانون الولاية الواجب التطبيق أو القانون الفيدرالي بحسب الأحوال.

ومن هنا يتضح أنه يجب علي المحكمة عندما يقدم إليها طلب اللجوء للتحكيم التأكد من أمرين في غاية الأهمية الأول : ما إذا كان يوجد إتفاق علي التحكيم ، والثاني : نطاق هذا الإتفاق. والفصل في هذه المسائل يتم بالرجوع للقواعد العامة التي تحكم العقد وكذلك القواعد التي تحكم الوكالة. وبالرجوع لهذه القواعد إستقرت العديد من المحاكم الأمريكية علي أن الإلتزام بالخضوع للتحكيم لا يقتصر علي الشخص الذي وقع بنفسه علي إتفاق التحكيم فحسب ، بل إن الغير الذي لم يوقع علي هذا الإتفاق يمكنه أن يجبر أيا من الطرفين علي تنفيذ إلتزامه باللجوء للتحكيم ، كما يمكن ، من ناحية أخرى ، لأي من الطرفين إلزام الغير بالخضوع للتحكيم إذا كان هذا الغير قد إشتراك في تنفيذ العقد الأصلي الذي يتضمن إتفاق التحكيم.

بل إن المحاكم الأمريكية ذهبت إلي أبعد من ذلك فقضت في العديد من

-
- (1) **United Steel Workers of Am v. Warrior & Gulf Navigation Co.**, 363 U.S. 574, 582-82 (1960), Mentioned in **Anthony M. DiLeo's article " the enforceability of arbitration agreements by and against nonsignatories"**, " the journal of American arbitration", volume 2, Issue 1, 2003, p 35.

الأحكام بالزام كل من الموقعين علي إتفاق التحكيم وغير الموقعين عليه باللجوء للتحكيم علي السواء وذلك في حالة قيام علاقة خاصة أو مميزة بين كل منهما مثل علاقة المدين والدائن أو علاقة الزوجية أو الضمان أو علاقة رب العمل بالموظف أو العامل "علاقة تبعية".^(١)

فلقد إستقرت العديد من المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية علي إلزام الغير بشرط التحكيم إستناداً إلى وجود علاقة خاصة تجمع هذا الغير وأحد المتعاقدين. ومن ذلك ما قضت به محكمة لويزيانا من إلزام أحد الموظفين باللجوء للتحكيم بصدد منازعة نشأت بينه وبين إحدي شركات السمسة إستناداً علي أن رئيس مجلس إدارة الشركة التي يعمل بها هذا الموظف والعضو المنتدب قد أبرما إتفاق تحكيم مع تلك الشركة، وذلك علي الرغم من أن كلا من رئيس مجلس الإدارة والعضو المنتدب كانا قد تجاوزا نطاق إختصاصهما.^(٢) وفي سوابق أخرى أعطت المحاكم الأمريكية للغير الحق في إجبار الطرف الموقع علي إتفاق التحكيم علي الإلتزام به والخضوع للتحكيم حيث قضى بالزام المدعي صاحب حق الإمتياز، الطرف الموقع علي إتفاق التحكيم، باللجوء للتحكيم للفصل في المنازعات التي قامت بينه وبين كل من الشركة المانحة للإمتياز الموقعة علي الإتفاق، ومدير أحد القطاعات والذي لم يصدر منه أي قبول بإتفاق التحكيم ولم يوقع عليه.^(٣)

وتمد المحاكم الأمريكية إتفاق التحكيم للغير إستناداً لرابطة الزوجية التي تجمع بينه وبين أحد المتعاقدين. حيث تؤسس المحاكم هناك إلتزام أحد الزوجين بإتفاق التحكيم الذي أبرمه الزوج الآخر علي فكرة الذمة

- (1) Anthony M.DiLeo's article " the enforceability of arbitration agreements by and against non-signatories", " the journal of American arbitration", volume 2, Issue 1,2003, p 35.
- (2) Eureka Homestead Society v. Howward. Weil , Labouisse, Frederichs, Inc., No.94-0452, 1994.
- (3) Rushe v. NMTC, Inc., No. 01-3440,2002 WL 575706, at*.

الزوجية المشتركة بين كلا الزوجين. وهذه الفكرة لا نظير لها في نظامنا القانوني لأن الشريعة الإسلامية، باعتبارها المصدر الأساسي للتشريع، لا تعرف الذمة المالية المشتركة للزوجين حيث يظل كل منهما متمتعاً بذمة مالية مستقلة عن الآخر طوال مدة العلاقة الزوجية. وهي فكرة لا مجال لإعمالها بوجه عام في النظم القانونية المستمدة من الشريعة الإسلامية.

ويشترط لإلزام الزوج غير الموقع علي إتفاق التحكيم بالخضوع له أن يكون الزوج الآخر قد أبرم إتفاق التحكيم بإعتباره ممثلاً للعلاقة الزوجية أو الذمة الزوجية المشتركة وليس بصفته الشخصية.^(١) وأن يستند الغير في سعيه للحصول علي حقه إلي العقد الذي يتضمن إتفاق التحكيم.

وتطبيقاً لذلك رفضت محكمة إستئناف لويزيانا في إحدي الدعاوي إحالة المنازعة للتحكيم إعمالاً لإتفاق التحكيم الذي أبرمته الزوجة مع المستشفى، حيث إستندت المحكمة في رفضها طلب الإحالة إلي أن الزوجة قد أبرمت الإتفاق بصفتها الشخصية، وأن الزوج عند طلب التعويض إستند إلى المسؤولية التقصيرية الناجمة عن خطأ المستشفى والأطباء فيها وليس علي أساس المسؤولية العقدية، أي أن الزوج لا يستند في دعواه علي العقد المتضمن شرط التحكيم.^(٢)

وعلي العكس من ذلك ألزمت ذات المحكمة في دعوي أخري الزوجة غير الموقعة علي الإتفاق علي الخضوع للتحكيم تنفيذاً لشرط التحكيم الوارد في عقد البيع الذي أبرمه زوجها. حيث إستندت المحكمة في هذا الحكم علي أن الزوج عند إبرامه للعقد، المتضمن لشرط التحكيم، كان ممثلاً عن الذمة الزوجية المشتركة. كما أن الزوجة في مطالبتها كانت مستندة

(1) Anthony M.DiLeo's article " the enforceability of arbitration agreements by and against non-signatories", "the journal of American arbitration", volume 2, Issue 1,2003, p 67.

(2) Ciaccio v. Cazayoux, 519 So. 2d 799 - La: Court of Appeals, 1st Circuit 1987.

إلي فائدة مستمدة من العقد المتضمن شرط التحكيم.^(١) حيث خلصت المحكمة إلي أن العقد، في هذه الحالة، قد أبرم نيابة عن الزوج الآخر غير الموقع، كما أن العقد قد أبرم لمصلحة الطرف غير الموقع "الزوجة" مباشرة، مما يوجب عليها الإلتزام بإتفاق التحكيم.

ومن الجدير بالذكر في هذا المقام أن إجبار الأطراف علي الخضوع للتحكيم من قبل الغير أو إلزام الأخير بالخضوع للتحكيم يتوقف في الغالب علي وقائع وظروف كل حالة. كما أن صياغة الشرط أو الإتفاق ذاته لها تأثير كبير علي نطاق تطبيقه، فقد تأتي الصياغة من العمومية والإتساع بحيث يمكن القول بأنه يخضع للتحكيم منازعات أو أطراف قد لا يكون أطراف الإتفاق قد فطنوا إليه.

الفرع الأول

إجبار الطرف علي الخضوع للتحكيم من قبل الغير

أرست محكمة إستئناف الولايات المتحدة الأمريكية الدائرة الخامسة في حكم شهير لها في قضية "جريجسون"^(٢) مبدأ هاماً والذي سارت عليه مختلف المحاكم الأمريكية. ومؤدي هذا المبدأ أن الغير المدعي عليه الذي لم يوقع علي إتفاق التحكيم بإمكانه أن يجبر المدعي، الطرف الموقع علي الإتفاق، علي اللجوء للتحكيم إستناداً علي فكرة "السلوك المانع من إثبات العكس"^(٣) وذلك إذا ثبت توافر الشرطين التاليين أو أحدهما علي الأقل وهما أولاً: أن يكون الطرف الموقع علي الإتفاق "المدعي" في مطالبته أمام القضاء ضد الغير مستنداً إلي العقد المكتوب الذي يتضمن شرط التحكيم. ثانياً: إذا كان المدعي في مطالبته يستند إلي إدعاءات قائمة على مخالفة أو خطأ مشترك بين كل من الغير الذي لم يوقع علي الإتفاق

(1) Shroyer v. Foster, 814 So. 2d 83 - La: Court of Appeals, 1st Circuit 2002.

(2) Grigson v. Creative Artists Agency, L.I.C., 210 F.3d 524, 527 (5th Cir.2000).

(3) علي أن البعض قد فضل إطلاق لفظ الدعاوي المتشابكة أو المرتبطة علي هذا المبدأ.

وواحد أو أكثر من الأطراف الأخرى في العقد الأصلي.

ولقد أوضحت المحكمة أن أساس إنطباق هذه المبدأ في أي حالة من الحالات هي فكرة تحقيق العدالة، وهي فكرة بطبيعتها قائمة علي معيار شخصي. كما أكدت علي أن المبدأ ينطبق بشكل أكثر فاعلية كلما توافر الشرطان معا، وإنطباقه يتوقف أيضاً علي ظروف ووقائع كل دعوي علي حده.⁽¹⁾

وتتلخص وقائع الدعوي في أن جريجسون، المدعي الموقع علي الإتفاق، ادعي أن المدعي عليه الذي لم يوقع علي الإتفاق، وهو الممثل الأمريكي ماتثيو ماكو نهاي ووكيله شركة كريفت أرتست قد تدخلتا في العقد المبرم بين جريجسون وشركة تريستار بكتشر للتوزيع والمتعلق بأحد الأفلام المملوكة للمدعي، وذلك بقصد الإضرار به. حيث ادعي جريجسون أن المدعي عليه قد ضغط علي شركة التوزيع بغرض تقليص المبيعات مما أضر بلا شك بالمدعي. فدفع المدعي عليه بوجود شرط التحكيم الوارد في عقد التوزيع، وطالب بإحالة الدعوي للتحكيم.

وبقيام المحكمة بتطبيق المبدأ السابق علي وقائع الدعوي إنتهت إلي أن دعوي المدعي تستند إلي عقد التوزيع المتضمن شرط تحكيم، كما أن دعوي المدعي تقوم علي إدعاء مؤسس علي خطأ مشترك من الغير والطرف الأخر في العقد بقصد الإضرار به، بما يعني إنطباق المبدأ بكلا شرطيه علي الدعوي، ومن ثم قضت بقبول الطلب وإحالة الخصوم للتحكيم.

ولقد إستندت العديد من المحاكم الفيدرالية كمحاكم تكساس ولوزيانا وميسيسيبي، وكذلك محاكم الولايات المختلفة علي هذا المبدأ لتمكين الغير من إجبار الطرف علي الخضوع للتحكيم وذلك إذا توافر أحد الشرطين

(1) Anthony M.DiLeo's article " the enforceability of arbitration agreements by and against nonsignatories", " the journal of American arbitration", volume 2, Issue 1,2003, p 35.

السابقين.^(١)

ونشير أخيرا إلي ما قضت به محكمة إحدى الولايات من أن صياغة إتفاق التحكيم من الإتساع بحيث يشمل ليس فقط العلاقة بين الأطراف ولكن أيضا العلاقة بين أيهما والغير الذي لم يوقع في الأساس علي إتفاق التحكيم ولم يكن طرفا فيه، وما ينتج عن ذلك من منازعات، مما يخول الغير الحق في إلزام ذلك الطرف باللجوء للتحكيم. ومن هنا يتضح الدور الذي تلعبه الصياغة في تحديد النطاق الشخصي والموضوعي لإنتطابق إتفاق التحكيم.^(٢)

الفرع الثاني

إجبار الغير علي الخضوع للتحكيم من قبل الأطراف

كما سبق أن ذكرنا فإن التساؤل المتعلق بمدى إمكانية إلزام الغير بالخضوع لإتفاق تحكيم لم يوقع عليه ولم يكن طرفا فيه، يجد إجابته بالرجوع للقواعد العامة التي تحكم العقد والوكالة في القانون الأمريكي سواء كانت هذه القواعد مستمدة من القانون الفيدرالي أم من قانون إحدى الولايات بحسب القانون الواجب التطبيق علي العقد محل البحث. وبالرجوع إلي تلك القواعد إستقر جانب من الفقه والقضاء الأمريكي علي أن أبرز الحالات التي يلتزم فيها الغير بإتفاق التحكيم الذي لم يوقع عليه، تحقيقا للعدالة ولتبع هذا الغير من التواطؤ مع أي من الأطراف للإضرار بالطرف الأخر، هي الحالات الخمس التالية الإندماج بالإحالة والإفتراس والوكالة وفضح الإستار وأخيرا السلوك المانع من إدعاء او

- (1) Anthony M.DiLeo's article "the enforceability of arbitration agreements by and against nonsignatories", " the journal of American arbitration", volume 2, Issue 1,2003, p 35.
- (2) Anthony M.DiLeo's article "the enforceability of arbitration agreements by and against nonsignatories", " the journal of American arbitration", volume 2, Issue 1,2003, p 35.

إثبات العكس. علي أن جانباً آخر من الفقه قد رأي إضافة حالتين آخرين هما الخلافة في المصالح والطرف الثالث المستفيد. ومن خلال الدراسة سنلاحظ أنه في بعض هذه الحالات، مثل حالة الإندماج بالإحالة والخلافة في المصالح، أن من إعتبره الفقه أو القضاء الأمريكي غيراً ليس كذلك في النظام القانوني المصري والفرنسي بل إنه يعتبر طرفاً لو حكماً، وتبرير ذلك يرجع إلي أن الفقه والقضاء هناك فضل أن يستخدم في هذا الصدد لفظ "nonsignatory" أي الشخص الغير موقع علي العقد بدلا من لفظ "party third" والتي تعني الغير في القانون الأمريكي.

علي أننا قبل أن نعرض لكل حالة من هذه الحالات ننوه إلي أنه بالنظر لأن بعضاً من هذه الحالات لا يوجد من المصطلحات في النظام القانوني المصري ما يقابلها لذلك فإننا قد حاولنا إستخدام ما رأينا بإجتهدنا أنه أنسب المصطلحات للتعبير عن تلك الحالات وذلك علي النحو التالي :

أولاً: الإندماج بالإحالة "Incorporation by Reference"

مبدأ الإندماج بالإحالة مؤداه أنه في الحالة التي يأتي فيها العقد الأصلي خالياً من شرط التحكيم إلا أنه يحيل إلي عقد أو إتفاق آخر مستقل يتضمن هذا الشرط، سواء كان هذا الإتفاق بين ذات الأطراف أو بين أحدهما والغير، فإن الأطراف يلتزمون باللجوء للتحكيم تنفيذاً لهذا الشرط. هذا المبدأ الذي إستقر عليه القضاء الأمريكي ليس مبدأ جديداً أو غريباً علي النظام القانوني المصري. فكما رأينا فإن مختلف النظم القانونية مستقرة علي إن الإحالة بهذا الشكل تجعل الشخص طرفاً وليس غيراً في الإتفاق.

إلا أن الجديد في هذا الصدد هو الكيفية التي طبقت بها المحاكم الأمريكية هذا المبدأ والنتائج التي توصلت إليها من وراء هذا التطبيق. فقد قضت محكمة لويزيانا الدائرة الشرقية في قضية "فيتورا"⁽¹⁾ بالزام الغير

(1) Ventura Maritime Co., Ltd. v. ADM Export Co., 44 F. Supp. 2d 804 - Dist. Court, ED. Louisiana.

باتفاق التحكيم المحال إليه في سند الشحن إستناداً لإشتراك الغير في تنفيذ العقد مع مرونة الصياغة التي تسمح بإمتداد الشرط ليشمل الدعاوى المقامة من هذا الغير. وتتلخص وقائع الدعوي في أن شركة "فينتورا ماريتيم" مالكة السفينة عند إستلامها لشحنة الحبوب من شركة "أدم شيننج" إكتشفت أن الشحنة مصابة بالحشرات فقامت بإبلاغ شركة "أدم" بذلك والتي أسرعت برش الشحنة بالمبيدات مما أدي للقضاء علي تلك الحشرات. أصرت الشركة الناقلة علي أن تضمن إيصال إستلام البضاعة بندا مفادة أن الحبوب المنقولة قد تم رشها بالمبيدات للقضاء علي الحشرات. وكان من شأن ذلك أن بوليصة الشحن صدرت هي الأخرى علي هذا الشكل مما أدي إلي إلحاق الأضرار بشركة "أدم شيننج" وشريكها "أدم إكسبورت" حيث وجدتا صعوبة في بيع الشحنة، كما أن ما ورد في البوليصة أثر علي سعرها عند البيع. رفعت شركة "أدم إكسبورت" دعوي أمام محكمة لوزينا مطالبة بالتعويض عما أصابها من ضرر خاصة وأن البضاعة عند تسليمها كانت نظيفة تماما وخالية من أي حشرات. في حين تمسكت شركة "فينتورا" باتفاق التحكيم الوارد في سند الشحن الذي وقعته مع شركة "أدم شيننج" وطالبت بإحالة الدعوي لهيئة التحكيم. فقضت المحكمة بأنه علي الرغم من أن السند قد تم إبرامه بين هاتين الشركتين دون شركة "أدم إكسبورت"، إلا أنه نظرا للدور الذي لعبته الشركة الأخيرة في خدمة العقد وتنفيذه وكذلك نظرا للصياغة المرنة لشرط التحكيم والتي تنص علي إنطباق علي كافة المنازعات التي تنشأ عن العقد،⁽¹⁾ فإن من شأن ذلك كله أن يلزم الغير، شركة "أدم إكسبورت"، بالخضوع للتحكيم. فالقضاء الأمريكي أعتبر من ضمن حالات الإندماج بالإحالة الحالات التي تكون فيها صياغة شرط التحكيم من المرونة بحيث تسمح بإمتداد الشرط للدعاوى المقامة من الغير، شريطة أشتراك الغير في تنفيذ العقد الأصلي.

(1) The arbitration clause stated that it "applies to all disputes arising out of this contract".

ثانياً: الافتراض "Assumption"

طبقاً لمبدأ الافتراض فإن الغير يلتزم بإتفاق التحكيم إذا كان فعله أو تصرفه ينم عن رضائه بإتفاق التحكيم، أو أنه إنخذ إجراءات تدل علي أنه يستفيد بشكل مباشر من تنفيذ إتفاق التحكيم.⁽¹⁾ فالغير لا يمكنه في هذه الحالة التنصل من الخضوع للتحكيم إذا أراد أحد الأطراف اللجوء إليه. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة إستئناف الولايات المتحدة الأمريكية الدائرة الثانية في قضية "جفودينوفيك"⁽²⁾ بأن الخصم علي الرغم أنه لم يوافق صراحة علي إتفاق التحكيم ولم يوقع عليه إلا أن ذلك لا يحول دون إلزامه بالخضوع للتحكيم لأن سلوكه يؤكد إنصراف نيته لحل النزاع عن طريق التحكيم.

و تلخص وقائع الدعوي في أن شركة الطيران المتحدة "يونيتد" عندما تملك أصول وخطوط شركة "بان أميركن" للطيران، تعهدت بأن تقوم بتوظيف ١٢٠٠ من موظفي الشركة المباعه، علي أن تحتسب شركة "بان أميركن" لكل موظف المدة التي قضاها في العمل بالشركة المباعه عند تحديد درجة الأقدمية. علي أن شركة "يونيتد" واجهتها مشكلة وهي كيفية تحديد درجة أقدمية هؤلاء الموظفين دون الإضرار بموظفيها هي. فقامت الشركة بإخطار الموظفين الجدد بأن تحديد هذه المسألة سيتم بواسطة اللجوء لمحكم يتم الإتفاق عليه وستكفل الشركة بنفقات التحكيم، فقام الموظفون بإختيار من يمثلهم أمام المحكم. إلا أنه بعد إصدار المحكم لحكمة طعن الموظفون علي الحكم أمام محكمة نيويورك مدعين بأنهم لم يرتضوا أو يوقعوا علي إتفاق التحكيم وأنهم ليسوا أطرافا في الإتفاق. رفضت المحكمة الطعن وأيدت قرار المحكم، فطعن الموظفون علي الحكم الأخير أمام

(1).Anthony M.DiLeo's article "the enforceability of arbitration agreements by and against nonsignatories", " the journal of American arbitration", volume 2, Issue 1,2003, p 35.

(2) Gvozdenovic v. United Air Lines, Inc., 933 F. 2d 1100 - Court of Appeals, 2nd.

محكمة إستئناف الولايات المتحدة والتي بدورها أيدت قرار محكمة نيويورك وقرار المحكم إستناداً إلي أن سلوك الموظفين المتمثل في إختيار من يمثلهم أمام هيئة التحكيم يدل بوضوح علي قبولهم الخضوع للتحكيم. والواقع أن هذا المبدأ منطقي تماماً ويتمشي مع المبدأ المستقر عليه في نظامنا القانوني المصري وهو حسن النية في تنفيذ الإلتزامات. حيث أنه لا يجوز للشخص، بعد أن يأتي من الأفعال ما يؤكد رضاه بالتحكيم ويجعل باقي الأطراف يركنون إلي ذلك ويشرعون في إجراءات التحكيم، أن يدعي بأنه لم يصدر منه قبولا صريحاً أو مكتوباً باللجوء للتحكيم، لما ينطوي عليه مثل هذا السلوك من غش وسوء نية واضحة من جانبه، ورغبة في الإضرار بالأطراف الأخرى بتحملهم أعباء السير في إجراءات سيتملص منها هو في آخر المطاف. وإذا كان مثل هذا السلوك لا يجوز من الشخص أثناء سير الإجراءات فإنه بلا أدني شك مرفوض بعد صدور الحكم حتي لا نفتح الباب أمام كل من تسول له نفسه التخلص من أحكام التحكيم الصادرة ضده إستناداً إلي مثل هذا الإدعاء.

ثالثاً: الوكالة "Agency"

الوكالة هي عقد بمقتضاه يؤدي الوكيل عملاً قانونياً لحساب الموكل، فأنث العقد الذي أبرمه الوكيل ينصرف مباشرة للأصيل أو الموكل. فالموكل وإن كان يباشر التصرف بإرادته ويوقع علي الإئتفاق إلا أنه لا يلتزم بشئ بحسب الأصل. وهذا ما إستقرت عليه المحاكم هناك حيث قضى بأنه " التحكيم ينشأ بكل تأكيد عن عقد، والوكيل غير مسئول بحسب الأصل عن خرق الأصيل لإلتزاماته التعاقدية".^(١) كما قضى بأنه " من القواعد المستقر عليها أن التوقيع علي إئتفاق التحكيم كوكيل لأصيل معلوم لا يكفي لإلزام الوكيل بالخضوع للتحكيم بخصوص الدعوي المرفوعة عليه شخصياً".^(٢)

(1) McCarthy v. Azure, 22F.3d 351,360(1st Cir.1994).

(2) Flink v. Carlson, 856 F.2d 44,46 (8th Cir. 1988).

إلا أن المحاكم الأمريكية إستقرت علي أن إتفاق التحكيم قد يمتد للغير الذي لم يوقع علي الإتفاق إذا كانت القواعد العامة التي تحكم الوكالة تسمح بذلك. وعليه فإذا كان السبب في رفع الدعوي هو سلوك الوكيل نفسه الذي إرتكبه أثناء تنفيذ الوكالة نيابة عن الأصيل، فإن المحاكم الأمريكية ألزمت الوكيل في هذه الحالة بالخضوع للتحكيم شأنه شأن الأصيل،^(١) وذلك تطبيقاً لمبدأ قديم مفاده "أن الوكيل مسئول عن أخطائه الشخصية".^(٢)

والوكالة في القانون الأمريكي، كما قد تأخذ صورة إتفاق شفوي أو مكتوب بين الوكيل والموكل، قد تأخذ صورة قيام أحد الأشخاص، دون وجود عقد وكالة أصلاً أو علي الأقل دون أن يكون العقد معلناً للغير المتعاقد، بإبرام تصرف قانوني معين لمصلحة شخص آخر ونيابة عنه، مع علم الأخير بذلك، مما حمل الغير المتعامل مع المتعاقد علي الإعتقاد بقيام عقد الوكالة بين الطرفين. ففي الحالة الأخيرة يلتزم الموكل بما أبرمه الوكيل من تصرفات قانونية ولا يستطيع التنصل منها بإدعاء أنه من الغير بالنسبة لهذا التصرف إستناداً لعدم وجود عقد الوكالة.

وبناء عليه إذا قامت إحدي الشركات بإبرام عقد يتضمن شرط تحكيم باعتبارها وكيله عن شركة أخرى، علي النحو السابق بيانه، فإن الأخيرة تلتزم بإتفاق التحكيم باعتبارها الطرف الأصيل حتي لو لم تكن موقعة عليه، شريطة أن يثبت الخصم أن الشركة الأولى قد أبرمت التصرف نيابة عن الشركة الثانية وأن هذه العلاقة هي السبب في الدعوي،^(٣) فلا يكفي مجرد إثبات وجود ترتيب مسبق بين الشركتين أو علاقة وكالة بينهما، بل يجب إثبات كلا الأمرين.

- (1) **Pritzker v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc.,** 7 F.3d 1110 (3d Cir.1993).
- (2) **Bradly v. Roosevelt S.S.Co.,**317 U.S. 575,580 (1943).
- (3) **Phoenix Canada Oil Co. v. Texaco, Inc.,** 842 F.2d 1466, 1477 (3d Cir.1988).

ومن جانبنا نرى أن ما إنتهت إليه المحاكم الأمريكية في هذا الصدد يجد ما يقابله في نظامنا القانوني المصري. ففي الوقت الذي إستقر فيه القضاء المصري علي خضوع إتفاق التحكيم للقواعد العامة في الوكالة. إنتهت محكمة النقض إلي أن " الغير المتعامل مع الوكيل يعتبر أجنبياً عن تلك العلاقة بين الوكيل والموكل - مما يوجب عليه فى الأصل أن يتحقق من صفة من يتعامل معه بالنيابة عن الأصيل ومن إنصراف أثر التعامل تبعاً لذلك إلى هذا الأخير. إلا أنه قد يغنيه عن ذلك أن يقع من الأصيل ما ينبىء فى ظاهر الأمر عن إنصراف إرادته إلى إنابته لسواه فى التعامل بإسمه كأن يقوم مظهر خارجى منسوب إليه يكون من شأنه أن يوهم الغير ويجعله معذوراً فى إعتقاده بأن ثمة وكالة قائمة بينهما، إذ يكون من حق الغير حسن النية فى هذه الحالة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يتمسك بإنصراف أثر التعامل - الذى أبرمه مع من إعتقد بحق أنه وكيل - إلى الأصيل لا على أساس وكالة حقيقية قائمة بينهما - وهى غير موجودة فى الواقع بل على أساس الوكالة الظاهرة ذلك لأن ما ينسب إلى الأصيل فى هذا الصدد يشكل فى جانبه صورة من صور الخطأ الذى من شأنه أن يخدع الغير حسن النية فى نيابة المتعامل معه عن ذلك الأصيل ويحمّله على التعاقد معه بهذه الصفة وهو ما يستوجب من ثم إلزام الأصيل بالتعويض عن هذا الخطأ من جانبه، ولما كان الأصل فى التعويض أن يكون عينياً. كلما كان ممكناً. فإن سبيله فى هذه الحالة يكون بجعل التصرف الذى أجراه الغير حسن النية نافذاً فى حق الأصيل - وإذ كان ذلك وكان مؤداه إنه يترتب على قيام الوكالة الظاهرة ما يترتب على قيام الوكالة الحقيقية من آثار فيما بين الموكل والغير، بحيث ينصرف إلى الموكل أثر التصرف الذى عقده وكيله الظاهر مع الغير^(١)

(١) الطعن رقم ٨٧٨ لسنة ٤٦ مكتب فنى ٣٠ صفحة رقم ٤١٢ بتاريخ ٢٩ - ١٢ - ١٩٧٩.

ومن جهة أخرى نجد محكمة النقض قد إستقرت علي أنه " إذ قارف الموكل خطأ من شأنه أن يحمل الغير حسن النية على الإعتقاد بأن الوكالة التى بناه عليها تعاقد الوكيل مع هذا الغير لا تزال سارية حتى أبرم الوكيل معه تصرفات تعدل العقد الذى سبق أن =

وبناء علي ذلك فإن القضاء المصري يعترف بأن الأصليل إذا تسبب بفعله في إيهام الغير بقيام علاقة الوكالة أو إستمرارها وجب عليه الإلتزام بما أبرمه الوكيل من عقود فلا يجوز له التهرب منها بعد ذلك ، وبتطبيق هذه القاعدة علي إتفاق التحكيم ، نجد أن الأصليل في هذه الحالة سيلتزم بالعقد الأصلي الذي أبرمه الوكيل فإذا كان العقد متضمنا لشرط تحكيم إلتزم به الأصليل بالتبعية لإلتزامه بالعقد الأصلي. وبذلك تنتهي إلي ذات الحكم الذي إستقرت عليه المحاكم الأمريكية في هذا الخصوص.

بل إن محكمة النقض في بعض الأحيان قد ربت علي الوكالة المستترة ذات الأثر المترتب علي الوكالة السافرة وهو إنصراف أثر العقد إلي الأصليل وليس الوكيل وذلك دون حاجة لإثبات خطأ الأصليل أو سوء نيته.^(١)

رابعاً: السلوك المانع من إثبات العكس "Equitable Estoppel"

من أهم المبادئ أو النظريات التي إستند إليها القضاء الأمريكي لإلزام الغير بإتفاق التحكيم^(٢) هو نظرية الظاهر أو ما أطلقنا عليه مبدأ السلوك المانع من إثبات العكس. وهو مبدأ يشبه مبدأ الإفتراض السابق بيانه وإن إختلفا في مجال التطبيق، ففي حين يجد مبدأ الإفتراض مجالا أوسع للتطبيق في المرحلة التي يبدأ فيها السير في إجراءات التحكيم، يجد مبدأ السلوك المانع مجال تطبيقه الأساسي في مرحلة تنفيذ العقد المتضمن شرط التحكيم.

= أبرمه، فإن هذه التصرفات الأخيرة تنفذ في حق الموكل. الطعن رقم ٠٢٢٧ لسنة ٥٠ مكتب فني ٣٥ صفحة رقم ٤٢٣، بتاريخ ١٩٨٤/٠٢/٠٨. كما قضت محكمة النقض كذلك بأن" التصرفات الصادرة من صاحب المركز الظاهر المخالف للحقيقة إلى الغير حسن النية، يترتب عليها ما يترتب على التصرفات الصادرة من صاحب المركز الحقيقي متى كانت الشواهد المحطية بالمركز الظاهر من شأنها أن تولد الإعتقاد العام بمطابقة هذا المركز للحقيقة، ويحتاج بهذه التصرفات على صاحب المركز الحقيقي".

الطعن رقم ٣٥٤ لسنة ٤٤ ق، جلسة ٢١ - ١٢ - ١٩٨١.

(١) الطعن رقم ٢٤٦٦، ٢٤٣٧ لسنة ٥٥ ق في جلسة ١٩٩٣/٥/٣. منشور في مجلة نادي

القضاة العدد الأول، سنة ٢٧، يناير/يونية ١٩٩٤.

(٢) كما تستخدم المحاكم الأمريكية هذا المبدأ لتمكين الغير من الإلتزام الطرف بالخضوع للتحكيم في مواجهة الأول.

بمعني آخر فإن التمسك بمبدأ الإفتراض يكون أكثر فاعلية بعد إتخاذ إجراءات التحكيم والسير فيها من جانب الخصوم، بخلاف مبدأ السلوك المانع الذي يكون التمسك به أكثر فاعلية عند الإستناداً علي سلوك الغير عند إبرام وتنفيذ العقد الأصلي.

وتري محكمة إستئناف الولايات المتحدة أن أغلب الحالات التي يتم فيها التمسك بمبدأ السلوك المانع تتشابه مع الحالات التي يتم فيها التمسك بفكرة الإشتراط لمصلحة الغير، إلا أنه في حالة الإشتراط لمصلحة الغير تبحث المحكمة في إرادة الأطراف عند إبرام العقد بعكس حالة السلوك المانع حيث تبحث المحكمة في سلوك الأطراف عن تنفيذ العقد.⁽¹⁾

ومبدأ السلوك المانع من إثبات العكس هو أكثر المبادئ التي تلجأ إليها المحاكم الأمريكية لإعمال إتفاق التحكيم عند عدم إمكانية تطبيق مبدأ آخر، فمضمون هذا المبدأ واسع يسمح بإنطباقه علي نطاق كبير. ومؤدي مبدأ السلوك المانع أن كل من تعمد حمل غيره - بفعله أو قوله - علي توهم شئ ما أو الإعتقاد بصحته، مما دفع هذا الغير لترتيب أوضاعه علي نسق معين إستناداً لما توهمه، فلا يجوز للأول إدعاء عكس ما ثبت بأفعاله أو أقواله.⁽²⁾ وكما هو واضح فإن الهدف من تقرير هذا المبدأ هو تحقيق العدالة بحماية مصالح الغير حسن النية الذي وقع في غلط بسبب أفعال وتصرفات المتعامل معه. كما يهدف إلي منع التواطؤ والغش من قبل البعض لإقناع غيرهم بالدخول في معاملات معينة إستناداً إلي ما أعتقدوا خطأ بصحته.

علي أن إعمال مبدأ السلوك المانع يقتضي، علي ما إستقر عليه الوضع في القضاء الأمريكي، إثبات كلا من التصرف أو السلوك الذي دفع

(1) Anthony M.DiLeo's article "the enforceability of arbitration agreements by and against nonsignatories", " the journal of American arbitration", volume 2, Issue 1,2003, p 51.

(2) ولقد عرف الفقه الإسلامي هذا المبدأ وصاغه في قاعدة شرعية مفادها أن من سعي إلي نقض ما صدر من جهته فسعيه مردود عليه.

للإعتقاد بصحة الشيء، وأن الإعتقاد بصحته كان قائما علي ما يبرره، وكذلك أن إتخاذ موقف مغاير من شأنه الإضرار بمن رتب أوضاعه إعتقادا علي ذلك.^(١)

وإستناداً إلي ذلك قضت محكمة إستئناف لويزيانا بأنه مع التسليم بأن مبدأ السلوك المانع من شأنه إلزام من لم يوقع علي العقد باللجوء للتحكيم، إلا أنه بالنظر لأن الخصم المستند إلي هذا المبدأ لم يتمكن من إثبات أنه وفق أوضاعه إستنادا علي هذا التوهم أو أن إتخاذ موقف مخالف من شأنه الإضرار به، فلا يجوز إلزام الغير بإتفاق التحكيم في هذه الحالة.^(٢)

علي أن القضاء الأمريكي، فيما يتعلق بإتفاق التحكيم، عندما إستند إلي نظرية السلوك المانع من إثبات العكس لإلزام الغير الذي لم يوقع علي العقد بإتفاق التحكيم إشرط أن يكون الغير فيما يطالب به يعتمد علي العقد الذي يتضمن شرط التحكيم أو يسعي لإستغلال ذلك العقد بالحصول علي فائدة مباشرة منه، فليس من العدل أن يسعي شخص للحصول علي فائدة عقد ما عن طريق رفع الدعوي مطالباً بما أثبتته هذا العقد من حقوق، وفي نفس الوقت يتجنب ما يفرضه هذا العقد من واجبات وإلتزامات بالهروب من شرط التحكيم.^(٣) علي أنه لا يكفي في هذا الصدد الفائدة غير المباشرة التي يمكن أن تعود علي الغير من تنفيذ عقد ما بحكم علاقة تعاقدية أخرى تربطه بأحد الأطراف. وكذلك إشرط القضاء الأمريكي وجود علاقة قوية تربط بين الطرفين في الإتفاق والغير من ناحية، وبين المنازعات المعروضة علي التحكيم وتلك المعروضة علي القضاء من ناحية أخرى. كما إشرطت المحاكم هناك أن تكون المطالبات،

- (1) Wilkinson v. Wilkinson, 323 So.2d 120,126 (La.1935).
- (2) Lakeland Anesthesia v. CIGNA Healthcare of Louisiana, Inc., 812 So.2d 695,702 (La.Ct.App.2002).
- (3) BIRMINGHAM ASSOCIATES LTD. v. Abbott Laboratories, 547 F. Supp. 2d 295 - Dist. Court, SD New York 2008.

سواء المقدمة من الغير أو من الطرف ، مستندة أساسا علي العقد المتضمن شرط التحكيم ومرتبطة به علي نحولا يمكن معه الفصل بينهما .

وبالرجوع للأحكام القضائية الأمريكية نجد أنها مليئة بالتطبيقات لهذا المبدأ ومن ذلك علي سبيل المثال ما قضت به محكمة الإستئناف الأمريكية في قضية شركة "Deloitte"⁽¹⁾ حيث تتلخص وقائع هذه الدعوي في قيام شركة المحاسبة "Deloitte U.S." بالتعاون مع الشركات العالمية التابعة لها بإنشاء مؤسسة عالمية أطلق عليها "Deloitte, Haskins & Sells, International" أو "DHSI" والتي قررت بدورها الإندماج مع مؤسسة عالمية أخرى للمحاسبة المعروفة بإسم "International Touche Rose" وأخذ الإندماج شكل إندماج الشركات التابعة لكلا المؤسستين حول العالم. وبعد إعلان الإندماج علي هذا الشكل قام خلاف بين شركة الأصلية "DHSI" وشركة "UK_DHSI" حول الأحقية في إستخدام الإسم التجاري "Deloitte" وإنتهي الخلاف وديا بعقد إتفاق بين الأطراف علي أحقية كل الشركات التابعة للمؤسسة في إستخدام هذا الإسم وتضمن الإتفاق الأخير شرط تحكيم وتم إرسال الإتفاق المذكور إلي كل الشركات التابعة للمؤسسة للتعقيب عليه من الكافة ولم تبدي أيا من الشركات التابعة في الدول المختلفة أي اعتراض أو تحفظ. إلا أنه بعد عدة سنوات عندما فشلت المفاوضات بين شركة "DHSI" في النرويج وشركة "TRI" هناك والتي إندجت مع شركة أخرى ، قامت العديد من المنازعات بين الشركتين وكان من بينها منازعة متعلقة بحقها في إستخدام الإسم التجاري "Deloitte" إستناداً للإتفاق المبرم بين الشركتين سالف الذكر ، فقامت شركة "DHSI" في النرويج برفع دعوي قضائية أمام محكمة نيويورك لفض تلك المنازعات ، في حين تمسكت شركة "TRI" بشرط التحكيم الوارد في الإتفاق وطالبت بإحالة المنازعة للتحكيم. إلا أن شركة "DHSI" أدعت بأنها لم توقع علي هذا الإتفاق

(1) Deloitte Noraudit v. Deloitte Haskins & Sells, 9 F. 3d 1060 - Court of Appeals, 2nd (Cir. 1993).

وبالتالي فهي غير ملزمة به فلا يجوز إجبارها علي الخضوع للتحكيم. قبلت محكمة نيويورك الدفع ورفضت طلب الإحالة للتحكيم. إستنتف الحكم أمام محكمة إستئناف الولايات المتحدة الأمريكية والتي إنتهت إلي أنه وإن كان الأصل ألا يجبر الأطراف علي الخضوع للتحكيم طالما أنهم لم يرتضوه، إلا أن الأطراف مع ذلك قد يجبروا علي اللجوء للتحكيم إذا كانت القواعد العامة التي تحكم العقد والوكالة تسمح بإخضاعهم له رغم عدم توقيعهم عليه، وتوصلت من ذلك إلي أن الشركة المدعية بإستنادها علي الإتفاق المتضمن شرط التحكيم وسعيها إلي الإستفادة مما يتضمنه من حقوق قد أعريت عن قبولها لشرط التحكيم الرارد في العقد، وبالتالي فإن الشركة بالسلوك الذي إتخذته والمتمثل في مطالبتها بتنفيذ العقد وإعمال الحقوق الناتجة عنه، يمتنع عليها بعد ذلك التهرب من الخضوع لشرط التحكيم بإدعاء أنها لم توقع علي العقد.^(١)

علي أن المحاكم لم تضع معيارا جامدا أو قاعدة ثابتة تلتزم بها المحاكم عند تطبيق هذا المبدأ، فوقائع كل دعوي من الدعاوي هي التي تحدد ما إذا كان المبدأ قابل للتطبيق أم لا وللقاضي في ذلك سلطة تقديرية واسعة. فقد تتوافر بعض تلك الشروط دون البعض الأخر ومع ذلك تلزم المحكمة الغير بإتفاق التحكيم أو إجبار من كان طرفا في العقد بالخضوع للتحكيم في مواجهة الغير الذي لم يوقع علي إتفاق التحكيم.

ومن ذلك ما قضت به محكمة إستئناف الولايات المتحدة الأمريكية بأنه " يمتنع علي الموقع علي العقد تجنب الخضوع للتحكيم في مواجهة من لم يوقع علي العقد إذا كان ما يدعيه الأخير ويطلب بفض المنازعة القائمة حوله عن طريق التحكيم مرتبط بشكل لا يقبل التجزئة بالعقد المتضمن

(1) Anthony M.DiLeo's article "the enforceability of arbitration agreements by and against nonsignatories", " the journal of American arbitration", volume 2, Issue 1,2003, p 54.

شرط التحكيم والذي وقع عليه الأول^(١). حيث إكتفت المحكمة في هذه الحالة بتوافر شرط الإرتباط بين ما يطالب به المدعي وبين العقد المتضمن شرط التحكيم لإلزام المدعي "الغير" بالثول أمام هيئة التحكيم. وبالرجوع للقضاء المصري نجد أن محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها قضت بأن " مجرد كون أحد أطراف خصومة التحكيم شركة ضمن شركات تساهم شركة أم في رأس مالها لا يعد دليلا علي إلتزام الأخيرة بالعقود التي تبرمها الأولي المشتعلة على شرط تحكيم ما لم يثبت أنها تدخلت في تنفيذها أو تسببت في وقوع خلط لدي الملتزم به علي نحو تختلط إرادتها مع إرادة الشركة الأخرى".^(٢) وكما هو واضح من هذا الحكم فإن محكمة النقض المصرية قد رأأت كما رأي القضاء الأمريكي أن الشركة الأم بتدخلها في تنفيذ أحد العقود التي تبرمها شركة التابعة لها أو بقيامها بخطأها بحمل الغير المتعامل مع الشركة التابعة علي الإعتقاد بأن الأولي طرف في العقد فإنها تتحمل نتيجة تصرفاتها وتلتزم بشرط التحكيم المنصوص عليه في العقد المبرم من قبل الشركة التابعة، فمحكمة النقض المصرية قد توصلت إلي ذات النتيجة التي توصلت لها المحاكم الأمريكية ولكن دون إعتتماد المبدأ الذي إعتدته المحاكم في الولايات المتحدة أو يمكن القول دون تسميتها لهذا المبدأ كما فعلت الأخيرة.

خامساً: فضح الإستتار "alter ego/veil piercing"

مبدأ فضح الإستتار أو ما يمكن أن نطلق عليه مبدأ التبعية، هو مبدأ إستقرت عليه المحاكم الأمريكية تحقيقاً للعدالة، ومنعا للغش والإحتيال الذي قد يعتمد إليه أصحاب الشركات أو الشركات الأم ذاتها للتهرب من إلتزاماتها الناجمة عن العقود التي تبرمها الشركات التابعة لها. وتمثل هذه الفكرة في وجود شركة أو شخص معنوي يديره أو يسيطر عليه شخص طبيعي أو إعتباري آخر ويستخدمه كما لو كان من ممتلكاته الشخصية أو

(1) Thomson-CSF, SA v. American Arbitration Ass'n, 64 F. 3d 773.

(2) نقض تجاري ٢٢ يونيو ٢٠٠٤ في الطعن ٤٧٢٩ و ٤٧٣٠ لسنة ٧٢ ق.

الخاصة، فيتجاهل القضاء الأمريكي الشخصية المعنوية المستقلة لتلك الشركة، ويزيل الستار عن الطرف الحقيقي ألا وهو الشخص الذي يدير تلك الشركة، ويتعامل معه علي أنه هو صاحب الشأن المسئول عن الإلتزامات والتعويضات الخاصة بعقود تلك الشركة.^(١) ولقد إستند القضاء الأمريكي إلي هذا المبدأ حتي لا يتستر أصحاب الشركات أو الشركة الأم خلف الشخصية القانونية المستقلة التي تتمتع بها الشركة المنشأة أو الشركة التابعة فتشارك في إبرام عقود الشركة التابعة التي تعقدتها مع الغير لتستفيد من هذه العقود وتحصل علي ما تتضمنه من حقوق دون أن تلتزم بما ينتج عن هذه العقود من إلتزامات بإدعاء أن تلك الشركة تتمتع بشخصية معنوية مستقلة عنها كشركة أم، وبالتالي فهي شخص إعتباري قائم بذاته بحيث أن ما تبرمه من عقود لا يلزم غيرها من الشركات ولا حتي الشركة الأم. بل أكثر من ذلك فقد لا تعتد المحاكم بالشخصية المعنوية المستقلة للشركة التابعة إذا كانت الأخيرة مجرد أداة في يد أصحابها أو الشركة الأم تديرها وتحكم فيها وتستخدمها في إبرام ما تحتاجه من العقود وهو الأمر الذي يتضح مما قضت به إحدى المحاكم الأمريكية بأن "الإفتراض القانوني المتمثل في تمتع الشركات والمؤسسات بشخصية معنوية مستقلة قد يتم تجاهله عندما يتم تأسيس الشركة والتحكم فيها وإدارتها بإعتبارها مجرد أداة أو كيان تابع لمؤسسة أخرى".^(٢)

والمجال الأساسي الذي تطبق فيه المحاكم الأمريكية نظرية فضح الإستتار هي العقود التي تبرمها الشركات الأم والشركات التابعة لها، فحين يثبت للمحكمة أن الشركة الأم قد إستخدمت الشركة التابعة كأداة أو وسيط إستتري أو تخفت وراءه، مستغلة في ذلك الشخصية المعنوية المستقلة التي تتمتع بها الشركة التابعة لها، لإبرام عقود تحقق مصالحها وتقرر لها حقوقا فلا يجوز لها بعد ذلك التهرب من الإلتزامات الناجمة عن تلك العقود

(1) د/ عاطف الفقي، المرجع السابق، ص ٤٢.

(2) Tree Associates v. Doctor's Associates, Inc. 654 So.2d at 737.

بدعوي أنها لم تبرمه أو توقع عليها، أي بدعوي أنها من الغير بالنسبة لهذه العقود. وتطبيق نظرية فضح الإستتار أو التبعية تقتضي التأكد من قيام علاقة وكالة، وبالأخص وكالة ظاهرة، بين الشركة الأم والشركة التابعة أو بين الشركة ومالكها تسمح بإعتبار الشركة غير الموقعة ممثلة من قبل الشركة التابعة أو وكيل آخر.

ومن جانبها تطبق المحاكم نظرية فضح الإستتار حين يتبين لديها أن قوة العلاقة بين الشركتين تصل إلي حد تحكم وسيطرة الشركة الأم علي الشركة التابعة سيطرة تامة، بما يعني أن الشخصية المعنوية المستقلة التي تتمتع بها الشركة التابعة هي شخصية وهمية غير ذات قيمة من الناحية الواقعية، قصد من إضافتها علي الشركة التابعة الغش وإيهام الغير المتعامل معهما بذلك حتي تتمكن الشركة الأم من التهرب من إلتزاماتها. وكذلك حيث يثبت لديها أن تحقيق العدالة يقتضي إلتزام الشركة الأم بعقود الشركة التابعة أو أن إلتزام الشركة الأم بعقود الشركة التابعة من شأنه حماية الغير المتعامل معهما من الغش أو النصب. علي أن القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية لم يضع معايير محددة أو يحدد شروطا معينة يتعين توافرها للقول بأن الشركة الأم قد إستخدمت الشركة التابعة لها كأداة أو وكيل مستتر وبما يستوجب تطبيق نظرية فضح الإستتار، بل ترك الأمر لمحكمة الموضوع التي يقع علي عاتقها تقرير مدي إنطباق فكرة الإستتار علي ما يعرض عليها من دعاوي في كل حالة علي حده إستناداً علي ما هو ثابت لديها من وقائع. علي أن المحكمة قد تستشف هذا الإستتار من ظروف معينة كإستخدام كلا الشركتين لنفس الموظفين والمباني، وإختلاط الأموال والموارد المالية لكلا الشركتين بحيث يصعب الفصل بينها وتحديد نصيب كلا منهما، وكوحدة الحساب البنكي والدفاتر التجارية لكليهما، وكوحدة الإدارة بين الشركتين وغيرها أن كلا الشركتين قد فقدتا إستقلاليتهما وأنهما لا يتعاملان بإعتبارهما كيانان مستقلان عن بعضهما البعض، بل إن الشركة الأم هي المسيطرة والمهيمنة علي الشركة التابعة، وبالتالي فإن ما تبرمه الأخيرة من عقود يلزم الشركة الأم.

وتطبيقا لذلك قضي في إحدي القضايا التي عرضت علي محكمة لوزيانا أن المحكمة تعمد إلي خرق ستر الشركات أو إلي تطبيق نظرية الإستتار في حالتين: الأولى عندما تكون إحدي الشركتين يتم التحكم بها كلية من قبل الشركة الأخرى، والثانية حيث يكون أعمال هذه النظرية أو إثبات تبعية إحدهما للأخرى من شأنه منع الغش أو النصب. كما أكدت المحكمة علي أن الأساس في أعمال هذه النظرية هو إثبات أن الشركة الغير موقعة علي إتفاق التحكيم قد إستخدمت الشركة الموقعة علي الإتفاق كأداة أو وكيل أي إستخدمتها كوسيلة لتحقيق أغراضها ومصالحها وهو الأمر الذي تستخلصه المحكمة من العديد من العوامل كإتحاد رأس المال كلا الشركتين وإتحاد الحساب البنكي وغيرها.^(١)

وعلي العكس من ذلك، نجد محكمة إستئناف الولايات المتحدة الأمريكية في قضية "McCarthy v. Azure"^(٢) قد رفضت طلب الإحالة للتحكيم الذي تقدم به المدعي عليه إستنادا إلي أنه ليس طرفا في إتفاق التحكيم بإعتبار أنه وقع بإسم الشركة التي يمتلك أغلب أسهمها وليس بإسمه الشخصي. وتتلخص وقائع هذه الدعوي في أن "Walton W. McCarthy"، مخترع تكنولوجيا الملاجئ التي يتم إنشائها تحت الأرض، قد أسس شركة "T.H.E.T.A. Technologies, Inc. (Theta I)" لتصنيع الخزانات الأرضية والملاجئ والتي أمتلك خمسين بالمائة من أسهمها وقام بإدارتها بإعتباره الموظف الأول المسئول داخلها. وفي عام ١٩٨٩ دخل "McCarthy" في مفاوضات مع "Leo L. Azure" وذلك بغرض شراء شركة "Theta I" وبراءة إختراع التكنولوجيا التي إستحدثها "McCarthy"، وعلي إثر هذه المفاوضات

- (1) **Monumental Life Insurance Co. v. R.A.J Holdings, Inc.**, 1999 U.S. Dist. LEXIS 13035, at*2 (E.D. La. 1999).
- (2) **McCarthy v. Azure**, 22 F. 3d 351 - Court of Appeals, 1st Circuit 1994.

أسس " Azure " شركة جديدة أطلق عليها " Theta I I " لإستخدامها كوسيلة لإتمام عملية الشراء. وفي ديسمبر ١٩٨٩ تم إبرام عقد الشراء بين " McCarthy " وشركة " Theta I I " وآخرين، والذي وقع عليه " Azure " بصفته ممثلاً عن شركة " Theta I I " وليس بصفته الشخصية، وتضمن العقد شرط ينص علي إحالة المنازعات التي قد تنشأ عن العقد إلي التحكيم. كما تضمن ضمناً تعهداً من قبل " Azure " بتعيين " McCarthy " المدير التنفيذي للشركة علي أن خطاب التعيين لم يتضمن أي إتفاق علي التحكيم. وبعد مرور عدة سنوات إتخذ " Azure " قراره بإنهاء نشاط الشركة، فطالب المدير التنفيذي بإنهاء تعاقدات كل الموظفين في الشركة ثم قام بإنهاء تعاقد المدير التنفيذي " McCarthy " نفسه. رفع " McCarthy " دعوي قضائية ضد " Azure " وآخرين لما قام به الأخير من مخالفة للعقود المبرمة بينه وبين الأول، فدفع " Azure " بإتفاق التحكيم الوارد في عقد الشراء وطالب بإحالة النزاع للتحكيم متمسكاً بأنه في إبرامه لعقد الشراء كان تابعاً للشركة ومستتراً بها مما يعني أنه طرف في العقد ملزم بإتفاق التحكيم شأنه شأن الشركة التابع لها، فرفضت المحكمة الطلب وحكمت بإختصاصها بنظر الدعوي، مما دفع " Azure " لرفع الأمر لمحكمة إستئناف الولايات المتحدة طعننا علي الحكم الصادر برفض طلبه. فما كان من محكمة الإستئناف إلا أن رفضت الطعن وأكدت الحكم الصادر بالرفض من قبل المحكمة إستناداً علي أن الطاعن قد وقع إتفاق التحكيم المنصوص عليه في عقد الشراء بإعتباره ممثل الشركة الطرف في العقد وليس بصفته الشخصية مما يعني أنه لا يوجد مجال لإعمال نظرية الإستتار، وأن محاولة المدعي عليه أعمال هذه النظرية الغرض منه التخفي وراء الشخصية الإعتبارية للشركة وذلك للتهرب من المشول أمام الجهة القضائية المختصة. كما ذهبت المحكمة إلي أن نظرية أو فكرة الإستتار هي فكرة عادلة بطبيعتها أو تهدف لتحقيق العدالة ومساعدة الغير حسن النية المتضرر الذي إشتراك في التصرف دون أن يدرك حقيقة الأمر، حيث أكدت المحكمة علي أن " هذه الفكرة يمكن إعمالها فقط حيث تتطلب العدالة إتخاذ

ما يلزم لمساعدة الغير".^(١)

والجدير بالذكر أن نظرية الإستتار لا يقتصر تطبيقها علي العلاقة بين الشركة الأم والشركة التابعة لها، حيث عمدت محكمة الإستئناف الأمريكية إلي تطبيقها، كما ذكرنا من قبل، في الحالة التي يستغل فيها صاحب الشركة أو حملة أسهمها ما تتمتع به من شخصية معنوية مستقلة عنه فيتخفوا وراءها ويبرموا ما يشاءون من العقود التي تحقق مصالحهم فيستفيدوا منها وفي نفس الوقت يتهربوا من الإلتزامات الناجمة عنها بدعوي أنهم من الغير بالنسبة لهذه العقود، فظالما ساهم هؤلاء في خلق الستار الذي تخفوا وراءه فلا يجوز لهم الإفلات من عواقب التصرف. فحين رأت محكمة الإستئناف هناك أن الإختلاف ضئيل بين الشركة الأم والشركة التابعة وكذلك بين الشركة والمساهمين فيها، حيث أن موظفي الشركة هم أنفسهم المساهمون فيها، كما أنهم أعضاء مجلس الإدارة وأنهم المسيطرون تماما على نشاط الشركة بالكامل، قضت بأحقية المساهم، الذي لم يكن طرفا في إتفاق التحكيم ولم يوقع عليه، في التمسك بإتفاق التحكيم المبرم بين الشركة وأحد المساهمين.^(٢)

ومما يلفت الإنتباه كذلك ما قضت به محكمة الإستئناف الأمريكية في إحدى الدعاوي المقامة أمامها من أن للمحكمة أن تحيل الدعاوي المقامة من الطرف الموقع علي إتفاق التحكيم ضد كلا من الشركة الأم الغير موقعة علي الإتفاق للتحكيم والشركة التابعة لها عندما تكون الدعاوي المقامة ضد كلا الشركتين مستندة علي ذات الوقائع، وأن تلك الدعاوي مرتبطة ببعضها البعض إرتباطاً لا يقبل التجزئة.^(٣) وفي الوقت الذي إستقرت فيه محكمة الإستئناف الأمريكية علي هذا الحكم، نجد أن مسألة

(1) McCarthy v. Azure, 22 F. 3d 351 - Court of Appeals, 1st Circuit 1994. (internal quotations omitted).

(2) Long v. Silver, 248 F3d 309, 320(4th Cir.2001).

(3) JJ Ryan & Sons v. Rhone Poulenc Textile, SA, 863 F. 2d 315 - Court of appeals fourth circuit Nos. 87-1759, 87-1760 and 88-1501

مدي إمكانية إلزام الطرف الذي لم يوقع علي إتفاق التحكيم باللجوء إليه في الحالة التي يكون فيها موضوع النزاع غير قابل للتجزئة ما تزال محلا للخلاف في الفقه والقضاء المصري والفرنسي. حيث إنقسم الرأي في فرنسا إلي إتجاهين الأول: يذهب إلي إستبعاد شرط التحكيم في حالة الموضوع الغير قابل للتجزئة مما يعني إحالة كافة الأطراف أو الخصوم من وقع منهم علي إتفاق التحكيم ومن لم يوقع إلي القضاء العادي، أما الإتجاه الثاني: فيذهب إلي أنه لا يجوز محاكمة أطراف عقد التحكيم أمام القضاء العادي حتي ولو كان موضوع النزاع غير قابل للتجزئة.⁽¹⁾ في حين ذهب جانب من الفقه في مصر إلي القول بأنه في حالة الموضوع الذي لا يقبل التجزئة فإنه يجب رفع الدعوي ضد الجميع أمام قضاء الدولة ولو فرض وكان هناك إتفاق علي التحكيم، الأمر الذي يراه البعض مستحيلا في حالة الموضوع الغير قابل للتجزئة،⁽²⁾ بين المدعي وبعض المدعي عليهم. مستنديين في ذلك علي أنه لا يجوز قانونا السماح بتشتيت الموضوع الواحد الذي لا يقبل التجزئة بين أكثر من جهة، إذ الدعوي لا تقبل في هذه الحالة إلا إذا إختصم فيها جميع الأطراف. ومستنديين أيضا علي أنه لا يمكن القول برفع الدعوي بالنسبة للجميع أمام هيئة التحكيم بالنسبة لمن لم يكن طرفا في الإتفاق إذ في هذا إلزام لشخص بإتفاق التحكيم رغما عن إرادته ومد لشرط التحكيم لغير أطرافه. وإستندوا أخيرا علي أن إتفاق التحكيم بالنسبة للموضوع الغير قابل للتجزئة لا يكون صحيحاً إستندوا أخيرا علي أن إتفاق التحكيم بالنسبة للموضوع الغير قابل للتجزئة لا يكون صحيحا إلا إذا تم بين جميع أطراف هذا الموضوع.⁽³⁾

وبالإضافة لتلك الحالات الخمس يري جانب من الفقه الأمريكي أن

(1) د/ الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص ٩٠ وما بعدها.

(2) د/ أحمد محمد عبد البديع شتا، شرح قانون التحكيم، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٥، ص ١١٥.

(3) د/ عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم، مذكور لدي د/ فتحي والي، التحكيم المرجع السابق، ص ١٦٤.

الغير يلتزم بإتفاق التحكيم أيضا في حالة الإشتراط لمصلحة الغير وفي حالة الخلافة في المصالح وذلك علي النحو التالي:

الإشتراط لمصلحة الغير: "Third party beneficiary"

وكما هو الحال في القانون المصري فإن فكرة الإشتراط لمصلحة الغير أو ما يطلق عليه في القانون الأمريكي فكرة الغير أو الطرف الثالث المستفيد قد تؤدي هي الأخرى إلي إمتداد إتفاق التحكيم للغير الذي لم يوقع علي إتفاق التحكيم. والإشتراط لمصلحة الغير كما هو معروف هو تعاقد شخص بإسمه يسمي المشتراط مع شخص آخر يسمي المتعهد، بمقتضاه يرتب الطرفان لشخص ثالث يسمي المستفيد حقا أو منفعة معينة يحصل عليها مباشرة من العقد. وقد يؤدي الإشتراط لمصلحة الغير في القانون الأمريكي إلي إلزام الغير المستفيد بإتفاق التحكيم إذا توافرت عدة شروط الأول أن تكون إرادة الأطراف قد إتجهت إلي منح الغير منفعة أو حقا مباشرا من العقد، مع وجوب أن تكون هذه الإرادة واضحة في العقد كتابة أو علي الأقل يوجد من الأدلة ما يكفي لإثبات توافرها، والشرط الثاني أن تكون المنفعة أو الحق المباشر الثابت للغير هو السبب في إبرام العقد بين المشتراط والمتعهد، بمعنى أن المنفعة العائدة علي المستفيد من التعاقد هي منفعة مباشرة وليست عرضية، وأخيرا يشترط أن يكون المستفيد في مطالبته بحقه مستندا إلي العقد المبرم بين الطرفين والمتضمن شرط التحكيم. أما إذا إستند إلي شئ آخر كالعامل غير المشروع أو غير ذلك فلا يلتزم بشرط التحكيم ولا يمكنه إلزام المتعهد باللجوء للتحكيم.

والجدير بالملاحظة أنه لا يشترط أن تتوافر كافة الشروط سالفة الذكر حتي يمتد إتفاق التحكيم للمستفيد، فقد يتوافر بعض هذه الشروط دون البعض الأخر ومع ذلك يلتزم الغير المستفيد بإتفاق التحكيم، حيث إستقرت محاكم ولاية تكساس علي أن الغير يلتزم بإتفاق التحكيم لمجرد أنه يستند في دعواه علي العقد المتضمن شرط التحكيم بإعتباره مشترطا لمصلحته، وهنا نجد المحاكم الأمريكية قد سارت علي ذات النهج الذي سارت عليه المحاكم الإنجليزية والتي ألزمت الغير الذي يحاول الإستفادة من أحد العقود المتضمنة

شرط تحكيم باللجوء للتحكيم فيما أسمته المحاكم الإنجليزية "تحليل المنفعة المشروطة" السابق شرحه.

أما عن الوضع في القانون المصري، فإنه حتى يرتب الإشتراط لمصلحة الغير آثاره يجب توافر عدة شروط لا غني عنها: أن يتعاقد المشتري باسمه لا بإسم المنتفع ودون تدخل من الأخير، أن يشترط المشتري علي المتعهد حقا خاصا مباشرا للمنتفع، وأخيرا أن يكون للمشتري من وراء هذا الإشتراط مصلحة شخصية، مادية كانت أم غير مادية.⁽¹⁾ والإشتراط لمصلحة الغير يمكن المستفيد من المطالبة بالحق الناشئ له عن العقد المبرم بين المشتري والمتعهد دون الرجوع للأول كي يطالب له بهذا الحق، وذلك دون إخلال بحق المشتري نفسه في مطالبة المتعهد بتنفيذ إلتزامه ومطالبته بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن إخلاله بإلتزامه أو التأخر فيه.⁽²⁾ فإذا كان العقد المبرم بين المشتري والمتعهد يتضمن شرط تحكيم فإن هذا الشرط ينصرف إلي الحقوق والإلتزامات الناشئة عن العقد أيا كان الدائن الذي يطالب بتنفيذ تلك الإلتزامات، أي سواء كان المشتري أو المستفيد، كما يستطيع المتعهد التمسك بشرط التحكيم في مواجهة المستفيد. ويبرر جانب من الفقه المصري ذلك بأن حق المستفيد، من ناحية، ينشأ عن العقد المتضمن الإشتراط لصالحه، ومن ناحية أخرى فإن المستفيد عندما يطالب بهذا الحق إنما يستند إلي العقد الذي أنشأه فيكون عليه أن يلتزم بما إحتواه العقد من شروط ومن بينها التحكيم ذلك ما لم يتفق الأطراف علي خلاف ذلك.⁽³⁾ علي أن إلتزام المستفيد أو المنتفع بشرط التحكيم يتوقف علي رغبته التي تظهر من إحتجاجه بنصوص العقد التي تحقق مصلحته أما في غير ذلك لا يكون المنتفع ملتزما بإتفاق التحكيم. ومن هنا نري أن

-
- (1) د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٥٧٣ وما بعدها.
 - (2) د/ مصطفى الجمال، د/ عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص ٤٨٤.
 - (3) د/ مصطفى الجمال، د/ عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص ٤٨٤.

الفقه المصري قد إنتهي إلى نفس ما إنتهي إليه الفقه والقضاء في الولايات المتحدة الأمريكية حتي أن كلاهما قد إستندا إلي ذات المبررات وهي الإستفادة من العقد لإلزام الغير المستفيد بشرط التحكيم الوارد في العقد. علي أن محكمة النقض الفرنسية كان لها رأي آخر في هذه المسألة حيث رفضت نقل إتفاق التحكيم للغير المستفيد في الإشتراط لمصلحة الغير تأسيسا علي أن الإشتراط لمصلحة الغير يضي حقوقا علي المستفيد دون أن يحمله بالتزامات.^(١)

الخلافه في المصالح: "Successors in interest"

وأخيراً يذهب جانب من الفقه في الولايات المتحدة الأمريكية إلي القول بأن القضاء ألزم الغير الذي لم يوقع علي إتفاق التحكيم بهذا الإتفاق إذا كان العقد الأصلي ينص علي إلزام الخلف العام والخاص "المحال إليه" للأطراف بهذا الإتفاق أو كان القانون يلزمه بذلك.

حيث قضت محكمة لويزيانا بإلزام الخلف العام بإتفاق التحكيم الوارد في العقد الأصلي الذي أبرمه سلفه إستناداً إلي أن العقد الأصلي قد نص صراحة علي إلزام الخلف والمحال إليه به.^(٢)

والواقع أن الخلف العام أو الخاص في القانون المصري والفرنسي، كما رأينا، لا يعتبران من الغير بالنسبة للعقد الذي أبرمه السلف وأساس إلزامهم بالعقد يرجع إلي طبيعة العلاقة التي تربطهم بالسلف والتي تؤدي إلي وجوب إلزامهم بالعقد الذي أبرمه بإعتبار أنهم يعدون إمتداداً لسلفهم. وفي رأينا أن ما يبرر ما ذهب إليه هذا الجانب من الفقه الأمريكي في هذا الصدد ما سبق أن أوضحناه من قبل من أن النظام القانوني الأمريكي وخاصة بشأن إتفاق التحكيم إستخدم تعبير الطرف غير الموقع

-
- (1) Cas., Bisutti, Rev. arb. 1987, p.139. Dr. Jean-Francois Poudert & Dr. Sebastien Besson, "Comparative Law of International Arbitration", 2nd edition, p.251, para.289.
 - (2) Collins v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner, & Smith, Inc. 561 So.2d 952.953 (La.Ct.App.1990).

علي الإتفاق للدلالة علي الغير.

أما عن القانون الإنجليزي فإن موقفه لا يختلف عن باقي التشريعات الأخرى حيث نص في المادة (١/٢) من قانون التحكيم ١٩٥٠ وكذلك في المادة (١/٨) من قانون التحكيم لعام ١٩٩٦ علي أن الخلف العام يلتزم بإتفاق التحكيم المبرم من جانب سلفه، وأن هذه القاعدة تنطبق سواء كان التحكيم يتم داخل إنجلترا أو خارجها وإتفق علي إخضاعه للقانون الإنجليزي.^(١)

المبحث الثاني

الوضع في النظام القانوني المصري

إن وضع مسألة مدى إمكانية إلزام الغير بإتفاق التحكيم في النظام القانوني المصري لا يختلف عن وضعه في الولايات المتحدة الأمريكية، فالإجابة تكمن في القواعد العامة الحاكمة للعقد في القانون المصري. إلا أن حكم ذات المسألة قد يختلف في بعض الأحيان بين كلا النظامين نظرا لإختلاف القواعد العامة الحاكمة للعقود في البلدين لإختلاف الفلسفة التي يقوم عليها النظام القانوني في مصر عنه في الولايات المتحدة. وبالرجوع للقواعد العامة في القانون المصري يتبين أن الغير بحسب نوع العلاقة التي تربطه بأطراف إتفاق التحكيم أو بأحدهم يجوز له في بعض الأحيان التمسك بإتفاق التحكيم وفي أحيان أخرى يجبر علي الخضوع للتحكيم أو يجبر الطرف الأصلي في الإتفاق علي المثول أمام هيئة التحكيم.

الفرع الأول

حالات يجوز فيها للغير التمسك بإتفاق التحكيم

جواز تمسك الغير بإتفاق التحكيم الذي لم يوقع عليه قد يرجع في بعض الأحيان لإرادته في التمسك بهذا الإتفاق إذا كان من شأن أعماله تحقيق مصالحه كما هو الشأن في حالة التضامن علي ما سنري. وقد يرجع

(1) Jean-Francois Poudert & Dr. Sebastien Besson, "Comparative Law of International Arbitration", 2nd edition, p.252, para.290.

في أحيان أخرى إلى طبيعة العلاقة التي تربط الغير بأحد أطراف العقد أو كلاهما كما هو الحال في الكفالة. علي أنه في كل حالة أعطي فيها للغير الحق في التمسك بإتفاق التحكيم كان الهدف هو حماية هذا الغير من الأضرار التي قد تلحقه من تصرفات لم يكن طرفا فيها ولم تتجه إرادته إلي إبرامها وتمكينه من الحصول علي حقه بالطريقة التي يراها الأيسر بالنسبة له. وأبرز الحالات التي يميز فيها القضاء والفقهاء المصريين للغير التمسك بإتفاق التحكيم الذي لم يكن طرفا فيه هي :

أولاً: التضامن

القاعدة العامة في القانون المدني المصري أنه في حالة التضامن توجد نيابة تبادلية بين المتضامنين فيما ينفعهم لا فيما يضرهم ، سواء كان التضامن إيجابيا " تضامن دائنين" أو تضامن سلبيا " تضامن مدنيين". فالمرشع المصري ينص في المادة ٢/٢٨٢ من القانون المدني علي أنه " لا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتي عملا من شأنه الإضرار بالدائنين الآخرين"، كما نص في المادة ٢٩٦ من ذات القانون علي أنه " إذا صدر حكم علي أحد المدينين المتضامنين فلا يحتج بهذا الحكم علي الباقيين ، أما إذا صدر لصالح أحدهم فيستفيد منه الباقيون إلا إذا كان الحكم مبني علي سبب خاص بالمدين الذي صدر الحكم لصالحه".

وبناء علي ذلك إذا قام أحد المدينين المتضامنين بإبرام إتفاق تحكيم مع الدائن أو العكس بأن أبرم أحد الدائنين المتضامنين إتفاق التحكيم مع المدين ، فإن هذا الإتفاق لا يلزم غيره من المدينين أو الدائنين المتضامنين حيث يصبحون بالخيار بين التمسك بإتفاق التحكيم أو عدم التمسك به وفقا لما يرون أنه محقق لمصلحتهم.

معني ذلك أن المتضامن له الحق في الدفع بإنتفاء صفته في التحكيم إذا ما تم إختصامه في الدعوي. كما له حق المطالبة بالتدخل في الدعوي أمام المحكم وهنا يصبح طرفا في الدعوي بل ويعتبر طرفا في إتفاق التحكيم نفسه بمقتضي مبدأ النيابة التبادلية. وأكثر من ذلك يجوز للمدين أو الدائن المتضامن الذي لم يكن طرفا في إتفاق التحكيم أن يحرك الدعوي أمام

المحكم دون أن يتمكن الدائن أو المدين الطرف في الإتفاق من الدفع بإنتفاء الصفة.

علي أن عدم تمسك المتضامن بإتفاق التحكيم الذي أبرمه غيره من المتضامين أو عدم تدخله في الدعوي أمام المحكم وبقاءه أجنبيا عنها لا يفوت عليه فرصة الإستفادة من حكم التحكيم الذي يصدره المحكم في نهاية الأمر. فيحق له التمسك بالحكم الصادر لصالح غيره من المتضامين إعمالا لمبدأ النيابة التبادلية. ولا يحق لأحد أن يحتج عليه بالحكم الصادر ضد غيره من المتضامين. علي أنه يلاحظ أن حكم التحكيم كثيرا ما يكون في شق منه محققا لمصلحة أحد الطرفين وفي الشق الآخر محققا لمصلحة الطرف الآخر، وفي هذه الحالة لا يكون أمام المدينين أو الدائنين المتضامين الذين لم يوقعوا علي إتفاق التحكيم سوي أن يقبلوا أو يرفضوا الحكم فليس لهم تجزئته بقبول الشق الذي يحقق مصالحه ورفض الشق الآخر.⁽¹⁾ إلا أن الأمر يختلف في حالة التضامن الذي يجمع الشركاء في شركات التضامن، حيث إستقر الفقه والقضاء علي أن إبرام أحد الشركاء المتضامين أو مدير الشركة لإتفاق تحكيم بإسم الشركة مع دائني الشركة أو أحدهم يلزم باقي الشركاء رغم أنهم ليسوا طرفا في الإتفاق مما يعطي للدائن الحق في إتخاذ إجراءات التحكيم في مواجهة الشركة أو في مواجهة الشركاء المتضامين جميعا أو أحدهم.⁽²⁾ وتطبيقا لذلك حكمت محكمة النقض المصرية برفض الطعن وتأكيد الحكم الصادر بعدم قبول الدعوي لوجود شرط تحكيم، وذلك في الدعوي المرفوعة من ورثة ايلي جورج سياج الشريك المتضامن في شركة سياج للفنادق والسياحة ضد شركة " E.H.C " الإنجليزية التي قامت بإخطار الورثة بفسخ العقد المبرم بينها وبين شركة سياج والمؤرخ في ١٩٧٤/١/٢٤ والذي يلزم الشركة الإنجليزية بإدارة وتشغيل الفندق الذي شرع في بناءه سياج. فطالب الورثة

(1) د/ مصطفى الجمال، د/ عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية،

المرجع السابق، ص ٤٦١.

(2) د/ فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق ص ١٦٢.

الشركة الإنجليزية بتعويض قدره ٢,٥ مليون دولار نظير الأضرار الأديية
والمادية الناتجة عن هذا الفسخ، فدفعت الشركة الإنجليزية بوجود شرط
تحكيم في العقد المبرم بينهما، فما كان من محكمة النقض إلا أن قبلت
الدفع.^(١)

ثانياً: الكفالة

والكفالة كما عرفها المشرع المصري في المادة ٧٢٢ من القانون المدني
هي عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ إلتزام معين بأن يتعهد للدائن بأن
يفي هذا الإلتزام إذا لم يف به المدين الأصلي بنفسه.

ويتضح من هذا التعريف أن الكفالة هي عقد مستقل عن العقد
الأصلي مصدر الإلتزام الذي يربط الدائن بالمدين الأصلي أطرافه الدائن
والكفيل، أما المدين الأصلي فهو أجنبي عن هذا العقد، وأكثر من ذلك
فإن كفالة المدين قد تتم بغير علمه بل ورغم معارضته.^(٢) علي أن إستقلال
عقد الكفالة عن العقد الأصلي لا ينفي عنه صفة التبعية للعقد الأخير،
حيث أن إلتزام الكفيل علي ما هو ثابت إلتزام تابع لإلتزام المدين الأصلي
في وجوده وصحته وإنقضائه وأوصافه. فالكفيل أيا كان في نهاية الأمر
يكفل تنفيذ هذا الإلتزام فمن الطبيعي وجود مثل تلك العلاقة بينهما. وهذا
ما أكدته محكمة النقض المصرية حيث قضت بأن الكفيل المتضامن، وإن
كان يفقد بعض المزايا المقررة للكفيل العادي التي لا تتفق أساساً مع فكرة
التضامن، إلا أنه يظل ملتزماً إلتزاماً تابعاً يتحدد نطاقه طبقاً للقواعد
العامّة، بموضوع الإلتزام الأصلي في الوقت الذي عقدت فيه الكفالة،
وحتى في الأحوال التي يكفل فيها شخص المدين بغير علمه الشخصي أو
برغم معارضته، فإن إلتزام الكفيل يظل بحسب الأصل تابعاً للإلتزام
الأصلي، فلا يقوم إلا بقيامه، ويكون للكفيل المتضامن وغير المتضامن أن

(١) حكم محكمة النقض الصادر من الدائرة المدنية والتجارية في الطعن رقم ٦٥٠ لسنة ٥٧
الصادر بجلسة ١/٢٣/١٩٩٥، وارد في د/ أحمد محمد عبد البديع شتا، شرح قانون
التحكيم، دار النهضة العربية، ط ٢٠٠٥، ص ١٦٠ وما بعدها.

(٢) د/ محمد نور شحاته، مفهوم الغير في التحكيم، المرجع السابق، ص ٨٧.

يتمسك قبل الدائن بكل الدفع المتعلقة بالدين.^(١) فإذا كان العقد مصدر الإلتزام الأصلي المبرم بين الدائن والمدين المكفول يتضمن إتفاقاً علي التحكيم بشأن المنازعات التي قد تنشأ عنه، فهل يجوز للدائن التمسك بإتفاق التحكيم في مواجهة الكفيل؟ وهل يجوز للكفيل التمسك بهذا الإتفاق في مواجهة كلا من الدائن والمدين؟

الإجابة أنه طبقاً للقواعد العامة لإتزام الكفيل لا يختلط بإلتزام المدين المكفول، فهو يتميز عنه من حيث المصدر والأشخاص والمحل. ومن ثم فإن الكفيل يكون أجنبياً تماماً عن إتفاق التحكيم الذي أبرمه الدائن والمدين فلا يمتد له أثر الإتفاق إستناداً لمبدأ نسبية أثر العقد. وبناء عليه لا يستطيع الدائن أن يتمسك بإتفاق التحكيم في مواجهة الكفيل، كما لا يستطيع الأخير التمسك به في مواجهته. ولا يغير من ذلك أن للكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن بالدفع التي تكون للمدين المكفول قبل الدائن. فالقصد بهذه الدفع هي الدفع المتعلقة بالدين والتي تؤدي إلي إنقضائه أو تخفيض مقداره، وهو ما لا ينطبق علي الدفع بالتحكيم لأنه دفع يتعلق بالحق في الدعوي أي دفع إجرائي وليس دفعا متعلقا بالحق الموضوعي الذي تحميه الدعوي.^(٢)

علي أنه في الحالة التي تكون فيها الكفالة واردة في العقد الأصلي مصدر الإلتزام المكفول والذي يتضمن كذلك إتفاق التحكيم، ففي هذه الحالة لا يمكن إعتبار الكفيل أجنبياً علي إتفاق التحكيم الذي وقع عليه بتوقيعه علي العقد الأصلي ككفيل. إذ إنه في هذه الحالة طرف في إتفاق التحكيم شأنه شأن المدين والدائن يحتج بالإتفاق كما يحتج به عليه. ونفس الحكم في الحالة التي يبرم فيها عقد الكفالة بعد إبرام العقد الأصلي

(1) نقض مدني جلسة ١٩٥٧/٦/٢٧ - طعن رقم ٢٢ لسنة ٢٣ ق - المجموعة الرسمية ص ٨ - ص ٦٢٥ جلسة ١٩٨٣/١٢/٨ طعن رقم ٥٩٧ لسنة ٤٩. مجموعة قضاء النقض المواد المدنية، عبد المنعم الدسوقي ج ٢ - مج ١ ط ١٩٩٤ ف ٢٠٤٨ ص ٤٧٥. نقض مدني جلسة ١٩٣٣/٥/٤ - الطعن رقم ٤ لسنة ٣ ق.

(2) د/ مصطفى الجمال، د/ عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص ٤٦٣.

المنصوص فيه علي التحكيم ويحيل عقد الكفالة للعقد الأصلي بوجه عام
أولاً إتفاق التحكيم الوارد فيه علي وجه الخصوص، فبموجب هذه الإحالة
يصبح الكفيل طرفاً في إتفاق التحكيم يلتزم بأثاره طالما كانت الإحالة
واضحة الدلالة علي الإلتزام بشرط التحكيم كما أوضحنا من قبل.

أما فيما يتعلق بالعلاقة بين الكفيل والمدين المكفول فإن إمكانية تمسك
الكفيل، الذي وفي بالدين المكفول للدائن، بإتفاق التحكيم في مواجهة المدين
يتوقف علي كيفية رجوع الأول علي المدين. فإذا كان رجوع الكفيل علي
المدين بموجب دعوي الحلول إعمالاً للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة
٣٢٦ مدني والتي تنص علي " إذا قام بالوفاء شخص غير المدين، حل الموفي
محل الدائن الذي إستوفي حقه في الأحوال الآتية: أ- إذا كان الموفي ملزماً
بالدين مع المدين أو ملزماً بوفائه عنه.....". وإعمالاً كذلك لنص المادة ٧٧٩
من القانون المدني والتي تنص علي " إذا وفي الكفيل بالدين، كان له أن يحل
محل الدائن في جميع ما له من حقوق قبل المدين" كان له التمسك بإتفاق
التحكيم في مواجهة المدين لأن الكفيل في هذه الحالة يرجع علي المدين بحق
الدائن بما له خصائص وما يلحقه من توابع ومنها الدعاوي التي تحميه، كما
أن الحلول، علي ما ثبت لدينا من قبل، آلية من آليات إنتقال شرط التحكيم.
أم إذا كان رجوعه بموجب الدعوي الشخصية فلا يجوز له التمسك بإتفاق
التحكيم لإستناده عند الرجوع في هذه الحالة إلي حقه الشخصي.

الفرع الثاني

حالات يجبر فيها الغير علي الخضوع للتحكيم

وأولي الحالات التي يجبر فيها الغير علي الإلتزام بإتفاق التحكيم هي
حالة رجوع الدائن علي مدين المدين بموجب الدعوي غير المباشرة
مستخدماً حق المدين الأصلي حفاظاً علي الضمان العام له ولغيره من
الدائنين. ففي هذه الحالة يلتزم الدائن بما يلتزم به مدينه من شروط ومنها
شرط التحكيم إذا كان الأخير قد أبرمه مع مدينه. وأساس هذا الإلتزام أن
الدائن ينوب عن المدين المقصر ويستعمل حقوقه التي قصر في إستعمالها.
إلا أن الدائن في هذه الحالة يلتزم بإتفاق التحكيم مع بقائه من الغير بالنسبة

لهذا الإتفاق لأنه مجرد نائب عن المدين. فما يحصل عليه من الدائن من وراء إستعماله لحقوق مدينه في هذه الحالة يدخل في الضمان العام لكل الدائنين الذين يزاحمون الأول فيما تحصل عليه من حقوق ومزايا.

ولكن في بعض الأحيان نجد الغير يلتزم بإتفاق التحكيم ويجبر علي المثل أمام هيئة التحكيم بإعتباره طرفا. والواقع أن ما يدفع هيئات التحكيم الدولي وكذلك الهيئات القضائية للخروج علي مبدأ نسبية أثر إتفاق التحكيم وإعتبار الغير طرفا هو تلبية حاجات التجارة الدولية ومحاوله الإنسجام مع الواقع الإقتصادي. بالإضافة لأن التحكيم قد أصبح هو الوسيلة المعتادة لفض منازعات التجارة الدولية مما شجع علي التوسع في تفسير إتفاقاته. ففي كل مرة ثبت فيها أن للغير دورا في مرحلة التفاوض السابقة علي العقد أو عند إبرامه أو عند مساهمته في تنفيذه تم إعتباره طرفا في إتفاق التحكيم. حيث يعتبر القضاء والفقهاء أن ما صدر عنه في هذه الحالة بمثابة قبول ولو ضمنني لإتفاق التحكيم يلزمه به.

ولم يكن بالإمكان أن نعرض لحكم تلك الحالات في القضاء والفقهاء المصريين دون أن نعرض للوضع لدي نظيريهما الفرنسيين نظرا لقوة التأثير التي للأخير علي الأول.

أولاً: المرسل إليه في سند الشحن

سند الشحن كما عرفته المادة ٧/١ من إتفاقية هامبورج هو وثيقة تثبت إنعقاد عقد النقل وتلقي الناقل للبضائع أو شحنه لها، ويتعهد الناقل بمقتضاها بتسليم البضائع مقابل إسترداد الوثيقة وينشأ هذا التعهد عن وجود نص في الوثيقة يقضي بتسليم البضائع لأمر شخص مسمي أو تحت الإذن أو لحاملها. ويظهر من تعريف إتفاقية هامبورج لسند الشحن أن الأطراف الموقعين علي سند الشحن هم الشاحن الذي يرسل البضاعة للمرسل إليه والناقل الذي يتولي عملية شحن ونقل تلك البضائع. أما المرسل إليه فهو الشخص صاحب المصلحة في عملية النقل وفي مشاركة الإيجار إلا أنه لم يوقع علي أي منهما ولا يعتبر طرفا فيهما. فإذا تضمنت مشاركة الإيجار شرط تحكيم مشار إليه أو محال إليه في سند الشحن أو كان

النقل قد تم من الأصل بسند شحن يتضمن شرط تحكيم، فهل يلتزم المرسل إليه بهذا الشرط؟

علي الرغم من تسليم الفقه بأن سند الشحن ينتج أثره في مواجهة المرسل إليه، مع إختلافهم حول الأساس القانوني لذلك،^(١) فإن مسألة إلتزام المرسل إليه بإتفاق التحكيم الوارد فيه ما تزال محلا لخلاف كبير في الفقه المصري. حيث ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن شرط التحكيم الوارد في سند الشحن لا ينتقل بالحوالة تبعا لإنتقال العقد الأصلي نظرا لما يتمتع به شرط التحكيم من إستقلال عن هذا العقد. كما أن المرسل إليه في سند الشحن يلتزم بالشروط المتعلقة بعقد النقل البحري والناشئة عنه كالترخيص والإحتجاجات والفحص وغيرها، أما الشروط الغير متعلقة بعقد النقل وليست ناشئة عنه كشرط التحكيم فلا يلتزم بها، خاصة وأن شرط التحكيم يحتاج إلى أهلية وشروط خاصة. وتأكيدا علي فكرة عدم إمكانية إلتزام المرسل إليه بإتفاق التحكيم ذهب بعض أنصار هذا الإتجاه إلى القول بأن شرط التحكيم يمثل رغبة شخصية من أطرافه في سلوك طريق آخر غير طريق التقاضي العادي. من ثم وجب أن تبرز هذه الرغبة الشخصية بحيث لا يوجد ما يحجبها. بمعنى أن تكون صريحة الدلالة علي وجودها وليس مجرد تبعا لإلتزام آخر أو حق نقل إلي شخص ولا يخرج عن ذلك بطبيعة الحال إلا حالة الخلف العام.^(٢)

وعلى النقيض ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأن شرط التحكيم المحال إليه في سند الشحن ينتج أثره في مواجهة المرسل إليه، إستنادا علي أن المقصود بإستقلال شرط التحكيم هو إستقلاله عن العقد الأصلي من حيث الوجود والصحة والإستمرار. كما أن هذا الإستقلال لا ينفي بطبيعة الحال الإرتباط القائم بينهما والناشئ عن أن محل شرط التحكيم هو المنازعات الناشئة عن العقد الأصلي. وهذا الإرتباط وحده

(1) د/ مصطفى الجمال، د/ عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص ٥٠٦.

(2) د/ محمد نور شحاته، مفهوم الغير في التحكيم، المرجع السابق، ص ٦٠ وما بعدها.

كاف للقول بأن الإعتبرات التي أدت إلي التسليم بإمتداد آثار سند الشحن إلي المرسل إليه تكفي لتبرير إمتداد آثار شرط التحكيم الوارد في السند إليه.^(١) كما إستند أنصار هذا الإتجاه كذلك إلي فكرة أحد الفقهاء الفرنسيين الذي رأي أن عقد النقل هو عقد ثلاثي الأطراف، حيث أن أطرافه هم الناقل والمرسل والمرسل إليه، حيث يظهر الأولان منذ البداية بينما تبقي شخصية الثالث غامضة وغير معروفه للناقل فترة من الزمن.^(٢) إلا أن هذا الخلاف الفقهي لم يؤثر علي أحكام القضاء حيث إستقرت محكمة النقض المصرية في أحكامها المختلفة علي أن قانون التجارة البحري يجعل من المرسل إليه طرفا ذو شأن في سند الشحن، يتكافأ مركزه حين يطالب بتنفيذ عقد النقل مع مركز الشاحن، بإعتباره صاحب المصلحة في عملية الشحن. وأنه يرتبط بسند الشحن كما يرتبط به الشاحن ومنذ إرتباط الأخير به. وبالتالي فإن المرسل إليه يلتزم بشرط التحكيم الوارد في سند الشحن بإعتباره في حكم الأصيل بالنسبة للسند، حيث أن الشاحن لا يعتبر نائبا عن المرسل إليه في سند الشحن حتي يتطلب الأمر وكالة خاصة، كذلك لا يمكن لأحد القول بأن الشاحن قد تصرف في شئون المرسل إليه وهولا يملك حق التصرف فيه. فإذا أستلم المرسل إليه سند الشحن دون إعتراض، وقام بتنفيذ عقد النقل دون تحفظ عد ذلك قرينة علي قبول المرسل إليه بشروط الشحن المشار إليها بما في ذلك شرط التحكيم ولو كان واردا في مشاركة الإيجار طالما تمت الإحالة إليه فيها.^(٣) بل أكثر من ذلك فقد إستقرت محكمة النقض علي أن عدم توقيع الشاحن علي سند الشحن لا يؤثر في إلتزام المرسل إليه بإتفاق التحكيم المذكور، إذ

(1) د/ مصطفى الجمال، د/ عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص ٥٠٦.

(2) د/ محمد نور شحاته، مفهوم الغير في التحكيم، المرجع السابق، ص ٦٢ وما بعدها.
(3) طعن رقم ١٧٧ لسنة ٤٢ قضائية، الصادر في جلسة ٢٦ يونيو سنة ١٩٧٨، مجموعة الأحكام الصادرة من المكتب الفني لمحكمة النقض، السنة التاسعة والعشرون، الجزء الأول، من يناير إلي يونيو سنة ١٩٧٨. أنظر د/ باسمة لطفي دباس، المرجع السابق، ص ٤٦٢.

يعد سند الشحن في هذه الحالة مجرد إيصال بإستلام البضاعة وشحنها علي ظهر السفينة^(١). فكل ما يجب توافره لإلزام المرسل إليه بشرط التحكيم الوارد في المشاركة أن تتم الإحالة إليه في سند الشحن إذا يعتبر الشرط في هذه الحالة مندجاً في سند الشحن بالإحالة^(٢) شريطة أن تكون هذه الإحالة واضحة في إعتبار هذا الشرط جزء من السند إعمالاً لما هو منصوص عليه في المادة ٣/١٠ من قانون التحكيم المصري.

وعلي العكس من ذلك تماماً، إنحازت محكمة النقض الفرنسية صراحة في أكثر من حكم لها إلي الإتجاه القائل بأن شرط التحكيم الوارد في سند الشحن لا يلزم المرسل إليه إلا إذا كان علي علم به وقبلة صراحة أو ضمناً بتسلمه البضاعة المرسلة إليه، وبالطبع لم يسلم موقف محكمة النقض الفرنسية من نقد أنصار الإتجاه الأخر من الفقهاء الفرنسيين.^(٣)

وإذا كانت المسألة في كل من مصر وفرنسا قد ترك للفقهاء والقضاء إيجاد الحل المناسب لها، فإن الأمر لم يكن كذلك في إنجلترا. فالمرجع الإنجليزي تدخل بنفسه بموجب القانون ١٩٩٢ الخاص بنقل البضائع بحراً واضعاً حل قاطع وواضح لهذه المسألة. فمع إعترافه أن حامل سند الشحن أو المرسل إليه هو من الغير بالنسبة لهذا السند، إلا أنه نص علي أن حامل سند الشحن يلتزم بما يتضمنه هذا السند من شروط متعلقة بأليات فض المنازعات الناجمة عنه، سواء كانت هذه الشروط متعلقة بإختيار الجهة القضائية أو المحكمة المختصة بفض النزاع أم كانت شرطاً أو إتفاقاً علي التحكيم. فإذا كان القانون الحاكم لسند الشحن هو القانون الإنجليزي، فإنه يكفي توافر الشروط المنصوص عليها في قانون ١٩٩٢ لإنتقال الحقوق والإلتزامات حتي يلتزم حامل السند بالشروط المنصوص عليها فيه دون

(1) د/ عاطف محمد الفقي، التحكيم التجاري متعدد الأطراف، المرجع السابق، ص ٧٠.

(2) د/ محمد عبد الفتاح ترك، شرط التحكيم بالإحالة، المرجع السابق، ص ١٤٢.

(3) حكمت محكمة النقض الفرنسية الصادرين في ١٩٩٢/٥/٢٦، ١٩٩٥/٦/٢٠ واردة لدى د/ مصطفى الجمال، د/ عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص ٥٠٧.

حاجة لأي تراضي جديد بين مالك السفينة أو الناقل وبين حامل السند. وكالعادة توصل المشرع الإنجليزي إلي نفس النتيجة التي توصلت لها محكمة النقض المصرية وهي إلزام المرسل إليه بشرط التحكيم الوارد في سند الشحن أو مشاركة الإيجار ومحال إليه في السند ولكن كلا منهما إستند إلي أساس مختلف. فإعتبرت محكمة النقض أن الأساس في إلزام المرسل إليه بهذا الشرط أنه طرفا ذو شأن في سند الشحن، بينما أستند المشرع الإنجليزي علي فكرة الخلافة لإلزام حامل السند بشرط التحكيم الوارد فيه. حيث إحتفظ المشرع الإنجليزي للمرسل إليه بصفة الغير بالنسبة لسند الشحن مع التأكيد علي أن حيازة السند وحدها لا يمكن أن تضفي علي هذا الغير حقوقا أكثر من التي يتمتع بها الشاحن ذاته. نظرا لأن الغير بميازته لسند الشحن يخلف الناقل في حقوقه وإلتزاماته. فحامل السند كما يكتب الحقوق التي يخولها سند الشحن يتحمل بالإلتزامات الناجمة عنه ومنها الشروط المتعلقة بتحديد الجهة القضائية المختصة وكذلك شرط التحكيم.⁽¹⁾ فالمشرع الإنجليزي أعتد نفس الفكرة أو المبدأ الذي يستعمله دائما لمد إتفاق التحكيم للغير وهو مبدأ " المنفعة المشروطة" لإلزام حامل السند بإتفاق التحكيم الوارد فيه. حيث أن عدم قدرة الشاحن وهو المحيل أو السلف في هذه الحالة علي منح حامل السند وهو المحال إليه أو الخلف حقوقا أكثر مما يملك هي الركن الأساسي الذي يقوم عليه هذا المبدأ.

وأخيرا فإنه علي صعيد المعاهدات والإتفاقيات الدولية نجد إتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بالبحر ١٩٧٨ " هامبروج ١٩٧٨" قد نصت في المادة ٢/٢٢ منها علي أنه " إذا تضمنت مشاركة الإيجار نصا علي إحالة المنازعات الناشئة بموجبها إلي التحكيم، وصدر سند شحن إستنادا إلي مشاركة الإيجار دون أن يتضمن شرطا واضحا أو صريحا يفيد أن هذا النص يلزم حامل سند الشحن، فلا يجوز للناقل الإحتجاج به في مواجهة

(1) David Joseph Q.C, "Jurisdiction and Arbitration Agreement and Their Enforcement", First edition, 2005, London Sweet & Maxwell. Page 189.

حامل السند الحائز له حسن النية". فكما هو واضح من النص فإن الإتفاقية قد رفضت مد أثر إتفاق التحكيم لحامل السند إلا إذا صدر منه قبول صريح لهذا الشرط بما يجعل منه طرفا في الإتفاق.

ثانياً: المجموع العقدي

ضخامة المشروعات التجارية في عصرنا الحالي وتعقد المعاملات التجارية خاصة الدولية منها، أوجبت علي الأطراف المعنيين إبرام العديد من العقود في سبيل تنفيذها. الأمر الذي أبرز ظاهرة "المجموع العقدي" أو ما يعرف بإسم "مجموعات العقود".

والمجموع العقدي إما أن يتخذ شكل مجموعة من العقود متتابعة علي ذات المحل مع اختلاف أطرافها كما هو الحال في عقود البيع المتتالية علي شئ واحد^(١) والعقود التي تربط عدة مقاولين أصليين بصاحب العمل ذاته. كما قد تأخذ شكل مجموعة من العقود تجمعها وحدة الغرض أو الموضوع مع اختلاف الأطراف وتجسد هذه المجموعة مشروعات التجارة الدولية التي بالنظر لضخامتها وتعقيدها يصعب أن يتم تنفيذها من خلال العقد الأساسي وحده.^(٢)

فبعد إبرام هذا العقد الذي تتحدد بموجبه الحقوق والإلتزامات الأساسية يدخل الأطراف في سلسلة من العقود الفرعية لتنفيذ ذلك العقد. وأخيراً قد يأخذ المجموع العقدي شكل مجموعة من العقود تجمعها وحدة الأشخاص حيث تنشأ علاقة تعاقدية مستمرة بين نفس الأطراف تترجمها مجموعة من العقود المتتابعة من نفس الطبيعة أو من طبيعة أخرى مشابهة،^(٣) وهو الشكل الذي يعرف أيضاً بسلسلة العقود.

والفقه في مصر وفرنسا، علي إختلاف توجهاته، مجمع علي أن عقود المجموع العقدي تدور حول مصلحة إقتصادية واحدة مما يجعلها مرتبطة

(1) د/ مصطفى الجمال، د/ عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية،

المرجع السابق، ص ٥٠٧.

(2) د/ أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص ٢٤٥.

(3) د/ أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص ٢٥٠.

ببعضها إرتباطاً يجعل مصيرها واحداً. كما أنه يوجد بينها نوع من التبعية المنفردة أحياناً والمتبادلة أحياناً أخرى، مما يجعل منها كلا واحداً يصعب الفصل بين وحداته من الناحيتين الإقتصادية والقانونية علي حد سواء. وهو ما يجعل من كل طرف في أي عقد من هذه العقود طرفاً في الكل الذي تمثله المجموعة دون حاجة لأن يكون طرفاً في بقية العقود الداخلة في المجموعة.^(١) لأنه بدخوله في تجمع مجموع عقدي يعتبر قد أرتضى ضمناً كل النتائج المترتبة علي كل ما أبرم من عقود، فيعتبر كما لو كان طرفاً فيها في حدود ما يلتزم به في مواجهة الآخرين وما يستفيد منه بشأنها. كما ذهب بعض الفقه إلي القول بأن من أبرم عقداً من العقود التبعية يأخذ مركزاً ماثلاً للمستفيد في حوالة العقد الأصلي.^(٢)

وعلي الرغم من هذا الإجماع من جانب الفقه علي وجود الإرتباط والتبعية بين العقود في المجموع العقدي. ذهب جانب من الفقه في مصر^(٣) إلي أن إمتداد شرط التحكيم في حالة المجموع العقدي يتطلب أن تكون كل العقود المعنية مبرمة في آن واحد أو متتابعة. وأن تبرم العقود بين الأطراف أنفسهم.

في حين ذهب جانب آخر^(٤) رغم تسليمهم بأثر الإرتباط القائم بين عقود المجموعة بالنسبة لكافة الشروط والبنود الواردة فيها، إلا أنهم قد ذهبوا إلي إستثناء شرط التحكيم من هذه القاعدة أياً كان الشكل الذي يتخذه المجموع العقدي. نظراً لأن شرط التحكيم يرتب آثاراً أخطر بكثير من بقية شروط العقد الأخرى. فعلي حد تعبيرهم فإن إتفاق التحكيم يأخذ الأطراف من أحضان قضائهم الوطني ليزج بهم أمام قضاء التحكيم.

- (1) د/ مصطفى الجمال ود/ عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٤٩٥.
- (2) د/ عاطف محمد الفقي، التحكيم التجاري متعدد الأطراف، المرجع السابق، ص ٧٧.
- (3) د/ أحمد حسان حافظ مطاوع، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، ط ٢٠٠٧، ص ٣٤٠.
- (4) د/ عاطف محمد الفقي، التحكيم التجاري متعدد الأطراف، المرجع السابق، ص ٧٨ وما بعدها.

ويؤكد أنصار هذا الرأي علي أن الفصل بين شرط التحكيم الوارد في العقد وبقية شروط العقد الأخرى ليس بالأمر المستغرب في فقه التحكيم التجاري إستناداً علي مبدأ إستقلال شرط التحكيم. ولقد أخذت المحاكم الفرنسية بهذا التوجه في بعض أحكامها. ففي حكم حديث لها أكدت المحاكم الفرنسية علي خضوع شرط التحكيم لمبدأ نسبية أثر الإتفاقات، وبناء عليه فإن شرط التحكيم لا يمكن أن يثور أو ينتقل في سلسلة العقود، اللهم إلا إذا إتفق الأطراف علي خلاف ذلك.^(١)

إلا أن غالبية الفقه في مصر وفرنسا مستقر علي أن إستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي لا يحول دون إمتداد أثر إتفاق التحكيم في مواجهة أطراف المجموع العقدي. حيث أن فكرة المجموع العقدي ذاتها تعالج هذا الوضع بإعتبار أن الطرف في أحد عقود المجموعة هو طرف في عقودها الأخرى المتضمنة شرط التحكيم^(٢) إستناداً علي فكرة الوحدة الإقتصادية التي تجمع تلك العقود وعلاقة التبعية القائمة بينهم.

فيما يتعلق بشرط التحكيم الوارد في عقود المجموع العقدي التي تجمعها وحدة الموضوع، وهي العقود التي تهدف إلي تحقيق عملية تجارية معينة كعقود الإنشاءات أو عقود نقل التكنولوجيا، فإن غالبية الفقه مستقر علي أن شرط التحكيم إذا كان وارداً في العقد الأساسي فإنه يمتد في هذه الحالة إلي بقية العقود بإعتبارها جاءت منفذة له. فيلتزم به أطراف العقود الفرعية حتي لو لم يكونا أطرافاً في العقد الأساسي. حيث أن إرادة الأطراف صريحة، في الإعلان عن رغبتها في إخضاع جميع المنازعات المحتمل أن تنشأ في إطار العملية التعاقدية بأكملها إلي التحكيم.^(٣) ولقد أخذ القضاء الفرنسي بهذا الرأي حيث قضى في أحد الدعاوي بأنه " وحيث أن الثابت أن هذه العقود اللاحقة كانت قد أبرمت في إطار العلاقات التعاقدية بين

(1) د/ أحمد حسان حافظ مطاوع، المرجع السابق، ص ٣٣٨.

(2) د/ مصطفى الجمال ود/ عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٤٩٧.

(3) د/ حفيظة الحداد، الإتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص

الأطراف لتنفيذ الإتفاقيتين الأساسيتين والمؤرختين في ١٦ من نوفمبر ١٩٨٢ ، ٢١ من ديسمبر ١٩٨٣ . فإنه نتيجة لذلك تكون العقود اللاحقة خاضعة للقواعد الواردة في الإتفاقيات الأساسية وبالتالي لشرط التحكيم الوارد بها.^(١) كما قضت محكمة إستئناف باريس في عدة أحكام لها بأن " شرط التحكيم المدرج في عقد دولي يتمتع بصحة وفاعلية خاصة به تقتضي مد تطبيقه إلي الأطراف المعنية بتنفيذ العقد وفي المنازعات التي تتأتي عنه ، متي تبين أن مركزهم التعاقدي ونشاطهم يفترض قبولهم لشرط التحكيم الذي يعلمون بوجوده ويمداه علي الرغم من عدم توقيعهم علي العقد الذي تضمنه".^(٢) فلم ترجع محكمة إستئناف باريس مسألة إلتزام أطراف العقود المنفذة للعقد الأصلي لإرادة هؤلاء الأفراد ورضاءهم بشرط التحكيم ، بل أكتفت بعلمهم به ، علما يثبته الواقع المتمثل في مركزهم كأطراف في مجموع عقدي واحد وأن كلا منهم يتولي القيام بنشاط معين في إطار تنفيذ العملية الإقتصادية المشتركة بينهم.

علي أن شرط التحكيم قد لا يرد في العقد الأساسي وإنما يرد في أحد العقود المنفذة له. في هذه الحالة رأي جانب من الفقه أن إمتداد شرط التحكيم لأطراف العقد الأصلي أو غيره من العقود المنفذة له يتوقف علي تفسير إرادة الأطراف في كل حالة علي حده. في حين ذهب الجانب الأخر من الفقه وأيدته في ذلك محكمة النقض الفرنسية إلي أن إمتداد شرط التحكيم من عقد إلي آخر يجب أن يكون مستندا إلي أسباب قانونية محددة لا أن يترك لسلطة قضاء الدولة أو التحكيم. وأهم هذه الأسباب في نظرهم أن يرد شرط التحكيم في إطار تنفيذ نفس العملية التجارية الدولية ، فإذا تحقق ذلك كان إمتداده واجبا إلي بقية عقود المجموعة ، أيا

-
- (1) حكم محكمة "Bobigny" التجارية الصادر بتاريخ ١٩٩٠/٣/٢٩ و ارد لدى د/ أحمد مخلوف ، المرجع السابق ، ص ٢٤٧ .
(2) أحكام محكمة إستئناف باريس الصادرة بتاريخ ٢٨ / ٣٠ / ١٩٨٨ و ١٤ / ٢ / ١٩٨٩ ، و ارد لدى د/ مصطفى الجمال و د/ عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، ص ٤٩٨ .

كان موقع العقد الذي أنطلق منه. ^(١) فلقد أعطت محكمة النقض الفرنسية رب العمل الحق في الرجوع علي المقاول من الباطن بموجب المسؤولية العقدية حتي في ظل غياب العقد بينهما وذلك لوجود رابطة بين عقد المقاول الأصلي وعقد المقاول من الباطن. أي أنها أعطت لرب العمل الحق في الرجوع بدعوي مباشرة علي المقاول من الباطن، إستناداً علي أن كلا العقدين يدوران في فلك عملية تجارية واحدة ويهدفان إلي تنفيذها معا. علي أن البعض قد ذهب إلي أن إمتداد شرط التحكيم في هذه الحالة يقتضي وجود تجانس بين عقود المجموعة، حتي يمكن القول بوجود هدف مشترك هو تنفيذ العملية التجارية. أما إذا لم يكن هناك تجانس بين هذه العقود فلا محل للحدوث عن إمتداد شرط التحكيم إلا إذا ثبت علم الأطراف بهذا الشرط. ^(٢) ولقد أخذت محكمة النقض المصرية بهذا الرأي في أحد أحكامها حيث حرمت الشركة الناقلة من التمسك بشرط التحكيم الوارد في عقد البيع المبرم بين الشركة البائعة والشركة المشتري، إستناداً علي أن الشركة الناقلة لم تكن طرفاً في عقد البيع. بل إن حقوق الشركة الناقلة والتزاماتها تتحدد علي أساس عقد النقل المبرم بينها وبين الشركة البائعة. ^(٣)

ولقد أخذت بذلك محكمة إستئناف باريس حيث مدت شرط التحكيم للشركة الناقلة رغم أنها لم تكن طرفاً في عقد البيع الوارد به هذا الشرط. وذلك لما ثبت لديها علم الشركة الناقلة بالشروط الواردة في عقد البيع ومنها بالطبع شرط التحكيم، أثناء تدخلها لتنفيذ عقد النقل. ^(٤)

وإمتد الخلاف الفقهي إلي الحالة التي يأخذ فيها المجموع العقدي شكل عقود متتابعة علي محل واحد وكان أحد هذه العقود يتضمن شرط تحكيم

(1) د/ أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص ٢٤٧.

(2) د/ باسمة لطفي دباس، المرجع السابق، ص ٥١٠.

(3) الطعن رقم ٥١٠ لسنة ٣٥ قضائية، الصادر في جلسة ٢ يناير سنة ١٩٧١.

(4) Cour d'appel de Paris. 28 novembre 1989. Rev.arb, 1990,p.675.note:P.Mayer.

أنظر د/ باسمة لطفي دباس، المرجع السابق.

دون باقي العقود. حيث ذهب جانب من الفقة إلي أن إمتداد شرط التحكيم في هذه الحالة يتوقف علي الوسيلة التي تم إختيارها من قبل الطرف للرجوع علي غيره.^(١)

ولتوضيح ذلك نضرب المثال التالي إذا أبرم عقد مقاولة بين المفاوض الأصلي ورب العمل ثم قام المفاوض بإبرام عقد أو عقود مقاولة من الباطن مع مقاول أو مقاولين آخرين ، وكان أحد أو بعض هذه العقود يتضمن شرط تحكيم دون البعض الآخر ، فهل يلزم هذا الشرط من لم يكن طرفا في العقد الذي يتضمن شرط التحكيم عند رجوعه علي من كان طرفا في هذا العقد؟ ويرى أنصار هذا الرأي أن الأمر يتوقف علي الوسيلة التي يرجع بها هذا الطرف. فإذا كان رجوعه بموجب الدعوي غير المباشرة أي مستخدما حقوق مدينه قبل مدين المدين إلتزم بشرط التحكيم لأنه يعتبر نائباً عن مدينه وبالتالي يلتزم بما يلتزم به هذا الأخير من شروط ومنها شرط التحكيم. أما إذا كان الرجوع بموجب الدعوي المباشرة أي بموجب حقه الشخصي فلا يلتزم بهذا الشرط.

ولم يختلف باقي الفقهاء مع أنصار الرأي السابق فيما يتعلق بإلتزام من لم يكن طرفا في العقد المتضمن شرط تحكيم بهذا الشرط إذا كان رجوعه بموجب الدعوي غير المباشرة لأن ذلك محض تطبيق للقواعد العامة. أما محل الخلاف فكان مسألة الرجوع بموجب الدعوي المباشرة أي رجوع الطرف بموجب حقه الشخصي. حيث إستقر غالبية الفقه - مؤيدا في ذلك بأحكام التحكيم الدولية وأحكام محكمة إستئناف باريس - علي إلتزامه بشرط التحكيم رغم أنه لم يكن طرفا في العقد الذي يتضمن هذا الشرط لأنه قبل أن يكون طرفا في المجموع العقدي بإنضمامه لأحد العقود المكونة له علي نحو ما عرضنا.

أما عن الحالة الأخيرة التي يتخذ فيها المجموع العقدي شكل سلسلة من العقود المتتابعة بين ذات الأطراف ، فإن الفقه والقضاء الفرنسيين قد

(1) أنظر د/ فتحي والي ، المرجع السابق ، ص ١٧٥ وما بعدها.

إستقرا علي أنه في الحالة التي يتواتر فيها العمل بين الأطراف علي إدراج شرط التحكيم في العقود التي تحكم تعاملاتهم ، فإن عدم إدراجها في أحد العقود اللاحقة لا يحول دون إمكانية التمسك به ، إستنادا لما جري عليه العمل بينهم في تعاملاتهم.

ومن هذا العرض يتضح أن الغير يلتزم بإتفاق التحكيم عندما يكون طرفا في عقد آخر يمثل مع العقد الأصلي المنصوص فيه علي التحكيم مجموعا عقديا يهدف إلي تحقيق هدف أو مشروع إقتصادي واحد. إحتراما لما تمثله هذه العقود من وحدة إقتصادية من ناحية ، ولرابطة التبعية التي تجمع هذه العقود فتجعل مصيرها واحدا من ناحية أخرى.

وأخيراً نحب أن نشير إلي أنه قد يكون السبب في إستناد الفقه والقضاء الفرنسي علي فكرة المجموع العقدي بشكل كبير ، في الوقت الذي لا يتوسع فيه الفقه والقضاء المصريين في إستخدام هذه الفكرة ، أن القانون الفرنسي لا يتضمن نصا عاما يقرر إنتقال الحقوق والإلتزامات إلي الخلف الخاص علي نحو ما عليه الحال في القانون المدني المصري. فلا تظهر الحاجة للجوء إليها في مصر إلا في الحالات التي لا تتوافر فيها الشروط اللازمة لإنتقال الحقوق والإلتزامات للخلف الخاص.⁽¹⁾ ونعتقد أنه السبب أيضا في عدم لجوء الفقه والقضاء الإنجليزي والأمريكي لهذه الفكرة أيضا ، حيث أن كلا من القانونين الإنجليزي والأمريكي يتضمنان نصوصا صريحة تقضي بإنتقال الحقوق والإلتزامات بالخلافة في المصالح صورة وبالحوالة.

ثالثاً: مجموعة الشركات

مجموعة الشركات هي نوع من أنواع التعاون الذي يتم بين الشركات حتي تتمكن من القيام بالمشروعات الكبيرة العملاقة التي لا تقوي المشروعات الفردية أو شركة بمفردها علي القيام بها. حيث تتجمع الشركات بأموالها وإمكانياتها وتتكاتف من أجل تحقيق هدف أو أهداف كبيرة مشتركة ، وهذا التجمع بين الشركات قد يتم داخل نفس النشاط

(1) د/ مصطفى الجمال ود/ عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، ص ٤٩٩.

أوفي مجالات أنشطة متكاملة، وقد يكون داخل دولة واحدة أو يمتد ليشمل دول متعددة فيما يعرف بالشركات متعددة الجنسيات أو القوميات.^(١) وأيا كان التعريف الذي يمكن إعطاءه لمجموعة الشركات.^(٢) فإن مجموعة الشركات يجمعها جميعا خصائص واحدة. فهذه الشركات، من الناحية الإقتصادية، دائما ما تجمعها وحدة المصلحة. حيث أن ما تسعى إليه هذه الشركات من وراء تجمعها هو تحقيق غرض مشترك يتمثل إما في القيام بمشروع إقتصادي عملاق أو النجاح في مجال أو أكثر من المجالات الإقتصادية التي تتسم بالتعقيد. أي أنها تسعى لتحقيق هدف إقتصادي واحد، وهو الأمر الذي يستتبع ظهورها ككيان إقتصادي واحد، كما يجعلها خاضعة لرقابة موحدة ولسلطة توجيه واحدة تملك إصدار التعليمات والتوجيهات لكل شركات المجموعة. أي أن الشركات داخل المجموعة تخضع لإستراتيجية واحدة تجعلها مشروعا إقتصاديا واحدا.^(٣) أما من الناحية القانونية تظل كل شركة من الشركات المكونة للمجموعة تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن غيرها من الشركات الأخرى داخل المجموعة. فمجموعة الشركات ككيان قائم لا يتمتع بشخصية معنوية مستقلة عن الشركات المكونة له.

وتتعدد الأشكال التي يمكن أن تتخذها مجموعة الشركات. فقد تتخذ شكل مجموعة الشركات المالية، وهي الصورة المثلي لمجموعة الشركات، وتقوم علي صلة رأس المال وفيها تحوز الشركة الأم أكثر من ٥٠٪ من

(1) د/ عاطف محمد الفقي، التحكيم التجاري متعدد الأطراف، المرجع السابق، ص ٢٣.

(2) حيث عرفه جانب من الفقه بأنه "تجمع عدد من الشركات تتمتع فيه كل شركة بشخصية قانونية مستقلة ومتميزة، في حين لا يتمتع هذا التجمع بالشخصية القانونية، بل بوحدة في القرارات والإدارة والرقابة". في حين عرفه جانب آخر بأنه "تجمع شركاتي لعدد من الشركات المستقلة من وجهة النظر القانونية، وكلها خاضعة لإدارة إقتصادية واحدة". أنظر د/ عاطف محمد الفقي، التحكيم التجاري متعدد الأطراف، المرجع السابق، ص ٢٦، د/ أحمد مخلوف، إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص ٢٣٢.

(3) د/ باسمه لطفي دباس، المرجع السابق، ص ٥١٤.

أسهم الشركة الوليدة. وقد تتخذ شكل مجموعة الشركات الشخصية وهي التي تضم نفس الشركاء في كل من الشركة الأم والشركة الوليدة. وأخيرا قد تتخذ شكل الشركات التعاقدية وأشهرها ما يعرف بالمشروعات المشتركة سواء قامت لتنفيذ مشروع معين أو أكثر. ويتم تنظيم الروابط بين الشركات في المجموعة إما من خلال علاقة نظامية بين الشركة الأم والشركات التابعة أو من خلال علاقة تعاقدية يتم الإتفاق عليها بينهم.^(١)

ولقد أرست محكمة إستئناف باريس في العديد من أحكامها قاعدة عامة مؤدها أن شرط التحكيم الوارد في عقد دولي له من الصحة والفاعلية الذاتية ما يوجب مد نطاق تطبيقه ليشمل الأطراف الذين إشتراكوا في تنفيذه وفي المنازعات الناجمة عنه، متي ثبت أن مراكزهم وأنشطتهم تدل أو تسمح بإفترض أنهم علي علم بوجود شرط التحكيم ومحتواه ونطاقه، حتي لو كانوا غير موقعين علي العقد الأصلي المتضمن شرط التحكيم.^(٢) وبذلك تكون محكمة إستئناف باريس قد إكتفت بتوافر العلم بشرط التحكيم ونطاقه لدي من لم يوقع علي العقد الأصلي ويقومون بتنفيذه حتي يكون الإتفاق ملزما لهم. ولقد كانت هذه القاعدة محل نقد شديد من جانب الفقه الفرنسي حيث أن العقد لا يمكن أن يتمتع بصحة ذاتية إذ لا بد أن يستند في صحته إلي قاعدة قانونية تحكمه، كما أنها ركزت علي فكرة العلم بشرط التحكيم ولم تعني بإرادة الأطراف. وأخيرا فإن التطبيق الحرفي لهذه القاعدة قد يترتب عليه مد إتفاق التحكيم لأشخاص لم يقبلوه ولو ضمناً.^(٣)

ومما تجدر ملاحظته كذلك أن تلك القاعدة التي وضعتها محكمة إستئناف باريس يمكن تطبيقها علي الغير المشارك في تنفيذ العقد سواء كان

(1) د/ أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص ٢٣٣.

(2) Paris, 20 nov.1988, Rev. arb. 1989, p.691. note P. Y. Tschanz.

(3) Jean-Francois Poudert & Dr Sebastien Besson, "Comparative Law of International Arbitration", 2nd edition, p.219-220, para.256.

هذا الغير شركة من شركات مجموعة أم لا. بمعنى أنها قابلة للتطبيق علي أي من الغير الذي يتوافر فيه العلم بشرط التحكيم وشارك في تنفيذ العقد. وبالفعل تم الإستعانة بهذه القاعدة في أحكام سابقة لمد شرط التحكيم الوارد في مشاركة الإيجار والمحال إليه في سند الشحن للناقل.

ولا يفوتنا أن نشير في هذا الصدد إلي أننا وإن كنا نتفق مع ما ذهب إليه الفقه من أن العقد لا يمكن أن يتمتع بصحة ذاتية إلا أننا نؤيد إمتداد إتفاق التحكيم للغير الذي أسهم في تنفيذ العقد الأصلي وإستفاد من آثاره مع علمه بوجود الإتفاق. وذلك منعا للتواطؤ والتحايل من جانب أي من الطرفين مع الغير للتهرب من إلتزامه بإتفاق التحكيم وخاصة أن الغير لن يضار في ذلك لأنه من الأصل يعلم بوجود شرط التحكيم.

إلا أنه في ظل غياب التنظيم التشريعي الحاكم لظاهرة مجموعة الشركات ثار الخلاف في الفقه والقضاء حول مدي إمكانية إمتداد إتفاق التحكيم في مجموعة الشركات، بمعنى هل يمتد شرط التحكيم الذي وقعته الشركة الأم ليلزم الشركة أو الشركات التابعة لها أم لا؟ وهل العكس صحيح؟

وللإجابة علي هذه التساؤلات إنقسم الفقه وكذلك الأحكام القضائية بل والتحكيمية إلي إتجاهين:

الاتجاه الأول: يري عدم إمتداد إتفاق التحكيم في مجموعة الشركات إستناداً إلي أنه ولئن كانت شركات المجموعة تجمعها كلها وحدة المصلحة الإقتصادية إلا أنها مع ذلك تتمتع بإستقلال قانوني، حيث يتمتع كلا منها بشخصية معنوية مستقلة.^(١) كما يري أن القول بإمتداد شرط التحكيم في هذه الحالة يتعارض مع مبدأ نسبية أثر إتفاق التحكيم بإعتباره عقداً. كما يتعارض مع الطابع الإرادي الذي يتميز به التحكيم والذي يمثل جوهر هذا النظام. فالأصل في التحكيم إتجاه إرادة الأطراف إلي إختياره كوسيلة لفض المنازعات القائمة بينهم بدلا من اللجوء للقضاء الوطني. مما يؤدي

(١) د/ باسمة لطفي دباس، المرجع السابق، ص ٥١٤.

إلي عدم إمكانية الإحتجاج بشرط التحكيم علي أي شركة لم تكن طرفا فيه ولو كانت عضوا من أعضاء مجموعة الشركات التي تنتمي إليها الشركة الطرف في الإتفاق. فأنصار هذا الإتجاه كما يتضح من العرض يأخذون بمبدأ التفسير الضيق لإتفاق التحكيم الذي يقوم علي فكرة أن التحكيم هو عقد يخضع لما يخضع له سائر العقود من مبادئ وأهمها مبدأ سلطان الإرادة. وفي ذلك قضت غرفة التجارة الدولية بباريس بأن الشركة التي لم تكن طرفا في العقد ولم توقع عليه لا يمكن إلزامها بشرط التحكيم الموجود في العقد الموقع من قبل شركة أخرى من شركات نفس المجموعة. حيث أنها رغم إشتراكها في المفاوضات السابقة علي إبرام العقد، لم تكن طرفا فيه لأنها لم توقع بنفسها علي العقد، ومن ثم لم تقبل بشرط التحكيم الوارد فيه.⁽¹⁾ كما عبر أحد أحكام التحكيم عن رفضه مد إتفاق التحكيم من الشركة الوليدة إلي الشركة الأم تأسيسا علي أن الشركتين المكونتين للمجموعة تشكلان وحدتين متميزتين لكل منهما شخصية قانونية مستقلة قادرة علي التعهد بالتزاماتها بوجه منفصل عن الشركة الأخرى، مما لا يسري معه أثر إلزام أحدهما تجاه الأخر.⁽²⁾

وتعتبر المحكمة الفيدرالية السويسرية من أكثر المحاكم رفضا لفكرة مد إتفاق التحكيم بين أعضاء مجموعة الشركات. فلم تعملها إلا في الحالة التي يتعمد فيها الغير التحايل علي أحد الأطراف بخلق مظهر خادع. حيث قضت⁽³⁾ بأن العقد المبرم من جانب حامل أغلبية الأسهم والمدير المتحكم في مجموعة الشركات لا يلزم الشركات المكونة للمجموعة إلا إذا ثبت أنه

(1) Sentence CCI, No 2138/1974, Clunnet, 1975, P. 934, Obs. Y. Derains. et, No 4392/1983, Clunnet, 1983, P. 907, Obs. Y. Derain. أنظر د/ عاطف الفقي، المرجع السابق، ص ٤٣.

(2) Sentence CCI. No. 4504(1985) JDI. 1986, P.1118.

أنظر د/ أحمد مخلوف المرجع السابق، ص ٢٣٥.

(3) Jean-Francois Poudert & Dr Sebastien Besson, "Comparative Law of International Arbitration", 2nd edition, p.222, para.256.

تصرف بإعتباره ممثلاً عن كل شركة من هذه الشركات وأنه يملك سلطة تمثيلهم.

الإتجاه الثاني: ويرى أنصاره أن إتفاق التحكيم يمتد في مجموعة الشركات. أي أن إتفاق التحكيم الذي تبرمه إحدي شركات المجموعة مع شخص من الغير يمكن الإحتجاج به علي باقي الشركات الأعضاء في المجموعة. كما يمكن لأى منها التمسك به في مواجهة الغير الذي أبرمه مع الشركة العضو في المجموعة. حيث يرى أنصار هذا الرأي أن المعيار المادي الذي إعتد عليه أنصار الرأي الأول في تحديد الطرف في إتفاق التحكيم والمتمثل في مجرد التوقيع علي إتفاق التحكيم قد لا يعبر في كثير من الأحيان عن حقيقة الواقع. فقد يكون الطرف الفعلي في العقد ليس هو من قام بالتوقيع عليه وإنما هو طرف آخر قائم في الظل. مما يستوجب عدم التوقف عند المعيار المادي المتمثل في مجرد التوقيع علي العقد، ومحاولة إيجاد معيار آخر يمكننا من إلزام الطرف الحقيقي أي المستفيد بأثار العقد. مما دفعهم للقول بضرورة التحرر ولو جزئياً من هذا المعيار الجامد والسماح لإتفاق التحكيم بترتيب أثاره في مواجهة من لم يوقع علي هذا الإتفاق. علي أنه وفقاً لهذا الإتجاه لا تكفي مجرد العضوية في مجموعة الشركات لإلزام شركات المجموعة الغير موقعة علي العقد بأثاره، بل يجب أن تأتي تلك الشركات من التصرفات والأفعال ما يبرر إلزامها بالعقد. بمعنى أن تلعب الشركة الغير موقعة علي العقد دوراً، أما في مرحلة التفاوض وإبرام العقد أو في مرحلة التنفيذ، يستفاد منه إتجاه إرادتها إلي الإشتراك في هذا العقد والإستفاده منه. حيث أن مد إتفاق التحكيم لباقي شركات المجموعة لا يستند إلي إفتراض قيام الوكالة بين شركات المجموعة الموقعة منها وغير الموقعة.

ويستند أنصار هذا الإتجاه من الفقه في تدعيم وجهة نظرهم علي فكرة القبول الضمني من قبل الغير بإمتداد شرط التحكيم في مواجهته أو ما أسماه البعض بفكرة الإمتداد الأفقي والتي تستند علي فكرة الإرادة الظاهرة. حيث يمتد إتفاق التحكيم للشركة التي لم توقع عليه إستناداً علي ما صدر عنها من

سلوك خلال عملية التفاوض السابقة علي العقد أو خلال تنفيذه.^(١) وبعبارة أخرى فإن إتصال الشركات الداخلة في المجموعة بالمعاملة التجارية خاصة الدولية منها ، والذي يظهر إما من خلال المشاركة في المفاوضات السابقة علي إبرام العقد أو من خلال المشاركة في تنفيذ العقد ، يكفي لإلزام هذه الشركة بشرط التحكيم الذي أبرمته شركة أخرى من شركات المجموعة التي تنتمي إليها.^(٢) بل إن بعض الفقه قد ذهب إلي أبعد من ذلك فقالوا بأن إشتراك شركات المجموعة في مشروع واحد ، وإنشائهم شبكة مغلقة من العلاقات التعاقدية ، وتعاون شركات المجموعة الواحدة ، ينم عن إرادة ظاهرة من جانبهم في الإلتزام بشرط التحكيم الذي أبرمته إحدى شركات المجموعة.^(٣)

أما أحكام التحكيم الدولي وكذلك الأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن فقد إستندت إلي العديد من النظريات أو الأفكار لمد إتفاق التحكيم بين شركات المجموعة.

ولقد كانت فكرة القبول الضمني أو الإرادة الضمنية من أكثر الأفكار التي تم الإستناد إليها. فقضي بأن شرط التحكيم يمتد إلي باقي الشركات التي إنغمست في تنفيذ العقد المحتوي علي الشرط والنازعات المتعلقة به علي نحو يفترض معه قبولها لشرط التحكيم الذي كانت تعلم بوجوده ومحتواه ولولم توقع علي العقد الذي يتضمنه.^(٤) وقريب من ذلك فكرة الإرادة المشتركة للشركات في الإشتراك في جميع الإتفاقات التي توقعها إحداها ولو لم يقم بعضها بالتوقيع عليها التي إستند إليها القضاء الفرنسي لمد شرط التحكيم إلي الشركة التي لم توقع عليه.^(٥)

(1) د/ محمد نور شحاته ، المرجع السابق ، ص ٧٧.

(2) د/ احمد مخلوف ، المرجع السابق ، ص ٢٣٥.

(3) د/ إبراهيم أحمد إبراهيم ، القانون الواجب التطبيق علي إتفاق التحكيم ، ورقة عمل مقدمة إلي المؤتمر الثالث للتحكيم التجاري الدولي المنعقد في القاهرة ١٩٩٦ . ورد لدي د/ باسمة لطفي دباس ، المرجع السابق ، ص ٥١٧.

(4) إستئناف باريس ٣٠ نوفمبر ١٩٨٨ و ١٤ فبراير ١٩٨٩ و ٢٨ نوفمبر ١٩٨٩ ، مشار إليها في رويبر ص ٢٤٣ . أنظر د/ فتحي والي ، المرجع السابق ، ص ١٧٣ .

(5) د/ فتحي والي ، المرجع السابق ، ص ١٧٣ .

كما تم الإستناد إلي فكرة الإشتراط لمصلحة الغير السابق بينها ، حيث قضي بإختصاص هيئة التحكيم بنظر الدعوى المرفوعة علي فروع الشركتين الأم رغم عدم توقيعهما علي العقد المتضمن شرط التحكيم تأسيسا علي أن " القواعد الأصلية لمجتمع التجارة الدولي تقضي بإختصاص المحكمة في مواجهتهما ، لأن الشركتين الأم بتوقيعهما علي البرتوكول تكونان قد إشتراطاً لنفسيهما وللفروع المعنية بهذا البروتوكول".^(١)

كذلك تم الإستناد إلي أفكار أخري كفكرة الحلول فقضي في أحد أحكام تحكيم والصادر في ١٩٧٣/٧/١ بأن الشركة الأم ضامنة لفروعها في تنفيذ الإتفاق المتضمن شرط تحكيم ، فمن ثم يمكنها التمسك بشرط التحكيم الوارد في هذا الإتفاق.^(٢) كما تم الإستناد أيضا إلي فكرة الظاهر أو الوضع الظاهر الذي يستفاد من الكيفية التي تمت بها المعاملة والظروف المحيطة بها. حيث إنتهت إحدى الهيئات التحكيمية إلي أنه نظرا لأن العقود محل النزاع كانت تحيل بعضها إلي بعض ، وكانت تشير إلي أطرافها بدون شكلية وبمرونه كبيرة. وكذلك نظرا لمسلك الأطراف خلال مرحلة التفاوض علي العقد الذي يتضمن شرط التحكيم ، حيث تمت الإشارة لأحد الأطراف تارة بإعتباره شركة من شركات المجموعة وتارة بإعتباره مجموعة شركات ، فإن كل ذلك يخلق لدي المتعاقد الآخر إعتقاداً بأن العقد وما يتضمنه من شرط التحكيم ملزم لكل أعضاء المجموعة ، وأن القول بغير ذلك يأتي علي خلاف كل مبدأ للتفسير المعقول ، كما يخالف الإرادة المشتركة للأطراف ويناقض الصياغة التي تمت بها هذه

(1) Sentence CCI, No 2375/1975, Clunet, 1976,P.973.obs.Y. Derains.

ورد في د/ عاطف محمد الفقي ، المرجع السابق ، ص ٣٤.

(2) Sentence C.I.R.D.I, du 1er juillet, 1973,In: P. Lalive, the first"world Bank"arbitration (Holiday Inn v. Morocco).

ورد في د/ محمد نور شحاته ، المرجع السابق ، ص ٧٨.

حيث وسعت هيئة التحكيم في هذه الدعوى شرط التحكيم ليمسح بإدخال شركات أخرى من المجموعة لم تكن قد وقعت علي العقد الذي يحتويه وذلك إستناداً علي فكرة الظاهر حيث ربطت الأمر بالإرادة الحقيقية للأطراف حسني النية، وروح العقد محل النزاع. (٢)

ومن الأفكار التي إستند إليها القضاء التحكيمي والعادي في العديد من الحالات لد إتفاق التحكيم في هذا الصدد هي فكرة الوحدة الإقتصادية لمجموعة الشركات. حيث قضت المحاكم الإنجليزية بمد شرط للشركة التي لم توقع علي العقد الذي يحتويه، إستناداً علي فكرة الوحدة الإقتصادية لمجموعة الشركات، وكانت الدعوى تتعلق بعقد إستغلال براءة إختراع في مجال الصناعات الدوائية بين الشركة الأم ومتعاقد آخر وكان العقد يتضمن شرط تحكيم، وبرفع الدعوى أمام القضاء الإنجليزي من قبل المتعاقد مع الشركة الأم مطالباً أحدي الشركات التابعة لها بحقوقه دفعت الأخيرة بوجود شرط التحكيم في العقد المبرم بين المدعي وشركتها الأم، وإنعقاد إجراءات التحكيم بالفعل في دولة أخرى، فأمرت المحكمة بوقف الدعوى القضائية إعمالاً لشرط التحكيم الذي يمتد للشركة التابعة إنطلاقاً من فكرة الوحدة الإقتصادية لمجموعة الشركات. (٣)

وأشهر القضايا التي تبرز مدي إستناد أحكام التحكيم وكذلك الأحكام القضائية علي فكرة الوحدة الإقتصادية هي قضية " Dow Chemichal". (٤) وتتلخص وقائع هذه الدعوى في أنه بمقتضي عقدين

(1) Sentence CCI, No 1434/1975, Cluent 1976, P.978, Obs. Y.Derains.

ورد في د/ عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص ٣٢.

(2) د/ عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص ٣٣.

(3) Roussel-Uclaf v. Searle, 6 Oct.1977, Y.B.com. Arb. Vol. Iv, 1979, P.317.

(4) C.C.I. No.4131, Clunet 1983, p.899 obs.Derain, Rev.arb., 1984, p.115.

ورد في د/ حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٤٠.

متتاليين منحت شركتان من شركات المجموعة "Dow Chemichal" ثلاث شركات فرنسية الحق في توزيع منتجاتها من العوازل الحرارية، تضمن كلا العقدين شرط تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس، وعلي أثر النزاع الذي نشب بين الأطراف بسبب جودة المنتجات، شرعت الشركتان الأطراف وكذلك الشركة الأم وشركة فرع أخرى من الشركات التي لم توقع علي العقد في إتخاذ إجراءات التحكيم ضد الشركات الفرنسية. إعتضت الشركات الفرنسية المدعي عليها علي إختصاص محكمة التحكيم بنظر النزاع تأسيسا علي أن الشركتين الأخيرتين لم يكونا طرفا في العقد الأصلي ولم يوقعا عليه، فرفضت محكمة التحكيم هذا الدفع مقررته " أن الشركات المدعية وإن كان بعضها لم يكن طرفا في العقد إلا أنها قد شاركت بصورة أو بأخرى في إبرامه أو تنفيذه أو فسخه، ومن ثم يمتد إليها شرط التحكيم بإعتبار أنهم يمثلون جميعا في النهاية حقيقة إقتصادية واحدة ولو كانت كل شركة تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الأخرى".^(١) ويعرض النزاع علي محكمة إستئناف باريس رفضت الطعن بالبطلان علي حكم التحكيم السالف البيان وقضت بتأييده تأسيسا علي أن المحكمين قضوا في المنازعة المعروضة عليهم بناء علي ما لهم من سلطة مطلقة في تفسير العقود والوثائق المتبادلة بين الأطراف وقت المفاوضات ووقت فسخ العقود، وأنهم فيما إنتهوا إليه من قضاء قد إستندوا إلي تسبيب واضح وخالي من التناقض.^(٢) كما إستندت محكمة الإستئناف كذلك علي أن الإرادة المشتركة للأطراف تؤدي لإرتباطهم جميعا بالعقد وكذلك وحدة الرابطة التي تجمع شركات المجموعة.

وإذا كان هذا هو الوضع في أحكام التحكيم الدولي وأحكام المحاكم في الدول المختلفة فإن الوضع في مصر لم يكن مختلفا حيث نجد محكمة النقض

(1) C.C.I. No.4131, Clunet 1983, p.899 obs. Derain, Rev. arb., 1984, p.115.

أنظر د/ أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص ٢٤٠.

(2) د/ حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٤١.

المصرية قد أخذت في العديد من أحكامها بهذا الإتجاه الأخير فمدت إتفاق التحكيم للشركة التي لم توقع عليه إذا كانت التصرفات الصادرة عنها تكفي لإثبات القبول الضمني من جانبها أو يثبت الإرادة المشتركة للأطراف علي مد الإتفاق إليها، حيث قضت بأن " مجرد كون أحد أطراف خصومة التحكيم شركة ضمن شركات تساهم شركة أم في رأس مالها لا يعد دليلاً علي إتزام الأخيرة بالعقود التي تبرمها الأولي المشتملة على شرط تحكيم ما لم يثبت أنها تدخلت في تنفيذها أو تسببت في وقوع خلط بشأن الملتزم به علي نحو تختلط إرادتها مع إرادة الشركة الأخرى".^(١) كما قضت هيئة التحكيم التابعة لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، إعمالاً لهذا الرأي، بأن إتفاق التحكيم يشمل جميع المشروعات المؤسسة لمشروع أو فرع مشترك إذا أبرم هذا الفرع عقداً تضمن شرط تحكيم، وأن شرط التحكيم الذي يرد في أحد العقود يمكن أن يلزم شركات أخرى من أعضاء مجموعة واحدة بالرغم من عدم توقيعها علي العقد الذي تضمن شرط التحكيم مادامت قد شاركت في تكوين العقد وتنفيذه وإنهائه، وذلك تطبيقاً لما هو سائد في مجال التجارة الدولية وخاصة مجال التحكيم التجاري الدولي، وإستناداً علي ما إستقرت عليه غرفة التجارة الدولية بباريس في حكم لها صادر برقم ٤١٣١ لسنة ١٩٨٢.^(٢)

والحقيقة فإن نظرية مد إتفاق التحكيم للشركات أعضاء المجموعة أو كما يطلق عليها البعض نظرية مجموعة الشركات هي مبدأ إقتصادي أكثر منه قانوني ظهر لمواجهة الواقع الإقتصادي الذي يعيشه العالم منذ فترة ليست بقصيرة، والذي تتخذ فيه المشروعات الإقتصادية شكل تجمعات كبيرة للشركات.

(1) نقض تجاري ٢٢ يونيو ٢٠٠٤ في الطعن ٤٧٢٩ و ٤٧٣٠ لسنة ٧٢ ق.

www. Google.com

(2) القضية التحكيمية رقم ١٠٩ لسنة ١٩٩٨، مركز القاهرة الإقليمي، جلسة ١٩٩٩/٣/١١. وارد في، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، د/ فتحي والي، ص ١٧٣.

المبحث الثالث

تحليل الوضع في كل من النظامين

بناء علي ما تم عرضه في المبحثين السابقين نستطيع أن نقرر بإطمئنان - لا مجازفة فيه - أن القضاء في الأنظمة القانونية السابق عرضها متفق علي مبدأ إمتداد إتفاق التحكيم للغير. بل إن أغلب الحالات التي يمتد فيها شرط التحكيم للغير محل إتفاق من جانبهم. وفي إعتقادنا أن هذا الإتفاق يرجع إلي أن العقد وإن كان يخضع لمبدأ النسبية بإعتباره تصرفا قانونيا فلا يلزم إلا أطرافه، إلا أنه من ناحية أخرى يعتبر واقعة قانونية تلقي علي الغير إلتزامات يتحدد نطاقها وفقا لقوة العلاقة القائمة بين الأطراف والغير. فإذا بلغت قوة العلاقة بين الغير والأطراف حد حصوله علي منفعة مباشرة من العقد إلتزم بالعقد وتحمل بالآثار الناجمة عنه. وإتفاق التحكيم بإعتباره عقدا يخضع بالضرورة لتلك القواعد.

إلا أنهم إختلفوا أولا في المبادئ التي يتم الإستناد إليها في هذا الصدد. ففي حين إستند القضاء الإنجليزي علي مبدأ المنفعة المشروطة وإستقر القضاء الأمريكي علي مبادئ أخرى كالإفترض والسلوك المانع من إثبات العكس والإستتار وغيرها لمد الإتفاق للغير، إستند القضاء في مصر وفرنسا على أفكار أخرى كالوحدة الإقتصادية والقبول الضمني والإشتراط لمصلحة الغير للوصول لنفس النتيجة. وفي تقديرنا أن هذا الخلاف يرجع إلى إختلاف القواعد العامة الحاكمة للعقود في النظم الأنجلو سكسونية عن القواعد العامة الحاكمة لها في النظم اللاتينية نظرا لإختلاف الفلسفة القانونية التي تقوم عليها تلك النظم. حيث يستهدف النظام القانوني في الولايات المتحدة الأمريكية وإنجلترا تحقيق العدل المطلق بين الأفراد والقضاء علي الغش والتواطؤ بكافة صورة حتى ما يتم إستغلال مبادئ القانون لإرتكابه. كما أنه يعلي مبدأ سلطان الإرادة في شقيه المتمثلان في عدم إلتزام الشخص إلا بما إتجهت إرادته للإلتزام به من ناحية وفي وجوب إلتزامه بآثار ما صدر عنه من تصرفات وأفعال من ناحية أخرى وكلاهما لا غني عنه لتطبيق هذا المبدأ تطبيقا صحيحا. وذلك

وصولاً لتحقيق إستقرار المعاملات مما يدعم العلاقات الإقتصادية والتجارية بين الأفراد ويعمل علي إزدهارها. في حين أن النظام القانوني في مصر وكذلك فرنسا يعمد إلي أعمال مبدأ سلطان الإرادة في شقه الأول ويغفل عن شقه الثاني مما يمنح الأفراد فرصة حقيقية في التهرب من نتائج تصرفاتهم بحجة أن إرادتهم لم تتجه للإلتزام بشئ. كما أنه في سبيل تحقيق إستقرار المعاملات كثيراً ما يضحى بالعدل وفي ذلك إنحراف كبير من جانبه. فإستقرار المعاملات لا يتأتي إلا عبر حماية المصالح الإجتماعية التي يحوزها أصحابها حيازة مشروعة وفق المعطيات النظامية المتاحة للجميع داخل المجتمع.

كما إختلفوا أيضاً في السياسة التي يعتمد عليها قضاء كلا النظامين لمد إتفاق التحكيم للغير. فالقضاء الأمريكي يعمد إلي إستخلاص العديد من المبادئ والنظريات من القواعد العامة التي يمكن الإستناد إليها لمد الإتفاق للغير. إلا أنه ترك مسألة تحديد الشروط اللازمة لتطبيق هذه المبادئ لقاضي الموضوع في كل حالة علي حده. مما يعطي القاضي مجالاً أوسع للإبداع ولتطوير تلك المبادئ لتلائم المستجدات. أما القضاء ان المصري والفرنسي فقد عالج كل حالة علي حده وفقاً لما هو منصوص عليه في كل من القانونين. ونري أن المرجع في هذا الإختلاف أنه في الوقت الذي يتمتع فيه القضاء الأمريكي بقدر كبير من المرونة، يواجه القضاء المصري قيوداً تحد من قدرته علي التصرف. فالقاضي المصري، ك نظيره الفرنسي، قدرته على التصرف مقيدة بإحترام النصوص القانونية الواردة في تشريعاته المختلفة والتي يتوجب عليه تطبيقها كما نص عليه المشرع. مما يجعل قدرته علي الإبداع مغلوطة إلى حد كبير وذلك بعكس القاضي الأمريكي ونظيره الإنجليزي اللذان يؤديان عملهما في ظل نظام قانوني قائم علي فكرة السوابق القضائية. وهو نظام يسمح للقاضي بقدر كبير من الإبداع لمواجهة المستجدات والتطورات الحادثة.

الفصل الثالث الغير وخصومة التحكيم

تمهيد:

إن المبدأ المعمول به أمام القضاء العادي بشأن الخصومة المدنية هي حق أي شخص في رفع دعواه أمام القضاء، كما أنه يتمتع بكامل الحرية في تحديد الشخص أو الأشخاص الذين سترفع عليهم الدعوى.⁽¹⁾ ويتحدد النطاق الشخصي للخصومة أمام المحاكم العادية بشكل مبدئي في صحيفة إفتتاح الدعوى، وكان من المفترض إعمالاً لمبدأ ثبات النزاع أن تظل الخصومة علي الصورة التي بدأت عليها. بحيث يمتنع على الخصوم تعديل نطاق الخصومة سواء كان التعديل في النطاق الشخصي أي من حيث الأطراف بإدخال أطراف جديدة أوفى النطاق الموضوعي بإضافة طلبات جديدة لم تكن صحيفة الدعوى قد شملتها. إلا أن الفقه الحديث والتشريعات المختلفة تخلت عن هذا المبدأ الذي يعيق سير العدالة ويحول بين المحكمة وبين إستظهار وجهة الحقيقة في الدعوى، وأستبدلاه بمبدأ آخر أكثر مرونة وملائمة للواقع هو مبدأ تطور النزاع. وبإعمال هذا المبدأ فإن نطاق الخصومة لا يقتصر علي ما ورد في صحيفة الدعوى من طلبات أو أشخاص. فالنطاق الشخصي للخصومة لم يعد قاصراً علي أطراف العلاقة القانونية التي تربط المدعي بالمدعى عليه، بل إنها قد تمتد لتشمل أشخاصاً آخرين يكون فى إدخالهم أو تدخلهم في الدعوى حماية لمصالحهم أو مصالح الخصوم أنفسهم.

وإذا كانت هذه هي المبادئ الحاكمة للخصومة المدنية أمام القضاء العادي، فإن النشأة الإتفاقية للتحكيم تحول دون إنطباق هذه المبادئ علي خصومة التحكيم. فالأصل في التحكيم أنه لا يكون طرفاً في خصومة التحكيم إلا من كان طرفاً في إتفاق التحكيم ومن يمتد إليهم هذا الإتفاق

(1) فالمرجع لا يلزم المدعى بأن يرفع دعواه علي شخص أو أشخاص معينين إلا في حالات التعدد الإجباري. د/ الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص ١٠٢.

من الخلفاء والأغيار. فإتفاق التحكيم غير قادر على إقحام الغير في خصومة التحكيم حتي لو كان لهذا الغير حق أو مصلحة تتعلق بالنزاع محل التحكيم.^(١) بالتالي لا يجوز أن يبدأ إجراءات التحكيم أو يشترك فيها إلا من كان طرفا في الإتفاق، فطلب التحكيم لا يجوز تقديمه من شخص لم يكن طرفا في إتفاق التحكيم فإذا تم تقديمه كان الطلب غير مقبول لتقديمه من غير ذي صفة، كما لا يجوز توجيهه إلي من لم يكن طرفا في الإتفاق فإذا قدم مثل هذا الطلب كان أيضا غير مقبول لرفعة علي غير ذي صفة أيضا.^(٢)

والغير في الخصومة القضائية كما هو معروف هو كل من لم يتم تمثيله في الدعوى أو الخصومة أمام المحكمة ولو ربطته بالمنازعة محل الدعوي أو بالخصوم فيها علاقة سابقة. أما الغير في خصومة التحكيم فيتخذ إحدي صورتين، الأولي يكون فيها الغير هو أحد أطراف إتفاق التحكيم إلا أنه لم يتم إختصامه في الدعوى وهو ما يحدث في حالة إتفاق التحكيم متعدد الأطراف والذي ترفع فيه الدعوي من جانب بعض الأطراف دون البعض الأخر. والغير علي هذا النحو لا يثير تدخله أو إختصامه في خصومة التحكيم أية صعوبات لأنه أصلا طرف في إتفاق التحكيم وملتزم به كغيره من أطراف خصومة التحكيم. وقد نصت أغلب التشريعات الوطنية علي جواز تدخل هذا الغير أو إختصامه في خصومة التحكيم ومن ذلك التشريع الهولندي والبلجيكي والسويسري بل وكذلك قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس. إلا أنه في الوقت الذي إكتفي فيه المشرع الهولندي بوجود إتفاق تحكيم مكتوب بين كلا من الغير وأطراف خصومة التحكيم كشرط لتدخل الغير أو إختصامه، إشرط المشرع البلجيكي ضرورة موافقة أعضاء هيئة التحكيم مجتمعين علي ذلك لما في الإدخال أوالتدخل من توسيع لنطاق المهمة التحكيمية الموكلة إليهم. أما فيما يتعلق بتحكيم غرفة التجارة

(1) د/ طلعت دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، دار الجامعة الجديدة، ط

٢٠٠٩ ص ٢٨٩.

(2) د/ الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص ١٠٤.

الدولية بباريس (ICC) فإن التفسير الحرفي لنص المادة (٤) من قواعد الغرفة يقتضي التشدد فيما يتعلق بإدخال أو تدخل الغير في خصومة التحكيم. فطبقاً لهذه المادة فإن من ورد ذكرهم في طلب التحكيم كمدعين أو مدعي عليهم هم فقط الأطراف في خصومة التحكيم، ولقد جري عمل هيئات التحكيم التابعة لغرفة التجارة بادئ الأمر علي هذا التفسير، فرفضوا تدخل الغير وإدخاله في خصومة التحكيم. ولكن مؤخراً عدلت هيئات التحكيم التابعة للغرفة عن هذا التفسير وسمحت بإنضمام أطراف جديدة للخصومة بناء علي طلب المدعي عليه. ذلك مع وجوب توافر شروط محددة هي كون الغير طرفاً في إتفاق التحكيم الذي هو أساس الخصومة التحكيمية، وأن المدعي عليه قد تقدم بإدعاء ضد هذا الغير مع وجوب أن يكون الطلب قد قدم قبل إعلان المحكمين قبولهم للمهمة.^(١)

أما الصورة الثانية فهو الغير الذي لم يكن طرفاً في إتفاق التحكيم. وهذا الغير قد يكون له في بعض الأحيان مصلحة في الإنضمام إلي إجراءات التحكيم لما له من حق أو مصلحة يريد الدفاع عنها خشية تعرضها للخطر. كما قد يكون للأطراف أنفسهم مصلحة في إدخاله في خصومة التحكيم للحصول مثلاً علي دليل قائم تحت يده أو غير ذلك. فهل يجوز تدخل الغير أو إختصامه في خصومة التحكيم في هذه الأحوال؟ ذلك بإعتبار أن التدخل والإختصام من الوسائل الفنية التي وفرها المشرع في الخصومة العادية لحماية حقوق الدفاع. كما أنها من أدوات تنوير عقيدة المحكمة تجاه الجوانب المختلفة للنزاع وأدوات للحيلولة دون تعارض الأحكام^(٢). والإجابة علي هذا التساؤل سيتم عرضها من خلال المبحثين التاليين:

(1) Jean-Francois Poudert & Dr Sebastien Besson, Comparative law of international arbitration, 2nd edition, Prof. Translated by Stephen V. Berti & L. Annette Ponti. Pages 199- 201.

(2) د/ طلعت دويدار، المرجع السابق، ص ٢٩٠.

المبحث الأول: مدي إمكانية تدخل الغير في خصومة التحكيم.
المبحث الثاني: مدي إمكانية إختصاص الغير في خصومة التحكيم.
المبحث الأول

مدي إمكانية تدخل الغير في خصومة التحكيم

والمقصود بالتدخل هو التدخل الإرادي في الخصومة الذي يتم بمحض إرادة الغير. فهو عمل إرادي منفرد يجب أن تتوافر فيه وفقاً للقواعد العامة الشروط التي حددها القانون لقبول الطلبات العارضة من الغير.⁽¹⁾ والتدخل علي هذا النحو نوعان إما تدخل إنضمامي أو تدخل هجومي. والتدخل الإنضمامي وهو التدخل الذي يقتصر فيه المتدخل علي الإنضمام لأحد أطراف الخصومة. والتدخل على هذا النحو لا يؤدي إلي إتساع نطاق الخصومة إلا من حيث الأشخاص دون الموضوع الذي يبقى كما هو دون تغيير. فالمتدخل إنضمامياً لا يطالب بشئ أو ميزة لنفسه تؤدي لإتساع النطاق الموضوعي للنزاع. لذلك فهو يظل خصماً ناقصاً أو تبعياً يتدخل متضمناً إلي أحد الخصوم لمساعدته في الدفاع عن مصالحه أو لمراقبة الإجراءات منعا للغش والتدليس. والمتدخل إنضمامياً لا يحل محل الخصم الذي تدخل إلي جانبه، كما أنه لا يمثل بل يعزز وجوده، ويعتبر في نفس مركزه، وبالتالي فليس له إلا إستخدام الدفوع ووسائل الدفاع التي كانت لهذا الخصم. وبديهي أنه لا يجوز للمتدخل إنضمامياً أن يتخذ موقفاً يضر بمصالح من تدخل بجانبه كالتنازل عن الدعوى أو الإقرار بالحق الموضوعي وغيرها لأن ذلك يناقض الغاية التي من أجلها سمح له بالتدخل في الدعوى. وأخيراً فإن التدخل الإنضمامي تابع للدعوى الأصلية بحيث يترتب علي تركها أو سقوطها أو زوالها لأي سبب من الأسباب إنقضاء الخصومة في التدخل الإنضمامي.

(1) وهي الشروط الموضوعية المتعلقة بقيام المصلحة والإرتباط بينها وبين باقي الطلبات في الدعوى، والشروط الشكلية من إحترام شكل الطلب وميعاده أي تقديمه قبل قفل باب المرافعة. د/ نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٢٩٩.

أما التدخل الهجومي أو الإختصامي، وهو الذي يطلب فيه الغير الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى المنظورة،^(١) فيؤدي إلي إتساع نطاق الخصومة من حيث الأشخاص والموضوع في آن واحد. فالتدخل هجومياً يطلب لنفسه بحق مرتبط بالدعوى مستقل بذلك عن الخصوم الأصليين في الدعوى. فالتدخل الهجومي يجعل من التدخل خصماً أصلياً في الدعوى له ما للخصوم من حقوق وعليه ما عليهم من إلتزامات.

ومما لا شك فيه أن التدخل بنوعيه له العديد من الفوائد فهو يثري الخصومة مدنية كانت أم تحكيمية، ويعطيها أبعادها الحقيقية، ويساعد علي وحدة الحقوق والمراكز القانونية. كما أنه وسيلة لتنوير المحكمة بالجوانب المختلفة للمنازعة، حيث أنه يساعد علي تجميع كافة عناصر النزاع في لحظة واحدة أمام الهيئة التي تتولي الفصل في المنازعة مما يمكنها من التوصل إلي الحقيقة بشكل أفضل ويكون عوناً لها علي حسن أداء العدالة. وكذلك فإن نظام التدخل يساعد علي إصدار أحكام تتمتع بقدر أكبر من القبول من جانب الأطراف وتكون أسهل في التنفيذ من غيرها من الأحكام. كما أنه يتغلب علي ما قد يقوم به الخصوم من إحتمال تجهيل القضية أمام المحكمة بعدم رفعها إبتداءً علي الخصوم الحقيقيين غشاً منهم أو تواطؤ للإضرار بالغير.^(٢)

والتساؤل الآن هل يمكن الإستفادة من كل هذه الفوائد لنظام التدخل في خصومة التحكيم أم أن النشأة الإتفاقية للتحكيم تحول دون ذلك؟ والواقع أن الإجابة علي هذا التساؤل كانت محلاً للجدل بين الفقهاء سواء فيما يتعلق بالتدخل الإنضمامي أو التدخل الهجومي.

في الوقت الذي ذهب فيه جانب من الفقه إلي رفض تدخل الغير في خصومة التحكيم حتي لو كان تدخلاً إنضمامياً إلا إذا قبل الأطراف تدخله. ذهب غالبية الفقه إلي أن التدخل الإنضمامي جائز في خصومة

(١) د/ عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص ٩٩.

(٢) د/ نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص ٣٠١.

التحكيم إستناداً علي أن المتدخل إنضمامياً لا يعتبر طرفاً في الخصومة بالمعني الدقيق فهو طرف تبعي منضم. كما أنه لا يطلب الحكم له بشئ أو ميزة خاصة إنما هو يتدخل للمساعدة أو المراقبة، ولذلك فإن تدخله أمر مقبول، ولا يعتبر إستثناء علي وجوب إقتصار خصومة التحكيم علي أطراف إتفاق التحكيم. بل أن البعض يري أنه يجوز للغير أن يتدخل إنضمامياً في خصومة التحكيم ولو عارض الأطراف. ذلك شريطة أن تتوافر للمتدخل مصلحة وقائية من تدخله، لأنه في هذه الحالة ليس أمامه من وسيلة لحماية حقوقه والدفاع عنها سوى تدخله لمراقبة سلوك من تدخل إلي جواره، حيث أن حكم التحكيم لا يقبل الطعن عليه بالتماس إعادة النظر.⁽¹⁾

ونحن نؤيد ما ذهب إليه هذا الرأي الأخير لأن السماح للغير بالتدخل علي هذا النحو فيه حماية لمصالح الغير التي قد تضار إذا لم يتدخل في الخصومة وإنتظر حتي يصدر الحكم الذي قد لا يكون في إستطاعته الطعن عليه. كما أن السماح للغير بالتدخل في هذه الحالة لن يضر الأطراف لأنه لا يتضمن طالبات جديدة قد تتطلب وقتاً أطول للفصل فيها. كما أنه لن يضر هيئة التحكيم فهو لا يحملها بما هو أزيد من المهمة التي قبلتها. ولا نعتقد أنه من الممكن التمسك بأن تدخل الغير علي هذا النحو قد يمثل إفتشاء للسرية التي يريد الأطراف الحفاظ عليها لأنه لا يمكن تعريض مصالح الغير للخطر في سبيل الحفاظ علي السرية فهذا أمر غير مقبول حيث أن دفع الضرر أولي من جلب المنفعة.

أما عن التدخل الهجومي فإن الفقه يكاد أن يجمع علي أنه غير جائز في خصومة التحكيم، ولو كان الغير طرفاً في العلاقة القانونية التي تجمع أطراف التحكيم. فالبعض يري أن التدخل الهجومي يمثل عدوان مباشر علي إرادة الخصوم الذين قد يرغبون في حصر نطاق النزاع فيما بينهم. كما أن فيه إطالة لأمد النزاع الذي يحاول الأطراف تجنبه باللجوء للتحكيم،

(1) د/ الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق، هامش ص ١١٣.

وفيه إفشاء للسرية التي يحاولون الحفاظ عليها. وأن الحكم في طلباتهم سوف يتأثر بشكل أو بآخر بطلبات المتدخل هجومياً.^(١) كما رأى جانب آخر من الفقه أن المتدخل هجومياً يطالب الحكم له بشئ أو بميزة خاصة وهو ما يخالف مبدأ نسبية أثر إتفاق التحكيم خاصة في الجانب الإيجابي منه.^(٢)

على أن الإتجاه الفقهي السائد يري أن الغير يجوز له التدخل هجومياً في خصومة التحكيم إذا وافق أطراف التحكيم على هذا التدخل وأذنت به هيئة التحكيم التي تنظر المنازعة. وإذن الهيئة في هذه الحالة يوازي مسألة قبول المحكم للمهمة التحكيمية لذلك فإن هذا القبول يجب أن يصدر من كل محكم علي حده وليس بقرار من هيئة التحكيم فالأمر هنا يتعلق بقبول المحكم أو المحكمين لمهمة جديدة من قبل أطراف جدد فلا يمكن فرضها عليهم.^(٣) والسبب وراء ضرورة الحصول على إذن هيئة التحكيم في هذه الحالة كما يري البعض هو أن طالب التدخل ليس طرفاً في عقد التحكيم المبرم بين الأطراف وهيئة التحكيم.^(٤) ومن جهة أخرى فإن الهيئة قد قبلت المهمة التحكيمية كما وردت في إتفاق التحكيم وهي لا تتضمن الفصل في النزاع الذي يثيره الغير عند تدخله في الخصومة. كما أن الفصل في هذا النزاع قد يحتاج إلي جهد إضافي يقتضى زيادة أتعاب الهيئة التحكيمية. ومن ناحية أخرى فإن هيئة التحكيم ملتزمة بالفصل في النزاع المعروض عليها خلال فترة زمنية محددة، وقد يؤدي تدخل الغير إلي عدم إمكانية قيام الهيئة بأداء مهمتها خلال هذه الفترة الأمر الذي يتطلب الحصول علي موافقة الهيئة قبل عرض النزاع عليها.^(٥)

(1) د/ طلعت دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، المرجع السابق، ص ٢٩١.

(2) د/ الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص ١١٣.

(3) د/ محمد نور شحاته، المرجع السابق، ص ١٤٨.

(4) د/ عاطف محمد الفقى، المرجع السابق، ص ١٠٨. د/ مصطفى الجمال، د/ عكاشة

عبد العال، التحكيم ففى العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص ٦٣٥.

(5) د/ الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص ١١٣.

ولقد تطلب قانون التحكيم السويسرى كلا الشرطين حتى يمكن للغير التدخل أو الإختصاص في خصومة التحكيم علي السواء. حيث تنص المادة (٢٨) منه على أنه "١- يجوز تدخل وإختصاص الغير بناء على إتفاق الغير وأطراف النزاع ٢. وأن إتفاق هؤلاء متوقف علي موافقة محكمة التحكيم". فى حين لم تطلب تشريعات أخرى سوي موافقة الخصوم أو علي الإقل عد إعتراضهم علي التدخل من جانب الغير ومن ذلك ما نص عليه قانون المرافعات المدنية الهولندي في المادة (١٠٤٥) من أنه " لا يجوز لهيئة التحكيم أن تأذن للغير أن يتدخل تدخلا إنضمامياً أو إختصاصياً أو إدخاله كضامن إلا إذا وافق الأطراف كتابة علي إنضمام الغير إلي إتفاق التحكيم، فإذا لم يوقع الأطراف علي مثل هذا الإتفاق فإن الغير لا يمكن إعتباره طرفاً فى إجراءات التحكيم". وكذلك ما نصت عليه المادة ٧٨٦ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناى من أنه " لا يجوز تدخل الغير فى النزاع أمام المحكمين ما لم يوافق الخصوم على ذلك".

إلا أن جانباً آخر من الفقه قد ذهب، بحق، إلي أن ربط قبول التدخل الهجومي بإرادة الخصوم وبموافقة هيئة التحكيم من شأنه أن يعرض مصالح الغير للخطر في بعض الأحيان. فقد يتفق الأطراف علي اللجوء للتحكيم بشأن حق أو مركز قانوني معين يعلمون أنه ليس لأى منهم. وحرمان الغير من التدخل في الخصومة في هذه الحالة وإرجاع الأمر لإرادة الطرفين قد يطيح بحقه، خاصة إذا لم يكن له حق الإعتراض علي الحكم التحكيمي حيث أن أغلب التشريعات لا تعطي الغير هذا الحق.^(١) وحماية الغير بالطبع في هذه الحالة أولى بالرعاية.

فإذا حصل الغير علي موافقة الأطراف صريحة كانت أو ضمنية تتمثلة في عدم الإعتراض من جانب الأطراف علي تدخل الغير، وأذنت له هيئة التحكيم بالتدخل في الخصومة فإن الغير المتدخل يصبح طرفاً في خصومة التحكيم. كما يعتبر أيضاً طرفاً في إتفاق التحكيم لأنه بتدخله فى الخصومة

(I) د/ طلعت دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، المرجع السابق، ص

قد عبر عن إرادته في الإنضمام إلى إتفاق التحكيم. ومن هنا لا يجوز للمتدخل بعد ذلك ترك الخصومة أو طلب إخراجه منها وللجوء لقضاء الدولة العادي لأنه قد أصبح ملتزما بإتفاق التحكيم باعتبار أنه طرف فيه.

المبحث الثاني

مدى إمكانية إختصاص الغير في خصومة التحكيم

الإختصاص هو إجبار الغير علي أن يصبح طرفا فى الخصومة المنظورة أمام القضاء وذلك بناء علي طلب الخصوم أو بأمر تصدره المحكمة. (١) ويتم إختصاص الغير فى كل مرة يكتشف فيها الخصوم فى الدعوى أو الهيئة القضائية أن هناك أشخاص آخرين كان يجب رفع الدعوى عليهم ولكن الخصوم لم يدركوا ذلك، فهو وسيلة لإستكمال النطاق الشخصي للخصومة. (٢)

والإختصاص يعد وسيلة من وسائل إستعمال الخصم لحقه فى الدفاع، فهو وسيلة تمكن هذا الخصم من تسيير دعواه بإرادته أو سلطته فى الدعوى. (٣) فهل يجوز إختصاص الغير فى خصومة التحكيم تمكينا للخصم من إستخدام حقه فى الدفاع؟

ومن الطبيعي فى الحالة التي يتعدد فيها أحد أطراف التحكيم أو كلاهما وإتخذت إجراءات التحكيم فى مواجهة بعضهم دون البعض الآخر، أن يجوز للخصوم بل ولهيئة التحكيم من تلقاء نفسها أن تأمر بإختصاص باقي هؤلاء الأطراف. والإختصاص فى هذه الحالة جائز سواء كان موضوع النزاع قابل للتجزئة أم غير قابل لذلك، وسواء كان التحكيم بالقضاء أم بالصلح، وسواء كان هناك تضامن بين الأطراف أم لم يكن هناك تضامن. أما إذا كان المطلوب إختصامه هو الغير الذي لم يكن طرفا فى إتفاق

(1) د/ عاطف محمد الفقى، المرجع السابق، ص ٩٩.

(2) د/ نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص ٣٠٢.

(3) د/ وجدى راغب، دراسات فى مركز الخصم أمام القضاء المدني، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، ١٩٧٦، ص ١٧٤، د/ أحمد هندي، سلطة الخصوم والمحكمة فى إختصاص الغير، ١٩٩٧، ص ٥، ورد فى د/ طلعت دويدار، المرجع السابق، ص ٢٩٣.

التحكيم فلا يجوز إختصامه لا من قبل الخصوم ولا من تلقاء نفس هيئة التحكيم حتي لو كان الإختصام لمصلحة العدالة.^(١) فإذا تم إختصامه رغم ذلك في خصومة التحكيم جاز له الحضور فيها والدفع بعدم جواز إختصامه لأن إتفاق التحكيم لا ينصرف أثره إليه. كما يجوز له الإمتناع عن الحضور أمام هيئة التحكيم ولا يكون الحكم الصادر في هذه الخصومة حجة عليه.

ولتبرير ذلك ذهب جانب من الفقه إلي القول بأن إختصام الغير بوجه عام في خصومة لا ناقة له فيها ولا جمل هو إعتداء علي حرية الشخصية في اللجوء للقضاء. كما أنه صورة من صور الإجبار القانوني علي التقاضي لأنه يؤدي إلي إقحام الغير في الخصومة رغما عنه، أوفي وقت غير مناسب بالنسبة له.^(٢) كما أنه يعطل الفصل في النزاع ويضعف المصروفات ويخل بمبدأ السرية الذي هو أساس اللجوء للتحكيم والهدف من وراء اللجوء إليه.

وذهب جانب آخر من الفقه^(٣)، بحق، أن المسألة لا تتعلق بفكرة الإجبار القانوني أو تعطيل الفصل في المنازعة، وإنما تتعلق بفكرة ولاية المحكم التي هي أساس مبدأ حياده. وهي الولاية التي يستمدها من إتفاق الخصوم، وهو إتفاق نسبي الأثر من حيث أشخاصه فلا يلزم غير أطرافه ومن يمتد إليهم إتفاق التحكيم من الأغير وفقاً للقواعد العامة.

إلا أن الغير الذي يختصم من قبل أحد أطراف النزاع فيمثل أمام هيئة التحكيم دون أن يبدى أى إعتراض من جانبه علي إختصامه، يصبح

(1) وفيه يستعين القاضي بشخص من الغير بهدف تنوير المحكمة بأبعاد النزاع المطروح عليها في نزاع يراه القاضي معتم وفي حاجة إلي توضيح سواء في مجال الإثبات أو مجال الوقائع فيلزم أحد الخصوم بإختصام هذا الغير بإتخاذ الإجراءات المعتادة لرفع الدعوي في مواجهته. د/ نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص ٣٠٧.

(2) د/ أحمد أبو الوفا، قانون المرافعات المدنية والتجارية، ١٩٩٠، ص ٢١٠، د/ أحمد مسلم، أصول المرافعات التنظيم القضائي والإجراءات والأحكام في المواد المدنية والتجارية، ١٩٧٩، ص ٥٨٢، ورد في د/ طلعت دويدار، المرجع السابق، ص ٢٩٣.

(3) د/ طلعت دويدار، المرجع السابق، ص ٢٩٤ وما بعدها.

خصما فى الدعوى وكذلك طرفا فى إتفاق التحكيم. فحضور الغير على هذا الشكل أمام هيئة التحكيم يعد بمثابة تعبير منه عن إرادته ولو كانت ضمنية فى الإنضمام لإتفاق التحكيم تلتقي بإرادة من إختصمه فىصير طرفا فى الإتفاق.

وفى الوقت الذى سكت فيه كلا من المشرع المصرى والفرنسى عن تنظيم مسألة إختصاص الغير فى خصومة التحكيم، نجد بعض التشريعات قد تولت بالتنظيم شكلا واحدا من أشكال الإختصاص وهو إختصاص الغير لإلزامه بتقديم دليل تحت يده أو ما يعرف فى فقه المرافعات بدعوى العرض. والواقع أننا فى هذه الصورة لسنا أمام حالة من حالات الإختصاص الحقيقية، فالغير المختصم فى الخصومة لهذا الغرض ليس خصما بالمعنى الحقيقي للخصم، فهو من ناحية لا يطالب لنفسه بحق خاص أو يساعد أحد الخصوم فى الحصول على حقه، ومن ناحية أخرى فإن الخصوم فى الدعوى لا يدعون بحق لهم فى مواجهته، وبالتالي فلا يتحمل بحقوق وواجبات الخصوم. وإختصاص الغير لإجباره على تقديم أو عرض ما تحت يده من أدلة قد تفيد الدعوى جائز أمام المحاكم العادية سواء كانت محكمة أول درجة أو محكمة الإستئناف لأنه لا يتضمن إدعاءات. وإختصاص الغير يكون فى الأصل بناء على طلب أحد الخصوم لأنه هو الذى يعلم هذا الغير ويعلم الأدلة الموجودة تحت يده، إلا أن هذا لا يمنع من إمكانية إدخال الغير لتقديم الدليل القائم تحت يده من تلقاء نفس المحكمة دون طلب من أي من الخصوم.

وأمام سكوت المشرع المصرى عن تنظيم هذه المسألة ذهب الفقه فى مصر إلى أنه لا يجوز إختصاص الغير فى خصومة التحكيم ولو كان ذلك لإلزامه بتقديم دليل أو مستند تحت يده وذلك إستنادا إلى أن إتفاق التحكيم نسبي الأثر فلا يمكن أن يترتب عليه إلزام الغير بأى شئ ولو كان مجرد تقديم ورقة تحت يده، وإستنادا أيضا على أن إختصاص الغير لا يكون إلا من يملك سلطة الأمر والمحكم لا يملك هذه السلطة.^(١)

(1) د/ الأنصارى حسن النيدانى، المرجع السابق، ص ١١٧، أنظر د/ فتحى والى، الوسيط، ص ٤٧٨، د/ محمد نور شحاته، المرجع السابق، ص ١٤١.

أما علي صعيد التشريعات الوطنية الأخرى نجد المشرع الكويتي قد نص في المادة ٢/١٨٠ ب من قانون المرافعات علي جواز الرجوع لرئيس المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع للحكم بتكليف الغير بإبراز مستند في حوزته يكون ضرورياً للحكم في الخصومة التحكيمية. وكذلك فإن قانون الإجراءات المدنية الإماراتي ينص في المادة ٢/٢٠٩ منه علي أن "يوقف المحكم عمله للرجوع إلي رئيس المحكمة المختصة لإجراء ما يلي.... ب - الحكم بتكليف الغير إبراز مستند في حوزته ضروري للحكم في التحكيم". وبدوره فإن المشرع البحريني قد نص هو الآخر في قانون المرافعات في المادة ٣/٢٣٨ علي أنه "يجوز لأحد الخصوم ولهيئة التحكيم أن تقدم طلباً إلي المحكمة لإبراز أي مستند ضروري للتحكيم في حوزة الغير".

وكما نلاحظ فإن المشرعين في تلك القوانين والقوانين الأخرى التي حذت حذوها قد حاولت التوفيق بين قاعدة أن المحكم لا يملك سلطة الأمر التي لا يملكها إلا القاضي وأن سلطة المحكم مستمدة من إتفاق التحكيم الذي يبرمه الخصوم فلا يملك من السلطات إلا ما يمنحه أياها هذا الإتفاق الذي هو في الأصل نسبي الأثر فلا يلزم إلا أطرافه دون الغير، وبين حقيقة أن إختصاص الغير لتقديم مستند تحت يده هو تفعيل وتطبيق لحق الخصم في الإثبات المتمثل في حقه في إقامة الدليل علي ما يدعيه والدليل الذي ينفي إدعاء خصمه، سواء كان الدليل في يده هو أو في يد خصمه أو في يد الغير. ^(١) وإقتضي منها هذا التوفيق ألا تمنح المحكم سلطة إجبار الغير علي تقديم ما تحت يده من مستندات مع فتح الطريق أمام الخصوم وهيئة التحكيم علي السواء للجوء للمحكمة للوصول لهذا الغرض بما يمكنهم من إثبات صحة إدعاءاتهم ويمكن هيئة التحكيم من معرفة وجه الحقيقة في الدعوي. ولقد كان نص القانون النموذجي أكثر نجاحاً في تحقيق هذا الغرض حيث نصت المادة ٢٨ منه علي أنه "في إجراءات التحكيم، يجوز لبيئة

(1) د/ محمد مرسي زهرة، الحق في الإثبات والحق في الدفاع، مؤتمر حق الدفاع بمركز الدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق عين شمس، إبريل ١٩٩٦، ورد في د/ طلعت دويدار، المرجع السابق، ص ٢٩٧.

التحكيم أو لأى من الطرفين، بموافقة الهيئة، طلب المساعدة من محكمة مختصة في هذه الدولة للحصول علي أدلة، ويجوز للمحكمة أن تنفذ الطلب في حدود سلطتها ووفقا لقواعدها الخاصة بالحصول علي الأدلة". فصيغة القانون النموذجي كانت أكثر عملية وإتساعاً حيث فتحت الباب علي مصراعيه أمام الخصوم للجوء للقضاء الوطني للحصول علي الأدلة التي قد تحول مسألة عدم تمتع المحكم بسلطة الأمر دون الحصول عليها سواء تمثلت في إلزام الغير بشئ معين أو غيرها.

الخاتمة

في هذا البحث رأينا فى عرض النتائج التي إنتهينا إليها في شأن مسألة إمتداد إتفاق التحكيم للغير في شكل مقارنة بين ما إستقر عليه القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية وإنجلترا وما إستقر عليه الوضع في مصر وفرنسا. ولقد كان الغرض من عرض الموضوع في هذا الشكل هو إلقاء الضوء علي الحلول التي إستقرت عليها الهيئات القضائية والتحكيمية التابعة لأنظمة قانونية ذات مرجعيات مختلفة لهذه المسألة. وقد أتضح لنا من الدراسة أن الحالات التي يمتد فيها إتفاق التحكيم للغير محل إتفاق من جانب الهيئات القضائية والتحكيمية التابعة لأنظمة قانونية مختلفة إلا أنهم إختلفوا في الأساس القانوني لهذا الإمتداد. وأساس الإختلاف يكمن من ناحية في إختلاف القواعد العامة الحاكمة للعقود في النظم الأنجلو سكسونية عنها فى النظم اللاتينية. ويكمن من ناحية أخرى فى إختلاف الكيفية التي يتولي بموجبها القضاء في الأنظمة الأنجلو سكسونية واللاتينية الفصل فيما يعرض عليه من قضايا. ففي الوقت الذي يلتزم فيه القضاء المصري والفرنسي بنصوص القانون- كما يوجب عليه نظامه القانوني- مع رغبته فى الوقت ذاته فى تشجيع التحكيم وبسط نطاقه فى حدود منطقية ومعقولة ومقبولة ألجاء إلى إبتداع حلول يتوصل إليها تاره عبر تفسير متسع تأباه طبيعة نظامه القانوني في الظروف العادية، وأخري بالإستناد إلي معطيات إقتصادية عادة ما يتخذها في الظروف العادية مبرراً لحلولة، إلا أنه فى هذا الميدان بالذات طوعها ليتخذ منها أساسا لإرساء

أحكام وقواعد يصوغ فيها ومنها مبادئ قضائية ملزمة من الناحية الإرادية. فإن القضاء الأمريكي والإنجليزي الذين يمارسان عملهما في ظل نظام السوابق القضائية يتاح لهما فرصة إبتكار حلول جديدة لما يطرح عليهما من دعاوى لا تجد حلولاً في السوابق القضائية القائمة. كما يتاح لهما فرصة إبتكار الأساليب التي يمكن بموجبها مد المبادئ القانونية الواردة في تلك السوابق إلي وقائع أخرى مختلفة. فالقضاء الأمريكي والإنجليزي ملتزمان بمبادئ عامة ينبغي عليهم تطبيقها أكثر من نصوص قانونية محددة الصياغة. وجدير بالتسطير مع الإعزاز أن هذه الفلسفة هي ذاتها التي قام عليها القضاء الإسلامي منذ زمن بعيد. فالبدأ الفقهي الذي يقوم عليه القضاء الإسلامي أن إختلاف الحكم هو إختلاف زمان ومكان لا إختلاف حجة وبرهان، فالحجة واحدة والبرهان واحد طوعت هذه وتلك في ضوء إختلاف معطيات الزمان والمكان. بل إنه وكما لاحظنا من خلال الدراسة فإن كثيراً من المبادئ المستقر عليها في القضاء الأمريكي والإنجليزي لها ما يقابلها في القضاء الإسلامي.

ونشير إلى أن مد إتفاق التحكيم للغير وإن كان يمثل خروجاً على مبدأ نسبية أثر العقد الذي يمنع إلزام غير الأطراف به إلا أنه أمر جائز إستناداً على أن العقد بإعتباره واقعة قانونية يفرض على الغير إلتزامات يتحدد نطاقها وفقاً لقوة العلاقة التي تربط الغير بالأطراف. وقد تكون هذه العلاقة من القوة بحيث تلزم الغير ببعض أو كل آثار العقد كما هو الحال عندما يتدخل الغير في إبرام هذا العقد أو تنفيذه على ما رأينا أو عن ما تكون العلاقة التي تجمع الغير بالأطراف تعطي للغير منفعة مباشرة من العقد المبرم بين الأطراف مما يوجب إلزامه بشروط العقد تحقيقاً للعدالة.

والأهداف التي تدفع القضاء في الدول المختلفة لمد إتفاق التحكيم للغير عديدة. من تلك الأهداف إحترام مبدأ حسن النية في تنفيذ الإلتزامات الذي يفرض على كل من إبرم تصرفاً قانونياً تنفيذه على الوجه الأكمل الذي يحقق مصالح كل الأطراف. كما قد يستهدف القضاء من مد إتفاق التحكيم للغير في بعض الأحيان إستخدامه كوسيلة لمعاقبة الغير سئ النية

الذي يعتمد للتحايل والتواطؤ مع أحد الأطراف لجني منافع أحد العقود والتهرب من تبعاته، الأمر الذي يستوجب تفويت الفرصة عليه بإلزامه بأثار هذا العقد ومنها التحكيم. من ذلك مد إتفاق التحكيم للغير إستناداً لنظرية التبعية أو الإستتار أو إستناداً لنظرية السلوك المانع من إثبات العكس. فالقضاء الأمريكي لا يلزم الغير بإتفاق التحكيم في هاتين الحالتين إلا إذا ثبت للمحكمة التحايل والغش في جانب الغير أو أحد الأطراف كما رأينا. كما قد يهدف القضاء من وراء مد إتفاق التحكيم للغير إحترام عادات وأعراف التجارة الدولية تحقيقاً لإستقرار المعاملات علي الصعيد التجاري الدولي وهو أمر حيوي تسعى أوساط التجارة الدولية إلي تفعيله وتعميق دوره. وهي إعتبرات باتت ملحة بإعتبار ما لها من خطورة ليس فقط علي الإقتصاد القومي بل والعالمي ككل.

ويمكننا القول أنه لتحقيق هذه الأهداف تلجأ المحاكم الوطنية وهيئات التحكيم لتوسيع نطاق مبدأ نسبية أثر العقد وتضييق نطاق مبدأ النفاذ وصولاً لمد إتفاق التحكيم للغير خاصة علي صعيد العلاقات الدولية لتجنب نتائج غياب التنظيم القضائي الحاكم للعلاقات الدولية.

قائمة المراجع

المراجع العامة:

- د/ حسني المصري، إندماج الشركات وإنقسامها، الطبعة الأولى، طبعة ١٩٨٦.
- الزراكشبي بدر الدين محمد بن بهادر الشافعي، المنشور في القواعد، الجزء الثالث، حققه د/ تيسير فائق أحمد محمود، راجعه د/ عبد الستار أبوغدة، أعمال موسوعية مساعدة تحقيق التراث الفقهي.
- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، دار إحياء التراث العربي، طبعة ١٩٥٢.
- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام، الأوصاف الحوالة الإنقضاء، دار

- إحياء التراث العربي ، طبعة ١٩٥٨ .
- د/ نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للإلتزام ، أحكام الإلتزام ، دار
الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، طبعة ٢٠٠٣ .
- د/ نبيل إسماعيل عمر ، الوسيط في قانون المرافعات المدنية
والتجارية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، طبعة ٢٠٠٥ .

المراجع المتخصصة:

- د/ أحمد أبو الوفا ، عقد التحكيم وإجراءاته ، دار المطبوعات
الجامعية ، الإسكندرية .
- د/ أحمد السيد صاوى ، التحكيم طبقا للقانون رقم ٢٧ لسنة
١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية ، طبعة ٢٠٠٢ .
- د/ أحمد حسان حافظ مطاوع ، التحكيم في العقود الدولية
للإنشاءات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، طبعة ٢٠٠٧ .
- د/ أحمد محمد عبد البديع شتا ، شرح قانون التحكيم دراسة
مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، طبعة ٢٠٠٥ .
- د/ أحمد مخلوف ، إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود
التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠١ .
- د/ أحمد مخلوف ، إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود
التجارة الدولية ، دراسة تحليلية تأصيلية ، دار النهضة العربية ،
القاهرة ، طبعة ٢٠٠١ .
- د/ الأنصاري حسن النيداني ، الأثر النسبي لإتفاق التحكيم ، دار
الجامعة الجديدة ، طبعة ٢٠٠٩ .
- د/ باسمة لطفي دباس ، شروط إتفاق التحكيم وآثاره ، رسالة لنيل
درجة الدكتوراه في الحقوق ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، عام
٢٠٠٥ .
- د/ حسام الدين فتحي ناصف ، نقل إتفاق التحكيم ، دراسة لقواعد
التنازع والقواعد الموضوعية الواجبة التطبيق علي النقل الإتفاقي
والقانوني لإتفاق التحكيم في ضوء القانون والقضاء المقارن

- والإتفاقات الدولية ولوائح هيئات التحكيم الدولية، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٣.
- د/ حفيظة الحداد، الإتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة ١٩٩٦.
- د/ سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، إتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة ١٩٨٤.
- د/ طلعت دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم دراسة مقارنة في التشريعات الدولية وأنظمة مراكز التحكيم والتشريعات الوطنية العربية، دار الجامعة الجديدة، طبعة ٢٠٠٩.
- د/ عاطف محمد الفقي، التحكيم التجاري متعدد الأطراف دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٧.
- د/ عاطف محمد كامل فخري، الغير في القانون المدني المصري، رسالة لنيل درجة الدكتوراه من كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، عام ١٩٧٦.
- د/ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأ المعارف، الطبعة الأولى طبعة ٢٠٠٧.
- د/ محمد عبد الفتاح ترك، شرط التحكيم بالإحالة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦.
- د/ محمد فريد العريني، التحكيم في المنازعات البحرية، مقال منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، عدد ٢٠٠٨.
- د/ محمد نور شحاتة، مفهوم الغير في التحكيم دراسة تحليلية وتطبيقية مقارنة لمبدأ نسبية أثر التحكيم بالنسبة للغير، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٦.
- د/ محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، الجزء الأول إتفاق التحكيم دراسة مقارنة بين التشريعات الوضعية والفقحة الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، طبعة

- د/ مصطفى محمد الجمال، د/ عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول وضع التحكيم من النظام القانوني الكلي. إتفاق التحكيم. خصومة التحكيم، الطبعة الأولى، طبعة ١٩٩٨.
- م.د/ منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، طبعة ٢٠٠٠.

المراجع الأجنبية:

- Mr.Anthony M.DiLeo's article "the enforceability of arbitration agreements by and against nonsignatories", published at "The journal of American Arbitration", volume 2, Issue 1, 2003.
- BIRMINGHAM ASSOCIATES LTD. v. Abbott Laboratories, 547 F. Supp. 2d 295 - Dist. Court, SD New York 2008.
- Bradly v. Roosevelt S.S.Co.,317 U.S. 575,580 (1943).
- Ciaccio v. Cazayoux, 519 So. 2d 799 - La: Court of Appeals, 1st Circuit 1987.
- Collins v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner,& Smith, Inc. 561 So.2d 952.953 (La.Ct.App.1990).
- David Joseph Q.C, "Jurisdiction and Arbitration Agreement and Their Enforcement", First edition, 2005, London Sweet & Maxwell.
- Deloitte Noraudit v. Deloitte Haskins & Sells, 9 F. 3d 1060 - Court of Appeals, 2nd (Cir. 1993).

- **Eureka Homestead Society v. Howard. Weil, Labouisse, Frederichs, Inc., No.94- 0452, 1994.**
- **Flink v. Carlson, 856 F.2d 44,46 (8th Cir. 1988).**
- **Grigson v. Creative Artists Agency, L.I.C., 210 F.3d 524, 527 (5th Cir.2000).**
- **Gvozenovic v. United Air Lines, Inc., 933 F. 2d 1100 - Court of Appeals, 2nd**
- **Dr. Jean- Francois Poudert & Dr Sebastien Besson, "Comparative Law of International Arbitration", 2nd edition, Prof. Translated by Stephen V. Berti & L. Annette Ponti. Thomson sweet & Maxwell.**
- **JJ Ryan & Sons v. Rhone Poulenc Textile, SA, 863 F. 2d 315 - Court of appeals fourth circuit Nos. 87- 1759, 87- 1760 and 88- 1501**
- **Lakeland Anesthesia v. CIGNA Healthcare of Louisiana, Inc., 812 So.2d 695,702 (La.Ct.App.2002).**
- **Long v. Silver, 248 F3d 309, 320(4th Cir.2001).**
- **McCarthy v. Azure, 22 F. 3d 351 - Court of Appeals, 1st Circuit 1994.**
- **Monumental Life Insurance Co. v. R.A.J Holdings, Inc., 1999 U.S. Dist. LEXIS 13035, at*2 (E.D. La. 1999).**
- **Phoenix Canada Oil Co. v. Texaco, Inc., 842 F.2d 1466, 1477 (3d Cir.1988).**
- **Pritzker v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc., 7 F.3d 1110 (3d Cir.1993).**
- **Rushe v. NMTC, Inc., No. 01- 3440, 2002 WL 575706, at*.**

- Shroyer v. Foster, 814 So. 2d 83 - La: Court of Appeals, 1st Circuit 2002.
- Thomson- CSF, SA v. American Arbitration Ass'n, 64 F. 3d 773.
- Tree Associates v. Doctor's Associates, Inc. 654 So.2d at 737.
- Ventura Maritime Co., Ltd. v. ADM Export Co., 44 F. Supp. 2d 804 - Dist. Court, ED. Louisiana.
- Wilkinson v. Wilkinson, 323 So.2d 120,126 (La.1935).

المواقع الإلكترونية:

- م / أحمد المبيض، موقع بوابة فلسطين القانونية، مكتبة المبادئ والمصطلحات القانونية.
- أ / محمد بن صالح حمدي، مقال بعنوان الغرم بالغنم والخراج بالضمان، كلية العلوم الإسلامية.

<http://elhamiz.jeeran.com/ghanem.htm>

www.Google.com

حكم الخصم على التاجر في بطاقات الائتمان

د. عبد المجيد بن عبد الله اليحيى

أستاذ الفقه المساعد بكلية العلوم والدراسات الإنسانية بحريملاء

جامعة شقراء - المملكة العربية السعودية

Abstract

This work aims at analyzing the discount fees in credit card transactions from the fiqh point of view. The study is divided into three parts. The introduction contains the definitions of credit card, merchant, and the benefits that merchants acquired through dealing with credit cards. The second part deals with the fiqh analysis of discount fees in credit card transactions. The third part is the fiqh ruling regarding the discount fees in credit card transactions.

مقدمة

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده أما بعد :
فهذا بحث موجز في مسألة "حكم الخصم على التاجر في بطاقات
الائتمان" وقد جعلت هذا البحث في تمهيد ومبحثين وقسمته على النحو
التالي :

التمهيد وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول: تعريف بطاقة الائتمان.

المطلب الثاني: تعريف التاجر لغة واصطلاحاً.

المطلب الثالث: المنافع التي يجنيها التاجر من قبوله لبطاقة الائتمان.

المبحث الأول: في التخريج الفقهي (التكييف الفقهي) لمسألة الخصم على

التاجر في بطاقة الائتمان.

المبحث الثاني: حكم الخصم على التاجر في بطاقة الائتمان.
هذا وأسأل الله أن يوفق الجميع لما يحب ويرضاه وصلى الله وسلم
على نبينا محمد.
التمهيد وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول **تعريف بطاقة الائتمان**

يعد تعريف مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة من أفضل التعريفات التي عرفت بطاقات الائتمان لذا سأكتفي بذكره خشية الإطالة في ذكر التعريفات وهو "بطاقة الائتمان مستند يعطيه مصدره لشخص طبيعي أو اعتباري بناء على عقد بينهما يمكنه من شراء السلع أو الخدمات ممن يعتمد المستند دون دفع الثمن حالاً لتضمنه التزام المصدر بالدفع. ومن أنواع المستند ما يمكن من سحب نقود من المصارف.

ولبطاقات الائتمان صور:

- ١- منها ما يكون السحب أو الدفع بموجبها من حساب حاملها في المصرف وليس من حساب المصدر فتكون بذلك مغطاة ومنها ما يكون الدفع من حساب المصدر ثم يعود على حاملها في مواعيد دورية.
 - ٢- منها ما يفرض فوائد ربوية على مجموع الرصيد غير المدفوع خلال فترة محدودة من تاريخ المطالبة ومنها ما لا يفرض فوائد.
 - ٣- أكثرها يفرض رسماً سنوياً على حاملها ، ومنها ما لا يفرض فيه المصدر رسماً سنوياً^(١).
- وهذا التعريف يشمل أنواع بطاقات الائتمان جميعاً وسواء كانت مغطاة أو غير مغطاة.

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٧١٧/١/٧، وذلك بقرار المجمع رقم ٦٥ (٧/١) في الدورة السابعة للمجمع من ٧ إلى ١٢ ذي القعدة ١٤١٢ هـ.

وعرف المجمع أيضاً البطاقات الائتمانية غير المغطاة بأنها "مستند يعطيه مصدره (البنك المصدر) لشخص طبيعي أو اعتباري (حامل البطاقة) بناء على عقد بينهما يمكنه من شراء السلع أو الخدمات ممن يعتمد المستند (التاجر) دون دفع الثمن حالاً لتضمنه التزام المصدر بالدفع، ويكون الدفع من حساب المصدر ثم يعود على حاملها في مواعيد دورية وبعضها يفرض فوائد ربوية على مجموع الرصيد غير المدفوع بعد فترة محددة من تاريخ المطالبة وبعضها لا يفرض فوائد"^(١).

المطلب الثاني

تعريف التاجر لغة واصطلاحاً

التاجر لغة:

اسم - فاعل من تجر قال في لسان العرب "تجر يتجر تجراً وتجارة : باع وشرى وكذلك تجر وهو افتعل"^(٢).
فالتاجر هو من يبيع ويشترى وهو معروف.

التاجر اصطلاحاً:

التاجر في البطاقات الائتمانية هو "المؤسسة أو المحل التجاري أو أي جهة تعتمد قبول البطاقة في عمليات الشراء من محلها أو تقديم الخدمة المطلوبة باستخدام البطاقة بدلاً من النقد"^(٣).
ويمكن أن يعرف هو كل جهة اتفق معها مصدر بطاقة الائتمان (أو بنك التاجر) على حسم نسبة معينة من المبالغ المستحقة لها على حامل البطاقة. ومعنى أعم التاجر هو القابل لبطاقة الائتمان بدلاً من النقود.

- (١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٢/٣/٦٧٥ - ٦٧٦ وذلك بقرار المجمع رقم ١٠٨ (١٢/٢) في دورة المجمع الثانية عشر من تاريخ ١٤٢١/٦/٢٥ هـ - ١٤٢١/٧/١ هـ.
- (٢) لسان العرب ٤٢٠/١ مادة (تجر).
- (٣) مجلة مجمع الفقه الإسلامي بحث الدكتور عبد الستار أبو غدة في البطاقات الائتمانية ١٢/٣/٤٦٩. وانظر بحث محمد العلي القرني في البطاقات الائتمانية غير المغطاة مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٢/٣/٥٣٤.

المطلب الثالث

المنافع التي يجنيها التاجر من قبوله لبطاقة الائتمان

يجني التاجر منافع كثيرة من قبوله للتعامل ببطاقات الائتمان منها:

- ١- الزيادة في المبيعات وذلك لأن حاملها لا ينظر إلى الإنفاق بها مثل الإنفاق بالنقود الورقية وهناك دراسة اقتصادية دلت على أن الزبون الذي يستخدم البطاقة ينفق على السلع والخدمات أكثر من الزبون الذي يستخدم النقود الورقية بثمانية عشر بالمائة^(١).
- ٢- توفير وتقليل تكلفة حفظ الأموال التي يحصل عليها التاجر وانعدام مشكلات النقود الورقية مثل التزوير والسرقة وانعدام مشكلات الشيكات الشخصية مثل التزوير وعدم الرصيد وكذلك التخلص من كثير من السرقات التي تتم من المحاسبين الميدانيين للمحلات لأنها لا تجعل للمحاسب الفرصة في الحصول على النقود الورقية أو حتى رؤيتها^(٢).
- ٣- الاستفادة من الحملات الدعائية التي ينظمها مصدر البطاقة وذلك بإدراج اسمه في الدليل الذي يوزعه المصدر على حاملي البطاقة^(٣).
- ٤- التخلص من عبء كبير وهو عبء متابعة ديون الزبائن والعملاء وتحمل مصدر البطاقة والبنوك المشاركة معه لذلك^(٤).
- ٥- ضمان مصدر البطاقة للتاجر تغطية حقوقه الناشئة من استعمال بطاقة الائتمان^(٥).

-
- (١) بحث الدكتور محمد القرني ابن عيد مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٣٨٥/١/٧ والبطاقات اللدائنية لمحمد سعود العصيمي ٢٤٦.
 - (٢) المرجع السابق وهو البطاقات اللدائنية وقرار الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية رقم ٤٦٤ في ١٩/٢/١٤٢٢هـ.
 - (٣) بحث الدكتور محمد القرني ابن عيد مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٣٨٦/١/٧ والبطاقات البنكية لعبد الوهاب أبو سليمان ١٥٥.
 - (٤) البطاقات اللدائنية للدكتور محمد العصيمي ٢٤٦ - ٢٤٧.
 - (٥) المرجع السابق ٢٤٥ وبحث حسن الجواهري في بطاقات الائتمان مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦١١/٢/٨.

المبحث الأول

التخريج (التكليف) الفقهي لخصم مصدر البطاقة على التاجر

قبل البدء في إيراد التكييفات الفقهية لهذه المسألة لابد من تبين صورة المسألة وهي:
صورة المسألة:

يشترط المصدر لبطاقة الائتمان على التاجر في الاتفاقية المبرمة بينهما نسبة مئوية محددة يقطعها من فاتورة التاجر تتراوح عادة ما بين ١ - ٥٪ من الفاتورة بحسب النشاط الذي يزاوله التاجر ونوعه وحجمه^(١).

أما **التكليف** (التخريج) الفقهي للمسألة فقد تعددت التخريجات ويمكن إجمالها فيما يلي:

التكليف الأول: كيفت النسبة التي يقطعها مصدر البطاقة من فاتورة التاجر على أنها أجرة سمسرة وذلك لأن المصدر يرسل زبائن إلى التاجر على أن يتقاضى منه أجراً عن كل زبون يصل إلى التاجر وقال بهذا التخريج الدكتور رفيق المصري^(٢) ووهبة الزحيلي^(٣) ومحمد تقي العثماني^(٤) وعبد الستار أبو غدة^(٥) وبه أخذت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في البحرين^(٦).

التكليف الثاني: كيفت أيضاً على أنها جعالة وذلك أن التاجر

(١) ينظر بحث في البطاقة الائتمانية ضمن كتاب قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد لتزيه حماد ١٥٢ - ١٥٣ ومجلة مجمع الفقه الإسلامي ٥٦٠/١/٧.

(٢) بحث في بطاقات الائتمان لرفيق المصري مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٤١٠/١/٧.

(٣) مداخلته في مناقشة بطاقات الائتمان مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦٤٠/٣/١٢.

(٤) مداخلته في مناقشة موضوع بطاقة الائتمان مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦٧٥/١/٧ و١١١/٣/١٠.

(٥) بحث الدكتور عبد الستار أبو غدة في بطاقات الائتمان مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٤٦٣/٣/١٢.

(٦) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، البحرين نص المعيار ٢٨.

جعل للمصدر هذه النسبة من الفاتورة وقال به رفيق المصري^(١) ونزيه حماد^(٢).

التكليف الثالث: وكيفت على أنها أجرة على وكالة أو وكالة بأجر وذلك لأن التاجر حينما يبيع حامل البطاقة يبيعه بدون أن يتسلم منه الثمن فهو عملية مداينة والتاجر يكل إلى مصدر البطاقة أمر تحصيل هذه الديون فهو يدفع عمولة على تحصيل هذا الدين.

وبمعنى آخر هو عمولة على تحصيل الثمن من العميل حامل البطاقة لدفعه إلى أصحاب المحلات والخدمات مع مراعاة أن العملية فيها تقديم وتأخير اقتضاها سهولة أداء المهمة المزدوجة وهي تحصيل الفواتير وأداء المبالغ لمستحقيها حيث يبادر مصدر البطاقة بدفع مبلغ الفاتورة للتاجر من جيبه ثم يحصل المبلغ من حامل البطاقة وذلك لضبط التزامات مصدر البطاقة مع أصحاب البضائع والخدمات إذ لا يستطيع مصدر البطاقة ضبط مواعيد التحصيل من العملاء في حين أنه يمكنه التحكم فيما يدفعه من عنده ثم يقوم بتحصيله وقال بهذا التكليف عبد الستار أبو غدة^(٣) ووهبة الزحيلي^(٤) وعبد الوهاب أبو سليمان^(٥) وبه أخذت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في البحرين^(٦).

التكليف الرابع: وكيفت أيضاً على أنها أجرة مقابل الخدمات التي يقدمها مصدر البطاقة ومن هذه الخدمات:

١ - خدمة المتابعة والتدقيق وتحصيل إيصالات العمليات للعملاء من التجار وحملة البطاقات.

- (١) بحث في بطاقات الائتمان مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١/٧/٤١٠.
- (٢) مداخلته في المناقشة مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١/٧/٦٦٥.
- (٣) بحث الدكتور عبد الستار أبو غدة في بطاقة الائتمان وتكييفها الشرعي مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١/٧/٣٦٥ - ٣٦٦ ومداخلته في المناقشة مجلة المجمع ١/٧/٦٦٤ - ٦٦٥.
- (٤) مداخلته في المناقشة مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١/٧/٦٦٩.
- (٥) البطاقات البنكية لعبد الوهاب أبو سليمان ١٥٦، ٢٢٨.
- (٦) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في البحرين ٢٤، ٢٨.

٢- المطبوعات وشرائط التحبير التي يوفرها البنك الذي تعاقده معه التاجر لمكائن نقاط البيع عند التجار وشراء الأجهزة والبرامج وصيانتها.

٣- خدمة الهاتف.

٤- إتاحة الخدمة من المنظمة العالمية ويترتب على ذلك إيجار شهري يدفعه بنك التاجر^(١) وغيرها من الخدمات وتجدر الإشارة هنا إلى أن هذه الخدمات قد يقدمها البنك المصدر للبطاقة وقد يشاركه بنك التاجر وهو البنك الذي يتعامل معه التاجر.

وقال بهذا التكييف عبد الوهاب أبو سليمان^(٢) وأخذت به الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية في قرارها رقم ٤٦٤ في ١٩/٣/١٤٢٢ هـ وفيه "لا مانع من أن تأخذ الشركة من قابل البطاقة نسبة من مبيعاته حسب ما يجري الاتفاق عليه، بناء على أن ذلك مقابل الخدمات المقدمة والمصروفات الفعلية، وليس مقابل الضمان"^(٣).

التكييف الخامس: كيف أيضاً على أنها من باب مصالحه الضامن (البنك المصدر) للمضمون له (التاجر) على حط شيء من الدين والرجوع على المضمون عنه (حامل البطاقة) بما ضمن لا بما أدى وهو جائز في مذهب الحنفية يقول الدكتور نزيه حماد "فعندما يطالب التاجر (المكفول له) البنك المصدر بسداد دين مستخدم البطاقة فإنه يبادر بالوفاء الفوري بعد اقتطاع الحطيطة من الدين التي وعده بالمصالحة على حطها عنه في الاتفاقية المبرمة بينهما ثم يعود الكفيل (مصدر البطاقة) على حاملها بما كفل من الدين الذي لزمه بعقد الشراء أو الاستئجار لا بما أدى عنه وهذه المسألة مقبولة من الناحية الشرعية بناء على ما ذهب إليه الحنفية على الصحيح المفتى به في المذهب من أن الكفيل بأمر المدين إذا صالح المكفول له على أن وهب له بعض الدين أو أكثره فإنه يعود على المكفول بما ضمن

(١) رار الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية رقم ٤٦٤ في ١٩/٣/١٤٢٢ هـ ص ٢.

(٢) البطاقات البنكية لعبد الوهاب أبو سليمان ١٥٥، ٢٢٨.

(٣) قرار الهيئة المشار إليه.

لا بما أدى" (١).

وقال بهذا التكييف نزيه حماد (٢) ومحمد القرني (٣).

التكييف السادس: وكيفت أيضاً على أنها أجرة على الحوالة بناء على أن العقد في بطاقات الائتمان بين الأطراف الثلاثة مصدر البطاقة وحاملها والتاجر عقد حوالة قال الدكتور وهبة الزحيلي " ... أنها من قبيل الحوالة واليوم الحوالات المصرفية كلها تكون مقابل أجر فيمكن أن نعتبرها من هذا القبيل ... " (٤).

وقال به وهبة الزحيلي (٥) وعبد السلام العبادي (٦) والشيخ حمزة (٧).
التكييف السابع: وكيفت أيضاً على أنها من باب الخصم في الكمبيالة أو خصم الأوراق التجارية يقول الدكتور محمد علي القرني ابن عيد " ... ولكن اقتطاع المصدر لنسبة مئوية من قيمة الفاتورة لنفسه يدخل في العلاقة المذكورة - وهي أنها عقد حوالة - قدرأ من التعقيد فهي تصبح شبيهة إلى حد كبير بخصم (حسم) الأوراق التجارية إذ يمكن تصور أن الفاتورة التي وقع عليها المشتري هي كمبيالة مستحقة الدفع يقوم التاجر بحسمها لدى البنك (المصدر) مقابل نسبة ٣٪ (أو أقل أو أكثر) ومما يرجح هذا الاحتمال اشتراط بعض الشركات على التجار الرجوع إليهم في حالة رفض العميل (حامل البطاقة) دفع المبلغ الذي دفع إلى التاجر " (٨).

(١) بحث في البطاقات الائتمانية ضمن كتاب قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ولنزيه حماد ١٥٣. وانظر مذهب الحنفية بدائع الصنائع ٥/٥.

(٢) المرجع السابق.

(٣) بحثه في بطاقات الائتمان غير المغطاة مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٢/٣/٥٣٤، ٥٣٨ - ٥٣٧.

(٤) متداخلة في المناقشة مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١/٧/٦٦٩.

(٥) المرجع السابق.

(٦) مداخلته في المناقشة مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١/٧/٦٨٢.

(٧) مداخلته في المناقشة مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١/٧/٦٨٠.

(٨) بحثه في بطاقات الائتمان مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١/٧/٣٩١ وبمحة بعنوان الائتمان المولد على شكل بطاقة مع صيغة مقترحة لبطاقة ائتمانية خالية من المحظورات الشرعية مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٨/٢/٥٩٠.

وقال به محمد علي القرني^(١) ووهبة الزحيلي^(٢) والشيخ حمادي^(٣) وقال "ثم أيضاً إن حقيقة ما يقتطعه البنك من فاتورة الشراء قد يشبه خصم الكميالة المحرم وهي نوع من المعاملة فيها الربا الخفي المبطن..."^(٤).

ويظهر أن القائلين بهذا القول يرون حرمة هذه النسبة التي يقتطعها البنك من التاجر.

التكليف الثامن: وكيفت أيضاً على أنها من باب القرض الذي جر نفعاً فهي محرمة وذلك لأن البنك مصدر البطاقة أقرض العميل حامل البطاقة فجر له هذا القرض نفعاً وهو النسبة التي يقتطعها من التاجر وسبب حصوله على هذه النسبة هو شراء العميل من التاجر. قاله الشيخ حمادي في تبريره لتحريم هذه النسبة^(٥).

التكليف التاسع: كيفت أيضاً على أنها من باب المصارفة الباطلة فهي محرمة وذلك بناء على أن العقد بين الأطراف عقد حوالة فحينما يتحول الحق الذي للتاجر على العميل (حامل البطاقة) إلى ذمة مصدر البطاقة فإن مصدر البطاقة لا يعطي التاجر كامل المبلغ وإنما ينقص منه فإن كانت البضاعة بمائة ألف قال أعطيك مبلغ سبعة وتسعين ألفاً فإذا أعطاه سبعة وتسعين ألفاً وأخذ ثلاثة آلاف فقد تمت المصارفة بين التاجر وبين مصدر البطاقة على أن تكون المصارفة المائة بسبعة وتسعين وهذه مصارفة باطلة وقال بهذا التكليف الشيخ عبد الله المنيع^(٦).

(١) المرجع السابق.

(٢) مداخلته في المناقشة مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦٤٩/٢/٨.

(٣) مداخلته في المناقشة مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦٦٥/٣/١٢.

(٤) المرجع السابق.

(٥) مداخلته في المناقشة مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦٦٥/٣/١٢ وانظر هذا التكليف في

بحث عبد الستار أبو غدة في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٣٦٥/١/٧ وانظر أيضاً

مداخلة الشيخ حمزة في المناقشة مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦٨٠/١/٧.

(٦) مداخلته في المناقشة مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦١/٣/١٠ وسمى النسبة التي تقتطع

من التاجر جرثومة.

التكليف العاشر : وكيفت أيضاً على أنها أجرة مقابل الضمان أو أجرة على قبول الضمان وذلك أن هذا الأجر على الضمان ليس من الأجر الممنوع وذلك أن الأجر على الضمان الممنوع هو ما يدفعه المضمون عنه (حامل البطاقة في بطاقة الائتمان) في دفعه المضمون له (وهو التاجر في بطاقة الائتمان) لأن العلة في منع الأجر على الضمان هي انقلاب الكفالة (الضمان) إلى مداينة فتصبح من القرض الذي جر نفعاً هذه العلة لا توجد في حال كون الأجر مدفوعاً من قبل المضمون له فالضامن إذا سدد الدين عن المضمون (المكفول) فإنه يكون أمام المضمون له التاجر مدايناً فما أخذ منه زيادة على الدين (الأجر على الضمان) لا يدخل في باب الربا لأن الربا يدفعه المدين إلى الدائن وهنا دفعه الدائن إلى المدين^(١). ولم أره منسوباً لأحد.

وبعد عرض لتكليفات هذه المسألة لا بد من التنبيه على أن بعض هذه التكليفات لا تسلم من اعتراض ولعل بعض هذه الاعتراضات يأتي في المبحث الثاني.

المبحث الثاني

حكم الخصم على التاجر في بطاقات الائتمان

من خلال العرض السابق لتكليف وتخريج المسألة فقهاً يتضح أن في المسألة اتجاهين ويمكن أن يضاف اتجاه ثالث فيكون في المسألة ثلاثة أقوال وهي :

القول الأول:

أن ما يأخذ من التاجر جائز شرعاً وقال به أكثر الباحثين المعاصرين^(٢). واختلفوا في تكيفه فمن قائل أنها أجرة سمسرة وقائل أنها أجرة على وكالة في تحصيل الديون ومن

(١) بحث في بطاقات الائتمان غير المغطاة للدكتور محمد القرني مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٥٥٥/٣/١٢ ومبحث في بطاقات الائتمان لحسن الجواهري مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦٢٠/٢/٨ - ٦٢١.

(٢) تقدم ذكرهم في المبحث السابق وهم أصحاب التكليفات الست الأول ص ٦ - ٩.

قائل أنها جعالة ومن قائل أنها أجرة مقابل الخدمات التي تقدم للتاجر ومن قائل أنها مصالحة بين الضامن والدائن (وهو التاجر) على حط نسبة معينة من الدين وأن يرجع على المدين (وهو حامل البطاقة) بكامل الدين ومن قائل أنها أجرة مقابل الحوالة^(١).

وقد أخذ بهذا الرأي الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية^(٢) وهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بالبحرين^(٣).

القول الثاني:

أن ما يأخذ من التاجر في بطاقة الائتمان غير جائز شرعاً. وقال به الشيخ عبد الله المنيع^(٤) وعجيل النشمي^(٥) والشيخ حمادي^(٦).

القول الثالث:

أن ما يأخذ من التاجر في بطاقة الائتمان جائز بشرط أن يكون السعر الذي يبيع به التاجر بالبطاقة نفس السعر الذي يبيع به نقداً. وهذا القول أشار إليه الشيخ عبد الله المنيع^(٧) وهو قرار مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي^(٨).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

لأصحاب هذا القول وهم القائلون بالجواز مطلقاً أدلة كثيرة نذكر أهمها:

الدليل الأول:

أن مصدر البطاقة يقدم للتاجر خدمة وهي جلب الزبائن وذلك

(١) المرجع السابق.

(٢) في قرارها رقم ٤٦٤ في ١٩/٣/١٤٢٢هـ.

(٣) في المعيار ص ٢٤، ٢٨.

(٤) في مداخلته في المناقشة بمجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٠/٣/٦١ وسماها جرثومة.

(٥) في مداخلته في المناقشة بمجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٠/٣/٤٨.

(٦) مداخلته في المناقشة بمجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٢/٣/٦٦٥.

(٧) مداخلته في المناقشة بمجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٢/٣/٦٥٨ - ٦٥٩.

(٨) قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ١٥٨ ، انظر مجلة المجمع ١٢/٣/٦٧٦.

من خلال إصدار هذه البطاقة لهذا فإنه يستحق من خلال هذه الخدمة أن يطالب التاجر بأجرة لها وهذا هو عمل السمسار^(١).

واعتراض عليه: بأن السمسرة هي مجهود يبذله السمسار للتوفيق بين إرادتين وليس في بطاقة الائتمان شيء من ذلك وذلك لأن مصدر البطاقة لا يدري عن حامل البطاقة ولا عن التاجر إلا بعد تعلق الحق بذمة حامل البطاقة فكيف نقول سمسرة؟^(٢).

الدليل الثاني:

أن البنك مصدر البطاقة يقدم خدمات للتجار منها تأمين الجهاز الذي تمرر عليه البطاقة ومنها الهاتف وغيره كما مر سابقاً^(٣) وهذه الخدمات^(٤) لا بد لها من مقابل وهي النسبة التي تخصم على التاجر من مبلغ الفاتورة.

ويعترض عليه: إذا سلمنا أن هذه النسبة التي تخصم من التاجر هي في مقابل الخدمات لكن الخدمات متساوية في المبالغ الصغيرة والمبالغ الكبيرة وإذا كانت تختلف من مبلغ لآخر والخدمات واحدة فمعناه أن النسبة لم تأخذ على الخدمات وإنما أخذت على المبلغ فلذا لا يمكن أن تكون هذه النسبة مقابل الخدمات إلا إذا كان المبلغ مقطوعاً على كل عملية شراء.

الدليل الثالث:

أن البنك مصدر البطاقة وكيل عن التاجر في تحصيل الدين ووكيل عن حامل البطاقة في حسم المبلغ من حسابه إذا وصلته فواتير وإيصالات التاجر ، وتحصيل الديون من العميل وتسليمها للتاجر أتعاب لها أجرة وهذه النسبة التي تأخذ من التاجر هي مقابل تحصيل الديون من حاملي

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦٧٦/١/٧ .

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦٥٨/٣/١٢ .

(٣) تقدم ص ٥ .

(٤) انظر : البطاقات البنكية لعبد الوهاب أبو سليمان ٢٢٨ ، ١٥٥ ، وقرار الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية رقم ٤٦٤ في ١٩/٣/١٤٢٢هـ .

البطاقات والبنك وكيل عن التاجر في ذلك والوكالة بالأجر جائزة^(١) .
ويعترض عليه من وجهين : الأول أنا لا نسلم أن البنك مصدر البطاقة
وكيل عن التاجر في تحصيل الدين وذلك لأن البنك ملتزم بتسديد القيمة
من حسابه الخاص ثم يرجع على المشتري حامل البطاقة ومعلوم أن
الوكيل في تحصيل الدين إنما يطالب المدين بالدين فإذا استلم من المدين
سلمه للدائن وليس كذلك في بطاقة الائتمان فلا يعدو البنك المصدر
للبطاقة بالنسبة للتاجر إلا أن يكون ضامناً للعميل^(٢) .

الوجه الآخر : إذا سلمنا أنه وكيل عن التاجر في تحصيل الدين فأنا
لا نسلم بجواز أخذ الأجرة على الوكالة وإنما تجوز الجعالة على الوكالة^(٣)
والجعالة عقد جائز وفي الاتفاقية بين التاجر والبنك يلتزم التاجر بحسم هذا
المبلغ ولا يصح له الرجوع عن هذا الالتزام فخرج بذلك عن عقد الجعالة .
الدليل الرابع :

أن التاجر يجعل للبنك جعلاً على أن يقوم بتحصيل حقه من
العميل فيقول : مثلاً خذ حقي من هذا العميل ولك نسبة كذا مثلاً ٢٪ من
المبلغ فيعمل له البنك هذا العمل مقابل الجعل وهو النسبة التي اتفقا عليها
وهذه هي الجعالة فتكون هذه النسبة التي تأخذ من التاجر من باب الجعالة
فتجوز.

ويعترض عليه : أن الجعالة عقد جائز بين الجاعل والعاقل لكل
واحد منهما الفسخ^(٤) وهنا في الاتفاقية بين التاجر والبنك الذي يتعامل معه
التاجر ملزم بدفع هذه النسبة وهذا مخالف للجعالة فلا تكون من باب
الجعالة .

أدلة القول الثاني :

- (١) ينظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦٦٤/٢/٨ .
- (٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦٦٤/١/٧ ومجلة المجمع ٦٤٦/٣/١٢ .
- (٣) المغني ٢٠٤/٧ - ٢٠٥ .
- (٤) الروض المربع مع حاشية القاسم عليه ٤٩٧/٥ .

استدل أصحاب هذا القول القائلون بعدم جواز أخذ نسبة معينة من التاجر بأدلة منها:

الدليل الأول:

أن البنك مصدر البطاقة هو في الواقع مقرض للعميل فإذا اشترى العميل حامل البطاقة من التاجر وأخذ البنك من التاجر نسبة من الفاتورة فهو قرض جر نفعاً والنفع هو هذه النسبة التي يأخذها البنك وسبب هذه المنفعة هو العميل^(١) ووجه آخر للربا وهو أنه أقرض العميل مائة وأخذ مائة وعشرة، مائة من العميل نفسه وعشرة من التاجر والعميل سبب في تلك الزيادة وهي محرمة فلذا ما يأخذ من التاجر حرام^(٢).

ويعترض على ذلك: لا نسلم ما ذكرتم لأن العقود في بطاقة الائتمان متعددة عقد بين العميل والبنك وعقد بين البنك والتاجر وكل له تكييفه الفقهي لذا فلا يسلم لكم أنه من قبيل القرض الذي جر نفعاً.

الدليل الثاني:

أن البنك حينما يطالبه التاجر بالحق الواجب على العميل وذلك بعد أن أحال العميل التاجر إلى البنك لأخذ حقه منه فإن البنك يصارف التاجر بأقل من القيمة فإذا كان مبلغ الفاتورة مثلاً مائة فيصارفه على أن يعطيه مائة بسبعة وتسعين وهذه مصارفه باطلة^(٣).

ويعترض عليه: نقول لا نسلم أن هناك مصارفه لأن الواقع أن الحق تعلق بذمة البنك فهو ضامن للعميل ثم البنك صالح الدائن وهو التاجر على أن يضع له بعض حقه وهذه ليست مصارفه^(٤).

دليل القول الثالث:

أنه إذا كان التاجر يبيع لمن يدفع بالبطاقة أكثر ممن يدفع نقداً كان

(١) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٢/٣/٦٦٥ ومجلة مجمع الفقه الإسلامي ٧/١/٦٨٠ ومجلة المجمع ٤٨/٣/٨.

(٢) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٧/١/٦٨.

(٣) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٠/٣/٦١ - ٦٢.

(٤) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٢/٣/٥١١.

ذلك من القرض الذي جر نفعاً فهو ربا وجه ذلك أن البائع إذا لم يعط العميل حامل البطاقة الخصم الذي يعطيه غير ممن يدفع نقداً صارت النسبة التي يدفعها التاجر للبنك مدفوعة من قبل العميل وهذا هو الربا لأن البنك أقرض العميل مائة وأخذ منه مائة وعشرة ثم أن العميل متضرر بذلك لأنه لم يحصل على الخصم الذي يعطيه التاجر لمن يدفع نقداً^(١).

ويعترض عليه: بأنا لا نسلم بما قلتم لأن العقد بين التاجر والعميل حامل البطاقة عقد مبيعة مستقل فإذا تراضيا على ذلك صح البيع والبنك ليس له محل في هذا العقد.

الترجيح:

من خلال ما تقدم من عرض للأقوال والأدلة والاعتراضات يتبين أن الراجح هو القول الثالث القائل بالتفصيل وهو جواز أخذ البنك المصدر من التاجر عمولة على مشتريات العميل منه شريطة أن يكون بيع التاجر بالبطاقة بمثل السعر الذي يبيع به بالنقد وهو ما صدر به قرار المجمع رقم ١٠٨ ولكن يضاف إليه قيد وهو أن تكون العمولة التي يأخذها البنك المصدر من التاجر مقطوعة وليست نسبة مئوية لأن الخدمات التي يقدمها البنك متساوية سواء كانت المبالغ كبيرة أو صغيرة فإذا كانت العمولة بمبلغ مقطوع فهي تساوي الخدمات بخلاف إذا كانت نسبة مئوية.

الغائمة

وبعد فهذا البحث تناول مسألة حكم الخصم على التاجر في بطاقات الائتمان، ويحسن في ختامه أن يذكر الباحث أبرز ما توصل إليه من نتائج، وما يطرحه من توصيات:

أولاً: النتائج، وأبرزها ما يلي:

١ - إن بطاقة الائتمان هي: مستند يعطيه مصدره (البنك المصدر)

(١) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٤٨/٣/١٠ ومجلة المجمع أيضاً ٦٥٨/٣/١٢ - ٦٥٩ ومجلة المجمع أيضاً ٦٦٥/٣/١٢.

لشخص طبيعي أو اعتباري (حامل البطاقة) بناء على عقد بينهما يمكنه من شراء السلع أو الخدمات ممن يعتمد المستند (التاجر) دون دفع الثمن حالاً لتضمنه التزام المصدر بالدفع، ويكون الدفع من حساب المصدر ثم يعود على حاملها في مواعيد دورية وبعضها يفرض فوائد ربوية على مجموع الرصيد غير المدفوع بعد فترة محددة من تاريخ المطالبة وبعضها لا يفرض فوائد.

٢- إن التاجر المراد به في هذا البحث هو: كل جهة اتفق معها مصدر بطاقة الائتمان (أو بنك التاجر) على حسم نسبة معينة من المبالغ المستحقة لها على حامل البطاقة. ومعنى أعم التاجر هو القابل لبطاقة الائتمان بدلاً من النقود.

٣- إن التاجر في قبوله للتعامل مع حامل بطاقات الائتمان يجني منافع كثيرة منها: الزيادة في المبيعات، وتوفير وتقليل تكلفة حفظ الأموال التي يحصل عليها التاجر، وانعدام مشكلات النقود الورقية مثل: التزوير، والسرقه، وانعدام مشكلات الشيكات الشخصية مثل: التزوير، وعدم الرصيد، وكذلك التخلص من كثير من السرقات التي تتم من المحاسبين الميدانيين للمحلات؛ لأنها لا تجعل للمحاسب الفرصة في الحصول على النقود الورقية أو حتى رؤيتها، والاستفادة من الحملات الدعائية التي ينظمها مصدر البطاقة وذلك بإدراج اسمه في الدليل الذي يوزعه المصدر على حاملي البطاقة، ومنها: التخلص من عبء كبير وهو عبء متابعة ديون الزبائن والعملاء، وتحمل مصدر البطاقة والبنوك المشاركة معه لذلك، وكذلك ضمان مصدر البطاقة للتاجر تغطية حقوقه الناشئة من استعمال بطاقة الائتمان.

٤- اختلفت وجهات نظر الفقهاء المعاصرين في تكييف الخصم على التاجر مقابل قبوله لبطاقات الائتمان، وذلك بناء على اختلافهم في التكييف الفقهي لبطاقات الائتمان.

٥- اتضح من خلال هذا البحث أن القول الراجح في مسألة حكم

الخصم على التاجر في بطاقات الائتمان، هو القول القائل بالتفصيل وهو جواز أخذ البنك المصدر لبطاقة الائتمان من التاجر عمولة على مشتريات العميل منه شريطة أن يكون يبيع التاجر بالبطاقة بمثل السعر الذي يبيع به بالنقد، وهو ما صدر به قرار المجمع رقم ١٠٨، ولكن يضاف إليه قيد وهو أن تكون العمولة التي يأخذها البنك المصدر من التاجر مقطوعة وليست نسبة مئوية لأن الخدمات التي يقدمها البنك متساوية سواء كانت المبالغ كبيرة، أم صغيرة، فإذا كانت العمولة بمبلغ مقطوع فهي تساوي الخدمات بخلاف إذا كانت نسبة مئوية.

ثانياً: أهم التوصيات:

لعل أهم توصية يوصي بها الباحث هي أن تستمر البحوث المتعلقة ببطاقات الائتمان وعلاقات أطراف البطاقات، وذلك نظراً لأن البنوك تطرح بشكل مستمر أنواعاً جديدة من بطاقات الائتمان، وكذا تقوم بتغيير لنوع العلاقة بين أطراف البطاقة سواء بالشروط أم الرسوم أم نحو ذلك، مما يعني تغير في الحكم الفقهي لهذه العلاقة.

هذا ما تيسر جمعه حول موضوع البحث وفي الختام،

أسأل الله العظيم أن يوفق الجميع في الدنيا والآخرة وصلى الله وسلم على نبينا محمد.

أهم المصادر والمراجع

- ١- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني (ت: ٥٨٧هـ)، تحقيق محمد عدنان درويش، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٩هـ.
- ٢- البطاقات البنكية، للدكتور عبد الوهاب أبو سليمان، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.
- ٣- البطاقات اللدائنية تاريخها وأنواعها، وتعريفها وتوصيفها، ومزاياها، وعيوبها، لمحمد بن سعود العصيمي، دار ابن الجوزي،

- الدمام، الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ
- ٤- الروض المربع شرح زاد المستقنع لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي (ت: ١٠٥١هـ)، مطبوع مع حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع لعبد الرحمن بن محمد بن قاسم (ت: ١٣٩٢هـ)، المطابع الأهلية للأوفست، الرياض، الطبعة الخامسة ١٤١٣هـ.
- ٥- قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، للدكتور نزيه حماد، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.
- ٦- لسان العرب، لابن منظور، تحقيق عبد الله الكبير ورفقاه، دار المعارف.
- ٧- مجلة مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة.
- ٨- المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، للدكتور محمد عثمان شبير، دار النفائس، الأردن، الطبعة الرابعة، ١٤٢٢هـ.
- ٩- المغني لعبد الله بن أحمد بن قدامة (ت: ٦٢٠هـ) تحقيق عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو، دار هجر، القاهرة، الطبعة الثانية ١٤١٢هـ.
- ١٠- هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، البحرين نص المعيار.

مدى إمكانية تطويع القواعد العامة للمسؤولية
المدنية للتطبيق على المنازعات البيئية
الأستاذة كريم زينب
أستاذة محاضرة قسم ب - كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة جيلالي ليايس - بسيدى بلعباس

المقدمة

نتيجة لسوء استغلال الإنسان للموارد الطبيعية وللبيئة المحيطة به الذي قد يؤدي إلى اختلال التوازن في الطبيعة بشكل يضر بحياته و بالبيئة التي تصبح لا تفي بحاجاته ومتطلباته، وهو ما دفع إلى ضرورة وضع قواعد قانونية تضبط سلوك الإنسان في تعامله مع بيئته ولمواجهة الأخطار البيئية . و لقد بدأ اهتمام الجزائر بحماية البيئة منذ ١٩٨٣، ولكن نظرا للمعطيات الجديدة التي عرفها العالم لا سيما التطور التكنولوجي والحضري، رأى المشرع إلى ضرورة إصدار قانون جديد يتعلق بحماية البيئة وهو قانون ١٠/٠٣ المؤرخ في ١٩ يوليو ٢٠٠٣ والذي تلتها عدة تشريعات تنظيمية أخرى.

ولكن رغم ذلك تعددت المشاكل القانونية التي تواجه المختصين في تحديد المسؤولين عن الأضرار التي تمس بالطبيعة وكذا تحديد المراد بالخطأ والضرر الناتج، خاصة وأنه تصعب ملاحظته في الحال وأحيانا عدم رؤيته بالعين المجردة، وأحيانا أخرى و مع مرور الزمن قد تنتشر آثار التلوث و لا تنحصر في مكان محدد، مع احتمال تداخل أسباب أخرى في حدوثها، كما قد يتعذر إرجاع الضرر لمصدره الحقيقي أو لا يمكن نسبته لأي خطأ ... كل هذا قد يؤدي إلى وجود عقبة في سبيل حصول المتضرر من تلوث البيئة على التعويض اللازم لجبر الضرر .

لذلك و أمام غياب قواعد خاصة لتنظيم المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية .فإلى أي مدى يمكن تطويع القواعد العامة للمسؤولية المدنية

التقليدية المستندة إلى فكرة الخطأ و الضرر وعلاقة السببية وتطويرها لتطبق على المسؤولية الناشئة عن التلوث البيئي؟. ولتوضيح ذلك، سيتم أولاً تبيان أساس المسؤولية المدنية الناشئة عن تلوث البيئة، وثانياً: جزاء المسؤولية عن أضرار تلوث البيئة.

المبحث الأول

أساس المسؤولية المدنية الناشئة عن تلوث البيئة

إن نصوص قانون ٠٣- ١٠ المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة^١ لم تنظم المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية، لذلك يظهر من اللازم الرجوع إلى القانون المدني - الشريعة العامة - خاصة الأحكام المنظمة للمسؤولية المدنية، فإلى أي مدى يمكن تطويع تلك القواعد التقليدية لتطبيقها على المنازعات البيئية؟

تهدف تلك الأحكام المتعلقة بالمسؤولية المدنية إلى تعويض الضرر الناجم عن الإخلال بالتزام مقرر في ذمة المسؤول، والتي تقوم على عناصر ثلاث: الخطأ، الضرر والعلاقة السببية، ومصدر ذلك الالتزام قد يكون عقداً يربطه بالمضرر لتقوم حين ذلك المسؤولية العقدية بحكمها ويحدد مداها العقد من جهة وأحكام المسؤولية العقدية من جهة أخرى، كما قد يكون مصدر الالتزام هو القانون، لتترتب عنه المسؤولية التقصيرية جزاءً لإخلال بواجب قانوني لأن هذا الأخير هو الذي يستقل بحكمها ويحدد مداها دون أن تكون هناك رابطة عقدية بين الطرفين^٢.

فمادام الشخص ملزم عند استعماله لحقه أن لا يتعسف في ذلك الإستعمال تطبيقاً للمادة ١٢٤ مكرر من القانون المدني الجزائري^٣، فإذا قام بأفعال تؤدي إلى تلوث البيئة يعتبر متعسفاً في استعمال الحق لأنه قصد من استعماله الإضرار بالغير بترتيب أضرار كبيرة تمس الآخرين ولا تتناسب مع الفائدة التي يحصل عليها (صاحب الحق) مثلاً كالأضرار التي تصيب الأشخاص المقيمون بجوار المصنع المنشأ وسط المدينة نتيجة تلوث البيئة (إما نتيجة للدخان أو الغازات السامة التي كان يفرزها) والتي لا يمكن

مساواتها مع الفائدة التي يحصل عليها صاحب المصنع ، وأمام تحقق ذلك فلا يمكن حماية حقوق المتضررين إلا برفع دعوى قضائية لجبر الضرر، و هو حق منحه المشرع الجزائري بمقتضى المادة ٣٦ من قانون ٠٣-١٠^١ للجمعيات المعتمدة قانونا الحق في رفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المختصة عن كل مساس بالبيئة، إضافة لكل متضرر اعتمادا على قواعد القانون المدني.

و لكن مع ذلك تبقى الإشكالية المطروحة في تحديد المسؤولية عن الأضرار البيئية، أمام إستفحال الأضرار البيئية وإتخاذها لأشكال حديثة مع صعوبة تحديد المتضرر مباشرة عن تلك الإنتهاكات البيئية، فقد ظهر جدل فقهي حول أساس هذه المسؤولية فمنه من نادى بتطبيق المسؤولية القائمة على الخطأ الواجب الإثبات، و هناك من أقامها على فكرة الخطأ المفترض و بالتالي الإرتكاز على المسؤولية الموضوعية، فما هو الرأي الراجح منها؟

المطلب الأول

المسؤولية القائمة على الخطأ الواجب الإثبات

هناك جانب من الفقه نادى بتطبيق النظرية التقليدية للمسؤولية المدنية القائمة على الخطأ الواجب الإثبات الذي هو قوام المسؤولية التقصيرية تطبيقا للمادة ١٢٤ من القانون المدني: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"^{٥٠}. و تطبيقا لهذا النص فالمضور من جراء التلوث البيئي أن يثبت وقوع الخطأ من الشخص المسؤول و المتسبب في إصابته بالضرر حتى يستطيع الحصول على التعويض، سواء كان الخطأ مخالف للوائح و اللوائح المعمول بها في الحماية من أضرار التلوث البيئي، أو يتمثل الخطأ في الإهمال و التقصير و عدم إتخاذ الحيطه و الحذر فيما يخص الإحتياطات من عدم التعسف في استعمال الحق و أن يكون الخطأ هو الذي أدى لوقوع الضرر بأن كان سببا له.

الفرع الأول عنصر الخطأ

فالخطأ هو عماد المسؤولية المدنية التقصيرية الناتجة عن الفعل الشخصي غير المشروع و لما كان الخطأ هو الإخلال بالالتزام قانوني سابق : إما بالقيام بعمل قصده فاعله مع نتيجته الضارة (الخطأ الجرمي غير المشروع) ، أو مخالفة لقواعد تفرضها القوانين و اللوائح أو بعمل يصدر عن شخص لم يقصد من ورائه الإضرار^٦ ، أمثلة ذلك في مجال الأضرار الناتجة عن البيئة : مخالفة التشريعات البيئية يشكل عملا غير مشروع من جانب الملوث، أي يشكل خطأ الموجب للمسؤولية المدنية التقصيرية إتجاه الدولة كشخص معنوي عام اتجه الأشخاص المقيمين على إقليمها^٧.

ومن صور خطأ الدولة المرفقي في مجال البيئة : عدم وضع الإجراءات الرادعة ضد الملوثين من جانب السلطة العامة، و يمكن الإشارة في هذا الصدد إلى قرار المحكمة العليا القاضي بأنه إذا لم تتخذ السلطات العمومية أي إجراء وقائي لضمان الأمن حول الأماكن التي تسبب أضرارا، فإنها تكون مسؤولة عن التعويض، و ذلك في قضية تتلخص وقائعها في " سقوط طفلين في بركة مملوءة بمياه قدرة تسبب في وفاتهما وأثبت محضر المعاينة أن السلطات العمومية المتمثلة في رئيس المجلس الشعبي البلدي لم يتخذ أي إجراء وقائي لضمان الأمن حول هذه البركة و خاصة أنه شيدت بنايات بقربها"^٨.

فالأمر قد لا يمس الدولة فقط، بل أيضا الأشخاص الخاصة من شركات و أفراد، فقد يترتب عنهم إخلال بواجب قانوني مثلا : رمي المخلفات الصلبة والسائلة في النهر أو الآبار أو إحدى المجاري المائية الصالحة للشرب فيشكل خطأ وبالتالي يرتب المسؤولية المدنية التقصيرية إتجاه الشخص المتضرر من ذلك الخطأ. أو عندما يقوم الشخص بصب و طرح أو طرح للمياه المستعملة أو رمي للنفايات أيا كانت طبيعتها في المياه المخصصة لإعادة تزويد طبقات المياه الجوفية وفي الآبار و الحفر و سراديب

جذب المياه التي غير تخصيصها، فيكون قد ارتكب خطأ لمخالفة التزام قانوني محدد في المادة ٥١ من قانون ٠٣-١٠ المحدد سابقاً.

فإذا كانت كافة الأضرار التلوثية تنتج في جميع الأحوال عن ارتكاب العمل غير المشروع أو الانحراف عن السلوك المعتاد، فقد يحدث العكس بأن يتخذ المستغل للمنشأة الصناعية أو الزراعية أو التجارية كافة الإحتياطات اللازمة مما يجعل سلوكه متفقاً مع المألوف مثلاً التزامه بالإحتياطات المرخص له بتصريف المخلفات الصناعية في نهر معين، ومع ذلك ينتج عن ممارسته العادية لحقه باستغلال المنشأة عمليات التلوث فهنا يثور التساؤل كيف يمكن أن ينسب الخطأ إليه في مثل هذه الحالة؟

وهو ما يدل على عدم وجود خطأ من جانب المستغل مما يجعل التعويض أمراً صعباً على ضوء قواعد المسؤولية التقصيرية لإنعدام أحد عناصرها وهو الخطأ، ولا يمكن القول بافتراض الخطأ، فهذا يتنافى مع قواعد المسؤولية التقصيرية القائمة على الخطأ الواجب الإثبات مما يقتضي البحث عن أساس آخر للمسؤولية.

الفرع الثاني

عنصر الضرر

يعد الضرر من أهم أركان قيام المسؤولية لتعويض المضرور، وهو يعد ذلك الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له، ويشترط فيه أن يكون محققاً^{١١}، وباعتباره واقعة مادية، وجب على المضرور إثباتها بأية وسيلة من وسائل الإثبات^{١٢}.
وفي مجال تلوث البيئة، فالضرر الناجم عن السلوك الخاطئ له خصوصياته التي تصطدم بإعمال القواعد العامة في دعوى التعويض، إذ من جهة يصعب تحديد المضرور لأن النشاط الذي ينجم عنه التلوث البيئي يتميز بالعمومية فهو يصيب البيئة وعناصرها^{١٣}، فيصيب الكائنات الحية وغير الحية وكذا الممتلكات وقد يمتد ليصيب بنايات أخرى أو المحيطات والهواء الذي لا يعرف حدوداً أساسية وجغرافية، لذا يطرح التساؤل عن تحديد من هو المضرور هل البيئة أم الإنسان؟

كما أنه في المناطق الصناعية قد يحدث الضرر ليس من مصدر واحد و إنما عن عدة مصادر، مما يصعب على المضرور الرجوع على كل ملوث على حده، و تحديد نصيبه و كذا إثبات العلاقة السببية بين نشاط كل ملوث و الضرر الذي أصابه^{١٣}.

ومن جهة أخرى إذا كان الأصل أن الضرر لا بد من تحديده، إلا أن الضرر البدني غير ذلك، فقد لا تظهر آثاره فور وقوعه بل تمتد لأحقاب متعاقبة قبل إكتشافه ليكون ضرر غير مباشر الذي لا يدخل في مجال التعويض وفقاً للقواعد العامة، كما قد يصعب تحديد مصدره الحقيقي إذا ما ظهر بعد فترة طويلة من إحداثه، بل و يمكن أن يستمر رغم التعويض عنه بالنسبة للماضي.

وعليه يترتب عن الطبيعة الخاصة لأضرار التلوث، الصعوبة في إثبات الكثير من الأضرار فور حدوثها أو تحديدها من الزمان و المكان وبالتالي فقواعد المسؤولية التقصيرية قد لا تستوعب صور و أضرار هذه التلوثات و هذا ما يستدعي المناذاة بتطوير قواعد المسؤولية لتتلاءم مع طبيعة هذه الأضرار.

الفرع الثالث

توافر رابطة السببية بين الخطأ و الضرر

لا يكفي لقيام المسؤولية أن يكون هناك خطأ و ضرر بل لا بد أن يكون الخطأ هو السبب الذي أدى إلى وقوع الضرر^{١٤}. فيلزم توافر رابطة سببية مباشرة بين الضرر و السلوك الخاطئ و الناتج إما عن الإهمال أو التقصير عن أخذ الإحتياطات اللازمة أو في عدم مراعاة القوانين والأنظمة و القرارات المرتبطة بحماية البيئة. مثال ذلك: المضايقات التي يتعرض لها الأشخاص من جراء الروائح الكريهة أو الضجيج الكبير و تلوث المياه أو الإضرار بالأسمالك و الثروة المائية...، و كان هذا ناتجاً عن عدم أخذ الإحتياطات اللازمة أو مخالفة قوانين أو لوائح تصريف المخلفات في المياه

أو إستعمال مكبرات الصوت...، و هذا لا يكفي لإنعقاد مسؤولية محدث هذه العمليات وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية، بل يجب البحث عن رابطة السببية بين الإهمال و التقصير في أخذ الإحتياطات أو بين المخالفة للقوانين و اللوائح و بين الضرر و من ثم يعوض المضرور.

فالعلاقة السببية هي التي تحدد الفعل الذي يسبب الضرر، و لكن إثباتها قد يواجه صعوبة كبيرة في مجال المسؤولية عن الضرر البيئي، إذ تساهم عدة عوامل في إحداث الضرر فيصعب تحديد المصدر الرئيسي لوقوع الضرر مما قد يؤدي إلى رفض طلب التعويض.

وبالرجوع إلى النظريات التي ظهرت في مجال تحديد علاقة السببية على رأسها نظرية السبب المنتج التي تركز على تحديد السبب الرئيسي في إحداث الضرر يصعب تطبيقها في الضرر البيئي، إذ أن الأسباب تتداخل في المجال البيئي فقد تكون هناك مواد غير ضارة و لكن خطورتها تظهر عند الإتحاد بعناصر أخرى مثلا: إذا قام المسؤولون عن إدارة أحد المصانع بإلقاء مواد سامة من مخلفات المصنع في نهر مجاور، فتختلط بالماء و تؤدي لتلوثه و جعله خطرا يهدد كل من يستعمله و لكن توجد صعوبة في معرفة كيفية تقدير الضرر قبل إلقاء المادة السامة في الماء و بعد إلقاءها فيه، خاصة لو كان النهر الذي ألقى فيه المادة كان منذ البداية ملوثا بمواد أخرى فكيف يحدد السبب الرئيسي في تلوث البيئة في هذه الحالة.

إذا كان مفهوم رابطة السببية ينطبق على بعض المنازعات الخاصة بأضرار التلوث، إلا أنه قد لا ينطلق على الكثير منها، كما قد يصعب إثبات السببية في المجال النووي لأن ذلك الحادث يثير مسؤولية أكثر من مستغل واحد من تلك المواد النووية¹⁰، و هذا ما يجعل الضرر الناجم عن تلوث البيئة يلزم مواجهته بقواعد أخرى تخرج عن القالب التقليدي للمسؤولية المدنية الذي يؤدي إلى حرمان المضرور من التعويض لصعوبة إثبات الأضرار و الأفعال المسببة لها، و قصد التغلب على ذلك، ذهب الفقه إلى البحث عن أساس آخر للمسؤولية المدنية عن تلوث البيئة بعيدا

عن فكرة الخطأ بل بالاعتماد على فكرة الخطأ المفترض (أو ما يطلق عليها
المسؤولية شبه الموضوعية)

المطلب الثاني

المسؤولية القائمة على فكرة الخطأ المفترض

عرف القانون الجزائري فكرة المسؤولية على أساس الخطأ المفترض وذلك في الأحكام المتعلقة بالمسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية الناشئة عن الأشياء في المواد من ١٣٤ إلى ١٤٠ مكرر من القانون المدني، كغيره من التقنيات الحديثة^{١٦}، والتي تقوم على إعفاء المضرور من عبء إثبات الخطأ لأنه مفترض من جانب المسؤول وبهذا المعنى يتم التسهيل على من لحقت به أضرار التلوث البيئي (المضرور) للحصول على التعويض اللازم لجبر الضرر دون الحاجة لإثبات أي خطأ. ومن مجالات تطبيق فكرة الخطأ المفترض المسؤولية الناشئة عن فعل الغير وكذلك الناشئة عن الأشياء، فهل المسؤولية المترتبة عن كليهما تغطي كافة الأضرار الناتجة عن تلوث البيئة؟ للإجابة عن ذلك سيتم دراسة كل مسؤولية على حده.

الفرع الأول

المسؤولية الناشئة عن فعل الغير

تناول المشرع الجزائري المسؤولية عن فعل الغير من خلال المواد ١٣٤ إلى ١٣٧ من القانون المدني، والتي تميز بين مسؤولية متولي الرقابة ومسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه.

أولاً: مسؤولية متولي الرقابة

المادة ١٣٤ من القانون المدني الجزائري تحدد شروط قيام هذه المسؤولية: "كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصر أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص بفعله الضار.

و يستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية." فتقوم المسؤولية في هذه الحالة في جانب

شخص يتولى الرقابة على شخص آخر يكون في حاجة للرقابة بسبب صغره أو حالته العقلية أو الجسمية، فإذا أحدث الخاضع للرقابة ضرر للغير بأن يكون ملزماً بتعويض الغير عن هذا الضرر وتكون هذه المسؤولية قائمة على أساس خطأ مفترض في جانب متولي الرقابة بحيث يرجع عليه الضرور بالتعويض دون حاجة إلى إثبات خطأ في جانبه، فتقوم مسؤوليته بقوة القانون^{١٧}

و من التطبيقات القضائية في مجال التلوث البيئي : الحكم بمسؤولية صاحب المدرسة كمتولي الرقابة عن الصخب الفادح و الزحام الشديد الذي يحدثه الأطفال إثناء دخولهم أو خروجهم من المدرسة أو أثناء صعودهم و نزولهم الدرج حوالي ثماني مرات في اليوم و ما يصاحب ذلك من ضوضاء يحدثونها و ذلك استناداً على خطأ مفترض في جانب متولي الرقابة (صاحب المدرسة) في رقابتهم و الحد من الضوضاء^{١٨}.

كما حكم بمسؤولية الجار عن التلوث السمعي للبيئة و المتمثل في الصخب و الأصوات المزعجة الناتجة عن استخدام أطفاله للألات الموسيقية و البيانو أثناء لهوهم مما سبب مضايقات و إزعاج للجيران^{١٩}، و ذلك كله استناداً لمسؤولية المكلف بالرقابة القائمة على خطأ مفترض من جانبه.

ثانياً: مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه

اعتماداً للمادة ١٣٦ من القانون المدني الجزائري: "يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تادية وظيفته أو بسببها أو بمناسبتها. و تتحقق علاقة التبعية و لو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع".
فيمكن أن تقوم رابطة تبعية بين شخصين و يصدر من التابع أثناء تادية الوظيفة أو بسببها عمل غير مشروع يصيب الغير بضرر، فتقوم مسؤولية المتبوع عن تعويض الغير عما أصابه من ضرر دون حاجة إلى إثبات خطأ في جانب هذا المتبوع، بل تستند المسؤولية إلى خطأ مفترض في جانب المتبوع في الرقابة و التوجيه^{٢٠}، و هي تعد أحسن صورة للمسؤولية عن عمل الغير بالفهوم القانوني و الحقيقي للمسؤولية^{٢١}

ومن تطبيقاتها في نطاق مسؤولية التلوث البيئي، ما حكم به في مسؤولية مالك الأراضي و المزارع عن تعويض الأضرار غير العادية التي تلحق المزارع المجاورة نتيجة ذهاب وإياب السيارات المستعملة بواسطة سائقي و أتباع ملاكها و قد أقام القضاء هذه المسؤولية إستنادا خطأ مفترض في جانب المتبوع^{٢٢}.

وحتى القضاء الفرنسي لما كان بصدد أعمال مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه الخاطئة في مجال التلوث البيئي، لم يسلك مسلكا واحدا و هو بصدد أعمال هذه المسؤولية، ففي الوقت الذي ذهبت فيه محكمة النقض الفرنسية إلى وجوب تطبيق شروط هذه المسؤولية للقول بها، و يلزم توافر شروط التبعية، و أن يكون الخطأ صادرا حال تأدية الوظيفة أو بسببها و بالتالي يميل هذا الإتجاه نحو تأكيد مسؤولية الدولة الشخصية و ليست مسؤوليتها عن فعل الغير.

فالأنشطة التي يأتها الأشخاص (طبيعيين أو اعتباريين) و تلحق أضرارا بالبيئة تؤدي إلى تحمل الدولة التي ينتسبون إليها للمسؤولية شريطة أن ينسب تقصير أو إهمال من جانبها في إتخاذ التدابير اللازمة لمنع تلك الأنشطة و حماية الغير، مثلا: إذا قصرت الدولة في إتخاذ الإجراءات التقنية و الفنية بالنسبة للمصانع و الآلات التي تطلق غازات و أبخرة سامة تلوث البيئة، أو أهملت في الرقابة على تشغيل السفن طبقا للإجراءات الدولية الموصى بها.

وبخصوص المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن التلوث النووي للبيئة و الصادر عن نشاط المشروعات أو الأفراد، فإن مسؤولية تعويض هذه الأضرار يقع على عاتق الدولة باعتبار أن استخدام الطاقة النووية يدخل في التخطيط العام لإقتصاد الدولة لما يعود على الصالح العام فإن مسؤولية الدولة تقوم في هذه الحالة على أساس تحمل المخاطر^{٢٣}، فالمخاطر الضخمة التي تنجم عن الأنشطة النووية بعيدة المدى يمكن أن تتعدى حدود الدولة فيما يلقي عليها إلزاما بالإشراف و الرقابة الدائمة على تلك المشروعات بضمان توفر إجراءات الأمن و الوقاية.

يتضح من خلال ذلك ، أن إعمال شروط مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعيه الخاطئة في مجال الأضرار الناشئة عن تلوث البيئة لها خصوصياتها تجاوزت التصورات التقليدية المألوفة لهذه المسؤولية في المجالات الأخرى ، فهي مسؤولية تقوم على الضمان للأنشطة الضارة بالبيئة لكون النشاط يتسم بالخطورة مما يقتضي توافر مسؤوليتها بغض النظر عن البحث في شروط التبعية ، فهي أقرب منها من مسؤولية المتبوع التي تقوم على الخطأ.

الفرع الثاني

المسؤولية الناشئة عن الأشياء

وهي تلك المسؤولية المنصوص عليها في المواد من ١٣٨ إلى ١٤٠ مكرر من القانون المدني الجزائري ، والتي تفترض أن حارس الأشياء حية كانسها أو غير حية (حيوان ، بناء ، آلات خطرة و حتى المعلومات...) مسؤول مسؤولية قائمة على الخطأ المفترض عما يلحق الغير من أضرار بسبب الأشياء التي هي تحت حراسته إستنادا إلى خطئه المفترض في الحراسة و السيطرة و الرقابة و التوجيه عليها^{٢٤}.

ومن تطبيقات إعمال هذه المسؤولية في مجال البيئة ، بالنسبة لحارس الحيوان: فقد حكم بمسؤولية القصاب عن الروائح المنبعثة من تربية الحيوانات (خنازير) قام بإنشائها بالقرب من مصيف ، وكذلك مسؤولية حارس الكلب إذا تركه ينبح حتى رتب قلقا للجيران الذين يمنح لهم حق المطالبة بالتعويض على أساس مسؤولية مفترضة ، أما عن مسؤولية حارس البناء فقد تقوم عن الضرر الذي يلحق الجيران و الناجم عن استعمال الآلات و المعدات حال قيام حارسها بعملية هدم البناء .

أما في مجال حراسة الأشياء خاصة الخطرة منها و التي تتطلب حراستها عناية خاصة ، فإن من أهم تطبيقاتها في مجال التلوث البيئي ، مسؤولية مستغل الطائرة عن الأصوات المزعجة الصادرة من محركات الطائرات و التي أدت لتهدم بعض المنازل تأسيسا على المسؤولية عن حراسة الأشياء الخطرة^{٢٥} . وأيضا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية من مسؤولية شركة الكيماويات عن الأضرار الناتجة عن تسرب الغازات السامة

من الأنايب الموجودة في باطن الأرض و التي أدت إلى موت أحد الأشخاص على أساس المسؤولية عن حراسة الشيء الخطر^{٢٦} .
بالتالي فالقضاء ربط المسؤولية عن أضرار التلوث بقواعد المسؤولية عن فعل الشيء الخطر أو المنتج الخطر و هو ما أخذ به المشرع الجزائري بعد تعديله للقانون المدني في سنة ٢٠٠٥^{٢٧} و تنظيمه لمسؤولية المنتج عن الضرر الناتج عن عيب في منتج خاصة و أن ذلك المنتج قد يكون صناعيا أو زراعيا و مرتبطا بتربية الحيوانات و الصيد بأنواعه و الطاقة الكهربائية و هي منتجات لا يمكن تجاهل مخاطرها خاصة لكثرة استعمالها و ارتباطها بالحياة اليومية و المعيشية للإنسان، و ذلك بإضافته للمادتين ١٤٠ مكرر^{٢٨} و ١٤٠ مكرر^{٢٩} و إقراره المسؤولية عن المنتجات التي تعد كل مال منقول - مادي أو معنوي - .

و بالرجوع إلى الأحكام المنظمة لحماية البيئة بموجب قانون ٠٣-١٠ فهي تركز على ضرورة احترام الحق في الإعلام^{٣٠} (المادة ٢، ٣، و المادة ٧ المتعلقة بالحق العام في الإعلام^{٣١} و المادتين ٨ و ٩ المتعلقة بالحق الخاص في الإعلام البيئي^{٣٢})، بل و يلزم كل بائع أرض استغلت أو تستغل فيها منشأة خاضعة لترخيص بإعلام المشتري كتابيا بكل المعلومات حول الأخطار و الانعكاسات الناجمة عن هذا الاستغلال سواء تعلق الأمر بالأرض أو بالمنشأة^{٣٣}. خاصة في الوقت الحالي الذي يعرف بعصر المعلومة التي تنتشر في كل وقت عبر الأنترنت و يمكن الوصول عليها بكل سهولة و غالبا ما تكون مجانية، فقد يكون للمعلومة آثارا و خيمة على كل ما له علاقة به فقد تكون معلومة خاطئة حول طريقة استعمال منتج معين أو مكوناته أو تكون صحيحة و لكن لم تكن كافية للتعرف على مضارها بأن ترتب في إلحاق أضرار و خيمة على صحة الإنسان أو الحيوان و حتى بالبيئة المحيطة به و بكل عناصرها فإذا كانت الحالة الأولى مرتبطة بفكرة الخطأ و ذلك لعدم تنفيذ إلتزام قانوني و هو تقديم معلومات صحيحة، فإن الحالة الثانية تطرح المشاكل و هي التي جعلت الفقه يعتبر المسؤولية عن المعلومة هي مسؤولية مبنية على خطأ مفترض على أساس أنها شيء أو مال معنوي

ذو قيمة مالية مرتفعة^٣، فلم تبق المعلومة مجرد خدمة بل أصبحت مال و أكثر من ذلك بل ثروة حقيقية.

يتضح أن المسؤولية البيئية رغم أهميتها للمضور، إلا أنها لا تكفي لتغطية معظم الأضرار البيئية، فإذا كان من السهل على القضاء تطبيق المسؤولية على هذا الأساس و ذلك في كافة الحالات التي ينص فيها القانون على الخطأ المفترض كأساس للمسؤولية، بحيث تسند المسؤولية عن تلوث البيئة في الحالات التي ينص عليها القانون دون حاجة لإثبات الخطأ بل يكفي إثبات توافر حالة من حالات هذه المسؤولية المفترضة: عن فعل الغير كمتولي الرقابة أو المتبوع عن أعمال تابعه، أو المسؤولية عن الأشياء كحارس الحيوان أو البناء و الأشياء الخطرة لتقوم المسؤولية. و لكن رغم ذلك فإنه غير جامع لحالات المسؤولية الناجمة عن التلوث البيئي، و ذلك لوجود صور حديثة من التلوث البيئي و خاصة المحدثه لأضرار عامة وجماعية مثلاً: التلوث النووي و الإشعاعي و السمعي و التي لا يمكن إدراجها تحت غطاء إحدى حالات المسؤولية المفترضة و المنصوص عليها قانوناً، بالتالي يمكن للمسؤول دفع مسؤوليته بانتفاء أساسها القانوني، و هو ما دفع بالفقه و القضاء إلى التوجه نحو الأخذ بفكرة المسؤولية الموضوعية.

المطلب الثالث

المسؤولية الموضوعية في مجال التلوث البيئي

أمام تلك الملاحظات التي وجهت للرأيين السابقين، و التي يتعارض بعضها مع طبيعة الضرر البيئي، تم التوجه نحو تبني أساس جديد للمسؤولية المدنية للتلوث البيئي بحيث يتلاءم مع طبيعتها و يغطي كافة الصور الناشئة عنها دون الحاجة إلى البحث عن خطأ واجب الإثبات أو حتى خطأ مفترض من جانب المسؤول، و المتمثل في فكرة المسؤولية الموضوعية، فهل يمكن اعتباره الأساس الوحيد الذي يتلاءم مع طبيعة الأضرار الناشئة عن التلوث البيئي؟

فالمسؤولية الموضوعية - كما يظهر من اسمها- تقوم استنادا لموضوعها أي لفكرة الضرر الناشئ عنها^{٣٥} و الذي يحقق تلوثا بيئيا تتجاوز آثاره الخطأ الشخصي و من ثم لا يمكن إسناد المسؤولية حينئذ إلى خطأ ثابت أو مفترض ، بل تستند المسؤولية كلية إلى فكرة الضرر و لا يمكن للمسؤول دفعها بنفي الخطأ أو إنتفاء الخطأ المفترض ، فالمسؤولية الموضوعية تقوم على تعويض المضرور و لو بغير خطأ و ذلك بتوافر ركنين فقط هما الضرر و العلاقة السببية.

فلقد أصبحت هذه المسؤولية تسهل تعويض الأضرار الناشئة عن تلوث البيئة و خاصة في الحالات التي يعجز فيها المضرور عن إثبات خطأ في مواجهة المسؤول ، تستند هذه المسؤولية الموضوعية إلى أساس قانوني و هو فكرة تحمل التبعة التي تقوم على جبر الضرر بدلا من البحث عن العنصر الشخصي المتمثل في الخطأ^{٣٦}.

لذلك فالتلوث البيئي الذي ينجم عن النشاطات الصناعية الخطرة سواء في مجال الملاحة الجوية أو المهن الخطرة أو المجالات النووية يقتضي إلقاء التبعة على المسؤول الذي يمارس النشاط المحدث لهذا التلوث بغض النظر عن أي خطأ^{٣٧}.

فإن فكرة تحمل التبعة تعني أن كل شخص يمارس نشاطا يعود عليه بالريح أو يستحدث أنشطة حديثة اقتصادية أو تجارية نافعة و لكنها في نفس الوقت مولودة لمخاطر تكنولوجية تحدث مضار بالبيئة ، فإنه يتحمل تبعة هذا النشاط بتعويض الأضرار الناجمة عن هذا النشاط دون صدور للخطأ بل استنادا إلى تحمل فكرة تبعة هذا النشاط. و من التطبيقات القضائية المستندة لفكرة المسؤولية الموضوعية :

- تطبيق القضاء الفرنسي لمسؤولية في مجال الملاحة الجوية و الأضرار الناشئة عن تحليق الطائرات أو الأشياء التي تنفصل عنها و تحدث أضرارا للغير، كسقوط بعض المواد من الطائرات في الجو على بعض الأحياء في باريس ترتب عليها تسرب كميات غاز ضارة و انفجاريات صوتية مزعجة فحكم القضاء بإلزام شركة الطيران بتعويض كافة هذه

الأضرار الناشئة عن التلوث البيئي بمختلف صورته وإقامة المسؤولية على أساس الضرر^{٣٨}.

- كما طبق القضاء الأمريكي هذه المسؤولية على مالك احد المطاحن الذي أقام على أرضه خزاناً كبيراً للمياه عن طريق مقاول وذلك قصد إمداد الطاحونة، متبعاً في ذلك الأسس العلمية في الحفر والإنشاء ولم يثبت في مواجهته أي خطأ أو إهمال ولكن تبين أن المياه تسربت من المستودع خلال بعض الممرات الجوفية المغمورة بالتراب، وترتب على هذا التسرب إضرار بالمناجم والمحاجر المحيطة به، فحكمت المحكمة بإلزام المالك بتعويض كافة الأضرار التي لحقت بالبيئة والجيران المحيطين به، معتمدة في ذلك على معيار الضرر المستند على فكرة تحمل التبعة دون النظر إلى أي خطأ وقع من المسؤول^{٣٩}.

- أما القضايا الخاصة بحماية البيئة في القضاء الجزائري قليلة جداً، وهذا راجع لعدة أسباب سواء لانعدام تكوين و تخصص القضاة في المنازعات البيئية، وكذلك لكونها منازعات ذات طابع ثنائي متشعب تحتاج إلى خبرة المختصين الذين يستعين بهم القاضي للفصل في النزاع. ولكن بالرجوع إلى قانون حماية البيئة بموجب قانون ١٠.٠٣، خاصة في المادة ٣ منه^{٤٠} فقد وضحت المبادئ العامة التي يقوم عليها هذا القانون ومن بينها مبدأ الملوث الدافع الذي يعرف بأنه هو الذي يتحمل بمقتضاه كل شخص يتسبب نشاطه أو يمكن أن يتسبب في إلحاق الضرر بالبيئة، نفقات كل تدابير الوقاية من التلوث والتقليص منه وإعادة الأماكن وبيئتها إلى حالتها الأصلية، وذلك ما تم تكريسه يصفه فعليه ضمن المبدأ السادس عشر (١٦) من إعلان ريو الفرنسي بموجب قانون ٢ فيفري ١٩٩٥^{٤١}.

فالهدف الذي سعى إليه المشرع من وراء إدخاله لهذا المبدأ وهو إلقاء عبء التكلفة الاجتماعية للتلوث على الذي يحدثه، فهو صورة من صور الضغط المالي على الملوث ليمتنع عن تلويث البيئة أو على الأقل تقليص التلوث الناجم عن نشاطه الصناعي، ومن المجالات التي يشملها هذا المبدأ

- الملوث الدافع - التعويض عن الأضرار المباشرة التي يتسبب فيها الملوث للبيئة أو تحمل نفقات الوقاية بالنسبة للنشاطات الخطرة أو الخاصة و هو بذلك يشمل النشاطات الملوثة المستمرة أو الدورية^{٤٢}.

يرمي هذا المبدأ إلى تحميل الملوث التكلفة الاجتماعية للتلوث و هو ما أدى بالفقه^{٤٣} لوضع ما يعرف بالمسؤولية عن الأضرار الإيكولوجية لتغطية جميع آثار التلوث، كما أن تطور هذا المبدأ يؤدي إلى تبني المسؤولية الموضوعية في مجال حماية البيئة. و ما يؤكد أيضا أخذ المشرع الجزائري بالمسؤولية الموضوعية ما تضمنته المادة ٥٨ من قانون ٠٣-١٠ المحدد سابقاً: " يكون كل مالك سفينة تحمل شحنة من المحروقات تسببت في تلوث نتج عن تسرب أو صب محروقات من هذه السفينة، مسؤولاً عن الأضرار الناجمة عن التلوث وفق الشروط و القيود المحددة بموجب الاتفاقية الدولية حول المسؤولية المدنية عن الأضرار الناجمة عن التلوث بواسطة المحروقات.

إذن فالمسؤولية الموضوعية تعتبر أنسب الوسائل الحديثة لحماية المتضررين من التلوث البيئي و التي تجعل أساساً لها في فكرة الضرر الناشئ عنها و الذي يحقق تلوثاً بيئياً تتجاوز آثاره الخطأ الشخصي و دون حاجة لإثبات خطأ الشخص المسؤول أو الخطأ المفترض، فهي إذن تحقق مبتغى التطور في الظروف الاجتماعية و الصناعية و مبدأ سهولة حصول المضرور على التعويض عن الضرر بإعفائه من مشقة إثبات الخطأ من جانب المسؤول و الذي في الغالب يصعب إثباته.

خاصة و أن في الوقت الحالي النشاطات التي تنجم عنها ضرراً بالبيئة في الغالب هي نشاطات مشروعة تؤدي لتلوث البيئة مما يصيب الجار من ضرر نتيجة لتغير مركبات الهواء النظيف على أثر هذه الاستعمالات بالإضافة إلى ما يصيبه من أضرار تنجم عن التلوث السمعي الحاصل من بعض الأنشطة المهنية.... و يواكب الطبيعة الخاصة للأنشطة الصناعية و التجارية المعاصرة و التي تمتاز باستعمال التكنولوجيات الحديثة التي قد يترتب عنها تلوثاً خطيراً بالبيئة و ينتج عنها أضراراً كبيرة يصعب على المضرور إثبات الخطأ فيها وفقاً للقواعد العامة للمسؤولية المدنية، تلتقى

بذلك المسؤولية على عاتق ممارس النشاط فهي تبحث عن أشخاص المسؤولية بالتركيز على المسؤول عن الضرر، وليس عن المسؤول عن الخطأ، فإذا حدث تلوث إشعاعي أو ذري للبيئة و نتج عنه أضراراً فإن المضرور يطلب منه عند وقوع الضرر تحديد المسؤول فقط ليرفع عليه الدعوى دون بحث عن الخطأ.

المبحث الثاني

جزاء المسؤولية عن أضرار تلوث البيئة (الآثار)

بعد تحديد الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية الناتجة عن الأضرار التي تلحق البيئة و التي تعد من طبيعة خاصة لا بد من تحديدها، ما دامت هذه الخصوصية هي التي تصعب على القاضي مهمة الحكم بالتعويض العيني أو النقدي، و حتى لو قضى به لصالح المضرور في غالب الأحيان يتعذر عليه تحصيله لقيمتة المرتفعة مما يجعل التأمين ضروري لحماية المصالح المتعارضة (المسؤول و المتضرر).

المطلب الأول

تحديد خصوصية أضرار التلوث البيئي الملزمة لقيام المسؤولية المدنية

توجد عدة صور حديثة معاصرة للتلوث البيئي و المنشئة للأضرار التي تعتبر أساساً للمسؤولية المدنية في هذا المجال قد تكون ناشئة عن تلوث الهواء (كالروائح المقززة و الضارة بصحة الإنسان أو تصل لدرجة لا يمكن تحملها مهما كان سببها سواء تمثل هذا النشاط في سلوك إيجابي أو سلبي أو مخالفة القوانين و اللوائح فقد يكون بسبب إرادي أو مرتبط بالنشاط الممارس أو المستغل، أو تتمثل في التلوث السمعي عن طريق الصخب و الضجيج بتعدد مصادره نشاط ملاحى أو صناعى أو التشييد أو البناء...)، أو تلوث المياه (بالمواد المشعة بإغراق النفايات الإشعاعية و النووية، أو مخلفات صناعية أو مخلفات المدن أو التلوث بالنفط و مشتقاته أو المواد الكيميائية) دون نسيان التوسيع من مجال صور المسؤولية الناشئة عن الأضرار غير المألوفة لحق الجوار و التي تلحق الجار بسبب تلوث البيئة نتيجة النشاط

الضار الصادر من جاره و هو ما يؤدي إلى عدم الغلو في استعمال حق الملكية لحد يضر به بملك جاره ليكون مسؤولا عن كافة المضار غير المألوفة الناتجة ، كمسؤولية صاحب المصنع الذي تسبب في الإضرار نتيجة لدخان و الأبخرة المؤذية المنتشرة أو صدور الأصوات و الضوضاء و لو كان مرخصا له إداريا^{٤٠} . فهل تحقق تلك الأضرار الشروط التي يلزمها القانون المدني للحصول على التعويض بسبب المسؤولية المدنية؟

يعد الضرر من أهم أركان المسؤولية المدنية خطيئه كانت أو موضوعية ، و لكن لا بد أن يكون الضرر محققا أو مؤكد الوقوع بأن لا يكون محتملا ، و يمس بحق أو مصلحة مالية لشخص المضرور ، و لا يكون قد سبق تعويضه^{٤١} حتى يتحصل الشخص على التعويض و لكن الضرر الناجم عن التلوث البيئي يعد ضررا من نوع خاص لا تتوافر فيه تلك الشروط المرتبطة بالقواعد العامة من أن يكون شخصا و مباشرا أو غير مباشر في الفعل الضار ، محققا لاحق بمصلحة مشروعة محمية قانون^{٤٢} ، و ذلك وفقا لما يلي :

الفرع الأول

الضرر الناتج عن التلوث البيئي غير شخصي

فهو يمتاز بالعمومية و يمس بشيء لا يملكه شخص معين ، و لكن مستعمل من قبل الجميع من دون استثناء و بالتالي لا يمس بمصلحة شخصية فردية كانت أو جماعية مادامت البيئة ليست ملكية خاصة بل ذلك الفضاء البري الجوي و البحري الذي يحيط بالكائنات الحية منها الإنسان : فمن يقوم بطرح النفايات داخل الأماكن السياحية يكون قد خالف القانون لا يسبب ضررا مباشرا لشخص بعينه لذلك منح المشرع للجمعيات إمكانية رفع دعوى المسؤولية عن كل مساس بالبيئة حتى في الحالات التي لا تعني الأشخاص المنتسبين لها بانتظام^{٤٣} ، و حتى لو كان الضرر فرديا يمس أشخاص طبيعيين تسبب فيها فعل الشخص نفسه و تعود إلى مصدر مشترك و لكن بعد الحصول على تفويض من شخصين على

الأقل^{٤٨}، إضافة لتلك الأضرار التي قد تلحق بالمصالح الجماعية التي تحميها^{٤٩}.

الفرع الثاني

الضرر الناتج عن التلوث البيئي ضرر غير مباشر

فهو ضرر لا يصيب الإنسان أو الأموال مباشرة و لكن مكونات البيئة كالتربة و الماء و الهواء، فالضرر غير المباشر هو ذلك الضرر الذي يمس الطبيعة و لا يمكن ترميمه، و هو ما يجعل الضرر غير مرئي يصعب تقديره بالتالي قد يكون ذلك سببا في رفض دعوى المسؤولية تطبيقا للقواعد العامة، لأن الضرر غير المباشر لا يتصل مباشرة بالفعل الضار بل يرتبط بسبب آخر فهذا يعني إنتفاء علاقة السببية عكس الضرر المباشر الذي ينشأ ضرورة عن الفعل الضار^{٥٠}، و هو ما يؤكد ضرورة الأخذ بالنظرية الموضوعية التي تهتم فقط بالضرر فقط، و حتى المشرع الجزائري قد اعترف بتلك الخاصية في المادة ٣٧ من قانون ٠٣-١٠ بأن منحت إمكانية رفع دعوى المسؤولية من طرف الجمعيات المعتمدة قانونا عن الضرر المباشر أو غير المباشر الذي يمس المصالح الجماعية التي تهدف الجمعية للدفاع عنها.

الفرع الثالث

الضرر الناتج عن التلوث البيئي صنف جديد له خصوصياته

بناء على ما قيل سابق فهو يمس بالبيئة بالطبيعة و معظم عناصرها و الذي يكون غالبا يمتد لأحقاب متعاقبة قبل اكتشافه مثلا ظهور أمراض خطيرة بعد مرور مدة من القيام بالفعل الضار كاستعمال الإشعاعات أو مواد كيميائية^{٥١}، أو القضاء على فصيلة حيوانية أو نباتية فالضرر هنا يكون مزدوج هو القضاء على ذلك النوع من الكائنات و من جهة أخرى يهدد التنوع البيولوجي و يضر بمحيط الإنسان.

المطلب الثاني

جبر الضرر الناجم عن التلوث البيئي كجزء لمسؤولية المدنية

بتحقيق الضرر يثبت حق المتضرر في التعويض و إن كان في غالب الأحيان لا يلحق ترحيبا في المجال البيئي لأن المطلوب في هذا المجال هو الحد

من الانتهاكات البيئية، وبالرجوع لقانون حماية البيئة (قانون ٠٣ - ١٠) فهو لم يحدد الجزاءات المدنية بل إقتصر فقط على العقوبات الإدارية كالمنع من استعمال المنشأة التي لم تحصل على الترخيص (المادة ١٠٢) وأغلبها جزائية تمثل في الحبس والغرامة بناء على الباب السادس بعنوان "أحكام جزائية" (المواد من ٨١ إلى ١١٠)، وهو ما يؤدي إلى الرجوع لأحكام القانون المدني، والتي تتكلم عن التنفيذ العيني والتنفيذ بمقابل، فإذا استحال على المدين تنفيذ التزامه عينا، حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه (المادة ١٧٦ من القانون المدني)، ويكون للقاضي سلطة التقديرية في تحديد طريقة التعويض ومقداره معتمدا في ذلك على طبيعة الضرر وظروف وملابسات القضية، المهم أن يتمكن ذلك التعويض من جبر ما لحق الدائن المتضرر من خسارة وما فاته من كسب (المادة ١٨٢ من القانون المدني).

الفرع الأول

التعويض العيني

الأصل في التعويض هو تنفيذ الالتزام تنفيذًا عينيًا، ولا يصار إلى عوضه التنفيذ بمقابل إلا إذا استحال التنفيذ العيني (المادة ١٧٦ من القانون المدني الجزائي)، إذا كان التنفيذ العيني يقع كثيرا في المسؤولية العقدية لكن نادرا ما يحدث في المسؤولية التقصيرية، فيكون الحكم بالتنفيذ العيني وجوبا على القاضي متى كان ذلك ممكنا وطالب به الدائن، كذلك إذا كانت عمليات التلوث ناتجة عن استعمال تعسفي للحقوق فإن القاضي يمكنه الحكم بالتنفيذ العيني.

فالتنفيذ العيني يكون في نطاق الضرر الذي يصيب الأموال دون الضرر الجسدي أو المعنوي لصعوبة تصوره، وإعادة الحال إلى ما كان عليه أو التعويض العيني مثلا بوقف الإنتهاك المستمر والماس بسلامة البيئة البحرية يعد من الأثر المهم للمسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع، وذلك يالزام المسؤول بإزالة المواد الملوثة والتي تهلك عناصر البيئة البحرية وتغيير

خصائصها بإعادة الحال لما كانت عليه قبل الحادث المسبب للتلوث، و هو ما يمكن فهمه من نص المادة ١/١٠٠، ٣، ٤ من قانون ٠٣-١٠^{٥٢}، أو بإرجاع الأماكن كما كانت عليه قبل البداية في استغلال منشأة دون ترخيص^{٥٣}.

فالشخص الذي يحدث عمليات تلوث في البيئة إما نتيجة لمخالفة القوانين و اللوائح أو عدم إتخاذ الإحتياطات اللازمة أو التعسف في استعمال الحق فالحكم بالتنفيذ العيني يكون وجوبيا متى كان ممكنا و لا يرهق المدين، كمن يقوم بتركيب محرك أو مولد كهربائي لرفع المياه و يحدث ضجيجا أو من يقيم مدخنة تتسبب في التلوث^{٥٤}.

الفرع الثاني

التعويض النقدي

أما التنفيذ بمقابل فهو القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية، و هو الحكم للمتضرر بمبلغ معين، بأن تحدد المحكمة طريقة الدفع مع قيمة التعويض و ذلك خاصة إذا استحال التعويض العيني أو ما يقصد بإعادة الحال لما كان عليه من قبل، كأن ترتطم ناقلة نفط في مياه البحر فتؤدي إلى القضاء على كل الكائنات البحرية ففي هذه الحالة يصعب إعادة الحال لما كان عليه، و غالبا ما تكون التكلفة الباهظة التي يتطلبها التعويض العيني هي السبب في التعويض النقدي على أن يكون التعويض كاملا للضرر بأن يغطي كل الضرر الذي أصاب المتضرر و هو مقدار ما لحقه من خسارة و ما فاته من كسب^{٥٥}. و لكن الصعوبة تكمن في كيفية التقدير النقدي للضرر البيئي خاصة و أن هذا الضرر له طبيعة خاصة و ليست لها قيمة تجارية كالبضائع^{٥٦}.

و غالبا ما يكون دفع تلك المبالغ بالتضامن أو التضام^{٥٧} بين شركة التأمين و المسؤول عن الضرر البيئي خاصة لو كانت عبارة عن منشأة - شركة تقوم بممارسة نشاط اقتصادي معين كحالة الضجيج أو الغبار

والأثرية التي تنتشر أثناء عمليات الهدم عندما يتهاون المقاول في اتخاذ الإحتياطات اللازمة^{٥٨}.

المطلب الثالث

التأمين نظام قانوني يخفف من حدة الجزاء المترتب عن المسؤولية المدنية

نتيجة لكثرة المشاكل المرتبطة بالمسؤولية المدنية التي يتحمل آثارها المتسبب في وقوع الضرر والتي تكون في الغالب تتطلب مبالغ ضخمة لجبرها، فلا يوجد من سبيل لتخفيف حدة وجسامة تلك الآثار إلا باللجوء إلى التأمين ولكن يجعله إلزاميا يحقق بناء على ذلك مصالح الأطراف كلها من متضررو ومسؤول وحماية المجتمع ككل .

ففكرة التضامن الإجتماعي هي التي أدت لظهور التأمين عن المسؤولية قصد التخفيف من وطأة العبء على المسؤول حتى يستمر على نشاطه الإجتماعي، فيعد التأمين ذلك العقد الذي يلتزم بمقتضاه المؤمن (شركة التأمين) بمقتضاه أن يضمن للمؤمن له أو للشخص مسؤوليته عما يترتب على ما يصدر منه من ضرر في المجال البيئي وذلك مقابل ما يقوم به من أقساط دورية يؤديها هذا الأخير^{٥٩}، فالتأمين بموجب المادة ٦٢١ من القانون المدني الجزائري يمكن أن يشمل المسؤولية المدنية تقصيرية كانت أو عقدية دون ما يمكن أن يترتب من مسؤولية جزائية^{٦٠}.

كما لا شك فيه أن خصوصية قوانين حماية البيئة توجب القول بأنه بعد أمرا طبيعيا أن يهيا وضعا ممتازا لطالب الدعوى وهو المتضرر، وذلك لضمان حصوله على التعويض وليس هناك وسيلة أفضل من التأمين : و ذلك لضمان عدم إرهاب ميزانية أصحاب المشاريع والممارسين للأنشطة الإقتصادية بكل أنواعها سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو معنويون في شكل شركات، لأن لها دور فعال في تحقيق الأمن القومي لذلك يمكن توزيع عبء المسؤولية والأضرار البيئية من خلال نظام التأمين، و تتحقق تلك الوظيفة على خير وجه بالنسبة للمخاطر الجسيمة الناشئة عن استعمال مثلا الطاقة النووية أو بعض التجهيزات الخطرة، من جهة. و من جهة

أخرى يضمن حصول المضرور للتعويض مهما كان سبب ذلك الضرر إما الخطأ الشخصي الواجب الإثبات أو بإثبات الضرر فقط، ما دام التأمين يضمن التبعات المالية المترتبة على مسؤولية المؤمن له المدنية بسبب الأضرار اللاحقة بالغير^{٦١}.

ولكن تطبيق هذا النظام في مجال المسؤولية المدنية البيئية يؤدي إلى الإصطدام بالقواعد العامة لعقد التأمين وذلك: لأن الضرر المؤمن عنه في غالب الأحيان يترتب عن تدخل عمدي وإرادي بالتالي يفتقد خصوصية الفجائية التي تشترط وفق المادة ١٢ من قانون التأمينات الصادر بموجب أمر ٩٥-١٠٧^{٦٢}، مثلاً: إلقاء مياه ملوثة في نهر أو بث دخان في الجو يكون في الأعم الأغلب عن عمد وإرادة، ومن ثم فليس بالإمكان اعتباره أمراً غير متوقع ولا مستقل عن إرادة المستأمن ومن جهة أخرى فالكثير من حالات التلوث لا تكون فجائية مادام التلوث ظاهرة تحدث بشكل تدريجي لا تنكشف إلا بعد مدة من الوقت.

وهو ما دفع شركات التأمين للتردد في تغطية أخطار التلوث ما لم يكن الخطر فجائياً عن حادثة عرضية تماماً، ولكن أدت الضرورة و التحولات الاقتصادية لاعتبار فكرة الحادثة أو الاحتمال هي من الأفكار النسبية و بالتالي الأحداث القابلة للتأمين لا تتسم جميعها بنفس الدرجة من الاحتمال، و يمكن الإشارة في هذا المجال إلى وثيقة التأمين النموذجية الفرنسية المعروفة باسم GAROPOL و التي أصبح بناء عليها من مجال التأمين تغطية مخاطر التلوث البيئي الطارئة و التدريجية معاً، إلى أن تم تكوين تجمع للتأمين باسم تأمين التلوث Assurance Pollution تحت مختصر Assupport و الذي بدأ يمارس نشاطه من يناير ١٩٨٩^{٦٣}

فتدخل المشرع لجعل هذا النوع من التأمين إجبارياً كالتأمين عن حوادث السيارات^{٦٤} و عن تهدم البناء^{٦٥} و مسؤولية المهنيين كالأطباء وأصحاب المهن الحرة... من شأنه تجنب عجز المسؤول عن دفع التعويضات الضخمة التي تترتب عن جسامه الأضرار اللاحقة بالبيئة و بذلك توفير تعويض كامل للأضرار الناشئة عن التلوث البيئي، وحتى لا تكون

المسؤولية المدنية في هذا المجال عائقا أمام التطور الاقتصادي و التكنولوجي بسبب ما قد يترتب عنه من مخاطر على البيئة

الغاية

أمام اعتبار المسؤولية الموضوعية أكثر الأسس القانونية ملائمة لطبيعة الأضرار الناشئة عن التلوث البيئي يجب الأخذ بعين الاعتبار الملاحظات التالية :

- وجوب تطويع قواعد المسؤولية المدنية التقليدية المستندة على فكرة الخطأ و الضرر و علاقة السببية بينهما ، و تطوير هذه القواعد حتى تشمل و تسري على أحدث صور و حالات المسؤولية الناشئة عن التلوث البيئي و التي لا يمكن أن تندرج تحت تلك القواعد التقليدية نظرا للطبيعة الخاصة للأضرار و انتشارها مع عدم إمكانية تحديدها و الحد منها ، مع صعوبة معرفة المسؤول و إثبات الخطأ في جانبه ، و لا يتحقق ذلك إلا عن طريق التدخل صراحة من أجل وضع أحكام خاصة بالمسؤولية المدنية البيئية يتضمنها قانون حماية البيئة.

- لا بد من المناداة بضرورة التوسيع من مجال التأمين ليشمل أيضا مخاطر الأضرار الناجمة عن تلوث البيئة الذي يقوم على أساس دفع شركة التأمين مبلغ التأمين لمن وقع عليه ضرر التلوث البيئي ، و ذلك لأنه سيؤدي إلى تحقيق مصلحة المضرور بحصوله على مبلغ التعويض من الشركة من دون اللجوء إلى القضاء حيث يستمر النزاع وقتا طويلا ، كما أنه يحث الفائدة للمؤمن بالشركة المؤمنة هي من سيدفع مبلغ التأمين للمضرور بدلا منه باعتباره المسؤول عن الضرر و بذلك يمكن توزيع عبء المسؤولية و وضعه على عاتق شركة التأمين حتى لا يوضع العبء كاملا على من يزاوّل النشاط المسبب للضرر.

- لذلك يقترح تدخل المشرع قصد فرض فكرة التأمين الإجباري عن المسؤولية الناشئة عن التلوث البيئي فبدون وضع تنظيمات خاصة للمسؤولية عن الأضرار البيئية يصعب التحدث عن حماية فعالة للبيئة

أو تعويض حقيقي للمضرور. و ذلك بأن يتدخل المشرع كتنظيره الأردني و العماني^{٦٦} بوضع أحكام خاصة بالمسؤولية المدنية عن التلوث البيئي و تأمين المسؤولية المترتبة عن ذلك. فهل ترتب عن ذلك أن حق الملكية لم يبق حقا مطلقا بل أصبح مقيدا بالوظيفة التي يستند إليها و التي رسمت له حدا موضوعيا لهذا الاستعمال، فإذا تجاوز استعماله العادي بما يحقق أضرار غير مألوفة فيعتبر خروجاً عن حدوده الموضوعية و يصبح المالك مسؤولاً عن تعويض الغير عما يلحقه من أضرار و التي يتعدد مجالها إذا تعلق الأمر بالمجال البيئي؟.

المراجع

- 1- المؤرخ في ١٩ يوليو ٢٠٠٣، ج ر، عدد ٤٣، الصادرة في ٢٠ يوليو ٢٠٠٣، ص.٦.
- 2- راجع في ذلك، سليمان مرقص، "الوافي في شرح القانون المدني في الإلتزامات"، المجلد الثاني، الفعل الضار و المسؤولية المدنية، "الطبعة الخامسة، الجزء الثالث، دار الكتب القانونية، ١٩٨٩، مصر، ص.١١.
- 3- الصادر بموجب أمر ٧٥- ٥٨ المؤرخ في ٢٦ سبتمبر ١٩٧٥ المعدل و المتمم، و التي تنص: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية: - إذا وقع بقصد الإضرار بالغير؛
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير؛
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".
- 4- تنص الماد ٣٦: "دون الإخلال بالأحكام القانونية السارية المفعول، يمكن الجمعيات المنصوص عليها في المادة ٣٥ أعلاه (التي تمارس أنشطتها في مجال حماية البيئة و تحسين الإطار المعيشي...)، رفع دعوى أمام الجهات القضائية المختصة عن كل مساس بالبيئة، حتى في الحالات التي لا تعني الأشخاص المتسببين لها بانتظام".
- 5- تقابلها المادة ١٦٣ من القانون المدني المصري، و المادة ١٣٨٢ من القانون المدني الفرنسي.
- 6- للتعرف على الخطأ و أنواعه، عاطف النقيب، "النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي - الخطأ و الضرر -"، الطبعة الثالثة، منشورات عويدات، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ١٩٨٤، ص ص، ١١١ إلى ١٤٢.
- 7- وقد تم تطبيق مسؤولية الدولة في أوائل القرن العشرين بناء على نص المادة من مشروع تقنين المسؤولية الدولية الذي أعدته اللجنة الأمريكية للقانون الدولي، حيث جاء محتوى النص: "تسأل الدولة عندما توجد درجة واضحة من الخطأ الحكومي يرجع لعمل أو إهمال الموظفين بين القائمين على تطبيق القانون"، راجع في ذلك، محمد سعد عبد الله الحميدي، "المسؤولية المدنية الناشئة عن تلوث البيئة البحرية و الطرق القانونية لحمايتها"، الدار الجامعية الجديدة، ٢٠٠٨، ص.٢٨١.

- 8- قضية رقم ١٢٣٧١ قرار بتاريخ ٠٦-٠٧-١٩٩٩ ، قضية فريق 'ق' ضد بلدية تبسة ، نشرة القضاة عدد ٥٦ سنة ١٩٩٩ س.
- 9- تنص المادة: "يمنع كل صب أو طرح للمياه المستعملة أو رمي للنفايات، أيا كانت طبيعتها، في المياه المخصصة لإعادة تزويد طبقات المياه الجوفية و في الآبار والحفر و سرايب جذب المياه التي غير مخصصةها".
- 10- ومع ذلك فقد أجمع الفقه والقضاء على أنه إذا لم يكن الضرر قد تحقق فيكفي أن يكون وقوعه مؤكدا ولو تراخى في المستقبل وهذا النوع من الضرر يعتبر في حكم الضرر المحقق الذي يستتبع التعويض، على خلاف الضرر المحتمل فإنه ضرر لم يقع ولا يوجد ما يؤكد وقوعه، ولكن يحتمل وقوعه من عدمه، لذلك لا تتعدد المسؤولية المدنية إلا إذا تحقق الضرر فعلا، راجع في ذلك، سليمان مرقص، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، المرجع السابق، ص. ١٣٢.
- 11- راجع مفهوم الضرر وألوانه، عاطف النقيب، المرجع السابق، ص. ٢٥٥- ٢٦٩.
- 12- تتكون بالبيئة من الموارد الطبيعية اللاحوية والحيوية كالهواء والجو والماء والأرض و باطن الأرض والنبات والحيوان، بما في ذلك التراث الوراثي، وأشكال التفاعل بين هذه الموارد وكذلك الأماكن والمناظر والمعالم الطبيعية، وذلك بناء على المفهوم المحدد للبيئة في المادة ٤ من قانون ٠٣-١٠ المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة.
- 13- راجع في ذلك، عبد الرشيد مأمون، "دور القاضي المدني في حماية البيئة"، بحث مقدم في إطار فعاليات مؤتمر "نحو دور فعال للقانون في حماية البيئة وتنميتها"، في دولة الإمارات العربية المتحدة، ٢- ٤ مايو ١٩٩٩، ص. ٢٠ وما يليها.
- 14- راجع حول رابطة العلاقة السببية، عاطف النقيب، "المسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء في مبادئها القانونية وأوجهها العملية"، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، منشورات عويدات، ١٩٨١، ص. ١٩٥ وما يليها.
- 15- راجع في ذلك، محمد سعيد عبد الله الحميدي، "المسؤولية المدنية عن تلوث البيئة والطرق القانونية لحمايتها وفقا لقانون دولة الإمارات العربية المتحدة - دراسة مقارنة مع القانون المصري وبعض القوانين العربية-"، الطبعة الأولى ٢٠٠٨، دار الجامعة الجديدة، ص. ٢٦٥.
- 16- كقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، و التقنين المصري.
- 17- راجع في ذلك، بلحاج العربي، "النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري"، الجزء الثاني الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع - الإثراء بلا سبب - والقانون)، ديوان المطبوعات الجامعية، ١٩٩٥، ص. ٢٨٢- ٢٨٤.
- 18- راجع في ذلك، نزيه محمد الصادق المهدي، "نطاق المسؤولية المدنية عن تلوث البيئة"، بحث مقدم في مؤتمر "نحو دور فعال للقانون، المرجع السابق، ص. ٢١.
- 19- راجع في ذلك، نزيه محمد الصادق المهدي،، المقال السابق، ص. ٢٢.
- 20- فبمقتضى علاقة التبعية بولى المتبوع سلطة فعلية في رقابة التابع وتوجيهه بخصوص نشاط معين أو عمل معين وهو عقد عمل كتبية العامل لصاحب العمل الذي يعمل

عنده، أو السائق و صاحب السيارة و بين مالك السفينة أو مستأجرها و بين الريان و البحارة....

- 21- أنظر، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. ٣٠٩ - ٣١١.
- 22 - راجع في ذلك، نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص. ٢٢.
- 23 - راجع في ذلك، محمد سعيد عبد الله حميد، "المرجع السابق"، ص. ٣١٢؛ نزيه محمد الصادق المهدي، المقال السابق، ص. ٢٢.
- 24 - راجع في ذلك، عبد الفتاح عبد الباقي، "المسؤولية عن الأضرار التي تحدثها الأشياء"، بحث منشور في في مجلة الأمن والقانون، الصادرة عن كلية الشرطة، دبي، السنة الرابعة، العدد الثاني يوليو ١٩٩٦، ص. ٢٤٤.
- 25 - راجع في ذلك، محمد سعيد عبد الله الحميدي، المرجع السابق، ص. ٣٢٥، هامش ١. **26 - IBID.**
- 27 - وذلك بموجب قانون ٥٥ - ١٠ المؤرخ في ٢٠ يونيو ٢٠٠٥.
- 28 - تنص: "يكون المنتج مسؤولاً عن الضرر الناتج عن عيب في موجه، حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية.
- يعتبر منتجاً، كل مال منقول ولو كان متصلاً بعقار، لا سيما المنتج الزراعي و المنتج الصناعي و تربية الحيوانات و الصناعة الغذائية و الصيد البري و البحري و الطاقة الكهربائية".
- 29 - تنص: "إذا انعدم المسؤول عن الضرر الجسماني و لم تكن للمتضرر يد فيه، تتكفل الدولة بالتعويض عن هذا الضرر".
- 30 - للتعرف على الحق في المعلومة البيئية و إطارها القانوني و طرق الحصول عليها، راجع، بركات كريم، "حق الحصول على المعلومة البيئية وسيلة أساسية لمساهمة الفرد في حماية البيئة"، مقال منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، عدد ١/٢٠١١، ص ص ٣٢ و ما يليها.
- 31 - تنص المادة ٧ من قانون ٠٣ - ١٠ المحدد سابقاً: "لكل شخص طبيعي أو معنوي يطلب من البيئات المعنية معلومات متعلقة بحالة البيئة، الحق في الحصول عليها. يمكن أن تتعلق هذه المعلومات بكل المعطيات المتوفرة في أي شكل مرتبط بحالة البيئة و التنظيمات و التدابير و الإجراءات الموجهة لضمان حماية البيئة و تنظيمها. تحدد كيفية إبلاغ هذه المعلومات عن طريق التنظيم".
- 32 - خاصة المادة ٩ من قانون ٠٣ - ١٠ المحدد سابقاً التي تنص: "دون الإخلال بالاحكام التشريعية في هذا المجال، للمواطنين الحق في الحصول على المعلومات عن الاخطار التي يتعرضون لها في بعض مناطق الإقليم، و كذا تدابير الحماية التي تخصهم. يطبق هذا الحق على الاخطار التكنولوجية و الأخطار الطبيعية المتوقعة. تحدد شروط هذا الحق، و كذا كيفية إبلاغ المواطنين بتدابير الحماية، عن طريق التنظيم".
- 33 - بناء على المادة ٢٦ من قانون ٠٣ - ١٠ المحدد سابقاً.
- 34 - راجع في تفصيل المسؤولية عن المعلومات،

Géraldine DANJAUME, « La responsabilité du fait de l'information », étude, Doctrine, 1996, 3895; Emmanuel

TRICOIRE, « La responsabilité du fait des choses immatérielles », Libre droit , Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau, Dalloz ; 2008, p.985.

- 35- راجع في ذلك ، نزيه محمد صادق المهدي ، المقال السابق ، ص. ٢٥.
- 36- وهو ما يطلق عليه في الفقه الإسلامي بقاعدة " الغرم بالغنم " .
- 37- الشريعة الإسلامية تنظم ما يعرف في القانون بالمسؤولية عن الغير فهي تجعل الشخص مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه الغير من أحد تابعيه ، فإحداث الضرر من وجهة نظر الشريعة الإسلامية هو ما ينجم عن عمل مأذون به بموجب المسؤولية أي تحمل التبعية ، وأساس هذه المسؤولية عن أعمال الغير من التابعين الحديث النبوي لقوله صلى الله عليه وسلم : " كلكم راع وكل راع مسؤول عن رعيته " راجع في ذلك ، محمد سعيد عبد الله الحميدي ، المرجع السابق ، ص. ٣٤٠ ، هامش ٣.
- 38- راجع في ذلك ، عبد القدوس عبد الرزاق محمد الصديق ، " التأمين من المسؤولية و تطبيقاتها الإجبارية المعاصرة - دراسة مقارنة - " ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ص. ٣٨٠.
- 39- راجع وقائع تلك القضية ، محمد سعيد عبد الله الحميدي ، المرجع السابق ، ص. ٣٦٦ ، ٣٦٧ ، هامش ١.
- 40- تنص المادة ٣ :

41 -Le principe POLLUEUR PAILLEUR , est devenu une règle de droit positif avec la loi du 2 février 1995, qui le définit « Un principe selon lequel les frais résultant des mesures de prévention , de réduction de la pollution et de luté contre celle-ci doivent être supportés par le pollueur »

- 42- إلا أنه هناك مجالات أخرى يشملها مبدأ الملوث الدافع طبقاً للدول الأوربية والتي يمكن حصرها في : - ١ - اتساع مبدأ الملوث الدافع إلى الأضرار المتبقية لا يعني دفع الملوث للأقساط المحددة من خلال الرسوم بأنه قد أفضى من مسؤوليته عن الأضرار المتبقية ، بل تبقى مسؤوليته قائمة في حالة عدم إحترامه للمعايير المحددة في التشريع والتنظيم الساري المفعول ، - ٢ - اتساع مجال هذا المبدأ إلى حالات التلوث عن طريق الحوادث ، - ٣ - إتساعه ليشمل مجال التلوث غير المشروع ، راجع في ذلك ،

MICHEL Prieur ; « Droit de l'environnement », 4ème édition ; 2000, Dalloz, Paris.s

- 43- وهو موقف ، MICHEL Prieur, op-cit.
- 44- راجع في ذلك ، نزيه محمد صادق المهدي ، ص. ١٠١ - ١٥.
- 45- راجع في تفصيل تلك الشروط ، عبد الرزاق أحمد السهنوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، القاهرة ، ١٩٦٤ ، ص. ٨٥٠ وما يليها.

- 46- للتفصيل اكثر في تلك الخصائص، راجع، عاطف النقيب، " النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي - الخطأ والضرر -"، الطبعة الثالثة، منشورات عويدات والديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٨٤ ص ص. ٢٧٠ إلى ٣٠٩.
- 47- بناء على المادة ٣٦ من قانون ٠٣ - ١٠ المحدد سابقا.
- 48- بناء على المادة ٣٨ من قانون ٠٣ - ١٠ المحدد سابقا.
- 49- بناء على المادة ٣٧ من قانون ٠٣ - ١٠ المحدد سابقا.
- 50- راجع في التمييز بين الضرر المباشر وغير المباشر وكيفية التمييز بينهما، عاطف النقيب، " النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي - الخطأ والضرر -"، المرجع السابق، ص ص. ٢٩٧ إلى ٣٠٤.
- 51- للتعرف على تلك الخصائص راجع، محمد سعيد عبد الله الحميدي، المرجع السابق، ص ص. ٢٨٤ - ٢٨٦.
- 52- تنص المادة ١٠٠ من قانون ٠٣ - ١٠: " يعاقب بالحبس لمدة ستين(٢) وبغرامة قدرها خمسمائة دينار(٥٠٠٠٠٠ دج)، كل من رمى أو أفرغ أو ترك تسربا في المياه السطحية أو الجوفية، أو في مياه البحر الخاضعة للقضاء الجزائري، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، لمادة أو مواد يتسبب مفعولها أو تفاعلها في الإضرار ولو مؤقتا بصحة الإنسان أو النبات أو الحيوان، أو يؤدي ذلك إلى تقليص استعمال مناطق السباحة. يمكن المحكمة كذلك أن تفرض على المحكوم عليه إصلاح الوسط المائي. تطبق نفس العقوبات والتدابير على رمي أو ترك نفايات بكمية هامة في المياه السطحية أو الجوفية، أو في مياه البحر الخاضعة للقضاء الجزائري، وكذلك في الشواطئ وعلى ضفاف البحر".
- 53- وذلك تطبيقا للمادة ١٠٢ من قانون ٠٣ - ١٠ والتي تنص: " يعاقب بالحبس لمدة سنة واحدة(١) وبغرامة قدرها خمسمائة ألف دينار (٥٠٠٠٠٠ دج) كل من استغل منشأة دون الحصول على الترخيص المنصوص عليه في المادة ١٩ أعلاه. ويجوز للمحكمة أن تقضي بمنع استعمال المنشأة إلى حين الحصول على الترخيص ضمن الشروط المنصوص عليها في المادتين ١٩ و ٢٠ أعلاه، ويمكننا أيضا الامر بالنفاذ المؤقت للحظر. كما يجوز للمحكمة الأمر بإرجاع الأماكن إلى حالتها الأصلية في أجل تحدده".
- 54- راجع في ذلك، محمد سعيد عبد الله الحميدي، المرجع السابق، ص ص. ٣٧٣ إلى ٣٨١.
- 55- بناء على المادة ١٨٢ / ١ من القانون المدني: " إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام أو للتأخر في الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول".
- 56- راجع في ذلك، محمد سعيد عبد الله الحميدي، المرجع السابق، ص ص. ٣٨١ - ٣٩١.
- 57- والذي نظمته أحكام المواد من ٢١٧ إلى ٢٣٥.
- 58- راجع في ذلك، محمد سعيد عبد الله الحميدي، المرجع السابق، ص ص. ٤٠٥ - ٤٠٦.

- 59- اعتمادا على المادة ٦١٩ من القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم: "التأمين عقد يلتزم بمقتضاه المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي إشتراط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيراد أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن".
- 60- اعتمادا على المادة ٦٢٢ من القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم.
- 61- المادة ٥٦ من أمر ٩٥ - ٠٧ المؤرخ في ٢٥ يناير ١٩٩٥، ج ر عدد ١٣، المؤرخة في ٧ شوال ١٤١٥، ص.٤، المعدل و المتمم
- 62- حيث تنص المادة ١٢ منه: "يلتزم المؤمن: أ- تعويض الخسائر والأضرار: أ- الناتجة عن الحالات الطارئة؛ ب- الناتجة عن خطأ غير متعمد من المؤمن له؛ ج- التي يحدثها أشخاص يكون المؤمن له مسؤولا مدنيا عنهم طبقا للمواد من ١٣٤ إلى ١٣٦ من القانون المدني، কিفما كانت نوعية الخطأ المرتكب و خطورته؛ د- التي تسببها أشياء أو حيوانات يكون المؤمن له مسؤولا مدنيا عنه بموجب المواد من ١٣٨ إلى ١٤٠ من القانون المدني..."
- 63- للتعرف على اهم التطورات التي عرفها النظام الفرنسي في مجال التأمين عن التلوث البيئي راجع، نبيلة اسماعيل رسلان، "الجوانب الأساسية للمسؤولية المدنية للشركات عن الأضرار بالبيئة"، بحث مقدم لأشغال مؤتمر نحو دور فعال للقانون في حماية البيئة و تنميتها، المحدد سابقا، راجع ذلك في الموقع الإلكتروني لكلية الحقوق بجامعة الإمارات العربية المتحدة، ص ص.٩-١٢.
- 64- بموجب المواد ١٩٠ - ١٩١ من قانون التأمينات المعدل و المتمم.
- 65- بموجب المواد ١٧٥ إلى ١٨٣ من قانون التأمينات المعدل و المتمم.
- 66- و ذلك بموجب القانون الاردني الصادر في ١٩٩٣، و القانون العماني رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٤ فقد وضع بشأن التلوث البحري أحكاما خاصة بالمسؤولية المدنية عن الأضرار المترتبة على حالات التلوث البحري. راجع في ذلك مصطفى عبد الحميدي عدوي، "أضواء على تشريعات حماية البيئة المسؤولية القانونية"، بحث مقدم في مؤتمر "نحو دور فاعل للقانون في حماية البيئة و تنميتها"، دولة الإمارات العربية المتحدة مايو ١٩٩٩، ص. ٢٨ و ما يليها.

جدلية القضاء العمالي بين التاصيل والتبعية

" دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والسوري "

الدكتور/ محمد عرفان الخطيب

أستاذ مشارك في قسم القانون كلية أحمد بن محمد - الدوحة - قطر

كلية الحقوق - جامعة دمشق - سوريا

مقدمة عامة

لدى أي خلاف بين أطراف علاقة قانونية ما، لا بد من أن يمتلك طرفاها الوسيلة القانونية التي تمكن كل منهما من الوصول إلى حقه المدعى به. ذات الأمر ينطبق على العلاقة القائمة بين العامل وصاحب العمل، فلدى أي خلاف بينهما، لا بد من أن يمتلك العامل، الطرف الذي يهمننا في هذا البحث، الوسيلة القانونية التي تمكنه من الاعتراض على قرارات صاحب العمل. فالأخير يجد نفسه في موقف القوة كونه يمتلك السلطة التأديبية بحق العامل، بما يمكنه من أن يطبق القانون بذاته لذاته من خلال اعتقاده أنه محق وفي موقف المدافع عن مصالحه المهنية، لاسيما عندما يمزج صاحب العمل بين مصلحة الشركة ومصلحته¹. في حين أن موقع الأول (العامل) في هذه المعادلة مختلف تماماً، فهو الحلقة الأضعف، كونه يفتقد للسلطة في مواجهة صاحب العمل، باعتباره تابعاً وليس متبوعاً. ناهيك عن أن صاحب العمل يعتبر مناقشة العامل له في قراراته نوعاً من العصيان والتعدي على سلطة الإدارة التي يمتلكها، الأمر الذي يوجب معاقبة العامل مجدداً. مما يجعل من لجوء الطرفين إلى سلطة محايدة ضرورة وحاجة.

1. Pour plus d'informations Voir, J. Péliissier, G. Auzero et E. Dockès, Droit du travail, 26ème éd. Dalloz, 2012, p. 210 s. A. Mazeaud, Droit du travail, Montchrestien, 3ème2002. p. 369 s. A. Jeammaud et A. Lyon-Caen, Droit et direction du personnel, Dr. social. 1982, n° 2, pp. 56-69, Spéc. p. 63.

وإذا كان صاحب العمل كثيراً ما يتردد باللجوء إلى القضاء للأسباب السابقة الذكر، فإن العامل، قد يجد كذلك صعوبة وحرماً في اللجوء لذات القضاء رغبة منه في عدم تعقيد الأمور مع صاحب العمل، أو خشية من انتقامه، انطلاقاً من الاعتقاد السائد بأن أي نزاع لن يفضي إلا إلى نزاع آخر. من هنا ولدت الحاجة لإيجاد نظام قضائي خاص يراقب ويضمن شفافية قرارات صاحب العمل في مواجهة العامل، كما يراعي خصوصية العلاقة القانونية والمهنية التي تربطهما. وهكذا ولدت فكرة القضاء العمالي في العديد من التشريعات الأوروبية لاسيما في فرنسا، حيث تلقفتها تشريعات العديد من الدول العربية ومن ضمنها التشريع السوري. واليوم، وعلى الرغم من اختلاف المدارس التشريعية للدول في حل منازعات العمل، إلا أن مختلف هذه المدارس لا تخرج عن منحنيين، فهي إما أن توكل مهمة فض هذه المنازعات للقضاء العادي وإما أن تؤسس لقضاء مختص يتولى الفصل بهذه النزاعات. ولعل نظرة أكثر قرباً في التشريعات المقارنة سواء الأوروبية منها كما العربية، تبين حقيقة هذه الخلاصة¹.

في التشريع الأوروبي، بالرغم من إقرار الاتحاد الأوروبي اتفاقية بروكسل لعام ١٩٦٨ لفض النزاعات في القضايا المدنية والتجارية^٢، التي

1. للاطلاع على واقع التنظيم القضائي السوري راجع، محمد واصل، شرح قانون أصول المحاكمات، الجزء الأول، منشورات جامعة دمشق، ٢٠٠٧، ص. ٥٧ وما بعد. صلاح الدين سلحدار، أصول المحاكمات المدنية، منشورات جامعة حلب، ١٩٩٤. رزقالله أنطاكي، أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الرابعة، مطبعة الإنشاء، دمشق، ١٩٦١. في التشريع الفرنسي، راجع،

S. Guinchard, Droit et pratique de la procédure civile, 6ème éd. Dalloz, 2010. Spéc, La détermination des règles de compétence d'attribution. Pp. 62-188. J. Péliissier, G. Auzero et E. Dockès, Droit du travail, op. cit, p. 109 s.

2. Convention de Bruxelles de 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. JO. L 299 du 31.12.1972, Pp. 32-42. A. Cottureau, Sens du juste et usages du droit du travail: une évolution contrastée entre la France et=

شكلت الإطار المعاري لفض مختلف هذه النزاعات، إلا أنه لم يتطرق إلى وضع قواعد قانونية خاصة لفض النزاعات العمالية، مبقياً إياها خاضعة للقواعد الوطنية في الدول المعنية والتي تختلف فيما بينها. ففي حين أن بعض الدول كإيطاليا وإسبانيا¹ تمنح العامل القدرة على اللجوء إلى القضاء

=la Grande-Bretagne au XIXème siècle, Revue d'histoire du XIXème siècle, n° 33,2006, Pp. 101-120. Les Conseils Prud'hommes en France et en Belgique, Revue de droit commercial, industriel, et maritime, 1890, Pp. 169-192. Université de Poitiers. UFR de droit et sciences sociales, Le conseil de prud'hommes, une juridiction originale au sein de l'Europe, journées d'études, Poitiers, 21 mai 1999, Paris. PUF, 2000. En droit international voir, Préface de l'ouvrage sur le 60ème Anniversaire de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme. Mélange préparé par Ph. Duprat et B. de l'Ordre. 2008. Voir spé. F. Petit, Droits de l'homme et contentieux social. Pp. 113-139. B. Xavier, L'utilisation des sources universelles du droit international du travail par les juridictions internes, Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale. 2005, Pp. 43-84. B. Arturo, En aval des normes internationales du travail: le rôle de l'OIT dans l'élaboration et la révision de la législation du travail. Mélange publié sous la direction de J-C Javillier et B. Gernigon. H. Sellami, Compétence du conseil de prud'hommes à raison de la nationalité française du salarié. Revue pratique de droit social, n° 632, 1997, Pp. 401-409.

1. الهيكلية القضائية للمحاكم الاجتماعية في التشريع الإسباني تتكون من أربع درجات لكل منها اختصاصها الخاص هي: محاكم القضايا الاجتماعية المعتبرة بمحكم محاكم الدرجة الأولى، وتوجد في كل مقاطعة محكمة أو أكثر، وتختص بمختلف نزاعات العمل الفردية. المحكمة العليا لكل مقاطعة ممثلة بغرفتها الاجتماعية وتمثل أعلى سلطة قضائية مختصة بالعمل على مستوى الإقليم، وتختص بخلافات العمل الجماعية. المحكمة الوطنية العليا، ممثلة بغرفتها الاجتماعية، وتوجد في العاصمة مدريد وتنظر في الخلافات التي تتجاوز الاختصاص المدني لمحاكم مقاطعتين وأكثر دون أن تصل إلى =

العادي، نجد دولاً أخرى تمنح هذا الحق أمام محاكم خاصة للعمل كما في ألمانيا¹ وبلجيكا² وبريطانيا³. ذات التمايز في التوجه التشريعي نجد في التشريعات العربية، مصر والأردن والعراق واليمن والبحرين والكويت

=المستوى الوطني. أخيراً الغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض، ومقرها العاصمة، وهي محكمة قانون، تنظر في التطبيق القانوني لقواعد القانون.

La juridiction du travail et de la sécurité sociale Espagne.
Juriscopie. Juin 2005. Pp. 4-7. J-Ph. Lacour, Le modèle d'efficacité des tribunaux du travail en Allemagne. Revue Vie d'Europe. p. 10.

1. في التشريع الألماني قضاء العمل مستقل بمجمله، يتكون من ثلاث درجات هي: محاكم العمل، وتعتبر بمثابة محاكم الدرجة الأولى، وتتألف من ثلاث قضاة واحد مهني واثنان يمثلان طرفي العلاقة التعاقدية وتكون الرئاسة للقاضي المهني. محاكم العمل الإقليمية، وهي محاكم درجة ثانية، وتنطوي على ذات البنية البيكلية من حيث التمثيل الثلاثي وتكون مهمتها الرقابة على قرارات محاكم الدرجة الأولى. محكمة العمل الفيدرالية، وعددها خمس، وتتألف من ثلاثة وأربعون قاضياً مهنيًا موزعين على عشرة غرف، كل غرفة تشتمل على ثلاثة قضاة مهنيين واثنان غير مهنيين يمثلان طرفي العلاقة التعاقدية العامل وصاحب العامل وصاحب العمل.

La juridiction du travail et de la sécurité sociale Allemagne.
op. cite. Pp. 4-5.

2. القضاء العمالي البلجيكي هو الأقرب إلى التجربة الفرنسية، حيث ينقسم قضاؤه العمالي لثلاث درجات هي: محكمة بداية عمل على مستوى الدرجة الأولى، ومحكمة استئناف عمل على مستوى الدرجة الثانية، ومحكمة النقض كمحكمة قانون. وتتكون محكمة العمل من قضاة مهنيين من الجسم القضائي وقضاة منتخبين من النقابات التي تمثلهم. وتنقسم هذه المحاكم إلى غرف مرؤوسة من قاضي مهني ينظر بالقضية إلى جوار اثنين من القضاة المنتخبين، وتتحول إلى محكمة ذات طابع خماسي عند النظر في نزاعات العمل الفردية، حيث يضاف إلى القضاة الثلاثة قاضي يسميه العامل وآخر يسميه صاحب العمل من نقابتهما. هذه التشاركية بين العمال وأصحاب العمل نجدها كذلك في محاكم العمل على درجة الاستئناف، أما محكمة النقض فواحدة تنظر في حسن تطبيق القانون وتتكون من قضاة مهنيين فقط.

La juridiction du travail et de la sécurité sociale Belgique, op. cite, Pp. 2-5. Les Conseils Prud'hommes en France et en Belgique, préc. Pp. 169-192.

3. **Rapport de synthèse, Le règlement des conflits individuels du travail en Allemagne, Espagne, Italie et au Royaume-Uni. Juriscopie. Avril 2004, p. 3. S. Cessou, Aux Pays-Bas, Place aux juridictions classiques Revue Vie d'Europe. p. 10.**

منحت هذا الاختصاص للقضاء العادي، في حين أن لبنان والسعودية وعمان ومجموع دول المغرب العربي أوكلت هذه المهمة إلى محاكم قضائية خاصة¹.

1. في الدول العربية تميز بين مواقف دول المشرق العربي، والخليج العربي، والمغرب العربي. في المشرق العربي، وبعد أن قضى المشرع المصري بإحداث لجنة خماسية ذات اختصاص قضائي تشكلت بترار من الوزير تجمّع في عضويتها بين البعد القضائي والإداري والنقابي، قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية هذه اللجان، مما يفرض بإحالة مختلف نزاعات العمل الفردية إلى محاكم القضاء العادي كونها صاحبة الاختصاص العام، راجع، قانون العمل المصري رقم (١٢) لعام ٢٠٠٣، المادتين (٧١ - ٧٢)، وحكم المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم (٢٦) لسنة القضائية (٢٧) تاريخ ١٣/٠١/٢٠٠٨. راجع، <http://www.hccourt.gov.eg>.
المشرع اللبناني، وأوكل هذه المهمة لمجلس العمل التحكيمي. راجع، قانون العمل اللبناني الصادر في ٢٣ أيلول ١٩٤٦، المادة (٥٠). المشرع الأردني منح هذه الصلاحية إلى محكمة الصلح، راجع في ذلك، قانون العمل الأردني رقم ٨ لعام ١٩٩٦، المادة (١٣٧). أما على المستوى الخليجي، نجد أن المشرع الكويتي هو الأكثر اهتماماً بهذا الجانب القضائي، حيث قضى بإنشاء دائرة عمالية بالمحكمة الكلية، بموجب المرسوم رقم ٤٦ لعام ١٩٨٧ المواد (١-٥). الملحق بقانون العمل في القطاع الأهلي الكويتي رقم ٣٨ لعام ١٩٦٤، المادة (٩٦). قانون العمل العماني رقم (٣٤) لعام ١٩٧٣ أحال قض هذه النزاعات إلى هيئة حسم المنازعات التجارية، المادة (٤٣). قانون العمل السعودي، رقم ٢١ تاريخ ١٣/٩/١٣٨٩، منح هذه الصلاحية إلى اللجنة المختصة، المواد (٧٤ - ٧٥). أما قانون العمل في القطاع الأهلي البحريني رقم (٢٣) لعام ١٩٧٦ فقد أحالها إلى المحكمة المدنية الكبرى، المادة (٧٦ - ١١٠ - ١٥٥). وأخيراً أحال قانون تنظيم علاقات العمال بالإماراتي الاتحادي رقم (٨) لعام ١٩٨٠، هذا الاختصاص إلى المحكمة المختصة، المادة (٦). ذات الأمر، بالنسبة لقانون العمل القطري رقم (٣) لعام ١٩٦٢، الذي منح هذه الصلاحية للمحكمة المختصة، المادة (٢٠). أخيراً، على مستوى دول المغرب العربي، تمثل التجربة التونسية لقضاء العمل ترجمة عملية للتجربة الفرنسية على المستوى العربي، راجع في ذلك قانون العمل التونسي، قانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٦٦. في حين أن قانون العمال الجزائري رقم (١٧) لعام ١٩٩٠ أوجد محكمة خاصة لقض نزاعات العمل أسماها محكمة المسائل الاجتماعية وتعمل على مستوى المحاكم الابتدائية. المادتين (٧٣ - ٣ و ٧٣ - ٤).
بالنسبة لقانون الشغل المغربي رقم (٩٩ - ٦٥) لعام ٢٠٠٣ فقد أوكل هذه المهمة للمحكمة الابتدائية. المادة (١٠٦). لمزيد من التفاصيل، راجع، محمد حسين منصور، قانون العمل، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٠. محمد شريف عبد الرحمن، عقد العمل، أركان عقد العمل، الجزء الأول، آثار عقد العمل، الجزء الثاني، منشورات دار الفكر والقانون، مصر، ٢٠١٠. هيثم حامد المصاورة، التشريع =

تبرز إشكالية البحث في كونه يحاول التلمس القانوني والواقعي لشكل من أشكال القضاء الأكثر إثارة للجدل في التشريع الفرنسي كما السوري^١، فما بين نص القانون وتطبيقه، تبرز الفجوات! ذلك أن العبرة

=العمالي الإسلامي، دراسة موازنة بقوانين الدول العربية، منشورات دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٠. سليمان الناصري، قانون العمل، دراسة مقارنة، منشورات المكتب الجامعي الحديث، مصر، ٢٠١٠. محمد بن براك الفوزان، التعليق على نظام العمل السعودي، منشورات مكتبة القانون والاقتصاد، المملكة العربية السعودية، ٢٠٠٩. حسن محمد هند، الموسوعة القضائية في شرح أحكام قانون العمل، منشورات دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٧. أحمد السعيد الزقود، قانون العمل، شرح قانون العمل الجديد رقم (١٢) لعام ٢٠٠٣، منشورات المكتبة العصرية، مصر، ٢٠٠٧. حسين عبد اللطيف حمدان، قانون العمل، دراسة مقارنة منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٣. حسن كبيرة، أصول قانون العمل، عقد العمل، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة ثالثة، ١٩٨٣. رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح قانون العمل المصري واللبناني، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٣. حسن توما نصر، شرح قانون العمل، الطبعة السادسة، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٧. محمود جمال الدين زكي، قانون العمل الكويتي، ١٩٧٢. صلاح الدين النحاس، مبادئ أساسية في شرح عقد العمل وقانون العمل الموحد، طبعة أولى، منشورات المكتب الإسلامي بدمشق ١٩٦٩.

1. En droit française voir, J. Pélissier, G. Auzero et E. Dockès, Droit du travail, op. cit. Pp. 120 à 153. B. Lardy-Pélissier, J. Pélissier, A. Roset et L. Tholy, Le nouveau Code du travail Annoté, Collection les Codes RF, Groupe Revue Fiduciaire, 31ème2011, Pp. 339 à 482. D. Boulmier, Le conseil de prud'hommes au présent, le conseil de prud'hommes autrement: actes du colloque, 8 octobre 2002, Université Nancy II, organisé par le Centre d'étude et de recherche de l'Institut régional du travail de Nancy, 2003. M-F. Clavel-Fauquenot et S. Duras, Les prud'hommes, Supplément à: Liaisons sociales, n° 11818, Paris. Liaisons et convergence, 1994, J. Gouffier, Des conseils de prud'hommes: organisation, compétence, procédure, Thèse de Droit, Paris, 1897, Lenine, A propos des conseils de Prud'hommes, Dr. social, n° 1, janvier 1998, Pp. 57-61. Les conseils de Prud'hommes, Les cahiers prud'homaux, n° 5, 1973, Les conseils de=

ليس في توافر أو عدم توافر النص التشريعي الناظم، رغم أهميته الكبرى، وإنما في توافر الإرادة الصادقة والإمكانات اللازمة لترجمته على أرض الواقع، هنا الإشكالية. كذلك تبرز إشكالية تحديد هوية هذا القضاء، هل هو قضاء مهني أم قضاء غير مهني¹؟! لاسيما إذا ما أخذنا طبيعة التمازج التمثيلي بين العمال وأصحاب العمل فيه. وما هي نجاعة وفائدة هذا النوع من القضاء الذي يمتزج فيه البعد المهني بالبعد غير المهني. إذ كيف يمكن

=Prud'hommes, Les cahiers prud'homaux, n° 1, 1976, Pp. 1-46. Prud'hommes: une justice à part... entière, Liaisons sociales, mensuel, numéro 73, novembre 1992, Pp.41-53. A. Supiot, Le Juge et le droit du travail, Dr. social, mai 1980, Pp. 59-72. F. Saramito, Le rôle des conseils de prud'hommes dans la formation du droit du travail, Dr. Ouvrier, mars-avril 1960, Pp. 86-89. Juris. Classeur Travail Traité, Fasc. 80-10 à 82-30: Contentieux, Présentation, Contentieux Prud'homal, Compétence Prud'homale. Cote: 05, 2011. Fasc. 15-94: Protection, Domaine D'application, Cote: 04, 2009. Fasc. 81-10: Conseil De Prud'hommes, Fonctionnement. Cote: 03,2009.

في التشريع السوري، للأسف لم تحظ هذه التجربة القضائية بالاهتمام الفقهي اللازم بما يؤدي إلى تفعيلها وتطويرها، حيث بقيت البحوث القانونية حولها في حدها الأدنى، لاسيما إذا ما اعتبرنا أن هذه التجربة كانت في كثير من الأحيان تعتبر امتدادا للتجربة القضائية التقليدية. لكن يمكن الرجوع إلى بعض الملفات التي تناولت تجربة القضاء العمالي الاستثنائي في سورية، ونعني بذلك لجان قضايا التسريح. أما الدراسات حول التجربة القضائية الحديثة فهي معدومة وفق علمنا، نظرا لصدور القانون حديثا في العام ٢٠١٠. بخصوص التجربة القضائية السابقة راجع، وفيق الإمام، الموجز في شرح قضايا التسريح، المرسوم (٤٩) وتعديلاته، ١٩٧٠. إدوار حشوة، قضايا التسريح في القانون السوري، بدون تاريخ. صلاح الدين النحاس، مبادئ أساسية في شرح عقد العمل وقانون العمل الموحد، مرجع سابق. سليمان الدوس، الموسوعة العمالية، الحقوق العامة للعاملين في التشريع السوري في ضوء الاجتهاد المقارن، ج ٢، الطبعة الثانية، مؤسسة النوري، ١٩٩٦.

1. نود التنويه إلى أنه عند استخدام هذا المصطلح: "القضاء المهني" فنحن نقصد بذلك وفق النص الفرنسي القضاء المكون من رجال القضاء خاصة، أو ما يسمى في التشريع الفرنسي: "Juridiction Professionnel" في حين أننا سنستخدم مصطلح القضاء غير المهني للدلالة على القضاء العمالي، حيث يمتزج البعد المهني مع البعد الحرفي، وهو ما اصطلاح على تسميته في التشريع الفرنسي: "Juridiction No-Professionnel"

حسم نزاع ذي طبيعة حرفية صرفة بأدوات قضائية يمتزج فيها البعد المهني للعمل القضائي بالبعد غير المهني، مما يقودنا لمناقشة طبيعة وحجية الأحكام التي يصدرها هذا القضاء.

ثانياً - فرضيات البحث

في ضوء ما تقدم، تنحصر فرضيات البحث في نقاط عدة أهمها تأكيد أو نفي الصفة الابتكارية لقضاء العملي التشريع الفرنسي. هذه التجربة التي حرص المشرع على تطويرها من خلال العديد من التشريعات والقوانين الخاصة، مما جعل النموذج الفرنسي في فض خلافات العمل مثلاً يحتذى به في الكثير من التشريعات المقارنة. بالرغم من ذلك، فقد أثار هذا الموقف الابتكاري من المشرع الفرنسي الكثير من الجدل حول الصفة القضائية الصرفة لهذه القضاء، ومدى نجاعته في فض خلافات العمل. بالمقابل، إذا كانت هذه التجربة القضائية قد حافظت، برغم ما تقدم على مكانتها في التشريع الفرنسي، فالأمر بخلاف ذلك في التشريع السوري، مما يقودنا للفرضية الثانية التي يسعى البحث إلى التدليل عليها والإجابة عنها، ألا وهي: هل هناك من قضاء عمالي فيالتشريع السوري؟ وإن كان! هل استطاع إثبات نجاعته؟!

ثالثاً أهمية البحث

إشكالية البحث والفرضيات التي يحاول مناقشتها، تبرز أهميته التي تتأتى كونه يحاول تقديم دراسة تفصيلية لنوع من القضاء أهمل تفعيله في العديد من التشريعات الغربية والكثير من التشريعات العربية. فمعظم هذه التشريعات أشارت إليه بعبارات مقتضبة دون تكلف عناء الاهتمام به بالشكل المطلوب على المستوى العملي، أو حتى وضع تصور تشريعي لنظام قضائي متماسك يتناول هذا النوع من النزاعات، مبقية إياه محكوماً بالقواعد العامة، وناسية في بعض الأحيان ومتناسية في أحيان كثيرة، الخصوصية التي تتسم بها هذه النزاعات: كما أن رجال الفقه، لاسيما العرب منهم، لم يتناولوا هذا القضاء بالقدر الذي يستحقه من البحث والتمحيص ليطوروه، فالأبحاث والدراسات الفقهية التي تناولته، وفقاً

لعلنا الشخصي، شبه منعدمة في التشريع السوري، وجد قليلة في التشريعات العربية المقارنة. فالمنظور العاميتمثل في سلخ أية خصوصية له، وعدم إخراجهم من ثوب النزاع المدني. الأمر المستغرب! ذلك أن المشرع العربي أقر بخصوصية العلاقة العمالية ابتداءً وأنكرها انتهاءً¹. أضف لذلك، فإن أهمية البحث تبرز في بعده المقارن، كونه يحاول أن يضع أمام المشرع السوري، وإن بشكل غير مباشر، واقع تجربته الوطنية في مرآة أحكام ومعايير تجربة تشريعية وطنية رائدة في هذا المجال، ألا وهي التجربة الفرنسية، لبيان مكانم الضعف والقوة في التجربة السورية بما يهدف للعمل للارتقاء بها وتطويرها.

رابعاً - هدف البحث

لاشك أن إشكالية البحث والأهمية التي يحتلها، إضافة للفرضيات التي يسعى لإثباتها، تبرز الهدف منه. فهو يحاول إطلاع المشرع السوري على التجارب القانونية المقارنة بهدف تبيان مكانم النقص والخلل في البنيان التشريعي لديه، وحثه على استشراف الحلول القانونية الناجعة للكثير من المشاكل القانونية التي تعترضه، أملاً في اعترافه بأهمية هذا الشكل من القضاء وضرورة تفعيله في بيئة العمل السورية، وبالتالي وضع القواعد والضوابط التشريعية التي تنمي وتطور هذا القضاء. كما يحاول البحث منح رجال القانون والفقهاء العرب، لاسيما السوريين منهم إضاءة متواضعة، سعينا جهدنا أن تكون مبسطة ومعقدة، لواقع هذه الرقابة في تشريع العمل المقارن من خلال دراستها في إطار التجربة الفرنسية وإسقاط نتائجها على التجربة السورية بهدف الارتقاء بهذه الأخيرة.

خامساً - موضوع البحث والمنهجية

يتناول موضوع البحث تأصيل تجربة القضاء العمالي في التشريعين

1. راجع في ذلك، محمد عرفان الخطيب، الحرية التعاقدية في تشريع العمل أزمة عقد العمل دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والسوري. جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، مجلة الشريعة والقانون، العدد السابع والأربعون، حزيران، ٢٠١١، ص. ص. (٢١ ← ١٠٧).

الفرنسي والسوري كأحد الأدوات الفاعلة لضمان تطبيق أحكام قانون العمل فيهما. ولما كان نطاق تطبيق هذا القانون يتناول قطاع العمل في القطاع الخاص دون العام، إضافة لحصر السلطة القضائية لهذه القضاء في نزاعات العمل الفردية دون الجماعية، فإنه سيخرج عن نطاق البحث مختلف المسائل المتعلقة بنزاعات العمل المرتبطة بالقطاع العام، أو نزاعات العمل الزراعية¹، أو نزاعات العمل الجماعية، أو نزاعات العمل التي تدخل في القطاع التعاوني، أو نزاعات العمل الفردية التي تدخل في اختصاص قضائي مختلف لارتباطها بقانون آخر. ذات الأمر، ينطبق على موضوع الرقابة الإدارية على تطبيق أحكام هذا القانون أو ما يسمى بـ "تفتيش العمل"، حيث لن يتطرق البحث إليها أيضاً، لذات الأسباب المشار إليها سابقاً².

خدمة لما سبق، سعى بالبحث لربط التحليل التأصيلي لهذه الدراسة بالمنهج المقارن بين كل من التشريعين الفرنسي السوري. ذلك أن البعد التأصيلي يساعد على إدراك أهمية هذا النوع من القضاء والفاعلية التي يجتهد بها، إضافة لفهم النتائج الهامة التي يمكن جنيها من تفعيلها في التشريع العمالي العربي عموماً والسوري خصوصاً. أما البعد المقارن فيساعد في

1. مع العلم بأن القضاء العمالي في التشريع الفرنسي، بخلاف نظيره السوري، يتناول نزاعات العمل في القضايا الزراعية، كما نزاعات العمل المتعلقة بالعاملين في المؤسسات الحكومية التي تطبق أنظمة القطاع الخاص، وهو ما سنشير إليه في معرض هذا البحث.

2. لمزيد من التفاصيل راجع، دليل العمل، إصدارات وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل في الجمهورية العربية السورية، ١٩٨٢، صفحة ١٦٦ - ١٧٤. حسن عجمية، تفتيش العمل في التشريع السوري، الموسوعة العمالية، الجزء الثالث، بحوث ودراسات في التشريع العمالي السوري في ضوء الاجتهاد المقارن، للمؤلف سليمان الدوس، مؤسسة النور، طبعة أولى، ١٩٩٦، ص. ٤٥٢ ← ٤٧١. صلاح الدين النحاس، مبادئ أساسية في شرح عقد العمل وقانون العمل الموحد، مرجع سابق، ص. ٥٠٧ وما بعد.

Voir aussi, J. Péliissier, G. Auzero et E. Dockès, Droit du travail, op. cit, p. 13.

عرض الأحكام التشريعية النازمة لهذا القضاء في إطار مقارنة، مع التركيز على التجربة الفرنسية التي تتميز بالغنى التشريعي والفقهى، مما يقدم نموذجاً متكاملًا يمكن الاستلham منه في صوغ النصوص التشريعية الخاصة بهذه الرقابة في تشريع العمل السوري.

هذا الغنى التشريعي والفقهى قابله، للأسف، افتقار في التشريع السوري، مما كان له الأثر في منهجية البحث، الأمر الذي دفعنا إلى تناول هذه الدراسة معتمدين في ذلك على التجربة الفرنسية مشيرين، ما أمكن ذلك، إلى التجربة السورية. كما أن نقص المراجع القانونية والفقهية العربية المتوفرة حول البحث، أملت علينا ضرورة الاعتماد على المراجع الفرنسية، إضافة إلى العديد من الدراسات القانونية والفقهية المنشورة في العديد من المواقع البحثية الإلكترونية الغربية. غير أن هذا الأمر وفقاً، لرأينا الشخصي، لا يطعن في جودة البحث وأصالته، فبقدر ما هو نقطة تسجل عليه، بقدر ما هو نقطة تسجل له، كونه يبرر أهميته وأصالته.

سادساً - مخطط البحث

إن طبيعة البحث القانونية المقارنة المرتكزة على التحليل المعمق لتجربة القضاء العمالي في كل من التشريعين الفرنسي والسوري، انعكست على المخطط المعتمد الذي أتى في مبحثين رئيسيين وعدة مطالب، مقدمين في المبحث الأول للقضاء المختص، من خلال الحديث عن المحكمة المختصة أولاً، و"القاضي المكلف" ثانياً. ومتحدثين في المبحث الثاني عن السمات الخاصة لهذا القضاء، سواء منها المرتبطة بينته أولاً، ونطاق تطبيقه ثانياً، والإجراءات الواجبة الاتباع أمامه ثالثاً.

المبحث الأول

القضاء المختص

مع اعتراف كل من المشرعين الفرنسي والسوري، بخصوصية التشريع الاجتماعي وطبيعته الخاصة المتميزة عن نظيره المدني¹، كان لا بد

1. راجع في ذلك، محمد عرفان الخطيب، الحرية التعاقدية في تشريع العمل "أزمة عقد العمل" دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والسوري، سبقت الإشارة.

لهما من الاعتراف بالخصوصية المتولدة عن هذا القانون، ووضع نظام قضائي يفصل في المنازعات المتولدة عنه يراعي طبيعة وخصوصية هذه المنازعات من خلال نظام قضائي خاص¹، برزت خصوصيته في المحكمة المختصة أولاً، وبالشخص "القاضي المكلف" القائم على هذه المحكمة، ثانياً.

المطلب الأول

المحكمة المختصة

الاعتراف بخصوصية القضاء العمالي تملّي بالضرورة، الإقرار بوجود محكمة قضائية خاصة له تعنى بالفصل بالنزاعات المعروضة أمامه. خلاصة، رغم بساطتها التعبيرية، تثير الكثير من التساؤل حول حقيقتها الواقعية. لاسيما في التشريع السوري. مما جعل هذه المحكمة تترنح بين مكانتها القضائية العامة والاستثنائية.

أولاً- محاكم العمل بين إثبات الهوية وتلمس الذات

لا خلاف اليوم في الكثير من الأوساط القانونية والفقهيّة بأن محاكم

1. لما كانت محاكم العمل، في التشريعين الفرنسي والسوري، لا تخرج في بنيتها القانونية وهيكلتها القضائية عن النظام القضائي التقليدي، فإنها تخضع للقواعد القانونية الواجبة الاتباع فيه، بحيث تشترك معه مجموعة من السمات القانونية العامة التي تتقاطع فيه مع باقي الهيئات القضائية، كالسمة الوطنية وصدور أحكامها باسم الشعب. كما أنه قضاء يستند إلى وحدة الطلبات، كما هو شأن القضاء العادي. والحقيقة إن هذه النقاط، بالرغم من أهميتها، لا تخرج عن كونها مجموعة من النقاط العامة التي تشترك فيها هذه المحاكم مع غيرها من الهيئات القضائية، لذلك لن تكون موضع بحث وتعمق، كونها تخرج البحث عن مساره، الذي يبحث في تأصيل تجربة القضاء العمالي في هذين القانونين، مما اقتضى التنويه.

Code du travail, Articles: R. 1451-1 | R. 1451-2. J. Pélissier, G. Auzero et E. Dockès, Droit du travail, op. cit, p. 147 s.P. Teysié, Confirmation du revirement de novembre 2010 en matière d'unicité de l'instance, Semaine. Jur. Soc, n° 19 | 10 mai 2011, Jurisprudence, n° 1237, Pp. 39-40, note à propos de Soc. 9 mars 2011. A.Bugada, Unicité de l'instance, revue Procédures, n° 5, mai 2010, commentaire n° 182, Pp. 18-19, note à propos de Soc. 10 février 2010.

العمل^١ في التشريع الفرنسي، استطاعت أن تثبت هويتها القضائية المتميزة عن نظيرها المدنية^٢. واقع لازالت "محاكم العمل" في التشريع السوري

1. « Les Conseils de Prud'hommes ». Le mot prud'homme provient de « preux homme » ou « prode homme » ou « preux et prode » provenant de la même racine latine « prode » dérivée du verbe latin « prodesse »: « être utile ». Pour plus d'informations voir, J. Péliissier, A. Supiot, A. Jeanmeaud, Droit du travail, Paris, Dalloz, coll. Précis droit privé, octobre 2008, Les conseils de prud'hommes, Pp. 159-192.

2. يجدر التنويه إلى أن مجلس العمل الأعلى (prud'hommes) المحدث بموجب القانون المؤرخ ١٩٨٢/٥/٦ هو هيئة ذات طابع إداري غير قضائي يتبع لكل من وزارتي العدل والعمل، ويضم في عضويته إضافة لممثلي الوزارتين السابقتين، ممثلين عن مختلف المنظمات النقابية للعمال وأصحاب العمل. لذلك لا وجود لعلاقة مباشرة بين مجالس العمل ذات الطابع القضائي التابعة للسلطة القضائية، ومجلس العمل الأعلى ذي الطبيعة الإدارية التابع للسلطة التنفيذية. موقف مستقر في أحكام قانون العمل الجديد لعام ٢٠٠٨ الذي وسع من صلاحيات هذا المجلس، جاعلا منه جهة تنسيقية لتقييم عمل مجالس العمل وفق المنظور الإداري والتنظيمي، بما يساهم في تعزيز وتفعيل تجربة القضاء العمالي في المنظومة القضائية الفرنسية. كما لن يتناول البحث واقع القضاء العمالي في الأراضي الفرنسية لما وراء البحار، أي المستعمرات الفرنسية السابقة التي لا تزال منضوية تحت غطاء الدولة الفرنسية والتي يطلق عليها في بعض المستعمرات محاكم العمل لاسيما في مستعمرتي: (Nouvelle-Calédonie - Wallis-et-Futuna)

Concernât le Conseil Superior de prud'hommes Voir, Articles: L. 1431-1 à L. 1431-2 | R. 1431-1 à R. 1431-3. Conseil supérieur de la prud'homie, Diagnostic de fonctionnement des conseils de prud'hommes, Paris. Docu. Française, 1988, 67 p. Conseil supérieur du travail- La réforme des conseils de Prud'hommes et le conseil supérieur du travail, Revue des Conseils de Prud'hommes, juillet 1900, Pp. 44-59. Actes du Xème anniversaire du Conseil Supérieur de la Prud'homie: 23 novembre 1995, Paris, Docu. Française, 1996. Conseil supérieur de la prud'homie, Annuaire des conseillers prud'hommes 1998, Paris, Docu. Française. 1999. Concernât les dispositions relatives à l'Outre-Mer, les Articles: R. 531-2 | R. 1523-1 à R. 1523-5 | R. 561-2. Commission exécutive des Conseils de

تبحث عن إثباته أمام القضاء المدني.

١. إثبات الهوية

لا يختلف اثنان على الهوية الخاصة لقضاء العمل في التشريع الفرنسي. هوية اتسمت منذ نشأتها بالأصالة والقدم، بالرغم من العديد من الانتقادات التي كان لها الأثر في الارتقاء بها وبلورتها.

٢. النشأة^١

في الإطار التاريخي تعود جذور القضاء العمالي في التشريع الفرنسي

=prud'hommes de France et d'Outre-Mer, Guide pratique d'audience à l'usage des conseillers prud'hommes, éd. à jour au 31 mai 1974. Suppl. au journal Le Conseiller Prud'homme n° 135, mai-juin 1974, nouvelle série. 2ème série, Paris. Palais du Tribunal de commerce et du Conseil de prud'hommes, 1974. Voir aussi, B. Lardy-Pélissier, J. Pélissier, A. Roset et L. Tholy, Le nouveau Code du travail Annoté, op. cit. Pp. 399 et 496.

1. Pour plus d'informations voir, J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeanmeaud, Droit du travail, op. cit, Pp. 159-192. H. Helfre, Conseils de Prud'hommes: Pour en finir avec le Moyen Âge. Gaz. Pal. n° 22 et 23, octobre 1999. p. 21. R. Baffos, La Prud'homme et son évolution, Thèse. Paris. 1908. A. Marnet. La réforme des conseils de M. David, L'évolution historique des conseils de prud'hommes en France, Dr. social, fév. 1974, Pp. 3-21. Prud'hommes, Le Mouvement socialiste, 1901, n° 55, Pp. 403-416. E-J. Caudeville, Deux questions importantes relatives à la loi du 27 mars 1907, Revue de droit commercial, industriel et maritime, 1907, Pp. 433-436. Les femmes et les prud'hommes. Les temps modernes, février 2008, n° 2, Journal Trimestriel de La Commission Juridique de l'Union Syndicale Solidaires de Montreuil, p. 6. Cf. M. Guilbert, Les femmes et le syndicalisme avant la guerre de 1914/1918, éd. CNRS. Le contentieux du salaire 4ème journée prud'homale de Montpellier, Le Forum 5 avril 1997, Dr. social, n° 6, juin 1997, Pp. 561-607.

إلى نظام الطوائف الذي كان سائداً في أوروبا في العصور الوسطى ، والذي أسس لما كان يسمى بـ: "محاكم الطوائف" التي كانت تتكون من أصحاب المهن حصراً^١، التي كانت تتسم بالطابع البوليسي والتدخل المتزايد لرجال الحكم في قضايا العمل ، فكانت هذه النزاعات توكل إلى رجال الشرطة! وضعّ كان مجال انتقاد كبير، لاسيما من قبل العمال ، فغالبا ما كان رجال الشرطة يقفون ضد العمال ، إما لمصلحة السلطة أو أصحاب العمل^٢. مع مجيء الثورة الفرنسية ، وإلغاء نظام الطوائف بموجب قانون آلارد

"La Loi Allarde" المؤرخ في ١٧/٣/١٧٩١ ، وقانون شابلييه "Le Chapelier" المؤرخ في ١٧/٦/١٧٩١^٣، تم إلغاء هذه المحاكم ومنح صلاحية فض الخلافات العمالية إلى المحاكم المدنية. وضعّ لم يرقّل طرفي العلاقة العمالية ، لاسيما بعد تكريس الاجتهاد القضائي لفقهاء القانون المدني في القضايا العمالية^٤ دون أي مراعاة لخصوصية علاقات

1. بدأ العمل في هذه المجالس عام ١٢٩٦ بمدينة باريس وكان مهمتها الفصل في نزاعات العمل بين التجار والصناع ، واستمرت بالعمل لما يقارب المائتي عام.
A. Marnet. La réforme des conseils de prud'hommes, Le Mouvement socialiste, 1901, n° 55, Pp. 403-416.
2. La Loi du 22 germinal an XI. Cf. J. Rivero et J. Savatier, Droit du travail, éd. PUF. 1993, p. 258.
3. Voir, J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, Droit du travail, 23ème éd. Dalloz, 2006, p. 9. A. Thillay, Le Faubourg Saint-Antoine et ses faux ouvriers. La Liberté du travail à Paris aux XVIIe et XVIIIe siècles, Paris, éd. Champ Vallon, 2002, p. 94.
4. Spéc, article 1870 du Code civil qui indique qu'on ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée. Le louage de service, fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes. Néanmoins, la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages-intérêts...Les contestations auxquelles pourra donner lieu l'application des paragraphes précédents, lorsqu'elles seront portées devant les tribunaux civils et=

العمل التي يجب أن تستند لقضاء خاص. وبالفعل استطاع عمال النسيج في مدينة ليون إقناع الإمبراطور نابليون الأول في العام ١٨٠٥ بالفوائد العملية لوجود نظام تقاضي مهني خاص، ليصدر القانون في ١٨/٣/١٨٠٦ وينشئ في هذه المدينة أول مجلس للعمل على صورة محكمة صلح^١ مكونة من مجموعة من الأعضاء المنتخبين مناصفة بين العمال وأصحاب العمل^٢، لا يقل عددهم عن ستة ولا يزيد عن ست وعشرون^٣، موزعين على مكتبين هما: مكتب المصالحة ومكتب الحكم^٤.

=devant les cours d'appel, seront instruites comme affaires sommaires et jugées d'urgence. Voir, I. Marinescu, Les prud'hommes sont-ils efficaces? Contentieux prud'homal et conjoncture économique, 1830-1999. 2002, p 11.

1. بعد ذلك انتشرت هذه المجالس بصورة كبيرة حيث بلغت عددها (٣٢) مجلساً في العام ١٨١٢، ليصل إلى (٧٨) مجلساً في منتصف القرن التاسع عشر، ليصل في العام ١٩١١ إلى (١٢٠) مجلساً، واليوم يبلغ عدده حوالي (٢٠٨) مجالس. في حين أن هذه التجربة لم تنتقل إلى باريس إلا في العام ١٨٤٤، حيث تم إحداث أول مجلس للعمل فيها.
I. Marinescu, Les prud'hommes sont-ils efficaces? Contentieux prud'homal et conjoncture économique, op. cit. p 13-16.

2. بموجب قرار ملكي في ١٢/١٠/١٨٢٨ تم منح أعضاء مجالس العمل رمز معين على شكل نجمة ثمانية الأضلاع على قلادة موضوعة بشريط أسود.

Cf. [http://fr.wikipedia.org/wiki/Conseil_de_prud'hommes_\(France\)](http://fr.wikipedia.org/wiki/Conseil_de_prud'hommes_(France)).

3. العملية الانتخابية كانت تتم على مرحلتين: الأولى، من خلالها كل من العمال وأصحاب العمل يقومون باختيار ممثليهم لهذه المجالس، من خلال طرح ما يعادل ثلاثة أمثال العدد المطلوب. في الثانية: تترك الحرية لكل طرفٍ لانتخاب ممثلي الطرف الآخر.

4. تميزت هذه الفترة بطغيان المصالحة في فض مختلف نزاعات العمل، حيث تجاوزت نسبة (٩٠٪) من نزاعات العمل. كما كان الاجتهاد القضائي يعتمد بشكل كبير على الأعراف المهنية السائدة.

I. Marinescu, Les prud'hommes sont-ils efficaces? Contentieux prud'homal et conjoncture économique, op. cit. p. 14.

بالرغم من أهمية التجربة، فقد كانت موضع انتقاد في ثلاث نقاط رئيسية: الأولى تناولت الصفة الذكورية لهذه المجالس والثانية ارتبطت بالصفة التمثيلية للعمال، في حين أن الثالثة أتت من الآلية الإجرائية لصدور الأحكام في هذه المجالس. ذلك أن حق الترشح والتصويت في هذه المجالس لم يكن متاحاً للنساء^١. فبالرغم من إقرار مجلس الشيوخ الفرنسي تنظيم عملية انتخابهن في هذه المجالس منذ العام ١٨٨٢ استمر منعهن من الترشح^٢، مما دفع المؤتمرون في سان تيتيان في العام ١٩٠١ إلى تقديم احتجاج رسمي على الاستمرار في منعهن من ممارسة حقهن الانتخابي، لينلن حقهن في التصويت والتمثيل في العام ١٩٠٧^٣. أضف لذلك، فإن طبيعة التمثيل في هذه المجالس كانت مقتصرة على أصحاب العمل دون العمال، الذين كانوا يمثلون من خلال أصحاب الحرف^٤، مما أوجب

1. L. Guibourg. Les conseils de prud'hommes, leur organisation, leur compétence. Commentaire pratique de la loi du 27 mars 1907, Paris, Bulletin-commentaire des lois et décrets, 1908, 178 p. Les femmes et les prud'hommes. Les temps modernes, préc.

2. يَبْتَنُ الدراسات التي قدمت في المؤتمر الوطني لعمال الغزل والنسيج المنعقد في مدينة روبيه الفرنسية (Roubaix) العام ١٨٩٣ أن (٤٠٪) من القرارات التضائية المتخذة تمت بناءً على شكاوى قدمت من نساء عاملات. لذلك أقر المؤتمر وضع مشروع قانون لهن تحت عنوان: "حق الانتخاب بدون تمييز بالاستناد إلى الجنس". راجع في ذلك، Les femmes et les prud'hommes. Les temps modernes, février 2008, préc.

3. A. Marnet. La réforme des conseils de prud'hommes, préc. E-J. Caudeville, Deux questions importantes relatives à la loi du 27 mars 1907, préc. Les femmes et les prud'hommes. Les temps modernes, février 2008, préc. P. Strauss, Rapport [Projet de loi tendant à confier aux femmes l'éligibilité aux conseils de prud'hommes], op. cit. p. 7.

4. خلال النصف الأول من القرن التاسع عشر لم يكن هناك من تمثيل عمالي حقيقي، حيث كان محتكراً من قبل أصحاب العمل.

الانتظار لحين ثورة العمال النقابية في العام ١٨٤٨ التي أعادت هيكله النظام النقابي في فرنسا، لتكتسب هذه المجالس صفة المناصفة التمثيلية بين العمال وأصحاب العمل^١ وليحدث منصب نائب الرئيس. وبقيت هذه القاعدة موضع أخذ ورد بين الطرفين ليكرسها المشرع الفرنسي في قاعدة قانونية مستقرة منذ العام ١٩٠٧^٢. أخيراً، وفيما يتعلق بالآلية الإجرائية لصدور الأحكام في هذه المجالس، فبخلاف المبدأ القانوني المستقر في تشكيل المحاكم القضائية الفرنسية الذي يقصر تشكيلها على قضاة مهنيين بعدد فردي^٣، أتت بنية هذه المجالس بعدد زوجي من قضاة غير مهنيين مناصفة بين العمال وأصحاب، وبرتاسة متداولة بينهم لمدة انتخابية لا تتجاوز الثلاثة أشهر على أن يجري اتخاذ قراراتها بالأغلبية، وفي حال الخلاف يرجح صوت الرئيس! والحقيقة إن فكرة الصوت المرجح انطوت

= A, Cottreau, Les prud'hommes au XIXème siècle: une expérience originale de pratique du droit, Justices. . Revue général de droit processuel, n° 8, octobre-décembre 1997, Pp. 9-21.

1. في ذات العام، تم تحديد سن الترشح بإحدى وعشرون عاماً إضافة للإقامة لمدة ستة أشهر على الأقل في النطاق الجغرافي لمجلس العمل المقرر الترشح له.

M. David, L'évolution historique des conseils de prud'hommes en France, préc. A. Cottreau, Les prud'hommes XIXème. XXème siècle, Le Mouvement social, n° 141, octobre-décembre 1987.

2. بقي هذا النظام على حاله منذ قانون ١٩٠٧/٣/٢٧ رغم العديد من التعديلات الطفيفة كقانون ١٩٧٩/٣/١٨ المعدل بالقانون الصادر في ١٩٨٢/٥/٦ والقرارات المتخذة في سبيل حسن تطبيقه، إلى أن أتى قانون ١٩٨٦/١٢/٣٠.

A, Cottreau, Les prud'hommes au XIXème siècle: une expérience originale de pratique du droit, Justices, préc.

3. Code du travail. Articles: L. 121-1 | L. 121-2. Code de l'organisation judiciaire. F. Kernaleguen, Institutions judiciaires, 4ème Edition, 2008, Litec, éd. Juris-Classeur. J-C. Magendie, La responsabilité des Magistrats: contribution à une réflexion apaisée, Dalloz, 6 octobre 2005, n° 35, chronique, Pp. 2414-2421.

على الكثير من الانتقاد، فيكفي التسويق في بعض القضايا لحين انتهاء مدة الثلاثة أشهر الرئاسية حتى تنقلب الموازين في آلية إصدار الأحكام، مما دفع المشرع الفرنسي ليتدخل من جديد في العام ١٩٠٥ ويلغى مبدأ الصوت المرجح للرئيس، مقرأ بإحالة النزاع في هذه الحالة إلى محكمة الاستئناف للنظر في النزاع. خطوة اعتبرت محورية آنذاك^١، إذ أنها أقحمت مجالس العمل بشكل أكثر وضوحاً في الجسم القضائي الفرنسي، من خلال إحالة مداولاتها في حال الخلاف إلى محكمة الدرجة الثانية لتقول كلمة الفصل فيها^٢.

واستمر الوضع التشريعي على ذلك حتى صدور قانون^٣ La Loi Boulin المؤرخ في ١٨/١/١٩٧٩، حيث أعاد المشرع الفرنسي بموجبه تنظيم عمل هذه المجالس لتشمل مختلف الأراضي الفرنسية، محدداً مدة

1. E. Serverin et T. Grumbach, Contentieux, procédure et juridictions. Les contrôles des chefs de Cour d'appel sur l'indemnisation du temps juridictionnel des conseillers prud'hommes avant et après le décret n° 2008-560 juin 2008. Revue de Droit du travail, mars 2009. Pp. 180-183. B. Muñoz-Perez et E. Serverin, L'exercice des voies de recours contre les décisions prud'homales. Dr. Ouvrier. 1991 p. 318.
2. A. Popineau, La loi du 15 juillet 1905 relative à la composition des bureaux de jugement et à l'organisation de la juridiction d'appel des conseils de prud'hommes, Lois Nouvelles. Première partie. Revue de législation, 25ème année, 1906, Pp. 1-28. E-D, Glasson, Commentaire de la loi du 15 juillet 1905 sur les conseils de prud'hommes, Revue critique de législation et de jurisprudence, 55ème année, nouvelle série, Tome. XXXV, 1906, Pp. 338-352.
3. Loi n° 79-44 dite "loi Boulin". Voir, A. Supiot, Prud'hommes: La consécration de la réforme Boulin, Dr. social, n° 9-10, 1982, Pp. 595-606.

الولاية القضائية في هذه المجالس بفترة خمس سنوات قابلة للتجديد. وقد خضعت المواد القانونية لهذه المجالس لبعض التعديلات الطفيفة، دون أن تمس الجوهر القانوني الذي تقوم عليه هذه المجالس^١. واليوم تعتبر مجالس العمل جزءاً من النظام القضائي الفرنسي، بحيث نجد مجلس عمل واحد على الأقل في محيط دائرة كل محكمة بداية تشرف عليه محكمة الاستئناف. ويمكن بحسب الأوضاع الجغرافية أو الاقتصادية أو الاجتماعية أن يحدث بمرسوم أكثر من مجلس عمل ضمن ذات الدائرة الابتدائية^٢.

٣. تلمس الذات

بخلاف الحال عما هو عليه في التجربة الفرنسية، فإن حداثة التجربة السورية في تقنين العمل عموماً وقضاء العمل خصوصاً، لم تتح للمشرع السوري أن يتخذ موقفاً واضحاً ومحددًا، ما وسم تجربته بالتقلقل.

1. Code du travail. Articles: L. 1442-3 | L. 1442-4. Pour plus d'informations voir, le Livre IV de la première partie du Code du travail concernât la résolution des litiges le Conseil de Prud'hommes, Code du travail. Articles: L. 1411-1 à L. 1462-1. Voir aussi, La justice à proximité. Dossier spécial. Revue Le Stéphanois du 10 au 24 janvier 2008 n° 53. Pp. 7-8. Si les tribunaux prennent leurs distances... Ibid. Pp. 9-10. J-P. Bonafe-Schmitt, Les nouveaux Prud'homme: un nouvel enjeu syndical?, Dr. social, 1984. Pp. 89-94.
2. Code du travail. Article: L. 1422-1 à R. 1422-4. Voir aussi, S. Guinchard, L'ambition raisonnée d'une justice apaisée. Rapport au Garde des sceaux. Docu. Française. 2008, p. 271. A. Cottureau, Justice et injustice ordinaire sur les lieux de travail d'après les audiences prud'homales (1806-1866), Le Mouvement social, n° 141, 1987, Pp. 25-59. F. Fortunet, D'une république l'autre: les conseils de prud'hommes ou l'institution d'une justice de paix de l'industrie, in Justice et République(s), Lille, 1993, Pp. 325-335.

٣. راجع في ذلك، محمد عرفان الخطيب، الحرية التعاقدية في تشريع العمل "أزمة عقد العمل" دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والسوري، سبقت الإشارة.

٣،١. حداثة التجربة

بالمقارنة مع التجربة الفرنسية، التجربة السورية لا تزال في بداية عهدها، فالعمر الزمني لتشريعات العمل في بعدها العصري لا يتجاوز المائة عام، ذلك أن الاهتمام التشريعي بتقنين العمل بدأ في مرحلة الانتداب الفرنسي^١. حيث قدمت الحكومة السورية في العام ١٩٣٨ للمجلس النيابي مشروع قانونموجز ينظم شؤون العمل تحت مسمى: "قانون العمل" غير أن نشوب الحرب العالمية الثانية حال دون صدوره. بعد انتهاء الحرب، قامت الحكومة بإصدار أول قانون للعمل تحت رقم (٢٧٩) بتاريخ ١١/٦/١٩٤٦^٢، مستندة إلى التجارب التشريعية في العديد من الدول العربية التي سبقتها إضافة إلى تجربة المشرع الفرنسي^٣. وقد أراد المشرع السوري من خلال هذا القانون تعزيز الحماية المقررة للعمال السوريين إيجاد التوازن بين العمال وأصحاب العمل في كل مهنة من خلال تحديد حقوق وواجبات الطرفين^٤. بالرغم من ذلك فقد كان القانون دون الطموحات المرجوة، فصدر في ١٩٥٩/٤/٥ قانون عمل جديد تحت رقم

1. ذات المرجع السابق.
2. قانون العمل السوري رقم (٢٧٩) تاريخ ١١/٦/١٩٤٦، الجريدة الرسمية العدد ٢٥ تاريخ ١٣/٦/١٩٤٦.
3. سبقت بعض الدول العربية سورية في مضمار التشريع الاجتماعي، حيث أقر العراق قانون العمل بتاريخ ٢٥/٤/١٩٣٦، ووضعت مصر قانون إصابات العمل بتاريخ ١٤/٩/١٩٣٦، ثم قانون الضمان الإجباري للإصابات بتاريخ ٦/٩/١٩٤٢، وصدر بالتاريخ نفسه قانون النقابات. راجع، حسن كيرة، أصول قانون العمل، عقد العمل، مرجع سابق. رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح قانون العمل المصري واللبناني، مرجع سابق. صلاح الدين النحاس، مبادئ أساسية في شرح عقد العمل وقانون العمل الموحد، مرجع سابق.
4. جاء في لائحة الأسباب الموجبة لقانون رقم (٢٧٩) لعام ١٩٤٦: "أما المبادئ التي أوحى نصوصه، فهي وجوب ترفيه حال العمال السوريين وتنظيم شؤونهم بصورة تجعلهم أداة صالحة في الإنتاج وركناً من أركان البلاد الاقتصادية، وتنظيم شؤون أرباب العمل في سائر المهن، وتحديد حقوق كل فريق وواجباته نحو الآخر ونحو المجتمع، وإثراء روح التعاون بين أفراد المهنة وحسم الخلافات بينهم بالتحكيم ودون اللجوء إلى الإضراب،". أحمد السمان وجورج عشي، تشريع العمل، المرجع السابق، ص ٣١ وما بعد.

(٩١)^١ اعتبر وقت صدوره سابقاً للعديد من التشريعات العربية الأخرى، ومتجاوزاً في طموحاته الإمكانيات التشغيلية والصناعية في المجتمع السوري^٢، واستمر نفاذه حتى عهد قريب، حيث عمد المشرع في الآونة الأخيرة إلى استصدار قانون أكثر عصرة هو القانون رقم (١٧) لعام ٢٠١٠ النافذ حالياً^٣.

ولعل دراسة معمقة لنصوص هذه القوانين تبين طبيعة السياسة التشريعية التي ينتهجها المشرع السوري في حل نزاعات العمل الفردية، والمعتمدة بالدرجة الأولى على اللجوء إلى القضاء العادي. فنصوص مشروع القانون المقدم لمجلس النواب السوري في العام ١٩٣٨ جاءت خالية من أي إشارة إلى نوع المحاكم التي تفصل في هذه الخصومات، مما فهم منه آنذاك أن المشرع ترك الأمر للقواعد العامة التي تقضي بدورها في فض هذه النزاعات من خلال اللجوء إلى محاكم القضاء العادي. سياسة لم يجد عنها المشرع في قانون العمل رقم (٢٧٩) لعام ١٩٤٦، وإن كان قد عمد إلى إدراج بعض النصوص القانونية التي تولي مهمة فض بعض النزاعات إلى

١. قانون العمل السوري رقم (٩١) تاريخ ١٩٥٩/٤/٥، الجريدة الرسمية، العدد ٧١ مكرر (ب) تاريخ ١٩٥٩/٤/٧.
٢. روعي في أحكام تقنين قانون العمل رقم (٩١) لعام ١٩٥٩ جملة من الأسس والمبادئ، كان من أهمها: ١. تكافؤ ظروف العمل بالنسبة للعمال بما يحقق العدالة والمساواة. ٢. الاحتفاظ بحقوقهم المكتسبة التي كفلتها لهم تشريعات العمل، إلا ما يكفل مزايا أفضل. ٣. مراعاة مستويات العمل العربية والدولية. ٤. تحقيق التعاون بين العمال وأصحاب الأعمال. وتآلف تقنين العمل من (٢٣٥) مادة ضمنت في سبعة أبواب. المذكرة الإيضاحية، النشرة التشريعية، نيسان ١٩٥٩، ص. ص. ١١٩٩ ← ١٢٠٠.
٣. أتى القانون الجديد متضمناً (٢٨٠) مادة وزعت على ثلاثة عشرة باباً وفصول متعددة تناولت مختلف جوانب قانون العمل. حيث روعي في أحكامه موائمة التشريع السوري مع التطورات الاقتصادية والاجتماعية التي شهدتها الجمهورية العربية السورية خلال الفترة الفاصلة ما بين صدور القانون السابق لعام ١٩٥٩ وتاريخ صدور القانون الحالي لعام ٢٠١٠ لاسيما في ضوء التوجه الاقتصادي الجديد للجمهورية العربية السورية القائم على تبني اقتصاد أسواق اجتماعي المستند إلى زيادة فاعلية دور القطاع الخاص في التنمية، بدلاً من التوجه الاشتراكي الذي كان سائداً سابقاً، والذي كان يعطي الدولة ممثلة بالقطاع العام الدور الريادي في عملية التنمية.

محاكم القضاء العادي. الأمر الذي أعاد تكريسه في القانون رقم (٩١) لعام ١٩٥٩ ، بمنح محاكم الصلح في القضاء العادي مهمة فض بعض نزاعات العمل الفردية^١. سياسةً تشريعيةً، بالرغم من العديد من التلطفات التشريعية الواردة عليها، كانت موضع نظر من قبل العديد من رجال القانون^٢، لاسيما فيما يتعلق بحالات التسريح الفردي. ذلك أن المشرع منح الحق لطرفي العلاقة في إنهاء علاقتهم التعاقدية في ضوء المدأ المدني الصرف القائم على اعتبار العقد شريعة المتعاقدين^٣، مما زاد من حالات التسريح التعسفي وانعكاساتها السلبية على الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية للعمال، الأمر الذي دفع المشرع إلى إصدار المرسوم التشريعي رقم (٤٩) العام ١٩٦٢، ليحدث بموجبه محاكم استثنائية خاصة للنظر في هذه النزاعات سميت آنذاك: "لجان قضايا التسريح الفردي"^٤. وبذلك أضحت النزاعات العمالية الفردية تخضع لنوعين من

1. انظر على سبيل المثال، المادة (٥٤) من قانون العمل رقم (٩١) لعام ١٩٥٩، التي قضت: "إذا تسبب العامل في فقد أو إتلاف أو تدمير مهمات أو آلات أو منتجات يملكها صاحب العمل أو كانت في عهده وكان ذلك ناشئا عن خطأ العامل وجب أن يتحمل المبلغ اللازم نظير ذلك. ولصاحب العمل أن يبدأ باقتطاع المبلغ المذكور من أجر العامل ويجوز للعامل أن يتظلم من تقرير صاحب العمل أمام المحكمة الجزئية (الصلحية)"
2. راجع، وفيق الإمام، الموجز في شرح قضايا التسريح، المرسوم (٤٩) وتعديلاته، مرجع سابق، ص. ٦ وما بعد. إدوار حشوة، قضايا التسريح في القانون السوري، مرجع سابق، ص. ٩ وما بعد.
3. قانون العمل السابق رقم (٩١) لعام ١٩٥٩، المادتين (٧٤ - ٧٥). راجع، وفيق الإمام، الموجز في شرح قضايا التسريح، المرسوم (٤٩) وتعديلاته، مرجع سابق، ص. ٩ وما بعد. إدوار حشوة، قضايا التسريح في القانون السوري، مرجع سابق، ص. ١٢ وما بعد.
4. قانون العمل السابق رقم (٩١) لعام ١٩٥٩ قيدَ حق صاحب العمل في تسريح عماله بموافقة لجنة قضائية مختصة تتألف من خمسة أعضاء برئاسة قاضي وعضوية ممثلين عن مديرية الشؤون الاجتماعية والعمل، ووزارة الداخلية في مدينة دمشق والمحافظات في باقي المحافظات، وأصحاب العمل والعمال. واستناداً لروح هذا القانون، الذي يتألف من (٣٢) مادة، لا يحق لصاحب العمل القيام بتسريح أي من عماله دون الحصول على الموافقة المسبقة لهذه اللجنة التي تصدر قرارها بقبول أو برفض طلب التسريح =

المحاكم: محاكم القضاء العادي ممثلة بمحاكم الصلح، ومحاكم القضاء الاستثنائي ممثلة بلجان قضايا التسريح^١.

اليوم، ومع صدور قانون العمل الجديد رقم (١٧) لعام ٢٠١٠، وبالرغم من أن نصوصه قضت بصريح النص بإحداث محكمة في مركز كل محافظة سميت: "محكمة البداية المدنية" مهمتها الفصل في نزاعات العمل الفردية^٢. إلا أن موقف المشرع في هذا الخصوص بات أكثر تعقيداً، ما بين الصفة "المدنية" لهذه المحكمة، والتمثيل العمالي فيها^٣.

٣.٢. تقلقل التجربة

إذا اردنا أن نضع توصيفاً لموقف المشرع السوري، فلا يمكن وصفه إلا بالغموض والتذبذب. فعلى اختلاف المراحل التشريعية، وباستثناء الوضع الحالي للتشريع النافذ، لم يشر المشرع صراحة إلى القضاء المختص بفض نزاعات العمل الفردية. ففي حين اكتفى بالسكوت في مشروع القانون لعام ١٩٣٨، أحال في كل من القانونين رقم (٢٧٩) لعام ١٩٤٦ ورقم (٩١) لعام ١٩٥٩ إلى محاكم الصلح سلطة الفصل في بعض

= خلال فترة زمنية لا تتجاوز خمسة عشرة يوماً من تاريخ ورود طلب التسريح إليها، وتعتبر قراراتها نافذة ويمكن استئنافها أمام محكمة الاستئناف. وإذا رفضت اللجنة قرار التسريح، فيلتزم صاحب العمل بإعادة العامل المسرح جبراً إلى العمل، وفي حال رفضه فإنه يلتزم بدفع الحد الأدنى المقرر أصولاً لأجر العامل المسرح أو ثمانين بالمائة من قيمة الأجر الفعلي للعامل أيهما أفضل للعامل حتى تاريخ عودة العامل للعمل أو صدور الحكم النهائي أو التحاق العامل بعمل آخر. راجع، أحكام المرسوم التشريعي السوري رقم (٤٩) لعام ١٩٦٢ المتعلق بأصول تسريح العمال، لاسيما المواد (٢) و(٩). المرجعان السابقان.

1. في حين بقيت نزاعات العمل المرفوعة من قبل صاحب العمل تخضع للقواعد العامة وترفع أمام محاكم البداية المدنية. أما نزاعات العمل المتعلقة بالوقف الجزئي أو الكلي عن العمل، فكانت من اختصاص وزير الشؤون الاجتماعية والعمل. وأخيراً نزاعات العمل الجماعية بقيت محكومة للحل بالطرق البديلة لفض النزاعات، ونعني بذلك إجراءات الوساطة والتوفيق، والتحكيم. راجع أحكام قانون العمل رقم (٩٢) لعام ١٩٥٩، المواد (١٨٨ - ٢٠٨) و(٢٠٩).

2. قانون العمل رقم (١٧) لعام ٢٠١٠، المادة (٢٠٥).

3. نكتفي بمجرد الإشارة، كون البحث في مجمله يدور حول هذه النقطة.

النزاعات دون غيرها، وسكت عن تحديد المحكمة المختصة لفض النزاعات الأخرى، مما دفع الحكومة السورية ممثلة بوزارة العدل، ودون نص تشريعي واضح، وإنما بالاستناد إلى القواعد العامة، إلى توسيع صلاحية محاكم الصلح لتشمل مختلف أشكال نزاعات العمل الفردية. غير أنه، وعندما تبين للمشرع عدم قدرة هذه المحاكم على الفصل في بعض النزاعات العمالية الخاصة بالتسريح، أنشأ لهذه الأخيرة محاكم متخصصة سميت "لجان قضايا التسريح الفردي" أوكل إليها مهمة فض النزاعات المتعلقة بحالات التسريح الفردي دون غيره¹.

عدم وضوح الرؤية التشريعية للمشرع السوري كان له الأثر الكبير في عدم ثبات موقفه على سياسة تشريعية معينة. فبعد قبوله الضمني بإخضاع نزاعات العمل الفردية للاختصاص القضائي العادي بموجب مشروع القانون لعام ١٩٣٨، كرس هذا المبدأ بشكل منقوص، بالتضمن تارة وبالتصريح تارة أخرى، في بعض النصوص في قانون العمل لعام ١٩٤٦، ثمعاد، وبموجب القانون الصادر في العام ١٩٥٩ ليخضع هذه النزاعات، وفي قضايا التسريح الفردي فقط إلى محاكم شبه عمالية سميت بلجان قضايا التسريح الفردي، في حين أبقى باقي النزاعات منظورة أمام القضاء العادي ممثلاً بمحكمة الصلح، وبذلك مزج المشرع السوري في هذه التجربة التشريعية بين القضاء العادي والقضاء شبه العمالي الاستثنائي.

في الوقت الراهن، وفي ظل القانون الحالي لعام ٢٠١٠، أحدث المشرع محكمة سميت: "محكمة البداية المدنية"، مهمتها الفصل في مختلف نزاعات العمل. وأخضعها، بالرغم من عضويتها بممثلين عن العمال وأصحاب العمل، لقواعد قانون أصول المرافعات المدنية. وبذلك بدى موقف المشرع السوري من الناحية الشكلية أكثر وضوحاً، في حين أنه بقي

١. وفيق الإمام، الموجز في شرح قضايا التسريح، المرسوم (٤٩) وتعديلاته، مرجع سابق. إدوار حشوة، قضايا التسريح في القانون السوري، مرجع سابق.

من الناحية التحليلية أكثر تعقيداً. الأمر الذي سنعمل على التعمق في مدلولاته بشكل أكبر في هذا البحث.

ثانياً - محاكم العمل بين الصفة الاستثنائية والصفة العامة

إن المقدمات السابق عرضها حول موقفي التشريع الفرنسي والسوري من هذه المحاكم، تبين بوضوح مكانتها وتموضعها في البنية القضائية لهاتين الدولتين، ففي حين تتضح خصوصيتها في التشريع الفرنسي^١. تبقى مبهمّة في التشريع السوري.

١. محاكم العمل ذات طابع استثنائي

تبرز مكانة محاكم العمل في التشريع الفرنسي بوضوح وفق منحني: الأول، على المستوى المؤسسي والثاني على المستوى التشريعي. على المستوى المؤسسي، قضى المشرع الفرنسي بإحداث محاكم العمل ضمن الهرمية القضائية التقليدية كقضاء مستقل ضمن قضاء الدرجة الأولى الذي نجد فيه عدداً من المحاكم القضائية العادية، لاسيما محكمتي الصلح والبداية، وعدداً من المحاكم القضائية الاستثنائية أو الخاصة، كالمحاكم التجارية ومحاكم الضمان الاجتماعي إضافة لمحاكم العمل. في قضاء الدرجة الثانية نجد محكمة الاستئناف. أما في قضاء القانون نجد محكمة

-
1. Voir, Code de l'organisation judiciaire, Version consolidée au 27 janvier 2012. Code du travail. Article: L. 123-1 | R. 561-2 | R. 531-2 | R. 551-2 | L. 261-1. Voir aussi, S. Brissy, Le juge de l'action et juge de l'exception, Semaine. Jur. Soc, n° 15, 10 Avril 2012, p. 1172. Ch. Larcher, Le recours au Conseil de prud'hommes: compétence, procédure prud'homale, moyens de preuve..., Légi. Social, n° 197, novembre 1990, Pp. 25-60. M. Boitel, La procédure prud'homale au 1er juillet 1966, Dr. Ouvrier, n° 215-216, 1966, Pp. 154-179. G. Gelineau-Larrivet, Quelques réflexions sur les conseils de Prud'hommes et la procédure prud'homale in Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drai, Paris. Dalloz, 2000, Pp. 343-354.

النقض كجهة قضائية توحد الاجتهاد القضائي المدني والعمالي والجنائي. واعترافاً من المشرع الفرنسي بهذه الخصوصية القضائية، أقر بإحداث غرفة للنظر بالقضايا الاجتماعية في كل من محكمتي الاستئناف والنقض¹.

أما على المستوى التشريعي، فقد أقر المشرع العديد من النصوص القانونية التي تنظم عمل هذه المحاكم والإجراءات الواجبة الاتباع أمامها، لجهة التشكيل والاختصاص والإجراءات². بذلك، يبرز الطابع الاستثنائي لهذا القضاء في كونه لا يدخل ضمن المنظومة القانونية المعتادة للقضاء، بحيث أنه يتميز بمجموعة من السمات والخصائص التي يتفرد بها عن غيره من المحاكم المعتادة، دون أن يعني ذلك خروجه عن القواعد القانونية العامة التي تحكم المؤسسة القضائية في التشريع الفرنسي³.

٢. "محاكم العمل" ذات طابع عام

بالرجوع إلى التقسيم القانوني لبنية النظام القضائي في التشريع السوري، نلاحظ الغياب الكامل للدلول المحاكم العمالية، حيث نجد في قضاء الدرجة الأولى كل من محاكم الأحوال الشخصية، والأحداث، والصلح، والبداية. في حين أن قضاء الدرجة الثانية يقتصر على محاكم الاستئناف، وفي قمة الهرم القضائي، نجد محكمة النقض، كمحكمة قانون تعمل على توحيد الاجتهاد القضائي السوري في القضايا المدنية والجنائية⁴. موقف لم يحد عنه المشرع السوري على مختلف المراحل

1. S. Guinchard, Droit et pratique de la procédure civile, op. cit, Pp. 72 à 111.

2. Ibid. Pp. 112 à 143, spé, p. 135.

3. البحث بمجمله يسعى لإبراز الطبيعة الاستثنائية لقضاء العمل في التشريع الفرنسي، لذلك نكتفي بالتنويه لهذه النقاط دون الخوض في التفاصيل، كونها ستكون موضع بحث معمق في معرض البحث.

4. قانون السلطة القضائية رقم (٩٨) لعام ١٩٦١، المادة (٣٢). راجع، محمد واصل، شرح قانون أصول المحاكمات، مرجع سابق، ص. ٧٢-٧٧ - ٢٧٧ وما بعد.

التشريعية^١، بما فيها القانون الحالي الذي قضى بإحداث محكمة سميت: "محكمة البداية المدنية"، للنظر في القضايا العمالية.

موقف تشريعي يسترعي العديد من الملاحظات، من أهمها عدم اعتراف المشرع السوري لهذه المحكمة بخصوصيتها العمالية وإبقائها في إطارها المدني، بدلالة تسميتها القانونية التي أبقته في الإطار الإداري والقضائي لمحكمة البداية، وكان حرياً بالمشرع أن يعترف لها بالصفة العمالية، مقراً لها بقواعد موضوعية وإجرائية خاصة بدلاً من إلزامها بتطبيق القواعد القانونية المعمول بها في قانون أصول المحاكمات المدنية مما أدى إلى إفراغها من كل صفة استثنائية. ناهيك عن أن المشرع لم يحدد طبيعة المركز القانوني لممثلي العمال وأصحاب العمل في هذه المحكمة، بكونهم قضاة أو بحكم القضاة، وما هو دورهم في العملية القضائية. نقاط، لم يجب عنها المشرع السوري!^٢

نقطة أخرى، تستحق الاهتمام. ذلك أن المشرع السوري منح وزير

1. حتى صدور قانون العمل الحالي لعام ٢٠١٠، وأمام غياب النص الخاص بذلك، كان المبدأ المتبع كعرف قضائي مستقر، قيام وزير العدل في كل عام بموجب قرار إداري بتخصيص إحدى محاكم الصلح للنظر في قضايا العمل، لتُنظر مختلف قضايا العمل من قبلها. وقد تم اختيار محاكم الصلح بكونها تمثل الشكل الأبسط من المحاكم القضائية في التشريع السوري، مع التأكيد بأن هذا التصرف لا يخرج عن كونه تصرف إداري، يقوم به الوزير في معرض ممارسته لسلطاته الإدارية المكلف بها فيها الإشراف على الجسم القضائي وحسن سير العمل فيه. علماً بأن قانون العمل السابق رقم (٩١) لعام ١٩٥٩ لم يكن يشير صراحة لاختصاص محكمة الصلح في فض هذه النزاعات، وإنما أحال إليها، فقط، فض النزاعات المتعلقة بحق العامل في التظلم من قرارات صاحب العمل المتعلقة بتحديد التعويض المستحق له في حال إلحاق العامل الضرر بمشأته نتيجة خطئه. في حين أن قانون أصول المحاكمات السوري منح هذه الصلاحية لهذه المحاكم في مختلف النزاعات العمالية المتعلقة بالأجور فقط. راجع، قانون العمل رقم (٩١) لعام ١٩٥٩ الملغى، المادة (٥٤). قانون أصول المحاكمات السوري رقم (٨٤) لعام ١٩٥٣، المادة (٦٣). لمزيد من الإيضاح حول عمل هذه المحكمة راجع، قانون أصول المحاكمات السوري رقم (٨٤) لعام ١٩٥٣، المواد (٦٢ ← ٧٦). قانون السلطة القضائية رقم (٩٨) لعام ١٩٦١، المادة (٣٨). محمد واصل، شرح قانون أصول المحاكمات، مرجع سابق، ص ٧٠-٧٤ - ٢٢٨ وما بعد.

2. نكتفي بالتنويه لهذه النقاط دون الخوض في التفاصيل، كونها ستكون موضع بحث معمق في معرض البحث كما سبق بيانه.

العدل وبقوة القانون سلطة إحداث هذه المحكمة، وهذا في رأينا أمرٌ فيه نظر. حيث أن إحداث هذه المحاكم القضائية لا يتم إلا بموجب قانون وليس بقرارات إدارية تصدر عن الوزير. إضافة لذلك، حتى ولو سلمنا بأن المشرع السوري منح وزير العدل هذه السلطة التشريعية بموجب القانون، فإن ذلك ينطوي على خطورة من نوع آخر من تعدي للسلطة التنفيذية على عمل السلطة القضائية وتجاوز لصلاحيات الأولى على حساب الثانية، مما يضع المبدأ الدستوري القائم على الفصل بين السلطات موضع تساؤل في التشريع السوري¹. ناهيك عن سؤال بقي معلقاً في التشريع السوري مفاده: هل للوزير الحق في إلغاء هذه المحاكم، كما كان له الحق في إحداثها، ومن يملك هذا الحق! وفي رأينا، كان حرياً بالمشرع أن يبقى منسجماً مع نفسه، بشكل يترك فيه عملية إحداث هذه المحكمة للقانون من خلال نص تشريعي منفصل، ولا ضير في ذلك، لاسيما وأن التجربة التشريعية السورية تطرقت لذلك في ضوء المرسوم التشريعي رقم (٤٩) لعام ١٩٦٢ المتعلق بلجان قضايا التسريح^٢.

المطلب الثاني

"القاضي المكلف"

إن طبيعة القضاء العمالي وارتباطه بالبيئة المهنية لأطرافه، أملت خصوصية معينة في تحديد عملية انتقاء قضاته أو "ممثليه"، سواء من خلال العملية الانتخابية أو الانتقائية.

أولاً- قضاء العمل قضاء انتخابي بالضرورة

حرص المشرع الفرنسي على تكريس الطابع الانتخابي لقضاء العمل في العلاقة على السواء، بما يؤمن حياديته.

1. راجع أحكام الدستور السوري الدائم للجمهورية العربية لعام ١٩٧٣ الملغى حديثاً بموجب أحكام الدستور الحالي لعام ٢٠١٢.
2. راجع، وفيق الإمام، الموجز في شرح قضايا التسريح، المرسوم (٤٩) وتعديلاته، مرجع سابق، ص. ٦ وما بعد. إدوار حشوة، قضايا التسريح في القانون السوري، مرجع سابق، ص. ٩ وما بعد.

١. قضاء انتخابي لطرفي العلاقة العمالية^١

وضع المشرع الفرنسي مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم الطبيعة الانتخابية لهذا القضاء إن لجهة الترشح أو لجهة الانتخاب، حيث حصر العملية الانتخابية بين العمال وأصحاب العمل من خلال انتخاب ممثليهم من بين القوائم الانتخابية المعلن عنها، دون أن يحق لأي منهما أن يقوم بانتخاب ممثلي الآخر.

بالنسبة للعمال، فقد حصر المشرع الفرنسي العملية الانتخابية بالعمال المتمتعين بحقوقهم المدنية ممن بلغوا السادسة عشر عاماً، إضافة للعمال الذين توقفوا عن العمل شريطة أن يكونوا قد سجلوا في اللوائح الانتخابية لهذه المجالس منذ فترة لا تتجاوز العشر سنوات. مع التأكيد بأن سن الترشح لعضوية هذه المجالس يبدأ في واحد وعشرين عاماً على أن يكون المرشح فرنسياً غير محروم من ممارسة حقوقه المدنية^٢. كما استبعد المشرع من

1. Code du travail, Article: L. 1421-1. Dossier spécial: Election prud'homale, mode d'emploi, 1ère et 2ème partie, Action juridique CFDT, n° 190, mai-juin 2008, Pp. 9-58 et Action juridique CFDT, n° 191, juillet-août 2008, Pp. 8-27. M. Moissonier, Elections aux Prud'hommes. Un point d'histoire, Lyon 1806, Cahiers d'histoire sociale Rhône Alpes, Institut CGT d'histoire sociale, 1987, n° 6, Pp. 3-4. D. Andolfatto, Elections professionnelles et sociales, Dictionnaire du vote, Paris. Presses universitaires de France, 2001, Pp. 390-393. J. Bouveresse, Des élections malgré tout: l'histoire mouvementée des conseils de prud'hommes, L'élection des juges. Étude historique française et contemporaine, Paris, PUF, 1999, Pp. 165-221. J. Péliissier, G. Auzero et E. Dockès, Droit du travail, op. cit, p. 124 s.
2. Code du travail. Articles: L. 1441-1 | L. 1441-4 à L. 1441-6 | L. 1441-23 | L. 1441-29 | L. 1441-31 | L. 1441-32 | L. 1441-46 | L. 1442-6 | L. 1441-36 | L. 1441-37 | R. 1441-2 à R. 1441-4. Voir, J. Bouveresse, Des élections malgré tout: l'histoire mouvementée des conseils de prud'hommes, =

ممارسة هذا الحق العمال القياديين، أو الذين يمارسون مهام تتمزج فيها المهام القيادية لأصحاب العمل مع المهام الصرفة للعمال ووضع لهم قواعد خاصة.

أما بالنسبة لصاحب العمل، فيفترض به أن يكون ممن يستخدمون حسابهم أو لحساب الغير عاملاً أو أكثر، مُضيفاً ذات الصفة على الأشخاص الذين يتولون مهام قيادية، كالشركاء، ومدراء مجالس الإدارة، والمدراء، والمستشارين، ورؤساء الأقسام، وغيرهم من الأشخاص أصحاب المناصب القيادية¹.

أخيراً، وفي الإجراءات، قضى المشرع أنه يجب أن لا يقل عدد العمال المقيدين في اللوائح الانتخابية عن عدد المراكز القانونية التي يتم الترشح لها، على أن لا يتجاوز هذا العدد ضعف العدد المحدد لهذه المراكز². كما يجب على صاحب العمل أن يزود العمال والسلطات المختصة

=op. cit. Employeurs/Salariés: Mobilisation pour les élections prud'homales. Elire ses conseillers aux Prud'hommes, c'est se protéger! Revue Travail @ quintaine. n° 8 Juin 2008. p.v. L'indemnisation des conseillers prud'hommes et l'organisation des élections prud'homales, Cour des Comptes, Suivi des Réponses des Administrations, Collectivités, Organismes et Entreprises. Rapport au président de la république, 2000, Pp. 131-137.

في حال لم تفض الانتخابات إلى تغطية كافة المراكز القانونية، فإنه يمكن إجراء انتخابات تكميلية لحين استكمال كامل المراكز القانونية، أما في حال اعتذار أحد الأعضاء المنتخبين أو شغور منصبه، فيحل محله ويقوة القانون، المرشح الذي حاز على نسبة التصويت الذي تليه مباشرة، وإلا فإنه يدعى إلى انتخابات تكميلية. وفي جميع الأحوال، تنتهي المدة القانونية لعمل الأعضاء المنتخبين والمكملين مع انتهاء المدة الزمنية المحددة للمجلس أصالة.

1. J. Petek, Ingénieurs, cadres et Conseils de prud'hommes, Dr. social, 1987, p. 717.

2. هذه هي الحالة الغالبة، في التشريع الفرنسي، ذلك أن إسقاط الحق في الترشح عن مرشح أو أكثر من القوائم الانتخابية، يؤدي ويقوة القانون إلى سقوط كامل المرشحين في هذه القائمة في حال ما إذا ترتب على هذا الإسقاط، تدني عدد المرشحين إلى أقل من عدد المراكز القانونية التي ينوي الترشح لها.

باللائحة الانتخابية التي تتضمن أسماء المرشحين قبل ثلاثة أشهر من بدأ العملية الانتخابية، ويمنع على أي شخص أن يكون مرشحاً لأكثر من مجلس واحد أو في أكثر من لائحة انتخابية واحدة، وفي حال ذلك، ونظراً لطبيعة عمل صاحب العمل أو العامل، فإن الدائرة المعتبرة هي الدائرة التي يوجد فيها النشاط الرئيسي لهذا الشخص. ويجب أن تجري العملية الانتخابية في ذات التاريخ وعلى عموم الأراضي الفرنسية، ضمن الساعات المحددة للعمل في الأماكن المحددة لذلك¹. كما يجب على صاحب العمل أن يمنح العامل الوقت الكافي للمشاركة في هذه العملية، على أن تعتبر هذه الفترة من ضمن فترة العمل التي تدخل في الخدمة الفعلية للعامل، دون أن ينطوي ذلك على أي تخفيض في الأجر، أو أي إجراء عقابي أو تأديبي بحقه².

1. Code du travail. Articles: L. 1441-2 | L. 1441-9 | L. 1441-17 | L. 1441-24 à L. 1441-32 | L. 1441-39 | L. 1441-40 | L. 1441-46 | L. 1442-6. Voir, D. Andolfatto, Élections prud'homales et représentativité syndicale, le conseil de prud'hommes au présent, le conseil de prud'hommes autrement. Actes du colloque, 8 octobre 2002, organisé par le Centre d'étude et de recherche de l'Institut régional du travail de Nancy, Paris, éd.com, 2003, Pp. 15-29. B. Vivier et J-P. Antona, Élections prud'homales de 1979 et 1982: difficultés pratiques et juridiques, Paris, Docu. Française, 1988, 146 p.

راجع، محمد عرفان الخطيب، "مبدأ عدم التمييز في تشريع العمل المقارن، المفهوم". بحث علمي قانوني محكم، جامعة دمشق، كلية الحقوق، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاجتماعية الاقتصادية والقانونية، المجلد رقم (٢٤) العدد الثاني، ٢٠٠٨، ص. ص. (٣٣ ← ٥٧). "مبدأ عدم التمييز في تشريع العمل المقارن، نطاق التطبيق والإثبات" بحث علمي قانوني محكم، جامعة دمشق، كلية الحقوق، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاجتماعية الاقتصادية والقانونية، المجلد رقم (٢٥) العدد الأول، ٢٠٠٩، ص. ص. (٧ ← ٥٦). "مبدأ عدم التمييز في تشريع العمل المقارن، الحماية القانونية" بحث علمي قانوني محكم، جامعة دمشق، كلية الحقوق، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاجتماعية الاقتصادية والقانونية، المجلد رقم (٢٥) العدد الثاني، ٢٠٠٩، ص. ص. (٣٣٩ ← ٣٨٩).

2. في حال نجاح الانتخابات، يجتمع المجلس بحضور جميع الأعضاء ويتم انتخاب رئيساً للمجلس ونائباً له لمدة سنة قابلة للتجديد، حيث يتم انتخاب كل شخص من قبل =

٢. قضاء انتخابي محايد غير تمييزي

مراعاة للحيدة والاستقلالية في العمل القضائي لهذه المجالس، حظر المشرع الفرنسي أي تدخل من جانب السلطة السياسية في تحديد القائمة الانتخابية لهذه المجالس، كتقديم قوائم انتخابية من حزب أو تنظيم سياسي معين، بما يضمن ابتعاد هذا القضاء العمالي عن التجاذبات السياسية أو العقائدية، مما يؤمن مبدأ الفصل في السلطات لاسيما بين التنفيذية والقضائية، لجهة عدم تدخل الحكومة في هذا القضاء. كذلك، فقد قضى المشرع الفرنسي ببطان أي عملية انتخابية لا تحترم مبادئ المساواة، وتقوم على التمييز بين الأفراد بسبب الأصل أو الجنس أو اللون وما إلى ذلك من المعايير التمييزية الأخرى، كما قضى بحظر مشاركة التنظيمات التي لا تؤمن بمفهوم التشاركية في التمثيل بين العمال وأصحاب العمل في هذه المجالس^١، معتبراً أن كل تصرف تمييزي يقوم به صاحب العمل ضد

=زملائه، علماً بأن الإنابة بالتصويت ممكنة شريطة أن لا يحوز أي عضو أكثر من إنابة واحدة. وتحدد نتيجة الانتخابات الأحقية في الرئاسة بين العمال وأصحاب العمل، مع التأكيد بأن الرئاسة لأحد الأطراف تقتضي بالضرورة وبقوة القانوني الأحقية بالنيابة للطرف الآخر. وإذا كانت المهام التي يقوم بها عضو مجلس العمل مجانية من حيث الأصل، إلا أن المشرع الفرنسي أقر قواعد قانونية تحدد كيفية التعويضات المقررة لأعضائها الذين يؤديون مهامهم خارج مكان العمل أو لدى أكثر من صاحب عمل. كما أقر المشرع بأحقية العامل العضو في مجلس العمل بإجازة مأجورة مدتها ستة أسابيع مخصصة للتكوين والتدريب تحسب ضمن مدة الخدمة الفعلية للعامل. راجع،

Code du travail. Articles: L. 1423-3 à L. 1423-5 | L. 1442-1 à L. 1442-10. Et L. 62 du Code électoral. Voir, Employeurs/Salariés: Mobilisation pour les élections prud'homales. Elire ses conseillers aux Prud'hommes, c'est se protéger! op. cit. L'indemnisation des conseillers prud'hommes et l'organisation des élections prud'homales, Cour des Comptes, Suivi des Réponses des Administrations, Collectivités, Organismes et Entreprises. op. cit.

1. Code du travail. Article: L. 1441-23. Voir, M-A. Drica, Le juge prud'homal des référés face aux discriminations, Dr. Ouvrier, n° 602, octobre 1998, Pp. 431-437.

العامل بالاستناد لانتمائه النقابي أو في معرض ممارسته لأنشطته النقابية
باطلاً بطلاناً مطلقاً يوجب مساءلته^١.

ثانياً - قضاء العمل قضاءً اتقاني بالضرورة

استبعد المشرع السوري مفهوم الانتخاب من فلسفة القضاء
العمالي برمته، وذلك بتبنيه مفهوم التعيين بالنسبة للقاضي المهني
والتسمية بالنسبة لمثلي طرفي العلاقة العمالية^٢. وإذا كان الأسلوب
القضائي في التعيين بالنسبة للقاضي المهني لا يثير كثير تساؤل، فإن اعتماد
التسمية في تحديد مثلي طرفي العلاقة العمالية أمر يسترعي الوقوف، إن
لجهة الأسلوب أو الصديقة.

١. أسلوب التكليف

بالرجوع للنص التشريعي نجد أن المشرع السوري قضى بتكليف
هؤلاء الأشخاص من خلال عملية التسمية التي هي أقرب إلى الانتقاء

1. Code du travail. Articles: L. 2141 à 2141-12. spé, L. 2141-1. Pour plus d'informations voir, La non-discrimination: A. Lester. La législation française contre la discrimination, Dr. Social, 1987 p. 791. D. Lochak, Réflexions sur la notion de discrimination, Droit social, 1987, p. 778. Michel Miné, Les concepts de discrimination directe et indirecte? Texte révisé de la présentation faite dans le cadre de la conférence «Lutte contre la discrimination: Les nouvelles directives de 2000 sur l'égalité de traitement», du 31 mars à 1ère avril 2003 à Trèves-Allemagne. Jean-Michel Belorgey, De quelques problèmes liés à la prohibition et à l'élimination des discriminations – Essai de clarification des concepts et éléments de droit comparé. Dr. social, 2002, p. 683-689.

راجع كذلك، محمد عرفان الخطيب، مبدأ عدم التمييز في تشريع العمل المقارن
(المفهوم) (التطبيق والإثبات) (الحماية القانونية). سبقت الإشارة.

2. قانون السلطة القضائية رقم (٩٨) لعام ١٩٦١، المادتين: (١ - ٤). قانون العمل رقم (١٧) لعام ٢٠١٠، المادة (٢٠٥). راجع، محمد واصل، شرح قانون أصول المحاكمات، مرجع سابق، ص. ٨١ وما بعد.

منها إلى الانتخاب، مما جعل الصفة التمثيلية لهم موضع نظر، كونها لم تبين على الانتخاب وإنما على التسمية، والفرق بين المصطلحين كبير. هذه الخصوصية في التكليف، انعكست بشكل كبير في طبيعة الصفة القانونية لهؤلاء الممثلون من جهة، والثبات المهني لهم في مهامهم من جهة أخرى. فالمرجع السوري لم يوضح الصفة القانونية لهم، وهل هم قضاة حقيقيين أم مجرد ممثلين لتنظيماتهم النقابية؟ في الوقت الذي كان حرياً به توضيح هذه النقطة، وإن كنا نعتقد أن النص الحالي لا يُمكن من منحهم صفة القضاة، حيث اكتفى بمنحهم صفة الممثلين، مما انعكس على ثباتهم المهني في عملهم.

وإذا أردنا أن نمنح لهذا الثبات سمة فلا يمكن أن نسمه إلا بالثبات القلق وغير المستقر، نظراً لآلية الانتقاء القائمة على التسمية. بل إن الأمور تغدو أكثر وضوحاً لجهة ممثل أصحاب العمل الذي يتغير بتغيير القضية المعروضة، وكان هذا الممثل يأتي ليعبر عن وجهة نظره في النزاع بكونه قاضي عابر، يدلي بدلوه ويرحل. أمر يتعارض مع طبيعة المؤسسة القضائية التي يجب أن يتسم أعضائها بالثبات والاستقرار! مما يسجل خللاً في مفهوم العدالة القضائية ومبدأ المساواة القضائية بين طرفي النزاع، بحيث أن ممثل أحد طرفي النزاع أكثر تمركزاً في بنية المحكمة الناظرة في الدعوى منه من الطرف الآخر، وكأننا أمام محكمة من طبيعة خاصة ويقضاة متنوعين بين قاضي أصيل (قاضي معين) وقاضي قلق (ممثل العمال) وقاضي عابر (ممثل أصحاب العمل)، بما يجعل من عملهم أقرب إلى أداء المهام المسندة منه إلى العمل المهني المستقر. أخيراً، فإن إقرار المشرع بمبدأ التسمية وإلغائها بقرار متخذ من الجهة التي يتبع لها هؤلاء الممثلون، عدا عن أنه يشكل خرقاً لمبدأ الاستقرار في العمل القضائي، إنما ينطوي على إخلال بمبدأ فصل السلطات بين السلطتين التنفيذية والقضائية، بما فيه من تعدد للأولى على الثانية، الأمر الذي يُعد انتقاصاً واضحاً لاستقلالية عمل هؤلاء الممثلون.

٢. صدقية التسمية القانونية

التسمية القانونية لهؤلاء الممثلون من قبل الجهات التي حددها

المشروع السوري "منظماتهم النقابية"، تطرح سؤالاً محقاً عن مدى صدقية البعد التمثيلي لهذه التنظيمات للقوى الفاعلة في بيئة العمل السورية، لجهة كونها المعبر الحقيقي عنهم من عدمه.

ذلك أن تسمية ممثل العمال في هذه المحكمة لا تتم من قبل منظماتهم النقابية بالطرق الانتخابية، وإنما بالطرق الإدارية من قبل المكتب التنفيذي للاتحاد العام لنقابات العمال. موقف يستحق الوقوف لأمرين اثنين، الأول، يتعلق بطبيعة ارتباط هذا التنظيم بالسلطة التنفيذية، والثاني يتصل بغياب مفهوم التعددية النقابية في بيئة العمل السورية^١. ذلك أن طبيعة ارتباط هذا التنظيم بالسلطة التنفيذية تجعله يقترب من هيكلية المؤسسة الحكومية أكثر منه لمؤسسات المجتمع الأهلي، بسبب ما يمنحه القانون من دور إداري ريادي لوزارة الشؤون الاجتماعية والعمل، ممثلة بالوزير، في عمل هذه التنظيمات، بكونها الجهة المعنية بإصدار القرارات والتعليمات اللازمة لتنفيذ أحكام قانون التنظيم النقابي، الأمر الذي يؤثر سلباً على فاعلية العمل النقابي وقدرته على اتخاذ مواقف متباينة عن التوجه العام للحكومة، مما يثير التساؤل عن التداخل بين عمل السلطتين التنفيذية

١. تعود بدايات التشريع النقابي العمالي في سورية إلى مرحلة ما بعد الاستقلال، تحديداً مع قانون العمل رقم (٢٧٩) لعام ١٩٤٦ الذي خصص أحكام الباب الأول منه للتنظيمات النقابية. في زمن الوحدة بين سورية ومصر صدر قانون العمل الموحد رقم (٩١) لعام ١٩٥٩، وأضعا أساساً هامة للتنظيم النقابي أهمها: اعتماد البنية الهرمية، وتجميع المهن المتشابهة في نقابة مهنية واحدة هي النقابة العامة بعد الانفصال بين سورية ومصر، صدر المرسوم التشريعي رقم (٥٠) تاريخ ١٩٦٢/٧/٢ الذي تم بموجبه حل قيادة الاتحاد العام للنقابات، واعتماد مبدأ التعيين في مكاتب النقابات، كما حُظِر على النقابيين ممارسة العمل السياسي، وألغيت النقابة العامة واللجان النقابية، وأعطى وزير العمل حق حل أي منظمة نقابية من دون الرجوع إلى القضاء. بعد قيام ثورة الثامن من آذار في سورية ١٩٦٣ وُضِع القانون رقم (٣١) لعام ١٩٦٤، وأعيد بموجبه للنقابة ما كان لها من حقوق واستقلال ومكانة، وبقي نافذاً حين صدور القانون رقم (٨٤) لعام ١٩٦٨ النافذ حالياً، الذي للأسف لم يتناول قانون العمل الجديد لعام ٢٠١٠ تعديل أحكامه. راجع، شفيق طعمة، التقنين المدني السوري، تشريعات العمل والعمال، الجزء السادس، ١٩٩٥. صلاح الدين النحاس، مبادئ أساسية في شرح عقد العمل وقانون العمل الموحد، مرجع سابق، ص. ٥٦ وما بعد.

والقضائية، ومدى استقلال كل منهما عن الأخرى¹، وتغدو الأمور أكثر تعقيداً إذا ما أخذنا بعين الاعتبار فلسفة المشرع النقابي السوري القائمة على تكريس أحادية التنظيم النقابي وغياب مفهوم التعددية النقابية، حيث منح المشرع السوري الاتحاد العام لنقابات العمال الحق في استيعاب وتمثيل كافة التنظيمات النقابية الأخرى، بما يلغى مفهوم التعددية النقابية المؤدية إلى التعددية في التمثيل القضائي مما ينعكس سلباً على عمل هذه المحاكم².

بالنسبة لتسمية ممثل أصحاب العمل، فالموقف السوري يغدو أكثر تعقيداً، نظراً لعدم وجود تنظيم نقابي حقيقي لأصحاب العمل! حيث اكتفى المشرع بمفهوم الغرف كمُعبر عن تنظيمات أصحاب العمل لديه، وهذا أمر فيه نظر. فمن المعلوم أن اتحاد أصحاب العمل يجب أن يكون منفصلاً عن أصحاب العمل ذاتهم الذين هم أعضاء فيه، فهو يمثلهم

1. راجع المواد (١٧ - ٥٣ - ٦١ - ٦٢ - ٦٦) من القانون رقم (٨٤) لعام ١٩٦٨. دليل العمل، وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل، ١٩٨٢، ص. ٧٩ - ٨٣.
2. مع التنويه بأن قانون العمل الأخير، فلا زال هو القانون الناظم لهذه العلاقات. ويزداد الأمر تعقيداً إذا ما علمنا الطبيعة الهرمية التي نص عليها هذا القانون لجهة السلطة القوية التي يتمتع بها الاتحاد العام في مواجهة أي تنظيم نقابي أدنى، سلطة يمكن أن تصل إلى مستوى حلها. فالقانون يشير صراحة إلى أن مجلس الاتحاد العام هو من يحدد أسماء المهن التي تشكل فيها لجان نقابية. كما أن هذه التنظيمات النقابية، بمختلف أشكالها ومستوياتها، لا تكتسب شخصيتها الاعتبارية إلا بعد تسجيلها وفقاً للأصول التي يقرها هذا المجلس، على أن تعتبر بمجرد إحداثها منضمة حكماً إلى هذا الاتحاد العام. راجع في ذلك، المواد (٤ - ٢٠ - ٢١ - ٢٢ - ٤٩ - ٥٣ - ٦١ - ٦٦). هذه الملاحظات وغيرها كانت موضع نقاش بين لجنة الحريات النقابية في منظمة العمل الدولية والحكومة السورية حول مدى توافق العمل النقابي في سورية مع المعايير الدولية الواجبة الإلتباع في هذا المجال، لاسيما منها اتفاقية العمل الدولية رقم (٧٨) لعام ١٩٨٤. لمزيد من التفاصيل الرجاء مراجعة:

CEACR: Obervation individuelle concernatnt la Conventiuon, n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948 République arabe syrienne. Ratification: 1960 Publication: 2007. Doc. n° Ilolex: 062007 SYR087. Doc. n° Ilolex: 062005 SYR087.

ويعبر عن اهتماماتهم لكن وفق رؤية نقابية كحركة ومؤسسة من مؤسسات المجتمع الأهلي لها دورها الاجتماعي غير الربحي، وليس كتنظيم اقتصادي ربحي. مما يجعل العضوية في هذه الغرف هي عضوية اقتصادية بدلالة تجارية أو صناعية أو سياحية أو زراعية، وذلك حسب نوع الغرفة المطلوب التسجيل بها، وليست عضوية نقابية. ومن غير الخافي الاختلاف الكبير بين المفهومين، مما يجعل الكثير من أصحاب العمل خارج هذه الغرف لا لرغبة منهم، وإنما لعدم استكمالهم للشروط القانونية المتعلقة بالدلالة الاقتصادية للتسجيل في هذه الغرف¹.

وإذا وافقنا على اعتبار أن هذه الغرف تقوم بدور النقابات وقبلنا بذلك رغم التحفظات السابقة! فإن المشرع السوري بربطه العضوية بهذه الغرف بالبعد الاقتصادي، إنما يخرق مبدأً رئيسياً من مبادئ الممارسة النقابية وهي الحرية في الانتساب إلى النقابة دون أي قيد بما فيها القيد الاقتصادي، وبالتالي فإن هذه التنظيمات لا تمثل وجهة نظر اجتماعية صرفة لقطاع الأعمال بكل مكوناته، وإنما جزء منه استطاع أن يلبي الشروط الاقتصادية للتسجيل في هذه الغرف. أضف لذلك، فإن مبدأ التعيين في العمل النقابي الذي حرصت الحكومة السورية على تلافيه في التنظيم النقابي العمالي عادت ووقعت فيه في هذه الغرف، من خلال منح الحكومة ممثلة بالوزير المختص² حق تعيين عدد معين من الأعضاء في مجلس إدارة الاتحاد العام لهذه الغرف. كل ذلك يطعن في صحة التمثيل

1. راجع، محمد عرفان الخطيب، التقرير الوطني الأول للجمهورية العربية السورية حول المسؤولية الاجتماعية لقطاع الأعمال في الجمهورية العربية السورية لعام ٢٠٠٨. الفصل المتعلق بالحقوق في العمل في ضوء مبادئ الميثاق العالمي لقطاع الأعمال لعام ٢٠٠٠ وإعلان منظمة العمل الدولية بشأن المبادئ والحقوق الأساسية في العمل لعام ١٩٩٨. منشورات منظمة العمل الدولية (ILO)، المكتب الإقليمي، بيروت لبنان، ٢٠٠٩.

2. غرف التجارة: وزير الاقتصاد والتجارة. غرف الصناعة: وزير الصناعة. غرف السياحة: وزير السياحة. غرف الزراعة: وزير الزراعة والإصلاح الزراعي.

القانوني لممثل أصحاب العمل في هذه المحاكم بكونه المعبر عنهم وفق المفهوم النقابي للكلمة¹.

المبحث الثاني

سمات القضاء العمالي

إن الطبيعة الخاصة لهذا القضاء أملت عليه مجموعة من السمات التي أكدت أصالته وتفرده، سواء في بنيته أو في نطاق تطبيقه إضافة للإجراءات الواجبة الاتباع أمامه.

المطلب الأول

السمات المرتبطة ببنية القضاء العمالي

طبيعة التكوين القانوني لهذا القضاء جعلت منه قضاءً تشاركياً بامتياز، يبرز فيه البعد التمثيلي والمهني لأطرافه، دون أن يطعن ذلك في جانب الحيادية الواجب عليه التقييد به.

أولاً- قضاء تشاركي

في كلا التشريعين الفرنسي والسوري، يبرز البعد التشاركي لقضاء العمل في بنيته التي تتضمن أعضاء متساوين العمال ومن أصحاب العمل، بما يفيد تأمين أكبر قدر من التشاركية في القرارات، بما يضمن استبعاد تحكم أي منهم في هذه القرارات، بما فيها القرارات المستعجلة². بالرغم من ذلك، فإن واقع التشاركية في التشريع

1. يجدر التنويه إلى أن هناك توجهاً في الأوساط الحكومية السورية بمنح هذه الغرف حق التمثيل الحصري لكافة أصحاب العمل في الجمهورية العربية السورية، الأمر الذي ربما يكون مقبولاً فيما لو اقتصر على البعد الاقتصادي، أما أن يندرج في إطار العمل النقابي فإن هذا الأمر سيكون غير مفيد، كونه سيوقع التنظيم النقابي السوري المستقبلياً لأصحاب العمل بذات الواقع الذي يعاني منه التنظيم النقابي العمالي ألا وهو أحادية التمثيل النقابي والحد من تعدديته.

2. Code du travail, Article: L. 1421-1. J. Pélissier, G. Auzero et E. Dockès, Droit du travail, op. cit, p. 126. Les Prud'hommes: Actualité d'une justice du travail, colloque organisé au Palais d'Iéna, les 7 et 8 novembre 2006, publication, Ministère de l'Emploi, 2006, p. 12.=

الفرنسييسجل تمايزاً واضحاً عن نظيره السوري، سواء أكان ذلك بالنسبة لحجمها أو مصداقيتها أو حتى لدورها الفاعل في اتخاذ القرار.

١. حجم التشاركية

حجم التشاركية في التشريع الفرنسي أكبر بكثير مما هو عليه في التشريع السوري، ذلك أن المشرع السوري قصرها على البعد الفردي بعضوية ممثل واحد عن العمال وآخر عن أصحاب العمل ورئاسة قاض، مما جعل المشاركة سواء بالنسبة للعمال أو لأصحاب العمل مقتصرة على ممثل واحد فقط. موقف تعدها المشرع الفرنسي من خلال التأكيد بأن التمثيل في أي من الأقسام الخمسة لمجالس العمل يجب أن لا يقل عن ست أعضاء، نصفهم من العمال والنصف الآخر من أصحاب العمل^١. وبالتالي يغدو الحضور التمثيلي للعمال أو لأصحاب العمل في التشريع الفرنسي أكثر منه في التشريع السوري بثلاثة أضعاف. مما يجعل الحضور التمثيلي في التشريع السوري يتسم بالفردية، الأمر الذي ينعكس على بنية القرار المتخذ من أي من طرفي العلاقة التعاقدية ليجعله متسماً بالضرورة بالفردية. في حين أن الحضور التمثيلي في التشريع الفرنسي يتسم بالجماعية، مما يجعل بنية القرار المتخذ سواء من ممثلي العمال أو أصحاب العمل في هذه المجالس يتسم بالجماعية.

٢. مصداقية التشاركية

في التشريع الفرنسي، تعرضت هذه التشاركية للكثير من الانتقاد من قبل رجال الفقه الفرنسي سواء في مدلولها التوافقي أو في الادعاء

=E. Serverin et F. Vennin, Les conseils de Prud'hommes à l'épreuve de la départition, Dr. social, n° 11, novembre 1995, Pp. 904-913. J. Normand, Le droit de la défense devant les juridictions du travail, La semaine sociale, éd. Lamy, 1988, I, n° 28.

1. Code du travail, Article: R. 1423-1. Lardy-Pélissier, J. Pélissier, A. Roset et L. Tholy, Le nouveau Code du travail Annoté, op. cit, p. 385.

بأرجحيتها لصالح العمال على حساب أصحاب العمل^١. إذ، بحسب هؤلاء، كيف يمكن لطرفين أتيا من مدارس مختلفة، وربما متناقضة، أن يتفقوا على حلول قانونية توافقية، ذلك أن لكل منهما تبريراته وتوجهاته الخاصة والمختلفة عن الآخر! بالرغم من ذلك فإن واقع الحال يثبت العكس، ذلك أن الطرفان غالباً ما يتوافقان على حلول توافقية وذلك بنسبة (٩٠٪) من الحالات، مما يبرز النسبة المتدنية من القرارات التي خرجت بدون توافق (١٠٪)، الأمر الذي يؤكد على أن التوجه التوافقي هو السائد في عمل هذه المجالس، وبأن التشاركية هي مَعْلَمٌ إيجابي وليس سلبي. كذلك، لا يمكن الطعن في مصداقية هذه المحاكم بوصفها محاكم للعمال دون أصحاب العمل كون معظم قراراتها تصدر لمصلحة العمال! ذلك أن قراراتها تتم بالاتفاق بين ممثلي الطرفين من العمال وأصحاب العمل. حقيقة، لا تتعلق بهذه المحاكم بقدر ارتباطها بعدم اهتمام أصحاب العمل بفاعلية هذه المحاكم^٢.

إضافة لما سبق، يرى البعض أن مبدأ التشاركية لا يسري على إطلاقه، لاسيما عندما يحيل المجلس القضية إلى مكتب التقرير لإعداد التقرير الخاص بالدعوى، والذي يمكن أن يكون مكوناً من مقرر واحد من العمال أو من أصحاب العمل، مبررين هذا الطعن في القيمة المعنوية لهذا التقرير في عرض مجريات وحيثيات الدعوى. فالتقرير المعد من ممثل العمال

1. E. Franck. Employeurs/Prud'homme. Pourquoi tant d'indifférence? Revue Entreprise et Carrières, n° 392 du 25 novembre au 1ère décembre 2008. Pp. 22-23. K. Derouvroy, Le juge prud'homal face à la demande du salarié, Dr. Ouvrier. 1996 p. 186.
2. Les Prud'hommes: Actualité d'une justice du travail, colloque organisé au Palais d'Iéna, op. cit, p. 15. C. Lacourcelle, Les Prud'homme à la solde des salariés? Revue Entreprise et Carrières, n° 392 du 25 novembre au 1èredécembre 2008. Pp. 24-25.

ربما يختلف عنه المعد من قبل ممثل أصحاب العمل. وجهة نظرا تخلص من انتقاد! لاسيما في تضخيمها للتأثير المعنوي لهذا التقرير على باقي أعضاء مجلس العمل، مما ينطوي على استخفافاً بالاستقلالية التي يتمتعون بها في إعادة تكوين قناعاتهم حول القضية المعروضة أمامهم، فضلاً عن أنها تضع موضع الشك نزاهة واستقلالية معد التقرير نفسه سواء أكان من العمال أو من أصحاب العمل. فالتقرير لا يعدو أن يكون عرضاً موثقاً للدعوى من حيث الوثائق والمستندات، مع ترك كامل الحرية لأعضاء مجلس العمل في تقييم وإعادة تقييم هذه الوثائق، دون أن يكون هناك معقب على هذه القناعات. بالرغم من ذلك، فإن مجالس العمل، ورغبة منها في عدم الوقوع في هذه الإشكالية، غالباً ما تسند إعداد التقرير إلى مقررین، أحدهما من العمال والثاني من أصحاب العمل¹.

أخيراً، رأى البعض أن مدلول التشاركية في قسم العمل المتعلق بالعمال القيادين أو ذوي المناصب العليا، يضع هذه التشاركية موضع نظر، لاسيما في شقها المتعلق بصحة التمثيل العمالي للعمال في هذا القسم، ذلك أن العامل القيادي، بنظرهم، هو أقرب إلى صاحب العمل منه إلى العامل، كونه يعمل بتفويض من هذا الأخير ويمارس صلاحياته ومهامه بموجب هذا التفويض، وبالتالي، فثمة تقارب كبير بين طرفي هذا القسم، سواء أكانوا عمالاً أو أصحاب عمل². بالنسبة لنا هذا الخصوصية في التمثيل، لا تطعن في الطبيعة التشاركية لهذا القسم، بل تعزز منها بقدر كبير، ذلك أن ممثل العمال القيادي إنما ينظر فقط في القضايا المتعلقة بالعمال القيادين من نظرائه، بكونه الأقدر من غيره من ممثلي العمال على

1. O. Dell'asino, La mission des conseillers rapporteurs, Gazette du Palais, 22 octobre 1988, Pp. 636-638. M. Galimard. Les conseillers rapporteurs aux conseils des prud'hommes, Gazette du Palais, 1983, Tome. I, Doctrine, Pp. 30-31.
2. J. Petek, Ingénieurs, cadres et Conseils de prud'hommes, préc.

فهم طبيعة وسلوكية العامل التي تنظر قضيته أمامه ، وبالتالي يستطيع تحديد متى يمكن القول بأن العامل قد تجاوز صلاحياته الممنوحة له من قبل صاحب العمل من عدمها.

في التشريع السوري ، الحديث عن مصداقية هذه التشاركية موضع نظر كبير! فعدا عن الحديث عنصديقة التسمية القانونية لهؤلاء الممثلون في هذه المحكمة المختصة بالنظر بالقضايا العمالية التي سبق الحديث عنها والإشكالات القانونية العديدة التي تبرزها هذه المسألة¹، فإنه من المبكر الحكم عن دورهم وفاعليته في المشاركة في العملية القضائية، نظراً لحدائثة هذه التجربة القضائية، وإن كان الأمر يحتاج إلى الكثير من الجهد التشريعي لضمان تشاركية حقيقية لهم. ذلك أن التجربة التمثيلية السابقة للقضاء العمالي والتي برزت فيما سمي بلجان قضايا التسريح في ظل قانون العمل السابق، لم تكن بالمستوى المأمول، حيث أبزت هيمنة القاضي المهني الوحيد على مختلف قراراتها، لكونه الأكثر كفاءة ودراية بأحكام وتشريعات العمل، ناهيك عن الغياب المتكرر لباقي الممثلين من حضور جلسات هذه اللجان، مما جعل أغلب قراراتها تصدر بأغلبية يهين عليها القاضي المهني بجدارة²، مما يطرح سؤالاً محقاً حول فاعلية هذه التشاركية، لا سيما في التشريع السوري!

٣. فاعلة التشاركية

بغض النظر عن الانتقادات التي وجهت لهذا المدلول، فإن التشاركية في العمل القضائي بين العمال وأصحاب العمل، وبخلاف الحال في التشريع السوري، تبقى هي الأصل في التشريع الفرنسي، ذلك أن عضوية هذا القضاء لديه تقتصر على العمال وأصحاب العمل فقط، دون غيرهم، في حين أن الطابع التشاركي لهذه المجالس في التشريع السوري

1. راجع في البحث الفقرة المعنونة: "قضاء العمل قضاء انتقائي بالضرورة".

2. راجع، وفيق الإمام، الموجز في شرح قضايا التسريح، المرسوم (٤٩) وتعديلاته، مرجع سابق، ص. ٤٦ وما بعد. إدوار حشوة، قضايا التسريح في القانون السوري، مرجع سابق، ص. ٥٣ وما بعد.

يبقى منقوصاً بحضور الطرف الثالث الإلزامي وهو القاضي، مما قد يجعل من هؤلاء الأخيرين مرتبهين في قرارهم للقاضي، الأكثر معرفة وتعمقاً بالقانون فقهاً واجتهاداً، مما يضع إشارة استفهام حول فاعلية الدور التشاركي لهذين الممثلين!

أضف لذلك فإن التمثيل المتساوي بين العمال وأصحاب العمل في هذه المجالس ضمن التشريع الفرنسي، يحتم بالضرورة صدور القرار بالإجماع أو على الأقل بأغيار أحد الطرفين إلى الآخر، ليصدر القرار بالأغلبية. مما يجعل التجربة التشاركية أكثر فاعلية، فالقرار المتخذ يتخذ من قبل هؤلاء الأطراف دون سواهم. ولم يقبل المشرع الفرنسي، أي خرق لمبدأ المساواة بين الطرفين حتى في حال تساوي الأصوات، فالفرضية القائمة على ترجيح صوت الرئيس تبقى مستبعدة سواء أكان من العمال أو أصحاب العمل، حيث يجبان يدخل، حين ذاك، قاضي مهني (قاضي الصلح) يضاف إلى أطراف النزاع كطرف مرجح للتصويت. وبذلك لا يمكن اللجوء إليه، إلا استثناءً في حال تعطل صدور القرار بانقسام طرفي العلاقة وتشدد كل منهم على موقفه. مع التأكيد بأن هذا التدخل العرضي من القاضي المهني لا يؤثر مطلقاً في سير وإجراءات النظر في النزاع التي يجب أن يستمر النظر بها كما لو كانت تنظر أمام مجالس العمل، بما فيها النظر المستعجل للدعوى^١. ولعل هذه التشاركية في الصفة الجماعية الزوجية لأعضاء المجلس هي التي منحت خصوصية إضافية وأخرجته عن

1. Code du travail, Articles: L. 1452-2 | R. 1451-3 | R. 1454-29 à R. 1454-32. B. Lardy-Pélissier, J. Pélissier, A. Roset et L. Tholy, Le nouveau Code du travail Annoté, op. cit, Pp. 438-441 et 452 et 463. Y. Des devises, La répartition partielle, Dr. social, 1986, 802. B. faubert et C. Santa, Le méconnu du Conseil de prud'hommes: le juge départiteur, Dr. social, 1985, 567. F. Ruellan, Le juge d'instance et le délibéré prud'homal, Dr. social, 1986, p. 799.

القاعدة العامة في تكوين المحاكم القضائية في التشريع الفرنسي والتي تقتصر على قضاة مهنيين بعدد فردي¹.

الوضع مختلف في التشريع السوري، ذلك أن التمثيل الثلاثي لهذه المحكمة من جهة ورئاستها من قاضٍ من جهة أخرى، يجعل، بشكل أو بآخر، الكلمة الفصل في نزاعاتها للقاضي، لاسيما في حال تعارض الآراء بين ممثل العمال وممثل أصحاب العمل، مما يجعل القرار يتخذ من قاضي مهني ويمثليّ العمال وأصحاب العمل "قضاة غير مهنيين.

بذلك، إذا كانت التشاركية في التشريع السوري تعتمد، من حيث الأصل، على وجود القاضي كطرف ثالث دائم في هذه العلاقة، فإن الأصل في هذه التشاركية في التشريع الفرنسي هو اقتصرها على طرفي العلاقة من العمال وأصحاب العمل، واستبعاد أي دور تشاركي للقاضي فيها إلا على سبيل الاستثناء. خلاصة تستتبع نتائج هامة في إدارة العملية القضائية في التشريع الفرنسي دون السوري، ذلك أن هذا التمثيل الثنائي المتساوي بين العمال وأصحاب العمل في التشريع الفرنسي يضمن تحقيق مبدأ العدالة في تداول السلطات في هذا القضاء، وفي مختلف الأقسام التي تحتويها، بما فيها رئاستها، حيث يتناوبها العمال وأصحاب العمل على التوالي. في حين أن هذه الفرضية تغدو معدومة في التشريع السوري الذي أقر بصريح النص بأن هذه المحكمة تكون مرؤوسة من قبل قاضٍ. ولهذا برأينا نتائج سلبية متعددة من أهمها إبقاء هذا القضاء تابعا للقضاء المدني غير مستقل عنه، إضافة لتعذر تكوين فكر قضائي عمالي متجذر، أو على الأقل ذي خصوصية قضائية عمالية كما هو الحال في التشريع الفرنسي.

-
1. Code de l'organisation judiciaire. Articles: L. 121-1 | L. 121-2. F. Kernaleguen, Institutions judiciaires, op, cit. J-C. Magendie, La responsabilité des Magistrats: contribution à une réflexion apaisée, préc.

ثانياً - قضاء تمثيلي

تشاركية القضاء العمالي تبرز بعده التمثيلي لطرفي العلاقة التعاقدية، بغض النظر عن انتماءاتهم النقابية، ودون أن يطعن هذا الانتماء في صدقية هذا التمثيل.

١. طبيعة التمثيل النقابي

يتميز التشريع الفرنسي بتعددية التمثيل النقابي للعمال وأصحاب العمل، مما ينعكس على بعدهم التمثيل في مجالس العمل ويمنحه بعداً تمثيلاً متعددًا بحسب النقابات الفائزة في انتخابات هذه المجالس، بما يؤمن البعد الديمقراطي للعملية التمثيلية التي تقضي بتحقيق الصفة التمثيلية لمختلف العمال وأصحاب العمل وفق الشكل النقابي والتنظيمي الذي يرغبونه¹. حيث تمثل الانتخابات مجالاً هاماً للتنظيمات النقابية لعرض قوتها وقدرتها التمثيلية من خلال طرح ممثلها لعضوية هذه المجالس، سواء أكانوا مرشحين أو منتخبين². في هذا الإطار، لعبت النقابات العمالية دوراً فاعلاً ومؤثراً في الارتقاء بالقضاء العمالي، فالتحول الكبير للحركة

1. Les principaux syndicats de salariés sont: Confédération générale du travail, (CGT). Confédération française des travailleurs, (CFDT). Confédération générale du travail - force ouvrière (CGT-FO). Fédération de l'éducation nationale, (FEN). Confédération française des travailleurs chrétiens (CFTC). Les principaux syndicats d'employeurs sont: Confédération française de l'encadrement-confédération syndicale nationale,(CFE-CGC). Fédération syndicale unitaire, (FSU). Pour plus d'informations voir, Face aux discriminations raciales au travail: quel droit pour quelle pratique syndicale ?, Actes de journées d'études, Études et recherches, éd. FO. Isère. 1998.
2. P. Moussy, A propos de l'Article: R. 516-0 du Code du Travail, existe-il une approche syndicale du procès prud'homal ?, Dr. Ouvrier. 1998. p. 145.Élections du 3 décembre 2008. Le fonctionnement des Prud'hommes. La Voix Syndicale, nouvelle série, n° 63. 2008. Pp. 8-9. A-M Mingotaud et Ph. Delaunay, Conseiller Prud'homal un mandat exigeant, Revu de Fer de Lance n° 553. Avril-mai-juin 2008. Pp. 16-17.

النقابية في العام ١٨٤٨ ، كان له الأثر الكبير على بنية وهيكلية هذا القضاء ، حيث تدين لها فكرة التشاركية في التمثيل بين العمال وأصحاب العمل بعد أن كانت محصورة بين أصحاب العمل دون غيرهم .
الموقف في التشريع السوري على خلاف ذلك ، إن على مستوى التنظيمات النقابية العمالية أو تلك الممثلة لأصحاب العمل . فالتنظيم النقابي العمالي السوري يقوم على أحادية التنظيم النقابي ، حيث منح المشرع السوري الاتحاد العام لنقابات العمال الحق في استيعاب وتمثيل كافة التنظيمات النقابية السورية بكونه التنظيم النقابي الذي تنطوي تحته كافة التنظيمات النقابية الأخرى ، مما يلغي مفهوم التعددية النقابية الضروري لضمان الحراك في العمل النقابي من جهة وتعددية التمثيل النقابي في القضاء الناظر في القضايا العمالية من جهة أخرى . كذلك يزداد الأمر تعقيداً إذا ما أخذنا بعين الاعتبار السلطة القوية التي يتمتع بها الاتحاد العام في مواجهة التنظيمات النقابية الأدنى . سلطة تمكنه حتى من حل هذه التنظيمات^١ ! أما بالنسبة للتنظيمات النقابية لأصحاب العمل فلا وجود لها ، حيث تقوم بدورها بتنظيمات شبه حكومية ، تسمى : "الغرف" تتناول كل واحدة منها نشاط اقتصادي معين ، كغرف الصناعة ، وغرف التجارة ، وغرف السياحة ، وأخيراً غرف السياحة . والحقيقة إن هذه التنظيمات ذات مدلول اقتصادي أكثر منه نقابي . هذه النقاط ، تطرح حقيقة وصدقية البعد التمثيلي لطرفي العلاقة في هذا القضاء ، الأمر الذي سبق بيانه^٢ .

٢ . صدقية التمثيل النقابي

بغض النظر عن الطبيعة التعددية أم الأحادية لهذا التمثيل ، فقد كانت هذه المرجعية النقابية موضع انتقاد من قبل العديد من رجال الفقه ، لاسيما في التشريع الفرنسي . فإذا كانت السمة التمثيلية في إطارها العام باعتبار أن هذه التنظيمات هي المعبر الحقيقي عن كل من العمال وأصحاب

١ . قانون التنظيم النقابي رقم (٨٤) لعام ١٩٦٨ . المواد : (٤) - ٢٠ - ٢٢ - ٤٩ - ٥٣ - ٦١ - ٦٦ .

٢ . راجع في البحث الفقرة المعنونة : " صدقية التسمية القانونية " .

العمل، لا تثير الاعتراضات. فإن السمة التمثيلية بشكلها الخاص، باعتبار هذه التنظيمات تمثل المرجعية النقابية الذي يتبع لهم هؤلاء الممثلون، إنما تثير بعض الشكوك حول مصداقية هذه الصفة التمثيلية. وإذا كان البعض يرى في البعد التمثيلي العام ضماناً فاعلة لهذا النظام القضائي، فإنه يعيب عليه بعده التمثيلي الخاص، الذي يرى فيه انتقاصاً من المهنة والحيادية التي يجب أن يتسم بها هذا القضاء. فهؤلاء، سواء أكانوا عمالاً أو أصحاب عمل، إنما فازوا بالانتخابات من قبل منتخبيهم، مما يثير السؤال حول قدرتهم على التوفيق بين قاعدتهم الانتخابية والتمثيلية من جهة ودورهم كقضاة من جهة أخرى. توافقية تغدو، في بعض الأحيان، إشكالية بحد ذاتها!¹

بالنسبة لنا، إن البعد التمثيلي لعمل هؤلاء القضاة، لا يمكن أن يكون، بأي حال، مدعاة انتقاص لمصداقيتهم القضائية أو المهنة، فهم، سواء في تمثيلهم العام أو الخاص، قضاة يحكمون باسم القانون ووفق أحكامه، وليسوا ممثلين نقابيين لهذه النقابة أو تلك، بما فيها التي ينتمون إليها، ولا حتى للشريحة التي منحتهم أصواتها. فهم قضاة مهنيون بمرجعي نقابية، مستقلين في قراراتهم ويحكمون وفق قناعتهم، متجاوزين في ذلك التناقض المزعوم بين دورهم النقابي ودورهم القضائي.²

1. H. Michel et L. Willemez, Les conseils de prud'hommes entre défense syndicale et action publique: actualité d'une institution bicentenaire: Rapport Final, Paris. Mission de recherche Droit et justice, 2007, 164 p. Les Prud'hommes: Actualité d'une justice du travail, colloque organisé au Palais d'Iéna, op. cit, p. 2.
2. T. Lahalle, Appréciation de l'impartialité du juge social, Semaine. Jur. Soc, n° 12, 20 Mars 2012, p. 1130. Les Prud'hommes: Actualité d'une justice du travail, colloque organisé au Palais d'Iéna, op. cit, p. 9.P. Moussy, Quelles conceptions de l'impartialité des Conseils de Prud'hommes ? À propos de Cass. Soc. 3 juillet 2001, Dr. Ouvrier. janvier 2002. Pp. 1-2. Cass. Soc. 6 mai 1997, Dr. Ouvrier. 1997, 471, note A. de Senga.

ثالثاً - قضاء مهني

بالرغم من وسم القضاء العمالي في كل من التشريعين الفرنسي والسوري بالمهنية، إلا أن هذه الأخيرة لا تزال تسجل حضوراً أكثر فاعلية في التشريع الفرنسي منه في التشريع السوري، ناهيك عن أن هذه السمة لا تزال محل انتقاد في كلا التشريعين.

١. ماهية البعد المهني

تبرز طبيعة البعد المهني في القضاء العمالي الفرنسي من خلال طبيعة التكوين القانوني لهذا القضاء، أولاً، وطبيعة القضاة العاملين في هذا القضاء ثانياً. حيث يقوم هذا القضاء على التخصص في العمل القضائي لجهة تقسيم كل مجلس عمل إلى عدة أقسام تتناول نزاعات العمل باختلاف الأنشطة المهنية في القطاع الصناعي والتجاري والزراعي^١، إضافة للأنشطة المهنية المختلطة التي لا تندرج في القطاعات الثلاثة السابقة، وأخيراً أنشطة العاملين القياديين^٢. هذا الأمر يفضي إلى المحور الثاني من الجانب المهني المتعلق بطبيعة القضاة العاملين في هذه المجالس كونهم خرجوا من بيئة العمل، فهم عمال أو أصحاب عمل، قبل كونهم قضاة. هذه الخصوصية الثنائية سواء لجهة التقسيم أو لجهة المرجعية، تجعل هذا القضاء هو الأقدر على فهم حاجة طرفي العلاقة التعاقدية. مما يجعل

1. Code du travail. Articles: R. 1423-2 | R. 1423-3. Voir, Les conseils de prud'hommes, Quelques questions sur leur organisation. Les temps modernes, février 2008, n° 2, Journal Trimestriel de La Commission Juridique de l'Union Syndicale Solidaires de Montreuil, p. 5. Lardy-Pélissier, J. Pélissier, A. Roset et L. Tholy, Le nouveau Code du travail Annoté, Collection les Codes RF, op. cit. p. 385.
2. Code du travail. Articles: L. 1423-1 | L. 1423-2 | R. 1423-1. Voir, Ch. Pactet, La loi du 18 janvier 1979 et les ressortissants de la section de l'encadrement, Dr. social, n° 5, mai 1980, Pp. 16-24.

عملية فض الخلافات أكثر سهولة، من خلال الوصول إلى حلول توافقية أكثر واقعية وقبولاً للطرفين.

هذه الخصوصية الثنائية في التشريع الفرنسي افتقدها المشرع السوري، الذي لم يبرز البعد المهني في قضاائه إلا من خلال بنية المحكمة المختصة بالنظر بهذه النزاعات، من حيث التمثيل المقرر فيها، سواء بالنسبة للعمال أو لأصحاب العمل، مع التذكير، بالملاحظات التي سبق إبدائها حول مدى صحة هذا التمثيل، بالنسبة للطرفين، ومدى الاستقرار الذي يتمتع به هؤلاء الممثلون في هذا المجال. فمراعاة الجانب الانتخابي لقضاء العمل في التشريع الفرنسي كرس الطبيعة المهنية له، وهو ما افتقده المشرع السوري من خلال تكريسه مبدأ الانتقائية في تحديد هؤلاء الممثلين، بدلاً من الانتخاب¹.

٢. صدقية البعد المهني

خلافًا لما سبق، يرى البعض في البعد المهني لقضاء العمل، نقطة عليه لا له، معتبرين إياه شكلاً من أشكال إقحام العمل النقابي في العمل القضائي! فبالنسبة لهم، هؤلاء الأشخاص هم ليسوا قضاة مهنيين ضمن المعنى المهني لذلك، تم تكوينهم وتأهيلهم من قبل كليات الحقوق والمعاهد القضائية، وإنما رجال متخصصون في التشريع العمالي تم تأهيلهم القانوني على عجلة من خلال دورة تدريبية لمدة زمنية محددة لا تتجاوز الستة أسابيع²، همهم المحافظة على احترام التقاليد والأعراف المهنية في العمل أكثر منها العمل على التطبيق الحرفي للنص، متناسين أن دور القاضي هو الوصول إلى حلول عادلة ومنصفة للطرفين قدر الإمكان وليس الإبحار في تفاصيل وزوايا قانون العمل. ناهيك عن أن القضاة المهنيين يتخذون القضاء مهنة في حين هؤلاء هم قضاة عرضيون يزالون العمل القضائي لمدة

1. راجع في البحث الفقرة المعنونة: "أسلوب التكليف".

2. راجع الهامش رقم (٦٨) من هذا البحث.

زمنية انتخابية أو تمثيلية محددة¹، بشكل يجعل منهم مجرد ناطقين بأصوات ممثلهم أو خبراء في مهنة أو صناعة معينة يعلمون قوانينها وأعرافها بشكل مفصل، وفي أحسن الأحوال، مجرد مصلحين أو محكمين، فهم لا يعتمدون على سميتهم القضائية بقدر اعتمادهم على صفتهم المهنية، مستندين في قراراتهم إلى شرعيتهم المهنية أكثر من شرعيتهم القضائية². رأي، بالرغم من وجاهته، لا تتفق معه، فكونهم من العمال أو أصحاب العمل المتخصصون في قانون العمل، لا يضيرهم في شيء، وإنما يجعلهم أكثر قرباً لفهم طبيعة وخصوصية نزاعات العمل التي أضحت اليوم في صلب بنية القضاء العمالي بما تمثله من ضمانات فعلية للوصول إلى محاكمة عادلة ومنصفة. الأمر الذي يبرز بوضوح في قضاء المصالحة كما في قضاء الحكم، وليس أدل على ذلك من أن حجم التصديق على قرارات

1. Code du travail. Articles: L. 1442-1 | L. 1442-2. Voir, La formation des conseillers prud'hommes, Action juridique CFDT, n° 18, nove.-déce. 1980, Pp. 23-24. La formation des conseillers prud'hommes, Les cahiers prud'homaux, n° 1, 1982, Pp.1-4. G. Gélineau-Larrivet Quelques réflexions sur les Conseils de Prud'homme et la procédure prud'homale in Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à P. Draï, p. 343, Dalloz 2000. Prud'hommes: une justice à part... entière, préc. A. Devile, Les professionnels et la reproduction du droit. Droit et société. 1986, n° 3. Pp. 376-397, Spé. P. 377.
2. Les Prud'hommes: Actualité d'une justice du travail, colloque organisé au Palais d'Iéna, op. cit, p. 3 et 13. M-Th. Lanquetin, Le conseiller prud'homme, in l'indépendance de la magistrature en France et en Italie, actes du colloque du 3 et 4 avril 1998, organisé par le Centre d'études juridiques comparées et le Centre de recherches italiennes de l'Université de Paris XX, Nanterre, Paris, Dalloz, Versailles, Revue juridique des Barreaux, 1999, Pp. 83-87.

القضاء العمالي الفرنسي أمام محكمة الاستئناف لا يقل عن الأحكام الصادرة من القضاء المدني المختص، مما يؤكد الطبيعة المهنية الخاصة لهذا القضاء¹.

رابعاً - قضاء معايد

بالرغم من طبيعته الاستثنائية، إلا أن قضاء العمل لا يخرج عن كونه قضاءً مهنيًا بامتياز يوجب على القائم عليه احترام العديد من الالتزامات القانونية العامة والمشاركة في القانونين التي تقضي بتجرد القاضي تماماً أثناء نظر الدعوى، والحكم فيها بعيداً عن كافة الاعتبارات الشخصية التي من شأنها الميل لأحد الخصوم على حساب الآخر، أو إضافة أي وقائع للنزاع من عنده، أو النيابة عن أحد الخصوم في إثبات وقائع الدعوى، أو تغليب أحد الخصوم على الآخر إلا بعد أن يتيقن بأن الحق له، أو الحكم بعلمه الشخصي، إضافة لالتزام جانب النزاهة والحياد والسرية المهنية، لاسيما لجهة عدم إفشاء أي من المعلومات القانونية والقضائية التي وصلت لعلمه في معرض قيامه بمهامه². وإذا كان المشرع

1. J-M. Bonafé-Schmidt, Les nouveaux prud'hommes, un nouvel enjeu syndical, Travail et emploi, 1983, n° 19, p. 89. B. Boubli, La compétence d'attribution du Conseil de prud'hommes, La semaine sociale, éd. Lamy, 1985, n° 274, Décret 83. E. Serverin et T. Grumbach, Contentieux, procédure et juridictions. Le contrôle des chefs de Cour d'appel sur l'indemnisation du temps juridictionnel des conseillers prud'hommes avant et après le décret n° 2008-560 juin 2008, préc. Les Prud'hommes: Actualité d'une justice du travail, colloque organisé au Palais d'Iéna, op. cit, p. 15.

2. راجع، محمد واصل، شرح قانون أصول المحاكمات، مرجع سابق، ص ٩٠ وما بعد. محمد وعبد الوهاب عشاوي قانون المرافعات في التشريع المصري والمقارن، الجزء الأول، مكتبة الأدب القاهرة، ١٩٥٧، ص ١٥٣ وما بعد أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، منشأة المعارف، الطبعة الثانية عشرة، ١٩٨٧، ص ٦١ وما بعد.

السوري قد اكتفى، في معرض تنظيمه لهذا القضاء، بالإحالة إلى القواعد العامة! فقد راعى المشرع الفرنسي خصوصية هذا القضاء واضعاً له نصوصاً قانونية خاصة.

١. اليمين القانونية

في حين أُلزم المشرع الفرنسي قاضي العمل بأداء اليمين القانونية الخاصة بمهامه أمام محكمة البداية التي يتبع لها مجلس العمل بناءً على دعوة موجهة من قبل النائب العام، متعهداً بأداء مهامه بكل تفان وكمال ومحافظاً على سرية المداولات^١، لم يشر المشرع السوري إلى يمين محددة، وعلى ذلك يؤدي ممثلي طرفي النزاع في هذه المحكمة اليمين القانونية المقررة للقضاة بشكل عام من حيث التعهد، بالحكم بين الناس بالعدل واحترام القوانين. على أن تؤدي هذه اليمين أمام محكمة استئناف المنطقة^٢.

= En droit français, voir, S. Guinchard, Droit et pratique de la procédure civile, op. cit. J. Larguier, Procédure civile, droit judiciaire privé, 16ème éd. Dalloz, 1998. P. Rennes, Les travailleurs et l'accès à une justice prud'homale efficace, Au sens de l'Article: 6 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. Dr. Ouvrier, janvier 2002. Pp. 6-17.

١. قانون العمل السوري رقم (١٧) لعام ٢٠١٠، المادة (٢٠٧). قانون أصول المحاكمات السوري، رقم (٨٤) لعام ١٩٥٣. المواد: (١٧٤ ← ١٨٩). راجع، محمد واصل، شرح قانون أصول المحاكمات، مرجع سابق، ص. ٩٠ وما بعد.

2. Code du travail. Articles: D. 1442-12 | D. 1442-13. Les conseillers prêtent individuellement le serment suivant: Je jure de remplir mes devoirs avec zèle et intégrité et de garder le secret des délibérations. T. Grumbach, Quelques observations de terrain sur le fonctionnement de l'institution judiciaire et la défense à travers les enseignements de la pratique prud'homale, mélange offert à Marcel David, 1991, Pp. 209-224.

3. قانون السلطة القضائية رقم (٩٨) لعام ١٩٦١، المادة (٧٧). راجع، محمد واصل، شرح قانون أصول المحاكمات، مرجع سابق، ص. ٧٩ وما بعد.

إذا كان المشرع الفرنسي كما السوري، لم يضع قواعد قانونية خاصة تنظم موضوع امتناع القاضي عن النظر في الدعوى، مبقياً إياها خاضعة للقواعد العامة الواردة في قانون أصول المحاكمات المدنية، مما يُمكن القاضي إذا استشعر حرجاً أو خوفاً من النظر في الدعوى يمكن أن يؤثر في حيادته، أن يمتنع عن النظر فيها^١. فإن المشرع الفرنسي وضع، وعلى خلاف نظيره السوري، قواعد قانونية خاصة لرد قضاة العمل، مراعيًا في ذلك خصوصية وطبيعة القضاء العمالي^٢، يمكن بموجبها رد عضو مجلس

1. Code de procédure civile, Article: 339. Voir, Les incidences prud'homales de la réforme de la procédure civile, Les cahiers prud'homaux, n° 6, 1999, Pp. 1-7. P. Tillie, Le décret du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile et ses effets sur la procédure prud'homale et l'accès à la justice, Dr. Ouvrier, n° 678, janvier 2005, Pp. 12-14. Ch. Pigache, Le juge non professionnel des juridictions civiles, commerciales, et sociales. Juge citoyen: quel avenir ?, Gazette du Palais, 20 octobre 2001, Pp. 36-51.

قانون أصول المحاكمات السوري، رقم (٨٤) لعام ١٩٥٣. المادة (١٧٥) راجع، محمد واصل، شرح قانون أصول المحاكمات، مرجع سابق، ص ١١٨ وما بعد.

2. على ذلك لا تنطبق على قضاة العمل في التشريع الفرنسي حالات الرد العامة الواردة في قانون أصول المحاكمات المدنية الفرنسيًا لئلا إليها في قانون السلطة القضائية الفرنسية، والتي تشمل بالإضافة إلى الفرضيات الواردة في قانون العمل بعض الحالات التي تتناول أوجه القرابة مع شريك القاضي (الزوج أو العشير). وغني عن البيان أن قواعد الرد العامة بصفتيها الموضوعية والإجرائية تنطبق حكماً في حال إحالة ملف الدعوى إلى محكمة الصلح أو الاستئناف وحتى النقض للفصل في النزاع، كونها مستنظر من قبل قضاة مهنيين. راجع،

Code de procédure civile. Articles: 341 à 355, et Spéc. p. 341. Code de l'organisation judiciaire. Article: L. 111-6. F. Kernaleguen, Institutions judiciaires, op, cit. J-C. Magendie, La responsabilité des Magistrats: contribution à une réflexion apaisée, préc.

العمل في حال كان له مصلحة شخصية في القضية، دون أن يعتبر الانتماء النقابي لأحد المتخاصمين لنقابته من ضمن هذه الأسباب، أو كان زوج أو عشير أحد أطراف النزاع أو قريباً له حتى الدرجة الرابعة ضمناً، أو إذا كان في السنة السابقة على النزاع هناك دعوى جنائية أو مدنية بينه وبين أحد طرفي النزاع أو أقربائه المباشرين، أو إذا كان قد أعطى رأياً مكتوباً في الدعوى، أو إذا كان صاحب عمل أو عامل لدي أي طرف من طرفي النزاع. كما حظر المشرع الفرنسي على أعضاء مجالس العمل بمن فيهم رئيس المجلس أو نائبه، أن يمثلوا الأشخاص الذين يترافعون عنهم أمام الأقسام التي يعملون بها، وفي مختلف مكاتب هذه المجالس، سواء أكان ذلك في مكتب المصالحة أو الحكم، كما مكتب القضاء المستعجل. كما حظر عليهم ذلك، إذا كانت تعيينهم مقرر ينللدعوى¹.

بالرجوع لموقف المشرع السوري، نجد أنه أبقى على حالات الرد الواردة في القواعد العامة التي تقضي بإمكانية رد القاضي إذا كان له أو لزوجته مصلحة مباشرة أو غير مباشرة في الدعوى ولو بعد انحلال عقد الزواج، أو إذا كان بينه وبين أحد الخصوم قرابة أو مصاهرة حتى الدرجة الرابعة، أو إذا كان خطيباً لأحد الخصوم، أو إذا سبق أن كان وكيلاً لأحد الخصوم في أعماله الخصوصية أو وصياً عليه، أو إذا سبق له أن كان شاهداً في القضية، أو إذا كان أحد المتداعين قد اختاره حكماً في قضية سابقة، أو إذا وجد بينه وبين أحد المتداعين عداوة شديدة، أو إذا أقيمت بينه وبين أحد المتداعين أو أحد أقاربه أو أصهاره حتى الدرجة الرابعة

-
1. Code du travail. Articles: L. 1457-1 | L. 1453-2 | L. 1453-3. Voir, M. Keller, L'impartialité de la juridiction prud'homale, Dalloz, 2004, jurisprudence, p. 1688. M. Pecher, L'impartialité de la juridiction prud'homale, Dr. Ouvrier, n° 690, janvier 2006, Pp. 5-10. M. Keller et T. Grumbach, La prétendue impartialité du conseil de prud'hommes, Dalloz, 2003, chronique, p. 979.

دعوى مدنية أو جزائية خلال السنوات الخمس السابقة^١. وغني عن البيان أن للقاضي، سواء أكان في التشريع الفرنسي أو السوري، في حال عدم رده أو تنحيه الاستمرار في الفصل بالدعوى بحكم قضائي صحيح^٢.
ويشار هنا إلى أن المشرع الفرنسي قد أكد على تطبيق القواعد الإجرائية الواردة في قانون أصول المحاكمات في حال المباشرة بإجراءات رد قضاة الموضوع. وعلى ذلك يمكن القول بأن أعضاء مجالس العمل يخضعون موضوعياً لقواعد قانونية خاصة في مجال الرد وردت في قانون العمل ولقواعد إجرائية عامة في ذات الموضوع وردت في قانون أصول المحاكمات^٣.

٣. الحماية القضائية

بذات الوقت الذي أكد فيه المشرع الفرنسي، على حماية عضو مجلس العمل من إي إجراء عقابي أو تعسفي، كي لا تكون ممارسته لمهامه موضع مساءلة أو عقاب، بما يضمن حمايته من أي وسيلة ضغط أو إكراه

١. قانون أصول المحاكمات السوري، رقم (٨٤) لعام ١٩٥٣. المادة (١٧٤). يشار إلى أن العديد من القواعد القانونية المتعلقة برد القضاة عدلت بموجب القانون رقم (١) تاريخ ٢٠١٠/٠١/٠٤، المتضمن تعديل بعض مواد قانون أصول المحاكمات السوري، وإن كانت هذه التعديلات تناولت الجانب الإجرائي أكثر منه الجانب الموضوعي.
٢. راجع، محمد واصل، شرح قانون أصول المحاكمات، مرجع سابق، ص ١١٨ وما بعد.
٣. في التشريع الفرنسي تقدم طلبات رد قضاة مجالس العمل أمام الغرفة الاجتماعية لمحكمة الاستئناف التي يقع في دائرتها مجلس العمل الذي ينظر في النزاع، والتي يجب عليها أن تفصل فيها بصورة مستعجلة.

Code du travail. Articles: R. 1457-1 | R. 1457-2. L'appel des jugements prud'homaux, Les cahiers prud'homaux, n° 5, 2003, Pp. 1-7. G. Fortier, Commentaire de la loi du 15 juillet 1905 relative à la composition des bureaux de jugement et à l'organisation de la juridiction d'appel des Conseils de Prud'hommes, Bulletin commentaires des lois nouvelles, 12ème année, 1905, Pp. 477-490.

مباشر أو غير مباشر^١، لم يشر المشرع السوري إلى أي قاعدة قانونية خاصة حيال ذلك، مما أوجد فراغاً تشريعياً يمكن، وبحق أن يجعل من ممثل العمال في القضاء العمالي عرضة للضغوطات والممارسات السلبية التي اشترنا إليها سابقاً. وإذا كان البعض، يرى إمكانية الادعاء بهذه الحماية من خلال التذرع بالنصوص القانونية التي تحظر تسريح العامل لممارسته العمل النقابي^٢، فإن لنا رأي مخالف.

فالتطبيق القانوني لهذا النص في هذه الفرضية دون محله، ذلك أن عمل ممثل العمال في هذه المحكمة ينفصل تماماً عن عمله النقابي، ليتصل بالعمل القضائي. فهو رجل قضاء بامتياز وليس ممثل نقابي لهذه النقابة أو تلك. وفي حال القول بخلاف ذلك، فإن مدلول القضاء العمالي برمته يكون موضع نظر، ناهيك عن سقوط مفهوم حيادية قضاء العمل، حيث سيصبح قاضي العمال مجرد صوتاً إضافياً لهذه النقابة أو تلك في المحكمة، وهو أمر غير مقبول جملة وتفصيلاً، وبخالف مقتضيات العمل القضائي السالفة الذكر، مما يحدونا إلى الطلب من المشرع السوري بضرورة التدخل لتلافي هذا الفراغ التشريعي من خلال إقرار نصوص تشريعية تنظم ذلك، مسترشدين في ذلك بالتجربة الفرنسية التي أثبتت فاعليتها في هذا الموضوع.

٤. المسؤولية القضائية

وضع المشرع الفرنسي على عضو مجلس العمل العديد من المحظورات الخاصة التي تعرضه للمساءلة القانونية في حال مخالفتها. حيث حظر عليه

1. Code du travail. Article: L. 1442-19. Voir, B. Lardy-Pélessier, J. Pélessier, A. Roset et L. Tholy, Le nouveau Code du travail Annoté, op. cit, p. 436. M. Rayroux, Protection des Conseillers Prud'hommes, Gazette du Palais, 1981, Tome. II, Doctrine, Pp.464-465. J-P. Bonafe-Schmitt, Le conseil de prud'hommes: la juridiction du licenciement, Lyon: Institut d'études du travail et de la sécurité sociale, 1980, Pp. 89-124.

٢. قانون العمل السوري رقم (١٧) لعام ٢٠١٠، المادة (٦٧).

قبول الإكراهيات، معتبراً إياها تشكل انتهاكاً فاضحاً لواجباته، كما اعتبره مسؤولاً عن تبرير كل عمل يتجاوز فيه مسؤولياتها أمام القسم الذي يعمل به، مما يُمكن من مساءلته أمام رئيس المجلس أو النائب العام، ويجعله عرضة لحرمانه من ممارسة مهامه بشكل كامل لمدة لا تتجاوز الستة أشهر، إضافة لحرمانه من ممارسة حقوقه المدنية طوال هذه الفترة. ناهيك عن العقوبات التي قد تقرر بحقه والتي قد تصل إلى العزل. كذلك، وفي حال رفض عضو مجلس عمل الاستمرار في مهامه دون عذر مقبول بعد إعذاره أصولاً فإنه يعتبر بحكم المستقيل¹.

بالرجوع إلى موقف المشرع السوري، نجد أنه لم يشر لقواعد قانونية خاصة في هذا المجال، وإنما أبقاها في ضوء القواعد العامة التي تحدد مسؤولية القاضي، حيث حظر عليه الجمع بين عمله القضائي وبين أي مهنة أخرى، باستثناء التدريس في كليات الحقوق. كما أكد على عدم جواز قيامه بإبداء الآراء والميول السياسية أو الاشتغال بالسياسة. ونص على أنه لا يجوز له إفشاء سر المداومات، معتبراً أن كل مخالفة لواجبات القاضي تعد زلة مسلكية توجب إحالته إلى مجلسالة القضاء الأعلى، وتجعله عرضة للعقوبات المسلكية التي تتراوح بين اللوم وقطع الراتب، وتأخير الترفيع، والعزل².

ومما لا شك فيه أن هذه القواعد القانونية الخاصة لقضاة العمل في التشريع الفرنسي إنما تؤكد الطبيعة القانونية الخاصة لقضاة العمل لديه، خصوصية افتقدها المشرع السوري، الذي قصر في تطبيق أحكامه على

1. Code du travail. Articles: L. 1442-11 à L. 1442-17 | L. 1442-19. Voir, B. Lardy-Pélissier, J. Pélissier, A. Roset et L. Tholy, Le nouveau Code du travail Annoté, op. cit, p. 433 s. M. Rayroux, Protection des Conseillers Prud'hommes, préc.

2. قانون السلطة القضائية رقم (٩٨) لعام ١٩٦١، المواد (٧٨) - ٨١ - ٨٢ - ٩٠ - ١٠٥. راجع، محمد واصل، شرح قانون أصول المحاكمات، مرجع سابق، ص. ٩٢.

القواعد القانونية العامة، مما أفقد القضاء العمالي لديه خصوصيته وتميزه، كما كرس الاستنتاج القائم على عدم وجود قضاء عمالي تخصصي لديه.

المطلب الثاني

السمات المرتبطة بنطاق التطبيق

بالرغم من أن كلا المشرعين الفرنسي والسوري قد منحا قضائهما المختص صلاحية فض نزاعات العمل بين طرفي العلاقة التعاقدية، إلا انهما لم يمنحا الصلاحية المطلقة، بل تم قصرها على النزاعات العمالية ذات الطابع الفردي دون نظيرتها ذات الطابع الجماعي أو الاقتصادي. كما لم يمنح المشرع الفرنسي لهذا القضاء حق التواجد على عموم أراضييه.

أولاً - نطاق التطبيق الموضوعي

لا شك أن كلا المشرعين الفرنسي والسوري، أكدا على أحقية القضاء المختص في فض نزاعات العمل، بشكل جعلاً منه قضاءً تخصصياً بامتياز، لكن! دون أن يشمل الأحقية في فض مختلف نزاعات العمل، مما قيده موضوعياً.

١. قضاء مختص

يتناول قضاء العمل سلطة فض نزاعات العمل التي تعترض العلاقة بين العمال وأصحاب العمل. مبدأ لم يحد عنه أي من المشرعين الفرنسي والسوري، وإن كانت الكيفية تختلف بين الاثني مما يسجل تمايزاً في موقف المشرع الفرنسي عن نظيره السوري.

١، ١. قضاء مختص خاص

الآلية التي تبناها المشرع الفرنسي في معالجة القضايا العمالية، تبرز الجانب التخصصي لعمل هذا القضاء في فض هذه المنازعات. ذلك أن كل مجلس عمل يضم ما بين (٣٢) إلى (٤٠) مستشاراً موزعين على خمس أقسام وبمعدل ست أعضاء لكل قسم على الأقل، نصفهم من العمال والنصف الآخر من أصحاب العمل. وتستوعب هذه القطاعات مختلف الأنشطة المهنية في القطاع الصناعي والتجاري والزراعي، إضافة للقطاع المختلط الذي ينظر في الأنشطة المهنية التي لا تندرج في القطاعات الثلاثة

السابقة، وأخيراً القطاع الخامس الذي يستوعب أنشطة العاملين القياديين. حيث يؤخذ بعين الاعتبار الاختصاص الدقيق لصاحب العمل لتحديد القطاع المختص في مجلس العمل للنظر في النزاع المعروض، إن كان النزاع يتعلق بالنشاط الزراعي أو الصناعي أو التجاري أو المختلط، أو بأنشطة العاملين بالمناصب القيادية¹. كما يتناول اختصاص المجلس، نزاعات العمل بين المؤسسات العامة والعاملين فيها، طالما أن شروط استخدامهم تمت في ضوء قواعد القانون الخاص²، بما يفيد انطباق أحكام قانون العمل على العاملين فيها طالما أن شروط استخدامهم تمت وفق قواعده.

1. يرى البعض، أن المشرع الفرنسي في القطاع المتعلق بالعاملين بالمناصب القيادية قد تخلى عن معيار الاختصاص المهني للعامل في تحديد القطاع المختص لصالح المركز القانوني الذي يحتله العامل. فهو لم يشر لهؤلاء العمال القياديين بالاستناد لاختصاصهم المهني، وإنما بالاستناد لطبيعة أعمالهم، كالمهندسين والمحائزين على شهادات عليا في العمل أو الإدارة أو مجالات أخرى تجارية أو مالية، طالما أنهم يعملون بتفويض قانوني من صاحب العمل، معتبرين ذلك نقطة قد تؤخذ على الجانب التخصصي لعمل هذه المجالس، الأمر الذي لا تنفق معه. ذلك أن العبرة في طبيعة أعمال ومهام هؤلاء العمال ليست في الجانب التخصصي، بقدر ما هي في الجانب القيادي لهم ببعديه الإداري والتنظيمي، شأنهم في ذلك، شأن مساعدي صاحب العمل مما يجعلهم مسؤولين عن أعمالهم المنجزة في ضوء التفويض الممنوح لهم من قبله، وليس في ضوء تخصصهم المهني. راجع،

J. Petek, Ingénieurs, cadres et Conseils de prud'hommes, préc.

2. Code du travail. Articles: L. 1411-2 | L. 1423-1 | L. 1423-2 | R. 1423-1 à R. 1423-3. S. Brissy, Principe «compétence-compétence» : exit en matière prud'homale, Semaine. Jur. Soc, n° 5, 31 Janvier 2012, p. 1049. Ch. Pactet, La loi du 18 janvier 1979 et les ressortissants de la section de l'encadrement, préc. J. Duplat et Ch. Verdin, Transfert de salariés à une personne publique: une compétence prud'homale élargie, Conclusions du Commissaire du gouvernement sous Trib. Conf. 19 janv. 2004, Dr. Ouvrier, n° 669, avril 2004, Pp. 146-152.

وبذلك، يجمع أعضاء هذه المجالس بين مهنية العمل المهني في حرفهم وأعمالهم من جهة، ومهنية العمل القضائي الذي ينهضون به بوصفهم قضاة في هذه المجالس من جهة أخرى. بحيث أنهم لا يتناولون فقط، دراسة موضوع النزاع بشكل صرف لجهة موضوع العقد وصحته وتنفيذه، بل يتناولون كذلك طبيعة تصرفات صاحب العمل وكيفية ممارسته لسلطاته وصلاحياته في هذا المجال، أي أنهم يتناولون دراسة السلطة التعاقدية للعقد والسلطة التنظيمية لصاحب العمل. كل ذلك، وفق التخصصات الحرفية الدقيقة لهم، إن في الجانب الصناعي أو التجاري أو الزراعي، إضافة للجانب المختلط، كما الجانب القيادي.

١،٢. قضاء مختص عام

هذه الآلية التخصصية في فض النزاعات العمالية بحسب طبيعتها لا تزال غائبة في التشريع السوري! فتشكيل المحكمة المدنية لم يلحظ هذا التنوع في الأشخاص المكلفين بفض النزاعات، على الأقل بالنسبة لممثل العمال. حيث ينظر ذات الممثل العمالي في مختلف النزاعات العمالية بغض النظر عن طبيعتها وتنوعها. وهذا أمر فيه نظر، ذلك أن هذا الممثل يفترض فيه الشمولية في المعرفة المهنية لمختلف حالات العمل وفي مختلف المهن، الأمر غير الممكن تحقيقه دوماً.

أما بالنسبة لممثل أصحاب العمل، فقد راعى المشرع السوري هذه الخصوصية، من حيث التأكيد بأن هذا الممثل يتم تسميته من قبل اتحاد غرف الصناعة أو التجارة أو السياحة، حسب مقتضى الحال، للنظر في المنازعات العمالية بين العمال وأصحاب العمل، وبالتالي تقوم هذه الغرف بتسمية أعضائها بحسب نوع النزاع. أمر تنفق معه لجهة الآلية، ونعارضه لجهة صحة التمثيل وفق ما سبق بيانه^١. فقد كان حرياً بالمشرع السوري أن يتبنى ذات النهج الذي اعتمده في تسمية ممثل أصحاب العمل بالنسبة لممثل العمال من حيث تحديد هذا الممثل بحسب نوع النزاع

١. راجع في البحث الفقرة المعنونة: "صدقية التسمية القانونية".

المعروض، ذلك أن اعتماد هذا النهج لطرف دون آخر، إنما ينطوي، بحسب رأينا، على إخلال بمفهوم العدالة القضائية بين طرفي النزاع لحساب طرف على آخر، حيث يكون ممثل أصحاب العمال أكثر تمكنا ودراية بموضوع النزاع، نظراً لتخصصه في قضية النزاع المعروضة أمامه، منه من ممثل العمال الذي لا يمتلك سوى المعرفة العامة لا التخصصية.

أضف لذلك فإن الجانب التخصصي في القضاء السوري، يقتصر على نزاعات العمل المرتبطة بتطبيق أحكام قانون العمل على علاقات العمل ذات الطابع الصناعي والتجاري، دون الزراعي سواء منه الممارس في القطاع الخاص أو العام¹. وبذلك، فإن الاختصاص المهني لهذا القضاء في التشريع السوري، لا يتناول نزاعات العمل الزراعية التي تخضع لقواعد قانونية نظمها المشرع في قانون العلاقات الزراعية رقم (٥٤) لعام ٢٠٠٤ وأحالتها لمحاكم الصلح المدني، كما لا يتناول نزاعات العمل بين المؤسسات العامة والعمال ممن يخضعون لقواعد النظام الأساسي للعمال في الدولة رقم (٥٠) لعام ٢٠٠٤ التي تخضع للمحاكم الإدارية وفق أحكام القضاء الإداري^٢. والحقيقة إن موقف المشرع السوري في هذه النقطة إنما

1. أضاف المشرع السوري نزاعات العمل التي ترد في القطاع التعاوني التي تبقى خارج نطاق بحثنا كما نوهنا سابقاً، راجع الفقرة (موضوع البحث والمنهجية) من هذا البحث.
2. يرى البعض أن استبعاد هذه الفئات من نطاق تطبيق قانون العمل لا ينطوي على هضم لحقوقهم أو وضعهم في مركز جمائي أقل من نظرائهم في القطاع الخاص، كونهم يعملون في القطاع الحكومي الذي يؤمن حماية قانونية ماثلة، إن لم تكن أفضل، لأولئك العاملين في القطاع الخاص. كما يرون أن طبيعة العلاقة التعاقدية القائمة بين العامل والدولة تفرض مراعاة المصلحة العامة في نطاق خدمة الصالح العام، بحيث يغدو عقد العمل أقرب لعقد الخدمة العامة أو إدارة المرفق العام، مما يتطلب وضع قواعد قانونية تتناسب مع طبيعة هذه الرابطة التعاقدية. رأي لا تنفق معه! فعلاقة شركات القطاع العام مع عاملها لا تختلف، من حيث الطبيعة عن علاقات العمل في القطاع الخاص، فلا يمكن الاكتفاء بالقول بأن شركات القطاع العام مملوكة للدولة ليتفي معها شبهة الاستغلال. فهو إن لم يكن متوقفاً من هذه الشركات كشخص معنوي، فهو متوقع من القائمين عليها كأشخاص طبيعيين يتجاوزون سلطاتهم الممنوحة. فالعيار في تطبيق قواعد قانون العمل لوجود علاقة العمل التابع، لا لطبيعة أطرافها، راجع، محمد فاروق الباشا، التشريعات الاجتماعية، قانون العمل، المطبعة الجديدة، دمشق، ١٩٨٩، ص. ٣٠ وما بعد.

يسجل بدوره تراجعاً عن الاعتماد على القضاء الخاص إلى القضاء العام، حيث كانت نزاعات العمل الزراعية تنظر أمام محاكم خاصة سميت آنذاك: "المجلس التحكيمي الأعلى للعمل الزراعي"، المحدث بموجب قانون العلاقات الزراعية رقم (١٣٤) لعام ١٩٥٩، والقرار الجمهوري رقم (٧٧٦) لعام ١٩٧٩ المنظم لإجراءات التقاضي أمام هذا المجلس، والتي تم إلغاؤها بالقانون رقم (٥٤) لعام ٢٠٠٤. كذلك، فقد كان نطاق قانون العمل سابقاً يشمل العاملين في القطاع العام الذين يتم استخدامهم بموجب أحكام قانون العمل. إجراءً تراجع عنه المشرع السوري في ظل أحكام قانون العمل السابق رقم (٩١) لعام ١٩٥٩، وعمل على تأكيد استبعاده في القانون الحالي^١.

٢. قضاء مقيد

بالرغم من أن كلا المشرعين الفرنسي والسوري قد منحا القضاء المختص الاختصاص الحصري لفض نزاعات العمل القائمة بين طرفيه، إلا انهما لم يمنحاه الاختصاص المطلق لفض مختلف هذه النزاعات وإنما تم قصرها على النزاعات ذات الطابع الفردي دون الجماعي أو الاقتصادي منها^٢. كذلك، في حين يلاحظ سعي المشرع الفرنسي إلى توسيع صلاحيات هذا القضاء، لاسيما في ضوء الاجتهاد القضائي، يبقى واقع الحال دون ذلك في التشريع السوري.

١. قانون العمل السوري رقم (١٧) لعام ٢٠١٠، المادتين (٤ - ٥). قانون العلاقات الزراعية رقم (٥٤) لعام ٢٠٠٤، المادتين (١٤٤ - ١٤٥). النظام الأساسي للعاملين، رقم (٥٠) لعام ٢٠٠٤، المادة (١٤٤).
٢. يجدر التنويه إلى أن المشرع الفرنسي استبعد من اختصاص هذه المجالس النزاعات التي تدخل في اختصاص محاكم أخرى وإن كانت متصلة بالعمل، كملك المتعلقة بتطبيق تشريع الضمان الاجتماعي لاسيما في القضايا المتعلقة بمحوادث العمل والأمراض المهنية.

Code du travail, Article: L. 1411-4. Voir, D. Boulmier, Conseiller prud'homme et assesseur de juridictions de sécurité sociale: une nécessaire clarification sur un cumul prohibé, Dr. Ouvrier, n° 711, octobre 2007, Pp. 447-451.

بعد أن يبين المشرع الفرنسي بأن مجالس العمل تختص بالفصل في نزاعات العمل القائمة بين العامل وصاحب العمل من جهة أو بين العمال أنفسهم في معرض تأدية العمل من جهة أخرى، عاد ليؤكد بأن اختصاصها في هذا المجال ليس بالاختصاص المطلق، وإنما هو اختصاص مقيد بنزاعات العمل ذات الطابع الفردي المتعلقة بأساس العقد لجهة وجوده وصحته وتنفيذه وتعديله، ومن ثم انتهاءه بما فيها التسريح بنوعيه الفردي والاقتصادي¹، كما نزاعات العمل بين أشخاص القانون العام عندما تستخدم عمالاً يخضعون لشروط العمل في القطاع الخاص، بغض النظر عن قيمة النزاع أو نوع المهن أو رقم الأعمال تحت طائلة البطالان. بالمقابل، وبرغم استبعاد المشرع الفرنسي نزاعات العمل الجماعية من نطاق اختصاص هذا القضاء وإخضاعها لإجراءات الوساطة والتوفيق والتحكيم، فإن موقف الاجتهاد القضائي الفرنسي في هذه القضية قد شهد تطوراً ملموساً بصدور قرار محكمة النقض الفرنسية الشهير في العام ١٩٣٧²، الذي وضعت فيه مبدأً فضائياً مفاده توسيع الاختصاص

1. منذ قانون ١٩٨٦/١٢/٣٠ استعادت مجالس العمل كامل اختصاصها في حالات تسريح العمل المستندة لأسباب اقتصادية.

Code du travail. Articles: L. 1411-1 à L. 1411-4. J. Pélissier, G. Auzero et E. Dockès, Droit du travail, op. cit, p. 129 s et 137 s. J. Duplat et Ch. Verdin, Transfert de salariés à une personne publique: une compétence prud'homale élargie, Conclusions du Commissaire du gouvernement sous Trib. Conf. 19 janv. 2004, préc.

2. Cass. Civ. 19/10/1937. D. H. 1937. p.581. Cass. Soc. 24/4/1975. Bull. civ. n° 209. Voir, J. Pélissier, G. Auzero et E. Dockès, Droit du travail, op. cit, p. 129 s. K-F, Otto, Quelques réflexions sur le règlement des conflits collectifs du travail au point de vue du droit comparé. Revue internationale de droit comparé, 1960, V 12. Pp. 323-341.

القضائي لهذا القضاء ليشمل مختلف النزاعات المتولدة عن عقد العمل ، بغض النظر عن مصدرها ، سواء أكان القانون أو النظام الداخلي أو اتفاقيات العمل ، مؤكدة أن قضاء العمل هو المختص بفض نزاعات العمل الفردية ذات المرجعية الجماعية ، ومعتبرة ذلك هو المعيار القانوني في تحديد ولاية القضاء العمالي بين النزاعات الفردية والنزاعات الجماعية^١. منذ ذلك التاريخ ، والاجتهاد القضائي العمالي لمجالس العمل يعمل على توسيع مدلول الخلافات الفردية ، بما يشمل الخلافات القانونية التي تنشأ من نزاعات جماعية كالنزاعات حول تفسير وشرح اتفاقيات العمل الجماعية ، أو تلك الناجمة عن ممارسة الحق في الإضراب أو إغلاق المنشأة. واستناداً لهذا المبدأ القضائي ، أخرجت محكمة النقض من اختصاص هذا القضاء مختلف النزاعات التي ترتبط بعقود أخرى ، مدنية كانت أو تجارية ، ما لم يوجد رابط قوي بين هذه العقود وعقد العمل ، كالخلافات الناجمة عن اختراعات العامل أو الاتفاقات المتعلقة بالتدريب أو العقود الخاصة بتشغيل ذوي الاحتياجات الخاصة عن طريق المعاهد الخاصة أو عمل السجناء ، مخضعة إياها للقضاء المختص^٢.

٢.٢ . قضاء مقيد يلتزم التشدد

في التشريع السوري ، قضى المشرع باختصاص محكمة البداية المدنية بالنظر بنزاعات العمل الفردية التي تنشأ بين صاحب العمل والعامل ،

1. علماً بأنه لا يدخل في اختصاص هذه المجالس الخلافات المتعلقة بتنفيذ اتفاقيات العمل الجماعية بين عدة تنظيمات مهنية حول إجراءات حل هذه النزاعات ، راجع .

M. Despax, négociations, conventions et accords collectifs, Traité de droit du travail, D. Tome. VII. 2ème éd. 1989, n° 197.

2. Cass. Soc. 10/3/1965. Bull. civ. n° 214. Cass. Soc. 26/11/1981. Bull. civ. n° 920. Voir, Grands arrêts, n° 18. 3/10/1991. Dr. Ouvrier, 1992, p. 193. Grands arrêts, n° 21. 30/4/1997. Bull. civ. n° 153 ; 6/5/1998, Dr. social, 1998, p. 731, obs. G. Couturier.

سواء تلك المرتبطة بتطبيق أحكام قانون العمل أو بينود عقد العمل الفردي، حيث منح الحق لكلا الطرفين للجوء لهذه المحكمة. على ذلك يمكن القول بأن موقف المشرع السوري للوهلة الأولى لم يسجل كثير تمايز عن موقف نظيره الفرنسي، حيث قصر اختصاص المحكمة المدنية للنظر بنزاعات العمل الفردية دون نزاعات العمل الجماعية التي تخضع لإجراءات التوفيق والتحكيم^١، بحيث أن هذا القضاء يختص بالنظر بمختلف المسائل المرتبطة بعقد العمل الفردي، سواء منها المرتبطة بإبرام العقد وتنفيذه وصولاً إلى إنهائه. إلا أننا لا نتملك، حسب علمنا، أرضية اجتهادية فيما إذا كان الاجتهاد القضائي السوري قد وسع من صلاحيات المحكمة المختصة، لتشمل نزاعات العمل الفردية المستتدة في مصدرها لاتفاقيات العمل الجماعية، ذلك أن التجربة التشريعية لهذه المحكمة لا تزال في بداية عهدتها. وإن كنا لا نرى أن ثمة ما يمنع من أن يتوسع اختصاصها ليشمل النظر في نزاعات العمل الفردية ذات المصدر الجماعي أو المشترك، طالما أن الأمر لا يخرج النزاع عن كونه نزاعاً فردياً.

إضافة إلى ما تقدم، وبخلاف المشرع الفرنسي أخرج المشرع السوري، المسائل المرتبطة بوقف العمل الجزئي أو الكلي لأسباب اقتصادية من اختصاص هذه المحكمة، حيث منحها للجنة وزارية تابعة لوزير الشؤون الاجتماعية والعمل^٢، وبذلك أضحت المسائل المتعلقة بالتسريح الفردي لأسباب اقتصادية من اختصاص هذه اللجنة، ولا ينظر فيها قضائياً من قبل القضاء العمالي كما هو الحال في التشريع الفرنسي. موقف، نعتقد أنه كان على المشرع السوري أن يتبناه له، معتمداً في ذلك ذات السياسة التشريعية التي انتهجها المشرع الفرنسي، كون النزاع يرتبط ارتباطاً وثيقاً بعقد العمل، إذ يمكن لصاحب العمل أن يتذرع بأسباب اقتصادية وهمية ليتنصل من القضاء، مما يشكل حرماناً للعامل من حقه في

١. قانون العمل السوري رقم (١٧) لعام ٢٠١٠، المواد (٢٠٣ ← ٢٠٦ | ٢١٠ ← ٢٢٣).

٢. ذات المرجع السابق، المواد (٢٢٤ ← ٢٢٩).

الوصول إلى حكم قضائي عادل عن طريق القضاء المختص. أخيراً، وفيما يتعلق بالاختصاص الموضوعي للقضاء العمالي، فإن المشرع السوري، وبخلاف نظيره الفرنسي، لم يحدد القضاء المختص لفض نزاعات العمل الناشئة بين العمال. ففي الوقت الذي أحالها المشرع الفرنسي بصريح النص لمجالس العمل¹، بقي المشرع السوري صامتاً حيال ذلك! أمرٌ كان حرياً بالمشرع التنبه إليه. وإذا كان البعض يعتقد أن النص التشريعي السوري القاضي باختصاص محكمة البداية المدنية بالنظر بنزاعات العمل الفردية التي تنشأ بين صاحب العمل والعمال يسعف، فإننا لا نرى ذلك. لاسيما وأن المشرع السوري حدد المقصود بنزاع العمل بكل خلاف ينشأ بين العامل وصاحب العمل، ولم يشر إليه بكونه الخلاف القائم بين عامل وآخر. وعلى ذلك يبقى السؤال، في تحديد المحكمة المختصة في النظر بهذه النزاعات قائماً؟! ويرأينا، أمام إلغاء أحكام قانون العمل السابق، وعدم وجود النص القانوني الواضح²، لا بد من تطبيق الأحكام العامة، وبالتالي منح الاختصاص في فض هذه النزاعات لمحكمة البداية المدنية باعتبارها صاحبة الولاية العامة³، لحين تدخل المشرع الفاعل والصريح لمنح الاختصاص القضائي لفض هذه النزاعات لقضاء عمالي مختص كما هو الحال في التشريع الفرنسي.

ثانياً - نطاق التطبيق المكاني

1. Code du travail. Article:L. 1411-3.Voir, L'audience initiale, le bureau de conciliation au cœur des droits de la défense du salarié. Colloque organisé par la commission de droit social du Syndicat des Avocats de France (S.A.F.) à l'Université de Paris-Dauphine, le 10 décembre 2005, Dr. Ouvrier, mai 2006, n° 694, p. 47. B. Lardy-Pélessier, J. Pélessier, A. Roset et L. Tholy, Le nouveau Code du travail Annoté, op. cit, p. 377.

٢. قانون العمل السوري رقم (١٧) لعام ٢٠١٠، المادة (٢٧٩). علماً بأن موقف المشرع الحالي لا يختلف عنه في التشريع السابق الذي لم يتعرض لهذا الموضوع.

3. قانون أصول المحاكمات السوري رقم (٨٤) لعام ١٩٥٣، المادة (٧٧).

في كل من التشريعين الفرنسي والسوري يسجل القضاء المختص حضوراً وطنياً واضحاً بما يؤكد على تمكين أطراف النزاع من الوصول لقضاء وطني قائم على احترام العدالة. بالرغم من ذلك فإن الآلية التي تبناها المشرع الفرنسي في تعزيز هذا الحضور تختلف عنها في التشريع السوري.

١. الأولوية للاعتبارات الجغرافية أو الاقتصادية أو الاجتماعية

مراعاة للطابع الاستثنائي لقضاء العمل ولكونه قائم بالضرورة على الحاجة، لم يقر المشرع الفرنسي بالتواجد المكاني لهذا القضاء في عموم الأراضي الفرنسية وإنما ربط وجوده بمجموعة من المعايير الجغرافية كالكثافة السكانية، أو الاقتصادية كالأنشطة الصناعية والسياحية والزراعية، أو الاجتماعية كالتجمعات العمالية والنقابية، التي تلمح ذلك بحيث تعمل هذه المجالس ضمن المحيط المكاني لمحكمة البداية التي تحدث فيها بحسب الحاجة، على أن تقوم محكمة الاستئناف التي يقع في دائرتها المجلس بالتأكد من مباشرته لمهامه. أما في الجهات التي لا يوجد فيها مجالس عمل بالمطلق أو مجالس عمل متخصصة بموضوع النزاع، فيعرض النزاع على محكمة الصلح التي يقع في دائرتها النزاع. وفي حال حصول تعديل في الهيكلية القضائية فإن مجلس العمل السابق يستمر في النظر في القضايا التي كانت معروضة عليه قبل التعديل^١.

وبذلك يتضح أن العبرة في إحداث هذه المجالس من عدمها هو الحاجة والضرورة التي يمكن أن تكون جغرافية أو اقتصادية أو اجتماعية.

1. Code du travail, Articles: L. 1422-1| R. 1422-1 à R. 1422-4. Voir, J. Pélissier, G. Auzero et E. Dockès, Droit du travail, op. cit, p. 134. Y. Leroy, La compétence territoriale du Conseil de prud'hommes en droit interne, Les chroniques de jurisprudence sociale, n° 29, Nancy, Centre d'étude et de recherche de l'Institut régional du travail, 2004, p. 16.

سياسة تبناها المشرع الفرنسي منذ قانون **Loi Boulin** لعام ١٩٧٩، جاعلاً نطاق التطبيق المكاني لهذا القضاء مرهوناً بهذه الاعتبارات التي تتوافق مع الطبيعة القانونية الخاصة له، بما يملئ بالضرورة تواجد فقط في الأماكن التي تقتضيها هذه الاعتبارات إن في حده الأدنى أو أكثر من ذلك، أي بمجلس واحد، أو بعدة مجالس، وضمن حيز جغرافي إداري أو في حيز جغرافي صناعي أو تجاري أو زراعي، حسب الحال. لذلك نجد أن عدد هذه المجالس إضافة إلى توزيعها الجغرافي، يختلف من مرحلة انتخابية إلى أخرى، كما يتم إعادة تموضع هذه المجالس برؤية جغرافية واقتصادية واجتماعية مختلفة تتناسب مع طبيعة المستجدات الاقتصادية والجغرافية التي تطرأ على بيئة العمل الفرنسية.^٢

٢. الأولوية لاعتبارات النص القانوني

1. Loi n°79-44 dite "loi Boulin". Voir, A. Supiot, Prud'hommes: La consécration de la réforme Boulin, préc.

2. في الانتخابات الأخيرة لمجلس العمل في العام ٢٠٠٨ تم إلغاء حوالي (٦٣) مجلس عمل من أصل (٢٧١) مجلس عمل كانت متواجدة قبل ذلك بعضوية ما يقارب (١٤٦١٠) عضو مجلس عمل.

Voir, <http://www.presse.justice.gouv.fr/lactujustice-11598/la-reforme-de-la-carte-judiciaire-21541.html>. Voir aussi, La nouvelle carte judiciaire en place, Semaine. Jur. Gén, n° 1, 10 Janvier 2011, p. 24. Décret n° 2008-514 du 29 mai 2008, J.O. du 1ère juin 2008. S. Brissy, Détermination de la juridiction territorialement compétente, Semaine. Jur. Soc, n° 14, 5 avril 2011, Jurisprudence, n° 1191, Pp. 37 à 39, note à propos de Soc. 16 février 2011. R. Barthélémy, Une réforme nécessaire de la carte judiciaire. Revue La lettre du syndicat des avocats de France, numéro d'octobre 2007. Pp. 6-7. B. Lardy-Pélissier, J. Pélissier, A. Roset et L. Tholy, Le nouveau Code du travail Annoté, op. cit, p. 483. Employeurs/Salariés: Mobilisation pour les élections prud'homales. Elire ses conseillers aux Prud'hommes, c'est se protéger! op. cit.

في التشريع السوري، الأمر على خلاف واقع الحال في التشريع الرنسي. ذلك أن القضاء المختص لديه يغطي، وبحسب النص القانوني، كل الأراضي السورية، حيث قضى المشرع بإحداث هذه المحكمة في مركز كل محافظة بما يتناسب مع عدد المحافظات الموجودة في القطر والبالغ عددها أربعة عشرة محافظة.

وإذا كان موقف المشرع السوري حيال هذه النقطة محل تقدير إلا أنه محل نظر بذات الوقت، لاسيما لجهة ربط إحداث هذه المحكمة بمحاكم البداية المدنية بما يفيد تبعية القضاء العمالي للقضاء المدني. أمرٌ حاول المشرع السوري الابتعاد عنه شكلاً وبقي متمسكاً به مضموناً. ولعل ذلك ما جعل المشرع السوري يغفل الطبيعة الخاصة لهذا القضاء، ويقيه مرتبطاً بالتقسيم الإداري والبيكلّي للنظام القضائي التقليدي، بدلاً من ارتباطه بطبيعة وبيئة العمل السوري التي تقتضي تواجده في أماكن دون أخرى. فالمشرع السوري قصر هذه المحاكم على مراكز المحافظات التي يمكن أن تتميز ببيئة العمل الخدمية أو الإدارية في أحسن الأحوال، في حين أنه أغفل ضرورة إحداثها في بيئات العمل ذات الصبغة الصناعية والتجارية، كما في المدن والمراكز الصناعية الهامة.

كذلك من الملاحظ أن المشرع السوري، إضافة لكونه جعل إحداث هذه المحاكم الزامياً، بموجب نص القانون، فقد حدده بمحكمة واحدة، بشكل لا يمكن، بخلاف الحال في التشريع الفرنسي، من إحداث أكثر من محكمة وحدة فيما لو اقتضت الحاجة ذلك. نقطة كنا نأمل لو أن المشرع السوري تنبه لها.

والحقيقة، يمكن التأكيد بأن السياسة التشريعية للمشرع السوري الحالي في تحديد النطاق المكاني لمحاكم العمل، إنما تسجل تراجعاً واضحاً

1. مثال ذلك، المدينة الصناعية في مدينة عدرا التابعة لمحافظة ريف دمشق، والمدينة الصناعية في مدينة تل نجار التابعة لمحافظة حلب، والمدينة الصناعية في مدينة حسياء التابعة لمدينة حمص.

عما كانت عليها تشريع العمل السابق لعام ١٩٥٩ لاسيما في إطار تجربته القضائية مع لجان قضايا التسريح الفردي التي كان قد قضى بإحداثها في مراكز المحافظات والمناطق الصناعية الهامة، مراعيًا بذلك البعد المهني لقضاء العمل الذي لا يرتبط بالهيكلية الإدارية للدولة، بقدر ارتباطه ببيئة ومتطلبات العمل، وهو ما افتقده في التشريع الحالي كما سبق بيانه^١.

المطلب الثالث

السمات المرتبطة بالإجراءات الواجبة الاتباع

الدعوى المقدمة في مواجهة أي من الطرفين تقتضي، من كليهما احترام القواعد الإجرائية العامة للتقاضي^٢، غير أنه ولما كان قانون العمل في جوهره يستهدف حماية الطرف الأولى بالحماية (العامل)^٣ من خلال

١. وفق الإمام، الموجز في شرح قضايا التسريح، المرسوم (٤٩) وتعديلاته، مرجع سابق. إدوار حشوة، قضايا التسريح في القانون السوري، مرجع سابق.
٢. مثال ذلك، القواعد المتعلقة بالسبب والمصلحة واحترام المهل القانونية والتقدم وغيرها، راجع قانون أصول المحاكمات السوري رقم (٨٤) لعام ١٩٥٣، المواد (٩٤ ← ١٠٥).

En droit français, Code civil. Article: 2224. Code du travail. Articles: L. 3245-1 | R. 1454-2 | R. 1454-12. J. Pélissier, G. Auzero et E. Dockès, Droit du travail, op. cit, p. 140 s. B. Lardy-Pélissier, J. Pélissier, A. Roset et L. Tholy, Le nouveau Code du travail Annoté, op. cit, pages, 442 s, 456 s, 1191 s. Les bonnes pratiques prud'homales, Colloque organisé par la Commission de droit social du Syndicat des Avocats de France (S.A.F.) à l'Université de Paris-Dauphine le 6 décembre 2003. Dr. Ouvrier, n° 668, mars 2004. Spéc, P. Moussy, Oralité et représentation des parties, p. 106. T. Grumbach, La prud'homie face aux enjeux du procès équitable, p. 114.

3. G. Dedessus-Le-Moustier, La notion de travail de valeur égale. Semaine. Jur. Gén, n° 35, 30 août 2010, Jurisprudence, n° 850, p. 850, note à propos de Soc. 6 juillet 2010. E. Dockès, A. Jeammaud, A. Lyon-Caen J. Pélissier, Les grands arrêts du droit du travail, 4ème éd, Dalloz. 2008.

وضع قواعد قانونية تكفل حمايته والحفاظ على حقوقه، كان واجباً عليه
تعميم هذه الحماية من خلال تيسير إجراءات التقاضي وخص العامل
وشليه ببعض المزايا والتسهيلات في حال لجوئه للقضاء، لهذا جاء قانون
العمل في كل من التشريعين الفرنسي والسوري^١ ليكرس هذه الحماية في
مراحل الدعوى المختلفة بدءاً من مرحلة رفعها، مروراً بمراحل النظر
والحكم فيها، كما تنفيذ هذا الحكم، وانتهاءً بمرحلة الطعن فيه.

أولاً- في مرحلة رفع الدعوى، قضاء منخفض التكاليف

تعتبر مجانية القضاء أو انخفاض تكاليفه من السمات المميزة للقضاء
المختص بالنظر في القضايا العمالية في كل من التشريع الفرنسي والسوري،
بالرغم من ذلك، يُسجل اختلافاً بينهما في السياسة التشريعية لتحديد
المستفيد من هذه الميزة التفضيلية: العامل أم صاحب العمل أم كلاهما،

١. قانون العمل السوري رقم (١٧) لعام ٢٠١٠، المادة (٧). في قانون العمل الملغى رقم
(٩١) لعام ١٩٥٩ راجع، صلاح الدين النحاس، مبادئ أساسية في شرح عقد العمل
وقانون العمل الموحد، مرجع سابق، ص. ٥٢١ - ٥٢٢.

En droit français, voir, Droit du travail: Conseils des Prud'hommes: Améliorons la justice au travail Éd. l'Hebdo Syndical, n° 36 du 22 octobre 2009. P. 6. E. Dockes Le juge et les politiques de l'emploi. Dr. social, 2007. n° 9/10. Pp. 911-916. S. Ducamp et J. Martinez, Unicité de l'instance Prud'homale et effet extinctif immédiat de la demande écrite de désistement. JSL. Ch. n° 211-10 mai 2007. Pp. 4-6. F. Guiomard, Procédure et contentieux: La déficience de l'exécution provisoire appliquée à la matière Prud'homale, Revue de Droit du travail, juillet-août 2006. Pp. 118-120. A. Lyon-Caen, J. Affichard L'évaluation du droit du travail: Problèmes et méthodes. Rapport de synthèse, Institut International pour les Etudes Comparatives. 11 Avril 2008, p. 57 s. J-C Magendie, Célérité et qualité de la justice: La gestion du temps dans le procès. Rapport au Garde des Sceaux, Mini de la Justice. 15 juin 2004.

الأمر الذي يثير تساؤلاً حول مدى احترام العدالة في المعاملة القضائية بينهما.

١. مجانية القضاء وانخفاض تكاليف الدعوى.

في كل من التشريعين الفرنسي والسوري يقضاه العمل، قضاء منخفض التكاليف لاسيما بالنسبة للعامل، بهدف عدم إرهاقه بأية نفقات أو أعباء مادية نتيجة لجورؤهللقضاء، بحيث لا يمنع ضعه أو نقص قدرته المادية من محاولة الإفادة من الحماية القانونية المقررة له. مبدأ مستقر لكليهما، وإن كان المشرع الفرنسي قد لطف منه بعض الشيء في الآونة الأخيرة.

فمع صدور القانون المالي لعام ٢٠١١ أصبح اللجوء إلى القضاء العمالي مدفوع الكلفة بقيمة مقدارها (٣٥ €)^١، تدفع من قبل الطرف رافع الدعوى سواء أكان عامل أو صاحب عمل، الأمر الذي أثار حفيظة العديد من رجال الفقه الفرنسي، لاسيما النقابيين منهم الذين رأوا في هذا التوجه تراجعاً من مشرعهم عن مفهوم الحماية القانونية للدعوى العمالية المستقر لديه^٢، مما سيحد من إقبال العمال على اللجوء لهذا القضاء بسبب هذه التكاليف. بالنسبة للمشرع السوري، فقد بقي محافظاً على مجانية القضاء العمالي بالنسبة للعامل دون صاحب العمل^٣. وبذلك، فهو كما المشرع الفرنسي، منح حق اللجوء إلى القضاء لطرفي العلاقة التعاقدية، العامل وصاحب العمل^٤، إلا أنه، وبخلاف نظيره الفرنسي، حصر الحق

1. Loi du 29 juillet 2011, J.O. 30 juillet 2011, Article: 54. Article:1635 bis Q du code général des impôts. Une contribution de 35 € pour saisir le conseil de prud'hommes, Semaine. Jur. Soc, n° 41, 11 Octobre 2011, act. p. 366.

2. C. Politi, Faudra-t-il bientôt payer pour saisir les Prud'hommes? L'express.fr. publié le 29/07/2011.

٣. قانون العمل السوري رقم (١٧) لعام ٢٠١٠، المادتين (٧-٨).

٤. ذات المرجع السابق، المادة (٢٠٤).

في الإعفاء بالعمال والمستحقين عنهم دون غيرهم، إضافة إلى نقابات المال التي قد تجرد في هذا الإعفاء حافظاً للدفاع عن حقوقهم، دون أد حاب العمل أو ممثليهم الذين يلتزمون، في حال اللجوء إلى القضاء، بدفع الرسوم والتكاليف القضائية كاملة. فالمرشع السوري قرن ميزة الإعفاء بصفة العامل بموجب نص القانون، ودون الحاجة للبحث في الظروف المادية للعامل. قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس مفادها أن ظروف العامل المادية لا تسمح له بدفع الرسوم القضائية، بصرف النظر عن القواعد العامة المعمول بها للإعفاء في قانون الرسوم القضائية. إعفاء يشمل مختلف مراحل الدعوى، سواء أكان أمام محاكم الدرجة الأولى أو الثانية وحتى أمام محكمة النقض.¹

٢. مجانية القضاء والعدالة القضائية

مختلف التوجهات التشريعية لكل من المرشع الفرنسي والسوري يمكن البحث فيها، ذلك أنه، وبحسب رأينا، يجب التمييز بين مجانية اللجوء إلى القضاء من جهة ونفقات الدعوى القضائية من جهة أخرى. فالمبدأ الأول يجب أن يكون مصون لمختلف أطراف النزاع دون قيد أو شرط، وبدون تكاليف أو بتكاليف منخفضة. مبدأ لم يحد عنه أي من المرشعين الفرنسي

-
- = Code du travail. Article: R. 1453-2. Code de procédure civile. Article: 58. A. Arsequel, M. Mariez. La procédure devant les nouveaux conseils de prud'hommes, Petites affiches, 30 septembre 1981, Pp. 3-10, 2 octobre 1981, Pp. 10-13. Y. Desdevises, Le particularisme de la procédure prud'homale, Justices. Revue générale de droit processuel, n° 8, octobre-décembre 1997, Pp. 23-31. A. Cottreau, Les prud'hommes au XIXème siècle une expérience originale de pratique du droit, op. cit.

١. يشار أنه، وبالرغم من وضوح النص القانوني، إلا أنه يفترق للتطبيق الفعلي، فكثيراً، ومن خلال تجربتنا الشخصية في أروقة القضاء السوري، ما يلزم العامل بدفع هذه الرسوم، إما لجهله أو لجهل الموظف المسؤول. علماً بأن لا شيء يمنع، حسب رأينا، من مطالبة العامل باستردادها في حال دفعها، كونها دفعت دون وجه حق.

والسوري. أما بالنسبة لنفقات الدعوى، كنفقات التقاضي، وأتعاب المحاماة واستحضار الشهود ونفقات الخبرة وما إلى ذلك، فالإعفاء القضائي المقرر في كلا التشريعين الفرنسي والسوري لا يشملها. ولعل ذلك ما حدَّ بشكل كبير من فاعلية هذا الاستثناء، فالرسوم القضائية في مختلف الأنظمة القانونية تتسم بالانخفاض، ولعل ذلك، ما دفع المشرع الفرنسي إلى إعادة النظر في سياسة الإعفاء، بعكس الحال بالنسبة للمشرع السوري. ذلك أن إعفاء طرف دون آخر أمر فيه إخلال بمفهوم المساواة في المعاملة القضائية، وتفضيل طرف على آخر أمام النظام القضائي، بغض النظر عن مبرراته، التي قد تنفق أو تختلف حولها. سياسة قضائية ثابتة ومستقرة في النظام القضائي الفرنسي، سواء في مرحلة ما قبل القانون المالي لعام ٢٠١١، الذي كان يقر فيها بالإعفاء لطرفي العلاقة التعاقدية على السواء، العامل وصاحب العمل، أو اليوم، مع مرحلة إلغاء هذا الإعفاء من هذه الرسوم، لجهة فرض هذه الرسوم على الطرفين معاً.

سياسة تشريعية تنفق معها لأمرين: الأول مراعاة لمفهوم العدالة القضائية، الأمر الذي بيناه سابقاً، والثاني، كونها سياسة ناجعة في الحد من دعاوى الكيدية. ذلك أن هذا العبء المادي، وإن كان رمزياً، إنما يحد من إقدام الطرفان، لاسيما العامل، على التقدم بدعاوى كيدية لمجرد الرغبة بالنيل من الآخر. ولعل هذا الأمر هو الذي دفع المشرع السوري لربط هذا الإعفاء بصدق الادعاء وعدم كيديته، من خلال منح القاضي رخصة جوازية تسمح له بمطالبة العامل بنفقات ومصاريف الدعوى حال تأكده من ذلك^١.

ثانياً - في مرحلة النظر في الدعوى، قضاء عاجل

إذا كان عامل الوقت يأخذ دوراً هاماً في المرافعات القضائية بشكل عام، فإن دوره يزداد أهمية وحساسية في القضايا العمالية بشكل خاص، لاسيما بالنسبة للعامل، فكل تأخير في فصل الدعوى ينعكس سلباً على

١. قانون أصول المحاكمات السوري رقم (٨٤) لعام ١٩٥٣، المادة (٢١٣).

الوضع الاقتصادي للعامل وأسرتة، لتألي على وضعه الاجتماعي و نفسي. انطلاقاً من ذلك، قضى المشرعان الفرنسي والسوري بميزة إضافية و الدعاوى العمالية تقضي بضرورة نظرها على وجه السرعة تلافياً لكل إبطاء أو تقصير في إهمال حقوق أطرافها، لاسيما العمال^١. وإذا كان المشرعان قد اتفقا في المبدأ العام على اعتبار قضاء العمل، قضاءً عاجلاً ينظر في النزاع شكلاً وموضوعاً، وليس مستعجلاً ينظر في شكل النزاع دون موضوعه بأحكام قضائية مؤقتة^٢، فقد اختلفا في التطبيق! ففي حين دعم المشرع الفرنسي توجهه التشريعي من خلال وضع نصوص قانونية إجرائية خاصة^٣، بقى موقف المشرع السوري دون ذلك، مكتفياً بالنص على خصوصية هذه الدعوى، دون أن يكلف نفسه عناء وضع قواعد قانونية إجرائية خاصة^٤.

١. قضاء عاجل بقواعد إجرائية خاصة

بالرغم من إقرار المشرع الفرنسي بخضوع نزاعات العمل للقواعد الإجرائية العامة، إلا أنه أقر لها قواعد إجرائية خاصة تراعي خصوصيتها

١. قانون العمل السوري رقم (١٧) لعام ٢٠١٠، المادة (٢٠٦).
٢. راجع، رزق الله أنطامي، أصول المحاكمات في المواد المدنية التجارية، مرجع سابق، ص. ٢٤٨ وما بعد. محمد واصل، شرح قانون أصول المحاكمات، مرجع سابق، ص. ٢٥٤ وما بعد. في القانون الفرنسي راجع،
A. Supiot, Droit du travail, Tome IX, Les juridictions du travail, Dalloz, 1987, p. 584 s. V. L. Oulianov. À propos des conciles de prud'hommes, Dr. social. n° 1, 1998, pp. 57-61. J. Normand, Les procédures d'urgence en droit du travail, Dr. social. 1980, n° 5, pp. 45-58. J-M. Sportouch, Les recours au juge du provisoire en droit du travail, Dr. social. n° 6, 1987, pp. 503-509.
3. Code du travail. Articles: R. 1452-1 à R. 1452-6. Y. Desdevises, Le particularisme de la procédure prud'homale, Justices, préc. A. Cottreau, Les prud'hommes au XIXème siècle une expérience originale de pratique du droit, op. cit.
٤. قانون العمل السوري رقم (١٧) لعام ٢٠١٠، المادة (٢٠٧).

وطبيعتها، إن في مرحلة قضاء الموضوع، أمام مكثبي المصالحة والحكم، أو في مرحلة قضاء الشكل، أمام قاضي الأمور المستعجلة. إجراءات سمتها الاستعجال في الإجراءات والعلنية في المرافعات¹. وفقاً لهذه الإجراءات يجب، حكماً، عرض النزاع بداية على مكثب المصالحة المكون من عضوين أحدهما من العمال والآخر من أصحاب العمل، بهدف الوصول إلى اتفاق مشترك ينهي الخصومة بين الأطراف المتنازعة²، حيث يستمع عضوا

1. Code du travail. Articles: L. 1454-1 à L. 1454-3 | L. 1423-12 | L. 1423-13 | R. 1451-1 | R. 1453-3 | R. 1454-10 | R. 1463-1. Décret n° 2010-1165 du 1ère octobre 2010 relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale. L. Sébille, Sort d'une transaction constatée dans un procès-verbal établi par le bureau de conciliation, Semaine. Jur. Soc, n° 47, 23 novembre 2010, Jurisprudence, n° 1504, Pp. 37 à 39, note à propos de Soc. 29 septembre 2010. L'audience initiale, le bureau de conciliation au cœur des droits de la défense du salarié. op. cit, p. 47. A-S. Hocquet-Delajartre, La médiation dans les relations individuelles du travail: concurrence ou complémentarité avec la procédure de conciliation du conseil de prud'hommes, Les Petites affiches, 1999, n° 249, Pp. 6-10. O. Dell'asino, Pour un renouveau de la conciliation prud'homale, Gazette du Palais, 1987, p. 77. La conciliation: Une étape importante du procès prud'homal, Action juridique CFDT, n° 29, septembre-octobre 1982, Pp. 21-24 Tome. II, Doctrine, Pp. 523-528. O. Dell'asino, Les exceptions au principe de la tentative de conciliation en matière prud'homale, Gazette du Palais, 1987, Tome. II, Doctrine, Pp. 826-835. Ph. Waquet, Procédure orale ou procédure écrite en matière prud'homale, in La procédure en tous ses états. Mélanges en l'honneur de Jean Buffet, Paris, Petites affiches, 2004, Pp. 457-464.
2. Code du travail. Article: L. 1423-13. Voir, B. Gorchs, La conciliation comme enjeu dans la transformation du système judiciaire français, Droit et société, 2006 | 1, n° 62, Pp. 223-256.

المجلس إلى وجهات نظر طرفي النزاع ، محاولا أن يتوصلا إلى حل يرضيهما ، بعد الاطلاع على التقرير الذي أعده واحد أو أكثر من أعضاء المجلس خلال فترة زمنية أقصاها شهر من تاريخ تسجيل الطلب في ديوان المجلس ، وعلى أن يجتمع مكتب المصالحة بشكل أسبوعي للوصول إلى هذه التسوية^٤.

عندما لا تفضي إجراءات المصالحة إلى النتائج المرجوة ، تنقل القضية إلى مكتب الحكم المؤلف من أربعة أعضاء ، اثنان من أصحاب العمل واثنان من العمال^٥ ، يناقشون بصورة عاجلة وعلنية أطراف النزاع ، ويتخذون قرارهما بما بالأغلبية أو بالإجماع. أما في حال عدم القدرة على التوصل إلى قرار نهائي ، سواء في كامل أوراق النزاع أو في بعضها ، فإن القضية تعود للطرح مرة مجددة أمام ذات مكتب الحكم الذي سيرأس هذه المرة من قبل قاضي مهني هو قاضي محكمة الصلح ، بهدف كسر الانقسام بالتصويت والوصول إلى أغلبية ، على أن يصدر الحكم خلال ثلاثون يوما في الأحوال العادية وخمسة عشرة يوما في القضايا المستعجلة تحسب منذ تاريخ إحالة النزاع إليهم. ويمكن في جميع مراحل التقاضي ، سواء أكان أمام مكتب المصالحة أو الحكم طلب اتخاذ الإجراءات التحفظية ، طالما توافرت فيها شروط الاستعجال ، إن لجهة مصادقية الطلب أو لجهة وقف

1. Code du travail. Articles: L. 1454-2 | R. 1458-8. Voir, M. Richevaux, Quelques propos sur la rédaction des jugements prud'homaux, Méthodologie de l'élaboration du jugement, Dr. Ouvrier, n° 506, janvier 1991, Pp. 1-12.
2. Code du travail. Article: L. 1423-12. Voir, G. Soetmont et A. Dufour, Le conseiller prud'homal est-il créateur de droit ?, Cosmopolitiques, n° 8, 2004, Pp. 96-102. M. Richevaux, Quelques propos sur la rédaction des jugements prud'homaux, Méthodologie de l'élaboration du jugement, préc.

الاعتداء غير المشروع¹.

والحقيقة إن القضاء العمالي في التشريع الفرنسي، بالرغم من وضوح النص لديه بشأن موضع الاستعجال في البت بنزاعات العمل، إلا أنه لازال يعاني من طول مدة إجراءات التقاضي، لاسيما أمام محاكم القضاء العادي مما يؤخر الفصل في النزاعات. ذلك أن تسريع هذه الإجراءات أمام القضاء العمالي، يصطدم بطولها أمام محاكم القضاء العادي. فوفق الإحصائيات التي تنشرها وزارة العدل الفرنسية، وبعد أن قلصت المدة الزمنية للنظر في هذه النزاعات أمام مجلس العمل من ستة إلى تسعة أشهر في العام ١٩٩٣، بدلاً من اثنا عشرة شهراً إلى ثمانية عشرة شهراً في العام ١٩٨٣، زادت مدة التقاضي أمام محاكم الاستئناف والنقض ما بين السنة وستة اشهر للدعاوى المنظورة أمام محكمتي الاستئناف والنقض، والتي كانت تصل في العام ١٩٨٣ ثلاث سنوات أمام محكمة الاستئناف وستين ونصف أمام محكمة النقض، لتتراوح في العام ١٩٩٣ ما بين الأربع سنوات أمام محكمة الاستئناف والثلاث سنوات ونصف أمام محكمة النقض²، مما يضع الطبيعة الاستعجالية لقضاء العمل في هذا التشريع موضع نظر.

1. Code du travail. Articles: L. 1454-14 | R. 1454-29 | R. 1455-9 à R. 1455-11. P. Moussy, Où en sommes-nous de nos amours? A propos de l'affirmation du référé prud'homal comme un chemin incontournable pour une défense efficace des droits des travailleurs, Dr. Ouvrier. n° 671, juin 2004, Pp. 273-281, Le référé prud'homal, Les cahiers prud'homaux, n° 8, 2001, Pp. 1-35. M. Geoffroy et M. Keller, Paritarisme et juridiction: le cas des juridictions du provisoire au sein des conseils de prud'hommes, Dr. social, n° 12, décembre 1988, Pp. 819-833.
2. Cf. M. Keller, Le taux du litige devant le Conseil de prud'hommes, Justices. Revue générale de droit processuel, 1997, avril-juin, n° 6, Pp. 135-139.

٢. قضاء عاجل بقواعد إجرائية عامة

بعد أن قضى المشرع السوري، نصاً، بإنشاء محكمة مدنية تختص بِنِزاعات العمل الفردي، اعترافاً منه بخصوصية هذه النزاعات، عاد وأخضعها إجرائياً، وبالنص، للقواعد القانونية العامة المعمول بها في نظام الترافع في قانون أصول المحاكمات السوري مما أفرغ هذه المحكمة من كل قواعد إجرائية خاصة بها، باستثناء النص على ضرورة السرعة في فصل النزاعات المعروضة أمامها بقرار قضائي قبل للطعن بالاستئناف فقط، دون أي تحديد زمني لهذه الدلالة من السرعة^١. تأكيد عام، أثبت الواقع العملي، وأمام عدم وجود قواعد إجرائية خاصة عدم فاعليته، حيث يتراخى الفصل في القضايا العمالية في كثير من الأحيان لسنوات عديدة، ناهيك عن بطء الإجراءات القضائية أمام محكمة الاستئناف^٢.

والحقيقة، إن كان لنا رأي في موقف المشرع السوري، فهو يعيد التأكيد على ما سبق استنتاجه، بالقول بعدم وجود قضاء عمالي متخصص في التشريع السوري. فالمشرع، لم يكلف نفسه عناء وضع قواعد قانونية إجرائية خاصة لهذه المحكمة! على العكس إن التحليل القانوني لموقف المشرع السوري الحالي إنما يسجل تراجعاً في السياسة الإجرائية لقضاء العمل في التشريع السوري مقارنة مع ما كان عليه واقع الحال في تشريع العمل السابق لعام ١٩٥٩، الذي كان يقضي بأن تكون المحكمة المختصة بنزاعات العمل الفردية، باستثناء المتعلق منها بالتسريح الفردي، هي أحد محاكم الصلح المدني التي تمثل أدنى درجات السلم القضائي

١. قانون العمل السوري رقم (١٧) لعام ٢٠١٠، المواد، (٢٠٣) ← (٢٠٩).

٢. راجع، صلاح الدين النحاس، مبادئ أساسية في شرح عقد العمل وقانون العمل الموحد، المرجع السابق، ص. ٥٢٤. للاطلاع على القواعد القانونية المتعلقة بمحاكم الاستئناف في النظام القضائي السوري، راجع، محمد واصل، شرح قانون أصول المحاكمات، مرجع سابق، ص. ٧١-٧٦ - ٢٧٥ وما بعد.

وأبسطها^١. فالقانون الحالي أوكل هذ المهمة إلى محكمة تطبق، من ناحية الإجراءات القضائية، ذات الإجراءات المتبعة في محكمة الرتبة الثانية من محاكم الدرجة الأولى، "محكمة البداية المدنية"، ذات الإجراءات القضائية الأكثر تعقيداً منها من محاكم الصلح^٢. إجراء ينطوي على التعقيد في العملية القضائية أكثر منه على التبسيط! لاسيما إذا ما علمنا بأن إجراءات التقاضي أمام محاكم البداية تتنافى مع روح التشريع العمالي بنقطتين رئيسيتين: فهو، أولاً، قضاء لا يقوم على المصالحة وإنما على الحكم، بعكس الحال بالنسبة لمحاكم الصلح التي الزمها المشرع الإجرائي السوري بالسعي للمصالحة بين الطرفين. كما أنه، ثانياً، قضاء يقوم، من حيث الأصل، على تبادل اللوائح والمذكرات، بعكس الحال في محاكم الصلح، الذي يُعد بنص القانون قضاءً بسيطاً لا يخضع لتبادل اللوائح^٣ ويوجب على القاضي تعيين موعد للنظر في الجلسة فور قيد الدعوى^٤. مع العلم بأن قانون العمل الجديد قضى بإمكانية الترافع للعمال، دون أصحاب العمل، أمام محكمة البداية التي تنظر بقضايا العمل دون الحاجة إلى توكيل محام، الأمر الذي يعتبر بمثابة تعديل على إجراءات التقاضي أمام محاكم البداية التي تقتضي من حيث الأصل وجود محام للترافع أمامها^٥.

وبذلك، يمكن القول، بأن طبيعة الإجراءات القضائية في التشريع الفرنسي، وإن كانت تتفق مع نظيرتها في التشريع السوري من حيث التأكيد على السرعة في الإجراءات التقاضي، وعدم اشتراط وجود محام

1. قانون أصول المحاكمات السوري رقم (٨٤) لعام ١٩٥٣، المواد (٦٢ ← ٧٦). قانون السلطة القضائية رقم (٩٨) لعام ١٩٦١، المادة (٣٨). راجع، محمد واصل، شرح قانون أصول المحاكمات، مرجع سابق، ص. ٧٠-٧٤ - ٢٢٨ وما بعد.
2. قانون العمل السوري رقم (١٧) لعام ٢٠١٠، المادة (٧). قانون أصول المحاكمات السوري رقم (٨٤) لعام ١٩٥٣، المواد (٩٤ ← ١٠٣). راجع، محمد واصل، شرح قانون أصول المحاكمات، مرجع سابق، ص. ٧٠-٧٤ - ٢٤٤ وما بعد.
3. قانون أصول المحاكمات السوري رقم (٨٤) لعام ١٩٥٣، المادتين (١٠٠ - ١٢٩).
4. قانون العمل السوري رقم (١٧) لعام ٢٠١٠، المادة (٧). قانون أصول المحاكمات السوري رقم (٨٤) لعام ١٩٥٣، المادة (١٠٤).

للترافع أمامه بالنسبة لطرفي النزاع في التراجع الفرنسي، وللعمال فقط في
نشرية السوري. إلا أن موقف المشرع الفرنسي أكثر قرباً لروح التشريع
العمالي منه في التشريع السوري، لاسيما لجهة تبنيه إجراءات قضائية
خاصة تراعي طبيعة وخصوصية نزاعات العمل¹.

ثالثاً - في مرحلة الحكم في الدعوى، قضاء تصالحي

إذا كانت المصالحة من السمات الاستثنائية للقضاء المدني القائم
أصالة على الحكم، فإنها كذلك السمة الرئيسة للقضاء العمالي، بحيث أنه
لا يتم اللجوء إلى الحكم إلا في حال إخفاق المصالحة. مبدأ مستقر في فكر
القضاء العمالي في التشريع الفرنسي منذ بدايات تبلوره، ولا زال يبحث عن
بيئة مريحة به في التشريع السوري.

١. الأصل المصالحة، مع القبول بالحكم كاستثناء

منذ بدايتها، لم تخرج تجربة القضاء العمالي الفرنسي عن
اعتماد المصالحة كأساس قانوني ملزم لفض نزاعات العمل
الفردية، بشكل جعلت منه قضاءً قائماً بالضرورة على المصالحة² لا

1. J. Pélissier, G. Auzero et E. Dockès, Droit du travail, op. cit, p. 149 s. D. Boulmier, Oralité de la procédure et mesures d'instruction, pour un juge prud'homal metteur en scène des affaires inscrites au rôle. Dr. Ouvrier. 1999. p. 309.
2. Code du travail. Articles: L. 1454-1 à L. 1454-4 | R. 1454-7 à R. 1454-18. Pour plus d'informations voir, J. Pélissier, G. Auzero et E. Dockès, Droit du travail, op. cit, p. 126. L. Sébille, Sort d'une transaction constatée dans un procès-verbal établi par le bureau de conciliation, préc. V. Vilpasteur, Réforme des Prud'hommes. Bulletin de l'Union Départementale de Force Ouvrière du Val d'Oise. Nouvelle série. n° 73 septembre 2009. P. 6. G. Lejeune, Conseils des Prud'hommes: Le fond et la forme, inventer des solutions nouvelles. Revue Dirigeant. Un autre regard sur l'entreprise. Janvier 2009 n° 83. Pp. 4-5. T. Grumbach, Conciliation Prud'homale: Une=

الحكم¹، يجعلها الخطوة الإجبارية الأولى للتقاضي أمامه، حيث أن تجاهلها يبطل مختلف الإجراءات القضائية اللاحقة له. فلا مجال للحكم إلا في حالة الإخفاق في الوصول إلى اتفاق.

ترجمة لهذه الخصوصية، أحدث المشرع الفرنسي كل قسم من أقسام مجالس العمل مكتب خاص للمصالحة يتكون من عضوين أحدهما

=architecture processuelle bouleversée. SSL. n° 1337 janvier 2008. Pp. 14-15. B. Gorchs, Le contrôle judiciaire des accords de règlement amiable. Revue de l'arbitrage, 2008. n° 1. Pp. 33-67 K. Derouvroy, La médiation entre par la fenêtre, Dr. Ouvrier. 2002, p. 197. F. Petit, Le règlement amiable des différends sociaux, éd. l'Harmattan, 2007. D. Boulmier, Médiation judiciaire déléguée à une tierce personne et Instance Prud'homale: Nid ou déni de justice ? Dr. Ouvrier. 2002, p. 185. B. Augier, La médiation dans les conflits individuels du travail, une chance pour le patronat, un piège pour les salariés ? Dr. Ouvrier. 1999, p. 225. B. Blohorn-Brenneur, La médiation judiciaire en matière Prud'homale: Le protocole d'accord et la décision d'homologation. D. 2001. p. 254.

1. Code du travail. Articles: R. 1454-19 à R. 1454-28. Pour plus d'informations voir, C. Lefranc-Hamoniaux, Saisine directe du bureau de jugement prud'homal, Semaine. Jur. Gén, n° 41 du 11 octobre 2010, Jurisprudence, n° 1000, p. 1888, note à propos de Soc. 22 septembre 2010. Juge et Négociation: Etre (jugé) ou avoir (négocié) ? Colloque organisé par la Commission de droit social du Syndicat des Avocats de France (SAF) à l'Université de Paris-Dauphine, le 8 décembre 2007, Dr. Ouvrier, n° 718, mai 2008, Pp. 253-293. E. Serverin, Les conflits du travail au temps du jugement prud'homal, rapport de juin 2000, Revue nationale des Barreaux, n° 66/67, janvier-juin 2002, Synergie. M. Richevaux, Quelques propos sur la rédaction des jugements prud'homaux, Méthodologie de l'élaboration du jugement, préc.

من العمال والآخر من أصحاب العمل مهمته الأساسية الوصول لاتفاق مشترك بين طرفي النزاع بحيث أن هذه الأقسام تشجع الأطراف على المصالحة التي تتم بشكل شفوي غير علني، وترجم في محضر رسمي يعبر عن اتفاق التراضي الذي تم والتمتع بقوة النفاذ والإبرام بين الطرفين. لذلك، وتسهيلاً لهذه الإجراءات وتسريعاً في حسم النزاع، أكد المشرع الفرنسي على ضرورة الحضور الشخصي للخصوم، ما لم تكن هناك أسباب موجبة تمنع ذلك، ومنح المكتب القدرة على اتخاذ العديد من الإجراءات التحفظية المحددة كدفع الأجرة، أو منح سلفة أو دفعة من مستحقات العامل كضمانة لأجوره أو التعويض المستحق، طالما أنه ليس هناك خلاف جدي وحقيقي حول هذه النقاط¹.

أخيراً، يبقى أن نشير إلى أن نطاق تطبيق هذه المصالحة في التشريع الفرنسي ليس مطلقاً، حيث سمح المشرع، لطرفي النزاع، في العديد من الحالات اللجوء إلى مكتب الحكم مباشرة، دون المرور بمكتب المصالحة، كما في حال في إنهاء عقود العمال بسبب تصفية المنشأة أو تحويل عقد العمل من محدد المدة إلى غير محدد المدة، حيث يتم الطلب مباشرة من مكتب الحكم المعني، النظر في الدعوى دون المرور بمرحلة الوساطة، الذي يجب عليه الفصل في النزاع المعروض أمامه خلال شهر على الأكثر².

1. Code du travail. Articles: L. 1411-1 | L. 1423-1 | L. 1423-2 | L. 1454-14 à L. 1454-16 | R. 1423-1 | R. 1453-1. Voir, Le référé prud'homal, Les cahiers prud'homaux, préc. P. Moussy, Où en sommes-nous de nos amours? A propos de l'affirmation du référé prud'homal comme un chemin incontournable pour une défense efficace des droits des travailleurs, préc.
2. Code de commerce. Article: L. 621-125. Code du travail. Articles: L. 1245-2 | 1251-41 | D 1251-3. P. Moussy, Où en sommes-nous de nos amours? A propos de l'affirmation du référé prud'homal comme un chemin incontournable pour une défense efficace des droits des travailleurs, préc.

٢. الأصل الحكم، مع القبول بالمصالحة كاستثناء

إذا كانت تجربة المشرع الفرنسي قد اعتمدت على المصالحة كأساس لنقض نزاعات العمل الفردية، فإن موقف المشرع السوري يقف على نقيض ذلك باعتماده الحكم كأساس لفض هذه النزاعات! حيث بقي مخلصاً للنظرية المدنية في التقاضي القائمة على تغليب الحكم على المصالحة. استنتاج لا خلاف فيه، لاسيما إذا ما ربطناه بحقيقة انعدام وجود قضاء عمالي متخصص لديه، وإنما قضاء مدني، "محكمة البداية المدنية"، ينظر في القضايا العمالية بروح المشرع المدني لا العمالي، والفرق بين الأمرين كبير.

كل ذلك بخلاف واقع الحال في قانون العمل السابق لعام ١٩٥٩ الذي كان يشجع على المصالحة كأساس لفض نزاعات العمل الفردية بشكل عام، من خلال إحالة النزاع لإحدى محاكم الصلح المدنية الملزمة بتطبيق المصالحة كأساس لفض النزاعات أمامها^١، وفي قضايا التسريح الفردي بشكل خاص، من خلال المحاكم الخاصة التي تم إنشائها في ظلها والمسماة: "لجان قضايا التسريح"، التي وضع لها قواعد إجرائية خاصة تختلف عن القواعد الإجرائية العامة^٢. وإذا كان البعض يرى أن المشرع السوري الحالي قد قبل بفكرة المصالحة في بعض نزاعات العمل دون غيرها، كتلك المتصلة بقضايا التسريح الفردي. حيث سمح للعامل المسرح أو المخطر بالتسريح أن يطلب من مديرية الشؤون الاجتماعية والعمل التي يقع في دائرتها نشاط عمله التوسط من أجل تسوية هذا النزاع، والتي يتوجب عليها القيام بهذه الوساطة بهدف حل النزاع، والتي إذا لم تفلح، كان للعامل الحق بمراجعة القضاء^٣.

1. قانون أصول المحاكمات السوري رقم (٨٤) لعام ١٩٥٣، المادة (١٢٩).
2. سبقت الإشارة إلى هذه الإجراءات، راجع هامش رقم (٤٩) من هذا البحث.
3. قانون العمل السوري رقم (١٧) لعام ٢٠١٠، المادتين (٢٠٨ - ٢٠٩).

فإننا نرى خلاف ذلك، لأسباب عديدة من أهمها: الطبيعة الخاصة لهذه الوساطة كما صفتها الاختيارية، ناهيك عن عدم تحقيقها للعدالة في المعاملة القضائية بين طرفي النزاع، وصولاً إلى نطاق تطبيقها الانتقائي الضيق.

ذلك أن الطبيعة الخاصة لهذه المصالحة لا تمت بصلة لمفهوم المصالحة القضائية، وإنما ترتبط بشكل كامل بمدلولها الإداري، حيث لا تقوم بها المحكمة أو أحد أقسامها وإنما مديرية العمل المختصة، مما يجعلها تتسم بالسمة الإدارية لا القضائية. ولعل هذا الأمر، ما جعل من هذه المصالحة أمراً اختيارياً لا إلزامياً. فلا شيء يلزم العامل للجوء إليها. ذلك أنه وبصريح النص، "يجوز له (العامل) أن يطلب من المديرية التوسط من أجل تسوية النزاع القائم...". وإن كانت الطبيعة الإلزامية لهذه المصالحة ستبرز أمام المديرية، أولاً، التي ليس أمامها إلا السير في إجراءات هذه المصالحة، وأمام صاحب العمل، ثانياً، الواجب عليه الاستجابة لهذه الخطوة الإدارية. مما جعل هذه الرخصة القانونية قائمة على اللاعدالة القضائية بين طرفي النزاع. ذلك أنه يمكن للعامل، دون صاحب العمل، اللجوء فوراً إلى القضاء دون المرور بهذه المصالحة، في حين أن صاحب العمل لا خيار أمامه إلا اللجوء للقضاء، وبذلك فيما لو رغب صاحب العمل في حل النزاع ودياً ورفض العامل، فلا يمكنه إلا الانصياع لإرادة العامل، لا بل حتى مديرية العمل المختصة لا يمكنها الضغط على العامل للقبول بالمصالحة، وشأنها في ذلك شأن صاحب العمل لجهة الانصياع لإرادة العامل. وكان القانون بذلك، جعل العامل وحده، هو من يحدد المسار القانوني للدعوى، إما باللجوء للمصالحة أو القضاء، وهذا امر برأينا فيه إخلال كبير بمفهوم المساواة في المعاملة القضائية، وكان حرياً بالمشرع السوري أن يمنح هذه الرخصة الجوازية في اللجوء للمصالحة لطرفي النزاع طالما أن هناك إرادة صادقة لفض هذا النزاع ودياً، لا سيما وأنه قد قبل ذات الفكرة في إطار تسوية منازعات العمل الجماعية¹.

1. قانون العمل السوري رقم (١٧) لعام ٢٠١٠، المواد (٢١٠ ← ٢٣٢).

غير أنه وفي جميع الأحوال، هذه الرخصة الجوازية الممنوحة للعامل في اللجوء للمصالحة ليست مطلقة، وإنما تنحصر في نطاق انتقائي مقيد، يشمل فقط نزاعات العمل الفردية المتصلة بحالات التسريح الفردي ولأسباب فردية. أما باقي المنازعات العمالية سواء منها المتعلقة بإبرام العقد أو تنفيذه وحتى حالات إنهاء غير المرتبة بالتسريح، كحالات الانتهاء بالقوة القاهرة، أو انتهاء الخدمة أو ترك العمل من قبل العامل، باستثناء التسريح الفعلي أو الحكمي، فإنها لا تخضع للوساطة وإنما يتم اللجوء فيها إلى القضاء مباشرة.

رابطاً - في مرحلة تنفيذ الحكم، قضاء قائم على جواز الحكم بالنفاذ المعجل
بصدور الحكم الابتدائي من القضاء المختص، فإن المشرعان الفرنسي والسوري، ورغبة منهما في تمكين العامل، دون صاحب العمل، من الحصول على حقوقه ضمن السرعة الممكنة، خرجا عن المبدأ القانوني المستقر القائم على عدم جواز تنفيذ الأحكام القابلة للطعن بالاستئناف¹، مقرين بإمكانية تنفيذها في إطار ما سمي بالنفاذ المعجل، وإن بتمايز ملحوظ.

١. النفاذ المعجل، من الجواز إلى الوجوب

منح المشرع الفرنسي قضاء العمل الحق في تشميل الحكم الصادر عنه بالنفاذ المعجل الجوازي، سواء أكان الحكم صادر عن مكتب المصالحة أو الحكم، كما بالنسبة للقرارات الصادرة عن قاضي الأمور المستعجلة² غير أنه، إذا كان المشرع قد حدد بشكل حصري الحالات التي يمكن فيها لمجلس المصالحة إقرار النفاذ المعجل الجوازي على قراراته، فقد ترك كامل السلطة التقديرية لمجلس الحكم للحكم بالنفاذ المعجل الجوازي، مع الزامه بالحكم بالنفاذ المعجل الوجوبي في حالات محددة.

1. قانون أصول المحاكمات السوري رقم (٨٤) لعام ١٩٥٣، المادة (٢٨٩).

2. Pour plus d'informations voir, J. Pélissier, G. Auzero et E. Dockès, Droit du travail, op. cit, p. 150 s. et 153 s.

١.١. مكتب المصالحة، النفاذ المعجل الجوازي

منح المشرع الفرنسي مكتب المصالحة الحق في تشميل القرارات الصادرة عنه بالنفاذ المعجل الجوازي في حالات محددة، وبذلك فإن المكتب لا يملك السلطة التقديرية في الحكم بهذا النفاذ إلا في الحالات التي حددت له، أما في باقي الحالات، فالأمر خارج عن نطاق سلطته. وقد حدد المشرع هذه الحالات في مجموعتين: الأولى تتناول الالتزامات القانونية المفروضة على صاحب العمل، والمعتبرة بمثابة حقوق قانونية مثبتة للعامل، كحقه في شهادة العمل أو الأجر أو الإجازات أو شهادة الخبرة وما إلى ذلك. والثانية تتناول الحقوق القانونية التي لا يحتمل أن تكون موضع نزاع جندي بين طرفي الخصومة، كالمستحقات المتعلقة بالأجر وملحقاته أو التدريب والتعلم المهني، أو تعويض الإجازات أو مهلة الإخطار، أو تعويض نهاية الخدمة أو العقد، إضافة للتعويضات المرتبطة بالتسريح المستند لأسباب طبية نتيجة حوادث العمل أو الأمراض المهنية، ناهيك عن النفقات الواجبة للمحافظة على الأدلة والأدوات المتنازع عليها¹.

١.٢. مكتب الحكم، النفاذ المعجل الوجوبي

على خلاف واقع الحال بالنسبة لمكتب المصالحة، فإن المشرع الفرنسي لم يحدد لمكتب الحكم قواعد قانونية حصرية لحالات الحكم بالنفاذ المعجل الجوازي، وإنما تركها للقواعد العامة المعمول بها في قانون أصول المحاكمات التي تمنح قاضي الحكم الحق بإضفاء صفة النفاذ المعجل على قراراته حال توافر المبررات، شريطة أن لا يخالف ذلك القواعد القانونية الواجبة المراعاة². إلا أن المشرع الفرنسي، إضافة لما تقدم، أقر ويصرح النص أن على مكتب الحكم أن يحكم بالنفاذ المعجل الوجوبي في

1. Code du travail. Articles: L. 1254-14 | L. 1226-14 | L. 1243-8 | L. 1251-32.

2. Code de procédure civile. Article: 515.

بعض الحالات، من ضمنها تلك التي اعتبر الحكم بنفاذها المعجل جوازياً لمكتب المصالحة، لاسيما المرتبطة بالتزامات صاحب العمل بمنح شهادة العمل أو الأجر للعامل، أو التي تتضمن الزامه بدفع أجور العامل أو تعويضاته في حال إنهاء العقد¹.

٢. النفاذ المعجل، الجواز دون الوجوب

بتحليل موقف المشرع السوري، يمكن القول بأن سمة النفاذ المعجل لديه هي الجواز لا الوجوب، تاركاً الحكم فيها للسلطة التقديرية للقاضي، سواء أكان ذلك فيما يتعلق بمفهوم النفاذ بحد ذاته أو فيما يتعلق بضماناته². وبذلك يمكن القول، أن موقف المشرع السوري هنا، إنما يسجل تمايزاً واضحاً عن القاعدة العامة للنفاذ المعجل المتعلقة بحقوق العمال الواردة في قانون أصول المحاكمات، والتي سلب المشرع بموجبها السلطة التقديرية من القاضي مجبراً إياه على الحكم بالنفاذ المعجل الوجوبي في حالات محددة من ضمنها القرارات التي تتعلق بأداء أجور الخدم أو الصناع أو العمال أو مرتبات المستخدمين، مع ترك هذه السلطة للقاضي في طلب الكفالة من دونها³. بذلك يكون الأصل في قانون العمل عدم الحكم بالنفاذ المعجل الوجوبي ما لم يرَ القاضي خلاف ذلك، بخلاف واقع الحال في قانون أصول المحاكمات المدنية الذي جعل الأصل الحكم في النفاذ المعجل الوجوبي، وإن كان كلاهما قد اتفقا على ترك السلطة التقديرية للقاضي في اشتراط الكفالة من عدمها.

كذلك، من الملاحظ أن المشرع العمالي وسع نطاق تطبيق الحكم بالنفاذ المعجل الجوازي، ليشمل كافة مستحقات العامل تجاه صاحب

1. Code du travail. Article: R. 1454-28. Code de procédure civile. Article: 64. Voir Le référé prud'homal, Les cahiers prud'homaux, préc. Viatte, La demande en justice en matière contentieuse, Gaz. Pal, 1976, 2, 565.

2. قانون العمل السوري رقم (١٧) لعام ٢٠١٠، المادة (٧).

3. قانون أصول المحاكمات السوري رقم (٨٤) لعام ١٩٥٣، المادة (٢٩٢).

العمل، من أجور ومكافآت وأجور ساعات عمل إضافية وتعويضات ومقابل إجازات، وغير ذلك من الحقوق. في حين أن قانون أصول المحاكمات المدنية قصر نطاق النفاذ المعجل الوجوبي على مفهوم مستحقات العامل التي تنطوي تحت مفهوم الأجر فقط دون سواها من المستحقات المالية للعامل، تاركاً ما تبقى للقواعد العامة للنفاذ المعجل الجوازي. ولاشك أن موقف قانون العمل، عدا عن كونه الواجب التطبيق، هو الأكثر عقلانية، ذلك أن هذا الاشتراط هو الأقرب لروح وفلسفة تشريع العمل كونه ينطوي على حماية كافة مستحقات العمل من أجور وغيرها، طالما أن منشأها هو علاقة العمل التي تربط العامل بصاحب العمل. كذلك، فقد أحسن المشرع العمالي بهذا الاشتراط، حرصاً منه على عدم محاباة العامل بصورة مطلقة على حساب صاحب العمل، لاسيما في الأحوال التي قد يثور فيها الشك حول مصير الدعوى، أو في الأحوال التي يتبين فيها أن الظروف الاقتصادية للعامل، ربما لا تسمح له برد ما يكون قد قبضه إذا ما خسر الدعوى أمام محكمة الدرجة الثانية.

بالمقارنة، بين موقف المشرع الفرنسي ونظيره السوري، يمكن القول بأن طبيعة إجراءات التقاضي الخاصة لدى قضاء العمل في التشريع الفرنسي، أملت عليه أن يتدرج في مفهوم الحكم بالنفاذ المعجل، بين الصفتين: الجوازية أمام مكتب المصالحة، والوجوبية أمام مكتب الحكم. علماً بأن المشرع الفرنسي إنما حدّ وبشكل واضح من نطاق تطبيق هذه السلطة التقديرية لمكتب المصالحة، بقصرها على حالات بعينها. في حين أنه، منح مكتب الحكم السلطة التقديرية في فرض الحكم بالنفاذ المعجل الجوازي دون تقييد لهذه الحالات، بذات الوقت الذي ألزمه بالحكم بالنفاذ المعجل الوجوبي في حالات محددة بذاتها، مع ترك السلطة الكاملة للقاضي في كلتا الحالتين باشتراط الكفالة من عدمها. أما بالنسبة لموقف المشرع السوري، فمن الملاحظ أنه لم يقر إلا بوجود النفاذ المعجل الجوازي، مع ترك الخيار للقاضي باشتراط الكفالة من عدمها. موقف يستحق الثناء، كونه إنما يسجل تمايزاً عن النظرية العامة للنفاذ المعجل

المحددة في قانون أصول المحاكمات السوري، وينسجم بشكل أكبر مع خصوصية وطبيعة نزاعات العمل.

خامساً - في مرحلة الطعن بالحكم، بين وحدة الاجتهاد القضائي وتعدديته

مجلس العمل أو محكمة البداية المدنية لا يعدو أن يكون قرار إري منهما قراراً صادراً عن محكمة من محاكم الدرجة الأولى يخضع بدروه لإجراءات الطعن، إن أمام محكمة الموضوع الثانية: محكمة الاستئناف، أو أمام محكمة القانون: محكمة النقض^١. وإذا كان المشرع الفرنسي قد راعى هذه الهرمية الإجرائية القضائية بما يضمن وحدة القضاء العمالي لديه، فقد قصر نظيره السوري هذه الهرمية على محاكم الموضوع من الدرجة الثانية، مما أدى إلى تعدد الاجتهاد القضائي العمالي لديه.

١. اجتهاد قضائي موحد

أقر المشرع الفرنسي إمكانية الطعن بالأحكام القضائية الصادرة عن مجالس العمل أمام محكمة الموضوع من الدرجة الثانية ممثلةً بمحكمة الاستئناف بغرفتها الاجتماعية الخاصة بالنظر في القضايا العمالية، ومن ثم أمام محكمة القانون، ممثلةً بمحكمة النقض بغرفتها الاجتماعية، الخاصة كذلك للنظر في القضايا العمالية، حيث تعمل هذه الأخيرة على توحيد التشريع القضائي العمالي الفرنسي وفق ضوابط قانونية محددة. وفي سبيل ذلك، اعتبر المشرع الفرنسي أن جميع الأحكام القضائية الصادرة في قضايا العمل تخضع للطعن القضائي على درجتين أمام محكمة الاستئناف أولاً، وأمام محكمة النقض ثانياً، باستثناء الأحكام القضائية الصادرة عن مجالس العمل التي لا تتجاوز قيمتها التازعية الأربعة آلاف يورو، حيث لا تخضع هذه الأحكام إلا للطعن أمام الغرفة الاجتماعية لمحكمة الاستئناف

1. قانون أصول المحاكمات السوري رقم (٨٤) لعام ١٩٥٣، المواد (٢١٩) ← (٢٦٩).
راجع، أيمن أبو العيال، شرح قانون أصول المحاكمات، الجزء الثاني، منشورات جامعة دمشق، ٢٠٠٧، ص. ١١٧ ← ٢٦٧. في القانون الفرنسي راجع،
S. Guinchard, Droit et pratique de la procédure civile, op. cit, Pp. 1168 → 1377.

التي تصدر فيها قراراً مبرماً لا يجوز الطعن به. وعلى ذلك إذا كانت قيمة النزاع تعادل أو تتجاوز هذا المبلغ، أو غير محددة القيمة يبقى للطرفين حق الطعن بها بالاستئناف ومن ثم بالنقض أمام الغرفة الاجتماعية لكل منها¹. والحقيقة إن السياسة التشريعية التي تبناها المشرع الفرنسي تتسم بالمرونة والفاعلية، ذلك أنها قيدت إجراءات التقاضي لبعض النزاعات العمالية المنخفضة القيمة التي لا تتجاوز الأربعة آلاف يورو، بحيث تنتهي الخصومة فيها أمام الاستئناف التي تنظر في الدعوى بشكل نهائي. موقف مبرر لاسيما إذا ما علمنا أن نسبة كبيرة من هذه النزاعات، غالباً ما تنتهي بالمصالحة. أما النزاعات التي تعادل هذا المبلغ أو تتجاوزه فقد أبقاها المشرع خاضعة للقواعد العامة لجهة خضوعها للطعن أمام محكمتي الاستئناف والنقض على التوالي.

كذلك تبرز فاعلية هذه السياسة في كونها تؤمن وحدة القضاء العمالي الفرنسي بما يؤمن أكبر قدر من العدالة القضائية لديه. فمن غير الخافي الدور الكبير الذي قامت، وتقوم به، محكمة النقض الفرنسية في إرساء العديد من القواعد القانونية ذات المرجعية القضائية، والتي كان لها الدور الفاعل في الارتقاء بقواعد قانون العمل عامة، والتي شكلت بدورها

-
1. Code du travail. Articles: L. 1462-1 | R. 1461-1 | R. 1461-2 | R. 1462-1 | R. 1462-2 | D. 1462-3. Lardy-Pélissier, J. Pélissier, A. Roset et L. Tholy, Le nouveau Code du travail Annoté, op. cit, p. 463 s. J. Pélissier, G. Auzero et E. Dockès, Droit du travail, op. cit, p. 150 s. Le référé prud'homal, Les cahiers prud'homaux, préc. P. Moussy, Où en sommes-nous de nos amours? A propos de l'affirmation du référé prud'homal comme un chemin incontournable pour une défense efficace des droits des travailleurs, préc. A. Supiot, Les pouvoirs de la formation de référé, Dr. social, n° 6, juin 1986, Pp. 535-543. J. Normand, Les procédures d'urgence en droit du travail, Dr. social, mai 1980, Pp. 45-57.

إطاراً مرجعياً لكيفية نظر محاكم العمل للقضايا المعروضة أمامها^١. ناهيك عن أن هذه الإجرائية الثنائية في درجات التقاضي، تضمن لطرفي النزاع عدالة قضائية بنظر دعوهم موضوعاً على مرحلتين من قبل مجلس العمل ومحكمة الاستئناف، قبل التدقيق فيها قانناً من قبل محكمة النقض.

٢. اجتهاد قضائي متعدد

على خلاف واقع الحال في التشريع الفرنسي، فقد قصر المشرع السوري، إمكانية الطعن بالأحكام القضائية الصادرة عن محكمة البداية المدنية الناطقة بقضايا العمل على الطعن بالاستئناف دون محكمة القانون، معتبراً أن قرار محكمة الاستئناف في هذه النزاعات بمثابة القرار النهائي الذي لا يجوز الطعن به^٢. فالمشرع لم يسمح بالطعن بهذه القرارات إلا في ضوء أحكام قانون أصول المحاكمات السوري وفق القواعد المتعلقة بالطعن نفعاً للقانون التي تنصب على الطعن في المسائل القانونية لجهة حسن تطبيق القانون، دون المسائل الموضوعية المرتبطة بأصل النزاع^٣.

موقف تشريعي مستقر منذ قانون العمل السابق، وإن كان قد عيباً عليه ازدواجية الموقف القضائي لديه، حيث كانت تنظر نزاعات العمل الفردية كافة باستثناء قضايا التسريح الفردي من قبل محكمة الصلح التي كانت تفصل بالنزاعات المعروضة أمامها بقرار قضائي مبرم إذا كانت قيمة النزاع تعادل أو لا تتجاوز الألف ليرة سورية، وبقرار قضائي قابل

1. On cite comme exemple: le principe de non-discrimination, le principe d'égalité professionnelle, le principe de non-remplacement des salariés grévistes, le principe de forfait jours, le principe de protection du salarié, et le principe de protection des salariés expatriés. Pour plus d'informations voir, J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, Les grands arrêts du droit du travail, 4ème 2008. p. 34 s. J-E. Ray, Droit du travail, Droit vivant, éd. Liaisons, 2011-2012. p. 42 s.

٢. قانون أصول المحاكمات السوري رقم (٨٤) لعام ١٩٥٣، المادة (٧٩).

٣. ذات المرجع السابق، المواد (٢٥٠ - ٢٥٠ مكرر).

للاستئناف فقط في حال كانت قيمة النزاع تتجاوز الألف ليرة سورية^١. أما نزاعات العمل الفردي المتصلة بقضايا التسريح الفردي فكانت تنظر من قبل محكمة خاصة سميت: "لجان قضايا التسريح"، تفصل في النزاع بقرار قضائي قابل للطعن فقط أمام محكمة الاستئناف أيضاً^٢. ازدراجية سعى المشرع الجديد إلى تلافيتها من خلال منح الاختصاص القضائي في فض مختلف نزاعات العمل الفردية إلى محكمة واحدة هي محكمة البداية المدنية. بالرغم من ذلك فقد بقي المشرع مخلصاً لموقفه في إغلاق أبواب الطعن أمام محكمة النقض في القانون الحالي كما السابق^٣.

والحقيقة إن هذا الموقف من المشرع السوري، وإن كان البعض فسره في جانب إيجابي مفاده رغبة المشرع في وضع حد عاجل لنزاعات العمل وعدم إطالة أمدها، إلا أن هذا الأمر، لا يخلو من جانب سلبي أشد خطورة بالنسبة لنا، كونه يحرم المتقاضين من ضمان عدالة قضائية موحدة سببها عدم وجود مرجعية قانونية واحدة لمختلف هذه القضايا والنزاعات، مما لا يؤسس لاجتهاد قضائي عمالي تنهض ببلورته وتكوينه محكمة النقض السورية، مما يساهم في الارتقاء بالإطار التشريعي لقانون العمل. لاسيما إذا ما علمنا أهمية هذا المصدر كونه أحد المصادر الفاعلة لقانون العمل الذي أثبت فاعليته ويشكل كبير في التشريع الفرنسي، كما بينا سابقاً. أضف لذلك، فإن هذا التوجه القضائي من المشرع السوري، إنما يحرم المتقاضين من درجة من درجات التقاضي الهامة ألا وهي محكمة القانون. موقف تشريعي كان يجب على المشرع السوري التنبيه له بشكل أفضل.

1. قانون أصول المحاكمات السوري، رقم (٨٤) لعام ١٩٥٣، المادة (٧٥). راجع، محمد واصل، شرح قانون أصول المحاكمات، مرجع سابق، ص. ٢٨٠ وما بعد.
2. راجع، وفيق الإمام، الموجز في شرح قضايا التسريح، المرسوم (٤٩) وتعديلاته، مرجع سابق، ص. ٢٥. وما بعد. إدوار حشوة، قضايا التسريح في القانون السوري، مرجع سابق، ص. ٣٧. وما بعد.
3. قانون العمل السوري رقم (١٧) لعام ٢٠١٠، المواد (٢٠٥) ← (٢٠٧).

الغاية

عرضنا في البحث لجدلية القضاء العمالي بين التأصيل والتبعية، كواحد من أشكال القضاء الأكثر إثارة للنقاش في التشريع الفرنسي كما السوري، وذلك في ضوء دراسة قانونية تحليلية تأصيلية مقارنة، سعياً وراء تحديد هوية هذا القضاء، ومدى نجاعته في فض نزاعات العمل. حيث عرضنا لهذه الحيثية في مبحثين رئيسين وعدة مطالب. تناولنا خلالهما تحديد القضاء المختص في فض هذه النزاعات في المبحث الأول، متحدثين فيه عن المحكمة المختصة والمكلف بالفصل بالدعوى "القاضي". فبيننا، طبيعة هذا القضاء ما بين إثبات الهوية في التشريع الفرنسي، وتلمس الذات في التشريع السوري، مما انعكس على مكانته وموضعه بين القضاء العام والقضاء الاستثنائي. ثم عرضنا لخصوصية تحديد "القاضي المكلف" بالفصل بالدعوى، ما بين تكريس مدلوله الانتخابي في التشريع الفرنسي، ومدلوله الانتقائي في التشريع السوري. في المبحث الثاني، عرضنا لسمات هذا القضاء، سواء منها المتصلة ببنية القائمة على التشاركية والمهنية والحيادية كما التمثيلية. أو تلك المرتبطة بنطاق التطبيق، لجهة نطاقه الموضوعي والمكاني. أو تلك السمات المرتبطة بالإجراءات الواجبة الاتباع أمامه، بدءاً من مرحلة رفع الدعوى، مروراً بمرحلة النظر في الدعوى، ووصولاً لمرحلة الحكم في الدعوى، كما مرحلة تنفيذ الحكم، وانتهاءً بمرحلة الطعن فيه.

دراسة أفضت بنا إلى الإقرار، بالرغم من العديد من الانتقادات والشكوك، بخصوصية هذا القضاء وتفرد هفي التشريع الفرنسي بما يميزه عن نظرائه في القضاء العادي. خصوصية لا تزال تتسم بالضبابية في التشريع السوري الذي يحتاج إلى الكثير من الجهد للارتقاء بهذا القضاء.

خلاصة أملت علينا الإقرار بجملة من النتائج واقتراح مجموعة من التوصيات.

النتائج

أولاً- قضاء العمل، قضاء مهني.... بامتياز

بعيداً عن الانتقادات التي وجهت لهذا القضاء في التشريع الفرنسي والآراء المتباينة حوله، لاسيما في مراحلہ الأولى، إلا أنه استطاع وبجدارة أن يثبت تواجده في هذا التشريع، كقضاء مهني يراعي خصوصية وطبيعة النزاعات التي تتولد في بيئة العمل. حيث تُشَرَّب من القضاء التقليدي مبادئه العامة، لاسيما منها المتصلة بالحياضية والنزاهة، بذات الوقت الذي أوجد لنفسه قواعد قانونية وإجرائية خاصة، أسست لبروز وتبلور قضاء عمالي مهني يتميز في الكثير من حثياته عن نظيره التقليدي، إن في بنيته، أو في نطاق تطبيقه، كما في الإجراءات الواجبة الاتباع أمامه. وبالتالي فإن القول بفاعلية هذا القضاء ومجاعته أمر لا ريب فيه، حيث أصبح جزءاً لا يتجزأ من بنية وهرمية النظام القضائي الفرنسي.

ثانياً- قضاء العمل، قضاء مهني.... مع التحفظ!

القضاء العمالي في التشريع السوري، لا زال يبحث عن مكانته ضمن المنظومة القضائية السورية. مكانة، لا زال المشرع السوري يتردد، بقصد أو بغير قصد، عن منحه إياه! فبالرغم من المبادرات العديدة للمشرع، إلا أنها غالباً ما تتوقف عند فكرة النص القانوني، دون التطبيق العملي الفاعل على أرض الواقع من خلال إيجاد أرضية تشريعية تراعي خصوصية وطبيعة هذا القضاء، إن على المستوى الموضوعي أو على المستوى الإجرائي. حيث بقيت القواعد القانونية العامة، موضوعاً وشكلاً، هي الواجبة التطبيق في الغالب العام. موقف يضع التوجه التشريعي السوري موضع تساؤل في الكثير من الأحيان، كونه لا يؤسس لقضاء عمالي لديه، ويفرغه، إن وجد، من أية خصوصية يتفرد بها.

على ذلك، إذا كانت تجربة القضاء العمالي في التشريع الفرنسي استطاعت ويقوة أن تنسلخ عن تجربة القضاء العادي مسجلة حضوراً متميزاً ومختلفاً عن نظيرتها في القضاء العادي، فإن التجربة التشريعية السورية لاتزال في بداية عهدها، ولم تستطع حتى الآن الانعتاق

من تجربة القضاء العادي، ولا تزال تدور في فلكه، والوقت أمامها، ليس بالقصير، لكي تستطيع إثبات ذاتها وهويتها المستقلة.

التوصيات

أولاً- قضاء العمل.... من التبني التشريعي إلى التبني المجتمعي

مما لاشك فيه اليوم، أن قضاء العمل في التشريع الفرنسيقضاء مهني بامتياز على المستوى القانوني ببعديه الموضوعي والإجرائي. بالرغم من ذلك، لا زال التقبل المجتمعي لهذا القضاء، تحديداً في الأوساط العمالية، دون المستوى المأمول. بل إنه سجل تراجعاً واضحاً في الآونة الأخيرة، وفق ما يؤكدّه العديد من رجال الفقه والقانون¹، بما يثير التساؤل حول مدى قناعة المجتمع الفرنسي بنجاعته على المستوى المجتمعي، لاسيما بين طرفي العلاقة التعاقدية. الأمر الذي يحتم على المشرع الفرنسي المزيد من العمل لتقريب هذا القضاء من طرفي هذه العلاقة.

ثانياً - قضاء العمل... من التبني النصي إلى التبني التشريعي... وصولاً للتبني المجتمعي

الموقف في التشريع السوري أكثر حرجاً! ذلك أن القضاء العمالي لديه لم يحصل حتى حينه على التبني التشريعي الواضح والصريح، لكي يُطالب بالتبني المجتمعي له، فالموقف التشريعي السوري لا زال يقف عند حدود النص القانوني، دون تكلف عناء البحث في التبني التشريعي، من خلال وضع نصوص قانونية موضوعية وإجرائية واضحة تراعي خصوصية وطبيعة هذا القضاء. لذلك يجب على المشرع السوري أن يعمل ومجد لتكوين قضاء عمالي يدار بفلسفة عمالية تراعي خصوصية وطبيعة نزاعات العمل إن على المستوى الموضوعي أو على المستوى الإجرائي. كما يجب، عليه، أن يعمل ومجد لنشر الوعي بأهمية وخصوصية هذا القضاء والدور الذي يمكن أن يقوم به، إن على المستوى القاعدي، لطرفي

1. E. Lederer, Aux prud'hommes, Ça se durcit. Le Journal l'Express. Publié le 28/11/2008.

العلاقة التعاقدية، أو على المستوى المؤسساتي في الدولة صاحبة القرار لتبني سياسة تشريعية تؤمن بجدية ونجاعة هذا النظام القضائي، بما يؤمن الوصول للتبني المجتمعي له.

المراجع¹

(١) العربية

• الكتب

- أحمد السعيد الزقود، قانون العمل، شرح قانون العمل الجديد رقم (١٢) لعام ٢٠٠٣، منشورات المكتبة العصرية، مصر ٢٠٠٧.
- إدوار حشوة، قضايا التسريع في القانون السوري، بدون دار نشر- بدون تاريخ.
- أيمن أبو العيال، شرح قانون أصول المحاكمات، الجزء الثاني، منشورات جامعة دمشق، ٢٠٠٧.
- حسن كيرة، أصول قانون العمل، عقد العمل، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة ثالثة، ١٩٨٣.
- حسن محمد هند، الموسوعة القضائية في شرح أحكام قانون العمل، منشورات دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٧.
- حسين عبد الطيف حمدان، قانون العمل، دراسة مقارنة منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٣.
- دليل العمل، إصدارات وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل في الجمهورية العربية السورية، ١٩٨٢.
- رزقالله أنطاسكي، أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية الطبعة الرابعة، مطبعة الإنشاء، دمشق، ١٩٦١.
- رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح قانون العمل المصري واللبناني، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٣.
- سليمان الناصري، قانون العمل، دراسة مقارنة، منشورات المكتب الجامعي الحديث، مصر، ٢٠١٠.

1. نظراً لتعدد المراجع القانونية والفقهية في البحث، فقد تم الاكتفاء بذكر أهمها، علماً بأن كافة المراجع مسددة في متن البحث.

- سليمان الدوس، الموسوعة العمالية، بحوث ودراسات في التشريع العمالي السوري في ضوء الاجتهاد القارن، ج ٣، الطبعة لأولى، مؤسسة النوري، ١٩٩٦.
- شفيق طعمة، التقنين المدني السوري، تشريعات العمل والعمال، ملحق الجزء السادس، ١٩٩٥.
- صلاح الدين النحاس، مبادئ أساسيه في شرح عقد العمل وقانون العمل الموحد، طبعة أولى، منشورات المكتب الإسلامي بدمشق، ١٩٦٩.
- صلاح الدين سلحدار، أصول المحاكمات المدنية، منشورات جامعة حلب، ١٩٩٤.
- محمد حسين منصور، قانون العمل، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٠.
- محمد فاروق الباشا، التشريعات الاجتماعية، قانون العمل، المطبعة الجديدة، دمشق، ١٩٨٩.
- محمد شريف عبد الرحمن، عقد العمل، أركان عقد العمل، الجزء الأول، آثار عقد العمل، الجزء الثاني، منشورات دار الفكر والقانون، مصر، ٢٠١٠.
- محمد واصل، شرح قانون أصول المحاكمات، الجزء الأول، منشورات جامعة دمشق، ٢٠٠٧.
- هيثم حامد المصاورة، التشريع العمالي الإسلامي، دراسة موازنة بقوانين الدول العربية، منشورات دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٠.
- وفيق الإمام، الموجز في شرح قضايا التسريح، المرسوم ٤٩ وتعديلاته، ١٩٧٠.

• المقالات

- محمد عرفان الخطيب، "مبدأ عدم التمييز في تشريع العمل المقارن، المفهوم". بحث علمي قانوني محكم، جامعة دمشق، كلية الحقوق، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاجتماعية الاقتصادية والقانونية، المجلد رقم (٢٤) العدد الثاني، ٢٠٠٨، ص. ص. (٣٣ ← ٥٧).
- محمد عرفان الخطيب، "مبدأ عدم التمييز في تشريع العمل المقارن، نطاق التطبيق والإثبات" بحث علمي قانوني محكم، جامعة دمشق،

كلية الحقوق، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاجتماعية الاقتصادية والقانونية، المجلد رقم (٢٥) العدد الأول، ٢٠٠٩، ص. ص. (٧ ← ٥٦).

• محمد عرفان الخطيب، "مبدأ عدم التمييز في تشريع العمل المقارن، الحماية القانونية" بحث علمي قانوني محكم، جامعة دمشق، كلية الحقوق، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاجتماعية الاقتصادية والقانونية، المجلد رقم (٢٥) العدد الثاني، ٢٠٠٩، ص. ص. (٣٣٩ ← ٣٨٩).

• محمد عرفان الخطيب، الحرية التعاقدية في تشريع العمل "أزمة عقد العمل" دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والسوري. بحث قانوني محكم، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، مجلة الشريعة والقانون، العدد السابع والأربعون، حزيران، ٢٠١١، ص. ص. (٢١ ← ١٠٧). الاتحاد العام لنقابات العمال General Federation of Trade Unions منظمة شعبية ديمقراطية تضم جميع العمال المنتسبين إلى الاتحادات والنقابات المهنية القائمة في الجمهورية العربية السورية.

• محمد عرفان الخطيب، التقرير الوطني الأول للجمهورية العربية السورية حول المسؤولية الاجتماعية لقطاع الأعمال في الجمهورية العربية السورية لعام ٢٠٠٨. الفصل المتعلق بالحقوق في العمل في ضوء مبادئ الميثاق العالمي لقطاع الأعمال لعام ٢٠٠٠ وإعلان منظمة العمل الدولية بشأن المبادئ والحقوق الأساسية في العمل لعام ١٩٩٨. منشورات منظمة العمل الدولية (ILO)، المكتب الإقليمي، بيروت لبنان، ٢٠٠٩.

2) Français

• Articles

- A. Arsequel, M. Mariez. La procédure devant les nouveaux conseils de prud'hommes, *Petites affiches*, 30 septembre 1981, Pp. 3-10, 2 octobre 1981, Pp. 10-13.

- A. Cottereau, Les prud'hommes au XIX^{ème} siècle: une expérience originale de pratique du droit, *Justices. Revue général de droit processuel*, n° 8, octobre-décembre 1997, Pp. 9-21.
- A. Marnet. La réforme des conseils de prud'hommes, *Le Mouvement socialiste*, 1901, n° 55, Pp. 403-416.
- A. Supiot, Le Juge et le droit du travail, *Dr. social*, mai 1980, Pp. 59-72.
- A. Supiot, Les pouvoirs de la formation de référé, *Dr. social*, n° 6, juin 1986, Pp. 5-543.
- A. Supiot, Prud'hommes: La consécration de la réforme Boulin, *Dr. social*, n° 9-10, 1982, Pp. 595-606.
- A-S.Hocquet-Delajartre, La médiation dans les relations individuelles du travail: concurrence ou complémentarité avec la procédure de conciliation du conseil de prud'hommes, *Les Petites affiches*, 1999, n° 249, Pp. 6-10.
- C. Lefranc-Hamoniaux, Saisine directe du bureau de jugement prud'homal, *Semaine. Jur. Gén.*, n° 41, 11 octobre 2010, *Jurisprudence*, n° 1000, p. 1888, note à propos de Soc. 22 septembre 2010.
- Ch. Pigache, Le juge non professionnel des juridictions civiles, commerciales, et sociales. Juge citoyen: quel avenir ?, *Gazette du Palais*, 20 octobre 2001, Pp. 36-51.
- D. Boulmier, Oralité de la procédure et mesures d'instruction, pour un juge prud'homal metteur en scène des affaires inscrites au rôle. *Dr. Ouvrier*. 1999. p. 309.
- Dossier spécial: Election prud'homale, mode d'emploi, 1^{ère} et 2^{ème} partie, *Action juridique CFDT*, n° 190, mai-juin 2008, Pp. 9-58 et *Action juridique CFDT*, n° 191, juillet-août 2008, Pp. 8-27.

- E. Dockes Le juge et les politiques de l'emploi. *Dr. social*, 2007. n° 9/10. Pp. 911-916.
- E. Serverin et T. Grumbach, Contentieux, procédure et juridictions. Les contrôles des chefs de Cour d'appel sur l'indemnisation du temps juridictionnel des conseillers prud'hommes avant et après le décret n° 2008-560 juin 2008. *Revue de Droit du travail*, mars 2009. Pp. 180-183.
- F. Guiomard, Procédure et contentieux: La déficience de l'exécution provisoire appliquée à la matière Prud'homale, *Revue de Droit du travail*, juillet-août 2006. Pp. 118-120.
- E. Franck. Employeurs/Prud'homme. Pourquoi tant d'indifférence? *Revue Entreprise et Carrières*, n° 392 du 25 novembre au 1^{ère} décembre 2008. Pp. 22-23.
- G. Dedessus-Le-Moustier, La notion de travail de valeur égale. *Semaine. Jur. Gén*, n° 35, 30 août 2010, *Jurisprudence*, n° 850, p. 850, note à propos de Soc. 6 juillet 2010.
- Lejeune, Conseils des Prud'hommes: Le fond et la forme, inventer des solutions nouvelles. *Revue Dirigeant. Un autre regard sur l'entreprise*. Janvier 2009 n° 83. Pp. 4-5.
- L. Sébille, Sort d'une transaction constatée dans un procès-verbal établi par le bureau de conciliation, *Semaine. Jur. Soc*, n° 47, 23 novembre 2010, *Jurisprudence*, n° 1504, Pp. 37 à 39, note à propos de Soc. 29 septembre 2010.
- La nouvelle carte judiciaire en place, *Semaine. Jur. Gén*, n° 1, 10 Janvier 2011, p. 24.
- M. Pecher, L'impartialité de la juridiction prud'homale, *Dr. Ouvrier*, n° 690, janvier 2006, Pp. 5-10.

- O. Dell'asino, La mission des conseillers rapporteurs, *Gazette du Palais*, 22 octobre 1988, Pp. 636-638.
- P. Moussy, Où en sommes-nous de nos conceptions? A propos de l'affirmation du référé prud'homal comme un chemin incontournable pour une défense efficace des droits des travailleurs, *Dr. Ouvrier*, n° 671, juin 2004, Pp. 273-281.
- P. Teyssié, Confirmation du revirement de novembre 2010 en matière d'unicité de l'instance, *Semaine. Jur. Soc*, n° 19, 10 mai 2011, Jurisprudence, n° 1237, Pp. 39-40, note à propos de Soc. 9 mars 2011.
- Ph. Waquet, Procédure orale ou procédure écrite en matière prud'homale, in *La procédure en tous ses états. Mélanges en l'honneur de Jean Buffet*, Paris, *Petites affiches*, 2004, Pp. 457-464.
- S. Brissy Indemnisation des conseillers prud'hommes, *Semaine. Jur. Soc*, n° 51, 20 Décembre 2011, p. 1593.
- S. Brissy, Détermination de la juridiction territorialement compétente, *Semaine. Jur. Soc*, n° 14, 5 avril 2011, Jurisprudence, n° 1191, Pp. 37 à 39, note à propos de Soc. 16 février 2011.
- S. Brissy, Le juge de l'action et juge de l'exception, *Semaine. Jur. Soc*, n° 15, 10 Avril 2012, p. 1172.
- S. Brissy, Principe «compétence-compétence»: exit en matière prud'homale, *Semaine. Jur. Soc*, n° 5, 31 Janvier 2012, p. 1049.
- T. Lahalle, Appréciation de l'impartialité du juge social, *Semaine. Jur. Soc*, n° 12, 20 Mars 2012, p. 1130.
- Une contribution de 35 € pour saisir le conseil de prud'hommes, *Semaine. Jur. Soc*, n°41, 11/10/2011, p. 366.

- Y. Leroy, La compétence territoriale du Conseil de prud'hommes en droit interne, *Les chroniques de jurisprudence sociale*, n° 29, Nancy, Centre d'étude et de recherche de l'Institut régional du travail, 2004, p. 16.
- **Ouvrages, Traités et Thèse**
 - B. Lardy-Pélissier, J. Pélissier, A. Roset et L. Tholy, Le nouveau Code du travail Annoté, Collection les Codes RF, Groupe Revue Fiduciaire, 31ème 2011.
 - E. Dockès, A. Jeammaud, A. Lyon-Caen J. Pélissier, Les grands arrêts du droit du travail, 4ème éd, Dalloz. 2008.
 - F. Kernaleguen, Institutions judiciaires, 4ème éd, 2008, Litec, éd. J-C.
 - Juris. Classeur Travail Traité, Fasc. 80-10 à 82-30: Contentieux, Présentation, Contentieux Prud'homal, Compétence Prud'homale. Cote: 05, 2011. Fasc. 15-94: Protection, Domaine D'application, Cote: 04, 2009. Fasc. 81-10: Conseil De Prud'hommes, Fonctionnement. Cote: 03, 2009.
 - J. Bouveresse, Des élections malgré tout: l'histoire mouvementée des conseils de prud'hommes, L'élection des juges. Étude historique française et contemporaine, Paris, PUF, 1999.
 - J. Gouffier, Des conseils de prud'hommes: organisation, compétence, procédure, Thèse de Droit, Paris, 1897.
 - J. Larguier, Procédure civile - droit judiciaire privé, 16ème éd, Dalloz, 1998.
 - J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, Droit du travail, 23ème éd. Dalloz, 2006.
 - J. Pélissier, G. Auzero et E. Dockès, Droit du travail, 26ème éd. Dalloz, 2012.

- S. Guinchard, Droit et pratique de la procédure civile, 6ème éd. Dalloz, 2010.
- **Rapports, Mélanges, Colloques et Journées d'Etudes,**
 - Actes du Xème anniversaire du Conseil Supérieur de la Prud'homie: 23 novembre 1995, Docu. Française, 1996.
 - Conseil supérieur de la prud'homie, Annuaire des conseillers prud'hommes 1998, Paris, Docu. Française. 1999.
 - Élections prud'homales de 1979 et 1982: difficultés pratiques et juridiques, Docu. Française, 1988.
 - Institut Supérieur du Travail, Les juridictions du travail dans les Etats de la CEE, étude demandée par le Conseil Supérieur de la Prud'homie, Docu. Française, 1993.
 - Juge et Négociation: Etre (jugé) ou avoir (négocié) ? Colloque organisé par la Commission de droit social du Syndicat des Avocats de France (S.A.F.) à l'Université de Paris-Dauphine, le 8 décembre 2007, Dr. Ouvrier, n° 718, mai 2008, Pp. 253-293.
 - L'évaluation du droit du travail: Problèmes et méthodes. Rapport de synthèse, Institut International pour les Etudes Comparatives. 2008.
 - L'audience initiale, le bureau de conciliation au cœur des droits de la défense du salarié. Colloque organisé par la commission de droit social du Syndicat des Avocats de France (S.A.F) à l'Université de Paris-Dauphine, le 10 décembre 2005, Dr. Ouvrier, mai 2006, n° 694, p. 47.
 - Les bonnes pratiques prud'homales, Colloque organisé par la Commission de droit social du Syndicat des Avocats de France (S.A.F.) à l'Université

de Paris-Dauphine le 6 décembre 2003. Dr. Ouvrier, n°668, mars 2004.

- Le conseil de prud'hommes au présent, le conseil de prud'hommes autrement: actes du colloque, 8 octobre 2002, Université Nancy II, organisé par le Centre d'étude et de recherche de l'Institut régional du travail de Nancy, 2003.
- Le conseiller prud'homme, in L'indépendance de la magistrature en France et en Italie, actes du colloque, 3 et 4 avril 1998, organisé par le Centre d'études juridiques comparées et le Centre de recherches italiennes de l'Université de Paris XX, Nanterre, Paris, Dalloz. Versailles, Revue juridique des Barreaux, 1999, Pp. 83-87.
- Les conseils prud'hommes en France et en Belgique, Revue de droit commercial, industriel, et maritime, 1890, Pp. 169-192. Université de Poitiers. UFR de droit et sciences sociales, Le conseil de prud'hommes, une juridiction originale au sein de l'Europe, journées d'études, Poitiers, 21 mai 1999, Paris: PUF, 2000.
- Les Prud'hommes: Actualité d'une justice du travail, colloque organisé au Palais d'Iéna, les 7 et 8 novembre 2006, publication, Ministère de l'Emploi, 2006.
- Quelques réflexions sur les conseils de Prud'hommes et la procédure prud'homale in Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drai, Paris. Dalloz, 2000, Pp. 343-354

تحليل أثر العلاقة التشابكية بين التأمينات الإجتماعية والموازنة العامة

على تحقيق إستدامتها المالية في مصر

دكتور / محمد جلال محمد خطاب

مدرس الأقتصاد العام - قسم المالية العامة

كلية التجارة، جامعة الإسكندرية

مقدمة

نشأت فكرة التأمين الإجتماعي لحماية الإنسان ضد الخطر الإجتماعي، وبالتالي تصبح الحماية الإجتماعية هي ما تمنحه نظم التأمين الإجتماعي لأفراد المجتمع، وتمثل في السياسات والبرامج التي تحد عن الفقر وتعزز قدرة الأفراد على حماية أنفسهم ضد المخاطر التي يسببها إنقطاع أو فقدان الدخل، وذلك بسبب تحقق أحد المخاطر المؤمن ضدها وهي (بلوغ سن التقاعد، العجز الوفاة، الإصابة المرض، البطالة).

ويصبح نظام التأمينات الإجتماعية مسئول عن تأمين المواطنين في الأجل الطويل، ويرتبط هذا النظام بشكل كبير بالإستثمار الذي يعد هنا أحد صور الإدخار الإجباري، وبالتالي يعد إستثمار هذه الأموال من أهم الركائز التي يجعل النظام قادراً على الوفاء بإلتزاماته تجاه الممولين في الوقت الحالي وفي المستقبل.

وبالنظر إلى التأمينات الإجتماعية في مصر نجد أنها أثارت جدلاً، إلا أنه لا يمكن القول فإن هذا الجدل أفرز عدداً من الإقتراحات الموضوعية التي يمكن الإستفادة منها في رسم إصلاح للنظام التأميني المصري. فقد إنصب الجدل بشكل أساسي على دور الحكومة تجاه المال الإحتياطي للتأمينات، ليتخذ هذا الجدل وجهتين متعارضتين، الأولى؛ يرى أنه

1 د. محمد جلال محمد خطاب، مدرس بقسم المالية العامة، كلية التجارة، جامعة الإسكندرية.

الوضع الراهن بفرض تولي الكومة متمثلاً في وزارة المالية إدارة النظام التأميني، بينما الثاني يرى عودة أموال التأمينات لصندوق التأمينات الإجتماعية دون أن يضع حلولاً عملية للتعامل مع هذه الأموال.

(١) مشكلة الدراسة

تمثل مشكلة الدراسة في مدى قدرة نظام التأمينات الإجتماعية في مصر على الإستدامة المالية في الأجل الطويل، والتي تعني قدرة النظام على الإستمرار والتواصل في الوفاء بالتزاماته تجاه مموليه في الأجل الطويل، في ظل العلاقة التشابكية بين أموال التأمينات والموازنة العامة للدولة وبنك الإستثمار القومي، ومجموعة التحديات المختلفة التي تواجه النظام التأميني سواء في جانب الإستراكات أو المزايا أو توظيف المال الإحتياطي.

(٢) هدف الدراسة

في ضوء إشكالية الدراسة على النحو سالف الذكر يصبح هدف البحث هو تبيان إمكانية تحقيق الإستدامة المالية لنظام التأمينات الإجتماعية في مصر في الأجل الطويل من خلال إقتراح آلية لعمل النظام التأميني تهدف إلى القضاء على التحديات التي تواجه هذا النظام وفك التشابك بين أموال التأمينات والموازنة العامة للدولة، بما يؤدي إلى تعظيم المزايا الممنوحة للأفراد المؤمن عليه والوصول بنظام الإستراكات إلى وضع مناسب للمشاركين.

(٣) فرض البحث

ثمة فرض أساس يعمل الباحث على التثبيت من صحته، وينصرف هذا الفرض إلى أن العلاقة التشابكية بين التأمينات الإجتماعية والموازنة العامة أدت إلى صعوبة تحقيق الإستدامة المالية لنظام التأمينات الإجتماعية في مصر.

(٤) خطة الدراسة

وسعيًا لتحقيق هدف البحث وإختيار فرضيته فإن خطة الدراسة سوف تتضمن ثلاثة مباحث رئيسية تشمل الآتي:

المبحث الأول: الأسس الاقتصادية لنظام التأمينات الإجتماعية.
المبحث الثاني: التحديات التي تواجه النظام التأميني المصري.
المبحث الثالث: تحليل أثر العلاقة التشابكية بين نظام التأمينات الإجتماعية والموازنة العامة للدولة على تحقيق الإستدامة المالية للنظام في مصر.

المبحث الأول

الأسس الاقتصادية لنظام التأمينات الإجتماعية

نتناول في هذا المبحث النقاط التالية:

النقطة الأولى: المفاهيم الأساسية لنظم التأمينات الإجتماعية.
النقطة الثانية: ضوابط توظيف المال الإحتياطي لنظم التأمينات الإجتماعية.

النقطة الثالثة: ضوابط جانب التمويل (الإشتراكات).

النقطة الرابعة: ضوابط المزايا التي يقدمها النظام التأميني.

النقطة الأولى: المفاهيم الأساسية لنظم التأمينات الإجتماعية

يعد التأمين الإجتماعي Social insurance أحد عناصر مدخل الإشتراكات المسبقة، والذي يتضمن أيضا التأمين ضد الأخطار المهنية occupational disease scheme، وصناديق الإِدخار Provident funds scheme. كما أن مدخل الإشتراكات المسبقة يعد أحد مدخلين للضمان الإجتماعي، والمدخل الآخر هو مدخل الإعانات الإجتماعية القائم على عدم وجود إشتراكات مسبقة، ويتضمن هذا المدخل كل من برنامج المساعدات الإجتماعية Social assistance scheme الذي يعد صورة من صور برامج الرفاهة welfare programs، وبرنامج الحماية الإجتماعية Social protection scheme سواء من مصادر طبيعية كالزلازل والفيضانات والأمراض أو من صنع الإنسان كالبطالة والأضرار

التي تلحق بالبيئة¹. وهكذا يتضح أن التأمين الإجتماعي جزء برامج الضمان الإجتماعي Social security².

ورغم أن التأمين الإجتماعي جزء من النظام الأشمل وهو الضمان الإجتماعي، إلا أنه من أكثر النظم شيوعا سواء في الدول المتقدمة أو النامية، نظرا لكونه مفهوما فلسفيا يضيق ويتسع ويختلف من دولة لأخرى وفقا لظروفها السياسية والإجتماعية والاقتصادية، الأمر الذي يجعل هناك صعوبة في وضع تعريف محدد له يمثل صياغة عامة لكافة إستراتيجيات التأمين الإجتماعي في الدول المختلفة³.

ومع ذلك وردت عدة تعريفات لنظم التأمينات الإجتماعية سواء من جانب الدول المختلفة أو المنظمات الدولية ومن أهمها صندوق النقد الدولي، والبنك الدولي، ومنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، والإتحاد الأوربي، الأمم المتحدة. ولم يتم التفرقة بين مفهوم التأمين الإجتماعي في الدول النامية والدول المتقدمة⁴.

-
- 1- لمزيد من التفصيل فضلا راجع
- منى إبراهيم محمود إبراهيم، "دراسة تحليل لاقتصاديات نظم التأمينات الإجتماعية والمعاشات: دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، قسم الاقتصاد والتجارة الخارجية، كلية التجارة وإدارة الأعمال، جامعة حلوان، ٢٠٠٨، ص ١٤ - ١٩.
 - Ball, Robert m., "Social insurance and the right to assistance", in "Social insurance and social justice", New York, Springer publishing company, 2009, P.20
 - 2- Rejda, George E., "Social insurance and economic security", USA: PRENTICE - Hall, Inc, 3th edition, 1999, P.10, 11.
 - 3- على محمد حسن أحمد، "واقع التأمينات الإجتماعي في مصر"، ورقة مقدمة لمؤتمر التأمينات الإجتماعية بين الواقع والمأمول، جامعة الأزهر، القاهرة، ١٢ - ١٥ أكتوبر ٢٠٠٢، ص ٤.
 - 4- Mitchell, Olivia S. and Fields Justino, Gray S., Designing pension system for developing countries", Pension Research Council, April, PRCWP 1995 - 14, 1996, pp 3-5.

فهناك محاولات لإيجاد تعريف لمفهوم التأمينات الإجتماعية من حيث الهدف الذي تسعى لتحقيقه وأخرى لإيجاد تعريف من حيث وسائل الخاصة والمستخدمه لمقابلة المخاطر الإجتماعية، وأخرى تجمع بين الهدف والوسائل. وأوضح أنصار الإتجاه الأول أنه مهما كان النظام الاقتصادي السائد سواء كان رأسمالي أو اشتراكي فإن الأهداف العامة لتأمين الإجتماعي تظل في خطوطها العريضة واحدة بلا تغيير متمثلا في ضمان الأمن الاقتصادي لأفراد المجتمع من خلال دراسة آثار المخاطر المختلفة على حياة الأفراد وتداركها وبالتالي يعرفون التأمينات الإجتماعية بأنها "مجموعة الوسائل التي تستخدم من أجل ضمان الأمن الاقتصادي لأفراد المجتمع". ومؤيدو هذا التعريف يرون أنه لا يمكن الأعتداد علي الوسائل والسياسات المتبعة في مواجهة الخطر، نظرا لأنها تتباين وتنوع حسب إختلاف وتباين المجتمعات البشرية ليس هذا فحسب بل حسب درجة التطور التي شهدتها كل مجتمع. ولكن يعاب على التعريف السابق أنه يشمل وصف لكافة الأنظمة التي تعمل على تحقيق السياسة الإجتماعية للدولة، وبالتالي ضياع ذاتية نظام التأمينات الإجتماعية، والدليل أنه يمكن القول أن هدف السياسة الإجتماعية للدولة توفير عمل يدر دخلا لأفراد المجتمع في سبيل مكافحة البطالة على أن يكون هذا الهدف يفى بمتطلبات الفرد، أما التأمينات الإجتماعية فتعمل على إنجاز ما لم تنجح سياسة العمالة والأجور في ضمان تأمين الفرد من الوفاء بمتطلباته، وبالتالي فالدولة تهدف لتحقيق الأمان الاقتصادي لأفراد المجتمع وتكون التأمينات الإجتماعية هي النظام المتسع لتحقيق هذا الهدف، ولكن لا يمكن لهذا النظام وحده تحقيق هذا الهدف دون سائر النظم الأخرى، الأمر الذي يبرز أن هذا التعريف واسع لا يصلح وحده كأساس للتعريف.

1 أحمد حسن البرعي، "المبادئ العامة للتأمينات الإجتماعية وتطبيقاتها في القانون المقارن"، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٣، ص ٥٣.

أما أنصار الإتجاه الثاني فقد اتخذوا من الإنتقادات الموجهة للتعريف السابق توجه نحو تعريف التأمينات الإجتماعية اعتماداً على الوسائل والأساليب المستخدمة لمواجهة المخاطر الإجتماعية معتمدين في ذلك على العلاقة التي تربط بين التأمينات الاجتماعية والمخاطر التي يعمل النظام على التقليل من آثارها من خلال منح التعويضات ومن هنا يمكن تعريف التأمينات الإجتماعية بأنها "مجموعة الوسائل الوقائية والعلاجية المقررة لحماية الأفراد من المخاطر الإجتماعية وتحقيق الأمن الاقتصادي لهم"¹، وهذا التعريف أيضا يتسم بالتوسع مما يفقد النظام ذاتيته، لذا ظهر أنصار الإتجاه الثالث الذين يمزجون بين الإتجاه الأول والثاني. وفي ضوء الخصائص التي تتسم بها التأمينات الإجتماعية حاول البعض² وضع تعريف للتأمينات الإجتماعية بأنها "نظام إجتماع قانوني يهدف لتحقيق الأمن الإجتماعي والسياسي لأفراد المجتمع في حالة تعرضهم لأحد المخاطر المهنية أو الإجتماعية وذلك عن طريق استخدام مجموعة من الأساليب الفنية تعمل على إعادة توزيع الدخل القومي بشكل أكثر عدالة".

ومن أهم تلك التعاريف التعريف الوارد بدليل نظام الحسابات القومية، لأنه دليل يشترك في وضعه العديد من المنظمات سالفه الذكر، الأمر الذي يشير ضمناً إلى أنه تعريفاً جامعاً لرؤي تلك المنظمات كافة، والذي يشير إلى نظم التأمينات الإجتماعية بأنها "تلك النظم التي تدفع فيها الإشتراكات الإجتماعية عن طريق العاملين أو أصحاب العمل نيابة عن العاملين بغرض حصول المؤمن عليهم على المزايا التأمينية سواء في الفترات الحالية أو المستقبلية"³.

1 المرجع السابق، ص ٥٥.

2 أمنية خيرى إبراهيم، "الإستدامة المالية لنظام التأمينات الإجتماعية في مصر"، قسم الاقتصاد. كلية التجارة، جامعة عين شمس، ٢٠٠٨، ص ١٢.

3 System of National Accounts, 1993 <http://www.oecol.org>

ورغم كثرة التعاريف التي وردت في شأن نظام التأمين الإجتماعي، إلا أنها ليست جامعة لكافة الخصائص التي تشترك فيها تلك النظم والتي يتم الإعتماد عليها في تصميمها. وتتمثل أهم خصائص التأمين الإجتماعي في تغطية الإلزامية القانونية فيما عدا الفترة الإنتقالية لتطبيق النظام التأميني، فإنه يتم الحصول على المنافع من المساهمات المرتبطة بالبرنامج، بطريقة الحصول على المنافع محددة قانوناً، المنافع التي يحصل عليها الفرد ليس من الضروري أن تكون مرتبطة مباشرة بالمساهمات التي دفعها أو التي دفعت لصالح ذوي الموارد المالية غير الكافية. هناك خطة محددة لتمويل المنافع التي يتم تصميمها لتكون كافية لإعتبارات الأجل الطويل. التكلفة يتم تحميلها بواسطة المساهمين ويكون العامل أو صاحب العمل أو الأثنين. يتم إدارة الخطة أو على الأقل تحت إشراف الحكومة. الخطة لا يتم وضعها بواسطة الحكومة بمفردها¹:

وبصفة عامة يعتمد أي نظام للتأمين الإجتماعي على عنصرين، الأول: الإشتراكات التي تدفع عن الدخل المكتسب، والثاني: المزايا التي يتم الحصول عليها إذا وقع الخطر الإجتماعي²، والمتمثل في الأحداث أو الظروف التي تؤثر سلباً على رفاهية الأفراد سواء من حيث زيادة أعبائهم أو تخفيض دخولهم³، وتعد الشيخوخة والعجز والوفاة والمرض والإصابة والبطالة أهم الأخطار الإجتماعية التي يظل احتمال وقوعها للفرد قائماً بوجوده على قيد الحياة. وبداخل هذين العنصرين توجد العديد من

- 1- Inductivo, Hector, "Social insurance: Theoretical Background", Asian development bank institute, seminar on social protection for poor in Asia and Latin America, Manila, Philippines, 21-25 October, 2000, P.4.
- 2- Banks, James & Emmerson, Carl, "Public and Private Pension Spending: Principles, Practice and the need for reform", Fiscal studies, Vol.21, No.1, 2000, PP. 1-3.
- 3- IMF, "Government Finance Statistics Manual", Ch.2, Social protection, 2001, P.18.

الهيكل المختلفة لنظم التأمينات الإجتماعية ، والتي يمكن تصنيفها وفقاً لإعتبرات عدة أهمها :

الأعتبار الأول: الطريقة المتبعة لتمويل نظم التأمين الإجتماعي.

الأعتبار الثاني: الطريقة المتبعة لتحديد قيمة المزايا التي تتيحها نظم التأمين الإجتماعي.

الأعتبار الثالث: الجهة المسؤولة عن إدارة أموال التأمينات الإجتماعية.

الأعتبار الأول: الطريقة المتبعة لتمويل نظم التأمين الإجتماعي

تلعب طريقة التمويل دوراً هاماً في تحديد نوع النظام التأميني المتبع ، حيث يتوقف عليها كل من طريقة إدارة النظام والإستثمار ومزايا النظام ، أي أن طريقة التمويل تمثل الأساليب المختلفة التي يتم بها تقدير تكاليف المزايا وكيفية تغطيتها^١. ويمول النظام التأميني بعدة طرق مختلفة تتمثل في الآتي :

(١) نظام التمويل المرحلي (التوزيعي):

Pay – As – You – Go System (PAYG)

وفقاً لهذا النظام يتم تمويل المعاشات المستحقة للمتقاعدين حالياً بإستخدام حصيلة الإشتراكات الجارية التي تقوم الحكومة بتحصيلها من العاملين الحاليين ، الأمر الذي يعني حدوث تداخل بين الأجيال في ظل هذا النظام ، لذا يطلق عليه النظام غير الممول بالكامل **Unfunded system** كما يطلق عليه نظام التمويل التوزيعي لما ينتج عنه من إعادة التوزيع فيما بين الأجيال^١ ، بل أنه يطلق عليه نظام الموازنة السنوية ، نظراً لأن طبيعة هذا النظام تفرض التوازن الدائم بين المتحصلات والمدفوعات

1 صفوت حميدة ، إستثمار أموال صناديق المعاشات في مصر بين الواقع الدولي والتحديات المتوقعة ، ورقة مقدمة إلى مؤتمر التأمينات الإجتماعية بين الواقع والمأمول ، مركز صالح عبد الله كامل للاقتصاد الإسلامي ، جامعة الأزهر ، ١٣ - ١٥ أكتوبر ، ٢٠٠٢ ، ص ١.

2- Banks, James & Emmerson, Carl, Op., Cit., P.16.

السنوية المتوقعة^١. ومع ذلك يتطلب هذا النظام وجود صندوق صغير للإحتياطيات لمقابلة الزيادة غير المتوقعة في الإنفاق أو الإنخفاض في الدخل^٢.

ويمتاز هذا النظام بتجنب مشكلة إستثمار الإحتياطيات، نظراً لإفتراضه عدم وجود هذه الإحتياطيات أصلاً، كما يمثل حلاً لمشكلة تمويل الزيادة في النفقات والمزايا المقابلة للتغير في نفقات المعيشة الناتجة عن التضخم. بالإضافة إلى تحقيق التكافل الإجتماعي ليس بين أبناء الجيل الواحد فقط، ولكن أيضاً بين أبناء الأجيال المتعاقبة^٣. وبالرغم من ذلك يعاب عليه تولد شعور بعدم الأمان أو الثقة، نظراً لعدم إمتلاك النظام لهيكل تمويلي ثابت، وبالتالي خضوعه للعديد من التغيرات في القواعد المنظمة سواء من حيث التغير في الإشتراكات أو في المزايا، كما يخلق حالة من عدم التأكد عن مدى دقة وكفاية المزايا في المستقبل^٤. أضف إلى ذلك التأثير الشديد بالتغير في الهيكل السكاني وهنا نفرق بين حالتين^٥:

١- الحالة الأولى: إنخفاض معدلات المواليد أو زيادة توقع الحياة أو كلاهما، الأمر الذي يعني تمتع الدولة بهيكل سكاني شاب صغير، وبالتالي زيادة أعباء النظام نتيجة نقص الموارد نتيجة لإنخفاض عدد الداخلين الجدد، وزيادة النفقات نتيجة زيادة توقع الحياة وزيادة فترة الإنتفاع. ويتم تغطية العجز من خلال تعديل معدل الإشتراك بصفة دورية.

٢- الحالة الثانية: تمتع الدولة بهيكل سكاني شاب كبير، وبالتالي تزيد الإشتراكات المحصلة الجارية عن المعاشات المستحقة حالياً، وهذا الفائض

1- Population Reference Burea, "Social Security System around the world", Available at:www.prb.org

2- Inductivo, Hector., Op., Cit., P. 37.

3- معهد التخطيط القومي، "المعاشات والتأمينات الإجتماعية في جمهورية مصر العربية: الواقع وإمكانات التطوير"، سلسلة قضايا التخطيط والتنمية، رقم ١٨٩، يونيو ٢٠٠٦، ص ٧.

4- صفوت حميده، مرجع سبق ذكره، ص ٣، ٤.

5- أمنية خيرى إبراهيم، "الإستدامة المالية لنظام التأمينات الإجتماعية في مصر"، مرجع سبق ذكره، ص ٣٨ - ٤٠.

يتعين استثماره بما يتفق مع مصالح العاملين المشتركين في النظام وأصحاب المعاشات ، ولا يجوز للحكومة تمويل استثماراتها أو تغطية عجز الموازنة من هذا الفائض.

(٢) نظام التمويل بالكامل (تراكمي):

Fully funding system (Accumulative)

وفقاً لهذا النظام يتم تسديد مدفوعات التقاعد من صندوق تراكم فيه الأصول المالية من إشتراكات العاملين ومساهمات أصحاب الأعمال على مدى فترة تمتد لسنوات حسب تدفق الإشتراكات الداخلة من العاملين الجدد مقارنة بالنفقات التي تنفق على المتفعين الحاليين أو المتوقعين ، وبما يسمح بتكوين فائض أو احتياطي يتم استثماره بصورة كفاء لضمان المحافظة على القيمة الحقيقية للمدفوعات التقاعد أو المعاشات المستحقة للأفراد ، فضلاً عن تحقيق الاستقرار في معدلات الإشتراكات مما يساهم في تطوير سوق رأس المال بما يوفره من مدخرات التمويل طويلة الأجل. وتلجأ الدولة لهذا النظام ليس فقط لتمويل المزايا وإنما لتنفيذ الاستثمارات القومية وتمويل خطط التنمية^١.

ونظراً لأن قيمة الاستثمارات وعائدها غير معروف مسبقاً فإن قيمة الإشتراكات تكون غير ثابتة ، ومع ذلك فإنه في بداية عمر النظام يكون معدل الإشتراكات أعلى بكثير من معدل النفقات ، وبالتالي يتحقق فائضاً يتم استثماره ومع نمو النظام تزداد النفقات حتى تتساوى مع الإشتراكات ، ومع زيادة نمو النظام يزيد معدل النفقات عن معدل الإشتراكات ، ويتم استخدام عائد الاستثمار للمبالغ المتراكمة طوال الفترة

١- لمزيد من التفصيل فضلاً راجع

- هدى مجدي السيد ، "التأمينات الإجتماعية ومستوى المعيشة في مصر ١٩٩١/٩٠ - ١٩٩٦/٩٥" ، مجلة مصر المعاصرة ، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع ، العدد ٤٤٩ - ٤٥٠ ، ١٩٩٨ ، ص ٦٧.
- أمنية حلمي ، "تطوير نظام المعاشات في مصر" ، المركز المصري للدراسات الاقتصادية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ٣.
- صفوت حميدة ، مرجع سبق ذكره ، ص ١.

السابقة في سداد هذا العجز في التمويل¹. لذا يتم المراجعة من حين لآخر بواسطة الخبراء الإكتواريين لتعديل قيمة الإشتراكات بما يتفق مع وضع إستثمارات الصندوق والعائد عليه وبما يضمن تغطية المدفوعات في المستقبل. وهنا يتحمل كل جيل تكلفته الكاملة من المزايا الحالية والمستقبلية². ومن الناحية المالية يعد نظاماً ممولاً بالكامل في حالة تساوي القيمة السوقية للأصول التي يمتلكها النظام مع القيمة الحالية للمدفوعات المستقبلية³.

ورغم المزايا سالفة الذكر بالإضافة لتجنبها عيوب النظام السابق وخاصة المرتبطة بالهيكل الديموغرافي للسكان، إلا أن هذا النظام يؤخذ عليه إرتفاع معدلات الإشتراكات سواء التي يتحملها العامل أو صاحب العمل أو كلاهما مما يضر بالاقتصاد القومي ويؤثر على مصلحة الفرد والمنشأة، ناهيك عن خلق الحافز نحو سوء استخدام تلك الإحتياطات خاصة أنها في بعض الأحيان قد تزيد عن الطاقة الإستيعابية للاقتصاد القومي.

(٢) نظام التمويل الجزئي Partial funding

وفقاً لهذا النظام يتم تقدير النفقات خلال فترة متوسطة الأجل قد تكون من خمس إلى عشر سنوات أو حتى خمسة عشر عاماً، ثم يتم توزيع هذه النفقات على الأجيال الموجودة خلال تلك الفترة، وتمول النفقات كل سنة من خلال الإشتراكات، بالإضافة إلى عائد الإستثمار

1- مها محمود رمضان، "نظم المعاشات وأثرها على الاقتصاد المصري"، الإدارة المركزية للبحوث المالية والتنمية الإدارية، وزارة المالية، مجلة البحوث المالية، ٢٠٠٧، ص ١٧٣.

2 Taulbee, N., "The Benefits of a fully funded social security system", the park place economist, Vol.VII, 2000, P.53.

3 Bohn, H., "Should public retirement plans be fully funded ", working paper, University of California, Santa Babara, 2010, Available at: www.econ.ucsb.edu.

على الإحتياطات متوسطة وطويلة الأجل المتراكمة لدى النظام. وفي ظل عدم كفاية التمويل يتم اللجوء إلى زيادة الإشتراكات في الفترة الجديدة لإحداث التوازن بين مدفوعات النظام ومتحصلاته، الأمر الذي يتطلب ضرورة إجراء مراجعة إكوارية دورية للوضع المالي للنظام¹. ولا شك أن هذا النظام يتلافى الإشتراكات المرتفعة والعجز الذي ظهر في نظام التمويل بالكامل، كما يتلقى الآثار السلبية المترتبة بالتغيير في الهيكل السكاني الذي ظهر في نظام التمويل المرحلي أو التوزيعي².

وبالنظر إلى تلك الأنظمة الثلاثة من زاوية معدل الإشتراكات يتضح ثبات معدل الإشتراكات بمرور الوقت في نظام التمويل بالكامل، وعدم استقرارها في نظام التمويل المرحلي، وتغيرها على فترات متوسطة الأجل في ظل نظام التمويل الجزئي.

(٤) النظم المختلطة

واقعيًا نادرًا ما نجد نظاماً تمويلياً خالصاً، ولكن غالباً ما يكون النظام يجمع بين نظام التمويل الجزئي والنظام التراكمي، والهدف من ذلك هو الوصول إلى نظم بديلة تستفيد من المميزات المتوفرة في النظم السابقة وتجنب عيوبها، ومن بين هذه النظم النظام متعدد الدعامات ونظم التمويل الكامل للجيل الواحد، ويتم تناولها على النحو التالي³:

أ- النظام متعدد الدعامات: يجمع هذا النظام بين نظام التمويل المرحلي ونظام التمويل التراكمي من خلال تقسيم الأجر التأميني لمستويين، الأول: يعتمد على نظام التمويل المرحلي، والثاني: يعتمد على نظام التمويل التراكمي، بحيث يستطيع هذا النظام تحمل تزايد الأعباء الناتجة عن إتباع نظام التمويل المرحلي، ولكن بدرجة أخف وأكثر تدرجاً

1 لمزيد من التفصيل فضلاً راجع

- صفوت حميدة، مرجع سبق ذكره، ص ٤.

- Inductivo, Hector, Op., Cit., P. 39.

2 مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار، إصلاح نظام المعاشات في مصر: الخيارات والسياسات، مجلس الوزراء، المكتب الفني، أغسطس ٢٠٠٥، ص ١٣، ١٤.

3 مها محمود رمضان، مرجع سبق ذكره، ص ١٧٥.

من أن يكون النظام المطبق هو النظام المرحلي فقط ، وذلك لإمتزاج النظام بالتمويل الكامل للجيل الواحد، وبالتالي يتحقق نوعاً من إعادة التوزيع داخل الجيل الواحد، وكذلك توزيع أكثر عدالة بين الأجيال المتعاقبة، فضلاً عن تحقيق تراكمات مالية تدعم الإستثمارات القومية.

ب- نظام التمويل الكامل للجيل : يعد تطوير لنظام التمويل المرحلي ، بما ينتج عنه عدم تعرض النظام لتعديلات دائمة في معدلات الإستراكات، وذلك بتحديد معدلات إستراكات أعلى من التكاليف السنوية، وبما يؤدي لتكوين مخصصات لسداد الإلتزامات الخاصة بهذا الجيل مع تعديل هذه المعدلات مع بداية الجيل الثاني، وذلك من خلال دراسات إكتوارية على مستوى الجيل الواحد. ولا شك أنه تبعاً لذلك نضمن عدالة التوزيع بين الأجيال المتعاقبة وعدم تحميل جيل بأعباء جيل آخر، فضلاً عن إمكانية تحقيق قدر ولو ضئيل نسبياً من التراكمات المالية. وبالنظر إلى مدفوعات التقاعد أو المعاشات المطبق في مصر نلاحظ أنه على الرغم من أن الأصل هو إتباع أسلوب التمويل بالكامل¹ (التراكمي) خاصة التأمين ضد إصابة العمل والتأمين ضد المرض، إلا أنه أصبح الآن ممولاً جزئياً لإعتماده بصورة متزايدة على الدعم المالي من الحكومة لسداد المعاشات المستحقة، الأمر الذي يبرز أن أسلوب التمويل المتبع هو خليطاً بين نظامي التمويل بالكامل والدفعة عند استحقاق المعاش². بل أن البعض³ يؤكد على أن النظام في مصر يعتمد بشكل غير

1 عيد أحمد أبو بكر، "تقييم السياسة الإستثمارية لنظام التأمينات الإجتماعية في جمهورية مصر العربية"، رسالة ماجستير، قسم الرياضة والتأمين، كلية التجارة فرع بني سويف، جامعة القاهرة، ١٩٧٧، ص ١٤٥.

2 لمزيد من التفصيل فضلاً راجع

- أمنية حلمي، "تطوير نظام المعاشات في مصر"، مرجع سبق ذكره، ص ٧.

- مها محمود رمضان، "نظم المعاشات وأثرها على الاقتصاد المصري"، مرجع سبق ذكره، ص ١٧٦.

3 Osman Mohamed Osman & Mohamed adel- haisalsh, "Exploring Reform Potentials for the Pension System in Egypt ", International center, Economic initiative consortium, P.38. Available at: www.iceg.org.

رسمي على النظام التوزيعي (المرحلي)، حيث تقوم العمالة الحالية بتمويل المعاشات التي يحصل عليها المتقاعدون الحاليون.
(٥) نظام الحسابات الإسمية معدلة الإشتراكات

Nominal Defined Contribution (NDC)

وفقاً لهذا النظام يتم الإعتماد على مبدأي الموازنات PAYG والتوزيع : المؤمن عليهم الحاليين يمولون معاشات المتقاعدين الحاليين. ويعتمد هذا النظام على تكوين حسابات إيداع فردية "إسمية" تسجل فيها المساهمات وتفترض أنه يتم استثمارها ولو صورياً وذلك لكونها تستعمل فقط كوسيلة لحساب قيمة المعاشات، ولكن واقعياً ليس هناك إيداع حقيقي وتمويلي فعلي للإشتراكات مادام النظام يعتمد مبدأ الموازنات وعند التقاعد يتم تحويل رصيد الدفتر الفردي (الرأس مال الكون) إلى معاش للتقاعد حسب المبادئ الإكتوارية الكلاسيكية التي تأخذ في الحسبان مؤشرات توقعات الحياة عند هذا السن ونسبة الفائدة التقنية.

ويمتاز هذا النظام بسلاسته تجاه قرار التقاعد المبكر أو المتأخر والتي تبقى مرتبطة فقط بإرادة المشترك. وترجع الدوافع وراء اللجوء لهذا النظام كإلتجاه عالمي للآتي :

أ. عدم توافر العديد من خيارات الإصلاح للأنظمة الحالية وذلك لثقل كاهل العديد من الأنظمة الحالية بالديون الداخلية وإرتفاع تكلفة الإصلاح (المرحلة الإنتقالية)، وعدم وجود أسواق مالية فعالة ومتكافئة، ناهيك عن عدم إنعدام المصدقية وعدم الثقة في الإصلاحات الحدودية.

ب. تتمتع نظم الحسابات الإسمية بالعديد من المزايا منها بساطة التصميم والتمتع الكامل بالشفافية والمصدقية، والقدرة على مواجهة الإلزامات الاقتصادية والسياسية والمالية التي قد تحدث في المجتمع، وبالقدرة على التعامل مع متغيرات العوامل الديموغرافية بشكل فعال.

ج. نجاح التجارب التي تبينت هذا النظام في كل من دول السويد ولاتنيا وإيطاليا وبولندا.

Financial Defined Contribution(FDC)

وفقا لهذا النظام يتم تكوين حسابات فعلية للمؤمن عليهم تتكون من إشتراكاتهم بالإضافة لعوائد إستثمارها بحيث يحصل المؤمن عليه عند التقاعد على حصيلة هذ الحساب. ويمتاز هذا النظام بتحقيق العدالة الفردية التي توفرها أنظمة الإشتراكات المحددة من خلال ربط التعويضات المحصلة بمستوى المساهمات المدفوعة وعوائد إستثمارها. ولكن يعاب على هذا النظام عدم وجود أي شكل من أشكال التضامن بين المشتركين. والجدير بالذكر أن معظم تطبيقات هذا النظام تكون في أنظمة المعاشات الخاصة بفتة معينة من المؤمن عليهم وقلما يتم تطبيقها منفردة في نظم المعاشات القومية.

الأعتبار الثاني: الطريقة المتبعة لتحديد قيمة المزايا التي تتيحها نظم التأمين الإجتماعي

لا تخرج كافة أشكال المزايا أو المعاشات أو مدفوعات التقاعد التي تمنح في ظل نظم التأمين الإجتماعي عن ثلاثة أنواع تتمثل في الآتي:

١- نظام المزايا المحددة Defined Benefits System

وفقاً لهذا النظام يتم تحديد المزايا أو المعاش بصيغة معينة تعتمد على مدة خدمة المشاركين ورواتبهم، بالإضافة إلي المعامل الأكتواري لإكتساب المزايا، ولا تعتمد كليةً على إشتراكات المشاركين وأصول صناديق المعاشات^١. ويتعين ملاحظة أن هذا النوع من المزايا يطبق في ظل الأنواع

1 قيمة معاش الفرد عند بلوغه سن التقاعد = مدة إشتراكه في نظام المعاشات × متوسط أجره الشهري. لمزيد من التفصيل فضلاً راجع أمنية حلمي، مرجع سبق ذكره، ص ٣.

2 لمزيد من التفصيل فضلاً راجع

- محمد أحمد معيط، "إستثمار أموال الضمان الإجتماعي في ظل الأزمة الراهنة"، بحث مقدم في المؤتمر العربي للضمان الإجتماعي الأول بعنوان "نحو سياسات فاعلة في الوطن العربي"، شرم الشيخ خلال الفترة ١٩ - ٢١ ديسمبر ٢٠٠٩.

- Antolin, P., Payet, S. & Yermo, J., "Assessing default investment strategies in defined contribution pension plans", OECD working paper, No.2, 2010, P.13.

المختلفة لطرق التمويل سواء كان النظام التأميني توزيعياً أو جزئياً أو تمويل
بالكامل. ويطبق هذا النظام في العديد من دول العالم ومنها أمريكا
وبريطانيا ومعظم الدول العربية.

ويمتاز هذا النظام بإمكانية معرفة المستفيد لقيمة المعاش المستحق
وفقاً للصيغة الموضوعية في ظل القانون الذي تسنه الدولة المطبقة للنظام،
الأمر الذي يعني إنعدام المخاطرة حيث يقع على عاتق إدارة النظام توفير
المعاش ومخاطر استثمار أصول النظام. وفي حالة حدوث خلل بالتوازن
المالي يمكن إعادة التوازن عن طريق تغيير مستوى الإشتراكات وليس
مستوى المزايا. كما لا توجد ضغوط استثمارية على أموال النظام لأن
الهدف المحافظة على القيمة الحقيقية لأموال النظام وبما يتسق مع معدل
العائد المنصوص عليه في الدراسات الإكتوارية الخاصة بالنظام. أيضاً هذا
النظام مناسب للاقتصاديات التي تتسم بانخفاض نسبة أو مستوى الاقتصاد
غير الرسمي وتلك التي تلتزم بتسجيل الأجور الحقيقية للمؤمن
عليهم. ورغم ذلك يعاب على هذا النظام عدم التناسب بين قيمة المعاش
وما تم سداده من اشتراكات طيلة سنوات خدمة الفرد، الأمر الذي يجعل
الفرد ينظر إلى اشتراكاته على أنها عبء ضريبي مما يجعله يسعى لعدم
الإلتزام بسدادها^١. كما أن هناك التحيز العمري وخطر إطالة العمر، وعدم
الإستفادة من الإستثمارات نظراً لأن المزايا محددة مسبقاً وكذلك خطر عدم
كفاية العائد على الإستثمارات، أيضاً هناك خطر سياسي متمثل في تعديل
قيم المعاشات الممنوحة أو رفع مستوى الإشتراكات لسداد العجز كما
حدث في اليونان وإيطاليا، ناهيك عن خطر التقييم الإكتواري والخطر
المالي الناتج عن تحديد المزايا على أساس الأجر الأخير^٢. ويتعين التنويه أنه
في مصر يتم تحديد معاش الفرد وفقاً لهذا النظام قبل صدور القانون ١٣٥
لسنة ٢٠١٠ الذي لم يطبق بعد.

1 هدى مجدى السيد، مرجع سبق ذكره، ص ٧٠.

2 محمد أحمد معيط، "تصميم أنظمة المعاشات وتمويلها"، ٢٢ مايو ٢٠١٢، ص ص

Defined Contribution System

وفقاً لهذا النظام يتم تحديد معاش الفرد على أساس قيمة الإشتراكات المسددة طيلة فترة خدمته والمدخرة في حساب خاص به ، وعائد الإستثمار على الأرصدة المتراكمة من هذه الإشتراكات ، بالإضافة لكفاءة النظام في إدارة تلك الأرصدة المتراكمة. ويقتصر تطبيق هذا النوع على نظام التمويل بالكامل^١. ويتم حساب قيمة المعاش من خلال قسمة مجموع الرصيد الخاص بالمؤمن عليه (مجموع الإشتراكات + حصيلة الإستثمار - المصروفات الإدارية) على معامل إكتواري (قيمة دفعة المعاش). وتوجد علاقة قوية بين قيمة الإشتراكات المسددة والمعاشات المنصرفة ، الأمر الذي يحفز على الإشتراك وللتغلب على حالات التهرب من الإشتراك خاصة بالنسبة للعاملين في القطاع الخاص والقطاع غير الرسمي ، ومن ثم من النادر حدوث عجز في ذلك النظام.

ويمتاز هذا النظام بالإرتفاع النسبي في قيمة المعاش ويقدر متناسب بين ما سدده الفرد من إشتراكات والمعاش الذي سيحصل عليه ، وبالتالي لا يتم النظر للإشتراكات كعبء ضريبي يحاول الفرد التهرب منه. ومع ذلك يعاب على هذا النظام إرتفاع نسبة المخاطرة التي يتحملها العامل وحدة ، نظراً لحق المشتركين فيه اختيار الأدوات الإستثمارية التي تناسبهم وحجم المساهمات بما يتفق مع إحتياجاتهم وأوضاعهم المالية خاصة في ظل عدم درايتهم. وبالتالي ظهر خطر الإستثمار لأن المعاشات تتوقف على قيمة الإشتراكات ونتائج إستثمارها. ناهيك عن قصوره التعويضات أو المزاياء لصغار السن المصابين أو المتوفين في سن مبكرة. لذا يجب إستكمال هذه الأنظمة بتغطية أخطار العجز والوفاة^٢.

1 هدى مجدى السيد، مرجع سبق ذكره، ص ٦٩.

2- Palacios, P. & P allares - Miralles, M., "International patterns of pension provision", Social discussion paper series, IMF, 2000, P31.

(٣) النظام المختلط Mixed System

وفقاً لهذا النظام يتم المزج بين نظامين المزايا المحددة والإشتراكات المحددة. وتعد تلك الأنظمة هي بالأساس أنظمة مزايا المحددة تضمن مستوى معين من المزايا لا يقل عنه المؤمن عليه عند التقاعد يكون غالباً محدد، ولكن مع وجود جانب آخر من إحتياجات لكل شخص على حدى - يختلف من نظام آخر - يتم إستثماره في أوعية الإستثمار المختلفة، وذلك لرفع قيمة المعاش، والذي يساوي مجموع ما يتحصل عليه المؤمن له من نظام المزايا المحددة خاص ومن قيمة الجزء الخاص بالإشتراكات المحددة. وفي ظل هذا النظام يتم معالجة أكبر عيوب نظام المزايا المحددة والمتمثلة في عدم إستفادة المؤمن حصيلة إستثمار الأموال، كما أنه أقل تأثراً بالتغيرات الديموغرافية للسكان، حيث أن الجزء من الأموال الذي يتم إستثمارات لصالح أعضاء النظام وتحدد على أساسه المزايا الإضافية للإشتراكات المحددة، يمكن أن يتم إستخدامه لأعطاء قدرة أكبر للنظام على مواجهة صدمات الإستثمار والتغيرات الديموغرافية^١.

الاعتبار الثالث: الجهة المسؤولة عن إدارة أموال التأمينات الإجتماعية

تتولى الحكومة إدارة هذه الأموال أو توكل هذه المهمة إلى شركة خاصة تسمى إلى تعظيم معدل العائد على إستثمار هذه الأموال في ضوء مستوى معين من المخاطر، وذلك لصالح الأفراد المشتركين. وفي مصر يتم ذلك من خلال صندوقين للتأمينات يتولى إدارتهما هيئتين، كل منهما يعد هيئة قومية لها الشخصية الاعتبارية ويتبع وزير التأمينات، وتكون لها ميزانية خاصة تلحق بالموازنة العامة للدولة، وتسري عليها القواعد والأحكام الخاصة بالهيئات القومية، ولكن بصدور قرار رئيس الجمهورية

- 1- Twinney, Marc M., "A Fresh look at defined benefit plans: An employer perspective", in Gordon, Michael, Olivia, S., and twinney, marc M., (editors), "Positioning pensions for the twenty- first century", the pension research council and university of Pennsylvania press, 1997, PP.15 - 17.

رقم ٤٢٢ لسنة ٢٠٠٥ تم ضم وزارة التأمينات الإجتماعية إلى وزارة المالية. وتم العدول عن ذلك بعد أحداث ثورة ٢٥ يناير ٢٠١١ من الناحية الإدارية ولكن لم تسترد الأموال بعد. وفيما يلي يتم تناول النقاط التالية:

أ. إدارة الأموال المستثمرة من قبل التأمينات الإجتماعية

في البداية تم إنشاء مؤسسة التأمين والإدخار للعمال بموجب القانون رقم ٤١٩ لسنة ١٩٥٥ من خلال إنشاء صندوقين إحداهما للإدخار والآخر للتأمين وجعل كل منهما شخصاً قانونياً مستقلاً أطلق عليه مؤسسة التأمين والإدخار للعمال^١، وتم تشكيل لجنة الإستثمار التي تتولى متابعة إستثمار هذه الأموال. ولكن بصدور القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ أنشئت مؤسسة التأمينات الإجتماعية لتحل محل مؤسسة التأمين والإدخار للعمال، ولكن لم يحدث تغييراً كبيراً في النظام القانوني، لكن الجديد هو قيام وزير الشؤون الإجتماعية والعمل برئاسة لجنة الإستثمار^٢.

ويبدأ التغيير في الشكل القانوني للجهاز القائم على التأمينات الإجتماعية بصدور القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٦١، حيث أصبحت مؤسسة التأمينات الإجتماعية من المؤسسات العامة ذات الطابع الاقتصادي ورغم ذلك لم تنجح السياسة الإستثمارية التي إتبعتها المؤسسة، وقد اتضح ذلك من خلال ضياع الأموال في قروض منحها لأفراد واجهوا تعثر وقاموا بماطلة في سداد الأقساط المستحقة بالإضافة لخسائر نتيجة الإستثمار في الأوراق المالية بسبب الهزات العنيفة التي تتعرض لها أسعارها، ونتيجة لذلك فقد فشلت المؤسسة في إدارة أموال التأمينات بالطريقة المباشرة^٣.

ب. إدارة الأموال المستثمرة من قبل وزارة الخزانة (مرحلة الإستثمار الحكومي).

ولكن بصدور قرار رئيس الجمهورية رقم ٢٦٤ لسنة ١٩٦٢ بأن يعهد لوزارة الخزانة بإستثمار أموال التأمينات الإجتماعية التي يقرر مجلس

- 1- بهام محمد عطا الله، "أموال التأمينات الإجتماعية إلى أين"، كتاب الأهرام الاقتصادي، العدد ٢٢٤، مايو ٢٠٠٦، ص ٨٤.
- 2- التقرير السنوي لصندوق التأمين علي العاملين بقطاعي الأعمال العام والخاص. ٢٠٠٨/٢٠٠٩. ص ١ - ٤.
- 3- أمنية خيرى إبراهيم على، مرجع سبق ذكره، ص ١٤٧.

إدارة المؤسسة العامة للتأمينات الإجتماعية استثمارها. ومن هنا أصبحت المؤسسة مغلولة اليدين في إدارة استثمار أموالها، بعد أن أصبح وزير الخزانة بمشاركة رئيس مؤسسة التأمينات الإجتماعية مسئولان معاً في عملية تنظيم كيفية أداء الأموال المستثمرة.

وعندما صدر القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٦٣ ليقضي بتحويل المؤسسة العامة للتأمينات الإجتماعية إلى هيئة عامة لها ميزانياتها الخاصة التي تلحق بالموازنة العامة للدولة. وتقرر إعفاء موارد الهيئة وجميع عملياتها الإستثمارية من الضرائب والرسوم والعوائد التي تفرضها الدولة بموجب القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤. وتم إنشاء "صندوق الإستثمار" بوزارة الخزانة بقرار رئيس الجمهورية رقم ٤٥ لسنة ١٩٦٦ ويتم تمويله جزئياً عبر ما تحوله الهيئة العامة للتأمينات الإجتماعية إلى وزارة الخزانة من أموال لإستثمارها في مشاريع خطط التنمية مقابل فائدة مركبة ٤.٥٪. ومع ذلك كان هذا السعر أقل من سعر الفائدة على شهادات الإستثمار والذي كان يعادل ٦٪ سنوياً، ورغم المطالبة برفع سعر الفائدة الذي يدفع للتأمينات الإجتماعية حتى يحدث التساوي، إلا أنه لم يتم الإستجابة. وفي كثير من الأحيان تم استخدام هذه الأموال في سداد عجز الموازنة، الأمر الذي يضر بمصالح المؤمن عليهم^٢.

ج - إنشاء صندوق الودائع والتأمينات

يمثل ذلك مرحلة للمشاركة في توجيه الإستثمار الحكومي مع إمكانية الإستثمار الذاتي لبعض الأموال من قبل صندوق التأمينات. وقد تم إنشاء هذا الصندوق بموجب قرار جمهوري رقم ١٧٤٣ عام ١٩٧٤ الذي اعتبر صندوق إستثمار الودائع والتأمينات المنشأ بالقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٦٦ هيئة العامة ليعيد للتأمينات الإجتماعية دورها في المشاركة في إدارة ومتابعة إستثمار أموالها، وقد حدد القرار الجمهوري أوجه

1- برهام محمد عطا الله، "أموال التأمينات الإجتماعية إلى أين"، مرجع سبق ذكره، ص ٨٦.

2- أمنية خيرى إبراهيم على، مرجع سبق ذكره، ص ١٤٨.

توظيف الفوائض التأمينية في المشروعات الاقتصادية، وإقراض الجهات الداخلة في الموازنة العامة للدولة بضمان الحكومة لتنفيذ مشروعات الخطة المعتمدة وإقراض المشروعات الإستثمارية الأخرى بضمانات يحددها وزير المالية بموافقة من مجلس إدارة الصندوق، والإستثمار في شراء الأوراق المالية في حالة وجود فائض¹.

د - إدارة الأموال المستثمرة عن طريق بنك الإستثمار القومي

وفي عام ١٩٨٠ صدر قانون ١١٩ لسنة ١٩٨٠ بإنشاء بنك الإستثمار القومي ليحل محل صندوق إستثمار الودائع والتأمينات، وألزم صندوق التأمينات بإيداع الإحتياطيات المتولدة لديهما في البنك أو في حسابات البنك لدى الجهاز المصرفي على أن تكون تبعية ذلك البنك لوزير التخطيط، ولا يجوز إستثمار هذه الأموال في أي وجه إستثماري آخر إلا بعد موافقة مجلس إدارة البنك. ولعل الدافع الأساسي وراء إنشاء بنك الإستثمار القومي هو فصل العمليات الجارية عن العمليات الرأسمالية فصلا شكليا وموضوعيا، بشكل يمكن من التحكم في عملية التكوين الرأسمالي وحجمه، ومن ثم تحقيق المزيد من التعبئة للموارد، فضلا عن تخليص التمويل الإستثماري مما قد يعترض طريقه من عقبات ومعوقات وخاصة تلك التي تتعلق بالموازنة وسنويتها. وقد كان ذلك نتاج الثغرات الفعلية لممارسات صندوق إستثمار الودائع والتأمينات والتي من أهمها تسرب الموارد الرأسمالية لتمويل العجز الجاري في كل من ميزانيتي الخدمات والأعمال، وبالتالي يضاعف قدرة الصندوق على تمويل الإنفاق

1 لزيد من التفاصيل فضلا راجع

- عبد المنعم عبد الغني على، مرجع سبق ذكره، ص ٣٩.
- السيد طلال توفيق محمد، "الإدخار الجماعي وأجهزة تمويل الإستثمارات العامة في مصر: دراسة تطبيقية"، مكتبة الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، ٢٠٠٠، ص ٣٥٩.
- أحمد مصطفى خاطر، "تطور أجهزة تمويل الإستثمارات الحكومية في جمهورية مصر العربية ودورها في التنمية الاقتصادية"، معهد التخطيط القومي، القاهرة، ديسمبر ١٩٨٤.

الإستثماري، بل ان الأخطر من ذلك هو دمج ميزانية الصندوق في موازنة الدولة، وبالتالي أصبح الصندوق إدارة من إدرات وزارة المالية .
وظل صندوق التأمين الإجتماعي للعاملين بالقطاع الحكومي، وصندوق التأمين الإجتماعي للعاملين بقطاع الأعمال العام والخاص تابعين لوزارة الشؤون الإجتماعية والتأمينات كما نصت على ذلك المادة (٦) من القانون ٧٩ لسنة ١٩٧٥^١.

هـ- إدارة الأموال المستثمرة عن طريق وزارة المالية

بصدور القرار الجمهوري رقم ٤٢٢ لسنة ٢٠٠٥ أصبح وزير المالية الوزير المختص بتنفيذ تشريعات التأمين الإجتماعي، وقد أبقى المشروع على العاملين بوزارة التأمينات الإجتماعية بأماكنهم ومراكزهم وأوضاعهم الوظيفية ولكنهم تابعين لوزارة المالية. ورغم أن هذا القرار يعتبره البعض مفاجأة، إلا أنه لا يمكن إغفال وجود بعض المؤشرات الدالة على هذا التحول ومن أهمها:

- ما جاء في تقرير لجنة الخطة والموازنة بمجلس الشعب عن موازنة عام ٢٠٠٣/٢٠٠٢، حيث بدأ الترويج والتمهيد إلى أن الأمر قد يستوجب ضرورة نقل أصول وخصوم التأمينات الإجتماعية لوزارة المالية مع إلزامها بكافة أعباء المعاشات.

- تم نقل تبعية بنك الإستثمار القومي من وزارة التخطيط إلى وزارة المالية، وبالتالي تحول إلى مجرد إدارة من إدارات وزارة المالية كما حدث لصندوق استثمار الودائع والتأمينات من قبل^٢.

- اقترح بعض الكتاب نقل بعض أصول شركات وهيئات قطاع الأعمال العام والقطاع العام لصالح صناديق التأمينات الإجتماعية سداداً لما لها من ديون على بنك الإستثمار القومي والخزانة العامة.

1- قانون التأمين الإجتماعي، القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ والقوانين المعدلة له، مطبع الأهرام التجارية، ١٩٩١، ص ١٧.

2- محمد عبد الحليم عمر، "رؤية حول تنظيم العلاقة بين التأمينات الإجتماعية والموازنة العامة للدولة"، مؤتمر التأمينات الإجتماعية بين الواقع والمأمول في جامعة الأزهر، ١٣ - ١٥ أكتوبر ٢٠٠٢، ص ١٢.

وأخيراً بدأ الترويج عن أن الدولة تسعى لدراسة الأخذ بنظام الدفع عند الإستحقاق مع أيلولة أموال صناديق التأمينات للخزانة العامة والتزامها بدفع المعاشات على أساس أن الخزانة العامة تمول ٧٠٪ من المعاشات^١. ولكن هذا الكلام مردود عليه نظراً لأنه تم تجربة نظام الدفع عند الإستحقاق عام ١٩٢٩، وتم العدول عنه نظراً لعدم تمكن الخزانة العامة من الإستمرار في دفع المعاشات.

ولا تعد وزارة المالية وحدها هي المسئولة عن إدارة نظام التأمين الإجتماعي، فهي تقوم برسم السياسة التأمينية وإعداد التشريعات المنفذة لها بالإضافة للإشراف والرقابة ومتابعة التطبيق بالجهات القائمة على تنفيذ قوانين التأمين الإجتماعي. كما تقوم الهيئة القومية التأمين الإجتماعي بمهامها، وكذلك وحدات الجهاز الإداري للدولة والهيئات العامة ووحدات القطاع العام^٢، والهيئة العامة للتأمين الصحي^٣، وبنك الإستثمار القومي^٤.

1- أمنية خيرى إبراهيم على، "الإستدامة لنظام التأمينات الإجتماعية في مصر"، مرجع سبق ذكره، ص ١١٤.

2- تختص بتعويض الأجر المستحق خلال فترات العجزالموقت نتيجة إصابة العمل أو المرض وللمرأة العاملة في حالة إجازة العمل الناتجة عن الحمل والوضع، وتحمل نفقات الإنتقال للعلاج بالنسبة لحالات إصابة العمل والمرضى، وخدمة تأمين الشيوخوخة والعجز والوفاة للعاملين الذين كانوا معاملين بقوانين المعاشات المدنية القديمة والمستحقين عنهم تلك القوانين التي صدرت لتقرير معاش مناسب لمن إنتهت خدمتهم قبل العمل بنظم التأمين والمعاشات الحديثة. لمزيد من التفصيل فضلاً راجع محمد حامد الصياد، ليلى محمد الوزيري، "مذكرات في التأمين الإجتماعي"، مرجع سبق ذكره، ص ٦.

3- تتولى القيام بمخدمات العلاج والرعاية الطبية التي يكفلها كل من تأمين إصابات العمل وتأمين المرضى وتقوم هيئة التأمين الإجتماعي بخمص قيمة الإشتراكات الخاصة لهيئة التأمين الصحي من معاش المؤمن عليهم ثم تسديدها للتأمين الصحي بشيك.

4- لمزيد من التفصيل فضلاً راجع

- أمنية خيرى إبراهيم على، مرجع سبق ذكره، ص ٥٧ - ٥٩.
- أحمد محمد المصري، "تطوير إستخدام الموارد المالية لصناديق وهيئات التأمين الإجتماعي في مشروعات مريحة"، ورقة مقدمة للمؤتمر القومي للتنمية الإجتماعية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٧.

وتحتم منظومة التأمين الإجتماعي في مصر في الوقت الراهن أربعة قوانين رئيسية صدرت تباعاً منذ عام ١٩٧٥ بخلاف قانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٥ الذي ينتفع به أفراد القوات المسلحة فقط، وتمثل هذه القوانين في الآتي^١:

١- القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥^٢: تنظم أحكام هذا القانون نظام التأمين الإجتماعي للعاملين بأجر لدى الغير بالقطاع الحكومي وقطاع الأعمال العام والخاص. وتتكون هذه الفئات الخاضعة لهذا القانون من العاملين المدنيين بالجهاز الإداري للدولة والهيئات العامة وقطاع الأعمال العام، والعاملين الخاضعين لأحكام قانون العمل وعمال الخدمة المنزلية. وقد تضمن هذا القانون إنشاء صندوق التأمينات للعاملين بالحكومة وصندوق التأمينات للعاملين بقطاعي الأعمال العام والخاص.

وتوفر أحكام هذا القانون تقديم التأمين ضد خمسة من الأخطار الإجتماعية، وفيما يلي بيانها في ضوء التمويل الثلاثي بين العامل وصاحب العمل والدولة:

١- تأمين الشيخوخة والعجز والوفاة: يلتزم صاحب العمل بدفع ١٥٪ من أجور المؤمن عليهم، و١٠٪ من الأجر الشهري يدفعه العامل، و١٪ من الأجور الشهرية^٣ للمؤمن عليهم تدفعه الدولة (الحزنة العامة).

1 التقرير السنوي لصندوق التأمين علي العاملين بقطاعي الأعمال العام والخاص. ٢٠٠٧/٢٠٠٨. ص ص ١٣ - ٢٤.

2 وفقاً لنص المادة (٧) من القانون تتكون موارد صندوق التأمينات الإجتماعية من الإشتراكات التي يؤديها أصحاب الأعمال عن العاملين لديهم (حصة صاحب العمل، حصة المؤمن عليه)، والمبالغ التي تؤديها الحزنة العامة لحساب تأمين الشيخوخة والعجز والوفاة، والمبالغ التي تؤديها الحزنة العامة أو صاحب العمل أو المؤمن عليهم لحساب مدد الخدمة السابقة ضمن مدة الإشتراك في التأمين، والرسوم التي يؤديها أصحاب الأعمال أو المؤمن عليهم، وحصيلة إستثمار أموال الصندوقين، والموارد الأخرى الناتجة عن نشاط الصندوقين، والإعانات والتبرعات والهبات التي قرر مجلس الإدارة قبولها. لمزيد من التفصيل فضلاً راجع قانون التأمينات الإجتماعية، ص ١٧، ١٨.

3 الأجور الشهرية نوعين، الأول: الأجر الأساسي ويختلف باختلاف العلاقة التي تربط العامل بصاحب العمل، فقد تكون العلاقة لائحية فيصبح الأجر = ٥٠٪ الأجر =

ب - **تأمين إصابة العامل:** يلتزم صاحب العمل (الجهاز الإداري للدولة والهيئات العامة أو المؤسسات العامة) بدفع ١٪ من أجور العمال، وبنسبة ٢٪ للعاملين بالوحدات الاقتصادية العامة والقطاع العام، ٣٪ بالنسبة للعاملين في القطاع الخاص.

ج - **تأمين المرض:** يلتزم صاحب العمل بدفع ٣٪ من الأجور في حالة العاملين بالجهاز الإداري للدولة والقطاع العام والهيئات الاقتصادية العامة، أما القطاع الخاص يتحمل ٤٪ من الأجور أما العامل يتحمل ١٪ من أجره.

د - **تأمين البطالة:** يقتصر هذا التأمين على صاحب العمل ويتحمل ٢٪ من أجور العمال.

هـ - **تأمين الرعاية الاجتماعية لأصحاب المعاشات:** وتتكون موارد هذا التأمين من المبالغ التي تخصصها الخزانة العامة سنوياً لدور الرعاية الاجتماعية، وما يخصص لهذا التأمين سنوياً في ميزانية الهيئة القومية للتأمين الاجتماعي، والتبرعات والوصايا التي يقبلها مجلس إدارة الهيئة، وصافي إيرادات الحفلات والمعارض والمهرجانات واليانصيب التي تقام لصالح هذا الدور، والإشتراكات التي يؤديها المتفعون والموارد الأخرى الناتجة عن نشاط دور الرعايا الاجتماعية.

٢ - **القانون رقم ١٠٨ لسنة ١٩٧٦:** تنظم أحكام هذا القانون التأمين الاجتماعي على أصحاب الأعمال، ويقتصر على أخطار الشيخوخة والعجز والوفاة. وقد حددهم القانون في (١٥) طائفة تضم كل الأفراد الذين يزاولون أنشطة تجارية أو صناعية أو زراعية لحساب أنفسهم، بالإضافة إلى الحرفيين وغيرهم مما يؤديون خدمات لحساب أنفسهم،

= المنصوص عليه في الجداول المرفقة بنظم التوظيف، وقد تكون العلاقة تعاقدية فيصبح الأجر الأساسي هو الأجر المحدد بعقد العمل كأجر أساسي وما يطرأ عليه من علاقات مستبعداً منه العناصر التي تعد جزءاً من الأجر المتغير. والثاني: الأجر المتغير ويشير إلى كل ما يحصل عليه المؤمن عليه من مقابل بالإضافة للأجر الأساسي أياً كانت قواعد حساب هذا المقابل، وكذلك الأجزاء من الأجر التي تمنح لمواجهة الزيادة في تكاليف وأعباء المعيشة وتلك التي يقصد بها التعويض.

وحائزوا الأراضي الزراعية التي تبلغ مساحتها ١٠ أفدنة فأكثر سواء كانوا ملاكاً أو مستأجرين بالأجرة أو بالمزارعة أو كليهما، ويقتصر التأمين هنا على صاحب العمل وبما يعادل ١٥٪ من الدخل الفرضي الذي يختاره العامل تبعاً لجداول الدخول الافتراضية المرفقة مع القانون، ويحد أدنى لدخل الإشتراك ١٢٥ جنية، والحد الأقصى هو ١٠٠٠ جنية.

٢- القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٧٨: تنظم أحكام هذا القانون التأمين الإجتماعي على العاملين المصريين في الخارج من غير الخاضعين لأحكام القانون ٧٩ لسنة ١٩٧٥، وهم العاملين للريطين بعقود شخصية والعاملين لحساب أنفسهم وهنا يكون الإشتراك إختيارياً وبما يعادل ٢٢,٥٪ من الدخل الفرضي الذي يختاره العامل تبعاً لجداول الدخول الافتراضية المرفقة مع القانون ويحد أدنى لدخل الإشتراك ١٢٥ جنية والحد الأقصى هو ١٠٠٠ جنية. ويغطي أربعة أخطار هي الشيخوخة والعجز والوفاة ومعاش إصابة العمل في حالتي إنتهاء العمل للعجز الكامل أو الوفاة^٢.

٤- القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٨٠: تنظم أحكام هذا القانون التأمين الإجتماعي الشامل على العمالة غير المنتظمة التي لا تشملها بالتغطية قوانين أخرى للتأمين الإجتماعي، أضيف إلى ذلك أولئك الذين لا يوجد لهم مكان محدد للعمل، كما يمنح ما يسمى بمعاش السادات بالإضافة لمعاش التأمين الشامل^٢. وهكذا اقتدت الحماية التأمينية بصغار المشتغلين لحساب أنفسهم، مع إمتداد الحماية التأمينية لكل من بلغ من الخامسة والستين، أو وقعت وفاته، أو ثبت عجزه الكامل ولم يستحق معاشاً وفقاً لقوانين التأمين الإجتماعي الأخرى. وهنا الإشتراكات مبالغ حكومية ذات

- 1 مركز المعلومات ودعم إتخاذ القرار، إصلاح نظام المعاشات في مصر الخيارات والسياسات، مرجع سبق ذكره، ص ٢٠.
- 2 السيد محمد السيد غانم، مرجع سبق ذكره، ص ١١.
- 3 على محمد حسن أحمد، النظام الأمثل للتأمين على العمالة غير المنتظمة في جمهورية مصر العربية، رسالة دكتوراة، قسم الرياضة والتأمين، كلية التجارة، جامعة القاهرة، ١٩٨٥، ص ١٨.

شرائح يؤديها المؤمن عليه دون مشاركة أطراف أخرى، وتغطي الإشتراكات أخطار الشيخوخة والعجز والوفاة¹.

وهكذا يتضح إختلاف القوانين المنظمة للتأمين الإجتماعي فيما بينها من حيث الفئات التي تشملها والأخطار التي تغطيها، الأمر الذي يترتب عليه إختلاف الأهمية النسبية لتلك القوانين بإختلاف المساهمة في صافي إشتراكات النظام، وإختلاف أعداد المؤمن عليهم، وإختلاف نوع الحماية التي يغطيها القانون. والدليل على ذلك أن القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ يمثل الأساس الذي بنى عليه النظام التأميني في مصر، وذلك لأنه يمثل المرتبة الأولى من حيث صافي إشتراكات النظام، حيث تمثل صافي الإشتراكات المحصلة وفقا لهذا القانون ٩٧,٣% من إجمالي صافي إشتراكات النظام التأميني، وكذلك المرتبة الأولى وفقا لأعداد المؤمن عليهم، حيث يمثل المؤمن عليهم وفقاً لهذا القانون ٦٣% من إجمالي أعداد المؤمن عليهم في عام ٢٠١٠/٢٠١١. ويوضح جدول رقم (١) الأهمية النسبية لقوانين التأمين الإجتماعي وفقا لأعداد المؤمن بصندوق التأمين الإجتماعي لقطاع الأعمال العام والخاص عليهم^٢.

ويتعين التنويه إلى أنه بالإضافة لنظم التأمين الإجتماعي التي تنظمها تلك القوانين، هناك نظم إختيارية أخرى تتمثل في الآتي^٣:

أ- نظم التأمين الإجتماعي الخاصة التكميلية الخاصة بالتقابات المهنية والتي تقدم مزايا تأمينية إضافية مختلفة للمستفيدين منها، وتخضع لإشراف الهيئة المصرية للرقابة على التأمين.

- 1 الحزب الوطني الديمقراطي، "التأمينات الإجتماعية"، وثيقة التوجه الاقتصادي، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٧٦.
- 2 الجدول رقم (١)، الأهمية النسبية لقوانين التأمين الإجتماعي وفقا لأعداد المؤمن عليهم خلال الفترة (١٩٩٢/٩١ - ٢٠١١/٢٠١٠)
- 3 Mohmoud Abd El-haisalalah, "Voluntary occupational pension plans in Egypt: current station and proposals for development", P.33.

ب - نظم التأمين الإجتماعي البديلة التي ينظمها القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٨٠ والذي يقضي - ولكن بشروط خاصة. قيام أي من أصحاب الأعمال بإنشاء نظام تأمين إجتماعي بديل للعاملين لديه يغطي الأخطار الواردة بقانون التأمين الإجتماعي رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ على أن يكفل للمؤمن عليهم مزايا أفضل من المزايا المقررة بهذا القانون، وتتصف الجهات المرخص لها بإنشاء هذه النظم بأنها محدودة للغاية.

وختاماً لهذا العرض نوضح حصة الخزانة العامة في الإشتراكات، نظراً لأهمية ذلك في إبراز العلاقة بين التأمينات الإجتماعية والموازنة العامة للدولة، ويتمثل أهم ما تساهم به الخزانة العامة من إشتراكات في النظام التأميني بموجب القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ في الآتي^١:

أ - سداد ١٪ من أجر الإشتراك لكافة الخاضعين لأحكام قانون التأمين الإجتماعي وذلك كمساهمة منها في تأمين الشيخوخة والعجز والوفاة باعتبارها المسئولة عن التأمين الإجتماعي وفقاً لأحكام الدستور. ب - تتحمل الخزانة العامة بمحصة صاحب العمل في الإشتراكات للعاملين بالجهاز الإداري للدولة والهيئات العامة لكونها صاحب العمل. كذلك تتحمل الخزانة العامة المزايا المدفوعة للمشاركين في القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٨٠ نظراً لأن الإشتراكات التي يؤديها المؤمن عليه والتي لا يبلغ إجماليها ١٪ من إجمالي المزايا المدفوعة وتتحمل الخزانة العامة ٩٩٪ من التكاليف.

ولا يقتصر مساهمة الخزانة العامة في النظام التأميني على المساهمة في الإشتراكات بل تشمل أيضاً الآتي:

أ - ضرورة تمويل العجز الإكتواري في أموال صندوق التأمينات الإجتماعية وفقاً لنص المادة (٨) من القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥، على أن يكون هذا دين في ذمة النظام التأميني يؤديه في حالة تحقيق زيادة في إحتياطيات التأمين الإجتماعي.

1 مركز المعلومات ودعم القرار، "إصلاح نظام المعاشات في مصر الخيارات والسياسات"، مرجع سبق ذكره، ص ٣٨.

ب - تلتزم الخزنة العامة بدفع أي زيادة في الحقوق التأمينية تطبيقاً لقوانين أو قرارات خاصة بخلاف ما قضى به قانون التأمين الإجتماعي وذلك بمقتضى المادة ١٤٨ من القانون ٧٩ لسنة ١٩٧٥، حيث تتحمل الخزنة العامة الآتي^١:

- فروق رفع الحدود الدنيا الرقمية للمعاشات بهدف ضمان الحد الأدنى للمعيشة لمن فقدوا دخولهم، ونظراً لأن عملية الرفع هذه لم تبنى على أسس إكتوارية لذا تتحمل الخزنة العامة هذه الزيادات في الحدود الدنيا.

- الزيادات في المعاشات بنسب مختلفة والتي بدأت إعتباراً من ١٩٨٧/٧/١ حتى وصل مجموعها حتى ٢٠٠٣/٦/٣٠ إلى ٢٠٠٪ من المعاش الأصلي بخلاف الزيادة الجديدة في ٢٠٠٦/٧/١ وهي ٧,٥٪ من قيمة المعاش المستحق لصاحب الشأن.

- الزيادة في المعاشات التي تعادل ٢٥٪ من معاش الأجر الأساسي بحد أدنى ٢٠ جنيه وحد أقصى ٣٥ جنيه بهدف المحافظة على مستويات معيشة المستحقين لهذه المعاشات.

النقطة الثانية: ضوابط توظيف المال الإحتياطي لنظم التأمينات الإجتماعية

تعرف صناديق المعاشات بأنها "شكل من أشكال المؤسسات الإستثمارية التي تجمع الإشتراكات من المشاركين في النظام التأميني وتقوم بإستثمارها لتوفير المعاشات المستقبلية لهؤلاء المشاركين في النظام"^٢، فإن هذا يعني أنها تلعب دوراً مهماً في النشاط الاقتصادي، نظراً لأنها لا تمثل قناة إيدار للمتقاعدين، بل لكونها تمثل وسيط مالي له أهميته في أسواق

1 مها محمود رمضان، "نظم المعاشات وآثارها على الاقتصاد المصري"، مرجع سبق ذكره، ص ١٧٨.

2 Davis, E. Philip., "Pensin funds, financial intermediation and the new financial landscape", the pension institute paper PI- 2010, 2000.

[http:// www.pnsion-institute.org](http://www.pnsion-institute.org)

المال لدى العديد من الدول وذلك لضخامه ما يتكون لديها من إحتياطي تقوم بإستثماره¹.

ولم يتوقف إهتمام الفكر الاقتصادي بنظم التأمينات الإجتماعية عند حد وضع الأطر المنظمة له، بل إمتد ليشمل وضع الضوابط التي تحكم أموال تلك النظم بشكل يعطيها القدرة على مواصلة القيام بدورها الذي نشأت من أجله، الأمر الذي يعني أن عدم الإلتزام بهذه الضوابط سوف يؤدي لظهور التحديات أو صور الإنحراف عن كفاءة النظام التأميني التي تؤثر سلباً على الوضع المالي للنظام التأميني.

لكن الإلتزام بهذه الضوابط سوف يعود بالنفع على فئات كثيرة؛ أولاً: النظام التأميني ذاته، متمثلاً في الحصول على زيادة كبيرة في موارده تقوم بتغطية أي عجز في المال الإحتياطي والفائض يمكن استخدامه في تطوير أداء خدمة التأمين الإجتماعي، ثانياً: أصحاب المعاشات وذويهم والمؤمن عليهم، لأنه سيتوفر الضمان لإستمرار حصولهم على معاشاتهم الشهرية في الوقت الحالي، ومستقبلاً لضمان الحصول على المتطلبات المعيشية، وبالتالي إمكانية مساندة المعاشات للتغير في القوة الشرائية نتيجة للإستثمار في المجالات التي تحافظ على القوة الشرائية للنقود، ثالثاً: الدولة ممثلة في فتح مجالات الإستثمار أمام مدخرات التأمينات في المجالات الاقتصادية والإجتماعية العامة التي تحتاج إلى تمويل، رابعاً: دافعي الضرائب، حيث أن الإستثمار الجيد لأموال التأمينات ربما يخفف من الإشتراكات الممولة للصندوق التي تعني أيضاً تخفيض مباشر في الضرائب أو إستخدام هذه الأموال في مشروعات أخرى².

1 OECD, "pension fund governance, investment strategies, and the role in corporate governance", International network of pensions regulators and surprisors", <http://www.Inprs.org>

2 لمزيد من التفصيل فضلاً راجع
- أمنية خيرى إبراهيم على، مرجع سبق ذكره، ص ١٣٨.
- منى إبراهيم محمود إبراهيم على، مرجع سبق ذكره، ص ٧٤.

ويتعين التنويه إلى أن التأمينات الإجتماعية دورها في الدول المتقدمة يختلف عن دورها في الدول النامية، ففي الأولى تساعد على تمويل المشروعات الصناعية وأصحاب الأعمال بالإضافة إلى تمويل الحكومة أثناء الحروب وذلك عن طريق التوسع في الإستثمار في السندات الحكومية، بينما في الثانية توجه أموالها نحو الإستثمار في المشروعات اللازمة للتنمية الاقتصادية¹.

والجدير بالذكر أيضا أن الهدف الأساسي للنظام التأميني هو الوفاء بالتزاماته من خلال الحفاظ على القيمة الحقيقية للأموال المستثمرة بالإضافة للعائد الإجتماعي لإستثمارات التأمينات الإجتماعية وليس بالدرجة الأولى تحقيق الربح من وراء إستثماره لأمواله. فهو نظام إجباري يحدد القانون مزاياه ومصادر تمويله ويقرر أحكاماً لحالات وشروط الإستحقاق ويبين مجالات التطبيق رأسياً (أنواع ومستوى المزايا) وأفقياً (فئات المؤمن عليهم) حيث يمتد تدريجياً لمختلف فئات القوى العاملة².

وبصفة عامة لا توجد سياسة إستثمارية مثلى تصلح لكل الأزمنة ولكل مكان، وبالتالي يتعين إختيار السياسة الإستثمارية التي تناسب مع أهداف المستثمر من ناحية وظروف وأحوال الإستثمار من ناحية أخرى.

وتوجد العديد من المبادئ التي يجب أخذها في الحسبان عند رسم السياسة الإستثمارية لأموال التأمينات الإجتماعية تتمثل في الآتي:

أ. وضوح الأهداف: ويقصد به تحديد الهدف من توجيه أموال التأمينات الإجتماعية نحو إستثمار معين، بما ينتج عنه عدم إبتعاد هذا الهدف عن تحقيق الزيادة في كمية الأموال المتاحة لتمويل المزايا التأمينية التي يعد بها النظام المؤمن عليهم. ويتطلب تحقيق هذا الهدف ضرورة أن يتوافر في هذا الإستثمار مجموعة من الخصائص التي ترتبط وبشكل أساسي

1 محمد صلاح الدين صدقي، "تطوير التأمين على الحياة وأهميته في الدول النامية والمتقدمة"، مجلة المحاسبة والإدارة والتأمين، جامعة القاهرة، العدد ١٣، السنة العاشرة، ١٩٧٠، ص ١٥٣.

2 أمنية خيرى إبراهيم علي، مرجع سبق ذكره، ص ١٣٤.

بنظام التأمين الإجتماعي ذو المزايا المحددة DB والمطبق في مصر، والتي تتمثل في الآتي¹:

- ضرورة توافر الضمان الحقيقي Real safety للأموال المستثمرة، الأمر الذي يعني ضرورة الأخذ في الحسبان معدلات التضخم، وهذا يتحقق عندما يتم الإستثمار في الأراضي والمشروعات الاقتصادية في صورة أسهماً. إذا أحسن اختيارها. نظراً لأخذها في الحسبان الإرتفاع في الأسعار. أما الإستثمار في السندات الحكومية والودائع لدى البنوك فإنها تحقق الضمان الإسمي Nominal safety.

- تنوع أوجه الإستثمار مما يقلل من حدة المخاطرة ويزيد من إمكانية ضمان الأموال المستثمرة، ولا يعني ذلك تقسيم الأموال على جهات إستثمارية مختلفة وعديدة، ولكن لا بد من وضع مبادئ لحجم الأموال المستثمرة التي تخصص لكل وجه من أوجه الإستثمار المختلفة وتوزيعها توزيعاً جغرافياً لضمان تحقيق سياسة إستثمارية متوازنة لأموال التأمينات².

1 المزيد من التفصيل فضلاً راجع

- عادل عبد الحميد عز، "إستثمارات أموال التأمينات الإجتماعية"، ملحق ٢، المؤتمر القومي للتنمية الإجتماعية، وزارة التأمينات والشئون الإجتماعية، القاهرة، ديسمبر ٢٠٠٠، ص ٨.
- محمد عطية أحمد سالم، "التأمين الإجتماعي والتنمية الاقتصادية في أفريقيا: دراسة مقارنة لبعض دول القارة في الفترة من ١٩٨٠ - ١٩٩٠"، رسالة ماجستير غير منشورة، قسم الاقتصاد، معهد البحوث والدراسات الأفريقية، جامعة القاهرة، ١٩٩٧، ص ٣٠.
- أحمد علي محمود ضرار، "دور التأمينات الإجتماعية في تنمية اقتصاديات الدول مع التطبيق على الاقتصاد المصري"، رسالة ماجستير، كلية التجارة، جامعة عين شمس، ٢٠٠٤، ص ١٢٣.

- Oyemola, Oladipo O., "Investment risk: considerations for pension rund", Master of science in actuarial science, department of actuarial and statistics, Cass business school, City University, London, 2003, P. 27.

- 2 نصحي عباس رمضان، "أنظمة المعاشات في التشريع المصري المقارن"، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٧، ص ١٨٤.

- تحقيق معدل الإستثمار المناسب والمتظم والذي يكفي بالإضافة للأصول لتغطية الإلتزامات التأمينية.

- تحقيق السيولة الجزئية للإستثمارات لمقابلة الإلتزامات الطارئة التي قد يتعرض لها النظام التأميني بسهولة وبدون خسائر. وليس السيولة المطلقة أو النسبية¹.

ويتعين التنويه إلى أن الظروف الاقتصادية للدولة عادة ما تأخذ في الحسبان عند إستثمار تلك الأموال، لكن يتعين وضوح وتوافق الأهداف الموضوعية لأن عدم الوضوح أو تعارض الأهداف يعرض تلك الأموال للمخاطر. لذا لا بد من توسيع مجالات الإستثمار دون تحديد لحجم المبالغ المستثمرة لأي مجال إستثماري، لأن ذلك يتوقف على ظروف الدولة اقتصادياً واجتماعياً وسياسياً².

ب - الإستقلال عن التدخل السياسي عند صنع القرارات الإستثمارية المدعومة بالتحليل الإستثماري، ولا يعني ذلك عدم مسئولية مديري أموال التأمينات أمام الحكومة والمؤمن عليهم عن نتيجة ما يتخذونه من قرارات، فالمسئولية مبدأ أساسي لا يمكن تفاديه هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى فإن الإستقلال عن التدخل السياسي لا يمنع من قيام الحكومة بوضع الأطر التي يتم من خلالها إدارة ومراقبة وتنظيم عمليات إستثمار تلك الأموال، وفي سبيل تحقيق ذلك تقوم العديد من الدول بوضع آليات تسمح بتدخل شرائح من المجتمع وممثلون لأصحاب الأعمال والمؤمن عليهم وإتخاذات العمل لإدارة أموال التأمينات الإجتماعية³.

1 عبد المنعم عبد الغني على، مرجع سبق ذكره، ص ٥٢.

2 أمنية خيري إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص ١٥٩.

3 Osborne, D. & Plamondon, P., "Social security financing and investments in the Caribbean: issues in social protection", Discussion paper 9, Report of the Caribbean sub- regional tripartite meeting on social security, financing and investment policies for pension funds, Bridgetown, Barbados, 24 -25 October, 2001, P. 38.

ج - المسؤولية تجاه المؤمن عليهم: ويتطلب تحقيق تلك المسؤولية ضرورة قيام المسؤولين عن إدارة النظام توفير المعلومات الشاملة والدقيقة عن كل الأشكال الرئيسية للعمليات الخاصة بإستثمار الأموال وفي الوقت المناسب، الأمر الذي يشجع العمال وأصحاب الأعمال على الإستجابة والإلتزام بدفع الإشتراكات التأمينية والتخلص من مشكلة التهرب التأميني.

د - إنخفاض تكاليف التشغيل والرشد الإستثماري: تمثل المعلومات ومدى دقتها وتوافرها أمراً ضرورياً لضمان إتخاذ قرارات إستثمارية سليمة تحقق إنخفاض التشغيل المرتبطة بإستثمار أموال التأمينات، كما أن الرشد الإستثماري يتطلب ضرورة تجنب الأخطار المفرطة، ولضمان تحقيق ذلك فإن الحكومات عادة ما تقيم مؤسسات إشرافية أو تنظيمية لمراقبة الجهة المسؤولة عن إدارة التأمينات الإجتماعية.

وتمثل الإدارة المالية المثلى لنظام التأمين الإجتماعي أهم المحددات التي تتوقف عليها قدرة النظام على الوفاء بالتزاماته، وتعتمد هذه الإدارة على محورين أساسيين هما:

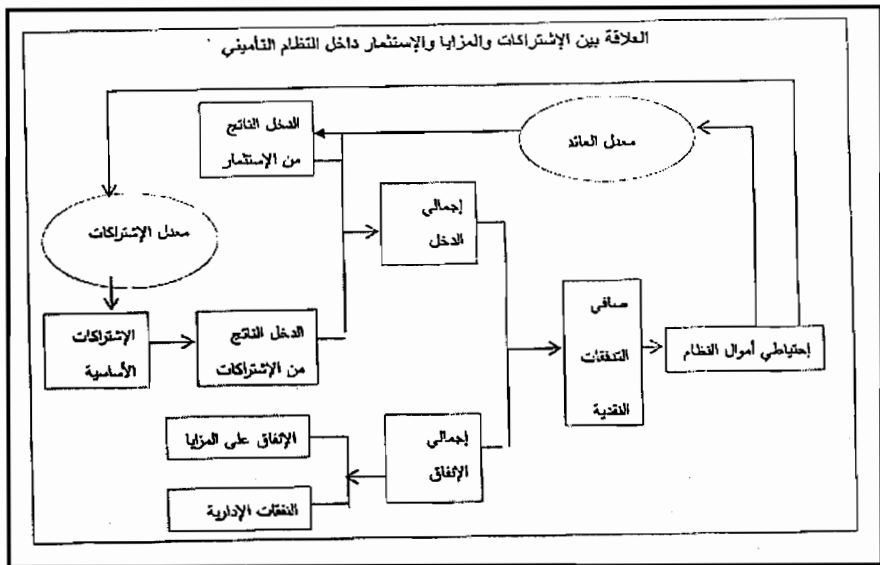
أ. التحكم في التدفقات المستقبلية للإشتراكات والتي ترتبط بشكل أساسي بطريقة تمويل النظام.

ب - التخصيص الأمثل للأصول التي يمتلكها النظام مع الأخذ في الحسبان ما على النظام من إلتزامات.

ويتعين التنويه أن كلا المحورين متداخلان يتأثر كل منهما بالآخر، الأمر الذي يضيء على إدارة تلك الأموال شيئاً من التعقيد والتداخل، وهذا ما يوضحه الشكل التالي الذي يعطي صورة مبسطة للآلية التي

1 Boulier, Jean franvis, Michel, Stkphane and Wisnia, Vanessa, "Optimalizing investment and contribution of a defined pension fund", www.actuaries.org/AFIR/colloquia/uenberg/Boulier_Michel=Wisini.pdf

يعمل بها النظام التأميني من خلال العلاقة بين الإشتراكات والمزايا والإستثمار.



وكما أن هناك عدة مبادئ يتعين أخذها في الحسبان عند رسم السياسة الإستثمارية لأموال التأمينات الإجتماعية، فهناك عدة أخطار يتعرض لها ذلك الإستثمار، لعل من أهمها:

أ. خطر أن الخصوم لا تسير وفق ما هو متوقع: نظرا لأن نظم المعاشات (الإشتراكات أو المزايا) تقوم على حسابات إكتوارية مبنية على مجموعة من الفروض لتقدير حجم الأصول والخصوم المتوقعة التي ستواجه صناديق المعاشات مستقبلا، وبالتالي يترتب على تغير ما في هذه الفروض تغير في سير الخصوم عما كان متوقعا لها، الأمر الذي يتطلب ضرورة وجود المراجعة الإكتوارية الدورية للنظام التأميني.

- 1 Association of public pension fund auditors & chief investment officers, "public systems statements of key investment risks and common practices to address those risks", 2000, P.4.

ب - خطر أن الأصول التي تمتلكها صناديق المعاشات لا تدعم الخصوم: يرتبط هذا الخطر بشكل أساسي بنظم المعاشات ذات المزايا المحددة والمطبق في مصر والتي يكون هدفها الأساسي دفع المزايا الحالية والمستقبلية لأعضائها. وكل أخطار الإستثمار المعرضة لها صناديق المعاشات تمثل مجموعات فرعية من هذا الخطر الأساسي والذي يمكن التعبير عنه بمعنى أكثر دقة أن العوائد على إستثمار الأصول لا تسلك الطريق المتوقع لها بشكل يكفي لمقابلة الإلتزامات. ويقع هذا الخطر الأساسي نتيجة لوقوع أخطار أخرى يمكن تقسيمها إلى نوعين من الأخطار على النحو التالي:

❖ أخطار خارجية¹: وتتضمن عددا من الأخطار أهمها:

- الأخطار السوقية: تتمثل في فشل السوق في تحقيق العوائد المتوقعة على الأصول.

- أخطار الإجراءات القانونية: تتمثل في الأخطار الناتجة عن التغيير في القوانين التي من شأنها التأثير على تحقيق الفروض التي تبنى عليها نظم المعاشات العامة، وكثيرا ما يتم تغيير العديد من الإجراءات التشريعية دون فهم لأبعادها وتأثيراتها على تغيير الوضع المالي للنظام التأميني، وأحيانا ما يصعب تجنب هذا الأمر، لكن التنظيم والتوثيق الجيد للسياسة الإستثمارية المحكومة بنظام مناسب تمثل أهم مفاتيح التصدي لهذا النوع من الأخطار.

❖ أخطار داخلية²: تشمل العديد من الأخطار³ أهمها أخطار التنفيذ والمتمثلة في كون سياسات وإجراءات الإستثمار لا تنفذ بالدقة

1 يطلق عليها البعض المخاطر المنتظمة **Systematic risk** وهي المخاطر التي لا يمكن إستبعادها بالتنوع، وتعبّر عن النسبة من التقلب في الأصل التي ترجع لعوامل عامة.

2 يطلق عليه البعض مخاطر غير منتظمة **Unsystematic risk** وهي المخاطر التي يمكن إستبعادها بالتنوع وهي النسبة من التقلب في الأصل التي ترجع إلى عوامل خاصة. لمزيد من التفصيل فضلا راجع

أمنية خيرى إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص ١٣٦.

3 مخاطر السعر (القيمة) وهي الخسارة الناشئة نتيجة بيع بعض الإستثمارات كالأوراق المالية بأقل من سعر شرائها، ومخاطر عدم القدرة على تحصيل فوائد رأس المال المستثمر أو رأس المال المستثمر نفسه أو كليهما فمثلا القروض الحكومية قد تتحول لديون =

المطلوبة، نظراً لأن فريق عمل النظام لا يقومون بتطبيق سياسات لتخصيص الأصول وإستراتيجية إستثمارية بفعالية ويرجع ذلك للآتي¹ :
- الفشل التكتيكي **Tactical failure** : يرجع لسببين ؛ الأول : أن التخصيص الحقيقي للأصول لا يعضد إستراتيجية تخصيص الأصول ذاتها، الثاني : أن العوائد على الإستثمار في أصول معينة تقل عن الأداء العام لنوع أصول معينة تقل عن الأداء العام لنوع الأصول التي تنتمي إليها.

- الفشل التشغيلي **Operational failure** (العملي) : في أغلب الأحيان ينتج من توقف الأنظمة أو الإجراءات أو القائمين على تنفيذ الإجراءات، ويمكن تجنب ذلك من خلال إدارة نظم المعاشات العامة بتطبيق الإجراءات التي تضمن إنجاز وتحقيق الأهداف التي تحكم سير الإجراءات نحو مسارها الصحيح وهي دقة وسلامة المعلومات، والإلتزام بالسياسات المؤسسية والإجراءات والقوانين والتعليمات، وحماية وضمان الأصول المستثمرة، الإستخدام الكفء للموارد.

والجدير بالذكر، أن الفكر الاقتصادي إهتم في بادئ الأمر على جانب الأصول فقط في توظيف أموال صناديق المعاشات، وظهر ذلك في العديد من النماذج الكمية لتحديد محفظة الإستثمار بالإعتماد على مبدأ المقايضة بين المخاطرة والعائد. ويعد **Markowitz** عام ١٩٥٢ من الأوائل الذي قدم نموذج يهدف لتعظيم العائد عند مستوى معين من المخاطرة، وقام العديد من مفكري الاقتصاد المالي بتطوير ما بدأه **Markowitz**، وانصب التطوير على جانب التخصيص الأمثل للأصول الذي يتناسب فقط مع السياسة الإستثمارية لصناديق المعاشات ذات الإشتراكات المحددة، ويفغل ما قد تعانیه صناديق المعاشات ذات المزايا

=معدومة أو عند توقف الحكومة عن سداد الفوائد والقروض في المواعيد المحددة، ومخاطر خاصة بكفاءة إدارة الإستثمار التي تناولناها هنا.

1 Risk standards for institutional investment managers and institutional investors, risk standards working group, 1996.

المحددة من أخطار عدم القدرة على الوفاء بالتزاماتها، نظراً لأن السياسة الإستثمارية لا تأخذ في الحسبان التزامات صناديق المعاشات.

وتبعاً لذلك فقد اهتم الفكر الاقتصادي المالي الحديث بالدور الذي يلعبه التخصيص الأمثل للأصول التي تمتلكها صناديق المعاشات وربطه بقدرة النظام على الوفاء بالتزاماته المستقبلية، وهذا ما قدمه نموذج شارب عام ١٩٩٠ من خلال نموذج الأصول/الخصوم أو العائد على الفوائض لتتبع المحفظة مع الأخذ في الحسبان كل من العوائد على الأصول والتغيرات في التزامات صناديق المعاشات وتغيرها مع عوائد الأصول^١. وقد أعطي شارب وزناً لإلتزامات صناديق المعاشات، وهذا يتطلب أولاً تحديد حجم الإلتزامات الذي ترغب صناديق المعاشات أخذه في الحسبان عند تحديد إستراتيجية الإستثمار الخاصة بها وذلك لتحديد حجم ما يتكون لديها من فائض (S) ممثلة في حجم الأصول (A) مطروحاً منها حجم الإلتزامات (L) الذي يتم ربطه بالأصول من خلال (K) أي أن $S = K \cdot L - A$. بحيث يصبح الهدف هو تعظيم العائد على الفوائض بشكل يعطي أهمية لكل من الأصول والخصوم معاً والتي وضعها شارب في المعادلة التالية (RL/A). $RS = RA - K \cdot L$. حيث تشير RS للعائد على فوائض صناديق المعاشات، وتمثل RA العائد على الأصول، بينما تمثل RL العائد على الإلتزامات.

وبناء على ما تقدم، فإن القائمين على إدارة صناديق المعاشات يقومون بالإعتماد على جانب الأصول فقط إذا كانت $K = 0$ ، أي أن سياسة إستثمار المال الإحتياطي تعتمد فقط على مبدأ تعظيم العائد على

1 Craft, Timothy M. , "Role of private and public real estate in pension plan portfolio allocation choices ", Journal of real estate portfolio management, 2001.

www.findarticles.com/p/articles/mi_qa3759/is-20010/ai_n8937/7/

2 Sharp, William f., "Budgeting and Monitoring pension fund risk", financial analysis journal, 2000, P.82.

الأصول فقط ، بينما إذا كانت $K = 1$ ، فإن السياسة الإستثمارية تعتمد على قيمة العائد على الفوائض أي أنها تأخذ في الحسبان جانب الأصول والالتزامات. وهكذا يتضح أن فلسفة هذا النموذج تتفق مع تحقيق معدل العائد المناسب الذي يعني العائد بالإضافة للأصول لتغطية الإلتزامات ، والذي يمثل بدوره أهم خصائص مبادئ إستثمار أموال نظم التأمينات الإجتماعية وهو مبدأ وضوح الهدف.

بعد أن تناولنا ضوابط توظيف أموال التأمينات ، يتعين تناول الأشكال المختلفة لإستثمار هذه الأموال والتي يتمثل أهمها في الآتي :

أ. الإستثمار في البنية التحتية: رغم أن إستثمار أموال التأمينات في البنية التحتية يعد إستثمار طويل الأجل يناسب طبيعة أموال التأمينات ، إلا أنه محفوف بعدة مخاطر كالمخاطر البيئية والتشريعية والسياسية ، الأمر الذي يتطلب الحرص الشديد أثناء إدارة أموال التأمينات الإجتماعية المستثمرة في هذا المجال خاصة في الدول النامية. وقد طبقت تلك الإستثمارات بداية في استراليا عام ١٩٩٠ ثم طبقت التجربة بعد ذلك في كندا وألمانيا والولايات المتحدة ، حيث تم تخصيص نسبة من ٣٪ من مدخرات صندوق التأمينات لمشروعات البنية التحتية في الولايات المتحدة الأمريكية وذلك في عام ٢٠٠٨.

ب. الإستثمار في سوق الأوراق المالية: يتمثل ذلك الإستثمار في حيازة الأسهم والسندات وخاصة الحكومية. وقد بينت إحدى الدراسات التي تناولت محافظ الإستثمار لأنظمة التأمينات أن معدل العائد على الإستثمار في الأسهم في بعض الدول أعلى في المتوسط عن نظيره المحقق على السندات خاصة الحكومية مثل أذون الخزانة التي تمثل النسبة المعنوية

1 For more details

- Inderst, G., "Pension fund investment in infrastructure", OECD working papers on insurance and private pensions, No32, OECD publishing.
- OECD, OECD data base available at: <http://. OECD.org/dataoecd>

في إستثمار تلك الصناديق¹. ولا يخلو هذا النوع من الإستثمار من بعض الإنتقادات النظرية، ولعل أهمها إرتفاع درجة المخاطرة نظرا لأن هذه الأموال تمثل حقوق العاملين المشتركين، إلا أن بعض الاقتصاديين ينظر إلى الإستثمار في الأسهم والسندات على أنه ليس إعادة تخصيص حقيقة للموارد بل هو إعادة توزيع أسمى للأصول وهو ما يطلق على حساب البعض Shell game، وهذا يعني أن شراء الأسهم من قبل صندوق إستثمار أموال التأمينات على حساب بيع السندات الحكومية يجعل المستثمرين يقومون بشراء السندات الحكومية على حساب بيع الأسهم، وبالتالي عدم التغير في أسعار الأصول المالية وبناء القيمة الكلية للمحافظ الإستثمارية دون تغيير بين الطرفين².

ج- أصول أخرى: بخلاف الشكلين الرئيسيين سابقين الذكر، يتم إستثمار أموال التأمينات في أصول أخرى مثل الودائع البنكية وعمليات الرهن العقاري والإستثمار العقاري. وتشير التجارب الدولية أن السندات الحكومية تمثل الشطر الأكبر من الإستثمار في صناديق التأمينات، ففي دول منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية تصل النسبة ٦٦٪ للسندات، ٢٣٪ في أوراق مالية في حين أنتلك النسبة في الصين وروسيا كانت ٤٨٪، ٣٥٪ على التوالي نظرا لتملك تلك الدول لأسواق مالية قوية^٣.

1 Abel, A., "The effect of investing social security funds in the stock market when fixed costs prevent some households from holding stocks", NBER working paper, w 7739.

2 يقوم هذا التحليل على إفتراض أن كل المشاركين بالنظام يقومون بالإستثمار في سوق الأسهم والسندات وهذا إفتراض غير واقعي، كما أن التحليل شبيه بفرضية المكافئ لريكاردو. لمزيد من التفصيل فضلا راجع

OECD, OECD data available at <http://www.OECD.org/dataoecd>

3 عبد الله شحاته خطاب، مرفت صابرين، "إشكالية إستثمار أموال التأمينات الإجتماعية في الدول العربية: الواقع والمستقبل"، المؤتمر العلمي الحادي عشر بعنوان مستقبل الاقتصاديات العربية في ضوء التحديات المحلية والدولية، المنظمة العربية للبحوث الاقتصادية، ١٨، ١٩ ديسمبر ٢٠١٠، القاهرة، ص ١٢.

وبصفة عامة ، تتأثر السياسة الإستثمارية لأموال التأمينات بنظام التمويل القائم ونظام المزايا المتبع. وتشير بعض الدراسات أنه في حالة التحول من تمويل المعاشات بنظام الموازنة السنوية أو التمويل المرحلي (التوزيعي) إلى نظام التمويل الكامل ، لابد من الإحتفاظ بوجود حد أدنى من المعاشات المضمونة لمستحقيها كما هو الوضع في ظل نظام الموازنة السنوية ، خاصة مع تزايد درجة المخاطرة في إستثمار أموال التأمينات¹.

أما بالنسبة لنظام المزايا المتبع نجد أنه في ظل نظام الإشتراكات المحددة تشير بعض التجارب الدولية إلى أنه لا توجد سياسة إستثمارية موحدة مناسبة لجميع المشتركين بالنظام ، كما أن الإستراتيجيات القائمة على إستثمار نسبة ثابتة من إجمالي قيمة المحفظة في أصول ترتفع بها درجة المخاطرة على مدار فترة إشتراكات العامل ، ثم التحول تدريجياً نحو الإستثمار في السندات في السنوات الأخيرة قبل إستحقاقه للمعاش أثبتت قدرتها على تحقيق نتائج مقبولة ، كما أن كفاءة إستراتيجيات الإستثمار تتأثر بمدى إشتراك العامل بزيادة الكفاءة بإخفاض مدة إشتراك العامل².

بينما في ظل نظام المزايا المحددة تكون هناك صعوبة في إستثمار جزء كبير من أموال التأمينات في أصول مخاطرها مرتفعة نسبياً ، لأنه في هذه الحالة يتطلب الأمر تعديلاً منحين لآخر في معادلة تحديد المعاش المستحق ، وذلك للتجاوب مع عشوائية العائد الذي تحققه تلك الأصول. وفي حالة عدم تغيير الإستثمارات في أصول أقل مخاطرة أو تغيير في معادلة تحديد المعاش فإن العائد غالباً ما يكون سالباً³.

1 Munnell, A & Sass, S., "Social security and the stock market lessons from around the world", W.E Upjohn institute for employment research, 2007.

2 OECD, OECD data base available: <http://www.OECD.org/dataoecd>

3 Munnell, A & Sass, S., "Social security and the stock market lessons from around the world", Op., Cit., P. 132.

والجددير بالذكر، أن بعض الدراسات أظهرت أن هناك تنوع في استثمار أموال التأمينات سواء كان هذا التنوع في الأصول جغرافيا ما بين محفظة للإستثمارات المحلية ومحفظة للإستثمارات العالمية أو التنوع في حيازة الأصول الإستثمارية ما بين الأسهم والسندات والإستثمار في البنية الأساسية والأصول الأخرى مثل الرهن العقاري والودائع البنكية أو التنوع في الإطار المؤسسي لإدارة المحفظة المالية فبعض الدول أنشئت إدارة مستقلة لتولي إدارة أموال التأمينات، بينما البعض الآخر أنشئ كيان تابع للهيئة القائمة على إدارة نظام التأمين الإجتماعي. وقد ظهر هذا التنوع في دراسة أجريت على مجموعة من الدول العربية¹.

ورغم قيام العديد من الدول المتقدمة والنامية بما فيها الدول العربية على حد سواء بالعديد من الإصلاحات لتواكب التغيرات في الهيكل السكاني أو في إدارة تلك الصناديق، إلا أنه مازال العديد من الدول النامية بصفة عامة والدول العربية بصفة خاصة تواجه العديد من التحديات التي تؤثر على مسار إستدامتها المالية، ولعل أهم تلك التحديات يتمثل في ضعف الأداء الإستثماري لصناديق استثمار أموال التأمينات وإخفاض العوائد على عملياتها المختلفة، الأمر الذي أضعف الإستدامة المالية، وأدى للإعتماد الكبير على الموازنة العامة لتغطية العجز الإكتواري بغض النظر عن النظام التأميني المعمول به، كذلك عدم كفاءة التنوع بين القنوات الإستثمارية المختلفة، الأمر الذي يعني تركيز المحفظة الإستثمارية في إتجاه معين مثل الوضع في مصر حيث تتركز الإستثمارات في السندات الحكومية. أيضا وجود بعض القيود التي تمنع التنوع جغرافيا ففي كل من مصر والمغرب وسوريا ولبنان ممنوع الإستثمار الخارجي. بالإضافة لضعف الأسواق المالية وإفتقارها للشفافية والإفصاح، الأمر الذي أثر سلبا على فعالية السياسات الإستثمارية المتبعة. ناهيك عن التدخل السياسي المستثمر في عمل إدارات استثمار أموال التأمينات، وعدم توافر قواعد البيانات

1 عبد الله شحاته خطاب، مرفت صابرين، ص ص ١٥ - ٢٢.

اللازمة في حالة تطبيق الأنظمة الحديثة، بجانب نقص العنصر البشري المؤهل لدرجة أن بعض الدول إستعان بخبراء أجانب لإدارة تلك المحافظ¹.

النقطة الثالثة: ضوابط جانب التمويل (الإشتراكات)

يمكن تصنيف ضوابط جانب التمويل إلى نوعين، الأول: ضوابط النظام التأميني ذاته، والثاني: ضوابط ترتبط بالتغيرات البيئية المحيطة بالنظام التأميني.

الأول: ضوابط النظام التأميني ذاته

تتعلق تلك الضوابط بكل من معدلات الإشتراكات ومدى إرتفاعها أو إنخفاضها، وكذلك مدى إمكانية التطبيق الفعلي لأهم خصائص التأمين الإجتماعي ويمكن بيان ذلك على النحو التالي:

1- معدلات الإشتراكات: بيّن نموذج الأجيال المتداخلة **Overlapping generations model (OLG)** أن نظام التأمين الإجتماعي يؤثر على رفاهية الفرد من خلال تأثيره على مستوى المنفعة

1 لمزيد من التفصيل فضلاً راجع

- محمد أحمد معيط، "إستثمار أموال الضمان الإجتماعي في ظل الأزمة المالية الراهنة"، بحث مقدم في المؤتمر العربي للضمان الإجتماعي الأول بعنوان "نحو سياسات فاعلة في الوطن العربي"، شرم الشيخ، جمهورية مصر العربية، ٢٠٠٩.
- عبد الله شحاته خطاب، مرفت صابرين، ص ٢٢، ٢٣.
- عبد العزيز بن عبد الله الزيد، "دور الإستراتيجية الإستثمارية في التعامل مع الأزمات المالية من واقع تجربة المؤسسة العامة للتأمينات الإجتماعية بالملكة العربية السعودية"، بحث مقدم في المؤتمر العربي للضمان الإجتماعي الأول، "نحو سياسات فاعلة في الوطن العربي"، شرم الشيخ، جمهورية مصر العربية، ٢٠٠٩.

2 - Engineer, Merwan H., & Welling, Linda., "Overlapping generations models of graded agegroup Societies: economics meets ethnography", department of economics, university of victoria, May, 2001. www.web.uvic.ca/econ/ddpo102.pdf

- Drazen, Allen, "The overlapping generation model with capital accumulation and national debt", lecture notes, 2001

www.econ.umd.edu/~rasteletti/macro/drazen/lectures/olg_2005.pdf

التي يحصل عليها طيلة حياته، والتي تتوقف على المزايا التي يمنحها النظام لهذا الفرد في فترة تقاعده، والإشتراكات التي تستقطع منه أثناء حياته الوظيفية.

ويتطلب تحقيق كفاءة النظام التأميني محاول الوصول بإشتراكات النظام لأدنى مستوى ممكن، وخاصة الإشتراكات التي يتحملها المؤمن عليه والتي تؤثر على مستوى رفايته التي تعد الهدف الإسمي لأي نظام تأميني، نظرا لوجود علاقة عكسية بين إرتفاع معدلات الإشتراكات وانخفاض الدخل المتاح للإستهلاك والإدخار. أضف إلى ذلك أن الإرتفاع في معدل الإشتراكات يترتب عليه أثر عكسي على إيرادات الإشتراكات، والذي يمكن تسميته بالأثر التخفيضي لمعدلات الإشتراكات المرتفعة، الأمر الذي ينعكس تأثيره على الوضع المالي للنظام ككل¹، كما سبق التوضيح في الشكل السابق الذي يبين العلاقة بين الإشتراكات والمزايا والإستثمار داخل نظام التأمينات الإجتماعية.

ويمكن إرجاع إنخفاض حصيلة الإشتراكات النهائية بسبب إرتفاع معدلات الإشتراكات إلى إرتفاع نسبة العمالة بالقطاع غير الرسمي كوسيلة للتهرب من دفع الإشتراكات والتي تأخذ عدة أشكال منها الإشتراك عن عدد عمال أقل من العدد الفعلي، أو الإشتراك عن بعض المدد التأمينية دون باقي المدد، أو الإشتراك بأجر أقل من الأجر الفعلي².

1 عبد الفتاح الجبالي، "مستقبل نظام التأمينات الإجتماعية في مصر"، كراسات إستراتيجية، مركز الأهرام للدراسات السياسية والإستراتيجية، مارس ٢٠٠٦، ص ٥.

2 لمزيد من التفصيل فضلا راجع

- World Bank, "pensions in the Middle East and North Africa: Time for Chance", report, Op., Cit., P.33.

- Loewe, Markus, "Social security in Egypt: An analysis and agenda for policy reform", Economic research form, ERF working paper 2024, 2002.www.erf.org.eg

- علي السيد الديب، "مشاكل التأمين الإجتماعي في مصر: مشكلة التهرب التأميني" <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/ara do/unpan024206.pdf>

٢- مدى إمكانية التطبيق الفعلي لأهم خصائص التأمين الاجتماعي: لعل أولى الخصائص المميزة لنظام التأمين الاجتماعي والتي تحدد مفهومه هو الارتباط المحكم بين المزايا والإشتراكات من خلال الدخل الذي يحصل عليه الفرد أثناء حياته الوظيفية، الأمر الذي يعني حصول دافعي الاشتراكات المرتفعة على مزايا مرتفعة والعكس بالعكس. ولاشك أن عدم تحقق ذلك يؤدي إلى تسرب بعض المؤمن عليهم وإحساسهم أن التأمينات الاجتماعية تعد ضريبة، نظرا لعدم التناسب بين ما يدفعونه من اشتراكات وما يحصلون عليه من مزايا.

الثاني: ضوابط ترتبط بالتغيرات البيئية المحيطة بالنظام التأميني هناك دائما تغيرات تحدث في البيئة المحيطة بالنظام التأميني تؤثر عليه أحيانا بالإيجاب وغالبا بالسلب، الأمر الذي يتطلب وجود مجموعة من الضوابط التي تحد من الأثر السلبي لهذه التغيرات البيئية على النظام التأميني، ولعل أهم تلك التغيرات الآتي:

١- التغيرات الديموغرافية Demographic Changes : تعد تلك التغيرات ذات التأثير السلبي على النظام التأميني هي تلك التغيرات التي تؤدي لإرتفاع توقع الحياة عند الميلاد مع إنخفاض معدلات المواليد، الأمر الذي يؤدي لإرتفاع نسبة الإعالة نتيجة لزيادة حجم المتقاعدين بالنسبة لحجم القوة العاملة، وبالتالي زيادة أعباء النظام التأميني. وقد أكد نموذج الأجيال المتداخلة التأثير الشديد لنظام التأمين الاجتماعي الذي يعتمد على أسلوب التمويل التوزيعي (PAYG) بالتغيرات الديموغرافية، نظرا لأن العائد على الاشتراكات في ظل هذا الأسلوب أو النظام يتحدد عن طريق معدل نمو السكان. وقد أكد تلك الحقيقة النظرية التطبيق العملي لهذا الأسلوب، والذي أظهر أزمة المعاشات في معظم دول العالم بسبب التغيرات الديموغرافية. ومن المفترض ألا يقابل النظام التأميني الذي يعتمد على نظام التمويل الكامل، الذي يحدد معدل ثابت للإشتراكات ذلك التأثير بالتغيرات الديموغرافية.

٢. التحويلات والتغيرات الاقتصادية: يعد من أهم التحويلات والتغيرات الاقتصادية التي حدثت في الدول النامية بصفة خاصة خلال العشرين عاما المنقضية هو التوجه نحو التخصص وإرتفاع معدلات البطالة وكليهما له تأثير على النظام التأميني ويمكن بيان ذلك على النحو التالي:

أ. سياسة التخصص: تتعرض نظم التأمينات الإجتماعية للعديد من الأخطار منها الأخطار الناجمة عن الإجراءات القانونية التي تتم دون النظر لأبعادها وتأثيراتها القوية على تغيير الوضع المالي للنظام التأميني، نظراً لمالها من تأثير على تحقق الفروض التي تبنى عليها نظم التأمينات الإجتماعية. وهذا ما حدث نتيجة تبني العديد من الدول وخاصة النامية سياسة خصخصة الشركات المملوكة للدولة، الأمر الذي أثر على جانب الإشتراكات بسبب حالات المعاش المبكر وذلك لأن صرف المعاشات للمؤمن عليهم في سن المعاش يسبق سن التقاعد يترتب عليه تحولهم من كونهم ممولين في النظام إلى مستحقين مع مراعاة تقديم موعد إستحقاقهم للمعاش، وبالتالي تحمل النظام التأميني تكلفة المعاش قبل الموعد المتوقع لإستحقاقه، وبالتالي فقد النظام التأميني الإشتراكات التي كان من المتوقع أداؤها لهؤلاء العمال في حالة بقائهم في مزاولة أعمالهم كمولين للنظام التأميني^١. كذلك على الوضع المالي للنظام التأميني ككل وذلك بسبب حدوث فارق كبير بين نسب التخفيض الإكتوارية والقانونية والزيادة الكبيرة في عدد حالات إنتهاء الخدمة بسبب العجز الجزئي المستديم، ناهيك عن ضعف قيمة المعاشات المبكرة المنصرفة رغم نسب التخفيض غير الواقعية - في مواجهة أعباء المعيشة المرتفعة وذلك بالنسبة للمتقاعدين^٢. ولاشك أن اللجوء للتخصص دون التأثير على النظام التأميني يتطلب عدة إجراءات أي تعديلات أو تغييرات قانونية والأخذ في الحسابات تأثير ذلك على التأمينات الإجتماعية بحيث يمكن تجنب الأثر السلبي، وبالتالي يجب عند إجراء التخصص عدم اللجوء للمعاش

1 أمنية خيرى إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص ١٧٢.

2 منى إبراهيم محمود إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص ص ١٢٦ - ١٣١.

المبكر، ومراعاة عدم وجود فروق بين نسب التخفيض الإكتوارية والقانونية وعدم إنهاء الخدمة بسبب العجز الجزئي المستديم.

ب - ارتفاع معدلات البطالة : يوجد ارتباط تكاملي بين ارتفاع معدلات البطالة والتغيرات الديموغرافية والخصخصة وما ينتج عنها من معاش مبكر، الأمر الذي يؤثر على تدفق تيار الإشتراكات الجديدة، الأمر الذي يتناقض مع الإتجاهات الفكرية التي بنى عليها النظام التأميني والذي وضعت أسس النظريات المفسرة للتأمين الإجتماعي ومنها نظرية الحث على التقاعد يزيد من الكفاءة ونظرية كتلة العمل¹.

النقطة الرابعة : ضوابط المزايا التي يقدمها النظام التأميني

أكد نموذج الأجيال المتداخلة على كون قدر الرفاهية - والمتمثل في مستوى المزايا. الذي يحصل عليه المسنون بعد تقاعدهم يمثل أسمی أهداف النظام التأميني، كما أكدت على ذلك أيضا نظريات الكفاءة² المفسرة لوجود النظام التأميني بشكل عام، ونظرية رفاهة المسنين بشكل خاص. ولاشك أن ذلك يتطلب ضرورة عدم تدني مستوى الأجور. ليس هذا فحسب بل يتعين ارتفاع معدل الإحلال (المعاش مقسوماً على آخر راتب) وفي نفس الوقت زيادة الإشتراكات مع زيادة الأجر دون وضع حدود قصوي (سقف) للأجر الذي يؤدي عنه الإشتراكات.

1 يمكن تقسيم النظريات المفسرة للتأمين الإجتماعي إلى ثلاث نظريات (نظريات الكفاءة، والنظريات السياسية، والنظريات القصصية)، كل نوع من النظريات يشتمل على عدد من النظريات والنماذج وتمثل كل نظرية أو نموذج رأي مفكر أو أكثر من مفكري الاقتصاد. لمزيد من التفصيل فضلا راجع منى إبراهيم محمود إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص ص ٤٩ - ٦٧.

2 ترجع هذه النظريات سبب وجود نظام التأمين الإجتماعي إلى كونه يمثل حلا كلياً أو جزئياً لفشل السوق في تحقيق الرفاهة للمسنين. ومن أهم هذه النظريات الرفاهة للمسنين، الحث على التقاعد يزيد من الكفاءة، الحل لمشكلة الأب المسرف Prodigal. لمزيد من التفصيل فضلا راجع منى إبراهيم محمود إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص ص ٥٠ - ٥٦.

المبحث الثاني

التحديات التي تواجه النظام التأميني المصري

(صور الإنحراف عن تحقيق كفاءة النظام التأميني)

يظل النظام التأميني منذ نشأته الأولى نظاماً تحكمه مجموعة من المبادئ والأسس - التي تم تناولها في المبحث الأول بصورة مختصرة - تهدف إلى تحقيق كفاءة ذلك النظام، وبالتالي فعدم الإلتزام بهذه الأسس يؤدي للإنحراف عن تحقيق تلك الكفاءة، ومن ثم ظهور التحديات التي تشكل خطراً على النظام، والتي تعكس ضمناً الإنحراف عن تحقيق كفاءة النظام. ويشير مفهوم كفاءة النظام التأميني إلى "توفير المعاشات للمؤمن عليهم بشكل يمكنهم من المحافظة على مستوى معيشتهم بعد التقاعد وذلك عند أدنى تكلفة ممكنة"¹. وهكذا يتضح أن تحقيق الكفاءة يتم عن طريق تحقيق الآتي:

- 1- توفير المعاش الذي يمكن من المحافظة على مستوى المعيشة بعد التقاعد، وهذا يرتبط بالمزايا التأمينية التي يوفرها النظام.
- 2- توفير المعاش عند أدنى تكلفة ممكنة، وهذا يرتبط بالإشتراكات وتوظيف المالي الإحتياطي.

ورغم أن نظام التأمينات الإجتماعية في مصر نظام محكم وشامل من حيث الفئات والأخطار التي يغطيها، ويوفر إحتياطي ضخماً يمكن إستخدامه في تحقيق العديد من الأهداف، إلا أنه يواجه عدد من التحديات لعل أهمها:

أولاً: التحديات التي تواجه جانب الإشتراكات.

ثانياً: التحديات التي تواجه جانب المزايا.

ثالثاً: التحديات التي تواجه جانب توظيف الإحتياطي.

1 Yermo, Juan., "The performance of the funded pension system in Latin American", Background paper for regional study on social security reform, office of the chief economist, Latin American and Caribbean region, the World Bank, 2002, P.3.

أولاً: التحديات التي تواجه جانب الإشتراكات

يمكن تصنيف التحديات التي تواجه جانب التمويل بالإشتراكات إلى نوعين من التحديات هما:

1. التحديات التي تتعلق بالنظام التأميني ذاته.
2. التحديات الناتجة عن التحولات والتغيرات في المجتمع المصري.

أ. إرتفاع معدل الإشتراكات: تتجلى مظاهره في الإرتفاع النسبي لمعدلات الإشتراكات الإجمالية مقارنة بالمعدلات والمعايير الدولية، وإرتفاع الإشتراكات على الأجر الأساسي مقارنة بالأجر المتغير، وإرتفاع الإشتراكات على صاحب العمل مقارنة بتلك التي يتحملها العامل، الأمر الذي يترتب عليه إنخفاض رفاة الفرد من خلال إنخفاض معدلات الإدخار والإستهلاك المتاح للأفراد، بالإضافة لإنخفاض الحصيلة النهائية للإشتراكات الراجع لإرتفاع نسبة الإشتراك عند الحد الأدنى للإشتراك بالإضافة لضعف الحد الأدنى للإشتراك الأساسي في حد ذاته والذي تعادل ٩٨ جنيهًا إعتباراً من يوليو ٢٠٠٥، بل إلى ١٠٥ جنيه في عام ٢٠٠٧^١، ١١٩ جنيه في عام ٢٠١٠/٢٠١١.

ويتعين التنويه إلى أن أعداد المؤمن عليهم رغم إتجاهه نحو التزايد، إلا أنه في بعض السنوات من الفترة محل الدراسة شهد إنخفاضاً ملحوظاً في معدل التزايد، وهذا راجع إلى تزايد حالات المعاش المبكر على النحو الذي سيرد تفصيله فيما بعد، وإنهاء عقود العمالة المؤقتة لدى بعض الشركات، وعدم إتحاق عمالة جدد بالقدر الذي يعوض حالات الخروج. ولاشك أن تزايد أعداد المؤمن عليهم يتعكس على زيادة حصيلة

1 لمزيد من التفصيل فضلاً راجع

- هدى مجدى السيد، مرجع سبق ذكره، ص ٧٢.

- عبد الفتاح الجبالي، "مستقبل نظام التأمينات الإجتماعية في مصر"، مرجع سبق ذكره، ص ٥.

2 علي السيد الديب، "مشاكل التأمين الإجتماعي في مصر: مشكلة التهرب التاميني".

مرجع سبق ذكره، ص ٥.

الإشتراكات، إلا أنها تأثرت أيضا للأسباب سالفة الذكر خاصة الإشتراكات المحصلة بصندوق التأمين الإجتماعي الخاص بالعاملين بقطاعي الأعمال العام والخاص. كما ضعفت حصيلة الإشتراكات في صندوق العاملين بالقطاع الحكومي بسبب إنتهاج الدولة سياسية تقنين الوظائف وإتباع نظام العقود خلال الفترة محل الدراسة.

وقد أوضحت إحدى الدراسات أن نسبة زيادة أعداد أصحاب المعاشات تفوق نسبة زيادة أعداد المؤمن عليهم، فعلى سبيل المثال زاد أعداد المؤمن عليهم في الفترة من ٢٠٠٠/٩٩ حتى عام ٢٠٠٣/٢٠٠٤ بنسبة ٦,٧٪ مقابل زيادة عدد أصحاب المعاشات والمستحقين عنهم بنسبة ٧,٥٪ عن نفس الفترة، وعدد أصحاب المعاشات فقط بنسبة ١٣,٨٪، الأمر الذي يشكل مشكلات في التمويل مستقبلا، كما أن إرتفاع نسبة المعاشات إلى المؤمن عليهم يشير إلى أهمية اتجاه الدولة بشكل مستمر إلى زيادة الإنفاق على المعاشات، وهو ما يحدث من خلال زيادة الإشتراكات المفروضة على المؤمن عليهم، والتي أصبحت في ظل نظام المعاشات المعمول به بمثابة ضريبة تفرض على العاملين لتمويل المتقاعدين وذلك بعد تحول نظام المعاشات لنظام الدفع عند الإستحقاق.

ويوضح جدول (٢) نسبة أصحاب المعاشات إلي المؤمن عليهم في صندوق العاملين بقطاع الأعمال العام والخاص خلال الفترة (١٩٩٤/٩٣ - ٢٠١١/٢٠١٠)، ومنه يتضح أن تلك النسبة وصلت ٣٦٪ عام ١٩٩٤/٩٣، ثم وصلت ١٧٪ في عام ٢٠٠١/٢٠٠٢، لتصل إلي ٤٨٪ عام ٢٠١١/٢٠١٠، الأمر الذي يهدد نظام المعاشات القائم.

ويعد الدليل على إرتفاع معدلات الإشتراك في مصر مقارنة بالدول الأخرى، حيث يدفع كل من العامل وصاحب العمل والحكومة نسبة تتراوح ما بين ١٥ - ٤٠٪ من الأجر الأساسي، وما يتراوح ما بين ٣٠ - ٣٥٪ من الأجر المتغير، ويدفع المؤمن عليهم في قطاعات العمل المختلفة نسبة عالية ممثلة في الحكومة يستقطع من أجر العامل نحو ٣٥٪ من جملة الأجر الأساسي الذي يحصل عليه، وفي القطاع العام تكون النسبة نحو

٣٦٪ من الأجر الأساسي، أما القطاع الخاص فالنسبة حوالي ٣٧٪ من الأجر الأساسي أيضا^١.

وقد نتج عن إرتفاع معدلات الإشتراكات في مصر العديد من الآثار السلبية منها لجوء أصحاب الأعمال إلى الإمتناع عن تعيين عمالة أخرى بهدف تخفيض عدد الأفراد الذي سيدفع حصصهم للتأمينات الإجتماعية، وظهور ظاهرة التهرب التأميني والذي أخذ أشكال مختلفة منها الإشتراك عن كل أو بعض العمال ولكن بأجور تقل عن الأجور الفعلية، والإخطار عن إنتهاء خدمة العامل الذي تم التأمين عليه من قبل رغم إستمراره في الخدمة، والإدعاء بأن العمال الذين لم يشترك عنهم صاحب العمل معينون بنظام المكافأة أو تحت الإختبار وهذا غير صحيح. ولا شك أن كل ذلك يؤدي لإخفاض حصيلة الإشتراكات^٢.

ب - الفجوة بين الإشتراكات المحصلة والمعاشات المدفوعة: ترتبط قيمة المعاش المستحق للفرد بمتوسط أجره الشهري خلال سنتين فقط قبل التقاعد^٣، الأمر الذي يؤدي لعدم التناسب بين الإشتراكات التي يسدها الفرد طيلة سنوات خدمته، وما يحصل عليه من معاش، ليس هذا فحسب بل يؤدي لإعادة التوزيع لصالح الأفراد الذين ترتفع دخولهم قرب نهاية الخدمة، الأمر الذي قد يجعل اتجاه بعض الأفراد للمغالة في أجر الإشتراك خلال السنوات الأخيرة قبل التقاعد من أجل الحصول على معاش أكبر^٤.

- 1 أمنية خيري إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص ١٦٩.
- 2 عبد الحليم إسماعيل القاضي، "التهرب الضريبي من التأمينات الإجتماعية والتعاون مع الأجهزة المختصة لتلافي هذه الظاهرة"، ورقة مقدمة لمؤتمر التأمينات الإجتماعية بين الواقع والمأمول، جامعة الأزهر، ١٣ - ١٥ أكتوبر ٢٠٠٢، ص ٢٥.
- 3 أمنية خيري إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص ١٧٧.
- 4 تتوقف قيمة الإشتراكات المدفوعة على كل من الأجر الأساسي والأجر المتغير، ويبلغ الحد الأقصى للأجر الخاضع لإستقطاعات التأمينات الإجتماعية نحو ٥٢٥ جنيها للأجر الأساسي، ونحو ٥٠٠ جنيها للأجر المتغير، وذلك طول سنوات خدمة العامل (بحد أقصى ٣٦ عاما، وبحد أدنى ١٠ سنوات للأجر الأساسي، ٢٠ سنة للأجر المتغير)، ونسبة معينة من متوسط الأجر الشهري خلال آخر سنتين لإنتهاء مدة خدمته، وبحد أقصى ٨٠٪ من هذا الأجر. لمزيد من التفصيل فضلا راجع مركز المعلومات ودعم القرار، "إصلاح نظام المعاشات في مصر"، مرجع سبق ذكره، ص ٥٧.

فذكر على سبيل المثال من جدول (٣) أن قيمة المعاشات المنصرفة لصندوق التأمين الإجتماعي للعاملين بقطاع الأعمال العام والخاص ١٨,٥ مليون جنيه مقابل إشتراكات تأمينية ١١,٩ مليار جنيه في عام ٢٠٠٩/٢٠١٠، في حين بلغت قيمة المعاشات المنصرفة ٢٢,١ مليار جنيه مقابل إشتراكات تأمينية ١٣,٦ مليار جنيه في عام ٢٠١٠/٢٠١١. في حين عام ١٩٩٠/١٩٩١ كانت الإشتراكات التأمينية ٢٠,٥ مليار جنيه أكبر من المصروفات التأمينية التي تعادل ١٣,٩ مليار جنيه وتبدل هذا الوضع بدءاً من عام ١٩٩٩/٢٠٠٠ حيث كانت الإشتراكات التأمينية ٥,٤ مليار جنيه في حين المصروفات التأمينية ٦,٩ مليار جنيه رغم أن إجمالي الموارد للصندوق خلال الفترة ٩٠/٩١ - ٢٠١٠/٢٠١١ أكبر من الإستخدامات.

جـ - صعوبة تمويل المزايا الإضافية لنظام المعاشات: قررت الدولة منذ عام ١٩٨٧ تقديم مزايا إضافية لنظام المعاشات متمثلة في زيادة سنوية بهدف تحسين مستوى المعيشة ويتم تمويلها من الموازنة، وبالتالي ليس لها علاقة بالحسابات الإكتوارية لصندوق التأمينات، كما يصعب تمويلها عن طريق الإشتراكات ذات المعدلات المرتفعة. وهكذا ترتب على زيادة أعباء النظام نتيجة زيادة المعاشات وظهور العجز وتابعه مع وجود سياسة إستثمارية لم تأتو بالثمار المرجوة، ناهيك عن إدخال فئات جديدة من المستحقين لم تكن واردة وقت إستحداث النظام، واللجوء إلى التمويل الجزئي أو المحلي، وذلك لأن الواقع الفعلي يؤكد عدم سداد الحكومة لأي من ديونها وأن التمويل بالفعل يتم من خلال التدفقات الداخلة للنظام.

ويوضح جدول (٤) إجمالي الأصول الخاصة بصندوق التأمين الإجتماعي للعاملين بقطاع الأعمال العام والخاص، والذي منه يتضح أن هناك إتجاه عام نحو زيادة نسبة المدنين والأرصدة المدينة خلال الفترة (١٩٩١/٩٠ - ٢٠١٠/٢٠١١) فقد كانت تمثل ٨,٩٪ من إجمالي الأصول في عام ١٩٩١/٩٠ لتصل إلى ١٨,٥ في عام ٢٠٠٠/٩٩، ثم ارتفعت لتبلغ ٣٦,٥٪ في عام ٢٠١٠/٢٠١١. ويمثل مدينو الإيرادات

التأمينية ٦٧٪ من إجمالي المدينون والحسابات المدينة المختلفة في عام ١٩٩١/٩٠، وتنخفض لتصل إلى ٢٠٪ في عام ٢٠٠٠/٩٩، ثم إلى ١٢٪ في عام ٢٠١١/٢٠١٠، كما يتضح من جدول (٥). أضيف إلى ما تقدم نجد أن جدول (٦) الذي يوضح مدينو الإيرادات التأمينية، فقد كان مدينو القطاع العام يمثلون ١٨٪، ١٩٪، ١٦٪ في السنوات ١٩٩١/٩٠، ٢٠٠٠/٩٩، ٢٠١١/٢٠١٠ على التوالي، في حين يمثل مدينو القطاع الخاص ٨٠٪، ٨٠٪، ٨٣٪ في ذات السنوات على التوالي.

ويوضح جدول (٣) أن نسبة الإعانات الحكومية لإجمالي موارد صندوق التأمين الإجتماعي للعاملين بقطاع الأعمال العام والخاص اتجاها نحو التزايد فمن نسبة ١٧٪ في عام ٩١/٩٠، إلى ٢٠٪ في عامي ٩٥/٩٤، ٢٠٠٠/٩٩، ثم إلى ٣٠٪ في عام ٢٠٠٥/٢٠٠٤، لتتخفف إلى ١٪ في عام ٢٠١١/٢٠١٠ ويرجع ذلك لنقل مستحقات الصندوق طرف الخزانة إلى حساب أرصدة دائنة متنوعة طبقا لما إنتهي إليه رأي اللجنة الفنية والفرعية المتخصصة للنظام المحاسبي الموحد، وقد بلغت نسبة تلك الأرصدة إلى إجمالي الأرصدة الدائنة ١٦.٥٪ في عام ٩١/٩٠، ١٦.٦٪ في عام ٩٥/٩٤، ثم وصلت ٢٥.٢٪ في عام ٢٠٠٠/٩٩، لتصل لذروتها إلى ٩٢٪ في عام ٢٠١١/٢٠١٠، كما يوضح جدول (٨).

هـ أنظمة الضمان الإجتماعي الملقاة على عاتق النظام التأميني: هناك ما يطلق عليه المعاش الإستثنائي أو معاش السادات والذي لا يعد من قبيل المعاشات، وإنما يمثل أحد أنظمة الضمان الإجتماعي، وبالتالي يجب أن تتحمله الخزانة العامة، ولكن ما يحدث فعلاً تقوم التأمينات الإجتماعية بدفعه. وبالتالي يمكن تخفيض الفجوة بين الإشتراكات المحصلة والمعاشات المنصرفة من خلال تحمل الدولة لهذ المعاش الذي ليس هو بمعاش.

٢. التحديات الناتجة عن التحولات والتغيرات في المجتمع المصري: تتمثل أهم التحولات والتغيرات التي أثرت سلبا على النظام التأميني في الآتي:

❖ التغيرات الديموغرافية : رغم أن النظام التأميني في مصر يعتمد على نظام التمويل الكامل ويحدد معدل ثابت للإشتراكات، إلا أنه يعتمد بشكل غير رسمي على النظام التوزيعي (PAYG)، حيث يتحدد العائد على الإشتراكات عن طريق معدل النمو السكاني، وبالتالي التأثير بالتغيرات الديموغرافية¹. وقد صنف تقرير البنك الدولي لدول شمال أفريقيا مصر ضمن الدول التي تتسم بارتفاع نسبة الإعالة بها لكبار السن، الأمر الذي يدل على زيادة أعباء النظام التأميني²، ويدعم ذلك ارتفاع نسبة أصحاب المعاشات إلى المؤمن عليهم للصندوقين والتي تصل في كثير من الأحيان إلى ٤٠٪. ولصندوق العاملين بقطاع الأعمال العام والخاص وصلت في كثير من الأحيان إلى ٥٠٪.

❖ التحويلات والتغيرات الاقتصادية : بدأت مصر في بداية التسعينات من القرن الماضي برنامجاً للإصلاح الاقتصادي أحد دعائمه القيام بعملية خصخصة شركات القطاع العام كوسيلة لرفع الكفاءة الاقتصادية، وقد أفرزت عملية الخصخصة وتوابعها والتي من أهمها تدعيم ارتفاع معدلات البطالة آثار سلبية على نظام التأمينات الإجتماعية، وفيما يلي بيان ذلك على النحو التالي :

- بالنسبة لسياسة الخصخصة : نتج عن الإجراءات القانونية التي تم إتخاذها لإجراء عملية الخصخصة دون النظر لأبعادها وتأثيراتها تغيير الوضع المالي للنظام التأميني، نظراً لتأثيره على تحقق الفروض التي بنى عليها النظام التأميني. فقد تبع سياسة الخصخصة ظهور ظاهرة المعاش المبكر التي ترتب عليها الآثار التالية³ :

1 Osman Mohamed Osman & Mahmoud Abdel Hai Salah, "Exploring reform potential for the pension system in Egypt", Op., Cit., P.38.

2 World Bank, "Pensions in the Middle East & North Africa", Op., Cit., P.24.

3 حمد الله فهم، "المعاش المبكر"، مؤتمر التأمينات الإجتماعية بين الواقع والمأمول، جامعة الأزهر، ١٣ - ١٥ أكتوبر، ٢٠٠٢.

"تأثر تدفق الإشتراكات نتيجة لخروج حالات المعاش المبكر من القوة العاملة وتوقفهم عن دفع الإشتراكات، والدليل حدوث زيادة مطردة في أعداد المتقاعدين مبكراً عن أعداد المتقاعدين لبلوغ السن الشيخوخة منذ بداية تطبيق سياسة الخصخصة حتى الآن، ويوضح ذلك الجدول (٩)، حيث بلغت حالات التقاعد المبكر ٤٢٠٥٠٨ حالة في عام ٢٠٠٤/٢٠٠٥ مقارنة بعدد ٩٦٠٦٥ حالة في عام ١٩٩٢/٩١ زيادة تقدر خمسة أضعاف بنسبة زيادة تبلغ نحو ٥٠٨,٨٪ بمتوسط ٢٧٠٣٤ حالة سنوياً مقارنة بنسبة زيادة في حالات التقاعد للشيخوخة تبلغ نحو ٩١,١٪ عن نفس الفترة وإستمر هذا الوضع حتى عام ٢٠١١/٢٠١٠ لتصل نسبة التقاعد المبكر إلى التقاعد لبلوغ السن ٦٣٪".

وقد وصل عدد الشركات التي تم خصخصتها في نهاية عام ٢٠٠٥ إلى ٢٢٨ شركة، الأمر الذي ترتب عليه إنخفاض ملحوظ بنسبة ٤٪ عام ٢٠٠٤/٢٠٠٥ في صافي إشتراكات القطاع العام، الراجع للزيادة في أعداد المتقاعدين مبكراً والتي بلغت نسبتها ٥٪ بزيادة قدرها ٢١٤٩١ حالة تقاعد. ويبين جدول (١٠) مدى التناقص في عدد شركات القطاع العام وبالتالي صافي الإشتراكات.

ونظراً للتساهل الشديد في شروط إستحقاق معاشات التقاعد المبكر، نجد أن القانون أقر بتخفيض معاشات المتقاعدين مبكراً بمعدلات تقل بكثير عن المعدلات التي حددتها المعدلات الإكتوارية، ويوضح جدول (١١) معدلات تخفيض معاشات التقاعد المبكر بالإكتوارية.

والجدير بالذكر أن نظام المعاش المبكر قام لمواجهة بعض الحالات التي يتعطل فيها العامل ويكون وصل لسن يستحيل معها الحصول على عمل جديد، وبالتالي حدد الخبراء الإكتواريين نسب التخفيض التي يجب مراعاتها في صرف المعاش المبكر، وبالتالي لا يؤدي صرف المعاش المبكر لحدوث خلل في النظام التأميني، وتزايد نسبة التخفيض من المعاش كلما

صغر سن المؤمن عليه عند طلب المعاش والعكس بالعكس¹. فمثلاً إذا طلب المؤمن عليه صرف المعاش في سن الأربعين فيتم تخفيضه بنسبة ٥٥٪ وتقل هذه النسبة بالتدرج حتى تقل نحو ٥٪ في سن ٥٩ سنة. وقد صدر القانون المادة (٢٠) محل المادتين (٢٣،٢٠) من القانون ٧٩ لسنة ١٩٧٥ وذلك للأتي:

- تيسير طريقة حساب المعاش المبكر في خطوة واحدة وفقاً للمعامل المناظر لسن المؤمن عليه كما في جدول (١١) مكرر.

- ربط المعاش بمحد أقصى مقداره (٨٠٪) من الحد الأقصى لأجر الأشتراك بدلا من الحد الأقصى مائتي جنيه شهرياً كما كان معمولاً به.

- تحديد العدالة بالنسبة للأجر بين الأساسي والمتغير وفقاً للمعامل موحد في تقدير المعاش المبكر.

ومع تزايد حالات صرف المعاش المبكر تأثر المركز المالي لصندوق التأمين الإجتماعي للعاملين بقطاع الأعمال العام والخاص خاصة بعد صدور حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية بعض مواد قانون التأمينات والتمثلية في وقف صرف المعاش عند إلتحاق صاحب المعاش بعمل قبل بلوغ سن الستين، أضف إلى ذلك الحصول على "معاش إستثنائي" عندما تقدموا بطلبات تضرر عن ضالة قيمة معاشاتهم بهدف تحسين معاشاتهم بصورة إستثنائية. ويوضح جدول (١٢) تطور عدد الحالات والقيمة المنصرفة لكل من معاشات التقاعد والمعاشات المبكرة خلال الفترة. ويتضح منه أن معاشات التقاعد تمثل الجانب الأكبر من حالات الشيخوخة سواء من حيث عدد الحالات أو المبالغ المنصرفة مقارنة بالمعاشات المبكرة، ورغم ذلك هناك إتجاه نحو تزايد عدد حالات المعاش المبكر بسبب خصخصة شركات القطاع العام.

"تأثر الوضع المالي للنظام ككل في تحقيق التوازن المالي للنظام التأميني، وهذا يرجع إلى عاملين: الأول، وجود فارق كبير بين نسب

1 مجلة العمل، "قضية التقاعد المبكر في ظل الخصخصة ومقترحات التطوير"، مجلة العمل، العدد رقم ٥٢٥، فبراير ٢٠٠٧، ص ٣٦، ٣٧.

التخفيض الإكتوارية والقانونية، حيث أن نسب التخفيض للمعاش المبكر عن الأجر الأساسي المحددة بالقانون تقل كثيرا عن نسب التخفيض المحددة بواسطة الخبراء الإكتواريين، الأمر الذي يترتب عليه زيادة القيمة الحالية لمعاشات التقاعد المبكر، وبالتالي زيادة الأعباء المالية للنظام التأميني. أما العامل الثاني هو الزيادة الكبيرة في عدد حالات إنتهاء الخدمة بسبب العجز الجزئي المرضي المستديم، الناتج عن رغبة الشركات في التخلص من عبء المكافآت التعويضية المترتبة على نظام التقاعد المبكر، وبالتالي حصول العامل على المعاش المقرر دون صرف مكافآت تعويضية، الأمر الذي ترتب عليه زيادة الضغوط المالية على صندوق التأمين للعاملين لقطاع الأعمال العام والخاص".

- بالنسبة لإرتفاع معدلات البطالة: وصل معدل البطالة في مصر إلى ١١,٢٪ عام ٢٠٠٥. بل وصل ذلك المعدل إلى ١٣٪ في عام ٢٠١١/٢٠١٠. ويتكامل ذلك مع التغيرات الديموغرافية وظاهرة المعاش المبكر الناتجة عن إتباع سياسة الخصخصة ليؤدي إلى أثر سلبي على تدفق تيار الإشتراكات الجديدة.

"زيادة التزامات الخزانة العامة متمثلا" ذلك في الآتي:

- تتحمل الخزانة العامة أعباء إضافية عن كل حالة تقاعد مبكر تتمثل قيمة في الزيادات التي تتقرر في المعاشات بصفة عامة.

- ضعف قيمة المعاشات المبكرة المنصرفة - رغم نسب التخفيض غير الواقعية - في مواجهة أعباء المعيشة المرتفعة، الأمر الذي أدى لزيادة حالات طلب تحسين المعاش تصفية إستثنائية والتي تتحملها الخزانة العامة. ويرى البعض أنه تم اتخاذ بعض الإجراءات التشريعية التي تساعد على الحد من طلب المعاش عن الأجر الأساسي قبل سن التقاعد مثل

- 1 حمد الله فهميم، "المعاش المبكر"، مرجع سبق ذكره، ص ٢، ٨.
- 2 بوابة معلومات مصر، "مؤشرات إحصائية"، بيان الجهاز المركزي للتعبئة العامة والإحصاء عن السكان وقوة العمل.
- 3 <http://digital.ahram.org.eg/articles.aspx?Serial=820044&eid=816>

صرف المعاش تبعاً لمدة الإشتراك والأجر، وعدم إضافة الزيادات المقررة ببعض القوانين للمعاش المبكر، وعدم إستحقاق الزيادة التي تضاف للمعاش في تاريخ إستحقاقه في حالة طلب المعاش المبكر قبل سن الخمسين، وعدم إستحقاق الزيادة بنسبة ٨٠٪ من العلاوات الخاصة التي لم يتم ضمها للأجر الأساسي حتى تاريخ الإستحقاق، وتسوية المعاش على أساس المتوسط العادي وليس المتوسط المحسن. أما فيما يتعلق بمعاش الأجر المتغير فقد تم إتباع عدم صرف المعاش المبكر عن الأجر المتغير إلا ابتداءً من الخمسين. ويتم التخفيض بنسبة التخفيض الإكوارية ٥٪ عن كل عام متبقي لبلوغ سن الخمسين^١.

ثانياً: التحديات التي تواجه جانب المزايا: يشير واقع المزايا التي يقدمها النظام التأميني المصري إلى الإنحراف عن تحقيق مستوى الكفاءة المفترض أن يحققه جانب المزايا للمسنين بعد تقاعدهم، ويرجع ذلك لعاملين؛ الأول: تدني مستوى الأجور ومن ثم تواضع مستوى المزايا، إلا أن إرتفاع معدل الإحلال (المعاش مقسوماً على آخر أجر) ليصل إلى ٨٠٪ من الأجر، مع إرتفاع معدلات الإعالة يتطلب ضرورة زيادة الموارد التأمينية للحيلولة دون إنخفاض المزايا التأمينية. والثاني: وضع حد أقصى لأجر الإشتراك المتغير، بحيث إذا زاد الأجر المتغير للمؤمن عليه عن ٦٠٠٠ جنيهها سنوياً منذ عام ١٩٩٢، فإنه لا يؤدي أية إشتراكات عن هذه الزيادة، وهذا يؤدي لضياع الفرصة على المؤمن عليه من الإستفادة من هذه الزيادة. إذا سددت عنها الإشتراكات. في معاش الأجر المتغير الذي يتم إحتسابه على أساس المتوسط الشهري للأجر المتغير خلال كامل مدة عمل المؤمن عليه^٢. ولكن في ٢٠/٦/٢٠٠٩ صدر القرار الوزاري رقم ٣٤٦ لسنة ٢٠٠٩ بزيادة الحد الأقصى لأجر الإشتراك المتغير إلى ٩٠٠٠ جنيه سنوياً. ١٨٠٠٠ جنيه سنوياً للمؤمن عليه الذي يشغل منصب

1 علي السيد الديب. مرجع سبق ذكره. ص ١١.

2 منى إبراهيم محمود إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص ١٣٤، ١٣٥.

وزير أو من يعامل معاملته من حيث المرتب والمعاش وذلك لتحسين المعاشات.

ثالثاً: التحديات التي تواجه توظيف المال الإحتياطي: يعد أولى مبادئ

إستثمار المال التأميني وأهمها هو تحديد الهدف من توجيه أموال التأمينات الإجتماعية إلى إستثمار معين، وتحقيق مبدأ وضوح الأهداف تقتضي ضرورة تحقيق معدل الإستثمار المناسب والمنتظم الذي يؤدي لكفاية العائد بالإضافة للأصول لتغطية الإلتزامات التأمينية. ويتطلب التخصيص الأمثل للموارد الموازنة بين الإستثمارات الإجتماعية وهي تلك المؤدية لتكوين رأس المال البشري، والإستثمارات الاقتصادية وهي تلك المؤدية لتكوين رأس المال المادي، رغم أن هذا من متطلبات الاقتصاد القومي، إلا أنه يعد من متطلبات إستثمارات التأمينات الإجتماعية، نظراً لأنها هيئة عامة يجب أن تتمشى سياستها الإستثمارية مع الخطط والمعايير التي تضعها الدولة لتحقيق التنمية الاقتصادية، وإلا نتج عن ذلك إلحاق الضرر بالاقتصاد القومي¹.

وقد أجريت عدة دراسات على عينة من ٣٠ دولة منهم مصر بينت أن هناك دلائل غير مباشرة على الفشل في إدارة المال الإحتياطي أهمها التدهور في نسب التمويل بحيث لم يعد هناك تمويل كامل للمزايا المحددة مستخدماً معدل العائد على إستثمار صناديق العاشات²، أما الدلائل المباشرة أظهرتها دراسة أخرى أهمها الفرق بين معدل العائد على إستثمار أموال صناديق المعاشات وسعر الفائدة على الودائع المصرفية في هذه الدول³. وتؤكد دراستنا الفجوة بين العوائد المحققة على إستثمار المال

1 عبد المنعم عبد الغني، "الإستخدام الأمثل لفائض التأمينات الإجتماعية في مصر"، مرجع سبق ذكره، ٢٠٠٠، ص ٥٢.

2 Palacios, Robert., "Managing public pension reserves", World Bank conference on public pension fund management, Washington, 2001, P. 8.

3 Iglesias, Augusto & Palacios, Robert J., "Managing public reserves part 1: Evidence from the international experience", Washington, D.C., World Bank, January, 2000, P.25.

الإحتياطي للنظام التأميني وسعر الفائدة على الودائع المصرفية بتتبع تطور ريع الإستثمار على أرصدة صندوق التأمينات الإجتماعية في جميع القنوات الإستثمارية مقارنة بريع الإستثمار محسوبا على أساس سعر الفائدة المحلي خلال الفترة ١٩٩٢/٩١ - ٢٠١١/٢٠١٠ كما يتضح من الجدول (١٣).

وفي ظل هذه الوضع يتضح عدم تحقيق مبدأ وضوح الأهداف، وبالتالي التوظيف غير الكفاء للمال الإحتياطي للنظام التأميني، ولتأكيد ذلك سوف نتناول القنوات الإستثمارية الموجه إليها ذلك المال الإحتياطي والتي تتمثل في: الإستثمارات لدى بنك الإستثمار القومي والتي تمثل نسبة ٩١,٥٪ من إجمالي الإحتياطي وذلك خلال الفترة ٩١ - ٢٠٠٥، والإستثمارات في الأوراق المالية والمشروعات الإستثمارية (١٪)، الإستثمارات طرف الخزانة العامة (٠,٨٪)، والسندات الحكومية وأذون الخزانة (٠,٥٪)، وإستبدال المعاش (القروض) (٠,١٪)، والودائع لأجل في البنوك المحلية (٦,١٪).

ولكن تغير الوضع في الأونة الأخيرة، حيث إنخفضت الإستثمارات لدى بنك الإستثمار القومي وإرتفعت الإستثمارات ظروف وزارة الداخلية وذلك بدءاً من العام الالي ٢٠٠٦/٢٠٠٧، فقد وصلت نسبة الإستثمارات لدى بنك الإستثمار القومي (٢٣٪)، والإستثمارات طرف وزارة المالية (٦٨٪)، والإستثمارات في أوراق مالية والمشروعات الإستثمارية (١,٨٪)، والودائع البنكية (٢٪)، السندات وأذون الخزانة (٥,٢٪) وذلك لصندوق العاملين بقطاع الأعمال العام والخاص للعام المالي ٢٠١٠/٢٠١١ كما يتضح من جدول (١٤).

وهكذا يتضح أن بنك الإستثمار القومي يحتل المركز الأول بين تلك القنوات الإستثمارية. وفيما يلي يتم تحليل تلك القنوات الإستثمارية على النحو التالي:

1 وزارة المالية، تقرير نتائج أعمال قطاع التأمينات الإجتماعية، ٢٠٠٤/٢٠٠٥، ص ١٢٥.

أولاً: الإستثمارات لدى بنك الإستثمار القومي: منذ صدور القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٨٠ الخاص بإنشاء بنك الإستثمار القومي يحول المال الإحتياطي لصندوق التأمينات الإجتماعية سنويا للبنك مقابل عائد سنوي لم يتجاوز ٦٪ حتى عام ١٩٩٢. ونظرا لأن التقارير الإكتوارية أظهرت عجز المال الإحتياطي عن تغطية العجز المالي لصندوق التأمين الإجتماعي، كما أن معدلات التضخم وصلت إلى ٢٥٪ في بداية التسعينات من القرن الماضي، وبالتالي تعد ضريبة مستترة على أموال التأمينات، الأمر الذي أدى لإخفاض معدل العائد الحقيقي على الأموال المستثمرة^١. وقد تم أخذ ذلك في الحسبان، لذا تم رفع معدل العائد على الدفعات القديمة المحولة للبنك من ٦٪ إلى ٨٪، ٩٪، ١١٪ وفقا لتاريخ إيداع تلك الدفعات وانخفض العائد مرة أخرى إلى ٩٪، ثم ٨٪ مع بداية التسعينات من القرن الماضي في الوقت الذي كان فيه متوسط العائد على الودائع لدى البنوك يتجاوز ١٥٪^٢. وبعد ذلك تم تطبيق سعر فائدة وصل إلى ١٣٪ في يوليو ١٩٩٢ لتماشي سعر الفائدة السائد في السوق، واستمر الوضع حتى عام ١٩٩٧ حيث تم توحيد معدل العائد على هذه الأموال ليصبح ١١٪ على كافة الأرصدة وليس مجرد الأموال المحولة والفوائد المرسلة دون رصيد أول المدة كما كان الوضع قبل ذلك التاريخ^٣، وتم

1 لمزيد من التفصيل فضلا راجع

- هدى محمدي السيد، مرجع سبق ذكره، ص ٩٢.
- Guda Abdel -khalek&KarimaKoreyem, " Fiscal policy measures in Egypt: public debt and food subsidy", *Cairopappers in social science*, Vol 23, No1, 2000, P.20.

2 يتعين التنويه أن معدل العائد على إستثمار أموال التأمينات الإجتماعية لدى بنك الإستثمار يعتمد بشكل أساسي على قرارات إدارية وليس على أسعار السوق خاصة بعد أن أصبح تحديد العائد على الإستثمار بناء على إتفاق بين ممثل البنك ووزير التأمينات في ضوء السعر المعلن من البنك المركزي ومحدد أدنى يراعي الأسس الإكتوارية للنظام التأميني وبما يسمح بتلاشي العجز الإكتواري في المخصصات التأمينية. لمزيد من التفصيل فضلا راجع أمانة خيري إبراهيم على، مرجع سبق ذكره، ص ١٥٣.

3 لمزيد من التفصيل فضلا راجع

- عبد الفتاح الجبالي، مرجع سبق ذكره، ص ١٠.
- بهرام عطا الله، "أموال التأمينات الإجتماعية عجز الدولة أم عجز الصناديق"، الأهرام الاقتصادي، العدد ١٩٤٤، أبريل ٢٠٠٦.

<http://iK.ahram.org.eg/IK/Ahram/2006/4/10/Makal-HTML>

تثبيت هذا المعدل لمدة خمس سنوات وتم تعديله ليصبح ١٠٪ سنويا حتى عام ٢٠٠٨.

وقد نتج عن تلك الإجراءات التصحيحية لتخفيف حدة العجز المالي الذي يعاني منه النظام التأميني أن أصبح حجم الأموال المستثمرة لدى بنك الإستثمار القومي لصندوقي التأمين الإجتماعي للقطاع الأعمال العام والخاص على سبيل المثال والعائد عليها منذ مباشرة البنك لأعماله حتى عام ٢٠١١/٢٠١٠ بلغ ٢٩ مليار جنيه، كما يتضح من جدول (١٤) الذي يبين إجمالي الإستثمارات حسب أوجه الإستثمارات المالية المختلفة.

ويتعين التنويه أن القوائم المالية لصندوقي التأمين الإجتماعي للأموال المستثمرة عن طريق بنك الإستثمار القومي يتم إحتساب إيراداتها على أساس الإستحقاق وليس الأساسي النقدي، الأمر الذي يعني أن العائد المحقق على أموال التأمينات لدى البنك يضاف دفتريا للأرصدة السابقة للهيئة لدى البنك، وبالتالي تصبح كل أموال التأمينات بعوائدها لدى بنك الإستثمار تمثل قرض للبنك بموجب صك يحمل اسم قانون إنشاء بنك الإستثمار القومي وحتى الآن لم يأت ميعاد سداده^١.

وفي ضوء ماتقدم، وبافتراض أن صندوقي التأمينات لديها الحرية في توظيف أموالها، فإنه يمكن تحديد جدوى إستثمار المال الإحتياطي لدى بنك الإستثمار بتكلفة الفرصة البديلة المتمثلة في إيداع هذه المبالغ في صورة ودائع مصرفية بسعر الفائدة المعلن لدى البنك المركزي تحقيقا لمبدأ وضوح الأهداف. ويوضح جدول (١٦) تطور أموال صندوقي التأمينات المحولة لبنك الإستثمار القومي في حالة إستثمارها في ودائع مصرفية بسعر الفائدة المعلن من البنك المركزي والعائد عليها، والذي يتضح منه أنه كان من

١ لمزيد من التفصيل فضلا راجع

- ممدوح الولي، "إستثمار أموال التأمينات الإجتماعية بين الودائع الإلزامية والمساهمات الإجبارية"، مؤتمر التأمينات الإجتماعية بين الواقع والمأمول، جامعة الأزهر، ١٣ - ١٥ أكتوبر، ٢٠٠٢، ص ٥.
- أمينة حلمي، "تطوير نظام المعاشات في مصر"، ٢٠٠٤، مرجع سبق ذكره، ص ١١.

الممكن وصول حجم أموال صندوق التأمينات والعائد عليها في حالة توظيفها في ودائع مصرفية ٢٣٢.٦ مليار جنيه تقريباً وذلك مقارنة مجتمها في ظل توظيفها عن طريق بنك الإستثمار القومي والذي وصل إلى ٢١٩ مليار جنيه في عام ٢٠٠٤/٢٠٠٥ ليصبح الفرق معادلاً ١٣.٥ مليار جنيه كان من الممكن الإستفادة منها في تغطية العجز الإكتواري البالغ ١٠ مليار جنيه في عام ٢٠٠٣/٢٠٠٤.

ويتضح من الجدول الفجوة للعائد على تلك الأموال بين بنك الإستثمار القومي والودائع المصرفية أخذاً في الإنكماش تدريجياً بدءاً من عام ١٩٩٧/٩٦ إلى أن تلاشي تماماً وأخذ الإتجاه العكسي بدءاً من عام ٢٠٠٢/٢٠٠٣، ويرجع السبب في ذلك للإجراءات التصحيحية التي تمت للعائد على الأموال المستثمرة لدى بنك الإستثمار وتوحيد العائد عام ١٩٩٧ ليصبح ١١٪ سنوياً، بالإضافة إلى أنه في نفس العام حدث إنخفاض تدريجي في سعر الفائدة المعلن من البنك المركزي. ولكن بعد عام ١٩٩٧ وحتى الآن أصبح الإستثمار لدى البنك أجدى من الإستثمار في ودائع مصرفية. والدليل أنه بقسمة العمود الأول من جدول (١٥) علي العمود الأول من جدول (١٤) والخاصين بالإستثمارات وربعها الخاصة بصندوق العاملين بقطاع الأعمال العام والخاص يتضح أن معدل العائد في عام ٢٠٠٥/٢٠٠٦ وصل ٩٪. ثم وصل ١١٪ في عام ٢٠٠٨/٢٠٠٩. لتصل إلى ٩٪ في عام ٢٠١٠/٢٠١١.

والجدير بالذكر، أن تقييم جدوى الإستثمار لأموال التأمينات ألا يقتصر على الفرق في العوائد فقط فليس معنى أن العائد لدى بنك الإستثمار يفوق العائد الممكن تحقيقه من الإستثمار في الودائع المصرفية أن يتم إغفال مبدأ السيولة الجزئية الذي يتيح لصندوق التأمينات حرية التصرف في تلك الأموال في حالة الإحتياج إليها لسد العجز الإكتواري أو توجيهها لقنوات إستثمارية أخرى يكون الإستثمار فيها أجدى. ولا يتوقف

1 مركز المعلومات ودعم القرار، "إصلاح نظام المعاشات في مصر الخيارات والسياسات"، مرجع سبق ذكره، ص ٥٦.

الأمر عند هذا الحد بل يوجد محدد آخر لجدوى استثمار إحتياطي التأمينات وخاصة النظام القائم على نظام المزايا المحددة، وهو أن استثمار المال الإحتياطي يتعين أن يأخذ في الحسبان بجانب العوائد على الأموال المستثمرة التغير في إلتزامات النظام كما أظهر نموذج شارب لتخصيص الأصول والإلتزامات تحقيقاً لمبدأ أن يكون هدف الإستثمار الأول هو تمويل المزايا التأمينية¹.

وهكذا يتضح أن استثمار الإحتياطي التأميني في بنك الإستثمار لا يحقق مبدأ وضوح الأهداف، على الرغم من التحسن في معدل العائد على ما يوظف لديه من إحتياطي في الفترة الأخيرة، نظراً لإستمرار معاناة النظام التأميني من عجزه. أضف إلى ذلك أنه لا توجد علاقة مباشرة بين الهدف من إنشاء بنك الإستثمار والمتمثل في تحقيق المستهدف من الخطة الاقتصادية في إطار الفصل بين العمليات الجارية والرأسمالية الذي لم يعد ظاهراً بعد نقل تبعية البنك لوزارة المالية بدلاً من وزارة التخطيط وتحقيق الزيادة في كمية الأموال المتاحة، نظراً لأن المشرع لم يذكر صراحة في أي مادة من مواد القانون ذلك الهدف.

أما إذا نظرنا للعلاقة غير المباشرة والمتمثلة في أنه عندما يتم استثمار أموال التأمينات في عمليات التنمية الاقتصادية سوف يساهم في زيادة معدلات النمو الاقتصادي وتحسين مستويات المعيشة، وبالتالي دعم الشروط الضرورية لإستمرار نظام التأمينات الإجتماعية على المدى الطويل. ويتطلب قبول هذه العلاقة غير المباشرة ضرورة قيام البنك بتحقيق الهدف من إنشائه حتى ينتقل أثر ذلك للنظام التأميني، الأمر الذي يتطلب ضرورة التعرف على القنوات الإستثمارية التي يوجه بنك الإستثمار القومي موارده إليها. ويوضح جدول (١٧) موارد وتوظيفات بنك الإستثمار القومي خلال الفترة ١٩٩٢/٩١ - ٢٠١١/٢٠١٠. ويتضح من الجدول أن موارد بنك الإستثمار تستحوذ الحكومة على حوالي ٥٢٪ من

1 منى إبراهيم محمود إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص ١٤٨، ١٤٩.

تلك التوظيفات وتستخدمها في تمويل العجز الجاري في الموازنة العامة، بينما الشركات القابضة والتابعة وقروضها كانت نسبتها ٢٢٪، أما الهيئات الاقتصادية حصلت على نسبة تعادل ٢٦٪ وذلك في المتوسط خلال الفترة ١٩٩١- ٢٠٠٥. وفي ضوء هذه الموارد وتوظيفاتها يتضح إنتفاء العلاقة غير المباشرة بين هدف بنك الإستثمار وهدف توظيف المال الإحتياطي للتأمينات الإجتماعية، فالأموال المقرضة من البنك للحكومة تستخدم في تمويل انعجز الجاري في الموازنة، والأموال الموجهة لشركات خاسرة تم خصخصة معظمها، وبالتالي لا تتحقق الشروط الضرورية على المدى الطويل لإستمرار النظام التأميني المصري.

ثانياً: الإستثمارات لدى الخزنة العامة

تنقسم الإستثمارات لأموال التأمينات الإجتماعية لدى الخزنة العامة إلى نوعين:

١- إستثمارات طرف الخزنة العامة: تمثل هذه الإستثمارات صكوكاً بقيمة ما يجب على الخزنة العامة للدولة بسداده للنظام التأميني نظير العجز الإكتواري الذي يكشف عنه المركز المالي لصندوق التأمينات وفقاً لنص القانون، وبالتالي لا تمثل هذه الإستثمارات إستثماراً وفق قرار إستثماري اتخذاه صندوق التأمينات بغرض تحقيق مصالح المستفيدين، بل أنها صورة أخرى لطبيعة الإستثمار الموجه لبنك الإستثمار القومي. ويوضح جدول (١٤) أن هناك إتجاه نحو زيادة الإستثمارات طرف وزارة المالية من إجمالي إستثمارات صندوق التأمين للعاملين بقطاع الأعمال العام والخاص خاصة منذ عام ٢٠٠٦/٢٠٠٧ حيث وصلت النسبة ٧٤,٨٪ في ذلك العام وانخفضت تدريجياً لتصل ٦٨,٣٪ في عام ٢٠١٠/٢٠١١. وقد زادت نسبة الصكوك الممولة للعجز الإكتواري إلى إجمالي ريع الإستثمار لتصل إلى ٧٢٪ في عام ٢٠٠٦/٢٠٠٧ ثم انخفضت لتصل إلى ٦٥٪ في عام ٢٠١٠/٢٠١١، ورغم ذلك تمثل أعالي نسبة ريع إستثمار كما يوضح جدول (١٥).

٢. إستثمارات في السندات الحكومية وأذون الخزانة العامة: يتم شراء تلك السندات وأذون الخزانة من قبل صندوق التأمينات لتستخدم حصيلتها في تمويل عجز الموازنة، وفي المقابل تلتزم الخزانة العامة بدفع الفوائد على تلك الإستثمارات ولكن من خلال إضافته دفترياً للربح السابقي، وبالتالي يصبح الإستثمار لدى الخزانة العامة والنظام التأميني علاقة أحادية بدلا من أن تكون علاقة ثنائية^١ تتجه من النظام التأميني للخزانة العامة لتجعل إلتزام الخزانة العامة مجرد إلتزام مكانه الأساسي نص القانون، ليشير هذا الوضع ضمنا لعدم تحقق كافة مبادئ إستثمار المال التأميني وليس مبدأ وضوح الأهداف وحده. ويوضح جدول (١٥) فوائد السندات وأذون الخزانة، ويصل معدل العائد عليها ٨.٤٪ في عام ٢٠٠٧/٢٠٠٨ ويزداد ليصل إلى ٩٪ في عام ٢٠١٠/٢٠١١.

ثالثاً: الإستثمار في الودائع المصرفية: تمثل الودائع لدى البنوك التجارية المرتبة الرابعة بعد الإستثمار في بنك الإستثمار القومي من حيث قيمة الإستثمارات النسبية، ويوضح جدول (١٥) تطور حجم الودائع لدى البنوك، ويتضح من الجدول أن قيمة الودائع تختلف من عام لآخر رغم أن قيمة الودائع تمثل نسبة ضئيلة لا تتعدى ٢.٥٪ من إجمالي إستثمارات صندوق العاملين بقطاع الأعمال العام والخاص. وللصندوقين ٦.١٪ من إجمالي إستثمارات أموال النظام التأميني خلال الفترة ١٩٩١-٢٠٠٥، مع ملاحظة أن العائد على الودائع يتغير مع تغير سعر الفائدة، وتتمتع بدرجة كبيرة من السيولة، لذا تعد أهم عنصر للتأمينات الإجتماعية في القيام بأداء وصرف المزايا المقررة لأصحابها في أوقاتها^٢.

1 تمثل هذه العلاقة الثنائية في اتجاهين؛ الأول: من الخزانة العامة للتأمينات ويمثل في إلتزامات الخزانة العامة بدفع الإشتراكات التأمينية، وتمويل الزيادة السنوية في المعاشات، وتغطية العجز الإكتواري، الثاني: من التأمينات إلى الخزانة العامة، ويمثل فيما تقرضه التأمينات للخزانة العامة في صورة إستثمار في سندات وأذون الخزانة، وما تقرضه الخزانة العامة من بنك الإستثمار التي تمثل أموال التأمينات أهم موارد.

2 حمدي عبد العظيم، "أساليب استثمار أموال التأمينات الإجتماعية"، ورقة مقدمة لمؤتمر التأمينات الإجتماعية بين الواقع والمأمول، جامعة الأزهر، ١٣-١٥ أكتوبر، ٢٠٠٢، ص ٢، ٣.

رابعاً: الإستثمار في سوق الأوراق المالية: تم السماح لهيئة التأمينات الإجتماعية بإستثمار جزء من أموالها في سوق الأوراق المالية في آخر عام ١٩٩٧ من خلال الصندوق المصري العالمي للإستثمار الذي تأسس كشركة ساهمت فيه الهيئة بمبلغ ٢٠٠ مليون جنيه، وشركة مصر للتأمين بمبلغ ١٠٠ مليون جنيه، وبنوك القطاع العام الأربعة بمبلغ ٥٠ مليون جنيه لكل منها، ليصبح إجمالي المبالغ المستثمرة في هذا الصندوق ٥٠٠ مليون جنيه في نهاية عام ١٩٩٧. وكان الهدف من إنشاء هذا الصندوق العمل على إستقرار وتوازن سوق المال في مصر في الأجل القصير تجنباً لحدوث أي هزات في البورصة تماثل ما حدث في بورصات دول آسيا وهذا ما حدث بالفعل حيث زادت مبيعات الأجانب (مؤسسات وصناديق) عن مشترياتهم وتعدى ذلك إلى المصريين أيضاً^١.

وتوالى تجارب أخرى، حيث تم الإتفاق بين الهيئة القومية للتأمينات الإجتماعية وبين بنك الإستثمار القومي لتخصيص مبلغ ٩٠٠ مليون جنيه للإستثمار في سوق الأوراق المالية، وتم تكوين ثلاث محافظ للأوراق المالية بقيمة هذا المبلغ ساهمت فيها التأمينات بمبلغ ٦٠٠ مليون جنيه وذلك في نهاية عام ١٩٩٨ واستندت إدارتها إلى أفضل مديري شركات إدارة محافظ الأوراق المالية^٢. وقد كان الهدف من دفع أموال التأمينات للبورصة هو دعم وإستقرار سوق الأوراق المالية وتوازنها^٣، والإستجابة للطلبات من المؤسسات المالية الدولية بضرورة توجيه أموال التأمين للبورصة لتنشيطها وإنجاز برنامج الخصخصة، وتعظيم دور صناديق المعاشات في الحد من سياسة الإستثمار قصير الأجل^٤.

- 1 رشاد سالم محمد، "تجربة إستثمار أموال التأمينات في سوق الأوراق المالية"، مركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامي، جامعة الأزهر، ٢٠٠٢، ص ٣٨.
- 2 بلغت القيمة السوقية للمحافظ الثلاثة ٦٢٧.٣ مليون جنيه وبلغت الأرباح الرأسمالية المحققة ٤٦.٧ مليون جنيه، وبلغت الكوبونات الموزعة ١٨٠.٥ مليون جنيه.
- 3 يعد وقت إنشاء الصندوق وقتاً مناسباً للشراء لإخفاض أسعار الأسهم لبعض الشركات والتي يمكن إقتنائها بهدف تكوين محفظة أوراق مالية يمكن الإحتفاظ بها وليس المضاربة حيث تعود أسعارها للإرتفاع لقوة مركزها المالي، وبالتالي تحقيق الصندوق أرباحاً مالية وهذا ما حدث بالفعل.
- 4 مها محمود رمضان، "نظم المعاشات وآثارها على الاقتصاد المصري"، مرجع سبق ذكره، ص ١٧٨.

ويتعين التنويه أنه على الرغم من أن المبالغ المستثمرة في البورصة في زيادة لتصل إلى ١٦٧٧ مليون جنيه بمعدل عائد ٢٧٪ وذلك في عام ٢٠٠٤ على أموال الصندوقين، إلا أن ذلك لا يعبر عن إستمرارية ضخ أموال جديدة في سوق الأوراق المالية، حيث أن صندوقي التأمين الإجتماعي توقفا عن ضخ أموال جديدة إعتباراً من عام ٢٠٠٤/١٩٩٩، وترجع هذه الزيادة إلى زيادة القيمة السوقية للأسهم المملوكة للصندوق^١.

والجدير بالذكر أن الهدف من إستثمار أموال التأمينات في البورصة لم يكن في الأساس زيادة عائدات أموال التأمينات التي هي ملكاً للمؤمن عليهم كما سبق التوضيح، وإنما ألتخذ القرار الإستثماري بموجب قرار شبه سيادي بتوجيهات من رئيس الوزراء، وبالتالي يتعين أولاً تهيئة البيئة المناسبة حتى تصبح البورصة جاذبة وليست طاردة لأموال التأمينات وذلك من خلال تحقيق الشفافية والإستقرار في سوق الأوراق المالية وضمنان إستقرار نسبي متوفر لنسب الفائدة السائدة، وضمنان إستقرار ظروف الإستثمار في البورصة في ظل تثبيت معدلات العائد والسيطرة على عجز الموازنة واستقرار أسعار الصرف، وذلك حتى يؤدي الإستثمار في البورصة الثمار المرجوة كما حدث في شيلي والأرجنتين^٢.

خامساً: الإستثمار في القروض: يعد الإستثمار في القروض هو القناة الوحيدة التي توجه وبشكل مباشر لصالح المستفيدين من النظام لكونها تقوم بتخفيف بعض الأعباء عن المستبدلين لظروف مرضية أو إجتماعية، حيث يكون القرض بضمنان المعاش للمؤمن عليهم ولأصحاب المعاشات على السداد وبشروط معينة، ويتم إحتساب معدل فائدة على هذه القروض، علماً بأن أقساط قرض الإستبدال تسقط في حالة وفاة الشخص المستبدل. وبصفة عامة لا تتعدى نسبتها ٠,١٪ من إجمالي إستثمارات التأمينات الإجتماعية، كما أن العوائد المحققة لا ترقى لمستوى العوائد

1 معهد التخطيط القومي، "المعاشات والتأمينات في جمهورية مصر العربية: الواقع وإمكانات التطوير"، معهد التخطيط القومي، ٢٠٠٦، ص ٣٩.

2 أمنية خيرى إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص ١٥٦.

الإستثمارية الأخرى لأن هدفها إجتماعي وليس اقتصادي، ونظرا لإنتفاع شريحة كبيرة من المؤمن عليهم بها أبقى عليها دون تعديل.

وبالنظر إلى الإستثمارات سألقة الذكر نجد أن الطابع المحلي للإستثمارات هو الغالب ويكاد تختفي صور الإستثمار الخارجي، حيث تتمثل إستثمارات المبالغ المحولة إلى بنك الإستثمار القومي نحو ٩١.٥٪ من إجمالي إستثمارات أموال التأمينات والمعاشات حتى عام ٢٠٠٦/٢٠٠٥ ثم أخذت هذه النسبة في الإنخفاض لتصل إلى ١٩.٢٪. بل وصلت إلي ٢٣٪ في عام ٢٠١١/٢٠١٠. ويرجع هذا الإنخفاض إلى أن الصكوك لدى وزارة المالية المصرية قد حلت محلها بنسبة تزايدت إلى نحو ٧٠٪ عام ٢٠٠٩/٢٠٠٨، بل وصلت إلي ٦٨٪ في عام ٢٠١١/٢٠١٠. وأخيرا جاء الإستثمار في أذون الخزانة المصرية في المرتبة الثالثة. أما عن تنوع حيازة الأصول الإستثمارية نجد أن نسبة الإستثمارات في السندات والصكوك الحكومية ما يقارب من ٩٠٪ في عام ٢٠٠٩. بل وصلت إلي ٧٣٪ في عام ٢٠١١/٢٠١٠. أما عن الكيان التابع للهيئة القائم على إدارة نظام التأمين الإجتماعي، فقد نص قانون التأمينات الإجتماعية الجديد رقم ١٣٥ لسنة ٢٠١٠ على إنشاء مجلس من المتخصصين لإستثمار أموال التأمينات الإجتماعية والمعاشات بقرار من مجلس إدارة الهيئة يتولى إدارة وإستثمار الأصول التي تستثمرها الهيئة بطريقة علمية تضمن الحفاظ على تلك الأموال وتحقيق أفضل عائد ممكن على الأموال المستثمرة¹.

بعد أن تم إستعراض أوجه إستثمار أموال التأمينات المختلفة ومعرفة الآثار الناجمة عن كل منها، نرى أن الأمر يتطلب توسيع مجالات الإستثمار دون تحديد لحجم المبالغ المستثمرة لأي مجال إستثماري، لأن الأمر يتوقف على ظروف الدولة الاقتصادية والإجتماعية والسياسية وهنا نقترح مجالات جديدة تصلح لتوجيه جزء من أموال التأمينات للإستثمار بها تتمثل في الآتي:

1 عبد الله شعاته، مرفت صابرين، مرجع سبق ذكره، ص ١٦، ٢٢.

أ- الإستثمار في شراء المساكن والأراضي وقروض الرهن العقاري

يمكن استخدام جزء من فائض أموال التأمينات في شراء وبيع الأراضي والمساكن وعمليات الرهن العقاري خاصة ، لأنه يعد إستثماراً أكثر ضماناً وعائداً خاصة في الدول التي تتمتع باستقرار اقتصادي ونقدي ، كما أنه يعد أقل عرضه للتقلبات الاقتصادية ومخاطر أسعار الصرف وملاد جيد من التضخم المالي ، ناهيك على أنه لا يتطلب خبرات فنية عالية مثل باقي الأوجه الإستثمارية ومع ذلك يحيط به بعض المخاطر مثل عدم التمكن من إسترداد قيمة العقار ، والتباين بين العائد المتوقع والفعلي ، ومخاطر عدم الدقة في تحديد قيمة العقار ، ومخاطر التغير في قيمة تكاليف التشغيل ، إلا أنه إذا تمت دراسة دقيقة تختص بالتنبؤات الخاصة بهذا المجال الإستثماري لأمكن الحد من هذه المخاطر نسبياً. وتعد تجربة إستثمار أموال التأمينات في قروض الرهن العقاري أكثر إنتشاراً في الدول التي تمتلك أسواق مالية متطورة. وتلعب الدولة دوراً هاماً في هذا المجال من الناحية القانونية والضريبية و ضمانات منع الإحتكار².

ب- الإستثمار في مشروعات البنية التحتية

يعد إستثمار جزء من فائض أموال التأمينات في مشروعات البنية التحتية من خلال مشروعات حق الإنتفاع B.O.T من أنسب مجالات

- 1 الرهن العقاري نظام يتم بمقتضاه تمويل الأفراد أو الجهات لعقار ما من خلال قرض من أحد الجهات التمويلية على أن تكون هذه القروض بضمان العقار المملوك. ويرتبط بالرهن العقاري عملية التوريق وهي عملية تجميع أجزاء من القروض أو الديون المتماثلة ذات التدفقات النقدية المستمرة في المستقبل والمضمونة بأصول معينة من أجل إصدار أوراق مالية جديدة بضمان تلك الأصول. لمزيد من التفصيل فضلاً راجع - معهد التخطيط القومي ، " المعاشات والتأمينات في جمهورية مصر العربية " ، مرجع سبق ذكره ، ص ٤٢ .
- محمود محي الدين ، "كفاءة التوريق أمل البورصة للإنتعاش" ، مجلة البورصة ، العدد ٢٧٢ ، يوليو ٢٠٠٢ ، ص ١ .
- 2 عبد المنعم عبد الغني على ، مرجع سبق ذكره ، ص ٦٦ ، ٦٧ .
- 3 Rosenblatt, Marty & Mountain, Jim., "Speaking of security", Working paper, SOS, 2002, P. 3.

الإستثمار، لأنها تحقق التوازن بين العائد والمساهمة في تحقيق التنمية الاقتصادية والإجتماعية، فهي تتلافى التمويل الأجنبي وما يخلفه من سلبيات بالاقتصاد القومي، ووجود إرتباط بين المواطنين بإعتبارهم أصحاب المال الأصليين وبين هذه الشروعات، أضف إلى أنها إستثمارات طويلة الأجل ترتبط بمشروعات وطنية مما يجعلها تتسم بالثبات والإستمرار¹.

وخلاصة القول، أن المتبع للسياسة الإستثمارية المتبعة في التعامل مع المال الإحتياطي لنظام التأمينات الإجتماعية في مصر يستطيع أن يصل إلى نتيجة هامة مؤداها أن تلك الإشتراكات هي أشبه بمدفوعات ضريبية تستخدم لتمويل الإستثمارات الحكومية دون النظر لصالح النظام ذاته، ودون الإلتزام بالمبادئ التي تحكم إستثمار تلك الأموال بشكل عام ومبدأ وضوح الأهداف بشكل خاص. وبالتالي فقد كشف الواقع الفعلي والتحليلي للنظام عدم قيامه بالدور الذي وضع من أجله بشكل كفاء، الأمر الذي يعني أن التصميم للنظام غير جيد أو التطبيق للنظام غير كفاء أو أن الظروف المحيطة بالنظام (إجتماعية، واقتصادية وسياسية) لم تعد ملائمة بشكل يمكنه من أداء دوره. ونظراً لأن الأسس النظرية التي بنى عليها النظام هي تلك التي بنيت عليها كافة النظم في معظم دول العالم، وفي ضوء التحليلات السابقة نستطيع القول أن التطبيق للنظام غير الكفاء متمثلاً في التوظيف غير الكفاء لأمواله والتغيرات التي طرأت على المجتمع المصري من أهم العوامل وراء قيام النظام التأميني بدوره المنشود، الأمر الذي سوف ينعكس على العلاقة التشابكية بين التأمينات الإجتماعية والموازنة العامة للدولة وأثر ذلك في تحقيق الإستدامة المالية للنظام وهذا ما سيتم تناوله في المبحث القادم.

1 أمنية خيرى إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص ١٦٢.

المبحث الثالث

تحليل أثر العلاقة التشابكية بين نظام التأمينات الإجتماعية

والموازنة العامة للدولة على تحقيق الإستدامة المالية للنظام في مصر

ترتبط كل من التأمينات الإجتماعية والموازنة العامة للدول بالعديد من العلاقات المتشابكة، وفي ضوء التحديات السالف عرضها، نجد أن هذه العلاقات المتشابكة كان لها أثر سلبي على تحقيق الإستدامة المالية للنظام التأميني في مصر وفي ضوء ما تقدم يتناول هذا المبحث الآتي:

أولا: العلاقة التشابكية بين التأمينات الإجتماعية والموازنة العامة للدولة.

ثانيا: تحليل أثر العلاقة التشابكية بين التأمينات الإجتماعية والموازنة العامة للدولة على تحقيق الإستدامة المالية للنظام التأميني في مصر.

أولا: العلاقة التشابكية بين التأمينات الإجتماعية والموازنة العامة للدولة

يرتبط نظام التأمينات الإجتماعية بالموازنة العامة للدولة من خلال بنك الإستثمار القومي، لأن غالبية موارد التأمينات تذهب للبنك وذلك على النحو سالف الذكر، ويمكن النظر إلى العلاقات التشابكية بين نظام التأمين الإجتماعي والخزانة العامة (الموازنة العامة) من خلال مجموعة من العلاقات بينها على النحو التالي:

العلاقة الأولى: نظام المعاشات.

العلاقة الثانية: تمويل عجز الموازنة العامة.

العلاقة الثالثة: تمويل الإستثمارات العامة وعجز البيئات الاقتصادية.

العلاقة الرابعة: تمويل الدين الحكومي.

العلاقة الأولى: نظام المعاشات

يوجد ثلاث أنواع من الإلتزامات من قبل الخزانة العامة تجاه

التأمينات الإجتماعية تتمثل في الآتي:

١- إلتزام الحكومة كدرب عمل بدفع حصتها في تمويل المعاشات

تتحمل الحكومة بصفتهار رب العمل ١٥% من الأجور الأساسية والمتغيرة للعاملين بالحكومة وذلك من خلال التأمين ضد الشيخوخة

والعجز والوفاء، كما تتحمل ٣٪ من الأجر الأساسي والمتغير للتأمين ضد المرض، كذلك ١٪ من الأجر الأساسي والمتغير كإصابة عمل لكافة العاملين بالدولة، وبالتالي يصل إجمالي ما تتحمله الدولة (الحكومة) ١٩٪ من الأجر الأساسي والمتغير، بالإضافة إلى ٢٪ حصتها كصاحب عمل في نظام المكافأة للعاملين بالحكومة عن الأجر الأساسي فقط. وقد بلغت قيمة ما تتحمله الحكومة كرب عمل ٤.٨ مليار جنيه عام ٢٠٠٦/٢٠٠٥ تجاه صندوق التأمينات الإجتماعية.

٢- إلتزام الخزانة العامة بتمويل الزيادة السنوية في أموال المعاشات

تلتزم الخزانة العامة بسداد الزيادة السنوية في أموال المعاشات سواء نتيجة العلاوات السنوية المقررة أو بسبب إرتفاع أعداد أصحاب المعاشات والمستحقين عنهم، الأمر الذي أدى لزيادة حجم الدعم السنوي المباشر لنظام المعاشات، ووصل إلى ٥.٥ مليار جنيه في الحساب الختامي لعام ١٩٩٩/٩٨، ثم إلى ١١.٢ مليار في عام ٢٠٠٢/٢٠٠٣. وفي عام ٢٠٠٦/٢٠٠٥ تحمل صندوق التأمينات الإجتماعية الزيادة السنوية في المعاشات، حيث ظهر بند الإعانات الإضافية ٧.٥٪ للعام ٢٠٠٦/٢٠٠٥ ضمن بنود مصروفات صندوق التأمينات الإجتماعية بعد أن كان يظهر سابقا ضمن بنود جاري وزارة الخزانة. وقد وصلت الإعانة لصندوق العاملين بالقطاع الأعمال العام والخاص ١٠.٣ مليار جنيه في عام ٢٠٠٨/٢٠٠٩. ثم إنخفض ليصل إلى ٣.٣ مليار جنيه في عام ٢٠١٠/٢٠١١. كما يتضح من جدول (٣). كما أن وزير المالية أكد أنه تم دعم صندوق التأمينات بمبلغ ١٢٨ مليار جنيه في آخر ستة سنوات لمواجهة زيادة قيمة المعاشات!

1 http://almsaeya.com/index.php?option=com_content&view=article&id=5852:2012-08-28-11-17-59&catid=35:2011-12-25-14-26-49&Itemid=61

٢- إلتزام الخزانة العامة بتمويل العجز في أموال المعاشات

تتحمل الخزانة العامة أعباء تغطية العجز التأميني ممثلاً في الفرق بين قيمة الإشتراكات التأمينية المحصلة والتعويضات التأمينية المنصرفة في حالة تعرض المؤمن عليهم للأخطار الاجتماعية، ويوضح جدول (١٦) الإشتراكات والمعاشات المنصرفة خلال الفترة ٢٠٠٢/٢٠٠١ - ٢٠١١/٢٠١٠. ويمكن تفسير العجز في تلك السنوات ٢٠٠٢، ٢٠٠٣ بسبب توقف صندوق التأمين الاجتماعي للعاملين بالقطاع العام والخاص عن تحقيق أي فائض، ويرجع ذلك لطريقة تقييم المركز للصندوق، والتي تقوم على أساس إحتساب عائد استثماري مقابل توظيف أموال الصندوق بقيمة ٧٪ فقط في حين أن تلك الأموال يتم إقراضها لبنك الإستثمار القومي بفائدة ١١٪ سنوياً. وفي عام ٢٠٠٧/٢٠٠٨ وصلت الإشتراكات إلى ٨,٩ مليار جنيه بينما المعاشات وصلت ١٥,٢ مليار جنيه. كما وصلت الإشتراكات إلى ١٣,٦ مليار جنيه بينما المعاشات وصلت ٢٢,١ مليار جنيه في عام ٢٠١١/٢٠١٠ وذلك لصندوق العاملين بالقطاع الأعمال العام والخاص.

وهكذا تتحمل أعباء كبيرة من جراء النظام التأميني، تتمثل هذه الأعباء في الزيادة السنوية للمعاشات والمقررة منذ عام ١٩٨٧، ومساهمة الحكومة كصاحب عمل للعاملين بالحكومة، والمعاشات الخاصة القديمة قبل القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥، ومعاشات نظام التأمين الاجتماعي السابق المقررة بالقانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٨٠ ومعاش السادات، ومعاشات العسكريين المقررة بالقانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٥. وبالتالي إذا صار الحال على نفس النظام سوف يؤدي لإرتفاع ما تتحمله الخزانة العامة من ٢١,٩٪ مليار جنيه عام ٢٠٠٤/٢٠٠٥ إلى ٣٥,٦ مليار جنيه في عام ٢٠٠٧/٢٠٠٨ ليصل إلى ٤١,٣ مليار عام ٢٠١٠/٢٠١١، الأمر الذي يتطلب إزالة أو فك التشابكات بين الخزانة العامة والنظام التأميني.

1 أمنية خيرى إبراهيم علي، مرجع سبق ذكره، ص ٩٧.

العلاقة الثانية: تمويل عجز الموازنة العامة:

سبق أن أوضحنا أن صندوق التأمينات الإجتماعية يقوم بإقراض الخزانة العامة للدولة وشراء سندات وأذون الخزانة من أجل تمويل عجز الموازنة. وقد أوضحت إحدى الدراسات إعتتماد الحكومة على سندات الخزانة بنسبة ٤٤.٦٪ لتمويل العجز الحكومي مقابل ٥٥.٤٪ لمصادر التمويل الأخرى وذلك خلال الفترة (١١٩١/٩٠ - ١٩٩٥/٩٤)، لكن انخفضت نسبة مساهمة سندات الخزانة في تمويل العجز لتصل إلى ٣٠.٢٪ خلال الفترة (١٩٩٥/٩٤ - ٢٠٠٠/٩٩)، ثم عادت الحكومة للإعتتماد على سندات الخزانة مرة أخرى لتصل إلى ٥٣٪ خلال الفترة (٢٠٠١/٢٠٠٠ - ٢٠٠٤/٢٠٠٣).¹

كما لجأت الحكومة للإعتتماد على أذون الخزانة لتمويل عجز الموازنة خلال الفترة (١٩٩١/٩٠ - ١٩٩٨/٩٧) بهدف إمتصاص فائض السيولة في الاقتصاد المصري والحد من ظاهرة الدولار بما يتناسب مع سياسات الإصلاح الاقتصادي في ذلك الوقت، ثم إنخفضت أهميتها النسبية خلال الفترة (١٩٩٩/٩٨ - ٢٠٠١/٢٠٠٠) عقب نجاح الحكومة في تقليص معدلات التضخم. وخلال الفترة ٢٠٠٣/٢٠٠٤ - ٢٠١٠/٢٠١١ زادت إستثمارات صندوق التأمين الإجتماعي للعاملين بالقطاع العام والخاص في السندات والأذون الحكومية لتصل إلى نحو ٤ مليار جنيه عام ٢٠٠٥/٢٠٠٦. ثم إلى ٧ مليار جنيه عام ٢٠٠٧/٢٠٠٨ حتي وصلت ٦.٢ في عام ٢٠١٠/٢٠١١. الأمر الذي يبين إستمرار الإعتتماد علي أموال التأمينات في تغطية عجز الموازنة العامة للدولة.

وبصفة عامة، تعد سندات الخزانة من أفضل مصادر تمويل الدين العام الحكومي المستخدم في تمويل عجز الموازنة العامة، نظرا لأنها تعد مصدر تمويل طويل الأجل لا يحمل موازنة الدولة بأعباء مالية ضخمة حالية ولا تؤثر سلباً على الإستثمار والإدخار. ولا يمكن إنكار أن

1 محمد رضا العدل، "الدين العام المحلي والإقتدار المالي العام"، مركز المعلومات ودعم إتخاذ القرار، مجلس الوزراء، ٢٠٠٥، ص ١٣.

الإقتراض الحكومي لا يزيد طاقة إنتاجية، نظرا لأنه يسحب الموارد نحو الإستهلاك الحكومي بدلا من الإستثمار ليس هذا فحسب، بل ينقل عبء الموازنة على المستثمرين من المؤسسات والهيئات المقترضة وخاصة صندوق التأمينات الإجتماعية فيقع العبء على العمالة والعاملين وأصحاب المعاشات¹، ناهيك أن الإقتراض الإجباري لأموال التأمينات قضى على فرصة إنعاش سوق المال، خاصة أن صندوق التأمين الإجتماعي يعدا من أهم العوامل الفعالة في أسواق المال في غالبية بلدان العالم مما يؤثر على معدلات الإدخار والإستثمار المحلي بالسلب خاصة عندما استخدمت الحكومة موارد التأمينات في تمويل الإنفاق الجاري على حساب الإنفاق الإستثماري². أيضا تعد القروض التي يوفرها بنك الإستثمار القومي لتمويل المشروعات الإستثمارية بالخطة العامة للتنمية الاقتصادية بمثابة مديونية الحكومة لدى بنك الإستثمار والتي في أغلبها من موارد صناديق التأمينات.

العلاقة الثالثة: تمويل الإستثمارات العامة وعجز الهيئات الاقتصادية

يذهب غالبية فائض أو احتياطي أموال التأمينات الإجتماعية إلى بنك الإستثمار القومي بعائد ١٠٪ سنويا كما سبق التوضيح، ويقوم البنك بإقراض هذه الأموال مرة أخرى للخزانة العامة لتمويل الإستثمارات العامة بمعدل ١٢٪، وللهيئات الاقتصادية بمعدل ١٣٪، كما يتم إستخدام الفائض في تمويل المشروعات الاقتصادية وإقراض الجهات الداخلة في الموازنة العامة للدولة لتحقيق أهداف الدولة الإجتماعية والاقتصادية. وتعد القروض التي يوفرها بنك الإستثمار القومي لتمويل المشروعات الإستثمارية بالخطة العامة للتنمية الاقتصادية بمثابة مديونية الحكومة لدى بنك الإستثمار، والتي في أغلبها من موارد التأمينات، وأن تلك

1 إيمان حبيب، "تأثير برامج التثبيت والتكيف البيكلي على عجز الموازنة في مصر"، رسالة ماجستير، كلية التجارة، جامعة عين شمس، ٢٠٠٢، ص ٤٣، ٤٤.

2 معهد التخطيط القومي، "إدارة الدين العام المحلي وتمويل الإستثمارات العامة في مصر"، سلسلة قضايا التخطيط والتنمية رقم ١٥٨، القاهرة، يوليو ٢٠٠٢.

<http://inplanning.gov.eg/Activities/research/list.aspx>

المشروعات الإستثمارية أغلبها لا يدر عائد مباشر، وإن درعائد فهذا العائد ضئيل. وقد بلغت نسبة مساهمة بنك الإستثمار القومي في تمويل خطط التنمية بنسبة تتراوح ما بين ٥٥,٢٪، ٦٢٪ خلال الفترة محل الدراسة. وقد بلغ عدد الهيئات الاقتصادية التي لها موازنة مستقلة نحو ٦٢ هيئة عامة اقتصادية موزعة على ١٢ قطاعاً، وتعد هذه الهيئات بمثابة وحدات مستقلة ذات شخصية إعتبارية ولها إستقلالها الإداري بإعتبارها هيئات ذات طابع اقتصادي تحقق التوازن بحيث تغطي مواردها الذاتية تكاليفها، إلا أنها لم تحقق ذلك بل أصبحت تحقق عجزاً متراكماً عاماً بعد آخر، الأمر الذي أدى لزيادة العبء على الموازنة وزاد عجز الموازنة^١. وقد تزايدت مديونية هذه الهيئات من حوالي ٩,٧ مليار جنيه عام ١٩٩٢/١٩٩١ إلى ١٥,٧ مليار جنيه عام ١٩٩٥/٩٤ ثم وصلت نحو ٣٩,٢ مليار جنيه عام ٢٠٠٣/٢٠٠٢ بنسبة ١٣٪ في المتوسط من الدين العام المحلي خلال الفترة (١٩٩٢/٩١ - ٢٠٠٣/٢٠٠٢)^٢. ووصلت إلي ٤٠,١ مليار جنيه في عام ٢٠٠٤/٢٠٠٣، وقفزت إلي ٥٠,١ مليار جنيه في عام ٢٠٠٨/٢٠٠٧. بل وصل إلي ٢٣٢,٨ مليار جنيه في عام ٢٠١٠/٢٠٠٩، وإستقر عند ٢٦٩,٢ مليار جنيه في عام ٢٠١١/٢٠١٠^٣. وبالرغم من تغير عدد الهيئات الاقتصادية عبر هذه الفترة الزمنية محل الدراسة، فمثلا كان عدد الهيئات التي تحقق عجزاً جانياً خلال الفترة (١٩٩٦/٩٥ - ٢٠٠١/٢٠٠٠) ٢٠ هيئة ثم إنخفض فيما بعد إلى ١٥ هيئة، ورغم ذلك قيمة العجز تزايدت، ويرجع السبب في ذلك إلى وجود خمس هيئات تزايد العجز بها ولعل أهمها عجز هيئة السكك الحديدية^٤.

- 1 محمود عبد الحافظ محمد عبد الله، "منهج مقترح للسياسات الاقتصادية تجاه إدارة الدين العام الداخلي بمصر في إطار برنامج الإصلاح الاقتصادي"، رسالة دكتوراة، كلية التجارة جامعة عين شمس، ٢٠٠١، ص ١١٦.
- 2 محمد رضا العدل، "الدين العام المحلي والإقتدار العام"، مرجع سبق ذكره، ص ١٦.
- 3 البنك المركزي المصري، النشرة الاقتصادية الشهرية، العدد رقم ١٦٦، يناير ٢٠١١، ص ١١٠، ١٠٩.
- 4 عبد الفتاح الجبالي، مرجع سبق ذكره، ص ١٥٢.

العلاقة الرابعة: تمويل الدين الحكومي (ارتفاع مديونية الخزنة الحكومية العامة لنظام التأمينات الإجتماعية)

إذا نظرنا إلى توظيفات بنك الإستثمار لموارده والتي أغلبها أموال صندوق التأمينات الإجتماعية وليها ودائع صندوق توفير البريد، نلاحظ أن قيمة إقتراض الحكومة من بنك الإستثمار القومي وصل ١٣٤.٣ مليار جنيه عام ٢٠٠٤ وقيمة الدين المحلي للحكومة ٢٩٢.٧ مليار جنيه، أي أن نسبة إقتراض الحكومة من بنك الإستثمار إلى الدين المحلي للحكومة تعادل ٤٦٪. بينما في عام ٢٠٠٥ وصلت نسبة إقتراض الحكومة من بنك الإستثمار (١٤٣.٧ مليار جنيه) إلى الدين المحلي للحكومة (٣٤٩.١ مليار جنيه) ما يعادل ٤١.٢٪. ووصلت إلى ٣٦٪ في عام ٢٠٠٦/٢٠٠٥. وتم تصفية مديونية الحكومة إلى بنك الإستثمار القومي ونقل إلتزامات البنك لصندوق التأمين والمعاشات إلى الحكومة في حدود رصيد مديونية الحكومة حتى ٢٠٠٦/٦/٣٠. وبدءاً من عام ٢٠٠٧ أصبح هناك مديونية علي الحكومة بقيمة سندات صندوق التأمينات مقابل نقل مديونية بنك الإستثمار القومي إلى الخزنة. وقد بلغت هذه القيمة ١٩٧.٨، ١٩٨.٩، ٨٠٦ مليار جنيه في الأعوام ٢٠٠٧، ٢٠٠٨، ٢٠١٠ علي التوالي^١. ولا شك أنه من الأنسب إيجاد نسبة إقتراض الحكومة من بنك الإستثمار إلى إجمالي موارد صندوق التأمينات الإجتماعية، حيث تصل هذه النسبة إلى ٦٨.٥٪ (١٩٦.٢/١٣٤.٣) في عام ٢٠٠٤، والسلي ٣٥٪ (١٤٣.٧/٤١٢.٦) عام ٢٠٠٥. تصل إلي ٥٩٪ في عام ٢٠٠٦. ويوضح جدول (١٧) موارد وتوظيفات بنك الإستثمار القومي خلال الفترة ٢٠٠٣ - ٢٠١١، والذي منه تم التوصل إلى تلك النسب.

ويتعين التنويه إلى أن البعض أرجع تزايد حجم الدين الحكومي بصفة عامة ليصل إلى نحو ٧٠٪ من إجمالي الدين العام المحلي خاصة في فترة التسعينات من القرن الماضي إلى التعارض بين أهداف السياسات

1 البنك المركزي المصري. النشرة الاقتصادية الشهرية. العدد رقم ١٦٦. يناير ٢٠١١. ص

الاقتصادية المختلفة والتي نتج عنها تبعية السياسة المالية للسياسة النقدية، والدليل إرتفاع أسعار الفائدة على الودائع بالعملة المحلية مقارنة بتلك التي بالدولار خاصة مع بداية تطبيق برنامج الإصلاح الاقتصادي، والتوسع في إصدار أذون الخزانة لإمتصاص السيولة وتحقيق الإستقرار في سعر الصرف وخفض معدلات التضخم في الاقتصاد القومي، الأمر الذي يعني أن تزايد حجم الدين الحكومي لا يعكس تزايد حاجة الحكومة للإقتراض بهدف سد العجز في الموازنة¹، الأمر الذي تبدل وتغير خلال العقد الأول من القرن الحادي والعشرين، حيث وصلت النسبة إلي ٦٨٪ في عام ٢٠٠٣، ٦٩٪ في عام ٢٠٠٥، ٧٢٪ في عام ٢٠٠٨، ٧٦٪ في عام ٢٠١٠. وبالنظر إلي سندات صندوق التأمينات الإجتماعية مقابل نقل مديونية بنك الإستثمار القومي إلي الخزنة والتي بدأت في الظهور بدءاً من عام ٢٠٠٧ ونسبتها إلي الدين المحلي الحكومي تلاحظ أن نسبتها تعادل ٤١٪ عامي ٢٠٠٧، ٢٠٠٨ في علي التوالي، لتصل إلي ٣١٪ عام ٢٠١٠. كما أن هناك تسهيلات إئتمانية من صندوق التأمينات ولكن قيمتها ليست من الكبير للتأثير علي القيم سالفة الذكر. حيث وصلت إلي ٤,٥ مليار جنيه في عام ٢٠٠٧، ٢,٣ مليار جنيه في عام ٢٠٠٨، ٩,٢ مليار جنيه في عام ٢٠١٠^٢. وتبلغ إجمالي المبالغ المالية التي تضمنها الخزنة العامة ٢٤٠,٩ مليار جنيه، ٦٢,٦ مليار جنيه طرف بنك الإستثمار لصالح صندوق التأمينات ويكون الإجمالي ٣٠٣,٥ مليار جنيه. وتبلغ الفوائد المدفوعة علي الصكوك التي علي الخزنة العامة ١٧ مليار جنيه سنويا عند معدل فائدة ٨٪. أضف إلي ذلك طلبت وزارة المالية من صندوق التأمينات وقف تحويل أي مبالغ لبنك الإستثمار^٣.

- 1 ليلى الخواجه، "الدين العام المحلي في الاقتصاد المصري"، منتدى الحوار الاقتصادي، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٢٥.
- 2 البنك المركزي المصري. النشرة الاقتصادية الشهرية. العدد رقم ١٦٦. يناير ٢٠١١، ص ١٠٩، ١١٠، ١١٠.

3 http://almsaeva.com/index.php?option=com_content&view=article&id=5852:2012-08-28-11-17-59&catid=35:2011-12-25-14-26-49&Itemid=61

نخلص مما سبق عرضه للعلاقات التشابكية بين الموازنة العامة للدولة ونظام التأمينات الإجتماعية إلى أنه أسفر عن بعض السلبيات لعل أهمها ما يلي :

١- تزايد عجز الموازنة، وبالتالي المساهمة في ارتفاع مستويات الدين المحلي، ويرجع ذلك لإقتراض الحكومة من أموال التأمينات لتمويل الزيادة السنوية في المعاشات.

٢- إهدار قدر كبير من أموال المؤمن عليهم المودعة في بنك الإستثمار القومي، نظرا لعدم إتياعه سياسات إستثمارية سليمة لهذه الأموال، بل أنه تم استخدامها في تمويل المشروعات الاقتصادية والإجتماعية التي لا تدر عائد أو ذات عائد محدود.

٣- تراجع عوائد أموال المؤمن عليهم نتيجة الإقراض للفائض أو الإحتياطي لبنك الإستثمار القومي، الأمر الذي ترتب عليه ضياع فرص مالية ضخمة إذا تم إيداع تلك الفوائض في محافظ إستثمارية متنوعة المخاطر ومتنوعة الأجل.

٤- قد تضطر الحكومة لرفع رسوم الإشتراك المرتفع أصلا أو اللجوء إلى رفع سن المعاش^١، لكي تستطيع تمويل جزء من المزايا الممنوحة للمشاركين في النظام التأميني أو ذويهم، وبالتالي يتحمل المشاركون الحاليين في النظام بأعباء مالية مرتفعة.

ثانياً: تحليل أثر العلاقة التشابكية بين التأمينات الإجتماعية والموازنة العامة للدولة على تحقيق الإستدامة المالية للنظام التأميني

في البداية يمكن القول بأن الإستدامة المالية^٢ للنظام التأميني تعني "إستخدام الفائض التأميني الممثل في استثمارات بشكل يتحقق منه إتزان

1. اللجوء لرفع سن المعاش يزيد الإشتراكات دون رفع معدلها، لكنه يؤدي لزيادة أعباء الموازنة العامة، نظرا لما سيتم تحمله من استمرار دفعها للمرتبات والأجور للعاملين في أعلى السلم الوظيفي في القطاع الحكومي، بالإضافة لاستمرار دفعها للإشتراكات التأمينية سواء التي تدفعها بصفتها صاحب عمل أو تدفعها عن إصابة العمل لكافة العاملين بالدولة. لمزيد من التفصيل فضلا راجع هدى مجدي السيد، مرجع سبق ذكره، ص ٩١.

2. يرى البعض أن تحقيق الإستدامة المالية يتطلب ضرورة إنخفاض المستوى الآمن للدين العام الصافي كنسبة من الناتج المحلي الإجمالي للدول التي تعاني من ضعف المؤسسات السياسية والاقتصادية، وتلك التي لها تاريخ من التوقف عن سداد الديون السيادية. لمزيد من التفصيل فضلا راجع:

النظام التأميني في مصر على مدار الزمن، وأن يقدر على الوفاء بالإلتزامات والحقوق التأمينية للمؤمن عليهم وذويهم عبر الزمن". ومن هذا التعريف يتضح أن تحقيق الإستدامة المالية للنظام التأميني مرتبط بعاملين هما:

الأول: توفير المال الإحتياطي المتكون لمقابلة إلتزامات النظام التأميني المستقبلية.

الثاني: كيفية إستثمار المال الإحتياطي إستثماراً أمثلاً عن طريق المفاضلة بين البدائل الإستثمارية لهذا المال بما يعود بالنفع على المؤمن عليهم وذويهم وللنظام ذاته وللمجتمع ككل. ويرتبط هذين العاملين بالعلاقة التشابكية بين التأمينات الإجتماعية والموازنة العامة للدولة من خلال بنك الإستثمار القومي. وبالتالي فالخروج عن القواعد المثلى لتوفير المال الإحتياطي وإستثماره تعقد تلك العلاقة التشابكية وتصبح الوصول لهدف الإستدامة المالية للنظام. وفي ضوء ما تقدم يمكن تناول النقاط التالية:

النقطة الأولى: أثر تلك العلاقة التشابكية على الإستدامة المالية للنظام التأميني

النقطة الثانية: آليات فض تلك العلاقة التشابكية

النقطة الثالثة: مقومات تحقيق الإستدامة المالية للنظام التأميني.

النقطة الأولى: أثر العلاقة التشابكية بين التأمينات الإجتماعية والموازنة العامة للدولة على الإستدامة المالية للنظام التأميني

سبق أن أوضحنا الآتي:

- توجد عدة أنواع من الإلتزامات من قبل الخزنة العامة للتأمينات الإجتماعية تتمثل في إلتزام الحكومة كرب عمل بدفع حصتها في تمويل المعاشات، وإلتزامها بتمويل المعاشات، وإلتزامها بتمويل الزيادة السنوية

= Buiter, Willem H., "Fiscal sustainability", the Egyptian center for economic studies, working paper, No. 92, 2004, p. 30.

في أموال المعاشات ، والتزامها بتمويل العجز في أموال المعاشات. وقد بينا كيف تحمل صندوق التأمينات الإجتماعية الزيادة السنوية في المعاشات بدلا من الخزنة العامة. وفي ظل هذه الأوضاع يزيد العبء على الخزنة العامة ليس هذا فحسب. بل يزيد العبء على التأمينات الإجتماعية. وفي ظل إلتزام الدولة بتمويل العجز في أموال المعاشات متمثلا في الفرق بين قيمة الإشتراكات التأمينية المحصلة والتعويضات التأمينية المنصرفة. فإنها تلجأ للإقتراض من بنك الإستثمار والذي معظم موارده من أموال التأمينات ، وفي ظل عدم تناسب العائد المدفوع على أموال التأمينات. الأمر الذي سيؤدي لضعف الإستدامة المالية لنظام التأمينات الإجتماعية في الأجل الطويل.

- تم توجيه موارد التأمينات لتمويل عجز الموازنة وخاصة العجز الجاري ، وفي حالة تمويل الأنشطة الإستثمارية فمعظمها لا يدر عائد مباشر أو يدر عائد ضئيل ، الأمر الذي ينقل العبء على العمالة والعاملين وأصحاب المعاشات ، وبالتالي في ظل هذا الإقتراض الإجباري وعدم توافر العائد المناسب على هذه الأموال ، سوف يؤدي هذا الأمر إلى ضعف الإستدامة المالية لنظام التأمينات الإجتماعية في الأجل الطويل.

- تم توجيه موارد التأمينات في أوجه إستثمارية لم تأت الثمار المرجوة منها كالإستثمار في بورصة الأوراق المالية أو الإستثمار في بنك الإستثمار القومي ، ومن ثم إنخفاض العائد المحقق على أموال التأمينات ، وبالتالي ضعف الإستدامة المالية للنظام في الأجل الطويل.

- تم التساهل في شروط استحقاق المعاش المبكر نتيجة لسياسة الخصخصة فقد ، وبالتالي تحول الفرد من كونه ممولا للنظام التأميني بقيمة ما يتم خصمه من دخله الشهري نظير حصته ومساهمته في النظام التأميني إلى أن يصبح مستحقا للمعاش الأمر الذي أثر على نقص قيمة الإشتراكات المحصلة في مقابل زيادة قيمة المعاشات الدورية المنصرفة ، وبالتالي تضعف قدرة النظام التأميني على تحقيق الإستدامة المالية للنظام في الأجل الطويل.

- توجد جوانب قصور في أداء النظام المطبق للتأمينات الإجتماعية في مصر، والتي تمثل صور الإنحراف عن تحقيق كفاءة النظام التأميني وخاصة تلك التي تتعلق بالنظام التأميني ذاته من إرتفاع معدل الإشتراكات والفجوة بين الإشتراكات المحصلة والمعاشات المدفوعة، وأنظمة الضمان الإجتماعي الملقاة على عاتق النظام وغيرها، الأمر الذي يبين أنه بالرغم من قدرة النظام التأميني الحالي في توفير فوائض تأمينية ضخمة على مدار السنوات محل الدراسة، إلا أنه أصبح غير قادر على تحقيق الإستدامة المالية في الأجل الطويل.

- تم ضم هيئة التأمينات الإجتماعية وبنك الإستثمار القومي لوزارة المالية، الأمر الذي ترتب عليه سحب ثقة الأفراد في النظام التأميني لأنه أصبح المدين والدائن في قبضة واحدة وينمي بالتالي سلوك غير إيجابي لديهم للتهرب من سداد مساهمتهم في النظام بصور متعددة على النحو سالف الذكر. وبالتالي فشعور الفرد الإيجابي تجاه النظام التأميني الذي يكفله هو وذويه من بعده له أثر كبير في إلتزامه بسداد حصة مساهمته في النظام التأميني لأنه سيتأكد بالفعل أن مدخراته في ظل هذا النظام ستكون عوناً له في توفير حياة كريمة له ولأسرته عند حدوث أحد الأخطار الإجتماعية. ولاشك هذا سوف يضعف الإستدامة المالية للنظام في الأجل الطويل.

- أن سياسة المعاش المبكر وضعف الدخول الحقيقية لذوي المعاشات بما يتلائم والظروف المعيشية دون فرض أعباء جديدة، أدى لدخولهم مرة أخرى لسوق العمل ومنافسة الشباب في سوق العمل، الأمر الذي أضاع على النظام التأميني موارد مالية تتمثل في حصص هؤلاء الشباب كمولين بإنضمامهم للنظام عن طريق إشتغالهم، أضف إلى ذلك أن النظام التأميني يتحمل عبء إعالة هؤلاء الشباب لكونهم مستحقين (ورثة) في المعاش، الأمر الذي يشكل عبثاً ضخماً، ويساهم في ضعف قدرة النظام التأميني على تحقيق الإستدامة المالية في الأجل الطويل.

النقطة الثانية: آليات فض العلاقة التشابكية بين التأمينات الإجتماعية والموازنة العامة للدولة¹ :

تم تبني ثلاثة آليات لفض تلك العلاقة التشابكية تتمثل في الآتي :
الآلية الأولى: ضم أموال التأمينات للحكومة من خلال نقل تبعية صندوق التأمينات لوزارة المالية.
الآلية الثانية: نقل تبعية بنك الإستثمار القومي من وزارة التخطيط إلى وزارة المالية.

الآلية الثالثة: مبادلة الديون الحكومية المستحقة للتأمينات ببعض الأصول المملوكة للخزانة العامة.
الآلية الأولى: ضم أموال التأمينات للحكومة من خلال تبعية صندوق التأمينات لوزارة المالية.

لاشك أن هذا الإجراء يعني إتحاد الموازنة مع التأمينات، الأمر الذي ينتج عنه حدوث مقاصة بين دين التأمينات على الموازنة، ومن ثم يقل الدين العام المحلي للحكومة والدليل أناجمالي العجز في الموازنة العامة وبنك الإستثمار وهيئة السلع التموينية² بلغ نحو ٢٣,٢ مليار جنيه في العام المالي ٢٠٠٣/٢٠٠٤، ولكنه تراجع العجز بعد إضافة صندوق التأمينات الإجتماعية ليصل إلى ١٠,٦ مليار جنيه فقط³. وقد لقي هذا الإجراء معارضة كبيرة، لأنه لا يجوز التصرف في أموال التأمينات بأي حال من الأحوال، لأن الحكومة تعد وكيلاً عن أصحاب هذه الأموال الأصليين (المؤمن عليهم) في إدارة وإستثمار تلك الأموال.

الآلية الثانية: نقل تبعية بنك الإستثمار القومي من وزارة التخطيط إلى وزارة المالية

ولا شك أن هذا الإجراء يعني إظهار موارد بنك الإستثمار القومي ضمن قائمة العمليات المالية الموحدة للحكومة العامة. وقد لقي هذا

- 1 مركز المعلومات ودعم إتخاذ القرار، مرجع سبق ذكره، ص ص ٥٨ - ٦٤.
- 2 في يونيو عام ٢٠٠٢ تم دمج الموازنة مع بنك الإستثمار وهيئة السلع التموينية والتأمينات في حساب مجمع واحد.
- 3 أمنية خيرى إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص ١٨٢.

الإجراء معارضة من البعض¹ على أساس أن قانون بنك الإستثمار القومي ينص على إستقلالية موازنة البنك وعدم جواز إدراجها في الموازنة العامة للدولة.

الآلية الثالثة: مبادلة الديون الحكومية المستحقة للتأمينات ببعض الأصول المملوكة للخزينة العامة

قامت الحكومة بإستبدال ديونها المستحقة تجاه صندوق التأمينات الإجتماعية بعدد من الشركات الراجعة المملوكة لها كمقاصة مع مديونية الخزينة العامة لبنك الإستثمار القومي عن الأموال المستخدمة من الصندوقين ويتطلب نجاح مبادلة مديونية الحكومة مقابل بعض الهيئات والشركات الاقتصادية التقييم الأمثل للأصول وعمل دراسة جدوى اقتصادية لهذه الأصول وقدرتها على الحفاظ على أموالها المستثمرة. والسؤال الذي يطرح نفسه إذا كانت هذه الشركات راجحة فلماذا لا تأخذ الحكومة هذه الأرباح وتدفع في صورة دفعات ما عليها تجاه التأمينات الإجتماعية أو لماذا لم يتم تسليمها لبنك الإستثمار القومي؟

ويرى البعض أن الإجراء السابق غير دستوري، نظراً لأن إتخاذ القرار السابق كان لابد من أخذ آراء الملاك الأصليين لهذا المال، وذلك لكون أموال التأمينات ملكية عامة، وبالتالي يصعب التصرف فيها دون إذن أصحابها. بينما يرى البعض الآخر أن الإجراء السابق دستوري نظراً لأن هذا الإجراء لا يمس طبيعة هذه الأموال وعلاقتها بمالكها، وأن الأمر كله يتلخص في كونه مجرد تنازل من الخزينة العامة عن ملكيتها في هذه الأصول. ويتفق الباحث مع هذا الرأي المعارض².

والجدير بالذكر أن الآليات السابقة التي تم تبنيها لفض العلاقة التشابكية بين التأمينات الإجتماعية والموازنة العامة للدولة لم تؤت بشمارها المرجوة، بل أن هذه الآليات جعلت أموال التأمينات وبنك الإستثمار

1 محمد عبد الحليم عمر، "رؤية حول تنظيم العلاقة بين التأمينات الإجتماعية والموازنة العامة للدولة"، مركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامي، جامعة الأزهر، ٢٠٠٢.

2 أمنية خيري إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص ١٠.

القومي في قبضة وزارة المالية، الأمر الذي لا يتيح الفرصة لإتخاذ قرارات إستثمارية سليمة لأموال التأمينات سواء التي في حوزتها أو التي لدى بنك الإستثمار. وفي ظل النظام التأميني المقترح تقوم وزارة المالية بدلا من بنك الإستثمار القومي بضمان الوفاء بحقوق أصحاب المعاشات وورثتهم والمشاركين الحاليين، وبالتالي فإن دين الحكومة لدى بنك الإستثمار القومي والتزامات بنك الإستثمار القومي لدى صناديق التأمينات سيتم تسويتها¹.

النقطة الثالثة: مقومات تحقيق الإستدامة المالية للنظام التأميني

لن يتأتى تحقيق الإستدامة المالية للنظام التأميني المصري من خلال فض العلاقة التشابكية بين الموازنة العامة للدولة والتأمينات الإجتماعية بالطرق سالفة الذكر فقط، بل يتطلب الأمر ضرورة القضاء على صور الإنحراف في كفاءة النظام التأميني، وكذلك تغير دور الدولة داخل منظومة التأمينات الإجتماعية لتلائم مع الظروف الاقتصادية والإجتماعية والسياسة السائدة، وهذا يقتضي إقترح نظام تأميني جديد يطرح إستراتيجية تضمن تحقيق الإستدامة المالية للنظام وفك العلاقة التشابكية بين الموازنة العامة للدولة وأموال التأمينات الإجتماعية ومعالجة صور الإنحراف في كفاءة النظام التأميني. وقد تم إستنباط هذه الإستراتيجية من عدة مصادر مثل الأدبيات المختلفة والدراسات المتعلقة بإصلاح النظام التأميني في عدد من الدول المختلفة، والأدلة الإرشادية للمنظمة الدولية للضمان الإجتماعي².

وعلى الرغم من أنه لا يعد أمراً سهلاً أن يتم رسم ملامح إصلاح النظام التأميني المصري في ظل التجارب الدولية وذلك في ضوء مبدأ نسبية الحقائق الاقتصادية والسلوك الاقتصادي تبعاً لتغير البيئة والزمان والمكان،

1 مجلة العمل، "ملامح المشروع الجديد لقانون التأمين الإجتماعي"، مجلة العمل، العدد 523، ديسمبر 2006، ص 33.

2 يمكن التعرف على عدد من التجارب المختلفة من خلال

International social security association (ISSA)

فالكثير من المقارنات الدولية التحليلية تقع في نطاق الجوانب المؤسسية، الفنية، القانونية بصورة تفصيلية تجعل من المستحيل نقل دروس السياسة المستفادة بين الدول^١. ناهيك عن عدم وجود نموذج واحد للإصلاح يناسب جميع الدول، ومع ذلك فإن هذا لا ينفي حقيقة إمكانية الاستفادة من التجارب الدولية.

وفيما يلي نوضح ملامح النظام المقترح وكيفية معالجته لصور الإنحراف في

كفاءة النظام التأميني

أولاً: توظيف المال الاحتياطي للتأمينات الاجتماعية

نقترح أن يسلك هذا المال إتجاهين هما^٢:

- ١- إنشاء بنك للتأمينات الاجتماعية تودع به الإشتراكات التي تمول المعاش العام وتدار عملياته بواسطة وزارة التأمينات لصالح المؤمن عليه ويخضع لإشراف البنك المركزي مثل أي بنك تجاري يهدف لتحقيق الربح.
 - ٢- تحويل الإشتراكات الممولة للمعاش الاستثماري إلى صناديق للإستثمار التي تعلن عن نفسها بشكل يساعد المؤمن عليه على الإختيار فيما بينها، وتخضع لإشراف الهيئة المصرية للرقابة على التأمين.
- وبذلك نضمن إستقلال الكيان المسئول عن سياسات الإستثمار، مع وجود المراجعة الدورية لسياسات الإستثمار في ضوء الأداء الإستثماري في الفترات السابقة، وذلك للإستفادة من إيجابيات وسلبيات

1 Whitehouse, Edward., "pensions panorama: Retirement-income systems in 53 countries", World bank, Washington. D.C.,2007, P.3.

2 تم الإستفادة من فكرة وجود جهة إشرافية مسئولة عن الإشراف على العمليات الإستثمارية التي تقوم بها الجهات المسئولة عن الإستثمار من التجربة الشيلية في إصلاح نظام التأمين الإجتماعي. لمزيد من التفصيل فضلاً راجع

- OECD, " The Chilean Pension System: Maintaining Prosperity in anAgeing Society", OECD, Working paper, VOL. VI, No.26, 1998.
- Rix, Sara E., " Chile,s Experience with the privatization of Social Security", American Association of Retired Pensions, Public Policy Institute, Agust, 1995.

التجربة السابقة قبل وضع السياسات الإستثمارية المستقبلية التي يتعين أن تأخذ في الحسبان السياسات المالية والنقدية وغيرها من السياسات الاقتصادية دون وجود إملاءات بإستثمارات معينة على البنك أو الجهة المستثمرة لأموال التأمينات¹.

وبما أن أموال التأمينات الإجتماعية هي أموال خاصة، الأمر الذي يعني أنها ليست مسئولة بشكل مباشر عن تحقيق أهداف المجتمع، وبالتالي يصبح المحرك لإستثمارها العوائد المحققة بغض النظر عن مكان الإستثمار سواء في الداخل أو الخارج، ولعل هذا يعني أنه في حالة عدم وجود فرص إستثمارية محلية مجدية يتم إتخاذ قرار الإستثمار بالخارج، مع مراعاة الضوابط والمعايير التي تضمن سلامة وسيولة الإستثمار وفقا للمعدلات التي ينص عليها قانون التأمين الإجتماعي المعمول به داخل الدولة، مع مراعاة مخاطر العملات والتعامل معها².

ويتطلب تحقيق عوائد إستثمارية طويلة الأجل لأموال التأمينات ضرورة تنويع الإستثمارات على أسس اقتصادية وليست المضاربات وفي إطار تحقيق أفضل عوائد ممكنة في ظل مستوى معين للمخاطر، وبما ينتج عنه إختيار أفضل مزيج إستثماري في ضوء الأداء الإستثماري السابق للبناء، والظروف الاقتصادية السائدة داخل الدولة، والمعايير الدولية في إدارة صناديق التأمين الإجتماعي بحيث تتفق هذه المعايير مع ظروف وأهداف الإستثمار داخل الدولة للوصول إلى هدف المحافظة على القيمة الحقيقية للأصول³.

1 Plamondon, P. & Latulippe, D., "Optimal funding of pension schemes", Technical report, International social security association, 2004.

2 International organization of pension supervisors, "Guidelines for the supervisory assessment of pension fund", available at <http://www-ipos.com>

3 Plamondon, P., & Latulippe, D., "Optimal funding of pension schemes", Op., Cit., P.10

وكذلك عند قيام البنك بصياغة إستراتيجية مثلى لتعظيم عوائد الإستثمار لأموال التأمينات ضرورة العمل على الحد من المخاطر المرتبطة بعمليات الإستثمار ولعل من أهمها الحماية من التضخم، واتخاذ قرارات الإستثمار بناء على التحوط من التقلبات المستقبلية وليس على توقعات المضاربة، ووضع الحدود القصوى للإستثمار وفقاً للفئة والنوع في ضوء القواعد المتفق عليها عالمياً، وتجنب المخاطر الناتجة عن الإقتصار على الإستثمار في أصول وأوراق مالية لصناعة معينة على جزء لا يستهان به من المحفظة الإستثمارية الإجمالية للتأمينات الإجتماعية، ومخاطر التعارض بين إدارة الإستثمار والمصالح الشخصية للقائمين على الإستثمار¹.

وإذا كنا قد بينا في النقاط سالفة الذكر كيفية التوجه نحو إستراتيجية مثلى لإستثمار أموال التأمينات الإجتماعية في ضوء التجارب الدولية، وبالتالي القضاء على التحدي المتعلق بعدم وضع سياسة إستثمارية مستقلة لقطاع التأمينات هدفها الأساسي صالح المستفيدين من النظام، وكذلك القضاء على التحدي المتعلق بعدم الإلتزام بمبادئ إستثمار أموال التأمينات وخاصة مبدأ وضوح الأهداف نتيجة لعدم إستقلال النظام التأميني عن التدخل السياسي، إلا أن الأمر سوف يزداد وضوحاً من خلال تبيان كيفية التغلب على تلك التحديات من خلال رافدي الإستثمار المقترحين وذلك على النحو التالي:

(١) مبدأ وضوح الأهداف

— بالنسبة لبنك التأمينات الذي يدار على أسس تجارية (اقتصادية) فإنه يمكن من تحقيق معدل عائد أعلى من بنك الإستثمار القومي، مع الإبقاء على السيولة الجزئية لكونه يدار مباشرة من قبل هيئة التأمينات، كما يمكن أن يساهم في عملية التنمية الاقتصادية من خلال ما يقدمه من قروض تمول المشروعات الإستثمارية التي يقوم بها القطاع الخاص.

1 عبد الله شحاته، مرفت صابرين، مرجع سبق ذكره، ص ٢٦، ٢٧.

- بالنسبة لصناديق الإستثمار فإنه يتم الإعتماد عليها في تحقيق مبدأ وضوح الأهداف الذي يقوم على تحقيق أعلى معدل عائد يمكن تحقيقه في ظل تنوع جيد للإستثمارات سواء في الداخل أو الخارج مع الأخذ في الحسبان المخاطر المرتبطة بعمليات الإستثمار، مع وجود المراجعة الدورية لسياسات الإستثمار في ضوء الأداء الإستثماري في الفترة السابقة.

(٢) مبدأ الحوكمة الفعالة

يمثل وجود جهة إشرافية ممثلة في البنك المركزي للإشراف على بنك التأمينات المقترح، والهيئة المصرية للرقابة على التأمين للإشراف على صناديق الإستثمار أداة مناسبة لتحقيق الحوكمة الفعالة على مسئولية هذه الجهات الإستثمارية المقترحة تجاه الجهات المشرفة عليها.

وقد أظهرت الدراسات والتجارب الدولية أن إعداد وتنفيذ الإستراتيجية المثلى لإستثمار أموال التأمينات في ضوء رافدي الإستثمار المقترحين يتم من خلال خمس مراحل^١:

أ- تحديد الأهداف ووضوحها: يتطلب الأخذ في الحسبان مستوى المخاطرة ومتطلبات السيولة والملاءة المالية بحيث يمكن تحقيق عوائد إستثمارية كافية لمقابلة الإلتزامات في ضوء الإشتراكات الحالية ومستوى مقبول من المخاطرة.

ب- صياغة الإستراتيجية: هنا يتم تحديد المجالات الإستثمارية والنسبة المحددة لكل مجال إستثماري مع تحديد نسبة الإنحراف لكل مجال، وإعداد الضوابط الإستثمارية Investment guidelines التي تحقق الأهداف الإستثمارية بالكفاءة المطلوبة.

1- Arrau, i., & Shmidt- Hebbel, K., "Pension systems and reform: Country experiences and research issues", The world Bank, policy research department, macroeconomics and growth division, Washington D.C, 1995.

- International organization of pension supervisors, "Guidelines for the supervisory assessment of pension fund", 2008 Available at <http://www.ipos.com>

ج- تنفيذ الخطة الإستراتيجية: ويكون ذلك عن طريق إدارات الإستثمار بالبنك أو صناديق الإستثمار بإدارة الإستثمارات في مجالات الإستثمار المختلفة من خلال توافر مديري إستثمار ذوي كفاءة عالية وسجل إستثماري جيد.

د- تقييم الأداء: يتم الإستعانة ببيوت الخبرة سواء الحالية أو الأجنبية في عملية تقييم الأداء وبشكل دوري وإتخاذ ما يلزم من إجراءات وتعديلات .

هـ- الحد من مخاطر الإستثمار بكافة أشكالها

ثانياً: الجوانب المتعلقة بالإشتراكات

يتم الأخذ بنظام التمويل الكامل من الناحية النظرية والعملية من خلال معدل ثابت للإشتراكات تتولى وزارة التأمينات الإجتماعية تحصيله من الأفراد المشتركين، مع قصر الإشتراكات على المؤمن عليه فقط الذي يقوم بدفعها عن ما يحصل عليه من دخليق تحت الحد الأقصى للإشتراك الذي يتم تحديده بما يتلائم مع طبيعة الدخول في مصر. ويتم تقسيم هذه الإشتراكات التي تودع في حساب شخصي للمؤمن عليه إلى جزئين:

الجزء الأول: يستخدم في تمويل المعاش العام ويتم ربطه بالتغير في توقع الحياة ومعدل نمو الناتج ويمثل هذا الجزء القدر الأكبر من حجم الإشتراكات.

الجزء الثاني: يستخدم في تمويل معاش إستثماري في ضوء دراسة وافية للمناخ الإستثماري في مصر.

أما الإشتراكات الملتزم بدفعها صاحب العمل في ظل النظام الحالي نقترح تحويلها لتمويل معاشات الضمان الإجتماعي في صورة زيادة الضرائب المفروضة على صاحب العمل بما يعادل قيمة الإشتراكات التي كان يقوم بدفعها.

ولاشك أن الإقتراحات السابقة تقضي على التحديات التي تواجه الإشتراكات في النظام التأميني المصري والتي من أهمها:

أ- إرتفاع معدلات الإشتراكات سواء التي يدفعها العامل أو صاحب العمل. أما بالنسبة لإشتراكات العامل في ظل النظام المقترح القائم على الخصخصة الجزئية الذي يحقق معدلات للعائد أكبر عند معدل إشتراكات أقل. أما بالنسبة لإشتراكات صاحب العمل التي سيقوم بدفعها في صورة ضرائب، لها تأثير إيجابي على تخفيض ظاهرة التهرب التأميني، نظرا لإنقضاء الدافع وراء ظهور تلك الظاهرة.

ب- تحويل الإشتراكات التي يدفعها صاحب العمل إلى صورة ضرائب تستخدم في تمويل المزايا التي يحصل عليها المستفيدين من القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٨٠ يقضي على التحدي المتمثل في عدم الإرتباط المحكم بين المزايا والإشتراكات في ظل هذا القانون. لذا تعد المزايا صورة من صور المساعدات الإجتماعية التي ينبغي تمويلها من الإيرادات العامة. وهكذا يتم الفصل بين مفهوم الضمان الإجتماعي والتأمين الإجتماعي من خلال الفصل بين دور الدولة ممثلة في وزارة المالية لتقوم بتطبيق مدخل الضمان الإجتماعي القائم في الأساس على المساعدات الإجتماعية بالإعتماد على ما يدفعه صاحب العمل وهو المنهج الذي اتبعته شيلي في وضع أساس الإشتراكات التأمينية بها.

ج- الإلتزام بنظام التمويل الكامل عند التطبيق الفعلي للنظام التأميني يقضي على التحدي المتعلق بالتغيرات الديموغرافية الذي ظهر في ظل النظام التوزيعي القائم على مبدأ الموازنة السنوية وعدم الإلتزام بقواعد نظام التمويل الكامل الذي لا يتأثر بهذه التغيرات الديموغرافية، نظرا لتحمل كل جيل عبء تمويل المعاشات التي يحصل عليها. كما أنه يساهم في تخفيض معدلات البطالة واللجوء لظاهرة المعاش المبكر.

ثالثاً: الجوانب المتعلقة بالمزايا (المعاشات)

نقترح الجمع بين كل من نظام المزايا المحددة (DB) والإشتراكات المحددة (DC)، وذلك على النحو التالي:

- عند بلوغ المؤمن عليه سن التقاعد يحصل على المعاش العام الذي يمول من الجزء الأول من الإشتراكات ويتم حسابه وفقا لنظام المزايا المحددة، وتضمن الدولة الحدود الدنيا له، كما تضمن توافره في الحالات الأخرى غير بلوغ سن التقاعد كالعجز والوفاة. ونقترح ألا يورث هذا المعاش بالكامل، بل تورث نسبة محددة يتم تحديدها في ضوء معدل النمو ومعدلات التضخم المتوقعة، الأمر الذي يترتب عليه إضافة هذه النسبة إلى قيمة المعاش الإستثماري بما يمكن ورثة المؤمن عليه على مواصلة الحياة من بعده.

- أما المعاش الإستثماري والممول من الجزء الثاني للإشتراكات فيترك للمؤمن عليه حرية تحديد وقت الحصول عليه بعد بلوغه سن التقاعد، وله الحرية في تحديد الأشخاص الذين يكون لهم الحق في الحصول على هذا المعاش في حالة وفاته بالإضافة إلى ورثته الشرعيين.

أما بالنسبة للمشاركين في النظام الحالي نقترح أن يظل العاملين الذين تزيد أعمارهم عن ثلاثين عاماً مشتركين بالنظام الحالي مع إلتزام الدولة بتمويل المزايا الخاصة بهم من أموال النظام المودعة لدى بنك الإستثمار القومي، على أن تأخذ هذه الأموال صورة سندات بإسم هؤلاء العاملين تضمن الدولة سدادها لهم عند بلوغهم سن التقاعد. أما العاملين دون الثلاثين فيحولون تلقائياً إلى النظام المقترح.

ولاشك أن هذا الإقتراح المتعلق بالمزايا يساهم في حل التحدي المتعلق بانخفاض مستوى المزايا حلاً جزئياً يتمثل في عائد مرتفع يحقق على الجزء الموجه لصناديق الإستثمار الذي يؤدي لرفع مستوى المزايا. وفي حالة ثبات نجاحه يمكن زيادة نسبة الإشتراكات الموجهة إلى المعاش الإستثماري من إجمالي الإشتراكات التي يدفعها العامل.

1 إنخفاض مستوى المزايا التي يحصل عليها المؤمن عليه يرجع إلى تدني مستوى الأجور، الذي لا يمكن تعديله إلا من خلال تنمية اقتصادية قوية. لذا فالحل الجزئي من خلال صناديق الإستثمار.

أولاً: المراجع العربية

- إيمان حبيب، "تأثير برامج التثبيت والتكيف الهيكلي على عجز الموازنة في مصر"، رسالة ماجستير، كلية التجارة، جامعة عين شمس، ٢٠٠٢.
- أحمد حسن البرعي، "المبادئ العامة للتأمينات الإجتماعية وتطبيقاتها في القانون المقارن"، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٣.
- أحمد علي محمود ضرار، "دور التأمينات الإجتماعية في تنمية اقتصاديات الدول مع التطبيق على الاقتصاد المصري"، رسالة ماجستير، كلية التجارة، جامعة عين شمس، ٢٠٠٤.
- أحمد محمد المصري، "تطوير إستخدام الموارد المالية لصناديق وهيئات التأمين الإجتماعي في مشروعات مرابحة"، ورقة مقدمة للمؤتمر القومي للتنمية الإجتماعية، القاهرة، ٢٠٠٠.
- أحمد مصطفى خاطر، "تطور أجهزة تمويل الإستثمارات الحكومية في جمهورية مصر العربية ودورها في التنمية الاقتصادية"، معهد التخطيط القومي، القاهرة، ديسمبر ١٩٨٤.
- أمينة حلمي، "تطوير نظام المعاشات في مصر"، المركز المصري للدراسات الاقتصادية، القاهرة، ٢٠٠٤.
- أمينة خيري إبراهيم، "الإستدامة المالية لنظام التأمينات الإجتماعية في مصر"، قسم الاقتصاد، كلية التجارة، جامعة عين شمس، ٢٠٠٨.
- التقرير السنوي لصندوق التأمين علي العاملين بقطاعي الأعمال العام والخاص، ٢٠٠٧/٢٠٠٨.
- التقرير السنوي لصندوق التأمين علي العاملين بقطاعي الأعمال العام والخاص، ٢٠٠٨/٢٠٠٩.
- البنك المركزي المصري، النشرة الاقتصادية الشهرية، العدد رقم ١٦٦، يناير ٢٠١١.
- السيد طلال توفيق محمد، "الإدخار الجماعي وأجهزة تمويل الإستثمارات العامة في مصر: دراسة تطبيقية"، مكتبة الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، ٢٠٠٠.

- برهام محمد عطا الله، "أموال التأمينات الإجتماعية إلى أين"، كتاب الأهرام الاقتصادي، العدد ٢٢٤، مايو ٢٠٠٦.
- حمد الله فهيم، "المعاش المبكر"، مؤتمر التأمينات الإجتماعية بين الواقع والمأمول، جامعة الأزهر، ١٣ - ١٥ أكتوبر، ٢٠٠٢.
- حمدي عبد العظيم، "أساليب استثمار أموال التأمينات الإجتماعية"، ورقة مقدمة لمؤتمر التأمينات الإجتماعية بين الواقع والمأمول، جامعة الأزهر، ١٣ - ١٥ أكتوبر، ٢٠٠٢.
- رشاد سالم محمد، "تجربة استثمار أموال التأمينات في سوق الأوراق المالية"، مركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامي، جامعة الأزهر، ٢٠٠٢.
- صفوت حميدة، "إستثمار أموال صناديق المعاشات في مصر بين الواقع الدولي والتحديات المتوقعة"، ورقة مقدمة إلى مؤتمر التأمينات الإجتماعية بين الواقع والمأمول، مركز صالح عبد الله كامل للاقتصاد الإسلامي، جامعة الأزهر، ١٣ - ١٥ أكتوبر، ٢٠٠٢.
- عادل عبد الحميد عز، "إستثمارات أموال التأمينات الإجتماعية"، ملحق ٢، المؤتمر القومي للتنمية الإجتماعية، وزارة التأمينات والشئون الإجتماعية، القاهرة، ديسمبر ٢٠٠٠.
- على محمد حسن أحمد، "واقع التأمينات الإجتماعي في مصر"، ورقة مقدمة لمؤتمر التأمينات الإجتماعية بين الواقع والمأمول، جامعة الأزهر، القاهرة، ١٢-١٥ أكتوبر ٢٠٠٢.
- على محمد حسن أحمد، "النظام الأمثل للتأمين على العمالة غير المنتظمة في جمهورية مصر العربية"، رسالة دكتوراة، قسم الرياضة والتأمين، كلية التجارة، جامعة القاهرة، ١٩٨٥.
- عبد الحلیم إسماعيل القاضي، "التهرب الضريبي من التأمينات الإجتماعية والتعاون مع الأجهزة المختصة لتلافي هذه الظاهرة"، ورقة مقدمة لمؤتمر التأمينات الإجتماعية بين الواقع والمأمول، جامعة الأزهر، ١٣ - ١٥ أكتوبر ٢٠٠٢.
- عبد الفتاح الجبالي، "مستقبل نظام التأمينات الإجتماعية في مصر"، كراسات إستراتيجية، مركز الأهرام للدراسات السياسية والإستراتيجية، مارس ٢٠٠٦.

- عبد العزيز بن عبد الله الزيد، "دور الإستراتيجية الإستثمارية في التعامل مع الأزمات المالية من واقع تجربة المؤسسة العامة للتأمينات الإجتماعية بالملكة العربية السعودية"، بحث مقدم في المؤتمر العربي للضمان الإجتماعي الأول، "نحو سياسات فاعلة في الوطن العربي"، شرم الشيخ، جمهورية مصر العربية، ٢٠٠٩.
- عبد الله شحاته خطاب، مرفت صابرين، "إشكالية إستثمار أموال التأمينات الإجتماعية في الدول العربية: الواقع والمستقبل"، المؤتمر العلمي الحادي عشر بعنوان مستقبل الاقتصاديات العربية في ضوء التحديات المحلية والدولية، المنظمة العربية للبحوث الاقتصادية، ١٨، ١٩ ديسمبر القاهرة، ٢٠١٠.
- عيد أحمد أبو بكر، "تقييم السياسة الإستثمارية لنظام التأمينات الإجتماعية في جمهورية مصر العربية"، رسالة ماجستير، قسم الرياضة والتأمين، كلية التجارة فرع بني سويف، جامعة القاهرة، ١٩٧٧.
- ليلي الخواجه، "الدين العام المحلي في الاقتصاد المصري"، منتدى الحوار الاقتصاد، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، ٢٠٠٢.
- معهد التخطيط القومي، "المعاشات والتأمينات في جمهورية مصر العربية: الواقع وإمكانيات التطوير"، معهد التخطيط القومي، ٢٠٠٦.
- مجلة العمل، "قضية التقاعد المبكر في ظل الخصخصة ومقترحات التطوير"، مجلة العمل، العدد رقم ٥٢٥، فبراير ٢٠٠٧.
- محمد أحمد معيط، "إستثمار أموال الضمان الإجتماعي في ظل الأزمة الراهنة"، بحث مقدم في المؤتمر العربي للضمان الإجتماعي الأول بعنوان "نحو سياسات فاعلة في الوطن العربي"، شرم الشيخ خلال الفترة ١٩ - ٢١ ديسمبر ٢٠٠٩.
- محمد عبد الحليم عمر، "رؤية حول تنظيم العلاقة بين التأمينات الإجتماعية والموازنة العامة للدولة"، مؤتمر التأمينات الإجتماعية بين الواقع والمأمول في جامعة الأزهر، ١٣ - ١٥ أكتوبر ٢٠٠٢.
- محمد عطيه أحمد سالم، "التأمين الإجتماعي والتنمية الاقتصادية في أفريقيا: دراسة مقارنة لبعض دول القارة في الفترة من ١٩٨٠ -

- ١٩٩٠"، رسالة ماجستير غير منشورة، قسم الاقتصاد، معهد البحوث والدراسات الأفريقية، جامعة القاهرة، ١٩٩٧.
- محمد صلاح الدين صدقي، "تطوير التأمين على الحياة وأهميته في الدول النامية والمتقدمة"، مجلة المحاسبة والإدارة والتأمين، جامعة القاهرة، العدد ١٣، السنة العاشرة، ١٩٧٠.
 - محمد رضا العدل، "الدين العام المحلي والإقتدار المالي العام"، مركز المعلومات ودعم إتخاذ القرار، مجلس الوزراء، ٢٠٠٥.
 - محمود محي الدين، "كفاءة التوريق أمل البورصة للإنتعاش"، مجلة البورصة، العدد ٢٧٢، يوليو ٢٠٠٢.
 - محمود عبد الحافظ محمد عبد الله، "منهج مقترح للسياسات الاقتصادية تجاه إدارة الدين العام الداخلي بمصر في إطار برنامج الإصلاح الاقتصادي"، رسالة دكتوراة، كلية التجارة جامعة عين شمس، ٢٠٠١.
 - مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار، "إصلاح نظام المعاشات في مصر: الخيارات والسياسات"، مجلس الوزراء، المكتب الفني، أغسطس ٢٠٠٥.
 - معهد التخطيط القومي، "المعاشات والتأمينات الإجتماعية في جمهورية مصر العربية: الواقع وإمكانات التطوير"، سلسلة قضايا التخطيط والتنمية، رقم ١٨٩، يونيو ٢٠٠٦.
 - ممدوح الولي، "إستثمار أموال التأمينات الإجتماعية بين الودائع الإلزامية والمساهمات الإلزامية"، مؤتمر التأمينات الإجتماعية بين الواقع والمأمول، جامعة الأزهر، ١٣ - ١٥ أكتوبر، ٢٠٠٢.
 - منى إبراهيم محمود إبراهيم، "دراسة تحليل لاقتصاديات نظم التأمينات الإجتماعية والمعاشات: دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، قسم الاقتصاد والتجارة الخارجية، كلية التجارة وإدارة الأعمال، جامعة حلوان، ٢٠٠٥.
 - مها محمود رمضان، "نظم المعاشات وأثرها على الاقتصاد المصري"، الإدارة المركزية للبحوث المالية والتنمية الإدارية، وزارة المالية، مجلة البحوث المالية، ٢٠٠٧.

- نصحي عباس رمضان، "أنظمة المعاشات في التشريع المصري المقارن"، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٧.
- هدى مجدي السيد، "التأمينات الإجتماعية ومستوى المعيشة في مصر ١٩٩١/٩٠ - ١٩٩٦/٩٥"، مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، العدد ٤٤٩ - ٤٥٠، ١٩٩٨.
- برهام عطا الله، "أموال التأمينات الإجتماعية عجز الدولة أم عجز الصناديق"، الأهرام الاقتصادي، العدد ١٩٤٤، أبريل ٢٠٠٦.
- <http://iK.ahram.org/IK/Ahram/2006/4/10/Maka- HTM>
- علي السيد الديب، "مشاكل التأمين الإجتماعي في مصر: مشكلة التهرب التاميني"
- <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/ara do/unpan024206.pdf>
- معهد التخطيط القومي، "إدارة الدين العام المحلي وتمويل الإستثمارات العامة في مصر"، سلسلة قضايا التخطيط والتنمية رقم ١٥٨، القاهرة، يوليو ٢٠٠٢.

<http://inplanning.gov.eg/Activities/research/list.aspx>

ثانياً: المراجع الأجنبية

- Abel, A., "The effect of investing social security funds in the stock market when fixed costs prevent some households from holding stocks", NBER working paper, w 7739.
- Antolin, P., Payet, S. & Yermo, J., "Assessing default investment strategies in defined contribution pension plans", OECD working paper, No.2, 2010.
- Arrau, i., & Shmidt- Hebbel, K., "Pension systems and reform: Country experiences and research issues", The world Bank, policy research department, macroeconomics and growth division, Washington D.C, 1995.
- Association of public pension fund auditors & chief investment officers, "public systems statements of key

investment risks and common practices to address those risks", 2000.

- Ball, Robert m., "Social insurance and the right to assistance", in "Social insurance and social justice", New York, Springer publishing company, 2009.
- Banks, James& Emmerson, Carl, "Public and Private Pension Spending: Principles, Practice and the need for reform", Fiscal studies, Vol.21, No.1, 2000.
- Buitter,Willem H., "Fiscal sustainability", the Egyptian center for economic studies, working paper, No. 92, 2004.
- Guda Abdel –khalek&KarimaKoreyem, " Fiscal policy measures in Egypt: public debt and food subsidy", Cairo papers in social science, Vol 23, No1, 2000.
- Iglesias, Augusto & Palacios, Robert J., "Managing public reserves part 1: Evidence from the international experience", Washington, D.C., World Bank, January, 2000.
- IMF, "Government Finance Statistics Manual", Ch.2, Social protection, 2001.
- Inductivo, Hector, "Social insurance: Theoretical Background", Asian development bank institute, seminar on social protection for poor in Asia and Latin America, Manila, Philippines, 21- 25 October, 200
- Mitchell, Olivia S. and Fields Justino, Gray S., Designing pension system for developing countries", Pension Research Council, April, PRCWP 1995 – 14 , 1996.
- MohmoudAbd El –haisalah, "Voluntary occupational pension plans in Egypt: current station and proposals for development", 2001.
- Munnell, A & Sass, S., "Social security and the stock market lessons from around the world", W.E Upjohn institute for employment research, 2007.

- OECD, " The Chilean Pension System: Maintaining Prosperity in an Ageing Society", OECD, Working paper, VOL. VI, No.26, 1998.
- Osborne, D. & Plamondon, P., "Social security financing and investments in the Caribbean: issues in social protection", Discussion paper 9, Report of the Caribbean sub- regional tripartite meeting on social security, financing and investment policies for pension funds, Bridgetown, Barbados, 24 - 25 October, 2001
- Oyemola, Oladipo O., "Investment risk: considerations for pension fund", Master of science in actuarial science, department of actuarial and statistics, Cass business school, City University, London, 2003.
- Palacios, P. & Palares – Miralles, M., "International patterns of pension provision", Social discussion paper series, IMF, 2000.
- Palacios, Robert., "Managing public pension reserves", World Bank conference on public pension fund management, Washington, 2001.
- Plamondon, P. & Osborne, D., "Social security financing and investments in the Caribbean", Report of the Caribbean sub – regional financing and investment policies for pension fund, Bridgetown, Barbados, 24 – 25 October, 2001.
- Plamondon, P. & Latulippe, D., "Optimal funding of pension schemes", Technical report, International social security association, 2004.
- Rejda, George E., "Social insurance and economic security", USA: PRENTICE – Hall, Inc, 3th edition, 1999.
- Rix, Sara E., " Chile's Experience with the privatization of Social Security", American Association of Retired Pensions, Public Policy Institute, August, 1995.
- Rosenblatt, Marty & Mountain, Jim., "Speaking of security", Working paper, SOS, 2002.

- Sharp, William f., "Budgeting and Monitoring pension fund risk", financial analysis journal, 2000.
- Taulbee, N., "The Benefits of a fully funded social security system", the park place economist, Vol.VII, 2000.
- Twinney, Marc M., "A Fresh look at defined benefit plans: An employer perspective", in Gordon, Michael, Olivia, S., and twinney, marc M., (editors), "Positioning pensions for the twenty- first century", the pension research council and university of Pennsylvania press, 1997.
- Whitehouse, Edward., "pensions panorama: Retirement-income systems in 53 countries", World bank, Washington. D.C.,2007.
- Yermo, Juan., "The performance of the funded pension system in Latin American", Background paper for regional study on social security reform, office of the chief economist, Latin American and Caribbean region, the World Bank, 2002.
- Bohn, H., "Should public retirement plans be fully funded ", working paper, University of California, Santa Babara, 2010, Available at: www.econ.ucsb.edu.
- Boulier, Jean franvis, Michel, Stkphane & Wisnia, Vanessa, "Optimalizing investment and contribution of a defined pension fund", [www.actuaries.org/AFIR/colloquia/uenberg/Boulier Michel=Wisiniapdf](http://www.actuaries.org/AFIR/colloquia/uenberg/Boulier_Michel=Wisiniapdf)
- Craft, Timothy M. ,"Role of private and public real estate in pension plan portfolio allocation choices ", Journal of real estate portfolio management, 2001. www.findarticles.com/p/articles/mi_qa3759/is20010/ai_n8937/7/
- Davis, E. Philip., "Pensin funds, financial intermediation and the new financial landscape", the pension institute paper PI- 2010, 2000. [http:// www.pnsion- institute.org](http://www.pnsion-institute.org)

- Engineer, Merwan H., & Welling, Linda., "Overlapping generations models of graded age group Societies: economics meets ethnography", department of economics, university of victoria, May, 2001. www.web.uvic.ca/econ/ddpo102.pdf
- International organization of pension supervisors, "Guidelines for the supervisory assessment of pension fund", available at <http://www- ipos.com>
- System of National Accounts, 1993 <http://www.oecol.org>
- Loewe, Markus, "Social security in Egypt: An analysis and agenda for policy reform", Economic research form, ERF working paper 2024, 2002. www.erf.org.eg
- Population Reference Bureau, "Social Security System around the world", Available at: www.prb.org
- OECD, "pension fund governance, investment strategies, and the role in corporate governance", International network of pensions regulators and surprisors", <http://www.Inprs.org>
- OECD, OECD data base available at: <http://. OECD.org/dataoecd>
- Osman Mohamed Osman & Mohamed adel- hai salah, "Exploring Reform Potentials for the Pension System in Egypt ", International center, Economic initiative consortium, P.38. Aavailable at: www.iceg.org.

الملحق

جدول (١) تطور أعداد المؤمن عليهم بصندوق العاملين بقطاع الأعمال العام والخاص (بالآلاف)

الإجمالي	٨٠/١١٢ نظم التأمين القديم	٧٨/٥٠ العاملين بالخارج	٧٦/١٠٨ اسمب الأعمال من انضمام	١٩٧٥/٧٦		البيان نسبة
				القطاع الخاص	القطاع العام	
١١١٨٥	٤٨٥١	٣٧	١٣١٤	٤٩٨٣		٩١/٩٠
١١٥٩٠	٥٠٤٣	٤١	١٣٨٢	٣٢٣٢	١٨٩٢	٩١/٩١
١١٩٦٦	٥٢٠٤	٤٨	١٤٤٠	٣٣٥٩	١٨٦٥	٩٢/٩٢
١٢٢٦٨	٥٣٥٥	٥٦	١٥٠٢	٣٥٠٦	١٨٤٩	٩٤/٩٣
١٢٦٩٠	٥٥٣٧	٦٨	١٥٧٦	٣٦٣٨	١٣٧١	٩٥/٩٤
١٢٧٠٦	٥٧٠٧	٧٠	١٦٥٠	٣٩٧٥	١٣٥٤	٩٦/٩٥
١٢٠٢١	٥٨٣٤	٧١	١٧١٦	٤١٩٠	١٢٦٠	٩٧/٩٦
١٢٦٤٥	٥٨٣٧	٧٢	١٧٥٦	٤٤٢١	١١٠٩	٩٨/٩٧
١٣٤٥٢	٥٩١٨	٧٣	١٨٢٠	٤٦٤٦	١٠٤٥	٩٩/٩٨
١٣٣٤٠	٥٩٢٠	٧٦	١٨٣٧	٤٥٠٢	٩٦٥	٢٠٠٠/٩٩
١٣٤٢٣	٥٩٢٢	٧٨	١٨٧٦	٤٦٩٢	٩١٥	٢٠٠١/٢٠٠٠
١٣٦٥٦	٥٩٤٢	٧٥	١٩٢٤	٤٩٣١	٨٤٤	٢٠٠٢/٢٠٠١
١٣٨٢٤	٥٩٦٦	٧٦	١٩٦٦	٥٠٣٨	٨٢٨	٢٠٠٣/٢٠٠٢
١٣٩١٠	٥٥٠٦	٧٦	٢٤١٨	٥١٦٢	٨٠٨	٢٠٠٤/٢٠٠٣
١٤٠٠٦	٥١٦٦	٧٧	٢٤٦٨	٥٥٢٢	٧٩٣	٢٠٠٥/٢٠٠٤
٨٨٢٣,٤	١٩٧,٤	٢٦,٠٠	٢٠٤٩,٤	٤٨٨١,٤	٨٦٦,٢	٢٠٠٦/٢٠٠٥
١٠٣١٦,٤	٩٨٩,٧٠٠	٢٩,٥	٢٢٩١,٧	٢٢٦٣,٤	٧٤٢,١	٢٠٠٧/٢٠٠٦
١٠٦١٨,٦	٩٨٢,٨	٢٩,٦	٢٣٥٧,٣	٢٥٥٩,٧	٦٨٩,٢	٢٠٠٩/٢٠٠٨
١٠٩٠٢,٤	٩٧٥,٧	٢٩	٢٤١٨,٦	٢٧٨١,٥	٦٩٠,١	٢٠١٠/٢٠٠٩
١١٠٨٦,٢	٩٦٠,٧	٢٩,١	٢٤٠٩,٤	٢٩٨١,١	—	٢٠١١/٢٠١٠

المصدر: التقرير السنوي لصندوق التأمين الإجتماعي لقطاع الأعمال العام والخاص، سنوات مختلفة.

جدول (٢) نسبة أصحاب المعاشات إلى المؤمن عليهم

نسبة أصحاب المعاشات للمؤمن عليهم %	المؤمن عليهم (بمليون فرد)	أصحاب المعاشات والممتحنين منه (بمليون فرد)	العام المالي
٣٦	١٢٢٦٨	٤٤٤٨	١٩٩٤/٩٣
٣٦	١٢٧٠٦	٤٥٨٩	١٩٩٦/٩٥
٣٨	١٣٤٥٢	٥١١٩	١٩٩٩/٩٨
٣٨,٥	١٣٢٤٠	٥١٠٩	٢٠٠٠/٩٩
١٧	١٢٦٥٦	٢٣٤٢	٢٠٠٢/٠١
٣٧	١٤٠٠٦	٥٢٤٩	٢٠٠٥/٠٤
٥٩	٨٨٢٣	٥٢٢٠	٢٠٠٦/٠٥
٥٠,٦	١٠٣١٦	٥٢٣٠	٢٠٠٨/٠٧
٤٩	١٠٦١٩	٥٢٢٣	٢٠٠٩/٠٨
٤٨	١٠٩٠٣	٥٢٥٣	٢٠١٠/٠٩
٤٨	١١١٠٩	٥٣٥٦	٢٠١١/١٠

المصدر: التقرير السنوي لصندوق التأمين الإجتماعي لقطاع الأعمال العام والخاص، سنوات مختلفة.

جدول (٣) توزيع موارد صندوق التأمين الإجتماعي

لقطاع الأعمال العام والخاص وفقا للمصادر المختلفة (القيمة بالآلاف جنيهه)

السنة	البيان	إشتراك تأمينية	إحقات	حافز إستثمارات	إيرادات اخرى تسري	الإجمالي
٩١/٩١	٢٠٥٢٣٦٩	٧٢٥٩٧	١٢٠٤٧١٥	٣١٦٥٥٢	٤٢٥٩٦٠٦	
٩٢/٩١	٢٢٥١٥٥٩	٥٥٩١٨٢	١٣٠٦٠٨٥	٢٥١٠٧١	٤٧٦٨٢٩٨	
٩٣/٩٢	٣١١١٧٥٤	١٦٥٤١١٧	١٨٢٤٦٣٣	٢٧٥٠١١	٦٠٠٥٥١٥	
٩٤/٩٣	٢٠٢٣٨٠٦	١٥٧٨١٩٦	٢٣٧٠١٤٣	٣٢٨٥١٥	٧٣١٠١٣٠	
٩٥/٩٤	٣٤٨٠٣١٧	١٨٨٢٧٥٩	٢٤٧٩٨٢	٤٠٩٩٨٧	٨٧٢٩٠٩٥	
٩٦/٩٥	٢٨٢١٨٢٥	٢٢١٠٢٤٩	٣٦٣٦٤٩١	٤٠٩٤٤٦	١٠٠٠٨٠١١	
٩٧/٩٦	٤٢٢٤١٧٥	٢٢٦١٣٤٠	٤٣٦٦٥١٩	٤٤٧٨٤٢	١١٦٦٥١٧١	
٩٨/٩٧	٤٨١٣٩٢٤	٢١٥٠٤٣٣	٤٨٠٩٩٢٢	٤٣٣٥٨٩	١٢٢٧٤٤٧٤	
٩٩/٩٨	٥٢٢٥٧٠٣	٢٥٧٧٨١٣	٥٢٤٩١٣٢	٥٢٥٦١١	١٤٧٧٨٢٩٠	
٢٠٠٠/٩٩	٥٢٥٧٧٠٢	٤٢٥٠٤٤	٦٠٠٢٠٦٦	٥٦٦٠١٠	١٦١٢٧٧١٨	
٢٠٠١/٢٠٠٠	٥٥٦٠٩٢٢	٤٧٢٦٣٥٦	٦٦٥٨٥٢٥	٥٢٠٦٦٧	١٧٤٧٦٤٨٠	
٢٠٠٢/٢٠٠١	٥٩١٨٩٢٧	٥١٨٧٢٧١	٧٤٠٥١٢٢	٥١٠٧٧٠	١٩٠٢٢٢٦١	
٢٠٠٣/٢٠٠٢	٦١٧٤٠٨٧	٦١٢٥٦٦٢	٧٧٨١٠٠٣	٥٩٠٦٧١	٢٠٩٤٤٢٤٤	
٢٠٠٤/٢٠٠٣	٦٦١٠٠٧٥	٦٢٣٧١٢	٨٤١٢٧١	٧٣٧١٢	٢١٩٩٢٧٤	
٢٠٠٥/٢٠٠٤	٦٥٤٨٠٨٥	٧٢٠١٣٨٥	٩٢٧٤٨٠	١٢٥٤٩٢٠	٢٤٢٧٩٢٢٠	
٢٠٠٦/٢٠٠٥	٧٢٤٧٩٢٢	٧٢٣٦٦٢	١٠٢٥٢١٥	١٢٢٢٢٢٢	٢٦٦٠٧٢٨	
٢٠٠٧/٢٠٠٦	٨٠٠٨٤٢٣	٧٢٦٨٥٦	٩١٨٢٢٦٦	٨٨٠٥٨٦	٢٦٠١٧٢٥٥	
٢٠٠٨/٢٠٠٧	٨٨٦٤٠٥	٧٢٤٤٦٦	١٠٠٩٤٤٨٩	٧٢٠٧٨٩	١٩٩٦٠٧٤٤	
٢٠٠٩/٢٠٠٨	١٠٦٦٩١١٨	١٠٢٥٦٩٢٢	١٠٢٧٤٨١٥	١٢٥٠٤٧٤٩	٢٤٨٠٤٤٠٤	
٢٠١٠/٢٠٠٩	١١٨٩٦٠٦٦	١٠٥٢٠٧٧٧	١٠٥٢٠٧٧٧	٨٠٩٤٦٦	٢٢٢٢٦٢٩٩	
٢٠١١/٢٠١٠	١٢٥٩٧١٧٠	٢٢٥٠٠	١٠٧٩٦٨٦٦	٨٧٢٨٠٢	٢٥٥٢٢٢٦٨	

المصدر: التقرير السنوي لصندوق التأمين الإجتماعي لقطاع الأعمال العام والخاص، سنوات مختلفة

جدول (٤) أصول موارد صندوق التأمين الإجتماعي لقطاع الأعمال العام والخاص ..
(القيمة بالآلاف جنيهه)

السنة	البيان	إستثمارات		ديون وأرصدة مدينة		تقوية بالمستوفى والبيروق	اصول ثلثة ومبروعات تحت التنفيذ	المغزون	الإجمالي
		نسبة%	قيمة	نسبة%	قيمة				
١٩٩١/٩٠	١٨٤٤٤١٢٢	٩٠,٣	١٨٢١٩٢٢	٨,٦	١٨٢١٩٢٢	١١٢٥٩١	٤٢٣٩٤	٢٠٤٢٣٤٢٠	
١٩٩٢/٩١	٢٠٠٦٣٢٧٦	٩٠,٤	٢٠٢٠٧٧٧	٨,٩	٢٠٢٠٧٧٧	١٢٨٥٥	٤٧٠٦٧	٢٢٨٨٤٢٩١	
١٩٩٣/٩٢	٢٤١١٨٢٤٦	٩١,٦	٢١٨٨٦٢٠	٨,٢	٢١٨٨٦٢٠	٢١٥٣٧	١٨٠٢٨	٢٦٥٩٠٥٨٧	
١٩٩٤/٩٣	٢٨١٨٩٢٢١	٩١,٧	٢٥٤٤٦٦٦	٨,١	٢٥٤٤٦٦٦	١٥٢٠٥	٧١٢٩٢	٣١٤١٢٦٣٤	
١٩٩٥/٩٤	٢٢٥٧٥٢٥	٩٥,٥	٢١٩٦٠٢١	٨,٩	٢١٩٦٠٢١	١٠٦٤٦٦	٨١١٣٧	٣٦٨٤٦٤٥٦	
١٩٩٦/٩٥	٢٨٧١٦٦٣٢	٨٩,٦	٢٦٢٩٤٦٦	١٠	٢٦٢٩٤٦٦	١٣٧٥٠	٩٦٢٢٨	٤٢٣٦٦٨٧٤	
١٩٩٨/٩٧	٤٩٦٧٦٦٠٦	٨٤,٨	٤٢٤٤٩٨	١٤,٨	٤٢٤٤٩٨	١١٨٥٣٤	١١٠٤٩٥	٥٨٥٢٥٦٦٠	
١٩٩٩/٩٨	٥٥١٢٣٢٥٠	٨٤,٨	٤٦٦٨٤٦٦	١٧,١	٤٦٦٨٤٦٦	٤٤٤٧٥٢	١٢٩٨٢١	٦٧٤٦٤٦١١	
٢٠٠٠/٩٩	٦١٤٥١٢٣٩	٨٢,١	٤٤١٢٧٥٤	١٨,٥	٤٤١٢٧٥٤	٤٢٤٧٧٦	١٢٧٨٧١	٧٦١١٢٨٠٧	
٢٠٠١/٠٠	٦٨٢٥٩٤٨	٨٠,٧	٦٦٦٦٩٨٢	١٩,٢	٦٦٦٦٩٨٢	٢٦٦٧٩٨	١٨٩٦٢٢	٨٥٠٦٦١٢٢	
٢٠٠٢/٠١	٧٥٦٩٤٥٢٢	٨٠,٢	٦٨٥٢٩٤٨٤	١٩,٤	٦٨٥٢٩٤٨٤	٦٧٨٦١٩	٢١١١٨١	٩٥١١٢٩٤٨	
٢٠٠٤/٠٣	٩٢٢٢٠٨٦٤	٧٩,٢	٢٣٤٤٨٢٤٤	١٩,٧	٢٣٤٤٨٢٤٤	٩٥٠٦٧٠	٢٢٦٤١٢	١١٧٦٩١٩٩٩	
٢٠٠٥/٠٤	١٠٠٠٠٥٣١٦	٨٠	٢٤٦١٥٩٢٧	١٩,١	٢٤٦١٥٩٢٧	٩٠٤٢٩٤	٢٤٢٥٩٥	١٢٢٧٦٨٨٠٠	
٢٠٠٦/٠٥	١١٢٦١١٤٦٦	٧٩,٥	٢٨٥٠٤٨٥	٢٠	٢٨٥٠٤٨٥	٧٠٥٧٦	٢٦٣٨٠٤	١٤٢٤٥٠٨٨٦	
٢٠٠٧/٠٦	١١٧٥٧١٢٥٥	٧٦,٨	٣٤٤٩٤٤١	٢٢,٦	٣٤٤٩٤٤١	٢٦٨٤٤٠	٢٨٧١٢٤	١٥٢٠٢٠٢٧٢	
٢٠٠٨/٠٧	١٢١٢٨٧٩٩٧	٧٢,٧	٤٢٥٢٩٩٢	٢٥,٨	٤٢٥٢٩٩٢	٢٤٧٧٥٦	٣٤٦١٥٥	١٤٤٦٤٤٦٨٦	
٢٠٠٩/٠٨	١٢٤١٢٩١٧٥	٧٥,٢	٤٠٢١٢٢٤٩	٢٤,٤	٤٠٢١٢٢٤٩	٢٤٥٢٨١	٣٦٩٠١٩	١٦٤٩٩٢٥١	
٢٠٠٠/٠٩	١٢٧٢٤١٢٣٤	٧٥,٢	٦٢٧٧٥٢٢	٢٤,٤	٦٢٧٧٥٢٢	٢٤٩٨١٥	٥٠٧٩٤	١٩٠٨١٧٩٩٧	
٢٠١١/١٠	١٢٨٨٤٤٢٤٤	٦٢	٧٤٧١٠٦٧٧	٢٦,٥	٧٤٧١٠٦٧٧	٤٢٣٧٠١	٥٧٤٨٨١	٢٠٤٦٤٧١٦	

المصدر: التقرير السنوي لصندوق التأمين الإجتماعي لقطاع الأعمال العام والخاص، سنوات مختلفة.

جدول (٥) المدينون والحسابات المدينة لصندوق التأمين الإجتماعي لقطاع الأعمال العام والخاص
(القيمة بالآلاف جنيه)

السنة	المدينون	حسابات مدينة مستقلة	مدينون متنوعون	مدينون إيرادات تأمينية	الإجمالي
١٩٩١/٩٠	١٢٢٢.٧٥	٤١٢٤٥	٢٤	١٢٢٢.٧٥	١٨٢١٤٩٢
١٩٩٢/٩١	١٣٥٤٧٥٤	٧٥.٢٩	٢٤	١٣٥٤٧٥٤	٢٠٢.٧٩٧
١٩٩٣/٩٢	١٤٢٥.٠٦	١٦٦٦٩٦	٢٨	١٤٢٥.٠٦	٢١٨٨١٢٠
١٩٩٤/٩٣	١٥٢٩٥٢٤	٨٩.٦٨٤	٢٠	١٥٢٩٥٢٤	٢٥٤٤٦٧١
١٩٩٥/٩٤	١٧٢.٧٥٥	٩٦.٧٢	١٨	١٧٢.٧٥٥	٣٢٩٦.٣٦
١٩٩٦/٩٥	١٩١٤٧٢	٩٢٩.٦	٣٢	١٩١٤٧٢	٤٣٢٩٤٦١
١٩٩٨/٩٧	٢٤١.٠٣٦	٨٢٣٥	١٤٠	٢٤١.٠٣٦	٨١٢٤٤٩٦
١٩٩٩/٩٨	٢٦٧١١١١	٣٦٦٠	٦٤٠	٢٦٧١١١١	١١٤٦٨٤٦٦
٢٠٠٠/٩٩	٢٩.٩٥٣٨	٨١٥٧٩	١٤٠	٢٩.٩٥٣٨	١٤١١٢٧٥٤
٢٠٠١/٠٠	٣٦٢٩٩٨٩	٨٨٢٣٥	٣٩٨	٣٦٢٩٩٨٩	١٦٢١٦٨٨٢
٢٠٠٢/٠١	٣.٧.٩٠١	٩٦٤٤٦	٢٠٢	٣.٧.٩٠١	١٨٥٢٩٤٨٤
٢٠٠٤/٠٣	٤١٤٢٦١٧	١٣٢١.٦	٦٦٦	٤١٤٢٦١٧	٢٣١٤٨٤٣٤
٢٠٠٥/٠٤	٥.٦٥٧٧٧	١٩٤٤٢٧	٣٥٦	٥.٦٥٧٧٧	٢٤٦٦٥٩٢٧
٢٠٠٦/٠٥	٦.٣١٣٥٧	١٧٨١.١	٤٨٠	٦.٣١٣٥٧	٢٨٥.٤٨٥
٢٠٠٧/٠٦	٥١١٧٥٥٤	٣٦٧.٨١٤١	١٥٥	٥١١٧٥٥٤	٣٤٥٩٤٤١١
٢٠٠٨/٠٧	٥٤٦٤.٨٤	٣٦٧.٨١٤١	٤٩٠	٥٤٦٤.٨٤	٤٢٥٢٥٩٢
٢٠٠٩/٠٨	٦٤٤٨.٥٨	٢٩٩٤.٧	٤٨٥	٦٤٤٨.٥٨	٤.٢٢٢٢٤٩
٢٠١٠/٠٩	٧.٧٣٨٧٨	٢٦٧.٣٢	٥١١	٧.٧٣٨٧٨	١٢٧٥٧٧٢
٢٠١١/١٠	٩١٥٤٩٧	٢٢٧.٢٢	٤٤٨	٩١٥٤٩٧	٧٤٧١.١٧٧

المصدر: التقرير السنوي لصندوق التأمين الإجتماعي لقطاع الأعمال العام والخاص، سنوات مختلفة.

جدول (٦) مدينو الإيرادات التأمينية لصندوق التأمين الإجتماعي لقطاع الأعمال العام والخاص
(القيمة بالآلاف جنيه)

السنة	مدينو القطاع العام	مدينو القطاع الخاص	مدينو عاملين بالخارج	مدينو صالة غير منتظمة	الإجمالي
١٩٩١/٩٠	٢٢٧١٢٢	٩٩٣.٣٧	١١١٧٨	٧٢٨	١٢٢٢.٧٥
١٩٩٢/٩١	٢٧١.٦٢	١.٨.١٦٥	٢٤١٠	١١٧	١٣٥٤٧٥٤
١٩٩٣/٩٢	٢٨.٤٣١	١١٣٩.١٤	٣٨٧٥	١٦٨٦	١٤٢٥.٠٦
١٩٩٤/٩٣	٢٨٥٢٧٤	١٢٤٧٠.٨	٥١٣٢	١٥١	١٥٢٩٥٢٤
١٩٩٥/٩٤	٣١٩.٩٤	١٢٨٩.٣٧	٥٥٧٥	٧.٤٩	١٧٢.٧٥٥
١٩٩٦/٩٥	٣٩٤٧٢٩	١٥١٩٩٤٩	٣٥٤٤	١٢٥١	١٩١٩٤٧٢
١٩٩٨/٩٧	٤٧.٢٧٧	١٩٣٨٤٠٠	١٢٤٠	١٩	٢٤١.٠٣٦
١٩٩٩/٩٨	٥١٨٨٨	٢١٥.٧١٢	١٤٢٤	٤٦	٢٦٧١١١١
٢٠٠٠/٩٩	٥٧٤٢٥٨	١٢٣٥٢٦٢	—	١٧	٢٩.٩٥٣٨
٢٠٠١/٠٠	٥٢.٠٥٢	٢١.٨٨٧	١٦١٨	١١	٢١٢٩٩٨٩
٢٠٠٢/٠١	٦٤٢٩٣٥	٢٤٢٧٩٥٥	—	١١	٣.٧.٩٠١
٢٠٠٤/٠٣	٩٢٥٨٩٢	٣٢١٦٥٧٢	—	١٥٢	٤١٤٢٦١٧
٢٠٠٥/٠٤	١١٥٩٦٥٤	٢٠.٥١٨٩	—	٢٤	٥.٦٥٧٧٧
٢٠٠٦/٠٥	١٤٤٩٩٤٧	٤٥٧٨٠.٥	١٣٦٥	١٤٤٠	٦.٣١٣٥٧
٢٠٠٧/٠٦	٤٧.١٣٩	٤٤٢٠.١٦	٤٣٩٩	—	٥١١٧٥٥٤
٢٠٠٨/٠٧	٥٦٧٧٨٢	٤٨٩.٧٥٢	٥٥٤٨	—	٥٤٦٤.٨٤
٢٠٠٩/٠٨	٨٣١٩٨	٥٦٦٠.٧٨	—	—	٦٤٤٨.٥٨
٢٠١٠/٠٩	١.٠٤٦٤٤٦	٦.٢٧٣٢٢	—	—	٧.٧٣٨٧٨
٢٠١١/١٠	٦٥١.٩٤١	٧٤٤٦٥٥٦	—	—	٩١٥٤٩٧

المصدر: التقرير السنوي لصندوق التأمين الإجتماعي لقطاع الأعمال العام والخاص، سنوات مختلفة.

جدول (٧) خصوم صندوق التأمين الإجتماعي لقطاع الأعمال العام والخاص
(القيمة بالآلاف جنيهه)

المدة	البيان	المال الاحتياطي	مخصصات لخرى	ارصدة دائنة	إحتياطيات	الإجمالي
١٩٩١/٩٠	١٩٨١٦٦٢٣	٣.٥٧٠.٠	١٤٤١٥٧	١١٦٩٤١	٢.٤٣٣٤٢٠	
١٩٩٢/٩١	٢٢٢٨٥٠٦٠	٣٢٤١٧٤	١٥٧٩٨٠	١١٧٠٧٧	٢٣٨٨٤٢٩١	
١٩٩٣/٩٢	٣٦.١٩٢٩١	٣٢٧٩٠.٥	١١٦٤٤٩	١٢٦٩٤٢	٢٦٥٩٠.٥٨٧	
١٩٩٤/٩٣	٣.٦٦٨٣١١	٣٢٣١٧	١٣١٨٤١	١٢٧١٤٥	٣١٢٦٣٦٣٤	
١٩٩٥/٩٤	٣٦.٧٩٢.٣	٤١١٢٦٩	١٧٨٥٠.٧	١٢٧٣٧٧	٣٦٨٤٦٤٥٦	
١٩٩٦/٩٥	٤١٩٩٤١٣٣	٨٨٢٤٥٦	٢١٢٥٥٤	١٢٧٧٣١	٤٣٢١٦٨٧٤	
١٩٩٨/٩٧	٥٧٠.٨٤٦٦٨	١.٨١٧١٦	٢٣.١٦٦	١٣٣٦١٠	٥٨٥٣٥١٦٠	
١٩٩٩/٩٨	٦٥٥٨٦١١٥	١١٧٢١٧.٠	٢٤٩.٤٨	١٣٩.٧٨	٦٧١٤٦٤١١	
٢٠٠٠/٩٩	٧٤٢.٠٤٩٢	١.٤٥٧٣٧٨	٣٥٤٨٢٦	١٤٧١١١	٧٦١١٣٨.٧	
٢٠٠١/٠٠	٨٣.٢٩٩٦٨	١٥٤٣١٧٧	٣٤٤٣٧٣	١٤٨٦.٥	٨٥.٦٦١٢٣	
٢٠٠٢/٠١	٩٢٨٩.٧٣٣	١٧.١٩٧٣	٣٧.٣٧٦	١٥.٨٦٦	٩٥١١٣٩٤٨	
٢٠٠٤/٠٣	١١٤٥٥١٨٩٩	٢٥٤٨٨٤٦	٤٣٦.٧٤	١٥٥١.٨	١١٧٦٩١٩٩٩	
٢٠٠٥/٠٤	١٢٥٥٣٦٤٣٨	٣١٨٣٤٥	٤٥٦٢٥٩	١٥٧٧١٨	١٢٩٩٧١٨١٠	
٢٠٠٦/٠٥	١٣٧٧٤٦٣٥٢	٤١.٦٥٧١	٤٣٦٩٩٢	١٦.٩٧١	١٤٢٤٥.٨٨٦	
٢٠٠٧/٠٦	١٤٨٥١١٢٦٢	٣٦١١٨٥٢	٧٣٤١٠.٠	١٧٩١٥٨	١٥٣.٣٦٣٧٢	
٢٠٠٨/٠٧	١٤٤٣٤.٢١٧	٣٧٢٤٨٥٥	١٦٣٥.٢١١	١٨٩٤.٣	١٦٤٦.٤٦٨٦	
٢٠٠٩/٠٨	١٤٤.٢٢٤٢٢	٣٩٣.٤٨٢	١٦٨٤٢٧٥٦	١٩٤٤١١	١٦٤٩٩٣٩٥١	
٢٠١٠/٠٩	١٤٧٧١٩٤٧	٣٨٤٥٣٥٨	٢٦٤٣٧.٧٨	١٢٨١٦٢٣٤	١٩.٨١٧٩٩٧	
٢٠١١/١٠	١٤٩٠.٧٠١٤	٤٥٣.١٧٠	٣٨٢٤٩٧٧١	١٢٨٢٧٧٦١	٢٠.٤٦١٤٧١٦	

المصدر: التقرير السنوي لصندوق التأمين الإجتماعي لقطاع الأعمال العام والخاص، سنوات مختلفة.

جدول (٨) الأرصدة الدائنة بخصوص صندوق التأمين الإجتماعي لقطاع الأعمال العام والخاص
(القيمة بالآلاف جنيهه)

المدة	البيان	مدنيو إيرادات تأمينية	دائنون	حسابات دائنة مختلفة	تبرعات التطوير	الإجمالي
١٩٩١/٩٠	٧٣٣٥٠	٤١٦٧٦	٢٣٨١٣	٥٣١٨	١٤٤١٥٧	
١٩٩٢/٩١	٧٧٥٨٠	٥٠.٥٦٨	٢١٥٩١	٨٢٤١	١٥٧٩٨٠	
١٩٩٣/٩٢	٨١٥٩٥	٧٦.٩	٢٣٩٤٦	٣٢٩٩	١١٦٤٤٩	
١٩٩٤/٩٣	٨٨٩٥٤	٩٧٣٤	٢٦٣٤٣	٦٨١٠	١٣١٨٤١	
١٩٩٥/٩٤	١٢٨١١٧	٩٥.٢	٢٩٦١٤	١١٢٧٤	١٧٨٥٠.٧	
١٩٩٦/٩٥	١١٥.٦٣	٣٢٢٦	٧٧٦١٦	١٦٥٤٩	٢١٢٥٥٤	
١٩٩٨/٩٧	١٤٦٥٤٧	٥٤٦٠	٥٥١٥٩	٢٧٩٩٩	٢٣.١٦٦	
١٩٩٩/٩٨	١٤٢٧.٤	٧٨٩٨	٦٤٩٥٢	٣٣٩٤	٢٤٩.٤٨	
٢٠٠٠/٩٩	٢٠.٨.٣	١٧٨٧٣	٩٨٥٣٢	٣٤٤١٨	٣٥٣٨٢٦	
٢٠٠١/٠٠	١٨٩.٩٦	٢٨٢٧٢	١.٢٨٣٨	٢٤١٦٧	٣٤٤٣٧٣	
٢٠٠٢/٠١	١٩٥.٦٦	٩١٥٢	١٢٨٥٢٤	٣٧١٣٤	٣٧.٣٧٦	
٢٠٠٤/٠٣	٢٧٢٦.٥	١٤٦٣٨	١١٦١٤٢	٣٦١٨٩	٤٣٦.٧٤	
٢٠٠٥/٠٤	٢٧١٨.٩	٨٣٨١	١٤.٧٩٨	٣٥٢٧١	٤٥٦٢٥٩	
٢٠٠٦/٠٥	٢٦١١٣١	٤٠.٨٣٤	٩٧٢١٩	٣٧٨.٨	٤٣٦٩٩٢	
٢٠٠٧/٠٦	٢٢٦٩١.٠	١.٩٨٦٩	٣٧٥٧٥٢	٢١٥٦٩	٧٣٤١.٠	
٢٠٠٨/٠٧	٣٢٢٣٧.٠	٨١٥١١	١٥٩٢٣٤٥.٠	٢٢٨٣.٠	١٦٣٥.٢١١	
٢٠٠٩/٠٨	٧٧٧٨٣.٠	٨٥٦٥٤	١٥٩٦٤٢٣٣	١٥.٣٩	١٦٨٤٢٧٥٦	
٢٠١٠/٠٩	٩١٩٩٦٤	١١٣٦٧٨	٢٥٣٣٨٤٣	١٤٧٩٣	٢٦٤٣٧.٧٨	
٢٠١١/١٠	٢٥٩١٢٧.٠	١٢٣٩٤٥	٣٥٠١٩٤١٨	١٥١٣٨	٣٨٢٤٩٧٧١	

المصدر: التقرير السنوي لصندوق التأمين الإجتماعي لقطاع الأعمال العام والخاص، سنوات مختلفة.

جدول (٩) التغير في عدد المتقاعدين لبلوغ السن مقارنة بالتغير في أعداد المتقاعدين مبكراً

العام المالي	التقاعد لبلوغ السن بالعدد	التغير في عدد المتقاعدين لبلوغ السن %	التقاعد المبكر	التغير في عدد المتقاعدين مبكراً %
١٩٩٢/٩١	٤٣٥٢٩٧	٠	٦٩٠٦٥	٠
١٩٩٣/٩٢	٤٦٨٣٨٩	٧	٧٦١٣٢	٩
١٩٩٤/٩٣	٥٠٠٤٣٣	٦	٩٠٣٧٥	١٦
١٩٩٥/٩٤	٥٢٨٢١٩	٥	١٠٣١٩٧	١٢
١٩٩٦/٩٥	٥٦٣٢٥٣	٦	١١٢٥٦٧	٨
١٩٩٧/٩٦	٦٠١٣٣٨	٦	١٢٠٣٨٨	٦
١٩٩٨/٩٧	٦٣١٢٤٠	٥	١٥٦٢٧٩	٢٣
١٩٩٩/٩٨	٦٥٧١٩٤	٤	٢١٦٤٣٤	٢٨
٢٠٠٠/٩٩	٧٠٠٤٧٦	٦	٢٥٨٧٢٦	١٦
٢٠٠١/٠٠	٧٣٢٢٧٤	٤	٣٠٧٣٠٦	١٦
٢٠٠٢/٠١	٧٦٠٨٣٥	٤	٣٤٣١٣٣	١٠
٢٠٠٣/٠٢	٧٨١٩٩٤	٣	٣٧٤٦٠٣	٨
٢٠٠٤/٠٣	٨٠٤١٨١	٣	٣٩٩١٠٧	٦
٢٠٠٥/٠٤	٨٣١٨٦٩	٣	٤٢٠٥٠٨	٥
٢٠٠٦/٠٥	٨٥٨٤٥٧	٣,١	٤٥٤٥٦٤	٧,٥
٢٠٠٧/٠٦	٩١٩٦٦٥	٦,٦	٥٤٣١٩٨	١٦,٣
٢٠٠٨/٠٧	٩٥١٥٩٧	٣,٤	٥٧٥٨٢٧	٥,٧
٢٠٠٩/٠٨	٩٩٠١٢٤	٣,٩	٦٠٧٢٢٤	٥,١
٢٠١٠/٠٩	١٠٣٤٢٦٦	٤,٣	٦٥٣٨٥٤	٧,١

المصدر: التقرير السنوي لصندوق التأمين الإجتماعي لقطاع الأعمال العام والخاص، سنوات مختلفة.

جدول (١٠) تطور عدد المنشآت المسجلة في قطاع التأمينات الإجتماعية

السنة	قطاع عام وأعمال	القطاع الخاص	الميزرات	الإجمالي
٩٦/٩٥	١٥٤٢	١٢٠٩٠٢٤	٥٦٥٣٣٥	
٩٩/٩٨	١٢٨٣	٤٠٤٥٣٤١	٧٣٢٢٠٣	٢١٦٩٨٩٠
٢٠٠٠/٩٩	١٢٧٦	١٥٢٧٤٥٨	٧٩٤١٤٧	٢٣٢٢٨٨١
٢٠٠٢/٢٠٠١	١٢٤٨	١٦٩٠٠١٤	٨٧٤٣٨٥	٢٥٦٥٦٤٧
٢٠٠٥/٢٠٠٤	١٢٣٨	١٦٨٤٠٠٩	٩٩١١٤٦	٢٦٧٦٣٩٣
٢٠٠٦/٢٠٠٥	١٢٤٨	١٧٢٨٤١٨	٧٠٤٨٠٣٦	٢٧٧٧٧٠٢
٢٠٠٨/٢٠٠٧	١٢٠٤	١٨٥٧٥٦٦	١٢١١٥٨٨	٣٠٧٠٣٥٣
٢٠٠٩/٢٠٠٨	٦٨٤	١٦٠٥٣٦٨	١٣١٠٠٣٦	٣٢١٦٠٩١
٢٠١٠/٢٠٠٩	٥٤٠	١٨١٧٤٦٧	١٤٢٥٠٥٥	٣٢٤٣٠٦٢
٢٠١١/٢٠١٠	٥٢٤	١٨٥٣١٨٧	١٥٢٦٦٥٦	٣٣٨٠٣٧٧

المصدر: التقرير السنوي لصندوق التأمين الإجتماعي لقطاع الأعمال العام والخاص، سنوات مختلفة.

جدول (١١) معدلات تخفيض معاشات التقاعد المبكر بالإنكوتورية

معدلات تخفيض المعاش		من التقاعد
المعدلات الإنكوتورية	المعدلات التقاعدية المطبقة بالفعل	
٥٥	١٥	أقل من ٤٥
٤٨	١٠	٤٥ لأقل من ٥٠
٣٧	٥	٥٠ لأقل من ٥٥
٢٣	لا تخفيض	٥٥ لأقل من ٥٩
٥	لا تخفيض	٥٩

المصدر: أمنية لحمي، تطوير نظام المعاشات في مصر، المركز المصري للدراسات الاقتصادية، ٢٠٠٤، ص ١٦.

جدول (١١) معدلات تخفيض معاشات التقاعد المبكر بالإكتوارية الجديدة

٥٢	٥٣	٥٤	٥٥	٥٦	٥٧	٥٨	٥٩	٦٠	السن
٥٨٠	٥٤٠	٥٢٠	٥٠٠	٤٩٠	٤٨٠	٤٧٠	٤٦٠	٤٥٠	المعامل
٤٣	٤٤	٤٥	٤٦	٤٧	٤٨	٤٩	٥٠	٥١	السن
٧٧٥	٧٥٠	٧٢٥	٧٠٠	٦٧٥	٦٥٠	٦٢٥	٦٠٠	٥٨٠	المعامل
				٣٨	٣٩	٤٠	٤١	٤٢	السن
				٩٠٠	٨٧٥	٨٥٠	٨٢٥	٨٠٠	المعامل

جدول (١٢) تطور عدد الحالات والقيمة المنصرفة لكل من معاشات التقاعد والمعاشات المبكرة

القيمة المنصرفة بالألف جنيه			الحالات			البيان
الإجمالي	مبكر	تقاعد	الإجمالي	مبكر	تقاعد	
٣٠٣٨٣٨	٧٦٦٦٠	٢٢٧١٧٨	١٠٣٩٧٨٠	٣٠٧٣٠٦	٧٣٢٤٧٤	٢٠٠١/٢٠٠٠
٣٤٢٤٦٤	٩١٥٠٧	٢٥٠٩٥٧	١١٠٣٩٦٨	٣٤٣١٣٣	٧٦٠٨٣٥	٢٠٠٢/٢٠٠١
٣٨١٣٥٨	١٠٦٨٧٢	٢٧٤٤٨٦	١١٥٦٥٩٧	٣٧٤٦٠٣	٧٨١٩٩٤	٢٠٠٣/٢٠٠٢
٤٢٢٧٠٧	١٢١٨٨١	٣٠٠٨٢٦	١٢٠٣١١٩٨	٣٩٩٠١٧	٨٠٤١٨١	٢٠٠٤/٢٠٠٣
٤٦٦٩٩١	١٣٧٢٦١	٣٢٩٧٣٠	١٢٥٢٣٧٧	٤٢٠٥٠٨	٨٣١٨٦٩	٢٠٠٥/٢٠٠٤
٥٠٢٤٠٨	١٧٨٧٣٤	٣٢٣٦٧٤	٩١٣٠٢١	٤٥٤٥٦٤	٤٥٨٤٥٧	٢٠٠٦/٢٠٠٥
٧٧٤٩٥٩	٢٧٨٩٦١	٤٩٥٩٩٥	١٤٦٢٤٦٣	٥٤٣١٩٨	٩١٩٢٦٥	٢٠٠٨/٢٠٠٧
٨١٩٩٩٧	٣١٣٣٢٠	٥٠٦٦٧	١٥٢٧٤٢٤	٥٧٥٨٢٧	٩٥٦٥٩٧	٢٠٠٩/٢٠٠٨
٩٠٦٩٨١	٣٤٧٢٦٤	٥٥٩٧١٧	١٥٩٧٤٥٨	٦٠٧٣٢٤	٩٩٠١٣٤	٢٠١٠/٢٠٠٩
١١٨٨٨٩٠	٤٤٩٧٩١	٧٣٩٠٩٩	١٦٨٨١١٦	٦٥٣٨٥٤	١٠٣٤٢٦٢	٢٠١١/٢٠١٠

المصدر: وزارة المالية: تقرير إنجازات نتائج أعمال قطاع التأمينات الإجتماعية، سنوات مختلفة.

جدول (١٣) تطور ريع الإستثمار على أرصدة صندوقي التأمينات الإجتماعية في جميع القنوات الإستثمارية

مقارنة بريع إستثمار هذه الأرصدة بسعر الفائدة المحلي

العام المالي	أرصدة الإستثمار (١)	ريع الإستثمار	معدل العائد المتوسط (٢)	سعر الفائدة المحلي % (٣)	ريع الإستثمار على أساس سعر الفائدة المحلي	الفرق (٤)
١٩٩٢/٩١	٣٨١٧٨	٢٣٧٨,٩	٦,٢	١٢,٠٠	٤٥٨١,٣٦	٢٢٠٢,٤٦
١٩٩٣/٩٢	٤٥.٠٩,٣	٣٣٢٤,٥	٧,٤	١٢,٠٠	٥٤٠٥,٩٢	٢.٨١,٤٢
١٩٩٤/٩٣	٥٣٧٥٠,٦	٤٤٤٢,٤	٨,٣	١١,٨٣	٦٣٥٨,٧٠	١٩٦٦,٣٠
١٩٩٥/٩٤	٦٣٦٨٧,٥	٥٥٨٤,٧	٨,٨	١٠,٩٢	٦٩٥٤,٦٨	١٣٦٩,٩٨
١٩٩٦/٩٥	٧٤٠٦,٧	٧٠٠٥,٨	٩,٤	١٠,٤٥	٧٨٩٥,١٧	٨٨٩,٣٧
١٩٩٧/٩٦	٨٧٤٤٦,٥	٨٥٦٦,٧	٩,٨	٩,٨٤	٨٥٨٥,٠٦	١٨٣٦
١٩٩٨/٩٧	١٠٠٣٥٢	٩٥٧٢,٣	٩,٥	٩,٦٣	٩٣٢٢,٩٥	١٧٩,٣٥
١٩٩٩/٩٨	١٤٠١٨,٨	١٠٩١٠,٨	٩,٦	٩,٢٢	١٠٥١٢,٥٣	٣٩٨,٢٧
٢٠٠٠/٩٩	١٢٩٥٥١	١٢٥٠٢	٩,٦	٩,٤٦	١٢٢٩٣,٣٦	٢٠٨,٦٤
٢٠٠١/٠٠	١٤٧٨٥١	١٤٢٢٤,٦	٩,٦	٩,٤٦	١٣٩٨٦,٢٠	٢٥٩,٩٠
٠٢/٠١	١٦٦١٥٠	١٦٢١٩,١	٩,٧	٩,٣٣	١٥٦٣٨,٤٨	٥٨٠,٦٢
٠٣/٠٢	١٨٩٧٧٦	١٧٤٠٦,٧	٩,٢	٨,٢٣	١٥٦١٨,٥٦	١٧٨٨,٤٤
٠٤/٠٣	٢١٣١٢٢	١٩٠١٨,٤	٨,٩	٧,٣٣	١٥٦٢١,٨٤	٣٣٦٦,٥٦
٠٥/٠٤	٢٣٩٣٩٤	٢٤٤١٨,٥	٨,٩	٧,٣٣	٨٤,٢٠	٤١٣٤,٣٠

المصدر: (١) وزارة التأمينات الإجتماعية، تقرير إنجازات ونتائج الأعمال، أعداد مختلفة.

(٢) معدل العائد المتوسط = (ريع الإستثمار لصندوقي التأمين الإجتماعي/ رصيد الإستثمار لصندوقي التأمين الإجتماعي) × ١٠٠

(٣) IMF, International financial statistic (IFS).

(٤) الفرق بين ريع الإستثمار الفعلي على أرصدة صندوقي التأمين الإجتماعي وريع إستثمار هذه الأرصدة بسعر الفائدة المحلي.

جدول (١٤) إجمالي الإستثمارات حسب أوجه الإستثمارات المالية المختلفة

لصندوق التأمين الإجتماعي لقطاع الأعمال العام والخاص (القيمة بالآلاف جنيه)

الجملي	مستندات حكومية ولتاون خزينة	ودائع ثلثية بلبنوك	القروض	إستثمارات في أوراق مالية والمشروعات الإستثمارية	إستثمارات طرق وزارة المالية	إستثمارات طرق بنك الإستثمار القومي	البيانات
١٨٤٤٤١٣٢	١٨١٠	٥٦٩٨٦١	٤٨٢٣٨	١٤٥٩٢	١٣٨٧٧٧	١٦٤.٥٥٦	٩١/٩٠
٢.٦٩٣٣٧٦	٤٨٩٨٩	٦٨.٤٢٤	٤٦٣٧٠	١٥٦٢٨	١٣٨٥٢٥٢	١٨٥١٧١٣	٩٢/٩١
٢٤١١٨٣٤٦	٢٣٨٥٢٥	٧٦٢٦.٥	٤٤٤٥٩	١٧١٠٠	١٣٨١٧٣٤	٢١٦٧٢٢٢٢	٩٣/٩٢
٢٨٤٨٩٣٦	٢٢٥٢٨٥	٩٨٥٠.١	٤٢٦٤٩	٢٥٦.٢	١٣٧٩١.٣	٢٥٨٣١٧٨١	٩٤/٩٣
٣٣٣٥٧٥٢٥	٣٥٥٩٩	١٢٧٤٣١٦	٤٠٤٦٤	٢٨٤٦٦	١٣٧٩١.٣	٣٠٥٩٦٦٩٧	٩٥/٩٤
٣٨٧١٦٦٧٢	٣٥٥٩٤	١٤٨٩١٣٦	٣٨٩٦٦	٢٨٤٤٧	١٣٧٩١.٣	٣٥٧٤٥٥٢٧	٩٦/٩٥
٤٩٦٧٦٦.١	١١٤٦٥٦	١٥١٧٢٢٠	٣٧٨٥٩	٣٥٩١٤٤	١٣٧٩١.٣	٤٦٢٦٣٦١٩	٩٨/٩٧
٥٥١٢٣٢٥	١١٤٦٥٦	١٣٥٩٤٦١	٣٨١٣٨	٦٨٩٣٢٥	١٣٧٩١.٣	٥١٥٤٣٠٤	٩٩/٩٨
٦٤٥١٤٣٩	٧١٥٩	١٨٢٥٥٧٢	٣٦٧٥٣	٦٩٨١٢٦	١٣٧٩١.٣	٥٧٤٢٣٢٦٦	٢٠٠/٩٩
٦٨٢٥٩٧٤٨	٧١٥٩	٢٢.٣٦.٩	٤٢٤.٧	٧.٢٥٥١	١٣٧٩١.٣	٦٣٨٥٢٢٩١٩	٢٠٠/١٠٠
٧٥٦٩٤٥٨٣	٧١٥٩	٢٩٦٢٣٥١	٤٥٥٧٣	٧٢٧٤.٦	١٠.٠٠٠.٠٠	٧.٨٧٨٤٩٤	٢٠٠/٢٠٠.١
٩٣٣٢.٨٤٤	٧٤٩٠	٤٣٥.٥٥٩	٤٨٥٠٥	٧٤٨٧٢٢	١٠.٠٠٠.٠٠	٨٧١٦٥٨٨	٢٠٠/٤/٢٠٠.٢
١٠.٤٠٠٥٣١٦	٥٦١٥١٧	٥٦٤٤٦٦٢	٤٨٣٧٧	٦٥٧٣٥٧	١٠.٠٠٠.٠٠	٩٦.٩٣٣٦٩	٢٠٠/٢٠٠.٤
١١٣٦١١٤٦٦	٣٩٨٧١.٢	٢١٧٢٤٩٢	٤٧٤٢٥	٧.١٧٤١	١٠.٠٠٠.٠٠	١.٥٧.٢٧.٦	٢٠٠/٦/٢٠٠.٥
١١٧٥٧١٢٥٥	٦٧.٣٧٩٩	١٥٤٦٧٧٢	٤٤٣٦٦	٧.٣٢٢٧	٨٧٩٩٨٠.٠	٢.٥٧٤٢٩٦	٢٠٠/٧/٢٠٠.٦
١٢١٣٨٧٩٩٧	٧.٤٢٤٢٢	١٥٨٢٨١٨	٤١١٠٨	٢٠٩١٠.٨٢	٨٧٩٩٨٠.٠	٢٢٦٣١٧٢٧	٢٠٠/٨/٢٠٠.٧
١٢٤٣٩١٧٥	٦٤٧٤.٣٧	٢٥١.١٦٦	٦٣٥٢٤	٢٢٤٧٣٦	٨٧٩٩٨٠.٠	٢٢٨٩٤٩.٩	٢٠٠/٩/٢٠٠.٨
١٢٧٣٤٤٤٣٤	٦١٦٢.١٢	٣٠٥٤٢٩٩	٣.٨٤٣	٢٧١.٤٥٠	٨٧٩٩٨٠.٠	٢٧٣٨٤٤٠٠	٢٠٠/١٠/٢٠٠.٩
١٢٨٨٤٩٢٤	٦١٧٣٢٨١	٢٥٩٤٥٩٧	٢٦٩٥٤	٢٤.٨٣١٠	٨٧٩٩٨٠.٠	٢٦٦٦٢٩٢٢	٢٠١١/٢٠١.٠

المصدر: التقرير السنوي لصندوق التأمين الإجتماعي لقطاع الأعمال العام والخاص، سنوات مختلفة.

جدول (١٥) ربع الإستثمار حسب أوجه الإستثمار المختلفة
 لصندوق التأمين الإجتماعي لقطاع الأعمال والخاص (القيمة بالآلاف جنيه)

السنة	البيان	المستثمرة طرف بنك القومى الإستثمار	حقد الأموال المستثمرة طرف وزارة المالية (مسكوك المعبر الإلكتروني)	فوائد الودائع	فوائد صفقات ورفزون الخزقة	حقد إستثمارات لغرض (إستبدال)	حقد الإستثمار فى منطقة أ المالية والمشروعات الإستثمارية	الإجمالي
٩١/٩٠								
٩٢/٩١								
٩٢/٩٢		١٦٥١٥٤٩	٧٢١٥٥	١٠٩٧٧٩	—	—	١١٥٠	١٨٢٤٦٢٢
٩٤/٩٣		٢١٢٢٠٤٢	١٢٧١٦٨	١٠٨٤٧٤	—	—	٩٢٩	٢٢٧٠١٤٢
٩٥/٩٤		٢٧١٧٩١١	٩٠١٦١	١٢٢٩٢٦	—	—	٢٧٩٧	٢٩٤٧٩٨٢
٩٦/٩٥		٢٢٩٥٧٤١	٨١١١٤	١٤٧٧١٦	—	—	١٦٢٠	٢٦٢٦٤٩١
٩٧/٩٦								
٩٨/٩٧								
٩٦/٩٨		٥١٠١٤٦٩	٩٢٦٤٧	١٢٥٤٩٦	لا يوجد	٢٤٨١	٢٧٠٧٠	٥٢٤٩١٦٢
٢٠٠٠/٩٩		٥٦٨٦٢١٢	٧٥٨٥١	١٥٠٧٢٢	لا يوجد	٢٦٠٢	٨٧١٧٨	٦٠٠٢٠٦٦
٢٠٠١/٢٠٠٠		٢٢٢٢١٩٢	٧٥٨٥١	٢١٢٠٨٨	لا يوجد	٢٧٢٨	٤٤١٦٥	٦٦٥٨٥٢٥
٢٠٠٢/٢٠٠١		٧٠٢٤٢٩٢	٦٤٠٠٠	٢٧٧٨١٤	لا يوجد	٢٨٥٨	٢٦٢٢٨	٧٤٠٥١٩٢
٢٠٠٣/٢٠٠٢		٧٠٢٤٢٩٢						
٢٠٠٤/٢٠٠٣		٧٩١٨١٦٠	٥٥٠٠٠	٢٢٥٢١٠		٢٠٢٥	٩١٧١٦	٨٤١١٢٧١
٢٠٠٥/٢٠٠٤		٨٧٢٧٧٨١	٥٥٠٠٠	٤٢٠٧٤٤		٢٠٨١	١٥٨٢٢٤	٩٢٧٤٨٤٠
٢٠٠٦/٢٠٠٥		٩٦٠٩٢٢٧	٥٥٠٠٠	٥٢٨٠٢٩		٩٨٨	١٥١٧٨١	١٠٢٥٢١٥٠
٢٠٠٧/٢٠٠٦		١٨٧٠٢٩١	٧٠١٤٩٠٤	٦٠٥٠٢٩		٩٦٥	١٩٠٩٩٧	٩٦٨٢٢٩٦
٢٠٠٨/٢٠٠٧		٢٠٠٥٢٢٠	٧٠١٤٩٠٤	١٧٩٨١٠	٥٢٢٠٢	٩٥٢	٢٥٤٠٩١	١٠٠٠٢٩٨٩
٢٠٠٩/٢٠٠٨		٢٢٢٢١٨٤	٧٠١٤٩٠٤	١٩٢٨٨٨	٥٥٢٧٩٦	٩٠٤	٢٢٢٢٢٧	١٠٢٧٤٨١٥
٢٠١٠/٢٠٠٩		٢٤٨٩٤٩١	٧٠١٤٩٠٤	٢٢٠١٢١	٥٧٢١٢٤	٨٥٤	٢٢٢٢٢٧	١٠٥٢٠٧٧٧
٢٠١١/٢٠١٠		٢٧٢٤٥٩٢	٧٠٢٧٤٠٤	٢٠٧١٤١	٥٩١٧١٥	٧٢٢	٢٢٧٢٥١	١٠٧٩٦٨٩٦

المصدر: التقرير السنوي لصندوق التأمين الإجتماعي لقطاع الأعمال والخاص، سنوات مختلفة.

جدول (١٧) موارد وتوظيفات بنك الإستثمار القومى

البيان	٢٠٠٢	٢٠٠٤	٢٠٠٥	٢٠٠٦	٢٠٠٧	٢٠٠٨	٢٠٠٩	٢٠١٠	٢٠١١
الموارد									
١- صندوق التأمين الإجتماعي للمعلمين والحكومة	٦٤٠,٧	٨٧,٦	١٢٢,٩	١٢٢,٩	١٢٥,٧	٢٧,٤	٢٩,١	٢٥,٦	١٢٧,٨
٢- صندوق التأمين الإجتماعي للمعلمين بنظامى الأعمال العام والخاص	٧٧	٦٠,٦	٩٦,١	١٠٥,٧	٢٠,٦	٢٢,٦	٢٤,٨	١٠,٢,٥	١١٢,٨
٣- حصيدلة شهادة الإستثمار	٥٥,٢	٦,٧	٥٨,٥	٦٤,١	٦٨,٥	٧٩,٢	٨١,٥	٢٤١,٥	٢٧٥,١
٤- الموارد المتراكمة للتوظيفات الإستثمارية مجرعة (١)	٦	١,٨	٦,٦	٧,١	٧,٥	٧,٥	٨,٧	٢٤,٧	٢٤,٧
٥- حصيدلة سنوات التنمية الدورية	٢٢,٢	٢٧,٨	١,٤	٠,٨	٠,٥	٠,٢	٠,١	٠,١	٧١
٦- وادع صندوق توفير البريد	١,٧	٢	٢٢,٩	٢٩,١	٢٢,٩	٢٩,٢	٥٤,٥	٢٢٥,٨	٢٢٥,٥
٧- لغرض	١,٧	٢	١,٧	٢,٥	٢,٥	٤,٢	٦,٤	١,٢	٧,٧
التوظيفات	٢٢٢,٤	٢٩٤,١	٢٢١,٤	٢٥١,٢	١٦٩,٢	١٩٢,١	٢٠٥,٦	٨٥٢	٩٢٦,٧
١- إقراض الحكومة	١٢٤	١٢٤,٢	١٢٢,٨	١٢٤,٦	١٢٤,٦	١٢٤,٦	١٢٤,٦	١٢٤,٦	١٢٤,٦
٢- إقراض الهيئة العامة الاقتصادية	٥	٥٢,٨	٥٨,٢	٥٠,٢	٥١,٢	٥١,٢	٥٠,١	١٠٥	٢٠٩,٧
٣- إستثمارات فى أوراق مالية حكومية (فون صندات)	٠,١٢	٩,٢	٦,١	٦,١	٦,١	٨,٥	١٠	١٨,٩	٦٤,١
٤- وادع بنك الإستثمار لدى المصارف المصرفية	٩,١	٥	٤,١	٢,٨	٢,٨	٢,٨	٤,٨	٢٢,٥	٢٠,٩
٥- إقراض المساهمة فى الشركات التابعة والرحلت القائمة القروض الميسرة والغيرى (مضامى مدفوعة بنك الإستثمار - المدبوبة البنينة)	٧١,١	٩٢,٨	١٠٨,٢	١٥٢,٢	١٠٨,٢	١٢٩,١	١٤٠,٧	٥٧٥,٦	٦٢٢

المصدر: البنك المركزي المصري، الفشرة الإحصائية الشهرية، العدد رقم ١٦٦، يناير ٢٠١١.

جدول (١٦) تطور أصول صندوق القابض المصرفية لبنك الإيسترن في حالة الإيسترن ما هي وبلغ مصرفية بسعر الفائدة المعلن من البنك المركزي والملاء عليها

رقم آخر السنة المستوفى	قطاع الأصول المصرف المعلن				قطاع المصرف				نسبة لقطاع الودائع (%)	نسبة لقطاع الودائع (%)	نسبة لقطاع الودائع (%)
	رقم آخر السنة	ربع الإيسترن	٢ + ١	الموسميين (١)	رقم أول السنة (٢)	رقم آخر السنة	ربع الإيسترن (١)	٢ + ١			
٤٤١٧٦,٩٩	٢٥٩٤٢,١٨	٧٧١٢,٥٠	٢٢,٠٢١,١٨	١١٢٥٠	١١٥٠٠,٢٨	١١٨٨,٠٢١	١٦٥٠,٢٨	٤٤١٨	١٥,٢٢١,١٨	١٢	٤٢٧/١١
٥٢١٢٧٥	٢,٠١١٢	٢٣٨٥,٢٢	٧٢٣٧٦,١٨	١٥٨٥	١٥٩٧٦,١٨	٢١٤٥,٧٥	٢٠,١٥٢,٢١	١٥١٥	١٨٨٨,٠٢١	١٥	٤٢٧/١٢
١٢٢٦٥,٠٢	٢١٤٧١,١٢	٢٣٨٥,١٢	٢١١٢١,٢	١٥٥٠	٢,٠١١٢	٢١١٢٢,٢١	٢٤,٧٥٧,٧٥	١٦١٥	٢٢٤٥,٧٥	١١,٨٢	٤٢/١٢
٧٤٩٧١,٤١	٤٤٧٧,١٢	٤٢,١,٥١	٢٨٥٢١,١٢	٢,٥٥	٢١,٤٧١,١٢	٢٢٤٤٨,٧٨	٢٣,٧٢٢,٢١	٢١٥٠	٢١,٢٢٢,٢١	١,٠٢٢	٤٥/١٤
٨٧٢٦١,٩	٤٤١٢٥,٥٧	٤١٨٨,٤٤	٤٤٤٧٦,١٢	١٧٥٠	٤٢٣٧,١٢	٢٤١٥٥,٥٢	٢٢٤٧٨,٧٨	١٥٤١	٢٢٤٤٨,٧٨	١,٠٥٤	٤٢/١٥
١,٠٠٢٤٠,٠٤	١١٢١١,٦٥	٤٤١٦,١٢	٥,٢٢٥,٥٧	١١٠٠	٤٤١١٥,٥٧	٤٥١٢٤,٢٤	٤١,٤٥٥,٥٢	٢١٢٢	٤١,٤٥٥,٥٢	٤,٨٤	٤٧/١٦
١١٢٥٢٧,٧٥	١١٢١١,٦٥	٥٢٢٨,٤٥	٥٥٩٧١,٧٠	٧٦٠	٥٥٩١١,٧٠	٤٤٢١٧,٠٠	٤٧٨٢٢,٢٤	٢٧١١	٤٥١٢٤,٢٤	٤,٢٢	٤٨/١٧
١١٧٢٠,٢١	١٧,٤٨,١٨	٥١١٠,٠٢	١١٢٣٨,١٥	١٧٨	١١٢١٠,٦٥	١,١٥١,٥٨	٥,٧٨,٤٨	٢٧٤	٥,٥٨١,١٠	١,٢٢	٤٩/١٨
١٤١١٤٥,١٢	٧٢١١,٠١	١٢٣١,٧٢	١٧٧٤٨,١٨	٢,٠٠	١٧,٤٨,١٨	٢٤,٥٤,١٢	٢٣١٤,٥٨	١٤٥٥	١,١٥١,٥٨	٤,٤٤	٢٠٠٠/٢١
١٥٤١٢٨,٢٤	٨,٠١٨٢,٤١	١,٧٢٢	٧٢٣١,٤١	١,٠٠٠	٧٢٣١,٤١	٧٨٤٥,٨٢	١٨٢٢,٢٢	٢,٠٤١	١٤,٥٤,٢٢	٤,٤٤	٢٠٠٠/٢٢
١٧٧٢١٧,٢٤	٨٨١١,١٧	٧٥٢٧,٧١	٨,٠١٨٢,٤١	٠,٠٠٠	٨,٠١٨٢,٤١	٨٧٠,٤١	٨٢,٤١,٨٢	٢١,٢	٧٨٤٥,٨٢	٤,٢٢	٠٧/٢١
١٤١١٢١,٠٢	٤٥٢١,٦٥	٧٢٥٤,٧٨	٨٨٢١,١٧	٠,٠٠٠	٨٨٢١,١٧	١,٠٠١٥,٠٧	١٢١٢,٤١	٢٢,٤٠	٨٢٥٨,٤١	٨,٢٢	٠٢/٢٢
٢١٤,٨٤٨٤	١,٠٤٤٨,١٧	٢٤٤٨,٠٢	٤٥٢١,٦٥	٠,٠٠٠	٤٥٢١,٦٥	٧٢٢٢,٨٤	١,٢٢٢٥,٠٧	٢٢,٤٥	١,٠٠١٥,٠٧	٧,٢٢	٠٤/٢٢
٢٢٢٥٢١,٧٢	١,٠٤٨١٧,٢٢	٧٢٤٨,١٢	١,٢٢١٨,١٧	٠,٠٠٠	١,٠٢١٨,١٧	١٢٢٣٢,٤٤	٨١٢,٥٨	٢٤٥٠	١١١١١٧,٤١	٧,٢٢	٠٥/٢٤

المصدر: (١) IMF, "International financial statistics (IFS)"

(٢) وزارة القابض الاجتماعية، تقرير إنجازات ونتائج أعمال، أعداد مختلفة، وزارة المالية، تقرير قطاع القابض الاجتماعية منذ ٢٠٠٤/٢٠٠٥

(٣) (قيمة رصيد أول السنة + المحو سنويًا) × سعر الفائدة على الودائع المصرفية.

إلتزام الناقل الجوي برعاية المسافر
" دراسة تحليلية مقارنة بين اتفاقيات النقل الجوي الدولية
ولوائح حماية المستهلك الوطنية "

د/ صدام فيصل كوكز المحمدي أ / مروان عبد الهادي الدوسري
الاستاذ المساعد في كلية القانون / المدرس المساعد في كلية الادارة
الفلوجية - جامعة الانبار والاقتصاد - جامعة الانبار

المخلص

يتناول هذا البحث موضوع: إلتزام الناقل الجوي برعاية المسافر - دراسة تحليلية مقارنة بين اتفاقيات النقل الجوي الدولية و لوائح حماية المستهلك الوطنية - بالدراسة والتحليل لما له من اهمية في عصرنا الحالي ، المتمثل بإيجاد الحلول العملية القانونية الفعالة في القضاء على معاناة المسافر في المطارات ، والتي تنشأ عن التأخير في الرحلات او الغائها او نفي الصعود و الحجز الفائض ، حيث يلتزم الناقل الجوي بان يسارع الى مساعدة المسافر في الوقت الذي هو بأمس الحاجة الى تلك المساعدة.

و بحث هذا الموضوع بشكل يتناول كل جوانبه العلمية و يبرز اهميته من الناحيتين العلمية و العملية يقتضي منا تقسيمه الى أربعة مباحث :

تناولنا في الأول منه التعريف بالالتزام بالرعاية و أما المبحث الثاني فعقدناه لبيان نطاق الالتزام بالرعاية. أما المبحث الثالث فخصصناه لبحث أساس التزام الناقل الجوي بالرعاية ، و أما المبحث الرابع و الأخير فقد أفردناه لبيان مضمون الالتزام بالرعاية.

وقد اختتمنا البحث بخاتمة تضمنت ابرز النتائج و أهم المقترحات التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة.

Abstract

This research topic: the commitment of the air carrier under the auspices of the traveler _ A comparative analysis

between the Conventions the International Air Transport and the regulations of consumer protection national _ study and analysis because of its importance in our current goal to find solutions to the legal process effective in eliminating the suffering of the traveler in the airport, and arising out of delay or cancel flights or deny boarding and reservation surplus, where the air carrier that is committed to rush to help the traveler in time who is in dire need of such assistance.

And discuss this issue in dealing with all aspects of scientific and highlights the importance of both scientific and practical requires us to be divided into four sections:

We dealt with it in the first definition of commitment and care. The second section of the statement of commitment to the scope of care. The third section to discuss the basis of the air carrier's commitment to care, and the fourth section and the latter has to demonstrate commitment to the content of care.

Has concluded research conclusion included the most prominent results and the most important proposals that we have reached through this study.

المقدمة

لم يعد خافيا في عالمنا اليوم ما للنقل الجوي من أهمية على جميع المستويات، الاقتصادية و التجارية و الاجتماعية و حتى الدينية، و لم يعد بالإمكان ان تبقى معاناة المسافر في المطارات و صالات الانتظار قائمة، تتناولها بالطرح و النقاش الصحافة او الإعلام بكل أشكاله، دون ان تطرح لها معالجات قانونية تظهر أهمية هذه الحالات و تبرز المعاناة التي يتحملها المسافر من جراء التأخير الذي يصيب رحلته الجوية او الإلغاء الذي تتعرض له رحلته لأي سبب كان، أو لأن الناقل الجوي يعتمد إلى الحجز الفائض للمقاعد في سعيه لأن تبقى كافة مقاعد الطائرة التي يشغلها مشغولة، و إن تخلف احد المسافرين او أن مسافرا آخر ألغى الحجز الذي قام به قبل إقلاع الطائرة.

و لا يخفى ما تسببه هذه الحالات من إرهاق نفسي و بدني يصيب المسافرين، و هو بأمس الحاجة لأن يستجمع قواه المادية و النفسية لانجاز المهمة التي تواجهه الا و هي السفر، فالسفر مشقة بغض النظر عن الوسيلة التي يستعملها المسافر فيه، و ان كان السفر عن طريق الجو - في عصرنا الحالي - يعد أكثر وسائل السفر راحة و أمانا و سرعة، الا إن ما قد يصادف المسافرين من عراقيل قبل البدء بالرحلة الجوية او على متن الطائرة او قبل مغادرتها، يمكن أن تضيق على المسافر التمتع بهذه المزايا، فكثيرا ما نشاهد في المطارات من تتأخر رحلته ساعات طويلة، فيداهمه التعب و الإعياء و الجوع، فيضطر الى افتراش الصالات أو الممرات لأجل الاسترخاء او النوم، و هذا بمجد ذاته فيه ما يشعر المسافر بالإذلال و المهانة، خاصة في المطارات التي لا تتوفر فيها فنادق أو مطاعم، او قد تتوفر الفنادق و المطاعم ولكن لا تتوفر لدى المسافر المقدرة المالية لدفع تكاليفهما.

من هنا انطلقت الدعوات، من الجهات و المنظمات الدولية و الوطنية التي أخذت على عاتقها الدفاع عن المسافر و المطالبة بحقوقه، و ضمان مستوى اكبر من الحماية له، و عدم تركه لوحده ليعاني ما يعانيه في المطارات، و تكلفت تلك الدعوات بالنجاح عندما تبنت مفوضية الاتحاد الاوربي قواعد مشتركة بشأن التعويض و المساعدة للمسافرين في حال رفض الصعود او الالغاء أو التأخير الطويل للرحلات الجوية التي دخلت حيز التطبيق في ١٧/فبراير - شباط ٢٠٠٥، و على المستوى العربي بادرت المملكة العربية السعودية باصدار اللائحة التنفيذية لحماية المستهلك عام ٢٠١١، و التي تبنت تنظيما تشريعا ملزما لمعالجة الاضرار التي تسبب بها حالات الغاء الرحلات او تأخيرها او الحجز الفائض و غيرها من المعالجات التي تبنتها هذه اللائحة.

و تبرز أهمية هذه المعالجة خصوصا إذا ما عرفنا أن الحالات التي تناولتها تلك اللوائح بالتنظيم، تخرج عن إطار تطبيق المعاهدات الدولية المنظمة للنقل الجوي، و بالتالي فانه و خوفا على المسافرين من أن تتمادى

شركات النقل في مواجهته، و لكي يوضع حد لمتاعب المسافرين في المطارات أوجدت هذه اللوائح نظاما جديدا جديرا بالدراسة و البحث، ألا و هو نظام رعاية المسافر الذي انعقدت هذه الدراسة للبحث فيه.

و قد تبنت هذه الدراسة منهجا علميا في استشراف هذا النظام و تحليله و إيضاح النظام القانوني الخاص به، من خلال تحليل النصوص القانونية التي نظمت الالتزام بالرعاية باعتباره حقا من حقوق المسافر يلتزم بأدائه الناقل الجوي، و قد ركزت الدراسة على اللائحة الأوربية و اللائحة السعودية، على سبيل المثال دون الحصر، و ذلك لأن معاناة المسافر هي واحدة في جميع دول العالم، لذلك أتت أغلب الأحكام الواردة في هذا الخصوص متشابهة، محاولين رغم ذلك ان نبرز أية خصوصية تتمتع بها كل لائحة عن الأخرى، و نحاول من خلال هذه الدراسة ان نوصل رسالة مفادها ضرورة ان تتبنى المنظمات و الجهات الدولية المختصة بقطاع الطيران المدني او النقل الجوي، قواعد خاصة موحدة لهذا الشأن، و قد عملنا من اجل إيصال هذه الرسالة الى تقسيم البحث الى أربعة مباحث: تناولنا في الأول منه التعريف بالالتزام بالرعاية، و قسمناه الى مطلبين تناولنا في الاول منه التطور التاريخي لفكرة الموازنة بين التزام الناقل الجوي و حقوق الراكب، و تناولنا في الثاني ماهية الالتزام بالرعاية.

أما المبحث الثاني فعقدناه لبيان نطاق الالتزام بالرعاية و قسمناه الى مطلبين، تناول أولهما التداخل بين الالتزام بالرعاية و ضمان السلامة، اما الثاني فتناول التداخل بين الرعاية و المسؤولية عن التأخير.

أما المبحث الثالث فخصصناه لبحث أساس التزام الناقل الجوي بالرعاية، و قسمناه الى مطلبين أيضا، تناول أولهما الأساس العقدي للالتزام بالرعاية، اما الثاني فتناولنا فيه القانون أساس الالتزام بالرعاية.

أما المبحث الرابع و الأخير فقد أفردناه لبيان مضمون الالتزام بالرعاية، و قسمناه الى مطالب خمسة تناولنا في المطالب الأربعة الأولى

منه مضمون الالتزام بالرعاية في كل حالة من الحالات التي تستوجب الرعاية، ثم أفردنا المطلب الخامس لبيان حالات خاصة للالتزام بالرعاية. وقد اختتمنا البحث بمخاتمة تضمنت ابرز ما توصلنا إليه من نتائج وأهم المقترحات التي توصلنا إليها من خلال هذا البحث.

المبحث الأول

التعريف بالالتزام بالرعاية

وللتعريف بالالتزام الناقل الجوي برعاية المسافر على وجه التفصيل؛ لا بد لنا من ان نستعرض بعض ملامح التطور التاريخي والقانوني، الذي أدى الى إقرار هذا الالتزام، لتتناول بعد ذلك ماهية الالتزام بالرعاية، وذلك في مطلبين كالآتي:

المطلب الأول

التطور التاريخي لفكرة الموازنة بين التزامات الناقل الجوي وحقوق الراكب

إن تحول استخدام الطائرة - في أوائل القرن العشرين - من مغامرة ومخاطرة الى استخدامها كأداة لنقل الأشخاص والأشياء داخلية و دولياً¹، وإثباتها جدارة وفعالية في هذا المجال مع التطور التكنولوجي بدأت تتقدم وتتطور لتنافس وسائل النقل الأخرى في استخدامها بعمليات النقل، كونها تتميز بالسرعة والكفاءة لقطع مسافات طويلة في أزمنة قصيرة تعجز عن تحقيقها وسائل النقل الأخرى.²

1. يتميز النقل الجوي عن غيره من أنواع النقل الأخرى، من انه منذ نشأته بدأ يستخدم لأغراض النقل الدولي، وهو ما أكدت عليه اللجنة الاستشارية الفنية للترانزيت التابعة لعصبة الأمم، وفتت أنظار الحكومات في وقتها الى اهمية توحيد قواعد النقل الجوي الدولي، وبادرت الحكومة الفرنسية في ٧/٨/١٩٢٣ الى الدعوة الى مؤتمر دولي للقانون الجوي هدفه وضع اتفاقية دولية في شأن مسؤولية الناقل الجوي، وبعد مخاض عسير توجت الجهود الدولية الى اصدار الوثيقة التي عرفت بالاتفاقية الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بالنقل الجوي الدولي الموقعة في وارسو في ١٢/١٠/١٩٢٩.

2. د. احمد بن ابراهيم الشيخ: المسؤولية عن تعويض اضرار النقل الجوي الدولي، وفقاً لاتفاقيتي وارسو ١٩٢٩ ومونتريال ١٩٩٩، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٨، ص ٩ وما بعدها.

ولم يكن الحال في بادئ الأمر قد تنظم تشريعيا بقوانين خاصة، و إنما كانت تطبق على النقل الجوي القواعد الخاصة بالنقل البري، وكان لهذا اللجوء في بادئ الامر حاجة ملحة، بسبب عدم وجود قواعد خاصة تحكم النقل الجوي، وكان هذا التوجه؛ توجها يحقق مصلحة المسافر، خصوصا اذا ما عرفنا ان التزام الناقل البري هنا هو التزام بنتيجة، حيث يسأل الناقل دائما في اي وقت لا تتحقق فيه النتيجة المرجوة من عقد النقل، و كأننا بصدد مصلحة اقوى في هذه المرحلة، ألا وهي مصلحة المسافر جوا على مصلحة الناقل الجوي.

وفي مرحلة لاحقة؛ حيث لم يبق هذا الحال طويلا، بسبب اختلاف القواعد القانونية العامة من نظام الى اخر، و ان النقل الجوي - بالخصوصيات التي يتميز بها - لا يتلاءم مع القواعد القانونية المطبقة في النقل البري، حيث لا يستطيع اي من الأطراف فيه ان يتعرف على حقوقه و التزاماته تجاه الطرف الأخر مقديما، لأن القواعد القانونية في جميع الأنظمة القانونية لا تتلاءم مع طبيعة و خصائص النقل الجوي، وقد عرفنا أن تطبيق القواعد الخاصة بالنقل البري أدت الى ترجيح كفة المسافر على كفة الناقل الجوي، في الوقت الذي تكتنف فيه الخطورة هذا النوع من النقل و تميزه عن غيره من انواع النقل الاخرى، و حيث كانت صناعة الطائرات في بداية عهدها، و بدأت تنتشر وبشكل واضح كثرة الاعطال و الحوادث الجوية، و التهديد الدائم بإثقال كاهل الناقلين الجويين بعبء لا يستطيع تحمله على الدوام الا وهو تحميله مسؤولية مطلقة تجاه المسافر أو الشاحن، فقد لجأت الدول التي انتشر فيها استخدام هذا النوع الجديد من النقل الى اصدار قوانينها الخاصة بتنظيم عملية النقل الجوي، ففي فرنسا مثلا صدر قانون الطيران المدني الفرنسي سنة ١٩٢٤، و قد نظم النقل الجوي الداخلي في فرنسا، و قد اختلف هذا القانون - في اتجاهه العام - عما كان سائدا في التطبيق عند القضاء الفرنسي، الذي كان يطبق أحكام المجموعتين المدنية و التجارية^١، و التي

١. تقنيات نابليون؛ التقنين المدني الصادر عام ١٨٠٤ و التقنين التجاري الصادر عام

تقيم مسؤولية الناقل العقدية على أساس الخطأ المفترض، حيث كان يعتبر التزام الناقل التزاما بنتيجة^١، لكن القانون الجديد اختط مساراً جديداً وازن فيه بين مصلحة الركاب و مصلحة الناقل الجوي، وكان يميل في غالبه الى جهة الناقل و يحقق له حماية تشريعية فعالة^٢.

و في سويسرا فقد نظمت مسؤولية الناقل تجاه الراكب بموجب قانون الملاحة الجوية الصادر عام ١٩٢٠، و الذي اقام مسؤولية الناقل على اساس فكرة المخاطر و جعل بذلك الناقل مسؤولاً مسؤولية موضوعية عن الاضرار التي تلحق بالمسافر، حتى و ان لم يصدر اي خطأ من جانبه^٣.

أما في الولايات المتحدة الامريكية و انكلترا فقد طبقت احكام قواعد الشريعة العامة common law طبقاً للنظام الانكلو- أمريكي، على مسؤولية الناقل الجوي، حيث اعتبر فيها مسؤولية الناقل الجوي مسؤولية تقصيرية يتعين على الراكب إقامة الدليل على الاهمال او التقصير من الناقل، و هذا يرجع الى ان الالتزام بضمان السلامة في قوانين كلا الدولتين اساسه القانون مباشرة و ليس عقد النقل^٤.

و نستطيع القول هنا، بان مصلحة الناقل الجوي قد رجحت في هذه القوانين - ضمن هذه المرحلة - على مصلحة الراكب او المسافر، و السبب هو ان المسافر أضحي الطرف الضعيف في مواجهة الناقل الذي تنامت قوته الاقتصادية و تطور نفوذه المالي، بحيث يستطيع ان يدفع عنه أية خطأ او تقصير يمكن ان ينسب اليه، إضافة إلى ان الناقل في القانون الانكليزي يتمتع بسلطة مطلقة في التعاقد، يستطيع تحديد مسؤوليته او يشترط إعفاءه منها مطلقاً، اما القانون الأمريكي فقد حضر الإعفاء من

-
1. د. محمد فريد العريني: القانون الجوي - النقل الجوي الداخلي و الدولي، دار الجامعة، الاسكندرية ٢٠٠٣، ص ١٧٦.
 2. فاروق احمد محمد زاهر: تحديد مسؤولية الناقل الجوي وفقاً للنظام الفارسي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٥، ص ٧٠ و ما بعدها.
 3. د. محمد فريد العريني: القانون الجوي، المرجع السابق، ص ١٧٨.
 4. د. محمد فريد العريني: المرجع نفسه، ص ١٧٧.

المسؤولية لمخالفته النظام العام، و اباح تحديد التعويض بشرط ان يكون عادلا ومقبولا¹.

اما المرحلة الثالثة، فتمثلت بتوحيد قواعد النقل الجوي بموجب اتفاقية وارسو المعقودة في ١٢/١٠/١٩٢٩، والتي مثلت وسيلة لامعة لتوحيد الاحكام القانونية للنقل الجوي الدولي، وساعدت على تجنب النزاعات القانونية والقضائية، والتي لولاها لتسببت تلك الأخيرة بإعاقة تطور النقل الجوي الدولي أو أوقفت تطوره.

و قد حققت تلك الاتفاقية تطورا متقدما في مجال التوفيق بين مصالح شركات النقل الجوي ومصالح الركاب، بشكل أفضل من وسائل النقل الجوي الاخرى، و كان اهم ما جاءت به بخصوص حماية المسافرين و الركاب، أنها أقرت مسؤولية الناقل عن الاضرار الناجمة عن التأخير في نقل الركاب،^٢ و لم تكن حماية الراكب من حالة التأخير منتشرة بعد على المستوى الدولي، و كان استحداثها لمسألة قلب عبء الإثبات خطوة جيدة لضمان حقوق المطالبين بالتعويض^٣، غير ان هذه المزية، و التي تعتبر في صالح المتضرر تمت معادلتها بالنص على وضع حدود مادية للمسؤولية^٤.

وقد حاول واضعو اتفاقية وارشو الموازنة بين:

١- رعاية مصالح الركاب و أصحاب البضائع و حمايتهم من مخاطر الطيران آنذاك.

١. د. أحمد بن ابراهيم الشيخ: المرجع السابق، ص ٢٢.
٢. حيث نصت المادة ١٩ من الاتفاقية على أن "يكون الناقل مسؤولا عن الضرر الذي ينشأ عن التأخير في نقل الركاب أو الامتعة أو البضائع بطريق الجو".
٣. عندما قررت أن على الناقل اثبات أنه وتابعوه قد اتخذوا كل التدابير اللازمة لتضادي الضرر او انه كان من المستحيل عليهم اتخاذها، حتى يعفى من المسؤولية المقررة وفق احكام هذه الاتفاقية وذلك في المادة ٢٠ منها.

4. Michael (K):Warsaw convention to Montreal 99 system , German Journal of Air and space law, Carl Heymans Verlag, Vol 52 , Germany 2003. P- 563 etc.

٢- حماية الناقلين الجويين و عدم ارهاقهم بمسؤولية شديدة الصرامة قد تؤدي الى إحجامهم عن الاستثمار في مجال النقل الجوي الدولي.

و في مرحلة جديدة، بادرت المنظمات الدولية و منها منظمة الطيران المدني الدولية ICAO الى الدعوة الى تحديث اتفاقية وارسو، حيث بقيت تلك الاتفاقية في التطبيق على المستوى الدولي طوال سبعة عقود من الزمن، و لا يخفى ما حصل من تطور في مجال النقل الدولي و وسائله و تقدم المطارات و أساليب الملاحة الجوية و زيادة وسائل الأمان في الطيران الجوي و باضطراد و تسارع استخدام الطائرات في مجال النقل الجوي الدولي - و على نحو لم يسبق له مثيل - بحيث لم تعد نصوص اتفاقية وارسو و البروتوكولات المعدلة لها أو تلك الملحق بها¹، كافية لتساير هذا التطور الحاصل، و اصبح من الضروري إعادة النظر في مبادئ تلك المعاهدة من الأساس، و ذلك لضمان حماية أكبر لمصالح الركاب، و إعادة النظر بآليات التعويض و وسائله و حدوده العليا، لذلك انعقدت اتفاقية مونتريال عام ١٩٩٩ لتحل محل اتفاقية وارسو ١٩٢٩، لتحمل بين ثناياها أحكاما جديدة و اخرى معدلة لمسؤولية الناقل عن التأخير و مسؤوليته عن ضمان سلامة الركاب، و تصنف هذه المعاهدة بأنها تحقق مصالح المسافرين من مستخدمي وسائل النقل الجوي في التنقل و السفر أكثر من سابقاتها.

لكن السؤال الذي بقي مطروح هنا هو، اذا كانت هذه الاتفاقيات و البروتوكولات الدولية، تحمي المسافر و تحدد حقوقه في حالة تنفيذ عقد النقل الجوي، الخاضع لاحكام هذه الاتفاقية، فما هو مصير المسافر في الفترة التي تسبق تنفيذ النقل الجوي او المراحل الممهدة له، اي الفترات و

1. ومن البروتوكولات المعدلة لاتفاقية وارسو بروتوكول لاهاي ١٩٥٥ و اتفاقية جوادالاجارا عام ١٩٦١ و اتفاقية مونتريال الاولى ١٩٦٦ و بروتوكول جواتيمالا سيتي ١٩٧١، و بروتوكولات مونتريال الاضافية الاولى و الثاني و الثالث و الرابع عام ١٩٧٥.

المراحل غير الخاضعة لأحكام اتفاقيات النقل الجوي ؟ فهل يعني ذلك أن المسافر لا يستحق أية حماية من قبيل الرعاية او العناية ، و ليست له أية حقوق الا تلك التي تبدأ وقت بدء تنفيذ عقد النقل الجوي الى حين انتهائه ؟

و هذا الحال لم يقنع أطرافا في المجتمع الدولي ، سواء على صعيد الدول او هيئات حماية المستهلك ، أو حتى بعض شركات الطيران أو هيئات الطيران المدني الوطنية ، إذ تمثلت المرحلة الجديدة ببروز اتجاه جديد زاد في الحماية المقررة للمستهلك عن طريق اللوائح الخاصة بتحديد حقوق المستهلك في المطارات الوطنية ، و التي زادت من الضمانات التي تحمي المسافرين خارج نطاق تطبيق الاتفاقيات الدولية و ذلك لتحقيق غايتين :

الأولى : ضمان أقصى حماية للراكب بوصفه المستهلك الذي هو الطرف الضعيف اقتصاديا في عقد النقل الجوي.

الثانية : تشجيع شركات النقل و الناقلين الجويين و تحفيزهم الى تقديم أقصى ما يستطيعونه من خدمة و رعاية للمسافرين و وفق معايير وقتية و مكانية محددة.

و هاتين الغايتين لا يمكن تحقيقهما في ظل أحكام الاتفاقيات الدولية لوحدها ، لأنها تتحدد بنطاق زمني و مكاني لتطبيقها ، و غالبا ما يحتاج المسافر الى رعاية و عناية خارج تلك المحددات و المعايير ، لذلك فانه من الضروري الذهاب الى ابعد مما تحدده تلك الاتفاقيات ، و أهم سبيل لتحقيق ذلك هو اصدار تشريعات او لوائح داخلية لحماية المستهلك ، لتأكيد حقوقه التامة في اطار عملية النقل الجوي ، و بالتالي أصبح مألوفا القول الان ؛ انه ليس من حق المسافر فقط ان يعرض عن التأخير في الرحلة الجوية او ان يعرض عما يصيبه من أضرار مادية أثناء فترة النقل الجوي ، وإنما من حقه أيضا أن يتمتع برعاية و حماية قانونية يلتزم الناقلين الجويين بتقديمها للمسافر في ظروف معينة وفق معايير و حدود قانونية لا يجوز انتقاصها او النزول عنها ، فقد صدرت لائحة المفوضية الأوروبية الصادرة عن مجلس البرلمان الاوربي في فبراير- شباط عام

٢٠٠٤، والتي تناولت قواعد مشتركة بشأن التعويض والمساعدة للمسافرين في حالة نفي الصعود او الإلغاء أو التأخير الطويل للرحلات الجوية،^١ وقد تضمنت هذه اللائحة استحداث نظام للتعويضات في حالة نفي الصعود وتأخير الرحلات لفترات طويلة و حالات الإلغاء دون سابق إنذار، وقد اقرت اللائحة بعدم جدوى نظام التعويض المقرر وفق لائحة الجماعة الاقتصادية الاوربية رقم ٢٩٥ / ٩١ الملغاة، وذلك لأن الجماعة الاوربية رأيت ان حالات تأخير الرحلات ونفي الصعود لازال مستمرا و مرتفعا للغاية^٢، مما دلت على عدم نجاعة النظام المعمول به حاليا مما يستدعي ضرورة تعديله.

كما ذهبت الى نفس الاتجاه بعض الدول العربية وأهمها المملكة العربية السعودية في اقرارها لائحة حماية المستهلك في قرار الهيئة العامة للطيران المدني السعودي ذي العدد ٨- ٩٩ في ١٤٣١/٨/١ هـ^٣، وقد تبنت شركة طيران الخليج في مملكة البحرين^٤؛ نفس الشروط والأحكام الواردة في لائحة المفوضية الأوروبية رقم ٢٦١ / ٢٠٠٤ سابقة الذكر،

١. وهذه اللائحة حلت محل لائحة الجماعة الاقتصادية الأوروبية رقم ٩١/٢٩٥ الصادرة في فبراير - شباط ١٩٩١، والتي سبقت اصدار اتفاقية مونتريال ١٩٩٩ بمعنى انها صدرت في وقت تطبيق اتفاقية وارسو ١٩٢٩ وتعديلاتها.
٢. وهو ما أشار اليه البند ٣ من الاسباب الموجبة للائحة المفوضية الأوروبية الصادرة عام ٢٠٠٤.
٣. وجدير بالذكر هنا ان المملكة العربية السعودية؛ كان لها فضل السبق بين دول العالم عندما تبنت الدعوة الى وضع اطار تنظيمي عالمي لحماية حقوق المستهلك لتطبق في جميع مطارات العالم، وذلك من خلال ورقة العمل المقدمة لمنظمة الطيران المدني الدولي IACO في مؤتمر اقتصاديات المطارات وخدمات الملاحة الجوية المعقود في مونتريال للفترة من ١٥ الى ٢٠/٩/٢٠٠٨، بعنوان حماية حقوق المستهلك و اثرها في رفع كفاءة تشغيل المطارات، وهي الدولة العربية الاولى التي اصدرت قواعد تنفيذية خاصة بها في هذا المجال، والسبب كما نرى ان المملكة لمست الحاجة الفعلية لوجود مثل هكذا قواعد واستشعرت اهميتها في الواقع نتيجة التزاحم والكثافة في المسافرين والرحلات الجوية التي تشهدا مطارات المملكة خصوصا في موسم الحج.
٤. منشورة على الموقعين الالكترونيين:

- <http://www.gulfair.com/arabic/aboutgulfair/pages/EUReregulations-arabic.aspx>
- <http://www.gulfair.com/arabic/aboutgulfair/pages/Generalconditions-Ar.aspx>

وأيضاً اتجهت دولة الإمارات العربية المتحدة إلى تبني اللوائح الأوروبية في مجال النقل الجوي في مجال الطيران المدني،^١ وهذا يعني أن الاتجاه الحديث في كثير من دول العالم الآن يسير نحو ضمان حماية مضمونة للمستهلك، وهو المسافر أو الراكب الذي يسعى إلى استخدام الطائرة لضمان وصول أسرع ومريح^٢، وهذا ما يتضح من خلال النظر إلى ديباجة تلك اللوائح أو الأسباب الموجبة لها^٣.

وجدير بالذكر هنا؛ إلى أن تطبيق تلك اللوائح والأحكام التي جاءت بها، قد أثار حفيظة الشركات العاملة في نطاق النقل الجوي وناقدين الجويين عموماً لأنها تحملهم أعباء مالية تشكل أعباء مضافة تقلل من الأرباح المتوقعة، خصوصاً إذا ما تكررت الأحوال المسببة لقيام الالتزام بالرعاية، لذلك أقامت شركات الطيران ممثلة بالاتحاد الدولي للنقل الجوي (أياتا) والرابطة الأوروبية لشركات الطيران منخفض الكلفة budget airlines،^٤ شكوى قضائية في بريطانيا أمام المحكمة العليا في لندن متذرة بأن قواعد الاتحاد الأوروبي - سابقة الذكر - والتي تقضي بأن تدفع شركات الطيران تعويضات للمسافرين عن تأخر الرحلات لفترات طويلة وعن إلغاء الرحلات، مكلفة للغاية؛ لأنها تقضي بدفع

1. وهو ما يؤكد تقرير ورشة العمل الدولية المقامة في دبي في ١٧/٦/٢٠١٠، بشأن قانون الطيران المدني الأوروبي، وتأثيره في المشغلين والجهات التنظيمية، والتي نظمتها هيئة الطيران المدني في دولة الإمارات العربية المتحدة، ومكتب سلامة الطيران التابع لبرنامج الأغذية العالمي في دولة الإمارات، الذي يشير صراحة إلى أن "تتطلع العديد من الدول ومن ضمنها دولة الإمارات، لتحديث تشريعاتها لتنسجم مع التشريعات الأوروبية..." لمزيد يراجع الموقع الإلكتروني الاتي:

- <http://www.forexu.info/forum/t95677.html>

2. وقد عرفت المادة ٢ من اللائحة التنفيذية لحماية المستهلك السعودية، المستهلك بأنه "أي شخص طبيعي أو معنوي له علاقة مع الناقل الجوي أو المشغلين الجويين لغرض السفر،....، أثناء تواجدهم في مرافق المطار.

3. وهو ما توضحه البنود (١ و ٢ و ٣ و ٤) من الأسباب الموجبة لللائحة المفوضية الأوروبية سابقة الذكر.

4. للمزيد في هذا النوع من الشركات ينظر الموقع الإلكتروني الاتي:

- <http://www.alqabas.com.kw/Final/newspaperWebsite>

تعويضات في ظروف تخرج أحيانا عن سيطرة الشركات، و ذلك في محاولة منها لعرقلة تنفيذ تلك القواعد و قد قامت المحكمة العليا في لندن بإحالة القضية الى محكمة العدل الاوربية، لأن قواعد الاتحاد الاوربي سابقة الذكر تسري على جميع الرحلات من الاتحاد الأوربي وإليه، وقد قضت المحكمة الاوربية بصحة و سلامة قواعد الاتحاد الاوربي^١، التي تقضي بوجوب رعاية "المستهلك" حين تأخر الرحلات لفترات طويلة او إلغاء الرحلات، و ذلك لأنها تستند الى أحكام معاهدة إنشاء الاتحاد الأوربي المادة ٢/٨٠ منها.^٢

المطلب الثاني

ماهية الالتزام برعاية المسافر

و ستولى بيان ماهية الالتزام برعاية المسافر في فرعين، نبين في أولهما تعريف الالتزام بالرعاية، أما الثاني فنبين فيه خصائص هذا الالتزام، و ذلك كالآتي:

الفرع الأول

تعريف الالتزام بالرعاية

يعرف الالتزام في الاصطلاح القانوني بأنه رابطة قانونية بين شخصين دائن و مدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بنقل حق عيني أو ان يقوم بعمل او يمتنع عن عمل.^٣ و مصطلح الالتزام بالرعاية مصطلح حديث، استخدم في مجال نقل المسافر "المستهلك" عن طريق وسيلة من وسائل النقل الجوي، نتيجة التطور الهائل الذي أصاب عالم النقل الجوي من حيث وسائله و أساليبه و الكيفيات الوقتية و المكانية التي تنفذ فيها عقود النقل الجوي في ميدان الطيران المدني في وقتنا الحاضر، و بتأثير من جهات و جمعيات حماية المستهلك على المستويين المحلي و الدولي،

1. وقد صدر هذا القرار في يوم الثلاثاء الموافق ١٠/١/٢٠٠٦، للمزيد ينظر الموقع الرسمي لمحكمة العدل الاوربية:

<http://www.curia.eu.int/en/index.htm>

2. <http://news.bbc.co.uk-ar.mk.gd/2/shared/bsp/hi/pdf>

3. المادة ١٩ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

و التي أخذت على عاتقها تبني اذ عوة الى حماية المسافرين من تعسف الناقلين الجويين الذين غالباً ما يضنون لحماية انفسهم من أية تبعات - يمكن ان يتحملونها بسبب تلوكتهم في تنفيذ عقود النقل الجوي التي تربطهم مع المسافر - شروطاً يتضمنها عقد " الاذعان " ^١ ، المتمثل بعقد النقل الجوي المبرم بين الناقل الجوي و المستهلك ، و التي يحاول الناقل الجوي بذكرها أن يخلي مسؤوليته من أية رعاية او عناية يقدمها هذا الناقل الى المسافر في احوال لا حول فيها للمسافر و لا قوة سوى التمسك بالقانون و الاحتماء به ، خاصة اذا ما كان هذا القانون يقرر له رعاية بصورة او بأخرى.

و المشرع عندما اقر هذا النوع من الالتزام عمد الى تحديد معناه ، فنجد لائحة الاتحاد الاوربي تذهب الى اعتباره حقاً ، و تعدد حزمة من الواجبات التي تمثل حق المسافر بالرعاية ^٢ ، عندما تتحقق شروطها و أركانها ، بينما نجد لائحة حماية المستهلك في المملكة العربية السعودية تذهب في المادة الأولى منها الى ان الرعاية يقصد بها " الرعاية الضرورية التي يجب على الناقل الجوي او المشغل الجوي المعني تقديمها للمستهلكين حال تعرضهم لما يستوجب تقديم الرعاية لهم... " ^٣ ، و لكن يؤخذ على ما تقدم من تعريفات تشريعية انها تناولت الرعاية من حيث كفاءتها و حالات تحققها ، و لم تورد المعنى المقصود بذات الرعاية كالتزام قانوني ، فهي تناولت الرعاية بوسائلها و لا تناولت حقيقتها و الغاية منها. ^٤

١. د. محمد فريد العريني : القانون الجوي - النقل الجوي ، الدار الجامعية بالإسكندرية ، بدون سنة طبع ، ص ٤٤ و ما بعدها.
٢. و هنا لا بد من أن نذكر بأن لائحة المفوضية الأوربية ذهبت الى ان الرعاية حق للمسافر ، عندما ابتدأت المادة ٧ منها بعنوان حق المسافر في الرعاية.
٣. ذهبت لائحة حماية المستهلك في المملكة العربية السعودية الصادرة عن هيئة حماية المستهلك الى ان الرعاية واجب على الناقل و الواجب في علم القانون هو رديف الالتزام.
٤. الرعاية لغة الملاحظة و المراقبة ، و هي العناية ، رعى الشيء ورعاه لاحظه وراقبه و اعتنى به ، انظر في المزيد لسان العرب ، لأبن منظور : مادة رعى.

لذلك نرى ان التعريف القانوني الأنسب للالتزام بالرعاية هو، ذلك الواجب المفروض على الناقل الجوي^١، مفاده العناية بالمسافر من قبيل تقديم خدمات مجانية له، حال تعرضه لما يستوجب تقديم هذه العناية او تلك الخدمات^٢.

و الرعاية لها وجهان أولهما ايجابي و يتمثل بكونها حقا للمسافر^٣، والثاني سلبي يتمثل بكونها تكليف مفروض على الناقل الجوي^٤ لمصلحة المسافر^٥، ومن هذا التعريف نستنتج أن للرعاية مجموعة من الخصائص الأساسية، و التي سنتناولها في الفرع القادم.

الفرع الثاني

الخصائص الأساسية للالتزام بالرعاية

من التعريف المتقدم ذكره للالتزام بالعناية نستخلص مجموعة من الخصائص الذاتية أهمها:

1. و يعرف قانون الطيران المدني في دولة الامارات العربية المتحدة رقم ٢٠ لسنة ١٩٩١ الناقل الجوي في المادة ١/٢٤ بأنه " شخص طبيعي او معنوي يعرض او يقوم باستثمار خطوط جوية لنقل الركاب او البريد او البضائع".
2. و الخدمات التي تدخل ضمن الرعاية هي المرطبات و الوجبات و خدمات الاتصال الهاتفية او التلكس او الفاكس او البريد الالكتروني او توفير مكان الاقامة فندق او غيره أو خدمات التنقل او مساعدة ذوي الاحتياجات الخاصة مثل توفير الكراسي المتحركة او الوسائل الارشادية و التوجيهية و غيرها من الخدمات التي سيأتي بينها على سبيل التفصيل لاحقا.
3. وهو ما رجحته لائحة الاتحاد الاوربي المادة ٧ منها، تؤيدها في ذلك شركة طيران الخليج التي تبنت هذه اللائحة.
4. وهو ما ذهب اليه اللائحة التنفيذية لحماية المستهلك في المملكة العربية السعودية.
5. و جدير بالذكر أن اغلب شركات النقل الجوي الاوربية منخفض الكلفة، التي عارضت لائحة الاتحاد الاوربي معتبرة انها قد تواجه خطر الإفلاس، قامت باضافة مبالغ نقدية على أثمان التذاكر الصادرة منها بحجة انها اصبحت ضرورية لتغطية تكاليف تطبيق لوائح الاتحاد الاوربي، للمزيد ينظر:

- [Hhttp://www.trtarabic.com/trtworld/ar/newsdetail.aspx?haberkodu](http://www.trtarabic.com/trtworld/ar/newsdetail.aspx?haberkodu)

- ١- تحديد صفة المدين بهذا الالتزام، ويشمل كل ناقل جوي او مشغل جوي^١، وكذلك تحديد صفة الدائن الذي هو المسافر.
 - ٢- تحديد الحالات التي ينهض فيها هذا الالتزام.
 - ٣- تحديد الهدف الرئيس من هذا الالتزام، ألا وهو توفير العناية اللازمة للمسافر، وذلك بتحديد صور أداء ذلك الالتزام.
- أما الخصائص العامة لهذا الالتزام فهي:

١- وجود طارئٍ يصيب الرحلات الجوية: فقد بينت لوائح حماية المستهلك هذه الحالات الطارئة بالاتي:

أ- حالة تأخير الرحلات^٢: و سواء كان هذا التأخير في اقلاع الطائرة، اي قبل فترة الصعود الى الطائرة او بعد الصعود اليها و قبل الاقلاع، او بعد الهبوط و قبل النزول من الطائرة، او تغيير مسارها أثناء الرحلة.

ب- حالة إلغاء الرحلات: و هي الحالة التي يتم فيها إلغاء الرحلة المقررة و عدم إقلاعها بالموعد المحدد لسبب من الأسباب^٣.

ج- حالة نفي الصعود^٤: و هي الحالة التي يحرم فيها المسافر من الصعود الى متن الطائرة لبدء الرحلة الجوية، بسبب الحجز الفائض على الرحلة " bumping " و عدم وجود متطوعين^٥ للنزول بين ركاب الطائرة.

١. و تذهب لائحة حماية المستهلك السعودية في مادتها الاولى (تعريف المصطلحات) الى تعريف المشغلون الجويون بأنهم " جميع الجهات الاهلية و الحكومية العاملة على اسس تجارية في قطاع النقل الجوي، بما في ذلك الناقلون الجويون و شركات المناولة الارضية و مشغلو المطارات ".
٢. المادة ٦ من اللائحة الاوربية، و المادة ٨ من لائحة حماية المستهلك في المملكة العربية السعودية.
٣. المادة ٥ من اللائحة الاوربية، و المادة ٧ من لائحة حماية المستهلك في المملكة العربية السعودية.
٤. المادة ٤ من اللائحة الاوربية، و المادة ٦ من لائحة حماية المستهلك في المملكة العربية السعودية.
٥. المتطوع هو المستهلك الذي يستجيب لطلب الناقل متطوعين للتنازل عن مقاعدهم و يقبل بحض ارادته التعويض المعروض عليه من الناقل مقابل تخليه عن مقعده المحجوز حجزاً مؤكداً. المادة الاولى من لائحة حماية المستهلك السعودية.

و الحالات المتقدم ذكرها حالات طارئة، يمكن ان تحدث في نطاق النقل الجوي.

٢- وجود عقد صحيح مبرم بين الناقل و المسافر، و هذا العقد هو عقد النقل الجوي، وهو اتفاق يتعهد بمقتضاه الناقل transporter في مواجهة المسافر voyager بنقله من مكان الى اخر خلال مدة معينة بواسطة الطائرة لقاء اجر^١، بشرط ان لا يبدأ تنفيذ عقد النقل فعلا بأن يكون المسافر تحت توجيه الناقل و إشرافه^٢.

و الذي يهمنا من صورتني عقد النقل هو عقد نقل الأشخاص، و ذلك لأن واجب الرعاية يختص بالمسافر "المستهلك" و ليس بالشيء، و المستهلك هو اي شخص طبيعي يرتبط مع الناقل الجوي لغرض السفر أثناء تواجده في مرافق المطار.^٣ و يتم إثبات عقد النقل الجوي المبرم بين المسافر "المستهلك" و الناقل الجوي بواسطة تذكرة السفر،^٤ و سواء كانت هذه التذكرة ورقية او الكترونية^٥.

٣- المدين بهذا الالتزام هو الناقل الجوي؛ و هذا يعني أن الالتزام بالرعاية مفروض على الناقلين الجويين و ليس على غيرهم من الناقلين

1. د. محمد فريد العريني: القانون الجوي - النقل الجوي، المرجع السابق، ص ٤٣، وكذلك د. أحمد بن ابراهيم الشيخ: المرجع السابق، ص ١١١ وما بعدها.
2. و جدير بالذكر هنا انه ببدء تنفيذ عقد النقل الجوي، يدخل الطرفان ضمن نطاق أحكام الاتفاقيات الدولية و ليس احكام القانون الوطني، حتى لا يحصل تعارض بين الاحكام، و مثال ذلك ما اورده اللائحة التنفيذية لحماية المستهلك في المملكة العربية السعودية في مادتها الخامسة والتي تحدد فيها نطاق تطبيق تلك اللائحة، عندما نصت في فقرتها الاولى على أن تنطبق احكام هذه اللائحة على ١- كل نقل جوي داخلي او دولي للأشخاص او الامتعة او البضائع في الرحلات القادمة الى المملكة او المغادرة منها، فيما لا يتعارض مع احكام المعاهدات الدولية المصادق عليها من قبل المملكة...".
3. قارن مع المادة الاولى من اللائحة التنفيذية لحماية المستهلك في المملكة العربية السعودية.
4. و لمزيد في تذكرة السفر و مندرجاتها ينظر: د. محمد فريد العريني، القانون الجوي - النقل الجوي، المرجع السابق، ص ٤٩.
5. ينظر المادة ٣ بفقرتيها ١ و ٢ من اتفاقية مونتيريال، و تمارن مع المادة ٢ / ومن اللائحة الاوربية، و للمزيد في ذلك ينظر: د. محمود احمد الكندري: النظام القانوني للنقل الجوي، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت ٢٠٠٠، ص ٧١ و ما بعدها.

مثل الناقلين البحريين او البريين ، هذا من جهة ، و من جهة اخرى ؛ فان الناقل الجوي هو اي جهة طبيعية او معنوية تحترف النقل الجوي وتعمل على أساس تجاري في قطاع النقل الجوي¹.

المبحث الثاني

نطاق الالتزام برعاية المسافر

لما كانت الاتفاقيات الدولية تحدد النطاق الزمني والمكاني لتطبيقها ، و ذلك وفق معايير محددة ، و خصوصا في حالي التزام الناقل الجوي بضمان سلامة المسافر ، و مسؤولية الناقل الجوي عن التأخير ، و تحاول تلك المعاهدات ان تضع حدا فاصلا لتطبيقها حتى لا تتداخل في التطبيق مع القوانين الوطنية ، و بالتالي يمكن ان يحصل التعارض فيما بينها ، و هذا امر غير محمود في الغالب ، لأنه يمكن ان يحدث تنازعا في الاختصاص القانوني او يؤدي على الاقل الى إرباك في العمل ، و بالتالي لا بد من بيان نطاق تطبيق الالتزام بالرعاية عن طريق بيان موقف الاتفاقيات الدولية من نطاق تطبيق الالتزام بضمان سلامة المسافر ، و نطاق مسؤولية الناقل الجوي عن التأخير ، لأن ما يخرج عن هذه الحدود سيكون مجالا لتطبيق الالتزام بالرعاية ، و ذلك ما سنتناوله في مطلبين كالآتي :

المطلب الأول

التداخل بين الالتزام بالرعاية و ضمان السلامة

ضمان السلامة هو التزام فرضته تطورات الحياة الاقتصادية خلال القرن التاسع عشر ، أثير ابتداء في عقد النقل حيث كان القضاء الفرنسي يطبق أحكام المسؤولية التقصيرية عندما يصاب احد الركاب أثناء عملية نقله ، و ترفض التسليم بوجود التزام تعاقدي بضمان سلامة الأشخاص ، حيث ذهبت الى ان الراكب يملك حرية الحركة - عند ركوبه لأية وسيلة من وسائل النقل البري او البحري او الجوي - بعكس

1. اعتبرت المادة 5 الفقرة تاسعا من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ النقل الجوي عملا تجاريا.

الأشياء، وإذا ما أصيب الراكب بأي حادث، فإنه لا يستطيع إلا اللجوء إلى قواعد المسؤولية التقصيرية بإثبات خطأ الناقل و حدوث الضرر نتيجة له.¹

و عندما اقر القضاء الفرنسي بالصعوبة التي يواجهها المضرور في إثبات الخطأ الذي تسبب بإلحاق الضرر به، و من ثم صعوبة الحصول على التعويض، لجأ إلى مختلف الوسائل التي تسهل للمضرور امر الحصول على التعويض، و منذ عام ١٩١١م بدأت محكمة النقض الفرنسية التأكيد على وجود التزام بضمان سلامة الراكب، فإذا ما أصيب بأية أضرار أثناء عملية نقله، يعد ذلك إخلالا بالالتزام الناشئ عن عقد النقل نفسه²، حيث تنهض نتيجة له المسؤولية العقدية.³

و هذا الضمان يرجع إلى أن التزام الناقل هو التزام بنتيجة مفاده إيصال الراكب إلى جهة الوصول سليما معافى، فإذا ما أصيب الراكب خلال عملية النقل فإن ذلك يؤدي إلى قيام مسؤولية الناقل، و من ثم إلزامه بتعويض الراكب على أساس إخلاله بضمان سلامة الراكب.⁴

و بدون هذا الالتزام لكان الناقل يحتاج بتنفيذه لالتزامه بنقل المسافر و إيصاله إلى جهة الوصول، حتى و ان كان الأخير مصابا بجروح او جثة هامة.⁵

1. لمزيد في ذلك ينظر؛ د. حسين عامر: المسؤولية التقصيرية و العقدية، ط١، مطبعة مصر، ١٩٥٦، ص١٠٧.

2. في حين ان الالتزام بضمان السلامة في الولايات المتحدة الامريكية من النظام العام.
3. Stark (B) , Roland (H) et Boyer (L): Les obligations , 2 , contracté , 1993 , p – 255.

4. انظر قرار محكمة النقض الفرنسية في ٢١ / ١١ / ١٩١١، اشارة اليه د. محمود جمال الدين زكي: مشكلات المسؤولية المدنية، ج ١، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨، ص ٢٣٤. و من ثم طبقت المحاكم الفرنسية هذا الالتزام على كافة عقود النقل و أخذ هذا الالتزام ينتشر تطبيقه في دول اخرى غير فرنسا، و أخذت به التشريعات و منها قانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ في المادة ١٠ منه و المادة ١١، لمزيد ينظر د. حسن علي الذنون: المبسوط في المسؤولية المدنية، الضرر، شركة التاميس للطباعة و النشر، بغداد ١٩٩١، ص ١١٢.

5. د. محمد علي عمران: الالتزام بضمان السلامة و تطبيقاته في بعض العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٠، ص ١٩٨.

و الالتزام بضمان سلامة المسافر في عقد النقل الجوي هو التزام بنتيجة^١، و القول بخلاف ذلك يهدر كل الجهود المبذولة من قبل الفقه و القضاء، بصدد توفير اكبر قدر من العناية و الاطمئنان للطرف الضعيف، و هو المسافر، و بذلك لا يستطيع الناقل التخلص من المسؤولية، الا اذا اثبتت القوة القاهرة او خطأ الغير او خطأ المسافر^٢.

و أضحي التزام الناقل الجوي بضمان سلامة المسافر التزاما مفروضاً على الناقل، تتعقد مسؤوليته اذا ما اخل بهذا الالتزام، و هذا ما أكدته اتفاقية مونتريال ١٩٩٩ في المادة ١٧ منها عندما نصت على انه " يكون الناقل مسؤولاً عن الضرر الذي ينشأ في حالة وفاة الراكب او تعرضه لإصابة جسدية، بشرط ان تكون الحادثة قد وقعت فقط على متن الطائرة او أثناء أية عملية من عمليات صعود الراكب او نزولهم"^٣، و على ذلك يكون الناقل الجوي قد اخل بالتزامه بضمان سلامة الراكب بشرط ان يكون الإخلال قد نشأ عن حادث^٤، و ان يكون الحادث قد وقع أثناء وجود الراكب على متن الطائرة أو أثناء اية عملية من

١. ذهب بعض الفقه الفرنسي و منه الفقيهان دييوا و سافاتييه الى ان الالتزام بضمان سلامة المسافر هو مجرد التزام ببذل عناية و هو اتخاذ العناية اللازمة لتجنب المساس بسلامة المسافر، لمزيد في ذلك ينظر د. محمود جمال الدين زكي: المشكلات...، المرجع السابق، ص ٢٣٩، و د. حسن علي الذنون: المبسوط، المرجع السابق، ص ١١١.

٢. ينظر حكم محكمة استئناف باريس في ١٩ / ١١ / ١٩٣٤، و حكم محكمة كولمار في ١٩٦٠ / ١١ / ٤، و كذلك حكم محكمة النقض المصرية في ٢٦ / ٤ / ١٩٦٢ مجموعة احكام النقض، السنة ١٣ رقم ٧٩، ص ٥٢٢، للتفصيل في تلك الاحكام وغيرها ينظر د. عبد الرزاق أحمد السهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان ٢٠٠٠، ص ٧٣٧ هـ ١ و ص ٧٣٩ هـ ٣، وكذلك د. محمود جمال الدين زكي: المشكلات، المرجع السابق، ص ٢٣٩، و د. حسين عامر: المسؤولية، المرجع السابق، ص ١٠٨، و د. حسن الذنون: المبسوط، المرجع السابق، ص ١١١، و اتجهت بعض التشريعات الى ذلك ايضا منها نص المادة ١٠ من قانون النقل العراقي.

٣. و قد نصت المادة ٣٣٥ من قانون المعاملات التجارية الاماراتي على ان " يكون الناقل مسؤولاً عن الاضرار التي تحدث نتيجة لوفاة او جرح اي راكب، أو أي ضرر بدني يتعرض له أي من الركاب أثناء النقل الجوي، او أثناء العمليات الخاصة بصعوده أو نزوله من الطائرة.

٤. تبين اتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩ الحادث في المادة ١٧ منها بأنه " كل ما يعرض الراكب للموت او الإصابة بجروح " و هذا الموقف امتداد لموقف اتفاقية وارسو من الحادث عندما غرقت بالمادة ١٧ منها " ما يتسبب في اضرار " و كلا الاتفاقيتين تحتلان مفهوم الحادث في الاسباب و ليس في الواقعة ذاتها الى الموت او الإصابة بجروح...، لتفصيل ينظر د. أحمد بن ابراهيم الشيخ: المرجع السابق، ص ٢٤٧ و ما بعدها.

عمليات الصعود او النزول من الطائرة^١ ، و أن يترتب على الحادث
ضرر.^٢

1. و حيث أن الاتفاقية اشترطت ان يقع الحادث على متن الطائرة أو اثناء أية عملية من عمليات الصعود أو النزول ، و ظاهر النص يوحي بأن الحادث يجب ان يقع في وقت ما عندما يهيم الراكب لركوب الطائرة أو النزول منها، لكن بعض الفقه يذهب الى تفسير هذا النص الى مدى زمني و مكاني ابعده من ذلك، بحجة ان الاتفاقية اغفلت تحديد معنى الصعود و الهبوط من الطائرة، و بذلك فانه يجب تفسير هذا النص حسب الغاية التي دعت الى اقرار الالتزام بضمان السلامة، و هي حماية جمهور الركاب من مخاطر الطيران، لذلك نستطيع القول بان الالتزام بضمان السلامة لا يبدأ الا بعد اللحظة التي غادر فيها الركاب تحت امرة الناقل الجوي او احد تابعيه القاعدة المخصصة لتجمع الركاب بمطار القيام للتوجه الى الطائرة، و يستمر ذلك الالتزام طوال المدة التي يتواجد فيها الراكب على متن الطائرة، و لا ينتهي الا لحظة تخلص الراكب من وصاية الناقل الجوي أو احد تابعيه، و ذلك بدخوله مباني مطار الوصول - و هو نفس موقف المشرع العراقي في قانون النقل رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ في المادة ١٢٧ منه، و هذا الرأي مرده الى ان الراكب طوال هذه المدة هو معرض لمخاطر الطيران او امكانية تعرضه لحادث ما متوقعة طيلة هذه المرحلة، لذلك يجب ان يسري الالتزام بضمان السلامة و ان يبقى قائما طوال هذه الفترة... و هذا يعني ان المعيار المستخدم هنا هو معيار مكاني يقوم على اعتبارين هما:

١- ان الناقل بدأ بتنفيذ عقد النقل الجوي عندما يضع الراكب نفسه تحت وصاية الناقل او احد تابعيه.

٢- وجود الراكب في مكان تحف به مخاطر الطيران و النقل الجوي.

و هنا نلاحظ عدم تطابق الفترة التي تتم فيها عمليات الصعود و الهبوط وفقا للمعيار المكاني مع فترة تنفيذ عقد النقل الجوي، و لكنها تعتبر احد مراحلها، فبينما تبدأ فترة تنفيذ العقد منذ اللحظة التي يضع الراكب نفسه تحت امرة الناقل او احد تابعيه و تنتهي بتخلصه من تلك الوصاية، فانه بمقابل ذلك تقتصر عمليات الصعود او الهبوط على الفترة التي يوجد فيها الراكب تحت إمرة الناقل او احد تابعيه في مكان تحف به مخاطر الملاحة الجوية و تنتهي بزوال تلك المخاطر، لمزيد في ذلك الرأي و غيره ينظر؛ أحمد بن ابراهيم الشيخ: المرجع السابق، ص ٢٧٩ و ما بعدها.

2. و الضرر المقصود هنا؛ هو الضرر الجسدي الذي يصيب أحد الركاب من قبيل الوفاة أو الجرح الجسدي (bodily injury) دون الضرر النفسي (mental injury)، و ذلك حسب نص المادة ١٧/١ من اتفاقية مونتريال، و هذا النص يطابق نص المادة ١٧ من معاهدة وارسو ١٩٢٩، لمزيد ينظر د. أحمد بن علي الشيخ: المرجع السابق، ص ٢٩٩.

المطلب الثاني

التداخل بين الرعايا والمسؤولية عن التأخير

تقيم اتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩ مسؤولية الناقل عن أضرار التأخير في نقل الركاب أو الأمتعة أو البضائع بطريق الجو، حيث تقرر في المادة ١٩ منها بأن " يكون الناقل مسؤولاً عن الضرر الذي ينشأ عن التأخير في نقل اركاب او الأمتعة او البضائع بطريق الجو، غير ان الناقل لا يكون مسؤولاً عن الضرر الذي ينشأ عن التأخير اذا اثبت انه اتخذ هو و تابعوه ووكلاؤه كافة التدابير المعقولة اللازمة لتفادي الضرر، او انه استحال عليه او عليهم اتخاذ مثل هذه التدابير^١.

و الاتفاقية لا تحدد معنى التأخير المقصود الذي يدخل ضمن نطاقها والذي يقيم مسؤولية الناقل الجوي، وتلجأ شركات النقل في الغالب الى ذكر بند نموذجي في تذكرة السفر مفاده؛ ان الناقل يبذل أقصى ما لديه من اجل ضمان نقل الركاب و الأمتعة دون تأخير، و الأوقات المذكورة في لائحة مواعيد السفر او في اي مكان اخر لا تعتبر مواعيد مضمونة و لا تدخل ضمن العقد،^٢ و يذهب القضاء الأمريكي على ان هذا البند يعد لاغياً في حالات التأخير الكبير أو غير المعقول^٣، وذلك رغم الشروط التي تعفي الناقل من المسؤولية طبقاً لإجراءات النقل^٤.

1. وهذا النص هو امتداد لما اقرته اتفاقية وارسو ١٩٢٩ في المادة ١٩ منها عندما نصت على ان " يكون الناقل مسؤولاً عن الضرر الذي ينشأ عن التأخير في نقل الركاب او الأمتعة أو البضائع بطريق الجو".

2. مثل الشروط التي تضعها شركات النقل الجوي و التي تحاول فيها التملص من المسؤولية عن التأخير الذي يحصل في الرحلات الجوية، و هي مطابقة للشروط العامة التي يصدرها اتحاد النقل اجوي الدولي الاياتا، لمزيد ينظر د. أحمد بن علي الشيخ: المرجع السابق، ص ٣٧٩.

3. Kreindler – Blanca (S) and Rodriguez (I): Aviation accident law "liability of airlines in international carriage. 1929 Warsaw convention and 1999 Montreal convention. vol 1 Des , 2003, lexis nexis San Francisco , USA, p- 10 etc.

4. ينظر قضية: Filion ضد suntours lee المنظورة أمام محكمة كيويك في كندا المذكورة لدى:

- Malcom (A): Contract of carriage by air , British library London , 2002 , UK , p -127.

و يعتبر تأخيرا يتحمل الناقل المسؤولية عنه وفق أحكام اتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩ في مادتها ١٩ ، مجاوزة الميعاد المحدد للوصول اذا وجد اتفاق على هذا التحديد أو المجاوزة غير العادية للميعاد المعقول في حالة عدم الاتفاق على فترة النقل ، و بذلك يكون التأخير الذي يقع ضمن نطاق الاتفاقية هو التأخير الحاصل ما بين إقلاع الطائرة من مكان القيام و مكان الهبوط في مطار الوصول ، و بالتالي لا تقوم مسؤولية الناقل الجوي عن التأخير الذي يحدث قبل فترة الصعود الى الطائرة و بعد النزول منها وفق الاتفاقيات الدولية ، و إنما تخضع للقوانين و اللوائح الوطنية في المطار الذي حصل فيه التأخير، حيث نرى ان المعيار الذي يجب اعتماده لتحديد التأخير الخاص لأحكام الاتفاقية هو معيار زمني يتحدد بالمكان الذي يتواجد فيه الراكب ، ويمكن الاستناد الى معيار قيام الالتزام بالسلامة ليطبق هنا و ذلك لاتحاد الحالتين في العلة و الغاية ، حيث نصت المادة ١٧ من هذه الاتفاقية إلى أن " يكون الناقل مسؤولا عن الضرر الذي ينشأ في حالة وفاة الراكب او تعرضه لإصابة جسدية بشرط ان تكون الحادثة قد وقعت فقط على متن الطائرة او أثناء أية عملية من عمليات صعود الركاب او نزولهم " ولما كانت المادة ١٩ قد أوردت عبارة " بطريق الجو " فان اي تفسير لها لا يخرجها عن الإطار الزمني و المكاني الذي حددته المادة ١٧ عندما حددت وقت و مكان بدء و انتهاء التزام الناقل بضمان سلامة الراكب.

فإذا توجه الراكب الذي حصل على تذكرة سفر مؤكدة الى المطار و فوجئ بعدم قبول الناقل له بسبب الحجز الفائض bumping فلا يخضع الناقل للمسؤولية بموجب الاتفاقية ، لأن عقد النقل لم ينفذ بعد ، و إنما يخضع الى إجراءات القانون الوطني.^١

1. ينظر قضية: Mexican Airlines ضد Wolgel حيث رأت المحكمة ان الدعوى تعتبر خارج إطار الاتفاقية لأن المدعي طالب التعويض على اساس bumping ينظر:

- Kreindler – Blanca and Rodriguez: op cit , p- 10 etc.

وعليه يلتزم الناقل الجوي برعاية الراكب، في الحالات التي يحددها القانون الوطني، او في الأحوال التي لا تطبق فيها أحكام الاتفاقيات الدولية، فإذا وضع المسافر نفسه تحت إشراف الناقل وتوجيهه في المطار او في احد مرافق المطار مثلا ثم أقفلت الطائرة متأخرة عن الميعاد المحدد لإقلاعها، ولو كانت فترة الطيران ذاتها لم تتغير، او إذا هبطت في محطة لم تكن مقررة و لو كانت الطائرة قد أقفلت بالميعاد، او أي حالة تخرج عن نطاق تطبيق الاتفاقية الدولية، فان الناقل الجوي يلزم بالرعاية المقررة للمسافر وفق القانون الوطني الذي يسري في المطار الموجود فيه المسافر، لأن المسؤولية عن التأخير تخضع لأحكام الاتفاقية، أما الالتزام بالرعاية فيخضع لأحكام القوانين واللوائح الوطنية التي تطبق في المطار الذي يوجد فيه المسافر.

و جدير بالذكر هنا؛ إن مسؤولية الناقل الجوي عن التأخير لا تنشأ ما لم يقم عنصر الضرر فيها، لأن مجرد التأخير لا يقيم المسؤولية، و التأخير على الرأي الغالب لا يعد ضررا بمحد ذاته، و إن كان يصلح لأن يكون مصدرا لهذا الضرر، و يلزم أن تتوفر علاقة السببية بين الضرر و التأخير، طبقا للقواعد العامة في المسؤولية، بأن يكون الضرر ناشئا عن التأخير، و مثال ذلك إذا كان من شأن التأخير حرمان المسافر من الاشتراك في الحفل الافتتاحي للمؤتمر العلمي الذي دعي له، ان يعد ضررا يحمل الناقل المسؤولية، فلا يعد حصول نفس الفرض ضررا إذا كان المؤتمر العلمي قد تقرر إلغاؤه¹.

و الأضرار المترتبة على التأخير بموجب أحكام الاتفاقية غير محددة النوع، حيث لم تحدد نوع الأضرار التي يجوز السماح بها في حالة التأخير و لم تحدد الأضرار التي يجوز التعويض عنها، لذا يتم تحديد هذه

1. ينظر عبد الفضيل محمد احمد: القانون الجوي الخاص، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٩، ص ٣٣٨ و ٣٣٩.

الأضرار عن طريق القانون المحلي ، فهي مسألة غير محددة يعهد أمرها الى القانون الوطني للمحكمة التي يرفع أمامها النزاع.¹

المبحث الثالث

اساس التزام الناقل الجوي بالرعاية

واجب الرعاية يفرض على الناقل الجوي القيام بعمل مفاده رعاية المسافر والعناية به وتقديم خدمات مباشرة له ، وبذلك يكون التزاما ايجابيا من قبيل الالتزام بنتيجة وليس الالتزام ببذل عناية او وسيلة ، فهل يجد هذا الالتزام اساسه في العقد المبرم بين المسافر والناقل ، أو أن اساسه يكمن في القانون مباشرة ؟ أي أن المشرع فرضه مباشرة و الزم به الناقل الجوي دون حاجة المسافر الى إقامة الدليل على وجوده.

وعلى ذلك فإننا سنحاول البحث في الأساس العقدي لواجب الرعاية ، ثم نبحث في القانون كأساس لواجب الرعاية في مطلبين كالآتي :

المطلب الاول

الأساس العقدي للالتزام بالرعاية

عقد النقل الجوي ، من عقود الاذعان ، لأنه عقد معد سلفا من قبل الناقل الجوي وينفرد فيه بتحديد شروط النقل ومنها الوقت المحدد له ، ولا شك ان الناقل في ذلك هو الطرف الاقوى في المعادلة العقدية ، لذلك يأخذ عقد النقل صفة عقود الاذعان ،² لأن دور المسافر فيه التسليم

1. Malcom and Clark: op cit , p – 120 etc.

2. وهذا ما يذهب اليه اغلب الفقه العربي ، ينظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، ٢٠٠٠ ، ص ٢٤٤ وما بعدها ، و د. احمد بن ابراهيم الشيخ : المرجع السابق ، ص ١١٥ ، و د. محمد فريد العربي : القانون الجوي - النقل الجوي ، الدار الجامعية ، الاسكندرية ، بدون سنة نشر ، ص ٤٤ و د. محمد فريد العربي و د. هاني محمد دويدار : قانون الطيران التجاري في ضوء القانون اللبناني و الاتفاقيات الدولية ، دار النهضة العربية - بيروت ١٩٩٥ ، ص ٩٢ ، و د. عدلي امير خالد : احكام دعوى مسؤولية الناقل الجوي : منشأة المعارف بالاسكندرية ٢٠٠٧ ، ص ١٧ .

بما ورد فيه من بنود دون مناقشتها ، و غالبا ما يضمن الناقلون الجويون بندا عقديا ؛ يتضمن عدم مسؤولية الناقل عن اي تأخير يحصل خلاف الاوقات المبينة في تذكرة السفر، حيث جاء في تذاكر السفر الخاصة ببعض الشركات الاعضاء في اتحاد النقل الجوي الدولي "I.A.T.A" ما نصه " الاوقات المبينة في جداول المواعيد ليست مؤكدة - تقريبية ، و لا تشكل جزءا من العقد ، و ان جداول السفر خاضعة للتغيير دون اشعار ، كما ان من حق الناقل - اذا اقتضت الظروف - الغاء الرحلة او إنهائها او تحويل مسارها او إرجاؤها او تأخيرها بدون اخطار "٢.

لكن يمكن النظر إليه من زاوية اخرى ؛ فإذا قلنا بان أساس هذا الواجب هو اتفاق الناقل و المسافر فحسب ، و كان هذا الاتفاق متضمنا لمثل هذا الشرط او مقاربا له ، فهل نستطيع بعد ذلك ان نقول ان هذا الناقل ملزم برعاية المسافر ؟ سيما و ان هذا الناقل حاول اخلاء مسؤوليته ، بوعي المسافر أو بدون وعيه.

1. وقد أنشأت شركات الطيران الاوربية عام ١٩١٩ ثم انضمت إليه كافة شركات الطيران التجاري في العالم ، ويهدف الى تطوير صناعة النقل الجوي و تشجيعه و التعاون مع المنظمة الدولية للطيران المدني في هذا المجال ، وقد وضع هذا الاتحاد شروطا لعقد النقل الجوي و الزمت شركات الطيران بإدراجها في تذاكر السفر ، وتعد هذه الشروط نافذة و ملزمة للأطراف شرط ان لا يتعارض تطبيقها مع نص صريح من القوانين الداخلية للأطراف ، او الاتفاقيات الدولية.

2. و جاء أيضا في تذكرة شركة سما شرط نصه " يجوز لنا في اي وقت بعد القيام بالحجز تغيير جداولنا الزمنية و/أو الغاء أو انتهاء أو تحويل أو تأجيل أو تأخير أي رحلة نرى وفقا لتقديرنا المعقول ، و ان ذلك له ما يبرره من ظروف خارجة عن ارادتنا و سيطرتنا و / أو أنه تم لأسباب تتعلق بالسلامة أو الامن أو غيرها من المتطلبات و الدواعي التشغيلية او التجارية " و قد أوردت الخطوط الجوية السعودية في تذاكرها الدولية ما نصه " يتعهد الناقل ببذل أفضل الجهود لنقل الراكب و الامتعة بسرعة معقولة ، و الاوقات المبينة في جداول المواعيد أو في اماكن اخرى ليست مؤكدة ، و لا تشكل جزءا من هذا العقد ، و يحق للناقل دون اشعار ان يستبدل الناقلين او الطائرة ، و يحق له ان يعدل أو يحذف أماكن التوقف المبينة على التذكرة في حال الضرورة ، و الجداول خاضعة للتغيير دون اشعار ، و الناقل لا يتحمل مسؤولية اللحاق بالرحلات المتابعة.

هنا نقول؛ و بغض النظر عن مشروعية او عدم مشروعية هذا البند¹، ان الناقل الجوي لا يستطيع الافلات من واجب الرعاية الذي تلزم به في مواجهة المسافرين، اذا ما تحققت احواله، و ذلك لأن المقصود هنا هو الافلات من المسؤولية المقررة وفق الاتفاقيات الدولية²، و الاخيرة يبدأ نطاق تطبيقها حين تنفيذ عقد النقل، و لما كان الشرط ينص على ان البنود ليست جزءا من العقد و بالتالي فان تنفيذها من عدمه ليس من اختصاص الاتفاقيات الدولية و انما من اختصاص القانون الوطني، فاذا اقر القانون الوطني واجب الرعاية يكون الناقل مسؤولا عنه، و الا يفقد هذا الالتزام اية قيمة له.

فالمسافر عندما يتعاقد مع الناقل الجوي لغرض السفر جوا لا يكلف نفسه قراءة او تدقيق بنود و شروط مذكرة السفر في الغالب، و لا يلاحظ هذا الشرط المطبوع و لا يعير له بالا، فكل همّه هو السفر و التوقيتات المبيّنة له في تذكرة السفر أو لائحة المواعيد، فضلا عن المسائل التي يبغى المسافر قضائتها من وراء السفر.

1 يذهب بعض الفقه الى ان هذا البند غير مشروع أصلا و لا يعد نافذا بحق المستهلك، و السبب هو:

1- ان هذا الشرط يتنافى مع نص المادة ٢٦ من اتفاقية مونتريال ١٩٩٩ التي تقرر بطلان كل شرط يؤدي الى اعفاء الناقل من مسؤوليته أو ان يخفف منها. ٢- تعارضه مع صريح المادة ١٩ من اتفاقية مونتريال التي تقرر مسؤولية الناقل عن التأخير، و هذا النص امتداد لما اقرته اتفاقية وارسو ١٩٢٩ في المادة ٢٣ منها. ٣- ان قبول مثل هكذا شرط يجعل من التزام الناقل التزاما بوسيلة اي ببذل عناية، و ذلك خلاف ما متعارف عليه من ان التزامه هو التزام بنتيجة، و هذا ما أشارت عليه اتفاقية مونتريال من إقامة مسؤولية الناقل بمجرد عدم تحقق النتيجة و هي السفر في الموعد المتفق عليه. د. عارف بن صالح العلي: مسؤولية الناقل الجوي عن التأخير في نقل المسافرين - دراسة مقارنة، بحث محكم منشور في مجلة العدل العدد ٤٥ في مجرم ١٤٣١هـ، ص ٥٣ وما بعدها.

2. لذلك يذهب القضاء في فرنسا الى بطلان شرط الاعفاء من المسؤولية في حالة التأخير بالاستناد الى أحكام الاتفاقيات الدولية، ينظر:

- Cass civ: 1 jun 1997, 95-12221,4/418,143,d.1998, B. j c p. 1998, 10076. Et j p Tossi Dalloz, cabrillac et L, 1999, ec, p- 323

لأنه بدون هذا النظر تثار أمامنا تساؤلات من الصعوبة بمكان تجاهلها أو غض الطرف عنها، فأين هو حسن النية في تنفيذ العقود وأين هو مبدأ التعاون الذي يوجب عدم ترك المسافر يعاني ما يعانيه في المطارات أو صالات الانتظار أو حتى في الطائرة نفسها أو تجعله يتحمل جهدا ووقتا إضافيين، وهو الذي عمد إلى اختيار النقل الجوي كوسيلة سريعة وفعالة وأمنة لقضاء حاجته وإتمام مصالحه؟

المطلب الثاني

القانون أساس الالتزام بالرعاية

إن الالتزام بالرعاية التزام فرضه المشرع الوطني على الناقلين الجويين بقوة القانون، وهذا الالتزام تكفل القانون به؛ وذلك من حيث إقراره وبيان مضمونه وتحديد حالات الإغفاء منه، والسبب في ذلك كما نرى يرجع الى اعتبارات كثيرة؛ منها:

١- مراعاة حال المستهلك المتمثل بالمسافر الذي يتعاقد مع الناقل الجوي لنقله جوا عن طريق الطائرات مقابل اجر، و حماية له من تعسف الناقل الجوي الذي يسخر قوته الاقتصادية في سبيل الانتقاص من حقوق المسافر.

٢- استناد القوانين و اللوائح المنظمة لهذا الالتزام على المبادئ القانونية الدولية المقررة وفق المعاهدات الدولية و التي فرضت نوع من الموازنة بين التزامات الناقلين الجويين و حقوق المستهلك^١، و أخذت بنظر الاعتبار ان الطرف الاخير هو الطرف الضعيف في المعادلة، حتى لا يضطر الى ان يتحمل مشاق اضافية في الانتظار الطويل أو الغاء الحجز او البقاء فترات طويلة في مسار غير متفق عليه، فضلا عن مشقة السفر التي

1. فقد ورد مثلا في الديباجة الخاصة باتفاقية مونتريال عام ١٩٩٩ ما نصه " وإدراكا منها - اي الدول الأطراف في هذه الاتفاقية - لأهمية تأمين حرية مصالح المستهلكين في النقل الجوي الدولي... و اقتناعا منها بأن اتخاذ التدابير الجماعية من قبل الدول لتحقيق مزيد من التوافق لبعض القواعد التي تحكم النقل الجوي الدولي من خلال اتفاقية جديدة هو الوسيلة الأكثر ملائمة لتحقيق توازن عادل بين المصالح.

يعاني منها أصلاً، و مثال ذلك ما جاء في أسباب إقرار لائحة
المفوضية الأوروبية^١ التي تنص على أن:

"١- ان الاجراء الذي اتخذته الجماعة في مجال النقل الجوي
الدولي، يهدف الى ضمان مستوى عالي من الحماية للركاب فضلاً على
ان تؤخذ بعين الاعتبار متطلبات المستهلكين التي يستحقونها.

٢- ان نفي الرحلات وإلغائها وتأخير الرحلات الجوية الطويلة
يسبب متاعب جمّة وإزعاجاً للركاب.

٣- ينبغي للجماعة - الدول الأوروبية - رفع معايير الحماية التي
وضعتها هذه اللائحة لتعزيز حقوق المسافرين و ضمان ان تعمل شركات
النقل الجوي في ظل ظروف منسقة في ظل اجواء تحرير السوق".^٢

من هنا يتضح ان توجه كثير من دول العالم الآن، وسواء على
مستوى الاتفاقيات الدولية او الاتفاقيات الاقليمية او حتى القوانين و
اللوائح الوطنية تتجه الى حماية المستهلك بقوة القانون، عندما أقرت
واجب الرعاية، فإذا أردنا أن نستشرف هذا الواجب و نعاين أبعاده و
مدياته؛ فيجب ان ننظر الى النصوص القانونية التي نظمته، و بالتالي
ليس هناك من دور للارادة في ظهوره و الالتزام به، سواء ارادة الناقل او
إرادة المستهلك.

لكن بنفس الوقت لا يوجد هذا الالتزام ما لم يوجد اتفاق صحيح
بين الناقل و المسافر، و أن يكون هذا الناقل ناقلاً جويًا، و ان تتحقق
الحالات التي فرضها القانون للرعاية، و هي:

1 . و الصادرة عن برلمان الاتحاد الأوربي ذي العدد ٢٦١/٢٠٠٤، في ١١ فبراير ٢٠٠٤
سابقة الذكر.

2. و نعتقد ان ما دفع هيئة الطيران المدني في المملكة العربية السعودية الى إصدار اللائحة
التنفيذية لحماية المستهلك هي نفس هذه الاعتبارات، بالاضافة الى شعورها بأهمية
وجود مثل هكذا قواعد، لما تشهده مطارات المملكة من زحام شديد بالمسافرين و
الرحلات من كل دول العالم تقريباً اثناء موسم الحج، أما بالنسبة لتشي شركة طيران
الخليج لنظام اللائحة الأوروبية في عملها، و في ذلك رغبة أكيدة في توفير حماية اكبر
للمستهلك.

- ١- تأخر الرحلة الجوية.
- ٢- إلغاء الرحلة الجوية.
- ٣- نفي الصعود بسبب الحجز الفائض.
- ٤- رعاية ذوي الاحتياجات الخاصة.

و يرجع قولنا بهذا الرأي الى النظر الى الاعتبارات التي دعت
المشرعين في دول الاتحاد الاوربي او في المملكة العربية السعودية مثلا الى
اقرار هذا الواجب، ونرى ان هذه الاعتبارات ترجع الى مبادئ العدالة و
التعاون الذي يجب ان يقدم من الناقل في مواجهة الناقل و اعتبارات
أخلاقية تفرضها ضرورات الواقع العملي، و لتفصيل ذلك نقول:

انه ليس من العدالة ان لا نحقق التوازن بين مصلحتين هما؛
مصلحة للمسافر و الاخرى للناقل الجوي، صحيح أنهما متعارضتين
لكنهما جديرتين بالاهتمام كليهما، فالمسافر طرف ضعيف لا يستطيع ان
ينهض بكافة أعباء السفر خصوصا الإضافية منها، خاصة عندما يكون في
ظروف لا يستطيع معها ان يتدارك ما يصيبه من اعباء مضافة، قد تكون
خارج حسابه و توقعاته او تكون فوق حدود قدراته الاقتصادية و المالية.
اما مصلحة الناقل فيجب ان تراعى أيضا بعدم إثقال كاهله
بفروض إضافية فضلا عن الاعباء الأساسية التي يضطلع بها في نطاق
عمله، لأن ذلك سيؤدي حتما الى شل روح الابداع لديه و التهرب من
الاستثمار في قطاع النقل الجوي، مما ينعكس سلبا على تنمية و تطور هذا
القطاع بشكل عام.

لذلك فان الموازنة بين هاتين المصلحتين تلمي علينا ان نقول، بأن
حصول المسافر على الرعاية كالتزام على الناقل ليس مرتبطا بالضرر
بشكل قاطع، و انما مرتبط بترجيح " بسيط " لمصلحة المستهلك " المسافر "
و هو بنفس الوقت يشكل برأينا دافعا للناقل الجوي من زوايا متعددة:

الأولى: حث الناقل على الالتزام بالمواعيد و الجداول المقررة التي
ينفرد هو بتغطيتها ابتداء، و هو يتحمل تبعه الإخلال بها في حالة تحقق
هذا الإخلال^١، و يرجع ذلك إلى اعتبارات أخلاقية بالضرورة.

1. ينظر نص المادة الأولى الفقرة الرابعة من نص اللائحة الاوربية.

الثانية : و فيها مساعدة الناقل في التخلص من أعباء إضافية ،
تتمثل بتحملة المسؤولية عن أية أضرار يمكن ان تصيب المسافر من جراء
التأخير او إلغاء الرحلة ، خصوصا اذا ما تقررت مسؤوليته عن تلك
الحالات ، و التي تخضع أحكامها لنصوص الاتفاقيات الدولية و ليس
للقوانين الوطنية ، و لا يخفى ما يمكن ان يتحملة الناقل من أعباء مالية قد
تزيد أصلا عن تلك التي يتحملها بسبب رعايته للمسافر .

الثالثة : ثم ما ذنب المسافر الذي تجشم عناء الحضور في الموعد
المحدد و تحمل ساعات الانتظار الطويلة و العسيرة ليبلغ بعد ذلك بإلغاء
الرحلة أو تأجيلها ، و لا حول له و لا قوة الا التسليم بالأمر الواقع الذي
حصل ، فالعدالة و الضمير القانوني يدعوان إلى ان يتحمل هذا الناقل
جزءا من هذه التكاليف التي يتحملها هذا المسافر ، حين تكليف الناقل
برعاية المسافر ، خصوصا و ان اغلب الحالات التي تستوجب الرعاية هي
أصلا متحققة بسبب الناقل و ليس للمسافر دخل فيها .¹

من هنا نقول ان اساس الالتزام بالرعاية ، هو القانون الذي اقره و
حدد نطاقه ، و هو واجب التنفيذ من قبل الناقل عند تحقق حالاته ، و
سواء تم ذكره في العقد أو لم يذكر ، و سواء علم به المسافر او لم يعلم ، و
هو مستحق الاداء قانونا و دون المطالبة ، و انما هو تلقائي و مباشر
التنفيذ ، و لا يشترط لقيامه إصابة المسافر او التسبب بأضرار جسدية له .

من ذلك نستنتج ان الالتزام بالرعاية هو التزام من نوع خاص فهو
التزام اقل من الالتزام بنتيجة و أعلى من الالتزام ببذل عناية بسبب ان
هذا الالتزام يعد التزاما تبعا ، و هو لا يتحقق دائما ، فإذا قلنا انه التزام
بنتيجة فسيكون بمثابة الالتزام بالسلامة ، و لما كان الاخير يختلف عن
الالتزام بالرعاية فانه من الطبيعي ان لا يأخذ نفس الحكم المحدد له ،

1. و هنا نرى ان المفوضية الاوربية اعلنت في ٢٠٠٧/٤/٦ بأن ٧٠٪ من حالات التأخير و
إلغاء الرحلات يكون لأسباب متعلقة بشركات الطيران او بالمطارات... لمزيد يراجع
الموقع الالكتروني :

- <http://www.alittihad.co.ae/itemadd.phd?id=107012>

لذلك نجد انه لا ينهض الا في الاحوال التي حددها القانون و لا ينهض فيما دون ذلك.

أما بالنسبة لكونه اعلى من الالتزام ببذل عناية، فلأن هذا الالتزام لا يكون مفروضاً على الناقل بأن يستفرغ وسعه و يبذل عنايته بالقيام به، بغض النظر عن نتيجته، سواء تحققت او لم تتحقق، و انما هو التزام واضح، مقرر النوع و محدد المقدار، يلتزم به الناقل مباشرة حين ظهور الحالات التي تستدعي قيامه قانوناً و لا ينهض فيما دون ذلك، فضلاً عن ذلك فانه يمكن الاستعاضة عنه بالتعويض حسب ما تنص عليه اللوائح المقررة له.¹

المبحث الرابع

مضمون الالتزام بالرعاية

وستتناول بحث مضمون الالتزام بالرعاية حسب القوانين و اللوائح الوطنية الداخلية، و ذلك بتحديد الخدمات التي تطلب المشرع الوطني تقديمها و الواجبات التي فرض القانون على الناقل الجوي التقيّد بها، و ذلك لأن ما يخرج عن هذه الحدود يعد خارج نطاق تطبيق تلك اللوائح، بسبب خضوعها للاتفاقيات الدولية المنظمة لمسؤولية الناقل الجوي او التعويض المطلوب أداؤه من قبل الناقل الجوي، و لما كان مضمون هذا الالتزام قد حدده المشرع بحسب الحالة التي تستوجب الرعاية، عليه فإننا سنتناول تحديد مضمون هذا الالتزام بالنظر إلى كل حالة على حده في المطالب الآتية:

1. تنص الفقرة 4 المادة السابعة من اللائحة التنفيذية لحماية المستهلك في المملكة العربية السعودية على أنه " يمكن ان يكون التعويض في الحالتين الموضحتين في الفقرة (3) من هذه المادة - و التي تناولت حالة الغاء الرحلة بسبب ظروف آنية أثناء تواجد المستهلك في المطار - من خلال اصدار تذاكر سفر مفتوحة الوجهة مستحقة الاداء خلال عام من تاريخ اصدارها شريطة موافقة المستهلك على ذلك."

المطلب الأول

الالتزام بالرعاية في حالة تأخير الرحلات

و المقصود بالتأخير هنا ليس التأخير المنشئ لمسؤولية الناقل الجوي وفق الاتفاقيات الدولية، وإنما هو كل تأخير يخرج عن هذا النطاق، فليس الغاية من اقرار اللوائح الخاصة بالرعاية هو ان نجمع بين أحكام الاتفاقية و الواجبات المقررة في تلك القوانين و اللوائح الوطنية، و إنما يتحدد نطاق تطبيق كل واحدة بمجال لا تعمل فيه الأخرى¹، فلا يخفى ما يمكن ان يؤدي اليه هذا القول من إرهاب غير مبرر يمكن ان يصيب الناقل، فاذا كانت اتفاقية مونتريال المعقودة عام ١٩٩٩ مثلا يتحدد نطاق تطبيقها بموجب المادة ١٩ منها و التي تنص على " يكون الناقل مسؤولا عن الضرر الذي ينشأ عن التأخير في نقل الركاب أو الامتعة بطريق الجو...".

و بما ان المقصود بهذا التأخير، هو التأخير الحاصل في الوقت المحدد لتمام الرحلة و ليس التأخير الحاصل في وقت الإقلاع او انطلاق الرحلة الجوية، فانه بذلك يكون اي تأخير يمكن ان يخرج عن هذا النطاق هو التأخير الذي يدخل ضمن اطار تطبيق لوائح حماية المستهلك، و هنا لا بد من الإشارة الى مسائل في غاية الاهمية تتمثل بـ:

الاولى: ما أقره القضاء من معيار لتطبيق نطاق الاتفاقية الدولية سابقة الذكر، الا وهو معيار البدء بتنفيذ عقد النقل الجوي، و ذلك بأن يضع المسافر نفسه تحت إشراف و توجيه الناقل بأن تبدأ عملية الصعود

1. و هو ما ذهبت اليه محكمة النقض الفرنسية عندما قررت وضع قواعد اتفاقية وارسو جانبا عندما يثبت ان الضرر الذي اصاب المدعي قد وقع بعد الهبوط، و بالتالي خارج الفترة التي تغطيها هذه الاتفاقية، و ايدت بذلك حكم محكمة استئناف باريس الصادر في نوفمبر ١٩٩٦ بالاستناد الى احكام المادة ١١٤٧ من القانون المدني و ليس على اساس اتفاقية وارسو:

- Cass civ:12 nov 1996 gas pal 1-73,1997 G concl benas ,
RTD 2011, Dalloz n.1999.civ. p- 843.

الى الطائرة و الحال التي يكون فيها المسافر على متن الطائرة ، و أثناء نزول المسافر من الطائرة ¹ .

الثانية : يمكن ان يتحول الالتزام بالرعاية اذا ما تجاوز التأخير الى الحد المعقول الى نطاق تطبيق الاتفاقية ، اي انه يتحول من التزام بالرعاية خاضع لاحكام التشريع الوطني الى الالتزام بالمسؤولية خاضع لاحكام الاتفاقيات الدولية ² .

الثالثة : و يمكن ان نجد الالتزام بالرعاية قائما حتى حين تنفيذ عقد النقل ، مثلا حين تغيير مسار الرحلة أثناء قيامها ، او التأخير الذي يحصل عند تأخير إقلاع الطائرة بعد هبوطها في محطة أرضية لغرض إصلاح خلل او التزود بالوقود أو غيرها من الحالات و الفروض التي قد تضطر بها الطائرة من تغيير مسارها الجوي التأخير في الإقلاع مرة أخرى .

و تذهب لائحة الاتحاد الأوربي لسنة ١٩٩٤ : إلى ان التأخير هو تأجيل الرحلة الى ما بعد المقرر لانطلاقها ³ ، و لم تحدد لائحة حماية

1 . قد ذهبت إحدى المحاكم الأمريكية الى انه في حالة وجود الراكب خارج نطاق إشراف الناقل الجوي لا تمتد مسؤولية الناقل تجاهه في حالة اصابته بجروح أو تعرضه للوفاة ، طبقا لاحكام الاتفاقيات الدولية و انما تخضع للقانون الوطني ، حيث تعلقت الدعوى بطلب الراكب التعويض عن الاضرار التي لحقت به نتيجة الحادث الذي تعرض له بسبب انزلاقه على الجليد وسقوطه على الارض في مكان يقع بين حفلة نقل الراكب و احد مباني المطار ، و كان سائق الحافلة تابعا للمطار و ليس للناقل الجوي...لزيد في ذلك و غيره ينظر دعوى :

Adler ضد Australian airlines المذكورة لدى .

- Ruwantissa I.R Abeyratne: The spread of tuberculosis in the aircraft cabin – air carrier liability , air & space law , klawer law international, Dordrecht, the Netherlands Issu Octpber 1999, vol Xxiv number 4/5, p- 193.

2 . قضي دعوى نظرها القضاء الأمريكي ذهبت فيها الى ان احتجاز الراكب في الطائرة على الأرض مدة طويلة ، و فشل الناقل في توفير الطعام خلال ١١ ساعة من التأخير على الأرض يعتبر حادثا و يخضع لاحكام الاتفاقية الدولية (وارسو ١٩٢٩) ، لاعتبار ان التأخير هنا لم يكن مألوقا... لمزيد ينظر قضية :

- Chendrimada v Air India 1992 المذكورة لدى Kreindler and Blanca: op cit , p- 10-98

3. المادة ١/٦ من اللائحة الاوربية.

المستهلك السعودية معنى التأخير، و لكن يستشف ان المقصود به ضمنا هو حصول تأخير في موعد إقلاع الرحلة أثناء تواجد المستهلك في مرافق المطار، و هذا يعني ان التأخير المقصود هنا الموجب للرعاية، هو التأخير الذي يحصل عندما تؤجل الرحلة الجوية ليتم الإقلاع بعد الموعد المحدد لقيامها في تذكرة السفر^١.

و يمكن ان يكون أيضا في حالة تغيير مسار الرحلة، أثناء تحليقها سواء كان هذا التأخير اضطراريا او عاديا،^٢ كما يمكن ان يكون التأخير في صورة تأخير النزول من الطائرة بحيث يمتد التأخير لمدة تزيد عن الموعد المحتمل الوصول فيه و المعلن عنه من قبل الناقل الجوي، كأن يبقى الراكب في الطائرة مدة طويلة بسبب التفتيش او لإجراءات أمنية او اي سبب اخر.^٣

و لتجاوز اي اختلاف يمكن ان يثار بصدد تحديد التأخير الموجب للرعاية، فقد تبنت اللائحة الاوربية معيارا حاسبيا يعتمد على قياس الساعات و المسافات المطلوب اجتيازها بالرحلة، فقررت مثلا مدة ساعتين فاكثر للرحلات الجوية من ١٥٠٠ كم فاقل، و ثلاث ساعات فاكثر في حالة الرحلات لأكثر من ١٥٠٠ كم داخل دول الجماعة الاوربية او الرحلات بين ١٥٠٠ كم و ٣٥٠٠ كم لسائر الرحلات الجوية و مدة اربع ساعات للرحلات المقررة لأكثر من المسافات المقررة المتقدم ذكرها، فيجب على شركات النقل الجوي واجب الرعاية في الأحوال المتقدم بيانها،^٤ بالشكل الاتي:

١. الوجبات أو المرطبات في الوقت المناسب.
٢. تهيئة الامكانيات الخاصة باجراء المكالمات الهاتفية و التلكس او رسائل الفاكس او البريد الالكتروني.

1. المواد ٨ الفقرات ٥ و ٦ و ١٠ و ١١ من هذه اللائحة.
2. المادة ٨ الفقرة ١١ من هذه اللائحة.
3. وقد حددت اللائحة السعودية التأخير بمدة اجمالية تتجاوز ٦ ساعات، وذلك في المادة ١٣/٨ منها.
4. المادة ٩ بفقرتها ١/ أ و ٢ من اللائحة الاوربية.

اما اذا كان الوقت المعقول المنفع لانطلاق الرحلة في اليوم التالي لليوم المحدد مسبقا، فيتضمن التزامها بالرعاية^١ :
١- الاقامة في الفندق .

٢- التنقل بين المطار و الفندق او مكان الاقامة.

و جدير بالذكر ان الناقل الجوي يعفى من متطلبات الرعاية اذا قام بإخطار المستهلك بتأخير الرحلة او تغيير الموعد المقرر لها قبل ١٤ يوم من التاريخ المحدد للسفر، او اذا اختار المسافر تعويضه وفق المادة ٨ بفقرتها السابعة، او اذا لم يتمكن الناقل من تقديم الرعاية المطلوبة لنقص في البنى التحتية و مرافق المطار و الإمكانيات الملائمة لتقديم خدمات الرعاية^٢.

المطلب الثاني

الالتزام بالرعاية حين إلغاء الرحلات

إلغاء الرحلة يعني عدم تشغيل الرحلة الجوية التي كانت مقررة سابقا لنقل المسافرين^٣ التي يتم الاتفاق عليها سلفا، و جدير بالذكر ان على الناقل الجوي ان يسعى قدر الإمكان لأن يجد من عدد الرحلات الملقاة، مع مراعاة جوانب الامن و السلامة^٤، وما يستحقه المسافر في حالة إلغاء الرحلة من رعاية هي وفق اللائحة الاوربية هي :

١- الوجبات أو المرطبات في الوقت المناسب.

٢- تهيئة الامكانيات الخاصة بإجراء المكالمات الهاتفية و التلكس او وسائل الفاكس او البريد الالكتروني^٥.

١. المادة ١ / ٩ / ب و ج من اللائحة الاوربية.
٢. المادة ٨ بفقرتيها ٨ و ٩ من اللائحة السعودية.
٣. المادة ٢ / ل من اللائحة الاوربية.
٤. المادة ١ / ٧ من اللائحة السعودية.
٥. المادة ١ / ٩ / أ و ٢ / ٩ من اللائحة الاوربية، و جدير بالذكر أن مفوضية الاتحاد الاوربي هددت الشركات العاملة في مجال الطيران الجوي باللجوء الى القضاء في حالة فشلها في تطبيق احكام اللائحة الاوربية، حيث تتهم شركات الطيران بأنها تفرض على الركاب استرداد قيمة تذكرتهم عند إلغاء الرحلة بدلا من تخييرهم بين استرداد قيمة التذكرة أو السفر عبر خطوط اخرى، و ترفض شركات الطيران منخفض التكاليف تسفير ركابها عبر خطوط اخرى في حالة إلغاء رحلاتها، لأن ذلك اكثر تكلفة، و بالتالي =

اما في حالة الغاء الرحلة المقررة و الاتفاق على إعادة التوجيه و كان موعد الرحلة الجديدة على الاقل اليوم التالي للرحلة التي ألغيت، فالرعاية تكون على الوجه الاتي:

١- الوجبات و المرطبات في الوقت المناسب.

٢- النقل بين المطار و مكان الاقامة^١.

و تشمل الرعاية هنا ايضا حالة اذا قام الناقل الجوي بتأمين رحلة بديلة للرحلة الملغاة على ذات الناقل الجوي او ناقل اخر خلال مدة لا تتجاوز ست ساعات من موعد الغاء الرحلة الملغاة، أو قام الناقل بتأمين وسيلة نقل برية، اذا كانت المسافة بين نقطة المغادرة و بين نقطة الوصول لا تتجاوز ٤٠٠ كم، و امتد التأخير بين الرحلة الملغاة و الرحلة البديلة لمدة تتجاوز ست ساعات ان يقدم الرعاية اللازمة للمستهلك.^٢

و جدير بالذكر ان الناقل الجوي يعفى من متطلبات الرعاية المنصوص عليها هنا في احوال هي:

١- اذا اخطر الناقل الجوي المستهلك قبل سبعة ايام من التاريخ المحدد للسفر.

٢- اذا اخطر الناقل الجوي المستهلك بالغاء الرحلة قبل اقل من سبعة ايام من التاريخ المحدد لها، و اختار المستهلك رحلة بديلة او ألغى الرحلة و استعاد قيمة التذكرة لكامل الرحلة.^٣

المطلب الثالث

الالتزام الرعاية في حالة نفي الصعود

و نعني بنفي الصعود رفض اركاب المسافر على متن الرحلة الجوية بسبب الحجز الفائض،^٤ او حرمان المسافر من الصعود على متن الرحلة

=تذهب المفوضية الى ان هذه السياسة تجعل العديد من الركاب عالقين في المطارات الاقليمية لعدة ايام، دون توفير سبل الراحة و الرعاية لهم... لمزيد يراجع الموقع الالكتروني:

- <http://www.alittihad.co.ae/itemadd.phd?id=107012>

١. المادة ١/٩ ب و ج من اللائحة الاوربية.
٢. المادة ١١/٧ من اللائحة السعودية.
٣. المادة ١١/٧ من اللائحة السعودية.
٤. المادة ١/٦ من اللائحة السعودية، عندما يقترن الحجز الفائض بعدم وجود متطوعين للنزول.

الجوية^١ رغما عنه، و الناقل الجوي يحق له ان يقوم بعمليات الحجز الفائض على رحلاته، على ان يسعى قدر الإمكان لتقليص عدد المستهلكين المحرومين من الرحلة،^٢ وهذا السبب يؤدي الى نهوض الالتزام بالرعاية في كل صورته وأشكاله،^٣ وهذه الصور:

١- تقديم معلومات وافية للمستهلك عن حقوقه عند رفض الإركاب بسبب الحجز الفائض بطريقة مكتوبة و وافية، ان يقدم له الإرشاد اللازم بهذا الشأن.^٤

٢- المرطبات و الوجبات في الوقت المناسب.

٣- الإقامة في الفنادق.

٤- التنقل بين المطار و الفندق أو مكان الإقامة.

٥- توفير المكالمات الهاتفية و التلكس أو وسائل الفاكس او البريد الالكتروني.

ويعنى الناقل الجوي من متطلبات الرعاية هذه، في حالة نفي الصعود في الاحوال الآتية:

١- اذا قام الناقل بتوفير مقاعد بديلة على ذات الرحلة، على درجة اعلى من درجة الاركاب المتفق عليها.

٢- اذا تطوع احد الركاب و تنازل عن مقعده مقابل عرض مقدم من الناقل بنفس الدرجة المتفق عليها.^٥

٣- اذا وافق المستهلك على السفر بذات الرحلة بدرجة ادنى، وقام الناقل بتعويضه عن كامل فرق السعر بين درجة الإركاب الأصلية و بين الدرجة التي تم السفر عليها، للجزء الذي تم تنزيل الدرجة عليه من الرحلة.^٦

١. المادة ٤ / الفقرات ١ و ٣ من اللائحة الاوربية.

٢. المادة ١/٦ من اللائحة السعودية.

٣. وذلك ما نصت عليه صراحة المادة ٤ في فقرتها الثالثة من اللائحة الأوربية، و المادة ٦ في فقرتها الثامنة من لائحة حماية المستهلك السعودية.

٤. المادة ٢ / ١٤ من اللائحة الأوربية و المادة ٨/٨ من اللائحة السعودية.

٥. المادة ١٠/٨ - ب من اللائحة الأوربية.

٦. المادة ٢/١٠ من اللائحة الأوربية.

٤. إذا لم يلتزم المستهلك ببند وشروط عقد النقل ولم يلتزم بسياسة الناقل الجوي المعلنه له^١.
٥. اذا قام الناقل الجوي بتوفير نقل جوي مشابه او أية وسيلة نقل أخرى للمستهلك ، توصله الى مقصده خلال ستة ساعات من وقت الإقلاع الأصلي^٢.

المطلب الرابع

رعاية ذوي الاحتياجات الخاصة

- ويقصد بذوي الاحتياجات الخاصة هنا؛ الأشخاص الذين يحتاجون الى عناية خاصة في حركتهم الذاتية، أو عندما يستقل وسيلة من وسائل النقل، بسبب عجز جسدي او حسي دائم أو مؤقت، او الضعف الفكري او صغار السن او الأطفال غير المصحوبين، او النساء الحوامل، او اي حالة تحتاج الى عناية خاصة، بالإضافة الى حاجته لجميع صور الرعاية المقدمة للركاب عموماً،^٣ وقد استثنت اللوائح الخاصة بحماية المستهلك ذوي الاحتياجات الخاصة و ميزتهم في الرعاية، إضافة إلى الرعاية التي يستحقونها كبقية الركاب، وهذا التمييز يتمثل بالاتي:
١. عدم جواز رفض إركاب المستهلك او نفي صعوده، إذا كان من ذوي الاحتياجات الخاصة من قبل الناقل، ما لم يكن ذلك لدواعي أمنية أو صحية أو بسبب إجراءات السلامة، أو عدم كفاية وثائق السفر^٤.
 ٢. توفير الكراسي المتحركة و العلامات الإرشادية الواضحة في مرافق المطارات و حتى أثناء التوجه إلى الطائرة و بعد النزول منها.
 ٣. توفير خدمة الصعود و النزول من الطائرة و النزول منها دون مقابل.

١. المادة ٦ الفقرات ٦ و٧ و٨ / ب و ت و ٩ / أ و ب، من اللائحة السعودية .

٢. المادة ٧ الفقرات ٩ و ١٠ من اللائحة السعودية.

٣. المادة ٢ / ط، و يدخل ضمن هذه الحالة أيضا الكلاب المصاحبة للمسافر حسب المادة ١ / ١١٤ من اللائحة الأوربية، و المادة ١٤ / ٣ من اللائحة السعودية.

٤. المادة ٢ / ي من اللائحة الأوربية و ٩ / ١ من اللائحة السعودية.

٤- تحقق إعلام ذوي الاحتياجات الخاصة من قبل الناقل الجوي، خاصة في حالة فقدان البصر أو الصمم عن مواعيد الرحلات أو إلغاؤها أو تأخيرها.

٥- إعطاء الأفضلية والأولوية في نقل الأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة على ذات الرحلة مع انخفاض على المستهلكين العاديين.^١
هذا ولا يعفى الناقل من واجب الرعاية هذا، وإنما يؤكد التزام الناقل ببذل الرعاية اللازمة التي يحتاجها المستهلك بشكل عام أثناء إلغاء أو تأخير أو تغيير مسار الرحلات.^٢

المطلب الخامس

حالات خاصة للالتزام بالرعاية

فضلا عما تقدم من صور للالتزام بالرعاية، فإننا نجد انه من الضروري الإشارة إلى حالات خاصة افرد لها المشرع الوطني أحكاما خاصة أيضا، وهذه الحالات اما ان تتعلق بالقوة القاهرة، او ان المسافر يجمع بين التعويض الذي يقرره المشرع الوطني وبين الرعاية، او أن المسافر يستحق التعويض دون الرعاية، او أن الناقل لا يؤدي ما مطلوب منه من التزام بالرعاية، و لا يلتزم بالرعاية من حيث الأساس، وهذا ما سنبينه في فروع أربعة كالآتي:

الفرع الاول

الالتزام بالرعاية في حالة القوة القاهرة

لم تحدد اللوائح الوطنية - سواء الأوربية أو اللائحة السعودية^٣، معنى القوة القاهرة في مجال النقل الجوي لذا فانه يجب تحديد معناها وفق

١. المادة ١١ / ١ من اللائحة الاوربية.
٢. المادة ٢ / ١١ من اللائحة الاوربية، و المادة ٩ / ٩ من اللائحة السعودية.
٣. أوردت الفقرة ٦ من المادة ١٣ من اللائحة السعودية تمثيلا للقوة القاهرة عندما نصت على انه "يعد من سبيل القوة القاهرة اي حالة ينتج عنها استحالة تسيير رحلة معينة أو مجموعة الرحلات الى وجهة معينة أو مجموعة من الوجهات لأسباب لا يمكن للناقل الجوي السيطرة عليها او تلافئها و لا يتضمن تعريف القوة القاهرة الاعطال الفنية للطائرة".

الاتفاقيات الدولية، فالقوة القاهرة دخلت مجال النقل الجوي كوسيلة من وسائل دفع مسؤولية الناقل الجوي في اتفاقية وارسو المعقودة عام ١٩٢٩، حيث يفهم من نص المادة ٢٠ منها إمكانية إعفاء الناقل الجوي من المسؤولية متى أثبت أنه كان يستحيل عليه و تابعه اتخاذ التدابير الضرورية لتفادي الضرر، والاستحالة المذكورة هنا لا تتحقق إلا إذا كان الأمر متعلقا بالقوة القاهرة، وعلى ذلك يكون الناقل الجوي الذي يفشل في إثبات أنه كان يستحيل عليه وعلى تابعه اتخاذ التدابير الضرورية لتوقي الضرر بسبب القوة القاهرة، مسؤولا وفق أحكام هذه المادة.

ولكي نكون بصدد قوة قاهرة يجب أن يتوفر عدم التوقع، وعدم القدرة على الدفع، أي عدم قدرة الناقل أو تابعه على تفادي الحادث أو الضرر، وعلى لا نكون بصدد قوة قاهرة في حالة مخاطر الطيران العادية كتقلبات الطقس أو التغيرات الجوية العادية وكذلك الإضراب الجزئي عن العمل، لأن هذه الحالات أمور متوقعة فضلا عن إمكانية الناقل القيام بها لأن تنفيذ الناقل لإلتزامه هنا لا تكون مستحيلة، وعندئذ يتحمل الناقل المسؤولية، ويذهب بعض الفقه إلى اعتبار أعمال السلطات العامة من قبيل القوة القاهرة.^١

وهنا نشير إلى أن توجه اللائحة السعودية يختلف عن توجه اللائحة الأوربية؛ إذ إن الأخيرة تقرر إعفاء الناقل الجوي من دفع التعويض فضلا عن إعفائه من التزام الرعاية، إذا هو أثبت أن سبب إلغاء الرحلات هو ظروف استثنائية لا يستطيع مجابتهها ولو اتخذ التدابير المعقولة في مواجهتها.^٢

أما اللائحة السعودية فتقرر بأنه لا يعفى الناقل الجوي من تقديم خدمات الرعاية للمسافرين في حالات الكوارث الطبيعية والقوة القاهرة^٣، إلا أن المشرع يتساهل معه في هذا الفرض، والسبب في ذلك يرجع إلى:

1. Malcolm: contracts of carriage by air, op cit, p – 132.

2. المادة ٥ ف ٣ من اللائحة الأوربية.

3. المادة ١٣ / ١ من لائحة حماية المستهلك السعودية.

١- إن الناقل الجوي ليس لديه اي دور في حدوث القوة القاهرة أو الكارثة الطبيعية.

٢- إن مدة القوة القاهرة أو الكارثة الطبيعية قد تطول أو تقصر، وقد تكون عواقبها وخيمة ليس على الناقل فقط وإنما على مجمل القطاعات البيئية والصحية والاجتماعية والاقتصادية وحتى السياسية^١.

٣- إن المشرع الوطني يفرض على الناقل الجوي واجب الرعاية في الظروف الاعتيادية والتي يتمكن فيها الناقل الجوي من أداء مهامه وواجباته، ومحاسبه بل ويتشدد معه عندما يخل بواجبه، لكن ليس من العدالة ان نعامل الناقل الجوي بذات المستوى من التشدد في حالة القوة القاهرة التي تصيب حركة الملاحة الجوية بشلل تام وليس الناقل الجوي بالذات.

عليه نجد المشرع يخفف الوطء على الناقل في هذه الحالة، وسلاحظ اللائحة السعودية، تقيد التزام الناقل بالرعاية والمساندة بالإمكانية عندما يقرر بأن على الناقل الجوي ان يقدم قدر الإمكان خدمات الرعاية والمساندة الملائمة في حالات الكوارث الطبيعية والقوة القاهرة بينما يذهب ابعد من ذلك عندما لا يقرر مسؤولية الناقل أصلاً تجاه المستهلكين في حالات القوة القاهرة أو الكوارث الطبيعية، اذا اثبت انه اتخذ الإجراءات التي كان يجب عليه القيام بها أو كان من المستحيل عليه ان

1. ينظر اثر ثورة بركان غريمسفتون في جنوب شرق ايسلندا على حركة الملاحة الجوية حيث أصاب الشلل قطاع النقل الجوي وتوقفت حركة الملاحة الجوية في ٣٠ دولة اوروبية والغيت في يوم واحد أكثر من ١٧ الف رحلة جوية بسبب السحب البركانية من اصل ٢٢ الف رحلة جوية في اوربا، وذلك حسبما اعلنته المنظمة الاوروبية لسلامة الملاحة الجوية، بسبب السحب البركانية الحاملة للرماد البركاني، الذي فاق في تأثيره تأثير هجمات ١١ أيلول ٢٠٠١، حيث تتسبب سحب الرماد البركاني بمشاكل في الرؤية ويمكن ان تؤدي الى تعطيل محركات الطائرات المحلقة، للمزيد ينظر الموقع الالكتروني:

- <http://www.france24.com/ar/20/00418-avition-ash-sanday-europe-travel-chaos>

2. المادة ١/١٣ من لائحة حماية المستهلك السعودية.

يتخذ تلك الإجراءات، و يضيف أيضا انه حتى في حالتي إلغاء الرحلات او تأخيرها تتم الاستعانة بالأحكام الخاصة بهذين الفرضين دون ان يكون لهما صفة الإلزام على الناقل الجوي¹.

و إذا تأملنا الحكم الوارد في النص المتقدم و قارناه بالواقع العملي، فإننا سنجد ان الناقل الجوي في الوقت الذي يسعى فيه الى ضمان أقصى حماية لمصالحه، من خلال تضمين تذاكر السفر أقصى ما يرتثيه من بنود و شروط يستطيع ان يتخلص بواسطتها من أية مسؤولية يمكن ان تقرر تجاهه²، و على وجه الخصوص الرعاية التي يلتزم بتقديمها في الأحوال التي تنهض فيها، ثم نرى المشرع يفسح المجال واسعاً أمامه و يترك امر رعاية المسافر لرغبته و إمكانيته، فهل تتصور ان بعد هذا السماح يمكن ان تتحقق رعاية للمسافر في حالة القوة القاهرة³؟ و الإجابة ستكون بالنفي بالضرورة اذا ما نظرنا الى واقع الناقلين الجويين في عالمنا المعاصر⁴.

1. المادة ٢/١٣ من لائحة حماية المستهلك السعودية، و موقف اللائحة في هذا الفرض مشابه لما ذهب اليه اللائحة الاوربية في المادة ٣/٥ منها.
2. و هنا نرى ان المفوضية الاوربية اعلنت في ٢٠٠٧/٤/٦ بأن شركات الطيران غالباً ما تستند الى ظروف غير طبيعية مثل سوء الأحوال الجوية لتبرير إلغاء الرحلات و بالتالي لا تدفع التعويض في حين ان ٧٠٪ من حالات التأخير و إلغاء الرحلات يكون لاسباب متعلقة بشركات الطيران او بالمطارات... لمزيد يراجع الموقع الالكتروني:
<http://www.alittihad.co.ae/itemadd.phd?id=107012>
3. و هذا ما أكدته المفوضية الاوربية في عام ٢٠٠٧ عندما أكدت على ضرورة توصل شركات الطيران و حكومات الاتحاد الاوربي الى اتفاق لتحسين حقوق المسافرين بالطائرات خلال ٦ أشهر، حتى لا تلجأ المفوضية الى القضاء ضدها، حيث قالت المفوضية ان شركات الطيران و السلطات الوطنية في الاتحاد الاوربي فشلت في الالتزام بقواعد الاتحاد الاوربي الخاصة بحماية حقوق الركاب و شركات الطيران... للمزيد يراجع الموقع الالكتروني:
<http://www.alittihad.co.ae/itemadd.phd?id=107012>
- و اكدت صحيفة عكاظ في عددها ٣٥٢٧ الصادر في ١٤٣٩/٣/٩ هـ حيث كشفت فيها هيئة الطيران المدني السعودية عن انها فصلت بأكثر من ١٠٠ شكوى ضد شركات الطيران المدني تقدم بها المسافرون في مطارات المملكة، و ذلك بعد ما يقارب الشهر من تطبيقها. لمزيد ينظر:
<http://www.okaz.com.sa/new/Issues/20110212/con20110212400241.htm>
4. و جدير بالذكر في هذا المقام، ان محكمة العدل الاوربية أصدرت في ٢٠١١/١٠/١٣، حكماً يقضي بأنه من الممكن ان تزيد قيمة التعويضات التي تدفعها شركات الطيران=

لكن مع ذلك، وبالرغم من وجود القوة القاهرة او الكارثة الطبيعية، على الناقل اذا ما قرر تعليق رحلاته لهذا السبب^١، ان يخطر الركاب بتوقيت الرحلة البديلة، ويبدل في ذلك العناية المعقولة، وهذا الإشعار او الإخطار مقيد أيضا بقيد الإمكانية، و السبب هو مراعاة القوة القاهرة أو الكارثة الطبيعية التي أدت الى قيام الناقل بتعليق رحلاته^٢.

الفرع الثاني

الجمع بين الرعاية و التعويض

يستحق المستهلك أحيانا؛ ليس فقط الخدمات المقررة له في حالة الالتزام بالرعاية، وإنما يستحق إضافة الى ذلك تعويضا نقديا محدد من قبل المشرع، و أساس الالتزام بدفع التعويض هو إقرار القانون للحالة على انها تستحق التعويض بسبب حصول التأخير فقط، و دون النظر الى الضرر سواء تحقق او لم يتحقق، و المستهلك يستحق هذا الجمع بين الرعاية و التعويض في الأحوال التالية:

- ١- إلغاء الرحلات وتأمين رحلة بديلة لكن تجاوز التأخير ستة ساعات، فيكون من حق المسافر علاوة على الرعاية، الحق بتعويض نقدي عن كل ساعة تأخير^٣.

=للمسافرين نتيجة إلغاء الرحلات، وذلك اذا ما فشلت شركات الطيران في الوفاء بالتزاماتها بموجب القانون الاوربي، و ملخص الدعوى ان سبعة مسافرين اسبان رفعوا دعوى قضائية ضد الخطوط الجوية الفرنسية air France امام محكمة اسبانية يطالبون فيها بالتعويض عن تكاليف التنقل بسيارة اجرة و الوجبات، و كذلك الاضرار غير المادية بعد إلغاء رحلتهم من باريس الى مدينة فيجو شمال شرق اسبانيا في ايلول / ٢٠٠٨... لمزيد ينظر الموقع الالكتروني:

- <http://www.trtarabic.com/trtworld/ar/newsdetail.aspx?haberkodu>

١. المادة ٣/١٣ من لائحة حماية المستهلك السعودية.
٢. المادة ٤/١٣ من لائحة حماية المستهلك السعودية، و المادة ١/٥ و ٢ من اللائحة الاوربية.
٣. المادة ١١/٧ و ١٢/٨ من لائحة حماية المستهلك السعودية، و التي قررت ٣٠٠ ريال عن كل ساعة تأخير على ان لا تتجاوز ٣٠٠٠ ريال.

٢. عدم إعلان الناقل الجوي عن الموعد الجديد المحتمل للإقلاع في حالة تأخير الرحلات^١.
٣. إذا كان المستهلك من ذوي الاحتياجات الخاصة، وحرّم من الصعود بسبب الحجز الفائض^٢.
- و يستحق المستهلك أحياناً أخرى التعويض دون الرعاية، و ذلك في الأحوال الآتية:
- ١- تنزيل الدرجة على ذات الرحلة التي يركب فيها المسافر، بسبب الحجز الفائض، و تعويض المسافر يكون بصورة فارق السعر بين درجة الراكب الاصلية و بين الدرجة التي تم السفر عليها^٣.
- ٢- إذا ألغيت الرحلة بسبب ظروف آنية اثناء تواجد المستهلك في المطار و اختار المستهلك رحلة بديلة، وكانت الرحلة البديلة على درجة اركاب ادنى من درجة الراكب الاصلية^٤.
- ٣- إذا قرر المستهلك اختيار تذاكر سفر مفتوحة الوجهة مستحقة الاداء خلال عام من تاريخ اصدارها، في حالة اذا ما الغيت الرحلة بسبب ظروف آنية اثناء تواجد المستهلك في المطار^٥.

- 1 . المادة ٥/٨ من لائحة حماية المستهلك السعودية، و التي قررت ٣٠٠ ريال عن كل ساعة تأخير على ان لا تتجاوز ٣٠٠٠ ريال.
2. و يستحق ما يعادل ٢٠٠٪ من قيمة اجمالي تذكرة السفر و الرعاية الواردة في المادة ٦ من اللائحة السعودية.
3. المادة ٨/٦ ج من اللائحة السعودية، و المادة ٢/١٠ من اللائحة الاوربية.
4. و هنا يعوض المستهلك بما يعادل ١٠٠٪ من فارق التكلفة او خمسمائة وحدة حقوق سحب خاصة ايهما أعلى، و وحدة حقوق السحب الخاصة هي عملة دولية رسمية أقرت في عام ١٩٦٩، ليس من حق المؤسسات الخاصة او الافراد الاحتفاظ بها، و هي وحدة حسابية معروفة اختصاراً SDR (special drawing rights) تصدر من قبل صندوق النقد الدولي يومياً، و تحسب على اساس متوسط سعر سلة عملات بنسبة مساهمة - هي الدولار ٤٤٪ و اليورو ٣٤٪ و الجنيه ١١٪ و الين ١١٪ - يومياً بقيم العملات الاربعة التي تحدد بسعر الصرف المعتمد وقت الظهيرة في سوق لندن المالي. لمزيد ينظر د. محمد ابراهيم السقا: الدور الجديد لحقوق السحب الخاصة، منشور على الموقع الالكتروني:
- http://www.alect.com/2009/08/09/artical_260938.print
المادة ٤/٧ من اللائحة السعودية. 5

- ٤- إذا اختار المستهلك تعويضه عن التأخير الذي يحصل أثناء تواجده في المطار كبديل عن الرعاية التي يجب ان يحظى بها.^١
- ٥- حالة عدم تمكن الناقل الجوي من تقديم خدمات الرعاية بسبب عدم توفر البنى التحتية للمطار، و هنا يكون من حق الناقل الجوي الرجوع على مشغل المطار بتعويضه بما يعادل نصف قيمة تكاليف التعويض التي قدمها للراكب.^٢

الفرع الثالث

جزاء إخلال الناقل الجوي بالرعاية

تقرر اللوائح الوطنية الجزاءات التي يمكن ان تفرض على الناقل الجوي في حال عدم التزامه بالقواعد المقررة بصدد حماية الراكب و رعايته و تقديم المساندة و التعويض له، و تحدد آجالاً لرفع الدعوى الخاصة بالإخلال بالواجبات و الالتزامات المفروضة على الناقل و التي قصر في ادائها أو تهرب منها، و تعطي اللوائح الحق للمستهلك بإقامة الشكوى امام الجهات المختصة مما فيه مخالفة لأي من احكام لوائح حماية المستهلك او أية متطلبات متفرعة عنها خلال ٦٠ يوماً من تاريخ الواقعة او الحدث محل الشكوى او تاريخ معرفة المستهلك به.^٣

و تنص اللائحة الاوربية على ان " يستحق المسافر اذا ما وجد شرط الاعفاء او التقييد من المسؤولية، او اذا لم يبلغ الراكب عن حقوقه بشكل واضح^٤، و قبل بتعويض ادنى من التعويض المقرر وفق احكام اللائحة الاوربية، فانه يبقى للركاب الحق في اتخاذ الاجراءات اللازمة من

1. المادة ٧ / ٨ من اللائحة السعودية، والتي تقرر بأنه لا شيء بديل عن المرطبات للساعة الاولى من الوقت الأصلي المحدد للمغادرة، و ١٥ وحدة سحب خاصة بديلاً عن الوجبة الساخنة، و ٥٠ وحدة سحب خاصة بديلاً عن السكن الفندقية.
2. المادة ٩ / ٨ من اللائحة السعودية.
3. المادة ١٨ من اللائحة السعودية و التي حددت العقوبات و إلزام التطبيق، و قد حددت المادة ٢٠ من اللائحة الهيئة العامة للطيران المدني بأنها الجهة المخولة و المسؤولة عن تطبيق و تفسير نصوص هذه اللائحة.
4. بموجب احكام المادة ١ / ١٤ من اللائحة الاوربية.

قبل المحاكم او الهيئات الوطنية المختصة^١، من أجل الحصول على تعويضات إضافية^٢.

الخاتمة

في ختام هذه الدراسة؛ نبغي تركيز النظر على مجموعة من النتائج التي توصلنا إليها، و ان نسطر المقترحات التي نرى في الأخذ بها و تبنيها فائدة عملية، و ذلك كالآتي:

١- لم تأل الجهود الدولية و الوطنية جهدا في سبيل توفير أفضل خدمة للمسافر و توفير الاجواء المريحة و الميسرة له أثناء السفر، و ذلك من خلال الاقرار بالالتزام بالرعاية و الذي خلصنا الى تعريفه بأنه: واجب مفروض على الناقل الجوي مفاده العناية بالمسافر، من قبيل تقديم خدمات مجانية له، حال تعرضه لما يستوجب تقديم هذه العناية او تلك الخدمات.

٢- يتحدد نطاق التزام الناقل الجوي بالرعاية، في المجال الذي تحدده القوانين و اللوائح الوطنية، و على وجه الخصوص في المجال الذي يخرج عن نطاق تطبيق الاتفاقيات الدولية، فالمجال الرحب لتطبيق اللوائح الوطنية المشرعة للرعاية - كما نرى - هي كل ما يخرج عن نطاق تطبيق المعاهدات الدولية، لأن في المعاهدات الدولية ما يضمن حصول المسافر على حقوقه كاملة ضمن نطاق تطبيقها، لأن تداخل الرعاية ضمن نطاق المعاهدات الدولية أمر غير محمود بالنسبة للمسافر، لأن من شأن ذلك ان يجعل حق المسافر قابلا للضياع لتنازع الاختصاص القانوني في إقراره، و هو امر غير محمود بالنسبة للمسافر.

١. الهيئات المختصة بتطبيق اللائحة الاوربية هي الهيئات التي تنشأ وفق احكام المادة ١٦ من اللائحة الاوربية، بأنها اللجنة المشتركة بين الدول الاعضاء (الفقرة الاولى) او الهيئات الوطنية في كل دولة اوربية (الفقرة الثانية)، و قد تركت اللائحة امر تحديد العقوبات المقررة لانتهاك احكام هذه اللائحة الى الدول الاعضاء (الفقرة الثالثة).
٢. المادة ٢/١٥ من اللائحة الاوربية.

٣. يجد الالتزام بالرعاية أساسه بالقانون الذي شرّعه، و ذلك كما نرى، الأساس الانسب له لأن هذا الالتزام لا يجد له أساسا واضحا بالعقد المبرم بين الناقل الجوي و المسافر، بل ان الرجوع الى العقد يمنع تفعيل أي التزام من هذا النوع، سيما و ان الناقل الجوي يحصن نفسه ابتداء - و ضمن شروط العقد المطبوعة - من أي مسؤولية يمكن ان يتحملها، و خصوصا في مواجهة التأخير إلغاء الرحلات أو نفي الصعود و التي هي من اهم موجبات الرعاية، ولكن هذا الأساس يفترض وجود عقد نقل صحيح مبرم بين ناقل جوي و مسافر، و تحقق الحالات التي حددها المشرع لقيام الالتزام بالرعاية.

٤. ان الالتزام بالرعاية ليس على وفق مضمون محدد، و انما يختلف مضمونه بحسب الحالة التي ينهض فيها، و السبب في ذلك ان كل حالة و لها خصوصيتها و اشكالياتها الخاصة، وبالتالي فان المعالجة الخاصة بها لا بد ان تختلف بالضرورة، فنجد أن ما مقرر كالتزام بالرعاية في حالة تأخير الرحلات يختلف عما هو مقرر في حالة إلغاء الرحلة او نفي الصعود، أو حتى رعاية ذوي الاحتياجات الخاصة، و هذا من مميزات الالتزام بالرعاية التي نلاحظها فيه، من حيث تنوع مضمونه و الصور التي يقع فيها.

٥. ذهب المشرعون الى الزام الناقل الجوي - حتى في حالة القوة القاهرة - اذا تمكن، أن يقدم الرعاية الضرورية للمسافر، و لو ان قيد الامكانية افرغ الالتزام من مضمونه، الا ان المشرع راعى الظرف الذي يمر كلا الطرفين الناقل الجوي و المسافر، خصوصا ان القوة القاهرة يمكن ان تطول فترتها او تقصر، و ليس للناقل الجوي دور في حدوثها و يستحيل عليه القيام بمهامه خلالها. هذا من جهة؛ و من جهة اخرى؛ فان المشرع اعطى الحق للمسافر بالحصول على تعويض إضافة الى الرعاية، و أعطاه الحق بأن يطلب التعويض بدلا عن الرعاية في حالات معينة.

٦- ألزم المشرعون الناقل الجوي بواجب الرعاية، وأعطى الحق للمسافر في إقامة الدعوى على الناقل الجوي، ضمن مدد زمنية محددة، للمطالبة بالتعويض عن عدم قيام الناقل الجوي بواجبه بالرعاية، بالرغم من تحقق الموجب لها، وإلا سقط حقه في المطالبة.

٧- نقترح أن تقوم الهيئة العربية للطيران المدني، بشكل عام، أو أن تسارع الدول العربية مجتمعة أو منفردة، بتبني نظام موحد لحماية المستهلك في المطارات العربية، على غرار ما فعلته مفوضية الدول الأوربية، وخاصة في الدول التي تبقى مطاراتها الوطنية عاملة بكثافة طوال العام، كالدول العربية، فالمسافر العربي ليس أقل شأنًا من المسافر الأوربي، وهو جدير بالحماية وفق تشريعات عربية في المطارات العربية، ولا المطارات العربية ادنى من المطارات الأوربية، ولا الشركات العاملة في قطاع النقل الجوي في دولنا تمنع وتمتنع عن تحقيق مصالح مسافريها، لأن هذه الأخيرة تصب في مصلحتها بالنهاية، فمعاناة المسافر واحدة في كل مطارات العالم، والمعيار الذي يرفع من مكانة الدول اليوم يقاس بمدى سعي تلك الدولة لخدمة المستهلك فيها وتوفير الحماية له، ولأن بدون تلك التشريعات أو اللوائح ستكون وسط تيار غير محمود العواقب، إذ في الوقت الذي تتحقق رعاية المسافر العربي في المطارات الأوربية، لا يجد المسافر الأوربي رعاية في المطارات العربية، وهذا أمر غير مرغوب فيه، خصوصا وان الدول العربية تسعى لأن يكون لها دورا مرموقا و فاعلا على المستوى الدولي في قطاع السياحة و النقل الجوي الدوليين.

مراجع البحث:

أولا: المراجع باللغة العربية:

- ١- د. احمد بن ابراهيم الشيخ: المسؤولية عن تعويض اضرار النقل الجوي الدولي، وفقا لاتفاقتي وارسو ١٩٢٩ و مونتريال ١٩٩٩، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٨.

- ٢- د. حسن علي الذنون: المبسوط في المسؤولية المدنية، الضرر، شركة التأسيس للطباعة والنشر، بغداد ١٩٩١.
- ٣- د. حسين عامر: المسؤولية التقصيرية والعقدية، ط ١، مطبعة مصر، ١٩٥٦.
- ٤- د. عارف بن صالح العلي: مسؤولية الناقل الجوي عن التأخير في نقل المسافرين - دراسة مقارنة، بحث محكم منشور في مجلة العدل العدد ٤٥هـ في محرم ١٤٣١هـ.
- ٥- د. عبد الرزاق احمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان ٢٠٠٠.
- ٦- عبد الفضيل محمد احمد: القانون الجوي الخاص، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٩.
- ٧- د. عدلي امير خالد: احكام دعوى مسؤولية الناقل الجوي: منشأة المعارف بالاسكندرية ٢٠٠٧.
- ٨- فاروق احمد محمد زاهر: تحديد مسؤولية الناقل الجوي وفقا للنظام الفارسوفي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٥.
- ٩- د. محمد علي عمران: الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٠.
- ١٠- د. محمد فريد العريني: القانون الجوي - النقل الجوي الداخلي و الدولي، دار الجامعة، الاسكندرية ٢٠٠٣.
- ١١- د. محمد فريد العريني: القانون الجوي - النقل الجوي، الدار الجامعية بالاسكندرية، بدون سنة طبع.
- ١٢- د. محمد فريد العريني و د. هاني محمد دويدار: قانون الطيران التجاري في ضوء القانون اللبناني والاتفاقيات الدولية، دار النهضة العربية - بيروت ١٩٩٥.
- ١٣- د. محمود احمد الكندري: النظام القانوني للنقل الجوي، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت ٢٠٠٠.
- ١٤- د. محمود جمال الدين زكي: مشكلات المسؤولية المدنية، ج ١، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨.

ثانيا: المراجع باللغة الانكليزية:

15. Cass civ:12 nov 1996 gas pal 1_ 73,1997 G concl benas ,
RTD 2011, Dalloz n.1999.civ. p. 843.
16. Cass civ: 1 jun 1997 , 95_ 12221,4/418,143,d.1998, B. j c
p. 1998, 10076. Et j p Tossi Dalloz , cabrillac et L
,1999, ec, p. 323
17. Kreindler – Blanca (S) and Rodriguez (I): Aviation
accident law "liability of airlines in international
carriage. 1929 Warsaw convention and 1999 Montreal
convention. vol 1 Des , 2003, lexis nexis San Francisco
, USA.
18. Malcom (A): Contract of carriage by air , British
library , London.UK.2002..
19. Michael (K):Warsaw convention to Montreal 99 system
, German Journal of Air and space law, Carl Heymans
Verlag , Vol 52 , Germany 2003
- 20 _ Ruwantissa I.R Abeyratne:The spread of tuberculosis
in the aircraft cabin – air carrier liability , air & space
law , klawer law international, Dordrecht, the
Netherlands Issu Octpber 1999,vol Xxiv number 4/5.
21. Stark (B) , Roland (H) et Boyer (L): Les obligations , 2 ,
contracté , 1993.

ثالثا: الاتفاقيات الدولية والقوانين واللوائح الداخلية:

٢٢. اتفاقية وارشو للنقل الجوي لعام ١٩٢٩ .
٢٣. اتفاقية مونتريال للنقل الجوي ١٩٩٩ .
٢٤. لائحة المفوضية الأوروبية الصادرة عن مجلس البرلمان الاوربي في
فبراير- شباط عام ٢٠٠٤ ، والتي تناولت قواعد مشتركة بشأن

التعويض و المساعدة للمسافرين في حالة نفي الصعود او الإلغاء أو التأخير الطويل للرحلات الجوية.

٢٥- لائحة حماية المستهلك في قرار الهيئة العامة للطيران المدني السعودية ذي العدد ٨ ٩٩ في ١/٨/١٤٣١هـ.

رابعاً: المواقع الالكترونية على شبكة المعلومات الدولية:

- 26 - [http://www.gulfair.com/arabic/aboutgulfair/pages/EUR regulations. arabic.aspx](http://www.gulfair.com/arabic/aboutgulfair/pages/EUR%20regulations.arabic.aspx)
- 27 - [http://www.gulfair.com/arabic/aboutgulfair/pages/Generalconditions. Ar.aspx](http://www.gulfair.com/arabic/aboutgulfair/pages/Generalconditions.Ar.aspx)
28. <http://www.forexu.info/forum/t95677.html>
29. <http://www.curia.eu.int/en/index.htm>
30. <http://www.alqabas.com.kw/Final/newspaperWebsite>
31. [http://news.bbc.co.uk ar.mk.gd/2/shared/bsp/hi/pdf](http://news.bbc.co.uk/ar.mk.gd/2/shared/bsp/hi/pdf)
- 32 - [http://www.trtarabic.com/trtworld/ar/newsdetail.aspx? haberkodu](http://www.trtarabic.com/trtworld/ar/newsdetail.aspx?haberkodu)
33. <http://www.alittihad.co.ae/itemadd.phd?id=107012>
- 35 - [http://www.france24.com./ar/20/00418. avition. ash.sanday. europe. travel. chaos](http://www.france24.com./ar/20/00418.avition.ash.sanday.europe.travel.chaos)
- 36 - [http://www.trtarabic.com/trtworld/ar/newsdetail.aspx? haberkodu](http://www.trtarabic.com/trtworld/ar/newsdetail.aspx?haberkodu)
37. [http://www.alect.com/2009/08/09/artical 260938.print](http://www.alect.com/2009/08/09/artical%20260938.print)

فلسفة التشريع في أحكام الأسرة والمقاصد الشرعية

دراسة في فلسفة القانون

دكتور / فايز محمد حسين محمد

أستاذ ورئيس قسم فلسفة القانون وتاريخه

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

لا ينكر أحد ما لفلسفة القانون من مكانة متميزة وهامة في ميدان الفكر القانوني، وقد كانت وما زالت محلا لدراسات عديدة، من حيث النشأة والتطور والوظائف والاتجاهات. واعتاد الشراح على تطعيم دراساتهم القانونية الوضعية بتحليلات فلسفية قانونية، حتى يضيفوا عليها التأصيل العلمي والتمحيص الفلسفي الدقيق. وتحتل دراسة فلسفة القانون في الوقت الحاضر، مكانة مرموقة في الجامعات الأوربية والأمريكية. ولقد شهدت أوربا، بوجه خاص، ميلاد الرواد الأوائل لفلسفة القانون. وبدأ الاهتمام بها مؤخرا في بعض الجامعات العربية. هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى، فلقد جرى العرف على استخدام مصطلح أحكام الأسرة ومصطلح الأحوال الشخصية كمترادفين، مع إن الجميع يعرف إن بينهما اختلاف كبير، وأن المصطلح الصحيح في الفقه الإسلامي هو مصطلح (أحكام الأسرة) أما مصطلح الأحوال الشخصية فهو مصطلح غربي النشأة. ويشير مصطلح أحكام الأسرة (الأحوال الشخصية) إلى مجموعة الأحكام المتعلقة بالزواج والفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد والميراث والوصية وما تضمنته قوانين الأحوال الشخصية التي وضعت في الدول الإسلامية^(١).

(١) إن مصطلح مسائل الأحوال الشخصية من الاتساع بحيث يشتمل على مواد تنتمي إلى ما يسمى بالولاية على النفس وأخرى تحكم ما يسمى بالولاية على المال، ونظرا للارتباط الوثيق بين الأحكام الموضوعية والأحكام الإجرائية في مجال الأحوال الشخصية، فإنه يوجد تنظيم إجرائي خاص لمسائل الولاية على النفس يختلف كثيرا في كثير من جوانبه للتنظيم المقابل لمسائل الولاية على المال). انظر: د. أحمد خليل: خصوصيات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالولاية على النفس، ط ٢٠٠٠، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ص ١٨ وما بعدها.

وتنصب فلسفة القانون على دراسة ماهية القانون ومقاصده (غاية القانون - أهداف القانون) ومنهجه والقيم القانونية. وتعتبر دراسة غاية القانون أو أهداف القانون من أهم دراسات فلسفة القانون. ولما كانت المقاصد الشرعية تشير إلى أهداف وغاية التشريع. فمن هنا مظهر الالتقاء بين فلسفة القانون وفلسفة المقاصد الشرعية.

ونركز في هذه المقالة على معالجة الخطوط العامة لفلسفة التشريع في أحكام الأسرة (الأحوال الشخصية) والمقاصد الشرعية. دراسة في فلسفة القانون في ضوء التنظيم التشريعي لمسائل الأحوال الشخصية في النظام القانوني المصري.

وترتبيا على ما سبق، ستكون خطة الدراسة على النحو الآتي:
المبحث الأول: أساسيات فلسفة القانون والمقاصد الشرعية ومقاصد الأحوال الشخصية.

المبحث الثاني: التحليل الفلسفي القانوني المقاصدي لفلسفة التشريع في الأحوال الشخصية في النظام القانوني المصري.

المبحث الأول

أساسيات فلسفة القانون والمقاصد الشرعية ومقاصد الأحوال الشخصية.

المطلب الأول

ماهية فلسفة القانون

يعتبر الفيلسوف الألماني هيغل Hegel هو أول من استعمل اصطلاح فلسفة القانون philosophy of Legal philosophy law ولقد ازدهرت الدراسات الفلسفية في القانون، تحت تأثير ردود الفعل العكسية للاتجاهات الشكلية التي سادت في القرن التاسع عشر. وتنوعت اتجاهات فلسفة القانون، وصارت محل اهتمام دولي، وتم تدريسها في الكثير من الجامعات الأوربية والأمريكية وفي الدارسات العليا وفي مرحلة الليسانس في بعض الجامعات العربية.

ولقد اختلف الشراح حول وضع تعريف محدد لمصطلح فلسفة القانون. فمن ناحية نجد الأستاذ J. Darbellay يري أن فلسفة القانون

هي: "جزء من الفلسفة المطبقة على المعرفة العميقة للقانون والعدالة والقيم الأخلاقية التي يتضمنها النظام القانوني والتي يحركها المجتمع السياسي".^(١) ويرى الأستاذ برت لاجراساي J.B.Dela Gressaye أن فلسفة القانون هي: "دراسة للمشاكل الأساسية للقانون وهي أساس وغاية ومحتوى القانون"^(٢). ويرى الأستاذ البلجيكي جان دابان Dabin أن فلسفة القانون هي: "انعكاسات فلسفية على القانون وعلى العلوم القانونية" وترتيباً على ذلك، فينادي الأستاذ دابان بضرورة أن يكون فيلسوف القانون فقيها وفيلسوفاً في آن واحد^(٣). ويرى الأستاذ هارت H. L. A.Hart من أنصار الاتجاه الحديث في الوضعية القانونية التحليلية الجديدة^(٤)، أن فلسفة القانون هي "فرع من العلوم القانونية تتناول معالجة أمور ثلاث هي: مشاكل تعريف القانون وتحليله، مشكلة الاستدلال القانوني Legal reasoning ومشاكل التقسيمات القانونية"^(٥) ويعرف الأستاذ كريستيان أتياس Ch. Atias فلسفة القانون تعريفاً دقيقاً إلى حد كبير، فيقول "فلسفة القانون تنصب على التساؤل عن: ماهية القانون، وأهدافه، ووسائله، وأساسه"^(٦).

(1) A.P.D, P. 113.

(2) IBID., P. 96.

(٣) راجع:

J. DABIN, Qu'est la philosophie du droit, in A. Phi., D., 1962. P. 112.

(٤) راجع: د. محمد نور فرحات: الفكر القانوني والواقع الاجتماعي، القاهرة، دار الثقافة للطبع والنشر، ١٩٨١؛ د. السيد العربي حسن، القانون والأخلاق والقيم في المجتمعات العلمانية، القاهرة، دار النهضة، ٢٠٠٠، ص ١٠٤ وما بعدها؛ د. فايز محمد حسين: الوضعية القانونية، القاهرة، ١٩٩٦.

(٥) راجع:

H.L.A.HART: Problems of the philosophy of law, in Essays in jurisprudence and philosophy, Oxford, clarendon press, 1983, P. 89.

(٦) راجع:

CH.ATIAs Sciences des légalistes savoir des juristes, Aix – Marsielle P.u. d Aix, 1991, P. 42 – 43; J.M.TRIGEAUD, Humanisme de la liberté et philosophie de la justice, T.I., op. cit., P. 22

وفى اعتقادنا يمكن تعريف فلسفة القانون على النحو الآتي (أحد العلوم القانونية المساعدة التي موضوعها هو دراسة جوهر القانون والقيم القانونية والمنهج القانوني). ويتضح من هذا التعريف إن محاور دراسة فلسفة القانون هي : دراسة أهداف القانون ؛ دراسة طبيعة القانون، دراسة القيم القانونية، وأخيراً دراسة المنهج القانوني. والمحاور السابقة ترتبط بأوجه كثيرة بالمقاصد الشرعية.

المطلب الثاني

ماهية المقاصد الشرعية وصورها وأهميتها

أولاً : ماهية المقاصد الشرعية :

الأمر الثابت هو أن : (الشرائع كلها وبخاصة شريعة الإسلام جاءت لما فيه صلاح البشر في العاجل والآجل . . واستقراء أدلة كثيرة من القرآن والسنة الصحيحة يوجب لنا اليقين بأن أحكام الشريعة الإسلامية منوطة بحكم وعلل راجعة للصلاح العام للمجتمع والأفراد)^(١). وبناء على ما سبق، فتحقيق صالح الدنيا والآخرة هو المقصد العام للشريعة الإسلامية، وتقترن المقاصد بجوهر الشريعة، فالأحكام تدور حول المصالح^(٢).

ووردت عدة تعريفات للمقاصد الشرعية منها نذكر : "مقاصد الشريعة هي المعاني والأهداف الملحوظة للشرع في جميع أحكامه أو معظمها أو الغاية من الشريعة، والأسرار التي وضعها عند كل حكم من أحكامها"^(٣). وقيل أن مقاصد الشريعة هي : (المعاني والحكم العامة

(١) الشيخ محمد الطاهر ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، طبعة دار مسنون للنشر والتوزيع - دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، ط ٤، ٢٠٠٩، ص ١٤.

(٢) يقول الشيخ محمد مصطفى شلبي في رسالته القيمة تحليل الأحكام (.... رأيت الأحكام تدور حول المصالح، ومناطق الحكم أو الإفتاء هو ما يترتب على الأمر من صلاح أو فساد، وأن المصلحة نالت القسط الوفير، وترتبت في مكانها اللائق بها عند هولاء) انظر: تحليل الأحكام - عرض وتحليل لطريقة التعليل وتطوراتها في عصور الاجتهاد والتقليد، مطبعة الأزهر، ١٩٤٧، ص ٦.

(٣) د. رمضان الشرنباصي، د. محمد كمال إمام: أصول الفقه الإسلامي، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٣٢٦.

والغايات التي قصد الشارع تحقيقها من تشريع الأحكام جلبا لمصالح العباد في الدنيا والآخرة^(١). (الغايات والأسرار التي وضعها الشارع في كل حكم من أحكامها لأجل تحقيقها لمصلحة العباد)^(٢). (المقاصد الشرعية هي الأمور المقصودة بالتكاليف الشرعية أي التي ترجع إليها التكاليف الشرعية)^(٣). (المقاصد الشرعية هي الغايات التي أرادها الشارع في تشريعه لتحقيق مصالح الخلق في الدنيا والآخرة)^(٤).

وبناء على ما سبق، يتضح أن المقاصد الشرعية هي الغايات؛ ويمكن فهمها من خلال التساؤل عن: ما الهدف الذي من أجله شرعت الأحكام؟ البيع، ما الغاية من إنه أبيع، الإجارة؛ ما الغاية في إنه أذن بها. القتل العمد: ما الغاية انه يقتص من القاتل؟ من قتل خطأ؛ ما الغاية التي من أجلها شرع أن تؤخذ منه الدية؟^(٥). والمقاصد الشرعية يكمن أساسها في مجموعة الأوامر والنواهي التي مصدرها القرآن والسنة والاجتهاد.

ويشترط لاعتبار المقاصد أن يكون المقصد ثابتا ظاهرا منضبطا مطردا^(٦). وقد ثبت بالاستقراء وتتبع الأحكام المختلفة في الشريعة أن المقصد الأصلي لها هو تحقيق مصالح العباد وحفظ هذه المصالح ودفع

(١) انظر:

www.islamtoday.net/bohoth/services/printart-32-10754.htm

(٢) أحمد إدريس عبده: مقاصد الشريعة الإسلامية، رسالة المسجد، العدد الخامس، ديسمبر، ٢٠٠٣، ص ٧.

(٣) بلوغ السؤل وحصول المأمول في شرح منظومة مرتقى الوصول إلى الضروري من علم الأصول، في:

www.ahladeed.com/vb/showthread.php?t=76247

(٤) الشيخ صالح بن عبد العزيز آل الشيخ: المدخل لدراسة علم المقاصد الشرعية، شريط مفرغ إعداد سالم الجزائري، ص ٢-٣.

(٥) الشيخ صالح بن عبد العزيز آل الشيخ: المدخل لدراسة علم المقاصد الشرعية، مرجع سابق، ص ٢-٣.

(٦) المراد بالثبوت: أن تكون تلك المعاني مجزوما بتحقيقها أو مظلونا قريبا من الجزم. والمراد بالظهور: الاتضاح بحيث لا يختلف الفقهاء في تشخيص المعنى، مثل حفظ النسب الذي هو المقصد من تشريع الزواج، فهو معنى ظاهر. والمراد بالانضباط: أن يكون المعنى قدر أو حد غير مشكوك فيه بحيث لا يتجاوز ولا يقصر عنه. ويقصد بالطراد: ألا يكون المعنى مختلفا باختلاف الأزمان والأماكن... د. رمضان الشرنباصي، د. محمد كمال إمام: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٣٢٨.

الضرر عنهم ؛ إلا أن هذه المصالح ليست هي ما يراه الإنسان مصلحة له ونفعا حسب هواه، وإنما المصلحة ما كانت مصلحة في ميزان الشرع لا في ميزان الأهواء والشهوات^(١).

والمقاصد الشرعية علم أصيل من علوم الشريعة ولد في رحم علم أصول الفقه وتطور ليصبح علما مستقلا^(٢). ويعتبر الشيخ ابن عاشور أول من نادى بكون مقاصد الشريعة يجب أن تكون علما مستقلا بذاته له أركانه وأسس وقواعده^(٣) وبعد هذه الدعوة بدأ فكر الباحثين يتجه نحوها بجدية تامة وبدأت الكتابات الحديثة بالمقاصد تنطلق من هذا الأساس الذي أصبح اليوم أمراً متفقاً عليه^(٤).

فالمقصد العام للشارع من تشريعه الأحكام هو تحقيق مصالح الناس بكفالة ضرورياتهم وتوفير حاجياتهم وتحسيناتهم. فكل حكم شرعي ما قصد به إلا واحد من هذه الثلاثة التي تتكون منها مصالح الناس. ولا تراعى التحسينات إذا كان مراعاتها في مراعاتها أخلاصاً بالمصالح الحاجية ولا تراعى الحاجيات ولا التحسينات، إذا كان في مراعاة أحدهما إخلال بما هو ضروري. فالأحكام التي شرعت لحفظ الضرورات تم تكميلها بتشريع أحكام تحقق هذا المقصد على أكمل وجهه وما سبق يوضح المقصد العام للشارع من تشريع الأحكام الشرعية، سواء أكانت

(١) د. احمد إدريس عبده : مقاصد الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٧.
(٢) انظر :

www.almothqaf.com/index.php? Option= com

(٣) حيث ألف الشيخ الطاهر ابن عاشور مؤلف عن المقاصد الشرعية بعنوان (مقاصد الشريعة الإسلامية). ولقد أشار المؤلف إلى أن الهدف من كتابه هو (... وإني قصدت في هذا الكتاب خصوص البحث عن مقاصد الإسلام من التشريع في قوانين المعاملات والآداب التي أرى أنها الجديرة بأن تخص باسم الشريعة، والتي هي مظهر ما رعاها الإسلام من تعاريف المصالح والمفاسد وتراجيحها، مما هو مظهر عظمة الشريعة الإسلامية بين بقية الشرائع والقوانين والسياسيات الاجتماعية لحفظ نظام العالم وإصلاح المجتمع). الشيخ محمد الطاهر ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، طبعة دار سحنون للنشر والتوزيع - دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، ط ٤، ٢٠٠٩، ص ٨.

(٤) بن زغبة .. مرجع سابق، ص ٦٦.

تكليفه أم وضعية^(١). مع ملاحظة أن من شرع من أحكام للمقاصد الضرورية أهم مما شرع من أحكام لمراعاة المقاصد الحاجية. وكذلك أهم مما شرع من أحكام لمراعاة المقاصد الكمالية. وجدير بالذكر الإشارة إلى أن المقاصد الشرعية في الأحوال الشخصية متعلقة أساساً بالمقاصد الضرورية.

ثانياً: صور المقاصد الشرعية:

من المتفق عليه بين جمهور الفقهاء أن الله عز وجل لم يشرع أحكامه إلا لمقاصد عامة وان هذه ترجع إلى جلب المنافع للناس ودفع المفاسد عنهم وأخلاء العالم من الشرور والآثام^(٢). فالشرائع كلها وبخاصة شريعة الإسلام جاءت لصالح البشر في العاجل والآجل. واستقراء أدلة كثيرة من القرآن الكريم والسنة الشريفة يؤكد أن أحكام الشريعة منوطة بحكم وعلل راجعة للصالح العام للمجتمع والأفراد^(٣). ومقصد الشريعة تحقيق مصالح العباد بالإيجاد إليها أولاً ثم بحفظها ثانياً.

وتنقسم المقاصد إلى ثلاثة أقسام^(٤) هي على النحو الآتي: المقاصد العامة: وهي التي تراعيها الشريعة وتعمل على تحقيقها في كل أبوابها التشريعية أو في كثير منها، والمقاصد الخاصة: وهي المقاصد التي تهدف الشريعة إلى تحقيقها في باب معين أو في أبواب قليلة متجانسة من أبواب التشريع. والمقاصد الجزئية: وهي ما يقصده الشارع من كل حكم شرعي من إيجاب أو تحريم، أو نذب أو كراهة أو إباحة.

ولقد اتفق الفقهاء على أن المقاصد الشرعية هي مجموعة المصالح التي تهدف الأحكام الشرعية إلى تحقيقها. وهذه المصالح هي على ثلاثة أنواع:

- (١) الشيخ عبد الوهاب خلاف: أصول الفقه ... مرجع سابق، ص ١٩٧؛ د. عبد الكريم زيدان: ص ٢٨٢ - ٢٨٣.
- (٢) الشيخ زكي الدين شعبان: أصول الفقه، ١٩٨١، ص ٣٧٥.
- (٣) الشيخ زكي الدين شعبان: أصول الفقه، مرجع سابق، ص ٣٧٥.
- (٤) انظر: د. رمضان الشرنباصي: المقاصد الشرعية في أحكام الأسرة، دورة المقاصد الشرعية، مركز الخدمات القانونية والاقتصادية، الإسكندرية، ٢٠١٠ ص ٣ وما بعدها.

١- **مقاصد ضرورية:** ويقصد بها مجموعة المصالح التي يتوقف عليها حياة الناس الدينية والدنيوية، بحيث إذا فقدت اختلت الحياة في الدنيا، وشاع الفساد وضاع النعيم الأبدي وحل العقاب^(١). فالمقاصد الضرورية، هي التي لا بد منها لقيام مصالح الدين والدنيا بحيث إذا لم تنفذ لم تجر مصالح الدنيا على استقامة^(٢). والمصالح الضرورية خمسة هي: حفظ الدين، والنفس، والمال، والنسل، والعقل.

ويلاحظ أن المصالح الضرورية مرعية بصورة نسبية في التشريعات الوضعية، ولكنها تراعي بصفة مطلقة في التشريع الإلهي، لاختلاف علم الله عن علم البشر واختلاف عدالة الخالق عن عدالة المخلوق^(٣).

٢- **مقاصد حاجية:** وهي الأمور التي يحتاج الناس إليها لرفع الحرج والمشقة عنهم وإذا فاتت لا يختل نظام الحياة ولكن يلحق الناس المشقة والعنت والضيق. ويقول آخر فالمقاصد الحاجية هي التي يفتقر الناس إليها من حيث التوسعة ورفع الضرر كالرخص المخففة لبعض العبادات وفي بعض المناسبات^(٤). وترجع المقاصد الحاجية كلها إلى رفع الحرج عن الناس.

٣- **مقاصد كمالية:** المقاصد الكمالية هي التي تجعل أحوال الناس تجرى على مقتضى الآداب العالية والخلق القويم وإذا فاتت لا يختل نظام الحياة ولا يلحق الناس المشقة والحرج ولكن تصير حياتهم على خلاف ما تقتضيه المروءة ومكارم الأخلاق والفطر السليمة.

ثالثاً: أهمية معرفة المقاصد الشرعية

تتمثل أهمية معرفة المقاصد الشرعية في النقاط التالية:

- (١) د. رمضان الشرنباصي، د. محمد كمال إمام: أصول الفقه مرجع سابق، ص ٣٣٠.
- (٢) د. محمد سلام مذكور: الفقه الإسلامي، ص ٢١٣؛ عبد الكريم زيدان: الوجيز في أصول الفقه، ص ٣٧٨.
- (٣) د. محمد كمال إمام: المصلحة في المصطلح المقاصدي رؤية وظيفية، منشورات مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي، ٢٠١١، ص ١٩ - ٢٠.
- (٤) د. محمد سلام مذكور: الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٢١٣؛ عبد الكريم زيدان: الوجيز في أصول الفقه، ص ٣٧٨.

١- تؤدي معرفة مقاصد الشريعة إلى التحقيق الفعلي للخاصية الأساسية، للشريعة الإسلامية وهي (صلاحيتها لكل زمان ومكان) ^(١).

٢- لاستنباط الأحكام وفهم النصوص، ولفهم أسرار التشريع: فالمقاصد الشرعية تساعد المجتهد في معرفة حكم واقعة من الوقائع من الوقائع عن طريق فهم النصوص. وللتوفيق بين الأدلة المتعارضة ^(٢)، وللوصول إلى بيان حكم الله في مسألة جديدة لا يوجد لها حكم، وذلك عن طريق القياس أو الاستصلاح أو الاستحسان، فيجب أن يراع مقصد التشريع ^(٣). فإذا عرض على الفقيه أو القاضي مسألة ليس فيها حكم شرعي فإنه يمكنه الاجتهاد المقاصدي ويستدل على حكمها من خلال أعمال مقاصد الشارع. فتظهر أهمية المقاصد الشرعية وفائدتها بوضوح في الاجتهاد والنظر وباء الأحكام الشرعية وبيانها؛ فالمقاصد موازين معتبرة في الشريعة الإسلامية يناط بها النظر والاجتهاد الشرعي ويستعان بها في عملية استنباط الأحكام وضبطها ^(٤). فتساعد المقاصد الشرعية على فهم النصوص الشرعية وتطبيقاتها على الوقائع والاستدلال على الحكم فيما لا نص فيه، كان من الواجب على كل من يريد استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها الجزئية أن يحيط قبل كل شيء بأسرار الشريعة والمقاصد العامة التي راعاها الشارع في التشريع ^(٥).

٣- المقاصد الشرعية - كما قيل - تعزز من مفاهيم العقل والعدل

(١) ولقد أشار الشيخ محمد الطاهر ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٥ بالعبارات الآتية: (.... وهو الكفيل بدوام أحكام الشريعة الإسلامية للعصور والأجيال التي آتت بعد عصر الشارع، والتي تأتي إلى انقضاء الدنيا...).

(٢) د. جاسر عودة: مدخل مقاصدي للاجتهاد، مجموعة بحوث، مؤسسة القرآن للتراث الإسلامي، ٢٠٠٧، ص ٦٦ وما بعدها؛ د. رمضان الشرنباصي، د. محمد كمال إمام: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٣٢٦.

(٣) د. أحسن حساستة: الفقه المقاصدي عند الإمام الشاطبي وأثره في أصول التشريع الإسلامي، مكتبة دار السلام، ط ١، ٢٠٠٨، ص ٢٦ وما بعدها.

(٤) د. رمضان الشرنباصي، د. محمد كمال إمام: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٣٢٦.

(٥) زكي الدين شعبان: أصول الفقه الإسلامي، د. ت، ص ٣٧٨.

والحرية، ولكنها لا تضعها في وضع متناقض أو في حالة تحدى لمفاهيم الإيمان الثابتة وغيرها من لوازم الإسلام. فالمقاصد لا تجادل في سلطة النصوص ولكنها تحقق مناطها في موضعها الصحيح تبعاً لمقصد الشرع^(١). وكما قيل (فالعلماء منذ القدم إلى يومنا هذا لم يزالوا يعتبرون المقاصد في أحكامهم وفي فتاويهم، وتارة ينصون على ذلك وتارة يعتبرونه فيما ينظرون به إلى الأحكام الشرعية عامة. ففهم كلام السلف وحمل مثابه على محكمه ودراية مقاصد الأئمة في أحكامهم، وعدم الاستدلال بالمشابه أو الاستشهاد بالمشابه من ذلك على المحكمات، هذا إنما يدرك بمعرفة مقاصد الأحكام الشرعية التي راعاها الأئمة)^(٢). ففي واقع الأمر أن المقاصد الشرعية يحتاجها العلماء؛ لأجل أن تستوعب الشريعة كل ما يحدثه الناس من أفضية مهما بلغت^(٣).

٤. تقدم المقاصد الشرعية وسيلة منهجية منطقية في فهم بعض دلالات النصوص، عن طريق التوازن بين مدلولات الألفاظ وبين سياقها التاريخي^(٤). وهى بذلك تساعدنا في الأخذ بالفهم السياقي للنصوص، الأمر الذي يؤدي إلى إعمالها وليس إهدارها، إذ تقدم لنا فهماً مبنياً على المقصد الشرعي، لبعض الحوادث الجزئية، والتي يتناسب معها ويؤدي إلى جعلها جلية واضحة لنا، لا تبدو متعارضة مع الثوابت الأخرى. وفي نفس الوقت تجعلنا لا نقع في مغبة الأخذ بالتفسير التاريخي لبعض النصوص، والذي قد يؤدي إلى نتائج متعارضة ومتضاربة.

٥. تؤكد المقاصد الشرعية أهمية العقل الإنساني وبمعنى أدق أهمية

(١) د. جاسر عودة : مدخل مقاصدى للاجتهاد، ضمن مجموعة بحوث، مرجع سابق، ص ٥٢.

(٢) الشيخ صالح بن عبد العزيز آل الشيخ: المدخل لدراسة علم المقاصد الشرعية، مرجع سابق، ص ٤.

(٣) الشيخ صالح بن عبد العزيز آل الشيخ: المدخل لدراسة علم المقاصد الشرعية، مرجع سابق، ص ٩.

(٤) د. جاسر عودة : مدخل مقاصدى للاجتهاد، مجموعة بحوث، مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي، ٢٠٠٧، ص ٦٦ وما بعدها ؛ د. رمضان الشرنباصي، د. محمد كمال إمام: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٣٢٦.

الاجتهاد، حيث إنه من الثابت أن "للعقل مدخل في معرفة المقاصد، لأن من مسالك معرفتها الاستقراء"^(١). فمعرفة المقصد العام للشارع من التشريع من أهم ما يستعان به على فهم نصوصه حق فهمها، وتطبيقها على الوقائع واستنباط الحكم فيما لا نص فيه^(٢) وتفسير النص الشرعي وتحديد نطاق تطبيقه بما يتفق مع مقاصد الشارع ويحقق المصلحة التي قصد بالنص تحقيقها.

وتطبيقاً للاستعانة بالمقاصد في تفسير النصوص الشرعية وتحديد نطاقها، فقد ورد النص بمنع الخطبة على الخطبة مطلقاً. ولكن كان الفقهاء بتفسيره وحدوا نطاق تطبيقه في ضوء المصلحة التي قصد بها تحقيقها، وهي المحافظة على الأخوة والمودة بين الناس، فقصرها المنع على حالة ارتكان المخطوبة على الخاطب وأجازوا الخطبة إذا لم تكن المخطوبة قد ركنت إلى الخاطب أو كان الخاطب قد اعرض عن الخطبة؛ لأن المنع في هذه الحالة لا يحقق المصلحة لأحد^(٣).

٦- الفهم الصحيح لنصوص الأحكام الشرعية: حيث إن نصوص الأحكام الشرعية لا يمكن فهمها فهماً صحيحاً إلا إذا عرف المقصد العام للشارع من تشريع الأحكام. وعرفت الوقائع الجزئية التي من أجلها نزلت الأحكام القرآنية أو وردت السنة القولية أو العملية. وبالإضافة إلى ما سبق فإنه يمكن اللجوء إلى المقاصد الشرعية لفهم دلالة الألفاظ والعبارات على المعاني لأن الألفاظ والعبارات قد تحمل عدة وجوه ونلجأ إلى المقاصد لترجيح أحدهما على الآخر ولأن بعض النصوص قد تتعارض ظواهرها، والذي يرفع هذا التعارض ويوفق بينها أو يرجح أحدها هو الوقوف على مقصد الشارع ولأن كثيراً من الوقائع التي تحدث ربما لا تتناولها عبارات النصوص وتمس الحاجة إلى معرفة أحكامها بأي دليل من الأدلة الشرعية،

-
- (١) د. محمد كمال إمام: مدخل أصولي للمقاصد الشرعية، ضمن مجموعة بحوث، مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي، ٢٠٠٧، ص ٣٨.
(٢) الشيخ عبد الوهاب خلاف: أصول الفقه، مرجع سابق، ص ١٩٧.
(٣) خالد ميلود عبد القادر سماحي: فقه المقاصد في نوازل وقضايا المعيار للونشري، ٢٠٠٦ - ص ٢٠.

وفى هذه الحالة نلجأ إلى معرفة مقصد الشارع، للاستدلال على الحكم^(١).
ولذا تؤدي إلى التقليل من الزلل في الفتوى والخطأ في الاجتهاد^(٢).

٧- ولقد لخص مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي الذي انعقد في ماليزيا في الفترة من ٩- ١٤ يوليو ٢٠٠٧ أهمية المقاصد الشرعية في بضعة نقاط أساسية^(٣) هي:

أ- يؤدي اعتبار المقاصد إلى : النظر الشمولي لنصوص الشريعة وأحكامها. وإن الأعمال الصحيح للمقاصد لا يعطل دلالة النصوص الشرعية والإجماعات الصحيحة.

ب - اعتبار مقاصد الشرعية من المرجحات التي ينبغي مراعاتها في اختلاف الفقهاء.

ج - التبصر بأملاك أفعال المكلفين وتطبيق الأحكام الشرعية عليها.

د - اعتبار المقاصد الشرعية بمراتبها المختلفة الإطار الأساسي والمناسب لحقوق الإنسان.

هـ - أهمية استحضار المقاصد الشرعية في الاجتهاد.

و- أهمية دراسة الأبعاد المختلفة لمقاصد الشريعة في النواحي الاجتماعية والاقتصادية والتربوية والسياسية وغيرها.

٨ أن موضوع المقاصد الشرعية مرتبط بالمصالح والمصلحة التي اعتبرها الشرع مطلوب تحقيقها؛ لأن الشريعة جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها وتعطيل المفاسد وتقليلها^(٤).

وبناء عليه، فإنه يمكن القول إنه بمراعاة المقاصد الشرعية يتحقق ما

(١) الشيخ عبد الوهاب خلا : أصول الفقه ... مرجع سابق، ١٩٨، زكي الدين شعبان: أصول الفقه الإسلامي، ص ٣٧٨؛ د. أحسن حساسنة : المرجع السابق، ص ٢٨ وما بعدها.

(٢) د. أحسن حساسنة: الفقه المقاصدي عند الإمام الشاطبي وأثره في أصول التشريع الإسلامي، مرجع السابق، ص ٣١ وما بعدها.

(٣) انظر:

www.islamtoday.net/bohooth/services/printart-32-10754.htm

(٤) الشيخ صالح بن عبد العزيز آل الشيخ: المدخل لدراسة علم المقاصد الشرعية، مرجع سابق، ص ٢- ٣.

أشارت إليه المذكرة الإيضاحية - مذكرة إيضاحية لمجلس الوزراء - للمرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ حيث جاء بها ما يلي: (... ومن الواجب حماية الشريعة المطهرة وحماية الناس من الخروج عليها وقد تكلفت بسعادة الناس دنيا وأخرى وأنها بأصولها تسع الأمم في جميع الأزمنة والأمكنة متى فهمت على حقيقتها وطبقت على بصيرة وهدى. ومن السياسية الشرعية أن يفتح للجمهور باب الرحمة من الشريعة نفسها وأن يرجع إلى آراء العلماء لعلاج الأمراض الاجتماعية كلما استعصى مرض منها حتى يشعر الناس بأن في الشريعة مخرجا من الضيق وفرجا من الشدة)^(١).

وجدير بالذكر الإشارة إلى نقطة هامة في فقه المقاصد الشرعية، وهي أنها بالرغم من أهميتها وضرورة البحث فيها ومعرفتها، إلا أنه يجب الاحتراز في هذا الشأن لان العمل بها يستوجب توافر أهلية علمية معينة فيمن يسلك طريقها. ولقد أشار إلى ما سبق الشيخ العلامة ابن عاشور بالعبارات الآتية: (. . . وليس كل مكلف بحاجة إلى معرفة مقاصد الشريعة؛ لأن معرفة مقاصد الشريعة نوع دقيق من أنواع العلم؛ فحق العامي أن يتلقى الشريعة بدون معرفة المقصد؛ لأنه لا يحسن ضبطه ولا تنزيله، ثم يتوسع للناس في تعريفهم المقاصد بمقدار ازدياد حظهم من العلوم الشرعية؛ لثلاث يضعوا ما يلقنون من المقاصد في غير مواضعه فيعود بعكس المراد. وحق العالم فهم المقاصد، والعلماء - كما قلنا في ذلك - متفاوتون على قدر القرائح والفهوم)^(٢).

المطلب الثالث

المقاصد العامة لأحكام الأحوال الشخصية

أولاً: البعد المقاصدي لأحكام الأحوال الشخصية:

إذا كنا قد خلصنا إلى أن المقاصد الشرعية هي الأهداف والغايات من التشريع. فنحاول في السطور القادمة - وبإيجاز - معرفة المقاصد العامة

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

(٢) الشيخ محمد الطاهر ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٨.

لأحكام الأحوال الشخصية، من خلال فلسفة المقاصد الشرعية. والتي يمكن تلخيصها في النقاط التالية :

١- يهدف الإسلام من نظام الأسرة المحافظة على الحقوق الزوجية وحقوق الأولاد وواجباتهم^(١). فالمقاصد الشرعية العامة، لنظام الأسرة هما: كيفية إنشاء رابطة زوجية صحيحة تراعي فيها مقاصد الشرع، عن طريق الإيفاء بالحقوق والواجبات الناشئة عن قيام الأسرة. من حقوق وواجبات بين الزوجين والأولاد.

٢- تأسست أحكام الأسرة في الإسلام على مقصد المحافظة على صحة أفراد الأسرة، ولذا نجد: الترغيب والحث على الزواج، نهى الإسلام للزنا، تقدير الدافع الجنسي. ولذا أبيض التعدد؛ تحريم قتل البناء، تنظيم النفقة.

٣- الإكثار من النوع الإنساني: ولذا أباحت الشريعة التعدد، والحفظ على النسل وهو من المقاصد الشرعية الضرورية.

ومن جهة أخرى، لو نظرنا للتنظيم الإسلامي لأحكام الأسرة، نجد له بعد سياسي اجتماعي، وهو تشيد مجتمع صالح قوى متماسك وكثير العدد، حيث تأكيد الكثرة العددية للمسلمين مع تماسكهم، يمثل مقصداً هاماً، وهو يرتبط بأول مراتب المقاصد الضرورية وهو مقصد المحافظة على الدين.

٤- الزواج خير وسيلة لتحقيق التماسك الاجتماعي والتضامن فيما بين أفراد المجتمع؛ لما يترتب عليه من ترابط بين الأسر والعائلات؛ وبلا شك مراعاة مقاصد الشرع في تشريعه لأحكام الأسرة لهو الوسيلة الوحيدة والمثلى لجعل كيان المجتمع سليماً و مترابطاً.

٥- تحقيق التكافل الاجتماعي - وهذا الهدف يعتبر من الغايات الأساسية للقانون الوضعي وبوجه خاص التشريعات الاجتماعية أو التشريعات إلى لها جوانب اجتماعية بارزة. فالتنظيم الإسلامي لأحكام

(١) د. محمد حسن أبو يحيى: أهداف التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص ٥٠٧ وما بعدها.

الأسرة، يؤدي إلى تحقيق التكافل الاجتماعي، والذي يقصد به إيمان الأفراد بمسئوليته بعضهم عن بعض. وإن كل واحد منهم حامل تبعات أخيه، فإذا أساء على نفسه وعلى أخيه وإذا ما أحسن كان إحسانه لنفسه ولأخيه " والتكافل الاجتماعي هو أول عناصر الحياة الطيبة للمجتمعات، عليه تتوقف حياتها، وبه تكون عزيزة كريمة متمتعاً بهيتها قائمة بواجباتها^(١).

وإعمالاً لما سبق، نجد أن أساس صحة وفعالية تشريع النفقة مبنى على مقاصد الشريعة ومرتبطة بالتكافل الاجتماعي. حيث نجد أن الرجل مكلف شرعاً بالإففاق على من تجب عليه نفقته، كالزوجة والأبناء والبنات والوالدين، وبقية الأقارب الذين تجب لهم عليه النفقة^(٢).

٦- المقاصد الشريعة هي أساس أحكام الموارث والوصية. فمن ناحية نجد أن آيات الموارث هدفها العام التنظيم التفصيلي للميراث وهدفها الخاص إبراز مكانة المرأة وحمايتها في هذا النظام^(٣).

٧- إن أساس صحة أحكام الأحوال الشخصية هو مرجعية إسلامية علياً تتمثل في تحقيق مقاصد الشرع في الخلق. وإن فعالية الزواج وباقي أحكام الأسرة تأتي من مراعاة الضوابط التي جاء بها الإسلام في مسائل الزواج والطلاق والموارث والوصية أي مجموعة أحكام الأسرة، لأنها مرتبطة بمقاصد شرعية محددة ومرتبة ترتيباً إلهياً^(٤).

٨- تحقيق الأهداف الاجتماعية للشريعة الإسلامية: إن تشريع أحكام الأحوال الشخصية يعد نوعاً من جوانب الأهداف الاجتماعية

(١) د. محمد حسن أبو يحيى: أهداف الأسرة، مرجع سابق، ص ٥٠٧ - ٥٠٨.

(٢) د. محمد حسن أبو يحيى: أهداف الأسرة، مرجع سابق، ص ٥٠٧ - ٥٠٨.

(٣) د. محمد نجيب عوضين: مرجع سابق، ص ١٩.

(٤) وقد قال الشيخ محمد الطاهر ابن عاشور: في مقاصد أحكام العائلة ما يلي: (انتظام أمر العائلات في الأمة أساس حضارتها وانتظام جامعتها، فلذلك كان الاعتقاد بضوابط نظام العائلة من مقاصد الشرائع البشرية كلها، وكان ذلك أول ما غنى به الإنسان المدني في إقامة أصول مدينته بإلهام روعي فيه حفظ الانتساب من الشك في انتسابها، ... لم تزل الشرائع تعنى بضوابط أصل تكوين العائلة ...)، انظر: الشيخ محمد الطاهر ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٧٣.

للشريعة الإسلامية. وهى التي أشار إليها العلامة الشيخ محمد أبو زهرة بالعبارات الآتية: (للشريعة الإسلامية أهداف اجتماعية لا بد أن تتحقق في كل مجتمع. ... وإن الشريعة الإسلامية تتجه في كل أحكامها إلى تحقيق هذه الأهداف الاجتماعية، وهى المقاصد العليا للشريعة الإسلامية.)^(١).

ومما تجدر الإشارة إليه أن الشيخ الطاهر ابن عاشور - قد أشار إلى أن: (انتظام أمر العائلات في الأمة أساس حضارتها وانتظام جامعتها؛ لذلك كان الاعتناء بضبط نظام العائلة من مقصد الشرائع البشرية كلها، وكان ذلك من أول ما عنى به الإنسان المدني في إقامة أصول مدنيته بالهام إلهي روعي فيه حفظ الانتساب من الشك في انتسابها. ..)^(٢). وبناء على ما سبق، فتنظيم أحكام الأسرة تنظيماً دقيقاً صحيحاً من مقاصد التشريع الإسلامي.

ثانياً: المقاصد الخاصة بتنظيم الأحوال الشخصية - نظرة جزئية: (أ) مقاصد الزواج:

الزواج هو الطريق لبناء الأسرة، وهو العمود الفقري لنظام الأحوال الشخصية، فالحديث عن أحكام الأسرة، يفترض بداية وجود أسرة، والأخيرة لا تتحقق إلا بالزواج، وهذا يفسر مدى اهتمام الشارع عز وجل بأحكام الزواج.

وترتبط مقاصد الزواج، بمقصد حفظ النفس ومقصد حفظ النسل وهما من المقاصد الضرورية.

فلقد حرم الإسلام الزنا تحريماً قطعياً، وجعل عقوبة الزنا من

(١) الشيخ العلامة/ محمد أبو زهرة دراسات إسلامية في الأسرة والمجتمع، القاهرة، دار الفكر العربي، د.ت، ص ١٥ - ١٦.

(٢) الشيخ محمد الطاهر ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٧٢ - ١٧٣. وجددير بالذكر الإشارة إلى أن الشيخ ابن عاشور استعمل مصطلح (مقاصد أحكام العائلة) بدلا من مصطلح (مقاصد أحكام الأسرة) ومن المعروف أن مفهوم العائلة أوسع من مفهوم الأسرة؛ ولهذا قال الشيخ ما يلي (... ولا جرم أن الأصل الأصيل في تشريع أمر العائلة هو أحكام أسرة النكاح، ثم إحكام أسرة القرابة، ثم إحكام أسرة الصهر، ثم إحكام كيفية انحلال ما يقبل الانحلال من هذه الأواصر الثلاث) .. مقاصد الشريعة الإسلامية .. ص ١٧٣.

العقوبات الحدية. وحذر من عواقب الزنا كثيرا. فقد قال تعالى (الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ (٢) الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرْمٌ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ). بالإضافة إلى ضرورة تهذيب الغريزة الجنسية، وهي التي تؤدي إلى انتشار تجارة الجنس، إذ قال تعالى (وَالَّذِينَ هُمْ لِغُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ (٢٩) إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ (٣٠) فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ) سورة المؤمنون الآية ٥-٦. (ولا تَقْرُبُوا الزَّانِيَةَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا).

وتعتبر الشريعة الإسلامية كل وطأ محرم زنا وتعاقب عليه سواء حدث من متزوج أو من غير متزوج^(١). وتعتبر الشريعة الإسلامية كل وطأ محرم زنا وتعاقب عليه سواء حدث من متزوج أو من غير متزوج^(٢).

وشرع حد الزنا للحفاظ على النسل، والمقصد من العقوبات إصلاح حال الناس، فمقصد الشريعة من تشريع الحدود والقصاص والتعزير وأرش الجنايات ثلاثة أمور: تأديب الجاني، وإرضاء المجني عليه، وزجر المقتدى بالجناة^(٣).

فالزنا فاحشة كبرى تمثل اعتداء على الأمانة الإنسانية التي أودعها الله تعالى جسم الرجل والمرأة، ليكون منها النسل والتوالد الذي يمنح الجنس البشري، ويجعله يعيش عيشة هنيئة سهلة فيكثر النسل ويقوى، والنسل في ذاته ثروة وقوة. ولا يكون النسل قويا إذا كان أساس العلاقة بين الرجل والمرأة غير الزواج الذي يباركه الدين ويستظل بظله^(٤).

والزنا من الجرائم الماسة بالجماعة ولذا فهو من حقوق الله الخالصة؛ ويقوم أساس العقاب على الزنا على أساس انه مساس بكيان

(١) عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي، ط ٣، ١٩٧٧، ج ٢، ص ٣٤٦.

(٢) عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٤٦.

(٣) الطاهر ابن عاشور: مقاصد الشريعة... مرجع سابق، ص ٢٣٢.

(٤) الشيخ محمد أبو زهرة: دراسات إسلامية في الأسرة والمجتمع، القاهرة، دار الفكر العربي، د. ت، ص ٤٦.

الجماعة وسلامتها، إذا أنه يشكل اعتداء على نظام الأسرة. ويؤدي إلى فساد المجتمع والمخلاله، ويؤثر على نظامه وتماسكه وقوته^(١).

ومن ناحية ثانية، فقد وضع الإسلام تنظيمًا أمثل لنظام الزواج، حيث الغي زواج الأخدان وزواج الاستبضاع وزواج المتعة والزواج المؤقت، وكل صور الزواج التي تخرج عن المقصود الأصلي للزواج. واشترط التراضي في الزواج ومنع الإكراه ومنع العنف الأسري Donestic violence والتي تعاني منه المجتمعات الحديثة كثيراً ولم تفلح التعديلات الشرعية ولا الانضمام للمواثيق العالمية لحقوق الإنسان في مواجهته.

فمن ناحية حث الإسلام على الزواج، وكره العزوبية، على أساس أن الزواج (نظام إلهي شرع لمصلحة المجتمع، وحفظ كيان الأسرة، وتنظيم الضرورة الدافعة، وهو وحده مناط التمييز بين الشرعي وغير الشرعي في العلاقات الجنسية)^(٢). فمن ناحية ثانية، اشترط الإشهاد في الزواج، وهو يعتبر من شروط صحة الزواج. وبلا شك - كما قيل - (أن اشترط الشهادة على هذا العقد في الشريعة الإسلامية، لا يرمي إلى ضمان جدية العقد وإثباته، بل يهدف أيضا إلى تنزيه العلاقة الزوجية عن كل ما يشوبها أو يرببها)^(٣). وبلا شك من أهم هذا التنزيه هو تنزيه الرابطة الزوجية من شبهة الاستغلال الجنسي. ومن ناحية ثالثة، لا يجوز تأقيت الزواج. إذ أن الزواج لا يكون إلا مؤبداً فالتأقيت ينافي ديمومية الزواج^(٤). بل أنه أكثر من هذا، فطبقا لابن عاشور نجد أن عدم التأقيت يعتبر احد أصليين من الأصول المكونة لمقصد أحكام الزواج الأساسية والفرعية، حيث قال في هذا الصدد ما يلي: (. . . وقد استقرت ما يستخلص منه مقصد الشريعة في أحكام النكاح الأساسية والتفريعية فوجدته يرجع إلى

(١) عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ج ١، ص ٢٠٥.

(٢) د. محمد كمال إمام: الأحوال الشخصية للمسلمين، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١١، ص ٩١.

(٣) د. محمد كمال إمام: الأحوال الشخصية للمسلمين، مرجع سابق، ص ١١٩.

(٤) د. محمد كمال إمام: الأحوال الشخصية للمسلمين... مرجع سابق، ص ١٢٩.

أصلين: الأصل الأول: اتضاح مخالفة صورة عقد لبقية ما يتفق في اقراران الرجل بالمرأة. الأصل الثاني: أن لا يكون مدخولا فيه على التوقيت والتأجيل (١).

وتتضح أهمية منع تأقيت الزواج في الشريعة الإسلامية في مكافحة صور الاتجار بالبشر المتعلقة بالزواج، مثل الزواج المؤقت والزواج الموسمي وهما من أهم صور الاتجار بالبشر المتعلقة بالزواج والاستغلال الجنسي انتشارا - طبقا للتقارير الدولية المتعلقة، بالاتجار بالبشر في البلاد العربية والإسلامية (٢).

ومن ناحية رابعة، أباح الإسلام تعدد الزوجات بضوابط، واستحب العدم الغلاء في المهور وفي هذا وقاية للمجتمع من خطر الوقوع في العلاقات الجنسية غير المشروعة، والتي تسهل انتشار تجارة الجنس وهي صورة من صور الاتجار بالبشر.

ومن ناحية خامسة، حرم الإسلام الإكراه على البغاء بمقتضى الآية الكريمة (ولا تُكْرَهُوا فَتِيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لِّتَبْتَعُوا عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَمَنْ يُكْرِهِنَّ فَإِنَّ اللَّهَ مِنْ بَعْدِ إِكْرَاهِهِنَّ غَفُورٌ رَحِيمٌ (٣٣) وَلَقَدْ أَنْزَلْنَا إِلَيْكُمْ آيَاتٍ مُبِينَاتٍ وَمَثَلًا مِّنَ الَّذِينَ خَلَوْا مِن قَبْلِكُمْ وَمَوْعِظَةً لِّلْمُتَّقِينَ) سورة النور الآية ٣٣. إذ فرقت الآية السابقة بين الإكراه على البغاء والكسب من البغاء، مما يعنى تحريم دفع المرأة إلى ارتكاب أفعال البغاء، بقصد الحصول على رح من هذا البغاء، ولقد جاء في الحديث الشريف: (أن كسب الزانية سحت، وحق على الله أن لا يدخل الجنة لحما نبت من سحت) كما اجمع الفقهاء على تحريم وطء المرأة المستأجرة (٣).

(١) ابن عاشور: مقاصد الشريعة .. مرجع سابق، ص ١٧٦ - ١٧٧.
(٢) طبقا للتقرير الأمريكي عن حالة الاتجار بالبشر في العالم - تقرير عام ٢٠١١ والصادر في يونيه ٢٠١١.

Trafficking in person reports 2010.

(٣) فائزة فوزي محمد: المسئولية الجنائية في جرائم الدعارة - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير - كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، ٢٠١٠، ص ١٢ - ١٣ (والمراجع التي تشير إليها).

ومن ناحية سادسة ولقد ألغى الإسلام نظام التبني، حيث قال تعالى : (اذْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُوراً رَحِيماً). وفى هذا الإلغاء سد باب كبير من أبواب الاتجار بالبشر، حيث إنه من اكبر صور الاستغلال الجنسي، صورة التبنى بغرض الاستغلال الجنسي، وهو موجود في الكثير من الدول غير الإسلامية.

وتأكيدا لما سبق قال الشراح (.. غير أن عدم ممارسة التبني حسب مفهومه السائد في الغرب يخفض مستوى الطلب على أطفال التبني في جميع أنحاء العالم الإسلامي. ومن ثم ف'ن مدى مشكلة الاتجار بالأشخاص لغرض التبني في العالم الإسلامي أقل دلالة من حيث خطورة شأنه منه في أنحاء أخرى من العالم، حيث يعد التبني هنالك ممارسة أكثر شيوعا وعرفا مقبولا...) (١).

ولقد اتفق الشراح على أن مقاصد الزواج كثيرة ولكن أهمها ما يلي (٢).

– الزواج رابطة ونظام اجتماعي يرقى بالإنسان إلى العلاقة الروحية، إذ فيه ترويح للنفس، لما يتضمنه من السكن والمودة والرحمة. فالزواج الراحة الحقيقية للرجل والمرأة. فالزواج هو الطريق الصحيح لإشباع الغريزة. فالهدف من الأسرة هو إشباع الجانب الاجتماعي الغريزي في النفس البشرية، والعفاف، وكذلك دوام العشرة بين الزوجين واشتراكهما في تربية الأولاد ولذا كان الزواج غير مقيد بزمان.

- (١) د. محمد يحيى مطر: مكافحة الاتجار بالأشخاص ... مرجع سابق، ص ٨٤ - ٨٥.
(٢) الشيخ عمر عبد الله: أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، ط ٣، ١٩٦٨، ص ٢٦ وما بعدها، د. محمد حسن أبو يحيى: أهداف الأسرة، عمان، دار الفرقان، ١٩٨٥، ص ٥٠٧ وما بعدها؛ الشيخ عبد الوهاب خلاف: أصول الفقه، مرجع سابق، ص ٢٠٥؛ د. احمد محمود الشافعي: الزواج في الشريعة الإسلامية، ط ١٩٩٧، ص ٩ - ١٠؛ د. جابر عبد الهادي: أحكام الأسرة الخاصة بالزواج، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧، ص ٣٤.

- حفظ النسل وبقاء النوع الإنساني، وبذلك تتحقق رسالة الإنسان في الأرض. فالزواج هو الطريق لتكوين الأسرة والتي تعد الخلية الأولى في بناء المجتمع. فقد شرع الزواج للتوالد والتناسل. وحرّم الزنا لحفظ الأعراض وحرّم الخلوة بالأجنبية سدا للذريعة. فالمقصود الأصلي للزواج هو تكوين الأسرة والتوالد والتناسل^(١).

- تحقيق الأهداف الاجتماعية للشريعة الإسلامية في المجتمع، وبناء المجتمع الصالح لعمار الأرض^(٢). ولذا حذر الشرع من الزواج بالمرأة غير الصالحة، وحث المرأة كذلك على اختيار الزوج الصالح؛ وكذلك تحريم زواج المسلمة بغير المسلم؛ لتحقيق مقاصد الزواج. واشترطت الكفاءة بين الزوجين تكميلاً للوفاق وحسن المعاشرة.

ويوجه عام، فقد حثت الشريعة على الزواج ورغبت فيه. قال تعالي: (فأنكحو ما طاب لكم من النساء...). وقال الرسول (ص): (إذا تزوج العبد فقد استكمل نصف الدين، فليترك الله في النصف الباقي). (ما معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإن له وجاء)^(٣).

- يؤدي الزواج إلى زيادة النشاط الاقتصادي والحضاري في المجتمع، حيث إنه الطريق لتكوين الأسرة التي هي اللبنة الأولى في المجتمع وكلما وجد الإنسان نفسه مسئولاً عن الأبناء والبنات يجد في العمل، ولذا كان الزواج سبباً في النشاط الاقتصادي^(٤).

ويوجه عام - فكما يقول البعض: (إن مقاصد الزواج هي مقاصد

(١) الشيخ عمر عبد الله: أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، ط ٣، ١٩٦٨، ص ٢٤.

(٢) الشيخ العلامة محمد أبو زهرة: دراسات إسلامية في الأسرة والمجتمع، القاهرة، دار الفكر العربي، د.ت، ص ١٥ - ١٦.

(٣) د. محمد حسن أبو يحيى: أهداف الأسرة، مرجع سابق، ص ٤٩٠ وما بعدها؛ د. محمد يوسف موسى: أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، ط ١٩٥٨، ص ٣٨ - ٣٩؛ د. عبد الرحمن تاج: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط ١٩٥٥، ص ٢٤٦.

(٤) د. جابر عبد الهادي: أحكام الأسرة الخاصة بالزواج، ط ١، ٢٠٠٧، ص ٣٥.

تابعة للمقصد الأول حفظ النسل وكل المقاصد الجزئية من أحكام الزواج هي مقاصد حاجية أو تحسينية لهذه المقاصد التابعة (١).

(ب) مقاصد الطلاق:

قال الكاساني (إن الزواج قد يخرج عن أن يكون مصلحة بمخالفة الأخلاق ومباينة الطباع أو غير ذلك من المعاني ، ويقع البأس عن استيفاء المصالح من هذه المرأة فشرع الطلاق لاستيفاء المصالح المطلوبة من الزواج بالتزوج من زوجة أخرى ، فتكون المصلحة في الطلاق ، ليصل كل واحد منهما إلى زواج يوافقه فيستوفي ؛ فيستوفي مصالح الزواج منه) (٢).

وانطلاقاً من المقولة السابقة ولتحقيق مقاصد أخرى من تشريع

الطلاق ، اتفق الفقهاء على أن مقاصد الطلاق هي :

١- شرع الطلاق ليستطيع الزوجان التخلص من رابطة الزوجية ، إذا تحقق أن المعاشرة بالمعروف والقيام بحقوق الزوجية أصبح غير ميسور. فللرجل أن يوقع الطلاق مستقلاً بإيقاعه إذا علم ذلك (٣). فشرع الطلاق كنعمة للتخلص الزوجية التي لا تحقق مقاصدها ، لا خير في بقائها ، وحيث يتحقق إن الطلاق هو المصلحة الحقيقية والمؤكد للزوجين.

٢- لقد بني تشريع الطلاق على مصلحة حاجية ، حيث الطلاق شرع للتخلص من الحياة الزوجية ، عند الحاجة ؛ ولذا فمجموعة الأحكام التي وردت في شأن الطلاق مبنية على مقصد حاجي.

٣- لتأكيد تفاعل أحكام الشريعة مع الواقع الاجتماعي ، حيث إنه في بعض الحالات ، يكون انقضاء رابطة الزوجية ، هو القرار الوحيد الذي أمام الزوجين ، تبعاً لظروف الواقع (٤).

٤- شرع الطلاق لتحقيق الهدف الأساسي من الزواج. فالأخير شرع

(١) د. رمضان الشرنباصي: مقاصد الشريعة في الزواج والطلاق ، دورة المقاصد ،

٢٠١٠ ، ص ٩ ؛ د. محمد يوسف موسى: المرجع السابق ، ص ٢٥٢.

(٢) الكاساني: البدائع ، ج ٣ ، ط بيروت ، د. ت ، ص ١١٢ - ١١٣ ، مشار إليه عند: د. محمد يوسف موسى: المرجع السابق ، ص ٢٥٣.

(٣) المذكرة الإيضاحية للقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

(٤) د. محمد كمال إمام: الأحوال الشخصية للمسلمين ، ط ٢٠١٠ - ٢١١ ، ص ٢٧٥.

لتأسيسي مجتمع إنساني سليم قائم على المودة والرحمة والمشاركة الفعالة، فإذا لم يتحقق فيه مقاصده، فمن الأفضل إنهاء هذه الرابطة، لأنه قد تتحقق مفسد منها، ودرء المفسد مقدم على جلب المصالح. فالمقصود من الطلاق في هذه الحالات هو تحقيق أهداف الزواج.

ولقد أشار البعض إلى هذا بالقول الأتي: (أن كل زواج لا تتحقق مقاصده حتى لا يبقى عبثا على الزوجين ويصبح ضررا عليهما أو على احدهما. فكلما تعطلت مقاصد الزواج أو أصبح سببا للضرر والفساد جاز أو وجب انتهاؤه حسب ظروف المكلف. ومن ثم فإن القصد من الطلاق هو من المقاصد التابعة، لمقاصد النكاح لان الشارع لم يقصد تشريع لذاته. بل لاستدراك ما يمكن أن ينتج عنه من اتفاق الرابطة الزوجية)^(١).

٥- لقد شرع الطلاق بيد الرجل؛ لأنه يحتاج إلى التريث والأناة والتفكير، حتى لا يفتح به باب شر على الأسرة، لأن الرجل أبعد عن التأثير بالغضب، والاستجابة السريعة للانفعال عن المرأة^(٢).

(ج) مقاصد النفقة والحضانة :

لا خلاف بين الفقهاء في وجوب نفقة الزوجة على زوجها سواء أكانت الزوجة غنية أم فقيرة، مريضة أو صحيحة، حضور الزوج أو غيابه. وقد دل على وجوب النفقة الكتاب والسنة والإجماع^(٣). ونفقة الزوجة تشتمل على كل ما تحتاج إليه، لإقامة حياتها من طعام وكسوة ومسكن وخدمة، وكل ما يلزمها في معيشتها بحسب الشرع والعرف^(٤). وتتمثل المقاصد الشرعية للنفقة في تحقيق: مقصد تحقيق العدل، حيث إنه المقابل الذي، يستحق للزوجة - في مجال نفقة الزوجية - نظير احتباس الزوجة للرجل، فتأخذ الزوجة النفقة في مقابل احتباسها. وبالإضافة إلى

(١) د. رمضان الشرنباصي: مقاصد الشريعة في الزواج والطلاق، دورة المقاصد، ٢٠١٠، ص ٦.

(٢) الشيخ عبد الوهاب خلاف: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط ١، ١٩٣٦، ص ١٢٥؛ د. محمد يوسف موسى: المرجع السابق، ص ٢٥٣.

(٣) انظر: د. جابر عبد الهادي: مرجع سابق، ص ٣٠١ - ٣٠٢.

(٤) انظر: د. جابر عبد الهادي: مرجع سابق، ص ٣١٦.

أنها تتفق مع مقصد حفظ النسل.

أما فيما يتعلق بالحضانة فيقصد بها: (حفظ من لا يستقل بأموره وتربيته بما يصلحه ويقيه ما يضره)^(١). والحضانة حق للصغير والحاضنة معا فإذا أسقطت الأم حقها ببقه حق الصغير^(٢). فالحضانة شرعت لتربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره في سن معينة ممن له الحق في الحضانة ؛ نظرا لأن الولد منذ أن يولد محتاج لمن يعتني به ويدبر له أموره، فبلا شك يكون في حياته الأولى عاجزا تماما عن القيام بأمور نفسه^(٣).

وأساس تشريع الحضانة هو مقصد ضروري وهو مقصد حماية النسل، بدليل أنها قائمة على تحقيق المصلحة الفضلى للطفل، **The best interest of the child**. فالإنسان بعد ولادته بحاجة إلى الحفظ والرعاية والتربية ؛ لكونه عاجزا وغير مدرك لمصلحته ؛ ولذا فقد شرعت الحضانة لإسناد أمر التربية والحفظ والرعاية للغير.

فالمقصود الأصلي للحضانة، تبعا لما سبق، هو حفظ الصغير ورعايته وحمايته ؛ وترتبا على هذا ولتحقيق هذا المقصد الأصلي، ثبتت الحضانة أولاً للوالدين ؛ نظرا لأنهم أقرب الناس إليه، أكثرهم شفقة عليه، ولذا فهم أجدر الناس على رعايته. ليس هذا فحسب بل أن الحضانة ثبتت للام في الشهور الأولى لأنها أدرى الناس وأجدرهم على القيام بحاجة الصغير في مراحلها الأولى بعد الولادة، في حين أن ولاية التصرف في أموال الصغير ثبتت للأب، لأنه أصلح لها من الأم^(٤). ونظرا لان المقصد من الحضانة مصلحة الصغير فلا يتولاها من النساء أو الرجال

(١) حاشية ابن عابدين: ج ٢، ص ٥٦؛ نهاية المحتاج، ج ٧، ص ٢١٤؛ مشار إليه عند: د. محمد يوسف موسى: أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، ط ١٩٥٨، ص ٢٣١.

(٢) د. أحسن حساسته: الفقه المقاصدي عند الإمام الشاطبي وأثره في أصول التشريع الإسلامي، مكتبة دار السلام، ط ١، ٢٠٠٨، ص ٢٦ وما بعدها.

(٣) د. عبد العزيز عامر: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، ط ٢، ١٩٧٦، ص ١٩١.

(٤) الشيخ عمر عبد الله: أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص ٥٩٩ - ٦٠٠.

إلا من توافرت فيه شروط توفهه للقيام بها

وخلاصة القول، إن أساس مقاصد الحضانة هو الحفاظ على حياة الصغير وهو مقصد ضروري، من تطبيقات مقصد الحفاظ على النفس، ليس هذا فحسب بل أيضا تتأس على مقصد ضروري آخر وهو مقصد الحفاظ على النسل. بل أكثر من هذا فمن مكملات المقاصد الشرعية المتعلقة بالحضانة، ثبتت الحضانة للام - كما سبق أن عرفنا - أولاً، وكذلك اشترط شرط الدين في الحاضن للحفاظ على الشخص المحضون.

(د) مقاصد المواريث:

المواريث من الأحكام الشرعية التي اهتم بها الشارع عز وجل اهتماما كبيرا، وتمثل المقاصد الشرعية للمواريث فيما يلي:

١- الميراث يعتبر من أحد تطبيقات حفظ المال في الشريعة الإسلامية، ومقصد حفظ المال مقصد ضروري، ويتحقق هذا المقصد في نظام الميراث من خلال حفظ المال وتداوله ووضوح وعدالة وثبات تشريع المواريث. فقد جاءت الشريعة الإسلامية بأفضل وأحسن وأعدل نظام للميراث، فنظام الميراث يحقق العدالة والرحمة في شتى نواحيها^(١).

٢- تحقيق الاستقرار وتحقيق اليقين: هو انه لما كان الإنسان يعلم مقدما إن ما يكسبه سوف يؤول إلى اقرب الناس إليه فان هذا يحقق أهم مقصدين من مقاصد النظم القانونية وهما الاستقرار واليقين. حيث يتوقع الإنسان نتائج فعله مقدما^(٢).

٣- تحقيق العمار في الأرض: أن تشريع الميراث يدفع الإنسان إلى تنمية المال باستثماره والعمل على الحفاظ عليه، حتى لا يترك أولاده كلا على المجتمع. ولذا فالإنسان يسعى ويكد وهذا يؤدي إلى استمرارية الحياة وتحقيق المال لوظيفته في المجتمع. وخصوصا أن المحافظة على المال من

(١) د. جابر عبد الهادي، مقاصد الشريعة الإسلامية في نظام الميراث، دراسة مقاصدية فقهية قانونية، محاضرة مركز المقاصد بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية، ٢٠١٠، ص ٦ وما بعدها.

(٢) د. محمد نجيب عوضين: أحكام التركات وفلسفتها في الفقه والقانون، القاهرة، دار الثقافة العربية، د. ت، ص ١٦.

المقاصد الضرورية.

٤- تحقيق العدالة : إن تشريع الميراث يحقق العدالة حيث إنه يؤدي إلى انتقال المال إلى أقارب الإنسان وهذا أمر عادل وفي نفس الوقت يعتبر دافعا للإنسان نحو الكد والعمل ويحقق له الطمأنينة على نتائج عمله^(١).
وخلاصة ما سبق، هو أن تشريع الميراث يتوافق مع غاية الاستقرار واليقين في المراكز القانونية ومع غاية الخير العام، حيث إنه يدفع الإنسان نحو العمل الجاد ليكسب المال ويحافظ عليه وينميهِ - وهذا مقصد ضروري^(٢).

(هـ) مقاصد الوصية :

اتفق الشراح على أن أهم مقاصد الوصية هي^(٣) :
- شرعت الوصية لاستدراك أخطاء وتقصير الإنسان الناشئ عن حبه للمال والاعتزاز به والتقصير في أعمال البر والخير.
- وسيلة لتحقيق رغبة الإنسان في مساعدة شخص يحتاج المساعدة أو كرد لمعروف أو خدمة قدمها له الغير. وكذلك مساعدة غير الورثة من الأقراب أو الغير.

ومجمل القول أن الله عز وجل شرع الوصية لمصلحتين عامة وخاصة. أما المصلحة الخاصة فهي لتمكين الإنسان من العمل الصالح ؛ لأنها تحقق مصلحة الموصى في الدنيا حيث إن المال يظل على ملكه. أما المصلحة العامة فهي تتمثل في مصلحة المجتمع فهي من أبواب الإنفاق في

(١) د. محمد نجيب عوضين: أحكام التركات وفلسفتها في الفقه والقانون، القاهرة، دار الثقافة العربية، د.ت، ص ١٦.

(٢) وجدير بالذكر الإشارة إلى أن نظام الوقف، والذي هو يدرس بجانب الميراث والوصية هو من من تطبيقات فكرة الإحسان العام في النظام الإسلامي. ولقد اتفق الشراح على أن مقاصد الوقف هي تحقيق المصلحة العامة والمصلحة الخاصة د. محمد كمال الدين إمام: جابر عبد الهادي : مرجع سابق، ص ٣١٦.

(٣) د. أحمد فراج حسين : أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة، ط ١، ٢٠٠٣، ص ١٣ - ١٥ ؛ د. محمد كمال إمام: الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، ط ٢٠٠٧، ص ٣٤.

المبحث الثاني

التحليل الفلسفي القانوني لفلسفة التشريع في أحكام الأحوال الشخصية

في النظام القانوني المصري

المطلب الأول

فلسفة المنهج القانوني في تنظيم الأحوال الشخصية

أولاً: تكوين النظام القانوني المصري :

ارتبط النظام القانوني في مصر، بالنظام القانوني الأوربي، على أثر حركة التغريب التي واكبت نشأة الدولة المصرية الحديثة في عصر محمد على، وإن كانت إرهابات التغريب ترجع إلى ما قبل ذلك.

قبل حركة التقنين الحديثة في مصر والتي كانت من نتاج حركة التغريب القانوني والسياسي في مصر، كان الدين هو المصدر الأول للقانون، حيث كان النظام القانوني في مصر منذ الفتح الإسلامي قائماً جملة وتفصيلاً على الشريعة الإسلامية. بالإضافة إلى الشرائع الدينية في مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين، وذلك إعمالاً للامتيازات الطائفية.

وجدير بالذكر يتبأ البعض بزوال أثر الدين في القانون المصري في مسائل الأحوال الشخصية ويرجع ذلك إلى التقلص المستمر في مفهوم الأحوال الشخصية، ويعبر عن رأيه بالعبارات التالية "..... وإذا كان الدين يعتبر مصدراً أصلياً للقانون في نطاق الأحوال الشخصية. فإننا نستطيع القول بأن هذا الدور منظوراً غليه من زاوية التطور التاريخي للقانون المصري، إنما هو في تقص مستمر نظراً للتقلص الذي يلحق بمفهوم الأحوال الشخصية وهو دور، على جميع الأحوال، مصيره إلى الزوال^(٢). ولكن لا يمكننا أن نؤيد الرأي السابق، حيث إنه بالرغم من التحولات الكبرى في النظام القانوني المصري، فيظل الدين، قيمة من القيم

(١) الإشارة السابقة.

(٢) د. جلال محمد إبراهيم: مبادئ القانون، ٢٠٠٥، ص ١٣٢.

الأساسية في النظام القانوني المصري، وخير دليل على هذا، إن الشريعة الإسلامية تعتبر المصدر الرئيسي للتشريع من الناحية الدستورية. فيعتبر الدين الآن مصدراً رسمياً للتشريع في مسائل الأحوال الشخصية^(١)، ويقصد بالدين هنا مجموعات القواعد القانونية التي تشمل عليها تعاليم الأديان التي ينتمي إليها المصريون وهي الشريعة الإسلامية والشريعة المسيحية والشريعة اليهودية بحيث تعتبر هذه المجموعات من القواعد القانونية جزءاً من القانون الوضعي المصري.

وبقول آخر، فنشاط حركة التشريع الحديثة في مصر قد أثر في مركز الدين كمصدر رسمي أصلي للقانون في مصر، حيث إن حركة التشريع قد نشطت نشاطاً كبيراً حتماً في تلك المسائل المتروكة أصلاً لولاية الدين، الأمر الذي كان له أثره في تضيق مدى هذه الولاية إلى حد كبير، حيث صدر قانون المجالس الحسينية ١٣/١٠/١٩٢٥^(٢) فوحد قواعد الأهلية والولاية على المال بين المصريين جميعاً دون نظر إلى دياناتهم وصدر القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠؛ ٥ لسنة ١٩٢٩؛ وقانون الموارث ٧٧ لسنة ١٩٤٣؛ وقانون ٤٨ لسنة ١٩٤٦ الوقف؛ قانون ٧١ لسنة ١٩٤٦ الوصية.

فبصدور هذه القوانين أصبح المصدر الرسمي الأصلي اليوم لما تتضمنه هذه القوانين من أحكام هو التشريع لا الدين ولكن تبقى الشريعة الإسلامية التي استقيت منها تلك القوانين مصدراً تاريخياً أو مادياً لأحكامها. وبناء عليه فقد قلصت هذه التشريعات من مدى ولاية الدين كمصدر رسمي أصلي في كل ما لم يتناوله التشريع بالتنظيم من النطاق المتروك أصلاً للدين^(٣).

ثانياً: اصطلاح الأحوال الشخصية والتشريع في مسائل الأحوال الشخصية:

فمن أهم ملامح وآثار التفريب وانعكاساته على النظام القانوني

(١) د. محمود جمال زكي: المدخل للدراسات القانونية، ١٩٦٧، ص ٧٦؛ د. حمدي

عبد الرحمن: فكرة القانون، ١٩٧٩، ص ٥٦ وما بعدها.

(٢) د. حسن كيرة: المدخل لدراسة القانون، ١٩٥٨، ص ٣٢٧-٣٢٨.

(٣) د. حسن كيرة: المرجع السابق، ص ٣٢٨-٣٢٩.

المصري الأخذ بمصطلح الأحوال الشخصية" وهو الاصطلاح الذي حير الفقه والقضاء في تحديد مضمونه وإطاره^(١).

وبوجه عام دخل فمصطلح الأحوال الشخصية - وهو كما يقول الأستاذ الدكتور / سمير تناغو - من مخلفات الامتيازات الأجنبية، وترتب على ذلك خضوع جانب من العلاقات الاجتماعية تحكمه قواعد يطلق عليها قواعد الأحوال العينية وجانب آخر تحكمه قواعد الأحوال الشخصية، ولكل قواعد أحكام إجرائية خاصة بها. ومن هنا بدأت مشكلة الأحوال الشخصية، وفرضت نفسها على النظام القانوني المصري فبدأ التشريع في مسائل الأحوال الشخصية من الناحيتين الموضوعية والإجراءات منذ عهد بعيد ولكن حركة التنظيم القانوني لمسائل الأحوال الشخصية من الناحيتين الإجرائية والموضوعية، لم تكن على نفس مستوى حركة التشريع في الأحوال العينية. الأمر الذي أفرز فوضى في الكثير من جوانب الأحوال الشخصية على مستوى التنظيم الموضوعي والتنظيم الإجرائي.

ولقد اجتهد المشرع كثيراً وبخطوات جريئة في التصدي لمشكلة التنظيم القانوني للأحوال الشخصية، ولكن كل محاولاته كانت تصادفها صعوبات، وما زالت.

وبوجه عام، فحركة التشريع في نطاق الأحوال الشخصية بدأت منذ القرن التاسع عشر، إذ صدرت عدة لوائح وقوانين كثيرة، إلى أن صدر القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ المعدل بالقانون ٩١ لسنة ٢٠٠١، ثم قانون محاكم الأسرة رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ وما تلاه من تشريعات. وبناء عليه، فالسؤال الذي يطرح نفسه هو ما مدى العلاقة بين التنظيم القانوني للأحوال الشخصية والعدالة الموضوعية والعدالة الإجرائية. من وجهة نظر التحليل

(١) د. رمضان أبو السعود: شرح أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، الإسكندرية، دار الجماعة الجديدة، ٢٠٠٥، ص ١٠ وما بعدها. د. جابر عبد الهادي: أحكام الأسرة الخاصة بالزواج، الإسكندرية، دار الجماعة الجديدة، ص ٢٠٠٧، ص ١٤ - ١٨.

- من الثابت أن القضاء هو الذي يحقق هدف القانون وهو إقامة النظام في المجتمع. ويعتبر قانون المرافعات أو كما يقال القانون القضائي الخاص هو قانون النشاط القضائي وهو مرتبط ارتباطاً وثيقاً بدور القاضي في المجتمع. فالقاضي عندما يفسر الحقوق للأفراد أو يوقع الجزاء على من يعتدي على حقوق غيره إنما يقوم بتطبيق القواعد القانونية فالقاضي يتدخل لتطبيق القانون الذي قد يكون غامضاً أو الذي خولف رغم وضوحه، ويتدخل ليكفل حماية المصلحة التي تهدف القاعدة القانونية إلى إشباعها وهذه هي الحماية القضائية. فقانون المرافعات يعتبر عاملاً من عوامل النظام في الحياة الاجتماعية، لأنه يؤكد للأفراد أن هناك طرق ووسائل سريعة واقتصادية تكفل حماية حقوقهم وتغنيهم عن اقتضاها بأنفسهم، فإن صلح هذا القانون صلحت الحياة الاجتماعية وإذا فسد فسدت وعاق تقدمها^(١). وبوجه عام فيوجد ارتباط وثيق بين القانون الموضوعي والقواعد الإجرائية، فالقضاء يتولى إجبار الأفراد على احترام القانون إذا لم يتمثلوا طواعية به، بهدف تحقيق النظام وحماية حقوق الأفراد في المجتمع. فقانون المرافعات هو أداة لتطبيق القواعد القانونية^(٢).

فمن الثابت أنه - كما قيل بحق - (إن كانت التشريعات الموضوعية، هي موطن العدل بمضمونه وفحواه، فإن التشريعات الإجرائية هي آلية الطريق والأداة، وذلك أن الرسالة الأولى والأخيرة للتشريعات الإجرائية، أن تكون أداة طبيعة ومطية ذلولاً لعدل سهل المنال، مأمون الطريق^(٣)).

ولما كان الأمر كذلك، فقد أثبتت التجارب أن مجموعة الأحكام الإجرائية الخاصة بالتقاضي في الأحوال الشخصية، أصبحت عقيمة

(١) د. أحمد مسلم، أصول المرافعات، ١٩٦٧، ص ١٧.

(٢) د. أحمد مسلم، المرجع السابق، ص ٢٥.

(٣) د.م/ محمد فتحي نجيب، محمود محمد غنيم، قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، ط ٢٠٠١، ص ٩.

وعقمها أدى إلى ظهور مشاكل كبرى في الحياة الأسرية في المجتمع المصري ، ومرجع ذلك تبعثر القواعد الإجرائية في مسائل الأحوال الشخصية بين لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ١٩٣١ ، والكتاب الرابع من قانون المرافعات ٧٧ لسنة ١٩٤٩ ، وقانون المرافعات الحالي ١٣ لسنة ١٩٦٨ ، وبعض القوانين واللوائح الأخرى ، فضلاً عن هذا التبعثر الشاذ فقد ثبت من جهة أخرى أن هذه الأحكام أصبحت غير ملائمة لمتغيرات العصر ، الأمر الذي استوجب تحديثها وتم ذلك في القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠^(١) وكان مبعث هذا التحديث تحقيق العدالة الإجرائية لما لها من اثر على العدالة الموضوعية.

وانطلاقاً مما سبق ، فقد صدر القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ من أجل تحقيق عدة أهداف مبناهها توحيد الأحكام الإجرائية في مسائل الأحوال الشخصية وابتغاء تحقيق التنسيق بين قواعد الإجراءات في مسائل الأحوال الشخصية والقواعد الواردة في قانون المرافعات ، وذلك لكفالة تسيير التقاضي وتحقيق العدالة الإجرائية وبالتالي العدالة الموضوعية. الأمر الذي يؤدي إلى مواجهة سريعة وحاسمة لمشاكل الأسرة المصرية^(٢). ولقد اتجه هذا القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على وضع أحكام جديدة في نطاق الفرقة كان أهمها ما يتعلق بفرقة الطلاق ، سماع دعاوى التطلاق من الزواج العرفي (م ١٧) ، وتنظيم الخلع (المادة ٢٠).

ولكن بالرغم من المحاولات التي تبذل في تحقيق العدالة الإجرائية والعدالة الموضوعية في مسائل الأحوال الشخصية ، فإن الأمر سيئ - كما هو - نظراً لأن الأمر بحاجة إلى تعديل شامل ومدروس لتنظيم القانوني للأحوال الشخصية في مصر يتم الاسترشاد فيه بالواقع والمعطيات الدينية والاقتصادية والاجتماعية ، في ضوء مستجدات العصر وما طرأ على الأسر المصرية من متغيرات. وترتبط على ما سبق فنحن نؤيد وجهة النظر القائلة بضرورة توحيد القوانين الموضوعية وصهرها جميعها في بوتقة

(١) د. محمد فتحي نجيب ، محمود محمد غنيم ، مرجع سابق ، ص ١١ .

(٢) دم / محمد فتحي نجيب ، محمود محمد غنيم ، المرجع السابق ، ص ١٢ .

واحدة تحت مسمى قانون الأسرة تجمع كافة القوانين، وتعديلها وتحديثها بما يعكس الخبرات التي اكتسبت، ويتصدى للمشاكل التي تواجه الأسرة بحلول عصرية تضمن للأسرة استقرارها ولكل أعضائها حقوقهم الأساسية^(١).

ثالثاً: منهج التلفيق الفقهي في التنظيم التشريعي لأحكام الأحوال الشخصية :

لقد نهج المشرع المصري منهجاً قانونياً في تنظيمه لأحكام الأحوال الشخصية على تبنى منهجية التقنين عن طريق التلفيق الفقهي، وهو على نوعين هما: التلفيق الفقهي في الجزئيات وفي الكليات.

ويقصد بالتلفيق الفقهي في الجزئيات بأنه^(٢): (الإتيان في المسألة الواحدة المركبة تركيباً ارتباطياً من عدة أجزاء بكيفية لا يقول بها المجتهدون في هذه المسألة ولا تخرج عن مجموع أقوالهم المتباينة فيها). أما التلفيق في الأحكام الكلية ما يلي (الإتيان في عدة مسائل بكيفية لا يقول بها المجتهد الواحد في هذه المسائل مجتمعة ولا تخرج عن مجموع أقوال المجتهدين المتباينة فيها، أي التخير من أحكام المذاهب عدة مسائل بشأن موضوع معين للعمل بها، أي تخيير الأحكام الكلية من غير نظر إلى جزئياتها من المذاهب المختلفة ليعمل بها)^(٣).

ومنهجية التقنين - طبقاً للتلفيق في الأحكام الكلية - تقوم على الأخذ بعدد من المسائل كل مسألة مأخوذة برمتها من مذهب غير المذهب المأخوذ منه المسائل الأخرى بحيث لا تخرج مسألة من هذه المسائل عن أحد الآراء في المذاهب المختلفة وفي نفس الوقت لا تمثل كل آراء المذهب الواحد^(٤). بمعنى أنه يجوز للشخص أن يأخذ بمذهب ما في مسألة معينة، ثم يأخذ بمذهب ثان في مسألة ثانية، ثم يأخذ بمذهب آخر في مسألة أخرى

(١) د. جابر عبد الهادي الشافعي: أحكام الأسرة الخاصة بالزواج، الإسكندرية، دار

الجامعة الجديدة، ط ٢٠٠٧، ص ٢٢.

(٢) د. جابر عبد الهادي: التلفيق الفقهي، ط ٢٠٠٩.

(٣) انظر بوجه خاص: د. جابر عبد الهادي: التلفيق الفقهي.

(٤) د. جابر عبد الهادي: المرجع السابق.

وهكذا، حتى ولو كانت هذه المسائل تتعلق بموضوع واحد (١) ونعتقد إن النوع الأخير من التلفيق هو الذي أخذ به في مجالات كثيرة في مسائل التشريع في الأحوال الشخصية وبوجه خاص في تشريع الميراث والوصية.

وجدير بالذكر الإشارة إلى ما أشارت إليه المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ إلى تبنى منهجية التقنين من خلال التلفيق الفقهي صراحة في مسائل الطلاق، وبالذات في توضيح دائرة الطلاق.

ولقد جاء بها صراحة ما يلي : (. لهذا فكرت الوزارة في توضيح دائرة الطلاق بما يتفق مع أصول الدين وقواعده ويوافق أقوال الأئمة وأهل الفقه فيه ولو من غير أهل المذاهب الأربعة فوضعت مشروع القانون بما يتفق مع ذلك. وليس هناك مانع شرعي من الأخذ بأقوال الفقهاء من غير المذاهب الأربعة خصوصا إذا كان الأخذ بأقوالهم يؤدي إلى جلب صالح عام أو رفع ضرر عام بناء على ما هو الحق من آراء علماء أصول الفقه (٢).
فالمقولة السابقة تؤكد الأخذ بالتلفيق الفقهي في استنباط الأحكام. وتؤكد أيضا ضرورة مراعاة مقاصد الشريعة في ضوء علم أصول الفقه عن التشريع بالمقاصد.

وابتداءً: التكامل التشريعي في مسائل الأحوال الشخصية :

ومن أهم ملامح فلسفة القانون في مسائل الأحوال الشخصية في التنظيم التشريعي لها وخصوصا في الفترة الأخيرة. جانب هام من جوانب المنهج القانوني وهو (التكامل التشريعي). وهذا ما نجد ماثلا فيما يلي :

(١) صدور قانون رقم ١١ لسنة ٢٠٠٤ والخاص بإنشاء صندوق نظام تأمين الأسرة، إعمالا لما قضت به المواد (٧١ - ٧٥) من قانون تنظيم بعض إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية. فقد نصت المادة

(١) د. جابر عبد الهادي: المرجع السابق.

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

٧١ من قانون تنظيم بعض إجراءات التقاضي لسنة ٢٠٠٠ على ما يلي :
" ينشأ نظام لتأمين الأسرة ، من بين أهدافه ضمان تنفيذ الأحكام الصادرة
بتقرير نفقة للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الأقارب ، يتولى الإشراف على
تنفيذه بنك ناصر الاجتماعي"

(٢) استخدام الصياغة التشريعية التي تركز على منهجية الإحالة
والاستثناء من بعض القواعد. فعلى سبيل المثال ، نجد التشريعات المنظمة
لأحكام الأحوال الشخصية بداية من القانون لسنة ٢٠٠٠ يرد بها
إحالات كثيرة واستثناءات كثيرة من الأحكام الماثلة الواردة في قواعد
أخرى وخصوصاً قانون المرافعات ، وقانون العقوبات ، وبعض أحكام
القانون المدني. وتطبيقات ما سبق هي على النحو التالي :

- الإحالة إلى القانون المدني في تحديد مفهوم الموطن ، حيث نصت
المادة ١٥ من قانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على (يتحدد الموطن في مفهوم هذا
القانون على النحو المبين بالمواد ٤٠ ، ٤٢ ، ٤٣ من القانون المدني).

- الإحالة إلى قانون المرافعات في مواطن كثيرة. نذكر منها على سبيل
المثال المادة ١٦ من القانون لسنة ٢٠٠٠ والتي تنص على : (ترفع
الدعوى في مسائل الولاية على النفس بالطريق المعتاد لرفع الدعوى
المنصوص عليه في قانون المرافعات المدنية والتجارية). والمادة ٥٢ والتي
تنص على (تسري على القرارات التي تصدر في مسائل الولاية على المال
القواعد الخاصة بالإحكام). وكذلك المادة ٥٦ والتي تنص على (طرق
الطعن في الأحكام والقرارات المبينة في هذا القانون هي الاستئناف والنقض
والتماس إعادة النظر).

خلاصة القول: فنظراً لخصوصية العلاقات الأسرية ، فقد لجأ المشرع
إلى تنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية بحيث توافق مع
هذه الخصوصية وذلك للخروج على التنظيم العام الإجرائي الذي يوجد
في قانون المرافعات. ولكن لا يعني هذا إن التنظيم الإجرائي لمنازعات
الأحوال الشخصية بمثابة تقنين مستقل عن قانون المرافعات ، حيث إن
القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ وكذلك القوانين اللاحقة لم تضع تنظيمًا كاملاً

لإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، وإنما اقتصر على وضع بعض القواعد الإجرائية الخاصة وفيما عدا ذلك تكون قواعد المرافعات هي الواجبة التطبيق^(١).

خامساً: تحليل فلسفي منهجية قانون الموارث وقانون الوصية :

- باستقراء نصوص قانون الموارث ٧٧ لسنة ١٩٤٣ وقانون الوصية ٧١ لسنة ١٩٤٧ ، نخلص إلى إبراز الجوانب الفلسفية التشريعية الآتية :
- ١- الدقة في الصياغة الرقمية ولذا فهي صياغة جامدة في غالب الأحوال.
 - ٢- اللجوء إلى التعريفات لإزالة غموض المعنى. كما هو الحال في تعريف أسباب الإرث (مادة ٧). تعريف الفرض (مادة ٨) تعريف الحجب (مادة ٢٣) تعريف التخارج (مادة ٤٨).
 - ٣- استخدام أسلوب الفرض والحكم في الصياغة. لمساعدة القاضي على الاستدلال القانوني على الأحكام. (مادة ١ - مادة ٢ ، ٣ ، ١٦).
 - ٤- التركيب والترابط التشريعي الواضح في الربط بين المواد بصورة دقيقة. اعتماد الإحالة وتقسيم النصوص إلى فقرات وضبط مواد عن طريق مواد أخرى مثل المادة ١٢ مع مراعاة المادة ١٩. والمادة ١٣ مع مراعاة المادتين ١٩ و ٢٠.
 - ٥- الإشارة الواضحة إلى المقاصد الشرعية في المادة الثالثة من قانون الوصية ، حيث جاء النص على النحو التالي (يشترط في صحة الوصية ألا تكون بمعصية وآلا يكون الباعث عليها منافيا لمقاصد الشارع).
 - ٦- استعمال أسلوب الصياغة الشرطية وخصوصا في قانون الوصية. ومن المعروف أن هذه الصياغة تمنع استعمال القياس ، لأننا نكون بصدد حالات فردية افتراضية أو حقيقية لا يمكن القياس عليها. ولا يجوز الاجتهاد معها.

(١) د. أحمد خليل: خصوصيات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، ط ٢٠٠٠، ص ٢٢١.

المطلب الثاني

مقصد الصالح العام وفسفة التشريع في مجال الأحوال الشخصية

يقصد بالصالح العام تحقيق الخير والصالح للجماعة ككل في المجتمع، أي تحقيق الخير العام للمجتمع ككل وليس لطائفة معينة أو فرد معين، فالخير العام يتسم بالعمومية والتجريد شأنه شأن القاعدة القانونية، بل أنه يمكن القول إن القاعدة القانونية توصف بأنها قاعدة عامة ومجردة انطلاقاً من كونها تهدف إلى تحقيق الصالح العام في المجتمع بغض النظر عن ذواتهم. فيهدف القانون إلى كفالة الأمن في المجتمع وبحقق العدل بين أفرادهِ^(١).

ولكن تتردد دائماً النظم القانونية فيما يتعلق بكيفية التوفيق بين المصلحتين الفردية والجماعية. وبوجه عام ففي ظل المجتمع الحديث، يتأثر دور الدولة فيما يتعلق بآليات تحقيق الخير العام بطبيعة النظام السياسي والاقتصادي والفلسفة السائدة في الدولة.

فقواعد القانون كلها مزيج من الرغبة في التوفيق بين الصالح العام والصالح الخاص، ولئن كانت المصلحة الظاهرة في نطاق القانون العام هي المصلحة العامة فإن وراء تحقيقها خدمة للمصالح الخاص في نفس الوقت وكذلك أيضاً يبدو أن المصلحة الغالبة في نطاق القانون الخاص هي المصلحة الخاصة ولكن تحقيق المصلحة الخاصة أيضاً مراعاة للمصالح العام^(٢).

ويعتبر الصالح العام غاية أساسية للنظم القانونية - شأنه شأن العدالة والاستقرار القانوني والأمن القانوني - ويقاس مدى تقدم وعدالة النظم القانونية بقدر تحقيقها للخير العام. وتحكم غاية الصالح العام كافة فروع القانون، لأنها وثيقة الصلة بصور القواعد القانونية المختلفة.

(١) د. رمضان أبو السعود: الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، ط ٢٠٠٣، ص ٢٦؛ وراجع في تحديد معنى القيم بوجه عام: د. السيد العربي حسن: القانون والأخلاق والقيم.. مرجع سابق، ص ١٣٣ وما بعدها.

(٢) د. شمس الدين الوكيل: مبادئ القانون الخاص، ط أولى، ١٩٦٥، ص ٤٩.

فتحقيق الخير العام من جوهر فكرة القانون، ولذا لا نجد غرابة في أن يعرف البعض القانون بأنه "مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم علاقات الأشخاص في المجتمع تنظيماً عادلاً يكفل حريات الأفراد ويحقق الخير العام، ففكرة القانون في ذاته هي عبارة عن تنظيم عادل للمجتمع يكفل حريات الأفراد"^(١). وقد تشكلت فكرة الصالح العام في مصر بحسب الفلسفة القانونية التي تبناها النظام السياسي.

ويعتبر نظام الأسرة هو أساس المجتمع، ولا يمكن تصور تنظيم قانوني لأساس المجتمع دون أن تراعى به قواعد الصالح العام. بل انه يمكن القول إن مرجعية التنظيم القانوني لأحكام الأسرة في مجملها هي غاية تحقيق الصالح العام (مقصد الصالح العام). فكيف يقوم مجتمع بالمعنى الدقيق دون أن تنتظم فيه أحكام الأسرة على أسس سليمة ودقيقة. ولذا ففي اعتقادنا أن التشريع في مسائل الأسرة هو من أدق الأمور والتي يجب أن تلقى عناية فائقة وتتم من قبل متخصصين في كافة المجالات القانونية والاجتماعية (علماء قانون - فقهاء دين - علماء اجتماع - قضاة - محامين... علماء نفس). لأن التشريع فيها يتعلق ببيان المجتمع ذاته. فكل خطأ فيه حتى ولو كان يسيراً جداً تترتب عليه أضرار عظيمة لا تؤثر على المجتمع الحاضر فقط بل تؤثر على أجيال قد تؤدي بهذا المجتمع إلى مشارف الهلاك. فالتشريع في مسائل الأسرة - إذا جاز لنا التشبيه - يماثل التدخل الجراحي في خلايا المخ والأعصاب. كل خطأ من جراح المخ والأعصاب، لا يؤدي فقط إلى فشل ما تدخل لأجله بل تداعى آثاره إلى أجزاء كثيرة مرتبطة بالمخ.

وبناء عليه، فاعتبارات الصالح العام تقتضى التحرز جيداً، وبذل أقصى درجات العناية، ليس بمعيار الرجل المعتاد، بل بمعيار الرجل الحريص عند التعرض في مسائل الأسرة من الناحية القانونية. بلا شك أن غاية الصالح العام (أو بالمعنى الدقيق مقصد الصالح

(١) د. سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، المدخل، ج ١ ص ٨.

العام) تعتبر من أهم الغايات (المقاصد) التي يستهدف المشرع في كل نظام قانوني إلى تحقيقها، وذلك عن طريق عدة قواعد موضوعية وقواعد إجرائية.

وبالإطلاع على القواعد القانونية المنظمة لأحكام الأسرة في النظام القانوني المصري - وهى قواعد متعددة - نجد أنها تتضمن ما يؤكد ضرورة مراعاة وتحقيق مقصد الصالح العام. ونسرد فيما يلي لبعض هذه القواعد على النحو التالي :

(١) الاتجاه نحو إنشاء قضاء متخصص للأسرة: وهذا يحقق مقصد الصالح العام في أوسع معانيه. وقد تم هذا بمقتضى قانون إنشاء محاكم الأسرة ٢٠٠٤.

(٢) إنشاء صندوق (تأمين الأسرة) : خطى المشرع المصري خطوة كبيرة نحو مراعاة مقصد الصالح العام، حيث تدخل مباشرة في الشؤون المالية للأسرة، حيث صدر القانون رقم ١١ لسنة ٢٠٠٤ الخاص بإنشاء صندوق تأمين الأسرة. والذي تضمن هذا القانون القواعد المنظمة للصندوق من ناحية الإنشاء والموارد وقواعد الصرف.

وحسبما جاء في المادة الأولى منه : " ينشأ صندوق يسمى صندوق نظام تأمين الأسرة لا يستهدف الربح أساساً تكون له الشخصية الاعتبارية العامة وموازنته الخاصة ويكون مقره مدينة القاهرة ويتبع بنك ناصر الاجتماعي...". وجاء في المادة الثالثة : " يكون أداء بنك ناصر الاجتماعي للنفقات والأجور وما في حكمها تطبيقاً لأحكام المادة ٧٢ من قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي...".

ويختص هذا الصندوق والذي لا يستهدف تحقيق الربح بأداء النفقات والأجور وما في حكمها تطبيقاً لأحكام المادة ٧٢ من قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية.

ويلاحظ أن مقصد الصالح العام وهو يقابل مرتبة الضروريات في ترتيب المقاصد الشرعية هو الذي جعل المشرع في المادة ٧٥ من قانون تنظيم بعض إجراءات التقاضي ١ لسنة ٢٠٠٠ ينص على (لنبك ناصر

الاجتماعي استيفاء ما قام بأدائه من نفقات وأجور وما في حكمها وجميع ما تكبده من مصاريف فعلية أنفقتها بسبب امتناع المحكوم عليه عن أدائها).
(٣) النفاذ الوجوبي للأحكام والقرارات المتعلقة بالصغير والنفقة والأجور وما في حكمها: في واقع الأمر أن هذا النفاذ هو تطبيق لمقصد تحقيق الصالح العام وهو كما قلنا من المقاصد الضرورية. ولقد جسدت هذا المقصد المادة ٦٥ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ والتي تنص على: " الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو رؤيته أو بالنفقات أو الأجور أو المصروفات وما في حكمها تكون واجبة النفاذ بقوة القانون وبلا كفالة".

(٤) عدم اشتراط توقيع محام على صحف دعاوي الأحوال الشخصية أمام المحكمة الجزئية.

(٥) إعفاء دعاوى النفقات وما في حكمها من الأجور والمصروفات بجميع أنواعها من كافة الرسوم القضائية في كل مراحل التقاضي، ويمثل هذا صورة من صور المساعدة القانونية Legal Aid في مجال التقاضي في الأحوال الشخصية.

المطلب الثالث

مقصد العدالة وفلسفة التشريع في مجال الأحوال الشخصية

أولاً: مفهوم العدالة:

أن النظام القانوني وأن كان الهدف منه حماية المصلحة الاجتماعية، إلا أن هذا لا يتم بصورة مجردة، بل أنه يؤخذ في الاعتبار اعتبارات الاستقرار القانوني والصالح العام والعدالة. فالعدالة هي لب النظام القانوني، فلا يمكن أن يوجد نظام قانوني لا يحقق العدالة وإلا كف أن يكون نظاماً قانونياً. ولكن تحقيق العدالة تحكمه اعتبارات عدة بعضها يتناقض مع بعض، ولذا فالقدر الثابت هو أن العدالة التي يجب أن يحققها النظام القانوني هي العدالة التي تتفق مع الضمير الإنساني في المجتمع الذي يطبق فيه القانون بطريقة تتناسب وتتوافق مع اتجاهات هذا المجتمع الفكرية والواقعية ومن هنا فالعدالة نسبية.

وتقوم فكرة العدالة عند أرسطو على المساواة L'Egalité. فالعدل عند أرسطو- يتطابق مع المساواة، وتنقسم العدالة الخاصة إلى نوعين هما: العدالة التوزيعية، والعدالة المصححة (العدالة التبادلية)^(١).

وجدير بالذكر الإشارة إلى أنه تعتبر العدالة مصدرا من مصادر القانون طبقا للنظام القانوني المصري الحديث، إذ ورد النص عليها في المادة ٢/١ من التقنين المدني، ورد النص عليها قبل ذلك أثناء عصر الامتيازات الأجنبية في لائحة ترتيب المحاكم الأهلية حيث ورد النص عليها على النحو التالي: (... يحكم القاضي بمقتضي قواعد العدل وذكرت أيضاً في لائحة التنظيم القضائي المختلطة على النحو التالي: (..... يتبع القاضي مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدل والإنصاف". ثم حديثا جاءت المادة ١٨٧ من قانون العمل الجديد ١٢ لسنة ٢٠٠٣ والتي نصت على " تطبق هيئة التحكيم القوانين المعمول بها، فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضي العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضي مبادئ العدالة وفقاً للحالة الاقتصادية والاجتماعية السائدة في منطقة المنشأة".

(١) وما تجدر الإشارة إليه - وحسب قدر إطلاعنا - فإنه في نظرنا يعد الأستاذ ميشيل فيليه M. Villey هو بحق أول من عالج نظرية أرسطو في العدالة معالجة شاملة وواضحة، بل وقربها إلى الأذهان بأمثلته الواقعية وذلك في مؤلفه الآتي :

M. VILLEY: Leçons d'histoire de la philosophie du droit, CH: abrégé du droit naturel classique" Paris, Dalloz, 1962, pp. 109-165. ARISTOTE, The nicomachean Ethics, op. cit., B.V. chip. V., p. 141; J.DARBELLAY, La réflexion des philosophes et des juristes sur le droit et la politique, Fribourg, 1987, p. 2 et SS.

د. محمد الشقنيري، محاضرات القانون، ص ٩٩ وما بعدها؛ د. حمدي عبد الرحمن، فكرة القانون، مرجع سابق ص: ٤٦ - ٤٧، د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق ص ١٤٢، د. مصطفى سيد صقر، فلسفة العدالة عند الإغريق، مرجع سابق، ص ٨٤، د. محمد على الصافوري، فكر أرسطو القانوني، مرجع سابق ص: ٩٦٦، د. مصطفى صقر، فلسفة العدالة عند الإغريق، مرجع سابق ص: ٨٣ - ٨٤.

ثانياً: تطبيقات مقصد العدالة في تشريعات الأحوال الشخصية:

مقصد العدالة من المقاصد (الأهداف) الأساسية للقانون في النظام القانوني المصري الحديث. ولقد تضمن التنظيم التشريعي لأحكام الأحوال الشخصية في مصر على ما يؤدي إلى تحقيق مقصد العدالة في مجال الأحوال الشخصية، في مجالات كثيرة على النحو التالي:

(١) التوفيق بين المرونة والثبات في مسألة تقدير النفقة: فقد نصت المادة ١٦ من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والمعدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على: (تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسراً أو عسراً على ألا تقل في حالة العسر عن القدر الذي يفى بم حاجتها الضرورية). وطبقاً للمادة ١٨ مكرر ثانياً: (يلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره وبما يكفل للأولاد العيش في المستوى اللائق بأمثالهم).

(٢) خصوصية دين النفقة وقواعد سقوط الديون: أن ديون النفقات تخرج على القواعد العامة لسقوط الديون، حيث لا يسرى عليها أحكام التقادم المسقط للحق الشخصي، حيث إن نفقة الزوجة تعتبر ديناً لا يسقط إلا بالإبراء أو الأداء، وهذا ما نصت عليه المادة ١ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المعدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥: (تجب نفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح إذ سلمت نفسها إليه ولو حكماً حتى لو كانت موسرة أو مختلفة معه في الدين..... وتعتبر دعوى النفقة ديناً على الزوج من تاريخ امتناعه عن الإنفاق مع وجوبه ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء... ولا يقبل من الزوج التمسك بالمقاصة بين نفقة الزوجة وبين دين له عليها إلا فيما يزيد على ما يفى بم حاجتها الضرورية... ويكون لنفقة الزوجة امتياز على جميع أموال الزوج، ويتقدم مرتبته على دين النفقة الأخرى.....).

(٣) ما جاء بخصوص منزل الزوجية والحضانة (على الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب فإذا لم يفعل خلال مدة العدة استمروا في مسكن الزوجية المؤجر دون المطلق مدة

الحضانة. وإذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر كان من حق الزوج المطلق أن يستقل به إذا هيا لهم المسكن المستقل المناسب بعد انقضاء مدة العدة. ويخير القاضي الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحزونين ولها.....).

ونصت المادة ١٨ مكرر من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على ما يلي:
(الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا سبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأكثر وبمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية ويجوز أن يرخص في سداد هذه المتعة على أقساط). ويلاحظ أن هذا النص تضمن صياغة مرنة وصياغة جامدة، بالإضافة إلى أنه تكون من عدة فروض وواجهها المشرع بالحكم المناسب لها.

وبالإضافة إلى ما سبق فقد بني هذا الحكم على مراعاة مصلحة كانت موجودة أساسا ومعترف بها ثم هجرها الناس لعدم المروءة، حيث إنه حكم مستحدث لم يرد في التشريع المصري للأحوال الشخصية إلا بالقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ الذي ألغى بحكم المحكمة الدستورية. وخير ما يؤكد ما سبق ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ حيث ورد فيها ما يلي: (لما كان من المستقر عليه شرعا إن الطلاق حق للزوج، وكان القانون القائم لا يوجب المتعة المالية للمطلقة بعد الدخول وحسبها أنها استحققت المهر كله بالدخول ولها نفقة العدة أما المتعة فهي مستحبة ولا يقضى بها. وقد تراخت المروءة في هذا الزمن وانعدمت لاسيما بين الأزواج إذا انقطع جبل بينهما، وأصبحت المطلقة في حالة إلى معونة أكثر من نفقة العدة، تعينها من الناحية المادية على نتائج الطلاق وفي المتعة ما يحقق المعونة وفي الوقت نفسه تمنع الكثيرين من التسرع في الطلاق) وكما قال أستاذنا الدكتور / محمد كمال إمام: (أن المشرع كان يهدف من النص إلى الوصول إلى هدفين هما: الهدف الأول: مواجهة المشكلة الاجتماعية التي تعاني منها المطلقة فور الزواج خاصة من الناحية المادية. والهدف الثاني: تقييد حركة المطلق حتى يترث كثيرا، قبل إيقاع

الطلاق، وهذا هو الهدف الرئيسي للمشرع وكان صريحا في الإفصاح عنه^(١).

(٤) محاكم الأسرة وتحقيق العدالة الإجرائية: تتمثل أهم ملامح العدالة الإجرائية في استحداث محكمة الأسرة لنظر منازعات الأحوال الشخصية المتعددة بين الزوجين، وذلك يساعد على تحقيق وفعالية العدالة الإجرائية. حيث تكون المحكمة الواحد أجدد علي الفصل في المنازعات المتعلقة بمسائل الأسرة. ويوجه عام في مسألة قبول دعوى التطلق أو الفسخ.

(٥) عدم اشتراط أن تكون الزوجية ثابتة عند الإنكار بوثيقة رسمية لقبول دعوى التطلق أو الفسخ. حيث نصت المادة ١٧ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على ما يلي: "..... مع ذلك تقبل دعوى التطلق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرهما إذا كان الزواج ثابتا بأيه كتابة". ويلاحظ أن هذا النص له مقصد شرعي له علاقة وثيقة بالعدالة وهو مقصد الرحمة. ولقد بينت المذكرة الإيضاحية المقصد من هذا النص على النحو التالي: "... فتح باب للرحمة بالزوجات اللاتن وقعن في مشكلة الزواج العرفي ولا تجد مخرجا منه بسبب عدم سماع دعوى الزوجية المستندة إليه فأتاح لهن المشروع سماع دعاواهن بطلب التطلق وواجه بذلك أمرا واقعا فيه إعانات للمرأة يتمثل في تعليقها على ذمة عقد زواج عليها بزواج عرفي تم هجرها وأهملها أو غاب عنها حيث لا تعلم ولا تجد فكأما من وصمة مثل هذا الزواج، فأجاز المشرع رفع دعوى طلب التطلق عليه، وتسمع دعاوها هذه إذا كان زواجهما ثابتا بأي كتابة، وفي هذا الأمر عدل وفيه تصفية لمثل هذه الأوضاع المجحفة بالمرأة"^(٢).

(٦) التنظيم القانوني للخلع وحقوق الأولاد: لمراعاة العدالة ولا اعتبارات المنطق القانوني نجد إن التنظيم القانوني للخلع لم يترتب عليه ضرر بالأولاد، إذ لم يؤثر على: الحق في النفقة والحق في الحضانة؛ لأنها

(١) د. محمد كمال إمام: أحكام الأسرة... مرجع سابق، ص ١٣٦.

(٢) د. رمضان على الشرنباصي: أحكام الأسرة في الإسلام، ط ٢٠٠٦، ص ١٩٣.

ليست حقوقا خاصة بالزوجة تملك التنازل عنها. وهنا نجد مقصد شرعي في الحفاظ على حقوق الأولاد، حيث إن الزوجة تتنازل فقط عن حقوقها المالية هذا من ناحية. ومن ناحية ثانية، نجد أن العدالة روعيت في جانب الزوج حيث يسترد ما دفعه بالإضافة إلى عدم تحميله بأعباء تجاه زوجته التي خالته، ولكن تبقى التزاماته المالية نحو الأولاد؛ حيث إنه ملتزم شرعا وقانونا برعايتهم.

(٧) الخروج على القواعد العامة المنظمة للمقاصة في القانون المدني ومقصد العدالة : نصت المادة ١٦ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على : "وللزوج أن يجرى المقاصة بين ما أداه من النفقة المؤقتة وبين النفقة المحكوم بها عليه نهائيا، بحيث لا يقل ما تقبضه الزوجة وصغارها عن القدر الذي يفى بحاجاتهم الضرورية".

يلاحظ أن هذا النص فيه خروج صريح على القواعد المنظمة للمقاصة في القانون المدني وهذا يتمثل في بضعة أمور منها : الأمر الأول : إن نطاق المقاصة يكون فقط بين ما أداه من نفقة مؤقتة والنفقة المحكوم بها. والأمر الثاني : إنه في كافة الأحوال فلا يجوز أن يقل ما تقبضه الزوجة وصغارها عن القدر الذي يفى بحاجاتهم الضرورية. والأمر الثالث : الخروج الصريح على وجود حق المقاصة المقرر للمدين (وهو الزوج في دين النفقة) طبقا لما تقرره المادة ١/٣٦٢ مدني، وهو حق مقرر له بمقتضى القانون ولو اختلف سبب الدينين. وبلا شك إن ما سبق فيه خروج على القاعدة العامة للمقاصة والتي تقرر انقضاء الدينين المتقابلين بقدر الأقل منهما. وهذا يعنى استثناء دين النفقة من التنظيم القانوني للمقاصة في القانون المدني، حيث تنص المادة ١/٣٦٢ مدني على (للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن، ولو اختلف سبب الدينين.....). وكما تنص المادة ١/ ٣٦٥ مدني على (ويترتب على المقاصة انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما، منذ الوقت الذي يصبحان فيه صالحين للمقاصة) وكذلك المادة ١/ ٣٦٧ والتي تنص على (لا يجوز أن تقع المقاصة إضرارا بحقوق كسبها الغير) وبلا شك إن مبنى

هذا الاستثناء الواضح هو اعتبارات العدالة وهي من المقاصد الشرعية. وجدير بالذكر الإشارة إلى أن مشروع القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ كان يتضمن نصاً يشير إلى إنه طلبت الزوجة مقاصة دين نفقتها بما عليها لزوجها أجيبت إلى طلبها ولو لم يرض وإذا طلب الزوج مقاصة دين نفقتها بما له عليها لا يجاب إلى طلبه إلا إذا كانت موسرة قادرة على أداء الدين من مالها فإن لم تكن كذلك فلا يحتسب عليها بدينه شيئاً من نفقتها. ولكن يجري العمل على المقاصة إن طلبها احدهما، ولو كانت في أشد الحاجة إلى النفقة وإن ذلك - كما قيل - لا يتفق مع العدل ولا مع ما جعلت القوانين لدين النفقة من امتياز يجوز الحبس في سبيله ولا يجوز في غيره من الديون^(١).

المطلب الرابع

تطبيقات مقصد الاستقرار القانوني والأمان القانوني في فلسفة التنظيم

التشريعي لأحكام الأحوال الشخصية في مصر

أولاً: مفهوم الاستقرار القانوني والأمان القانوني: كمقصد من مقاصد القانون:

يعتبر الاستقرار القانوني Legal stability من الأهداف الرئيسية للنظام القانوني، إذ أن الأمن والعدل والاستقرار هي قيم لا يجوز، بل لا يتيسر فصل بعضها عن البعض الآخر، وترتيباً على ذلك، فإن حاجة المجتمع إلى الاستقرار هي تماثل مع حاجته إلى العدل والأمن القانوني، Legal security^(٢). ويقصد بالأمان القانوني: "أن يكون في إمكانية الشخص أن يتوقع النتائج التي تترتب على ما يقوم به من أفعال"^(٣).

فالمجتمع في حاجة دائمة للاستقرار، لأنه هو الذي يسمح بقيام الثقة في العلاقات القانونية؛ ولهذا فإن القانون يجب أن يسعى نحو تحقيق الاستقرار في المجتمع عن طريق المحافظة على استقرار المراكز القانونية^(٤).

- (١) د. رمضان على الشرنباوى: أحكام الأسرة في الإسلام، ط ٢٠٠٦، ص ٦٠.
- (٢) د. حمدي عبد الرحمن: أصول القانون، مرجع سابق، ص ٢٤؛ د. أحمد إبراهيم حسن: مرجع سابق، ص ٢٠٤ وما بعدها.
- (٣) د. حسام الأهواني: أصول القانون، مرجع سابق، ص ٣٢.
- (٤) د. حسام الأهواني: أصول القانون، مرجع سابق، ص ٣٤ - ٣٥.

ويتعلق الاستقرار القانوني بالمنهج الذي يختاره المشرع في تنظيم الحماية التي يضيفها على المصلحة الاجتماعية. ويتوافر هذا المنهج كلما تمت الحماية القانونية لهذه المصلحة بأسلوب يضمن الثبات والاستقرار ويؤمن المواطنين ضد المفاجآت التي تعرض مراكزهم القانونية للخطر^(١) ولذا فقد قيل أن القانون الجنائي يعتبر من أهم فروع القانون التي تحتاج إلى الاستقرار القانوني نظراً لجسامة النتائج التي تترتب على إنكار هذا الاستقرار. ومن أهم أدوات تحقيق الاستقرار القانوني هي: - مبدأ الشرعية الجنائية: فهذا المبدأ يجب أن يراعيه المشرع لأنه صمام الأمان لحماية الحرية الشخصية للفرد وحظر القياس في مجال التجريم والعقاب^(٢).
 فيعد الاستقرار القانوني عنصراً من العناصر الأساسية في مفهوم القانون ذاته، ذلك أن القانون قاعدة اجتماعية للعمل على حماية قيم مجتمع منظم، وأن الحاجة إلى الأمن والنظام والاستقرار من أهم أهداف وكذلك من أهم الخصائص التي يجب توافرها في فكرة القانون، بل أن الاستقرار لصيق بجوهر القانون ذاته، باعتبار أن الوظيفة الأولى للقانون - الهدف العام - هي تحقيق النظام ومن متطلبات النظام order الثبات والاستقرار. فالاستقرار القانوني يلبي الحاجة إلى أن يعرف كل فرد ما له وما عليه في الحياة الاجتماعية^(٣).

ويستلزم تحقيق الأمان القانوني - كما يقول البعض - أن تكون القاعدة القانونية واضحة ودقيقة، والابتعاد بقدر الإمكان عن منح الإدارة أو القضاء سلطة تقديرية، وعدم رجعية القواعد القانونية الجديدة على الوقائع السابقة. حيث إن تطبيق القانون الجديد على وقائع سابقة يتعارض مع اعتبارات الاستقرار القانوني والأمان القانوني^(٤).
 ولقد احتوى النظام القانوني المصري - بوجه عام - على عدة

(١) د. أحمد فتحي سرور: المرجع السابق، ص ١٠.

(٢) د. أحمد فتحي سرور: المرجع السابق، ص ١١.

(٣) د. نعيم عطية: القانون والقيم الاجتماعية، ط ١٩٧١، ص ١٨٤، د. أحمد إبراهيم حسن: غاية القانون، ص ٢٠٤.

(٤) د. حسام الأهواني: أصول القانون، ط ١٩٨٦، ص ٣٤ - ٣٥.

آليات الهدف منها تحقيق الاستقرار القانوني والأمان القانوني بوصفهما من غايات القانون أو بالمعنى الدقيق مقاصده الأخرى كالعادلة وتحقيق الخير العام. ومن آليات تحقيق غاية الاستقرار القانوني والأمان القانوني في النظام القانوني المصري الحديث نذكر: الأخذ بالصياغة الجامدة في الكثير من النصوص التشريعية، واتساع نطاق القواعد الآمرة، وعدم الاعتداد بالجهل بالقانون، وتقرير مبدأ عدم رجعية القانون، والأخذ بالعديد من النظم القانونية التي تكرس قيمة الاستقرار كغاية للقانون كنظام للتقدم، واشتراط الشكلية في بعض التصرفات، والأخذ بنظرية الوضع الظاهر^(١).

وبالإضافة إلى ما سبق، فهناك أفكار رئيسية في النظام القانوني المصري - الهدف المباشر منها تحقيق متطلبات تحقيق الاستقرار القانوني باعتباره غاية من غايات القانون. ومن هذه الأفكار نذكر ما يلي :

- العمومية والتجريد في القاعدة القانونية: فكما يقول أستاذنا الدكتور/ حمدي عبد الرحمن "تقتضي فكرة الاستقرار أن يتوافر في القواعد القانونية وصف العمومية والتجريد، بحيث يتجه بخطابها إلى أشخاص غير معينين بذواتهم، بل بصفاتهم، أو لتوافر شروط موضوعية مجردة فيهم فمع توافر هذه الخاصية يصبح القانون أكثر قدرة على الإقناع، وأكثر قدرة على استقطاب الانضباط الاجتماعي"^(٢).

- الجزء كركن أساسي للقاعدة القانونية ووجود جهاز يتكفل بتطبيقه: ومن أهم الأفكار لصيقة الصلة بالاستقرار القانوني، اشتراط توافر ركن الجزء في القاعدة القانونية، بالإضافة على وجود جهاز يكفل تطبيق الجزء وتنفيذه؛ وتأكيداً لما سبق، فالقواعد الحالية تحتوي على عنصر الجزء بالإضافة إلى احتواءه على مؤسسات تتكفل بتطبيق القانون وتنفيذه^(٣). إذ يجب لتحقيق الاستقرار الالتزام بتطبيق القانون وتنفيذه،

(١) د. حمدي عبد الرحمن: أصول القانون... مرجع سابق، ص ٢٣ وما بعدها؛ د.

أحمد إبراهيم حسن: غاية القانون.. مرجع سابق، ص ٢١٨ وما بعدها.

(٢) د. حمدي عبد الرحمن: أصول القانون، مرجع سابق، ص ٢٤.

(٣) د. حمدي عبد الرحمن: أصول القانون، مرجع سابق، ص ٢٥.

لأنه لو كان الأمر خلاف ما سبق فإن هذا معناه عدم تنظيم السلوك وفقاً للقانون، الأمر الذي يؤثر في فعالية القانون في تحقيق الاستقرار^(١).

ويضاف إلى ما سبق، أن متطلبات الاستقرار القانوني تتطلب بالإضافة إلى ما سبق قوله "ضرورة التمهل في وضع التشريع وألا يشرع في ذلك إلا بعد دراسات متأنية بحيث يصدر التشريع موافقاً لظروف الواقع بكل معانية ويتضمن تنظيماً دقيقاً للمشكلة التي وضع بناء عليها هذا من ناحية. ومن ناحية ثانية - يجب عدم المبالغة في التدخل التشريعي " يمكن أن يطلق عليه "الإفراط التشريعي" أو الاتجاه نحو الإكثار من التعديلات التشريعية أو التعديلات العشوائية للتشريعات القائمة^(٢) وبناء عليه ينبغي أن يكون العمل بالتشريع بعد فترة من صدوره حتى يتسنى للناس معرفته وتعديل سلوكهم وفقاً له.

وترتبط غاية تحقيق الاستقرار القانوني بوجود القانون ذاته، فهي من جوهر القانون. فالنظام القانوني الذي لا يقدر على تحقيق الاستقرار كف أن يكون نظاماً قانونياً، بل أنه قد يتعرض للانهايار^(٣)، ويعرض المجتمع لمخاطر عدة.

ثانياً: مقصد الاستقرار القانوني كمقصد تشريعي في التنظيم القانوني لأحكام الأحوال الشخصية:

بتحليل التنظيم القانوني لأحكام الأحوال الشخصية نجد أن مقصد تحقيق الاستقرار القانوني من المقاصد الأساسية. حيث إن المحافظة على الأسرة من المقاصد الأساسية. ويعتبر مقصد تحقيق الاستقرار القانوني من مكملات المقاصد الضرورية والحاجية والتحسينية. ويلاحظ أن غلبة مقصد تحقيق الاستقرار القانوني واليقين في المركز القانونية، هو الذي دفع المشرع في قوانين الإحكام الشخصية إلى اللجوء إلى الصياغة الجامدة كأصل عام وإلى أسلوب الإحالة التشريعية وإلى منهج الترابط التشريعي بين النصوص

(١) د. حسام الأهواني: مرجع سابق، ص ٣٥.

(٢) د. حسام الأهواني: أصول القانون، مرجع سابق، ص ٣٤ - ٣٥.

(٣) RIPERT (G.): le déclin du droit, 1949. p. 156.

المنظمة للأحوال الشخصية وغيرها.

ونوضح فيما يلي لمظاهر مقصد تحقيق الاستقرار في التنظيم القانوني لأحكام الأحوال الشخصية: فعن طريق استقراء التنظيم القانوني لأحكام الأحوال الشخصية في مصر نجد أن مقصد تحقيق الاستقرار القانوني واليقين في المراكز القانونية يعتبر من المقاصد الأساسية والتي حرص المشرع على تحقيقه.

ولما كانت من الثابت أن الاستقراء من الطرق التي بمقتضاها يمكن التعرف على المقاصد الشرعية. فمن خلال المنهج الاستقرائي للنصوص المنظمة لبعض أحكام الأحوال الشخصية يمكننا الوصول إلى آليات تحقيق مقصد الاستقرار القانوني ومقصد الأمان أو اليقين في المراكز القانونية. ونوضح فيما يلي لمظاهر مقصد تحقيق الاستقرار القانوني ومقصد تحقيق اليقين القانوني في التنظيم القانوني لأحكام الأحوال الشخصية:

(١) اعتماد التقويم الميلادي في تشريعات الأحوال الشخصية وتحديد عدد أيام السنة الميلادية: فالأخذ بالتقويم الميلادي يعتبر من أهم تطبيقات مقصد الاستقرار القانوني، حيث إنه من ناحية يحقق توافق بين منهج حساب المواعيد في القوانين المصرية الأخرى، حيث يتحقق توحيد في كيفية حساب المواعيد في مسائل الأحوال الشخصية والأحوال العينية. فقد نصت المادة الأولى من قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي السنة ٢٠٠٠ على: "تحسب المدد والمواعيد الإجرائية المنصوص عليها في هذا القانون بالتقويم الميلادي". ومن ناحية ثانية، نجد أن المشرع في المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فقد نص صراحة على أن المراد بالسنة هي السنة التي عدد أيامها ٣٦٥ يوما (المادة ٢٣).

(٢) الأخذ بالصياغة الجامدة كأصل عام بالإضافة إلى الصياغة المرنة (تطبيقات فكرة المعيار والقاعدة): فعن طريق استقراء القوانين المنظمة للأحوال الشخصية في مصر نجد أنها تبنت الصياغة الجامدة (القاعدة) كأصل عام. بجانب الصياغة المرنة (فكرة المعيار) وذلك بهدف

تحقيق مقصد الاستقرار القانون والأمان القانوني.

ومن أمثلة ذلك الأخذ بالصياغة الكمية الرقمية، بدلا من الصياغة الكيفية هذا من ناحية. ومن ناحية ثانية، نجد الوضوح واليقين في صياغة الكثير من النصوص مثل : النصوص المنظمة للموارث في قانون الموارث. والنصوص المنظمة للوصية في قانون الوصية. والنصوص المنظمة للمفقود والنفقات. فعلى سبيل المثال لا الحصر نجد أن المواد المنظمة للطلاق في المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ جاءت في صياغة واضحة ومحددة. فالمادة الأولى تنص على : " لا يقع طلاق السكران والمكره ". والمادة الثالثة تنص على : " الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة لا يقع إلا واحدة ". وبهذه الصياغة الجامدة سد المشرع باب التأويل الذي ينشأ عنه عدم استقرار و يقين في المراكز القانونية. ومن أمثلة ذلك أيضا النص صراحة على أن الفرقة للعيب تعتبر طلاقا بائنا، لأن الضرر الذي يقوم الطلاق برفعه ضرر دائم أو مستمر فترة طويلة، وبالتالي فالأنسب أن يكون بائنا حتى لا يعود الزوج إلى المراجعة ويعبث بمصير المرأة^(١). أما الصياغة المرنة مثل تحديد النفقة بحسب حال الزوج (المادة ١٦). والاستعانة بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها. وفي تحديد المسائل التي تدخل في اختصاص المحاكم بمسائل الأحوال الشخصية. على النحو الوارد في المادة ٩ من قانون ١ لسنة ٢٠٠٠ م.

وهناك نصوص في قوانين الأحوال الشخصية تجمع بين المعيار والقاعدة معا أي بين التعبير بالأرقام والصياغة المرنة. مثال ذلك المادة ٢٠ من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥. والتي جاء نصه على النحو التالي : (ينتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتا عشرة سنة. ويجوز للقاضي بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشر. والصغيرة حتى تتزوج

(١) د. محمد كمال إمام : أحكام الأسرة، مرجع سابق، ص ٩٢.

فى يد الحاضنة دون اجر حضانة إذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك).
فالنص السابق فى شطره الأول يتضمن قاعدة جامدة (قاعدة انتهاء
الحضانة بالوصول إلى سن معين). ويتضمن فى الشطر الثانى معياراً مرناً
معيار مبنى على المصلحة - مصلحة المحضون).

وكذلك ما جاء فى حق الرؤية، إذ لكل من الأبوين الحق فى رؤية
الصغير أو الصغيرة وإذا تعذر تنظيم الرؤيا اتفاقاً نظمها القاضى على أن
تتم فى مكان لا يضر بالصغير أو الصغيرة نفسياً.

(٣) عدم سماع دعوى الزوجية عند الإنكار لعدم التوثيق (المادة
٩٩ من القانون ٧٨ لسنة ١٩٣١. فقد نصت المادة ٩٩ على: " لا تسمع
عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية
فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس ١٩٣١". وكما قيل / فإنه يتضح من
هذا النص فقد سحب القانون اعترافه بعقود الزواج غير الموثقة بعد ٨/١/
١٩٣١. وقد استهدف المشرع تحقيق الاستقرار فيما يتعلق بوقت قيام
الرابطة الزوجية.

(٤) عدم سماع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة :
فمقصد الاستقرار هو الذى دفع المشرع إلى النص على: " ولا تسمع
دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى"
المادة الأولى - القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المعدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥.
بالرغم من أن العدالة تقتضى بعدم سقوطها. ولكن يلاحظ هنا أننا
بصدد حالة من حالات الواجب ديانة فى الفقه الإسلامى بالمقارنة للالتزام
الواجب قضاء. فنفقة الزوجة لأكثر من سنة لا تكون واجبة على الزوج
قضاء ولكنها تكون واجبة ديانة عليه. إذ أن الزوجة فقدت الحق فى المطالبة
بالنفقة عن طريق القضاء. ولكن ما زال دين النفقة شاغلاً لذمة الزوج من
الناحية الدينية^(١).

(١) راجع: فى الواجب قضاء والواجب ديانة بين الفقه الإسلامى والقانون الرومانى:
كتابنا: الالتزام الطبيعى، دراسة مقارنة بين القانون الرومانى والفقه الإسلامى،
القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨.

(٥) توحيد جهة التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، حيث تم إنشاء قضاء متخصص بأحكام الأسرة وهو محاكم الأسرة بمقتضى القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤. والذي جاء في مادته الأولى ما يلي (تنشأ بدائرة اختصاص كل محكمة جزئية محكمة للأسرة يكون تعيين مقرها بقرار من وزير العدل.....) ونصت المادة الثالثة من القانون على: (تختص محاكم الأسرة دون غيرها بنظر جميع مسائل الأحوال الشخصية التي يعقد الاختصاص بها للمحاكم الجزئية والابتدائية طبقاً لأحكام قانون تنظيم بعض أوضاع إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم السنة ٢٠٠٠.....) وجاء في المادة الرابعة ما يفيد قيام نيابة متخصصة للأسرة أيضاً، حيث نصت المادة الرابعة على ما يلي: "تنشأ نيابة متخصصة لشئون الأسرة تتولى المهام المخولة للنيابة العامة أمام محاكم الأسرة ودوائرها الاستئنافية. ...".

(٦) مواجهة النقص في القانون : لقد اعتمد المشرع عدة آليات لمواجهة النقص في القانون Gaps in law عن طريق منهج الإحالة إلى قانون المرافعات (فيما يتعلق بالإجراءات) والقانون المدني (في تحديد الموطن). بالإضافة إلى النص صراحة على الرجوع إلى أرحح الأقوال في مذهب أبو حنيفة. فقد نصت المادة الأولى من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ على ما يلي: " تسرى أحكام القانون الموافق على إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية والوقف، ويطبق فيما لم يرد بشأنه نص خاص فيه أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية وأحكام القانون المدني في شأن إدارة وتصفية التركات ". ونصت المادة الثالثة من القانون لسنة ٢٠٠٠ على: " تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرحح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة ومع ذلك تصدر الأحكام في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بين المصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة الذين كانت لهم جهات قضائية ملية منظمة حتى ٣١ / ١٢ / ١٩٥٦ طبقاً لشريعتهم فيما لا يخالف النظام العام).

ولقد تم الأخذ بما سبق أيضا في قانون الوصية، فبهذا تحقيق مقصد الاستقرار ومقصد اليقين القانوني، نجد أن نطاق تطبيق قانون الوصية، يمتد ليشمل جميع المصريين آيا كانت ديانتهم. وفي نفس الوقت فإنه في حالة عدم وجود نص يرجع إلى أرجح الأقوال في مذهب أبي حنيفة.

(٧) تقرير جزاء جنائي في حالة مخالفة الأحكام المتعلقة ببعض أحكام الأحوال الشخصية (المادة ٧٩ من قانون السنة ٢٠٠٠^(١)).

(٨) التنظيم التشريعي الجامد في تنظيم التزام بين الديون بهدف تحقيق اليقين والاستقرار في المراكز القانونية. فقد نصت المادة ٧٧ من قانون السنة ٢٠٠٠ على ما يلي: " في حالة التزام بين الديون تكون الأولوية لدين نفقة الزوجة أو المطلقة فنفقة الأولاد، فنفقة الوالدين، فنفقة الأقارب، ثم الديون الأخرى". فالمقصد من تدخل المشرع لتنظيم مراتب المستحقين للنفقة في حالة التزامهم هو تحقيق مصلحة هامة وهي إمكانية كل شخص أن يتوقع مقدما لحقوقه.

(٩) عدم قابلية أحكام تنفيذ النفقة للوقف للاستشكال. فهدف تحقيق الاستقرار وكذلك مصلحة المستحق للنفقة، نجد أن المشرع خرج صراحة على القواعد المتعلقة بأثار الإشكالات كما نظمها قانون المرافعات - ونص صراحة على: " لا يترتب على الإشكال في تنفيذ أحكام النفقة المشار إليها في المادة السابقة وقف إجراءات التنفيذ".

(١٠) النفاذ الوجوب للأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو رؤيته أو بالنفقات أو الأجور أو المصروفات وما في حكمها تكون واجبة

(١) نصت المادة ٧٩ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠: "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو أي قانون آخر يعاقب بالحبس الذي لا تقل مدته عن ستة أشهر كل من توصل إلى الحصول على أية مبالغ من بنك ناصر الاجتماعي نفاذا لحكم أو لأمر صدر استنادا إلى أحكام هذا القانون بناء على إجراءات أو أدلة صورية أو مصطنعة مع علمه بذلك. وتكون العقوبة الحبس الذي لا تزيد مدته على سنتين لكل من تحصل من بنك ناصر الاجتماعي على مبالغ غير مستحقة له مع علمه بذلك مع إلزامه بردها.

النفاز بقوة القانون وبلا كفالة".

(١١) التشديد في قبول دعوى الإقرار بالنسب أو الشهادة على القرار به عند الإنكار بعد وفاة المورث. حيث اشترط القانون أما توافر ورقة رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاءه أو أدلة قطعية جازمة تدل على صحة هذا الادعاء (المادة ٧ من قانون السنة ٢٠٠٠).

(١٢) توحيد قواعد الإجراءات في مسائل الأحوال الشخصية الأمر الذي يكفل تسيير أعمالها. حيث تضمن القانون جمع الأحكام الإجرائية التي تنظم إجراءات التقاضي للأحوال الشخصية بعد تنقيحها وتوحيدها. مع إعطاء دور ايجابي للقاضي وإلغاء الأحكام الغيائية والمعارضة والاستعانة بأخصائي اجتماعي والتزام المحكمة بسلطة عرض الصلح على الخصوم، وان الاستشكالات لا توقف تنفيذ أحكام النفقة، استثناء من قواعد الاستشكالات في قانون المرافعات^(١).

(١٣) جعل التقاضي في الخلع على درجة واحدة : فقد قررت المادة ٢٠ من قانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن الخلع في جميع الأحوال طلاق بائن وان الحكم في جميع الأحوال غير قابل للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن هذا من ناحية. ومن ناحية ثانية، جعل الخلع قضاء، حيث اسند الأمر إلى القاضي لإجراء الحكم كما أشارت المادة ٢٠ من قانون السنة ٢٠٠٠ إذا لم يتراضيا الطرفين. حيث إن الأصل عند الفقهاء أن الخلع يجوز أن يكون عند السلطان وغيره وهذا هو رأى جمهور الفقه الإسلامي، وروى عن الحسن وابن سرين أن الخلع لا يجوز إلا عند السلطان. وهذا هو رأى بعض الشيعة الإمامية باعتباره من باب وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، أما جمهور الإمامية فلم يقولوا بوجوب إذن القاضي وإنما قالوا يستحب ذلك وقد ترك المشرع رأى الجمهور ورأى أن فساد الزمان والظلم الواقع على المرأة يجعل الأصل فقها وسياسية رفع الأمر

(١) دم / محمد فتحي نجيب، محمود محمد غنيم، إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص ٩ وما بعدها، د. أحمد خليل: خصوصيات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص ١٧٠ وما بعدها.

إلى القاضي ليأمر بالخلع عند التعسف وهي وجهة نظر لها وجاهاتها وقال بها فقهاء كبار من المعاصرين^(١).

وبوجه عام، فيجب أن نشير إلى أن منع الطعن على الحكم الصادر بالتطبيق للخلع بأي طريق من طرق الطعن يتفق وأحكام الدستور، إذ أنه للمشرع أن يستقل بتقدير قصر التقاضي على درجة واحدة في بعض الخصوصيات^(٢).

(١٤) إلغاء نظام الأحكام الغيابية والمعارضة في دعاوى الأحوال الشخصية، ولذا فتكون جميع الأحكام في مسائل الأحوال الشخصية حضورية.

(١٥) استمرارية فعالية ذات السند التنفيذي لأكثر من مرة، خروجاً على القواعد العامة المنظمة للسند التنفيذي. وهذا ما نصت عليه عجز المادة ٦٦ حيث جاء فيها: " ويجوز إعادة التنفيذ بذات السند التنفيذي كلما اقتضى الحال ذلك "

(١٦) تقصير مدة الحكم بموت المفقود: فقد كان يحكم بموت المفقود طبقاً للمادة ٢١ من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ هي أزيد سنوات من تاريخ الفقد، ومرجع هذا التعديل هو في اعتقادنا اعتبار مرجعة الاستقرار القانوني والعدالة.

ثالثاً: فلسفة حقوق الإنسان في مجال الأسرة والمقاصد الشرعية

(١) مفهوم حقوق الإنسان وعلاقته بالمقاصد الشرعية:

إن اصطلاح "حقوق الإنسان" من المصطلحات الحديثة، ولكن فكرة وجود حقوق الإنسان، هي فكرة لصيقة بالوجود الإنساني ذاته. ومن الناحية المنطقية يلاحظ أن مصطلح حقوق الإنسان من المصطلحات المركبة (حق وإنسان). ويعتبر مصطلح الحق من أكثر المصطلحات تدوياً في مجال

(١) د. رمضان الشرنباصي: مرجع سابق، ص ١١٩.

(٢) د. محمد نجيب عوضين: أحكام التركات وفلسفتها في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص ٢٤٧؛ ويشير سيادته إلى الدعوى ١٨ لسنة ١٢ ق دستورية جلسة ١١/٧/١٩٩٢.

الدراسات القانونية والفلسفية ؛ إذ انه من المصطلحات التي أثارَت وما زالت تثير الكثير من الخلافات بين الشراح.

وإذا كانت فكرة حقوق الإنسان قد لقيت اهتمام الفكر والفقهاء في كافة المجالات والتخصصات^(١) فإنه يلاحظ أن مفهوم حقوق الإنسان يعتبر - كما قيل - من أهم مخترعات حضارتنا في مجال العلوم الاجتماعية ؛ على النحو الذي يمكن مقارنته بالتطور الحديث في مجال التكنولوجيا وتطبيقاتها في الطب والاتصالات والنقل وكما قيل صراحة ما يلي^(٢) :

(The concept of Human rights has been described as one of the greatest inventions of our civilization ...).

ولقد أخذت حقوق الإنسان حيزا كبيرا من الاهتمام من الفقهاء ، نظرا للارتباط الوثيق بين حقوق الإنسان والقانون بوجه عام. حتى أن البعض قال صراحة ما يلي^(٣) :

(Les droits de l'homme pourront jouer dans la théorie du droit comme dans les autre disciplines juridiques le rôle de catalyseur de conceptions diverses et complémentaire et mettre en marche la théorie du droit vers des horizons nouveaux).

وإذ يتمثل جوهر النظام الاجتماعي القانوني في المصلحة

(١) ولقد قيل عن مدى ذبوع المناقشات المتعلقة بحقوق الإنسان ما يلي :

(The concept of Human rights constitutes the very core of the public debate on Organization of the society) ...
Eid (A.): Human rights in the world societies, Oslo, 1977, P. 7.

(٢) انظر :

Wacks(R.): understanding jurisprudence...op.cit., p.276;
Nino(C.): The Ethics of Human rights, oxford, 1991, p. 1 .

(٣) انظر :

Toth(J.) : les droits de l'homme et la théorie du droit , op. cit., p. 31.

الاجتماعية التي يحميها هذا النظام ويرجعها على غيرها من المصالح المتعارضة في المجتمع^(١). ولا شك أن صيغة التوازن القانوني بين المصالح الخاصة، إنما تأتي انعكاساً لمحصلة التفاعل بين العوامل الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والأخلاقية والدينية السائدة في المجتمع في وقت معين^(٢).

وحقوق الإنسان هي مصطلح مقصور على الحقوق التي تثبت للإنسان بوصفه إنساناً حتى ولم يكن يعترف له بالشخصية القانونية. ولكن يلاحظ إنه في الوقت المعاصر، يعترف لجميع بني الإنسان بالشخصية القانونية^{(٣)(٤)}.

ويقصد بمصطلح حقوق الإنسان : " مجموعة القواعد والمبادئ المنصوص عليها في عدد من الإعلانات والمعاهدات الدولية والتي تؤمن حقوق وحرىات الأفراد والشعوب في مواجهة الدولة أساساً وهي حقوق لصيقة بالإنسان وغير قابلة للتنازل عنها وتلتزم الدولة بحمايتها من الاعتداء أو الانتهاك"^(٥). وقيل أنها^(٦) :

(١) د. محمد نور فرحات، د. محمد جمال عيسى : تاريخ النظم، ط ٢٠٠١، ص ٢٧.
Cornu (G.) : Linguistique juridique ,paris , 1998 , p. P.29.

(٢) د. همام محمد محمود زهران : المدخل إلى القانون ... مرجع سابق، ص ٨.
(٣) فعلى سبيل المثال تنص المادة ١٩ مدني مصري على (تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً ...).

(٤) فحقوق الإنسان تثبت للشخص بوصفه إنساناً فهي لصيقة بالوجود الإنساني، كالحق في الحياة والحرية والمساواة، فحقوق الإنسان ليس مصدرها القانون، لأن حقوق الإنسان هي الحقوق التي تمنح للإنسان بوصفه إنساناً :

Human rights are rights which belong to man as such regard less of what his position in society happens to be).

Mathieu(V.): Prolegomena to a study of Human rights from the standpoint of the international community, In: Philosophical foundations of human rights, Unesco, 1989; P. 34 .

(٥) د. محمد نور فرحات : تاريخ القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان : مقالة منشورة في : دراسات في القانون الدولي الإنساني، القاهرة، دار المستقبل العربي، ص ٨٣.

(٦) جاك دونللي : حقوق الإنسان العالمية ... مرجع سابق، ص ٧٥.

" Droits de l'homme ensemble des droits fondamentaux inhérents a la nature humaine "

- " أن حقوق الإنسان هي الحد الأدنى الضروري من الحقوق التي يجب أن يكفلها أي نظام قانوني للفرد"^(١).

وبالنظر إلى مجموعة التعريفات السابق الإشارة إليها نجد أنها تركز على جملة نقاط أساسية مثل : أن حقوق الإنسان مرتبطة بالطبيعة الإنسانية، تتمتع (بل يجب) أن بحماية الدولة، ومقبولة عالمياً، ويتمتع بها كل فرد بغض النظر عن عقيدته أو موطنه أو مكانته أو جنسه أو ديانتته ولا يمكن إنكار مدى مساهمة الشريعة الإسلامية في إرساء مبادئ وأسس حقوق الإنسان بكافة صورها. والمبدأ العام هو أن حفظ حقوق الإنسان منوط بالتمسك بمقاصد الشريعة. فالمقاصد الشرعية مناسبة لكل عصر وهي تتعلق بالفرد والمجتمع، ولذا فإنها تحفظ حقوق الإنسان الضرورية، والتي تتمثل في حفظ النفس وحفظ الدين وحفظ العرض وحفظ العقل وحفظ المال وتحفظ حقوق الإنسان الجماعية ومنها حقوق الأسرة بداية من الحفاظ على العلاقات الأسرية وتنظيمها. ويلاحظ أن حقوق الإنسان لا تقتصر على الضرورات فقط بل أيضاً الحاجيات والتحسينات والكماليات^(٢).

فباستقراء ما تضمنته الشريعة الإسلامية من مقاصد الشريعة (ضرورات - حاجيات - تحسينات) يتضح أن الشريعة الإسلامية قد كفلت حقوق الإنسان في أوسع معانيها. فلا شك أن الشرعية قد جاء بها ما يحقق الحفاظ لحقوق الإنسان في كافة المجالات.

في مجال الأسرة. فمن الملاحظ بادئ ذي بدء إن أحكام الأسرة تتعلق بالمقاصد الضرورية وبوجه خاص مقصد الحفاظ على النفس ومقصد

(١) د. حسام الاهواني: أصول القانون، مرجع سابق، ص ٥٧٢.

(٢) د. محمود السيد الدغيم: الجامع المشترك بين مقاصد الشريعة الإسلامية وحقوق الإنسان، في :

[Http://www.amanjordan.org/aman_studies/wmview.php?ArtID=914](http://www.amanjordan.org/aman_studies/wmview.php?ArtID=914)

الحفاظ على النسل. فكلاهما تقوم عليه أحكام الأسرة. فقد شرع الزواج للحفاظ على النسل، حرم الزنا للحفاظ على الأنساب. وشرعت النفقة والحضانة والميراث للحفاظ على النفس وعلى النسل. ويؤكد هذا الارتباط أيضا أن أحكام الأسرة (أو الأحوال الشخصية) مرتبطة بحقوق الإنسان في الإسلام برباط وثيق، نظرا لأنها متعلقة بالمقاصد الشرعية الضرورية. وبناء عليه فالتنظيم التشريعي لأحكام الأحوال الشخصية، يرتبط ارتباطا وثيقا بفكرة حقوق الإنسان. فالحق في النفقة والحق في الزواج والحق في تكوين أسرة والحق في التعليم والحق في الملكية والحق في المحاكمة العادلة، وغيرها كلها حقوق إنسان متعلقة بأحكام الأسرة، ومرتبطة بالمقاصد الشرعية.

وجدير بالذكر الإشارة إلى أن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثامنة عشرة في ماليزيا عام ٢٠٠٧ قد أشار في التوصيات إلى (اعتبار المقاصد الشرعية بمراتبها المختلفة الإطار المؤسسي والمناسب لحقوق الإنسان) (١).

(٢) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وإعلانات الحقوق الإسلامية وفلسفة المقاصد الشرعية في مجال الأسرة:

جاءت المادة الأولى من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام ١٩٤٨ لتضمن أهم أسس حقوق الإنسان، حيث جاء بها ما يلي (لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات.....).

وباستقراء هذه المادة والمواد التي تليها نجد أنها تضمنت أهم حقوق الإنسان، والتي أنقارناها بالتقسيم الثلاثي للمصالح في الفقه الإسلامي، لنجد أن هذا الإعلان أشار إلى ضرورة الحفاظ على المقاصد الشرعية الضرورية والكمالية والحاجية.

وإذا أتجهنا إلى دراسة أثر فكرة المقاصد الشرعية في صياغة إعلانات

(١) انظر :

[Http://www.islamtoday.net/bohooth/services/printart](http://www.islamtoday.net/bohooth/services/printart) – 32

حقوق الإنسان في العالم الإسلامي لنجد خير الأدلة على هذا ما جاء في إعلان القاهرة حول حقوق الإنسان في الإسلام وهو الإعلان الذي تم إجازته من قبل مجلس وزراء خارجية منظمة العالم الإسلامي في القاهرة في أغسطس ١٩٩٠. حيث نجد إن إعلان القاهرة تضمن النصوص الآتية التي تؤكد ضرورة الحفاظ على مجموعة حقوق للإنسان تمثل مستويات المقاصد الشرعية في مجال أحكام الأسرة على النحو التالي :

- جاءت المادة السادسة تؤكد المركز القانوني والاجتماعي للمرأة في المجتمع، حيث قالت (المرأة مساوية للرجل في الكرامة الإنسانية، ولها من الحق مثل ما عليها من الواجبات ولها شخصيتها المدنية وذمتها المالية المستقلة وحق الاحتفاظ باسمها ونسبها).

- جاءت المادة السادسة، لتؤكد الحق في النفقة، وهو ينتمي إلى مقصد هام من المقاصد الشرعية، حيث جاء في الفقرة ب ما يلي : (على الرجل عبء الإنفاق على الأسرة ومسئولية رعايتها). وكذلك الحق في الحضانة على النحو الوارد في المادة السابعة منه.

ومن ناحية أخرى، فقد اهتم الشراح الذين اهتموا بفقهاء المقاصد الشرعية، بموضوع حقوق الإنسان وعلاقته بالمقاصد الشرعية.

ولكن يجب إلا ننظر لأحكام الفقه الإسلامي والأحكام الشرعية من وجهة نظر حقوق الإنسان. وهى الرؤية التي حظرت البعض من اللجوء إليها، حيث يرى أن فكرة حقوق الإنسان، تؤدي إلى قراءة الفقه الإسلامي مغلوطة أو في القليل ناقصة^(١).

فالمستقر عليه في مجال حقوق الإنسان في الإسلام هو كما أشارت ديباجة إعلان القاهرة حول حقوق الإنسان في الإسلام والتي جاء فيها يلي (... أن الحقوق الأساسية والحريات العامة في الإسلام جزء من دين المسلمين لا يملك أحد بشكل مبدئي تعطيلها كلياً أو جزئياً، أو خرقها أو تجاهلها في أحكام إلهية تكليفية أنزل الله بها كتبه، وبعث بها خاتم رسله

(١) د. محمد كمال إمام: أحكام الفرقة بين الزوجين، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧، ص ٤.

وتم بها ما جاءت به الرسالات السماوية وأصبحت رعايتها عبادة ،
 وإهمالها أو العدوان عليها منكرا في الدين وكل إنسان مسئول عنها
 بمفرده ، والأمة مسئولة عنها بالتضامن^(١) .

(١) اعلان القاهرة حول حقوق الانسان في الإسلام ، منظمة المؤتمر الإسلامي ، القاهرة
 اغسطس ، ٥ ، ١٩٩٠ .

جرائم الصيدلي الناتجة عن ظاهرة العلاج الذاتي
الأستاذة/ نبيلة رزاق
أستاذة مساعدة بكلية الحقوق جامعة سعد دحلب
البليدة- الجزائر

مقدمة

أوجب المشرع الجزائري أن يكون التعامل مع المنتجات الصيدلانية وفق ضوابط ومقاييس محددة، وتحت رقابة صارمة ابتداء من عملية الإنتاج، مروراً بمرحلة التوزيع وصولاً إلى تسليم هذه المنتجات للجمهور، وذلك بالنظر إلى أهميتها وخطورتها في نفس الوقت على صحة وسلامة المواطنين.

كما تدخل أيضاً ولذات الأسباب المتقدمة، بفرض التزامات محددة على جميع المتعاملين بها سواء تعلق الأمر بمنتجات الأدوية أو موزعيها من الصيادلة، وكذا أصحاب المخازن ومخابر التحاليل الطبية، وذلك بغية توفير الحماية اللازمة لمستهلكيها، وما ينتج عن ذلك من تحقيق أحد أهم الأهداف الأساسية للدولة وهو المحافظة على الصحة العامة.

ولعل من بين أهم الالتزامات التي يقع على عاتق الصيدلي واجب مراعاتها، ضرورة أن لا يصرف الأدوية إلا بموجب وصفة طبية محررة من قبل طبيب مختص ومتضمنة لجميع الشروط الشكلية والموضوعية التي أوجبه القانون¹، وهذا هو الوضع الغالب على اعتبار أن هناك بعض المنتجات الصيدلانية التي أجاز المشرع صرفها دون وصفة، وهي منتجات لا تحتوي عادة في تركيبها على مواد سامة أو خطيرة على عكس النوع

1 راجع المادة ١٩٧ من قانون حماية الصحة وترقيتها رقم ٥٥.٨٥ المؤرخ في ١٦ فبراير ١٩٨٥، الجريدة الرسمية العدد ٠٨، والمواد ١٣، ٤٧، ٥٦، ٧٧ و ٨٠ من المرسوم التنفيذي رقم ٢٧٦.٩٢ المؤرخ في ٦ يوليو ١٩٩٢ والمتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية العدد ٥٢.

الأول من المستحضرات ، كما هو الحال بالنسبة لمسكنات الألم والمضادات الحيوية وأدوية الزكام^١.

وعلى الرغم من أن المشرع الجزائري قد ألزم في نص المادة ١٨١ من قانون حماية الصحة وترقيتها ، أن لا يتم تسليم أي دواء إلا بتقديم وصفة طبية ماعدا بعض المواد الصيدلانية التي تضبط قائمتها عن طريق التنظيم ، إلا أن الواقع يقر خلاف ذلك ، فكثيرا ما يلجأ الأفراد - وخاصة في الدول النامية - إلى الصيدلي مباشرة لاستشارته فيما يعانون منه من اعرض بغية تقديم الدواء المناسب لحالاتهم ، فلا يتردد هذا الأخير في القيام بذلك ، إما بدافع الخوف على سمعته إذ قد يخشى عند امتناعه عن صرف الدواء من أن يشاع انه جاهل بفن العلاج^٢ ، أو بدافع تحقيق الربح المادي بالنظر إلى الانحراف الواضح الذي باتت تعرفه مهنة الصيدلة حيث تحول الصيدلي إلى مجرد تاجر يسعى إلى تحقيق المنفعة المادية ، على عكس ما كان عليه الوضع في العصور القديمة ، حيث كانت المهمة الأساسية للصيدلة تتجسد في البحث عن العلاج حبا في الخير وتحقيقا لسعادة البشرية.

ومن الصور الشائعة أيضا ، أن يلجأ المريض بنفسه إلى الصيدلي لطلب أدوية معينة بذاتها بناء على تجربة سابقة له معها ، أو بموجب نصيحة احد أصدقائه أو أقاربه بتجربتها.

وبذلك تترجم لنا صورتان السابقتان ، ما يعرف بظاهرة العلاج الذاتي^٣ ، هذه الأخيرة التي أسبغت على الصيدلي صفة مزدوجة ، حيث

1 د حسن أبو النجا ، مسؤولية الصيدلي المدنية عن تنفيذ التذكرة الطيبة^٤ طبيعة المسؤولية وحالاتها^٥ - دراسة مقارنة - مجلة المحامون السورية ، الأعداد ٧ ، ٨ ، ٩ لعام ١٩٨٩ السنة ٥٤ ، ص ٥٧٥ .

2 د محمد وحيد محمد محمد علي ، المسؤولية المدنية للصيدلي ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ١٩٩٣ ، ص ٢٠٠ .

3 لم تتعرض قوانين الصحة لمختلف الدول إلى تعريف محدد لظاهرة العلاج الذاتي ، وذلك لان الأمر لا يتعلق بنوع معين من العلاج وإنما هو سلوك انتشر في أوساط الدول النامية والمتقدمة على حد سواء ، هذا وقد عرفها مجلس كلية الأطباء في فرنسا على أنها : " استخدام الدواء دون وصفة طبية أو استشارة طبية ، من قبل الأفراد لأنفسهم أو لأسرهم وبمبادرة منهم ، وذلك إما لضيق الوقت أو قلة المال لزيارة الطبيب ، مع =

جعلته من جهة يحمل لقب "طبيب الفقراء" الذين تعوزهم الحاجة للجوء إلى الطبيب المعالج، سيما مع ارتفاع اجر الأطباء في الوقت الراهن. ومن جهة أخرى، أضفت عليه صفة الجاني، من خلال الجرائم التي تقع منه كنتيجة تبعية للجوء المريض إليه طلبا للعلاج. وعليه سنحاول من خلال هذه الدراسة، توضيح أهم الجرائم التي تنتج عن ظاهرة العلاج الذاتي والمرتكبة من قبل الصيدلي، وذلك بالإجابة عن التساؤل الآتي:

فيما تكمن الجرائم التي يرتكبها الصيدلي، بمناسبة ممارسته لعملية التطبيب الذاتي؟

في حقيقة الأمر، أن الجرائم الصيدلانية تعدد وتنوع صورها تبعا لاختلاف مراحل طرح الدواء في السوق¹، وكذا بالنظر إلى صفة الصيدلي في حد ذاته سواء كان منتجا أو بائعا، وهو أمر يتطلب دراسات عديدة ومتعمقة لا يتسع لها موضوعنا، ومن ثم ستقتصر دراستنا على توضيح أهم الجرائم التي ترتبط مباشرة بظاهرة العلاج الذاتي، أي تلك التي تنتج عن تقديم البائع الصيدلي الدواء للمريض بناء على مشورته "جريمة

=إمكانية تقديم المساعدة والمشورة من قبل الصيدلة، بحيث يمكن علاج المريض بشكل مستقل عن طريق الحصول على العلاج من الصيدليات دون استشارة الطبيب"، وقد اعتمد هذا التعريف من قبل اللجنة الدائمة للأطباء الأوروبيون، راجع في ذلك كل من رقية سكيل، انتشار ظاهرة العلاج الذاتي في الجزائر، مقال مقدم في اليوم الدراسي بعنوان "ظاهرة العلاج الذاتي"، كلية الحقوق، جامعة حسية بن بوعلي، شلف، الجزائر، ص ٠٢، عمدي بوزينة آمنة، مقال مقدم في اليوم الدراسي بعنوان "ظاهرة العلاج الذاتي"، كلية الحقوق، جامعة حسية بن بوعلي، شلف، الجزائر، ص ٠١.

1 راجع في عملية طرح الدواء في السوق كل من يوسف فتيحة، حماية المستهلك في مجال الصيدلة، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، الجزء ٣٩ رقم ٢٠٠٢/٠١ ص ٣٩ وما بعدها، د ديدن بوغزة، عرض الدواء للتداول في السوق في قانون الاستهلاك، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد ٠٣، ٢٠٠٨، ص ٢١٣ وما بعدها، ونوزاد عبد القادر، توثيق العمليات الإنتاجية للمستحضرات الصيدلانية في مصانع الأدوية، مقال منشور بمجلة الدواء العربي، السنة الخامسة عشر، العدد ٢، كانون الأول، ١٩٩٦، الأردن، ص ٤٠ وما بعدها.

الممارسة غير المشروعة لمهنة الطب " كمبحث أول" ، أو بطلب من المريض في حد ذاته " جريمة تسليم دواء دون وصفة طبية " كمبحث ثانى" ، وذلك وفقا لما يلي :

المبحث الأول

جريمة المزاولة غير المشروعة لمهنة الطب

جاء النص على جريمة مزاولة مهنة الطب بدون ترخيص فى المادة ٢١٤ من قانون حماية الصحة وترقيتها على ما يلي : " تعد ممارسة الطب وجراحة الأسنان والصيدلة ممارسة غير شرعية ، مع مراعاة المادة ١٩٦ من هذا القانون ، فى الحالات التالية :

- كل شخص يمارس عمل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي ، دون أن تتوفر فيه الشروط المحددة فى المادة ١٩٧ من هذا القانون ، أو خلال مدة المنع من الممارسة.

- كل شخص لا تتوفر فيه الشروط المحددة فى المادتين ١٩٧ و١٩٨ ، من هذا القانون ، يشارك عادة باجر أو بدون اجر ، ولو بحضور طبيب أو جراح أسنان فى إعداد تشخيص أو معالجة أمراض أو إصابات جراحية أو تتعلق بطب الأسنان ، وراثية كانت أو مكتسبة ، حقيقية كانت أو مفترضة ، من خلال أعمال شخصية أو فحوص شفوية أو كتابية أو عن طريق أى أسلوب آخر كيفما كان نوعه.

- كل شخص يمارس المهنة فى هيكل صحي عمومي أو خاص ، دون أن يرخص له بمقرر الوزير المكلف بالصحة.

- كل من يقدم مساعدته للأشخاص المذكورين فى الفقرتين السابقتين أو يتواطأ معهم ولو كان حائز الشهادة المطلوبة".

ونتناول فى ما يلي الأركان التى تقوم عليها جريمة مزاولة مهنة الطب دون ترخيص ، مع بيان العقوبة المحددة لها وذلك فى مطلبين أساسيين كالآتى :

المطلب الأول

أركان جريمة المزاولة غير المشروعة لمهنة الطب

يشترط لقيام أى جريمة أن تتوافر الأركان اللازمة لنشأتها ووجودها، ولا يختلف الأمر فى جريمة مزاولة مهنة الطب بدون ترخيص عن ذلك، فهناك أركان معينة تتكون منها هذه الجريمة بحيث لا تقوم إلا بها ولا تنشأ إلا من خلالها.

وأركان جريمة المزاولة غير المشروعة لمهنة الطب هما : الركن المادى والركن المعنوى. وتتناول كل منهما فى الفرعين التاليين :

الفرع الأول

الركن المادى لجريمة المزاولة غير المشروعة لمهنة الطب

يتمثل الركن المادى لهذه الجريمة فى القيام بعمل أو أكثر من الأعمال التى تدخل ضمن مزاولة مهنة الطب كإجراء الفحوصات الطبية وتشخيص الامراض ووصف الدواء من شخص لاتتوافر فيه الشروط التى يتطلبها القانون لممارسة مهنة الطب، والمشرع الجزائرى لم يشترط لقيام جريمة الممارسة غير مشروعة لمهنة الطب فعل الاعتياد بل يكفى لقيامها ارتكاب أى عمل من أعمال الطب ولو لمرة واحدة.

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائرى لم يضع تعريفا محددًا لمهنة الطب، وإنما اكتفى فقط ببيان حالات الممارسة غير المشروعة لها كما أوضحته المادة ٢١٤ الأنفة الذكر، ونعتقد انه اتجاه محمود من قبل مشرعنا على اعتبار أن وضع التعاريف هي فى الأصل من مهام الفقه لا التشريع، كما أن مهنة الطب هي من المهن السريعة التطور، ومن ثم فان أى تعريف ومهما كان واسعا لن يستطيع أن يستمر فى مواكبة التطور العلمى والتكنولوجى الذى تعرفه المهنة^١.

ومع ذلك لا يختلف اثنان على أن التشخيص يعد عملا أساسيا يختص به الطبيب دون سواه من أعضاء المهن الصحية الأخرى، وهو ما أكدته

1 د طالب نور الشرع، مسؤولية الصيدلانى الجنائية، دار وائل للنشر، الأردن، ٢٠٠٨، ص ٩١.

المادة ٢١٤ من قانون حماية الصحة وترقيتها، والمادة ١٦ من مدونة أخلاقيات مهنة الطب حيث جاء فيها: "يخول الطبيب وجراح الأسنان القيام بكل أعمال التشخيص والوقاية والعلاج...".

ولعل من ابرز الاعتبارات التي تبرر استئثار الطبيب بهذه المهام الدقة والصعوبة اللتان تتميز بهما عملية تشخيص المرض ووصف الدواء، حيث يحاول فيها الطبيب معرفة نوع المرض ودرجة خطورته، وكذا الظروف المؤثرة على الحالة الصحية للمريض مثل: سوابقه المرضية واثار الوراثة فيه^١.

وانطلاقاً من هذه المعطيات وغيرها يستطيع الطبيب أن يصف الدواء الموافق للحالة الصحية للمريض.

وعلى اعتبار أن الاختصاص الطبيعي للصيدلي هو تحضير وتركيب الأدوية والعقاقير والمواد التي تستعمل من الباطن أو الظاهر لوقاية الإنسان أو الحيوان من الأمراض أو الشفاء منها، وذلك فيما يتعلق بمنتهج المستحضرات الصيدلانية، أو القيام بصرفها وهو الحال بالنسبة للصيدلي البائع، ووفقاً لذلك لا يجوز لهذا الأخير إذا ما استشاره المريض في الأعراض التي يعاني منها أن يشخص له الدواء ويصف الدواء، ويجد هذا المنع أساسه القانوني في نص المادة ١٤٧ من مدونة أخلاقيات مهنة الطب السابقة حيث نصت: "يجب على الصيدلي أن يمتنع عن تقديم تشخيص أو تنبؤ بشأن المرض، المدعو للمساعدة على علاجه، ويجب أن يتفادى على الخصوص، كل تعليق طبي على نتائج التحاليل التي يطلبها المرضى أو مأمورهم".

هذا وقد ألزمت المادة ١٤٣ من المدونة، الصيدلي الذي يجد نفسه في موقف مماثل أن ينصح المريض بضرورة التوجه إلى طبيب مختص، حيث جاء فيها: "يجب على الصيدلي أن يمتنع عن تقديم تشخيص أو استشارة الطبيب كلما اقتضت الضرورة لذلك".

١ د فتيحة محمد قوارري، مسؤولية الطبيب الجنائية في ضوء أحكام التشريع والقضاء في دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة الحقوق، العدد الثالث، السنة الثامنة والعشرون، شعبان ١٤٢٥، سبتمبر ٢٠٠٤، ص ٢٢٣.

غير أن الملاحظ على صياغة هذه المادة أن ما منحه المشرع بيده اليمنى قد أخذه باليسرى، إذ لا يمكن أن يمنع الصيدلي من إجراء التشخيص بشأن المرض، من جهة.

ويجعل نصيحته للمريض باستشارة الطبيب أمرا لا يتحقق إلا عند الضرورة، من جهة أخرى. ومن ثم فإن إقران الاستشارة بالضرورة يوقنا في نوع من الغموض والتناقض ويجعل من اللجوء إلى الصيدلي هو الأصل والطبيب هو الاستثناء، وهو أمر لا يقبله لا العقل ولا المنطق القانوني السليم.

ومن ثم لا بد على المشرع أن يعيد النظر في صياغة المادة ١٤٣ من المدونة، ويجعل من نصيحة الصيدلي بزيارة الطبيب واجبا عاما في جميع الظروف، ولو كان الوضع الصحي بسيط أو يتصور انه كذلك كما إذا كان الأمر يتعلق بجرح بسيط مثلا، وهي الواقعة التي أدانت فيها محكمة السين الصيدلي الذي قام بإجراء شق في أصبع سيدة وإعطائها محلول حامض الفتيك وتعليمات عن كيفية تضميد أصبعها، ترتب على حدوثها حالة التهاب بالساعد^١.

وعلى ذلك ينبغي على الصيدلي أن لا يسلم الدواء بناء على الأعراض التي يعلمه بها المريض، خاصة أن الأفراد ومن خلال اطلاعهم على بعض ما يكتب في المجالات أو ما يعرض في أجهزة الإعلام سواء المرئية أو المسموعة من حصص تهتم بالجانب الطبي والصحي، قد يتوهمون أنهم مصابون بأمراض معينة فيلجأون إلى الصيدالة لشراء الأدوية، هذا من ناحية.

من ناحية أخرى فإن المثبت علميا أن بعض الأمراض قد تشترك في نفس الأعراض^٢، ومن ذلك الإصابة بالحمى، فقد تكون هذه الأخيرة

1 محكمة السين في ١١.٩.١٨٩٤ مذكور لدى د محمد فائق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة، ١٩٥١، ص ١٥٦.

2 P.Metadier, la responsabilité aspect caractéristique de la pharmacie, Bull, Ordre, Pharma 125, décembre, 1969.P90 et 92.

مصاحبة لحالات الزكام، أو لوجود تسمم غذائي، أو قد تنتج عن التهاب الجروح بالجسم.

بالإضافة إلى ما تقدم فإن التشخيص عملية معقدة قد تستعصي على الطبيب في حد ذاته فكيف هو الحال بالنسبة للصيدلي، إذ قد يتوجب على الطبيب وفي بعض الأحيان أن يستعين بأراء المختصين في كل حالة يدق فيها التشخيص¹، كما له إن كانت الحالة المرضية غير واضحة أن يأخذ بجميع الطرق العلمية للفحص كإجراء التحاليل المخبرية والتصوير بالأشعة، وذلك حرصا على إحاطة عمله بالضمانات اللازمة التي تمكنه من إبداء رأيه بشكل اقرب للصواب².

ولعل السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد يتمثل في الآتي: ما موقف القانون من حالات الإسعافات الأولية التي يقوم بها الصيدلي في الحوادث التي تحصل في الطرق العامة والتي تؤدي إلى نقل المصاب إلى اقرب صيدلية، فهل يسأل الصيدلي إذا ما قام بإسعافه؟

وردت الإجابة عن هذا التساؤل في نص المادة ١٠٧ من مدونة أخلاقيات الطب حيث نصت على: "يجب على الصيدلي مهما تكن وظيفته أو اختصاصه، أن لا ييخل، في حدود معلوماته وبإستثناء الحالات القاهرة، بإسعاف مريض يواجه خطرا مباشرا، إذا تعذر تقديم العلاج الطبي لهذا المريض في الحين".

باستقراء نص المادة ١٠٧ المتقدمة الذكر يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يعتبر من قبيل المزاولة غير المشروعة لمهنة الطب ما يقوم به الصيدلي من إسعافات أولية في الحالات المستعجلة، أي تلك التي يتعذر فيها نقل المريض إلى الطبيب، بل أن القانون قد ألزمه بذلك.

ومن ثم يكون المشرع بهذا النص قد راعى الاعتبارات الإنسانية التي تفرض على الصيدلي تقديم المساعدة للمريض الذي يواجه خطرا مباشرا، أما إذا امتنع عن ذلك فسيكون عرضة لقيام مسؤوليته الجنائية عن

1 راجع المادة ٤٥ من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية.

2 فتيحة محمد قوارري، المرجع السابق، ص ٢٢٤.

جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة والتي نظمها المشرع الجزائري ضمن القواعد العامة في إطار نص المادة ١٨٢ من قانون العقوبات^١.

كما لا يعد قيام الصيدلي بإسعاف المصاب مزاوله غير مشروعة لمهنة الطب، على اعتبار أن سلوكه والتزامه بالمساعدة يكون مباحا بأمر القانون، فكل عمل يرتكب تنفيذا لأمر القانون لا ينبغي أن يكون مؤاخذا عليه جنائيا، لأنه عمل مأمور به، والصيدلي في هذه الحالة يؤدي واجبا أو ينفذ أمر القانون^٢.

والجدير بالذكر أن هنالك جانب من الفقه^٣ يذهب إلى ضرورة منع الصيدلي من تقديم الإسعافات الأولية للمصاب إذا ما تعذر نقله لتقديم العلاج الطبي له في الحين، وحجته في ذلك أن الصيدلي غير مؤهل وغير كفؤ لمثل هذا العمل، وهو ما قد يؤدي إلى احتمال تفاقم الضرر ومقدار الإصابة التي يعاني منها المسعف، هذا من جهة.

من جهة أخرى، فإن هناك الكثير من الحالات التي يكون فيها المصاب قابلا للشفاء في أول الأمر لكنه يموت بسبب توجهه للصيدلاني، ولذا ينبغي وفقا للرأي الفقهي السابق أن تمنع هذا الأخير من التدخل وأن نعمل على زيادة رجال الإسعاف بحيث يستطيعون إسعاف المصابين في مثل هذه الأحوال بنقلهم سريعا ليجدوا العناية اللازمة. ويرأينا المتواضع فإننا لا ننكر أن الاتجاه السابق فيه جانب من الصحة، وبالأخص في الحالات الخطرة التي قد تتطلب تدخلا جراحيا

1 تنص المادة ١٨٢ من قانون العقوبات الجزائري على: "يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات وبغرامة من ٢٠.٠٠٠ إلى ١٠٠.٠٠٠ أو بإحدى هاتين العقوبتين.... ويعاقب بالعقوبات نفسها كل من امتنع عمدا عن تقديم مساعدة إلى شخص في حالة خطر كان في إمكانه تقديمها إليه بعمل مباشر منه أو بطلب الإغاثة له وذلك دون أن تكون هناك خطورة عليه أو على الغير".

2 رمضان أبو الحسن محمد السيد أحمد، المسؤولية الجنائية للصيدلي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ١٨٧.

3 Brouardel, l'excersice illégale de la médecine, Paris, 1889, P488.

تقلا عن د طالب نور الشرع، المرجع السابق، ص ٩٣، هامش ٠١.

مثلا - وهو ما استثناه المشرع الجزائري بموجب المادة ١٠٧ من المدونة المتقدمة الذكر - ومع ذلك فإننا نساند المشرع في أجازته للصيدلي القيام ببعض الإسعافات الأولية ، خاصة إذا كان المريض يعاني من خدش أو جرح أصابعه منذ لحظة ، إذ أن تقاعسه عن زيارة الطبيب قد يؤدي إلى تعفن الجرح وتطور حالته إلى ما هو أسوأ فلا باس من أن يقوم الصيدلي بذلك على أن ينصح المريض دائما بضرورة التوجه إلى الطبيب المختص .
كما أننا لا نرى ما يمنع من القيام بهذه الأعمال ، على اعتبار أن الإسعافات الأولية هي عادة أمور يتعلمها عامة الناس في دورات تدريبية تثقيفية ، فإذا ما سمح للعامّة بذلك ، فيجب ومن باب أولى السماح للصيدلي وهو الحاصل على شهادة تخوله ممارسة مهنة على تماس مباشر بجسم الإنسان ، فضلا على انه يدخل ضمن برامج كلية الصيدلة دراسة الإسعافات الطبية^١ .

الفرع الثاني

الركن المعنوي لجريمة المزاولة غير المشروعة لمهنة الطب

يتخذ الركن المعنوي في جريمة مزاولة مهنة الطب بدون ترخيص صورة القصد الجنائي والذي يقوم على عنصري العلم والارادة ، فيتحقق بعلم الجاني بركان الجريمة واتجاه إرادته إلى إرتكابها ، وعليه ينبغي أن يعلم الجاني (الصيدلي) ، بأن العمل الذي يقوم به يندرج ضمن أعمال مهنة الطب التي نص عليها القانون ، مع اتجاه إرادته إلى القيام بهذا العمل من دون أن يحصل على ترخيص بذلك .

المطلب الثاني

عقوبة جريمة المزاولة غير المشروعة لمهنة الطب

يترتب على قيام الصيدلي بتسليم أحد مرضاه دواء معين دون أن يكون حاملا لوصفه طبية مستوفية لجميع شروطها الشكلية والموضوعية

1 د طالب نور الشرع ، المرجع السابق ، ص ٩٤ .

الواجبة قانوناً، وبعد تقديم الاستشارة الطبية له، قيام مسؤوليته الجنائية وذلك على أساس ارتكابه لجريمة الممارسة غير المشروعة لمهنة الطب، والتي بينت المادة ٢٣٤ من قانون حماية الصحة وترقيتها الجزاء المحدد لها من خلال الإحالة على نص المادة ٢٤٣ من قانون العقوبات حيث نصت "كل من استعمل لقباً متصللاً بمهنة منظمة قانوناً أو شهادة رسمية أو صفة حددت السلطة العمومية شروط منحها أو ادعى لنفسه شيئاً من ذلك بغير أن يستوفي الشروط المفروضة لحملها يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وبغرامة من ٢٠,٠٠٠ إلى ١٠٠,٠٠٠ دج أو بإحدى هاتين العقوبتين".

ولا ننسى أن ننوه أن للمريض الحق في مطالبه الصيدلي بالتعويض عن الأضرار التي قد تلحق به، شريطة إثبات خطئه في تحديد نوعية الأدوية الواجب صرفها له^٢.

1 راجع في الشروط الشكلية والموضوعية للوصفة الطبية كل من، د حسن أبو النجا، المرجع السابق، ص ٥٧٦ وما بعدها، ود أحمد السعيد الزقرد، الروشنة التذكرة^١ الطبية بين المفهوم القانوني والمسؤولية المدنية للصيدلي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٩٩ وما بعدها، يوسف فتيحة، المرجع السابق، ص ٥٤ وما بعدها، أروى محمد تقوى، المسؤولية المدنية للصيدلي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ص ٣٩ وما بعدها، د محمود عبد ربه محمد القبلاوي، المسؤولية الجنائية للصيدلي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص 26 ود محمد وحيد محمد محمد علي، المرجع السابق، ص ٢٠٠، مراد بقالم، المسؤولية المدنية عن الوصفة، مقال مقدم في اليوم الدراسي بعنوان "ظاهرة العلاج الذاتي"، كلية الحقوق، جامعة حسينية بن بوعلوي، شلف، الجزائر، ص ٠٢ وما بعدها. وراجع أيضاً في الفقه الفرنسي:

M.Tisseyre-Berry et G.Viala, législation et déontologie de l'officine pharmaceutique, Masson, 2em edition 1983, P26.

M.Duneau, Le pharmacien d'officine face à la responsabilité civile et pénale de droit commun, thèse, Paris 1971, P34.

2 د محمد وحيد محمد محمد علي، نفس المرجع، ص ٢٠٢.

المبحث الثاني

جريمة تسليم دواء دون وصفة طبية

يقر واقعنا اليومي¹، أن غالبية الأشخاص إذا ما أصيب احدهم بمرض بسيط أو يظن انه كذلك كمغص أو آلام في المعدة أو حتى جرح، فانه يتقاعس عن الذهاب إلى الطبيب ظنا منه أن ذلك أمر لا ضرورة له، وهو بذلك لا يدرك الفرق بين الطبيب والصيدلي ويظن أن كلا منهما درس على نفس النهج، بل أن الصيدلي يفوق الطبيب علما في مجال الأدوية على اعتبار انه قد درس تركيبها، ومن ثم فهو الأقدر من غيره على اختيار الدواء المناسب لحالة الصحية، وكذا على بيان طريقة استعماله والجرعات المحددة له، متناسيا بذلك أن الدواء إذا استعمل في غير محله يمكن أن يتحول إلى سم محدثا آثارا أو أعراضا خطيرة أو مميتة، خاصة إذا ما علمنا أن جرعات الدواء تختلف من شخص لآخر، فكبار السن مثلا تخفض جرعاتهم لأنها تضعف أكيادهم وكلاهم، حيث تؤدي إلى قصور الكبد أو الكلى، ولذا يجب الدقة والحذر عند وصف الدواء لهم وتحديد الجرعة، أما الأطفال حديثي العهد بالولادة فلا توصف لهم الأدوية إلا عند الضرورة القصوى².

كما تتمثل الأسباب التي تؤدي عادة إلى لجوء المريض للصيدلي مباشرة دون الطبيب، في رغبته في توفير أجرة الاستشارة الطبية، وكذا ربح الوقت الذي يتطلبه الفحص الطبي؛ والذي يكون أحيانا مطولا نتيجة

1 أكدت دراسة أجريت في الجزائر عن واقع ظاهرة التطبيب الذاتي فيها، أن ثلث الجزائريين يشترون الأدوية دون وصفة طبية، وأن أزيد من 1000 دواء خاضع لبراءة الاختراع يباع في الصيدليات دون وصفة طبية، وحوالي 650 مليون من حوالي مليار علبة تباع في الصيدليات ضمن التطبيب الذاتي. راجع إيمان، ب، مقال بعنوان ثلاثة أرباع الجزائريين يشترون الأدوية دون وصفة طبية، جريد الشروق أولاين مقال منشور بتاريخ 2010.12.26 على الموقع الآتي:

<http://www.echoroukonline.com>

2 د سمر راضي عرفات، الأدوية المسكنة والخافضة للحرارة، مجلة الأمن والحياة، العدد 322، محرم 1431، ص 80.

ضغط عدد الزبائن لدى الأطباء وهو ما يؤدي إلى التغيب عن العمل أو
تضييع الأشغال المنزلية.

وعلى ذلك نوضح من خلال هذا المبحث الأركان التي تقوم عليها
جريمة تسليم دواء دون وصفة طبية كمطلب أول، وكذا العقوبة المقررة لها
كمطلب ثان.

المطلب الأول

أركان جريمة تسليم دواء دون وصفة طبية

لم يضع المشرع الجزائري نص خاص يجرم فعل تسليم الصيدلي
الدواء للمريض دون وصفة طبية ، إلا أنه وضع نص المادة ٢٣٩ من قانون
حماية الصحة وترقيتها كنص احتياطي لتجريم أي مخالفة لأحكامه وذلك
لسد الثغرات التي من شأنها أن تؤدي إلى إفلات الجناة من العقاب ،
خاصة أنه قد الزمه في نص المادة ١٨١ من قانون حماية الصحة وترقيتها
بعدم تسليم أي دواء إلا بموجب وصفة طبية ، إذا ما تعلق الأمر بالأدوية
التي لا تسلم إلا بناء على توافر هذه الأخيرة، وقد جاء نص المادة ٢٣٩
كالآتي : " يتابع طبقاً لأحكام المادتين ٢٨٨ و ٢٨٩ من قانون
العقوبات، أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو مساعد طبي، على كل
تقصير أو خطأ مهني يرتكبه خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها،
ويلحق ضرراً بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته، أو يحدث له
عجزاً مستديماً، أو يعرض حياته للخطر، أو يتسبب في وفاته".

وبذلك تكون المادة ٢٣٩ من قانون حماية الصحة وترقيتها قد أحالتنا
إلى نص المادتين ٢٨٨ و ٢٨٩ من قانون العقوبات والمتعلقتين بالقتل الخطأ
والجرح الخطأ.

رقية سكيل، المرجع السابق، ص ٠٣.

نص المادة ١٨١ من قانون حماية الصحة وترقيتها : " لا يسلم أي دواء إلا بتقديم
وصفة طبية، ما عدا بعض المواد الصيدلانية التي تضبط قائمتها عن طريق
التنظيم".

الفرع الأول

الركن المادى لجريمة تسليم دواء دون وصفة طبية

بالرجوع إلى نص المادتين ١٨١ و ٢٣٩ من قانون حماية الصحة وترقيتها، ولتحقق الركن المادى لهذه الجريمة لابد من نشاط يصدر عن الجاني "الصيدلي"، ايجابي أو سلبي - وهو في جريمة تسليم الدواء دون وصفة طبية نشاطا إيجابيا- يؤدي إلى وفاة الإنسان أو إيذائه، وتتحقق الوفاة بلفظ المجني عليه أنفاسه الأخيرة، كما يتحقق الإيذاء إذا ما حدث مساسا بسلامة جسمه أو صحته ومهما كان ضئيلا.

ويكيف فعل الصيدلاني - قانونا - بحسب ما تؤول إليه نتيجته، فإذا تجسدت هذه الأخيرة في الوفاة عدت الجريمة قتلًا خطأ، أما إذا أدى فعله إلى إصابة المريض بعاهة مستديمة أو عجز عن العمل أو مرض آخر لم يكن مصابا به من قبل فإنه يسأل عن هذه النتائج بحسب الأحوال.

وعلى ذلك وإن كانت القوانين الصحية قد حددت قائمة الأدوية التي لا يجوز صرفها دون وصفة طبية، وتلك التي تصرف من دونها، فإنها أوجبت على الصيدلي في الوقت نفسه إذا ما طلب منه أحد المرضى دواء من الأدوية المحظور صرفها دون تذكرة طبية، الامتناع عن صرفه ويمكن تسمية هذه الحالة بالامتناع المشروع عن صرف الدواء^١.

أما إذا أقدم الصيدلي على خلاف ذلك فيعد مرتكبا لجريمة بيع الدواء من دون وصفة طبية.

ولعل السؤال الذي يتبادر إلى الذهن يتمثل في: مدى اكتفاء المشرع الجزائري بتحقيق الخطأ المهني الذي يقع من جانب الصيدلي للقول بإمكانية مساءلته، أم لابد من تحقق النتيجة الإجرامية كعنصر لازم لقيام الجريمة ومن ثم توقيع العقاب، ويعنى آخر إذا ما ارتكب الصيدلي الخطأ ولم

1 بالنسبة للأدوية المصرح ببيعها مجرية ومن دون وصفة طبية كالبراسيتامول وبعض المضادات الحيوية، فلا يجوز للصيدلي الامتناع عن بيعها وإلا كان عرضة للمساءلة الجنائية المقررة، فضلا عن قيام مسؤوليته المدنية إذا ما ترتب عن هذا الامتناع ضررا بالغير، راجع د محمد وحيد محمد محمد علي المرجع السابق، ص ٢٠٤.

ينجم عنه أي ضرر بالسلامة البدنية للمريض مهما كان نوعه، فما هي حال الصيدلي الذي ارتكب الخطأ؟

تضمنت الفقرة الثانية من المادة ٢٣٩ من قانون حماية الصحة وترقيتها المتقدمة الذكر الإجابة عن هذا التساؤل حيث جاء فيها: "إذا لم يتسبب الخطأ المهني في أي ضرر، يكتفى بتطبيق العقوبات التأديبية".

يفهم من نص هذه الفقرة أن المشرع الجزائري قد استعمل مصطلح الضرر للتعبير عن النتيجة في الاجرامية في جرمي القتل الخطأ والجرح الخطأ المرتكبتين من قبل الصيدلي لقيام الجرميتين ومن ثم تحقق مسؤوليته الجنائية عنهما، وهو ما يجعل منه يخلط ما بين مفهومي النتيجة والضرر، في حين أن هناك فروق عديدة ما بينهما يمكن اختصارها في النقاط التالية:

١- النتيجة هي الأثر المباشر المترتب على السلوك الإجرامي والتي يتحقق بها معنى الاعتداء على المصلحة التي يحميها القانون وهي مصلحة عامة مثل الحق في الحياة والحق في السلامة الجسدية، كما أنها عنصر من عناصر الركن المادي، في حين أن الضرر هو الأثر المترتب على الجريمة ككل، فقد يترتب على استهلاك المستحضرات الصيدلانية أضراراً جسدية تلحق بمستهلكيها، كالإصابة بعاهة مستديمة وهي النتيجة الإجرامية في جريمة الجرح الخطأ، وينتج إلى جانب هذه النتيجة الضارة أضراراً أخرى تترتب على الجريمة ككل والمتمثلة في نفقات العلاج، وما يترتب عليها من خسارة مالية، فضلاً عن إمكانية تحقق الضرر الأدبي والمتمثل في الألم النفسي والجسدي الذي يعاني منه المريض من جراء الإصابة وما يترتب عنها من ألم وحرمان من متعة الحياة وما نتج عنها من تشوه وعجز في وظائف أعضاء الجسم، ويمكن أن يكون لهذه الأضرار أثر في تقدير التعويض الناجمة عن قيام المسؤولية المدنية للصيدلي^١.

١ د جمال عبد الرحمن محمد علي، المسؤولية المدنية لمتجعي وبياعتي المستحضرات الصيدلانية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩٣، ص ٢٠٨.

٢- النتيجة تولد للدولة الحق في عقاب مرتكب الجريمة، أما الضرر فينشأ للمضرور حقا شخصيا في التعويض المالي.

٣- المضرور في الجريمة هو كل من أصابه الضرر الناشئ عن الجريمة، وقد يكون هو المجني عليه أي من وقعت عليه الجريمة مباشرة، وقد يكون شخصا آخر لم تقع عليه الجريمة مباشرة ولكن لحقه ضرر منها، وقد قضت محكمة النقض المصرية بذلك في احد أحكامها حيث ورد فيه: "ليس في القانون ما يمنع أن يكون المضرور في الجريمة أي شخص ولو كان غير المجني عليه ما دام قد ثبت قيام هذا الضرر وكان ناجما عن الجريمة مباشرة".^١

من جهة أخرى، فإن عدم إمكانية إسناد النتيجة الإجرامية إلى شخص معين، لا يمنع تقرير مسؤوليته المدنية عن الجريمة، على اعتبار أن إسناد الضرر يكفي أن يكون ناتجا عن هذه الأخيرة، على عكس إسناد النتيجة الإجرامية الذي يشترط أن تكون ناشئة عن الفعل.^٢

لكل ما تقدم بيانه، نجد انه من الأفضل أن يستبدل المشرع الجزائري لفظ "الضرر" الوارد في الفقرة الثانية من المادة ٢٣٩ السابقة الذكر بلفظ "النتيجة الإجرامية" وذلك لان هذه الأخيرة هي عنصر من عناصر الركن المادي في الجرائم غير العمدية المنظمة بموجب المادتين ٢٨٨ و ٢٨٩ من قانون العقوبات والتي أحالة إليهما المادة ٢٣٩ من قانون حماية الصحة وترقيتها السابقة وليست عنصرا مستقلا عنها، وتخلفها هو الذي يؤدي إلى تخلف الجريمة غير العمدية وليس تخلف الضرر، كما أن المشرع الجزائري يعاقب على بعض الجرائم غير العمدية التي ترتكب بمجرد إتيان سلوك يعرض الحقوق أو المصالح المحمية للخطر دون أن يصيبها بضرر ما.^٣

1 نقض جنائي مصري ١٣ مارس ١٩٥٦، مجموعة أحكام النقض، س ٨، رقم ٩٩، ص ٣٣٠.

2 عادل يوسف الشكري، المسؤولية الجنائية الناشئة عن الإهمال، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١١، ص ٢١٣.

3 من أمثلة ذلك نص الفقرتين الخامسة والسادسة من المادة ٤٤١ مكرر من قانون العقوبات الجزائري حيث جاء فيها: "يعاقب بغرامة من ١٠٠ دج إلى ١٠٠٠ دج كما=

بالإضافة إلى ما تقدم بيانه ، ينبغي أيضا أن تتوافر رابطة سببية بين سلوك الجاني "الصيدلي" والنتيجة الإجرامية المحققة.

الفرع الثاني

الركن المعنوي لجريمة تسليم الدواء دون وصفة طبية

فضلا عن تحقق الركن المادي بكافة عناصره، فإنه لا بد أيضا من أن يتوافر الركن المعنوي لتحقيق جريمة تسليم الدواء دون وصفة طبية، والذي يظهر في صورة الخطأ غير العمدي وبالتحديد في شكل عدم مراعاة الأنظمة¹، وتعد هذه الصورة من صور الخطأ كافية لوحدها لمساءلة الفاعل ، ونتيجة لذلك يمكن معاقبته إذا ما خالف تلك القواعد والأنظمة، فضلا عن معاقبته إذا ما نشأ عن مخالفته ضررا بالغير².

وتجدر الإشارة إلى إختلاف الفقه حول طبيعة الخطأ الناتج عن مخالفة الأنظمة والقوانين واللوائح، حيث اتجه جانب منه إلى أن مخالفة الجاني لنصوص هذه القواعد يعتبر خطأ مفترضا لا تلتزم المحكمة بإقامة الدليل على توافره، بل انه يرقى إلى درجة القرينة القاطعة التي لا يجوز للشخص إثبات عكسها³، مع ضرورة أن تتوافر وبطبيعة الحال الصلة السببية بين نشاط الجاني المخالف للقوانين وبين النتيجة المحظورة قانونا، في حين نجد أن

=:..... ٥- كل من أقام أو أصلح أو هدم بناء دون اتخاذ الاحتياطات الضرورية لتفادي الحوادث.

٦- كل من ألقى مواد ضارة أو سامة في سائل معد لشرب الإنسان أو الحيوانات دون أن تكون لديه نية الأضرار بالغير.....

1 يلاحظ أن نص المادة ٢٨٨ من قانون العقوبات الجزائري التي أشارت إلى صور الخطأ غير العمدي، قد شابهها نوع من القصور وذلك على اعتبار أنها نصت فقط على مخالفة الأنظمة في حين ان هذه الصورة من صور الخطأ غير العمدي قد تظهر أيضا في شكل عدم مراعاة القوانين واللوائح والقرارات التي تصدرها السلطة المختصة والتي توضع عادة لإقرار الأمن والنظام ولكفالة الصحة العامة سواء كانت قوانين أم لوائح وسواء كانت موجودة في قانون العقوبات أم في غيره من القوانين، بالإضافة إلى ما يصدر عن الإدارة باعتبارها سلطة عامة.

2 د طالب نور الشرع، المرجع السابق، ص ٦٥.

3 د سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٥٦٨.

اتجاه آخر ذهب إلى أن المسؤولية الجنائية الناشئة عن مخالفة القواعد السابقة تقوم على أساس الخطأ الحقيقي والواقعي وليس الخطأ المفترض، غاية ما في الأمر انه بالنسبة لهذه الصورة من صور الخطأ غير العمدي فان عبء الإثبات فيها ينتقل من النيابة العامة باعتبارها سلطة الاتهام في الدعوى الجنائية والتي كان يتعين عليها طبقا للقواعد العامة في الإثبات، التدليل على توافر الخطأ إلى الجاني الذي يجب عليه نفي قرينة الخطأ التي تقوم في حقه بمجرد مخالفته للقوانين أو اللوائح أو الأنظمة لكي ينفي مسؤوليته عن النتيجة التي تحققت¹.

ونعتقد أن الرأي الثاني هو الأولى بالإتباع، فمن غير المعقول أن نعتبر مخالفة الصيدلي للقوانين واللوائح التي تحكم مهنته ومنها تسليمه للأدوية التي تستدعي وجود وصفة طبية من دون توافرها، قرينة قاطعة على قيام الخطأ من جانبه، فقد يكون المريض الذي سلمه الصيدلي الدواء في حالة تستدعي تدخله لتقديم الإسعافات الأولية له ومن ثم يصبح واجبا عليه أن يقدم له الأدوية الضرورية التي تخفف من آلامه إذا ما تعذر نقله لتقديم العلاج الطبي له في الحين، بل أن مسؤوليته تقوم إن هو امتنع عن تأدية هذا الواجب².

المطلب الثاني

مقوية جريمة تسليم الدواء دون وصفة طبية

ذكرنا سابقا أن المشرع الجزائري قد وضع نص المادة ٢٣٩ من قانون المتقدم الذكر، كنص عام لتجريم مخالفة الصيدلي لاي واجب من الواجبات المفروضة عليها بمقتضى قانون حماية الصحة وترقيتها وكذا القرارات المنفذة له، وقد أحالتنا المادة المقدمة إلى نص المادتين ٢٨٨ و٢٨٩ من قانون العقوبات الجزائري.

- 1 د فتوح عبد الله الشاذلي و د علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات القسم العام، بدون دار نشر، ٢٠٠٦، ص ٣٥٢ وما بعدها.
- 2 راجع ما سبق، ص ٦ وما بعدها.

ويستخلص منهما أن الصيدلي المخالف بالحسب من سنة شهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من ١٠٠٠ إلى ٢٠.٠٠٠ دج كما يمكن أن يعاقب بالحسب من شهرين إلى سنتين وبغرامة من ٥٠٠ إلى ١٥٠٠٠ دج أو بإحدى هاتين العقوبتين، وذلك بحسب جسامة النتيجة المترتبة على الجريمة^١.

خاتمة وتوصيات

في الأخير يمكن القول أن ظاهرة العلاج الذاتي تعد من الظواهر التي استفحلت وبشكل كبير في المجتمعات النامية ومنها مجتمعنا الجزائري أين أصبح شعار "أسأل مجرب ولا تسال طبيب" شعارا يرفعه الجزائريون للعلاج، حتى أن اغلب المواطنين أصبحوا الآن يحفظون عن ظهر قلب أسماء أدوية الأمراض التي تنتشر في كل فصل.

هذا ولعل غياب الوعي بضرورة زيارة الطبيب وشراء الأدوية وفقا للوصفة الطبية يعد من أهم العوامل التي أدت إلى تفشي ظاهرة التطبيب الذاتي، فضلا عن استخفاف المعني بأهمية الاستشارة الطبية، تجنبنا لأي آثار سلبية يمكن أن تشكل خطورة على حياته، بالإضافة إلى الكم الهائل من المعلومات التي أصبحت تقدمها وسائل الإعلام حول المنتجات الصيدلانية "أدوية التخسيس، تساقط الشعر، تفتيح البشرة..." والتي تستهدف المستهلكين بطريقة مباشرة مما حول المنتجات الصيدلانية إلى منتجات تجارية بحتة، وأدى في نفس الوقت إلى ظهور جيل جديد من المرضى المطلعين جيدا على أمراضهم، عن طريق ما يتابعونه من أحداث الأخبار الطبية التي تقدمها المواقع الطبية الموجودة بكثرة على شبكة

١ تنص المادة ٢٨٨ من قانون العقوبات الجزائري على "كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعوته أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة يعاقب بالحسب من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من ١٠٠٠ إلى ٢٠.٠٠٠ دج"، كما تنص المادة ٢٨٩ من ذات القانون على: "إذا نتج عن الرعونة وعدم الاحتياط إصابة أو جرح أو مرض أدى إلى العجز الكلي عن العمل لمدة تجاوز ثلاثة أشهر فيعاقب الجاني بالحسب من شهرين إلى سنتين وبغرامة من ٥٠٠ إلى ١٥٠٠٠ دج أو بإحدى هاتين العقوبتين".

الانترنت أو شاشات التلفزيون، ضف إلى ذلك التطور الاجتماعي والاقتصادي فضلا عن معرفة القراءة والكتابة، كل هذه العوامل ساهمت في توسيع ظاهرة العلاج الذاتي بدرجات متفاوتة في المجتمعات.

وعلى ذلك، وعلى اعتبار أن الصيدلي ويتقدمه للمشورة للمريض أو تسليمه للدواء بناء على طلب هذا الأخير يعد مرتكبا لجريمة الممارسة غير المشروعة لمهنة الطب وكذا جريمة تسليم دواء دون وصفة طبية وفقا لما سبق بيانه، فإننا نرى أنه ينبغي تكثيف الجهود لمحاربة هذا النوع من الظواهر وذلك عن طريق العمل على:

- زيادة الوعي الصحي لدى الجمهور فيما يتعلق بالأدوية التي تصرف بموجب وصفة طبية وتلك التي لا تتطلب وجودها، لضمان الاستخدام الآمن لها.
- زيادة حملات التفتيش على الصيدليات بهدف تطهير القطاع الصيدلاني من الممارسات غير قانونية التي تتم على مستوى الصيدليات، وخاصة فيما يتعلق بتوظيف أشخاص غير مؤهلين لا تتوافر فيهم الشروط المطلوبة قانونا لمزاولة مهنة الصيدلة، فضلا عما أصبح يعرف حاليا بتأجير شهادة الصيدلة من أشخاص لا يمتون بصلة للقطاع الصيدلي، بهدف تحقيق الربح المادي السريع على حساب صحة وحياة المواطنين.
- تكثيف حملات التوعية من قبل وزارة الصحة في المدارس، الجامعات، والفضاءات المفتوحة، للقضاء على الظاهرة وحماية الصحة العمومية وحماية المواطنين من جهلهم.
- تعميم التأمين الصحي وإلزاميته، كوسيلة لتسهيل الحصول على الرعاية الصحية التي تضمنها الدولة، وذلك بالنظر إلى محدودية التعويضات التي تمنحها صناديق الضمان الاجتماعي، مقارنة بالدخل الضعيف للمواطن وهي مواقف تدفعه لا محالة إلى التصرف والإلحاح في تصرفه في اقتناء الأدوية خارج إطارها الشرعي، بالنظر إلى عدم قدرته على مجابهة تلك الممارسات.

- ينبغي أيضا التوسع على إطار قانوني أكثر صرامة، يحدد مسؤولية جميع الفاعلين في القطاع الصيدلي، ويشدد في نفس الوقت من عقوبة التجاوزات التي تقع في إطار ممارسة مهنة الصيدلة.
- في الأخير يمكن القول أن محاربة ظاهرة العلاج الذاتي تبقى مسؤولية مشتركة بين المجتمع المدني ووسائل الإعلام والمهنيين الصحيين وخاصة الصيادلة الذين ينبغي أن يلعبوا دورهم كحماة أساسين للرعاية الصحية.

قائمة المراجع

أ- الكتب:

- الدكتور أحمد السعيد الزقرد، الروشة" التذكرة" الطبية بين المفهوم القانوني والمسؤولية المدنية للصيدلي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
- الدكتور فتوح عبد الله الشاذلي والدكتور علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات القسم العام، بدون دار نشر، ٢٠٠٦.
- الدكتور سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
- الدكتور طالب نور الشرع، مسئولية الصيدلاني الجنائية، دار وائل للنشر، الأردن، ٢٠٠٨.
- الدكتور محمود عبد ربه محمد القبلاوي، المسئولية الجنائية للصيدلي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٠.
- عادل يوسف الشكري، المسئولية الجنائية الناشئة عن الإهمال، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١١.

ب- الرسائل:

- الدكتور محمد فائق الجوهري، المسئولية الطبية في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة، ١٩٥١.
- الدكتور محمد وحيد محمد محمد علي، المسئولية المدنية للصيدلي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٣.

- الدكتور رمضان أبو الحسن محمد السيد أحمد، المسؤولية الجنائية للصيدلي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة، ٢٠٠٧.
- الدكتور جمال عبد الرحمن محمد علي، المسؤولية المدنية لمنتجي وبائعي المستحضرات الصيدلانية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ، ١٩٩٣.
- أروى محمد تقوى، المسؤولية المدنية للصيدلي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٠.

جـ- المقالات:

- الدكتور حسن أبو النجا، مسؤولية الصيدلي المدنية عن تنفيذ التذكرة الطبية "طبيعة المسؤولية وحالاتها" - دراسة مقارنة - مجلة المحامون السورية، الأعداد ٧، ٨، ٩ لعام ١٩٨٩ السنة ٥٤، صفحة ٥٦١ وما بعدها.
- يوسف فتيحة، حماية المستهلك في مجال الصيدلة، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، الجزء ٣٩ رقم ٢٠٠٢/٠١. صفحة ٣١ وما بعدها.
- الدكتورة فتيحة محمد قوارري، مسئولية الطبيب الجنائية في ضوء أحكام التشريع والقضاء في دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة الحقوق، العدد الثالث، السنة الثامنة والعشرون، شعبان ١٤٢٥، سبتمبر ٢٠٠٤. صفحة ١٩٥ وما بعدها.
- الدكتور ديدن بوعزة، عرض الدواء للتداول في السوق في قانون الاستهلاك، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد ٠٣، ٢٠٠٨، صفحة ٢١٣ وما بعدها.
- نوزاد عبد القادر، توثيق العمليات الإنتاجية للمستحضرات الصيدلانية في مصانع الأدوية، مقال منشور بمجلة الدواء العربي، السنة الخامسة عشر، العدد ٢، كانون الأول، ١٩٩٦، الأردن، ص ٤٠ وما بعدها.

- الدكتور سمر راضي عرفات ، الأدوية المسكنة والخافضة للحرارة ، مجلة الأمن والحياة ، العدد ٣٣٢ محرم ١٤٣١ .
- رقية سكيل ، انتشار ظاهرة العلاج الذاتي في الجزائر ، مقال مقدم في اليوم الدراسي بعنوان "ظاهرة العلاج الذاتي" ، غير منشور ، كلية الحقوق ، جامعة حسيبة بن بوعلي ، شلف ، الجزائر .
- محمدي بوزينة آمنة ، مقال مقدم في اليوم الدراسي بعنوان "ظاهرة العلاج الذاتي" ، غير منشور ، كلية الحقوق ، جامعة حسيبة بن بوعلي ، شلف ، الجزائر .
- مراد بقالم ، المسؤولية المدنية عن الوصفة ، مقال مقدم في اليوم الدراسي بعنوان "ظاهرة العلاج الذاتي" ، غير منشور ، كلية الحقوق ، جامعة حسيبة بن بوعلي ، شلف ، الجزائر .

المراجع باللغة الفرنسية:

- P.Metadier, la responsabilité aspect caractéristique de la pharmacie, Bull, Ordre, Pharma 125, décembre, 1969.
- M.Tisseyre-Berry et G.Viala, législation et déontologie de l'officine pharmaceutique, Masson, 2em édition 1983
- M.Duneau, Le pharmacien d'officine face à la responsabilité civile et pénale de droit commun, thèse, Paris 1971 .

د - القوانين:

- الأمر رقم ١٥٦,٦٦ المؤرخ في ٠٨ يونيو ١٩٦٦ والمتضمن قانون العقوبات الجزائري ، المعدل والمتمم بالقانون رقم ١٥,٠٤ المؤرخ في ١٠ نوفمبر ٢٠٠٤ .
- الأمر رقم ١٥٦,٦٦ المؤرخ في ٠٨ يونيو ١٩٦٦ والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية ، المعدل والمتمم بالقانون رقم ١٤,٠٤ المؤرخ في ١٠ نوفمبر ٢٠٠٤ .

- القانون رقم ٥٥,٨٥ المؤرخ في ١٦ فبراير ١٩٨٥ المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المعدل بالقانون رقم ١٣,٥٨ المؤرخ في ٢٠ يوليو ٢٠٠٨، الجريدة الرسمية العدد ٤٤.

- المرسوم التنفيذي رقم ٢٧٦,٩٢ المؤرخ في ٦ يوليو ١٩٩٢، والمتضمن مدونة أخلاقيات الطب الجريدة الرسمية العدد ٥٢.

هـ- أحكام القضاء:

- نقض جنائي مصري ١٣ مارس ١٩٥٦، مجموعة أحكام النقض، س ٨، رقم ٩٩، صفحة ٣٣٠.

و- مواقع الانترنت:

إيمان، ب، مقال بعنوان ثلاثة أرباع الجزائريين يشتركون الأدوية دون وصفة طبية، جريد الشروق أولاين بتاريخ ١٢,٢٦,٢٠١٠ مقال منشور على الموقع الآتي:

[http\\www.echoroukonline.com](http://www.echoroukonline.com)

الحماية الجنائية لضحايا الاتجار بالبشر
في القانون المصري رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠ والقانون المقارن
دكتور / سعيد أحمد علي قاسم
أستاذ القانون الجنائي المساعد - كلية شرطة أبوظبي

بسم الله الرحمن الرحيم

" وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ
الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا "

صدق الله العظيم

سورة الإسراء الآية ٧٠

مقدمة

موضوع البحث وأهميته:

انتشرت ظاهرة الاتجار بالبشر Human Trafficking خلال
الفترة الأخيرة انتشاراً ملحوظاً، فلم تعد هناك دولة في مأمّن منها، ويُعد
الاتجار بالبشر شكل جديد للعبودية والرق في العصر الحديث، وانتهاك
لمبادئ وكرامة الإنسان^(١)، لذا أخذت هذه الظاهرة قدر كبير من الاهتمام
على كافة المستويات الدولية والوطنية^(٢). فلقد صنفت الأمم المتحدة هذه
التجارة كثالث أكبر تجارة غير مشروعة في العالم بعد تهريب السلاح

(١) دكتور / فتحية محمد قوراري - المواجهة الجنائية لجرائم الاتجار بالبشر - دراسة في
القانون الإماراتي المقارن مجلة الشريعة والقانون - العدد الأربعون أكتوبر ٢٠٠٩م
ص ١٧٥.

(٢) دكتور / فايز محمد حسين محمد - التنظيم التشريعي للمركز القانوني للمجني عليه
في تشريعات مكافحة الاتجار بالبشر في البلاد العربية وتأثير بروتوكول الأمم المتحدة
بشأن منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالبشر (بروتوكول باليرمو عام ٢٠٠٠) مجلة الحقوق
للبحوث القانونية والاقتصادية - العدد الأول عام ٢٠١١ م ص ٥٧٩.

والاتجار في المخدرات، حيث تحقق أنشطته أرباحاً طائلة تقدر بالمليارات، وذلك على حساب أكثر فئات المجتمع عرضة للاستغلال، وهما النساء والأطفال، كما إنه أحد أشكال الجريمة المنظمة عابرة الحدود التي اتسع نطاقها بشكل ملحوظ خلال السنوات الأخيرة حيث يتم من خلالها نقل ملايين من البشر عبر الحدود الدولية سنوياً ليطم الاتجار بهم.

يتم الاتجار بالملايين من البشر داخل حدود دولهم، وازدهرت جريمة الاتجار بالبشر في القرن الحادي والعشرين حيث تلبية الطلب العالمي على العمالة الرخيصة والضعيفة، بسبب دوافع إجرامية، وصعاب اقتصادية، وحكومات فاسدة، وتفتت اجتماعي، وعدم استقرار سياسي، وكوارث طبيعية، ونزاع مسلح، وتقوم بتمويل عمليات الاتجار بالبشر المنظمات الإجرامية الدولية، وتعمل على تعزيز فساد الحكومات عن طريق الرشوة، وتقلل من شأن وسيطرة القانون.

ويشير "تقرير الإتجار بالبشر" الصادر عن وزارة الخارجية الأمريكية للعام ٢٠١٠، والذي يقدمه وزير الخارجية سنوياً إلى الكونغرس عملاً بالقانون الصادر عام ٢٠٠٠ لحماية ضحايا المتاجرة بالبشر، وهو أول قانون أمريكي فيدرالي شامل لحماية ضحايا الإتجار بالبشر ومحكمة المتاجرين بهم، يشير إلى أن (لضحايا الاستعباد المعاصر وجوهاً عديدة. فالضحايا هم رجال ونساء وكبار وصغار، لكنهم جميعاً محرومون من الكرامة الإنسانية ومن الحريات الأساسية، وهم في كثير من الأحيان يتعرضون للاعتداءات الجسدية والجنسية الرهيبة، ويكون من الصعب عليهم تصور أنه قد يوجد مكان يلتجئون إليه)^(١).

والحقيقة أن حجم الاتجار بالبشر في جميع أنحاء العالم قد بلغ حداً كبيراً، وبالتالي لا يمكن الوصول لحل هذه المشكلة ومساعدة ضحايا هذه التجارة، إلا عن طريق التعاون الدولي وتوحيد وتنسيق جهود الدول من

(١) منقول عن مقال تحت عنوان الاتجار بالبشر إلى أين؟ (أفق نشرة الكترونية تصدر عن مؤسسة الفكر العربي - العدد ٩٠ بتاريخ ١٤ / ٩ / ٢٠١١) على شبكة الانترنت
www.arabthought.org

مستويات حكومية ومنظمات دولية، بل لا بد من تكثيف الجهود الوطنية وتفعيلها لمواجهة مثل هذه الجرائم.

إن الفقر الذي يسود بعض الدول يُعد من أهم العوامل في تفشي جريمة الاتجار بالبشر، فالطفل مثلاً عندما لا يجد ما يكفيه من الغذاء والملبس أو ما يُعينه على الحياة، فسوف يتجه للبحث عنه في أي طريق يتلمس فيه أسباب العيش، فيجد من يتصيده كفريسة وتشده إلى الإنجراف إلى الجريمة، ويقع في غيابات شبكات العصابات الدولية المنظمة عن طريق مندوبين لهم في معظم دول العالم خاصة الدول الفقيرة، وتقوم هذه العصابات بالمتاجرة في الأطفال والنساء وبعض الرجال الذين يريدون الهروب من قسوة الفقر، وذلك عن طريق استخدامهم في الأغراض الجنسية والدعارة، أو للتجارة في أعضائهم البشرية، أو استغلالهم في أية أعمال إجرامية أخرى كتصنيع المخدرات أو نقلها، أو الدعاية على أعمال الدعارة وجلب الأطفال والنساء للمتاجرة فيهم^(١).

فيقع هؤلاء الملايين من النساء والأطفال وكذا الرجال الساعين للهروب من قسوة الفقر والجوع ضحايا لجريمة الاتجار بالبشر، فالحالة التي يعيشها هؤلاء تجعلهم مندفعين للدخول في هذه التجارة كسلعة يتاجر فيها، حيث يتم استخدامهم استخداماً غير شرعي كإجبارهم على ممارسة الدعارة، والاستغلال الجنسي، وحياة السخرة، والعمل القسري، أو الاسترقاق، أو الاستعباد، أو غير ذلك من هذه الأشكال المماثلة. ونجد أن العصابات الدولية التي تقوم بارتكاب هذه الجرائم تعمل على تنقل ضحاياها وسفرهم من أوطانهم بسهولة، مما زاد من فرص المتاجرة بالنساء والأطفال، وهذا بدوره ساعد على الانتشار السريع لهذه الجريمة المنظمة عالمياً بصورها المتعددة جنباً إلى جنب مع تجارة المخدرات^(٢).

(1) دكتور/ محمد فضل عبد العزيز- موقف الشريعة الإسلامية من الاتجار بالنساء والأطفال ونقل الأعضاء البشرية - قدم ضمن مجموعة أبحاث بأسم الجهود الدولية في مكافحة الاتجار بالبشر - الجزء الثاني - مجلة جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية. الطبعة الأولى - الرياض ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م ص ٤٣٧.

(2) دكتور/ محمد فضل عبد العزيز- المرجع السابق ص ٤٣٧.

إن أحد الجوانب الكريهة للعبودية المعاصرة، هي جعل الإنسان سلعة، وهذا يعني تحديد قيمة مالية لحياة رجل أو امرأة أو طفل، ويتم تحديد سعر لحرية الضحية، وقد لجأت بعض المنظمات أو الأشخاص الذين يسعون إلى إنقاذ هؤلاء الضحايا أحياناً إلى شراء حرياتهم من التجار بدفع الفدية التي تجلب نتائج مباشرة، حيث يتم تخليص ضحية هذه التجارة من روابط العبودية، إلا أن أبعاد هذه الممارسة معقدة للغاية، حيث أنه إذا تم تخليص الضحية من قبل مؤسسة أو شخص ما، فإن التاجر يستطيع استخدام الأموال التي جناها للثور على ضحية جديدة لتقديم الخدمة ذاتها، أي أنه من الصعب للغاية تحديد ما إذا كان هناك انخفاض في عدد الضحايا، وفي كل الأحوال فإنه يمكن للعبودية أن تستمر دون أي ثمن، ودون معاقبة القائمين على هذه التجارة أو من يستثمروها^(١).

كما أن الضحايا المتاجر بهم لغرض إرغامهم على العمل القسري يتجاوز عدد أولئك المتاجر بهم لأغراض الاستغلال الجنسي التجاري؛ وفي غالبية الأحيان لا ترتبط الجريمة بالاحتيايل على الضحايا الساذجين واختطافهم، بل ترتبط بقبول الأشخاص العمل طوعاً في تقديم خدمة ما، أو قيامهم طوعاً بمغادرة بلدهم، ثم إرغامهم بعد ذلك على العمل. وكثيراً ما يلجأ المتاجرون بالبشر إلى اغتصاب النساء، إذ يعتبرون اغتصاب المرأة سلاحاً يستخدمونه ضدّها لإرغامها على الاستمرار في ممارسة الجنس في بيوت الدعارة أو في أحد المنازل الخاصة.

أهمية البعث

تعد جريمة الاتجار بالبشر أحد الأنشطة التي سارعت معظم دول العالم إلى تجريمها لما لهذه الجريمة من انتشار ونشاط سريع وفادح، لذا

(١) ففي دولة غانا مازالت ظاهرة شراء الأطفال لتشغيلهم منتشرة. فهناك ما يقرب من ٢٠٠٠ طفل يشتغلون في الصيد في نهر الفولطا ويتراوح سنهم ما بين ١٥.٦ سنة. وقد تم منع هذه الممارسات منذ حوالي ثلاث سنوات عن طريق الحكومة. وهناك حملات لتحرير الأطفال من هذه التجارة عن طريق دفع مبلغ ٢٠٠ يورو لمالك هؤلاء الأطفال لإطلاق سراحهم. ولقد تمكنت الحملة من تحرير ٧٠٠ ألف طفل منذ بدايتها عام ٢٠٠٢م. رادية نيتوش - جريمة الاتجار بالبشر العابرة للحدود - رسالة ماجستير - كلية الحقوق جامعة الإسكندرية ٢٠١٠م ص ٥٢.

سعت دول العالم وكافة المنظمات الدولية للعمل على تطوير أدواتها لتصبح لها الفاعلية والقوة التي تمكنها من معالجة ومكافحة هذه الجريمة وتعزيز أساليبها للحد منها، والحد من الآثار السلبية على المجتمع من كافة النواحي الاجتماعية والاقتصادية والنفسية^(١).

وإن تطبيق القانون هو الطريق الأمثل والأكثر فاعلية للحفاظ على حرية الضحايا، وذلك يجعل هؤلاء التجار الذين يستغلون البشر ويتاجرون فيهم مسئولين وفقاً لنظام القضاء الجنائي.

وتشكل تجارة البشر المعاصرة تهديداً متعدد الأبعاد على جميع الأمم، فبالإضافة إلى المعاناة الإنسانية التي يسببها انتهاك حقوق الإنسان، فإن علاقتها بالجريمة المنظمة والتهديدات الأمنية الخطيرة التي تتمثل في تهريب المخدرات والأسلحة، فقد أصبحت أكثر وضوحاً، وكذلك هو حال علاقتها بدواعي القلق الصحية الخطيرة، حيث تصيب الأمراض الخطيرة المعدية الضحايا، سواء كان ذلك بسبب ظروف المعيشة المتدنية، أو نتيجة إجبارهم على ممارسة الجنس، والاتجار بهم ونقلهم إلى مجتمعات جديدة^(٢).

ومن ثم أن ينال الضحية الاهتمام وذلك بشمول السياسة الجنائية على حقوق الجاني منذ القبض عليه وحتى الإفراج عنه من خلال تعامله مع أجهزة العدالة الجنائية، وان تشتمل أيضاً على الضحية كمجني عليه ومضروب من الجريمة^(٣).

(1) فقد اتجهت معظم الدول الغربية والعربية إلى إصدار تشريعات جنائية لتجريم هذه الجرائم ومنها التشريع الأمريكي، والتشريع المصري، والتشريع الإماراتي ومعظم دول العالم.

(2) يتعرض معظم ضحايا جرائم الاتجار بالبشر للاعتداءات الجنسية مما يؤدي إلى ارتفاع نسبة المصابين بمرض السيدا ضمن الضحايا. فقد بينت دراسة أن ٣٨٪ من الضحايا النيباليين للاتجار بالبشر اغرض الاستغلال الجنسي مصابة بفيروس الأيدز. مع العلم أن ٦٠٪ منها تم اختطافها قبل سن ١٥ سنة. Introduction du rapport 6, 2008 du department d'etat sur la traite des personnes, Juin 2008. مشار إليه رادية تيتوش - جريمة الاتجار بالبشر العابرة للحدود - مرجع سابق ص ٩٨.

(3) دكتور/ أحمد محمد عبد اللطيف الفقي - الحماية الجنائية لحقوق ضحايا الجريمة - دار النهضة العربية ٢٠٠١م ص ١٩.

أسهمت العولمة، وما رافقها من تشديد في سياسات الهجرة والسفر بين الدول، في نمو ظاهرة الإتجار بالبشر، خصوصاً مع ازدياد حاجات النساء إلى السفر والعمل، ولاسيما منهنّ غير الماهرات والفقيرات، على هذا، أمست تجارة البشر في العصر الحديث أكبر تجارة غير شرعية في العالم (أكثر من ٢.٤ مليون شخص يتم استغلالهم حالياً كضحايا للإتجار بحسب تقديرات الأمم المتحدة)، وقدّرت منظمة العمل الدولية أرباح استغلال النساء، والأطفال جنسياً بحوالي ٢٨ مليار دولار سنوياً، فيما قدّرت أرباح العمالة الإجبارية بحوالي ٣٢ مليار دولار سنوياً، وذلك في آخر تقرير لها عائد للعام ٢٠٠٩ والذي يحمل عنوان "ثن الإكراه"^(١).

وأكدت المنظمة أن ٩٨٪ من ضحايا الاستغلال التجاري الإجباري للجنس هم من النساء والفتيات، وأن ثمة حوالي ٣ ملايين إنسان في العالم سنوياً للإتجار بهم، بينهم ١.٢ مليون طفل، وينقل ما يتراوح بين ٤٥ ألفاً و٥٠ ألفاً من الضحايا إلى الولايات المتحدة الأميركية سنوياً. ويذكر أن غالبية الضحايا من النساء، والأطفال يتعرضون للاختطاف، أو التاجير من أوطانهم، وينقلون عبر دول أخرى ليتمّ استغلالهم في "دول المقصد"، وينتهي المطاف بضححايا "تجارة البشر" بحسب تقارير وزارة الخارجية الأمريكية حول الموضوع غالباً في دول أوروبا الغربية، والولايات المتحدة، وإسرائيل، واليابان بجانب تركيا، وتايواند^(٢).

فيما تشكل كلاً من ألبانيا، بلغاريا، إيطاليا، بولندا، تايواند نقاط عبور. وينتهي مطاف الضحايا الأفارقة أيضاً في أوروبا الغربية، وفي غرب أفريقيا، مما يشير إلى وجود شبكة إتجار داخلية، إقليمية. كما تلعب آسيا دور "دول المنشأ" بجانب "دول المقصد" ويقول التقرير إن تايواند واليابان والهند وتايوان وباكستان هي نقاط لشبكات تهريب داخلية، ويذكر أن

-
- (1) خالد بن محمد سليمان المرزوق - جريمة الاتجار بالنساء والأطفال وعقوباتها في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي - رسالة ماجستير في العدالة الجنائية - جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - الرياض ٢٠٠٥م ص ١١.
 - (2) خالد بن محمد سليمان المرزوق - المرجع السابق ص ١٢.

ضحايا التهريب من آسيا ينتهي بهم المطاف في اليابان ، إسرائيل ، تركيا ، وتايلاند ، التي تعلب دور "دولة المنشأ" و"المقصد" في آن معاً^(١).

يهدف هذا البحث إلى التصدي لجرائم الاتجار بالبشر حتى نتمكن من القضاء على تلك التجارة أو الحد منها ، وذلك بالتعرف على ماهية جرائم الاتجار بالبشر ، وتحديد الجوانب الموضوعية لمكافحة جرائم الاتجار بالبشر والجوانب الإجرائية لمكافحة جرائم الاتجار بالبشر.

وستتناول هذا الموضوع في ثلاثة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية جرائم الاتجار بالبشر.

المبحث الثاني: الجوانب الموضوعية لمكافحة جرائم الاتجار بالبشر.

المبحث الثالث: الجوانب الإجرائية لمكافحة جرائم الاتجار بالبشر.

المبحث الأول

ماهية الاتجار بالبشر

تقديم:

أضحت جرائم الاتجار بالبشر - في الوقت الحالي - وخاصة النساء والأطفال لإستغلالهم في الأعمال الجنسية والدعارة ، وكذا أعمال السخرة والاسترقاق تمثل شكلاً جديداً من أشكال العبودية والتي كانت سائدة في عصور ما قبل الميلاد ، وظهرت تجارة الرقيق في القرنين السادس عشر والسابع عشر عن طريق حركات الغزو والاستعمار للسواحل الأفريقية.

وقد أخذت تجارة البشر شكلها الحديث بعد التطور السريع في الأساليب الإجرامية من خلال شبكة المعلومات الدولية (الانترنت) فقد ظهرت الجرائم المستحدثة التي لم تكن مألوفة في بناء وثقافة المجتمعات العربية من قبل ، فعلى سبيل المثال برزت أنماط جديدة من جرائم العنف داخل الأسرة في بعض المناطق الحضرية مثل قتل الآباء ، والزنا بالمحارم ،

(1) منقول عن مقال تحت عنوان الاتجار بالبشر إلى أين ؟ مرجع سابق.

والإتجار غير المشروع بالنساء والأطفال، والجرائم المنظمة^(١) هي الجماعة المولفة وفق تنظيم معين من ثلاثة أشخاص علي الأقل للعمل بصفة مستمرة أو لمدة من الزمن، بهدف ارتكاب جريمة محددة أو أكثر من بينها جرائم الإتجار بالبشر وحدها أو مع غيرها، وذلك من أجل الحصول بشكل مباشر أو غير مباشر علي منفعة مادية أو معنوية^(٢). والتي سبق وأن تناولتها الشريعة الإسلامية بالتجريم بصورة عامة وحرمت ارتكاب هذه الأفعال، كما جرمتها القوانين العقابية على المستوى الوطني بعد ذلك، ثم تناولتها الاتفاقيات الدولية بعد أن أخذت شكلها الحالي واستفحلت هذه الجرائم بصورة كبير، وأصبحت ذو تأثير سلبي على الحياة الإجتماعية والاقتصادية^(٣).

- (1) المقصود بالجريمة المنظمة هي تلك الأنشطة غير المشروعة التي تقرتها الجماعات الخارجة على القانون، وهم الذين يتخذون من الجريمة سبيلا للحياة ويعتمدون على التخطيط والعنف في حل أي نزاع أو أية مشكلة كما أنهم يهدفون إلى الربح عن طريق مشروع أو غير مشروع. عميد دكتور / عبد الرحمن محمد خلف - الإجرام المنظم من خلال الإتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية - مجلة مركز بحوث الشرطة باكاديمية الشرطة - مصر. العدد ٢٦ - يوليو ٢٠٠٤ ص ٢٦٨. هذا ويوجد اتجاهين لتعريف الجريمة المنظمة: الاتجاه الأول يعنى بتعريفها من خلال وصف عام لهيكل المنظمة التي ترتكيبها. والاتجاه الثاني يعتمد علي تحديد الأفعال التي تقوم بها المنظمة الإجرامية، ومن خلاله يضع تصور عام لخصائص تلك المنظمة. أما بشأن الاتجاه الأول فيعرف الجريمة المنظمة بأنها مؤسسة إجرامية ذات تنظيم هيكل متدرج يتصف بالثبات والاستقرار تمارس أنشطة غير مشروعة بهدف الحصول علي المال مستخدمة العنف والتهديد والترويع والرشوة لتحقيق هذا الهدف وذلك في سرية تامة لتأمين وحماية أعضائها ويلاحظ أن هذا التعريف يضع تعريفاً للجريمة من خلال وصف المنظمة التي ترتكيبها وأهدافها والأساليب التي تستخدمها. أما الاتجاه الثاني فيعرف الجريمة المنظمة بأنها الظاهرة الاجتماعية التي تسببها جماعات معينة تقوم أساسا بنشاط إجرامي عنيف يهدف إلي الربح وهذا يلاحظ أن هذا التعريف يركز علي الظاهرة الإجرامية كأساس للتعريف وليس علي المنظمة وهيكلها. هاني فتحي جورجي - دور النيابة العامة المصرية في مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والإتجار في الأفراد. مقدمة للدورة التدريبية الرابعة عشر لمنع الإتجار بالأطفال لضباط أمن الموانئ بالتعاون مع وزارة الداخلية - المنعقدة من ٢٦ . ٢٧ مايو ٢٠٠٩ م.
- <http://www.fawad.net/law/showthread.php?>
- (2) اللائحة التنفيذية لقانون مكافحة الإتجار بالبشر رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠ م.
- (3) قد وضعت قواعد الإتجار بالبشر ومكافحة الإتجار بالبشر كجزء من القانون الجنائي الدولي وليس من القانون الدولي لحقوق الإنسان.

ولقد كان من نتائج ذلك أن ارتفعت معدلات جرائم العنف والتطرف في بعض الدول العربية لأسباب اقتصادية واجتماعية، ومن بين الأسباب الاقتصادية عجز معدلات النمو الاقتصادية في بعض الدول العربية من ملاحقة النمو السكاني وضيق فرص العمل والخدمات خاصة في الريف.

أما في العصر الحالي فسبب الاتجار بالبشر يرجع إلى الظروف الاقتصادية الرديئة التي تمر بالأشخاص محل التجارة بالبشر، وأيضاً بسبب ممارسة هذه التجارة من جانب عصابات الإجرام المنظم، بالإضافة إلى تلاشى الحدود السياسية للدول، وبالتالي جعل ذلك الوضع أيضاً ثمة ممارسة لهذه التجارة من جانب عصابات الجريمة المنظمة عبر الوطنية.

ونجد أن من فساد الموظفين العموميين فيما يتصل بهذا النوع من الجرائم قد يتخذ صوراً متعددة وبأساليب متعددة، فقد يتغاضى بعض رجال الشرطة وغيرهم من رجال الضبط القضائي عما يتم من أفعال تجنيد الأشخاص بغرض الاتجار بهم واستغلالهم، أو تسهيل عبورهم المنافذ الحدودية رغم علمهم بأن هؤلاء ممن يكونوا من ضحايا الاتجار بالبشر،

= - **The first observation that we may make is that human trafficking rules combating human trafficking developed as part of international criminal law and not international human rights law. Dr. Mohamed Y. Mattar, *THE OLD AND THE NEW: HOW EFFECTIVE ARE INTERNATIONAL AND NATIONAL , LEGAL REGIMES AT CONTROLLING DRUG AND HUMAN TRAFFICKING.* TWELFTH SPECIALIZATION COURSE, IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW, ASSESSING PATTERNS OF, TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME, THE INTERNATIONAL CRIMINAL ESPONSIBILITY, OF NON- STATE ACTORS, AND THE EFFECTIVENESS OF THE INTERNATIONAL ENFORCEMENT SYSTEM , Siracusa, May 20–30, 2012.**

وامتناعهم من تلقي البلاغات من الضحايا، وذلك مقابل عطايا أو مزايا يتلقاها هؤلاء من العصابات الدولية المنظمة^(١).

لمحة تاريخية للاتجار بالبشر:

لا بد لنا من التعرض بإيجاز لتطور هذه الجرائم التي تُهدر من حرية وكرامة الإنسان، فجرائم الاتجار بالبشر من أقدم الجرائم المتعلقة بالاستعباد، والتي سادت في عصور ما قبل الميلاد حيث بدأت المشكلة بأن القوي يسيطر على الضعيف ويتحكم فيه، فانقسم البشر في ذلك الوقت إلى سادة وعبيد.

وفي القرنين السادس عشر والسابع عشر قد سادت تجارة الرقيق عن طريق حركات الغزو على السواحل الأفريقية، فقد كان لأجلتراً دور كبير في هذه التجارة التي بلغت أوجها قبل حرب الاستقلال الأمريكية، فقد كانت جذورها في لندن وليفربول وبرستول.

كما أن جريمة الاتجار بالبشر - كما يرى البعض - يرجع تاريخها عندما بدأ التفكير في تجارة الرقيق للاحتياج للمزارعين، وفي المستعمرات الجديدة للمحتلين، فقد تم ممارسة هذه الجرائم بشكل كبير في عصر الأغرريق والرومان، حيث وجد أن أغلب سكان أتينا من العبيد، وقد اعتمدت روما على العبيد في بناء حضارتها وخوض الحروب التوسعية الاستعمارية^(٢).

بينما كانت البرتغال من أوائل الدول التي مارست تجارة الرقيق خاصة في أفريقيا، فقد بدأت تلك التجارة منذ القرن الخامس عشر الميلادي حيث أقامت أهم حصونها على السواحل في أفريقيا الغربية لجمع وتصدير العبيد، كما قامت الحكومة البرتغالية بالسماح للتجار الأوروبيين

(1) المستشار / عادل ماجد - مكافحة جرائم الاتجار بالبشر في الاتفاقيات الدولية والقانون الوطني لدولة الإمارات العربية المتحدة - الجهود الدولية في مكافحة الاتجار بالبشر - جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - الرياض ٢٠١٠م ص ١٩٠.

(2) دكتورة / فتيحة محمد قوراري و أ. دكتور / غنام محمد غنام - شرح قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة - القسم الخاص - مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع ٢٠١١ ص ٢١٨ وما بعدها.

بالاتجار في الرقيق، ثم بدأ عصر المنافسة بين دول أوروبا في تجارة الرقيق، وبسبب هذه المنافسة ظلت أفريقيا نهياً ومطمعاً لهذه الدول حيث استخدمت كافة انطرق الوحشية لجمع السكان لهذه التجارة.

بينما كانت تجارة الرقيق صفحة سوداء في تاريخ أمريكا، وأيضاً محاولات إلغاء الرق صفحة بيضاء في تاريخ الحقوق المدنية المشرقة في هذا البلد، والذي بلغ حجم تجارة الرقيق الأسود ملايين من الصبية والفتيات من الرجال والنساء تم نقلهم من أفريقيا في السفن إلى شواطئ أمريكا على مدى ثلاثة قرون وأكثر. ويقدر عدد الرقيق الذين تم نقلهم من خمسة إلى خمسة عشر مليوناً لهذه الأعداد التي وصلت إلى شواطئ أمريكا عدا أعداداً ضخمة منهم قد هلكت في الطريق وألقيَ بجثثها في المحيط، وكان الانجليز والأسبان والهولنديون أكثر من اشتغل بهذه التجارة، واشتروا من رؤساء القبائل الرقيق مقابل منسوجات وخمر وينادق وكانت أغلب السفن التي حملت هؤلاء الرقيق تحمل العلم الإنجليزي.

وأول مجموعة من رقيق أفريقيا وصلت إلى أمريكا الشمالية على ظهر سفينة هولندية رست في ولاية فرجينيا عام ١٦١٩ وكان قد نفذ ما عليها من طعام بعد رحلة استغرقت أربعة أشهر في المحيط حيث مات عشرون رجلاً وامرأة من حمولتها^(١).

(١) سجل وصول أول الأفارقة إلى أمريكا الشمالية البريطانية في عام ١٦١٩ حيث استقروا في جيمس تاون بولاية فرجينيا. كلما مات مستوطنين بيض من قسوة الظروف كان يتم جلب عبيد أكثر وأكثر. بقي الوضع القانوني للعبيد مشابه لوضع البيض الفقراء الذين وجدوا في أمريكا عمر للعمل والكسب. كان بإمكان العبيد شراء حريتهم من خلال العمل في المحاصيل. كما كان بإمكانهم تكوين الأسر والزواج من الزوج الآخرين أو الهنود أو المستعمرين البيض. في حوالي ١٦٤٠ و ١٦٥٠ كان هنالك العديد من المزارع التي يملكها أسر من الزوج والتي كانت في مقاييس تلك الفترة تعتبر أسر غنية. لم يكتمل المفهوم الشعبي لنظام الرق القائم على العرق إلا في عام ١٧٠٠ حيث أنشأت كنائس وبرشيات للسود في المدن الشمالية والجنوبية قبل عام ١٨٠٠. في عام ١٧٧٥ وصلت النسبة المئوية لتعداد الأفارقة في المستعمرات إلى ٢٠٪ مما جعلهم أكبر ثاني مجموعة عرقية بعد الإنجليز. في عام ١٧٧٠ ساعد الأفارقة الأحرار والمحربين على حصول المستعمرات على استقلالها عن البريطانيين خلا الثورة الأمريكية. الأفارقة والأمريكيين حاربوا جنباً إلى جنب وكانوا في غاية =

وكان هذا عام ١٦١٩ قبل أن تصل السفينة بسنة واحدة، حيث كانت تحمل هذه السفينة مجموعة من أناساً أوروبيين أطلقوا على أنفسهم (المتطهرين) وكانوا هؤلاء أناساً منقبين سلكوا تقوى الله وكان أولها (تقوى الله بالإنسان لأخيه الإنسان) جاؤوا وهم يحملون مبادئ أخلاقية وإنسانية عالية ودينية سامية.

ومن أهم مبادئهم الاعتماد على النفس في العمل والكسب . وراحوا يزرعون الأرض بأنفسهم . وكانوا يتلون آيات الإنجيل على مواثد الطعام هم وعائلاتهم . وكان هذا نهجهم في العالم الجديد أمريكا، ولكن كيف تحول أبناء هؤلاء المتطهرين في أعقاب آبائهم إلى أناس سلبوا الهنود الحمر وطنهم وطاردوهم وحاربوهم حتى أوشكوا على إبادتهم، ثم صاروا بعد ذلك تجاراً للعبيد يعشون بهم فساداً وتحكماً كأى سلعة الأمر الذي جعل الزنجي بدون أسرة تحت شبح الرق لا يعرف له أباً ولا أخاً ولا أحد من الناس، وكانت أمريكا الوسطى مستعمرات أسبانية وبرتغالية ربما بسبب المناخ المشابه مع مناخ بلدانهم كان أهم الأسباب لذلك . والنزوح العظيم من ولايات الجنوب للأفارقة الأمريكيين وظهور النخبة المثقفة السوداء في الولايات الشمالية أدى إلى ظهور حركات لمقاومة العنف والتمييز تجاه الأفارقة الأمريكيين.

الحركات التحررية للعبيد:

ولقد بدأت الحركات التحررية للعبيد والقضاء على العبودية في عام ١٧٨٣ والتي قامت بها مجموعة الكويكرز الإنجليزية عندما قدموا أول

=التكامل. جيمس ارستيد لعب دوراً مهماً في انتصار يوركتاون في عام ١٧٨١ الذي أنشأ الولايات المتحدة كدولة مستقلة. برينس بيل وأوليفر كرومويل كان لهما دوراً هاماً حيث يظهران مع جورج واشنطن في الرسم الذي يحمل الاسم (١٧٧٦ عبور ديلاوير). قبل عام ١٨٦٠ كان هناك ٣.٥ مليون من الأمريكيين الأفارقة المستعبدين في الولايات المتحدة نتيجة لتجارة الرقيق عبر الأطلسي، كان الأمريكيين الأفارقة الذين يعيشون أحرار في جميع أنحاء البلاد يصل تعدادهم إلى ٥٠٠٠٠٠٠. وفي عام ١٨٦٣ وخلال الحرب الأهلية الأمريكية أعلن الرئيس ابراهام لينكولن توقيع إعلان تحرير العبيد. وأعلن أن جميع العبيد في الولايات التي انفصلت عن الاتحاد كانوا أحرار. ولاية تكساس هي الولاية الأخيرة التي تحرر فيها العبيد عام ١٨٦٥. من موقع ويكيبيديا الموسوعة الحرة <http://ar.wikipedia.org> تاريخ ٢٠١٢/٤/١٠.

عريضة ضد العبودية إلى البرلمان، ثم صدر بعد ذلك قانون إلغاء العبودية عام ١٨٠٧ وهذا القانون منع تجارة الرقيق مع أفريقيا. أما الولايات المتحدة الأمريكية فقد اتخذت الخطوة الأولى ضد العبودية عام ١٨٠٧ عندما أصدر الكونجرس قراراً بمنع مستعبدين جدد ابتداء من عام ١٨٠٨، ثم أصدر الرئيس لينكولن إعلان الحرية عام ١٨٦٣^(١).

وجاءت انتخابات عام ١٨٦٠ في أمريكا وكان محورها مشكلة الرق التي سيطرت على عقول السود والبيض في آن واحد، وتم انتخاب أبراهام لنكولن رئيساً عام ١٨٦٠ قال في خطبته المشهورة (إن بيتاً منقسماً على نفسه لا يمكن أن يبقى دائماً، وأمريكا لا يمكن أن تستمر طويلاً إذا كان نصفها حراً ونصفها الآخر عبداً).

وفعلاً حلت الكارثة وانفصلت ولايات الجنوب عن الشمال تحدياً لخطاب الرئيس وأطلقت على نفسها (الولايات المتحالفة الأمريكية) ودارت الحرب الأهلية وأعلن أبراهام لنكولن إلغاء الرق في الأول من يناير عام ١٨٦٣، فعرض قراره هذا على الكونجرس فظلوا يتجادلون حوله ثلاث سنوات حتى تمت المصادقة على اعتماده في كانون الأول ١٨٦٥ ويعرف (التعديل الثالث عشر للدستور) واغتيل الرئيس لنكولن بعد ذلك بقليل ومات لنكولن وبقي هذا القرار وثيقة لعنوان الحرية في أمريكا.

يعد مالكوم إكس أو الحاج مالك شبارز (١٩ مايو ١٩٢٥ - ٢١ فبراير ١٩٦٥) من أشهر المناضلين السود في الولايات المتحدة وهو من الشخصيات الأمريكية المسلمة البارزة في منتصف القرن الماضي، والتي

(1) وكانت الحرب الأهلية ١٨٦١-١٨٦٥ التي دارت رحاها في أمريكا كانت بثورة تحرير الرق، وكان قد خرج أكثر من نصف مليون زنجي من ريقه الرق وأغلبهم (الملاطو) زنوج أبائهم بيض وأمهاتهم زنجيات هذا في الجنوب. أما الشمال الأمريكي فكانت هناك جماعات تتعاطف مع الزنوج ويطالبون بتحريرهم وفقاً للمبادئ الإنسانية والدين المسيحي والمبادئ السامية لثقافة أوروبا. وفي عام ١٨٢٧ صدر العدد الأول من جريدة الحرية التي أنشأها أول زنجي أكمل دراسته الجامعية قال فيها "لقد أن الأوان لكي نتعلم كيف نتحدث عن أنفسنا نحن الزنوج". موقع ويكيبيديا الموسوعة الحرة <http://ar.wikipedia.org> بتاريخ ١٠/٤/٢٠١٢.

أثارت حياته القصيرة جدلاً لم ينته حول الدين والعنصرية، حتى أطلق عليه "أشد السود غضباً في أمريكا". وكان الرجل الثاني في حركة تسعى لتوحيد السود في أنحاء العالم. اغتيل في مدينة نيويورك. فسر أتباعه موته بأنه تضحية من أجل الثورة السوداء، وسرعان ما أصبح بطلاً لتلك الحركة. في عام ١٩٤٦م، حكم على مالكوم إكس بالسجن في ولاية ماساشوسيتس بالولايات المتحدة الأمريكية بتهمة السطو. وأثناء وجوده بالسجن تبنى معتقدات المسلمين السود، وهم أعضاء حركة دينية كانت تؤمن في ذلك الوقت بانفصال الأعراق. وبعد إطلاق سراحه في عام ١٩٥٢م، أصبح مالكوم إكس متحدثاً رسمياً باسم المسلمين السود. وفي عام ١٩٦٤م، وعقب اختلافه مع زعيم المسلمين السود، أليجا محمد، كون مالكوم إكس جماعة منافسة، هي منظمة وحدة الأمريكيين من الأصل الإفريقي. وقد قتل مالكوم إكس قبل أن تترسخ هذه المنظمة^(١).

وضع جونسون دعمه وراء صدور قانون الحقوق المدنية لعام ١٩٦٤ الذي حظر التمييز في الأماكن العامة، العمل، والنقابات العمالية، وقانون حق التصويت (١٩٦٥)، كما وسع الصلاحيات الفدرالية في الولايات الأمريكية لضمان حماية المقترعين الأمريكيين السود. وبحلول عام ١٩٦٦ ظهرت حركة القوة السوداء والتي استمرت ١٩٦٦ - ١٩٧٥، وسعت إلى أهداف حركة الحقوق المدنية لتشمل السياسية والاقتصادية والاكتفاء الذاتي، والتحرر من سلطة البيض^(٢).

(1) كان مالكوم إكس الفضل الكبير بعد الله في نشر الدين الإسلامي بين الأمريكيين السود، في الوقت الذي كان السود في أمريكا يعانون بشدة من التمييز العنصري بينهم وبين البيض، فكانوا يتعرضون لأنواع الذل والمهانة ويقاسون ويلات العذاب وصنوف الكراهية منهم ٣٦٤ فقد حفظ الله دعوة الإسلام ببلد متسع الأرجاء كثيف السكان مثل أمريكا وصحح مالكوم إكس مسار الحركة الإسلامية التي انحرفت بقوة عن الحق ودعا إلى عقيدة أهل السنة والجماعة، وصبر على الصدود والإعراض والإيذاء حتى كانت نهايته كما تمنى شهيد كلماته ودعوته للحق. موقع ويكيبيديا الموسوعة الحرة <http://ar.wikipedia.org> بتاريخ ٢٠١٢/٤/١٠.

(2) موقع ويكيبيديا الموسوعة الحرة <http://ar.wikipedia.org> بتاريخ ٢٠١٢/٤/١٠.

وسوف نتناول ماهية الاتجار بالبشر من خلال التعريف بها في مطلب أول ثم نتعرض لموقف كلاً من الشريعة الإسلامية والمجتمع الدولي منها في مطلب ثانٍ، وذلك على النحو التالي :-

المطلب الأول: للتعريف بالاتجار بالبشر.

المطلب الثاني: تجريم الشريعة الإسلامية والمجتمع الدولي لهذه الجرائم.

المطلب الأول

التعريف بالاتجار بالبشر

وقد تعرضت بعض التشريعات لتعريف الاتجار بالبشر أسوة بما جاء من تعريف في الاتفاقيات الدولية المتعلقة بمكافحة الاتجار بالأشخاص، مثال بروتوكول الأمم المتحدة الخاص بمنع وحظر ومعاينة الأشخاص الذين يتاجرون بالبشر وخاصة النساء والأطفال، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لسنة ٢٠٠٠ لجرائم الاتجار بالبشر الذي نص على أنه يقصد بتعبير "الاتجار بالأشخاص" تجنيد أشخاص أو نقلهم أو تنقيطهم أو إيواؤهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو استغلال السلطة أو استغلال حالة استضعاف، أو إعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال. ويشمل الاستغلال، كحد أدنى، استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي، أو السخرة أو الخدمة قسراً، أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق، أو الاستعباد أو نزع الأعضاء.

وقد عرف القانون الأمريكي لحماية ضحايا الاتجار بالبشر عام ٢٠٠٠م في البند ١٥٩٠ منه هذه الجرائم بأنها "أي شخص يقوم عن علم بتجنيد شخص آخر، أو إيوائه، أو نقله، أو توفيره، أو الحصول عليه بأي وسيلة كانت لأغراض العمل أو الخدمة انتهاكاً لأحكام هذا الفصل من القانون، أي شخص يقوم عن علم في مزاولة التجارة بين الولايات أو الدول بتجنيد شخص أو استمالته أو إيوائه أو نقله أو توفيره، أو الحصول

عليه بأي وسيلة كانت أو بالانتفاع مالياً أو بتلقي أي شيء ذي قيمة من المشاركة في أي مشروع للكسب يندرج في مزاولة فعل يوصف بأنه انتهاك للفقرة الأولى^(١).

استخدمت عبارة "الاتجار بالأشخاص" أو عبارة "الاتجار بالبشر" خلال الأعوام الخمسة عشر الأخيرة كمصطلح شامل يشير إلى أنشطة من ضمنها تلك التي تمارس عندما يحصل شخص ما على شخص آخر لإرغامه على العمل قسراً. ويستخدم قانن حماية الاتجار بالبشر عبارات مختلفة لوصف هذا الإكراه على العمل: الاسترقاق اللاإرادي، والعبودية، وعبودية الدين، والعمل القسري^(٢).

فعندما يُجبر الشخص البالغ أو يُكره أو يُخدع لدفعه إلى ممارسة الدعارة أو للاستمرار في ممارستها فإن هذا الشخص يعتبر ضحية لأعمال الاتجار بالبشر. كما يعتبر كل مساهم في تجنيد هذا الشخص أو نقله أو إيوائه أو تسلمه أو الاستحواذ عليه لذلك الغرض مقترفاً لجريمة الاتجار بالبشر. كما يمكن ممارسة أعمال الاتجار بالبشر لغرض استغلالهم في النشاط الجنسي ضمن إطار إخضاع الضحايا للاستعباد مقابل سداد الدين

(1) Sec. 1590. Trafficking with respect to peonage, slavery, involuntary servitude, or forced labor Whoever knowingly recruits, harbors, transports, provides, or obtains by any means, any person for labor or services in violation of this chapter shall be fined under this title or imprisoned not more than 20 years, or both. If death results from the violation of this section, or if the violation includes kidnapping or an attempt to kidnap, aggravated sexual abuse, or the attempt to commit aggravated sexual abuse, or an attempt to kill, the defendant shall be fined under this title or imprisoned for any term of years or life, or both .

Sec. 1591. Sex trafficking of children or by force, fraud or coercion. <http://www.state.gov/j/tip/laws/61124.htm>

(2) وزارة الخارجية الأمريكية، مكتب رصد ومكافحة الاتجار بالبشر، تقرير العام ٢٠١١ عن الاتجار بالبشر.

حيث ترغم النساء والفتيات على الاستمرار في ممارسة البغاء عبر استخدام "الدّين" غير المشروع الذي يزعم أنهم أصبحن مديونات به نتيجة نقلهن أو توظيفهن أو حتى نتيجة دفع مبلغ مالي لقاء "شرائهن"، ويصر المستغلون على ضرورة سداد هذا المبلغ قبل استعادة النساء لحرّيتهن. من الضروري أن نفهم أن موافقة الشخص في بداية الأمر على ممارسة الدعارة لا تعتبر من وجهة نظر القانون دليلاً على استغلال ذلك الشخص في النشاط الجنسي، ولكن إذا أرغم الشخص بعد ذلك على الاستمرار في ممارسة الدعارة من خلال التأثير عليه نفسياً أو استخدام القوة الجسدية ضده فهو يعتبر ضحية لأعمال الاتجار بالبشر وينبغي أن تقدم له المساعدات الواردة في بروتوكول باليرمو وفي القوانين السارية على مثل هذه الحالات^(١).

والقانون المصري^(٢) الذي عرف هذه الجرائم في المادة الثانية حيث نص على أنه "يُعد مرتكباً لجريمة الاتجار بالبشر كل من يتعامل بأية صورة في شخص طبيعي بما في ذلك البيع أو العرض للبيع أو الشراء أو الوعد بهما أو الاستخدام أو النقل أو التسليم أو الإيواء أو الاستقبال أو التسلم سواء في داخل البلاد أو عبر حدودها الوطنية - إذا تم ذلك بواسطة استعمال القوة أو العنف أو التهديد بهما، أو بواسطة الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع، أو استغلال السلطة، أو استغلال حالة الضعف أو الحاجة، أو الوعد بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا مقابل الحصول على موافقة شخص على الاتجار بشخص آخر له سيطرة عليه - وذلك كله إذا كان التعامل بقصد الاستغلال أياً كانت صورته بما في ذلك الاستغلال في أعمال الدعارة و سائر أشكال الاستغلال الجنسي، و استغلال الاطفال في ذلك و في المواد الإباحية أو السخرة أو الخدمة قسراً، أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستبعاد، أو التسول، أو استئصال الأعضاء أو الأنسجة البشرية، أو جزء منها".

(١) وزارة الخارجية الأمريكية . مكتب رصد ومكافحة الاتجار بالبشر . تقرير العام ٢٠١١ عن الاتجار بالبشر.

(٢) القانون رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠م بشأن الاتجار بالبشر - الجريدة الرسمية - العدد ١٨ مكرر - في ٩ مايو ٢٠١٠م.

والقانون الإماراتي رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٦م في شأن مكافحة جرائم الاتجار بالبشر الذي عرفها بأنها " تجنيد أشخاص أو نقلهم أو ترحيلهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو باستعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو إساءة استعمال السلطة أو إساءة استغلال حالة الضعف أو إعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال. ويشمل الاستغلال جميع أشكال الاستغلال الجنسي أو استغلال دعارة الغير أو السخرة أو الخدمة قسراً أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد أو نزع الأعضاء..

يلاحظ أن هذا التعريف ينقسم إلى ثلاثة عناصر رئيسية هي: أفعال تجنيد أشخاص أو نقلهم أو تنقلهم أو إيوائهم أو استقبالهم. والوسائل المستخدمة لارتكاب تلك الأفعال بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو إساءة استعمال السلطة أو إساءة استغلال حالة استضعاف أو إعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على الضحية. وأغراض الاستغلال الذي يشمل استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي أو السخرة أو الخدمة قسراً أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد أو نزع الأعضاء^(١).

وبناءً على ذلك يمكن تعريف أسوء أشكال أو أساليب الاتجار في البشر وفقاً للقانون الدولي على النحو الآتي:

العبودية هي الحالة أو الوضعية التي تمارس فيها بعض أو جميع حقوق الملكية على شخص ما^(٢).

(1) هاني فتحي جورجي - دور النيابة العامة المصرية في مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والاتجار في الأفراد - مرجع سابق

<http://www.f-law.net/law/showthread.php?>

(2) اتفاقية العبودية والخدمة القسرية والعمل بالسخرة والأعراف والممارسات الشبيهة بها. ١٩٢٦م.

الاسترقاق هو ممارسة أي من السلطات المرتبطة بحق الملكية أو هذه السلطات جميعها على شخص ما، بما في ذلك ممارسة هذه السلطات في سبيل الاتجار في الأشخاص، خاصة في النساء والأطفال^(١).

ممارسات شبيهة بالعبودية وهي الفعل الرامي إلي نقل، أو الشروع في نقل، أو محاولة نقل العبيد من دولة إلي أخرى بأي وسيلة نقل كانت أو تسهيل ذلك. وكذلك أي عمليات تتضمن محاولة تشويه أو كس أو وسم عبد ما أو شخص ما ضعيف المنزلة، سواء للدلالة على وضعه أو لعقابه أو لأي سبب آخر كان أو المساعدة على القيام بذلك^(٢).

الخدمة القسرية وهي حالة شخص في وضع التبعية تم إجباره أو إرغامه من قبل الغير كي يؤدي أية خدمة سواء لفائدة ذلك الشخص أو غيره، وانعدمت أمامه أية بدائل معقولة أخرى سوى أن يؤدي تلك الخدمة والتي قد تشمل خدمات منزلية أو تسديد دين^(٣).

تجارة الرقيق والتي تشمل جميع الأفعال التي ينطوي عليها أسر شخص ما أو احتجازه أو التنازل عنه للغير على قصد تحويله إلي رقيق، وجميع الأفعال التي ينطوي عليها امتلاك عبد ما بغية بيعه أو مبادلته وجميع أفعال التنازل، يباع أو مبادلة، عن عبد تم امتلاكه بقصد أو مبادلته، وكذلك عموماً، أي تجار بالعبيد أو نقلهم أيا كانت وسيلة النقل المستخدمة^(٤).

إسار الدين ويراد بذلك الحال أو الوضع الناجم عن ارتهان مدين بتقديم خدماته الشخصية أو خدمات شخص تابع له ضمناً لدين عليه، إذ كانت القيمة المنصفة لهذه الخدمات لا تستخدم لتصفية هذا الدين أو لم تكن مدة هذه الخدمات أو طبيعتها محددة^(٥).

- (1) نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ١٩٩٨م.
- (2) الاتفاقية التكميلية لإلغاء العبودية وتجارة الرقيق والأعراف والممارسات الشبيهة بالعبودية ١٩٥٦م.
- (3) المسودة الأولية لبروتوكول الأمم المتحدة لمنع وقوع ومعاينة الاتجار في الأشخاص وبخاصة النساء والأطفال ٢٠٠٠م.
- (4) اتفاقية العبودية والخدمة القسرية والعمل بالسخرة والأعراف والممارسات الشبيهة بها ١٩٢٦م.
- (5) الاتفاقية التكميلية لإلغاء العبودية وتجارة الرقيق والأعراف والممارسات الشبيهة بالعبودية، ١٩٥٦م.

السخرة هي جميع الأعمال أو الخدمات التي تفرض عنوة على أي شخص تحت التهديد بأي عقاب ، والتي لا يكون هذا الشخص قد تطوع بأدائها بمحض اختياره^(١).

استغلال الأطفال في المواد الإباحية ويقصد بها تصوير أي طفل ، بأي وسيلة كانت ، يمارس ممارسة حقيقية أو بالمحاكاة أنشطة جنسية صريحة أو أي تصوير للأعضاء الجنسية للطفل لإشباع الرغبة الجنسية أساساً^(٢). وبناءً على ماتقدم يمكن تعريف الاتجار بالبشر على أنه استدرج الأشخاص من خلال التهديد أو استخدام القوة أو استغلال النفوذ أو الغش والخداع ، وذلك من أجل الاستغلال في ممارسة الأعمال الجنسية والدعارة وأعمال السخرة أو الاسترقاق.

تتعلق التجارة - في الغالب الأعم - بسلع مادية بحيث يمكن بيعها وشراؤها في نظير مقابل مادي محدد ، وهذه السلع يمكن مصادرتها في أحوال معينة ، فالتداول يتم في السوق وفقاً للتعبير الاقتصادي ، أما الحديث عن تجارة البشر ، وبالتالي يكون الإنسان نفسه هو محل هذه التجارة ويكون هو السلعة التي تباع وتشتري ، وهذا الإنسان الذي كرمه الله عز وجل وفضله على سائر المخلوقات ، وعلى ذلك يمكن القول بأن هذا النوع من التجارة يختلف من حيث محله وهو الإنسان عن التجارة بمفهومها الاقتصادي^(٣).

(١) اتفاقية العمل بالسخرة ، المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية ١٩٣٢م.

(٢) المادة الثانية الفقرة (ج) من البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلال الأطفال في البغاء وفي المواد الإباحية والذي دخل حيز النفاذ في ١٨ يناير ٢٠٠٢م.

(٣) المدلول اللغوي يقتصر معنى التجارة على مدلول اللغة لكلمة "تجارة" فهي تقليد المالك لغرض الربح (يكشف عن كلمة تجارة في باب الرأء تحت "تجر" تجراً أو تجارة - القاموس المحيط - الجزء الأول). وقد عرف العلامة ابن خلدون التجارة في مقدمته المشهورة بأنها: محاولة الكسب بتنمية المال بشراء السلع بالرخيص وبيعها بالغلاء. وبذا يكون أبسط الأعمال التجارية هو شراء سلعة بثمن أكبر ويكون الفرق هو الربح. أما المدلول الاقتصادي لكلمة "تجارة ينصب على عملية الوساطة والتوسط بين منتج ومستهلك. وينجم عن ذلك خروج نوعين من الأعمال عن نطاق التجارة وان كانا يقعان على طرفي خط النشاط الاقتصادي ؛ النوع الأول هو ما يقوم به =

مفهوم الاتجار الدولي بالبشر:

والمقصود بالاتجار الدولي بالبشر هو أن تزدهر أنشطة المؤسسات الإجرامية مما يؤدي إلى تعديها حدود الدولة إلى دول أخرى فتصبح من الجرائم المنظمة عابرة الوطنية أي عابرة حدود الدولة^(١)، كما أنه كل نشاط إجرامي متعلق بتجنيد أو نقل أو ترحيل وتسفير أو حيازة أي شخص عبر الوطنية، أي عبر الحدود الدولية بأي طريقة سواء قانونية أو غير قانونية، والعمل على استقبالهم وإيوائهم في أي دولة، وذلك لاستغلالهم في ممارسة الدعارة وأعمال السخرة أو الرق، أو غير ذلك من الأعمال الإجرامية^(٢).

ولقد شهد نهاية القرن الماضي نمواً مضطرباً وشكلاً جديداً من أشكال العبودية وهو الاتجار بالبشر بحيث يقوم هذا المفهوم على مبدأ استغلال الطبقات الفقيرة وجعلها تتحول إلى نموذج جديد من نماذج عبودية هذا العصر، بحيث يقوم هؤلاء التجار الجدد بعملية الاتجار بالبشر

=المنتج الأول للسلعة وخاصة إذا تعلق الأمر بالمنتجات الزراعية. أما النوع الثاني: فهو ما يقوم به المستهلك الأخير من أفعال تقتصر على شراء السلعة بهدف استهلاكها والانتفاع بها، ومن هنا نجد تلاقياً بين المفهوم اللغوي للتجارة وبين المفهوم الاقتصادي للتجارة والذي بدوره يتمثل في النشاط والأعمال المتصلة بتداول السلع. والمدلول القانوني: في هذا الخصوص مفهوم التجارة يتسع ويتجاوز المفهوم اللغوي والاقتصادي ليشمل تحويل المنتجات من حالتها الأولية إلى سلع بقصد بيعها بعد إعادة صنعها وهي ما تسمى بالصناعات التحويلية، وأيضا يشمل النشاط المتعلق بالصناعة والنقل البحري والجوي والبنوك وما يلحق بها من حرف تجارية كالسمسة والوكالة بالعمولة والتأمين وغيرها (الشرقاوي - القسانون التجاري) موقع ar.wikipedia.org/wiki/بتاريخ/٢٠١٢/٣/٣١.

(1) دكتور / محمد محي الدين عوض - الجريمة المنظمة - المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب - المجلد ١٠ - العدد ١٩ - السنة العاشرة ص ٧.

(2) قبل صدور اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية (اتفاقية باليرمو) عام 2000 لم يكن هناك تعريف واضح وموحد بين الدول للجريمة المنظمة، وقد حددت الاتفاقية تعريف الجريمة المنظمة: فهي التي ترتبها جماعة إجرامية منظمة ذات هيكل تنظيمي، موجودة لفترة من الزمن، وتعمل بصورة متضامنة، بهدف ارتكاب واحدة أو أكثر من الجرائم الخطرة والأفعال المجرمة وفقاً لهذه الاتفاقية، من أجل الحصول بشكل مباشر أو غير مباشر على منفعة مادية أخرى.

من نساء وأطفال ورجال، وهي تجارة يتحول فيها الأطفال والنساء بشكل خاص إلى سلعة يحدد سعرها العرض والطلب غير المشروع الذي يعاقب عليه القانون، وتمارسه شركات تسعى إلى جني الثروات السريعة يديرها مدراء وخبراء متخصصين في هذا النوع من الاتجار وهي لا تختلف عن أية جريمة تستخدمها عصابات الجرائم المنظمة لما تدر لهم هذه التجارة من أرباح طائلة^(١).

لقد تناولت التشريعات تحديد المقصود بجرائم الاتجار بالبشر في أفعال محددة ووسائل يقوم بها الجاني للوصول إلى النتيجة التي يبتغيها من وراء هذه الأفعال، وذلك عن طريق اتباع الوسائل المتنوعة التي حددها المشرع في النصوص، سواء على المستوى الدولي أو على المستوى الوطني. وعرف البعض هذا الاتجار بأنه كافة التصرفات المشروعة وغير المشروعة، التي تميل الإنسان إلى مجرد سلعة أو ضحية يتم التصرف فيها عن طريق وسطاء ومحترفين عبر الحدود الوطنية، بقصد استغلاله في أعمال ذات أجر متدن أو في أعمال جنسية أو ما شابه ذلك، وسواء تم هذا التصرف بإرادة الضحية أو قسراً عنه أو بأي صورة أخرى فهو يُعد من صور العبودية^(٢).

وعرفه جانب آخر من الفقه بأنه كل فعل أو تصرف قانوني أو غير قانوني يرد على الإنسان فيجعله مجرد سلعة تُباع وتُشتري بغرض استغلاله في كامل أعضائها الجسدية أو جزء منها، سواء تم ذلك بموافقة الضحية أو قسراً عنه، وأياً أن وجه الاستغلال أو وسيلته، سواء داخل حدود الدولة أو خارجها^(٣).

(1) دكتور/ عبادة التوايهة - الاتجار بالبشر ثالث أكبر نشاط إجرامي في العالم - محاضرة في المركز الإقليمي للأمن الإنساني في عمان بعنوان "الاتجار بالبشر" <http://www.ejtemay.com> بتاريخ ٢٧ / ١٠ / ٢٠٠٩.

(2) دكتورة / سوزي عدلي ناشد، الاتجار في البشر بين الاقتصاد الخفي والاقتصاد الرسمي، ٢٠٠٥، المكتبة القانونية، ص ١٧.

(3) محمد علي العريان - عمليات الاتجار بالبشر وآليات مكافحتها دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة ٢٠١١م - ص ٣٠.

ولقد جاءت المادة الثامنة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية تنص على أنه لا يجوز استرقاق أحد، ويحظر الرق والاتجار بالرق بجميع صورهما، ولا يجوز إخضاع أحد للعبودية، ولا يجوز إكراه أحد على السخرة أو العمل الإلزامي^(١)، وكذا نصت المادة السابعة من الاتفاقية التكميلية لإلغاء الرق والاتجار بالرق والأنظمة والممارسات المشابهة للرق عام ١٩٥٦ على أنه يقصد بالاتجار بالرق "كل فعل بالقبض على أو اكتساب أو التنازل عن شخص من أجل جعله رقيقاً ؛ أو كل فعل اكتساب عبد لبيعه أو لمبادلته ؛ أو كل تنازل بالبيع أو التبادل لشخص في حوزة الشخص من أجل بيعه أو تبادله، وكذلك بصفة عامة - كل عمل تجارة أو نقل للعبيد، مهما كانت وسيلة النقل المستخدمة"^(٢).

ويحدد القانون العالمي لحماية ضحايا الاتجار بالبشر "الأشكال القسوى للاتجار بالبشر" على أنها الاتجار بالبشر لأغراض الاستغلال الجنسي حيث يجري استغلالهم في تجارة الجنس بالقوة أو الاحتيال أو الإكراه، أو يكون الشخص الذي حرض على ممارسة الجنس دون سن الثامنة عشرة، وإما توظيف، إيواء، نقل، توفير أو الحصول على شخص للعمل أو لتقديم خدمات من خلال استعمال القوة، أو الاحتيال أو الإكراه لغرض إخضاع الضحية إلى عبودية لا إرادية، عمل سخرة^(٣).

رأينا في الموضوع:

من الصعب تعريف جريمة الاتجار بالبشر إلا عن طريق سرد الأفعال التي تكون كل جريمة من جرائم الاتجار بالبشر كالتجنيد أو النقل أو

-
- (١) العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة المؤرخ في ١٦ كانون/ديسمبر ١٩٦٦ تاريخ بدء النفاذ: ٢٣ آذار/مارس ١٩٧٦.
 - (٢) دكتور/ أسامة بدير وأ./ سامي محمود - الاتجار بالبشر.. وصمة عار في جبين البشرية - أصدره مركز الأرض لحقوق الإنسان بالقاهرة: بدعم من الشبكة الأرومتوسطية - <http://aldiwan.org/news>.
 - (٣) دكتور / عبادة التوايهة - المرجع السابق.

التنقيط أو الإيواء أو الاستقبال أو البيع أو الشراء كما جاء في نص التشريع المصري، وبالتالي لم يحدد المشرع تعريفاً صريحاً لكل فعل على حدة وترك تحديد السلوك الذي يقوم عليه فعل الجريمة عاماً أي يشتمل على أي سلوك من شأنه تجنيد الشخص أو نقله أو تنقيطه أو إيوائه أو استقباله أو بيعه.

ومما سبق يمكننا أن نعرف جريمة الاتجار بالبشر على أنها سلوك إنساني غير مشروع يجعل من الإنسان سلعة تجارية من أجل استغلاله جنسياً أو في أعمال السخرة، ويحدد له المشرع عقوبة جنائية. ولهذا التعريف خصائص تقوم عليها جريمة الاتجار بالبشر كأى جريمة جنائية وهي التي تميزها عن سائر الجرائم الأخرى كالجريمة الاقتصادية أو التأديبية فهي سلوك إنساني غير مشروع قرر له المشرع جزاءً جنائياً، ونتناول هذه الخصائص على النحو التالي:

خصائص الاتجار بالبشر

١- جرائم الاتجار بالبشر سلوك إنساني:

الجريمة قبل أي اعتبار هي سلوك يتحقق في العالم الخارجي له مظاهر مادية ملموسة^(١)، والغالب في قانون العقوبات ألا يعتبر العمل الخارجي سلوكاً إجرامياً إلا إذا كان يدخل في العمل التنفيذي المكون للجريمة^(٢)، فهو بذلك يتمثل في الجانب المادي للجريمة، فلا تقوم الجريمة إذا لم يرتكب هذا السلوك^(٣)، ولا بد أن تصدر هذه المظاهر المادية عن إنسان له إرادة وتميز، فلا يتصور قيام هذه الجريمة من غير الإنسان لانتفاء الإرادة من غير الإنسان، فمن يقوم بتجنيد شخص أو نقله، إيوائه أو استقباله أو بيعه أو عرضه للبيع أو الشراء يلزم أن يكون إنسان، سواء كان

- (١) دكتور/ مأمون محمد سلامة - قانون العقوبات القسم العام - الطبعة الرابعة - دار الفكر العربي ١٩٨٣ - ١٩٨٤ م ص ١٢٤.
- (٢) دكتور / محمود محمود مصطفى / شرح قانون العقوبات القسم العام - دار النهضة العربية - الطبعة العاشرة ١٩٨٣ ص ٢٦٦.
- (٣) دكتور / محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات القسم العام - دار النهضة العربية - الطبعة السادسة ١٩٨٩ ص ٤١.

هذا الإنسان شخص تابع لشخص طبيعي يعمل تبعاً له ، أو كان تابع لشخص معنوي أو اعتباري.

ويتعين أن تكون هذه الإرادة معتبرة قانوناً أي أنها تكون مميزة ومدركة وحررة مختارة فإن انتفى عنها ذلك فلا تقوم بها المسؤولية الجنائية ، والتي يطلق عليها موانع المسؤولية الجنائية^(١) ، بالتالي لا يكفي لقيام هذه الجريمة إن الذي يقوم بها إنسان ، وإنما يلزم أيضاً أن تكون لهذا الإنسان ملكة التمييز وحرية الإختيار ، فإن تجرد الشخص من هذه الملكة فلا يُعد من الوجهة القانونية مرتكباً للجريمة بمعنى عدم جواز مساءلته جنائياً^(٢) . والشخص الذي يرتكب هذه الجرائم تحت إكراه أو ضرورة ، كالسيدة أو الفتاة التي تقوم بممارسة البغاء والرذيلة تحت ضغط وتهديد ممن يقومون بالاتجار بالبشر ، أو تحت تهديد الجوع والفقر ، فهنا إذن لا تتجوز مساءلة هذه السيدة أو الفتاة جنائياً لوجود الإكراه أو ضرورة ، في حالة إثبات وجود الإكراه أو الضرورة.

فالسلوك في هذه الجريمة يتمثل في الوسيلة التي يتبعها الجاني للوصول إلى النتيجة التي يبتغيها أي كانت هذه الوسيلة ، ولقد حدد المشرع وسائل معينة ولكنها تحمل مفهوماً واسعاً مثل الخداع والحيلة فبأي طريقة يمكن أن تقع الحيلة والخداع للشخص المراد إسقاطه كفريسة لتجنيدته وللإتجار به.

ونجد أيضاً من بين السلوك الذي يجرمه المشرع التحريض ، كأحد صور الركن المادي في جريمة الشريك في جريمة الاتجار بالبشر طبقاً لنص المادة العاشرة من القانون المصري رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠م ، والتي تقضي بمعاينة كل من حرض بأي وسيلة على ارتكاب جريمة من الجرائم المشار إليها في هذا القانون ولو لم يترتب عليها أثر^(٣) .

(١) دكتور / محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات القسم العام - المرجع السابق ص ٤٢.

(٢) دكتور / سليمان عبد المنعم - النظرية العامة لقانون العقوبات - دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٠ ص ٢٥٩.

(٣) دكتور / محمود محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات القسم العام - المرجع السابق ص ٢٦٧.

٢- الاتجار بالبشر سلوك غير المشروع.

لا يكفي لقيام الاتجار بالبشر أن يحقق الجاني بسلوكه الفعل الذي يعاقب عليها القانون، وإنما يلزم أن يكون هذا السلوك غير مشروع^(١)، فكل الأفعال والأعمال التي حددها المشرع بالقانون في هذا النوع من الجرائم هي سلوك غير مشروع، لأنها تهدد وتمس المصالح الأساسية والجوهرية للمجتمع وتضر بالأفراد، أي أن هذه الجريمة سلوك يصل في الجسامة إلى حد الإخلال بكيان المجتمع ووجوده، فهذه الجريمة اعتداء على مصالح عليا من الأهمية إلى حد تدخل المشرع بتجريم المساس بها، وهي الاعتداء على حقوق الإنسان وحرية والامتهان من كرامته، وبالتالي لا تقوم الجريمة بفعل مشروع^(٢).

وهذه الأفعال على الرغم من الأضرار الفعلية الواقعة على المجني عليهم، إلا أن فيها من الخطورة أيضاً تعريض الأطفال والنساء المجني عليهم لانتقال الأمراض الخطيرة والمزمنة إليهم. ومن هنا تتضح صفة الضرر الذي تنطوي عليه الواقعة المادية بالنسبة للمصالح الجوهرية محل الحماية الجنائية، فالمشرع لا يجرم الأفعال لمجرد التجريم وإنما لأهداف أسمى من ذلك وهي حماية المصالح الأساسية والجوهرية للمجتمع^(٣)، وهنا يحدث الاعتداء الفعلي على المصلحة الجوهرية التي يحميها القانون. تحدد المصالح الجديرة بالحماية الجنائية وفقاً لظروف واحتياجات كل مجتمع، وتتأثر بتقاليده وثقافته ونظامه الاقتصادي والاجتماعي والسياسي، ولما كانت المجتمعات تتفاوت فيما بينها في تحديد المصالح فلا بد من اختلاف سياسة التجريم فيما بينها، والقاعدة التقليدية في تحديد السياسة الجنائية الواجبة الاتباع في التجريم والعقاب في ظاهرة معينة مثل التي نحن بصدها في هذا البحث، هو أن التشريع المأمول يجب أن يفى

(1) دكتور/ مأمون محمد سلامة - مرجع سابق ص ١٧١.

(2) دكتور / محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات القسم العام - مرجع سابق ص ٤١.

(3) دكتور/ مأمون محمد سلامة - مرجع سابق - ص ١٧١.

بمحااجة المجتمع ، وما يحقق مصلحة أفراده. كما أن السياسة الجنائية يجب أن تعكس هذه المصالح التي يلزم حمايتها ويرتبط تحديد هذه المصالح بنظام الدولة^(١).

ولقد حدد المشرع أنواع السلوك المُجرّم في القانون، وفيها اعتداء على حريات وحقوق الأشخاص المجني عليهم، وهو الاستخدام غير المشروع لهم ويشمل الدعارة، وأي شكل من أشكال الاستغلال الجنسي، أو السخرة، أو العمل قسراً، أو الاسترقاق، أو الممارسات الشبيهة بالرق، أو الاستبعاد، أو النزاع غير المشروع للأعضاء.

والصفة غير المشروعة لهذا السلوك المنصوص عليه في جرائم الاتجار بالبشر في مختلف التشريعات هي الأساس الأول من أسس هذه الجرائم، فعدم المشروعية نابع من نص التجريم الذي حدده المشرع، فوجد أن كل الأفعال المنصوص عليها في التشريعات الجنائية المتعلقة بهذه الجرائم فيها اعتداء على المصالح الأساسية والجوهرية لأفراد المجتمع، وعدم المشروعية عبارة عن تكييف قانوني لهذا السلوك، وهذا التكييف القانوني يستند في المجال الجنائي إلى نص التجريم الذي جرّم الفعل وقرر له الجزاء الجنائي، فهو وصف موضوعي للسلوك يستخلص من تطبيق نص التجريم على سلوك معين^(٢).

٣- الجزاء الجنائي لجريمة الاتجار بالبشر:

لاشك أن ما يميز الجريمة بصفة عامة، وجريمة الاتجار بالبشر بصفة خاصة عن غيرها من الأعمال غير المشروعة أن المشرع قد قام بتحديد الأفعال غير المشروعة، كما سبق وأن تكلمنا عنها، وحدد لها عقوبة جنائية، وأن هذه العقوبة هي الأثر المترتب على وقوع الجريمة، بمعنى أنه لا يجوز توقيع أية عقوبة جنائية على أي شخص إلا إذا قام بارتكاب جريمة معينة حدد لها المشرع عقوبة جنائية، ففي قانون مكافحة الاتجار بالبشر

-
- (١) دكتور / أحمد فتحي سرور - أصول السياسة الجنائية - دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٧٢ ص ١٩ - مشار إليه المستشار / عادل ماجد - مرجع سابق ص ١٢٣.
(٢) دكتور / فتوح عبد الله الشاذلي - شرح قانون العقوبات - القسم العام - دار المطبوعات الجامعية - ١٩٩٨ ص ٧٠.

قرر المشرع عقوبات جنائية لمن يرتكب مثل هذه الجريمة، وهذه العقوبة هي الجزاء الذي يقرره القانون حماية وصيانة لمصلحة جوهرية في المجتمع على كل من ارتكب فعلاً، ويعد القانون هذا الفعل جريمة، وتمثل العقوبة في الألم الذي يتحملة من يثبت ارتكابه جريمة، سواء الألم في سلب الحرية بعقوبة السجن أو الحبس، أو عقوبة مالية كالغرامة بهدف تقويمه ومنع غيره من الاقتداء به^(١).

وذلك إعمالاً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات حيث لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، ويبقى الشق الإجرائي لمبدأ الشرعية حيث ينبغي أن تكون كافة الإجراءات التي اتخذت بصدد جريمة من جرائم الاتجار بالبشر قد تمت وفقاً لنصوص القانون، فتطبيق قانون العقوبات يقتضي البدء بكشف الحقيقة من خلال إجراءات معينة نص عليها القانون، فإذا ثبت أن المتهم لم يرتكب الجريمة المسندة إليه فلا تتوافر الحقيقة التي تبرر توقيع العقاب على هذا المتهم^(٢).

فجوهر العقوبة الإيلام، الذي يعد هدفاً مقصوداً من أهداف العقاب، ويتحقق الإيلام عن طريق المساس بحق من تُوقَّع عليه^(٣)، ويتجرد عن أي معنى من معاني التعويض الذي هو جزء في القانون المدني، والمقصود به جبر الضرر، وتختلف صور الجزاء فيتمثل غالباً في العقوبة الجنائية - سواء السجن أو الحبس أو الغرامة.

المطلب الثاني

تجريم الشريعة الإسلامية والمجتمع الدولي للاتجار بالبشر

جاءت جميع الشرائع السماوية، وعلى رأسها شريعة الإسلام الحنيف تُرسي أحكام المساواة بين البشر وتصون وتحافظ على كرامة

- (1) دكتور/ فتوح عبد الله الشاذلي - المرجع السابق ص ٢٠٥.
- (2) دكتور / رفعت رشوان - التحري والاستدلال عن جرائم الاتجار في البشر - بحث مقدم لندوة مكافحة جرائم الاتجار في البشر ووزارة الداخلية - دولة الإمارات العربية المتحدة ٢٠٠٩ ص ٨.
- (3) دكتور/ محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات - النظرية العامة للجريمة - دار النهضة العربية - الطبعة الرابعة - ١٩٧٧ ص ٧٢١.

الإنسان، فالناس جميعاً يولدون أحراراً ومتساوون في الحقوق . ثم بدأ المجتمع الدولي في تجريم الرق حديثاً منذ عام ١٧٨٣م .

وسوف نتناول في هذا المطلب موقف الشريعة الإسلامية والموقف

الدولي من خلال الفرعين التاليين :-

الأول: تجريم الشريعة الإسلامية للاتجار بالبشر.

الثاني: المكافحة الدولية للاتجار بالبشر.

الفرع الأول

تجريم الشريعة الإسلامية للاتجار بالبشر

عرف الإسلام صور الاتجار بالبشر والتي كانت عُرفاً في الجاهلية، فقد سعى الإسلام للقضاء على هذه الجرائم، فقد دعا رسول الله محمد صلى الله عليه وسلم إلى حرية الإنسان وصيانة كرامته، والقضاء على العبودية بين البشر، وأن البشر جميعهم عباد لله، فقال الله تعالى "ولقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً"^(١) . ويقتضي هذا التفضيل تحريم ظلم الإنسان وتجريم استعباده واستغلاله بأي وجه غير مشروع.

جاءت الشريعة الإسلامية هادفة إلى رعاية وحفظ الضروريات الخمس ومن بينهما العرض والمال، فقد حرم الإسلام الزنا من جملة الكبائر ورتب عليه عقوبة الجلد والرجم، لأن الزنا فعل مُشين فقال الله تعالى عنه "ولاتقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلاً"^(٢)، وكذا حرم الإسلام اللواط، وحرمت مادونهما من السلوك أو ما يكون وسيلة للوقوع فيهما كالاختلاء.

ومفهوم الدعارة والاتصال الجنسي يقابله في الشريعة الإسلامية البغاء والمقصود منه زنا المرأة، فمن اعتادت على الزنا تسمى بغي^(٣)،

(1) سورة الإسراء، الآية (٧٠).

(2) سورة الإسراء، الآية (٣٢).

(3) دكتور / ناصر بن راجح الشهراني - مكافحة الاتجار بالبشر الإطار التشريعي الوطني في المملكة العربية السعودية - الجهود الدولية في مكافحة الاتجار بالبشر - الجزء الأول - مجلة جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - الرياض ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م - ص ٢١٥.

وهذا السلوك مُحَرَّم شرعاً بنصوص القرآن الكريم ، فإذا سلكت أي امرأة سبيل الزنا والبغاء فعقوبتها حد الزنا متى توافرت الشروط المطلوبة في ذلك شرعاً ، وبالتالي فإن من يعمل على تسهيل الزنا والبغاء ، ومن يقوم علي استغلال النساء في ذلك أو الأطفال ، أو إكراههم على ذلك يُعتبر مخالفاً لتعاليم الشريعة الإسلامية ، لقوله تعالى " ولا تُكْرهُوا فتياتكم على البغاء إن أردن تحصناً لتبتغوا عرض الحياة الدنيا ومن يكرهن فإن الله من بعد إكراههن غفور رحيم" (١) .

فقد ضيق الإسلام مصادر الاسترقاق ووسع منافذ التحرر ورغب الناس في تحرير العبيد ، فقد جاءت أحاديث السنة النبوية تُظهر مدى اهتمام الشريعة الإسلامية بمنع أية أعمال تستهدف التقليل من شأن وكرامة وحریات البشر وحرمانهم من حقوقهم الشرعية التي منحها الشرع لهم ، فعن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال " من أعتق رقبة مؤمن ، أعتق الله بكل إرب منها إرباً منه من النار" وفي رواية أخرى " من أعتق رقبة ، أعتق الله بكل عضو منها عضواً من أعضائه من النار حتى فرجه بفرجه" ، بالإضافة إلى ما جاء في قول الرسول الكريم في حجة الوداع " إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا" .

وما ذكره المفسرون للقرآن أن أهل الجاهلية قبل الإسلام إذا كانت لأحدهم جارية أرسلها تزني لتأتي له بالمال ، فلما جاء الإسلام كان لعبد الله بن أبي بن سلول ، وهو من المنافقين الكفار ، جارتان يُكرههما على الزنا ويضربهما على ذلك ابتغاء المال وكسب الولد ، فلما اشتكتاه لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، أنزل الله سبحانه وتعالى قرآناً عظيماً في ذلك فقال " ولا تُكْرهُوا فتياتكم على البغاء إن أردن تحصناً لتبتغوا عرض الحياة الدنيا ومن يكرهن فإن الله من بعد إكراههن غفور رحيم" (٢) .

(1) سورة البقرة ، الآية (٢٣٢) .

(2) سورة البقرة ، الآية (٢٣٢) .

نجد في بعض المجتمعات التقليدية عملية الاتجار بالنساء عن طريق الزواج بالإكراه، ونرى البعض يحتاج بأن الدين الإسلامي يسمح بذلك، ولكن الشريعة الإسلامية تركز في بناء الأسرة الإسلامية على أن يختار كل شخص زوجه، وهذا الحق ممنوح للرجل والمرأة على السواء، غير أن الرضا والقبول يظل هو الأساس الذي يقوم عليه الزواج، فلا بد من من رضا الطرفين على الزواج في الإسلام حتى يكون الزواج صحيحاً^(١).

تحرير بيع العهر ومنع الأجير حقه في الإسلام:

لقد نزل القرآن الكريم محذراً رسول الله أن يترك العبيد أو أن يطردهم، وهم الذين بذلوا الغالي والنفيس في سبيل الدعوة، ويدعون ربهم الواحد الأحد صباحاً ومساءً، يريدون ببذلهم هذا وجه الله تعالى، لا يبتغون منصباً أو جاهاً كما يبتغي غالبية السادة فقال الله تعالى: ﴿وَأَصْبِرْ نَفْسَكَ مَعَ الَّذِينَ يَدْعُونَ رَبَّهُمْ بِالْغَدَاةِ وَالْعَشِيِّ يُرِيدُونَ وَجْهَهُ وَلَا تَعْدُ عَيْنَاكَ عَنْهُمْ تُرِيدَ زِينَةَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَلَا تُطِعْ مَنْ أَغْفَلْنَا قَلْبَهُ عَن ذِكْرِنَا وَاتَّبَعَ هَوَاهُ وَكَانَ أَمْرُهُ فُرُطًا﴾^(٢).

فقد وجدوا العبيد الكرامة والحرية في تعاليم الإسلام الإصلاحية، وفك رقابهم من طوق الفقر والذل، وخلصهم من عبادة الحجارة وسياط السادة، بل جعل منهم سادات المسلمين، حتى أثر عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه تعليقاً على حادثة شراء أبو بكر لبلال بن رباح رضي الله عنهما ليعتقه من الرق فقال: "سيدنا وأعتق سيدنا".

وعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: قال الله "ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفي منه ولم يعط أجره." فقد جعل الله نفسه خصيم لمن غادر أو خان أو ظلم غيره، فمن يبيع الإنسان

(1) دكتور / محمد يحيى مطر - مكافحة الاتجار بالأشخاص وفقاً للشريعة الإسلامية - صادرة عن مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة فيينا - موقع <http://www.unodc.org/documents/human>

سبتمبر ٢٠١٠م.
(2) سورة الكهف الآية (٢٨).

الحر ويأكل ثمنه، أو من لم يُعط الأجير حقه من الانتهاء من عمله، فقد أصبح خصيم الرحمن بارتكابه هذا الأثم الكبير، لأن فيه تعد على حقوق العباد، كما أن ذلك يدخل في الاتجار بالبشر.

وعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: **أَيُّمَا رَجُلٍ أَعْتَقَ إِمْرَأً مُسْلِمًا اسْتَقْتَدَ اللَّهُ بِكُلِّ عَضْوٍ مِنْهُ عَضْوًا مِنَ النَّارِ**^(١).

فجعل الإسلام الاتجار بالبشر من أبواب الخيانة والغدر والظلم، والله عز وجل خصم لجميع الغادرين، إلا أنه أراد التشديد على هذه الأصناف الثلاثة، فقد ارتكبوا جرماً شنيعاً يتعلق بمقوق الإنسان، فأحدهم غدر بأخيه الإنسان، فعاهده عهداً وحلف عليه بالله ثم نقضه، والثاني باع أخاه الإنسان الحر، والثالث أكل مال أخيه الإنسان الأجير، وهو داخل في إثم المتاجرة بالبشر كالثاني؛ لأنه استخدمه بغير حق، وخالف الأمر النبوي: **"أَعْطِ الْأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عَرْقُهُ"**

بيد أن المشرع الإسلامي الكريم حرم بيع الأحرار، وناهض تجارة البشر بالبشر، وحرم إكراه الفتيات على ممارسة البغاء فقال الشارع الحكيم: **"وَلَا تُكْرَهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لَتَبْتُّوْا عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا"**^(٢).

إلى جانب أن جريمة الاتجار بالبشر تنتهك حق الإنسان في الحرية، وتنتهك حقوق الأطفال والنساء في العيش في بيئة آمنة صالحة، فهي تنزعهم من أسرهم ومن بين آبائهم وأمهاتهم إلى جحيم الاستغلال الجنسي والسخرة والتعذيب النفسي والجسدي، وكلها مظاهر حرمها الإسلام وحاربها نبينا محمد نبي الإسلام صلى الله عليه وسلم.

هكذا كان المنهج النبوي في التعامل مع مظاهر الاسترقاق والاتجار بالبشر؛ ليسجل أمام الله تعالى ثم التاريخ أن النظام الإسلامي هو أول نظام في تاريخ البشرية ناهض الاسترقاق وحارب المتاجرة بالبشر.

(1) صحيح البخاري - باب العتق وفضله - الجزء الثاني - ص ٨٩٠.

<http://www.islamweb.net>

(2) سورة النور: الآية (٣٣).

الفرع الثاني

المكافحة الدولية للاتجار بالبشر

بدأت الخطوات الأولى في القضاء على العبودية والاتجار بالرقيق في العالم عام ١٧٨٣م عندما قدم مجموعة الكويكرز الانجليزية عريضة ضد العبودية، ثم توالى بعد ذلك القوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية بتجريم مثل هذه التجارة.

ويرى غالبية الفقهاء أن الاتجار بالبشر هو نوع من العبودية القديمة بل أشد خطراً منها^(١)، لأنها تُدار بطريقة منظمة عن طريق المنظمات والتنظيمات الإجرامية لتحقيق المكاسب الخرافية غير المشروعة من وراء هذه الجريمة؛ فهي تمثل مخالفة للشريعة الإسلامية كما أنها مخالفة لجميع الشرائع السماوية الأخرى، فالعبودية قديماً كانت بقوة السلاح، أما جرائم الاتجار بالبشر والموجودة في العالم حالياً فهي بقوة الفقر والجوع والحاجة إلى المال.

وينظر الكثيرون إلى هذه التجارة غير المشروعة باعتبارها مظهراً حديثاً من مظاهر تجارة الرقيق التي نادى بتجريمها كثيراً من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، ومن أجل التعامل مع ظاهرة الاتجار بالبشر، والتي انتشرت بشكل كبير وتخطت الحدود القومية.

فلقد تبنى المجتمع الدولي مجموعة من التشريعات والاتفاقيات الدولية والتي بدأت بالصك العام الموقع في برلين عام ١٨٨٥م والمتعلق بمنع الاتجار بالبشر، ثم الإتفاق الدولي لقمع الاتجار بالرقيق الأبيض في باريس عام ١٩٠٤م، ثم الإتفاقية الدولية لقمع الاتجار بالرقيق الأبيض الموقعة في باريس عام ١٩١٠م، ثم إتفاقية سان جرمان - إن - لاي في فرنسا عام ١٩١٩م للقضاء على عمليات الاتجار بالبشر والإسترقاق، وإتفاقية قمع الاتجار بالمرأة والأطفال المبرمة في جنيف عام ١٩٢١م، وإعلان جنيف لحقوق الطفل عام ١٩٢٤م، والإتفاقية الدولية لقمع

(١) هاني السبكي - عمليات الاتجار بالبشر - دار الفكر الجامعي - الطبعة الأولى ٢٠١٠

الاتجار بالراشادات المبرمة في جنيف عام ١٩٣٣م، البروتوكول الموقع في ليك سكسس عام ١٩٤٧م، المعدل لإتفاقية قمع الاتجار بالمرأة والأطفال المبرمة في جنيف عام ١٩٢١م، والمعدل للإتفاقية الدولية لقمع الاتجار بالراشادات المبرمة في جنيف عام ١٩٣٣م، وإتفاقية منظمة العمل الدولية رقم ١٨٢ لسنة ١٩٩٩م الخاصة بحظر أسوأ أشكال عمل الأطفال والإجراءات الفورية للقضاء عليها المصدق عليها بموجب قرار رئيس الجمهورية رقم ٦٩ لسنة ٢٠٠٢م.

وخلال الفترة من ١٩٥٠م وحتى ١٩٦٠م عملت المنظمات الخيرية في بعض الدول النامية على تبني الأطفال، وكذا العمل على توفير فرص لتبني الأطفال الذين لايتاح لهم مثل ذلك في بلادهم الأصلية^(١). كما سنت الأمم المتحدة، إتفاقية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والتي أقرها مؤتمر باليرمو في إيطاليا عام ٢٠٠٠م. ثم البروتوكول المكمل للإتفاقية السابقة والمتعلق بمنع وقمع ومعاقبة الاتجار بالبشر، خاصة النساء والأطفال عام ٢٠٠٤م، ويهدف هذا البروتوكول إلى إيجاد شكل أفضل للتعاون الدولي من أجل مكافحة تلك الجريمة ومعاقبة المتورطين فيها^(٢). والبروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلالهم في البغاء في ١٢ يوليو ٢٠٠٢م، ثم الإتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري عام في ديسمبر ٢٠٠٦م. ومن ناحية أخرى، تقدر منظمة محاربة الرق الدولية^(٣) أن هناك ما لا يقل عن ٢٠ مليون شخص حول العالم يعملون بنظام السخرة. ولقد

- (1) دكتورة / فتحية محمد قوراري - المواجهة الجنائية لجرائم الاتجار بالبشر - مرجع سابق ص ١٨٠.
- (2) بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية الذي اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٢٥ الدورة الخامسة والخمسون المؤرخ في ١٥ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠٠٠.
- (3) تأسست هذه المنظمة عام ١٨٣٩، وهي من أعرق المنظمات الدولية المختصة بحقوق الإنسان في العالم ومقرها المملكة المتحدة وتعمل حصرياً في مجال محاربة الرق وكل الممارسات الشبيهة به.

صدر مؤخراً تقريراً عن مكتب الأمم المتحدة للمخدرات والجريمة، يوضح أن عصابات الجريمة المنظمة التي تطف وراء ظاهرة الاتجار بالبشر غالباً ما تكون متعددة الجنسيات من حيث هوية أعضائها ونطاق عملياتها، وبالتالي فإن المشكلة بالفعل مشكلة عالمية.

وبعد الحرب العالمية الثانية صدر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الأوروبي لحقوق الإنسان وأكدوا على حظر الاتجار بالبشر والرقيق واعتبرا العبودية أعمالاً غير أخلاقية وغير قانونية.

كما صدر القانون الأمريكي لحماية ضحايا الاتجار بالبشر في عام ٢٠٠٠^(١) والتعديلات التي أدخلت عليه في عام ٢٠٠٣ وعام ٢٠٠٥، حيث أن إعلان الاستقلال الأمريكي وهو أحد الوثائق المؤسسة للدولة يعترف بأن كرامة الإنسان وقيمه صفتان متأصلتان في جميع أفراد الجنس البشري، وأنهم جميعاً متساوون، وأن الخالق منحهم حقوقاً مشروعة لا يجوز حرمانهم منها، ومن هذه الحقوق عدم الخضوع للعبودية وعدم تسخيرهم في العمل رغماً عنهم ودون إرادتهم.

المبحث الثاني

الجوانب الموضوعية لمكافحة الاتجار بالبشر

التصدي لهذه الجريمة سواء على المستوى الوطني أو على المستوى الدولي مسألة إنسانية بالدرجة الأولى، لأنه يمثل نوع من إهدار القيمة الإنسانية والكرامة التي منحها الله سبحانه وتعالى للبشر، كما إن ظاهرة الاسترقاق والاستعباد لاتليق ولاتنفق مع التفوق التقني الذي أحرزه الإنسان في الوقت الحاضر^(٢).

(1) PUBLIC LAW 106-386—OCT. 28, 2000
VICTIMS OF TRAFFICKING AND VIOLENCE
PROTECTION ACT OF 2000, 114 STAT. 1464
PUBLIC LAW 106-386—OCT. 28, 2000. <http://www.state.gov/documents/organization/10492.pdf>

(2) دكتور / معن خليل العمر - جرائم مستحدثة - الطبعة الأولى ٢٠١٢ - دار واائل للنشر - ص ٤٥.

وغني عن البيان أن هناك منظمات دولية وتشريعات قانونية وتنظيمات حقوقية إنسانية تعمل على كشف هذه الممارسات الإنسانية وغير القانونية وتقرر لها الحماية الجنائية التي تحارب المتاجرين في البشر وتصور الكرامة الإنسانية^(١).

في الحقيقة أن مناط التجريم والعقاب في الأنظمة الجنائية المعاصرة هو ما ينطوي على أنماط السلوك المجرمة من عدوان على مصالح المجتمع وقيمه . سواء تتعلق بحقوق الأفراد الكائنين تحت لوائه أو كانت عامة تتصل بكيان الجماعة^(٢).

لذلك يرى جانب من الفقه أنه من الضروري تبني خمسة مبادئ أساسية يجب أن يحتويها أي تشريع بشأن مكافحة جرائم الاتجار بالبشر. أولاً: يجب على القوانين أن تُعرف جميع أشكال الاتجار بالأشخاص كجرائم معينة تتطلب عقوبات صارمة. ثانياً: يجب على هذه القوانين أن تُحدد الشخص الذي أصبح ضحية فعل جرمي مؤهل للتمتع بحقوق الإنسان الأساسية، مع الأخذ بعين الاعتبار ليس فقط بوضع الضحية بل أيضاً الضحية الثانوية، والضحية السهلة والضحية المحتملة والضحية المفترضة. ثالثاً: يجب على الدول أن تتبنى بشكل إجمالي خمسة مبادئ لمكافحة الاتجار بالأشخاص بما في ذلك المنع والحماية والمساعدة والمحاكمة والمشاركة. رابعاً: على القوانين أن تستهدف جميع المشاركين في أي عملية الاتجار بالأشخاص سواء أكان شخصاً طبيعياً أو قانونياً أو شخصاً عادياً أو عاماً. خامساً: على الدول أن تعترف بأن الاتجار بالأشخاص هي جريمة عابرة للدول تستدعي سياسات دولية، بحيث يجب أن يشمل ذلك بصفة خاصة ما يتجاوز التشريعات الوطنية واسترداد المجرمين وتبادل المعلومات^(٣).

- (1) دكتور / معن خليل العمر - جرائم مستحدثة - المرجع السابق - ص ٤٥.
- (2) دكتور/ مصطفى مصباح دبارة - وضع ضحايا الإجرام في النظام الجنائي - رسالة دكتوراة - كلية الحقوق جامعة الإسكندرية ١٩٩٦م ص ٣٤٨.
- (3) دكتور/ محمد مطر - أحكام قانونية عامة لمكافحة الاتجار بالبشر من منظور دولي مقارن - منشور على شبكة الانترنت ص ٤ . على موقع

www.protectionproject.org

وسوف نتناول جرائم الاتجار بالبشر في كل من بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لسنة ٢٠٠٠^(١) والتشريعات المصري والإماراتي والفرنسي في ثلاثة مطالب وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول: بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال.

المطلب الثاني: جرائم الاتجار بالبشر في القانون المصري.

المطلب الثالث: جرائم الاتجار بالبشر في القانون الإماراتي.

المطلب الرابع: جرائم الاتجار بالبشر في القانون الفرنسي.

المطلب الأول

بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال. على الرغم من وجود مجموعة من الوثائق الدولية السابقة المشتملة على قواعد وتدابير عملية لمكافحة استغلال البشر، وبخاصة النساء والأطفال، إلا أنه لا يوجد وثيقة موحدة تتناول جميع جوانب الاتجار بالبشر، الأمر الذي حدا بالمجتمع الدولي إلى إبرام وثيقة مسماة بالبروتوكول الأول لمنع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال والمكملة لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لسنة ٢٠٠٠م^(٢).

وتناول هذا البروتوكول جرائم الاتجار بالبشر فنص على أنه يقصد بتعبير "الاتجار بالأشخاص" تجنيد أشخاص أو نقلهم أو تنقلهم أو إيواؤهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو استغلال السلطة أو

(1) اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢٥ الدورة الخامسة والخمسون المؤرخ في ١٥ تشرين الثاني / نوفمبر ٢٠٠٠م.

(2) دكتور / رفعت رشوان - التحري والاستدلال. عن جرائم الاتجار في البشر مرجع سابق - ص ١٥.

استغلال حالة استضعاف، أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال. ويشمل الاستغلال، كحد أدنى، استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي، أو السخرة أو الخدمة قسراً، أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرقيق أو الاستعباد أو نزع الأعضاء.

ومن هذا التعريف أظهر البروتوكول الأشكال الأسوأ للاتجار بالبشر على أنها الاتجار بالجنس سواء من خلال عمل جنسي تجاري يتم بالقوة أو الاحتيال أو الإكراه، أو الذي يتم فيه إغواء شخص لمثل هذا العمل لم يبلغ ثماني عشرة سنة من العمر، وكذلك تجنيد أو إيواء أو نقل أو الحصول على شخص للعمل أو للخدمات عن طريق استخدام القوة أو الاحتيال أو الإكراه بهدف تعريضه للعمالة الإجبارية أو أعمال السخرة أو عبودية الديون أو العبودية⁽¹⁾.

وبموجب هذا البروتوكول الصادر عن الأمم المتحدة، فإن الناس قد يكونون ضحايا الاتجار بالبشر بغض النظر عما إذا كانوا قد ولدوا في حالة من العبودية أو نقلوا إلى ذلك الوضع الاستغلالي، سواء وافقوا ذات مرة على العمل لصالح مهرب أو شاركوا في ارتكاب جريمة نتيجة خضوعهم لأعمال الاتجار بالبشر⁽²⁾.

فيعتبر الاتجار بالبشر نوعاً من العبودية الحديثة، فهو شكل عصري واسع الانتشار، وهي جرائم ضد الإنسان في ذاته، وامتهان لكرامته، حيث تُمارس هذه الجرائم من خلال الجريمة المنظمة، وتقوم بها عصابات إجرامية منظمة ومحترفة، محور نشاطها والمصدر الرئيس لدخلها الإجرامية،

- (1) دكتور/ أحمد لطفي السيد مرعي - إستراتيجية مكافحة جرائم الاتجار بالبشر - دراسة مقارنة - دراسة مقبولة للنشر بمجلة جامعة الملك سعود (الأنظمة والعلوم السياسية) - ونشرت بمصر لدى دار النهضة العربية ٢٠٠٩ من موقع www.law.net
- (2) تقرير عام ٢٠١١ حول الاتجار بالبشر - تقدمه وزارة الخارجية للكونجرس الأمريكي usembassy.gov.iiipdigital بتاريخ ٢٩ يونيو ٢٠١١ م.

مستهدفة بذلك الحصول على كسب المبالغ المالية الضخمة بصورة سريعة ومبتكرة^(١).

لذا تعتبر جرائم الاتجار بالبشر من أشكال الجريمة المنظمة، وقد أصبحت ظاهرة عالمية معقدة ومتداخلة وتتخطى الحدود الوطنية، وعلى الرغم من التطور الحضاري والتكنولوجي الهائل الذي اجتاح العالم في العصر الحاضر إلا أن القيم الأخلاقية والإنسانية تعيش حالة انحطاط سيئة لم يسبق لها مثيل^(٢).

ومما تجدر الإشارة إليه أن هذا التعريف في الفقرة الأولى من المادة الثالثة من بروتوكول منع وقمع الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال تناول الأفعال المتمثلة في تجنيد أشخاص أو نقلهم أو تنقيطهم أو إيوائهم أو استقبالهم. بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو إساءة استعمال السلطة أو إساءة استغلال حالة استضعاف أو إعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على الضحية. لأغراض الاستغلال التي تتضمن الاستغلال في حده الأدنى، استغلال الأشخاص للعمل في البغاء^(٣)، أو أية أشكال أخرى من الاستغلال الجنسي، أو الإكراه على العمل أو الخدمات؛ فضلاً عن العبودية، أو الممارسات المشابهة

(١) لواء دكتور/ محمد فتحي عيد - عصابات الإجرام المنظم ودورها في الاتجار بالأشخاص - مجموعة أبحاث تحت عنوان مكافحة الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية - مجلة جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - الطبعة الأولى - الرياض ٢٠٠٥ ص ١٠.

(٢) دكتور/ عبادة التوايهة - الاتجار بالبشر ثالث أكبر نشاط إجرامي في العالم - المرجع السابق.

(٣) تقول محكمة القاهرة العسكرية " أن البغي هي من تتخذ من تسليم جسمها لغرض جنسي لأي راغب فيه بلا تفريق ولا اختيار وبمقابل نقدي حرفة للكسب... ويتفرغ على ذلك أن المرأة السيئة السلوك والمعوجة السير لا يمكن أن تعتبر بغيًا مهما بلغت من سوء السلوك ما لم تتخذ من ارتكاب الفحشاء - برفة لها " حكم ٣ سبتمبر سنة ١٩٤٢ بحاماة عدد ٨، ٩، ١٠ س ٢٢ رقم ٢٧٤ ص ٢٠٠. مشار إليه دكتور / محمد نيازي حتاتة - جرائم البغاء - دراسة مقارنة - الطبعة الثانية مكتبة وهبة القاهرة - سنة ١٩٨٣.

للعبودية؛ أو العمل الشاق الجبري، أو إزالة الأعضاء استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي أو السخرة أو الخدمة قسراً أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستبعاد أو نزع الأعضاء^(١).
وقد جاء القسم الثاني من البروتوكول محدداً لأحكام حماية ضحايا الاتجار بالأشخاص Protection of trafficked persons، فتناولت المادة السادسة بيان الوسائل والإجراءات اللازمة لمساعدة ضحايا الاتجار بالأشخاص وحمايتهم. ومن هذه الوسائل والإجراءات جعل الإجراءات القانونية المتعلقة بمكافحة ذلك الاتجار سرية، وذلك صوناً للحرمة الشخصية للضحايا. فضلاً عن توفير الرعاية والضمانات لحقوقهم الأساسية مثل الرعاية الصحية عند اقتضاها والمأوى اللائق والمساعدة القانونية لتعريفهم بحقوقهم القانونية. وفرص توفير التعليم والعمل وإمكانية الحصول علي التعويض المادي الجابر للأضرار التي لحق بهم سواء الأضرار المادية أو الأدبية^(٢).

وقد اهتمت المادة السابعة بتناول وضع ضحايا الاتجار بالأشخاص في الدول المستقبلية وذلك بإمكانية بقائهم في أراضيتها سواء بصورة دائمة أو مؤقتة مع مراعاة الجوانب الإنسانية عند اتخاذ القرار في هذا الشأن. كما جاءت المادة الثامنة بتحديد البديل لما هو وارد بالمادة السابقة، وذلك ببيان أحكام إعادة ضحايا الاتجار بالأشخاص إلي أوطانهم، وذلك بوضع بعض الالتزامات علي الدولة الطرف التي يكون ضحايا الاتجار بالأشخاص من رعاياها أو كانوا يتمتعون بحق الإقامة الدائمة فيها مثل تسهيل عودتهم إلي بلدانهم بصورة آمنة مع التحقق من صفتهم كضحايا

(1) هاني فتحي جورجي، جريمة الاتجار بالأشخاص.... والجهود المصرية لمكافحةها والقضاء عليها، بحث مقدم للندوة الإقليمية التي ينظمها برنامج الأمم المتحدة الإنمائي حول الجرائم المنظمة والعبارة للحدود، في القاهرة في الفترة من ٢٨ - ٢٩ مارس ٢٠٠٧، ص ٥.

(2) هاني فتحي جورجي - دور النيابة العامة المصرية في مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والاتجار في الأفراد - مرجع سابق.

<http://www.f.law.net/law/showthread.php?>

لهذا النشاط غير المشروع، فضلاً عن توفير الوثائق اللازمة لسفرهم في حالة فقدهم إياها مع الأخذ في الاعتبار أية اتفاقات أو ترتيبات ثنائية متعددة الأطراف تحكم عودة هؤلاء الضحايا^(١).

ولإضفاء الحماية على ضحايا الاتجار بالبشر فإن البروتوكول قد اعتبر أن هذه الجريمة تتوافر في حق فاعليها حتى ولو تمت بناءً على موافقة ورضاء الضحية على استغلاله في أحد الأعمال المنصوص عليها في البروتوكول، ومعنى ذلك أن رضاء المجني عليه باستغلاله لا يعتبر سبباً مبيحاً للجريمة أو يعفي الجاني من المسؤولية والعقاب، كما دعا البروتوكول أيضاً الدول المنضمة إليه للمبادرة بتجريم الاتجار بالبشر حتى ولو توقف حد الشروع في ارتكاب الجريمة أو مجرد المساهمة في ارتكابها بطريق التواطؤ أو التنظيم والتوجيه، وهو الأمر الذي يعني مزيداً من إحكام السيطرة على ملاحقة الجماعات الإجرامية المنظمة^(٢).

فضعف نظام العقوبات يسمح للمتاجرين بالبشر بالإفلات من العقوبة، وبالتالي تزدهر هذه التجارة، وأن المتاجرين بالبشر يستغلون ضعف الملاحقة القانونية، وقلة التعاون الدولي في هذا الشأن، وأن ضعف معدل إدانة مرتكبي جريمة الاتجار بالبشر يثير قلقاً كبيراً ويحتاج إلي مواجهة.

المطلب الثاني

جرائم الاتجار بالبشر في القانون المصري

اهتم المشرع المصري بوضع تعريف لهذه الجريمة في القانون رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠^(٣) بشأن الاتجار بالبشر حيث عرفها في المادة الثانية حيث نص

- (1) هاني فتحي جورجي - دور النيابة العامة المصرية في مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والاتجار في الأفراد - المرجع السابق
<http://www.f.law.net/law/showthread.php?>
- (2) هاني فتحي جورجي - دور النيابة العامة المصرية في مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والاتجار في الأفراد - المرجع السابق
<http://www.f.law.net/law/showthread.php?>
- (3) الجريدة الرسمية العدد ١٨ مكرر في ٩ مايو سنة ٢٠١٠.

على أنه " يُعد مرتكباً لجريمة الاتجار بالبشر كل من يتعامل بأية صورة في شخص طبيعي بما في ذلك البيع أو العرض للبيع أو الشراء أو الوعد بهما أو الاستخدام أو النقل أو التسليم أو الإيواء أو الاستقبال أو التسلم سواء في داخل البلاد أو عبر حدودها الوطنية - إذا تم ذلك بواسطة استعمال القوة أو العنف أو التهديد بهما، أو بواسطة الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع، أو استغلال السلطة، أو استغلال حالة الضعف أو الحاجة، أو الوعد بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا مقابل الحصول علي موافقة شخص علي الاتجار بشخص آخر له سيطرة عليه - و ذلك كله إذا كان التعامل بقصد الاستغلال أيا كانت صوره بما في ذلك الاستغلال في أعمال الدعارة و سائر أشكال الاستغلال الجنسي، و استغلال الأطفال في ذلك و في المواد الإباحية أو السخرة أو الخدمة قسراً، أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستبعاد، أو التسول، أو استئصال الأعضاء أو الأنسجة البشرية، أو جزءاً منها".

فالمشرع المصري وضع أفعالاً محددة لكي يُعتبر الشخص قد ارتكب جريمة الاتجار بالبشر، وهي البيع أو العرض للبيع أو الشراء أو الوعد بهما أو الاستخدام أو النقل أو التسليم أو الإيواء أو الاستقبال أو التسلم سواء في داخل البلاد أو عبر حدودها الوطنية، فالمشرع لا يُجرّم الأفعال من أجل التجريم، وإنما باعتبار هذا التجريم وسيلة لحماية مصلحة بعينها، كما في هذا النوع من الجرائم وهو الإنسان الطبيعي لصون كرامته وإنسانيته، وأيضاً صون حرته وحماية جسده^(١).

وهنا نجد أن المشرع المصري قد حدد الأفعال، ومعنى ذلك أن كل منها يكون سلوكاً بمفرده تقوم عليه الجريمة، فتعدد السلوك مع تحقق النتائج المترتبة عليه يعطي شكل التعدد المادي بين الجرائم، والصفة التي تميز التعدد المادي هنا هي استقلال كل فعل في عناصره عن تلك العناصر

(١) دكتور/ مأمون محمد سلامة - قانون العقوبات القسم العام - الطبعة الرابعة - دار الفكر العربي - ١٩٨٣ - ١٩٨٤ - ص ٩٥.

المكونة للأفعال الأخرى. كما أنه يلزم لتوافر التعدد المادي بين هذه الجرائم ألا يكون قد صدر حكم نهائي في أحدها^(١).

ونرى أن المشرع المصري قد وضع أفعالاً محددة لكي يُعتبر الشخص قد ارتكب جريمة الاتجار بالبشر، ولم يذكرها بروتوكول الأمم المتحدة وهي التعامل بأية صورة في شخص طبيعي بما في ذلك البيع أو العرض للبيع أو الشراء أو الوعد بهما أو الاستخدام. وكان الأجدر أن ينص على مثل هذه الأفعال في هذا البروتوكول.

فقد أصاب المشرع المصري عند التوسع في تحديد الأعمال التي تُعد من النشاط الإجرامي فذكر التعامل بأية صورة في شخص طبيعي بما في ذلك البيع أو العرض للبيع أو الشراء أو الوعد بهما، وهذه إضافة يحمّد عليها المشرع المصري لما نجده في الواقع العملي من عمليات البيع والشراء في الإنسان، فنرى في الواقع من يقوم بشراء طفل من والديه بسبب قسوة الفقر، ويقدم لهم أموالاً كثيرة مقابل ذلك، ويقوم ببيع هذا الطفل لأسرة من الأثرياء الذين لم يرزقهم الله تعالى بالأطفال وحرّمهم من الإنجاب، أو كمن يزوج ابنته لأحد الأثرياء العرب مقابل مهر كبير من المال، ويقوم هذا الزوج باسغلالها في أعمال الدعارة والجنس، أليس هذا بيعاً، ومن هذا المنطلق جرّم المشرع المصري هذه الصور من التعامل في الشخص الطبيعي بأي صورة وذلك لما فيه من صون لكرامة الإنسان^(٢).

وقد عرف المشرع المصري في المادة الأولى البند ٣ أن المجني عليه هو الشخص الطبيعي الذي تعرض لأي ضرر مادي أو معنوي، وعلي الأخص الضرر البدني أو النفسي أو العقلي أو الخسارة الاقتصادية إذا

(1) دكتور/ مأمون محمد سلامة - المرجع السابق ص ٥٣٣.

(2) وبالرغم من أن مصر لا تقع ضمن المنطقة الحمراء فيما يتعلق بالاتجار بالأطفال فهي ليست دولة مصدرة أو مستوردة، ولكنها نتيجة لظروفها الجغرافية ولوقوعها المتوسط أصبحت معبراً يتم استخدامه في هذه الجريمة، ونظراً لخطورة هذه التجارة وتأثيرها السلبي على المجتمع المصري تبذل الحكومة المصرية جهود كبيرة لتنفيذ التزاماتها الدولية في مجال مكافحة الجريمة المنظمة وخاصة ظاهرة الاتجار بالبشر.

كان الضرر أو الخسارة ناجمين مباشرة عن جريمة من الجرائم المنصوص عليها في القانون.

ولكن الجريمة قد تضر بأشخاص آخرين غير المجني عليه^(١)، إلا أنه ليس كل مضرور من الجريمة يعتبر مجنياً عليه، حيث أن المشرع يعطي المجني عليه حقوقاً لا تثبت للمضرور وقد يعطي القانون للمضرور من الجريمة الحق في الادعاء المدني أمام القضاء الجنائي ورفع الدعوى المباشرة دون التقيد بثبوت صفة المجني عليه^(٢).

ومما سبق نجد أن المشرع قد بين الأفعال التي يقوم بها الجاني في هذه الجرائم، ثم حدد من هو المجني عليه بأنه الشخص الطبيعي، ومؤدى ذلك أن هذه الجرائم لا يمكن أن تقع على الشخص الاعتباري، لإستحالة استخدامه كمجني عليه في أعمال الدعارة أو الاستغلال الجنسي أو أعمال السخرة والاسترقاق، بل يمكن أن يكون جانياً ومرتكباً لمثل هذه الجرائم. فتعدد الوسائل يعني ذلك أن الجاني قد يتخذ من هذه الوسائل وسيلة واحدة أو أكثر، فمثلاً قد يستعمل الجاني القوة أو العنف أو التهديد بهما لإجبار المجني عليه على تنفيذ ما يطلبه منه من جرائم، أو قد يستعمل الحيلة والخداع أو الاحتيال للوصول إلى مراده في الإيقاع بالضحية.

وقد حدد المشرع المصري — كمنظرائه الإماراتي والفرنسي — الوسائل التي تتم بها هذه الجرائم، وهي استعمال القوة أو العنف أو التهديد بهما، أو بواسطة الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع، أو استغلال السلطة، أو استغلال حالة الضعف أو الحاجة، أو الوعد بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا مقابل الحصول على موافقة شخص علي الاتجار بشخص آخر له سيطرة عليه.

(١) يُعبر البعض عن المجني عليه بلفظة الضحية. فالمجني عليه هو الضحية. وهو من وقعت عليه أفعال الإعتداء وهو ما يوصف بالجريمة. بينما يرى البعض أنه الضحية المباشر للجريمة وذلك للتمييز بين المجني عليه الخاص وهو الشخص الذي وقع الإعتداء على حق من حقوقه. والمجني عليه العام وهو المجتمع. وللمزيد راجع الدكتور / محمد عبد اللطيف عبد العال مفهوم المجني عليه في الدعوى الجنائية - دار النهضة العربية ٢٠٠٦ ص ١٥.

(٢) دكتور / مأمون محمد سلامة - المرجع السابق ص ٩٧.

وبالرغم من أن الاتجار بالبشر وتهريب المهاجرين أو الهجرة غير الشرعية يتضمنان دفع مبلغ من المال لنقل أشخاص بشكل غير قانوني عبر الحدود، فإن الاختلاف بينهما هو أنه في حالة التهريب، يكون للمهاجرين رغبة وحرية الإرادة بعد عبورهم الحدود، وتنتهي مهمة المهرب حال وصول الهارب إلى بلد المقصد، بينما في حالة الاتجار، فلا تنتهي مهمة التاجر بل تبدأ ويكون الأفراد المتاجر فيهم في حالة من سوء المعاملة وفي حالة سخرة^(١).

وعلاوة على ذلك، فإنه ليس بالضرورة أن يكون الاتجار عبر الحدود، إذ يمكن أن يحدث في نفس البلد، مادامت عناصره متوافرة، فيجب أن ينطوي الاتجار على شكل ما غير سليم من أشكال التجنيد (التطوع) كالقسر أو الحيلة والخداع أو الاستغلال لسلطة ما^(٢).

فالهجرة غير المشروعة تعني أن المهاجرين يدخلون البلاد بدون الحصول على تأشيرات أو أذونات مسبقة أو لاحقة وهذا يعد موافقة الدولة على الدخول إليها، وتعاني الدول الصناعية منها من هذه المشكلة وذلك لتوافر فرص العمل^(٣).

ويجب أن يكون الفعل قد تم القيام به لأجل غرض استغلالي ما مع أن ذلك الغرض لا يلزم فيه بالضرورة أن يكون قد تحقق فعلاً في الاتجار بالبشر يعتبر مصدر الربح الرئيسي الذي يعود على مرتكبي الجريمة والقوة الدافعة الاقتصادية الكامنة خلف ارتكاب هذا الجرم، فكلاهما ضمن إطار العوائد التي تتأتى من استغلال الضحايا في البغاء أو السخرة أو العمل القسري أو بأي طريقة أخرى.

- (١) دكتور / معن خليل العمر - جرائم مستحدثة - مرجع سابق ص ٥٣.
- (٢) المستشار / عادل ماجد - مكافحة جرائم الاتجار بالبشر في الاتفاقيات الدولية والقانون الوطني لدولة الإمارات العربية المتحدة - الجهود الدولية في مكافحة الاتجار بالبشر - مرجع سابق ص ١٢٧.
- (٣) دكتور / عثمان الحسن محمد نور، دكتور / ياسر عوض الكريم المبارك - الهجرة غير المشروعة والجريمة - جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - مركز الدراسات والبحوث (٤٣٣) الرياض ٢٠٠٨ م ص ٧٠.

وأما في تهريب المهاجرين فإن أجرة التهريب التي يدفعها المهاجر غير المشروع هي مصدر الريح الرئيسي ولا يوجد عادة أي علاقة مستمرة بين مرتكب الجرم والمهاجر، بعد أن يكون ذلك المهاجر قد وصل إلى وجهته المقصودة، كما أن الاختلاف الرئيسي الآخر بين تهريب المهاجرين والاتجار بالبشر هو أن هذا التهريب ينطوي دائماً على طابع عابر للحدود الوطنية، وأما الاتجار بالبشر لا يشترط أن يكون عابراً للحدود وإنما قد يحدث داخل حدود الدولة ولكن مع أن تهريب المهاجرين والاتجار بالأشخاص هما جريمتان متميزتان فإنهما يمثلان أيضاً مشاكل إجرامية متداخلة فيما بينها^(١).

المطلب الثالث

جرائم الاتجار بالبشر في القانون الإماراتي

نجد على مستوى دولة الإمارات العربية، وعلى مستوى معظم الدول كذلك، وبالرغم من القناعة الفكرية والاجتماعية والقانونية لديها بأن جريمة الاتجار بالبشر تمثل خرقاً لكل من مبادئ الشريعة الإسلامية، وللنظام الأساسي للدولة، وقانون العقوبات الإتحادي، وقانون العمل، وبالإضافة إلى عدم رضا العرف العام وأيضاً التقاليد السائدة في المجتمع الإماراتي، والتزاماً منها بالعديد من الاتفاقيات الدولية الموقعة بينها وبين المنظمات الدولية.

لذا نجد أن الدستور الإماراتي الصادر عام ١٩٧١م قد نص في مادته الرابعة والثلاثون على أن "كل مواطن حر في اختيار عمله أو مهنته أو حرفته في حدود القانون، وبمراعاة التشريعات المنظمة لبعض هذه المهن والحرف، ولا يجوز فرض عمل إجباري على أحد إلا في الأحوال الاستثنائية التي ينص عليها القانون، وبشرط التعويض عنه، لا يجوز استعباد أي إنسان".

(١) دكتور / عثمان الحسن محمد نور، دكتور / ياسر عوض الكريم المبارك - الهجرة غير المشروعة والجريمة - المرجع السابق ص ١٨.

فهذه المادة قد حظرت فرض الأعمال على الأشخاص بصورة جبرية إلا في الأحوال الإستثنائية والتي ينص عليها القانون، وقد اشترطت هذه المادة في هذه الحالة الإستثنائية التعويض عن تلك الأعمال التي أُجبر على القيام بها. كما أن نفس المادة حظرت من استعباد أي إنسان ومن هنا حُرِّم الدستور الإماراتي الرق والعبودية^(١).

ومن ثم نجد أن المشرع في دولة الإمارات العربية قد أولى الاهتمام بهذه الجرائم فقد أصدر قانون العقوبات الاتحادي في عام ١٩٨٧م وعمل على مكافحة جرائم الاتجار بالبشر عندما نص في المادة رقم ٣٤٦ على أنه "يعاقب بالسجن المؤقت من أدخل في البلاد أو أخرج منها إنسانا بقصد حيازته أو التصرف فيه وكل من حاز أو اشترى أو باع أو عرض للبيع أو تصرف على أي نحو في إنسان على اعتبار أنه رقيق".

وهذه المادة اعتبرت من هذه الجرائم جنائية حيث عاقبت عليها بالسجن المؤقت. كما حددت بعض الأفعال التي تدخل تحت هذه الجرائم منها إدخال أو إخراج شخص إلى أو من البلاد بقصد حيازته أو التصرف فيه، فقد اعتبرت هذه الفقرة الإنسان سلعة يمكن التحكم فيها بالحيازة والتصرف فيها، وكذا عاد المشرع في نفس المادة وقام بتفسير الفقرة السابقة من المادة - ويُحمد له ذلك - حيث كرر لفظ كل من حاز أو باع أو عرض للبيع أو تصرف على أي نحو في إنسان، وزاد في الإيضاح بقوله على اعتبار أنه رقيق.

الدليل المادي الملموس على ما سبق أن دولة الإمارات العربية قد أصدرت القانون رقم ٨ لسنة ١٩٨٠م بشأن تنظيم علاقات العمل الإماراتي الاتحادي^(٢)، فقد جاءت نصوص هذا القانون منظمة للعلاقة بين

(١) دكتورة / فتيحة محمد قورايه المواجهة الجنائية لجرائم الاتجار بالبشر - مرجع سابق ص ١٨١.

(٢) ومن بين مواد هذا القانون والتي أهتمت بالحدث المادة ٢٠ والتي نصت على أنه لا يجوز تشغيل الأحداث من الجنسين قبل تمام سن الخامسة عشرة. والمادة ٢٩ التي تناولت تشغيل النساء فقد نصت على أنه يحظر تشغيل النساء في الأعمال الخطرة أو الشاقة أو الضارة صحياً أو أخلاقياً وكذلك في الأعمال الأخرى التي يصدر بتحديددها قرار من وزير العمل والشئون الإجتماعية بعد استطلاع رأي الجهات المختصة.

العامل وصاحب العمل من حيث التزامات كلاً من الطرفين وعدد ساعات العمل والراحة والأجر والاهتمام بصحة العامل..الخ.

ثم أصدر المشرع الإماراتي القانون رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٦^(١) في شأن مكافحة جرائم الاتجار بالبشر، إيماناً منه بمدى خطورة هذا النوع من الجرائم كظاهرة عالمية يجب على جميع دول العالم التصدي لها، وأيضاً أهمية التعاون الدولي في مواجهة هذه الجرائم التي لا يمكن التصدي لها من خلال الجهود الوطنية وحدها بل لا بد من تضافر الجهود الدولية للقضاء على هذه الظاهرة الإجرامية.

وجريمة الاتجار بالبشر كما عرفها المشرع الإماراتي هي القيام بأي فعل من الأفعال الواردة في المادة الأولى من القانون الاتحادي رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٦م، حيث حدد المقصود بجريمة الاتجار بالبشر بأنها "تجنيد أشخاص أو نقلهم أو ترحيلهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو باستعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو إساءة استعمال السلطة أو إساءة استغلال حالة الضعف أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال. ويشمل الاستغلال جميع أشكال الاستغلال الجنسي أو استغلال دعارة الغير أو السخرة أو الخدمة قسراً أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد أو نزع الأعضاء.

ويتضح من هذا النص أن المشرع قد حرص كل الحرص على تجريم الصور المختلفة لجرائم الاتجار بالبشر الواردة بالبروتوكول، والذي يستبين من مطالعة عنوان القانون وهو مكافحة جرائم الاتجار بالبشر، ومن ثم ندرك أن هناك أشكالاً متعددة لجريمة الاتجار بالبشر، فهذه الجريمة يجب أن تفهم على أنها سلسلة من الأفعال الإجرامية لا على أنها فعل واحد بحيث يشكل كل من تلك الأفعال جريمة مستقلة^(٢).

(١) صدر هذا القانون في ٩/ نوفمبر ٢٠٠٦م.

(٢) المستشار / عادل ماجد - مكافحة جرائم الاتجار بالبشر في الاتفاقيات الدولية والقانون الوطني لدولة الإمارات العربية المتحدة - مرجع سابق ص ١٢٦.

فقد نص هذا القانون على جميع الأفعال التي اعتبرها المشرع من قبيل هذه الجرائم وشدد العقوبات على مرتكبيها فقد جعلها جنائية حيث جاءت المادة الثانية منه بمعاينة كل من ارتكب أيًا من جرائم الاتجار بالبشر المنصوص عليها في المادة الأولى منه بالسجن المؤقت الذي لا تقل مدته عن خمس سنوات. وتكون العقوبة السجن المؤبد في الأحوال الآتية:

- (١) إذا كان مرتكب الجريمة قد أنشأ أو أسس أو نظم أو أدار جماعة إجرامية منظمة أو تولى قيادة فيها أو دعا للانضمام إليها.
 - (٢) إذا كان المجني عليه أنثى أو طفلاً أو من المعاقين.
 - (٣) إذا ارتكب الفعل بطريق الحيلة أو صحبة استعمال القوة أو التهديد بالقتل أو بالأذى الجسيم أو أعمال تعذيب بدنية أو نفسية.
 - (٤) إذا وقع الفعل من شخصين فأكثر أو من شخص يحمل سلاح.
 - (٥) إذا كان مرتكب الجريمة أحد أعضاء جماعة إجرامية منظمة أو كان قد شارك في أفعال هذه الجماعة مع علمه بأغراضها.
 - (٦) إذا كان مرتكب الجريمة زوجاً للمجني عليه أو أحد أصوله أو فروعه أو وليه أو كانت له سلطة عليه.
 - (٧) إذا كان موظفاً عاماً أو مكلفاً بخدمة عامة.
 - (٨) إذا كانت الجريمة ذات طابع عبر وطني.
- ويرى الباحث أن المشرع الإماراتي قد أصاب عندما شدد العقوبات إلى الحكم بعقوبة السجن المؤبد في هذه الأحوال، حيث أن هذه الحالات يكون فيها الجاني على درجة كبيرة من الخطورة الإجرامية التي تؤدي بالضحية إلى هذا المصير.

المطلب الرابع

جرائم الاتجار بالبشر في القانون الفرنسي

بينما نجد أن المشرع الفرنسي لم يصدر تشريعاً أو قانوناً مستقلاً بجريمة الاتجار بالبشر، ولكنه تناول هذه الجرائم في قانون العقوبات في المواد أرقام ٢٢٥ - ٤ - ١ إلى ٢٢٥ - ٤ - ٩ وذلك بالقانون رقم ٢٠٠٣ - ٢٣٩ الصادر في ١٨ مارس ٢٠٠٣^(١).

(١) العدد ٣٢ من الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩ مارس ٢٠٠٣.

فالمادة ٢٢٥ - ٤ - ١ تُعرف الاتجار بالبشر على أنه التجنيد والنقل والتنقل والسكن والاستقبال لأي شخص مقابل مكافأة أو أي منفعة أخرى أو لوعدهما، وذلك من أجل أن يضع نفسه تحت تصرف طرف ثالث سواء أكان معروفاً أم لا، وذلك لتمكين آخرين بالاعتداء الجنسي أو الاستغلال للتسول أو فرض أية ظروف معيشة أو أعمال تتنافى مع كرامة الإنسان أو إجبار هذا الشخص على ارتكاب أية جنائية أو جنحة، ونجد أن المشرع الفرنسي قد قرر عقوبة جنائية على من يرتكب مثل هذه الجريمة. وهي السجن سبع سنوات وغرامة ١٥٠،٠٠٠ يورو^(١).

يتبين لنا من تعريف قانون العقوبات الفرنسي أنه نص على الأفعال التي جاءت ضمن تعريف بروتوكول الأمم المتحدة من التجنيد والنقل والتنقل والاستقبال لأي شخص، ولكن المشرع الفرنسي قد أضاف أن هذه الأفعال يجب أن تكون بمقابل مكافأة أو أي منفعة أخرى أو الوعد بهما، وذلك للاعتداء الجنسي أو الاستغلال للتسول أو فرض أية ظروف معيشة أو أعمال تتنافى مع كرامة الإنسان أو إجبار هذا الشخص على ارتكاب أية جنائية أو جنحة.

(1) النص الفرنسي 225-4-1

Traite des êtres humains est le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement, ou la réception d'une personne en échange d'une rémunération ou de tout autre avantage ou d'une promesse de rémunération ou de tout autre avantage, afin de le mettre à la disposition d'un tiers, même non identifié, de manière à permettre la commission contre cette personne des infractions de proxénétisme, d'agression sexuelle ou d'une attaque, l'exploitation de la mendicité, ou l'imposition de la vie ou les conditions de travail incompatibles avec la dignité humaine, soit de contraindre cette personne à commettre tout crime ou délit.

Traite des êtres humains est punie de sept ans d'emprisonnement et d'une amende de € 150.000.

كما قرر المشرع الفرنسي في المادة ٢٢٥ - ٤ - ٢ عقوبة السجن عشر سنوات وغرامة ١٥٠، ٠٠٠ يورو على نفس الجريمة إذا كانت تُرتكب ضد القاصر أو كان الشخص الضحية يُعاني من ضعف أو عجز أو مرض أو إعاقة جسدية أو نفسية. أو في حالة إجبار الشخص الضحية على الاتصال مع مرتكب الجريمة من خلال استخدام شبكة الاتصالات السلكية واللاسلكية لتوزيع الرسائل إلى جمهور غير محدد. أو تحت أي ظرف من الظروف التي قد تعرض الشخص التي تُرتكب ضده الجريمة أو المجني عليه لخطر فوري من الموت أو الإصابات التي من طبيعتها أن تسبب تشويه أو إعاقة دائمة. أو تحت تهديد أو عنف أو خداع ضد الشخص المجني عليه أو أسرته أو أي شخص آخر له علاقة معه.

ومن ناحية أخرى نجد أيضاً أن المشرع الفرنسي قد شدد العقوبة في حالة ارتكاب هذه الجريمة من قبل عصابة منظمة، حيث قرر لها عقوبة السجن لمدة عشرين سنة وغرامة ثلاثة ملايين يورو، وذلك طبقاً لنص المادة رقم ٢٢٥ - ٤ - ٣ من قانون العقوبات الفرنسي، والمُضافة بالقانون رقم ٢٣٩ - ٢٠٠٣ سالف الذكر.

وقد قرر المشرع الفرنسي أيضاً في المادة رقم ٢٢٥ - ٤ - ٤ تشديد العقوبة أكثر من ذلك، حيث قرر العقاب بالسجن مدى الحياة وغرامة أربعة ملايين وخمسمائة ألف يورو، وذلك في حالة ارتكاب هذه الجرائم المشار إليها في المادة ٢٢٥ - ٤ - ١ من هذا القانون مع اللجوء إلى التعذيب أو القيام بأي أعمال بربرية^(١).

ونرى - وبحق - أن معظم التشريعات سواءً المصري أو الإماراتي أو الفرنسي قد شددت العقوبات على من يرتكب مثل هذه الجرائم، ويتاجر بالإنسان ويعرضه للمخاطر الصحية والنفسية بالإضافة إلى إهدار كرامته الإنسانية.

(1) - L'infraction prévue par l'article 224- 4- 1° lorsqu'elles sont commises par le recours à la torture ou actes de barbarie est puni par la réclusion à perpétuité et d'une amende de € 4.500.000.

المبحث الثالث

الجوانب الإجرائية لمكافحة جرائم الاتجار بالبشر

مع ارتفاع معدلات جرائم الاتجار بالبشر على المستوى الدولي^(١)، وتعدد أنماطها وأشكالها التقليدية والمستحدثة منها واتساع نطاقها المادي والمعنوي وكذا تعديها الحدود الدولية، فقد أدى ذلك إلى تضاعف أعداد الضحايا من هذه الجرائم كما تزايد حجم الأضرار التي يتعرض لها هؤلاء الضحايا سواء في الأرواح والممتلكات بالإضافة إلى الأضرار النفسية^(٢). لقد كانت السياسة الجنائية في الماضي قاصرة على كيفية مواجهة الجريمة، وذلك بسن التشريعات الجنائية بما فيها من تجريم لكثير من الأفعال التي يتنافر منها المجتمع، وتشديد العقوبات عند الحاجة إليها، فقد كان الاهتمام بالأسباب التي تؤدي إلى الجريمة بهدف مواجهتها ووقاية المجتمع منها وكيفية علاجها، حيث اتجهت الأنظار نحو سبل مواجهة الجريمة وتوفير الأمن والطمأنينة وسلامة المجتمع^(٣).

(١) لقد زاد اهتمام المنظمات المعنية بالحد من جرائم الاتجار بالبشر بحماية ضحايا هذه الجرائم، كما يتزايد الاهتمام العالمي برعاية ضحايا هذه الجرائم، ولم يكن لمؤتمرات الأمم المتحدة لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين، والذي يُعقد كل خمس سنوات منذ بدايته عام ١٩٥٥م أول اهتمام عالمي بموضوع ضحايا الجريمة وكيفية العمل على حمايتهم، بل نستطيع أن نقرر أن ضحايا الجريمة كانت تمثل جانباً هاماً من تفكير المشرعين منذ فجر التاريخ وحتى الآن. حيث تزايد أعداد هؤلاء الضحايا وتنوع أشكالهم، فقد نادت الدعوة لإنشاء علم جديد يسمى علم الضحايا **Victimology** وهذا العلم يهتم بالضحايا والدراسات العلمية لهم، والتشخيص السليم لموقفهم وظروفهم، والعوامل التي جعلت منهم ضحايا لهذه الجرائم، كما اهتم هذا العلم بطرق العلاج المختلفة ووسائل مشاركتهم، ويهدف هذا العلم أيضاً على تقديم الاستراتيجيات الوقائية لحماية الأفراد من التحول إلى ضحايا للجريمة. الدكتور / مدحت محمد أبو النصر - الجوانب المعاصرة في مجال رعاية الضحايا - مجلة الفكر الشرطي - المجلد الحادي عشر - العدد (٤) يناير ٢٠٠٣م ص ١٥.

(٢) لواء دكتور / محمد الأمين البشري - علم ضحايا الجريمة وتطبيقاته في الدول العربية - مرجع سابق - ص ٩.

(٣) دكتور / مصطفى العوجي - دروس في العلم الجنائي - الجزء الثاني - السيادة الجنائية والتصدي للجريمة - مؤسسة نوفل - بيروت ١٩٨٧م ص ١٣٥.

فقد بدأ بعد ذلك علم الضحايا يحتل مكانة وسط اهتمامات العلوم الأمنية والاجتماعية والإنسانية، وبدأت ميادين دراسته في التحديد وظهوره كميدان مستقل قد آثار مجموعة من الاهتمامات والمشكلات، مثل كيفية الحصول على البيانات المتعلقة بالضحايا، وماهي أدوات الدراسة ومناهج البحث، واحتمالات الوقوع في برائين التضليل، وماهي الخصائص التي تميز ضحايا هذه الجرائم عن من سواهم، وما نوع وأشكال العلاقات التي تكن الوصول إليها من خلال دراسة المجرم وضحيته، ومدى مساهمة الضحية في إحداث الجريمة، وفي مطاردة المجرم أو ملاحقته، وكيفية تعويضه ورعايته وحمايته إذا ما تعرض لضرر من جراء هذا الجهد المعاون لأجهزة الشرطة والعدالة الجنائية، وماهي الحماية من التعرض لأضرار لاحقة لهذه المطاردات^(١).

يقوم الباحثون في دراسة الاحتياجات الحقيقية للضحايا والوقت الملائم لتقديمها لهم، وتتركز الأبحاث على كشف مدى ما يلاقه الضحايا من سوء المعاملة ومدى قناعتهم بما تقدمه لهم العدالة الجنائية، كما يتطلع العلماء إلى معرفة مدى حسن الاستجابة وسلامة إجراءات الشرطة والنيابة العامة والقضاء بالنسبة للضحايا، والتأكد من مدى حرص تلك الأجهزة على الوفاء بوعودها والتزاماتها القانونية تجاه مساعدة الضحايا بفاعلية^(٢). فمعظم المجتمعات المعاصرة تولي اهتماماً متزايداً نحو ضحايا جرائم الاتجار بالبشر، فقد انعقد أول مؤتمر علمي لضحايا الجريمة عام ١٩٧٣م، وأنشئت أول مجلة علمية متخصصة بهؤلاء الضحايا - Victim logy - عام ١٩٧٦م^(٣).

- (1) دكتور/ وجدي محمد بركات - ورقة عمل حول دور الشرطة في رعاية ضحايا الجريمة - مركز البحوث الأمنية بالأكاديمية الملكية للشرطة بالبحرين ٢٠٠٨م.
- (2) لواء دكتور / محمد الأمين البشري - علم ضحايا الجريمة وتطبيقاته في الدول العربية - مرجع سابق - ص ٥٥.
- (3) دكتور/ وجدي محمد بركات - ورقة عمل حول دور الشرطة في رعاية ضحايا الجريمة - المرجع السابق.

وقد زاد الاهتمام بجرائم الاتجار بالبشر وحماية ضحاياها ورعايتهم، حيث تتم دراسة الوضع القانوني لهؤلاء الضحايا وسماتهم الشخصية وعلاقاتهم بمرتكبي الجرائم، ومدى كفاءة جهاز العدالة الجنائية، وظهور اهتمام للباحثين بدراسة الضحية المباشرة، والضحية غير المباشرة. لاسيما أن قانون العقوبات المصري وضع جوهر هذه الجرائم في بؤرة الاهتمام باعتبارها واقعة ضارة بمصالح المجتمع الأساسية والجوهرية التي حماها المشرع في هذا القانون ورتب عليها أثراً جنائياً متمثلاً في العقوبة^١، وقام المشرع المصري بعد ذلك بوضع جرائم الاتجار بالبشر في جل اهتمامه فقد شرع القانون رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠م بشأن مكافحة الاتجار بالبشر.

وجاءت المادة ٢١ من القانون سالف الذكر أنه لا يعد المجني عليه مسئولاً مسئولية جنائية أو مدنية عن أي جريمة من جرائم الاتجار بالبشر متى نشأت أو ارتبطت مباشرة بكونه مجنياً عليه. وكذا المادة ٢٢ من ذات القانون تنص على أن الدولة تكفل حماية المجني عليه، وتعمل على تهيئة الظروف المناسبة لمساعدته ورعايته صحياً ونفسياً وتعليمياً واجتماعياً، وإعادة تأهيله ودمجه في المجتمع في إطار من الجريمة والكرامة الإنسانية، وكذلك عودته إلى وطنه على نحو سريع وآمن إذا كان أجنبياً أو من غير المقيمين إقامة دائمة في الدولة، وذلك وفقاً للقواعد والإجراءات التي يصدر بها قرار من مجلس الوزراء.

كما قرر المشرع في المادة ٢٣ أنه يراعي في جميع مراحل الاستدلال أو التحقيق أو المحاكمة في جرائم الاتجار بالبشر العمل على التعرف على المجني وتصنيفه والوقوف على هويته وجنسيته وعمره لضمان إبعاده عن الجناة عنه.

إن أول من يُضار من جرائم الاتجار بالبشر هو الضحية المجني عليه^(٢)، والمجني عليه كما عرفته اللائحة التنفيذية لقانون مكافحة الاتجار

(١) دكتور / مأمون محمد سلامة - قانون العقوبات القسم العام - مجع سابق - ص ٩٣.
(٢) لقد عرفت بمحكمة النقض المصرية الضحية بأنه من يقع عليه الفعل أو يتناوله الترك المؤتم قانوناً، بحيث يكون هذا الشخص نفسه محلاً للحماية القانونية التي يهدف إليها المشرع... نقض ٢٠ / ٢ / ١٩٦٠م، مجموعة أحكام محكمة النقض س ١١ رقم ٢٩ ص ١٤٢.

بالبشر المصري هو الشخص الطبيعي الذي تعرض لأي ضرر مادي أو معنوي، وعلى الأخص الضرر البدني أو النفسي أو العقلي أو الخسارة الاقتصادية، وذلك إذا كان الضرر أو الخسارة ناجماً مباشرة عن جريمة من الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة الاتجار بالبشر. فتحديد المجني عليه في جرائم الاتجار بالبشر يتوقف على تحديد المصلحة القانونية المباشرة التي يحميها القانون وهذا هو الضرر الخاص، أما الضرر العام الذي يُصيب المجتمع ككل من جراء الاعتداء على المصالح الجوهرية التي يصونها ويحميها المجتمع^(١).

لقد صدر قرار اللجنة الوطنية لمكافحة الاتجار بالبشر رقم ١٨ / ٧ لسنة ٢٠١٠م في دولة الإمارات العربية بشأن الإجراءات التنظيمية للتعامل مع ضحايا الاتجار بالبشر بين الجهات ذات العلاقة وجاءت المادة الأولى منه أنه في حالة عدم وجود جريمة معينة يتوقع أن يتم لجوء الضحية إلى العديد من الجهات الموجودة في الدولة مثل: مراكز الشرطة وسفارة بلدها ومراكز الإيواء ودور العبادة والجهات الأخرى المعنية، وتعمل هذه الجهات عند لجوء الضحية إليها مباشرة على تسليمها إلى أقرب مركز شرطة أو مركز إيواء.

يلاحظ في ضحايا جرائم الاتجار بالبشر أن تعرضه لهذه الجرائم لم يكن أول ما تعرض له، ولكن سبق وأن تعرض لمعاناة أخرى من ظروف اجتماعية واقتصادية كالفقر والجهل، مما جعلتهم فريسة سهلة في يد عصابات إجرامية منظمة عبر الوطنية تساعدهم في الخروج من هذه الظروف إلى عالم الجريمة والمتاجرة بهم في أعمال الدعارة والأعمال الجنسية الأخرى^(٢).

(١) لواء دكتور / حامد راشد - المركز القانوني للمجني عليه في النظرية العامة للعقوبة " الجزء الأول " - مجلة بحوث الشرطة - أكاديمية الشرطة - العدد السادس والعشرون يوليو ٢٠٠٤م - ص ٢١٢.

(٢) لواء دكتور / محمد الأمين البشري - علم ضحايا الجريمة وتطبيقاته في الدول العربية - مرجع سابق - ص ٩٦.

كما إننا نجد أنه من الصعوبة العمل على تقديم المساعدات لهؤلاء الضحايا، ذلك لأنهم يرفضون العودة للظروف والأوضاع الإجتماعية والاقتصادية السابقة على اندماجهم في ممارسة الدعارة، والاستغلال الجنسي، وحياة السخرة، والعمل القسري، أو الاسترقاق، لذا نرى أنه على المجتمع الدولي وكل دولة على حدة أن تضع البرامج والخطط اللازمة بصورة متدرجة، والتي تعمل على تهيئة بيئة أفضل لإغراء هؤلاء للعودة إلى حياة أفضل تكفل لهم الأمن والاستقرار وسبل العيش الكريم له^(١).

وقلما نجد المشتغلون بالعلوم الجنائية يُعبروا اهتماماً بالجنحي عليهم أو ضحايا جرائم الاتجار بالبشر، بالرغم مما هؤلاء الضحايا من أهمية بالغة في الجريمة، وخاصة دورهم في حدوثها أو تسهيلها، وتمكين الجناني من ارتكابها، وكذلك مساعدتهم لسلطات التحقيق والمحكمة في إقامة الدليل على ارتكاب الجناني لجريمته، وذلك عن طريق الإدلاء بأقوالهم وشهادتهم في التحقيقات أو أمام المحاكم، وما يجب توفيره لهؤلاء الضحايا من عدالة وإنصاف وحماية ورعاية بعد ارتكاب الجريمة، وإشراكهم في الدعوى الجنائية وتوفير المساعدة لهم في جميع مراحل الإجراءات القانونية، وإعلانهم بحقوقهم وسبل اقتضاها، وتعويض هؤلاء الضحايا عما لحقهم من أضرار مادية أو أدبية من جراء وقوع الجريمة، وغير ذلك من ألوان الحماية والرعاية.

ويجب على الدول إتخاذ الخطوات لتأهيل هؤلاء الضحايا، وعمل برامج الدمج وسبل توفير الرعاية النفسية والصحية والقانونية لهم، والتي تهدف إلى حماية النساء والأطفال ضحايا جرائم الاتجار بالبشر والاستغلال الجنسي وضمان احترام إنسانيتهم والتخفيف من معاناتهم، بالإضافة إلى إقامة برامج توعوية وتأهيلية ودمج النساء والأطفال مع أقرانهم في مجتمعاتهم المحلية أو في أوطانهم وتنفيذ برامج التدريب، وإعادة

1- لواء دكتور / محمد الأمين البشري - علم ضحايا الجريمة وتطبيقاته في الدول العربية - مرجع سابق - ص ٩٦.

التأهيل والتعريف بالحقوق والواجبات وتلبية احتياجات النساء والأطفال الذين يتم إيواؤهم وحل مشاكلهم وحماية حقوقهم.

ذلك إلى جانب تقديم المساعدة للضحايا في مراحل التحقيقات لدى الشرطة وأمام المحاكم، وتأمين حق الدفاع عنهم^(١)، ودعم الضحايا في العودة الآمنة إلى أوطانهم لجمع شملهم، والتنسيق والتعاون مع الجهات المعنية للاهتمام بالقضايا الاجتماعية التي تتعلق بالنساء والأطفال، لذا تعمل هذه الخطوات على حماية الأمن الوطني، وإيجاد مجتمعات آمنة ومستقرة ويفي بالالتزام الأخلاقي والإنساني للدولة تجاه هؤلاء الضعفاء. سوف نتناول الجوانب الإجرائية التي تسهم في حماية ضحايا جرائم الاتجار بالبشر في هذا المبحث على النحو التالي:-

المطلب الأول: الحماية الإجرائية الدولية لضحايا جرائم الاتجار بالبشر.

المطلب الثاني: الحماية الإجرائية لضحايا جرائم الاتجار بالبشر في القانون المصري.

المطلب الأول

الحماية الإجرائية الدولية لضحايا جرائم الاتجار بالبشر

يمثل الاتجار بالبشر مظهراً خطيراً من مظاهر الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية مثلها مثل أشكال أخرى من الجرائم التي تضلع في ارتكابها الجماعات الإجرامية المنظمة، وقد تجاوزت الأعمال الإجرامية المنظمة حدود الإقليم الواحد وتجاوزت أثارها وأضرارها الحدود الإقليمية إلى الدولية، وهذا ما جعلها جريمة خطيرة ضد الأمن الإنساني والنظام الدولي، وضد حقوق وحرّيات الأفراد الأساسية.

لذا نرى أنه من الضروري اتخاذ تدابير فعالة على المستويين الدولي و الوطني على السواء، وذلك من خلال اعتماد بروتوكول منع وقمع

1. راجع في ذلك الدكتور / أحمد محمد عبد اللطيف الفقي - الحماية الجنائية لحقوق ضحايا الجريمة - مرجع سابق - ص ١٨٩ وما بعدها.

ومعاقبة الاتجار بالأشخاص، خاصة النساء والأطفال، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية⁽¹⁾.

وتكمن الخطورة في أن عصابات الجريمة المنظمة تعمل على ابتكار أساليب جديدة في تنفيذ جرائمها فهي تتخذ من الأعمال المشروعة ستاراً لتغطية ما تقوم به من أعمال إجرامية كالإتجار بالأشخاص لاسيما النساء والأطفال، وتجارة المخدرات، وتجارة السلاح⁽²⁾.

تعد جرائم الاتجار بالبشر من طائفة الجرائم الخطيرة التي تمثل كل منها تهديداً للوجود الإنساني، ذلك بالنظر لآثارها الجسيمة التي تؤثر على المصالح القومية وفرص التنمية البشرية للدول، كما تعمل على فقد الجنس البشري مقومات وجوده⁽³⁾.

الاتجار بالبشر من الأعمال الإجرامية المتنوعة التي تشمل أطرافاً كثيرة وفاعلة سواء مشروعة أو غير مشروعة، فهذه التجارة تقوم بها شبكة كبيرة من المعاملات من حيث الأدوار التي يلزم القيام بها لإتمام هذه الجرائم⁽⁴⁾، فعلى سبيل المثال يمكن أن يقوم أعضاء في هذه الجماعات الإجرامية بدور مجندين لتطويع الضحايا وإيهامهم وخداعهم وإقناعهم بفرص العمل بالرواتب المغرية، وآخرين يقومون بدور الناقل لهم

(1) التدابير الدولية في مجال العدالة الدولية لمواجهة جرائم الاتجار بالبشر (مؤتمر الأمم المتحدة الثاني عشر) لمنع الجريمة والعدالة الجنائية في أبريل ٢٠١٠م ص ٢. موقع [www. Un.org/ar/conf/crimecongress2010/documents](http://www.Un.org/ar/conf/crimecongress2010/documents).

(2) رائد/ عبد الله سيف عبد الله الشامسي - الجريمة المنظمة - مجلة الأمن والقانون - أكاديمية شرطة دبي - السنة الثانية عشر - العدد الثاني يوليو ٢٠٠٤م.

(3) رائد/ عبد الله سيف عبد الله الشامسي - الجريمة المنظمة - المرجع السابق.

(4) لتحديد الجريمة المنظمة يمكن أن تضم جميع النشاطات الإجرامية التي لا تحدث تلقائياً، ولكن مستوى طبيعة التنظيم الإجرامي يتفاوت من حالة إلى أخرى بدرجة كبيرة، حيث أن المنظمة الإجرامية تكون مصنفة في الحدود الدنيا بحسب طبيعة نشاطها، وحسب عدد الأشخاص المشتركين في تنفيذ أهدافها. فالجريمة المنظمة تتميز بصعوبة القبض على خيوطها رغم سلوكها الإجرامي لأنها تحتاط من الوقوع في صيغة المخالفات القانونية المكشوفة. دكتور / محمد سليمان الوهيد - ماهية الجريمة المنظمة - أعمال ندوة الجريمة المنظمة وأساليب مواجهتها في الوطن العربي - أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية - الرياض الطبعة الأولى ٢٠٠٣م ص ١٢.

وحمايتهم حتى توصيلهم إلى حيث يتم استغلالهم، فقد يكون الناقل يقوم بعمل مشروع من الناحية القانونية الشرعية وهو نقل الأشخاص من مكان إلى مكان آخر.

ونظراً لانتشار الاستغلال الجنسي للأطفال، وذلك في الدعارة وتصوير المواد الإباحية، فقد ظهرت ضرورة محاربة هذه الظاهرة وإلزام الدول على اتخاذ كافة التدابير اللازمة للقضاء على كل الممارسات المهينة بالطفل، فقد أشار البروتوكول في ديباجته إلى ضرورة الحد من طلب المستهلكين والذي يلعب دوراً هاماً في تفاقم هذه الظاهرة^(١).

وهذا النوع من الجرائم يتوافر فيه عنصران أساسيان، أولهما وجود عمل يتم تنفيذه بطرق غير شرعية كاستعمال القوة أو القسر أو الخداع أو أي نوع من أنواع إساءة السلطة، أو حالة استضعاف، مما يؤدي إلى عدم الاعتداد بموافقة الضحية من هذه الجرائم، وثانيهما أن جرائم الاتجار بالأشخاص تتم بصفة أساسية لأغراض الاستغلال، مما يُعد الدافع الأساسي وراء ارتكاب هذه الجرائم هو الحصول على العائدات المالية الكبيرة.

تتعامل الجماعات الإجرامية المنظمة في شكل شبكات كبيرة تتحكم في جميع خيوط العملية الإجرامية، فلديها أعداد كبيرة من الجناة تعمل عبر مناطق جغرافية شاسعة، وتتعامل هذه الشبكات مع أعداد أكبر من الأشخاص المجني عليهم أو من يستغلونهم، وتميل هذه الجماعات الإجرامية إلى الاستمرارية فهي تواظب على نقل الأشخاص عبر شبكاتها الإجرامية، فهي دائماً تعمل على أن تكون أكثر ابتكاراً، وكثيراً ما تضلع بأنشطة مثل الاتجار بالمخدرات وتهريب السلاح^(٢).

(1) المادة الثانية من البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلال الأطفال في البغاء وفي المواد الإباحية، الذي اعتمد من الجمعية العامة للأمم المتحدة في ٢٥ مايو ٢٠٠٠م، بالقرار رقم ٢٦٣ / ٥٤.

(2) التدابير الدولية في مجال العدالة الدولية لمواجهة جرائم الاتجار بالبشر (مؤتمر الأمم المتحدة الثاني عشر) لمنع الجريمة والعدالة الجنائية في أبريل ٢٠١٠م المرجع السابق ص ٤.

وقد حدد العالم "كرسبي" بعض خصائص الجريمة المنظمة باعتبار حجمها، وسلسلة الأوامر والتعليمات التي تماثل ترتيب وتدرج المنظمات العسكرية، كذلك التخطيط المعقد، واللجوء إلى القوة أو التهديد باستعمالها، بالإضافة إلى وجود قيادة مركزية في القمة تعد من أهم خصائصها، وتمتعها بدرجة من الصيانة تجاه القبض والمداومة في مستويات قيادتها العليا^(١).

كما تتسم الأساليب التي تستخدمها الجماعات الإجرامية المنظمة لتنفيذ جرائم الاتجار بالبشر بطابع البساطة وعدم التطور، فهي أولاً أكثر ميلاً إلى العمل في بلدان محددة، ولكي تقوم هذه الجماعات بنقل الأشخاص فإنها تستخدم في معظم الأحيان شركات النقل التجارية، وأساليب تبدو مشروعة للعيان للتحايل على ضوابط الهجرة.

أن نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية يشترط وضع مبادئ فيما يتعلق بجبر الأضرار التي تلحق بالمجنى عليهم أو فيما يخصهم، بما في ذلك رد الحقوق والتعويض ورد الاعتبار، ويلزم جمعية الدول الأطراف بإنشاء صندوق استئماني لصالح المجنى عليهم في الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة، ولصالح أسر المجنى عليهم، وينيط بالمحكمة مهمة حماية أمان المجنى عليهم وسلامتهم البدنية والنفسية وكرامتهم وخصوصيتهم، والسماح بمشاركة المجنى عليهم في أي مرحلة من الإجراءات تراها المحكمة مناسبة^(٢).

وتجدر الإشارة إلى أن الإعلان الصادر عن مؤتمر الأمم المتحدة لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المنعقد في ميلانو ١٩٨٥م بشأن المبادئ الأساسية

-
- (1) دكتور / محمد سليمان الوهيد- ماهية الجريمة المنظمة - مرجع سابق ص ١٣.
 - (2) المبادئ الأساسية والمبادئ التوجيهية بشأن الحق في الانتصاف والجبر لضمان الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان و الانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي (من قبل لجنة حقوق الإنسان بموجب القرار ٣٥ / ٢٠٠٥ الصادر في ١٩ / إبريل ٢٠٠٥م - الدورة الستون القرار رقم ١٤٧/٦٠ الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة - بتاريخ ١٢ / ٣ / ٢٠٠٦م ص ٤. www1.umn.edu

لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة^(١)، والذي يتضمن تسهيل استجابة الإجراءات القضائية والإدارية لاحتياجات الضحايا بإتباع الآتي:

تعريف الضحايا بدورهم ونطاق الإجراءات وتوقيتها وسيرها، وبالطريقة التي يُبت بها في قضاياهم، ولاسيما إذا كان الأمر يتعلق بجرائم خطيرة وحيثما طلبوا هذه المعلومات.

إتاحة الفرصة لعرض وجهات نظر الضحايا، وأوجه قلقهم وأخذها في الاعتبار في المراحل المناسبة من الإجراءات، حيث تكون مصالحهم عرضة للتأثير، وذلك دون إجحاف بالمتهمين، وبما يتمشى ونظام القضاء الوصي ذي الصلة.

توفير المساعدة المناسبة للضحايا في جميع مراحل الإجراءات الجنائية:

اتخاذ تدابير تؤدي إلى الإقلال من إزعاج ضحايا جرائم الاتجار بالبشر إلى أدنى حد، وحماية خصوصياتهم عند الاقتضاء، وضمان سلامتهم فضلا عن سلامة أسرهم والشهود المتقدمين لصالحهم من التخويف والانتقام. كما يجب تجنب التأخير الذي لا لزوم له في البت في القضايا والعمل على تنفيذ الأوامر والأحكام التي تقضى بمنح تعويضات للضحايا.

كانت البداية الحقيقية للإهتمام بحقوق ضحايا هذه الجرائم من خلال هذا الإعلان، والذي يكاد أن يشكل نقطة الإنطلاق الحقيقية على الصعيد الدولي للإهتمام بحقوق ضحايا الجريمة، والتي يمكن إيجاز جهود المجتمع الدولي في هذا المجال على النحو التالي:

المبادئ التوجيهية الخاصة بأعضاء النيابة العامة التي اعتمدها مؤتمر الأمم المتحدة الثامن لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المعقود في هافانا في ١٧ أيلول ١٩٩٠م^(٢)، الذي أشار في المادة ١٣ الفقرة (د) لما يلي: "يلتزم

(1) اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٣٤/٤٠ المؤرخ في ٢٩ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٨٥م.

(2) اعتمدها مؤتمر الأمم المتحدة الثامن لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المعقود في هافانا من ٢٧ آب/أغسطس إلى ٧ أيلول/سبتمبر ١٩٩٠م.

أعضاء النيابة العامة في أداء واجباتهم بدراسة آراء وشواغل الضحايا في حالة تأثر مصالحهم الشخصية ، وضمان إبلاغ الضحايا في حالة تأثر مصالحهم الشخصية ، وضمان إبلاغ الضحايا بمقوقهم عملاً بإعلان مبادئ العدل الأساسية المتعلقة بضحايا الإجرام والتعسف في استعمال السلطة.

مدونة قواعد سلوك الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين التي اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم ١٦٩/٣٤ لعام ١٩٧٩ التي نصت في المادة (٦/ج) على ما يلي: "من المفهوم أنه على الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين أن يوفرُوا العناية الطبية لضحايا انتهاك القانون أو ضحايا الحوادث التي تقع خلال حالات انتهاك القانون".

النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ، والذي يكاد يكون أكثر اتفاقية دولية أوضحت كافة الإجراءات المتعلقة بحماية الضحايا "المجني عليهم والشهود" حسب ما هو مبين في المادة (٦٨) وكذلك الأمر بالنسبة لنظام محكمة يوغسلافيا السابقة ورواندا ، كما أوضحت المحكمة الجنائية الدولية في المادة (٧٥) القواعد الخاصة بجبر أضرار المجني عليهم ، وتطرق المادة (٧٩) إلى صندوق دعم الضحايا والذي يسمى "الصندوق الاستئماني".

كما تطرقت بعض المواثيق الإقليمية لحماية حقوق الضحايا مثل الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ، وقد أصدر مجلس أوروبا أكثر من توصية بهذا المجال^(١).

(1) اتفاقية حماية حقوق الإنسان في نطاق مجلس أوروبا روما في ٤ نوفمبر ١٩٥٠م ، فقد نص في المادة ١٣ على أنه لكل إنسان انتهكت حقوقه وحرياته المحددة في هذه المعاهدة الحق في وسيلة انتصاف فعالة أمام سلطة وطنية ، ولو كان هذا الانتهاك قد وقع من أشخاص يعملون بصفة رسمية. والمادة ١٤ نصت على أنه يكفل التمتع بالحقوق والحرريات المقررة في هذه المعاهدة دون تمييز أياً كان أساسه : كالجنس أو العرق أو اللون أو اللغة أو العقيدة أو الرأي السياسي أو غيره أو الأصل القومي أو =الاجتماعي ، أو الانتماء إلى أقلية قومية ، أو الثروة ، أو الميلاد ، أو أي وضع آخر
www1.umn.humanrts.edu/arab/euhrcom

كما أصدرت العديد من المنظمات الدولية مثل منظمة العفو الدولية ومنظمة مراقبة حقوق الإنسان ومركز العدالة الانتقالية، تقارير سنوية بعض الجوانب الخاصة بحماية حقوق الضحايا والمجني عليهم. وأخيراً فإن كافة المواثيق الدولية المعنية بحقوق الإنسان تتطرق لحماية حقوق الضحايا، والتي تركز على وجوب معاملة الضحايا معاملة واحدة وبدون أي تمييز، كما توضح بشكل تفصيلي كامل وجوب ضمان حقوقهم أثناء ممارسة الإجراءات الجنائية وتحديدًا في مجال إقامة العدل، وبهذا الخصوص أصدرت الأمم المتحدة دليلاً خاصاً بحقوق الإنسان في مجال إقامة العدل وأفردت فيه فصلاً خاصاً لحماية وإنصاف ضحايا الجريمة وانتهاك حقوق الإنسان.

لاشك أن للدعوى الجنائية أطرافاً عدة، وهي النيابة العامة والأجهزة الشرطة والمجني عليه والجاني، ونجد أن النيابة العامة حقها مكفول بموجب التشريعات الوطنية وكذلك الأمر بالنسبة للجاني، ونجد الكثير من الضمانات التي توفرها المواثيق الدولية والتشريعات الوطنية للمتهم، حتى أصبحت بعض الضمانات من الحقوق غير القابلة للتصرف والتي لا يجوز أن يرد عليها أي قيد مثل حق الدفاع وضمانات المحاكمة العادلة⁽¹⁾.

ورغم اهتمام المجتمع الدولي بحقوق ضحايا جرائم الاتجار بالبشر، إلا أن هذا الاهتمام يقل بصورة واضحة بالضحية في الدول العربية، فلا تلقي نفس الاهتمام سواء من حيث النصوص التشريعية والتي صدرت منذ فترة وجيزة، أو من حيث التطبيق، فالضحية كالمجني عليه نفسه أو أقاربه أو أفراد عائلته، كل ذلك في ظل العدالة الجنائية التقليدية، أما اليوم وفي ظل فلسفة العدالة الجنائية الحديثة فقد استدعى الأمر الاهتمام بحقوق كافة أطراف الدعوى الجنائية على قدم المساواة، والتي تشمل على حقوق المجتمع والضحية والجاني لأن القول بغير ذلك يجعل العدالة

(1) دكتور / محمد الطراونة - حقوق الضحايا في المواثيق الدولية والتشريعات الوطنية - منشور على شبكة الانترنت www.jc.go/filles

منقوصة، ويقصد بضحايا الجريمة الأشخاص الذين أصيبوا بضرر فردي أو جماعي بما في ذلك الضرر البدني أو العقلي أو المعاناة النفسية أو الخسارة الاقتصادية، أو الحرمان بدرجة كبيرة من التمتع بحقوقهم الأساسية.

إن منع جرائم الاتجار بالبشر هو أول حتمية للعدالة الجنائية، لذا يجب العمل على منع هذا النوع من الجرائم، والحاجة إلى تشجيع الدول على بذل كافة الجهود لإنجاح عملية منع هذه الجريمة، ولتحقيق هذا الهدف لا بد من الاستناد إلى أن القيادات الحكومية تعمل على جميع المستويات وتتعاون لإنشاء إطار مؤسسي لمنع الجريمة، والعمل على دراسة الصلات بين الجريمة المحلية والجريمة المنظمة عبر الوطنية، ووضع الاستراتيجيات الجيدة التخطيط لمنع أو الحد من جرائم الاتجار بالبشر كذا العمل على سلامة المجتمع، ومن ثم تؤدي إلى تخفيض التكاليف المتكبدة من أجل الضحايا ونظام العدالة الجنائية^(١).

ومن هنا فقد اضطر المجتمع الدولي للتحرك ليدفع عن نفسه شر هذا النوع من الجرائم الخطيرة، عن طريق وضع القواعد التشريعية والتدابير الوقائية لمواجهة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، وذلك في صورة عدد من الاتفاقيات والبروتوكولات التي خصصت لمكافحة الجريمة في بعض صورها الشائعة، بهدف الحد من آثارها على المستويين الدولي والداخلي، وعينت هذه الاتفاقيات بأن توجب على الدول الأطراف تضمين تشريعاتها الوطنية القواعد اللازمة لتجريم هذه الأنشطة تاركة تحديد العقاب المناسب عنها لكل دولة وفقاً لظروفها الاجتماعية والاقتصادية^(٢).

(١) أعمال مبادئ الأمم المتحدة التوجيهية في مجال منع الجريمة - ورقة عمل عمل من إعداد الأمانة - مؤتمر الأمم المتحدة الثاني عشر لمنع الجريمة والعدالة الجنائية - يناير ٢٠١٠م ص ٣.

(٢) مقال بعنوان مكافحة الاتجار بالبشر من موقع معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية بتاريخ ١ مايو ٢٠٠٨م.

وقد جاءت المادة الخامسة من بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال^(١)، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، تحت عنوان (التجريم) ١- تعتمد كل دولة طرف ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم السلوك المبين في المادة الثالثة من هذا البروتوكول، في حال ارتكابه عمداً. ٢- تعتمد أيضا كل دولة طرف ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم الأفعال التالية: (أ) الشروع في ارتكاب أحد الأفعال المجرمة وفقاً للفقرة ١ من هذه المادة، وذلك رهناً بالمفاهيم الأساسية لنظامها القانوني. (ب) المساهمة كشريك في أحد الأفعال المجرمة وفقاً للفقرة ١ من هذه المادة. (ج) تنظيم أو توجيه أشخاص آخرين لارتكاب أحد الأفعال المجرمة وفقاً للفقرة ١ من هذه المادة.

وهذا يعني أن البروتوكول ألزم الدول الأطراف في هذه الاتفاقية اعتماد أو وضع التشريعات اللازمة لتجريم السلوك والأفعال التي ذكرها البروتوكول في المادة الثالثة في حال ارتكاب هذه الأفعال عمداً^(٢). وهي تجنيد أشخاص أو نقلهم أو تنقيطهم أو إيواؤهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو استغلال السلطة أو استغلال حالة استضعاف، أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال. ويشمل الاستغلال، كحد أدنى، استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي، أو السخرة أو الخدمة قسراً، أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق، أو الاستعباد أو نزع الأعضاء.

- (١) اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢٥ الدورة الخامسة والخمسون المؤرخ في ١٥ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠٠٠.
- (٢) بناءً على ذلك فقد أصدرت معظم الدول تشريعات تُجرّم الأفعال المذكورة في المادة الثالثة من البروتوكول، منه مصر حيث أصدرت القانون رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠م، ودولة الإمارات العربية المتحدة أصدرت القانون رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٦م، والتشريع الأردني لسنة ٢٠٠٩م، قانون مكافحة الاتجار بالبشر العماني، الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ١٢٦/٢٠٠٨م، على سبيل المثال.

فقد قامت معظم الدول بالتصديق على هذه الاتفاقية، وقامت بالنص على تجريم هذه الأفعال في تشريعاتها الوطنية، ومنها مصر والإمارات وسلطنة عمان والكويت والبحرين... إلخ - على سبيل المثال لا على سبيل الحصر - بعد أن أضحي من اللازم اتخاذ التدابير التشريعية الجنائية الملائمة لمواجهة هذه الجرائم بتوصيفها ووضع العقاب المناسب لكل منها، ومن ثم تحقيق التكامل مع القواعد العامة الواردة في قانون العقوبات للحد من هذه الجرائم، كما يلزم التشديد على أهمية سيادة القانون واحترام حقوق الإنسان، وسيادة القانون تعني خضوع جميع الأشخاص والمؤسسات بما في ذلك الدولة لأحكام القانون، ويتطلب هذا المبدأ تدابير لضمان الامتثال لمبادئ سلطان القانون، والمساواة أمام القانون، والعدالة في تطبيق القانون، وتتم المحاكمة بمعرفة القضاء المستقل، حيث يلزم الفصل بين السلطات^(١).

مساعدة ضحايا الاتجار بالأشخاص وحمايتهم:

ينبغي الحرص على التعرف على هوية الأشخاص محل جرائم الاتجار بالبشر بصورة مبكرة، وذلك لتميزها كضحايا، ومن ثم إتاحة السبل لهم للحصول على المساعدة والحماية، ولذا فإن الأشخاص الذين يحتمل أن يكونوا على اتصال بالضحايا كالشرطة وموظفي نظام العدالة وموظفي خدمات الرعاية الصحية والاجتماعية، ينبغي أن يتلقوا التدريب اللازم لكي يتمكنوا من معرفة هوية الضحايا ويراعوا احتياجاتهم. كما ينبغي التعاون من جميع الأشخاص والجماعات ممن هم على اتصال بضحايا الاتجار بالبشر مع التدريب الصحيح في التعرف على هوية الضحايا من هذه الجرائم ليمكنوا من إحالتهم إلى المنظمات المعنية بدعم هؤلاء الضحايا^(٢).

(1) أعمال مبادئ الأمم المتحدة التوجيهية في مجال منع الجريمة - مرجع سابق ص ٥.
(2) جمعت للمرة الأولى الجهات الفاعلة بالهند الذين كانوا يجرسون الحدود بين الهند وبنغلاديش والحدود الهندية النيبالية In collaboration with the Ministry of Home Affairs, Government of India and the Border Security Force (BSF), UNODC organized a=

حثت المادة السادسة من البروتوكول في البند ثانياً على حماية ضحايا الاتجار بالأشخاص على مساعدة ضحايا الاتجار بالأشخاص وحمايتهم^(١)، فقد نصت على أن تحرص كل دولة طرف، في الحالات التي تقتضي ذلك، ويقدر ما يتيح قانونها الداخلي، على صون الحرمة الشخصية لضحايا الاتجار بالأشخاص وهويتهم، بوسائل منها جعل الإجراءات القانونية المتعلقة بذلك الاتجار سرية^(٢).

كما تكفل كل دولة طرف أن يتضمن نظامها القانوني أو الإداري الداخلي على تدابير توفر لضحايا الاتجار بالأشخاص، في الحالات التي تقتضي ذلك، (أ) معلومات عن الإجراءات القضائية والإدارية ذات

= 'National Level Training Workshop for border control officers, front line officers and other relevant actors in victim identification and referral for appropriate treatment and reintegration of trafficked survivors'.

بالتعاون مع وزارة الشؤون الداخلية في حكومة الهند، وقوة أمن الحدود (حرس الحدود)، فقد نظم المكتب "مستوى التدريب ورشة العمل الوطنية لضباط مراقبة الحدود، وضباط خط المواجهة والجهات الفاعلة الأخرى في تحديد هوية الضحايا وإحالتهم لتلقي العلاج المناسب وإعادة دمج الناجين من ضحايا الاتجار". The three day workshop with 40 participants took place from 6 to 8 June at the Border Security Force (BSF) Head Quarters in Siliguri, North Bengal. لمدة ثلاثة أيام مع ٤٠ مشاركاً في الفترة من ٦-٨ يونيو في قوة أمن الحدود (حرس الحدود) المقر الرئيسي في سيليفوري، شمال ولاية البنغال.

على شبكة الانترنت على موقع

<http://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/index.html?ref=menuside>

- (1) نصت اللائحة التنفيذية لقانون مكافحة الاتجار بالبشر المصري على أن صندوق مساعدة ضحايا الاتجار بالبشر هو الصندوق التابع لرئيس مجلس الوزراء، والمعني بتقديم المساعدات المالية للمعني عليهم ممن لحقت بهم أضرار ناجمة عن أي من الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة الاتجار بالبشر.
- (2) كما نصت اللائحة التنفيذية لقانون مكافحة الاتجار بالبشر على أن اللجنة الوطنية التنسيقية لمكافحة ومنع الاتجار بالبشر هي اللجنة المعنية بمتابعة تنفيذ أحكام القانون رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠ بشأن مكافحة الاتجار بالبشر، وتنسيق السياسات والجهود الحكومية في هذا المجال، وكذا التنسيق بين الجهات الحكومية الممثلة في اللجنة وسائر الأطراف غير الحكومية في ذات الشأن.

الصلة. (ب) مساعدات لتمكينهم من عرض آرائهم وشواغلهم وأخذها بعين الاعتبار في المراحل المناسبة من الإجراءات الجنائية ضد الجناة، بما لا يمس بحقوق الدفاع. ومن ثم نرى أنه ينبغي تمتع هؤلاء الضحايا بنفس حقوق ضحايا سائر الجرائم العنيفة والجرائم الجنسية من حيث ما يقدم إليهم من مساعدات أثناء الإجراءات الجنائية والمحاكمة.

كما تنتظر كل دولة طرف في تنفيذ تدابير تتيح التعافي الجسدي والنفساني والاجتماعي لضحايا الاتجار بالأشخاص، بما يشمل - في الحالات التي تقتضي ذلك - التعاون مع المنظمات غير الحكومية وسائر المنظمات ذات الصلة وغيرها من عناصر المجتمع المدني، وخصوصاً توفير (أ) السكن اللائق. (ب) المشورة والمعلومات، خصوصاً فيما يتعلق بحقوقهم القانونية، بلغة يمكن لضحايا الاتجار بالأشخاص فهمها. (ج) المساعدة الطبية والنفسانية والمادية. (د) فرص العمل والتعليم والتدريب^(١). وتأخذ كل دولة طرف بعين الاعتبار، لدى تطبيق أحكام هذه المادة، سن ونوع جنس ضحايا الاتجار بالأشخاص واحتياجاتهم الخاصة، ولا سيما احتياجات الأطفال الخاصة، بما في ذلك السكن اللائق والتعليم والرعاية^(٢). كما تحرص كل دولة طرف على توفير السلامة البدنية لضحايا الاتجار بالأشخاص أثناء وجودهم داخل إقليمها. وأيضاً تكفل كل دولة طرف احتواء نظامها القانوني الداخلي على تدابير تتيح لضحايا الاتجار بالأشخاص إمكانية الحصول على تعويض عن الأضرار التي تكون قد لحقت بهم.

(1) لقد نصت اللائحة التنفيذية لقانون مكافحة الاتجار بالبشر المصري رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠م في المادة الخامسة عشر على أن تقوم اللجنة الوطنية التنسيقية لمكافحة ومنع الاتجار بالبشر بما يلزم نحو تبصير المجني عليهم والشهود بالحقوق المنصوص عليها في المواد ١٣ و ١٤ من هذه اللائحة.

(2) المادة السادسة عشر في البند (٣) في حالة ما إذا كان المجني عليه طفلاً أو من عديمي الأهلية فيشترط بالإضافة إلي ما سبق أن تتم الاستضافة في المؤسسة الاجتماعية والتربوية التي تكفل توفير الرعاية الاجتماعية للأطفال أو في مؤسسة الرعاية الاجتماعية للأطفال المحرومين من الرعاية الأسرية.

ينبغي أن يتلقى الضحايا ما يلزم من مساعدات مادية وطبية ونفسية واجتماعية من خلال الوسائل الحكومية والطوعية والمجتمعية والمحلية، كما ينبغي إبلاغ الضحايا بمدى توفر الخدمات الصحية والاجتماعية، وغيرها من المساعدات ذات الصلة، وأن يتاح لهم الحصول على هذه الخدمات بسهولة. كما ينبغي أيضاً أن يتلقى موظفو الشرطة والقضاء والصحة والخدمة الاجتماعية، وغيرهم من الموظفين المعنيين تدريباً لتوعيتهم باحتياجات الضحايا، ومبادئ توجيهية لضمان تقديم المعونة المناسبة والفورية، كما ينبغي لدى تقديم الخدمات أو المساعدة إلى الضحايا توجيه اهتمام لمن لهم احتياجات خاصة بسبب طبيعة الضرر الذي أصيبوا به⁽¹⁾.

وضع ضحايا الاتجار بالأشخاص في الدول المستقبلية:

كما نصت المادة السابعة من البروتوكول على وضعية ضحايا الاتجار بالأشخاص في الدول المستقبلية، بالإضافة إلى اتخاذ التدابير الميينة في المادة السادسة من هذا البروتوكول، أن تنظر كل دولة طرف في اعتماد تدابير تشريعية أو تدابير أخرى مناسبة تسمح لضحايا الاتجار بالأشخاص، في الحالات التي تقتضي ذلك، بالبقاء داخل إقليمها بصفة مؤقتة أو دائمة. وفي حالة تنفيذ الحكم الوارد في الفقرة ١ من هذه المادة، تولي كل دولة طرف الاعتبار الواجب للعوامل الإنسانية والوجدانية.

وقررت المادة الثامنة من هذا البروتوكول إعادة ضحايا الاتجار بالأشخاص إلى أوطانهم. تحرص الدولة الطرف التي يكون ضحية الاتجار بالأشخاص من رعاياها أو التي كان يتمتع بحق الإقامة الدائمة فيها وقت دخوله إقليم الدولة الطرف المستقبلية، على أن تيسر وتقبل عودة ذلك الشخص دون إبطاء لا مسوّغ له أو غير معقول، مع إيلاء الاعتبار الواجب لسلامة ذلك الشخص.

عندما تعيد دولة طرف أي ضحية من ضحايا جرائم الاتجار بالأشخاص إلى دولة طرف يكون ذلك الشخص من رعاياها، أو كان

(1) الدكتور / مدحت محمد أبو النصر - الجوانب المعاصرة في رعاية الضحايا - مرجع سابق ص ١٤.

يتمتع بحق الإقامة الدائمة فيها وقت دخوله إلى الدولة المستقبلية، يراعى في إعادة ذلك الشخص إيلاء الاعتبار الواجب لسلامته، وحالة أي إجراءات قانونية تتصل بكون الشخص ضحية لجرائم الاتجار بالأشخاص. ويفضل أن تكون تلك العودة طوعية. لذا فقد قرر المشرع على أنه تتولى وزارة الخارجية من خلال بعثاتها الدبلوماسية والقنصلية بالخارج تقديم كافة المساعدات الممكنة للمجنني عليهم من المصريين في جرائم الاتجار بالبشر بعد التأكد من جنسياتهم بالتنسيق مع السلطات المختصة في الدول المعتمدة لديها، كما تتولى إعادتهم إلى مصر على نحو آمن وسريع ويكون ذلك طوعية للمجنني عليه، وتقوم وزارة الخارجية بالعمل بالمثل مع ضحايا هذه الجرائم لدول أخرى، كما يجوز للمجنني عليهم الأجانب البقاء داخل مصر^(١).

وبناء على طلب من دولة طرف مستقبلية، تتحقق الدولة الطرف متلقية الطلب أن تتحقق دون إبطاء لا مسوغ له أو غير معقول مما إذا كان الشخص الذي هو ضحية للاتجار بالأشخاص من رعاياها، أو كان له حق الإقامة الدائمة في إقليمها وقت دخوله إلى إقليم الدولة الطرف المستقبلية، فقد قرر المادة الثامنة عشر من اللائحة التنفيذية أن تتخذ الإدارات العامة للجوازات والهجرة والجنسية بوزارة الداخلية مايلزم نحو تسهيل إجراءات

(1) نصت اللائحة التنفيذية لقانون مكافحة الاتجار بالبشر المصري رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠م في المادة السابعة عشر على أن تتولى وزارة الخارجية من خلال بعثاتها الدبلوماسية والقنصلية بالخارج تقديم كافة المساعدات الممكنة للمجنني عليهم من المصريين في جرائم الاتجار بالبشر بعد التأكد من جنسيتهم، وذلك بالتنسيق مع السلطات المختصة في الدول المعتمدة لديها، كما تتولى إعادتهم إلى جمهورية مصر العربية على نحو آمن وسريع دون إبطاء لا مسوغ له أو غير معقول، وعلي أن تكون تلك العودة طوعية للمجنني عليه. كما تتولى وزارة الخارجية أيضاً بالتنسيق مع السلطة المعنية في الدول الأخرى تسهيل إعادة الأمانة السريعة للمجنني عليهم الأجانب إلي بلادهم الأصلية بعد التأكد من أنهم يحملون جنسيتها أو أنهم مقيمون بها، وذلك دون إبطاء لا مسوغ له أو غير معقول وعلي أن تكون العودة طوعية للمجنني عليه الأجنبي أيضاً. ويجوز السماح للمجنني عليهم الأجانب في جرائم الاتجار بالبشر في الحالات المناسبة البقاء داخل جمهورية مصر العربية مؤقتاً أو دائماً وفقاً للقواعد المعمول بها في هذا الشأن.

التحقق من أن المجني عليهم لهم حق الإقامة الدائمة في مصر، وأيضاً تسهيل استخراج الأوراق اللازمة لعودتهم لمصر^(١) تسهلاً لعودة أي ضحية من ضحايا جرائم الاتجار بالأشخاص لا توجد لديه وثائق سليمة، توافق الدولة الطرف التي يكون ذلك الشخص من رعاياها أو التي كان يتمتع بحق الإقامة الدائمة فيها وقت دخوله الدولة الطرف المستقبلية على أن تصدر، بناء على طلب الدولة الطرف المستقبلية، ما قد يلزم من وثائق سفر أو أذون أخرى لتمكين ذلك الشخص من السفر إلى إقليمها أو معاودة دخوله^(٢).

وقررت هذه المادة أنه لا تمس أحكام هذه المادة بأي حق يُمنح لضحايا الاتجار بالأشخاص بمقتضى أي قانون داخلي للدولة الطرف المستقبلية. كما لا تمس هذه المادة بأي اتفاق أو ترتيب ثنائي أو متعدد الأطراف منطبق يحكم كلياً أو جزئياً عودة ضحايا الاتجار بالأشخاص. المنع والتعاون والتدابير الأخرى:

فقد نصت المادة التاسعة على منع الاتجار بالأشخاص فقررت أن تضع الدول الأطراف سياسات وبرامج وتدابير أخرى شاملة من أجل (أ) منع ومكافحة الاتجار بالأشخاص. (ب) حماية ضحايا الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال، من معاودة إيذائهم. كما تسعى الدول الأطراف إلى القيام بتدابير، كالبحوث والمعلومات والحملات

(1) كما نصت اللائحة التنفيذية لقانون مكافحة الاتجار بالبشر المصري رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠م في المادة الثامنة عشر على أن تتخذ الإدارات العامة للجوازات والهجرة والجنسية بوزارة الداخلية ما يلزم نحو تسهيل إجراءات التحقق من أن المجني عليهم في جرائم الاتجار بالبشر لهم حق الإقامة الدائمة في جمهورية مصر العربية، وكذا تسهيل استخراج الأوراق اللازمة لعودتهم إلى مصر بالنسبة للذين لا توجد لديهم وثائق صحيحة سواء المتمتعون منهم بجنسية جمهورية مصر العربية أو الذين كانوا يتمتعون بحق الإقامة الدائمة فيها، وذلك وفقاً للقواعد والإجراءات المعمول بها في هذا الشأن.

(2) Trafficking in women and children in Europe, Martti Lehti, The European Institute for Crime Prevention and Control, affiliated with the United Nations, Helsinki, 2003

الإعلامية والمبادرات الاجتماعية والاقتصادية، لمنع ومكافحة الاتجار بالأشخاص. وتشمل السياسات والبرامج والتدابير الأخرى التي توضع وفقا لهذه المادة، حسب الاقتضاء، التعاون مع المنظمات غير الحكومية أو غيرها من المنظمات ذات الصلة وسائر عناصر المجتمع المدني^(١).

منذ أن اعتمد المجلس الأوروبي في عام ١٩٩٧م التعاون الدولي بشأن اتخاذ إجراءات لمكافحة الاتجار بالبشر والاستغلال الجنسي للأطفال، فقد ظهر عدد كبير من المبادرات والتي تم تطويرها على المستويين الوطني والإقليمي.

تتخذ الدول الأطراف أو تعزز، بوسائل منها التعاون الثنائي أو المتعدد الأطراف، تدابير لتخفيف وطأة العوامل التي تجعل الأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال، مستضعفين أمام الاتجار، مثل الفقر والتخلف وانعدام تكافؤ الفرص. وتعتمد الدول الأطراف أو تعزز تدابير تشريعية أو تدابير أخرى، مثل التدابير التعليمية أو الاجتماعية أو الثقافية، بوسائل منها التعاون الثنائي والمتعدد الأطراف، من أجل صد الطلب الذي يحفز جميع أشكال استغلال الأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال، التي تفضي إلى الاتجار^(٢).

(1) اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠م تنص في المادة (٢٠) تتولي وزارة التعاون الدولي بالتنسيق مع اللجنة الوطنية التنسيقية لمكافحة ومنع الاتجار بالبشر وأي جهة أخرى معنية، لإبرام اتفاقيات تعاون دولي أو مذكرات تفاهم مع الجهات الممثلة في الخارج وغيرها من الجهات الأجنبية والمنظمات الدولية المختصة في مجال منع ومكافحة الاتجار بالبشر وذلك لتيسير التعاون الدولي بصورة المختلفة وتبادل أفضل الخبرات والممارسات والتقنيات المستخدمة في هذا الشأن. والمادة (٢١) تتولي اللجنة الوطنية التنسيقية لمكافحة ومنع الاتجار بالبشر ومن خلال صندوق مساعدة ضحايا الاتجار بالبشر القيام بتمويل أي برامج في أي من وسائل الإعلام سواء المقررة أو المسموعة أو المرئية أو الإلكترونية لنشر المعلومات في مجال مكافحة الاتجار بالبشر وذلك على صعيد الوقاية والحماية والرعاية والتوعية بمخاطرة مشكلة الاتجار بالبشر وسبل مكافحتها، كما تتولي اللجنة أيضا من خلال الصندوق تقديم المساعدات المالية للمجني عليهم ممن لحقت بهم أضرار ناجمة من أي من الجرائم المنصوص عليها في القانون.

(2) المادة (٢٢) من اللائحة التنفيذية تنص على أن تتولي اللجنة الوطنية التنسيقية لمكافحة ومنع الاتجار بالبشر ومن خلال صندوق مساعدة ضحايا الاتجار بالبشر=

كما قررت المادة العاشرة تبادل المعلومات وتوفير التدريب، فنصت على أن تتعاون سلطات إنفاذ القانون والهجرة وسائر السلطات ذات الصلة في الدول الأطراف فيما بينها - حسب الاقتضاء - من خلال تبادل المعلومات، وفقاً لقوانينها الداخلية، حتى تتمكن من تحديد، ما إذا كان الأفراد الذين يعبرون حدوداً دولية، أو يشرعون في عبورها، بوثائق سفر تخص أشخاصاً آخرين أو بدون وثائق سفر، هم من مرتكبي جرائم الاتجار بالأشخاص أو من ضحاياهم. وأيضاً أنواع ووثائق السفر التي استعملها الأفراد أو شرعوا في استعمالها لعبور حدود دولية بهدف الاتجار بالأشخاص. والوسائل والأساليب التي تستخدمها الجماعات الإجرامية المنظمة لغرض الاتجار بالأشخاص، بما في ذلك تجنيد الضحايا ونقلهم، واستقبالهم وإيوائهم والعمل على التواصل بين الأفراد والجماعات الضالعة في ذلك الاتجار، والتدابير الممكنة لكشفها.

تعمل الدول الأطراف على توفير أو تعزيز تدريب موظفي إنفاذ القانون وموظفي الهجرة وغيرهم من الموظفين المختصين على منع الاتجار بالأشخاص. وينبغي أن ينصب التدريب على الأساليب المستخدمة في منع ذلك الاتجار، وملاحقة المتجرين وحماية حقوق الضحايا، بما في ذلك حماية الضحايا من المتجرين^(١).

=توفير برامج رعاية وتعليم وتدريب وتأهيل للمجني عليهم المصريين سواء من خلال المؤسسات الحكومية أو غير الحكومية والتعاون في إجراءات البحوث مع عناصر المجتمع المدني لمكافحة الاتجار بالبشر وإنشاء خط ساخن لتلقي الشكاوي والعمل على حلها. والمادة (٢٣) تتولي اللجنة الوطنية التنسيق لمكافحة ومنع الاتجار بالبشر بالتنسيق مع صندوق مساعدة ضحايا الاتجار بالبشر تقديم المساعدات المالية للمجني عليهم في جرائم الاتجار بالبشر ممن لحقت بهم أضرار ناجمة عن تلك الجرائم، وأيضاً يتم التنسيق لتنظيم التصرف في حصيلة الأموال المحكوم بمصادرتها من جهات قضائية والتي تؤول إلي الصندوق مباشرة.

(1) المادة (٢٤) من اللائحة التنفيذية تنص كذلك على أن تتولي اللجنة الوطنية التنسيق لمكافحة ومنع الاتجار بالبشر بالتنسيق مع صندوق مساعدة ضحايا الاتجار بالبشر وبتمويل منه وضع خطة متكاملة لتأهيل الكوادر البشرية العاملة في مجال مكافحة الاتجار بالبشر علي صعيد الوقاية والحماية والرعاية من أجل بناء قدرات تتعامل بفاعلية مع قضايا الاتجار بالبشر، وإنشاء مراكز تدريبية علي أساليب منع الاتجار=

وينبغي أن يراعى هذا التدريب الحاجة إلى مراعاة حقوق الإنسان والمسائل الحساسة فيما يتعلق بالأطفال ونوع الجنس، كما ينبغي أن يشجع التعاون مع المنظمات غير الحكومية، وغيرها من المنظمات ذات الصلة وسائر عناصر المجتمع المدني. كما تمثل الدولة الطرف التي تتلقى معلومات لأي طلب من الدولة الطرف التي أرسلت تلك المعلومات يضع قيوداً على استعمالها.

المطلب الثاني

الحماية الإجرائية لضحايا جرائم الاتجار بالبشر في القانون المصري
عانى المجني عليهم كثيراً كضحايا لجرائم الاتجار بالبشر بصفة خاصة في ظل السياسة الجنائية في الماضي^(١)، فالتطور الذي عرفته الإنسانية عبر مراحل زمنية مختلفة أفرز أنماطاً جديدة فيما يخص التعامل مع الظاهرة الإجرامية، ورصد مجموعة من الوسائل والأساليب للتصدي لها. وبذلك فقد ساهمت هذه المدارس في إعادة صياغة الفكر الجنائي الحديث، حيث اعتبرت جرائم الاتجار بالبشر نتيجة مباشرة للاختلال في بنيات المجتمع قبل أن تعتبر اعتداء على المعايير القانونية، وقد اعتبر المجرم مذنباً وضحية في نفس الوقت، فهو مذنب لاعتدائه على معايير الضبط الاجتماعي، وضحية الظروف التي أحاطت به عند ارتكاب الجريمة،

=بالبشر وملاحقة المتاجرين وحماية حقوق الضحايا، وكذا إجراء البحوث والدراسات التي تحقق هذه الأهداف وعمل الحملات الإعلامية والمبادرات الاجتماعية والاقتصادية المؤدية لذلك وأن تتعاون مع كافة الجهات في الداخل والخارج من أجل الوصول إلي ذلك كله. مادة (٢٥) تُنشئ اللجنة الوطنية التنسيقية لمكافحة ومنع الاتجار بالبشر قاعدة للبيانات والمعلومات لرصد جرائم الاتجار بالبشر ومرتكبيها والمجني عليهم فيها وكافة المعلومات ذات الصلة والأشخاص الذين يشبه في قيامهم بها، وذلك على المستوى المحلي والدولي. وتقوم اللجنة والجهات المعنية بمكافحة الاتجار بالبشر بتبادل كافة البيانات والمعلومات التي تم رصدها من قبلهم في هذا الخصوص.

(١) المجني عليه هو صاحب الحق الذي يحميه القانون بنص التجريم ووقع الفعل الإجرامي عدواناً مباشراً عليه، ومن ثم فإنه لا يكفي لاعتبار شخص مجنياً عليه أن يكون قد أصابه ضرر مباشر بارتكاب الجريمة. دكتور / محمود نجيب حسني - شرح قانون الإجراءات الجنائية - مرجع سابق - ص ١٢٢.

ونتيجة لكل ذلك اعتبر الجزء الجنائي وسيلة للدفاع عن أمن المجتمع واستقراره وأداة لإصلاح الجناة وإعادة إدماجهم^(١).

لقد كان المجني عليه وهو ضحية جرائم الاتجار بالبشر^(٢) بعد أن يحل العدوان عليه وما يخلفه له من آثار سلبية سواء من إصابته بدنياً أو صحياً أو نفسياً، أو الخسارة المالية، يفقد حقوقه من الناحية الإجرائية والتي تبدأ مع تعامله بالشرطة سواء عند الإبلاغ وما يستتبع ذلك من إجراءات أثناء جمع الإستدلالات وأثناء التحقيقات ثم المحاكمة، وما يعانيه من مواجهات مع الجاني وتحديات واستفزاز ومحاولة في الإيقاع بالضحية، ومحاولة رد الإتهام أو التملص منه^(٣).

وقد اهتم المشرع المصري بحماية المجني عليهم في جرائم الاتجار بالبشر حيث نص المادة (٢١) على أنه "لا يعد المجني عليه مسئولاً مسئولية جنائية أو مدنية عن أي جريمة من جرائم الاتجار بالبشر متى نشأت أو ارتبطت مباشرة بكونه مجنياً عليه". فالمشرع لم يعتبر المجني عليهم في هذه الجرائم مسئولون جنائياً أو مدنياً فلا توجه إليهم إتهامات ولا يُطالبون بأي تعويضات مالية.

كما أقرت المادة (٢٢) أن تكفل الدولة حماية المجني عليه، وتعمل علي تهيئة الظروف المناسبة لمساعدته ورعايته صحياً ونفسياً وتعليمياً واجتماعياً وإعادة تأهيله ودمجه في المجتمع في إطار من الحرية والكرامة الإنسانية، وكذلك عودته إلي وطنه علي نحو سريع وآمن إذا كان أجنبياً أو من غير المقيمين إقامة دائمة في الدولة، وذلك وفقاً للقواعد والإجراءات التي يصدر بها قرار من مجلس الوزراء.

1. دكتور / مأمون محمد سلامة - قانون العقوبات القسم العام - ص ٦١١.
2. المجني عليه (الضحية) كما عرفته اللائحة التنفيذية لقانون مكافحة الاتجار بالبشر الشخص الطبيعي الذي تعرض لأي ضرر مادي أو معنوي، وعلي الأخص الضرر البدني أو النفسي أو العقلي أو الخسارة الاقتصادية، وذلك إذا كان الضرر أو الخسارة ناجماً مباشرة عن جريمة من الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة الاتجار بالبشر.
- (3) دكتور / أحمد محمد عبد اللطيف الفقي - الحماية الجنائية لحقوق ضحايا الجريمة - دار النهضة العربية - ٢٠٠١ م ص ٣٥.

وسوف نتناول حماية الضحايا في القانون المصري على النحو

التالي :-

الفرع الأول: دور رجال الشرطة في حماية ضحايا جرائم الاتجار بالبشر.

الفرع الثاني: دور النيابة العامة في حماية ضحايا جرائم الاتجار بالبشر.

الفرع الأول

دور رجال الشرطة في حماية ضحايا جرائم الاتجار بالبشر.

حتى نتحدث عن دور رجال الشرطة في هذه الحماية لهؤلاء الضحايا لابد أن نبدأ من تحديد هذا الدور من الناحية الإجرائية والتي حددها قانون الإجراءات الجنائية، وحدد أشخاص بعينهم على سبيل الحصر للقيام بإجراءات معينة حددها القانون تؤدي إلى حماية هؤلاء الضحايا من الجريمة بصفة عامة، لذا سوف نتناول النصوص الإجرائية التي من شأنها حماية المجني عليه في جرائم الاتجار بالبشر.

فقد أعطت المادة ٢١ من قانون الإجراءات الجنائية المصري لمأموري الضبط القضائي عملية البحث عن الجرائم ومرتكبيها وجمع الاستدلالات التي تلزم للتحقيق في الدعوى، وهذه هي نقطة البداية للإجراءات التي تقوم بها لأن الغاية من عمل أعضاء الضبطية القضائية هي إمداد النيابة العامة بعناصر التقدير، فتنحصر واجبات مأموري الضبطية القضائية طبقاً لهذا النص في البحث والتحري عن الجرائم ومرتكبيها وجمع الاستدلالات التي يستلزم توافرها للتحقيق الجنائي في الدعوى^(١).

لقد فرضت هذه المادة على مأموري الضبطية القضائية القيام بأعمال البحث والتحري عما إذا كانت هناك جرائم قد وقعت فعلاً ولم يكن وصل إلى علمهم أي شئ عنها، فلا ينتظروا أن يصل إلى علمهم

(١) دكتور / محمود محمود مصطفى - شرح قانون الإجراءات الجنائية - دار النهضة العربية ١٩٨٨م ص ٢١٢. وراجع في ذلك أيضاً دكتور / إبراهيم حامد طنطاوي - سلطات مأمور الضبط القضائي - المكتبة القانونية - الطبعة الثانية ١٩٩٧م ص ٢٦٥.

وقوع الجريمة بالبلاغ عنها . فإن أسفر البحث والتحري عن وقوع الجريمة فيجب استمرار بالبحث والتحري للوصول إلى معرفة الجاني وضبطه .^(١) ومن ثم كانت التبعية والإشراف للنيابة العامة على هذه الأعمال ، لأنه طبقاً لنص المادة ٢٢ من القانون سالف الذكر أن مأموري الضبط القضائي تابعين للنائب العام وخاضعين لإشرافه فيما يتعلق بأعمال وظيفتهم ، وللنائب العام أن يطلب إلى الجهة المختصة النظر في كل أمر من تقع منه مخالفات لواجباته ، أو تقصير في عمله ، وله أن يطلب رفع الدعوى التأديبية عليه ، وهذا كله لا يمنع من رفع الدعوى الجنائية . وبناء على ذلك يكون للنيابة العامة التوجيه والرقابة على أعمال مأموري الضبط القضائي .

حددت المادة رقم ٢٣ من قانون الإجراءات الجنائية المصري فئات مأموري الضبط القضائي^(٢) وحددت دوائر اختصاصاتهم حيث قررت في البند (أ) يكون من مأموري الضبط القضائي في دوائر اختصاصهم :
- أعضاء النيابة العامة ومعاونها^(٣) .

- (1) المستشار / إيهاب عبد المطلب - الموسوعة الجنائية الحديثة في شرح قانون الإجراءات الجنائية - المركز القومي للإصدارات القانونية - بدون تاريخ نشر ص ٣٠٥ .
- (2) القانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ م ، وهذه المادة معدلة بالقانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧١م الجريمة الرسمية العدد رقم ٢٠ الصادر بتاريخ ١٩٧١/٥/٢٠م .
- (3) مأمور الضبط القضائي ذوو الاختصاص العام ، ومنهم أعضاء النيابة العامة ، ورجال الشرطة . لهم اختصاصاً شاملاً بالنسبة لما يرتكب في دائرة اختصاص كل منهم من الجرائم - مؤدى ذلك - انبساط ولايتهم على جميع أنواع الجرائم حتى ما كان منها مخلواً لإحد مأموري الضبط القضائي ذوي الاختصاص . فمن المقرر أن مأموري الضبط القضائي ذوي الاختصاص العام - ومنهم أعضاء النيابة العامة ورجال الشرطة لهم اختصاص شامل بالنسبة لما يرتكب في دائرة اختصاص كل منهم من جرائم وتنسبط ولايتهم المقررة في القانون على جميع أنواع الجرائم حتى ما كان مخلواً لأحد مأموري الضبط القضائي ذوو الاختصاص ومن ثم فإن تحريك النيابة العامة الدعوى الجزائية ضد الطاعن عن الجريمة المستندتين إليه عملاً بالقانون ١٨ لسنة ١٩٨١ المعدل سالف البيان وبناء على محضر الضبط الذي أجري بمعرفة أحد مأموري الضبط القضائي ذوي الاختصاص السابق يكون متفقاً وصحيح القانون . (أول حكم في صلاحيات مأموري الضبط القضائي صادر من محكمة التمييز بدبي في الطعن بالتمييز رقم ٨٤ لسنة ١٩٩٤ م في الجلسة المنعقدة يوم السبت الموافق ١٩ / ١١ / ١٩٩٤ م . على موقع قانون الإمارات . <http://theuaelaw.co.n>

- ضباط الشرطة وأمنائها والكونستبلات والمساعدون.
- رؤساء نقط الشرطة.
- العمد ومشايخ البلاد ومشايخ الخفراء.
- نظار ووكلاء محطات السكك الحديدية الحكومية.
- ومديري أمن المحافظات ومفتشي مصلحة التفتيش العام بوزارة الداخلية لأن يؤدي الأعمال التي يقوم بها مأمورو الضبط القضائي في دوائر اختصاصهم.
- (ب) ويكون من مأموري الضبط القضائي في جميع أنحاء الجمهورية^(١) :
 - مديرو وضباط إدارة المباحث العامة بوزارة الداخلية وفروعها بمديريات الأمن.
 - مديرو الإدارات والأقسام ورؤساء المكاتب والمفتشون والضباط وأمناء الشرطة والكونستبلات والمساعدون وباحثات الشرطة العاملون بمصلحة الأمن العام وفي شعب البحث الجنائي بمديريات الأمن.
 - ضباط مصلحة السجون.
 - مديرو الإدارة العامة لشرطة السكة الحديد والنقل والمواصلات وضباط هذه الإدارة.
 - قائد وضباط أساس هجانة الشرطة.
 - مفتشو وزارة السياحة.
- ويجوز بقرار من وزير العدل بالاتفاق مع الوزير المختص تخويل بعض الموظفين صفة مأموري الضبط القضائي بالنسبة إلى الجرائم التي تقع في دوائر اختصاصهم وتكون متعلقة بأعمال وظائفهم.

(1) الأصل أن مأمور الضبط القضائي يتحدد له نطاق مكاني يكون له القيام فيه بالإجراءات القانونية المنوطة به وإنه يتعين عليه مباشرة هذه الإجراءات الالتزام بمحدود المكان الذي حُدّد له، فإن تجاوز حدود اختصاصه المكاني كانت الإجراءات باطلة، ولكن هناك استثناءات ثلاثة وهي مكان ارتكاب الجريمة أو محل إقامة المتهم أو مكان القبض عليه وذلك طبقاً لنص المادة ٢١٧ من قانون الإجراءات الجنائية. دكتور / محمود نجيب حسني - شرح قانون الإجراءات الجنائية - مرجع سابق - ص ٥٠٨.

يتضح من هذا النص أن مأموري الضبط القضائي من الموظفين العموميين^(١)، والمشرع قد حصر فئة مأموري الضبط القضائي في الاختصاص المكاني والخاص بدوائر اختصاصهم في جرائم معينة، وتكون متعلقة بأعمال وظائفهم، ومن هذا النص يستمد مأمور الضبط القضائي هذه الصفة وهذا الاختصاص، فاكساب الموظف العام هذه الصفة يلزم أن تكون بناء على نص تشريعي.

وقد قسم المشرع مأموري الضبط القضائي إلى فئتين الأولى ذات اختصاص نوعي عام والثانية ذات اختصاص نوعي محدود، ونجد أن الفئة الأولى تنقسم إلى اختصاص نوعي عام في نطاق اقليمي محدد، وهذا طبقاً لنص المادة سالفة الذكر في البند(أ) واختصاص نوعي عام في عموم الجمهورية كلها وهذا طبقاً لنص(ب).

بينما نجد المشرع الفرنسي أوجب في المادة ١٨ الفقرة الأولى من قانون الإجراءات الجنائية على أعضاء الضبط القضائي مباشرة اختصاصاتهم في النطاق المكاني الذي يباشرون فيها ووظائفهم المعتادة، والمادة ٤١ الفقرة الثانية أوجبت عليهم مباشرة عملهم في حدود نطاق المحكمة التي يتبعونها^(٢)، رغم ذلك فيمكن أن يختلف الاختصاص المكاني لمأموري الضبط القضائي في فرنسا حسبما يكون من ضباط الضبط القضائي، أو من عمال الضبط القضائي، أو من عمال الضبط القضائي المعاونين أو من الموظفين الذين تم تكليفهم ببعض وظائف الضبط القضائي.

(١) حددت المادة ١٥ من قانون الإجراءات الفرنسي المعدلة بقانون ٢٨ يوليو ١٩٧٨ م بتحديد أعضاء الضبط القضائي وهم ثلاث فئات أولاً - ضباط الضبط القضائي. ثانياً - عمال الضبط القضائي وعمال الضبط القضائي المعاونون. ثالثاً - الموظفون والمأمورون الذين خولوا بمقتضى القانون بعض وظائف الضبط القضائي. مشار إليه دكتور / إبراهيم حامد طنطاوي سلطات مأمور الضبط القضائي مرجع سابق ص ١٣٠. (القانون رقم ٧٨-٧٨٨ من ٢٨ يوليو ١٩٧٨) الجريدة الرسمية ١ المؤرخ ٢٩ تموز ١٩٧٨). <http://legislationline.org/download/action/>.

(٢) دكتور / إبراهيم حامد طنطاوي سلطات مأمور الضبط القضائي المرجع السابق ص ١٦١.

أما الاختصاص النوعي المحدود فهو الاختصاص الذي يخوله المشرع لفئة معينة من الموظفين بناء على قرار وزير العدل بالاتفاق مع الوزير المختص وتكون لهم صفة الضبطية القضائية في الجرائم المتعلقة بأعمال وظائفهم وفي دوائر اختصاصهم.

يترتب على حصر فئة مأموري الضبط القضائي عدم انصراف هذه الصفة إلى مرءوسيه من رجال السلطة العامة كأفراد الشرطة السريين ومجندي الشرطة، فليس لهم انقيام بالأعمال التي يقوم بها من لهم صفة الضبط القضائي لخطورة ذلك ومساسها بحقوق وحرريات الأفراد. ومن ثم فإنه إذا استعان مأمور الضبط القضائي بأحد أفراد السلطة العامة من أفراد الشرطة السريين أو مجندين الشرطة، ممن لا يصدق عليهم صفة الضبطية القضائية، في إجراء البحث عن جرائم الاتجار بالبشر والتحري وجمع الاستدلال عنها فلا يعتبر هذا الإجراء وما يسفر عنه من نتائج باطلاً^(١)، ونظراً لأهمية التحريات فإنه يتعين على مأمور الضبط القضائي الإشراف على مرءوسيه أثناء قيامهم بذلك ضماناً لجديتها وسلامتها^(٢).

وقد صدر حكم النقض أنه يمكن لمأمور الضبط القضائي الاستعانة في هذه المهمة بهؤلاء مادام أنه اقتنع شخصياً بصحة ما نقلوه إليه ويصدق ما تلقاه من معلومات بدون تحديد فترة زمنية لإجراء التحريات^(٣).

ولكن إذا كان المشرع قد حدد فئات الضبطية القضائية وعهد إليهم وفقاً لصريح نص المادة (٢١) إجراءات البحث وجمع الاستدلال عن الجرائم ومرتكبيها، فقد قرر في المادة (٢٤) على مأموري الضبط القضائي أن يقبلوا التبليغات والشكاوي التي ترد إليهم بشأن الجرائم، وأن يبعثوا

(١) دكتور / إبراهيم حامد طنطاوي سلطات مأمور الضبط القضائي المرجع السابق ص ١٦١.

(٢) دكتور / إبراهيم حامد طنطاوي سلطات مأمور الضبط القضائي - المرجع السابق ص ٢٧٠.

(٣) نقض ٧ / ١٢ / ١٩٧٨ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٢٩ ق ١٨٢ ص ٨٧٩.

بها فوراً إلى النيابة العامة^(١)، كما أوجبت عليهم وعلى مرءوسيه
الحصول على جميع الإيضاحات وإجراء المعاينات اللازمة لتسهيل تحقيق
الوقائع التي إليهم^(٢).

قرر المشرع في المادة (٢٣) من قانون مكافحة الاتجار بالبشر المصري
أن يُراعى في جميع مراحل الاستدلال أو التحقيق أو المحاكمة في جرائم
الاتجار بالبشر العمل علي التعرف علي المجني عليه وتصنيفه والوقوف
علي هويته وجنسيته وعمره لضمان إبعاد يد الجناة عنه.

كما يُراعى كفالة الحقوق الآتية للمجني عليه: (أ) الحق في سلامته
الجسدية والنفسية والمعنوية. (ب) الحق في صون حرمة الشخصية وهويته.
(ج) الحق في تبصيره بالإجراءات الإدارية والقانونية والقضائية ذات الصلة،
وحصوله علي المعلومات المتعلقة بها. (د) الحق في الاستماع إليه وأخذ آرائه
ومصالحه بعين الاعتبار، وذلك في كافة مراحل الإجراءات الجنائية وبما لا
يمس حقوق الدفاع. (هـ) الحق في المساعدة القانونية، وعلي الأخص الحق في
الاستعانة بمحام في مرحلتي التحقيق والمحاكمة، فإذا لم يكن قد اختار
محامياً وجب علي النيابة العامة أو المحكمة بحسب الأحوال أن تندب له
محامياً، وذلك طبقاً للقواعد المقررة في قانون الإجراءات الجنائية بشأن
ندب محام للمتهم. (و) وفي جميع الأحوال تتخذ المحكمة المختصة من
الإجراءات ما يكفل توفير الحماية للمجني عليه والشهود وعدم التأثير
عليهم، وما قد يقتضيه ذلك من عدم الإفصاح عن هويتهم، وذلك كله
دون الإخلال بحق الدفاع وبمقتضيات مبدأ المواجهة بين الخصوم.

(1) Article 75- 2 "L'officier de police judiciaire qui mène
une enquête préliminaire concernant un crime ou un
délit avise le procureur de la République dès qu'une
personne à l'encontre de laquelle existent des indices
faisant présumer qu'elle a commis ou tenté de
commettre l'infraction est identifiée." Créé par Loi
n°2000- 516 du 15 juin 2000 - art. 15 JORF 16 juin 2000.

(2) دكتور / محمود نجيب حسني - شرح قانون الإجراءات الجنائية - مرجع سابق ص

٥٠٧.

إن إجراءات الضبط القضائي لا يتولد عنها أدلة بالمعنى الفني، ولا تعدو تلك المعلومات التي يتم الحصول عليها في هذه المرحلة إلا أن تكون مجرد دلائل وأمارات يصح الاستناد عليها في مرحلتي التحقيق والمحاكمة، ولكنها لا ترقى لأن تكون أدلة بالمعنى الفني، وذلك بسبب افتقارها إلى الضمانات اللازمة لحماية الحرية الشخصية وحق الدفاع، ولهذا سُميت بمرحلة الاستدلال، وهي إجراءات تحضيرية أو تمهيدية للدعوى الجنائية، بل هي سابقة عليها، فالهدف منها جمع المعلومات والأدلة اللازمة للتحقيق والاثهام، ولا يترتب على اتخاذ أي إجراء منها تحريك الدعوى الجنائية.

ولكن المشرع عندما قرر هذا الاختصاص لمأموري الضبط القضائي قد خول له استثناء وهو القيام بعمل من أعمال التحقيق كالقبض والتفتيش - التي هي في الأصل من أعمال التحقيق التي تقوم بها النيابة العامة أو قاضي التحقيق - فلا يقوم بها إلا من خوله المشرع ذلك العمل، وليس لمروسي مأموري الضبط القضائي أن يقوموا بهذه الأعمال وإلا وقع باطلاً.

وذهب جانب من الفقه إلى الأخذ بنص المادة ٢٣ من قانون الإجراءات الجنائية المصري بقصر القيام بإجراءات التحري عن الجرائم ومرتكبيها على مأموري الضبط القضائي وحدهم، والمحدد في تلك المادة بحيث لا يترك الأمر في اتخاذ هذه الإجراءات لمروسيهم إلا عند الضرورة، ويكون ذلك تحت إشراف مأمور الضبط القضائي، ويعلل ذلك بأن البحث عن الجرائم ومرتكبيها وجمع المعلومات من الإجراءات التي يكون من شأنها النيل أو المساس بالحقوق والحريات الفردية، ولذلك يخشى من ترك ذلك للمروسين فيكرن له تأثير سلبي على حريات الناس أو انتهاك حرمت المساكن، كما يدل ذلك أيضاً بما يتطلبه إجراء التحريات من الفحص الدقيق والتصرف الحكيم علاوة على أن رجال

الضبط القضائي يستندون إلى هذه التحريات في استصدار أوامر القبض وأذن التفتيش^(١).

لا تبدأ عملية جمع الاستدلالات في جرائم الاتجار بالبشر إلا عندما ترد إلى مأموري الضبط القضائي التبليغات بتلك الجرائم والتي قبلوها فور الإبلاغ بها^(٢)، ويلزم أن يحصلوا هم ومرءوسيههم على جميع الإيضاحات والمعلومات وإجراء المعاينات اللازمة لتسهيل تحقيق هذه الجرائم، ثم يتم إثبات هذه المعلومات في محاضر يقوم بها مأموري الضبط القضائي ويوقع منه عليها، ويثبت بها وقت ومكان الحصول على هذه المعلومات، وما قام به من إجراءات خوله إياها المشرع، وهذا ماخوله لهم القانون مما يعني شرعية تلك الإجراءات التي يقوم بها مرءوسي مأمور الضبط القضائي.

فالقانون لا يمنع مرءوسي مأموري الضبط القضائي من إجراء التحريات حول الجريمة ومرتكبيها، علاوة على ذلك، فإنه يجوز لمحكمة الموضوع أن تستند في قضائها على تحريات مجهولة، وأن تعتبرها معززة للدلة المقدمة في الدعوى، ذلك أن مصادر البيانات والمعلومات قد تكون من المصادر السرية التي ترى الإدارة لمصلحة ومقتضيات الأمن عدم الكشف عنها، ولا يعيب إجراءات التحريات أن تبقى شخصية المرشد غير معروفة وأن لا يفصح عنها رجل الضبط القضائي الذي اختاره لمعاونته في مهمته^(٣).

والاستدلالات هي عبارة عن مجموعة من الإجراءات التمهيدية السابقة على تحريك الدعوى الجنائية، والتي تهدف إلى جمع المعلومات في شأن جريمة الاتجار بالبشر حتى تتخذ جهات التحقيق القرار فيها بناء على

(1) دكتور / رفعت رشوان - التحري والاستدلال عن جرائم الاتجار في البشر - مرجع سابق ص ٣٠.

(2) دكتور / إبراهيم حامد طنطاوي - سلطات مأمور الضبط القضائي - مرجع سابق ص ١٨٨.

(3) دكتور / رفعت رشوان - التحري والاستدلال عن جرائم الاتجار في البشر - مرجع سابق ص ٣٢.

هذه المعلومات، وبالتالي تحريك الدعوى الجنائية، فالمادة رقم ٢١ من قانون الإجراءات الجنائية المصري تقرر كما سبق، وأن ذكرنا أن مأمورو الضبط القضائي يقوم بالبحث عن الجرائم ومرتكبيها وجمع الاستدلالات التي تلزم للتحقيق في الدعوى، ومن هنا يتبين أن سلطات الاستدلال تعمل لحساب سلطات التحقيق^(١).

أي أن فحوى جمع الاستدلالات والهدف من إجراءاتها هو جمع المعلومات عن الجريمة والجناة، وكذا الضحايا للوصول إلى كافة المعلومات التي تحتاج إليها جهات التحقيق للتصرف فيها، لذا فإن الجهات التي تقوم بجمع الاستدلالات تكون تابعة وتخضع لإشراف النيابة العامة. والمادة ٢٢ من ذات القانون تنص على أنه يكون مأمورو الضبط القضائي تابعين للنائب العام وخاضعين لإشرافه فيما يتعلق بأعمال وظيفتهم.

قالت محكمة النقض أن إجراءات جمع الاستدلالات أيا كان من يباشرها لا تعتبر من إجراءات الخصومة الجنائية، بل هي من الإجراءات الأولية التي تسلس لها سابقة على تحريكها^(٢)، فأعمال الاستدلالات لا تتولد عنها أدلة في مدلولها القانوني، ولا يجوز أن يكون كل سند القاضي في حكمه محضر جمع الاستدلالات، ولكنه يجوز أن يكون الاستدلال أساساً لتحقيق يجري في الجلسة ويستخلص منه الدليل وعلّة استبعاد نشوء الدليل عن أعمال الاستدلال أنه لا تتوافر فيها ضمانات الدفاع المطلوبة لنشوء الدليل.

وقالت محكمة النقض في حكم لها أنه لا تنعقد الخصومة ولا تتحرك الدعوى الجنائية إلا بالتحقيق الذي تجرّه النيابة العامة دون غيرها بوصفها سلطة تحقيق سواء بنفسها، أو بمن تندبه لهذا الغرض من مأموري الضبط

(١) دكتور / محمود نجيب حسني - شرح قانون الإجراءات الجنائية - مرجع سابق ص ٤٩٩.

(٢) نقض ٥ فبراير سنة ١٩٦٨م مجموعة أحكام محكمة النقض س ١٩ رقم ٢٦ ص ١٤٨، ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٧٩م س ٣٠ رقم ١٦٦ ص ٧٨٤، ٣ مارس سنة ١٩٨٠م س ٣١ رقم ٦١ ص ٣٢٢. (مشار إليه دكتور / محمود نجيب حسني - شرح قانون الإجراءات الجنائية - مرجع سابق - ص ٤٩٩).

القضائي، أو برفع الدعوى الجنائية أمام جهات الحكم، ولاتعتبر الدعوى قد بدأت بأي إجراء آخر تقوم به سلطات الاستدلال ولو في حالة التلبس^(١).

فلا ينطوي جمع الاستدلالات على إجراءات قهر وإكراه تماثل ما يتضمنه التحقيق، فالفرض أن جمع الاستدلالات مجرد جمع معلومات يعتمد فيه الموظف المختص به على مهارته وتعاون الناس معه من أجل كشف الجرائم وتعقب مرتكبيها، كما لا يحول عدم تقديم الشكوى أو الطلب دون اتخاذ إجراءات الاستدلال ولكنه يحول دون إجراءات التحقيق الابتدائي^(٢). وترتيباً على ما تقدم يلزم لنا التعرض أولاً لمن هم ضحايا جرائم الاتجار بالبشر، ثم نتعرض لمسئولية الشرطة لحمايتهم، وذلك على النحو التالي:

أولاً: من هم ضحايا جرائم الاتجار بالبشر.

ثانياً: مسئولية الشرطة لحماية ضحايا جرائم الاتجار بالبشر.

أولاً: من هم ضحايا جرائم الاتجار بالبشر:

المقصود بمصطلح "ضحايا الجريمة" طبقاً لإعلان المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة الصادر عن الأمم المتحدة في عام ١٩٨٥ م^(٣) أولئك الأشخاص الذين أصيبوا بضرر فردي أو جماعي، ويدخل في ذلك الضرر البدني أو العقلي أو المعاناة النفسية أو الخسارة الاقتصادية أو الحرمان بدرجة كبيرة في التمتع بحقوقهم الأساسية عن طريق أفعال أو حالات إهمال، وتشكل انتهاكاً للقوانين الجنائية

(1) نقض ٤ نوفمبر سنة ١٩٦٨ مجموعة أحكام محكمة النقض س ١٩ رقم ١٧٨ ص ٨٩٩ (م. مشار إليه هامش دكتور / محمود نجيب حسني - شرح قانون الإجراءات الجنائية - مرجع سابق - ص ٥٠١).

(2) دكتور / محمود نجيب حسني - شرح قانون الإجراءات الجنائية - مرجع سابق - ص ٤٩٩.

(3) اعتمد ونشر علي الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٣٤ / ٤٠ المؤرخ في ٢٩ تشرين الثاني / نوفمبر ١٩٨٥ م

النافذة المفعول في الدول الأعضاء بما فيها القوانين التي تحرم الإساءة الجنائية لاستعمال السلطة.

فالشخص يمكن أن يُعتبر ضحية للجريمة بمقتضى هذا الإعلان، بصرف النظر عما إذا كان مرتكب الفعل قد تم معرفته أو القبض عليه أو مقاضاته أو إدانته أم لا، وبصرف النظر عن العلاقة بينه وبين الضحية، ويشمل مصطلح الضحية أيضاً العائلة المباشرة للضحية، ومن يعولهم مباشرة والأشخاص الذين أصيبوا بضرر من جراء التدخل لمساعدة الضحايا في محنتهم أو لمنع الإيذاء عنهم، وتنطبق الأحكام الواردة في الإعلان على الجميع دون تمييز من أي نوع كالتمييز بسبب العرق واللون والجنس والسن واللغة والدين والجنسية والرأي السياسي أو غيره من المعتقدات أو الممارسة الثقافية والملكية والمولد أو المركز الأسري أو الأصل العرقي أو الاجتماعي أو العمر. ويشتمل هنا مفهوم الضحية على المجني عليه^(١) أو أي شخص آخر قد أصيب بضرر من جراء ارتكاب الجريمة مثل المضرور منها. وهذا يتفق مع مانص عليه القانون المصري بشأن مكافحة الاتجار بالبشر^(٢).

ومن جهة أخرى فإن ضحية الجريمة هو الشخص المستضعف الذي تدفعه الظروف الاقتصادية والسياسية والاجتماعية لأن يبيع نفسه سواء للوصول لحلم أن يعيش حياة أفضل أو السفر. فبعد الوصول لدولة المقصد يتلقاه التاجر أو أحد من أعوانه لاستغلاله جنسياً. وبالتالي يجب إنقاذ الضحية من حالة الاستضعاف التي يعيشها في مواجهة العصابات الإجرامية المنظمة^(٣).

- (1) لواء دكتور / نشأت عثمان الهلالي - مجالات تحقيق الحماية لضحايا الجريمة - بحث مقدم للندوة الدولية لحماية حقوق ضحايا الجريمة المنعقدة في الفترة من ٢٢-٢٥ يناير ١٩٨٩م مركز بحوث الشرطة - أكاديمية الشرطة ص ٤.
- (2) محمد على العريان - عمليات الاتجار بالبشر - مرجع سابق ص ٢٠.
- (3) دكتور / حامد سيد محمد حامد - الاتجار في البشر كجريمة منظمة عابرة للحدود - بين الأسباب، التداعيات، الرؤى الاستراتيجية - القومي للاصدارات القانونية - الطبعة الأولى ٢٠١٠م ص ١٠٥.

أما ما يجب توفيره لهؤلاء الضحايا من عدالة وإنصاف وحماية ورعاية بعد ارتكاب الجريمة، وإشراكهم في الدعوى الجنائية، وتوفير المساعدة لهم في جميع مراحل الإجراءات القانونية، وإعلانهم بحقوقهم وسبل اقتضاها، وتعويض هؤلاء الضحايا عما لحقهم من أضرار مادية أو أدبية من جراء وقوع الجريمة، وغير ذلك من ألوان الحماية والرعاية، فمما لا شك فيه أن كل ذلك يعتبر نظرة إنسانية نبيلة جدية بكل تقدير وتشجيع باعتبار أن هؤلاء الضحايا أو ذويهم أول من يقع عليهم القدر الأكبر من الأضرار والآثار السيئة الناجمة عن الجريمة.

ونحن بصدد هذا البحث يجب التمييز بين ضحايا الظروف الاجتماعية وبين ضحايا جرائم الاتجار بالبشر، بمعنى أن الجاني مرتكب الفعل الإجرامي لا يمكن اعتباره من ضحايا الجريمة، ولكنه قد يندرج تحت طائفة ضحايا الظروف الاجتماعية، والتي قد تكون من أسباب ارتكابه للجريمة، إلا أنه في بعض الأحيان يمكن اعتبار أسرة الجاني من ضحايا الجريمة إذ كان هو العائل المباشر لهم.

وترتيباً على ما تقدم، فإن مصطلح ضحايا جرائم الاتجار بالبشر يشمل في فحواه كلاً من المجني عليه والمتضرر من الجريمة، حيث يُقصد بالمجني عليه هو من قصده الجاني باعتدائه، ولا يكون إلا شخصاً طبيعياً فلا يمكن أن يكون شخصاً معنوياً⁽¹⁾.

ثانياً: مسؤولية الشرطة لحماية ضحايا جرائم الاتجار بالبشر.

تعتبر الشرطة الجهة الأولى لنظام العدالة الجنائية التي يقابلها ضحايا جرائم الاتجار بالبشر عقب حدوثها، وبأمل هؤلاء الضحايا من رجال الشرطة في تقديم الكثير لمساعدتهم ومساندتهم، فالمسئولية الملقاة على عاتق رجال الشرطة أن تبادر في تلقي البلاغات من هؤلاء الضحايا عندما يتقدموا بالإبلاغ عن أية جريمة⁽²⁾، فهم يريدون منهم الإستجابة السريعة

(1) دكتور/ وجدي محمد بركات - ورقة عمل حول دور الشرطة في رعاية ضحايا

الجريمة - مرجع سابق ص ٦.

(2) دكتور / أحمد محمد عبد اللطيف الفقي - الحماية الجنائية لحقوق ضحايا الجريمة -

مرجع سابق ص ٧٥.

لطلب الاستغاثة، فالضحايا يعتمدون على الشرطة لقبول سردهم للأحداث بصورة تفصيلية والعمل على اكتشاف غموض الجريمة، والقبض على المجرم والوصول إلى الحقيقة، وجمع الأدلة التي تؤدي إلى الإدانة أثناء مرحلتي التحقيقات والمحاكمة الجنائية.

وقد يصيب الضحايا نوع من الشعور بالإحباط تجاه الشرطة في حالة التأخير عند تلقي البلاغ، ومن ثم التأخير في الوصول إلى مكان البلاغ، أو عدم تصديقهم أو الفشل في القبض على الجناة أو الوصول إلى حقيقة الواقعة. وهناك بعض الإجراءات التي تتخذها الشرطة لحماية ضحايا جريمة الاتجار بالبشر يجب تناولها بشئ من التفصيل على النحو التالي:

١- البلاغ ومرحلة جمع الاستدلالات والتحقيق.

٢- الرعاية اللاحقة لضحايا الجريمة.

١- البلاغ ومرحلة جمع الاستدلالات والتحقيق

نصت المادة ٢٤ من قانون الإجراءات الجنائية على أنه " يجب على مأموري الضبط القضائي أن يقبلوا التبليغات والشكاوى التي ترد إليهم بشأن الجرائم، وأن يبعثوا بها فوراً إلى النيابة العامة، فمن أولى واجبات رجال الضبط القضائي المتعلقة بجمع الاستدلالات أن يتلقوا البلاغات والشكاوى لأنهم لا يتسنى لهم القيام بالاستدلالات بشأن جريمة معينة إلا بعد إتصال علمهم بالجريمة^(١)."

ويجب عليهم وعلى مرءوسيههم أن يحصلوا على جميع الإيضاحات، ويجروا المعاينات اللازمة لتسهيل تحقيق الوقائع التي تبلغ إليهم، أو التي يعلمون بها بأية كيفية كانت، وعليهم أن يتخذوا جميع الوسائل التحفظية اللازمة للمحافظة على أدلة الجريمة، وهذه الإجراءات بطبيعتها سرية فيجب أن تتم جميع إجراءات الاستدلالات بسرية مطلقة، لأن العلانية هنا قد تفسد هذه المرحلة وتعطلها^(٢).

(١) دكتور / محمود نجيب حسني - شرح قانون الإجراءات الجنائية - مرجع سابق - ص ٤٩٩.

(٢) دكتور / عويس دياب - الحماية الجنائية لسرية التحقيق الابتدائي - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى ١٩٩٩ م ص ١٤٠.

ويجب أن تثبت جميع الإجراءات التي يقوم بها مأمورو الضبط القضائي في محاضر موقع عليها منهم، يبين بها وقت اتخاذ الإجراءات ومكان حصوله، ويجب أن تشمل تلك المحاضر زيادة على ما تقدم توقيع الشهود والخبراء الذين سمعوا وترسل المحاضر إلى النيابة العامة مع الأوراق والأشياء المضبوطة⁽¹⁾

ويتضح من هذا النص أن المشرع يحدد أعمال الاستدلالات على سبيل الحصر، والتي تبدأ بتلقي البلاغ، ثم إثبات جميع الإجراءات في محضر موقع عليه من مأموري الضبط القضائي، كما يجب على من يتلقى البلاغ من رجال الضبط القضائي أو مرءوسيه عند جمع الاستدلالات عدم التأثر بما جاء في مضمون البلاغ، أو يتسرع في تكوين فكرة عن الجريمة قبل فحصها، فكثيراً ما يتضح أن البلاغ فيه مبالغة أو كيدية في الإتهام، والتي يقصد به الإساءة إلى المبلغ ضده، أو يكتشف عدم صحته على الإطلاق وبما جاء فيه من معلومات، ويعتبر البلاغ هو البداية الأولى في مرحلة جمع الاستدلالات، ومنه يستطيع رجل الضبط القضائي التأكد من وقوع الجريمة وزمانها ومكانها وكيفية ارتكابها، أو أسباب الجريمة وأركانها المادية والمعنوية، وعمّا إذا كان هناك اشتراك أو تحريض⁽²⁾.

كما أوجبت المادة ١٥ - ٣ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي أن يقوم أعضاء الضبط القضائي تلقي الشكاوى من ضحايا الجريمة في القانون الجنائي⁽³⁾.

(1) دكتور / محمد علي السالم آل عياد - اختصاص رجال الضبط القضائي - الطبعة

الثانية منشورات ذات السلاسل - بدون تاريخ نشر ص ١١٩ وما بعدها.

(2) نص المادة رقم ١٥ - ٣ (المعدلة بموجب القانون رقم ٢٠٤ - ٢٠٠٤ الصادر في ٩ مارس ٢٠٠٤ البند ٢٠٧ الجريدة الرسمية (٧) في ١٠ مارس ٢٠٠٤م وأصبح نافذاً في ٣١ ديسمبر ٢٠٠٧م).

"La police judiciaire est tenue de recevoir les plaintes déposées par les victimes d'infractions à la loi pénale et de les transmettre, le cas échéant, au service ou à l'unité de police judiciaire territorialement compétent. Tout dépôt de plainte fait l'objet d'un procès verbal et donne lieu à la délivrance immédiate d'un récépissé à la victime. Si elle en fait la demande, une copie du procès verbal lui est immédiatement remise"

يمثل البلاغ من الوجهة الجنائية إخبار السلطات المختصة بالتحقيق أو جمع الاستدلالات عن أية جريمة من جرائم الاتجار بالبشر وقعت بالفعل، أو على وشك الوقوع، أو أن هناك أدلة أو قرائن على وجود نية أو اتفاق أو عزم على ارتكاب مثل هذه الجرائم، أو وجود شك أو خوف من تمام ارتكابها، ويجب على رجل الشرطة بمجرد وصول البلاغ إليه على أية صورة أو من أي طريق أن يتخذ الإجراءات القانونية اللازمة للحفاظ على حقوق المجني عليهم أو الضحايا^(١)، وذلك من خلال إثبات جميع الإجراءات المتخذة من خلال محضر جمع الاستدلالات، وعليه أن يتحقق من كل كلمة تضمنها البلاغ من خلال التحري والفحص والتمحيص وجمع الأدلة، وإتخاذ الإجراءات التحفظية اللازمة للمحافظة على الآثار المادية بمسرح الجريمة حتى يعرف مدى ما ينطوي عليه البلاغ من صدق أو كذب^(٢).

ومن ثم يمكن لمأموري الضبط القضائي القيام بأية أعمال في حدود الشرعية والقانون تحقق له جمع المعلومات عن الجريمة، فيجوز له التخفي وانتحال الصفة والاختلاط بالجناة ليتعرف على أسرارهم، وأيضاً يجوز له إرسال من يساعده على الدخول بين الجناة ويرشده على أسرارهم ومن هم فاعلين أصليين في الجريمة ومن هم شركاء فيها، والأماكن التي يستخدمونها في جرائمهم^(٣).

كما أنه طبقاً لنص المادة ٢٥ من قانون الإجراءات الجنائية المصري أن البلاغ يُعد واجباً على كل من علم بوقوع الجريمة بصفته إخطاراً عنها بقولها "على كل من علم بوقوع جريمة يجوز للنيابة العامة رفع الدعوى

-
- (1) راجع في ذلك دكتور / أحمد محمد عبد اللطيف الفقي - الحماية الجنائية لحقوق ضحايا الجريمة - مرجع سابق ص ٨٧ وما بعدها.
 - (2) دكتور / أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية - الطبعة السابعة ١٩٩٣م - بدون ناشر - ص ٣٤٥.
 - (3) دكتور / محمود نجيب حسني - شرح قانون الإجراءات الجنائية - مرجع سابق - ص ٥١٢.

عنها بغير شكوى أو طلب أن يبلغ النيابة العامة أو أحد مأموري الضبط القضائي عنها"^(١).

وعلى الرغم من أن البلاغ عن الجريمة واجب، إلا أن المشرع قد نص في المادة ١٥ من القانون رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠م بشأن مكافحة الاتجار بالبشر، تشجيعاً منه لمنع الجريمة قبل وقوعها أو الكشف عنها بعد وقوعها، في الفقرة الأولى، أنه إذا بادر أحد الجناة بإبلاغ أي من السلطات المختصة بالجريمة ومرتكبيها قبل علم السلطات بها، تقضي المحكمة بإعفائه من العقوبة إذا أدى إبلاغه إلى ضبط باقي الجناة والأموال المتحصلة من هذه الجريمة^(٢)، أما الفقرة الثانية نصت على أنه وللمحكمة الإعفاء من العقوبة الأصلية إذا حصل الإخبار بعد علم السلطات بالجريمة وأدى إلى كشف باقي الجناة وضبطهم وضبط الأموال المتحصلة منها.

وهذا يدل على وجوب إعفاء الجاني من العقوبة المقررة لجريمة الاتجار بالبشر في حالة المبادرة بإبلاغ السلطات القضائية أو الإدارية بما يعلمه عنها قبل البدء في تنفيذها، وكان من شأن ذلك اكتشاف الجريمة قبل وقوعها أو ضبط مرتكبيها أو الحيلولة دون إتمامها، مما في ذلك من حماية للمجني عليهم، وبالتالي حماية المجتمع من هذه الجرائم، أما إذا حصل الإبلاغ بعد الكشف عن الجريمة فيجوز إعفاء الجاني المبلغ من العقوبة إذا ترتب على هذا الإبلاغ تمكين السلطات المختصة أثناء التحقيق من ضبط الجناة وكذا ضبط الأموال المتحصلة منها^(٣).

وإذا كان المشرع قد قرر بموجب نص المادة سالفه الذكر وجوب أو جواز - حسب الأحوال - إعفاء الجاني في جريمة الاتجار بالبشر من العقاب في حالة الإبلاغ عن هذه الجريمة وذلك حرصاً من المشرع على منع

(1) دكتور / محمود نجيب حسني - شرح قانون الإجراءات الجنائية - المرجع السابق - ص ٥١٧.

(2) دكتور / إبراهيم عيد نايل - السياسة الجنائية في مواجهة الإرهاب - دار النهضة العربية ١٩٩٥م - ص ١٢٨.

(3) دكتور / إبراهيم عيد نايل - السياسة الجنائية في مواجهة الإرهاب - المرجع السابق - ص ١٣٢.

هذه الجريمة قبل ارتكابها أو الكشف عنها بعد ارتكابها، وهناك رأي في الفقه يقول - وبحق - أنه من باب أولى ضرورة تفعيل قاعدة عدم الإفصاح عن شخصية المبلغ إذا كانت ظروف الحال تقتضي ذلك، وخاصة أن هذه النوعية من الجرائم ذات طبيعة خاصة ويقدم على ارتكابها جماعات إجرامية منظمة، الأمر الذي قد يكون من شأنه تعريض حياة المبلغ للخطر في حالة الكشف عن شخصيته، علاوة على ما يمثله ذلك من حافز إضافي للتبليغ عن هذه النوعية من الجرائم^(١).

وتجدر الإشارة إلى أن ضحايا جرائم الاتجار بالبشر، وهم ضحايا الجرائم التي تتصل بالعرض والأخلاق يكونون على درجة عالية من التوتر والحيرة والارتباك والتخجل عند عرض تجربتهم المريرة على الشرطة، وتزداد هذه الانفعالات إذا وقعت هذه الجرائم في نطاق الأسرة، فضلاً عن أن استمرار هذه الحالة يتوقف على مدى جسامة الاعتداء ويشاعة التنفيذ، ودرجة حساسية المجني عليه، وسابقة تعرضه للاعتداء وعدد مرات ترده على الشرطة.

ويجب على رجال الشرطة أن يكونوا على وعي تام بهذه الحقيقة العلمية، ويقتضي ذلك منهم أن يشعر ضحية هذه الجرائم بمشاركتهم، وتفاعلهم مع معاناته، وتفهمهم لقضيته، وإظهار حماسهم نحو السعي إلى مساعدته للوصول إلى حقوقه، كما أنه من المناسب أن يتم سؤال الأطفال في وجود ولي أمر الطفل أو أحد أقاربه، وأن يتم سؤاله بطريقة خالية من الجدية والصرامة أو الإيحاء بأمر من الأمور، ومع مراعاة قدرة الطفل الفردية على التمييز والفهم^(٢).

ينتقي رجال الشرطة الطريقة التي تساعد على التعبير بتلقائية عما يراد الاستفسار منه عليه، في جرائم الاتجار بالبشر، لاسيما في مجال

(1) دكتور رفعت رشوان - التحري والاستدلال عن جرائم الاتجار بالبشر - مرجع سابق ص ٤٧.

(2) دكتور / وجدي محمد بركات - ورقة عمل حول دور الشرطة في رعاية ضحايا الجريمة - مرجع سابق ص ١٣.

معاملة جرائم العنف أو الجرائم الجنسية، عليهم أن يقدرُوا الحالة النفسية والعصبية التي يكون عليها هؤلاء الضحايا، وأن يؤمنوا بأن ذلك أمر طبيعي للحالة التي تعرضوا لها، ويجب أن يتمتع رجل الشرطة بالدراية الكافية لتقييم كل عنصر من عناصر رواية الضحية، وما جاء بأقوال الشهود مع الأخذ في الاعتبار الوسيلة المستخدمة في ارتكاب الجريمة، والربط بين الفروض والمعطيات والنتائج والأدلة المتحصل عليها، ذلك حتى يصل إلى كيفية تصور وقوع الجريمة الأمر الذي يؤدي إلى كشف ملبسات الجريمة والوصول إلى الحقيقة^(١).

يجب على مأموري الضبط القضائي أيضا ألا يرفض بلاغا يُقدم إليه من مجهول أو يهمل فيما يصل إلى علمه من جرائم، ففي ذلك خطورة كبيرة على الحقيقة والأمن العام على السواء، فضلا عما فيه من الإخلال بالواجب المنوط بهم، وإضعاف ثقة أفراد المجتمع وأملهم في عون القائمين على إنفاذ القانون.

يجب على مأموري الضبط القضائي عند علمه بأية معلومات عن حدوث أية جريمة من جرائم الاتجار بالبشر الحصول على جمع المعلومات والإيضاحات بشأنها ومرتكبيها، وله أن يستعين في ذلك بالوسائل التي كفلها القانون من إجراء التحريات السرية سواء عن طريق التخفي أو انتحال الصفة أو الاستعانة بالمرشدين، على ألا ينطوي ذلك على المساس بحرية الأفراد أو حرمة مساكنهم^(٢).

كما ينبغي على رجل الشرطة فور تلقيه البلاغ بمحدث العمل الإجرامي المحدد في جرائم الاتجار بالبشر من استغلال النساء أو الأطفال في الأعمال الجنسية أن يهب لنجدة ومساعدة الضحايا قبل أن يؤدي إلى نتائج قد يتعذر تداركها، وذلك لأن دور الشرطة لا ينحصر فقط في سماع أقوال الضحايا، ولكنه يمتد ليشمل تقدير ظروفهم وحماية سلامتهم وحياتهم،

(١) دكتور/ وجدي محمد بركات - المرجع السابق ص ١٤.

(٢) دكتور رفعت رشوان - التحري والاستدلال عن جرائم الاتجار في البشر - مرجع

سابق ص ٤٩.

ومن جهة أخرى ألا يسمحوا بمغادرة الضحية قسم أو مركز الشرطة وهو في وضع غير مؤمن من حيث السلامة، وأن يراعوا الظروف الخاصة بالضحية.

ويدعم هذا الحق أيضاً في حماية أسر ضحايا هذه الجرائم وشهود الإثبات فيها من تهديدات الجناة بإيقاع الأذى بهم، وينبغي أن تمتد هذه الحماية أيضاً للخبراء والأطباء الذي يكون لهم دوراً في إظهار حقوق الضحايا، وأيضاً القضاة الذين يباشرون الدعوى بالإضافة إلى المحامين، ويتفرع عن ذلك أيضاً التزام الشرطة بإخطار الجهات المختصة التي يمكن أن تنقذ أموال الضحايا من الخطر إذا كان هناك أخطاراً تهددها.

تضمن قانون الإجراءات الجنائية المصري في نصوص متفرقة منه ما يفيد اهتمام المشرع بحماية حقوق المجني عليه، ولقد تمثلت هذه الحماية في أنه إذا كانت القاعدة العامة هي أن النيابة العامة دون غيرها تختص برفع الدعوى الجنائية ومباشرتها، فإن المشرع قد خرج عن القاعدة العامة، فقد أورد قيوداً تحد من حرية النيابة العامة في هذا الصدد، ومؤدى ذلك أن النيابة العامة لا تملك مباشرة سلطاتها التقديرية في ملاءمة تحريك ورفع الدعوى إلا بعد زوال تلك القيود^(١).

يضاف إلى ذلك أن المشرع في المادة ٢٧ من قانون الإجراءات الجنائية قد منح المضرور من الجريمة حقه في أن يقيم نفسه مدعياً بحقوق مدنية في الشكوى التي يقدمها إلى النيابة العامة مطالباً بالتعويض عن الضرر الذي أصابه، ولقد راعى المشرع أن للمتضرر من الجريمة مصلحة في نظر دعواه المدنية أمام القاضي الجنائي نظراً لما يتمتع به القضاء من حرية في الإقناع وفي تقييم الأدلة^(٢).

-
- (١) حيث تضمنت المادة الثالثة من قانون الإجراءات الجنائية، عدم جواز رفع الدعوى الجنائية إلا بناء على شكوى شفهية أو كتابية من المجني عليه أو وكيله الخاص إلى النيابة العامة، أو إلى أحد مأموري الضبط القضائي في الجرائم المنصوص عليها في المواد ١٨٥، ٢٧٤، ٢٧٧، ٢٧٩، ٢٩٢، ٢٩٣، ٣٠٣، ٣٠٦، ٣٠٧، ٣٠٨ من قانون العقوبات، وكذلك في الأحوال التي ينص عليها القانون.
- (٢) دكتور / أحمد محمد عبد اللطيف الفقي - الحماية الجنائية لحقوق ضحايا الجريمة - مرجع سابق - ص ٣٧.

كما يجب على رجل الشرطة مراعاة عدم تقييد حرية الضحايا، إلا في حدود ما تسمح به القوانين، وتطبيقاً لذلك لا يحق لرجل الشرطة أن يمنع الضحية من مبارحة مكانه محل الحادث إلى أي مكان آخر يريد، أو أن يستبقونه بأقسام ومراكز الشرطة على غير رغبته في البقاء بهدف الإسراع في إنهاء الإجراءات، أو أن يقوموا بتفتيشه إذا لم يرغب في ذلك، أو أن يكرهوه على إجراء تجارب فنية لا يرتضيها حتى ولو اقتضت مصلحة البحث عن الحقيقة ذلك، أو أن يأخذوا منه عينات بقصد تحليلها ما لم يأذن بذلك. س

وللضحية بصفة عامة أن يحصل على فترة للراحة، إذا تطلب التحقيق امتداد سؤاله لمدة طويلة، ويجب تأجيل سؤاله إذا كان في وضع أو على حال لا يمكنه من إبداء أقواله، كما لا يجوز إخضاعه لأية مؤثرات يمكن أن تنال من حرمة الشخصية أو تعريضه بغير داع أو دون موافقته لأية مخاطر جسمانية أو عقلية.

٢. الرعاية اللاحقة لضحايا الجريمة

تعتبر أسرة الجاني من ضحايا الجريمة فهي إحدى المشكلات الكبرى، إذا كان هو العائل المباشر لهم، لذا تحتاج العملية الإصلاحية إلى رعاية أسرة الجاني خلال فترة سجنه وإيداعه إحدى المؤسسات العقابية^(١)، وهذه الرعاية تشمل البرامج التأهيلية بمختلف أشكالها ومستوياتها الاجتماعية والنفسية والمهنية والتعليمية والاقتصادية^(٢)، لذا تقوم جهات الإصلاح والتأهيل بدور هام في هذا المجال باعتبارها أحد الجهات الشرطة المسئولة عن إعادة تأهيل الجناة لكي يكونوا مواطنين صالحين في المجتمع، ومساعدتهم في البحث عن الأعمال المناسبة لهم،

(١) دكتور / محمد صفوح الأخرس - البرامج التأهيلية وتحقيق الرعاية اللاحقة للمفرج عنه - جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - الرياض - ٢٠٠٦م - ص ٥٧.

(٢) دكتور / عبد الله بن ناصر السرحان - الرعاية اللاحقة للمفرج عنهم في التشريع الإسلامي والجناحي المعاصر (دراسة مقارنة) جامعة نايف العربية بالعلوم الأمنية - الرياض - ٢٠٠٦م - ص ٧.

بهدف الحصول على العائد المادي المناسب للإنفاق على أسرهم باعتبارهم من ضحايا هذه الجرائم.

وتعتبر المشكلات الاقتصادية قد تؤدي إلى إنهيار الأسرة وتفككها، فهذه المشكلات يمكن أن يكون لها تأثير فعال في تهينة الظروف التي تؤدي بالفرد إلى الإنحراف، بالإضافة إلى نقص فرص العمل وضآلة الأجر والفقر، كما أن الجاني هو المصدر الأساسي للدخل وأفراد أسرته لا يزالون في سن الإعالة^(١).

ويقصد بالرعاية اللاحقة للمفرج عنهم، مجموعة المساعدات والخدمات المادية والنفسية ومجموعة الإرشادات والتوجيهات التي تُقدم للمفرج عنهم بقصد إصلاحهم وإعادة تكيفهم مع المجتمع. وللرعاية اللاحقة دور مادي وكذا نفسي، حيث يتمثل الدور المادي في المساعدات التي تقوم بها الجهات القائمة على الرعاية اللاحقة، سواء كانت مساعدات مادية مباشرة أو غير مباشرة، مثل البحث عن عمل مناسب، وتقديم العون للمفرج عنه ولأسرته.

أما الدور النفسي الذي تنطوي عليه الرعاية اللاحقة للمحكوم عليه الذي يخرج عند إنتهاء مدة العقوبة بشعور أنه موصوم بوصمة الجريمة، ويعمق هذا الشعور عنده أن أفراد المجتمع غالباً ما يتنكرون ويتجنبون أو على الأقل لا يرحبون به، وفي أن الأسرة كثيراً ما تهجر الزوجة زوجها، كما أن الجاني قد يتعد عن أبنائه خشية أن يلاحقهم عاره، فيجد نفسه بدون عمل وبلا أهل، وفي هذه الظروف إذا لم يلق المفرج عنه رعاية ومعونة على مواجهة مطالب الحياة، فإنه غالباً ما يعود مرة أخرى إلى ارتكاب الجريمة^(٢).

ولقد تطور مفهوم الرعاية اللاحقة من خلال تطور نظرة المجتمع إلى المجرم في ظل مذهب الدفاع الاجتماعي، والذي ينطلق من فكرة إنسانية

-
- (١) دكتور / أحمد فوزي الصادي - رعاية أسر النزلاء كأسلوب من أساليب الرعاية اللاحقة - جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - الرياض - ٢٠٠٦م - ص ١٢٤.
(٢) دكتور / وجدي محمد بركات - ورقة عمل حول دور الشرطة في رعاية ضحايا الجريمة - مرجع سابق ص ١٧.

مضمونها أن الشخص الذي ارتكب الجريمة هو ضحية ظروف اجتماعية معينة وهي التي دفعته إلى طريق الانحراف، الأمر الذي يتطلب زيادة العناية بإصلاح المجرم بهدف إعادة اندماج المفرج عنه مرة أخرى داخل المجتمع.

وقد عرف رأي في الفقه الرعاية اللاحقة بأنها مجموعة من الجهود العلمية والعملية تقوم بها أجهزة متخصصة حكومية وتطوعية، بحيث تتضافر تلك الجهود لتوفير أوجه الرعاية للمسجون وأسرتهم خلال فترة العقوبة وقبل الإفراج وبعده، بهدف تحقيق التكيف الاجتماعي والتوافق النفسي للمفرج عنه مع المجتمع، وكذلك تقبل المجتمع له بعد الإفراج عنه لكي يصبح فرداً منتجاً سويًا بحيث لا تدفعه الصعوبات التي قد تواجهه للعود إلى ارتكاب الجريمة^(١).

الأجهزة التي تقوم بالرعاية اللاحقة:

لقد أنشأ قسم الرعاية اللاحقة بوزارة الداخلية بموجب القرار الوزاري رقم (١٢٧٢) لسنة ١٩٧٢م، ويضم وحدة متابعة الأعداد المهني وتختص بمتابعة أعمال اللجان المشكلة للتوجيه المهني والرعاية الاجتماعية والصحية للمسجونين، ومتابعة الجهود الموجهة إلى رعاية أسرهم. ويتمثل ذلك في الرعاية الاجتماعية للمفرج عنهم ومعاونتهم في الحصول على فرص عمل للكسب الشريف. يعتبر العمل الأساسي بالشرطة هو منع الجريمة قبل وقوعها وضبط الجناة بعد وقوعها وتقديمهم للعدالة وتنفيذ العقوبة عليهم، وغالباً ما تكون الظروف الاجتماعية لها دور في ارتكاب الجاني لجريمته، لذا يجب أن تتضافر جهود جميع المؤسسات المدنية ذات الصلة لرعاية المفرج عنهم عقب تنفيذ العقوبة المقررة للجريمة التي اقترفها، لأن عودة المفرج عنه إلى الجريمة قد يدفع أفراد أسرته إلى الانحراف مما يخلق أجيالاً متعاقبة من المجرمين الضحايا الجدد.

(1) دكتور / أحمد فوزي الصادي - رعاية أسر النزلاء كأسلوب من أساليب الرعاية اللاحقة - مرجع سابق ص ٩٥.

وجدير بالذكر أن للشرطة دوراً كبيراً في مساعدة ضحايا جرائم الاتجار بالبشر، فهذا الاتجار يضر بالتنمية البشرية بالدولة، وكذا المواطنين، فمعظم الأحداث الجناحين والمعرضين للجنوح يخضعون للرعاية غير المؤسسية حيث يحرص العاملون مع الأحداث في أجهزة الشرطة على رعاية الحدث، وتقييم سلوكه وهو في بيئته الطبيعية وسط أسرته ومجتمعه، إذ هذا النوع من الرعاية أكثر فعالية في معظم حالات الجنوح، فالحدث يشعر بالطمأنينة النفسية والأمان وهو وسط أسرته، كما أن استعداده إلى تقويم سلوكه أكبر إذا ما تضافرت جهود الأسرة مع العاملين في مجال رعاية الأحداث.

أهداف مركز رعاية الأحداث التابع لوزارة الداخلية:

- 1- رعاية الأحداث المنحرفين وتقديم جميع الخدمات الاجتماعية والنفسية والصحية والتربوية اللازمة لكل حدث من أجل مساعدته على التغلب على عوامل انحرافه، كما يحاول تقوية الروابط الأسرية بين الحدث وأسرته إلى جانب توثيق علاقة العاملين بالمركز بأسرة الحدث وتقديم العون لها إذا أمكن واستلزمت الحاجة إلى ذلك لتكون قادرة على استقبال ورعاية الحدث بعد خروجه^(١).
- 2- رعاية الأحداث المعرضين للانحراف الذين لا يوجد لهم عائل، حيث أن عدم رعايتهم قد يدفعهم إلى التشرذم والتسكع في الطرقات ومخالطة المجرمين والمبيت خارج المنزل لفترات طويلة.
- 3- تخصيص جناح منفصل للأحداث المنحرفين أو المعرضين للانحراف والذين يدخلون المركز بغرض استكمال التحقيق أو تمهيداً لتقديمهم إلى محكمة الأحداث في حالة الخوف من ارتكابه لفعل منحرف قبل موعد محاكمته نتيجة لظروفه البيئية السيئة أو في حالة تشرذم الحدث وميئته في الطرقات أو مع المجرمين والمنحرفين.

(1) دكتور / أحمد فوزي الصادي - رعاية أسر النزلاء كأسلوب من أساليب الرعاية اللاحقة - مرجع سابق ص ٩٥.

وخلاصة القول، أن الشرطة يمكنها القيام بدور كبير وهام في هذه الرعاية اللاحقة للضحايا بالاشتراك مع الهيئات المختصة الأخرى أو وحدها في حالة عدم وجود مثل هذه الهيئات، وتنسيق جهود أجهزة المكافحة مع إدارة الرعاية اللاحقة لإعادة تأهيل المفرج عنهم وخاصة في جرائم البغاء، حيث إنها مشكلة اجتماعية ذات أبعاد سلبية صحياً وأخلاقياً، وترجع أسباب ضحايا جرائم البغاء إلى التنشئة الاجتماعية غير السليمة والتفكك الأسري ونقص القيم الدينية^(١).

وتهدف الجهود المبذولة من الشرطة بصفة عامة فيما يتعلق بالرعاية اللاحقة لضحايا الجريمة تقديم كافة المساعدات المادية والنفسية لهم بهدف تأهيلهم وإعادة اندماجهم مرة أخرى في داخل المجتمع، كما يدعم ذلك بث الثقة بين ضحايا الجريمة ووزارة الداخلية الأمر الذي يؤدي إلى شعورهم بالرضا التام وإبداء رغبتهم للمعاونة والمساعدة في كشف ملابسات الجريمة.

الفرع الثاني

دور النيابة العامة في حماية ضحايا جرائم الاتجار بالبشر

للنيابة دور هام في حماية ضحايا جرائم الاتجار بالبشر، فقد نصت المادة الأولى من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أن تختص النيابة العامة دون غيرها برفع الدعوى الجنائية ومباشرتها ولا ترفع من غيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون، كما نصت المادة ٢١ من قانون السلطة القضائية على أنه تمارس النيابة العامة الاختصاصات المخولة لها قانوناً.

وحماية حقوق هؤلاء الضحايا في مراحل الاجراءات الجنائية إنما هي مسألة بالغة الدقة. ومع ذلك فهي واجبة وشديدة اللزوم، وبخاصة إذا اتصلت بواجب النيابة العامة ودورها في تلك المراحل الاجرائية. ذلك بأنه يتعين عليها تحقيق التوازن بين مصلحتين متعارضتين هما المصلحة العامة في تحقيق العدالة الجنائية بتطبيق قانون العقوبات، والمصلحة الخاصة في

(١) دكتور/ وجدي محمد بركات - ورقة عمل حول دور الشرطة في رعاية ضحايا الجريمة - مرجع سابق ص ٢٢.

حماية الحرية الشخصية وسائر حقوق الإنسان المتعلقة بها ، وغالباً يحدث التوتر في العلاقة بين هاتين المصلحتين^(١) ، لأن كثيراً من الاجراءات الجنائية تعطل ممارسة الحقوق الأساسية للإنسان كحرية الشخصية وسائر حقوق الإنسان المتعلقة بها ، مثل اجراءات القبض والحبس الاحتياطي والتفتيش وضبط الأشياء ، وتنظيم الاجراءات الجنائية بوجه عام ودور النيابة العامة خلالها يواجه مشكلات تكمن في ضمان حسن إدارة العدالة الجنائية وهو ما يتطلب التوفيق بين فاعلية هذه العدالة واحترام الحرية وسائر حقوق الإنسان.

فالنيابة العامة هي الجهة التي تهيمن على الدعوى الجنائية فهي تستطيع تقديم الحماية اللازمة لضحايا هذه الجرائم ، وذلك من خلال الإشراف الجيد والفعال على مأمور الضبط القضائي أثناء قيامه بجمع الاستدلالات وتحرير المحضر الذي يثبت به كل مايقوم به ، ثم التصرف بحكمة في التحقيق سواء بتقرير حفظ الدعوى أو التصرف بأن لاوجه لإقامة الدعوى ، أو أمر الإحالة وقرار الإتهام ، ومتابعة جلسات المحاكمة ، وأحسن التعامل مع ضحايا هذه الجرائم وعرفتهم بحقوقهم القانونية أثناء التحقيق والمحاكمة^(٢).

لم يضع المشرع المصري تعريفاً محدداً للتحقيق الابتدائي . ولكن يمكن تحديد المقصود منه بأنه البحث من أجل الوقوف على حقيقة أمر ما^(٣) وسوف نتناول هذا الدور الهام والرئيس في الدعوى الجنائية لحماية ضحايا جرائم الاتجار بالبشر من خلال التعرض للنقاط التالية :

(1) المستشار البشري الشوريجي - دور النيابة العامة في حماية حقوق الإنسان في مراحل الإجراءات الجنائية - ص ١ على شبكة الانترنت

http://www.pogar.org/publications/arabniaba/hr/jordan2/bis_hry1_a.pdf

(2) دكتور / أحمد محمد عبد اللطيف الفقي - الحماية الجنائية لحقوق ضحايا الجريمة - مرجع سابق ص ١٨٩ .

(3) دكتور / أمين مصطفى محمد - قانون الإجراءات الجنائية التحقيق الابتدائي والمحاكمة - دار المطبوعات الجامعية ٢٠١٢م ص ٤ .

- أولاً: إشراف النيابة العامة على أعمال مأمور الضبط القضائي.
- ثانياً: دور النيابة العامة في إجراء التحقيق الابتدائي.
- ثالثاً: النيابة العامة والتصرف في التحقيق الابتدائي.
- أولاً: إشراف النيابة العامة على أعمال مأمور الضبط القضائي.

نص قانون الإجراءات الجنائية المصري في المادة ٢٢ على أن " يكون مأمورو الضبط القضائي تابعين للنائب العام وخاضعين لإشرافه فيما يتعلق بأعمال وظيفتهم. وللنائب العام أن يطلب إلى الجهة المختصة النظر في أمر كل من تقع منه مخالفات لواجباته أو تقصير في عمله. وله أن يطلب رفع الدعوى التأديبية عليه. وهذا كله لا يمنع رفع الدعوى الجنائية".

ومن هذا النص يتضح دور النيابة العامة في حماية ضحايا الاتجار بالبشر خلال مرحلة أعمال الاستدلال، فيستتبع خضوع مأموري الضبط القضائي للنيابة العامة، فهم يتلقون التعليمات والأوامر التي تتعلق بأعمالهم تجاه الجرائم التي تقع في إختصاصاتهم. والعلة من تقرير خضوع رجال الضبط القضائي لإشراف النائب العام أن ما يقومون به هؤلاء فيه معاونة وخدمة لعمل النيابة العامة في التحقيق، وكذلك كان الوضع في قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي في المادة ٧٥^(١).

وقد قضت محكمة النقض أن مجرد إشراف النيابة على أعمال رجال الضبط القضائي والتصرف في محاضر جمع الاستدلالات التي يجرونها بمقتضى وظائفهم، بغير انتداب صريح من النيابة، ليس من شأنه أن يغير من صفة هذه المحاضر كمحاضر جمع الاستدلالات^(٢).

(1) Article 75 "Les officiers de police judiciaire et, sous le contrôle de ceux ci, les agents de police judiciaire désignés à l'article 20 procèdent à des enquêtes préliminaires soit sur les instructions du procureur de la République, soit d'office Ces opérations relèvent de la surveillance du procureur general". Modifié par LOI n°2010. 769 du 9 juillet 2010 . art. 2

(2) حكم محكمة النقض جلسة ١٩/٣/١٩٥٦ س ٧ ق ١٠٩ ص ٣٦٩. مشار إليه المستشار / إيهاب عبد المطلب - الموسوعة الجنائية الحديثة في شرح قانون الإجراءات الجنائية - المرجع السابق ص ٣١٧.

كما تُعلل هذه التبعية والخضوع لإشراف النيابة العامة بأن الضبطية القضائية تباشر عملها من أجل تمكين النيابة العامة - باعتبارها سلطة التحقيق - من مباشرة عملها اللاحق على أعمال جمع الاستدلالات ، واتخاذ قرارها في شأن تحريك الدعوى الجنائية ، أي أن غاية عمل أعضاء الضبطية القضائية هي إمداد النيابة العامة بعناصر التقدير ، ومن ثم كان نشاطها لحسابها. ويقضي المنطق بناء على ذلك بأن يكون للنيابة العامة الحق في توجيه مأمور الضبط القضائي في نشاطه لحصولها على المعلومات وعناصر التقدير التي تحتاج إليها عند قيامها بتحقيق جرائم الاتجار بالبشر ، فيما يتعلق بالتنسيق بين النيابة العامة وأجهزة الشرطة فيما يخص طريقة ملاحقة الجناة ، ووضع استراتيجيات حماية الضحايا في خطة عمل مشتركة ، وأيضاً فيما يتعلق بأساليب التحري والحفاظ على الأدلة وتتبع الأموال ومتحصلات الجريمة^(١).

قد نصت المادة ٢١ من قانون السلطة القضائية كذلك على أن "تمارس النيابة العامة الاختصاصات التي خولها لها القانون ، ولها دون غيرها الحق في رفع الدعوى الجنائية ومباشرتها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك" ، وأهم هذه الاختصاصات إدارة أعمال جمع الاستدلالات ، فالنيابة العامة هي رئيس الضبطية القضائية ، وقد نصت المادة ٢٢ من قانون السلطة القضائية على أن "مأموري الضبط القضائي يكونون فيما يتعلق بوظائفهم تابعين للنيابة العامة" ، إذ من سلطتها توجيه أعمال جمع الاستدلالات والإشراف عليها حتى تتحقق من الالتزام بأحكام القانون وتحول دون الافتئات على حقوق الأفراد وحياتهم^(٢).

ثانياً: دور النيابة العامة في إجراء التحقيقات .

يأتي دور النيابة العامة في تحقيق جرائم الاتجار بالبشر بصفتها جزءاً من السلطة القضائية التي تتمتع بالحيدة والاستقلال إذ أنها تجمع بين

(1) هاني فتحي جورجي - دور النيابة العامة المصرية في مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والاتجار في الأفراد - مرجع سابق
<http://www.f.law.net/law/showthread.php?>

(2) دكتور / أشرف توفيق شمس الدين - شرح قانون الإجراءات الجنائية - ص ١٥ ، على شبكة الإنترنت WWW.pdfFactory.com

سلطتي التحقيق والاتهام. فقد نصت المادة الأولى من تعليمات النيابة العامة على أن النيابة العامة شعبة من شعب السلطة القضائية وهي النائبة عن المجتمع والمثلة له. وتتولى تمثيل المصالح العامة، وتسعى في تحقيق موجبات القانون. وبموجب سلطة التحقيق تهيمن النيابة العامة على كافة إجراءات التحقيق من استجواب المتهم وسؤال الشهود وجمع الأدلة التي تمكنها من إظهار وجه الحق في الدعوى، وسواء كان ذلك يبرئ أو يدين المتهم، ومن صور ذلك سؤال الخبراء واتخاذ الإجراءات القانونية للكشف عن سرية الحسابات، بالإضافة لبعض التدابير المنصوص عليها قانوناً التي يتم اتخاذها لمصلحة التحقيقات كالحبس الاحتياطي أو التحفظ على الأموال.

فالتحقيق الابتدائي هو مجموعة من الإجراءات تستهدف التقيب عن الأدلة في شأن جريمة ارتكبت وتجميعها ثم تقديرها لتحديد مدى كفايتها لإحالة المتهم إلى المحاكمة. وهو ما قرره المشرع الفرنسي. ويمثل التحقيق الابتدائي المرحلة الأولى للدعوى الجنائية، وهي المرحلة التي تسبق المحاكمة. ويتسع التحقيق الابتدائي لجميع الإجراءات التي تستهدف الكشف عن الحقيقة في شأن ارتكاب جريمة ونسبتها إلى المتهم^(١).

- (1) Si les nécessités de l'enquête relative à un crime ou à un délit puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée égale ou supérieure à cinq ans l'exigent ou si la recherche de biens dont la confiscation est prévue à l'article 131-21 du code pénal le justifie, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance peut, à la requête du procureur de la République, décider, par une décision écrite et motivée, que les opérations prévues au présent article seront effectuées sans l'assentiment de la personne chez qui elles ont lieu. A peine de nullité, la décision du juge des libertés et de la détention précise la qualification de l'infraction dont la preuve est recherchée ainsi que l'adresse des lieux dans lesquels ces opérations peuvent être effectuées; cette décision est motivée par référence aux éléments=

وتتبع أهمية التحقيق الابتدائي في جرائم الاتجار للبشر في أنه مرحلة تحضيرية للمحاكمة، إذ يكفل أن تعرض الدعوى الجنائية على القضاء وهي جاهزة للفصل فيها. ومن شأن التحقيق الابتدائي اكتشاف الأدلة قبل الإحالة إلى المحاكمة واستظهار قيمتها واستبعاد الأدلة الضعيفة، واستخلاص رأى مبدئي في شأن قيمة الأدلة، وتباشر سلطة التحقيق بعض الإجراءات للوصول للحقيقة وتحديد ملامح شخصية المتهم⁽¹⁾.

=de fait et de droit justifiant que ces opérations sont nécessaires. Les opérations sont effectuées sous le contrôle du magistrat qui les a autorisées, et qui peut se déplacer sur les lieux pour veiller au respect des dispositions légales. Ces opérations ne peuvent, à peine de nullité, avoir un autre objet que la recherche et la constatation des infractions visées dans la décision du juge des libertés et de la détention ou la saisie des biens dont la confiscation est prévue à l'article 131. 21 du code pénal. Toutefois, le fait que ces opérations révèlent des infractions autres que celles visées dans la décision ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes.

Pour l'application des dispositions de l'alinéa précédent, est compétent le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance dont le procureur de la République dirige l'enquête, quelle que soit la juridiction dans le ressort de laquelle la perquisition doit avoir lieu. Le juge des libertés et de la détention peut alors se déplacer sur les lieux quelle que soit leur localisation sur le territoire national. Le procureur de la République peut également saisir le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance dans le ressort duquel la perquisition doit avoir lieu, par l'intermédiaire du procureur de la République de cette juridiction.

(1) دكتور / أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية - مرجع سابق ص ٤٦٠.

فتستطيع المحكمة أن تنظر في الدعوى وقد بدت عناصرها وتكشفت أدلتها، فيدعم ذلك الاحتمال في أن يأتي حكم المحكمة أدنى إلى الحقيقة والعدالة^(١).

كما تتمتع النيابة العامة في ذلك باختصاصات قاضي التحقيق، أما بشأن سلطة الاتهام فتقوم النيابة العامة بإعداد قرار الإحالة، ورفع الدعوى أمام المحكمة الجنائية المختصة وتباشر الدعوى أمام المحكمة باعتبارها خصماً يمثل المجتمع في مواجهة المتهم، ويحكم دور النيابة العامة في مرحلة المحاكمة مبدأ المواجهة بين الخصوم، ويمتد اختصاص النيابة العامة إلى كافة أنحاء الجمهورية ويشمل كافة الجرائم التي ترتكب على الإقليم المصري أو الجرائم التي ترتكب من المصريين خارج القطر طبقاً لنص المادة الثالثة من قانون العقوبات.

وتنص المادة الأولى من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أنه "تختص النيابة العامة دون غيرها برفع الدعوى الجنائية ومباشرتها ولا ترفع من غيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون"^(٢)، ولا يجوز ترك الدعوى الجنائية أو وقفها أو تعطيل سيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون. وهذا النص يُقرر مبدأ عام هو اختصاص النيابة العامة وحدها برفع الدعوى الجنائية، والدعوى الجنائية هي عبارة عن مجموعة من الإجراءات التي تتخذها النيابة العامة بوصفها سلطة تحقيق، منذ وقت إبلاغها بالجريمة وحتى صدور حكم بات في الدعوى^(٣).

(1) هاني فتحي جورجي - دور النيابة العامة المصرية في مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والتجار في الأفراد - مرجع سابق

<http://www.f.law.net/law/showthread.php?>

(2) تنص المادة الثانية من تعليمات النيابة العامة على أنه "تختص النيابة العامة أساساً - دون غيرها - بتحريك الدعوى الجنائية، وذلك بإجراء التحقيق بنفسها أو بمن تندبه لذلك من مأموري الضبط القضائي أو بطلب نذب قاضٍ للتحقيق أو بتكليف المتهم بالحضور أمام المحكمة الجنائية المختصة لمحاكمته"

<http://ar.jurispedia.org/index.php>.

(3) المستشار / إيهاب عبد المطلب - الموسوعة الجنائية الحديثة في شرح قانون الإجراءات الجنائية - المرجع السابق ص ٢١.

ولكن المشرع قد اشترط أن يكون للضحية دور في تحريك الدعوى الجنائية . ومعنى ذلك أن النيابة العامة لا تمارس هذا الاختصاص الأصيل لها إلا بناء على موافقة الضحية وهي الشكوى أو البلاغ الذي يتقدم به للجهات المختصة بتلقي البلاغات سواء أكانت النيابة العامة أو أحد مأموري الضبط القضائي . والهدف من هذا البلاغ أو الشكوى هو محاكمة الجاني وتوقيع الجزاء الجنائي عليه^(١) . ولكن في جرائم الاتجار بالبشر النيابة العامة في القانون المصري هي سلطة تتولى بصفة أساسية أعمال التحقيق والاستدلال والاتهام في الدعوى الجنائية . وقد خولها القانون سلطة التحقيق الابتدائي المخولة لقاضي التحقيق وفقاً للمادة ١٩٩ من قانون الاجراءات الجنائية المصري . وتلتزم النيابة العامة في إجراء التحقيق بالموضوعية والحيادة ، فكل ما يشغلها هو الكشف عن الحقيقة ولو كانت في مصلحة المتهم ، وعليها الموازنة بين الأدلة وصولاً لمدى ملائمة إحالة الدعوى الجنائية إلى القضاء .

تتخذ النيابة العامة بوصفها جهة قضائية أصيلة الإجراءات الجنائية الواجبة حيال الوقائع والحالات التي تم ضبطها والتحقيق مع مرتكبيها وتقديمهم للمحاكمة الجنائية . وذلك كله مع اتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لمساعدة وحماية ضحايا جرائم الاتجار بالبشر سواء من المصريين أو من الأجانب على النحو القانوني وما التزمت به مصر على مستوى المعاهدات والاتفاقيات الدولية في هذا الشأن .

يقع علي عاتق رجال الضبط القضائي التزام قانوني هام هو معاملة ضحايا الاتجار بالبشر وفقاً لحقوقهم الإنسانية والأساسية وازعاً في المقام الأول سلامتهم وأسرهم ومواظباً باستمرار علي القيام بعملية تقدير للمخاطر المحتملة فيما يخص سلامة الضحايا ورعايتهم وأسرهم في جميع أعمال الاستدلال تقديم المشورة لمأموري الضبط القضائي ومساعدتهم على تذليل العقبات والتحديات التي تواجههم عند قيامهم بجمع

(١) دكتور/ مصطفى مصباح دبارة - وضع ضحايا الإجرام في النظام الجنائي - مرجع سابق ص ٥٠٧ .

المعلومات وأعمال التحري . وتكون كل هذا الأعمال تحت إشراف ورقابة النيابة العامة.

ثالثاً: النيابة العامة والتصرف في التحقيق الابتدائي

تختص النيابة العامة بمباشرة التحقيق في مواد الجناح والجنايات طبقاً للأحكام المقررة لقاضي التحقيق ، فموجب التشريع المصري تعدد النيابة العامة جزء من السلطة القضائية وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية والتي قضت بأن النيابة العامة "شعبة من شعب السلطة القضائية خول الشارع أعضائها من بين ما خوله لهم سلطة التحقيق ومباشرة الدعوى العمومية".

وقد خول المشرع المصري النيابة العامة - بجانب وظيفتها الأصلية في تحريك ومباشرة الدعوى الجنائية والمنصوص عليها بالمادتين الأولى والثانية من قانون الإجراءات الجنائية - اختصاصات قضائية علي النحو المقرر بالباب الرابع من الكتاب الأول من قانون الإجراءات الجنائية ، إذ تختص النيابة العامة بالتحقيق الابتدائي في الجنايات والجناح طبقاً للأحكام المقررة لقاضي التحقيق (مادة ١٩٩ من قانون الإجراءات الجنائية) ، وهي تقوم بهذه الوظيفة بحيدة القاضي مستهدفة "الكشف عن أدلة الجريمة ، ما كان منها ضد مصلحة المتهم وما كان في مصلحته ، ثم الموازنة بينها لاستخلاص نتيجة التحقيق التي تدور حول البحث فيما إذا كانت أدلة الإدانة كافية للإحالة إلي القضاء أم غير كافية لذلك.

نصت المادة ٦١ من قانون الإجراءات الجنائية المصري أنه "إذا رأت النيابة العامة أن لا محل للسير في الدعوى ، تأمر بحفظ الأوراق". وهذا الأمر هو إجراء إداري يصدر من النيابة العامة بوصفها السلطة الإدارية التي تهيمن على عملية جمع الاستدلالات . وهذا الأمر لا يقيد النيابة حيث يجوز لها العدول عنه دون قيد أو شرط في أي وقت بالنظر إلى طبيعته الإدارية البحتة . ولا يقبل تظلماً أو استئنافاً من جانب المجني عليه والمدعي

بالحقوق المدنية^(١)، كما قررت المادة ٦٢ أنه إذا أصدرت النيابة العامة أمراً بالحفظ، وجب عليها أن تعلنه إلى المجني عليه، وإلى المدعي بالحقوق المدنية، فإذا توفي أحدهما كان الإعلان لورثته جملة في محل إقامته.

إذا رأت النيابة العامة أن الدعوى صالحة لرفعها بناء على الاستدلالات التي جمعت تكلف المتهم بالحضور أمام المحكمة المختصة طبقاً لنص المادة ٦٣ من قانون الإجراءات الجنائية المصري. وهذا يعني أن للنيابة الحق في إدخال الدعوى الجنائية بصورة مباشرة في حوزة المحكمة المختصة إذا كانت الجريمة مخالفة أو جنحة، وتبدأ الدعوى في صورة المحاكمة دون المرور بمرحلة التحقيق الابتدائي^(٢).

الإحالة إلى القضاء وتمثيل الاتهام إذا رأت النيابة العامة أن الدعوى صالحة لإحالتها إلى القضاء وأن الأدلة الكافية لهذه الإحالة متوافرة الدعوى الجنائية تقوم باتخاذ قرار الإحالة بحسب المحكمة المحال إليها الدعوى. وبعد هذا الاختصاص هو الاختصاص الأصيل للنيابة العامة^(٣)، وهو ما عبرت عنه المادة الأولى من قانون الإجراءات الجنائية وإذا أحيلت الدعوى الجنائية إلى القضاء، فلا تملك النيابة سحبها، ويجب على المحكمة أن تقضي فيها ومباشرة النيابة بوظيفة الاتهام لا يعفيها من التحلي بواجب الموضوعية، فالنيابة هي خصم شريف في الدعوى الجنائية، لا يعنيه إدانة المتهم، بقدر ما يعنيه الوصول إلى الحقيقة، ولذلك فلها أن تطلب الحكم بالبراءة إذا وجدت أن الأدلة على الاتهام لم تكن صحيحة. ومن أعمال الاتهام الطعن في الأحكام، سواء ضد المتهم أو لمصلحته.

(١) دكتور / أمين مصطفى محمد - قانون الإجراءات الجنائية. التحقيق الابتدائي والمحاكمة - مرجع سابق - هامش ص ١٣٧.

(٢) دكتور / محمود نجيب حسني - شرح قانون الإجراءات الجنائية - مرجع سابق ص ٥٢٤.

(٣) دكتور / أمين مصطفى محمد - قانون الإجراءات الجنائية. التحقيق الابتدائي والمحاكمة - مرجع سابق ص ١٥١.

خاتمة

تعد جرائم الاتجار بالبشر من أهم المشكلات الإجرامية العالمية . فقد صنفت الأمم المتحدة هذه التجارة كثالث أكبر تجارة غير مشروعة في العالم بعد تهريب السلاح والاتجار في المخدرات ، حيث تحقق أنشطة هذه التجارة أرباحاً طائلة تقدر بالمليارات ، وذلك على حساب أكثر فئات المجتمع عرضة للاستغلال ، وهما النساء والأطفال ، فيقع هؤلاء الملايين من النساء والأطفال وكذا الرجال الساعين للهروب من قسوة الفقر والجوع ضحايا لجريمة الاتجار بالبشر ، فالحالة التي يعيشها هؤلاء تجعلهم مندفعين للدخول في هذه التجارة كسلعة يتاجر فيها ، حيث يتم استخدامهم استخداماً غير شرعي كإجبارهم على ممارسة الدعارة ، والاستغلال الجنسي ، وحياة السخرة ، والعمل القسري ، أو الاسترقاق ، أو الاستعباد ، أو غير ذلك من هذه الأشكال المماثلة .

كما إن هذه الجرائم أحد أشكال الجريمة المنظمة عابرة الحدود التي اتسع نطاقها بشكل ملحوظ خلال السنوات الأخيرة . حيث يتم من خلالها نقل ملايين من البشر عبر الحدود الدولية سنوياً ليتم الاتجار بهم ؛ فالعصابات الدولية المنظمة التي تقوم بارتكاب هذه الجرائم تعمل على تنقل ضحاياها وسفرهم من أوطانهم بسهولة ، مما زاد من فرص المتاجرة بالنساء والأطفال ، وهذا بدوره ساعد على الانتشار السريع لهذه الجريمة المنظمة عالمياً بصورها المتعددة جنباً إلى جنب مع تجارة المخدرات .

لهذا يرى الباحث أن المجتمع الدولي قد تبنى مجموعة من الاتفاقيات الدولية لمحاربة هذه الجرائم وكان آخرها بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية ٢٠٠٠ . ثم سارعت الكثير من الدول في إصدار التشريعات لمكافحة هذه الجرائم وحماية ضحاياها من النساء والأطفال . على وجه الخصوص ، تمثياً مع السياسة الجنائية الدولية في محاربة انتشار هذه الجرائم ؛ فالمشروع الفرنسي لم يصدر تشريعاً أو قانوناً مستقلاً بجريمة الاتجار بالبشر ، ولكنه تناول هذه الجرائم في

قانون العقوبات في المواد أرقام ٢٢٥ - ٤ - ١ إلى ٢٢٥ - ٤ - ٩ .
وذلك بالقانون رقم ٢٠٠٣ - ٢٣٩ الصادر في ١٨ مارس ٢٠٠٣ ؛
وأيضاً المشرع المصري قد تبني هذه السياسة الدولية في محاربة هذه الجرائم
فأصدر قانوناً مستقلاً هو القانون رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠ ؛ والمشرع
الإماراتي الذي أصدر القانون رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٦م في شأن مكافحة
جرائم الاتجار بالبشر.

لقد كانت هذه الدراسة محاولة لتوضيح كيفية التصدي لهذه الجرائم
دولياً ومحلياً . عن طريق التشريعات التي أصدرتها الدول ومنها مصر . وقد
تضمنت هذه التشريعات الحماية الجنائية لضحايا هذه الجرائم سواء أثناء
الإجراءات التي تتخذها الدولة عند وقوع الجريمة . من إجراءات يقوم بها
رجال الشرطة من الإبلاغ وحتى القبض على الجناة . وإجراءات تقوم بها
النيابة العامة . أو بعد الإنتهاء من التحقيقات و صدور حكم المحكمة حيث
يلزم القيام بالرعاية اللاحقة لهؤلاء الضحايا.

ويعرض الباحث فيما بعد لبعض التوصيات التي توصل إليها من
خلال هذه الدراسة وذلك على النحو التالي :

١- العمل على تشكيل لجنة وطنية مشتركة على مستوى الأجهزة
المختلفة في الدولة ذات العلاقة ومنظمات حقوق الإنسان لتبني
إعداد استراتيجيات للوقاية من جرائم الاتجار بالبشر ومكافحتها
ورعاية الضحايا. إعمالاً لنص المادة (٢٨) من القانون رقم ٦٤ لسنة
٢٠١٠م.

٢- تطوير قدرات ومهارات العاملين في أجهزة الدولة المختصة بتنفيذ
القانون . وتزويدهم بالمعلومات اللازمة لجمع الاستدلالات
والتحقيق . وإعداد منهج موحد لمادة الاتجار بالبشر وإدراجها ضمن
مناهج المؤسسات التدريبية والتعليمية.

٣- أهمية تعزيز مجالات التعاون الدولي لمكافحة جريمة الاتجار بالبشر
وتبادل المعلومات والخبرات . ونقل أفضل الممارسات في أساليب

الوقاية والمكافحة وضبط الجريمة والتحقيق وفقاً للاتفاقيات الدولية ومراقبة وتنظيم عمل مكاتب استقدام العمالة على المستوى الدولي. ٤- تنسيق جهود التعاون وعقد الاتفاقيات الثنائية والجماعية بين دول المصدر والمعبر والمقصد لتبادل المعلومات وضبط الجريمة ورعاية الضحايا وحماية الشهود. مع العمل على إبراز أهمية تعزيز مجالات التعاون الدولي لمكافحة جريمة الاتجار بالبشر، وتبادل المعلومات والخبرات ونقل أفضل الممارسات في أساليب الوقاية والمكافحة وضبط الجريمة والتحقيق، وذلك وفقاً للاتفاقيات الدولية ومراقبة وتنظيم عمل مكاتب استقدام العمالة على المستوى الدولي.

٥- تفعيل الدور الإعلامي لنشر الوعي في المجتمع، والتعريف بجريمة الاتجار بالبشر والاهتمام بالدراسات الخاصة بالجريمة.

٦- الإسراع في إنشاء صندوق لمساعدة ضحايا الاتجار بالبشر، تكون له الشخصية الاعتبارية العامة، يتبع رئيس مجلس الوزراء، ويتولى تقديم المساعدات المالية للمجني عليهم ممن لحقت بهم أضرار ناجمة عن أي من هذه الجرائم المنصوص عليها في القانون، وذلك كما نصت عليه المادة (٢٧) من القانون رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠م.

٧- تقوم السلطات المختصة بتوفير برامج رعاية وتعليم وتدريب وتأهيل للمجني عليهم المصريين سواءً من خلال المؤسسات الحكومية أو غير الحكومية، وذلك إعمالاً لنص المادة (٢٦) من القانون سالف الذكر.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية:

- ١- دكتور / إبراهيم حامد طنطاوي سلطات مأمور الضبط القضائي - المكتبة القانونية - الطبعة الثانية ١٩٩٧م.
- ٢- دكتور / إبراهيم عيد نايل - السياسة الجنائية في مواجهة الإرهاب - دار النهضة العربية - ١٩٩٥م.
- ٣- دكتور / أحمد فتحى سرور - أصول السياسة الجنائية - دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٧٢م.

- ٤- دكتور / أحمد فتحى سرور - الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية - الطبعة السابعة ١٩٩٣م - بدون ناشر.
- ٥- دكتور / أحمد فوزي الصادي - رعاية أسر النزلاء كأسلوب من أساليب الرعاية اللاحقة - جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - الرياض - ٢٠٠٦م.
- ٦- دكتور / أحمد لطفى السيد مرعى - إستراتيجية مكافحة جرائم الاتجار بالبشر - دراسة مقارنة - دراسة مقبولة للنشر بمجلة جامعة الملك سعود (الأنظمة والعلوم السياسية) - ونشرت بمصر لدى دار النهضة العربية ٢٠٠٩ من موقع www.f-law.net
- ٧- دكتور / أحمد محمد عبد اللطيف الفقى - الحماية الجنائية لحقوق ضحايا الجريمة - دار النهضة العربية ٢٠٠١م.
- ٨- دكتور / أسامة بدير وأ. / سامى محمود - الاتجار بالبشر.. وصمة عار في جبين البشرية - أصدره مركز الأرض لحقوق الانسان بالقاهرة بدعم من الشبكة الأرومتوسطية - <http://aldiwana.org/news>.
- ٩- دكتور / أشرف توفيق شمس الدين - شرح قانون الإجراءات الجنائية على شبكة الإنترنت WWW.pdfFactory.com
- ١٠- دكتور / أمين مصطفى محمد - قانون الإجراءات الجنائية التحقيق الابتدائي والمحاكمة - دار المطبوعات الجامعية ٢٠١٢م.
- ١١- المستشار / البشري الشوربجي - دور النيابة العامة في حماية حقوق الإنسان في مراحل الإجراءات الجنائية على شبكة الانترنت <http://www.pogar.org/publications/arabniaba/hr/jordan2/bishry1-a.pdf>
- ١٢- المستشار / إيهاب عبد المطلب - الموسوعة الجنائية الحديثة في شرح قانون الإجراءات الجنائية - المركز القومي للإصدارات القانونية - بدون تاريخ نشر.

- ١٣- دكتور/ حامد راشد - المركز القانوني للمجنى عليه في النظرية العامة للعقوبة " الجزء الأول " - مجلة بحوث الشرطة - أكاديمية الشرطة - العدد السادس والعشرون يوليو ٢٠٠٤م.
- ١٤- دكتور / حامد سيد محمد حامد - الاتجار في البشر كجريمة منظمة عابرة للحدود - بين الأسباب , التداعيات , الرؤى الاستراتيجية - القومى للإصدارات القانونية - الطبعة الأولى ٢٠١٠م.
- ١٥- خالد بن محمد سليمان المرزوق - جريمة الاتجار بالنساء والأطفال وعقوباتها في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي - رسالة ماجستير في العدالة الجنائية - جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - الرياض ٢٠٠٥م.
- ١٦- رادية تيتوش - جريمة الاتجار بالبشر العابرة للحدود - رسالة ماجستير - كلية الحقوق جامعة الإسكندرية ٢٠١٠م ص ٥٢.
- ١٧- دكتور / رفعت رشوان - التحري والاستدلال عن جرائم الاتجار في البشر - بحث مقدم لندوة مكافحة جرائم الاتجار في البشر وزارة الداخلية. دولة الإمارات العربية المتحدة ٢٠٠٩م.
- ١٨- دكتور/ سليمان عبد المنعم - النظرية العامة لقانون العقوبات - دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٠م.
- ١٩- دكتورة / سوزي عدلى ناشد، الاتجار في البشر بين الاقتصاد الخفى والاقتصاد الرسمي، ٢٠٠٥، المكتبة القانونية.
- ٢٠- المستشار / عادل ماجد - مكافحة جرائم الاتجار بالبشر في الاتفاقيات الدولية والقانون الوطنى لدولة الإمارات العربية المتحدة - الجهود الدولية في مكافحة الاتجار بالبشر - جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - الرياض ٢٠١٠م.
- ٢١- دكتور/ عبادة التوايهة - الاتجار بالبشر ثالث أكبر نشاط إجرامى في العالم - محاضرة في المركز الإقليمي للأمن الإنسانى في عمان بعنوان "الاتجار بالبشر" <http://www.ejtemay.com> بتاريخ ٢٧ / ١٠ / ٢٠٠٩.

- ٢٢- رائد/ عبد الله سيف عبد الله الشامسي - الجريمة المنظمة - مجلة الأمن والقانون - أكاديمية شرطة دبي - السنة الثانية عشر - العدد الثاني يوليو ٢٠٠٤م.
- ٢٣- دكتور/ عبد الله بن ناصر السرحان - الرعاية اللاحقة للمفرج عنهم في التشريع الإسلامي والجنايات المعاصر (دراسة مقارنة) جامعة نايف العربية بالعلوم الأمنية - الرياض - ٢٠٠٦م.
- ٢٤- دكتور/ عبد الرحمن محمد خلف - الإجرام المنظم من خلال الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية - مجلة مركز بحوث الشرطة باكاديمية الشرطة - مصر - العدد ٢٦ - يوليو ٢٠٠٤م.
- ٢٥- دكتور/ عثمان الحسن محمد نور، دكتور/ ياسر عوض الكريم المبارك - الهجرة غير المشروعة والجريمة - جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - مركز الدراسات والبحوث (٤٣٣) الرياض ٢٠٠٨م.
- ٢٦- دكتور / عويس دياب - الحماية الجنائية لسرية التحقيق الابتدائي - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى ١٩٩٩م.
- ٢٧- دكتور / فايز محمد حسين محمد - التنظيم التشريعي للمركز القانوني للمجنى عليه في تشريعات مكافحة الاتجار بالبشر في البلاد العربية وتأثير بروتوكول الأمم المتحدة بشأن منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالبشر (بروتوكول باليرمو عام ٢٠٠٠) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية - العدد الأول عام ٢٠١١م.
- ٢٨- دكتورة / فتحية محمد قوراري - المواجهة الجنائية لجرائم الاتجار بالبشر - دراسة في القانون الإماراتي المقارن مجلة الشريعة والقانون - العدد الأربعون أكتوبر ٢٠٠٩م.
- ٢٩- دكتورة / فتيحة محمد قوراري و أ. دكتور/ غنام محمد غنام - شرح قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة - القسم الخاص - مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع ٢٠١١م.
- ٣٠- دكتور/ فتوح عبد الله الشاذلي - شرح قانون العقوبات - القسم العام - دار المطبوعات الجامعية - ١٩٩٨م.

- ٣١- دكتور/ مأمون محمد سلامة - قانون العقوبات القسم العام - الطبعة الرابعة - دار الفكر العربي ١٩٨٣-١٩٨٤م.
- ٣٢- دكتور / محمد سليمان الوهيد - ماهية الجريمة المنظمة - أعمال ندوة الجريمة المنظمة وأساليب مواجهتها في الوطن العربي - أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية - الرياض الطبعة الأولى ٢٠٠٣م.
- ٣٣- دكتور / محمد صفوح الأخرس - البرامج التأهيلية وتحقيق الرعاية اللاحقة للمفرج عنه - جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - الرياض - ٢٠٠٦م.
- ٣٤- محمد على العريان - عمليات الاتجار بالبشر وآليات مكافحتها دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة ٢٠١١م.
- ٣٥- دكتور/ محمد عبد اللطيف عبد العال مفهوم المجنى عليه في الدعوى الجنائية - دار النهضة العربية ٢٠٠٦م.
- ٣٦- دكتور / محمد على السالم آل عياد - اختصاص رجال الضبط القضائي - الطبعة الثانية منشورات ذات السلاسل - بدون تاريخ نشر.
- ٣٧- لواء دكتور/ محمد فتحى عيد - عصابات الإجرام المنظم ودورها في الاتجار بالأشخاص - مجموعة أبحاث تحت عنوان مكافحة الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية - مجلة جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - الطبعة الأولى - الرياض ٢٠٠٥م.
- ٣٨- دكتور/ محمد فضل عبد العزيز- موقف الشريعة الإسلامية من الاتجار بالنساء والأطفال ونقل الأعضاء البشرية - قدم ضمن مجموعة أبحاث بأسم الجهود الدولية في مكافحة الاتجار بالبشر - الجزء الثانى - مجلة جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية الطبعة الأولى - الرياض ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م.
- ٣٩- دكتور/ محمد محى الدين عوض - الجريمة المنظمة - المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب - المجلد ١٠ - العدد ١٩ - السنة العاشرة.

- ٤٠- دكتور / محمود محمود مصطفى / شرح قانون العقوبات القسم العام - دار النهضة العربية - الطبعة العاشرة ١٩٨٣ م.
- ٤١- دكتور / محمود محمود مصطفى - شرح قانون الإجراءات الجنائية - دار النهضة العربية ١٩٨٨ م.
- ٤٢- دكتور / محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات - النظرية العامة للجريمة - دار النهضة العربية - الطبعة الرابعة - ١٩٧٧ م.
- ٤٣- دكتور / محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات القسم العام - دار النهضة العربية - الطبعة السادسة ١٩٨٩ م.
- ٤٤- دكتور / محمد يحيى مطر - مكافحة الاتجار بالأشخاص وفقاً للشريعة الإسلامية - صادرة عن مكتب الأمم المتحدة المعنى بالمخدرات والجريمة فيينا. موقع
- <http://www.unodc.org/documents/human-Trafficking/ Islamic>
سبتمبر ٢٠١٠ م.
- ٤٥- دكتور / محمد مطر - أحكام قانونية عامة لمكافحة الاتجار بالبشر من منظور دولي مقارنة - منشور على شبكة الانترنت ، على موقع www.protectionproject.org
- ٤٦- دكتور / محمد نيازي حتاتة - جرائم البغاء - دراسة مقارنة - الطبعة الثانية مكتبة وهبة القاهرة - سنة ١٩٨٣ م.
- ٤٧- دكتور / محمد الطراونة - حقوق الضحايا في المواثيق الدولية والتشريعات الوطنية - منشور على شبكة الانترنت www.jc.go/filles
- ٤٨- دكتور / مدحت محمد أبو النصر - الجوانب المعاصرة في مجال رعاية الضحايا - مجلة الفكر الشرطي - المجلد الحادي عشر - العدد (٤) يناير ٢٠٠٣ م.
- ٤٩- دكتور / مصطفى العوجى - دروس في العلم الجنائي - الجزء الثانى - السياسة الجنائية والتصدي للجريمة - مؤسسة نوفل - بيروت ١٩٨٧ م.

٥٠- دكتور/ مصطفى مصباح دبارة - وضع ضحايا الإجرام في النظام الجنائي - رسالة دكتوراة - كلية الحقوق جامعة الإسكندرية ١٩٩٦م.

٥١- دكتور / معن خليل العمر - جرائم مستحدثة - دار وائل للنشر - الطبعة الأولى ٢٠١٢م.

٥٢- دكتور / ناصر بن راجح الشهراني - مكافحة الاتجار بالبشر الإطار التشريعي الوطني في المملكة العربية السعودية - الجهود الدولية في مكافحة الاتجار بالبشر - الجزء الأول - مجلة جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - الرياض ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م.

٥٣- لواء دكتور / نشأت عثمان الهلالي - مجالات تحقيق الحماية لضحايا الجريمة - بحث مقدم للندوة الدولية لحماية حقوق ضحايا الجريمة المنعقدة في الفترة من ٢٢ - ٢٥ يناير ١٩٨٩م مركز بحوث الشرطة - أكاديمية الشرطة.

٥٤- هانى السبكي - عمليات الاتجار بالبشر - دار الفكر الجامعى - الطبعة الأولى ٢٠١٠.

٥٥- هانى فتحى جورجى - جريمة الاتجار بالأشخاص.... والجهود المصرية لمكافحةها والقضاء عليها، بحث مقدم للندوة الإقليمية التى ينظمها برنامج الأمم المتحدة الإنمائى حول الجرائم المنظمة والعبارة للحدود، فى القاهرة فى الفترة من ٢٨- ٢٩ مارس ٢٠٠٧م.

٥٦- هانى فتحى جورجى - دور النيابة العامة المصرية فى مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والاتجار فى الأفراد - مقدمة للدورة التدريبية الرابعة عشر لنعم الاتجار بالأطفال لضباط أمن الموائى بالتعاون مع وزارة الداخلية - المنعقدة من ٢٦ - ٢٧ مايو ٢٠٠٩م

<http://www.f-law.net/law/showthread.php?>

٥٧- دكتور/ وجدى محمد بركات - ورقة عمل حول دور الشرطة فى رعاية ضحايا الجريمة - مركز البحوث الأمنية بالأكاديمية الملكية للشرطة بالبحرين ٢٠٠٨م.

٥٨- مقال بعنوان مكافحة الاتجار بالبشر من موقع معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية بتاريخ ١ مايو ٢٠٠٨م.
ثانياً: النصوص المحلية والدولية:

- ١- القانون رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠م بشأن الاتجار بالبشر - الجريدة الرسمية - العدد ١٨ مكرر - في ٩ مايو ٢٠١٠م.
- ٢- اللائحة التنفيذية لقانون مكافحة الاتجار بالبشر رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠م.
- ٣- تقرير وزارة الخارجية الأمريكية، مكتب رصد ومكافحة الاتجار بالبشر، تقرير عام ٢٠١١ عن الاتجار بالبشر.
- ٤- اتفاقية العبودية والخدمة القسرية والعمل بالسخرة والأعراف والممارسات الشبيهة بها ١٩٢٦م.
- ٥- نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ١٩٩٨م.
- ٦- الاتفاقية التكميلية لإلغاء العبودية وتجارة الرقيق والأعراف والممارسات الشبيهة بالعبودية ١٩٥٦م.
- ٧- منقول عن مقال تحت عنوان الاتجار بالبشر إلى أين ؟ (أفق نشرة الكترونية تصدر عن مؤسسة الفكر العربي - العدد ٩٠ بتاريخ ١٤ / ٢٠١١/٩) على شبكة الانترنت www.arabthought.org
- ٨- المسودة الأولية لبروتوكول الأمم المتحدة لمنع وقمع ومعاقبة الاتجار في الأشخاص وبخاصة النساء والأطفال ٢٠٠٠م
- ٩- اتفاقية العبودية والخدمة القسرية والعمل بالسخرة والأعراف والممارسات الشبيهة بها ١٩٢٦م.
- ١٠- الاتفاقية التكميلية لإلغاء العبودية وتجارة الرقيق والأعراف والممارسات الشبيهة بالعبودية، ١٩٥٦م.
- ١١- اتفاقية العمل بالسخرة، المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية ١٩٣٢م.
- ١٢- البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلال الأطفال في البغاء وفي المواد الإباحية والذي دخل حيز النفاذ في ١٨ يناير ٢٠٠٢م.

١٣- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة المؤرخ في ١٦ كانون/ديسمبر ١٩٦٦ تاريخ بدء النفاذ: ٢٣ آذار/مارس ١٩٧٦.

١٤- صحيح البخاري - باب العتق وفضله - الجزء الثاني

<http://www.islamweb.net>

١٥- بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٢٥ الدورة الخامسة والخمسون المؤرخ في ١٥ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠٠٠.

١٦- تقرير عام ٢٠١١ حول الاتجار بالبشر - تقدمه وزارة الخارجية للكونجرس الأمريكي <http://iipdigital-usembassy.gov> بتاريخ ٢٩ يونيو ٢٠١١م.

١٧- مجموعة أحكام محكمة النقض.

١٨- التدابير الدولية في مجال العدالة الدولية لمواجهة جرائم الاتجار بالبشر (مؤتمر الأمم المتحدة الثاني عشر) لمنع الجريمة والعدالة الجنائية في أبريل ٢٠١٠م ص ٢. موقع

[www. Un.org/ar/conf/crimecongress2010/documents](http://www.Un.org/ar/conf/crimecongress2010/documents).

١٩- المبادئ الأساسية والمبادئ التوجيهية بشأن الحق في الانتصاف والجبر لضمان الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان و الانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي (من قبل لجنة حقوق الإنسان بموجب القرار ٣٥ / ٢٠٠٥ الصادر في ١٩ / إبريل ٢٠٠٥م - الدورة الستون القرار رقم ١٤٧/٦٠ الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة - بتاريخ ١٢/٣/٢٠٠٦م. www1.umn.edu.

٢٠- اتفاقية حماية حقوق الإنسان في نطاق مجلس أوروبا روما في ٤ نوفمبر ١٩٥٠م،

www1.umn.humanrts.edu/arab/euhrcom

- ٢١- إعمال مبادئ الأمم المتحدة التوجيهية في مجال منع الجريمة - ورقة عمل عمل من إعداد الأمانة - مؤتمر الأمم المتحدة الثاني عشر لمنع الجريمة والعدالة الجنائية - يناير ٢٠١٠م.
- ٢٢- اللائحة التنفيذية لقانون مكافحة الاتجار بالبشر المصري رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠م.
- ٢٣- القانون رقم ٧٨ - ٧٨٨ من ٢٨ يوليو ١٩٧٨ الجريدة الرسمية ١ المؤرخ ٢٩ تموز ١٩٧٨

<http://legislationline.org/download/action/>

ثالثاً: المراجع الأجنبية:

- 1- <http://ar.jurispedia.org/index.php>.
- 2- trafficking in women and children in Europe, Martti Lehti , The European Institute for Crime Prevention and Control,affiliated with the United Nations , Helsinki, 2003
- 3- Jean-claude Soyer , Droit penal et procedure penale, Deuxieme Edition , L.G.D.J. 20 et 24 Rue Soufflot , 1974 p. 253.
- 4- VICTIMS OF TRAFFICKING AND VIOLENCE ROTECTION ACT OF 2000, 114 STAT. 1464 PUBLIC LAW 106-386-OCT.28,2000.[http:// www.state.gov/documents/organization.pdf](http://www.state.gov/documents/organization.pdf)
- 5- <http://theuaelaw.com>
- 6- <http://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/index>.
- 7- Introduction du rapport 2008 du department d'etat sur la traite des personnes, 6 Juin2008.
- 8- <http://ar.wikipedia.org>.
- 9- Dr. Mohamed Y. Mattar, THE OLD AND THE NEW: HOW EFFECTIVE ARE INTERNATIONAL AND NATIONAL, LEGAL REGIMES AT CONTROLLING DRUG AND HUMAN

TRAFFICKING. TWELFTH SPECIALIZATION COURSE, IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW, ASSESSING PATTERNS OF, TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME, THE INTERNATIONAL CRIMINAL RESPONSIBILITY, OF NON-STATE ACTORS, AND THE EFFECTIVENESS OF THE INTERNATIONAL ENFORCEMENT SYSTEM, Siracusa, May 20–30, 2012.

10- <http://www.state.gov/j/tip/laws/61124.htm>.

قانون العقد الدولي للاستثمار في ظل المتغيرات الاقتصادية

العالمية الجديدة

الأستاذ / د. بن أحمد الحاج

أستاذ محاضر- رئيس قسم الحقوق

كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة سعيدة – الجزائر

ملخص باللغة العربية:

إذا كانت القاعدة العامة في مسألة القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية عموماً هي خضوعها للقانون الذي اتفق عليه الأطراف، وهو ما يعرف بمبدأ قانون الإرادة، إلا أن إخضاع العقد الدولي للاستثمار بما ينطوي عليه من تعارض بين مصلحة الدولة المتعاقدة ومصلحة المستثمر، من شأنه إثارة العديد من المشاكل القانونية لعل أهمها تلك المتعلقة بمدى استجابة القانون الوطني الذي تحيل إليه قواعد النزاع وملاءمته لحكم هذا النوع من العقود خاصة في ظل المتغيرات الاقتصادية التي يشهدها العالم في عصر العولمة وتحرير التجارة العالمية.

ملخص باللغة الأجنبية:

If the general rule in the issue of the law who should be applicable the international contracts are the law witch agreed by the parties witch known as the law of willing.

However, the submission of the international contracts for investment

this principle including the inherent contradiction between the invests of the state contracting and investor s interest, and this would rsise several legal problems within related those to the coherent response to this type of contract, especially in light of economics changes in the age of globalization.

مقدمة:

من أهم السمات التي أضححت تميز الاقتصاد العالمي هو تحافت جميع الدول نحو جذب الاستثمارات الأجنبية الخاصة، وذلك للأهمية القصوى التي تلعبها تلك الاستثمارات في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية على اعتبار أنها القناة الرئيسية التي تسمح بتدفق رؤوس الأموال والخبرات العلمية والفنية والتكنولوجية إلى الدولة.

ومن المعلوم أن العقد الدولي هو الأداة الشائعة التي تنفذ بها عمليات الاستثمار بين الدول والمشروعات الأجنبية، لأنه يعبر عن الإرادة المشتركة لأطرافه من جهة، ويسمح لهم بإشباع حاجاتهم وفقاً لما تقتضيه مصالحهم من جهة ثانية.

وتعد مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق علي منازعات الاستثمار من أهم الموضوعات التي يحرص أطراف العقد الدولي للاستثمار على الاتفاق عليها، لما لذلك من أثر على حقوق وواجبات كل طرف.

وإذا كان الأصل طبقاً لما هو متعارف عليه هو خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة، أي للقانون الذي يتفق عليه الأطراف، إلا أن تضارب مصالح هؤلاء قد تؤدي إلى اختلاف موقف كل طرف، إذ وبينما تسعى الدولة إلى إخضاع العقد لقانونها طالما أن هدفها هو تحقيق التنمية الاقتصادية، فإن المستثمر الأجنبي قد يرى في ذلك إضراراً بمصالحه، وإن تحقق هذه الأخيرة لن يكون إلا في ظل الابتعاد عن قانون الدولة وتدويل النظام القانوني لعقد الاستثمار، خاصة في ظل معاناة منهج التنازع الذي يحيل إلى القانون الوطني من أزمة حقيقية في ظل الأوضاع الاقتصادية العالمية الجديدة.

وعليه فإن موضوع البحث يواجه مشكلة أساسية تتمثل في التساؤل عن مدي استجابة التنظيم الوضعي للعقود الدولية للاستثمار لمقتضيات التعامل الدولي الحديث بعد التحولات التي شهدتها الاقتصاد العالمي، وحول ما إذا كان النظام القانوني للدولة كافياً في حد ذاته وقادراً على تقديم الحلول القانونية الوافية للمشاكل التي تثيرها هذه العقود.

ومن جهة ثانية فإن اللجوء إلى تدويل النظام القانوني لعقد الاستثمار قد لا يتماشى مع مصالح الدول المتعاقدة، وهو ما يدعونا إلى التساؤل عن مدي تأثير ذلك التدويل على تلك المصالح، وحول ما

إذا كان إخضاع عقد الاستثمار للقواعد عبر الدولية يمثل فعلاً الصيغة السحرية القادرة على إيجاد الحلول لمجمل المشاكل الناجمة عن إبرام وتنفيذ تلك العقود.

ولبيان المعاني السابقة وحلها مضمونها سنبحث أولاً في منهج التنازع ومدى ملاءمته لمتطلبات التعامل الدولي في مجال الاستثمار، ثم لمسألة تدويل النظام القانوني لعقد الاستثمار وأثره على مصالح الدول المتعاقدة.

المطلب الأول

العقد الدولي للاستثمار ومنهج تنازع القوانين

من المعلوم أن وظيفة قواعد تنازع القوانين في مجال العقود الدولية تنحصر في إسناد الرابطة العقدية المتصلة بعنصر أجنبي إلى أحد القوانين المتنازعة لحكمها، حيث يتولى القاضي أو المحكم الفصل في النزاع المطروح أمامه وذلك بترجيح قانون من بين تلك القوانين وتفضيله سواء كان وطنياً أم أجنبياً، وهو ما يعني أنه يقوم أولاً بتعيين القانون الواجب التطبيق أي إسناد العلاقة لقانون معين، ثم يتولى ثانياً أعمال ذلك القانون بشأنه.

وعلى الرغم من أن منهج قاعدة الإسناد يؤدي إلى تطبيق قانون الإرادة وفقاً لما تتجه إليه غالبية النظم القانونية الوطنية، إلا أن التطور الذي عرفته العلاقات الاقتصادية والتجارية العابرة للحدود خاصة بعد سياسات التحرر العالمية الناجمة عن عولمة الاقتصاد قد أظهر إلى الواجهة تساؤلات قانونية تتمحور حول مدى ملاءمة المعايير التقليدية المتصلة بمنهج التنازع لمقتضيات التعامل الدولي خاصة في عقود الاستثمار التي تتسم بالطابع الفني الدقيق من جهة، وتنطوي على عدم تكافؤ قانوني واقتصادي بين الدولة والمستثمر الأجنبي من جهة ثانية.

الفرع الأول

خضوع العقد الدولي للاستثمار للقانون الوطني

إن القاعدة العامة في عقود الاستثمار هي خضوعها لحكم القانون وفقاً لمنهج التنازع التقليدي، والحال هذا ينطبق إذا ما طرح نزاع بشأنها على القضاء الوطني، بحيث يتولى تحديد القانون الذي يحكم

العقد على أساس قانون الإرادة، وفقا لما استقرت عليه النظم القانونية المعاصرة وفقه القانون الدولي الخاص.

ولقد انتهت غالبية النظم القانونية الحديثة إلى الاعتراف أساسا بالإرادة كضابط للإسناد في العقود الدولية لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها، فيكون للمتعاقدين حق ممارسة هذا الاختيار صراحة، لكن قد يحدث وأن يهمل هؤلاء تضمين اتفاقهم شرط الاختصاص التشريعي، مما يستوجب ضرورة البحث عن إرادتهم الضمنية، أما في حالة غياب هذه الأخيرة وجب على القاضي التدخل لتعيين قانون العقد، مما يعني أننا قد نكون أمام اختيار صريح لقانون العقد أو اختيار ضمني له.

ولقد أكدت اتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار لعام ١٩٦٥ على أن هيئة التحكيم تفصل في النزاع المعروض عليها وفقا للقانون الذي اتفق عليه الأطراف، إلا أنها ألزمت هيئة التحكيم في حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعدها في تنازع القوانين ومبادئ القانون الدولي الواجبة التطبيق^(١).

ويثور التساؤل في هذا المقام حول ما إذا كانت اتفاقية واشنطن قد استلزمت أن يكون اختيار أطراف عقد الاستثمار للقانون الواجب التطبيق على النزاع اختيارا صريحا، أم يجوز أن يكون ضمينا يستنتجه القاضي من ظروف والملابسات المحيطة بذلك العقد، خاصة وأن نص المادة ٤٢ من الاتفاقية قد اكتفي بعبارة "القانون الذي تم الاتفاق عليه بين الأطراف"، ولم تحدد طبيعة ذلك الاتفاق صريحا أم يكن ضمينا.

وتفسيرا لنص المادة السابق يتجه جانب من الفقه إلى عدم اشتراط الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق، بل يكفي أن يكون ضمينا، طالما أن لا يوجد حصر على ذلك، كما أن النص السالف بيانه لم يشترط أن يكون الاتفاق بين الأطراف قد تم صراحة مما يعني أن هيئة التحكيم ملزمة بتطبيق القانون الذي اتفق عليه بشكل صريح، وعند عدم وجود مثل هذا الاتفاق يتعين عليه البحث

١ - انظر: المادة ٤٢ من اتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية والموقعة عام ١٩٦٥.

عن الإرادة الضمنية للأطراف، والتي يمكن لها أن تستخلصها من خلال القرائن المحيطة بالعملية التعاقدية^(١).

وعلى خلاف ذلك يتجه جانب آخر من الفقه إلى الضرورة وجود الاختبار الصريح للقانون الواجب التطبيق على النزاع، فإن لما يتحقق ذلك وجب على هيئة التحكيم تطبيق قانون الدولة المعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعده في تنازع القوانين ومبادئ القانون الدولي الواجبة التطبيق، وذلك من دون البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف^(٢).

ويترتب على الأخذ بهذا الاتجاه توفير أكبر قدر ممكن من الحماية للدولة المتعاقدة في مواجهة المستثمر الأجنبي وذلك عند تطبيق قانونها بما في ذلك قواعده في تنازع القوانين طالما لم يتفق الأطراف صراحة على مسألة الاختصاص التشريعي للعقد المبرم بينهم، كما يترتب عليه تضيق نطاق اختصاص هيئة التحكيم في تحديد هذا القانون طالما أنها تكتفي بتطبيق الاختيار الصريح للأطراف دون الخوض في الإرادة الضمنية عند عدم وجود اتفاق صريح.

وإذا كانت القاعدة العامة في تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي هو الأخذ بمبدأ قانون الإرادة لدي العديد من النظم القانونية الوطنية والاتفاقيات الدولية، إلا أن عقود الاستثمار تخرج عن هذه القاعدة لدي بعض الفقهاء خاصة عند عدم اتفاق الأطراف على قانون العقد^(٣). ويتبنى بعض الفقه معياراً غائباً بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية، وقوامه البحث عن القصد من وراء إبرام العقد، فمن غير الممكن إخضاع عقد أبرمته الدولة بقصد تحقيق وظيفة من وظائفها إلى قانون آخر أو قواعد أخرى، لأن القانون الوحيد الذي يتماشى واعتبارات التنمية التي تسعى الدولة لتحقيقها هو قانونها^(٤).

١ - انظر: حسين أحمد الجندي، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية على ضوء اتفاقية واشنطن الموقعة عام ١٩٦٥، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص ١٨٥.

٢ - انظر: حفيزة لسيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩٦، ص ٥١٣.

٣ - انظر: نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٢، ص ٣٦٦.

٤ - وجدير بالذكر أن فكرة تطبيق قانون الدولة على العقود التي تبرمها باعتبارها صاحبة السيادة على سند الاعتبارات الاقتصادية في حالة تخلف الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق تختلف عن نظرية "currie"، والذي يؤسس منهجه في حل مشكلة التنازع على فكرة المصلحة الحكومية، بحيث يرى هذا الفقيه بأن أية قاعدة قانونية تستهدف تحقيق سياسة معينة، وان لكل دولة مصلحة في تطبيق الأحكام

ويمكن الأخذ بالمعيار الغائي لتحديد قانون عقد الدولة، كلما تعلق الأمر بعقد كان الدافع إلى إبرامه هو تحقيق وظيفة من وظائف الدولة، وذلك بغض النظر عما إذا كانت الدولة طرفاً فيه بنفسها أو أحد الأشخاص الاعتباريين التابعين لها.

ولقد كان من شأن تعارض المصالح وتباينها في عقود الاستثمار التي تبرمها الدول مع طرف أجنبي، أن أصدرت العديد من الدول النامية تشريعات هدفها الأساسي حماية اقتصادها القومي، وبالتالي فلا يجب إغفال المصلحة العامة للدول النامية، سواء كانت هي الطرف في العقد المبرم أو أحد الأشخاص المعنويين التابعين لها، إذ من غير الممكن تصور تنفيذ واحد من هذه العقود دون المساس باقتصاد الدولة، مما يعني في نظر بعض الفقه قيام قرينة لصالح إعمال قانون الدولة عند غياب الاختيار الصريح لقانون العقد، بحسبان أن مصلحة الدولة النامية هي المصلحة الأجدر بالحماية^(١).

ويرى هذا الفقه بأن قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة التي أكدت من خلالها على ضرورة توافق استيراد رأس المال الأجنبي اللازم لتحقيق التنمية في الدول المتخلفة مع القواعد والشروط التي تراها هذه الأخيرة ملائمة لها، هي قرارات قدمت أساساً جديداً لتطبيق القانون الوطني للدولة الطرف من أجل زيادة التنمية الاقتصادية التي تسعى الدول النامية جاهدة لتحقيقها^(٢).

وإذا كان المعيار الغائي هو سند بعض الفقه في إخضاع عقود الاستثمار لقانون الدولة المتعاقدة، فإن جانباً آخر لا يحتاج من أجل الوصول إلى هذه النتيجة الاعتماد على النفس السند، بل يكفي إعمال قاعدة القانون الأوثق صلة بالعقد عند سكوت الأطراف المتعاقدة عن اختيار القانون الواجب التطبيق حتى تتحقق ذات النتيجة^(٣).

والأكيد أن قانون الدولة المتعاقدة هو القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، كما أنه يمثل في الغالب قانون دولة محل الأداء الرئيسي في العقد، وهو ما يعني أنه هو القانون الواجب التطبيق عليه،

الواردة في قانونها، ومن خلال المصالح المتباينة للدول يمكن حل مشكلة تنازع القوانين. انظر في نظرية "currie": أحمد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، بدون ناشر، ص ١٦٦.

١ - انظر: خليل الإكياي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في القانون الدولي الخاص، بدون ناشر، ١٩٨٩، ص ٣٥٢.

٢ - انظر: أحمد عشوش، القانون الذي يحكم الاتفاقيات البترولية، محاضرات لطلبة دبلوم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ١٩٨٤، ص ٦٩٣.

٣ - انظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ٥٤٢.

وذلك دون الحاجة إلى إعمال اعتبارات سياسية أو اقتصادية، أو تكييف هذه العقود على أنها عقود إدارية للوصول إلى هذه النتيجة.

ويعتقد الاتجاه المؤيد لفكرة خضوع عقود الاستثمار لقانون الدولة المتعاقدة، بأن معاهدة روما الموقعة في ١٩/٠٦/١٩٨٠ والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية قد أخذت أيضا بهذا الموقف، إذ حددت العقود التي لا تسري عليها، بما في ذلك عقود الدولة، مما يعني بمفهوم المخالفة أن هذه الأخيرة تخضع بالضرورة لقانون الدولة المتعاقدة^(١).

ومن جهة أخرى اقتضت المادة الرابعة من الاتفاقية ضرورة وجود رابطة موضوعية بين العقد ونظام القانون الذي يحكمه في حالة وجود اختيار صريح أو مؤكد من قبل الأطراف، مما يعني خضوع عقود الدولة لقانون الدولة المتعاقدة، وهذا الحل هو الحل الطبيعي الذي يتماشى مع ذاتية هذه العقود.

تجدر الإشارة أخيرا إلى أن خضوع العقود الدولية للاستثمار لقانون الدولة المتعاقدة هو اتجاه كانت قد أيدته هيئة التحكيم في قضية "Aramco"، حيث قضت بأن القانون الساري في المملكة العربية السعودية هو القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الامتياز، إذ أنه من المتفق عليه في القانون الدولي الخاص أن الدولة ذات السيادة، يفترض حتى إثبات العكس خضوع الالتزامات الناشئة عن العقود المبرمة بينهما وبين الأشخاص الأخرى لقانونها الوطني^(٢).

الفرع الثاني: مدى ملاءمة إعمال القانون الوطني على العقد الدولي للاستثمار.

على الرغم من أن مبدأ قانون الإرادة يعني في عمق مفهومه منح الأطراف مكنة تحديد القانون الذي يروا بأنه الأكثر تحقيقا لمصالحهم، إلا أنه مبدأ عرف العديد من الهزات، خاصة في ظل التطورات التي تشهدها العلاقات الاقتصادية الدولية الراهنة. الأمر الذي جعله يعاني من أزمة حقيقية أطلق عليها الفقه اصطلاح "أزمة مبدأ قانون الإرادة".

١ - انظر: المرجع السابق، ص ٥٤٣.

٢ - انظر في مضمون هذا القرار: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ٤١٨.

وإذا كان ظهور منهج القواعد ذات التطبيق الضروري قد ارتبط بتطور دور الدولة ونموه في ظل المذهب الاشتراكي وانتشار مظاهر تدخلها مع مطلع القرن الماضي^(١)، إلا أنه ومن خلال استطلاع واقع المعاملات الاقتصادية اليوم والتي بدأت تأخذ اتجاهها متصاعدا نحو التحرر من كافة القيود خاصة مع نشأة منظمة التجارة العالمية، بدا واضحا من خلال الدراسات التي أجريت أن المشرعين قد عمدوا في الدول المتقدمة والمتخلفة على حد سواء إلي تبني العديد من القواعد ذات التطبيق الضروري والتي تتضمن قيودا تشريعية لتحقيق وحماية المصالح الضرورية للجماعة^(٢).

وبهذه المثابة فإن النظام الاقتصادي العالمي الجديد والذي يقوم على مبدأ حرية التجارة والاستثمار بين الدول لم يساهم فقط في انتعاش الأسواق العالمية وتحقيق معدلات نمو عالية للتجارة الدولية، بل أدى أيضا من الناحية القانونية إلى تزايد في عدد القواعد والقوانين الحمائية، وبالنتيجة تنامي دور منهج القواعد ذات التطبيق الضروري في ميدان العقود الدولية باعتبارها الأداة الرئيسية لتبادل القيم والثروات عبر حدود الدول.

ولأن منهج القواعد ذات التطبيق الضروري هو منهج منافس لقاعدة الإسناد في إطار النظرية العامة لتنازع القوانين كونه يستتبع بالضرورة استبعاد قاعدة الإسناد^(٣)، وبالتالي قانون الإرادة في مجال العقود الدولية، فإنه يبدو واضحا أن منهج التنازع أضحى في أزمة حقيقية في ظل اتجاه الدول نحو التوقيع على اتفاقيات التجارة الدولية، وما ترتب عن ذلك من تزايد في عدد القواعد ذات التطبيق الضروري.

أولا: عدم ملائمة منهج التنازع لحكم منازعات عقود الاستثمار.

يتجه جانب من الفقه إلى القول بأن تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة علي عقود الاستثمار الدولية سيؤدي حتما إلي تطبيق قواعد قانونية في غير بيئتها التي خلقت لها، وهو ما قد يؤدي حتما إلي

١ - انظر: محمود محمد ياقوت، قانون الإدارة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق - دراسة تحليلية وتطبيقية - دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ١٧.

٢ - انظر: جمال محمود الكردي، حق المؤلف في العلاقات الخاصة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ١٤٧. وانظر أيضا: رشا علي الدين، النظام القانوني لحماية البرمجيات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠٠٦، ص ٣٤٧. وانظر: أحمد عبد الكريم سلامة، تحرير التجارة العالمية وأثره على النظام القانوني للعقود الدولية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد الثاني، العدد ١٩، جامعة المنصورة، ١٩٩٦، ص ٥٧٠.

٣ - انظر: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠١، ص ٣٠١.

الإحلال بالأمان القانوني ويحل بتوقعات الأطراف المتعاقدة، طالما أنها نظم قانونية وضعت في الأصل لمجابهة المشاكل الناجمة عن الحياة الداخلية وليس الدولية، علاوة على كونها نظم قانونية متخلفة ومتباينة فيما بينها.

وعلاوة على هذا فإن تطبيق القوانين الوطنية على عقود الاستثمار تشوبه مساوئ قدرة الدولة على تغيير الأحكام الواردة في قانونها الوطني بإرادتها، وهو ما يخل بالتوازن بين الطرفين ويقلب اقتصاديات العقد وتوجيهها لصالح أحدهما علي نحو يلحق ضررا بالطرف الآخر^(١).

ومعلوم أن العديد من عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة هي عقود تمتد لفترة ومنية طويلة، خاصة عقود التنقيب عن البترول واستغلاله وعقود التنمية الاقتصادية، مما يجعلها معرضة لمخاطر ناجمة عن اختيار القانون الوطني للدولة المتعاقدة، وضرورة خضوعها لكافة التعديلات والتغييرات التي قد يجريها المشروع فيها، وهو ما يتنافى مع الأمان القانوني الذي يعد تحلفه العدو الأول للمعاملات في إطار العلاقات الاقتصادية الدولية.

وللإشارة إلى مثل هذا الإجحاف في حق المتعاقد مع الدولة يمكن اتخاذ قضية "SGTM"^(٢) الفرنسية ضد حكومة بنغلادش مثالا على ذلك. فقد تم إبرام عقد بين هيئة التنمية الصناعية لباكستان الشرقية، وهي شركة مملوكة للحكومة الباكستانية مع الشركة الفرنسية "SGTM" سنة ١٩٦٥، وذلك من أجل مد أنابيب الغاز في باكستان الشرقية^(٣)، وقد تضمن هذا العقد من بين شروطه شرطا يقضي بتسوية جميع المنازعات التي قد تنشأ عن طريق التحكيم وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس.

غير أن مطالبة الطرف الباكستاني الشركة الفرنسية بمبلغ ١٢ مليون فرنك فرنسي عن الأعمال التي قامت بها أدى إلي قيام نزاع بين الطرفين، فلجأ الطرفان إلى اتخاذ إجراءات التحكيم بتاريخ ١٩٧٢/٠٥/٠٧، وفي نفس الوقت كان رئيس جمهورية بنغلاديش قد أصدر مرسوما بتاريخ

١ - ويعد هذا سببا مباشرا في لجوء المتعاقدين في عقود الدولة إلى إدراج شرط التجميد الزمني، أو ما يسمى بشرط الثبات التشريعي. انظر: حسين أحمد الجندي، المرجع السابق، ص ١٨٨. وانظر أيضا: أحمد عبد الكرم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠١، ص ٢١٧.

٢ - وذلك اختصارا ل:

(Societe de grands travaux de Marseille)

٣ - والتي أضحت تعرف بجمهورية بنغلاديش الشعبية منذ عام ١٩٧١.

١٩٧٢/٠٥/٠٩ ويسري بأثر رجعي إلى تاريخ ١٩٧١/٠٣/٢٦، ويقضي بتأسيس هيئة التنمية الصناعية البنغالية لتخلف هيئة التنمية الصناعية الباكستانية، كما تضمن نفس المرسوم على أن كل إجراءات التحكيم التي تكون فيها هذه الأخيرة قد ارتبطت بها قبل سريان المرسوم تعد لاغية، ولن يكون لأي قرار تحكيم تؤدي إليه هذه الإجراءات أي أثر سواء في مواجهة هيئة التنمية الصناعية الباكستانية أو البنغالية، وأن أية سلطة تمت ممارستها بالنيابة عن الهيئة الباكستانية في إجراءات التحكيم تعد باطلة ولاغية ابتداء من تاريخ ١٩٧١/٠٣/٢٦، كما أن أي نص يقضي بتسوية المنازعات عن طريق التحكيم يعد لاغيا.

وعلى الرغم من ذلك فقد استمرت هيئة التحكيم في نظر النزاع، والتي أصدرت قرارها التحكيمي في ١٩٧٢/١٢/١٥، وقضت فيه بالمسؤولية المشتركة لكل من حكومة بنغلاديش والهيئة التي تم حلها. وعلى إثر قيام الحكومة البنغالية بالطعن في قرار التحكيم المشار إليه أعلاه أمام المحكمة السويسرية الفيدرالية، قامت هذه الأخيرة بتاريخ ١٩٧٦/٠٥/٠٥ بإبطال قرار التحكيم تأسيسا على أن القانون السويسري لا يتضمن أي قاعدة قانونية تقضي بخضوع الشخص للتحكيم دون إرادته أو رغما عنه^(١)، وهو ما يعني أن المحكمة السويسرية قد أقرت التعديلات القانونية التي أحدثتها حكومة بنغلادش والتي أدت إلى إبطال اتفاق التحكيم ولو بأثر رجعي.

زمن بين المساوي التي تحسب على إخضاع عقود الاستثمار للقوانين الوطنية أيضا هي عدم قدرة الأحكام الواردة في تلك القوانين على حكم العمليات المركبة والمعقدة التي تثيرها عقود الاستثمار^(٢)، وذلك لأنها قواعد صادرة عن أجهزة ليست لها الخبرة اللازمة في مجال هذه العقود، مما يعني أن العدالة التي قد ترسيها تلك القواعد بمفهوم المشرع الوطني لن تتحقق، وذلك لبعدها عن واقع الحياة الاقتصادية الدولية^(٣).

١ - انظر:-

- Trib. Fed. Suisse, 05/05/1976, Yearbook, 1980, p 217.

٢ - انظر: هاشم علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠١، ص ٣٣٢.

٣ - انظر:

- David(R), l'Arbitrage dans le commerce International, Paris, 1982, p30 et 31.

وإلى جانب كل هذا، فقد أدي استقلال دول العالم الثالث إلى اتجاهها نحو سن قوانين خاصة بها تحل محل القوانين التي كانت مطبقة في نطاق إقليمها من قبل الدول التي استعمرتها، بما في ذلك التشريعات التي تنظم عقود الاستثمار المباشر ونقل التكنولوجيا، وكان الهدف من ورائها الاستجابة لمتطلبات خطط التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وذلك من دون الاكتراث بمصالح المتعاملين الدوليين، مما يعني أن الأحكام الواردة في هذه النظم ليست فقط غير متلائمة مع خصوصيات عقود الاستثمار الدولية، بل أصبح تعدد هذه التشريعات يشكل عائقا أمام حرية المتعاملين مع هذه الدول من دول العالم الصناعي، فقد أصبحوا ملزمين بالتعامل مع نظم عديدة ومختلفة، والتي تفرض عليهم قيودا وأعباء تختلف باختلاف تلك النظم^(١).

١ - انظر: مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، ١٩٩٨، ص ٦٦٤.

ثانياً: أثر تنامي دور القواعد الحمائية على النظام القانوني لعقد الاستثمار:

لقد بدأت البلدان المختلفة لاسيما النامية منها خلال السنوات الأخيرة بتنفيذ تغييرات ضخمة في هيكلها وسياساتها العامة، وذلك لجعل بيئتها الاقتصادية أكثر جاذبية للمستثمرين الأجانب إلى درجة اندلع فيها تنافس حاد فيما بينها للحصول على أكبر قدر ممكن من الاستثمار الأجنبي، فأتبعت بذلك سياسات التكيف الهيكلي وفقاً لقواعد صندوق الدولي والبنك العالمي، وخففت من قيود نقل الملكية والقواعد المنظمة لإعادة استثمار الأرباح، ورفع الحواجز أمام الشركات عبر الدولية.

ومع ذلك فلقد صاحب منح المشرعين الوطنيين للمستثمرين الأجانب امتيازات و ضمانات سعى حثيث من قبلهم أيضاً - أي المشرعين الوطنيين - نحو سن قواعد أمرّة تتولى حماية المصالح الأساسية سواء السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية أو الثقافية للجماعة، مما يدل على أن دور منهج القواعد ذات التطبيق الضروري لم ينحصر في ظل الوضع الراهن للمعاملات الاقتصادية العابرة للحدود، بل مازالت له ذات الأهمية التي اكتسبها من قبل أمام القضاء الوطني.

وبهذا فإن انسحاب الدولة من الحياة الاقتصادية تماشياً مع تعاليم المذهب الفردي وآليات اقتصاد السوق لا يعني بتاتا الانسحاب المطلق والتام من لعب أي دور في تلك الحياة، فدورها في ظل هذا الوضع يجعل منها دولة ضابطة لها أن تتدخل بموجب قواعد قانونية تنظم مناخ الأعمال، كتلك الواردة في قانون الاستهلاك، وقانون الاستثمار، وقانون المنافسة، وقوانين مكافحة التضخم، وكل ذلك في سبيل حماية اقتصاد الدولة من الأزمات التي قد تسببها له الرأسمالية الزاحفة، وهذا بالإضافة إلى تدخله لتنظيم مجالات أخرى ترتبط وتتأثر بتحرير التجارة كتلك المتعلقة بالصحة وحماية المستهلك، وكذا حماية البيئة^(١).

^١ - وتعد العلاقة بين التجارة والبيئة من الأمور المستحدثة في العلاقات التجارية الدولية ، والتي اكتسبت أهمية متزايدة تدرجياً مع تزايد الوعي الدولي بموضوعات الحفاظ على البيئة، و انعكس بالتالي على أوجه النشاط الاقتصادي والتجاري الدولي، وتمت ترجمته إلى مجموعة معايير وضوابط ينبغي مراعاتها والالتزام بها من قبل مختلف الدول. انظر: سهيل حسين الفتلاوي، التنظيم الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٧، ص ١٧٩.

وفي هذا الإطار تنص المادة الرابعة من الأمر رقم ٠٣/٠١ المؤرخ في ٢٠/٠١/٢٠٠١ والمعدل بالأمر رقم ٠٨/٠٦ والمتعلق بتطوير الاستثمار الجزائري على أنه: "تنجز الاستثمارات في حرية تامة مع مراعاة التشريع والتنظيمات المتعلقة بالنشاطات المقننة وحماية البيئة"

وترتيباً على هذا فإن القواعد القانونية ذات التطبيق الضروري لا تترجع في ظل اقتصاد السوق كما قد يتبادر إلى أذهان البعض مقارنة مع الاقتصاد الموجة الذي يعتمد على تدخل الدولة في مختلف الأنشطة التجارية والاقتصادية، بل إن الاقتصاد الحر يتطلب هو الآخر تدخلاً تشريعياً لوضع نظام قانوني يحقق الانضباط، وينظم المنافسة، ويفيد من حرية التجارة والتعاقد، حتى وإن كان هذا التدخل تدخلاً من نوع خاص يتلاءم والتطورات الاقتصادية الحاصلة.

وبالفعل فقد أكد الفقه بأن الدول أصبحت تسعى اليوم جاهدة إلى التدخل بموجب نصوص قانونية دقيقة لفرض سلوكيات معينة يتعين إتباعها في إطار علاقات التبادل الاقتصادي والتجاري، وهو ما يعني أن عدد القوانين الحمائية سيتزايد في ظل تلك الاتفاقيات، وهو تزايد يمكن ملاحظته على صعيد المنظمة القانونية لكل الدول سواء المتقدمة منها أو المتخلفة^(١).

فالدول النامية ستجد نفسها مجبرة على سن قوانين حمائية من أجل حماية تجارتها ومنتجاتها خلال فترات السماح من شدة المنافسة التي ستفرض عليها من طرف الدول المتقدمة، أما هذه الأخيرة فستلجأ إلى اتخاذ تدابير تسلب الدول النامية العديد من المزايا، والتي تكون قد حصلت عليها من خلال انضمامها للمنظمة العالمية للتجارة.

ولما كانت العقود هي الأداة الفنية التي تتم بها عمليات الاستثمار فهذا يعني أنها ستتأثر حتماً بالقواعد الحمائية التي تسنها الدولة في شتى المجالات، خاصة في مجال حماية المستهلك، والرقابة على الصرف ونشاط البنوك والتأمينات، والنشاطات المتعلقة بالاستيراد، والقوانين الضريبية، والقوانين المتعلقة بالائتمان وغيرها.

فإذا كانت الدولة تسعى من خلال هذه الإجراءات إلى حماية المصالح الحيوية والضرورية في المجتمع، إلا أن تطبيق هذه القواعد على عقود الاستثمار الدولية هو تطبيق يتنافى مع تطلعات المستثمر الأجنبي، ذلك أن أعمال منهج التنازع سيؤدي إلى تطبيق قانون وطني معين، وذلك بما يحويه من قواعد جاءت في الأصل لحماية مصالح الدولة، وبغض النظر عما إذا كان ذلك يتماشى ومصالح هؤلاء

١ - لقد أكد العديد من المراقبين في الدول الرأسمالية ذاتها هذا التوجه، حيث أفروا بأن الاتجاهات الحمائية في أوروبا وأمريكا مستمرة في التنامي، ومن ثم فإن الاتفاقات الجديدة والمتعلقة بتحرير التجارة العالمية هي اتفاقات ينبغي عدم اعتبارها أمراً مسلماً به في كل الأحوال. انظر في هذا: إبراهيم العيسوي، الغات وأحوالها - النظام الجديد للتجارة العالمية ومستقبل التنمية العربية، الطبعة الثالثة، لبنان، يناير، ٢٠٠١، ص ٩٧.

المستثمرين، وفي هذا تغليب لمصلحة الدولة وإرادتها على إرادة الأفراد، وهذا معناه محاصرة تلك العقود بكم هائل من القواعد الحمائية، وهذا ما يتعارض مع الحرية الاقتصادية ومقتضياتها.

ومن ناحية أخرى فإن استئثار كل دولة بوضع قواعد قانونية في ظل ما يواجه المجتمع الدولي من متغيرات اقتصادية، سيؤدي في النهاية إلى تباين هذه القواعد من دولة لأخرى^(١)، وهو ما يعني اختلاف الحلول التي توضع لحسم المنازعات الناشئة عن إبرام وتنفيذ العقود المتصلة بالاستثمار، وكل هذا من شأنه الإخلال بالأمان القانوني والإضرار بمصالح المتعاملين الدوليين.

وبهذه المثابة إذا كانت الرابطة العقدية العابرة للحدود تخضع في الأصل للقانون الذي اتفق عليه الأطراف بمقتضى منهج التنازع، إلا أنه يتعين على القاضي مراعاة أعمال القواعد ذات التطبيق الضروري على المسائل التي تدخل في نطاق سريانها، وهو ما يؤدي بالضرورة إلى تعطيل أعمال قاعدة الإسناد واستبعاد قانون العقد، فتحجز الرابطة العقدية بذلك، حيث تخضع في بعض جوانبها لقانون الإرادة، بينما تخضع في جوانبها الأخرى للقواعد ذات التطبيق الضروري^(٢).

وبالتالي فإن أعمال القواعد ذات التطبيق الضروري يعد منهجا منافسا يطبقه القاضي إلى جانب منهج التنازع ويقيد من مجال أعمال قانون العقد، فهذا الأخير لا ينطبق إلا بشأن المسائل التي لا تشملها تلك القواعد بالتطبيق^(٣).

ومعلوم أن إدراك القواعد ذات التطبيق الضروري لأهدافها يقتضي إعمالها على كافة الروابط القانونية التي تدخل في مجال سريانها بصرف النظر عن القانون الذي يحكم العلاقة العقدية المطروحة أمام القضاء الوطني بمقتضى منهج التنازع، فمسألة الاختيار غير مطروحة هنا أمام القاضي الوطني، وذلك لأن إعماله لتلك القواعد إنما يتم بصورة مستقلة عن قاعدة الإسناد، ووجود هذه القواعد

١ - انظر: رشا علي الدين، المرجع السابق، ص ٣٢٤.

٢ - انظر:

- Pommier (J-ch), Principe d'autonomie et Ioi du contrats en droit prive conventionnel, these, paris, 1992, p 195

٣ - إذا كانت القواعد ذات التطبيق الضروري هي من القواعد ذات التطبيق المباشر فإن العكس غير صحيح، إذ ليست كل القواعد ذات التطبيق المباشر من القواعد ذات التطبيق الضروري، حيث لا يكفي لاتسام هذه الأخيرة بتلك الصفة أن يكون مشرعها قد أراد إعمالها بشكل مباشر، بل كثيرا ما يتوسع المشرع في معيار انطباق بعض القواعد المادية على حساب القوانين الأجنبية، دون أن يتوقف ذلك على وجود صلة بين أهداف تلك القواعد ونطاق تطبيقها.

الآمرة يلزمه بتطبيق قانونه الوطني مباشرة على العلاقة محل النزاع بمجرد توافر الرابطة التي تبرر اتصال
المسألة المطروحة بنظامه القانوني^(١).

^١ - انظر: -

- Toubiana(A), le domaine de la loi du contrat en droit international prive- contrats internationaux et dirigisme etatique, these, Paris, Dalloz, 1992, n° 258.

المطلب الثاني

تدويل النظام القانوني لعقد الاستثمار وأثره على

مصالح الدول المتعاقدة

إن السبيل الوحيد للمستثمر الأجنبي من أجل التخلص من العوائق والقيود التي تقرها النظم القانونية الوطنية يمكن في ضرورة الانعتاق من النظم القانونية الوطنية، أو على الأقل تحجيم الآثار المترتبة عنها، وذلك باللجوء لقضاء التحكيم الذي يسمح لأطراف العقد الدولي باختيار القواعد القانونية التي تخدم مصالح الدولة والمتعامل الأجنبي على حد سواء، ولا شك أن تلك القواعد هي القواعد عبر الدولية.

الفرع الأول

تدويل النظام القانوني لعقد الاستثمار

يؤكد جانب كبير من الفقه على أن القواعد القانونية التي نشأت بعيدة عن سلطان الدولة والتي تحكم العلاقات الاقتصادية الدولية بما فيها العلاقات القائمة بين الدول من جهة والمشروعات الأجنبية من جهة ثانية هي ظاهرة قد فرضت نفسها في ظل المعطيات الاقتصادية الحديثة.

وبالتالي فلا بد من خضوع عقود الاستثمار الدولية لنظام قانوني مستقل عن كل الأنظمة القانونية، سواء كانت قوانين الدولة المتعاقدة أو قوانين وطنية محايدة، فالأطراف في هذا النوع من العقود يتواجدون في مراكز قانونية غير متكافئة، مما يعني أن إخضاعها لأحد تلك الأنظمة سيهدد ذاتيتها طالما أن القوانين الوطنية وضعت أساسا لمواجهة العلاقات الناشئة عن أطراف يتساوون في مراكزهم^(١).

ولا ريب أن الفشل في حكم العقود المبرمة بين الدولة والمستثمرين الأجانب لا يقتصر على النظم القانونية الوطنية، بل يشمل أيضا قواعد القانون الدولي العام التي لا تقدر هي الأخرى على تقديم الحلول الملائمة لهذا النوع من العقود، على اعتبار أنها قواعد جاءت لتنظيم العلاقات القائمة بين الدول فيما بينها، ولما كان المشروع الأجنبي المتعامل مع الدولة من أشخاص القانون الخاص، فمن غير المعقول إعمال تلك القواعد بشأن العلاقات التي يبرمها هذا المتعامل حتى إن كان متفوقا من حيث مركزه الاقتصادي، لعدم تمتعه بوصف الدولة.

١ - انظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ٧٤٠.

وأمام قصور وعجز وعدم ملاءمة كل من القوانين الوطنية والقانون الدولي العام لحكم هذه العقود، كان لزاما البحث عن نظام قانوني آخر مستقل عن النظامين السابقين ليتولى تنظيمها وحل النزاعات الناشئة بين أطرافها، وذلك على نحو يحقق التوازن بينها، وبدون الإضرار بمصالح أي طرف. وعليه فقد اتجه الفقه الغربي إلى التأكيد على أن النظام القانوني الذي يتعين إخضاع عقود الاستثمار الدولية له هو نظام عبر دولي لا تنتمي قواعده لا للقانون الوطني ولا للقانون الدولي، ويجد مصدره في الأعراف التجارية والمبادئ العامة عبر الدولية بوصفها الأكثر ملاءمة واستجابة لمتطلبات العلاقات عبر الدولية، وهذا الحل هو الوحيد الذي بإمكانه تجسيد وتأكيد الاستقرار واليقين في المعاملات الدولية العابرة للحدود، لأنه يمثل الإطار الطبيعي لها^(١).

فإذا لم تقم الأطراف بالاختيار الصريح لقانون معين، فهذا مسلك يجب تفسيره على أنه يفيد رغبتهم في استبعاد هذا القانون، وبما أن القانون الدولي لا يصلح في حد ذاته كقانون يحكم عقود الاستثمار، فإن الحل الأمثل هو إخضاعها لنظام لا ينتمي لا للدول المتعاقدة ولا للقانون الدولي العام^(٢).

وعلى الرغم من إقراره بالطبيعة الخاصة لعقود الدولة عموما وعقود الاستثمار على وجه الخصوص، يتجه الفقه المناصر لفكرة تدويل عقد الاستثمار إلى أن تلك الطبيعة لا تتعارض مع منهج هذه القواعد، على الأقل عند الاتفاق على تطبيقها، أو لجوء المحكم إلى ذلك عند السكوت المطلق للأطراف عن اختيار القواعد القانونية واجبة التطبيق على رابطة العقدية^(٣).

١ - انظر في هذا: أحمد عبد الحميد عشوش، قانون النفط، الاتجاهات الحديثة في تحديد القانون الذي يحكم اتفاقيات التنمية الاقتصادية الدولية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ١٥٣ وما يليها.

٢ - انظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ٧٥٤.

٣ - انظر: نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٤٧٢.

ويشير هذا الاتجاه إلى أن الممارسات التعاقدية الدولية بين الدولة والمتعاملين الأجانب قد أضافت قواعد أخرى أثرت النظام القانوني عبر الدولي، كما أن التدخل المتزايد لهؤلاء في إطار العلاقات الاقتصادية الدولية لم يقيد من نطاق استقلالية هذا النظام بل ساعد على ازدهاره وتطوره.

ولقد أكد الواقع العملي أن غالبية العقود المبرمة في مجال التنقيب عن البترول واستغلاله تتضمن اتفاق الأطراف صراحة على تطبيق أفضل الممارسات المتبعة عامة في هذا المجال، ولما كان "قانون البترول يعد جزءاً من القانون التجاري الدولي الذي تشكل من العادات العابرة للدولة والمتبعة على نحو عالمي في المجال الخاص بالبترول"^(١)، فإن هذا يعني ارتضاء الأطراف صراحة بإعمال القواعد عبر الدولية على عقدهم.

والملاحظ أيضاً في مجال عقود الاستثمار الدولية عدم تركيز الأطراف لشرط اختيار القانون، وذلك باستخدامهم لصيغ يعبرون بها عن رغبتهم في عدم تطبيق أي قانون داخلي على روابطهم العقدية، وهي صياغة يرى فيها المحكم أحياناً اتفاقاً على إخضاع ذلك العقد للقواعد عبر الدولية^(٢). ومن أمثلة الشروط التي يدرجها أطراف هذه العقود في اتفاقاتهم، شرط الاتفاق على المبادئ العامة المعتادة في الأمم المتحدة، "مبادئ قانون التجارة الدولي"، "مبادئ الود وحسن النية"، "والأخذ بعين الاعتبار الصفة غير الدولية لعلاقات الأطراف ومبادئ القانون والعادات السائدة في العالم المتقدم"، وغيرها من العبارات التي تصب في نفس المعنى^(٣).

١ - انظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ٧٥٧.

٢ - انظر: نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٣٥٩.

٣ - انظر: نادر محمد إبراهيم، المرجع نفسه، ص ٣٦٠.

وبهذه المثابة فإن تدويل النظام القانوني لعقود الاستثمار الدولية أضحى واقعا لا بد منه في ظل الظروف الاقتصادية الراهنة، سواء في حالة اتفاق الأطراف المتعاقدة على اختيار قواعد قانونية غير وطنية لتتطبق عليها، أو حتى عند تخلف اتفاق هؤلاء حول القانون واجب التطبيق، إذ يجوز لهيئة التحكيم أن تقوم باختيار القواعد المعمول بها في مجال التبادل الدولي بالاعتماد على الأعراف والعادات السائدة فيها، وكذا المبادئ العامة المعتمدة بشأنها.

الفرع الثاني

مصالح الدول المتعاقدة في ظل تدويل النظام القانوني لعقد الاستثمار الدولي

على الرغم من تمتع العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية الخاصة بخصوصيات تميزها عن العقود المبرمة في نطاق العلاقات الاقتصادية والتجارية، إلا أن هذا لا يمنع من إمكانية إخضاعها للقواعد عبر الدولية حتى التي خلقت وجاءت أصلا لتحكم العلاقات الناشئة في ذلك النطاق. فحتى وإن كان هدف الدولة من وراء إبرام هذه العقود هو تحقيق مصلحة اقتصادية أو اجتماعية، فإن هذا لا يحول دون إمكانية تطبيق قواعد غير وطنية بشأن منازعاتها، خاصة في حالة اتفاق الأطراف على اختيارها لتحكم عقدهم، والقول بخلاف هذا معناه تقييد حرية الأطراف في مجال اختيار قانون العقد، وهذا أمر يتعارض بشكل صريح مع الأصول الثابتة والقواعد العامة التي تترك لهم سلطة ومكنة ذلك الاختيار.

والقاعدة العامة في مجال عقود المبادلات الاقتصادية الدولية أن للمتعاقدين الحرية في اختيار القواعد القانونية واجبة التطبيق على عقدهم، وبعد من المغالاة غير المقبولة تقييد تلك الحرية بإسناد الروابط العقدية إسنادا جامدا ومسبقا للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، وذلك حتى في الحالات التي تتفق

فيها الدولة المتعاقدة مع الطرف الأجنبي على اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي أولاً، ثم اختيار القواعد عبر الدولية لتحكم العقد المبرم ثانياً، وبالتالي لا ضرر على الدولة من ذلك لأنه هي من ارتضى تطبيقها، لا سيما أنه يوجد صمام أمان لحماية النظام العام الوطني، حيث تقضي القواعد العامة في القانون الدولي الخاص بعدم سريان أية قاعدة قانونية إذا كانت تتعارض مع النظام العام والآداب في الدولة المتعاقدة.

وعليه وجب احترام اتفاق الأطراف إعمال القواعد القانونية التي اختارها هؤلاء لحكم عقدهم، ولا مجال للدعاء بأن خصوصية عقود الاستثمار الدولية تستتبع بالضرورة خضوعها للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، لأن إعمال هذا القانون بشكل دائم قد يضر بمصالح المتعاقدين معاً، وذلك لتخلف أحكامه عن مجازاة ما جرى عليه العمل في نطاق المبادلات الاقتصادية الدولية على وجه العموم.

وحتى في الحالة التي يتفق فيها الأطراف على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة فإن هذا لا يمنع هيئة التحكيم من تطبيق المبادئ والأعراف عبر الدولية السائدة، وذلك عندما يتضح لها وجود نقص في القانون المختار، أو لتفسير النصوص التشريعية الغامضة فيه، خاصة وأن النظم الداخلية تعاني عادة من قصور في الأحكام الخاصة بتنظيم موضوعات عقود التنمية والاستثمار، وبهذا فقط تتحقق الحكمة من لجوء الأطراف إلى قضاء التحكيم فتحسم جميع المنازعات الناشئة عن علاقتهم العقدية من جهة، وتحفظ توقعاتهم المشروعة من جهة ثانية، وتجنب المحكمين الوقوع تحت طائلة إنكار العدالة من جهة ثالثة.

وعلاوة على هذا فإن الخروج عن المفاهيم السائدة في مجال العقود الدولية، والتي تقدر مبدأ سلطان الإرادة يعد في نظر الطرف الأجنبي عائقاً من معوقات الاستثمار، وذلك لأنه يقيد حريته في اختيار القواعد القانونية التي يطمئن إليها ويثق فيها، مما يعني في المقام الأخير حدوث آثار سلبية تضر

بمصلحة الدولة المتعاقدة، طالما أن ذلك الطرف يتواجد دوماً في مركز قوة اقتصادية، يفرض الاستجابة لشرط خضوع العقد للقانون الوطني، فيكون اقتصاد الدولة هو الخاسر الأكبر، وبدلاً من أن يحقق إسناد عقود الاستثمار للقانون الوطني نتائج إيجابية للدولة المتعاقدة، فإنه سيلحق بها أضراراً جسيمة.

ويجب لفت نظر الاتجاه الرافض لخضوع عقود الاستثمار للقواعد عبر الدولية إلى ضرورة عدم الخلط بين هذه الأخيرة وقرارات التحكيم الصادرة بعد الحرب العالمية الثانية، والتي كانت تستبعد تطبيق القوانين الوطنية للدول المتعاقدة بحجة التخلف واللجوء لإعمال المبادئ العامة بدلاً منها، وذلك للوصول إلى أهداف تحقق مصلحة المتعاقدين الأجنبي على حساب مصالح الدول النامية، "فالقواعد عبر الدولية في العصر الحديث لم تعد تخلق من منطلق سياسة مسبقة الحكم أو عن رغبة لتغليب مصالح فوق أخرى بقدر تلبية حاجات معينة عن طريق منهج برجماتي"^(١).

وأما في حالة عدم اتفاق الأطراف على اختيار القواعد القانونية واجبة التطبيق، وجب على المحكم في هذه الحالة البحث عن أكثر القوانين ارتباطاً بالعقد، مما يعني إمكانية تطبيق الأحكام الواردة في قانون الدولة المتعاقدة، وليس هناك أي مجال للقول بأن اللجوء إلى التحكيم يعني ارتضاء الأطراف باستبعاد النظم القانونية الوطنية لحل نزاعاتهم، وإخضاعها بدلاً من ذلك للأعراف الدولية^(٢)، وذلك لأن التدويل أنصب هنا على الجانب الإجرائي فقط، وليس له أية علاقة بالتدويل الموضوعي للعقد، لذا يتعين على المحكم الوقوف عند هذا المقصد وعدم تجاوزه واعتبار تبني الأطراف لشرط التحكيم دليل على

١ - انظر: نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٣٦.

٢ - حيث يذهب بعض الفقه إلى القول بأن: "تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية يصبح واجباً بمجرد اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، وعلى نحو أكثر دقة بمجرد تضمين العقد الدولي شرط التحكيم... وهكذا يبدو التحكيم وكأنه المخاطب الأصيل بقواعد قانون التجارة الدولية والمنوط به تطبيقها". انظر: هشام خالد، جدوي اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٣٤٢، هامش ٢٤٦.

رغبتهم الضمنية في إخضاع عقدهم للقواعد عبر الدولية، إلا إذا كانت إرادتهم صريحة في اختيارها
حسما لمنازعاتهم.

على أن تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة على عقودها المبرمة مع الطرف الأجنبي عند
سكوتهما المطلق عن الاختيار، لا يحول أيضا دون إمكانية استعانة المحكم بالقواعد عبر الدولية لتكملة
النقص الذي قد يشوب قواعد القانون الداخلي أو إذا ظهر له عدم ملاءمة هذه الأخيرة لحكم العقد،
وأن القاعدة عبر الدولية هي الأكثر تحقيقا لتلك الملاءمة، إذ من المعلوم أن قانون الدولة الطرف، إن
كان أكثر القوانين ارتباطا بالعقد، فإن هذا لا يعني دوما أنه الأكثر ملاءمة لحماية مصالحها^(١).

فقد تمسكت الكاميرون في مرافعاتها أمام المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار في
قضيتها في مواجهة شركة "klockner" بعدم التطبيقات الاستثنائية لقانونها الوطني على عقدها المبرم
مع هذه الشركة، حيث طلبت الاستعانة بقواعد القانون الدولي^(٢)، مما يعني أن قانونها الوطني لم يكن
يخدم مصالحها وأن القواعد عبر الدولية كانت هي الأكثر حماية لها.

١ - انظر: نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٤٨٤.

٢ - وتتلخص وقائع النزاع في توقيع اتفاق استثمار بين شركة klockner وحكومة الكاميرون في ١١/١١/٠٤ ١٩٧١ تعهدت بمقتضاه الشركة
بإنشاء وإدارة مصنع أسمدة في الكاميرون، على أن يدار هذا المصنع بواسطة شركة كاميرونية مشتركة "Socame" تساهم فيها شركة
klockner بنسبة ٥١% والحكومة بنسبة ٤٩%، مع تعهد شركة klockner بإدارة المصنع فنيا وتجاريا لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد.
ويعد بدء تشغيل المصنع توقف عن العمل نهائيا سنة ١٩٨١، فنار نزاع بين الطرفين وعرض على التحكيم تحت رعاية المركز الدولي لتسوية
منازعات الاستثمار، وعقب تشكيل المحكمة المختصة للفصل في النزاع بتاريخ ٢٦/١٠/١٩٨١، تقدمت الشركة بطلب مفاده أنها دائنة
لحكومة الكاميرون بمبلغ ٢٠٧ مليون فرنك فرنسي، بينما أعتبر الجانب الكاميروني أن عدم وفاء الشركة بالتزاماتها كاملة يعد مبررا لعدم دفع
قيمة الدين كاملا لها، كما طالب هذا الأخير بتطبيق قانونه الوطني وإلى جانبه القانون الدولي للفصل في النزاع. وقد أحابت الهيئة في
حكمها الطلب الأخير وطبقت كل من القانون الكاميروني والقواعد عبر الدولية عند فصلها في النزاع. انظر: حسين أحمد الخندي، المرجع
السابق، ص ٢٢٠.

وفي نزاع آخر بين شركة "CDSE"^(١)، وحكومة كوستاريكا مسجل بتاريخ ١٩٩٦/٠٣/٢٢ أمام هيئة التحكيم التابعة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، طالبت كوستاريكا بتطبيق قواعد ومبادئ القانون الدولي فقط، كقانون واجب التطبيق على العقد، ورأت بأنه حتى وإن كان اتفاق الطرفين غير مكتوب وغير واضح بصورة كافية، إلا أنه يمكن استنتاجه من طلب التحكيم، ومن موافقة الحكومة على اختصاص المركز بنظر النزاع^(٢)، ولا شك أن حكومة كوستاريكا قد رأت في تطبيق القواعد عبر الدولية تحقيقاً لمصلحتها، لذلك أقرت باختصاصها الاستثنائي في حكم النزاع، وهذا دليل آخر على أن مضمون تلك القواعد وأحكامها قد تكون أكثر ملاءمة للدولة المتعاقدة مقارنة بقانونها الوطني. وما يدعم موقفنا في جوازية الأعمال المزدوج لكل من قانون الدولة المتعاقدة والقواعد عبر الدولية على عقود الدولة عند تخلف الأطراف عن الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق، هو اتجاه اتفاقية واشنطن الموقعة عام ١٩٦٥ والمتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية، حيث قضت المادة ٠١/٤٢ بأنه: "تفصل المحكمة في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي اتفق عليها الأطراف، وفي حالة دعم وجود مثل هذا الاتفاق تطبق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك من قواعده في تنازع القوانين ومبادئ القانون الدولي الواجبة التطبيق".

١ - اختصاراً ل: Compania del Desarrollo de santa elena.

٢ - وكان النزاع قد ثار بين الطرفين على إثر إقدام حكومة كوستاريكا على تأمين بعض ممتلكات شركة CDSE فيها، وانتهت هيئة التحكيم إلى إصدار قرارها بتاريخ ٢٠٠٠/٠٢/١٧، والذي انتهت فيه إلى تطبيق قانون كوستاريكا بما في ذلك قواعده في تنازع القوانين، وكذا مبادئ القانون الدولي، وذلك وفقاً لنص المادة ٠١/٤٢ من اتفاقية واشنطن. انظر: حسين أحمد الجندي، المرجع السابق، ص ٢٢٩.

وتطبيقاً منها لنص المادة ٤٢/٠١ المذكورة أعلاه، ذهبت هيئات التحكيم بالفعل إلى التطبيق الجامع لكل من قانون الدولة المتعاقدة والقواعد عبر الدولية عند سكوت الأطراف عن اختيار قانون العقد على النزاعات التي ثارت أمامها^(١).

ففي نزاع بين الشركة "Amco Asia" وآخرين مع حكومة إندونيسيا، قررت هيئة التحكيم أنها لم تجد في اتفاق الأطراف ما يشير إلى اختيارهم لقانون معين ليكون هو القانون الواجب التطبيق، وعليه انتهت إلى التزامها بتطبيق القانون الإندونيسي ومبادئ القانون الدولي واجبة التطبيق^(٢).

خاتمة:

مما لا شك فيه أن تمتع عقود الاستثمار بطبيعة خاصة والتي تكمن في عدم التكافؤ الاقتصادي بين الطرفين والذي يرجع لصالح المستثمر الأجنبي، وعدم التكافؤ القانوني لصالح الدولة المتعاقدة، هو الذي جعل نظامها القانوني محل خلاف واسع ليس فقط في أروقة الفقه، وإنما حتى بين أطرافها، إذ وبينما تسعى الدولة إلى إعمال قانونها الوطني لتحقيق التنمية الاقتصادية بها، يسعى الطرف الأجنبي إلى تطبيق قواعد قانونية بعيدة عن صنع الدولة حتى يضمن أكبر قدر من الحقوق والضمانات. وعلى الرغم من أن إعمال قواعد وطنية على عقود الاستثمار قد يكون في كثير من الأحيان في غير صالح الدولة، إلا أن ضرورات تحقيق التنمية والحاجة الملحة إلى رؤوس الأموال جعلت الدول مجبرة على الرضوخ لمطالب المستثمرين في تدويل النظام القانوني للعقود المبرمة معهم، حتى وإن رأى الكثير بأن هذا المنحى فيه تأثير على مصالحها.

١ - انظر في التطبيقات العملية لنص المادة ٤٢/٠١ من الاتفاقية: حسين أحمد الجندي، المرجع السابق، ص ٢٢٢.

٢ - انظر: حسين أحمد الجندي، المرجع السابق، ص ٢٢٢.

ومع ذلك فلا بد من التأكيد على أن منهج النزاع وإعمال النظام القانوني الوطني أصبح يعاني من أزمة حقيقية، وهي أزمة صنعها الدول بنفسها، كما يتعين التنويه بأن تدويل النظام القانوني لعقد الاستثمار ليس دوماً في صالح المستثمر الأجنبي وفي غير صالح الدولة، ذلك أن اعتبار القواعد عبر الدولية هي قواعد قد جاءت لخدمة مصالح الأقوياء اقتصادياً، هو اعتبار بجانب الصواب، لأنها قواعد قانونية تتمتع بخاصية العمومية والتجريد، وأن تطبيقها ليس دوماً في خدمة مصالح الكبار، وهذا ما أثبتته العديد من قرارات التحكيم، كما أن إصرار الدولة على تطبيق قانونها الوطني وفي كل الأحوال من شأنه أن يضر بمصالحها الاقتصادية بدلا من تحقيق التنمية التي تسعى إليها.

وفي الأخير فلا بد من الإشارة إلى أن المتغيرات الاقتصادية العالمية التي نعيش في كنفها هي أمر واقع يقتضي مشاركة الجميع في آلياتها سواء تعلق الأمر بدول متقدمة أو متخلفة، وعليه فلا بد من الإسهام في النظام القانوني عبر الدولي بدلا من الوقوف عكس تيار العولمة الجارف، وهذا من شأنه مساعدة الدول على خلق قواعد قانونية من خلال ممارستها، وهي قواعد لن يتخلف قضاء التحكيم عن إعمالها متى ثبت له اتصافها بالقيمة المعيارية وملاءمتها لحكم النزاع.

قائمة المراجع:

المراجع باللغة العربية:

- أحمد عشوش، القانون الذي يحكم الاتفاقيات البترولية، محاضرات لطلبة دبلوم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ١٩٨٤.
- أحمد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، بدون ناشر.
- أحمد عشوش، قانون النفط، الاتجاهات الحديثة في تحديد القانون الذي يحكم اتفاقيات التنمية الاقتصادية الدولية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ٢٠٠٣.
- أحمد عبد الكريم سلامة، تحرير التجارة العالمية وأثره على النظام القانوني للعقود الدولية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد الثاني، العدد ١٩، جامعة المنصورة، ١٩٩٦.
- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠١.
- إبراهيم العيسوي، الغات وأحواتها - النظام الجديد للتجارة العالمية ومستقبل التنمية العربية، الطبعة الثالثة، لبنان، يناير، ٢٠٠١.
- جمال محمود الكردي، حق المؤلف في العلاقات الخاصة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٣.
- هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠١.

- حسين أحمد الجندي، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية على ضوء اتفاقية واشنطن الموقعة عام ١٩٦٥، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦.
- حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩٦.
- نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٢.
- محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورة التطبيق - دراسة تحليلية وتطبيقية - دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٣.
- مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، ١٩٩٨.
- سهيل حسين الفتلاوي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٧.
- خليل الإكيابي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في القانون الدولي الخاص، بدون ناشر، ١٩٨٩.
- رشا علي الدين، النظام القانوني لحماية البرمجيات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠٠٦.

٢ - المراجع باللغة الأجنبية:

Pommier (J-Ch), Principe d'autonomie et loi du contrats en droit privé conventionnel, thèse, paris, 1992.

Toubiana(A), le domaine de la loi du contrat en droit international privé-contrats internationaux et dirigisme étatique, thèse, Paris, Dalloz, 1992.

David(R), l'Arbitrage dans le Commerce International, Paris, 1982,