



مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

مجلة علمية فصلية محكمة

العدد الثاني 2020

هيئة التحرير

رئيس مجلس إدارة النشر العلمي:

- الأستاذ الدكتور / أمين مصطفى
أستاذ ورئيس قسم القانون الجنائي (عميد الكلية)
رئيس التحرير :

- الأستاذ الدكتور / جابر عبدالهادي الشافعي
أستاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية
وكيل الكلية للدراسات العليا والبحوث

مجلس النشر العلمي :

- الأستاذ الدكتور / محمد حامد دويدار .
- الأستاذ الدكتور / محمد فريد العرينى .
- الأستاذ الدكتور / فتوح عبدالله الشاذلى .
- الأستاذ الدكتور / محمد حسين منصور .
- الأستاذ الدكتور / حفيظه السيد الحداد .
- الأستاذ الدكتور / احمد عوض هندى .
- الأستاذ الدكتور / محمد باهي ابويونس .
- الأستاذ الدكتور / امين مصطفى محمد .
- الأستاذ الدكتور / فايز محمد حسين .
- الأستاذ الدكتور / إبراهيم احمد خليفة .
- الأستاذ الدكتور / جابر عبدالهادي الشافعي



مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية مجلة فصلية محكمة

توجه جميع المراسلات إلى رئيس تحرير المجلة على العنوان التالي :

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية شارع مصطفى مشرفه سوتير

الشاطبي - الإسكندرية جمهورية مصر العربية

تليفون : 4863964 - 4846616

فاكس : 4876611

البريد الإلكتروني : Alexlaw-journal@yahoo.com

رقم التصنيف الدولي 1901-1687

رقم الإيداع 301/75

تأسست عام 1943

قواعد النشر

مجلة كلية الحقوق مجلة علمية محكمة تصدر عن كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية منذ عام 1943 ، يقبل النشر فيها باللغة العربية و الفرنسية و الإنجليزية، وهى تعنى بنشر كل ما يتصل بميادين العلم القانوني و الاقتصادى ومن ذلك:

- البحوث والدراسات. - التعليق على احكام قضائية.
- ملخصات الرسائل العلمية - التقارير عن الندوات والمؤتمرات.

وذلك وفق القواعد التالية:

- 1-التعهد من الباحث بان البحث او الدراسة لم يسبق نشرها.
- 2-ان يتسم البحث بالعمق والاصالة و الإضافة الجديدة الى المعرفة.
- 3-الالتزام باصول البحث العلمى و قواعده العامة ، و مراعاة التوثيق العلمى الدقيق لمواد البحث.
- 4- الآراء الواردة بالأبحاث العلمية المنشورة بالمجلة تعبر عن آراء أصحابها ولا تعبر بالضرورة عن رأى الكلية والجامعة .
- 5-ألا يكون البحث او الدراسة جزء من رسالة الدكتوراه الماجستير التي تقدم بها الباحث او جزء من كتاب سبق نشره .
- 6-ألا يزيد عدد صفحات البحث أو الدراسة عن 100 صفحة ويجوز في بعض الحالات التغاطي عن هذا الشرط إذا كان يؤدي إلى الاخلال بوحدة البحث .
- 7-لن ينشر البحث الا بعد قبول نشره من لجنة تحكيمية محايدة تتعهد إدارة المجلة بتشكيلها و عرض البحث عليها.
- 8-لا يجوز نشر البحث في مجلة علمية أخرى بعد إقرار نشره في مجلة الحقوق الا بعد الحصول على اذن كتابى بذلك من رئيس التحرير.
- 9-أصول البحوث التي تصل الى إدارة المجلة لا ترد سواء نشرت او لم

تنشر

10- ان يرفق الباحث نبذة تعريفية عنه.

11- ان يرفق الباحث ملخصا عن بحثه في حدود الصفحة الواحدة

باللغة العربية و الإنجليزية.

12- يجب ان يقد البحث مطبوعا على ان يرفق به القرص المدمج CD

المحتوى على البحث على ان يكتب على هيئة كتاب (بنظ 14 -

الهامش 12 - طول الكتابة بالصفحة 21سم- عرض الكتابة بالصفحة

(12.5

13- يرفق بالبحث بيانات عم البحث الاسم/ العنوان/ التلفون/ E-

/mail السيرة الذاتية.

14- يمنح كل باحث نسخة من العدد مع خمس مستلا من بحثه.

15- ترسل البحوث بعنوان رئيس التحرير مجلة الحقوق شارع مصطفى

مشرفه سوتير الشاطبي - الإسكندرية - جمهورية مصر العربية.

[Alexlaw- journal@yahoo.com](mailto:Alexlaw-journal@yahoo.com)

محتويات العدد الثاني 2020

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية

• أبحاث في القانون الجنائي :

- 1- التتمر واثاره كظاهرة إجرامية في المجتمع الكويتي .
د/ بدر عدنان احمد الجندي.

• أبحاث في القانون العام :

- 2- الرقابة القضائية على السلطات العامة في دولة الامارات العربية المتحدة .
د/ سليمان احمد سليمان الشرارى.

• أبحاث في المرافعات المدنية والتجارية:

- 3- خصوصيات التقاضي امام لجان التوفيق .
د/ مجدي عبدالغني .

- 4- اتفاق التحكيم دراسة مقارنة فى الفقه الإسلامى وقوانين التحكيم العربية .
د/ رمضان إبراهيم عبد الكريم علام .

• أبحاث في الشريعة الاسلامية :

- 5- دور البصمة الوراثية في الاثبات الجنائي في النظام الجنائي الإسلامى.
د/ ايمان عمران إسماعيل .

• أبحاث في الاقتصاد والمالية العامة :

6- انعكاسات تحرير سعر الصرفلا على العلاقة بين تغير قيمة العملة ومستويات الأسعار .

د/ عمار السيد عبدالباسط .

7- ترشيد الاستثمارات الأجنبية والبينية للدول العربية دور التحكيم في فض منازعات .

د/ محمد فوزي الخولي .

• أبحاث في القانون التجاري :

8- الاطار القانوني لشركة الشخص الواحد لشركة محدثة في القانون العماني.

د/ سالم بن سلام بن حميد .

أبحاث في القانون الجنائي

التنمر وآثاره كظاهرة إجرامية في المجتمع الكويتي

عقيد. د/ بدر عدنان أحمد الخبيزي

المخلص

لما كانت ظاهرة التتمر، ظاهرة اجتماعية لها نمط إجرامي مستحدث، فقد كانت إشكاليتنا في هذا الموضوع كامنة في محاولات توقي الآثار التي خلفتها هذه الظاهرة في يوم وليلة، والتي دامت واستمرت أعوام، فكانت التساؤلات قائمة حول ماهية هذه الظاهرة وخصائصها وأنواعها وأشكالها، وما هي الآثار الوخيمة التي تقيمها في حق المجتمعات، ومحاولات البحث عن حلول للوقاية من هذه الظاهرة أو علاجها، وعلى إثر ذلك باتت الدراسات الإحصائية هي عمل الباحثين لأجل التوصل إلى حلول لمعالجة هذه الظاهرة، لذلك كان عماد هدفنا، هو بيان ماهية الظاهرة والآثار التي تترتب على حصولها، ومن ثم علاجها بشكل حتمي وفعال، وقد استخدمنا في هذه الدراسة المنهج التحليلي التأصيلي للكشف عن غموض هذه الظاهرة.

الكلمات الدالة:

التتمر - الإحصاء - المتتمر - الضحية - ظاهرة اجتماعية - الجريمة.

Summary

Since the phenomenon of bullying is a social phenomenon with a new criminal pattern, our problem in this subject has been inherent in attempts to prevent the effects of this phenomenon in a day and night, The questions were raised about what this phenomenon is, its characteristics, types and forms, what are the serious effects it has on societies, and attempts to find solutions to prevent or cure this phenomenon, As a result, statistical studies are the work of researchers to find solutions to this phenomenon, so our goal was to show what the phenomenon is and the implications of its occurrence, and then to treat it inevitably and effectively, and we have used in this study the original analytical approach to detect the ambiguity of this phenomenon.

Keywords:

Bullying – The government's support – Bullies – The victim
– Social phenomenon – Crime.

المقدمة

التتم ظاهرة قديمة موجودة في جميع المجتمعات منذ زمن بعيد، وهي موجودة في المجتمعات المتقدمة (الصناعية) وكذلك المجتمعات النامية، وتبدأ هذه الظاهرة في عمر مبكر من الطفولة حتى أن بعضهم يراه يبدأ في عمر السنتين حيث يبدأ الطفل بتشكيل مفهوم أولى للاستقواء، ويبدأ تدريجياً ويستمر حتى يصل إلى الذروة في المرحلة الأساسية المتوسطة (الرابع، والخامس، والسادس)، ثم يستمر في المرحلة الأساسية العليا، ثم يبدأ بالهبوط في المرحلة الثانوية، ولما يكون في المرحلة الجامعية، وباستثناء حالات السخرية فلا يسمع عن حوادث استقواء في الجامعات والكليات، بالرغم من أننا نسمع عن حالات استقواء بين الأزواج حيث يستقوي الزوج على زوجته، أو تستقوي الزوجة على زوجها، كما أن بعض بيئات العمل قد يتوفر فيها بعض أشكال الاستقواء⁽¹⁾.

وظاهرة التتم من شأنها إهدار وتدمير أجيال ومجتمعات كاملة إذا لم تعالج على نحو صحيح، وتعد ظاهرة التتم مشكلة اجتماعية جسيمة تصيب أبناءنا وتورطهم في اكتساب سلوكيات غير قويمية، قد يرجع السبب وراء هذه السلوكيات إلى الشخص نفسه أو إلى أسرته أو إلى مدرسته أو إلى البيئة المحيطة، فالإنسان كائن مكتسب لما حوله من سلوكيات وظواهر، الأمر الذي يصيب الأطفال أكثر

(1) د/ على موسى الصحبيين، د/ محمد فرحان القضاة، سلوك التتم عند الأطفال والمراهقين، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الطبعة الأولى، الرياض، 2013م، ص 7.

منه الشباب والكبار، فيصيب الذكور أكثر من الإناث، هذا بالإضافة إلى اعتبار التمر ظاهرة إجرامية، نظرًا لما تمثله من سلوكيات غير مشروعة تتمثل في السب أو الفذف أو الاعتداء المادي بكافة صورته، والتي في مجموعها تشكل جرائم معاقب عليها.

إشكالية البحث؛

تكمن إشكالية البحث الحقيقية في الآثار التي خلقتها ظاهرة التمر في المجتمع الكويتي، وكيفية الوقاية منها، وعلاجها، إذ أن جوهر الإشكالية تتمخض في إيجاد الطرق الوقائية والعلاجية، من حيث البيان وكيفية الاستخدام، ومدى تحقيق نتائج فعالة من عدمه.

أهداف البحث؛

تكمن أهداف البحث في النقاط الآتية؛

- بيان مفهوم التمر، وعرض مفهومًا جامعا مانعًا، ومن ثم التعرض لخصائص التمر بوصفه ظاهرة اجتماعية، ومن ثم بيان أشكاله.
- التعرض، ومن خلال الإحصائيات التي أقامها الباحثون لحجم ظاهرة التمر وبيان من ثَمَّ الأسباب التي أدت إلى انتشار هذه الظاهرة.
- بيان الآثار التي رتبها ظاهرة التمر كظاهرة إجرامية على سلوكيات الأفراد

في نطاق المجتمع الكويتي.

- عرض العديد من الحلول والمقترحات والتي من شأنها القضاء على ظاهرة التمر، أو على الأقل التخفيف من حدتها وأثارها الوخيمة التي أطاحت بالمجتمعات وأفقدتها توازنها.

تساؤلات الدراسة؛

تتجلى تساؤلات الدراسة في النقاط الآتية؛

- ماهية التمر، وخصائصه وأشكاله؟
- ماهية الأسباب المؤدية إلى انتشار ظاهرة التمر وبيان حجمها من الناحية الإحصائية؟
- ما هي الآثار التي خلفتها ظاهرة التمر في المجتمع الكويتي، على سلوكيات الأفراد، باعتبارها ظاهرة إجرامية؟
- ما هي المقترحات؟ يستوي في ذلك الوقائية بشكل جوهري أو العلاجية بشكل ثانوي، والتي من شأنها، أن تهدف إلى علاج ظاهرة التمر والقضاء عليها.

أهمية اختيار الموضوع؛

تكمن أهمية اختيار الموضوع في حداثة الظاهرة، والتي تسببت على مدار أعوام متلاحقة في زيادة كم الأضرار التي تلحق الضحايا في شتى البلدان، ليس فقط في المجتمع الكويتي، والذي كان لا بد من التصدي لها بمخرجات ونتائج فعالة.

منهجية البحث؛

ينتهج الباحث في بحثه المناهج الآتية؛

- **المنهج التأصيلي:** ومن خلاله يتم دراسة الظاهرة الاجتماعية بأبعادها المختلفة وذلك من أجل تصور أفضل نظام قانوني لها، ذلك بالإضافة إلى اعتبارها ظاهرة إجرامية.

- **المنهج التحليلي:** واستخدام هذا المنهج يعد وصفي استدلالي، فهو وصفي لبيانه حال القواعد المنظمة لظاهرة التتمر، واستدلالي لبيان الآثار التي تقيمها الظاهرة الاجتماعية.

• خطة البحث.

• المبحث الأول : ماهية التتمر.

- **المطلب الأول:** مفهوم التتمر وخصائصه وأشكاله.

- الفرع الأول: مفهوم التمر وخصائصه.
- الفرع الثاني: أشكال التتمر.
- المطلب الثاني: حجم ظاهرة التتمر وأسباب انتشارها.
- الفرع الأول: حجم ظاهرة التتمر "دراسة إحصائية".
- الفرع الثاني: أسباب انتشار ظاهرة التتمر.
- المبحث الثاني: آثار ظاهرة التتمر كظاهرة إجرامية على المجتمع الكويتي.
- المطلب الأول: آثار ظاهرة التتمر كظاهرة إجرامية على سلوكيات الأفراد في المجتمع الكويتي.
- الفرع الأول: الآثار النفسية قصيرة المدى (المتتمر – الضحية).
- الفرع الثاني: الآثار النفسية طويلة المدى (المتتمر – الضحية).
- المطلب الثاني: مقترحات مواجهة ظاهرة التتمر.
- الفرع الأول: المقترحات الوقائية.
- الفرع الثاني: المقترحات العلاجية.

المبحث الأول

ماهية التمر

تمهيد وتقسيم؛

يعد التمر أو ما نسميه بالمضايقات الأخلاقية، أحد صور السلوكيات غير المشروعة، وغير السوية، والتي لاقت عدم قبول صادق وصريح من قبل المجتمعات، نظرًا لما يشكله هذا السلوك من آثار وخيمة على ضحاياه، وقد ازدادت معدلات التمر في المجتمعات في الآونة الأخيرة تزايدًا ملحوظًا، كشفت عنه الإحصائيات والدراسات⁽¹⁾، الأمر الذي ترتب عليه، الحاجة إلى بيان ماهيته، على نحو تتضح معالمه بصورة جلية، وعلى ضوء ذلك التمهيد البسيط، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، وذلك على النحو الآتي؛

المطلب الأول: ماهية سلوك التمر وخصائصه وأشكاله.

المطلب الثاني: حجم ظاهرة التمر وأسباب انتشارها.

(1) د/ تغريد حميد الرفاعي، درجة ممارسة وتعرض طلبة المرحلة المتوسطة في مدارس دولة الكويت للتمر الإلكتروني وأثر متغير الجنس، بحث منشور بمجلة العلوم التربوية، العدد الرابع، الجزء الثالث، أكتوبر 2018م، ص 131 - 138.

المطلب الأول

ماهية سلوك التمر وخصائصه وأشكاله

يعد التمر سلوكًا خطيرًا ليس فقط على الأطفال، بل على جميع المشاركين فيه، يتمثل في إيقاع الأذى على شخص أو أكثر بدنيًا أو نفسيًا أو عاطفيًا، وله شكل متعمد من العدوان يتضمن التهديد بالأذى البدني أو الاعتداء بالضرب والتهديد والتحرش والإيذاء اللفظي والإذلال وإطلاق الألقاب، ويؤدي سلوك التمر إلى إحداث ونشر الشائعات والرفض والاستقصاء من الجماعة وعدم التوازن واختلال ميزان القوى بين التمر والضحية⁽¹⁾، وللتتمر خصائص متعددة، وأشكال عديدة يجب إيضاح معالمها، وذلك يتأتى بيانه في الفروع الآتية؛

(1) د/ منى حسن الدهان، دراسة التمر لدى كل من الأطفال العاديين والأطفال المعاقين سمعيًا والأطفال المعاقين عقليًا، دراسة ميدانية، بحث منشور لدى مجلة علم النفس، العدد (115)، السنة (30)، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ديسمبر 2017م، ص 89.

الفرع الأول

مفهوم التنمر وخصائصه

أولاً: مفهوم التنمر:

يقصد بسلوك التنمر؛ إيقاع الأذى على فرد أو أكثر بدنياً أو لفظياً أو نفسياً، كما يتضمن كذلك التهديد والوعيد بالأذى البدني أو الجسمي بالسلاح والابتزاز أو مخالفة الحقوق المدنية أو الاعتداء والضرب، أو العمل ضمن عصابات، ومحاولات القتل أو التهديد، كما يضاف إلى هذه الأفعال سلوكيات التحرش الجنسي.⁽¹⁾

ويعرفه البعض الآخر بأنه "ذلك السلوك المتكرر الذي يهدف إلى إيذاء شخص آخر جسدياً أو لفظياً أو اجتماعياً أو جنسياً من قبل شخص واحد أو عدة اشخاص وذلك بالقول أو الفعل للسيطرة على الضحية وإذلالها ونيل مكتسبات غير شرعية منها، ويقاس إجرائياً بالدرجة التي يحصل عليها التلميذ على مقياس التنمر المدرسي المستخدم، والطفل المتمتم هو الذي يضايق أو يخيف أو يهدد أو يؤذي الآخرين الذين لا يتمتعون بنفس درجة القوة التي يتمتع بها وهو يخيف غيره من الأطفال في المدرسة ويجبرهم على فعل ما يريد بنبرته الصوتية العالية واستخدام

(1) د/ علي موسي الصباحيين، د/ محمد فرحان القضاة، سلوك التنمر عند الأطفال والمراهقين، المرجع السابق، ص 8.

التهديد. (1)

ويعرفه آخرون بأنه "شكل من أشكال العنف يلحق الضرر بالآخرين، ويحدث التمر في المدرسة أو في أثناء الأنشطة المختلفة عندما يستخدم طالب أو مجموعة طلاب قوتهم في إيذاء الأفراد أو المجموعات الأخرى، ويكون أساس قوة المتمتمرين إما قوة جسدية أو العمر الزمني لهم أو الحالة المالية أو المستوي الاجتماعي أو المهارات التكنولوجية أو حماية الأسرة لهم. (2)

كما يعرف (ألويس Dan Olweus) الذي يعتبر الأب المؤسس للأبحاث حول التمر في المدارس بأنه أفعال سلبية متعمدة تقع من جانب تلميذ أو أكثر لإلحاق الأذى بتلميذ آخر، تتم بصورة متكررة وطوال الوقت، ويمكن أن تكون هذه الأفعال السلبية بالكلمات مثل التهديد، الإغاظه، التوبيخ، كما يمكن كذلك أن تكون بالاحتكاك الجسدي مثل أفعال الدفع والركل، أو بدون استخدام الكلمات أو التعرض الجسدي مثل التكشير بالوجه أو الإشارات غير اللائقة، بقصد وتعمد عزله من المجموعة أو رفض الاستجابة لرغبته، وحسب (ألويس) فلا يمكن الحديث عن التمر إلا في حالة عدم التوازن في الطاقة أو القوة (علاقة قوة غير متماثلة)، أي

(1) د/ أحمد فكري بهنساوي، د/ رمضان علي حسن، التمر المدرسي وعلاقته بدافعية الإنجاز لدي تلاميذ المرحلة الإعدادية، بحث منشور بمجلة كلية التربية، جامعة بورسعيد، العدد السابع عشر، يناير 2015م، ص 8.

(2) د/ حنان أسعد خوخ، التمر المدرسي وعلاقته بالمهارات الاجتماعية لدي تلاميذ المرحلة الابتدائية بمدينة جدة بالمملكة العربية السعودية، بحث منشور بمجلة العلوم التربوية والنفسية، كلية التربية، جامعة الملك عبد العزيز، المجلد 13، العدد4، ديسمبر 2012م، ص 193.

في حالة وجود صعوبة الدفاع عن النفس، أما حين ينشأ خلاف بين طالبين متساويين تقريباً من ناحية القوة الجسدية والطاقة النفسية، فإن ذلك لا يسمى تنمرًا، وكذلك الحال بالنسبة لحالات الإثارة والمزاح بين الأصدقاء، وغير أن المزاح الثقيل المتكرر، مع سوء النية واستمراره بالرغم من ظهور علامات الضيق والاعتراض لدى الطالب الذي يتعرض له، يدخل ضمن دائرة التنمر⁽¹⁾.

من خلال عرض وبيان المفاهيم السابقة، نري إشكالية التنمر في المدارس تعد من قبيل الإشكاليات السلوكية الهامة والخطرة في ذات الوقت، والتي تعاني منها المدارس على اختلاف الأعمار وعلى اختلاف الدرجات، وظاهرة التنمر ظاهرة معقدة لا يمكن والحال إرجاعها إلى عامل واحد، ومفاد ذلك أن سلوك التنمر يعود إلى اشتراك مجموعة من العوامل كالسلوك الشخصي والبيئة المحيطة بالطالب سواء كان الاختلاط داخل المدرسة أو خارجها⁽²⁾.

وقد أراد البعض من تكرار المفاهيم المتعلقة بالتنمر، وضع تعريف شبه جامع، إذ عرف التنمر بأنه "ذلك السلوك العدواني المتكرر الذي يهدف إلى إيذاء شخص آخر جسدياً أو معنوياً من قبل شخص واحد أو عدة أشخاص وذلك بالقول أو الفعل

(1) د/ عبد الوهاب مغار، التنمر الوظيفي - مقارنة نظرية، بحث منشور بمجلة العلوم الإنسانية، العدد (43)، جامعة منتوري قسنطينة، جوان 2015م، ص 512 - 513.

(2) إذا تعد البيئة إحدى العوامل الخارجية لوقوع الظاهرة الإجرامية، ونظرًا لأن تأثير البيئة على سلوك الأشخاص أمر نسبي، فإنها ليس بالضروري أن تكون العامل الوحيد لحدوث التنمر، يراجع، د/ أمين مصطفى محمد، د/ محمد عبد الحميد عرفه، علم الإجرام وعلم العقاب، دار المطبوعات الجامعية، 2016م، ص 307 وما بعدها.

للسيطرة على الضحية وإذلالها ونيل مكتسبات غير شرعية منها"⁽¹⁾.

ثانياً: خصائص التتمر:

لبيان خصائص التتمر، لا يكفي في هذا المقام والقول الحديث فقط عن خصائص التتمر بل لابد من الإشارة إلى خصائص المتمتم والمتمتم عليه (الضحية)، وذلك على النحو التالي؛

1- خصائص التتمر:

- أ- التتمر يعد اعتداءً متعمداً ربما يكون جسدياً أو لفظياً أو بشكل غير مباشر.
- ب- التتمر يعرض الضحايا لاعتداءات متكررة، وخلال فترات ممتدة من الوقت.
- ت- التتمر يحدث داخل علاقات شخصية يميزها عدم التوازن في القوة سواء كان حقيقياً أو معنوياً، على أن هذه القوة تتبع من منطلق القوة الجسمانية أو من منطلق نفسي مع الأطفال ذوي التأثير الكبير على أقرانهم فتظهر بين المتمتمين والضحية.

2- خصائص المتمتم⁽²⁾:

(1) ظاهرة التتمر المدرسي وكيفية مواجهتها بمدارس التعليم العام بدولة الكويت، ورقة عمل، المركز الإقليمي للتخطيط التربوي، دولة الكويت، أبريل 2019م، ص 2.

(2) د/ عبد الوهاب مغار، التتمر الوظيفي - مقارنة نظرية، المرجع السابق، ص 517.

- أ- خصال القوة سواء كان مرجعها العمر أو الجنس أو الحجم.
- ب- أن يكون المتمم قاصدا التعدي والأذى "فالمتمم يجد لذه في توبيخ الضحية أو محاولة السيطرة عليها ويتمادى عند إظهار الضحية عدم الارتياح".
- ت- الفترة والشدة (أي استمرار التتمر ومعاودته على فترات طويلة)، ودرجة التتمر محطمة لاحترام الذات لدي الضحية.

وفي نطاق التمر المدرسي، هناك علامات تدل على حصوله وهي⁽¹⁾؛

1. ابتعاده عن أصدقائه أو أي تجمعات، الأمر الذي يترتب عليه الإصابة بالانطوائية.
2. انسحاب الطفل بشكل متكرر من الأنشطة المفضلة لديه.
3. إهمال شكله الخارجي ومظهره العام، حتى يعد أمرًا ملحوظًا من قبل الكافة.
4. إهمال واجباته المدرسية أو أي أغراض متعلقة بالمدرسة ككتبه ودفاتره ووجباته الغذائية.
5. التأخر عن باص المدرسة أو وسيلة ذهابه إليها.
6. تراجع اهتمامه بالأنشطة المدرسية أو ما بعد المدرسة.
7. قد يخفي الطفل أدوات لحماية نفسه في المدرسة مثل السكاكين وغيرها من

(1) فريق حلوها، مقال بعنوان، التمر، أسبابه وأنواعه وطرق علاجه، تاريخ النشر: 2016/11/30م، تحديث بتاريخ 2020/12/4م، تاريخ الزيارة 2021/3/22م، ص 6، على الرابط؛

<https://www.hellooha.com/articles/12-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D9%86%D9%85%D8%B1%D8%8C-%D8%A3%D8%B3%D8%A8%D8%A7%D8%A8%D9%87-%D9%88%D8%A3%D9%86%D9%88%D8%A7%D8%B9%D9%87-%D9%88%D8%B7%D8%B1%D9%82-%D8%B9%D9%84%D8%A7%D8%AC%D9%87>

الأسلحة، وليس بلازم أن تكون مخصصة لذلك، بد قد تكون بطبيعتها وسيلة حادة.

8. قد يعاني حالة من فقدان أو زيادة الشهية.

9. يمكن أن تظهر على جسده بعض الكدمات والجروح.

10. يسعى الطفل المعرض للتمتر إلى الهروب من الواقع الذي يعيشه ويميل إلى أحلام اليقظة.

11. يعاني الطفل المعرض للتمتر حالة من العصبية والغضب بصورة دائمة أو شبه متكررة متقطعة.

12. يعاني حالة من القلق الدائم والخوف والشعور بعدم الاطمئنان.

13. يعاني من حالة مزاجية متقلبة وغير مستقرة.

3- خصائص المتتمر عليه "الضحية":

أ- الخصيصة الأولى تكمن في القابلية للسقوط، فالضحية سريعة الانخداع ولا تستطيع أن تدافع عن نفسها، ولها خصائص جسدية ونفسية تجعلها عرضة لأن تكون ضحية.

ب- غياب الدعم، فالضحية تشعر في هذه الآونة بالعزلة وعدم القوة، أي تشعر بالضعف، وفي بعض الأحيان لا تقدر الضحية على ذكر اسم المتتمر خوفاً من انتقامه.

ت- قلة الأصدقاء والإحساس بالفشل الدائم.

ث- فقدانهم الثقة بالنفس وأنهم أقل من الآخرين.

ورغم الانفتاح الذي عليه المجتمع الكويتي والتطور الهائل الذي توصل إليه في علاقته بالمجتمعات الغربية، إلا أنه مازال من المجتمعات المحافظة والمجتمعات القبلية التي لا تزال تحافظ على أعرافها وتقاليدها، إذ مازال المواطن الكويتي يعاني من ثقافة العيب، ويخشى من التعرض للإحراج ولا يرتضي تعرض عائلته للعار من جراء تلك السلوكيات والأفعال على وجه الخصوص عندما تكون الضحية من الإناث⁽¹⁾.

(1) د/ تغريد حميد الرفاعي، درجة ممارسة وتعرض طلبة المرحلة المتوسطة في مدارس دولة الكويت للتتمر الإلكتروني وأثر متغير الجنس، المرجع السابق، ص 139.

الفرع الثاني

أشكال التنمر

هناك في هذا الصدد عدد من أشكال التنمر⁽¹⁾ (الاستقواء)، تتمثل في الآتي:

- 1- الاستقواء الجسدي؛ ويتمثل هذا الشكل في سلوكيات الضرب أو القرص أو الصفع أو الرفس أو الإيقاع أرضًا أو الإجبار على فعل أي شيء.
- 2- الاستقواء اللفظي؛ ويتمثل في الشتم واللعن والسب أو التهديد أو الإشاعات الكاذبة أو إعطاء ألقاب ومسميات للفرد أو إعطاء تسمية عرقية.
- 3- الاستقواء النفسي والعاطفي؛ وتتمثل سلوكيات هذا الشكل في أساليب التهديد والمضايقة والتخويف والإذلال والرفض من الجماعة.
- 4- الاستقواء الجنسي؛ ويتمثل الاستقواء الجنسي في استخدام أسماء جنسية والمناداة بها أو النطق بكلمات قذرة أو لمس أو تهديدات بالممارسة.
- 5- الاستقواء على الممتلكات؛ ويتمثل هذا الوجه من وجوه الاستقواء في التعدي على أشياء الآخرين والتصرف فيها وكذلك إتلافها وعدم إرجاعها.
- 6- الاستقواء في الروابط الاجتماعية؛ إذ منع بعض الأفراد من ممارسة

(1) د/ علي موسى الصباحيين، د/ محمد فرحان القضاة، سلوك التنمر عند الأطفال والمراهقين، المرجع السابق ص 10، 11.

بعض الأنشطة بإقصائهم أو رفض صداقتهم أو نشر شائعات عن آخرين.

7- الاستقواء الإلكتروني⁽¹⁾؛ وينتج عن استعمالها التكنولوجيا دون اكتشاف الأمر من قبل الآباء أو السلطات المدرسية، لأن الشخص المتمم يختبئ تحت اسم مستعار، وهذا النوع يسميه البعض بالتممر المحايد⁽²⁾.

في حين يري البعض أن هناك تقسيمات آخري للتممر، إذ أن هناك من ينوع التتمر على حسب أنواع السلوك، ومنهم من قسم التتممر حسب بيئته، ومنهم من قسمه حسب الوسيلة، وكذلك حسب الرؤية، وكذلك السياق وفي الأخير تم تقسيمه على حسب الأذى⁽³⁾.

(1) هشام عبد الفتاح المكانين، نجاتي أحمد يونس، غالب محمد الحيارى، التتممر الإلكتروني لدى عينة من الطلبة المضطربين سلوكيًا وانفعاليًا في مدينة الزرقاء، بحث منشور لدى مجلة الدراسات التربوية والنفسية، المجلد (12)، العدد (1)، جامعة السلطان قابوس، يناير 2018م، ص 188.

(2) السعدي، عبد العزيز بن علي بن هلال، التتممر المدرسي وعلاقته بالتكيف النفسي والاجتماعي لدى طلبة صعوبات التعلم في سلطنة عمان، رسالة ماجستير، كلية العلوم التربوية والنفسية، جامعة عمان العربية، الأردن، 2017م، ص 16.

(3) يتم تقسيم التتممر حسب أنواعه إلى تتمر لفظي يشمل التنازب بالألقاب وتتممر جسدي يشمل الضرب وخلاف ذلك من وسائل الإيذاء وتتممر اجتماعي يشمل على استبعاد الأشخاص، كان يقسم التتممر حسب بيئته إلى نوعين التتممر الوجيه وهو الذي يحدث وجهًا لوجه والتتممر الإلكتروني والذي يتم من خلال وسائل التواصل الإلكتروني، كما يقسم التتممر من خلال وسيلته إلى نوعين؛ التتممر المباشر وغير المباشر، ويقصد بالأول الذي يحدث بين الأشخاص المعنيين في حين تطل الأفعال غير المباشرة أشخاص آخرين مثل تمرير الشتائم أو نشر الشائعات وإما التتممر غير المباشر فهو يلحق الضرر في الغالب عن طريق تلوين سمعة شخص آخر اجتماعيا أو تدمير العلاقات بين الأصدقاء والتأثير على احترام الشخص لنفسه؛

وهناك أنواع أخرى من التتمر في مكان العمل⁽¹⁾ تخيف أي شخص مثل الإساءة البدنية أو التهديد بإساءة الاستخدام، أو إزالة مجالات المسئوليات بدون سبب، أو تغيير إرشادات العمل باستمرار، أو تحديد مواعيد نهائية مستحيلة تؤدي إلى فشل الفرد، أو حجب المعلومات الضرورية أو تقديم معلومات خاطئة بشكل مقصود أو التطفل على خصوصية الشخص عن طريق التآمر أو التجسس أو المطاردة. بالإضافة إلى ذلك، فإن تعيين مهام أو عبء عمل غير معقول وغير مرغوب فيه لشخص واحد (بطريقة تخلق ضغطاً غير ضروري) يعتبر بمثابة تتمر في مكان العمل، كذلك، يتم تخصيص القليل من العمل لخلق شعور بعدم جدوى في الضحية، أو الصراخ أو استخدام الألفاظ النابية، أو انتقاد شخص باستمرار، أو

وقد يتم تقسيم التتمر على حسب رؤيته إلى نوعين، تتمر علني وتتمر سري، ويقصد بالأول الأفعال الجسدية مثل اللكم أو الركل أو التتمر السري يمكن أن يكون من المستحيل تقريباً لأشخاص غير مشاركين فيه بطريقة مباشرة للتعرف عليه كما يمكن أن يشمل التتمر السري تكرار استخدام حركات اليد أو النظرات الغريبة أو الهمس أو الاستبعاد.

كما يمكن تقسيم التتمر حسب معيار الأذى إلى نوعين إلى أذى بدني ونفسي، وقد أسلفنا بيان الأذى البدني في عدة مواضع أما التهديدات النفسية تكمن في التهديدات.

أما عن التقسيم من حيث السياق، فيقصد به نطاق وقوع التتمر، فمن الممكن أن يقع التتمر في المنزل أو مكان العمل أو المدرسة ويمكن أن يحدث في أي مكان آخر غير هذه الأماكن كحدوثه قبل مقدمي الرعاية مثل الآباء والمدرسين.

راجع في ذلك أنواع التتمر، منشور إلكتروني؛

www.bullyingnoway.gov.au

(1) Loreleigh Keashly, Joel H. Neuman, faculty Experiences with Bullying in higher education, administrative theory & praxis\ march 2010, vol. 32, No. 1, PP. 58 – 59.

التقليل من شأن آراء الشخص، أو إصدار عقوبة لا مبرر لها (أو غير مستحقة)، أو حجب طلبات التدريب، أو منع الإجازة أو الترقية، والعبث بممتلكات الشخص الشخصية أو معدات العمل كلها تعد جزء من التتمر في مكان العمل⁽¹⁾.

(1) مقال بعنوان "أول دراسة من نوعها على التتمر في مكان العمل"، منشور بتاريخ 2018/12/3م، تاريخ الزيارة 2021/3/22م، منشور على الرابط الآتي؛

<https://kuwaitlocal.com/ar/news/a-first-of-its-kind-study-on-workplace-bullying>

المطلب الثاني

حجم ظاهرة التمر وأسباب انتشارها

إن تزايد ظاهرة التمر، كانت السبب الأساسي والدافع الجوهرى الذى حدا بالباحثين نحو إعمال دراستهم الإحصائية تجاه التمر بكونه ظاهرة اجتماعية وإجرامية⁽¹⁾، وهذه الدراسات الإحصائية كان لها الفضل فى بيان الأسباب التى أدت بصورة جلية إلى انتشار ظاهرة التمر⁽²⁾، وسوف نعرض فى الفروع التالية حجم ظاهرة التمر، ومن ثم الحديث عن أسباب انتشارها، وذلك على النحو الآتى؛

(1) يراجع، د/ فتوح عبد الله الشاذلي، علم الإجرام وعلم العقاب، دار المطبوعات الجامعية، 2017م، ص 7.

(2) لمزيد من التفاصيل، راجع د/ تغريد حميد الرفاعي، درجة ممارسة وتعرض طلبة المرحلة المتوسطة فى مدارس دولة الكويت للتمر الإلكتروني وأثر متغير الجنس، المرجع السابق، ص 128 - 134.

الفرع الأول

حجم ظاهرة التنمر "دراسة إحصائية"

زادت ظاهرة التنمر بشكل ملحوظ رغم التوعية بمخاطرها، والمناداة بضرورة التصدي لوقفها على مستويات المدارس والبيئات المختلفة والمجتمع بشكل عام، فهناك طالب من كل سبعة طلاب متممر أو ضحية، بالإضافة إلى أن التنمر يؤثر على حوالي خمسة ملايين طالب في المرحلة الأساسية والمتوسطة في الولايات المتحدة الأمريكية، ويتعرض في ضوء ذلك نسبة (10% - 15%) من جميع الأطفال في العالم للاستقواء، أو أنهم رأوا أفراداً يتعرضون للاستقواء في المجالات المختلفة اللفظية والنفسية والجسدية وغير ذلك من المجالات، وأن نسبة (25%) من الأطفال اعترفوا بأنهم ضحايا للاستقواء، وفي استراليا تعرض حوالي (50%) من الأطفال الذكور الذين تتراوح أعمارهم ما بين (11-15) سنة للاستقواء، وفي ذلك أيضاً يقدر الخبراء أن هناك ما يقرب من (3.7) ملايين طفل في الولايات المتحدة الأمريكية يتعرضون للاستقواء عليهم في المدارس الأساسية الدنيا أو المتوسطة، وأن نحو (20%) يتعرضون لمعاناة طويلة المدى من التأثيرات النفسية والسيكوسوماتية وكذلك الأفكار الانتحارية جراء الاستقواء عليهم⁽¹⁾.

كما أجريت العديد من الدراسات المهمة بالتنمر، فقد قام "استورس وارنر"

(1) د/ علي موسى الصباحيين، د/ محمد فرحان القضاة، سلوك التنمر عند الأطفال والمراهقين، المرجع السابق، ص 12.

بدراسة العلاقة بين التمر والقلق الاجتماعي والسلوكيات الاجتماعية على عينة من المراهقين بلغت (283) ممن تراوحت أعمارهم ما بين (13- 16) سنة من جنسيات مختلفة (أفريقية، آسيوية، أمريكية)، وتوصلت الدراسة إلى وجود علاقة بين القلق الاجتماعي والتجنب الاجتماعي وبين التمر، كما قام "إريك وآخرون" بدراسة العلاقة بين التمر والقلق الاجتماعي والوحدة النفسية لدى المراهقين لدي عينة من المراهقين بلغت (383) ممن تراوحت أعمارهم ما بين (13-16) سنة ما بين ذات الجنسيات، وقد توصلت نتائج الدراسة إلى وجود فروق ذات دلالة إحصائية بين الضحايا ونظرائهم من غير الضحايا في كل متغيري القلق الاجتماعي والوحدة النفسية وذلك لصالح التلاميذ المراهقين من ضحايا سلوك التمر، بالإضافة إلى أن الدراسات الإحصائية أثبتت من خلال التجربة أن نسبة الذكور وقوعا لضحايا التمر أكثر من الإناث.⁽¹⁾

ومن قبيل الدراسات التي أُجريت في الفروق في التمر الإلكتروني وفق متغيري النوع والعمر، دراسة (Robson & Witenberg, 2013):

وقد استهدفت هذه الدراسة مجريات الانفلات الأخلاقي ومفهوم الذات الأخلاقي والنوع وكذلك العمر كمنبئات بالتسلط التقليدي أو الإلكتروني، حيث تكونت عينة الدراسة من 210 شخص ممن تراوحت أعمارهم من (12- 15) عام في استراليا

(1) د/ حنان أسعد خوخ، التمر المدرسي وعلاقته بالمهارات الاجتماعية لدي تلاميذ المرحلة الابتدائية بمدينة جدة بالمملكة العربية السعودية، المرجع السابق، ص 198.

(105 ذكور + 105 إناث)، كان الانفلات الأخلاقي الكامل وغياب المسؤولية أبرز المنبئات بالتسلط التقليدي، بينما أمكن التنبؤ بالعنف الإلكتروني من خلال الانفلات الأخلاقي الكامل وغياب المسؤولية وإلقاء اللوم، ولم يؤثر مفهوم الذات الأخلاقي على كلتا الصورتين من العنف "التسلط"، كما أمكن التنبؤ بالعنف الإلكتروني من خلال العمر، مع ميل الطلاب الأكبر سنًا إلى ممارسة سلوكيات التسلط على الطلاب الأصغر سنًا، وفي الأخير أمكن التنبؤ بارتكاب سلوكيات التسلط التقليدي من خلال النوع، حيث تفوق الذكور على الإناث في ممارسة هذه السلوكيات⁽¹⁾.

وقد شكّل المشاركون الكويتيون النسبة الأكبر من عينة الاستطلاع (71 في المئة)، وكان إقبال الإناث على المشاركة أكبر، حيث شكّلن 61 في المئة من العينة، التي شملت سكان جميع محافظات الكويت، ومثلت محافظة حولي أكبر نسبة من العينة (37 في المئة)، في حين أتت أقل نسبة من المشاركين بمحافظة الجهراء (7 في المئة)⁽²⁾.

(1) أمل يوسف عبد الله العمار، التتمر الإلكتروني وعلاقته بإدمان الإنترنت في ضوء بعض المتغيرات الديموغرافية لدى طلاب وطالبات التعليم التطبيقي بدولة الكويت، المرجع السابق، 233، 234.

(2) أقامت مؤسسة لوماك ورشة عمل توعية منهجية في استبيان للمؤسسة حول قضايا العنف شملت 1745 مشاركًا على جريدة الجريدة، بتاريخ 2020/9/14م، تاريخ الزيارة 2021/3/22م.

وأشارت نتائج الدراسة إلى أن أكثر من ثلث الشباب المشاركين في الاستبيان من الإناث والذكور الذين تتراوح أعمارهم بين 16 و27 عاماً في الكويت يتعرضون إلى نسبة عالية من أنواع سوء المعاملة، المتمثلة في العنصرية والتتمر والمضايقات اللفظية، وأفاد أربعة من كل عشرة (42 في المئة) عن تعرضهم للتمييز، فيما صرّح 36 في المئة عن تعرضهم للتتمر، وأكد 31 في المئة تعرضهم للمضايقات اللفظية. ولفت أكثر من 30% إلى امتناعهم عن اللجوء إلى الأخصائيين النفسيين والاجتماعيين أو القنوات الرسمية للإبلاغ عن هذه الحالات ومعالجة آثارها⁽¹⁾، وسوف نعرض للخصائص الديموغرافية للمشاركين في الاستبيان على النحو التالي؛

الخصائص الديموغرافية للمشاركين في الاستبيان			
النسبة المئوية	العدد		
39%	683	ذكر	الجنس
61%	1062	أنثى	
5%	86	17-16	العمر

(1) فهد الرمضان، أكثر من ثلث شباب الكويت يتعرضون للتتمر والتمييز والمضايقات اللفظية، المرجع السابق، بدون صفحة.

%90	1576	24-18		
%5	83	27-25		
%7	123	الجهراء	المحافظة	
%10	169	الأحمدي		
%15	256	مبارك الكبير		
%15	267	الفروانية		
%17	292	العاصمة		
%37	638	حولي		
%29	504	غير كويتي		الجنسية
%71	1241	كويتي		

• تفاوت نسب انتشار سوء المعاملة بين الجنسين:

أظهرت نتائج الدراسة تفاوت نسب انتشار بعض أنواع سوء المعاملة بين الجنسين من المشاركين، وفيما كانت نسبة انتشار التعرض للتمييز متقاربة (43 في المئة للذكور، و42 في المئة للإناث)، فقد بدا التفاوت ملحوظاً في الأنواع الأخرى، حيث يعاني من انتشار التمر 40 في المئة من الذكور، مقارنة بـ 32 في المئة من الإناث، وكانت الإناث أكثر عرضة للوقوع ضحية للمضايقات اللفظية (49 في المئة)، مقارنة بالذكور (13 في المئة). وأكد 22 في المئة من الذكور انتشار الاعتداء البدني بينهم، مقارنة بـ 8 في المئة فقط من الإناث⁽¹⁾.

(1) فهد الرمضان، أكثر من ثلث شباب الكويت يتعرضون للتمييز والمضايقات اللفظية، المرجع السابق، بدون صفحة.

الفرع الثاني

أسباب انتشار ظاهرة التتمر

لظاهرة التتمر من حيث انتشارها أسباب متعددة، تكمن هذه الأسباب في

الآتي⁽¹⁾؛

- **السبب الأول؛** يرجع إلى أفلام العنف التي تعرضها شاشات السينما والتلفاز⁽²⁾، حيث اعتاد الكثير من الأبناء الجلوس أمام الشاشات وعلى وجه الخصوص كثر مشاهدي أفلام العنف مثل أفلام مصاصي الدماء وأفلام القتل الهجومي دون ردع، فيستهين الطالب بمنظر الدماء معتقداً بأن ما يقوم بهذه الأفعال هو البطل الشجاع حسبما أوحى إليه الفيلم، إذ يسعون بعد ذلك لتقليد الشخصية من خلال شراء ملابس تشبه ملابس ممثلي الأفلام ونشرها على حساباتهم الشخصية من أجل إعجاب الأشخاص بها⁽³⁾.

(1) أمل يوسف عبد الله العمار، التتمر الإلكتروني وعلاقته بإدمان الإنترنت في ضوء بعض المتغيرات الديموغرافية لدى طلاب وطالبات التعليم التطبيقي بدولة الكويت، بحث منشور بمجلة البحث العلمي في التربية، العدد السابع عشر، 2016م، ص 229، 230.

(2) إذ تعد وسائل الإعلام من قبيل الوسائل غير المباشرة تأثيراً على حصول التتمر باعتبارها ظاهرة إجرامية، يراجع د/ فتوح عبد الله الشاذلي، علم الإجرام وعلم العقاب، المرجع السابق، ص 233.

(3) د/ يسرا محمد سيد عبد الفتاح، برنامج معرفي لخفض التتمر المدرسي وبعض الأفكار اللاعقلانية لدى طلاب المرحلة المتوسطة، بحث منشور لدى مجلة كلية التربية، العدد الثالث والاربعون، جامعة عين شمس، الجزء الرابع، 2019م، ص 132.

• **السبب الثاني؛** يرجع إلى الألعاب الإلكترونية العنيفة، حيث اعتاد الأطفال على ممارسة الألعاب الإلكترونية العنيفة على الحاسوب وكذلك الهواتف المحمولة، والتي تقوم فكرتها الأساسية الوحيدة على مفاهيم القوة الخارقة وسحق الخصوم، وذلك دون أي هدف تربوي.

• **السبب الثالث؛** ويكمن في افلام الكارتون العنيفة، حيث يقضي الأطفال معظم أوقاتهم أمام هذه الأفلام الكرتونية، إذ يظن الأهل أن أبناءهم في مأمن عند مشاهدة هذه الأفلام والتسلي في مشاهدتها، والأمر الخطير أن الأطفال الصغار يتقبلون الفكرة وبصورة أسرع من الكبار، إذ تقوم هذه الأفلام على التخيلات والقوة في التعامل والاستعانة بأصحاب القوة الأكبر في المعارك الخاصة بهم.

لذلك وفي نطاق هذا السبب يجب على الأسرة الرقابة والمتابعة والتوعية⁽¹⁾، وإعطاء قسط بسيط من متابعة هذه الأفلام، ولا يتأتى ثمار ذلك إلا بخلق أنشطة إيجابية وحوارات نشطة وتوفير قدر من الصداقة والاحتواء بين الطفل والأسرة، الأمر الذي يؤدي إلى زيادة الترابط⁽²⁾.

• **السبب الرابع؛** يكمن في انتشار قنوات المصارعة، إذ يعد التصارع بين الأشخاص وما ينتج عنه من سيلان دماء أثر التعارك أمراً مروّعاً يترتب عليه قيام

(1) إذ أن دور الأسرة في توقي الجريمة دور جوهري، نظرًا لتأثيرها في تكوين الشخص وثقافته، يراجع د/ فتوح عبد الله الشاذلي، علم الإجرام وعلم العقاب، المرجع السابق، ص 210 - 211.

(2) د/ تغريد حميد الرفاعي، درجة ممارسة وتعرض طلبة المرحلة المتوسطة في مدارس دولة الكويت للتمتع الإلكتروني وأثر متغير الجنس، المرجع السابق، ص 139.

الأطفال بتمثيل هذه المشاهد مع غيرهم من الأطفال فيحدث نوعاً من الروع بينهم قد يؤدي إلى إصابة العديد من الأطفال من جراء هذا التصارع تحت تأثير مشاهدة هذه القنوات⁽¹⁾.

• **السبب الخامس؛** ويرجع إلى الخلل التربوي في نظام الأسرة، ولما كانت الأسرة هي لب المجتمع ووجهه، فإن الأسرة هي منشأ السلوك⁽²⁾، وبموجب ذلك تتشغل بعض الأسر عن متابعة سلوكيات ابناءها، معتبرة أن مقياس أدائها لوظيفتها تجاه ابناءها هو تلبية احتياجاتهم المادية من مسكن وملبس ومشرب وأن يدخلوهم أفضل المدارس، ويتناسون أن الدور الأهم الواجب عليهم هو المتابعة التربوية وتقويم السلوك وتعديل الصفات السيئة وتربية ابناءهم تربية حسنة، ويحدث ذلك نتاج انشغال الأب أو الأم أو انشغال كلاهما⁽³⁾.

(1) وعلى الرغم من أن لعبة المصارعة من الألعاب المشروعة، إلا أن المتمتر لا ينظر إليها من هذه الزاوية، فالاستعداد النفسي لا يرى إلا إدراك المخاطر التي بداخله والتي يرغب التوصل إلى تحقيقها مع من هم أضعف منه جسدياً أو نفسياً.

(2) لمزيد من التفاصيل، راجع د/ تغريد حميد الرفاعي، درجة ممارسة وتعرض طلبة المرحلة المتوسطة في مدارس دولة الكويت للتتمر الإلكتروني وأثر متغير الجنس، المرجع السابق، ص 128 - 134.

(3) د/ فتوح عبد الله الشاذلي، علم الإجرام وعلم العقاب، المرجع السابق، ص 210.

المبحث الثاني

آثار ظاهرة التمر كظاهرة إجرامية على المجتمع الكويتي

تمهيد وتقسيم؛

لظاهرة التمر آثارها الوخيمة، وبصفة خاصة كان لهذه الآثار نشأة مميزة في المجتمع الكويتي، إذ حدثت في الآونة الأخيرة حوادث متعددة وقضايا ومشكلات كان السبب في حصولها في نهاية المطاف، التمر، لذلك فإن الآثار لم تكن مفردة، فلم تكن تتضمن أثرًا واحدًا، بل آثار متعددة ليس فقط على الضحية، بل على المتممر، بالإضافة إلى الآثار التي تقع على الأشخاص والأقارب المحيطين بهم، والمنشآت والهيئات المتعاملين معها⁽¹⁾، إذ نرى في التمر وكونه ظاهرة اجتماعية جرمية، أنه ظاهرة ولادة الأثر، ولذلك كان لابد من وضع العديد من المقترحات والحلول لأجل مواجهة هذه الظاهرة، وعلى ضوء ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، وذلك على النحو الآتي؛

المطلب الأول: آثار ظاهرة التمر كظاهرة إجرامية على سلوكيات الأفراد في

المجتمع الكويتي.

المطلب الثاني: مقترحات مواجهة ظاهرة التمر.

(1) يراجع في ذلك دور المدرسة الإيجابي الواقع على عاتق المعلمين، أنظر، د/ تغريد حميد الرفاعي، درجة ممارسة وتعرض طلبة المرحلة المتوسطة في مدارس دولة الكويت للتمر الإلكتروني وأثر متغير الجنس، المرجع السابق، ص 139.

المطلب الأول

آثار ظاهرة التمر كظاهرة إجرامية على سلوكيات الأفراد في

المجتمع الكويتي

في بيان الآثار الجسيمة التي ولدتها ظاهرة التمر على سلوكيات الأفراد في المجتمع الكويتي، سوف نعرض للآثار النفسية على المتمم والضحية، ويستوي في ذلك أن كانت قصيرة المدى أو طويلة المدى، وسوف نعرض لهذه الآثار في الفروع الآتية.

الفرع الأول

الآثار النفسية قصيرة المدى

يجعل التمر الناس تشعر بالضيق، ومن الممكن أن تجعل المتتمر يشعر بالتعاسة، والوحدة والخوف، ويمكن أن تجعله يشعر بالنقص وبعدم الأمان، كما بمقدورها أن تفقد الشخص ثقته بنفسه، وربما تمنع الشخص مثلاً من الذهاب إلى المدرسة، أو الكلية أو حتى إلى العمل، ويعتقد بعض الناس أنّ التمر هو فقط مجرد مرحلة من النمو وفترة لا بدّ من المرور بها، وهذه الفترة لها آثار كبيرة سواء في تحول الشخصية للأسوأ، أو في تعرض المتتمر للأسباب الرئيسية للانحراف بكل أنواعه، وفي العديد من الأوقات تؤدي للانتحار والقتل، ومن الآثار التي تنتج عن التمر⁽¹⁾:

- الانسحاب من الأنشطة المدرسية، أو العائلية أو الاجتماعية، والشعور بالرغبة في الوحدة.
- الخجل والحياء الشديدين حتى مع الأقران.
- القلق في النوم، أو كثرة النوم، ومراودة الأحلام المزعجة.

(1) فاطمة عياصرة، آثار التمر، مقال منشور على جريدة حياتك، بتاريخ 9 سبتمبر 2019م، تاريخ الزيارة، 2021/3/22م، منشور على الرابط التالي؛

https://hyatok.com/%D8%A2%D8%AB%D8%A7%D8%B1_%D8%A7%D9%84%D8%AA%D9%86%D9%85%D8%B1

- الشعور الدائم بالتعب النفسي وعدم الارتياح.

وتعد الآثار النفسية قصيرة المدى في نظرنا مجرد آثار لحظية عارضة لا تأخذ من الزمن حيزًا كبيرًا، وعلى الرغم مما تسببه من أضرار إلا أن مكنة علاج هذه الآثار النفسية متاحة طالما أن هذه الآثار لم تتغلب على الشخص ولم تأخذ صفة الديمومة.

في سياق بحث أسباب ومظاهر انتشار العنف في المجتمع، طرح قسم الاتصالات في "لويك" مجموعة من الأسئلة على مركز الإرشاد النفسي والتوجيه الأسري التابع لوزارة التربية، والمؤلف من نخبة من الاختصاصيين النفسيين والاجتماعيين بمدارس الكويت، حيث أفادت المتحدثة باسم المركز خلود الكندري، بأنه يتم التعامل مع جميع الحالات المعنفة بمنهجية وطرق مدروسة، فإذا كان التعنيف من الأسرة يتم تطبيق برنامج توعوي خاص للطفل والأسرة من قبل الباحث النفسي، وإذا لوحظ تأثر الطفل تأثرًا حادًا بهذه السلوكيات، يتم تحويله لإدارة الخدمة الاجتماعية والنفسية، لوضع خطة علاجية بواسطة دكاترة متخصصين أكاديميين، وتطبيقها على الطفل في أسرع وقت ممكن، ولفقت إلى أن مكتب الإنماء الاجتماعي التابع لمجلس الوزراء يستقبل تلك الحالات من جميع الأعمار، ويقدم لهم كل أشكال الدعم النفسي في سرية تامة، إضافة إلى إنشاء جمعية خاصة لحقوق الطفل مخصصة للتعامل مع حالات العنف الممارس ضد الأطفال، من جانبها، وأوضحت الاختصاصية النفسية د. خلود الثويني أن معظم الشكاوى تكون

بسبب تعنيف الوالدين وأولياء الأمور، بسبب اختلاف الأفكار والثقافة بين جيلين مختلفين، حيث يتم التعامل في هذه القضايا بصورة ودية، ومحاولة إرضاء الطرفين، كما يتم تعرض بعض الأطفال للتعنيف من الخدم والعمالة المنزلية.

وفي هذه الحالات يتم تقديم برامج توعية للطفل وولي الأمر حول آلية التصدي لهذه الظاهرة، وأضافت: "أما في حال التعرض لأحد ممارسات سوء المعاملة داخل أسوار المدرسة، فيتم تطبيق عقوبات تأديبية من المسؤولين ضد المعنف، مثل التعهد والفصل ومجلس النظام، وفي حال التعرض لأحد أشكال سوء المعاملة خارج أسوار المدرسة، فقد خصصت منطقتا العاصمة التعليمية ومبارك الكبير التعليمية يومين بالأسبوع لتلقي الشكاوى وتقديم الاستشارات للضحايا في إحدى المدارس، من الرابعة عصراً حتى الثامنة مساءً، كما يمكن التواصل وطلب المساعدة من خلال رقم خاص تم تحديده لهذا الغرض⁽¹⁾.

والآثار النفسية قصيرة المدى كما أسلفنا هي آثار لحظية، ونرى أنه في حالات تحديد مدة لهذه الآثار ومدى اعتبارها قصيرة المدى، يجب التعويل على مدة السنة، إذ أنه طالما أن هذه الآثار النفسية حتى مرحلة الشفاء الكامل لا تتجاوز في مداها مدة سنة، يظل لها وصف قصر المدى، ويعد أكثر الآثار خطورة من بين الآثار

(1) فهد الرضان، مؤسسة لويك: أكثر من ثلث شباب الكويت يتعرضون للتمتر والتميز والمضايقات اللفظية، مقال منشور على الجريدة، بتاريخ 2020/9/14م، تاريخ الزيارة 2021/3/22م، على الرابط التالي؛

<https://www.aljarida.com/articles/1600017841682678200/>

المتقدمة هو البحث عن الوحدة والعزلة، وهو ما يسميه الفقه بالشخص الانطوائي، والانطوائية ليس جريمة ولكنها أثر لحصول التتمر، إلا أن زيادة نسبتها قد يؤدي في بعض الأحوال إلى الرغبة في الانتقام وارتكاب السلوكيات الإجرامية سواء بالفعل أو القول.

الفرع الثاني

الآثار النفسية طويلة المدى

قالت طبية أميركية إن الأطفال الذين تعرضوا للقهر ممن هم أقوى منهم أو اتصفوا بهذه الصفة عرضة أكثر من غيرهم للإصابة بالاكتئاب والقلق واضطراب الهلع لسنوات تالية، وأضافت الدراسة أن الباحثين عرفوا من قبل أن "التنمر" قد يكون له تأثير نفسي سواء على من اتصفوا به أو كانوا ضحية له لكن لم يتضح إلى متى يمكن لهذه الآثار أن تستمر، حسب وكالة رويترز، ولكن الدراسة الأخيرة التي نشرت في دورية جمعية الطب الأميركية قالت إن "الاكتئاب والقلق المرتبطين بالتنمر خلال فترة المدرسة يستمران على الأقل حتى فترة منتصف العشرينات من العمر"، وأوضحت الدراسة أن أسوأ الحالات هي للأشخاص الذين اتصفوا بالتنمر وكانوا ضحية له أيضًا، وقال وليام كوبلاند، خبير الأمراض النفسية ورئيس الفريق الذي أعد البحث في المركز الطبي التابع لجامعة دوك في نورث كارولاينا "أضرار التنمر قصيرة الأجل معروفة بشكل واضح، لكن انتابتي الدهشة لأنه وبعد مرور عقد من التعرض للتنمر وبعد اجتياز نوع من الانتقال إلى البلوغ نرى استمرار بعض الآثار"، وشارك في بحوث الفريق 1420 شابا من غرب ولاية نورث كارولاينا، واجهوا أسئلة عن تجاربهم مع التنمر في مراحل مختلفة من حياتهم خلال الفترة من سن 9 وحتى 16 ثم جرت متابعتهم وتقييم أدائهم السلوكي حتى سن

وتعد المعاناة التي يلقاها الضحايا، واقعة من جراء الآثار النفسية⁽²⁾ والتي قد يطول مداها لسنوات طويلة، إذ أن ذلك يؤثر بصورة واضحة في المستقبل الدراسي وكذلك الحياة الزوجية، ورابط الأسرة والأصدقاء، الأمر الذي يخلق أجواء من الفراغ في نفس الضحية التي وقع ضحية التتمر.

ونرى على حسب الدراسات المتقدمة التي أُجريت في هذا الخصوص، أن التتمر يولد آثار وخيمة قد تطول لعقود من الزمن حسب الاحصائيات المتقدمة، وأن الأضرار التي تتولد عن هذه الآثار لا يمكن والحال حصرها، نظرًا لأنها لا تصيب المتمتم أو الضحية بعينهما، بل إن هناك من الأفراد ما يؤثر فيهم هذا التتمر والمرتبطين بالأسرة ارتباط تام كالأخوة الصغار أو الأطفال "الأبناء"، لا سيما وإن كانوا من محبي التقليد، إذ أن ظاهرة التقليد في بعض حالات عدم وجود الوعي

(1) آثار "التتمر" النفسية قد تمتد لسنوات، مقال منشور على سكاى نيوز عربية، أبو ظبي، بتاريخ 22 فبراير 2013م، بتوقيت 14:57، تاريخ الزيارة 2021/3/23م، على الرابط التالي؛

<https://www.skynewsarabia.com/technology/106166->

[%D8%A7%D9%93%D8%AB%D8%A7%D8%B1-](#)

[%D8%A7%D9%84%D8%AA%D9%86%D9%85%D8%B1-](#)

[%D8%A7%D9%84%D9%86%D9%81%D8%B3%D9%8A%D8%A9-](#)

[%D8%AA%D9%85%D8%AA%D8%AF-](#)

[%D9%84%D8%B3%D9%86%D9%88%D8%A7%D8%AA](#)

(2) د/ أمين مصطفى محمد، د/ محمد عبد الحميد عرفه، علم الإجرام وعلم العقاب، المرجع السابق، ص 300.

تؤدي وبلا شك إلى قيام التتمر باعتباره جريمة أو سلوك غير مشروع، ونخلص من ذلك أن أبسط تصور للآثار النفسية على المدى الطويل، والتي يحدثها التتمر، هي هدم العلاقات الأسرية والاجتماعية هذا بالإضافة إلى اتصاف المتتمر بالشغف على الجريمة بصورة دائمة نظرًا للتعود عليها، أما الضحية تصاحبه حالة من الذعر والقلق قد تفضى بمستقبله ومن خلفه.

والتساؤل الذي يثور لدينا في هذا الصدد هو، هل الآثار النفسية التي يحدثها التتمر والتي يصدق عليها البعض وصف طول المدى، هل من الصعب الوقاية منها، وهل يصبح الضحية أو المتتمر في هذا الواقع إلى أن تنتهي حياته؟

وللإجابة على هذا التساؤل يجب العلم بأن مسألة الوقاية هي مسألة نسبية، إذ أن بعض الأفراد قد يستجيب لمفردات الوقاية والعلاج بواسطة المتخصصين من خلال دور الرعاية الاجتماعية⁽¹⁾، والتي تعمل على تعطيل آثار المريض النفسية ومحاولة القضاء عليها، ولا يمكن التعويل على قبول الوقاية من الكافة، إذ نرى أنه لا مانع من وجود حالات حتى ولو كانت فردية، أخضعتها ظروف التتمر إلى اليأس الدائم الذي تغلب على الشفاء.

(1) د/ فتوح عبد الله الشاذلي، علم الإجرام وعلم العقاب، المرجع السابق، ص 389.

المطلب الثاني

مقترحات مواجهة ظاهرة التنمر

في ضوء عرض هذه المقترحات، سوف نقيم تقسيمًا ثنائياً، نعرض بصورة أولية المقترحات الوقائية، ومن ثم المقترحات العلاجية، ونعرض لهذه المقترحات في الفروع الآتية؛

الفرع الأول

المقترحات الوقائية

تعددت الإجراءات الوقائية بصدد الحد من ظاهرة التتمر، على أن الوقاية تكن في المقام الأول للأسرة ذاتها ثم للمدرسة⁽¹⁾ ثم للشخص، وهذا ما سوف نتناوله على النحو التالي؛

1- الإجراءات الوقائية من قبل الأسرة⁽²⁾:

أ- تربية الأبناء تربية سليمة قائمة على متطلبات التعاون والحب وأسلوب التفاهم في الحوار.

ب- تشجيع الأبناء على السلوكيات المضادة للعنف ومكافأتهم عليها.

(1) د/ أمين مصطفى محمد، د/ محمد عبد الحميد عرفه، علم الإجرام وعلم العقاب، المرجع السابق، ص 323.

(2) هيئة التحرير، التتمر المدرسي: تعريفه، أسبابه، طرق علاجه، مقال منشور على جريدة النجاح، بتاريخ 2020/10/14م، تاريخ الزيارة 2021/3/22م، ص 6، على الرابط التالي؛

<https://www.annajah.net/%D8%A7%D9%84%D8%AA%D9%86%D9%85>

[%D8%B1-](#)

[%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AF%D8%B1%D8%B3%D9%8A-](#)

[%D8%AA%D8%B9%D8%B1%D9%8A%D9%81%D9%87-](#)

[%D8%A3%D8%B3%D8%A8%D8%A7%D8%A8%D9%87-](#)

[%D9%88%D8%B7%D8%B1%D9%82-](#)

[%D8%B9%D9%84%D8%A7%D8%AC%D9%87-article-26224](#)

ت- تعزيز كافة سلوكيات الحد من التمر وبيان أساليب مواجهتها.

ث- تشجيع الأبناء والتركيز على إيجابياتهم.

ج- تشجيع الابن المتمم على حرية التعبير وتشجيعه على إبداء آراءه.

ح- دعم واستغلال أوقات الفراغ بشكل جيد ومنتظم.

2- الإجراءات الوقائية من قبل المدرسة⁽¹⁾:

أ- تفعيل دور الإشراف المدرسي بصورة حازمة لاسيما في أوقات الفسح والأماكن التي لا تعد قريبة من أنظار المشرفين.

ب- إبراز القدوة الحسنة، وذلك كعدم الانفعال على التلاميذ في التعاملات، وحظر استخدام العقاب البدني والنفسي وحظر كافة أشكال العنف.

ت- عد التسامح في السلوك التمر.

ث- تجنب استخدام أساليب تثير مقاومة المتمم أو تحديه.

ج- إشاعة ثقافات فكرية داخل المدرسة وندوات تستنكر السلوك التمر.

3- الإجراءات الوقائية من جانب الطالب⁽¹⁾:

(1) هيئة التحرير، المرجع السابق، ص 7، كذلك، د/ تغريد حميد الرفاعي، درجة ممارسة وتعرض طلبة المرحلة المتوسطة في مدارس دولة الكويت للتمر الإلكتروني وأثر متغير الجنس، المرجع السابق، ص 139.

أ- مساعدة الطلاب المتميزين ودعمهم وتوفير الرقابة التي تعد تدابير من التوسع في ظاهرة التمر من قبلهم.

ب- التدخلات الإيجابية بشكل دوري ومنتظم في البحث عن سلوكيات الطلاب ومقاومة السلوكيات المتميزة أول بأول، الأمر الذي لا يدع فرصة لديمومة التمر.

ت- عدم مصاحبة ممارس التمر وعدم مصداقيته، حتى لا يكون وسيلة لنقل وتوريث التمر.

ث- استعدادهم التام لتقبل الطلاب المعزولين من زملائهم واحتوائهم، بحيث يصبح الجانب العلاجي من جانب الطالب ذاته.

ج- الالتزام بعدم ممارسة التمر أو التورط فيه من قبل الأشخاص المتميزين سواء كان ذلك بالدعم أو المساعدة.

ولمواجهة ظاهرة انتشار العنف التي رصدها الاستبيان، بدأت "لويك" باتخاذ خطوات عملية لمواجهة التمر في المؤسسات التعليمية وأماكن العمل، وكانت أولى هذه الخطوات، هي تنظيم ورش عمل لمكافحة التمر والحد من آثاره السلبية، بالتعاون مع مفوضية الاتحاد الأوروبي في الكويت، وقدمت الورش د. هيلينا ميرفي من المركز الوطني لأبحاث وموارد مكافحة التمر في أيرلندا، وقد قدمت الورش

(1) يراجع لمزيد من التفاصيل، د/ تغريد حميد الرفاعي، درجة ممارسة وتعرض طلبة المرحلة المتوسطة في مدارس دولة الكويت للتمر الإلكتروني وأثر متغير الجنس، المرجع السابق، ص 139.

للمتدربين المشاركين في برنامج لويك للتدريب المهني، ويستمر تعاون "لويك" مع المركز الأيرلندي لإعداد دليل إرشادي للتربويين يتضمن الطرق السليمة للتعامل مع حالات التمر والحد من حدوثها في المؤسسات التعليمية. وسيتبع هذه الخطوة دورات تدريبية يقدمها المركز الأيرلندي لتجهيز مدربين من منتسبي "لويك"، والذين بدورهم سيقدمون دورات بالمؤسسات التعليمية في الكويت، بهدف بناء قدراتها في مجال مكافحة التمر، كما أطلقت "لويك" حملة توعوية بوسائل التواصل الاجتماعي تهدف إلى نشر الوعي بين الشباب، وتوضيح أساليب التعرف على التمر والتعامل معه، للحد من تطوره لأشكال عنف أخرى، وانطلقت الحملة بفيديو وتوعية عن هذه الظاهرة لقي تفاعلاً إيجابياً كبيراً من الشباب وأولياء الأمور في منصات التواصل الاجتماعي. وتم عرض الفيديو في دور السينما، بالتعاون مع شركة السينما الكويتية الوطنية (سينسكيب). وتأتي هذه المبادرة في إطار الحملة التوعوية التي تطلقها "لويك" لمواجهة ومكافحة العنف والتمر في المجتمع الكويتي⁽¹⁾.

(1) فهد الرمضان، أكثر من ثلث شباب الكويت يتعرضون للتمر والتميز والمضايقات اللفظية، المرجع السابق، على الرابط الآتي؛

الفرع الثاني

المقترحات العلاجية

هناك تعداد من المقترحات العلاجية، لأجل التمر، تتمثل في الآتي⁽¹⁾؛

- الاستماع إلى المعلمين والمرشدين الاجتماعيين والنفسيين في المدارس والحرص على اللقاءات الدورية معهم والأخذ بأرائهم.
- الانتباه إلى أي علامة من علامات التمر المذكورة سابقاً في حال ظهرت على الطفل والحديث معه على الفور بهدوء.
- تجنب الفراغ واستثمار الطاقات والقدرات الخاصة للأفراد بالبرامج والأنشطة التي تعود عليهم بالنفع.
- تدريب الأطفال على رياضات الدفاع عن النفس لتعزيز قوتهم البدنية والنفسية وثقتهم بأنفسهم، مع التأكيد بأن الهدف منها هو الدفاع عن النفس فقط وليس ممارسة القوة والعنف على الآخرين.
- تعزيز عوامل الثقة بالنفس والكبرياء وقوة الشخصية لدى الأطفال.
- تقوية الوازع الديني للأفراد وتقوية العقيدة لديهم منذ الصغر، وزرع الأخلاق الإنسانية في قلوب الأطفال كالتسامح والمساواة والاحترام والمحبة

⁽¹⁾ فريق حلوها، التمر، أسبابه وأنواعه وطرق علاجه، المرجع السابق، ص 7.

والتواضع والتعاون ومساعدة الضعيف وغيرها.

- توفير الألعاب التي من هدفها تحسين القدرات العقلية لدى الأفراد والبعد عن الألعاب العنيفة.

- توفير مرشد اجتماعي في كل مدرسة مع تعزيز أهمية التواصل مع المرشد في حالة التعرض لأي من أشكال العنف أو الأذى.

- الحرص على تربية الأبناء في ظروف صحية بعيدًا عن العنف والاستبداد.

- حماية حقوق الأفراد الممارس عليهم التتمر وتعويضهم عن الأضرار النفسية أو الجسدية التي تعرضوا لها.

- عرض الشخص المتمتمر أو الضحية على أخصائي نفسي أو اجتماعي⁽¹⁾.

- على الحكومات ومنظمات حقوق الإنسان ومؤسسات حماية الأسرة والأطفال إطلاق حملات توعية لكافة الأعمار حول سلوك التتمر وأشكاله وطرق

(1) ويجب أن يكون العرض بصورة دورية دائمة لمدة معينة يحددها الطبيب قد تطول، ولا يقتصر الأمر على عرض الضحية فقط بل المتمتمر كذلك، فكلهما في حاجة ماسة إلى العلاج.

التعامل معه والوقاية منه وعلاجه⁽¹⁾.

- على المحافظة التلفزيونية العمل على بت البرامج التعليمية والدينية والوثائقية الهادفة وتجنب البرامج العنيفة، وحتى إن لم تغير المحطات سياستها، على الأهل اختيار الإعلام المناسب لأطفالهم.

- متابعة السلوكيات المختلفة للأبناء في سن مبكرة والوقوف على السلوكيات الخاطئة ومعالجتها.

- مراقبة الأبناء على الإنترنت ووسائل التواصل الاجتماعي والانتباه لأي علامات غير عادية.

- يتوجب على الحكومات وضع قوانين صارمة لمعاقبة ممارسة التنمر بكافة أشكاله.

- مكافحة جرائم الكراهية، إذ تعمل وزارة العدل مع الجهات الأمنية على ضرورة تقديم سبل العلاج اللازمة لمكافحة هذه الجرائم⁽²⁾.

وتعد المقترحات العلاجية، هي المعالجات التي تقدمها المجتمعات وتتولى على

(1) ويعد ذلك بشكل أوضح واقعا على المنظمات الصحية، مثل منظمة الصحة العالمية، إذ يقع عليها الارشاد الدائم لدى أعضائها لمواجهة هذه الظاهرة.

(2) Dr. Jonathan Young, bullying and students with disabilities, ABriefing paper from the national council on Disability, P. 6.

إشرافها الحكومات بعد وقوع ظاهرة التتمر، أي بعد وقوع الحادثة، على اعتبار أن التتمر ظاهرة إجرامية تستحق التصدي لها بالجزاء الرادع، وتعد من أهم صور هذه المقترحات العلاجية، هي الصورة التي يتم فيها وضع قانون خاص القضاء على ظاهرة التتمر أو الحد منها، دون أن يكون ذلك متروكًا للقواعد العامة في القوانين العقابية، على أن تكون هذه القوانين محكمة بعقوبات مشددة تحول وارتكاب السلوك التتمري مرة أخرى، إذ أكدت ذلك النظرية السلوكية بقولها، أن العدوان هو سلوك يتعلمه الشخص من أجل الوصول إلى أمر ما، ويعتقدون أصحاب هذه النظرية بأن السلوك العدواني كغيره من السلوكيات الإنسانية هو سلوك مُتعلّم، ولا بد من القضاء عليه⁽¹⁾.

(1) أ. م. د/ حسن أحمد سهيل القره غولي، أ. م. د/ جبار وادي باهض العكلي، أسباب سلوك التتمر المدرسي لدى طلاب الصف الأول المتوسط من وجهة نظر المدرسين والمدربات وأساليب تعديله، بحث منشور لدى مجلة كلية التربية للبنات، المجلد (29)، بغداد، العراق، 2018م، ص 6.

الخاتمة

توصلنا من خلال دراسة ظاهرة التتمر، وبعد عرض محتوى البحث إلى عدد من النتائج والمقترحات، نعرض لها على النحو الآتي؛

أولاً: النتائج:

- أن التتمر ظاهرة إجرامية لا تعرف سنًا معينًا، ولا مجتمعًا معينًا، فهي ظاهرة مطلقة.
- أن التتمر ظاهرة اجتماعية ذات أنواع متعددة وصور وأشكال مختلفة.
- تعد الأسرة والمدرسة هي البيئة الأساسية التي من شأنها، إما حصول التتمر أو عدم حصوله، نظرًا لما تقيمه الأسرة والمدرسة من تعاليم وقيم للأشخاص تحول وحدوث سلوكيات التتمر.
- أن التتمر ظاهرة اجتماعية تحدث صدعًا نفسيًا لدى المتتمر والضحية ليس فقط، بل على أسرهم وأصدقائهم أيضًا، مما يجعل اللجوء للطبيب النفسي أمرًا واجبًا.

ثانيًا: المقترحات:

- ضرورة تفعيل دور الأسرة في المشاركة المجتمعية، وذلك لأجل مواجهة مشكلة التتمر الإلكتروني، وضرورة تفعيل رقابة فعلية على تطبيقات التواصل

الاجتماعي بين الأطفال بعضها البعض.

- تبني اقتراح منهج إرشادي يعمل على التوجه الإيجابي للاستفادة من التكنولوجيا، بالإضافة إلى التوعية بمخاطر الاستخدام السلبي الخاطئ.
- المتابعة الدورية من قبل دور الرقابة سواء كانت الأسرة أو المدرسة، لحظة الشعور بنشأة السلوك دون تباطؤ أو تأخير.
- تشديد العقوبات البدنية والمالية على المتتمرين نظرًا إلى اعتبار التمر ظاهرة إجرامية، تستحق العقاب والردع بصورتيه، العام والخاص.
- ضرورة وضع قانون لمكافحة ظاهرة التمر باعتبارها ظاهرة إجرامية، سواء كان هذا القانون يعاقب على التمر بالطرق التقليدية أو الطرق الإلكترونية.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية:

1- الكتب:

1. د/ أمين مصطفى محمد، د/ محمد عبد الحميد عرفه، علم الإجرام وعلم العقاب، دار المطبوعات الجامعية، 2016م.
2. د/ على موسى الصحبيين، د/ محمد فرحان القضاة، سلوك التتمر عند الأطفال والمراهقين، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الطبعة الأولى، الرياض، 2013م.
3. د/ فتوح عبد الله الشاذلي، علم الإجرام وعلم العقاب، دار المطبوعات الجامعية، 2017م.

2- الرسائل العلمية (الماجستير - الدكتوراه):

1. السعدي، عبد العزيز بن علي بن هلال، التتمر المدرسي وعلاقته بالتكيف النفسي والاجتماعي لدى طلبة صعوبات التعلم في سلطنة عمان، رسالة ماجستير، كلية العلوم التربوية والنفسية، جامعة عمان العربية، الأردن، 2017م.

3- ثالثاً: الأبحاث والتقارير:

1. د/ أحمد فكري بهنساوي، د/ رمضان علي حسن، التتمر المدرسي وعلاقته

بدافعية الإنجاز لدي تلاميذ المرحلة الإعدادية، بحث منشور بمجلة كلية التربية،
جامعة بورسعيد، العدد السابع عشر، يناير 2015م.

2. أمل يوسف عبد الله العمار، التتمر الإلكتروني وعلاقته بإدمان الإنترنت في
ضوء بعض المتغيرات الديموغرافية لدي طلاب وطالبات التعليم التطبيقي بدولة
الكويت، بحث منشور بمجلة البحث العلمي في التربية، العدد السابع عشر،
2016م.

3. آثار "التتمر" النفسية قد تمتد لسنوات، مقال منشور على سكاى نيوز
عربية، أبو ظبي، بتاريخ 22 فبراير 2013م، بتوقيت 14:57، تاريخ الزيارة
2021/3/23م، على الرابط التالي؛

<https://www.skynewsarabia.com/technology/106166->

[%D8%A7%D9%93%D8%AB%D8%A7%D8%B1-](#)

[%D8%A7%D9%84%D8%AA%D9%86%D9%85%D8%B1-](#)

[%D8%A7%D9%84%D9%86%D9%81%D8%B3%D9%8A%D8](#)

[%A9-%D8%AA%D9%85%D8%AA%D8%AF-](#)

[%D9%84%D8%B3%D9%86%D9%88%D8%A7%D8%AA](#)

4. د/ تغريد حميد الرفاعي، درجة ممارسة وتعرض طلبة المرحلة المتوسطة
في مدارس دولة الكويت للتتمر الإلكتروني وأثر متغير الجنس، بحث منشور بمجلة
العلوم التربوية، العدد الرابع، الجزء الثالث، أكتوبر 2018م.

5. أ. م. د/ حسن أحمد سهيل القره غولي، أ. م. د/ جبار وادي باهض العكيلي، أسباب سلوك التتمر المدرسي لدى طلاب الصف الأول المتوسط من وجهة نظر المدرسين والمدرسات وأساليب تعديله، بحث منشور لدى مجلة كلية التربية للبنات، المجلد (29)، بغداد، العراق، 2018م.

6. د/ حنان أسعد خوخ، التتمر المدرسي وعلاقته بالمهارات الاجتماعية لدى تلاميذ المرحلة الابتدائية بمدينة جدة بالمملكة العربية السعودية، بحث منشور بمجلة العلوم التربوية والنفسية، كلية التربية، جامعة الملك عبد العزيز، المجلد 13، العدد4، ديسمبر 2012م.

7. صالحة حسن محمد العمري، واقع مشكلة التتمر المدرسي لدى طلاب المرحلة الابتدائية الوقاية والعلاج، بحث منشور لدى مجلة العلوم التربوية والنفسية، المجلة العربية للعلوم ونشر الأبحاث، العدد السابع، المجلد الثالث، أبريل 2019م.

8. ظاهرة التتمر المدرسي وكيفية مواجهتها بمدارس التعليم العام بدولة الكويت، ورقة عمل، المركز الإقليمي للتخطيط التربوي، دولة الكويت، أبريل 2019م.

9. د/ عبد الوهاب مغار، التتمر الوظيفي - مقارنة نظرية، بحث منشور بمجلة العلوم الإنسانية، العدد (43)، جامعة منتوري قسنطينة، جوان 2015م.

10. فاطمة عياصرة، آثار التتمر، مقال منشور على جريدة حياتك، بتاريخ 9

سبتمبر 2019م، تاريخ الزيارة، 2021/3/22م، منشور على الرابط التالي؛

<https://hyatok.com/%D8%A2%D8%AB%D8%A7%D8%B1>

[/D8%A7%D9%84%D8%AA%D9%86%D9%85%D8%B1](https://hyatok.com/%D8%A7%D9%84%D8%AA%D9%86%D9%85%D8%B1)

11. فهد الرمضان، مؤسسة لويك: أكثر من ثلث شباب الكويت يتعرضون للتمتر والتميز والمضايقات اللفظية، مقال منشور على الجريدة، بتاريخ 2020/9/14م، تاريخ الزيارة 2021/3/22م، على الرابط التالي؛

<https://www.aljarida.com/articles/1600017841682678200/>

12. فريق حلوها، مقال بعنوان، التمر، أسبابه وأنواعه وطرق علاجه، تاريخ النشر: 2016/11/30م، تحديث بتاريخ 2020/12/4م، تاريخ الزيارة 2021/3/22م، على الرابط؛

<https://www.hellooha.com/articles/12->

[/D8%A7%D9%84%D8%AA%D9%86%D9%85%D8%B1%D8](https://www.hellooha.com/articles/12-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D9%86%D9%85%D8%B1%D8)

[/D8%A7%D9%84%D8%AA%D9%86%D9%85%D8%B1%D8](https://www.hellooha.com/articles/12-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D9%86%D9%85%D8%B1%D8)

[/D8%A3%D8%B3%D8%A8%D8%A7%D8%A8%D9%87-](https://www.hellooha.com/articles/12-%D8%A3%D8%B3%D8%A8%D8%A7%D8%A8%D9%87-%D9%88%D8%A3%D9%86%D9%88%D8%A7%D8%B9%D9)

[/D9%88%D8%A3%D9%86%D9%88%D8%A7%D8%B9%D9](https://www.hellooha.com/articles/12-%D8%A3%D9%86%D9%88%D8%A7%D8%B9%D9)

[/D9%88%D8%A3%D9%86%D9%88%D8%A7%D8%B9%D9](https://www.hellooha.com/articles/12-%D8%A3%D9%86%D9%88%D8%A7%D8%B9%D9)

[/D8%B9%D9%84%D8%A7%D8%AC%D9%87](https://www.hellooha.com/articles/12-%D8%A3%D9%86%D9%88%D8%A7%D8%B9%D9)

13. د/ منى حسن الدهان، دراسة التتمر لدى كل من الأطفال العاديين والأطفال المعاقين سمعيًا والأطفال المعاقين عقليًا، دراسة ميدانية، بحث منشور لدى مجلة علم النفس، العدد (115)، السنة (30)، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ديسمبر 2017م.

14. مقال بعنوان "أول دراسة من نوعها على التتمر في مكان العمل"، منشور بتاريخ 2018/12/3م، تاريخ الزيارة 2021/3/22م، منشور على الرابط الآتي؛

<https://kuwaitlocal.com/ar/news/a-first-of-its-kind-study-on-workplace-bullying>

15. هشام عبد الفتاح المكاين، نجاتي أحمد يونس، غالب محمد الحياي، التتمر الإلكتروني لدى عينة من الطلبة المضطربين سلوكيًا وانفعاليًا في مدينة الزرقاء، بحث منشور لدى مجلة الدراسات التربوية والنفسية، المجلد (12)، العدد (1)، جامعة السلطان قابوس، يناير 2018م.

16. هيئة التحرير، التتمر المدرسي: تعريفه، أسبابه، طرق علاجه، مقال منشور على جريدة النجاح، بتاريخ 2020/10/14م، تاريخ الزيارة 2021/3/22م، على الرابط التالي؛

<https://www.annajah.net/%D8%A7%D9%84%D8%AA%D9%86%D9%85%D8%B1->

%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AF%D8%B1%D8%B3%D9

%8A-

%D8%AA%D8%B9%D8%B1%D9%8A%D9%81%D9%87-

%D8%A3%D8%B3%D8%A8%D8%A7%D8%A8%D9%87-

%D9%88%D8%B7%D8%B1%D9%82-

%D8%B9%D9%84%D8%A7%D8%AC%D9%87-article-

26224

17. د/ يسرا محمد سيد عبد الفتاح، برنامج معرفي سلوكي لخفض التتمر المدرسي وبعض الأفكار اللاعقلانية لدى طلاب المرحلة المتوسطة، بحث منشور لدى مجلة كلية التربية، العدد الثالث والاربعون، جامعة عين شمس، الجزء الرابع، 2019م.

ثانياً: المراجع الأجنبية؛

1. Dr. Jonathan Young, bullying and students with disabilities, ABriefing paper from the national council on Disability.
2. Loreleigh Keashly, Joel H. Neuman, faculty Experiences with Bullying in higher education, administrative theory & praxis\ march 2010, vol. 32, No. 1.

أبحاث في القانون العام

الرّقابة القضائية على السلطات العامة في دولة الإمارات
العربية المتّحدة

سليمان احمد سليمان الشراري الظنحاني

2021 م

المقدمة

إنَّ من أهم المبادئ الأساسية في أيِّ دولةٍ حديثةٍ أن يكون لها دستور، يُحدِّد فيه سلطاتها، ويسبغ على هذه السُّلطات صلاحياتها، ويحدِّد الأطر التي تعمل في حياضها، دون تعدٍّ منها على اختصاصات سلطة أخرى أو صلاحياتها. ولأنَّ الدستور هو مصدر القوانين، وهو المسيطر على ما عداه من قواعد قانونية، ولأنَّه كذلك المنهج الذي يحدِّد الفلسفة السياسية والاجتماعية والاقتصادية للمجتمع، فإنَّ من الواجب أن تنضوي كافَّة تشريعات الدولة تحت لوائه، مُستظِلَّةً به عاملةً بأحكامه، ونعني بكلمة "تشريعات" دلالة على اتِّساع المصطلح، بحيث يشمل كلَّ قاعدة قانونية، سواء كانت قانوناً أو مرسوماً بقانون أو قراراً بقانون أو لائحة، أيًّا كانت التسميات والأنواع، فإنَّ أساسها يجب أن يكون دستورياً. وما تَرَبَّعت أحكام الدستور على القواعد القانونية الأخرى، إلَّا تطبيقاً للشرعية الدستورية التي يعتبر الدستور في ظلِّها القانون الأسمى والأعلى، الذي تخضع كافَّة سلطات الدولة من تشريعية وتنفيذية وقضائية لأحكامه ومنطقه، فهو . لهذا السبب . المُنشئ لها المُحدِّد لأطرها، فولادة الدستور ولادة لسلطات الدولة، وزواله يعدُّ زوالاً لها. ولكن يجب أن نفهم أن هذه القاعدة ليست عامَّة، إذَّ أنَّ ذلك يقتصر على الدولة القانونية التي تتَّخذ من القانون وأحكامه أساساً لنشأتها ووجودها، ومحرِّكاً لحياتها اليومية. وتختلف الدساتير في تحديد الهيئة التي تضطلع بِمهمَّة الرقابة على دستورية القوانين حيث إنَّ منها ما يوكل هذه المهمَّة إلى هيئة سياسية بينما بعضها الآخر أسند هذه المهمَّة إلى هيئة قضائية تقوم بالتحقيق من تطابق القانون مع أحكام

الدستور .

تقوم الدولة الحديثة على مبدأ المشروعية (Le principe de légalité) الذي يعني سيادة حكم القانون؛ ويقتضي هذا المبدأ أن تكون جميع تصرفات الإدارة في حدود القانون ، وأن تتم طبقاً للأحكام الواردة فيه. والمقصود هنا بالقانون مدلوله العام، أي جميع القواعد الملزمة، سواء أكانت مكتوبة أم غير مكتوبة، وأياً كان مصدرها؛ مع مراعاة التدرج في قوتها (القانون الدستوري، فالقانون العادي، فاللائحة، فالقرار الفردي)، وأياً كان نوع تصرف الإدارة، وسواء أكان عملها قانونياً (Acte Juridique) أم مادياً (Acte Materiel) .

وقد حرص المشرع الدستوري في دولة الإمارات العربية المتحدة على تقرير مبدأ المشروعية وسيادة حكم القانون؛ فنص في المادة (44) من الدستور الاتحادي الصادر سنة 1971 م ، على أن "احترام الدستور، والقوانين، والأوامر الصادرة من السلطات العامة تنفيذاً لها، ومراعاة النظام العام، واحترام الآداب العامة؛ واجب على جميع سكان الاتحاد"، كما نصت المادة (94) من الدستور ذاته على أن "العدل أساس الملك، والقضاة مستقلون لا سلطان عليهم في أداء واجبهم لغير القانون وضمانهم".

وقد حرصت كذلك المحكمة الاتحادية العليا في الإمارات على التأكيد في العديد من أحكامها على أن الدولة وسلطاتها الثلاث وجميع أجهزتها ومؤسساتها، تخضع لحكم القانون، وجاء هذا التأكيد بشكل واضح من الدائرة الدستورية والدائرة

الإدارية بشكل أخص⁽¹⁾ . وإذا ما خالفت الإدارة مبدأ المشروعية ترتب على ذلك بطلان التصرف الذي خالفت به القانون ؛ وهذا البطلان يتفاوت في جسامته وفي آثاره وفقا لدرجة المخالفة، غير أن القاعدة المسلم بها هي أن البطلان يجب أن يثبت عن طريق سلطة يمنحها القانون هذا الحق؛ فالأصل المقرر هو مشروعية أعمال الإدارة، ولا يتقرر بطلان تلك الأعمال إلا بحكم قضائي. وقد تباينت الطرق التي اتبعت في الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، وذلك وفقاً لتاريخ كل دولة وتقاليدها وظروفها الاجتماعية الخاصة بها؛ فسلكت الدول في ذلك مسلكين مختلفين:

أولهما إخضاع الإدارة للمحاكم العادية، ومنحها الاختصاص كاملاً فيما يتعلق بأفضية الإدارة، لأن ذلك هو الوضع الطبيعي الذي تستلزمه الاعتبارات العملية والقانونية؛ فالقضاء العادي بتكوينه واختصاصاته يحقق أكبر ضمان للأفراد، إذ لا سلطان للإدارة عليه، ولا تملك أن تصدر إليه توجيهاً ما، وهو لا يخضع إلا لحكم القانون؛ كما أن مبدأ فصل السلطات القائم على تخصص كل سلطة واستثنائها بوظيفة معينة، يوجب أن يكون الفصل في القضايا - أيا كان نوعها - من اختصاص السلطة القضائية؛ وبجانب تلك الاعتبارات النظرية السابقة فإن أنصار هذا المذهب، يرون أن إنشاء محاكم إدارية بجوار المحاكم القضائية سيؤدي

(1) - حكم المحكمة الاتحادية العليا، المتعلق بالدعوى رقم 5 لسنة 5 قضائية عليا - إداري، جلسة 21 -6-1978 م ، وحكمها المتعلق بالدعوى رقم 1 لسنة 34 ، دستوري جلسة 9 - 6 - 2008 م .

إلى تعقيد الأمور، إذ ستحدث إشكالات متعلقة بتوزيع الاختصاص يترتب عليها إضاعة الوقت والمال دون فائدة؛ كما أن إنشاء نوعين من القضاء سيكلف الخزنة العامة مصاريف إضافية لا داعي لها.

أما المسلك الثاني المتَّبَع في الرقابة القضائية على أعمال الإدارة فيتمثل في إنشاء محاكم إدارية أو قضاء إداري متخصص منفصل ومستقل عن القضاء العادي؛ وقد نشأ هذا الاتجاه لأول مرة في فرنسا بناءً على اعتبارات تاريخية خاصة بها، ثم امتد بعد ذلك إلى العديد من الدول الأخرى، ولا سيما في أعقاب الحرب العالمية الثانية. والسند الأساسي لهذا الاتجاه أن مهمة القاضي الإداري تحتاج بجوار الإلمام بالقانون إلى الإحاطة التامة بمستلزمات حسن الإدارة، وبتفاصيل الوسائل الإدارية التي تلجأ إليها الإدارة لمواجهة ما يصادفها من عقبات؛ وهذا ما يحققه القضاء الإداري على وجه أتم، نظراً لتشكيله، وصلاته الخاصة بالإدارة. وقد اعتنق المشرع في دولة الإمارات العربية المتحدة، المذهب الأول فجعل للقضاء العادي أو المحاكم العادية سلطة الفصل في المنازعات الإدارية؛ إذ لم يرَ المشرع حاجة لإنشاء قضاء إداري مستقل يختص بالفصل في المنازعات الإدارية، يكون رديفًا للقضاء العادي المختص أصلاً بمنازعات الأفراد فيما بينهم؛ وهكذا نجد دستور دولة الاتحاد قد نص على إسناد نظر المنازعات الإدارية بين الاتحاد والأفراد إلى القضاء الاتحادي⁽¹⁾، فجمع بذلك ضمن اختصاص المحكمة الاتحادية الابتدائية بين مسائل إدارية وأخرى مدنية وتجارية وجنائية .

(1) - نصُّ المادة 102 من دستور دولة الإمارات العربية المتحدة .

نخلص ممّا سبق ذكره إلى أنّ مبدأ المشروعية يقتضي سيادة حكم القانون وخضوع الدولة بجميع فئاتها من سلطات ومحكومين لهذا القانون ، بحيث يكون كلُّ تشريع أو قرار يصدر عن السُّلطات المختصّة يأتي وفقاً لما رسمه القانون ، وإذا جاء النشاط أو القرار الإداري مخالفاً لنصوص القانون إستلزم ذلك المخالفة القانونية التي تقضي بإلغاء القرار والتعويض عنه في حال إستدعى الأمر ذلك التعويض عن الأضرار الناجمة عنه .

أيضاً قضت المحكمة الإتحادية العليا في هذا الشأن بقولها : " تقوم الدولة الحديثة على مبدأ المشروعية الذي يمكن أن نُلخِصه بأنّه سيادة حكم القانون ، ومقتضى هذا المبدأ أن تخضع الدولة في تصرفاتها للقانون القائم ، وأنّ يتمكّن الأفراد بوسائل مشروعة من رقابة الدولة في أدائها لوظيفتها " . بحيث يمكن أن يردوها إلى جادة الصواب كلما عنّ لها أن تخرج عن حدود القانون عن عمدٍ أو إهمال ، ووسائل الأفراد في تحقيق مبدأ المشروعية عديدة أهمّها ثلاث : 1- طلب إلغاء قرارات الإدارة المعيبة . 2- الدفع بعدم دستورية القوانين . 3- حق طلب التعويض عن تصرفات الإدارة المعيبة سواء كانت هذه التصرفات أعمالاً مادية أو أعمالاً إدارية (1). وهذا يؤكّد تواتر أحكام القضاء على إستقلالية المنازعات الإدارية بأنواعها المختلفة ، سواء تلك المتعلقة بالإلغاء أو بالتعويض .

(1) - حكم المحكمة الإتحادية العليا الصادر بتاريخ 21 يونيو 1978 م في القضية رقم 5 لسنة 5 قضائية . وأيضاً حكمها بتاريخ 29 مايو 1984م في الطعن رقم 87 للسنة الخامسة القضائية .

ان المقصود بالمشروعية هو مطابقة القانون، وهي تقوم على أساس وجود قواعد صارمة تلتزم الادارة باحترامها ومراعاتها في تصرفاتها، فهي تفرض على الادارة قيوداً لصالح الافراد ، و رقابة القضاء الاداري رقابة مشروعية تمتد إلى التصرفات المقيدة للادارة لان الاختصاصات المقيدة يجب أن تكون وفقاً للنطاق القانوني الذي رسمه لها المشرع سواء كان ذلك بموجب تشريعات مدونة أو غير مدونة .

وإذا ما تطرّقنا إلى القضاء في دولة الإمارات العربية المتّحدة وهو مناط الحديث في هذا الفصل، سنجد أنّ القضاء الإداري في دولة الإمارات حديثُ النشأة، ظهر بعد إعلان قيام اتحاد دولة الإمارات العربية المتّحدة في الثاني من ديسمبر لعام 1971م، فدولة الإمارات تأخذ بنظام القضاء الموحد تماماً مثل انجلترا والولايات المتحدة الأمريكية ، ويرجع تفضيل دولة الإمارات لنظام القضاء الموحد على نظام القضاء الإزدواجي لإعتبارات عدّة أهمّها ظروف الدولة آنذاك وصغر حجمها وبالتالي قلّة المنازعات الإدارية فيها ، كما كان لسهولة الإتصال بين الحكام والمحكومين والذي لا يزال موجوداً والله الحمد إلى وقتنا هذا عاملاً كبيراً في تيسير وحل الخلافات بالتراضي ودون الرجوع إلى القضاء في كثيرٍ من الأحيان .

وإذا كانت قواعد القانون الإداري ترتبط بالقضاء الإداري في حدودٍ كبيرة ، إلا أنّ عدم وجود قضاء إداري مستقل لم يحرم دولة الإمارات من إيجاد القانون الإداري بصورةٍ أو بأخرى ، عن طريق النظام القبلي والذي كان سائداً في الفترة التي

سبقت قيام الإتحاد ، حيث يُعهد إلى شيخ القبيلة أو حاكم الإمارة - بحسب المسمى وقتها - جميع السلطات من تشريعية أو تنفيذية أو قضائية ، وهو بمثابة الأب أو الوالد الذي يحتمي به أفراد القبيلة ويلجؤون إليه في حال الإعتداء على مصالحهم أو يشكون إليه هموم وثقل الحياة اليومية .

ومع بداية الخمسينات ، وعلى إثر إكتشاف النفط ، بدأت بريطانيا بتأسيس أول مجلس للدولة عام 1952 م ليضم كافة حكام المشيخات المختلفة للإمارات تحت رئاسة المعتمد البريطاني في بادئ الأمر ثم إنتقلت الولاية إلى حاكم رأس الخيمة ثم الشارقة على التوالي . كما تقدّمت إمارة دبي نسبياً على غيرها من الإمارات الأخرى في مجال التنظيم الإداري المتمثل في الأخذ بنظام ((الدوائر الإدارية المتخصصة)) ، حيث يتم توجيهها ومباشرتها بصورة عُرفية تحت رقابة حاكم الإمارة . وإكتمل التنظيم الإداري لتلك الدوائر في عام 1957م ليغدو الركيزة الأساسية للنظام الإداري القائم حالياً في الدولة ¹ .

أمّا في إمارة أبوظبي ، فقد أنشأت الدوائر المحلية سنة 1966م ² ، التابعة

¹ - الهاشمي أحمد سعيد محمد ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في دولة الإمارات العربية المتحدة ، المجلس الوطني للإعلام ، الطبعة الأولى ، 2011 م ، ص 32 .

² - تولّى المغفور له الشيخ زايد بن سلطان آل نهيان مقاليد الحكم في إمارة أبوظبي في السادس من أغسطس 1966م . ومنذ ذلك الحين ، بدأ مشواراً من الإنجازات لتنمية إمارة أبوظبي في مختلف المجالات ، ولم تقتصر هذه التنمية على إمارة أبوظبي وحدها، حيث كان يتطلّع رَحْمَهُ اللهُ مِنْذُ تولى الحكم في إمارة أبوظبي إلى جمع شمل الإمارات الأخرى ، حيث بادر بعد أقلّ من عامين من توليه حكم إمارة أبوظبي، بالدعوة إلى إتحاد الإمارات ، وقال في

لإشراف وتوجيه حاكم الإمارة ، وصدرت على أعقابها المراسيم المنظمة لأعمالها ،
ومن أهمها المرسوم بقانون رقم 3 لسنة 1966 م والصادر بتاريخ 18 سبتمبر
1966 م بتنظيم حكومة أبوظبي وقانون إنشاء مجلس شؤون الموظفين لعام 1967
م ، وقانون تأديب الموظفين لعام 1969 م وقانون خدمة الموظفين رقم 5 لسنة
1971 م .

ذلك : " إنَّ الإتحاد هو طريق القوَّة وطريق العزَّة والمنعة والخير المشترك ، وإنَّ الفرقة لا ينجُم
عنها إلا الضعف، وإنَّ الكيانات الهزيلة لا مكان لها في عالم اليوم" . وتأكدت هذه المقولة
في الإجماع الذي تمَّ بين المغفور لهما الشيخ زايد بن سلطان آل نهيان حاكم أبوظبي
والشيخ راشد بن سعيد آل مكتوم حاكم دبي في منطقة السمحة بتاريخ 18 فبراير 1968 م
، في أعقاب إعلان الحكومة البريطانية في ذلك العام عن إجلاء جيوشها من الإمارات
المتصالحة في الخليج قبل عام 1971 م ، حيث تركَّز اللقاء على إقامة إتحاد بين الإمارات
يقوم بالإشراف على الشؤون الخارجية والدفاع والأمن الداخلي والخدمات الصحية والتعليمية ،
وإنقفا على دعوة حكام الإمارات الأخرى للإجماع في دبي لمناقشة قيام إتحاد الإمارات
العربية المتَّحدة. وفي عام 1971 م إجتمع حكام الإمارات لتدارس المستقبل ومواجهة
تحدياته، واتفقوا على إنشاء دولة إتحادية . في ذلك الوقت، كان عدد سكان الإمارات ما
يقارب الـ 180 ألف نسمة، كما كانت هناك بعض الاختلافات بين الإمارات السبع، من
حيث المساحة، وعدد السكان، والموارد الاقتصادية ، وبجهد حثيث قادَه المغفور له الشيخ
زايد بن سلطان آل نهيان، طيَّب الله ثراه، إتفق حكام الإمارات على قيام إتحاد بين إماراتهم،
وتم تشكيل مجلس أعلى، ليكون السلطة العليا في الدولة الجديدة. يتألَّف هذا المجلس من
أصحاب السمو أعضاء المجلس الأعلى للإتحاد حكام الإمارات ، الذين إنتخبوا المغفور له
الشيخ زايد بن سلطان آل نهيان، طيَّب الله ثراه، حاكم أبوظبي، رئيساً للدولة في عام 1971 م
، وأعيد إنتخابه في الفترات التالية حتى وفاته، أما منصب نائب رئيس الدولة فقد وقع
إختيار المجلس الأعلى عند قيام الإتحاد على المغفور له الشيخ راشد بن سعيد آل مكتوم،
حاكم دبي ليشغله. الكتاب السنوي لدولة الامارات ، إصدارات المجلس الوطني للإعلام ،
2016 م .

ولما عُقد الإجتماع الثنائي بين حاكمي إمارة أبوظبي ودبي في الثامن عشر من شهر فبراير لعام 1968م ، وانضم إليه بعد أسبوع من إنعقاده باقي حكام المنطقة (وهو ما يسمى بالإجتماع التساعي) تمهيداً لإعلان قيام الدولة الإتحادية ، تمَّ الإتفاق على تكوين مجلس أعلى مؤقَّت للرئاسة تتعاقب أدواره بين الإمارات وهنا بدأت ملامح الدولة بالظهور ، فقد بات للدولة شكل تنظيمي يتمثل في الرئيس الأعلى للإتحاد كما ظهرت الأشخاص الإدارية العامَّة المتمتعة بالشخصية الإعتبارية لممارسة النشاط النفعي العام ، وتمَّ إعتماد نظام قضائي وإجراء إداري للفصل في المنازعات والدعاوى الإدارية سواء كانت داخلية بين الأشخاص الإعتبارية نفسها أو بين الأشخاص الإعتبارية وبين الأفراد أو المتعاملين معها من سائر المجتمع .

خلاصةً لما تقدّم ذكره ، فإنني على نهج من سبقوني في الحديث عن نشأة وتطور القانون الإداري في دولة الإمارات سأقوم بتقسيم هذه النشأة إلى فرعين هما

الفرع الأول

مرحلة النظام الإداري في دولة الإمارات قبل إعلان الإتحاد في

الثاني من ديسمبر لعام 1971 م

لعب النفوذ الأجنبي ممثلاً في الحكم البريطاني دوراً كبيراً في عرقلة سير التطور الإداري في دولة الإمارات ، حيث دفعت النشاطات الفرنسية في مسقط وعلى الساحل المتصالح الحكومة البريطانية إلى الدخول مع مشيخات الخليج في إتفاقيات مانعة في عام 1892 م تقضي بعدم الدخول في إتفاقيات أو إجراء إتصالات مع أي قوّة أو دولة عدا الحكومة البريطانية مقابل تعهّد الأخيرة بتحمّل مسؤوليات الدفاع عن الإمارات من أيّ عدوانٍ خارجي وقد ظلّت هذه الإتفاقيات المانعة سارية المفعول حتى وقت إنسحاب البريطانيين من منطقة الخليج عام 1971 م¹.

وكان إلى جانب القضاء الأجنبي في منطقة الخليج قضاء محلي خاص بكلّ إمارة على حده ، وتشير بعض المؤرخات التاريخية بأنّه تمّ إنشاء أول محكمة نظامية في إمارة رأس الخيمة في عهد الشيخ سلطان بن سالم القاسمي ، في ثلاثينيات القرن الماضي برئاسة حميد بن محمد القاسمي وعيّن فضيلة الشيخ مشعان

¹ - التطور التاريخي للنظام القضائي في دولة الإمارات العربية المتّحدة ، مجلة الميزان ، العدد 66 ، فبراير 2005 م ، وزارة العدل ، ص 16 . مرجع مشار إليه لدى الباحثة : آل علي مريم يعقوب إبراهيم، ولاية المحكمة الإتحادية العليا في دولة الإمارات العربية في الرقابة على الدستورية ، إصدارات أكاديمية شرطة دبي ، 2016 م ، ص 9 .

بن ناصر قاضياً فيها بعد أن أشرف على عملية تأسيسها وتنظيمها¹. وأصبح للمحكمة مبنى معتمد لنظر الدعاوى ومقرراً للقاضي للفصل بين المتخاصمين . كما أقرَّ الشيخ زايد بن سلطان آل نهيان - رحمه الله - القانون رقم 2 لسنة 1968 م بشأن إنشاء وتنظيم محاكم أبوظبي ، وفي الثامن من سبتمبر سنة 1970 م ، أصدر صاحب السمو الشيخ راشد بن سعيد آل مكتوم - رحمه الله - حاكم إمارة دبي قانون إنشاء محاكم دبي وتقسيمها إلى محاكم شرعية ومدنية .

ومن صور الرقابة القضائية التي كانت سائدة في هذه الفترة ، الرقابة عن طريق التظلم الذي يتقدم به صاحب الشأن إلى الحاكم للشكوى من ضرر لحق به جراء إجراء إداري صادر من أحد الأمراء المعيّنين في المناطق التابعة للإمارة ، وسواء كان التظلم شفهياً أو كتابياً وإن كان هذا الإجراء غير مكتملاً في تلك الفترة الزمنية . كما أنّ الحاكم قد يقوم بنفسه بدور المحكمة الإدارية المراقبة لنشاط السلطة الإدارية كما في يومنا هذا في حال إصداره قرار معين يستشعر من خلاله أنه غير مناسب ، ليقوم بإلغائه بإعتباره أنه يملك السلطة التنفيذية .

هذا ويُلاحظ على القضاء في هذه المرحلة الزمنية التي سبقت قيام الإتحاد بعض الملاحظات من أهمها :

¹ - عارف الشيخ ، تاريخ القضاء في الإمارات ، دبي ، محاكم دبي ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، الناشر عارف الشيخ ، 2013 م ، ص 398. مرجع مشار إليه لدى الباحثة : آل علي مريم يعقوب إبراهيم، ولاية المحكمة الإتحادية العليا في دولة الإمارات العربية في الرقابة على الدستورية ، مرجع سابق الإشارة إليه ، ص 13 .

1- بالرغم من أن حاكم الإمارة هو المانح للسلطات ، فيعيّن القاضي ويقيله ، إلا أنّ ذلك الحق لم يعطه سلطة التدخّل في شؤون القاضي بتوجيهه بالطريقة التي يجب أن يعمل بها أو لصالح من يجب أن ينحاز أو وجوب الحكم بعقوبةٍ معيّنة ، أو أن يأمره بالإمتناع عن نظر دعوى مرفوعةٍ أمامه . أي أنّ يدَ الحاكم ترفع عن النزاع لحين صدور حكم من القاضي في موضوع النزاع .

2- أنّ جميع المتنازعين أمام القضاء سواء ولا تمييز بينهم بسبب الجنس أو اللون أو العرق الطائفي أو النسب . وهو الأمر الذي كان وما زال والله الحمد في قضاء الدولة إلى يومنا هذا .

3- أنّه إذا عُرض نزاع بين طرفين على قاضي وأصدر القاضي حكمه في النزاع ، فيحقّ لأي طرفٍ من أطراف النزاع اللجوء إلى الإستئناف بطلب قاضيٍ آخر سواء في نفس البلدة التي عُرض فيها النزاع أو في بلدة الأمير أو قد يعرض النزاع على الحاكم نفسه وخاصّةً في القضايا المهمّة .

الفرع الثاني

مرحلة النظام الإداري في دولة الإمارات بعد إعلان الإتحاد في

الثاني من ديسمبر لعام 1971 م وحتى وقتنا الحاضر

نظراً للخلافات السياسية التي رافقت مفاوضات إتحاد الإمارات التساعي ، فقد إستقلّت مملكة البحرين في الرابع عشر من أغسطس عام 1971¹ ، وتلتها دولة قطر في الأول من سبتمبر من العام نفسه . فاجتمع حكام الإمارات الأخرى في 18 يونيو عام 1971 م ، وأعلنوا قيام دولة الإمارات العربية المتحدة والموافقة على الدستور المؤقت² للإتحاد وُحِدَ تاريخ 2 ديسمبر من العام 1971 م للعمل بأحكام

¹ - يقول الدكتور العقاد في تناوله لتلك الأوضاع في مقال نُشر في مجلة السياسة الدولية في عددها 26 الصادر في أكتوبر 1971 م : (كان واضحاً منذ البداية في عام 1970 م رغبة كلاً من البحرين وقطر لنيل الإستقلال الذاتي ، كدولة قائمة بذاتها ، وخاصّة عندما أظهرت إمارة البحرين إتجاهها الجديد ، حينما أنشأت مجلس الدولة في أوائل عام 1970 م والذي يعدُّ بمثابة نواة لمجلس الوزراء ، كما خصّصت دائرتين للدفاع والخارجية ، ولم تلبث لجنة تقصي الحقائق التابعة للأمم المتحدة أن نشرت تقريرها الذي يؤكّد إجماع سكّان البحرين على عدم الإنضمام إلى إيران ، والميل إلى إعلان الإستقلال أو الإلتحاق بإتحاد يضم إمارات الخليج العربي ، وقد إعترفت إيران بنتائج هذا التقرير ، وبذا أصبح الباب مفتوحاً أمام البحرين للإختيار بين الإستقلال أو الإنضمام للإتحاد ، وقد إختار الإستقلال الذي أعلن في 14 أغسطس) . صلاح العقاد ، مجلة السياسة الدولية ، العدد 26 أكتوبر 1971 م . مرجع مشار إليه لدى : العيدروس محمد حسن ، التطوّرات السياسية في الإمارات العربية ، دار الكتاب الحديث ، بدون سنة اصدار ، ص 454 .

² - تمّ تعديل مسمى الدستور المؤقت إلى دستور دائم بموجب القانون رقم 1 لعام 1996 م ، الذي نصّ في المادة الثالثة منه على إلغاء كلمة " مؤقت " حيثما وردت في نصوص الدستور .

هذا الدستور . وبالتالي تكوّنت دولة الإمارات العربية من ستّ إماراتٍ إنضمت إليها تالياً إمارة رأس الخيمة في 23 ديسمبر من العام نفسه .

وهنا صدر الدستور الإتحادي المؤقت لدولة الإمارات العربية المتّحدة متضمّناً العديد من موضوعات القانون الإداري أهمّها التنظيم الإداري والخدمة المدنية والأموال العامّة والضبط الإداري ونزع الملكية للمنفعة العامّة . وصدرت تباعاً لها العديد من القوانين المنظّمة للهيئات والمؤسّسات العامّة في الدولة¹ سواءً تلك المؤسّسات ذات الطابع الإداري مثل الهيئة الإتحادية للموارد البشرية وجامعة الإمارات والهيئة العامة للطيران المدني وغيرها ... أو الهيئات ذات الطابع الإقتصادي مثل ديوان المحاسبة والمصرف المركزي وغيره . كما تضمّن الدستور الإتحادي نصوصاً خاصّةً في مجال تنظيم القضاء (المواد 94- 109) سواءً المحكمة الإتحادية العليا أو المحاكم الإتحادية الابتدائية والإستئنافية ، وصدر إستناداً للدستور القانون الإتحادي رقم 6 لسنة 1978 م في شأن إنشاء محاكم إتحادية ونقل إختصاصات الهيئات القضائية المحلية في بعض الإمارات إليها ، بالإضافة إلى إنشاء المحاكم المحلية في الإمارات المختلفة (أبوظبي - دبي -

¹ - من بين الهيئات والمنشآت التي صدرت القوانين المنظّمة لها ، مؤسسة الإمارات العامّة للبتروال والصادرة بالقانون الإتحادي رقم 16 لسنة 1980 م ، والمعدّل بالقانونين رقمي 11 لسنة 1982 م و 14 لسنة 1984 م ، والجمعيات ذات النفع العام المنشأة بالقانون رقم 6 لسنة 1974 م ، وهيئة التخطيط العمراني المنشأة بالقانون رقم 13 لسنة 1980 م ، والمؤسسة العامّة للإمارات للنقل والخدمات المنشأة بالقانون رقم 17 لسنة 1981 م . وغيرها العديد من الهيئات والمنشآت الإتحادية .

الشارقة - رأس الخيمة - عجمان - أم القيوين - الفجيرة) . وأوكل الدستور في دولة الإمارات للمحكمة الاتحادية العليا في المادة 99 الفصل في تنازع الاختصاص بين المحاكم الاتحادية أو الاتحادية والمحلية حيث نصّت المادة على : ((تختص المحكمة الاتحادية العليا بالفصل في الأمور التالية : 7 - تنازع الاختصاص بين القضاء الاتحادي والهيئات القضائية المحلية في الإمارات . 8 - تنازع الاختصاص بين هيئة قضائية في إمارة وهيئة قضائية في إمارة أخرى وتنظم القواعد الخاصة بذلك بقانون إتحادي)) .

وهكذا نجد أنّ الهياكل التنظيمية الإدارية للدولة اليافة قد إتخذت سبيلها نحو التعدّد والزيادة المضطّردة في كافة المجالات سواء على المستوى الإتحادي أو المحلي الخاص بكل إمارة . وأعطى الدستور لمجلس الوزراء بوصفه السلطة التنفيذية في الفقرة الخامسة من المادة 60 من الدستور بعضاً من الإختصاصات ذات الطابع الوظيفي الإداري حيث نصّت المادة : (ويمارس مجلس الوزراء بوجه خاص الإختصاصات التالية : 5- وضع اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين الإتحادية بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها ، وكذلك لوائح الضبط ، واللوائح الخاصة بترتيب الإدارات والمصالح العامّة ، في حدود أحكام هذا الدستور والقوانين الإتحادية . ويجوز بنصّ خاص في القانون ، أو لمجلس الوزراء ، تكليف الوزير الإتحادي المختص أو أيّة جهة إدارية أخرى ، في إصدار بعض هذه اللوائح) .

كما حَرَصَ المُشرِّعُ الإِتِّحاديُّ على وجودِ الجهةِ القضائيَّةِ المُختصَّةِ بحسمِ المنازعاتِ ذاتِ الطابعِ الإداريِّ - برغمِ إعتناقِ الدولةِ لمبدأِ وحدةِ القضاءِ - فجاءتِ المادةُ 102 في الفقرةِ الأولى لتُؤكِّدَ رِقابَةَ القضاءِ لأعمالِ السلطةِ الإداريَّةِ ونصَّتْ على أنَّه : ((يكونُ للإِتِّحادِ محكمةٌ إِتِّحاديَّةٌ إِبْتدائيَّةٌ أو أكثرُ تتعقَدُ في عاصمةِ الإِتِّحادِ الدائمةِ ، أو في بعضِ عواصمِ الإماراتِ لممارسةِ الولايةِ القضائيَّةِ في دائرةٍ إختصاصها في القضايا التالِيَةِ :

1- المنازعاتِ المدنيَّةِ والتجاريَّةِ والإداريَّةِ بينِ الإِتِّحادِ والأفرادِ ، سواءً كانِ الإِتِّحادُ مُدَّعياً أو مُدَّعىً عليه فيها)

ويلاحظُ على المُشرِّعِ الدستوريِّ الإِتِّحاديِّ أنَّ خطواته كانت متأنِّيَّةً في الإنتقالِ بالقضاءِ المحليِّ الخاصِ بالإمارةِ إلى القضاءِ الإِتِّحاديِّ ، فبعد أن جعلَ للهيئاتِ القضائيَّةِ المحليَّةِ في كلِّ إمارةٍ إختصاصاً عاماً في كلِّ المسائلِ والتي لم يُعهدْ بها إلى القضاءِ الدستوريِّ بمقتضى أحكامِ الدستورِ (المادةُ 104) جاء في المادةُ (105) وأجازَ بمقتضى قانونِ إِتِّحاديٍّ يصدُرُ بناءً على طلبِ الإمارةِ المعيّنةِ ، نقلَ كلِّ أو بعضِ الإختصاصاتِ التي تتولاها هيئاتها القضائيَّةِ المحليَّةِ بموجبِ المادةِ سابقَةِ الذكرِ إلى المحاكمِ الإِتِّحاديَّةِ الإِبْتدائيَّةِ .

وهنا نرى أنَّه وإن كان لا يوجدُ في دولةِ الإماراتِ قضاءٌ إداريٌّ مستقلٌّ أو مُتخصِّصٌ في نظرِ المنازعاتِ الإداريَّةِ على نسقِ مجلسِ الدولةِ الفرنسيِّ ، ولكن يوجدُ قضاءٌ مُوحَّدٌ متعَدِّدُ الدرجاتِ يَختصُّ بنظرِ كلِّ المنازعاتِ التي تنوِّرُ على

إقليم الدولة وأياً كان أطرافها ، وسواء كانت الإدارة طرفاً فيها بوصفها سلطة عامّة أو كانت منازعةً عاديةً تخضع لأحكام القانون الخاص . والسبب في إعتقادي ميول المشرّع الإتحادي للأخذ بنظام القضاء الموحد ربما يرجع لإعتبارين إثنين هما :

1- نظام الحكم القبلي (الأبوي) الذي كان سائداً وما زالت آثاره باقيةً حتى يومنا هذا .

2- آثار النفوذ البريطاني ورغبته لجعل جميع الدول التي إستعمرها ذات قضاء موحد وإن كان المشرّع قد تأثر بتطبيق الشريعة الإسلامية وأوجد المحاكم الشرعية إلى جانب المحاكم المدنية الإتحادية في مختلف الإمارات ، أكثر من تأثره بالنظام أو القانون الإنجليزي أو غيره .

وحرصاً من المشرّع الاتحادي في دولة الإمارات العربية على تقرير مبدأ المشروعية وسيادة حكم القانون، فقد نصّ في المادة 44 من الدستور الاتحادي على ضرورة احترام الدستور والقوانين والأوامر الصادرة من السُلطات تنفيذاً لها⁽¹⁾، وأنه واجب على سگان الاتحاد. كما أكّدت هذا المبدأ المحكمة الاتحادية العليا في العديد من أحكامها، من أنّ الدولة وسلطاتها الثلاث وجميع أجهزتها ومؤسساتها

(1) - نصّت المادة 44 من الدستور الاتحادي لدولة الإمارات لسنة 1971م على ما يلي: "احترام الدستور والقوانين والأوامر الصادرة من السُلطات العامّة تنفيذاً لها ومراعاة النظام العام واحترام الآداب العامّة، واجب على جميع سگان الاتحاد".

تخضع لحكم القانون وجاء هذا التأكيد بشكلٍ واضحٍ من الدائرة الدستورية والدائرة الإدارية بشكلٍ أخصّ⁽¹⁾.

وهنا يثور التساؤل حول التزام القضاء الاتحادي والمحلي في دولة الإمارات بتطبيق موجبات مبدأ المشروعية في أحكامه الصادرة في المنازعات الإدارية على اختلاف أنواعها وسواءً كانت متعلّقة بالقرارات الإدارية أو المتّصلة بمسؤولية الإدارة، أو تلك المتعلّقة بطعون الموظّفين المرفوعة أمامه بشأن أوضاعهم الوظيفية المختلفة إدارية كانت أو مالية؟ .

الإجابة على هذه التساؤلات وردت في نصوص دستور دولة الإمارات العربية المتّحدة والقوانين الخاصّة بالقضاء الاتحادي فيها على تنظيم الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، ويبيّض من استقراء تلك النصوص أنّ الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في دولة الإمارات العربية تتجلّى مظاهرها فيما يلي:

1- الاعتراف الدستوري والتشريعي بوجود الرقابة القضائية على أعمال الإدارة. (المادة 102 من الدستور والمادة 72 من قانون إنشاء المحكمة الاتحادية العليا رقم 10 لسنة 1973م، والمادة رقم 3 من القانون الاتحادي رقم 6 لسنة 1978م في شأن إنشاء المحاكم الاتحادية ونقل اختصاصات الهيئات القضائية المحلية في

(1) - حكم المحكمة الاتحادية العليا، المتعلّق بالدعوى رقم (5) لسنة 5 قضائية عليا - إداري، جلسة 1978/06/21م. وحكمها المتعلّق بالدعوى رقم (1) لسنة 34 - دستوري، جلسة 2008 /06/09م.

بعض الإمارات إليها وأيضاً المواد من 9 إلى 12 من قانون السُلطة القضائية الاتحادي رقم 3 لسنة 1983م).

2- تأكيد القضاء على ضرورة خضوع الدولة للقانون وإقراره بوجود الرقابة القضائية على أعمال الإدارة⁽¹⁾. وهو ما نصَّ عليه الدستور الاتحادي الصادر سنة 1971م، في المادة 102 منه والتي قضت بأن: "يكون للاتحاد محكمة اتحادية ابتدائية أو أكثر تتعقد في عاصمة الاتحاد الدائمة -أبوظبي- أو في بعض عواصم الإمارات لممارسة الولاية القضائية في دائرة اختصاصها في القضايا التالية: 1- المنازعات المدنية والتجارية والإدارية بين الاتحاد والأفراد سواء كان الاتحاد مدعياً أو مدعى عليه فيها...". وهذا الاختصاص حدَّده المشرِّع بدايةً للمحكمة الاتحادية الابتدائية في أبو ظبي، فنصَّ على أن: "تختصُّ المحكمة الاتحادية الابتدائية في أبو ظبي بنظر جميع المنازعات المدنية والتجارية والإدارية بين الاتحاد والأفراد

(1) - تقوم الدولة الحديثة على مبدأ المشروعية الذي يمكن أن نلخصه بأنه سيادة حكم القانون، ومقتضى هذا المبدأ أن تخضع الدولة في تصرفاتها للقانون القائم، وأن يتمكن الأفراد بوسائل مشروعة من رقابة الدولة في أداؤها لوظيفتها". بحيث يمكن أن يردوها إلى جادة الصواب كلما عنَّ لها أن تخرج عن حدود القانون عن عمدٍ أو إهمال، ووسائل الأفراد في تحقيق مبدأ المشروعية عديدة أهمها ثلاث: 1- طلب إلغاء قرارات الإدارة المعيبة. 2- الدفع بعدم دستورية القوانين. 3- حق طلب التعويض عن تصرفات الإدارة المعيبة سواء كانت هذه التصرفات أعمالاً مادية أو أعمالاً إدارية. حكم المحكمة الاتحادية العليا الصادر بتاريخ 21 يونيو 1978م في القضية رقم 5 لسنة 5 قضائية. وأيضاً حكمها بتاريخ 29 مايو 1984م في الطعن رقم 87 لسنة الخامسة القضائية.

سواء كان الاتحاد مدّعياً أو مدّعى عليه فيها"⁽¹⁾، ثم عاد لاحقاً فوسّع دائرة الاختصاص المتعلقة به فجعلها تشمل كل المحاكم الاتحادية على مستوى الدولة⁽²⁾.

(1) - نصّ المادة 3 من القانون الاتحادي رقم 6 لسنة 1978م، الخاص بإنشاء المحاكم الاتحادية.

(2) - نصّ المادة 25 من القانون الاتحادي رقم 10 لسنة 2014م، المتعلّق بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات المدنية في دولة الإمارات. وهذا الأمر أكّدته المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات في أحد أحكامها قائلّة: لمّا كان النصّ في المادة 102/1 من دستور دولة الإمارات العربية المتّحدة على أن: "يكون للاتّحاد محكمة اتّحادية ابتدائية أو أكثر تتعقد في عاصمة الاتّحاد الدائمة، أو في بعض عواصم الإمارات لممارسة الولاية القضائية في دائرة اختصاصها في القضايا التالية: 1- المنازعات المدنية والتجارية والإدارية بين الاتّحاد والأفراد سواء كان الاتّحاد مدّعياً أو مدّعى عليه فيهما" يدلّ على أنّه متى كان الاتّحاد خصماً في دعوى مدنية أو تجارية أو إدارية كان الاختصاص لمحكمة اتّحادية، إذ أنّ معيار ومناطق الاختصاص الولائي لمحكمة ابتدائية اتّحادية في المنازعة هو للصفة الأساسية للخصم أيّ للجهة الاتحادية أو أيّ سلطة من سلطات الاتّحاد، وأنّه لا يجوز سلب هذا الاختصاص من المحكمة الاتحادية إلا بنصّ دستوري موازي له. ولمّا كان ذلك ... وكانت المطعون ضدها الهيئة العامّة للشؤون الإسلامية والأوقاف هيئة اتّحادية... ومن ثمّ فإنّ الاختصاص في النزاع بينها وبين الطاعن يرجع الفصل فيه إلى المحاكم الاتحادية". حكم المحكمة الاتحادية العليا، المتعلّق بالطعن رقم 178، جلسة 15 / 6 / 2011م. كما نجد محكمة تمييز دبي قد قضت بأنّ: "مفاد النصّ في المادتين 102، 104 من الدستور المؤقّت للإمارات العربية المتّحدة يدلّ على أنّ المحاكم الاتحادية تختصّ وحدها بالنظر في جميع المنازعات بين الاتّحاد والأفراد وأنّ القضاء المحلي كالقضاء في إمارة دبي يختصّ بجميع المنازعات في الإمارة عدا المنازعات المدنية والتجارية والإدارية التي تنشأ بين الاتّحاد والأفراد، والمقصود بالاتّحاد في هذا الشأن هو المعنى الواسع للدولة من سلطاتها الثلاثة التشريعية والقضائية والتنفيذية وتشمل أيضاً الجهاز الإداري للدولة من الوزارات والمصالح التابعة لها والمؤسسات العامّة التي لها موازنة خاصّة مستقلة والتي تديرها وتشرف

3- تحديد المحاكم المختصة بالفصل في المنازعات الإدارية ونوعية المنازعات

الإدارية التي تنظرها هذه المحاكم.

وإذا كان الأصل أن تُباشر السُلطات الإدارية أعمالها ضمن نطاق الأحكام

عليها الدولة مباشرةً أو بواسطة أشخاص القانون العام والتي تتمتع بالشخصية المعنوية العامة المستقلة وتتبع في إدارتها أساليب القانون العام سواء كانت مؤسسات عامة إدارية بحتة تدير مرافق عامة لا تهدف إلى تحقيق الربح ولا تسلك أسلوب القانون الخاص أو المؤسسات العامة التي لها طابع اقتصادي وتجاري أو صناعي ولها الشخصية الاعتبارية والميزانية المستقلة التي تلحق بموازنة الجهة الإدارية التابعة لها. لمّا كان ذلك وكان مفاد نصوص المواد 2/ 12 /18/ 39 من القانون الاتحادي رقم 8 / 2001م، بإنشاء مؤسسة الإمارات للبريد (بريد الإمارات) على أن تنشأ مؤسسة عامة تسمى مؤسسة الإمارات للبريد وتتمتع بالشخصية الاعتبارية وتكون ميزانيتها مستقلة وتتبع الوزير ويديرها مجلس إدارة برئاسة وزير وتؤدي خدمة عامة وأن رأس مالها مُعطى بالكامل من قبل الحكومة وتعتبر أموالها أموالاً عامة، بما مؤداه أن المشرع ناظ بالدولة أمر إدارتها والإشراف عليها لذا تعتبر جهاز من أجهزة الدولة ووسيلة من وسائلها في النهوض بمسؤولياتها وتحقيق أهدافها وأداء خدمة عامة، ومن ثم فإنّ الاختصاص بنظر الدعوى المائلة ومؤسسة بريد الإمارات طرف فيها كمدعى عليها ينعقد للمحاكم الاتحادية". حكم محكمة تمييز دبي، المتعلّق بالطعن رقم 313 لسنة 2008م، قضائية، جلسة 16 /3/ 2009م. كما يجب التنويه إلى أنّ المجلس الوطني الاتحادي والمجلس الأعلى للاتحاد قد أقرّا في عام 1996م، تعديل الدستور المؤقت لدولة الإمارات العربية المتحدة الذي تمت صياغته مع تأسيس الاتحاد في العام 1971م، وجعله دستوراً دائماً. وينصّ دستور دولة الإمارات العربية المتحدة على المساواة والعدالة الاجتماعية، وتكافؤ الفرص لجميع المواطنين، ويؤكد أنّ جميع الأفراد لدى القانون سواء، ولا تمييز بسبب الأصل أو الموطن أو العقيدة الدينية أو المركز الاجتماعي. ويكفل الدستور الحرّية الشخصية للجميع، وأنّه لا يجوز القبض على أحد وتفتيشه أو حجزه أو حبسه إلاّ وفق أحكام القانون. ولا يعرض أيّ إنسان للتعذيب أو المعاملة الحاطّة بالكرامة. كما يشدّد دستور الدولة على استقلالية القضاء، وأنّ القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في أداء واجبهم لغير القانون وضمانهم.

التي تَضْمَنُهَا القوانين المختلفة، فإنَّه حريٌّ بجهة الإدارة أن تحترم مبدأ المشروعية، وتخضع في كلِّ أعمالها لحكم القانون وتنزل على مقتضاه. غير أنَّ الإدارة تقوم بنشاطها عن طريق موظَّفيها الذين هم آدميون غير معصومين من الخطأ في تفسير القوانين وتطبيقها، وهو ما يؤدي في كثير من الأحيان إلى أن يتجاوزوا - عند ممارسة أعمالهم - نطاق المشروعية الذي هو المبدأ الجوهرى الذي تتَّخذه الدول أساساً لتصرُّفاتِها، مُهدرين بتلك التجاوزات حقوق الأفراد وحرِّيَّاتهم، خلافاً لما تقضى به القواعد القانونية. لذا كانَ لا بدَّ أن يترتب الجزاء على مخالفة سلطات الإدارة للقانون، وهو ما جرى به فقه القانون الإداري وقضاؤه على أنَّ هذا الجزاء قد يتَّخذُ صورة إبطال العمل الإداري المخالف للقانون وتعويض الأفراد عمَّا أصابهم من أضرار بسببه، وقد يقتصر الجزاء على تعويض الأفراد فقط عن الأضرار التي لحقت بهم جرَّاء تنفيذ العمل الإداري الغير مشروع.

من خلال ما تقدَّم سرده، فإنَّه يمكن حصر أعمال الإدارة التي تكون محلاً للمنازعات الإدارية، من خلال بيان تصرُّفات الإدارة التي قد تكون من جانبٍ واحدٍ كما هو الحال في القرارات الإدارية، أو من جانبين اثنين كما هو الحال في العقود الإدارية، كما قد تتمثَّل التصرُّفات غير المشروعة للإدارة في قيامها بأعمال مادية قد تتسبَّب بأضرار تجاه المُخاطبين بها من الأفراد.

من هنا سنقوم بالتركيز على القرار الإداري وشرح نظامه القانوني وتعليقات المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات عليه باعتبارها الجهة الرقابية العليا على

المنازعات الإدارية في الدولة وبيان النصوص القانونية المتعلقة به، وذلك في
المبحث الأول من هذا الفصل، ثم سنعرِّج بالذكر على العقود الإدارية ونظامها
القانوني وموقف المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات منها وكيفية حسم
المنازعات الناشئة عنها وذلك في المبحث الثاني من هذا الفصل. وذلك على النحو
التالي.

المبحث الأول

القرارات الإدارية

إنَّ منْ بينَ أهمِّ العقبات التي تواجه الدولة المعاصرة هو كيفية ضمان حقوق وحرّيات الأفراد المُجرّدين من أيّ سلطة أمام جهة الإدارة التي تتمتع بالسلطات الواسعة وتمتلك من الوسائل الكفيلة بتنفيذ قراراتها وإجراءاتها تجاه الأفراد ممّا قد يدفعها إلى التعسّف في استخدام هذه السُلطات أو إساءة استعمالها، ممّا يؤكّد أهمّية وجود ضمانات يَستند إليها الأفراد لتلافي هذه الأخطار. وتبعاً لذلك فقد تنوّعت صور الرقابة على أعمال الإدارة، وسواء أكانت رقابة داخلية تقوم بها الإدارة نفسها عن طريق سحب أو إلغاء أو تعديل قراراتها غير المشروعة والمخالفة للقانون⁽¹⁾،

(1) - من الجدير بالذكر في هذا المقام التنبيه على ما ورد على لسان المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات فيما يُخصّ التفرقة بين القوانين والفرق بينها وبين القرارات، حيث قضت المحكمة بقولها: 2 - لمّا كان من المقرّر طبقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية والمبادئ الدستورية العامّة وأسس النظام القانوني على سواء أنّ الأصل أنّ القوانين وما في حكمها لا تكون نافذة بمجرد إصدارها، وإنّما يتعيّن إبلاغها إلى الكافّة وحملها إلى علمهم حتى يوافقوا مسلّهم عليها، ذلك أنّه لا تكليف إلاّ بمعلوم، فلا يجوز الاحتجاج بالتشريع على المخاطبين بأحكامه ولا ينتج أثره في حقّهم إلاّ من تاريخ نشر إعلانهم به أو علمهم بمضمونه حتى لا يلزمون بأمر لم يكن لهم سبيل إلى العلم بها، وهو ما يتنافى مع مبادئ العدالة والمشروعية ووجوب حماية الحقوق المكتسبة، وما يقتضيه الصالح العام من استقرار معاملات الأفراد والمحافظة على عوامل الثقة والإطمئنان على حقوقهم، لذلك فإنّ القوانين وما في حكمها، الأصل فيها ألاّ تكن ذات أثر رجعي فلا ينعطف أثرها على الماضي ولا تنطبق على الوقائع السابقة عليها، وكان المرسوم الاتحادي رقم 41 لسنة 2002 م، في شأن تشكيل لجنة وزارية للنظر في مخالفات السفن التي تنتهك قرارات مجلس الأمن المتعلّقة بالحظر المفروض على العراق - والصادر من سمو رئيس الدولة

وهي غير كافية لحماية حقوق الافراد، أو رقابةً خارجيةً تتمثل بالرقابة القضائية التي تعدُّ من أكثر الوسائل حمايةً لمبدأ المشروعية والدفاع عن الحقوق والحريات العامة، خاصّةً إذا ما توافرت للقضاء الضمانات الضرورية التي تكفل له الاستقلال في أداء وظيفته.

ولمّا كانت الإدارة في اتّصال مستمرٍ مع الأفراد فقد يؤدي ذلك الى ارتكاب الإدارة بعض الأخطاء عندما تصدر قراراتها دون رويةٍ أو على عجل ، وهذه الأخطاء قد تؤدي إلى الإضرار بهم والاعتداء على حقوقهم، ومن مقتضيات العدالة ومقوماتها أن تخضع الإدارة لحكم القانون وأن تكون كلمة القانون هي العليا، ولا بدّ لذلك من تنظيم رقابة قضائية على أعمال الإدارة تضمن سيادة حكم القانون.

وإساقاً لما تقدّم ذكره، فقد مارس القضاء الإماراتي رقابته القضائية على أعمال

في 3/7/2002م - والذي لم ينشر في الجريدة الرسمية حتى تاريخ إقبال باب المرافعة في الدعوى الماثلة - قد تضمّن تشكيل لجنة وزارية برئاسة وزير الدولة للشؤون الخارجية وعضوية وزراء المواصلات والداخلية والنفط والثروة المعدنية والعدل، يكون اختصاصها الإشراف والتنسيق بين الجهات المختصة بالدولة لتنفيذ قرارات مجلس الأمن المتعلّقة بانتهاك السفن للحظر الدولي على العراق، والإشراف على مصادرة السفن وحمولتها من النفط أو أيّ بضائع أخرى، وإحالة عائدات بيع الحمولات لسكرتارية الأمم المتّحدة لإيداعها في حساب خاص بها ... وأنّه يعمل بهذا المرسوم من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية، بما مؤداه اختصاص هذه اللجنة ولائياً بالفصل في الأمور السالف بيانها من تاريخ نشر المرسوم المُشار إليه في الجريدة الرسمية، وهو ما لم يتحقّق حتى تاريخ إقبال باب المرافعة في الدعوى، ومن ثمّ تختصّ بنظرها "محكمة أبو ظبي الابتدائية". المحكمة الاتحادية العليا -الأحكام المدنية والتجارية -الطعن رقم 396 - لسنة 29 قضائية - تاريخ الجلسة 29-4-2008م.

الإدارة من خلال دعوى الإلغاء، ودعوى التعويض، ودعوى التأديب، لكن قضاء الإلغاء أو دعوى الإلغاء، هو من أبرز المجالات التي طوّرها القضاء الاتحادي في دولة الإمارات. هذا وقد تعرّضت المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات العربية لتعريف محدّد للقرار الإداري، حيث عرّفته بأنّه: "إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة وفقاً لما تقتضيه أحكام القانون من إنشاء مركز قانوني أو إلغاؤه أو تعديله، وذلك بقصد تسيير مرفقٍ عام"⁽¹⁾. واستناداً إلى هذا التعريف، فإنّ المحكمة أرسّت عدّة مبادئ قانونية اعتبرت فيها أنّ القرار الإداري تَصرّف قانوني من جانبٍ واحد، وأنّه يشترط لصحّته أن يكون مستنداً إلى سبب مشروع يبرّره، وصادراً من المرجع المختصّ ضمن الصلاحيات المقرّرة له قانوناً، ومُبرراً من عيب التعسّف أو الشّطط في استعمال السّلطة، وأنّه يخضع لرقابة القضاء، وأنّه يتميّز عن أعمال السيادة التي تصدر عن سلطة الحكم في نطاق وظيفتها السياسية كما يتميّز كذلك عن الأعمال المادية أو الإجراءات التمهيدية السابقة على صدور القرارات.

وتُعَدُّ قرارات الإدارة باطلةً إذا شابها أحد أوجه البطلان الشكلية (المطلب الأول) أو الموضوعية (المطلب الثاني) والتي سنسوق عليها بعض الأمثلة من قضاء المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات العربية المتّحدة ومنها:

(1) - حكم المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية في الطعن رقم 2 لسنة 2 القضائية، عليا في جلسة 9 من يونيو 1975م، مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا خلال الفترة ما بين 1975م إلى 2005 م، ص 10. وأيضاً حكم المحكمة الاتحادية العليا الصادر في 30/9/2015م، المتعلّق بالطعن رقم 31 لسنة 2015م إداري.

المطلب الأول

((العيوب الشكلية))

الفرع الأول

عيب الشكل

الأصل أنّ الإدارة غيرُ مقيّدة بإصدار قراراتها الفردية بشكلٍ معيّن، إلّا إذا نصّ القانون على شكلٍ معيّن، كما يجوز أن تصدر تلك القرارات كتاباً أو شفاهةً، إلّا إذا تطلّب القانون صدورها كتاباً. وهذا الأمر أكّدته المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات حينما أقرّت في أحد أحكامها بأنّه: "... لا يشترط في القرار الإداري أن يصدر في شكلٍ معيّن، أو وضعيّة محدّدة، وإنّما يكفي أن يصدر عن المرجع المختصّ بإصداره، ضمن الحدود والصلاحيات المقرّرة له قانوناً، وأن يكون مستوفياً لمقوّمات القرار الإداري..."⁽¹⁾.

(1) - الطعن رقم 146 لسنة 6 قضائية عليا، مدني - جلسة 1985/11/13م. كما يُعرّف الدكتور "الطمّاوي سليمان محمد" عيب الشكل بأنّه: "عدم احترام القواعد الإجرائية أو الشكلية المقرّرة في القوانين واللوائح لإصدار القرارات الإدارية، سواء كان ذلك بإهمال تلك القواعد كليةً أو بمخالفتها جزئياً". وقواعد الشكل لها من الأهمية بمكان، إذ أنّ الغاية منها حماية المصلحة العامّة ومصلحة الأفراد بحيث يتم تجنب جهة الإدارة مواطن الزلل والتسرّع ومنحها الفرصة للترويّ فنقل بذلك القرارات السريعة والطائشة. الطمّاوي سليمان محمد، الوجيز في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، 1974م، ص416.

الفرع الثاني

عيب عدم الاختصاص (عيب شكلي

يعتبر عيب عدم الاختصاص، من العيوب الجوهرية التي تلحق القرار الإداري، ويتمثل هذا العيب في صدور القرار عن جهة إدارية غير مختصة قانوناً بإصداره، وبمعنى آخر، فإنَّ الاختصاص يعني صلاحية قانونية لموظفٍ معيَّن أو لجهة إدارية محدَّدة في اتخاذ قرارٍ إداري ما، تعبيراً عن إرادة الإدارة. هذا وقد أرست المحكمة الاتحادية العليا عدَّة مبادئ في مجال عيب عدم الاختصاص من بينها: ".... من المقرَّر في قواعد القضاء الإداري، أنَّه لا يشترط في القرار الإداري أن يصدر في شكلٍ معيَّن أو صيغةٍ محدَّدة، وإنَّما يكفي أن يصدر عن المرجع المختصَّ بإصداره ضمن الحدود والصلاحيات المقرَّرة له قانوناً وأنَّ يكون مستوفياً لمقوماته..."⁽¹⁾.

(1) - الطعن رقم 258 لسنة 24 قضائية عليا، مدني، جلسة 1993/6/15م.

المطلب الثاني

((العيوب الموضوعية))

الفرع الأول

عيب المحل (عيب مخالفة القانون - عيب موضوعي)

يقصد بمحلّ القرار هو الأثر القانوني الذي يربّته أو يُحدثه في المراكز القانونية العامّة (اللوائح)، أو في المراكز القانونية الخاصّة (الفردية). ويقصد بعيب المحلّ أو عيب مخالفة القانون بمعناه الواسع مخالفة كلّ قاعدة قانونية تفترض احترامها من قبل السّلطة الإدارية تطبيقاً لمبدأ المشروعية وسواءً كانت القاعدة القانونية مكتوبةً أو غير مكتوبة. ويعتبر عيب المحل من أهمّ أوجه الإلغاء وأكثرها وقوعاً من الناحية العملية، ورقابة القضاء على هذا العيب تنصّب على جوهر القرار وموضوعه لتكشف عن مطابقته أو مخالفته للقانون. وصور مخالفة القانون إمّا أن تكون على شكل المخالفة المباشرة للقاعدة القانونية من حيث موضوعها، أو الخطأ في تفسيرها أو تأويلها، أو الخطأ في تطبيقها. ومن ناحيةٍ أخرى، فقد حدّدت المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات مفهوم القانون بقولها: "المراد بكلمة القانون الذي تراقب المحكمة الاتحادية العليا صحّة تطبيقه، وتتواتر على توحيد فهمه، هو القانون بمعناه الأعمّ، أي أعمال التشريع من القوانين، كالتشريعات الفرعية التي تصدرها إدارات السّلطة التنفيذية، ومنها القرارات التي تصدر بقصد

تنظيم العمل بها، وكذلك القرارات التي تصدر بقصد تنظيم تفاصيل التشريع العادي"⁽¹⁾.

(1) - حكم المحكمة الاتحادية في دولة الإمارات العربية - الطعن رقم 42 لسنة 28 إداري - جلسة 15 / 4 / 2009م. مرجع مشار إليه لدى: شحاده موسى مصطفى، القانون الإداري في دولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 293 - 294.

الفرع الثاني

عيب السبب (عيب موضوعي)

عبرت المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات العربية عن عيب السبب في القرار الإداري قائلةً أنّ: "سبب القرار الإداري هو مجموعة العناصر الواقعية أو القانونية التي تسمح للإدارة بالتصرف واتخاذ القرار، فهو مبرر صدوره"⁽¹⁾. كما أكدت في حكمٍ آخر لها أنّ: "المقرّر في قضاء هذه المحكمة، أنّ سبب القرار الإداري هو مجموعة العناصر الواقعية أو القانونية التي تحمل الإدارة إلى إصدار قرارها، وأنّ هذا السبب يجب أن يكون مشروعاً، بمعنى أن يكون متوافقاً مع القانون شكلاً وموضوعاً، وإلا كان القرار معيباً"⁽²⁾. كما قرّرت المحكمة الاتحادية العليا في

(1) - حكم المحكمة الاتحادية العليا، المتعلّق بالطعن رقم 772، جلسة 19 / 12 / 2004م. كما قرّرت المحكمة الاتحادية العليا في ذات الحكم بوجوب: "أن يكون القرار مشروعاً، وتبحث مشروعية القرار الإداري على أساس الأحكام القانونية المعمول بها عند صدوره، ورقابة القضاء لصحة الحالة الواقعية أو القانونية التي تُكوّن ركن السبب تجذّ حدها الطبيعي في التحقّق ممّا إذا كانت النتيجة التي إنتهى إليها القرار مستخلصةً إستخلاصاً سائغاً من أصولٍ موجودةٍ تنتجها مادياً أو قانونياً وإلا فقدّ القرار ركن السبب.

(2) - حكم المحكمة الاتحادية العليا، المتعلّق بالطعن رقم 127، جلسة 20 / 10 / 2010م. كما عرّفت المحكمة الاتحادية العليا السبب في الطعن رقم 511 لسنة 29 إداري بقولها: "ويجب أن يقوم القرار على سببٍ يبرره، وهو الحالة الواقعية أو القانونية لدى مُتخذِ القرار، التي تدفع الإدارة إلى اتخاذ القرار، وهذا السبب ليس عنصراً شخصياً أو نفسياً وإنما هو عنصر موضوعي خارجي من شأنه أن يُبرّر صدور القرار، وضرورة وجوده - السبب - يُعدّ ضماناً ضدّ اتّباع الإدارة الهوى فيما تتّخذُه من قرارات، غالباً ما تمسُّ بها حقوق وحريّات الأفراد...". الطعن رقم 511 لسنة 29 إداري، حكم المحكمة الاتحادية العليا جلسة 15/4/2009 إداري.

حكمٍ آخر لها، قائلة: "سار قضاء هذه المحكمة كذلك على أن سبب القرار الإداري هو مجموعة العناصر الواقعية أو القانونية التي تحمل الإدارة على إصدار قرارها على النحو الذي صدر به، وأن هذا السبب يجب أن يكون مشروعاً أي مُتوافقاً مع القانون شكلاً وموضوعاً، وإلا كان القرار باطلاً"⁽¹⁾.

إذاً، ومن خلال تعريف المحكمة الاتحادية العليا في أحكامها لسبب القرار الإداري الصادر، فقد أوضحت مفهومه بأنّه: الحالة الواقعية أو القانونية التي تدفع الإدارة إلى إصدار القرار، فهو إذاً المبرّر أو الدافع إلى اتخاذ القرار الإداري⁽²⁾.

(1) - حكم المحكمة الاتحادية العليا، المتعلّق بالطعن رقم 1، جلسة 22 / 4 / 2015م.

(2) - في هذا الشأن قضت المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات العربية فيما يتعلّق في القرار الإداري الخالي من ذكر أسبابه، أن يكون مستند في الواقع لسببٍ صحيحٍ يبرّر إصداره، حيث أشارت في حكمها في قضية نظرتها إلى ضرورة استناد القرار إلى سببٍ صحيحٍ يستوجب إصداره حيث ذهبت في بعض أحكامها إلى أنّه: "حيث إنّ الوقائع على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن تتحصّل في أنّ الطاعنة أقامت الدعوى رقم... لسنة 2014 إداري كلي أبو ظبي طالبة إلغاء قرار المطعون ضدها بإيقاف نشاطها عن تنظيم الحج والعمرة لموسمين مُتتابعين، وفرض غرامة مالية عليها، وقالت شرحاً لدعواها أنّ الهيئة العامة للشؤون الإسلامية والأوقاف فرضت عليها غرامة ووقف نشاطها عن موسمين متتابعين في شأن تنظيم الحج والعمرة تأسيساً على أنّها تجاوزت عدد الحجاج المسموح به في موسم سنة 2013م، وعدم إبرام عقود نظامية مع بعضهم، وعدم اعتماد سكن بمكّة المكرمة إضافة إلى سوء الإدارة ومخالفة الشروط والتعليمات وهي مخالفات لا أساس لها في الواقع، ومن ثمّ يكون القرار المطعون فيه فاقداً للمشروعية لسببه، ومن ثمّ كانت الدعوى، ومحكمة أول درجة قضت بجلسة 2014/4/30م، برفض الدعوى استأنفت الطاعنة هذا القضاء بالاستئناف رقم 101 لسنة 2014م، ومحكمة أبو ظبي الاتحادية الاستئنافية قضت بالتأييد، طعن الطاعنة في هذا الحكم بطريق النقض برقم 519 لسنة 2014م، والمحكمة الاتحادية العليا قضت في 2015/6/24 م،

بنقض الحكم المطعون فيه تأسيساً على ما شاب الحكم المطعون فيه من قصور بعدم الرد على دفاع الطاعن من أن المطعون ضدها فرضت عليه الغرامات ومنعها المؤقت من مزاوله نشاطها بناءً على قانون طبيته بأثر رجعي، وإذ عاودت الدعوى سيرها أمام محكمة الإحالة، فقد قضت في 2015/12/31م، بالتأييد، فكان الطعن المطروح الذي عرض على هذه المحكمة في غرفة مشورة فرأت الدائرة جدارة نظره في جلسة، فتمّ نظره على النحو المبين بمحاضر الجلسات وتحددت جلسة اليوم للنطق بالحكم. وحيث إنَّ الطعن أُقيم على أربعة أسباب تتعنى الطاعنة بالأول والثالث والرابع منها على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وتأويله والقصور في التسبب والإخلال بحق الدفاع ومخالفة الثابت في الأوراق، إذ قضى بمشروعية القرار المطعون فيه حال أنه لم يبسط رقابته القضائية على صِحَّة الرجوع المادي للوقائع التي استندت عليها الإدارة في قرارها وقد اعتمدت في حرمان الطاعنة من نشاطها عن موسمين للحج مع فرض غرامة على شكاوى لم تبتَّ المحكمة في مدى مصداقيتها خصوصاً وأنَّ ما تضمنته كانت مجرد أقوال مرسلة وهو ما يؤكِّد عدم قيام السبب المبني عليه القرار مما يعيب الحكم ويتوجب نقضه..... وحيث إنَّ هذا النعي في غير محله ذلك أنَّ من المقرَّر في القانون وما جرى به قضاء هذه المحكمة أنَّ مبدأ عدم رجعية القانون أو عدم سريانه على الماضي مؤداه أن يسري القانون بأثرٍ مباشرٍ على ما وقع بعد تاريخ نفاذه، ويكون ذا أثرٍ رجعي إذا ما نشأ أو إنقضى من مراكز رتبها القانون السابق على وقائع تمت وانتهت في ظلِّه، ولمَّا كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه المؤيِّد للحكم الابتدائي قد أقام قضاءه على أنَّ المطعون ضدها فرضت الغرامات على الطاعنة وما إرتبط بها من منع مزاوله نشاطها في تنظيم الحج والعمرة على مقتضيات القرار الوزاري رقم 39 لسنة 2006م، وتعديلاته والمتعلِّق بشأن نظام مزاوله مهنة مقاولي الحج والعمرة، وكانت هذه المقتضيات تنصُّ بصفةٍ تفصيليةٍ على العقوبات التي أثبتتها لجنة الحج في مواجهة المطعون ضدها بمحضر رسمي، وكان القراران 30 و 31 لسنة 2013م لا يغيران من طبيعة المخالفات المنصوص عليها في القرار 39 /2006م، وأنَّ فرض الغرامة الوارد النص عليها في القرار 30 /2013م، وهي أقلُّ من الغرامة المقرَّرة بالقرار الصادر سنة 2006م، لا يمكن اعتباره تطبيقاً للقانون بأثرٍ رجعي وتبعاً لذلك يضحى ما أثارته الطاعنة في هذا الخصوص على غير أساس. وحيث إنَّه ولما تقدَّم يتعيَّن رفض الطعن.

الفرع الثالث

عيب الغاية (عيب موضوعي)

يُعرّف الدكتور (نواف كنعان) ركن أو عيب الغاية في القرار الإداري بقوله: "إنَّ الغاية، هي الهدف الذي تسعى الإدارة إلى تحقيقه بإصدار القرار، والأصل أنْ تبتغي فيه الإدارة المصلحة العامّة، وهي الغاية التي يستهدفها القرار الإداري، وإلّا كان معيباً في غايته، حيث أنّ السُّلطات التي تتمتع بها الإدارة ما هي إلا وسائل لتحقيق غايةٍ هامّة، وهي المصلحة العامّة. فالقرار الإداري الذي تستهدف الإدارة من إصداره تحقيق مصلحةٍ خاصةٍ لمصدّره أو لغيره بناءً على طلبه، أو الإضرار بشخصٍ لحدِّ شخصي يُعتبر معيباً في غايته"⁽¹⁾. من هنا يتّضح لنا جلياً بعض صور عيب الغاية المتعلّق بالقرار الإداري ومنها: استعمال السُّلطة لتحقيق نفعٍ شخصي، أو مباشرة السُّلطة بقصد الانتقام أو الإضرار بالغير، أو إستهداف أغراض سياسية بعيدة عن المصلحة العامّة، أو مخالفة تخصيص الأهداف.

ومن اجتهادات المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات فيما يتعلّق بعيب الغاية في القرار الإداري ما صدر عنها بقولها: "... لمحكمة الموضوع سلطة

(1) - نواف كنعان، مبادئ القانون الإداري وتطبيقاته في دولة الإمارات العربية المتّحدة (دراسة مقارنة)، جامعة الإمارات، 2012م. مرجع مشار إليه لدى: النقبي فوزية يوسف خلف محمد، نظرية التحوّل في القرارات الإدارية في ضوء أحكام المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات العربية المتّحدة، إصدارات أكاديمية شرطة دبي، 2015م، ص 97.

مراقبة صدور - القرار الإداري - مبرئاً من عيب التّعسف أو الانحراف، ولا رقابة عليها من محكمة النقض ما دام استخلاصها سائغاً وقائماً على أسبابٍ كافيةٍ لحمله...»⁽¹⁾.

وعلى صعيد القضاء المحلي، نجد أنّ الاختصاص بنظر المنازعات الإدارية ينعقد للمحاكم المحلية وهي المنازعات التي تكون السُلطة الإدارية المحلية في إحدى الإمارات طرفاً فيها، حيث يختصُّ بنظرها القضاء المحلي في الإمارة التي وقع بها النزاع على سندٍ مرده المادة 104 من الدستور الاتحادي لدولة الإمارات العربية والتي تنصُّ على أن: "تتولى الهيئات القضائية المحلية في كلّ إمارة جميع المسائل القضائية التي لم يُعهد بها للقضاء الاتحادي بمقتضى أحكام هذا الدستور".

وبعد أن تحدّثنا في المبحث الأول من هذا الفصل عن القرارات الإدارية، التي تطرّقنا فيها إلى تعريف المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات لمفهوم القرار الإداري، مع تدعيم ذلك ببعض الشواهد من الأحكام القضائية والطعون الصادرة عن المحكمة في ذات الخصوص. وتضمّن هذا المبحث العيوب بنوعها الشكلي والموضوعي التي قد تصيب القرار الإداري فتجعله قراراً معيباً. سوف نتعرّض

(1) - الطعن رقم 89 لسنة 21 قضائية، عليا مدني، جلسة 2001/2/21م. وفي قضاءٍ آخر قالت المحكمة: "... من المقرّر أنّ تقدير مدى التّعسف في إنهاء الخدمة من سلطة محكمة الموضوع متى قام حكمها على أسبابٍ سائغةٍ لها سندها من الأوراق...". الطعن رقم 293 لسنة 24 قضائية، عليا مدني، جلسة 2004/6/6 م.

بالحديث في المبحث الثاني من هذا الفصل للعقود الإدارية وما هي طبيعة المركز القانوني لجهة الإدارة أثناء إبرامها العقود وبحسب ما إذا كانت سلطة عامة أم فرداً من الأفراد، حيث يختص القضاء الإداري بنظر المنازعات في الحالة الأولى، أمّا في الحالة الثانية وهي التي تكون فيها الإدارة فرداً من الأفراد الطبيعيين، فيختص القضاء العادي بنظر المنازعات التي قد تثور بينها وبين الأفراد، وسندكر بعضاً من النصوص القانونية التي أقرتها المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات العربية المتحدة في هذا الخصوص مع الإستشهاد ببعض الأحكام القضائية الصادرة عن ذات المحكمة وذلك في المبحث الثاني والذي هو بعنوان العقود الإدارية.

المبادئ القضائية المقررة في مجال القرارات الإدارية :

1. أن القرار الإداري الفردي الذي يصدر نفاذاً للائحة ما يجب ان يعمل في اطارها، وألا يخرج عن الحدود والقيود التي وضعتها تلك اللائحة باعتبارها التشريع الذي صدر القرار الفردي بالتطبيق لأحكامه .
2. ان القرار الإداري هو افصاح الإدارة عن ارادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد احداث مركز قانوني معين متى كان ممكناً وجائزاً قانوناً وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة .
3. وجوب صدور القرار الإداري عن الهيئة التي حددها المشرع أي الجهة المختصة باصداره والمتمتع بالصلاحيات القانونية للتعبير عن إرادة الدولة في اطار

الحدود التي يبينها القانون .

4. اختلاف القرار الإداري عن العمل المادي الذي لا يرتب بذاته أي اثر قانوني ،ولا ينطوي على خصائص القرار الإداري ، والمتمثلة في قدرته على انشاء حالة قانونية معينة يتفرع عنها مركز ذاتي ،ويترتب عليه نشوء وضع يتعلق به حق لذي الشأن فيه ويحظر على الإدارة المساس به او سحبه .

5. التسليم بادراج طائفة القرارات الصادرة عن القضاء بما له من صفة ولائية في عداد الاعمال الإدارية ، ومن هنا فانه يجوز للقاضي الرجوع فيها او تعديلها او سحبها مع مراعاة الشروط المقررة قانونا في ذلك .

6. التسليم بمبدأ رقابة القضاء على القرارات الإدارية لحماية المتعاقدين مع الإدارة مما قد يشوبها من أوجه التعسف او المخالفة للقانون .

المبحث الثاني

العقود الإدارية

تقوم الإدارة بِجُمْلَةٍ من التصرفات القانونية وتقصّد بها إلى إحداث آثارٍ قانونيةٍ معيّنة، وتكون إمّا من جانبٍ واحدٍ وبإرادتها المنفردة وتشمل القرارات والأوامر الإدارية، أو تتمثّل بالأعمال القانونية الصادرة عن الإدارة بالإشتراك مع بعض الأفراد بحيث تتوافق الإرادتان وتتّجهان نحو إحداث أثرٍ قانوني معيّن وعادةً ما تلجأ الإدارة إلى هذا الأسلوب لتحقيق هدفها في إشباع الحاجات العامّة⁽¹⁾.

(1) - في دولة الإمارات العربية، حدّدت المادة (1) فقرة (ب) من قرار وزير المالية رقم (20) لسنة 2000م، بشأن نظام عقود الإدارة بضرورة أخذ رأي وموافقة وزارة المالية والصناعة قبل أن تقوم الوزارات والجهات الحكومية الاتحادية بعمليات شراء أو إستيراد المواد أو إجراء مقاولات الأعمال أو تنفيذ الأشغال أو تقديم الخدمات ... وذلك في حدود مليون درهم، كما نصّت المادة (2) من نفس القرار على أن تُحال مشاريع العقود التي تقل قيمتها عن خمسمائة ألف درهم أو أوامر التوريد أو أوامر التكليف بالأعمال الواردة في الفقرة (ب) من المادة (1) سابقة الذكر قبل إبرامها إلى وزارة المالية والصناعة، إدارة المشتريات بغرض رقابتها المسبقة والموافقة عليها. وفي الحالات التي لا يحترم فيها هذا الشرط، فإنّ العقد الذي يبرم بدون هذا الإنن يُعتبر باطلاً بطلاناً مُطلقاً. هذا وقد حدّد المشرّع السُلطات المختصة بإبرام العقود الإدارية على النحو التالي: 1- إدارة المشتريات بوزارة المالية والصناعة فيما يتعلّق بشراء أو إستيراد المواد أو إجراء مقاولات الأعمال أو تنفيذ الأشغال أو تقديم الخدمات أو إبرام عقود الإدارة الأخرى غير تلك التي تدخل في اختصاصات اللّجنة الدائمة للمشروعات (مادة 1 فقرة أ) من القرار الوزاري رقم (20) لسنة 2000م، بشأن نظام عقود الإدارة. 2- الوزارات والجهات الحكومية الاتحادية فيما يتعلّق بعمليات شراء أو إستيراد المواد أو إجراء المقاولات أو تنفيذ الأشغال أو تقديم الخدمات أو إبرام عقود الإدارة الأخرى وذلك في حد مليون درهم.

والعقود التي تبرمها الإدارة تنقسم إلى نوعين رئيسيين أولهما العقود الإدارية ويحكمها القانون العام الذي يعطي للإدارة امتيازات كثيرة تتجلى بعض صورها في القانون الإداري، وثانيهما العقود العادية التي يحكمها القانون الخاص، لذا فإنّ تميّز العقد الإداري وتحديده عن غيره من العقود من الأمور المهمّة.

وإذا ما رجعنا لتعريف المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات العربية لمفهوم العقد الإداري، فقد كانت أكثر توضيحاً له، حيث قرّرت في أحد أحكامها بأنّ العقد الإداري هو: "لما كان من المقرّر وعلى ما استقر عليه الفقه والقضاء الإداري الحديث أنّ العقد الإداري يقوم على عنصرين: أحدهما ثابت وهو المعيار العضوي، بأن يكون أحد أطراف العقد شخصاً من أشخاص القانون العام، وعنصر آخر متغيّر أو ما يسمى بالعنصر التعاقبي أو التخييري، وهو احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة، أو إشراك المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ المرفق العام، فتوافر أحدهما يُسبغ الصفة الإدارية على العقد وتضحي قواعده هي الواجبة التطبيق على المتعاقدين"⁽¹⁾.

وجدير بالذكر في هذا الخصوص أن العقود الإدارية في دولة الإمارات تُبرم بواسطة الحكومة الاتحادية أو بواسطة حكومات الإمارات المختلفة. فأماً بالنسبة للعقود المبرمة بواسطة الحكومة الاتحادية فهي تخضع كقاعدة عامّة لرقابة ديوان

(1) - حكم المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات العربية المتعلّق بالطعنين 483 و486 لسنة 2013م إداري، جلسة 29 / 1 / 2014م.

المحاسبية⁽¹⁾، وذلك إذا بلغت قيمة العقد 500 ألف درهم فأكثر. أمّا بالنسبة للعقود المبرمة من قبل الحكومات المحلية في الإمارات المختلفة، فيمكن للديوان وبناءً

(1) - تمّ إنشاء ديوان المحاسبة في دولة الإمارات العربية المتّحدة بموجب القانون الاتحادي رقم 7 لسنة 1976م، ويقوم ديوان المحاسبة بوضع نتائج رقابته على الجهات الخاضعة للرقابة في شكل تقارير دورية تتضمّن ملاحظاته وطلباته بشأنها، وتُبلّغ بها الجهات المعنية، كما أنّ: «هناك تقارير مبدئية بالنتائج التي أسفرت عنها عمليات الرقابة، ترسل إلى الوزراء المختصين ورؤساء الجهات الخاضعة للرقابة، وعلى هذه الجهات موافاة الديوان برودها على ملاحظاته، وأنّ تلبية طلباته، وتتخذ الإجراءات اللازمة لتلافي أوجه القصور ومعالجة الأخطاء وتحصيل المبالغ الضائعة أو التي صُرفت بغير حقّ أو التي إستحقت وأهمل في تحصيلها، خلال شهر من تاريخ إبلاغها». وتصدر عن الديوان كذلك تقارير نهائية للجهات الخاضعة لرقابته كإفّة، بما في ذلك تقرير مشروع الحساب الختامي العام للدولة، الذي تعرض فيه الملاحظات وأوجه الخلاف التي تقع بين الديوان والجهة المعنية. ويتضمّن رأي الديوان في المركز المالي الحقيقي للدولة، ويُرسل هذا التقرير إلى وزارة المالية في موعدٍ لا يتجاوز شهراً من تاريخ ورود الحساب الختامي كاملاً للديوان، وتُرفع نسخة منه إلى كلّ من مجلس الوزراء والمجلس الوطني الاتحادي. كما يُعدّ تقارير نهائية بنتائج تدقيق الميزانيات ومشروعات القوائم المالية والحسابات الختامية للهيئات والمؤسسات والشركات الخاضعة للرقابة، وترسل إلى الجّهات الخاضعة لرقابة الديوان، لتكون تحت نظر السُلطة المختصة بإعتماد القوائم المالية والحسابات الختامية قبل الموعد المحدّد لذلك بـ 30 يوماً، ويتم إرسال نسخة منها إلى كلّ من مجلس الوزراء والمجلس الوطني الاتحادي. كما أكّدت على أهمية إنشاء هذا الجهاز الرقابي المادة 136 من الدستور الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتّحدة حيث نصّت هذه المادة على ما يلي: "يعتبر الديوان مؤسسة دستورية مستقلة تُعنى بالرقابة على أموال الحكومة الاتحادية. ويعمل ديوان المحاسبة نيابةً عن الدولة للتأكد من كفاءة النظام المالي في الجهات التابعة للحكومة الاتحادية، لضمان حسن استخدام المال العام، وتحسين أداء الخدمات الحكومية، من خلال الرقابة على الأموال العامّة وعلى كلّ جهةٍ لها صلةً بالمال العام، وتهدف رقابة الديوان إلى التحقّق من مشروعية وسلامة إدارة تلك الأموال، وفق الأنظمة والقوانين المعمول بها في الحكومة الاتحادية، بما يتوافق مع معايير التدقيق والمراجعة المتعلقة بمؤسّسات القطاع الحكومي".

على طلبٍ مكتوبٍ من حاكم الإمارة أن يمارس ذات الرقابة على عقود الحكومة المحلية في الإمارة.

هذا وقد أوكل المشرّع الاتحادي في دولة الإمارات للمحاكم نظر سائر المنازعات الإدارية التي لم يُصنّفها تحت حصر، وهو الأمر الذي أكّده المحكمة الاتحادية العليا قائلةً إنّ: "من المقرّر في قضاء هذه المحكمة أنّ تقدير توافر الشروط التعسّفية والالتزام المرهق في العقد الإداري⁽¹⁾ من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع دون رقابةٍ عليها من المحكمة العليا متى كان تقديرها سائغاً وله أصله الثابت بالأوراق ولا يخالف القانون"⁽²⁾.

ويلاحظ على المشرّع الاتحادي في دولة الإمارات أنّه وضع قيوداً وشروطاً على حرّية الإدارة في موضوع العقد، حيث تكون جهة الإدارة مُلزّمةً بهذه الشروط ومقيّدةً لحرّيتها ولا تستطيع الخروج عليها ومخالفة قواعدها، حفاظاً على المال العام وتماشياً مع اعتبارات المصلحة العامّة، ويمكن تلخيص هذه الشّروط أو القيود فيما

(1) - نصّت المادة (93) من القرار الوزاري (20) لسنة 2000م بشأن نظام عقود الإدارة على هذه النظرية بقولها: "إذا طرأت ظروف أو حوادث استثنائية عامّة لم يكن في الوسع توقّعها وترتّب على حدوثها أن تنفيذ الأشغال وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً بحيث يعرّضه لخسارة فادحةٍ وجب على المقاول الإستمرار في التنفيذ، وله الحقُّ أن يطلب تعويضاً عادلاً، يعرض على اللّجنة الخاصّة بذلك والواردة في المادة (92) من هذا القرار والخاصة بالإعفاء من غرامة التأخير".

(2) - حكم المحكمة الاتحادية العليا، المتعلّق بالطعنين: 211 و204 لسنة 2014 إداري، جلسة 2014 /10 /29م.

يلي:

أولاً: التزام الإدارة بأن يكون العقد الإداري مكتوباً

ألزم المشرّع في دولة الإمارات العربية المتّحدة الجهة الإدارية بمبدأ الكتابة في العقود الإدارية، وهو ما أسماه بمبدأ ملحقات العقد من شروط ومواصفات وقيود مفروضة على التعاقد في سائر العقود الإدارية، حيث ألزم الجهة الإدارية بضرورة تحرير العقد متضمّناً كافة أركان الاتفاق، مع الإشارة إلى رقم المناقصة التي حُرِرَ على أساسها العقد⁽¹⁾.

وهو الأمر الذي اشترطه أيضاً القانون رقم 6 لسنة 1997م بشأن عقود الدوائر الحكومية في إمارة دبي في المادة الثانية منه، حين نصّت هذه المادة على وجوب كتابة العقد وعرفت العقد الإداري بأنّه: "الصيغة الخطية للاتفاق الذي يُبرم بين الدائرة وأيّ شخصيّة أخرى عامّة أو خاصّة معنوية أو طبيعية مع جميع ملحقاته، بهدف توريد المواد أو تنفيذ الأشغال أو تقديم الخدمات ويشمل ذلك أوامر شراء المواد، وأوامر التكاليف الصادرة للأشغال والخدمات عند قبولها". أمّا المادة 84 من نفس القانون فقد أكّدت على ذات الشرط بضرورة صدور العقود الإدارية مكتوبةً حين أقرّت

(1) - قرار وزير المالية والصناعة بدولة الإمارات العربية المتّحدة رقم 20 لسنة 2000م، بتاريخ 22/2/2000م، المادة 56 حيث نصّت هذه المادة على أن: "تقوم الجهة المعنية بتحرير عقد المورد أو المقاول عند حضوره بعد إبلاغه نتيجة المناقصة...". أمّا المادة (60) من ذات القرار فقد أكّدت على وجوب اعتبار جميع مستندات العقد ومرفقاته، جزءاً لا يتجزأ من العقد ومُتمّمة له وذلك على النحو التالي: "جميع مستندات ومرفقات العقد مكّلة ومُتمّمة له".

أن: "يصدر مدير دائرة المالية الصيغة النموذجية لكافة العقود الواردة في هذا القانون، والشروط العامّة لها بما يتّفق مع أحكامه، وتلتزم جميع الدوائر بهذه الصيغة والشروط".

ثانياً: الجهة المخوّلة بإبرام العقد وأسلوب إبرام التعاقد

في دولة الإمارات العربية المتّحدة نجد أنّ الإدارة هي التي تضع وتهيئ التصاميم والخرائط والمخطّطات والمواصفات، ويقوم المتعاقد معها بالتنفيذ، فالإدارة ملزمةً بتهيئة التصاميم وجداول الكميات والخرائط وغير ذلك مما هو ضروري للتنفيذ، وهو الأمر الذي أكّده القرار الوزاري رقم 20 لسنة 2000م، بشأن نظام عقود الإدارة في المادة الأولى منه حين نصّ على أنّ تقوم إدارة المشتريات بوزارة المالية والصناعة بشراء أو استيراد المواد، أو إجراء مقاولات الأعمال⁽¹⁾، أو تنفيذ

(1) - عقد المقولة في دولة الإمارات العربية المتّحدة يُنظّمه قرار وزير المالية والصناعة رقم 20 لسنة 2000م بشأن نظام عقود الإدارة، إلا أنّه يكثر أنّ نجد القضاء يخرج عقد المقولة (من زمرة العقود الإدارية، على الرغم من كون الإدارة طرفاً فيه ويطبق عليه نصوص قانون المعاملات المدنية) بدءاً من المادة 872 وانتهاءً بالمادة 896 من القانون الاتحادي رقم 5 لسنة 1985م في شأن المعاملات المدنية) وهو ما ذهبت إليه المحكمة الاتحادية العليا بقولها إنّ: "من المقرّر وما جرت عليه أحكام هذه المحكمة أنّه يجب على القاضي أن يعطي الدعوى أو الطلب الوصف الحق والتكييف القانوني السليم شريطة تقيده بحقيقة طلبات الخصوم والتزامه الواقعة المنشئة لها وعدم تغيير السبب القانوني الذي يستندون إليه وصولاً للقاعدة القانونية الصحيحة الخاضع لها موضوع النزاع للفصل فيه، لمّا كان ذلك وكان الثابت بالأوراق وبالأخصّ عقود المقولة المبرمة بين المتنازعين من أنّ الطاعنة ((وزارة التربية)) قد أبرمتها بصفتها مالكةً للمشاريع المراد إنشاؤها والمطعون ضدها - كمقاول - ومن ثم استخلصت صيغتها التجارية عن الإدارية ورجّحتها، وهو ما يتناسب والحكم بالفائدة القانونية على المبالغ المستحقّة، وإذ قضى

الأشغال أو تقديم الخدمات، أو إبرام عقود الإدارة الأخرى، وأجاز القانون للوزارات والجهات الحكومية الاتحادية أن تقوم بعمليات شراء واستيراد المواد أو إجراء مقاولات أو تنفيذها وذلك في حدود (1.000.000) مليون درهم، وبعد موافقة وزارة المالية والصناعة على أن تتقيّد بأحكام هذا النظام. وأكّدت المادة رقم 11 من ذات القرار الاتحادي على ضرورة انعدام أيّ مصلحة بين سبب التعاقد ووظيفته، حيث نصّت هذه المادة على ما يلي: "لا يجوز للموظّف أن تكون له مصلحة بالذات أو بالواسطة في أعمال أو مقاولات أو عقود تتّصل بأعمال الوزارة التابع بها، ويُحظر على العاملين بإدارة المشتريات، أو قسم المخازن بوزارة المالية والصناعة الطالبة التقدّم بعطاءات في المناقصة، كما لا يجوز تكليفهم بتنفيذ أعمال أو شراء أصناف منهم سواء مباشرة أو عن طريق منشآت يشاركون في ملكيتها، أو وكلائها، أو يكونون ضمن أعضاء مجلس إدارتها...".

ثالثاً: الحاجة الحقيقية لجهة الإدارة لإبرام العقد

ألزم المشرّع الاتحادي جهة الإدارة بعدم القيام بإبرام عقوداً إدارية⁽¹⁾ إلاّ إذا

الحكم بذلك فإنّه يكون قد وافق صحيح القانون ويكون النعي بهذا الصّدّد على غير أساس متعيّن الرفض". حكم المحكمة الاتحادية العليا، المتعلّق بالطعن رقم 569 - 586 لسنة 2013م مدني، جلسة 18 / 3 / 2014م.

(1) - تُحدّد المادة رقم 125 من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات مفهوم العقد بأنّه: "العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتّب عليه التزام كلّ منهما بما يجب عليه للآخر". أمّا المادة رقم 129 من نفس

استدعت الحاجة لذلك، وهو الأمر الذي نلمسه من نصّ المادة 3 من نظام عقود الإدارة رقم 20 لسنة 2000م، بضرورة تحديد الكميات المطلوب توريدها وعدم الارتباط في حال وجود أصنافٍ مماثلةٍ بالمخازن يمكن الانتفاع منها إلا إذا كانت لا تكفي، ففي هذه الحالة تكون كمّية المشتريات الجديدة بالمقدار الذي يكفي حاجة الاستهلاك ... ويُقدّر الوزير المختصّ حاجة العمل الصّورية...". كما نصّت المادة رقم 5 من القانون رقم 6 لسنة 1997م، بشأن عقود الدوائر الحكومية في إمارة دبي على ذلك بقولها: "يتّم التعاقد في ضوء القواعد والأسس التالية: 1- الحاجة الفعلية لتوريد المواد وتقديم الخدمات".

رابعاً: ضرورة التزام الإدارة بتوافر الاعتماد المالي

يجب قبل البدء في عملية التعاقد أن تتأكّد الإدارة المتعاقدة من توافر الاعتماد المالي اللازم لإبرام العقد ومواجهة الأعباء المالية المترتّبة على ذلك. وقد يكون الاعتماد المالي مرتبطاً بميزانية الدولة مباشرة، وقد يكون مرتبطاً بميزانية إحدى البلديات أو المجالس القروية أو المؤسّسات العامّة. وفي دولة الإمارات العربية

القانون فقد نصّت على الشروط الواجب توافرها وقت إبرام العقد وهي: الأركان اللازمة لانعقاد العقد هي:

- أ- أن يتم تراضي طرفي العقد على العناصر الأساسية.
- ب- أن يكون محلّ العقد شيئاً ممكناً ومعيناً أو قابلاً للتعيين وجائزاً التعامل فيه.
- ت- أن يكون للالتزامات الناشئة عن العقد سبب مشروع. قانون 5 لسنة 1985م، بشأن إصدار قانون المعاملات المدنية، الجريدة الرسمية، العدد 158، السنة الخامسة عشر، بتاريخ 29-12-1985م.

المتحدة أكدت المادة (3) من قرار وزير المالية والصناعة رقم (20) لسنة 2000م، بشأن نظام عقود الإدارة بأنه يجب الارتباط بالمبالغ التقديرية على استمارة طلب الشراء قبل البدء في إجراءات الشراء وفقاً للقواعد المالية الخاصة بمراقبة الارتباط والصرف على بنود الميزانية مع عدم الارتباط والصرف على بنود الميزانية في الحالات التالية:-

- أ- وجود أصناف مماثلة بالمخازن يمكن الانتفاع بها إلا إذا كانت لا تكفي.
 - ب- شراء الأصناف أو إجراء المقاولات في الشهر الأخير من السنة المالية ما لم تستلزمها حاجة العمل الضرورية، ويقدر الوزير المختص حاجة العمل الضرورية. بتعديل بعض أحكام القرار الوزاري رقم (14) لسنة 1978م.
- كما نصت المادة رقم 7 من القانون الاتحادي رقم 7 لسنة 1976م، بشأن إنشاء ديوان المحاسبة على: "ضرورة تحقق الديوان من أن الاعتمادات المخصصة في الميزانية تسمح بالتعاقد وأن جميع الإجراءات الواجب إستيفاؤها قبل التعاقد قد طُبقت وفقاً للأحكام والقواعد المنصوص عليها في القوانين واللوائح، وأن مشروع الاتفاق أو العقد بما حواه من شروط وأحكام يتفق مع القوانين المالية ويؤمن المصلحة المالية للدولة أو الأشخاص المعنوية العامة".

خامساً: التزام جهة الإدارة بأخذ رأي جهة استشارية معينة قبل إبرام العقد

تستلزم بعض قوانين الدولة على جهة الإدارة موافقة جهة استشارية أخرى قبل

إقدامها لإبرام أي من العقود الإدارية، وهو ما يعني في هذا الخصوص إلزامية جهة الإدارة بالرجوع إلى هذه الجهة الاستشارية قبل إبرام التعاقد إذا نصَّ القانون صراحةً على ذلك وإلا كان إجرائها باطلاً ومخالفاً للقانون، وقد يكون رجوع الإدارة إلى هذه الجهة بمثابة التصريح لجهة الإدارة بإمكانية إبرام التعاقد، وهو ما أكّده القوانين في دولة الإمارات العربية المتحدة، حيث جاءت المادة رقم 7 في الفقرة الثالثة من قانون المزادات والمناقصات في إمارة أبو ظبي رقم 4 لسنة 1977م وتعديلاته، للتأكيد بضرورة قيام دائرة الفتوى والتشريع بوزارة العدل بمراجعة شروط المناقصة من الناحية القانونية، إذا زادت قيمة المناقصة التقديرية على 500.000 ألف درهم (خمسمائة ألف درهم).

هذا وقد نصّت المادة رقم 16 من قرار مجلس الوزراء رقم 2 لسنة 1973م في شأن نظام وزارة العدل⁽¹⁾ في دولة الإمارات على اختصاصات حصرية تُناط بها دائرة الفتوى والتشريع وقضايا الدولة في دولة الإمارات، حيث جاءت هذه المادة لتؤكد ما يلي: "تختص إدارة الفتوى والتشريع بإعداد ومراجعة مشروعات القوانين والدراسات والفتاوى وجميع الشؤون القانونية التي تتطلبها حاجة العمل في الوزارات الاتحادية والمحلية....".

(1) - الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة، السنة الثالثة، العدد العاشر، 7/1/1973م، ص 13-26. المجموعة، الجزء الأول، 1971-1976م. ص 489-502. مرجع مشار إليه لدى: عبيد محمد كامل، الرقابة على أعمال الإدارة، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 625.

المبادئ القضائية المقررة في مجال العقود الإدارية:

1. انفراد المحكمة بسلطة تكييف العقود دون تقيد برأي المتقاضيين ، فتستقل بإسباغ الوصف الصحيح عليها طبقاً لأحكام القانون ولو خالفت في ذلك تكييف الخصوم ، لان المحكمة هي وحدها الملزمة بإعمال حكم القانون وتطبيقه تطبيقاً صحيحاً في حدود الوقائع الثابتة والماتلة أمامها .

2. العقد الإداري هو ذلك المبرم بين شخص معنوي من اشخاص القانون العام وبين أحد الافراد ، فضلا عن اتصاله بتسيير مرفق عام ، وبحيث تظهر نية ذلك الشخص المعنوي في الاخذ بشأنه بأسلوب القانون العام من خلال تضمينه شروطاً استثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص .

3. العقود لا تلزم بما ورد فيها من التزامات فحسب بل وأيضاً بما يستتبع الالتزام طبقاً لطبيعتها والغرض المقصود من ورائها في ضوء التعاقد ذاته أو الطريقة التي يتم التنفيذ وفقاً لها .

وهنا نتساءل عن سلطات الإدارة في العقد الإداري، وهل تملك الإدارة سلطة تعديل العقد بالإرادة المنفردة؟ وهل يملك القضاء الاتحادي والمحلي في دولة الإمارات الرقابة على سلطة الإدارة في الإنهاء الفردي للعقد، وإن وجد ذلك، فما هي الأحكام والمبادئ القضائية المقررة في هذا الشأن؟

من خلال هذه التساؤلات المطروحة سوف نلجُ إلى المبحث الثالث من هذا

الفصل والذي سنَتحدَّثُ فيه عن سلطات الإدارة في العقد الإداري الإماراتي وذلك من خلال الآتي.

المبحث الثالث

سلطات الإدارة في العقد الإداري الإماراتي

تخضع سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لرقابة القضاء الإداري سواء تمَّ الإنهاء بإرادتها المنفردة أو نتيجة إخلال المتعاقد بالتزاماته أو بما يسمَّى بالفسخ الجزائي للعقد الإداري، ويعتبر ذلك من الضمانات الأساسية للمتعاقد مع الإدارة ضدَّ تعسفها في الإنهاء، فبالرغم من سلطة الإدارة المطلقة في إنهاء العقد الإداري تحقيقاً للمصلحة العامة، إلا أنَّ رقابة القضاء على هذه السلطة يقيد الصلاحيات الممنوحة للإدارة عند إنهاء العقد الإداري والواجب عليها الالتزام بها لممارسة هذه السلطة، وتشتت ذلك توافر جميع الشروط الواجب الالتزام بها من جهة الإدارة، حيث تعتبر سلطة الإدارة هنا سلطة تقديرية خاضعة لرقابة القضاء الإداري.

فالإدارة تتمتع بامتياز مهم في عقودها الإدارية، وهو قدرتها على إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة، قبل إتمام بنوده ودون أن يصدر خطأ من جانب المتعاقد معها، إذا قدرت أنَّ المصلحة العامة تقتضي ذلك.

لذا ولخطورة السلطة الممنوحة للإدارة في مواجهة المتعاقد يأتي دور القضاء ليبسط رقابته ويبين بأنَّ هذه السلطة ليست مطلقة، وإنما تخضع لرقابة القضاء على اختلاف مستوياتها، فهي تقتصر على المشروعية فقط في حالة الإنهاء لدواعي المصلحة العامة، وتمتدُّ إلى المشروعية والملاءمة في حال الإنهاء

الجزائي للعقد مع ضرورة الإحتفاظ بحق المتعاقد في التعويض، واختلاف القضاء المختص بالنظر والفصل في منازعات العقود الإدارية في دولة الإمارات العربية المتحدة عن الدول الأخرى، فالقضاء العادي في دولة الإمارات هو القضاء المختص بنظر هذه المنازعات على عكس ما هو معمول به في القضائين الفرنسي والمغربي. ومن خلال (المطلب الأول) سنبيّن سلطة الإدارة في الرقابة وتعديل العقد في القانون الإماراتي، ثمّ في (المطلب الثاني)، سنعرّف على القضاء المختص بالرقابة على سلطة الإنهاء الفردي للعقد الإداري في دولة الإمارات العربية المتحدة، وذلك من خلال ما يلي.

المطلب الأول

سلطة الإدارة في الرقابة وتعديل العقد

عند الحديث عن سلطات الإدارة الاستثنائية في العقد فإننا نوجه الأنظار باتجاه العقد الإداري والذي تقتضي طبيعته الخاصة منح السلطات الاستثنائية للإدارة لتحقيق الصالح العام⁽¹⁾ ولضمان تشغيل المرافق العامة بانتظام وإطراد وهذا ما لا يتوافر في العقود الأخرى التي تيرمها الإدارة ولا تخضع للقانون العام وإنما تخضع للقانون الخاص وبالتالي فإن سلطاتها فيها كغيرها من أطراف العقد وفق ما ينص عليه العقد وهو قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

بدايةً يجب أن نبيّن ما هو العقد الإداري الذي تملك فيه الإدارة سلطات استثنائية، لقد عرّف الدكتور سليمان الطماوي العقد الإداري وفقاً للغالب في قضاء مجلس الدولة الفرنسي بأنه: "العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير

(1) - تتمتع الإدارة بامتياز مهم في عقودها الإدارية، وهو قدرتها على إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة، قبل إتمام بنوده ودون أن يصدر خطأ من جانب المتعاقد معها، إذا قدرت أن المصلحة العامة تقتضي ذلك.

وتستند سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري إلى دواعي المصلحة العامة فهو الباعث الوحيد الذي أدّى بالإدارة إلى إنهاء العقد الإداري، وذلك ضمن رقابة القضاء الإداري على مشروعية هذا القرار ومدى التزام الإدارة بصحيح القانون عند إصداره، وتأخذ معظم الدول بهذا النظام ومن ضمنها دولة الإمارات العربية المتحدة، إذ قضت المحكمة الاتحادية العليا: "بأنّ للإدارة شروطاً عامةً تحتفظ لنفسها بمقتضاها بالحقّ في تضمّن عقودها تعديل التزامات المتعاقد معها وفسخ العقد بإرادتها المنفردة قبل نهايته الطبيعية، وتوقيع عقوبات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته ودون حاجة إلى الإلتجاء إلى القضاء".

مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فيه نيّة الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام وآية ذلك أن يتضمّن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص، أو أن يُخوّل المتعاقد مع الإدارة الإشتراك مباشرةً في تسيير المرفق العام⁽¹⁾.

وهذا التعريف هو الذي أقرّه القضاء الإماراتي، حيث عرّفته المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتّحدة في حكمها الصادر بتاريخ 2005/3/26م: "ولمّا كان العقد الإداري هو الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام مع أيّ طرف آخر بتوافق إرادتيهما بإيجاب وقبول لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضي بين طرفيه بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأنّ تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وما ينطوي عليه من شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص سوء تضمن العقد هذه الشروط أو كانت مقرّرة بمقتضى القوانين واللوائح⁽²⁾".

وهنا تثار مسألة ذات أهمية كبيرة ومُجدية للمُتعاقد مع الإدارة، وهي عن الجهة المختصّة بالفصل في المنازعات التي قد تثار بينه وبين جهة الإدارة خاصّة مع قدرة الإدارة القانونية على إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة؟ سوف سنتعرّف على

(1) - شهادة موسى مصطفى، العقود الإدارية في دولة الإمارات العربية المتّحدة، مكتبة جامعة الشارقة، الإمارات، الطبعة الأولى، 2015م، ص 14.

(2) - المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم 372 لسنة 24 القضائية، الحكم الصادر بجلسة السبت الموافق 26 من مارس سنة 2005م (الدائرة الثانية)، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتّحدة -وزارة العدل -السنة السابعة والعشرون، 2005م، العدد الأول -من أول يناير حتى آخر مارس، منشور في موقع محامو الإمارات (<https://www.mohamoon-uae.com/>).

إجابة هذا التساؤل من خلال المطلب التالي والمُعنون بالقضاء المختصّ بالرقابة على سلطة الإدارة الذاتية على إنهاء العقد الإداري.

المطلب الثاني

القضاء المختص بالرقابة على سلطة الإنهاء الفردي للعقد

الإداري في دولة الإمارات العربية المتحدة

في دولة الإمارات العربية المتحدة، وحيث لا يوجد قضاء إداري مستقل يمكن من خلال أحكامه إرساء نظرية متكاملة تحكم العقود الإدارية، فقد اقتضى الأمر تطبيق الأحكام والمبادئ التي استقر على تطبيقها القضاء الإداري في دول القضاء المزدوج على منازعات العقود الإدارية التي تكون الإدارة طرفاً فيها والتي يصعب تطبيق أحكام المنازعات في العقود المدنية عليها لاختلاف أطراف العقد وأهدافه في كلٍ منهما⁽¹⁾.

وباستقراء الأحكام القضائية في دولة الإمارات نجد أن قضاءها قد اعترف لجهة الإدارة بإنهاء العقد الإداري بإرادته المنفردة، وذلك تحقيقاً لدواعي المصلحة العامة

(1) - وردت نظرية العقود في قانون المعاملات المدنية الاتحادي لدولة الإمارات العربية رقم 5 لسنة 1985م، والقوانين المعدلة له، وهذه النظرية بما فيها من أحكام تسري على العقود المسماة - مثل البيع والإجارة والتأمين - والعقود الغير مسماة مثل عقد تأجير عامل لإنجاز بعض المهام أو عقد الضيافة في الفندق. المهيري خالد محمد كدفور، موسوعة العقود في دولة الإمارات العربية المتحدة، معهد القانون الدولي، الجزء الأول، 2007م، ص 6. هذا وقد ورد تعريف العقد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي في المادة رقم 125 حيث نصت على أن: "العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه وينترب عليه التزام كلٍ منهما بما وجب عليه للآخر. ويجوز أن تتطابق أكثر من إرادتين على إحداث الأثر القانوني".

رغم قضائها الموحد⁽¹⁾، فقد نصّت جميع الأحكام القضائية الصادرة من القضاء المحلي على حق الإدارة في إنهاء العقد الإداري في حال تقصير الطرف الثاني وذلك تحقيقاً للمصلحة العامة ومن هذه الأحكام ما قوله: "لما كان من المقرر أنّ لمحكمة الموضوع سلطة تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتفسير المستندات المقدّمة فيها طالما أنّها أقامت قضاءها على أسبابٍ سائغةٍ لها أصلها الثابت في الأوراق، وبما هو مقرر من أنّ الحقوق المقرّرة لجهة الإدارة بمقتضى قانون المناقصات والمزيادات والقرارات الصادرة بمقتضاه تتعلّق بأحكام العقود الإدارية ولا شأن لها بأحكام الضمان المقرّرة في القانون المدني لأنّها تتوخى تأمين سير المرفق العام وإطراد عمله ومن ثم فإنّ من حقّ الإدارة إنهاء العقد متى رأت أنّ المتعاقد معها قد خالف شروط التّعاقد وأنّ المصلحة العامة تقتضي إنهاء العقد"⁽²⁾.

وهنا تأتي رقابة القضاء الإماراتي على الأعمال الإدارية والأعمال القانونية التي تقوم بها جهة الإدارة أثناء ممارستها لوظيفة الضبط الإداري، حيث سنقوم ومن خلال المبحث الرابع من هذا الفصل بسرّد بعض الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا والتي فرّقت فيها بين كلّ من الأعمال القانونية والأعمال الإدارية، مع ذكر بعض الأمثلة من الأحكام القضائية التي فصلت فيها المحكمة

(1) - تنصّ المادة رقم 267 من قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم 5 لسنة 1985م على ما يلي: "إذا كان العقد صحيحاً لازماً فلا يجوز لأحد المتعاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه إلاّ بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص في القانون".

(2) - دائرة القضاء بأبو ظبي، الطعن رقم 190 لسنة 2013م، س 8 ق.أ جلسة 2014/1/19م.

الاتحادية العليا في دولة الإمارات العربية المتّحدة من أجل تدعيم الموضوع، وذلك
في المبحث التالي.

المبحث الرابع

الرّقابة القضائية في دولة الإمارات على الأعمال القانونية والأعمال الإدارية

تضطلع جهة الإدارة بوظيفة حيوية نتيجة ممارسة نشاطاتها المتعدّدة في حياة المجتمع والتي ترمي إلى إشباع الحاجات العامّة للأفراد من خلال تسيير المرافق العامّة بانتظام وإطراد وحماية النظام العام ومراقبة نشاط الأفراد، وضبط أوجه النشاط الخاص لتوفير الأمن والسكينة والصحة العامّة، كما أدى اتّساع نطاق وظائف الإدارة العامّة وتنوّع أعمالها إلى استخدام امتيازات متعدّدة من امتيازات السُلطة العامّة، وهنا تنقسم هذه الأعمال التي تباشرها الإدارة بحكم وظيفتها إلى طائفتين من الأعمال: أعمال مادية (الفرع الأول) وأخرى قانونية (الفرع الثاني)، وتتحصر الأعمال الأخيرة في القرار الإداري والعقد الإداري⁽¹⁾.

(1) - مجدي عبد الحميد شعيب، الاختصاص بدعاوى التعويض عن الأعمال المادية للإدارة، دار النهضة العربية، 2003م، ص 3. عبد الوهاب محمد رفعت، النظرية العامّة للقانون الإداري، مصر، دار الجامعة الجديدة، سنة 2009م. ص 519. مجدي شعيب، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، مكتبة الرواد، 2007م، ص 5. مرجع مشار إليه لدى: الواحدي عبد الحميد أحمد، نفاذ القرار الإداري في ضوء أحكام القضاء الإماراتي، رسالة ماجستير، جامعة الإمارات العربية المتّحدة، أبريل، 2018م، ص 1.

الفرع الأول

الأعمال المادية

ويقصد بالأعمال المادية (الأعمال العادية): هي تلك الأعمال التي لا يترتب على القيام بها آثاراً قانونية، كالأعمال التحضيرية السابقة على صدور القرارات و العقود الإدارية، وكتوزيع الموظّفين على مكاتيبهم وإجراءات الحجز الإداري وقرارات الإحالة إلى الكشف الطبي، وهذه الأعمال المادية قد تكون تنفيذاً لتصرّفات قانونية، وقد تكون أعمالاً لا تستند إلى أيّ إجراء قانوني إلا أنّها تُحدث عند أداء الإدارة لأنشطتها المتنوّعة، والأعمال المادية التي تباشرها الإدارة قد تكون بصفة إدارية تنفيذاً لقواعد القانون كالأعمال الفنية التي يؤديها الموظّفون العامون أو تنفيذاً لقرار إداري مثل الاستيلاء على ملك الأفراد تنفيذاً للقرارات المتعلقة بنزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة. كما قد تكون الأعمال المادية التي تؤديها الإدارة بصفة غير إدارية عن طريق الخطأ أو الإهمال، كحوادث القطارات أو سيارات الإدارة⁽¹⁾. كما اعترفت المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات العربية في معرض تصديها للأعمال المادية وتفريقها عن طائفة الأعمال القانونية بتقريرها ذلك في أحد أحكامها القضائية قائلةً بأن: "الإجراءات السابقة على صدور القرار الإداري تُعتبر أعمالاً

(1) - موسى مصطفى شحاده، القانون الإداري في دولة الإمارات العربية المتّحدة، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 264.

مادية...⁽¹⁾. وفي حكمٍ آخر لها قضت المحكمة ذاتها بأنَّ: "مُقترحات اللجنة العامّة للتنظيم تعتبر أعمالاً ماديةً ولا تستجمع مقومات القرار الإداري"⁽²⁾.

(1) - حكم المحكمة الاتحادية العليا في الدعوى رقم 2 ق عليا، جلسة 9 / 7 / 1975م. مشار إليه لدى: موسى مصطفى شحاده، القانون الإداري في دولة الإمارات العربية المتّحدة، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 265.

(2) - حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم 152 لسنة 13 ق، جلسة 31 / 12 / 1991م. مشار إليه لدى: موسى مصطفى شحاده، القانون الإداري في دولة الإمارات العربية المتّحدة، مرجع سابق الإشارة إليه، 265.

الفرع الثاني

الأعمال القانونية

أمّا الأعمال القانونية، فهي الأعمال التي تقوم بها جهة الإدارة ويترتب على القيام بها آثاراً قانونية تجاه المخاطبين بهذه الأعمال. وهذه الأعمال القانونية إمّا أن تصدر عن إرادةٍ منفردةٍ وتُسمى بالقرار التنظيمي والفردى، وإمّا أن تصدر في شكل تلاقي إرادتين معاً، كما هو الحال في العقد الإداري الذي تتلاقى فيه إرادة جهة الإدارة مع جهةٍ أخرى وفقاً للشروط والضوابط المحددة⁽¹⁾.

هذا وقد أخذت المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات بمعيار الأثر القانوني في سبيل تفريقها بين الأعمال المادية والأعمال القانونية وخاصة القرارات الإدارية فقررت في أحد أحكامها بأنّه: "...من المقرّر أنّ القرار الإداري تنظيمياً أو فردياً ذو عمل قانوني من جانبٍ واحدٍ تتوافر مقوماته وخصائصه إذا ما اتّجهت الإدارة أثناء قيامها بوظائفها إلى الإفصاح عن إرادتها الذاتية الملزمة بمالها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح في الشكّل الذي يتطلّبه القانون بقصد إحداث أثرٍ قانوني معيّن متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحةٍ عامّة، ويفترق القرار الإداري بذلك عن العمل المادي الذي يكون دائماً محلّه واقعةٍ ماديةٍ أو إجراءً مثبّتاً لها دون أن يقصد به تحقيق آثار قانونية معيّنة إلا ما كان

(1) - القيسي إعاد علي حمود، مبادئ القانون الإداري والوظيفة العامة وفقاً لتشريعات دولة الإمارات العربية المتّحدة، الطبعة الأولى، جامعة الشارقة، 2016م، ص 99.

منها وليد إرادة المشرّع مباشرةً لا إرادة جهة الإدارة.....(1).

وهنا يبرز التساؤل حول ماهية الأعمال المادية التي تصدرها جهة الإدارة؟ وهل تكون دائماً أعمالاً ماديةً مشروعةً أم أنّ هناك أعمالاً ماديةً غير مشروعة قد تأتيها جهة الإدارة وبترتّب عليها التعويض عن أعمالها التي أقدمت عليها بواسطة موظّفيها؟ وهل يمكن تحويل العمل القانوني إلى عملٍ مادي؟.

كما أسلفنا القول سابقاً، فإنّ الأعمال المادية التي تأتيها الإدارة قد تكون أعمالاً مشروعةً مثل الأعمال الفنية التي يقوم بها رجال الإدارة المُختصّون بحكم وظائفهم كالمهندسين والمدريّسين، إلّا أنّ هناك بعضاً من الأعمال المادية الغير مشروعة قد تُقدّم عليها الإدارة وبواسطة موظّفيها وتؤدي إلى الإضرار بالغير، وهوما يمكن تحقّقه عند وقوع حوادث بسيارات تابعة لجهة الإدارة أو حوادث السكك الحديدية

(1) - المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام المدنية والتجارية - الطعن رقم -332 لسنة 23 قضائية - تاريخ الجلسة 15 / 12 / 2002م. من الجدير بالذكر في هذا المقام أنّ نعرف أنّ وصف القرار الإداري لا ينسحب على الأعمال التمهيديّة أو التحضيرية السابقة على إصدار القرار الإداري حيث لا يجوز الطعن بإلغائها استقلالاً عن القرار الذي مهّدت لإصداره، وذلك لعدم تأثر المركز القانوني، كما لا ينطبق ذلك الوصف أيضاً على أعمال الإدارة الداخلية لعدم إحداثها لأثر قانوني. وبناءً على ذلك يخرج من دائرة الطعن في القرار الإداري الأوامر والتعليمات المصلحية التي تصدر من الإدارة لمجرد تطبيق القانون، وكذلك الأعمال التي تهدف إلى إثبات حالةٍ معيّنة، والآراء الاستشارية والمقترحات باعتبارها مجرد إجراءات تمهيدية. جمال الدين سامي، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004م، ص 266. مرجع مشار إليه لدى: سيدي إبراهيم ولد الشيخ، النظام القانوني للمنازعات الإدارية في دولة الإمارات العربية المتّحدة، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 20.

ووسائل المواصلات الحكومية وغيرها. وإمعاناً في ذلك، فقد قضت المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات العربية فيما يخص الأعمال المادية الغير مشروعة والتي تثبت عندها مسؤولية الإدارة أو موظفيها عن هذه الأعمال بقولها: " حيث أنّ الأعمال المادية التي توجب مساءلة الإدارة وتشمل جميع التصرفات والأعمال التي لا تتدرج تحت مدلول القرارات الإدارية، كأن تُجري الإدارة حفراً في الطرق العامّة وتُغفل إضاءتها ليلاً مما يؤدي إلى إصابة المارة أو سقوطهم فيها. وتتحقّق مسؤولية الشخص المعنوي على النحو الذي تتحقّق به مسؤولية الأفراد والهيئات الخاصّة وقواعد المسؤولية التقصيرية ... كما تتحقّق مسؤولية الشخص المعنوي في حال قيام المرفق الإداري أو المشرفين عليه بعملٍ مادي في صورة من الصور كما لو أهملت الإدارة في أداء واجباتها المترتبة على المرفق، كأن يكون أشخاص في رقابة المرفق، وتهمل هذه الرقابة، كأن يكون هؤلاء الأشخاص طلبه في المدارس ولحقهم ضرر نتيجة الإهمال في الرقابة... (1) "

قبل إنشاء الإمارات العربية المتّحدة، كان لكلّ إمارة من الإمارات السبع نظامها القضائي المحلي الخاص. فنصّ دستور الإمارات العربية المتّحدة على إنشاء محكمة اتحادية عليا تتمتع باختصاصات قضائية حصرية في قائمة محدّدة من المسائل القضائية في جميع الإمارات. وفي جميع المسائل القضائية الأخرى، سمح الدستور للإمارات بالإحتفاظ بسلطاتها القضائية المحلية أو بالانضمام إلى النظام

(1) - حكم المحكمة الاتحادية العليا سالف الذكر في الدعوى رقم 2، سنة 2. ق. ع. م، بتاريخ 9 / 7 / 1975م.

القضائي الاتحادي. فاحتفظت إمارات أبو ظبي ودبي ورأس الخيمة بسلطاتها القضائية المحلية الخاصّة وطوّرتّها، وهذه السُّلطات موزّعة الآن في نُظُم ذات مستويات ثلاثة (إبتدائي واستئناف ونقض)، وتعمل بصورة مستقلّة عن النظام الاتحادي. وهذا يعني وجود نظامين للعدالة في الإمارات الثلاث تلك، يعملان بالتوازي مع بعضهما بعضاً، إذ يشمل اختصاص نظام العدالة المحلي جميع المسائل القضائية التي لا تقع ضمن اختصاص المحكمة الاتحادية العليا حصراً. وتُعدّ الأحكام الصادرة عن محاكم النقض المحلية نهائية، إلّا إذا طُعن في دستورية قانون ما أو تطبيقه أمام المحكمة الاتحادية العليا.

وحرّي بنا هنا أن نعرض للقارئ طبيعة التنظيم السياسي للسُّلطات العامّة في دولة الإمارات العربية المتّحدة (المطلب الأول)، وما هي الطبيعة القانونية لنظام الحكم فيها (المطلب الثاني)، وذلك من خلال المبحث التالي.

المبحث الخامس

التنظيم السياسي للسلطات العامة في دولة الإمارات العربية

والطبيعة القانونية لنظام الحكم

يُقصدُ بالسلطاتِ العامة "مجموعة الهيئات الحاكمة في الدولة والتي أناط بها الدستور إدارة النظام الاجتماعي والاقتصادي والسياسي فيها".

ويتم تحديد السلطات العامة في الدولة وفقاً لوظائف الدولة الأساسية، بحيث تضطلع كل سلطة بوظيفة معينة تطبيقاً لمبدأ "الفصل بين السلطات". فهناك السلطة التي تقوم بوظيفة التشريع وتُسمى "السلطة التشريعية"، أما السلطة التي تقوم بالوظائف التنفيذية فتُسمى "السلطة التنفيذية"، بينما تُسمى السلطة التي تقوم بالوظائف القضائية "بالسلطة القضائية".

هذا وقد حدّدت المادة (45) من دستور دولة الإمارات العربية المتحدة السلطات الاتحادية في خمس سلطات، هي: المجلس الأعلى للاتحاد - رئيس الاتحاد ونائبه - مجلس وزراء الاتحاد - المجلس الوطني الاتحادي - القضاء الاتحادي.

المطلب الأول

التنظيم السياسي للسلطات العامة في دولة الإمارات العربية

المتحدة

وبناءً على ما تقدّم ذكره في المادة رقم 45 من الدستور الاتحادي لدولة الإمارات، فسوف نتناول كلّ سلطةٍ من هذه السلطات الخمس - واحدةً تلو الأخرى - على التفصيل التالي:-

أولاً: المجلس الأعلى للاتحاد:

يُمثّل المجلس الأعلى للاتحاد السلطة العليا في دولة الإمارات العربية المتحدة. وهو يُشكّل من حكام جميع الإمارات المُكوّنة للاتحاد، أو مَنْ يقوم مقامهم في إماراتهم في حالة غيابهم، أو في حالة تعذر حضورهم. على أن يكون لكلّ إمارة صوتٌ واحدٌ في مداورات المجلس (المادة 46 من الدستور).

وتُحدّد المادة (47) من الدستور اختصاصات المجلس الأعلى للاتحاد في

الأمور التالية:

- رسم السياسة العامة في جميع المسائل الموكولة للاتحاد بمقتضى هذا الدستور والنظر في كلّ ما من شأنه أن يُحقّق أهداف الاتحاد والمصالح المشتركة للإمارات الأعضاء.

- التصديق على القوانين الاتحادية المختلفة قبل إصدارها بما في ذلك قوانين الميزانية العامة السنوية للاتحاد والحساب الختامي.
 - التصديق على المراسيم المتعلقة بأمر خاضعة بمقتضى أحكام الدستور لتصديق أو موافقة المجلس الأعلى للاتحاد وذلك قبل إصدار هذه المراسيم من رئيس الاتحاد.
 - التصديق على المعاهدات والاتفاقيات التي يبرمها الاتحاد ويتم التصديق عليها بمرسوم.
 - الموافقة على تعيين رئيس مجلس وزراء الاتحاد وقبول استقالته وإعفائه من منصبه بناءً على اقتراح رئيس الاتحاد.
 - الموافقة على تعيين رئيس وقضاة المحكمة الاتحادية العليا وقبول استقلالهم وفصلهم في الأحوال التي ينص عليها في الدستور. ويتم كل ذلك بمراسيم.
 - الرقابة العليا على شؤون الاتحاد بوجه عام.
 - أية اختصاصات أخرى منصوص عليها في الدستور أو في القوانين الاتحادية.
- ويكون للمجلس الأعلى للاتحاد أمانة عامة لمعاونته على أداء أعماله، يرأسها

أمين عام يُعيّن بقرار من رئيس الاتحاد بعد موافقة المجلس الأعلى ويُعاونُه عدد من الموظّفين الفنيين والإداريين. كما أنّ للمجلس لائحته الداخلية -والتي صدرت بقرار المجلس الأعلى للاتحاد رقم (4) لسنة 1972م، وهي تتضمن نظام سير العمل في المجلس، وطريقة التصويت على قراراته.

أمّا عن آلية إصدار قرارات المجلس الأعلى للاتحاد، فإنّ طريقة التصويت على قرارات ومداولات المجلس تكون سرية. ويصدر المجلس الأعلى -بوجه عام- نوعين من القرارات، هما:-

قرارات في المسائل الموضوعية: وهي تصدر بأغلبية خمسة أعضاء من أعضائه على أنّ تشمل هذه الأغلبية صوتي إمارتي أبو ظبي ودبي. على أنّ تلتزم الأقلية برأي هذه الأغلبية.

قرارات في المسائل الإجرائية: وهي تصدر بأغلبية الأصوات، وعند تساوي الأصوات يُرجّح الجانب الذي فيه رئيس المجلس. ويُعدّ من المسائل الإجرائية - بحسب نص المادة (9) من اللائحة الداخلية للمجلس الأعلى - المسائل الآتية:

- 1- تحديد يوم انعقاد جلسات المجلس العادية.
- 2- تقرير انعقاد المجلس في أي مكانٍ آخر غير عاصمة الاتحاد.
- 3- تقرير مبدأ مناقشة موضوع ما غير وارد في جدول الأعمال.

4- تقرير أولوية مناقشة موضوع ما وارد في جدول أعمال جلسة المجلس العادية في غير ترتيبه.

5- تقرير طريقة أخذ الأصوات في موضوعٍ معيّن.

6- تقرير عدم إثبات القرار الذي يصدره المجلس في محضر الجلسة.

7- تقرير المجلس إستدعاء من يراه للإدلاء بما يطلبه المجلس من إيضاحات.

8- تقرير الموافقة على ما يطلبه الأمين العام من الاستعانة بواحد أو أكثر من معاونيه في أعمال الجلسة.

وللمجلس الأعلى دور انعقاد عادي سنوي لا يقل عن (ثمانية) أشهر في السنة يبدأ في الأسبوع الأول من شهر أكتوبر من كلّ عام. ويعقد المجلس في أثناء دورته العادية السنوية جلسة عادية مرّة كلّ شهرين. ويجوز لرئيس المجلس دعوة المجلس لجلسة غير عادية كلما رأى ضرورة لذلك أو بناءً على طلب أحد أعضاء المجلس لعرض موضوع معيّن⁽¹⁾.

(1) - عبدالحميد عبدالعزيز عبدالسلام والنقيب سالم جروان. القانون الإداري، الشارقة، إصدارات أكاديمية العلوم الشرطية، 2009م، ص 202 220. عبيد محمد كامل، نظم الحكم ودستور الإمارات، نظم الحكم ودستور الإمارات، إصدارات أكاديمية شرطة دبي الطبعة الأولى، 2006 م، ص 430 - 444. الحلو ماجد راغب، أنظمة الحكم ودستور الإمارات، مكتبة العين الوطنية، 1991 م، ص 174، 184. الدبس عصام علي، القانون الدستوري وتطبيقاته في دولة الإمارات العربية المتحدة، إصدارات مكتبة الجامعة، الشارقة، الطبعة الأولى، 2015م، ص 272 - 295.

ثانياً: رئيس الاتحاد ونائبه

رئيس الاتحاد هو رئيس الدولة، ينتخبه المجلس الأعلى للاتحاد من بين أعضائه، ليمارس عديداً من الاختصاصات الدستورية التي أوكلها إليه الدستور. ونائب الرئيس يتم انتخابه أيضاً من قبل المجلس الأعلى للاتحاد من بين أعضائه، ويمارس جميع اختصاصات الرئيس في حالة غيابه.

أمّا عن كيفية اختيار رئيس الاتحاد ونائبه، فقد قرّرت المادة (51) من الدستور أنّه (ينتخب المجلس الأعلى للاتحاد من بين أعضائه رئيساً للاتحاد ونائباً لرئيس الاتحاد ويمارس نائب رئيس الاتحاد جميع اختصاصات الرئيس عند غيابه لأيّ سبب من الأسباب). ومؤدى هذا النص أنّه يتعيّن أن يكون رئيس الاتحاد عضواً في المجلس الأعلى للاتحاد وكذلك نائبه، ويقوم المجلس بانتخاب أحد أعضائه رئيساً للاتحاد وعضواً آخر ليكون نائباً له.

ولمّا كان المجلس الأعلى يُشكّل من حكام جميع الإمارات، فإنّ رئيس الاتحاد يكون حاكماً لإحدى الإمارات ورئيساً للاتحاد في ذات الوقت. بمعنى أنّه يجمع بين منصبين، رئيس الدولة وحاكم إحدى الإمارات. ولكلّ من هذين المنصبين طبيعة تختلف عن الأخرى: فالأولى اتحادية بينما الثانية محلية، وهو ذات الأمر بالنسبة لنائب رئيس الاتحاد.

خليل محسن، النظام الدستوري لدولة الإمارات العربية المتّحدة، جامعة العين، الإمارات العربية، 1997 م، ص 193 - 205.

هذا وقد حدّد الدستور مدة منصب رئيس الدولة ونائبه، فقد قررت المادة 52 من الدستور (مدّة الرئيس ونائبه خمس سنوات ميلادية ويجوز إعادة انتخابهما لذات المنصب)⁽¹⁾.

ثالثاً: مجلس وزراء الاتحاد

يُعدُّ مجلس الوزراء الهيئة التنفيذية في الدولة، ويختصُّ أساساً بتنفيذ السياسة العامّة لها. ويُشكّل هذا المجلس من رئيس مجلس الوزراء ونائب رئيس مجلس الوزراء والوزراء. وسوف نتناول في فرعين متعاقبين تشكيل الوزارة وأحكامها العامّة (الفرع الأول)، ثم مسؤولية الوزراء (الفرع الثاني) على النحو التالي.

(1) - عبدالحميد عبدالعظيم عبدالسلام والنقبي سالم جروان. القانون الإداري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 221- 240. عبيد محمد كامل، نظم الحكم ودستور الإمارات، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 445 - 451. الحلو ماجد راغب، أنظمة الحكم ودستور الإمارات، سابق الإشارة إليه، ص 185 - 192. الدبس عصام علي، القانون الدستوري وتطبيقاته في دولة الإمارات العربية المتّحدة، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 295 - 311. خليل محسن، النظام الدستوري لدولة الإمارات العربية المتّحدة، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 206- 210.

الفرع الأول

تشكيل الوزارة وأحكامها العامّة

يقترحُ رئيسُ الاتحادِ على المجلس الأعلى تعيين رئيس مجلس الوزراء، وبعد موافقة المجلس الأعلى يصدر رئيس الاتحاد مرسوماً بتعيينه بحسب المادة 47 من الدستور بند 6، والمادة 54 الفقرة الخامسة.

ويقبل رئيس الاتحاد استقالة رئيس مجلس الوزراء ويعفيه من منصبه، بعد موافقة المجلس الأعلى للاتحاد (المادة 54 من الدستور، البند 5 ويعيّن رئيس الاتحاد نائب رئيس مجلس وزراء الاتحاد والوزراء ويقبل استقالتهم ويعفيهم من مناصبهم بناءً على اقتراح رئيس مجلس وزراء الاتحاد (المادة 54 من الدستور، البند 5.

وتؤدي استقالة رئيس مجلس الوزراء، أو إعفاؤه من منصبه، أو وفاته، أو خلوّ منصبه لأيّ سببٍ من الأسباب إلى استقالة الوزارة بكاملها ولرئيس الاتحاد أن يطلب إلى الوزراء البقاء في مناصبهم مؤقتاً، لتصريف العاجل من الأمور إلى حين تشكيل الوزارة الجديدة (المادة 64 من الدستور، الفقرة الثانية). ولا يمكن للوزارة المستقيلة التي يطلب رئيس الاتحاد بقائها حتى تشكيل الوزارة الجديدة أن تُصرّف إلا الأمور الجارية العادية اليومية. وهو ما عبّر عنه الدستور بالأمور العاجلة التي لا تحتمل التأخير، وذلك لضمان سير المرافق العامّة بالدولة بانتظام وإطراد. ومن ثمّ فلا يمكن لهذه الوزارة أن تباشر المهامّ المتعلّقة بشؤون الحكم أو المهامّ التنفيذية

الرئيسية.

ولم يشترط الدستور بالنسبة لاختيار الوزراء إلا شرطاً واحداً، وهو أن يكونوا "من بين مواطني الاتحاد المشهود لهم بالكفاءة والخبرة"، وهو ما نصّت عليه المادة 56 من الدستور. ويُلاحظُ أنّ الدستور لم ينصّ على تمثيلٍ معيّنٍ للإمارات في الوزارة الاتحادية، إلا أنّ الواقع العملي قد جرى على تمثيلٍ مختلفٍ للإمارات في الوزارة تمثيلاً يتفقُ كماً وكيفاً مع ظروفِ كلّ إمارة.

هذا ولم يحدّد الدستور عدد الوزراء، تاركاً ذلك للظروف والمُنغِيرات، مقتصرأً في المادة 58 على تحديد الوزارات التي شملها أول مجلس وزراء اتحادي، وهي اثنتا عشرة وزارة ويتولى رئيس مجلس الوزراء رئاسة جلسات المجلس، ويدعوه للانعقاد ويدير مناقشاته ويتابع نشاط الوزراء، ويشرف على تنسيق العمل بين الوزارات المختلفة وفي كافة الأجهزة التنفيذية للاتحاد (المادة 59 من الدستور). ومداوات مجلس الوزراء سريّة. وتصدر قراراته بأغلبية جميع أعضائه وعند تساوي الأصوات يُرجّح الجانب الذي فيه الرئيس. وتلتزم الأقلية برأي الأغلبية (المادة 61 من الدستور). وهذا يعني أنّ قرارات مجلس الوزراء ولو أنّها تصدرُ بالأغلبية المطلقة لجميع عدد الأعضاء، إلا أنّه يتعيّن على الجانب المعارض من الوزراء بعد صدور القرار أن يلتزم به، بحيث يظهر قرار المجلس وكأنه صدر بالإجماع، وذلك نتيجةً لمبدأ تضامن ووحدة مجلس الوزراء. ويمارس نائب رئيس الوزراء جميع سلطات الرئيس عند غيابه لأيّ سببٍ من الأسباب (المادة 59 من الدستور، الفقرة الثانية).

وقد نصّت المادة 66 من الدستور أيضاً على أن يضع مجلس الوزراء لائحته الداخلية متضمّنة نظام سير العمل فيه. وأن ينشئ مجلس الوزراء أمانةً عامّةً له تزود بعدد من الموظفين لمعاونته على أداء أعماله.

الفرع الثاني

المسؤولية الوزارية السياسية

قرّر الدستور المسؤولية السياسية الوزارية، سواء المسؤولية التضامنية لهيئة الوزراء بكاملها، باعتبار مجلس الوزراء مجلساً متضامناً يضمّ رئيس المجلس والوزراء، أو المسؤولية الوزارية الفردية التي تقع على عاتق كلّ وزير على حده، باعتبار الوزير هو الرئيس الأعلى للوزارة التي يتولاها.

وتقرّر المسؤولية الوزارية التضامنية نتيجة تنفيذ السياسة العامّة للاتحاد في الداخل والخارج. أمّا المسؤولية الوزارية الفردية فإنّها تقع على عاتق كلّ وزير عن الأعمال المتعلقة بشؤون وزارته. وتتحقّق المسؤولية الوزارية التضامنية أي مسؤولية الوزارة بكاملها وكذلك المسؤولية الوزارية الفردية التي تقع على عاتق كلّ وزير على حده، أمام رئيس الاتحاد والمجلس الأعلى للاتحاد(المادة 64 من الدستور، الفقرة الأولى). من جهة أخرى نصّت المادة 99 من الدستور في الفقرة الخامسة منها على أن تختصّ المحكمة الاتحادية العليا بـ (مساءلة الوزراء،... عمّا يقع منهم من أفعال في أداء وظائفهم الرسمية بناءً على طلب المجلس الأعلى ووفقاً للقانون الخاصّ بذلك). وهنا يثور التساؤل عن مدلول كلمة (أفعال) الواردة في هذا النص. ويتعين بدايةً أن نستبعد المسؤولية الوزارية السياسية السالف بيانها والتي قرّرتها المادة 64 من الدستور، من نطاق تطبيق الفقرة الخامسة من نص المادة 99، ومن ثم ينصرف مدلول كلمة (أفعال) إلى الأفعال الجرمية الصادرة من الوزراء حين أداء

وظائفهم الرسمية.

وهذا ما أكدته المحكمة الاتحادية العليا بصدد الطلب المقدم من وزير العدل لتفسير حكم الفقرة الخامسة من المادة 99 من الدستور ولبيان نطاق الأفعال التي أخضعتها هذه الفقرة لولاية المحكمة الاتحادية العليا، حيث قرّرت أنه: "إذا ما استبعدت المسؤولية السياسية التي انتظمتها مواد أخرى من الدستور المؤقت للاتحاد، انحصرت مسؤولية الوزراء الواردة في الفقرة الخامسة من المادة 99 في الأفعال الجرمية وحدها" ... ومن ناحية أخرى فقد أحال الدستور في الفقرة الخامسة إلى قانونٍ خاص يصدر في هذا الشأن يضع - بما يتضمّنه من أحكام - نص الدستور موضع التطبيق بما يقتضيه ذلك من بيان حكمه وتحديد نطاقه، وذلك في قوله في ختام الفقرة "وفقاً للقانون الخاص بذلك"⁽¹⁾.

رابعاً: المجلس الوطني الاتحادي:

يتبوأ المجلس الوطني الاتحادي المرتبة (الرابعة) في سلم السلطات العامّة

(1) - طلب التفسير رقم 3 لسنة الرابعة القضائية، وقد صدر الحكم بتاريخ 18 من نوفمبر سنة 1976 م، هذا وتختص المحكمة الاتحادية العليا بالفصل في تفسير أحكام الدستور إذا ما طلبت إليها ذلك إحدى الإمارات، ويعتبر هذا التفسير ملزماً للكافة وهو ما قرّرت المادة 99 من الدستور في الفقرة الرابعة. عبدالحميد عبدالعظيم عبدالسلام والنقبي سالم جروان. القانون الإداري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 240 - 286. عبيد محمد كامل، نظم الحكم ودستور الإمارات، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 451 - 460. الحلو ماجد راغب، أنظمة الحكم ودستور الإمارات، سابق الإشارة إليه، ص 192 - 202. الدبس عصام علي، القانون الدستوري وتطبيقاته في دولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 311-359.

الاتحادية وهو يُشكَّل.

- بحسب نص المادة (68) من الدستور - من (أربعين) عضواً يتوزعون على الإمارات على أساس: (8) مقاعد لإمارة أبو ظبي، و(8) مقاعد لإمارة دبي، و(6) مقاعد لإمارة الشارقة، و(6) مقاعد لإمارة رأس الخيمة، و(4) مقاعد لإمارة عجمان، و(4) مقاعد لإمارة الفجيرة، و(4) مقاعد لإمارة أم القيوين.

أمّا من حيث طريقة تشكيله، فقد تركت المادة (69) من الدستور لكلّ إمارة حرية تحديد طريقة اختيار المواطنين الذين يُمثّلونها في المجلس الوطني الاتحادي. وقد جرى العمل - حتى عام 2006م - على أن يقوم حاكم كلّ إمارة بتعيين جميع الأعضاء الذين يمثلون إمارته في المجلس، إلى أن صدرَ قرار المجلس الأعلى للاتحاد رقم (4) لسنة 2006 م، في شأن تحديد طريقة اختيار ممثلي الإمارات في المجلس الوطني الاتحادي (وتعديلاته)، والذي تقضي المادة (الأولى) منه بأن يتمّ اختيار ممثلي كلّ إمارة لشغل المقاعد المخصّصة لها وفقاً للدستور في المجلس الوطني الاتحادي عن طريق انتخاب نصف الأعضاء من قبل هيئة انتخابية تُشكّل في كلّ إمارة، على أن يتمّ اختيار النصف الآخر عن طريق حاكم الإمارة.

وتشترط المادة (70) من الدستور في عضو المجلس الوطني الاتحادي -

سواء كان معيّناً أم منتخباً - عدّة شروط، هي:-

1. أن يكون من مواطني إحدى إمارات الاتحاد، ومقيماً بصفة دائمة في الإمارة التي يُمثّلها في المجلس.

2. أن لا تقلَّ سنه عند اختياره عن خمس وعشرين سنة ميلادية.
 3. أن يكون مُتمتّعاً بالأهلية المدنية محمود السيرة، حسن السمعة، لم يسبق الحكم عليه في جريمة مُخلّة بالشرف، ما لم يكن قد رد إليه اعتباره طبقاً للقانون.
 4. أن يكون لديه إلمامٌ كافٍ بالقراءة والكتابة.
- وخلال مدّة العضوية، لا يجوز لعضو المجلس الوطني - سواء كان مُنتخباً أم معيّناً - أن يجمع بين عضويته في المجلس وأيّّة وظيفة من الوظائف العامّة الاتحادية بما في ذلك المناصب الوزارية (المادة 71 من الدستور). حيث يحصل رئيس المجلس الوطني الاتحادي وسائر أعضائه من تاريخ حلف اليمين أمام المجلس مكافأة يحددها القانون (القانون الاتحادي رقم 14 لسنة 1972 في شأن تحديد مكافآت أعضاء المجلس الوطني الاتحادي)، وببدل انتقال من محال إقامتهم إلى مقرّ اجتماعات المجلس (المادة 83 من الدستور).
- وتبلغ مُدّة عضوية المجلس الوطني الاتحادي -أيّ مدّة الفصل التشريعي- (أربع) سنوات ميلادية تبدأ من تاريخ أول اجتماع للمجلس (المادة 72 من الدستور). ويُقسّم الفصل التشريعي إلى عدّة أدار انعقاد عادية سنوية، تبدأ في الأسبوع الثالث من شهر أكتوبر من كلّ عام، ويستمر لمدّة لا تقل عن (سبعة) أشهر. كما يمكن دعوة المجلس للانعقاد في دور (غير عادي) إذا اقتضى الأمر ذلك. وفي هذه الحالة، فلا يجوز للمجلس أن يناقش أيّة أمورٍ غير التي دُعي من أجلها (المادة 78 من الدستور).

ويتمتع عضو المجلس الوطني "بالحصانة البرلمانية"، والتي تعني أمرين: أولهما عدم جواز مساءلة أعضاء المجلس عمّا يبدونه من الأفكار والآراء في أثناء قيامهم بعملهم داخل المجلس أو لجانه (المادة 81 من الدستور). وثانيهما عدم جواز اتخاذ أية إجراءات جزائية ضدّ أيّ عضوٍ في غير حالة التلبّس بالجريمة إلا بإذن المجلس طالما كان المجلس منعقدًا. أمّا إذا كان المجلس غير منعقد، فيجب إخطار المجلس بأيّة إجراءات جزائية تُتخذُ ضدّ أيّ من أعضائه (المادة 82 من الدستور).

ويمارس المجلس الوطني الاتحادي عدّة وظائف أساسية، هي:-

1. الوظيفة التمثيلية: ويُقصد به أن ينوب عضو المجلس الاتحادي عن شعب الاتحاد جميعه، وليس فقط عن الإمارة التي يُمثّلها داخل المجلس (المادة 77 من الدستور).

2. الوظيفة التشريعية: ويُقصد به دور المجلس في مناقشة الأمور الآتية:-

أمّا عن **مشروعات التعديلات الدستورية** فقد حدّدت المادة (144) من الدستور إجراءات تعديل الدستور في أن يقوم المجلس الأعلى للاتحاد باقتراح التعديلات المطلوبة، ثمّ تقديمها إلى المجلس الوطني الاتحادي لمناقشتها وإقرارها بنفس الإجراءات المُتَّبعة في إقرار مشروعات القوانين العادية. على أن ينظر المجلس الوطني الاتحادي في مشروع التعديل الدستوري في جلسة "خاصّة" إذا تمت إحالته أثناء دور الانعقاد العادي، بينما يُدعى للانعقاد في دور انعقاد غير

عادي إن كان في غير حالة انعقاد. ويجب أن يحصل مشروع التعديل الدستوري على "أغلبية خاصة"، وهي أغلبية "ثلاثي أصوات الأعضاء الحاضرين" كحد أدنى للموافقة عليه.

وأما فيما يتعلق بتعديل مشروعات القوانين الاتحادية:

تقضي المادة (89) من الدستور بأن تُعرض مشروعات القوانين الاتحادية على المجلس الوطني الاتحادي قبل رفعها إلى رئيس الاتحاد لعرضها على المجلس الأعلى للتصديق عليها، وأن يناقش المجلس الوطني الاتحادي هذه المشروعات، وله أن يوافق عليها أو يعدلها أو يرفضها.

وجاء إخصاص المجلس الوطني الاتحادي فيما يتعلق بمشروعات قوانين

الميزانية العامة للدولة ومشروعات قوانين الحساب الختامي كالتالي:

تقضي المادة (129) من الدستور بأن تعرض الحكومة على المجلس الوطني الاتحادي مشروع الميزانية السنوية للاتحاد مُنصَّماً تقديرات الإيرادات والمصروفات، قبل بدء السنة المالية بشهرين على الأقل لمناقشتها وإبداء ملاحظاته عليها، وذلك قبل رفع مشروع الميزانية إلى المجلس الأعلى للاتحاد، مصحوباً بهذه الملاحظات لإقرارها ومن ثم إصدارها.

كما تقضي المادة (135) من الدستور بأن تُقدّم الحكومة مشروع قانون

الحساب الختامي للدولة إلى المجلس الوطني الاتحادي خلال الأربعة أشهر التالية

لانتهاء السنة المالية المنقضية، لإبداء ملاحظاته عليه قبل رفعه إلى المجلس الأعلى لإقراره، وذلك على ضوء تقرير ديوان المحاسبة.

3. الوظيفة الرقابية: يمارس المجلس الوطني الاتحادي الرقابة السياسية على أعمال الحكومة من خلال أداتين رقابيتين محدّتين، هما: طرح موضوعات عامّة للمناقشة ورفع توصيات بشأنها إلى الحكومة (الفرع الأول)، وتوجيه أسئلة إلى أعضاء الحكومة (الفرع الثاني)، وبشيءٍ من التفصيل سنعرض الآتي:

(الفرع الأول)

طرح موضوع عام للمناقشة

تجيز المادة (92) من الدستور للمجلس الوطني مناقشة أيّ موضوعٍ عامٍ يتعلّق بشؤون الاتحاد (ولا يخالف مصالحه العليا)، لإستيضاح سياسة الحكومة في شأنه وتبادل الرأي حوله. ويتمّ ذلك عن طريق تقديم طلبٍ موقّعٍ عليه من خمسة من أعضاء المجلس -على الأقل- مُتَّصَمِنًا ذكر أهمية الموضوع العام ومحاوره الأساسية إلى رئيس المجلس، والذي يقوم بإحالته إلى مجلس الوزراء لطلب الموافقة على مناقشته.

ويكون لجميع أعضاء المجلس حقّ الإشتراك في المناقشة، كما يكون للمجلس بعد الانتهاء من المناقشة أن يصدر توصيات بشأن هذا الموضوع ويحيلها إلى مجلس الوزراء، فإذا لم يُقرّ مجلس الوزراء هذه التوصيات أخطر المجلس الوطني الاتحادي بأسباب ذلك.

(الفرع الثاني)

توجيه الأسئلة

تجيز المادة (93) من الدستور لأيّ عضوٍ من أعضاء المجلس توجيه أسئلة إلى الوزير المختص للإستفسار عن الأمور الداخلة في اختصاصات وزارته. وينصّ بالإستفسار على أمرٍ معيّنٍ يجهله العضو ويودّ معرفة الحقيقة بشأنه من الوزير، أو التّحقّق من حصول واقعةٍ معيّنة وصلّ علّمها إليه.

أمّا من الناحية التنظيمية للمجلس، فإنّ المادة (84) من الدستور تقضي بأنّ يكون للمجلس هيئة مكتب تُشكّل من رئيس ونائب أول ونائب ثان، ومن مراقبين اثنين يختارهم المجلس من بين أعضائه. وتنتهي مدّة كل من الرئيس ونائبيه بانتهاء مدّة المجلس أو بحلّه بحسب الأحوال، بينما تنتهي مدّة المراقبين باختيار مراقبين جديدين في مُستهلّ الدورة السنوية العادية التالية، وإذا خلا أحد المناصب في هيئة المكتب اختار المجلس من يشغل هذا المنصب للمدّة المُتبقّية.

كما تقضي المادة (85) من الدستور بأنّ يكون للمجلس "أمانةً عامّة"، وهي تتكوّن من الأمين العام والأمناء العاممين المساعدين ومديري الإدارات والموظفين. ويُناط بها معاونة المجلس في أداء اختصاصاته التشريعية والرقابية، وبما يُمكن أعضاءه من مزاوله مهامهم النيابية بفاعلية وكفاءة في كلّ ما يتعلّق بأنشطة

المجلس الداخلية والخارجية (1).

خامساً: القضاء الاتحادي

خصّص الدستور الاتحادي فصلاً خاصاً للقضاء، هو الفصل الخامس من الباب الرابع تحت عنوان (القضاء في الاتحاد والإمارات). وعلى ذلك فالدستور يعترف أنّ القضاء سلطة مستقلة. وأنّ له الولاية العامّة في مجال عمله فلا يجوز لأيّ سلطةٍ أخرى أن تمسّ أو تتنقّص من هذه الولاية. فالمادة 94 من الدستور تنصّ على أنّ (العدل أساس الملك، والقضاة مستقلون لا سلطان عليهم في أداء واجبهم لغير القانون وضمائرهم. ولمّا كان الدستور قد تبنّى النظام الاتحادي كوسيلةٍ لتنظيم السلطات في الدولة، وما يتطلّب هذا النظام من وجود سلطاتها مزدوجة، اتحادية ومحلّية، ومن توزيع للاختصاصات بين هذه السلطات، فكان لا بدّ من وجود هيئةٍ أو جهةٍ تفصل في النزاعات التي تنور بين هذه الجهات حول الاختصاصات، وتجاوز إحداها على الاختصاصات الأخرى التي حدّدها الدستور.

ذلك لأنّه من الممكن لإحدى السلطات تجاوز حدود التوزيع الذي رسمه الدستور لها، دون أن توجد سلطة أخرى من سلطات الدولة تزدها عن تلك المخالفة. كما توجد بعض القضايا التي تهّم الدولة الاتحادية بأسرها، ممّا لا يمكن

(1) - عبيد محمد كامل، نظم الحكم ودستور الإمارات، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 460 - 490. الحلو ماجد راعب، أنظمة الحكم ودستور الإمارات، سابق الإشارة إليه، ص 202 - 216. الدبس عصام علي، القانون الدستوري وتطبيقاته في دولة الإمارات العربية المتّحدة، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 396 - 414.

معه أن يترك أمرَ نظرها إلى المحاكم المحلية، كلُّ ذلك حَتَمَ وجود هيئة غالباً ما تكون قضائية - وقد تكون محكمة عليا، أو محكمة خاصة - يُعهدُ لها بممارسة اختصاصات مُعيَّنة تتعلَّق بالفصل في المنازعات بين السُّلطات الاتحادية والمحلية، وتفسير الدستور الاتحادي، والرِّقابة على دستورية القوانين.

فالسُّلطة القضائية الاتحادية تُعدُّ ضرورية لحل المنازعات التي لا يمكن أن يُترك اتخاذ القرار النهائي بشأنها إلى المحاكم المحلية. ويتكوَّن القضاء الاتحادي عادةً من محكمة عليا، ومحاكم اتحادية أقلَّ درجةٍ منها تستأنف أحكامها أمام المحكمة العليا بموجب قواعدٍ وإجراءاتٍ تختلفُ من دولةٍ إلى أخرى. وبالمُحصَلَةِ يَرتكزُ القضاء الاتحادي - وفقاً لنصوص الدستور - على دعامين:

الفرع الأول

المحكمة الاتحادية العليا

وهي محكمة عليا ذات طبيعة خاصّة، إذ لا تختصّ بالفصل في المنازعات بين الأفراد، بل اختصاصها مقصورٌ على الفصل في المنازعات المختلفة التي تثور بين الإمارات الأعضاء في الاتحاد. وبين أيّة إمارة أو أكثر وبين حكومة الاتحاد، وبحث دستورية القوانين، وتفسير أحكام الدستور، وتنازع الاختصاص بين القضاء الاتحادي والهيئات القضائية المحلية في الإمارات فضلاً عن اختصاصها بمساءلة الوزراء وكبار موظّفي الاتحاد، والنظر في الجرائم التي لها مساس مباشر بمصالح الاتحاد. حيث نصت المادة 99 من الدستور الاتحادي على أن: تختصّ المحكمة الاتحادية العليا بالفصل في الأمور التالية:

- المنازعات المختلفة بين الإمارات الأعضاء في الاتحاد، أو بين أيّة إمارة أو أكثر وبين حكومة الاتحاد، متى أحيلت هذه المنازعات إلى المحكمة بناءً على طلب أيّ طرفٍ من الأطراف المعنية.
- بحث دستورية القوانين الاتحادية، إذا ما طُعن فيها من قبل إمارة أو أكثر لمخالفتها لدستور الاتحاد وبحث دستورية التشريعات الصادرة عن إحدى الإمارات إذا ما طُعن فيها من قبل إحدى السُلطات الاتحادية، لمخالفتها لدستور الاتحاد، أو للقوانين الاتحادية.

- بحث دستورية القوانين والتشريعات واللوائح عموماً، إذا ما أُحيل إليها هذا الطلب من أيّة محكمةٍ من محاكم البلاد أثناء دعوى منظورة أمامها وعلى المحكمة. المذكورة أن تلتزم بقرار المحكمة الاتحادية العليا الصادر بهذا الصدد.
- تفسير أحكام الدستور إذا ما طلبت إليها ذلك إحدى سلطات الاتحاد، أو حكومة إحدى الإمارات ويعتبر هذا التفسير ملزماً للكافة.
- مساءلة الوزراء، وكبار موظفي الاتحاد المعيّنين بمرسوم، عمّا يقع منهم من أفعال في أداء وظائفهم الرسمية بناءً على طلب المجلس الأعلى ووفقاً للقانون الخاص بذلك.
- الجرائم التي لها مساس مباشر بمصالح الاتحاد، كالجرائم المتعلقة بأمنه في الداخل أو الخارج، وجرائم تزوير المحرّرات أو الأختام الرسمية لإحدى السلطات الاتحادية، وجرائم تزيف العملة.
- تنازع الاختصاص بين القضاء الاتحادي، والهيئات القضائية المحلية في الإمارات.
- تنازع الاختصاص بين هيئة قضائية في إمارة وهيئة قضائية في إمارة أخرى وتُنظّم القواعد الخاصّة بذلك بقانون اتحادي.
- أيّة اختصاصات أخرى منصوص عليها في هذا الدستور أو يمكن أن تحال إليها بموجب قانون اتحادي.

الفرع الثاني

المحاكم الاتحادية الابتدائية

التي تتعقد في عاصمة الاتحاد أو في بعض عواصم الإمارات، لممارسة الولاية القضائية في دوائر اختصاصها في المنازعات المدنية والتجارية والإدارية التي تثور بين الاتحاد والأفراد. والجرائم التي ترتكب ضمن حدود العاصمة الاتحادية، وقضايا الأحوال الشخصية والقضايا المدنية والتجارية وغيرها التي تثور بين الأفراد وتنشأ في العاصمة الاتحادية الدائمة. وقد نصت المادة ١٠٢ من الدستور الاتحادي على أن (يكون للاتحاد محكمة اتحادية ابتدائية أو أكثر تتعقد في عاصمة الاتحاد الدائمة أو في بعض عواصم الإمارات لممارسة الولاية القضائية في دائرة اختصاصها في القضايا التالية:

- المنازعات المدنية والتجارية والإدارية بين الاتحاد والأفراد سواء كانَ الاتحاد فيها مدّعياً أو مدّعى عليه.
 - الجرائم التي ترتكب ضمن حدود العاصمة الاتحادية الدائمة باستثناء ما تختصُّ بنظره المحكمة الاتحادية العليا بموجب المادة ٩٩ من هذا الدستور.
 - قضايا الأحوال الشخصية والقضايا المدنية والتجارية وغيرها بين الأفراد التي تنشأ في العاصمة الاتحادية الدائمة.
- من جهةٍ أخرى يُمتل مبدأ استقلال القضاء أحد دعائم السُلطة القضائية، فبدونه

لا يكون القضاء سلطة تتساوى والسلطتين التنفيذية والتشريعية، وبغير هذا المبدأ لا يستطيع القاضي أداء رسالته على الوجه الأكمل والأمثل ولأهميته فقد أصبح - كما قيل بحق - جزءاً من الضمير الإنساني، بحيث لم يعد ممكناً إنكاره وأصبح تعميقه وترسيخه أمراً حتمياً لتأمين العدالة، وكفالة الحقوق وصون الحرمات، والقضاء على القفز فوق القوانين، وحماية المواطن في مواجهة تعدّيات السلطة العامة.

وعملاً بما سلف فقد أخذ دستور دولة الإمارات بالمذهب القائل أنّ القضاء سلطة قائمة بذاتها. فبيّن في الباب الذي أفرده للسلطات الاتحادية في المادة 45 أنّ القضاء الاتحادي إحدى سلطات الاتحاد، وقرّر في المادة 94 مبدأ استقلال القضاء. وأكّد على هذا المذهب من خلال الاختصاصات التي منحتها للمحكمة الاتحادية العليا والتي يتّضح منها أنّه اعتبرها حكماً يلتجأ إليه في كلّ ما يثور من خلاف على أي مستوى في الدولة، حتى ولو كان المجلس الأعلى للحكام طرفاً فيه. كما اعتبرها رقيباً على دستورية القوانين والتشريعات واللوائح عموماً، سواء إتصلت بهذا الأمر عن طريق الدعوى الأصلية أو الدفع الفرعي. وعزّز مذهبهُ بما أورده في المادة 101 التي جرى نصّها على أنّ: " أحكام المحكمة الاتحادية العليا نهائية وملزمة للكافة"، ولم يكتف بذلك بل حرص على تأكيد قوّة أحكامها على نحوٍ يرفع من مكانة السلطة القضائية بأسرها (1).

(1) - عبيد محمد كامل، نظم الحكم ودستور الإمارات، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 513 -

490. الحلو ماجد راغب، أنظمة الحكم ودستور الإمارات، سابق الإشارة إليه، ص 216 -

223. الدبس عصام علي، القانون الدستوري وتطبيقاته في دولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لنظام الحكم في دولة الإمارات العربية المتّحدة

لم يعتقِ الدستور الإماراتي مبدأ الفصل بين السُّلطات سواء من ناحية الشكلِ أو من الناحية الموضوعية.

فمنَ الناحيةِ الشكليةِ لم يعمل دستور دولة الإمارات على تبويب وظائف الدولة طبقاً لما يقضي به مبدأ فصل السُّلطات. بأن يعمل على تقسيمها إلى سلطة تشريعية تقومُ بمباشرةِ الوظيفةِ التشريعيةِ، أي سنّ القوانين بحيث لا يمكن إصدار قانون إلا بعدَ موافقةِ هذهِ السُّلطة. وإلى سلطة تنفيذية تقومُ بمباشرةِ شؤون الحكم وتنفيذ القوانين. بل أورد الدستور سلطات الدولة على سبيل التعداد. فلقد نصت المادة ٤٥ من الدستور على أن تتكون السُّلطات الاتحادية من:

- 1- المجلس الأعلى للاتحاد.
- 2- رئيس الاتحاد ونائبه.
- 3- مجلس وزراء الاتحاد.
- 4- المجلس الوطني الاتحادي.

سابق الإشارة إليه، ص 414 - 440. السناري محمد عبدالعال، مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة في دولة الإمارات العربية المتّحدة، مرجع سابق الإشارة إليه ص 177 - 183.

ومن الناحية الموضوعية: لم يَقمَ الدستور كذلك على مبدأ الفصلِ بين السلطات. ذلك أنه قد أعطى المجلس الأعلى للاتحاد مباشرةً الوظيفتين التشريعية والتنفيذية بحيث يتفرّع عن ذلك هيئتان: أحدهما هيئة استشارية تشريعية هي المجلس الوطني الاتحادي، والأخرى هيئة تنفيذية هي مجلس الوزراء تُباشِر الاختصاص التنفيذي تحت رقابة رئيس الاتحاد والمجلس الأعلى للاتحاد.

أمّا فيما يتعلّق بتنظيم العلاقة بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية، فإنّ الباحث في أحكام الدستور الاتحادي، يدرك أنّ هذه العلاقة لم تُرتب على أساس التعاون أو التوازن بين هاتين السلطتين، بل على أساس علو السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية، مما أفضى إلى الإخلال بالتوازن بينهما. ومن مظاهر ذلك ما يلي:

• تتولى السلطة التنفيذية - مجلس الوزراء - اقتراح مشروعات القوانين في حين لا يملك المجلس النيابي (المجلس الوطني الاتحادي) حق اقتراح هذه المشروعات (المادة 60 من الدستور الإماراتي).

• لا يملك المجلس النيابي حق استجواب السلطة التنفيذية أصلاً، كما لا يستطيع مناقشة أي موضوع من الموضوعات العامة إذا إعتضت السلطة التنفيذية على مناقشته. (المادة 92 من الدستور الإماراتي).

• للسلطة التنفيذية حق تأجيل جلسات المجلس النيابي بل وحلّه في حين لا يملك المجلس النيابي تقرير مسؤولية مجلس الوزراء أو الوزراء، أو سحب الثقة من أحدهم. (المادة 88 من الدستور الإماراتي).

وفي ضوء الخصائص العامة المميّزة لتنظيم السلطات في الاتحاد، يمكن القول بأنّ هذا التنظيم الاتحادي يختلف في أسسه عن النظام البرلماني. في حين أنّ السلطة التنفيذية تحتلّ في التنظيم الاتحادي، مركزاً أقوى ممّا تحتلّه السلطة التشريعية، الأمر الذي يخل بالتوازن بينهما.

إن المجلس الأعلى للاتحاد، وهو السلطة العليا فيه، هو رأس السلطة التنفيذية، كما هو رأس السلطة التشريعية، أي أنّه يقبض على السلطتين معاً.

فمن جهة يُعتبر رأس السلطة التنفيذية، لأنّه هو الذي يرسم السياسة العامة للاتحاد (مادة 1/47 من الدستور) ويملك الرقابة العليا على شؤون الاتحاد بوجه عام (مادة 47-7 من الدستور) وأنّ مجلس الوزراء يتولى اختصاصاته تحت الرقابة العليا للمجلس الأعلى (مادة 60 من الدستور).

كما وأنّ رئيس مجلس الوزراء والوزراء مسئولون سياسياً، وبالتضامن بينهم، أمام المجلس الأعلى، فضلاً عن أنّ كلاً منهم مسؤول شخصياً أمام المجلس الأعلى عن أعمال وزارته أو منصب (مادة 64 من الدستور).

كذلك فإنّ المجلس الأعلى للاتحاد هو رأس السلطة التشريعية. فهو الذي

يُصدَّق على مشروعات القوانين التي يوافق عليها المجلس الوطني الاتحادي. كما يملك رفض التعديلات التي قد يدخلها المجلس الوطني على مشروعات القوانين وسلطة المجلس الأعلى في هذا الشأن - بعد اتخاذ بعض الإجراءات الشكلية - نهائية وباتّة. (المادة 110 من الدستور الإماراتي).

وفي ضوء ما تقدّم جميعه، يمكن القول بأنّ التنظيم السياسي للسلطات في دولة الإمارات، يختلف على القوالب المعروفة في نظام تركيز السلطات، كما يختلف عن القوالب الشائعة في نظام الفصل بين السلطات. ولا شك أنّ سبب الاختلاف عن النظم المعروفة، يرتدّ إلى الأوضاع والظروف السياسية الداخلية في الإمارات الأعضاء في الاتحاد، ممّا اقتضى تنظيماً خاصاً للسلطات الاتحادية.

وإذا حاولنا التقريب بين التّنظيم السياسي في دولة الإمارات، وبين باقي النظم السياسية المعروفة، لقلنا أنه مزيج من النظام البرلماني والنظام الرئاسي. فهو يتوافق مع النظام البرلماني في أصوله الشكلية، كما يتوافق مع النظام الرئاسي في أصوله الموضوعية. أمّا التوافق الشكلي للنظام الاتحادي مع النظام البرلماني، فيتمثّل في أنّ رئاسة الاتحاد يتولاها رئيس دولة يختلف عن رئيس الوزراء. فليس هناك جمع بين الرئاستين. فضلاً عن قيام مجلس للوزراء. وهذا ما يتفق وأصول التنظيم الشكلي للنظام البرلماني. ويضيف التنظيم الاتحادي إلى ذلك، تشكيل مجلس أعلى للاتحاد، يُمثّل السلطة العليا فيه.

وأما عن التوافق الموضوعي للنظام الاتحادي مع النظام الرئاسي، فيتمثّل في أنّ

السُّلطة العليا في الاتحاد - وهي المجلس الأعلى - تتولى وحدها رسم السياسة العامة للدولة. دون الوزراء منفردين أو مجتمعين، وأن هؤلاء الوزراء مسؤولون سياسياً أمام المجلس الأعلى، متضامنين ومنفردين، عن تنفيذ السياسة العامة للدولة. كذلك فإن السُّلطة التنفيذية مُستقلةٌ إزاء السُّلطة التشريعية. فالوزراء غير مسؤولون سياسياً أمام المجلس النيابي، الذي يملك سحب الثقة منها، أو إستجوابها، بل ولا يملك مناقشة موضوع عام يعترضُ الوزراء على مناقشته. وهذا ما يتفقُ وأصول التنظيم الموضوعي للنظام الرئاسي. ويضيفُ التَّنظيمُ الاتحادي إلى ذلك، منح السُّلطة التنفيذية مزيداً من الدِّعمِ والقُوَّة، ليس فقط بتقرير استقلالها إزاء السُّلطة التشريعية، بل ومنحها اختصاصات هامة في ميدان السُّلطة التشريعية، لا تملك هذه الأخيرة ما يقابلها في ميدان السُّلطة التنفيذية.

وبهذا يمكننا القول بأنَّ التَّنظيم السياسي للسلطات الاتحادية، قد استقى أصوله الشكلية من النظام البرلماني، كما استقى أصوله الموضوعية من النظام الرئاسي (1).

ولكن يبقى التساؤل مطروحاً حول كيفية توزيع الاختصاصات التشريعية والتنفيذية والدولية في دستور دولة الإمارات بين دولة الاتحاد والإمارات الأعضاء فيه ؟.

(1) - عطوة أشرف حسين، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية، الطبعة الأولى، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، الإمارات العربية، 2015 م، ص 273 - 285.

يَتَكفَّل الدستور في الدُول الاتحادية (أي الفيدرالية) بتوزيع الاختصاصات المختلفة فيها (التشريعية والتنفيذية والدولية) بين السُّلطات الاتحادية وسلطات الدول (الولايات- الدويلات- الإمارات) الأعضاء فيها. ويتمُّ ذلك وفقاً لعدَّة اعتبارات، يأتي في مقدِّمتها الطريقة التي نشأت بها الدولة الاتحادية. فإذا كانت الدولة الاتحادية قد نشأت عن طريق انضمام عدَّة دول مستقلة إلى بعضها البعض، فإنَّ كلاً من هذه الدول تسعى إلى تقليص اختصاصات السُّلطات الاتحادية، وذلك من منطلق حرصها على الإحتفاظ بأكبر قدرٍ من الاستقلالية التي كانت تملكها قبل انضمامها إلى الدولة الاتحادية، أمَّا إذا كانت الدولة الاتحادية قد نشأت نتيجة تفكُّك دولة موحَّدة (أي بسيطة)، فإنَّ الدول الأعضاء فيها تميل نحو توسيع اختصاصات السُّلطات الاتحادية، نظراً لإستنثار الدولة الموحدة (أو البسيطة) بكافة السُّلطات قبل تفكُّكها وتحولها إلى دولة اتحادية.

وفي كلِّ الأحوال، تتفرد حكومة الاتحاد بممارسة الشؤون الخارجية والعلاقات الدولية (أي مظاهر السيادة الخارجية للدولة)، إلا أنَّ طريقة توزيع الاختصاصات التشريعية والتنفيذية (أي مظاهر السيادة الداخلية للدولة) بين الدول الاتحادية والدول الأعضاء فيها هي التي تبقى محل اختلاف بين الدساتير الاتحادية.

من خلال ما تقدَّم طرحه، سنقوم بتوضيح آلية توزيع الاختصاصات التشريعية والتنفيذية والدولية في دولة الإمارات العربية المتَّحدة وذلك على النحو التالي.

المبحث السادس

أسلوب توزيع الاختصاصات بين الدولة الاتحادية والإمارات

الأعضاء في الاتحاد

كانَ قيامُ الاتحادِ بين الإمارات العربية السبعِ حَدَثًا هاماً وبارزاً في التاريخ السياسي لهذه المنطقة الواقعة في الطرفِ الشرقي من عالَمنا العربي، وعلى خليجه. كذلك كان إعلان دستور الدولة الناشئة عن هذا الاتحاد، دولة الإمارات العربية المتحدة، إيذاناً بالتغيير وبشيراً بالتطوُّر العميق الذي سوف تشهده هذه المنطقة في نظام حُكمها السياسي. وكانت المبادرة هي صدور بيانٍ مُشتركٍ بتاريخ 19 فبراير سنة 1968 م، مُوقَّع من صاحب السُّموِّ الشيخ زايد بن سلطان آل نهيان وصاحب السُّموِّ الشيخ راشد بن سعيد آل مكتوم حاكم دبي آنذاك. وتضمَّن هذا البيان الإعلان عن قيام اتحاد فيدرالي بين إمارة أبو ظبي وإمارة دبي، مع توجيه الدعوة إلى الإمارات الخمس الأخرى، وكذا البحرين وقطر للتداولِ حول مستقبل المنطقة، وقد تمخَّص هذا الاتحاد عن ميلاد شخص دولي جديد هو دولة الإمارات العربية المتحدة، وهذه الشخصية الدولية الجديدة الناجمة عن الاتحاد دولة مستقلة ذات سيادة تمارس سيادتها في الشؤون الموكولة إليها بمقتضى المادة الأولى من الدستور (دستور دولة الإمارات العربية المتحدة، 1971 م)، على كلِّ أقاليم الإمارات وبالنسبة إلى كلِّ شعوبها، حيث نصَّت هذه المادة على أنَّ الإمارات العربية المتحدة دولة اتحادية مُستقلة ذات سيادة، ويمارس الاتحاد بموجب المادة الثانية من الدستور السيادة على

جميع الأراضي والمياه الإقليمية داخل الحدود الدولية والإمارات الأعضاء. ومع ميلاد دولة الاتحاد بشخصيتها الدولية المُستقلّة تَجَرَّدتِ كلُّ إمارةٍ من الإمارات الأعضاء في الاتحاد من شخصيتها الدولية وذابت في الشخصية الجديدة للدولة الاتحادية، لكن رغم فقدان الإمارات الأعضاء في الاتحاد لشخصيتها الدولية، لم تفقد كياناتها الذاتية، بل أصبحت وحدات دستورية تمارس على أراضيها بعض مظاهر الاستقلال والحكم الذاتي، بعد أن كانت وحدات دولية تتمتع بكامل الاستقلال والسيادة المطلقة، وهكذا تبرز المعالم الرئيسية للشكل الاتحادي⁽¹⁾.

إذا فهي دولة اتحادية تتمتع وحدها بالشخصية الدولية والسيادة الخارجية كما تمارس - في الشؤون الداخلية المعهودة إليها بمقتضى الدستور - السيادة على جميع أراضي الإمارات الأعضاء، وتلك هي الخصائص العامة المميّزة للاتحاد المركزي. وفي ضوء السمات والخصائص التي تُميّز بين الأشكال المختلفة لاتحادات الدول نستطيع أن نُقرّر أنّ اتحاد دولة الإمارات العربية المتحدة هو اتحاد مركزي اتخذ طابعه وتوافرت فيه خصائصه، من حيث أنّه اتحاد يتكوّن من انضمام عدّة دول "إمارات" بعضها إلى بعض وإدماجها في دولة واحدة هي دولة الاتحاد، تزول فيها الشخصية الدولية للدول والولايات "الإمارات" وتتولى تصريف بعض الشؤون الداخلية لكلّ دولة "إمارة" والشؤون الخارجية الخاصة بالدول جميعاً.

(1) - جفال زياد محمد، التنظيم الدستوري لدولة الإمارات العربية المتحدة، المكتبة الوطنية (عمّان) الأردن، الطبعة الثانية، 2014م، ص 189 - 198.

ومن جهةٍ أخرى تُعدُّ مسألة توزيع الاختصاصات في المسائل الداخلية بين دولة الاتحاد وبين الإمارات الأعضاء من أشقِّ وأدقِّ المسائل التي تواجه قيام الاتحادات المركزية، ولا يخضعُ هذا التوزيع في هذه الدول لأصولٍ أو قواعدٍ متعارفٍ عليها، وإنما يخضعُ للنزعاتِ والميولِ السياسيةِ الغالبةِ للإماراتِ الأعضاء، فقد تكونُ ميولاً اتحاديةً ومن ثمَّ يقوى الاتجاه إلى توسيع اختصاصات دولة الاتحاد على حساب الإمارات، وقد تكون ميولاً استقلاليةً مُتَحَفَظَةً رغم إيمانها بفكرة الاتحاد، ومن ثمَّ يقوى الاتجاه إلى عدم التوسُّع في اختصاصات دولة الاتحاد.

ومن زاويةٍ أخرى، فإنَّ الشكلَ الاتحادي لدولة الإمارات والذي يُعدُّ من أبرز خصائص نظامها الدستوري، يعدُّ في ذات الوقت أكثرها إثارةً للمشاكلِ والصعوباتِ الدستورية، وترجع صعوبة ذلك إلى التوافقِ والتوازنِ بين معادلة إقامة دولةٍ واحدةٍ تحمي المصالحَ المشتركة لدولة الاتحاد، وتتمتع بالخصائص الدستورية اللازمة لتمكينها من تحقيق هذه المصالح، مع المحافظة على الكيانات الصغيرة للإمارات المكوِّنة للاتحاد، وإرضاء النزعة الطبيعية لديها، والإحتفاظ بأكبر قدرٍ مُمكنٍ من مظاهر السيادة ومن الاختصاصات الدستورية التي تُمكنها من رعاية مصالحها المحليَّة.

كما يتَّضح من استقراء نصوص دستور الإمارات الاتحادي أنَّ ذلك الدستور أقام بين الإمارات السبع اتحاداً مركزياً أو دستورياً. فقد قام هذا الاتحاد بين الإمارات الأعضاء فيه، بمقتضى دستورٍ أقره حُكام تلك الإمارات وتعاهدوا عليه،

وأعلنوا فيه قيام الاتحاد بين إماراتهم. وترتيباً على ذلك نصّ في مُقدّمة الدستور (الديباجة) على أنّه: (نحنُ حكامُ إمارات أبو ظبي ودبي والشارقة وعجمان وأم القيوين والفجيرة)، نظراً لأنّ إرادتنا وإرادة شعب إمارتنا قد تلاقت على قيام اتحاد بين هذه الإمارات، من أجل توفير حياةٍ أفضلٍ واستقرارٍ أمكن ومكانةً دوليةً أرفعُ لها ولشعبها جميعاً ... ولما كان ذلك أعزُّ رغباتنا، ومن أعظم ما تتجّه إليه عزائمنا ... ومن أجل ذلك كلّه وإلى أن يتمّ إعداد دستور دائم للاتحاد، نعلنُ أمام الخالق العليّ القدير، وأمام الناسِ جميعاً، موافقتنا على هذا الدستور المؤقت ...

مقدمة الدستور الاتحادي المؤقت، (1971م) (1).

وقد ترتّب على هذا الاتحاد ميلاد شخص دولي جديد هو دولة الإمارات العربية المتحدة، حيث تنصُّ المادة الأولى من الدستور على أنّ (الإمارات العربية المتحدة دولة اتحادية مُستقلة ذات سيادة، ويشارُ إليها فيما بعد في هذا الدستور بالاتحاد.

هذا وتمارس الدولة الاتحادية سيادتها في الشؤون الموكولة إليها بمقتضى الدستور، على كلّ أقاليم الإمارات وبالنسبة إلى كلّ شعوبها، حيث تنصُّ المادة الثانية من هذا الدستور على أنّ يمارس الاتحاد في الشؤون الموكولة إليه بمقتضى أحكام هذا الدستور السيادة على جميع الأراضي والمياه الإقليمية الواقعة داخل الحدود الدولية للإمارات الأعضاء)، ومع ميلاد دولة الاتحاد فقدت الإمارات

(1) - محمود أحمد شوقي، القانون الدستوري في دولة الإمارات العربية المتحدة، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2011 م، ص 55 وما بعدها.

الأعضاء شخصيتها الدولية التي كانت لها قبل الاتحاد، إلا أنّ هذه الإمارات لم تفقد مع ذلك كياناتها الذاتية، بل أصبحت وحدات دستورية داخلية تمارس على أراضيها بعض مظاهر الاستقلال والحكم الذاتي، وهذا ما أكّده الدستور في مادته الثالثة التي تنص على أنّه (تمارس الإمارات الأعضاء السيادة على أراضيها ومياها الإقليمية في جميع الشؤون التي لا يختصّ بها الاتحاد بمقتضى هذا الدستور)، كما تنصّ المادة 116 على أنّ الإمارات (تتولى جميع السلطات التي لم يعهد بها هذا الدستور للاتحاد). وممّا تقدّم من نصوصٍ يُمكن القول أنّ المعالم والخصائص الرئيسية للاتحاد المركزي والدستوري في دولة الإمارات العربية المتّحدة أصبحت أكثر وضوحاً، إذ تتمتع دولة الاتحاد وحدها بالشخصية الدولية دون باقي الإمارات الأعضاء، ولذلك تظهر وحدها في المجتمع الدولي، وتُباشر سلطاتها واختصاصاتها الدولية المختلفة وتتحمل نتائج أعمال هيئاتها تجاه الدول الأجنبية، حيث تمارس سيادتها كاملة في المجال الخارجي، إلا أنّ مظاهر الوحدة في اتحاد الإمارات العربية لا تقتصر على المجال الخارجي، بل تتّضح كذلك في بعض جوانب المجال الداخلي، فلها دستورها الخاص بها ولها سلطاتها إلى أن تمتدّ اختصاصاتها إلى كافّة أرجائها، كما أن لها شعبها وإقليمها.

ويتكوّن دستور دولة الإمارات من وثيقة واحدة، ولكن ذلك لا يعني أنّ الوثيقة الدستورية تحتوي على كافّة القواعد المتعلّقة بنظام الحكم في الدولة. إذ أنّ السلطات العامّة تختصّ طبقاً للدستور بوضع بعض القواعد الدستورية، وعندئذ تُعتبر الوثائق المتضمّنة لتلك القواعد مُكمّلةً لوثيقة الدستور. ومثال ذلك القرار الصادر من

المجلس الأعلى للاتحاد رقم 2 لسنة 1972 م، بالموافقة على انضمام إمارة رأس الخيمة إلى الاتحاد. فمثل هذا القرار وإن لم يكن مُتَضَمَّنًا في الدستور إلا أنه يُعْتَبَرُ مع ذلك وثيقةً دستوريةً مُكَمِّلةً للدستور، حيث أنه طبقاً لهذا الدستور يجوز لأيّ قطرٍ عربيٍّ مُستقلٍّ أن يَنْضَمَّ إلى الاتحاد متى وافق المجلس الأعلى للاتحاد على ذلك بالإجماع (الفقرة الثالثة من المادة الأولى من الدستور).

هذا وتعتبر سلطة الدولة الاتحادية من مظاهر الوحدة فيها، إذ أنّ القرارات الصادرة في هيئاتها العامّة باسم الاتحاد تُتَرْجَمُ بذلك إرادة مُستقلّة عن إرادة مجموع الهيئات المحلية فيها.

فقد حدّدت المادة 45 من الدستور خمس هيئات دستورية تتكوّن منها السُلطة الاتحادية هي:

١. المجلس الأعلى للاتحاد.

٢. رئيس الاتحاد ونائبه.

٣. مجلس وزراء الاتحاد.

٤. المجلس الوطني الاتحادي.

٥. القضاء الاتحادي.

وتنصُّ الفقرة الأولى من المادة 60 على اختصاص مجلس وزراء الاتحاد

بمتابعة تنفيذ السياسة العامّة لحكومة الاتحاد في الداخل والخارج كما تنصّ الفقرة السادسة منها على اختصاصه بالإشراف على تنفيذ القوانين والمراسيم واللوائح والقرارات الاتحادية بواسطة كافة الجهات المعنية في الاتحاد أو الإمارات.

كما تقضي المادة 125 من الدستور بإلزام حكومات الإمارات باتخاذ ما ينبغي من تدابير لتنفيذ القوانين الصادرة عن الاتحاد والمعاهدات والاتفاقيات الدولية التي يُبرمها، بما في ذلك إصدار القوانين واللوائح والقرارات والأوامر المحلية اللازمة لهذا التنفيذ (وللسلطات الاتحادية الإشراف على تنفيذ حكومات الإمارات للقوانين والقرارات والمعاهدات والاتفاقيات الدولية والأحكام القضائية الاتحادية، وعلى السلطات الإدارية والقضائية المختصة في الإمارات تقديم كلّ المساعدات الممكنة لسلطات الاتحاد في هذا الشأن). وتتأكد سلطة الدولة الاتحادية في أنّ لقوانينها وقراراتها السمو على القوانين والقرارات المحلية، فبمجرد صدور القانون من السلطة الاتحادية وفي نطاق اختصاصها يجعل من كلّ القوانين المحلية السابقة على صدوره والمتعارضة معه في حكم الملغية. إذ تنصّ المادة 151 على أنّ (لأحكام هذا الدستور السيادة على دساتير الإمارات الأعضاء في الاتحاد، وللقوانين الاتحادية التي تصدر وفقاً لأحكامه الأولية على التشريعات واللوائح والقرارات الصادرة عن سلطات الإمارات. وفي حالة التعارض، يبطل من التشريع الأدنى ما يتعارض مع التشريع الأعلى وبالقدر الذي يزيل ذلك التعارض، وعند الخلاف يُعرض الأمر على المحكمة الاتحادية العليا للبتّ فيه.

كذلك تظهر سلطة الدولة الاتحادية في إلزام إماراتها بالُجوءِ إليها لَحَلِّ منازعاتها، سواءً تلك التي تتور فيما بينها، أو بينها وبين السُّلطة الاتحادية، حيث تنشأ لهذا الغرض هيئة قضائية اتحادية لتفصل في هذه المنازعات "المادة 99 من الدستور".

كما تختصُّ المحكمة الاتحادية العليا بتفسير أحكام الدستور، ويعتبر هذا التفسير ملزماً للكافة، ومؤدى ذلك أنّ الحدود بين اختصاص الاتحاد واختصاصات الإمارات تفصلُ فيه مؤسسة اتحادية، الأمر الذي يُؤكِّدُ علوَّ الدستور ويُرجِّحُ كفةَ السُّلطة الاتحادية.

وللتعرّفِ على أسلوب توزيع الصلاحيات أكثر في الإمارات العربية سنقسّم هذا المبحث إلى مطلبين، حيث سنُبيِّن في (المطلب الأول) مظاهر السُّلطة الداخلية لدولة الاتحاد، ثم في (المطلب الثاني)، سنأتي لبيان النهج الدستوري في توزيع الاختصاصات بين الحكومة الاتحادية والإمارات الأعضاء في الاتحاد، وذلك كما يلي.

المطلب الأول

مظاهر السُلطة الداخلية لدولة الاتحاد

إذا كانت السيادة الخارجية هي في الأصل لدولة الاتحاد، وأنَّ الإمارات لا تملك من هذه السيادة الخارجية إلا بعض مظاهرها المحددة في الدستور على سبيل الاستثناء، فإنَّ السيادة الداخلية على النقيض من ذلك تماماً، ذلك أنَّ الأسلوب الذي إتَّبعهُ الدستور في توزيع مظاهر السيادة الداخلية، يجعل هذه السيادة - كأصلٍ عام - للإمارات، ولا تملك دولة الاتحاد من هذه السيادة إلا بعض مظاهرها المحددة في الدستور على سبيل الاستثناء.

ويترتَّب على استقلال الإمارات وتمتُّعها - كقاعدةٍ عامَّة - بسيادتها الداخلية، إحتفاظ كلِّ منها بنظامها السياسي ودستورها وسلطات التَّشريع والتنفيذ والقضاء فيها:

1- سلطة التشريع: تملك سلطات الاتحاد التَّشريع في مجموعة من المسائل الداخلية بحيث تتفرَّد بالتَّشريع مع بعضها وتشاركها الإمارات في التَّشريع في البعض الآخر. وفيما عدا هذه المسائل المحددة تستقلُّ الإمارات في التَّشريع في كافَّة شؤونها الداخلية الأخرى، شريطةً ألا تكون هذه التشريعات مخالفةً لأحكام الدستور.

2- سلطة التنفيذ: تتولى السُّلطات الاتحادية بأجهزتها وموظفيها تنفيذ القوانين

الاتحادية الصادرة في المسائل الاتحادية بطبيعتها، فضلاً عن تنفيذ القوانين الاتحادية الصادرة في المسائل المحلية التي ينفرد الاتحاد بالتشريع فيها، أمّا القوانين الاتحادية الصادرة في المسائل المحلية التي يجوز للإمارات التشريع فيها، فإنّ الإمارات هي التي تتولى تنفيذ تلك القوانين الاتحادية بأجهزتها وموظفيها. وفضلاً عن ذلك فإنّها تتولى كذلك تنفيذ التشريعات المحلية التي تصدرها سلطاتها العامّة في شؤونها الداخلية.

3- سلطة القضاء: تحتفظ الإمارات بهيئاتها القضائية لتتولى الفصل في المنازعات التي لا تدخل في اختصاص السلطة القضائية الاتحادية، وفي ذلك تنص المادة 104 من الدستور على أنّ (تتولى الهيئات القضائية المحلية في كلّ إمارة جميع المسائل القضائية التي لم يعهد بها للقضاء الاتحادي بمقتضى أحكام الدستور).

هذا وقد أجاز الدستور نقل بعض أو كلّ الاختصاصات القضائية لإمارة، إلى السلطات الاتحادية كما أجاز استئناف الأحكام الصادرة عن محاكم الإمارات أمام محاكم الاتحاد وذلك كلّه وفقاً لحكم المادة 105 التي تنص على أنّه: (يجوز بقانونٍ اتحادي يصدرُ بناءً على طلبِ الإمارة المعنية نقل كلّ أو بعض الاختصاصات التي تتولاها هيئاتها القضائية المحلية بموجب المادة السابقة إلى المحاكم الاتحادية الابتدائية). كما يُحدّد بقانون اتحادي الحالات التي يجوز فيها استئناف أحكام الهيئات القضائية المحلية في القضايا الجزائية والمدنية والتجارية وغيرها أمام

المحاكم الاتحادية على أن يكون قضاؤها عند الفصل في هذا الاستئناف نهائياً. ونظراً لتعدد الهيئات القضائية بتعدد الإمارات الأعضاء، واستقلال كل منها عن الأخرى وإنفصالها عنها، فقد راعى الدستور ضرورة تنسيق العلاقات القضائية بين هذه الهيئات وكفالة التعاون بينها لتحقيق العدالة ومكافحة الإجرام. ولهذا نص في المادة 119 على أن تُنظَّم بقانون اتحادي وبمراعاة أكبر قدر ممكن من التيسير، الأمور المتعلقة بتنفيذ الأحكام والإنابات القضائية، وإعلان الأوراق القضائية وتسليم الفائزين من العدالة فيما بين الإمارات الأعضاء في الاتحاد، (القانون رقم 11 لسنة 1973 م في شأن تنظيم العلاقات القضائية بين الإمارات الأعضاء في الاتحاد).

ومع كل السلطات المُتقدِّمة التي تؤكد استقلال الإمارات الأعضاء في مواجهة بعضها وفي مواجهة دولة الاتحاد، فقد نصَّ الدستور على بعض مظاهر خاصَّة تؤكد تلك الاستقلالية للإمارات، ومن بينها الآتي:

1. تحتفظ كلُّ إمارة بعلمها الخاص لاستخدامه داخل إقليمها طبقاً للمادة 5 من

الدستور .

2. تعتبر الثروات والموارد الطبيعية في كلِّ إمارة مملوكة ملكيةً عامَّةً لتلك

الإمارة وفقاً للمادة 23 من الدستور .

3. يجوز لإمارتين أو أكثر بعد مصادقة المجلس الأعلى التَّكْتَلَّ في وحدة

سياسية أو إدارية، أو توحيد كلِّ أو بعض مرافقها العامَّة، أو إنشاء إدارة واحدة أو مشتركة للقيام بأيِّ مرفق من هذه المرافق، وذلك عملاً بأحكام المادة 118 من

الدستور .

٤. يكون للإمارات الأعضاء حقّ إنشاء قوات مُسلّحة محلية قابلة ومجهّزة لأنّ يضمّها الجهاز الدفاعي للاتحاد عند الاقتضاء للدّفاع ضدّ أيّ عدوان خارجي طبقاً للمادة 142 من الدستور. كما يجوز لأيّ إمارة طلب الاستعانة بالقوات المُسلّحة أو بقوات الأمن الاتحادية للمحافظة على الأمن والنظام داخل أراضيها، إذا ما تعرّضت للخطر. وذلك كلّه وفقاً لأحكام المادة 143 من الدستور.

المطلب الثاني

النهج الدستوري لتوزيع الاختصاصات بين الحكومة الاتحادية

والمحلية

لقد بيّن الباب السابع من الدستور الإماراتي كيفية توزيع الاختصاصات التشريعية والتنفيذية والقضائية بين الاتحاد والإمارات، وباستقراء نصوص هذا الباب يتضح لنا أنه تبنّى في هذا الخصوص الطريقة الثالثة السابق بيانها، أي الطريقة الحصرية لاختصاصات الحكومة الاتحادية. ومع ذلك فقد نصّ على بعض الاختصاصات المشتركة أي التي يجوز لكلٍ من الاتحاد أو الإمارات مباشرتها وذلك كما يلي:

الفرع الاول

تحديد اختصاصات دولة الاتحاد على سبيل الحصر

إتبع الدستور في هذا الخصوص أسلوبين:

الأسلوب الأول: يجعل حق التشريع والتنفيذ في مسائل معينة للاتحاد فقط وقد بينت المادة رقم 120 من الدستور هذا الأسلوب حيث تنص على أن ينفرد الاتحاد بالتشريع والتنفيذ في المسائل التالية:

1. الشؤون الخارجية.
2. الدفاع والقوات المسلحة الاتحادية.
3. حماية أمن الاتحاد مما يتهدده من الخارج أو الداخل.
4. شؤون الأمن والنظام والحكم في العاصمة الدائمة للاتحاد.
5. شؤون موظفي الاتحاد والقضاء الاتحادي.
6. مالية الاتحاد والضرائب والرسوم والعوائد الاتحادية.
7. القروض العامة الاتحادية.
8. الخدمات البريدية والبرقية والهاتفية واللاسلكية.
9. شق الطرق الاتحادية التي يقرّر المجلس الأعلى أنها طرق رئيسية

وصيانتها وتحسينها وتنظيم حركة المرور على هذه الطُرق.

10. المراقبة الجوية وإصدار تراخيص الطائرات والطيارين.

11. التعليم.

12. الصحّة العامّة والخدمات الطبية.

13. النقد والعملّة.

14. المقاييس والمكاييل والموازن.

15. خدمات الكهرباء.

16. الجنسية الاتحادية والجوازات والإقامة والهجرة.

17. أملاك الاتحاد وكلّ ما يتعلّق بها.

18. شؤون التعداد والإحصاء الخاصّة بأغراض الاتحاد.

19. الإعلام الاتحادي.

الأسلوب الثاني: ونصّت عليه المادة 121 من الدستور حيث تقضي بانفراد

الاتحاد بالتشريع في المسائل التالية:

علاقات العمل والعمال والتأمينات الاجتماعية - الملكية العقارية ونزع الملكية

للمنفعة العامّة - تسليم المجرمين - البنوك - التأمين بأنواعه - حماية الثروة الزراعية والحيوانية - التشريعات الكبرى المتعلّقة بقوانين الجزاء والمعاملات المدنية والتجارية والشركات والإجراءات أمام المحاكم المدنية والجزائية - حماية الملكية الأدبية والفنية والصناعية وحقوق المؤلفين - المطبوعات والنشر - استيراد الأسلحة والذخائر ما لم تكن لاستعمال القوات المسلّحة أو قوات الأمن التابعة لأيّ إمارة - شؤون الطيران الأخرى التي لا تدخل في اختصاصات الاتحاد التنفيذية - تحديد المياه الإقليمية وتنظيم الملاحة في أعالي البحار⁽¹⁾.

(1) - عطوة أشرف حسين، مبادئ القانون الدستوري والنُظم السياسية، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 267 - 275. جفال زياد محمد، التنظيم الدستوري لدولة الإمارات العربية المتّحدة، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 189 - 198. خليل محسن، النظام الدستوري لدولة الإمارات العربية المتّحدة، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 97 - 104.

الفرع الثاني

الاختصاصات المشتركة

وهي ما عبّرت عنها المادة 149 من الدستور حيث نصّت على أنّ استثناء من أحكام المادة رقم "121" من هذا الدستور يجوز للإمارات أن تُصدر التشريعات اللازمة لتنظيم الشؤون المُبيّنة في المادة المذكورة، وذلك دون إخلال بأحكام المادة "151" من الدستور والتي تجعل الغلبة والسيادة لأحكام الدستور الاتحادي على دساتير الإمارات الأعضاء، كما تجعل أيضاً للقوانين الاتحادية الغلبة على التشريعات واللوائح والقرارات الصادرة عن سلطات الإمارات، بحيث يبطل من التشريع الأدنى ما يتعارض مع التشريع الأعلى وبالقدر الذي يزيل ذلك التعارض. ومعنى ذلك أنّ الولايات الأعضاء في الاتحاد يمكنها التشريع في المسائل التي أوردتها المادة 121 السابق الإشارة إليها ولكن مع ملاحظة الآتي:

- ألا تكون السلطات الاتحادية قد أصدرت بخصوصها أيّة تشريعات، فإذا كانت قد أصدرت مثل هذه التشريعات فإنّ دور الإمارات يجب ألا يتجاوز وضع القواعد التكميلية أو التفصيلية لها.
- إذا أغفلت السلطات الاتحادية بعض النقاط المتعلقة بها، فإنّه يسمح في هذه الحالة للإمارات بالتشريع فيما أغفلته هذه السلطات.
- في حالة تنظيم المشرع الاتحادي لهذه الاختصاصات بشكلٍ كاملٍ، فإنّ

اختصاص الإمارات الأعضاء بالتشريع فيها يجب ألا يتجاوز نطاق التشريعات الاتحادية وإلا كانت باطلة فيما تعارضت فيه مع هذه التشريعات.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن السماح للإمارات بممارسة حق التشريع في المسائل الواردة في المادة 121 من الدستور يعني بصورة أو بأخرى إستردادها الكامل لهذه الاختصاصات طالما هي مختصة أصلاً بتنفيذها. لكن ممّا يحدّ من ذلك التزام التشريع المحلي بعدم مخالفة التشريع الاتحادي من ناحية، وقدرة المشرع الاتحادي على تنظيم المسائل المذكورة تفصيلاً، ممّا يجعل من التشريع المحلي مجرد تكرار لقواعده، الأمر الذي يعيد الصلاحية المحلية في المسائل السابقة إلى نطاق وضع القواعد اللازمة لتنفيذها، كما تنص المادة 121 أصلاً.

• رأي الباحث بمنهج المشرع الدستوري الإماراتي من مظاهر الوحدة والاستقلال:

من خلال استعراض مظاهر الوحدة ومظاهر الاستقلال في اتحاد الإمارات العربية، وطريقة توزيع الاختصاصات بين دولة الاتحاد وبين الإمارات الأعضاء في الاتحاد على النحو السابق تفصيله، يتبيّن غلبة مظاهر استقلال الإمارات على مظاهر الوحدة في دولة الاتحاد، وذلك في ضوء الاعتبارات التالية:

1- أخذ الدستور في توزيع الاختصاصات بين دولة الاتحاد وبين الإمارات بأسلوبٍ حصر المسائل التي تدخل في اختصاص الاتحاد، وترك ما عداها لاختصاص الإمارات. وبهذا أصبح اختصاص الإمارات هو الأصل واختصاص

الاتحاد هو الاستثناء. وهذا التنظيم يَنمُّ عن غلبة اعتبارات استقلال الإمارات على اعتبارات الوحدة داخل الاتحاد.

2 - أنَّ الاختصاص التشريعي لسلطات الاتحاد ينحصرُ - فيما عدا المسائل الاتحادية بطبيعتها- في مسائل ضيقة ينفردُ الاتحاد بالتشريع فيها، وعلى وجه التحديد: الخدمات البريدية والبرقية والهاتفية واللاسلكية - التعليم - الصحة العامة والخدمات الطبية - النقد والعملة - المقاييس والمكاييل والموازن - خدمات الكهرباء. أمَّا المسائل الأخرى التي يتولى الاتحاد التشريع فيها طبقاً للمادة 121 من الدستور، فإنَّ الاتحاد لا ينفرد بالتشريع في تلك المسائل، بل تشاركه الإمارات في هذا الاختصاص التشريعي طبقاً للمادة 149 من الدستور، شريطة ألا تصدر التشريعات المحلية مُتعارضةً مع التشريعات الاتحادية. وبالإضافة إلى هذا الضيق النسبي في الاختصاص التشريعي للاتحاد، والذي يقابله بطبيعة الحال إتساع وإمتداد نسبي في الاختصاص التشريعي للإمارات، فإنَّ السُّلطة التشريعية الحقيقية في الاتحاد تتركزُ في المجلس الأعلى للاتحاد. وهذا المجلس -وهو مُشكَّل من جميع حكام الإمارات الأعضاء في الاتحاد - يُمثِّلُ الإمارات ويُعبِّرُ عن استقلالها، كما أنَّ قراراته بالنسبة إلى إقرار التشريعات، تصدرُ طبقاً للمادة 49 من الدستور بأغلبية خمسة أعضاء من سبعة، على أن تشملَ هذه الأغلبية صوتي إمارتي أبو ظبي ودبي. وهكذا فإنَّ الإنكماش في الاختصاص التشريعي للاتحاد، وخضوع هذا الاختصاص للسُّلطة الحقيقية للمجلس الأعلى المُعبِّر عن إرادات الإمارات، يكشفُ عن غلبة الاتجاهات الاستقلالية في تنظيم وتحديد اختصاصات السُّلطة التشريعية

الاتحادية.

3 - أمّا عن تنظيم السُلطة التنفيذية في الاتحاد، فإنّ المجلس الأعلى هو رأس هذه السُلطة، وهذا هو أول مظهر لغلبة السُلطة الاستقلالية في تنظيم السُلطة التنفيذية. يضاف إلى ذلك أنّ السُلطة التنفيذية للاتحاد لا تتولى إلا تنفيذ القوانين الاتحادية الصادرة في المسائل الاتحادية بطبيعتها، وفي المسائل التي ينفرد الاتحاد بالتشريع فيها وهي مسائل معدودة ومحدودة كما سبق البيان. أمّا المسائل التي تشترك الإمارات مع الاتحاد في التشريع فيها، وهي تُمثّل الأكثرية، فإنّ سلطات الإمارات هي التي تتولى تنفيذ القوانين الاتحادية الصادرة في تلك المسائل، كلّ منها داخل أراضيها. وهذا مظهر من مظاهر استقلال الإمارات. على أنّه ممّا يُخفّف من سُموم تلك الاستقلالية، خضوع الإمارات في تنفيذها لتلك القوانين الاتحادية لإشراف السلطات الاتحادية.

4 - أمّا عن تنظيم السُلطة القضائية للاتحاد، فقد قام هذا التنظيم أساساً على إنشاء محكمة اتحادية عليا، أُسندت إليها اختصاصات مُستحدثة دعت إليها اعتبارات قيام الاتحاد ذاته. ومن هذه الاختصاصات الفصل في المنازعات التي تثور بين الإمارات، أو بينها وبين الاتحاد، وفي دستورية القوانين الاتحادية أو المحلية، وفي تنازع الاختصاص القضائي. كما قام التنظيم القضائي الاتحادي على إنشاء محاكم ابتدائية تختصّ أساساً بالفصل في المنازعات التي تقوم في العاصمة الدائمة للاتحاد، أو بين الأفراد والسلطات الاتحادية. وهكذا لم يمس

التنظيم القضائي للاتحاد الهيئات القضائية للإمارات، أو ينقص من اختصاصاتها، أو يوحد بينها، أو يقطع تَبَعِيَّتَها لإمارتها. وعلى النقيض من ذلك فقد جعل انضمام الهيئة القضائية لأَيَّةِ إمارةٍ إلى السُّلطة القضائية الاتحادية أمراً جوازياً متروكاً لحرية واختيار الإمارة المعنية وهو ما يعني في هذا الخصوص الاستقلالية في التنظيم القضائي للإمارات الأعضاء في الاتحاد.

أخيراً، وفي المبحث السابع من هذا الفصل، سنُتَوَّج ونختم هذا الفصل بتقديم بسيطٍ وواضحٍ حول طبيعة القضاء الإداري في دولة الإمارات العربية المتحدة، حيث سبق وأن ذكرنا أنَّ المُشرِّع الاتحادي والعادي فضلاً عن النصوص القانونية الصادرة قد أكَّدت على وجود القضاء الإداري إلى جانب القضاء العادي مع اختلاف وتعدُّد في درجات التقاضي، وما هي المحاكم المُختصَّة بنظر مثل هذا النوع من المنازعات، مع عرضنا المُبسَّط لنصوص الدستور الدالَّة على استقلالية القضاء وعدم قابلية القُضاة للعزل، حتى يُمكنهم ذلك من أداء رسالتهم القضائية على أكمل وجه، وتقرير أحقيَّة الرِّقابة القضائية على أعمال الإدارة، وإمكانية إلغاء القرار الإداري المعيب أو الذي يُشكِّل في ظاهره تعسُّفاً في استعمال السُّلطة. وذلك على النحو التالي.

المبحث السابع

الطبيعة القضائية الإدارية في دولة الإمارات العربية المتحدة

بات القضاء ضرورةً ملحةً للمجتمع الإنساني، فالقضاء ركنٌ من أركانِ الشريعة الإسلامية الغراء وجزءٌ من أجزائها، فإذا سقط الركن تصدّع البناء واضطرب النظام. والقضاء بابٌ من أبوابِ الفقه الإسلامي ومسلِك من مسالكِ الشريعة والقانون لتحقيق المقاصد المرجوة ودرءِ المفاسد المحظورة. والقضاء أشرفُ تكليفٍ إنساني، وهو الدعامة الأساسية والأهم في أيِّ مجتمعٍ مدني. وقد أولى الإسلام القضاء قدسيةً عظيمة، وأنزله منزلةً لا تدانيها منزلة إقراراً وتأكيداً لدوره الجليل والأساسي في عمارة الأرض على الوجه الذي أراده الله تعالى للكون والإنسان والحياة. والحديث عن القضاء بات وأصبح حديث كلِّ ساعةٍ في زماننا وفي إعلامنا وكلِّ مبادرات الإصلاح المنشودة، بل إنّه أصبح يشكّل همَّ الإنسانية في جميع المعمورة، منذُ بدءِ الخليقة إلى اليوم، وسيبقى إلى أن تقوم الساعة مادام القصد منه مرتبطاً بالعدل الذي هو اسم من أسماءِ الله تعالى الحسنی وتحقيق أثر هذا الاسم في الوجود وفي حياة الناس، وهذا الاهتمام يروم إصلاحه وتطوّره والعناية به وبرجاله والقائمين عليه، لأنّه بالعدل قامت السماوات والأرض، وأصبحت آمنة مطمئنة ثابتة راسخة تتحرّك بتوازن وإعتدال دون حدوث اضطراب ولا إخلال. وبغير القضاء والعدل لا يستقيم أمر الناس ولا يتبادلون المصالح والمنافع دون تشاجر ولا نزاع، فيتحقّق القسط، وتُصان الحقوق العامّة والخاصّة، وتحفظ الأموال

والأنفس والأعراض، وتطبَّق أحكام الشرع وآدابه، وتقام حدود الله، وتبقى القيم والأخلاق، ويمنع الظلم والعدوان والبغي بمختلف أشكاله وصنوفه.

وهنا تكمن أهمية القضاء بأنه يقضي بين الناس نتيجة الخلاف والشجار الذي قد يقع بينهم، وهو الأمر الذي بيّنته الشريعة الإسلامية وبيّنت الأحكام اللازمة لإيجاد مؤسسات القضاء ومقوماته وضوابطه وقواعده. كما تتزايد مهمّة القضاء في إقامة العدل ودفع الظلم عن المظلومين وقطع الخصومات وإيصال الحقوق إلى أهلها، والحفاظ على كيان الأمة وأمن الدولة، الأمر الذي يحول دون انتهاك لمبدأ المشروعية الذي تنتهجه الدولة القانونية الحديثة، مصداقاً لقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ"⁽¹⁾. وقوله تعالى: "إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ"⁽²⁾.

وتُعَدُّ الرّقابة القضائية صمّام الأمان لضمان حقوق الأفراد وحرّياتهم، وحمائيتهم من تعسف الإدارة وتعتتها وانتهاكها مبدأ المشروعية تحت مظلة حماية النظام العام، فإنّه وإن كان يتعيّن أن تكون تصرفات الحكام والمحكومين ضمن دائرة المشروعية، فإنّ هذا الأمر لن يتحقّق إلا من خلال الضمانات التي تكفل احترام هذا المبدأ وسيادة أحكامه على كافة المخاطبين به سواء كانوا حكاماً أو محكومين.

(1) - سورة النساء الآية رقم 135.

(2) - سورة النساء الآية رقم 58.

وبناءً عليه، يتعيّن على السُلطة التنفيذية (السلطة⁽¹⁾) أن تزاوّل اختصاصاتها في النطاق الذي رسمه لها القانون، وعليها أن تزاوّل صلاحياتها في حدود الأنظمة التي قرّرتها وبسطة رقابتها عليها، حتى لا تتعسّف السُلطة التنفيذية في أدائها لمهامّها الموكلة لها وتتحوّل بذلك إلى أداة تخالف القوانين والأنظمة التي رسّخت مبدأ المشروعية وأرسّت قواعده.

من هذا المنطلق، نجد حرص المشرّع الإماراتي سواءً كان المشرّع الدستوري أو المشرّع العادي على ضمان استقلال السُلطة القضائية الاتحادية، حيث أولاها رعايةً خاصّةً وعنايةً منقطعة النظير، فضلاً عن ضمان استقلال المحاكم المحلية الوطنية

(1) - لقد تمّ التسليم بأنّ السُلطة ظاهرة اجتماعية لا يستقيم النظام الجماعي من دونها، فهي التي تُزيل الصراع بين حاجيات الفرد ومتطلّبات الجماعة، كذلك تمّ الإجماع على أنّه لا يمكن أن يوجد مجتمع مُنظّم من دون وجود هيئات الصّبط الإداري باعتبارها العصب الحقيقي للسُلطة وجوهرها بالإضافة إلى أنّ وجودها ضروريّ للحريّة، حيث يستحيل وجود حريّة بغير نظام، فهي تعمل على إيجاد نوع من الإنسجام والتنسيق بين حريّات الأشخاص والصالح العام، والذي يتغيّر بتغيّر ظروف المكان والزمان وطبيعة نظام الدولة. ففي الأنظمة المطلقة حيث حريّة الفرد غائبة، يبرز دور هيئات الصّبط الإداري لحماية سلطة الحاكم، وتحقيق أفكار وغايات قمعية، فتتجاوز بذلك وظيفتها وتتحارّز إلى السُلطة السياسية، وتبتعد عن أهدافها القانونية. أمّا في الأنظمة الديمقراطية التي تُعدّ الحرية جوهرها، تعمل فيها هيئات الصّبط الإداري من أجل تطوير حريّة الأفراد، فهي أداة ووسيلة لإعداد الجو العام لممارستها، فلا تعتبر بذلك قيداً على الحريّة، وإنّما تقوم بتنظيمها لتسهيل تطبيقها واقعياً، وذلك من أجل مصلحة الجماعة وأمنهم وسكينتهم. وبذلك تُعتبر هيئات الصّبط الإداري سلطة قانونية، تحمي النظام القانوني وأمن الجماعة، في إطار مجموعة من الصّوابط التي تجعل لها حدود لا يجوز خرقها.

في الإمارات السَّبع في الاتحاد⁽¹⁾، وهو الأمر الذي نلمسه من خلال الفصل الخامس من الباب الرابع من دستور دولة الإمارات العربية المتَّحدة تحت عنوان القضاء في الاتحاد والإمارات في المواد (94 - 106). كما أعطى الدستور للقضاء كافيَّة الصلاحيات التي من شأنها العمل على سيادة حكم القانون وتطبيق أحكامه على الكافيَّة سواءً كانوا حُكَّاماً أو محكومين، وذلك من خلال قانون السُّلطة القضائية رقم 3 لسنة 1983 م، وقانون المحكمة الاتحادية العليا رقم 10 لسنة 1973م، وقانون تنظيم العلاقات القضائية بين الإمارات الأعضاء في الاتحاد رقم 11 لسنة 1973م، وقانون إنشاء محاكم اتحادية ونقل اختصاصات الهيئات القضائية المحلية في بعض الإمارات إليها رقم 6 لسنة 1978م، وقرار مجلس الوزراء رقم 23 لسنة 2008م بشأن الهيكل التنظيمي لوزارة العدل، والقرار الوزاري

(1) - تسعى حكومة دولة الإمارات العربية المتَّحدة لتطوير نظامها القضائي بشكلٍ دائم، إدراكاً لدوره في الحفاظ على الأمن والاستقرار في البلاد، ومنذ عام 1971 م، أنشأت الحكومة العديد من المحاكم ودوائر النيابة العامَّة في جميع الإمارات، كما سنَّت العديد من التشريعات لتلبية الإحتياجات الاجتماعية والاقتصادية المستجدة في الدولة. وتنتشر جميع القوانين الصادرة في الدولة مع تعديلاتها في الجريدة الرسمية. واهتمت الحكومة بجذب الكفاءات القضائية والخبرات القانونية مع التركيز على التوطين، حيث إرتفع عدد أعضاء السُّلطة القضائية من 228 عضواً في عام 2008 إلى 287 عضواً في 2012، وخلال تلك المدة إرتفعت نسبة التوطين بزيادة تبلغ 72%. وبلغ عدد المحامين المسجّلين في وزارة العدل 783 محامياً في مارس 2016، منهم 764 محامياً من المواطنين الإماراتيين، والباقي من مواطني دول مجلس التعاون. معلومات مشار إليها في الموقع الرسمي لبوابة حكومة الإمارات على الرابط التالي:

<https://www.government.ae/ar-AE/information-and-services/justice-safety-and-the-law/promoting-the-competency-of-the-judicial-system-in-the-uae>

رقم 86 لسنة 1984م بشأن إنشاء صندوق القضاة وأعضاء النيابة العامة الاتحادية، وجرير بالذكر في هذا المقام أنّ إرساء دعائم استقلال القضاء الإماراتي ومنحه الرعاية والاهتمام إنّما كان مصدره الأول وشخصه المتميز هو الشيخ زايد بن سلطان (طيب الله ثراه) باني نهضة الإمارات، الذي كان شغله الشاغل إقامة العدل وإعطاء كل ذي حق حقه.

هذا ويعتبر القضاء الإداري في مفهومه المعاصر، حديث النشأة في الإمارات، إذ ظهر هذا النوع من القضاء مع قيام دولة الإمارات العربية المتحدة في الثاني من ديسمبر عام 1971 م، حيث نصّت المادة (102) من دستور دولة الاتحاد على إسناد نظر المنازعات الإدارية بين الاتحاد والأفراد إلى القضاء الاتحادي. أمّا الممارسة العملية للقضاء الإداري فقد تمت منذ عام 1973 م بإنشاء المحكمة الاتحادية العليا ومباشرتها لمهام عملها بدءاً من الفاتح من سبتمبر ذلك العام. ويمارس القضاء الإماراتي رقابته القضائية على أعمال الإدارة من خلال دعوى الإلغاء، ودعوى التعويض، ودعوى التأديب، لكنّ قضاء الإلغاء أو دعوى الإلغاء، هو من أبرز المجالات التي طوّرها القضاء الاتحادي. ومن ناحية أخرى، يُمكن القول أنّ القانون الإداري الإماراتي اجتاز مرحلة النشأة والتشكّل، ودخل مرحلة التطوّر والارتقاء. وتبرز ملامح هذا التطوّر في عدّة صور، منها:

أ- صدور التشريعات التي تتّصل بالجوانب الإدارية، كقوانين الخدمة والوظيفة العامة، وقوانين العقود والمناقصات، وقوانين الإدارات والمؤسسات والهيئات العامة

الاتحادية والمحلية وغيرها.

ب- انتشار الدوائر القضائية المتخصصة بنظر المنازعات الإدارية، وخاصة في المحاكم الاتحادية بدرجاتها المختلفة.

ت- استقرار وترسيخ فكرة عدم تحصُّن القرار الإداري⁽¹⁾، والتمييز بين العمل الإداري والعمل السيادي لدى المتقاضين.

(1) - يُعتبر القرار الإداري أهم الأعمال التي تقوم بها الإدارة وبهذا يُعدُّ من الأهمية بمكانٍ على أساسٍ أنه يشغل الأفراد في الحياة الإدارية، فالإدارة حين تُصدر القرار الإداري يجب أن تراعي احترام حقوق وحرّيات الأفراد، حيث أنّ هدفها إحداث آثاراً قانونيةً معينةً للصالح العام الذي يعتبر المؤثّر الأساسي في الحياة القانونية. لهذا أصبح القرار الإداري مظهر من مظاهر إمتيازات السُلطة العامّة التي تتمتع بها الإدارة التي وضعها المشرّع بين أيديها بغرض تقريب الأفراد إليها، وهذا دليلٌ على أنّ القرار الإداري هو سلطان الإدارة وعن طريقها تُخضع الأفراد لإرادتها وتُلزمهم بها. لكنّ الاستثناء الوارد على القاعدة العامّة هنا أنّه ليس كلّ القرارات الصادرة مشروعة، إذ من خلال الامتيازات الممنوحة للإدارة حوّلت لها مجال واسع للمخالفة والتعسف، لهذا اتّجهت الأنظار إلى إيجاد وسيلةٍ لمراقبة أعمال الإدارة وتصرفاتها دون الحدّ منها، وللتأكد من توافقها مع القانون، وهو الأمر الذي إنقّقت عليه معظم النظم القانونية على إسناد هذه الرقابة إلى القضاء الإداري الذي يلعبُ دوراً فعّالاً في إضفاء رقابة المشروعية على أعمال السُلطات الإدارية بما يحقّق التوازن بين الصالح العام وحماية حقوق وحرّيات الأفراد، فوجود رقابة قضائيةٍ دليلٌ على وجود وسيلةٍ أو ضمانةٍ للأفراد لمواجهة تعسّفات الإدارة وتتمثّل هذه الضمانة في دعوى إلغاء القرار الغير مشروع أمام القضاء الإداري وهي أهم وسيلة للرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية. مع ملاحظة أنّه ليس كلّ القرارات الإدارية محل لدعوى الإلغاء، حيث أنّ هناك أعمالاً تخرج عن قاعدة عدم مشروعية القرار الإداري، بالرغم من أنّها تحوز جميع شروط القرار الإداري محل دعوى الإلغاء، وهو ما يعرف بامتيازات السُلطة الإدارية التي تتمثّل في السُلطة التقديرية، والظروف الإستثنائية وأعمال السيادة.

وتلعب المحاكم الاتحادية وعلى رأسها المحكمة الاتحادية العليا دوراً بارزاً في تعزيز هذا التطور، وذلك من خلال آليتين اثنتين هما:

أ- تفسير وتأويل النصوص الإدارية المعمول بها وغيرها من النصوص القانونية بما يعطيها نفساً إدارياً.

ب- الاجتهاد القضائي في المنازعات الإدارية التي لا تضبطها نصوص خاصة بها. وفي هذا الاتجاه، إستعانت المحاكم (الدوائر) الإدارية الاتحادية بأحكام الشريعة الإسلامية ومبادئ القانون الإداري، وقواعد القانون المقارن ومبادئ القانون الطبيعي⁽¹⁾.

وكما أسلفنا القول فإنّ التنظيم القضائي لدولة الإمارات العربية المتحدة، يأخذ بنظام القضاء الموحد⁽²⁾. فالقضاء العادي هو المختص بنظر كافة الدعاوى

(1) - ينص دستور دولة الإمارات العربية أنّ أحكام الشريعة الإسلامية تعتبر المصدر الرئيسي للقانون في الإمارات العربية المتحدة. فيما تتجلى المصادر الأخرى في "القانون العام" والتراث القانوني. بالإضافة إلى ذلك، تؤخذ الأعراف والتقاليد بالاعتبار في إصدار القرارات القضائية. ومن جهة أخرى، فإنّ " المدونات القانونية الرئيسية للقانون هي القانون المدني المتضمن في القانون رقم 5 لعام 1985 م، قانون العقوبات الاتحادي المتضمن في القانون رقم 3 لعام 1987 م، قانون الأدلة في المسائل المدنية والتجارية المتضمن في القانون رقم 10 لعام 1992 م، وقانون أصول المحاكمات المدنية المتضمن في القانون رقم 11 لعام 1992 م، وقانون أصول المحاكمات الجنائية المتضمن في القانون رقم 35 لعام 1992 م، ولغة المحاكم الرسمية هي اللغة العربية.

(2) - نظام القضاء الموحد هو ذلك النظام الذي يوجد فيه قضاءً واحدٌ هو - القضاء العادي - ويختص بالفصل في منازعات الإدارة العامة، كما يختص في نفس الوقت بالفصل في المنازعات

والمنازعات، بما فيها المنازعات الإدارية وبذات الإجراءات التي تنتظر بها سائر الدعاوى المدنية، لكنّ ثمة قوانين مُتفرقة تشكّل في مجموعها الهيكل العام لقانون القضاء الإداري ومنها:

أ- المحاكم المختصة بنظر الدعاوى الإدارية

ترفع الدعاوى الإدارية ابتداءً أمام المحاكم الاتحادية الابتدائية في مدن الإمارات الداخلة في نطاق القضاء الاتحادي، أمّا الدعاوى الإدارية في مدن الإمارات التي لم تدخل في نطاق القضاء الاتحادي (دبي - رأس الخيمة)، فإنّها ترفع أمام المحكمة الابتدائية المحلية، وغالباً ما تنصّ القوانين المحلية على ضرورة موافقة جهة معيّنة قبل رفع الدعوى الإدارية على مؤسسات الحكومة المحلية.

وتستأنف الأحكام الصادرة من المحاكم الاتحادية الابتدائية في الدعاوى الإدارية - وكذلك الدعاوى الأخرى - أمام المحاكم الاتحادية الاستئنافية حسب قواعد الاختصاص المكاني. وأحكام هذه الأخيرة يُطعن عليها بطريق النقض أمام الدائرة الإدارية بالمحكمة الاتحادية العليا. ولئن كان نظام القضاء الموحد هو السائد في الإمارات، إلّا أنّ الدعاوى الإدارية يتمّ نظرها من طرف دوائر إدارية في

التي تثور بين أشخاص القانون الخاص. حيث تتواجد الإدارة في هذا النظام في وضعية تتساوى فيها مع الأفراد أمام المحاكم العادية بحيث تخضع لأوامر القاضي. وفي هذا النظام يعهد بمهام السُلطة القضائية في الفصل في كافة المنازعات سواء تلك التي تثور بين الأفراد وجهة الإدارة، ومن ثمة هذه الجهة تختصّ بنظر المنازعات جميعها عاديةً كانت أم إدارية فيخضع الجميع لقضاء وقانون واحد.

المحاكم الاتحادية مشكّلة من قضاة متخصصين في القانون والقضاء الإداريين.

ب- القوانين المُطبَّقة

تُطبَّق المحاكم قواعد القانون عند نظرها في الدعاوى. ويقصد بالقانون، القانون في معناه العام، سواء كان مُدَوَّنًا أم غير مُدَوَّن. فهي تطبِّق قوانين الوظيفة العامة وقوانين العقود الإدارية وقوانين المناقصات والتوريدات العامة وغيرها، كما تطبِّق الأعراف المستقرّة ومبادئ القانون الإداري ومبادئ الشريعة الإسلامية، وذلك كلّه تحت الرّقابة القضائية للمحكمة الاتحادية العليا.

ت- الدعوى الإدارية

تخضع الدعوى الإدارية كقاعدةٍ عامّةٍ في إجراءات رفعها وقيدها ونظرها وإصدار الأحكام فيها والطعن عليها لقانون الإجراءات المدنية الاتحادي، إذ لم يصدر حتى الآن قانونٌ خاصٌّ بالإجراءات الإدارية، إلّا إذا نصّ قانونٌ خاص على إجراءاتٍ معيّنة، فعندئذٍ يُطبَّق القانون الخاصُّ عليها.

هذا من ناحية، ومن ناحيةٍ أخرى نجد أنّ الدستور الاتحادي لدولة الإمارات قد أكّد على مبدأ استقلال القضاء، حين نصّ في المادة 94 منه على أنّ: " العدل أساس الملك، والقضاة مستقلون لا سلطان عليهم في أداء واجبهم لغير القانون

وضمائهم " (1). وتضمنت المادة رقم 97 من الدستور الاتحادي على مبدأ هام وجوهري وهو عدم قابلية القضاء للعزل، والذي يُعدُّ من أبرز ضمانات إسقلال القضاء حين نصَّ على أن: "رئيس المحكمة الاتحادية العليا وقضاتها لا يعزلون إبَّان توليهم القضاء، ولا تنتهي ولايتهم إلا لأحد الأسباب التالية...".

ومع ضرورة التسليم بأهمية وظيفة الضبط الإداري وضرورتها للمحافظة على النظام العام، فإنَّه يبقى جليَّ أن نشاط الإدارة، وما يتضمَّنه من تقييد لحرّيات الأفراد، ينبغي أن يخضع لرقابة قضائية واسعة تضمن التزام هيئات الضبط الإداري بالضوابط التي ينبغي عليها احترامها حمايةً لحقوق الأفراد، وقد أخضع القضاء باستمرار أعمال الضبط الإداري لرقابته خاصَّةً رقابة الإلغاء، وقد أثبتت جدواها وفعاليتها في القضاء على القرارات الإدارية الغير مشروعة وإنهاء آثارها، وذلك دائماً في إطار عملية تحقيق التوازن بين المحافظة على النظام العام وحماية حقوق وحرّيات الأشخاص. فليس من شكِّ أن الإحتكام واللجوء إلى القضاء عن طريق الدعوى الإدارية من طرف ذوي الصفة والمصلحة، يُعتبر من أقوى الضمانات الحقيقية للحرّية في مواجهة تعسُّف هيئات الضبط الإداري في استخدام

(1) - كما أعاد القانون الاتحادي رقم 3 لسنة 1983م، بشأن السُّلطة القضائية الاتحادية التأكيد على مبدأ استقلال القضاء، حين نصَّ في المادة الأولى منه على أن: "العدل أساس الملك والقضاة مستقلون لا سلطان عليهم في أداء واجبهم لغير أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين المرعية وضمائهم، ولا يجوز لأيِّ شخص أو سلطة المساس باستقلال القضاء أو التَّدخُّل في شؤون العدالة". الجريدة الرسمية العدد 126 السنة الثالثة عشر بتاريخ 1983/5/30 م، وعمل به من تاريخ 1983/6/30 م.

سلطاتها المخوَّلة لها قانوناً.

هذا وتتنصَّف الرقابة القضائية بالعديد من الخصائص التي يمكن إجمالها في

النقاط التالية:

1. أنَّ الجهة القضائية المكلفة بالرقابة على أعمال الإدارة قد إكتسبت الاختصاص بناءً على نصوصٍ دستوريةٍ أو قانونية.
2. لا تتحرَّك الرقابة القضائية من تلقاء نفسها، وإنما برفع دعوى قضائية من طرف ذوي الصفة والمصلحة.
3. الرقابة القضائية لما لها من قواعد وإجراءات منصوصٍ عليها في القانون لكفالة حق الخصوم في الدفاع عن أنفسهم من جهة، ولضمان الموضوعية والاختصاص في الفصل في الدعاوى من جهة أخرى.
4. الرقابة القضائية هي رقابة مشروعية، حيث لا يملك القاضي سوى الحكم بمشروعية التصرف أو بطلانه، بالإضافة على التعويض عن الأضرار الناجمة عنه.
5. تكون الأحكام الصادرة من طرف القضاء لها قوَّة الشيء المقضي فيه، وما

يترتب عن ذلك من وجوب تنفيذها (1).

وإذا ما رجعنا في معرض تقديرنا للرقابة القضائية في دولة الإمارات على أعمال الإدارة نجد أن الدستور قد قسم الاختصاص والولاية القضائية للمحاكم الاتحادية الابتدائية إلى ثلاثة أقسام بحسب المعيار الموضوعي والشكلي للمنازعات بصفة عامة، حيث أفرد في القسم الأول نوع من المنازعات يستقل بها الاتحاد سواء كان مدعياً أو مدعى عليه فيها في جميع القضايا الإدارية والمدنية والتجارية، وقرّر في قسم آخر من اختصاص المحاكم الابتدائية الفصل في الجرائم المرتكبة في حدود عاصمة الاتحاد، أمّا القسم الثالث من اختصاص المحاكم الابتدائية فقد وجهه المشرع لنظر منازعات الأفراد فيما بينهم في كلّ القضايا المدنية والتجارية وقضايا الأحوال الشخصية.

ويستفاد من بعض نصوص الدستور في هذا المقام، بمعرفة قواعد الاختصاص التي تحكم المنازعات السائدة والتي قيدها المشرع بقيد مكاني، وهو إنشاء أكثر من محكمة اتحادية ابتدائية واحدة، مع إمكانية انعقادها في عاصمة الاتحاد (أبو ظبي) أو أيّ عاصمة من عواصم الإمارات، وبالتالي تمتع كلّ محكمة بإمكانية نظر

(1) - جمال الدين سامي، الرقابة على أعمال الإدارة، منشأة المعارف بالأسكندرية، مصر بدون سنة نشر. مرجع مشار إليه لدى: قروف جمال، الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري، رسالة ماجستير (جامعة باجي مختار) الجزائر، 2006 م، ص 15.

المنازعات المطروحة في دائرة اختصاصها المكاني⁽¹⁾. كما وأنّ المنازعات الإدارية التي يكون الاتحاد طرفاً فيها تخضع لقواعدٍ خاصّة بحسب طبيعة الصّفة للشخص الاعتباري، فإذا كانت الجهة الإدارية خاصمت أحد الأفراد بوصفها سلطةً عامّة، فإنّه يُطبّق على المنازعة قواعد القانون الإداري وتخضع للمحكمة الإدارية حسب دائرة الاختصاص، أمّا إذا خاصمت جهة الإدارة أحد الأفراد بوصفها فرداً من الأفراد مثل إبرامها بعض العقود باعتبارها من أشخاص القانون الخاصّ وليس العام لضرورة مثل هذه العقود، فإنّ الإدارة في هذا الخصوص تخضع لقواعد القضاء العادي ويطبّق عليها قواعد القانون المدني. كما ركّز المشرّع في معرض اهتمامه بطبيعة المنازعة المعروضة على المحكمة المختصّة عندما أورد في الفقرة الأولى من المادة 102 من الدستور على اختصاص المحكمة الاتحادية الابتدائية بمنازعات الاتحاد سواء كانت إدارية أو كانت مدنية أو تجارية وذلك عندما نصّ على أن: "يكون للاتحاد محكمة اتحادية ابتدائية أو أكثر تتعقد في عاصمة الاتحاد الدائمة أو في بعض عواصم

(1) - تنصّ المادة 102 من دستور دولة الإمارات العربية المتّحدة على أن: " يكون للاتّحاد محكمة اتّحادية ابتدائية أو أكثر تتعقد في عاصمة الاتحاد الدائمة أو في بعض عواصم الإمارات لممارسة الولاية القضائية في دائرة اختصاصها في القضايا التالية :

- المنازعات المدنية والتجارية والإدارية بين الاتحاد والأفراد سواء كان الاتحاد فيها مدّعياً أو مدّعى عليه.

- الجرائم التي ترتكب ضمن حدود العاصمة الاتحادية الدائمة باستثناء ما تختصّ بنظره المحكمة الاتحادية العليا بموجب المادة 99 من هذا الدستور.

- قضايا الأحوال الشخصية والقضايا المدنية والتجارية وغيرها بين الأفراد التي تنشأ في العاصمة الاتحادية الدائمة.

الإمارات لممارسة الولاية القضائية في دائرة اختصاصها في القضايا التالية: ... -
المنازعات المدنية والتجارية والإدارية بين الاتحاد والأفراد سواء كان الاتحاد فيها
مدّعياً أو مدعى عليه". وفي هذه الفقرة تصريح واضح من المشرع للقضاء بأنواعه
وبحسب طبيعة المنازعة المعروضة بإمكانية ممارسة قضاء الإلغاء أو التعويض
والتأديب في الوقت نفسه، سواء كان الاتحاد بصفة سيادية أثناء ممارسة النشاط
الإداري أو بصفة خاصة تخضع لقواعد القضاء العادي أو القانون العادي⁽¹⁾.

وتماشياً مع ذلك فالدعوى القضائية الإدارية تُعتبر دليلاً على خضوع أعمال
الضبط الإداري لرقابة القضاء، وذلك لكونها وسيلة قانونية تُحرك وتجبّد سلطات
القاضي الإداري في التقرير والحكم بالجزاء القضائية المُوجّهة ضدّ أعمال
الضبط الإداري الغير مشروعة والضارة. كما وأنّ الرقابة القضائية على أعمال
الضبط الإداري لا يمكن تحقيقها، إلاّ بتحريك ورفع الدعوى القضائية الإدارية،

(1) - أُيدت المادة الثالثة من القانون الاتحادي رقم 6 لسنة 1978م بشأن إنشاء المحاكم الاتحادية
في دولة الإمارات ما جاءت به المادة 102 من الدستور حين نصّت على أنّه: " مع مراعاة ما
تقضي به المادة السابقة تختص المحكمة الاتحادية الابتدائية كلّ في دائرة اختصاصها بما يأتي:
1- المنازعات المدنية والتجارية والإدارية بين الاتحاد والأفراد سواء كان الاتحاد مدّعياً أو مدعى
عليه فيها. 2- الجرائم باستثناء ما تختص بنظره المحكمة الاتحادية العليا بموجب المادة (99)
من الدستور. 3- قضايا الأحوال الشخصية والقضايا المدنية والتجارية وغيرها بين الأفراد وأيضاً
المادة رقم 25 من القانون رقم 11 لسنة 1992م في شأن الإجراءات المدنية حيث نصّت على
أن: " تختص المحاكم الابتدائية بنظر المنازعات المدنية والتجارية والإدارية والعمالية والأحوال
الشخصية باستثناء المنازعات التي يكون الاتحاد طرفاً فيها، حيث تختص بنظرها المحاكم
الاتحادية " الجريدة الرسمية العدد 235 مكرّر السنة الثانية والعشرين بتاريخ 1992/3/8 م،
يعمل به من تاريخ 8- 6- 1992 م.

وذلك طبقاً لمبدأ -لا دعوى بدون مطالبة قضائية - من أجل تقييد وحصر القاضي الإداري بما ورد في عريضة الدعوى، لضمان حياده وموضوعيته، ولا يتجسّد ذلك إلا بوجود إجراءات قضائية مرفوعة أمامه للمطالبة بإلغاء أو تعويض عن قرارٍ أو نشاطٍ صدر عن الجهة الإدارية.

وبعد استعراضنا في إيجازٍ بسيطٍ لأهمية الرقابة القضائية في دولة الإمارات العربية المتّحدة من حيث رقابة السُلطة القضائية على سلطات الضبط الإداري في مجال القرارات الإدارية والعقود الإدارية، وما هي السُلطات والامتيازات الممنوحة لجهة الإدارة في مجال العقود الإدارية، وبعد أن بيّنا الفرق بين الأعمال القانونية والأعمال الإدارية، وشرحنا ما هو التنظيم السياسي في دولة الإمارات العربية وكيفية توزيع الصلاحيات والاختصاصات بين الحكومة الاتحادية والإمارات الأعضاء فيه، وما هو الأسلوب المتّبع في دولة الإمارات لتوزيع هذه الاختصاصات، جنّنا في ختام هذا الفصل وبالتحديد في المبحث السابع منه لإيضاح الطّبيعة القضائية الإدارية في دولة الإمارات العربية المتّحدة ودورها المتزايد سواءً على الصعيد الدستوري أو على الصعيد العادي المحلي الخاص بكلّ إمارةٍ على حده، حيث أظهرنا دور وحيوية إنشاء المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات وسعيها لإحكام الرقابة على السُلطات الإدارية من التعسّف أو الخروج على مبدأ المشروعية ودورها كذلك في ضمان احترام الحقوق والحريّات التي نصّ عليها الدستور الاتحادي.

الخاتمة

يتعين على كل دولة أن تتولى بنفسها إشباع بعض الحاجات الجماعية وعلى الأخص تلك التي تتعلق وتتصل بجوهر الدولة وكيانها ، كالدفاع الخارجي أو الأمن الداخلي والقضاء ، لهذا كان لابد لهذه الدولة وبواسطة سلطاتها من أن تتمتع بامتيازات وأن تمارس من هذه السلطات ما يُمكنها من القيام بمسؤولياتها المناطة بها لتحقيق مصالح المجتمع وتنظيم المرافق العامة وهو مبرر وجودها ، إلا أنه في المقابل يجب حماية الأفراد من تعسف السلطة وانحرافها ، وذلك عن طريق وجود ضمانه تحمي الأفراد من تعسف السلطة وهي ما اصطلح على تسميتها " الإدارة " وهذه الضمانة تتمثل في خضوع الأخيرة للقانون فيما تقوم به من أعمال وتتخذ من تصرفات وإجراءات، بل وفيما تتمتع به من سلطات وامتيازات . ومن المعروف أن خضوع الإدارة العامة للقانون يُعتبر عنصراً من عناصر الدولة القانونية التي يخضع فيها الحكام والمحكومون لسلطان القانون . إذ أنه يُجسد الرغبة العامة في حماية الأفراد من تعسف واستبداد الإدارة العامة فيما لو تركت تتصرف وتعمل دون إخضاعها لقواعد قانونية موضوعية مسبقاً . ويعتبر كذلك خضوع الإدارة العامة للقانون محركاً للنشاط الإداري وقيداً عليه ، فهو محرك للنشاط الإداري إذ أنه يوزع الإختصاصات والصلاحيات القانونية بين مختلف الموظفين العموميين ويمنحهم التأهيل القانوني للقيام بالأعمال الإدارية ويُحدّد لهم الأهداف والغايات التي يتعين عليهم استهدافها ، ويقيد هذا النشاط بأن يتم وفق قواعد قانونية موضوعية مسبقاً تتحدد من خلاله الصلاحيات والإمتيازات الممنوحة للجهة الإدارية . وتأسيساً على

ذلك يتعين على السلطة التشريعية أن تزاوّل اختصاصاتها في النطاق الذي رسمه وحدده الدستور لها ، ويتعين على السلطة التنفيذية المُكفّلة بالسهر على تنفيذ القوانين وإشباع الحاجيات الأساسية الجماعية أن تزاوّل صلاحياتها وتتخذ أعمالها الإدارية في الحدود التي قرّرتها القوانين ، وينطبق القول نفسه على السلطة القضائية التي تتمثل وظيفتها في تطبيق القانون على المنازعات التي تعرض عليها في صورة أحكام قضائية تحوز حجية الأمر المقضي به .

من خلال ما تقدم ذكره وباستقراء نصوص الدستور الخاصة بالمنازعات الإدارية في دولة الإمارات العربية المتحدة ، وما جاء في نصوص القانون رقم 10 لسنة 1973م في شأن المحكمة الاتحادية العليا ، والقانون رقم 6 لسنة 1978 م في شأن إنشاء المحكم الاتحادية الابتدائية ، وقانون الإجراءات المدنية الاتحادية رقم 11 لسنة 1992 م ، يتبين لنا أن القضاء الإماراتي وعلى المستويين الاتحادي والمحلي يختص بالنظر في المنازعات الإدارية التي تنشأ بين الإتحاد والأفراد أو بين الإدارة وموظفيها . فعلى الصعيد الاتحادي قضت المحكمة الاتحادية العليا عند مباشرتها النظر في المنازعات الإدارية على مستوى الإتحاد في أحد أحكامها : " بأن الدولة الحديثة تقوم على مبدأ المشروعية الذي يُمكن تلخيصه بأنه سيادة حكم القانون " . وهو ما يعني في هذا الخصوص إمكانية رقابة الأفراد لأداء الدولة لوظيفتها وأن يردوها إلى جادة الصواب إذا خرجت عن حدود القانون نتيجة إهمالٍ أو تعمد ، ووسائل الأفراد في سبيل تحقيق هذه الوظيفة هي إمكانية طلب إلغاء القرارات المعيبة أو الدفع بعدم دستورية القوانين أو الحق

في طلب التعويض عن تصرفات الإدارة المعيبة سواء كانت تصرفات إدارية أو أعمالاً مادية .

وعلى صعيد القضاء المحلي ، نجد أن الإختصاص بنظر المنازعات الإدارية ينعقد للمحاكم المحلية وهي المنازعات التي تكون السلطة الإدارية المحلية في إحدى الإمارات طرفاً فيها ، حيث يختص بنظرها القضاء المحلي في الإمارة التي وقع بها النزاع على سندٍ مردهُ المادة 104 من الدستور الإتحادي لدولة الإمارات العربية والتي تنصُّ على أن : " تتولى الهيئات القضائية المحلية في كل إمارة جميع المسائل القضائية التي لم يُعهد بها للقضاء الإتحادي بمقتضى أحكام هذا الدستور " .

إذاً يتضح لنا جلياً ومن خلال العرض البسيط حول الرقابة القضائية في دولة الإمارات العربية المتحدة ، أن الإدارة تتمتع بسلطةٍ تقديريةٍ واسعة في شتى مناخها الإداري ، وخاصةً في مجال القرارات الإدارية التي تعتبر من أهم امتيازات السلطة الإدارية لأداء واجباتها تجاه المواطنين ، والمُخوِّلة اليها قانوناً لتحقيق غايةٍ أسمى ألا وهي المصلحة أو المنفعة العامة ، وأن المخاطبين بهذه القرارات مُلزَمون بتنفيذها طواعيةً أو كرهاً ، إلا أن عليهم عدم التزام الصمت في كل قرارٍ إداري يضر بمركزهم القانوني على اعتبار أنه يُخالف مبدأ المشروعية ، ويحق للأفراد في هذا الخصوص (المُتضرِّرين) اللجوء للقضاء لرفع دعوى إلغاء القرار الصادر بسبب تجاوز السلطة لحدودها ، أو تعسفها في استعمال سلطاتها المخولةٍ إليها .

وهنا يأتي دور القضاء بصفةٍ عامةٍ لمراقبة سير أداء الجهة الإدارية وحسن استعمالها لسلطاتها أثناء تأديتها لوظيفتها القانونية ، ضد تعسف الإدارة أو خروجها عن مبدأ المشروعية وذلك بإلغاء القرار الإداري المعيب أو التعويض عنه في حال الضرر .

وإجمالاً لما تقدّم فقد أولى المشرّع الإتحادي الضبط الإداري جُلَّ الإهتمام في التنظيم الدستوري والقوانين الإتحادية والمحلية مُبَيَّنًا سلطاته وحدوده . فَطَبَقًا لنصّ المادة (60) من الدستور الإماراتي لسنة 1971م بيّنت الإختصاص بشأن اللوائح التنفيذية (لوائح الضبط الإداري) على النحو التالي :

أ- أن مجلس الوزراء هو صاحب الإختصاص الأصيل في اللوائح التنفيذية ولا يجوز أن ينتقل لغيره إلا بنصّ خاصٍ في القانون أو تكليف من مجلس الوزراء .

ب- أن تكليف المشرّع للسلطة التنفيذية بإصدار اللوائح التنفيذية يَسْتَمُدُّ مصدره من الدستور مباشرة.

ت- جرى العمل في دولة الإمارات منذُ صدور الدستور على تكليف الوزير الذي يدخل موضوع القانون في إختصاص وزارته بإصدار لائحته التنفيذية.

ونصّت المادة (113) من ذات الدستور على هيئةٍ أخرى إتحادية تمارس

الضبط الإداري الإتحادي وهي المجلس الأعلى للإتحاد¹، حيث خوّلت هذه المادة للمجلس الأعلى سلطة إتخاذ التدابير الكفيلة بحفظ النظام العام ، وذلك من خلال بعض القيود ومنها :

1- الشرط الزمني: يجب عدم إصدار مراسيم الضرورة إلا في حالة غياب المجلس الأعلى للإتحاد (وهي فترة ما بين أدوار الإنعقاد العادية وغير العادية). (الفقرة الأولى من نفس المادة) .

2- شرط الضرورة: يجب عدم إصدارها إلا في حالة وجود ظروفٍ قاهرةٍ في غيبة المجلس الأعلى للإتحاد (الفقرة الأولى من نفس المادة) .

3- الجهة التي تمارس إصدار المراسيم بقوانين: هي رئيس الإتحاد ومجلس الوزراء مجتمعين، ولا يجوز مباشرتها من أيٍّ منهما مُنفرداً. (الفقرة الأولى من نفس المادة) .

4- رقابة المجلس الأعلى للإتحاد: حيث يجب عرض المراسيم عليه خلال أسبوع على الأكثر من تاريخ صدورها، وله أن يُقرّها أو يلغيها، وإذا أقرّها تأيّد ما كان لها من قوّة القانون، ويجب إخطار المجلس الوطني الإتحادي بها في أول

¹ - تنصُّ المادة 46 من الدستور الإتحادي لدولة الإمارات على أن: " المجلس الأعلى للإتحاد هو السُّلطة العليا فيه . ويُشكّل من حكام جميع الإمارات المكوّنة للإتحاد ، أو من يقوم مقامهم في إماراتهم ، في حال غيابهم ، أو تعذّر حضورهم . ولكل إمارةٍ صوتٌ واحدٌ في مداورات المجلس" .

اجتماع له للعلم فقط ، (الفقرة الثانية من نفس المادة) .وإذا لم يوافق المجلس الأعلى الإتحادي عليها يزول ما كان لها من قوة القانون منذ يوم صدورها. (الفقرة الثالثة من نفس المادة) .

5- شرط ضروري: ويجب ألا تكون المراسيم بقوانين مخالفة للدستور مثلها في ذلك مثل كافة القوانين واللوائح. (الفقرة الأولى من نفس المادة) .

وعاودت المادة رقم 143 في الفقرة الثالثة من الدستور الإتحادي للتأكيد على أنه يجوز لرئيس الإتحاد ومجلس الوزراء مجتمعين إتخاذ ما يلزم من التدابير الكفيلة بحفظ النظام حيث نصّت هذه المادة على : " ويجوز لرئيس الإتحاد ومجلس الوزراء الإتحادي مجتمعين إذا لم يكن المجلس الأعلى مُنعقدًا إتخاذ ما يلزم من التدابير العاجلة التي لا تحتمل التأخير ودعوة المجلس الأعلى للإنعقاد فوراً " .

أما ما يخصّ اللوائح التفويضية فهي عبارة عن مراسيم أو قرارات لها قوة القانون، وتصدرها السلطة التنفيذية في الظروف الإستثنائية لتنظيم بعض المسائل التي يتناولها عادةً التشريع وذلك بتفويض خاصٍ من السلطة التشريعية. وقد نظمّ دستور دولة الإمارات العربية اللوائح التفويضية في المادة (115) وذلك كالآتي :

• شروط ممارسة التفويض:

1- السلطة المختصة بإصدارها:

حدّدها الدستور في رئيس الدولة ومجلس الوزراء مجتمعين، ولا يجوز ممارستها

بإنفراد من أي منهما.

2- تحديد مدة التفويض:

حدّدها الدستور في غياب المجلس الأعلى للاتحاد ولا يكون التفويض جائزاً إلا في خلال هذه الفترة وإلا كان باطلاً (وهي مدة تقترب من أربعة أشهر).

3- تحديد الموضوعات التي يرد عليها التفويض:

قصرت المادة (115) من الدستور التفويض في إصدار المراسيم على المسائل التي يختصّ المجلس الأعلى بالتصديق عليها بعد إقرارها من مجلس الوزراء. ومن ثم لا يجوز التفويض في الإختصاصات التي يتولاها المجلس الأعلى بنفسه (مثل: إنتخاب رئيس الدولة ونائبة وقبول إنضمام عضو جديد بالدولة، تعيين رئيس مجلس الوزراء، رسم السياسة العامّة بالدولة... الخ. وإستثنى الدستور بعض المسائل التي لا يجوز التفويض فيها (مجال محصور) وذلك نظراً لخطورتها وهي :

- المسائل المتعلقة بالموافقة على المعاهدات والإتفاقات الدولية.

كما أكّد المشرّع الإماراتي في الباب السادس من الدستور بعنوان (الإمارات) في المادة 117 على أن : " يستهدف الحكم في كلّ إمارة بوجه خاص ، حفظ الأمن والنظام داخل أراضيها وتوفير المرافق العامّة ورفع المستوى الإجتماعي والإقتصادي فيها " .

وجاء نصُّ الفقرةِ الثالثةِ والرابعةِ والتاسعةِ من المادة 120 من الدستور الإتحادي لدولة الإمارات فيما يتعلّق بالإختصاصات التشريعية التي يندرج تحتها الضبط الإداري لتنصُّ المواد على التالي : " ينفرد الإتحاد بالتشريع والتنفيذ في الشؤون التالية :- - حماية أمن الإتحاد ممّا يتهدّده من الخارج أو الداخل .

- شؤون الأمن والنظام والحكم في العاصمة الدائمة للإتحاد .

- شقّ الطرق الإتحادية التي يقرّر المجلس الأعلى أنّها طرقٌ رئيسية وصيانتها وتحسينها وتنظيم حركة المرور على هذه الطُرق " .

ونصّت المادة 138 من الدستور على أن للإتحاد قواتٌ أمنٍ إتحادية تباشر عملها الأمني لصيانة النظام العام والأمن من أيّ إخلالٍ يتهدّده وإعادته إلى طبيعته وذلك كما يلي : " يكون للإتحاد قواتٌ مسلحةٌ بريةٌ وبحريةٌ وجويةٌ ، موحّدة التدريب والقيادة، ويكون تعيين القائد العام لهذه القوات، ورئيس الأركان العامة، وإعفاؤهما من منصبيهما بمرسوم إتحادي . كما يجوز أن يكون للإتحاد قوات أمن إتحادية . ومجلس وزراء الإتحاد هو المسؤول مباشرةً أمام رئيس الإتحاد والمجلس الأعلى للإتحاد عن شؤون هذه القوات جميعاً " .

ونلاحظ أخيراً أنّ المشرّع الدستوري في دولة الإمارات شأنه شأن باقي الدول يعترف للإدارة بجملة سلطات إستثنائية تصدر بموجبها أنواعاً معيّنة من اللوائح (لوائح الضرورة ، واللائحة التفويضية) وتمتاز هذه اللوائح بأنّ لها قوّة القانون وترقى إلى مرتبة القوانين العادية من حيث القوّة والمرتبة ، ونظراً لخطورة مثل هذه

اللوائح فقد أحاطها المشرع الإماراتي بعبء قيود عندما منحها للإدارة (السُّلطة التنفيذية أو التشريعية في حالات الضرورة) ووضع لها شروطاً لممارستها وحدد أوقات ممارسة مثل هذه السُّلطات .

هذا وقد تناولنا الحديث في هذا الفصل عن الرقابة القضائية في دولة الإمارات العربية المتحدة من خلال سبعة مباحث ، حيث تعرّفنا من خلالها على نصوص الدستور الدالة على الرقابة القضائية على مشروعية أعمال الإدارة ، وما هي الجهات القضائية المعنية بأداء رسالة الرقابة على أعمال الإدارة بحسب درجاتها واختصاصها المكاني والزّماني ، ونوعية المنازعات الإدارية ، حيث تكون تارةً منازعات محلية يختص بنظرها الحاكم المحلية في الإمارة المعنية ، وتارةً تكون منازعات اتحادية تختص بها المحاكم الاتحادية الابتدائية . هذا وقد تحدّثنا في المبحث الأول عن القرارات الإدارية ، حيث تطرّقنا الى تعريف المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات لمفهوم القرار الإداري ، مع تدعيم ذلك ببعض الشواهد من الأحكام القضائية والطعون الصادرة عن المحكمة في ذات الخصوص . وتضمن هذا المبحث العيوب بنوعيتها الشكلية والموضوعية التي قد تصيب القرار الإداري فتجعله قراراً معيباً .

ثم ذكرنا في المبحث الثاني من هذا البحث العقود الإدارية وما هي طبيعة المركز القانوني لجهة الإدارة أثناء إبرامها العقود وبحسب ما إذا كانت سلطةً عامةً أما فرداً من الأفراد ، حيث يختص القضاء الإداري بنظر المنازعات في الحالة

الأولى ، أما في الحالة الثانية وهي التي تكون فيها الإدارة فرداً من الأفراد الطبيعيين ، فيختص القضاء العادي بنظر المنازعات التي قد تثور بينها وبين الأفراد . وذكرنا بعض النصوص القانونية التي أقرتها المحكمة الاتحادية العليا في هذا الخصوص مع الإستشهاد ببعض الأحكام القضائية الصادرة عن ذات المحكمة.

وجاء المبحث الثالث لبيان سلطات الإدارة في العقد الإداري الاماراتي ، حيث وضحنا ان سلطة الإدارة في انهاء العقد سواء بارادتها المنفردة او نتيجة اخلال المتعاقد معها بالتزاماته تخضع لرقابة القضاء الإداري .

وفي **المبحث الرابع** ، تناولنا رقابة القضاء الإماراتي على الأعمال الإدارية والأعمال القانونية التي تقوم بها جهة الإدارة أثناء ممارستها لوظيفة الضبط الإداري ، من خلال سرد بعض الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا والتي فرقت فيها بين كل نوع من الأعمال ، مع ذكر بعض الأمثلة من الأحكام القضائية التي فصلت فيها المحكمة العليا من أجل تدعيم الموضوع .

وفي **المبحث الخامس من هذا البحث** ، تناولنا التنظيم السياسي للسلطات العامة في دولة الامارات العربية المتحدة ، وما هي الطبيعة القانونية لنظام الحكم فيها .

ثم جاء **المبحث السادس** لتوضيح الية توزيع الاختصاصات بيد الحكومة الاتحادية والامارات الأعضاء في الاتحاد ، حيث شرحنا مظاهر السلطة الداخلية

لدولة الاتحاد ، وما هو منهج الدستور الاماراتي في توزيع الاختصاصات بين الحكومة الاتحادية والامارات الأعضاء فيه .

وفي المبحث السابع ، تَوَجَّنا وَخَتَمْنَا هذا البحث بتقييم بسيط وواضح حول طبيعة القضاء الإداري في دولة الامارات العربية ، وذكرنا أن المشرع الإتحادي والعادي فضلاً عن النصوص القانونية الصادرة قد أكّدت على وجود القضاء الإداري إلى جانب القضاء العادي مع اختلاف وتعدد في درجات التقاضي ، وما هي المحاكم المختصة بنظر مثل هذا النوع من المنازعات ، مع عرضٍ مُبسَّط لنصوص الدستور الدالة على استقلالية القضاء وعدم قابلية القضاة للعزل ، حتى يُمكنهم ذلك من أداء رسالتهم القضائية على أكمل وجه ، وتقرير أحقية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة ، وإمكانية إلغاء القرار الإداري المعيب أو الذي يُشكِّل في ظاهره تعسفاً في استعمال السلطة .

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: الكتب والمؤلفات العلمية باللغة العربية

1. البلوشي أحمد جمعة نور محمد، تعويض المتعاقد في العقد الإداري، دار النهضة العلمية، القاهرة، 2016م.
2. جفال زياد محمد، التنظيم الدستوري لدولة الإمارات العربية المتحدة، المكتبة الوطنية (عمّان) الأردن، الطبعة الثانية، 2014م.
3. جمال الدين محمود سامي، أصول القانون الإداري في دولة الإمارات العربية المتحدة، نظرية العمل الإداري، إصدارات أكاديمية شرطة دبي، 1994م، (الكتاب الثاني).
4. الحلو ماجد راغب، أنظمة الحكم ودستور الإمارات، مكتبة العين الوطنية، 1991م.
5. خليل محسن، النظام الدستوري لدولة الإمارات العربية المتحدة، جامعة العين، الإمارات العربية، 1997م.
6. الدبس عصام علي، القانون الدستوري وتطبيقاته في دولة الإمارات العربية المتحدة، إصدارات مكتبة الجامعة، الشارقة، الطبعة الأولى، 2015م.
7. السناري محمد عبدالعال، مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة في

دولة الإمارات العربية المتحدة، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، سنة 2000م.

8. شحاده موسى مصطفى، القانون الإداري في دولة الإمارات، عمّان، إثراء للنشر والتوزيع، 2012 م، الطبعة الأولى. شحادة موسى مصطفى، العقود الإدارية في دولة الإمارات العربية المتحدة، مكتبة جامعة الشارقة، الإمارات، الطبعة الأولى، 2015م.

9. شعت هالة عبدالحميد، أصول القانون الإداري في دولة الإمارات العربية المتحدة، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2013م.

10. الطمّاوي سليمان محمد، - الوجيز في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، 1974 م .

11. عبدالحميد عبدالعظيم عبدالسلام و النقبى سالم جروان. القانون الإداري، الشارقة، إصدارات أكاديمية العلوم الشرطية، 2009م.

12. عبيد محمد كامل، الرقابة على أعمال الإدارة، إصدارات أكاديمية شرطة دبي، 1999م - - نظم الحكم ودستور الإمارات، إصدارات أكاديمية شرطة دبي الطبعة الأولى، 2006 م.

13. عطوة أشرف حسين، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية، الطبعة الأولى، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، الإمارات العربية المتحدة، 2015م.

14. فتح الباب عليه مصطفى، المدخل إلى القانون الإداري، أبو ظبي، الإمارات العربية، مطبوعات دار القضاء، الطبعة الثانية، 2013م.
15. القيسي إعاد علي حمود الوجيز في القانون الإداري، إصدارات أكاديمية شرطة دبي، طبعة 2006م - مبادئ القانون الإداري والوظيفة العامة وفقاً لتشريعات دولة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، جامعة الشارقة، 2016م.
16. محمود أحمد شوقي، القانون الدستوري في دولة الإمارات العربية المتحدة، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2011م.
17. المنهالي محمد عبدالكريم عمر، مبدأ المشروعية في القانون الإماراتي وجزاء الإخلال به، الإسكندرية، دار الكتب والدراسات العربية، 2018م.
18. المهيري خالد محمد كدفور، موسوعة العقود في دولة الإمارات العربية المتحدة، معهد القانون الدولي، الجزء الأول، 2007م.

ثانياً: الأطروحات والرسائل العلمية

1 . سيديا إبراهيم ولد الشيخ، النظام القانوني للمنازعات الإدارية في دولة الإمارات العربية المتحدة، رسالة ماجستير، جامعة الإمارات، 2017م.

2. النقي فوزية يوسف خلف محمد، نظرية التحوُّل في القرارات الإدارية في ضوء أحكام المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات العربية المتحدة، إصدارات أكاديمية شرطة دبي، 2015م.

3. الواحدي عبدالحميد أحمد، نفاذ القرار الإداري في ضوء أحكام القضاء الإماراتي، رسالة ماجستير، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2018م.

ثالثاً: النصوص القانونية والقرارات والأحكام القضائية والمجالات المتخصصة في دولة الإمارات العربية المتحدة:

1. الجريدة الرسمية لدولة الامارات العربية المتحدة.

2. دستور الإمارات العربية المتحدة الصادر بتاريخ الثامن عشر من شهر يوليو سنة 1971م.

3. قانون الإجراءات المدنية الاتحادي رقم 11 لسنة 1992م.

4. قانون المعاملات المدنية الاتحادي الصادر بالقانون رقم 5 لسنة 1985م والمعدّل بالقانون الاتحادي رقم 1 لسنة 1987م.

5. القانون رقم 3 لسنة 1983م في شأن السُلطة القضائية.

6. القانون رقم 10 لسنة 1973م في شأن المحكمة الاتحادية العليا.

7. القانون رقم 6 لسنة 1978م بشأن إنشاء المحاكم الاتحادية ونقل

اختصاصات الهيئات القضائية المحلية في بعض الإمارات إليها.

8. قرار وزير المالية والصناعة رقم (20) لسنة 2000م، بشأن نظام عقود

الإدارة.

9. القرارات والمبادئ والأحكام القضائية.

أبحاث في المرافعات المدنية والتجارية

خصوصيات التقاضى

أمام لجان التوفيق فى المنازعات

دراسة تحليلية تطبيقية

دكتور/ مجدى عبدالغنى خليف

دكتورة قانون المرافعات

كلية الحقوق - جامعة الأسكندرية

المقدمة:

لم يعد الالتجاء إلى القضاء وسيلة فعالة لحصول الخصوم على حقوقهم والحفاظ على مراكزهم القانونية، وإنما أصبح مجالاً يجد فيه المماطل متسعاً للمراوغة والتعطيل مستغلاً ما نص عليه المشرع من ضمانات للخصوم⁽¹⁾، ومستخدماً كل الحيل والتغررات، وذلك لتأخير الفصل في النزاع وإطالة أمد التقاضي⁽²⁾، وهو ما يؤدي بدوره إلى تعقيد إجراءات التقاضي وزيادة نفقاته على نحو يرهق معه القضاة والمتقاضين على السواء⁽³⁾، وقد يعزف الخصوم أنفسهم عن حقوقهم. فالعدالة ليس معناها حصول الأشخاص على حقوقهم فحسب، وإنما تعنى أن يتم ذلك في وقت مناسب وبإجراءات سريعة، حتى لا تتعرض حقوقهم للإنتقاص أو الضياع إذ ما استغرق الحصول عليها وقتاً طويلاً⁽⁴⁾. فالعدالة البطيئة هي وانعدامها على السواء، إذ أن مجيء الحق بعد آوانه ليس عدلاً، وإنما هو نوع من

(1) د/أحمد صاوى - الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية - دار النهضة العربية - ط11 2011 - بند33 مكرر 1 - ص101.

(2) د/عاشور مبروك - نحو محاولة للتوفيق بين الخصوم - دراسة مقارنة - دار الفكر والقانون - ط2016 - بند 1 - ص5.

(3) د/أحمد صاوى - المرجع السابق - بند33 مكرر 2 - ص102. وكذلك: المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التوفيق.

(4) د/أحمد هندی - التقاضي الإلكتروني - دار الجامعة الجديدة - ط2013 - بند3 - ص8.

الظلم يتنافى مع تحقيق العدالة الكاملة التي لا تتحقق إلا بسرعة حصول الأشخاص على حقوقهم فى أقرب وقت(1).

من أجل ذلك، استحدث المشرع بموجب القانون رقم 7 لسنة 2000(2) نظام التوفيق كوسيلة إجبارية لفض المنازعات التي يكون أحد أطرافها جهة إدارية أو شخصاً اعتبارياً عاماً، وذلك لتخفيف العبء الملقى على كاهل القضاة والتمسير على المتقاضين وعدم إرهابهم على نحو تتحقق معه الحماية القانونية المطلوبة بشكل سريع، وبتكاليف بسيطة، وبإجراءات سهلة، فى آن واحد، دون الاضطرار إلى سلك طريق القضاء ومواجهة صعوباته(3).

ومقتضى نظام التوفيق، أن المنازعات التي يكون أحد أطرافها شخصاً اعتبارياً عاماً، سواء كان الطرف الآخر أحد العاملين لديه أو شخصاً عادياً أو شخصاً اعتبارياً خاصاً، وأيا كان نوع المنازعة، سواء كانت منازعات مدنية أو تجارية أو إدارية، وبغض النظر عن قيمتها، يجب عرضها إبتداء على لجان التوفيق قبل طرحها على القضاء(4)، وذلك حتى يتم إنهاء هذه المنازعات بطريقة ودية، وفقاً

(1) المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المدنية والتجارية.

(2) منشور بالجريدة الرسمية العدد 13 مكرر - صدر فى 29 ذى الحجة سنة 1420 هجرية - الموافق 2000/4/4.

(3) المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التوفيق.

(4) أنظر: د/فتحي والى - المبسوط فى قانون القضاء المدنى - الجزء الثانى - دار النهضة العربية - 2017 - بند 243 - ص 728، 729.

لإجراءات ميسرة وبسيطة، يشارك فيها الأطراف المتنازعة ويتبادلون الآراء وصولاً إلى حل مرضى لهم⁽¹⁾.

ويلاحظ أنه رغم إلزامية نظام التوفيق على هذا النحو، إلا أنه لا يعد بديلاً عن القضاء ولا يلغيه، وليس درجة من درجاته، وإنما هو مرحلة تمهيدية تسبقه تستهدف محاولة تسوية المنازعات الخاضعة للتوفيق ودياً بين الأطراف، بحيث يبقى القضاء هو الأصل دائماً للفصل في المنازعات بحيث يمكن لوجه إذا فشل طريق التوفيق⁽²⁾.

وعلى ذلك، تتبدى خصوصيات طريق التوفيق الذي استحدثه المشرع، فهو من ناحية يقتصر على المنازعات التي تكون الجهة الإدارية طرفاً فيها، وبشروط خاصة. ومن ناحية أخرى أنه طريق إلزامي للخصوم لا يمكن تجاهله أو الاستغناء عنه. وهو بذلك لا يقصد به اصطلاح التوفيق بمعناه الخاص⁽³⁾، ولا يأخذ طبيعته الاختيارية، وإنما هو نظام قانوني مستقل بذاته ذات طبيعة خاصة. ولذا نفضل أن نستخدم في إطار هذه الدراسة مصطلح «توفيق منازعات الجهة الإدارية» حتى

(1) أنظر في هذا المعنى: د/عاشور مبروك - المرجع السابق - بند6، 7 - ص15 وما بعدها.
(2) حكم المحكمة الدستورية العليا - في القضية رقم 11 لسنة 24 قضائية دستورية - جلسة 2004/5/9 - منشور بالجريدة الرسمية عدد 24 (تابع) - بتاريخ 2004/6/10. وحكمها أيضاً في القضية رقم 145 لسنة 18 قضائية دستورية - جلسة 6 يونيو 1998.
(3) أنظر: د/فتحي والي - المرجع السابق - بند250 - ص741.

تقتصر دلالاته على المعنى المقصود منه ويمكن التمييز بينه وبين طريق التوفيق الاختياري.

غير أن نظام «توفيق منازعات الجهة الإدارية» بحسب مسمنا المقرر بالقانون رقم 7 لسنة 2000 لم يأت بالثمرة التي كانت مرجوة منه. ويرجع ذلك إلى عدم إلزامية آراء لجان التوفيق. ولهذا، أدخل المشرع تعديلاً على هذا القانون بمقتضى القانون رقم 6 لسنة 2017، فجعل لجان التوفيق بمثابة لجان ذات اختصاص قضائي تفصل في منازعات التوفيق - في حالات معينة - بقرارات واجبة النفاذ في حق جهة الإدارة، كما أجاز الطعن أمام المحكمة المختصة على هذه القرارات⁽¹⁾. وهذا ما يمثل وجهاً آخر لخصوصيات «توفيق منازعات الجهة الإدارية».

ومن مظاهر خصوصيات إجراءات التوفيق أيضاً؛ أنه لا ينطبق عليها المبادئ العامة التي تحكم إجراءات تقديم الدعاوى والفصل فيها. فلا تخضع لنظام إعلان الأوراق القضائية، ولا نظام الحضور والغياب، ولا يسرى عليها نظم عوارض الخصومة القضائية. فالخصومة التي تتولد عن تقديم طلب التوفيق ليست خصومة بالمعنى الفنى الدقيق، وإنما هي مجموعة من الإجراءات تخضع لنظام قانونى خاص تتخذ قبل اللجوء إلى القضاء. هذا بالإضافة إلى أن قرار التوفيق فى حد ذاته ليس حكماً قضائياً بالمعنى الصحيح. وبالتالي، فهو لا يخضع للقواعد العامة

(1) منشور بالجريدة الرسمية العدد 5 مكرر (د) فى 8 فبراير سنة 2017.

لإصدار الأحكام والطعن عليها، ولا يرتب آثارها القانونية، وإنما يخضع للإجراءات خاصة ويرتب آثار معينة.

وبصدد معالجة كل هذه الخصوصيات، سوف نتبع المنهج التحليلي التطبيقي، فلن نكتف بالشرح الوصفي التفصيلي لخصوصيات القواعد الإجرائية التي نص عليها المشرع بقانون التوفيق وتعديلاته⁽¹⁾، بل سوف نتطرق إلى بيان التطبيقات القضائية لاسيما أحكام محكمة النقض التي انتهجت منهجاً موسعاً في تفسير نصوص قانون التوفيق دون المساس بالأسس التي قام عليها هذا القانون، وذلك تمشياً مع الفلسفة التي يعتنقها المشرع في قانون التوفيق والغاية التي يبتغيها وهو التيسير على المتقاضين والتخفيف على القضاة، وتحقيق العدالة الناجزة. ولا شك أن بيان أحكام النقض وتحليلها سوف يسهم بدرجة كبير في إثراء هذه الدراسة.

(1) وتنص المادة 13 من قانون التوفيق على أنه « يصدر وزير العدل قراراً يتضمن تعيين مقار عمل لجان التوفيق، وإجراءات تقديم الطلبات إليها، وقيدتها والإخطار بها وبما تحده من جلسات، وإجراءات العمل في اللجان، وغير ذلك مما يستلزمه تنفيذ أحكام هذا القانون».

ومفاد هذا النص أن المشرع قد خص قانون التوفيق بتنظيم المسائل الموضوعية لمنازعة التوفيق، وأحال بشأن المسائل الإجرائية إلى قرار وزير العدل والذي رسم الإجراءات التي يجب إتباعها أمام القضاء لسلوك طرق الإثبات المختلفة. (أنظر: المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التوفيق).

وبالفعل صدر قرار وزير العدل رقم 2794 لسنة 2017 لينظم إجراءات التوفيق بداية من تقديم طلب التوفيق ومروراً بالإجراءات التوفيق وانتهاء بإصدار قرار التوفيق ومنحه القوة التنفيذية. منشور بالوقائع المصرية - العدد 87 في 13 إبريل سنة 2017. وهو القرار المعدل لقرار وزير العدل السابق رقم 4213 لسنة 2000.

وسوف تتصب دراستنا لبيان خصوصيات التقاضى فى منازعات التوفيق فى
أربعة فصول متتالية على النحو التالى:

الفصل الأول: ماهية التوفيق وأثره على حق التقاضى.

الفصل الثانى: خصوصيات تقديم طلب التوفيق وأثاره.

الفصل الثالث: خصوصيات إجراءات الفصل فى طلب التوفيق.

الفصل الرابع: خصوصيات قوة قرار التوفيق وأثاره.

الفصل الأول

ماهية التوفيق وأثره على حق التقاضى

2- تمهيد وتقسيم:

نظم المشرع توفيق منازعات الجهة الإدارية بمقتضى القانون رقم 7 لسنة 2000 بهدف التيسير عليهم فى الوصول إلى مبتغاهم، وهو إنهاء منازعاتهم فى أقل وقت، وبإجراءات سهلة، وبلا نفقات، حيث أناط بلجان إدارية خاصة تسمى بلجان التوفيق تنشأ فى كل محافظة أو وزارة أو هيئة عامة لتسوية المنازعات التى تكون فيها الوزارات والهيئات العامة طرفاً فيها - إلا ما استثنى بنص خاص-، وذلك قبل عرضها على القضاء.

ويعد توفيق منازعات الجهة الإدارية نظام قانونى إجبارى لتسوية الخلافات قبل عرضها على القضاء ذات طبيعة خاصة قائم بذاته. وهو بهذه المثابة لا يعد توفيقاً بمعناه الصحيح، وليس تحكيمياً أو صلحاً، كما أنه يختلف تماماً عن الوساطة.

ويلاحظ أن سلك إجراءات التوفيق قبل لوج طريق القضاء لا يمس حق الأطراف فى التقاضى، فالتوفيق لا يغنى عن حق اللجوء إلى القضاء، فهو ليس درجة من درجاته، وإنما مرحلة أولية مستقلة عنه بحيث يأتى طريق القضاء فى مرحلة تالية له.

وللتعرف على مدلول نظام التوفيق والتمييز بينه وبين الأنظمة القانونية المشابهة له والتي تختلط به، وأثره على حق التقاضى، نرى تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين متعاقبين على النحو التالى:

المبحث الأول: ماهية التوفيق.

المبحث الثانى: علاقة التوفيق بالقضاء وأثره على حق التقاضى.

المبحث الأول

ماهية التوفيق

3- تقسيم:

للتعرف على ماهية التوفيق المقرر لمنازعات الجهة الإدارية، نرى تقسيم هذا

المبحث إلى مطلبين كالتالي:

المطلب الأول: مفهوم التوفيق وأهميته وطبيعته.

المطلب الثاني: تمييز التوفيق عما يختلط به من أفكار.

المطلب الأول

مفهوم التوفيق وأهميته وطبيعته

4- أولاً: مفهوم التوفيق وأهميته والحكمة من تقريره.

توفيق منازعات الجهة الإدارية هو طريق إلزامى ذات طبيعة خاصة نص عليه المشرع لتسوية المنازعات التي يكون أحد أطرافها شخصاً اعتبارياً عاماً، سواء كان الطرف الآخر أحد العاملين لديه أو شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً خاصاً، وأيا كان نوع المنازعة، سواء كانت مدنية أو تجارية أو إدارية، وبصرف النظر عن قيمتها، وذلك أمام لجان التوفيق قبل عرضها على القضاء⁽¹⁾.

ويتميز التوفيق بأنه وسيلة مختصرة غير محمل بالإجراءات المعقدة لتسوية منازعات الجهة الإدارية، في أقل وقت وبدون تكلفة، بما لا يحمل الأطراف

(1) أنظر: د/فتحى والى - المبسوط - ج2 - المرجع السابق - بند243 - ص727 وما بعدها & د/عاشور مبروك - المرجع السابق - بند24 - ص51، 52. وأنظر كذلك: طعن مدنى رقم 917 لسنة 80ق - جلسة 2017/7/2 ؛ والطعنان رقما 13015 و 14132 لسنة 80ق - جلسة 2014/1/27 ؛ والطعن رقم 12606 لسنة 79ق - جلسة 2011/6/15؛ والطعن رقم 19282 لسنة 77ق - جلسة 2009/5/12؛ والطعن رقم 7955 لسنة 75ق - جلسة 2007/3/27.

المتازعة ما لا يطيقون، ولا يفقد النزاع جدواه⁽¹⁾. فقد حدد المشرع - كما سيتضح بعد - نطاقاً زمنياً لمباشرة إجراءاته قدره بمدة الثلاثين يوماً التالية لتقديم طلب التوفيق على نحو يؤدي إلى سرعة الفصل في النزاع.

ولقد أخذ المشرع بنظام التوفيق الاجباري على هذا النحو⁽²⁾، وذلك رغبة في تحقيق عدالة ناجزه تصل بها الحقوق إلى أصحابها من خلال أداة سهلة وبإجراءات مبسطة لا تحفل بالشكل ولا تلوذ به، إلا صوتاً لضمانات الدفاع ومبادئه الأساسية توفيراً للجهد والوقت على أطراف المنازعات التي تخضع لأحكامه وتخفيفاً للعبء الواقع على كاهل على القضاء⁽³⁾، وذلك دون الاضطرار إلى ولوج سبيل التقاضي، وما يستلزمه في مراحلها المختلفة من الأعباء المادية والمعنوية، وما قد يصاحبها في أحيان كثيرة من إساءة استغلال ما وفره القانون من أوجه الدفاع والدفع واتخاذها سبيلاً للكيد، ووسيلة لإطالة أمد الخصومات، على نحو يرهق القضاء، ويلحق الظلم بالمتقاضين⁽⁴⁾.

(1) في هذا المعنى: حكم المحكمة الدستورية العليا - في القضية رقم 145 لسنة 19 قضائية دستورية - مشار إليه مسبقاً.

(2) وقد قضى بدستورية بهذا النظام. أنظر: حكم المحكمة الدستورية في الدعوى رقم 17 لسنة 24 قضائية دستورية - جلسة 2005/3/13 - منشور بالجريدة الرسمية - عدد 14 تابع - بتاريخ 2005/4/7؛ والدعوى رقم 243 لسنة 24 قضائية دستورية - ذات الجلسة؛ والدعوى رقم 145 لسنة 19 قضائية دستورية - مشار إليه مسبقاً.

(3) المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التوفيق.

(4) طعن مدنى 3074 لسنة 87ق - جلسة 2019/3/21

وهكذا، فإن الحكمة من وراء تقرير التوفيق هي التيسير والتخفيف عن كاهل أصحاب الحقوق في الوصول إلى الحماية القانونية، وتحقيق مبدأ الاقتصاد في الوقت والجهد والنفقات، ومنع تراكم القضايا وزيادة المنازعات أمام المحاكم على نحو يتقل أعباء القضاة⁽¹⁾. فاللجوء إلى التوفيق الذي تطلبه المشرع ليس طقساً في حد ذاته، ولم يفرض عبثاً، وإنما لغاية قصدها، وهي تحقيق العدالة الناجزة وتخفيف أعباء التقاضي والحد من إساءة استغلاله⁽²⁾. وهذا ما يعد أحد الحلول التي تبناها المشرع لمواجهة ظاهرة بطء التقاضي وإطالة أمد النزاع⁽³⁾.

5- ثانياً: الطبيعة القانونية للتوفيق.

الأصل في التوفيق أنه طريق اختياري لتسوية المنازعات قوامه اتفاق الأطراف على اختيار شخص ثالث يسمى الموفق يتولى تقريب وجهات نظرهم وعرض اقتراحاته عليهم، وذلك للتوفيق بينهم من أجل الوصول إلى حل مرضٍ لهم يرتضوه ويكون دافعاً اختيارياً لتنفيذه⁽⁴⁾.

(1) طعن مدنى رقم 4471 لسنة 75ق - جلسة 2014/6/12.

(2) طعن مدنى رقم 6176 لسنة 78ق - جلسة 2016/11/20؛ وطعن مدنى رقم 11205 لسنة 79ق - جلسة 2011/4/28.

(3) أنظر في ظاهرة بطء التقاضي، أسبابها وحلولها: د/خالد أبوالوفا - بطء التقاضي في الخصومة - دراسة تحليلية تطبيقية في قانون المرافعات - رسالة دكتوراه - الإسكندرية - 2016.

(4) د/محسن شفيق - التحكيم التجارى الدولى - دار النهضة العربية - ط1997 - ص15 & د/فتحى والى - قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق - منشأة المعارف - ط2007 - بند7 - ص22 & د/عاشور مبروك - المرجع السابق - بند6، 11 - ص15، 23، 24.

والحقيقة أن نظام التوفيق الذي استحدثه المشرع بالقانون رقم 7 لسنة 2000، والذي أسميناه بنظام توفيق منازعات الجهة الإدارية، لا يعد توفيقاً بمعناه القانوني المتقدم⁽¹⁾، وذلك لأنه ليس رخصة للأطراف، وإنما هو طريق إلزامي يسبق اللجوء إلى القضاء بحيث لا يمكن تجاهله أو اتفاق الأطراف على الاستغناء عنه⁽²⁾. كما أنه ليس لإرادة الأطراف دوراً أيضاً في تحديد نطاق سلطة لجنة التوفيق⁽³⁾ أو المساهمة في اختيار رئيس اللجنة أو تحديد شروطه⁽⁴⁾. ناهيك عن أن هذا النظام يقتصر على منازعات الجهة الإدارية، ويجرى بشروط وإجراءات خاصة، وهذا ما سنفصله فيما بعد. أما نظام التوفيق العادي، فهو - بخلافه - طريق اختياري من بدايته حتى منتهاه، لا ينحسر في منازعات بعينها، ولا يتقيد بإجراءات معينة، ويثبت للأطراف حق اختيار الموفق⁽⁵⁾.

هذا وتبدو بجلاء الطبيعة الخاصة لنظام التوفيق المقرر بالقانون رقم 7 لسنة 2000 بالتعديل التي أدخله المشرع على هذا القانون بمقتضى القانون رقم 6 لسنة 2017، وبموجب هذا التعديل أصبحت لجان التوفيق، في حالات معينة، بمثابة

(1) أنظر: د/فتحى والى - قانون التحكيم - المرجع السابق - بند 9 - ص 24، 25.

(2) أنظر: الطعن رقم 2310 لسنة 81 ق - جلسة 2019/2/27.

(3) فقد رسم المشرع حدود سلطة لجنة التوفيق على نحو لا يكون للأطراف حرية كاملة في ذلك. أنظر بالتفصيل: ما يلي - بند 70 وما يليه.

(4) حيث أن المشرع أسند هذه المهمة إلى وزير العدل. أنظر بالتفصيل: ما يلي - بند 23.

(5) أنظر في التوفيق الاختياري: د/فتحى والى - قانون التحكيم - المرجع السابق - بند 7 - ص 22 & د/عاشور مبروك - المرجع السابق - بند 12 - ص 24 وما بعدها.

لجان ذات اختصاص قضائي تفصل في منازعات التوفيق. فلم يعد يقتصر دور لجنة التوفيق على مجرد التوفيق بين الطرفين للوصول إلى حل ودي لهما، وإنما أعطاها المشرع ولاية الفصل في منازعة التوفيق بقرارات واجبة النفاذ في حق جهة الإدارة وفقاً لتقدير اللجنة للنزاع⁽¹⁾.

وتفريعاً على ما تقدم، يمكن القول أن توفيق منازعات الجهة الإدارية هو نظام قانوني قائم بذاته مغاير لنظام التوفيق الاختياري، فلا يأخذ طبيعته، ولا يتنوع عنه، بل هو ذات طبيعة خاصة، وذلك لأنه لا ينشأ بإرادة الأطراف، وإنما بحكم القانون. ولا تبدو فيه إرادة الأطراف واضحة، ولا تتخذ غالبية المظاهر التي تتخذها في نظام التوفيق الاختياري، وإنما هي مجبرة على سلك طريق توفيق منازعات جهة الإدارة. كما أنه ليس استثناء من القضاء ولا مرحلة منه.

وبذلك يبدو واضحاً أن تعبير التوفيق المستخدم لدى المشرع يعد اصطلاحاً غير دقيق وتعبيراً غير صحيح حيث لا يشير إلى حقيقة المقصود منه. ولذا، فإنه يكون من الأوفق أن نستخدم لفظ «توفيق الجهة الإدارية» في هذه الدراسة - كما قلنا مسبقاً - وذلك حتى تقتصر دلالاته على المعنى المقصود منه. فضلاً عن عدم اختلاطه بالتوفيق الاختياري.

(1) أنظر: د/فتحى والى - المبسوط - ج2 - المرجع السابق - بند 249، 250 - ص 739 وما بعدها.

المطلب الثانى

تمييز التوفيق عما يختلط به من أفكار

6- تتشابه العديد من الأنظمة القانونية مع فكرة توفيق منازعات الجهة الإدارية، كالتوفيق الاختيارى، والصلح، والوساطة، والتحكيم. ولعل مناط التشابه بينهم يتبلور فى كون هذه الطرق هى بمثابة وسائل ودية لتسوية النزاع بين الأطراف بعيداً عن القضاء على نحو يغنى الأطراف عن لد الخصومة القضائية وما تقتضيه من وقت وجهد ونفقات. فضلاً عن أن إرادة الأطراف تكون هى مناط الفصل فيها، وما دور القضاء سوى تأكيد هذه الإرادة⁽¹⁾. ورغم بديهية هذا التشابه بين هذه النظم، إلا أن ثمة فروق جوهرية بينهم.

وحيث أنه قد سبق بيان أوجه التشابه والاختلاف بين فكرة توفيق منازعات الجهة الإدارية والتوفيق الاختيارى⁽²⁾. ولهذا، سوف نقتصر على معالجة الأفكار الأخرى التى تتشابه وتختلف عن فكرة توفيق الجهة الإدارية، فيما يلى.

7- أولاً: التوفيق والصلح.

الصلح القضائى هو اتفاق بين الخصوم على إنهاء الخصومة القائمة بينهم صلحاً، وذلك بأن يتنازل كل منهم عن جزء أو كل إدعاءاته يتم التصديق عليه من

(1) أنظر: د/عاشور مبروك - المرجع السابق - بند 7 - ص 16 & د/الأنصارى النيدانى - الصلح القضائى - دار الجامعة الجديدة - ط 2009 - بند 32.

(2) أنظر: البند السابق.

قبل المحكمة المختصة⁽¹⁾، على نحو يؤدي إلى إنهاء المنازعة دون انتظار الوقت الذي تستغرقه الخصومة القضائية. ومعنى ذلك أن يفترض في الصلح وجود نزاع قائم بالفعل أمام القضاء، وأن يتم تنازل متبادل بين الخصوم عن إدعاءاتهم دون وصوله إلى حد التكافؤ أو المساواة⁽²⁾. مع ملاحظة أنه لا يشترط أن يتم التنازل من كلا طرفي النزاع، وإنما يجوز أن يتم التنازل من جانب أحد الخصوم دون الآخر⁽³⁾.

(1) د/أحمد ماهر زغلول - أصول وقواعد المرافعات - دار النهضة - 2001 - بند 438 - ص 958 & د/إبراهيم نجيب - قانون القضاء الخاص - ج 2 - منشأة المعارف - 1981 - بند 352 - ص 144 & د/الأنصاري النيداني - الصلح القضائي - المرجع السابق - بند 40 - ص 59، 60 & د/عاشور مبروك - المرجع السابق - بند 66 - ص 132.

ويطلق البعض على الصلح القضائي مسمى التوفيق القضائي على اعتبار أن القاضى يقوم بدور الموفق. د/أحمد زغلول - المرجع السابق - بند 436 - ص 953، 954.

(2) أنظر: د/أحمد زغلول - المرجع السابق - بند 438 - ص 958، 959 & د/عاشور مبروك - المرجع السابق - بند 66 وما يليه - ص 132 وما بعدها & د/الأنصاري النيداني - المرجع السابق - بند 40 وما يليه - ص 59 وما بعدها.

وتجدر الإشارة إلى أن الصلح القضائي يختلف تماماً عن الصلح الذى ينظمه القانون المدنى بالمادة 549 وما بعدها والذى يتم على نزاع مستقبلى محتمل لم يطرح بعد على القضاء ويفترض فيه حدوث تنازل متبادل لأطرافه على وجه التقابل يصل إلى حد المساواة. وبذلك فهما مختلفان محلاً وطبيعة، وإن اتفقا فى الآثار القانونية الماثلة فى إنهاء الخلاف والتنازل عنه. د/أحمد زغلول - المرجع السابق - بند 438 - ص 958 & د/الأنصاري النيداني - المرجع السابق - بند 43، 44 - ص 65 وما بعدها. أنظر فى مفهوم الصلح المدنى وشروطه: د/السنهورى - الوسيط فى القانون المدنى - ط 2007 - المجلد الخامس - بند 343 وما يليه - ص 369 وما بعدها.

(3) د/أحمد زغلول - المرجع السابق - بند 438 - ص 958 & د/الأنصاري النيداني - المرجع السابق - بند 44 - ص 68 وما بعدها. عكس ذلك: د/إبراهيم نجيب - المرجع السابق - بند 353

وعلى ذلك، إن نظام توفيق منازعات الجهة الإدارية يتشابه مع الصلح القضائي في أن كلاهما يؤدي إلى سرعه الفصل في النزاع والتيسر على المتقاضين وتحقيق الاقتصاد في الوقت والإجراءات، فضلاً عن أن لإدارة طرفي النزاع الصلاحية في تسوية النزاع وإنهائه وإنتاج سند تنفيذي لاقتضاء الحقوق إذا ما توافرت مقتضياته التي حددها المشرع.

ورغم هذا، فإنه ثمة فروق جوهرية بين النظامين؛ ومنها اختلاف طبيعتهما القانونية. فالصلح القضائي هو آلية اختيارية لتسوية النزاع القائم بين الخصوم أمام القضاء تتم بمبادرة من الخصوم أنفسهم في أي حالة تكون عليها الخصومة⁽¹⁾. أما توفيق منازعات الجهة الإدارية، فهو نظام إلزامي لتسوية النزاع، لا يتوقف نشأته على إرادة الأطراف، ويسبق اللجوء إلى القضاء، فلا يتم أمام ساحة القضاء، وإنما يتم أمام لجنة إدارية أنشأها المشرع للتوفيق بين الأطراف تسمى بلجنة التوفيق. وتبعاً لهذا، فإن الصلح القضائي يعد عملاً قضائياً بالمعنى الصحيح⁽²⁾، على

- ص144 حيث يرى هذا الفقه أن النزول الفردي لأحد الخصوم عن إدعائه لصالح خصمه لا يعد صلحاً قضائياً، وإنما يعتبر تسليماً بالحق أو نزولاً عنه.

(1) د/فتحي والي - المبسوط - ج2 - المرجع السابق - بند101 - ص277.

(2) د/ماهر زغول - المرجع السابق - بند440 - ص963 وما بعدها & د/الأنصاري النيداني - المرجع السابق - ص89 - ص125.

عكس قرار التوفيق فهو ليس كذلك، وإنما هو - كما سيجيء بعد - مجرد عمل إدارى بحت لا أكثر⁽¹⁾.

ومن أوجه الخلاف بين النظامين أيضاً، اختلاف دور القاضى وسلطته فى الصلح القضائى عن دور سلطة لجنة التوفيق.

فبالنسبة لسلطة القاضى، فإن دوره كالموثق يقتصر على التصديق على اتفاق الخصوم وإثبات ما يحصل أمامه من اتفاق. وهو بذلك لا يفصل فى النزاع القائم بين الخصوم⁽²⁾، وإنما دور يتمثل فى الاستجابة لمبدأة الخصوم برغبتهم فى إنهاء النزاع صلحاً ومعاونتهم فى ذلك⁽³⁾. مع ملاحظه أن القاضى يتمتع بسلطة مراقبه صحة اتفاق الخصوم باعتباره تصرفاً قانونياً بالمعنى الصحيح⁽⁴⁾. وإذا تم الصلح القضائى على هذا النحو، فهو لا يعدو مجرد عقد ملزم لأطرافه يقبل التنفيذ

(1) أنظر: ما يلى - بند92.

(2) د/أحمد أبو الوفا - نظرية الأحكام - منشأة المعارف - ط1989 - بند28 - ص54 & د/إبراهيم نجيب - المرجع السابق - بند353 - ص144 & د/عاشور مبروك - المرجع السابق - بند69 - ص142، 143.

(3) د/ماهر زغول - المرجع السابق - بند436 - ص954.

(4) د/ماهر زغول - المرجع السابق - بند439 - ص962 & د/عاشور مبروك - المرجع السابق - بند54، 55 - ص115، 116 & د/فتحي والى - المبسوط - ج2 - المرجع السابق - بند101 - ص277.

الجبرى، غير أنه ليس له حجية الأحكام القضائية ولا يرتب أثارها القانونية، وإن اتخذ شكلها⁽¹⁾.

أما عن دور لجنة التوفيق، فهو يتمثل فى محاولة تقريب وجهات نظر الأطراف المتنازعة للوصول إلى حل مرض لهم، بمعنى محاولة خلق اتفاق بين الأطراف، وقد تنجح فى ذلك وقد لا تنجح. وهى فى ذلك ليس لها سلطة رقابة ما يتفق عليه الأطراف، وإنما تقرر الحل الذى توصلوا إليه⁽²⁾. وقرار لجنة التوفيق فى هذا الصدد ليس له طابع إلزامى ما لم يقبله الأطراف، فهو ليس حكماً أو عملاً قضائياً بالمعنى الفنى⁽³⁾. وإذا قبله الأطراف، أمكن تنفيذه بإجراءات التنفيذ الجبرى باعتباره سنداً تنفيذياً بالمعنى الصحيح⁽⁴⁾.

(1) طعن مدنى رقم 8481 لسنة 66ق - جلسة 2009/11/9 ؛ وطعن مدنى رقم 3075 لسنة

60ق - جلسة 1996/12/29 ؛ والطعن رقم 1233 لسنة 56ق - جلسة 1988/12/25.

(2) أنظر فى ذلك: ما يلى - بند 77 وما يليه.

(3) أنظر فى ذلك: ما يلى - بند 92.

(4) أنظر فى ذلك: ما يلى - بند 93 وما يليه.

8- ثانياً: التوفيق والتحكيم.

التحكيم هو طريق اختياري استثنائي لفض المنازعات بين الأطراف، فلا يجوز إرغامهم عليه⁽¹⁾، قوامه اتفاق الأطراف على الخروج عن طرق التقاضى العادية، وهو بذلك يسلب اختصاص القضاء الوطنى صاحب الاختصاص الأصيل فى ذلك وقصره على هيئة التحكيم، بحيث تحل محله، فهو بديل عنه⁽²⁾. وهذا ما يعد أحد أوجه الخلاف بين التحكيم ونظام توفيق جهة الإدارة، فالأخير ليس بديلاً عن القضاء ولا يحل محله، وإنما هو مرحلة أولية إلزامية تسبقه لا يجوز إغفالها أو الاستغناء عنها بحيث لا يكون مقبولاً سلك طريق القضاء إلا بعد ولوج طريق التوفيق. وهذا ما سنفصله لاحقاً⁽³⁾.

ولعل من مناط الاختلاف أيضاً؛ أن إرادة الأطراف تبدو ظاهرة وذات سلطة موسعة فى التحكيم عن توفيق الجهة الإدارية، حيث يتمتع الأطراف بسلطة اللجوء

(1) القضية التحكيمية رقم 891 لسنة 2013 - جلسة 2014/3/27 - مركز القاهرة الاقليمي - مجلة التحكيم العربى - العدد 23 - ديسمبر - 2014 - ص 362. وكذلك: طعن مدنى رقم 891 لسنة 2013 - جلسة 2014/3/27.

(2) طعن تجارى رقم 7595 لسنة 81ق - جلسة 2014/2/13؛ وطعن مدنى رقم 145 لسنة 74ق - جلسة 2011/3/22. وكذلك: استئناف القاهرة - د 62 تجارى - جلسة 2013/2/6 - دعوى رقم 46 لسنة 129ق تحكيم؛ واستئناف القاهرة - د 7 تجارى - جلسة 2015/1/5 - الدعوى رقم 33 لسنة 131ق تحكيم.

(3) أنظر: ما يلى - بند 10 وما يليه.

إلى التحكيم إبتداءً، واختيار المحكمين وتحديد نطاق سلطتهم، وتحديد نطاق النزاع وبدايته ونهايته⁽¹⁾. بمعنى أنه آلية تنشأ وتسرى وتنتهى بإرادة الأطراف، وبالشروط والضوابط التي يتفقوا عليها. أما توفيق الجهة الإدارية، فإن إرادة الأطراف تكون مقيدة إلى حد كبير عدا اتجاهها إلى قبول قرار التوفيق الذي تقترحه لجنة التوفيق عليها.

ومن مواطن الاختلاف أيضاً؛ أن حكم التحكيم يعتبر حكماً بالمعنى الصحيح يتخذ شكل الأحكام القضائية ويرتب آثارها. بينما قرار التوفيق، فهو ليس كذلك حيث لا يعد - كما ذكرنا - حكماً أو عملاً قضائياً بالمعنى الفنى للكلمة.

(1) أنظر فى دراسة تفصيلية للتحكيم: د/أحمد أبوالوفا - التحكيم الاختيارى والاجبارى - منشأة المعارف - الطبعة الخامسة - 1989 & د/فتحى والى - قانون التحكيم - المرجع السابق & د/نبيل عمر - التحكيم فى المواد المدنية والتجارية - دار الجامعة الجديدة - ط 2011 & د/أحمد صاوى - الوجيز فى التحكيم - دار النهضة العربية - ط2010 & د/أحمد هندى - التحكيم - دار الجامعة الجديدة - ط2013 & د/مختار بريرى - التحكيم التجارى الدولى - دار النهضة العربية - ط3 - 2004.

9- ثالثاً: التوفيق والوساطة.

الوساطة هي عمل يقوم به طرف ثالث يسمى الوسيط تختاره الأطراف المتنازعة بقصد مساعدتهم على إيجاد حل للخلاف القائم بينهم فيقترح بعض الحلول ويعرضها عليهم، فإن قبلوها حرروا بذلك محضر رسمياً وقعوا عليه⁽¹⁾. وبذلك تتفق الوساطة مع نظام توفيق الجهة الإدارية في أن الوسيط كلجنة التوفيق يشترك في المفاوضات التي تدور بين الأطراف المتنازعة وقد يساهم في وضع الأساس الذي يقوم عليه حل النزاع. فكلاهما يرمى إلى تقديم اقتراحات وتوصيات غير ملزمة لتقريب وجهات النظر بين الأطراف.

ورغم بديهية الاتفاق المتقدم بين النظامين، إلا أن ثمة فارق كبير بينهما، ولعل محوره يكون نابغاً من الطبيعة القانونية للنظامين، فالوساطة طريق ودى لحل الخلافات قوامه اتفاق الأطراف بحيث يستمد الوسيط ولايته من هذا الاتفاق. في حين توفيق الجهة الإدارية مرحلة إلزامية تسبق القضاء، وفيه تستمد لجنة التوفيق ولايتها من القانون. فضلاً عن أن المشرع قد منح - كما ذكرنا من قبل - لجنة التوفيق في حالات خاصة سلطة الفصل في النزاع دون الرجوع إلى الأطراف.

(1) ونقصد بالوساطة هنا الوساطة التي تتم بعيدة من القضاء ودون إشرافه. أنظر: د/فتحي والى - قانون التحكيم - المرجع السابق - بند 7 - ص 22، 23 & د/عاشور مبروك - المرجع السابق - بند 11 - ص 23 وما بعدها & على بركات - خصومة التحكيم - رسالة جامعة القاهرة - ط 1996 - ص 56. أما الوساطة التي تتم بواسطة القضاء كما هو الحال في المنازعات الاقتصادية فتسمى بالوساطة القضائية.

المبحث الثانى

علاقة التوفيق بالقضاء وأثره على حق التقاضى

10- يمكن معالجة هذا المبحث فى عدة نقاط أساسية؛ وهى عدم إخلال التوفيق بحق التقاضى وعدم اعتباره درجة من درجاته؛ وإلزامية مرحلة التوفيق لقبول الدعوى أمام القضاء؛ وأثر عدم اللجوء إليها أصلاً؛ وأثر اللجوء إلى التوفيق بعد عرض النزاع على القضاء. وبيانها فيما يلى:

11- أولاً: التوفيق لا يخل بحق التقاضى وليس درجة من درجاته.

لئن كان التوفيق قد فرض على الأطراف قصراً كطريق استثنائى قبل اللجوء إلى القضاء، إلا أنه لا يتضمن مساساً بحق التقاضى الذى كفله الدستور، بحيث يظل باب اللجوء إلى القضاء مفتوحاً أمام الأطراف لاقتضاء حقوقهم والفصل فى خلافاتهم⁽¹⁾. فلا أثر للتوفيق له على حق اللجوء إلى القضاء باعتباره حقاً مستقلاً بذاته لا يتصور حرمان الأطراف منه باعتباره من الحقوق العامة التى لا تقبل التنازل أو السقوط⁽²⁾. غاية الأمر أن التوفيق قد يغنى الأطراف عن اللجوء إلى القضاء ومباشرة إجراءاته المعقدة إذا ما انتهت مساعى التوفيق بالنجاح وارتضى

(1) طعن مدنى رقم 7618 لسنة 82ق - جلسة 2019/2/4؛ وطعن مدنى رقم 4471 لسنة 75ق - جلسة 2014/6/12؛ وطعن مدنى 11205 لسنة 79ق - جلسة 2011/4/28.

(2) د/أحمد أبوالوفا - المرافعات - المرجع السابق - بند 99 - ص 109.

الأطراف قرار التوفيق، وهذه الترضية هي في الحقيقة غاية حق التقاضى⁽¹⁾. أما إذا استنفذ طريق التوفيق دون أن يصل الأطراف إلى حل ودى مرضى لهم، يصبح طريق اللجوء القضاء متاحاً لعرض نزاعهم والفصل فيه⁽²⁾.

وبذلك، فلا يعد سلك طريق التوفيق إخلالاً بحق التقاضى ولا ينال منه، سواء في مقاصده أو محتواه. كما أنه لا يمثل خروجاً على سلطات القضاء أو افتتاتاً علي اختصاصه بحيث يظل الاختصاص منعقداً إلى القضاء، فهو ليس بديلاً عنه أو درجة من درجاته، ولا يقوم مقامه على نحو يلغيه.

ومرجع ذلك أن التوفيق هو في حقيقة الأمر مرحلة تمهيدية مستقلة تسبق اللجوء إلى القضاء تستهدف محاوله تسويه النزاع ودياً بين الأطراف، وذلك لتقضى عرضه على القضاء والاستغناء عن الخصومة القضائية وعيوبها. وباستنفاد هذه المرحلة يفتح الطريق أمام ذوى الشأن لعرض النزاع على القضاء للحصول على الحماية القانونية للحق المدعى به⁽³⁾. علاوة على أن عمل لجان التوفيق في ذلك لا

(1) أنظر في هذا المعنى: حكم المحكمة الدستورية العليا - فى القضية رقم 145 لسنة 19 لسنة 1998/6/6 - جلسة 1998/6/6.

(2) طعن مدنى رقم 13303 لسنة 76 ق - جلسة 2015/3/15.

(3) طعن مدنى رقم 6383 لسنة 86 ق - جلسة 2018/3/24 ؛ وطعن مدنى رقم 7618 لسنة 82 ق - جلسة 2019/2/4.

يعتبر - كما سنرى - عملاً قضائياً بالمعنى الفني الدقيق، فهي ليست جهة قضائية، ولا صلة لها بالقضاء⁽¹⁾.

وجدير بالإشارة إلى أن المحكمة الدستورية العليا قد حذت طريق التوفيق واعتبرته من قبيل تيسير أمر حصول أصحاب الحقوق على حقوقهم وتجنبهم حده الخصومة القضائية التي تأكل على حد قولها حطبها من خلال حذتها، فالأطراف لا يعينهم سوى الحصول على حقوقهم، بأيسر الوسائل وأقلها تكلفة وبدون إجراءات معقدة، فضلاً عن أن هذا الطريق، وإن كان يغنى الأطراف عن الخصومة القضائية وطوال إجراءاتها وتعقدها، إلا أنه لا يحول دون سلكها ولا يقوم بدلاً منها⁽²⁾.

وعلى ذلك، تتحدد فكرة لجان التوفيق، فهي ليست بديلة عن القاضى على نحو يؤدي إلى استبعاد نشاطه وتقليص سلطته والحد منها، وإنما يأتي دورها كمعاون له فى مرحلة تمهيدية تسبق اللجوء إلى القضاء بحيث إذا صادفت حلول لجنة التوفيق قبولاً من الأطراف، فإن معاونتها تكون قد بلغت غايتها بقدر ما وفرت على القضاء من جهد ووقت فى نظر النزاع والفصل فيه.

12- ثانياً: إلزامية التوفيق لقبول الدعوى أمام القضاء. "حتمية التوفيق"

(1) أنظر بالتفصيل: ما يلى - بند 18 وما يليه.

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا - فى القضية رقم 11 لسنة 24 قضائية دستورية - جلسة 2004/5/9.

تنص المادة 11 من قانون التوفيق على أنه «لا تقبل الدعوى التي ترفع إبتداء إلى المحاكم بشأن المنازعات الخاضعة لأحكام هذا القانون إلا بعد تقديم طلب التوفيق إلى اللجنة المختصة وفوات الميعاد المقرر لإصدار القرار، أو الميعاد المقرر لعرضه دون قبوله وفقاً لحكم المادة السابقة».

ومؤدى هذا النص أنه لا يجوز للأطراف اللجوء مباشرة إلى المحكمة المختصة بخصوص المنازعات التي تخضع للتوفيق إلا بعد سلك طريق التوفيق⁽¹⁾. فاللجوء إلى التوفيق يعد قيداً لرفع الدعوى أمام القضاء، وشرطاً لقبولها بحيث لا تملك الأطراف الخيار فى ذلك⁽²⁾. وهذا ما نعبر عنه باصطلاح «حتمية التوفيق».

وبالتالى، فليس لصاحب الشأن عرض خصومته التي تدخل فى نطاق اختصاص لجان التوفيق على القضاء إلا بعد مباشرة إجراءات التوفيق، بحسبان طريق التوفيق ليس رخصة للأطراف بما يجوز لها ألا تلجأ إليها أصلاً، وإنما هو مفترض ضرورى وإجراء وجوبى يلزم لوجه كشرط لقبول الدعوى أمام القضاء⁽³⁾. وبهذا، فإن القضاء لا يمارس ولايته فى هذا الخصوص إلا مرحلة تالية بعد أن

(1) د/فتحي والى - المبسوط - ج2 - المرجع السابق - بند242 - ص728 & د/عاشور مبروك - المرجع السابق - بند77 - ص161.

(2) طعن مدنى رقم 8014 لسنة 2012/3/20.

(3) طعن مدنى 3074 لسنة 87ق - جلسة 2019/3/21 ؛ وطعن مدنى رقم 1168 لسنة 87ق - جلسة 2018/11/4؛ وطعن مدنى رقم 1724 لسنة 77 ق - جلسة 2015/7/6.

تمارس لجان التوفيق اختصاصها الذي حدده المشرع، فما لم يسبق عرضه عليها، لا يجوز طرحه ابتداءً أمام القضاء المختص.

ويلاحظ أنه إذا تعدد أشخاص الطرف الأخر المتنازع مع الجهة الإدارية، واتحدت مصالحهم وانتقوا في مركز قانوني معين، وكان موضوع النزاع غير قابل للتجزئة، وسلك بعضهم طريق التوفيق وبأشهر إجراءاته، فإن هذا الإجراء يمتد إلى باقى الأشخاص التي لم تلجأ إلى التوفيق، نظراً لأن الغاية من التوفيق تكون قد تحققت بالنسبة لهم⁽¹⁾. ومن ثم يفتح الطريق أمام الأطراف جميعاً للالتجاء إلى القضاء المختص حيث تكون مرحلة التوفيق قد استنفدت بالنسبة لهم جميعاً على وجه لا ينبغي معه اللجوء إلى لجنة التوفيق مجدداً، إعمالاً لمبدأ استعادة الشخص من الإجراء التي يتخذها خصمه، ولا يصح أن يضار منه.

13- ثالثاً: أثر عدم اللجوء إلى التوفيق. "الحكم بعدم قبول الدعوى"

على ضوء ما تقدم، يمكن القول أن قبول الدعوى أمام القضاء يدور وجوداً وعدمياً مع سبق طرح النزاع على لجنة التوفيق المختصة على الوجه الذي حدد المشرع. ولقد حددت المادة 11 من قانون التوفيق الجزاء الذي يترتب على عدم اللجوء إلى لجان التوفيق قبل لوج طريق القضاء، وهو عدم قبول الدعوى حيث

(1) طعن مدنى رقم 7618 لسنة 82ق - جلسة 2019/2/4 ؛ وطعن مدنى رقم 13303 لسنة 76ق - جلسة 2015/3/15 ؛ وطعن مدنى رقم 4471 لسنة 75ق - جلسة 2014/6/12.

نصت على أنه «لا تقبل الدعوى التي ترفع إبتداء إلى المحاكم بشأن المنازعات الخاضعة لأحكام هذا القانون إلا بعد تقديم طلب التوفيق إلى اللجنة المختصة....». وتبعاً لهذا، فإذا لجأ الأطراف إلى القضاء للفصل في منازعتهم الخاضعة للتوفيق، دون إتباع طريق التوفيق، ترتب على ذلك عدم قبول دعواهم⁽¹⁾.

وفى هذا الصدد، تتجه محكمة النقض إلى اعتبار الدفع بعدم قبول الدعوى لعدم اللجوء إلى لجان التوفيق ابتداء قبل اللجوء إلى القضاء هو عدم قبول إجرائي، يخرج بطبيعته عن نطاق الدفع بعدم القبول الموضوعي، وذلك لانتهاء صلته بالصفة أو المصلحة في الدعوى أو بالحق في رفعها، وإن اتخذ اسماً بعدم القبول، وذلك لأن العبرة في تكييف الدفع هي بحقيقة جوهره ومرماه⁽²⁾.

والحقيقة - في اعتقادنا - أن مسلك محكمة النقض جدير بالاعتبار، وذلك لأن اللجوء إلى لجان التوفيق في إحدى المنازعات الخاضعة للتوفيق ليس بمثابة طريق قائم بذاته رسمه المشرع لتسوية النزاع بديلاً عن القضاء، وإنما هو إجراء

(1) طعن مدني رقم 1801 لسنة 79ق - جلسة 2019/2/3 ؛ وطعن مدني رقم 40750 لسنة 82ق - جلسة 2019/1/10 ؛ وطعن مدني رقم 4393 لسنة 79ق - جلسة 2017/1/15؛ وطعن مدني رقم 12606 لسنة 79ق - جلسة 2011/6/15.

على أنه ينبغي الإشارة إلى جزاء عدم القبول لعدم اللجوء إلى لجان التوفيق يقتصر على دعاوى المبتدأ، فلا ينطبق على طلبات الإدخال والتدخل. (طعن مدني رقم 15465 لسنة 79ق - جلسة 2017/5/18). وكذلك الأمر حال تعديل الطلبات طالما كانت مكملة أو متصلة بالطلبات الأصلية. (المحكمة الإدارية العليا - طعن رقم 26769 لسنة 52ق - جلسة 2008/11/11).

(2) طعن مدني رقم 10863 لسنة 80ق - جلسة 2018/7/25 ؛ وطعن مدني رقم 7593 لسنة 74ق - جلسة 2014/4/28.

شكلى مسبق أوجب المشرع سلوكه حتى تستقيم الدعوى أمام القضاء. وبهذا، فإن الدفع المبني على تخلف هذا الأجراء لا يعدو أن يكون سوى مجرد دفع شكلى يخضع لقواعد الدفع الشكلى على نحو يخرج عن نطاق الدفع بعدم القبول الموضوعى المنصوص عليه بالمادة 115 من قانون المرافعات.

ونتيجة لذلك، فإذا حكمت محكمة أول درجة بعدم قبول الدعوى لعدم الإلتجاء أولاً إلى لجنة التوفيق قبل طرح النزاع على القضاء، وألغى الحكم أمام محكمة الاستئناف، فإنه لا يجوز للأخيرة نظر موضوع الدعوى، وإنما يتوجب عليها إعادتها إلى محكمة أول درجة للفصل فى موضوعها إعمالاً لمبدأ التفاضى على درجتين⁽¹⁾.

مع ملاحظة أن هذا الدفع يعد من الدفع التى تتعلق بالنظام العام التى تخالط الواقع، فلا يجوز إثارة لأول مرة أمام محكمة النقض⁽²⁾.

14- رابعاً: أثر اللجوء إلى التوفيق بعد عرض النزاع على القضاء.

من المتصور أن يرفع المدعى دعواه إبتداء إلى القضاء متجاهلاً فى ذلك اللجوء إلى لجنة التوفيق المختصة، غير أنه يبادر قبل الفصل فى النزاع أمام

(1) طعن مدنى رقم 10863 لسنة 80ق - جلسة 2018/7/25؛ وطعن مدنى رقم 806 لسنة 77ق - جلسة 2015/12/28؛ وطعن مدنى رقم 7593 لسنة 74ق - جلسة 2014/4/28.
(2) طعن مدنى 12056 لسنة 82ق - جلسة 2017/3/13؛ وطعن مدنى رقم 11103 لسنة 83ق - 2015/4/11.

القضاء بسلك طريق التوفيق واتخاذ إجراءاته دون أن يتم تسوية النزاع، فما هو الأثر القانوني لذلك؟

وفي هذه المسألة انقسمت محكمة النقض إلى مذهبين؛ الأول: اتجه إلى الالتزام بحرفية نص المادة 11 من قانون التوفيق حيث قضى بأن مؤدى هذه المادة أنه يلزم قبل رفع الدعوى إلى المحكمة بشأن المنازعات الخاضعة لأحكام القانون المذكور أن يتم عرض النزاع إبتداءً على تلك اللجان وإلا كانت الدعوى غير مقبولة⁽¹⁾.

أما المذهب الثاني، وهو الرأي الغالب، فهو يتميز بمرونته، حيث تحرر في الأخذ بنص المادة المتقدمة على إطلاقه، إذ يسمح للخصوم باللجوء إلى لجان التوفيق في أى وقت، كلما كان النزاع منظوراً أمام القضاء ولم يفصل فيه بعد. فقضى بأنه إذا رفع المدعى دعواه مباشرة إلى المحكمة المختصة ثم لجأ إلى لجنة التوفيق قبل صدور الحكم المنهى للخصومة فيها، فإنه يكون قد استوفى الإجراء الشكلى الذى أوجبه قانون التوفيق، ولا تثريب على المحكمة أن لم تحكم بعدم القبول ومضت في نظر الدعوى ما دامت اللجنة قد نظرت الطلب وأصدرت

(1) الطعن رقم 8037 لسنة 79 ق - جلسة 2010/6/21.

توصيتها - أو قرارها - والدعوى لا زالت منظورة أمام المحكمة، وذلك تحقيقاً للهدف من القانون وهو تخفيف الأعباء عن كاهل القاضى والمتقاضين⁽¹⁾.

ونعتقد أن الرأى الأخير هو الأولى بالتأييد، لمرونته فهو يتفق مع فلسفة المشرع وأهدافه الكامنة وراء التوفيق، وهو تحقيق العدالة الناجزة. فإذا كان المشرع قد نظم إجراءات التوفيق بنصوص خاصة على اعتبار أن التوفيق ليس غاية مقصودة لذاتها، وإنما هو مجرد وسيلة لتسوية النزاع ودياً قبل اللجوء إلى القضاء تيسيراً على الأطراف وتخفيفاً للعبء الواقع على المحاكم، فإنه ليس من العدالة تطبيق النصوص القانونية على وجه جامد والالتزام بحرفيتها على نحو يتعارض مع فلسفة المشرع ويلتوى عن مقصده⁽²⁾.

(1) طعن مدنى 3074 لسنة 87ق - جلسة 2019/3/21؛ وطعن مدنى رقم 6176 لسنة 78ق - جلسة 2016/11/20؛ وطعن مدنى رقم 17240 لسنة 77ق - جلسة 2015/7/6. وقد أيدت ذلك: المحكمة الإدارية العليا - طعن رقم 12578 لسنة 62ق. ع - جلسة 2018/1/28. وفى ذات المعنى حكمها فى الطعن رقم 35979 لسنة 52 ق. ع - جلسة 2010/6/15.

(2) ولعل ما يؤكد ذلك؛ ما تنص عليه المادة 12 من قانون التوفيق بقولها أنه "عدا الدعاوى التى أقل فيها باب المرافعة، يجوز لأى من الطرفين فى الدعاوى القائمة عند العمل بهذا القانون بشأن منازعات خاضعة لأحكامه، أن يطلب إلى المحكمة التى تنتظر الدعوى - وفى أية حالة كانت عليها- وقف السير فيها لتقديم طلب التوفيق، فإذا قبل الطرف الآخر أمرت المحكمة بوقف السير فى الدعوى لمدة تسعين يوماً وإحالتها إلى اللجنة مباشرة وحددت ميعاداً لاستئناف السير فيها غايته الثلاثون يوماً التالية لانتهاؤ مدة الوقف". فمن دلالة هذا النص، فنستطيع أن نتحسس الرغبة الحقيقية للمشرع فى عدم تطبيق نصوصه على وجه جامد ينحرف عن المقصد منها.

ومن ناحية أخرى، نرى أن الأخذ بالرأى الأول يعنى عدم قبول الدعوى لا لسبب إلا لعدم اللجوء إلى التوفيق قبل رفعها مباشرة إلى القضاء المختص. فالنزاع يعرض على القضاء وينظره على فرض أنه يندرج فى نصاب اختصاصه، ثم يتبين له فى النهاية عند الحكم فيه أن المدعى لم يلجأ إلى التوفيق إلا بعد طرحه النزاع على القضاء، فيقضى بعدم قبول الدعوى. وهنا لا يجد المدعى مفرأ سوى إعادة طرح النزاع مرة أخرى على القضاء بعد اللجوء إلى التوفيق لينظره من جديد بكل ما يقتضيه ذلك من ضياع للوقت وتكرار للإجراءات وزيادة للنفقات، وهو ما يترتب عليه عدم انتظام أداء العدالة وإطالة أمد التقاضى.

الفصل الثانى

خصوصيات طلب التوفيق وأثاره

49- تمهيد وتقسيم:

وضع المشرع نظاماً إجرائياً خاصاً لطرح النزاع على لجان التوفيق يتفق مع طبيعة نظام التوفيق والغاية المرجوة منه، يختلف تماماً عن الإجراءات المتبعة أمام القضاء. ومقتضى هذا النظام أن منازعة التوفيق يتم عرضها على لجنة التوفيق بموجب طلب يقدم من أحد الأطراف المتنازعة، يتضمن رغبته فى تسوية النزاع ودياً عن طريق التوفيق قبل اللجوء إلى القضاء، دون أن يتخذ شكلاً معيناً، فهو ليس بمطالبة قضائية، ولا يقوم مقامها أو يرتب أثارها القانونية.

وعلى أثر هذه الطبيعة لطلب التوفيق، أفرد المشرع لتقديمه إجراءات محددة، كما رتب عليه أثار معينة. ولبيان هذه الخصوصيات، نرى تقسيم هذا الفصل إلى مجتئين متعاقبين فيما يلى:

المبحث الأول: تقديم طلب التوفيق.

المبحث الثانى: أثار تقديم طلب التوفيق.

المبحث الأول تقديم طلب التوفيق

50- تقسيم:

قبل التطرق إلى بيان كيفية تقدم طلب التوفيق إلى لجنة التوفيق، يحسن بنا التصدى إلى بيان طبيعة طلب التوفيق إذ على أثر ذلك تتضح خصوصيات إجراءات تقديمه. وعليه، يمكن تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين متتالين فيما يلي:

المطلب الأول: طبيعة طلب التوفيق.

المطلب الثانى: إجراءات تقديم طلب التوفيق.

المطلب الأول

طبيعة طلب التوفيق

51- اشترطت المادة السادسة من قانون التوفيق لعرض منازعة التوفيق على لجنة التوفيق المختصة - كما سيجيء بعد - تقديم طلب إليها من أحد أطرافها. وبالتالي، فلا تنشأ منازعة التوفيق، إلا قدم إليها طلب توفيق، فهو المفترض الأساسى لمباشرة اللجنة لعملها بحيث لا يجوز للجنة مباشرة اختصاصها من تلقاء نفسها.

والحقيقة أن طلب التوفيق ليس مطالبة قضائية بالمعنى الصحيح، وإنما هو بمثابة إجراء تمهيدى يسبقها، فلا يعادلها، ولا يأخذ حكمها وطبيعتها، ولا يرتب أثارها من حيث قطع التقادم⁽¹⁾، وذلك لأن طلب التوفيق لا يوجه إلى القضاء، ولا يقصد به إنزال الحماية القضائية، وإنما هو يوجه إلى لجنة إدارية ذات طبيعة خاصة تتولى مساعى التوفيق بين الأطراف وصولاً بهم إلى حل مرضى لهم، فى

(1) والمطالبة القضائية هى مفترض العمل القضائى، ومناطق تحريك نشاطه. فهى العمل الذى بموجبه يرفع النزاع أمام القضاء بمعناه الضيق، وذلك على النحو المبين بالمادة ٦٣ من قانون المرافعات والتي تنص على أن ترفع الدعوى بإيداع صحيفةها قلم كتاب المحكمة، أو بأحد الإجراءات التى جعلها المشرع بديلاً عن ذلك الإجراءات، كما فى شأن الطلب المعارض وطلب أمر الأداء، عدا الدعاوى المستعجلة، فهى لا تقطع التقادم. أنظر بالتفصيل: د/فتحى والى - المبسوط - ج2 - المرجع السابق - بند7 - ص16 وما بعدها & د/وجدى راغب - النظرية العامة للعمل القضائى - نسخة معاد نشرها بمنشأة المعارف - 2018 - ص579 وما بعدها & د/أحمد أبوالوفا - المرافعات - المرجع السابق - بند96 - ص107.

مرحلة تمهيدية تسبق اللجوء إلى التقاضى، ولا تعد درجة من درجاته، ولا تقوم مقامه بحيث لا تغنى الأطراف عن لوجه.

وبذلك، فلا يعد طلب التوفيق طلباً قضائياً بالحق بمعناه القانونى، وليس بصحيفة دعوى أو بديلاً لها، ولا ينشأ عنه خصومة قضائية بالمعنى الفنى للكلمة، وإنما هو طلب ذات طبيعة خاصة يولد منازعة أولية مستقلة عن درجات التقاضى باستنفادها يفتح الطريق أمام ذوى الشأن لعرض خلافاتهم على القضاء للحصول على الحماية القانونية للحق المدعى به.

المطلب الثانى

إجراءات تقديم طلب التوفيق

52- تبدأ إجراءات التوفيق بتقديم طلب من الأطراف إلى لجنة التوفيق المختصة فى الشكل القانونى الذى حدده المشرع، ثم يعقب ذلك عملية قيد الطلب فى سجلات اللجنة المعدة لذلك وإعلانه للأطراف، وهو ما يتم عبر الأمانة العامة للجنة. مع ملاحظة أن المشرع قد قيد بعض طلبات التوفيق بميعاد معين ينبغى تقديمها خلاله. وهذا ما سنتعرض إليه فى النقاط الأساسية التالية.

53- أولاً: شكل طلب التوفيق وبياناته.

تنص المادة السادسة من قانون التوفيق على أنه «يقدم ذوو الشأن طلب التوفيق إلى الأمانة الفنية للجنة المختصة، ويتضمن الطلب فضلاً عن البيانات المتعلقة باسم الطالب والطرف الآخر في النزاع وصفة كل منهما وموطنه، موضوع الطلب وأسانيده، ويرفق به مذكرة شارحة وحافطة بمستنداته».

ومفاد هذا النص أن المشرع قد اشترط لعرض منازعة التوفيق على لجنة التوفيق المختصة تقديم طلب إليها من أحد أطرافها⁽¹⁾. فلا تنشأ منازعة التوفيق تلقائياً، وإنما يحكمها مبدأ الطلب⁽²⁾. وبالتالي، فإنه لا يجوز للجنة التوفيق المختصة نظر منازعة التوفيق من تلقاء نفسها إلا إذا قدم إليها طلباً بذلك. بمعنى أنه لا توفيق بلا طلب.

ولم تحدد المادة المتقدمة، كما هو واضح، شكلاً خاصاً لطلب التوفيق. وبداهة، فإن الحد الأدنى الذي تقتضيه طبيعة هذا الطلب ومراده أن يكون مكتوباً⁽³⁾، بشكل

(1) د/فتحي والى - المبسوط - ج2 - المرجع السابق - بند246 - ص734 & د/عاشور مبروك - المرجع السابق - بند78 - ص163.

(2) فإذا كانت منازعة التوفيق ليست خصومة قضائية بالمعنى الصحيح، إلا أنها لا تقتصر للضمانات الأساسية للتقاضى، ومنها مبدأ الطلب، وذلك لحسن سير العدالة وتحقيقها على الوجه الأكمل. أنظر في التزام لجنة التوفيق بمراعاة الضمانات الأساسية للتقاضى: ما يلي - بند73 وما يليه.

(3) أنظر: د/فتحي والى - المرجع السابق - بند246 - ص734 & د/عاشور مبروك - المرجع السابق - بند78 - ص163.

يحدد دلالاته ويفى بالغرض المقصود منه، وهو الرغبة في سلك إجراءات التوفيق بشأن النزاع الذي يتضمنه طلب التوفيق، دون التقيد بصيغة معينة. غاية الأمر أنه لا يصح تقديمه إلى لجنة التوفيق المختصة شفويًا.

ولا يكفي أن يكون طلب التوفيق مكتوباً على النحو المتقدم فحسب، وإنما يجب فضلاً عن ذلك أن يتضمن كافة البيانات اللازمة لصحته المنصوص عليها بالمادة السادسة سالفه الذكر، وهي البيانات الدالة على شخصية الأطراف المتنازعة، كبيان أسمائهم بالكامل وصفاتهم ووظيفتهم وموطنهم⁽¹⁾، وذلك حتى يسهل التعرف على ذواتهم وتحديد شخصيتهم تحديداً دقيقاً على النحو الذي ينفي الجهالة عنهم.

كما ينبغي أن يشتمل طلب التوفيق على موضوعه وأسانيده وحججه التي يستند إليها مقدم الطلب في تدعيم طلبه، وكذلك المستندات الدالة على صحة وجدية طلبه، فضلاً عن إرفاق مذكرة شارحة له⁽²⁾.

(1) أنظر: د/فتحى والى - المرجع السابق - بند 246 - ص 735 & د/عاشور مبروك - المرجع السابق - بند 78 - ص 163. وكذلك: الطعن رقم 5311 لسنة 76 ق - جلسة 2011/5/23.

(2) وهي ذات البيانات التي أشارت إليها المادة 5 من قرار وزير العدل رقم 2794 لسنة 2017 والتي تنص على أن تتلقى الأمانة الفنية لكل لجنة ما يقدمه إليها ذوو الشأن من طلبات التوفيق.... ويتضمن الطلب البيانات الخاصة باسم الطالب وموطنه والطرف الآخر في النزاع وأشخاص هذا الطرف أن تعدوا وصفاً كل منهم، وموطنه، وموضوع الطلب وأسانيده، ويرفق به مذكرة شارحة وحافطة بالمستندات سند الطلب.

وتبدو أهمية هذه البيانات واضحة من نواحي عديدة، فهي من ناحية تسمح للطرف المقدم ضده طلب التوفيق بالاطلاع عليها والوقوف على حقيقته ومداه، وأن يكون على بينه من أساسه، وذلك حتى يتسنى له الرد عليه وإعداد دفاعه. ومن ناحية أخرى، تمكين لجنة التوفيق من التحقق من مدى صحة وجدية طلب التوفيق، وتحديد عناصر النزاع، الشخصى والموضوعى. فضلاً عن تيسير عمل اللجنة وتمكينها من سرعة الفصل فى منازعة التوفيق مراعاة لقصر المواعيد المقررة لذلك، وهو ما يؤدي بدوره إلى تحقيق الغاية التى يقصدها المشرع وراء التوفيق، وهى الحد من إطالة أمد النزاع وتحقيق العدالة الناجزة.

ورغم أهمية البيانات المتقدم على هذا النحو، لم يرتب المشرع ثمة جزاء على عدم مراعاتها، فليس لجنة التوفيق أن تقضى بعدم قبول طلب التوفيق مثلاً، وإنما هى تقضى فيه على ضوء المستندات والأوراق التى تقدم إليها⁽¹⁾.

ومن خصوصيات طلب التوفيق، أنه لا يشترط ضرورة توقيعه من محام، فهو يقبل طالما كان موقعاً من مقدمه. ولا يعد ذلك استثناء على قاعدة اشتراط توقيع جميع صحف الدعاوى والطعون من محام طبقاً لقانون المحاماة⁽²⁾، وذلك لأن طلب

(1) تعليق وزير العدل على المادة 6 من قانون التوفيق - مضبطة مجلس الشعب- الجلسة 50 - الفصل التشريعى السابع - دور الانعقاد العادى الخامس - السنة الخامسة.

(2) فالاستعانة بالمحامين قد أصبح مفترضاً ضرورياً لا يمكن تجاهله، فقد أوجب المشرع ضرورة تقديم صحف الدعاوى والطعون موقعة من محام معتمد لدى المحكمة التى ترفع إليها. وتختلف هذا الإجراء يترتب عليه البطلان، وهو بطلان يتعلق بالنظام العام بما يجوز الدفع به فى أى حالة تكون عليها الدعوى. ويجوز للمحكمة القضاء به من تلقاء نفسها. د/أحمد ماهر زغول -

التوفيق لا يعد - كما ذكرنا متقدماً - مطالبة قضائية بالحق بمعناها القانوني، وليس بصحيفة دعوى أو بديلاً لها. بل أنه ليس من الأوراق التي يتطلب المشرع - بقانون المحاماة - لصحتها توقيعها من محام. وبالتالي، يكون طلب التوفيق صحيحاً رغم عدم توقيعها من محام، فهذا ليس بشرط شكلي لصحته، فيكفي توقيعها من ذوى الشأن.

ومن خصوصيات طلب التوفيق أيضاً، أن المشرع قد أعفاه من الرسوم. فالقاعدة أن الطلبات التي تقدم إلى لجان التوفيق معفاة من أية رسوم، وهو إعفاء وجوبى بنص القانون دون حاجة إلى طلب ذلك. وهذا ما أكدته المادة الرابعة من قانون التوفيق والتي تنص على أن يكون اللجوء إلى هذه اللجان بغير رسوم⁽¹⁾.

ويجد ذلك تبريره - كما جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون التوفيق - فى التيسير والتخفيف عن كاهل أصحاب الحقوق فى إنهاء خلافاتهم، ومنحهم فرصة للحصول على حقوقهم دون أن يتكبدوا فى ذلك رسوماً تثقل كاهلهم، لاسيما وأن التوفيق مرحلة تمهيدية تسبق اللجوء إلى القضاء ولا تعد درجة من درجاته.

أصول وقواعد المرافعات - المرجع السابق - بند 160 - ص 312، 313 & د/عيد القصاص - المرجع السابق - بند 343 - ص 471. وطعن مدنى رقما 46195 لسنة 76 ق ، و 29324 لسنة 71 ق - جلسة 2009/6/28

(1) وقد أيدتها المادة الخامسة من قرار وزير العدل السابق والتي تنص على أنه لا تحصل أية رسوم عن طلبات التوفيق.

ويلاحظ أن نطاق الإعفاء من الرسوم يمتد إلى كافة أطراف منازعة التوفيق، وهو ما يعنى امتداد الإعفاء إلى الأشخاص العادية والجهة الإدارية على السواء. ولا يقتصر هذا الإعفاء على طلب التوفيق فقط، وإنما يمتد كذلك إلى كافة الطلبات التى تقدم إلى لجان التوفيق، وكذلك الأوراق التى يطلبها الأطراف بعد إنتهاء منازعة التوفيق، وعلى وجه الخصوص قرار التوفيق، أيا كان نوع المنازعة. وهذا هو الظاهر من دلالة نص المادة الرابعة سالفه الذكر حيث جاء نصها بشكل مطلق دون تقييد أو تخصيص.

54- 2- صاحب الحق فى طلب التوفيق.

يثبت الحق فى طلب التوفيق إلى جميع أطراف منازعة التوفيق⁽¹⁾. وهذا هو الواضح من استخدام المشرع عبارة «يقدم ذوو الشأن» بصورة مطلقة بالمادة السادسة من قانون التوفيق، ولم يستخدم عبارة «الطرف صاحب المصلحة» أو عبارة «الأشخاص». ولعل هذا معناه عدم قصر حق طلب التوفيق على الأشخاص الطبيعية أو العاملين لدى الجهة الإدارية فقط، وإنما يجوز أيضاً للجهة الإدارية ذاتها - الدولة - اللجوء إلى لجان التوفيق إذا ما تعرضت مصالحها للمخاطر أو أصابها ضرر جراء فعل الغير. ويأخذ ذلك بطبيعة الحال طابع الإلزام، بحسبان أن اللجوء إلى التوفيق هو طريق إجبارى لكافة منازعات التوفيق بحيث لا تملك الجهة الإدارية

(1) د/فتحى والى - المرجع السابق - بند246 - ص734 & د/عاشور مبروك - المرجع السابق - بند78 - ص163 & د/أحمد صدقى - نطاق تطبيق قانون فض المنازعات رقم 7 لسنة 2000 - دراسة تحليلية انتقادية - ط2 - 2006 - ص108.

الحق في اللجوء إلى التوفيق من عدمه. فالتوفيق بحسب طبيعته هو نظام ملزم للكافة بما فيهم جهة الإدارة بحيث لا يصح اللجوء إلى القضاء مباشرة إلا بعد لوجه.

ولا شك أن الغاية من ذلك هي أن المشرع قدر أن مصالح جهة الإدارة قد تضار - هي الأخرى - جراء سلوك الأفراد غير السوي تجاهها بما يلحق الأضرار بها. وبذلك يكون المشرع قد راعى مصلحة جهة الإدارة، وهو مسلك حسن، حيث أتاح الفرصة لها في تقديم طلب التوفيق إلى لجان التوفيق المختصة، والاستفادة من مزايا التوفيق، شأنها شأن الأشخاص العادية حال إذا ما تعرضت مصالحها للخطر أو لحقت الإضرار بمراكزها القانونية، وذلك إعمالاً لمبدأ المساواة بين الخصوم.

ويلاحظ أنه إذا تعدد أشخاص الطرف الأخر المتنازع مع الجهة الإدارية، واتفقت مصالحهم واشتركوا في حق أو مركز قانوني معين، وكان موضوع النزاع لا يقبل التجزئة، أو لا يحتمل الفصل فيه سوى حل واحد، فإنه يكفي أن يتقدم أحدهما بطلب التوفيق إلى لجنة التوفيق. فلا شك أن تقديم طلب التوفيق على هذا الوجه يكفي لتحقيق الغاية المرجوة من التوفيق بالنسبة لباقي الأشخاص المتنازعة مع الجهة الإدارية⁽¹⁾.

(1) طعن مدني رقم 7618 لسنة 82ق - جلسة 2019/2/4 ؛ وطعن مدني رقم 13303 لسنة 76ق - جلسة 2015/3/15.

55- 3- قيد طلب التوفيق وإعلانه.

من المسائل المتبعة حال عرض النزاع على القضاء أن يفرد له ملفاً خاصاً ليشمل كافة الأوراق والمستندات التي يقدمها الخصوم إلى القاضى⁽¹⁾، وذلك حتى يستطيع كل خصم الاطلاع عليها بسهولة تامة والرد عليها، فضلاً عن تمكين القاضى ذاته من الإلمام بكافة ما يقدم إليه فى النزاع بما يسهل عليه الفصل فيه على النحو الذى يتفق مع صحيح الواقع والأوراق.

ولإمكانية تحقيق هذه الاعتبارات فى منازعة التوفيق، فإنه يجب أن يكون لها ملفاً ليضم طلب التوفيق ومذكرات الدفاع والمستندات التي يقدمها الأطراف ويودع به قرار التوفيق حال صدوره. ومن المنطقى تبعاً لهذا أن يكون هناك جهاز إدارى يعاون لجنة التوفيق فى إدارة وتنظيم ذلك الملف.

وبالفعل استحدثت المشرع نظام الأمانة الفنية فى لجان التوفيق كجهاز إدارى يشبه إلى حد كبير قلم كتاب المحاكم القضائية⁽²⁾ بحيث تكون مهمته معاونه لجنة التوفيق فى أداء عملها، ويكون حلقة الوصل بين أعضائها ومباشرة كافة الأعمال الإدارية لتنظيم منازعة التوفيق مثلما هو الحال فى القضاء، وأهمها إمساك جداول

(1) د/وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى - الطبعة الأولى - 1986 - دار الفكر العربى - ص 509 & د/إبراهيم سعد - القانون القضائى الخاص - ج 1 - المرجع السابق - بند 315 - ص 14.

(2) أنظر فى فكرة لجنة التوفيق: ما تقدم - بند 17.

قيد طلبات التوفيق⁽¹⁾، وعمل ملفاً خاصاً بكل طلب يودع به كافة ما يقدمه الأطراف من أوراق، وما تتخذه لجنة التوفيق من إجراءات، بما فى ذلك قرار التوفيق ذاته⁽²⁾.

وتقريباً على ذلك، فإن طلب التوفيق يقدم إلى الأمانة الفنية لجنة التوفيق المختصة، باعتبارها الجهة المناط بها تلقى طلبات التوفيق⁽³⁾. ويتعين على الأمانة الفنية قيد الطلب على الفور فى السجل الخاص المعد لقيد طلبات التوفيق⁽⁴⁾.

(1) ولقد حددت المادة الرابعة من قرار وزير العدل أعمال اللجنة الفنية حيث تختص بإمساك الجداول ودفاتر القيد، وأمانة سر جلسات اللجنة، وإجراءات الإخطار بالطلبات والجلسات وسائر الأعمال التى يتطلبها نظر طلبات التوفيق وما يصدر فيها من قرارات، وإعداد الإحصائيات الشهرية وموافاة الإدارة العامة لشئون لجان التوفيق بوزارة العدل بها فى ميعاد لا يجاوز اليوم الأول من الشهر التالى.

(2) وهذا ما نظمته المادة السادسة من قرار وزير العدل والتى تنص على أن يعد بالأمانة الفنية لكل لجنة جدول لقيد طلبات التوفيق المقدمة إليها بأرقام مسلسلة، ويشتمل على بيان تاريخ تقديم الطلب، وموضوع النزاع وأطرافه وتاريخ الجلسة التى تحدد لنظره، والجلسات اللاحقة وبيانات إخطار الخصوم بها، وما يصدر من قرارات، وما يتم فى شأن عرضها وقبولها وما يثبت من اتفاق فى محضر الجلسة التالية للقبول (إن كان)، وما يتخذ لضم ملف التوفيق إلى أوراق الدعوى فى حالة إقامة دعوى أو طعن عن موضوع الطلب.

(3) وهذا ما تنص عليه المادة الخامسة من قانون التوفيق بقولها أنه «يكون لكل لجنة أمانة فنية فى الجهة المشكلة فيها، تتلقى طلبات التوفيق وقيدها». وكذلك المادة السادسة من ذات القانون حيث تنص على أن يقدم ذوو الشأن طلب التوفيق إلى الأمانة الفنية للجنة المختصة. وقد أكد ذلك قرار وزير العدل بالمادة الخامسة منه بنصها على أن تتلقى الأمانة الفنية لكل لجنة ما يقدمه إليها ذوو الشأن من طلبات التوفيق طبقاً لأحكام المادة السادسة من القانون رقم 7 لسنة 2000.

(4) د/فتحى والى - المرجع السابق - بند 246 - ص 734 & د/عاشور مبروك - المرجع السابق - بند 78 - ص 163.

ويكون ذلك عن طريق تسجيل كافة بياناته، كأطرافه وموضوعه ومحلّه وتاريخ تقديمه، فضلاً عن بيان ميعاد الجلسة المحددة لنظره أمام اللجنة. ويعقب ذلك إيداعه بالملف الخاص به المعد خصيصاً له.

وإذا قدم طلب التوفيق على هذا النحو، تولت الأمانة الفنية توزيعه على أحد الجلسات المحددة سلفاً من رئيس لجنة التوفيق لنظر طلبات التوفيق⁽¹⁾. وهنا يقع عليها عبء إخطار أطراف المنازعة بالموعد المحدد لنظر طلب التوفيق أمام اللجنة، كي تتمكن جميع الأطراف من حضور جلسة التوفيق، ومن ثم يتم تبادل وجهات نظرهم وصولاً إلى حل مرضى لهم، وهذا هو مناط التوفيق.

وحقيقة الأمر أن إخطار الطرف مقدم الطلب، إنما يكون عن طريق تسليمه إيصالاً باستلام طلبه ومرفقاته مبيناً فيه ميعاد الجلسة المحددة لنظره والفصل فيه حيث يعد ذلك بمثابة إعلان له⁽²⁾. بينما إخطار الطرف الآخر بطلب التوفيق

(1) وهذا ما تنص عليه المادة 1/8 من قرار وزير العدل بقولها أن تتولى الأمانة الفنية للجنة توزيع الطلبات على جلسات الانعقاد التي يحددها رئيس اللجنة مع الالتزام بمراعاة الميعاد المحدد لنظر الطلبات.

(2) حيث تنص المادة 7 من قرار وزير العدل على أن تسلم الأمانة الفنية للجنة مقدم طلب التوفيق إيصالاً باستلام الطلب ومرفقاته مبيناً فيه تاريخ تقديم الطلب بالحروف والأرقام وموضوع المنازعة وأطرافها وميعاد الجلسة المحددة لنظر طلبه، ويعتبر ذلك إخطار بميعاد الجلسة المحددة لنظر الطلب.

والجلسة المحددة لنظره، فيتم ذلك عبر إعلانه بخطاب مسجل موسى عليه بعلم الوصول يتضمن ميعاد انعقاد جلسة التوفيق ومرفقاً به صورة طلب التوفيق⁽¹⁾.

وبهذه المثابة، لم يستلزم المشرع إجراء إعلان طلب التوفيق على يد محضر طبقاً للقواعد العامة فى إعلان الأوراق القضائية، وإنما اكتفى بأن يجرى هذا الإعلان بكتاب مسجل مع علم الوصول⁽²⁾. وعلة ذلك هو رغبة المشرع فى التيسير على المتقاضين والقصد فى الإجراءات مراعاة لقصر مواعيد إجراءات التوفيق، فضلاً عن أن طلب التوفيق ليس - كما قدمنا - ورقة قضائية بالمعنى الحقيقى.

وننوه إلى أن المشرع لم ينظم إجراءات تسليم الخطابات المسجلة بشأن إجراءات التوفيق. ولذا، فإنه إزاء خلو قانون التوفيق من تنظيم هذه المسألة، فلا

(1) وهذا هو المستفاد من نص المادة 1/8 من قرار وزير العدل والتي تنص على أن تتولى الأمانة الفنية إخطار باقى الخصوم بميعاد الجلسة وذلك بكتاب موسى عليه.

(2) وجدير بالاشارة أن طريق الخطاب المسجل هو الوسيلة الأساسية التى يتبعها المشرع فى إجراءات التوفيق، حيث من خلاله يتم إعلان الأطراف بكافة الإخطارات التى تتعلق بإجراءات التوفيق، وما يقدم ضدهم من أوراق ومذاكرات، وما يتخذ فيها من أعمال بما فى ذلك قرار التوفيق المزمع صدوره، وذلك حتى يكونوا على علم بكل إجراءات التوفيق، ويتمكنوا من مباشرة حقهم فى الدفاع. وسبب ذلك أن الخطاب المسجل هو وسيلة سريعة وفعالة تتفق مع الغاية التى قصدتها المشرع من التوفيق. وهذا ما رسمته المادة 13 من قرار وزير العدل، والتي تنص على أن يكون الإخطار بجميع إجراءات نظر طلبات التوفيق وجلساتها وعرض قراراتها بطريق البريد الموصى عليه عن طريق محكمة الاستئناف التى تقع بدائرتها اللجنة مصدرة القرار خصماً على اعتماد البند (6) - نوع 1- بريد المدرج بموازنة المحكمة - المخصص للجان التوفيق فى المنازعات.

مناص من الرجوع فى ذلك إلى قانون تنظيم هيئة البريد رقم 106 لسنة 1970 ولائحته التنفيذية رقم 55 لسنة 1972، فتسرى أحكامه وقواعده فى هذا الخصوص.

وإذا كان المشرع بهذه المثابة، قد حدد طريقة إعلان طلب التوفيق بالخطاب الموصى عليه بعلم الوصول، فليس هناك ما يمنع من إجرائه بواسطة المحضرين وفقاً للقواعد العامة للإعلان، طالما تحققت الغاية المرجوة منه. ومن ناحية أخرى، يجوز أن يستعاض عن الإعلان بطريق الخطاب المسجل بالخطاب العادى إذا حقق ذات الغرض الذى يحققه وبذات ضماناته.

غير أننا نرى أنه يكون من الأنسب أن يتم إعلان كافة إجراءات التوفيق بما فى ذلك تقديم الطلب وإعلان قرار التوفيق إلكترونياً عبر البريد الإلكتروني للأطراف، باعتباره وسيلة سريعة وسهلة وغير مكلفة لإجراء الإعلانات عبر شبكة الانترنت، طالما كان الإعلان ممكن وآمن ويضمن تسليم القرار لأطرافه. بيد أنه الإعلان الإلكتروني على هذا النحو، وإن كان يتفق مع طبيعة التوفيق والغاية المرجوة منه، إلا أنه لا يتحقق معه الإعلان التى استلزمه المشرع، وهو ما يتطلب تدخل المشرع لتنظيم هذا الإعلان.

56 - 4 - ميعاد تقديم طلب التوفيق.

لم ينص قانون التوفيق على ميعاد محدد لتقديم طلب التوفيق إلى لجنة التوفيق المختصة. وبالتالي، فإنه يجوز لذوى الشأن تقديم طلب التوفيق فى أى وقت إذا تم التعدى على حقوقهم وتعرضت مراكزهم القانونية للأضرار.

غير أن ذلك ليس معناه إطلاق حق الأطراف في اللجوء إلى لجان التوفيق دون التقيد في ذلك بمدة زمنية معينة، وإنما يتقيد هذا الحق بالميعاد المحدد لرفع الدعوى أمام القضاء ويخضع بالتبعية له. وعلة هذا هو مدى الترابط بين إجراءات التوفيق والمطالبة القضائية بالحق الموضوعى محل التوفيق، فالأولى - كما جاء مسبقاً - هي مرحلة سابقة تمهيدية لازمة لسلك الثانية لاغنى عنها، والثانية هي امتداد للأولى، وبدون الأولى لا تقبل الثانية، فهي تدور وجوداً وعدمياً معها.

وتفريعاً على ذلك، فإذا كانت الدعوى أمام القضاء تخضع لميعاد معين بحيث ينبغي رفعها خلاله، فإنه من اللازم بالتبعية تقديم طلب التوفيق خلال هذا الميعاد وقبل انقضائه. ولقد أفرد المشرع مثلاً لذلك بشأن طلب توفيق منازعات إلغاء القرارات الإدارية النهائية، حيث استلزم ضرورة تقديم طلب التوفيق خلال الميعاد المحدد لرفع دعوى إلغاء هذه القرارات، وهو ميعاد الستين يوماً من تاريخ تقديم النظم الوجوبى إلى الجهة المختصة. فنصت الفقرة الثانية من المادة السادسة من قانون التوفيق على أنه تقرر للجنة عدم قبول الطلب إذا كان متعلقاً بأى من القرارات الإدارية النهائية المشار إليها في الفقرة (ب) من المادة 12 من قانون مجلس الدولة الصادر بالقرار بالقانون رقم 47 لسنة 1972، إلا إذا قدم خلال

المواعيد المقررة للطعن فيه بالإلغاء، وبعد تقديم التظلم منه وانتظار المواعيد المقررة للبت فيه وفقاً لأحكام الفقرة المذكورة⁽¹⁾.

وطبقاً لهذا النص، فإنه يشترط لقبول طلب التوفيق في منازعات القرارات الإدارية النهائية انقضاء الميعاد المحدد لتقديم التظلم منها أمام الجهة الإدارية المختصة، وهو ميعاد الستين يوماً من تاريخ نشرها أو الإعلان بها. ولهذا الميعاد أثراً مانعاً لقبول طلب التوفيق بما لا يجوز تقديمه إلا بعد انقضائه. بمعنى أن هذا الميعاد يعد من المواعيد الكاملة التي يجب انقضائها بالكامل قبل اتخاذ الإجراء⁽²⁾.

ومن ناحية أخرى، أنه ينبغي تقديم طلب التوفيق خلال ميعاد الستين يوماً التالية لتقديم التظلم إلى الجهة الإدارية المختصة بحيث إذا انقضى هذا الميعاد،

(1) وتنص الفقرة ب من المادة 12 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 على أنه لا تقبل الطلبات المقدمة رأساً بالطعن في القرارات الإدارية النهائية المنصوص عليها في البنود ثالثاً أو رابعاً أو تاسعاً من المادة 10، وذلك قبل التظلم منها إلى الهيئة الإدارية التي أصدرت القرار أو إلى الجهة الرئاسية وانتظار المواعيد المقررة للبت في هذا التظلم، وتبين إجراءات التظلم وطريقة الفصل فيه بقرار من رئيس مجلس الدولة.

وننوه إلى أن البند ثالثاً يتعلق بالقرارات الإدارية النهائية الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة أو الترقية أو بمنح العلاوات. بينما يخص البند رابعاً القرارات الإدارية النهائية الصادرة ضد الأفراد أو الهيئات. بينما يتعلق البند تاسعاً بالقرارات الإدارية النهائية الصادرة من السلطات التأديبية والتي تختص بها المحكمة التأديبية.

(2) والمواعيد الكاملة هي المواعيد التي يجب أن تنقضى بأكملها قبل مباشرة الإجراء. د/أحمد أبوالوفا - مرافعات - المرجع السابق - بند 385 - ص 479 & د/فتحى والى - المبسوط - ج 1 - المرجع السابق - بند 352 - ص 798 & د/وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى - المرجع السابق - ص 322.

سقط الحق في اللجوء إلى التوفيق، وتحصنت القرارات الإدارية المشار إليها بحيث يجوز للجنة التوفيق آنذاك أن تقضى بعدم قبول طلب التوفيق من تلقاء نفسها. وبهذه المثابة يعد هذا الميعاد من المواعيد الناقصة التي يجب أن يتخذ الإجراء خلالها، وذلك بعد أن تبدأ وقبل أن تنتهي⁽¹⁾.

ومفاد ما تقدم، أنه ينبغي على مقدم طلب التوفيق أن يسلك أولاً طريق التظلم من القرارات الإدارية النهائية المشار إليها بالمادة 12/ب من قانون مجلس الدولة أمام الجهة التي أصدرتها أو الجهة الرئاسية، وهو طريق إجباري، وذلك خلال ميعاد الستين يوماً من تاريخ نشر هذه القرارات أو إعلان صاحب الشأن بها⁽²⁾. فإذا ما استنفذ هذا الطريق، كان عليه اللجوء إلى لجنة التوفيق المختصة خلال ميعاد الستين يوماً من تاريخ انقضاء الستين يوماً الأولى المقررة للتظلم، وهو ذات الميعاد المحدد للطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية النهائية أمام مجلس الدولة⁽³⁾.

(1) والمواعيد الناقصة هي المواعيد التي يجب أن يتخذ الإجراء خلالها، وذلك بعد أن تبدأ وقبل أن تنتهي. وهي ناقصة، لأن الخصم لا يستفيد منها بالكامل، فيترك جزء منها دون استعمال، كميعاد الطعن. د/أحمد أبو الوفا - مرافعات - المرجع السابق - بند 385 - ص 455 & د/وجدى راغب - الإشارة السابقة & د/فتحي والي - الإشارة السابقة & د/نبيل عمر - الوسيط في المرافعات - المرجع السابق - بند 174 - ص 479 & د/أحمد هندي - قانون المرافعات - دار الجامعة الجديدة - ط 2016 - بند 204 - ص 372 وما بعدها.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا - في الطعن رقم 3111 لسنة 32ق - جلسة 1993/12/18.

(3) ويعيب البعض على نص المادة 2/10 من قانون التوفيق أنها أدخلت القرارات الإدارية النهائية الصادرة من السلطات التأديبية المنصوص عليها بالبند التاسع من المادة 12 من قانون مجلس الدولة ضمن اختصاص لجان التوفيق، على الرغم أن هذه اللجان لا تختص بحسب

57- خامساً: رد الطرف الآخر على طلب التوفيق.

إذا كان قانون التوفيق قد نظم أحكام تقديم طلب التوفيق على النحو المتقدم، إلا أنه فى المقابل قد أغفل حق الطرف الآخر المقدم ضده طلب التوفيق فى الرد عليه. غير أن قرار وزير العدل فى مادته رقم 2/8 قد أشار صراحة إلى هذا الحق، وذلك لتحقيق التوازن بين مصلحة الأطراف ومراعاة لأصول العدالة ومقتضياتها حيث تنص هذه المادة على أن «تلقى الأمانة ما يقدمه إليها الطرف الآخر فى المنازعة قبل الجلسة المحددة من مذكرات أو مستندات، وتقوم بإيداعها ملف الطلب».

ووفقاً لهذا النص، فإنه يجوز للطرف الآخر أن يتقدمه بمذكرة بدفاعه رداً على ما جاء بطلب التوفيق مرفقاً بها ما يؤيدها من مستندات، وذلك قبل انعقاد جلسة التوفيق. وهنا تلتزم الأمانة العامة بإيداعها بملف التوفيق.

ويلاحظ أن عبارة "المذكرات" الواردة بالمادة المتقدمة جاءت لفظ مطلق على وجه يوحى بحق الطرف الآخر فى تقديم ما يشاء له من دفاع، بحيث لا تقتصر هذه المذكرات على تضمن دفاع الطرف الآخر رداً على طلب التوفيق، وإنما يجوز

الأصل بنظر هذه القرارات. فضلاً عن ذلك أنها قيدت قبول القرارات الإدارية النهائية المشار إليها بمواعيد التظلم دون باقى القرارات الإدارية النهائية التى تختص بها لجان التوفيق. عبدالرحيم على محمد - المرجع السابق - ص153.

أن تتضمن تقديم طلبات مقابلة لطلب التوفيق طالما كانت متصلة به أو التمسك بالمقاصة⁽¹⁾.

وكما هو واضح أيضاً أن حق الطرف الآخر في تقديم مذكرات بدفاعه، إنما هو رخصة خولها المشرع له مراعاة لاحتزام حقوق الدفاع وحسن سير العدالة على الوجه الأكمل. وبالتالي، فإذا لم يستخدم الطرف الآخر هذه الرخصة، فلا ضير عليه في ذلك، ولا أثر لذلك على طلب التوفيق التي يتوجب على لجنة التوفيق في هذا الصدد الفصل فيه على حالته هذه⁽²⁾.

(1) وتبدو أهمية ذلك في الأحوال التي تعد فيها لجنة التوفيق بمثابة لجنة ذات اختصاص قضائي تصدر قرارات ملزمة لجهة الإدارة.

(2) وجدير بالتتويه إلى أن المشرع لم يتيح للطرف طالب التوفيق الحق في الرد على مذكرات للطرف الآخر والتعقيب عليها، وما يتبعها من السماح لطالب التوفيق مرة أخرى في تقديم مذكرة تعقيب على مذكرة الطرف الآخر. ونعتقد أن هذا مسلك حسن ومقبول بلا شك يتفق مع قصد المشرع من وراء التوفيق وهو سرعة الفصل في النزاع والبعد عن المغالاة في الشكلية، لاسيما وأنه لا طائل ورائها خاصة وأن الأطراف ستجتمع معاً في جلسة التوفيق، وهي جلسة وجوبية، للتشاور وعرض ملاحظاتهم ووجهات نظرهم، وهو ما يسمح لهم بإكمال دفاعهم. وهذا ما سنتناوله بالتفصيل فيما بعد.

المبحث الثانى

أثار تقديم طلب التوفيق

58- سبق القول أن طلب التوفيق لا يعد طلباً قضائياً، ولا ينشأ عنه خصومة قضائية، وإنما هو طلب ذات طبيعة خاصة يولد منازعة أولية مستقلة عن درجات التقاضى باستنفادها يفتح طريق القضاء للحصول على الحماية القضائية.

وأثراً لذلك، فإن تقديم طلب التوفيق إلى لجنة التوفيق المختصة ليس من شأنه أن يرتب كافة الآثار القانونية التى تترتب على مجرد تقديم الطلبات ورفع الدعاوى أمام القضاء⁽¹⁾، وإنما يرتب بعض الآثار التى تتفق مع طبيعته الخاصة ومنها؛ أنه

(1) فمن المسلم به أن مجرد تقديم الطلب إلى القضاء (رفع الدعوى) من شأنه أن يرتب مجموعة من الآثار القانونية التى تتنوع إلى أثار موضوعية وهى؛ قطع التقادم (طبقاً لنص المادة 383 من القانون المدنى)، والتزام من تسلم غير المستحق برد الفوائد والثمرات (م 3/185 مدنى)، وإعذار المدعى عليه المدين وتكليفه بالوفاء (م 218 مدنى) والتزام المدعى عليه المدين بالفوائد التأخيرية للدين (م 266 مدنى) وإمكانية تقرير بعض الحقوق كانتقال الحق فى التعويض عن الضرر الأدبى إلى الورثة (م 1/222 مدنى). وكذلك أثار إجرائية وهى؛ نشأة الخصومة وتحديد نطاقها، وثبوت اختصاص المحكمة بنظر الدعوى ونزعه عن باقى المحاكم، وتحريك سلطة القاضى والتزامه بتحقيق الطلب والفصل فيه، واكتساب أطراف الطلب المركز القانونى للخصم فيما يتضمنه من حقوق وواجبات. أنظر فى آثار المطالبة القضائية: د/ فتحى والى - المبسوط - ج 2 - بند 11 - ص 26 وما بعدها & د/أحمد أبوالوفا - المرافعات - المرجع السابق - بند 171 وما يليه - ص 173 وما بعدها & د/وجدى راغب - المرجع السابق - ص 509 وما بعده & د/إبراهيم نجيب - قانون القضاء الخاص - ج 1 - المرجع السابق - بند 231 وما يليه - ص 578 وما بعدها & د/أحمد الصاوى - الوسيط فى المرافعات - المرجع السابق - بند 136

يقع على عاتق الأمانة الفنية للجنة واجب قيد طلب التوفيق فى سجلات قيد الطالبات وعرضه على رئيس اللجنة وإعلانه للأطراف، وكذلك يترتب على تقديم هذا الطلب قبول الدعوى محل التوفيق أمام القضاء، فضلاً عن وقف الميعاد المقرر لسقوطها وتقادمها.

وحيث أنه قد سبق التعرض للأثرين الأول والثانى لتقديم طلب التوفيق، فإننا سوف نقتصر الآن على معالجة الأثر الثالث، وهو الأثر الواقف لطلب التوفيق عبر النقاط الجوهرية الآتية.

59- أولاً: مدلول الأثر الواقف لطلب التوفيق.

تنص الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون التوفيق على أنه «يترتب على تقديم طلب التوفيق إلى اللجنة المختصة وقف المدة المقررة قانوناً لسقوط وتقادم الحقوق أو لرفع الدعوى بها، وذلك حتى انقضاء المواعيد المبينة بالفقرة السابقة».

والمستفاد من هذا النص أن المشرع قد رتب أثراً على تقديم طلب التوفيق إلى لجنة التوفيق المختصة، وهو وقف ميعاد تقادم الحقوق أو الدعوى التى ترفع بها⁽¹⁾. وقد قيد المشرع مدة وقف التقادم بمدة زمنية معينة، وهى مدة الثلاثون يوماً

وما يليه - ص288 وما بعدها & د/أحمد هندى - المرجع السابق - بند 124 - ص233 وما بعده.

(1) طعن مدنى رقم 6094 لسنة 88ق - جلسة 2019/3/27 ؛ وطعن مدنى رقم 2310 لسنة 81ق - جلسة 2019/2/27 ؛ وطعن مدنى رقم 428 لسنة 82ق - جلسة 2018/11/6.

المنصوص عليها بالفقرة الأولى من المادة العاشرة⁽¹⁾، بحيث يكون لذوى الشأن حال انقضاء هذه المدة الحق في تقديم دعواهم إلى المحكمة المختصة⁽²⁾.

ويقصد بوقف التقادم استبعاد مدة الثلاثين يوماً وعدم احتسابها ضمن مدة التقادم المقررة لاكتساب الحقوق أو للمطالبة بها أمام القضاء واعتبارها كأن لم يكن⁽³⁾. ومعنى ذلك أن ميعاد التقادم يظل موقوفاً ومعطلاً سريانه خلال تلك المدة بمجرد تقديم طلب التوفيق بحيث يعاد إلى السريان من جديد بانتهاء مدة الثلاثين يوماً⁽⁴⁾. وهو ما يمكن تسميته بالأثر الواقف لطلب التوفيق.

(1) وكانت مدة التقادم ستين يوماً، غير أنها صارت بعد تعديل الفقرة الأولى من المادة العاشرة من قانون التوفيق ثلاثين يوماً، بموجب القانون رقم 6 لسنة 2017.

(2) الطعن رقم 2075 لسنة 79 ق - جلسة 2011/6/27. وأنظر كذلك: حكم المحكمة العليا في الطعن رقم 9571 لسنة 53ق. ع - دائرة 2 - جلسة 2010/6/26 مشار إليه بمجلة هيئة قضايا الدولة - العدد4 - السنة 2010 - ص211 وما بعدها

(3) وهذا ما يعد خروجاً على القاعدة العامة المنصوص عليها بالمادة 382 من القانون المدني. أنظر في مفهوم التقادم: د/محمد علي عمران - وقف التقادم وانقطاعه - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - مجلد 14 - ع2 - ط1972 - ص322 وما بعدها.

(4) وتطبيقاً لما تقدم، قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الطاعن الأول تقدم بتاريخ 2003/6/23 بطلب التوفيق إلى اللجنة قبل انقضاء مدة الأربعة شهور من تاريخ نهاية عرض الكشف بتاريخ 2003/4/14 وفصلت اللجنة في الطلب وانتهت مدة الستين يوماً - وحالياً ثلاثين يوماً - بتاريخ 2003/8/23 ورفع الدعوى بصحيفة أودعت قلم كتاب المحكمة الابتدائية في ذات التاريخ المشار إليه، بما يكون معه أن الطاعن أقام الدعوى في الميعاد المقرر قانوناً مع إعمال الأثر الواقف لتقديم الطلب إلى لجنة التوفيق. وإذ كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وجرى في قضائه بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد على أنها رفعت بعد انقضاء الأربعة شهور التالية لعرض الكشف، ومؤدى ذلك أنه لم يعمل الأثر المترتب على تقديم طلب

ويتسم الأثر الواقف لطلب التوفيق بأنه يقع بقوة القانون بمجرد تقديم طلب التوفيق إلى أمانة لجنة التوفيق المختصة دون شرط تقديم طلب من الخصوم، وهو ما ينبغي على قاضى الموضوع إعماله، وعمله فى ذلك يعد عملاً قانونياً يخضع لرقابة محكمة النقض، لكونه ملزماً باحترام مسألة قانونية وضعها المشرع وقيده بها⁽¹⁾. كما يتميز الأثر الواقف لطلب التوفيق بطابعه المؤقت، فهو ذات أثر مؤقت محدد المدة، يبدأ من تاريخ تقديم طلب التوفيق ويستمر نافذاً حتى إنتهاء مدة الثلاثين يوماً⁽²⁾.

ولا شك أن الغاية من إقرار المشرع للأثر الواقف لطلب التوفيق على النحو المتقدم هى أن اللجوء إلى التوفيق هو طريق إجبارى ملزم للأطراف بحيث لا يمكنهم التملص منه أو الاستغناء عنه، وذلك لقبول دعواهم أمام القضاء. وبالتالي فمن المنطقى والعدالة - أيضاً - ألا يضار أصحاب الحقوق حال لجوئهم إلى طريق التوفيق الذى فرضه القانون عليهم على وجه اللزوم. ولذلك استبعد المشرع مدة التوفيق من الميعاد المقرر لرفع الدعاوى أمام القضاء.

التوفيق، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه فى هذا الخصوص. الطعن رقم 806 لسنة 77 ق - جلسة 2015/12/28.

(1) أنظر: طعن مدنى رقم ١٣٥٨٣ لسنة ٨١ ق - جلسة 2018/12/3 ؛ وطعن مدنى رقم 806 لسنة 77 ق - جلسة 2015/12/28.

(2) الإشارة السابقة

وجدير بالملاحظة أن المشرع قد استخدم اصطلاح «وقف التقادم» ولم يستخدم اصطلاح «قطع التقادم». وهو مسلك حسن، وذلك لأن ثمة فارق جوهري بين الاصطلاحين⁽¹⁾. فالاصطلاح الثاني يرتبط بالمطالبة القضائية للحقوق التي تتم أمام القضاء. في حين أن طلب التوفيق ليس بالإجراء المقرر قانونياً للمطالبة قضائية بمعناها القانوني، وإنما هو - كما ذكرنا - مجرد طلب ذات طبيعة خاصة يسبق المطالبة بحيث لا يأخذ حكمها وطبيعتها، ولا يرتب آثارها من حيث قطع التقادم. وبهذا يبدو واضحاً أنه لا يرتب على السير في إجراءات التوفيق قطع التقادم الذي يرتبه القانون على المطالبة القضائية، وإنما يترتب عليه وقفه فقط على النحو المتقدم.

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض بأن قضاء الحكم المطعون فيه باعتبار تقدم الطلب إلى لجنة التوفيق في المنازعات قاطعاً للتقادم، وليس واقفاً له على سند من القول أنه من قبيل المطالبة القضائية، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه⁽²⁾.

(1) فوقف التقادم يقصد به تعطيل سريان ميعاد التقادم حتى زوال سبب الوقف على أن تحسب المدة السابقة على الوقف وتضاف إليها المدة اللاحقة بعد زوال سبب الوقف. بينما يقصد بقطع التقادم تعطيل سريان مدة التقادم حتى زوال السبب على ألا يحسب مدة القطع ضمن مدة التقادم والتي تبدأ من جديد وكأن شيئاً لم يحدث. أنظر في التمييز بين وقف التقادم وانقطاعه: د/محمد على عمران - المرجع السابق - ص307.

(2) طعن مدني رقم ١٣551 لسنة ٨0ق - جلسة 2018/4/22 ؛ وطعن تجارى رقم 2075 لسنة 79ق - جلسة 2011/6/27.

60- ثانياً: أثر تقديم طلب التوفيق إلى لجنة توفيق غير مختصة.

يرى البعض أن تقديم طلب التوفيق إلى لجنة توفيق غير مختصة هو إجراء يترتب عليه وقف التقادم قياساً على حالة تقديم الطلب القضائي إلى المحكمة غير المختصة⁽¹⁾.

ونحن لا نتفق مع هذا الرأي، وذلك لأنه من ناحية يخالف نص الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون التوفيق الذى قيد وقف التقادم صراحة بتقديم طلب التوفيق إلى «اللجنة المختصة». ومن ناحية ثانية، أن قطع التقادم بالمطالبة القضائية حال رفع دعوى إلى محكمة غير مختصة هو استثناء لا يجوز التوسع فيه ولا إقراره إلا فى حدود ما نص عليه المشرع. ومن ناحية ثالثة، أن اللجوء إلى التوفيق لا يكون صحيحاً ولا يحدث أثره القانونى إلا إذا تم أمام لجنة التوفيق المختصة دون غيرها، وذلك حتى يكون من بين أعضائها ممثل للجهة الإدارية المتنازع معها الأطراف، وهو ما يسمح بتلاقيهم معاً للتوصل إلى اتفاق سلمى للخلاف القائم بينهم يفرغ فى محضر يوقع عليه كلاهما، على نحو تتحقق معه الغاية التى قصدها المشرع من اللجوء إلى التوفيق. ومن ناحية رابعة، أنه فى حالة طرح النزاع على المحكمة غير المختصة، فإنه تقضى بعدم اختصاصها به - سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم - وتحكم بإحالة النزاع إلى

(1) د/الأنصارى النيدانى - المرجع السابق - ص319 - هامش رقم449.

المحكمة المختصة. في حين أنه ليس في سلطة لجان التوفيق القضاء بإحالة النزاع إلى القضاء، فهي ليست هيئة قضائية بالمعنى الفنى للكلمة.

ولقد أيدت محكمة النقض وجهة نظرنا حيث قضت أن اللجوء ابتداء إلى لجان التوفيق قبل رفع الدعوى في المنازعات الخاضعة للتوفيق لا يكون صحيحاً ولا يحدث أثره القانوني إلا إذا كان إلى اللجنة المختصة دون غيرها ، بدلالة ما أوجبه المشرع من تعدد اللجان بما نص عليه من إنشاء لجنة للتوفيق في كل وزارة ومحافظة وهيئة عامة ولدى كل شخص اعتباري عام ، وإن يكون من بين أعضائها ممثل لها بدرجة مدير عام على الأقل أو ما يعادلها تختاره السلطة المختصة بها مع إنشاء أمانة فنية في كل لجنة لتلقى طلب التوفيق وقيده ، وبما نص عليه صراحة في المادة العاشرة من القانون من أن " تقديم طلب التوفيق يكون للأمانة الفنية للجنة المختصة ويترتب عليه وقف مُدد سقوط وتقادم الحقوق ورفع الدعوى " ، وكذا ما نص عليه في المادة الحادية عشرة من عدم قبول الدعوى التي ترفع ابتداءً إلى المحاكم بشأن المنازعات الخاضعة لأحكامه إلا بعد تقديم طلب التوفيق إلى اللجنة المختصة⁽¹⁾.

(1) طعن مدنى رقم ٦٠٩٤ لسنة ٨٨ ق - جلسة 2019/3/27 ؛ وطعن مدنى رقم 8381 لسنة 79 ق - جلسة 2017/3/22؛ وطعن مدنى رقم 806 لسنة 77 ق - جلسة 2015/12/28 ؛ وطعن مدنى رقم 17277 لسنة 83 ق - جلسة 2015/5/5.

61- ثالثاً: مدى إعمال الأثر الواقف لطلب التوفيق بشأن المنازعات التي لا

تخضع للتوفيق.

من المتصور أن يلجأ أحد الأشخاص إلى لجنة التوفيق بشأن المنازعات المستتاه من الخضوع لإجراءات التوفيق قبل إقامة دعواه أمام القضاء، فهل يترتب على ذلك سريان الأثر الواقف لطلب التوفيق بالنسبة لميعاد تقادم هذه الدعوى وسقوط الحق محلها؟

تعرضت محكمة النقض لهذا الفرض، فقضت في حكم لها أنه يسرى الأثر الواقف لمدد تقادم الحقوق وسقوطها أو رفع الدعوى بها، حتى ولو لم يكن موضوع الطلب من بين المنازعات التي تختص بها لجنة التوفيق، ما دام أن مدة السقوط أو التقادم أو المدة المقررة لرفع الدعوى لم تنتقض، إذ أن المشرع أراد وقف مواعيد سقوط الحقوق وجميع إجراءات رفع الدعاوى حتى يفصل في الطلب بإصدار توصية من اللجنة المذكورة. ولا وجه للقول بأن المنازعة التي قدم إليها الطلب لا تخضع لنظام التوفيق قبل رفع الدعوى إذ أن ذلك تخصيص للنص بغير مخصص، وليس له ما يبره. ويترتب ذلك على رفع الدعوى إلى المحكمة غير مختصة وفقاً للقواعد العامة ذات الأثر الواقف لمواعيد التقادم، وهي ذات الظروف المشابهة. وبالتالي، يكون في ذلك ما ينفي هذا القول. ومن ثم يكون لذوى الشأن

تقديم دعواهم إلى المحكمة المختصة متى كانت غير قابلة للتقدم فى بداية تقديم الطلب إلى لجان التوفيق⁽¹⁾.

والواقع أننا لا نتفق مع هذا الحكم، فهو ليس معيباً فقط فى نتائجه، بل معيباً كذلك فى أساسه وأسبابه، وذلك لأن ما ذهب إليه من القول بأن الأثر الواقف لمدة التقدم المنصوص عليه بقانون التوفيق يسرى على المنازعات التى تخرج عن نطاق تطبيقه حال إذ تم عرضها على لجان التوفيق غير مختصة، هو قول فيه تخصيص ليس له من صراحة نص الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون التوفيق ما يحمله. وهذا هو الواضح من استخدام المشرع اصطلاح «اللجنة المختصة».

كذلك أنه ليس صحيحاً ما ذهبت إليه محكمة النقض من تشبيه تقديم طلب التوفيق إلى لجان التوفيق غير المختصة بحالة رفع الدعوى إلى المحكمة غير المختصة، فذلك قياساً غير محبذ، فطلب التوفيق والدعوى يختلفان - كما جاء مسبقاً - طبيعة وحكماً وأثراً. فضلاً عن أن لجان التوفيق لا تملك القضاء بإحالة النزاع سواء إلى لجنة التوفيق المختصة أو إلى القضاء المختص إذا تبين لها عدم اختصاصها بالنزاع، وذلك بحسبانها ليست جهة قضائية بالمعنى الصحيح.

وتأييداً لرأينا، قضت محكمة النقض فى حكم آخر لها بأنه إذا كانت الشركة الطاعنة (شركة التأمين) ليست من الأشخاص الاعتبارية العامة التى عليها

(1) الطعن رقم 806 لسنة 77 ق- جلسة 2015/12/28.

أحكام القانون رقم 7 لسنة 2000 بشأن لجان التوفيق فى بعض المنازعات فيما ينشأ بينهما والمضرورين من حوادث السيارات والذى أتاح لهم القانون 652 لسنة 1955 بشأن التأمين الاجبارى دعوى مباشرة قبلها، فإن تقدم المطعون ضدهم بطلبهم إلى لجنة فض المنازعات بهيئة النقل العام يضحى عديم الأثر فى شأن وقف التقادم المنصوص عليه فى المادة 752 من القانون المدنى (وقف تقادم دعوى التعويض المقامة منهم قبل شركة التأمين لتعويضهم عن الضرر الناجم عن وفاة مورثهم فى حادث سيارة مؤمن عليها إجبارياً لديها) فى حق الشركة الطاعنة والتي لم تكن طرفاً فى هذا الإجراء⁽¹⁾.

وثمة فرض، أن تنتهى مدة الثلاثين يوماً المحددة لإصدار قرار التوفيق دون أن يتم إصداره، وما أثر ذلك على ميعاد الثلاثين يوماً المقررة لسقوط الحقوق ورفع الدعاوى أمام القضاء؟ وهل يجوز هنا لجنة التوفيق إصدار قرار التوفيق بعد انتهاء هذا الميعاد؟

وسوف نتولى الإجابة عن هذا التساؤل لاحقاً فى موضع آخر من هذه

الدراسة.

(1) طعن مدنى رقم 6115 لسنة 76 ق - جلسة 2007/12/9.

الفصل الثالث

النظام الإجرائى لنظر طلب التوفيق والفصل فيه

62- تمهيد وتقسيم:

يخضع نظر طلب التوفيق وتسويته لنظام إجرائى خاص به يتفق مع خصوصيات منازعة التوفيق باعتبارها مجموعة من الإجراءات تتخذ قبل اللجوء إلى القضاء، وليست خصومة قضائية بالمعنى الفنى الدقيق. فلا ينطبق عليها المبادئ العامة التى تحكم نظر الدعاوى والفصل فيها. ورغم ذلك، فإن لجنة التوفيق تتقيد بمراعاة ضمانات التقاضى الأساسية وعدم الإخلال بها.

وعلى ضوء ذلك، فإذا انتهى الأطراف من تقديم ما لديهم من مذكرات شارحة ومستندات مؤيدة لوجهة نظرهم واستوفت لجنة التوفيق الأوراق اللازمة لإيضاح ملابسات النزاع وتسهيل تسويته وانتهت الجلسة المحددة لنظره، يأتى دور لجنة التوفيق فى تسوية النزاع وإصدار قرار التوفيق، وذلك وفقاً للضوابط الإجرائية التى وضعها المشرع.

ولبيان ذلك، سوف نتصدى لمعالجة هذا الفصل فى بحثين متعاقبين فيما يلى:

المبحث الأول: إجراءات وضوابط نظر طلب التوفيق وتسويته.

المبحث الثانى: إصدار قرار التوفيق.

المبحث الأول

إجراءات وضوابط نظر طلب التوفيق وتسويته

63- تمهيد وتقسيم:

رسم المشرع لنظر طلب التوفيق إجراءات خاصة بسيطة وميسرة دون التقيد بالإجراءات والمواعيد المنصوص عليها في قانون المرافعات، فلا تخضع لنظام إعلان الأوراق القضائية، ولا يسرى عليها نظام الحضور والغياب، وكذلك يطبق عليها نظم عوارض الخصومة القضائية.

ومن ناحية أخرى، منح المشرع لجنة التوفيق دوراً إيجابياً وفعالاً في منازعة التوفيق المعروضة عليها على نحو يسمح لها بتسيورها وسرعة الفصل فيها واتخاذ بعض الإجراءات فيها من تلقاء نفسها، دون الإخلال بالضمانات الأساسية التقاضى.

هذا وتفضل لجنة التوفيق في منازعة التوفيق، أما عن طريق تقريب وجهات النظر بين الأطراف وصولاً بهم إلى حل مرض مناسب يستند إلى إرادتهم، وهذا هو الأصل، أو تسوية النزاع بحل قانونى عادل فى الأحوال التى بينها المشرع.

ولإيضاح ما تقدم، نرى تقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب متتالية، وهى.

المطلب الأول: إجراءات نظر طلب التوفيق.

المطلب الثاني: سلطات لجنة التوفيق.

المطلب الثالث: كيفية قيام اللجنة بتسوية النزاع.

المطلب الأول

إجراءات نظر طلب التوفيق

64- وضعت الفقرة الثانية من المادة السابعة من قانون التوفيق القاعدة العامة فيما يتبع من إجراءات بخصوص نظر طلب التوفيق والفصل فيه أمام لجان التوفيق حيث نصت على أنه «تتظر اللجنة طلب التوفيق دون التقيد بالإجراءات والمواعيد المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية، إلا ما تعلق منها بالضمانات والمبادئ الأساسية للتقاضى».

ومفاد هذا النص أن نظر منازعة توفيق الجهة الإدارية يخضع بحسب الأصل لإجراءات خاصة تيسيراً على الأطراف ومراعاة لخصوصياتها بحيث لا يتبع فيها القواعد والإجراءات المتبعة أمام المحاكم. بمعنى أن الإجراءات التي تتبع أمام القضاء لا تطبق على منازعة توفيق الجهة الإدارية، وإنما يخضع نظرها لقواعد معينة تتفق مع طبيعتها وخصوصياتها، وذلك لكونها ليست نشاطاً قضائياً بالمعنى الصحيح، وإنما هي مجرد مرحلة تمهيدية تسبق اللجوء إلى القضاء. وبيان ذلك فيما يلي.

65-1- عدم التقيد بالقواعد المتبعة أمام القضاء.

إنطلاقاً من حقيقة اعتبار منازعة توفيق الجهة الإدارية مجرد مرحلة أولية تسبق اللجوء إلى القضاء، وليس درجة من درجاته، ولا تعد خصومة قضائية

بالمعنى الفني الدقيق، يمكن القول أن ما يسرى على الخصومة القضائية، من حيث نشأتها وسيرها ووقفها وانقضائها، لا ينطبق - بداهة - على منازعة توفيق الجهة الإدارية.

وأثراً لذلك، لم يأخذ المشرع بنظام الشطب⁽¹⁾ فى منازعة توفيق الجهة الإدارية بحيث إذا تخلف أحد الأطراف أو كلاهما عن حضور الجلسة المحددة لنظر طلب التوفيق، فلا يملك رئيس اللجنة أن يأمر بشطب هذه المنازعة. كما ليس له أن يؤجل الفصل فيها إلى جلسة أخرى حيث أن ذلك يتنافى تماماً مع الغاية التى قصدها المشرع. هذا وإن كان المشرع قد قدر - كما سنرى - جزاءً لعدم الحضور، وهو عدم انعقاد جلسة التوفيق ورفض طلب التوفيق.

كما لا يسرى على منازعة توفيق الجهة الإدارية نظام الوقف - أيا كان نوعه⁽²⁾، فليس لرئيس اللجنة إعمال نظام الوقف بالنسبة لطلب التوفيق، لعدم

(1) والشطب هو استبعاد الدعوى من عدد القضايا المتداولة بجلسات المحكمة بما يؤدي إلى عدم نظرها نظراً لغياب المدعى أو غياب الخصوم جميعهم. وشطب الدعوى لا يؤدي إلى إلغائها أو انقضائها، وإنما تبقى قائمة بذاتها مرتبة لكافة أثارها القانونية. وفى حالة الشطب تكون الدعوى فى حالة ركود إلى حين قيام الخصوم بتجديدها من الشطب واستئناف سيرها خلال 60 يوماً من تاريخ الشطب. د/أحمد هندي - شطب الدعوى - دار الجامعة الجديدة - ط 2009 - بند 4 - ص 11 وما بعدها.

(2) ويقصد بالوقف عدم سير إجراءات الدعوى واستبقاء الفصل فيها فترة من الزمن مع بقائها قائمة منتجة لأثارها بناء على طلب الأطراف أو حكم المحكمة أو حكم القانون. ولذا فتتعدد صور الوقف، فهناك الوقف الاتفاقى، والوقف القضائى، والوقف القانونى. أنظر فى مفهوم الوقف وأنواعه: د/أحمد أبو الوفا - المرافعات - المرجع السابق - بند 458 وما يليه - ص 552 وما

تناسبه مع خصوصيات هذه المنازعة باعتبارها منازعة يتوجب الفصل فيها على وجه السرعة. وكذلك الأمر بالنسبة لباقي عوارض الخصومة، فلا يسرى عليها السقوط أو الانقطاع أو الترك. وحيث أنها لا تسرى على نظام التوفيق، فلا داعٍ لدارستها دراءً للإطالة والخروج عن نطاق البحث.

66- 2- القواعد التي تتمشى مع طبيعة التوفيق.

يتميز نظر منازعة توفيق الجهة الإدارية ببعض القواعد الخاصة التي نظمها قانون التوفيق تتفق مع طبيعتها الذاتية. وأهم هذه القواعد الخاصة ما يلي.

67- أولاً: وجوب انعقاد جلسة التوفيق.

تنص المادة السابعة من قانون التوفيق على أن يحدد رئيس اللجنة ميعاداً لنظر الطلب يخطر به أعضاؤها. وطبقاً لهذا النص، فلا يجوز لجنة التوفيق نظر طلب التوفيق بدون عقد جلسة توفيق، ولا يصح للأطراف الاتفاق على خلاف ذلك⁽¹⁾.

وبهذه المثابة، فإن الطريق الطبيعي للفصل في طلب توفيق منازعات الجهة الإدارية هو أن يتم نظره في جلسة تعقدها لجنة التوفيق ويحضرها جميع أطراف

بعدها & د/فتحي والى - المبسوط - ج2 - المرجع السابق - بند114 وما يليه - ص311 وما بعدها & د/وجدى راغب - المرجع السابق - ص544 وما بعدها & د/أحمد هندی - المرجع السابق - بند218 وما يليه - ص404 وما بعدها.

(1) د/فتحي والى - المبسوط - ج2 - المرجع السابق - بند247 - ص735، 736.

النزاع، فيعرض كل طرف وجهة نظره وحججه وأسانيده. فليس للجنة التوفيق نظر طلب التوفيق دون جلسة توفيق اكتفاءً بما قدمه الأطراف من مذكرات ومستندات.

وتبعاً لذلك، فإنه ينبغي على رئيس اللجنة تحديد ميعاد لانعقاد جلسة التوفيق لحضور الأطراف لنظر طلب التوفيق، تتولى الأمانة الفنية بدورها إخطار الأطراف به قبل انعقادها بوقت كافٍ ومناسب يقدره رئيس اللجنة⁽¹⁾، وذلك حتى تتمكن الأطراف من الاستعداد لها، ويثبت علمهم بقيام منازعة التوفيق، مراعاة لمبدأ احترام حقوق الدفاع واحترام مبدأ المواجهة.

(1) ويلاحظ أن تقديم أحد الأطراف طلب التوفيق وحصوله على إيصال باستلام الأمانة الفنية لطلبه ومرفقاته، يعتبر بمثابة إخطار له بميعاد إنعقاد جلسة التوفيق وعلمه بها. أما بالنسبة للطرف الأخر، فيتعين أن يتم إخطاره بجلسة التوفيق، وهو ما يجرى عن طريق كتاب مسجل موصى عليه بعلم الوصول. أنظر: ما تقدم - بند 55.

68- ثانياً: إلزامية حضور جميع الأطراف.

سبق القول أن المشرع قد استلزم أن يتضمن تشكيل لجنة التوفيق إلى جانب رئيس اللجنة طرفى النزاع. وتبعاً لهذا، فإن حضور الأطراف هو أمر لازم لصحة انعقاد اللجنة. وهذا ما أكدته المادة الثامنة من قانون التوفيق حيث نصت على أنه لا يكون انعقاد اللجنة صحيحاً إلا بحضور جميع أعضائها. ومرجع ذلك؛ أن الأطراف تعتبر إحدى تشكيل لجنة التوفيق، ويجب أن يكون تشكيل اللجنة كاملة حتى يصدر قرارها من هيئة مشكلة على نحو صحيح قانوناً، وإلا كان قرارها باطلاً⁽¹⁾.

ومن ناحية أخرى، يعد مثلث الأطراف بشخصهم أمام لجنة التوفيق شرطاً لصحة انعقاد جلسة التوفيق. فحضور جلسة التوفيق هو التزام وواجب قانونى على الأطراف، وليس بمثابة رخصة لهم. فلا تتعد الجلسة إلا بحضور جميع الأطراف بذواتهم. فالقواعد الخاصة بتمثيل الأطراف أمام لجان التوفيق تتعلق بالنظام العام.

وبذلك، فإن الغاية من إلزامية الحضور هنا ليست ممارسة حقوق الدفاع، وإنما تكمن فى كونه يسمح بالتقاء الأطراف بعضهم البعض فى مكان معين مع رئيس اللجنة من أجل التشاور وتبادل وجهات النظر وصولاً إلى حل مرض لهم. وبهذا، يستطيع رئيس اللجنة أن يستمع إلى جميع الأطراف، ويتمكن كل طرف من عرض وجهة نظره، بقصد الوصول إلى تسوية ودية للنزاع.

(1) د/فتحى والى - المبسوط - ج2 - المرجع السابق - بند247 - ص736.

وعلى ذلك، يتضح أن قانون التوفيق قد أخذ بفكرة الحضور الشخصي أو الفعلى للأطراف، ولم يأخذ بفكرة الحضور القانونى التى أخذ بها قانون المرافعات، بصدد نظر طلب التوفيق، فلا يصح أن ينوب عنهم فى الحضور أحد أو يمثلهم. ولا يعد إيداع الأطراف مستنداتهم ومذكرات دفاعهم بمثابة حضور لهم.

وإذا كان المشرع ينظر إلى حضور الأطراف جلسة التوفيق باعتباره التزاماً مفروضاً عليهم على هذا النحو، فقد رتب على تخلف حضور الأطراف - أحدهما أو كلاهما - جزاء عدم انعقاد جلسة التوفيق بحيث يغدو طلب التوفيق وكأنه لم يقدم أصلاً على وجه تنفى معه آثاره القانونية. وعليه، فلا تملك لجنة التوفيق الفصل فى طلب التوفيق اكتفاء بالمستندات والمذاكرات المقدمة إليها، أو تأجيل نظره إلى جلسة أخرى، أو توقيع أى جزاء على الأطراف على أثر عدم حضورهم، كالشطب المنصوص عليه بقانون المرافعات. وهكذا، فإن منازعة توفيق الجهة الإدارية لا يحكمها ذات القواعد التى تحكم الخصومة القضائية من حيث الحضور والغياب. وهذا ما يعد أحد أوجه خصوصيات نظر منازعة التوفيق.

69- ثالثاً: جواز حضور ممثلى الأطراف.

لئن كان المشرع قد استلزم ضرورة حضور الأطراف جلسة التوفيق بشخصهم على النحو المتقدم، إلا أن ذلك لا يمنع حق أى طرف فى الاستعانة بممثل أو وكيل عنه ليحضر معه ويدافع عنه. وهذا ما تنص عليه المادة السابعة من قانون

التوفيق بقولها أنه لكل من طرفى النزاع أن يحضر أمام اللجنة بشخصه أو بوكيل عنه لتقديم دفاعه.

والواقع أن حضور من يدافع عن الأطراف معهم جلسة التوفيق هو أمر له أهمية بالغة، سواء فى الأحوال التى يقتصر فيها دور لجنة التوفيق على التسوية الودية للنزاع أو فى الأحوال التى تملك فيها اللجنة الفصل فى النزاع باعتباره لجنة ذات اختصاص قضائى، وذلك لأن حضور المدافع سيساعد الأطراف على عرض دفوعهم ودفاعهم، وإيضاح وجهة نظرهم، وهو بحكم ثقافته القانونية يمكن الوقوف حول موقف ممثله الحاضر عنه ومدى أحقيته فى النزاع من عدمه، ومن ثم إقناعه بقبول التسوية الودية.

المطلب الثانى

سلطات لجنة التوفيق

70- منح المشرع لجنة التوفيق مزيداً من الايجابية والفاعلية على منازعة توفيق الجهة الإدارية المعروضة عليها تسمح لها بموالة إجراءات التوفيق على نحو يؤدى إلى سرعة الفصل فيها ويحقق العدالة الناجزة على الوجه الأكمل. ومن مظاهر ذلك، سلطة رئيس اللجنة فى تكليف الأطراف بتقديم المستندات والمذكرات، وكذلك سلطة اللجنة فى الاستماع إلى الشهود والاستعانة بأهل الخبرة.

وفى المقابل، لم يشأ المشرع أن يجعل سلطة لجنة التوفيق سلطة طليقة بحيث تباشرها وفقاً لهواها، وإنما قيدها بضرورة مراعاة المبادئ الأساسية للتقاضى شأنها شأن القاضى، باعتبارها تحل محله فى تسوية الخلاف القائم بين الأطراف، وتقوم فى بعض الأحوال بعمله بالفصل فى بعض المنازعات التى تكون فيها لجنة التوفيق بمثابة لجنة ذات اختصاص قضائى. وسوف نتصدى توضح ذلك فيما يلى.

71- أولاً: سلطة تكليف الأطراف بتقديم المستندات والمذكرات.

تنص المادة السابعة من قانون التوفيق على أنه «يحدد رئيس اللجنة ميعاداً لنظر الطلب يخطر به أعضاؤها، ويكون له تكليف أى من طرفى النزاع بتقديم ما يراه لازماً من الإيضاحات والمستندات قبل الميعاد المحدد لنظر الطلب».

والبين من هذا النص أن لرئيس لجنة التوفيق سلطة إلزام الأطراف بإيداع المستندات وتقديم المذكرات التى يكون من شأنها إيضاح ملابسات النزاع وظروفه، وإجلاء الحقيقة أمام لجنة التوفيق، كما لو كانت المستندات المودعة فى ملف التوفيق والتى يرتكن إليها الأطراف فى نزاع التوفيق صوراً فيطلب تقديم أصول المستندات ليتحقق من صحتها مثلاً. ويتم هذا الالتزام قبل الميعاد المحدد لنظر طلب التوفيق⁽¹⁾.

وقد قصد المشرع من ذلك؛ تجهيز طلب التوفيق وكفاية مستنداته حتى يتم تسويته على وجه السرعة دون ثمة تأخير، وهو ما يسهل مهمة لجنة التوفيق ويحقق فى ذات الوقت العدالة الناجزة التى ابتغاها المشرع من وراء التوفيق على الوجه الأحسن. لاسيما وأن المشرع قد قيد - كما سيجئ بعد - نظر طلب التوفيق والفصل فيه خلال مدة ثلاثين يوماً من تقديمه. علاوة عن مراعاة المشرع لحق

(1) ويقع على الأمانة الفنية لجنة التوفيق عبء تلقى المستندات والمذكرات التى يقدمها الأطراف وإيداعها ملف التوفيق. وهذا ما نصت عليه المادة 8 من قرار وزير العدل.

الأطراف فى استكمال أوجه دفاعهم واستدراك ما فاتهم تقديمه من مستندات ومذاكرات نزولاً على مقتضيات العدالة وأصولها.

ورغم ذلك، لم يرتب المشرع على مخالفة الأطراف للالتزام المتقدم أو عدم الامتثال له ثمة جزاء أو أثر قانونى. وبالتالي، فليس لرئيس لجنة التوفيق أن يحكم بالغرامة، أو يأمر بوقف نظر طلب التوفيق، أو يقضى بعدم قبوله، أو يتخذ أى إجراء أو توقيع أى جزاء من الجزاءات المقررة للقاضى فى قانون المرافعات إذا لم يحترم الأطراف ذلك الالتزام. غاية الأمر هنا أن لجنة التوفيق ستتولى القيام بعملها على ضوء ما قدم إليها من مستندات ومذاكرات⁽¹⁾، وهذا كل ما تمتلكه اللجنة فى هذا الفرض.

72- ثانياً: سلطة الاستعانة بالخبراء.

بموجب المادة الثامنة من قانون التوفيق منح المشرع لجنة التوفيق حق الاستعانة بمن تراه من أهل الخبرة إذا دعت حاجة المنازعة لذلك، وذلك لإيضاح معالم النزاع وبيان حقيقته ولتمكنها من سرعة الفصل فيه.

غير أن قرار وزير العدل لم يحدد ضوابط هذه الخبرة أو صفات الخبير، واما إذا كان المقصود به الخبير الاستشارى أم خبراء وزارة العدل، ولم يبين أيضاً كيفية

(1) أنظر: د/مبروك عاشور - المرجع السابق - بند 84 - ص 170.

أداء عمله أو ينص على إجراءات خاصة لتنظم عمله . فهل يعنى ذلك الرجوع إلى القواعد العامة وإتباع إجراءات قانون الإثبات فى هذا الخصوص؟

لا نعتقد ذلك، فالمقصود باصطلاح أهل الخبرة فى هذا الصدد هو الخبراء الاستشاريين، وليس خبراء وزارة العدل⁽¹⁾، وهم الخبراء الذين يتم الاستعانة بهم للإدلاء بشهادتهم أو آرائهم الفنية بالنسبة لبعض وقائع النزاع، ولا يلتزمون بإتباع قواعد الإثبات فى مباشرة عملهم. فهذا أقرب إلى السياسة التشريعية الكامنة وراء قانون التوفيق من حيث سرعة الفصل فى المنازعات وتحقيق العدالة الناجزة⁽²⁾.

وإيضاح ذلك أن اللجوء إلى الخبراء المقيدين بجدول خبراء وزارة العدل هو أمر يستغرق دائماً وقتاً طويلاً قد يصل إلى بضعة أشهر وربما عدة سنوات، إذ يقوم الخبير بإخطار الأطراف، ونظر الأمورية وتحقيقها على حدة، ورفع تقرير إلى اللجنة، ثم يعرض تقريره على الخصوم للمناقشة، وهو ما يؤدى بدوره إلى إطالة أمد التقاضى وتجشيم المتقاضين صعوبات لا قبل لهم بها. ولاشك أن ذلك لا يتفق مع قصر مواعيد التوفيق، لاسيما وأن المشرع لم يرتب على استعانة لجنة التوفيق

(1) ومع ذلك نجد بعض لجان التوفيق قد استعانة بأحد خبراء وزارة العدل فى أحد طلبات التوفيق. أنظر: د/محمود صدقى - المرجع السابق - ص126، 127.

(2) غير أنه ليس هناك ما يمنع لجنة التوفيق من الاستهداء بتقرير خبراء وزارة العدل فى نزاع آخر بين ذات الأطراف ومتصل بالنزاع بصدد منازعة التوفيق طالما قدم إليها.

بالخبراء وقف ميعاد التوفيق أو مد مدته بما يوازى المدة التى تستغرقها الخبرة أو عدم احتساب مدة عمل الخبير ضمن ميعاد التوفيق، وهو مدة الثلاثين يوماً⁽¹⁾.

ومن ناحية أخرى، أن خبراء وزارة العدل يخضعون فى مباشرة عملهم للقواعد التى نظمها قانون الإثبات، فى حين أن القاعدة فى التوفيق - كما سيجىء الآن - هى عدم تقيد إجراءات التوفيق بالإجراءات والمواعيد المنصوص عليها بقانون المرافعات، وقانون الإثبات بالتبعية.

وعلى ذلك، فإنه يجوز للجنة التوفيق الاستعانة برأى خبير استشارى فى منازعة التوفيق، لتزويدها بالمعرفة الفنية. ولا تتقيد اللجنة بالتقرير الفنى للخبير الاستشارى، وإنما يكون لها سلطة كاملة فى تقديره، فلها الأخذ به، ولها طرح ما يحتويه، كله أو بعضه.

وإذا كان نص المادة الثامنة سالفه الذكر لم يضيف شيئاً باعتبار أن الاستعانة بالخبراء الاستشاريين هو حق ثابت للإطراف لا يحتاج إلى نص تشريعى، بيد أنه فى الحالات التى يكون للجنة التوفيق سلطة الفصل فى النزاع - باعتبارها لجنة ذات اختصاص قضائى -، لا يصبح هذا الحق حقاً مطلقاً للأطراف، وإنما يتعين على اللجنة اللجوء إلى الخبرة فى المسائل الفنية البحتة التى تقصى عنها معارفها

(1) ولعل ما يؤكد ذلك هو واقع الحال حيث يندر اللجوء إلى خبراء وزارة العدل فى منازعات التوفيق.

ويصعب عليه الإمام بها⁽¹⁾ إذا اقتضى الأمر ذلك دون الوقوف على إدارة الأطراف، إعمالاً للقاعدة عدم القضاء فى المسائل الفنية بالعلم الشخصى، والتي سيأتى الحديث عنها فيما بعد.

73- ثالثاً: احترام المبادئ الأساسية للتقاضى .

إذا كان المشرع قد حرر منازعة التوفيق من التقيد من القواعد والإجراءات المتبعة أمام القضاء بما تفرضه من شكلية معقدة - كما ذكرنا متقدماً-، إلا أنه قيدها فى ذات الوقت بضمانات التقاضى الأساسية التى تستهدف حسن أداء عمل اللجنة، وذلك حتى يتحقق التوازن بين الغاية الكامنة من وراء التوفيق، وهى تحقيق العدالة فى وقت وجيز وبإجراءات ميسرة، والغاية المبتغاه من احترام الأصول العامة للتقاضى التى تقتضى الالتزام بحدود النزاع والفصل فيه على النحو الذى قدمه الأطراف. ومن ثم ضمان حياد لجنة التوفيق وعدم انحرافها عن أداء وظيفتها.

(1) والمسائل الفنية هى المسائل التى يحتاج تحقيقها إلى دراسة متعمقة واستعمال أجهزة دقيقة وخبرة عملية، ولا يتصور أن يكون القاضى ملماً بها وعالماً بطبيعتها بحيث يمكنه فهمها والوقوف حول خصوصياتها، ومن ثم البت فيها. وبذلك فالغرض من اللجوء إلى أهل الخبرة فى المسائل الفنية هو تنوير القاضى فى هذه المسائل التى تقصر عنها معارفه العامة. أنظر فى ذلك: د/على الحديدى - دور الخبير الفنى فى الخصومة المدنية - طبعة 1989 - ص244، 245 & د/محمود جمال الدين نكى - الخبرة فى المواد المدنية والتجارية - طبعة 1990 - ص20 وما بعدها & د/سليمان مرقص - أصول الإثبات وإجراءاته فى المواد المدنية - الجزء الثانى - الأدلة المقيدة - الطبعة الرابعة - 1986 - بند335 - ص324 وما بعدها. وأنظر أيضاً: الطعن رقم 4719 لسنة 72ق - جلسة 2017/2/23 ؛ والطعن رقم 1211 لسنة 69ق - جلسة 2011/4/13.

وعلى ذلك، فإنه ينبغي على لجنة التوفيق حينما تنتظر طلب التوفيق مراعاة المبادئ الأساسية للتقاضى التى تستهدف حسن أداء عملها وتحقيق العدالة الناجزة على الوجه الأكمل. وهذا ما تنص عليه المادة 2/7 من قانون التوفيق بقولها «تتظر اللجنة طلب التوفيق دون التقيد بالإجراءات والمواعيد المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية، إلا ما تعلق منها بالضمانات والمبادئ الأساسية للتقاضى».

وهكذا، فلئن كان قوام طريق التوفيق هو عدم التقيد بإجراءات المرافعات، إلا أن هذا الإعفاء لا يسرى على الأصول العامة للتقاضى، بما لا يجوز للجنة التوفيق مخالفتها حتى ولو اتفق الأطراف على ذلك، وإلا كان عملها باطلاً.

ورغم ذلك، فإنه تجدر الإشارة إلى أن تطبيق ضمانات التقاضى الأساسية لا يتم بذات التطبيق الذى يتم فى الخصومة القضائية، وإنما يتعين فى ذلك مراعاة خصوصيات منازعة التوفيق، وذلك حتى لا تخرج هذه المنازعة عن طبيعتها الذاتية، بحسبانها مرحلة تمهيدية تسبق اللجوء إلى القضاء، وليست خصومة قضائية بالمعنى الفنى للكلمة، ودون أن يحول ذلك عن تحقيق الغاية التى قصدها المشرع من وراء التوفيق. ومن ناحية أخرى، أن تطبيق هذه الضمانات يختلف أيضاً بحسب مهمة لجنة التوفيق وعمّا إذا كان مهمتها الوصول إلى حل مناسب للنزاع أو تحقيق حل عادل له.

ويمكن عرض المبادئ الأساسية للتقاضى التى تتقيد بها لجنة التوفيق على النحو التالى.

74- 1- مبدأ احترام حقوق الدفاع.

حق الدفاع هو مكنة إجرائية تتيح لكل خصم إبداء دفاعه وعرض وجهة نظره، وتقديم ما يؤيدها من حجج ومستندات، وكذلك السماح له في ذات الوقت بالإطلاع على ما يقدمه خصمه من مذكرات ومستندات ومناقشتها والرد عليها، وإعطائه الوقت الكافي لذلك⁽¹⁾، وذلك على قدم المساواة دون تمييز⁽²⁾. ويكفى لتحقيق هذا المبدأ مجرد إتاحة الفرصة للخصوم وتمكينهم من استعمال حق الدفاع وشرح وجهة نظرهم وعرض حججهم وأدلتهم⁽³⁾، سواء استعمله الخصوم بالفعل أو لم يستعملوه، وذلك لأن دفاع المتقاضى أمام قاضيه ليس فرضاً، وإنما حقاً له يتوقف مباشرته على إرادته.

ومن مظاهر مبدأ احترام حقوق الدفاع في منازعة التوفيق، تمكين المقدم ضده طلب التوفيق من الاطلاع عليه وما أرفق به من مستندات تؤيده ومذاكرات تؤكد. والحقيقة أن قانون التوفيق لم ينص صراحة على هذا الحق، وإنما هو مفترض بديهى لا يحتاج إلى نص قانونى، وذلك لأنه لن يتيسر للأطراف استخدام حقهم فى

(1) د/فتحي والى - المبسوط - ج2 - المرجع السابق - بند1 - ص3، 4 & د/وجدى راغب - المرجع السابق - ص393 & د/نبيل عمر - الوسيط فى المرافعات - دار الجامعة الجديدة - ط1999 - ص24.

(2) طعن مدنى رقم 18309 لسنة 89ق - جلسة 2020/10/27.

(3) وهذا ما يسميه البعض بالمساواة الإجرائية؛ أى المساواة فى تقديم المذكرات وإبداء الدفاع وإيداع المستندات. د/إبراهيم نجيب - قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم - منشأة المعارف - ط1986 - ص45.

الدفاع والرد على ما يقدم ضدهم في منازعة التوفيق من مستندات ومذكرات، إلا إذا تم تمكينهم من الاطلاع عليها.

كما يعد من مظاهر هذا المبدأ التي فرضها قانون التوفيق؛ تمكين الطرف المقدم ضده طلب التوفيق من حق الرد على هذا الطلب وتنقيده وتقديم ما لديه من دفوع ومذكرات ومستندات تؤيد وجهة نظره، وذلك قبل موعد إنعقاد جلسة التوفيق، وهذا ما نصت عليه المادة 2/8 من قرار وزير العدل⁽¹⁾. وكذلك حق الأطراف في تقديم الإيضاحات والمستندات قبل الميعاد المحدد لنظر الطلب بناء طلب رئيس اللجنة، وهذا ما نصت عليه المادة السابعة من قانون التوفيق⁽²⁾.

كذلك يتخذ هذا المبدأ مظهراً آخر نص عليه المشرع، وهو تمكين ممثل الأطراف المتنازعة من حضور جلسة التوفيق للدفاع عنهم وممارسة حقوق الدفاع نيابة عن الأطراف⁽³⁾. وبالتالي، فلا يجوز الفصل في طلب التوفيق إلا بعد سماع دفاع الأطراف وممثليهم ودعوتهم لتقديم دفاعهم وعرض وجهة نظرهم وحججهم.

(1) أنظر بالتفصيل: ما تقدم - بند 57.

(2) أنظر بالتفصيل: ما تقدم - بند 71.

(3) أنظر: ما تقدم - بند 69.

75- 2- مبدأ المواجهة.

مقتضى مبدأ المواجهة أن يتم إتخاذ إجراءات التقاضى ونظرها فى مواجهة الخصوم بحيث يعلمون بها من بدايتها حتى منتهاها⁽¹⁾، وذلك حتى يتمكن كل خصم من تقديم دفاعه⁽²⁾. وبعبارة مساوية، أن يتم مواجهة الخصوم بكل ما يقدم فى النزاع، وما يتخذ من إجراءات، أو على الأقل إعلانهم بذلك⁽³⁾.

والواقع أن قانون التوفيق قد راعى مبدأ المواجهة فى منازعة التوفيق حيث استلزم أن يتم نظر إجراءات التوفيق فى مواجهة جميع الأطراف واتصال علمهم بها. وهذا ما أكدت المادة السابعة منه حيث أوجبت إخطار جميع الأطراف بميعاد انعقاد جلسة التوفيق، على قدم المساواة دون تمييز، وهو ما يتم عن طريق الأمانة الفنية للجنة⁽⁴⁾. كما استلزمت هذه المادة، من ناحية أخرى، حضور جميع الأطراف

(1) د/أحمد أبوالوفا - المرافعات - المرجع السابق - بند42 - ص52 & د/أمينه النمر - المرافعات - ج1 - بند24 - ص43 & د/فتحى والى - المبسوط - ج2 - ص267، 268.

(2) د/وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى - المرجع السابق - ص393 & د/ ابراهيم نجيب - قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم - المرجع السابق - ص9، 10 & د/أحمد هندى - قانون المرافعات - المرجع السابق - بند210.

(3) د/أحمد مسلم - المرجع السابق - بند339 - ص381.

(4) أنظر: ما تقدم - بند55، 67.

بأنفسهم جلسة التوفيق، إذ يعد الحضور أمر إلزامياً لا غنى عنه بحيث لا تتعقد جلسة التوفيق إلا بحضورهم⁽¹⁾.

ومن مظاهر مبدأ المواجهة فى التوفيق أيضاً، أنه لا يجوز قبول أى مذكرات أو أوراق من أحد الأطراف دون اطلاع الطرف الآخر عليها أو تمكينه من ذلك⁽²⁾. فالإطلاع يعد مقتضياً من مقتضيات مبدأ المواجهة. فلا تتحقق المواجهة بين الأطراف، إلا إذا تم تمكين كل طرف من الاطلاع على كافة ما يقدم ضده من أوراق ومذكرات وما يتخذ من إجراءات⁽³⁾. وبهذا، فإن الإطلاع هو ضمانة إجرائية تتيح للأطراف متابعة سير إجراءات التوفيق.

(1) أنظر فى إلزامية حضور الأطراف جلسة التوفيق: ما تقدم - بند68.

(2) أنظر: ما تقدم - بند57.

(3) أنظر: إبراهيم نجيب - قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم - المرجع السابق - ص49،

60 & د/وجدى راغب - المرجع السابق - ص394.

76-3- مبدأ عدم القضاء بالعلم الشخصي.

لا شك أن قاعدة عدم القضاء بالعلم الشخصي هي ضمانات من الضمانات الأساسية للتقاضى، ويقصد بها أنه ينبغي على القاضى ألا يكون عقيدته وحكمه إلا بناء على الوقائع والأدلة التى قدمت له بالشكل الذى يحدده القانون وكانت محلاً للنقاش بين الخصوم، فإذا استند إلى غيرها مما تحصل عليها من خارج نطاق النزاع المنظور أمامه بغير الطريق الذى رسمه القانون، كان ذلك قضاء بعلمه الشخصي أو الخاص⁽¹⁾.

والواقع أن هذه القاعدة لا تجد تطبيقاً فى منازعة التوفيق، ولم ينص عليها المشرع، وذلك لأن التوفيق بحسب الأصل هو نظام قانونى ذات طبيعة خاصة حيث يتم تسوية النزاع وفقاً لما تمليه إدارة الأطراف وما يتفقوا عليه، على نحو قد

(1) د/أحمد أبو الوفا - نظرية الأحكام - المرجع السابق - بند 83 - ص 196 & د/فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - المرجع السابق - بند 161 - ص 307 وما بعدها & د/وجدى راغب - المرجع السابق - ص 541، 542 & د/نبيل عمر - امتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصي - دار الجامعة الجديدة - ط 2004 - بند 8 - ص 11.

وتغدو العلة من قاعدة عدم القضاء بالعلم الشخصي فى أن علم القاضى هنا يعد دليلاً، ويحق للخصوم مناقشته كدليل إثبات، الأمر الذى يترتب عليه أن ينزل القاضى منزلة الخصوم، فيكون خصماً وحكماً فى آن واحد، وهو ما لا يجوز. د/السنهورى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - بند 27 - ص 29 & د/سمير تناغو - النظرية العامة للإثبات - منشأة المعارف - ط 1999 - ص 20. وتجد هذه القاعدة أساسها لدى البعض فى مبدأ احترام حقوق الدفاع، بينما يرى البعض أن أساسها يرجع إلى مبدأ حياد القاضى. أنظر فى دراسة تفصيلية لهذه القاعدة، مفهومها وأساسها: د/نبيل عمر - المرجع السابق.

يتم تسوية النزاع استناد فيه بطبيعة الحال إلى معلوماتهم الشخصية وعلمهم بثتى
خبايا النزاع وكافة تطوراتها.

وبعبارة أخرى، بالتالى، فلا مجال لإعمال لقاعدة عدم القضاء بالعلم الشخصى
فى منازعة التوفيق حيث تتعارض مع الأصل المفترض من أن تشكيل لجنة
التوفيق يتم من الأطراف أنفسهم وأن الفصل فيها يتم بإرادتهم الحرة.

غير أننا نعتقد أن قاعدة عدم القضاء بالعلم الشخصى تعد قيداً على سلطة
لجنة التوفيق فى حالة تصديها للفصل فى النزاع بقرار ملزم بالمعنى الصحيح،
وذلك فى الأحوال التى اعتبارها المشرع لجنة ذات اختصاص قضائى. ورغم أن
قانون التوفيق لم ينص صراحة على مبدأ عدم قضاء لجنة التوفيق بعلمها
الشخصى، غير أنه يمكن استنتاجه من نص المادة الثامنة منه حيث أجازت للجنة
التوفيق أن تستعين بمن تراه من أهل الخبرة. فقد قصد المشرع من هذا النص عدم
جواز قضاء اللجنة بعلمها الخاص⁽¹⁾.

(1) ويقصد بالعلم الشخصى المعلومات الشخصية التى يتحصل عليها القاضى من خارج النزاع
بصدد الوقائع المعروضة عليه ومدى ثبوتها وصحتها بغير الطريق الذى رسمه المشرع بحيث
يكون لها أثراً فى تكوين عقيدته عند الفصل فى النزاع. وبمعنى آخر، هو الوقائع والأدلة التى
يستند إليها القاضى فى الفصل فى النزاع المنظور أمامه، دون أن تكون مقدمة ومثبتة بواسطة
الخصوم وفقاً للطريقة التى بينها المشرع. وتقريراً على هذا، فإنه يوجد ثلاثة مفترضات لتوافر
العلم الشخصى لدى لجنة التوفيق هى: 1- أن تكون المعلومات التى تصل إلى علم اللجنة من
المعلومات الشخصية التى يحظر تأسيس قرار التوفيق عليها. 2- أن تصل هذه المعلومات إلى

وبذلك، فإنه ينبغي على لجنة التوفيق - في الحالة التي نحن بصددنا - إذا ما تعلقت منازعة التوفيق المعروضة عليها بمسائل فنية لا تعد من قبيل المعلومات العامة المعروفة للجميع، ألا تقضى فيها بعملها الشخصي، وإنما يتعين عليها الرجوع إلى أهل الخبرة في هذا الخصوص⁽¹⁾، ما لم يكن في الأوراق المقدمة من الأطراف ما يكفي لتكوين عقيدتها. وهنا يتوجب على اللجنة أن تفصح في قرارها عن مصدر علمها بما تقضى به من أوراق المنازعة المطروحة عليها. وعليه، فإذا خالفت اللجنة ذلك، كان قرار التوفيق باطلاً بحسبانه قضاءً بعلمها الشخصي.

77- يتبلور يأتي دور لجنة التوفيق في تسوية النزاع في أمرين بحسب تكييفها القانونية وطبيعة عملها⁽²⁾، الأول هو تقريب وجهات النظر بين الأطراف وصولاً بهم إلى حل مرض مناسب يتوقف مصيرها على موافقة الأطراف. والثاني هو الفصل في النزاع بحل عادل في الأحوال التي بينها المشرع بقرار ملزم وفقاً لما تراه. ويمكن توضيح ذلك على النحو التالي.

اللجنة بغير الطريق الذي حدده القانون. 3- أن يكون لهذه المعلومات أثراً مباشراً في تكوين قرار التوفيق. أنظر في هذه الشروط بالتفصيل: د/نبيل عمر - المرجع السابق.

(1) شأنها في ذلك شأن القضاة على اعتبار أن اللجنة تقوم في هذا الخصوص بعملهم، وهو الفصل في منازعة التوفيق. أنظر في تطبيق القاعدة في القضاء: الطعن رقم 3986 لسنة 75 ق - جلسة 2011/4/11 ؛ والطعن رقم 9424 لسنة 66 ق - جلسة 2010/4/20 ؛ والطعن رقم 524 لسنة 67 ق - جلسة 2004/7/5 ؛ والطعن رقم 82 لسنة 70 ق - جلسة 2002/10/22.

(2) أنظر في التكييف القانوني للجنة وطبيعة عملها: ما تقدم - بند 18 وما بعده

المطلب الثالث

كيفية قيام اللجنة بتسوية النزاع

78- أولاً: إجراء المفاوضات بين الأطراف. (مفهومها وشكلها)

ليست المهمة الأساسية للجنة التوفيق، باعتبارها لجنة إدارية بحتة، القضاء فى المنازعات التى تطرح عليها، فلم يسبغ المشرع عليها ولاية القضاء، فهى لا تقدر ولا تحكم، وإنما تكمن مهمتها فى محاولة التوفيق بين الأطراف المتنازعة وتقريب وجهات نظرهم وصولاً إلى حل ودى مرض لهم ينبع من إرادتهم بحيث يبادر الطرف الملزم به بتنفيذه اختياراً دون اللجوء إلى القضاء، دون التقيد فى ذلك بالقانون وتطبيق أحكامه⁽¹⁾.

وبالتالى، فإن مناط التوفيق هو المفاوضات بين الأطراف وتبادل وجهات النظر بهدف الوصول إلى هذه الغاية، فيعرض كل طرف وجهة نظره مؤيدة بالأدلة محاولة إقناع الطرف الآخر بها على نحو يمكن معه الوصول بهم إلى حل ودى يقبلوه.

(1) فهى ليست جهة قضائية بالمعنى الصحيح، ولا تباشر اختصاصاً قضائياً، ولا تعد درجة من درجاته، ولا تقدم حلولاً قانونية للمسائل المطروحة عليها، وذلك لأن غاية لجنة التوفيق ليست هى تحقيق القانون وفرض تطبيقه على الأطراف، وإنما غايتها المباشرة هى محاولة التوصل إلى الحل المناسب للنزاع الذى تمليه إرادتهم وتقتنع به. أنظر فى ذلك: ما تقدم - بند 19.

وتقتصر مهمة لجنة التوفيق على تقريب وجهات النظر المتعارضة، دون أن تملك الفصل فى النزاع. ولا شك أن ذلك يحتاج إلى جهد كبير، فبينما تسعى الجهة الإدارية إلى تحقيق المصلحة العامة، فإن الطرف الأخر يسعى إلى تحقيق مآربه الخاصة، فكل منها يسعى الى تحقيق أكبر قدر ممكن المكسب مهارته وخبرته الطويلة فى القضاء تساعد فى نجاح هذه المهمة.

وليس لمفاوضات اللجنة إجراءات خاصة، فلم يحدد المشرع لها شكلاً معيناً. وبالتالي يجوز أن تتم بأى طريقة يتفق عليها أعضاء اللجنة طالما أنه سيتحقق منها الغاية المقصودة منها، وهى اجتماع اللجنة وتبادل وجهات النظر وصولاً إلى حلول مناسبة للنزاع يقبلها الأطراف. فإذا صادف رأى اللجنة قبول الأطراف، تعين إثبات ذلك فى محضر مستقل. وهذا ما سنتعرض له لاحقاً.

79- ثانياً: الفصل فى النزاع.

لقد أصبح اختصاص لجنة التوفيق فى بعض الأحوال اختصاصاً قضائياً بموجب التعديل الذى أتى به المشرع على قانون التوفيق رقم 7 لسنة 2000 بالقانون رقم 6 لسنة 2017 بتحويل لجنة التوفيق إلى لجنة ذات اختصاص قضائى تفصل فى منازعات خاصة بشكل نهائى على نحو لم يعد دورها يقتصر على مجرد التوفيق بين الأطراف المتنازعة وتقريب وجهات نظرهم⁽¹⁾. فبموجب ما تضمنته المادة العاشرة مكرر من قانون التوفيق، يكون المشرع قد قلب الوضع المنطقى الذى يتفق مع ما ينبغى أن يطلق على تتوصل إليه لجنة التوفيق حيث جعلها لجنة ذات اختصاص قضائى تتولى الفصل فيما يعرض عليها من منازعات.⁽²⁾

والواقع أن ولاية لجنة التوفيق فى الفصل فى منازعة التوفيق وإصدار قراراً ملزماً لجهة الإدارة بما تراه حلاً للنزاع ينحصر فى حالتين؛ الأولى أن تكون قيمة المنازعة لا تتجاوز أربعين ألف جنيه، أيا كان نوع المنازعة أو طبيعتها. والثانية أن تكون المنازعة متعلقة بالمستحقات المالية للعاملين لدى الجهة الإدارية، أيا كانت قيمتها.

(1) أنظر: ما تقدم - بند 20.

(2) أنظر: د/فتحى والى - المبسوط - ج2 - المرجع السابق - بند 249 - ص 739.

ونتيجة لهذا، لا يعد رئيس لجنة التوفيق في هذا الخصوص موفقاً بالمعنى الفني للكلمة⁽¹⁾، وذلك لأن مهمته ليست هي التوفيق بين الأطراف المتنازعة وصولاً إلى حل مرضى لهم، وإنما تكمن مهمته في الفصل في منازعات الجهة الإدارية في الحالات التي حددها المشرع، ويكون قراره ملزماً لجهة الإدارة بما يراه حلاً للنزاع⁽²⁾. وبالتالي، فإن رئيس اللجنة يعتبر قاضياً بالمعنى الحقيقي، فهو في حقيقة الأمر - كما نوهنا مسبقاً - أحد أعضاء السلطة القضائية سواء الحاليين أو السابقين. ولعل ما يعزز ذلك أن رئيس لجنة التوفيق لا يستمد ولايته على النزاع من اتفاق الأطراف كالموفق، وإنما تجد مصدرها المباشر القانون. فليس لإرادة الأطراف أى دور في ذلك.

وخلاصة ما تقدم، نكون بصدد ازدواجية الهدف من لجنة التوفيق، فنجد أن دورها الأساسى وهو بذل عناية في التوفيق بين الأطراف وتقديم حل مناسب لهم وفقاً لما يتفقوا عليه. واستثناء لهذا يكون عمل اللجنة هو التزام بتحقيق نتيجة وهي تقديم حال عادل للنزاع وفقاً للقانون في الأحوال التي نص عليها المشرع.

(1) فالموفق هو شخص يعرض اقتراحاته على الأطراف للتوفيق بين وجهات نظرهم دون أن يكون لهذه الاقتراحات الصفة الإلزامية، فهي مجرد توصيات لا ترقى إلى مرتبة القرارات أو الأحكام.

(2) د/فتحى والى - المبسوط - ج2 - المرجع السابق - بند250 - ص741.

المبحث الثانى

إصدار قرار التوفيق

80- تمهيد وتقسيم:

تصدر لجنة التوفيق قراراتها، أيا كان طبيعتها، بحضور جميع أعضائها وبأغلبية أصواتهم، وذلك بعد إجراء مداولة سرية بينهم. كذلك يجب أن تصدر قرارات التوفيق فى شكل مكتوب وموقعة من أعضاء لجنة التوفيق متضمنة كافة البيانات الشكلية التى حددها المشرع لصحة قرار التوفيق ووجوده.

وحيث أنه قد سبق لنا معالجة كيفية إجراء التوفيق وتسوية النزاع بين الأطراف. ولذا، فإننا لن نتطرق إلى هذه المسألة مرة أخرى منعاً للتكرار والإطالة دون داعٍ، وإنما سوف نقتصر على بيان إجراءات إصدار قرار التوفيق وشكله، وهو ما يكون عن طريق معالجة هذا المبحث فى المطلبين التاليين.

المطلب الأول: إجراءات إصدار قرار التوفيق.

المطلب الثانى: شكل قرار التوفيق.

المطلب الأول

إجراءات إصدار قرار التوفيق

81- يصدر قرار التوفيق بأغلبية أعضاء لجنة التوفيق، وذلك بعد بإجراء مداولة سرية بينهم، فلا يتصور إجراء التوفيق بلا مداولة⁽¹⁾. ولقد حدد المشرع ميعاداً محدداً لإصدار قرار التوفيق قدره بثلاثين يوماً من تاريخ تقديم طلب التوفيق. ولتفصيل ذلك نعرض الآتي.

82- أولاً: المداولة بين أعضاء اللجنة.

(1) ويجدر التنويه إلى أنه لا يشترط أن تصدر لجنة التوفيق قراراً صريحاً بقفل باب المرافعة أو أن تحدد ميعاداً لهذا، وإنما يجوز أن يتخذ إنهاء إجراءات التوفيق أى شكل يدل صراحة على إنتهاء مساعي التوفيق وفرصة الأطراف فى إبداء دفاعهم وتقديم مستنداتهم. ومرجع ذلك هو أن قرارات التوفيق ليست - كما سيجئ بعد - من قبيل الأحكام القضائية، ومن ثم لا تخضع لقواعدها.

ويقصد بقفل باب المرافعة تقرير صلاحية الدعوى للفصل فيها بحالتها بعد تمكين الخصوم من الإدلاء بكل ما لديهم من طلبات ودفع وأوجه دفاع. (د/أحمد أبو الوفا - نظرية الأحكام - المرجع السابق - بند 31 - ص 63 & د/فتحي والى - المبسوط فى القضاء المدنى - ج 2 - المرجع السابق - بند 105 - ص 287). وقفل باب المرافعة هو من قبيل القرارات الخاصة بأعمال الإدارة القضائية التى تستهدف تنظيم عمل القضاء وحسن سير إجراءات الخصومة بقدر صلاحية الأخيرة للفصل فيها بحالتها. وهو نظام إجرائى لصيق بالخصومة بمعناها الخاص. (د/نبيل عمر - النظام القانونى للحكم القضائى - دار الجامعة الجديدة - ط 2010 - بند 3، 13، 3 - ص 7، 19 & د/ أمينة النمر - أوامر الأداء - ط 1989 - بند 22 - ص 52). وبالتالي، فلا يسرى على إجراءات التوفيق ولا يطبق عليها.

لا تختلف المداولة في التوفيق كثيراً عن المداولة في القضاء، فهي إجراء ضروري وشرط لازم لا غنى عنه ليتم تبادل آراء الأشخاص الذين حول لهم المشرع تسوية منازعات الأطراف⁽¹⁾. فالمداولة هي قاعدة من القواعد الأساسية للتقاضي تتصل بالنظام العام بما لا يصح الاتفاق على خلافها⁽²⁾.

وتفريعاً على هذا، فإنه ينبغي على لجنة التوفيق أن تجرى مداولة بين أعضائها لإصدار قرار التوفيق على نحو تنقيد بها باعتبارها ضمانات من ضمانات التقاضي التي أوجب المشرع على لجنة التوفيق الالتزام بها.

ويجب أن تجرى المداولة بين جميع أعضاء اللجنة بذواتهم على نحو يسمح لهم بالمشاركة الفعلية وبشكل حقيقي في عملية المداولة⁽³⁾، بحيث لا يجوز لأحدهم

(1) والمداولة بوجه عام هي مرحلة تفكير ودراسة تسبق إصدار الحكم استعداداً لاختيار الحل المناسب للنزاع. د/إبراهيم نجيب - قانون القضاء الخاص - ج2 - المرجع السابق - بند374 - ص211 & د/أحمد هندی - قانون المرافعات - المرجع السابق - بند271 - ص518. وهي إجراء بموجبه يمكن لكل قاضي إبداء رأيه ومنحه فرصة للتعبير على رأيه من غيره من القضاة على نحو تتجلى أمامهم أوجه غموض النزاع وخباياه، وذلك حتى يمكن تقريب وجهات نظرهم. وبذلك، فالهدف منها ليس فقط جمع الآراء، بل هو محاولة إجماع هذه الآراء على وجهة نظر واحدة. د/أحمد أبوالوفا - نظرية الأحكام - المرجع السابق - بند35 - ص79.

(2) أنظر: د/ محمد سعيد عبدالرحمن - الحكم القضائي - دار النهضة - ط2002 - بند229 - ص217، 218.

(3) ويقصد بالمشاركة هنا السماح لكل عضو بإبداء رأيه بصدد كافة معالم وتفاصيل النزاع، ومنحه فرصة للتعبير على رأيه من غيره. أنظر في مفهوم المشاركة في المداولة: د/أحمد أبوالوفا - المرجع السابق - بند35 - ص97 & د/إبراهيم سعد - المرجع السابق - بند375 - ص214 وما بعدها.

أن يفوض غيره أو يمثله شخصاً آخر. وبالتالي، فإذا فرض أن المداولة تمت بالفعل دون مشاركة أحد أعضاء لجنة التوفيق⁽¹⁾، كأن تتم مثلاً بين رئيس اللجنة وأحد الأطراف دون الآخر، فإن أثر ذلك هو تعييب قرار التوفيق وعدم صحة إصداره، وذلك على أساس أن حضور جميع الأطراف - كما جاء مسبقاً - هو مفترض ضرورى لصحة انعقاد اللجنة بحيث إذا لم يتحقق بطل الانعقاد.

والواقع أن الحكمة من استلزام مشاركة جميع أعضاء لجنة التوفيق وحضورهم جلسة المداولة ليست إعمالاً لمبدأ لا يتداول إلا من سمع⁽²⁾، وإنما تكمن بالدرجة

(1) ويمكن التحقق من المشاركة الفعلية لجميع أعضاء لجنة التوفيق، وذلك بالإرتكان إلى توقيعاتهم. فمن المسلم به أن التوقيع هو مناط الاشتراك فى المداولة حيث يكفى وحده لإثبات أن المداولة قد تمت بينهم بالفعل. (أنظر: طعن مدنى رقم 10166 لسنة 71 ق - جلسة 2013/2/14؛ طعن مدنى رقم 10142 لسنة 64 ق - جلسة 2001/6/18 س52 ص930). ولذلك يجب أن يحمل قرار التوفيق توقيعات أعضاء لجنة التوفيق أو على الأقل توقيعات الأغلبية التى وافقت عليه. فالتوقيع يكفى فى حد ذاته لإثبات تحقق المداولة باعتباره تصرفاً إرادياً يدل على موافقة الموقع على مضمون ما وقع عليه. أنظر: د/فتحى والى - المبسوط - ج2 - المرجع السابق - بند248 - ص737 & د/عاشور مبروك - المرجع السابق - بند86 - ص171.

(2) ومفاد هذا المبدأ أن الذى يشترك فى المداولة هو من سمع المرافعة، فلا يتداول إلا من سمع وإلا كان الحكم باطلاً. الطعانان رقما 2445 و2650 لسنة 59 ق - جلسة 1994/12/27 س45 ج2 ص1697؛ والطعن رقم 2439 لسنة 65 ق - جلسة 1996/11/7 س47 ج2 ص1261. وأنظر هذا المبدأ والحكمة منه: د/ أحمد أبوالوفا - المرجع السابق - بند35 - ص79 & د/فتحى والى - الوسيط فى قضاء المدنى - المرجع السابق - بند334 - ص621 & د/إبراهيم سعد - الإشارة السابقة & د/أحمد هندى - المرجع السابق - بند272 - ص519، & د/سعيد عبد الرحمن - المرجع السابق - بند239 وما يليه - ص223 وما بعدها.

الأولى فى أن مناط التوفيق هو ضرورة أن يتم التشاور بين الأطراف وتبادل الآراء وصولاً إلى حل مرضى لهم يقبلوه، وهو ما لا يتم إلا عن طريق حضور الأطراف بشخصهم وتشاورهم حتى تجتمع آرائهم على وجهة نظر واحدة، باعتبارهم الأكثر إماماً بوقائع النزاع وملابساته، والأقدر على تقدير الحل المناسب الذى يحقق مآربهم ويشبع مصالحهم.

ولم ينص قانون التوفيق على شكل معين لإجراء المداولة، ولم ينظم كيفية إجرائها. ولذا، فإنه يجوز أن تتم المداولة بين أعضاء اللجنة، بأية طريقة كانت، طالما أن الغاية منها ستحقق، دون التقيد بالقواعد التى نص عليها قانون المرافعات⁽¹⁾. كأن تتم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة، وهى ما تعرف بالمداولة الإلكترونية⁽²⁾.

وتجدر الإشارة أن المشرع قد تبنى مبدأ سرية مداولة لجنة التوفيق حيث تنص المادة الثامنة من قانون التوفيق على أن تكون مداولات اللجنة سرية. ومن ثم، فإنه يشترط أن تجرى المداولة بين أعضاء لجنة التوفيق سرراً⁽³⁾. فلجنة التوفيق تخضع

(1) فالقاعدة هى عدم تقيد لجنة التوفيق بالقواعد المتبعة بقانون المرافعات، أنظر: ما تقدم - بند65.

(2) أنظر بالتفصيل: المؤلف - خصوصيات التحكيم الإلكتروني - دار الجامعة الجديدة - ط2019 - بند44 وما يليه - ص126 وما بعدها.

(3) د/فتحى والى - المبسوط - ج2 - المرجع السابق - بند248 - ص737 & د/عاشور مبروك - المرجع السابق - بند86 - ص171.

لما يخضع له القاضى من قيود تتعلق بالمبادئ الأساسية للتقاضى⁽¹⁾، ومنها ضرورة أن تصدر قراراتها بعد مداولة تتم بين جميع أعضائها، وأن تتم هذه المداولة سراً⁽²⁾.

ولا تخفى أهمية سرية مداولة جلسة التوفيق فى تهيئة الجو الهادئ والمناسب لأعضاء لجنة التوفيق، وذلك حتى يتمكنوا من الإدلاء بآرائهم بكامل حريتهم وتبادلها دون إطلاع الغير عليها والتأثير على آرائهم وصولاً إلى حل مناسب يقتنع به الأطراف⁽³⁾.

ومن مظاهر سرية المداولة فى التوفيق؛ عدم تدخل الأمانة الفنية فى عملية المداولة أو المشاركة الفعلية فيها أو إبداء رأيها فى النزاع⁽⁴⁾. فهى لا تشارك فى

(1) أنظر فى التزام لجنة التوفيق بالضمانات الأساسية للتقاضى: ما تقدم - بند 73 وما بعده.

(2) ويقصد بمبدأ سرية المداولة ألا يشترك فى المداولة غير الذى أسند إليه المشرع مهمة الفصل فى النزاع وبأشرف إجراءات الفصل فيه، فضلاً عن ضرورة حصولها سراً، دون مسمع من أحد وعدم الكشف عن المناقشات والآراء التى تطرح فيها. أنظر فى هذا المبدأ: د/أحمد أبو الوفا - المرجع السابق - بند 35 - ص 79 & د/إبراهيم سعد - القانون القضائى الخاص - ج 2 - المرجع السابق - بند 375 - ص 212 وما بعدها & د/سعيد عبد الرحمن - المرجع السابق - بند 226 وما يليه - ص 216 وما بعدها.

(3) أنظر فى الغاية من سرية المداولات: د/أحمد أبو الوفا - المرجع السابق - بند 35 - ص 87 & د/إبراهيم سعد - الإشارة السابقة & د/أحمد هندی - المرجع السابق - بند 271 - ص 518.

(4) أنظر: د/فتحي والى - المبسوط - ج 2 - المرجع السابق - بند 248 - ص 737 & د/عاشور مبروك - المرجع السابق - بند 86 - ص 171.

مداولات أعضاء لجنة التوفيق بالمعنى الفنى للمشاركة، ولا يكون لها صوتاً معدوداً فيها.

83- ثانياً: صدور قرار التوفيق بالأغلبية.

تنص المادة الثامنة من قانون التوفيق على أن تصدر اللجنة قراراتها بأغلبية آراء أعضائها. فإذا تساوت الأصوات رجح الجانب الذى منه الرئيس، وتكون مداولات اللجنة سرية.

ومفاد هذه المادة أن لجنة التوفيق تصدر قراراتها - أيا كانت طبيعتها - بأغلبية أعضائها⁽¹⁾. فلا يشترط صدورها بإجماع آراء اللجنة⁽²⁾. ويقصد بالأغلبية هنا الأغلبية البسيطة والتي تكفى لتحقيقها مجرد إصدار قرار التوفيق بموافقة عضوين من أعضاء لجنة التوفيق دون العضو الثالث⁽³⁾. ومعنى هذا أنه يمكن الأخذ بالرأى الذى اتفق عليه اثنين فقط من أعضاء اللجنة، حتى ولو لم يوافق عليه رئيس اللجنة ذاته⁽⁴⁾.

(1) الإشارة السابقة.

(2) غير أن الكتاب الدورى رقم 5 لسنة 2001 الصادر من وزيرى المالية والتنمية الإدارية فى 2001/6/19 قد قيد سلطة الجهة الإدارية فى قبول تنفيذ قرار التوفيق (التوصية سابقاً) بإصداره بالإجماع. وهذا مخالف لنص المادة 8 من قانون التوفيق. أنظر: د/عاشور مبروك - المرجع السابق - بند 87 - ص 174، 175.

(3) والأغلبية البسيطة هى ما يزيد عن 50% من عدد الأصوات بصوت واحد.

(4) أنظر: د/فتحى والى - المبسوط - ج2 - المرجع السابق - بند 248 - ص 737.

ومن المتصور أن تتعدد آراء لجنة التوفيق إلى أكثر من رأيين بحيث يكون لكل عضو رأيه الخاص المخالف لغيره بشأن تقييم النزاع، على نحو تختلف آرائهم مع بعضها البعض، فكيف يتم إصدار قرار التوفيق في هذا الفرض؟

عالجت المادة 8 سالفه الذكر هذا الفرض، حيث تبنت قاعدة ترجيح رأى رئيس لجنة التوفيق حال تعذر الوصول إلى الأغلبية المطلوبة. وبالتالي، فإنه يجوز لرئيس اللجنة عند انقسام الآراء إلى أكثر من رأيين وعدم تحقق الأغلبية المطلوبة بين أعضاء اللجنة، أن يقوم بإصدار قرار التوفيق بمفرده وفقاً لما يراه حلاً مناسباً للنزاع، كما لو كان يعمل كموفق وحيد يوفق بين الأطراف المتنازعة⁽¹⁾.

وجدير بالملاحظة أن المشرع لم يأخذ بالقاعدة المنصوص عليها بالمادة 169 من قانون المرافعات، والتي تقتضى وجوب إنضمام الفريق الأقل عدداً أو الأحدث إلى أحد الفريقين المنقسمين، وذلك بشأن قرارات التوفيق. ويجد هذا المسلك مبرره في أن هذه القاعدة قد تؤدي إلى تشعب الآراء إلى أكثر من رأيين، كما أن فكرة

(1) وتجدر التفرقة بين المداولة وإصدار قرار التوفيق بالأغلبية. فالمداولة هي تبادل آراء أعضاء لجنة التوفيق حول النزاع وينبغي مشاركتهم جميعاً فيها وإلا كانت باطلة. أما الثانية، فهي مرحلة تلى عملية المداولة. ولا يشترك موافقة جميع أعضاء اللجنة، فيكفي موافقة أغليبتهم، ويجوز إصدار القرار بحسب رأى رئيس اللجنة حال عدم تحقق هذه الأغلبية.

القاضى الأحداث لا يتصور تطبيقها فى التوفيق، وذلك لأن أعضاء لجنة التوفيق ليسوا قضاة - باستثناء رئيس اللجنة - حتى يمكن القول بتطبيقها⁽¹⁾.

84- ثالثاً: ميعاد إصدار قرار التوفيق

تنص المادة التاسعة من قانون التوفيق على أن تصدر اللجنة قراراتها مسببة، وذلك فى ميعاد لا يجاوز ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم طلب التوفيق إليها.

ومفاد هذا النص أن المشرع قد حدد ميعاداً لإصدار قرار التوفيق قدره بثلاثين يوماً التالية لتقديم طلب التوفيق، بحيث ينبغى على لجنة التوفيق التقيد بهذا الميعاد عند الفصل فى منازعه التوفيق⁽²⁾.

وتبدو الحكمة من تقصير هذا الميعاد فى رغبة المشرع فى تحقيق التوازن بين مصلحة الأطراف فى الاستفادة من مكنة التوفيق كطريق لتسوية النزاع ودياً، وبين حقهم فى اللجوء إلى القضاء دون تأخير⁽³⁾. بمعنى أنه لئن كان المشرع قد جعل

(1) فضلاً عن أنها لا يتناسب مع طبيعة التوفيق الماثلة فى سرعة الفصل فى النزاع حيث يترتب عليه إطالة أمد النزاع وتأجيل الفصل فيه إلى حين إنضمام الفريق الأقل عدداً أو الذى يضم الأحداث إلى أحد الفريقين المنقسمين.

(2) وننوه إلى أن قانون التوفيق رقم 7 لسنة 2000 قدر ميعاد إصدار قرار التوفيق بمدة ستين يوماً من تاريخ تقديم طلب التوفيق. (د/على عوض - المرجع السابق - ص48). غير أن المشرع قدر رأى إنقاص هذا الميعاد - بموجب القانون رقم 6 لسنة 2017 المعدل لقانون التوفيق - فجعله ثلاثين يوماً بدلاً من ستين يوماً تمشياً مع رغبته فى سرعة الفصل فى النزاع وتحقيق العدالة الناجزة.

(3) المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التوفيق.

سلك طريق التوفيق أمراً إلزامياً على الأطراف قبل اللجوء إلى القضاء، فإنه لم يشأ من جانب آخر أن يجعل هذا الطريق أداة لإطالة أمد التقاضى وتأخير الفصل فى المنازعات، إذ أوجب أن يتم الفصل فى إجراءات التوفيق وإصدار قرار التوفيق خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم طلب التوفيق. وهو ما يكفل اقتضاء الحقوق بإجراءات سريعة وميسرة لا تتال من حق التقاضى فى محتواه أو مقاصده⁽¹⁾.

وثمة فرض، أن تنتهى مدة الثلاثين يوماً المحددة لإصدار قرار التوفيق دون أن يتم إصداره، فهل يجوز هنا إصدار قرار التوفيق بعد انتهاء هذا الميعاد، وما أثر ذلك على المواعيد المقررة لسقوط الحقوق ورفع الدعاوى أمام القضاء؟

من المتفق عليه أن الميعاد المحدد لإصدار قرار التوفيق هو من المواعيد التنظيمية التى لا ترتب البطلان على مخالفتها، وليس من المواعيد الحتمية، فلم ينص المشرع على ثمة جزاء حال مخالفتها⁽²⁾.

وبالتالى، فإنه يجوز إصدار قرار التوفيق بعد انتهاء ميعاد الثلاثين يوماً طالما أن المشرع لم يحدد جزاء ما على مخالفة هذا الميعاد⁽¹⁾. غاية الأمر أن المشرع قد

(1) المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم 11234 لسنة 48 ق - جلسته 2007/4/14

(2) طعن مدنى رقم ١٣٥٨٣ لسنة ٨١ ق - جلسة 2018/12/3 ؛ وطعن مدنى رقم 5311 لسنة 76 ق - جلسة 2011/5/23 ؛ وطعن مدنى رقم 25630 لسنة 54 ق - جلسة 2010/5/23. عكس ذلك، أنظر: د/أحمد صدقى - المرجع السابق - ص 137، 138 & د/فادى محمد - المرجع السابق - ص 319.

قصد من ذلك حث الأطراف على الإسراع فى تقديم مذكراتهم ودفاعهم، وحث اللجنة على سرعه إصدار قرارها، وذلك حتى يتم تسوية النزاع فى أسرع وقت ممكن على نحو يسمح بتحقيق العدالة الناجزة التى يقصدها المشرع من وراء التوفيق⁽²⁾.

ورغم ذلك، فإن ميعاد الثلاثين يوماً المتقدمة تعد من المواعيد السقوط بالنسبة لحق الأطراف فى اللجوء إلى القضاء، فاعتبار هذا الميعاد من المواعيد التنظيمية على النحو المتقدم لا يمتد إلى المواعيد المقررة لسقوط الحقوق والدعاوى أمام القضاء. وبالتالي، فإن انتهاء هذه المدة يترتب عليه انقضاء حالة الوقف التى نص عليها المشرع، فيزول الأثر الواقف لطلب التوفيق، سواء صدر قرار التوفيق أو لم يصدر⁽³⁾.

(1) وتبعاً لذلك، يجوز إقامة الدعوى أمام القضاء قبل صدور قرار التوفيق. طعن مدنى رقم 34097 لسنة 52ق - جلسة 2010/3/28.

(2) ويرى البعض أنه من الأفضل سريان ميعاد إصدار قرار التوفيق من تاريخ انعقاد جلسه التوفيق، وليس من تاريخ تقديم طلب التوفيق، وذلك حتى تتمكن لجنة التوفيق النهوض بعملها على الوجه الأحسن على نحو يحقق العدالة الناجزة فى شكلها الكامل. د/أدوار غالى - مضبطة مجلس الشعب - 51 - المرجع السابق - ص 51، 52.

ونحن نتفق مع هذا رأى، وذلك من المتصور أن تكون هناك بعض المنازعات تكون فى حاجه إلى خبراء متخصصين أو تستلزم طبيعتها وقتاً مناسباً لتمحيصها والبت فيها، وذلك على نحو تتسع معه منازعه التوفيق وتقتضى مزيداً من الوقت، وهذا ما يتفق مع مقنضيات العدالة وأصولها. وفى تأييد هذا، أنظر: د/أحمد صدقى - المرجع السابق - ص 137 & د/ فادى محمد - المرجع السابق - ص 318، ص 319.

(3) أنظر فى الأثر الواقف لطلب التوفيق، مدلوله وأثاره: ما تقدم - بند 59 وما يليه.

ولعل مبرر ذلك هو أن ولاية لجان التوفيق على المنازعة المطروحة عليها هي ولاية مؤقتة تزول بمجرد إصدار قرار التوفيق، وما الإجراءات التالية لإصدار هذا القرار إلا بمثابة إجراءات لإسباغ الطابع الإلزامى على قرار التوفيق حتى يتم تنفيذه جبراً. فضلاً عن ذلك، أن تسوية النزاع أمام لجان التوفيق هو استثناء على ولاية القضاء، فينبغى أن يتم إعماله فى الحدود التى يقرها القانون وبالقدر الذى يعنيه.

غير أنه ينبغى ملاحظة أن التقيد بهذا الميعاد يرتبط بحالة عدم التوصل إلى حل ودى بين الأطراف على نحو يؤكد فشل التوفيق بين الأطراف. أما فى حالة استمرار لجنة التوفيق فى إصدار قرارها، فإن المدة المقررة قانوناً لسقوط تقادم الحقوق أو لرفع الدعوى تظل موقوفة طوال المدة التى تستغرقها اللجنة لإصدار قرارها.

ولا شك أن القول بغير ذلك من شأنه، أن يجعل الشخص الذى تقدم بطلب التوفيق إلى اللجنة، وانتظر حتى صدور قرار التوفيق على أمل أن يحصل على حقه من هذا الطريق، أسوأ حالةً من الشخص الذى سارع باللجوء إلى القضاء بمجرد فوات ميعاد الثلاثين يوماً دون انتظار صدور قرار التوفيق، وذلك على نحو يصبح اللجوء إلى لجنة التوفيق مضيعة للوقت، وإرهاقاً لأصحاب الحق، ووسيلة

لتعطيل الفصل في الخصومات، بما يفقد لجان التوفيق اعتبارها، ويعطل وظيفتها،
ولا يحقق الغرض منها كوسيلة لتحقيق عدالة ناجزه، بإجراءات سهلة ميسرة⁽¹⁾.

(1) طعن مدنى رقم ١٣٥٨٣ لسنة ٨١ ق - جلسة 2018/12/3 ؛ وطعن مدنى رقم 5311
لسنة 76 ق - جلسة 2011/5/23.

المطلب الثانى

شكل قرار التوفيق

85- حدد قانون التوفيق شكلاً معيناً لقرار التوفيق حيث استلزم صدور قرار التوفيق مكتوباً ومسبباً، كما أوجب حفظه بملف التوفيق وإعلانه للأطراف. وبيان ذلك فيما يلى.

86- أولاً: كتابة قرار التوفيق.

أوجب المشرع إصدار قرار التوفيق فى شكل مكتوب⁽¹⁾. وهذا هو المستفاد من نص المادة التاسعة من قانون التوفيق والذى جرى على أن تصدر اللجنة قراراتها مسببة....، وتثبت بمحضرها. ويقصد بكتابة قرار التوفيق؛ إفراغ رأى لجنة التوفيق الذى تنتهى إليه بصدد النزاع المطروح عليها، وذلك فى صورة محرر كتابى يتضمن كافة أركانه وأسبابه وبياناته. وهو ما يقع بطبيعة الحال على كاهل الأمانة الفنية للجنة التوفيق باعتباره من مناط اختصاصها⁽²⁾.

والواقع أن قانون التوفيق لم يبين صراحة البيانات التى يجب أن يشملها قرار التوفيق، رغم أهميتها باعتبارها شرطاً ضرورياً لصحة إصداره، مكتفياً بالنص فى

(1) أنظر: د/فتحى والى - المبسوط - ج2 - المرجع السابق - بند248 - ص737.

(2) طبقاً للمادة 9 من قرار وزير العدل سالف الذكر والتى جرى مفادها على أن تتولى الأمانة الفنية أعمال أمانة سر الجلسة وتقوم بتحرير محاضر جلساتها..... وما يصدر من قرارات والأسباب التى بنيت عليها هذه القرارات.

المادة التاسعة المتقدمة على الإشارة إلى بيان التسبب كأحد بياناته. غير أن الحد الأدنى من البيانات اللازمة في قرار التوفيق تتمثل في بيان بيانات أعضاء لجنة التوفيق وتوقيعاتهم، وبيانات النزاع من حيث أطرافه وموضوعه، وتاريخ ومكان إصدار القرار، ومنطوقه⁽¹⁾. مع ملاحظة أن قرار التوفيق ليس - كما سيأتي بعد - من قبيل الأحكام القضائية. وبالتالي، فلا يشترط تضمينه كافة البيانات التي نص عليها قانون المرافعات بالنسبة لأحكام القضائية، كصدوره باسم الشعب مثلاً.

والواقع أن كتابة قرار التوفيق على هذا النحو ضرورة تقتضيها عدة اعتبارات؛ فمن ناحية أولى، أنه بموجبها يمكن التحقق من مطابقة إصدار قرار التوفيق وفقاً للشروط والإجراءات التي تطلبها المشرع في شأنه. وبالتالي يسهل على الأطراف الاطلاع عليه ورقابته، واكتشاف مواطن النقص وأوجه القصور التي قد تشوبه حتى يتم تداركها وعلاجها بالطرق التي يقررها القانون في ذلك⁽²⁾، كأن يتم مثلاً التحقق من الحضور الشخصي للأطراف لجلسة التوفيق، أو صدور قرار التوفيق بأغلبية آراء اللجنة، أو التحقق من عما إذا كانت اللجنة قد راعت الضمانات الأساسية للتقاضى في إصداره من عدمه⁽³⁾.

(1) والواقع أنه ليس لهذه البيانات أية خصوصية في هذه الدراسة. ولذا، فإننا لن نسهب في بيانها منعاً للإطالة دون داع.

(2) أنظر في طرق الطعن على قرار التوفيق : ما يلي - بند 103 وما يليه.

(3) أنظر في التزام لجنة التوفيق بالضمانات الأساسية للتقاضى: ما يلي - بند 73 وما يليه.

ومن ناحية ثانية، أن كتابة قرار التوفيق تعد شرطاً ضرورياً لتنفيذه، وذلك فى الأحوال التى يعتبر فيها قراراً ملزماً، فهى تدور وجوداً وعدمياً معه، إذ يتم وضع الصيغة التنفيذية على الورقة المكتوبة فيها قرار التوفيق⁽¹⁾. وبالتالي، فبدون الكتابة يتعذر التنفيذ حيث لا يوجد ما سيُجرى عليه التنفيذ. كما تمتد أهمية الكتابة فى الحالات التى لا يكون فيها قرار التوفيق قراراً ملزماً حيث يتم عرضه على الجهة الإدارية لاعتماده والطرف الأخر لقبوله تمهيداً لإثباته فى محضر مستقل تكون له القوة التنفيذية، وبدون الكتابة لن يتحقق ذلك الأمر⁽²⁾.

ومن ناحية ثالثة، أنه فى الحالة التى لا يقبل الأطراف فيها قرار التوفيق، فإنه ينبغى أن يكون قرار التوفيق مكتوباً، حتى يتم إيداعه بملف الدعوى أمام القضاء⁽³⁾. ولذا، فإذا كان القرار شفويّاً أو غير مكتوب، فإنه يتعذر إتمام عملية إيداعه بأوراق الدعوى التى سترفع أمام القضاء.

(1) أنظر: ما يلى - بند94.

(2) أنظر: ما يلى - بند95 وما يليه.

(3) وهذا ما رسمته المادة 3/9 من قانون التوفيق بقولها أن يتولى قلم كتاب المحكمة التى ترفع إليها الدعوى عن ذات النزاع ضم ملف التوفيق إلى أوراق الدعوى. ويقع عبء تقديم هذا الملف على عاتق الأمانة الفنية لجنة التوفيق، إذ ينبغى عليها سرعة إرسال ملفات طلبات التوفيق إلى أقلام كتاب المحاكم التى ترفع إليها دعاوى أو طعون عن المنازعات ذاتها فور طلبها من قلم الكتاب طبقاً لنص المادة 12 من قرار وزير العدل.

87- ثانياً: تسبب قرار التوفيق.

التسبب هو ضمانة إجرائية من الضمانات الأساسية للنقاضي⁽¹⁾، يحقق العديد من الفوائد، فموجبه يمكن رقابة الأحكام والتحقق من سلامتها وحماية حقوق الدفاع⁽²⁾.

ولذلك، ألزم المشرع لجنة التوفيق بضرورة تسبب قراراتها، وذلك لضمان حسن أداء عملها والتحقق من حسن استيعابها لوقائع النزاع ودفاع الأطراف، وهذا ما

(1) ويقصد بالتسبب بيان الأسس أو الأسباب التي يبني عليها الحكم. وهذه الأسباب منها ما هو واقعي ومنها ما هو قانوني والأسباب الواقعية هي بيان الوقائع ووسائل الدفاع والأدلة التي يستند إليها الحكم. أما الأسباب القانونية فتعنى بيان القواعد والمبادئ القانونية التي صدر الحكم تطبيقاً لها. د/وجدى راغب - مبادئ القضاء المدني - المرجع السابق - ص 591، 592 & د/عزمى عبد الفتاح - تسبب الأحكام وأعمال القضاة فى المواد المدنية والتجارية - ط 1 - 1983 - ص 15.

(2) حيث يكون من شأنه بيان كيفية اتخاذ القاضى قراره، ومدى إلمامه بالوقائع المطروحة عليه واستيعابه لدفاع الخصوم ومراقبة صحتها وما استخلصه منها. (الطعن رقم 12683 لسنة 75 ق - جلسة 2015/2/9؛ والطعن رقم 11929 لسنة 80 ق - جلسة 2012/4/3؛ والطعن رقم 1321 لسنة 69 ق - جلسة 2011/2/27). وبالتالي، فالتسبب من شأنه أن يُسلم القاضى من منظمة التحكم، ويرفع عنه الريب، ويطمئن الناس كافة والخصوم خاصة إلى حيده ونراهة وعدالة القضاء، فضلاً عن تمكين محكمة النقض من مباشرة رقابتها. (الطعن رقم 10013 لسنة 82 ق - جلسة 2016/1/14). وأنظر فى دراسة تفصيلية لأهمية التسبب: د/عزمى عبدالفتاح - تسبب الأحكام وأعمال القضاة - المرجع السابق - ص 15 وما بعدها & د/أحمد أبوالوفا - نظرية الأحكام - المرجع السابق - بند 65 - ص 172، 173.

أشارت إليه المادة التاسعة من قانون التوفيق بنصها على أن تصدر اللجنة قراراتها مسببة(1).

وبالتالى، فإن التسبب يعد من البيانات الجوهرية التى يجب أن يستوفىها قرار التوفيق على نحو لا يتصور معه صدور قرار التوفيق بلا تسبب. ولا يجوز للأطراف الاتفاق على إعفاء لجنة التوفيق من تسبب قراراتها(2).

ويبدو لنا من عبارة نص المادة المتقدمة أن المشرع أوجب تسبب كافة قرارات التوفيق، أيا كان طبيعة قرارها، سواء كان ملزماً أو غير ملزم، وسواء فى حالة إذا تم تسوية النزاع، أو فى حالة إخفاق اللجنة فى التسوية، بحيث ينبغى على اللجنة بيان أسباب التسوية أو بيان أسباب إخفاقها.

والحقيقة أنه رغم أن المشرع قد تبنى مبدأ تسبب قرارات التوفيق على النحو المتقدم، إلا أنه لم يوضح كيفية إجراء التسبب ولم يضع ضوابطاً لصحته. وبالتالي، فلا مناص والحال كذلك من الرجوع إلى القواعد العامة فى التسبب، هذا

(1) وذلك على خلاف قاعدة أن التسبب لا يكون إلا للأعمال القضائية. د/ عزمى عبد الفتاح - المرجع السابق - ص73.

(2) فالقاعدة هى أن التسبب يتعلق بالنظام العام.

مع الأخذ في الحسبان اختلاف طريق توفيق منازعات الجهة الإدارية عن القضاء،
طبيعة⁽¹⁾، وغاية⁽²⁾، وأثراً⁽³⁾.

وإعمالاً لذلك، فإنه وإن كان يجب تسبب قرارات التوفيق، إلا أنه لا يلزم دقة
التسبب التي تلزم أحكام القضاء، ولا تعامل معاملتها، ولا تطبق عليها نفس معايير
وضوابط التسبب القضائي⁽⁴⁾، وإنما يسرى عليها ما يتفق مع طبيعة وغاية وأثار
التوفيق سالفه الذكر.

وتفريعاً على هذا، فإن التسبب الصحيح لقرار التوفيق غير الملزم، فيكون عن
طريق صياغة ما توصلت إليه لجنة التوفيق من الرأي الذي اتجهت إليه إرادة
الأطراف وقبلته، أيا كان مضمونه أو مدى ملائمته أو سلامته من الناحيتين،

(1) حيث أن التوفيق طريق تمهيدي يسبق طريق القضاء يتسم باختصار إجراءاته وسرعة
الفصل فيها، ولا يقوم مقامه، ولا يعد درجة من درجاته. أنظر: ما تقدم - بند5.

(2) وذلك لأن غاية التوفيق هي غاية شخصية، وهي التوفيق بين المصالح الأطراف المتعارضة
واقتراح الحلول المناسبة لهم. بينما أن غاية القضاء هي غاية موضوعية، وهي تطبيق القانون
والتقيد بأحكامه.

(3) حيث أن قرار التوفيق، أيا كان مضمونه، لا يعتبر عملاً قضائياً ولا يرقى إلى مرتبة الأحكام
القضائية ولا يرتب آثارها. أنظر: ما يلي - بند92.

(4) أنظر في ضوابط وشروط تسبب الأحكام القضائية: د/فتحى والى - المبسوط - ج 2 -
المرجع السابق - بند148 - ص 402 وما بعدها & د/أحمد أبو الوفا - نظرية الأحكام - المرجع
السابق - بند66 وما يليه - ص174 وما بعدها & د/وجدى راعب - العمل القضائي - المرجع
السابق - ص504 وما بعدها & د/عيد القصاص - المرجع السابق - بن434 وما يليه -
ص931 وما بعدها.

القانونية والواقعية، وذلك لكون قرارات التوفيق هي بحسب الأصل قرارات غير ملزمة لا تقيد أطرافها بأى التزام بما يجوز لهم تجاهلها وإعادة طرح النزاع برمته من جديد على القضاء.

أما التسبب الصحيح لقرار التوفيق الملزم هو الذى يشمل الرد على طلبات الأطراف وأوجه دفاعهم رداً جلياً لا غموض ولا تعميم فيه بحيث لا يصل إلى حد التجهيل بالبيان والذهاب بمؤداه، وتتقيد فيه لجنة التوفيق بأحكام القانون ومراعاة الحالة الواقعية المعروضة عليها.

88- ثالثاً: إيداع القرار بملف التوفيق وإعلانه للأطراف.

بمجرد صدور قرار التوفيق، أيا كانت طبيعتها، تبادر الأمانة العامة بإيداعه بملف التوفيق⁽¹⁾. ويقصد بالإيداع حفظ قرار التوفيق بملف طلب التوفيق شأنه شأن كافة طلب التوفيق وكافة الإجراءات التى تتخذها لجنة التوفيق، وذلك للحفاظ عليها⁽²⁾.

كما ينبغى على الأمانة العامة إعلان الأطراف بقرار التوفيق حتى يتحقق العلم اليقيني لديهم بصدوره، فحفظ قرار التوفيق بالملف على النحو المتقدم لا يكفى وحده لذلك. ويقصد بالإعلان؛ إخطار الأطراف بمضمون القرار وتسليمهم نسخة أصلية

(1) طبقاً لنص المادة السادسة من قرار وزير العدل.

(2) أنظر: ما تقدم - بند 55.

من القرار موقعة ومعتمدة من أعضاء اللجنة. ولاشك أن الغاية من الإعلان واضحة إذ على أثره ينتج قرار التوفيق أثاره القانونية، والتي سوف نتولى بيانها في حينه.

ولم يستلزم المشرع إجراء إعلان قرار التوفيق على يد محضر، وإنما اكتفى أن يتم الإعلان عن طريق كتاب مسجل بعلم الوصول باعتباره الأداة التي اتبعها المشرع في إعلان إجراءات التوفيق. وعلة ذلك هي تبسيط الإجراءات والقصد في الوقت والنفقات والتيسير على الأطراف⁽¹⁾.

وجدير بالإشارة أنه على الرغم من أهمية إجراء الإعلان وتسليم الأطراف نسخة من قرار التوفيق، إلا أنه لا يترتب على مخالفته ثمة بطلان، فلم ينص قانون التوفيق على البطلان على أثر تخلف هذا الإجراء. كما أن واقعة عدم تسليم قرارات التوفيق ليست من الطرق التي حددها المشرع للطعن عليها.

(1) وهذه هي سياسية قانون التوفيق في إعلان الطلبات والقرارات. أنظر بالتفصيل: ما تقدم - بند55.

الفصل الرابع

خصوصيات قوة قرار التوفيق وأثاره

89- تمهيد وتقسيم:

لا يخرج مضمون قرار التوفيق عن ثلاثة فروض هي؛ أما أن يكون مجرد اقتراح أو قرار غير ملزم لأطرافه، أو يكون قراراً ملزماً للجهة الإدارية فقط، دون الطرف الآخر المنازع لها، أو يكون قراراً هو طبيعته غير ملزم، غير أن الأطراف المتنازعة تقبله وترضى به على وجه يصبح قراراً ملزماً لها.

وبذلك، تتعدد طبيعة قرار التوفيق، فيعد في بعض الأحوال مجرد قرار غير ملزم ليس له ثمة آثار قانونية، كما يعد في أحوال أخرى قراراً ملزماً للأطراف على نحو يقيدهم، أما بنص القانون أو بموجب اتفاق الأطراف. وعلى أثر هذا الاختلاف، تختلف الآثار القانونية لقرار التوفيق.

وأياً كان الأمر، فإن الحقيقة التي لا يمكن إنكارها هي أن قرار التوفيق لا يعد عملاً قضائياً، ولا يعتبر حكماً بالمعنى الفنى للكلمة. ومن ثم، فلا يترتب على قرار التوفيق ذات الآثار القانونية التي ينتجها الحكم القضائي، وإنما يترتب عليه ثمة آثار خاصة تتفق وطبيعته الخاصة، سواء من حيث تنفيذه أو الطعن عليه.

وتأسيساً على ذلك، يمكن التصدى لمعالجة هذا الفصل في مبحثين على النحو

التالى:

المبحث الأول: ماهية قرار التوفيق ومناطق قوة التنفيذ.

المبحث الثاني: الآثار القانونية لقرار التوفيق.

المبحث الأول

ماهية قرار التوفيق ومناطق قوته التنفيذية

90- تقسيم:

لمعالجة ماهية قرار التوفيق وبيان مناطق القوة التنفيذية ومفترضاتها، نرى تقسيم

هذا المبحث إلى مطلبين فيما يلي:

المطلب الأول: ماهية قرار التوفيق.

المطلب الثاني: أساس القوة التنفيذية لقرار التوفيق ومفترضاتها.

المطلب الأول

ماهية قرار التوفيق

91- أولاً: تعريف ومدلول قرار التوفيق.

لم يضع المشرع تعريفاً محدداً لاصطلاح قرار التوفيق، وإنما جاء النص عليه بصورة عامة وعارضة وفقاً لنص المادة التاسعة من قانون التوفيق. غير أنه بمقتضى الحال يمكن القول أن قرار التوفيق هو وثيقة تتضمن ما انتهت إليه لجنة التوفيق بشأن النزاع القائم بين الأطراف.

بيد أن الواضح من التنظيم القانوني لقرار التوفيق أن إرادة المشرع جاءت واضحة لا تدع مجالاً للشك في أن هذا القرار ليس حكماً قضائياً بالمعنى الصحيح. فاستخدام المشرع لفظ القرار ليس للدلالة على اعتبار قرار التوفيق حكماً، وإنما للدلالة على إلزامية هذا القرار في بعض الحالات. ولذا، فلا يشترط أن يصاغ كما تصاغ الأحكام، وإنما يكفي أن يتضمن القدر الضروري من البيانات التي تكفي لاستيفاء الغاية المقصودة منه ويقدر ما يلزم لمراقبة نشاط لجنة التوفيق.

والملاحظ أن المشرع قد استخدم لفظ «قرار التوفيق» بموجب القانون رقم 6 لسنة 2017 بدلاً من تعبير «التوصية» الذي كان يستخدمه حال صدور قانون التوفيق رقم 7 لسنة 2000، وذلك على نتائج عمل لجنة التوفيق. ومرجع ذلك هو تحول لجنة التوفيق في بعض الأحوال إلى «لجنة ذات اختصاص قضائي» تتمتع

بسلطة الفصل فى النزاع دون الاعتداد بإرادة الأطراف، ورغبة المشرع فى أن يبث الثقة على لجان التوفيق لدى الأطراف ويوحى بأهميتها وتبديد كل شك حولها، ومنحها مزيداً من الفاعلية حفاظاً على استقرار الروابط القانونية للأطراف.

وفى اعتقادنا أن تعميم اصطلاح قرار التوفيق على كل ما تصدره لجنة التوفيق واستعماله عوضاً عن لفظ التوصية هو أمر ليس صحيحاً على إطلاقه، فثمة فارق جوهري وواضح بين الاصطلاحين، فاصطلاح «القرار» يوحى بالقوة الإلزامية، بخلاف اصطلاح «التوصية» الذى يخلو من هذه القوة، فأراء لجنة التوفيق وما تتوصل إليه ليست ذات طبيعة واحدة، فهى بحسب الأصل مجرد توصيات غير ملزمة لأطرافها تتجرد من أى أثر قانونى، واستثناء لذلك تتمتع بسلطة الفصل فى النزاع بقرارات ملزمة فى الأحوال التى تعد فيها لجنة ذات اختصاص قضائى وفقاً للمادة العاشرة مكرر من قانون التوفيق، مع ملاحظة أن هذا الإلزام لا يسرى إلا فى حق جهة الإدارة دون الطرف الأخر، فهو ليس ملزماً له.

وعلى ذلك، نرى أن استبدال المشرع لفظ التوصية بتعبير قرار التوفيق بوجه عام، هو أمر يشوبه عدم الدقة، فاصطلاح القرار غير منضبط، فهو وإن يتفق مع حالة اعتبار لجنة التوفيق هيئة إدارية ذات اختصاص قضائى، إلا أنه يتنافى مع طبيعة عملها الأساسى، وهو التقريب بين وجهات نظر الأطراف المتنازعة واقتراح الحلول المناسبة لهم، فضلاً عن أنه لا يعبر عن القيمة القانونية التى يجب الاعتراف بها لما يصدر عن اللجنة من آراء غير ملزمة، وهو فى حد ذاته يعد

خروجاً عن المدلول القانونى لمصطلحات ومقتضياتها إذ يجب أن تكون الاصطلاحات التى يستعملها المشرع واضحة ودقيقة فى مضمونها. ولذلك، فإنه يكون من الحسن على المشرع مراعاة ذلك وقصر اصطلاح القرار على حالات اعتبار لجنة التوفيق بمثابة لجنة ذات اختصاص قضائى.

92- ثانياً: طبيعة قرار التوفيق.

سبق القول أن لجنة التوفيق لا تعد جهة قضائية بمعنى الكلمة، ولا صلة لها بالقضاء، وإنما هى - بحسب الأصل - لجنة إدارية خاصة مهمته محاولة التوفيق بين الأطراف والتقريب بين وجهات نظرهم واقتراح الحلول التى تلاءم الأطراف وتتفق مع مصالحهم، وذلك فى منازعة التوفيق والتى لا تعد خصومة قضائية بمعناها الخاص أو إجراءاتها، وإنما هى مرحلة تمهيدية لها. وبهذه المثابة، فإن نشاط لجنة التوفيق وأعمالها ليست أعمالاً قضائية بكل ما يحمله هذا الوصف من معانى، وما يقتضيه من نتائج.

وتبعاً لهذا، فإن قرار التوفيق لا يعد عملاً قضائياً بالمعنى الفنى للكلمة⁽¹⁾، وبالتبعية ليس حكماً بالمعنى الخاص، وإنما هى عمل يتسم بالطبيعة العقدية يجد

(1) وذلك لأن مفترضات العمل القضائى من الادعاء والمنازعة والعضو لا توافر فى منازعة التوفيق، وذلك لأن لجنة التوفيق ليست قاضياً بالمعنى الفنى. كما أنها وهو تقوم بعملها التوفيقى لا تكون قائمة بوظيفة الفصل فى خصومة حيث ليس هناك منازعة بالمعنى الفنى الدقيق، وإنما تقوم بعملها بوصفها لجنة إدارية وهى السعى للتوفيق بين الأطراف. كما أنها لا تطبق قواعد وإجراءات قانون المرافعات التى تتبع عند مباشرة العمل القضائى. راجع فى مفترضات ومعايير

أساسه في مبدأ سلطان إرادة الأطراف، فهي مظهر من مظاهره. ولذا، فإن قرار التوفيق من حيث الجوهر يعد عقداً أو اتفاقاً، يأخذ طبيعته، ويسرى عليه أحكامه وأثاره⁽¹⁾. كما لا يعد من ناحية أخرى قراراً إدارياً بالمعنى الصحيح حيث لا يتوافر فيه مقومات القرار الإداري وأركانه⁽²⁾.

وإذا كان إسباغ قرار التوفيق بوصف العمل التعاقدى حقيقة لا يمكن تجاهلها، إلا أن المشرع لم يساير هذه القاعدة على إطلاقها، وإنما خرج عنها حيث اعتبر لجنة التوفيق بمثابة لجنة ذات اختصاص قضائي منحها سلطة الفصل في النزاع في أحوال معينة. وبذلك يأخذ رأي لجنة التوفيق الطابع الإلزامي بالمعنى الفني الدقيق، وذلك بالنسبة للجهة الإدارية فقط، فهو ليس مقيداً أو ملزماً للطرف الآخر.

وعلى ذلك، تتضح طبيعة قرار التوفيق، فهو ذو طبيعة خاصة، فالأصل أنه اتفاق يستمد وجوده من إرادة الأطراف، وفي حالات خاصة بمثابة قرار إداري يصدر من لجنة إدارية ذات اختصاص قضائي ملزم يستمد وجوده من القانون.

العمل القضائي: د/وجدى راغب - النظرية العامة للعمل القضائي - المرجع السابق - ص33 وما بعدها & د/فتحي والي - الوسيط في قانون القضاء المدني - المرجع السابق - ص29 وما بعدها & د/إبراهيم نجيب - القانون القضائي الخاص - ج1 - المرجع السابق - ص67 وما بعدها & د/محمود هاشم - قانون القضاء المدني - ج1 - ط1981 - ص59 وما بعدها & د/محمد عبدالخالق - قانون المرافعات - المرجع السابق - ص33 & د/أحمد المليجي - أعمال القضاة - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية - 1993 - ص6 وما بعدها.

(1) أما إذا لم يقبل الأطراف رأي اللجنة، فإن التكييف القانوني له أنه مجرد توصية لا تنشئ في حد ذاتها أي أثر قانوني، يتوقف نفاذها على إرادة الأطراف.

(2) المحكمة الإدارية العليا - طعن رقم 13194 لسنة 53 ق.ع. - جلسة 2009/2/25.

وفى كلا الأحوال هو لا يرقى إلى مرتبة الأحكام القضائية. فالقاعدة أن القرارات التى تصدر من اللجان الإدارية لا تعتبر قرارات أو أحكام قضائية بالمعنى الفنى بالتعويل على المدلول القانونى لمصطلح الحكم.

المطلب الثانى

مفترضات القوة التنفيذية لقرار التوفيق

93- يختلف تنفيذ قرار التوفيق بحسب طبيعته القانونية عما إذا كان قراراً ملزماً من عدمه، وأساس هذا الإلزام وما إذا كان نص المشرع أو اتفاق الأطراف. وبيان ذلك فيما يلى.

94- أولاً: بالنسبة لقرار التوفيق الملزم بنص القانون .

نقصد بقرار التوفيق الملزم بنص القانون، القرار الذى يصدر من لجنة التوفيق فى الأحوال التى يعتبرها المشرع بمثابة لجنة ذات اختصاص قضائى طبقاً للفقرة الأولى من المادة العاشرة مكرر من قانون التوفيق، والتى تنص على تكون قرارات اللجنة واجبة النفاذ فى مواجهة الجهة الإدارية متى كانت قيمة المنازعة لا تجاوز أربعين ألف جنيه أو تعلقت المنازعة بالمستحقات المالية للعاملين لدى أى من الجهات المنصوص عليها فى المادة الأولى من هذا القانون، أيا كانت قيمتها.

ويؤخذ من هذا النص أن قرار التوفيق الصادر من لجنة التوفيق باعتبارها لجنة ذات اختصاص قضائى يعد فى حد ذاته سنداً تنفيذياً بمعناه الخاص، دون اللجوء إلى القضاء، ودون حاجة إلى اتخاذ ثمة إجراء أو انتظار فوات وقت معين، فهو يعد من الأعمال القانونية التى يعطيها المشرع - طبقاً لنص المادة 280 من قانون

المرافعات - القوة التنفيذية على نحو يمكن بمقتضى قرار التوفيق اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبرى⁽¹⁾.

ويقع على عاتق قلم الكتاب بالمحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها مقر لجنة التوفيق عبء وضع الصيغة التنفيذية على قرار التوفيق الصادر من لجنة التوفيق فى حالة كونها لجنة ذات اختصاص قضائى طبقاً للمادة المتقدمة⁽²⁾. فلا يكفى تمتع قرار التوفيق بالقوة التنفيذية، وإنما يتعين وضع الصيغة التنفيذية عليه من قبل قلم كتاب المحكمة الابتدائية. وهذا الأمر لا ينشئ القوة التنفيذية لقرار التوفيق من عدمه، فهو يتمتع بها بمجرد صدوره.

غير أنه ينبغى ملاحظة أن قرار التوفيق فى هذا الصدد لا يعد سنداً تنفيذياً إلا فى مواجهة الجهة الإدارية. وبالتالي، فإذا صدر قرار التوفيق لصالح جهة الإدارة، فإنها لا تستطيع اقتضاء ما قضت به لجنة التوفيق جبراً عن الطرف الآخر حال

(1) والقوة التنفيذية هى أثر قانونى بمقتضاه يمكن للدائن أو المحكوم له تنفيذه جبراً حال امتناع المدين أو المحكوم عليه عن تنفيذه اختياراً. د/وجدى راغب - النظرية العامة للتنفيذ القضائى - المرجع السابق - ص 63، 74 & إبراهيم نجيب - القانون القضائى الخاص - ج 2 - المرجع السابق - بند 403 - ص 311 & د/إبراهيم النفاوى - القوة التنفيذية للأحكام - ط الأولى - 2000 - بند 29 - ص 37.

(2) وهذا ما رسمته المادة 15 من قرار وزير العدل حيث نصت على أن يتم وضع الصيغة التنفيذية على القرارات الملزمة التى تصدرها اللجنة وفقاً لأحكام المادتين 9، و 10 مكرر من قانون التوفيق.

امتناعه عن تنفيذ طواعية واختياراً. وبعبارة أخرى لا ينشئ قرار التوفيق الحق في التنفيذ الجبرى إلا للطرف الأخر المنازع للجهة الإدارية⁽¹⁾.

ولم يرسم قانون التوفيق إجراءات خاصة لتنفيذ قرار التوفيق الملزم بنص القانون. وبالتالي، فلا مناص والحال كذلك سوى الرجوع إلى القواعد العامة للتنفيذ الجبرى وما يثار حوله من إشكاليات. ونحيل إليها منعاً للإطالة دون داعٍ.

(1) ونعتقد أنه لا يشترط، كما يذهب البعض، اعتماد الجهة الإدارية لقرار التوفيق فهذه الحالة، حتى يكون واجب النفاذ تجاهها، فقرار التوفيق يكون قابل لتنفيذ الجبرى بمجرد صدوره، وهذا هو الواضح من عبارة نص المادة 10 مكرر صريحة بقولها (قرارات اللجنة واجبة النفاذ فى مواجهة الجهة الإدارية). أنظر: د/فتحى والى - المبسوط - ج2 - المرجع السابق - بند 250 - ص742.

95- ثانياً: بالنسبة لقرار التوفيق الملزم باتفاق الأطراف.

بداية، لا يصلح قرار التوفيق غير الملزم بحسب طبيعته للتنفيذ الجبرى، ولا ينشأ عنه الحق فى التنفيذ، إذ لا يستطيع الطرف الصادر لصالحه اتخاذ إجراءات التنفيذ جبراً على الطرف الأخر، وذلك لأن قرار التوفيق غير الملزم هو بمثابة توصية عديمة الأثر القانونى، لا تتمتع بالقوة التنفيذية؛ فهى فى حد ذاتها غير كافية لتحريك الحماية التنفيذية الجبرية، ما لم يقبلها أطرافها.

ولهذا، اعتبرت المادة التاسعة من قانون التوفيق قبول الأطراف لقرار التوفيق غير الملزم أمراً ضرورياً لا غنى عنه لتنفيذه، فهو يدور وجوداً وعدمياً معه، واستلزمت إثبات هذا القبول فى محضر مستقل⁽¹⁾. فلئن كانت الأطراف ملزمة بسلك إجراءات التوفيق باعتبارها طريقاً إجبارياً يسبق اللجوء إلى القضاء، فإنهم ليسوا كذلك بالنسبة لقرار التوفيق غير الملزم، فلا يتصور إلزامهم بقرار هو بحسب طبيعته مجرد توصية غير ملزمة ما لم يقبلوها ويرتضوا بمضمونها.

(1) وتتص المادة 9 من قانون التوفيق على أن تصدر اللجنة قراراتها فى المنازعة، مع إشارة موجزة لأسبابها تثبت بمحضرها، وذلك فى ميعاد لا يجاوز ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم طلب التوفيق إليها. وتعرض القرار خلال سبعة أيام من تاريخ صدوره على السلطة المختصة والطرف الأخر فى النزاع، فإذا اعتمده السلطة المختصة وقبله الطرف الأخر كتابة خلال الخمسة عشر يوماً التالية لحصول العرض قررت اللجنة إثبات ما تم الاتفاق عليه فى محضر يوقع من الطرفين ويلحق بمحضرها وتكون له قوة السند التنفيذى، ويبلغ إلى السلطة المختصة لتنفيذه.

وبهذه المثابة، فإن موافقة الأطراف هو إجراء لازم حتى يصبح قرار التوفيق سنداً تنفيذياً بالمعنى الفنى الدقيق. ومرجع ذلك هو كونه يتم بموافقة الأطراف على نحو يصدر بإراداتهم الكاملة، ويتضمن تأكيداً نهائياً لحقوقهم ومراكزهم القانونية، إذا بقبول قرار التوفيق لا يكون هناك مجالاً للمنازعة فيه حيث يكونوا قد تنازلوا عن حقهم فى الطعن مالم يكن مشوباً بالبطلان على نحو ما سنبين فى حينه.

ولقد نص قرار وزير العدل على إجراءات محددة لتنفيذ قرار التوفيق غير الملزم جبراً، تبدأ بعرض القرار على الأطراف للحصول على موافقتهم به، ثم يعقب ذلك إثبات ذلك بمحضر مستقل تكون له قوة السند التنفيذى. وهذا ما سنفصله فيما يلى.

96- 1- عرض قرار التوفيق على الأطراف المتنازعة.

استوجبت المادة 9 من قانون التوفيق ضرورة عرض قرار التوفيق غير الملزم على الأطراف خلال سبعة أيام من تاريخ صدوره. ولقد نظمت المادة 10 من قرار وزير العدل إجراءات عرض قرار التوفيق على الأطراف، فنصت على أنه تقوم الأمانة الفنية للجنة بعرض ما تصدره اللجنة من قرارات وأسبابها على طرفى المنازعة فور إصدار القرار بحيث لا يجاوز ميعاد العرض بأية حال سبعة أيام من تاريخ صدوره، وتتلقى الأمانة المذكورة ما ينتهى إليه الطرفان من قبول القرار واعتماده من السلطة الإدارية المختصة أو رفضها، ويتم التأشير بذلك فى جدول قيد الطلبات.

ويؤخذ من هذا النص، أنه ينبغي على الأمانة الفنية أن تبادر فور إصدار لجنة التوفيق لقرارها غير الملزم فى المنازعة المطروحة عليها، بعرضه على طرفى المنازعة خلال سبعة أيام من تاريخ إصداره للوقوف حول موقفهم من القرار⁽¹⁾. ويكون ذلك عن طريق خطاب مسجل بعلم الوصول باعتباره الطريقة المعتمدة فى منازعة التوفيق لإعلان الأطراف بما يتخذ فيها من إجراءات⁽²⁾.

وجدير بالتتويه أن عرض قرار التوفيق على الأطراف هو أمر ضرورى قصد به الوقوف حول موقف الأطراف منه، فرضاء الأطراف بما انتهى إليه هذا القرار وقبولهم له يعنى تقيدهم به والالتزام بما تضمنه على نحو يضىف عليه حجية تجعله غير قابل للمنازعة فيه من جديد. أما إذا لم يرتض الأطراف هذا القرار، فيصبح عديم الفائدة ولا أثر قانونى له بما لا يجوز تنفيذه.

وبهذا يبدو واضحاً أن قبول الأطراف لقرار التوفيق غير الملزم هو مناط تنفيذه، ومفترض ضرورى لا غنى عنه للبدء فى إجراءات تنفيذه باعتباره مجرد توصية لا ترقى إلى مرتبة الأحكام أو القرارات الملزمة. ولعل هذا معناه أن الحق فى التنفيذ هنا هو حق معلق على شرط، وهو شرط موافقة الأطراف لهذا القرار، فهو يدور وجوداً وعدمًا معه.

(1) أنظر: د/فتحي والى - المبسوط - ج2 - المرجع السابق - بند249 - ص737، 738 & د/مبروك عاشور - المرجع السابق - بند86 - ص171، 172.

(2) أنظر: ما تقدم - بند55.

والواقع أن قبول الجهة الإدارية لقرار التوفيق غير الملزم، إنما يكون عن طريق اعتمادها له، فلا يكفي قبول ممثلها الذي باشر إجراءات التوفيق وقام بالتوقيع على قرار التوفيق، باعتبارها المناط بها تنفيذ ما تعتمده من قرارات التوفيق. بمعنى أن مناط القوة التنفيذية لقرار التوفيق في هذا الصدد هو اعتماده من الجهة الإدارية ذاتها⁽¹⁾.

ولقد استلزمت المادة 9 من قانون التوفيق عنصر الكتابة كشرط للتعبير عن اعتماد الجهة الإدارية وموافقة الطرف الآخر لقرار التوفيق غير الملزم، وذلك دون أن تحدد شكلاً خاصاً له. غير أنه ينبغي أن تتم الكتابة بطريقة قاطعة الدلالة بحيث يستدل منها على قبول الأطراف المتنازعة لقرار التوفيق غير الملزم. ونعتقد أن اشتراط الكتابة على هذا النحو لا يعدو أن يكون مجرد وسيلة للإثبات القصد منها تفادي أي نزاع يحتمل أن ينشأ مستقبلاً بشأن ارتضاء الأطراف لقرار التوفيق غير الملزم .

97-2- إثبات اتفاق الأطراف في محضر مستقل.

لا يكفي قبول الأطراف المتنازعة لقرار التوفيق على النحو المتقدم للبدء في مباشرة إجراءات التنفيذ الجبري، فالقبول في حد ذاته ليس إجراءً كافياً لذلك، وإنما يتعين إثبات هذا القبول وتأكيد فيه في محضر مستقل يوقع عليه الأطراف، وذلك

(1) فتوى الجمعية العمومية للفتوى والتشريع رقم 152 في 2018/1/24 - جلسة 2018/1/10.

خلال الخمسة عشر يوماً التالية لعرض قرار التوفيق على الأطراف، عملاً بنص المادة 9 من قانون التوفيق والتي تنص على أنه إذا اعتمدته السلطة المختصة وقبله الطرف الآخر كتابة خلال الخمسة عشر يوماً التالية لحصول العرض قررت اللجنة إثبات ما تم الاتفاق عليه في محضر يوقع من الطرفين ويلحق بمحضرها.

ولقد نظمت المادة 11 من قرار وزير العدل إجراءات إثبات اتفاق الأطراف على قرار التوفيق غير الملزم حيث نصت على أنه تولى الأمانة الفنية عرض ما يفيد ذلك على رئيس اللجنة لتحديد أقرب جلسة يتم إخطار الخصوم بها، وتقوم اللجنة فيها بإثبات ما تم الاتفاق عليه في محضر يوقع عليه الطرفان ويلحق بمحضر الجلسة، وتسلم منه لذوى الشأن صورة رسمية، وتخطر الأمانة الفنية للجنة السلطة الإدارية المختصة قانوناً لتنفيذ ما التزمت بتنفيذه طبقاً للاتفاق المثبت في المحضر المشار إليه.

والمستفاد من هذا النص، أنه يتعين على الأمانة الفنية للجنة التوفيق عقب انتهاء الأطراف من تقديم موافقتهم المكتوبة لقرار التوفيق خلال الخمسة عشر يوماً المتقدمة، أن تبادر على الفور بعرض هذه الموافقة على رئيس اللجنة، وذلك حتى يقوم بدوره بتحديد ميعاد لاجتماع اللجنة يخطر به الأطراف بواسطة أمانة لجنة التوفيق لإثبات ما اتفقوا عليه⁽¹⁾.

(1) أنظر: د/فتحي والى - المبسوط - ج 2 - المرجع السابق - بند 249 - ص 738 & د/مبروك عاشور - المرجع السابق - بند 86 - ص 172.

وعليه، فإذا ما حل هذا الميعاد، انعقدت اللجنة وقامت بإثبات ما اتفق عليه الأطراف فى محضر مستقل، يكتب بواسطة أمانة اللجنة، ويوقع من الأطراف، ويلحق بمحاضر التوفيق ليعتبر جزءاً لا يتجزأ منها بحيث يمكن تكملته منها إذا نقصت أحد بياناته.

ويعتبر محضر الاتفاق ذاته هو السند التنفيذى التى بمقتضاه يتم اقتضاء الحق الثابت به جبراً دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء بشأنه، فهو سند تنفيذى بالمعنى الصحيح حيث يأخذ قوته ويرتب آثاره⁽¹⁾. وهذا هو البين من نص المادة 9 من قانون التوفيق بنصها تكون له قوة السند التنفيذى، ويبلغ إلى السلطة المختصة لتنفيذه.

أما إذا ما حل ميعاد انعقاد اللجنة لإثبات ما اتفق عليه الأطراف، وتغيب الأطراف، أحدهما أو كلاهما، عن الحضور، وتعذر إثبات هذا الاتفاق فى محضر مستقل، فإن اتفاقهم لا يعد سنداً تنفيذياً، وإنما هو لا يعدو مجرد ورقة عرفية، وذلك لأن إرادة الأطراف وحدها لا تكفى لإنشاء سند تنفيذى من قرار التوفيق غير الملزم، بل يجب أن يستوفى قرار التوفيق الشروط التى يتطلبها القانون سالفه الذكر، حتى يكتسب صفة السند التنفيذى التى بمقتضاه يمكن مباشرة إجراءات التنفيذ الجبرى.

(1) المحكمة الإدارية العليا - طعن رقم 13194 لسنة 53 ق.ع. - جلسة 2009/2/25.

فالقاعدة هي عدم الاعتراف للإرادة الخاصة بتكوين السندات التنفيذية⁽¹⁾، وأن الحق في التنفيذ - بحسب الأصل - لا ينتج عن إرادة الأطراف، وإنما يرتبط بوجود السند التنفيذي⁽²⁾.

(1). أنظر: د/وجدى راغب - النظرية العامة للتنفيذ القضائي - المرجع السابق - ص 46 & د/أحمد ماهر زغلول - آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها - المرجع السابق - بند 2 - هامش ص 9، 10.

(2) أنظر: د/وجدى راغب - المرجع السابق - ص 33، 39 & د/أحمد ماهر زغلول - الإشارة السابقة & د/نبيل عمر - الوسيط في التنفيذ الجبري - المرجع السابق - ص 14، 15.

المبحث الثانى

الآثار القانونية لقرار التوفيق

98- تمهيد وتقسيم:

إذا كان قرار التوفيق من الجائز - كما قدمنا - اعتباره سنداً تنفيذياً بالمعنى الفنى الدقيق، فى حالات معينة، وبإجراءات وشروط خاصة، إلا أنه لا يصلح لإنتاج ذات آثار الحكم القضائى، إنما ينتج آثار خاصة تتفق مع طبيعته الذاتية وتتلائم مع خصوصيات التوفيق.

ولبيان الآثار القانونية لقرار التوفيق، يمكن تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين فيما

يلى:

المطلب الأول: آثار قرار التوفيق غير الملزم.

المطلب الثانى: آثار قرار التوفيق الملزم.

المطلب الأول

أثار قرار التوفيق غير الملزم

99- قرار التوفيق غير الملزم هي القرار الذي يصدر في منازعة التوفيق ولم يقبله أطراف المنازعة أو يصيغ عليه المشرع طابع الإلزام بحيث يكون عديم الأثر القانوني على نحو لا يتمتع بأية قوة ملزمة تجاه أطرافه الأمر الذي يحق معه للأطراف اللجوء إلى القضاء لعرض المنازعة عليه من جديد.

غير أن الفرض المتصور في هذا الصدد، أن تلجأ الأطراف المتنازعة إبتداء إلى لجنة التوفيق المختصة، ثم تبادر باللجوء إلى المحكمة المختصة لعرض منازعاتهم عليها للفصل فيها من جديد على أثر عدم قبولهم قرار التوفيق، وقد تنتهي الخصومة القضائية دون أن يتم البت في موضوعها، لأي سبب، ثم تعاود الأطراف طرح ذات النزاع برمته - سبباً وموضوعاً وأشخاصاً - مرة أخرى مباشرة أمام المحكمة المختصة دون أن يسبق ذلك لجوئهم إلى لجنة التوفيق المختصة، فهل يتعين على المحكمة المختصة في هذه الحالة القضاء بعدم قبول الدعوى لعدم اللجوء إلى لجنة التوفيق المختصة عملاً بالمادة 11 من قانون التوفيق؟

عالجت **محكمة النقض** هذا الفرض؛ حيث قضت بأنه إذا كان البين من الأوراق أن المطعون ضدهم سبق أن تقدموا إلى لجنة التوفيق المختصة بالطلب رقم ... قبل إقامتهم للدعوى رقم لسنة مدنى جزئى قويسنا المرفوعة على الطاعن (بصفته) ووكيل وزارة التربية والتعليم بالمنوفية (بصفته) بطلب الحكم

بانتهاؤ عقد الإيجار المؤرخ ..//....//.... لانقضاء مدته وبالإلزامها بتسليم العين المؤجرة (المدرسة الثانويه بنين بمدنية قويسنا) تأسيساً على أنهما يشغلانها بدون سند من القانون، إلا أن المحكمة انتهت إلى القضاء برفضها لعدم استبقائها بالتنبية عليهما بالإخلاء فى الميعاد، فعاد المطعون ضدهم وأقاموا دعواهم الحالية على الطاعن بصفته وعلى كل من وكيل وزارة التربية والتعليم بالمنوفية بصفته ومدير إدارة قويسنا التعليمية بصفته (التابعين له) وهى بحسب مرماها وطلبات المطعون ضدهم فيها تستهدف القضاء بانتهاؤ ذات عقد الإيجار لذات السبب، وتسليم ذات العين المؤجرة لشغلها دون سند. وبالتالي فإنها لا تعدو أن تكون امتداداً لخصومة الدعوى السابقة التى تردد فيها النزاع بين الخصوم أنفسهم وتعلق بذات المحل والسبب بإجراءات جديدة فى القانون، ومن ثم فلا وجه للتحدى بعدم قبولها لعدم اللجوء إلى لجنة التوفيق قبل رفعها مرة أخرى. وإذ التزم الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه هذا النظر فى نتيجته، فإنه لا يكون قد خالف القانون(1).

ونحن نؤيد مذهب محكمة النقض، وذلك لأن لجوء الخصوم - أطراف الطعن - إلى لجنة التوفيق المختصة عند بدء نشوء المنازعة القائمة بينهم قبل رفع دعواهم الأولى وعدم توصلهم إلى حلى سلمى بشأنها قد ترتب عليه خروجها عن ولاية لجنة التوفيق وسلب اختصاصها بها بما يمتنع عليها نظرها مرة أخرى. وهذا هو الواضح من دلالة نص المادة 10 من قانون التوفيق والتى مؤداها أنه بمجرد انتهاء مدة الثلاثين يوماً دون إصدار اللجنة قرارها أو صدوره دون تلاقيه قبول الأطراف يغل

(1) الطعن رقم 11205 لسنة 79ق - جلسة 2011/4/28.

يد اللجنة عن نظر المسألة ليصبح معه القضاء هو الجهة المختصة بنظر النزاع بما لا يصح لوج طريق غيره⁽¹⁾.

ولا ينال من ذلك القول بأن الدعوى الأولى التي أقيمت بعد لوج طريق التوفيق قد تم رفضها - على نحو ما جاء بأسباب الحكم المتقدم -، وذلك لأن القضاء برفض هذه الدعوى - لعدم التنبيه على المدعى عليهم بالإخلاء فى الميعاد - لم يقطع دابر الخلاف ولم يضع حداً نهائياً له بحيث لم يحوز حجية الأمر المقضى به. وبذلك، فإن المنازعة لم تخرج من ولاية القضاء بما يحق له التصدى لها مرة أخرى مباشرة. وهذا ما أقرته محكمة النقض بقولها أن الدعوى الثانية هى امتداد للدعوى الأولى بإجراءات جديدة لوحدة عناصرها، الخصوم والسبب والمحل.

ونضيف إلى ما تقدم، أن لجوء الخصوم إبتداءً إلى لجنة التوفيق المختصة بخصوص المنازعة القائمة بينهم حال نشوئها قد تحقق معه الغاية التى إبتغاها المشرع وقصدها من إلزامية اللجوء إلى طريق التوفيق قبل طرح النزاع على القضاء، وهى تحقيق عدالة ناجزة تصل بها الحقوق إلى أصحابها من خلال أداة سهلة وإجراءات بسيطة وبمراعاة إرادة أطراف الخصومة توفيراً للوقت والجهد والنفقات. وطالما أن الخصوم - المطعون ضدهم - قد سلكوا طريق التوفيق أمام لجنة التوفيق المختصة بشأن ذات المنازعة محل التداعى أمام القضاء، فلا جدوى

(1) أنظر: ما سبق - بند 84.

إذن من اللجوء إلى التوفيق مجدداً مرة أخرى. وبهذه المثابة، يكون قصد المشرع قد تحقق بما تنتفى معه شائبة الخطأ في قضاء الحكم المطعون ضده.

بل على النقض تماماً، نعتقد أن اللجوء إلى لجنة التوفيق المختصة مرة أخرى لذات النزاع الذي طرح عليها مسبقاً لا يتسبب فقط في إطالة أمد التقاضى والمغالاة في الشكليات بما لا يتحقق معه الغاية التي قصدها المشرع - وهي تحقيق العدالة الناجزة -، وإنما يتعارض أيضاً مع مصالح الخصوم ورغبتهم في عدم إنهاء خصوماتهم ودياً عن طريق التوفيق. وعليه، فإنه يكون من مقتضيات حسن سير العدالة عدم اللجوء إلى لجنة التوفيق مرة أخرى لعرض ذات المسألة التي نظرتها مسبقاً ولم يتم تسويتها ودياً بين الخصوم.

المطلب الثانى

آثار قرار التوفيق الملزم

100- ثمة آثار تتصرف إلى قرار التوفيق، بغض النظر عن مصدر الصفة الملزمة له، عما إذا كانت اتفاق الأطراف أم نص القانون، وهى استنفاد ولاية لجنة التوفيق بمجرد صدوره، وعدم حيازته لحجية الأمر المقضى به. كما أنه لا يجوز الطعن فيه بطرق الطعن المقررة للأحكام القضائية، لكونه مجرد قرار ملزم لا يرقى إلى مصاف الأحكام القضائية بمعناها الخاص، ولا يعد عملاً قضائياً بالمعنى الصحيح، وإنما يخضع لطرق طعن خاصة نظراً لطبيعته الخاصة. وهذا ما سنفصله فيما يلى.

101- أولاً : استنفاد لجنة التوفيق لولايتها.

بمجرد انتهاء إجراءات التوفيق، وصدور قرار التوفيق، أيا كانت طبيعته، تنقضى سلطة التوفيق بقوة القانون، بحيث تكون مرحلة التوفيق قد استنفدت، بما يفتح الطريق أمام الأطراف جميعاً للالتجاء إلى القضاء المختص⁽¹⁾. وهى ما تعرف بقاعدة استنفاد الولاية⁽²⁾.

(1) أنظر: طعن مدنى رقم 4471 لسنة 75 ق - جلسة 2014/6/12.

(2) ويقصد بها أن القاضى متى أصدر حكمه فى المسألة المعروضة عليه بصفة حاسمة ترتب على ذلك خروج النزاع من ولايته، على نحو يسقط حقه فى نظرها مرة أخرى، وذلك لسبق مباشرته لهذا الحق، إعمالاً لقاعدة عدم جواز مباشرة الإجراءات إلا مرة واحدة. د/ أحمد أبو الوفا -

وعلى الرغم من أن قانون التوفيق لم ينص صراحة على قاعدة استنفاد الولاية بالنسبة للجنة التوفيق ولم يحدد أحكامها، إلا أن ذلك لا يعنى انعدامها وعدم وجودها. وهذا هو المستفاد من ظاهر نص المادة العاشرة من قانون التوفيق حيث ألزمت لجنة التوفيق بإصدار قرارها خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم طلب التوفيق، بحيث إذا لم تصدر قرارها خلال هذا الميعاد أو لم يقبله الأطراف، انفتح الطريق أمام الأطراف للالتجاء إلى المحكمة المختصة لطرح النزاع عليها⁽¹⁾، وهذا معناه انقضاء سلطة لجنة التوفيق واستنفاد ولايتها بقوة القانون.

فلئن كان التوفيق طريقاً ودياً لتسوية النزاع قبل عرضه على القضاء قوامه عدم التقيد بإجراءات المرافعات، إلا أن هذا الإعفاء لا يسرى على الأصول الأساسية للنقاضي؛ والتي ينبغى على لجنة التوفيق مراعاتها دون حاجة للنص عليها، فبدونها لا يتصور وجود عدالة حقيقية، ومنها مبدأ استنفاد الولاية، فهو أصل من أصول النقاضي التي تتعلق بالنظام العام. وبالتالي، فإن لجنة التوفيق تنتهى مهمتها بمجرد

نظرية الأحكام - المرجع السابق - بند 374 - ص 693 & د/ وجدى راغب - المرجع السابق - ص 598 & د/ إبراهيم نجيب - المرجع السابق - بند 397 - ص 298 & د/ أحمد زغول - أعمال القاضى التى تحوز الحجية - دار النهضة العربية - بند 187 - ص 359.

(1) أنظر: طعن مدنى رقم 7618 لسنة 82ق - جلسة 2019/2/4؛ طعن مدنى رقم 13303 لسنة 76ق - جلسة 2015/3/15؛ طعن مدنى 4471 لسنة 75ق - جلسة 2014/6/12.

إصدار قرارها أو حال فشلها فى التوفيق بين الأطراف على نحو يستنفد تستنفد سلطتها وتصيح لا ولاية له على النزاع⁽¹⁾.

(1) إلا أن ذلك لا يمنعها من مراجعة قرارها بقصد تصحيح الأخطاء المادية التى وردت ببياناته أو تفسير الغموض الذى يشوب منطوقه، باعتبارها الأقر على إكمال العمل الذى أجرته مسبقاً، فضلاً عن أن الخطأ هو خطأها، فيقع عليها إصلاحه. أنظر فى سلطة اللجان ذات الاختصاص القضى فى تصحيح وتفسير قراراتها: د/أحمد زغلول - مراجعة الأحكام بغير الطعن عليها - دار النهضة العربية - ط1993 - بند35 وما يليه.

102- ثانياً: مدى تمتع قرار التوفيق بحجية الأمر المقضى به.

القاعدة أن حجية الأمر المقضى به⁽¹⁾ هي أثر لصيق بالحكم القضائي دون غيره من الأعمال القانونية⁽²⁾. فلا حجية للأعمال الإدارية، حيث أن النشاط القضائي هي مناط حجية الأمر المقضى به⁽³⁾. كذلك أن الأعمال الاتفاقية للخصوم المنهية للنزاع، وإن كانت ملزمة لهم، إلا أنها لا تحقق للمراكز القانونية

(1) ويقصد بحجية الحكم تقييد الخصوم بما يقضى به الحكم بحيث يمتنع عليهم إعادة مناقشته وبحثه مجدداً مرة أخرى في دعوى جديدة. وهي بهذه المثابة تضع حداً نهائياً للنزاع حتى لا يتكرر إلى ما لا نهاية، وتعمل على تهادى صدور أحكام متعارضة، وهذا كله يؤدي إلى حماية حقوق الأطراف والحفاظ على مراكزهم القانونية. أنظر: د/فتحى والى - المبسوط - ج1 - المرجع السابق - بند135 - ص321 وما بعدها & د/وجدى راغب - مبادئ الخصومة المدنية - المرجع السابق - ص43، 45 & د/أحمد زغلول - أعمال القاضى التى تحوز الحجية - المرجع السابق - بند31 - ص35 & د/ إبراهيم نجيب - قانون القضاء الخاص - ج1 - المرجع السابق - بند394 - ص288 & د/أحمد هندى - قانون المرافعات - المرجع السابق - بند281 - ص535.

(2) د/فتحى والى - المبسوط - ج1 - المرجع السابق - بند141 - ص333.

(3) فلا تثبت حجية الأمر المقضى به إلا للعمل القضائي فحسب. فهي المؤدى الطبيعي للعمل القضائي وهي مناط تحقيق وظيفته. د/وجدى راغب - العمل القضائي - المرجع السابق - ص237 & د/أحمد زغلول - أعمال القاضى التى تحوز الحجية - المرجع السابق - ص62 وما بعدها.

الاستقرار القانوني الذي يحقق الأحكام، كما لا تحول دون الطعن عليه بالبطلان⁽¹⁾.

وتبعاً لهذا، فلا تثبت الحجية لقرار التوفيق باعتباره ليس عملاً قضائياً بالمعنى الصحيح، أي كانت طبيعته، سواء كان مجرد توصية أو اقتراح غير ملزم أو قرار إداري ملزم لجهة الإدارة فقط دون الطرف المنازع لها في الأحوال الاستثنائية.

بيد أنه في حالة اتفاق الأطراف المتنازعة على قرار التوفيق واعتماده من الجهة الإدارية وإثبات هذا الاتفاق في محضر مستقل، فإنه يمكن القول - اتفاقاً مع ما قرره البعض وبحق - أنه اتفاق التوفيق يكتسب في هذا الخصوص حجية منقوصة أو غير كاملة تمنع من تجديد النزاع ذات المسألة أمام لجنة التوفيق أو القضاء⁽²⁾، إلا أنها لا تمنع من المساس به وإلغائه، فقرار التوفيق لا يرتب مراكز قانونية نهائية للأطراف المتنازعة، بل مراكز قابلة للتعديل والتغيير إذا ما قضى ببطلان هذا القرار أمام القضاء على نحو ما سيأتى الآن.

(1) أنظر: د/فتحي والي - المبسوط - ج 2 - المرجع السابق - بند 101 - ص 278 & د/عاشور مبروك - المرجع السابق - بند 136 - ص 247 وما بعدها & د/الأنصاري النيداني - المرجع السابق - بند 139 - ص 206 وما بعدها.

(2) د/ أحمد زغلول - أصول المرافعات - المرجع السابق - بند 449 - ص 984.

103- ثالثاً: طرق الطعن الخاصة على قرار التوفيق.

بداية، لا يخضع قرار التوفيق للنظرية العامة للطعن على الأحكام، ولا يسرى عليه طرق الطعن المقررة على الأحكام، نظراً لطبيعته الخاصة باعتباره - كما جاء مسبقاً - مجرد قرار ليس من قبيل الأعمال القضائية، ولا ينطبق عليه وصف الأحكام القضائية بالمعنى الصحيح ولا يرقى إلى مرتبتها القانونية. وبالتالي، فلا يعامل معاملة الأحكام، ولا يسرى عليه ما يسرى عليها، ولا ينطبق عليه آثارها.

ولهذا، يخضع قرار التوفيق لطرق طعن خاصة تختلف بحسب مصدر القوة الملزمة له، عما إذا كان نص القانون أو اتفاق الأطراف. ويمكن معالجة ذلك فيما يلي:

104- 1- الدعوى الأصلية ببطلان قرار التوفيق الملزم باتفاق الأطراف.

بالنظر إلى طبيعة قرار التوفيق الذي يصدر نتيجة توافق إرادة الأطراف وإثبات ذلك في محضر مستقل، بحسبانه اتفاقاً أو عقداً بمعنى الكلمة يبرم أمام لجنة التوفيق، والتي لا تعدو مجرد لجنة إدارية لا ترقى إلى مرتبة الهيئة القضائية، يمكن القول أن الطريق متاح للطعن على قرار التوفيق هو رفع دعوى أصلية ببطلانه. وبالتالي، يجوز لكل للأطراف المتنازعة، الجهة الإدارية وخصمها على السواء، أن

يرفع دعوى ببطلان قرار التوفيق بصفة مبتدأه باعتبارها الأداة المقررة للطعن على الأعمال الاتفاقية للخصوم المنهية للنزاع⁽¹⁾.

ويثبت لجهة القضاء العادى ولاية نظر دعوى بطلان قرار التوفيق الأصلية دون غيره بحيث لا يشاركه فى ذلك القضاء الإدارى، وذلك على اعتبار أن قرار التوفيق لا يعد قرار إدارياً ولا يتوافر فيه مقوماته.

وينعقد الاختصاص بدعوى بطلان قرار التوفيق إلى محكمة أول درجة المختصة بالنزاع طبقاً للقواعد العامة فى تحديد الاختصاص الواردة بقانون المرافعات. وإذا كان الأصل أن دعوى البطلان الأصلية هى من الدعاوى غير قابلة للتقدير⁽²⁾، فإن الاختصاص بدعوى بطلان قرار التوفيق يؤول إلى المحكمة الابتدائية، التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه باعتبارها دعوى شخصية⁽³⁾.

(1) أنظر: د/ فتحى والى - المبسوط - ج2 - المرجع السابق - بند101 - ص278 & د/ أحمد زغلول - أصول المرافعات - المرجع السابق - بند448 - ص980 وما بعدها & د/الانصارى النيدانى - المرجع السابق - بند148 - ص223 وما بعدها & د/عاشور مبروك - المرجع السابق - بند135 وما يليه - ص245 وما بعدها.

(2) د/ أحمد زغلول - أصول المرافعات - المرجع السابق - بند & د/الانصارى النيدانى - المرجع السابق - بند153 - ص228.

(3) أنظر: د/ فتحى والى - المبسوط - ج1 - المرجع السابق - بند97 - ص192.

وترفع دعوى بطلان قرار التوفيق الأصلية وفقاً للإجراءات المعتادة لرفع
الدعوى، وذلك بإيداع صحيفة الدعوى لدى قلم كتاب المحكمة المختصة⁽¹⁾
متضمنة جميع البيانات المتطلبة لرفع الدعوى المنصوص عليها بالمادة 2/63 من
قانون المرافعات، كتحديد الخصوم - وهم أطراف التوفيق - والمحكمة المختصة
ووقائع الدعوى ومحلها وتاريخ نظرها⁽²⁾. ويجب أن يرفق بصحيفة الدعوى جميع
المستندات والأدلة المؤيدة لها، وكذلك قرار التوفيق باعتباره أساس الدعوى. ولا
يكفى إيداع الصحيفة على هذا النحو، وإنما يجب كذلك إعلانها
للمدعى عليه، وذلك باعتبار الإعلان مناط إنعقاد الخصومة⁽³⁾، وبه يتحقق
مبدأ المواجهة⁽⁴⁾.

(1) فالصحيفة هي الأساس الذي تقوم عليه إجراءات الدعوى. الطعن رقم 17118 لسنة 79 ق
- جلسة 2011/1/22.

(2) فإذا خلت الصحيفة من هذه البيانات كانت باطلاً. الطعن رقم 2269 لسنة 56 ق - جلسة
1994/4/27.

(3) فمن المقرر أن إيداع صحيفة الدعوى وإعلانها إجراءين مختلفين ومتلازمين لا يعنى أحدهما
عن الآخر. فبمجرد أن يتم الإيداع تكون الدعوى مرفوعة بالفعل أمام القضاء. أما إعلان الدعوى
للخصم تكون به الخصومة قد انعقدت. الطعن رقم 4380 لسنة 79 ق - جلسة 2011/3/16؛
والطعن رقم 1573 و 2020 لسنة 65 ق - جلسة 2001/7/5 س 52 ص 1006؛ والطعن
رقم 3314 لسنة 60 ق - جلسة 1997/1/15.

(4) الطعن رقم 12873 لسنة 97 ق - جلسة 2011/3/22؛ والطعن رقم 239 لسنة 64 ق
"أحوال شخصية" - جلسة 1999/3/22.

ولا تنظر محكمة البطلان أصل النزاع الذي تم تسويته أمام لجنة التوفيق، لتعديل المراكز القانونية للخصوم أو لتقرير حماية قانونية للخصوم وتحديد الخصم الأحق والأجدر بها، فهي لا تعدو مجرد وسيلة قانونية للتحقق من صحة مقومات الحكم أو القرار محل البطلان وأركانه الأساسية. ولذا، تقتصر سلطة محكمة البطلان على بحث أسباب البطلان والتحقق من شروط صحة اتفاق التوفيق، كما لو كان الاتفاق مخالفاً للنظام العام، أو صدر ممن ليس له أهلية إبرامه، أو صدر في مسالة تخرج عن اختصاص لجان التوفيق. وبالتالي تنتهي ولاية محكمة البطلان بمجرد القضاء بصحة قرار التوفيق أو بطلانه⁽¹⁾.

وتفصل محكمة البطلان في دعوى بطلان قرار التوفيق بمنهج الفصل في الخصومة القضائية، فيصدر فيها حكماً قضائياً بكل معنى الكلمة يحسم النزاع، ويجوز حجية الأمر المقضى به فيما بين خصومه باعتباره حكماً تقريرياً بالمعنى الصحيح⁽²⁾، ويخضع للقواعد العامة للأحكام من حيث صدوره أو الطعن فيه. ولا يخرج مضمون الحكم عن أمرين، إما صحة قرار التوفيق، أو بطلانه. وفي حالة

(1) أنظر في حالات رفع دعوى البطلان الأصلية وسلطة محكمة البطلان: د/ فتحي والى - المبسوط - ج2 - المرجع السابق - بند157 - ص453 وما بعدها & د/ أحمد زغلول - أصول المرافعات - المرجع السابق - بند448 - ص979 وما بعدها & د/الانصارى النيدانى - المرجع السابق - بند150 وما يليه - ص226 وما بعدها.

(2) فالقاعدة أن الأحكام التقريرية تحوز حجية الأمر المقضى به بمجرد صدورها. د/ فتحي والى - الوسيط في قانون القضاء المدنى - المرجع السابق - بند297 - ص528 & د/ وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى - المرجع السابق - ص121.

قضاء محكمة البطلان ببطلان اتفاق التوفيق، فإن الحال يعاد إلى ما كان عليه قبل اللجوء إلى التوفيق بتزويره.

105- 2- دعوى إلغاء قرار التوفيق الملزم بنص القانون.

تنص الفقرة الثانية من المادة العاشرة مكرر على أنه يجوز الطعن في القرارات المشار إليها في الفقرة السابقة أمام المحكمة المختصة، ولا يترتب على الطعن وقف تنفيذها إلا إذا أمرت المحكمة بذلك.

ويقصد بالقرارات هنا القرارات التي تصدر من لجنة التوفيق واجبة النفاذ في مواجهة الجهة الإدارية متى كانت قيمة المنازعة لا تتجاوز أربعين ألف جنيه أو تعلقت المنازعة بالمستحقات المالية للعاملين لدى الجهة الإدارية، أي كانت قيمتها.

وإذا كان التكييف الحقيقي لهذه القرارات - كما ذكرنا - أنها بمثابة قرارات إدارية لا قضائية تصدر من لجنة التوفيق باعتبارها لجنة ذات اختصاص قضائي، وليست جهة قضاء. ولهذا، فهي تقبل الطعن عليها بدعوى الإلغاء أمام قضاء مجلس الدولة طبقاً للمادة 8/10 من قانون مجلس الدولة⁽¹⁾. فالقاعدة هي اختصاص محاكم مجلس الدولة بالطعون في القرارات النهائية الصادرة من اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي دون غيرها ما لم يستثنى المشرع من ذلك منازعة معينة بنص خاص.

(1) د/ فتحى والى - المبسوط - ج2 - المرجع السابق - بند249 - ص774.

ويلاحظ أن الطعن على قرار التوفيق - في حقيقة الأمر - ليس طعناً على ما قضت به لجنة التوفيق، وإنما هو طعناً على مشروعيته، تنتظره محاكم مجلس الدولة بذات السلطات المقررة لها في دعوى الإلغاء؛ أما لعيب عدم الاختصاص أو عيب الشكل أو عيب مخالفة القوانين أو الخطأ في تطبيقها وتأويلها. ونحيل في ذلك إلى المراجع المتخصصة في دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري منعاً للإطالة دون داعٍ⁽¹⁾.

(1) أنظر: د/محمد كمال ليلة - الرقابة على أعمال الإدارة - الكتاب الثاني - ط1968 - ص512 وما بعدها & د/مصطفى أبو زيد - القضاء الإداري ومجلس الدولة - ط1979 - ص238 وما بعدها & د/إبراهيم شيجا - القضاء الإداري - ط2001 - ص466 وما بعدها.

الخاتمة

التوفيق هو طريق مختصر غير محمل بالإجراءات المعقدة حيث حدد المشرع سقفاً أو نطاقاً زمنياً لمباشرة إجراءاته قدره بمدة الثلاثين يوماً التالية لتقديم طلب التوفيق على نحو يؤدي إلى سرعة الفصل في النزاع، في أقل وقت وبدون تكلفة. وبالتالي، فهو لا يحمل الأطراف المتنازعة ما لا يطيقون، ولا يفقد النزاع جدواه.

وبهذه المثابة، فإن نظام «التوفيق» الذي وضعه المشرع بموجب القانون رقم 7 لسنة 2000 يعد فكرة قانونية مميزة قائمة بذاتها تختلف اختلافاً تاماً عن آلية «التوفيق» بمعناها الفنى المعروف، من حيث الدلالة والمضمون، فهو ليس امتداداً لها أو صورة جديدة متطورة لها، وليس بديلاً عنها. ولذا أطلقنا عليه تعبير توفيق منازعات الجهة الإدارية.

وتبدو بوضوح الطبيعة الخاصة لنظام التوفيق المقرر بالقانون رقم 7 لسنة 2000 بالتعديل التي أدخله المشرع على هذا القانون بمقتضى القانون رقم 6 لسنة 2017، وذلك للوصول بهذا النظام إلى الصورة التي توتى بالثمرة التي كانت مرجوة منه. وبموجب هذا التعديل، أصبحت لجان التوفيق، في حالات معينة، بمثابة لجان ذات اختصاص قضائى تفصل في منازعات التوفيق بقرارات واجبة النفاذ في حق جهة الإدارة وفقاً لتقديرها للنزاع.

وقد انتهينا إلى منازعة التوفيق منازعة خاصة لا ينطبق عليها المبادئ العامة التي تحكم إجراءات تقديم الدعاوى والفصل فيها. فلا تخضع لنظام إعلان الأوراق

القضائية، ولا نظام الحضور والغياب، ولا يسرى عليها نظم عوارض الخصومة القضائية. فالخصومة التي تتولد عن تقديم طلب التوفيق ليست خصومة بالمعنى الفنى الدقيق، وإنما هي مجموعة من الإجراءات تتخذ قبل اللجوء إلى القضاء.

ويتمثل دور لجنة التوفيق فى تسوية النزاع وإصدار قرار التوفيق، أما عن طريق تقريب وجهات النظر بين الأطراف وصولاً بهم إلى حل مرض مناسب، أو الفصل فى النزاع بحل عادل فى الأحوال التى بينها المشرع. وفى كلا الأحوال، لا يعد قرار التوفيق فى حد ذاته حكماً قضائياً بالمعنى الصحيح. وبالتالي، فهو لا يخضع للقواعد العامة لإصدار الأحكام والطعن عليها، ولا يرتب آثارها القانونية، وإنما يخضع لطرق طعن خاصة ويرتب آثار معينة.

ولا يمكن إغفال دور محكمة النقض فى تحقيق الغاية التى يبتغيها المشرع من إنشاء قانون التوفيق، وهى تحقيق العدالة الناجزه وتبسيط الإجراءات والتيسير على المتقاضين حيث عمدت إلى الإقلال من دواعى البطلان من خلال ما أصدرته من أحكام قضائية وما قررته من مبادئ قانونية بصدد نصوص قانون التوفيق حيث قامت بتفسير هذه النصوص تفسيراً موسعاً يتفق مع هذه الغاية، دون التمسك بحرفيه نصوص القانون.

المراجع

المراجع العامة

د/إبراهيم سعد - القانون القضائي الخاص - ج1- منشأة المعارف - ط1974.

د/إبراهيم شيحا - القضاء الإداري - ط2011.

د/أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية والتجارية - منشأة المعارف - الطبعة الرابعة عشر - 1986.

د/أحمد أبو الوفا - التعليق على قانون المرافعات - منشأة المعارف - الطبعة الثالثة - 2000.

د/أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ - منشأة المعارف - الطبعة التاسعة - 1986.

د/أحمد الصاوي - الوسيط في شرح قانون المرافعات - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى - 2011.

د/أحمد هندی - قانون المرافعات - دار الجامعة الجديدة - طبعة 2016.

د/أحمد ماهر زغلول - أصول وقواعد المرافعات - دار النهضة - 2001.

د/أمنية النمر - قوانين المرافعات - الكتاب الأول - مؤسسة الثقافة الجامعة
- ط1982.

د/توفيق فرج - المدخل للعلوم القانونية - دار الجامعة - ط1988.

د/حسن كيرة - المدخل فى القانون - منشأة المعارف - 1969.

د/رمزى سيف - قانون المرافعات - الطبعة الثامنة - 1968.

د/سليمان الطماوى - القضاء الادارى - ط1986.

د/سليمان مرقص - أصول الإثبات وإجراءاته فى المواد المدنية - الجزء
الثانى - الأدلة المقيدة - الطبعة الرابعة - 1986.

د/سمير تناغو - النظرية العامة للإثبات - منشأة المعارف - ط1999.

د/عبد الخالق محمد - مبادئ التنفيذ - مطبعة جامعة القاهرة - طبعة 1977.

د/عبد الخالق محمد - قانون المرافعات - طبعة 1979.

د/عبد الزارق السنهورى - الوسيط فى القانون المدنى - الأجزاء الأول
والثانى والخامس - تحديث مدحت المراغى - ط2007.

د/عيد القصاص - الوسيط فى قانون المرافعات - دار النهضة العربية -
الطبعة الثانية - 2010.

د/فتحي والى - المبسوط فى قانون القضاء المدنى - جزاءن - دار النهضة
العربية - الطبعة الأولى - 2017.

د/فتحي والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - مطبعة جامعة القاهرة -
طبعة 1997.

د/فتحي والى - التنفيذ الجبرى - دار النهضة العربية - طبعة 2019.

د/محمود هاشم - قانون القضاء المدنى - ج 1 - النظام القضائى -
ط1981.

د/محمود جمال الدين نكى - المبادئ العامة فى نظرية الاثبات - مطبعة
جامعة القاهرة - ط2001.

د/مصطفى أبوزيد - القضاء الادارى ومجلس الدولة - ط1979.

د/نبيل عمر - الوسيط فى المرافعات - دار الجامعة الجديدة - طبعة 1999.

د/نبيل عمر - الوسيط فى التنفيذ - دار الجامعة الجديدة - طبعة 2001.

د/نبيل سعد - النظرية العامة للالتزام - دار الجامعة الجديدة - ط2009.

د/وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى - دار الفكر العربى - الطبعة الأولى
- 1987/1986.

د/وجدى راغب - النظرية العامة للتنفيذ القضائى - دار الفكر العربى - طبعة
1974.

المراجع الخاصة.

د/إبراهيم النيفاوى - القوة التنفيذية للأحكام - ط2000.

د/إبراهيم نجيب سعد - قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم - منشأة المعارف
- 1981.

د/إبراهيم شيحا - القضاء الإدارى - ط2001 - ص466 وما بعدها.

د/أحمد أبوالوفا - نظرية الأحكام فى قانون المرافعات - منشأة المعارف -
الطبعة الرابعة - 1980.

د/أحمد أبوالوفا - التحكيم الاختيارى والاجبارى - منشأة المعارف - الطبعة
الخامسة - 1989.

د/أحمد المليجى - أعمال القضاة - دار النهضة العربية - الطبعة الثانية -
1993.

د/أحمد خليل - طلبات وقف التنفيذ أمام محكمة التنفيذ ومحاكم الطعن -
بيروت - ط1996.

د/أحمد زغلول - مراجعة الأحكام بغير الطعن عليها - دار النهضة العربية -
الطبعة الثانية - 1997.

د/أحمد زغلول - أعمال القاضى التى تحوز الحجية - دار النهضة العربية -
ط1993.

د/ أحمد صاوى - الوجيز فى التحكيم - دار النهضة العربية - ط2010.

د/أحمد هندى - التحكيم - دار الجامعة الجديدة - ط1 - 2013.

د/أحمد هندى - شطب الدعوى - دار الجامعة الجديدة - ط 2009

د/أحمد هندى - التقاضى الإلكتروني - دار الجامعة الجديدة - 2013.

د/أحمد صدقى - نطاق تطبيق قانون فض المنازعات رقم 7 لسنة 2000 -
دراسة تحليلية انتقادية - ط2 - 2006.

د/أمينة النمر - مناط الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة - رسالة
جامعة الإسكندرية - 1969.

د/الأنصارى النيدانى - الصلح القضائى - دار الجامعة الجديدة - ط2009.

د/حسين عثمان - طبيعة العلاقة بين الوظيفتين الاستشارية والقضائية
لمجلس الدولة - دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة - ط2015.

د/جابر نصار - التحكيم فى العقود الإدارية - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - 1997.

د/خالد أبوالوفا - ببطء التقاضى فى الخصومة - دراسة تحليلية تطبيقية فى قانون المرافعات - رسالة دكتوراه - الإسكندرية - 2016.

د/سحر عبدالستار - قانون المحاكم الاقتصادية فى القانون المصرى - بحث منشور بمجلة حقوق الإسكندرية - العدد 21 - مارس - 2010.

د/سامية راشد - التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - الكتاب الاول - اتفاق التحكيم - دار النهضة العربية - 1984.

د/طلعت دويدار - المحاكم الاقتصادية خطوة أخرى نحو التخصص القضائى - بحث منشور بمجلة حقوق الإسكندرية - العدد 21 - مارس - 2010.

د/عاشور مبروك - نحو محاولة للتوفيق بين الخصوم - دراسة مقارنة - دار الفكر والقانون - ط2016.

د/عزى عبد الفتاح عطية - تسبب الأحكام وأعمال القضاة - دار النهضة العربية - القاهرة - طبعة 1983.

د/على الحديدى - دور الخبير الفنى فى الخصومة المدنية - طبعة 1989

د/على بركات - التقاضى أمام المحاكم العمالية - دار النهضة العربية -
2009.

د/على بركات - خصومة التحكيم - رسالة جامعة القاهرة - ط1996.

د/على عوض - التعليق على القانون رقم 7 لسنة 2000 - ط2001.

د/فادى محمد - مجالس وآليات تفعيل الصلح بين الخصوم فى القانون المصرى
والفرنسى - رسالة دكتوراه - المصورة - 2007.

د/فتحى والى - قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق - منشأة المعارف -
ط2007.

أ/مجدى هرجة - آراء وأحكام فى القضاء المستعجل - طبعة نادى القضاء -
ط2010.

د/مجدى عبدالغنى خليف - خصوصيات التحكيم الإلكتروني - دراسة إجرائية
- دار الجامعة الجديدة. - 2019.

د/مجدى عبدالغنى خليف - خصوصيات التقاضى الإلكتروني أمام المحاكم
الاقتصادية - دار الجامعة الجديدة.

د/مجدى عبدالغنى خليف - خصوصيات التقاضى أمام لجان التوفيق فى
المنازعات - دراسة تحليلية تطبيقية - دار الجامعة الجديدة.

د/محمد أحمد عطية - الطلبات المستعجلة أمام محاكم مجلس الدولة - الطبعة الثالثة - 2007 - دار الفتح.

د/محمد عبدالخالق - نظام التحكيم فى منازعات القطاع العام - مجلة القانون والاقتصاد - السنة 38 - 1967.

أ/محمد على راتب وآخريين - قضاء الأمور المستعجلة - الجزء الأول - دار الطباعة الحديثة - بيروت.

د/محمد على عمران - وقف التقادم وانقطاعه - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - مجلد 14 - ع2 - ط1972.

د/محمد كمال ليلة - الرقابة على أعمال الإدارة - الكتاب الثانى - ط1968

د/محسن شفيق - التحكيم التجارى الدولى - دار النهضة العربية - ط1997.

د/محمود مختار بريرى - التحكيم التجارى الدولى - دار النهضة العربية - ط2007.

د/محمود جمال الدين نكى - الخبرة فى المواد المدنية والتجارية - طبعة 1990

د/محمد سعيد عبدالرحمن - الحكم القضائى - دار النهضة العربية - القاهرة -
طبعة 2003.

د/مصطفى أبو زيد - القضاء الإدارى ومجلس الدولة - ط1979.

د/مصطفى الجمال ود/عكاشة عبد العال - التحكيم فى العلاقات الخاصة
الدولية والداخلية - الجزء الأول - مطبعة الحلبي الحقوقية - بيروت - 1998.

د/نبيل عمر - التحكيم فى المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية - دار
الجامعة الجديدة - الطبعة الثالثة - 2011.

د/نبيل عمر - الأوامر على عريضة ونظامها القانونى فى قانون المرافعات
المدنية والتجارية - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - 2004.

د/نبيل عمر - امتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى فى قانون
المرافعات - منشأة المعارف - الإسكندرية - الطبعة الأولى - 1989.

د/وجدى راغب - النظرية العامة للعمل القضائى فى قانون المرافعات - رسالة
دكتوراه - جامعة عين شمس - نسخة معاد نشرها بمنشأة المعارف - 2018.

اتفاق التحكيم

دراسة مقارنة فى الفقه الإسلامى وقوانين التحكيم العربية

إعداد

الدكتور/رمضان إبراهيم عبد الكريم علام

أستاذ قانون المرافعات المساعد

كلية الشريعة والقانون - طنطا. جامعة الأزهر الشريف.

2020

توطئة

أولى الإسلام العدالة أهمية كبيرة، فاعتبر القضاء ولاية من أهم ولايات الدولة، إذ به تصان الدماء وتحفظ الأموال والأعراض، لذا كان من الأعمال الجليلة والقربات العظيمة إلى الله سبحانه.

وبجانب القضاء العام وجد نظام آخر لا يقل أهمية عن القضاء العام، هو التحكيم بما له من بساطة في الإجراءات وسرعة في الفصل في المنازعات. فالتحكيم يعد آلية خاصة بديلة عن القضاء في حل المنازعات.

وإذا كان يمكن القول في وقت ما . طبقا للاتجاه التقليدي . بأن التحكيم يعد طريقا استثنائيا لفض المنازعات، إلا أن الواقع اليوم يؤدي إلى القول بأن التحكيم قد أصبح ضرورة لا محيد عنها، خاصة على صعيد منازعات التجارة الدولية؛ بل أصبح ضرورة يفرضها واقع التجارة الدولية⁽¹⁾. بل يذهب البعض⁽²⁾ إلى أبعد من هذا ويرى أن التحكيم أصبح يقف على قدم المساواة مع المحاكم الوطنية؛ بل أصبح باعتباره الوسيلة الطبيعية التي يلجأ إليها المتنازعون على مسرح التجارة الدولية

(1) أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، ص 8، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981.

(2) حفيظه السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، ص 7، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 1996، وقارب: أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 7-8.

متقدما على قضاء الدولة، إذ إن الأولوية من قبل هؤلاء الأطراف تعطى لقضاء التحكيم وليس إلى قضاء الدولة.

فالتحكيم له ميزات تجعل منه نظاما ضروريا للسياسة الاقتصادية في أي بلد يتجه نحو الانفتاح الاقتصادي وجلب رؤوس الأموال والاستثمارات التي تساعد على التنمية، فهو وسيلة لتشجيع الاستثمار الأجنبي، لبساطة إجراءاته وبعدها عن التعقيدات، والتي عادة ما تستغرق وقتا طويلا، إذا تم رفعها أمام القضاء العادي.

وهكذا يمكن القول مع بعض الفقه⁽¹⁾. وفي مرحلة ازدهار التجارة الدولية. أن التحكيم تطور من كونه بديلا عن محاكم الدولة لدرجة أصبح فيها هو الوسيلة الوحيدة المقبولة لتسوية الخلافات الناشئة عنها. وبالتالي أصبح التحكيم هو القضاء الأصيل للتجارة الدولية؛ نظرا لما يتمتع به من سرية وحرية للأطراف في اختيار القواعد المطبقة على الإجراءات والموضوع.

(1) مصطفى الجمال، عكاشة عبدالعال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ص 56-57، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، عبدالحميد الأحمد، التحكيم بالصلح في الشرع الإسلامي، ص 35، المؤتمر الإسلامي الثاني للشرعية والقانون: التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون، معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية، طرابلس، 2000، منير عبدالمجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، ص 7-9، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1997.

وفي مجال المنازعات النفطية، فقد لاقى التحكيم رواجاً كبيراً بالمقارنة مع الالتجاء إلى القضاء، ذلك أن معظم الشركات التي تتعامل في هذا المجال تصر على تواجد شرط التحكيم في عقودها.

و يرجع السبب في ذلك إلى العديد من المميزات التي يتمتع بها التحكيم - دون القضاء- تجعل منه أكثر ضماناً و فاعلية في التصدي للمنازعات النفطية⁽¹⁾.

أهمية موضوع البحث: وتعود أهمية هذا الموضوع إلى أن المرحلة الأساسية الأولية التي يبدأ بها وينطلق منها التحكيم هو الاتفاق على التحكيم *la Convention d'arbitrage*. فهو المفترض لوجود التحكيم. ومن هنا فضلت أن يكون موضوع البحث متعلقاً باتفاق التحكيم⁽²⁾ باعتباره النواة الحقيقية التي يتمخض عنها التحكيم

(1) فاطمة خالد المحسن، المنازعات النفطية، مجلة التحكيم والقانون الخليجي، هامش 3ص40. يصدرها مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، العدد التاسع والعشرون - يناير 2016 - ربيع الثاني 1436.

(2) يختلف الفقه في طبيعة اتفاق التحكيم وهل هو عقد أم اتفاق؟ ولو كان عقداً فهل هو عقد إجرائي أو موضوعي؟ ولو كان عقداً موضوعياً، فهل هو ملزم للجانبين أم لجانب واحد؟ وهل هو من عقود المعاوضة أم لا؟. لكن بالرغم من ذلك فإنني أفضل تسميته باتفاق التحكيم، حيث لم يتفق الفقه على كلمة سواء في التمييز بين العقد والاتفاق، وأن التمييز بينهما من الناحية العملية ليس أمراً ذي بال، فلا توجد نتائج عملية تترتب على هذا التمييز. فلا مناص من القول بأن اتفاق التحكيم هو اتفاق أو عقد من طبيعة خاصة. ويكون من المفضل جداً تسميته باتفاق التحكيم، وليس عقد التحكيم؛ لأنه الاستعمال الشائع لهذا المصطلح، فهو الأشمل والأوفى من الناحية العملية، خاصة في مجال التحكيم الدولي، ومنعاً للالتباس بينه وبين عقد التحكيم؛ إذ يطلق "عقد"

برمته. ولذلك تجمع التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية على ضرورة وجود اتفاق تحكيم لمباشرة إجراءات التحكيم كوسيلة لفض المنازعات، فمن هذا الاتفاق يستمد المحكم سلطته في الفصل في النزاع محل التحكيم، وفي حدود نطاقه مباشر ولايته، فلا يحكم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو تجاوز حدوده⁽¹⁾. كما يستبعد القضاء من نظرها النزاع بموجب هذا الاتفاق.

منهج وخطة البحث: وقد كان منهج البحث هو اتباع الدراسة المقارنة، بين الشريعة⁽²⁾ والقانون بهدف التوصل إلى أفضل الحلول الممكنة، من خلال المقارنة بين هذه الأنظمة، وعرض الآراء الفقهية المختلفة في خصوص مسألة ما.

التحكيم" على العقد بين الأطراف والمحكمين. راجع في ذلك: أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، ط2، ص52 وما بعدها، بند48، طبعة2005. وتأييداً له: أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم، ص46 بند16، دار النهضة العربية، 2013.

(1) سميحة القليوبي، دور القضاء المصري في تفعيل اتفاق التحكيم، ص41، مجلة التحكيم العربي، العدد الرابع عشر.

(2) الشريعة في اللغة: ما شرع الله تعالى لعباده، والظاهر المستقيم من المذاهب. القاموس المحيط، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، ط8، ج1 ص733. تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1426 هـ 2005 م. وقد غلب استعمالها في الدين وجميع أحكامه. قال تعالى: "شرع لكم الدين ما وصى به نوحا والذي أوحينا إليك" سورة الشورى: من الآية 13. وقوله تعالى: " لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا" سورة المائدة: الآية48. وقوله تعالى: " ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها" سورة الجاثية: الآية18. وفي الاصطلاح: هي ما نزل به أوحى على رسول الله صلى الله عليه وسلم من الأحكام في الكتاب أو السنة مما يتعلق بالعقائد والوجدانيات وأفعال المكلفين، قطعياً كان أو ظنياً. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد بن أبي

وقسمت البحث إلى مقدمة وأربعة فصول وخاتمة على التفصيل الوارد بالبحث:

العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، ط1، ج1ص32. دار الفكر، بيروت، 1404هـ/1984م. وتختلف الشريعة عن الفقه: فالفقه في اللغة: فهو العلم بالشيء والفهم له، والفتنة فيه، وغلب على علم الدين لشرفه، الفقه، بالكسر: العلم بالشيء والفهم له والفتنة، وغلب على علم الدين لشرفه. القاموس المحيط. ط8، ج1ص1250. وفي الاصطلاح هو: العلم بالأحكام الشرعية العملية، المكتسب من أدلتها التفصيلية. نهاية المحتاج، المرجع السابق، ج1ص31، البحر المحيط في أصول الفقه، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، ط1، ج1ص34. دار الكتب، 1414هـ/1994م. ويتضح مما سبق أن الشريعة والفقه بينهما عموم وخصوص وجهي، فيجتمعان في الأحكام العملية التي وردت بالكتاب أو بالسنة أو ثبتت بإجماع الأمة، وتتفرد الشريعة في أحكام العقائد، وينفرد الفقه في الأحكام الاجتهادية التي لم يرد فيها نص من الكتاب أو السنة ولم يجمع عليه أهل الإجماع. الموسوعة الفقهية الكويتية، ج32ص194 وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، 1404م/1427 هـ. وقد ساد الخلط بين الاصطلاحين، فأطلق اصطلاح الشريعة على الفقه وما يتصل به. وكثر استعماله حتى إنه لا يفهم الآن من الشريعة الإسلامية عند الإطلاق إلا هذا المعنى. إلا أنه مما يخفف من كل هذا أنه لا مشاحة في الاصطلاح.

الفصل الأول

تعريف اتفاق التحكيم ودليل مشروعيته ومدى إلزام اتفاق التحكيم لأطرافه

تقسيم: ينقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نتناول في الأول منهما مفهوم اتفاق التحكيم ودليل مشروعيته، وفي الثاني نتحدث عن مدى إلزام اتفاق التحكيم لأطرافه، وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول

تعريف اتفاق التحكيم ودليل مشروعيته

تقسيم: ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين: الأول في تعريف اتفاق التحكيم، والثاني في دليل مشروعيته.

المطلب الأول

تعريف اتفاق التحكيم

أولاً: تعريف التحكيم في اللغة

التحكيم في اللغة: جعل الحكم فيما لك لغيرك، يقال حكمت الرجل: أى فوضت الحكم إليه، وهو مأخوذ من مادة حكم ، ومعناه المنع ، وحكموه بينهم طلبوا منه أن يحكم بينهم ويقال حكمنا فلاناً فيما بيننا : أى أجزنا حكمه بيننا ، وحكمه في الأمر فاحتكم : جاز فيه حكمه ، ويقال حكمت فلاناً : أطلقت يده فيما شاء⁽¹⁾.

ثانياً: التحكيم في الاصطلاح

أ . في الاصطلاح الشرعى: هو اتخاذ الخصمين حاكماً برضاهما للفصل في خصومتها ودعواهما⁽²⁾.

وبعبارة أخرى هو اتفاق الخصمين على قبول حكم شخص معين في فصل الخصومة بينهما⁽¹⁾.

(1) المصباح المنير ج 1 ص 145 ، المطبعة العلمية بالقاهرة ط 1315 هـ ، لسان العرب، محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقي، ط3، مادة حكم ج12 ص142، دار صادر، بيروت 1414 هـ، تهذيب اللغة، محمد بن أحمد بن الأزهرى الهروى، أبو منصور، ط1، ج4 ص71، محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربى، بيروت، 2001م.

(2) القاموس الفقهى لغة واصطلاحاً، سعدى أبو حبيب، ط2، ص 96، دار الفكر. دمشق، سورية، 1408 هـ 1988 م.

وعرف كذلك بأنه "عقد بين طرفين متنازعين يجعلان فيه برضاهما شخصا آخر حكما بينهما للفصل في خصوماتهما بدلا من القاضي"⁽²⁾.

وهذا المعنى متفق عليه عند فقهاء المذاهب⁽³⁾. وهو نفس ماذهبت إليه المادة "1790" من مجلة الأحكام العدلية، حيث عرفته بأنه: "عبارة عن اتخاذ الخصمين آخر حاكما برضاهما ؛ لفصل خصوماتهما ودعواهما. فالذي يحكم بين الخصوم هنا هو "المحكم"، فيكون المحكم فيما بين الخصوم كالقاضي في حق كافة الناس، وفي حق غيرهما كالمصلح⁽⁴⁾. ويقال لذلك حكم بفتحيتين ومحكم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة". وقد يكون الحكم رجلا أو أكثر.

(1) معجم لغة الفقهاء ، محمد رواس قلجعي ، حامد صادق قنبي، ط2، ص123، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع ، 1408 هـ 1988 م .

(2) مصطفى الزرقا المدخل الفقهي العام ، ص555، بند 685.

(3) شرح فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، ج7، ص316، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ، حاشية ابن عابدين، ج5، ص428، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، ج4، ص135، دار الفكر، شرح مختصر خليل للخرشي، محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله، ج7، ص145، دار الفكر للطباعة ، بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ، مغني المحتاج، ج6، ص267، ج10، ص94، كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي ، ج6، ص308، دار الكتب العلمية .

(4) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، علي حيدر خواجه أمين أفندي، ط1، ج4، ص578، دار الجيل، 1411هـ 1991م. نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ، عبد الكريم زيدان، ط3، ص247، مؤسسة الرسالة 1419هـ 1998م. سليم رستم باز، شرح المجلة، ط3، ص1163، دار إحياء التراث العربي، 1305هـ.

ب . في اصطلاح القانونيين : عرفه البعض بأنه: " اتفاق الأطراف على اختيار شخص "محكم" أو أكثر يفصل فيما يثور فعلا أو قد يثور بينهم مستقبلا من منازعات بحكم ملزم دون المحكمة المختصة⁽¹⁾ .

وعرفه البعض بأنه: "عقد خاص يتم باتفاق الطرفين، ويعتبر مظهرا لسلطان إرادتهم"⁽²⁾ . كما عرفه البعض الآخر بأنه: " اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم دون قضاء الدولة لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية"⁽³⁾ .

كما عرفه جانب من الفقه بأنه: " الاتفاق الذي يتم بين الطرفين بعد قيام النزاع بينهما لعرض هذا النزاع على التحكيم دون القضاء العادي"⁽⁴⁾ .

(1) أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، ص 10، بند 5، ط 2002م، وط 2، ص 12، دار النهضة العربية 2004 وقارب: وجدى راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، ص 380، منشأة المعارف، الاسكندرية 1974.

(2) فتحى والى، الوسيط فى قانون القضاء المدنى، ص 942، بند 460، دار النهضة العربية 2001.

(3) أحمد السيد صاوي، التحكيم، المرجع السابق، ص 33 بند 19.

(4) قارب: عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، ص 350، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل 2000، ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد =

= المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994، دار النهضة العربية، ط 1، 1996، ص 209، انظر حول تعريف التحكيم بشكل عام: أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 8 وما بعدها، أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، ط 5، ص 15-16، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2001.

وعرفته محكمة النقض بدائرة القضاء بإمارة أبو ظبي التحكيم بأنه: "نظام خاص للتقاضي يلجأ الأطراف بمقتضاه إلى محكم أو أكثر دون قضاء الدولة، للفصل فيما بينهم من منازعات تتعلق بمعاملاتهم العقدية أو غير العقدية بحكم ملزم بعد أن يدلي كل منهم بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي"⁽¹⁾.

كما عرفته محكمة النقض المصرية بأنه: "طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وماتكفله من ضمانات"⁽²⁾.

وعرفته المادة 1/10 من قانون التحكيم المصري ونفس المادة من قانون التحكيم العماني بأنه: "اتفاق الطرفين على الالتجاء لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية.

وفي خصوص التحكيم الدولي: فقد عرفته المادة 37 من اتفاقية لاهاي الأولى عام 1907م بأنه: "تسوية المنازعات فيما بين الدول بواسطة القضاة الذين تختارهم وعلى أساس احترام القانون الدولي".

(1) نقض مدني، أبو ظبي، الطعن رقم 554 لسنة 2008، س2ق، جلسة 25/ 12 / 2008، سلسلة مبادئ النقض، ص106 ومابعدها، الطعان رقماً 485 لسنة 18ق، مدني، "138ق" شرعي، جلسة 26/2/1997، مجموعة الأحكام، السنة 19، العدد الأول، ص161.

(2) طعن رقم 449، لسنة 21ق، جلسة 11/ 4 / 2001، مجموعة الاحكام، ع2س23ق، ص706 ومابعدها، أحمد أبو الوفا، التحكيم الختاري والإجباري، ط5، بند 60، ص139 ومابعدها، منشأة المعارف، الاسكندرية 1988.

وورد تعريفه في المادة 2/1 من اتفاقية نيويورك لعام 1958 بأنه: "اتفاق مكتوب يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة تجوز تسويتها عن طريق التحكيم".

كما عرفه بعض الفقه الفرنسي بأنه: "وسيلة مناسبة لفض النزاعات بين الناس"⁽¹⁾.

ومن جماع ماسبق يمكن تعريف اتفاق التحكيم بأنه: "اتفاق . أيا كانت صورته . يقرر طرفاه الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية.

وكما يكون الاتفاق على التحكيم قبل نشوء الخلاف، ويكون منصوصاً عليه ابتداءً تحسباً لوقوع الخلاف، ويسمى الاتفاق في هذه الحالة بشرط التحكيم⁽²⁾ .

(1) GAVALDA Christian, CLAUDE lucas de leysac, L'arbitrage, Edition Dalloz, Paris, 1993, p 1.

(2) راجع المادة الأولى من نظام التحكيم السعودي ،والمادة العاشرة من قانون التحكيم المصري . ويسميه القانون اللبناني بـ "العقد التحكيمي" قحطان الدوري ،عقد التحكيم فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى،ص22،الخلود،بغداد 1405 هـ .

فإنه يكون طارئاً بعد حدوث الخلاف بين المتنازعين، ويسمى مشاركة أو وثيقة التحكيم. وفي الحالتين يتم عقد التحكيم بتراضي الطرفين⁽¹⁾.

ويستنتج مما سبق أن: 1. التحكيم هو وسيلة لفض المنازعات صنو القضاء، تنحصر فيه مهمة المحكم بما يقرره ويحدده اتفاق التحكيم. 2. التحكيم يعد قضاء اتفاقياً يخضع لاتفاق الأطراف، إلا أنه في بعض الحالات يكون منشؤه القانون، حيث تنص بعض القوانين الخاصة على حل بعض النزاعات عن طريق التحكيم⁽²⁾.

(1) وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ص381، أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، ص15، منشأة المعارف بالاسكندرية 1974 ، محمود محمد هاشم ، النظرية العامة للتحكيم ، ج1ص72 وما بعدها ، دار الفكر العربي بالقاهرة 1990 .

(2) ومن ذلك ما ينص عليه القانون اللبناني من حل نزاعات العمل بواسطة مجالس العمل التحكيمية، وكذلك الخلافات بين المصرف والمصرف المركزي. هشام بشير ، إبراهيم عبد ربه إبراهيم، التحكيم الالكتروني، ص16، دار الكتب والدراسات العربية 2019.

المطلب الثاني

دليل مشروعية التحكيم

أولاً: من القرآن الكريم

قول الله تعالى: "وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا"⁽¹⁾. فهذا نص صريح يطلب المشرع من خلاله التحكيم بين الزوجين عند وجود خلاف بينهما، ولو كان التحكيم غير جائز في الشرع لما طلبه الله تعالى، ويقاس على النزاع بين الزوجين كل النزاعات الأخرى، بجامع أن المشرع حض على ترك الخصومات بين الناس، لقوله تعالى: "وَلَا تَنَازَعُوا فَتَفْشَلُوا وَتَذْهَبَ رِيحُكُمْ"⁽²⁾.

ثانياً: من السنة النبوية

1 . ما ورد من واقعة التحكيم التي كانت بين المسلمين من جانب ويهود بني قريظة من جانب آخر، وكان المحكم فيها هو سعد بن معاذ رضي الله عنه. روى البخارى بسنده عن أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه - قال : نزل أهل قريظة على حكم سعد بن معاذ ، فأرسل النبي صلى الله عليه وسلم إلى سعد ، فأتي على حمار ، فلما دنا من المسجد ، قال للأنصار : قوموا إلى سيدكم أو خيركم ، فقال :

(1) سورة النساء: الآية 35.

(2) سورة الأنفال، من الآية 46.

هؤلاء نزلوا على حكمك . فقال : نقتل مقاتلتهم ، وتسبى ذراريهم ، قال -صلى الله عليه وسلم- : قضيت بحكم الله ، وربما قال بحكم الله⁽¹⁾.

ففى هذا دلالة على مشروعية التحكيم، فقد أقر النبي صلى الله عليه وسلم نزول بنى قريظة على حكم سعد بن معاذ - رضي الله عنه -

2 . ما جاء عن شريح بن هانئ عن أبيه هانئ أنه لما وفد إلى رسول الله سمعه وهم يكتنون هانئاً أبا الحكم، فدعاه رسول الله فقال له: إن الله هو الحكم، وإليه الحكم، فلم تكنى أبا الحكم؟ فقال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فرضى كلا الفريقين، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: ما أحسن هذا! فما لك من الولد؟ قال: لي شريح، وعبد الله، ومسلم، قال: من أكبرهم؟ قال: شريح، قال: فأنت أبو شريح، فدعا له ولولده"⁽²⁾.

(1) صحيح البخارى مع شرحه فتح البارى ، كتاب المغازى ، باب مرجع النبي صلى الله عليه وسلم من الأحزاب ومخرجه إلى بنى قريظة ومحاصرته إياهم ، ج 7 ص 411. فتح القدير الجامع بين فنى الرواية والدراية من علم التفسير ، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، ج 5 ص 195، دار الفكر ، بيروت .

(2) السنن الكبرى، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي، ج 5 ص 403، حققه وخرج أحاديثه: حسن عبد المنعم شلبي، أشرف عليه: شعيب الأرنؤوط، قدم له: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط 1، 1421 هـ 2001 م ، قال أبو داود: «شريح هذا هو الذي كسر السلسلة، وهو ممن دخل تستر» قال أبو داود: «وبلغنى أن شريحا كسر باب تستر، وذلك أنه دخل

ففي الحديث أنه استحسّن تحكيم هانئ لقومه، ورضاهم بحكمه، ولو كان التحكيم غير جائز لمنع هانئاً وقومه منه، لأنه لا يسكت على منكر.

ثالثاً: من الآثار

ماورد عن بعض الصحابة من التجائهم إلى التحكيم فيما وقع بينهم من خصومات⁽¹⁾. ومن ذلك أن عثمان وطلحة تحاكما إلى جبير بن مطعم⁽²⁾. وتحكيم

من سرب». سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، ج4، ص289 رقم4955، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت.

(1) راجع في أمثلة على ذلك: فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، ج7، ص315، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، ط1، ج16، ص325، تحقيق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1419 هـ، 1999 م، عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، ص248 بند451.

(2) البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري، ط1، ج9، ص556، تحقيق: مصطفى أبو الغيط وعبد الله بن سليمان وياسر بن كمال، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 1425 هـ/2004 م. التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، ط1، ج4، ص452، دار الكتب العلمية، 1419 هـ/1989 م.

على أبا موسى الأشعري، وتحكيم معاوية عمرو بن العاص . رضي الله عنهم جميعاً
(¹). وقد أجمع الصحابة على جواز التحكيم (²).

وقال النووي - رحمه الله - أجمع العلماء على جواز التحكيم في أمور
المسلمين، وفي مهماتهم العظام، ولم يخالف فيه إلا الخوارج فإنهم أنكروا على على
رضي الله عنه التحكيم (¹).

(¹) عون المعبود شرح سنن أبي داود، ومعه حاشية ابن القيم: تهذيب سنن أبي داود وإيضاح
عنه ومشكلاته، محمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر، أبو عبد الرحمن، شرف الحق،
الصدیقی، العظيم آبادی، ط2، ج13، ص81، دار الكتب العلمية، بيروت، 1415 هـ. تاريخ
الخلفاء، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، ط1، ج1، ص135، تحقيق: حمدي
الدمرداش مكتبة نزار مصطفى الباز، 1425هـ/2004م. تاريخ دمشق، أبو القاسم علي بن الحسن
بن هبة الله المعروف بابن عساكر، ج59، ص119، تحقيق: عمرو بن غرامة العمري، دار الفكر
للطباعة والنشر والتوزيع، 1415هـ/1995م. تاريخ الخميس في أحوال أنفس النفيس، حسين بن
محمد بن الحسن الديار بكری، ج2، ص278، دار صادر، بيروت.

(²) المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، ج21، ص62، دار
المعرفة، بيروت، 1414هـ/1993م. البناية شرح الهداية، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن
أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، ج9، ص58، دار الكتب العلمية، بيروت،
لبنان، 1420هـ/2000م، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ووبهامشه حاشية الثلبي، عثمان بن
علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي، ط1، ج4، ص193، المطبعة الكبرى الأميرية
، بولاق، القاهرة، 1313، مغنى المحتاج، ج6، ص267. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس
الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، ج8، ص242، دار الفكر،
بيروت، 1404هـ/1984م، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، قاسم بن عبد
الله بن أمير علي القونوي الرومي الحنفي، المحقق: يحيى حسن مراد، دار الكتب العلمية،
2004م/1424هـ.

وقد أجاز الجمهور من الفقهاء التحكيم مطلقاً⁽²⁾ وقيده البعض بعدم وجود قاض في البلد، بداعي أن تعيين الخصمين حكماً يحكم بينهما يعتبر افتتاتاً على الإمام⁽¹⁾

(1) مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، على بن (سلطان) محمد، أبو الحسن نور الدين الملا الهروي القاري، ط1، ج6، ص2548، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1422 هـ. 2002م، نخب الأفكار في تنقيح مباني الأخبار في شرح معاني الآثار، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، ط1، ج12، ص197، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1429 هـ. 2008 م. فقه الدعوة في صحيح الإمام البخاري، سعيد بن علي بن وهب القحطاني، ط1، ج2، ص755. رسالة دكتوراه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، 1421 هـ، أخذ المال على أعمال القرب، عادل بن شاهين بن محمد شاهين، ط1، ج2، ص647، رسالة ماجستير، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، 1425 هـ. 2004 م.

(2) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي، ط3، ج6، ص112، دار الفكر، 1412 هـ. 1992م. كنز الدقائق، أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين النسفي، ط1، ج1، ص465، تحقيق: سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية، دار السراج، 1432 هـ. 2011م، المهذب في

فقه الإمام الشافعي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، ج3، ص378، دار الكتب العلمية، المبدع في شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين، ط1، ج8، ص159، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1418 هـ. 1997م. مطالب أولى النهي في شرح غاية المنتهى، مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيباني مولدا ثم الدمشقي الحنبلي، ط2، ج6، ص471، المكتب الإسلامي، 1415 هـ. 1994م. إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، أبو بكر (المشهور بالبكري) عثمان بن محمد شطا الدمياطي الشافعي، ط1، ج4، ص253، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1418 هـ. 1997م، أحكام القرآن، القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلى المالكي، ط3، ج1، ص543، مراجعة وتعليق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424 هـ. 2003 م.

بينما منعه مطلقاً ابن حزم الظاهري⁽²⁾، والشافعية في قول لهم⁽³⁾؛ لأن تقليد القضاء من مناصب الإمام فلا يثبت للأحاد، ولأن في ذلك افتتناً على الإمام والحكام، وإنما تحاكم عمرو عثمان مع خصميهما؛ لأنهما خصميهما؛ ولأنهما إمامان فتحكيمهما تولية للحكم⁽⁴⁾. ويستمد اتفاق التحكيم شرعيته من إجازة القانون للأفراد الاتفاق على التحكيم دون قضاء الدولة⁽⁵⁾.

مفاتيح الغيب" التفسير الكبير" أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي "الملقب بفخر الدين الرازي"، ط3، ج10 ص74، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1420 هـ.

(1) أدب القضاء، شهاب الدين أبي إسحاق بن إبراهيم عبد الله الهمداني الحموي المعروف بابن أبي الدم، ط1، ج1 ص428، تحقيق محيي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد، بغداد 1404 هـ. 1984م، وتحفة المحتاج، ج10 ص118. النجم الوهاج في شرح المنهاج، كمال الدين، محمد بن موسى بن عيسى بن علي الدميمري أبو البقاء الشافعي، ط1، ج10 ص156، دار المنهاج (جدة)، 1425 هـ. 2004. روضة الطالبين، أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، ج11 ص121، المكتب الإسلامي 1395 هـ. 1975م. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي، ج8 ص243، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر، 1386 هـ. 1967م.

(2) حيث ذكر أنه: "لا يجوز الحكم إلا ممن ولاه الإمام القرشي الواجبة طاعته... فليس كل من حكم فهو نافذ حكمه، فوجب أن لا ينفذ حكم أحد إلا من أوجب القرآن ورسول الله صلى الله عليه وسلم. المحلى، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، ج9 ص435، تحقيق: أحمد محمد شاكر، دار التراث، القاهرة.

(3) روضة الطالبين، ج11 ص121. النجم الوهاج، ط1، ج10 ص156. نهاية المحتاج، ج8 ص242.

(4) النجم الوهاج، ط1، ج10 ص156.

(5) أحمد السيد صاوي، التحكيم، المرجع السابق، ص31 بند19..

المبحث الثاني

مدى إلزام اتفاق التحكيم لأطرافه

تقسيم: ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين: الأول: مدى إلزام اتفاق التحكيم لأطرافه في الفقه الإسلامي، والثاني: مدى إلزام اتفاق التحكيم لأطرافه في القانون الوضعي.

المطلب الأول

مدى إلزام اتفاق التحكيم لأطرافه

في الفقه الإسلامي

لم يتفق الفقهاء على كلمة سواء فيما يتعلق باتفاق التحكيم، وإنما اختلفوا حول مدى لزوم هذا الاتفاق. ولم يقتصر الخلاف على لزوم عقد التحكيم بعد الاتفاق عليه، بل امتد هذا الخلاف إلى مرحلة ما بعد صدور حكم التحكيم⁽¹⁾. وسوف نعرض لهذه الآراء بالدراسة والتحليل والترجيح فيما يلي:

(1) قال في نهاية المطلب، بياناً لهذه الاختلافات: "ولو رضيا، ثم رجع أحدهما قبل أن يتم حكمه، لم ينفذ حكمه وفاقاً، وإنما الخلاف فيه إذا استمر على الرضا حتى حكم، ولم يجدهما رضاً. هذا هو المذهب. ومن أصحابنا من قال: إذا رضيا أولاً، ثم لما خاض، رجع أحدهما، لم يؤثّر رجوعه، ونفذ الحكم، وهذا بعيد. ولو رضيا، ثم رجع أحدهما قبل أن ينشئ الخوض، فلا وجه لإبطال الحكم، وفيه شيء. نهاية المطلب في دراية المذهب، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين، ط1، ج18، ص583. تحقيق: عبد العظيم محمود الذيب، دار المنهاج، 1428هـ، 2007.

الفرع الأول

قبل صدور حكم المحكم

تشعبت الآراء بالفقه الإسلامي حول لزوم عقد التحكيم من عدمه إلى عدة آراء، نعرض لها فيما يلي:

1. الرأي الأول: يرى أن عقد التحكيم يصبح لازماً بمجرد الاتفاق عليه، فصدور الإيجاب من طرف مقترنا بالقبول من الطرف الآخر يجعل التحكيم لازماً لهما، وليس لواحد منهما الاستقلال حق بفسخ عقد التحكيم وحده دون موافقة من الطرف الآخر⁽¹⁾.

قال ابن الماجشون من المالكية: "ليس لأحدهما أن يبدو له كان ذلك قبل أن يفتحه صاحبه أو بعد ما ناشبه الخصومة وحكمه لازم لهما كحكم السلطان لمن أحب منهما أو كره نظر لصاحبه كما ينظر السلطان في حق الغائب"⁽²⁾. فإذا تحاكم

(1) ركن التحكيم إيجاب من طرف وقبول من الطرف الآخر، ويكون الإيجاب بالألفاظ التي تدل على التحكيم كقول: قد حكمتك أو نصبتك حاكماً. درر الحكام، المرجع السابق، ج4، ص578.

(2) تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمرى، ط1، ج1، ص63، مكتبة الكليات الأزهرية، 1406 هـ 1986 م. المنتقى شرح الموطأ، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي، ط1، ج5، ص227، مطبعة السعادة 1332 هـ.

رجلان إلى من يصلح للقضاء وحكماه بينهما، جاز ونفذ حكمه⁽¹⁾. وهذا يعني لزوم التحكيم بمجرد الرضا به.

2. الرأى الثانى : يرى أن اتفاق التحكيم لايلزم أطرافه بشئى مطلقا، بل إنَّ حكم التحكيم ذاته لايلزمهم مالم يتراضيا عليه ويتفقا على الخضوع لمقتضاه. وهذا يعنى أن حكم المحكم لا ينفع ويؤثر إلا برضا الخصمين ، ويشترط استمرار هذا الاتفاق إلى انتهائه⁽²⁾. وهذا اعتداد بإرادة الأفراد إلى أبعد حد. فحكم المحكم لايعنى شيئا مالم يتراضيا ويتفقا عليه. فهو أشبه مايكون بالفتوى. وسند هذا القول أن رضا أطراف التحكيم معتبر في بداية التحكيم ومعتبر في نهايته ، وأن إلزامهما بحكم الحكم فيه افتتات على القاضى والإمام .

والحق أنه لايمكن قياس التحكيم على الفتيا، فهو قياس مع الفارق . والمدار فى العقود على الاتفاق ابتداء ، فهذا ينتج أثره لاحقا، ولايشترط استمرار الاتفاق حتى النهاية. وإلا لأمكن تفرغ العهود والعقود والالتزامات من مضمونها. فلا يبق أى عقد أو اتفاق أو التزام. كما أن التحكيم ليس فيه افتتات على القاضى والإمام لأن سلطة

(1) مختصر الإنصاف والشرح الكبير ، محمد بن عبد الوهاب بن سليمان التميمى النجدى، ط1، ج1ص756، تحقيق مجموعة من العلماء ، مطابع الرياض، الرياض.

(2) إعانة الطالبين، ج4ص254. مختصر الإنصاف والشرح الكبير، محمد بن عبد الوهاب بن سليمان التميمى النجدى، ط1، ج1ص756، تحقيق: عبد العزيز بن زيد الرومى، محمد بلتاجى، سيد حجاب، مطابع الرياض، الرياض. النجم الوهاج ، ط1، ج10 ص157.

المحكم محصوره فيما اتفق عليه الخصمان ، أما سلطة القاضي والإمام فتشمل كل القضايا⁽¹⁾.

3. الرأى الثالث : أن اتفاق التحكيم غير ملزم حتى الشروع في الحكم، فإذا شرع في إجراءات الحكم أصبح لازماً. قال ابن القاسم إذا حكماه وأقاما البينة عنده ليس لأحدهما رجوع إذا أبلى ذلك صاحبه لأنه حق له وجب براحته من نظر القضاة⁽²⁾. وقال أصبغ: لكل واحد منهما الرجوع ما لم ينشأ في الخصومة عنده فيلزمهما التماذي فيها، كما ليس لأحدهما إذا ترافعا الخصومة عند القاضي أن يوكل وكيلاً أو يعزله⁽³⁾.

فلكل واحد من المتحاكمين الرجوع قبل شروع المحكم فى الحكم، لأنه لا يلزم حكمه إلا برضى الخصمين؛ وهو أشبه برجوع الموكل عن التوكيل قبل التصرف

⁽¹⁾ كما يفارق حكم المحكم حكم القاضي المولى من حيث إن حكم هذا الحكم إنما ينفذ في حق الخصمين ومن رضى بحكمه، ولا يتعدى إلى من لم يرض بحكمه بخلاف القاضي المولى. الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج3 ص403.

⁽²⁾ الذخيرة، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، ط1، ج10، ص37، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994 م. تبصرة الحكام، ط1، ج1، ص63، المنتقى شرح الموطأ، المرجع السابق، ط1، ج5، ص227. كشف القناع عن متن = الإقناع، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى، ج6، ص309، دار الكتب العلمية.

⁽³⁾ تبصرة الحكام، المرجع السابق، ط1، ج1، ص63.

فيما وكل فيه، أما بعد شروعه في الحكم قبل تمامه؛ فلا يصح رجوع أحدهما كرجوع الموكل بعد صدور ما وكل فيه من وكيله⁽¹⁾.

4. الرأي الرابع : أن اتفاق التحكيم لايلزم أطرافه ،ويستمر الأطراف في حل من هذا الاتفاق إلى أن يصدر الحكم.فإذا صدر الحكم أصبح لازماً في حقهما⁽²⁾.

قال سحنون في كتاب ابنه: لكل واحد منهما الرجوع ما لم يفصل الحكم بينهما⁽³⁾.وهذا يعنى أن لكل من أطراف الاتفاق على التحكيم الحق في فسخ التحكيم والتصل منه ما دام الحكم لم يصدر ، قياساً على الوكيل حيث للموكل الحق في فسخ عقد الوكالة مادام الوكيل لم ينفذ المهمة الموكلة إليه وقياساً على سلطة السلطان في عزل القاضى .

والحق أن قياس التحكيم على التوكيل قياس مع الفارق ، إذ الوكيل يعد نائباً عن الموكل،فيكون للموكل الحق في الاستغناء عنه . كما أن الوكالة تتم من قبل إرادة واحدة،في حين أن اتفاق التحكيم يتم بإرادة شخصين. وما ثبت بتراضى الطرفين وجب أن لا يفسخ إلا بإرادتهما معا.

(1) مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى،مصطفى بن سعد بن عبده السيوطى الحنبلى، ط2، ج6 ص472،المكتب الإسلامى، 1415هـ1994م .

(2) تبين الحقائق ،المرجع السابق، ط1، ج4 ص193،تبصرة الحكام،المرجع السابق، ط1، ج1، ص63. المنتقى،المرجع السابق، ج5ص227. وراجع أيضاً:النجم الوهاج ، ط1، ج10 ص157، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج10 ص244،وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية ، الكويت.

(3) تبصرة الحكام،المرجع السابق، ط1، ج1، ص63. المنتقى،المرجع السابق، ج5ص227.

ثم إن الله تعالى قد وصف المحكم بالحكم، فقال: "فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها" وهذا نص من الله سبحانه أنهما قاضيان، لا وكيلان، ولا شاهدان⁽¹⁾.

الترجيح: والحق الذى يبدو لى أن الرأى الأول القائل بلزوم الاتفاق لأطرافه والتزامهم بمضمونه هو الأقرب للصواب، نظرا لعموم الآيات والأحاديث الدالة على وجوب الوفاء بالعقود والعهود وسائر الالتزامات. ومن ذلك قول الله تعالى: "يا أيها الذين

آمنوا أوفوا بالعقود"⁽²⁾. فضلا عن رد أدلة باقى الآراء الأخرى. بالإضافة إلى أن الاتفاق على التحكيم بمثابة عقد بين أطرافه. والأصل في العقود اللزوم إلا إذا قام الدليل على خلاف ذلك. بالإضافة إلى أن التحكيم يعد ولاية خاصة بالحكم بين الخصمين، وقد انعقد اتفاقهم عليه، فلا يجوز لأحدهم الاستقلال بالرجوع عنه إلا برضا الآخر.

والقول بغير ذلك يؤدى فى المحصلة النهائية إلى تفرغ اتفاق التحكيم من مضمونه. كما يؤدى إلى إمكانية النكوص عن الوفاء بالعقد، وفى أى لحظة. وهذا على خلاف مقتضيات النصوص الشرعية التى تأمر بالوفاء بها. وعليه لا يمكن

(1) فتح القدير، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، ط1، ج1، ص534، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب، دمشق، بيروت 1414هـ. أحكام القرآن، القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الإشبيلي المالكي، ط3، ج1، ص539، تخريج أحاديثه وتعليق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424 هـ 2003م.

(2) من الآية رقم 1 سورة المائدة.

لأحاد أطراف الاتفاق على التحكيم الرجوع عنه على استقلال بمعزل عن الطرف الآخر ،يستوى أن يكون ذلك قبل صدور الحكم أو بعده. مالم يتفق الأطراف جميعا على ذلك.

الفرع الثاني

بعد صدور حكم المحكم

ومع الاختلاف السابق بين الفقهاء في مدى إلزامية التحكيم قبل صدور الحكم، فإنهم يكادون يتفقون على أن الحكم إذا صدر من المحكم أو المحكمين فإنه لازم للخصمين ، فلا يجوز لهما ، أو لأحدهما الرجوع عن التحكيم ، ولا عزل المحكم، وأن رجوعهما باطل ، ولكن هذا الحكم خاص بهما فقط فلا يتعداهما إلى غيرهما ، وذلك لأنه صدر بحقهما عن ولاية شرعية نشأت من اتفاقهما فقط على اختيار الحكم للحكم عليهما ، فلا يسري أثر الحكم على غيرهما⁽¹⁾.

ومع ذلك وجد من يقول بإمكانية عزل المحكم حتى بعد صدور الحكم، وما لم يتفق الطرفان على الحكم بعد صدوره لا ينفذ في حقهما، إذ يشترط الرضا في الابتداء والانتهاء. لكن على الأظهر لا يشترط رضاهما⁽²⁾.

(1) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، ج4، ص136، الناشر: دار الفكر. مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى، ج6، ص471.

(2) المادة 23 من قانون التحكيم المصري، والمادة 21 من نظام التحكيم السعودي.

المطلب الثاني

مدى إزام اتفاق التحكيم طبقا للقانون الوضعى

تمهيد وتقسيم: القوة الملزمة لاتفاق التحكيم حقوقا كانت أو التزامات تنصرف إلى العاقدين دون أن تتعداهم إلى سواهم. غير أن هذه القاعدة لم تسلم من وجود بعض الاستثناءات التي يمتد فيها اتفاق التحكيم إلى الغير، إذ كشفت الظروف والأحوال أن هذا الغير قد يتأثر بهذا الاتفاق، وهو ما يشكل وجه استثناء على هذه القاعدة. وسوف نتحدث عن قاعدة النسبية في فرع أول وعن الاستثناءات الواردة عليها في الفرع الثاني، على النحو التالي:

الفرع الأول

مبدأ نسبية أثر العقود من ناحية الأشخاص

مبدأ نسبية آثار العقود: إعمالاً للقاعدة العامة التي تقضي بنسبية أثر العقود من ناحية الأشخاص، فإن القوة الملزمة لاتفاق التحكيم حقوقاً كانت أو التزامات تتصرف إلى العاقدين دون أن تتعداهم إلى سواهم.

والقانون يعتبر أن اتفاق التحكيم . سواء جاء شرطاً في العقد قبل حدوث النزاع (شرط التحكيم) أو جاء بعد حدوث النزاع من خلال اتفاق مستقل (مشاركة التحكيم) . ملزم للطرفين فلا يجوز لأحدهما الاستقلال بفسخه دون الآخر . بل إن قانون التحكيم المصري ونظام التحكيم السعودي قد اعتبرا شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أى أثر على شرط التحكيم الذى يتضمنه ، إذا كان هذا الشرط صحيحاً فى ذاته. وبناء عليه فإن اتفاق التحكيم سواء كان مطلقاً أو مقيداً يعد لازماً وملزماً لطرفيه، وليس لأحدهما أن يستبد بفسخه، أو يعطل أحكامه، أو يمتنع عن تنفيذه بإرادته المنفردة وإلا انعدمت قيمة التحكيم برمته.

ومن ثم لا يمكن التصل من هذا الاتفاق، أو التحلل من الالتزام الوارد به بطريقة أحادية الجانب، حتى فى الحالة التي يكون فيها اتفاق التحكيم جزءاً من عقد معين أبرم بين طرفين ثبت بطلانه أو فسخه.

ووفقاً لهذا المعنى قررت المحكمة العليا في سلطنة عمان في أحد أحكامها بأن العقد شريعة المتعاقدين، ومقتضى هذه القاعدة أن القاضي يطبق شروط العقد كما لو كان يطبق قانوناً، فالعقد يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة بين المتعاقدين، فلا يجوز نقضه إلا باتفاق الطرفين، كما لا يجوز تعديل شروط العقد إلا باتفاقهما، فلا يجوز لأحدهما أن يعدل في شروط العقد⁽¹⁾.

والمستند في هذا ما يعرف بمبدأ نسبية آثار العقود والاتفاقات، والذي يقود إلى القول بأن اتفاق التحكيم يلزم . في الأساس . طرفيه، ولا يمتد أثره لغير أطرافه، ممن لم يوقع على هذا الاتفاق بنفسه أو عن طريق ممثل له. فمقتضى نسبية اتفاق التحكيم أن يتمتع الاتفاق بالقوة الملزمة لطرفيه ، وتفرض على كل منهما تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، وهذه القوة الملزمة لا تتعلق بغير طرفي التحكيم⁽²⁾.

ومن ثم فإن القوة الملزمة لاتفاق التحكيم بصوره المتعددة، تقتصر. كقاعدة .

على من كان طرفاً.

(1) المحكمة العليا ، قرار رقم (5)، في الطعن رقم 2003/172م، مجموعة الأحكام الصادرة عن دوائر المحكمة العليا "الدائرة التجارية" ، المكتب الفني، ص 16.

(2) بل إن هيئة التحكيم إذ تستمد ولايتها من اتفاق التحكيم ، وهذا الاتفاق نسبي الأثر ، ولهذا لا يمكن إلزام الغير أو من لا يمتد إليه الاتفاق بالخضوع لسلطة المحكمين . فالعقد لا يرتب التزاماً في ذمة الغير . وإن كان من الممكن أن يكسبه حقاً . طعن اتحادي رقم 73 لسنة 2016، س10 ق 16، جلسة 10/10/2016، ص469.

فانفاق التحكيم كغيره من التصرفات الإرادية لا تتصرف آثاره إلا إلى طرفيه دون أن يفيد منه الغير أويضاربه⁽¹⁾.

وتأسيساً على ماسبق، فإنه يتمتع على أي من طرفي الاتفاق التحلل منه بإرادته المنفردة، واللجوء مباشرة إلى قضاء الدولة، وإلا جاز للطرف الآخر الشريك في الاتفاق التمسك باتفاق التحكيم؛ بهدف منع قضاء الدولة من نظر النزاع، والفصل فيه.

ويرى البعض⁽²⁾ أن شرط التحكيم كصورة من صور اتفاق التحكيم هو مجرد وعد بإبرام مشاركة التحكيم عند قيام النزاع، ومع ذلك فإنه يقبل التنفيذ العيني جبرا عن أطرافه. والحق أن هذا الرأي يتعارض مع التحكيم في حد ذاته، وكونه وسيلة سريعة لفض الخصومات؛ إذ يتطلب الأمر الحصول على حكم قضائي حائز لقوة

(1) محمد نور شحاته، دراسة تحليلية وتطبيقية لمبدأ نسبية أثر التحكيم على الغير، ص18، دار النهضة العربية، القاهرة 2006. وقد قضت محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها بأن مبدأ نسبية العقد يهيمن على قوته الملزمة بالنسبة للأشخاص والموضوع بما يعني أن أثر العقد يقتصر على طرفيه والخلف العام أو الخلف الخاص أو الدائنين، فلا تتصرف الحقوق الناشئة عنه أو الالتزامات المتولدة عنه إلا لعاقديه. راجع على سبيل المثال: نقض مدني، طعن رقم 3411 لسنة 65ق، جلسة 18/9/1996، مجموعة الأحكام، ص47، عدد2، ق213، ص1175، نقض مدني، طعن رقم 2740 لسنة 59ق، جلسة 12/5/1994، مجموعة الأحكام، ص45، عدد1، ق157، ص822، نقض تجاري، طعن رقم 498، لسنة 70ق، جلسة 22/3/2011، متاح على موقع المحكمة www.cc.gov.eg.

(2) أحمد السيد صاوي، التحكيم، المرجع السابق، ص461.

الأمر المقضي، بتعيين هيئة التحكيم، وهو ما يعرقل إجراءات خصومة التحكيم، ويؤدي إلى بطئها الوقت اللازم للفصل في النزاع من جانب القضاء⁽¹⁾.

على أننا نبادر إلى القول بأن فكرة الطرف تشمل أطراف الاتفاق الأصليين⁽²⁾ وخلفهما العام والخاص أو الدائنين⁽³⁾. فيمتد اتفاق التحكيم إلى الخلف العام أو

(1) قارب: محمود السيد التحويي، اتفاق التحكيم وقواعده، ط1، ص90، منشأة المعارف، الاسكندرية 2003.

(2) أطراف الاتفاق هم: كل من اشترك في إبرام العقد سواء تم التعاقد أصالة أو عن طريق النيابة، ويجب أن تتصرف إرادتهم إلى المساهمة في إبرام اتفاق التحكيم وانصراف آثاره إليهم.

(3) الخلف العام هو الشخص الذي يخلف شخصاً آخر في كل ذمته المالية، أو في جزء شائع منها، بما يترتب عليها من حقوق والتزامات مثل: الوارث لكل التركة أو الوارث مع آخرين للتركة، وكذلك الموصى له بحصة في التركة، ويتم ذلك في حالة الوفاة فيخلف المتوفي ورثته، فيكون لهم حقوقه وعليهم التزاماته، فإذا أبرم شخص اتفاق تحكيم وتوفي، انتقلت حقوق التحكيم والتزاماته إلى ورثته والموصي له.

أما الخلف الخاص فهو: من يخلف الشخص في عين معينة بالذات، أو في حق عيني عليها، ومثاله: المشتري لشيء مادي كالعقار كالمشتري والمنفعة، أو شيء معنوي كحوالة الحق، وكذا الموهوب له والموصي له بعين معينة بالذات، والخلف الخاص بعكس الخلف العام لا تتصرف إليه آثار العقود التي يبرمها السلف، إلا إذا توافرت شروط معينة: 1. أن يكون العقد الذي أبرمه السلف سابقاً على العقد الذي انتقل به الشيء إلى الخلف الخاص، أما جميع العقود التي يبرمها السلف بعد انتقال الشيء إلى الخلف لا تسري في مواجهة الخلف ويعتبر من الغير بالنسبة لها.

2. أن يكون الحق أو الالتزام الذي نشأ عن العقد الذي أبرمه السلف بشأن الشيء الذي انتقل إلى الخلف من مستلزمات هذا الحق، والحقوق التي تعتبر من مستلزمات الشيء هي المكملة للحق الذي انتقل إلى الخلف. كون

الخلف عالماً وقت انتقال الشيء إليه بالحق أو الالتزام الذي سبق لسلفه. 3. علم الخلف وقت انتقال الشيء بالحق أو الالتزام الذي سبق لسلفه أن أبرمه، وإن كان اشتراط العلم لا يثور من

الخاص، سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، كما يظهر هذا الامتداد أيضا في حالة مالو تم التنازل عن العقد الأصلي المتضمن شرط التحكيم للغير الذي يصير بموجب هذا التنازل طرفا في هذا الاتفاق، رغم عدم مشاركته في إبرامه؛ نزولا على مقتضى التنازل⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك حالات لا تنتقل فيها آثار العقود إلى الخلف العام، مثل: عقد العمل وعقد الوكالة وعقد الشركة إذا تم النص على انتهائها بوفاة أحد الشركاء، فهذه العقود تنتهي بوفاة أحد أطرافها، والعقود التي يبرمها أصحاب المهن الحرة، مثل: المحامون والمهندسون، فتنتهي بوفاة صاحب المهنة. كما لا يتأثر الخلف العام بالعقد ولا تنتقل إليه آثاره، إذ انص في العقد على عدم انتقال الحقوق والالتزامات إلى الخلف العام، باعتبار أنها ليست من النظام العام، فيجوز الاتفاق على مخالفتها⁽²⁾. وقد نصت المادة 145 من القانون المدني المصري على

الناحية العملية إلا في حالة الالتزامات أما في حالة الحقوق فلا تثور مشكلة علم الخلف من عدمه، فهو لن يعترض على إضافة حق إلى حقوقه ولكنه سيتذرع بعدم علمه لكي لا يضاف التزام إلى التزاماته. انظر : محمد طلعت عبد الرحيم، " الغير في خصومة التحكيم"، ص19 وما بعدها، مقال منشور على الرابط. <http://mm-talaat-sh.blogspot.com>: هذا كله مالم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون أو اتفاق الطرفين أن العقد لا تنصرف آثاره إلى الخلف.

(1) بليغ حمدي محمود، الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الأجنبية ص321، دار الجامعة الجديدة، 2007.

(2) محمد طلعت، الغير في خصومة التحكيم، سنة 2012، على الموقع: mm-talaat-sh.blogspot.com

أنه: "ينصرف أثر العقد إلى 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 إلى الخلف العام.

فالقاعدة هي : عدم امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير؛ بحسبان أن الغير يعد أجنبيا عن العقد فلا يتأثر به ، واتفاق التحكيم باعتباره عقدا يخضع لمبدأ نسبية أثر العقود، فلا يلزم سوى أطرافه، ولا تمتد آثاره إلى غيرهم، يستوي أن يرد في صورة شرط أو مشاركة أو كان اتفاقا عن طريق الإحالة.

وإذا كان مبدأ نسبية العقود يحتم عدم امتداد آثار اتفاق التحكيم من الناحية الشخصية لغير أطرافه وخلفهم العام والخاص، بالمعنى سالف الذكر. فإنه أيضا لا يشمل من الناحية الموضوعية سوى ماتضمنه هذا الاتفاق من موضوعات محددة، بحيث لا يتعداها إلى غيرها من الاتفاقات الأخرى التي يبرمها الخصوم، مادامت خارج نطاق اتفاق التحكيم. فإرادة المتعاقدين هي التي تحدد النطاق الموضوعي لاتفاق التحكيم، وكذا القانون الواجب تطبيقه بصدده ، ومتى اتفق الأطراف على الموضوع محل النزاع تعين على هيئة التحكيم أن تفصل فيه دون غيره من المسائل والموضوعات التي تخرج عنه.

فاتفاق التحكيم هو الذي ينشئ التحكيم ويحدد نطاقه من حيث الأشخاص والمسائل التي يشملها والقانون الواجب التطبيق وتشكيل هيئة التحكيم وسلطاتها

والإجراءات المتبعة أمامها، ومتى تخلف الاتفاق امتنع القول بقيام التحكيم، وهو ما يستتبع نسبية أثره، فلا يحتج به إلا في مواجهة من ارتضاه وقبل خصومته.

ويترتب على اتفاق التحكيم، التزامات على أطرافه وأخرى على القضاء، ويتمثل هذا الالتزام بالنسبة للأطراف في وجوب عرض نزاعهم محل الاتفاق على هيئة التحكيم. ولا يجوز لأي منهم التنصل من هذا الالتزام منفرداً. أما بالنسبة للقضاء، فإن الاتفاق يشكل مانعاً يحظر معه على المحاكم التدخل والتصدي للنزاع، ولو رفع أحد الأطراف دعوى بذلك أمامها، بل عليها الامتناع عن نظرها، باعتبارها من اختصاص هيئة التحكيم.

فإذا التزم أطراف الاتفاق بالتحكيم وجب عليهم فض نزاعهم بهذه الوسيلة، والتقيد بالحكم الصادر فيه، وتنفيذه شأنه في ذلك شأن الأحكام القطعية النهائية الصادرة عن القضاء. حيث لا يقتصر اتفاق الأطراف على مجرد اعتبار الحكم التحكيمي قطعياً ونهائياً، إنما يتضمن التحكيم وفي جميع الأحوال تفويض المحكم بتسوية النزاع⁽¹⁾.

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي، والداخلي، ص 443، دار النهضة العربية، القاهرة 2004، حفيظه السيدالحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، ص 14، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 2001.

وبوجه عام، فإن مثل هذا الاتفاق جائز وملزم لطرفيه في كل من القانون
المصري والعماني والإماراتي⁽¹⁾.

(1) تم تنظيم أحكام التحكيم في مصر بموجب قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 وتعديلاته، وفي عمان بموجب المرسوم السلطاني رقم 47 لسنة 1997، والمرسوم السلطاني رقم 3 / 2007 بتعديل بعض أحكام قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 47 / 97، وفي الإمارات العربية المتحدة بموجب الباب الثالث من قانون الإجراءات المدنية رقم 11 لسنة 1992 (المواد 203-218). والذي عدل بموجب قانون التحكيم الجديد رقم (6) لسنة 2018.

الفرع الثاني

الاستثناء (امتداد اتفاق التحكيم للغير)

استثناء: إمكانية امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير، أو بمعنى آخر : توجد حالات يعتبر فيها الغير طرفاً، وتمتد . من ثم . إليه آثار اتفاق التحكيم.

فإذا كانت قاعدة نسبية اتفاق التحكيم يترتب عليها أن تتصرف آثار الاتفاق لطرفي التعاقد والخلف العام والخلف الخاص، وإذا كان الأصل أن اتفاق التحكيم لا يترتب أثراً لغير هؤلاء، إلا أن التوجه القانوني والقضائي استقرا على وجود حالات يمتد فيها أثر اتفاق التحكيم للغير. فما المقصود بالغير؟ وما هي حالات امتداد الاتفاق للغير؟ وآثار هذا الامتداد؟ هذا ما سوف نوضحه فيما يلي:

أولاً: مفهوم الغير والأساس القانوني في امتداد اتفاق التحكيم إليه

أ . مفهوم الغير: يقصد بالغير بصفة عامة : كل من ليس طرفاً⁽¹⁾، وهو كل شخص عدا المتعاقدين وخلفهما العام والخاص.

(1) تردد مصطلح الغير في مواضع كثيرة ومدلوله واحد، ففي باب الخصومة فإن الغير في الخصومة القضائية هو كل من لم يمثل فيها، وفي باب الأحكام والعقود هو كل من لم يكن طرفاً فيها. ويعبر =

= عن ذلك بالقول بنسبية آثار الأحكام والعقود، بمعنى أنها لا ترتب أثراً إلا في مواجهة أطرافها. وقد ورد مصطلح الغير في القانون الروماني ويراد به الأجنبي، والغير في القانون الفرنسي وفق المادة 1165 من القانون المدني هو من لا ينفعه العقد ولا يضره.

وعرفه البعض بأن الغيرفي اتفاق التحكيم هو: كل شخص ليس طرفاً في الاتفاق ولا خلفا عاما أو خاصا لأحد أطرافه (1).

وعرفه البعض الآخر بأنه هو : كل شخص طبيعي أو شخص معنوي لم يوقع على الاتفاق (2).

ومعيار التمييز بين الطرف والغير يعتمد على معيارين، الأول شكلي ومقتضاه أن من وقع الاتفاق وقام بتبادل الرسائل والبرقيات وغيرها من وسائل الاتصال المكتوبة فيعد طرفاً، ويشترط هنا أن يتم التعبير عن الإرادة صراحة بالكتابة ولا يعتد بالتعبير الضمني، وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية أن الاتفاق على التحكيم لا يفترض ويلزم أن يعبر بوضوح عن انصراف إرادة الخصوم إلى اتباع هذا الطريق (3)، والمعيار الثاني موضوعي وفيه يعد طرفاً كل من كان ممثلاً في الاتفاق، وكل من لم يكن طرفاً في الاتفاق وفقاً للمعيارين السابقين فهو من الغير (4).

(1) نقض تجاري 7595 لسنة 81، جلسة 2014/2/13، متاح على موقع المحكمة، سميحة القليوبي: مرجع سابق .

(2) Juan Pablo, la clause d' arbitrage et son extension à des parties non signataires en arbitrage interne et international, le 28 Décembre 2013, sur le site, www.correadelcasso.com/fr

(3) نقض مدني 607 لسنة 63، جلسة 2007/3/27، س58، ق51، ص295.

(4) د. محمد نور شحاتة: دراسة لمبدأ نسبية أثر التحكيم بالنسبة للغير، 4 مايو 2013، متاح على الموقع: www.facebook.com/permalink.php.

ب . الأساس القانوني في امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير

يمكن القول بأن الأساس القانوني لامتداد اتفاق التحكيم إلى الغير إذا ورد في صورة شرط في عقد، أن اتفاق التحكيم في هذه الحالة يعد جزءا . وإن كان مستقلا . عن العقد الذي ورد به، والقاعدة المقررة في هذا الشأن أن الجزء يتبع الكل، والملحقات تتبع الأصل، في خصوص انتقال آثار العقد إلى الغير، بمعنى أن انتقال آثار العقد إلى الغير يستتبعه حتما انتقال شرط التحكيم كذلك إليه. فاننتقال الحقوق والالتزامات المتولدة عن الأصل يستتبعه انتقال الملحقات " وهي الحقوق والالتزامات التابعة لهذا الأصل " أيضا وبنفس القدر⁽¹⁾.

والعلة في تقرير القاعدة السابقة تكمن في تمكين صاحب الحق بمجموع هذه الحقوق والالتزامات من استعمال هذا الحق في الغرض المقصود من هذا الحق، وشرط التحكيم في هذا الخصوص يعد من ملحقات العقد، فإذا انتقل الحق إلى الغير انتقل إليه أيضا وبالتبعية شرط التحكيم⁽²⁾.

ولا يمكن أن يتعارض القول بامتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الغير في خصوص الحقوق والالتزامات، باعتبار أن اتفاق التحكيم يعد في هذه الحالة تابعا للعقد وملحقا به، مع القول باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الوارد به. إذ استقلال شرط التحكيم يعني عدم تأثر شرط التحكيم بمصير العقد

(1) راجع: رضا وهدان، انتقال آثار العقود إلى الخلف الخاص، ط1، ص202، دار الجامعة الجديدة 1999.

(2) قارب: مها عبد الرحمن الخوaja، امتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الغير، ص83.

الأصلي، لاختلافهما عن بعضهما سببا وموضوعا وخضوع كل منهما لنظام قانوني يختلف عن الآخر. وهذا المعنى لا يتعارض مع القول بانتقال الحقوق والالتزامات المتولدة عن العقد الأصلي بما في ذلك شرط التحكيم إلى الغير⁽¹⁾.

ثانيا: حالات امتداد اتفاق التحكيم للغير

استقر التوجه القانوني والقضاء على وجود حالات يمتد فيها اتفاق التحكيم إلى الغير، استثناء على الأصل العام بقصر آثار الاتفاق على طرفيه والخلف العام والخلف الخاص، وتتمثل تلك الحالات في الآتي:

(¹) قارب: رضا وهدان، الإشارة السابقة، مها عبد الرحمن، الإشارة السابقة.

أ . الاشتراط لمصلحة الغير:

يكون هناك اشتراط لمصلحة الغير عندما يبرم شخصان عقداً و يشترط أحدهما على الآخر حقا لشخص ثالث يستمد من العقد مباشرة بحيث لا يمر بذمة المشتري⁽¹⁾.

وقد نصت المادة 154 من القانون المدني المصري على أنه: "1 . يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير ، إذا كان له فى تنفيذ هذه الإلتزامات مصلحة شخصية عادية كانت أو أدبية. 2. ويترتب على هذا الإشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الإشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ، ما لم يتفق على خلاف ذلك. ولكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التى تنشأ عن العقد. 3 . ويجوز كذلك للمشتري أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع ، الا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذى يجوز له ذلك.

كما نصت المادة 163 من قانون المعاملات المدنية العماني على أنه: "إذا اشترط أحد المتعاقدين حقا لمصلحة الغير ، فإنه يترتب على هذا الاشتراط الآثار التالية ، ما لم يتفق المتعاقدان على غيرها أو تكون مخالفة لمقتضى العقد:

(1) عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، ج 2 ، مصادر الإلتزام، ص266، مطبعة نهضة مصر سنة 1954.

1. يكتسب المنتفع حقا مباشرا قبل المشتراط عليه يستطيع بمقتضاه أن يطالبه بتنفيذ الاشتراط ، كما يكون للمشتراط نفسه مطالبة المشتراط عليه بتنفيذ ما اشترطه لمصلحة الغير . .

2 . للمشتراط عليه التمسك نحو المنتفع بالاشتراط بكل الدفوع التي تنشأ عن العقد .

3 . يجوز للمشتراط نقض اشتراطه قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشتراط رغبته في الاستفادة من الاشتراط ما لم يتعارض ذلك مع مقتضى الاشتراط ، ويسقط هذا الحق بوفاء المشتراط .

4 . يجوز للمشتراط إحلال شخص آخر محل المنتفع بالاشتراط ويجوز له أن يستأثر بنفسه بالانتفاع من الاشتراط.

ويترتب على الاشتراط لمصلحة الغير اكتساب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه.

وهذا النظام يشكل خروجاً على القواعد الأساسية في مبدأ نسبية أثر العقد، والتي تعني عدم انصراف أثر العقد لغير أطرافه. وهنا ينشأ حق لطرف آخر بعيد عن العقد هو المستفيد. وإذا كان قبول المستفيد يعد لازماً لنشوء هذا الحق، إلا أن له أثراً هاماً يتمثل في إسقاط حق المشتري في نقض الاشتراط.

والتساؤل :هل يمتد شرط التحكيم الوارد في العقد إلى الغير"المستفيد" فيلتزم به،وتترتب آثاره في مواجهته؟.

لاشك . إجابة على هذا التساؤل . أن الاشتراط لمصلحة الغير يمكن أن يرتب حقوقا للغير دون أن يرتب عليه التزامات،ولهذا فإن شرط التحكيم في عقد يتضمن اشتراطا لمصلحة الغير،يمكن للغير الاستفادة منه،وله . كما للمشتراط . أن يطالب بإعمال شرط التحكيم للمطالبة بحقوقه من هذا الطريق،فإذا صدر الحكم ،فإن الغير يستطيع أن يستفيد منه. ومن ناحية أخرى يمكن للغير أيضا ان يكون طرفا في شرط التحكيم عن طريق إعلان رغبته صراحة بقبول هذا الشرط ، يستوي أن يطلب ه ابتداء أو يتدخل في الخصومة التحكيمية القائمة بين طرفي العقد.وعلى هذا الأساس ،فإن للمشتراط له أن يتمسك بالشرط دون الالتزام به⁽¹⁾.

ب . الحوالة

وكما ينتقل اتفاق التحكيم وتمتد آثاره إلى الغير بموجب الاشتراط لمصلحة الغير،فإن هذه الآثار يمكن أن تنتقل أيضا عن طريق الحوالة.فإذا كان الأصل أن الاتفاق لا يلزم إلا أطرافه. إلا أنه استثناء من هذا الأصل فإن حوالة العقد الأصلي المتضمن شرط التحكيم، ينقل شرط التحكيم وجميع الالتزامات الواردة به مع العقد الأصلي إلى المحال له،وإذا تم رفع دعوى بهذا الخصوص،فإن

(1) أحمد أبو الوفا،التحكيم،المرجع السابق،ص132،فتحي والي،قانون التحكيم، المرجع السابق،بند87،ص171.

المحكمة . بناء على دفع من صاحب المصلحة . تحكم بعدم قبول الدعوى اعتدادا بشرط التحكيم.

وفي هذا الخصوص قضت المحكمة الاتحادية بأبو ظبي⁽¹⁾ بأن : " الاتفاق على التحكيم لحل النزاع بين المتعاقدين لا يلزم إلا أطرافه سواء كانوا اثنين أو أكثر، والمتعاقد في هذا الاتفاق هو من صدر منه التعبير عن إرادة الالتزام به فيساهم في تكوينه، ولا يكفي لذلك ورود اسم غير المتعاقدين فيه أو أن يوقع عليه بصفة أخرى غير هذه الصفة. ومع ذلك فقد يسري شرط التحكيم على الغير في بعض الحالات، كما في حالة حوالة العقد الاصيلي الذي يتضمن هذا الشرط أو الذي يشير إليه فينتقل شرط التحكيم مع العقد الاصيلي إلى المحال له، ومن المقرر أن استخلاص أطراف شرط التحكيم وحوالة العقد الاصيلي المتضمن شرط التحكيم إلى الغير من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع بغير معقب متى كان قضاؤها في ذلك سائغاً وله أصله الثابت في الأوراق. لما كان ذلك وكان العقد المؤرخ 2008/10/23 المبرم بين الطاعة وشركة قد تضمن في البند رقم 45 منه "ان يتم إحالة أي نزاع لم يتم تسويته إلى التحكيم وتسويته بشكل نهائي وتضم لجنة التحكيم ثلاثة محكمين على النحو المحدد في الاتفاقية. وانه بتاريخ 2011/5/19 اتفقت الطاعة والمطعون ضدها وشركة على نقل كل الالتزامات

(1) طعن رقم 73 لسنة 2016، س 10 ق 16، جلسة 7/ 10 / 10، 2016، ص 469.

التشغيلية للاتفاقية المبرمة بين الطاعنة وشركة
بتاريخ 2008/10/23 إلى المطعون ضدها اعتباراً من 2011/6/1 وكان لا
خلاف بين الاطراف انه تم حوالة العقد المؤرخ 2008/10/23 وجميع الالتزامات
الواردة به على المطعون ضدها وأصبحت هي المسؤولة عن تنفيذ ما ورد به من
التزامات، ومن ثم فينتقل شرط التحكيم مع العقد الأصلي إلى المحال له "المطعون
ضدها" لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أقام
قضائه بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم على سند من ان الطاعنة أحالت
العقد المؤرخ 2008/10/23 وما به من التزامات على المطعون ضدها، وقد
تمسكت المطعون ضدها بشرط التحكيم الوارد به، وإذ كان ما خلصت إليه محكمة
الموضوع سائغاً وله أصله الثابت في الأوراق ويتضمن الرد المسقط لكل ما تنثيره
الشركة الطاعنة في هذا الخصوص. وأياً كان وجه الرأي . فيما إثارته من ان
موافقتها على الحضور أمام غرفة التجارة الدولية بباريس في الدعوى التحكيمية
المقامة من المطعون ضدها وتعيينها محكماً عنها كان للحفاظ على حقوقها وخشية
توقيع عقوبات عليها من قبل الغرفة، إذ لا تأثير لذلك على ان شرط التحكيم يسري
على النزاع القائم بين الطاعنة والمطعون ضدها، ومن ثم يكون النعي بما تقدم على
غير أساس.

ج . مجموعة العقود(العقد الجماعي والعقود المتتابعة والمجموع العقدي)

1 . العقد الجماعي هو: العقد الذي يتم توقيعه بين مجموعة من الأفراد
بصفتهم الجماعية، وبين فرد أو مجموعة من الأفراد مثل عقد العمل الجماعي التي

توقعه نقابة العمال مع صاحب العمل، فهذه الاتفاقات الجماعية ينصرف أثرها إلى الجميع سواء من وقع عليها من العمال ومن لم يوقع عليها⁽¹⁾.

2 . العقود المتتابعة (سلسلة العقود) هي: عقود متتابعة على محل واحد. وفي

هذه الصورة تتابع العقود على ذات المحل رغم اختلاف أطرافها، مكونة بذلك سلسلة عقدية متصلة، كما هو الحال في عقود البيع المبرمة بين صاحب العمل والمقاول الأصلي، وبين المقاول الأصلي مع المقاول الباطن الأول، وبين هذا الأخير ومقاول الباطن الثاني، أو قيام المستأجر بإيجار شئ في عقد الإيجار، وقيامه بتأجير هذا الشئ لشخص آخر، ومثال هذه الحالة: إبرام عقد بيع بين شخصين، وقيام المشتري ببيع نفس الشئ إلى مشتر ثان. أو إبرام عقد مقاوله عن نفس المحل أو جزء منه إلى مقاول آخر "مقاول من الباطن"⁽²⁾، فتنشأ العلاقة بين هذه العقود المختلفة بحسبان أنها تتعلق بعمل واحد أو بمشروع واحد⁽³⁾.

فهل يمتد اتفاق التحكيم لسائر العقود، لو أبرمت عقود متتابعة على محل واحد وكان أحدها يتضمن شرط تحكيم؟.

(1) سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 67.

(2) في هذه الأمثلة: فتحي والي، قانون التحكيم، المرجع السابق، ص 175، مها عبد الرحمن الخواجا، امتداد أثر التحكيم إلى الغير، ص 97، جامعة الشرق الأوسط، 2012/ 2013.

(3) مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 494.

يذهب بعض الفقه⁽¹⁾ في هذه الحالة إلى أنه شرط التحكيم يمتد إذا كان رجوع أحد طرفي العقد على الطرف الآخر بالدعوى غير المباشرة، حيث يكون الدائن في هذه الحالة مستعملاً حق مدينه الناشئ عن عقد يتضمن شرط التحكيم، ويلتزم الدائن بهذا الشرط الذي يقيد حق مدينه، غير أن الشرط لا يمتد إلى الدعوى المباشرة التي يرفعها الدائن ضد مدين مدينه في الحالات التي يخوله القانون ذلك. مثل رجوع المقاول من الباطن على رب العمل⁽²⁾. أو رجوع المؤجر على المستأجر من الباطن⁽³⁾.

وتبرير ذلك مرجعه إلى أن الدائن في استعماله للدعوى غير المباشرة في مواجهة مدين المدين، إنما يستعمل حقا خاصا به نص عليه القانون، للاحق مدينه المقيد بشرط التحكيم. ولهذا لا يمتد شرط التحكيم الوارد في العقد في هذه الحالة إلى الدعوى المباشرة التي يرفعها الدائن ضد مدين مدينه.

(1) فتحي والي، قانون التحكيم، المرجع السابق، ص175 وما بعدها. عكس هذا، مصطفى الجمال، وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الدولية والداخلية، بند344، ص506.

(2) تنص المادة662 من القانون المدني المصري على أنه: "يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذي يكون مديناً به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى، ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلي ورب العمل.

(3) تنص المادة1/596 من القانون المدني المصري على أنه: "يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأصلي وقت أن ينذره المؤجر.

وعلى ذلك لايجوز للمقاول من الباطن أن يرجع على رب العمل بالدعوى
المباشرة بطريق التحكيم،استنادا إلى شرط التحكيم الوارد في عقد المقاول
الأصلي،وإنما يجب عليه رفع دعواه إلى القضاء،دون أن يستفيد من شرط التحكيم
الوارد في عقد المقاولة الأصلي،إلا إذا كان رجوعه على رب العمل بطريق الدعوى
غير المباشرة⁽¹⁾.

ويذهب رأي⁽²⁾ إلى إلى أن عقد المقاولة من الباطن إذا أشار إلى العقد
الأصلي،فإن الشرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي يمتد لعقدالمقاولة من
الباطن،ويمكن للمقاول من الباطن في هذه الحالة أن يستفيد من شرط
التحكيم،ويمكنه . حال توافر شروط التدخل . أن يتدخل في الخصومة القائمة بين
المقاول الأصلي والجهة المتعاقد معها، أما إذا لم يشرالعقد المقاولة من الباطن لم
يتضمن إشارة إلى العقد الأصلي،فإن شرط التحكيم لايمتد إليه.

3 . المجموع العقدي: المجموع العقدي عبارة عن:مجموعة عقود مرتبطة معاً
تقوم على فكرة وحدة المحل أو وحدة السبب بهدف تحقيق عملية واحدة ، فتشكل
هذه العقود عملية اقتصادية واحدة وتهدف لتحقيق هدف مشترك، مثل اتفاق
الكونسرتيوم consortium والمشروع المشترك، وعقود المقاولات من الباطن بهدف
إنجاز مشروع مشترك، فهذه العقود مرتبطة معاً لتنفيذ مشروع واحد. فإذا وجد

(1) فتحي والي،قانون التحكيم،المرجع السابق،ص176.

(2) هدى مجدي،ارتباط المنازعات والطلبات في خصومة التحكيم،ص98ومابعدھا،دار النهضة
العربية2006..

اتفاق تحكيم في أحد تلك العقود دون بقية العقود المرتبطة بإنجاز مشروع معين امتد أثر اتفاق التحكيم إلى باقي العقود المرتبطة *contrats liés* بالمشروع. فمثلا لو أبرمت الشركة "الكونسيرسيوم" وطرف آخر اتفاق تحكيم، فإن هذا الاتفاق يعد ملزما لكافة الأشخاص الذين ضمنهم تلك التسميات، بحيث يجوز لأي منهم تحريك إجراءات التحكيم ضد الطرف الآخر، أو ضد الأشخاص المعنيين مجتمعين أو ضد أي منهم⁽¹⁾.

د . مجموعة الشركات والشركات المندمجة

1 . مجموعة الشركات "الكونسيرتيوم" :يقصد بمجموعة الشركات :عدد من الشركات الخاضعة لسلطة الرقابة والتوجيه التي تمارسها إحداها وتسمى بالشركة المسيطرة أو الشركة الأم، وتسمى الشركات الخاضعة بالشركات التابعة أو الوليدة، وهي أداة قانونية لتنظيم المشروع الرامي للتوسع⁽²⁾.

وقد عرفها البعض بأنها:"تجمع عدد من الشركات تتمتع فيه كل شركة بشخصية قانونية مستقلة و متميزة، في حين لا يتمتع هذا التجمع بالشخصية القانونية بل بوحدة القرارات والإدارة والرقابة"⁽³⁾.

(1) محمود عمر محمود، إشكالية امتداد شرط التحكيم بالتطبيق على قضية الأهرامات، ص32.

(2) علي سيد قاسم: مرجع سابق، ص70.

(3) عاطف الفقي، التحكيم التجاري متعدد الأطراف، ص26، دار النهضة العربية، 2007.

ويتم تجمع الشركات بخضوع مجموعة من الشركات التي تمارس نشاطا اقتصاديا متماثلا أو مكملا لإدارة اقتصادية موحدة، ورقابة على ذمتها المالية، عن طريق إحدى الشركات التي تأتي على رأس المجموعة، وتسمى "الشركة الأم"⁽¹⁾.

وتتميز مجموعة الشركات بأنها تخضع لقرار اقتصادي . لاقانوني . واحد، وفي نفس الوقت تتمتع كل شركة بالمجموعة باستقلالية عن باقي شركات المجموعة. فهل يسري اتفاق التحكيم الذي تبرمه إحدى شركات هذه المجموعة في مواجهة باقي الشركات؟.

لم تتفق الآراء في خصوص الإجابة على هذا السؤال: 1 . ذهب رأي⁽²⁾ مؤيدا بأحكام القضاء⁽³⁾ إلى أنه وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة وقاعدة الاستقلالية التي تتمتع

(1) عاطف الفقي، التحكيم التجاري متعدد الأطراف، المرجع السابق، ص24.

(2) علي سيد قاسم ، نسبة اتفاق التحكيم،، بند25، ص38 وما بعدها، دار النهضة العربية2000، محمود عمر: إشكالية امتداد شرط التحكيم بالتطبيق على قضية هضبة الأهرامات "دراسة مقارنة"، ص29، على الموقع: www.gcac.biz .

(3) حكمت محكمة النقض المصرية قبل صدور قانون التحكيم رقم27 لسنة1994، بعدم انصراف آثار العقد إلى غير أطرافه، وفقاً لنص المادة145 من القانون المدني، سواء كانت هذه الآثار حقا أم التزاما، وإذا كان يبين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعنة "المشترية" قد تفقت مع الشركة البائعة بمقتضى عقد البيع المبرم بينهما على أن كل نزاع ينشأ عن هذا العقد يكون الفصل فيه =

=من اختصاص هيئة التحكيم، وإذا لم تكن الشركة الناقلة طرفا في هذا العقد وتحدد حقوقها والتزاماتها على أساس عقد النقل المبرم بينهما وبين الشركة البائعة، فإن شرط التحكيم الوارد في عقد البيع لا يمتد أثره إلى الشركة الناقلة، ولا يجوز التمسك به عند قيام النزاع بين هذه الأخيرة وبين

بها كل شركة في مواجهة الأخرى فإن أي اتفاق تحكيم أو غيره من العقود تبرمه إحدى شركات المجموعة لا يلزم باقي شركات المجموعة. ويؤدي ذلك إلى عدم سريان امتداد شرط التحكيم لباقي شركات المجموعة استناداً لمبدأ سلطان الإرادة واستقلالية كل شركة عن الأخرى.

وطبقاً لهذا الرأي، فإن اتفاق التحكيم لا يسري إلا في مواجهة الأشخاص الموقعة عليه دون غيرها، ويعد الغير أجنبياً عن العقد لا يتأثر بما ينشئه من حقوق والتزامات.

2 . بينما ذهب رأي آخر⁽¹⁾، إلى أنه نظراً لوجود علاقة ارتباط بين هذه الشركات، وتداخل بعض شركات المجموعة في تنفيذ المشروعات والعقود التي تبرمها إحداها، الأمر الذي يؤدي إلى اختلاط لدى المتعاملين معها، فإن شرط التحكيم الذي تبرمه إحدى هذه الشركات يمتد إلى باقي الشركات الأخرى، حتى ولو لم توقع عليه، وذلك نظراً لوجود إرادة مشتركة لهذه الشركات في جميع الاتفاقات التي توقعها إحداها، طالما تدخلت في تنفيذ العقد أو كانت بحكم مراكزها ونشاطها مفترض فيها العلم بوجود شرط التحكيم ونطاقه:

الطاعنة "المشترية" تطبيقاً لمبدأ القوة الملزمة للعقود. طعن رقم 510 جلسة 20 يناير 1971، ص 35 ق، مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني، ص 146.

(¹) فتحي والي، قانون التحكيم، المرجع السابق، ص 173، أحمد إبراهيم عبد التواب، المرجع السابق، ص 301 هامش 448، صفاء العيساوي: التحكيم متعدد الأطراف كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية "دراسة مقارنة"، ص 29، على الموقع: www.iasj.net/iasj

وهذا الرأي يستند إلى مفترض مؤداه وجود إرادة ضمنية للشركة الداخلة في المجموعة، والتي يراد مد اتفاق التحكيم إليها، اعتدادا بالظروف المحيطة والدور الذي ساهمت به الشرطة في المفاوضات السابقة على إبرام العقد وتنفيذه وفسخه، فقبول التحكيم والتوقيع على الاتفاق بشأنه، لا يشترط أن يكون صريحا، بل قد يكون ضمنيا، ومنه هذه الحالة. فالفرق قائم بين وجوب كتابة اتفاق التحكيم والتوقيع عليه⁽¹⁾.

ومن هذا المنطلق قضت محكمة النقض المصرية أن كون أحد أطراف خصومة التحكيم شركة ضمن مجموعة شركات، لا يعد دليلاً على التزامها بالعقود التي تبرمها شركة أخرى داخل المجموعة، ما لم يثبت أنها تدخلت في تنفيذها أو تسببت في وقوع خلط بشأن الملتزم به على نحو تختلط فيه إرادتها مع إرادة الشركة الأخرى، ولما كانت الشركة لم تكن طرفاً في الاتفاق ولم تتدخل في تنفيذه فلا يجوز إلزامها بشرط التحكيم أو قبول إدخالها في خصومته⁽²⁾.

كما قضت هيئة التحكيم بمركز القاهرة الإقليمي بأن اتفاق 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

(¹) راجع في هذا: فايز عبدالله الكندري، مفهوم شرط التحكيم وقوته الملزمة بالنسبة للغير، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الثاني، السنة 42، يوليو 2000 ص 219 وما بعدها.

(²) نقض مدني 4729 لسنة 72، جلسة 2004/6/22، س 55، ق 117، ص 638.

أعضاء مجموعة واحدة بالرغم من عدم توقيعها على العقد الذي تضمن شرط التحكيم، مادامت قد شاركت في تكوين العقد وتنفيذه وإنهائه⁽¹⁾.

وعلى العكس من ذلك ذهب هيئة التحكيم بمركز القاهرة الإقليمي إلى أن ذلك الاتجاه لم ظهر إلا في التحكيم الدولية المتعلقة بالشركات متعددة الجنسيات، والتي تكون مجموعة اقتصادية واحدة وتنفذ عملياتها التجارية والاستثمارية في البلاد المختلفة، تحت ستار الشركات الفرعية التي تكتسب جنسيات الدول التي يجري النشاط فيها، بحيث ينظر إلى اكتسابها لجنسية الدولة على أساس أنه عامل يساعدها على مباشرة نشاطها وييسره لها، ولا يكون كيانها القانوني المستقل إلا ستارا يمكنها من أدائها النشاط المذكور في سهولة ويسر في البلد الذي اكتسبت جنسيته، وأن القانون المصري قد حدد في المادتين 145⁽²⁾، 152⁽³⁾ من القانون المدني على سبيل الحصر الحالات التي يمتد فيها العقد إلى الشركات التي تكون في مجموعة اقتصادية واحدة تمتعت كل منها بشخصية قانونية مستقلة⁽⁴⁾.

(1) حكم هيئة التحكيم في القضية التحكيمية رقم 109، لسنة 1998، مركز القاهرة الإقليمي، جلسة 1999/3/11، مجلة التحكيم العربي، العدد الثاني، ص 224.

(2) تنص على أنه: "ينصرف أثر العقد إلى 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 إلى الخلف العام.

(3) تنص على أنه: "لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير. ولكن يجوز أن يكسبه حقا.

(4) حكم هيئة التحكيم، مركز القاهرة الإقليمي، في القضية التحكيمية رقم 234، لسنة 2001، جلسة 1999/3/11، مجلة التحكيم العربي، العدد الخامس، ص 189 وما بعدها.

وهو ما انتهت إليه محكمة استئناف القاهرة، إذ حكمت ببطلان حكم التحكيم الذي قضى بإدخال شركة لم توقع على اتفاق التحكيم في خصومة التحكيم، وبالزامها بالتضامن مع الشركة الموقعة عليه، وذلك على أساس أنه تجمعهما وحدة اقتصادية واحدة، واستند الحكم إلى أن شرط التحكيم لا يمتد إلى الشركة الأخرى ولا يلزمها، ما لم يثبت أنها تدخلت في تنفيذها أو تسببت في وقوع خلط بشأن الملتزم به على نحو تختلط إرادتها مع إرادة الشركة الأخرى⁽¹⁾.

وينتقد بعض الفقه⁽²⁾ ما ذهب إليه الرأي الثاني من امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير في هذا الخصوص، وقرر بأن الأمر قد يصل إلى ما سماه بـ " التحكيم الغيابي " نتيجة مد أثر اتفاق التحكيم اذي أبرمته إحدى الشركات إلى شركات المجموعة، فالشركة الأم تخشى أن تجلب إلى التحكيم وهي راغمة، لمجرد أن الشركة الوليدة ضمنت عقدها مع الغير اتفاق تحكيم.

فمجرد الاستناد إلى تفسير إرادة الأطراف الضمنية لتقرير الالتزام بالشرط، من شأنه أن يخلق نزعة توصف بالاستحواذ التحكيمي، وقد يلجأ المحكمون إلى تفسير هذا الأمر تفسيراً واسعاً يجعله سلطة تحكيمية.

(1) نقض تجاري، في الطعن رقم 4729، 4730، جلسة 22 / 6/2004، مجموعة الأحكام، ص 1018.

(2) حفيظة الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 145 وما بعدها، عاطف الفقي، التحكيم التجاري، المرجع السابق، ص 83 وما بعدها.

والأولى من هذا كله من وجهة نظر هذا الفقه أن التحكيم قد ازدهر وانتشر في هذا العصر وأصبح صنو القضاء ، وهذا يقتضي التيقن والتحقق من وجود الإرادة الصريحة للأطراف في الالتزام باتفاق التحكيم ،دون افتراض وجود هذه الإرادة ، ومد أثره إلى الغير .

والباحث يرجح الرأي الأول،ذلك أن الاتفاق على التحكيم لايفترض،وإنما يجب أن يكون صريحا وواضحا ومعبرا عن انصراف نية الأطراف إلى اتباع هذا الطريق،وأن يتضمن تحديد المنازعة أو المنازعات التي ينصرف إليها⁽¹⁾.

الشركة وفروعها: أما في حالة الشركة وفروعها،فإنه إذا أبرمت الشركة عقدا عن عمل يتعلق بأحد فروعها،ويحتوي على شرط تحكيم،فإن هذا الشرط . في ظل عدم تمتع الفرع بشخصية معنوية مستقلة عن الشركة ،وأنها مجرد إدارات تابعة للشركة الأم . يسري في حقها ويمتد للفرع أيضا .

أما إذا حدث العكس وأبرم الفرع اتفاق تحكيم ،فإن هذا الاتفاق أيضا يسري في حق الشركة؛ طالما أن الشركة الأم قد ساهمت في إبرام العقد أو تنفيذه،كما أن

(¹) قارب: طعن رقم 115 لسنة 52ق، جلسة 11/16 / 1987، مجلة القضاء، س 26ق، العدد الأول 1988، ص 414.

الفرع لا يتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الشركة، فهو يبرم الاتفاق نيابة عنها⁽¹⁾.

وبالنسبة للشركة القابضة "الأم" والشركة التابعة لها، فإن اتفاق التحكيم الذي تبرمه إحداها لا يسري إلا في مواجهتها فقط دون الأخرى، حيث تتمتع كل واحدة منهما بالاستقلالية في مواجهة الأخرى⁽²⁾.

2. الشركات المندمجة

الاندماج يكون عن طريق الضم "الابتلاع" أو المزج . أما الاندماج بطريق الضم أو الابتلاع فهو: فناء شركة أو أكثر من شركة من شركة أخرى قائمة، بمعنى أن أحد الشركات تظل حية وتبتلع الشركة أو الشركات الأخرى، أما الاندماج بطريق المزج فهو فناء شركتين أو أكثر وقيام شركة جديدة تنتقل إليها ذمة الشركات الغائبة.

والاندماج كما عرفه التوجه القانوني هو: اتفاق يرتب اتحاد شركتان قائمتان على الأقل في شركة واحدة تكون لها شخصية معنوية جديدة بعد اتخاذ إجراءات التأسيس، أو أن تبتلع شركة تسمى الشركة الدامجة شركة أخرى تسمى المندمجة .

(1) فتحي والي، قانون التحكيم، المرجع السابق، ص175، أحمد السيد صاوي، التحكيم، المرجع السابق، بند39، ص58 وما بعدها.

(2) فتحي والي، الإشارة السابقة، أحمد السيد صاوي، الإشارة السابقة.

والاندماج بذلك له صورتان: الأولى بطريق الضم وفيه تندمج شركة في شركة قائمة فعلاً، فتتقضي الشركة المندمجة لمصلحة الشركة الدامجة التي تبتلعها، والثانية بطريق المزج وترتب نشوء شركة جديدة تخلف الشركات المندمجة⁽¹⁾.

ويترتب على الاندماج انقضاء الشركة المندمجة في حالة الاندماج بالضم، أو انقضاء الشركات المندمجة في حالة الاندماج بالمزج، وفي كلا الحالتين تخلف الشركة الناتجة عن الاندماج خلافة عامة للشركات المنقضية بالاندماج فتخلفها فيما لها من حقوق وما عليها من التزامات.

وفي خصوص اتفاق التحكيم يذهب بعض الفقه⁽²⁾ إلى أنه في حال الاندماج لالتزم الشركة التي لم تكن طرفاً في اتفاق التحكيم به، وإن كانت الشركة المندمجة معها قد عقدت الاتفاق المذكور، فالالتزام بالاتفاق قاصر على هذه الأخيرة.

بينما يذهب رأي آخر⁽³⁾ إلى امتداد اتفاق التحكيم في هذه الحالة، اعتباراً بالإرادة المشتركة لهذه الشركات، والتي تقتضي الاشتراك في جميع الاتفاقات التي توقعها

(1) محسن شفيق: الوسيط في القانون التجاري، ط1، الجزء الأول، ص637، دار نشر الثقافة، الإسكندرية 1951، مصطفى كمال طه، القانون التجاري "الشركات التجارية"، ص341، دار الجامعة الجديدة 1996، أحمد محمد محرز: الوسيط في القانون التجاري، ط2، ص596، منشأة المعارف، الإسكندرية 2004.

(2) فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، ط1، ص227، دار الثقافة، عمان 2012.

(3) فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، خصومة التحكيم، ط1، ص647، مطبعة جامعة القاهرة 2007.

إحداها، فشرط التحكيم يمتد إلى باقي الشركات التي انغمست في تنفيذ العقد المتضمن شرط التحكيم، والمنازعات المتعلقة به على نحو يفترض معه قبولها لاتفاق التحكيم، ولو تم بالتوقيع عليه.

فإذا أبرمت إحدى الشركات اتفاق تحكيم ثم انقضت بالاندماج، فإن الشركة الجديدة الناتجة عن الاندماج أو الشركة الدامجة تحل محلها في آثار اتفاق التحكيم⁽¹⁾.

وهذه الحالة اعتبرها البعض . بحق . ليست استثناء على مبدأ نسبية اتفاق التحكيم باعتبار أن الشركة الدامجة أو الشركة الناتجة عن الاندماج تعد من الخلف العام، وبالتالي ليست من الغير، بل هي تطبيق للمبدأ ولا تعد من حالات امتداد اتفاق التحكيم للغير⁽²⁾.

هـ . المرسل إليه في عقد النقل

تعتمد التجارة الدولية على النقل كثيرا، وبصفة خاصة النقل البحري والجوي، وإذا كان عقد النقل يبرم بين الناقل والبائع لمصلحة المشتري "المرسل إليه" الغائب . غالبا . عن مجلس العقد. فهل يمتد اتفاق التحكيم المبرم بين الناقل والبائع إلى المشتري "المرسل إليه"؟.

(1) مها عبدالرحمن الخواجا: مرجع سابق، ص 106 .

(2) سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 78.

اختلفت الآراء في هذه الحالة: فيذهب البعض⁽¹⁾ إلى الأصل أن المرسل إليه ليس طرفاً في عقد النقل أو سند الشحن، لأنه لا يلتزم إلا بالشروط المتعلقة بالنقل وتلك الناشئة عنه، ولا يعتبر شرط التحكيم من بينها. بينما يذهب رأي آخر⁽²⁾ إلى أنه إذا تضمن سند الشحن شرط التحكيم فيعد هنا طرفاً في العقد، إذ ينتج سند الشحن أثره في حق المرسل إليه، باعتباره طرفاً منضماً لسند الشحن، اعتماداً على فكرة الإرادة الضمنية للأطراف الأصليين. وعليه فإن اتفاق التحكيم، يسري في مواجهة المرسل إليه، استناداً إلى وجود ارتباط بين العقد الأصلي واتفاق التحكيم.

وأقرت محكمة النقض المصرية امتداد أثر اتفاق التحكيم في حق المرسل إليه على أساس وجود ارتباط بين العقد الأصلي الذي هو في ذات الوقت محل اتفاق التحكيم⁽³⁾.

ولم تجد محكمة تمييز دبي بدا من الحكم بعدم وجود شرط التحكيم متى كان وارداً في سند الشحن وهو غير مقروء ومطبوع بخط دقيق بطريق تعجز الشخص العادي عن قراءته، ويتعين إبطاله وعدم الالتزام به. ولا يغير من ذلك كون

(1) مصطفى كمال طه، العقود التجارية، بند 162، ص 177 وما بعدها، دار الفكر الجامعي 2005.

(2) راجع: محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، ص 577 وما بعدها، دار الجامعة الجديدة 2005، محمود عمر محمود، إشكالية امتداد شرط التحكيم بالتطبيق على قضية الأهرامات، ص 32.

(3) نقض 453 لسنة 42، جلسة 1981/2/9، مشار إليه لدى د. سميحة القليوبي: مرجع سابق & وانظر أيضاً د. محمد نور شحاتة: مرجع سابق.

المتعاقبتين شركتان تعملان في مجال النقل البحري، وأنه يفترض علمهما بوجود شرط التحكيم بحكم تعاملهما في سندات الشحن⁽¹⁾.

ويترتب على امتداد اتفاق التحكيم للغير، أن يصبح كلاً من الغير وأطراف الاتفاق في مركز سواء، وما يحق لطرفي الاتفاق يحق للغير، ويرتب اتفاق التحكيم لكلاهما أضرار، أحدهما سلبي في حرمان اللجوء للقضاء بصدد موضوع التحكيم، وثانيهما إيجابي بفض المنازعة بطريق التحكيم.

(1) حكم محكمة تمييز دبي، طعن رقم 87 لسنة 2003، جلسة 10 / 5 / 2003، العدد الرابع عشر، ج 1، ص 567.

الفصل الثاني

شروط اتفاق التحكيم

تقسيم: ينقسم هذا الفصل إلى مبحثين نعالج في الأول منهما الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم، وفي الثاني نعالج الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم.

المبحث الأول

الشروط الموضوعية

تمهيد: الاتفاق على التحكيم يعتبر عقداً من عقود القانون الخاص يسوده مبدأ سلطان الإرادة، وتسري عليه القواعد العامة التي نظمتها النظرية العامة للعقد⁽¹⁾.

ويعد اتفاق التحكيم - شرطاً كان أو مشاركة - تصرفاً قانونياً يجب أن تتوفر له أركانه كسائر العقود التي ينظمها القانون المدني، ومن ثم فهو يخضع للشروط اللازمة لصحة العقد من ضرورة توافر الرضا والأهلية والمحل المشروع والسبب⁽²⁾، فهذه شروط عامة لازمة لصحة أي اتفاق أو عقد. ونعرض لذلك فيما يلي:

(1) نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004م، ص: 37. محمود السيد التحيوي، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008م، ص 135.

(2) استقر قضاء المحكمة العليا بسلطنة عمان على أنه: " يكون العقد باطلاً إذا اختل ركنه بأن لم يتطابق القبول مع الإيجاب، أو إذا كان الرضا صادراً ممن لم تتوفر فيه الأهلية، وكان المحل

المطلب الأول

الرضا

بحسبان أن اتفاق التحكيم يعد عقداً، فإنه يجب أن يتوافر التراضي لدى أطرافه، ويكون التراضي متحققاً بالنسبة لشرط التحكيم، وذلك بالمفاوضات التي تدور حول كل بنود أو شروط العقد، ومن بينها شرط التحكيم، ثم الاتفاق على مجمل العقد في النهاية. وليس ثمة هناك حاجة إلى تراض خاص بشأن شرط التحكيم⁽¹⁾.

ويتحقق التراضي بقبول مبدأ التحكيم ذاته كموضوع للعقد، وإثبات التراضي على ذلك كتابة إضافة إلى توقيع اتفاق التحكيم من الأطراف⁽²⁾.

كما يتحقق التراضي على اتفاق التحكيم بتبادل الرسائل أو البرقيات أو غيرها من وسائل الاتصال الحديث، التي تكشف عن رغبة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي تثار بينهم.

أو السبب فاقداً شرطاً من شروطه كذلك يبطل العقد إذا كان من العقود الشكلية، ولم يتوفر بشأنه الشكل الذي يتطلبه القانون " . حكم المحكمة العليا ، في الطعن رقم (26/2004) ، مجموعة الأحكام الصادرة عن دوائر المحكمة العليا، الدائرة التجارية، مسقط، المكتب الفني، 2005م، ص 146.

(1) قارب: عبد المنعم زمزم، قانون التحكيم الإلكتروني، ص16، دار النهضة العربية 1430هـ، 2009م.

(2) أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المدنية والتجارية والإدارية والجمركية والضريبية . دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2006، ص216.

كما يتحقق التراضي على التحكيم إذا أحال الأطراف في اتفاقهم إلى وثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم، إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد.

والمرجع في توافر التراضي وخلوه من العيوب التي تبطله، يكون إلى القانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم، وقد يكون هذا القانون هو قانون الإرادة، أو قانون الموطن المشترك، أو قانون مكان التحكيم⁽¹⁾.

وطبقاً لبعض الفقه⁽²⁾ فإنه كما يكون الرضا صريحاً، فإنه يمكن استخلاصه ضمناً، ويمكن أن يتحقق ذلك في حال مالو درج أحد الأشخاص في سياق معاملته مع طرف آخر على التحكيم كوسيلة معتادة لفض المنازعات فيما بينهما، ثم أغفلا هذه الوسيلة في عقد من نفس النوع، أو عند تجديد نفس العقد. وذلك كما لو أبرم عقد بين شركتين علاقتهما التجارية متصلة، وجاء هذا العقد تبعاً لعقود أخرى سابقة تحوي شرط التحكيم، وقامت نفس الشركتين بإبرام نفس نوع العقد أو قامتا بتجديد نفس العقد دون أن يتضمن شرط التحكيم. فهنا يمكن القول بوجود اتفاق ضمني نتيجة عمق العلاقات وتواترها بينهما واستقرار العمل بينهما على اللجوء للتحكيم.

(1) اتفاق التحكيم، سميحة القليوبي، بحث مقدم إلى ندوة بعنوان التحكيم في عقود الأشغال والمقاولات، عقد في الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة من 4 . 7 ديسمبر 2005، ص 57.

(2) محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، ط1، ص175، دار النهضة العربية 1997.

غيرأنه لايمكن قبول هذا القول في ظل الشرط الشكلي الذي لا يكتمل اتفاق التحكيم بدونه، وهو وجوب كتابة اتفاق التحكيم بأي وسيلة كانت. فالرضا بالتحكيم لا يفترض، ولا عبء باتفاق تحكيم غير مكتوب، ولا يمكن استخلاصه ضمنا، حتى ولو دلت الظروف والقرائن على ذلك الاستخلاص الضمني، فهذا إذا صح في العقد، فإنه لا يتماشى مع اتفاق التحكيم، وذلك لوجود المانع الشكلي وهو وجوب كتابة اتفاق التحكيم؛ نظرا للأثار الخطيرة التي تترتب عليه.

وإذا انتقت الإرادة عن اتفاق التحكيم كان باطلا. لذا وجب أن يكون التراضي سليما، قائما على إرادة متبصرة بموضوع اتفاق التحكيم، وعلى إرادة حرة غير مضطرة إلى إبرام هذا الإتفاق. وتجدر الإشارة إلى أن القانون لا يعتد بهذه الإرادة إلا إذا تم التعبير عنها في شكل معين. فالإرادة مسألة نفسية، وبالتالي لا تكفي وحدها لقيام اتفاق التحكيم، لذا يلزم الإفصاح عنها، بأن تخرج من نفس صاحبها إلى العالم الخارجي الملموس وذلك بالتعبير عنها⁽¹⁾. فيجب أن يعبر عنه بصورة صريحة، حتى لا تثار صعوبات حول استجلاء إرادة الطرفين في اللجوء إلى التحكيم من عدمه، فلا يعتبر السكوت قبولا ينعقد به اتفاق التحكيم، فلو أن أحد طرفي النزاع وجه إجابا يعرض فيه فض المنازعات الناشئة عن العقد المبرم بينهما

(1) محمود السيد التحيوي، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008م، المرجع السابق، ص 379.

عن طريق التحكيم، وحدد موعدا للرد على إيجابه، وانتهى هذا الموعد دون رد، فلا يعتبر ذلك قبولا للتحكيم⁽¹⁾.

كما يجب أن تكون إرادة أطراف النزاع في هذا الشأن واضحة لالبس فيها ولا غموض، لا تقبل تأويلا وليست محلا لأي شك يثار حولها.

وتطبيقا لذلك: فإن مجرد إرسال أحد طرفي العقد المتضمن شرط التحكيم إلى الغير المتعاقد معه لأخذ رأيه في الجوانب الفنية في هذا العقد لا يعني أنه أصبح مرتبطا بشرط التحكيم المدرج فيه.

والحكمة من ذلك أن التحكيم وسيلة استثنائية لحل المنازعات، واللجوء للقضاء هو الطريق العادي، وعليه وجب أن تكون الإرادة صريحة وقاطعة في الاتفاق على التحكيم.

وقد اشترطت ذلك المادة 12 من قانون التحكيم العماني، حيث لا يعتد القانون العماني بالإرادة الضمنية في هذا الخصوص. وقد جاء نص هذه المادة في الصيغة الآتية: "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا، ويكون اتفاق التحكيم مكتوبا إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمن ماتبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة.

(1) سميحة القليوبي، دور القضاء المصري في تفعيل اتفاق التحكيم، مجلة التحكيم العربي، العدد الرابع عشر، ص 47.

كما يجب أن يكون هذا التراضي خالياً من جميع العيوب التي قد تشوب الإرادة، وأن يكون صادراً من شخص يتمتع بالأهلية القانونية لإبرام اتفاق التحكيم، أي تكون لديه أهلية التصرف في حقوقه بالنسبة للشخص الطبيعي⁽¹⁾.

ويرى بعض الفقه⁽²⁾ أنه لا مجال للغلط . كعيب من عيوب الإرادة . في محل العقد .⁽³⁾؛ بحسبان أن المحل واحد لا يختلف من حالة إلى أخرى. كما لا محل للغلط في القيمة، حيث إن محل العقد . في نطاق التحكيم . ليس له قيمة مالية تقبل الزيادة أو النقصان. وإن كان الغلط في شخص المتعاقد أو في صفة من صفاته أمر متصور .

غير أن الغلط . كعيب من عيوب الرضا . الذي يلحق بمحل العقد الأصلي أو بقيمة المعقود عليه لا يؤثر في اتفاق التحكيم؛ لاستقلال كل منهما عن الآخر، ما لم يكن الغلط مشتركاً بين العقد الأصلي وشرط التحكيم أيضاً، فيؤثر الغلط في هذه

(1) م"م 11 من قانون التحكيم المصري. وثبتت الأهلية . كأصل عام . ببلوغ سن الرشد 21 سنة. وتختلف هذه السن باختلاف القوانين المنظمة لها.

(2) نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية، ط3، ص45، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2010.

(3) يتمثل المحل هنا في إخراج النزاع من ولاية القضاء للفصل فيه من قبل المحكم.

الحالة في العقد والشرط معا⁽¹⁾. كما لو وقع إكراه على أحد المتعاقدين، فإن هذا الإكراه يؤثر في صحة العقد والشرط معا.

وعلى هذا إذا ما لحق اتفاق التحكيم عيب من عيوب الرضا، كالخطأ أو التدليس أو الإكراه فإن الإتفاق عندها يكون باطلا.

ويترتب على هذا أنه لا يعتد بإرادة الصبي غير المميز لفقدانه الأهلية. كذلك لا يعتد برضا المجنون أو السكران سكرًا بينا يفقده القدرة على التمييز⁽²⁾.

غير أن انعدام التمييز لدى أحد العاقدين لا بد أن يصيب العقد الأصلي، واتفاق التحكيم الملحق به معا، بحيث لا يستقل أحدهما عن الآخر، ومن ثم فإذا دفع أحد طرفي التحكيم ببطلان العقد لانعدام إرادته عند التوقيع، فإن البطلان لا يقتصر على العقد الأصلي وحده، وإنما يمتد إلى عقد التحكيم، وبطلان اتفاق التحكيم في هذه الحالة إنما يكون لعيب ذاتي فيه وليس لمجرد ارتباطه بالعقد

⁽¹⁾ وذلك كما لو كان المتعاقد هو شخص محل اعتبار اعتبار في العقد، فالغلط في صفة من صفات من صفات المتعاقد، كما يؤثر في صحة العقد، فإنه يمتد بالتبعية إلى اتفاق التحكيم الوارد في هذا العقد، لأن المتعاقد في الحالين واحد.

⁽²⁾ مصطفى الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ص 388. ويمكن تبعا لذلك رفع دعوى بطلان حكم التحكيم إذا صدر بناء على إرادة معيبة، وهذا ما صرحت به الفقرة (1/ب) من المادة (53) من قانون التحكيم المصري، حيث نصت على أنه: "1- لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية: "... ب - إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إيراده فاقد الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته.

الأصلي. وهو لذلك لا ينفي استقلال شرط التحكيم على نحو تظل النتائج المترتبة على مبدأ استقلال التحكيم قائمة. وأخصها في هذه الحالة اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في مسألة وجود اتفاق التحكيم وبطلانه. إعمالاً لحكم المادة (23) من قانون التحكيم المصري⁽¹⁾.

ولا يكفي أن يتوافر الرضا لدى المتعاقدين فحسب، بل يجب أن تتجه إرادتهما إلى إحداث الأثر القانوني الذي يرتبه التصرف، وأن يدرك المتعاقدين معنى التصرف الذي يقصدانه⁽²⁾.

ويمكن القول بناء على ذلك أن الإرادة لا بد أن تكون إرادة حقيقية تتجه إلى التحكيم كوسيلة بديلة لفض المنازعات، فينعدم الاتفاق لانتفاء الإرادة إلى إحداث الأثر القانوني الذي يرتبه العقد إذا كان الرضا سورياً، وبالتالي فإن اتفاق التحكيم لا يوجد إلا إذا اتجهت إرادة الطرفين بوضوح إلى فكرة التحكيم، وجوهرها الاتفاق على إحالة نزاعاتهم إلى التحكيم وتسويتها بهذا الطريق⁽³⁾.

(1) راجع: نادية محمد معوض، التحكيم التجاري الدولي، التحكيم التجاري الدولي، ص 66-67، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.

(2) عبدالفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984م، ص 88، نادية محمد عوض، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 63.

(3) أبو الوفا، التحكيم الإختياري والاجباري، ط5، ص 15، منشأة المعارف، الاسكندرية 2001، أحمد محمد حشيش، طبيعة المهمة التحكيمية، ص 47، دار النهضة العربية، 2000. وقرب: يزيد أنيس نصير، التطابق بين القبول والإيجاب في القانون الأردني والمقارن، مجلة الحقوق، تصدرها جامعة الكويت، عدد 4، السنة 27، ديسمبر 2003، ص 93، فايز نعيم رضوان، اتفاق

وعليه: لا يكفي الاتفاق على مجرد عدم الالتجاء إلى القضاء للقول بوجود اتفاق على التحكيم⁽¹⁾.

وفيما يتعلق بالقانون الواجب تطبيقه على التراضي، فإنه يخضع للقانون الواجب تطبيقه على اتفاق التحكيم⁽²⁾.

وإذا كانت معظم قوانين التحكيم العربية قد اعتبرت الكتابة ركنا شكليا في اتفاق التحكيم⁽³⁾؛ حملا لأصحاب الشأن على التروي قبل قبول التحكيم، وإدراكهم لعاقبة ما هم مقبلون عليه، فإن الكتابة تضحى هي الوسيلة الحصريه الوحيدة للتعبير عن الإرادة، وعليه يجب أن تتطابق العبارات المكتوبة مع إرادة من نسبت إليه، وحصرا للتعبير بالكتابة يعني إهدار كل قيمة قانونية للرضا الذي يتم التعبير عنه بوسيلة أخرى غير الكتابة ما لم يتم التعبير عنه بعد ذلك في محرر مكتوب، فحيث

التحكيم، مجلة الأمن والقانون، تصدرها أكاديمية شرطة دبي، السنة 15، العدد الأول يناير 2002، ص 69.

(1) مصطفى الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ص 388.

(2) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 221، وفي تأييده: محمود لطفى محمود عبد العزيز، الوجيز في قانون التحكيم العماني، ص 43، دار الكتاب الجامعي 2017.

(3) م 12 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م، والفصل "6" من مجلة التحكيم التونسي.

يحصّر القانون التعبير عن الإرادة بالكتابة، فإنه يكون قد وضع أمام حرية التعبير قيداً شكلياً لا يجوز مخالفته⁽¹⁾.

إلا أن هذه القوانين لم تستوجب في هذه الكتابة شكلاً خاصاً، فتصح في شكل كتابة رسمية أو عرفية، مكتوبة باليد أو بالآلة الكاتبة، أو كانت عبر الوسائل الالكترونية الحديثة.

ومما تجدر الإشارة إليه أنه إذا كان التحكيم الكترونياً، فإن اتفاق التحكيم فيه يمكن أن يكون بالوسائل الالكترونية أو التقليدية على حد سواء، وفيه يتم العقد بين الطرفين بتبادل التعبير عن الرضا، حيث يتطابق القبول الالكتروني مع الإيجاب الالكتروني، وذلك كالضغط على مفتاح القبول في العقود النموذجية التي تتضمن شرط التحكيم الالكتروني "أو التقليدي"، فإن ذلك يعد كافياً لصحة اتفاق التحكيم⁽²⁾.

(1) عبد الرشيد عبد الحافظ، التصرف الشكلي في الفقه الإسلامي والقانون (دون طبعة وتاريخ نشر)، ص: 57 .

(2) عبد المنعم زمزم، التحكيم الالكتروني، المرجع السابق، ص62، وتأييداً له: هشام بشير وإبراهيم عبد ربه، التحكيم الالكتروني، المرجع السابق، ص45.

المطلب الثاني

الأهلية

يقصد بالأهلية: "صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات ومباشرة التصرفات"⁽¹⁾. ولما كان اتفاق التحكيم تصرفا قانونيا، تتجه إرادة طرفيه إلى إحداث أثر قانوني، يتجلى في نزع الاختصاص عن القضاء في نظر منازعات الأطراف، ومنحه لهيئة التحكيم، كان من الضروري، أن تتوفر لدى كل طرف أهلية الأداء اللازمة لصدور إرادة كافية لإبرام الاتفاق.

ومناطق أهلية الأداء، هو توفر أهلية التصرف في الحقوق، فكل من يملك التصرف في حقوقه المالية أصلا أو بإذن من المحكمة أو بحكم القانون، يكون أهلا لإبرام اتفاق التحكيم⁽²⁾. ونتناول فيما يلي أهلية الشخص الطبيعي والمعنوي لإبرام اتفاق التحكيم.

(1) عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد، المرجع السابق، ص244. ويفرق القانون بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء. فأهلية الوجوب هي: صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وهذه تثبت للشخص بمجرد ولادته حتى مماته، أما أهلية الأداء فيقصد بها: صلاحية الشخص لاستعمال الحق والقدرة على التعبير عن إرادته بنفسه تعبيرا منتجا لآثاره القانونية في حقه. لمزيد من التفصيل: عبد الرازق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، ج1 بند145ص222ومابعد، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، مؤسسة الأمل بالتعاون مع نقابة المحامين المصريين 2007.

(2) وهذا ما ذهبت إليه تشريعات التحكيم في البلاد العربية. على سبيل المثال: م11من قانون التحكيم المصري، وم11 من قانون التحكيم العماني، وم6 قانون التحكيم اليمني، وم5 من مشروع

أولاً: أهلية الشخص الطبيعي

الأهلية اللازمة فيمن يبرم اتفاقاً على التحكيم هي أهلية التصرف⁽¹⁾. لما يترتب على هذا الاتفاق من آثار إجرائية خطيرة، ذلك أن الاتفاق على التحكيم يعني التنازل عن رفع النزاع إلى قضاء الدولة، أي تنازلاً عن الضمانات التقليدية التي يوفرها القضاء للأفراد، وهو ما قد يعرض الحق المتنازع عليه للخطر⁽²⁾.

وبناء عليه يقصد بالأهلية هنا: الأهلية اللازمة للاتفاق على حسم النزاع بالتحكيم . ولا يمكن للشخص أن يجري اتفاقاً على ذلك إلا إذا كانت له أهلية التصرف في الحقوق المتعلقة بالنزاع المراد حسمها بالتحكيم⁽³⁾.

قانون التحكيم الليبي، وم 8 من قانون التحكيم التونسي، وم 7 من قانون التحكيم الموريتاني، وم 233 من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني، وم 9 من قانون التحكيم الأردني، وم 3/173 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي، وم 2 من نظام التحكيم السعودي، وم 4/203 من قانون الإجراءات المدنية والتجارية الإماراتي.

(1) حكم محكمة النقض بدولة الإمارات، طعن رقم 405 لسنة 2016، س 10 ق.أ، لسنة 2016، جلسة 21/ 6 / 2016، مكتب تنفيذي 10، ص 1070، وطعن رقم 4 لسنة 2010، س 10، ق.أ، 201، جلسة 25 / 2 / 2010، ص 395.

(2) قد يترتب على التحكيم فقدان الحق إذا قضى المحكمون لغير صالح أحد الخصوم، أو قضا بتعديل نطاق مزايا الحق. فتحي والي، قانون التحكيم، المرجع السابق، ص 109، أحمد السيد صاوي، ص 38.

(3) محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم، النظرية العامة للتحكيم، ص 112، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 1990م.

والحكمة من ذلك: أن اتفاق التحكيم يعد تصرفاً قانونياً تتجه فيه إرادة الأطراف إلى إحداث أثر قانوني معين، يتمثل في الاتجاه إلى التحكيم لحسم المنازعة بينهم، وصرف النظر عن قضاء الدولة، ولكي يبرم هذا الاتفاق، فإنه يجب أن يتوافر لطرفيه أهلية التصرف في الحقوق محل التحكيم، أي لا بد أن يكون الشخص قد بلغ سن الرشد⁽¹⁾. وعلى ذلك نصت المادة 11 من قانون التحكيم المصري بقولها: "لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه".

وأهلية التصرف لا تثبت إلا لمن يصل سن الرشد ولم يكن محجوراً عليه لجنون أو عته أو سفه أو ذو غفله. مع الوضع في الاعتبار النصوص القانونية الخاصة بالولاية على المال، والتي تجعل للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم إليه أو يوضع تحت إمرته لأغراض النفقة، وكذا النصوص التي تجعل لمن يبلغ سناً معينة من عمره أهلاً للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر.

وتطبيقاً لهذا الشرط لا يجوز لعديم الأهلية أو للقاصر ما لم يكن مأذوناً له بالإدارة إبرام عقد تحكيم⁽²⁾. فمقتضى الاعتراف للقاصر المأذون له بالتعاقد والتصرف في إطار معين يقتضي أن يعترف له أيضاً بالحق في الاتفاق على

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 349.

(2) أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري، مجلة الحقوق، ص 5، السنة السادسة، العددان الأول والثاني 1952-1954 م.

التحكيم في كل ما يتعلق بالعقود التي هو أهل لإبرامها وفقا للإذن الممنوح له (1). وكذلك الولي أو الوصي أو القيم لا يستطيع إبرام اتفاق التحكيم، إلا بعد الحصول على إذن من المحكمة (2).

كما لايجوز لمن أشهر إفلاسه أن يبرم اتفاق تحكيم، وإن أبرم اتفاق تحكيم، فإنه لاينفذ في مواجهة جماعة الدائنين. كما لايجوز لمن أشهر إفلاسه أن يبرم اتفاق تحكيم، وإن أبرم اتفاق تحكيم، فإنه لاينفذ في مواجهة جماعة الدائنين. ما لم يكن ذلك قبل شهر إفلاسه أو فترة الريبة، أو كان الاتفاق متعلقا بالأموال التي لم تدخل في التقلية، وهي تلك التي لايجوز الحجز عليها والأموال التي لم يشملها غل يد المدين (3).

(1) قارن: من يرى أنه رغم الإذن للقاصر من الجهة المختصة في القيام بالإدارة، فإن صافي دخل القاصر لايجوز له التصرف فيه إلا بالقدر اللازم لسداد نفقته قانونا، سواء كان الإذن بالتجارة شاملا لكل أنواع التجارة أو خاضعا بنوع أو أكثر منها. سميحة القليوبي، اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص12.

(2) مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، المرجع السابق، ص434، 1998م.

(3) فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ط1، ص109 وهامش 3 بذات الصفحة والمراجع التي أشار إليها، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007م. وإذا أبرم المفلس اتفاق تحكيم قبل الإفلاس، فإنه يكون قد وقع منه وهو كامل الأهلية، فإذا أفلس بعد ذلك، فإنه يحل محله وكيل التقلية. عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم في البلاد العربية، ج1، ص65، دار المعارف، 1998.

ولا يصح للوكيل إبرام عقد تحكيم إلا إذا كان مزودا بوكالة خاصة، ومن ثم لا يملك الوكيل وكالة عامة، إبرام اتفاق تحكيم، لأنه ليس له أهلية التصرف، ولكن له أهلية الإدارة والحفظ فقط، وعلى هذا فإن الوكالة العامة التي ترد في ألفاظ عامة لا تخصيص فيها لنوع العمل القانوني محل التوكيل لا تخوله القيام بذلك⁽¹⁾.

وقد حكمت محكمة النقض بدولة الامارات ب: "عدم جواز التحكيم في الحق المدعي به إلا بتوكيل خاص من الموكل صاحب الحق إلى الوكيل . وببطلان الاتفاق على التحكيم من غير الموكل به توكيلاً صحيحاً من صاحب الحق⁽²⁾."

(1) محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم، المرجع السابق، ص123 . وهذا ما قرره: المادة 732 مرافعات ليبي حيث تنص على أنه: "لا يصح بغير تفويض خاص بالإقرار بالحق المدعي به وإلا التحكيم فيه".

(2) طعن رقم 179 لسنة 2011، س5 ق، جلسة 16 / 10 / 2011، المكتب الفني، ص201. وقد جاء بهذا الحكم: "لما كانت المالكة السابقة للفندق وحسب المادة الأولى من عقد الإدارة إنما عينت شركة أبوظبي المطعون ضدها لإدارة الفندق بالنيابة عنها، وفوضت لها بموجب المادة 3/12 من هذا العقد صلاحية إبرام عقود مع الغير لاستغلال منافذ وأقسام الفندق على أن تنتهي هذه العقود بانتهاء مدة عقد الإدارة . ولم تفوض لها صلاحية الاتفاق على التحكيم لحل أي نزاع ينشأ عن تنفيذ هذه العقود . والمطعون ضدها لما أبرمت عقد الامتياز مع الفندق الطاعن إنما أبرمته كوكيلة عن المالكة السابقة . ولذلك فإن شركة بيرل أزور المطعون ضدها لما اشترت الفندق وحلت بموجب عقد الحل محل المالكة السابقة كطرف في عقد الإدارة، فإنها تكون قد حلت محلها في عقد الامتياز كطرف أصيل وليس كخلف =

=خاص . لكن حيث لما كان التحكيم في الحق المدعي به لا يصح عملاً بالمادة 2/58 المذكورة أعلاه بغير تفويض خاص به من الموكل للوكيل . فان الاتفاق على التحكيم الذي أبرمته المطعون ضدها مع الطاعن ضمن عقد الامتياز بغير تفويض خاص به من مالكة الحق المدعي به للمطعون ضدها يعتبر اتفاقاً باطلاً . ولذلك فالحكم بتعيين محكم لحل النزاع الصادر سندا إليه

لا يترتب أي أثر تجاه المطعون ضدها، ما دامت لم تأذن به . وبهذه العلة القانونية المستمدة من الوقائع المعروضة على قضاة الموضوع والمرتكزة على مقتضيات المادة 2/58 إجراءات مدنية تعوض المحكمة علة الحكم المنتقدة وهي " ان الحكم الصادر بتعيين محكم لفض النزاع لا يعتبر حجة على المطعون ضدها، لأنها لم تكن طرفا فيه " . مما يكون معه ما قضى به الحكم المطعون فيه من تأييد الحكم الابتدائي الذي رفض الدفع بسبق الفصل في النزاع مبررا بالعلة القانونية المشار إليها أعلاه ، ويضحي النعي على غير اساس .

كما قضت أيضا في حكم آخريجوب أن يكون للاتفاق على التحكيم وكالة خاصة. وإبرام الوكيل الصفقة لحساب الموكل لا يخوله حق الموافقة على الالتجاء للتحكيم مما ينشأ عنها من نزاع طالما لم يفوضه تفويضاً خاصاً. وتوقيع الوكيل على العقد المتضمن شرط التحكيم وكتابة كلمة المدير العام تحت توقيعه لا تفيد موافقة الشركة على شرط التحكيم طالما لم يفوض تفويضاً خاصاً بذلك ولم يثبت تعيينه مديراً لها. وتفويض المحامي أهلية الالتجاء للتحكيم أو الموافقة عليه أو أي تصرف يوجب القانون فيه تفويضاً خاصاً. موافقته بعد إقامة الدعوى بإحالته للتحكيم أو تمسكه بوجود شرط التحكيم لا يحتاج إلى توكيل خاص.

وقد جاء في هذا الحكم أن : "تمسك الطاعنة بإجازة المطعون ضدها شرط التحكيم عند دفع محاميها الموكل توكيلاً خاصاً باللجوء للتحكيم أو الموافقة عليه دعوى إثبات حالة بينهما بعدم قبولها لوجود شرط التحكيم. دفاع جوهرى. عدم رد الحكم المطعون فيه عليه وقضاؤه ببطلان حكم التحكيم إخلال بحق الدفاع وقصور. و نص في المادة 235 من القانون الاتحادي رقم 8 لسنة 1984 بشأن الشركات التجارية الواردة في الباب الخاص بالشركات ذات المسؤولية المحدودة على أن "يتولى ادارة الشركة ذات المسؤولية المحدودة مديرا أو اكثر...." وفي المادة 237 منه على أنه " ما لم يحدد عقد تأسيس الشركة سلطة المدير، يكون لمدير الشركة السلطة الكاملة في ادارتها وتعتبر تصرفاته ملزمة للشركة بشرط أن تكون مشفوعة ببيان الصفة التي يتعامل بها..." تدل مجتمعة على أن الاتفاق على التحكيم لا يكون صحيحا الا ممن له أهلية التصرف في الحق محل النزاع، لان الاتفاق على التحكيم يعنى التنازل عن رفع الدعوى الى قضاء الدولة بما فيه من ضمانات للمتقاضين ولذا يستلزم الاتفاق عليه وجود وكالة خاصة، وأن مجرد ابرام الوكيل صفقة لحساب موكله لا يخوله الحق في الموافقة على الالتجاء للتحكيم مما ينشأ عن هذه الصفقة من نزاع بين الموكل والطرف الآخر طالما أن الموكل لم يفوضه تفويضاً خاصاً في هذا الخصوص. لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن العقد المبرم بين الطرفين

وفي خصوص المدير بالشركة ذات المسؤولية المحدودة فقد أقرت هذه المحكمة بأهليته لإبرام اتفاق تحكيم وتسمية المحكم، فقضت بأن: "المدير الشركة ذات المسؤولية المحدودة وعلى ما تفيده المادة 37 من قانون الشركات التجارية لسنة 1984 السلطة الكاملة في إدارتها وهي تشمل أهليته في الاتفاق على التحكيم، ولا يغير من ذلك ما تقضي به المادة 2/58 من قانون الاجراءات المدنية الإماراتي من أنه "لا يصح بغير تفويض خاص الاقرار بالحق المدعى به أو التنازل عنه أو

بتاريخ 2008/5/4 انه نص في البند 3/22 منه "على الطرفين ان يحاولا تسوية كافة الأمور التي تنشأ بموجب هذا العقد وديا لكي يتم تسوية كافة المنازعات المتعلقة بهذا العقد التي يتعذر تسويتها وديا خلال مدة معقولة بشكل نهائي استنادا الى لوائح التحكيم لغرفة التجارة الدولية بدون اللجوء الى المحاكم العادية". وموقع عليه من " المدير العام" عن الشركة المطعون ضدها وكان التوكيل الصادر له من رئيس مجلس ادارة الشركة وهي شركة ذات مسؤولية محدودة وقد ورد به "تشهد هذه الوثيقة أن رئيس مجلس الإدارة قد نصب وعين بموجب هذه الوكالة السيد مدير المشروع من شركة ليعمل بصفته الوكيل الفعلي والشرعي بالنيابة عن الشركة وللقيام بعمل وتنفيذ اي من جميع التصرفات والأمور التالية وباسم الشركة، وكانت تلك الوكالة لم تتضمن تفويضه الاتفاق على التحكيم ، كما أن هيئة التحكيم أثبتت اطلاعها على سند التوكيل الممنوح له بتاريخ 2007/3/6 وانتهت في حكمها انه تبين بشكل =

= واضح ودون أي لبس أو غموض أن ذلك التوكيل لم يمنح صراحة السيد صلاحية توقيع الاتفاقية الكاملة بما فيها بند التحكيم. وكانت الأوراق قد خلت مما يفيد تعيينه مديرا للشركة ذات المسؤولية المحدودة وكان توقيعه على العقد وكتابة كلمة "المدير العام" تحت توقيعه لا يفيد بمجرد موافقة الشركة المطعون ضدها ضمنا على شرط التحكيم الذي تضمنه العقد طالما أن الموكل لم يفوضه تفويضا خاصا في هذا الخصوص، واذ رتب الحكم المطعون فيه قضاءه على هذا النظر فانه يكون قد أصاب صحيح القانون ويكون النعي على غير أساس. طعن رقم 405 لسنة 2016، س10 ق. أ، لسنة 2016، جلسة 21/ 6 / 2016، مكتب تنفيذي 10، ص1070.

الصلح أو التحكيم...) إذ إن حكم هذا النعي ينصرف فحسب إلى الوكيل بالخصوصية أمام المحكمة، ولا يتعدى إلى سلطة مدير الشركة ذات المسؤولية المحدودة في إدارتها وأهليته في الاتفاق على التحكيم. لما كان ذلك وكانت الشركة الطاعنة هي شركة ذات مسؤولية محدودة وأن هو مديرها - وفقا لما ورد بسبب النعي - ومن ثم يكون له السلطة الكاملة في إدارتها وهي تشمل أهليته في الاتفاق على التحكيم وتسمية المحكم... ومن ثم فإنه إن كان التوكيل الممنوح من الموكل للمحامي لرفع الدعوى أمام القضاء يخول المحامي في الاتفاق على التحكيم، ووافقه لاحقا على إحالة النزاع للتحكيم ووقع على وثيقة التحكيم، استنادا إلى شرط التحكيم المبرم بين موكله وخصمه والذي تمسك به خصمه فيمتنع على الموكل أن يتمسك بعدم وجود توكيل خاص للمحامي للاتفاق على التحكيم، أو توقيع وثيقة التحكيم، إذ لا يحتاج إلى توكيل خاص من موكله فيما يبيده من موافقة على التحكيم باعتبار أن ذلك يقع ضمن وکالته، ومن صميم الإجراءات الموكل بها أثناء ترفعه نيابة عن الموكل. لما كان ذلك وكان الثابت أن الشركاء في الشركة الطاعنة قد عينوا مديراً للشركة وفوضوه في الاتفاق على التحكيم وتعيين المحكمين وطلب التصديق على قراراتهم وقد وكل بدوره المحامي ليكون وكيلا منفردا في المرافعة والمرافعة في الدعوى رقم 53 لسنة 2013 تحكيم مركز أبو ظبي للتوفيق والتحكيم التجاري وما تنتفرع عنها من دعاوى أو تبعات أو مطالبات مدنية أو إجراءات تنفيذية، كما أنه مفوض في الإقرار والصلح والإبراء والإسقاط

وتعيين الخبراء والمحكمين أمام مركز التحكيم وتسمية المحكمين ،كما أنه مفوض في كل ما يراه مناسباً لصالح الشركة بهذه الوكالة مصدقاً من الآن على جميع ما يقوم به أو من ينوب عنه في هذا الخصوص. وبالتالي فهو مفوض في التوقيع على كافة مستندات التحكيم ومحاضر الجلسات واتخاذ كافة القرارات التي قد تكون لازمة لإجراء التحكيم وأن له كامل السلطات لاتخاذ القرارات في هذا الخصوص، ومن ثم فإنه لا يقدر في صحة الحكم قول الطاعنة أن مديرها فوض المحامي المذكور في الحضور لتقديم دفاعها وليس للتوقيع على وثيقة التحكيم ، طالما أن الثابت من التوكيل الذي منحه له أنه فوضه صراحة في اعتماد القرارات وإبداء الموافقات والاعتراضات حسبما يراه مناسباً نيابة عن الطاعنة، وأنه مفوض في جميع ما يقوم به من فعل أو قول نيابة عنها فيما يتعلق بالقضية موضوع التحكيم، وإذ أقام الحكم قضاءه على ذلك النظر فإن النعي يكون على غير أساس⁽¹⁾.

وكما تكون الوكالة صريحة ،فإنها قد تكون ضمنية تستفاد من واقع الحال. وفي هذا الخصوص قضت محكمة أبوظبي الاتحادية بأن: "الاتفاق على اللجوء الى التحكيم لا يصح إلا ممن كانت له أهلية التصرف في الحق المتنازع عليه وليست أهلية الالتجاء الى القضاء، وأن موافقة وكيل الخصم على التحكيم تحتاج الى تفويض خاص من الموكل، الا أن سلطة الوكيل قد تكون صريحة أو ضمنية أو

(1) حكم المحكمة الاتحادية بأبو ظبي، طعن رقم 4 لسنة 2010، س 10، ق.أ، 201، جلسة 25 / 2 / 2010، ص 395.

ظاهرة، ويكون التفويض صراحة إذا كان بالكلام قولاً أو كتابة، ويكون التفويض ضمناً إذا كان يستنتج من واقع الحال، وأن في الوكالة الخاصة ليس للوكيل سوى مباشرة الأمور المعنية فيها وما يتصل بها من تواجب ضرورية تقتضيها طبيعة التصرفات والعرف الجاري، فإذا تضمنت تفويض المحامي الموكل أصلية الالتجاء للتحكيم أو الموافقة عليه والاقرار بالحق المدعى به أو التنازل عنه أو الصلح أو التحكيم فيه أو أي تصرف آخر يوجب القانون فيه تفويضاً خاصاً، وكان المحامي لم يخرج عن نطاق وكرالته ووافق لاحقاً بعد إقامة الدعوى على إحالة النزاع إلى التحكيم استناداً إلى شرط التحكيم المبرم بين موكله وخصمه أو تمسك بوجود شرط التحكيم فإنه لا يحتاج إلى توكيل خاص من موكله فيما يبيديه من موافقة أثناء موالاة نظر الدعوى أمام المحكمة، ذلك أن المحامي الموكل في الخصومة يقوم مقام موكله في الترافع نيابة عنه في الدعوى المرفوعة منه أو عليه وأن ذلك يقع ضمن وكرالته ومن صميم الإجراءات الموكل بالقيام بها أثناء ترافعه نيابة عن الموكل، إذ هو لا يحتاج في هذه الحالة إلى توكيل خاص فيما يبيديه من رد على خصمه، وأن يتمسك في دفاعه بوجود شرط التحكيم⁽¹⁾.

(1) وكان رئيس مجلس إدارة الشركة المطعون ضدها قد أناب عنه المحامي في الدعوى رقم 146 لسنة 2011 مستعجل أبوظبي المرفوعة من الطاعنة، وفي كل ما يتفرع عنها وله في سبيل ذلك المرافعة.... والصلح والإسقاط والإبراء والترك والإقرار والإنكار وفي القبض والصرف، وله حق اللجوء إلى التحكيم والمحاسبة وانتداب الخبراء والمحكمين والمصنفين والمحاسبين وطلب عزلهم وتعيين غيرهم وفي الاعتراض على تعيينهم.... وحق طلب التصديق على قرار التحكيم وفسخه.... وأن له على العموم اتخاذ كافة ما يراه ضرورياً ولازماً لإداء المهام

ويرجع إلى قانون الشخص لتحديد الأهلية اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم، فعلى سبيل المثال: إذا ثار نزاع أمام القضاء المصري أو العماني بخصوص اتفاق تحكيم ودفع أحد الخصوم بعدم اكتمال أهليته لإبرام هذا الاتفاق، فإن القاضى يطبق المادة 11 من القانون المدني المصري والمادة 11 من قانون المعاملات المدنية العماني والتي تتضمنان النص على سريان الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم وفقاً لقانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم...⁽¹⁾.

الموكله اليه وممارسة ما سبق ذكره من صلاحيات. ومن ثم فإن تلك الوكالة توكله في الاتفاق على التحكيم والتمسك بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم طالما أن الثابت من التوكيل الذي منحه اياه رئيس مجلس إدارة الشركة المطعون ضدها أنه فوضه صراحة في اللجوء إلى التحكيم وإبداء الموافقات أو الاعتراضات حسبما يراه مناسباً نيابة عن الشركة، وله حق تقديم الطلبات والرد على طلبات المدعية... وله حق التنازل والإقرار والصلح والإنكار، وإذ أقام الحكم المطعون فيه قضاءه على بطلان شرط التحكيم إذ إن من وقع على العقد المبرم بينهما والمتضمن شرط التحكيم لم يكن مفوضاً بالاتفاق على التحكيم ولم يرد على ما تمسكت به المطعون ضدها من أن الطاعنة أجازت شرط التحكيم عندما تمسك به وكيلها أمام المحكمة بوجود شرط التحكيم رغم إيرادها هذا الدفع الأمر الذي يصيب حكمها بالإخلال بحق الدفاع والقصور في التبرير مما جره إلى الخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه. طعن رقم 405 لسنة 2016، س10 أ. لسنة 2016، جلسة 21/ 6 / 2016، مكتب تنفيذي 10، ص1070. وحكمها، طعن رقم 4 لسنة 2010، س10، ق.أ، 201، جلسة 25 / 2 / 2010، ص395.

(1) تنص المادة (1/11) من القانون المدني المصري على أن: " الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم. ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد

في مصر وتترتب آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبيّنه، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته". كما تنص المادة 1/11 من قانون المعاملات المدنية العماني على أنه: " يسري على الحالة المدنية

أما إذا كان النزاع حول أهلية أحد الأطراف لإبرام اتفاق التحكيم مطروحا على قضاء دولة تنص قواعد الإسناد بها على تطبيق قانون الموطن على الأهلية فإنه يطبق قانون الدولة التي يتوطن بها هذا الشخص، وذلك للتأكد من توافر أهلية الاتفاق على التحكيم لديه.

وإذا كانت أهلية الاتفاق على التحكيم تخضع لقانون الجنسية وقت إبرام اتفاق التحكيم، فإن هذا القانون هو الذي يحدد متى يعتبر الشخص رشيدا ومتى يعتبر ناقص الأهلية، كما يحدد الحالات التي يجوز فيها للقاصر إبرام اتفاق التحكيم، والجزاء الذي يترتب على إبرام هذا الاتفاق دون أن يكون أهلا لإبرامه.

ولمعرفة القواعد القانونية التي تحكم مسائل الأهلية يتم الرجوع إلى القانون الشخصي لأطراف الاتفاق، والقانون الشخصي يتحدد بموجب الرابطة بين الشخص وبين الدولة التي يخضع ذلك الشخص لقانونها. ونظرا لأن أهلية الأداء تخضع للقانون الشخصي لأطراف التحكيم وليس قانون التحكيم، فإن معظم الدول العربية تأخذ بقانون الجنسية للتعرف على مدى كمال أهلية أطراف التحكيم⁽¹⁾.

للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم. ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في سلطنة عمان وتترتب آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبيته، فإن الأجنبي يعتبر في هذه الحالة كامل الأهلية".

(1) المادة 11 القانون المدني المصري، والمادة 11 من قانون المعاملات المدنية العماني، والمادة 1/10 من القانون المدني الجزائري.

ووفقا لما سبق يشترط لإبرام اتفاق التحكيم أن يتوافر لدى طرفيه أهلية التصرف في حقوقهما، فكل شخص يملك التصرف في حقوقه أصلا، أو بإذن من المحكمة أو بحكم القانون، يكون أهلا لإبرام اتفاق التحكيم، ولا يكفي هنا أهلية اللجوء للقضاء⁽¹⁾.

ثانيا: أهلية التحكيم للشخص المعنوي

لا تقتصر الأهلية فقط على على الشخص الطبيعي، وإنما تشمل أيضا الشخص المعنوي الذي يملك التصرف في حقوقه، وذلك كالشركات المدنية والتجارية، العامة والخاصة، والهيئات والمؤسسات العامة.

والأشخاص الاعتبارية قد تكون عامة أو خاصة. فالشخص الاعتباري العام هو الدولة بوحدها المختلفة والمؤسسات العامة، وهي تكتسب الشخصية المعنوية ظهورها وجودها في الحياة القانونية⁽²⁾.

أما الأشخاص الاعتبارية الخاصة فلا تكتسب الأهلية إلا بعد اكتسابها الشخصية المعنوية، وهذه لا تكتسبها إلا بقيدها في السجل التجاري⁽³⁾.

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص202.

(2) نصت المادة 42 من قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 على أنه: "يجوز لطرفي العقد عند حدوث خلاف أثناء تنفيذه الاتفاق على تسويته عن طريق التحكيم بموافقة الوزير المختص مع التزام كل طرف بالاستمرار في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد".

(3) مصطفى كمال طه، القانون التجاري، المرجع السابق، بند 253، ص267 وما بعدها.

والشخص الاعتباري، سواء كان عاما أو خاصا لا تكون له إلا أهلية الأداء، ويكون للشخص الاعتباري أو من يمثله إبرام اتفاق التحكيم.

وفيما يتعلق بأهلية الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية العامة لإبرام اتفاق التحكيم، فإنه لاجدال حول أهلية الأشخاص الاعتبارية الخاصة والعامة في إبرام اتفاق التحكيم .

وعلى ذلك نصت المادة 11 من قانون التحكيم المصري والعماني على أنه: " لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح.

كما نصت المادة الأولى من قانون التحكيم المصري والعماني على أنه: " مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها جمهورية مصر العربية "في السلطنة" تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى في مصر " السلطنة" أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجرى في الخارج اتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون.

وبهذا النص الأخير يكون المشرعان المصري والعماني قد صرحا للشخصية الاعتبارية العامة، أو الخاصة أن تكون طرفا في اتفاق تحكيم، يستوي أن يكون التحكيم داخليا أو خارجيا، وقطعا للجدل الفقهي والقضائي الذي يمكن أن يثار حول أهلية الدولة والأشخاص الاعتبارية العامة في إبرام اتفاق التحكيم.

هذا بالإضافة إلى أن المشرع المصري قد اعترف في قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 بأهلية الدولة والأشخاص الحكومية الأخرى والتي ينطبق عليها هذا القانون بالأهلية لإبرام اتفاقات تحكيم، إذ لا يمكن الشك في قدرة الدولة الكاملة على إدارة أموالها الخاصة والعامة والتصرف فيها، فكيف لا يمكن أن يكون لها أهلية إبرام اتفاق تحكيم بشأن المعاملات التي تتعلق بتلك الأموال؟⁽¹⁾.

وعلى ذلك يمكن القول بأن التحكيم هو إحدى الأدوات التي يمكن أن تلجأ إليها الدولة لحل المنازعات التي تكون طرفاً فيها، بما لها من أهلية إبرام اتفاقات التحكيم.

والأمر كذلك بالنسبة لاتفاقات التحكيم في مجال المنازعات البحرية الدولية التي تكون الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية طرفاً فيها، سواء تم التحكيم داخل مصر أو خارجها، والمرجع في تحديد الأهلية لقانون الدولة التي يوجد بها مركزها الرئيسي، باعتباره قانون الدولة التي ينتمي إليها جنسيتها، إذا تعلق التحكيم بشركة أجنبية⁽²⁾.

وفي خصوص العقود الإدارية، ورغم وضوح نص المادة الأولى من قانون التحكيم في سريانه على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص، فقد صدرت أحكام من مجلس الدولة وكذا فتاوى صادرة من قسم

(1) مصطفى كمال طه، القانون التجاري، المرجع السابق، بند 253، ص 267 وما بعدها.

(2) فتحي والي، قانون التحكيم، المرجع السابق، ص 110.

الفتوى أشارت إلى عدم جواز التحكيم في العقد الإداري⁽¹⁾. "قلا يكفي أن تصدق السلطة التشريعية على العقد الإداري الذي يتضمن شرط التحكيم لأن هذا العمل لا يعد قانونا من حيث الموضوع.

وكانت محكمة القضاء الإداري في مصر قد قضت بأنه "لا يجوز سلب اختصاص محاكم القضاء الإداري بنظر منازعات هذا العقد بموجب نص فيه يسند هذا الاختصاص إلى هيئة التحكيم، ويتعين الالتفات عن هذا النص العقدي وإعمال أحكام القانون التي أناطت الاختصاص بذلك إلى مجلس الدولة دون غيره⁽²⁾.

والحق أن هذا القضاء قد جاء مسائرا للاتجاه السائد قبل صدور قانون التحكيم رقم 1994/27، الأمر الذي دعا المشرع إلى إضافة فقرة إلى نص المادة الأولى تنص على أنه: "وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى إختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك"⁽³⁾ وطبقا للنص سالف الذكر، فإنه يشترط لصحة

(1) على سبيل المثال: فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري، جلسة 19/2/1997. مجلس الدولة - المكتب الفني - المبادئ التي قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع الجزء الأول - خلال المدة من أكتوبر سنة 1996 إلى يونيو سنة 2000 - ص 132

(2) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري، جلسة 19/2/1997. سابق الإشارة إليها.

(3) أضيفت هذه الفقرة بموجب القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ بتعديل بعض أحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤. وهو ذات مائنص عليه قانون

اتفاق التحكيم بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة موافقة الوزير المختص، وأمن له سلطة الوزير على هذا الاتفاق، ولم يسمح القانون بالتفويض في ذلك.

والحق أنه لا يمكن الاحتجاج بعدم موافقة الوزير المختص لترتيب بطلان حكم التحكيم كأثر مترتب لعدم الموافقة، إذ الموافقة تعد شأنًا داخليًا خاصًا بجهة الإدارة، ولا تدخل للطرف الآخر بها. فجهة الإدارة هي المنوط بها القيام باتخاذ ما يلزم لجميع إجراءات التعاقد، وما تستلزمه من موافقات واعتمادات مالية وسائر التدابير التي يتطلبها القانون، بحسبان أنها هي المهيمنة على هذه الإجراءات، فإذا أهملت في اتخاذ هذه الإجراءات فعليها وحدها تحمل عاقبته. فالنص القانوني بموافقة الوزير المختص إنما هو خطاب موجه في الأساس لجهة الإدارة، لا تدخل للمتعاقد معها فيه، ومن ثم لا يتصور أن يترتب بطلان حكم التحكيم كجزاء على عدم موافقة الوزير المختص على شرط التحكيم.

ويمكن تبرير هذا الأمر بأن البطلان لا يقرر إلا بنص، والقانون في خصوص النص المذكور لم ينص على البطلان كجزاء لعدم موافقة الوزير المختص على شرط التحكيم، وكل ما يترتب على ذلك هو إعمال قواعد المسؤولية التأديبية قبل الموظف المسئول عن التعاقد دون الحصول على هذه الموافقة، وإلا كان في مكنة الطرف المخطئ أن يستفيد من خطئه على حساب الطرف الآخر، وهذا أمر يتنافى

الإماراتي ونظام التحكيم السعودي، حيث لا يجوز التحكيم في المنازعات الإدارية . طبقاً لهذين القانونين . إلا بعد موافقة مجلس الوزراء . راجع: جابر جاد نصار، التحكيم والتوفيق في بعض منازعات الدولة، الكتاب الأول، ص98، دار النهضة العربية 2001.

مع أبسط قواعد العدالة⁽¹⁾. كما أن إتاحة الفرصة لإمكانية إبرام اتفاق تحكيم بخصوص العقود الإدارية تهدف إلى جذب الاستثمار.

وفي هذا الخصوص فإنه لا يكفي لاعتبار العقد عقدا إداريا أن يكون أحد طرفيه من أشخاص القانون العام، وإنما يجب أن يتعلق العقد بنشاط أو تسيير مرفق عام، وأن تكون جهة الإدارة قد استخدمت بشأنه أسلوب الإدارة العامة⁽²⁾ أي استعملت وسائل القانون العام⁽²⁾.

ومن هذا المنطلق فإن العقود المسماة بعقود "البوت" (BOOT/.B.O. T)⁽³⁾ وعقود الشراكة (PPP) (Private Public Partnership) بين الدولة والقطاع الخاص، لا تتطلب موافقة الوزير المختص، بالرغم من أن الدولة تعد طرفا فيها⁽⁴⁾.

(1) من حكم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، في الدعوى التحكيمية رقم 495 لسنة 2006، جلسة 17/ 5 / 2007، مجلة التحكيم العربي، ص 349، عدد 10، سبتمبر 2007.

(2) من حكم مركز القاهرة الإقليمي الدولي، في الدعوى التحكيمية رقم 155 لسنة 2000، جلسة 19/ 12 / 2000، مجلة التحكيم العربي، ص 215، عدد 4، أغسطس 2000.

(3) عقود البوت هي اختصار لكلمة (Build – Own– Operate–Transfer)

(4) عقود الشراكة : هي أحد الصور والمستجدات بالقانون العام الإداري والاقتصادي، ذلك الفرع من فروع القانون العام الذي يعني بمعاملات الدولة ذات الطبيعة الدولية على الصعيد الدولي. محمد عبد المجيد إسماعيل، الأنماط الجديدة لمشروعات البنية الأساسية وضابط موافقة الوزير المختص في قانون التحكيم المصري تقديم - فكرة العولمة الثقافية القانونية، مجلة التحكيم والقانون الخليجي، ص 43، يصدرها مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية العدد السابع والعشرون =

فهذه صور جديدة من مشاركة القطاع الخاص للدولة في تمويل وتشبيد مشروعات البنية الأساسية عن طريق الآليات الحديثة غير التقليدية، والتي صدر بها قانون الشراكة المصري الصادر بالقانون رقم 67 سنة 2010.

ولعل الهدف الرئيسي من هذا النظام التعاقدى بمشاركة القطاع الخاص هو ضمان تمويل القطاع الخاص لمشروعات البنية الأساسية، حيث يقدم القطاع الخاص نوعا من المؤازرة بهذا التمويل للموازنة العامة، فهو يقوم في الأساس بتمويل المشروع المتعلق بالمرفق العام وإدارته واستغلاله وتقوم الجهة الإدارية المتعاقدة برد هذه الكلفة عن طريق المبالغ التي تدفعها له مقابل الحصول على عوض مالي، يأخذ صورة إيجار يرتبط أحيانا بطبيعة الاستثمار والإنشاءات التي يقيمها المتعاقد وما يبذل منه غاية لإنجازها⁽¹⁾.

ويقوم هذا النظام "البوت" أساسا على الترخيص من جانب الدولة لمستثمر من القطاع الخاص للقيام بأحد مرافق البنية الأساسية، وتمويله على نفقته الخاصة وتملك أصوله وتشغيل المرفق وصيانته وتحصيل عائد تقديم الخدمة للمنتفعين، كما يتمكن المستثمر من استرداد نفقاته وتكاليفه الاستثمارية الرأسمالية ونفقاته الجارية Cost Running وتحقيق هامش ربح له بجانب ذلك يكون حافزا على الاستمرار في المشروع والدخول في مشروعات أخرى، ويكون حافزا لغيره من

= يونيو 2015، العدد السابع والعشرون - يونيو 2015 - رمضان 143. وفي خروج عقود البوت والشراكة من موافقة الوزير المختص، محمد عبد المجيد إسماعيل، المقال السابق، ص46.

(1) محمد عبد المجيد إسماعيل، المقال السابق، ص44.

المستثمرين على الدخول في ذات التجربة الاستثمارية التي ولا بد وأن تحقق جدواها الاقتصادية من وجهة نظرهم، وإلا تخالف توقعاتهم الاقتصادية التي وضعوها في اعتبارهم عند البدء في المشروع⁽¹⁾.

وصفوة القول أن عقود البوت (BOOT- BOT) وعقود الشراكة PPP كلاهما ليسا من العقود الإدارية، وسواء كانت هذه العقود عقودا تجارية أم ذات طبيعة مختلطة، لظهور الدولة ببعض من مظاهر السلطة العامة، وكانت بعض العقود الإدارية لم تستلزم هيئات التحكيم أن يتحصل الشخص المعنوي الخاص المتعاقد مع الدولة على موافقة الوزير المختص، واعتبرت نكول الجهة الإدارية عن الحصول على هذه الموافقة بمثابة سوء نية من جهة الإدارة المتعاقدة، الأمر الذي قضت هيئات التحكيم باختصاصها بنظر المنازعة على الرغم من عدم اقتران شرط التحكيم بموافقة الوزير المختص، إذ إن نكول جهة الإدارة عن الحصول على هذه الموافقة لا يتحملة الشخص الخاص المتعاقد معها، وإنما تتحمل هي مغبة ذلك؛ بحسبان أن جهة الإدارة هي المخاطبة بأحكام القانون رقم 9 لسنة 1997، باستلزام موافقة الوزير المختص مع عدم جواز التفويض في ذلك، مما يقطع بعدم استلزام موافقة الوزير المختص في العقود التي تبرمها جهة الإدارة ولا تندرج في عداد العقود الإدارية، ومنها عقود البوت، ومن باب الأولى عقود الشراكة PPP⁽²⁾.

(1) محمد عبد المجيد إسماعيل، «المقال السابق»، ص42.

(2) بحسب نص المادة الأولى من مواد الإصدار لقانون الشراكة الصادر بالقانون رقم 67 لسنة 2010، والتي قررت عدم خضوع عقود الشراكة لقانون المناقصات والمزايدات المصري الصادر

وتسري هذه القواعد على الشخص المعنوي الخاص، فيما لو كان شركة من الشركات، فلا بد من أن تكون لديه أهلية التصرف أي لديه القدرة على التصرف في الحقوق التي يكتسبها، ومن ثم يتعين أن يستوفي الشخص المعنوي الشروط التي يتطلبها القانون لاكتساب الشخصية كالتقيد في التجاري، وبالنسبة للشركات الأجنبية فإنها تخضع لقانون البلد الذي يوجد به مركزها الرئيسي.

وعلى ذلك فإن للممثل القانوني للشركة إبرام اتفاق التحكيم فيما لو نص عقد التأسيس على منحه صلاحية إبرام اتفاق التحكيم، أما إذا لم يكن هناك نص صريح على ذلك فإنه لا يجوز للمدير أن يقوم بأعمال ليست لازمة لتحقيق أغراض الشركة، أو بعقد صلح أو تحكيم إلا بموافقة الشركاء⁽¹⁾.

بالقانون رقم 89 لسنة 1998 ولائحته التنفيذية، وقانون التزام المرافق العامة المصري رقم 129 لسنة 1947، وقانون التزامات موارد الثروة الطبيعية المصري رقم 61 لسنة 1958، وما استتبع ذلك من إسباغ طبيعة قانونية جديدة لعقد الشراكة PPP، بحسب المستقر في نص المادة الأولى من مواد الإصدار سالفة البيان والعللة من تشريعها. محمد عبد المجيد إسماعيل، المقال السابق، ص46.

(1) السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ص 309، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (بدون تاريخ نشر)، علي يونس، الشركات التجارية، الشركة المساهمة، ص 210، دار الفكر العربي، القاهرة، (بدون تاريخ نشر).

وللمدير الشريك في شركة التضامن أن يبرم اتفاق تحكيم نيابة عن الشركة دون حاجة إلى تفويض بذلك. بينما لا توجد هذه السلطة للشريك الموصي أو للمدير غير الشريك⁽¹⁾.

ثالثا: الجزاء المترتب على مخالفة قواعد الأهلية

وفقا للفقرة الأولى من المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك، يجوز رفض الاعتراف بحكم التحكيم بناء على طلب المحكوم عليه إذا كان أطراف الاتفاق التحكيم طبقا لقانون الذى ينطبق عليهم عديمى الأهلية. ولاشك أن أهلية الأطراف لاتخضع للقانون الذى يحكم إجراءات التحكيم لقانون الدولة التى صدر فيها حكم التحكيم، وإنما يطبق على أهلية الخصوم قاعدة الإسناد المنصوص عليها فى قانون الدولة التى يراد تنفيذ الحكم فيها، وإذا فإنه إذا طلب تنفيذ حكم تحكيم أجنبى فى سلطنة عمان، وكان تنفيذه يخضع لأحكام اتفاقية نيويورك، وطلب المحكوم عليه رفض تنفيذ الحكم استنادا إلى عدم اكتمال أهليته، فإن القاضى العمانى يطبق المادة 11 من قانون المعاملات المدنية والتجارية والتى تقضى بخضوع الأهلية لقانون الجنسية، وبالمقابل فإنه إذا كانت الدولة التى يراد تنفيذ الحكم فيها تنص قواعد الإسناد بها على تطبيق قانون الموطن على الأهلية، فإنه يتعين على القاضى تطبيق قانون الدولة التى يتوطن فيها الشخص، وذلك للتأكد من اكتمال أهليته.

(1) فتحي والي، قانون التحكيم، المرجع السابق، ص 110.

ورغم أن النص سالف الذكر يتحدث عن انعدام الأهلية كسبب لرفض تنفيذ الحكم، إلا أن رفض تنفيذ الحكم قد يرجع إلى نقص أهلية أطراف اتفاق التحكيم⁽¹⁾.

وكل ما في الأمر أن صياغة هذه الفقرة من الاتفاقية كانت تنقصها الدقة، إذ إنها تنص على رفض تنفيذ الحكم إذا كان طرف الاتفاق المشار إليه في المادة الثانية بمقتضى القانون الذى ينطبق عليهم عديمى الأهلية. وقد يستفاد من القراءة الحرفية لهذه المادة أنه يشترط لرفض تنفيذ الحكم وفقا لأحكام الاتفاقية أن يكون طرفا اتفاق التحكيم عديمى الأهلية.

والواقع أنه يكفى أن يكون أحدهما فقط ناقص الأهلية أو عديمها . ومن ناحية أخرى يمكن رفض تنفيذ حكم التحكيم إذا أثبت المحكوم عليه أن اتفاق التحكيم غير صحيح، ووفقا لأحكام الاتفاقية يرجع إلى قانون الإرادة لبيان مدى صحة اتفاق التحكيم، سواء من حيث شروط الانعقاد وعيوب الإرادة وكذلك من حيث آثار وانقضاء هذا الاتفاق ، وقد وضعت الاتفاقية ضابط احتياطي يحكم صحة اتفاق التحكيم فى حالة تخلف قانون الإرادة، وهذا الضابط هو قانون الدولة التى صدر فيها حكم التحكيم.

وليس لاتفاق التحكيم خصوصية فى هذا الشأن إلا فى صورة شرط التحكيم المدرج فى عقد أصلي يكون هذا الشرط تابعا له، مما يعنى أن انعدام التمييز لدى

(1) جمال محمود الكردى، جنسية حكم التحكيم وأثرها فى تحديد مركزه فى الإقليم الوطنى، دار النهضة العربية 2007، ص 96.

أحد العاقدين لا بد أن يصيب العقد الأصلي، واتفاق التحكيم الملحق به معا، بحيث لا يستقل أحدهما عن الآخر، ومن ثم فإذا دفع أحد طرفي التحكيم ببطلان العقد لانعدام إرادته عند التوقيع، فإن البطلان لا يقتصر على العقد الأصلي وحده، وإنما يمتد إلى عقد التحكيم، وبطلان اتفاق التحكيم في هذه الحالة إنما يكون لعيب ذاتي فيه وليس لمجرد ارتباطه بالعقد الأصلي. وهو لذلك لا ينفى استقلال شرط التحكيم على نحو تظل النتائج المترتبة على مبدأ استقلال التحكيم قائمة. وأخصها في هذه الحالة اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في مسألة وجود اتفاق التحكيم وبطلانه⁽¹⁾.

رابعاً: نوعا البطلان

إذا تخلف شرط من شروط التحكيم السالف الإشارة إليها كان الاتفاق باطلاً، وجاز رفع دعوى البطلان المنصوص عليها في المادة 53 من قانون التحكيم المصري.

فإذا قام من لا يملك سلطة التصرف بإبرام اتفاق تحكيم مخالفاً بذلك قواعد الأهلية اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم فإن الاتفاق الذي أبرمه يقع باطلاً. كما لو كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته. ويتنوع البطلان إلى بطلان مطلق وبطلان نسبي.

(1)نادية محمد عوض، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 63.

1.البطلان المطلق .كجزء لتخلف الأهلية⁽¹⁾

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأنه إذا ما أبرم اتفاق التحكيم ممن لا يملك سلطة التصرف في حقوقه فإن اتفاق التحكيم يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً، وتكون جميع الإجراءات التي بنيت عليه باطلة بطلاناً مطلقاً لتعلقه بالنظام العام، أي أن المحكمة تملك أن تقضي به من تلقاء نفسها، كما يجوز لكل خصم أن يتمسك بعدم الاعتداد باتفاق التحكيم إذا ما رفع الأمر إلى القضاء أو إلى هيئة التحكيم ، كما يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بذلك⁽²⁾.

2.البطلان النسبي .كجزء لتخلف الأهلية⁽³⁾

بينما يذهب أنصار البطلان النسبي، إلى القول بأن البطلان المترتب على إبرام اتفاق التحكيم ممن لا يملك التصرف في حقوقه، هو بطلان نسبي لا يتعلق بالنظام العام، فلا تملك المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وبالتالي إذا عرض النزاع على هيئة تحكيم جاز للقاصر أو من يمثله قانوناً التمسك ببطلان اتفاق

(1)أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000م، ص: 57 ، محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم، ص: 114 . ود. محمود التحيوي، ، اركان الاتفاق على التحكيم المرجع السابق، ص493.

(2)مصطفى الجمال، د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية،المرجع السابق، ص419 .

(3)عزمي عبد الفتاح، قواعد التنفيذ الجبري، في قانون المرافعات، ص 244دار الفكرالعربي، القاهرة، 1984م، محمود محمد هاشم، المرجع السابق، ص:235 . احمد صدقي محمود، الكتابة في اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية،القاهرة، الطبعة الأولى، 2004م، ص21.

لتحكيم، ولا يجوز لأي شخص آخر التمسك بهذا البطلان، لأنه مقرر لمصلحة القاصر.

الرأي الراجح: الحق أن إطلاق القول بالبطلان المطلق أو النسبي لكل اتفاقات التحكيم التي يتخلف فيها شرط الأهلية عن أحد أطراف اتفاق التحكيم، هو قول تعوزه الدقة؛ بحسبان أن الشخص قد يكون معدوم الأهلية أو ناقصها، وتعميم الحكم في كلا الحالين لا يمكن قبوله، وعليه يمكن القول بأنه يكون باطلا بطلانا مطلقا اتفاق التحكيم الذي يبرمه المحجور عليه، لأي سبب كان، كالجنون أو السفه أو العته أو الغفلة، مع مراعاة التفرقة بين اتفاق التحكيم الذي يبرمه المجنون قبل قرار الحجر وبعده، حيث يكون اتفاق التحكيم الذي يبرمه المجنون باطلا إذا أبرمه بعد قرار الحجر أو قبل قرار الحجر في غير حالة إفاقة، أما فيما يتعلق باتفاق التحكيم الذي يبرمه المعتوه والسفيه وذو الغفلة، فإن المادة 156 من قانون الأحوال الشخصية المصري قد نصت على أنه: "...ب. ب. تطبيق على تصرفات المعتوه والسفيه وذو الغفلة الصادرة بعد الحجر عليه الأحكام المتعلقة بتصرفات الصغير المميز. ج. تصرفات المعتوه قبل الحجر عليه صحيحة ما لم تكن حالة العته شائعة وقت التعاقد ولم يكن الطرف الآخر على علم بها. د. تصرفات ذي الغفلة قبل الحجر عليه صحيحة ما لم تكن نتيجة استغلال وكذا تصرفات السفيه قبل الحجر عليه ما لم تكن نتيجة استغلال أو تواطؤ.

وتطبيقا للمادة سالفه الذكر فإن اتفاق التحكيم الذى يبرمه السفية أو المعتوه أو ذى الغفلة قبل قرارا الحجر يكون صحيحا إلا إذا كان هذا الاتفاق قد أبرمه السفية نتيجة استغلال أو تواطؤ أو كان قد أبرمه وحالة العته شائعة وقت التعاقد وكان الطرف الآخر على علم بها. وبالنسبة لاتفاق التحكيم الذى يبرمه ذى الغفلة قبل الحجر عليه، فإنه يكون صحيحا ما لم يكن نتيجة استغلال، أما بالنسبة لاتفاق التحكيم الذى يبرمه المعتوه والسفيه وذو الغفلة بعد الحجر عليهم فيطبق بشأنه الأحكام المتعلقة بتصرفات الصغير المميز، ولما كانت التصرفات التى يبرمها الصبى المميز الدائرة بين النفع والضرر قابلة للإبطال لمصلحة الصغير، وكان اتفاق التحكيم يعد من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فإن اتفاق التحكيم الذى يبرمه السفية أو المعتوه أو ذو الغفلة يكون قابلا للإبطال لمصلحته، وهذا يعنى أن الاتفاق يعد صحيحا ومنتجا لآثاره ما لم يتم التمسك بإبطاله.

أما بالنسبة لاتفاق التحكيم الذى يبرمه القاصر فقد نصت المادة 144 من قانون الأحوال الشخصية العمانى على أن: أ. تصرفات الصغير غير المميز باطلة بطلانا مطلقا. ب. تصرفات الصغير المميز المالية صحيحة متى كانت نافعة له نفعا محضا وباطلة متى كانت ضارة به ضررا محضا. ج. تصرفات الصغير المميز المالية المترددة بين النفع والضرر قابلة للإبطال لمصلحة الصغير، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز الصغير التصرف بعد بلوغه سن الرشد أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو القاضى وفقا للقانون.

ويتضح من نص هذه المادة أن اتفاق التحكيم الذى يبرمه القاصر "الصبى المميز " يكون قابلا للإبطال لمصلحته ،وذلك لأن اتفاق التحكيم من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر .

غير أن وجود القاعدة العامة سالفة الذكر والتي تقضى بأن اتفاق التحكيم الذى يبرمه القاصر يكون قابلا للإبطال لمصلحته،لاينفى وجود استثناءات على تلك القاعدة،حيث أورد القانون العماني استثناءات أقر بالنسبة لها صحة تصرفات القاصر،وبالتالى فإن اتفاق التحكيم الذى يبرمه القاصر فى تلك الحدود يكون صحيحا ،فقد نصت المادة146 من قانون الأحوال الشخصية العماني على أنه:" للوصى بعد موافقة القاضى أن يأذن للصغير المميز بإدارة أمواله أو جزءا منها إذا أتم الخامسة عشر من عمره وآنس منه حسن التصرف،كما نصت المادة 147 من ذات القانون على أنه:" إذا أتم الصغير المميز الخامسة عشر من عمره وآنس من نفسه القدرة على حسن التصرف وامتتع الوصى عن الإذن له فى إدارة أمواله أو جزءا منها يرفع الأمر إلى القاضى. وقد أشارت المادة148 من القانون سالف الذكر إلى أن القاصر المأذون له كامل الأهلية فيها إذ له فيه ،وهذا يعنى أنه يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية،سواء أكانت أعمال الإدارة أو التصرف،وبالتالى يكون اتفاق التحكيم الذى يبرمه القاصر الذى تم ترشيده فى إطار الحدود المرسومة له صحيحا ومنتجا لآثاره.

وبالنسبة للمفلس فإنه لا يستطيع إبرام اتفاق تحكيم، وذلك لأنه بصدور حكم الإفلاس تغل يد المفلس عن إدارة أمواله، أو التصرف فيها يكون اتفاق التحكيم باطلاً إذا أبرمه المفلس بعد صدور حكم بإفلاسه⁽¹⁾.

ويقتصر التمسك بالبطلان لنقص الأهلية على صاحب المصلحة فيه دون غيره من أطراف اتفاق التحكيم⁽²⁾.

المطلب الثالث

المحل

لما كان لكل الاتفاقات والعقود . أياً كان موضوعها . محل يشترط فيه أن يكون موجوداً و ممكناً و معيناً أو قابلاً للتعيين، وأن يكون مشروعاً؛ فإن لاتفاق التحكيم محلاً يتجلى كيانه في المسألة أو مجموعة المسائل الواقعية مثار النزاع بين الطرفين، والتي يصار إلى حسمها عن طريق التحكيم ، سواءً من خلال النص عليه في مشاركة التحكيم إذا ما كان النزاع قائماً ومحدداً موضوعه تفصيلاً، أم من

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص210.

(2) وأكدت محكمة النقض المصرية هذا الحكم بقولها: "لئن كان الأمر في الدعوى الماثلة أن مشاركة التحكيم أبرمت بين الطاعن والمطعون عليها عن نفسها ونيابة عن أولادها القصر بعد أن رفضت محكمة الأحوال الشخصية الإذن لها بذلك، كما رفضت التصديق على حكم المحكمين عقب صدوره، فإنه لا يكون للطاعن الحق في التمسك ببطلان حكم المحكمين، ويكون ذلك الحق مقصوراً على المحتكمين من ناقصي الأهلية الذين صدر حكم المحكمين حال قصرهم، وذلك بعد بلوغهم سن الرشد. طعن رقم 275 لسنة 36ق، جلسة 1971/2/16، مجموعة أحكام محكمة النقض، س22ق، العدد الأول 1973، ص181، مطبعة دار القضاء العالي 1972.

خلال احتمالية أن تكون هذه المسألة مدار النزاع مستقبلاً، وهو ما يتم تعيينه في شرط التحكيم السابق على النزاع، فالمهم في كلا الأمرين أن تكون هذه المسألة من المسائل والموضوعات التي يجوز تسويتها عن طريق التحكيم⁽¹⁾.

ومحل اتفاق التحكيم هو: المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ في المستقبل، والتي اتفق الأطراف على حلها عن طريق التحكيم.

فبالإضافة إلى الأهلية يتطلب اتفاق التحكيم أن يكون محله مشروعاً. فيجب أن يكون محل التحكيم مما يقبل التحكيم، وأن يكون محددًا، و ألا يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة وأن يكون من الأمور التي يجوز فيها التحكيم.

وإذا كانت العقود بصفة عامة تخضع لمبدأ سلطان الإرادة، فإرادة الطرفين حرة طليقة في أن تبرم ماتشاء من العقود، وتضع ماتشاء من الشروط، كما لايلزم أن تكون هذه الشروط منصوصاً عليها في القانون، بل يمكن أن تكون من ابتداء الطرفين ابتداءً، إلا أن كل ذلك في الأول والأخير محدود بحدود قواعد النظام العام

(1) علي بن عبدالله بن محمد الهنائي، الاتجاهات الحديثة للتحكيم في مجال العقود الإدارية، ورقة عمل مقدّمة ضمن فعاليات المؤتمر السابع لرؤساء المحاكم الإدارية العربية المنعقد بالمركز العربي للبحوث القانونية والقضائية بالعاصمة اللبنانية بيروت خلال الفترة: من 21 إلى 23/8/2017م، ص12.

والآداب العامة في كل دولة، وليس في تعديل العقد أو إلغائه انتقاص من هذا المبدأ، بل على العكس إعلان عن انتصار جديد له في مجال نظرية العقد⁽¹⁾.

وإذا كانت لا تثار هناك أي صعوبة في تحديد المحل عندما يرد اتفاق التحكيم في صورة مشاركته تحكيم، حيث يتم بعد حدوث النزاع، ويكون بالتالي محل النزاع محددًا ومعروفًا، إلا أن الصعوبة تثار عندما يرد اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم في العقد الأصلي "أي قبل حدوث النزاع"، ولذلك فإن المستقر عليه عملاً في هذه الحالة هو عدم لزوم تحديد موضوع النزاع إذا ورد في صورة شرط تحكيم؛ حيث يتم الاتفاق في هذه الصورة قبل حدوث النزاع أصلاً، وبالتالي لا يمكن تحديده مسبقاً، أو أن يرد شرط الإحالة إلى التحكيم في صورة عامة، بحيث يشمل التحكيم كافة المنازعات التي قد تنشأ عن العقد دون تحديد، وحيث يشمل التحكيم كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بين الطرفين بمناسبة علاقة قانونية عقدية كانت أو غير عقدية.

وهذا الاتفاق إما أن يتمثل في شرط تحكيم اتفق عليه قبل نشوب النزاع، وأدرج في العقد أو في وثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم أحال إليها العقد أو في اتفاق مستقل. وقد يتمثل الاتفاق في مشاركة تحكيم تبرم بعد قيام النزاع ويتفق فيها على إحالة النزاع إلى التحكيم للفصل فيه، وفي بعض الأحيان لا ترد بالتفصيل في اتفاق

(1) القضية التحكيمية رقم 265 لسنة 2001، جلسة 2/2 / 2002، مجلة التحكيم العربي، ص 191، العدد الخامس، سبتمبر، 2002.

التحكيم، كأن يشار فقط إلى أن النزاعات بين الطرفين بالنسبة لنوعية البضاعة يصار حلها بالتحكيم⁽¹⁾.

ووفقا للمادة 11 من قانون التحكيم المصري يشترط أن يكون محل التحكيم مما يجوز فيه الصلح، وهو ذات مانصت عليه المادة 11 من قانون التحكيم العماني . ولهذا لايجوز التحكيم بشأن مسائل الأحوال الشخصية والمسائل الجنائية وتلك التي تتعلق بالنظام العام أو بسيادة الدولة، كما هو الحال بالنسبة لمسائل الجنسية.

ولقد نصت المادة 4/203 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي على أنه: " ولايجوز التحكيم في المسائل التي لايجوز فيها الصلح...". وهو ذات مانص عليه قانون التحكيم الأردني في المادة 9، والمشرع اللبناني في المادة 762 من قانون أصول المحاكمات.

كما قرر المشرع اللبناني أيضا⁽¹⁾ بأنه لايجوز التحكيم في المسائل التي لايجوز فيها الصلح، سواء أكان النزاع مدنيا أو تجاريا، فنص في المادة 762 من

(1) لم تتناول اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين المسائل التي يجوز أو لايجوز فيها التحكيم، ولكنها أشارت في المادة الخامسة منها إلى إمكانية رفض تنفيذ حكم التحكيم، إذا كان قانون البلد لايجوز تسوية النزاع عن طريق التحكيم. كما أن قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لم يحدد أيضا المسائل التي يجوز فيها التحكيم، حيث نصت المادة الأولى في فقرتها الخامسة على أنه: " لايمس هذا القانون أى قانون آخر لايجوز بمقتضاه تسوية منازعات معينة بطريق التحكيم، ولايجوز عرض منازعات معينة على التحكيم طبقا لأحكام أخرى غير أحكام هذا القانون".

قانون أصول المحاكمات المدنية على أنه: "يجوز للمتعاقدين أن يدرجوا في العقد التجاري أو المدني المبرم بينهم بندا ينص على أن تحل بطريق التحكيم جميع المنازعات القابلة للصلح التي تنشأ عن تنفيذ هذا العقد أو تفسيره". فيما نصت المادة 1037 من قانون موجبات والعقود اللبناني على أنه: "لاتجوز المصالحة على الأمور المختصة بالأحوال الشخصية أو بالنظام العام ولاعلى الحقوق الشخصية التي لاتعد مالا بين الناس. وإنما تجوز على مصلحة مالية ناشئة عن أمر يتعلق بالأحوال الشخصية أو عن إحدى الجرائم".

والمسائل التي لا يجوز فيها الصلح هي التي تتعلق بالحالة الشخصية أو بالنظام العام فلا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية أو في الجرائم وغيرها من المسائل التي تتعلق بالنظام العام ، على أنه يجوز التحكيم في الحقوق المالية التي تترتب على هذه المسائل ، كالتعويضات الناشئة عن ارتكاب الجرائم أو الحقوق المالية المرتبطة بمسائل الزواج أو الطلاق.

وتلعب فكرة النظام العام دورا بارزا في مجال التحكيم ، حيث تحد من سلطة الأطراف في إبرام اتفاق التحكيم ، فلا يجوز لهم الاتفاق على التحكيم في هذه المسائل التي تتعلق بالنظام العام⁽²⁾.

(1) راجع: أحمد بشير الشرايري، بطلان حكم التحكيم ومدى رقابة محكمة النقض (التمييز) عليه، رسالة دكتوراه، ط1، ص53 معهد البحوث والدراسات العربية، مصر 1432هـ . 2011م.
(2) راجع في أمثلة عديدة لاجوز أن تكون محلا للتحكيم: فتحي والي، قانون التحكيم، المرجع السابق، ص124 وما بعدها.

والحق أن المسائل التي تنظمها قواعد آمرة تتعلق بالسياسة العامة للدولة وتمس الكيان الأساسي للمجتمع، تخرج عن محل التحكيم ويتصدى لها القضاء حصرا.

ويبطل اتفاق التحكيم إذا كان محله مسألة تتعلق بالنظام العام أو الأحوال الشخصية أو الجنائية التي لاتصلح أن تكون محلا للتحكيم، ويمكن لصاحب المصلحة التمسك بالبطان في أي مرحلة كانت عليها الإجراءات، كما يمكن للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.

وقد توسع المشرع العماني في تحديد الموضوعات التي يجوز بشأنها اللجوء إلى التحكيم. فنصت المادة الأولى من من قانون التحكيم على أنه: "مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في السلطنة تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى في السلطنة أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجرى في الخارج اتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون.

ويستفاد من ذلك أن المشرع العماني قد وضع قاعدة عامة تتمثل في إمكانية اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات أيا كان نوعها أو مصدرها، وإن أورد على هذه القاعدة استثناء مؤداه عدم جواز التحكيم في المسائل التي يجوز فيها

الصلح⁽¹⁾. وبهذا يكون المشرع قد حدد إطاراً عاماً للمسائل والموضوعات التي يجوز فيها الصلح، وأما عدا ذلك من المسائل فتكون غير قابلة لتسويتها من خلال التحكيم⁽²⁾.

(1) وفقاً لنص المادة (508) من قانون المعاملات المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم السلطاني (2013/29) فقد اشترط في المصالح عنه، أن يكون مما يجوز أخذ العوض في مقابله، وأن يكون معيناً فيما يحتاج إلى القبض والتسليم.

(2) وفقاً للمادة (105) من قانون محكمة القضاء الإداري في سلطنة عمان، والتي نصت بالقول على أنه تطبق أحكام قانون الإجراءات المدنية والتجارية وغيرها من القوانين المرتبط بها أو المتفرعة =

=عنها فيما لم يرد بشأنه نص خاص، وبما لا يتعارض وطبيعة الخصومات الإدارية، ومن ثم فإن تقدير المسائل التي يجوز فيها الصلح من عدمه في مجال التحكيم في العقود الإدارية وفقاً لأحكام قانون المعاملات المدنية إنما ينبغي تقدير الأخذ به أو بمرعاة تركه بما لا يتصادم وطبيعة الخصومة الإدارية، ذلك أن القضاء الإداري يحرص على الالتزام بالنظام العام وقواعده تلك التي ترمي إلى تحقيق المصلحة العليا للبلاد، بحسبان أن الحرص على التمسك بهذه الغايات السامية من شأنه أن يكون مؤثراً في محل التحكيم، بحيث يتجلى مظهر هذا التأثير في الحد من إرادة الأطراف عند أبرام الاتفاق، فيترتب على ذلك بطلان هذا الاتفاق فوراً، إذا ما ورد على مسألة أو موضوع يتعلق بالنظام العام، وبالتالي فإن سيادة النظام العام تعد مبدأ قانونياً عاماً معترف به دولياً ينص على أن: "العقود التي تنتهك تماماً المعايير الاخلاقية، والسياسية العامة الدولية غير شرعية، وغير قابلة للتنفيذ، وأنها لا بد أن يصدر القضاء أو المحكمون بشأنها عقوبات رادعة"، وقد تتصور المسائل التي لا يجوز تسوية منازعتها عن طريق التحكيم منها تلك المتعلقة بأعمال السيادة أو المسائل المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العامة، والأسلحة والذخائر، وبالتالي ينحسر نظام التحكيم عن جميع هذه المسائل والموضوعات؛ لأنها تدخل ضمن مفهوم النظام العام، التي تتسم قواعده بطبيعته الأمرة التي لا يجوز التحكيم فيها. علي بن عبدالله بن محمد الهنائي، الاتجاهات الحديثة، المرجع السابق، ص12 وما بعدها.

غير أن المشرع العماني لم يحدد أيضا في القانون المدني المسائل التي يجوز فيها الصلح⁽¹⁾، خلافا للقانون المدني المصري، والتي نصت المادة 551 منه على أنه: "لايجوز الصلح في المسائل التي تترتب على الحالة الشخصية أو النظام العام"⁽²⁾، ولكن يجوز الصلح على المسائل المالية التي تترتب على الحالة الشخصية، أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم". ومع ذلك فقد اشترطت المادة 507 من القانون المدني العماني أن يكون المصالح عنه مما يجوز أخذ العوض في مقابله.

وعلى ذلك لايجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق والنسب والتبني والحضانة والميراث والوصية والحالة والأهلية والحجر. حيث إن هذه المسائل يكون الاختصاص بها قاصرا على قضاء الدولة. ولذا لايجوز اللجوء إلى التحكيم بشأنها، فلا يجوز اللجوء إلى التحكيم لتحديد أهلية شخص، أو تقرير صحة عقد زواج أو بطلانه⁽³⁾.

ومن الجدير بالملاحظة في هذا الخصوص أن الحقوق المالية المترتبة على الحالة الشخصية يمكن اللجوء إلى التحكيم بشأنها. فمثلا: إذا كان لايمكن اللجوء إلى التحكيم لتحديد ما إذا كان حق النفقة مقررا للزوجة من عدمه، فإنه من الممكن اللجوء إلى التحكيم لتحديد مقدار النفقة. والعلة في ذلك تكمن في أن الحقوق

(1) محمود لطفى محمود، المرجع السابق، ص44.

(2) تعود الحكمة في هذا المنع إلى رغبة المشرع في بسط ولاية القضاء العام عليها.

(3) محمود لطفى، المرجع السابق، ص45.

المالية المترتبة على الحالة الشخصية يمكن للمستفيد منها أن يتصالح بشأنها،ومن ثم فلا يوجد ما يمنع من بيع إقرارها من التنازل عنها أو بعضها⁽¹⁾.

كما لايجوز التحكيم في المسائل التي تتعلق بالنظام العام،حيث تخضع هذه المسائل للقضاء الوطنى،وتطبق بشأنها قواعد موحدة⁽²⁾. ومن أمثلتها:التحكيم بشأن دين قمار،أو علاقة غير مشروعة،أو مبلغ دفع على سبيل الرشوة.

ووفقا للمادة2/5 من اتفاقية نيويورك :يجوز للسلطة المختصة فى البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الاعتراف والتنفيذ إذا تبين لها: أ. أن قانون ذلك البلد لايجيزتسوية النزاع عن طريق التحكيم. ب . أن فى الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام فى هذا البلد.

أ . عدم قابلية النزاع للتحكيم: أشارت اتفاقية نيويورك إلى هذا السبب فى المادة 2/5أ ، بيد أن الاتفاقية قد قررت أن عدم قابلية النزاع للتحكيم كسبب من اسباب رفض تنفيذه تخضع لأحكام قانون الدولة التى يراد تنفيذ الحكم فيها وليس قانون الدولة التى صدر فيها الحكم، ولذا فإن مسألة قابلية النزاع للتحكيم تختلف من دولة إلى أخرى تبعا لاختلاف الأنظمة القانونية ، فالمسائل التى لايجوز فيها التحكيم فى سلطنة مصر أو فى عمان أو غيرهما،قد يجوز فيها التحكيم فى دولة أخرى. ولذا

(1)بالتفصيل أحمد السيد صاوى،الوجيز فى التحكيم طبقا للقانون رقم27لسنة1994 على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية،ط3،ص79ومابعدھا،2010.

(2)محمود لطفى، المرجع السابق،ص45.

ينبغي على القاضى المعنى أن يرفض تنفيذ حكم التحكيم الصادر فى دولة أجنبية ، طالما كان الحكم صادرا فى مسألة لايجوز فيها التحكيم وفقا لقانون دولة مقر التحكيم.

ب . إذا كان الاعتراف بالحكم وتنفيذه يخالف النظام العام: يشترط لتنفيذ الحكم الأجنبى فى مصر أو فى سلطنة عمان ألا يكون متعارضا مع النظام العام ، مع ملاحظة أنه لايقصد بالنظام العام كسبب لرفض تنفيذ الحكم الأجنبى النظام العام الداخلى،ولكن يقصد النظام العام الدولى. والفارق بين النظام العام الدولى والنظام العام الداخلى يتمثل فى أن الأخير عبارة عن مجموعة القواعد الآمرة فى القانون المصرى أو العمانى ،أما النظام العام الدولى فهو عبارة عن مجموعة المبادئ والأفكار الأساسية التى يقوم عليها المجتمع المصرى أوالعمانى.

وهذا هو بالضبط مانص عليه القانون النموذجي،فى المادة"34 / 2 / ب" فطبقا لنص هذه المادة يجوزللمحكمة المنصوص عليها فى المادة"6" من هذا القانون إلغاء أي قرار تحكيم إذا وجدت:1. أن موضوع النزاع لايقبل التسوية بالتحكيم طبقا لقانون هذه الدولة.

2. أن قرار التحكيم يتعارض مع السياسة العامة لهذه الدولة. كما يمكن . فى

مرحلة التنفيذ . رفض تنفيذ هذا الحكم بهذه الحالة.

وتجدر الإشارة إلى أن اتفاق التحكيم الالكتروني لا يختلف عن اتفاق التحكيم التقليدي من حيث المحل، إذ يشترط في كليهما أن يكون ممكنا وغير مخالف للنظام العام⁽¹⁾.

(1) عبد المنعم زمزم، قانون التحكيم الالكتروني، المرجع السابق، ص65 وما بعدها.

المطلب الرابع

السبب

ذهبت النظرية التقليدية إلى أن سبب الالتزام قد يكون إنشائي، أي "مصدر الالتزام"، والذي يتمثل في العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون . وقد يكون سبب الالتزام السبب الدافع "أي الباعث" على التصرف الذي دفع الملتزم إلى أن يترتب الالتزام في ذمته. وقد يكون السبب قصدي، أي "الغاية المباشرة" أو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من جراء التزامه، والسبب يتميز عن الباعث، حيث إن السبب هو النتيجة الأولى المباشرة التي يصل إليها الملتزم، ويعقبها الباعث كنتيجة غير مباشرة تتحقق بعد تحقق السبب⁽¹⁾.

بينما تقوم النظرية الحديثة على اعتبار أن السبب هو الباعث الدافع على التعاقد وليس مجرد الغاية المباشرة من الالتزام، فيجب الاعتداد بفكرة السبب كفكرة مجردة، أي الاعتداد بالباعث الدافع إلى التعاقد باعتباره الإرادة الظاهرة المجردة من عيوب الإرادة، كما تتجرد من السبب الذي حرك هذه الإرادة⁽²⁾.

(1) في عرض النظرية التقليدية، راجع: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج1، بند262، ص437، دار إحياء التراث العربي. وفي انتقادها، المرجع السابق، بند277، ص451 وما بعدها.

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، بند277، ص451 وما بعدها.

ويختلف السبب عن المحل في أن السبب هو إجابة عن سؤال: لماذا التزم المدين؟ أما المحل هو جواب عن سؤال: بماذا التزم المدين؟.

وقد نصت المادة 136 من القانون المدني المصري على أنه: "إذا لم يكن للإلتزام سبب، أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلا.

بينما نصت المادة 1/137 على أنه: "كل التزم لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سببا مشروعاً. ما لا يقيم الدليل على غير ذلك.

وفي نطاق الطلب القضائي، لم تلق فكرة السبب اتفاقاً بين العلماء حول تحديد مضمونها، فذهب البعض إلى أن السبب في هذا الإطار هو : الواقعة القانونية التي يقوم عليها الطلب. بينما ذهب البعض الآخر إلى أن سبب الطلب القضائي هو أساس الادعاء، أو هو القاعدة القانونية التي يستند إليها المدعي، وذهب البعض إلى أن سبب الطلب القضائي هو الأساس القانوني الذي يقوم عليه الطلب وليس الواقعة القانونية⁽¹⁾.

(1) في عرض الآراء المختلفة ،أحمد السيد صاوي، الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه، ص79 وما بعدها، بند44، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة1971.

وفي مجال الحكم القضائي يقصد بالأسباب على وجه العموم: الأدلة الواقعية والقانونية التي بنى عليها القاضى حكمه⁽¹⁾ ويعد تسبب الأحكام بناء على ذلك: بيان المقدمات الواقعية والقانونية التي تبنى عليها المحكمة النتيجة التي انتهت إليها⁽²⁾.

فالمقدمات أو الأدلة أو الأسباب الواقعية هي: مجموع الوقائع والأدلة التي يستند إليها الحكم فى تقرير وجود أو عدم وجود الواقعة الأساسية، وأما الأسباب القانونية: فهي بيان القاعدة القانونية أو المبدأ القانونى الذى يصدر الحكم تطبيقاً له، وتشتمل على الحجج القانونية التي يستند إليها الحكم⁽³⁾.

وتحتل الأسباب مكاناً بارزاً فى ورقة الأحكام، وتسبق بعبارة "بما أن" أو "بناء على" أو "حيث إن" كما أنها تسبق منطوق الحكم، وتتفصل عنه بعبارة "لهذه الأسباب" *par ces motifs*⁽⁴⁾.

(1) راجع: محمد العشماوى، وعبد الوهاب العشماوى، قواعد المرافعات فى التشريع المصرى والمقارن ج 2، 1958، ص 696 بند 1081، رمزى سيف، الوسيط، المرجع السابق، ص 672 بند 498.

(2) أحمد مسلم، أصول المرافعات ص 48 بند 48، دار الفكر العربى 1971.

(3) وجدى راغب، النظرية العامة للعمل القضائى فى قانون المرافعات ص 515 وما بعدها، منشأة المعارف 1974، وفى هذا المعنى، إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائى الخاص، ج2، بند 384، ص 252 وما بعدها بدون سنة نشر.

(4) أحمد السيد صاوى، الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشئ المحكوم فيه 1971، دار النهضة العربية ص 35 بند 15، الوسيط ص 545 بند 391 وراجع فى تاريخ التسبب

وتتعلق فكرة السبب في اتفاق التحكيم بالسبب كمحل للالتزام وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني. فاتفاق التحكيم هو اتفاق أو التزام مدني من طبيعة خاصة، وقوامه الاتفاق على التحكيم دون قضاء الدولة. وهذا الالتزام يقوم على سبب قانوني يتمثل في الباعث الدافع على التعاقد، وليس الأساس القانوني الذي يقوم عليه الطلب القضائي⁽¹⁾. ففكرة السبب هنا لا تتعلق بسبب الطلب القضائي، وإنما تتعلق بالباعث أو الغرض الذي يقصد المدين الوصول إليه من وراء التزامه، وذلك وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني⁽²⁾.

وسبب الاتفاق أي الدافع إلى اتفاق التحكيم، يكمن في إرادة الأطراف ورغبتهم في استبعاد قضاء الدولة من نظر النزاع وحله عن طريق التحكيم⁽³⁾. وهذه الرغبة مشروعة، بحسبان أنها لا تخالف القانون الذي يجيز اللجوء للتحكيم، كما لا تخالف

Bertrand chevalier: la motivation des actes Juridictionnels thé, Rennes
1974 p 2 N 2 ، إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص ج 2 ص 250 بند 384،
عزمى عبد الفتاح، تسيب الأحكام وأعمال القضاة ص 25 - 36 الطبعة الأولى 1983.

⁽¹⁾ أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم، ص 224، دار النهضة العربية 2013.

⁽²⁾ تتبغى التفرقة بين السبب في (عقد النقل البحري للبضائع) وبين السبب في اتفاق التحكيم، فسبب التزام الناقل البحري للبضائع في عقد النقل، هو التزام المرسل أو الشاحن بدفع الأجرة أو الوعد بدفعها، وسبب التزام المرسل أو الشاحن بدفع الأجرة هو التزام الناقل بنقل البضاعة. بلباقي بومدين، التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد / تلمسان / كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017 / 2018، ص 185.

⁽³⁾ فتحي والي، قانون التحكيم، المرجع السابق، ص 95.

النظام العام والآداب. ويعد هذا سببا مشروعاً دائماً؛ بحسبان أن القانون قد سمح
بحل المنازعات عن هذا الطريق.

لكن يمكن أن يجد هذا السبب طريقاً إلى عدم المشروعية إذا ثبت أن التجاؤ
الأطراف للتحكيم كان بهدف التهرب والتحلل من تطبيق أحكام قانون ما، فيما لو
تم عرض النزاع على القضاء. كما لو كان القصد من الاتفاق التحايل على القواعد
والأنظمة المتعلقة بالنظام العام في المجتمع، بحسبان أن هذا يمثل حالة من حالات
الغش نحو القانون⁽¹⁾.

وعليه ينبغي أن يكون سبب التحكيم مشروعاً، فإن كان غير مشروع، كما لو كان
الباعث الدافع للاتفاق على التحكيم هو التهرب من بعض القيود والالتزامات التي
يفرضها القانون الذي كان من الواجب تطبيقه على النزاع، فيما لو تم عرضه على
قضاء الدولة، أو التهرب من الضرائب على الأرباح التجارية أو الصناعية، أو التهرب
من إجراءات الشهر، أو ودفع الرسوم المستحقة لخزانة الدولة، كما هو الحال في حالة
اتفاق التحكيم على صحة ونفاذ عقد بيع عقار دون اتباع إجراءات الشهر ودفع الرسوم
المقررة بقصد التهرب منها، كان الاتفاق باطلاً⁽²⁾.

(1) قارب: أحمد شرف الدين، الرقابة القضائية على اتفاق التحكيم، ص 17 وما بعدها، 2007.

(2) ولا يمكن أن يصلح سبباً لبطلان اتفاق التحكيم، فيما لو كان السبب الدافع له هو الإفلات
من مبدأ العلانية، والذي يعد من أهم المبادئ التي يقوم عليها النظام الإجرائي بصفة
عامة، بحسبان أن أهم ما يميز التحكيم ويدفع الكثير من الأشخاص إلى الالتجاء إليه هو مبدأ

كما اعتبرت محكمة استئناف القاهرة اللجوء إلى التحكيم بقصد الإفلات من ضمانات إعلان الخصوم التي يوفرها إجراءات التقاضي أمام المحاكم، أو بقصد اغتيال حقوق الآخرين من بين حالات عدم مشروعية سبب اللجوء إلى التحكيم⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة استئناف القاهرة تطبيقاً لذلك ببطان حكم تحكيم بشأن صحة ونفاذ عقد بيع عقار، تأسيساً على عدم مشروعية السبب، لما يؤدي إليه من استبعاد الدعوى المذكورة من ولاية المحكمة المختصة، والإفلات من القواعد والإجراءات والرسوم الواجبة التطبيق على هذه الدعوى⁽²⁾.

كما قضت محكمة استئناف القاهرة أيضاً بأن: "الاتفاق على التحكيم بشأن صحة ونفاذ عقد بيع العقار يكون باطلا لعدم مشروعية السبب، إذ ينطوي على إحدى حالات الغش نحو القانون، والتحايل على أحكامه، عن طريق الاتفاق على استبعاد الدعوى المذكورة من اختصاص المحاكم وعرضها على محكم مختار من قبل أصحاب الشأن يقضي لهم بصحة العقد ونفاذه دون الالتزام بما أوجبه المشرع

السرية، فمجرد توافر نية الإفلات من العلنية التي يتميز القضاء لا ينهض بذاته سبباً على عدم مشروعية. قارب: بلباقي بومدين، الرسالة السابقة، هامش 3 ص 185.

(1) الحكم الصادر في الدعوى رقم 95، لسنة 122 القضائية، الدائرة 91، جلسة 2006/5/30. المبادئ القانونية المستنبطة من أحكام التحكيم، حسين مصطفى فتحي، مجلة التحكيم العربي، العدد التاسع، ص 283.

(2) الحكم الصادر في الطعن رقم 24، لسنة 126 القضائية، جلسة 2010/1/18. المستحدث من أحكام محكمة النقض والاستئناف في مسائل التحكيم، محمد عبد الرؤوف، مجلة التحكيم العربي، العدد الرابع عشر، ص 220.

بنصوص أمرة، سواء فيما يتعلق بوجود شهر التصرفات العقارية وتسجيلها من ناحية، والالتزام بشهر صفح الدعاوى الخاصة بهذه التصرفات وأداء 25% من قيمة الرسم النسبي الذي يستحق على شهر الحكم بصحة ونفاذ التصرفات المذكورة من الناحية الأخرى (1).

وإذا كان ينبغي في محل اتفاق التحكيم أن يكون مشروعاً، إلا أنه ينبغي أن لا يختلط السبب غير المشروع بالمحل غير المشروع أو غير الممكن. فمحل التحكيم يتعلق بموضوع النزاع ومدى اتفاه مع القانون أو خروجه عنه، أما السبب فهو إجابة على سؤال: لماذا اتجه الطرفان إلى التحكيم لفض النزاع بينهما؟.

وتجدر الإشارة إلى أنه يتعين التمييز بين وجود السبب وعدم مشروعيته، فعدم وجود سبب لاتفاق التحكيم يؤدي لانعدام هذا الاتفاق، بينما عدم مشروعية السبب تؤدي إلى البطلان. وتكمن التفرقة بينهما في الآثار المترتبة على الانعدام والبطلان من حيث اختلاف وسائل الطعن المقررة لكليهما. فبينما تقرر القوانين الإجرائية إمكانية الطعن في التصرفات والأحكام المنعقدة بدعاوى بطلان أصلية، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة للبطلان، فتصحیح البطلان يكون بطرق الطعن المقررة قانوناً (2).

(1) حكم محكمة استئناف القاهرة "الدائرة التجارية 91" في الدعوى رقم 81 لسنة 121ق، جلسة 29/11/2005، مجلة التحكيم العربي، ص 281، عدد 9، أغسطس 2006.

(2) أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 225.

لكن قد يختلط سبب العقد وسبب الاتفاق التحكيم، بحيث يشكلان وحدة واحدة، وجزءاً لا يتجزأ، ويتأثر كليهما بالأخر ويؤثر فيه.

ويبدو ذلك جلياً في المنازعات النفطية، فمع بداية التفاوض على بنود العقد النفطي، تصر شركة النفط الأجنبية على أن يتم إدراج شرط التحكيم، بحيث إنها قد ترفض المضي قدماً في العقد دون إدراج هذا الشرط. الأمر الذي يجعل من شرط التحكيم شرطاً جوهرياً، بمعنى أنه الباعث للتعاقد، مما يترتب عليه أنه في حال بطلان شرط التحكيم، فإن ذلك يؤدي إلى بطلان العقد كاملاً⁽¹⁾.

(1) فاطمة خالد المحسن، المنازعات النفطية، المرجع السابق، هامش 1 ص 40.

المبحث الثاني

الشكلية في اتفاق التحكيم

تقسيم: ينقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول

وجوب كتابة اتفاق التحكيم

يعتبر اتفاق التحكيم من العقود الشكلية التي لا تتم بمجرد تراضى الطرفين، وإنما يجب لتمامها إفراغها في شكل معين يتطلبه القانون. ويتمثل هذا الشكل في ضرورة كتابة اتفاق التحكيم.

وإذا كان اتفاق التحكيم، يختلف من حيث صورته، شرطاً كان أم عقداً، فإنهما يلتقيان كليهما حول ضرورة توافر شرط شكلي، استلزمه المشرع لقيام اتفاق التحكيم صحيحاً منتجاً لآثاره، وهو ضرورة أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، فالاتفاق الشفوي لا يعتد به في هذا الصدد. وهذا النهج هو الذي انتهجته أغلب القوانين الحديثة⁽¹⁾.

وتأسيساً على ذلك فإنه متى وجد اتفاق التحكيم مطبوعاً بطابعه الشكلي الذي حدده المشرع؛ فإن الاتفاق يرتب أثراً مهماً في حق الدولة ذاتها، حيث ينزع عنها

(1) لمزيد من التفصيل: أحمد صدقي، محمود، دور الكتابة في اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 27 وما بعدها .

الاختصاص بفض النزاع بين طرفي الاتفاق، ويمنحه لقضاء خاص هو قضاء التحكيم، وكذلك يرتب أثراً آخر في حق الأطراف أنفسهم يمكن أن يمس ببعض حقوقهم وفقاً لما سينتهي إليه حكم المحكمين، وأيضاً قد يرتب هذا الاتفاق أثراً في حقوق الآخرين من غير الأطراف الأصليين، وهذا في حال امتداد الاتفاق إلى عقود أخرى، أو أطراف آخرين تتصل حقوقهم بذات العقد الأصلي⁽¹⁾.

ويقصد بالكتابة هنا كل ما من شأنه أن يكشف عن أن إرادة الطرفين قد اتجهت إلى "التحكيم" سواء كانت في مراسلات أو برقيات أو خطابات، سواء بالبريد العادي أو أي من وسائل الإتصال الحديثة كالإنترنت مثلاً أو الفاكس أو غيرها. وقد نصت التشريعات العربية على أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً⁽²⁾.

فقانون التحكيم المصري اشترط في اتفاق التحكيم أن يكون مكتوباً، وجعل الكتابة ركناً لا يصح الاتفاق بدونها، حيث نص صراحة في المادة 12 من هذا القانون على أنه: " يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً". على أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً. ونص في المادة (3/10) على أنه

(1) علي بن عبدالله بن محمد الهنائي، الاتجاهات الحديثة، المرجع السابق، ص14.

(2) راجع على سبيل المثال: المادة 12 من قانون التحكيم المصري وقانون التحكيم العماني، والمادة 7 من قانون التحكيم الجديد رقم (6) لسنة 2018، والمادة 2/9 من نظام التحكيم السعودي.

"..... يعتبر اتفاقا على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط

تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد"⁽¹⁾.

وبذلك يكون المشرع المصري قد قطع دابر كل خلاف نشب بين الفقه، وأوضح

بما لا يدع مجالاً للشك أن الكتابة شرط للانعقاد⁽²⁾.

وقانون التحكيم المغربي رقم: 08.05، نص من خلال مقتضيات الفصل 313

منه، على أنه: " يجب أن يبرم اتفاق التحكيم كتابة، إما بعقد رسمي أو عرفي وإما

بمحضر يحرر أمام الهيئة التحكيمية المختارة..".

كما تنص المادة (2/203) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي على انه

".... لا يثبت الاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة"⁽³⁾. فالكتابة في القانون الإماراتي

ضرورية أيضا لكنها شرط للإثبات وليس الانعقاد.

(1) انظر أيضا المادة (6) من القانون وتنص على ما يلي: "إذا اتفق طرفا التحكيم على إخضاع العلاقة القانونية بينهما لأحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أية وثيقة أخرى وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من أحكام خاصة بالتحكيم".

(2) إبراهيم صبري الأرنؤوط شرط الكتابة والتحكيم الإلكتروني، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات، العدد التاسع والأربعون، ص132.

(3) ولكن قبل صدور قانون الإجراءات المدنية الاتحادي لسنة 1992، لم تكن الكتابة شرطاً لإثبات الاتفاق. وفي هذا المجال، كان قد قضي في دبي بأنه لا يوجد في القوانين المعمول بها في دبي ما يدل على اشتراط الكتابة لإثبات اتفاق التحكيم. وحسب المادة (1) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي، يحكم بالشريعة الإسلامية في حال عدم وجود النص. والفقهاء المسلمون لم يشترطوا في الاتفاق على التحكيم ان يكون مكتوباً، بل أجازوا إثبات الاتفاق بشهادة

ويتبين من هذه النصوص إن قوانين الدول العربية تتفق على ضرورة أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً. ولكن يختلف القانون المصري عن القانون الإماراتي، من حيث إن الكتابة في القانون المصري هي شرط انعقاد، في حين أنها شرط إثبات في القانون الإماراتي⁽¹⁾.

كما نصت المادة 1443 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على وجوب كتابة اتفاق التحكيم، وإلا كان باطلاً، يستوي أن ترد كتابة الشرط التحكيم في العقد الأصلي، أو في وثيقة يحيل إليها هذا العقد⁽²⁾.

وتجدر التفرقة هنا بين التحكيم الذي يستند على شرط تحكيم مدرج في العقد الأصلي، وبين التحكيم الذي يتم بناء على اتفاق مستقل عن ذلك العقد، ففي الحالة الأولى: يفترض بداهة إن العقد الأصلي ورد كتابة، وبالتالي فإن شرط التحكيم الوارد فيه هو أيضاً كتابي. وهذا بخلاف ما إذا كان اتفاق التحكيم مستقلاً عن العقد

الشهود وبالنكول عن اليمين. طعن مدني رقم 53، تاريخ 1991/10/16، مجلة القضاء والتشريع، العدد 2، ص 466.

(1) انظر أيضاً: طعن مدني رقم 101، أبو ظبي، جلسة 1998/5/17، مجلة العدالة، العدد 20، ص 522.

(2) يجري نص هذه المادة في الصيغة التالية:

" A peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale.

الأصلي. وفي هذه الحالة، فإن شرط الكتابة خاص باتفاق التحكيم ، وليس بالعقد الأصلي، حيث يبقى هذا العقد من حيث صحته وإثباته خاضعا للقواعد العامة.

وبمعنى آخر، فإن العقد الأصلي قد يجوز إبرامه شفويا، بل وإثباته بالشهادة، في حين أن اتفاق التحكيم يجب أن يكون مكتوبا.

ومثال ذلك : أن يكون العقد عقد بيع تجاري. وفي كل من القانون المصري والإماراتي، فإنه يجوز إبرام مثل هذا العقد شفويا، تطبيقا لمبدأ الرضائية في العقود⁽¹⁾، دون حاجة لكتابته أو لأي شكل آخر فيه. كما يجوز إثباته بشهادة الشهود⁽²⁾ ، ولكن لو فرضنا أن أحد طرفيه ادعى بوجود اتفاق تحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن هذا العقد، فإن هذا الادعاء لا يكون مقبولا ما لم يكن الاتفاق مكتوبا.

والأصل أن تتحقق الكتابة بوجود محرر يتضمن شرط التحكيم موقعا عليه من الطرفين، ويكتفى بتوقيع الطرفين على العقد، دون حاجة للتوقيع على الشرط، بحسبان أن التوقيع على العقد في محصلته النهائية، يعد توقيعا على كل بند من بنوده بما في ذلك شرط التحكيم.

(1) يجري نصها في الصيغة التالية: "يقع باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية: ...
٤. شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة.

(2) المادة 69 من قانون التجارة المصري ؛ والمادة 94 من قانون المعاملات التجارية الإماراتي.

غير أنه يستثنى من هذا المفهوم ما نصت عليه المادة 4/750 من القانون المدني المصري والتي تتضمن النص على بطلان شرط التحكيم الوارد ضمن الشروط العامة المطبوعة في وثيقة التأمين؛ إذ يجب أن ترد في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة⁽¹⁾.

وإذا كانت الكتابة ركنا من أركان اتفاق التحكيم، فإن أى اتفاق على التحكيم غير مكتوب يكون باطلاً، ويبطل كذلك اتفاق الخصوم على استبعاد الكتابة أو استبدالها بغيرها.

وعلى العكس تماماً من ذلك ، يتجه جانب آخر من التشريعات المقارنة إلى جعل الكتابة، مع استلزامها في كل حال، مجرد وسيلة لإثبات الاتفاق على التحكيم بحيث إذا انعدمت الكتابة لا يستتبع ذلك انعدام الاتفاق أو بطلانه بل يجعله - عند إنكاره - غير ذي فاعلية ويتعين البحث عن وسيلة أخرى لإثباته.

ومما سبق يتضح الأهمية القصوى لإفراغ اتفاق التحكيم في قالب شكلي إذ إن التشريعات المقارنة استلزمت ضرورة كتابة اتفاق التحكيم سواء لوجود اتفاق التحكيم أو لإثباته.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة الثانية من اتفاقية نيويورك قد استلزمت كتابة اتفاق التحكيم حتى تعترف به الدول الأعضاء في الاتفاقية، حيث نصت على أن:

(1) أحمد السيد صاوى، المرجع السابق، ص 89.

تتعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذى يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التى قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية وغير التعاقدية".

ويرى جانب من الفقه أن كتابة اتفاق التحكيم حتى تعترف به الدول الأعضاء في الاتفاقية يعد شرطاً من شروط صحته، وبالأولى يكون باطلاً أى اتفاق على التحكيم لا يكون مكتوباً⁽¹⁾.

ويرى جانب آخر من الفقه⁽²⁾ أن كتابة اتفاق التحكيم طبقاً لاتفاقية نيويورك ليست شرطاً لوجوده، وذلك لأن الاتفاقية لم ترتب البطلان أو الانعدام على تخلف شرط الكتابة، وكل ما في الأمر أن الاتفاقية لم تلزم الدول الأعضاء بالاعتراف باتفاق التحكيم غير المكتوب، وهذا ليس معناه أن الاتفاقية تمنع الدولة العضو من الاعتراف باتفاق التحكيم غير المكتوب إن هي أرادت ذلك وفقاً لقانونها. ويؤيد ذلك أن الاتفاقية قد استخدمت اصطلاح "تعترف" ولاشك أن عدم الاعتراف إحدى الدول الأعضاء باتفاق التحكيم لايعنى أنه غير موجود، وإنما هو اتفاق موجود وتستطيع الدولة الاعتراف به إذا أرادت ذلك، ولكنها لا تلتزم بمثل هذا الاعتراف، وهذا على خلاف الاتفاق المكتوب والذى تلتزم بالاعتراف به.

(1) أحمد السيد صاوى، المرجع السابق، ص 89.

(2) إبراهيم أحمد إبراهيم، اختيار طريق التحكيم ومفهومه، ص 98 وما بعدها، بحث مقدم إلى الدورة العامة لإعداد المحكم، والتي انعقدت بكلية الحقوق، جامعة عين شمس في الفترة من 22 إلى 27 يناير 2000.

المطلب الثاني

شكل الكتابة وطبيعتها

تقسيم: ينقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الأول: شكل الكتابة، وفي الثاني: طبيعة شرط الكتابة:

الفرع الأول

شكل الكتابة

خلصنا فيما سبق إلى أن الكتابة في اتفاق التحكيم أمر ضروري كإجراء شكلي سواء كانت للانعقاد أم للإثبات، حسب نظرة كل تشريع إليه، وهنا يثور التساؤل عن شكل الكتابة المطلوبة في اتفاق التحكيم .

والتوجه الحديث في القوانين التي تنظم التحكيم، هو التوسعة من مفهوم الكتابة، بحيث يشمل ذلك وسائل الاتصال الحديثة، مثل الفاكس والتلكس والبريد الإلكتروني.

ولم ينص المشرع المصري على شكل معين للكتابة، فليس هناك ثمة ما يمنع من أن تكون الكتابة الكترونية، بل إن المشرع اعتبر اتفاق التحكيم مكتوباً إذا

تضمنته ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال
الحديثة المكتوبة⁽¹⁾.

يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً ويكون اتفاق التحكيم
مكتوباً إذا حرر ووقعه الطرفان، والكتابة شرط لازم لصحة اتفاق التحكيم، فهو
شرط صحة وليس مجرد وسيلة إثبات وإن تخلفها يترتب عليه بطلان التحكيم⁽²⁾.

وللكتابة عدة أشكال فقد تفرغ في محرر يوقعه الطرفان، أو فيما يتبادلانه من
رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة.

وقد اشترطت ذلك المادة 12 من قانون التحكيم المصري والعماني أن يكون
الاتفاق مكتوباً، وذلك إذا كان تضمنه محرر وقع الطرفان، وإذا تضمنه ما تبادله
الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة. وإلا كان هذا
الاتفاق باطلاً.

(1) م 12 من قانون التحكيم المصري، م 2/203 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي.

(2) نص قانون التحكيم المصري المعدل رقم 27 لسنة 1994، وقانون التحكيم العماني في
المادة (12) على أنه: "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً. ويكون اتفاق التحكيم
مكتوباً إذا تضمنه محرر وقع الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو
غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة". ونفس التوجه سلكه المشرع المغربي في (الفصل 317)
حيث نص على أنه: "يجب تحت طائلة البطلان: أن يضمن شرط التحكيم كتابة في الاتفاق
الأصلي، أو في وثيقة تحيل إليه بشكل لاليس فيه..."

وإذا كان يمكن أن يكون الاتفاق مجرد بند من بنود العقد الأصلي، فإن التوقيع على العقد الأصلي من جانب أطرافه يكفي في حد ذاته لإلزام أطرافه باللجوء إلى التحكيم دون الحاجة إلى التوقيع على بند التحكيم الوارد في هذا العقد. أما إذا كان الاتفاق عبارة عن مشاركة أبرمت بعد إبرام العقد الأصلي، فإنه يجب إثبات التراضي على التحكيم كتابة، ويكون ذلك عن طريق توقيع مشاركة التحكيم بواسطة الخصوم⁽¹⁾.

ومما يجدر ذكره في هذا المقام أن المادة "12" سالف الإشارة إليها قد أشارت إلى محرر "وقعه الطرفان" . ويثار التساؤل الآتي: "ماذالو لم يوقع المحرر من الطرفين؟ كما لو كان الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم قد تم أمام المحكمة وأثبت هذا الاتفاق بمحضر الجلسة، وهو لا يوقع من الطرفين. أو إذا جاء في صورة "إقرار" موقع من أحد الأطراف دون الطرف الآخر، أو جاء بوسيلة من وسائل الاتصال الأخرى كالفاكس والبريد الإلكتروني فهي رسائل غير موقعة ممن صدرت عنه⁽²⁾.

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، ص216. دار النهضة العربية.

(2) عرفت المادة 1 /ج من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لعام 2004 التوقيع الإلكتروني بأنه: "ما يوضع على محرر الكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره.

ويمكن القول بأن وسائل الاتصال الحديثة قد اعتد بها المشرع في اتفاق التحكيم، وقد اشترط المشرع كتابة هذا الاتفاق، وقد وسع المشرع من مفهوم الشكل الكتابي اللازم لوجود اتفاق التحكيم، حيث أعطى أهمية كبيرة لتبادل الرسائل والبرقيات وغيرها من وسائل الاتصال المكتوبة، وبالتالي يكون في حكم الكتابة الرسائل المتبادلة بين الطرفين وغيرها من وسائل الاتصال المكتوبة، أي تلك الوسائل التي لم تكتشف بعد، وذلك تحسباً لما يكتشف من وسائل جديدة للاتصال، يكون لها أثر مكتوب، يمكن أن ينعقد به اتفاق التحكيم⁽¹⁾. كما يشمل ذلك أيضاً بعض حالات مبدأ الثبوت بالكتابة، وعلى هذا النحو إذا ما توفر مبدأ الثبوت بالكتابة، كان كافياً لوجود الشكل المطلوب، ولمن يتمسك به استكمال متطلبات الإثبات عن طريق وسائل الإثبات الأخرى. أما إذا لم يتوافر مبدأ الثبوت بالكتابة فلا يجوز اللجوء إلى وسائل الإثبات الأخرى المساوية أصلاً للكتابة كاليمين أو الاستعانة بالبينة في هذه الحالة مثلاً.

(1) نص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة: 2/7 على أنه: "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، ويعتبر كذلك إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل الرسائل أو تلکسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلكي واللاسلكي مما يكون بمثابة سجل للاتفاق"

وتجدر الإشارة إلى أن الكتابة الرقمية (الالكترونية) ⁽¹⁾ أصبحت من أهم

الصور

الحديثة في الكتابة، وشاع استعمالها في الرسائل الرقمية (الالكترونية) التي تتم عبر أجهزة الحاسب الآلي (الكمبيوتر) وتنتقل إلى الطرف الآخر في نفس الوقت عن طريق شبكة المعلومات الدولية⁽²⁾. وبالتالي ساهمت بشكل كبير في إبرام العديد من العقود، إلا أن الصعوبة تكمن في عملية إثبات تلك العقود والاتفاق على التحكيم بشأنها حيث يتجاوز إثباتها وسائل الإثبات التقليدية المعروفة في القواعد العامة⁽³⁾.

وإذا كان المشرع المصري والعماني قد تشددا في اقتضاء الكتابة كشرط لصحة اتفاق التحكيم، إلا أنه تم التخفيف كثيرا في كيفية تحقق هذا الشرط، حيث نصت المادة 12 من قانون التحكيم المصري والعماني على أنه: "... يكون اتفاق التحكيم مكتوبا إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمن ماتبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من رسائل المكتوبة".

(1) عرفت المادة 1 /ب من قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 لعام 2004 المحرر الالكتروني بأنه: "رسالة تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كليا أو جزئيا بوسيلة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأي وسيلة أخرى مشابهة".

(2) أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم ، المرجع السابق، ص 109 ، وما بعدها . وعرفت المادة 1 /أ من قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 لعام 2004 الكتابة الالكترونية بأنها: "كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى وتعطي دلالة قابلة للإدراك".

(3) مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، المرجع السابق، ص 883.

ووفقا لهذا النص قد يبرم اتفاق التحكيم فى الصورة التقليدية والتي تتمثل فى وجود محرر أو وثيقة موقعة من الطرفين تنطوى على وجود اتفاق بين الخصوم على عرض المنازعات التى تثور بينهم بشأن عقد معين أو علاقة معينة على التحكيم.

ولايشترط فى الكتابة اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم أن تكون رسمية تتم على يد موظف عام مختص، وإنما يكفى لإبرام اتفاق التحكيم كتابة عرفية موقعة من أطرافه، ولايشترط فى الكتابة شكل معين، فيمكن أن تتم بأى عبارة طالما كانت العبارات والألفاظ المستخدمة دالة إلى اتجاه إرادة الخصوم على اللجوء إلى التحكيم⁽¹⁾.

ويمكن أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا بخط اليد أو على آلات الكتابة، بمستوى فى ذلك أن يكون الإتفاق مكتوبا بلغة الدولة التى أبرم فيها الاتفاق أو مكتوبا بلغة أجنبية.

كما قد تتمثل الكتابة فى اتفاق التحكيم فى تبادل الخطابات والبرقيات أو التلكسات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة.

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم فى المعاملات المالية الداخلية، المرجع السابق، ص240.

وفي جميع الأحوال يشترط لانعقاد اتفاق التحكيم بهذه الوسائل أن يكون هناك تبادل بين الإرادتين بصورة مكتوبة، غير أن الكتابة يجب أن تكون واضحة وبخط مقروء.

وفي هذا الخصوص حكمت محكمة تمييز دبي بعدم وجود شرط التحكيم متى كان واردا في سند الشحن وهو غير مقروء ومطبوع بخط دقيق بطريق تعجز الشخص العادي عن قراءته، ويتعين إبطاله وعدم الالتزام به. ولايغير من ذلك كون المتعاقدتين شركتان تعملان في مجال النقل البحري، وأنه يفترض علمهما بوجود شرط التحكيم بحكم تعاملهما في سندات الشحن⁽¹⁾.

وعلى ذلك لاينعقد اتفاق التحكيم إذا صدر إيجاب من أحد الأطراف في صورة مكتوبة، وصادف قبولا شفويا، أو لم يصادف قبولا في الأساس.

وقد يبرم اتفاق التحكيم باستخدام البرامج الالكترونية المتصلة بشبكات الانترنت، والتي توفر تسجيلا وتدوينا للرسائل التي تنقل عبرها كالبريد الالكتروني، فليس هناك ما يمنع من قياس الرسائل الالكترونية على رسائل الفاكس والتلكس⁽²⁾.

(1) حكم محكمة تمييز دبي، طعن رقم 87 لسنة 2003، جلسة 10 / 5 / 2003، العدد الرابع عشر، ج1، ص567.

(2) نصت المادة 677 من قانون المعاملات المدنية العماني على أنه: "إذا كانت الوكالة عامة جاز للوكيل مباشرة المعاوضات والتصرفات عدا التبرعات والصلح والإبراء والتحكيم والقرض والأحوال الشخصية مالم يكن مصرحا بها في التوكيل"، ولذا فإنه لايجوز للوسيط أو الوكيل أو السمسار أن يبرم اتفاق تحكيم لصالح الغير إلا إذا كان مزودا بوكالة خاصة.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي، قد نص على تحديد الشكل الكتابي المتطلب قانونا لإبرام اتفاق التحكيم، فهو إما أن يأخذ شكل عقد رسمي أو عقد عرفي، وإما أن يرد في محضر يحرر أمام الهيئة التحكيمية المختارة.

وقد توسع المشرع المغربي في مفهوم الكتابة، ونص من خلال مقتضيات الفقرة 2 من المادة 313 من قانون التحكيم على أنه: " يعتبر اتفاق التحكيم مبرما كتابة إذا ورد في وثيقة موقعة من الأطراف، أو في رسائل متبادلة أو اتصال بالتلكس أو برقيات أو أية وسيلة أخرى من وسائل الاتصال، والتي تعد بمثابة الاتفاق تثبت وجوده أو حتى بتبادل مذكرات الطلب أو الدفاع التي يدعي فيها أحد الطرفين بوجود اتفاق تحكيم دون أن ينازعه الطرف الآخر في ذلك".

وبالتالي، يمكن أن يرد اتفاق التحكيم إما في شكل عقد رسمي أو عرفي، كما يمكن أن يضمن في المحاضر المنجزة من طرف هيئة التحكيم، أو أن يرد في شكل وثيقة موقعة من الأطراف، أو في رسائل متبادلة أو اتصال بالتلكس أو برقيات أو أية وسيلة أخرى من وسائل الاتصال.

وتجدر الإشارة إلى أنه يمكن أن يوجد اتفاق التحكيم من خلال تبادل مذكرات الطلب أو الدفاع التي يدعي فيها أحد الطرفين بوجود اتفاق تحكيم، ولكن ذلك مقيد بعدم منازعة الطرف الآخر له في ذلك. يستوي في ذلك أن يتم تبادل المذكرات بين

الطرفين مباشرة أو من خلال مركز تحكيم؛ إذ يعد ذلك بمثابة تبادل للرسائل في الاتفاق على الإحالة للتحكيم⁽¹⁾.

وعلى ذلك يوجد اتفاق على التحكيم في حالة ما لو أعلن أحد الأطراف الطرف الآخر بالتجائه للتحكيم، وتم تبادل مذكرات بينهما في هذا الخصوص دون ممانعة. أو تقدم أحدهما إلى محكم أو مركز تحكيم، وتم إعلان الطرف الآخر من المحكم أو مركز التحكيم، واستمرت الإجراءات وتبادل المذكرات، حتى صدر الحكم التحكيمي بينهما دون اعتراض منهما طيلة الإجراءات.

ونخلص مما سبق إلى أن اتفاق التحكيم لا بد أن يكون مكتوباً، أي كانت وسيلة الكتابة تقليدية أو الكترونية⁽²⁾. فلا عبرة بالاتفاقات الشفوية، وجماع الأمر أنه لا بد أن تكون الكتابة . أي كانت وسيلتها . واضحة وقاطعة في الدلالة على حقيقة المطلوب، وهو اتفاق الطرفين على الالتجاء للتحكيم لحسم النزاع بينهما.

(1) نصت المادة (2/7) من القانون النموذجي الذي يعد أحد المصادر الأساسية للقانون المصري صراحة على أنه يعتبر من قبيل الاتفاق الخطي "... تبادل لوائح الادعاء والدفاع والتي تم فيها الادعاء بوجود اتفاق تحكيم من قبل أحد الأطراف دون إنكار من الطرف الآخر".

(2) راجع في الكتابة الالكترونية، عبد المنعم زمزم، قانون التحكيم الالكتروني، المرجع السابق، ص70 وما بعدها، هشام بشير وإبراهيم عبد ربه، التحكيم الالكتروني، المرجع السابق، ص49 وما بعدها.

فاتفاق التحكيم المكتوب الكترونياً، شأنه في ذلك شأن اتفاق التحكيم التقليدي
، كما أن المحررات العرفية شأنها في ذلك شأن المحررات الرسمية⁽¹⁾.

(1) لمزيد من التفصيل:، عبد المنعم زمزم، قانون التحكيم الالكتروني، المرجع السابق، الإشارة السابقة، هشام بشير وإبراهيم عبد ربه، التحكيم الالكتروني، المرجع السابق، الإشارة السابقة.

الفرع الثاني

طبيعة شرط الكتابة

تمهيد وتقسيم: إذا كان الاتفاق على التحكيم، شرطاً كان أو عقداً، يعتبر تصرفاً من التصرفات التي تتعدد بإرادتين، فإنه يلزم لوجود هذا الاتفاق، كما سبقت الإشارة إلى ذلك، توافر أركانه وهي الرضا والأهلية والمحل والسبب، وإلى جانب هذه الشروط هناك الشرط الشكلي المتعلق بالكتابة، الذي أوجبه غالبية التشريعات المنظمة للتحكيم.

لكن يثار تساؤل حول طبيعة شرط الكتابة في اتفاق التحكيم، هل هي مجرد وسيلة لإثباته، أم تعد من أركان اتفاق التحكيم لازمة لوجوده؟ وما هو الجزاء المترتب على عدم كتابة اتفاق تحكيم؟

اختلفت الأنظمة القانونية فيما بينها بخصوص طبيعة شرط الكتابة، وندتاول ذلك في البنود التالية:

أولاً: الكتابة وسيلة للإثبات

يذهب اتجاه في الفقه إلى أن الكتابة المتطلبة في شرط التحكيم هي للإثبات فقط، وليست لصحته أو لانعقاده، وذلك لأن اتفاق التحكيم لا يعدو أن يكون عقداً رضائياً ينعقد بمجرد تبادل الإيجاب والقبول بين الطرفين، دون حاجة إلى أي إجراء آخر، فهو ليس عقداً شكلياً، لأن الكتابة ليست ركناً في العقد ولا شرطاً لصحته،

وإنما هي مجرد وسيلة لإثباته⁽¹⁾. ومن ثم فإن الاتفاق يمكن أن يتحقق بواسطة تبادل المراسلات أو الخطابات التي تتضمن رغبة الأطراف في اللجوء إلى هيئة التحكيم لتسوية نزاع قائم⁽²⁾.

وتذهب بعض الأنظمة، ومنها القانون التونسي والكويتي والليبي والسوري إلى أن الكتابة اللازمة لاتفاق التحكيم هي للإثبات. إذ نص المشرع التونسي من خلال مقتضيات المادة 1/6 من مجلة التحكيم التونسية على أنه: "لا تثبت اتفاقية التحكيم إلا بكتب سواء كان رسميا أو خط يد أو محضر جلسة أو محضر محررا لدى هيئة التحكيم التي وقع اختيارها".

فالكتابة اعتبرها المشرع التونسي وسيلة لإثبات اتفاق التحكيم، وليست شرطا من شروط انعقاده، سواء أكانت الكتابة بمقتضى محرر رسمي أو عرفي.

وينتهج هذا الطريق كل من القانون الكويتي حيث نص في المادة : (1730) مرافعات على أن: "التحكيم لا يثبت إلا بالكتابة". وقانون أصول المحاكمات السوري حيث تنص المادة: (509) منه على أنه: "لا يثبت التحكيم إلا بالكتابة".

وقد تطلب المشرع الليبي الكتابة في مشاركة التحكيم حيث قرر في المادة: (742) من قانون المرافعات الليبي على إنه: "لا تثبت مشاركة التحكيم إلا

(1) عبد الحميد أبو هيف، طرق التنفيذ والتحفظ في المواد المدنية والتجارية، ط5، ص 51 منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988م.

(2) محمود السيد التحيوي، اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 438 .

بالكتابة". فنص هذه المادة الذي يشترط الكتابة لإثبات مشاركة التحكيم، " ينطبق على شرط التحكيم لاتحاد العلة في الحالتين، وذلك بتذكير ذوي الشأن بتنازلهم عن قضاء الدولة بموجب هذا الاتفاق إلى التحكيم.

كما نص المشرع السوري في المادة 509 من قانون التحكيم السوري المستخرج من قانون أصول المحاكمات المدنية، على أنه: " لا يثبت التحكيم إلا بالكتابة".

وفي ضوء النصوص السابقة وغيرها ممن تأخذ بهذا الاتجاه⁽¹⁾، يمكن القول بأن الكتابة الهدف منها إثبات اتفاق التحكيم وليس لصحة انعقاده، فالكتابة مجرد وسيلة لإثبات العقد، ومعنى ذلك أن تخلف دليل إثبات وجود اتفاق التحكيم (الكتابة)، لا يؤدي إلى بطلان اتفاق التحكيم، إذ يظل اتفاق التحكيم سليماً تماماً من الناحية القانونية، ويجوز إثباته بأية وسيلة تقوم مقام الكتابة، كالإقرار واليمين الحاسمة.

ويلاحظ أن هذه التشريعات التي تبنت هذا الاتجاه، لم تبين الجزاء الذي يترتب على تخلف الكتابة في اتفاق التحكيم، وإزاء هذا الصمت يمكن القول بأن الكتابة مع استلزامها في كل حال، هي مجرد وسيلة لإثبات التحكيم، وإن انعدام الكتابة

(1) إبراهيم احمد إبراهيم ، التحكيم الدولي الخاص، ط2، ص76 وما بعدها، دار النهضة العربية، القاهرة 1997م، احمد عبد الكريم سلامة ، قانون التحكيم التجاري والداخلي، المرجع السابق، ص357، السيد المراكبي، التحكيم في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ومدى تأثيره بسيادة الدولة، ص 10، دار النهضة العربية، القاهرة، (بدون طبعة)، 2001م، أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ص666، دار الفكر العربية، ج 2 1972.

لايستتبع بطبيعة الحال انعدام اتفاق التحكيم، بل يجعل إنكاره غير فعال، ومن ثم يتعين البحث عن وسيلة لإثباته⁽¹⁾.

ثانيا: الكتابة شرط لوجود اتفاق التحكيم وانعقاده

استلزمت المادة (12) من قانون التحكيم المصري ضرورة أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، وحسنا فعل المشرع المصري، ليس فقط اتساقا مع أحكام القانون النموذجي "اليونيسترال 1985" والذي كان المرجع الرئيسي للتشريع المصري وغيره من تشريعات التحكيم في الدول المختلفة، وإنما أيضا لما يترتب على وجود هذا الشرط . على النحو الذي سنعرض له في حينه . من سلب لاختصاص قضاء الدولة، وبالتالي يجب أن يكون الشرط واضحا في التعبير عن إرادة الطرفين ولا يترك لوسائل الإثبات البديلة، وإنما استلزم المشرع الكتابة ورتب جزاء البطلان على تخلف هذا الشرط، ويستوي في ذلك أن تكون الكتابة ثابتة في ورقة عرفية أو رسمية. والكتابة بهذا الشكل شرط لانعقاد وليست فقط شرطا للإثبات⁽²⁾.

ومن بين الأنظمة التي تشترط الكتابة لانعقاد اتفاق التحكيم ووجوده، وليست كشرط للإثبات: المشرع المغربي والمصري والعماني والجزائري والفرنسي.

(1) مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، المرجع السابق، ص 363 وما بعدها .

(2) وهذا الحكم لايسري إلا بالنسبة لاتفاق التحكيم الذي أبرم بعد نفاذ القانون، أما ذلك الذي أبرم قبل نفاذه، فإن الكتابة تظل . طبقا للمادة 501 من قانون المرافعات شرطا للإثبات. فتحي والي، قانون التحكيم، المرجع السابق، ص 137.

فبالنسبة للمشرع المغربي، نجد أنه اعتبر كتابة اتفاق التحكيم شرط انعقاد، ونص في الفصل 313 على وجوب إبرام اتفاق التحكيم كتابة إما على شكل عقد رسمي أو عرفي أو محضر يحرر أمام الهيئة التحكيمية المختارة.

أما المشرع المصري فقد نص في المادة 12 من القانون رقم: 27 لسنة 1994 المتعلق بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية، على ما يلي: " يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا و إلا كان باطلا". ويستلزم القانون الجزائري الكتابة كشرط لوجود شرط التحكيم وإلا كان باطلا، ولكن يستوي أن ترد كتابة شرط التحكيم في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها وذلك طبقا للمادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. كما نص المشرع الفرنسي في المادة 1/1443 من قانون الإجراءات المدنية على بطلان اتفاق التحكيم إذا لم يكن مكتوبا⁽¹⁾.

وأمام صراحة هذا النص، يتبين أن اتفاق التحكيم هو من العقود الشكلية التي يتوقف انعقادها على إفراغها في سند كتابي، فلا يمكن إقامة الدليل على اتفاق التحكيم شفويا أو بأية وسيلة أخرى حتى بالإقرار.

ومما سبق ومن خلال النصوص السابقة يتضح أن اتفاق التحكيم، يتعين أن يكون مكتوبا. وأن الكتابة المتطلبة هي لانعقاد الاتفاق ووجوده، وليست مجرد

(1) cette article proclame que: " A peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite."

وسيلة لإثباته⁽¹⁾. ولما كانت الكتابة تعد ركنا شكليا في الاتفاق على التحكيم، فإن البطلان الناشئ عن تخلفها، يعتبر بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام.

الرأى الراجح: يرى جانب آخر من الفقه، أنه لما كانت قواعد الإثبات الموضوعية لا تتعلق بالنظام العام، فمن الواجب الاعتداد بإرادة الأطراف، بحيث إذا اتفق الأطراف على جواز الإثبات بغير الكتابة، فيما كان يجب إثباته بها، صح اتفاق التحكيم لأن قواعد الإثبات لا تتعلق بالنظام العام⁽²⁾.

على أنه يمكن القول خروجاً من هذا الخلاف، بأنه إذا نص المشرع صراحة على جعل كتابة اتفاق التحكيم للإثبات، فإن الكتابة والحالة هذه تكون للإثبات وليست للانعقاد. ومن تم يجوز إثبات هذا الاتفاق بالكتابة أو ما يقوم مقامها من إقرار أو يمين حاسمة؛ إذ إنه من المقرر أن الإقرار واليمين الحاسمة، هما وسيلتان من وسائل الإثبات يصح الإثبات بأيهما في الحالات التي يجب إثباتها بالكتابة⁽³⁾. وعلى العكس إذا نص القانون صراحة على اعتبار الكتابة ركنا في اتفاق التحكيم، وشرطا لانعقاده، فإنه لامناص من اعتبارها شرطا للانعقاد، وليس لمجرد إثبات اتفاق التحكيم.

(1) محمود السيد التحيوي، أركان الاتفاق على التحكيم المرجع السابق، ص 155.

(2) أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري، ص 25 وما يليها، دار المعارف، الإسكندرية، ط 5، 1988.

(3) محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم، المرجع السابق، ص 106 وما بعدها.

الفرع الثالث

الحكمة من اشتراط الكتابة والجزاء المترتب على تخلفها

أولاً: الحكمة من اشتراط الكتابة

علة اشتراط الكتابة لصحة اتفاق التحكيم تكمن في:

1. الحرص على عدم فتح الباب لمنازعات فرعية حول وجود أو مضمون هذا الاتفاق⁽¹⁾.

2- التأكد من وجود اتفاق التحكيم حتى تتمكن الدولة من رقابة أنظمة التقاضي الموازية والخاصة باعتبارها المهيمن والمسئول عن أداء العدالة⁽²⁾، إذ الاتفاق يؤدي إلى سلب اختصاص قضاء الدولة بشأن المنازعات المتفق على عرضها على التحكيم، فكان لا بد من التأكد من وجوده عن طريق الكتابة.

3- يرتب التحكيم آثاراً في حق أطراف التحكيم أنفسهم ، يمكن أن تتضمن مخاطرة ببعض حقوقهم ولاسيما إذا كان المحكم مفوضاً بالصلح يقضى وفقاً لمبادئ العدل والانصاف دون التقيد بقواعد قانونية محددة ، ومن ثم يجب التحقق من أن إرادة الاطراف كانت على وعي بحقيقة ما تقدم عليه من إبرام اتفاق التحكيم .

(1) فتحي والي، التحكيم في النظرية والتطبيق، ط1، ص135، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007م.

(2) قارب: أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص238.

4- قد يمتد أثر التحكيم إلى الغير وذلك حينما يمتد اتفاق التحكيم إلى اطراف آخرين، أو عقود أخرى تتصل بذات المعاملة أو بالعقد الأصلي كما هو الحال بالنسبة لاتفاق التحكيم الذي تبرمه الشركة الوليدة، حيث تمتد آثاره إلى الشركة الأم⁽¹⁾. فكان لابد من وجوده كتابة.

ثانيا:الجزاء المترتب على عدم كتابة اتفاق تحكيم

يرى البعض بأن البطلان المترتب على عدم كتابة اتفاق التحكيم، هو بطلان نسبي يتعلق بمصلحة من تقرر لمصلحته، إذ اتفاق التحكيم في حد ذاته لا يتعلق بالنظام العام، وما لا يثبت للأصل لا يثبت للفرع، وأن الكتابة في اتفاق التحكيم شرط لحماية أطراف التحكيم ولا يتعلق بالصالح العام للمجتمع⁽²⁾.

وفي رأيي فإن البطلان المترتب على عدم كتابة اتفاق التحكيم هو بطلان مطلق طبقا لغالبية القوانين المنظمة لأحكام التحكيم التي اشترطت الكتابة لصحة اتفاق التحكيم ورتبت البطلان حال تخلفها، فالكتابة تعد شرطاً شكلياً لازماً لوجود اتفاق التحكيم في ذاته، إلا أنها لم تستوجب في الكتابة أن تكون رسمية، فيكفي الاتفاق في ورقة عرفية موقعة من الأطراف، كذلك لم تحدد شكلاً معيناً ينبغي أن تصدر فيه، فتصح بأية عبارات وبأية ألفاظ، في صورة مراسلات أو برقيات بين

(1) أحمد نبيل سليمان طبوشة، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، 2011 .

(2) أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به، ط1، ص 305، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008م

الطرفين، أو في صورة تبادل البيانات عبر شبكة الانترنت، مادامت قاطعة في دلالتها على إرادة أطراف اتفاق التحكيم.

الفصل الثالث

صور اتفاق التحكيم واستقلاله

تقسيم: ينقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نعرض في الأول لصور اتفاق التحكيم، وفي الثاني لاستقلال اتفاق التحكيم على النحو التالي:

المبحث الأول

صور اتفاق التحكيم

تمهيد وتقسيم: تناولت قوانين التحكيم العربية هذه الصور، وحددتها في ثلاث صور⁽¹⁾. فقد يقع اتفاق التحكيم في صورة شرط يرد في عقد معين سابق على قيام

(1) يشير بعض الفقه إلى أن قانون التحكيم اللبناني يحرص على تصور التحكيم في اثنتين هما: 1. شرط التحكيم ويسميه بند التحكيم، ومشاركة التحكيم وتسمى بعقد التحكيم. أحمد خليل، قواعد التحكيم، ص 29، ص 34، منشورات الحلبي الحقوقية 2003، وراجع أيضا: أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم، بند 22 ص 61، دار النهضة العربية 2013. كما يقسمه البعض إلى قسمين أيضا: شرط التحكيم والمشاركة فقط، بينما يأخذ شرط التحكيم طبقا له ثلاثة أشكال: فقد يرد النص عليه في العقد الأصلي المنظم للعلاقة بين الطرفين. 2. أو أن يرد في اتفاق لاحق ومستقل عن العقد الأصلي. 3. أو يتضمن العقد الأصلي نصا يحيل فيه الطرفان إلى وثيقة خارجية تتضمن شرط التحكيم. هشام بشير وإبراهيم عبد ربه، التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص 42.

كما أن التعبير السائد في القوانين الوطنية والمعاهدات الدولية الخاصة بالتحكيم عن كلتا الصورتين هو تعبير اتفاق التحكيم، وهو يضم بين طياته الصورتين معا دون تفرقة بينهما في المعاملة القانونية. راجع: عاطف الفقي، النقل البحري للبضائع، ص 195، دار النهضة العربية 2008.

النزاع، أو في شكل اتفاق منفصل يبرم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت بشأنه دعوى أمام جهة قضائية ، أو في صورة إحالة ترد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت هذه الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً في العقد⁽¹⁾.

هناك ثلاث صور للاتفاق التحكيم: 1. شرط التحكيم. 2- مشاركة التحكيم 3- الاتفاق عن طريق الإحالة.

وقد عبرت عن ذلك المادة 10 من قانون التحكيم المصري والعماني، فنصت على أنه: "1. اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقرر فيه طرفاه الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية. 2. 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، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع

(1) راجع في هذه الصور الثلاث في نطاق التحكيم في المنازعات البحرية، الوليد بن محمد بن علي البرماني، التحكيم في المنازعات البحرية، ط1، ص144 وما بعدها، دار النهضة العربية 1431 هـ 2010 م . وقد تناول المشرع العماني الأحكام الخاصة باتفاق التحكيم في الباب الثاني من قانون التحكيم، وقد حددت المادة العاشرة من هذا القانون في فقرتها الثانية صور اتفاق التحكيم، حيث نصت على أنه: "2.. يجوز أن يقع التحكيم في شكل شرط تحكيم سابق على قيام النزاع يرد في عقد معين أو في شكل اتفاق منفصل يبرم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت بشأنه دعوى أمام جهة قضائية ، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً". ونص المشرع العماني في الفقرة (3) من المادة (10) من قانون التحكيم على الصورة الثالثة، حيث يعتبر اتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت هذه الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً في العقد".

في بيان الدعوى المشار إليه في الفقرة الأولى من المادة (٣٠) من هذا القانون، كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً. ٣- ويعتبر اتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد .".

وأوضحت المادة (5) من قانون التحكيم الإماراتي أنه يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواءً أكان مستقلاً بذاته أو ورد عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الأطراف، ويجوز الاتفاق على التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام أي محكمة، وفي هذه الحالة يجب أن يُحدد المسائل التي يشملها التحكيم، كما يجوز الاتفاق على التحكيم بالإحالة التي ترد في عقد أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم إذا كانت هذه الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد. ونعرض لهذه الصور فيما يلي:

المطلب الأول

شرط التحكيم

شرط التحكيم هو الشرط الذي يرد في عقد من العقود ويقضى بإحالة أي نزاع حول أعمال أو تفسير أو تنفيذ العقد أو أحد شروطه إلى التحكيم، وهذا يفترض بدهاءة أن تكون العلاقة عقدية، وأن يكون الشرط سابقا على قيام المنازعة. فشرط التحكيم قد يرد في العقد وقد يرد منفصلا عنه، إلا أنه على أية حال يكون سابقا على قيام النزاع.

وفي هذا الخصوص قضت محكمة النقض المصرية بأن شرط التحكيم يكون دائما سابقا على قيام النزاع، سواء قام مستقلا بذاته أو ورد ضمن عقد معين، ومن ثم فإنه لا يتصور أن يتضمن تحديدا لموضوع النزاع الذي لم ينشأ بعد ولا يكون في مكنة الطرفين التنبؤ به حصرا ومقدما، ومن هنا لم يشترط المشرع أن يتضمن شرط التحكيم تحديدا لموضوع النزاع، وأوجب ذلك في بيان الدعوى المنصوص عليها في المادة 30 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994⁽¹⁾.

وقد عرفه بعض الفقه بأنه: "اتفاق الأطراف على حسم ما ينشأ بينهم من منازعات في المستقبل حول تفسير العقد أو تنفيذه عن طريق التحكيم"⁽²⁾. ويتضح

(1) طعن رقم 7307 لسنة 76 ق، جلسة 8/ 2/ 2007، مجلة التحكيم العربي، عدد 11، يوليو 2008، ص 221.

(2) فتحي والى، الوسيط، المرجع السابق، بند 457، ص 934. أحمد عبد التواب، المرجع السابق، ص 66 هامش 108. وقارب: عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ط 1، ص 136، مطبوعات جامعة الكويت 1990.

من هذا التعريف أنه يقصر الشرط على المنازعات الواردة في العقود فقط ،دون باقي الحالات التي يمكن أن يرد فيها الشرط مجردا عن العقد⁽¹⁾.

كما عرفه البعض الآخر بأنه:"اتفاق يلتزم بمقتضاه طرفان على تسوية ماينشأ بينهما من منازعات بواسطة التحكيم"⁽²⁾.

فشرط التحكيم هو ذلك الاتفاق على التحكيم الذي يرد ضمن بنود عقد معين⁽³⁾ قبل قيام النزاع.كما يمكن أن يرد شرط التحكيم منفصلا عن العقد،أي قائما بذاته ولاحقا على العقد⁽⁴⁾.

كما عرف بأنه:" اتفاق بين الأطراف على خضوع عقد أوعدة عقود للتحكيم متي نشأ عنها نزاع ". ويتعلق الشرط بالنزاع الذي يحدث مستقبلاً، سواء ورد الشرط

(1)أحمد إبراهيم عبد التواب،المرجع السابق،ص64،هامش103.

(2)أحمد صدقي،مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم،ص13 ومابعدھا،دار النهضة العربية،2004.

(3) ويستثنى من ذلك ماتتص عليه المادة 750من القانون المدني في خصوص عقد التأمين ،حيث اشترطت لصحة شرط التحكيم أن يرد مستقلا عن وثيقة التأمين،فإن ورد كشرط في العقد فإنه يكون باطلا. وتكمن الحكمة من ذلك في منع اعتبار عقد التأمين من عقود الإذعان،ومنع خضوع المؤمن له للشروط المطبوعة المفروضة فرضا من قبل شركة التأمين،وضمامنا للتوازن بين طرفي عقد التأمين.

(4) قارب:محمود مصطفى يونس،المرجع في أصول التحكيم،ص150 ومابعدھا،بند176،دار النهضة العربية2009.

في اتفاق مستقل أو بند ضمن بنود العقد الأصلي بين الأطراف المتنازعة، باعتبار أن النزاع أمر محتمل الوقوع، وفيه ينشأ التحكيم قبل حدوث النزاع⁽¹⁾.

وإذا كان الاتفاق على التحكيم يمكن أن يكون مجرد بند من بنود العقد الأصلي، فإنه يكفي في ذاته لإلزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم دون حاجة إلى التوقيع على البند الذي يتضمن شرط التحكيم؛ إذ يعد التوقيع على العقد توقيعاً على كل بند من بنوده، بما في ذلك اتفاق التحكيم. ولا حاجة للتوقيع الخاص بجانب شرط التحكيم، كما لا يشترط ذلك أيضاً بالنسبة للإحالة إلى العقود النموذجية التي تتضمن شروطاً يندرج من بينها شرط التحكيم، طالما أن الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد⁽²⁾.

ولا يمنع الأطراف من إمكانية إبرام شرط التحكيم في وثيقة مستقلة منفصلة عن العقد أو ملحقة به؛ بحسبان أن الأطراف قد لا يستطيعون عند إبرام العقد . التوجه إلى هذا الشرط في كيفية تسوية منازعاتهم، وقد يكون ذلك نتيجة تناسيهم هذه الوسيلة لحسم المنازعات التي قد تنشأ بينهم في المستقبل. وتداركاً لكل هذا، فإن

(1) محمد سامي الشوا، أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية "مقدم لمؤتمر" التحكيم التجاري الدولي" عقدته جامعة الإمارات خلال الفترة 28:30 أبريل 2008، المجلد الأول، ص143، سميحة القليوبي: اتفاق التحكيم، سنة 2010، متاح على الموقع: aleyarbitration.blogspot.com/2010

(2) آمال أحمد الفزائري، دور قضاء الدول في تحقيق فاعلية التحكيم، ط1، ص46، منشأة المعارف، الاسكندرية، دون سنة للنشر.

الأطراف بمكنتهم أن يبرموا شرط تحكيم في وثيقة مستقلة بعد إبرام العقد، يعبران من خلاله عن اتجاه إرادتهم لحسم منازعاتهم عن طريق التحكيم⁽¹⁾.

وشرط التحكيم يعتبر اتفاقا مستقلا بذاته يكفي بمفرده للالتجاء إلى التحكيم، وإلى ممارسة المحكمين لعملهم دون الحاجة إلى إبرام مشاركة تحكيم لاحقة بعد نشأة النزاع. ومع ذلك فإنه ليس هناك ثمة ما يمنع من قيام الأطراف بإبرام مشاركة تحكيم تفصيلية توضح بعض المسائل التي لم يتضمنها الشرط، وفي هذه الحالة تعتبر المشاركة بمثابة المرجع لهيئة التحكيم في تحديد نطاق التحكيم⁽²⁾.

وإذا أبرم الأطراف مشاركة تحكيم لاحقة على شرط التحكيم، فإنها تعد مكملة للشرط، ومن مجموعهما يتكون اتفاق التحكيم، فالشرط واضح في إحالة النزاع إلى التحكيم حال قيامه، والمشاركة قاطعة في تفصيل المسائل الإجرائية المتعلقة بالقضية التحكيمية. ومع ذلك فإن بطلان هذه المشاركة لا يؤدي إلى بطلان الشرط الوارد في العقد، كما أن بطلان شرط التحكيم لا يترتب بطلان المشاركة⁽³⁾.

ويعتمد قانون المرافعات الفرنسي هذه الصورة من صور اتفاق التحكيم، فقد نصت المادة 1442 من قانون المرافعات الفرنسي عليها، فشرط التحكيم طبقا لهذه

(1) قارب: التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 155.

(2) فتحي والى، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 94.

(3) فتحي والى، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 94.

المادة هو اتفاق يتعهد بموجبه أطراف العقد على إحالة ما ينشأ بينهما من منازعات حول هذا العقد إلى التحكيم⁽¹⁾.

وتعد هذه الصورة هي الأكثر انتشارا في الحياة العلمية في العقود المعاصرة، وخاصة عقود التجارة الدولية، إذ تبين أن ما يقرب من 80% من هذه العقود أصبحت تتضمن شرط التحكيم، بحسبان أن شرط التحكيم باعتباره سابقا على قيام النزاع، فإنه يبرم في جو تسوده روح الود والعلاقة الحسنة بين الطرفين، بعكس المشاركة التي تبرم بعد قيام النزاع⁽²⁾.

وشرط التحكيم قد يرد على كل أجزاء العقد، وقد يتعلق بجزء أو بند منه، والمرجع في ذلك هو اتفاق الأطراف. ومثال ذلك إبرام صاحب عمل مقاوله مع مقاول، وتقسيم العقد إلى جزئين: أحدهما يتعلق بتنفيذ الأعمال، والآخر يتعلق بالكفالات وصيانة الأعمال بعد إنجازها، فيرد شرط التحكيم خاصا بجزء الأول من العقد أو الجزء الثاني منه.

(1) يجري نص هذه المادة في الصيغة التالية:

" La convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis. La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats. Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage".

(2) ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، ط1، ص205، دار النهضة العربية 1996.

فإذا ورد العقد بهذه الصورة، فإن التحكيم يتعلق فقط بالجزء المتفق على
غالبته للتحكيم دون الجزء الآخر. أما إذا انصرف الشرط إلى جميع المنازعات
المتعلقة بالعقد، فيعد الاتفاق على التحكيم شاملاً لجميع هذه المنازعات.

وعلى أية حال ، وسواء انصرفت الإرادة إلى الاتفاق الجزئي أو الشامل
للمنازعات التي تثار بخصوص عقد ما ، فإنه يجب أن تكون إرادة المحكّمين
صريحة وجازمة في ذلك.

المطلب الثاني

مشاركة التحكيم

مشاركة التحكيم هي اتفاق تفصيلي يبرم بين الأطراف بعد قيام النزاع بينهما على إحالة هذا النزاع إلى التحكيم. يستوي في ذلك أن تكون العلاقة الأصلية علاقة تعاقدية أو غير تعاقدية. وعرفها البعض بأنها: "اتفاق بين أطراف على خضوع النزاع الناشئ بينهما للتحكيم، وهذا النزاع يستند لعقد لم يرد به نص على إحالته للتحكيم، فيتم الاتفاق على اللجوء للتحكيم بعد نشوء النزاع، كما يجوز الاتفاق على التحكيم حتى ولو كان النزاع معروضا على القضاء (1)".

كما عرفها البعض الآخر بأنها: "اتفاق بين الطرفين بعد قيام النزاع على إحالة هذا النزاع إلى التحكيم (2)".

(1) إبراهيم الأرنؤوط، شرط الكتابة والتحكيم الإلكتروني، مجلة الشريعة والقانون، ص143، العدد 49، يناير 2012، خالد الدخيل، التحكيم في النظام السعودي علي ضوء الفقه الاسلامي، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية بالرياض، ص14، سنة 1425هـ/2004م، علي الموقع repository.nauss.edu، سميحة القلوبى، اتفاق التحكيم، المرجع السابق. ويسمى البعض بوثيقة التحكيم. وينتقد البعض هذه التسمية؛ بحسبان أن مصطلح الوثيقة يطلق عادة على الأوراق ذات الطابع الدول كوثيقة إعلان حقوق الإنسان. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، ط5، ص98، منشأة المعارف، الاسكندرية 2004.

(2) محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم، ط1، ج1، ص67، دار الفكر العربي 2009.

ويقصد بالنزاع: مجموع الادعاءات المتبادلة بين الأطراف، فلا تكفي العبارة المبهمة كالقول بأن موضوع النزاع هو تصفية جميع المشاكل المعقدة بين الاطراف

ويتفق الشرط الوارد في عقد مع المشاركة التي تنشأ بعد قيام النزاع، في الهدف المرجو من كل منهما، إذ يهدف الطرفان من كليهما إلى إحالة كل النزاعات التي تثار بينهما أو بعضها إلى التحكيم. كما يتفق كل منهما في أنها بمثابة اتفاق إجرائي يرد على الاجراءات وليس على الموضوع، وبالتالي فإنهما لا يحددان حقوقا أو التزامات موضوعية.

ويختلفان في أن الشرط . بخلاف المشاركة . لا يحوي بذاته تحديدا دقيقا لموضوع النزاع الذي يحال إلى التحكيم عند نشوئه، بحسبان أن الشرط يبرم قبل قيام النزاع، فلا يعقل أن يتضمن تحديدا لموضوع النزاع قبل نشأته، ولا يمكن للأطراف التنبؤ به مقدما. فهو اتفاق على التحكيم من حيث المبدأ، وإن أوجبت المادة 30 من قانون التحكيم المصري أن تتضمن الدعوى التحكيمية بيانا لموضوع النزاع، غير أن هذا بطبيعة الحال لا يكون إلا بعد معرفة موضوع النزاع وإحالاته للتحكيم ورفع دعوى تحكيمية بخصوصه⁽¹⁾.

(1) قضت محكمة النقض المصرية بأن: " شرط التحكيم يكون سابقا دائما على قيام النزاع، سواء جاء مستقلا بذاته أو ورد ضمن عقد معين، ومن ثم فإنه لا يتصور أن يتضمن تحديدا لموضوع النزاع الذي لم ينشأ بعد، ولا يكون في مكنة الطرفين التنبؤ به به مقدما، ومن هنا لم يشترط المشرع أن يتضمن شرط التحكيم تحديدا لموضوع النزاع، وأوجب ذلك في بيان الدعوى المنصوص عليها

وهذا لا ينفى بطبيعة الحال أن يتضمن شرط التحكيم بياناً لموضوع النزاع . قبل نشأته . بصفة عامة، كأن ينص في عقد على إحالة ما ينشأ من منازعات بين أطرافه حول تفسيره أو تنفيذه إلى التحكيم.

ولا يتصور أن تكون مشاركة التحكيم سابقة على نشوء النزاع. ولذا فإن مشاركة التحكيم تختلف عن شرط التحكيم في أن المشاركة قد تكون بسبب نزاع نشأ بالفعل بين الخصوم، بينما الشرط لا يكون إلا سابقاً على قيام النزاع.

فنشأة النزاع مفترض ضروري لصحة مشاركة التحكيم، التي تنطوي على شروط تفصيلية واضحة للعملية التحكيمية، باعتبارها لاحقة على قيام النزاع، ولا يتصور غيرام مشاركة قبل قيام النزاع، وإلا كنا بصدد الصورة الأولى من صور اتفاق التحكيم، وهي "شرط التحكيم"⁽¹⁾.

ولذا يتعين معرفة متى يعتبر النزاع قد نشأ بالفعل بين الخصوم؟ من المؤكد أن النزاع بين الطرفين ينشأ أولاً دون مظهر خارجي، وعندئذ لا يعتد به، وإنما يعتد به ويعتبر أنه قد نشأ . في مفهوم المادة 10 من قانون التحكيم المصري والعماني . منذ ظهوره، وهذا الظهور قد يتحقق قبلها في نفس مشاركة التحكيم، بأن يتفق الطرفان

في المادة 30 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994. طعن رقم 7307 لسنة 76 ق، جلسة 8/ 2/ 2007، مجلة التحكيم العربي، ص 221، عدد 11، يوليو 2008. غير أن مخالفة ذلك وعدم إيراد موضوع النزاع في بيان الدعوى التحكيمية لا يترتب عليه بطلان، حيث لم تنص المادة 10، أو المادة 53 من قانون التحكيم المصري على البطلان في هذه الحالة.

(1) الوليد البرماني، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 148.

على التحكيم فى منازعات بينهما يحددانها، وقد يتحقق فى تبادل رسائل وخطابات بين الطرفين، أو فى الرد على إنذار من أحد الطرفين إلى الآخر بحيث يحمل الرد معنى عدم التسليم بما جاء فى الإنذار، وقد يبدو فى عمل من أحد الطرفين يتضمن عدم الوفاء بالتزام معين ناشئ عن علاقة تعاقدية بين الطرفين أو عن القيام بخطأ سبب ضرراً لآخر يخوله دعوى المسؤولية التقصيرية⁽¹⁾.

وقد نصت المادة العاشرة من قانون التحكيم المصري والعمانى فى فقرتها الثانية، كما نصت المادة 11 من قانون التحكيم الأردنى على أنه: "يجوز أن يقع التحكيم... فى شكل اتفاق منفصل يبرم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت بشأنه دعوى أمام جهة قضائية، وفى هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التى يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً".

ويتضح من هذا أن الأطراف بعد قيام النزاع بينهما يمكنهم أن يبرموا مشاركة تحكيم، سواء قبل اللجوء إلى القضاء أو حتى بعد اللجوء إليه، حيث إن مشاركة التحكيم التى تبرم بعد عرض النزاع أمام جهة القضاء تكون صحيحة، حتى ولو كانت الدعوى فى مرحلة المداولة لإصدار الحكم، وفى هذه الحالة تتخذ مشاركة التحكيم إحدى صورتين: الأولى: أن يبرم الخصوم مشاركة تحكيم يتم تقديمها إلى المحكمة التى تنتظر النزاع، والتى تقوم بدورها بإحالة النزاع إلى التحكيم. أما الصورة الثانية فتتمثل فى أن يتفق الخصوم على اللجوء إلى التحكيم أمام القاضي، ويدون

(1) فتحة والى، قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 94.

القاضي هذا الاتفاق في محضر الجلسة بكافة تفاصيله وبياناته، ويصدر قراراً بإحالة النزاع إلى التحكيم⁽¹⁾.

ولا يجبر الطرفان على إبرام مشاركة في حال وجود الشرط، إلا إذا نص صراحة على ذلك، وأن بطلان أي منهما . كما سبق . ليس من شأنه أن يؤدي إلى بطلان الآخر⁽²⁾.

وتحديد المسائل المتنازع يساعد المحكم أو هيئة التحكيم في ممارسة صلاحيتها وعدم مد سلطتها إلى أمور لم يرد ذكرها في الاتفاق . ويفترض أن الشرط قد جاء على ذكر القواعد التي تحكم العملية التحكيمية وحدد القانون الواجب التطبيق واللغة والمكان وغيرها من العوامل ، فلا بد من تحديد مسائل النزاع في الاتفاق⁽³⁾.

وقد وردت هذه الصورة في المادة 1442 من قانون المرافعات الفرنسي سألقة الذكر، حيث أجازت هذه المادة للأطراف الاتفاق على على التحكيم في صورة مشاركة يتفقون عليها على إحالة النزاع بعد قيامه إلى التحكيم. ومما تجدر الإشارة

(1) مصطفى المتولى قنديل، محمد الصاوي إبراهيم، التحكيم في القانون الإماراتي، ط1، ص128، الآفاق المشرقة 2015.

(2) فتحى والى، قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص94.

(3) أحمد حداد، دراسات في قانون التحكيم السوري والمقارن ، ط1، ص132، ط 2015 .

إليه أن القانون الفرنسي قد نص على ضرورة أن تشمل المشاركة على تحديد عناصر النزاع، وإلا كانت باطلة"م1445"⁽¹⁾.

وقد يأتي اتفاق التحكيم، سواء ورد في صورة شرط أو مشاركة على هيئة مراسلات متبادلة بين الطرفين. وعلى ذلك تضمنت المادة (12) من قانون التحكيم المصري والعماني النص على أشكال الاتفاق علي التحكيم، وهو الاتفاق المكتوب الذي تضمنه محرر موقع بين الطرفين إذا تضمنه ما يتبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة. وهو مانص عليه قانون التحكيم المغربي في الفصل 2/313 حيث نص على أنه: "...ويعتبر اتفاق التحكيم مكتوبا إذا ورد في وثيقة موقعة من الأطراف أو في رسائل متبادلة أو اتصال بالتلكس أو برقيات أو أية وسيلة أخرى من وسائل الاتصال والتي تعد بمثابة الاتفاق تثبت وجوده" أو حتى بتبادل مذكرات الطلب أو الدفاع التي يدعي فيها أحد الطرفين بوجود اتفاق التحكيم دون أن ينازعه الطرف الآخر في ذلك".

كما نصت المادة 2/2 من اتفاقية نيويورك على أنه: "يقصد باتفاق مكتوب، شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات".

(1) تجري هذه المادة في الصيغة التالية:

" A peine de nullité, le compromis détermine l'objet du litige.

وفي كل الأحوال لا يقتصر اتفاق التحكيم على العلاقات القانونية العقدية بل يتعداها إلى العلاقات غير العقدية وفقا للمادة الأولى من قانون التحكيم التجاري. لكن مثل هذه العلاقات لا ترد كشرط تحكيمي؛ لأنه لا يمكن توقعها كما هو الحال في المسؤولية عن حوادث النقل أو التصادم والإنقاذ البحري وغيرها (1).

فمشاركة التحكيم يلجأ إليها الأطراف في النزاعات البحرية الناشئة عن حالات المساعدة البحرية والإنقاذ، حيث تكون السفينة مبحرة، ويتعين لها ما يستوجب إنقاذها من طارئ معين، فيقوم الأطراف بإبرام مشاركة لاحقة على عملية المساعدة والإنقاذ، لتقديم قيمة مكافأة المساعدة (2).

ويمكن أن تبرم المشاركة دون أن يسبقها شرط التحكيم، كما يمكن أن تكون لاحقة عليه، ولا يؤدي إبرام المشاركة إلى إلغاء شرط التحكيم المبرم قبلها، إلا إذا اتفق الأطراف على غير ذلك (3).

وتعد المشاركة بمثابة عقد تفصيلي بين أطرافه، مستقلة عن العقد الأصلي، تتضمن تحديدا للنزاع، كما تتضمن تعيينا للمحكم أو المحكمين، كما يتحدد من خلالها إجراءات التحكيم.

(1) احمد حداد، المرجع السابق، ص 215 .

(2) آمال كبلاني، التقاضي في عقد النقل النهري، رسالة دكتوراه، ط1 ص 270، مطبعة الرسالة، طنطا 2001.

(3) فتحي والي، قانون التحكيم، المرجع السابق، ص 103.

وقد جاء المشرع المصري في 10 / 2 من قانون التحكيم فقرر أنه متى كان النزاع قائماً، جاز غبرام مشاركة تحكيم، سواء كان النزاع الأصلي قد أثير أمام القضاء أو لم تتم إثارته.، فيمكن غبرام مشاركة تحكيم في اية حالة كانت عليها الدعوى أمام القضاء، وأمام اي درجة من درجات التقاضي، بل وأمام محكمة النقض ذاتها، كما يمكن غبرام المشاركة ولو كانت الدعوى في مرحلة المداولة لإصدار الحكم⁽¹⁾.

(1) فتحي والي، قانون التحكيم، المرجع السابق، ص 210.

المطلب الثالث

الاتفاق بالإحالة " التحكيم بالإحالة "

لا تثار مشكلة إذا أفرغ الأطراف إرادتهم المشتركة حول اللجوء إلى التحكيم في وثيقة حرروها بأنفسهم وتحمل توقيعاتهم جميعا ، إذ إن الأمر لا يحتاج إلى أية إشارة أو إحالة إلى شروط أخرى (1). غير أن اتفاق التحكيم يمكن أن يوجد عن طريق الإحالة (2).

ويقصد بهذه الصورة: الإحالة إلى وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم (3). مثل إحالة الطرفين إلى شروط عقد بيع نموذجي أو اتفاقية دولية أو وثيقة تتضمن شرط التحكيم، دون أن يرد شرط التحكيم في العقد الأصلي، وألى نظام قانوني يجيز التحكيم صراحة، كما لو أحيل في عقد مناقصة عامة أو محدودة لنظام قانوني يجيز التحكيم، أو إحيل في سند شحن لشرط التحكيم الوارد في وثيقة إيجار السفينة (4).

(1) أحمد نبيل سليمان طبوشة، النظام القانوني لاتفاق التحكيم ، ص211، ط2011 .

(2) راجع في هذه الصورة الثالثة من صور اتفاق التحكيم: فايز رضوان، اتفاق التحكيم وفقا لقواعد الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، مجلة الأمن والقانون، العدد الأول، ص9 وما بعدها، س15 يناير 2007 .

(3) يدرج البعض هذه الصورة ضمن شرط التحكيم، فكما قد يرد شرط التحكيم في عقد من العقود، أو منفصلا عنه، فإنه قد يرد في صورة مستند ملحق بالعقد ويطلق عليه شرط التحكيم بالإحالة. أحمد عبد التواب، المرجع السابق، ص68.

(4) أحمد السيد صاوي، التحكيم، المرجع السابق، بند 21 ص32.

ومما تجدر الإشارة إليه أن بعض قوانين التحكيم العربية تعتمد الصورتين الأولتين فقط ، كما تستخدم تعبيرات مختلفة عن صور التحكيم. فقانون التحكيم الإماراتي يستعمل تعبير وثيقة التحكيم للدلالة أحياناً على اتفاق التحكيم، أو للدلالة على كونها صورة من صور هذا الاتفاق. كما يستخدم قانون التحكيم السعودي ذات المصطلح السابق للدلالة على مشاركة التحكيم، والاتفاق بين الأطراف والمحكمين. كما يستخدم المشرع التونسي تعبير اتفاقية التحكيم بمعنى اتفاق التحكيم. ويستعمل المشرع اللبناني تعبير العقد التحكيمي بمعنى اتفاق التحكيم، وهو ذات التعبير المستخدم من قبل المشرع العراقي، ولكن للدلالة على مشاركة التحكيم.

كما أن الفقه لم يستعمل مصطلحات موحدة للدلالة على هذه الصور. فبعض الفقه يعبر عن اتفاق التحكيم بعقد التحكيم، والبعض الآخر يعبر به عن مشاركة التحكيم، ويعبر البعض عن مشاركة بمصطلح الوثيقة⁽¹⁾.

ويعتبر اتفاق على التحكيم كل إحالة ترد في العقد الى وثيقة تتضمن شرط تحكيم ، إذا كانت الاحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد.

وكما تكون الإحالة صريحة ، فإنها يمكن أن تكون ضمنية، طالما كانت دالة على إرادة الطرفين في اتفاق التحكيم بالالتزام بشرط التحكيم الوارد به⁽²⁾.

(1) راجع: أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم، المرجع السابق، بند 36، ص 99 وما بعدها.

(2) أحمد السيد صاوي، التحكيم، المرجع السابق، بند 8 ص 17.

فلا يكفي لتحقيق هذه الصورة أن يبرم عقد عرفي بين الطرفين ينطوي على شرط تحكيم، ثم يقومان بإبرام عقد رسمي آخر بهذا الخصوص ولايشيران فيه إلى شرط التحكيم المتضمن بالعقد العرفي. وقد قضت محكمة النقض بدولة الإمارات بأنه: "يعد قصورا من محكمة الاستئناف التفاتها عن ما تمسك به الطاعن من خلو عقد العمل الرسمي اللاحق على العقد العرفي من شرط التحكيم وأخذه بما ورد في العقد العرفي من الاتفاق على شرط التحكيم⁽¹⁾".

وهذه الصورة تختلف عن تلك التي تندرج تحت الصور السابقة في عدم اشتغال العقد بذاته على اتفاق التحكيم، وإنما جاء إدراج الاتفاق على التحكيم عن طريق الإشارة أو الإحالة في العقد الموقع، إلى شرط التحكيم الوارد في وثيقة أخرى

(1) طعن رقم 1223 لسنة 2010، س 5 ق أ ، جلسة 12 / 6 / 2011، السنة 2010. وقد جاء بهذا الحكم: "لما كانت المادة 129 إجراءات مدنية تنص على أن الأحكام يجب أن تشمل على الأسباب التي بينت عليها، ولما هو مقرر في تطبيق هذه المادة في أن عدم بحث المحكمة لدفاع جوهرى له تأثير في البت في الدعوى وقع التمسك به أمامها، وعدم ردها عليه يعد قصوراً في التسبب بعيب الحكم ويجعله منعدم التسبب. لما كان ذلك، وكان الطاعن قد تمسك أمام محكمة الاستئناف بأن عقد العمل الرسمي المبرم بين الطرفين لاحقاً لم يتضمن بشرط التحكيم الذي تضمنه العقد العرفي السابق. وبأن العقد الرسمي قد نسخ العقد العرفي . ولما كان يبين من عقد العمل الرسمي الواجب على الطرفين الالتزام به انه قد خلا من أي شرط للتحكيم ويمنع الطاعن في اللجوء للقضاء. فإن محكمة الاستئناف لما أيدت الحكم الابتدائي الذي قضى بعدم قبول دعوى الطاعن لوجود شرط تحكيم استناداً للعقد العرفي السابق، ودون ان تبحث ما تمسك به الطاعن في ان هذا العقد قد نسخه عقد العمل الرسمي المبرم بين الطرفين في تاريخ لاحق، والذي لا ينص على أي شرط تحكيم يمنع الطرفين مما يعرضه للنقض .

والمحال إليها، واعتباره جزءاً مكملاً للعقد، بحيث تعد الإحالة إليها في مجموعها السند المبرر لتطبيق شرط التحكيم الوارد ضمن بنود تلك الوثيقة.

وقد أقر قانون التحكيم المصري رقم 4 لسنة 1994، وكذا قانون التحكيم العماني، وقانون التحكيم الأردني في المادة 10/ب، بوجود اتفاق تحكيم إذا تضمن العقد إحالة الي وثيقة أو اتفاقية دولية أو لأحكام عقد نموذجي، وجب العمل بهذه الوثيقة بما تشتمل عليه من أحكام خاصة التحكيم، لكن من المتعين أن تكون الإحالة واضحة قاطعة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من هذا العقد، فنصا كلاهما في المادة 3/10 على أنه: "...ويعتبر اتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد.

وهو ما سار عليه قضاء المحكمة العليا في سلطنة عمان⁽¹⁾، على تأكيد الأخذ بهذه الصورة، فقررت في أحد أحكامها أن: "اتفاق التحكيم قد يكون في شرط سابق على قيام النزاع في العقد، أو بموجب إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم".

(1) المحكمة العليا في الطعن رقم 2004/9 م، مجموعة الأحكام الصادرة عن دوائر المحكمة العليا، المكتب الفني، الدائرة التجارية، مسقط، 2005، ص 99.

كما نصا أيضا في المادة 6 على أنه: "إذا اتفق طرفاً التحكيم على إخضاع العلاقة القانونية بينهما لأحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أية وثيقة أخرى وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من أحكام خاصة بالتحكيم.

كما نص المشرع المغربي في الفصل 313 / 3 منه على أنه "ويعد في حكم اتفاق التحكيم المبرم كتابة كل إحالة في عقد مكتوب إلى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية، أو إلى أي وثيقة أخرى تتضمن شرطاً تحكيمياً إذا كانت الإحالة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد"⁽¹⁾.

وقد وردت هذه الصورة في المادة 1443 من قانون المرافعات الفرنسي، حيث أجازت هذه المادة للأطراف الاتفاق على التحكيم في صورة إحالة إلى عقد سابق بينهم يشتمل على شرط التحكيم⁽²⁾.

وقد انتهت محكمة النقض المصرية في هذا الخصوص إلى أن: "اتفاق التحكيم الدولي يعد صحيحاً وقابلاً لإحداث آثاره القانونية بما في ذلك استبعاد القضاء الوطني، ولو لم يرق أطرافه المحكمتين باختيار أو تسمية المحكمين بأشخاصهم شرطه أن يتضمن هذا الاتفاق ما يشير صراحة أو ضمناً إلى

(1) قانون رقم 05. 08 والذي حل محل الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية.

(2) تجري في الصيغة التالية:

"A peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale.

انصراف إرادة أطرافه إلى الإحالة إلى هيئة تحكيم دائمة يتم اختيار المحكمين -
عند قيام النزاع - وفقاً لقواعدها"⁽¹⁾.

فالنص علي الإحالة الي هيئة تحكيم دائمة أو اتفاقية دولية أو عقد نموذجي
للتحكيم جائز بشرط أن يوجد في العقد ما يشير صراحة الي انصراف إرادة
الأطراف الي الإحالة الي هذه الاتفاقية أو هذا العقد أو تلك الهيئة⁽²⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن الوثيقة المحال إليها والتي تتضمن شرط تحكيم قد تكون
عقدا نموذجيا أو لائحة مركز تحكيم أو قواعد موحدة صادرة عن غرفة تجارية
أو وثيقة صادرة من أحد طرفي النزاع أو شخص ليس طرفا في النزاع⁽³⁾.

وتوجد هذه الصورة كثيرا في عقود النقل البحري، حيث يكون العقد الأصلي
المبرم بين الأطراف، وهو سند الشحن⁽⁴⁾ الذي نشأت المنازعة بسببه، لا يتضمن اتفاقا
على التحكيم، وإنما تضمن الإشارة على عقد آخر قائم بين الأطراف "مشاركة
الإيجار" يتضمن شرط التحكيم.

(1) الطعن رقم 2660 لسنة 59 ق جلسة 27 / 3 / 1996 ،المكتب الفني،س 47 ج 1 ص
562.

(2) في هذا المعنى: فتحي والي، قانون التحكيم، المرجع السابق، ص 98.

(3) في هذا المعنى: فتحي والي، قانون التحكيم، المرجع السابق، ص 97 وما بعدها.

(4) يقصد بسند الشحن: الورقة التي تكتب عند شحن البضاعة على السفينة بالفعل لإثبات واقعة
الشحن ذاتها". علي البارودي، مبادئ القانون البحري/ص 146، منشأة المعارف، دون سنة للنشر.

وفي أحد أحكامها ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن استئجار الناقل البحري للسفينة بمشاركة إيجار تتضمن شرط التحكيم، فإن الإحالة إلى هذه المشاركة في سند الشحن أو في عقد النقل البحري الذي يبرم بين الناقل البحري والشاحن، يجعل المنازعات التي تنشأ بينهما بخصوص عقد النقل البحري أو سند الشحن ، تسوى عن طريق التحكيم بمقتضى هذه الإحالة⁽¹⁾.

كما تظهر هذه الصورة من صور التحكيم في العقود الدولية التي تبرم عن طريق التلكس أو الفاكس، وتتم الإحالة فيها إلى وثائق أخرى تلحق بها كالعقود النموذجية، كما توجد أيضا في العقود الدولية المتشابكة والمرتبطة، والتي يرتبط بعضها ببعض، وتهدف إلى تحقيق غاية معينة، وذلك كعقود المشاركة وبوالص الشحن، ويعد العقد الذي ي أحال إلى وثيقة أخرى بمثابة عقد متضمن لشرط التحكيم بالإحالة⁽²⁾، ومن ثم لا يجوز لأطرافه التنصل من هذه الإحالة بحجة استقلال العقد الأصلي عن العقد السابق أو العقد النموذجي أو الشروط العامة المحال إليها والمتضمنة لشرط التحكيم⁽³⁾.

(1) طعن رقم 450 لسنة 40 ق، جلسة 5 / 3 / 1975، مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني، س 26، ج 1، ص 535.

(2) رضا عبيد، شرط التحكيم في عقود النقل البحري، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، العدد السادس، ص 193، يونيو 1984.

(3) محمد بن عبد الفتاح ترك، شرط التحكيم بالإحالة، ص 230، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية 2006.

ويشترط في الإحالة لكي تنتج أثرها أن تكون مكتوبة وواضحة في اعتبار شرط التحكيم الوارد في الوثيقة المحال إليها جزءا من العقد المبرم بين الطرفين⁽¹⁾.

أما إذا كانت الإحالة عامة كأن يتفق الأطراف على أن الشروط العامة الواردة في وثيقة معينة تعد بمثابة جزءا من عقدهما، فإن تلك الإحالة لا تعد كافية للاتفاق على التحكيم⁽²⁾.

ولإزالة الغموض حول اتجاه إرادة الأطراف في اعتبار شرط التحكيم الوارد في الوثيقة المحال إليها جزءا من العقد المبرم بينهما الذي يتضمن الإحالة إلى هذه الوثيقة، يفضل أن تتضمن الإحالة العبارة التالية: "... بما في ذلك شرط التحكيم".

(1) عاطف الفقي، التحكيم في المانزعات البحرية، ص147، دار النهضة العربية 2003.

(2) مصطفى المتولى قنديل، محمد الصاوي إبراهيم، التحكيم في القانون الإماراتي، المرجع السابق، ص126.

المبحث الثاني

استقلال اتفاق التحكيم

تمهيد وتقسيم: بعد أن عرضنا للشروط الموضوعية والشكلية لاتفاق التحكيم ، والتي من شأنها قيام اتفاق التحكيم وترتيبه لآثاره ، والتي من أهمها سلب الاختصاص عن قضاء الدولة وانعقاد التحكيم للمحكم أو هيئة التحكيم المختصة بنظر النزاع وفقا لاتفاق ذوي الشأن .

غير أنه كثيرا ما تثار مشكلة مدى ارتباط اتفاق التحكيم بالعقد الاصلي ، فقد يتعرض العقد الأصلي المتفق بشأنه على التحكيم للبطلان أو الفسخ او الانهاء . فما هو مصير اتفاق التحكيم؟. وهل إذا أبطل العقد الاصلي يبطل معه شرط التحكيم الموجود فيه؟. سنعالج هذه المسألة فيما يلي: نتعرض لاستقلال شرط التحكيم وأساسه القانوني في مطلب أول، والنتائج المترتبة على هذا الاستقلال في مطلب ثان:

المطلب الأول

مفهوم استقلال اتفاق التحكيم وأساسه القانوني

تقسيم: ينقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع : الأول في: مفهوم استقلال اتفاق التحكيم، والثاني في : موقف القضاء من استقلال شرط التحكيم ، والثالث في: الأساس القانوني لاستقلال اتفاق التحكيم.

الفرع الأول

مفهوم استقلال اتفاق التحكيم

المصطلح الشائع لهذا المبدأ هو مصطلح استقلال شرط التحكيم إلا أن الأصح أن يقال استقلال اتفاق التحكيم، لأن كلمة اتفاق تستوعب كلا من: الشرط والمشاركة والوثيقة، بينما مصطلح الشرط قاصر عن استيعاب كافة صور الاتفاق على التحكيم.

ولعل هذا هو مادفع البعض للتعبير عن ذلك بقوله: "وإذا كان القانون المصري قد حرص على النص على استقلال شرط التحكيم الوارد ضمن شروط العقد الأصلي، فإن هذا الاستقلال يتوافر بالنسبة لشرط التحكيم الذي يبرم في اتفاق

مستقل بعد إبرام العقد الأصلي، كما أنه يتوافر كذلك بالنسبة لتفانق التحكيم الذي يبرم في صورة مشاركة⁽¹⁾.

وعلى أية حال ينصرف مفهوم مبدأ استقلال تفانق التحكيم إلى معنيين أساسيين: المعنى الأول: استقلال تفانق التحكيم عن العقد الأصلي الذي تضمنه: أي أن تفانق التحكيم رغم وروده ضمن عقد معني، إلا أنه مستقل عن هذا العقد، وقد أصبح هذا المبدأ . بهذا المعنى . من المبادئ المستقرة في التحكيم التجاري الدولي⁽²⁾، سواء كان هذا التفانق في شكل شرط ضمن شروط العقد الأصلي الذي يثور النزاع بشأنه، أو كان في شكل تفانق مستقل عن العقد⁽³⁾.

ويقصد باستقلال تفانق التحكيم: أن تفانق التحكيم . أيا كانت صورته . ورد ضمن بنود عقد معين، أو في صورة مشاركة أو في صورة إحالة، فإنه يعد تفانقا

(1) فتحي والي، قانون التحكيم، المرجع السابق، ص95، أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، ص272، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2006م.

(2) راجع في: التشريعات التي تبنت هذا المبدأ على المستوى الدولي وعلى المستوى الداخلي: الشهابي إبراهيم الشراوي، نحو مفهوم حديث لمبدأ «استقلال تفانق التحكيم» محاولة ترسيخ مفهوم حديث للمبدأ في ضوء أحكام القضاء، ص33 وما بعدها. مجلة التحكيم والقانون الخليجي، يصدرها مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية العدد السابع والعشرون - يونيو 2015 - رمضان 1436.

(3) انظر: محمود سمير الشراوي، التحكيم التجاري الدولي، ص99 و 100 والهامش المشار إليه بالصفحة 100، دار النهضة العربية 2011.

مستقلا قائما بذاته على الرغم من كونه بندا من بنود هذا العقد⁽¹⁾. فانفاق التحكيم لاعلاقة له بالعقد الوارد به، فهو متحرر من ارتباطه بالعقد الأصلي، لايؤثر ولايتأثر به، مالم يكن السبب مشتركا بين الاثنتين معا. وهذا لاينفي وجود رابط بين الشرط والعقد الذي أدرج فيه من ناحية محل اتفاق التحكيم، وهو المنازعات المتعلقة بالعقد الأصلي.

فاستقلال اتفاق التحكيم يعني: عدم تأثره بمصير العقد الذي ورد فيه، وعدم تأثر اتفاق التحكيم شرطا أو مشاركة بمصير العقد الأصلي، فإذا فسح العقد الأصلي الذي ورد الشرط ضمن بنوده، أو أبطل، فإن ذلك لايؤثر على شرط التحكيم ونفاذه، طالما أن اتفاق التحكيم ذاته كان مستوفيا للأركان والشروط، وفي الفرض العكسي، فإن بطلان اتفاق التحكيم لا يؤثر بالضرورة في صحة العقد الأصلي⁽²⁾. فمن المتصور أن يبطل شرط التحكيم دون أن يترتب على ذلك بطلان العقد الأصلي، كما هو الحال فيما لو كانت المسألة محل التحكيم لايجوز الاتفاق على التحكيم بشأنها، فذلك لا يؤثر على صحة وسلامة العقد الأصلي الذي يبقى

(1) إبراهيم أحمد إبراهيم، اختيار طريق التحكيم ومفهومه، بحث مقدم إلى الدورة العامة إعداد المحكم، والتي انعقدت بكلية الحقوق، جامعة عين شمس في الفترة من 22 إلى 27 يناير 2000 ص 106، أحمد عبدالكريم سلامة، المرجع السابق، ص 266.

(2) حمدالله محمد حمدالله، النظام القانوني لشرط التحكيم في المنازعات التجارية، ص 147-148، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، قارن: الجمال وعبدالعال، التحكيم، المرجع السابق، ص 356.

صحيحاً وناظاً ما دامت شروطه وأركانها قد تم استيفائها⁽¹⁾. وقد يبطل العقد دون الشرط، إلا كان سبب البطلان يشمل الشرط أيضاً، كما لو كان العقد أحد أطراف العقد معدوم الأهلّة، فهذا يؤدي إلى انعدام العقد والشرط معاً.

واستقلال الشرط عن العقد الذي ورد به يقود إلى القول بإمكانية عرض مسألة صحة العقد الأصلي أو بطلانه أو إنهاؤه على المحكمين إعمالاً للشرط الصحيح الوارد به، كما قد يؤدي إلى احتمال بطلان الشرط لعيب ذاتي فيه دون أن يؤثر ذلك في صحة العقد الأصلي⁽²⁾.

واستقلال شرط التحكيم لا يقتصر على استقلاله عن العقد فحسب، بل يمتد ليشمل أيضاً استقلاله عن سائر العقود الأخرى، ولو كانت مرتبطة بالعقد الأصلي. كما يشمل أيضاً استقلاله عن مشاركة التحكيم، بحيث لا تؤثر صحة أو بطلان أحدهما في صحة أو بطلان الآخر⁽³⁾.

كما يتجلى مفهوم استقلال اتفاق التحكيم في عدم ربط وتأثر هذا الاتفاق بمصير العقد الأساسي، بل يبقى ملزماً ومرتباً لآثاره في اللجوء إلى التحكيم بدلاً من قضاء الدولة لحل منازعات أطرافه المتفق على تسويتها عن طريق

(1) حفيظه السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، ص43. منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان. ، 2003.

(2) قارب: عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، ط2، ص435، دار الفكر العربي 2011.

(3) قارب: فتحي والي، قانون التحكيم، المرجع السابق، بند43، ص94.

التحكيم، واستمرار هيئة التحكيم في مباشرة مهمتهم التحكيمية، بدلاً من وقف النزاع حتى يفصل القضاء في صحة العقد الأصلي. فالقول بعدم استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي يؤدي إلى عدم إمكان السير في إجراءات التحكيم، حتى يفصل القضاء في المنازعات المتعلقة باختصاص هيئة التحكيم أو بانعدام ولايتها، وفي هذا ضياع للوقت والجهد والنفقات. كما يؤدي ذلك إلى وضع القضاء العادي يده على التحكيم ذاته، حيث يمكنه من خلال البت في صحة العقد الأصلي، أن يتصدى لموضوع النزاع (1).

وقد يبدو القول باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي. كما يرى البعض (2). هو محض "خيال قانوني". ذلك أنه لا يصدق عملياً أن الأطراف عند إبرامهم عقداً ما يتضمن شرط تحكيم يقصدون إبرام عقدين. فهناك عملياً إيجاب واحد وقبول واحد ينصبان على شروط العقد جملةً ومن بينها شرط التحكيم. واستثناء شرط التحكيم دون الشروط الأخرى من نطاق بطلان العقد يعد تكلفاً، كما أن إلزام الأطراف بالتحكيم رغم بطلان العقد يخالف الطبيعة الاتفاقية للتحكيم.

(1) سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة. منشأة المعارف، الإسكندرية 1984 ص 108، وقارب من هذا: أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 26.

(2) الجمال وعبدالعال، التحكيم، المرجع السابق، ص 353، أبو الوفاء، التحكيم، المرجع السابق، ص 34.

كما أن هذا القول يتعارض مع المبادئ العامة التي تقضى بأن الجزء يتبع الكل، وأن مابنى على باطل فهو باطل⁽¹⁾. فإذا كان العقد الأصلي باطلاً، فإن ذلك يستتبعه بطلان شرط التحكيم ولو كان في ذاته صحيحاً، لأن العقد الأصلي ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال، فلا يستقيم القول بأن شرط التحكيم هو الذي يبقى وحده دون باقي الشروط التي تحكم موضوع العلاقة القانونية بين الطرفين، إلا أن العكس صحيح، بمعنى أنه يمكن القول بأنه . تطبيقاً لنظرية انتقاص العقد . متى كان شرط التحكيم باطلاً فإن باقي شروط العقد الأصلي تظل صحيحة، إن لم يلحق بها سبب من أسباب البطلان، وعلى طرفي العقد عندما يثور نزاع بينهما أن يلجأ إلى قضاء الدولة دون عرضه على التحكيم⁽²⁾.

والقاعدة المعتمدة طبقاً لهذا الرأي عدم استقلال شرط التحكيم عن العقد الوارد به . فالمحكم ستمد سلطته من العقد الوارد به شرط التحكيم، فإذا كان العقد محل خلاف بين أطرافه، حول فسخه أو بطلانه، فإن هذا يعني عدم إمكانية نظره من قبل المحكم، بل ولا يمكن للأطراف الادعاء ببطلان العقد أو صحته أو فسخه أمام هيئة التحكيم، التي يتعين عليها وقف إجراءات التحكيم، حتى يتم عرض هذه المسألة

(1) إبراهيم أحمد إبراهيم، اختيار طريق التحكيم ومفهومه، المرجع السابق، ص 105 .

(2) محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، ص 109، دار النهضة العربية 2011.

على القضاء⁽¹⁾. فشرط التحكيم هو جزء لا يتجزأ من العقد يتبعه صحة وبطلانها وفسخا.

إلا أنه يمكن الرد على ذلك من خلال ما يراه بعض أنصار استقلال شرط التحكيم من خلال زاويتين:

1 . يمكن القول بأن نظرية انتقاص العقد يمكن أن تكون أساسا قانونيا للقول باستقلال شرط التحكيم، وإن ورد كبنء أو شرط في العقد الأصلي، وهذه النظرة تقضي بأن العقد إذا كان باطلا في جزء منه، فإن هذا الجزء هو الذي يلحقه البطلان دون باقي الأجزاء، ويزول الجزء الباطل ويبقى الجزء الصحيح، وفي ظل استقلال شرط التحكيم عن العقد الوارد به سببا وموضوعا. فإذا بطل العقد لأي سبب، فإن هذا لا يؤثر في اتفاق التحكيم مادام هذا الشرط صحيحا في حد ذاته، والعكس صحيح⁽²⁾.

2. إن قوانين التحكيم قد نصت على استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الوارد به. فقد نص قانونا التحكيم المصري والعماني في المادة 23 على أنه: "كما نص الفصل 318 من قانون التحكيم المغربي صراحة على استقلال شرط التحكيم عن

(1) محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، ط1، ص47، دار النهضة العربية 1997.

(2) قارب: فوزي سامي، شرح قانون التجاري، التحكيم الدولي، مجلد5، ص214، دار الثقافة، عمان.

العقد الأصلي، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه متى كان الشرط صحيحاً في ذاته.

ونصت المادة (6) من قانون التحكيم الإماراتي على أن يكون اتفاق التحكيم مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على اتفاق التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الاتفاق صحيحاً في ذاته إلا إذا تعلق الأمر بنقصان أهلية أحد المتعاقدين، لا يترتب على الدفع ببطلان أو فسخ أو إنهاء العقد الذي تضمن الاتفاق على التحكيم وقف إجراءات التحكيم، ولهيئة التحكيم أن تفصل في مدى صحة ذلك العقد

وتحقيقاً لهذه النصوص، وعلى الرغم من سلامة منطق المعارضين لاستقلال اتفاق التحكيم نظرياً، فإن مبدأ استقلال شرط التحكيم يعد ضرورة عملية لتيسير التحكيم وتوسيع نطاقه.

وبحسب هذا الاتجاه فإن مبدأ استقلال التحكيم يستند إلى اعتبارات عملية أكثر من تأسيسه على قواعد نظرية⁽¹⁾. إذ يؤدي إلى تيسير عمل المحكم ويوسع من نطاق التحكيم: ويتحقق الاعتبار الأول بفضل تقليل الادعاءات الكيدية التي تهدف إلى تعطيل التحكيم من خلال نقل النزاع إلى المحاكم بدلاً من التحكيم استناداً إلى أن المحكم لا يمكنه نظر النزاع إلا بعد الفصل في صحة العقد الأصلي الذي يحوي

(1) حمدالله، النظام القانوني، المرجع السابق، ص 117 وما بعدها.

شرط التحكيم⁽¹⁾. وأما توسيع نطاق التحكيم فينتج من خلال تخويل المحكم صلاحية النظر في صحة العقد الأصلي ونفاذه، دون أن يؤثر ذلك في شرط التحكيم الذي يشكل أساس اختصاص المحكم؛ كما أن المحكم وإن وجد أن العقد الأصلي باطل أو أنه جدير بالفسخ فإنه يمكن أن يتابع النظر في آثار البطلان أو الفسخ لأن شرط التحكيم لن يسقط تلقائياً تبعا لمصير العقد الأصلي⁽²⁾.

ويمكن التمييز في هذا الصدد بين أمرين: الأول: أن ينص في شرط التحكيم صراحة على أن هذا الشرط جوهرى، بحيث يبطل العقد إذا ما بطل هذا الشرط، ففي هذه الحالة، لامناس من اعتبار العقد باطلا ببطلان شرط التحكيم. الثاني: ألا يكون قد نص في الشرط أو في العقد على أن شرط التحكيم كان هو الدافع الرئيسي لإبرام العقد الأصلي، بمعنى أنه لولا هذا الشرط ما أقدم طرفا العقد أو أحدهما على الأقل على الاتفاق. ففي هذه الحالة إذا أبطل شرط التحكيم، فلا يؤثر على وجه الإطلاق في صحة وسلامة العقد، ما لم يكن العقد الأصلي باطلا لذات السبب. ولاغرو في ذلك، فبطلان الفرع لا يستتبع بطلان الأصل بحسب الأصل⁽³⁾.

(1) الجمال وعبدالعال، التحكيم، المرجع السابق، ص 350.

(2) منير عبدالمجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، ص 117؛ منشأة المعارف، الاسكندرية، 1997، الجمال وعبدالعال، التحكيم، ص 355.

(3) أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، ط4، ص148، منشأة المعارف، الاسكندرية 1983 .

ويترسخ مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، إذا توافرت أركان وجوده وصحته القانونية، وأن يكون قد تم إبرامه بشكل صحيح وسليم، فلا يكون الاتفاق مستقلاً إذا أبرمه شخص فاقد الأهلية، أو مسلوب الإرادة، أو أن يكون موضوع النزاع في مسألة لا يجوز التحكيم فيها، أو خارج حدود اختصاص هيئة التحكيم . والأهم من هذا كله، أن لا يكون الأطراف قد اتفقوا على اعتبار اتفاق التحكيم جزءاً لا يتجزأ من العقد الأصلي، إذ يرتبط بمصيره وجوداً وعدمه لأنه في هذه الحالة، لا يجوز مخالفة إرادة الأطراف، بل يجب احترامها، لأنهم غير ملزمين إلا بما اتفقوا عليه، آخذين بعين الاعتبار أن نظام التحكيم يعتمد في الأساس على إرادة أطراف النزاع، باعتباره نظاماً رضائياً وتفاقياً⁽¹⁾.

وليس لاتفاق التحكيم خصوصية في هذا الشأن إلا في صورة شرط التحكيم المدرج في عقد أصلي يكون هذا الشرط تابعاً له، مما يعني أن انعدام التمييز لدى أحد العاقدين لا بد أن يصيب العقد الأصلي، واتفاق التحكيم الملحق به معاً، بحيث لا يستقل أحدهما عن الآخر، ومن ثم فإذا دفع أحد طرفي التحكيم ببطلان العقد لانعدام إرادته عند التوقيع، فإن البطلان لا يقتصر على العقد الأصلي وحده، وإنما يمتد إلى عقد التحكيم، وبطلان اتفاق التحكيم في هذه الحالة إنما يكون لعيب ذاتي فيه وليس لمجرد ارتباطه بالعقد الأصلي. وهو لذلك لا ينفي استقلال شرط التحكيم

(1) أحمد خليل، قواعد التحكيم، ص 45 منشورات الحلبي الحقوقية، ، بيروت، لبنان 2003.

على نحو تظل النتائج المترتبة على مبدأ استقلال التحكيم قائمة. وأخصها في هذه الحالة اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في مسألة وجود اتفاق التحكيم وبطلانه⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن اتفاق التحكيم لا يتعلق بالنظام العام، بحسبان أن القانون نظمه ونص عليه وأوجب ضرورة وجوده للسير في إجراءات التحكيم، اعتدادا بالمصلحة الخاصة للأطراف، وتعلقا بإرادتهم في هذا الخصوص. ومن ثم يمكن العدول عنه صراحة أو ضمنا⁽²⁾ بإرادة الأطراف معا، وباتفاقهم جميعا على هذا العدول. كما أنه يمكن التمسك به في صورة دفع أمام المحكمة لو أقيم أمامها النزاع المتفق على التحكيم بصدده. وليس للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها، بل هي بحاجة لدفع به من صاحب المصلحة.

وتأسيا بما سبق يمكن القول بأن مبدأ استقلال التحكيم عن حكم العقد الأصلي أضحى من المبادئ القانونية المستقرة، سواء على مستوى القوانين الوضعية أو المعاهدات الدولية أو لوائح التحكيم. وعليه يعد استقلال شرط التحكيم من الميزات التي تلحق بالتحكيم، فالعقد الأصلي هدفه الأساس يمكن في تحديد الحقوق والالتزامات الموضوعية لكلا طرفيه، بينما اتفاق التحكيم ينصب موضوعه على

(1) نادية محمد عوض، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 63.

(2) النزول الضمني عن اتفاق التحكيم يستفاد من واقع الحال الذي يدل عليه موقف كلا الطرفين. فمثلا لو رفع أحد الأطراف دعوى أمام القضاء، فهذا يدل على تنازل منه عن اتفاق التحكيم، ولكن لا يعتد بهذا النزول إلا بموافقة الطرف الآخر، ولو كانت موافقة ضمنية، كما لو لم يقدم دفعا بوجود اتفاق التحكيم في الميعاد المحدد له قانونا أي قبل الكلام في الموضوع أو قبل إبداء دفع موضوعي أو دفع بعدم القبول.

الفصل في المنازعات الناشئة عن الشروط الموضوعية التي تضمنها العقد الأصلي . وبناءً على هذه الحقيقة فإن اتفاق التحكيم ولئن ورد كشرط ضمن الشروط العامة للعلاقة العقدية ، إلا أنه يعتبر في جوهره عقداً آخر من طبيعة مختلفة ، له كيانه الخاص والمستقل عن العقد الأصلي.

الفرع الثاني

موقف القضاء من استقلال شرط التحكيم

يمكن القول بأنه . في ظل تبني المشرع المصري صراحة لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم . ليس ثمة صعوبة في تبني هذا المبدأ من جانب القضاء المصري

وهذا هو ما أكدته المحكمة الدستورية العليا في مصر بقولها: إن المادة 23 من هذا القانون صريحة في نصها، على أن شرط التحكيم يعتبر اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى، وأن بطلان العقد الذي أدمج هذا الشرط فيه، أو زواله بالفسخ أو الإنهاء، ليس بذئ أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط في ذاته صحيحا.

وأكدته أيضا محكمة النقض المصرية، حيث قضت بأن النص في المادة 23 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 بأن شرط التحكيم يعتبر اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته، وهذا يدل على أن استقلال شرط التحكيم عن شروط هذا العقد الأخرى، يعد أحد القواعد الأساسية التي تعتبر من ركائز التحكيم، فلا يصيبه ما قد يصيب العقد من جزاء الفسخ و أسباب البطلان أو الإنهاء، ومن ثم ففسخ العقد الأصلي أو بطلانه أو إنهائه لا يمنع من إنتاج شرط التحكيم لآثاره طالما هو صحيح في ذاته. ومؤدى ذلك أن اتفاق التحكيم سواء كان منفصلا في هيئة مشاركة التحكيم أو ورد في صورة بند من بنود

العقد الأصلي، فإنه يتمتع باستقلال قانوني، بحيث يصبح بمنأى عن أي عوار قد يلحق الاتفاق الأصلي⁽¹⁾.

وهذا القضاء لم يصادف قبولا لدى المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة، والتي قضت بأن بطلان العقد الأصلي لانعدام الأهلية لدى أحد الطرفين أو كلاهما، يستتبعه بطلان اتفاق التحكيم.

فبطلان العقد الأصلي إذا كان راجعا اختلال ركن الأهلية لدى المتعاقدين أو أحدهما أو مشروعية المحل أو مشروعية السبب، ينسحب إلى كافة بنود العقد بما فيها شرط التحكيم، ولا اعتبار في تلك الحالة للقول بأن محل شرط التحكيم مختلف عن محل العقد، فرغم صحة هذا القول من حيث العموم، إلا أن هذا الاختلاف لا ينفي عن المحل في شرط التحكيم صفة التبعية، بحيث يمكننا القول: إنه لولا وجود العقد الأصلي لما وجد شرط التحكيم، حتى لو اعتبر هذا الشرط مستقلا داخل العقد الأصلي، فإنه يكون تابعا للعقد الأصلي يدور معه وجودا وعدما، صحة وبطلانا.

(1) نقض مدني، الطعان رقما 824 و 933 لسنة 71 قضائية بتاريخ 2007/5/24. وهو ذات ما انتهى إليه القضاء في لبنان، وذلك في حكم لمحكمة استئناف بيروت جاء فيه " أن شرط التحكيم مستقل عن العقد الذي ورد فيه، فيبقى قائماً بذاته بغض النظر عن العقد الذي ورد فيه". استئناف بيروت، تاريخ 4/3 / 2003، المجلة اللبنانية، عدد 26، ص45. استئناف بيروت، تاريخ 2004/10/14، المجلة اللبنانية، عدد 32، ص21.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد أحكامها ،حيث قضت ببطلان شرط التحكيم لبطلان العقد الأصلي الذي انطوى على معاملة محرمة شرعا،ومن ثم أبتقت الاختصاص في بطلان العقد معقودا للقضاء صاحب الولاية العامة في الفصل في النزاع،تأسيسا على أن بطلان عقد الوكالة "الذي تضمن شرط التحكيم" لمخالفته للنظام العام لورود محله على عمليات المضاربة على شراء وبيع العملات الأجنبية المستقبلية ،والتي لا يتم فيها أي تسليم أو تسلم ،وبأن الغرض منها هو المضاربة على فروق أسعار العملة صعودا أو هبوطا، وبأن السعر المضارب عليه مجهول عند التعاقد ،ويقوم على التنبؤ، فيكون العقد قائما على الغرر والمقامرة المخالف للشرع والقانون، فلا يرتب أثرا ،بحيث يفسخ كل ما تم بناء عليه ،وتعود الحالة بين الطرفين إلى ما كانت عليه قبل التعاقد.

وقررت المحكمة في حكمها إعادة المبلغ الذي تسلمه البنك المطعون ضده، ولم تقبل القول بأن البنوك تباشر هذا النشاط في نطاق التصاريح الصادرة لها، مقرررة أن هذا التصريح لا يقلب التصرف المحظور شرعا إلى تصرف صحيح ،ولأن مفهوم التصريح هو القيام به وفقا لأحكام القانون وأن يكون ذلك عن عمليات بيع حقيقة .

أما إذا كان بطلان العقد الأصلي أو فساده لسبب آخر غير ذلك، كما لو كان لعدم استيفاء الشكل في العقد الشكلي، فإنه يمكن قبول القول باستقلال شرط التحكيم في هذه الحالة، وليبقى حينئذ شرط التحكيم صحيحا رغم بطلان العقد الذي

تضمنه، لاختلاف المحل من جهة، وعدم تأثير وجه بطلان العقد على شرط التحكيم الذي تضمنه من جهة أخرى⁽¹⁾.

لكن هذه المحكمة ذاتها التي قضت بعدم استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، سرعان ما عادت تتراجع، لتعتق مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، فقد تبنت المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية بوضوح مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، متبعة في ذلك نهج الأنظمة القضائية الحديثة، مقرر أن النص في المادة 1/203-2 من قانون الإجراءات المدنية يدل على اتجاه المشرع الى اعتبار أن اتفاق التحكيم بين طرفي التعاقد مستقلا عن العقد الأساسي، وأن اعتباره كشرط من شروطه لا ينفي عنه ذاتيته واستقلاله، فشرط التحكيم له موضوعه الخاص به، والذي يتمثل في استبعاد النزاع المشروط التحكيم فيه من ولاية المحاكم وإسناد ولاية الفصل فيه إلى هيئة التحكيم، فيكونا اتفاقين لموضوعين مختلفين، أحدهما متعلق بذات الحق والآخر متعلق بتحديد الجهة صاحبة ولاية الفصل في النزاع المشروط التحكيم فيه، ويترتب على ذلك أن زوال شرط التحكيم قرين ببطلانه في حد ذاته، أما بطلان العقد الأساسي المتضمن شرط التحكيم أو فسخه أو إنهائه لا يمنع من أن يظل شرط التحكيم ساريا ومنتجا لأثره بالنسبة للنزاع المشروط التحكيم فيه من حقوق والتزامات طرفي العقد الأساسي الناجمة عن بطلانه أو فسخه أو إنهائه، وأن

(1) حكم المحكمة الاتحادية العليا، طعن مدني رقم 209 لسنة 15 ق، جلسة 22 / 1 / 1995، ق، 11، المكتب الفني، 16، ص 63 .

المبادئ القانونية قد أرست قاعدة أن مجرد بطلان العقد الأساسي لا يترتب عليه بطلان شرط التحكيم باعتباره مستقلا بذاته عنه، فلا يتبعه وجودا وعدما⁽¹⁾.

وجاءت محكمة النقض بأبو ظبي تتبنى الموقف الحديث للمحكمة الاتحادية العليا، فقررت أن بطلان العقد الأصلي المتضمن شرط التحكيم أو فسخه أو إنهائه، لا يمنع من أن يظل شرط التحكيم منتجا لأثره وساريا، ما لم يمتد البطلان إلى شرط التحكيم هذا، فيكون في هذه الحالة لا أثر له، باعتبار أن شرط التحكيم له موضوعه الخاص به، والذي يتمثل في استبعاد النزاع من ولاية المحاكم، وإسناد ولاية الفصل فيه إلى هيئة التحكيم.

لما كان ذلك وكان الخلاف بين أطراف النزاع أن وزارة الاقتصاد قد شطبت الوكالة بناء على طلب المطعون ضدها بانتهاء أجلها بتاريخ 2006/12/26، مع الاحتفاظ للطاعنة بطلب الحكم بالتعويض عن الأضرار التي حلفت بها، فإن انقضاء عقد الوكالة بشطبها لا يترتب عليه سقوط أو انقضاء شرط التحكيم المشتمل عليه بل يبقى على الآثار المترتبة وساريا هذا الشرط قائما على انقضاء ذلك العقد باعتباره مستقلا عنه⁽²⁾.

(1) طعن مدني رقم 166 لسنة 2008 ق، جلسة 2010/2/1 ص 240، المكتب الفني، 16، ص 63.

(2) نقض أبو ظبي، الطعن رقم 108 لسنة 3 ق بتاريخ 2009/3/12 مكتب، طعن رقم 795 لسنة 2010 ق، مكتب فني، 3، الجزء 1 ص 315. أيضا: نقض مدني، جلسة 9/2010/12، مكتب فني، 4 الجزء 3 ص 1309. والطعن رقم 353 لسنة 2011 ق بتاريخ

وفي قضاء مملكة البحرين أيضا مايقود إلى القول باستقلال اتفاق التحكيم، فالاتفاق على التحكيم بتلاقي إرادة أطرافه على طرح نزاعهم بشأن تنفيذ عقد معين على محكمين بدلا من القضاء العادي، هو عقد قائم بذاته له كيانه المستقل عن العقد الأصلي محل النزاع، سواء ورد ضمن المحرر المثبت لهذا العقد في صورة شرط من شروطه، أو ورد في وثيقة خاصة منفصلة، فلا يتأثر مصيره بمصير ذلك العقد بطلانا أو فسخا طالما وجد النزاع الناشئ عن تنفيذه وهو محل عقد التحكيم⁽¹⁾.

2011/8/24 مكتب فني 5 الجزء 2 ص 1210. الطعن رقم 216 لسنة 2012 س 6 ق . أ
،لسنة 2012 ، جلسة 2012/12/17، س 10، ص 691.
(¹) تمييز البحرين، طعن رقم 254 لسنة 2002، جلسة 2005/ 5/19، مجلة التحكيم، ص 206، عدد 4،
أكتوبر 2009. وقارب: تمييز دبي، الطعن رقم 164 لسنة 2008، جلسة 2008 / 10 / 12، مجلة
التحكيم، ص 179، عدد 42009.

الفرع الثالث

الأساس القانوني لاستقلال اتفاق التحكيم

ويعود الأساس القانوني لاستقلال شرط التحكيم إلى:

1. اختلاف شرط التحكيم عن العقد الأصلي من حيث السبب، ذلك أن سبب اتفاق التحكيم هو رغبة الأطراف في سلب اختصاص القضاء وتخويل هيئة التحكيم مهمة الفصل في النزاع، أما سبب العقد الأصلي فيتمثل في الباعث الدافع إلى التعاقد⁽¹⁾.

2. اختلاف شرط التحكيم عن العقد الأصلي من حيث الموضوع، فموضوع العقد الأصلي يتمثل في تنظيم حقوق ومراكز قانونية تهم الأطراف، بينما موضوع اتفاق التحكيم هو تسوية النزاع بين الخصوم بواسطة التحكيم⁽²⁾.

3. اختلاف شرط التحكيم عن العقد الأصلي من حيث الهدف، فالأهداف المرجوة من اتفاق التحكيم تختلف كلياً عنها في العقد الأصلي، فبينما يهدف العقد الأخير إلى تحديد الحقوق والالتزامات التي ترتبها شروطه على أطرافه وتنظيمها وتنفيذها، وهذه المسألة موضوعية، بينما يقتصر دور اتفاق التحكيم على استبدال قضاء الدولة بقضاء التحكيم في حل المنازعات بين أطرافه، وعلى الإجراءات

(1) قارب: فتحي والي، قانون التحكيم، المرجع السابق، ص 95.

(2) حفيظه السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، ص 119 منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان. ، 2003.

الواجب اتباعها للفصل في المنازعات الناجمة عن الشروط الموضوعية للعقد الأصلي بالتحكيم، وهذا أمر إجرائي⁽¹⁾.

وبمعنى آخر: يعد شرط التحكيم اتفاقاً إجرائياً يتضمن وسيلة لحل النزاع الناشئ عن العقد الأصلي، بينما يتضمن الأخير قواعد موضوعية تحدد حقوق الأطراف⁽²⁾.

3. يؤدي القول بارتباط مصير شرط التحكيم بالعقد الأصلي إلى عدم إمكان السير في خصومة التحكيم بمجرد أن ينازع أحد الخصوم في صحة العقد الأصلي، وهذا يعني التزام هيئة التحكيم بوقف الفصل في النزاع لحين قيام القضاء بالبت في صحة العقد. أما القول باستقلال شرط التحكيم فيمكن هيئة التحكيم من الفصل في النزاع دون وقف السير في الدعوى، وهذا يؤدي إلى الاقتصاد في الوقت والنفقات⁽³⁾.

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 268 .

(2) حمدالله، النظام القانوني، المرجع السابق، ص 119 وما بعدها، حفيظة الحداد، الاتجاهات المعاصرة، ص 20، فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، ص 108 وما بعدها، دار الثقافة، عمان، 1997،

(3) أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994، المرجع السابق، ص 57، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 26.

المطلب الثاني

النتائج المترتبة على استقلال اتفاق التحكيم

يمكن القول بأن استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي يتضمن نتيجتين هامتين: 1. عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي. 2. اختلاف القانون الواجب التطبيق على كل منهما، وونتاول ذلك في الفرعين التاليين:

الفرع الأول

عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي

وهذا يعني أن وجود وصحة اتفاق التحكيم لا يرتبط ولا يتوقف على مصير العقد الأصلي، فبطلان العقد الأصلي أو فسخه لا يؤثر على شرط التحكيم، والعكس صحيح، فالعقد واتفاق التحكيم وإن تضمنهما ورقة واحدة، إلا أنهما في الحقيقة مستقلان ومنفصلان لا يتأثر أحدهما بالآخر ولا يؤثر فيه، وأن التوصل إلى تسوية بشأن الحقوق أو الالتزامات الواردة في العقد الأصلي، لا يؤدي بالضرورة إلى انقضاء شرط التحكيم⁽¹⁾.

(1) وهذا ما أقرته معظم أنظمة التحكيم، ومن ذلك: القانون المصري والعماني في المادة (23) والمادة 6 من القانون الإماراتي، والفصل 318 من القانون المغربي، والقانون الأردني في المادة (22) والقانون التونسي في الفصل (7).

لأن الربط بين الأمرين، يعني زوال اتفاق التحكيم بزوال العقد الأصلي، والعودة بالمنازعات إلى ساحات القضاء، دون أي اعتبار لإرادة الأطراف في هذا الخصوص⁽¹⁾.

وبناء عليه يبقى شرط التحكيم قائماً وصحيحاً رغم بطلان العقد الأصلي، إلا إذا كان سبب البطلان يشمل شرط التحكيم كذلك، كما لو كان العقد الأصلي . الذي احتوى على شرط التحكيم . قد أبرم بواسطة شخص ناقص الأهلية أو عديمها⁽²⁾. ذلك أن شرط التحكيم مستقل عن العقد الأصلي الوارد فيه⁽³⁾.

وعلى الرغم من أن محكمة النقض بدائرة القضاء بإمارة أبو ظبي في حكم لها قد انتهت إلى أن بطلان العقد الأصلي مؤداه بطلان شرط التحكيم، ويترتب على ذلك انعقاد الاختصاص بالفصل في النزاع حول بطلان العقد للقضاء باعتباره صاحب الولاية العامة بالفصل في المنازعات⁽⁴⁾.

(1) أحمد خليل، قواعد التحكيم، ص45، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2003. حفيظه السيد الحداد، الموجز، المرجع السابق، ص119.

(2) فتحي والي، قانون التحكيم، المرجع السابق، ص96، عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، ط2، ص435، دارالفكر العربي 2011.

(3) حكم محكمة استئناف القاهرة، الدائرة 8 تجاري، الدعوى رقم 108 لسنة 126ق، جلسة 2010/2/15، مجلة التحكيم العربي، ص450.

(4) طعن رقم 58 لسنة 2007، س1، ق.أ، جلسة 2007/10/30. وهو ذات ما انتهى إليه حكم للمحكمة الاتحادية بدولة الإمارات العربية، فقد قضت بأن بطلان العقد الأصلي مؤداه بطلان شرط التحكيم، ويترتب على ذلك انعقاد الاختصاص بالفصل في النزاع حول بطلان العقد للقضاء

إلا أن هذه المحكمة سرعان ما عادت تتراجع إذ قضت بأن انتهاء العقد المتضمن شرط التحكيم لا يمنع من أن يظل شرط التحكيم ساريا ومنتجا لآثره بالنسبة للآثار المترتبة على إنهاء العقد، فقررت أن بطلان العقد الأصلي المتضمن شرط التحكيم أو فسخه أو إنهائه لا يمنع من أن يظل شرط التحكيم ساريا ومنتجا لآثره ما لم يمتد البطلان إلى شرط التحكيم ذاته، فيكون في هذه الحالة لا أثر له باعتبار أن شرط التحكيم له موضوعه الخاص به - والذي يتمثل في استبعاد النزاع من ولاية المحاكم، وإسناد ولاية الفصل فيه إلى هيئة التحكيم، لما كان ذلك وكان لا خلاف بين أطراف النزاع أن وزارة الاقتصاد قد شطبت الوكالة بناء على طلب المطعون ضدها بانتهاء أجلها بتاريخ 2006/12/26 مع الاحتفاظ للطاعنة بطلب الحكم بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بها، فإن انقضاء عقد الوكالة بشطبها لا يترتب عليه سقوط أو انقضاء شرط التحكيم المشتمل عليه بل يبقى على الآثار المترتبة وساريا هذا الشرط قائما على انقضاء ذلك العقد باعتباره مستقلا عنه⁽¹⁾.

باعتباره صاحب الولاية العامة بالفصل في المنازعات طعن مدني رقم 209 لسنة 15ق، جلسة 1995/1/22، مجموعة الأحكام، السنة السادسة عشرة، العدد الأول، القاعدة 11، ص 63.

(1) نقض أبو ظبي، الطعن رقم 108 لسنة 3 ق بتاريخ 2009/3/12 مكتب فني 3 الجزء 1 ص 315، الطعن رقم 795 لسنة 2010 ق بتاريخ 2010/ 12 /9، مكتب فني 4 الجزء 3 ص 1309 ، والطعن رقم 353 لسنة 2011 ق، جلسة 2011/8/24، مكتب فني 5، الجزء 2 ص 1210.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الأثر لا يوجد بشأنه أى خلاف فى الفقه، إلا أن الفقه
جد مختلف حول نطاقه: فبعض الفقه (1) يرى أن استقلال شرط التحكيم لا يمكن
إعماله إلا فى حالة بطلان هذا العقد، وفى هذه الحالة لا يتأثر اتفاق التحكيم ببطلان
العقد الأصلي باعتباره مستقلا عنه. وعليه يمكن القول بأن العقد يمكن أن يكون
باطلا والشرط صحيحا، وقد يكون الشرط باطلا دون أن يؤثر فى صحة العقد. غير
أنه إذا كان سبب البطلان عاما فإن البطلان يلحق بالشرط والعقد فى هذه
الحالة، كما لو أبرم العقد بواسطة شخص معدوم الأهلية.

أما فى حالة انعدام العقد الأصلي فلا يوجد استقلال، ويتأثر اتفاق التحكيم
بمصير العقد فى هذه الحالة، فاتفاق التحكيم يعد منعدما إذا كان العقد الذى
تضمنه منعدما، ذلك أن انعدام العقد الأصلي يفترض الغياب الكامل لرضا
الأطراف، ولا يمكن أن يتصور اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم بصدد عقد
معين لم يوجد أصلا.

أما الفريق الآخر (2) فيرى أنه لا مبرر للفرقة بين بطلان العقد وانعدامه، خاصة
وأن مفهوم الانعدام من الموضوعات التى يصعب تحديدها، وذلك لأن كليهما

(1) فتحى والى، المرجع السابق، ص 490 بند 285، أحمد هندى، المرجع السابق، ص 477 بند
175، حفيفة الحداد، المرجع السابق، ص 44، الجمال، عبد العال، التحكيم فى العلاقات
الخاصة الدولية والداخلية، المرجع السابق، ص 355.

(2) أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كاسلوب لتسوية المنازعات عقود التجارة الدولية، المرجع
السابق، ص 122.

عدم، والعدم لانتقوت فيه، كما أن إعمال هذه التفرقة قد يؤدي إلى فتح الباب لاستبعاد تطبيق قاعدة الاستقلال، وبالتالي يؤدي إلى فقدان التحكيم لفاعليته.

والحق أن معاهدة جنيف الموقعة في أنه 21/4/1961 تناصر هذا الرأي وتؤيده في عدم التفرقة بين بطلان العقد وانعدامه، فقد رفضت هذه المعاهدة بشكل واضح وصريح هذه التفرقة، فنصت في مادتها الخامسة على أنه: "لمحكمة التحكيم أن تفصل في مسألة وجود وصحة العقد الذي يشكل اتفاق التحكيم جزءا منه" (1).

إلا أننا من ناحية أخرى لا يمكننا مسايرة هذا الرأي للنهائية، فالتفرقة بين الانعدام والبطلان . في مجال القانون الموضوعي والإجرائي على حد سواء . هي تفرقة موجودة وقائمة وإن لم تكثر الكتابات فيها، إلا أن ذلك لا ينهض مبررا للقول بعدم وجودها، وأحتى القول بصعوبة تحديدها (2).

وقد اعتبرت محكمة النقض بدائرة القضاء بإمارة أبو ظبي الحكم المطعون فيه مشوبا بالخطأ في تطبيق القانون والفساد في الاستدلال، ذلك أنه أقام قضاءه على أن عقد استثمار المدرسة قد انتهى في 2007/7/11، ومن ثم يكون شرط التحكيم قدانتهى بانتهاء العقد، وإذ أقيم حكم المحكمين على شرط تحكيم قد سقط بانتهاء

(1) مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، المرجع السابق، ص 355.

(2) راجع في التفرقة بين الانعدام والبطلان: بحثنا، الحكم القضائي المعدوم. دارالوفاء للطباعة والنشر، 2013.

العقد الأصلي الذي تضمنه ،فإن حكم المحكمين يكون باطلا،برغم أن العقد امتد لمدة مماثلة حتى 2012/7/11،مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وكان قد صدر حكم المحكمين وحكمت محكمة أول درجة بالتصديق عليه،واستأنف المطعون ضده هذا الحكم،وقضت محكمة الاستئناف بإلغاء حكم المصادقة الصادر من محكمة أول درجة لبطلانه،تأسيسا على أن العقد الأصلي قد انتهى بتاريخ 2007/7/11،ومن ثم يكون شرط التحكيم منتهيا بانتهائه،ويكون قد سقط بانتهاء العقد الأصلي الذي تضمنه،وإذا كان هذا الذي خلص إليه الحكم،فإنه يكون مشوبا بالفساد في الاستدلال،لأن انتهاء العقد الأصلي لا يترتب عليه بمفرده سقوط شرط التحكيم،بل يظل قائما وساريا ومنتجا لأثره بالنسبة للأثار المترتبة على إنهاء العقد الأصلي،مادام لم يمتد البطلان إلى شرط التحكيم ذاته،ومن ثم يكون الحكم معيبا بما يستوجب نقضه دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن (1).

(1) طعن رقم 795،س4ق.أ،جلسة 2010/12/9.سابق الإشارة إليه.

الفرع الثاني

إمكانية اختلاف القانون الواجب التطبيق

كما يترتب على استقلال شرط التحكيم عن بنود العقد الأصلي إمكانية خضوعهما لقوانين مختلفة.

والأصل في تحديد القانون الواجب تطبيقه على النزاع، مرجعه إلى اتفاق التحكيم، وعلى هذا تنص المادة 39/ 1، 2 من قانون التحكيم المصري والعماني على أنه: "1- تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا إتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك.

2- وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع".

فقد يخضع اتفاق التحكيم لقانون يختلف عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي. فإذا ورد اتفاق التحكيم في بند من بنود العقد محل النزاع، فإن الاتفاق يخضع في هذه الحالة للقانون الذي يجب إخضاع له العقد. أما إذا ورد الاتفاق في صورة مشاركة، فإن تحديد القانون الواجب التطبيق على الاتفاق في هذه الحالة يجري على أساس القواعد المعمول بها منظورا إلى هذا الاتفاق في ذاته. أما في حالة أن

الخصوم لم يتفقوا بشكل مباشر أو غير مباشر على القانون الذي يطبق على إجراءات التحكيم ، فقد اختلف الفقه في هذا الشأن، فمن المتصور إمكانية خضوع شرط التحكيم لقانون يختلف عن القانون الذي يخضع له موضوع العقد الأصلي⁽¹⁾، ويختلف الفقه في هذه الحالة:

1 . فيذهب رأي إلى أن اتفاق التحكيم يخضع لقانون الدولة محل التحكيم؛ بحسبان أن اتفاق التحكيم يعد جزءا من إجراءاته التي تخضع لقانون محل التحكيم. فالقول بأن اتفاق التحكيم ذو طبيعة إجرائية، يقود إلى تطبيق قانون مكان التحكيم قياسا على تطبيق قانون القاضي على الإجراءات بوجه عام⁽²⁾.

ويمكن الرد على هذا الرأي بأن إجراءات التحكيم لاتخضع بالضرورة لقانون محل التحكيم، وإنما يخضع لاتفاق التحكيم، فإذا لم يوجد اتفاق بهذا الخصوص، فإن لهيئة التحكيم إخضاعها لقانون آخر غير قانون محل التحكيم. كما أن اتفاق التحكيم لا يعد جزءا من إجراءات التحكيم، بحسبان أنه يشكل بذاته مرحلة مستقلة وسابقة على هذه الإجراءات⁽³⁾.

(1) محمود عمر السيد التحيوي، التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض بالصلح، ص 79. منشأة المعارف، الاسكندرية 2002.

(2) مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال، التحكيم، ص 305.

(3) في عرض هذا الرأي وانتقاده: فتحي والي، قانون التحكيم، المرجع السابق، ص 139.

كما أن الأخذ بهذا الرأي، يؤدي إلى انتهاك سيادة الدولة، عندما يخضع خصوصتها لقانون دولة أخرى⁽¹⁾.

2 . غير أن رأياً آخر . نراه راجحاً . ذهب يفسر التحكيم في إطار مبدأ سلطان الإرادة، إلى أن للأطراف حرية اختيار القانون الذي يحكم النزاع، فقانون الإرادة الذي يحدده الاتفاق هو القانون الذي يجب تطبيقه في هذه الحالة⁽²⁾.

ومن الواضح جداً أن هذه النظرية تعطي الأطراف قدراً كبيراً من الحرية لتحديد كيفية سير عملية التحكيم والقواعد المطبقة على الإجراءات والموضوع، وليس هناك من قيد على هذه الحرية إلا احترام النظام العام الداخلي بالنسبة للتحكيم الوطني، والنظام العام الدولي بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي⁽³⁾.

(1) قارب: خالد سعد زغلول حلمي ، إبراهيم الحمود ، النظم القانونية والسياسية للنفط العربي ووسائل تسوية المنازعات النفطية. ط2، ص303 - 300، الكويت 2000.

(2) في ترجيح هذا الرأي: فتحي والي، قانون التحكيم، المرجع السابق، ص139.

(3) حفيظة الحداد، الاتجاهات المعاصرة، المرجع السابق، ص 55. مصطفى الجمال و عكاشة عبدالعال، التحكيم، المرجع السابق، ص 38؛ فتحي والي، قانون التحكيم، المرجع السابق، ص140.

وطبقا لقواعد الإسناد التي قررها القانون المدني المصري في المادة 19 منه⁽¹⁾، فإن العقد يخضع لقانون دولة الموطن المشترك لهما، ما لم يتفقا على غير ذلك⁽²⁾.

وتجدر الإشارة في هذا الخصوص إلى أن الدولة متى كانت مرتبطة باتفاقية دولية تحدد قواعد أخرى للإسناد، فإن هذه القواعد تكون هي الواجبة التطبيق⁽³⁾.

(1) تنص هذه المادة على أن: "1- يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً سري قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يُراد تطبيقه. 2- على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار.

(2) أحمد شرف الدين، الرقابة القضائية على اتفاق التحكيم وأثاره في ضوء أحكام محكمة النقض، ص 67.

(3) أحمد شرف الدين، الإشارة السابقة. وتنص المادة الأولى من قانون التحكيم المصري على أنه: "مع عدم الإخلال بأحكام الإتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيمياً تجارياً دولياً يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون. وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك.

كما تنص المادة (23) من القانون المدني المصري على أنه: "لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص أو في معاهدة دولية نافذة في مصر. والمادة (24) على أنه: "تتبع فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تتنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص".

ومؤدى ذلك أن اختصاص القضاء المصري بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم استنادا إلى بطلان اتفاق التحكيم، لا يستلزم تطبيق القانون المصري على صحة اتفاق التحكيم، إذ متى كانت المسألة ذات عنصر أجنبي، وجب على القاضي أن يتقيد في بحثها بالقانون الواجب التطبيق عليها طبقا للقواعد العادية، أو طبقا لقواعد الإسناد في قانونه في حالة عدم وجود هذه القواعد⁽¹⁾.

وهذا الرأي ينطلق من أن اتفاق التحكيم يتميز. كنظام. بذاتية خاصة تميزه عن غيره. ووفقا لهذا الاستقلال يمكن أن يخضع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير الذي يخضع له العقد الأصلي، بالرغم من وروده كشرط في هذا العقد. وذلك حسب ما يتفق عليه الأطراف، فإن لم يتفق الأطراف على تطبيق قانون معين، فإن التحكيم في هذه الحالة يخضع لقانون الدولة التي يصدر فيها حكم التحكيم⁽²⁾.

(1) أحمد شرف الدين، الإشارة السابقة.

(2) فتحي والي، قانون التحكيم، المرجع السابق، ص141، أبو زيد رضوان الأسس العامة، ص 33-35.

الفصل الرابع

نطاق اتفاق التحكيم والآثار المترتبة عليه

تقسيم: ينقسم هذا الفصل إلى مبحثين: الأول في نطاق اتفاق التحكيم، والثاني في الأثر المترتب على اتفاق التحكيم، والمتمثل في الدفع بوجود اتفاق التحكيم.

المبحث الأول

نطاق اتفاق التحكيم

تقسيم: ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين: الأول في النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم، والثاني في النطاق الموضوعي لاتفاق التحكيم.

المطلب الأول

النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم

تقسيم: ينقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الأول منهما: النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم في الفقه الإسلامي، وفي الثاني نتناول النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم في القانون الوضعي.

الفرع الأول

النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم

فى الفقه الإسلامى

من المقرر فى الفقه الإسلامى أن حكم المحكم يلتزم به أطراف التحكيم، ولكن هذا الإلزام الذى يتصف به حكم الحكم ينحصر فى الخصمين فقط، ولا يتعدى إلى غيرهما، ذلك لأنه صدر بحقهما عن ولاية شرعية نشأت من اتفاقهما على اختيار الحكم للحكم فيما بينهما من نزاع وخصومة. ولا ولاية لأى منهما على غيره، فلا يسري أثر حكم المحكم على غيرهما⁽¹⁾.

وتطبيقاً لهذا المبدأ: لو أن رجلاً ادعى على رجل بألف درهم ونازعه فى ذلك فادعى أن فلاناً الغائب ضمنه له عن هذا الرجل فحكما بينهما رجلاً والكفيل غائب فأقام المدعى شاهدين على المال وعلى الكفالة بأمره أو بغير أمره فحكم المحكم بالمال على المدعى عليه وبالكفالة عنه فحكمه جائز على المال المدعى به؛ لأنه رضى بحكمه والكفيل لم يرض فصح التحكيم فى حقهما دون الكفيل، وكذلك إن حضر الكفيل والمكفول عنه غائب فتراضى الطالب والكفيل والكفالة بذلك بأمر

(1) الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج3 ص403، النجم الوهاج، ط1، ج10 ص156، نهاية المطلب فى دراية المذهب، المرجع السابق، ط1، ج18 ص583. الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، محمد بن علي بن محمد الحِصْنى المعروف بعلاء الدين الحصكى الحنفى، ط1، ج1 ص474، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، 1423هـ/2002م.

المطلوب أو بغير أمره فحكم المحكم بذلك كان حكمه جائزا على الكفيل دون المكفول عنه⁽¹⁾.

ولو حكم الخصمان رجلا في عيب البيع فقضى الحكم برده، لم يكن للبائع حق برده على بائعه، إلا أن يرضى البائع الأول والثاني والمشتري بتحكيمه، فحينئذ يرده على البائع الأول⁽²⁾.

ولم يشذ عن هذا المبدأ غير مسألة واحدة نص عليها الحنفية، هي: ما لو حكم أحد الشريكين وغريمه رجلا فحكم بينهما، وألزم الشريك شيئا من المال المشترك نفذ هذا الحكم، وتعدى إلى الشريك الغائب؛ لأن حكمه بمنزلة الصلح في حق الشريك الغائب. والصلح من صنيع التجار. فكان كل واحد من الشريكين راضيا بالصلح، وما في معناه⁽³⁾.

(1) الفتاوى الهندية، ج3 ص403. راجع في هذه التطبيقات: الموسوعة الفقهية الكويتية، ج10 ص245، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت.

(2) الدر المختار، المرجع السابق، ج1 ص474، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج10 ص245.

(3) الدر المختار، المرجع السابق، ج1 ص474، الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج10 ص246.

الفرع الثاني

النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم

فى القانون الوضعى

وفى القانون الوضعى: فإن خصومة التحكيم تختلف عن الخصومة أمام القضاء، إذ إن لهذه الخصومة خصوصية تميزها عن الخصومة أمام القضاء⁽¹⁾. وتخضع العقود . او الاتفاقات . لما يعرف بمبدأ نسبية الآثار . ومعناه أن آثار العقود تقتصر حسب الأصل على عاقيدها ولا تمتد إلى غيرهما . فاتفق التحكيم . كقاعدة .

(1) خصومة التحكيم تختلف عن الخصومة أمام القضاء . فالقاضى يحكم لعموم الخصوم . ويتعدى حكمه إلى غير الخصوم، فالحكم القضائى يجوز حجية الأمر المقضى التى تمنع الخصوم من تجديد النزاع مرة أخرى، كما تلتزم المحكمة التى أصدرته وغيرها من المحاكم بإعمال مضمونه فى كل قضية يثار فيها .

كما أن الخصومة أمام القضاء تشمل أطرافاً غير المدعى والمدعى عليه ، فيتسع نطاقها أثناء سير الدعوى، عن طريق تدخل شخص من الغير لم يكن طرفاً فى الدعوى استناداً إلى وجود مصلحة له من وراء تدخله. " المادة 126 مرافعات " سواء كان التدخل هجوماً (للمطالبة بحق شخصى له فى مواجهة المدعى والمدعى عليه أو أحدهما) أو انضمامياً (للدفاع عن أحد الخصوم).

لا يلزم سوى أطرافه الذين أبرموه⁽¹⁾، ومن ثم لا يستفيد من هذا الاتفاق إلا أطرافه، ولا يضار منه غيرهم، ولا يملك التمسك ببطلانه غيرهم⁽²⁾.

كما أن المحكم لا يحكم إلا بين خصوم ارتضوا حكمه بموجب شرط وارد في عقد او مشاركة تحكيم. كما أن حكم المحكم لا يتعدى الخصوم إلى غيرهم إلا إذا ارتضاه هذا الغير، وشمله اتفاق التحكيم.

وبناء على ما سبق يمكن تقرير قاعدة مفادها أن اتفاق التحكيم يقتصر على أطرافه فحسب، دون أن يتعداهم إلى غيرهم. كما لا يجوز تدخل الغير في خصومة التحكيم، سواء كان تدخلا هجوميا أو انضماميا، ما لم يتفق جميع أطراف الاتفاق على التحكيم على تدخل الغير في خصومة التحكيم، سواء باتفاق مسبق على قيام النزاع او باتفاق لاحق عليه⁽³⁾، أو امتد أثر اتفاق التحكيم إليه.

وهذا يعني أنه حال اتفاق أطراف التحكيم على هذا التدخل يصير المتدخل طرفا في خصومة التحكيم، له ما للطرف الأصلي من حقوق وما عليه من التزامات. كما يعني من ناحية أخرى أن لأطراف الاتفاق على التحكيم مكنة الاعتراض على

(1) يتسع مفهوم الطرف في خصومة التحكيم ليشمل الخلف الخاص والعام، كالورثة والمحال إليه. راجع أمثلة لذلك: سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، ص 336 بند 184.

(2) أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، ط 5، ص 139 بند 54، سامية راشد، المرجع السابق، ص 336 بند 184.

(3) أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 139 بند 53.

هذا التدخل ،سواء كان تدخلا هجوميا أو انضماميا. فهو لا يتم إلا بعد موافقتهم عليه.

وحال عدم قبول التدخل من أطراف التحكيم،فليس أمام المتدخل الذى رفض تدخله من أطراف التحكيم سوى اللجوء إلى القضاء،وتظل خصومة التحكيم منحصرة فى أطرافها الأصليين ،إلا إذا كان النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم عبارة عن علاقة قانونية متعددة الأطراف وغير قابلة للتجزئة ، ورفض أطراف الاتفاق تدخل من لم يشمله هذا الاتفاق، فلامحل للاستمرار فى خصومة التحكيم، ويضحي النزاع من اختصاص القضاء ، بحسبان أنه الجهة الأصلية صاحبة الاختصاص العام فى نظر وحسم المنازعات بين الأفراد،ولا يعتد باتفاق التحكيم فى هذه الحالة، حيث لاتجوز إحالة النزاع من هيئة التحكيم إلى المحكمة ،والعكس صحيح⁽¹⁾.

ويستفاد مما سبق أن وجهة نظر القانون تتفق مع وجهة النظر الشرعية فى هذا الخصوص.

وبناء على ذلك: وإعمالا لهذا المبدأ،فلاغرو أن انتهت محكمة النقض المصرية فى قضائها إلى أن: " مجرد كون أحد أطراف خصومة التحكيم شركة ضمن مجموعة شركات تساهم شركة أم فى رأس مالها لايعد دليلا على التزام الأخيرة

(1) أحمد أبو الوفا،المرجع السابق،ص139بند53،محمود مجدهاشم، النظرية العامة للتحكيم،المرجع السابق،ص244بند81.

بالعقود التي تبرمها الأولى مشتملة على شرط التحكيم مالم يثبت أنها تدخلت في تنفيذها أو تسببت في وقوع خلط بشأن الملتزم به نحو تختلط فيه إرادتها مع إرادة الشركة الأخرى⁽¹⁾.

وقد أكدت محكمة النقض على مبدأ نسبية أثر الاتفاق على التحكيم، وأنه لايسري إلا في مواجهة الطرف الذي ارتضاه الأطراف وقبولهم به كوسيلة لحسم كل أو بعض المنازعات التي نشأت، أو يمكن أن تنشأ بينهم بمناسبة علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية، فإرادة المتعاقدين هي التي توجد التحكيم وتحدد نطاقه من حيث المسائل التي يشملها والقانون الواجب التطبيق وتشكيل هيئة التحكيم وسلطاتها وإجراءات التحكيم وغيرها، وعلى ذلك فمتى تخلف الاتفاق امتنع القول بقيام التحكيم، وهو ما يستتبع نسبية أثره فلا يحتج به إلا في مواجهة الطرف الذي ارتضاه وقبل خصومته⁽²⁾.

وفي هذا الإطار سبق لمحكمة النقض بدائرة القضاء بإمارة أبو ظبي أن أوضحت أن علاقة الخصوم بوكلائهم أمام محكمة الموضوع من شأن الخصوم وحدهم، ولا يجوز لغيرهم ولا لتلك المحكمة أن تتصدى لهذه العلاقة من تلقاء نفسها، طالما لم ينكر صاحب الشأن وكالة وكيله، كما أن الاتفاق على التحكيم الذي

(1) الطعان 4729 ، 4730 لسنة 72 ق جلسة 22 / 6 / 2004، س 55 ق مجموعة الأحكام، المكتب الفني، 117، ص 638، ويراجع في ذلك: أحمد شرف الدين، الرقابة القضائية على اتفاق التحكيم في ضوء أحكام محكمة النقض، ص 29 وما بعدها.

(2) نقض مدني، طعن رقم 4729 لسنة 72 ق، جلسة 22/6/2004، سابق الإشارة إليه.

ببرمه الوكيل متجاوزا فيه الأمور المعينة في عقد الوكالة يكون باطلا بطلانا نسبيا لمصلحة الموكل . الأصيل . دون خصمه، فيكون للموكل وحده حق التمسك ببطلان الاتفاق على التحكيم والتوقيع على وثيقة التحكيم.

وخلصت المحكمة إلى أنه: " لما كان ذلك، وكانت الشركة المطعون ضدها لم تتكر وكالتها لمن وكل المحامي الذي رفع بموجبها الدعوى، ومن ثم فلا تقبل من الطاعنين أن ينازعا في تلك الوكالة. ولا يصح لهما التمسك ببطلان حكم المحكم تأسيسا على تجاوز محاميها حدود وكالته، وأن التوكيل لا يخول له سلطة الاتفاق على التحكيم أو التوقيع على اتفاقية التحكيم، ومن ثم يكون النعي في هذا الخصوص على غير أساس⁽¹⁾.

وإذا كان الاتفاق على التحكيم يقتصر على طرفيه، ولا يمتد إلى غيرهما، فإن ذلك لا يخل بالأحكام المتعلقة بالتضامن. والقاعدة المقررة في هذا الشأن أن التضامن فيما ينفع لأفيما يضر. ومن ذلك: فإن اتفاق التحكيم الذي يبرمه دائن متضامن، يمكن معه للدائنين المتضامنين معه التمسك بهذا الاتفاق والالتجاء إلى التحكيم ضد المدين، أو الالتجاء إلى قضاء الدولة حسب اختياره. وفي المقابل، فإن

(1) طعن تجاري رقم 942 لسنة 2009، س3ق.أ، جلسة 17/ 12 / 2009، مكتب فني 4 الجزء 3 ص 1309.

اتفاق التحكيم الذي يبرمه مدين متضامن لا يحتج به على المدين المتضامن معه، ولكن يجوز لهذا المدين الاحتجاج به، إذا كان ذلك في مصلحته⁽¹⁾.

غير أنه استثناء من قاعدة نسبية اتفاق التحكيم، فإن اتفاق التحكيم قد يرتب أثراً يمتد إلى الغير، من ناحية الاتفاق ذاته ،ومن ناحية الحكم الصادر بناء عليه. ويتضح ذلك في الأمثلة الآتية⁽²⁾: 1 . الاشتراط لمصلحة الغير: فالاشتراط لمصلحة الغير يرتب حقوقاً مباشرة للغير في مواجهة المتعهد، فيمكن للغير المشتراط لصالحه في اتفاق يتضمن الاشتراط لصالحه أن يطلب إعماله لصالحه، فيطالب المتعهد بحقه بواسطة التحكيم⁽³⁾. 2 . كما قد يمتد أثر التحكيم إلى الغير حال امتداد اتفاق التحكيم إلى أطراف آخرين، أو عقود أخرى تتصل بذات المعاملة أو بالعقد الأصلي، كما هو الحال بالنسبة لاتفاق التحكيم الذي تبرمه الشركة الوليدة، حيث تمتد آثاره إلى الشركة الأم⁽⁴⁾.

كما يمتد اتفاق التحكيم الذي تبرمه الشركة إلى فروعها، حيث لا تتمتع الفروع بشخصية اعتبارية مستقلة عن الشركة⁽⁵⁾. وإذا امتد الاتفاق، فإنه يمكن لمن امتد إليه

(1) فتحي والي، قانون التحكيم، المرجع السابق، ط1، ص162.

(2) فتحي والي، قانون التحكيم، المرجع السابق، ص171. 176.

(3) فتحي والي، قانون التحكيم، المرجع السابق، ص171.

(4) أحمد نبيل سليمان طبوشة، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، 2011.

(5) فتحي والي، قانون التحكيم، المرجع السابق، ص175، ومزيد من الأمثلة: فتحي والي، قانون التحكيم، المرجع السابق، ص171. 176.

أن يتدخل في خصومة التحكيم حينئذ. وقد سبق معالجة امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير، فلا داعي لتكراره هنا⁽¹⁾.

(1) انظر ما سبق ص....

المطلب الثاني

النطاق الموضوعى لاتفاق التحكيم

تقسيم: ينقسم هذا المطلب إلى الفرعين التاليين: الأول في: النطاق الموضوعى لاتفاق التحكيم فى الفقه الإسلامى، والثانى فى النطاق الموضوعى لاتفاق التحكيم فى القانون الوضعى.

الفرع الأول

النطاق الموضوعى لاتفاق التحكيم

فى الفقه الإسلامى

اتفق الفقهاء على جواز التحكيم فى الأموال والمعاضات وما يدخله الصلح⁽¹⁾. واختلفوا فيما عدا ذلك على قولين : القول الأول : إن التحكيم يصلح فى كل القضايا ولا يستثنى من ذلك شيء ، فمن صح حكمه فى مال صح حكمه فى غيره⁽²⁾.

(1) فتح القدير، ج7 ص318، وتبصرة الحكام ج1ص62 وما بعدها، وأدب القاضى للماوردى 380/2، المجموع شرح المذهب "مع تكملة السبكى والمطيعى" أبو زكريا محيى الدين يحيى بن شرف النووى، ج20 ص127، دار الفكر ج18 ص363 وما بعدها.

(2) مغنى المحتاج ج6 ص268. تبصرة الحكام، ج1 ص62، النجم الوهاج، ط1، ج10 ص156، مطالب أولى النهى، ط2، ج6 ص471، أحكام القرآن، المرجع السابق، ج1 ص543، الروض المربع شرح زاد المستنقع، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن

القول الثاني : إن التحكيم يصح في كل القضايا إلا في الحدود والقصاص والطلاق والنكاح واللعان والنسب ونحوها ، لأن لهذه القضايا مزية على غيرها ، فلا بد أن يكون نظرها من قبل الإمام أو من يقوم مقامه وينوب عنه وهو القاضي⁽¹⁾.
والحق أنه لا مجال للحديث اليوم عن التحكيم في الحدود والقصاص، وإنما يمكن الحديث عن التحكيم في الصلح والتعويض وليس العقوبة، إذ العقوبة تعد حقا للمجتمع يناط بولى الأمر "قضاء الدولة" لالغيره القيام به، حتى لا تكون فتنة في الأرض وفساد كبير.

وفى هذا الخصوص قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "لا يجوز التحكيم بصدد تحديد مسئولية الجاني عن الجريمة الجنائية وإلا عد باطلاً لمخالفته للنظام العام ، ولما كان البين من محضر التحكيم والصلح المؤرخ 12/4/1984 - محل

حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى، ج1 ص707، دار المؤيد ، مؤسسة الرسالة. تبيين الحقائق، المرجع السابق، ط1، ج4 ص193.

(¹) الذخيرة، ج10 ص34، المنتقى، ج5 ص229، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي، الشهير بالصاوي المالكي، ج4 ص199، دار المعارف، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، ج16 ص325 وما بعدها، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان، 1419 هـ 1999م، تبصرة الحكام ج1 ص62 وما بعدها. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي ، ج4 ص136، دار الفكر. النجم الوهاج، ط1، ج10 ص156. البحر الزخار لمذاهب علماء الأمصار، أحمد بن يحيى بن المرتضى، ج5 ص114، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة.

التداعي - أنه فصل في مسألة جنائية هي ما أسند إلى شقيق الطاعن الثاني من اتهام بقتل شقيق المطعون عليه الأول - منتهياً - إلى ثبوت هذا الاتهام في حقه على قالة أنه تبين للمحكمين أن المتهم (شقيق الطاعن الثاني) هو القاتل الحقيقي للمجني عليه (شقيق المطعون عليه الأول) وأن باقي المتهمين وهم فلم يثبت لديهم اشتراكهم في الجريمة إذ نفى شقيق المجني عليه اشتراكهم في قتله أو اتهامه لهم ، وأنه تأسيساً على ذلك حكموا على الطاعنين بدفع عشرين ألف جنيه للمطعون عليه بشرط ألا يرد الاعتداء ، بما مؤداه أن التحكيم انصب على جريمة القتل العمد ذاتها واستهدف تحديد المتهم بالقتل وثبوت الاتهام في حقه ، وأنها كانت سبباً للإلزام بالمبلغ المحكوم به على نحو ما أورده حكم المحكمين ، وإذ كانت هذه المسألة تتعلق بالنظام العام لا يجوز أن يرد الصلح عليها وبالتالي لا يصح أن تكون موضوعاً لتحكيم مما لازمه بطلان الالتزام الذي تضمنه حكم المحكمين لعدم مشروعية سببه⁽¹⁾.

وبناء على ما سبق يمكن التقرير بأن النطاق الموضوعي للتحكيم في الفقه الإسلامي إذا كان ينحسر عن مجال الحدود واللعان ونحوهما مما هو من حقوق الله تعالى ، فإنه يتسع ليشمل كافة المسائل المالية والاقتصادية والاجتماعية والدستورية والسياسة الشرعية ونحوها، ويغطى مجالات التحكيم في القانون الوضعي بمصطلحاتها المعاصرة.

(1) الطعن رقم 795 لسنة 60 ق، جلسة 1996/5/26، مجموعة الأحكام، س47، ج1، ص863.

الفرع الثاني

النطاق الموضوعى لاتفاق التحكيم

فى القانون الوضعى

لا جدال فى أن التحكيم يعد عقدا رضائيا، لا يلتزم به سوى أطرافه، ولا يجوز إجبار أحد باللجوء إلى التحكيم والتنازل عن حقه فى التقاضى إلا إذا ثبت دخوله فى اتفاق تحكيم. ومن ناحية أخرى، وتطبيقا لمبدأ نسبية أثر العقد لا يلزم الغير باتفاق التحكيم.

بل يجب أن يكون اتفاق التحكيم قد تم عن اختيار واضح ومؤكد ولا شبهة حوله من كل الأطراف المتمتعة بالأهلية اللازمة لقبول هذا الطريق⁽¹⁾. وإذا كان اتفاق التحكيم بمثابة عقد، فإن محله . كسائر العقود . يجب أن تتوفر فيه الشروط العامة المتطلبة فى محل الالتزامات التعاقدية بوجه عام، فيجب أن يكون محل اتفاق التحكيم، موجودا وممكنا ومعينا أو قابلا للتعين، وأن يكون مشروعاً.

وتجدر الإشارة إلى أنه حتى فى الحالات التى يمكن القول فيها بامتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الغير بسبب الحوالة أو تضامن المدينين أو العلاقة بين الكفيل

(1) حفيظة الحداد، الاتجاهات المعاصرة، المرجع السابق، ص 135 وما بعدها.

والمدين أو الاشتراط لمصلحة الغير، إلا أن ذلك أيضا يبقى أثر القواعد العامة التي تتعلق بمبدأ نسبية العقد⁽¹⁾.

ويقصد بمحل اتفاق التحكيم، تلك المنازعة التي يراد حسمها عن طريق التحكيم، والتي يجب أن تقبل التسوية بواسطته، والذي يرتبط وجوده بوجودها. غير أن المنازعة التي تكون محلا لاتفاق التحكيم، قد توجد مستقبلا في شرط التحكيم، وقد تكون موجودة حالا في عقد التحكيم، الذي يتم إبرامه بسبب نزاع قائم بالفعل⁽²⁾.

ويعود أساس اتفاق التحكيم إلى القانون ذاته، منه يستمد شرعيته، وسلطة الخصوم في إبرام الاتفاق على التحكيم ليست طليقة من كل قيد. فالقانون قد أتاح هذه المكنة وقيدتها بقيود لاتتعداها، وإلا كان الاتفاق باطلا، وكان الحكم الصادر بناء عليه باطلا بالتبعية.

وفى هذا الخصوص يجب أن ينحصر اتفاق التحكيم في المسائل التي يجوز فيها الصلح ولاتتعارض مع النظام العام⁽³⁾. والمسائل المتعلقة بالنظام العام، والتي

(1) انظر على سبيل المثال: أبو الوفا، التحكيم، المرجع السابق، ص 139-143؛ منير، التنظيم القانوني، المرجع السابق، ص 122، 128، 129.

(2) ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 240.

(3) لا يقتصر الأمر على الاتفاق فحسب بل يمتد ليطل أحكام التحكيم ذاتها. فتنفيذ هذه الأحكام مقيد بما لا يتعارض مع النظام العام. ومن ثم يمكن القول بأنه طبقا للمادة 298 مرافعات

لا يجوز التحكيم فيها، تكون مرتبطة بالدرجة الأولى بالقواعد التي ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد، والمتعلقة بالوضع الطبيعي المادي والمعنوي لمجتمع منظم، وتعلو فيه على مصالح الأفراد. ومن أمثلة تلك المسائل المتعلقة بحالة الشخص وأهليته، المسائل الجنائية، المنازعات المتعلقة بصحة براءات الاختراع، أو العلامات التجارية، أو تلك المتعلقة بكسب الجنسية أو فقدها⁽¹⁾.

ومسائل الأحوال الشخصية، لا تصلح أن تكون محلا لاتفاق التحكيم؛ نظرا لارتباطها بوضع الشخص ومركزه داخل الأسرة. فلا يجوز التحكيم مثلا في مسألة تتعلق بمدى شرعية الولد، وبما إذا كان الشخص وارثا أو غير وارث، في حين أنه يجوز التحكيم في المسائل والمصالح المالية التي تترتب عليها.

مصرى، والمادة 58 من قانون التحكيم المصري، فإنه لا يجوز تذييل أحكام التحكيم الأجنبية بالصيغة التنفيذية وإصدار

أمر بتنفيذها إلا بعد التحقق مما يأتي: 1.....2.....3.....4. أن حكم التحكيم لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من محاكم الجمهورية ولا يتضمن ما يخالف النظام العام أو الآداب فيها. وراجع أيضا: حكم محكمة النقض السابق.

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، " التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص 225.

فموضوع الاتفاق يظل منحصرا في المسائل التي يجوز فيها الصلح ولا تتعارض مع القيم والأخلاق والأسس التي يقوم عليها المجتمع. فالمبدأ السائد في القانون المقارن هو جواز التحكيم في المسائل التي يجوز فيها الصلح⁽¹⁾.

وقد حددت القوانين المختلفة أمثلة ونماذج لما يعد من النظام العام⁽²⁾، وإن كان هذا يختلف بحسب طبيعة كل بلد. فحددت المادة 3 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 5 لسنة 1985 ذلك بقولها: "يعتبر من النظام العام الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والميراث والنسب، والأحكام المتعلقة بنظم الحكم وحرية التجارة وتداول الثروات وقواعد الملكية الفردية وغيرها. من الأسس التي يقوم عليها المجتمع وذلك بما لا يخالف الأحكام القطعية والمبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية.

وقد أشارت المادة 30 / 1 من قانون التحكيم المصري إلى ضرورة تحديد المسائل محل النزاع في اتفاق التحكيم، وإلا كان الاتفاق باطلاً. ويتحدد نطاق اتفاق التحكيم بما تلاقت عليه إرادة الطرفين، فقد سبق للمحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة المصري، أن أوضحت أنه: "من المبادئ الأساسية في العقود . ومنها عقد التحكيم . أنه ينبغي أن تتطابق إرادة الخصوم في شأن المنازعة الخاضعة للتحكيم"، ومن ثم خلصت إلى أن: "التحكيم يقتصر على ما اتفق بصدده من

(1) اتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به. أحمد إبراهيم عبد التواب، ص 270 بند، 73، دار الجامعة الجديدة 2008.

(2) يمكن تعريف النظام العام بأنه مجموع الأسس والقيم والتقاليد الدينية والاقتصادية والسياسية والاجتماعية السائدة في مجتمع ما.

منازعات، وعلى ذلك فإنه إذا حصل الاتفاق في عقد على عرض جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ أو تفسيره على محكمين، فإن هذا يشمل كل المنازعات التي تقع بين المتعاقدين . بشأن التنفيذ أو التفسير ،سواء وقت قيام العقد أو بعد انتهائه⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك تطابقا بين محل التحكيم ومحل الصلح. إذ ما يجوز فيه الصلح يجوز فيه التحكيم، و ما لا يجوز فيه الصلح لا يجوز فيه التحكيم. وقد حرصت بعض التشريعات على النص صراحة على هذا المبدأ.

وفي هذا الخصوص نصت المادة (11) من قانون التحكيم المصري والعماني على أنه: "...لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح". فقد استلزمت هذه المادة أن يكون التحكيم في المسائل التي يجوز الصلح فيها.

كما تطلبت المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري ضرورة كون موضوع النزاع مما يجوز فيه التحكيم فنصت على أنه "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها ولا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أوحالة الأشخاص وأهليتهم".

ونصت المادة 1100 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على أنه: " لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام أو بالحقوق

(1)الطعن رقم 886 لسنة 30 القضائية، جلسة 18 / 1 / 1994. المكتب الفني - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السنة التاسعة والثلاثون - الجزء الأول (من أول أكتوبر سنة 1993 إلى آخر فبراير سنة 1994) ص 691.

الشخصية الأخرى الخارجة عن دائرة التعامل ولكنه يسوغ الصلح على المنافع المالية التي تترتب على مسألة تتعلق بالحالة الشخصية أو على المنافع التي تنشأ عن الجريمة".

ولمعرفة المسائل التي يجوز فيها الصلح تنص المادة 551 من القانون المدني المصري على أنه: "لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم. وبناء عليه: لا يجوز التحكيم في مسائل الأهلية والحالة المدنية والأمور المتعلقة بصحة الزواج أو إثبات النسب، كما لا يجوز التصالح في الجرائم الجنائية كقاعدة عامة، مع مراعاة أن القانون قد أتاح الصلح في بعض الجرائم الجنائية⁽¹⁾. وخلاصة ماسبق أنه يشترط للاعتداد بإرادة الأطراف في اتفاق التحكيم، ألا يكون هذا الاتفاق مخالفا للنظام العام والآداب، وألا يكون أمرا محظورا على وفق القوانين السائدة⁽²⁾."

وتجدر الإشارة إلى أن الفقه يختلف في حالة مالو اكتنف اتفاق التحكيم غموض حول نطاقه. كما لو اتفق الأطراف على إحالة "جميع المنازعات الناشئة

(1) ومن أمثلتها: جرائم التهريب الضريبي والتهريب الجمركي وبعض جرائم قانون البنوك الجديد.
(2) أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والتحكيم الإلزامي، ط4، ص31، منشأة المعارف، الاسكندرية 1983.

عن تنفيذ العقد إلى التحكيم". فهذا يثير اللبس حول مدى شموله للنزاعات المتعلقة بصحة العقد أو فسخه أو تفسيره.

فيرى البعض . أخذا بالتفسير الموسع لاتفاق التحكيم . أن الشك حول نطاق اتفاق التحكيم يفسر لمصلحة اللجوء إلى التحكيم، بحسبان أن إرادة الأطراف اتجهت ضمنا لإحالة جميع نزاعاتهم إلى التحكيم بدلا من تجزئتها بين القضاء والتحكيم. إضافة إلى أن إحالة نزاع معين إلى التحكيم - مثل النزاع حول تنفيذ العقد - يتضمن بدلالة الاقتضاء أن تحال النزاعات الأولية التي يتوقف عليها الفصل في النزاع إلى الهيئة نفسها، كالنزاع حول صحة العقد أو تفسيره⁽¹⁾.

بينما يتجه البعض إلى التضييق في تفسير كنه إرادة أطراف اتفاق التحكيم، فإذا اتفق الخصوم على التحكيم في شأن عقد معين فلا يمكن القول بانسحاب هذا الاتفاق إلى المنازعات الناشئة بينهم عن عقد آخر⁽²⁾.

(1) منير عبدالمجيد ، التنظيم القانوني، المرجع السابق، ص 105، حفيظة الحداد، الاتجاهات المعاصرة، المرجع السابق، ص 159. وقد اوضحت المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة المصري أنه: " من المقرر أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في فهم نصوص وثيقة التحكيم والتعريف على ما قصد منها دون التقيد بألفاظها بحسب ماتراه أوفى إلى نية أصحاب الشأن ، ومستهدية في ذلك بوقائع الدعوى وما أثبت فيها، ولإرقابة عليها في ذلك مادامت قد بينت الاعتبارات المقبولة والتي دعتها إلى الأخذ بما ثبت لديها والعدول عما سواه. الطعن رقم 4173 لسنة 61قضائية، جلسة 21/ 6/ 1997.

(2) أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والتحكيم الإجمالي، ط4، ص31، منشأة المعارف، الاسكندرية 1983.

المبحث الثاني

الأثر المترتب على اتفاق التحكيم

يمكن القول بأن اتفاق التحكيم يرتب آثارا معينة: أحدها إيجابي يتمثل في وجوب الالتزام بهذا الاتفاق من قبل أطرافه، والثاني سلبي: يتمثل في عدم الالتجاء إلى القضاء بناء على هذا الاتفاق، وبموجب هذا الاتفاق ينشأ أثر إجرائي آخر يتمثل في دفع يسمى الدفع باتفاق التحكيم لمنع القضاء من نظر النزاع حال عرضه من أحدهم على القضاء، إذا كان هناك اتفاق تحكيم بصدده، وسنعرض لهذه الآثار في المطالب التالية:

المطلب الأول

الأثر الإيجابي

الالتزام باتفاق التحكيم

تقسيم: ينقسم هذا المطلب إلى فرعين: الأول في الالتزام باتفاق التحكيم في الفقه الإسلامي، والثاني في الالتزام باتفاق التحكيم في القانون الوضعي.

الفرع الأول

الالتزام باتفاق التحكيم

في الفقه الإسلامي

يقر الفقه الإسلامي اتفاق التحكيم، سواء ورد مقترنا بالعقد أو في صورة اتفاق لاحق عليه ومستقل عنه. ويمكن القول بأنه يترتب على وجود اتفاق التحكيم، بوصفه العقد الذي تعهد الأطراف فيه حل المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بواسطة التحكيم، احترام الأطراف لهذا الاتفاق، انطلاقاً من مبدأ القوة الملزمة للعقود، وأن العقد شريعة المتعاقدين⁽¹⁾.

وفي هذا الخصوص يقول ابن تيمية: "إن الأصل في العقود الجواز والصحة" ويستدل على ذلك بالنقل والعقل: "أما النقل فلقوله تعالى "ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"⁽²⁾. وأما العقل فـ "إن العقود والشروط من باب الأفعال العادية وليست من العبادات والأصل فيها عدم التحريم..."⁽³⁾. كما يقول: "الأصل في الشروط الصحة واللزوم إلا ما دل الدليل على خلافه. وهو الصحيح؛ فإن الكتاب والسنة قد دلا على

(1) رضوان عبيدات، الآثار الإيجابية لاتفاق التحكيم التجاري وفق أحكام القانون الأردني والمقارن، دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 38، العدد 2، ص 2011.

(2) بعض الآية رقم 1 من سورة المائدة.

(3) مجموع الفتاوى، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني، مجموع الفتاوى، ج 29، ص 150، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، 1416هـ 1995م.

الوفاء بالعقود والعهود وذم الغدر والنكث؛ ولكن إذا لم يكن المشروط مخالفا لكتاب الله وشرطه. فإذا كان المشروط مخالفا لكتاب الله وشرطه كان الشرط باطلا⁽¹⁾.

فاتفاق التحكيم . تطبيقا لما جاء به القرآن الكريم والسنة واجتهاد الفقهاء . يعد من العقود الصحيحة وفقا للشريعة الإسلامية. وهو ملزم لأطرافه إلا إذا تضمن موضوعا حرمه الله، أو كان مخالفا للنظام العام.

ولقد رأينا فيما سبق أن الفقه الإسلامي لم يتفق على كلمة سواء في خصوص الأثر المترتب على اتفاق التحكيم.

فهناك اتجاه يرى أن أطراف اتفاق التحكيم يصيرا ملزمين بحكم المحكم منذ ارتضائهما بالمحكم. حتى قبل أن يحقق في موضوع النزاع.

بينما يرى البعض أن أطراف اتفاق التحكيم يصيران ملزمين بحكم المحكم إذا شرع في الحكم "أي باستيفائه للبيانات وكشفه لحال الخصوم".

بينما يذهب اتجاه ثالث إلى أن اتفاق التحكيم لا يصير ملزما إلا بعد صدور حكم المحكم. فلهم الرجوع عن تحكيم المحكم وعزله بعد شروعه في الحكم وتحقيقه للنزاع.

(1) مجموع الفتاوى، المرجع السابق، ج29 ص346 وما بعدها.

بينما يرى اتجاه رابع أن أطراف اتفاق التحكيم فى حل من الالتزام باتفاق التحكيم وحكم المحكم. فلهم عزل المحكم و الرجوع عنه وعن حكمه حتى بعد صدور الحكم منه.

والحق أن الفقه الإسلامى لاينكر على أطراف الاتفاق على التحكيم العدول عنه بمحض إرادتهما معا، وذلك فيما لو تم العدول منهم جميعا. إذ يعد العدول منهم فى هذه الحالة بمثابة اتفاق جديد معدل للاتفاق السابق وملغ له. أما عدول واحد منهم فقط بعد الاتفاق على التحكيم فهذا أمر تأباه الشريعة وينكره العقل. بالإضافة إلى أن القول بغير ذلك مدعاة للمماطلة وضياع الحقوق؛ حيث يمكن للطرف الذى يرى أن حكم المحكم لن تتمخض نتيجته لصالحه أن يرتد عن اتفائه، ويعزل المحكم ويبطل التحكيم برمته، ما يؤدى إلى إهدار المقصود من التحكيم.

وبناء عليه يجب على أطراف اتفاق التحكيم الوفاء به وعرض نزاعهم على هيئة تحكيم، حسب هذا الاتفاق؛ احتراما للالتزاماتهم التعاقدية، فكل عقد يتضمن أي شرط مقبول بموجب الشرع الإسلامى هو عقد قانونى ملزم لأطرافه، استنادا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "المسلمون عند شروطهم"⁽¹⁾.

(1) المستدرك على الصحيحين، أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع ، ط1، ج2، ص57، رقم2310، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1411 - 1990.

وعليه إذا أصدر المحكم حكمه وكان موافقا لقواعد الشريعة وأصولها وفي نطاق الاختصاص المخول له شرعا بموجب اتفاق التحكيم، واكتملت في المحكم والمحتكمين الشروط اللازمة، فإن لازم ذلك التزام الأطراف بهذا الحكم. ولا يستطيع أحدا الأطراف بمفرده التملص من اتفائه أو الرجوع عن حكم المحكم؛ لأنه حكم صحيح صادر عن ولاية شرعية كاملة. فاتفاق الأطراف ابتداء يعنى رضائهم بحكم المحكم انتهاء.

الفرع الثاني

الالتزام باتفاق التحكيم

في القانون الوضعي

اتضح مما سبق أن التحكيم يقوم على أساس مبدأ سلطان الارادة ؛ لأن إرادة الأطراف ممثلة في اتفاق التحكيم هي أساسه ابتداء وانتهاء، فهي المنطلق الذي تنطلق منه عملية التحكيم، وإليه المنتهى، وإرادة الأطراف اتجهت منصرفة إليه فأوجدته، ثم حددت نطاقه⁽¹⁾، ولهذا السبب وتطبيقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، فإن اتفاق التحكيم باعتباره وليد إرادة طرفيه من جهة، وبوصفه عقداً من العقود الملزمة للجانبين من جهة أخرى، فإنه يخضع لمبدأ للقوة الملزمة للعقود، نظراً لما يربته على عاتق طرفيه من التزام نتيجة معينة، وهي ضرورة قيام كل منهما بالمساهمة في اتخاذ إجراءات التحكيم⁽²⁾؛ تمهيداً لعرض النزاع على المحكمين، والامتناع عن اللجوء إلى قضاء الدولة، فبمجرد توقيع طرفي النزاع على هذا الاتفاق والموافقة عليه، فإنه لا يمكن التوصل من هذا الاتفاق، أو التحلل من الالتزامات الواردة به بطريقة أحادية الجانب، حتى في الحالة التي يكون فيها اتفاق التحكيم جزءاً من عقد معين أبرم بين طرفين ثبت بطلانه أو فسخه⁽³⁾.

(1) أنظر في هذا المعنى : د. فتحي والي، المرجع السابق ، ص 161.

(2) أنظر في هذا المعنى : د. أحمد عبدالكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص 161.

(3) علي بن عبدالله بن محمد الهنائي، المرجع السابق، ص 15.

وتأسيساً على ذلك الاتفاق فإنه يتمتع على أي من طرفيه التحل منه بإرادته المنفردة ، واللجوء إلى قضاء الدولة ، وإلا جاز للطرف الآخر الشريك في الاتفاق التمسك باتفاق التحكيم؛ بهدف منع قضاء الدولة من نظر النزاع، والفصل فيه، لأن إخلال أحد الطرفين باتفاق التحكيم المبرم؛ فإنه يكون . بلا شك . قد أخل بمبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية، وهذا غير جائز، فالعقد هنا يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة بين المتعاقدين، وبالتالي لا يحق لأحدهما نقض التزامه، أو تعديل شروط العقد إلا باتفاق الطرفين معاً⁽¹⁾.

وهذا يعني أن يتمتع الأطراف من اللجوء إلى المحاكم من أجل حل نزاعاتهم المتفق على إحالتها إلى هيئة التحكيم . كما يعني تخلي قضاء الدولة عن نظر أي خلاف أبرم الأطراف اتفاق تحكيم بخصوصه. وينتقد القضاء بهذا الالتزام بمجرد وجود اتفاق على التحكيم، سواء وجدت هيئة تحكيم أو لم توجد، وسواء بدأت إجراءات التحكيم أو لم تبدأ بعد⁽²⁾. ولا يجوز الرجوع عن اتفاق التحكيم الا باتفاق الطرفين على العدول عن هذا الاتفاق. وهذا هو ما تواترت معظم التشريعات الوضعية العربية⁽³⁾.

(1) علي بن عبدالله بن محمد الهنائي، المرجع السابق، ص15.

(2) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص281. وقارب في هذين الأثرين: باسمه لطفى دباس، شروط اتفاق التحكيم وأثاره، ص367، دار النهضة العربية 2006.

(3) راجع على سبيل المثال: المادة الرابعة من قانون التحكيم الأدرني والمادة 233 من مرافعات بحريني والمادة 253 من قانون المرافعات العراقى.

ووفقاً لهذا المعنى قررت المحكمة العليا بسلطنة عمان في أحد أحكامها بأن العقد شريعة المتعاقدين، ومقتضى هذه القاعدة أن القاضي يطبق شروط العقد كما لو كان يطبق قانوناً، فالعقد يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة بين المتعاقدين، فلا يجوز نقضه إلا باتفاق الطرفين، كما لا يجوز تعديل شروط العقد إلا باتفاقهما، فلا يجوز لأحدهما أن يعدل في شروط العقد".⁽¹⁾

ومن هذا المنطلق حرص المقنن العماني على تأكيد القوة الإلزامية لاتفاق التحكيم، ورتب أثراً معيناً على عاتق الطرف الذي يتقاعس عن تنفيذ التزامه ببدء إجراءات التحكيم، فأوجب ضرورة التنفيذ العيني للالتزام؛ بحسبان إنه لا يجوز لطرفيه التحلل من هذا الالتزام، والانسحاب منه فوراً متى نشأ النزاع بينهما في اتخاذ إجراءات التحكيم إلا بأحد أمرين: الأول منهما صدور حكم حاسم في النزاع بينهما من قبل هيئة التحكيم المناط بها نظر النزاع، أم الأمر الثاني فيتمثل في اتفاقهما معاً إما على إنهاء خصومة التحكيم قبل صدور حكم فيها، أو تنازلهما معاً عن هذا الاتفاق صراحةً أو ضمناً، واللجوء إلى القضاء العام في الدولة صاحب الاختصاص الأصيل بنظر نزاعاتهم⁽²⁾.

(1) المحكمة العليا، قرار رقم (5)، في الطعن رقم 2003/172م، مجموعة الأحكام الصادرة عن دوائر المحكمة العليا "الدائرة التجارية"، ص 16.

(2) علي بن عبدالله بن محمد الهنائي، المرجع السابق، ص 15.

المطلب الثاني

الأثر السلبي لاتفاق التحكيم عدم الالتجاء إلى القضاء⁽¹⁾

كما يرتب اتفاق التحكيم أيضا أثرا سلبيا، يتمثل في سلب ولاية المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع، واستبعاد اختصاص المحاكم الوطنية بنظر المنازعة محل الاتفاق على التحكيم⁽²⁾.

وبناء عليه فلا غرو أن تقول المحكمة الدستورية العليا المصرية أن: "التحكيم يعتبر نظاما بديلا عن القضاء، فلا يجتمعان؛ لأن مقتضى الاتفاق عليه أن تعزل المحاكم عن نظر المسائل التي انصب عليها التحكيم استثناء من أصل خضوعها لولايتها.

⁽¹⁾ لايعني ذلك التنازل عن الحق في الالتجاء إلى القضاء، بقدر مايعني منح المحكم سلطة الفصل في النزاع محل الاتفاق، كبديل عن القضاء في هذا الخصوص. ولقد جاء حكم مركز القاهرة التحكيمي يؤكد هذا المعنى، فقضى بأن: "الفقه والقضاء قد استقرا على أن التحكيم هو اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا في النزاع دون المحكمة المختصة به... فالمحتكم لاينزل عن حماية القانون أو حقه في الالتجاء إلى القضاء، وإلا فإن المشرع لايعتد بهذا النزول ولايقره، لتعلقه بالنظام العام، وعليه فإن إرادة المحتكم في عقد التحكيم تقتصر على مجرد إحلال المحكم محل المحكمة في نظر النزاع. الدعوى التحكيمية رقم 173، لسنة 2000، جلسة 14/12/2000، مجلة التحكيم العربي، عدد 4، أغسطس 2001، ص 211.

⁽²⁾ حكم محكمة النقض بدولة الإمارات، طعن رقم 405 لسنة 2016، س 10 ق 10. أ، لسنة 2016، جلسة 21/6/2016، مكتب تنفيذي 10، ص 1070.

وقد رصد المشرع لاحترام هذا الاتفاق وسيلة تفرض مضمونه، وتلتزم الأطراف باحترامه، والاعتداد بالحكم الصادر فيه، هي الدفع بوجود اتفاق التحكيم.

وقد جاء حكم مركز القاهرة الإقليمي يؤيد هذا المعنى، فقد قضى في دعوى تحكيمية مقدمة أمامه بأن اتفاق التحكيم مؤداه حرمان الأطراف من الانتجاع إلى القضاء بصدد الخصومة التي اتفقوا فيها على التحكيم، وفضها بطريق التحكيم، والاعتداد بالحكم الصادر فيه⁽¹⁾.

وقد اعتبر المشرع الاتفاق على التحكيم مانعا من نظر الدعوى. وبناء عليه أوجب المشرع المصري والعماني في المادة 13 من قانون التحكيم، على المحكمة التي يرفع إليها نزاع بوجود بشأنه اتفاق تحكيم أن تقضي بعدم قبول الدعوى، شريطة أن يدفع المدعى عليه بذلك قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى.

وقد حكمت المحكمة الدستورية في مصر برفض دعوى طلب الحكم بعدم دستورية الفقرتين الأولى والثانية من المادة 13⁽²⁾، والفقرة الأولى من المادة 22 من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون

(1) الدعوى التحكيمية سألقة الذكر.

(2) تنص الفقرة الأولى والثانية من المادة (13) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994 على أنه: " (1) يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع بوجود بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى. (2) ولا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم".

رقم 27 لسنة 1994⁽¹⁾، وبمصادرة الكفالة وألزمت المدعية بالمصروفات ومبلغ مائتي جنيه مقابل أتعاب المحاماة عن الدعوى⁽²⁾.

وقد أكدت المحكمة في حكمها . آنف البيان . على أن الأصل في التحكيم هو عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتقويض منهما وفقاً لشروط يحددها ليفصل في النزاع بقرار يقطع دابر الخصومة ، بعد أن يدلى كل منهما بوجهة نظره من خلال ضمانات التقاضى الرئيسية ، وبذلك يكون التحكيم عملاً إرادياً ركيزته اتفاق خاص، مبناه اتجاه إرادة المحكمتين إلى ولوج هذا الطريق لفض الخصومات بدلاً من القضاء العادى ومقتضاه حجب المحاكم عن نظر المسائل التى يتناولها استثناء من أصل خضوعها لولايتها.

وهذا الالتزام الذى يربته اتفاق التحكيم في شقه السلبي، هو التزام إرادي، فإذا ما أخل أحد الطرفين به ورفع دعواه إلى القضاء كان للطرف الآخر أن يدفع هذه الدعوى بوجود الاتفاق على التحكيم . غير أن دور القضاء لا يستبعد بصفة نهائية في الخصومة التحكيمية، حيث تظل المحكمة مختصة بتقديم المعونة والمساعدة

(1) تنص الفقرة الأولى من المادة 22 على أنه: " (1) تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع ...".

(2) الدعوى رقم 66 لسنة 22 قضائية"دستورية، جلسة 2002/12/15. منشور بالجريدة الرسمية العدد 52 فى 2002/12/26 ص 249. والدعوى رقم 155 لسنة 20 قضائية، جلسة 2002/1/13 من موقع المحكمة الدستورية

للمحتكمين وهيئة التحكيم. من ذلك إيداع حكم التحكيم قلم كتاب المحكمة، من أجل تنفيذه و إماره بالصيغة التنفيذية (1).

وتجدر الإشارة إلى أن الشخص باتفاقه على التحكيم لاينزل عن حقه في الالتجاء إلى القضاء، أو حماية القانون، وإلا فإن المشرع لايعتد بهذا النزول ولايقره، إذ الحق في الالتجاء إلى القضاء هو من الحقوق التي تتعلق بالنظام العام، غاية الأمر أن اتفاق التحكيم يعطي للمحكم أو هيئة التحكيم الحق في الفصل في النزاع بدلا من المحكمة المختصة أصلا بنظره، أي أن إرادة المحتكم في عقد التحكيم تقتصر على مجرد إحلال المحكم محل المحكمة في نظر النزاع، بحيث إذا لم ينفذ عقد التحكيم لأي سبب من الأسباب عادت سلطة الحكم إلى المحكمة سيرتها الأولى (2).

كما أن اتفاق التحكيم لا يسلب اختصاص القضاء الوطني سلبا تاما، وإنما ترد عليه بعض الاستثناءات، إذ إن اللجوء إلى التحكيم لا يعني سلب اختصاص المحاكم سلبا تاما، فالتحكيم في بعض الأحيان يحتاج إلى مطالعة رأي المحاكم في مسائل محددة، وأحوال معينة، سواء عند بدء عملية التحكيم، أو في مرحلة

(1) أحمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، الأمر بتنفيذ أحكام المحكمين الوطنية و الأجنبية، دار الجامعية الجديدة، 2001، ص20 .

(2) إبراهيم صبري الأرنؤوط، شرط الكتابة والتحكيم الإلكتروني، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد التاسع والأربعون، ص147.

الإجراءات ، أو بعد صدور مرحلة الحكم المنهي للخصومة⁽¹⁾، فيبقى التحكيم خاضعاً لشكل أو آخر لرقابة القضاء من خلال تنفيذ اتفاق التحكيم أو حكم التحكيم أو التدخل للمساعدة في تشكيل هيئة التحكيم وتسيير إجراءات التحكيم. وعلى سبيل المثال لا يسلب التحكيم اختصاص القضاء الوطني بشأن الإجراءات المستعجلة⁽²⁾.

ويعود ذلك إلى أن نظام التحكيم ينبع أساساً من اتفاق الأطراف على إحالة ما ينشأ بينهم من منازعات إلى المحكمين، للفصل فيها بحكم نهائي، إلا أن المحكمين بطبيعة الحال ليسوا قضاة معينين من قبل الدولة ، فهم لا يستمدون ولايتهم واختصاصهم القضائي من القانون فحسب، وإنما هم ينطلقون في القيام بمهامهم من هذا الاتفاق، ولهذا يفتقدون إلى سلطة الأمر التي يحوزها القضاء العام في الدولة، ونظراً لذلك نجدهم دائماً بحاجة إلى مساندة القاضي الوطني المختص في تنفيذ مهامهم⁽³⁾.

⁽¹⁾ انظر في هذا المعنى : حفيظة الحداد ، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم ، المرجع السابق، ص 235 وما بعدها.

⁽²⁾ أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، ط 5، ص 134-135، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2001.

⁽³⁾ علي بن عبدالله بن محمد الهنائي، المرجع السابق، ص 21

وقد استقر قضاء المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة على جواز الطعن في الأحكام التي تصدر بالإحالة إلى التحكيم، أو رفضها استقلاً؛ لتعلق ذلك بالاختصاص الولائي⁽¹⁾.

وقد نعى الطاعن أمام محكمة النقض بدائرة القضاء بإمارة أبو ظبي على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون. وفي بيان ذلك قال: "إن الحكم انتهى في قضائه إلى إلغاء الحكم المستأنف وإحالة الدعوى إلى محكمة أول درجة للفصل في موضوعها بالمخالفة لنص المادة 5/203 من قانون الإجراءات المدنية التي عقد المشرع بموجبها الاختصاص بنظر النزاع لهيئة التحكيم، فينحسر بذلك الاختصاص عن القاضي الطبيعي؛ احتراماً لإرادة المتعاقدين واختصاراً لإجراءات التقاضي أمام المحاكم، كما أقام الحكم رابطة بين طلب فسخ أو بطلان العقد الأساسي وبين شرط التحكيم دون مسوغ من القانون، مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وقد رأت المحكمة أن هذا النعي صحيح؛ تأسيساً على الآتي: أن النص في المادة 203 من قانون الإجراءات المدنية على أنه: "يجوز للمتعاقدین بصفة عامة أن يشترطوا في العقد الأساسي أو باتفاق لاحق عرض ما قد ينشأ بينهم من النزاع في تنفيذ عقد معين على محكم أو أكثر كما يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بشروط خاصة. وفي الفقرة الخامسة من ذات المادة على أنه: "وإذا اتفق الخصوم

(1) الطعن رقم 193 لسنة 1919 ق.ع. نقض مدني، جلسة 1999/4/25، مجلة العدالة التي تصدرها وزارة العدل بدولة الإمارات العربية المتحدة، العدد 102، إبريل 2000، ص 66.

على التحكيم في نزاع ما فلا يجوز رفع الدعوى به أمام القضاء ومع ذلك إذا لجأ أحد الطرفين إلى رفع الدعوى دون اعتداد بشرط التحكيم ولم يعترض الطرف الآخر في الجلسة الأولى وجب نظر الدعوى واعتبر شرط التحكيم لاغياً".

واستخلصت المحكمة مما تقدم أنه: "يدل على أن الأصل هو أن الاتفاق على التحكيم . شرطاً كان أو مشاركة . في صدد نزاع معين يمنع المحكمة المختصة به أصلاً من نظره، وهذا هو الأثر السلبي لاتفاق التحكيم، وأن الاستثناء هو إمكان نظر ذات النزاع أمام القضاء ما لم يعترض الخصم في الجلسة الأولى منكرًا أي حق لخصمه في اللجوء إلى القضاء، ومن الأصول المقررة أن الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره⁽¹⁾".

(1) طعن رقم 458 لسنة 2009، س3 ق.أ، جلسة 2009/7/26. على الموقع

<https://www.adjd.gov.ae/AR/judgment>

المطلب الثالث

الدفع بوجود اتفاق التحكيم

تمهيد: سواء كان دفعا بعدم اختصاص المحكمة أو دفعا بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق التحكيم ، فإن الخصم يهدف من وراء هذا الدفع بوجود اتفاق تحكيم عدم فصل المحكمة فى الدعوى المرفوعة أمامها في هذا الخصوص، غير أنه فى حالة الدفع بعدم الاختصاص يستند إلى خروج النزاع عن حدود ولاية المحكمة . لأنها لا تختص به وإنما يدخل فى اختصاص محكمة أو جهة أخرى، وبالتالي فإن الخصم ينكر على المحكمة اختصاصها، أما الدفع بعدم قبول الدعوى، فإن الخصم يسلم باختصاص المحكمة ، ولكنه ينكر على خصمه الالتجاء إلى القضاء وطلب الحماية القضائية، لتخلف شرط من شروط قبول الدعوى.

ولاخلاف في الفقه والقضاء على أن المحكمة المختصة لا تملك الحكم بعدم القبول أو عدم الاختصاص من تلقاء نفسها، بل يجب أن يثار هذا الدفع من أحد الخصوم بوجود اتفاق التحكيم، ذلك أن سكوت المدعي عليه عن الدفع بالاتفاق عن التحكيم، واستمراره في الدعوى وتقديمه طلبات ودفع في الموضوع يعد بمثابة تنازل منه عن اتفاق التحكيم.

ولاخلاف أيضا على أن الدفع باتفاق التحكيم هو دفع شكلي، يجب أن يثار قبل الكلام في الموضوع، وإلا سقط الحق في إبدائه، حيث يعد السكوت عن إبداء هذا

الدفع في الوقت المحدد له بمثابة نزول ضمني عنه، حتى ولو وجد بالأوراق ما يجزم بوجود اتفاق على التحكيم، نظرا للطبيعة الاتفاقية التي يتسم بها اتفاق التحكيم⁽¹⁾.

ويترتب على هذا عدم تعلق هذا الدفع بالنظام العام، وهذا بدوره يترتب عليه:

1. وجوب إبداء هذا الدفع في الجلسة الأولى⁽²⁾. قبل الكلام في الموضوع أو إبداء دفع موضوعي أو دفع بعدم القبول. وهذا يعني جوب اتخاذ المتمسك به موقفاً

(1) أحمد شرف الدين، الرقابة القضائية على اتفاق التحكيم وأثاره في ضوء أحكام محكمة النقض، ص12، سميحة القليوبي، اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص70، طعن رقم167 لسنة31ق، جلسة 24 / 5 / 1996. مجموعة المكتب الفني، س17، ص1223.

(2) راجع في المقصود بالجلسة الأولى: أنها هي الجلسة التي يحضر فيها المدعى عليه أو ممثله لأول مرة أمام المحكمة فتكون هناك دعوى انعقدت الخصومة فيما بين الطرفين يتناضلان فيها بإبداء دفوعها ودفاعها، ولو كان المشرع يقصد غير ذلك لنص عليه صراحة كما فعل عندما أجاز للمستأنف عليه أن يرفع استئنافا فرعيا. فنص في المادة 164 من القانون سالف البيان على انه " يجوز للمستأنف عليه حتى تاريخ الجلسة الأولى للمرافعة أن يرفع استئنافا إما بالإجراءات المعتادة وإما بمذكرة مشتملة على أسباب استئنافه " حكم محكمة النقض بأبو ظبي، طعن رقم23 لسنة2016، س10ق.أ، لسنة2016، جلسة10 / 4 / 10، 2016، ص691.

كما قضت بأنه: "من المقرر في قضاء هذه المحكمة - أن النص في المادتين 55،50 من قانون الإجراءات المدنية يدل على أنه يجوز أن يوكل الخصم وكيلًا لينوب عنه في المثول أمام المحكمة وأن الغرض من تقديم الوكيل سند وكالته لا يعدو أن يكون مجرد إثباته لوكالته من موكله فحسب، فإذا سمحت له المحكمة بالمثول نيابة عن موكله على أن يقدم السند الرسمي الذي يثبت وكالته في جلسه لاحقه فإن تمثيله لموكله في الجلسة يكون صحيحا منتجا لكل آثاره وتعتبر تلك الجلسة هي الجلسة الأولى للخصم الذي حضر عنه، ولو لم يقدم سند وكالته عنه بل قدمه في جلسة تالية. طعن رقم23 لسنة2016، سابق الإشارة إليه.

إيجابياً بالاعتراض في الجلسة الأولى على لجوء خصمه للقضاء وإلا جاز نظر الدعوى⁽¹⁾.

والمقصود بالجلسة الأولى: الجلسة الأولى التي يمثل فيها المدعى عليه بشخصه أو بوكيل عنه لأول مرة أمام المحكمة ، فإذا لم يكن قد حضر أمام محكمة أول درجة بشخصه أو بوكيل عنه ،وجب عليه أن يتمسك في صحيفة الاستئناف بكافة الدفوع الشكلية التي يعيها على كافة الإجراءات أمام محكمة أول درجة ، وإلا سقط الحق في إبداء ما فاتته تضمينه صحيفة الاستئناف⁽²⁾.

(1) حكم محكمة النقض بابو ظبي، طعن رقم 380 لسنة 2016، س10 ق.أ، 2016، جلسة 6 / 6 / 2016، ص970.

(2) حكم محكمة النقض بابو ظبي، طعن رقم 380 لسنة 2016، س10 ق.أ، 2016، جلسة 6 / 6 / 2016، ص970. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأبو ظبي بأنه: "إذا كانت الشركة المطعون ضدها لم تمثل بأي من جلسات المرافعة ولم تقدم مذكرة بدفاعها أمام محكمة أول درجة أو لدى الخبرة المنتدبة لديها وقد صدر الحكم المستأنف بمثابة الحضورى بالنسبة لها بالزامها بأن تؤدي إلى الطاعنة مبلغ 7,033,350 درهم، وقد طعننت في ذلك الحكم بطريق الاستئناف وتمسكت بصحيفة الاستئناف وقبل إبداء أي دفاع موضوعي في الدعوى بعدم قبولها لوجود شرط التحكيم ضمن بنود العقد المبرم بينها والطاعنة، ومن ثم تكون قد تمسكت بهذا الدفع الشكلي قبل التعرض لموضوع النزاع، ولا يجدي الطاعنة دفاعها بسقوط الحق في إبداء هذا الدفع الشكلي لعدم إبدائه أمام محكمة أول درجة، التي لم يمثل المطعون ضدها لديها، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر، وأقام قضاءه بإلغاء الحكم المستأنف، وبعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم، على ما أورده بأسبابه من أن الحكم المستأنف قد صدر بمثابة الحضورى، وأن الفرصة الأولى للدفع بوجود شرط التحكيم تكون بصحيفة الدعوى، أو المذكرة الشارحة لأسباب الاستئناف، ومن ثم يكون رفع الدعوى مخالفاً لاتفاق طرفي النزاع بالإحالة إلى التحكيم، فإنه يكون قد صادف صحيح ويضحى النعي على غير سند خليفاً بالرفض. وحيث إنه ولما تقدم فإنه

وعلى ذلك: إذا اتفق الخصوم على التحكيم في نزاع ما فلا يجوز رفع الدعوى به أمام القضاء، ومع ذلك إذا لجأ أحد الطرفين إلى رفع الدعوى دون اعتداد بشرط التحكيم ولم يعترض الطرف الآخر في الجلسة الأولى، جاز نظر الدعوى واعتبر شرط التحكيم لاغياً، ويتعين على الطرف الذي يتمسك بمنع المحكمة من السير في الدعوى لوجود شرط التحكيم، أن يتخذ موقفاً إيجابياً بأن يعترض في الجلسة الأولى على لجوء خصمه إلى القضاء للمطالبة بما يدعيه من حق رغم الاتفاق على شرط التحكيم، فإن لم يدفع بذلك في الجلسة الأولى جاز نظر الدعوى⁽¹⁾.

ولاسبيل أمام المحكمة إذا ماتم الاعتراض في الجلسة الأولى لوجود شرط التحكيم، إلا أن تقضي بعدم قبول الدعوى⁽²⁾. فإذا حضر وكيل المطعون ضدها بالجلسة الأولى وطلب أجلاً لسند الوكالة والرد على الدعوى دون الدفع بشرط التحكيم، فإنه يعد تنازلاً منه عنه. ذلك أنه يجب على الطرف الآخر المتمسك بشرط التحكيم أن يتخذ موقفاً إيجابياً بأن يعترض في الجلسة الأولى على التجاء خصمه إلى القضاء للمطالبة بما يدعيه من حق برغم الاتفاق على التحكيم، فإن لم يحصل منه اعتراض في تلك الجلسة جاز نظر الدعوى، والمقصود من عبارة - جاز نظر

يتعين رفض الطعن. حكم محكمة النقض بأبو ظبي، طعن رقم 380 لسنة 2016، س10 ق.أ، 2016، جلسة 6 / 6 / 10، 2016، ص970.

(1) حكم محكمة النقض بأبو ظبي، طعن رقم 380 لسنة 2016، س10 ق.أ، 2016، جلسة 6 / 6 / 10، 2016، ص970.

(2) حكم محكمة النقض بأبو ظبي، طعن رقم 23 لسنة 2016، س10 ق.أ، لسنة 2016، جلسة 10 / 4 / 10، 2016، ص691.

الدعوى - أن نظر الدعوى أمام المحكمة يصبح صحيحا ولازما ويصبح شرط التحكيم لاغيا، أما اذا تم الاعتراض في تلك الجلسة فيتعين على المحكمة أن تقضي بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم إعمالا لاتفاق الخصوم على اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات بينهم⁽¹⁾.

2 . لايجوز للمحكمة أن تثير هذا الأمر من تلقاء نفسها،بل هي بحاجة إلى دفع به من صاحب المصلحة.3. يمكن التنازل عن إبداء هذا الدفع صراحة أو ضمنا، وذلك كله نظرا للطبيعة الاتفاقية التي يتسم بها اتفاق التحكيم. وقد يترتب على اتفاق التحكيم . كذلك . تطبيق إجراءات لدى نظر موضوع التحكيم،مغايرة لتلك التي يطبقها القضاء،يكون قد اختارها الطرفان أو هيئة التحكيم.

وعلى ذلك: فإن لجوء أحد الطرفين إلى القضاء دون الاعتداد بشرط التحكيم،وحضور الطرف الآخر دون الدفع بشرط التحكيم في الجلسة الأولى، مؤداه اعتبار شرط التحكيم لاغياً،وتمسكه به في جلسة لاحقه. لا أثر له⁽²⁾.

وقد أوضحت محكمة النقض المصرية طبيعة هذا الدفع بقولها: "شرط التحكيم . وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة . لايتعلق بالنظام العام، فلا يجوز للمحكمة أن

(1) حكم محكمة النقض بأبو ظبي، طعن رقم 23 لسنة 2016، س10 ق.أ، لسنة 2016، جلسة 10/4 /2016، ص691.

(2) حكم محكمة النقض بأبو ظبي، طعن رقم 23 لسنة 2016، س10 ق.أ، لسنة 2016، جلسة 10/4 /2016، ص691.

تقضي بإعماله من تلقاء نفسها، وإنما يتعين التمسك به أمامها، ويجوز النزول عنه صراحة أو ضمناً، ويسقط الحق فيه لو أثير متأخراً بعد الكلام في الموضوع⁽¹⁾.

وأكدت على ذلك في حديث قضائها بقولها: "النص في الفقرة الأولى من المادة 13 من القانون رقم 27 لسنة 1994 بإصدار قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية على أنه: "يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى". يدل على أن المشرع قد أبان بصريح العبارة بأنه إذا دفع المدعى عليه أمام المحكمة في نزاع رفع إليها، ويوجد بشأنه اتفاق تحكيم، يجب على المحكمة أن تجيبه إلى دفعه، وتحكم بعدم قبول الدعوى شريطة أن يكون قد أبدى هذا الدفع قبل إبدائه لأي طلب أو دفاع في الدعوى، لأن في إبدائه لأي طلب أو دفاع في الدعوى قبل دفعه بانعقاد الاختصاص لجهة التحكيم يدل على قبوله ضمناً لالتجاء خصمه لجهة القضاء العادي صاحبة الاختصاص الأصلي وتنازله ضمناً عن شرط الاتفاق على التحكيم⁽²⁾.

كما حكمت المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة بأنه: "...من المقرر أن شرط التحكيم لا يتعلق بالنظام العام ويجوز التنازل عن

(1) نقض مدني، طعن رقم 714 لسنة 47 ق، جلسة 1982/4/26. مكتب فني 33 ج 1 ق 80 ص 442.

(2) نقض مدني، الطعن رقم 110 لسنة 71 قضائية، جلسة 2003/1/9. على الموقع:

https://www.cc.gov.eg/civil_inquiry

التمسك به"، وقضت بأنه: "لما كان الثابت من الوقائع المدرجة بصحيفة الطعن يتبين اختيار الطاعنين طريق المخاصمة أمام القضاء دون التمسك بالتحكيم، فإن ما قضى به الحكم المطعون فيه من تفسير هذا الاختيار والقبول من الطرفين أنه تنازل ضمنى عن شرط التحكيم في محله، لأن شرط التحكيم ليس من النظام العام، الأطراف التي تبنته لا يقيد بها في التحلل منه صراحة أو ضمناً"⁽¹⁾.

وتلتزم المحكمة بإعمال هذا الاتفاق بأن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا قدم صاحب المصلحة امامها دفعا بوجود اتفاق التحكيم، فإذا خالفت هذا النظر كان منها خطأ منها في القانون و في تأويله وتفسيره بما يوجب نقضه⁽²⁾.

(1) حكم المحكمة الاتحادية العليا، طعن رقم 206، لسنة 11 ق، جلسة 26 / 12 / 1989، وحكمها في الطعن رقم 23، لسنة 2016، س 10 ق. أ 10 2016 10، جلسة 10 / 04 / 2016، س 10، ص 691. وقارب: حكمها، طعن رقم 23 لسنة 2016، س 10 ق. أ، لسنة 2016، جلسة 10 / 4 / 2016، ص 691.

(2) حكم محكمة النقض بأبو ظبي بأن: "وكيل المطعون ضدها الأولى عندما حضر بهذه الجلسة لم يتمسك بالدفع بشرط التحكيم بل التمس أجلا لسند الوكالة وللدرد على الدعوى واستجابت لطلبه فإنه يكون قد تنازل عنه، ولا يجديه التمسك به بعد ذلك في جلسة لاحقه. وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه على ما أورده بمدوناته من أنه " وكان الثابت من أوراق الدعوى أن محامى المستأنف فرعيا حضر لأول مرة بجلسة 25/1/2018 والتمس أجلا للإدلاء بسند الوكالة والررد، وبالجلسة 4/2/2015 قدم سند الوكالة ودفع بوجود شرط التحكيم، وأكد في مذكرته لذات الجلسة على الحكم بعدم قبول الدعوى لعدم اختصاص المحكمة لاتفاق الطرفين على التحكيم، فالمستأنف فرعيا لم تكن حاضرة فعلا أمام محكمة البداية بجلسة 25/1/2015 ولم تكن ممثلة تمثيلا قانونيا فيها، مادام المحامي الحاضر عنها قد طلب أجلا لتقديم سند الوكالة، فان جلسة المرافعة تكون هي الجلسة التي أثار فيها محامى المستأنفة (المدعى عليها ابتدائيا)

ومن المبادئ المستقرة فقها وقضاء أن التمسك بهذا الاتفاق كما يجوز أن يكون في صورة دعوى بطلب إعماله، يجوز أن يكون في صورة دفع من الطرف الذي يلجأ خصمه إلى القضاء لفض النزاع المرفوع بهذا الصدد⁽¹⁾.

وأخيراً فإنه من الجدير بالذكر أن الأخذ بشرط التحكيم وعقد الصلاحية لهيئة التحكيم مختارة للفصل في النزاع، لا يعني غل يد المحكمة كلية عن النزاع، بل تظل تقدم بعض خدمات لازمة لسير الإجراءات، أو لفعالية قرار التحكيم، وخاصة الإجراءات التحفظية على الأموال، وإجراءات تقييد حرية التنقل للأشخاص والتي لا يملكها سوى السلطة القضائية⁽²⁾.

وإذا كان تمسك أحد الخصوم أمام القضاء بوجود اتفاق التحكيم أمراً مسلماً به في الفقه، إلا أن تحديد طبيعة هذا الدفع قد أثارت الكثير من الجدل، حيث يرى جانب من الفقه أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم هو دفع بعدم القبول، بينما يرى جانب آخر أن هذا الدفع هو دفع بعدم الاختصاص، وهو ما نعالجه فيما يلي:

الدفع بعدم قبول الدعوى لاتفاق الطرفين على التحكيم، ويكون هذا الدفع المثار أثناءها مقبولاً. حكمها، طعن رقم 23 لسنة 2016، س 10 ق.أ، لسنة 2016، جلسة 10 / 4 / 2016، ص 691.

(1) ينظر: حكم محكمة استئناف أبو ظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة، جلسة 15/5/1988، مجلة العدالة التي تصدرها وزارة العدل بدولة الإمارات، العدد 59 يوليو 1989، ص 116.

(2) طعن بإعادة النظر، رقم 149 لسنة 1985، جلسة 10/8/1985، مجلة العدالة التي تصدرها وزارة العدل بدولة الإمارات، العدد 46، السنة الثالثة عشر، يناير 1986، ص 187.

الفرع الأول

الدفع بوجود اتفاق التحكيم هو دفع بعدم القبول

الدفع بعدم القبول هو وسيلة ينكر بها الخصم على خصمه حقه في رفع الدعوى⁽¹⁾. فهذا الدفع يوجه إلى الحق في الدعوى عن طريق التمسك بعدم توافر شرط من شروط قبول الدعوى سواء كانت شروطا عامة أو خاصة، إيجابية أو سلبية⁽²⁾. ويتميز هذا الدفع عن الدفع الموضوعية في أنه لا ينازع في الحق الموضوعي ولا يتعرض له، وحتى لو تعرض للموضوع، فإن ذلك يكون بصفة عرضية تحتمه طبيعة الفصل في هذا الدفع⁽³⁾ فهو يرمى إلى منع المحكمة من مناقشة موضوع القضية عن طريق الحكم بعدم قبولها لتخلف شرط من شروط قبولها.

كما يختلف عن الدفع الإجرائية في أنه لا يتعلق بإجراءات الخصومة. وباعتباره لا ينصب على موضوع الدعوى ولا يتسلط على إجراءاتها وإنما يتعلق بمسألة قبول الدعوى فهو يقف موقفا وسطا بين الدفع الإجرائية والدفع

(1) إبراهيم سعد ، القانون القضائي الخاص ، ج1 ، ص649 بند 259، منشأة المعارف بدون سنة للنشر.

(2) وجدى راغب وجدى راغب ، مبادئ القضاء المدني ، ص498، دار النهضة العربية 2001، أحمد أبو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ، ط 13، ص216 بند 204، منشأة المعارف 1980.

(3) نبيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني 1981 ص130.

الموضوعية. ومن أمثله: الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة أو على غير صفة، والدفع بعدم القبول لانتفاء المصلحة، والدفع بعدم قبول الطعن فى الحكم لرفعه بعد الميعاد القانونى.

ويخضع هذا الدفع لمجموعة من القواعد تميزه عن غيره من الدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية:

1- فمن ناحية يمكن إبداء الدفع بعدم القبول فى أى حالة كانت عليها الدعوى. وعلى ذلك تنص المادة 115 من قانون المرافعات المصرى على أن الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز إبدائه فى أية حالة تكون عليها. وهذا يعنى أن هذا الدفع لا يسقط بالكلام فى الموضوع، بل يمكن إبدائه فى أى حالة كانت عليها الإجراءات ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف⁽¹⁾.

كما أن الخصم لا يلتزم بإبداء الدفوع بعدم القبول معاً، ولا يتقيد بترتيب معين فيها، فهى فى هذه الناحية تشبه الدفوع الموضوعية، بل أن إبداء الدفع بعدم القبول طبقاً للمادة 108 مرافعات يؤدى إلى سقوط الحق فى إبداء الدفوع الإجرائية. على أنه يجب التنبيه إلى أن الدفع بعدم القبول الذى يبدى فى أى حالة تكون عليها الدعوى هو الدفع بعدم القبول الموضوعى، كالدفع بعدم القبول لانتفاء الصفة أو

(1) فتحى والى، الوسيط فى قانون القضاء المدنى، ص595 بند 287، دار النهضة العربية 1993، نقض 5/11/1978 مج الأحكام 29 ص1228، 12/5/1982 طعن رقم 2062 س51ق. 1- مجموعة الأحكام، س33، ج2، ص1116، ق202.

المصلحة، أما إذا تعلق هذا الدفع بما يسمى بعدم القبول الإجرائى مثل الدفع بعدم القبول لوجود شرط التحكيم فلا ينطبق حكم المادة 115 عليه⁽¹⁾.

ومن ناحية ثانية: يمكن للمحكمة - كقاعدة - أن تثير هذا الدفع من تلقاء نفسها: فحيث يتعلق سبب هذا الدفع بالنظام العام، يمكن للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها ، وذلك كالدفع بعدم القبول لانتفاء الصفة.

ومن التطبيقات التشريعية فى ذلك ما نصت عليه المادة 116 مرافعات من أن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها، وهو ذات الوضع فيما لو كان سبب عدم القبول يرجع إلى واقعة تتعلق بنشأة الحق الموضوعي، كما لو لم توجد قاعدة قانونية تحمى مصلحة من النوع الذى يتمسك به المدعى، كما لو كان يطالب بدين قمار أو كانت المصلحة التى يطالب بها اقتصادية بحتة، أما حيث يتعلق سبب هذا الدفع بمصلحة خاصة فليس للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها⁽²⁾، بل يجب على صاحب الشأن أن يتمسك به، وذلك مثل عدم قبول دعوى الدائن على الكفيل قبل رجوعه على المدين طبقاً للمادة 788 مدنى⁽³⁾.

(1) أحمد هندی ، أصول قانون المرافعات، ص483 بند 177. دار الجامعة الجديدة2002.

(2) فتحى والى، المرجع السابق، الإشارة السابقة.

(3) أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق، ص222 بند 207 ، أحمد هندی ، المرجع السابق، ص484 بند 177.

وفي خصوص الدفع بوجود اتفاق تحكيم، يرى بعض الفقه أن الوسيلة الفنية التي رصدها القانون لفرض مضمون هذا الاتفاق هي الدفع بعدم قبول الدعوى والاعتداد بشرط التحكيم، حيث يتنازل الأطراف باتفاقهم على التحكيم عن الالتجاء إلى القضاء، وبالتالي تقعد الدعوى شرطا من شروط قبولها، فاتفق التحكيم لا ينزع عن القضاء اختصاصه، وإنما يمنعه فقط من نظرها مادام شرط التحكيم قائما⁽¹⁾..

فالاتفاق على التحكيم لا ينزع الاختصاص من المحكمة، وإنما يمنعها فقط من سماع الدعوى، ما دام الشرط قائماً، وبالتالي يكون الدفع بالاعتداد بشرط التحكيم وفق رأي هذا الفقه من قبيل الدفع بعدم قبول الدعوى، لأن الخصم ينكر به سلطة خصمه في الالتجاء إلى القضاء العادي للذود عن حقه، وبالتالي يجوز التمسك بهذا الدفع في أية حالة تكون عليها الدعوى، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف⁽²⁾.

(1) أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، ط5، ص125 وما بعدها، منشأة المعارف، الاسكندرية 2001، نبيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، ط1، ص124، دار الجامعة الجديدة 2004.

(2) أحمد أبو الوفاء، التحكيم بالقضاء وبالصلح، ص ١٠٧ وما بعدها، ط ٢٠٠٧ م.

وهذا الدفع يعد بمثابة إنكار لسلطة الخصم فى الالتجاء إلى القضاء العادى،
فالتحكيم وإن كان لا ينزع الاختصاص من المحكمة، إلا أنه يعد مانعاً من سماع
الدعوى، ما دام شرط التحكيم قائماً⁽¹⁾.

على أنه يجب التنبيه إلى أن الدفع بعدم القبول الذى يبدى فى أى حالة تكون
عليها الدعوى هو الدفع بعدم القبول الموضوعى، كالدفع بعدم القبول لانتفاء الصفة
أو المصلحة، أما إذا تعلق هذا الدفع بما يسمى بعدم القبول الإجرائى مثل الدفع
بعدم القبول لوجود شرط التحكيم فلا ينطبق حكم المادة 115 عليه⁽²⁾.

وهذه هى مشكلة الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم، حيث جعله
القانون من الدفوع الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام، والتي تحكمها قاعدة وجوب
إبدائها فى مستهل الكلام قبل التكلم فى الموضوع أو إبداء دفع بعدم القبول⁽³⁾.

ويمكن تفسير هذه القاعدة فيما يتعلق بالدفع بعدم القبول لوجود شرط التحكيم
بتنازل صاحب المصلحة عن هذا الاتفاق، وارتضائه الفصل فى النزاع من جانب

(1) أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص125، محمود هاشم، قانون القضاء المدنى، ج2 ص 76
بند 60.

(2) فتحي والي، قانون التحكيم، المرجع السابق، ص183 وما بعدها، أحمد هندی، المرجع السابق،
ص483 بند 177.

(3) قارن: تمييز دبی، الطعن رقم293، جلسة10 / 11 / 1991، عدد2، ص486، طعن رقم337،
جلسة7 / 3 / 1992، عدد3، ص257، حيث اشترطت للتمسك بالدفع بوجود شرط التحكيم أن
يتمسك به صاحب المصلحة فى الجلسة الأولى، بمستوى أن يكون قد تكلم فى الموضوع أولاً.

القضاء المختص. كما أن الطرف الآخر الذي بادر برفع النزاع أمام القضاء يعد قد تنازل سلفاً عن هذا الاتفاق. وهو ما يعنى تنازل الاتنين عن اتفاق التحكيم.

ومن القوانين التي أخذت بهذا الاتجاه قانون التحكيم المصري والعماني، حيث نصت المادة 1/13 من هذين القانونين على أنه: "1. يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل لإبدائه أى طلب أو دفاع في الدعوى. 2. ولا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم".

وهذا هو بالضبط ما نصت عليه المادة 1/11 من نظام التحكيم السعودي . نصت على أنه: " يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد فى شأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم جواز نظر الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل أى طلب أو دفاع فى الدعوى".

كما نصت المادة 203 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي على أنه: " وإذا اتفق الخصوم على التحكيم في نزاع فلا يجوز رفع الدعوى به أمام القضاء ، ومع ذلك إذا لجأ أحد الطرفين إلى رفع الدعوى دون اعتداد بشرط التحكيم ولم يعترض عليه الطرف الآخر في الجلسة الأولى وجب نظر الدعوى واعتبر شرط التحكيم لاغياً".

ويتضح من نص المادة 203 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي . سالفه الذكر . أنها حددت وقت إبداء هذا الدفع بالجلسة الأولى، ولم تحدد بداية الكلام، مما يوهم بإمكانية إبدائه بعد الخوض في الموضوع، أو إبداء دفع موضوعي أو دفع بعدم القبول، والنص يحتمل هذا.

ولعل ماسبق الإشارة إليه في قانون الإجراءات المدنية الإماراتي قد جاء يطابق الترجمة التي عليها نص المادة 2/3 من اتفاقية نيويورك 1958، حيث تنص على أنه: " على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم، وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لأثر له أو غير قابل للتطبيق"، والمادة 8/1 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي "الاونسيترال" 1985، والتي تنص على أنه: " على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم أن تحيل الطرفين إلى التحكيم إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ بيانه الأول في موضوع النزاع، ما لم يتضح لها أن الاتفاق باطل ولاغ أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه"⁽¹⁾.

ومن ثم يجب إبداء الدفع بعدم القبول لوجود شرط التحكيم في بداية الكلام، قبل الدخول في الموضوع أو إبداء دفع بعدم القبول الموضوعي، وإلا سقط الحق في

(1) أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 132.

إبدائه واستقر الوضع صحيحا للمحكمة. فهو من هذه الناحية يشبه الدفوع الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام.

وعلى ذلك يعد شرط التحكيم لاغيا طالما لم يدفع به في الجلسة الأولى أثناء نظر الدعوى أمام المحكمة أول درجة، عملا بالمادة 5/203 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي. أما إذا تم الاعتراض في تلك الجلسة فيتعين على المحكمة أن تقضي بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم إعمالا لاتفاق الخصوم على اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات بينهم، والمقصود بالجلسة الأولى هي الجلسة التي يحضر فيها المدعي عليه أو ممثله لأول مرة أمام المحكمة، فتكون هناك دعوى انعقدت الخصومة فيها بين طرفيها يتناضلان فيها بإبداء دفوعهما ودفاعهما، ولو كان المشرع يقصد غير ذلك لنص عليه صراحة⁽¹⁾.

ويستوي في تحديد الجلسة الأولى على هذا النحو أن يكون الخصم قد عرض دفاعه في موضوع النزاع و لم يعرضه، ذلك أنه من المقرر وفق ما تنص عليه المادة 5/203 من قانون الإجراءات المدنية العماني، أنه يجب على الطرف المتمسك بشرط التحكيم أن يتخذ موقفا إيجابيا، بأن يعترض في الجلسة الأولى على التجاء خصمه إلى القضاء للمطالبة بما يدعيه من حق برغم الاتفاق على التحكيم، فإن لم يحصل منه اعتراض في تلك الجلسة فيتعين على المحكمة أن تقضي بعدم قبول

(1) الطعن رقم 23 لسنة 2016، س 10 ق. أ، سنة الطعن 2016، جلسة 10/04/2016، 10، سنة المكتب التنفيذي 10، ص 691.

الدعوى، لوجود شرط التحكيم، وإعمالاً لاتفاق الخصوم على اللجوء للتحكيم لفض المنازعات بينهم.

والمقصود بالجلسة الأولى هي الجلسة التي يحضر فيها المدعى عليه أو ممثله لأول مرة أمام المحكمة، بين طرفيها يتناضلان فيها بإبداء دفاعهما ودفعوعهما، ولا يغير من ذلك طلب الوكيل أجلاً لتحضير دفاعه، أو الجواب على الدعوى، أو التعقيب على مذكرة قدمها الخصم؛ إذ المعول عليه وجوب التمسك بشرط التحكيم في الجلسة الأولى التي

حضرها، سواء عرض الخصم دفاعه في موضوع النزاع أو لم يعرض له⁽¹⁾.

وتطبيقاً لهذا حكمت المحكمة الاتحادية العليا بأنه: "إذا لم يحصل اعتراض من صاحب المصلحة على رفع الدعوى أمام المحكمة، ويتمسك باتفاق التحكيم في الجلسة الأولى التي يحضر إليها هو أو وكيله، فإن الشرط يعتبر لاغياً، ويجوز للمحكمة أن تسير قدماً في نظر النزاع، ولا يؤثر في ذلك أن يكون وكيل المطعون ضده الأول قد طلب في تلك الجلسة التأجيل للجواب على الدعوى، ذلك أن المعول عليه في اعتبار شرط التحكيم لاغياً هو حصول الاعتراض أو عدم حصوله في الجلسة التي يحضر فيها المدعى عليه أو وكيله لأول مرة أمام المحكمة، بصرف

(1) الطعن رقم 348 لسنة 4 ق.أ، جلسة 10/28/2010 تجاري، الطعن رقم 141 لسنة 2007، س1، جلسة 2007/11/22، الطعن رقم 1240 لسنة 2010، تجاري، جلسة 2011/3/30، مجموعة أحكام ومبادئ السنة الخامسة، القاعد رقم 86، ص552.

النظر عن تعرض المدعي عليه لموضوع النزاع أو عدم تعرضه له، باعتبار أن نص المادة 203 هو نص خاص بإجراءات التحكيم، مما لا يجوز معه الالتجاء إلى الأحكام الخاصة بالدفع الواردة في الفصل الأول من الباب السادس من قانون الإجراءات المدنية، وقد جاء هذا النص واضحاً وجلياً ولا محل معه للخروج عليه وتأويله والبحث عن قصد المشرع⁽¹⁾.

وعلى ذلك إذا اتفق الخصوم على التحكيم في نزاع ما فلا يجوز رفع الدعوى به أمام القضاء. ومع ذلك إذا لجأ أحد الطرفين إلى رفع الدعوى دون اعتداد بشرط التحكيم، فإن على المحكمة أن تحكم بعد قبول الدعوى، حال اعتراض الطرف الآخر وإبدائه دفعا بعدم القبول لوجود شرط التحكيم.

ويثار تساؤل حول ما إذا لم يوجد اتفاق تحكيم في الأساس بين الأطراف، ورفعت الدعوى أمام المحكمين على الرغم من عدم صحة رفعها ابتداءً، وحضر أحد الخصوم أمام هيئة التحكيم دون أن يدفع بعدم وجود اتفاق التحكيم، فإن ذلك يعتبر تنازلاً منه عن التمسك بهذا الدفع، وبالتالي يسقط حقه في التمسك ببطلان الحكم أم لا.

في الواقع يرى بعض الفقه أن بدء إجراءات خصومة معينة بشأن عقد لم يتفق أطرافه على اللجوء إلى التحكيم، وحضر الطرفان أمام هيئة التحكيم دون أن يدفع

(1) حكم المحكمة الاتحادية العليا، طعن رقم 206 لسنة 11ق، جلسة 12/26/1989، ص 1012، وحكمها في الطعن رقم 5 لسنة 14ق، عدد 1، ص 14، ص 355.

أحدهما بعدم وجود اتفاق التحكيم، فإن حضوره وقيامه بمباشرة الإجراءات يشكل اتفاقاً ضمناً على التحكيم شرط أن يتم إثبات هذا الحضور وقيامه ومباشرة الإجراءات في محضر الجلسة أو في مذكرات متبادلة، وفي هذه الحالة يزول سبب البطلان⁽¹⁾.

ولن يكتمل الحل في وضع حد لاتفاق التحكيم وإلزام الأطراف به، إلا إذا جعل هذا الدفع متعلقاً بالنظام العام بما يمكن المحكمة على الأقل من إثارتها، وإعمال مضمونها من تلقاء نفسها وبدون حاجة لطلب أو دفع من صاحب المصلحة.

وقد وجهت انتقادات عديدة إلى هذا الاتجاه تتمثل في الآتي:

1 . أن القول بأن الدفع باتفاق التحكيم هو دفع بعدم القبول، لأن اتفاق الأطراف على التحكيم يعد تنازلاً عن حق الالتجاء إلى القضاء، وبالتالي فقدان الدعوى شرطاً من شروط قبولها هو قول تنقصه الدقة، وذلك لأنه يخلط بين حق الدعوى وهو حق يجوز التنازل عنه . وحق الالتجاء إلى القضاء . وهو حق عام لا يجوز التنازل عنه⁽²⁾.

ولاشك أن اتفاق التحكيم لا يعد تنازلاً عن حق الالتجاء إلى القضاء، وكل ما في الأمر أنه يعد اتفاقاً على فض منازعتهم بوسيلة أخرى. والدليل على ذلك أن

(1) فتحى والى، قانون التحكيم، المرجع السابق، ص 574.

(2) محمود محمد هاشم، اتفاق التحكيم وأثره على سلطة القضاء في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، ص 168، دار الفكر العربى، 1985.

الخصوم قد يلجأون إلى القضاء في حالة تعذر إجراء التحكيم، ولو كان اتفاق التحكيم يعد بمثابة تنازل عن الالتجاء إلى القضاء ما كان باستطاعتهم ذلك وكان على المحكمة أن تقضى بعدم قبول التنازل إليهم⁽¹⁾.

2 . يترتب على تخلف شرط من شروط قبول الدعوى عدم قبولها أمام سائر المحاكم، والأمر غير ذلك عند وجود اتفاق تحكيم، إذ أن هذا الاتفاق يترتب فقط عدم اختصاص المحاكم العادية، لأنها غير ذات ولاية مادام شرط التحكيم قائماً وصحيحاً⁽²⁾.

3 . أن الدفع بعد القبول يجوز إبدائه في أي حالة تكون عليها الدعوى، وهذا على خلاف الدفع بوجود اتفاق التحكيم، والذي يجب التمسك به قبل الكلام في الموضوع، وإلا سقط الحق فيه.

(1) محمود محمد هاشم، المرجع السابق، ص 167، عاطف بيومي، الاختصاص بالتحكيم في عقود التجارة الدولية، ص 423، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، 2001.

(2) سعد أبو السعود، الدفع بالتحكيم، مجلة المحاماة المصرية، العدد الثامن السنة الحادية والأربعون، ص 1324.

الفرع الثاني

الدفع بوجود اتفاق التحكيم هو دفع بعدم الاختصاص

يرى هذا الرأي أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم هو دفع شكلي بعدم الاختصاص

وفي هذا الخصوص يقصد بالدفع الشكلى أو الإجراءي⁽¹⁾: الدفع الذى يتعلق بإجراءات الخصومة ويهدف إلى استصدار حكم ينهى الخصومة دون الفصل فى موضوعها أو يؤدى إلى تأخير الفصل فيه⁽²⁾. ومن أمثلة الدفوع الشكلية: الدفع بعدم الاختصاص والدفع بالإحالة والدفع بالبطلان وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات "م108مرافعات".

وتخضع الدفوع الإجراءية لعدة قواعد: 1- فمن ناحية: يجب إبداء الدفوع الإجراءية فى بدء النزاع قبل الكلام فى الموضوع أو الدفع بعدم القبول، وقد أكدت هذه القاعدة المادة 1/108مرافعات مصري.

ويترتب على عدم مراعاة ذلك سقوط الحق فى إبداء الدفع الإجراءي. والحكمة من ذلك تكمن فى توفير الوقت والجهد والنفقات، إذ أن إتاحة الفرصة للخصوم

(1) يفضل بعض الفقه استعمال تعبير الدفوع الإجراءية عن تعبير الدفوع الشكلية وإن كان هو السائد فقها وعملا، إذ أن بعض هذه الدفوع لا تتعلق بالشكل كالدفع ببطلان الإجراء لتخلف أهلية التقاضى. وقد استخدمت المادة 1/108 مرافعات تعبير الدفوع الإجراءية دون الشكلية. وجدى راغب، مبادئ القضاء المدني، المرجع السابق، ص494 هامش1.

(2) وجدى راغب، المرجع السابق، ص494. فتحي، الوسيط، والى ص486 بند 284.

لإبداء دفعهم الإجرائية فى أية حالة كانت عليها الخصومة يحمل الخصم على الانتظار إلى قرب نهاية الإجراءات للتمسك بالدفع الشكلى، مما يؤدى إلى إضاعة الوقت والجهد والنفقات دون مبرر⁽¹⁾ .

ويمكن تأسيس ذلك على تنازل صاحب المصلحة عما لم يبد من الدفع الإجرائية⁽²⁾. غير أنه يحد من هذه القاعدة ما إذا كان الدفع الإجرائى متعلقا بالنظام العام، فيمكن إبداءه فى أى حالة كانت عليها الإجراءات. وذلك كالدفع بعدم الاختصاص الوظيفى أو النوعى أو القيمى.

على أنه يعد كلاما فى الموضوع - يسقط معه إبداء الدفع الإجرائى - إبداء المدعى عليه لدفع أو دفاع موضوعى أو أى طلب يتعلق بالموضوع أو أدلة الموضوع، كطلب إحالة الدعوى للتحقيق أو لسماع شهود أو طلب الحكم بتزوير السند المقدم من المدعى، ولا يعد كلاماً فى الموضوع طلب التأجيل ما لم يكن متعلقا بالموضوع⁽³⁾.

2- ومن ناحية ثانية: يجب إبداء جميع الدفع الإجرائية معا وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها "م1/108" وبناءً على ذلك لا يستطيع المدعى أن يبدى دفعا بالبطلان لعيب شكلى "كبطلان صحيفة الدعوى" فى جلسة أو فى مذكرة ثم يبدى

(1) فتحى والى، الوسيط، ص487 بند 284.

(2) أحمد أبو الوفا ص213 بند 203، فتحى والى، الوسيط، الإشارة السابقة.

(3) وجدى راغب، القضاء المدنى، ص495، فتحى والى، الوسيط، ص478 وما بعدها بند 284.

دفعًا آخر في جلسة أخرى أو في مذكرة أخرى، بل يجب إبداء جميع الدفوع الإجرائية في جلسة واحدة أو مذكرة واحدة.

وتجدر الإشارة إلى أن الالتزام بإبداء الدفوع الإجرائية معاً حتى ولو لم يكن الخصم قد تكلم في الموضوع. والحكمة من هذه القاعدة هي تقادى تعطيل الفصل في القضية بسبب إبداء دفوع شكلية متتالية في مناسبات متعددة⁽¹⁾. كذلك يجب إبداء الدفوع الإجرائية المتعلقة بالطعن في صحيفة الطعن وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها.

ويجد من إطلاق هذه القاعدة ما إذا كان الدفع الإجرائي متعلقاً بالنظام العام، فيمكن إبداءه في أي حالة كانت عليها الدعوى، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف⁽²⁾. وهو ذات الوضع فيما لو نشأ سبب الدفع الإجرائي بعد الكلام في الموضوع أو بعد تقديم الدفوع الأخرى أو تقديم صحيفة الطعن إذ يعد المدعى عليه معذوراً في ذلك، غير أنه يجب التمسك بهذا الدفع فور قيام سببه⁽³⁾.

(1) رمزي سيف، ص 379.

(2) ومن الأمثلة على ذلك الدفع بعدم الاختصاص النوعي أو القيمي أو الوظيفي. فالدفع في هذه الحالة يتعلق بعيب في الولاية أو في الاختصاص أو في الإجراءات، ويجب على القاضى أن يثيره من تلقاء نفسه، فلا يعدو أن يكون تمسك المدعى عليه بهذا العيب أن يكون تنبيهها للقاضى للقيام بواجبه، ومن هنا يمكن تبرير استثناء هذه الحالة من القواعد العامة. فتحى والى، الوسيط، ص 490 بند 284.

(3) فتحى والى، الوسيط، ص 490 بند 285، أحمد هندی ص 477 بند 175.

وإعمالاً للقواعد السابقة يرى بعض الفقه⁽¹⁾. أن أن المشرع لم يحالفه التوفيق في تكييف هذا الدفع على أنه دفع بعدم القبول، إذ يعد هذا الدفع في حقيقته دفعا بعدم الاختصاص. وذلك لأن وجود اتفاق التحكيم بين الخصوم ينزع الاختصاص عن قضاء الدولة ويدخله في اختصاص هيئة التحكيم.

وقد قضت محكمة النقض بدائرة القضاء بإمارة أبو ظبي بقولها: "من المقرر أن الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم ليس دفعا موضوعيا، وإنما هو من دفع شكلي من قبيل الدفع بعدم الاختصاص، لأن المقصود منه هو إنكار اختصاص المحاكم بنظر الدعوى لخروجها عن ولايتها".

وكانت محكمة أول درجة قد قضت بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم، وتأييد الحكم في الاستئناف، وطعن في هذا الحكم بطريق النقض، وقضت محكمة النقض بأنه يترتب على بطلان العقد بطلان الشرط الوارد به شرط التحكيم تبعا لذلك، ويبقى الاختصاص في بطلان العقد معقودا للقضاء صاحب الولاية العامة في الفصل في النزاع. وحكمت المحكمة بنقض الحكم المطعون فيه، وأحالت الدعوى إلى محكمة الاستئناف للفصل فيها، وإذ قضى الحكم المطعون فيه بإلغاء حكم محكمة أول درجة الذي سبق أن قضى بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم، وباختصاص المحكمة بنظر الدعوى فكان عليه ألا يتصدى لنظر الموضوع

(1) محمود محمد هاشم، اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 169، ياسر عبد السلام منصور، وسائل تحديد القواعد المنظمة لإجراءات التحكيم التي أغفلها القانون، ص 32، مجلة التحكيم العربي، العدد الرابع عشر، قانون التنفيذ الجبري، نجيب احمد عبدالله الجبلي ص 129، ط 2003-2004م.

وأن يعيد الدعوى إلى محكمة أول درجة للفصل في موضوعها احتراماً لمبدأ التقاضي على درجتين باعتبار أنها لم تستنفد ولايتها في الموضوع، وإذ تصدت محكمة الاستئناف للموضوع وقضت ببطلان الاتفاقية المؤرخة 1999/1/17 والمبرمة بين الطاعة والمطعون ضدها، فإنها تكون فوتت إحدى درجات التقاضي على الخصوم، مع أن مبدأ التقاضي على درجتين من المبادئ الأساسية للنظام القضائي التي لا يجوز للمحكمة مخالفتها، ولا يجوز للخصوم النزول عنه. ومن ثم يكون حكمها قد خالف القانون. وأخطأ في تطبيقه بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن⁽¹⁾. كما تبسط المحكمة المختصة بشئون التحكيم . والتي سبق لنا تحديدها . رقابتها على وجود اتفاق التحكيم من عدمه، ومدى صحته، وهي بصدد إصدار الأمر بتنفيذ الحكم من جهة، وعند نظرها دعوى بطلان حكم التحكيم من جهة أخرى.

وقد أوضحت محكمة النقض بدائرة القضاء بإمارة أبو ظبي أنه من المقرر أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في فهم الواقع في الدعوى وفي تقدير الأدلة وفي تفسير العقود والاتفاقات وسائر المحررات بما تراه أوفى إلى نية عاقيدها وأوفى إلى مقصودهم، مستهدية بوقائع الدعوى وظروفها، ودون رقابة لمحكمة النقض عليها،

(1) الطعن رقم 89 لسنة 2008، س2ق أ، جلسة 2008/5/29. موقع المحكمة <https://www.adjd.gov.ae/AR/judgments>، وقارب: حكم محكمة النقض بابو ظبي، طعن رقم 380 لسنة 2016، س10ق.أ، 2016، جلسة 6 / 6 / 10، 2016، ص970.

وذلك مادام إنها اقامت قضائها على أسباب سائغة مقبولة، وتكفي لحمله. وبناء عليه خلصت إلى أنه:" لما كانت محكمة الموضوع قد انتهت في قضائها إلى أن الطاعنة ماهي إلا وكيل خدمات محلي للمطعون ضدها وليست وكيلة تجاريا، وكان الثابت أن الطرفين قد اتفقا على شرط التحكيم بالاتفاقية المؤرخة 2003/10/13، ومن ثم فإنه يعتد بشرط التحكيم ، وينعقد الاختصاص لهيئة التحكيم،وقضت بعدم قبول الدعوى،وإذ كان هذا الذي خلصت إليه اتفاقية محل النزاع،ومؤيدا إلى النتيجة التي قضي بها من أن حقيقة الاتفاقية ان الطاعنة وكيل خدمات محلي،وليس اتفاقية وكالة تجارية، ومن ثم فإن النعي على الحكم المطعون فيه بما سلف لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا فيما تستقل محكمة الموضوع بتقديره من أدلة الدعوى ، وبالتالي فهو غير مقبول⁽¹⁾.

ويترتب على اعتبار الدفع بوجود اتفاق تحكيم دفع بعدم الاختصاص انسحاب أحكام هذا الدفع المقررة في القوانين الإجرائية عليه،فيجب إبداء هذا الدفع قبل الكلام في الموضوع،وإلا سقط الحق فيه.

وقد نصت العديد من التشريعات العربية على هذا صراحة،ومن ذلك قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1993، نصت المادة 19 منه على أنه:" إذا رفع أمام المحكمة نزاع منشور أمام هيئة التحكيم بموجب اتفاقية تحكيم فعليها التصريح بعدم

(1)الطعن رقم 875 لسنة 2009،س3ق أ ،جلسة 2009/9/10. موقع المحكمة
<https://www.adjd.gov.ae/AR/judgments>

اختصاصها بطلب من أحد الأطراف. وإذا لم يسبق لهيئة التحكيم أن تعهدت بالنزاع فعلى المحكمة أيضا التصريح من تلقاء نفسها بعدم الاختصاص..."

وقانون التحكيم الموريتاني، حيث نصت المادة 19 منه على أنه: "إذا رفع أمام محكمة قضائية نزاع منشور أمام هيئة تحكيم بموجب عقد تحكيم، فعلى المحكمة القضائية التصريح بعدم اختصاصها بناء على طلب أحد الأطراف". وإذا لم يسبق لهيئة التحكيم أن تعهدت بالنزاع، فعلى المحكمة كذلك التصريح بعدم اختصاصها مالم يكن اتفاق التحكيم واضح البطلان، وفي كلتا الحالتين لايجوز للمحكمة من تلقاء نفسها إثارة عدم الاختصاص".

وقانون التحكيم الكويتي رقم 38 لسنة 1980، حيث نصت المادة 5/193 على أنه: "...ولا تختص المحاكم بنظر المنازعات التي اتفق على التحكيم في شأنها ويجوز التنازل عن الدفع بعدم الاختصاص صراحة أو ضمنا". وتطبيقا لهذا: قرر القضاء الكويتي أن اتفاق الأفراد على طرح الخلاف على جهات التحكيم، وإن كانت أجنبية لا ينزع منها الاختصاص، إنما يمنعها فقط من سماع الدعوى، مادام الشرط قائما⁽¹⁾.

(1) فاطمة خالد المحسن، المنازعات النفطية بين القضاء والتحكيم، مجلة التحكيم والقانون الخليجي، ص 39، يصدرها مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، العدد التاسع والعشرون - يناير 2016 - ربيع الثاني 1436.

وقانون التحكيم اليمني، حيث نصت المادة 2/19 منه على أنه: "إذا تابع الطرفان إجراءات التقاضي أمام المحكمة فيعتبر اتفاق التحكيم كأن لم يكن . فمتابعة الطرفين لإجراءات التقاضي أمام المحكمة من خلال تقديم أحد الاطراف دعوى ضد الطرف الاخر، ورد الطرف الاخر عليها بالإنكار أو بدفع بعدم القبول أو بدفع بالتقادم أو باي دفع شكلي أو موضوعي آخر يعد تنازلاً ضمناً من المدعى عليه عن اتفاق التحكيم، وموافقة على اختصاص المحكمة في نظر النزاع⁽¹⁾.

وقانون المرافعات الفرنسي نص صراحة على في المادة 1448 على اعتبار الدفع بالتحكيم دفع بعدم الاختصاص. حيث نصت على أنه: "عندما يعرض على قضاء الدولة نزاع ناشئ أبرم بصدده اتفاق تحكيم، فإن المحكمة تحكم بعدم اختصاصها بنظر النزاع، في حالة رفع النزاع أمام هيئة التحكيم، ما لم يكن اتفاق التحكيم باطلاً أو غير قابل للتطبيق بشكل واضح. ولا يمكن للمحكمة . في هذه الحالة . أن تثير مسألة الاختصاص من تلقاء نفسها⁽²⁾.

(1) نجيب احمد عبدالله الجبلي ،قانون التنفيذ الجبري، المرجع السابق ،ص129.

(2) يجري نص هذه المادة في الصيغة التالية:

"Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable. La juridiction de l'Etat ne peut relever d'office son incompétence.

وقد تعرض هذا الاتجاه أيضا للعديد من الانتقادات منها:1. أن اتفاق التحكيم بشأن نزاع معين لاينزع الاختصاص عن المحكمة، وإنما يمنعها فقط من سماع الدعوى لوجود شرط التحكيم، كما أن وجود شرط التحكيم لايجب الاختصاص عن المحكمة بصورة كلية، إذ أنه رغم وجود هذا الشرط تختص المحكمة بتقديم يد العون لهيئة التحكيم في المسائل المتصلة بالنزاع محل الاتفاق⁽¹⁾.

2. ينشئ اتفاق التحكيم التزاما سلبيا متبادلا على عاتق كل من طرفيه بالامتناع عن اللجوء إلى القضاء للفصل في النزاع المحكم فيه. وهذا الالتزام هو التزام إرادي، فإذا ما أدخل أحد الطرفين به ورفع دعواه إلى القضاء كان للطرف الآخر أن يدفع هذه الدعوى بوجود الاتفاق على التحكيم. غير أن دور القضاء لا يستبعد بصفة نهائية في الخصومة التحكيمية، حيث تظل المحكمة مختصة لتقديم للخصوم المحكّمين أحكاما يتطلبها الفصل في النزاع لسير الإجراءات القانونية، من ذلك إيداع حكم التحكيم قلم كتاب المحكمة . من أجل تنفيذه و إماره بالصيغة التنفيذية. فاتفاق التحكيم يترتب عليه عدم جواز رفع الدعوى أمام المحكمة، كما يتعين على المحكمة المختصة بنظر النزاع أن تحكم بعدم قبول الدعوى⁽²⁾.

(1) أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، ط2، ص129، منشأة المعارف، الاسكندرية1974.

(2) أحمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين ، المرجع السابق، ص20 .

3 . الدفع بوجود اتفاق تحكيم ليس دفعا بعدم الاختصاص، لأنه غير متعلق بالاختصاص الولائي أو النوعي أو المحلي، فهو لا يدخل ضمن أنواع الاختصاص المعروفة في قانون الإجراءات المدنية والتجارية⁽¹⁾.

(1) أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم، المرجع السابق، ص129.

الفرع الثالث

رأينا فى الموضوع

والواقع أنه من خلال العرض السابق للقواعد التي تحكم الدفع بعدم الاختصاص أو بعدم القبول يبدو جليا أن الدفع بوجود اتفاق تحكيم لايندرج ضمن القواعد التي تحكم كلا الدفعين، فلا يمكن اعتباره دفعا بعدم القبول كما ذهب الرأي الأول، وذلك لأن الدفع بعدم القبول يجوز إبدائه فى أى حالة كانت عليها الدعوى، فى حين أن الدفع بوجود اتفاق تحكيم ينبغى التمسك به قبل الكلام فى الموضوع.

كما أن الدفع بعدم القبول يستند إلى تخلف شرط من شروط قبول الدعوى، وهذا قد لايتحقق فى الخصم الذى يذهب إلى القضاء، فقد تتوافر شروط قبول الدعوى فى هذا الخصم رغم وجود اتفاق التحكيم، فقد تكون له مصلحة قانونية شخصية ولم تسقط دعواه ولم يسبق الفصل فيها، فكيف يمكن القول هنا بأن هذا الدفع بوجود اتفاق تحكيم هو دفع بعدم القبول⁽¹⁾.

وكذلك لايمكن اعتبار الدفع بوجود اتفاق تحكيم دفعا بعدم الاختصاص كما ذهب إلى ذلك الرأي الثانى، لأن القول بذلك يؤدي إلى امتناع الخصوم أو هيئة التحكيم عن العودة إلى المحكمة، وهذا يخالف قانون التحكيم الذى أجاز للخصوم اللجوء إلى المحكمة لطلب اتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية أو طلب تعيين محكم، وأجاز لهيئة التحكيم اللجوء إلى المحكمة لإجبار الشاهد على الحضور أمامها

(1) على سالم، ولاية القضاء على التحكيم، ص198، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، 1997.

وغير ذلك من أوجه الرقابة والمساعدة⁽¹⁾، كما أنه لا يدخل ضمن أنواع الاختصاص المعروفة.

وهذا الخلاف حول طبيعة هذا الدفع قد دفع بعض التشريعات العربية إلى الخلط بينهما، فالمشرع العماني . على سبيل المثال . قد اعتبر الدفع بوجود اتفاق التحكيم دفعا بعدم القبول، إلا أنه لم يرتب تطبيق الأحكام الخاصة بهذا الدفع عليه، حيث استلزم التمسك بالدفع بوجود اتفاق تحكيم من قبل الخصم قبل الكلام في الموضوع، وهذا ليس من خصائص الدفع بعدم القبول، إنما هو من قبيل أحكام الدفع بعدم الاختصاص؛ ذلك أن الدفع بعدم القبول يجوز التمسك به في أى مرحلة من مراحل الدعوى، كما يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها⁽²⁾.

ولعل الانتقادات التي وجهت إلى الرأيين السابقين هي التي دفعت بعض المشرعين إلى إعادة النظر في تحديد طبيعة الدفع بوجود اتفاق تحكيم. فالمشرع الأردني في قانون التحكيم الصادر عام 1997 كان يعتبر الدفع بوجود اتفاق التحكيم هو دفع بعدم القبول، قد عدل عن موقفه في قانون التحكيم الصادر عام 2001، فنص في المادة 12/أعلى أنه: "على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم برد الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل الدخول في أساس الدعوى...".

(1) عاطف بيومي، الاختصاص بالتحكيم، المرجع السابق، ص 423.

(2) فتحي والى، الوسيط، ص 490 بند 285، أحمد هندي، المرجع السابق، ص 477 بند 175.

ومما تجدر ملاحظته أن اتفاق الأشخاص على التحكيم لا يبعده عن حماية القانون، ولا عن حقه في اللجوء إلى القضاء، باعتباره حقا من الحقوق التي تتعلق بالنظام العام، ولكن بالاتفاق على التحكيم يمنح المحكم سلطة الحكم في النزاع بدلا من المحكمة المختصة بنظر النزاع بحيث إذا لم ينفذ اتفاق التحكيم لأي سبب عادت سلطة الحكم إلى المحكمة سيرتها الأولى مرة أخرى.

ولذلك . وانطلاقا من هذه الأحكام الخاصة . يمكن القول بأن الدفع بوجود اتفاق تحكيم، هو دفع لا يندرج ضمن الدفوع بعدم القبول أو عدم الاختصاص، لأن هذه التسمية لن تكون مطابقة لأحكام أي من الدفعين، وليس هناك ما يمنع من إضافة دفع جديد إلى الدفوع الواردة في قانون الإجراءات المدنية والتجارية، وهذا الدفع يفضل أن يسمى الدفع بوجود اتفاق تحكيم⁽¹⁾.

ومنعا للخلاف حول طبيعة هذا الدفع، فإنه ينبغي على المشرع التدخل بنص صريح لإدراج هذا الدفع ضمن الدفوع القانونية المعروفة وانطباق أحكامها عليه صراحة منعا للالتباس. ويفضل في هذا الخصوص إدراج هذا الدفع ضمن الدفوع الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام، بحسبان أنه يحمي مصلحة خاصة، وتمكين صاحب المصلحة من إبداء هذا الدفع في بداية الكلام، شأنه في ذلك شأن الدفوع الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام، اعتدادا بإرادة الخصوم واتفاقهم على اللجوء

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 286.

إلى التحكيم كطريق بديل عن القضاء. وأُقتِرح إضافته للدفع التي عدتها
المادة 108 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

المبحث الثالث

العيوب التي تلحق اتفاق التحكيم

"انعدام اتفاق التحكيم و بطلانه وسقوطه وتجاوز هيئة التحكيم لحدوده"

تمهيد وتقسيم: نصت المادة 53 من قانون التحكيم المصري والعماني ،وهي بصدد تعدادها للحالات التي يمكن فيها رفع دعوى بطلان حكم التحكيم، على أنه: "لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية: أ. إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو قابلاً للإبطال أو سقط بانتهاء مدته". كما أن هيئة التحكيم قد تتخطى وتتجاوز حدود مهمتها المقررة لها بموجب اتفاق التحكيم. فقد تفصل في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم، أو قد تتجاوز الشروط الواردة في اتفاق التحكيم. م/53/و.

ويلاحظ أن هذا النص قد جاء بأربعة أسباب لرفع دعوى بطلان حكم التحكيم، وهي 1. انعدام اتفاق التحكيم "عدم وجود اتفاق تحكيم" . 2. بطلان اتفاق التحكيم. 3. سقوط الاتفاق بانتهاء مدته. ونعالج هذه المسائل ،بالإضافة إلى تجاوز هيئة التحكيم لحدوده، والرقابة القضائية على اتفاق التحكيم، فيما يلي:

المطلب الأول

انعدام اتفاق التحكيم

لما كان وجود اتفاق التحكيم هو الأساس في اللجوء إلى التحكيم، فإن أي حكم تحكيم يصدر بدون وجود هذا الاتفاق يعد حكماً منعدماً. ويعد هذا فرضاً نادراً، لكنه ليس مستحيل الوقوع. وتفترض هذه الحالة أن أحد الخصوم لجأ إلى التحكيم رغم عدم وجود اتفاق بينه وبين خصمه على فض النزاع عن طريق التحكيم، فقد تتحقق بعض الظروف التي تجعل أحد الخصوم يعتقد بوجود اتفاق تحكيم بشأن نزاع معين، أو يتمسك أحد الأطراف بشرط التحكيم الوارد في عقد معين قبل أن يوقع الطرف الآخر عليه⁽¹⁾، كما هو الحال إذا كان بين الخصوم عدة عقود وكان بعضها يتضمن اتفاق تحكيم، ويلجأ أحد الخصوم إلى التحكيم بشأن عقد لا يتضمن شرط التحكيم اعتقاداً منه أن شرط التحكيم الوارد في العقود الأخرى يمتد إلى هذا العقد، وفي هذه الحالة إذا كانت شروط الامتداد غير متوافرة، فإن حكم التحكيم الصادر بهذا الخصوص يعد حكماً باطلاً لصدوره دون وجود اتفاق بين الأطراف على التحكيم⁽²⁾. وأن تتم الإحالة إلى ورقة أو وثيقة لا تتضمن شرط التحكيم أصلاً. أو أن إرادة أحد أطراف الاتفاق لم توافق إرادة الطرف الآخر، كما لو قوبل الإيجاب من طرف برفض صريح أو ضمني من الطرف الآخر، حيث يجب أن

(1) عيد محمد القصاص، حكم التحكيم، دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري والمقارن، ص 374، دار النهضة العربية 2003.

(2) فتحي والي، قانون التحكيم المرجع السابق، ص 574.

تكون الإرادة واضحة وصريحة في الدلالة على رغبة الطرفين في الالتجاء إلى التحكيم.

وكذلك الأمر يكون اتفاق التحكيم غير موجود، ومن ثم الحكم الصادر بناء على ذلك ، فيما لو كان بين الخصوم خطابات متبادلة أو خطابات نوايا، واعتقد أحدهم . على غير الحقيقة . أنها تشكل اتفاق تحكيم في حين أن المدعى عليه يعتبر أن هذه الأوراق تمثل مجرد مفاوضات بشأن إبرام العقد الأصلي، ولا تصل إلى اتفاق تحكيم ملزم⁽¹⁾. أو كانت صيغة الاتفاق تثير الشك حول حقيقة إرادة الطرفين، ونظرا لوجود هذا الشك، ولما كان القضاء هو الأصل، فإنه يجب تغليب الأصل على الاستثناء⁽²⁾.

أو يوجه أحد الأطراف إلى الآخر ايجابا دون أن يصادف قبولا صريحا من الطرف الآخر. وفي هذا الخصوص يثار تساؤل حول ما إذا عرض أحد الأطراف على الآخر شرطا يعرض فيه فض المنازعات فيما بينهما عن طريق التحكيم، بينما لم يتلق ردا من الطرف الآخر، فهل يعد السكوت في هذه الحالة قبولا؟

(1) فتحي والي، قانون التحكيم المرجع السابق، ص 574.

(2) راجع :حكم محكمة النقض المصرية، طعن رقم 2186 لسنة 52ق، جلسة 1986/2/6، مجموعة أحكام محكمة النقض، س 37، ص 178.

يرى البعض⁽¹⁾ أن السكوت من جانب الطرف الآخر في هذه الحالة يعد قبولا وينشأ معه الاتفاق على التحكيم إذا انتهت المدة المحددة دون رد من الطرف الآخر.

والحق أننا لسنا مع هذا الرأي، ففي المقابل لماذا لا يعتبر السكوت هو بمثابة رفض ضمني للتحكيم، بحسبان أن اتفاق التحكيم لا يفترض، وإنما يجب أن يكون صريحا وقاطعا في اتجاه إرادة الطرفين لسلب ولاية القضاء واتجاههم إلى التحكيم لفض نزاعهم، فلا يكفي السكوت في هذه الحالة لنشوء الاتفاق⁽²⁾.

فالتحكيم كما ذهب إلى ذلك محكمة النقض المصرية، هو طريق استثنائي لفض المنازعات، يقوم على رضا الأطراف وقبولهم به كوسيلة لحسم كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم بمناسبة علاقة عقدية أو غير عقدية. فإرادة الأطراف هي التي توجد التحكيم وتحدد نطاقه من حيث المسائل التي

(1) أحمد الصاوي، التحكيم طبقا للقانون رقم 72 لسنة 1994، وأنظمة التحكيم الدولية، ط2، ص35، 2004. بدون دار نشر.

(2) قارب إلى هذا المعنى حكم محكمة النقض المصرية، طعن رقم 607 لسنة 63 ق، جلسة 3/27/2007.

يشملها والقانون الواجب التطبيق وتشكيل هيئة التحكيم وسلطاتها وإجراءات التحكيم وغيرها، فمتى تخلف الاتفاق امتنع القول بقيام التحكيم⁽¹⁾.

ولأنه يمثل الأساس في نظام التحكيم، فإن إجراء التحكيم في ظل عدم وجود اتفاق عليه يؤدي إلى انعدام حكم التحكيم الصادر فيه، ويوصم مهمة المحكم بالعدم. ويمكن القول تبريرا لذلك بأن حكم التحكيم الصادر دون وجود اتفاق على التحكيم، يعد خروجاً على النظام العام، واعتداء صارخاً على القضاء صاحب الاختصاص الأصيل بنظر المنازعة⁽²⁾. كما أن صدور حكم التحكيم دون وجود اتفاق على التحكيم يعرض الحكم للبطلان. وإذا مضت مدة الطعن في هذا الحكم فإنه لا يمكن تنفيذ هذا الحكم، بحسبان أن القانون يشترط لتنفيذ حكم التحكيم، تقديم طلب بتنفيذ الحكم مرفقاً به صورة من اتفاق التحكيم^م 2/56 من قانون التحكيم المصري، وهو مالم يوجد في حالة انعدام اتفاق التحكيم.

(1) نقض تجاري رقم 747، سنة 73، جلسة 3/25 / 2014، ونقض مدني رقم 11248، سنة 68، جلسة 25 / 5 / 2007. موقع محكمة النقض (www.cc.gov.eg)، وقارب نقض رقم 4729، ورقم 4730، لسنة 72 ق، جلسة 22 يونيو 2004.

(2) محمة استئناف القاهرة، الدائرة 91 تجاري، جلسة 30 / 3 / 2006، في الدعوى رقم 95 لسنة 122 ق، مجلة التحكيم العربي، العدد التاسع، أغسطس 2006، ص 383، نقض تجاري رقم 747، سنة 73، جلسة 3/25 / 2014، ونقض مدني رقم 11248، سنة 68، جلسة 25 / 5 / 2007. موقع محكمة النقض (www.cc.gov.eg)، وقارب نقض رقم 4729، ورقم 4730، لسنة 72 ق، جلسة 22 يونيو 2004.

المطلب الثانى

بطلان اتفاق التحكيم

اتفاق التحكيم سواء كان شرطا أو مشاركة هو بمثابة عقد ينبغى أن تتوفر فيه الشروط الموضوعي والشكلية اللازمة لانعقاد العقود وهى: الرضا والأهلية والمحل والسبب.

وعليه يكون باطلا اتفاق التحكيم الذى يشوبه عيب من عيوب الرضا كالغلط أو التدليس أو الإكراه. كما يبطل اتفاق التحكيم إذا كان أحد أطرافه وقت إبرامه فاقدا للأهلية، أما إذا كان أحد أطراف التحكيم ناقص الأهلية، فإن الاتفاق يكون قابلا للإبطال لصالح ناقص الأهلية الذى يمكنه إجازة هذا الاتفاق. ويرجع إلى قانون الجنسية لتحديد أهليته لإبرام اتفاق التحكيم⁽¹⁾.

أما بالنسبة لمحل التحكيم، فإنه ينبغى أن يكون مما يجوز فيه الصلح. فيبطل الاتفاق إذا تعلق بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية أو الجنائية أو تلك التى تتعلق بالنظام العام أو سيادة الدولة، كما هو الحال بالنسبة لمسائل الجنسية⁽²⁾.

وتقدير بطلان اتفاق التحكيم، سواء لسبب يرجع إلى تخلف أحد أركانه الموضوعية أو الشكلية، إنما يتم وفقا للقانون الذى اتفق الأطراف على تطبيقه على

(1) محمود لطفى، المرجع السابق، ص202..

(2) محمود لطفى، المرجع السابق، ص202.

اتفاق التحكيم. وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق، فإنه يطبق قانون دولة مقر التحكيم⁽¹⁾.

كما أن بطلان العقد الأصلي الذي ورد فيه شرط التحكيم لا يرتب بطلان شرط التحكيم، إلا إذا كان القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم لا يقر مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي⁽²⁾.

ويبطل الاتفاق أيضا فيما لو كان قد أبرم من شخص ليست لديه أهلية إبرام اتفاق التحكيم، كأن يوقع من شخص ليست لديه وكالة خاصة، حيث تنص المادة (1/702) من القانون المدني المصري على أنه: "لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة، وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء. كما تنص المادة 677 من قانون المعاملات المدنية العماني على أنه: "إذا كانت الوكالة عامة جاز للوكيل مباشرة المعاوضات والتصرفات عدا....التحكيم".

كما يكون الاتفاق باطلا إذا تخلفت فيه الشروط الشكلية الخاصة به والتي يستلزمها قانون التحكيم وهي الكتابة وتحديد محل التحكيم إذا تعلق الأمر بمشاركة تحكيم⁽¹⁾.

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم، المرجع السابق، ص 170 وما بعدها، محمود لطفى، المرجع السابق، ص 202.

(2) محمود لطفى، المرجع السابق، ص 202.

ولقد نصت المادة 12 من قانون التحكيم العماني على أنه: "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، إلا كان باطلاً..". ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا كان تضمنه محرر وقعه الطرفان، أو إذا تضمنه ماتبادله الطرفان من رسائل أو بقرقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة. ووفقاً لهذا النص ينبغي أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً. فالكتابة ليست شرطاً للإثبات، ولكنها للانعقاد، مع ملاحظة أن المشرع العماني قد توسع في مفهوم الكتابة، فلم يستلزم أن يكون الاتفاق مكتوباً في محرر أو مستند تقليدي، حيث يكون الاتفاق صحيحاً إذا أبرم بوسائل الاتصال الالكترونية الحديثة، طالما كانت الوسيلة المستخدمة توفر الشكل الكتابي كالفاكس أو البريد الإلكتروني. وبالمقابل لا يكون الاتفاق صحيحاً إذا كانت الوسيلة المستخدمة في إبرامه غير مكتوبة، كما هو الحال إذا اتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم بواسطة التليفون.

وقد نصت المادة العاشرة من قانون التحكيم المصري و العماني على شرط خاص بمشاركة التحكيم، وهو ضرورة أن تتضمن المسائل التفصيلية الخاصة بموضوع النزاع، وإلا كانت باطلة، حيث نصت في فقرتها الثانية على أنه: "... يجوز أن يقع التحكيم في شكل شرط تحكيم سابق على قيام النزاع يرد في عقد معين أو في شكل اتفاق منفصل يبرم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت بشأنه دعوى أمام

(1) فتحي والى، قانون التحكيم المرجع السابق، ص 576 وما بعدها.

جهة قضائية. وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم، وإلا كان الاتفاق باطلاً".

وعلى هذا يمكن القول بأن مشاركة التحكيم تختلف عن شرط التحكيم في أن شرط التحكيم لا يشترط لصحته أن تحتوى بنوده على المسائل التفصيلية الخاصة بموضوع النزاع. وهذا أمر منطقي إذ إنه يكون قبل قيام النزاع، أما بالنسبة لمشاركة التحكيم، ونظراً لأن تحريرها يأتي بعد قيام النزاع، فيجب أن تتضمن المسائل التفصيلية، وإلا كانت باطلة.

وفي مرحلة تنفيذ حكم التحكيم، يترتب على انعدام أهلية أحد أطراف الاتفاق أو عدم صحة الاتفاق إمكانية عدم تنفيذ حكم التحكيم في هذه الحالة⁽¹⁾.

(1) وإذا كان الأمر واضحاً في حالة انعدام الاتفاق، إلا أن بعض الفقه يذهب إلى أنه يمكن رفض تنفيذ حكم التحكيم أيضاً فيما لو شاب أحد أطراف الاتفاق أيضاً نقص في الأهلية. وينتقد اتفاقية نيويورك في هذا الخصوص، حيث تطلبت لرفض التنفيذ فقط انعدام الأهلية. براهيم أحمد، المرجع السابق، ص 268، محمد داوود الزغبى، دعوى بطلان حكم التحكيم في المنازعات التجارية الدولية، ط 1، ص 244، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011م. 1432هـ.

المطلب الثالث

سقوط اتفاق التحكيم

المقصود بسقوط اتفاق التحكيم: انتهاء مدته، فقد ينشأ اتفاق التحكيم صحيحاً بين أطرافه، ولكنه يسقط بانتهاء مدته، ويكون ذلك في **فرضين**:

1. الفرض الأول: سقوط الاتفاق لانتهاء مدته قبل صدور حكم التحكيم.

ويتحقق هذا الفرض الأول إذا اتفق الأطراف على أن تبدأ إجراءات التحكيم خلال مدة معينة، أو من تاريخ حدوث واقعة معينة. فيترتب على عدم بدء إجراءات التحكيم خلال هذه المدة سقوط اتفاق التحكيم، واسترداد كل من طرفيه الحق في اللجوء إلى القضاء العادي، كما هو الحال إذا اتفق الأطراف عقد مقاوله على ضرورة اللجوء إلى التحكيم خلال مدة معينة من تاريخ انتهاء الأعمال محل العقد⁽¹⁾.
أو كما لو اتفق الطرفان على وجوب تقديم طلب التحكيم خلال مدة معينة من قيام النزاع، أو من تسليم بضاعة معينة . ويسقط الميعاد في هذه الأحوال بانتهاء مدته المحددة في الاتفاق⁽²⁾.

(1) فتحي والى، قانون التحكيم المرجع السابق، ص578، رضا السيد عبد الحميد، مسائل في التحكيم، ص118. دار النهضة العربية 2005.

(2) نبيل عمر، التحكيم، المرجع السابق، ص314، حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، ط1، ج1، ص445، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2007.

غير أنه يحول دون سقوط اتفاق التحكيم في هذا الفرض قيام قوة القاهرة حالت دون تقديم طلب التحكيم خلال الأجل المتفق عليه. فقيام القوة القاهرة من شأنه فقط أن يؤدي إلى وقف سريان المدة دون أن يمس اتفاق التحكيم.

وفي هذا الخصوص قضت محكمة المصرية بأن: "قيام القوة القاهرة لا يكون من شأنه إهدار شرط التحكيم المتفق عليه، وإنما كل ما يترتب عليه هو وقف سريان الميعاد المحدد لعرض النزاع على التحكيم إن كان له ميعاد محدد⁽¹⁾."

وللخصم صاحب المصلحة في هذه الحالة التمسك بسقوط مدة الاتفاق أمام هيئة التحكيم التي تنتظر النزاع، في صورة دفع تختص بنظره باعتباره متعلقاً بأساس التحكيم، وهو الاتفاق⁽²⁾، ولها أن تقبله أو ترفضه طبقاً لمجريات الأمور أمامها، فإذا رفضت الدفع، فإن الخصم صاحب المصلحة لا يجوز له أن يثير هذا الدفع مرة أخرى أمام الهيئة، فإذا فصلت في النزاع بالرغم من انتهاء مدة الاتفاق، فإن حكمها

(1) طعن رقم 406 لسنة 30 ق، جلسة 17/ 6 / 1965، مجموعة أحكام محكمة النقض، س 16، عدد 2، 1965، ص 780.

(2) تنص المادة (1/22) من قانون التحكيم المصري على أن: "تفصل هيئة التحكيم في الدفع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفع المبينة على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع."

يكون باطلا في هذا الخصوص،ويمكن رفع دعوى بطلانه أمام المحكمة المختصة⁽¹⁾.

وذهب بعض الفقه⁽²⁾ في هذا الخصوص إلى أنه حال أن ترفض هيئة التحكيم الدفع، فإنه يمكن للخصم صاحب المصلحة أن يلجأ إلى القضاء، على الرغم من نص المادة 3/22 من قانون التحكيم المصري، التي تنص على أن: "تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المشار إليها في الفقرة الأولى من هذه المادة قبل الفصل في الموضوع أو أن تضمها إلى الموضوع لتفصل فيهما معا فإذا قضت برفض الدفع فلا يجوز التمسك به إلا بطريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وفقا للمادة(53) من هذا القانون". فهذا النص وإن كان يحظر على الخصم صاحب المصلحة إثارة الدفع للمرة الثانية أمام هيئة التحكيم، إلا أنه لا يمنعه من الالتجاء إلى القضاء في هذا الصدد.

الفرض الثاني: سقوط الاتفاق لانتهاء ميعاد إصدار حكم التحكيم.

(1) جاء في حكم مركز القاهرة أن: "لهيئة التحكيم بما لها من هيمنة على الدعوى التحكيمية أن تتصدى من تلقاء نفسها للبحث في اختصاصها من خلال تيقنها من وجود اتفاق للتحكيم ينيط بها ويسبغ عليها ولاية الفصل فيما هو مطروح عليها من نزاع، كما أنها هي التي تفصل في الدفوع التي تبدي في شأن عدم اختصاصها، أيا كان مبنى هذا الدفع، سواء لعدم وجود اتفاق تحكيم أو لسقوط هذا الاتفاق أو بطلانه أو عدم اندراج موضوع النزاع ضمن اتفاق التحكيم. حكم مركز القاهرة التحكيمي في الدعوى التحكيمية رقم 500 لسنة 2006، جلسة 30 / 1 / 2008، مجلة التحكيم العربي، عدد 11، يونيو 2008، ص 232.

(2) انظر: محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، ط3، ص 220، دار النهضة العربية 2007.

ويقصد بميعاد إصدار حكم التحكيم: تلك المهلة المحددة لإصدار الحكم التحكيمي والتي تنتهي بانتهائها خصومة التحكيم⁽¹⁾.

فيتحقق إذا صدر حكم التحكيم بعد انقضاء ميعاد التحكيم، سواء كان هذا الميعاد قد تم تحديده من قبل الأطراف، أو لم يكن هناك اتفاق على هذا الميعاد وطبق النص الخاص بالميعاد في قانون التحكيم⁽²⁾. فصدور حكم التحكيم بعد انتهاء المدة المحددة لإصداره يعرضه للبطلان.

على أنه ينبغي العلم بأنه يمكن تمديد مدة اتفاق التحكيم ومدة إصدار حكم التحكيم بناء على ما يتفق عليه الأطراف. كما يمكن تطبيق الميعاد الوارد في القانون حال عدم اتفاق الأطراف على مدة معينة لإصدار حكم التحكيم، كما أنه يجوز لهيئة

(1) إذا كانت قوانين التحكيم تتفق فيما بينها على تحديد ميعاد معين يصدر فيه حكم التحكيم، إما بناء على اتفاق الخصوم أو بناء على نص القانون حال عدم الاتفاق، تحقيقاً لعامل السرعة الذي يميز خصومة التحكيم عن الخصومة القضائية. إلا أن هذه القوانين تختلف فيما بينها حول هذه المدة. فطبقاً م1/45 من قانون التحكيم المصري والعماني، والمادة37/أمن قانون التحكيم الأردني، فإن هذه المدة تترك لتقدير الخصوم، فإن لم يكن هناك اتفاق معين، فإن المدة تقدر باتشي عشر شهراً، تبدأ من تاريخ بدء إجراءات التحكيم"، وهذه المدة هي ستة أشهر طبقاً للمادة من قانون التحكيم الكويتي، تبدأ من تاريخ إخطار طرفي الخصومة بجلسة التحكيم. وطبقاً للمادة1/773 من قانون أصول المحاكمات اللبناني، فإن هذه المدة هي ستة أشهر تبدأ من تاريخ قبول آخر محكم لمهمته، وطبقاً للمادة1463 من قانون التحكيم الفرنسي، فإنه إذا لم يحدد الاتفاق المدة، تكون مدة مهمة هيئة التحكيم هي 6 أشهر منذ إحالة النزاع إليها. ويجوز مد المدة المتفق عليها أو المدة القانونية باتفاق الأطراف أو من قبل القاضي المختص.

(2) فتحي والى، قانون التحكيم المرجع السابق، ص578، رضا السيد عبد الحميد، مسائل في التحكيم، المرجع السابق، ص118.

التحكيم تمديد هذه المدة أيضا ،كما أنه يجوز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المختصة أن يصدر أمرا بتحديد ميعاد إضافي وفقا لنص المادة 45 من قانون التحكيم المصري⁽¹⁾.

ويتضح الفرق بين الفرضين المائلين في أن الفرض الأول مفاده انتهاء المدة المحددة في اتفاق التحكيم للالتجاء إلى التحكيم، وهذه بدورها تؤدي لسقوط اتفاق التحكيم بطريق مباشر؛ نظرا لانتهاء مدته المحددة. أما الفرض الثاني فمفاده سقوط اتفاق التحكيم لانتهاء المدة المحددة لإصدار حكم التحكيم بمقتضى الاتفاق أو القانون، وهذه بدورها تؤدي إلى سقوط الاتفاق بطريق غير مباشر. ويتفق الفرضين في النتيجة المترتبة على كل منهما، وهي بطلان حكم التحكيم.

على أنه ينبغي لفت النظر إلى أن شرط التحكيم يختلف عن المشاركة في هذا الخصوص، فشرط التحكيم الوارد في عقد يعد قائما ومرتبيا لآثاره مادام العقد قائما، ما لم يتفق الأطراف على تحديد مدة معينة لتقديم طلب التحكيم بعد نشأة

(1) تنص هذه المادة على أنه: "1- على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان فإن لم يوجد إتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على ألا تزيد فترة المد على ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك. 2- وإذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار إليه في الفترة السابقة جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون أن يصدر أمرا بتحديد ميعاد إضافي أو بإنهاء إجراءات التحكيم ويكون لأي من الطرفين عندئذ رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظرها.

النزاع، وإلا سقط الشرط، ويتحلل الأطراف من مضمون الشرط، ويمكن لأحدهما الالتجاء إلى القضاء لحل النزاع. أما المشاركة التي تبرم في الأساس بعد قيام النزاع، يتفق الأطراف فيها على الموضوعات التفصيلية المتعلقة بالنزاع، وترتب آثارها ما لم يقيدوا الأطراف بمدة معينة، فتنتهي بانتهاء هذه المدة، ما لم يتفق الأطراف على تمديدتها، أو ببرمان مشاركة جديدة.

وعلى أية حال، فإنه ينبغي الدفع بسقوط الاتفاق أمام هيئة التحكيم. وتختص الهيئة بالنظر في هذا الدفع، وذلك إعمالاً للمادة 22 من قانون التحكيم المصري والعماني، والتي تنص في فقرتها الأولى على أنه: "تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع...".

وطبقاً للفقرة الثالثة من المادة 22 من قانون التحكيم المصري والعماني، فإنه إذا رفضت هيئة التحكيم الدفع بسقوط اتفاق التحكيم وفصلت في موضوع النزاع رغم إبداء هذا الدفع، فإن لصاحب المصلحة أن يطعن بالبطلان في الحكم الصادر منها إذا كان منهيًا للخصومة.

وفي هذه الحالات التي يسقط فيها اتفاق التحكيم، يكون الأطراف في حل من الالتجاء إلى القضاء ورفع دعوى بالمنازعة التي انتهت الاتفاق بصدها، أو إبرام اتفاق جديد.

المطلب الرابع

تجاوز هيئة التحكيم حدود اتفاق التحكيم

تستمد هيئة التحكيم سلطة الفصل في النزاع من اتفاق التحكيم، حيث تقتصر ولاية هيئة التحكيم على نظر المنازعات التي تتصرف إليها إرادة المحكمتين، ولذا يجب على هيئة التحكيم الالتزام بنطاق النزاع الذي حدده الأطراف في اتفاق التحكيم. وعدم الفصل في مسائل لم يشملها هذا الاتفاق. ولا ينطبق عليها في هذه الحالة مبدأ قاضي الأصل هو قاضي الفرع" بل يجب عليها التزام حدود الاتفاق وعدم الخروج عنه. وهذا هو عين ما تضمنه قانون المرافعات الفرنسي، يستوي أن يكون التحكيم داخليا م/1492/3، أو دوليا م/1520/3⁽¹⁾.

وتعد هيئة التحكيم قد تجاوزت حدود مهمتها في صورتين نصت عليهما المادة 1/53/و، من قانون التحكيم المصري والعماني، تتمثل الأولى في الفصل في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم، والثانية تتناول تجاوز المحكم للشروط الواردة في اتفاق التحكيم. كما قد يخالف تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءاته اتفاق التحكيم.

(1) يجري نص المادة 1492/3 في الصيغة التالية:

"Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée". كما يجري نص المادة 1520/3 في الصيغة التالية: "Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée".

أولاً: الفصل فى مسائل لايشملها اتفاق التحكيم

إذا فصلت هيئة التحكيم فى مسألة لم يشملها اتفاق التحكيم ،فإن حكمها يكون باطلاً،وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: "تقتصر ولاية هيئة التحكيم على نظر موضوع النزاع الذى تنصرف إليه إرادة المحكمتين،فإذا فصلت فى مسألة لايشملها هذا الموضوع،أو تجاوزت نطاقه،فإن قضائها بشأنه يضحى وارداً على غير محل من خصومة التحكيم. وصادراً من جهة لاولاية لها بالفصل فيه؛لدخوله فى اختصاص جهة القضاء صاحبة الولاية العامة بنظره"⁽¹⁾.

وعلى ذلك إذا عرضت على هيئة التحكيم مسألة فرعية يكون الفصل فيها لازماً للفصل فى موضوع النزاع المحدد فى اتفاق التحكيم،فيتعين عليها أن توقف الفصل فى موضوع النزاع لحين عرض تلك المسألة على المحكمة المختصة وصدور حكم فيها،وذلك لأن المحكم ليس قاضياً،وبالتالى لاينطبق عليه قاعدة قاضي الأصل هو قاضي الفرع⁽²⁾.

وتوضيحاً لما سبق: إذا اتفق طرفا عقد معين على فض المنازعات التى تثور بشأن تفسيره بواسطة التحكيم وتجاوزت هيئة التحكيم سلطتها وفصلت فى مسألة

(1) طعم رقم 86 لسنة 70ق،جلسة 26 / 11 / 2002، مجلة المحاماة ،العدد الرابع، 2007،ص72،نقض مدني ،طعن رقم 1640 لسنة54ق،جلسة 14 فبراير 1988،مجموعة أحكام محكمة النقض،س39ق،جزء أول يناير 1988،ص242.

(2) سميحة القليوبي،دور القضاء المصري فى تفعيل التحكيم،المرجع السابق،ص52.

تتعلق بتنفيذه، فإن حكمها يكون باطلا إعمالا لنص المادة 1/53/و من قانون التحكيم المصري والعماني.

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "لايمتد نطاق التحكيم إلى عقد آخر لم تتصرف إرادة المتعاقدين إلى فضه عن طريق التحكيم أو إلى اتفاق لاحق مالم يكن بينهما رباط لايفصم بحيث لايستكمل دون الجمع بينهما اتفاق أو يفض مع الفصل بينهما خلاف"⁽¹⁾.

ثانيا: تجاوز حدود اتفاق التحكيم

يترتب على كون التحكيم طريقا استثنائيا لفض المنازعات قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية، وسلبا لاختصاص جهات القضاء أن تقتصر ولاية هيئة التحكيم على نظر موضوع النزاع الذي تتصرف إليه إرادة المحكّمين، فإذا فصلت في مسألة لايشملها هذا الموضوع، أو تجاوزت نطاقه، فإن قضائها بشأنه يضحى واردا على غير محل من خصومة التحكيم⁽²⁾.

وقد يكون خروج هيئة التحكيم عن حدود اتفاق التحكيم بسبب عدم تحديد نطاق الاتفاق من جانب أطرافه، تحديدا دقيقا، فيلجأ المحكم لتفسير هذا الاتفاق تفسيرا موسعا يخرجها عن مضمونه. ومن هنا تبرز أهمية تحديد موضوع النزاع الذي يشملها

(1) نقض مدني، طعن رقم 1640، سابق الإشارة إليه.

(2) نقض مدني، طعن رقم 86 لسنة 70 ق، جلسة 26/ 11 / 2002، مجلة المحاماة المصرية، عدد 4، 2007، ص 72.

اتفاق التحكيم؛ حتى يكون الأطراف وهيئة التحكيم كلاهما على بينة من الأمر، فلا يستطيع أحد الأطراف أن يدعي محلاً أو يتطرق إلى موضوع آخر لم يشملته الاتفاق، كما لا يمكن لهيئة التحكيم هي الأخرى أن تتجاوز هذا النطاق⁽¹⁾.

وهذا سبب عام مضمونه "تجاوز حدود اتفاق التحكيم" أى مخالفة الشروط الاتفاقية الواردة فى اتفاق التحكيم؛ حيث تقتصر مهمة هيئة التحكيم على فض المنازعات التى تثار بشأن المسائل المنصوص عليها فى اتفاق التحكيم، فينبغى عدم تجاوز مضمون الاتفاق والفصل فى مسائل لايشملها اتفاق التحكيم، وإلا كان حكمها باطلاً.

وقد قضي بأن التحكيم يقتصر فقط على ما تنصرف إليه إرادة الطرفين، ويتعين عند تفسير العقد فيما يتعلق بالتحكيم التزام الحيطة والحذر، فلا يتوسع فى التفسير فى تحديد المنازعات الخاضعة للتحكيم، وعليه لا يجوز للمحكم أن يقضي بفسخ الشركة أو تصفيتها، إذا كان شرط التحكيم يقصر ولاية المحكم على بحث المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام العقد أو المتعلقة به⁽²⁾.

على أنه ينبغى لفت النظر إلى أن الوسيلة التى رصدها القانون لتلافي وإصلاح مخالفة هيئة التحكيم لاتفاق التحكيم، أو خروجها عن مضمونه تكمن فى:

(1) قارب: نقض مدني، طعن رقم 4173 لسنة 61ق، جلسة 21/ 6 / 1997، مجموعة أحكام النقض المصرية، س48ق، ج1997، ص2، ص938.

(2) نقض مدني، طعن رقم 86 لسنة 70ق، جلسة 26/ 11 / 2002 سابق الإشارة إليه.

1. يلزم التمسك بمخالفة اتفاق التحكيم أو الخروج عنه، أمام هيئة التحكيم في الميعاد المحدد المتفق عليه، أو خلال مدة معقولة إذا لم يكن هناك اتفاق عليه، ما لم يتعلق الأمر بالنظام العام⁽¹⁾.

2. إذا لم يكن في مكنة الأطراف إثارة هذا الأمر أمام هيئة التحكيم، كما لو لم تظهر المخالفة إلا بعد صدور حكم التحكيم، أو كان متعلقاً بالنظام العام، فإنه يمكن حينئذ رفع دعوى ببطلان حكم التحكيم نتيجة مخالفة حكم التحكيم للاتفاق أو خروجه عنه، ويلزم التمسك بهذا الدفع من صاحب المصلحة أمام المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان، فلا تستطيع المحكمة إثارة هذا الأمر من تلقاء نفسها لعدم تعلقه بالنظام العام⁽²⁾.

(1) نصت المادة 8 من قانون التحكيم المصري على أنه: "إذا استمر أحد طرفي النزاع في إجراءات التحكيم مع علمه بوقوع مخالفة لشرط في اتفاق التحكيم أو لحكم من أحكام هذا القانون مما يجوز الإنفاق على مخالفته ولم يقدم اعتراضاً على هذه المخالفة في الميعاد المتفق عليه أو في وقت معقول عند عدم الإنفاق اعتبر ذلك نزولاً منه عن حقه في الاعتراض". وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن: "خروج المحكمين في حكمهم عن مشاركة التحكيم يجب أن يتمسك به الخصوم أمام المحكمة، وإلا فلا يكون لها أن تقضي من تلقاء نفسها ببطلان الحكم لعد تعلق ذلك بالنظام العام. نقض مدني، طعن رقم 26 لسنة 12 ق، جلسة 21 / 1 / 1943، مجموعة القواعد، ج 1، ص 397.

(2) قارب: فتحي والي، التحكيم، المرجع السابق، ص 587. ويرى البعض أنه حال رفض الدفع بسقوط اتفاق التحكيم من هيئة التحكيم، أو قرارها بتأجيل الفصل فيه، فإنه يمكن لصاحب المصلحة الالتجاء إلى القضاء فوراً دون انتظار الحكم المنهي للخصومة أمام هيئة التحكيم. انظر في ذلك: انظر: محمود مختار أحمد بريزي، التحكيم التجاري الدولي، ط 3، ص 220، دار النهضة العربية 2007. وهذا الفهم يتناقض مع نص المادة 3/22، حيث تنص على أنه: "... تفصل هيئة التحكيم

وتقدير مدى خروج هيئة التحكيم أو مخالفتها لاتفاق التحكيم، يخضع لمطلق السلطة التقديرية للمحكمة التي تنتظر دعوى البطلان لهذا السبب، ولانتقيد في ذلك بتفسير هيئة التحكيم لحدود اختصاصها، وإنما تفسر الاتفاق حسبما انصرفت إليه إرادة أطرافه وفي ضوء وقائع النزاع التي أثرت أمام هيئة التحكيم⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له، فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها" المادة 1/53 و". وذلك إعمالاً للقاعدة العامة في بطلان العقود، والواردة في المادة 143 من القانون المدني، والتي تنص على أنه: "إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله.

وهذا ما أكدته الفقرة "ج" من المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك، والتي نصت على أنه: "يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم إذا كان الحكم فصل في نزاع غير وارد في مشاركة التحكيم أو في عقد التحكيم أو تجاوز حدودهما فيما قضى

في الدفوع المشار إليها في الفقرة الأولى من هذه المادة قبل الفصل في الموضوع أو أن تضمها إلى الموضوع لتفصل فيهما معاً فإذا قضت برفض الدفع فلا يجوز التمسك به إلا بطريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وفقاً للمادة (53) من هذا القانون.

(1) نقض مدني، طعن رقم 86 لسنة 70 ق، جلسة 26/ 11 / 2002. سابق الإشارة إليه.

به ،ومع ذلك يجوز الاعتراف وتنفيذ جزء من الحكم الخاضع أصلا للتسوية بطريق التحكيم إذا أمكن فصله عن باقى أجزاء الحكم غير المتفق على حلها بهذا الطريق .
وعليه: لايجوز لهيئة التحكيم إصدار أحكام في مسائل غير معروضة عليها،أو لم يتفق عليها الأطراف.

ومع ذلك تذهب اتفاقية نيويورك إلى حكم هام في هذا الصدد،فتذهب إلى أنه إذا صدر حكم التحكيم متضمنا في بعض أجزائه بعض المسائل التي لم يتفق عليها الأطراف،فإنه . في مرحلة التنفيذ . يجوز تجزئة الحكم ،متى كان ذلك ممكنا،ويمكن للقاضي في هذه الحالة أن يرفض تنفيذ الجزء أو الأجزاء التي تخرج عن نطاق اتفاق التحكيم⁽¹⁾.

ثالثا:مخالفة تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم لاتفاق التحكيم

هذه الحالة لاتتعلق باتفاق التحكيم بصفة مباشرة،وإنما تتعلق بخصوصية التحكيم،غير أنها على أية حال تتعلق باتفاق التحكيم ولو بطريق غير مباشر،حيث لم تراعي ماورد باتفاق التحكيم،أو أنها تمت بالمخالفة له.

(1) نصت المادة 5 / 1 في الفقرة "ج"من هذه الاتفاقية على أنه:"...ومع ذلك يجوز الاعتراف وتنفيذ جزء من الحكم الخاضع أصلا للتسوية بطريق التحكيم إذا أمكن الفصل عن باقى الأجزاء الحكم غير المتفق على حلها بهذا الطريق".

وذلك كما لو اتفق الأطراف على اختيار محكم معين بشروط معينة، ولم تتبع هذه الشروط، أو اتفقوا على وسيلة معينة لاختياره، ولم تتبع هذه الوسيلة⁽¹⁾.

فإذا صدر حكم التحكيم بهيئة مخالفة لما ورد في اتفاق التحكيم، أو جاءت إجراءات التحكيم مخالفة لما اتفق عليه أطرافه، فإن حكم التحكيم يعد باطلاً. ويمكن في هذه الحالة رفع دعوى أمام القضاء ببطلانه، أو الدفع ببطلانه في مسار إجراءات تنفيذه. أما إذا لم يوجد اتفاق أصلاً، فإنه يتعين الرجوع إلى قانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم وجود هذا الاتفاق.

ومرد ذلك إلى أنه ينبغي الرجوع فيما يتعلق بمسألة تشكيل هيئة التحكيم وإجراءات التحكيم إلى اتفاق الأطراف أولاً، وفي حالة عدم وجود اتفاق بشأن هاتين المسألتين فيجب الرجوع إلى قانون الدولة التي تم فيها التحكيم.

فإذا كان اتفاق الخصوم بشأن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم يخالف القواعد الواردة في قانون الدولة التي جرى فيها التحكيم، فإن الأولوية تكون لاتفاق الخصوم، حتى ولو ورد في هذا الاتفاق ما يخالف القواعد الأمرة في قانون دولة مقر التحكيم، وذلك لأن قانون الدولة التي فيها التحكيم يكون له وفقاً لأحكام الاتفاقية دوران: الأول احتياطي ويكون في حالة عدم وجود اتفاق بين الخصوم على قواعد

(1) محكمة التمييز الأردنية، قرار تمييز حقوق رقم 174 لسنة 1995، مجلة المحامين، ص 1985 عام 1995.

محددة تضمن الاتفاق تنظيمًا لبعض المسائل دون البعض الآخر فيتم اللجوء إلى قانون دولة التحكيم لسد النقص⁽¹⁾.

(1) جمال محمود الكردي، جنسية حكم التحكيم وأثرها في تحديد مركزه في الإقليم الوطني، دار النهضة العربية 2007، ص 101.

خاتمة البحث

أما وقد وصل البحث نهايته، فقد حان الوقت للكشف عن نتائجه الأساسية:
في ختام عرضنا لهذا البحث يتضح لنا مدى أهمية اتفاق التحكيم كنواة للتحكيم
برمته، وقد توصل الباحث لعدد من النتائج والتوصيات على النحو التالي:

أولاً: نتائج البحث

1- يعد التحكيم . في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي . وسيلة لفض
الخصومات بجانب القضاء، بحسبان أنه يقوم على البساطة في الإجراءات، وسرعة
الفصل في الخصومات.

2. الراجع في فقه الشريعة الإسلامية إلزام اتفاق التحكيم لأطرافه بمجرد
إبرامه؛ حتى لا تترك فرصة للتحايل على هذا الاتفاق والالتفاف عليه، وفي القانون
الوضعي يعد اتفاق التحكيم عقداً من العقود الملزمة للجانبين والتي تتميز بطابع
شكلي، ولكي يبرم هذا الاتفاق صحيحاً مستوفياً لكافة شروطه، فإنه يجب أن تتوفر
فيه الشروط الموضوعية لصحة العقود وهي التراضي بمعنى أن يتمتع من يتفق
على التحكيم أهلية التصرف وهي بلوغ الشخص الطبيعي ثمانية عشر عاماً، إلى
جانب ذلك ركني المحل والسبب، إضافةً إلى أنه ينبغي أن يبرم عقد التحكيم في
الشكل الذي رسمه له المشرع، وهو الكتابة كشرط شكلي لازم لصحته.

3 اتفاق التحكيم ينعقد بإحدى ثلاث صور، فالصورة الأولى : تسمى بشرط التحكيم، وهي من الأساليب الشائعة للتعاقد مع المحكمين تبرم قبل نشأة النزاع. أما الصورة الثانية : فهي مشاركة التحكيم ، وتبرم بين الطرفين المتعاقدين بعد نشأة النزاع بينهما، ومن خلال تلك الصورتين يتم تحديد موضوع النزاع المراد طرحه على التحكيم، والاتفاق على كيفية تعيين هيئة التحكيم، وجنسيات أعضائها، ومكان التحكيم، والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ولغة التحكيم. أما الصورة الأخيرة، فهي شرط التحكيم بالإحالة ، وتتمثل في كل إحالة ترد في عقد معين إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم، كالإحالة إلى عقد نموذجي يتضمن شرط التحكيم.

4 . اتفاق التحكيم . سواء جاء شرطاً في العقد قبل حدوث النزاع (شرط التحكيم) أو جاء بعد حدوث النزاع من خلال اتفاق مستقل (مشاركة التحكيم) . ملزم للطرفين فلا يجوز لأحدهما الاستقلال بفسخه دون الآخر، بل يمكن أن يمتد اتفاق التحكيم إلى الغير في بعض حالات استثنائية، عرض البحث لها .

5. يشترط لصحة اتفاق التحكيم باعتباره عقداً إجرائياً، أن تتوافر له شروط : التراضي والأهلية (سواء في ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي) ومشروعية المحل والسبب. بالإضافة لشرط الكتابة. وقد اشترطت قوانين التحكيم العربية كتابة اتفاق التحكيم، وتوسعت في هذا المفهوم، يستوي أن تكون الكتابة تقليدية، أو رقمية إلكترونية، وغيرها من وسائل الاتصال الحديثة المكتوبة، التي تتطور بتطور الزمان ،

فتصح صياغة الاتفاق بأية عبارات وبأية ألفاظ، ما دامت قاطعة في دلالتها على اتجاه إرادة أطراف اتفاق التحكيم.

6 . يعد اتفاق التحكيم مستقلا عن العقد الأصلي، فلا يتأثر اتفاق التحكيم شرطا أو مشاركة، ولا يرتبط بمصير العقد الأصلي، فإذا فسخ العقد الأصلي الذي ورد الشرط ضمن بنوده، أو أ بطل ، فإن ذلك لا يؤثر على شرط التحكيم ونفاذه ، طالما أن اتفاق التحكيم ذاته كان مستوفيا للأركان والشروط، والعكس صحيح.

7 . التحكيم جائز في الأموال والمعاضات وما يدخله الصلح. وللمجال للحديث اليوم عن التحكيم في الحدود والقصاص، وإنما يمكن الحديث عن التحكيم في الصلح والتعويض وليس العقوبة، إذ العقوبة تعد حقا للمجتمع يناط بولى الأمر "قضاء الدولة" لالغيره القيام به، حتى لا تكون فتنة في الأرض وفساد كبير. وينحصر اتفاق التحكيم في المسائل التي يجوز فيها الصلح ولاتتعارض مع النظام العام.

8 . يعد اتفاق الخصوم على التحكيم بصدد نزاع معين بمثابة تنازل عن الالتجاء للقضاء في خصوص موضوع هذا الاتفاق. ولا يجوز الرجوع عن التحكيم الا باتفاق الطرفين. وهذا هو ما تواترت معظم التشريعات الوضعية العربية. والوسيلة الفنية التي رصدها القانون لفرض مضمون هذا الاتفاق هي الدفع بوجود اتفاق التحكيم.

ويفضل النص صراحة في القوانين الإجرائية وقوانين التحكيم المختلفة صراحة على طبيعة هذا الدفع، وإدراجه ضمن الدفوع الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام.

ثانياً: التوصيات

يمكن صياغة توصيات البحث بعد استخلاص نتائجه في شكل مواد قانونية، نلفت نظر المشرع إليها لمراعاتها عند تعديل قانون التحكيم، على النحو التالي:

1. اقتراح بتعديل المادة 1/13 من قانون التحكيم المصري والعماني، أسوة بالقانون الفرنسي في خصوص نص المادة 1448 ، لتتمكن المحكمة من نظر النزاع إذا كان اتفاق التحكيم باطلا.

ويكون النص في الصيغة التالية: " إذا رفعت دعوى أمام المحكمة بشأن نزاع اتفق طرفاه على التحكيم بصدده، فإنها تحكم بعدم اختصاصها بنظر النزاع، إذ كان قد تم رفعه أمام هيئة التحكيم، ما لم يكن اتفاق التحكيم باطلاً أو غير قابل للتطبيق، وذلك بناء على دفع من صاحب المصلحة " .

2. اقتراح بأن تعدل قوانين التحكيم العربية، التي تجعل من الكتابة مجرد وسيلة للإثبات، أن تنص في قوانينها على جعل الكتابة ركن من أركان اتفاق التحكيم.

ويكون النص في الصيغة التالية: " يشترط لصحة اتفاق التحكيم وانعقاده بين أطرافه باعتباره عقداً إجرائياً، أن تتوافر له شروط هي : التراضي والأهلية ومشروعية

المحل والسبب، وأن يكون مكتوباً بأي وسيلة كانت، ولا يجوز إثباته بغير الكتابة، مالم تدل ظروف الحال دلالة قاطعة على رضاء الأطراف الالتجاء إلى التحكيم.

3. اقتراح بأن تتضمن قوانين التحكيم العربية . قطعاً لدابر أي خلاف في هذا الصدد . النص صراحة على استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ، فلا يؤثر فيه ولا يتأثر به.

ويكون النص في الصيغة التالية: " يعتبر اتفاق التحكيم . أياً كانت صورته . عقداً إجرائياً مستقلاً عن العقد الأصلي، لا يتأثر كلاهما بالآخر ، ولا يرتبط بمصيره متى كان صحيحاً في حد ذاته واستوفى الشروط المعتمدة .

4. اقتراح بالنص على طبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم ، وجعله من الدفوع الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام، باعتبار أنه يحمي مصلحة خاصة. وإضافته للدفوع التي عددها المادة 108 من قانون المرافعات المصري، وسائر القوانين الإجرائية في البلاد العربية.

ويكون النص في الصيغة التالية: " الدفع بعدم الاختصاص المحلى والدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها أو للارتباط والدفع بالبطلان أو بوجود اتفاق تحكيم وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات يجب إبدائها معاً قبل إبداء أى طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها. ويسقط حق الطاعن في هذه الدفوع إذا لم يبدّها في صحيفة الطعن .

ويجب إبداء جميع الوجوه التي يبني عليها الدفع المتعلق بالإجراءات معاً وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها.

ويحكم في هذه الدفوع على استقلال ما لم تأمر المحكمة بضمها الى الموضوع و عندئذ تبين المحكمة ما حكمت به في كل منها على حدة .

مراجع البحث

المراجع مرتبة بحسب الترتيب الأبجدي لأسماء المؤلفين

أولاً: مراجع فى التفسير

1. أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمى الرازى "الملقب بفخر الدين الرازى"، ، مفاتيح الغيب" التفسير الكبير" دار إحياء التراث العربى،بيروت 1420 هـ.
2. محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافى الاشبلى المالكى ،أحكام القرآن، مراجعة وتعلق: محمد عبد القادر عطا،دار الكتب العلمية، بيروت،لبنان، 1424 هـ 2003 م.
3. محمد بن على بن محمد الشوكانى ،فتح القدير الجامع بين فنى الرواية والدراية من علم التفسير، دار الفكر ،بيروت.
4. محمد بن على بن محمد بن عبد الله الشوكانى اليمنى، فتح القدير، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب ، دمشق، بيروت1414هـ.
5. على بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهرى، أبو محمد،

ثانيا: مراجع فى الحديث الشريف

6. ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن على بن أحمد الشافعى المصرى ،البدر المنير فى تخريج الأحاديث والآثار الواقعة فى الشرح الكبير، تحقيق، مصطفى أبو الغيط وعبد الله بن سليمان وياسر بن كمال،دار الهجرة للنشر والتوزيع ، الرياض،السعودية، 1425هـ2004م.

7. أبو الفضل أحمد بن على بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلانى ،التلخيص الحبير فى تخريج أحاديث الرافعى الكبير، دار الكتب العلمية، 1419هـ1989م.

8. أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني،سنن أبي داود، المحقق: محمد محيى الدين عبد الحميد،المكتبة العصرية، صيدا ، بيروت.

9. أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن على الخراساني، النسائي ،السنن الكبرى، حققه وخرج أحاديثه: حسن عبد المنعم شلبى،أشرف عليه: شعيب الأرنؤوط،قدم له: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة ، بيروت،ط1، 1421 هـ 2001 م.

10. محمد أشرف بن أمير بن على بن حيدر، أبو عبد الرحمن، شرف الحق، الصديقى، العظيم آبادى، عون المعبود شرح سنن أبى داود، ومعه حاشية ابن

القيم: تهذيب سنن أبي داود وإيضاح علله ومشكلاته، دار الكتب العلمية ،
بيروت، 1415 هـ.

ثالثا: مراجع فى الفقه الإسلامى وأصوله

11. أبو الحسن على بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير
بالموردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعى وهو شرح مختصر
المزنى، تحقيق: على محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية،
بيروت ، لبنان، 1419 هـ 1999م.

12. محمد بن عبد الوهاب بن سليمان التميمي النجدي ،مختصر الإنصاف
والشرح الكبير، تحقيق مجموعة من العلماء ،مطابع الرياض، الرياض.

13. إبراهيم بن على بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمرى ،تبصرة الحكام
فى أصول الأفضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، 1406 هـ 1986م.

14. إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان
الدين، المبدع فى شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1418 هـ 1997م.

15. أبو اسحاق إبراهيم بن على بن يوسف الشيرازي، المهذب فى فقه الإمام
الشافعى، دار الكتب العلمية.

16. أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين النسفي، كنز الدقائق، تحقيق: سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية، دار السراج، 1432هـ، 2011م.

17. أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، تحقيق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1419 هـ، 1999 م .

18. أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف.

19. أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994 م.

20. أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة 1332 هـ.

21. أبو بكر (المشهور بالبكري) عثمان بن محمد شطا الدمياطي الشافعي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1418 هـ، 1997 م ،

22. أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي ،المجموع شرح المذهب "مع
تكملة السبكي والمطيعي" دار الفكرج18ص363ومابعدها.

23. أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم
الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع (المتوفى: 405هـ)المستدرک علی
الصحيحين،تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا،دار الكتب العلمية،بيروت. الطبعة:
الأولى، 1411 – 1990.

24. أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي ،البحر المحيط
للزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتبي، 1414هـ 1994م.

25. أبو محمد عبد الحق بن غالب بن عبد الرحمن بن تمام بن عطية الأندلسي
المحاربي ، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق:عبد السلام عبد
الشافى محمد،دار الكتب العلمية ،بيروت 1422 هـ .

26. أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي
بدر الدين العيني ،البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان، 1420
هـ 2000 م.

27. أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي
بدر الدين العيني ،نخب الأفكار في تنقيح مباني الأخبار في شرح معانى الآثار،

تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1429 هـ 2008 م.

28. تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني، مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، 1416هـ 1995م.

29. شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، 1412هـ 1992م.

30. شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، 1404هـ 1984م.

31. شهاب الدين أبي إسحاق بن إبراهيم عبدالله الهمداني الحموي المعروف بابن أبي الدم، أدب القضاء، تحقيق محيي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1404هـ 1984م، وتحفة المحتاج، ج10 ص118.

32. شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، الذخيرة، أبو العباس دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994م.

33. عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين، نهاية المطلب في دراية المذهب، تحقيق: عبد العظيم محمود الدّيب، دار المنهاج، 1428هـ. 2007

34. عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق و وبهامشه حاشية الثّلبِيّ، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، 1313.

35. علي بن (سلطان) محمد، أبو الحسن نور الدين الملا الهروي القاري، مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، دار الفكر، بيروت، لبنان 1422هـ 2002م.

36. علي حيدر خواجه أمين أفندي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، 1411هـ 1991م.

37. قاسم بن عبد الله بن أمير علي القونوي الرومي الحنفي، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، المحقق: يحيى حسن مراد، دار الكتب العلمية، 2004م 1424هـ.

38. كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام ، فتح القدير، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.

39. كمال الدين، محمد بن موسى بن عيسى بن علي الدّميري أبو البقاء الشافعي، النجم الوهاج في شرح المنهاج، دار المنهاج (جدة)، 1425هـ 2004.

40. لجنة علماء برئاسة نظام الدين البخى، الفتاوى الهندية، ط2، ج3ص403، دار الفكر، 1310 هـ.

41. محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسى، المبسوط، ج21، ص62، دار المعرفة، بيروت، 1414 هـ 1993 م.

42. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.

43. محمد بن عبد الله الخرشى المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل للخرشى، دار الفكر للطباعة، بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ.

44. محمد بن علي بن محمد الحِصْنى المعروف بعلاء الدين الحصفى الحنفى، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، 1423 هـ 2002 م.

45. محمد بن عبد الوهاب بن سليمان التميمى النجدى، مختصر الإنصاف والشرح الكبير، تحقيق: عبد العزيز بن زيد الرومى، محمد بلتاجى، سيد حجاب، مطابع الرياض، الرياض.

46. مصطفى بن سعد بن عبده السيوطى شهرة، الرحيبانى الحنبلى، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامى، 1415 هـ 1994 م.

47. منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى، كشف القناع عن متن الإقناع ، دار الكتب العلمية .

48. منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى، الروض المربع شرح زاد المستقنع، دار المؤيد ، مؤسسة الرسالة.

رابعاً:مراجع حديثة فى الفقه الإسلامى والقضاء والتحكيم

49 . عادل بن شاهين بن محمد شاهين، رسالة ماجستير،أخذ المال على أعمال القرب، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع،1425 هـ 2004 م.

49 . عبدالحميد الأحذب، التحكيم بالصلح في الشرع الإسلامى، المؤتمر الإسلامى الثانى للشرعية والقانون: التحكيم المطلق في ضوء الشرعية والقانون، معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية، طرابلس، 2000.

50. عبد الكريم زيدان ،نظام القضاء في الشرعية الإسلامية ، مؤسسة الرسالة1419هـ1998م.

51. قحطان الدورى،عقد التحكيم فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى،ص22، الخلود، بغداد 1405هـ سعيد بن على بن وهب القحطانى.

52. فقه الدعوة في صحيح الإمام البخارى، رسالة دكتوراه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية،الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد،1421هـ.

53. محمد رأفت عثمان ،النظام القضائى فى الفقه الإسلامى، دار البيان،1415هـ1994م.

خامسا: مراجع فى القانون الوضعى

54 . إبراهيم احمد إبراهيم ، التحكيم الدولي الخاص، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة1997م.

55 . إبراهيم أحمد إبراهيم،اختيار طريق التحكيم ومفهومه،بحث مقدم إلى الدورة العامة إعداد المحكم، بكلية الحقوق ،جامعة عين شمس فى الفترة من 22 إلى 27يناير2000.

56. إبراهيم الأرنؤوط، شرط الكتابة والتحكيم الالكتروني، مجلة الشريعة والقانون، العدد 49،يناير .2012

57. إبراهيم نجيب سعد ، القانون القضائى الخاص ، ج1 ، ج2،منشأة المعارف بدون سنة للنشر .

58 . أبو زيد رضوان، الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولي،دار الفكر العربي، القاهرة، 1981.

59. أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به،ط1 ،دار النهضة العربية، القاهرة، 2008م.

- 60 . أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم ،دار النهضة العربية.2013
- 61 . أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري،ط5، منشأة المعارف،الاسكندرية.2001
- 62 . أحمد أبو الوفا،التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف،الاسكندرية،الطبعة الخامسة1988.
- 63 . أحمد أبو الوفا،التحكيم الاختياري والإجباري،،ط5، منشأة المعارف،الاسكندرية.2004
- 64 . أحمد أبو الوفا،التحكيم الاختياري والإجباري،ط4، منشأة المعارف،الاسكندرية1983.
- 65 . أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته،ط2، منشأة المعارف،الاسكندرية.1974
- 66 . أحمد السيد الصاوي، " التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 و أنظمة التحكيم العربية"، دار النهضة العربية، ط 2 ، 2004 .
- 67 . أحمد السيد صاوى،الوجيز في التحكيم طبقا للقانون رقم27لسنة1994 على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية ،2010.

- 68 . أحمد السيد صاوي، الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشئ المحكوم فيه
رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة. 1971.
- 69 . أحمد الصاوي، التحكيم طبقا للقانون رقم 72 لسنة 1994، وأنظمة التحكيم
الدولية، ط2، 2004. بدون دار نشر.
- 70 . أحمد بشير الشرايري، بطلان حكم التحكيم ومدى رقابة محكمة
النقض (التمييز) عليه، رسالة دكتوراه، ط1، ص53 معهد البحوث والدراسات
العربية، مصر 1432هـ . 2011م.
- 71 . أحمد حداد، دراسات في قانون التحكيم السوري والمقارن، ط1، ط 2015
- 72 . أحمد خليل، قواعد التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،
لبنان 2003.
- 73 . أحمد شرف الدين، الاختصاص بنظر بطلان اتفاق التحكيم أثناء جريان
التحكيم، مجلة التحكيم العربي، العدد الرابع عشر.
- 74 . أحمد شرف الدين، الرقابة القضائية على اتفاق التحكيم، 2007.
- 75 . أحمد صدقي محمود، دور الكتابة في اتفاق التحكيم، دار النهضة
العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2004م.

76 . أحمد عبد الكريم سلامة، " التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المدنية والتجارية والإدارية والجمركية والضريبية . دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، ط.1، 2006.

77 . أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي ، والداخلي، دار النهضة العربية، القاهرة 2004 .

78 . أحمد محمد حشيش، طبيعة المهمة التحكيمية ،دار النهضة العربية، 2000.

79 . أحمد محمد عبد البديع شتا، شرح قانون التحكيم، دراسة مقارنة وفقا لآراء الفقه وأحكام القضاء، وهيئات التحكيم العربية والدولية دار النهضة العربية ، ط3، ط 2005.

80 . أحمد محمد محرز، الوسيط في القانون التجاري، ط2 ، منشأة المعارف، الاسكندرية . 2004

81 . أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، . 2001

82 . أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، ط2، طبعة 2005.

- 83 . أحمد مسلم، أصول المرافعات ،دار الفكر العربي.1971
- 84 . أحمد نبيل سليمان طبوشة،النظام القانوني لاتفاق التحكيم ط2011 .
- 85 . أحمد نشأت، رسالة الإثبات، دار الفكر العربية، ج2 ، 1972.
- 86 . أحمد هندي ،أصول قانون المرافعات،دار الجامعة الجديدة.2002
- 87 . أحمد هندي،تنفيذ أحكام المحكمين ،دار الجامعية الجديدة،2001.
- 88 . آمال أحمد الفزائري،دور قضاء الدول في تحقيق فاعلية التحكيم،ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية،دون سنة للنشر .
- 89 . آمال كيلاني،التقاضي في عقد النقل النهري،رسالة دكتوراه،ط1ص270،مطبعة الرسالة،طنطا2001.
- 90 . باسمه لطفى دباس،شروط اتفاق التحكيم وأثاره،ص367،دار النهضة العربية،2006.
- 91 . بشار جميل عبد الهادي،التحكيم في المنازعات العقود الإدارية،ط1 ص20ومابعدها،دار وائل للنشر،عمان،الأردن،2005
- 92 . بليغ حمدي محمود، الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الأجنبية ص321،دار الجامعة الجديدة،.2007

- 93 . التحكيم التجاري متعدد الأطراف، ص26، دار النهضة العربية، 2007.
- 94 . جابر جاد نصار، التحكيم والتوفيق في بعض منازعات الدولة، الكتاب الأول، دار النهضة العربية 2001.
- 95 . حسين مصطفى فتحي، المبادئ القانونية المستتبطة من أحكام التحكيم، مجلة التحكيم العربي، العدد التاسع.
- 96 . حفيظه السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان. ، 2003 .
- 97 . حفيظه السيد الحداد، ، الاتجاهات المعاصرة، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 1996.
- 98 . حفيظه السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية. 2001
- 99 . حمدالله محمد حمدالله، النظام القانوني لشرط التحكيم في المنازعات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- 100 . حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، ط1، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت. 2007.

101. خالد الدخيل ، التحكيم في النظام السعودي علي ضوء الفقه الاسلامي،جامعة نايف العربية للعلوم الامنية بالرياض .

102 . خالد سعد زغلول حلمي ، إبراهيم الحمود ، النظم القانونية والسياسية للنقط العربي ووسائل تسوية المنازعات النفطية. ط2، الكويت.2000

103 . رضا عبيد،شروط التحكيم في عقود النقل البحري، مجلة الدراسات القانونية،كلية الحقوق،جامعة أسيوط،العدد السادس، ص193، يونيو.1984

104 . رضا وهدان،انتقال آثار العقود إلى الخلف الخاص،ط1 ، دار الجامعة الجديدة1999.

105 . رضوان عبيدات،الآثار الإيجابية لاتفاق التحكيم التجاري وفق أحكام القانون الأردني والمقارن، دراسات،علوم الشريعة والقانون، المجلد 38،العدد2، 2011.

106 . سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة.منشأة المعارف،الاسكندرية 1984ص108.

107 . سعد أبو السعود،الدفع بالتحكيم،مجلة المحاماة المصرية،العدد الثامن السنة الحادية والأربعون.

108 . سليم رستم باز، شرح المجلة، ط3، ص1163، دارإحياء التراث العربي، 1305هـ.

109. سميحة القليوبي: اتفاق التحكيم، سنة 2010، على الموقع repository.nauss.edu

110. سميحة القليوبي، اتفاق التحكيم، بحث مقدم إلى ندوة بعنوان التحكيم في عقود الأشغال والمقاولات، عقد في الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة من 4 . 7 ديسمبر. 2005

111. سميحة القليوبي، دور القضاء المصري في تفعيل اتفاق التحكيم، مجلة التحكيم العربي، العدد الرابع عشر.

112. الشهابي إبراهيم الشرقاوي، نحو مفهوم حديث لمبدأ «ا استقلال اتفاق التحكيم» محاولة ترسيخ مفهوم حديث للمبدأ في ضوء أحكام القضاء، مجلة التحكيم والقانون الخليجي، يصدرها مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية العدد السابع والعشرون - يونيو 2015 - رمضان 1436

113 . صفاء العيساوي، التحكيم متعدد الأطراف كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية "دراسة مقارنة"، على الموقع: www.iasj.net/iasj

114. طه أبو الخير، حرية الدفاع، منشأة المعارف، الاسكندرية .

115. عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، ط2، دار الفكر العربي 2011.

116. عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، ط2، ص435، دار الفكر العربي. 2011

117. عاطف الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، ص147، دار النهضة العربية. 2003.

118. عاطف الفقي، النقل البحري للبضائع، ص195، دار النهضة العربية. 2008.

119. . عاطف بيومي، الاختصاص بالتحكيم في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس،. 2001

120. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، ص350، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل 2000،

121. عبد الحميد أبو هيف، طرق التنفيذ والتحفظ في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الخامسة، 1988م.

- 122.** عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، ج1 بند145ص222وما بعدها، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، مؤسسة الأمل بالتعاون مع نقابة المحامين المصريين. 2007
- 123.** عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج1، دار إحياء التراث العربي.
- 124.** عبد الرزاق فرج السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (بدون تاريخ)
- 125.** عبد الرشيد عبد الحافظ، التصرف الشكلي في الفقه الإسلامي والقانون (دون طبعة وتاريخ نشر)
- 126.** عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984م.
- 127.** عبد المنعم زمزم، قانون التحكيم الالكتروني، ص16، دار النهضة العربية 1430هـ، 2009م.
- 128.** عزمي عبد الفتاح، قواعد التنفيذ الجبري، في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، 1984م.

129. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ط1، ص136، مطبوعات جامعة الكويت. 1990

130. علي سالم، ولاية القضاء على التحكيم، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، 1997.

131. علي بن عبدالله بن محمد الهنائي، الاتجاهات الحديثة للتحكيم في مجال العقود الإدارية، ورقة عمل مقدّمة ضمن فعاليات المؤتمر السابع لرؤساء المحاكم الإدارية العربية المنعقد بالمركز العربي للبحوث القانونية والقضائية بالعاصمة اللبنانية بيروت خلال الفترة: من 21 إلى 23/8/2017م

132. علي يونس، الشركات التجارية . الشركة المساهمة، دار الفكر العربي، القاهرة، (بدون تاريخ)

133. فاطمة خالد المحسن، المنازعات النفطية بين القضاء والتحكيم، مجلة التحكيم والقانون الخليجي، يصدرها مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، العدد التاسع والعشرون - يناير 2016 - ربيع الثاني 1436.

134. فايز رضوان، اتفاق التحكيم وفقا لقواعد الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، مجلة الأمن والقانون، العدد الأول، س15 يناير 2007 .

135. فايز نعيم رضوان، اتفاق التحكيم، مجلة الأمن والقانون، تصدرها أكاديمية شرطة دبي، السنة 15، العدد الأول يناير. 2002

136. فايز عبدالله الكندري، مفهوم شرط التحكيم وقوته الملزمة بالنسبة للغير، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الثاني، السنة 42، يوليو 2000

137. فتحى والى، الوسيط فى قانون القضاء المدنى ،دار النهضة العربية 1993.

138. فتحى والى، الوسيط فى قانون القضاء المدنى ،دار النهضة العربية 2001.

139. فتحى والى، الوسيط فى قانون القضاء المدنى، مطبعة جامعة القاهرة. 2007.

140. فتحى والى، قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007م.

141. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، عمان، 1997.

142. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، ط1، دار الثقافة، عمان. 2012.

143. محسن شفيق: الوسيط فى القانون التجاري، ط1، الجزء الأول، دار نشر الثقافة، الاسكندرية. 1951

144. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، ط1، دار النهضة العربية. 1997.

145. محمد العشماوى، وعبد الوهاب العشماوى، قواعد المرافعات فى التشريع المصرى والمقارن ج 2، 1958.

146. محمد بن عبد الفتاح ترك، شرط التحكيم بالإحالة، ص230، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية. 2006

147. محمد بن ناصر بن محمد البجاد، التحكيم في المملكة العربية السعودية، ص51، مركز البحوث والدراسات الإدارية، الرياض. 1999

148. محمد داوود الزغبى، دعوى بطلان حكم التحكيم في المنازعات التجارية الدولية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011م. 1432هـ.

149. محمد سامي الشوا، أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية"مقدم لمؤتمر" التحكيم التجاري الدولي " عقدته جامعة الإمارات خلال الفترة 28:30 أبريل 2008، المجلد الأول، ص.143

150. محمد طلعت، الغير في خصومة التحكيم، سنة 2012، على الموقع: mm-talaat-sh.blogspot.com

151. محمد عبد الرؤوف، المستحدث من أحكام محكمة النقض والاستئناف في مسائل التحكيم، مجلة التحكيم العربي، العدد الرابع عشر.

152. محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، دار الجامعة الجديدة 2005،

- 153.** محمد عثمان شبير، حجية الحكم التحكيمي في الفقه الإسلامي، مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، عدد 61، ص 20، ص 93، جامعة الكويت 2005 .
- 154.** عيد القصاص، حكم التحكيم، ط2، ص 18، دار النهضة العربية. 2007
- 155.** محمود السيد التحيوي، اتفاق التحكيم وقواعده، ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية. 2003
- 156.** محمود السيد التحيوي، اركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008م.
- 157.** محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية. 2011
- 158.** محمود عمر: إشكالية امتداد شرط التحكيم بالتطبيق على قضية هضبة الأهرامات "دراسة مقارنة" على الموقع: www.gcac.biz .
- 159.** محمود لطفى محمود عبد العزيز، الوجيز فى قانون التحكيم العماني، دار الكتاب الجامعي 2017.
- 160.** محمود محمد هاشم، اتفاق التحكيم وأثره على سلطة القضاء فى الفقه الإسلامى والأنظمة الوضعية، دار الفكر العربى، 1985

- 161.** محمود محمد هاشم ،النظرية العامة للتحكيم ،دار الفكر العربي بالقاهرة
1990.
- 162.** محمود مختار أحمد بريري،التحكيم التجاري الدولي،ط3، دار النهضة
العربية2007.
- 163.** محمود مصطفى يونس،المرجع في أصول التحكيم، دار النهضة
العربية2009.
- 164.** محمود هاشم،النظرية العامة للتحكيم،ط1،ج1ص 67،دار الفكر
العربي.2009.
- 165.** مصطفى الجمال ،وعكاشة عبدالعال، التحكيم في العلاقات الخاصة
الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
- 166.** مصطفى كمال طه، القانون التجاري "الشركات التجارية"،دار الجامعة
الجديدة 1996.
- 167.** مصطفى كمال طه، القانون التجاري، الدار الجامعية1986.
- 168.** منير عبدالمجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة
المعارف، الاسكندرية، 1997.

169. مها عبد الرحمن الخواجا، امتداد أثر التحكيم إلى الغير، جامعة الشرق الأوسط، 2012/2013.
170. نادية محمد عوض، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
171. ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994، ط.1 دار النهضة العربية، 1996.
172. ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، ط1، ص205، دار النهضة العربية. 1996.
173. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية، ط3، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية 2010.
174. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004م
175. نجيب احمد عبدالله الجبلي، قانون التنفيذ الجبري ط ٢٠٠٣-٢٠٠٤م.
176. هدى مجدي، ارتباط المنازعات والطلبات في خصومة التحكيم، دار النهضة العربية. 2006.

177. هشام بشير ،إبراهيم عبد ربه إبراهيم،التحكيم الالكتروني،ص16،دار
الكتب والدراسات العربية.2019

178. وجدى راغب ، مبادئ القضاء المدنى ، دار النهضة العربية 2001

179. وجدى راغب،النظرية العامة للعمل القضائي، منشأة
المعارف،الاسكندرية.1974

180. الوليد بن محمد بن علي البرماني، التحكيم في المنازعات
البحرية،ط1،ص144ومابعدھا،دار النهضة العربية1431هـ 2010م

181. ياسر عبد السلام منصور،وسائل تحديد القواعد المنظمة لإجراءات
التحكيم التي أغفلها القانون، مجلة التحكيم العربي،العدد الرابع عشر.

182. يزيد أنيس نصير،التطابق بين القبول والإيجاب في القانون الأردني
والمقارن،مجلة 183. الحقوق،تصدرها جامعة الكويت، عدد4، السنة27،
ديسمبر2003.

سادسا: مراجع لغوية

184 . سعدي أبو حبيب،القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، دار الفكر.
دمشق،سورية، 1408هـ 1988 م.

185. مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي. القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1426 هـ 2005 م.

186. محمد بن أحمد بن الأزهرى الهروى، أبو منصور ، محمد عوض مرعب، تهذيب اللغة، دار إحياء التراث العربى، بيروت، 2001م.

187. محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصارى الرويفعى الإفريقي، لسان العرب، دار صادر، بيروت 1414 هـ،

188. محمد رواس قلجى، حامد صادق قنبيى، معجم لغة الفقهاء ، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع ، 1408 هـ 1988 م .

سابعاً: مراجع فى التاريخ

189. أبو القاسم على بن الحسن بن هبة الله المعروف بابن عساكر، تاريخ دمشق، تحقيق.

190. عمرو بن غرامة العمروى، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1415 هـ 1995م.

191. حسين بن محمد بن الحسن الدّيار بَكرى، تاريخ الخميس في أحوال أنفس النفيس، دار صادر، بيروت.

192 . عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي ،تاريخ الخلفاء، تحقيق:حمدي الدمرداش مكتبة نزار مصطفى الباز، 1425هـ2004م.

193 . عبد الرحمن بن محمد بن خلدون ،مقدمة ابن خلدون، تحقيق على عبد الواحد وافي،مكتبة الأسرة2006.

ثامنا:الدوريات والقوانين ومجموعات الأحكام

194 . قانون التحكيم الجديد رقم (6) لسنة 2018

195 . قانون التحكيم العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 47 لسنة 97.

196 . قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة .1994

197 . قانون التحكيم المغربي رقم08.05بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية.

198 . القانون المدني المصري

199 . قانون المعاملات المدنية العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 29لسنة.2013

200 . مجلة التحكيم العربي،مجلة فصلية ،مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

201 . مجلة العدالة التي تصدرها وزارة العدل بدولة الإمارات العربية المتحدة.

202 . مجلة المحاماة المصرية، العدد الثامن السنة الحادية والأربعون.

203 . مجموعة الأحكام التي تصدرها محكمة النقض المصرية، مجموعة

المكتب الفنى، جمهورية مصر العربية.

204 الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون

الإسلامية، الكويت، 1404 - 1427 هـ.

205 . نظام التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم الملكى رقم

م/34 بتاريخ 143/5/24.

206 . مجلة التحكيم والقانون الخليجي، يصدرها مركز التحكيم التجاري لدول

مجلس التعاون لدول الخليج العربية العدد السابع والعشرون - يونيو 2015-

رمضان. 1436.

207 . مجلة المحاماة، تصدرها نقابة المحامين بجمهورية مصر العربية.

208 . مجلة التحكيم والقانون الخليجي، يصدرها مركز التحكيم التجاري لدول

مجلس التعاون لدول الخليج العربية، العدد التاسع والعشرون - يناير 2016 - ربيع

الثاني 1436.

209.Code de procédure civile français

تاسعا: مواقع وروابط على الانترنت

. 210 <http://mm-talaat-sh.blogspot.com>

mm-talaat-sh.blogspot.com.211

www.facebook.com/permalink.php .212

repository.nauss.edu.213

aleyarbitration.blogspot.com/2010.214

https://www.cc.gov.eg/civil_inquiry .215

adjd.gov.ae/AR/judgmen.<https://www> . 216

<http://www.sccourt.gov.eg/SCC/faces/RuleViewer.jspx>. 217

أبحاث في الشريعة الإسلامية

دور البصمة الوراثية في الإثبات
في النظام الجنائي الإسلامي

دكتوراه

ايمان عمران اسماعيل صالح

مقدمة عامة

لقد حفل القرن العشرون بتطور تكنولوجي هائلاً في العلوم الأساسية والذي انعكس بدوره على المجالات التطبيقية، وكان نصيب الطب منها حظاً وافراً ولعلي لا أكون مبالغاً إذا قلت بأن ما شهدته الخمسون عاماً الماضية من تطور وتقدم يعتبر أكثر بكثير مما أحرزته البشرية وتاريخها الطويل كله، ومن بين ما أنتجته وأفرزته العلوم البيولوجية (الهندسة الوراثية) ⁽¹⁾. فالأخيرة هي عبارة عن تلك التقنيات الحيوية التي تعمد إلى التدخل إلى عوامل الوراثة بقصد توجيه الصفات الوراثية من حيث تعديلها وتحسينها وذلك بخلاف أو إضافة بعض الصفات الوراثية أو المزج بينها ⁽²⁾.

وكان ما أحرزته بصمة الحامض

النووي في مجال العدالة الجنائية والتحقق من الشخصية، السبب الأساسي في إقرار العمل بها من جانب عدد من التشريعات الأجنبية ⁽³⁾. وذلك بعدما رسخت قواعدها من الناحيتين العلمية والبيولوجية وأصبحت حقيقة علمية ثابتة ووسيلة طبية

⁽¹⁾ د/ حسني محمود عبد الدايم، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر العربي، طبعة 2011، ص8.

⁽²⁾ د/ السيد الجميلي، الإعجاز الطبي في القرآن الكريم، مقال منشور بمجلة الأزهر الجزء الثامن السنة الرابعة والستون، نوفمبر 2001، ص1387 وما بعدها.

⁽³⁾ د/ الهاني الطابع، تكنولوجيا بصمة الحامض النووي في المجال الجنائي، دار النهضة العربية، 2016، ص2.

مؤكدة وصار ينظر إليها على أنها ملكة الإثبات، وبصمة الحامض النووي تعتبر من أحدث الأدلة العلمية والتي سيكون استخدامها أكثر من أي دليل لكثرة المجالات التي تطبق فيها (1). حيث أنه نتيجة للتقدم العلمي وبتطور أساليب ارتكاب الجريمة تبعا لتطور المجتمعات أصبحت الجرائم أكثر تعقيداً من حيث رصدها وإسنادها لفاعليها، فالجريمة في السابق هي ذاتها التي ترتكب اليوم، لكن الأخيرة أضحت ترتكب بأسلوب منظم أكثر دقة ودهاء، فقد أصبح المجرمون علي قدر من الخطورة والذكاء، ففي سبيل تحقيق أهدافهم الإجرامية باتوا يستخدمون معطيات العلوم الحديثة في ارتكاب جرائمهم، فالتقدم العلمي بقدر ما أفاد البشرية في مناحي الحياة المختلفة، بقدر ما أفاد المجرمين لاسيما جماعات الإجرام المنظم، حيث أصبحوا أكثر قدرة علي التخفي عن أعين السلطات وتضليلها وطمس آثار جرائمهم والعبث بأدلة الاتهام، مما ضاعف من صعوبة اكتشاف الجريمة وفك طلاسمها واستجلاء غموضها (2).

وفي عام 1984 فاجأنا العالم الإنجليزي (إليك جيفرس) باكتشافه بعض طلاسم الجينات ليعرفنا من أنا ومن أنت ومن هم الآخرون؟ وأوضح العالم (جيفرس) أن المادة الوراثية قد تتكرر عدة مرات وتعيد نفسها في تتابعات عشوائية غير مفهومة وقد توصل إلى أن هذه التتابعات مميزة لكل فرد ولا يمكن أن تتشابه

(1) د/ الهاني الطابع، تكنولوجيا بصمة الحامض النووي، مرجع سابق، ص2.

(2) د/ الشارف لوحيشي مفتاح البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي، دراسة تحليلية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، سنة 2014، ص25.

بين اثنتين إلا في حالات التوائم المتماثلة وأطلق على هذه التتابعات اسم البصمة الوراثية⁽¹⁾.

ومن ثم فإن التطورات الجارية تستلزم بالضرورة مجاراتها من قبل المشرع حتى لا يظل بمعزل عن العلم ومتغيراته.

وإزاء هذا الوضع كان لابد على الجهات المعنية برصد الجريمة وجمع أدلتها إعادة النظر بشكل جدي في وسائل الإثبات التقليدية كونها لم تعد ذات فاعلية في مواجهة مجرمين يستغلون ثمار العلم لإتمام جرائمهم، ويبدو ذلك واضحا من خلال تزايد عدد الوقائع المقيدة ضد مجهول أو لعدم كفاية الدليل⁽²⁾.

● أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

مما لا شك فيه أن موضوع البصمة الوراثية يكتسب أهمية كبيرة حيث أن الموضوعات العلمية كالهندسة الوراثية وتقنيات الاستنساخ بصفه عامة والبصمة الوراثية بصفة خاصة قد تشكل إجابة على سؤال من هو أبي، خاصة في الدول

(1) د/ محمد عبد الرحمن سلامه، البصمة بين الإعجاز والتحدي، مقال منشور بمجلة العلم، العدد 356 مايو 2006، ص26.

(2) محمد علي الجمال، الأسلوب العلمي لإجراء التحريات في حوادث القتل، مجلة كلية الدراسات العليا بأكاديمية مبارك للأمن، العدد الأول، يوليو 1999م، ربيع الأول 1460هـ، ص57.

أنظر أيضا د/ الشارف لوحيشي، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص25.

التي تنتشر فيها العلاقات غير الشرعية⁽¹⁾. فعلى سبل المثال الولايات المتحدة الأمريكية تبلغ عدد قضايا إثبات البنية حوالي مائتين ألف شخص سنوياً، وقد أثبتت التقارير والأبحاث أن فحوص البصمات الوراثية أو تحليل DNA قد لعب دوراً مهماً في حل كثير من هذه القضايا⁽²⁾.

وعلى ذلك تظهر أهمية ودور البصمة الوراثية من نواح عدة:

1. دراسة تعرض بشكل مفصل لثبات بصمة الحامض النووي وبقائها مئات السنين بل آلاف السنين وعدم تأثرها بمجالات الطقس وبين أساسها الوراثي من الناحية العملية وتكشف بالأرقام من خلال الدراسات الحسابية والإحصائية عدم إمكانية تطابقها بين الأفراد⁽³⁾.

2. قامت العديد من الدول بإعداد قاعدة بيانات للسمات الوراثية تضم الآثار المجهولة والمجرمين أصحاب السوابق والجثث المجهولة على غرار نظام بصمات الأصابع كوسيلة للتحقيق والجدير بالذكر أن فحوص البصمات الوراثية قد أسهمت

(1) د/ حسني محمود عبد الدايم، البصمة الوراثية، مرجع سابق 23 وما بعدها.

(2) أ/ إسلام أون لاين، الأساليب الوراثية لإثبات النسب، مقال مأخوذ من الشبكة العالمية للمعلومات (الانترنت).

(3) موسي مسعود أرحومة، قبول الدليل العلمي أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص28.

وكذلك: جميل عبد الباقي الصغير، أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، دار النهضة العربية، 2002م، ص3 وما بعدها.

في التعرف على ضحايا الكوارث وتبرئة المشبهين أو الأشخاص الذين أدينوا ظلما في قضايا القتل أو السطو المسلح أو الاغتصاب (1).

3. تعد البصمة الوراثية وسيلة فعالة وأكيدة في كشف الجريمة وتحديد مرتكبها عن الوسائل التقليدية الممثلة في شهادة الشهود واعتراف المتهمين وغيرها؛ حيث أن الطفرة العلمية الهائلة التي يشهدها عصرنا الحاضر في مختلف مناحي الحياة بما فيها فنون ارتكاب الجريمة، جعل من تلك الوسائل التقليدية في الإثبات الجنائي غير ذات جدوى في كثير من الجرائم ولملائمة هذا الوضع أضحى من الضرورة الاعتماد علي الاكتشافات العلمية الحديثة من التجارب والتحليل المتعلقة بالآثار البيولوجية للإنسان . كالدم، اللعاب، الشعر، قطع الجلد، البول ... الخ وتوظيفها في مجالات البحث عن الجريمة ومرتكبيها والبصمة الوراثية تقنية علمية حديثة وتطبيق مباشر للقوانين العلمية التي تدخل ضمن عمل الطب الشرعي الذي يتولي كل ما يتعلق بجسم الإنسان وآثاره البيولوجية وفحص الجثث وتشريحها، بقصد إيضاح بعض المسائل المطروحة أمام القضاء (2).

4. أنها تعد دراسة موضوعية مقارنة تأتي من منطلق كون حياة الإنسان وسلامة

(1) د/ أحمد الموسى، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون السادسة، مقال منشور بمجلة منار الإسلام، العدد 6، السنة 28 سبتمبر 2002، ص45 وما بعدها.

(2) د/ الشارف الوحيشي، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص43.

أنظر أيضا د/ حسني محمود عبد الدايم، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، مرجع سابق، ص25.

نسبه تأتي في مقدمة الموضوعات التي تهتم بها الشريعة الإسلامية ولنوضح أن الشريعة الإسلامية الغراء تعالج كل ما يستجد في حياة الناس من النوازل الجديدة التي تحتاج إلى حكم شرعي وتستوعب أي نازلة جديدة نظراً لثرائها (1).

فالله تحدى من يشككون في يوم البعث وأن الله لن يبعثنا من جديد بعد موتنا بآلاف السنين وذلك في قوله تعالى ﴿أَيَحْسَبُ الْإِنْسَانُ أَلَّن نَّجْمَعَهُ بَلَىٰ قُدْرِينٌ عَلَيْنَا أَن تُسَوِّيَ بَنَانَهُ﴾ (2).

ولذا نتساءل؟ لماذا أختار الله عز وجل أطراف الأصابع (البنان) بالذكر في الآية السابقة دون غيرها من أعضاء جسم الإنسان كالأنف أو الأذن أو العين أو ما إلى ذلك.

ويجيب على ذلك العلامة فخرالدين محمد الرازي (3). حيث أنه في تسوية البنان سرّاً عجبياً في أن بصمات الأصابع في شخص لا يمكن أن تتشابه أبداً مع بصمات الأصابع في شخص آخر.

(1) د/ عبد العزيز محمد بن عثمان، بحث منشور بمجلة الشريعة والدراسات الإسلامية الصادر عن مجلس النشر العلمي، بجامعة الكويت، السنة السابع عشر، العدد 49، يونيو 2002، ص136 وما بعدها.

(2) سورة القيامة الآيتان 3، 4.

أنظر ذلك د/ أحمد شوقي الفخري القرآن والطب الحديث إصدار الهيئة المصرية العامة للكتاب، طبعة 2000، ص28.

(3) الإمام فخرالدين محمد بن عمر الرازي، مفاتيح الغيب أو التفسير الكبير الجزء 16، الناشر الغد العربي، طبعة 1992، ص20 وما بعدها.

وقد يعتمد بعض المجرمين إلى إخفاء بصماته بحرق أصابعه أو نزع الجلد من أطراف أصابعه من أجل تشويه الخطوط الجلدية بيد أن العلم الحديث أثبت أنه إذا حدث تشوه في الخطوط الجلدية أو تم نزعها من أطراف الأصابع فسرعان ما ينبت الجلد من جديد (1).

وإذا كان العلم الحديث لم يكتشف البصمة الوراثية إلا في العصر الحديث في أوائل القرن العشرين فإن القرآن الكريم تناول ذلك من خمسة عشر قرناً وفي ذلك قوله تعالى ﴿وَهُوَ الَّذِي أَنْشَأَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ فَمُسْتَقَرٌّ وَمُسْتَوْدَعٌ قَدْ فَصَّلْنَا الْآيَاتِ لِقَوْمٍ يَفْقَهُونَ﴾ (2). فكل إنسان يحمل في خلاياه الجنسية مورثات كل من يتفرع منه ذريته والله سبحانه بكامل علمه ومشيتته وقدرته قد أحاط بها وهي تنتقل من مستقرها في الأضلاع إلى مستودعها في الأرحام فهي مقدره ومعلومة في كل مراحلها وأطوارها وحركاتها من الله (3).

(1) د/ محمد عبد الرحمن سلامه، البصمة بين الإعجاز والتحدي، مقال منشور بمجلة العلم، العدد 356، مايو 2006، ص26.

(2) سورة الأنعام الآية رقم 98.

(3) إن الإنسان قبل أن يكون مجسماً بأعضائه وصفاته كان صيغة صبغية، (إكروموسمية ومورثية معينة فهو ست وأربعون صبغياً (كروموسوما) تحتوي عدداً كبيراً من الجينات تتوزع عليها بصيغة تختلف من إنسان إلى آخر وهذه الصبغيات (الكروموسومات) والمورثات (الجينات) وجدت كلها في آدم عليه السلام ثم أخذت تتوزع في ذريته.

الكروموسومات هي تركيب خيطي الشكل يشبه القضيب مؤلف من البروتينات والأحماض النووية ويحمل مجموعة من الجينات في تتابع

• منهج الدراسة وخطة البحث:

اتبعت في هذه الدراسة المنهجين الاستنباطي التحليلي حيث اعتمدت في دراسة الأحكام وما أستنبطه من القواعد الشرعية وآراء الفقهاء حتى أستطيع أن أظهر للعالم أجمع شمول الشريعة الإسلامية الغراء وكمالها وصلاحتها لكل زمان ومكان حيث تعالج كل من يستجد في حياة الناس من النوازل الجديدة التي تحتاج إلى حكم شرعي نظراً لثرائها واستيعابها أي نازلة جديدة وذلك عبر قنوات الاجتهاد التي تجعل من الأدلة الشرعية والخاصة والعامّة والقواعد الفقهية الأصولية ومقاصد الشريعة طريقاً إلى الحكم الشرعي.

• خطة البحث:

تم بإذن الله تعالى تقسيم خطة البحث إلى مبحثين وذلك على التفصيل الآتي:

المبحث الأول: مفهوم البصمة الوراثية وشروطها والتكليف الشرعي لها.

المبحث الثاني: حجية البصمة الوراثية في الجرائم الجنائية (جرائم الحدود -

جرائم القصاص - جرائم التعازير).

أنظر في ذلك د/ محمد عبد الرحمن سلامه، البصمة بين الإعجاز والتحدى، مرجع سابق، 26 وما بعدها.

المبحث الأول

مفهوم البصمة الوراثية وشروطها والتكليف الشرعي لها

تمهيد وتقسيم:

تعد دراسة الحامض النووي DNA أو مصطلح البصمة الوراثية الذي يمثل سر الحياة والشفرة الجينية التي يحملها كل كائن حي علي وجه الأرض لم تكشف كلها بعد، فهذا الحامض النووي عبارة عن بصمة جينية لا تتكرر من إنسان إلى آخر بنفس التطابق وهي تحمل كل ما سيكون عليه هذا الإنسان من صفات وأمراض وشيخوخة، كذلك ساعدت تلك البصمة علي اكتشاف الكثير من الجرائم لذا كان لزاما علينا التعرف علي هوية ذلك الحامض النووي أو ما يسمى بالبصمة من خلال ماهيته والخصائص الذي يمتاز بها وضوابط وشروط العمل بالبصمة الوراثية وأخيرًا التكليف الشرعي للبصمة الوراثية علي النحو التالي:

المطلب الأول: مفهوم البصمة الوراثية.

المطلب الثاني: خصائص البصمة الوراثية.

المطلب الثالث: ضوابط وشروط العمل بالبصمة الوراثية.

المطلب الرابع: التكليف الشرعي للبصمة الوراثية.

المطلب الأول

مفهوم البصمة الوراثية

قبل الحديث عن مفهوم البصمة أو الحامض النووي في الفقه الإسلامي يتعين الحديث عن المفهوم العلمي للبصمة الوراثية.

أولاً: المفهوم العلمي للبصمة الوراثية:

تعود هذه التسمية (البصمة الوراثية) إلى عام 1984 إلى العالم الإنجليزي (إليك جيفري) عالم الوراثة الجديد الذي نشر فيه أن المادة الوراثية قد تتكرر وتعيد نفسها في تتابعات عشوائية غير مفهومة حتى توصل إلى أن هذه التتابعات شديدة الاختلاف والتباين بين الأفراد في الطول والحجم والموقع واكتشف أن هذه التتابعات مميزة لكل فرد⁽¹⁾؛ ولا يمكن أن تتشابه بين اثنين إلا في حالات التوائم المتماثلة فقط، بل إن احتمال تشابه بصمتين وراثتين بين شخص وآخر واحد في الترليون مما يجعل التشابه مستحيلاً⁽²⁾.

(1) د/ محمود محمد عبد الله، الأسس العلمية والتطبيقية للبصمات، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة، القاهرة، 1991، ص203.

(2) يطلق مصطلح البصمة الوراثية ويضاف إما إلى ألبين فيقال DNA اما إلى الحامض النووي وكلاهما صحيح ويعد العالمان جيمس واطسون، وفرانسيس تريك هم أول من بحث في البصمة الوراثية وظل الباحثان يجريان محاولتهما حتى جاء ذلك اليوم وهو 1953/2/28م الذي أتما فيه إنجازهما وتمكنا في رؤية وتحليل ما فشل فيه الآخرون، وهو التوصل إلى نموذج يمثل

وقد ذهب جانب من الفقه إلى تعريف البصمة الوراثية بأنها النمط الوراثي المتكون من التتابعات المتكررة خلال الحامض النووي DNA مجهول الوظيفة وهذه التتابعات تعتبر فريدة ومميزة لكل فرد ولم تتماثل في شخصين بعيدين⁽¹⁾. وإنما في التوائم المتطابقة⁽²⁾.

ويعرفها جانب آخر بأنها عبارة عن صورة لتركيب المادة الحاملة للعوامل الوراثية الحمض النووي DNA الذي يحتوي على الصفات الوراثية للإنسان

تركيب DNA الوراثي حينها أسرع فرانسيس كريك إلى بار أيجل وهي الحانة المجاورة للجامعة ناقلا إلى جمهور العلماء الذين كانوا هناك ما توصلا إليه وأطلق عبارته المشهور مفاخرا لقد اكتشفنا سر الحياة وبصرف النظر في مدي دقة هذه العبارة، فلقد كانت تعبر عن تلك الفرحة الطاغية التي أحس بها الإنجليزي "فرانسيس كريك" وزميله "جميس واطسون" نتيجة اكتشافهما لتركيب المادة الوراثية بنواة الخلية وطريقة عملها وأثبتوا أن الجينات (المادة الوراثية) تتكون أساسا من الحمض النووي الديوكسي ريبوز، وهو لا يشبه حبلا مجدولا واحدا كما وصفه من قبل العالم ولنكز Wilkins بل يشبه حبلين مدولين لولبيين مما يجعلهما أشبه بسلم لولبي مزدوج، يتكون في السكر والفوسفات، وأربعة قواعد أمينية وهي: الإيدنين والسيتوزين، الجوانين والثايمين، وأن هذا التسلسل يحمل كافة الصفات الوراثية للإنسان، وفي عام 1962م منحت جائزة نوبل لسبعة أشخاص لبحوثهم التي أسهمت في تطور علم البيولوجيا الجزيئية، من بينهم واطسون وريك، تقديرا لاكتشافهم الذي أحدث قفزة هامة في العلوم البيولوجية ولقد أصدر واطسون كتابا بعنوان "اللولب المزدوج The Double Helix في عام 1968م.

(1) أنظر د/ إليك جيفريس، سهل التعرف على المجرمين وتحديد هوية الأشخاص، مقال منشورة بجريدة الشرق الأوسط مأخوذ من الشبكة العالمية للمعلومات (الإنترنت).

د/ محمود محمد عبد الله، الأسس العملية والتطبيقية للنصمات، مرجع سابق، ص 204 وما بعدها.

(2) د/ رزق النجار، د/ صديقة ألعوضي، بحث مقدم إلى ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، المنعقد بدولة الكويت، 1998، ص 10 وما بعدها.

والحامض النووي هو عبارة عن سلم حلزوني يتكون جانباه من السكر والفوسفات، أما درجات السلم تتكون من هذه القواعد النيتروجينية وأربع وحدات كيميائية يطلق عليها اسم قواعد نيتروجينية وهذه القواعد النيتروجينية تلتقي بشكل معين وبترتيب معين وتكرر لتعطي من خلال هذا الترتيب صفات معينة مره (1). وهذه القواعد النيتروجينية الموجودة في الحامض النووي يبلغ عددها حوالي ثلاثة بلايين قاعدة وتوجد جميعاً في نواه الخلية الحية التي لا تربي بالعين المجردة (2).

ثانياً: مفهوم البصمة الوراثية في الفقه الإسلامي:

يعرف البعض البصمة الوراثية أو ما تعرف بالحامض النووي D.N.A أنها تعيين هوية للإنسان عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من حمض D.N.A المتمركز في نواه أي خليه من خلايا جسمه، ويظهر هذا التحليل في صورة شريط من سلسلتين كل سلسلة بها تدرج علي شكل خطوط عرضية مسلسلة وفقاً لتسلسل القواعد الأمينية علي حمض D.N.A وهي خاصة لكل إنسان تميزه عن الآخر في الترتيب وفي المسافة ما بين الخطوط العرضية تمثل إحدى السلسلتان الصفات

(1) أنظر ذلك د/ موسي الخلف، العصر الجيني من مطبوعات عالم المعرفة يصدرها المجلس الوطني للثقافة والعلوم والفنون والآداب، العدد 292 يوليو 2003، ص19 وما بعدها.
د/ مصطفى إبراهيم فهمي، علم التكنولوجيا الوراثية واختلافاته، الطبعة الأولى بمكتبة الأكاديمية بالقاهرة، 1995، ص54.

(2) د/ عبد الهادي مصباح، العلاج الجيني واستنساخ الأعضاء البشرية رؤية مستقبلية للطب والعلاج من خلال القرن الحادي والعشرون، الناشر الدار المصرية اللبنانية القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 1998، ص82.

الوراثية من الأب (صاحب الماء) وتمثل السلسلة الأخرى الصفات الوراثية من الأم (صاحبة البويضة) ووسيلة هذا التحليل أجهزة ذات تقنية عالية يسهل على المتدرب عليها قراءتها وتخزينها في الكمبيوتر لحين الحاجة إليها⁽¹⁾.

أما المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية عرفت البصمة الوراثية بأنها:

هي البنية الجينية، نسبة إلى الجينات أي المورثات، التفصيلية، التي تدل على هوية كل شخص بعينه، وهي وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقيق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية وإثباتها، ولاسيما في مجال الطب الشرعي، وهي ترقى إلى مستوي القرائن القوية، التي يأخذ بها أكثر الفقهاء، في غير قضايا الحدود

(¹) وتسلسل القواعد النيتروجينية لا يري بالعين المجردة وإنما يمكن إظهاره على فيلم حساس لأشعة (X) حيث تظهر علي شكل خطوط تختلف في السمك والمسافة وهو ما سنتناوله تفصيلا عند الحديث . لاحقا . حول تحاليل البصمة الوراثية.

وهذا التسلسل العجيب للقواعد النيتروجينية المكونة لجزئ الحمض النووي DNA الذي يختلف عن شخص لآخر هو ما يطلق عليه اصطلاح البصمة الوراثية التي اكتشفها عالم الوراثة (أليك جيفريس Alec Jeffrys).

وبعبارة أدق، فإن تسلسل القواعد النيتروجينية التي يرمز لها بالحروف (G-C-T-A) وكيفية ترتيبها هي التي تكمن فيها الشفرة الوراثية للإنسان (Genetic Code).

فكما أن ترتيب الحروف التي تتكون منها الكلمات هي التي تجعلها ذات معني واستقلالية عن غيرها من الكلمات، فإن ترتيب الحروف الرامزة للقواعد النيتروجينية علي شريط الحمض النووي للإنسان هي التي تحدد هويته وتبين استقلاليته في تسلسل تلك الحروف التي لا يتشابه فيها مع أحد من بني جنسه.

د/ سعدالدين مسعد هلاللي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، دراسة فقهية مقارنة الكويت، طبعة 2001، 35 وما بعدها.

الشرعية وتمثل تطوراً عصبياً عظيماً في مجال القيافة، التي يذهب إليها جمهور الفقهاء في إثبات النسب المتنازع عليه⁽¹⁾.

حيث أصدر مجلس المجمع الفقهي بمكة المكرمة في دورته السادسة عشرة المنعقد في الفترة من 21-26/10/1422هـ الموافق 5-10/1/2002م⁽²⁾ عدداً من التوصيات والقرارات التي تنظم عملية الأخذ بالحمض الوراثي، كدليل

(1) أنظر: أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني . رؤية إسلامية . المنعقد في الكويت في الفترة من 23-25 جمادى الآخر 1419هـ الموافق 13-15 أكتوبر 1998م، منشورات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الكويت 1421هـ، الجزء الثاني، ص10250.

د/ الهاني الطابع، بصمة المخ وبصمة الحامض النووي في النظام الجنائي الإسلامي، طبعة 2016، ص8.

(2) أنشئ المجمع الفقهي الإسلامي في 1/12/1397هـ الموافق 12/11/1977م، وهو هيئة ذات شخصية اعتبارية داخل إطار رابطة العالم الإسلامي، أنشئت الأخيرة بموجب قرار صادر عن المؤتمر الإسلامي العام الذي عقد بمكة المكرمة في 14 ذي الحجة 1381هـ الموافق 18 مايو 1962م ويتكون المجمع من مجموعة مختارة من فقهاء الأمة الإسلامية وعلمائها، ويضطلع بدراسة المسائل ذات الأهمية التي تواجه الأمة الإسلامية لبيان أحكامها الشرعية المستمدة من القرآن الكريم والسنة النبوية المشرفة (م2 من النظام الأساسي للمجمع الفقهي الإسلامي) ومقر المجمع مكة المكرمة للمملكة العربية السعودية (م3) ومن أهداف المجمع بيان الأحكام الشرعية فيما يواجه المسلمون في أنحاء العالم من مشكلات ونوازل (م4/1) وإبراز تفوق الفقه الإسلامي علي القوانين الوضعية وبيان شمول الشريعة الإسلامية وإعطائها الحلول المناسبة لكل القضايا التي تواجه الأمة الإسلامية في كل زمان ومكان (م4/2) ومن وسائل المجمع لتحقيق أهدافه عقد الندوات العلمية عن قضايا العصر ومستجداته (م5/5).

مشار إليه لدي د/ الشارف لوحيشيبي البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص66 وما بعدها.

مادي في القضايا الجنائية وقضايا البنوة حيث جاء في القرار السابع التأكيد على اعتماد التعريف السابق للبصمة الوراثية، الذي وضعته المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، وأضاف المجلس في ذات القرار بأن البحوث والدراسات العلمية تفيد أن البصمة الوراثية وسيلة تمتاز بالدقة وتسهل مهمة الطبيب الشرعي في التحقق من الشخصية ومعرفة الصفات الوراثية المميزة للشخص، ويمكن أخذها من أي خلية بشرية، من الدم أو اللعاب أو المنى أو غيره.⁽¹⁾

- (1) ومن الجدير بالذكر أن المطلوب لتعيين بصمات الجينات هو عينة صغيرة من الأنسجة التي يمكن استخلاص الحامض النووي الريبوزي المختزل DNA منها، فعلى سبيل المثال تحتاج:
- أ. قطعة جلد من تحت الأظافر أو شعيرات من الجسم بجذورها في حالة وفاه بعد مقاومة المعتدي.
 - ب. عينة من الدم في حالة ثبوت بنوة.
 - ت. دم أو سائل منوي مجمد أو جاف موجود على مسرح الجريمة.
 - ث. عينة من اللعاب.
 - ج. عينة من الحيوان المنوي في حالة اغتصاب.

فقد تمكن حديثاً في عام 1997 العالمان الأستراليان (رولندفان) (وماكسويل جونز) من عزل المادة الوراثية من الأشياء التي تم لمسها المفاتيح والتليفون والأكواب بعد استخلاص المادة الوراثية حيث يتم تقطيعها باستخدام إنزيمات التحديد ثم تفصل باستخدام جهاز الفصل الكهربائي ثم تنقل إلى غشاء نايلون ثم باستخدام مسابر خاصة ثم يتم تعيين بصمة الجينات على فيلم أشعة.

أنظر في ذلك د/ علي محي القرهداغي، بحث مقدم للمجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورية السادسة لمشر المنعقدة بمكة المكرمة 1422هـ، 2002م، ص10.

أنظر أيضاً د/ وجدي عبد الفتاح، الأساليب الوراثية لإثبات النسب، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، الطبعة الأولى، سنة 1999، ص122.

رأي الباحث:

ومن خلال مطالعتنا لجمع التعريفات السابقة تبين بجلاء اتفانها من حيث المضمون وإن اختلفت في نسج عباراتها، فكلها تشير إلى أن المادة الوراثية DNA القابعة بنواة الخلية تتسم بالتفرد والتميز ولا يمكن أن تتفق بين شخصين من حيث التسلسل والتركيب إلا في حالة التوائم المتشابهة حيث أن البصمة الوراثية تعد صفات وراثية تنتقل من الأصول إلى الفروع والتي من شأنها تحديد شخصية كل فرد عن طريق تحليل جزء من حمض DNA (D.N.A) والتي تحتوي عليه خلايا جسده والتي تعد فردية ومميزة لكل شخص.

المطلب الثاني

خصائص البصمة الوراثية

أظهرت الدراسات العلمية في البحوث الطبية تميز البصمة الوراثية بعدد من المميزات والخصائص الأمر الذي يجعلها متميزة عن أدلة الإثبات الأخرى وسيتم تبيان هذه الخصائص في خمسة فروع على النحو التالي:

الفرع الأول

تفرد البصمة الوراثية وعدم تشابها بين فرد وآخر

تتميز البصمة الوراثية بتفردا واختلافها من شخص لآخر حيث تتكون كل بصمة من وحدات كيميائية ذات شقين محمولة في المورثات وموزعة بطريقة مميزة كفرق بدقة بارعة كل فرد من الناس عن الآخر وتتكون البصمة منذ فترة الانقسام في البويضة الملقحة وتبقى كما هي حتى بعد الموت ويرث كل فرد آخر شقي البصمة من الأب والآخر من الأم بحيث يكون الشقان بصمة جديدة، ينقل الفرد أحد شقيها إلى أبنائه ... وهكذا⁽¹⁾.

هذه الحقيقة العلمية السابقة (أن لكل شخص في الوجود ما عدا التوائم المتطابقة تفرد بيولوجي بصمة وراثية خاص به يعود في الحقيقة إلى العالم (مندل) في الوراثة والتي ظهرت إلى حيز الوجود عام 1889م وقد أجمع علماء الطب والأحياء علي حجتها وقد أقام (مندل) نظريته تلك علي فرضيه مؤداها أن كل فرد يرث صفاته وخصائصه الدموية من أبويه مناصفة واستخدم (مندل) آنذاك لفظ

(¹) وبهذا الاختلاط بين كروموسومات الأب وكروموسومات الأم يكتسب المولود صفة الاستقلالية عن كروموسومات أي من والديه مع بقاء التشابه ومعهما في بعض الوحدة لكنه في ذلك لا يتأثر مع كروموسومات والديه.

أنظر أيضا مناقشات جلسة المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي عن البصمة الوراثية في دورته الخامسة عشر المنعقد في الفترة 21 إلى 1422/10/26هـ الموافق 5 إلى 2002/1/10م، ص25 وما بعدها.

العامل الوراثي للتعبير عن الجزئيات التي تقوم بنقل تلك الصفات من جيل إلى آخر ولم يكن لدي مندل في ذلك الوقت أي وسيلة يكتشف بها طريقة عمل هذه العوامل وكيفية انتقال الصفات الوراثية إلا أن تقدم العلوم البيولوجية وتطورها وإجراءات البحوث والتجارب العلمية كشفت الستار عن هذه الكيفية وأثبتت أن الجينات هي العوامل التي تحدث عنها مندل في نظريته (1).

وهذه الخاصية الهامة للبصمة الوراثية جعلت منها وسيلة هامة ورئيسية يمكن الاعتماد عليها في تحديد هوية الأشخاص في القضايا المختلفة، كالقضايا الجنائية والنسب والبنوة، والتعرف على الجثث المجهولة كتلك المشوهة بسبب الحوادث المختلفة وكذلك الممايزة بين المواليد في المستشفيات عند اختلاطهم ... الخ.

بناءً على ذلك، فإن تحاليل البصمة الوراثية تصلح للإثبات والنفي على حد سواء وهذا بعكس تحاليل اختبارات فصائل الدم، التي لا يمكن الاعتماد عليها مطلقاً في الإثبات لوحدها، وإن كان يمكن الاعتماد عليها في بعض الأحيان. ليس دائماً. كوسيلة لنفي النسب أو البنوة، حيث أكدت البحوث الطبية أنه - علي سبيل

(1) حيث أن أنسجة الجسم مكونة من خلايا (عشرة ترليونيات أي مليون مليون من الخلايا) وكل خلية تحتوي علي نواة هي المسؤولة عن حياة الخلية ووظيفتها، كما أن النواة في كل خلية تحمل المادة الوراثية بداية من الخواص التي تجمع بين الجنس البشري وانتهاء بالتقصيلات التي تختص بالفرد فلا يشاركه فيها آخر منذ خلق الإنسانية إلى انتهائها.

أنظر ذلك د/ محمود حسين إبراهيم، النظرية العامة للإثبات العلمي في قانون الإجراءات الجنائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1981، ص331.

المثال - إذا كانت فصيلتي الأب والأم (O-O) فإنه يستحيل أن تكون فصيلة الابن (AB,A-B) ويحتمل أن تكون أي نوع آخر من الفصائل، وإذا كانت فصيلتي الأب والأم (O-B) فإنه يستحيل أن تكون فصيلة الأبناء (A-AB) ويحتمل أن تكون أي فصيلة أخرى⁽¹⁾.

وخلاصة القول إن الحامض النووي DNA أو البصمة الوراثية يعد ذلك إثبات ونفي قاطع إذا تم تحليل الحمض بطريقة سليمة.

حيث أن احتمال التشابه بين البشر في الحمض النووي غير وارد على

(¹) وقد أظهرت البحوث والدراسات العملية أيضا أنه لا يوجد بدم الطفل عنصر من العناصر إلا إذا كان موجودا عند أبويه (الأب أو الأم) وهذا يعني أن فصيلة دم الأم لو كانت مثلا من فئة (O) وكانت فصيلة دم المولود من هذه الفئة أيضا فإن هذا لا يتأتى إلا إذا كانت فصيلة دم الأب من إحدى الفئات الثلاث (A-B-O) أما لو كانت من فئة (A-B) فإن الصلة الوراثية بهما تكون منعدمة في هذه الحالة وقد أكدت الأبحاث العلمية في هذا الخصوص أن المولودات البيولوجية المضادة في الدم لا يمكن أن تظهر عند الطفل ما لم تكن موجودة عند أبويه ولو أتضح أن هذه المادة التي يحتويها دم الطفل غير متواجدة عند أمه فيها بالتأكد يجب أن تكون لذي أبيه.

أنظر في ذلك د/محمود حسين إبراهيم، النظرية العامة للإثبات العلمي، مرجع سابق، 332.

أنظر أيضا د/ محمد رأفت عثمان القضاء في الفقه الإسلامي، طبعة 1988، ص77.
أنظر أيضا د/ الشارف لوحيشي البصمة الوراثية دورها في الإثبات ... مرجع سابق، 73 وما بعدها.

د/ حسام الأحمد، البصمة الوراثية، حجتها في الإثبات الجنائي والنسب، منشورات المجلة الحقوقية، الطبعة الأولى، 2010، ص22 وما بعدها.

الإطلاق وذلك بعكس فصائل الدم التي يمكن أن تكون وسيلة نفي أو إثبات نظرا
لاحتمال التشابه بين البشر⁽¹⁾.

(¹) د/ حسام الأحمد، البصمة الوراثية وحجتها في الإثبات الجنائي والنسب، منشورات
الحلبي الحقوقية، مرجع سابق، 23 وما بعدها.

أنظر د/ الهاني طايح، تكنولوجيا بصمة الحامض النووي DNA، مرجع سابق 51.

الفرع الثاني

قوة الحامض النووي في التحمل

من أهم المميزات التي تميز بها البصمة الوراثية أو الحامض النووي هو تحمل البصمة الوراثية ومقاومتها لعوامل التحلل والتعفن لسنوات طويلة حتى أنه يمكن الحصول علي البصمة الوراثية من الآثار القديمة⁽¹⁾، وتأكيدا لذلك فقد قام أحد الباحثين بجامعة Vppsala بالسويد بعزل البصمة الوراثية لأثنين من المومياء الفرعونية والمحفوظة بقسم البصرييات بمتحف برلين بألمانيا، كانت المومياء الأولي تخص سيدة ماتت منذ ألفي عام واستطاع الباحث أن يفصل الحمض النووي الخاص بها من عظام الأذن والمومياء الثانية تخص طفل عمره أقل من عام واستقطع الحامض النووي DNA من بشرته⁽²⁾.

حيث أن الحامض النووي (البصمة الوراثية) مادة عنيدة وتصمد لفترة طويلة بعد موت صاحبها بمئات السنين وبذلك يمكن اختبار تطابق البصمة الوراثية حتى لأجدادنا الذين في القبور وهذا ما حدث مع قيصر روسيا وأفراد أسرته بعد

(1) د/ عبد الرحمن أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي دراسة فقهية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، 2005، ص111 وما بعدها.

(2) د/ رضا عبد الحليم عبد المجيد، الحماية القانونية للجنين البشري الاستساخ وتداعياته، دار النهضة العربية، طبعة 1998، ص223 وما بعدها.

مئات السنين من موته باستخدام الحامض النووي DNA⁽¹⁾.

وعلي الجانب الأمريكي فقد أثارت مجلة الطبيعة العلمية الشهير عن علاقة أئمه كشفها علم الجينات الذي أثبت وجود علاقة بين الرئيسي الأمريكي الأشهر (توماس جيفرسون) مع خادمته أسفرت عن أطفال باللون الأسود والأبيض غير أنه لم يعترف بهذا النسل، وقد استخدم العلماء التحليل الجيني لخلايا من بعض بقايا جده وقاموا بتحليل جينات من يدعي أنه حفيده وأنتهي الأمر إلى إعلان تلك القنبلة

(¹) عن طريق إجراء تحاليل البصمة الوراثية تم التعرف علي الإمبراطور الروسي نيكولاس الثاني وأفراد عائلته حيث إنه في عام 1918م أثناء الثورة البلشفية تم إزاحة الإمبراطور المذكور عن مدة الحكم في روسيا، وقتل هو وجميع أفراد أسرته بطريقة بشعة بواسطة إطلاق النار عليهم وسكب حمض الكبريتيك علي أجسادهم ودفنوا بعد ذلك في حفرة عميقة وبقي مكان تلك الأسرة مجهولا حتى سنة 1989م عندما عثر باحثان علي رفات لهياكل عظمية تحتوي علي جماجم وبعض العظام في قبر سطحي يبعد عشرين ميلا عن مدينة (كاترنبرج) الروسية، كانت التوقعات الأولية تشير إلى أن هذه الهياكل العظيمة تعود إلى الإمبراطور المذكور وعائلته وثلاثة من حاشيته إضافة إلى طبيب العائلة وفي عام 1991م صدر قرار السلطات الروسية بدراسة الرفات وإجراء التحاليل عليها علي أن تقوم رئيس فريق خبراء الطب الشرعي في روسيا بالتنسيق لبذل جهود دولية لكشف غموض هذه القضية، أحييت العينات إلى مختبرات خدمة العلوم الجنائية في بريطانيا لإجراء الفحوصات الوراثية ومقارنة العينات فيما بينها، وحددت السمات الوراثية لخمس مواقع علي المادة الوراثية لكل عينة، فأكدت التحاليل وجود مادة وراثية لأربعة ذكور وخمس إناث، كما تم التعرف علي إيجاد الصلة الوراثية وبين خمس هياكل عظمية (الإمبراطور وزوجته وثلاث بنات) واستبعاد وجود الصلة الوراثية لبقية الأثار التي تعود لطبيب العائلة وثلاثة من حاشية الإمبراطور (رجلين).

أنظر في ذلك د/ عبد العزيز بن عبد الله، أهمية الفحوصات الوراثية في قضايا النسب والقضايا الجنائية، مشار إليه لدي د/ شارف لوحيشي، البصمة الوراثية، مرجع سابق، 80 وما بعدها.

السياسية التي تعد ثاني أكبر الفضائح في تاريخ الحزب (1).

وأيضاً الفضيحة التي هزت أرجاء البيت الأبيض والتي كانت بين الرئيس الأمريكي (بيل كلينتون) وبين (مونیکا لونيسكي) المتدربة بالبيت الأبيض حتى ادعت وأعلنت عن علاقتها الجنسية الصريحة مع الرئيس الأمريكي وأنه كان يمارس الجنس معها في مكتبة البيضاوي في البيت الأبيض وقدمت فستانها الأزرق الشهير للمدعي والذي كانت عليه بقعة من السائل المنوي للرئيس الأمريكي (كلينتون) ظلت محتفظة بها لمدة 17 شهراً حيث تم التحليل الجيني للبقع الموجودة على فستانها الأزرق ومضاهاتها بالمحتوي الوراثي لخلايا الرئيس (2).

وخلص القول إن البصمة الوراثية تظل ثابتة وقادرة على التحمل ومقاومته دون التأثير بالعوامل المناخية إذ إنها تقاوم عمليات التحلل والتعفن الحديثة منها والقديمة.

(1) أنظر في ذلك د/ حسني محمود عبد الدايم، البصمة الوراثية ومدى حجيتها، مرجع سابق، 256.

أنظر أيضاً د/ عبد الهادي مصباح، العلاج الجيني، مرجع سابق، 95 وما بعدها.

(2) د/ عبد الهادي مصباح، العلاج الجيني، مرجع سابق، 96 وما بعدها.

الفرع الثالث

تعدد وتنوع مصادر البصمة الوراثية

من الخصائص الهامة التي تتميز بها البصمة الوراثية هي تنوع وتفرّد المصادر التي يمكن استخلاصها من أي مخلفات آدمية أو من العظام الأدمية التي مضي عليها ما يقارب ثلاثمائة عاماً، كما أنه يمكن عمل البصمة من أي مخلفات آدمية سائلة (دم، مني، لعاب) أو أنسجة (لحم . عظم، شعر، جلد) ⁽¹⁾. وتعد قضية (ليندا) التي حدثت في إنجلترا تؤكد على تنوع مصادر البصمة.

ففي 1983/11/21م بإحدى ضواحي منطقة (لستر) البريطانية ارتكبت جريمة بشعة ضد فتاة تدعي (ليندامان) تبلغ من العمر (15 عاماً)، حيث قام الجاني باغتصاب تلك الفتاة وقتلها خنقاً بعد أن فعل فعلته التي فعلها، وعلي إثر ذلك أخذت مسحات مهبلية من الفتاة بمعرفة الطبيب الشرعي، وتم حفظ العينات المضبوطة وفي يوم 1986/8/8م بمنطقة قريبة ارتكب جريمة أخرى بنفس الأسلوب، وهذه المرة كانت الضحية تبلغ من العمر (15 عاماً) أيضاً، وتدعي (دون أشورت) وبتحقيقات الشرطة واستدلالاتها حامت الشبهات حول شخص يدعى (ريتشارد بكلاند) يبلغ من العمر (17 عاماً) يعمل بمستشفى نفسي عرف عنه سلوكاً جنسياً يتفق مع الأسلوب المرتكب مع الجريمتين.

⁽¹⁾ د/ بدر خالد خليفة، توظيف العلوم الجنائية لخدمة العدالة، الطبعة الأولى، الكويت، عام 1996، ص75، مشار إليها لدي د/ الشارف لوحيشي، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات، مرجع سابق، 73 وما بعدها.

وفي تلك الأثناء ذاع صيت اكتشاف (أليك جيفري) بشأن البصمة الوراثية فأرسلت إليه الشرطة عينة من دم المتهم المذكور وعينة من السائل المنوي الذي وجد مختلطاً بالجثتين، وبمقارنة مقاطع الحمض النووي وإظهار البصمة الوراثية لكل العينات المرسله أثبت (أليك جيفري) بأن السائل المنوي الذي وجد، علي الجثتين يعود لشخص واحد، حيث أن تسلسل القواعد النيتروجية للحمض النووي لكلا العينتين قد جاء متطابقاً، مما يدل علي أن مرتكب الفعلين شخصاً واحداً، وأثبت أيضاً أن السائل المنوي المضبوط لا يعود لشخص المتهم (ريتشارد بكلاند) لذا تم تبرئة الأخير فيما بعد اعتماداً على التقرير الذي أعده (أليك جيفري) الذي أثبت فيه بأن البصمة الوراثية للسائل المنوي تختلف عن البصمة الوراثية للمتهم المذكور وقد قررت النيابة أخذ عينات من دم ولعاب كل شباب ورجال القرية والقرى المجاورة حتى تم التوصل إلى المغتصب ويدعي (كولين بتشغورك) (1).

وعلي ذلك فهذه الخاصية تغني تماماً عن عدم وجود آثار لبصمات الأصابع للمجرمين في مسرح الجريمة نظراً لتنوعها وتعدد مصادر الحصول على

(1) أنظر في د/ بدر خالد خليفة، توظيف العلوم الجنائية لخدمة العدالة، الطبعة الأولى، الكويت، مرجع سابق، ص75.

ومشار إليها أيضاً لدي د/ الشارف لوحيشي، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات، مرجع سابق، 74.

كل ما يحتاج الفحص للكشف عن ارتكاب الجريمة⁽¹⁾.

(¹) د/ بدر خالد خليفة، توظيف العلوم الجنائية لخدمة العدالة، المرجع السابق، 76 وما بعدها.

الفرع الرابع

البصمة الوراثية يسهل قراءتها والتعرف عليها وحفظها وتخزينها

في الحاسب الآلي لحين الحاجة إليها

كذلك من المميزات التي تمتاز بها البصمة الوراثية أو الحامض النووي DNA هو سهولة قراءتها والتعرف عليها وتخزينها نظرا لظهورها على شكل خطوط عريضة وتلجأ الأجهزة الأمنية حاليا إلى أخذ العينات التي تحتوي على الحمض النووي من مسرح الجريمة أي شيء مخلفات المجرم والضحية حيث يتم تحليلها ثم يتم تكبير المادة الوراثية والحمض النووي ملايين المرات بالطرق الحديثة وتفرد على غشاء خاص لتظهر الخطوط والمسافات بينها بوضوح⁽¹⁾.

كما أن نتائج تحاليل البصمة الوراثية يمكن تخزينها على أجهزة الحاسوب ضمن قاعدة بيانات يتم إنشاؤها لهذا الغرض، حتى يتسنى الرجوع إليها كلما كان

⁽¹⁾ وقد أظهرت الدراسات والبحوث العلمية أن البصمات الوراثية تختلف اختلافا كبيرا بين أفراد العائلة الواحدة بل وإن بصمات الأبناء لا تتفق مع بصمات الآباء ولا تظهر هذه الاختلافات في الشكل الخارجي للإنسان كما أنها لا تترك بالعين المجردة ذلك أن تسلسل قواعد الحمض النووي DNA يلتف حول بعضه. حتى يصبح واحدا على المليون من أكثر أو أقل ولهذا فإن عملية إظهارها تتم من خلال فيلم حساسي للأشعة السينية فتظهر هذه الاختلافات في شكل خطوط.

أنظر في ذلك د/ إبراهيم الجندي، د/ حسين الحسيني، البصمة الوراثية كدليل فني أمام المحاكم، بحث منشور في مجلة البحوث الأمنية التي تصدر عن كلية الملك فهد الأمنية بالرياض الجزء العاشر، العدد 19، 1422هـ، 2011، ص26 وما بعدها.

لذلك مقتضي ولتحقيق هذا الغرض دأبت الدول المتقدمة إلى عدة طرق لإنشاء قاعدة بيانات للبصمة الوراثية، وذلك بأخذ عينات من كل مولود جديد أو من كل طالب للحصول علي الهوية الشخصية، وكذلك أخذ عينات من ذوي السوابق الجنائية والموقوفين بالسجون، أو جعل تقديم العينة شرطاً لازماً للحصول علي بعض المستندات أو إتمام إجراءات معينة⁽¹⁾.

(1) د/ خالد محمد الحمادي، البصمة الوراثية ودورها في الكشف عن الجريمة، مجلة الفكر والشرطي مصدرها مركز بحوث شرطة الشارقة الإمارات العربية المتحدة، المجلة 15، العدد 2، يوليو 2006، ص 21 وما بعدها.

أنظر د/ إبراهيم الجندي، عميد/ حسين الحصيني، البصمة الوراثية كدليل فني أمام المحاكم، مرجع سابق، 26 وما بعدها.

الفرع الخامس

البصمة الوراثية ساعدت في الكشف عن الجرائم ومساعدة ضحايا

الجريمة

تعتبر البصمة الوراثية أحد الأساليب الهامة التي تساعد الضحايا والتعرف علي أصحابها، حيث تمكن الأطباء الشرعيون عام 1992 من تحديد الهوية الوراثية لقائد معسكر مفقود منذ الحرب العالمية الثانية من خلال عثورهم علي بعض الهياكل البشرية أثناء جرف أرض المعسكر في إحدى الولايات بأمريكا، وتمكن تحديد هوية الهياكل البشرية عن طريق بصمة (DNA) من خلال أخذ عينات دموية من والديه ومن أولاده ومقارنة بصمتهم الوراثية مع بصمة الهياكل المعثور عليها⁽¹⁾، كما أن البصمة الوراثية ساعدت في اكتشاف العديد من الجرائم التي قيدت ضد مجهول ولعبت البصمة الوراثية دورا كبيرا في العديد من الجرائم التي عجز الجميع عن اكتشافها وقد برأت البصمة الوراثية المئات من الأشخاص من جرائم القتل والسرقة والاعتصاب ولعبت دوراً هاماً في القتل.

ومن أشهر القضايا التي حدثت كانت في إحدى الدول العربية فحوادثها اتهام زوج وأخيه بقتل زوجته وقد أرسل مع القضية عينات مناديل ورقية عليها تلوثات منوية رفعت من منزل القتيلة وبأخذ عينات قياسية من الزوج وأخيه ومن القتيلة

(1) د/ خالد محمد الحمادي، البصمة الوراثية ودورها في الكشف عن الجريمة، مرجع سابق،

تبين أن التلوثات المنوية لا تعود للزوج ولا لأخيه مما يدل على أن القاتل شخص آخر (1) (2).

موقف الفقه الإسلامي والمستجدات العلمية الحديثة:

أدى التطور العلمي في جميع المجالات على وجه العموم، وفي المجال الطبي على وجه الخصوص، إلى ظهور مستجدات عديدة على الساحة المعاصرة، كنقل الأعضاء، وتشريح الجثث، والإنجاب الصناعي، ونقل الدم وغير ذلك، كل هذه المستجدات العلمية فرضت على العلماء والباحثين أن يشمروا عن سواعدهم

(1) وحادثة أخرى تم تداولها في مقر رابطة العالم الإسلامي بمكة أثناء مناقشة موضوع البصمة الوراثية وقعت بالسعودية وحاصل القضية أن أمراه ادعت أن أباه وقع عليها (اغتصبها) ونتج عن ذلك حصول حمل وكان احتمال تصديقها ضعيف لأن الأب في الستينات من العمر ولقوة العلاقة التي تجمعها بالمتهم تم تأجيل التحليل (DNA) حتى وضع الحمل، وعندما تم الوضع ومن خلال التحاليل وجد أن الطفل لا علاقة له بالمتهم (الأب) والأغرب أنه لا علاقة للطفل بالأم المدعية، فاتضح أن القضية فيها تلاعب وأن أيدي خفية بالموضوع وبالرجوع لأسماء المواليد الذين ولدوا في نفس اليوم بالمستشفى أتضح أنهم بلغوا ثلاثون طفلاً وعند حصر الصفات المطلوبة انحصرت في (12) طفلاً تم الاتصال بذويهم واحد واحد حتى تم التوصل للطفل المطلوب وأتضح أن بصمة الوراثية دله على ارتباطه بالمتهم (الأب) وأن هناك طفلاً لقيطاً أدخل المستشفى في نفس اليوم وعند التسليم تم التبديل لإخفاء الحقيقة.

أنظر في ذلك د/عبد الرشيد محمد أمين قاسم، بحث مأخوذ من الشبكة العالمية للإنترنت، ص3 وما بعدها.

وأنظر أيضاً د/ خالد محمد الحمادي، البصمة الوراثية ودورها في الكشف عن الجريمة، مرجع سابق، ص22 وما بعدها.

(2) د/ إبراهيم الجندي، عميد/حسين الحصري، البصمة الوراثية كدليل فني أمام المحاكم، مرجع سابق، ص53 وما بعدها.

للإدلاء بدلوهم في هذه المستجدات. ومن بين هذه المستجدات العلمية مسألة البصمة الوراثية فهي عمل مستحدث في هذا العصر، لم يتحدث عنه الفقهاء المسلمون السابقون، ولم يعالجوه بصورة مباشرة، ولكن يمكن معرفة موقفهم في هذه المسألة من خلال الوقوف على آرائهم في تصنيف أجزاء الجسم وأنسجته من حيث كونها أجزاء آدمية حاملة للمادة الوراثية وتتواجد فيها البصمة وكافة المعلومات الوراثية، والتي تعتبر مصادر أساسية لها، وذلك كالدّم والعظام والجلد والشعر والأظافر والأسنان وغيرها.

اختلف جانب من الفقه حول طبيعة هذه الأجزاء وما إذا كانت تعتبر من قبيل الأموال (الأشياء)، أو من قبيل الأشخاص على رأيين:

الرأي الأول:

ذهب جمهور الفقهاء (الحنفية . في ظاهر الرواية، والمالكية . في المشهور من المذهب . والشافعية . في الراجح . والحنابلة . في الصحيح . والظاهرية، والزيدية) إلى أن هذه الأجزاء وسائر الأطراف الأخرى تعتبر من قبيل الأشخاص، وتأخذ حكم أصحابها من حيث الحرمة والكرامة، فلا يجوز بيعها أو الانتفاع بها⁽¹⁾.

(¹) د/ محمد عثمان صبار، بلغة المالك لأقرب المسالك المعروف بالشرح الصغير للصاوي الجزء الأول، طبعة الدار السودانية للكتب 1418هـ / 1998م، ص424 وما بعدها.
أنظر أيضا د/ عبد الرحمن أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق الإشارة إليه، 44 وما بعدها.

فالإنسان - وفقاً لرأي الجمهور - لا يعتبر مالاً في الشرع ولا في الطبع ولا في العقل، فالشرع يأبى أن يعامل الإنسان الذي كرمه الله معاملة الأموال، وقد دعموا رأيهم بالأدلة والأسانيد التالية:

أولاً: قال تعالى ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي آلِ بَيْتٍ وَأَلْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾⁽¹⁾. ولا شك أن البيع والتملك يتنافي مع هذا التكريم.

ثانياً: ورد في الحديث القدسي أن الله تعالى يخاصم من يخضع الإنسان لما يخضع له الحيوان من بيعه والتصرف فيه، فقد روى البخاري بإسناده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (قَالَ اللَّهُ: ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ، رَجُلٌ أَعْطَى بِي ثُمَّ غَدَرَ، وَرَجُلٌ بَاعَ حُرًّا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ، وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوَفَى مِنْهُ وَلَمْ يُعْطِهِ أَجْرَهُ)⁽²⁾.

ثالثاً: ما ذكره ابن حجر العسقلاني في فتح الباري عن عمر بن بلال القرظي قال: سمعت عبد الله بن بسر يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (قَصُّوا أَظْفَارَكُمْ وَإِدْفِنُوا

(1) سورة الإسراء الآية رقم (70).

(2) الشيخ/ بن حجر العسقلاني، فتح الباري، ج4، ص346-347، وزاد ابن خزيمة، وابن حبان، والإسماعيلي في هذا الحديث: (ومن كنت خصمه فقد خصمته). قال ابن التين: هو سبحانه وتعالى خصم لجميع الظالمين، إلا أنه أراد التشديد على هؤلاء (الثلاثة) بالتصريح. وقال ابن حجر العسقلاني في قول: (باع حراً فأكل ثمنه): خص الأكل بالذكر، لأنه أعظم مقصود. وقد نقل ابن حجر الإجماع على منع بيع الحر.

قُلَامَاتِكُمْ وَنَقَّوْا بِرَاجِمِكُمْ (1).

وجه الدلالة:

إن الأجزاء المذكورة في الحديثين الشريفين (الشعر، الظفر، الدم) كل واحد منها يعتبر مصدراً أساسياً لاستخلاص البصمة الوراثية منه. وقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم بدفنها عند الانفصال، لحرمتها وكرامتها، فدل ذلك على أن المادة أو البصمة الوراثية الكامنة في أي منها تأخذ حكم صاحبها من حيث الحرمة والكرامة.

الرأي الثاني:

ذهب الحنفية - في غير ظاهر الرواية - وبعض المالكية وبعض الشافعية، والقاضي من الحنابلة، إلى أن أطراف الإنسان وأنسجته تعتبر من قبيل الأموال أو الأشياء بالنسبة لصاحبها، وليس لها حرمة الأشخاص.

(كالشعر والجلد والظفر والنفطة والعلقة بالإلقاء أو الإسقاط) لغاية مشروعة

(1) د/ أسامة السيد عبد السميع، مدي مشروعية التصرف في جسم الأدمي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، طبعة 1419هـ، 1999م، ص54.

فتح الباري بابا قص الشعر، الجزء العاشر، ص338.

وجاء في بلغة السالك: (فإن بقي شيء من عظامه، فالحرمة باقية لجميعة، فلا يجوز استخدام ظفر الميت ولا جزء منه ولا شعره، لأن هذه الأجزاء محرمة، وفي أخذه انتهاك حرمتها. أنظر في ذلك المالك لأقرب المسالك المعروف بالشرح الصغير للساوي، الجزء الأول، ص424.

كان يضحى بجزء من جسمه لإنقاذ حياته، فهو كالمال خلق وقاية للنفس⁽¹⁾.

وقد دعم أصحاب هذا الرأي وجهة نظرهم هذه بالأدلة الآتية:

أولاً: إن جسم الإنسان وإن كان ملكاً لله تعالى وليس ملكاً للعبد لا ينبغي المساس به أو التصرف فيه، إلا أن للإنسان - مع ذلك - نوعاً من الولاية على نفسه في نطاق الآيتين الكريمتين ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ﴾⁽²⁾؛ وقوله: ﴿وَلَا تُلْفُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾⁽³⁾. وهذه الولاية تجيز للإنسان أن يتصرف في جزء من جسده لا يترتب على انتزاعه ضرر به⁽⁴⁾.

مناقشة هذا الدليل:

ويمكن مناقشة هذا الدليل بأن: ولاية الإنسان على ذاته لا تتعدى بأي حال من الأحوال وجه المنفعة، وليس له على الإطلاق أن يتصرف في أي جزء من أجزاء جسده، ولو كان ظهراً، حيث لا يملك الشخص تعذيب نفسه، كما لا يلتزم

(1) الشيخ محمد عليش، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب مالك، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بالقاهرة، الطبعة الأولى عام 1319هـ، ص271.

أنظر د/ علي داود الجفال، مسائل طبية معاصرة، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون القاهرة، 1405هـ، 1985م، ص125 وما بعدها.

(2) سورة النساء جزء من الآية رقم: 29.

(3) سورة البقرة جزء من الآية رقم: 195.

(4) د/ أحمد عبد الكريم سلامه، حكم تقبل الأعضاء في الفقه الإسلامي، بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية . كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد رقم 18، عام 1995م، ص198.

مشقة لا تلزمه، حيث لا قربه فيها، لأن عليه أن يبدأ بنفسه (1).

ثانياً: أن أجزاء الأدمي نجسه، ولو كان لها حرمة كالآدمي، لجازت الصلاة عليها كجملته. يقول ابن قدامه في معرض كلامه عن أجزاء الأدمي وأبعاضه: (وذكر القاضي أنها نجسه، لأنها لا حرمة لها، بدليل أنه لا يصلي عليها) (2).

(1) نقل وزراعة الأعضاء من منظور إسلامي: د/ عبد السلام السكري، نقل وزراعة الأعضاء من المنظور الإسلامي، ص 149.

(2) المغني: ابن قدامه، ج 1، ص 41.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشة هذا الدليل بأنه: دليل باطل لا يصح، لأن أجزاء الأدمي وأبعاضه لها حرمة، بدليل أن كسر عظم الميت ككسر عظم الحي، ويصلي عليها إذا وجدت من الميت، ثم تبطل بشهيد المعركة، فإنه لا يصلي عليه وهو طاهر (1).

رأي الباحث:

أن الله أعطي لأعضاء الإنسان وأنسجته من العصمة والحرمة ما أعطاه للنفس البشرية، قال تعالى ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصًا﴾. فكما لا يجوز الاعتداء على النفس كذلك لا يجوز الاعتداء على أي عضو من أعضاء الجسم.

أن الله فضل الإنسان وكرمه على سائر خلقه (البهائم، والدواب، والوحوش، والطير...) بالغبلة والاستيلاء، والثواب والجزاء، والحفظ والتمييز، وإصابة الفراسة. فالإنسان مكرم لكل ذلك، لأنه متحمل الأمانة، وخليفة الله في أرضه.

ومن هنا لم يخضع الإنسان شرعاً لما يخضع له من الحيوان من جواز

(1) د/ عبد السلام السكري، نقل وزراعة الأعضاء من منظور إسلامي، مرجع سابق، 150 وما بعدها.

بيعه والتصرف فيه (1).

(1) د/ حسن الشاذلي، انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان حياً أو ميتاً في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، 49 وما بعدها.

قد يثور تساؤل بشأن الأحكام التي تطبق على الرقيق بحيث تجعله سلعة يباع ويشترى، وللإجابة على هذا التساؤل نقول: إن الرق قد انتهى أمره، ولم يعد له وجود، خاصة بعد أن اتفقت الدول والمجتمعات الإنسانية على منعه بجميع أنواعه، وهو ما يهدف إليه المولي وما يشير إليه في محكم كتابة وسنة رسوله ويجب أن ننوه أنه حتى في أثناء وجود الرق، لم يكن هناك سلطات لأحد علي جسم الرقيق وأجزاء جسده إلا بحق.

أنظر في ذلك د/ حسن الشاذلي، انتفاع الإنسان بأعضاء جسم الإنسان، مرجع سابق، 49 وما بعدها.

المطلب الثالث

ضوابط وشروط العمل بالبصمة الوراثية

اشترط الفقهاء الباحثين والأطباء المختصين في البصمة الوراثية شروطاً عديدة حتى تقبل، والذين رأوا أنها تقاس على القيافة اشترطوا شروط القيافة مع بعض الزيادات.

والشروط التي ينبغي توافرها ما يلي:

أولاً: أن يكون القائمون على العمل في المختبرات المنوطة بإجراء تحاليل البصمة الوراثية ممن يوثق بهم علماً وخلقاً، وألا يكون أي منهم ذا صلة قرابة أو صداقة أو عداوة أو منفعة بأحد المتداعيين أو حكم عليه بحكم مخل بالشرف⁽¹⁾ أو الأمانة⁽²⁾، وينبغي الاهتمام في هذه المسألة بما يذكره الفقهاء من هذا القبيل في باب عدالة الشهود، وباب القضاء.

ثانياً: توافر الخبرة والتجربة فيمن يحكم بذلك، بأن يكون مؤهلاً ويكون قد اشتهرت عنه الإصابة. وإن لم تشتهر إصابته يجرب، وللتجربة طرق متعددة ذكرها الفقهاء في القائف. فنص الشافعية بأن يعرض عليه ولد في نسوة ليس فيهن أمه

(1) أنظر ملخص أعمال الحلقة النقاشية حول البصمة الوراثية، مناقشات المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة عشر، ص21.

(2) أنظر: ملخص أعمال الحلقة النقاشية حول البصمة الوراثية، ص48، مناقشات المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة عشرة، ص21.

ثلاث مرات، ثم في نسوة فيهن أمه فإن أصاب في المرات جميعاً اعتمد قوله،
والأب مع الرجال كذلك على الأصح، فيعرض عليه الولد في رجال كذلك⁽¹⁾، وإذا
حصلت التجربة وتولدت الثقة بخبرته، فلا حاجة لتكرار هذا الاختبار عند كل
إلحاق⁽²⁾.

ونص الحنابلة بأنه يترك الصبي مع عشرة من الرجال غير من يدعيه
ويري إياهم، فإن ألحقه بواحد منهم سقط قوله لأننا تبينا خطأه، وإن لم يلحقه بواحد
منهم أريناه إياه مع عشرين فيهم مدعية، فإن ألحقه به لحق، ولو اعتبر بأن يري
صبيا معروف النسب مع قوم فيهم أبوه أو أخوه، فإذا ألحقه بقريبه علمت إصابته،
وإن ألحقه بغيره سقط قوله... وهذه التجربة عند عرضه على القائف للاحتياط في
معرفة إصابته، وإن لم يجرب في الحال بعد أن يكون مشهورا بالإصابة وصحة

(1) توصيات الحلقة النقاشية بموقع المنظمة Islamset.com، جريدة الشرق الأوسط
بتاريخ 1422/10/27 هـ الموافق 2002/1/11م، توصية مجمع الفقه الإسلامي السادس عشرة
وعليه، فلا يقبل قول خبير البصمة الوراثية، إذا كان يجز لنفسه نفعا أو يدفع ضررا، ولا يقبل
حكمه لوالديه أو زوجه أو أولاده وأبنائه، وعلى من بينه وبينهم عداوة، الافتقاد شرط العدالة، وبهذا
قال الشافعية.

أنظر: الأمام النووي روضة الطالبين، ج 12 ص 101، د/محمد سليمان الأشقر، أبحاث
اجتهادية في الفقه الطبي، مؤسسة الرسالة، بيروت، إثبات النسب بالبصمة الوراثية، د/ محمد
سليمان الأشقر، بحث مقدم لندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني
بالكويت، ج 1، ص 458).

(2) حاشية الجمل: ج 5 ص 435.

المعرفة في مرات كثيرة جاز⁽¹⁾.

ثالثاً: أن تقبل البصمة الوراثية من أهل الاختصاص (أي شيوخها وانتشارها والعمل بها)، لأنها لو استمرت غريبة نادرة ما حازت الرضا والقبول عند الناس ولا شك أن رضاهم معتبر لاستقرار الحقوق، ولذلك نص الفقهاء في كثير في غير موضع: (أن الحكم للكثير الغالب لا بالقليل النادر)⁽²⁾. (وأن الحكم للمعتاد لا بالنادر)⁽³⁾؛ كما أن الله تعالى اعتبر الرضا في الشهادة فقال ﴿فَرَجُلٌ وَآمَرَاتَانِ مِمَّن تَرَ ضَوًّا مِّنَ الشُّهَدَاءِ﴾⁽⁴⁾.

رابعاً: يشترط بالقائم باختبارات البصمة الوراثية، أن يكون مسلماً عدلاً، لأن ما يقوم به يصل إلى مرتبة الشهادة، فلا بد أن يكون خالياً من أي مانع من موانع

(1) ونظير ذلك في خبراء البصمة الوراثية: أن يعطي عينات من خلايا آباء أبناء قد علم صدق نسبهم، وعينات من خلايا أشخاص ليس من بينهم نسب، فإن ألحق كلا بأبيه، ونفي النسب عن لا نسب بينهم، عملت خبرته وإصابته وبالتالي أمكن قبوله قوله.

أنظر في ذلك د/ محمد الأشقر، إثبات النسب، بالبصمة الوراثية، الجزء الأول، مرجع سابق، 458 وما بعدها.

(2) د/ حسن الشاذلي، البصمة الوراثية وأثرها في إثبات النسب، الجزء الأول ضمن مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، طبعة 2007، ص 478.

(3) د/ سعد الدين مسعد هلال، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، مرجع سابق، ص 242.

أنظر أيضاً د/ نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، بحث مقدم للمؤتمر الفقهي في دورته السادسة عشر، ص 16.

(4) سورة البقرة الآية 282.

الشهادة المعروفة، لأن شهادة غير المسلم لا تقبل إلا في الوصية والسفر ونحوه لأن قوله يتضمن خبراً ورواية⁽¹⁾، وهذا الشرط يكون فقط في حالة إثبات النسب لمسلم، أما في غير هذه الحالة، فإن قول غير المسلم يجوز عند بعض أهل العلم، كما في الشهادة⁽²⁾.

خامساً: أن تكون البصمة الوراثية ثابتة حتى تكون صالحة لاعتماد الاستدلال بها، وأن توجد صلة حقيقية بينها وبين الشيء الظاهر المصاحب لها التي أخذت منه البصمة الوراثية أو القرينة، ولا بد أن تكون هذه الصلة قوية وقائمة على أساس سليم ومنطق قويم، ولا تعتمد على مجرد الصلة الوهمية أو الضعيفة، فلا بد أن تكون علماً في الدعوي يكاد يماثل العلم الحاصل من الشهود وغيرهم، وهذا يحصل بالتأكد من قوة المقارنة⁽³⁾.

سادساً: أن يجري عمل البصمة الوراثية بعدد أكبر من الطرق، وبعدد أكبر من الأحماض الأمينية لضمان صحة النتائج قدر الإمكان، فضلاً عن توحيد الطريقة التي يجري بها هذا الفحص من مكان لآخر وذلك من خلال إخضاعه لمكتب

(1) ويسري الشافعية والحنابلة والظاهرية أن القائف مخبر وليس شاهد، وبناء على ذلك لا يشترط العدد بل يكفي قول خبير واحد.

(2) وهو قول في مذهب الحنابلة اختاره شيخ الإسلام ابن تيمية وغيره.

(3) د/ محمد الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، دار البيان دمشق، الطبعة الثانية 1414هـ، 1994م، ص 489 وما بعدها.

أنظر أيضاً د/ عبد الرحمن أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي ولمقارن، مرجع سابق، 290 وما بعدها.

التحقيقات والطب الشرعي.

هذا - والجدير بالذكر - أن العلامة ابن القيم الجوزية، قد ذكر من قضاء الإمام علي - كرم الله وجهه - ما يفيد اعتماده على قرائن فنية تعتبر أساساً لفكرة القرائن العلمية الدقيقة، ومن ذلك: أن امرأة جاءت وعلى ثوبها وفخذا بلل، وقد احتالت لشاب من الأنصار كانت تحبه ولم يطاوعها، فادعت أنه غلبها على نفسها، وأنه من عليها من مائة، فأمر الإمام علي - كرم الله وجهه - أن يصب على ثوبها ماءً حاراً، فتجمد ما على ثوبها، وظهر أنها بياض البيض⁽¹⁾.

ويستفاد من هذا الحكم، أن الدليل الفني - البصمة الوراثية - حتى ولو قام على الظن والاحتمال ولم يبلغ اليقين، فهو موضع اعتبار في النظر الشرعي، ما لم يعارض بما هو أقوى أو أيقن منه في الدلالة على المقصود، بشرط أن يؤسس واللجوء أيضاً إلى الخبراء الفنيين حيث أن قيمة اختبار الحامض النووي تعتمد كلية على جودة طريقة البحث والدقة في تفسير النتائج التي أسفر عنها. وهذا التحليل يحتاج إلى خبرة واسعة وتخصص رفيع ومعامل ذو كفاءة عالية. ولذلك فإنه من الضروري مراقبة الطريقة الفنية في المعمل الذي يقوم بالفحوص الجينية.

ويجب أن يتم أخذ العينة في حضور الأطراف حتى يتأكدوا من مصدر العينات، وإلا فإن عمل الخبير يكون باطلا لمخالفته مبدأ المواجهة، ونظراً لأن تحليل الحامض النووي، هو طريقة فنية جديدة، فإنه يجب وضع قواعد لحفظ

(1) د/ محمد الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، 490 وما بعدها.

العينات والمعلومات التي تنتج عن هذا التحليل⁽¹⁾.

وعلى هذا، فقوة البصمة الوراثية في الإثبات تعتمد على طريقة جمع

العينات وحالتها وكميتها وكفاءة المعامل وجودة الفحوص.

سابعاً: ألا تخالف البصمة الوراثية حكماً عقلياً مقررأ في الشريعة الإسلامية كأن تثبت مثلاً بنوه مولود لمن لا يولد لمثله مثل الصبي الذي لم يبلغ ونحو ذلك مما ذكره الفقهاء في شروط ثبوت النسب ويرى الأستاذ الدكتور/ نصر فريد واصل (المفتي الأسبق للديار المصرية): (إن البصمة الوراثية (الشخصية) للإنسان تدور بين السبب والشرط والمانع، فتكون سبباً إذا رتب الشارع الحكم علي دليل حسي، كما في حالة ثبوت النسب بين المتنازعين في وطء الشبهة، مثلاً، حيث اعتبر الإسلام الشبه سبباً في ثبوته في هذه الحالة وأمثالها، وتكون البصمة شرطاً في كل ما وضع الشارع لقبوله شرط موافقة الحس والعقل، كما في حالة ثبوت النسب

(1) وهذا ما يجري عليه العمل في المعامل والشركات المتخصصة لضمان النتائج غير أنه قد يحدث ألا يعثر إلا على عينات في مسرح الجريمة، وتكون هذه العينات قد تحللت أو تكون مزيجاً من عينات أفراد عديدين، كما هو الحال في حالة الاغتصاب المتعدد، حيث لا يوجد، في أحيان كثيرة إلا ميكروجرام واحد أو أقل من عينة الحمض النووي D.N.A، وقد لا يكفي لإجراء اختبار واحد أو أكثر، وعندما لم تكن نتيجة الاختبار حاسمة، لن يسهل إجراء الاختبار مرة أخرى للوصول إلى النتيجة الحاسمة، وهو ما يؤدي إلى عدم قبول القاضي للبصمة الوراثية.

د/ عبد الرحمن أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها، المرجع السابق، ص288.

د/ علي القرّة داغي، محضر اللجنة العلمية المنبثقة عن المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي من منظور الفقه الإسلامي مشار إليه لدي د/ عبد الرحمن أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها، مرجع سابق، 289 وما بعدها.

بالقرائن وكون الزوج لم يبلغ الحلم).

كما يرى فضيلته: أنه لما للبصمة الوراثية من أهمية كبرى في إظهار الحقيقة، فإنها بحكم الأصل مباحة شرعاً لحصول النفع بها في إقرار الحقوق وإقامة العدل علي ألا تخالف حكماً شرعياً مقرر في الشريعة الإسلامية الغراء⁽¹⁾.

ثامناً: اشترط بعض الفقهاء⁽²⁾، ضرورة إجراء الاختبارات عدة مرات، وفي

(¹) وقد جاء في ملخص الحلقة النقاشية لندوة مدي حجية استخدام البصمة الوراثية لإثبات البنوة ما يلي: (إذا ثبت أن البصمة الوراثية تعين الهوية الشخصية بصفات المرجعية بمستند مادي، فإنها تحقق ما عرفه الفقه الإسلامي من طرق لإثبات الفراش الذي يثبت به النسب وزيادة، مما يجعلها دليلاً مقمداً على الأدلة التقليدية في ذلك. أما الزيادة فمن وجوه، منها: أن دليل البصمة دليل مادي يعتمد علي العلم والحس، ويقوم علي التسجيل الذي لا يقبل العدد والإنكار بخلاف غيرها الذي يعتمد علي الذم ويقبل العود والإنكار، والمتأمل في قول ابن القيم عن حكم العمل بالقرائن القوية في الحدود في كتابه: (الطرق الحكمية): (لم يزل الأنمة والخلفاء يحكمون بالقطع إذا وجد المال المسروق مع المتهم، وهذه القرينة أقوى من البينة والإقرار، فأنها خبران يتطرق إليهما الصدق، والكذب، ووجود المال معه نص صريح لا يتطرق إليه شبهة)، المتأمل في ذلك يلحظ مدي حاجة الناس في زمن ابن القيم لإدالة مادية تعتمد علي الحس ولا تعتمد الذم، وفي عصرنا أشد ... ومن هنا أرى أن البصمة الوراثية تصلح أن تكون شرطاً لقبول طرق لإثبات التقليدية لما سبق أن بيناه من شروط العمل بتلك الطرق، والتي أهمها إمكان صدقها عقلاً).

أنظر في ذلك د/ سعد الدين مسعد الهاللي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، مرجع سابق، 239 وما بعدها.

(²) ومن هؤلاء الفقهاء د/ محمد سليمان الأشقر، الذي يرى فضيلته أنه إذا كانت الشهادة لا تقبل إلا من شاهدي عدل فإنه بالأحرى فإن البصمة الوراثية لا تقبل إلا من اثنين وذلك لدرء الشبهة وبعث الطمأنينة في النفوس، ويضيف فضيلته لما للبصمة من أثر كبير من حجية في الإثبات.

جهتين مختلفتين وذلك قياساً على الشهادة، فكما لا يقبل في الشهادة إلا قول اثنين عملاً بقوله تعالى ﴿وَأَسْأَلُكَ تَشَهُدًا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ كذلك لا تقبل نتائج اختبار البصمة الوراثية وبصمة المخ إلا من خبيرين.

ويرى البعض: أن الأولى أن تعطي العينات المطلوب فحصها إلى جهتين مختصتين كل على انفراد، ودون علم من إحداها بالأخرى، فإن اتفقت النتائج وتطابقتا عمل بهما.

وعلي عكس الرأي الأول ذهب رأي آخر إلى القول بأن (أما اشتراط التعدد في إجراء البصمة الوراثية قياساً على التعدد في الشهادة، فليس له محل، لأن الحكمة من التعدد في الشهادة كما قال تعالى ﴿أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾ والحكمة هنا منتفية مع الآلة⁽¹⁾.

ومن وجهة نظري المتواضعة أرى أن الأمر يتوقف على نوع وأهمية القضية المطروحة أمام القضاء فإذا كانت المسألة والقضية المطروحة على درجة كبيرة من الأهمية والخطورة بحيث يعجز خبير أو شاهد واحد فقط على الفصل فيها فإنه يتعين في مثل هذه الحالة الاستعانة بخبير آخر على سبيل المساعدة وشد

ومن هذه الآراء أيضاً د/ حسن الشاذلي، البصمة الوراثية وأثرها في إثبات النسب، مرجع سابق، 472 وما بعدها، د/ علي القره داغي، محضر اللجنة العلمية المنبثقة عن المجمع الفقهي، مرجع سابق، 242 وما بعدها.

(1) د/ سعد الدين مسعد الهاللي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، مرجع سابق، 240 وما بعدها.

الأزر وإذا كانت القضية ليست على درجة من الأهمية فالأمر لا يحتاج إلى خبيرين فيكفي واحد فقط.

تاسعاً: أن يكون اللجوء إلى قراءة البصمة الوراثية في أحوال محددة منها إنه إذا تيقن الزوج أن زوجته لم تحمل منه لأنه استبرأها بحيضه ولم يمسه في هذه الحالة يرى بعض الفقه أنه في هذه الحال إذا شكك الأب في نسب ابنه من زوجته فإنه يتعين الأخذ بالوسائل العلمية الحديثة وخاصة تحليل DNA بوصفها شهادة قاطعة للنزاع ومنصفة للأبناء ومحققة لمصلحة الطرفين وواضعة للعدالة موضعها الصحيح، ذلك أن اللعان أصبح لا تجدي في زمن فسدت فيه الكثير من الذمم وضعف فيه الوازع الديني⁽¹⁾، كما أن نتائج البصمة الوراثية يقينه قطعية لا ظنية لكونها مبنية على الحس، وإذا أجرينا تحليل البصمة الوراثية وثبت أن الطفل من الزوج وأراد أن ينفيه فكيف تقطع النسب وتكذب الحس والواقع وتخالف العقل ولا

(1) أنظر في ذلك د/ عبد الرشيد محمد أمين بن قاسم، القواعد والضوابط الفقهية عند شيخ الإسلام بن تيمية في الجنايات والعقوبات، كلية الشريعة والقانون، 212 وما بعدها، وقد حكى د/ عمر بن محمد السبيل، أن الشيخ عبدالعزيز القاسم وهو أحد الفقهاء في محكمة الرياض الكبرى ذكر له أن شخص تقدم إليه بطلب اللعان من زوجته بالانتفاء من بنت ولدت علي فراشه فأحال القاضي الزوجين مع البننت إلى الجهة المختصة لإجراء الاختبارات المتعلقة بالفحص الوراثي فجاءت نتيجة الفحص بإثبات أبوه هذا الزوج للبننت إثباتاً قطعياً فكان ذلك مدعاة لعدول الزوج عن اللعان وزوال ما كان في نفسه من شكوك في زوجته فتحقق بهذا الفحص مصلحة عظيمة يبتغيها الشارع.

أنظر د/ عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب، بدون دار نشر، طبعة 2002 - 2003، ص31 وما بعدها.

يمكن البتة أن يتعارض والشرع الحكيم مع العقل السليم في مثل هذه المسائل المعقولة المعني، وهي ليست مسائل تعبدية، فإنكار الزوج وطلب اللعان بعد ظهور النتيجة فهو نوع من المكابرة والشرع يأبى أن يثبت حكماً قائماً علي المكابرة⁽¹⁾.

رأي الباحث:

1. ومن وجهة نظري أرى أن الزوجين إذا رضا بإجراء تحليل البصمة الوراثية DNA قبل اللجوء إلى اللعان وارتضيا بالتحليل للتأكد وإزالة الشبهة فإن ذلك يجوز في حقهما على اعتبار أن البصمة الوراثية قرينة قد تحمل الزوج علي العدول عن اللعان فيما إذا ثبت من خلال نتائج البصمة الوراثية أن المولود على فراشه هو أبنه قد تخلق من ماءه وهذه مصلحة شرعية يدعو إليها الشارع الحكيم.

2. إذا اختلط المولود بغيره من الأطفال وتفازع الآباء في الأطفال المختلطين هنا فإن اللجوء إلى البصمة الوراثية بتحليل الحامض النووي DNA أمراً هاماً ومن أشهر القضايا التي حدثت في العصر الحديث دارت أحداثها في السودان سميت (الحصاحيصا) فحواها وجود اختلاط في طفلتين ولدتا في عمر يوم واحد وفي نفس الوقت، حيث قامت القابلة بتسليم كل بنت مولودة إلى الأم الأخرى، ولكن تم اكتشاف هذا الخطأ عن طريق تحليل الحامض النووي DNA وتم تدارك ذلك الخطأ

(1) أنظر د/ عمر بن محمد السبيل البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب، 2002، ص31 وما بعدها.

في الأنساب (1).

(1) أنظر في ذلك د/ خالد محمد الحمادي، البصمة الوراثية ودورها في الكشف عن الجريمة، مرجع سابق، 22 وما بعدها.

المطلب الرابع

التكليف الشرعي للبصمة الوراثية

يقصد بالتكليف الشرعي للبصمة الوراثية المنزلة أو المرتبة التي ترقى إليها والتي تتمتع بها في الإثبات في نظر علماء الفقه المعاصرين.

ولهذا ذهب غالبية العلماء المعاصرون إلى صحة الاعتماد على البصمة الوراثية في التحقيق الجنائي وإثبات النسب والجرائم التي ليس فيها حد شرعي ولا قصاص، باعتبارها من القرائن القطعية⁽¹⁾.

واستدلا على ذلك بالقرآن الكريم والسنة النبوية.

أولاً: القرآن الكريم:

يقول الله تعالى ﴿وَجَاءُوا عَلَى قَمِيصَةٍ بِدَمٍ كَذِبٍ قَالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنْفُسُكُمْ أَمْرًا فَصَبِرْ جَمِيلًا وَاللَّهُ الْمُسْتَعَانُ عَلَى مَا تَصِفُونَ﴾⁽²⁾.

وجه الدلالة: إن الدم الذي وضعه أخوة يوسف علي قميصه، قرينة على

(1) أ. د/ محمد رأفت عثمان البصمة الوراثية ودورها في إثبات ونفي النسب، مرجع سابق، ص 44 وما بعدها.

د/ عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنائية، مرجع سابق، ص 31 وما بعدها.

(2) سورة يوسف الآية رقم 18

صدقهم على أن يوسف أكله الذئب، ولكن هناك قرينة اقوى وأظهر في سلامة القميص، حيث استدل بها يعقوب (عليه السلام) على كذبهم بهذه القرينة، حيث يقول الإمام القرطبي: استدل الفقهاء بهذه الآية في أعمال الإمارات في مسائل من الفقه كالقسامة وغيرها، وأجمعوا على أن يعقوب (عليه السلام) استدل على كذبهم بصحة القميص وذلك دليل علي مشروعية القرائن والاعتماد عليها في القضاء (1).

ثانياً: السنة النبوية:

عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (كَانَتْ امْرَأَتَانِ مَعَهُمَا ابْنَاهُمَا، جَاءَ الذِّئْبُ فَذَهَبَ بَابِنِ إِحْدَاهُمَا، فَقَالَتْ صَاحِبَتُهَا: إِنَّمَا ذَهَبَ بَابِنِكَ، وَقَالَتِ الْأُخْرَى: إِنَّمَا ذَهَبَ بَابِنِكَ، فَتَحَاكَمَتَا إِلَى دَاوُدَ، فَقَضَى بِهِ لِلْكُبْرَى، فَخَرَجَتَا عَلَى سُلَيْمَانَ بْنِ دَاوُدَ فَأُخْبِرَتَاهُ، فَقَالَ: انْتُونِي بِالسِّكِّينِ أَشُقُّهُ بَيْنَهُمَا، فَقَالَتِ الصُّغْرَى: لَا تَفْعَلْ يَرْحَمَكَ اللَّهُ، هُوَ ابْنُهَا، فَقَضَى بِهِ لِلصُّغْرَى) (2).

وجه الدلالة:

أن نبي الله سليمان قضي بالولد للصغرى بموجب قرينة الشفقة، ولم يكن

(1) الإمام القرطبي، الجامع لأحكام القرائن، الجزء 9، ص150.

مشار إليه لدي د/ الهاني طابع، بصمة المخ وبصمة الحامض النووي، مرجع سابق، 30 وما بعدها.

(2) صحيح البخاري: ج3 ص1260. باب قول الله تعالى: (ووهبنا لداود سليمان نعم العبد إنه أواب)، حديث رقم 3244.

للقرينة اعتبار في الأحكام الشرعية لما أخبر بذلك رسول الله يقول العلامة ابن مفلح:

(فلو اتفقت مثل هذه القضية في شريعتنا عمل بالقافة وفقا لمالك والشافعي، وكان أولي من القرعة لأن القرعة مع عدم الترجيح، ولم يقص النبي قصة سليمان إلا ليعتبر بها في الأحكام)⁽¹⁾.

ولا شك أن البصمة الوراثية أولى بالاعتبار من قرينة الشفقة أو قرينة التهديد بذبح الولد بالسكين⁽²⁾.

كما أيدت ذلك الندوة الفقهية الطبية الحادية عشرة للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية المنعقدة بدولة الكويت في 1991/10/31 وذلك بعد تدارس أحكام البصمة الوراثية وتدارس الفقهاء فيها، وشرح طريقة البصمة الوراثية من قبل علماء مركز الوراثة وما جري من تحاور ونقاش مستفيض . توصل المجتمعون إلى ما يلي

(1) بن مفلح الفروع، الجزء السادس، ص48.

(2) د/ عبد الرحمن أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، 526.

القرار السابق للمجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي في دورته السادسة عشرة بمكة المكرمة في الفترة 21-26/10/1422هـ الموافق 2002/1/10/5م، د/ ناصر عبد الله الميمان: البصمة الوراثية وحكم استخدامها في الطب الشرعي والنسب، المرجع السابق، ج2، ص596، د/وهبة الزحيلي: البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ج2، ص530.

(1). وأن كل إنسان يتفرد بنمط خاص في التركيب الوراثي ضمن كل خلية من خلايا جسده، لا يشاركه فيه أي شخص آخر في العالم؛ والبصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية، والتحقق

(1) صدرت هذه التوصية بناء على حلقة النقاش التي استكملت فيها ندوة المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت عام 1419هـ / 1998م ما بدأت من بحث موضوع البصمة الوراثية وذلك بشكل موسع مع تأصيل للجوانب المختلفة للبصمة الوراثية وأثرها في المنازعات المتعلقة بالنسب ومدي حجيتها في إثبات البنوة. وقد عقدت حلقة النقاش هذه بفندق ميريديان الكويت في يومي 29/28 محرم 1421هـ الموافق 4/3 مايو 2000م.

- يقول أحد الأطباء في هذا الخصوص:

(لقد ثبت أن استعمال الأسلوب العلمي الحديث بأعداد كثيرة من الصفات الوراثية، كدلالات البصمة الوراثية يسهل اتخاذ القرار بالإثبات أو النفي للأبوة والنسب والقرابة، بالإضافة إلى مختلف القضايا الجنائية، مثل: التعرف علي وجود القاتل أو السارق، أو الزاني من عقب السيارة، حيث أن وجود أثر اللعاب، أو وجود بقايا من بشرة الجاني أو شعرة من جسمه أو من مسحات المنى مأخوذة من جسد المرأة، تشكل مادة خصبة لاكتشاف صاحب البصمة الوراثية من هذا الأجزاء ونسب النجاح في الوصول إلى القرار الصحيح مطمئنة، لأنه في حالة الشك يتم زيادة عدد الأحماض الأمينية، ومن ثم زيادة عدد الصفات الوراثية.

د/ نجم عبد الله عبد الواحد، البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب إثباتاً أو نفيًا، بحث مقدم للمجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة عشر 1419هـ / 2001م، ص5 وما بعدها.

ويضيف الطبيب الدكتور/ نجم عبد الله عبد الواحد، أن البصمة الوراثية تستطيع أن تحدد الأم والأب والأخت والأخ بصورة قاطعة تصل 99.9%، أي أن نسبة السلبية لم تتجاوز الـ 00001%، ويمكنها كذلك نفي النسب بنسبة 100%، ففي حالة تنازع اثنين في ولد يمكن إثباته لأحدهما، وفي حالة ادعاء المرأتين للولد دون البنات يمكن تحديد الأم الأصلية بواسطة البصمة الوراثية، ولكن تبقى أهمية وجود الضمانات الواجب اتخاذها لعمل البصمة الوراثية حتى لا يكون هناك تلاعب في النتائج أو خطأ غير مقصود.

من الشخصية ولاسيما في مجال الطب الشرعي، وهي ترقى إلى مستوى القرائن القوية التي يأخذ بها أكثر الفقهاء في غير قضايا الحدود الشرعية، وتمثل تطوراً عصرياً عظيماً في مجال القيافة الذي يذهب إليها جمهور الفقهاء في إثبات النسب المتنازع فيه، ولذلك تري الندوة أن يؤخذ بها في كل ما يؤخذ فيه بالقيافة من باب أولى؛ وعلى أن تؤخذ هذه القرينة من عدة مختبرات، وقد أقر ذلك المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي المنعقد في مكة في دورتيه الخامسة عشرة (1419/7/9هـ، 1998/10/31م).

وقد اتفق الفقه الإسلامي على استخدام . البصمة الوراثية في مجال التحقيقات الجنائية وفي غير جرائم القتل، والحدود حيث نص القرار السابع مجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته السادسة عشر المنعقد بمكة المكرمة: لا مانع شرعاً من الاعتماد على البصمة الوراثية في التحقيق الجنائي⁽¹⁾.

1- إن العمل بالبصمة الوراثية في المجال الجنائي هو من باب العمل بالقرائن وأن الشريعة أجازت العمل بالقرائن كوسيلة من وسائل الإثبات.

2- إن الأمة قد أقرت الأخذ ببصمات الأصابع، وغيرها من وسائل الإثبات

(1) صدرت هذه التوصية بناء على حلقة النقاش التي استتمت فيها ندوة المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، بالكويت، عام 1419هـ، 1998م ما بدأت من بحث موضوع البصمة الوراثية وذلك بشكل موسع مع تأصيل للجوانب المختلفة للبصمة الوراثية وأثرها في المنازعات المتعلقة بالنسب ومدى حجيتها في إثبات البنوة وقد عقدت حلقة النقاش بفندق ميريدمان، الكويت في يومي 28/29 محرم 1421، الموافق 4/3 مايو 2000م.

الحديثة دون أن ينكرها أحد من الفقهاء، فكذاك يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية قياساً عليها بإجماع أن كليهما يعتمد على اعتبار الفروق بين الأشخاص، وانعدام التشابه بينهم في هذين الجزأين من أبدانهم⁽¹⁾.

أما في مجال النسب، فإنه من خلال التوصية السابقة (توصية ندوة الوراثة والهندسة الوراثية المنبثقة عن المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية)، والبحوث المقدمة في هذا المجال، فإن عددًا كبيرًا من الباحثين يرون قياس البصمة الوراثية على القيافة وأن الأحكام التي تثبت بالقيافة تثبت في البصمة الوراثية والقيافة في الاصطلاح هو الذي يعرف النسب بفراسته ونظره إلى أعضاء المولود لكونها مبنية على الحدس والتخمين⁽²⁾.

(1) د/ الهاني طابع، بصمة المخ وبصمة الحامض النووي DNA، مرجع سابق، 31 وما بعدها.

(2) الإمام البخاري، في كتاب الفرائض لابن قدامه باب العمل بالحاق القائف الولد رقم

رأي الباحث:

من وجهه نظري المتواضعة أرى أن قياس البصمة الوراثية على القيافة يعد قياس بعيد نظرًا لأن القيافة تقوم على الحدس والتخمين.

يضاف إلى ذلك أن: القيافة لا تصل نتائجها إل القطع واليقين، بل لا تقترب من النتائج التي يتوصل إليها عن طريق البصمة الوراثية، وبالتالي تكون البصمة الوراثية أولى بالحكم لإثبات النسب من القيافة حيث أن عمل القائف لا يعد عملاً يقينا قائمًا علي اليقين بل عمله قائم علي الحدس والتخمين والأوصاف الظاهرة التي قد يتشابه فيها الكثير من البشر، كما أن القيافة تعتمد علي الشبه الظاهر في الأعضاء كالأرجل وفيها قدر من الظن الغالب أما البصمة الوراثية تعتمد اعتماداً كلياً علي بنية الخلية الجسمية الخفية ونتائجها تكون قطعية مبنية علي الحس والواقع لا التخمين والافتراض كما أتفق الفقهاء علي إثبات الشخصية بوسائل مستحدثة كبصمة الأصابع وتوقيع الخطوط والصور الشمسية ولم ينكر ذلك أحد من أهل العلم والفقهاء فصارت بذلك نوعاً من الإجماع العملي التي تثبت من به الأحكام الشرعية نظيره ما قاله علماء الحنفية في عقد الاستصناع) ويعني عقد وارد علي العمل والعيني في الذمة ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط⁽¹⁾.

(1) وقد حدد الفقه شروط الاستصناع وهي بيان حبس المستصنع ونوعه وقدره وأوصافه المطلوب وأن يحدد فيه الأجل.

كما أنه ليس هناك ما يمنع في فقها الإسلامي من الاعتماد على البصمة الوراثية كقرينة نص أو إثبات تعتمد على الآثار البشرية⁽¹⁾.

ومن ذلك ما روي عن عبد الرزاق في مصنفة أن أبا موسى الأشعري - رضي الله عنه - أختصم عنده دهقان⁽²⁾، ورجل من العربي في ولد فدعا القافة الذي يتتبع الآثار ويتعرف منها الذين سلكوها ويعرف شبة الرجل بأبيه وأخيه ويلحق النسب عند الاشتباه بما خصه الله به من علم⁽³⁾، فنظروا إليه فقالوا للعربي: أنت

أنظر في ذلك قرارات مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية في الفترة من 7-12 ذي القعدة 1412هـ مايو 1992، ص12 وما بعدها.

(1) فقد نقل عن بعض أصحاب رسول الله صلي الله عليه وسلم أنهم اعتبروا إثبات بالشبهة بقول القائف، فقد روي مالك عن سليمان يسار أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يلط (بمعني يلصق) أي يلصق أولاً الجاهلية علي أدهام في الإسلام، فأتى رجلان إلى عمر رضي الله عنه كلاهما يدعي ولد أمراه وبرنفا قانفا فنظر إليه القائف فقال: لقد اشتركا فيه جميعا فقال عمر: لقد ذهب بك بصرك المذهب، وقام فضربه بالدرة ثم دعا أمراه، فقال أخبريني خبرك فقالت: كان هذا لأحد الرجلين، يأتيها في إبل لأهلها فلا يفارقها حتى يظن أنه قد استمر بها حمل، ثم ينصرف عنها فأهرقت عليه دما ثم خلف عليها هذا تعني الرجل الآخر فلا أدري من أيهما؟ فكبر القائف فقال عمر للغلام: فإلي أيهما شئت فانتسب

أنظر في ذلك د/ محمد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي، الطبعة الأولى 1422هـ، 2001م، ص264 وما بعدها.

وأنظر أيضًا د/ عبد الرحمن أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية، مرجع سابق، ص225 وما بعدها.

(2) الرهقان هو رئيس الإقليم أو من له مال وعقار.

(3) ابن منظور لسان العرب والتعريفات للجرجاني، ص171.

أحب إلينا من هذا العالج⁽¹⁾، ولكن ليس بأبئك فخل عنه فإنه ابنه.

وعلى ذلك فقد اتفق غالبية العلماء المعاصرين على استخدام البصمة الوراثية في المجال الجنائي وتم تكييفها على أنها ترقى إلى مستوي القرائي القطعية بيد أنهم اختلفوا في استخدامها في جرائم القصاص والحدود.

أولاً - الرأي الأول:

يري بعض من الأئمة القدامى كابن القيم الجوزية من إثبات بعض الحدود والقصاص بالقرائن والإمارات الدالة علي موجبها ولم يثبتها بالإقرار أو شهادة الشهود ومن علي من وجد عنده المال المسروق، ولو قيست البصمة الوراثية وبصمة المخ علي هذه المسائل التي تثبت فيها الحد والقصاص من غير شهود، ولا إقرار، وإنما الأخذ بالقرينة والحكم بها لم يكن الأخذ عندئذ بهذه البصمات والحكم بمقتضاها في قضايا الحدود والقصاص بعيداً عن الحق ولا مجانبا للصواب، وأنها تفيد اليقين لذا يعتمد عليها أكثر من الاعتماد علي الشهود لأن شهادة الشهود تفيد غلبة الظن بما شهدوا به وأما البصمة الوراثية وبصمة المخ فدالاتها يقينية⁽²⁾. وقد

(1) العالج هو كل جاف شديد من الرجال وبعض العرب يطلق لفظ العالج على الكافر مطلقاً.

أنظر في ذلك أبوبكر الرازي مختار الصحاح المعجم الوجيز حرف العين، ص430.

(2) الإمام بن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص6، وأنظر أيضاً الشيخ بن تيمية السياسة الشرعية، 102.

د/ الهاني طابع بصمة المخ والبصمة الحامض النووي، مرجع سابق، 34 وما بعدها.

استدل المالكية، وقد أيد ذلك الرأي بعض الأئمة المحدثين (1). من القرآن الكريم.

قول الله ﷻ ﴿فَلَمَّا جَهَّزَهُم بِجَهَّازِهِمْ جَعَلَ السَّقَايَةَ فِي رَحْلِ أَخِيهِ ثُمَّ أَذَّنَ مُؤَذِّنٌ أَيُّهَا الْعَيْرُ إِنَّكُمْ لَسُرِقُونَ ٧٠ قَالُوا وَأَقْبَلُوا عَلَيْهِمْ مَاذَا تَفْقِدُونَ ٧١ قَالُوا تَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ٧٢ قَالُوا تَاللَّهِ لَقَدْ عَلِمْتُمْ مَا جِئْنَا لِنُفْسِدَ فِي الْأَرْضِ وَمَا كُنَّا سُرِقِينَ ٧٣ قَالُوا فَمَا جَزَاؤُهُ إِنْ كُنْتُمْ كَذِبِينَ ٧٤ قَالُوا جَزَاؤُهُ مَن وُجِدَ فِي رَحْلِهِ فَهُوَ جَزَاؤُهُ كَذَلِكَ نَجْزِي الظَّالِمِينَ ٧٥ فَبَدَأَ بِأَوْعِيَّتِهِمْ قَبْلَ وَعَاءِ أَخِيهِ ثُمَّ أَسْتَخْرَجَهَا مِنْ وَعَاءِ أَخِيهِ كَذَلِكَ كِدْنَا لِيُوسُفَ ﴿(2).

وجه الدلالة:

تفيد هذه الآيات الكريمة بأن وجود المسروق بيد السارق دليل كاف في إقامة الحد عليه، بل هو بمنزلة إقراره، وهو أقوى من البينة، إذ غاية البينة أنه يستفاد منها ظن. وأما وجود المسروق بيد السارق، فيستفاد منه اليقين، وبهذا جاءت

(1) أنظر في الآراء الحديثة التي أيدت بجواز اللجوء للبصمة الوراثية في جرائم الحدود والقصاص د/ عباس أحمد الباز بصمات غير الأصابع وحجبتها في الإثبات والقضاء مؤتمر الهندسة الوراثية الجزء الثاني، مرجع سابق، 875 وما بعدها، د/ عمر محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنائية بحث مقدم للمجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلام في دورته السادسة عشرة المنعقدة في مكة المكرمة في الفترة من 21-26/10/1422هـ الموافق 2002/10/5م، ص 27 وما بعدها.

(2) سورة يوسف الآيات من 70-76.

السنة في وجوب الحد بالحبل والرائحة في الخمر⁽¹⁾.

ومن الأثر:

ما روي عن الإمام علي - كرم الله وجهه - أنه قال: يا أيها الناس إن الزنا زناء: زنا سر وزنا علانية، فزنا السر أن يشهد الشهود، فيكون الشهود أول من يرمي، وزنا العلانية أن يظهر الحبل أو الاعتراف، فيكون الإمام أول من يرمي.

(1) وقد اختلف الروايات في الشاهد الذي قال: (إن كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين) (فهو الطالب وهي دافعت عن نفسها) (وإن كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين) (فهي الطالبة وهو الهارب منها) فروي أنه طفل تكلم في المهد قال السهيلي: وهو الصحيح للحديث الوارد فيه عن النبي صلي الله عليه وسلم وقال غيره: إنه رجل حكيم ذو عقل كان الوزير يستشيريه في أموره، وكان من أهل المرأة وقيل إنه ابن عمها قال السدي: وهو القول الثاني هو الصحيح، وروي عن ابن عباس أنه كان رجلاً من خاصة الملك.

أنظر في ذلك د/ محمد رأفت عثمان البصمة الوراثية ودورها في إثبات ونفي النسب، مرجع سابق، 266 وما بعدها.

وجه الدلالة:

هذا القول من الإمام علي يدل على أنه كان يعد ظهور الحمل دليلاً على حدوث جريمة الزنا وبين أن ذلك موجب لإقامة الحد وأن الحاكم أول من يرمي الزانية التي ظهر حملها وإذا كان حد الزنى قد ثبت بالقرينة وهي هنا الحل فيقاس على حد الزنا سائر الحدود فتثبت هذه الأخرى بالقرينة أو البصمة الوراثية⁽¹⁾.

ثانياً - الرأي الثاني:

ذهب ذلك الرأي من جمهور الفقهاء والعلماء والمعاصرين إلى عدم جواز إقامة الحدود (الزنا والاعتصاب - وشرب الخمر - والسرقه) بناءً على نتائج البصمة الوراثية⁽²⁾.

1- من القرآن الكريم:

يقول تعالى ﴿وَالَّذِي يَأْتِيَنَّ الْفَحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَأَسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً

(1) بن قدامه المغني الجزء العاشر، ص187 وما بعدها.

(2) ومن هذه الآراء المؤيدة لعدم جواز إقامة الحدود بناءً على البصمة الوراثية أو حامض DNA، د/ علي محي الدين القره داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، مرجع سابق، 285، د/ نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مرجع سابق، 44، د/ سعد الدين مسعد هلالى البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، مرجع سابق، 434، د/ وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مرجع سابق، 19.

مَتَّكُمُ ﴿١﴾.

وجه الدلالة:

بينت الآية الكريمة أن جريمة الزنا لا تثبت إلا بأربعة شهداء فإن أضيف إلى ذلك عدم إقامة النبي ﷺ حد الزنا على ما عز إلا بعد إقراره أربعاً، يتضح لنا من ذلك أن هذا الحد (الزنا) لا يقام إلا بشهادة الشهود أو الإقرار ولا يجوز إقامته بالقرينة أو البصمة الوراثية (2).

2- من السنة النبوية:

ما رواه ابن عباس - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: (لَوْ كُنْتُ رَاجِمًا أَحَدًا بَعِيرٍ بَيِّنَةٍ لَرَجَمْتُ فَلَانَةً فَقَدْ ظَهَرَ فِيهَا الرِّيبَةُ فِي مَنْطِقِهَا وَهَيْئَتِهَا وَمَنْ يَدْخُلُ عَلَيْهَا) (3).

وجه الدلالة:

في هذا الحديث الشريف لم يقم النبي ﷺ الحد على المرأة التي ظهر منها قرائن تفيد وقوع الزنا، وهي ظهور الريبة في منطقتها وهيئتها ودخول الأجنبي

(1) سورة النساء الآية رقم (15).

(2) د/ عبد الرحمن أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والمقارن، 440 وما بعدها.

(3) سنن ابن ماجه حديث، رقم 2559، الجزء الثاني، ص118.

عليها وذلك لأن الحد لا يجب على أحد بغير بينه (شهادة الشهود) أو إقرار ولو كان منهما بالفاحشة ويقاس عليه وبقيّة الحدود ومنها السرقة وغيره (1).

3- من الأثر:

ما روي أن امرأة رفعت إلى أمير المؤمنين عمر بن الخطاب لا زوج لها وقد حملت، فسألها؟ فقالت: إني امرأة ثقيلة الرأس، وقد وقع على رجل وأنا نائمة، فما استيقظت حتى فرغ، فدرأ عنها الحد (2).

(1) فتح الباري باب من أظهر الفاحشة واللطخ والتهمة بغير بينه، الجزء الثاني عشر، ص188.

(2) ابن قدامه المغني، الجزء العاشر، مرجع سابق، 187.

وجه الدلالة:

أن في هذه الرواية لم يرق أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه بإقامة الحد على المرأة الخلية (بدون زوج) التي وجدت حبلي أو ادعت الإكراه أو الاغتصاب فدل ذلك على أن حد الزنا لا يرق لمجرد البصمة الوراثية أو القرينة⁽¹⁾.

رأي الباحث:

ومن وجهة نظري أرى أن الرأي الأول هو الأول بالاتباع والذي يرى جواز الاعتماد على قرينة البصمة الوراثية في إثبات حد السرقة متى كانت ذات دلالة واضحة على ارتكاب الفعل ولعل في الأخذ بقرينة البصمة الوراثية في إثبات حد السرقة بتماشي مع ما ذهب إليه بعض من فقهاءنا من جواز الاعتماد على بعض القرائن في إثبات حد السرقة كقرينة وجود المال المسروق بحوزة المتهم، وقرينة النكول عن اليمين.

كما أن في اعتماد قرينة البصمة الوراثية كدليل إثبات في حد السرقة من شأنه أن يحقق مصلحة اجتماعية في تتبع المجرمين الذي بلغ بهم المكر والدهاء لدرجة أصبح معه من المتعذر إثبات جرائمهم بوسائل الإثبات التقليدية، خاصة إذا ما أخذنا في الاعتبار أن جريمة السرقة أضحت سمة من سمات عصرنا الحالي لذا

(1) ابن قدامه المغني، الجزء العاشر، مرجع سابق 187.

أنظر أيضًا د/ عبد الرحمن أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية، وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 433.

يتعين تتبع هؤلاء الجناة بشتى وسائل الإثبات التي تفضي إلى الحقيقة بدلالة
قطعية لا لبس فيها ولا شبهة حتى يتسنى للهيئة الاجتماعية بلوغ مرامها في إقامة
العدل وإحقاق العدل.

المبحث الثاني

حجية البصمة الوراثية في الجرائم الجنائية

تمهيد وتقسيم:

إذا كانت البصمة الوراثية أثبتت نتائج هائلة في الكشف عن المجرمين وتحديد هويتهم عن طريق تحليل DNA بيد أنها لم ترق لكي تكون دليلاً قطعياً في إثبات الحدود الشرعية (الزنا والاعتصاب والسرقه) وعلى ذلك سنتناول في ذلك المبحث حجية البصمة الوراثية بموجب قرينة البصمة الوراثية، حجية إقامة جرائم القصاص، والتعازير بموجب قرينة البصمة الوراثية وذلك في ثلاثة مطالب.

المطلب الأول

حجية البصمة الوراثية في جرائم الحدود

تمهيد وتقسيم:

في العرض السابق تم تناول البصمة الوراثية لما لها دور فعال في الكشف عن الجرائم وتحديد هوية المجرم بيد أنه اختلف الفقه الإسلامي حول حجية البصمة الوراثية في جرائم الحدود.

وردت الحدود الشرعية في الفقه الإسلامي على سبيل الحصر، وهي: حد الزنا وحد الشرب وحد السرقة وحد الحرابة وحد القذف وحد الردة.

والحدود جمع حد، والحد في اللغة: هو المنع وأصل الحدود ما يحجز بين شيئين، ويطلق الحد على نفس المعاصي، والحد في الاصطلاح الشرعي: كل عقوبة مقدرة شرعاً، وحدود الله تعالى محارمه لقوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنَّ حُدُودَ اللَّهِ تُبَلِّغُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَىٰ حُدُودِ اللَّهِ فَأَلَّا تَكُونُوا مِنَ الْمُخْلَسِينَ﴾ (1).

(1) د/ سعد الدين مسعد هلال، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، مرجع سابق، 417، د/ بدرية عبد المنعم حسونة، إثبات الحدود في الشريعة والقانون، مركز الدراسات والبحوث بأكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض 1423هـ، 2002م، 153.

الحد نوعان:

النوع الأول:

ما كان من حقوق الله تعالى، وهذه منها ما وجب في ترك مفروض (حد الردة) ومنها ما وجب بارتكاب محظور (حدود الحرابة والسرقه والزنا والخمر).

وسوف تقتصر في دراستنا هذه إلى تبيان دور قرينة البصمة الوراثية وحجبتها في إثبات حد الزنا (فرع أول) وحد السرقه (فرع ثان) وحد الشرب (فرع ثالث) دون التعرض لغيرها من الحدود . القذف . الردة . لعدم تصور إثباتها بقرينة البصمة الوراثية كما أتفق الفقهاء على إثباتها بشهادة شاهدين فقط.

وتأسيساً على ذلك فما دافعت الحدود حقا لله تعالى فإنها لا تقبل الإسقاط من الأفراد ولا من الجماعة، كما لا يجوز الشفاعة فيها ولذلك تقام الحدود على الجميع بقدر متساو لا ظلم فيه أيًا كانت منزلة مرتكب الحد، فهذا ابن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أقيم عليه حد الشرب (شرب الخمر) عندما ثبت عليه هذه الجريمة وأغلظ عليه أبوه (أمير المؤمنين عمر بن الخطاب) ليكون عبرة لآل الخطاب وليكون ذلك اقر للعدالة في النفوس وأنه لا يفلت من الجريمة أحد (1).

(1) د/ محمد فهمي السرجاني، بحوث في الحدود، مرجع سابق، 8.

النوع الثاني: حق العبد⁽¹⁾:

ما كان من حقوق بني البشر ويقصد بذلك الحق كل ما ينتج عنه مصلحة خاصة لصاحبه فهو متعلق بالأفراد وليس المراد منه النظام العام⁽²⁾ وهذا الحق يجوز لصاحبه أن يتنازل عنه أو يسقطه عكس حق الله تعالى لا يجوز إسقاطها أو التنازل عنها⁽³⁾.

كما أن العقوبة المترتبة على الإخلال بحقوق العباد قصاصاً أو تعزيراً أو تعويضاً يجري فيها العفو والإبراء والصلح، كما يجري فيها التوارث بالنسبة لورثه المجني عليه أو وليه وأمر استيفاء العقوبة وتوقيعها على الجاني مرهون بإرادة

أنظر أيضاً الشيخ/ محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة، الجزء الأول، الجريمة، مطبعة دار الفكر العربي، بدون سنة النشر، ص91.

(1) حد القذف للجلد ثمانون جلدة لقوله تعالى: (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً) النور، الآية4.

د/ محمد فهمي السرجاني، بحوث في الحدود، مرجع سابق، 8 وما بعدها.

حد الزاني المحصن الرجم لما ثبت من أنه صلي الله عليه وسلم رجم المحصن، أما غير المحصن فحده الجلد مائة جلدة لقوله تعالى: (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) النور، الآية3.

(2) د/ أشرف عبد الرازق ويح، د/ عماد حامد الشافعي، قضايا إسلامية في محيط الخدمة الاجتماعية، مطبعة الجامعة، طبعة 2013، ص310.

(3) د/ الشحات إبراهيم منصور، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، مطبعة جامعة بنها، طبعة 2012، ص4 وما بعدها.

المجني عليه أو وليه (1).

(1) د/ أشرف عبد الرازق ويح، د/ عماد حامد الشافعي، قضايا إسلامية ... مرجع سابق /
310.

الفرع الأول

حجية البصمة الوراثية في إثبات حد الزنا

تمهيد وتقسيم:

إذا دعت امرأة على رجل أنه اغتصبها أو أكرهها على الزنا، وقدمت في دعواها ما علق في ثيابها من آثار منيه، أو قالت بأن حملها هو أثر فعلته، أو وجدت امرأة خالية من رباط الزوجية وهي حامل، وقالت إن فلانا، وسمت رجلاً بعينة زني بي أو اغتصبي وهذا الحمل منه فذهب إلى القاضي وأثبتت نتائج تحليل الحامض النووي DNA أو البصمة الوراثية صحة دعواها فهل يقام الحد على المرأة بناء على نتائج ذلك التحليل.

اختلف الفقه الإسلامي في ذلك إلى مذهبين.

المذهب الأول:

يرى أصحاب هذا المذهب أنه إذا حملت المرأة من غير زواج لا يقام عليها الحد ويستوي في ذلك ما لو ادعت أنها أكرهت على ذلك إكراها، أو كان وطؤها بشبهة أو لم تعترف بالزنا، فإنه في ذلك كله لا ينبغي أن يقام عليها حد، وهو قول الحنفية والشافعية والحنابلة في الراجح عندهم، والظاهرية والزيدية والأمامية⁽¹⁾. وإذ

(1) د/ نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مرجع سابق، 44.

كلهم يرون أن قرينة ظهور الحمل غير كافية لإثبات حد الزنا، وأن الزنا عندهم لا يثبت إلا بأحد أمرين إما الشهادة⁽¹⁾. أو الإقرار⁽²⁾. دون غيرهما من الملابس أو الظواهر أو قرائن الأحوال، ذلك أن كلاً من الإقرار والبيينة طريق.

أولاً: من القرآن الكريم:

ويقول تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَنِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾⁽³⁾.

د/ سعد الدين مسعد هلال، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، مرجع سابق، 434،
د/ وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية، مرجع سابق، 19 وما بعدها. د/ علي محي الدين
القرهداغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 30 وما بعدها.

(1) الشهادة هي: خبر قاطع بما شاهد الإنسان وعين بنفسه، أو بما علم واستفاض من طريق غيره. وهذا التعريف الاصطلاحي مبني على التعريف اللغوي أخذاً من قولهم: شهد الرجل المكان، وشهد الجندي الحرب، أي حضر كل منهما المكان والحرب. ولذلك كانت المشاهدة هي المعاينة مع الحضور. وقد يكون المراد بالشهادة العلم بما استفاض أخذاً من قول الله تعالى: (شهد الله أنه لا إله إلا هو...) (سورة آل عمران جزء من الآية رقم: 18)، د/ محمد عطية راغب، النظرية العامة للإثبات في التشريع الجنائي المصري والمقارن، مرجع سابق، 944.

(2) الإقرار: هو إقرار من يصح إخباره بحق لغيره عليه، وهذا المعنى الاصطلاحي مأخوذ من المعنى اللغوي للإقرار. فالإقرار في اللغة هو: الثبوت من قر إذا ثبت ومعني ذلك الاعتراف وترك الإنكار، مأخوذ من قولهم: وقر فلان بهذا المكان بمعنى أنه توقف فيه ولم يرتحل عنه، ومن قولهم قر الماء، أي انتهى إلى هذا المكان واستقر جريانه فيه، د/ محمد عطية راغب، النظرية العامة للإثبات في التشريع الجنائي العربي والمقارن، مرجع سابق، 945.

(3) سورة النور آية رقم 4.

وجه الدلالة:

بينت الآية الكريمة أن جريمة الزنا لا تثبت إلا بأربعة شهداء، فإن أضيف إلى ذلك عدم إقامة النبي ﷺ حد الزنا على ما عرّض إلا بعد إقراره بأربعة، تبين أن هذا الحد لا يقام إلا بشهادة الشهود أو الإقرار، ولا يجوز إقامته بالقرينة أو البصمة الوراثية (1).

ثانياً: من السنة النبوية:

ما روي عن علي وابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: " اذَرُّوْا اَلْحُدُوْدَ بِالشَّبَهَاتِ "

وظهور الحمل ليس كافياً لإقامة حد الزنا، باعتبار أن احتمال الإكراه أو غير ذلك من الشبهات وارد ولهذا لا يعتد بقرينة الحمل في إثبات الزنا (2).

وجه الدلالة:

في هذا الحديث الشريف لم يقر النبي ﷺ الحد على المرأة التي ظهر منها قرائن تفيد وقوع الزنا، وهي ظهور الريبة في منطقتها وهيئتها، ودخول الأجانب

(1) د/ عبد الرحمن أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والمقارن، مرجع سابق، 440 وما بعدها.

(2) د/ محمد رأفت عثمان القضاء في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، 282، سنن ابن ماجه كتاب الحدود باب، من أظهر الفاحشة، 354.

عليها، وذلك لأن الحد لا يجب على أحد بغير بينة (شهادة) أو إقرار ولو كان متهما بالفاحشة، ويقاس عليه بقية الحدود، ومنها حد السرقة (1).

ما رواه ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: شرب رجل فسكر، فلقى يميل في الفجر (2)، فانطلق به إلى النبي ﷺ فلما حاذى بدار العباس انفلت فدخل على العباس فالتزمه، فذكر ذلك النبي ﷺ فضحك وقال: (أفعلها؟) ولم يأمر فيه بشيء (3).

وجه الدلالة:

أن السكر قرينة تدل على شرب الخمر، ومع وجود هذه القرينة، فإن الرسول ﷺ لم يأمر بجلد السكران، فدل هذا على عدم العمل بالقرينة في حد الشراب، ومثله سائر الحدود (4).

ثالثاً: الأدلة من الأثر:

-
- (1) د/ عبد الرحمن أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها، مرجع سابق، 441.
- د/ محمد الزحيلي، وسائل الإثبات، الجزء الثاني، مرجع سابق، 510.
- (2) الفج، هو: الطريق الواسع (أنظر: المصباح المنير: للفيومي . ص176).
- (3) السنن الكبرى: للبيهقي . ج8 ص314 . باب من وجد منه ريح شراب أو لقي سكرانة، المستدرک على الصحيحين: للحاكم النيسابوري . ج4 ص415 . وقال عنه: صحيح الإسناد، نيل الأوطار: الشوكاني . ج7 ص105.
- (4) د/ محمد رأفت عثمان . القضاء في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، 283.

ما رواه البراء بن صبره عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أنه أتى
بامرأة حامل، فادعت أنها أكرهت على الزنا فقال: خل سبيلها، وكتب إلى أمراء
الأجناد ألا يقتل أحد إلا بإذنه⁽¹⁾.

وجه الدلالة:

ففي هذا الأثر، لم يقم أمير المؤمنين عمر بن الخطاب - رضي الله عنه
- الحد من المرأة الخلية، التي وجدت حبلى أو ادعت الإكراه أو الاغتصاب، فدل
ذلك على أن حد الزنا لا يقام بمجرد القرينة أو البصمة الوراثية، ويقاس عليه سائر
الحدود⁽²⁾.

رابعاً: دليل الإجماع:

حكى ابن نجيم إجماع العلماء على درء الحد بالشبهات، حيث قال: (أجمع
فقهاء الأمصار على أن الحدود تدرأ بالشبهات، والحديث المروي في ذلك متفق

(1) ما رواه عبد الملك بن ميسرة عن البرال بن صبره قال: إنا لبمكة إذ نحن بامرأة اجتمع
عليها الناس حتى كدوا أن يقتلوها وهم يقولون زنت فأتي بها عمر بن الخطاب رضي الله عنه
وهي حبلى وجاء معها قومها فأثتوا عليها بخير، فقال عمر: أخبريني عن أمرك قالت: يا أمير
المؤمنين كنت امرأة أصيب من هذا الليل فصليت ذات ليلة ثم نمت وقمت ورجل بين رجلي
فقدف في مثل الشهاب ثم ذهب فقال عمر: لو قتل هذه من بين الجبلين أو قال الأخشبين لعذبهم
الله فخلي سبيلها وكتب إلى الأفاق ألا تقتلوا أحداً إلا بإذني.

ابن قدامه المغني، الجزء العاشر، مرجع سابق، 187.

(2) ابن قدامه المغني، الجزء العاشر، مرجع سابق، 188.

عليه، وتلقته الأمة بالقبول⁽¹⁾.

وبهذا قال غالبية الفقهاء المحدثين وكذلك أقره مجمع الفقه برابطة العالم الإسلامي المنعقد بمكة المكرمة (15) في 1419/7/9 هـ الموافق 1988/10/31م أصدر المجلس عدداً من التوصيات والقرارات التي تنظم شرعياً عملية الأخذ بالحمض النووي الوراثي كدليل مادي في القضايا الجنائية، وقضايا البتة، والتي يجد الكثير من القضاة نوعاً من الحرج في استخدام هذا الحمض النووي الوراثي كدليل يترتب عليه حكم شرعي في القضايا الجنائية (القرار السابع بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها وهو ما ينطبق على بصمة المخ).

أولاً: لا مانع شرعاً من الاعتماد على البصمة الوراثية في التحقيق الجنائي، واعتبارها وسيلة إثبات في الجرائم، التي ليس فيها حد شرعي ولا قصاص لخبر. وقد جاء في توصية الندوة ما نصه: هي وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقيق من الوالدية البيولوجية، والتحقق من الشخصية وإثباتها ولاسيما في مجال الطب الشرعي، وهي ترقى إلى مستوي القرائن القوية، التي يأخذ بها أكثر الفقهاء، في غير قضايا الحدود الشرعية⁽²⁾.

(1) ابن قدامه، الجزء 10، مرجع سابق، 188، ابن فرجون، تبصره الأحكام، الجزء الثاني، 174.

(2) د/ عمر محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنائية، مرجع سابق، 70 وما بعدها، د/ الهاني طابع، بصمة الحامض النووي، مرجع سابق، 32 وما بعدها.

وقيل بأخذ البصمة الوراثية، وبصمة المخ كقرينتين من القرائن، التي يستدل بهما على المتهم في قضايا الجرائم المختلفة، لكن لا يثبت بموجبها حد، ولا قصاص لأمرين:

الأول: فلأن الحدود والقصاص لا يثبتان إلا بشهادة، أو إقرار دون غيرهما من وسائل الإثبات عند كثير من الفقهاء.

أما الثاني: فلأن الشارع يتشوف إلى درء الحدود، والشبهات، لأنهما يدرئان بأدنى شبهة، أو احتمال (ادرؤوا الحدود بالشبهات) وذلك يحقق العدالة والأمن للمجتمع، ويؤدي إلى نيل المجرم عقابه وتبرئة المتهم، وهذا مقصد مهم من مقاصد الشريعة والشبهة في البصمة الوراثية، لأنها إنما تثبت بيقين هوية صاحب الأثر في محل الجريمة أو ما حوله ومع ذلك تظل ظنية، عند تعدد أصحاب البصمات على الشيء الواحد أو وجود صاحب البصمة قدرًا في مكان الجريمة قبل أو بعد وقوع الجريمة، أو غير ذلك من أوجه الظن المحتملة⁽¹⁾.

خامساً: من المعقول:

أما دليل المعقول، فهو احتمال وجود الشبهة التي تدرأ الحد، فقد يكون

(1) أنظر قرار المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة 1419/7/9 هـ الموافق 1998/10/31، وقراره السابع في دورته السادسة عشرة، بمكة المكرمة المشار إليه سابقاً.

د/ عمر محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها، مرجع سابق، 70.

الحمل عن وطء شبهة أو إكراه⁽¹⁾. وقد يكون وجود عين المال المسروق في يد المتهم هبة أو عارية أو إكراها على السرقة، ومثل هذه الاحتمالات تورث الشبهة التي يجب درء الحد معها، وقد روي عن علي وابن عباس، قالا: إذا كان في الحد (لعل) و(عسى) فهو معطل⁽²⁾.

(1) فالمرأة قد تحمل من غير وطء، وذلك بأن يدخل ماء الرجل فرجها إما بفعلها أو فعل غيرها (أنظر: المبدع في شرح المقنع: ابن مفلح . ج9 ص82 وما بعدها).

(2) كتر العمال: ابن حسام الدين الهندي . ج5 401 . كتاب الحدود ت حديث رقم 13423.

د/ سعد الدين مسعد هلالى، البصمة الوراثية، مرجع سابق، 419.

المذهب الثاني:

يري إثبات جميع الحدود بمقتضي قرينة البصمة الوراثية، وبهذا قال بعض الفقهاء المعاصرين⁽¹⁾، وتخريجاً على مذهب علماء المالكية⁽²⁾، والإمام أحمد في رواية⁽³⁾، وابن تيمية⁽⁴⁾، وابن القيم⁽⁵⁾، وبعض الأئمة القائلين بإقامة حد الزنا على المرأة الخلية من الزوج أو السيد بقرينة الحمل، وكذا إقامة حد السرقة بقرينة وجود المال المسروق عند السارق⁽⁶⁾.

وقد استدل أصحاب هذا القول على مذهبهم بالآتي:

أولاً: من القرآن الكريم:

- (1) د/ أحمد أبو القاسم، الدليل الجنائي ودوره في إثبات جرائم الحدود بالقصاص، منشورات المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، بالرياض، 1414هـ، 1993، ص343.
- (2) أبي المطرف عبد الرحمن بن مروان القرطبي الأندلسي، تفسير الموطأ، تحقيق أعامر حسن صبري إصدارات وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، دولة قطر، لمجلد الثاني، الطبعة الأولى 1429هـ، 2008م، ص713.
- (3) ابن تيمية، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، مكتبة أنصار السنة المحمدية، ربيع الأول 1381هـ، 1961م نص102.
- (4) ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، المؤسسة العربية للطباعة والنشر، 1380هـ، 1961، ص8-9.
- (5) علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد حامد الفقهي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الجزء (10) الطبعة الأولى، 1377هـ، 1957م، ص199.
- (6) د/ محمد رأفت عثمان، القضاء في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، 225 وما بعدها.

قول الله تبارك وتعالى ﴿وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِنْ قَبْلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكٰذِبِينَ ٢٦ وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصّٰدِقِينَ ٢٧ فَلَمَّا رَأَىٰ قَمِيصَهُ قُدًّا مِنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِنْ كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ﴾

وجه الدلالة:

أفادت الآية الكريمة جواز الحكم بالأمارات والقرائن في جريمة الزنا، لأنه توصل بقدم القميص إلى معرفة الصادق منهما من الكاذب، وما هذا إلا عمل بالإمارات وجعلها سبباً للحكم، وهذا دليل علي أنه يجوز أن يعمل بالقرينة في الحدود ويعتمد عليها في الأحكام^(١).

ثانياً: من السنة النبوية:

ما رواه أبو داود أن رجلاً من أصحاب النبي ﷺ تزوج امرأة بكرة في سترها فدخل عليها فإذا هي حبلى، فقال النبي ﷺ: (لَهَا الصَّدَاقُ بِمَا اسْتَحَلَّتْ مِنْ فَرْجِهَا وَالْوَلَدُ عَبْدٌ لَّكَ فَإِذَا وَلَدَتْ فَأَجْلِدُهَا وَفِي رِوَايَةٍ فَاجْلِدُوهَا أَوْ قَالَ فَحَدُّوهَا).

وفي هذا الحديث دلالة واضحة على اعتبار ظهور الحمل قرينة يثبت بها

(١) د/ محمد رأفت عثمان، القضاء في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، 226 وما بعدها.

حد الزنا (1).

ما روي عن علقمة بن وائل الكندي عن أبيه، أن امرأة خرجت على عهد رسول الله ﷺ تريد الصلاة، فتلقاها رجل، فتجللها (2). فقضى حاجته منها، فصاحت، وانطلق، فمر عليها رجل، فقال: إن ذلك الرجل فعل بي كذا وكذا، ومرت بعصابة (أي جماعة) من المهاجرين، فقالت: إن ذلك الرجل فعل بي كذا وكذا فانطلقوا، فاخذوا الرجل الذي ظنت أنه وقع عليها، وأتوها به، فقالت: نعم هو هذا، فأتوا به رسول الله ﷺ فلما أمر به ليبرج قام صاحبها الذي وقع عليها، فقال: يا رسول الله أنا صاحبها، فقال لها: (اذهبي فقد غفر الله لك) وقال للرجل قولاً حسناً، وقال للرجل الذي وقع عليه: (ارجموه)، ثم قال: (لقد تاب توبة لو تابها أهل المدينة لقبل منهم) (3).

وجه الدلالة:

يدل هذا الحديث الشريف أن رسول الله ﷺ أمر بجرم الذي أغاث المرأة بدون شهادة على الزنا أو الإقرار به، وإنما بناء على القرينة الظاهرة، وهي أنهم

(1) سنن ابن أبي داود، كتاب النكاح باب الرجل يتزوج المرأة فيجدها حبلي الجزء

(2) رقم 2131، دار الريان للتراث 1408هـ، 1988م، ص248، مشار إليه لدي د/ الشارف لوحيشي، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، 362.

(2) تجللها، أي تغشاها، أي وطنها.

(3) سنن أبي داود: ج4 ص132. باب في صاحب الحد يحيي فيقر، سنن الترمذي: ج3 ص7. باب ما جاء في المرأة إذا استكرهت على الزنا. حديث رقم 1454.

أدركوه يشند هرباً، كما جاء في بعض الروايات أن القوم أخبروا أنهم أدركوه وهو يشند . وقول المرأة المعتدي عليه إنه هو هذا الذي فعل بها، وهذا يدل على أن القرينة يعتمد عليها في إثبات جريمة الزنا وإقامة الحد، ويقاس على ذلك سائر الحدود (1).

ثالثاً: الأدلة من الأثر:

ما روي عن ابن عباس قال: قال عمر بن الخطاب: (كان فيما أنزل الله آية الرجم، فقرأها وعقلناها ووعيناها، ورجم رسول الله ﷺ ورجمنا بعده، فآخشي إن طال بالناس زمان أن يقول قائل: والله ما يجد الرجم في كتاب الله تعالى، فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله تعالى، والرجم في كتاب الله حق، على من زنى إذا أحسن من الرجال والنساء إذا قامت البينة، أو كان الحبل أو الاعتراف (2).

وجه الدلالة:

في هذا الأثر دليل على أن المرأة الخالية من الزوج أو السيد، إذا وجدت حبلها ولم تذكر شبهة، أنه يثبت الحد بالحبل. وهذا ما قاله عمر على المنبر، ولم

(1) د/ محمد رأفت عثمان، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، مرجع سابق، 279 وما بعدها.

(2) صحيح البخاري، كتاب المحاربين من أهل الكفر والردة، باب الاعتراف بالزنا، (23) رقم (6423)، مطبعة الهيئة المصرية، 1356هـ، ص211.

ينكر عليه أحد فينزل منزلة الإجماع⁽¹⁾.

رابعاً: الإجماع:

والأمر عندنا في المرأة توجد حاملاً ولا زوج لها، فتقول قد استكرهت أو تقول تزوجت، فإن ذلك لا يقبل منها، وأنها يقام عليها الحد، إلا أن يكون لها على ما ادعت من النكاح بينه أو أنها استكرهت، أو جاءت تدمي إن كانت بكرًا، أو استغاثت حتى أتيت وهي على ذلك الحال، أو ما أشبهه هذا من الأمر الذي تبلغ به فضيحة نفسها، قال: فإن لم تأت بشيء من هذا أقيم عليها الحد، ولم يقبل منها ما ادعت من ذلك⁽²⁾.

ذهب الإمام مالك - رحمة الله -، إلى أن عمل المدينة حجة يجب العمل به كالعمل بسائر الأدلة الشرعية، ودلل على ذلك بالآتي:

أ. أن المدينة دار هجرة النبي ﷺ وموضع قبره ومهبط الوحي ومستقر

(1) بدرية عبد المنعم حسونة، إثبات الحدود، مرجع سابق، ص156.

نيل الأوطار للشوكاني، الجزء (7)، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1416هـ، 1996م، ص117.

(2) إن الصحابة عملوا بقرينة الحمل فيما ذكروه، وكانت قضاياهم تشتهر وتذاع ولم يظهر لهم في عصرهم مخالف فيكون ذلك إجماعاً على العمل بالقرائن فيما تقدم ويقول ابن القيم الجوزية "جعل الصحابة . رضي الله عنهم . الحبل علامة وآية علي الزنا فحدوا به المرأة وإن لم تقر ولم يشهد عليها أربعة شهود، بل جعلوا الحبل أصدق من الشهادة.

أنظر في ذلك الإمام بن القيم الجوزية الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مرجع سابق، ص61.

الإسلام ومجمع الصحابة، فلا يجوز أن يخرج الحق عن قولها.

ب. أن أهل المدينة شاهدوا التنزيل وسمعوا التأويل وكانوا أعرف الناس بأحوال الرسول من غيرهم، فوجب ألا يخرج الحق عنهم.

ت. أن رواية أهل المدينة مقدمة على رواية غيرهم، فكان إجماعهم حجة على غيرهم⁽¹⁾.

(1) الأمدى الأحكام في أصول الأحكام جزء (1)، مرجع سابق، 206 وما بعدها.
الإمام بن القيم الجوزية الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مرجع سابق، 62.

خامساً: من القياس:

استدل القائلون بثبوت النسب بالبصمة الوراثية من القياس بأنه:

يجوز إثبات النسب بالبصمة الوراثية قياسياً على الخبرة⁽¹⁾، التي أجاز الفقهاء العمل بها في العبادات⁽²⁾، والمناكحات⁽³⁾، والمعاملات بجامع الاعتماد على رأي أهل الخبرة والمعرفة في كل المعاملات⁽⁴⁾.

سادساً: الأدلة من المعقول:

استدل القانون بجبية البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب بالمعقول، حيث قالوا: إن أصول الشرع وقواعده يقتضي اعتبار الشبه في لحوق النسب،

(1) الخبرة هو: كل شخص له دراية خاصة بمسألة من المسائل، وقد يستدعي التحقيق فحص مسألة يستلزم فحصها كفاية خاصة فيه أو علمية لا يشعر المحقق بتوافرها في نفسه، فيمكنه أن يستشير فيها خبيراً، كما إذا احتاج الأمر إلى فحص سبب الوفاة في جريمة قتل أو تحليل مادة طعام في جريمة تسمم، أو غير ذلك. وقد أجاز القانون الجنائي الوضعي المصري الاستعانة بالخبراء للاستهداء بأرائهم وذلك في المواد 85-87، والمادة 292 من قانون الإجراءات الجنائية.

د/ رمزي رياض، مشروعية الدليل الجنائي في مرحلة المحاكمة وما قبلها دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، ص30 وما بعدها، الناشر دار النهضة العربية، عام 1997، ص30 وما بعدها.

(2) ومن أمثلة ذلك: تعيين جهة القبلة في الصلاة وهلال رمضان.

(3) كمعرفة عيوب الزوج والزوجة في النكاح.

(4) مثل عيوب الثياب، وتقويم المتلفات والجرائح.

والشارع متشوف إلى اتصال الأنساب وعدم انقطاعها، ولهذا اكتفى في ثبوتها بأدنى الأسباب من شهادة المرأة الواحدة على الولادة، والدعوى المجردة مع الإمكان، وظاهر الفراش، فلا يستبعد أن يكون الشبه . الذي تقوم عليه البصمة الوراثية، الخالي عن سبب مقاوم له كافياً في ثبوته⁽¹⁾.

ولقد ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أبعد من ذلك بعدم قبولهم ادعاء المرأة الحامل أنها متزوجة أو أنها استكرهت إلا بعد أن تقدم بينه أو قرينة تثبت صحة ادعائها وتشهد لها بذلك، فإن كان لها ما يدل على الغصب (الإكراه) أو قدمت ما يفيد زواجها فلا حد عليها، وذلك كما لو خرجت تدمي، وهي تصرخ وتستغيث لدي وقوع الفاحشة بالغصب والإكراه، أما إذا ادعت استكراها من غير بينه أو قرينة فلا تسمع دعواها، ويجب عليها الحد⁽²⁾.

رأي الباحث:

من وجهة نظري المتواضعة أرى أن في اقتصار إثبات حد الزنا على شهادة الشهود والإقرار قد يؤدي إلى عدم ثبوت جريمة الزنا رغم وقوعها وإمكانية إثباتها بطرق أخرى لا شك ولا شبهة فيها ومن هذا المنطلق كانت الاستعانة

(1) المبدع الجزء (8)، ص136، الفروق الجزء (4)، ص99، وأنظر د/ عبد العزيز أبو البصل، حجية القرائن في إثبات حد الزنا وحد الشرب بحث منشور ضمن مؤلف بعنوان مسائل في الفقه المقارن مطبوعة، دار النفائس عمان، الطبعة الثانية، 1419هـ، 1999، ص315.

(2) عبد العزيز أبو البصل، حجية القرائن في إثبات حد الزنا، مرجع سابق، ص316.

د/ الشارف لوحيشي، البصمة الوراثية، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص364.

بالقرائن بما فيها البصمة الوراثية أمر واجب وضرورة اجتماعية بالغة الأهمية مع
تفشي ظاهرة الزنا في المجتمعات الإسلامية.

كما أن إقرار الأخذ بقرينة البصمة الوراثية في مجالات إثبات حد الزنا
يتمشى مع الغاية التي من أجلها وضعت نظرية الإثبات برمتها في سعيها إلى
بلوغ الحقيقة وإرساء مبادئ العدالة، وما دامت البصمة الوراثية تصبوا إلى ذات
الهدف فلا مانع من الأخذ بها وترك أمر تقديرها من حيث دلالتها على الواقعة
محل الإثبات لقاضي الموضوع الذي له بموجب السلطة الممنوحة له أن يعتمد
متى كانت ذات صلة منطقية بالواقعة، وله أن يطرحها إذا ما ثبت له انعدام تلك
الصلة أو أثبتت شبهة حول دلالتها.

الفرع الثاني

حجية البصمة الوراثية في إثبات حد السرقة

اختلف الفقه الإسلامي في مدى حجية البصمة الوراثية في إثبات حد

السرقة وذلك على مذهبين:

المذهب الأول:

يري الغالبية من فقهاء المذهب الشافعي، والحنفية والحنابلة أن حد السرقة كغيره من الحدود لا يمكن إثباته إلا بوسائل إثبات معينة حددها الشارع الحكيم، ولا مجال لغيرها من الأدلة مهما قويت دلالتها وهم بذلك يرون أنه لا يمكن الاعتماد على قرينة البصمة الوراثية في إثبات حد السرقة كونها تعد من قبيل الدليل الناقص الذي لا يصلح لإثبات الحدود الشرعية⁽¹⁾.

وهذا الرأي لا يري عدم التعويل على قرينة البصمة الوراثية في إثبات حد السرقة بتاتا، وإنما يعتبرها من قبيل الدليل الناقص الذي لا يصلح أن يكون وسيلة إثبات مستقلة مهما بلغت قوتها ودلالتها على الفعل، ولكنها تصلح لمساندة الأدلة الأخرى ومؤازرتها فهي صالحة فقط لمساعدة القاضي في إثبات حد السرقة بالوسائل المعتبرة من إقرار أو شهادة بمعنى أنه يشترط لإثبات هذا الحد (السرقة)

(1) د/ غيث محمود الفاخري، القرائن وأثرها في إثبات الجرائم الحديثة، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، 2000م، ص654.

أن يساندها في مدلولها إقرار أو شهادة الشهود⁽¹⁾.

وتعد الشهادة والإقرار من الأدلة المنطق عليها لإثبات الحدود، غير أن تطبيق الشهادة في الحدود يختلف باختلاف الجريمة، فقد اشترط الشارع أربعة شهود لإثبات الزنا، كذلك فإن الإقرار يوجب الحد في الزنا ويثبتته، وقد ذهب الإمام أبو حنيفة وأصحابه وابن حنبل إلى شرط تكرار الإقرار أربع مرات، بينما يري الإمام الشافعي وأحمد والطبري أنه يكفي أن يتم الإقرار مرة واحدة ما دامت القرائن تدل على الإصرار، حيث إن الإقرار مظهر وتكراره لا يفيد في إيضاح الجريمة بخلاف شرط العدد في الشهود.

بقية الحدود، فقد اتفق الفقهاء على إثباتها بشهادة شاهدين فقط، لأن في الرجوع شبهة، والحدود تدرا بالشبهات⁽²⁾.

(1) ومن فضل الله تعالى: أنه لم يجعل للإنسان على الإنسان سلطانا مطلقا في إثبات ارتكابه حدا من حدود الله تعالى، منعا من التلفيق وتلبيس التهم أن وجود علامات الثراء، أو وجود عين المال المسروق في يد المتهم، ليس دليلاً قاطعا في أركان وشرط تلك الجريمة، لاحتمال قبول المال هبة أو عارية، أو حتى الإكراه على السرقة، وغير ذلك.

وهذا الفضل الإلهي ليس عبثا ولا سدى، وإنما لحكم كثيرة لعل منها تأمين الناس من التلفيق والمكر بهم، وتكريم الناس ببيت روح الرقابة الذاتية على النفس، وجعلها المصدر الأول لليقين عن طريق الإقرار أو الاعتراف.

أنظر: د/ سعد الدين مسعد هلالى: البصمة الوراثية، مرجع سابق، 417 وما بعدها.

(2) د/ محمد عطية راغب، النظرية العامة للإثبات في التشريع الجنائي العربي المقارن، مطبعة المعرفة طبعة جديدة منقحة، 1996، ص944.

وتطبيقاً لذلك فإن العثور على أثر بيولوجي للمتهم في مسرح الجريمة لا يلزم أن يكون هو السارق لاحتمال مروره في ذلك المكان كان بمحض الصدفة أو لحالة ضرورة أرغمته على وجوده في المكان الذي ترك فيه آثارا بيولوجية دلت على شخصيته أو أن تواجهه بالمكان كان قبل أو بعد قيام الجريمة، وكون الأثر المضبوط يعود للمتهم هو أمر لا خلاف فيه ولا ريب، إلا أنه لا يمكن القطع بأنه هو المرتكب للجريمة: لاحتمال أن يكون وجوده في مكان الجريمة كان لسبب مشروع (1).

(1) د/ غيث محمود الفاخري القرائن وأثرها في إثبات الجرائم الحدية، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، 654 وما بعدها.

السنة النبوية:

استند أصحاب هذا المذهب إلى الأثر المعقول، فمن السنة النبوية حديث رسول الله ﷺ الذي قال فيه: (أَدْرَعُوا الْخُدُودَ عَنِ الْمُسْلِمِينَ مَا اسْتَطَعْتُمْ، فَإِنْ وَجَدْتُمْ لِلْمُسْلِمِ مَخْرَجًا فَخَلُّوا سَبِيلَهُ، فَإِنَّ الْإِمَامَ لِيُخْطِئَ فِي الْعَفْوِ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يُخْطِئَ فِي الْعُقُوبَةِ)، أو كما قال النبي ﷺ: (أَدْرَعُوا الْخُدُودَ بِالشَّبَهَاتِ)، وقد استندوا على ذلك في أن الحدود تدرأ بالشبهات ومنها حد السرقة، وأن إقامة هذا الحد بموجب نتاج البصمة الوراثية لا يخلو من الشبهة إما من تلوث العينات أو نتيجة خطأ في المعمل⁽¹⁾.

المذهب الثاني: والذي قال به الإمام مالك وابن القيم الجوزية والإمام أحمد في

رواية إلى جواز إقامة حد السرقة بقريئة نكول المتهم عن اليمين⁽²⁾.

وقد استدل أصحاب هذا المذهب في إثبات جريمة السرقة بهذه البصمات من القرآن والسنة.

(1) د/ عمر محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها، مرجع سابق، ص55.

(2) يقول العلامة ابن القيم: (فإن قيل فكيف أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بجرم المغيبي أو يقيم علي السارق حد من غير بينه ولا إقرار؟ قيل: هذا من أول الدلائل علي اعتبار القرائن، والأخذ بشواهد الأحوال في التهم، وهذا يشبه إقامة الحدود بالرائحة والقيء كما اتفق عليه الصحابة، وإقامة حد الزنا بالحبلى كما نص عليه عمر، وذهب إليه فقهاء أهل المدينة وأحمد في ظاهر مذهبه.

أنظر في ذلك د/ شحاتة عبد المطلب حسن، حجية الدليل المادي في الإثبات، طبعة حديثة منقحة، 2004، بدون دار طباعة، ص56.

القرآن الكريم: قول الله تعالى ﴿فَلَمَّا جَهَّزَهُم بِجَهَّازِهِمْ جَعَلَ السَّقَايَةَ فِي رَحْلِ أَخِيهِ ثُمَّ أَذَّنَ مُؤَذِّنٌ أَتَيْهَا الْعَيْرُ إِنَّكُمْ لَسُرِقُونَ ٧٠ قَالُوا وَقَابَلُوا عَلَيْهِم مَّاذَا تَفْقَدُونَ ٧١ قَالُوا نَفَقْدُ صُوعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ٧٢ قَالُوا تَاللَّهِ لَقَدْ عَلِمْتُمْ مَّا جِئْنَا لِنُفْسِدَ فِي الْأَرْضِ وَمَا كُنَّا سُرِقِينَ ٧٣ قَالُوا فَمَا جَزَاؤُهُ ۖ إِنْ كُنْتُمْ كٰذِبِينَ ٧٤ قَالُوا جَزَاؤُهُ مَنْ وُجِدَ فِي رَحْلِهِ فَهُوَ جَزَاؤُهُ كَذٰلِكَ نَجْزِي الظَّٰلِمِينَ ٧٥ فَبَدَأَ بِأَوْعِيَّتِهِمْ قَبْلَ وِعَاءِ أَخِيهِ ثُمَّ اسْتَخْرَجَهَا مِنْ وِعَاءِ أَخِيهِ كَذٰلِكَ كِدْنَا لِيُوسُفَ مَا كَانَ لِيَأْخُذَ أَخَاهُ فِي دِينِ الْمَلِكِ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ نَرْفَعُ دَرَجَاتٍ مِّنْ نَّشَاءٍ وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ ﴿١﴾.

وجه الدلالة:

أن وجود الشيء المسروق وهو (صاع الملك) عند السارق دل ذلك على أنه هو السارق وهذا يعد دليلاً كافياً على إقامة الحد عليه (2).

ويضيف هذا الرأي إلى جواز إثبات حد السرقة بقريئة البصمة الوراثية والاعتماد عليها في ذلك استقلالا متى كانت واضحة الدلالة على ارتكاب السرقة ومن غير شبهة أو شك يعتربها، مستنديين في رأيهم هذا إلى ما ذهب إليه الإمام

(1) سورة يوسف آية رقم من 70-76.

أنظر د/ وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية، مرجع سابق، 158.

أنظر أيضا د/ غيث محمود الفأخرى، القرائن وإثباتها في إثبات الجرائم الحدية، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، 655 وما بعدها.

(2) أنظر في ذلك د/ الهاني طابع، بصمة الحامض النووي، مرجع سابق، 64.

مالك، وابن القيم في جواز الاعتماد على القرائن المجردة في إثبات حد السرقة إذا كانت ذات دلالة قوية على ارتكاب الفعل، وعجز من قامت ضده عن إثبات عكسها مثل قرينة وجود المال المسروق لدى السارق⁽¹⁾.

كذلك يرى الإمام ابن القيم:

وكذلك الصحيح أنه يقام الحد على المتهم بالسرقة إذا وجد المسروق عنده، فهذا الرجل لما أدركه وهو يشد هرباً، وقالت المرأة هو الذي فعل بي، وقد اعترف بأنه دنا منها وآتى إليها وادعى أنه كان معيماً لا مريباً ولم ير أولئك الجماعة غيره، كان في هذا أظهر الأدلة على أنه صاحبها؛ وكان الظن المستفاد من ذلك لا يقصر عن الظن المستفاد من شهادة البينة واحتمال الغلط وعداوة الشهود كاحتمال الغلط وعداوة المرأة ها هنا، بل ظن عداوة المرأة في هذا الموضوع في غاية

(1) قال القرطبي: إذا تترلنا علي أن يكون الشاهد طفلاً صغيراً، فلا يكون فيه دلالة علي العمل بالأمارات .. وإذا كان رجلاً فيصح أن يكون حجة في العلامة في اللقطة وكثير من المواضع ...، وقد عقب ابن فرجون علي ما قاله القرطبي قائلاً: وفيما قال القرطبي نظر، لأنه وإن كان طفلاً فالحجة قائمة عنه بإذن الله تعالى، أرشدنا علي لسانه إلى التقطن، والتيقظ والنظر إلى الأمارات والعلامات، التي يعلم بها صدق المحقق وبطلان قول المبطل ويكون ذلك أبلغ من الحجة من قول الكبير، لأن قول الكبير اجتهاد ورأي منه، ونطق الصغير من قبل الله تعالى: (أنظر: تفسير القرطبي: ج 4 ص 3496، طبعة دار الغد العربي، تبصره الحكام: ابن فرجون، ج 2 ص 118-119).

(أ) د/ محمد رأفت عثمان، القضاء في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، 266 وما بعدها.

الاستبعاد، ونهاية الأمر هذا لوث ظاهر لا يستبعد ثبوت الحد بمثله شرعاً⁽¹⁾.

رأي الباحث:

على الرغم من وجهة نظر المذهب الأول الذي يرى عدم حجية البصمة الوراثية في إثبات حد السرقة إلا أنه من وجهة نظري أرى أن الرأي الثاني وهو حجية البصمة الوراثية في إثبات حد السرقة حيث أنها استطاعت منذ اكتشاف الحامض النووي أن تكشف عن آلاف الجرائم في جميع أنحاء العالم واستطاعت أن تحدد هوية المجرمين حيث أن البصمة الوراثية تلعب دوراً كبيراً في تحديد واكتشاف الجريمة وتحدد ارتكاب المتهم للجريمة فهي وحدها تصلح في ذاتها لإثبات حد السرقة دون حاجة لأدلة أخرى لما تتمتع به نتائجها من المطابقة والدقة المتناهية التي يستحيل معها إفلات المتهم من جريمته.

ولعل في الأخذ بقرينة البصمة الوراثية في إثبات حد السرقة يتماشى مع ما ذهب إليه بعض من فقهاءنا⁽²⁾، من جواز الاعتماد على بعض القرائن في إثبات حد السرقة، كقرينة وجود المال المسروق بحوزة المتهم، وقرينة النكول عن اليمين على النحو الذي أوردناه سلفاً.

كما أن في اعتماد قرينة البصمة الوراثية كدليل إثبات في حد السرقة من

(1) د/ ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين، الجزء الثالث، مرجع سابق، 20.

(2) د/ وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومحاولات الاستفادة منها، مرجع سابق، 158.

د/ محمد رأفت عثمان، القضاء في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، 266.

شأنه أن يحقق مصلحة اجتماعية في تتبع المجرمين الذي بلغ بهم المكر والدهاء لدرجة أصبح معه من المتعذر إثبات جرائمهم بوسائل الإثبات التقليدية خاصة إذا ما أخذنا في الاعتبار أن جريمة السرقة أضحت سمة من سمات عصرنا الحالي (1).

(1) د/ وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومحاولات الاستفادة منها، مرجع سابق، 158.

الفرع الثالث

حجية البصمة الوراثية في إثبات حد شرب الخمر

قبل الحديث عن مدي حجية البصمة الوراثية في إثبات حد من حدود الله آلا وهو الخمر يتعين أولاً بيان دور القرائن والدلالات في إثبات حد شرب الخمر ثم بعد ذلك نتناول حجية البصمة الوراثية في إثبات حد الشرب على النحو التالي:

1. دور القرائن في إثبات حد الشرب:

اختلف الفقهاء حول مدي اعتبار القرائن (السكر، وقرينة رائحة الخمر) هل تعد تلك القرائن كافية لإقامة الحد على مرتكبها انقسم ذلك الفقه إلى مذهبين:

المذهب الأول:

ذهب ذلك المذهب إلى أن حد الشرب لا يثبت بقرينة شرب الخمر أو السكر (ذهاب العقل).

حيث يرى أبو حنيفة أن الرائحة يمكن أن يثبت بها حد الشرب إذا ثبت وجودها مع الشهادة بالشرب، ولا يمكن التعويل عليها منفردة في الدلالة على الشرب، كما أنه لم يكن يعتبر القيء وحده كدليل على الشرب إلا إذا تبين منه رائحة الخمر وكان الجاني في حالة سكر، أو كان قد شهد عدلان بالشرب، فإن الجريمة والحالة هذه تكون ثابتة تستلزم الحد ويرى أيضاً بل حالة السكر لا تعتبر

دليل علي الشرب ولا يقام بها الحد إلا إذا شهد اثنان بأنهما قد وجداه في حالة سكر مع وجود رائحة الخمر فيه، أو كانا قد شهدا بأنهما اشتما منه رائحة الخمر (1).

ما رواه ابن ماجه عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (ادْفَعُوا الْخُدُودَ مَا وَجَدْتُمْ لَهَا مِدْفَعًا).

وجه الدلالة:

في هذا الحديث أن الشارع يأمر بعدم إقامة الحدود الشرعية مع وجود الشبهة، ولعل قرائن الرائحة والقيء والسكر تحوي على عدد من الشبهات يتعذر معها الاعتماد عليها في إثبات حد الشرب، فتوافر هذه القرائن لا تقطع يقينا بقيام الجريمة الحدية، إذ يحتمل أن يكون المتهم الذي ظهرت عليه هذه القرائن أنه لم يشرب الخمر وإنما تمضمض بها أو شربها مكرهاً أو مضطراً أو جاهلاً بكنهه السائل الذي تناوله، وإلى غير ذلك من الاحتمالات والشبهات القوية التي تصاحب هذه القرائن ما يجعل الإثبات بها أمراً غير ممكن شرعاً (2).

المذهب الثاني:

بينما يرى ذلك المذهب إلى أنه يجوز الاعتماد على القرائن في إثبات حد

(1) صحيح الترمذي، أبواب الحدود باب من صار في درء الحدود، الجزء السادس 1423هـ، ص198 وما بعدها.

(2) سنن ابن ماجه، كتاب الحدود باب الحد في الخمر، المجلة الثامن تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، الكتب العلمية بيروت، لبنان، 1424هـ، 2002م، ص161.

الشرب فرائحة الفم، والقيء، والسكر) تعد دليلاً قاطعاً على ثبوت حد الشرب واستدلوا على ذلك.

أولاً: من الأثر:

أ- ما رواه مسلم وأبو داود واللفظ لمسلم عن حصين بن المنذر قال: شهدت عثمان بن عفان وأتي بالوليد قد صلي الصبح ركعتين، ثم قال: أزيدكم؟ فشهد عليه رجلان: أحدهما حمران، أنه شرب الخمر وشهد آخر، أنه رآه يتقيا، فقال عثمان: إنه لم يتقيا حتى شربها فقال: يا علي قم فاجلده... (1)

ب- ما رواه مالك في الموطأ عن ابن شهاب الزهري عن السائب بن يزيد أنه أخبره أن عمر بن الخطاب خرج عليهم فقال: إني وجدت من فلان ريح شراب، فزعم أنه شراب الطلاء، وأنا سائل عما شرب، فإن كان يسكر جلدته، فجلده عمر (2).

2. الدليل من المعقول:

(1) صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب الحدود، باب حد الخمر، حديث رقم (1707) الجزء السادس، تحقيق: عصام الصباطي، حازم محمد عماد عامر، دار الحديث، القاهرة، الطبعة الثالثة 1419هـ، 1998م، ص 231-232 سنن أبي داود كتاب الحدود، باب الحد في الخمر، رقم (4480) الجزء (4)، مرجع سابق، ص 162.

(2) الموطأ للإمام مالك، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب الأشربة، باب الحد في الخمر، مكتبة دار الشعب (بدون تاريخ) ص 526.

اعتبر أصحاب هذا الرأي أنه يمكن إثبات حد الشرب بقريضة السكر، باعتبار أن السكر لا يكون إلا بعد الشرب، ولا يوجد السكر إلا في حالة شرب الخمر، ومن هنا يكون السكر قريضة قوية مثبتة للحد (1).

رأي الباحث:

على الرغم من وجاهة المذهب الأول إلا أنني أرى أنه يجوز إثبات الشرب بناءً على قرائن الرائحة أو السكر وفي واقع الحال أن هذه القرائن تعتبر من أهم الوسائل الرئيسية وأكثرها شيوعاً في إثبات شرب الخمر، سواء كانت لوحدها أو بالتساند مع الأدلة الأخرى.

وغالبا ما يثبت شرب الخمر برائحة تنبعث من المتهم خاصة إذا وجد في حالة سكر يترنح ولا يعي ما يقول، أو أنه يقبض سائلاً تنبعث منه رائحة الخمر.

وفي إطار قريضة السكر والقيء، وواضح من الممكن التأكد من صحتها عن طريق إجراء التحاليل الكيميائية، إما بتحليل فم المشتبه به الذي تظهر عليه علامات السكر لبيان نسبة الكحول في الدم، والتي إذا زادت عن مقدارها الطبيعي دل ذلك على تناول الخمر، أو إجراء هذه التحاليل على القيء الذي قذفه المشتبه به لبيان كنه المادة التي تقيأها، عما إذا كانت خمرا من عدمه.

(1) د/ عبد القادر عوده، التشريع الجنائي الإسلامي، المجلد الثاني، مرجع سابق، 456 وما بعدها.

ثانياً: حجية البصمة الوراثية في إثبات حد الشرب:

ذهب غالبية الفقهاء والعلماء المعاصرين إلى عدم جواز إقامة الحدود (الزنا

- الاغتصاب - السرقة - شرب الخمر) بناءً على نتائج البصمة الوراثية.

حيث أنه لا يجب الحد بالتهمة، بأن توجد قرائن تجعله في موضع الاتهام .

لأن إقامة الحد إضرار بمن لا يجوز الإضرار به، وهو قبيح عقلاً وشرعاً، فلا

يجوز إقامة الحد إلا بعد حصول اليقين، لأن مجرد الحدس والتهمة والشك مظنة

للخطأ والغلط، وما كان كذلك فلا يستباح به تأليم المسلم وإضراره بلا خلاف⁽¹⁾.

واستدلوا على ذلك:

الحديث الشريف:

ما روي من عائشة - رضي الله عنها - قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (أدرءوا

الْحُدُودَ عَنِ الْمُسْلِمِينَ مَا اسْتَطَعْتُمْ فَإِنْ كَانَ لَهُ مَخْرَجٌ فَخَلُّوا سَبِيلَهُ فَإِنَّ الْإِمَامَ أَنْ

يُخْطِئَ فِي الْعَفْوِ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يُخْطِئَ فِي الْعُقُوبَةِ).

وجه الدلالة:

أن الرسول صلى الله عليه وسلم أمر في هذا الحديث بدرء الحدود بالشبهات المحتملة،

(¹) فتح الباري الجزء (12)، ص188.

د/ محمد رأفت عثمان الفقهاء في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص282.

واحتمال الشبهة في البصمة الوراثية قائم، ليس في ذاتها، وإنما فيما يلابسها أو يخالطها من شبهات تتعلق بظروف محيطتها بها⁽¹⁾.

ويقول علماء الوراثة: فضلاً عن ذلك أن ما جعل الفقهاء المعاصرون يهتمون التعرض لدور قرينة البصمة الوراثية في إثبات حد الشرب، هو أنه يمكن إثبات جريمة شرب الخمر بوسائل إثبات حديثة أخرى أكثر دلالة وقطعية علي شرب الخمر من قرينة البصمة الوراثية مثل: تحليل الدم، أو النفخ في جهاز يكشف عن نسبة الكحول في الدم حيث أن ظهور نسبة الكحول في الدم وزيادتها عن الحد الطبيعي تفيد قطعاً بما لا يدع مجالاً للشك بأن الشخص قد تناول خمرًا، وينحصر دور القاضي في هذه الحالة علي تقدير هذه الأدلة لا من حيث دلالتها العلمية بل من حيث عدم وجود شبهة في شرب الخمر، كالإكراه أو الخطأ⁽²⁾.

ومعظم العقلاء من العلماء يعتقدون أنه طالما أن هناك تدخلا من البشر

(1) د/ محمد رأفت عثمان، القضاء في الفقه الإسلامي، 283 وما بعدها.

سنن الترمذي: ج 2 ص 438-439 باب ما جاء في درء الحدود، السنن الكبرى: للبيهقي . ج 4 ص 238 . باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات، المستدرک علي الصحيحين: للحاكم . ج 4 ص 426 وهذا الحديث في إسناده يزيد بن زياد الدمشقي، وهو ضعيف جداً، ورواه وكيع عنه موقوفاً، وهو اصح كما قال الترمذي والبيهقي، وقال الشوكاني: وهذا الحديث وإن كان فيه مقال، لكنه قد روي من طرق أخرى تعضده موقوفاً ومرفوعاً، فيصح الاحتجاج به علي مشروعية درء الحدود بالشبهات المحتملة، بالإضافة إلى أن العلماء لقوه لقبول وهذا يعتبر تصحيحاً له (أنظر: نيل الأوطار: الشوكاني . ج 7 ص 105).

(2) د/ الشارف لوحيشي، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات، رسالة دكتوراه، مرجع سابق،

فاحتمال الخطأ وارد. إما من خلال تلوث العينات المستخدمة، أو وجود عيب في التكنيك . طريقة التحليل . أو في الإحصاء أو غير ذلك.

ولا شك أن كل واحدة من هاتين الشبهتين تكفي لدرء الحد عن المتهم⁽¹⁾.

يضاف إلى ذلك فإن الآثار المادية التي يخلفها الجناة في جريمة شرب الخمر للدلالة على الجريمة فهي محدودة جدا وقد لا يعثر عليها أبدا، وهذا ما جعل فقهاء الشريعة الإسلامية بغضون النظر عن دور قرينة البصمة الوراثية في إثبات حد الشرب باعتبارها من النوادر لا الظواهر، أو أنهم قد اكتفوا بما قالوه بشأن دور هذه القرينة في إثبات الجرائم الحدية سالفة الذكر (الزنا، السرقة)⁽²⁾.

رأي الباحث:

ومن وجهة نظري أؤيد ما ذهب إليه غالبية الفقهاء والعلماء المعاصرين حيث أنها تختلف عن جريمتي الزنا والسرقة التي تلعب فيها البصمة الوراثية دوراً مهماً وبارزاً نظراً للآثار المادية التي يخلفها (يتركها) الجاني عند اقترافه العمل الإجرامي والتي من خلالها تظهر أهمية البصمة الوراثية في إثبات حدي الزنا والسرقة أما إثبات حد الشرب عن طريق البصمة الوراثية فذلك صعب المنال نظراً للوجود وسائل تقنية حديثة تسهل من مهمة التعرف على الجناة والوصول إليهم بأسرع وسيلة.

(1) د/ عبد الرحمن الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها، ص442 وما بعدها.

(2) د/ الشارف ولوحيشي، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات، مرجع سابق، 413.

المطلب الثاني

حجية البصمة الوراثية في إثبات جرائم القصاص

تعتبر جرائم القصاص ومنها جرائم القتل والضرب والجرح كلها جرائم متعلقة بحق العبد، عكس جرائم الحدود (الزنا، السرقة، شرب الخمر) فهذه الأخيرة حقوق لله تعالى لا يجوز التنازل عنها أو التسامح مع مرتكبها كما سبق أن أوضحنا أما جرائم القصاص فهي متعلقة بحق العبد لذا جاز العفو فيها⁽¹⁾.

يقول الخطيب في مغني المحتاج: (القصاص المماثلة، وهو مأخوذ من القص أو من اقتصاص الأثر وهو تتبعه، لأن المقتص يتبع جناية الجاني ليأخذ مثلها)⁽²⁾.

الحكمة من مشروعية القصاص:

فإنزال العقاب بالجاني نظير ما جنت يده رادعا له، وعبرة لأمثاله، وهو في

(1) القص بمعنى القود أو تتبع الدم، ومنه قوله تعالى: (ولكم في القصاص حياة)، وقوله تعالى: (... والجروح قصاص...)، وقوله (العمد قود)، أي فيه قصاص. فكأن المقتص بالقصاص ينهي ويقطع ما بين الجاني والمجني عليه من الخلاف والشقاق. وقد سمي قودا، لأنه قديما كان الجاني يقاد إلى أولياء المقتول بحبل أو غيره فيقتلونه به إن شاؤا.

د/ عبد القادر عوده، التشريع الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، 78، سنن أبوداود، الجزء السادس، ص331.

(2) مغني المحتاج، الجزء الرابع، مرجع سابق، 53.

ذاته حق طبيعي، لأن الجريمة تثير في النفس عاملين: عامل الرعب والفرع وخوف الإنسان علي حياته، وعامل الانتقام والاقتصاص من الجاني، فلو لا القصاص لساد في الأرض الفساد، ولعمها الظلم والجور، وانتشر فيها الفسق والفجور والعصيان، وأهلك الناس بعضهم بعضاً، وبات الكل لا يأمن علي نفسه، ولا علي ماله، ولا عرضه، فلا عمران ولا سلام، بل خراب ودمار، لانتهاك الحرمات، وحلول الفوضى محل النظام⁽¹⁾. قال تعالى ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾⁽²⁾.

فالقصاص زاجر علي إزهاق النفوس، وقطع الحياة، وهما من أشنع المفاسد، كما أنه عاصم من أفتيات الطامعين في دماء الآخرين مبالغة منهم فيما يسمي بالتأثر⁽³⁾.

وبعد تبين المقصود بالقصاص يتعين أن أبين موقف الفقه الإسلامي من إثبات جرائم القصاص بموجب قرينة البصمة الوراثية.

(1) الموصلي الاختيار التعليل المختار، الجزء (5)، ص 107.

(2) سورة البقرة، جزء الآية رقم (179).

(3) مغني المحتاج، الجزء الرابع، مرجع سابق، 53 وما بعدها.

(وكلمة القصاص أدق في المعني من كلمة التآثر التي من معانيها الدم أو الطلب به، لأن التآثر لا يشترط فيه التعادل بين الجناية وبين الانتقام من أجلها، فكثيراً من يقتل فيه أكثر بكثير ممن يستحق القصاص منه، فتستمر بذلك العداوة والشقاء).

موقف الفقه الإسلامي من إثبات جرائم القصاص بموجب قرينة البصمة

الوراثية:

فهل يجوز للقاضي إذا ما وجد أدلة الإثبات ثابتة في حق المتهم عن طريق وجود بصمة المتهم على السلاح المستخدم في جريمة القتل، أو وجدت آثار دماء على ملابس المتهم عن طريق إجراء تحليل DNA.

اختلف الفقه الإسلامي إلى مذهبين:

المذهب الأول:

ذهب ذلك الرأي إلى عدم جواز إدانة المتهم وتوقيع الجزاء عليه في جرائم القصاص (القتل) بموجب قرينة البصمة الوراثية وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة وغالبية الفقهاء المحدثين الذين يروا أن الصحيح اللجوء إلى القسامة⁽¹⁾. إذا توافرت قرائن معينة⁽²⁾.

(1) د/ وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مرجع سابق، 19.

د/ نصر فريد واصل، البصمة الوراثية، مرجع سابق، 44.

(2) فالقسامة في اللغة هي الإيمان تقسم على الأولياء في الدم.

عرفها الأحناف بأنها: اليمين بالله تعالى بسبب مخصوص وعدد مخصوص وعلى شخص مخصوص، وهو المدعي، على وجه مخصوص، وهو أن يقول خمسون من أهل المحلة (المكان الذي منزله القوم) إذا وجد قتيل فيها بالله ما قتلناه، ولا علمنا له قاتلا. أو هي: إيمان يقسم بها أهل محلة أو دار فيها قتيل به أثر يقول كل واحد منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا.

د/ الشربيني الخطيب، مغني المحتاج، الجزء (4)، مرجع سابق 109.

وقد عرف الحنابلة القسامة بأنها العداوة الظاهرة بين المقتول والمدعي عليه

(1). وقد استدل أصحاب ذلك الرأي:

1. من السنة:

ما رواه سهل بن أبي حثمة قال: انطلق عبد الله بن سهل، ومحبيصة (2) بن مسعود إلى خبير وهو يومئذ صلح، ففترقا، فأتي محبيصة إلى عبد الله بن سهل وهو يتشطح في دمه قتيلًا فدفنه، ثم قدم المدينة، فانطلق عبد الرحمن بن سهل، ومحبيصة وحويصة (3) ابنا مسعود إلى النبي صلى الله عليه وسلم فذهب عبد الرحمن يتكلم، فقال: (كبر، كبر) (4). وهو أحدث القوم فتكلما، قال: (أتلفون وتستحقون قاتلكم أو صاحبكم؟) فقالوا: وكيف نحلف ولم نشهد (أي لم نشهد الجريمة وقت حدوثها) ولم نر؟ قال: (فتبرئكم يهود بخمسين يمينا) فقالوا: كيف نأخذ أيمان من كفار؟ فعلقه (5)

الشيخ/ الرملي، نهاية المحتاج الجزء (7)، مرجع سابق، 187.

(1) وعرفها الشافعية بأنها القرينة التي تدل على صدق المدعي بأن توقع ملك القرينة في القلب صدق المدعي.

ومما ينبغي التنويه إليه، أن القسامة كانت سبيلا معروفا في الجاهلية قبل الإسلام، لما رواه مسلم عن رجل من الأنصار، أن النبي أقر القسامة على ما كانت عليه في الجاهلية، وقضي بها رسول الله صلى الله عليه وسلم بين ناس من الأنصار في قتل ادعوه علي اليهود، د/ سعد الدين مسعد هلاللي، البصمة الوراثية، مرجع سابق، 174 وما بعدها.

(2) بضم الميم وكسر الياء مشددة، ومخففة، لغتان مشهورتان.

(3) بضم الحاء وتشديد الياء وتخفيفها، لغتان مشهورتان.

(4) أي دع من هو أكبر منك سنا يتكلم.

(5) علقه، أي أعطي ديته.

النبي صلى الله عليه وسلم من عنده (1).

ويضيف أصحاب ذلك المذهب:

بأن القسامة أصل من أصول الشريعة مستقل، لورود الدليل بها، فتخصص بها الأدلة العامة، وفيها حفظ للدماء، وزجر للمعتدين، ولا يحل طرح سنة خاصة لأجل سنة عامة (2).

2. الأدلة من المعقول:

إن وجود عينة بيولوجية أو أثر لخلية شخص معين في مسرح الجريمة، لا يلزم منه أن يكون هو الفاعل الحقيقي لها على وجه يوجب العقاب، فالدماء يحتاط فيها كما يحتاط في الحدود بل أكثر منها وأولى، فيجب أن يدرا القصاص بالشبهة كما تدرأ الحدود بها، والقرائن أو البصمة الوراثية في الدماء كثيراً ما يكتنفها

(1) من عنده يحتمل أن يكون من خالص مال الرسول صلى الله عليه وسلم صادق في بعض الأحوال أن كان هذا المال عنده، ويحتمل أنه من مال بيت المال ومصالح المسلمين: (أنظر: صحيح مسلم بشرح النووي: ج5، مرجع سابق 497).

(2) أن القسامة كان معمولاً بها في الجاهلية، كما ثبتت الأخبار بذلك ولم يرد نص ينهي عنها، بل الثابت هو القول والأخذ بها. كما أن العمل بالقسامة ينزع نار الفتنة في المجتمع حال الظن بالمتهم بغير دليل ودون إهدار دم، لأن الواجب بها الدية وليس القصاص.

د/ سعد الدين مسعد هلال، البصمة الوراثية، 179 وما بعدها.

الغموض والإبهام، وهذه شبيهة، والقصاص يسقط بالشبهة⁽¹⁾.

وأصحاب هذا الرأي لا ينفون البتة كل دور للبصمة الوراثية في مجال العملية الإثباتية لجرائم القصاص، وإنما يقصرون دورها على مساعدة القاضي كقرينة داعمة أو متممة لإثبات جريمة القتل بطرق الإثبات الشرعية، ويجوز للقاضي استخدامها في ما يقوم به من تحقيقات جنائية ومواجهة المتهمين بالحقائق العلمية المتأتية منها فيما دلت عليه في الواقعة محل الدعوي، فإذا نتج عن استخدامها اعتراف من قبل المتهم بارتكابه لجريمة القتل، أو شهادة شهود عليه، فإنه قد تحقق للقاضي ما أراد وهو ثبوت الجريمة بالوسائل الشرعية التي أقرها الشارع من إقرار أو شهادة، وإذا لم ينتج عن استخدامها توافر الأدلة الشرعية المذكورة فإن قرينة البصمة الوراثية - والحالة هذه - لا يمكن التعويل عليها في الإثبات مهما بلغت قوة دلالتها⁽²⁾.

المذهب الثاني:

يرى ذلك المذهب جواز إثبات القصاص (القتل) بقرائن البصمة الوراثية

(1) د/ وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية، مرجع سابق، 19 وما بعدها.

د/ نصر فريد واصل، البصمة الوراثية، مرجع سابق، 44.

(2) د/ الشارف لوحيشي، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي، مرجع سابق، 416.

وهذا الرأي ذهب إليه ابن الغوس الحنفي وابن فرجون المالكي وأيده ابن القيم⁽¹⁾.
واستدل أصحاب ذلك الرأي:

1. من السنة:

ما روي عن عبد الرحمن بن عوف أن ابني عفراء تداعيا قتل أبي جهل
يوم بدر، فقال رسول الله ﷺ ((هل مسحتما سيفيكما؟)) فقالا: لا فقال: (أرياني
سيفيكما)، فلما نظر إليهما، قال: هذا قتله وقضي له بسلبه).

(1) يقول ابن القيم في كتابة الطرق الحكمية: (وقد تقدم استشهاد ابن عقيل باللوث والقسامة وهو من أحسن الاستشهاد، فإنه اعتمادا علي ظاهر الأمارات المغلبة علي الظن صدق المدعي، فيجوز له أن يحلف بناء علي ذلك، ويجوز للحاكم، بل يجيب عليه، أن يثبت له حق القصاص أو الدية مع علمه أنه لم ير ولم يشهد) فهذا النص، صريح في أن ابن القيم يقول بإثبات القصاص بالقرائن بشرط أن تؤيد بإيمان القسامة، إذ لا يصح أن يثبت القصاص بالقرينة وحدها، بالإضافة إلى هذا النص، فإن هناك نصوصا أخرى ذكرها ابن القيم في كتابة إعلام الموقعين تؤكد صحة ما ذهبنا إليه (أنظر: إعلام الموقعين: ج 2 ص 252)، د/شحاتة عبدالمطلب حسن، إعلام الموقعين، مرجع سابق، 62 وما بعدها.

وجه الدلالة:

أن النبي ﷺ استدل بوجود أثر الدم الموجود على السيفين على أن معاذ بن عمرو، ومعاذ بن عفراء اشتركا في قتل أبي جهل، حيث قال لهما: (كلاكما قتله)، ولما كانت البصمات الوراثية تعتمد في تحاليلها على الأثار البيولوجية، كالدّم وغيره، فإن الحديث الشريف يدل على جواز القضاء بموجب نتائج البصمات في جرائم القتل، يقول ابن فرجون: (... وهذا يدل على مشروعية القضاء بالقرائن...) (1).

2. من المعقول:

أن النكول عن اليمين في جرائم الاعتداء على الأطراف، دليل على أن الناكل إما مقر بالجريمة، أو باذل، أي سمحت له نفسه وأباح جسمه للعقوبة، وإلا لحلف قياما بالواجب عليه ودفعاً للضرر عن نفسه (2).

(1) وفي رواية أخرى لهما أن النبي صلي الله عليه وسلم قال لهما: (أيكما قتله؟) قال كل واحد منهما: أنا قتلته. فقال: (هل مسحتما سيفيكما؟) قال: لا فنظر على السيفين، فقال: (كلاكما قتله)، وقضى بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح، وكانا معاذ بن عفراء، ومعاذ بن عمرو بن الجموح، ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين، مرجع سابق، 62 وما بعدها.

(2) صحيح البخاري: ج 3 . باب من لم يخمس الأسلاب ومن قتل قتيلا فله سلبه أن يخمس وحكم الإمام فيه.

البصمة الوراثية وأحكامها، مرجع سابق، 490 وما بعدها.

د/ محمد رأفت عثمان، القضاء في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، 287.

رأي الباحث:

على الرغم من وجهة النظر القائلة من عدم جواز إثبات جرائم القصاص بالبصمة الوراثية إلا أنني أرى أن في ذلك ضياع لحقوق المسلمين من إفلات الكثير من العقاب حيث تساعد البصمات الوراثية على حفظ الأمن والاستقرار للأفراد والمجتمعات وعلى حفظ الضروريات الخمس، ومنها المحافظة على النفس، وأن إهدارها في هذا المجال يؤدي إلى ضياع حقوق كثيرة، ويسهل على المجرمين تحقيق مآربهم الآتمة، وهو ما يتنافى ومقصد الشارع الحكيم من جلب المصلحة ودرء المفسدة وحفظ الأنفس وردع المجرمين.

ومن ذلك أيضا: قبول الشهادة على القتل والحكم على القاتل بالقصاص، إذا قال الشهود: إن الجاني قتل المجني عليه عمدا، مع أن العمدية صفة قائمة بالنفس لا يعلم بها إلا الله، ومع ذلك قبلت الشهادة اعتمادا على القرائن الظاهرة، كاستخدام آلة تقتل غالبا، وإتباع الجاني للمجني عليه، وما أشبه ذلك مما استوحى منه أن الجاني تعمد القتل.

أنظر في تلك المسائل ومسائل أخرى د/ سعد الدين مسعد هلال، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية ...، مرجع سابق، 271.

عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها، مرجع سابق، 50 وما بعدها.

المطلب الثالث

حجية البصمة الوراثية في إثبات جرائم التعازير

التعزير في الاصطلاح الشرعي، فهو: العقوبة التي ترك لولي الأمر تقديرها بحسب ما يري مع دفع الفساد ومنع الشر، فالتعزير عبارة عن: عقوبة غير مقدرة تجب حقا لله تعالى أو لأدمي في كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة⁽¹⁾.

وعموماً فإن الجرائم التعزيرية هي كل معصية لا حد فيها ولا قصاص، ومنها كما لو باشر امرأة أجنبية فيما دون الفرج، أو هتك العرض بالاستمناء وعلى الضحية دون إيلاج، أو جرائم الزنا والسرقعة التي سقط فيها الحد لشبهة ما ووجب فيها التعزير أو سرقة المال دون النصاب الموجب للحد أو جرائم الخيانة العظمي ضد الوطن أو التخابر مع العدو⁽²⁾.

(1) وتبدأ العقوبات التعزيرية في الشريعة الإسلامية بالنصح والإنذار والحبس البسيط وتنتهي بأشد العقوبات كالحبس والجلد، بل قد تصل إلى القتل في بعض الجرائم الجسيمة ذات الآثار الخطيرة على المجتمع وبنائه، ويترك للقاضي سلطة اختيار العقوبات الملائمة لكل جريمة بالنظر إلى جسامتها وظروف ارتكابها والآثار المترتبة عليها ولحاله المجرم ونفسيته وسوابقه.

أنظر في ذلك د/ مصطفى أحمد نجيب سلطة القاضي في العقوبات التعزيرية، مجلة الأمن والقانون، مجلة دورية تصدرها، أكاديمية شرطة دبي السنة (11) العدد (1)، يناير 2001، ص 402 وما بعدها، د/ عبد القادر عوده، التشريع الجنائي، المجلد الأول، مرجع سابق، 593.

(2) د/ غنام محمد غنام، دور البصمة الوراثية في الإثبات، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، المجلة الثاني، مرجع سابق، 492.

وقد نصت الشريعة الإسلامية على بعض الأمور التي تعتبر جريمة في كل وقت، كجريمة أكل الربا، وخيانة الأمانة، والرشوة ... وغيرها، وتركت الشريعة لولي الأمر الحرية في النص على بعض الجرائم في حدود نظام الشريعة ومقاصدها العامة، تمكينا له من تنظيم أمور الجماعة وحفظها، إلا أن هناك ضوابط لجرائم التعزير، وضوابط لتوقيع العقوبات عليها، يتحراها المشرع والقاضي في كل زمان ومكان، وذلك لمنع أصحاب الميول الشخصية من ولاة الأمور والحكام أو القضاة من النكال بالناس في ظل التعزير (1).

هذا، والعقوبة التعزيرية مشروعة بالكتاب والسنة، قال تعالى ﴿وَالَّذِينَ تَخَافُونَ نُشُورَهُمْ فَعِظُوهُمْ وَأَهْجُرُوهُمْ فِي الْمَصَاحِعِ وَأَصْرِبُوهُمْ﴾ (2).

(1) الماوردي، الأحكام السلطانية، ص224.

(2) إذا كان الأصل هو إيقاع التعزير لمجرد التأديب، فينبغي ألا تكون العقوبة مهلكة ومن ثم لا يكون التعزير بالقتل أو القطع أو الجلد الشديد.

فقد روي عن عمر بن الخطاب أنه حبس صبيغا بن عسل، وقد كان يسأل عن المتشابهات، ويكثر السؤال عن الذاريات والمرسلات والنازعات، وأمر ألا يجالسه أحد، فتفرق الناس عنه ونفروا منه، ونفاه إلى العراق، وظل كذلك حتى كتب عنه أبو موسى الأشعري إلى عمرو بحسن توبته، فعفا عنه وخلي سبيله.

وأما التعزير بالقتل، فالأصل ألا يبلغ بالتعزير القتل، وذلك لقوله تعالى: (ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق...) وقول النبي صلي الله عليه وسلم (لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة) وقوله (من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين).

ابن حجر فتح الباري، الجزء (5)، مرجع سابق، (62).

وقد اختلف الفقه الإسلامي حول مدي حجية البصمة الوراثية في جرائم التعازير فإذا وجد في يد رجل مشهور له بالعدالة سكيناً ملطخة بالدماء وأثبت التحاليل بصمة الحامض النووي نسبة تلك الآثار إلى شخص بعينه فهل يتم توقيع العقوبة وتعزيزه بموجب الدليل المستخدم من اختبارات البصمة الوراثية. انقسم الفقه الإسلامي في ذلك إلى ثلاث آراء:

الرأي الأول:

ذهب ذلك الرأي إلى أنه يجوز إثبات الجرائم التعزيرية بناء على قرينة البصمة الوراثية، ويروا ذلك بأنه إذا كان المتهم (الجاني) معروفاً بالفجور كالسرقة والقتل والزنا وغيرها (1).

يفهم من ذلك أن الفقهاء قد أجازوا تعزيز المتهم المعروف بالفجور بموجب القرينة، إذا دلت هذه الأخيرة على ارتكابه للجريمة. وهذا النوع من المتهمين يجوز حبسه، لأنه إذا جاز حبس مجهول الحال، فإن حبس هذا يكون أولى (2).

أنظر صحيح مسلم، الجزء (3)، من حديث عبد الله بن مسعود، 1302 وما بعدها.

(1) الماوردي، الأحكام السلطانية، مرجع سابق، 227.

(2) يقول بن تيمية: (وما علمت أحداً من أئمة المسلمين يقول: إن المدعي عليه في جميع هذه الدعاوي يحلف ويرسل بلا حبس ولا غيره، فليس هذا. على إطلاقه. مذهبا لأحد من الأئمة الأربعة، ولا لغيرهم من الأئمة، ومن زعم أن هذا. على إطلاقه وعمومه. هو الشرع، فقد غلط غلطا فاحشا مخالفاً لنصوص رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولإجماع الأئمة، ويمثل هذا الغلط

واستدلوا على ذلك:

ما روي عراك بن مالك أن رجلين من بني غفار أقبلتا حتى نزلا منزلاً
يضجنان من مياه المدينة، وعندهما ناس من غطفان معهم ظهر لهم، فأصبح
الغطفانيون وقد فقدوا بعيرين من إبلهم، فاتهموا الغفارين، فأتوا بهم إلى النبي
ﷺ، وذكروا له أمرهم، فحبس أحد الغفارين، وقال للآخر: (أذهب فالتمس)،
فلمبك إلا يسيراً حتى جاء بهما، فقال النبي ﷺ لأحد الغفارين . حسبت أنه قال
للمحبوس: (استغفر لي) فقال: غفر الله لك يا رسول الله، فقال: (ولك وقتك في
سبيله) قال: فقتل يوم اليمامة.

ففي الحادثة السابقة حبس النبي صلي الله عليه وسلم أحدهما اعتماداً على
قرينة مبيتهما بالقرب من أصحاب الإبل، فهذا يدل علي جواز تعزيز المتهم لحمله
علي الاعتراف، أو للكشف عنه خاصة إذا دلت القرائن علي ارتكابه الجريمة (1).

وهذا ما اقره المجلس الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشرة المنعقد

الفاحش تجراً الولاية علي مخالفة الشرع، وتوهموا أن الشرع لا يقوم بسياسة العالم ومصلحة
الأمة)،، مجموع فتاوى بن تيمية، الجزء (5) 389 وما بعدها.

(1) د/ سعد الدين مسعد هلال، البصمة الوراثية، مرجع سابق، 183.

د/ علي محي الدين القره داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، مرجع
سابق، 25.

د/ عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها، مرجع سابق،

.47

بمكة المكرمة في القرار السابع حيث جاء فيه: "لا مانع شرعاً من الاعتماد على .
البصمة الوراثية في التحقيقات الجنائية، واعتبارها وسيلة إثبات في الجرائم، التي
ليس فيها حد شرعي، ولا قصاص الخبر، ادرءوا الحدود بالشبهات وذلك يحقق
العدالة والأمن في المجتمع (1).

الرأي الثاني:

ذهب ذلك الرأي إلى جواز الأخذ بالبصمة الوراثية في الجرائم التعزيرية
شريطة أن يكون الجاني متهم بعقوبة يكون حدها الأقصى الحبس أما إذا تجاوزت
العقوبة أكثر من ذلك فإنه لا يجوز بالتالي الاعتماد على قرينة البصمة الوراثية (2).
بمعني أنه إذا زادت العقوبة التعزيرية على الحبس وتجاوزته إلى الضرب أو الجلد
أو القتل فلا يمكن في هذه الحالة الاعتماد على قرينة البصمة الوراثية في إثبات
مثل هذه الجرائم بمفردها: نظراً لجسامة العقوبة التي يجب توقيعها بناءً على أدلة
قطعية لا يعتريها أدنى شك (3).

(1) ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، رؤية إسلامية (المنظمة
الإسلامية للعلوم الطبية) المنعقدة في الكويت من 23-25 جمادي الآخر 1421هـ الموافق 13-
15 أكتوبر 1998م.

أنظر أيضا د/ الهاني طابع، بصمة المخ وبصمة الحامض النووي DNA في النظام
الجنائي، مرجع سابق 74 وما بعدها.

(2) د/ وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية، مرجع سابق، 528 وما بعدها.

(3) (المستفاد من مصادر الفقه المالكي، أنه إذا كانت التهمة قوية، أقرب للثبوت ولم تتحقق
تحققاً يوجب القسامة، فإن المتهم يحبس حسباً قد يطول، إلى أن يتم استكمال التحقيق حتى

الرأي الثالث:

يري ذلك الرأي أن البصمة الوراثية لا تعد كافية وحدها في إثبات جرائم التعازير دائما يتعين أن يكون معها ما يجعلها حجة كالبينة أو الإقرار أما ما شابه ذلك (1).

فقد يحدث عند مواجهة المتهم بالحقيقة العلمية التي دلت عليها اختبارات البصمة الوراثية التي تغيد تورطه في الجريمة، قد يحمله ذلك على الاعتراف، وبذلك

يستوي الدليل علي سوجه بتحقيقه وتقويته إلى الحد المقبول شرعا، أو إلى أن تثبت براءة المتهم، وذلك في شأن معتادي الإجرام، والمعروفين بالفجور، فأمثالهم لا يطلق سراحهم أثناء استكمال إجراءات التحقيق، ولا يكفلون، وهذا ما يعرف بالحبس الاحتياطي أو التوقيف، وهو ما يستتبط من مصادر الفقه المالكي المختلفة، ومن ذلك تبصره الحكام لابن فرجون، والبهجة في شرح التحفة، وشروح خليل المتعددة، فهذا الحبس لم يتقرر باعتباره عقوبة، إذ أنه يلزم في العقاب توافر الأدلة المعتبرة شرعا، وإنما تقرر لكشف حالة المتهم والاستيثاق فمن كونه ارتكب الجريمة فعلا أم لا. وهذا يتعلق بتحقيق الدليل والمحافظة عليه، والحكمة منه عدم هروب المتهم أو تأثيره على الأدلة وترويع الشهود في حالة إطلاق سراحه).

أنظر في ذلك د/ عبد الرحمن أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها، مرجع سابق، 512.

(1) مثال ذلك: أن يكون المتهم من أهل الصلاح مشتهرا بذلك، فباتفاق العلماء لا يجوز عقوبته أو تعزيره لا بضرب ولا حبس، ولا بغيرهما.

(إذا وجد من رجل رائحة وأشكل أن تكون رائحة مسكر أو غير مسكر، نظر الإمام في حالة الرجل، فإن كان لا بأس بحاله خلي عنه، فقد يجوز للصالح شرب حلو النبيذ الذي لا يسكر، وربما وجدت له رائحة).

أنظر في ذلك د/ محمد رأفت عثمان القضاء في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، 149 وما بعدها، ابن فرجون تبصره الأحكام، مرجع سابق، 184 وما بعدها.

يؤسس الحكم بصورة أساسية على الإقرار، بمساندة قرينة البصمة الوراثية، أما إذا لم تتوفر أدلة أخرى تساند ما دلت عليه قرينة البصمة الوراثية فلا يجوز تأسيس الحكم بناء عليها وحدها⁽¹⁾.

رأي الباحث:

من وجهة نظري المتواضعة أؤيد ما ذهب إليه جمهور الفقهاء القدامى والعلماء المحدثين من جواز إثبات التعزير بموجب قرينة البصمة الوراثية حيث أن فقهاء الشريعة الإسلامية وإن كانوا قد اختلفوا في جواز إثبات موجب الحدود والقصاص بالقرائن (البصمات الوراثية)، إلا أنهم لم يختلفوا في جواز إثبات التعزير بموجب قرينة البصمة الوراثية.

فإذا قامت القرينة على ارتكاب شخص معين لجريمة موجبة للتعزير، فإنه يعزر اعتماداً على هذه القرائن.

(1) د/ وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية، مرجع سابق، 528 وما بعدها.

د/ الشارف لوحيشي، البصمة الوراثية، مرجع سابق 423.

الخاتمة

بعد أن أنهينا بحمد الله وتوفيقه من بحثنا المتواضع والمغوان والمعنون (دور البصمة الوراثية في إثبات الجرائم الحدية في النظام الجنائي الإسلامي) والتي تعتبر من أهم الوسائل العلمية التي يمكن تسخيرها في مجالات الإثبات الجنائي في القرن الحالي.

حيث درجت البشرية علي تسمية كل عصر ما يتميز به من انجازات علمية فكان عصر البخار والكهرباء، الانفجار العلمي وما تلاه من اكتشافات يقينية وتكنولوجية كان من أهمها الحاسبات الالكترونية والنظم المعلوماتية وإذا كان لابد من إبراز ما سيكون عليه القرن الحالي فإن الهندسة الوراثية أو البيولوجية الجزئية ستكون في طليعة انجازات هذا القرن العلمية والتي كان من أهم نتائجها البصمات الوراثية (الحامض النووي) لذا فقد سمي البعض هذا العصر الذي تعيشه البشرية بالعصر الجينومي وهذا وبعد الخوض في جوانب الدراسة المختلفة في البصمة الوراثية نستطيع بحمد الله وتوفيقه أن نستخلص أهم النتائج والتوصيات من خلال بحثنا هذا.

أولاً: النتائج:

1. أن كل إنسان يتفرد بنمط خاص في التركيب الوراثي ضمن كل خلية من خلايا جسده لا يشاركه فيها أي شخص في العالم ويطلق على هذا النمط اسم (البصمة الوراثية).

فالبصمة الوراثية هي البنية الجينية التفصيلية التي تدل علي هوية كل فرد بعينة، وتحدد طبيعته بالتحليل الوراثي لجزء، أو أكثر من الحمض النووي DNA بطريقة شبه يقينية وأنها وسيلة لا تكاد تخطئ من الناحية العلمية، وتستند في الإثبات علي حقيقة علمية مؤداها أن لكل شخص تقردا بيولوجيا أو جينيا خاصاً به يأخذه من أبوية بالتساوي لحظة الإخصاب، يمنحه الاستقلال بنظام وراثي فريد يتميز به عن غيره، وأن هذا النظام ثابت، لا يتغير، ويظل محتفظا بقوته طوال الحياة وبعد الممات، ويمكن استخلاصه من خلايا قد مرت عليها آلاف السنين، وأنها تتميز بتنوع مصادرها، وعدم اختلافها من خلية إلى أخرى.

2. القاعدة العامة في الفقه الإسلامي هي عدم جواز المساس بجسم الإنسان تحت أي مسمي يمكن أن تطرحه معطيات التطور العلمي ومع ذلك يجوز استثناء اللجوء إلى أخذ عينات من جسد المتهم بعد موافقة السلطات المختصة للحصول منها علي دليل إدانته أو براءته تحقيقا للمصلحة العامة وتقديما لحق الجماعة علي حق الفرد وإعمالاً لقاعدة يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام.

3. تعتبر البصمة الوراثية دليل علمي مباشر على إسناد العينات البيولوجية إلى مصادرها وتعتبر ذات دلالة جنائية كونها تدل قطعاً على تواجد آثار بيولوجية للمتهم بمسرح الجريمة أو الأماكن الأخرى ذات العلاقة، ما يبعث في الاعتقاد إلى وجود علاقة ما بين المتهم والجريمة محل المتابعة الجنائية، لذا فهي تعتبر قرينة قضائية على ارتكاب المتهم للجريمة أو مساهمته فيها، وينتقل بموجبها عبء

الإثبات إلى المتهم ليثبت شرعية ارتياده لمسرح الجريمة، أو إيجاد المبررات الكافية لتواجد آثاره البيولوجية بمسرح الجريمة.

4. توصلت الدراسة إلى أن البصمة الوراثية من الناحية التوصيفية في الفقه، من قبيل القرائن الفعلية أو القضائية، أو ما يطلق عليها الأدلة المادية أو الفنية، وأن تأخذ حكمها، وتنزلاً منزلتها، وأن العمل بها في المجال الجنائي من باب العمل بالقرائن حيث أن الفقه الإسلامي أجازوا إثبات حد الزنا من غير شهادة أو إقرار، بواسطة القرائن القوية التي تقضي بما لا يدع مجالاً للشك علي وقوع الزنا، كقرينة الحمل بلا زواج إذا لم تقترن بشبهة وعندئذ لم يكن الأخذ بقرينة البصمة الوراثية والحكم بمقتضاها في قضايا الزنا بعيداً علي الحق ولا مجافياً للصواب، قياساً على تلك المسائل التي أقيم فيها الحد بناءً على القرائن خاصة إذا ما علمنا أن للبصمة الوراثية دلالة قطعية - من الناحية العلمية - في إسناد الأثر البيولوجي إلى مصدره، وكذلك في إثبات البنوة وهي قرينة قوية في إثبات الزنا إذا ما توفرت رابطة منطقية بين تلك الآثار والركن المادي لفعل الزنا.

5. تتسم البصمة الوراثية بمجموعة من الخصائص لعل أهمها تعدد وتنوع مصادرها، مما يجعل من الممكن عمل هذه البصمة من أي مخلفات أدمية سائلة (دم . لعاب . منى) أو أنسجة (لحم . شعر . عظم) وهذه الخاصة التي تتمتع بها تغني عن عدم وجود آثار لبصمات الأصابع للمجرمين على مسرح الجريمة.

6. توصلت الدراسة إلى أن البصمة الوراثية تستطيع أن تقاوم عوامل التحلل

والتعفن والعوامل المناخية الأخرى من حرارة وبروده ورطوبة وجفاف لفترات طويلة حتى أنه يمكن الحصول على البصمة الوراثية من الآثار القديمة والحديثة لمئات السنين.

7. من خصائص البصمة الوراثية أنها موجودة في كل خلية يحتوي عليها الجسم ما عدا خلايا كرات الدم الحمراء، لعدم احتوائها علي النواة، وأن البصمات الوراثية متطابقة تماما في جميع خلايا الجسد الواحد، فتتطابق البصمة الوراثية المستخلصة من بصيلة الشعر مع تلك المتحصل عليها من خلايا الأظافر وكرات الدم البيضاء أو خلايا السائل المنوي، كما أن البصمة الوراثية المأخوذة من خلايا الجلد هي ذاتها الموجود في خلايا البول أو خلايا اللعاب أو المخاط، فأى خلية من جسم الإنسان يمكن أن تحدد لنا صاحبها، وفي حالة تلف أي جزء من جسم الإنسان أو نزع كالجروح والسحجات أو تقليم الأظافر واقتلاعها، فإن الخلايا البشرية تنشئ أنسجة وخلايا بديلة . عن طريق الانقسامات الخلوية . من نفس النوع وبذات المادة الوراثية القابعة بنواة الخلية ومن ثم فإن البصمة الوراثية بجميع خلايا الجسم تظل واحدة محتفظة بخاصية الثبات وعدم التغير من لحظة تكون أول خلية للإنسان عند الإخصاب وتبقي علي حالها حتى بعد الممات.

8. تنتمي البصمة الوراثية إلى طائفة الأشخاص باعتبار أنها مواد وراثية تتواجد على أجزاء وأطراف أدمية وهذه الأجزاء عند عامة الفقه الإسلامي تأخذ حكم أصحابها من حيث الحرمة والكرامة ويجب معاقبة كل من يعتدي عليها حتى ولو

لم يترك هذا الاعتداء أثرا.

9. جواز الاعتماد على قرينة البصمة الوراثية في إثبات حد السرقة متى كانت ذات دلالة واضحة على ارتكاب الفعل ولعل في الأخذ بقرينة البصمة الوراثية في إثبات حد السرقة يتماشى مع ما ذهب إليه بعض من فقهاءنا من جواز الاعتماد على بعض القرائن في إثبات حد السرقة كقرينة وجود المال المسروق بحوزة المتهم، وقرينة النكول عن اليمين.

كما أن في اعتماد قرينة البصمة الوراثية كدليل إثبات في حد السرقة من شأنه أن يحقق مصلحة اجتماعية في تتبع المجرمين الذي بلغ بهم المكر والدهاء لدرجة أصبح معه من المتعذر إثبات جرائمهم بوسائل الإثبات التقليدية، خاصة إذا ما أخذنا في الاعتبار أن جريمة السرقة أضحت سمة من سمات عصرنا الحالي لذا يتعين تتبع هؤلاء الجناة بشتى وسائل الإثبات التي تفضي إلى الحقيقة بدلالة قطعية لا ليس فيها ولا شبهة حتى يتسنى للهيئة الاجتماعية بلوغ مرامها في إقامة العدل وإحقاق الحق، ولعل ذلك يتماشى مع روح الشريعة الإسلامية، ويصون كثير من الحقوق.

10. يمكن الاعتماد على قرينة البصمة الوراثية في إثبات حد شرب الخمر ويترك للقاضي السلطة الكاملة في تقدير دلالة قرينة البصمة الوراثية في إثبات شرب الخمر حسب الظروف والملابسات المحيطة، باعتبار أن مسألة كفاية هذه القرينة في الإثبات من عدمها هي من مسائل الواقع التي يختص بها قاضي الموضوع

بموجب السلطة الممنوحة إليه في هذا الشأن.

وهذا النظر يتفق مع ما ذهب إليه بعض الفقهاء قديماً من جواز الاعتماد على بعض القرائن (الرائحة، القيء، السكر) في إثبات حد الشرب، وقياساً على ذلك يجوز الاعتماد على قرينة البصمة الوراثية في إثبات هذا الحد.

11. أجاز غالبية فقهاء الشريعة الإسلامية إثبات التعازير بموجب قرينة البصمة الوراثية وبالتالي فإذا تم العثور على بعض الآثار البيولوجية في مكان جريمة حدثت في مكان معين وأثبت تحاليل البصمة الوراثية (DNA) نسبة تلك الآثار إلى شخص بعينه فلا شك أن ذلك يعد قرينة على ارتكابه لتلك الجريمة ويمكن في هذه الحالة تعزيره بموجب الدليل المستمد من اختبار البصمة الوراثية.

ثانياً: التوصيات:

1. يتعين على الدول العربية بصفة عامة والإسلامية بصفة خاصة أن تتضمن قوانين الأحوال الشخصية فيها نصوصاً تجيز اللجوء إلى البصمات الوراثية لحسم النزاع في قضايا النسب وفي مجال الحدود (الزنا . السرقة) والقصاص لما لها من نتائج دقيقة وأكيدة.

2. عقد المؤتمرات والندوات وورش العمل داخل المؤسسات القضائية والضبطية بشأن الأسس العلمية للبصمة الوراثية، حتى يتسنى معرفة الحد الأدنى بهذه التقنية التي تساعد الجهات المعنية بالبحث عن الأدلة وكيفية أتباع الأساليب المثلي لجمع العينات والتحفظ عليها على النحو الذي يتماشى مع هذه التقنية للوصول 'لي نتائج حقيقية.

3. يتعين وضع بعض الضوابط وفرض القيود والضمانات القانونية التي يجب مراعاتها عند الاستعانة بخبراء البصمة الوراثية وذلك ضماناً لعدم تعسف السلطات العامة في اتخاذ هذا الإجراء (تحاليل DNA) عن طريق فرض حماية جنائية بوضع نصوص قديمة تجرم كل الأفعال التي من شأنها المساس بالخصوصية الجينية للأفراد وإساءة استخدام المعلومات الوراثية الناتجة عن اختبارات البصمة الوراثية لأغراض أخرى لا يسمح بها القانون.

4. أن يتم اللجوء للبصمة الوراثية في الجرائم الخطيرة التي يتهم فيها الجاني (كارتكابه جنائية أو جنحة) أما إذا كانت الجريمة المرتكبة من الجرائم البسيطة

(كالمخالفة) فإنه لا يجوز اللجوء بشأنها لإجراء تحاليل DNA أو أخذ العينات، على اعتبار أنه لا ينبغي التضحية بحقوق المتهم أو المشتبه به إلا إذا كانت الجريمة على قدر من الجسامة والخطورة، بما يبرر اللجوء إلى هذا الإجراء وتغليب المصلحة العامة في إظهار الحقيقة على مصلحة المشتبه به.

5. يتعين أن يكون المختبر المكلف بإجراء التحاليل المخبرية (تحاليل DNA) تابعاً للدولة وأن تكون الأخيرة مسؤولة عن تلك التحاليل وتحت إشرافها إشراف كاملاً، وأن يكون ذلك المختبر مستقلاً عن الجهة القائمة بالتحقيق الجنائي، وذلك لبعث الثقة والطمأنينة في نفوس من يجري تلك التحاليل.

6. أن تستخدم نتائج التحاليل (البصمة الوراثية) في الواقعة المنظورة فقط وأمام جهة التحقيق والمحكمة المختصة فقط ولا يجوز استخدام نتائج التحاليل في وقائع منفصلة أخرى.

7. يتعين على المشرع ضرورة التدخل السريع وإفراد نصوص خاصة تنظم أحكام البصمة الوراثية يسند فيها سلطة إصدار قرار الاستئصال الجيني لجهة قضائية، ليتحقق نوعاً من الملائمة بين خطورة هذا الإجراء والجهة التي تأمر به باعتبار أن السلطة القضائية هي الوحيدة التي يمكنها تقدير مدى ضرورة هذا الإجراء وصلاحيته في الدعوي من عدمه، ولا شك أن في ذلك ضمانه للمتهم في عدم انتهاك حقوقه بسبب سوء في تقدير الوقائع.

المراجع

أولاً: القرآن الكريم وعلومه:

- أحكام القرآن للإمام الحافظ محمد بن عبد الله بن أحمد المعروف بابن العربي تحقيق/ علي محمد البيجاوي، مطبعة دار الجيل، بيروت لبنان، 1408هـ، 1988م.
- جامع البيان في تأويل القرآن للإمام أبي جعفر محمد بن جرير الطبري، دار الحديث بالقاهرة 1407هـ، 1987م.

ثانياً: كتب الحديث:

- السنن الكبرى، للعلامة أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي النسائي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، 1411هـ، 1991م.
- سنن ابن ماجه للإمام محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني، الناشر دار الفكر تحقيق/ محمد فؤاد عبد الباقي مطبعة 1999.
- صحيح مسلم، بشرح النووي الجزء السادس تحقيق/ عصام الصبابطي، حازم محمد، عماد عامر، دار الحديث القاهرة، الطبعة الثالثة 1419هـ، 1998م.

ثالثاً: كتب الفقه:

- الفقه الحنفي:

- حاشية رد المختار علي الدار المختار للعلامة محمد أمين عمر بن عبد العزيز بن عابدين الدمشقي، مطبعة مصطفى الحلبي القاهرة، الطبعة الثانية، 1386هـ، 1966م.

▪ **الفقه المالكي:**

- بداية المجتهد ونهاية المقتصد للفقهاء أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد (الحفيد) وثقا نصوصه وحقق أصوله طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل بيروت، الطبعة الأولى عام 1409هـ، 1989م.
- تبصره الأحكام في أصول الأئمة ومناهج الأحكام ابن فرحون البعمري، مطبعة كليات الأزهر القاهرة، 1968م.

▪ **الفقه الشافعي:**

- الأحكام السلطانية والولايات الدينية: أبي الحسن البصري الماوردي، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، 1398هـ، 1978م.
- روضة الطالبين: الإمام أبو زكريا يحيى بن شرف النووي طبعة المكتب الإسلامي، بيروت، 1405هـ، 1985م.
- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج: للعلامة الشيخ محمد الشربيني الخطيب، مطبعة دار الكتب العلمية الكبرى بمكة المكرمة، بدون تاريخ.

- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: للعلامة شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن شهاب الدين الرملي، طبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر، عام 1386هـ، 1967م.

▪ الفقه الحنبلي:

- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: ابن القيم الجوزية: المؤسسة العربية للطباعة والنشر، سنة 1380هـ، 1961م.
- المبدع في شرح المقتع: للعلامة إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن أحمد بن مفلح، طبعة دار الكتاب العربي، بيروت، عام 1403هـ، 1983م.
- المغني علي مختصر الخرفي: ابن قدامة: عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، طبعة دار الكتاب العربي، بيروت، 1982.
- شيخ الإسلام ابن تيمية السياسة الشرعية في إصلاح الراعي، 1381هـ، 1961م.

ثالثاً: كتب المعاجم واللغة:

- المعجم الوسيط، إعداد مجمع اللغة العربية القاهرة الطبعة الثالثة، 1985.
- معجم لغة الفقهاء د/ محمد رواس قلعجي، د/ حامد صادق قيني، الطبعة الأولى، دار النفائس، بيروت 1405هـ، 1985م.

رابعاً: الكتب والرسائل العلمية:

- د/ أشرف عبد الرازق ويح، د/ عماد حامد الشافعي، قضايا إسلامية في محبط الخدمة الاجتماعية، مطبعة الجامعة، طبعة 2013.
- د/ الشارف لوحيشي، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي، دراسة تحليلية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2014.
- د/ الهاني طابع، تكنولوجيا بصمة الحامض النووي DNA في المجال الجنائي، دار النهضة العربية، 2016.
- د/ الهاني طابع، بصمة المخ وبصمة الحامض النووي DNA في النظام الجنائي الإسلامي، طبعة 2016.
- د/ أنور محمود دبور، القرائن ودورها في الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي، مطبعة دار الثقافة العربية، 1985م.
- د/ سعد الدين مسعد هاللي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، دراسة فقهية مقارنة، الكويت، طبعة 1421هـ، 2001م.
- د/ عبد الحافظ عبد الهادي، الإثبات الجنائي بالقرائن، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، طبعة 1991.
- د/ عبد الرحمن أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه

الإسلامي والقانون الوضعي، دراسة فقهية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر سنة 2005.

• د/ عبد الهادي مصباح، العلاج الجيني واستتساخ الأعضاء البشرية رؤية مستقبلية للطب والعلاج من خلال القرن الحادي والعشرين، الناشر الدار المصرية اللبنانية، الطبعة الأولى عام 1420هـ، 1999م.

• د/ غيث محمود الفأخرى، القرائن وأثرها في إثبات الجرائم الحدية، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر بالقاهرة، عام 1421هـ، 2001م.

• د/ محمد رأفت عثمان، القضاء في الفقه الإسلامي، طبعة 1409هـ، 1988م.

• د/ موسي الخلف، العصر الجينومي من مطبوعات عالم المعرفة يصدرها المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، العدد رقم 294 يوليو 2003م.

خامساً: الأبحاث والمقالات والدوريات:

• البصمة الوراثية ودورها في إثبات ونفي النسب بحث منشور في سلسلة قضايا إسلامية الصادر عن المجلس الأعلى للشئون الإسلامية بمصر العدد 112 عام 1425هـ / 2004م.

• د/ سعد الدين مسعد هلالى: ملخص ورقة العمل عن البصمة الوراثية

وعلاقتها الشرعية المقدمة للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بتاريخ 3-2000/5/4م.

• د/ عباس أحمد الباز . البصمة البصرية والصوتية ودورها في الإثبات الجنائي شرعا وقانونا الاستخدام الشرعي والقانوني للوسائل الحديثة في التحقيق الجنائي جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الطبعة الأولى الرياض 2008.

• د/ عبد القادر الخياط، فريدة الشمالي . تقنية البصمة الوراثية في قضايا النسب وعلاقتها بالشرعية الإسلامية . بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشرعية والقانون بدولة الإمارات في الفترة من 22-24 صفر 1423 / 5-7 مايو 2002.

• د/ علي محيي الدين القرهداغي: البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي بحث مقدم للمجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته السادسة عشر المنعقدة في مكة المكرمة من 21-26/10/1422هـ الموافق 5-1/10/2002م.

• د/ عمر بن محمد السبيل البصمة الوراثية ومدي مشروعيتها استخدامها في النسب والجنائية بحث مقدم للمجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته السادسة عشر المنعقدة بمكة المكرمة عام 2002م.

• د/ غنام محمد غنام: دور البصمة الوراثية في الإثبات . بحث مقدم مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشرعية والقانون بدولة الإمارات في الفترة من 22-24 صفر

1423 / 5-7 مايو 2002.

• د/ محمد سليمان الأشقر: إثبات النسب بالبصمة الوراثية، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون بدولة الإمارات في الفترة من 22-24 صفر 1423هـ / 5-7 مايو 2002.

• د/ نجم الدين عبد الله عبد الواحد البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب إثباتا أو نفيا بحث مقدم إلى المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة عشر 1419هـ.

• د/ نصر فريد واصل البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها بحث مقدم إلى المؤتمر الفقهي في دورته السادسة عشر المنعقدة بمكة المكرمة 2002.

• د/ وهبة الزحيلي: دور البصمة الوراثية في الإثبات . بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون بدولة الإمارات في الفترة من 22-24 صفر 1423هـ / 5-7 مايو 2002.

• عبد الواحد إمام مرسى: البصمة الوراثية ورياح التغيير في مجال الكشف عن الجرائم بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون بدولة الإمارات في الفترة من 22-24 صفر 1423 / 5-7 مايو 2002.

أبحاث في الاقتصاد والمالية العامة

انعكاسات

تحرير سعر الصرف على العلاقة بين تغير قيمة العملة

ومستويات الأسعار

(دراسة حالة الاقتصاد المصري)

دكتور

عمار السيد عبد الباسط

أستاذ الاقتصاد المساعد

كلية الشريعة والقانون بدمنهور

جامعة الأزهر

ملخص

تدور فكرة البحث حول مدى وجود تأثير لعملية تحرير وتعويم سعر صرف الجنيه المصري على قيمة العملة المصرية مقابل العملات الأجنبية ، وعلى رأسها الدولار الأمريكي من ناحية ، وعلى أسعار السلع والخدمات داخل مصر ، سواءً المستوردة منها في شكلها النهائي أو المستوردة في شكل مواد خام أو مدخلات إنتاج من ناحية أخرى من عدمه ، وانتهت تلك الدراسة إلى أن قرار تعويم الجنيه قد صدر في غير وقته ، خاصة وأن الاقتصاد المصري لم يكن على استعداد لمواجهة مثل هذا القرار في كثير من القطاعات الاقتصادية ، وأهمها القطاع الإنتاجي والقطاع العائلي ، حيث اتضح من خلال سطور الدراسة أن التعويم في الحالة المصرية قد تسبب في انخفاض قيمة الجنيه أمام العملات الأجنبية ، بنسب تزيد عن 100% في كثير من الأوقات منذ صدور قرار التعويم في نوفمبر 2016م وحتى كتابة سطور تلك الدراسة ، وأوضحنا أن نجاح عملية التعويم يرتبط ارتباطاً تاماً بمدى مرونة الجهاز الإنتاجي في مصر ، وهذا هو المنهج المتبع عند اتخاذ قرار التعويم في المجتمعات المتقدمة ، حيث أن مرونة الجهاز الإنتاجي فيها واستجابته للتغيرات الدولية يعد العامل الرئيسي والأساسي في نجاح عملية تحرير أسعار الصرف في تلك المجتمعات ، ولا شك أن الحكومة المصرية اتخذت مثل هذا القرار تحت ضغط العجز الدائم في النقد الأجنبي لديها بدلاً من أن تبحث عن المصادر المتعددة للحصول منها على تلك العملات ، وقد تبين من خلال سطور الدراسة صحة وجهة النظر هذه ، حيث ترتب على عملية

التعويم انخفاض في قيمة الجنيه المصري مقابل الدولار الأمريكي خلال فترة الدراسة ، مما نتج عنه الارتفاع في قيم مختلف أسعار السلع والخدمات منذ إصدار هذا القرار وحتى الآن ، على الرغم من التصريحات والإحصائيات التي تصدرها المؤسسات الاقتصادية ، وعلى رأسها البنك المركزي ، والتي تقيد (على خلاف الواقع) انخفاض معدلات التضخم والرقم القياسي لأسعار السلع في مختلف القطاعات في مصر.

Abstract

The research idea revolves around the extent to which the process of liberalizing and floating the exchange rate of the Egyptian pound has an impact on the value of the Egyptian currency against foreign currencies, on top of which is the US dollar on the one side, and on the prices of goods and services inside Egypt, whether imported in their final form or imported in the form of raw materials or inputs Production on the other side or not, and this study concluded that the decision to float the pound was issued at a different time, especially since the Egyptian economy was not ready to face such a decision in many economic sectors, the most important of which is the productive sector and the family sector, as it became clear through lines The study is that the floatation in the Egyptian case has caused the collapse of the value of the pound in front of foreign currencies, at rates exceeding 100% in many times since the decision to float in November 2016 AD until after the lines of that study were written. The productive apparatus in Egypt.

and this is the approach followed when deciding to float in developed societies, as the flexibility of the production system and its response to international changes is the main and fundamental factor in the success of the process. Reverse exchange rates in those societies, and there is no doubt that the Egyptian government took such a decision under the pressure of its permanent foreign exchange deficit, instead of looking for multiple sources to obtain from them these currencies, and it has been evident through the lines of the study the validity of this view, as The flotation process resulted in a noticeable decline in the value of the Egyptian pound against the US dollar during the study period, which resulted in a remarkable increase in the values of various commodity and service prices since the issuance of this decision until now, despite the statements and statistics issued by economic institutions, chiefly the Central Bank, Which indicates (contrary to reality) low inflation rates and commodity price index in various sectors in Egypt.

مقدمة

يعد سعر الصرف هو السعر الأكثر أهمية وسط باقي أسعار السلع والخدمات داخل أي اقتصاد ، نظراً لأن سعر الصرف هو صاحب التأثير الرئيسي والمباشر على جميع الأسعار الأخرى في باقي الأسواق (بخلاف سوق الصرف الأجنبي) ، كما أن سعر الصرف نفسه يتأثر ويؤثر بقوة على حركة الاقتصاد ، بناءً على قرارات وأساليب السياسة الاقتصادية الحكومية المتخذة حيال المنهج المتبع في تحديد سعر الصرف ، وهذا هو الحال في أي اقتصاد مفتوح يرتبط بعلاقات اقتصادية دولية مع مختلف دول العالم ، حيث تؤثر سياسة سعر الصرف المتبعة على مجموعة كبيرة من الأنشطة الاقتصادية ، وعلى القرارات المتعلقة بالسياسة الاقتصادية داخل الدولة ، الأمر الذي احتلت معه قضية سعر الصرف أهمية بالغة بشكل أثار الكثير من الجدل حول تلك المسألة ، ومدى تأثيرها على الأوضاع الاقتصادية داخل الدول⁽¹⁾.

وهناك سؤال مطروح منذ أمد طويل في علم الاقتصاد الدولي - سواءً في الدوائر الأكاديمية أو في دوائر صنع القرار - يتعلق بالاختيار الأمثل لنظام سعر الصرف ، فبعد انهيار نظام بريتون وودز في بداية السبعينات من القرن الماضي ، وما تلاه من اعتماد التعديل الثاني لمواد اتفاقية صندوق النقد الدولي ، أصبحت

¹)Jeffrey A. – Introduction , The Politic Economy of Currency choice- Princeton University Press, 2016. Pp:2 – 15.

البلدان الأعضاء حرة في اعتماد نظام سعر الصرف الذي تختاره¹⁾ ،

وتسعى الدول من وراء تطبيق أنظمة سعر الصرف المختلفة إلى تقوية عملتها الوطنية في مواجهة باقي العملات الأجنبية ، مستخدمة في ذلك نظاماً واحداً أو نظامين منها على الأكثر ، بما يتناسب وظروفها الاقتصادية ، مستهدفة الحفاظ ، بل والسعي نحو تحقيق القوة الاقتصادية لها داخل المجتمع الدولي ، ولتحقيق المزيد من الإصلاحات للعملات تسمح معظم الدول بتعويم عملتها للحفاظ عليها قوية في مواجهة باقي العملات ، ولذلك يجب على القائمين على السياسة الاقتصادية أثناء اتخاذ تلك القرارات المتعلقة بالعملة ، أن يأخذوا بعين الاعتبار مدى تأثير تلك القرارات على جميع أفراد المجتمع ، نظراً لارتباط تأثير تلك القرارات على أسعار مختلف أنواع السلع والخدمات داخل المجتمع.

ويواجه صناع القرارات الاقتصادية الخاصة بالعملة داخل أي اقتصاد مسألتين على درجة كبيرة من الأهمية ، الأولى هي عملية تحديد نظام الصرف المناسب للوضع الاقتصادي داخل الدولة ، والثانية هي تحديد مستوى (السعر) سعر الصرف ، وذلك من أجل إصلاح سعر الصرف مقابل بعض العملات

¹⁾ Atish R. Ghosh and Jonathan D. Ostry – Choosing the exchange system – a new look at an old question: Should countries stabilize their exchange rates, make them floating or choose a middle course? – Finance and Development Magazine – December 2009, pp:38–40.

الأجنبية الأخرى أو إحدى السلع الرئيسية المقبولة في إطار التعاملات الاقتصادية الدولية ، وعلى وجه التحديد مقابل الذهب ، ولقد مرت عملية وضع وتحديد أسعار الصرف المختلفة بعدة مراحل ، بدايةً من نظام سعر الصرف الثابت أو ما يسمى بقاعدة الذهب ، بمقتضى اتفاقية بريتون وودز ، وانتهاءً بنظام تعويم سعر الصرف ، وترك سعر العملة يتحدد طبقاً لقوى العرض والطلب في السوق ، والذي تم العمل به بدايةً من السبعينات من القرن الماضي ، باعتبار أن التعويم هو أحدث ما توصلت إليه مبتكرات النظام النقدي الدولي من أجل الحفاظ على قيمة العملة ، أو بمعنى آخر ليكون سعر صرف العملة واقعياً بشكل أكثر وضوحاً ، بعيداً عن التدخل الحكومي في تحديد قيمته⁽¹⁾.

وكخطوة أساسية نحو جعل سعر الصرف أكثر واقعية وتعبيراً عن الحقيقة قامت الحكومة المصرية (ممثلة في البنك المركزي) اعتباراً من الثالث من شهر نوفمبر عام 2016م باتخاذ القرار بتعويم الجنيه المصري مقابل العملات الأجنبية ، وتحديداً مقابل الدولار الأمريكي ، حيث تم تحديد سعر العملة المصرية وفقاً لآليات العرض والطلب ، وقد أطلق البنك المركزي بذلك الحرية للبنوك العاملة في مصر في تسعير النقد الأجنبي من خلال آلية سوق ما بين البنوك (الإنتربنك) ، وذلك من أجل سد الفجوة ما بين السعر الرسمي للجنيه مقابل العملات الأجنبية (وعلى الأخص مقابل الدولار الأمريكي) والذي بلغ حوالي

¹)Jeffrey A. – Introduction , The Politic Economy of Currency choice– Op.Cit . P:5.

8.88) جنيهاً مصرياً (قبل اتخاذ قرار التعويم) ، وبين سعره في السوق السوداء ، والذي تجاوز حاجز الـ18 ج لأول مرة في تاريخ مصر.

أهمية الدراسة

تكتسب تلك الدراسة أهمية بالغة ، سواءً على المستوى المحلي داخل مصر ، أو على المستوى الدولي ، بشكل يسعى إلى إيجاد التوازن الاقتصادي لمصر على الصعيدين المحلي والدولي ، وخاصةً قطاع التصدير والسياحة والنقل الدولي بكافة أنواعه ، والتي تعتبر من أهم المصادر التي تعمل على إيجاد التوازن النقدي ، بين المعروض من النقد الأجنبي (وخاصةً الدولار الأمريكي) والمطلوب منه ، وتأتي تلك الدراسة كخطوة لبيان مدى أهمية السياسة المتخذة لسعر الصرف في مصر ، من أجل مواجهة التحديات التي يعيشها الاقتصاد المصري على كافة الأصعدة في الآونة الأخيرة ، وبيان مدى اعتبار تحرير سعر صرف (تعويم) الجنيه المصري هو الحل الأمثل لمواجهة تلك التحديات ، والمحافظة على قيمة العملة المصرية ، وإيجاد صورة واقعية لسعر صرف الجنيه المصري في مواجهة العملات الأجنبية ، وخاصةً الدولار الأمريكي. وبالتالي تظهر أهمية الدراسة من خلال إجراء شكل من أشكال المقارنة ما بين الوضع الحالي الذي صاحب اتخاذ قرار التحرير (التعويم) من جانب الحكومة المصرية في أوائل شهر نوفمبر عام 2016م ، والوضع المنتظر والمأمول الوصول إليه خلال السنوات المقبلة ، ومن ثم تكتسب تلك الدراسة أهميتها من خلال كشف النقاب عن مدى جدية وفاعلية قرارات

السياسة النقدية الخاصة بتعويم العملة المصرية ، من خلال تقييم تلك القرارات وانعكاساتها على الوضع الاقتصادي في مصر خلال الفترة المقبلة.

أهداف الدراسة

تسعى تلك الدراسة إلى تحقيق العديد من الأهداف الرئيسية ، منها ما

يلي:

1) محاولة إلقاء الضوء على سياسة تحرير (تعويم) سعر صرف الجنيه المصري مقابل العملات الأجنبية ، وتوضيح ما اشتملت عليه تلك الآلية من تأثيرات على قطاعات الاقتصاد القومي.

2) محاولة توضيح أهم الأطر التي تعمل على إيجاد الاستقرار لسعر صرف الجنيه المصري مقابل العملات الأجنبية ، وخاصة أمام الدولار الأمريكي ، الذي يمثل عصب عمليات التبادل الدولي بين مصر والعالم الخارجي ، بهدف السيطرة على انخفاض سعر صرف الجنيه المصري مقابل الدولار الأمريكي.

3) توضيح وبيان مدى اعتبار سياسة تحرير سعر الصرف هي السياسة المناسبة والملائمة لحالة الاقتصاد المصري من عدمه ، من خلال بيان دورها في تحقيق الاستقرار للعملة المصرية خلال فترة التطبيق.

4) توضيح مدى اعتبار التعويم هو السياسة المناسبة لإعادة توازن العلاقات الاقتصادية الدولية ، من خلال القضاء على الفجوة الموجودة بين العملة المصرية

والعملات الأجنبية.

(5) تهدف الدراسة إلى بيان دور سياسة تحرير سعر الصرف في القضاء على السوق غير الرسمية للعملة الأمريكية.

(6) توضيح تأثير سياسة التعويم ودورها في إعادة بناء الاحتياطي النقدي الأجنبي لدى القطاع المصرفي المصري ، من خلال إغراء حائزي الدولار الأمريكي لبيعه لصالح الجهاز المصرفي.

(7) بيان مدى نجاح سياسة التعويم في القضاء على ارتفاع معدلات التضخم داخل السوق المصرية من عدمه ، والتي ارتفعت معدلاته بشكل ملحوظ خلال الفترة السابقة على اتخاذ قرار التعويم.

(8) توضيح أهم السلبات المترتبة على تطبيق سياسة تحرير سعر الصرف في مصر ، وخاصةً على القطاع العائلي ، باعتباره المتحمل الرئيسي لفاتورة التعويم.

مشكلة الدراسة

تعد الفجوة التي يعانيتها الجنيه المصري في مواجهة الدولار الأمريكي هي أساس المشكلة التي تتطرق إليها سطور تلك الدراسة ، ففي الفترة الأخيرة ، وتحديداً في الأعوام الأربعة الأخيرة تزايدت وتيرة انخفاض الجنيه المصري مقابل الدولار الأمريكي نتيجة قرار التعويم ، بشكل أدى إلى التأثير على بعض القطاعات الاقتصادية ، وخاصةً المرتبطة بالتعامل مع العالم الخارجي ، وعلى رأسها ميزان

المدفوعات المصري ، الذي كان يعاني عجزاً شديداً خلال السنوات الماضية ، باعتبارها السجل الذي يوضح مركزي الدائنية والمديونية لعلاقة الاقتصاد المصري بالعالم الخارجي.

وبالتالي جاءت تلك الدراسة في هذا الصدد لبيان مدى تأثير سياسة تحرير سعر صرف الجنيه المصري على عملية إعادة التوازن الخارجي للعلاقات الاقتصادية المصرية الدولية ، ومدى مواجهة كثير من المشكلات التي تعرض لها الاقتصاد المصري بسبب تلك الفجوة بين العملتين المصرية والأمريكية ، وعلى رأسها مشكلة التضخم ، التي تعيشها مختلف القطاعات الاقتصادية في مصر ، سواءً القطاع العائلي أو القطاع الإنتاجي ، أو قطاع العالم الخارجي ، وبالتالي السعي نحو اعتبار تلك الدراسة خطوة في سبيل علاج تلك الفجوة المشار إليها آنفاً.

منهج الدراسة

في إطار الحديث عن تحرير سعر صرف العملة المصرية ، فيما يسمى بتعويم الجنيه المصري ، سوف يعتمد الباحث على المناهج التالية في تلك الدراسة:

1) المنهج الاستنباطي

وفيه يسعى الباحث إلى استنباط واستخلاص النتائج المترتبة على تطبيق سياسة تحرير وتعويم سعر الصرف في الواقع الاقتصادي المصري ، ومدى دقة

تلك النتائج من خلال إعمال الفكر والتأمل الذهني ، واستنباط أهم الحلول التي تساعد على التطبيق السليم لتلك السياسة ، بما يتناسب مع الوضع الاقتصادي في مصر .

(2) المنهج الاستقرائي:

والذي يعتمد فيه الباحث على الملاحظة والتجربة للوقوف على طبيعة عملية تحرير سعر الصرف المصري ، ومدى حقيقة دوره في تحقيق الاستقرار والتوازن الاقتصادي في المعاملات الاقتصادية الدولية لمصر من عدمه ، وذلك من خلال الاطلاع على كثير من الأدبيات التي تناولت عملية تعويم وتحرير سعر الصرف بشكل عام ، ومدى تنفيذها وتطبيقها في الواقع الاقتصادي المصري ، والوصول من خلالها إلى نتائج سليمة ومقبولة ، من خلال مدى تحقق فروض تلك الدراسة من عدمها .

فروض الدراسة

تقوم تلك الدراسة على مجموعة من الفروض التي يسير عليها الباحث أثناء كتابته لسطورها ، والتي ستكشف عنها نتائج الدراسة في نهايتها ، من خلال التأكد من مدى تحققها من عدمه ، ويمكن الإشارة إليها فيما يلي:

(1) تفترض تلك الدراسة أن هناك تأثيراً وانعكاساً لقرار تحرير وتعويم سعر الصرف الذي اتخذه البنك المركزي خلال فترة السنوات الماضية بشكل أدى إلى

ارتفاع مبالغ فيه في الأسعار للسلع والخدمات المختلفة.

2) تفترض تلك الدراسة أن قرار التعويم الذي اتخذته البنك المركزي لم يوفق فيه الأخير فيما يتعلق باختيار التوقيت المناسب لتطبيق سياسة التعويم.

3) تفترض الدراسة أن السبب الرئيسي الذي دعا صانعي السياسة الاقتصادية في مصر إلى اتخاذ قرار التعويم قد تمثل في عجز الحكومة المصرية عن توفير الدولار الأمريكي لتلبية الاحتياجات الاقتصادية المختلفة ، في ظل السعر المحدد سلفاً من قبل البنك المركزي قبل اتخاذ قرار التعويم ، والذي قدر بـ (8.78) جنيهاً مصرياً.

4) تفترض تلك الدراسة أن الصورة المثلى المنتظر تحققها من وراء عملية التعويم - كما يرى صانعي السياسة الاقتصادية - هي الحفاظ على الاستقرار التوازني بين العملتين المصرية والأمريكية من ناحية ، والحفاظ على استقرار مستويات الأسعار من ناحية أخرى ، وهذا عكس ما يراه الباحث ، وما هو مطبق على أرض الواقع داخل السوق الاقتصادي المصري.

5) تفترض الدراسة أن أسلوب التعويم المطبق في مصر ليس هو أسلوب التعويم الحر ، ولكنه يتمثل في التعويم المدار من قبل البنك المركزي لحركة سوق الصرف ، وأن التحركات في سعر الصرف تسير في اتجاه معين ، بينما تسير حركة ومستوى الأسعار في اتجاه آخر عكس اتجاه سعر الصرف ، وهذا يتنافى مع الحكمة من تحرير سعر الصرف ، ألا وهي إيجاد التوازن بين حركة العملة صعوداً

وهبوطاً ، وحركة الأسعار في الاتجاه المعاكس.

حدود الدراسة

تقتصر حدود تلك الدراسة على عدد من القيود التي سيتناولها الباحث

في سطورها ، وتتمثل تلك الحدود فيما يلي:

(1) تقتصر الدراسة على استعراض أسلوب تعويم سعر الصرف بعيداً عن باقي أنظمة سعر الصرف الأخرى ، نظراً لأنه يمثل القضية الأكبر في الدراسة كخطوة اتخذتها السلطات النقدية للحد من تدهور قيمة العملة المصرية.

(2) تقتصر الدراسة على استعراض الآثار والانعكاسات المترتبة على اتخاذ قرار التعويم ، ومدى ارتباطها وتأثيرها على مستويات الأسعار في الداخل ، بعيداً عن باقي المتغيرات الاقتصادية الكلية في المجتمع.

(3) تقتصر الدراسة زمنياً على استعراض الفترة منذ 2016م (بدء العمل بأسلوب التعويم في مصر) وحتى تاريخ كتابة هذه السطور ، مع ضرورة الإشارة للنشأة التاريخية للعمل بنظام التعويم عالمياً.

(4) تقتصر الدراسة مكانياً على استعراض آلية تعويم سعر الصرف داخل الإطار الاقتصادي المصري ، من خلال دورها في إيجاد التوازن بين العملة المصرية والدولار الأمريكي ، ومدى انعكاس ذلك على مستويات الأسعار داخل السوق المصري.

الدراسات السابقة

وفيها يتعرض الباحث لبعض الدراسات التي اهتمت بدراسة حقيقة انعكاسات التغيرات في سعر الصرف على قيمة العملة من ناحية ومستويات الأسعار من ناحية أخرى ومدى انعكاس ذلك على المتغيرات الاقتصادية الكلية داخل المجتمع ومنها:

(1) دراسة الزاوي 2016م⁽¹⁾

حيث تعرضت تلك الدراسة لبيان دور سعر الصرف التوازني الحقيقي داخل الاقتصاد ومدى تأثير التقلبات الشديدة في معدلات سعر الصرف الحقيقية ، وأن عدم توافق القيمة الاسمية لسعر الصرف الرسمي سيؤدي حتماً إلى حدوث تكاليف كبيرة في مستوى الرفاهية الاجتماعية ، كما قد ينتج عن عدم تصحيح أسعار الصرف الكثير من الإختلالات على مستوى الاقتصاد الكلي ، وسيؤثر سلباً على النمو الاقتصادي في المجتمع.

⁽¹⁾ عبد الله الزاوي - سعر الصرف الحقيقي التوازني - دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع - الطبعة العربية - عمان - الأردن - 2016م.

(2) دراسة Michele and Roubinil 2005⁽¹⁾

حيث أكدت تلك الدراسة أن الأخذ بنظام تعويم سعر الصرف لا يأتي من فراغ ، بل إن الدول التي تسعى إلى تطبيق هذا النظام تكون قد تعرضت للآزمات المالية ، وعلى رأسها انهيار قيمة عملاتها المحلية مقابل العملات الأجنبية ، ووجود تفاوت كبير بين القيم الاسمية للعملات والقيم الحقيقية لها ، مما يحمل اقتصادات تلك البلدان مزيداً من التكاليف ، وعلى رأسها ارتفاع معدلات التضخم وزيادة المديونيات الخارجية ، إلى جانب حدوث انخفاضاً ملحوظاً في الأصول المالية لديها ، كالأسهم والسندات.

(3) دراسة Sara and Yang Di 2016⁽²⁾:

وفيها أكد الباحثان على أهمية العمل بنظام تعويم سعر الصرف بمعناه المطلق الحر وفقاً لآليات العرض والطلب في السوق ، دون تدخل من المؤسسات الرسمية ، وعلى رأسها البنوك المركزية في الدول ، مع السماح بوجود نوع من المضاربات المسموح بها داخل أي اقتصاد والتي لا تؤثر على قيمة العملة على

¹⁾ Michele Cavalla , and Nouriel Roubinil and Others – Exchange Rate Overshooting and The Costs of Floating – Federal Reserve Bank of San Francisco , Working Paper Series No.2005–07, May 2005.

²⁾ Sara Dind and Yang Di and Ligang Zhong – Free Float and Market Liquidity around The world – Journal of Empirical Finance , Volume 38 , Part A , September 2016.

الأجل الطويل ، وهذا هو ما يسمى بالتعويم المطلق لسعر الصرف ، والذي يترتب عليه تخفيف جفاف السيولة المالية إذا ما تعرض الاقتصاد للصدمات الكبيرة ، وخاصة في أوقات الأزمات المالية.

تقسيمات الدراسة

يستعرض الباحث تلك الدراسة من خلال مجموعة من المباحث والمطالب المتفرعة منها ، ففي المبحث الأول يتناول استعراضاً لآلية ودواعي تحرير سعر الصرف بشكل عام والعوامل المؤثرة في ذلك ، ثم في المبحث الثاني يتناول عرضاً لعملية التعويم وعلاقته بالمستوى التوازني لسعر صرف الجنيه المصري ، وسيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين ، يستعرض في المطلب الأول منهما الآلية التي استخدمها البنك المركزي المصري نحو تعويم الجنيه المصري ، وفي المطلب الثاني يتناول الباحث توضيحاً للمستوى الحقيقي التوازني لسعر صرف الجنيه المصري في سوق الصرف (الرسمي - غير الرسمي).

أما في المبحث الثالث من الدراسة فيتناول فيه الباحث دراسة انعكاسات وتأثير عملية تحرير سعر صرف الجنيه المصري على قيمته مقابل العملات الأجنبية ، وخاصة الدولار الأمريكي من ناحية ، ثم تأثير عملية التعويم على مستويات الأسعار في مصر ، وذلك من خلال مطلبين رئيسيين ، يسبقهما مطلب تمهيدي ، يتناول دراسة وتحليل مبسط لمفهوم انعكاس تحرير سعر الصرف بوجه عام ، وفي المطلب الأول يتناول الباحث انعكاس قرار التعويم على قيمة الجنيه

المصري مقابل الدولار الأمريكي ، ثم في المطلب الثاني يتناول الباحث انعكاس قرار التعويم على مستويات الأسعار داخل مصر.

المبحث الأول

تحرير سعر الصرف وتلبية متطلبات

الإصلاح الاقتصادي في مصر

سوف نتناول في البداية تقسيم هذا المبحث إلى عدة مطالب تشتمل على استعراض لآلية تحرير سعر الصرف بشكل عام والمبررات التي دفعت البنك المركزي المصري نحو اتخاذ قرار التعويم ثم نستعرض العوامل التي تؤثر في أسعار صرف العملات ، وفي نهاية هذا المبحث نتناول قرار التعويم باعتباره من أهم مقومات أو سياسات الإصلاح الاقتصادي في مصر وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

آلية تحرير (تعويم) سعر الصرف

(الفكرة والنشأة)

في البداية وقبل الدخول في تحديد المقصود بآلية تعويم سعر الصرف ، ينبغي الإشارة إلى أن آلية أو نظام تعويم العملة هو أحد أنواع أو أنظمة أسعار الصرف بشكل عام ، حيث تتعدد أنواع سعر الصرف ما بين سعر الصرف الثابت ، أو ما يسمى بسعر الصرف الذهبي ، والذي ترتبط فيه عملة الدولة بوزن ثابت من الذهب ، ولا تتعرض الدول التي كانت تأخذ بهذا النظام إلى تقلبات في سعر الصرف إلا فيما ندر ، وذلك على عكس نظام أو آلية تعويم سعر الصرف ، والذي يعد نوعاً آخر من أنواع سعر الصرف الأجنبي ، حيث تتعرض الدول التي تطبق أسعار الصرف العائمة إلى تقلبات في أسعار صرف عملاتها ، بشكل أكبر مما هو موجود في النظام الثابت ، نظراً لخضوع أسعار صرف العملات المعومة إلى قوى العرض والطلب .

هذا إلى جانب نظام أو آلية الرقابة على الصرف ، والذي تتدخل فيه الدولة بواسطة البنك المركزي لديها ، من أجل السيطرة على سعر صرف عملتها الوطنية ، مقابل مختلف العملات الأجنبية الدولية ، حيث تهدف الدول من خلال تطبيق هذا الأسلوب أو تلك الآلية لسعر الصرف مناهضة التضخم ، كما هو

الحال في نيوزيلندا ، السويد ، تشيلي ، وغيرها من الدول ، كما قد تستهدف بعض الدول من وراء تطبيق تلك الآلية زيادة ونمو معدلات العملات الأجنبية لديها ، كما هو الحال في نيجريا ، كما قد تكون أهداف تلك الآلية (الرقابة على الصرف) مبهمة لدى بعض الدول الأخرى⁽¹⁾ ، وتعد تلك النظم لسعر الصرف أهم أنواع أو نظم سعر الصرف المطبقة عالمياً .

¹⁾Andrew K. Rose– Exchange Rate Regimes in Modern Era: Fixed , Floating, and Flaky – UC Berkeley , NBER and CEPR , Haas School of Business , CA 94720–1900, June ,2011, pp:6–10.

وفى مارس من عام 1973م تحولت معظم دول العالم ، وعلى رأسها إنجلترا ، وباقي الدول الصناعية الكبرى من الأخذ بنظام الصرف الذهبي ، الذي كان معمولاً به منذ اتفاقية بريتون وودز عام 1944م ، واتجهت إلى الأخذ بنظام الصرف العائم أو الحر ، مع السماح لكل دولة بتوفيق أوضاعها ، بما يتلاءم مع متطلبات اقتصادها الوطني ، ومتطلبات النظام النقدي العالمي الجديد فيما يتعلق بسعر الصرف⁽¹⁾ ، ولا شك أن الأخذ بنظام التعويم غالباً ما يكون نتاجاً للأزمات التي تتعرض لها العملات المحلية للدول ، وعلى رأسها الانخفاض الكبير في القيمة الاسمية والحقيقية لتلك العملات ، والذي غالباً ما يحمل في طياته تكاليف مرتفعة تتحملها اقتصادات تلك البلدان المطبقة لآلية التعويم لعملاتها ، هذا إلى جانب انخفاضاً حاداً في الأصول المالية لديها ، وعلى رأسها الأسهم والسندات⁽²⁾ ، وهذا هو ما درجت عليه معظم الدراسات في الآونة الأخيرة ، وهو مدى تأثير أنظمة سعر الصرف ، وخاصةً نظام سعر الصرف الحر أو المعموم على النمو الاقتصادي لدى الدول في الأجل الطويل .

وقد أثبتت معظم تلك الدراسات أن إحدى وأهم الصعوبات التي تكتنف

¹)Robert Solomon – The International Monetary System – Harper and Row 1982, pp:1945–1981, In Maurice Obstfeld – Floating Exchange Rates : Experience and Prospect – Brookings Papers on Economic Activity , Columbia University , 1985, p:369.

²)Michele Cavalla , and Nouriel Roubinil and Others – Exchange Rate Overshooting and The Costs of Floating – Op.Cit, pp:2–25.

وتواجه تطبيق هذا النظام (المعوم) في الأسواق الناشئة ، ومنها مصر ، هو حدوث بعض الإختلالات والتشوهات على قيمة العملة والاقتصاد بشكل عام ، والتي يصعب مراقبتها من جانب القائمين على السياسة النقدية في الدول ، مما يجعل تلك الإقتصادات الناشئة أكثر انحيازاً إلى اختيار نظام سعر الصرف الثابت أو إتباع نظام الرقابة على الصرف⁽¹⁾.

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى قد تؤدي تلك الاختلالات والتشوهات في قيمة العملة الوطنية ، والصعوبات التي تواجه تطبيق نظام الصرف الحر أو العائم إلى جعل بعض الدول تدعي تطبيق الصرف العائم لعملتها الوطنية ، إلا أن الواقع يثبت عكس ذلك ، بمعنى أن تحديد سعر صرف عملاتها يخضع لتدخل كبير من جانب حكومات تلك الدول ، وهذا هو ما أورده تقارير صندوق النقد الدولي ، ومعظم الدراسات الاقتصادية الدولية⁽²⁾ ، وفي السنوات الأخيرة تتجه العديد أو معظم الدول إلى الأخذ بنظام سعر الصرف الحر أو المعوم ، والذي تتمثل مضمون الفكرة التي يقوم عليها هذا النظام في ترك قوى السوق (العرض

¹)William Miles – To Float or not Float? Currency Regimes and Wichita State University, December 2006 , pp:91-103.

¹)William Miles – To Float or not Float? Currency Regimes and Growth Growth – Journal of Economic Development, Volume 31, Wichita State University, December 2006 , pp:91-103.

²)William Miles – To Float or not Float? Currency Regimes and Growth – Op.cit. p:94.

والطلب) لتتحكم بنفسها في تحديد مصير عملات الدول من ناحية اتجاهها صعوداً
أو هبوطاً مقابل باقي العملات الأجنبية⁽¹⁾.

¹⁾Stefan Ingves – From Fixed to Float: Operational Aspects of moving
Toward Exchange Rate Flexibility – Prepared by The Monetary System
Department , International Monetary Fund, November 2004, p:3.

المطلب الثاني

مبررات تحرير سعر الصرف

من خلال الإطلاع على العديد من الأدبيات التي تناولت دراسة أسعار الصرف بشكل عام ، والعائمة منها بشكل خاص ، يظهر أن هناك كثير من الدواعي والأسباب العامة التي تدعو الدول إلى الأخذ بنظام تحرير سعر صرف عملتها ، وتركها رهناً لقوى العرض والطلب عليها ، وفيما يلي سنتناول المبررات العامة لعملية التحرير ، ومنها تلك المبررات والدوافع التي دفعت البنك المركزي المصري نحو تعويم الجنيه ، وكان من أهم هذه المبررات ما يلي⁽¹⁾:

¹)Ms Hu Xiaolian – A Managed Floating Exchange Rate regime is an established Policy – Deputy Governor of The People's Bank of China , July 2010, pp:1-4.

1) انخفاض قيمة العملة المحلية

يعد انخفاض قيمة العملة المحلية مقابل العملات الأجنبية الأخرى أحد أهم الدواعي التي تدفع الدول نحو تعويم عملتها مقابل باقي العملات الدولية ، خاصةً إذا ما كان هذا الانخفاض في قيمة العملة المحلية مقابل العملات الأجنبية كبيراً ، بشكل يصعب معه التدخل من أجل السيطرة عليه ، وإيجاد التوازن بين المعروض من النقد الأجنبي والمطلوب منه في الأجل القصير ، مما يعمل على زيادة الفجوة بين العملات داخل سوق الصرف الأجنبي ، وهذا هو ما حدث بالفعل في مصر عندما تدهورت قيمة الجنيه المصري مقابل باقي العملات الدولية ، وخاصةً مقابل الدولار الأمريكي ، الذي يمثل عصب التعاملات بين الاقتصاد الداخلي والاقتصاد الخارجي ، الأمر الذي دفع القائمين على السياسة النقدية في مصر إلى اتخاذ قرار التعويم للجنيه المصري ، بدايةً من شهر نوفمبر عام 2016م ، وذلك من أجل تلافي المزيد من الانهيار في قيمة الجنيه مقابل الدولار ، وكخطوة هامة في سبيل الحفاظ على الاستقرار الاقتصادي ، وفي الجدول التالي نستعرض تغيرات أسعار صرف الجنيه المصري مقابل الدولار الأمريكي خلال الفترة من يونيو 2009 وحتى يونيو 2016 ، كأحد المبررات التي دفعت البنك المركزي المصري إلى اتخاذ قرار التعويم:

جدول (1) يوضح متوسط سعر صرف الجنيه المصري مقابل الدولار

الأمريكي خل الفترة 2016/09

متوسط سعر الصرف في شهر يونيو	السنة	مسلسل
5.5964	2009	(1)
5.6952	2010	(2)
5.8496	يناير 2011	(3)
5.9690	يونيو 2011	(4)
6.0590	2012	(5)
7.0094	2013	(6)
7.1401	2014	(7)
7.5301	2015	(8)
8.7800	2016	(9)

المصدر: التقرير السنوي للبنك المركزي المصري - سنوات مختلفة

(2) تدني وانخفاض حجم المعروض من النقد الأجنبي

يترتب على انخفاض حجم المعروض من النقد الأجنبي داخل الاقتصاد ارتفاع قيمته ، يصاحبه بعد ذلك تدهور في قيمة العملة المحلية ، مقابل العملة الأجنبية الرئيسية محل التداول الأجنبي ، وبالتالي يدفع ذلك السياسة الاقتصادية داخل الدولة إلى رفع يدها عن سعر الصرف ، وانتقالها من دور الرقيب على هذا السعر إلى دور المحايد ، الذي يترتب عليه ترك سعر عملتها المحلية لكي تسيره قوى العرض والطلب في السوق ، في ظل ما يسمى بنظام التعويم لسعر الصرف ، وبمنظرة متعمقة للواقع الاقتصادي في مصر نجد أن الفجوة بين الجنيه المصري ، وغيره من العملات الأجنبية ، وخاصةً الدولار الأمريكي (الذي يمثل عصب التعامل الدولي لمصر في شتى القطاعات الاقتصادية) كانت على أشدها ، حيث ترتب على انخفاض وتدني المعروض من النقد الدولارى لدى السوق المالي في مصر ، سواءً في القطاع المصرفي الرسمي ، أو لدى القطاع غير الرسمي (السوق السوداء) انهيار لقيمة الجنيه مقابل الدولار الأمريكي ، الأمر الذي أدى بالسلطات الاقتصادية في مصر إلى رفع يدها عن سعر صرف الجنيه المصري ، وتركه لكي تحركه قوى العرض والطلب ، في محاولة منها لاستعادة التوازن بين العملة المصرية والعملة الأمريكية ، وبالتالي فانخفاض المعروض من الدولار أدى إلى ارتفاع قيمته مقابل الجنيه ، ومن ثم تدهور قيمة الأخير طبقاً لفلسفة وقانون

العرض والطلب.

وتتعدد الأسباب التي أدت إلى انخفاض المعروض من النقد الأجنبي (الدولار) في مصر ، لعل أهمها يرجع إلى سبب رئيسي واحد ، يتفرع عنه عدة أسباب أخرى ، ويتمثل هذا السبب الرئيسي في حالة عدم الاستقرار الذي يشهده الاقتصاد المصري خلال السنوات القليلة الماضية ، نتيجة تعدد مراحل الانتقال السياسي من نظام لآخر ، خلال فترة وجيزة ، وما كانت تشهده البلاد من حالة عدم استقرار أمني ، ترتب عليه انخفاض في حركة السياحة الوافدة إلى مصر ، إلى جانب تأثير ذلك على حركة التجارة العابرة في قناة السويس ، وتدني حجم الصادرات المصرية خلال تلك الفترة الماضية ، إلى جانب غيرها من الأسباب الفرعية ، التي أدت إلى نقص المعروض النقدي من الدولار الأمريكي ، مما أدى إلى أن يعتمد البنك المركزي المصري على ما تبقى في خزائنه من النقد الأجنبي (الدولار) المدخر خلال الفترات السابقة على حالة عدم الاستقرار السياسي الذي شهدته مصر منذ سنوات ، وفي الجدول التالي نستعرض حجم المعروض النقدي من الدولار الأمريكي خلال الفترة التي سبقت قرار التعويم ، وذلك على النحو التالي:

جدول (2) يوضح حجم المعروض النقدي من الدولار الأمريكي خلال الفترة

2016/09 (القيمة بالمليار دولار)

مسلسل	السنة	حجم المعروض من الدولار الأمريكي في شهر يونيو
(1)	2010/09	35.2
(2)	2011/10	26.6
(3)	2012/11	15.5
(4)	2013/12	14.9
(5)	2014/13	16.7
(6)	2015/14	20.2
(7)	2016/15	17.5

المصدر: التقرير السنوي للبنك المركزي المصري - سنوات مختلفة.

3) القضاء على سوق الصرف غير الرسمية

تعد المتاجرة في العملات الأجنبية ، وخاصة الدولار الأمريكي ، بواسطة سوق الصرف غير الرسمية (السوداء) من أهم المبررات التي دفعت البنك المركزي المصري نحو تعويم الجنيه ، وتعد سوق الصرف الأجنبي غير الرسمية من أهم الموروثات التقييدية القديمة ، والتي نتجت عن ضعف وقلة القنوات الرسمية التي تعمل على توفير العملات الأجنبية لشركات القطاع الخاص⁽¹⁾ ، وحتى لو قامت تلك القنوات بتوفير العملات الأجنبية فإنها توفرها بأسعار صرف مبالغ فيها ، وبالتالي كانت القنوات غير الرسمية هيا الملجأ الوحيد لتلك الشركات من أجل توفير العملات الأجنبية⁽²⁾.

وفي مصر كان لانتشار السوق السوداء (غير الرسمية) أكبر الأثر في قيام البنك المركزي بتحرير سعر صرف الجنيه مقابل العملات الأجنبية ، حيث كان لوجود تلك السوق أثر كبير في انخفاض قيمة الجنيه بشكل عام ، وخاصة في السنوات الأخيرة التي سبقت قرار التعويم ، وفيما يلي نستعرض تغير قيمة الجنيه المصري مقابل الدولار الأمريكي سواء في السوق الرسمية أو السوق الموازية خلال

¹⁾ Koji Kubo – Transition from Informal to Formal Foreign Exchange Transactions in Myanmar: Evidence from a Survey of Export Firms – Myanmar, 2015 , pp:112 – 126.

²⁾ Hori. M. and Y. C. Wong – Costs of Myanmar's multiple exchange rate regime. Journal of International Trade and Economic Development, 22 (2), (2013). Pp: 209–233.

الفترة من الربع الأول عام 2015 وحتى الربع الثالث عام 2016:

جدول (3) يوضح تغيرات أسعار صرف الجنيه مقابل الدولار في كلٍ من

السوق الرسمية وغير الرسمية.

مسلسل	الفترة	السعر الرسمي	سعر السوق الموازية
(1)	الربع الأول 2015	7,49	7,74
(2)	الربع الثاني 2015	7.61	7,67
(3)	الربع الثالث 2015	7.81	7,96
(4)	الربع الرابع 2015	7.87	8,46
(5)	الربع الأول 2016	8,02	9,06
(6)	الربع الثاني 2016	8,86	10,80
(7)	الربع الثالث 2016	8,86	12,39

Source: Diao Nouraldin – Much Ado about The Egyptian Pound: Exchange Rate Misalignment and The pass Towards Equilibrium – The Egyptian Center for Economic Studies – Working Paper No.190 , December 2017, p:29 – 30.

(4) السير في ركب العولمة الاقتصادية⁽¹⁾

امتداداً لموجة العولمة الاقتصادية التي بدأت منذ منتصف الثمانينات ، وذلك بارتفاع تدفقات رؤوس الأموال بين دول العالم بشكل عام ، والدول الصناعية المتقدمة بشكل خاص ، وعلى الأخص التدفقات بين الدول الصناعية والدول المتقدمة ، وما نتج عنها من معدلات نمو مرتفعة في بعض الدول النامية ، يعد من أهم الدواعي لتحرير سعر الصرف من أي قيود هي السير في ركب العولمة الاقتصادية ، حيث يعد نظام تعويم سعر الصرف من أهم الإصلاحات الاقتصادية التي تنتهجها معظم دول العالم في الوقت الحاضر ، من خلال تخلي الحكومات عن التدخل في تحديد أسعار صرف عملاتها ، تاركة إياها لقوى العرض والطلب تحدد مصير سعر عملات تلك الدول ، وهذا ما فعله البنك المركزي عندما اتخذ قراره بتعويم الجنيه المصري في نوفمبر عام 2016 ، وذلك في خطوة منه لمواكبة التطورات العالمية في مجال أسعار الصرف.

¹⁾ Eswar Prasad, Kenneth Rogoff, Shang-Jin Wei and M. Ayhan Kose – Effects of Financial Globalization on Developing Countries: Some Empirical Evidence – International Monetary Fund – 17 March 2003, p:6

5) حدوث الأزمات الاقتصادية

فعلى سبيل المثال تسببت الأزمة الاقتصادية في قارة آسيا عام 1997م في ببطء ملحوظ في معدلات النمو الاقتصادي ، مما استتبع التأثير سلباً على معدلات أسعار صرف العملات هناك ، فتحديداً بعد شهر يونيو عام 1997م تفاقمت الأزمة وانخفضت قيم العملات الآسيوية بهوامش كبيرة ، كما تأثرت الصادرات الصينية بشكل خطير ، الأمر الذي دعا إلى انتشار الآراء المؤيدة لفكرة تخفيض قيمة العملة الصينية تجاوباً مع المستجدات الاقتصادية في قارة آسيا ، إلا أنه ظهرت بعض الآراء المعارضة لتلك الفكرة ، على أساس أن تخفيض قيمة العملة ستعقبه جولة جديدة من الانخفاض في المنافسة الاقتصادية ، وفي محاولة منها من أجل منع المزيد من الانتشار للأزمة الاقتصادية ، والحفاظ على الاستقرار المالي والاقتصادي في آسيا ، أعلنت الصين أنه لن يتم تخفيض قيمة العملة لديها ، بل ستركها للمعدلات العائمة الخاضعة لقوى العرض والطلب ، مما جعل سعر الصرف نتيجة ذلك القرار مستقراً عند مستوى 8.28 يوان لكل دولار أمريكي، في نفس الوقت الذي تنأى فيه بعض المجتمعات بنفسها من الخضوع لهذا المعدل العائم لسعر الصرف ، لما له من تأثير على الناتج القومي لديها الأمر الذي يجبرها على التدخل في السياسة النقدية لتحقيق الاستقرار⁽¹⁾.

¹⁾ Ayen,y–The Effect of Currency Devaluation on Output: The Case of Ethiopian Economy, Journal of economics and international finance, Jimma University, (2014), pp.1–9.

(6) الحد من تقلبات الاقتصاد الكلي⁽¹⁾:

عندما نتحدث عن الاقتصاد الكلي فإن الأمر بلا شك لا يخلو من الحديث عن مجموعة المتغيرات الاقتصادية الكلية التي يشتمل عليها مفهوم الاقتصاد الكلي ، كالإنتاج والدخل والادخار والأسعار ، وغيرها من المتغيرات ، وفى إطار الحديث عن سعر الصرف ، ومدى العلاقة بينه وبين المتغيرات الاقتصادية التي تحدث في المجتمع فإن الأمر سيرتبط بمدى تأثير تلك المتغيرات بالتقلبات التي تحدث في هذا السعر ، حيث يؤثر نظام سعر الصرف المطبق في الدولة ، لا سيما السعر المعموم على تقلب مستويات الإنتاج والأسعار في الدولة استجابة لأي اضطرابات قد تحدث ، ولا يستطيع صناع السياسة في نفس الوقت ملاحظتها مباشرةً ، وفى هذا الوقت يلعب سعر الصرف ، وخاصة السعر المعموم الدور الرئيسي في تحقيق الاستقرار .

وفى هذا الشأن قد يقال بأن أسعار الصرف الثابتة قد تكون بمثابة إحدى عوامل الاستقرار التلقائية بشكل أفضل من أسعار الصرف العائمة ، وذلك عندما تنشأ معظم الصدمات في أسواق الأصول ، وليس في أسواق السلع ، أما فيما يتعلق بالأسواق الأخيرة ، فعندما تحدث التحولات فيها بشكل يؤدي إلى حدوث تقلبات في الاقتصاد الكلي فإن المعدلات العائمة تكون أكثر ميزة ومناسبة لتلك

¹) Ms Hu Xiaolian – A Managed Floating Exchange Rate regime is an established Policy – Deputy Governor of The People's Bank of China, OP.cit. p:1.

التقلبات من المعدلات الثابتة لسعر الصرف ، وهذا ما ينطبق بالفعل على باقي المتغيرات الاقتصادية الكلية داخل اقتصاد أي دولة ، وهذا ما أكده البعض¹⁾ على وجود علاقة غير مباشرة بين التغيرات التي تحدث في سعر الصرف بشكل عام (لا سيما العائمة منها) ، وبين النمو الاقتصادي ، وبالتالي كان لتلك التقلبات دوراً فعالاً وسبباً رئيسياً في تحرير سعر الصرف .

¹⁾ McPherson, M., Exchange Rate and Economic growth in Kenya: An Econometrics Analysis, African Economic Policy(2000).pp.8-9.

المطلب الثالث

العوامل المؤثرة على معدلات سعر الصرف

يتأثر سعر الصرف بعوامل معينة تؤدي إلى ارتفاعه أو انخفاضه في أسواق الصرف ، وتختلف هذه العوامل باختلاف درجة تعامل البلدان مع بعضها ، فضلاً عن اختلاف البيئة الاقتصادية التي تتواجد فيها ، ومن أجل توضيح هذه العوامل باعتبارها عوامل ذات أثر فعال في تقلبات أسعار صرف أغلب العملات ، سوف نستعرض فيما يلي أهم تلك العوامل⁽¹⁾:

1) تغير الأسعار النسبية

يعد تغير الأسعار النسبية لمختلف السلع والخدمات من أهم العوامل الاقتصادية التي تؤثر في سعر صرف عملة الدولة ، حيث أن انخفاض الأسعار في بلد ما يؤدي إلى انخفاض الأسعار النسبية في بلد آخر فعندما تنخفض الأسعار في إحدى الدول يترتب عليها زيادة صادرات تلك الدولة ، ومن ثم زيادة الطلب على عملة تلك الدولة ، فضلاً عن أن زيادة الطلب على العملة المحلية تؤدي إلى رفع قيمة عملة هذه الدولة ، مقابل العملات الأجنبية الأخرى ، ويحدث العكس عندما ترتفع الأسعار النسبية لمختلف السلع داخل الدولة ، مما يترتب عليه

⁽¹⁾ افتخار محمد مناحي الرفيعی - رنا علی جمیل - استقرار سعر صرف الدينار العراقي تجاه الدولار الأمريكي من خلال مزادات العملة الأجنبية للمدة (2003-2014) - كلية الإدارة والاقتصاد - الجامعة العراقية - 2017م - ص259 - ص291.

انخفاض الطلب على منتجات الدولة ، وبالتالي انخفاض الطلب على عملة تلك الدولة ، مما يؤدي إلى انخفاض قيمة عملة تلك البلد أو سعر صرفها مقابل العملات الأجنبية.

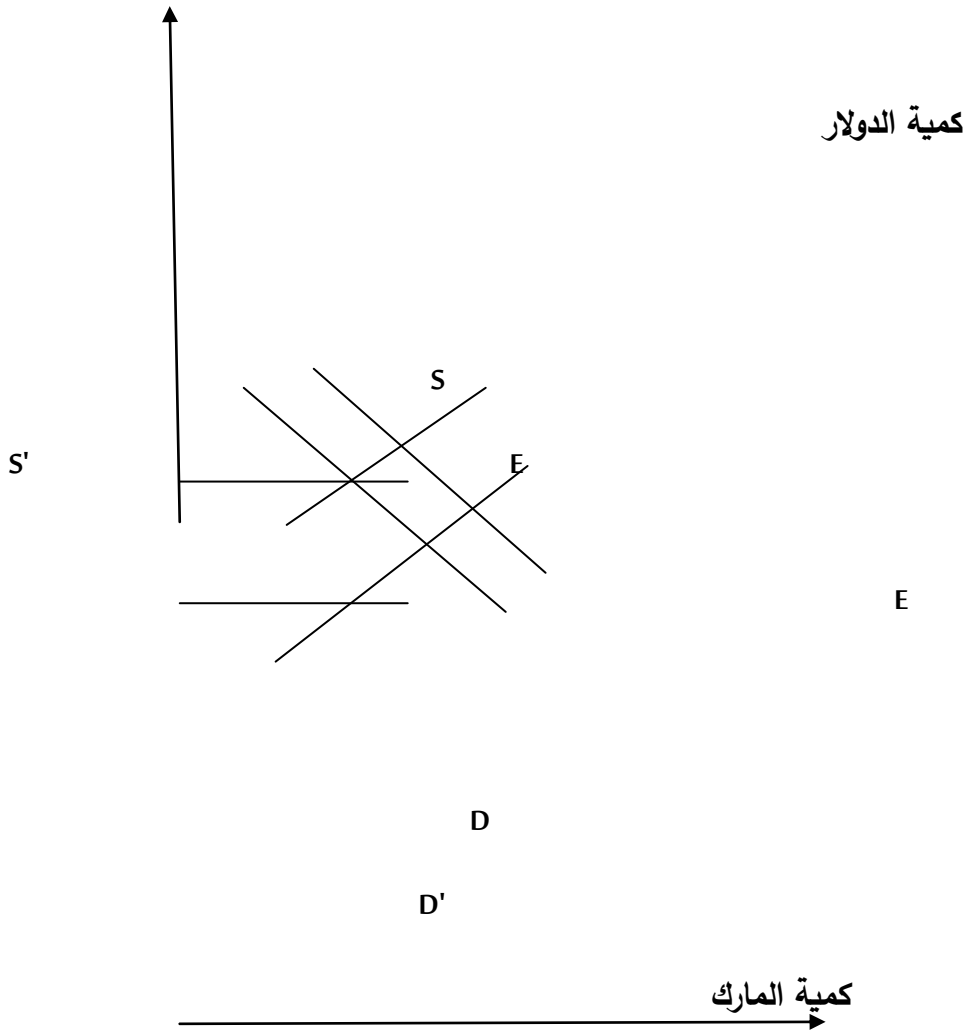
وبمعنى آخر يمكن القول أن لحدوث التضخم أثر في تغير سعر صرف العملات المختلفة ، يتجلى هذا الأثر في انخفاض قيمة العملة في سوق الصرف حال ارتفاع مستويات التضخم المحلي ، فيما تؤدي حالة الركود إلى ارتفاع قيمة العملة ، فمثلاً عند انخفاض قيمة عملة بلد ما بنسبة 10% ، ويكون المستوى العام في البلدان الأخرى مستقرًا ، فالتضخم المحلي في هذا البلد سيدفع المستهلكين إلى زيادة طلبهم على السلع الأجنبية ، ثم على العملات الأجنبية ، وبسبب الأسعار المختلفة في هذا البلد - نتيجة التضخم - ستقل إيرادات الأجانب من سلع هذا البلد ، فيقل عرض العملات الأجنبية في سوق الصرف ، مقابل تزايد الطلب على هذه العملة⁽¹⁾.

وللتوضيح نفترض أن معدل التضخم في ألمانيا ينمو بوتيرة أسرع من وتيرة نموه في الولايات المتحدة ، فإن هذه التطورات تؤدي إلى تحرك منحنى الطلب على المارك في الولايات المتحدة إلى (D) ، ويتحرك منحنى عرض المارك الألماني في ألمانيا إلى (S) ، وينخفض سعر الصرف نتيجة لهذه التطورات إلى

¹ عرفات تقي الحسني - التمويل الدولي - دار مجدلاوي - الطبعة الأولى - عمان 1999 ، ص158 - ص159.

المستوى (E):

آثار التضخم على تغيرات سعر الصرف



المصدر: بسام النجار - العلاقات الاقتصادية الدولية - المؤسسة الجامعية للدراسات

والنشر والتوزيع - بيروت - ص 22.

وللحد من ارتفاع الأسعار المحلية نتيجة التضخم ، يعمل على تقليل الاستيراد من طرف الأجانب من سلع ذلك البلد ، وبالتالي يقل الطلب على عملة هذا البلد في سوق الصرف ، مقابل تزايد عرض هذه العملة ، ومن ثم فالتغيرات التي تحدث في أنظمة وسياسات سعر الصرف على هذا النحو تؤدي إلى حدوث التضخم⁽¹⁾.

¹⁾ Rutasitara, I-Exchange Rate Regimes and Inflation in Tanzania, African Economic Research. (2004), PP:14-16

(2) انتقال رؤوس الأموال دولياً

يعد انتقال رؤوس الأموال عبر الدول من أهم العوامل الاقتصادية التي تؤثر على حركة سعر الصرف هبوطاً وارتفاعاً ، وبالتالي التأثير على قيمة عملة الدولة مقابل باقي العملات الأجنبية الأخرى ، إذ ترتفع قيمة عملة الدولة المستوردة لحركة رؤوس الأموال بهدف الاستثمار ، وفي نفس الوقت تنخفض قيمة تلك العملة بالنسبة للبلد المصدر لحركة رؤوس الأموال للاستثمار في الخارج ، فضلاً عن أن تغير حركة رؤوس الأموال من وقت لآخر يؤثر على قيمة العملات النقدية من وقت لآخر أيضاً.

(3) إتباع أسلوب الرقابة على سعر الصرف

لا شك أن تدخل الحكومات عن طريق البنوك المركزية فيها لتعديل سعر صرف عملاتها يعتبر من أهم تلك العوامل التي تؤثر على أسعار الصرف داخل تلك الدول ، وذلك عن طريق القيام بتعديل سعر صرف عملاتها المحلية عندما لا تتلاءم مع السياسة المالية والاقتصادية داخل الدولة.

(4) انعدام الاستقرار (التشويش الإعلامي والسياسي)

يعد التشويش الإعلامي وحالة الاضطراب السياسي التي تسود بعض المجتمعات من أهم العوامل المؤثرة في تحديد سعر الصرف ، حيث أن هذه العوامل ترتبط بالإعلام المحلي والعالمي ، وتؤثر أيضاً على المتعاملين في أسواق

العملات والأسهم ، الذين غالباً ما يتخذون قراراتهم المالية بناءً على هذه الأخبار ، هذا فضلاً عن أن سعر الصرف يتأثر بالاضطرابات السياسية ، ومن منطلق المقولة التي تقول أن "رأس المال جبان" ، لذلك فإن أي اضطراب يؤثر على انتقال رؤوس الأموال من وإلى الدولة ، حيث تتجنب رؤوس الأموال التوجه نحو المناطق التي يشوبها الاضطراب وعدم الاستقرار ، في حين أن استقرار الأوضاع السياسية والاقتصادية والعسكرية تساهم في دعم واستقرار سعر صرف عملة الدولة ، وعلى العكس من ذلك ، تؤدي حالة حدوث اضطراب في الأوضاع السياسية والاقتصادية والإعلامية إلى حدوث تقلبات في سعر صرف عملة الدولة.

(5) قوى العرض والطلب

تعد قوى العرض والطلب من أهم العوامل التي تؤثر على سعر صرف عملة الدولة ، فطالما أن عرض العملة الأجنبية والطلب عليها يمثلان في نفس الوقت الطلب على العملة المحلية والكمية المعروضة منها ، فإن زيادة عرض العملة الأجنبية له تأثير إيجابي على سعر صرف العملة المحلية للدولة ، والعكس صحيح.

(6) حركة ميزان التجارة الدولية

تعد حركة ميزان المدفوعات من أهم العوامل التي تؤثر على تقلبات سعر الصرف صعوداً أو هبوطاً ، حيث أن التقلبات في سعر صرف العملة الأجنبية تحدث عندما يكون ميزان مدفوعات الدولة في حالة فائض أو عجز ،

فعدما يكون ميزان المدفوعات في حالة عجز متراكم ، فإنه يؤدي إلى استنزاف احتياطي النقد الأجنبي لدى الدولة ، ويواجه عند القيام باستيراد السلع والخدمات صعوبات تؤدي إلى زيادة الضغوط على العملة المحلية ، ومن ثم انخفاض قيمتها ، ولكي يعود ميزان المدفوعات إلى توازنه يجب على البنوك المركزية القيام ببيع العملات الأجنبية أو الذهب مقابل العملة المحلية ، ومن ثم يرتفع سعر العملة ، مما يعرض كمية النقود في الداخل للانخفاض ، وتتنخفض معها الأسعار ، ومن ثم يؤدي إلى زيادة صادرات تلك الدولة.

المطلب الرابع

التعويم كأحد متطلبات صندوق النقد الدولي

للإصلاح الاقتصادي في مصر

تعد عملية تحرير سعر صرف العملات من أهم سياسات الإصلاح الاقتصادي التي تتخذ في مختلف دول العالم ، حيث تتعدد تلك السياسات أو الأدوات ، فمنها إصلاح النظم الضريبية ، بما تشتمل عليه من تقديم الحوافز الضريبية بمختلف أنواعها ، ومنها إصلاح النظم النقدية ، والتي من أهمها تحرير أسعار صرف العملات من القيود المفروضة عليها إلى آخر تلك السياسات ، وفي هذا الإطار سوف نتناول تعويم الجنيه المصري باعتباره من أهم أدوات الإصلاح الاقتصادي المتخذة في مصر خلال السنوات الأخيرة، إلى جانب إلقاء الضوء على العلاقة القائمة بين تحرير سعر الصرف المصري واتفاق صندوق النقد الدولي مع مصر في إطار برنامج الصندوق لتقييم تحديات الاقتصاد السياسي في مصر⁽¹⁾.

أولاً: التعويم كأحد متطلبات الإصلاح الاقتصادي في مصر

تسعى المؤسسات الاقتصادية الدولية ، وعلى رأسها صندوق النقد

¹⁾ Basma Al-Momani – International Monetary Fund Program in Egypt: Political Economy Challenges Assessment – BDC (Brookings Doha Center) January 2018, pp:1 – 8.

الدولي إلى علاج نقاط الضعف في الاقتصاد الكلي ، وتعزيز النمو الشامل ، وتوفير فرص العمل داخل اقتصادات الدول الأعضاء فيه⁽¹⁾ ، وفي هذا الإطار كان تعويم سعر الصرف في مصر هو أحد متطلبات صندوق النقد الدولي وأهم ملامح الإصلاح الاقتصادي في مصر ، وعلى ذلك سنتناول موقف صندوق النقد الدولي من عملية فرض القيود على سعر الصرف كأحدى نقاط ضعف الاقتصاد المصري ، حيث كان التعويم هو العلاج اللازم لمواجهة نقطة الضعف تلك ، إلى جانب بيان موقف المنظمات والمراكز البحثية المتخصصة من عملية التعويم في مصر ، وذلك من خلال النقاط التالية:

1) سعر الصرف كأحد نقاط ضعف الاقتصاد الكلي في مصر

يعد سعر الصرف من أهم نقاط ضعف الاقتصاد الكلي في مصر ، خاصةً في ظل القيود التي كانت تفرض عليه ، وأهمها تدخل البنك المركزي في تحديد هذا السعر ، محدداً سعري البيع والشراء ، وذلك قبل اتخاذ قرار التعويم في

¹⁾ International Monetary Fund (IMF), "Arab Republic of Egypt: Request for Extended Arrangement Under the Extended Fund 2 Facility–Press Release; Staff Report; and Statement by the Executive Director for the Arab Republic of Egypt," Country Report No. 17/17, January 2017, 13,

<http://www.imf.org/en/Publications/CR/Issues/2017/01/18/Arab-Republic-of-Egypt-Request-for-Extended-Arrangement-Under-the-Extended-Fund-Facility-44534>.

الثالث من نوفمبر عام 2016م ، وقد حدد صندوق النقد الدولي عدد من نقاط الضعف ، والتي كان يجب على متخذي القرار تلافئها كمتطلبات لصندوق النقد الدولي ضمن برنامج الصندوق في مصر ، حيث تضمنت نقاط الضعف التي استهدفها البرنامج ، وجود سعر صرف مبالغ في قيمته (مع ارتفاع مقابل لسعر الصرف في السوق السوداء) ، إلى جانب شح العملات الأجنبية داخل السوق ، مما أدى إلى تقويض نشاط القطاع الخاص بشكل كبير ، وانخفاضاً حاداً في احتياطي النقد الأجنبي ، وعجزاً مالياً كبيراً ، ومعدلاً مرتفعاً في الدين العام⁽¹⁾.

بناء على ذلك، شملت النقاط الأساسية في برنامج "تسهيل الصندوق الممدد" (Extended Fund Facility) الذي قدمه صندوق النقد الدولي والذي يسري لفترة ثلاث سنوات: تحرير نظام سعر الصرف (أي تعويم الجنيه المصري) وضبط أوضاع المالية العامة لخفض نفقات الموازنة وزيادة الضرائب وإجراء إصلاحات هيكلية عميقة وإلغاء تنظيمات مرتبطة بشركات الأعمال لتحفيز النمو الاقتصادي ، وقد كانت مصر واحدة من أسرع الأسواق الصاعدة نمواً قبل تفشي فيروس كوفيد-19، حيث حققت سجل أداء قوي في الاستكمال الناجح لبرنامجها الوطني من أجل الإصلاح الاقتصادي بدعم من "تسهيل الصندوق الممدد" في الفترة 2016-2019. غير أن الاضطرابات المحلية والعالمية الكبيرة التي سببتها

¹) Basma Al-Momani – International Monetary Fund Program in Egypt: Political Economy Challenges Assessment – Op.Cit. p:1.

الجائحة أدت إلى تفاقم الآفاق الاقتصادية وغيرت ترتيب أولويات السياسات⁽¹⁾.

(2) موقف المنظمات والمؤسسات الاقتصادية الدولية من تعويم سعر الصرف

في مصر:

يحظى قرار تعويم سعر الصرف في مصر بدعم كبير من جانب العديد من المؤسسات الاقتصادية الدولية ، وعلى رأسها صندوق النقد الدولي والبنك الدولي وبعض الوكالات الدولية ، مثل وكالة بلومبرج الألمانية ، وكان لهذا الدعم ما يبرره من جانب تلك المؤسسات لانعكاس ذلك على بعض القطاعات الاقتصادية على النحو التالي:

¹⁾ Randa El-Naggar- To Egypt, the Executive Council approves a 12-month credit readiness agreement worth 5.2 billion US dollars – Press release No. 20/248 June 2020.

أ) خفض العجز التجاري

ففي تقرير حديث للبنك الدولي ، والذي أكد فيه أنه على الرغم من أن الإصلاحات الاقتصادية التي نفذتها الحكومة المصرية ، وعلى رأسها قرار تحرير سعر صرف الجنيه المصري لم تظهر فوائدها الكاملة على القطاع الخاص ، إلا أن الوضع الاقتصادي يشهد استقراراً كبيراً خلال السنوات الأخيرة ، وأشار التقرير إلى أن الاستثمار الخاص داخل الاقتصاد المصري آخذ في النمو ، ولكنه نمو أقل من المتوسط ، وذلك على الرغم من النمو الاقتصادي القوي وتحسن أوضاع المالية العامة ، ورغم أن قرار تعويم الجنيه قلل من العجز التجاري للبلاد ، إلا أن الشركات المصرية واجهت صعوبات في المنافسة على المستوى الدولي⁽¹⁾.

وتأكيداً على ما ورد بتقرير البنك الدولي فقد تحول الميزان التجاري المصري من حالة العجز عام 2015/2016م (أي قبل قرار التعويم) إلى حالة الفائض عام 2016/2017م (أي بعد قرار التعويم) ، فقد كان يعاني الميزان التجاري في العام الأول من عجز قدر بحوالي (2.8) مليار دولار ، وجاء ذلك نتيجة تصاعد العجز في حساب المعاملات الجارية ليصل إجمالي العجز خلال تلك السنة إلى حوالي (19.8) مليار دولار ، في نفس الوقت الذي حقق فيه حساب المعاملات الرأسمالية صافي تدفق للداخل بلغ نحو (21.2) مليار دولار

¹ (البنك الدولي - تعويم الجنيه المصري لم ينجح في تحفيز الصادرات - وكالة الإنديبندينت العربية - 2020/12/22م.

أمريكي⁽¹⁾.

وفي خطوة إيجابية لقرار تعويم الجنيه المصري حقق الميزان التجاري المصري فائضاً قدر بحوالي (13.7) مليار دولار خلال العام المالي 2017/2016م ، وذلك نتيجة تحقيق حساب المعاملات الرأسمالية والمالية صافي تدفق للداخل بلغ نحو (29.0) مليار دولار ، إلى جانب تراجع العجز في حساب المعاملات الجارية بمقدار (15.6) مليار دولار ، مقابل (19.8) مليار دولار خلال العام السابق عليه ، وبمعدل تراجع قدر بحوالي (21.5%)⁽²⁾.

ب) جذب الاستثمار الأجنبي

تعد عملية جذب الاستثمار الأجنبي لمصر من أهم الفوائد التي ترتبت على تعويم الجنيه خلال الفترة الأخيرة ، حيث أكد تقرير لوكالة بلومبرج الألمانية أن قرار التعويم اعتبر من أهم الحوافز الاقتصادية التي تشجع المستثمرين الأوروبيين على ضخ المزيد من الاستثمارات الأجنبية المختلفة إلى مصر ، فقد أعلن صندوق (GAM UK) للتحوط استعداده ضمن العديد من المستثمرين الأوروبيين استعدادهم لضخ المزيد من الاستثمارات داخل الاقتصاد المصري⁽³⁾.

¹ (التقرير السنوي للبنك المركزي المصري - 2016/2015م - ص71.

² (التقرير السنوي للبنك المركزي المصري - 2017/2016م - ص56.

³ (أيمن عزام - بلومبرج :تعويم الجنيه يدفع المستثمرين للعودة إلى مصر - صحيفة المال الاقتصادية - الثلاثاء 15 نوفمبر 2016م.

وأشار التقرير السابق إلى أن تراجع الجنيه المصري بنسبة 44% عند تفعيل سياسة تحرير سعر الصرف ، وتحديدًا في الثالث من شهر نوفمبر عام 2016م يعمل على جذب مدراء صناديق الاستثمار الأوروبية ، ويدفعهم إلى شراء الديون المحلية قصيرة الأجل التي يصل عائدها إلى نحو 19%⁽¹⁾.

ثانياً: تعويم الجنيه في ظل التسهيلات الائتمانية للصندوق

في إطار تفاقم المناخ السياسي في مصر خلال الفترة التي أعقبت ثورة يناير عام 2011م كان هناك مجموعة من التحديات التي دفعت الدولة إلى أن تلجأ إلى التفكير في عقد قرض مع صندوق النقد الدولي ، ومن أهم تلك التحديات ارتفاع الدين العام المصري وسوء توجيه الإعانات المالية والدعم ، والإعتماد على استيراد الأغذية ، والمغالاة في تقييم العملة المحلية ، وكان لا بد أن يقدم الاقتصاد المصري ما يقابل تلك القروض من خلال إجراء إصلاحات هيكلية ، وبحلول منتصف عام 2016م سعت مصر إلى توقيع اتفاق القرض مع الصندوق ، إلا أن الصندوق قد اشترط للموافقة على هذا القرض أن تحصل مصر أولاً على تمويل خارجي بقيمة ستة مليارات دولار⁽²⁾ ، وبالفعل استطاعت مصر الحصول على

⁽¹⁾ نفس الإشارة السابقة.

⁽²⁾ هذا بخلاف ما قدمته المملكة العربية السعودية لمصر خلال الفترة ما بين العامين 2013-2016م ، حيث قدر المبلغ الذي قدمته المملكة لمصر بحوالي 25 مليار دولار خلال تلك الفترة - أنظر في ذلك:

هذا المبلغ بفضل الدعم المادي المقدم من الإمارات العربية المتحدة والصين ومجموعة الدول السبع الصناعية الكبرى⁽¹⁾.

وقد كانت هناك ثمة علاقة بين إجراءات الإصلاح الاقتصادي التي يتعين على مصر القيام بها وبين حصول الأخيرة على قيمة القرض المطلوب من صندوق النقد الدولي والذي قدر بحوالي 12 مليار دولار لمدة ثلاث سنوات ، وذلك من خلال أجنحة للإصلاح تحتوي على مجموعة من المحاور الأساسية ، وقد تمثلت تلك المحاور فيما يلي⁽²⁾:

– Shifting Sands: As Egypt Quarrels with Saudi Arabia, It Is Finding New Friends,” Te Economist, 25 November 2016, 4
<https://www.economist.com/news/middle-east-and-africa/21710912-series-incidents-has-disrupted-relationship-between-arab-worlds>.

¹⁾ Nour Youssef and Daa Hadid– We Don’t Owe Anyone: Egypt Jousts With Its Chief Benefactor, Saudi Arabia, Te New York Times, 5 November 1, 2016

²⁾ Online Press Briefng on the Release of the Staff Report on Egypt’s Request for and IMF Extended Fund Facility,” IMF January 18, 2016.

[896](http://www.imf.org/en/News/Articles/2017/01/18/tr01182017-Transcript-Online-press-briefng-on-the-releaseof-release-of-the-Staff-Report-on-Egypt; IMF, “Arab Republic of Egypt: Request for Extended Arrangement.</p></div><div data-bbox=)

1) على الصعيد النقدي

فعلى الصعيد النقدي كان على مصر أن تنتقل إلى سياسة سعر صرف مرنة ، يحدد فيها السوق قيمة سعر الصرف ، حيث كانت مصر تعاني من انخفاض في المعروض من النقد الأجنبي ويعمل سوق الصرف فيها من خلال نظام سعر الصرف الثابت ، وبالتالي كان عليها أن تعمل على تحرير سعر صرف الجنيه ، أيضاً كان عليها أن تعمل على احتواء التضخم المالي ، بحيث يترتب على ذلك الاحتواء انخفاض نسبة التضخم إلى 4 - 6% على المدى المتوسط.

2) على الصعيد المالي

حيث كانت مصر تعاني من ارتفاع العجز في الدين العام الحكومي وتدني ملحوظ في مستوى تعزيز برامج الحماية الاجتماعية ، وبالتالي كانت عملية تعزيز إيرادات الحكومة ، وضبط الدعم في مجال الطاقة من خلال تقليص إعانات الوقود من أهم أهداف برنامج تسهيل الصندوق الممدد لعام 2016، وفي سبيل ذلك أقر البرلمان المصري الضريبة على القيمة المضافة ، بل والعمل على رفع أسعار الطاقة في نوفمبر 2016 ، ويونيو 2017م ، واستمر الوضع على ذلك خلال العامين الأخيرين.

3) على الصعيد الهيكلي

عانت مصر خلال الفترة التي سبقت قرار التعويم من نمو اقتصادي

منخفض قدر بحوالي (2.5%) وبطالة مرتفعة قدرت بحوالي 12.7%⁽¹⁾ ، وبالتالي كان عليها أن تعمل على تشجيع الاستثمار ، وخاصة فيما يتعلق بعملية تسهيل الحصول على التمويل للشركات الصغيرة والمتوسطة الحجم.

وتعد تلك المحاور السابقة بمثابة اشتراطات من قبل صندوق النقد الدولي لمنح الحكومة المصرية مبلغ القرض المتفق عليه وفق برنامج الصندوق ، حيث قام الصندوق بتقديم تسهيل ائتماني للحكومة المصرية قدر بحوالي 8.596.6 مليار دولار في الحادي عشر من نوفمبر عام 2016م ولمدة سداد تقدر بثلاث سنوات⁽²⁾ وفي يونيو من عام 2020م قدم الصندوق قرضاً آخر لمصر قدر بحوالي 5.2 مليار دولار في شكل عدد من وحدات السحب الخاصة قدر بحوالي 3.763.64 مليون وحدة سحب خاصة⁽³⁾.

¹⁾ Basma Al-Momani – International Monetary Fund Program in Egypt: Political Economy Challenges Assessment – Op.Cit.p:2.

²⁾ التقرير السنوي لصندوق النقد الدولي عام 2017م – تشجيع النمو الاحتوائي – ص47

³⁾ التقرير السنوي لصندوق النقد الدولي عام 2020م – عام لا مثيل له – ص34

المبحث الثاني

التعويم والمستوى التوازني الأمثل

لسعر الصرف في مصر

في إطار الحديث عن هذا المبحث سوف نتولى بالتوضيح استعراض أسلوب تعويم سعر الصرف كأحد أنظمة أسعار الصرف المفضلة لدى غالبية دول العالم وذلك في إطار التجربة المصرية ، ومحاولة إلقاء الضوء على أي نوع من التعويم تنتهجه قرارات السياسة الاقتصادية المصرية ، وتحديد المستوى التوازني الحقيقي المطلوب لسعر الصرف ، مع الإشارة إلى إمكانية نهج هذا المستوى التوازني في حالة الاقتصاد المصري.

المطلب الأول

آلية وخطوات تحرير سعر الصرف في مصر

وفي هذا المطلب نتناول الحديث عن تعويم سعر الصرف في مصر ، من خلال استعراض مراحل وخطوات تعويم سعر الصرف المصري ، ثم نتناول أسلوب التعويم المطبق في مصر ، والسياسة التي انتهجها البنك المركزي في التعويم ، إلى جانب استعراض ما لاقاه قرار البنك المركزي من استحسان ، وهو ما دعا الكثير من خبراء الاقتصاد إلى الترحيب بتلك الخطوة ، مؤكدين على تأخرها عن موعدها ، لما لها من آثار إيجابية على تشجيع الاستثمار الأجنبي في الأسهم والسندات الحكومية ، التي هربت منها الأموال الأجنبية في السنوات الأخيرة⁽¹⁾ ، قبل اتخاذ قرار التعويم الذي ترتب عليه انخفاض قيمة الجنيه مقابل الدولار .

أولاً: إطلالة عامة نحو نظام الصرف الأمتل للدول النامية

لقد مر النظام النقدي الدولي بتحول كبير خلال الفترة السابقة ، وخاصة في الأنظمة النامية التي كانت تعمل على تطبيق سعر الصرف الثابت منذ وقت مبكر في تسعينات القرن الماضي ، والذين بلغ مقدارهم حوالي ثلث الدول الأعضاء في صندوق النقد الدولي من اقتصادات الأسواق النامية والناشئة ، حيث كان

¹⁾ Lin Noueihed , Asma Alsharif , Ehab Farouk – Egypt devalues Pound , announces more flexible exchange Rate Policy – Business News , Reuters , March 14 , 2016.

الانخفاض في أسعار صرف عملاتها أكثر وضوحاً ، ومن هنا كانت الأسعار العائمة لعملاتها هي الاختيار البديل والمفضل عن الأنظمة الثابتة⁽¹⁾.

وعلى الرغم من أنه يبدو أن هناك إجماع واسع بين الاقتصاديين على أن أسلوب التعويم البحت هو البديل الوحيد من قبل إدارة سوق الصرف للتطبيق بدلاً من أسلوب سعر الصرف الثابت ، إلا أن العديد من الدول لا تتصرف وفقاً لهذا النموذج المعوم لسعر الصرف ، ولكنها تتبنى إستراتيجية تقوم على تطبيق النطاق الواسع لسعر الصرف عن طريق الأخذ بالأسلوبين معاً (المعوم - الثابت) ، حيث تتبع بعض الدول الأسلوب المعوم ، بينما يتبع البعض الآخر الأسلوب الثابت لسعر الصرف ، وتتميز هذه الأنظمة المطبقة لأسعار الصرف المختلفة - الثابتة والمعومة - ، وخاصة الأنظمة النامية منها بارتفاع مقدار احتياطي النقد الأجنبي لديها ، وتدخلات بنوكها المركزية في الأسواق ، ودرجة معينة من مرونة سعر الصرف⁽²⁾.

وعند الحديث عن أشكال تعويم سعر الصرف - وتحديد أي من هذه الأشكال يطبق على حالة الاقتصاد المصري - يمكننا القول بأن ترتيبات أنظمة

¹⁾ Bofinger, Peter; Wollmershäuser, Timo - Managed floating: Understanding the new international monetary order- W.E.P. - Wurzburg Economic Papers, No. 30 ,September 2001, p:3.

²⁾ Bofinger, Peter; Wollmershäuser, Timo - Managed floating: Understanding the new international monetary order - Op.Cit. pp:1-64.

الصرف قبل عام 1999م كانت لا تركز إلا على متغير واحد فقط ، ألا وهو التصريح الرسمي لكل دولة عضو بصندوق النقد الدولي عن نظام صرفها المتبع ، حيث لا يهتم هنا صندوق النقد الدولي بمراقبة مدى مطابقة هذا التصنيف للتطبيق الواقعي لهذه الدول في إطار تسيير سعر صرفها أم لا⁽¹⁾.

غير أنه وبعد عام 1999م أكد صندوق النقد الدولي أن 60% من الدول المصنفة ضمن أنظمة صرف ذات درجة عالية من المرونة هي في الواقع تتبنى أنظمة الربط⁽²⁾ ، فبعض الدول ، ومنها مصر في الوقت الحالي ، صرحت بأنها تتبنى أنظمة صرف مرنة (معومة) ، غير أنه في أرض الواقع وجد أن السلطات المعنية لهذه الدول تبحث عن استقرار عملتها ، من خلال ربطها بعملة أجنبية قوية ، وهو ما دفع بصندوق النقد الدولي إلى مراجعة نفسه في هذا التوجه ، فأصبحت تصريحات الدول الأعضاء تصحح من خلال الملاحظة الإحصائية لتذبذبات سعر الصرف⁽³⁾ ، وهو ما أوجد ترتيباً جديداً يحاول أن يتعرف على الممارسات الحقيقية ، من خلال تسيير الصرف بتحليل المعطيات المالية (سعر الصرف - الاحتياطات الرسمية - سعر الفائدة.....الخ) ويكملونها بمعلومات

⁽¹⁾ آيت يحيى سمير - التعويم المدار للدينار الجزائري بين التصريحات والواقع - مجلة الباحث - العدد التاسع - جامعة تبسه - الجزائر - 2011م ، ص 61 - ص 70.

⁽²⁾ Jean-Pierre Alegret, -Les régimes de change dans les marchés émergents- Vuibert, Paris, 2005, p16.

⁽³⁾ الدول الأعضاء في صندوق النقد الدولي مجبرين بتقديم مستحقاتهم خلال ثلاثون يوماً بعد انخراطهم في الصندوق ، وهم مجبرين أيضاً بإعلان التغيرات التي تطرأ على سعر الصرف.

حول استراتيجيات السياسة النقدية المتبناة من خلال الدول الأعضاء (محااربة التضخم) والنية الصريحة وغير الصريحة (الضمنية) للسلطات النقدية ،

ثانياً: مراحل تعويم سعر الصرف في مصر

مرت عملية تعويم سعر صرف الجنيه المصري أمام غيره من العملات الأجنبية ، وعلى وجه الخصوص الدولار الأمريكي ، بعدة مراحل ، بدأت منذ عام 2003م ، مروراً بفترة العشر سنوات الأخيرة ، وتحديدأ منذ عام 2012م ، عندما استحدث البنك المركزي آلية العطاءات الدولارية التي كانت بمثابة التمهد لعملية التعويم الثانية عام 2016م ، وعلى ذلك سنتولى استعراض تلك المراحل ، واحدة تلو الأخرى ، حتى نصل في النهاية إلى تحديد أسلوب التعويم المتبع داخل حركة الاقتصاد المصري.

1) مرحلة التعويم الأول للجنيه عام 2003

قررت البنك المركزي المصري عام 2003 ، وتحديدأ في الثامن والعشرين من شهر يناير ، التخلي عن أحد أعمدة السياسة الاقتصادية المتبعة لديها منذ عقود ، وهو مساندة الجنيه المصري ، في وقت يعاني فيه الاقتصاد من خلل في الميزان التجاري ، وارتفاع فاتورة الواردات ، وذلك بأن يكون هناك سوق حرة لصرف العملات الأجنبية ، بحيث تقوم تلك السوق بتحديد سعر الصرف ، وتقوم المؤسسات المالية ، ممثلة في البنوك بتنفيذ صفقات البيع والشراء ، وفقاً للأسعار

التي حددها السوق⁽¹⁾.

وقد قام البنك المركزي باتخاذ خطوات نحو تخفيض قيمة الجنيه المصري ، مقابل الدولار الأمريكي ، وذلك قبل إصدار قرار التعويم عام 2003 ، وتحديدًا تم هذا التخفيض في عامي 2001 و 2002م ، مما أدى إلى ارتفاع سعر صرف الدولار مقابل الجنيه من 3.85 جنيه لكل دولار إلى 4.51 جنيه لكل دولار ، وبعدها أدى قرار التعويم إلى ارتفاع سعر الدولار في السوق الرسمي إلى 5.861 في المتوسط عام 2003 ، وصولاً إلى 6.194 في عام 2004م ، قبل أن يتراجع قليلاً عام 2005م ، ليستقر عند مستوى 5.791 جنيه لكل دولار⁽²⁾.

وفي نفس الوقت شهدت السوق الموازية للعملة ارتفاعاً قياسياً في سعر الدولار ، ليتخطى حاجز الـ 7 جنيهات في منتصف عام 2005م ، في الوقت الذي وصل فيه سعر الصرف في السوق الرسمي إلى ستة جنيهات لكل دولار تقريباً في نفس الوقت ، إلا أنه وفي ديسمبر من نفس العام ، أي بعد حوالي عشرة أشهر تم التراجع عن قرار التعويم ، الذي تم اتخاذه في شهر يناير من نفس العام (2003م)⁽³⁾ ، وكانت هذه هي الخطوة الأولى التي سعت خلالها الحكومة

⁽¹⁾ إعلان للدكتور عاطف عبيد رئيس وزراء مصر الأسبق عن تعويم الجنيه المصري في مؤتمر المائدة المستديرة السنوي لمجلة الايكونوميست - القاهرة - 28 يناير 2003م.

⁽²⁾ المصدر البنك المركزي المصري - التقرير السنوي - سنوات مختلفة.

⁽³⁾ بيسان كساب - التعويم الأول للجنيه المصري نسخة 2003م "القصة الكاملة" - مقال غير منشور - 9 أكتوبر 2016م.

المصري إلى تحرير سعر الصرف في مصر

(2) آلية العطاءات الدولارية كخطوة سابقة لمرحلة التعويم الثاني

قام البنك المركزي المصري بطرح آلية العطاءات الدولارية اعتباراً من أواخر أيام عام 2012 ، وذلك في محاولة منه لضبط حركة سوق الصرف الأجنبي في مصر ، عن طريق طرح العطاءات المستمرة بين البنك المركزي والبنوك التجارية من أجل وجود نوع من الشفافية والكفاءة في استخدام النقد الأجنبي المتاح في الاقتصاد⁽⁴⁾ .

وتعتبر العطاءات هي إحدى الأنشطة الاقتصادية التي تستخدمها المؤسسات الاقتصادية في العديد من المجالات المختلفة ، وعلى سبيل المثال تستخدمها الحكومة الأمريكية كوسيلة لبيع سندات الخزنة العامة فيها⁽¹⁾ .

فقد أعلن البنك المركزي المصري عن قيامه بطرح عطاءات بشكل دوري يقوم من خلالها بالتعامل المباشر بينه ، وبين البنوك العاملة في مصر ، عن طريق بيع وشراء الدولار الأمريكي ، وذلك من خلال مساعدة تلك البنوك على توفير السيولة اللازمة لهم من النقد الأجنبي ، وخاصةً من الدولار الأمريكي الذي

4) BOM – Forex Auction Regulation – Bank Of Mangolia , Without the year of publication , pp: 2–12.

1) David Easley – Auctions – From the book Networks , Crowds , and Markets: Reasoning about a Highly Connected World , Cambridge University Press , 2010 , pp: 249 – 273.

أصبحت تعاني من ندرته خلال الفترة التي أعقبت ثورة الخامس والعشرين من يناير ، بسبب توقف حركة الإنتاج وحركة السياحة ، وغيرها من مصادر النقد الأجنبي التي تأثرت بحالة عدم الاستقرار السياسي والاقتصادي خلال الفترة التي أعقبت تلك الثورة.

فمن خلال تلك الآلية يقوم البنك المركزي بعرض احتياجات البنوك من العملة الصعبة (الدولار الأمريكي) بشكل يضمن إيجاد نوع من التوازن بين احتياجات البنوك من الدولار ، والرصيد الموجود لدى البنك المركزي منه ، بحيث يقتصر طرح العطاء على الكمية المطلوبة من الدولار للوفاء بالاحتياجات الضرورية والإستراتيجية حفاظاً على رصيد البنك من النقد الأجنبي ، وبذلك يمكننا تحديد مفهوم آلية العطاءات الدولارية بأنها "تلك الطريقة التي أعلنها البنك المركزي والتي يستطيع من خلالها طرح عطاءات دورية لشراء وبيع الدولار الأمريكي تتقدم إليها البنوك العاملة في مصر بعروضها ، وتستطيع تلك البنوك من خلالها توفير احتياجاتها من السيولة الدولارية في أي وقت تشاء" ، وكل ذلك من خلال إجراءات وقواعد معينة يتبعها البنك المركزي ويستطيع تعديلها في أي وقت يشاء ، بحسب ما يراه ضروريا فيما يخص النقد الأجنبي من أجل استقرار سعر الصرف⁽²⁾ ، ولا يعتبر ذلك استحداثاً لتلك الآلية ، ولكنها موجودة في العديد من الدول التي تتعرض لتلك الأزمات ، وذلك كله بهدف الحفاظ على الاحتياطي النقدي وترشيد

²⁾ CBL – Foreign Exchange Purchase Auction Rules and Regulations – Central Bank of Liberia , Established 1999 , pp: 1 – 6.

استخدامه⁽³⁾ ، فآلية العطاءات الدولارية تعتبر وسيلة لرفع كفاءة صرف العملات الأجنبية في سوق الصرف الأجنبي ، كما أنها تعد نافذة لبيع وشراء النقد الأجنبي بأسعار السوق الرسمية بعيداً عن السوق الموازية⁽⁴⁾.

وقد كانت تلك الآلية بمثابة مقدمة أو تمهيد لعملية التعويم الثانية ، حيث استمر تطبيق تلك الآلية لمدة تقترب من أربعة أعوام ، اعتباراً من 30 ديسمبر 2012م ، ومن خلالها استمر البنك المركزي في تقديم تلك العطاءات للبنوك العاملة في مصر حتى الثالث من نوفمبر عام 2016م ، مستهدفاً منها ضبط حركة سوق الصرف الأجنبي ، من خلال الترشيد في استخدامه ، لمواجهة العجز في العملات الأجنبية ، وخاصة الدولار الأمريكي ، الذي يمثل عصب الحياة الاقتصادية على مستوى العالم ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى محاولة التضييق قدر الإمكان (وإن كان ذلك من الصعب) على السوق السوداء للعملة.

وقد طرح البنك المركزي مجموعة كبيرة من العطاءات الدولارية خلال فترة الأربع سنوات ، سواءً منها العطاءات الدولارية الدورية ، التي كانت تتم على فترات يومية متقاربة تصل إلى ثلاث عطاءات أسبوعية ، إلى جانب العطاءات الاستثنائية التي بلغت حوالي تسع عطاءات خلال فترة الأربع سنوات ، وكانت تلك

⁽³⁾ البنك المركزي المصري - المركزي يطرح عطاءات دورية لشراء وبيع الدولار - تقرير صادر عن البنك المركزي المصري بتاريخ 2012/12/29، جريدة الأهرام الإلكترونية.

⁽⁴⁾ CBSL - Guidelines Governing Bank of Sierra Leone Foreign Exchange Auction - Central Bank of Sierra Leone , May 2011, pp:2 - 9.

العطاءات مقدمة لتطبيق التعويم الثاني في مصر خلال فترة تقل عن خمس عشرة سنة ، وفيما يلي نستعرض بيان بالعطاءات الدولارية الدورية أولاً ، ثم نستعرض العطاءات الاستثنائية ثانياً ، من خلال الجداول التالية:

جدول (4) يوضح حجم العطاءات الدلارية الدورية خلال الفترة

من 2016/2012 (القيمة بالآلف مليون)

متوسط سعر الصراف عند طرح آخر عطاء	القيمة	عدد العطاءات	السنة
6,9386	6,066,4	145	2013/12
7,1401	5,734,5	148	2014/13
7,7301	4,534,4	118	2015/14
14,6450	4,836,4	62	2016/15
—	21,171,7	473	إجمالي عدد وقيمة العطاءات

المصدر:

- البنك المركزي المصري - إحصاءات العطاءات الدولارية الدورية خلال فترة طرحها - الموقع الرسمي للبنك.

- تم تجميع وإعداد عدد العطاءات وقيمتها خلال سنوات طرحها بواسطة الباحث من واقع إحصاءات البنك المركزي.

- تم حساب متوسط سعر الصرف عند طرح آخر عطاء في نهاية السنة.

يتضح من الجدول السابق أن إجمالي عدد العطاءات الدورية التي تم طرحها من قبل البنك خلال فترة الأربع سنوات حوالي 473 عطاءً دورياً ، بقيمة بلغت حوالي 21,171,7 مليار دولار أمريكي، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى يلاحظ انخفاض قيمة الجنيه مقابل الدولار الأمريكي بما يقارب نسبة 100% عام 2016/2015م من معدل التبادل ، حيث ارتفع سعر الصرف بين الجنيه المصري والدولار الأمريكي لصالح الأخير من 7,7301 عام 2015/14م إلى 14,6450 عام 2016/15م ، بما يعبر عن الانخفاض في قيمة العملة المصرية بنسبة تصل إلى 100%.

كما قام البنك المركزي خلال نفس الفترة بطرح مجموعة من العطاءات الدولارية الاستثنائية ، التي بلغت حوالي تسع عطاءات ، كان المركزي يطرحها لتلبية احتياجات البنوك من العملة الصعبة (الدولار) من أجل الوفاء باحتياجات

المستثمرين والأفراد ، وفيما يلي نتناول بيان بتلك العطاءات الاستثنائية المطروحة خلال الأربع سنوات:

جدول (5) يوضح حجم العطاءات الدلارية الاستثنائية خلال

الفترة من 2016/2012م (القيمة بالألف مليون)

متوسط سعر الصراف عند طرح آخر عطاء	القيمة	عدد العطاءات	السنة
6,8952	2700	3	2013/12
7,0950	2600	2	2014/13
لم يتم طرح عطاءات استثنائية خلال تلك السنة			2015/14
*8,7800	2097	4	2016/15
—	7,397	9	إجمالي عدد وقيمة العطاءات

المصدر:

- البنك المركزي المصري - إحصاءات العطاءات الدولارية الاستثنائية خلال فترة طرحها - الموقع الرسمي للبنك.

- تم تجميع وإعداد عدد العطاءات وقيمتها خلال سنوات طرحها بواسطة الباحث من واقع إحصاءات البنك المركزي.

* تم حساب متوسط سعر الصرف عند طرح آخر عطاء في تاريخ 2016/3/16م.

يتضح من الجدول السابق أن إجمالي عدد العطاءات الاستثنائية التي تم طرحها من قبل البنك خلال فترة الأربع سنوات بلغت حوالي (9) عطاءات استثنائية ، بقيمة بلغت حوالي 7,397 مليار دولار أمريكي،

(3) مرحلة التعويم الثاني للجنيه (نوفمبر 2016م):

حرصاً من البنك المركزي على تأكيد الثقة في الاقتصاد المصري ، وتحقيق الاستقرار النقدي ، استهدافاً لمستويات أدنى من التضخم ، فقد قرر البنك اتخاذ عدة إجراءات لتصحيح سياسة تداول النقد الأجنبي ، من خلال تحرير أسعار الصرف ، لإعطاء مرونة للبنوك العاملة في مصر لتسعير شراء وبيع النقد الأجنبي ، بهدف استعادة تداوله داخل القنوات الشرعية ، والإنهاء تماماً على السوق الموازية للعملة ، وبحيث يتم إطلاق الحرية للبنوك في تسعير النقد الأجنبي ، من خلال آلية

الإنترنتك ، والذي يتم التعامل في ظلّه بين البنوك التجارية وبعضها⁽¹⁾ ، وذلك اتساقاً مع المنظومة الإصلاحية المتكاملة ، التي تتضمن برنامج الإصلاحات الهيكلية للمالية العامة للحكومة⁽²⁾.

وقد اتخذ هذا القرار الخاص بتعويم الجنيه المصري من منطلق فكرة التعويم الحر ، الذي يعتمد (بشكل حقيقي) على آلية العرض والطلب بمعناها الدقيق ، والذي لا تدخل فيها لأي سلطة أو قرارات تحرك أو توجه الأسعار ، ففكرة العرض والطلب هي فكرة خفية ، تتحرك من خلالها أسعار العملات تلقائياً في شكل علاقة طردية في حالة زيادة الطلب على العملة ، وعلاقة عكسية في حالة زيادة المعروض من العملة ، ودونما تدخل من أحد ، بناءً على اتجاهات البيع والشراء للعملات الأجنبية ، فزيادة الطلب على الدولار الأمريكي مثلاً تعمل على تحريك سعره (مقابل الجنيه المصري) نحو الارتفاع بنفس مقدار الزيادة في الطلب ، وبشكل يؤدي إلى انخفاض قيمة الجنيه بنفس المعدل ، كما أن زيادة المعروض من الدولار عن المطلوب منه ، يؤدي إلى انخفاض قيمته مقابل الجنيه بنفس معدل زيادة المعروض ، وبشكل يؤدي إلى ارتفاع قيمة الجنيه بنفس المعدل.

¹⁾Christian Vital and David L. Mengle – SIC: Switzerland New Electronic Interbank Payment System – Economic Review , Federal Reserve Bank of Ruchmond , November – December 1988, pp: 12 – 13.

²⁾ البنك المركزي المصري - البنك المركزي يحرر سعر الصرف والتسعير وفقاً لآليات العرض والطلب - بيان صحفي للبنك منشور بتاريخ 2016/11/3م.

وفي ذلك لم تتدخل أية سلطة أو أية قرارات نحو التحكم في الكمية المعروضة أو المطلوبة من العملة الأجنبية ، بهدف التأثير على قيمتها مقابل العملة الوطنية أو العكس ، كما لم تتدخل تلك السلطة في تحديد أسعار الصرف بين العملتين ، وبذلك يتحقق السعر التوازني بينهما ، وهذا هو مضمون عملية التعويم الحر أو المطلق لسعر الصرف بين العملات الأجنبية ، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا هو: هل هذا التعويم هو ما قصده البنك المركزي المصري ، عندما اتخذ قرار تحرير سعر صرف الجنيه ، أم أنه يتدخل في هذا السعر من وقت لآخر ، وهو ما سنستعرضه من خلال توضيح آلية نظام التعويم المطبق في مصر .

ثالثاً: آلية نظام التعويم المطبق في مصر:

ففيما يخص نظام تعويم سعر الصرف فإن منطوقه الأساسي ينص على أن العملة الوطنية تتحدد وفقاً لآليات سوق الصرف ، وبالتالي ترك السعر في السوق ، وخاصة الرسمي ، ممثلاً في البنوك وغيرها من المؤسسات المالية يتحدد وفقاً لآليات العرض والطلب ، بحيث يكون هذا السعر السائد في السوق للعملة المصرية مقابل العملات الأجنبية ، وخاصة الدولار الأمريكي ، ناتجاً عن تفاعل كلاً من العرض والطلب ، إلى جانب جزء من المضاربات المسموح بها ، بحيث لا يتدخل البنك المركزي في تحديد السعر ، وهذا ما يطلق عليه التعويم المطلق لسعر الصرف ، والذي يترتب عليه تخفيف جفاف السيولة المالية إذا ما

تعرض الاقتصاد للصدمات الكبيرة ، وخاصة أوقات الأزمات المالية⁽¹⁾.

والسؤال الذي يطرح نفسه علينا هنا ، هو : هل التعويم المطلق هو المنهج المطبق في مصر لتحرير سعر صرف الجنيه مقابل العملات (الدولار) الأجنبية ، على النحو الذي أشرنا إليه في السطور السابقة ، أم أن إدارة السياسة النقدية في مصر تنتهج أسلوب التعويم المدار ، والذي يقوم على ترك تحديد سعر الصرف إلى قوى العرض والطلب ، ولكن مع تدخل الدولة عن طريق البنك المركزي ، وذلك من خلال آلية العرض والطلب ، وتفاعل قوى البيع والشراء للتأثير على سعر الصرف⁽²⁾؟.

ولا تقتصر الإجابة على هذا التساؤل على مجرد دراسة الواقع النظري للفقهاء وأساتذة الاقتصاد ، وما نُسب إليهم من آراء وأقوال ، بقدر ما تعتمد الإجابة على دراسة الواقع العملي ، وما أسفر عنه التطبيق العملي لمنهج تعويم سعر الصرف ، خلال الفترة منذ بداية تطبيقه في نوفمبر عام 2016م ، وحتى تاريخ

¹ أنظر في ذلك:

– Sara Dind and Yang Di and Ligang Zhong – Free Float and Market Liquidity around The world – Journal of Empirical Finance , Volume 38 , Part A , September 2016 , pp:236 – 257.

– على حافظ منصور – اقتصاديات النقود والبنوك – دار النهضة العربية – القاهرة – 2003 – ص174.

²) Bofinger, Peter; Wollmershäuser, Timo – Managed floating: Understanding the new international monetary order – Op.Cit: 4 – 6.

كتابة تلك السطور ، ففي الوقت الذي ذهب فيه الكثير⁽¹⁾ من فقهاء وكتاب الاقتصاد إلى إتباع السياسة النقدية في مصر لمنهج التعويم الحر لسعر الصرف ، الذي يتحدد تبعاً لظروف العرض والطلب في السوق ، دونما تدخلٍ ما من قبل السلطات النقدية في الدولة ، وخاصة من قبل البنك المركزي المصري ، في سبيل تحقيق الاستقرار في سوق الصرف المصرية ، ومن ثم تقليص الدور الذي تلعبه السوق الموازية في تسريع انخفاض قيمة الجنيه المصري مقابل العملات الأجنبية ، ممثلة في الدولار الأمريكي ، وما يترتب عليه (بمفهوم المخالفة) من انخفاض سريع في سعر الدولار مقابل الجنيه المصري.

وعلى خلاف ذلك يفيد الواقع العملي ، والذي ظهرت ملامحه من خلال التحكم الواضح من قبل البنك المركزي المصري في أسعار صرف الجنيه المصري ، مقابل العملات الأجنبية ، وعلى وجه الخصوص مقابل الدولار الأمريكي ، بأن

⁽¹⁾ أنظر في ذلك:

- طارق عبد العظيم يوسف الرشيدي - داليا عادل عباس السيد - أثر تعويم سعر الصرف للجنيه المصري على عناصر القوائم المالية في إطار معيار المحاسبة المصري رقم (13) "دراسة ميدانية على الشركات المسجلة في سوق الأوراق المالية" - بحث غير منشور - كلية التجارة - جامعة دمياط - 2018م - ص980.

- علياء عرفة - آثار تعويم الجنيه على الاقتصاد المصري - وحدة الدراسات السياسية والاقتصادية - مقال غير منشور بتاريخ 2017/12/13م.

- سلمى حسين - ثلاثة أساطير حكومية عن تعويم الجنيه المصري - المبادرة المصرية للحقوق الشخصية - وحدة العدالة الاقتصادية والاجتماعية - الطبعة الأولى - نوفمبر 2016م - ص15.

القائمين على السياسة النقدية في مصر ينتهجون منهج أسلوب التعويم المدار ،
والذي يقوم مفهومه ومبدأه على ترك سعر صرف الجنيه مقابل العملات يتحرك
ويتحدد طبقاً لقوى العرض والطلب ، ولكن مع تدخل البنك المركزي ، من خلال
اتخاذ العديد من الإجراءات التي تعمل على استقرار سعر الصرف ، وعدم تدهوره ،
إذا ما ترك لقوى العرض والطلب تتحكم فيه بشكل كامل .

فعلى الرغم من قرار التعويم ، والادعاء بأن الاقتصاد المصري يتبع
منهج أو أسلوب التعويم الحر ، إلا أننا نجد أن القائمين على السياسة النقدية لا
يطبقون الأسلوب الحر للتعويم بشكل مجرد ، ألا وهو الاعتماد المطلق على قوى
العرض والطلب فقط ، ويظهر هذا جلياً من السياسات اليومية للبنك المركزي
والبنوك العاملة في مصر التي يكتنفها التناقض من حيث:

1) إصدار أسعار يومية للصرف لا تعبر عن الواقع

ففي الوقت الذي يزيد الطلب فيه على الدولار ، ومن ثم تكون النتيجة الطبيعية هي ارتفاع قيمته ، نجد أن البنوك تعرض أسعاراً متدنية للدولار ، تتم عن انخفاض قيمته في مواجهة الجنيه على الرغم من زيادة الطلب عليه ، ولا شك أن هذا يفيد تدخل البنوك بشكل أو بآخر في تحديد سعر الصرف ، ومما يدل على ذلك أن البنك المركزي قد حدد قيمة الدولار مقابل الجنيه عند اتخاذ قرار التعويم في الثالث من نوفمبر 2016 بـ 13,5 جنيه تقريباً، وعندما ترك البنك المركزي قوى العرض والطلب تعمل بحريتها استمرت وتيرة الانخفاض في قيمة الجنيه يوماً بعد آخر حتى وصلت قيمة الدولار إلى ما يزيد عن 18 جنيه بنهاية يناير من عام 2017م، ثم أخذت تلك القيمة في الارتفاع مرة أخرى بداية من شهر فبراير من نفس العام بفعل تدخل البنوك ، مما يدل على أن ترك قيمة الجنيه تتحدد طبقاً لقوى العرض والطلب أمراً ليس في صالحه ، وفيما يلي نستعرض التغيرات في سعر صرف الجنيه مقابل الدولار الأمريكي على وجه التحديد خلال الفترة ما قبل التعويم ، مروراً به ، وحتى الشهور القليلة التي تليه لمعرفة تأثير قوى العرض والطلب عليه:

جدول (6) يوضح معدلات صرف الجنيه المصري مقابل الدولار (أكتوبر

2016- مايو 2020م)

المتوسط المرجح لسعري البيع والشراء	سعر الصرف في نهاية الشهر		الشهر
	بيع	شراء	
8,7800	8.8800	8.8583	أكتوبر 2016
14,6450	14.2757	13.5277	3 نوفمبر *2016
17,9474	18.1653	17.7673	نوفمبر 2016
18,2665	18.3817	18.0674	ديسمبر 2016
18,8148	18.8896	18,7619	يناير 2017
15,8214	15.8706	15,7679	فبراير 2017

18,1396	18,1882	18,0835	مارس 2017
17,0765	18,1341	18,0312	أبريل 2017
17,6441	17,6944	17,5950	مارس 2018
15,3195	17,3733	17,2733	مارس 2019
15,7532	15,7989	15,6989	مارس 2020
15,8924	15.9383	15,8383	مايو 2020

المصدر:

النشرة الإحصائية الشهرية للبنك المركزي المصري - أعداد وسنوات

مختلفة.

* تاريخ بداية تنفيذ قرار تعويم الجنيه المصري مقابل العملات الأجنبية.

وبذلك يتضح التذبذب في متوسط أسعار البيع والشراء للجنيه المصري مقابل الدولار الأمريكي خلال فترة الدراسة ، حيث بدأ هذا المتوسط في الارتفاع منذ القيام بعملية التعويم ، حتى انخفاض في فبراير عام 2017م ، دون أن يكون هذا

الانخفاض مستنداً لمبررات قوية تعزز من ارتفاع قيمة الجنيه مقابل الدولار ، والدليل على ذلك انخفاض قيمة الجنيه مقابل الدولار مرة ثانية في شهر مارس 2017م ، لينخفض الجنيه من 15,8214 في فبراير ، إلى 18,1396 في مارس من نفس العام ، واستمر هذا المعدل من الانخفاض بنسب متقاربة حتى شهر مارس 2018م ، ثم ارتفعت قيمة الجنيه مرة أخرى في مارس 2019م ، ليقدر بحوالي 15,3195 ج لكل دولار أمريكي ، واستمرت قيمة الجنيه المصري إلى ما يقارب نفس القيمة أو يرتفع قليلاً حتى قدر بـ 15,8924 في مايو 2020م.

(2) الارتفاع المضطرد في مستويات الأسعار

فارتفاع مستويات الأسعار بشكل مضطرد وملحوظ ، سواءً بالنسبة للرقم القياسي لأسعار المستهلكين الذي ارتفع خلال النصف الأول عام 2017/2016م من 5,7% إلى 14,3% خلال نفس الفترة من العام السابق ، أو بالنسبة لأسعار المنتجين (على النحو الذي سنتعرض له في المبحث القادم) ، الذي ارتفع من 1,5% إلى 20% خلال نفس الفترة من النصف الأول عام 2016/2015م⁽¹⁾ ، ينطوي على شيء من التناقض مع ما يصاحب ذلك من ارتفاع في قيمة الجنيه مقابل الدولار ، فمن المنطقي أن انخفاض قيمة الجنيه مقابل الدولار يتناسب عكسياً مع مستويات الأسعار ، حيث يؤدي إلى ارتفاعها ، وفي نفس الوقت ، فإن

⁽¹⁾ المجلة الاقتصادية للبنك المركزي المصري - المجلد السابع والخمسون - العدد الثاني 2017/2016 - ص7 - ص9.

ارتفاع قيمة الجنيه مقابل انخفاض الدولار ، يتناسب عكسياً مع مستويات الأسعار ، حيث يؤدي إلى انخفاضها ، وهذا ما لم يحدث بالفعل في ظل فترات ارتفاع قيمة الجنيه المصري مقابل الدولار ، لا نظرياً من خلال الإحصائيات ، ولا عملياً من خلال الأسعار في الأسواق ، ولمزيد من التوضيح سنتعرض لذلك عند الحديث عن انعكاسات تحرير سعر الصرف على مستويات الأسعار في مصر في المبحث الثالث.

المطلب الثاني

المستوى الحقيقي التوازني لسعر

الصرف المصري

يرتبط الاقتصاد المحلي بالاقتصاد العالمي من خلال ثلاثة أسواق ، هي⁽¹⁾: سوق السلع ، سوق الأصول ، سوق عوامل الإنتاج ، فالسلع (بشكل عام) إما أن يُتاجر بها (Traded) أو لا يُتاجر بها (Non Traded) ، أي لا تدخل في التجارة الخارجية ، وعليه فسوق السلع تنقسم إلى سوق محلي ، وسوق عالمي ، يتم التعامل فيهما بأسعار مختلفة ، يربط بينهما سعر الصرف ، وفي هذا الإطار يمكن تحديد مفهوم العلاقة بين السوق المحلي والسوق العالمي بسعر الصرف الحقيقي (TER) ، أو ما يعبر عنه بالمصطلح (True Exchange Rate) الذي يمثل نسبة سعر السلعة في الاقتصاد المحلي بالعملة المحلية إلى سعر السلعة في السوق العالمية بالعملة المحلية.

⁽¹⁾ عبد الله الزاوي - سعر الصرف الحقيقي التوازني - مرجع سابق - ص 69.

أولاً: مفهوم سعر الصرف الحقيقي

يهتم سعر الصرف الحقيقي بتأثير التضخم على سعر الصرف الاسمي لبلد ما ، وذلك من خلال الصيغة التي تجمع الرقم القياسي لمستويات الأسعار في البلد المعني والرقم القياسي لمستويات الأسعار في البلد المقارن⁽¹⁾.

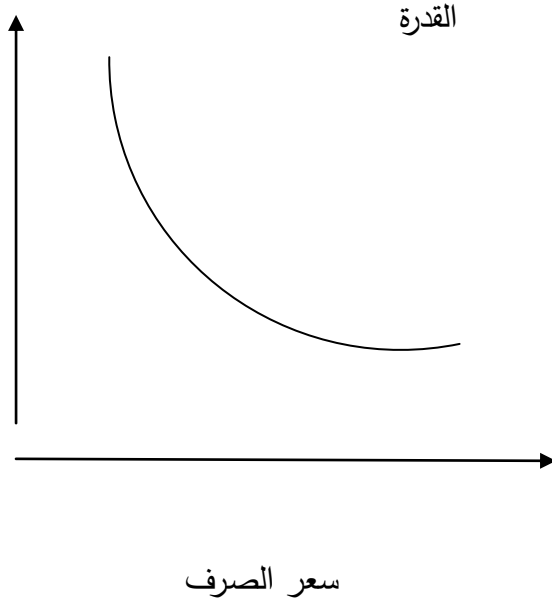
فسعر الصرف الحقيقي هو السعر النسبي للسلع المتبادلة إلى السلع غير المتبادلة ، ما يحدد من خلاله عدد وحدات السلع الأجنبية اللازمة لشراء وحدة واحدة من السلع المحلية ، وبالتالي فهو يقيس القدرة على المنافسة⁽²⁾ ، هذه الأخيرة التي ترتبط بعلاقة عكسية بسعر الصرف الحقيقي ، فكل زيادة في سعر الصرف الحقيقي ، تؤدي إلى انخفاض في القدرة التنافسية للاقتصاد المحلي ، وبالتالي زيادة الأرباح والإيرادات ، والعكس صحيح⁽³⁾ ، ويظهر ذلك جلياً من خلال الرسم الهندسي التالي:

¹) C. Paul Hall wood and Ronald MacDonald – International Money and Finance – Wiley-Blackwell , 3rd Edition – September 2000 , p:212.

²) بلقاسم العباس – سياسات أسعار الصرف – التنمية في الأقطار العربية – المعهد العربي للتخطيط – العدد (23) – 2003 – ص3.

³) مروان عطوان – أسعار صرف العملات – دار الهدى – عين مليلة – الجزائر – 1992م – ص320.

العلاقة بين القدرة التنافسية وسعر الصرف الحقيقي



المصدر: صندوق النقد العربي - سياسات إدارة أسعار الصرف في البلدان العربية - العدد الثالث - أبو ظبي - سبتمبر - 1997م - ص 23.

وبافتراض ثبات الأسعار الدولية ، فإن سعر الصرف الحقيقي سوف يعكس ارتفاع (انخفاض) قيمة سعر الصرف ، أو تخفيض قيمة سعر الصرف الحقيقي في التكلفة المحلية لإنتاج السلع الداخلة في التجارة ، ومن ثم تحسن (تدهور) القدرة التنافسية الدولية ، وعليه فإن ارتفاع سعر الصرف الحقيقي يعد مؤشراً للارتفاع النسبي لأسعار السلع الداخلة في التجارة ، وبالتالي يصبح هذا القطاع أكثر ربحية من غيره من القطاعات ، مما يعد حافزاً للمستثمرين لزيادة حجم استثماراتهم في هذا القطاع ، وبالتالي فإنه على المستوى الكلي سوف يحدث تحولاً

للموارد من قطاع السلع غير الداخلة في التجارة إلى قطاع السلع الداخلة في التجارة⁽¹⁾.

ثانياً: مؤشرات حساب سعر الصرف الحقيقي

تتعدد المؤشرات الإحصائية لحساب سعر الصرف الحقيقي ، وأهم هذه المؤشرات هو الذي يعتمد على قانون السعر الواحد المستخدم في نظرية تعادل القوة الشرائية ، إذ يعتبر أن سعر الصرف الحقيقي True Exchange Rate هو نسبة سعر السلع القابلة للتجار إلى السلع غير القابلة للتجار ، حيث يعتمد السعر التوازني الحقيقي للصرف على نظرية (PPP) أو ما تسمى بتعادل القوة الشرائية Purchasing Power Parity ، والتي تفترض أن تغير سعر الصرف بين عملتين (الدولار - الجنيه) خلال أية فترة زمنية يتحدد بالتغير في مستويات الأسعار النسبية للبلدين⁽²⁾، فعندما تتساوى أسعار كل سلعة بالعملة المشتركة

¹ أنظر في ذلك:

- عبد الرزاق الزاوي - سعر الصرف الحقيقي التوازني - مرجع سابق - ص71.

- C. Paul Hall wood and Ronald MacDonald - International Money and Finance - Op.Cit. p:212.

- عبد الرزاق الزاوي - محددات سعر الصرف الحقيقي التوازني للدينار الجزائري - مجلة العلوم الإنسانية - العدد السابع عشر - السنة العاشرة - كلية العلوم الاقتصادية والتجارية - جامعة محمد خيضر - الجزائر - نوفمبر 2009م - ص89 - ص102.

²Jathathip Jongwanich - Equilibrium Real Exchange Rate, Misalignment and Export Performance in Developing Asia - Working Paper series No.151, ADB , Asian Development Bank , March 2009, p:2.

لكلا البلدين ، وتدخل نفس تلك السلع إلى سوق كل بلد بنفس القيمة المحددة لها سلفاً ، ففي تلك الحالة يتحدد سعر الصرف الحقيقي على النحو التالي⁽¹⁾:

$$TER = \frac{eP^*}{eP} = 1. \quad (1)$$

حيث أن:

TER: تعبر عن سعر الصرف الحقيقي.

e: تعبر عن سعر الصرف الاسمي للوحدة من العملة الأجنبية.

P*: تعبر عن مستوى الأسعار في الاقتصاد الأجنبي.

P: تعبر عن مستوى الأسعار في الاقتصاد المحلي.

وتشير تلك المعادلة رقم (1) إلى التعبير عن سعر الصرف الحقيقي وفقاً

لمؤشر تعادل القوة الشرائية المطلقة ، والتي تعتمد على افتراض قانون سعر واحد للسلعة ، حيث يفترض هذا القانون وجود أسواق منافسة في دول مختلفة لتلك

¹⁾See:

– Froot, K.A and K. Rogoff – Perspectives on PPP and Long-Run Real Exchange Rate – In G. Grossman and K. Rogoff , eds , The Handbook of International Economics, Vol.III, Amsterdam North Holland , 1995.

– Alder M. and B. Lehman – Deviations from Purchasing Power Parity in The Long Run – Journal of Finance 38(5) , 1983 , pp: 1471 – 1478.

– Frankel J.A – The Collapse of Purchasing Power Parities during The 1970s – European Economic Reviews , 16 (1), 1981, pp:145 – 165.

السلعة ، ومع ذلك فإن هذا السعر لن يكون متساوياً في مختلف الأسواق في الأجل القصير ، وذلك بسبب عدم إمكانية نقل السلع على الفور وفي نفس الوقت إلى الأسواق المختلفة في الدول ، ومن هنا تميل سلة السلع في البلدان المختلفة إلى الاختلاف في سعرها ، فالسلعة الواحدة لن تتواجد في نفس الوقت في مختلف الأسواق الدولية ، وبنفس السعر ، بل إن اختلاف أوقات تواجدها يؤثر في سعرها ، ومن هنا تم تقديم نظرية تعادل القوة الشرائية النسبية لمراعاة هذه الاحتمالات ، فطبقاً لـ (PPP) يكون توازن (TER) كما هو الحال في المعادلة التالية:

$$TER = \frac{eP^*}{eP} = \theta \quad (2)$$

حيث أن θ ثابتة ، تعكس بشكل أساسي العوائق التي تعترض التجارة والاختلاف في تكوين سلة الاستهلاك ، مما يؤثر على أسعار نفس السلعة أو مجموعة السلع بين مختلف الدول ، وتفترض كلاً من نظريتي تعادل القوة الشرائية (PPP) سواءً المطلقة أو النسبية أن توازن سعر الصرف الحقيقي بين العملات ثابت خلال الأجل الطويل⁽¹⁾.

1) Jathathip Jongwanich – Equilibrium Real Exchange Rate, Misalignment and Export Performance in Developing Asia– Op.Cit. p:3.

ثالثاً: توازن سعر الصرف الحقيقي في مصر

في هذا الجانب من الدراسة البحثية نتناول مجموعة من النقاط الرئيسية التي نصل من خلالها إلى تحديد سعر الصرف الحقيقي التوازني في مصر.

1) الفروض التي تقوم عليها عملية التوازن

قبل البدء في الحديث عن وجود أو مدى تحقق التوازن الفعلي لسعر صرف الجنيه المصري في مواجهة العملات الأجنبية ، لابد من وجود مجموعة من الافتراضات والعوامل التي نفترض أن يتم بناء عملية التوازن عليها ، وتتمثل تلك الافتراضات والعوامل فيما يلي:

1) اختيار عملة أجنبية رئيسية لتكون المقياس في تحديد سعر الصرف مقابل الجنيه المصري ، ولتكن الدولار الأمريكي ، باعتباره العمود الفقري لمعظم المعاملات الاقتصادية الدولية.

2) اختيار سلة من السلع (على الأقل سلعتين) لتكون معياراً لتحديد قيم العملتين المصرية والأمريكية في سوق الصرف ، وصولاً إلى السعر التوازني الحقيقي بينهما.

3) افتراض أن قوى العرض والطلب تحكم سوق صرف العملات (سعر الصرف الحر) وأنها المحرك الرئيسي والأساسي لتحديد قيم العملات مقابل بعضها.

4) افتراض ثبات سعر الصرف نسبياً بين العملتين وفقاً لقوى العرض والطلب خلال الأجل القصير، حيث أن تفاوت الأسعار بنسب مرتفعة يؤدي إلى عدم التقييم السليم لسعر الصرف الحقيقي.

2) تحليل عملية توازن سعر الصرف في مصر هندسياً وحسابياً

يعد مفهوم التوازن أحد أهم المفاهيم المستخدمة في دراسة أدبيات سعر الصرف الحقيقي الـ (TER) حيث يُعرف بـ "معدل العائد"، أي معدل العائد الذي يحقق في نفس الوقت أرصدة داخلية وخارجية، ويتم الوصول إلى التوازن الداخلي عندما يكون الاقتصاد في حالة الإنتاج أو العمالة الكاملة، في ظل بيئة أو مستوى منخفض من التضخم، فالتوازن في هذا الإطار يرمز إلى توازن الأسواق (السلع - العمالة - رأس المال)، كما قد يرمز إلى تساوي العرض والطلب في سوق واحد⁽¹⁾.

وعليه فالتوازن يمكن أن يعرف بأنه السعر الذي يتم على أساسه تبادل كل السلع في السوق، ومن ثم إذا ما عرفنا سعر الصرف التوازني في مصر ما بين العملتين (الجنيه - الدولار) على هذا الأساس، يكون سعر توازن الجنيه المصري مقابل الدولار الأمريكي هو السعر الذي يتحقق به تساوي العرض والطلب

¹⁾Williamson J. - Estimating Equilibrium Exchange Rates - Institute for International Economics - Washington D.C.1994, In Jathathip Jongwanich - Equilibrium Real Exchange Rate, Misalignment and Export Performance in Developing Asia- Op.Cit. p:3.

على تلك العملة (الدولار) - في إطار نظام من التعويم الحر الخالي من أي تدخل للسلطات النقدية في توجيهه أو تحريك الأسعار - وذلك بصرف النظر عن أثر المضاربة ، وحركات رؤوس الأموال العادية⁽¹⁾ ، وسعر الصرف شأنه شأن أي سعر لسلعة ما ، فإذا كنا بالنسبة للسلع والخدمات نقول بأن السعر المتوازن هو فكرة نظرية لا تتحقق عملياً ، والأمر كذلك بالنسبة لتوازن صرف الجنيه مقابل الدولار الأمريكي ، الذي يعبر عن تصور نظري ، لا يتحقق عملياً ، نظراً لديناميكية العلاقات الاقتصادية النشطة ، وخاصة فيما يتعلق بعلاقات العملات (محل سوق الصرف) بعضها ببعض ، ومن ثم فقلما تتساوى الكمية المطلوبة من الدولار مع الكمية المعروضة منه ، والتي نصل من خلالها إلى تحقق فكرة التوازن المطلوب ، بل يتذبذب السعر يومياً بتغير الظروف.

وهناك من يري أنه يمكن بواسطة مقارنة حركات أسعار الدولار الأمريكي الوصول إلى تقدير غير دقيق للسعر المتوازن له ، وعلى أية حال فإن سعر الصرف المتوازن سريع التغير بين لحظة وأخرى ، وإن لم تتغير العوامل المؤثرة في تحديده ، مثل المعروض النقدي أو الطلب الحقيقي على النقود⁽²⁾ ، وذلك إذا ما حدث تغير في مكونات الإنتاج المحلي من السلع المصرية أو السلع الأجنبية (والأمريكية على وجه الخصوص)، وهو ما يعني حدوث تغيرات في الطلب المحلي في مصر على الواردات الأجنبية (المقومة بالدولار) ، ويمكن

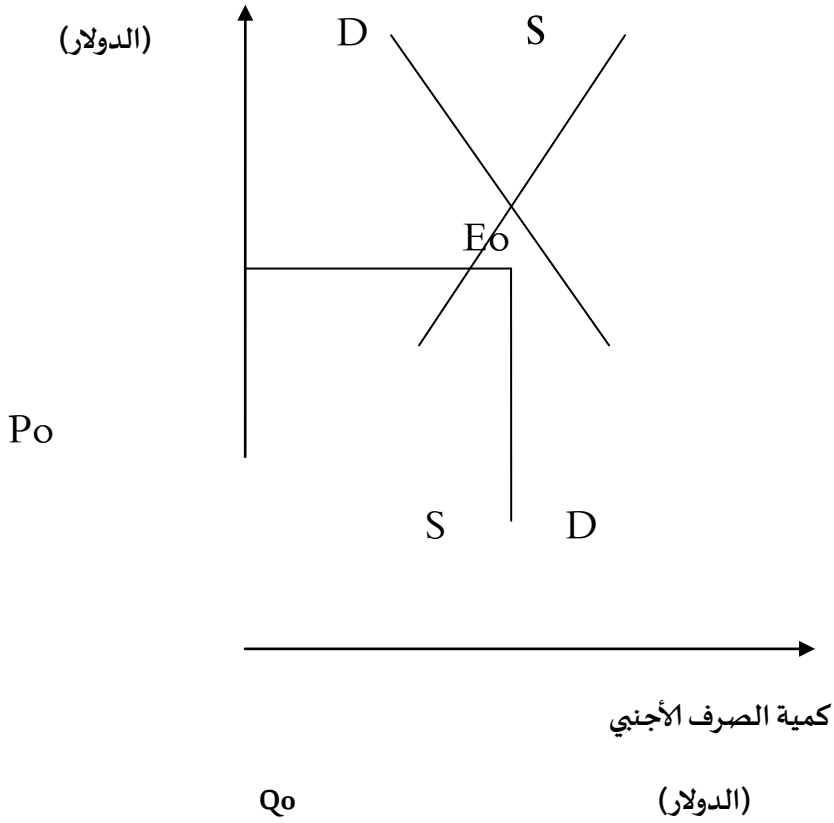
¹ محمد ناظم محمد حنفي - مشاكل تحديد سعر الصرف وتقييم العملات - الهيئة المصرية العامة للكتاب - القاهرة - 1999م - ص38.

² عبد الرزاق الزاوي - سعر الصرف الحقيقي التوازني - مرجع سابق - ص73 - ص74.

توضيح سعر الصرف المتوازن بين العملتين المصرية والأمريكية بيانياً ، من خلال
الرسم الهندسي التالي⁽¹⁾:

¹ مجيد على حسين - عفاف عبد الجبار سعيد - مقدمة في التحليل الاقتصادي الكلي - دار
وائل للنشر والتوزيع - الطبعة الأولى - عمان - الأردن - 2003 - ص384.

سعر الصرف الأجنبي



المصدر: من إعداد الباحث بالاعتماد على بعض البيانات المستقاة من /مجيد
على حسين - عفاف عبد الجبار سعيد - مقدمة في التحليل الاقتصادي الكلي -
دار وائل للنشر والتوزيع - الطبعة الأولى - عمان - الأردن - 2003 -
ص384.

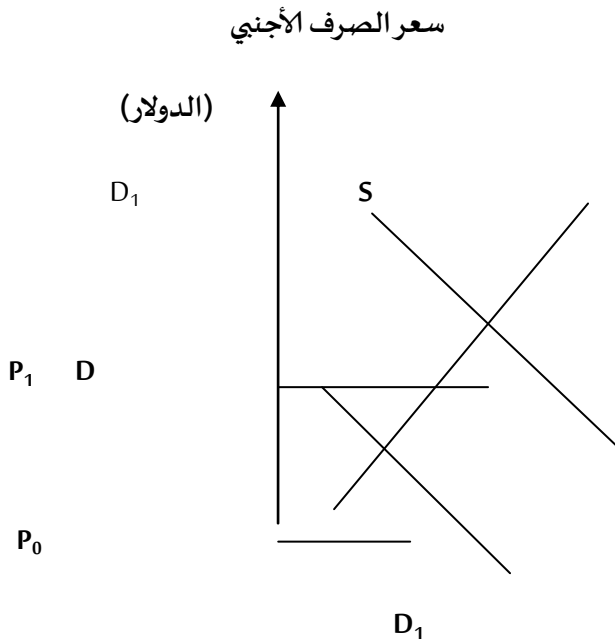
ويعبر هذا الشكل عن نوعين من العلاقات الاقتصادية بين الكميات

المعروضة من الصرف الأجنبي (ممثلاً في الدولار الأمريكي) ، والكميات المطلوبة منه ، بغرض الحصول على الكمية التوازنية عند السعر التوازني ، فتكون تلك العلاقة عكسية ، ينحدر فيها منحنى الطلب (D) من الشمال الشرقي إلى الجنوب الغربي ، دلالة على وجود تلك العلاقة العكسية بين الكميات المطلوبة من الدولار ، وسعره في السوق المصري ، فزيادة سعر الدولار (مقوماً بالجنيه) على المحور الرأسي يؤدي إلى انخفاض الكمية المطلوبة منه على المحور الأفقي ، والعكس صحيح ، كما يعبر الشكل الهندسي عن وجود علاقة طردية ، ممثلة في منحنى العرض (S) ، الذي ينحدر من الشمال الغربي إلى الجنوب الشرقي ، والذي يفيد بأن انخفاض سعر صرف الدولار الأمريكي (مقوماً بالجنيه) على المحور الرأسي يؤدي إلى زيادة الكمية المطلوبة منه على المحور الأفقي ، والعكس صحيح تماماً.

وهنا يمكن الوصول إلى الوضع التوازني لسعر الصرف في السوق من خلال العمل على تعادل الكمية المطلوبة من الدولار مع الكمية المعروضة منه عند سعر معين ، يعرف بالسعر التوازني ، حيث يتحدد السعر التوازني والكمية التوازنية من الدولار عند تقاطع منحنى الطلب على الدولار مع منحنى عرضه ، وذلك عند سعر للصرف التوازني يقدر بـ (Po) ، وعند كمية توازن معروضة ومطلوبة من الدولار الأمريكي في مصر تقدر بـ (Eo).

وعلى فرض تغير أحد العوامل المؤثرة في الكميات المعروضة والمطلوبة من الدولار الأمريكي (باستثناء سعره) ، وليكن هذا العامل هو زيادة الدخل القومي

في مصر ، مما يترتب عليه زيادة في الطلب على الواردات الأجنبية ، وبالتالي يؤدي إلى زيادة الطلب على الدولار الأمريكي ، مما يترتب عليه انتقال منحنى الطلب إلى الأعلى جهة اليمين ، وسوف يؤدي ذلك إلى نشأة نقطة توازن جديدة ، وسعر وكمية توازن جديدة كذلك ، حيث تزيد الكمية المطلوبة من الدولار عن الكمية المعروضة منه ، مما يترتب عليه استجابة السوق الحرة (الموازية) بفائض الطلب على العرض من الدولار ، وذلك بارتفاع سعر صرف الدولار (مقوماً بالجنيه المصري) ، حتى يصل إلى السعر التوازني الجديد ، وعند هذا السعر يعود التوازن في سوق الصرف الأجنبي مرة أخرى ، كما هو موضح في الشكل التالي⁽¹⁾:



⁽¹⁾مجيد على حسين - عفاف عبد الجبار سعيد - مقدمة في التحليل الاقتصادي الكلي - مرجع سابق - ص 386.

وحسابياً يمكننا التعبير عن تلك العلاقة من خلال نظرية تعادل القوة الشرائية بين الدولار الأمريكي والجنيه المصري ، عن طريق معرفة كمية وأسعار السلع المشتراه في الولايات المتحدة بالدولار الأمريكي ، ومعرفة أسعار نفس الكمية في مصر بالجنيه ، فالدولار الأمريكي يطلبه المصريين من أجل قوته الشرائية ، سواءً في السوق الأمريكي ، أو في السوق العالمي ، وعلى ذلك فإن معدل التبادل بين العملتين (الدولار - الجنيه) ، أي سعر الصرف بينهما ، إنما يتحدد بتساوي أو بتعادل القوة الشرائية في السوق المصري ، بعد تحويل الدولار إلى الجنيه ، فعلى سبيل المثال لو أن كمية معينة من السلع أو الخدمات يتم شراؤها في مصر بمبلغ (100 ج) ، وأن نفس الكمية تشتري في نفس الوقت في الولايات المتحدة بمبلغ (5) دولارات ، فمعنى ذلك أن القوة الشرائية للدولار الأمريكي تعادل (20) ضعف القوة الشرائية للجنيه المصري ، وعلى ذلك فإن سعر الصرف التوازني الحقيقي بينهما هو:

$$(1) \text{ دولار أمريكي} = 20 \text{ جنيه مصري.}$$

$$\text{أي أن } (1) \text{ جنيه مصري} = 0.5\% \text{ دولار أمريكي.}$$

ذلك الجزء هو المعدل الطبيعي (أو العادي أو معدل التوازن) بين العملتين الذي يدور حولهما سعر الصرف الجاري (أو الواقعي) ، بحيث إذا اختلف السعران قامت قوى الطلب والعرض بإعادة التوازن بينهما ، أي إعادة سعر الصرف الجاري إلى معدله الطبيعي.

فالعلاقة بين العرض والطلب على الدولار الأمريكي علاقة تبادلية ، تتبع من أن سعر الصرف يعد ثمناً للعملة الأمريكية مقدراً بوحدة من الجنيه المصري ، ومن هنا فإن الطلب على الدولار يثير في نفس الوقت عرض الجنيه المصري ، بمعنى أن طلب المقيمين في مصر للدولار الأمريكي يتضمن عرضهم للجنيه المصري ، وعرض الأمريكيين للدولار الأمريكي يحتوى على طلبهم للجنيه المصري.

كذلك فإن العلاقة بين الكمية المطلوبة من الدولار وسعر صرفه علاقة عكسية ، فكلما زاد سعر الصرف كلما انخفضت الكمية المطلوبة منه ، والسبب في ذلك هو أن الدولار الأمريكي لا يطلب لذاته ، ولكنه تطلب لشراء السلع والخدمات الأجنبية ، فالمصريون لا يطلبون الدولار لذاته ، ولكن لشراء السلع والخدمات الأمريكية ، فإذا ارتفع سعر الدولار ، ولم ترتفع أسعار السلع والخدمات الأمريكية ، فإن ذلك يعنى ارتفاع أثمان السلع الأمريكية مقدرة بالعملة المصرية ، مما يؤدي إلى انخفاض الكميات التي يطلبها المصريون من السلع الأجنبية المشتراه بالدولار ، وإلى انخفاض الكمية التي يطلبها المصريون من الدولارات الأمريكية ، والعكس

بالعكس بالنسبة للسلع المصرية.

أما بالنسبة للعرض ، فإن العلاقة بين تغير سعر الصرف وتغير الكميات المعروضة من العملة الأمريكية علاقة طردية ، وذلك لأن الدولار لا يعرض لذاته ، ولكن لشراء السلع الوطنية ، فالدولار الأمريكي لا يُعرض لذاته ، ولكن لشراء السلع والخدمات المصرية ، فزيادة سعر الدولار الأمريكي مع بقاء أسعار السلع المصرية المصدرة ثابتاً ، يؤدي إلى انخفاض أثمان الصادرات المصرية مقومة بالدولار ، مما يؤدي إلى زيادة الكميات المطلوبة من الصادرات المصرية ، وزيادة الكميات المعروضة من العملة الأجنبية ، ويستمر الوضع كذلك حتى يتحقق التوازن بين العملتين.

القيمة التوازنية للجنيه المصري في سوق الصرف

نتناول في هذا الجانب من الدراسة استعراضاً للقيمة التوازنية للجنيه المصري مقابل الدولار الأمريكي خلال السنوات الأخيرة ، من خلال مقارنة السعر التوازني بأسعار السوق الرسمية من ناحية ، والسوق الموازية من ناحية أخرى ، ومما يثير الدهشة سعر صرف الدولار في السوق الموازية المصرية كان يتماشى مع الوضع التوازني ويمثل انعكاساً للقيمة العادلة للجنيه ، وبعد ذلك بدأ سعر الصرف في السوق الموازية يبدو أكثر ارتفاعاً ، متجاوزاً لقيمة التوازن خلال الربع الثاني من عام 2016م ، وقد اقترن ذلك بحالة من القلق حول وجود تخفيض مؤكد في قيمة العملة في تاريخ محدد ، وقد كان اتخاذ قرار بتخفيض أو تعويم قيمة الجنيه المصري عاملاً مساعداً في انخفاض قيمة الجنيه مقابل الدولار في الفترة ما بين الربع الثاني والربع الرابع من عام 2016م ، حيث ارتفع السعر في السوق السوداء من 10,8 ج ، إلى 17,16 ج لكل دولار أمريكي ، أي بزيادة قدرها 58.9% ، وفيما يلي نستعرض التغير في سعر الصرف بين الجنيه المصري والدولار الأمريكي ، من خلال السوق الرسمية والسوق الموازية ، وبيان السعر الحقيقي التوازني للجنيه مقابل الدولار ، خلال الفترة ما قبل التعويم ، وما بعده على النحو التالي⁽¹⁾:

¹)Diaa Nouredin – Much Ado about The Egyptian Pound: Exchange Rate Misalignment and The pass Towards Equilibrium – The Egyptian

جدول (7) يوضح معدلات التغير بين قيمة الجنيه والدولار وفقاً للسعر

الرسمي والتوازني والموازي

السوق	سعر الموازية	السعر التوازني	السعر الرسمي	الفترة
	7,74	8,69	7,49	الربع الأول 2015
	7,67	8,87	7.61	الربع الثاني 2015
	7,96	9,22	7.81	الربع الثالث 2015
	8,46	9,76	7.87	الربع الرابع 2015

Center for Economic Studies – Working Paper No.190 , December 2017, p:29 – 30.

9,06	10,06	8,02	الربع الأول 2016
10,80	10,32	8,86	الربع الثاني 2016
12,39	10,98	8,86	الربع الثالث 2016
17,16	12,24	14.36	الربع الرابع 2016
*19,23	13,76	17,72	الربع الأول 2017
----	14.21	18,03	الربع الثاني 2017
----	14,45	17,72	الربع الثالث

			2017
-----	14,68	17,69	الربع الرابع 2017
-----	15,60	17,64	الربع الأول 2018
-----	16,51	15,31	الربع الأول 2019
-----	17,43	15,75	الربع الأول 2020
-----	17,66	15,89	الربع الثاني 2020

Notes: The equilibrium rate is based on Diao Noureldin –
Much Ado about The Egyptian Pound: Exchange Rate
Misalignment and The pass Towards Equilibrium– calculations

given the estimated equilibrium real exchange rate (ERER)
The sources for the official and Parallel Market rates are The
central bank of Egypt and Bloomberg /Reuters , respectively.

*This is the average of the daily rates quoted in the
Parallel market from 1 January 2017 until 6 February 2017,
the date after which the Parallel market ceased to exist.

يتضح من الجدول السابق أن سعر صرف الجنيه المصري كان مقدراً
بأعلى من قيمته مقابل الدولار الأمريكي ، منذ بداية عام 2015م ، حيث تجاوز
السعر المحدد له في السوق الرسمية والسوق الموازية قيمته التوازنية الحقيقية ، ففي
الوقت الذي كانت تساوي فيه قيمة الجنيه المصري مقابل الدولار الأمريكي حوالي
(8,69ج) لكل دولار ، وذلك في إطار القيمة التوازنية الحقيقية بينهما ، قدرت تلك
القيمة بـ (7,49ج) في السوق الرسمية الحكومية ، كما قدرت بـ (7,74ج) لكل
دولار في السوق الموازية ، وذلك خلال الربع الأول من عام 2015م ، وبشكل يفيد
بتقدير قيمة غير حقيقة ، ترتب عليها ارتفاع قيمة العملة المصرية مقابل الدولار
الأمريكي.

واستمر هذا التقدير غير الحقيقي (خاصةً في السوق الرسمية) لقيمة الجنيه مقابل الدولار حتى الربع الثالث من عام 2016م ، حيث قدرت قيمة الجنيه مقابل الدولار بحوالي (8,86ج) مقابل كل دولار أمريكي ، في نفس الوقت الذي كانت تساوي فيه قيمته الحقيقية التوازنية حوالي (10,98ج) لكل دولار ، بزيادة في قيمة الجنيه مقابل الدولار بنسبة تقدر بحوالي (20%) تقريباً ، أما في السوق الموازية ، فنجد الوضع مختلف بعض الشيء ، حيث قدرت قيمة الجنيه (خلال الربع الثاني من عام 2016م) بحوالي (10,80ج) لكل دولار ، مقابل قيمة قدرت بحوالي (10,32ج) لكل دولار في السوق التوازني .

انخفضت بعدها تلك القيمة في الربع الثالث من عام 2016م ، حتى بلغت قيمة الجنيه مقابل الدولار حوالي (12,39ج) لكل دولار أمريكي ، في نفس الوقت الذي قدر فيه السعر التوازني بحوالي (10,98ج) لكل دولار ، وهو ما يعني أن السوق غير الرسمية كانت أكثر واقعية في تحديد سعر الصرف بين العملتين من السوق الرسمية ، حيث قدرت تلك القيمة للجنيه في السوق الأخيرة بأعلى من قيمته (8,86ج)، في حين قدرت تلك القيمة في السوق الأولى بأقل من قيمته (12,39ج) ، وكان المؤشر لذلك هو السعر التوازني.

ومع بداية الربع الرابع من عام 2016م ، (وهي الفترة التي صاحبت قراراً تعويم الجنيه المصري) وتقدير قيمة الجنيه المصري في ذلك الوقت بـ (14,36ج) لكل دولار ، ارتفع بعدها في الربع الأول من عام 2017م ليصل إلى

(17,72ج) ، بمعدل انخفاض لقيمة الجنيه قدر بحوالي (25%) تقريباً عن الربع الرابع من عام 2016م ، وواصلت قيمة الجنيه مسيرتها نحو الانخفاض أمام الدولار مع الربع الثاني من عام 2017م ، الذي قدرت فيه بحوالي (18,03ج) لكل دولار ، انخفضت بعدها تلك القيمة في الربع الثالث من نفس العام ، حتى عادت إلى ما كانت عليه في الربع الثاني ، والتي قدرت بحوالي (17,72ج).

في المقابل كانت تلك القيم المشار إليها لسعر الجنيه مقابل الدولار في السوق الرسمية أقل من قيمتها مقارنةً بالسعر التوازني ، والذي قدر بحوالي (12,24ج) في الربع الرابع من عام 2016م ، وقدر بحوالي (14,45ج) لكل دولار في الربع الثالث من عام 2017م ، الأمر الذي يؤكد أن الجنيه المصري كان مقدراً بأقل من قيمته خلال تلك الفترة.

واستمر هذا الوضع في تقدير قيمة الجنيه المصري بأقل من قيمته حتى الربع الأول من عام 2018م ، حيث تم تقدير قيمة الجنيه المصري في السوق الرسمية بحوالي (17,64ج) لكل دولار أمريكي ، في حين أن قيمته الحقيقية التوازنية خلال تلك الفترة كانت تقدر بـ (15,60ج) لكل دولار أمريكي ، إلا أنه اعتباراً من الربع الأول من عام 2019م وحتى الربع الثاني من عام 2020م بدأ الجنيه المصري يتم تقديره بأعلى من قيمته ، مقارنةً بالدولار الأمريكي ، حيث قدرت قيمته خلال الربع الأول من 2019م في السوق الرسمية بحوالي (15,31ج) ، في حين كان السعر التوازني الحقيقي يقدر بحوالي (16,51ج) لكل دولار

أمريكي ، بنسبة زيادة في قيمة الجنيه تقدر بحوالي (8%) تقريباً من السعر التوازني .

وبعد ذلك استمر الانخفاض في قيمة الجنيه حتى نهاية الربع الثاني من عام 2020م ، حيث قدرت قيمة الجنيه بحوالي (15,89ج) لكل دولار أمريكي ، إلا أنه على الرغم من الانخفاض في قيمة الجنيه في الفترة من الربع الأول 2019م ، وحتى الربع الثاني من عام 2020م ، إلا أنه كان مقدراً بأعلى من قيمته ، مقارنةً بالسعر التوازني ، الذي قدر خلال هذا الربع الثاني من عام 2020م بحوالي (17,66ج) لكل دولار ، وبنسبة زيادة في قيمة الجنيه قدرت بحوالي (10%) تقريباً من قيمة السعر التوازني.

ويتضح من العرض السابق توافر ملاحظة في غاية الأهمية ، وهي أن التدخل لتقدير قيمة الجنيه المصري مقابل الدولار الأمريكي على هذا النحو السابق الإشارة إليه ، يفيد أن هناك أيادي تتدخل لإدارة وتحديد سعر الصرف بين العملتين على الرغم من أن الشكل العام يفيد بأن السياسة الاقتصادية المصرية تتبع أسلوب تعويم سعر الصرف ، وهذا ما يؤكد وجهة نظرنا التي أشرنا إليها عند الحديث عن أسلوب التعويم بأن القائمين على السياسة النقدية في مصر ينتهجون منهج أسلوب التعويم المدار ، والذي يقوم مفهومه ومبدأه على ترك سعر صرف الجنيه مقابل العملات يتحرك ويتحدد طبقاً لقوى العرض والطلب ، ولكن مع تدخل البنك المركزي ، من خلال اتخاذ العديد من الإجراءات التي تعمل على استقرار سعر

الصرف ، وعدم تدهوره ، إذا ما ترك لقوى العرض والطلب تتحكم فيه بشكل كامل.

المبحث الثالث

انعكاسات تحرير سعر الصرف على قيمة العملة

ومستويات الأسعار في مصر

في البداية وقبل الحديث عن الآثار أو الانعكاسات التي تترتبت على اتخاذ قرار تحرير سعر الصرف المصري ، أو ما يسمى بتعويم الجنيه المصري ، يتعين علينا بيان مفهوم انعكاس تحرير سعر الصرف بشكل عام ، ثم نتعرض بعد ذلك لتوضيح العلاقة بين تغير قيمة العملة ومستويات الأسعار ، ثم استعراض ما انعكس على أسعار السلع في مصر من تغيرات ، نتيجة اتخاذ وتطبيق قرار تعويم الجنيه المصري خلال تلك الفترة ، منذ التطبيق وحتى تاريخ كتابة تلك السطور ، وذلك على النحو التالي:

مطلب تمهيدي

مفهوم انعكاس تحرير سعر الصرف

Exchange Rate Pass-Through

اهتم الكثير من الباحثين والبنوك المركزية والمؤسسات التعليمية المختلفة بهذه الظاهرة الاقتصادية الهامة ، خصوصاً بعد اتجاه معظم البنوك المركزية في العالم إلى تبني أنظمة الصرف المرنة ، وقد تعددت التعريفات والمفاهيم التي تم تقديمها لتلك الظاهرة ، بحسب كل وجهة نظر ، حيث يمكن تحديد مفهوم انعكاس سعر الصرف ، بأنه ذلك التأثير الذي تحدثه تحركات سعر الصرف على أسعار الاستيراد والاستهلاك عبر الزمن⁽¹⁾ ، أي أن مصطلح الانعكاس يقصد به ذلك التغيير في الأسعار المحلية نتيجة التغيير في سعر صرف عملات الدول⁽²⁾ ، وهو أيضاً العلاقة بين تحركات أسعار الصرف وبين تعديل أسعار السلع المُتاجر

¹⁾ T.D.Karoro and M.J.Aziakpono and N. Cattaneo – Exchange Rate Pass-through to Import Prices in South Africa: Is there asymmetry ? – Rodhoe University ,Working Paper number 79. 2008, p:6.

²⁾ Omer Bakkou ET AL – Evaluation of Exchange Rate Pass Through in domestic prices in A Morocco – American Journal of Economic – 2015 , pp:513 – 525.

بها⁽¹⁾).

وفي هذا الإطار قام كلاً من Goldberg، Knetter بتقديم تعريف لانعكاس سعر الصرف على أنه "معدل التغير في أسعار الاستيراد بالعملة المحلية ، نتيجة تغير وحدة واحدة في سعر الصرف بين الدول المصدرة والمستوردة"⁽²⁾ ، بالرغم من أن هذا المصطلح مرتبط تقليدياً بحساسية أسعار الاستيراد لتغيرات سعر الصرف الاسمي ، لكنه تطور بمرور الوقت من خلال إدخال أصناف أخرى من الأسعار ، هي أسعار الإنتاج والاستهلاك ، ومنه يمكن أن يُنظر إلى انعكاس سعر الصرف نظرة أكثر اتساعاً من التغير في الأسعار المحلية (استيراد - استهلاك - إنتاج) الذي يكون من خلال التغير في سعر الصرف الاسمي ، ويمكن تسمية المرحلة الأولى من الانعكاس بانتقال تغيرات سعر الصرف إلى أسعار الاستيراد ، والمرحلة الثانية هي حساسية أسعار الاستهلاك للتغير في أسعار الاستيراد⁽³⁾ ، وقد ذهب البعض إلى تفسير انتقال تغيرات سعر الصرف على الأسعار ، بذلك التأثير

¹ مشهور هذلول - العوامل المؤثرة في انتقال أسعار صرف العملات الأجنبية على مؤشرات الأسعار في الأردن "1985-2006" - رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه - الأكاديمية العربية للعلوم المالية والمصرفية - الأردن - 2008 - ص12.

²) Goldberg, Pinelopi and Michael Knetter. "Goods Prices and Exchange Rates: What Have we Learned?" Journal of Economic Literature, vol. 35, 1997, pp. 1243-1292.

³) Nidhalddin ben cheikh - The pass-through of Exchange Rate changes to prices in Euro Area :En Empirical Investigation - Universite de RENNES 1 , these doctorat , 2013 , p:1.

المباشر لتقلبات القيمة الخارجية لعملة بلد معين على الأسعار الداخلية للسلع والخدمات المستوردة والأسعار المحلية بصفة عامة ، وحتى تأثير تغيرات سعر الصرف على التضخم المحلي⁽¹⁾.

ومهما تعددت التعريفات إلا أنها تندرج في سياق واحد ، مفاده أن الانعكاس هو ذلك التغير الذي يكون في الأسعار المحلية من استهلاك ، استيراد ، إنتاج ، والمصاحب لتغير أسعار الصرف ، وبعبارة أدق هو مدى انتقال تغيرات سعر الصرف إلى الأسعار المحلية ، ويمكن أن يكون الانعكاس كلي إذا انتقلت تغيرات الصرف بصفة كلية ، ويكون جزئياً إذا انتقلت بصفة جزئية⁽²⁾.

¹⁾ Yelma Takhtamanova – Underssetting changes in Exchange Rate Pass-through – Federal reserve Bank of Sanfransisco , Working Paper series 2008 – 2008, p:13.

⁽²⁾ مريم حسناوي – سيد أحمد زناقي – انعكاس سعر الصرف على التضخم في الاقتصاديات الناشئة – مجلة اقتصاديات المال والأعمال – العدد السابع – سبتمبر – 2018م – ص219.

المطلب الأول

انعكاس قرار التعويم على قيمة الجنيه في مواجهة

الدولار الأمريكي

قرر البنك المركزي المصري إتباع سياسة أكثر مرونة فيما يتعلق بسعر الصرف ، بهدف معالجة التشوهات في نظام الصرف ، واستعادة تداول العملات الأجنبية داخل النظام المصرفي بطريقة منظمة ، بعيداً عن السوق الموازية⁽¹⁾ ، فقد أخذ البنك المركزي قرار التعويم مستهدفاً إعطاء المرونة للبنوك العاملة في مصر لتسعير وشراء وبيع النقد الأجنبي (طبقاً لقوى العرض والطلب) من أجل استعادة تداوله داخل القنوات الشرعية ، والقضاء تماماً على السوق الموازية للنقد الأجنبي⁽²⁾ ، وهذه خطوة جيدة نحو إتباع المنهج السليم لتعويم سعر صرف الجنيه المصري ، إلا أن هناك بعض القيود التي يفرضها البنك المركزي على عملية الصرف ، منها أن البنوك لا تستطيع تلبية حاجة الأفراد والمستثمرين من العملة الأجنبية إلا في حدود معينة (خاصة بالنسبة للأفراد المتجهين للسفر خارج البلاد) بما لا يزيد عن ثلاثمائة دولار أمريكي ، مما يجعلهم يلجأون إلى السوق الموازية

¹⁾ Lin Noueihed , Asma Alsharif , Ehab Farouk – Egypt devalues Pound , announces more flexible exchange Rate Policy – Business News , Reuters , March 14 , 2016.

²⁾ أنظر في ذلك التقرير السنوي للبنك المركزي المصري – 2017/2016 – ص أ.

لتلبية احتياجاتهم من العملة الأجنبية.

فحتى يتحقق المستهدف من وراء عملية التعويم الحر (المطلق) ، وخاصة القضاء على السوق السوداء للعملة الأجنبية ، لابد من العمل على توفير احتياجات القطاعات الاقتصادية المختلفة في الدولة من تلك العملات ، خاصة مع الارتفاع الملحوظ لقيمة الدولار الأمريكي مقابل الجنيه المصري، نتيجة قرار التعويم ، والذي ارتفع من 8.78 ، إلى 18.09 لكل دولار ، بنهاية يونيو 2017م ، بانخفاض بلغ حوالي 51.5% ، وما نتج عنه من موجات تضخمية بلغت حوالي 29.8% بالنسبة لأسعار المستهلكين ، وقدرت بحوالي 34.9% بأسعار المنتجين ، وذلك بنهاية يونيو 2017م⁽¹⁾ ، مما يترتب عليه دفع مبالغ كبيرة جداً من العملة المحلية مقابل الحصول على العملة الأجنبية ، وما يترتب عليه من ارتفاع أسعار السلع ، سواءً المستوردة منها أو المحلية الصنع ، نتيجة اعتماد الأخيرة على عناصر إنتاج مستوردة من الخارج.

ومن وجهة نظرنا نرى أن عملية تطبيق أسلوب التعويم الكامل أو الحر تحتاج إلى مزيد من الوقت ، حيث يعتمد هذا الأسلوب على قوة الدولة من الناحية الاقتصادية ، ومدى تأثير الإنتاج المحلي في الاستهلاك العالمي ، ولذلك نجد أن الدول التي تتبع أسلوب التعويم الحر ، هي تلك التي يتمتع إنتاجها بالانتشار

¹ المؤشرات الرئيسية لأداء قطاعات الاقتصاد المصري - التقرير السنوي للبنك المركزي المصري 2016/2017م.

العالمي ، ومن ثم يزداد الطلب على عملتها نتيجة زيادة الطلب على إنتاجها المحلي ، وهو ما لم يحدث بالنسبة لحالة الاقتصاد المصري ، فكما تشير أدبيات دراسة سعر الصرف أن الطلب على عملة الدولة ليس طلباً أصلياً لذات العملة ، بقدر ما هو طلب مشتق من الطلب على إنتاجها من السلع والخدمات المختلفة ، التي يزداد الطلب العالمي عليها ، الأمر الذي يفيد بأن تعويم الجنيه المصري لن يؤدي ثماره وانعكاساته الايجابية على المعدل التبادلي بينه وبين العملات الأجنبية ، وخاصة الدولار الأمريكي ، إذا لم يصاحب عملية التعويم الزيادة في الإنتاج التصديري ، من ناحية ، وتمتع هذا الإنتاج التصديري بالجودة اللازمة لدخوله في سباق المنافسة الدولية على اختراق الأسواق العالمية من ناحية أخرى.

وللاستدلال على ذلك نستعرض في الجدول التالي انعكاسات تحرير سعر صرف الجنيه المصري مقابل سلة بسيطة من العملات الأجنبية ، وما ترتب عليه من انخفاض وتذبذب قيمة الجنيه مقابل تلك العملات ، ابتداءً من مرحلة التعويم التي تمت عام 2003م وحتى قرار التعويم الصادر عام 2016 ، وما ترتب عليه من رفع يد البنك المركزي عن التدخل في سوق الصرف الأجنبي:

جدول (8) يوضح تطور سعر الصرف (الجنيه المصري/وحدة من كل عملة)

متوسط سنوي	سلة العملات الأجنبية
------------	----------------------

يورو	جنيه إسترليني	دولار أمريكي	
6.654	9,595	5.861	2003
7.701	11,348	6.194	2004
7.226	10,569	5.791	2005
7.255	10,648	5.740	2006
7.836	11,448	5.636	2007
8.078	10,186	5.431	2008
7.804	8,764	5.542	2009
7.541	8,783	5.622	2010
8.253	9,507	5.933	2011

8.253	9,507	6.08	2012
8.3160	10,1920	6.3057	2013
8.796	11,19	7.1453	2014
8.8815	12,1582	7.7301	2015
9.8300	11,9950	8.7800	2016
20.5114	23,2007	18.0911	2017
20.6504	23,4009	17.8878	2018
18.8071	20,5062	16.8200	2019
18.9073	20,9344	15.9367	2020

المصدر:

- التقرير السنوي للبنك المركزي المصري - سنوات مختلفة.

- أحمد فؤاد مندور - مرمر سليمان ويصا - سياسات سعر الصرف مع الإشارة للاقتصاد المصري - مجلة الاقتصاد والتجارة - العدد الرابع - 2015م - ص292.

- إعداد الباحث اعتمادا على بيانات البنك المركزي من واقع التقرير السنوي - سنوات مختلفة.

فمن خلال الجدول السابق يتضح مدى التذبذب والانخفاض في قيمة الجنيه المصري مقابل العملات الأجنبية ، وخاصةً مقابل الدولار الأمريكي ، نتيجة قرار البنك المركزي بالتعويم ، وخاصة منذ العام 2017م ، الذي انخفضت فيه العملة المصرية مقابل الدولار ، بما يزيد عن 50%⁽¹⁾ ، ثم أخذ الجنيه في التصاعد مرة أخرى ، إلا أنه تصاعد بمعدلات طفيفة ، لم تتجاوز فارق النسبة المئوية السابقة التي انخفض فيها الجنيه مقابل الدولار ، نتيجة قرار التعويم.

¹⁾ Diao Noureldin – Much Ado about The Egyptian Pound: Exchange Rate Misalignment and The pass Towards Equilibrium – Op.Cit , p:13.

المطلب الثاني

انعكاس قرار التعويم على مستويات الأسعار

في مصر

على الرغم من أن التجارب الدولية قد أثبتت أن الدول التي تتبنى أسعار الصرف الثابتة (الجامدة) هي أكثر قابلية للتعرض للأزمات الاقتصادية ، ومنها حدوث الموجات التضخمية في الأسعار ، إلا أن الدول التي تطبق نظام التعويم (ومنها مصر) بمختلف أنواعه ليست بمنأى عن التعرض لتلك الأزمات¹⁾ ، وفي إطار الحديث عن انعكاس قرار التعويم الذي اتخذته الحكومة المصرية في نهاية عام 2016م على مستويات الأسعار في مصر سوف نستعرض أدبيات أنظمة سعر الصرف وموقفها من تأثير التعويم على الأسعار ، ثم نتناول انعكاس تقلبات أسعار الصرف نتيجة قرار التعويم على الأسعار المحلية والمستوردة من خلال قنوات التأثير المباشر وغير المباشر ، ثم نتناول بعد ذلك انعكاس وتأثير تعويم سعر الصرف على أسعار السلع بالنسبة لأسعار المستهلكين وأسعار الجملة في مصر:

¹⁾ Atish R. Ghosh and Jonathan D. Ostry – Choosing an exchange rate regime – a fresh look at an old question: Should countries fix their exchange rates, make them float, or choose a middle way? – Journal of Finance and Development – December 2009, pp:38 – 40.

أولاً: أدبيات أنظمة الصرف وموقفها من تأثير التعويم على الأسعار:

اتجهت معظم الأدبيات الاقتصادية في مجال أنظمة سعر الصرف إلى أن نظام سعر الصرف الثابت من الناحية النظرية يعد أفضل من سعر الصرف المعووم ، من حيث قدرته على تخفيض معدلات التضخم وتأثيره على الأسعار بشكل عام ، وسواءً نشأ هذا التضخم من خلال العجز في الموازنة الحكومية ، أو من خلال العلاقة بين الأسعار والأجور ، وذلك نتيجة آثار الانضباط والمصادقية المصاحبة لنظام سعر الصرف الثابت ، حيث تؤكد النظرية التقليدية للعلاقة بين أنظمة أسعار الصرف الثابتة وانضباط السياسة المالية على أن تثبيت سعر الصرف يكون سبباً رئيسياً في انضباط السياسة المالية⁽¹⁾ ، وطبقاً لهذا التوجه فإنه يمكن للدولة أن تستخدم سعر الصرف كمرتكز رئيسي لسياستها النقدية⁽²⁾.

¹)See:

– Opstfeld M. and K. Rogoff – The Mirage of Fixed Exchange Rates – NBER Working Paper series No. 5191, 1995 .

– Ghosh A.R. , A.M. Gulde , J.D. Ostry , and H.C. Wolf – Does the Exchange Rate Regime matter for Inflation and Growth – Economic Issues , IMF, 1996.

²)Bernanke, B.S., F.S. Mishkin , T. Laubach and A.S. Posen – Inflation Targeting : Lessons from the International Experience – Princeton , Princeton University Press, 1999.

وتتجلى فكرة المصادقية في أن الدولة التي لديها محاولات جادة لمحاربة التضخم ، تقوم بتثبيت وربط سعر صرف عملتها بسعر صرف عملة دولة أخرى ، ذات بنك مركزي أكثر كفاءة ، وذات تاريخ في معدلات التضخم المنخفضة ، مما يعمل على زيادة الانضباط النقدي ، من خلال التقييد من حرية البنك المركزي في التدخل بسياسات نقدية توسعية ، وتتولد قناعة لدى صانعي سياسات الأجور والأسعار بأن معدلات التضخم لن تزيد في المستقبل ، مما يجعلهم يضعون ذلك في حساباتهم عن وضع السياسات المتعلقة بالأجور والأسعار ، وتكون النتيجة أن الدولة سوف تحافظ على مستويات منخفضة من التضخم في المستقبل⁽¹⁾ ، ومن ناحية أخرى فإن تثبيت سعر الصرف من الممكن أن يؤدي إلى تخفيض معدلات التضخم ، وذلك من خلال ما يسمى بآثار الثقة ، حيث تزداد الثقة في العملة المحلية ، وبالتالي تزداد حيازتها عن العملات الأجنبية ، مما يعمل على تقليل الآثار التوسعية للسياسة النقدية⁽²⁾.

أما بالنسبة لأنظمة سعر الصرف المعمومة ، فإن معظم الأدبيات الاقتصادية في هذا الصدد تؤكد على أنها غالباً ما يصاحبها معدلات مرتفعة من التضخم ، حيث تستطيع الدولة تحديد الهدف النهائي لسياستها النقدية ، واختيار

¹)Dellas H. P.A.V.B. Swamy and G.S. Tavlas – The Collapse of Exchange Rate Pegs – The Annals of The American Academy of Political and Social Science , No.579, 2002, p:56.

²) Ghosh A.R. , A.M. Gulde , J.D. Ostry , and H.C. Wolf – Does the Exchange Rate Regime matter for Inflation and Growth– Op.Cit.

الأدوات التي تحقق هذا الهدف ، وذلك بما يخدم متطلبات الاقتصاد المحلي ، وبمراعاة خصائص الاقتصاد ، وطبيعة المشكلات التي تواجهه دون التقيد بالمحافظة على سعر صرف ثابت ، وذلك يجعل الحكومات تتبنى سياسات تضخمية ، دون الخوف من انخفاض الاحتياطات الأجنبية⁽¹⁾.

وعلى النقيض من ذلك ، فإن المدافعين عن أنظمة سعر الصرف المعمومة يرون أنها أكثر كبحاً للتضخم ، لأن أي عدم انضباط في السياسة المالية يظهر أثره في الحال في شكل تغيرات غير مرغوبة في أسعار الصرف الاسمية ، مما يمثل ضغطاً على الحكومة لإعادة الانضباط إلى السياسة المالية⁽²⁾ ، أما في ظل أنظمة سعر الصرف الثابتة ، فإن التغير في الاحتياطات لا يظهر في الحال ، بل يُعلن عنه بعد مرور فترة زمنية⁽³⁾.

¹)Tornell A. and A. Velasco – Fixed or Flexible Exchange Rates : Which Provides more Fiscal Discipline? – Journal of Monetary Economics , Vol.45, 2000, pp:399–436.

²) Tornell A. and A. Velasco – Fixed or Flexible Exchange Rates : Which Provides more Fiscal Discipline? – Op.Cit. p:410.

³ عماد الهنداوي – علاقة أنظمة سعر الصرف بآداء الاقتصاد المصري – رسالة مقدمة للحصول على درجة الفلسفة في الاقتصاد – كلية التجارة – جامعة الزقازيق – 2011م – ص60 – ص61.

ثانياً: قنوات انعكاس أسعار الصرف المعومة على مستويات الأسعار

ينتشر انعكاس أسعار الصرف المعومة من خلال قناتين ، الأولى هي التأثير المباشر على الاقتصاد المفتوح ، والناجمة عن التغير في أسعار السلع والخدمات المستوردة بالعملة المحلية ، وبذلك فإن لسعر الصرف المعوم تأثير مباشر على أسعار المدخلات والسلع النهائية المستوردة بمؤشر أسعار الاستهلاك ، أما القناة الثانية ، فترتبط بالسعر النسبي بين السلع والخدمات القابلة وغير القابلة للتداول ، ومن ثم فإن الانخفاض في قيمة العملة المحلية (ممثلة في الجنيه المصري) يعمل على رفع الأسعار النسبية للسلع والخدمات المتداولة وغير المتداولة ، وبالتالي التأثير على الاستهلاك النسبي ، وزيادة مستوى التضخم بالنسبة للمنتجات المحلية الصنع⁽¹⁾ ، ويمكن توضيح قنوات انعكاس أسعار الصرف المعومة من خلال الشكل التالي:

¹⁾Santiago Justel and Andres Sansone – Exchange Rate Pass-through Tow Prices : Var Evidence for Chile– Working Paper No.747, 2015, p:1.

جدول (9) يوضح قنوات انتقال أسعار الصرف المعمومة

القناة	مظهرها	تأثيرها
قناة مباشرة	تغير أسعار السلع والخدمات المستوردة بالعملة المحلية.	تأثير مباشر على أسعار المدخلات والسلع النهائية المستوردة.
قناة غير مباشرة	ترتبط بالسعر النسبي بين السلع والخدمات القابلة وغير القابلة للتداول.	انخفاض قيمة العملة يعمل على رفع هذه الأسعار ويؤثر على الاستهلاك النسبي ويزيد من التضخم

Source:

Santiago Justel and Andres Sansone – Exchange Rate Pass-through Tow Prices : Var Evidence for Chile– Working Paper No.747, 2015.

- سيد أحمد زناقي - مريم حسناوي - انعكاس سعر الصرف على التضخم
في الاقتصاديات الناشئة- مجلة اقتصاديات المال والأعمال - العدد السابع -
سبتمبر 2018م - ص219.

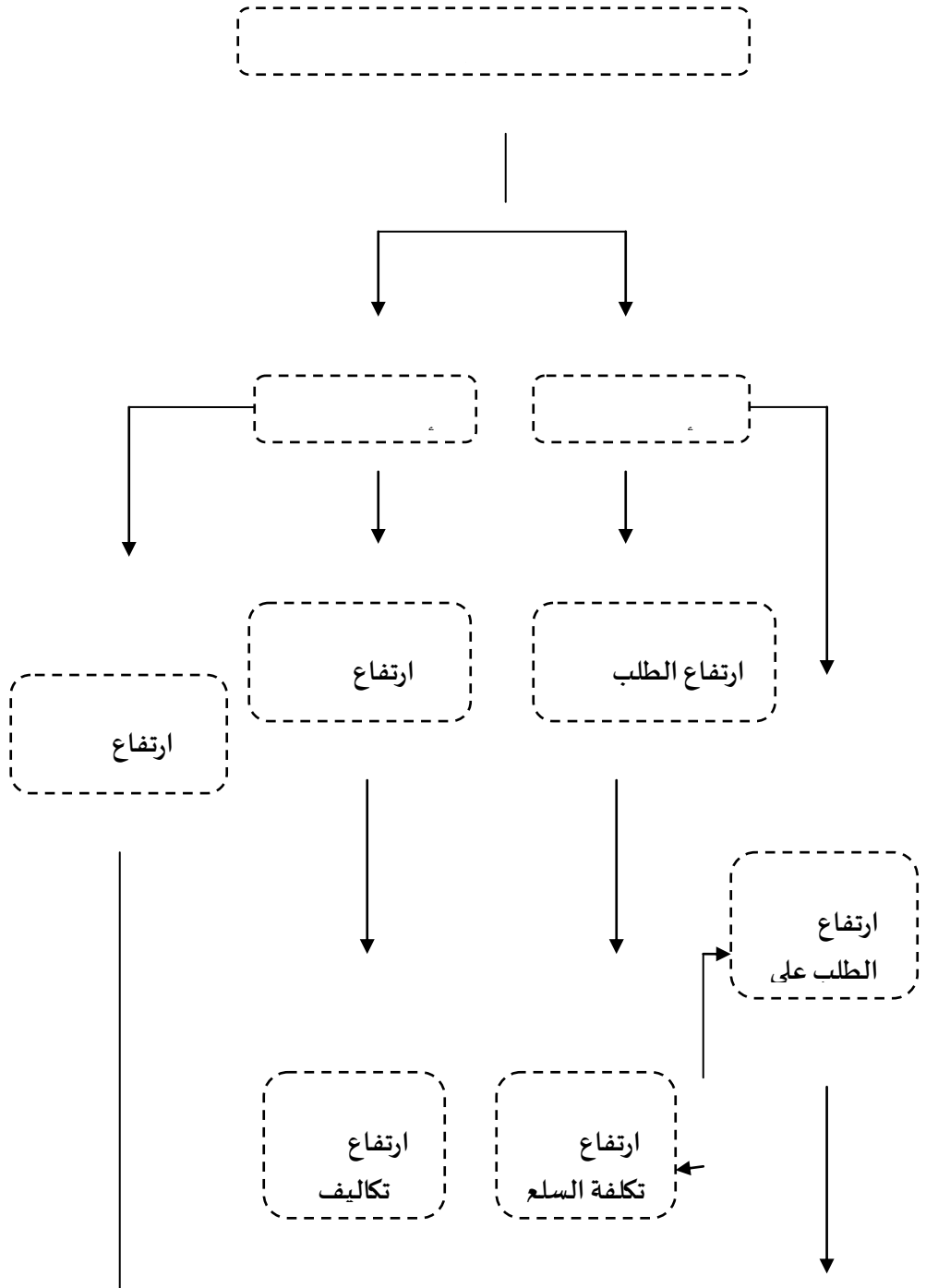
إن ما يمكن الإشارة إليه هنا هو أن تأثير تقلبات أسعار الصرف
المعمومة على الأسعار المحلية في مصر يمكن أن يمر من خلال قناة مباشرة أو
غير مباشرة ، كما هو موضح بالشكل السابق ، فالقناة المباشرة تظهر التأثير
المباشر لانخفاض أو ارتفاع القيمة الخارجية للجنه المصري على السلع النهائية
وعلى المدخلات المستوردة ، أما القناة غير المباشرة ، فتظهر التأثير غير المباشر
على الطلب المحلي للسلع البديلة ، وكذا الطلب على الصادرات.

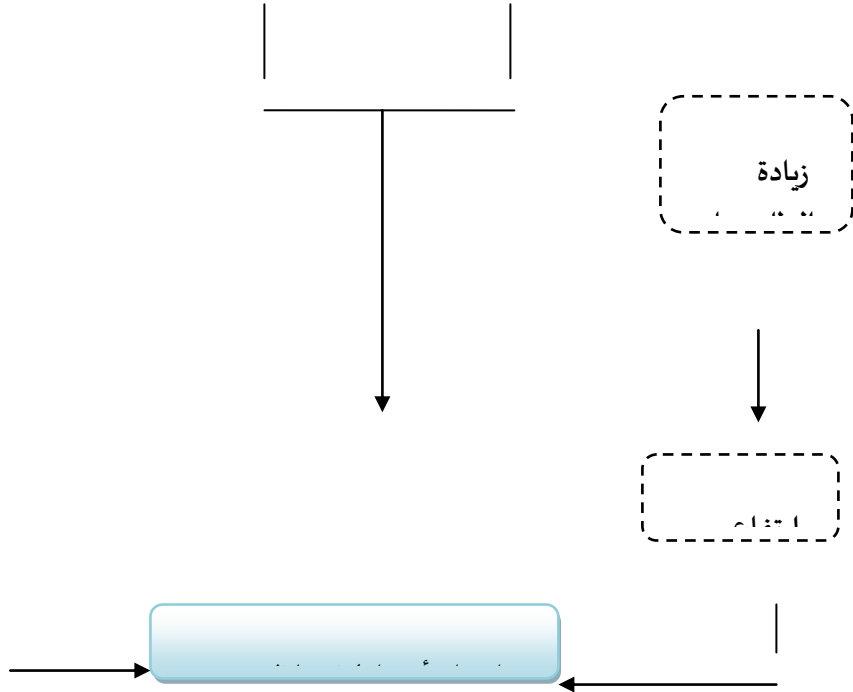
وبمعنى آخر يظهر الشكل السابق التأثير الذي يحدثه انخفاض قيمة الجنيه ،
من خلال القناة المباشرة والقناة غير المباشرة ، إذ أن التأثير المباشر يكون من
خلال ارتفاع أسعار السلع النهائية المستوردة ، التي تؤثر مباشرة على أسعار
الاستهلاك بالارتفاع ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى تتأثر المدخلات المستوردة
من الخارج بالارتفاع ، والتي ترفع من تكاليف الإنتاج ، والتي تنعكس من ناحية
أخرى على رفع أسعار الاستهلاك ، أما التأثير غير المباشر لانخفاض قيمة الجنيه
مقابل الدولار الأمريكي (نتيجة التعويم) فيكون من خلال زيادة الطلب المحلي على
السلع البديلة ، وارتفاع الطلب على الصادرات ، التي تعمل على رفع أسعار السلع
البديلة والمصدرة ، مما ينعكس على أسعار الاستهلاك بالارتفاع ، كما نلاحظ

ارتقاع الطلب على عنصر العمل ، من خلال زيادة الطلب على التصدير ، لانخفاض قيمة العملة ، مما يرفع الأجور ، وينعكس على ارتفاع أسعار المستهلكين⁽¹⁾ ، ويمكن توضيح ذلك من خلال الشكل التالي:

⁽¹⁾ - سيد أحمد زناقي - مريم حسناوي - انعكاس سعر الصرف على التضخم في الاقتصاديات الناشئة- مجلة اقتصاديات المال والأعمال - العدد السابع - سبتمبر 2018م - ص220.

انعكاس أسعار الصرف المعومة على أسعار الاستهلاك





Source: Nidhalddin Bencheikh – The Pass-through of Exchange Rate changes to Prices in Euro Area: An Empirical Investigation – These doctorate , Universite de Rennes 1, 2012, p:3.

ثالثاً: تأثير تعويم سعر الصرف على مستويات الأسعار في مصر

كون أن التضخم يعد من أهم الظواهر الاقتصادية السلبية داخل أي اقتصاد في العالم ، فلا شك أن هناك علاقة قوية بين تغيرات أسعار الصرف في

ظل نظام الصرف المرن ، وبين معدلات التضخم السنوية داخل الاقتصاد¹⁾ ، وفي إطار الحديث عن تأثير تحرير سعر صرف الجنيه المصري مقابل العملات الأجنبية سوف نستعرض تأثير قرار التعويم على مستويات التضخم ، والذي يظهر من خلال استعراض الرقم القياسي لكلاً من أسعار المستهلكين والرقم القياسي لأسعار المنتجين في مصر خلال الفترة ما قبل قرار التعويم ، وفترة ما بعد تحرير الجنيه المصري ، وذلك على النحو التالي:

¹⁾ Consuela NECSULESCU and Luminita SERBANESCU – Impact of the Inflation on the Exchange rate and on The Average salary – Cross cultural Management Journal , Volume XV, Issue.2 , 2013, pp:43–48.

أ) تأثير تعويم سعر الصرف على الرقم القياسي لأسعار المستهلكين

الرقم القياسي هو عبارة عن مؤشر إحصائي يقيس التغير النسبي الذي طرأ على ظاهرة معينة ، سعراً ، كمية ، قيمة ، أو أجراً ، بالنسبة لأساس معين ، قد يكون فترة زمنية معينة أو مكاناً جغرافياً معيناً ، حيث تؤخذ قيمة هذه الظاهرة كأساس لحساب الرقم القياسي ، ويسمى الوقت أو المكان الذي تنسب إليه الظاهرة بفترة أو مكان الأساس ، كما يسمى الوقت أو المكان الذي ينسب إليه إلى فترة أو مكان المقارنة⁽¹⁾ ، وعليه سوف نتناول دراسة الرقم القياسي في مرحلة ما قبل التعويم وما بعدها على النحو التالي:

1) الرقم القياسي لأسعار المستهلكين في مرحلة ما قبل التعويم

في هذا الإطار يعتبر الرقم القياسي لأسعار المستهلكين Consumers Price Index من مؤشرات الإحصاءات الاقتصادية الهامة المرتبطة بحياة الأفراد اليومية ، والتي توفر المعلومات الضرورية لمعرفة الاتجاه العام لتحركات أسعار السلع والخدمات في مرحلة بيع التجزئة في الأسواق⁽²⁾.

وفي سياق الحديث عن تأثير سياسة تعويم سعر الصرف التي انتهجتها

¹ صالح العصفور - الأرقام القياسية - سلسلة دورية تعني بقضايا التنمية في الأقطار العربية - المعهد العربي للتخطيط - العدد التاسع عشر - السنة الثانية - الكويت - يوليو 2003م - ص3.

² الهيئة العامة للإحصاء - الرقم القياسي لأسعار المستهلك - المملكة العربية السعودية - يونيو 2019 - ص4.

الحكومة المصرية خلال الفترة الأخيرة على حركة مؤشر الأسعار ، وخاصة أسعار المستهلكين ، سوف نستعرض مؤشرات معدلات التضخم أولاً خلال تلك الفترة التي سبقت قرار التعويم ، ثم نستعرض بعد ذلك نفس المؤشرات أثناء وبعد الفترة التي تلت هذا القرار ، فقد انخفض معدل التضخم السنوي ليبلغ 8,2% في يونيو 2014م ، في حين بلغ نفس المعدل حوالي 9,8% خلال يونيو من العام السابق عليه (2013م) ، ويعزى ذلك الانخفاض في معدل التضخم إلى انخفاض مساهمات بعض الأقسام الرئيسية - التي تشتمل عليها سلة السلع والخدمات محل القياس - في معدل التضخم السنوي⁽¹⁾.

¹ أنظر في ذلك التقرير السنوي للبنك المركزي المصري - 2014/2013م - ص 64.

وفي يونيو عام 2015م ارتفع مؤشر الرقم القياسي لأسعار المستهلكين ، ليقدّر بحوالي 11,4% ، مقابل 8,2% في يونيو 2014م ، ويعزى هذا الارتفاع إلى مساهمة كثير من القطاعات الاقتصادية ، نتيجة اتخاذ بعض إجراءات الإصلاح الاقتصادي ، وعلى رأسها انخفاض الدعم على الكهرباء والوقود ، إلى جانب ارتفاع أسعار خدمات النقل والمواصلات والتعليم ، وكثير من الخدمات محل سلة السلع التي يقاس عليها مؤشر تضخم الأسعار ، وفي يونيو من عام 2016م (قبل اتخاذ قرار التعويم بخمسة أشهر تقريباً) ارتفع مؤشر المستوى العام للأسعار ، وتحديدًا الرقم القياسي لأسعار المستهلكين ، حيث قدر بحوالي 14% ، مقابل 11,4% في شهر يونيو من العام السابق عليه⁽¹⁾ ، وكان هذا الارتفاع نتيجة لمزيد من إجراءات الإصلاح التي تهدف إلى رفع الدعم عن السلع الإستراتيجية ، والتي يترتب عليها مزيد من الارتفاعات في أسعار باقي السلع والخدمات ، خاصةً الضرورية منها.

¹ أنظر في ذلك التقرير السنوي للبنك المركزي المصري - 2014/2015م - 2015/2016م - ص 64 - نفس الصفحة في التقريرين.

(2) الرقم القياسي لأسعار المستهلكين أثناء وما بعد قرار التعويم

خلال تلك الفترة التي زامنت صدور قرار البنك المركزي بتعويم الجنيه المصري ، بل وبعد تلك الفترة بسنوات قليلة ، حدث التباين الملحوظ في تغير الرقم القياسي لأسعار المستهلكين ، وخاصة في الحضر ، حيث جاء هذا الرقم معبراً عن ارتفاع في معدل التضخم يقدر بأكثر من 100% عام 2017/2016م ، حيث ارتفع هذا المعدل حتى بلغ حوالي 29.8% ، مقارنة بعام 2016/2015م ، والذي قدر فيه معدل التضخم بحوالي 14% ، ويرجع هذا الارتفاع الكبير في معدل التضخم إلى الإجراءات التي اتخذتها الدولة في إطار برنامج الإصلاح الاقتصادي ، وعلى وجه الخصوص تحرير سعر صرف الجنيه المصري مقابل العملات الأجنبية ، إلى جانب تطبيق قانون الضريبة على القيمة المضافة ورفع أسعار الوقود في إطار إصلاح منظومة الدعم⁽¹⁾.

واستكمالاً لعملية التباين الملحوظ في الرقم القياسي لأسعار المستهلكين ، فقد انخفض معدل التضخم السنوي عام 2018/2017م بنفس النسبة التي ارتفع بها هذا المعدل عام 2017/2016م ، أي انخفض بنسبة تزيد 100% ، حيث قدر معدل التضخم السنوي بحوالي 14.4% ، أي بانخفاض يقدر بحوالي 15.4% ، وهو ما يزيد عن نسبة 100% من المعدل السابق المقدر بـ 29.8% ، ويرجع هذا الانخفاض في المعدل السنوي للتضخم ، ومن ثم الانخفاض في الرقم

⁽¹⁾ أنظر في ذلك التقرير السنوي للبنك المركزي المصري 2017/2016م - ص 49.

القياسي لأسعار المستهلكين إلى تراجع مساهمة سلة السلع والخدمات التي يعتمد عليها مؤشر الأسعار في مصر لقياس معدلات التضخم السنوي⁽¹⁾.

واستمراراً لعملية التباين في معدلات التضخم خلال الفترة التي تلت صدور قرار التعويم ، انخفض معدل التضخم السنوي في مصر عام 2019/2018م حتى وصل إلى 9.4% ، أي بانخفاض يقدر بحوالي 5% عن العام السابق 2018/2017م ، والذي قدر فيه الرقم القياسي بحوالي 14.4% ، ويرجع هذا الانخفاض أيضاً إلى تراجع مساهمة العديد من القطاعات الاقتصادية المختلفة ، ممن يمثلون سلة كبيرة من السلع والخدمات التي تستخدم لقياس مؤشر الأسعار ومعدلات التضخم⁽²⁾ ، وفيما يلي نستعرض الرقم القياسي لأسعار المستهلكين ، موضحين تفاوت معدلات التضخم خلال الفترة قبل وأثناء وبعد قرار التعويم ، وذلك من خلال الجدول الآتي⁽³⁾:

¹ أنظر في ذلك التقرير السنوي للبنك المركزي المصري 2018/2017م - ص 48.

² أنظر في ذلك التقرير السنوي للبنك المركزي المصري 2019/2018م - ص 52.

³ من إعداد الباحث اعتماداً على التقارير السنوية للبنك المركزي المصري للسنوات الواردة بالجدول.

جدول (10) يوضح تطور معدلات التضخم وفقاً للرقم القياسي لأسعار المستهلكين خلال الفترة (2019/2012)

سنة الأساس	سنوات المقارنة	معدل التضخم
2013/2012م	2013/2012م	9,8%
	2014/2013م	8,2%
	2015/2014م	11,4%
	2016/2015م	14%
	2017/2016م	29.8%
	2018/2017م	14.4%
	2019/2018م	9.4%

يتضح من الجدول السابق تفاوت معدلات التضخم طبقاً للرقم القياسي لأسعار المستهلكين ، حيث انخفض هذا المعدل خلال السنة الأولى من سنوات المقارنة (2014/2014م) بنسبة تقدر بـ (1,6%) عن سنة الأساس ، والتي قدر فيها هذا المعدل بـ (9,8%) ، بعد ذلك وبداية من عام 2014م وحتى 2016/2015م أخذ هذا المعدل في الارتفاع حتى وصل (14%) للأسباب السابق ذكرها ، وعلى رأسها انخفاض الدعم على بعض القطاعات ، إلى جانب ارتفاع السلع والخدمات المشار إليها فيما سبق.

ظهر التباين بعد ذلك في معدل التضخم السنوي عام 2017/2016م ، وكان على هيئة ارتفاع ملحوظ في المعدل قدر بحوالي 29.8% ، وكان ذلك للأسباب السابق ذكرها ، وعلى رأسها تعويم الجنيه في نهاية النصف الأول من هذا العام المالي ، ثم تلى هذا التباين بالارتفاع تبايناً آخر ولكن بالانخفاض ، حيث استمر معدل التضخم في الانخفاض خلال الأعوام التالية ، حتى قدر بحوالي 9.4% عام 2019/2018م ، للأسباب المشار إليها سابقاً.

ب) تأثير تعويم سعر الصرف على الرقم القياسي لأسعار المنتجين

يعد الرقم القياسي لأسعار المنتجين أحد أهم المؤشرات الإحصائية الاقتصادية ، والتي تستخدم في قياس التغيرات التي تطرأ على الهيكل الاقتصادي للأنشطة الزراعية والصناعية والخدمية للدولة ، والتي يعتمد عليها متخذوا القرار في الحكومة والقطاع العام والأعمال العام والخاص في اتخاذ القرارات الداعمة

لأنشطتهم في القطاعات الاقتصادية⁽¹⁾ ، وبمعنى آخر هو المؤشر الذي يقيس التغيرات في مستويات أسعار المنتجين المحليين للسلع والخدمات⁽²⁾ ، في إطار الحديث عن توضيح وبيان العلاقة بين تعويم سعر الصرف والرقم القياسي لأسعار المنتجين في مصر ، من خلال بيان تأثير التعويم على معدلات التضخم الخاصة بأسعار سلة السلع والخدمات عند البيع من قبل منتجها ، سوف نتناول هذا الرقم القياسي لأسعار المنتجين في مراحل ما قبل التعويم وأثنائه وبعده على نفس المنهج المتبع حيال الرقم القياسي لأسعار المستهلكين:

1) معدل التضخم وفقاً للرقم القياسي لأسعار المنتجين في مرحلة ما قبل

التعويم

من خلال مطالعة إحصائيات الجهات الرسمية في الدولة والخاصة ببيان معدلات التضخم السنوية فيما يتعلق بأسعار المنتجين لسلة السلع والخدمات محل الدراسة يتضح انخفاض هذا المعدل عام 2014/2013م بحوالي 4.1% عن سنة الأساس محل دراستنا ، وهي عام 2013/2012م ، حيث قدر الرقم القياسي لأسعار المنتجين هذا العام بحوالي 8.4% ، مقابل 4.3% خلال العام التالي له ، وفي يونيو من عام 2015/2014م انخفض معدل الرقم القياسي لأسعار المنتجين

⁽¹⁾ الجهاز المركزي للتعينة العامة والإحصاء - الأرقام القياسية لأسعار المنتجين "ديسمبر 2019 - يناير 2020م" - مرجع رقم 23 - إصدار مارس 2020م - ص3.

⁽²⁾ الجهاز المركزي للتعينة العامة والإحصاء - الأرقام القياسية لأسعار المنتجين - إصدار نوفمبر 2020م.

حتى بلغ 2.2% ، أي بانخفاض قدره 2.1% مقارنة بعام 2014/2013م ، ويرجع هذا الانخفاض أساساً إلى تراجع مساهمات العديد من القطاعات الإنتاجية للسلع والخدمات في ارتفاع وتيرة الأسعار خلال تلك الفترة⁽¹⁾.

وفي عام 2016/2015م أخذ معدل التضخم وفقاً للرقم القياسي لأسعار المنتجين في الارتفاع مرة أخرى بمعدل بلغ حوالي 3.5% عن عام 2015/2014م ، والذي قدر فيه هذا المعدل بحوالي 2.2% ، وعليه فقد بلغ معدل التضخم السنوي لأسعار المنتجين في يونيو عام 2016م حوالي 5.7% ، وهو ما يعني أن ارتفاع معدلات التضخم وفقاً للرقم القياسي لأسعار المنتجين خلال تلك الفترة التي سبقت قرار تحرير سعر الصرف في مصر كان في الحدود الآمنة التي لا تشكل تأثيراً مباشراً على مستويات الدخل خلال تلك الفترة.

(2) معدل التضخم وفقاً للرقم القياسي لأسعار المنتجين أثناء وما بعد التعويم

خلال تلك الفترة التي زامنت صدور قرار تعويم الجنيه المصري ، وبداية من العام المالي 2017/2016م أخذ الرقم القياسي لأسعار المنتجين في الارتفاع الملحوظ ، حيث ارتفع هذا المعدل بنسبة زيادة تقدير بحوالي 29.2% مقارنة بعام 2016م ، والذي قدر فيه هذا المعدل بحوالي 5.7% ، وبذلك فقد قدر معدل التضخم السنوي وفقاً لأسعار المنتجين في يونيو 2017م بحوالي 34.9% ، وقد أكدت المؤسسات الاقتصادية في الدولة وعلى رأسها البنك المركزي المصري

⁽¹⁾ أنظر في ذلك التقرير السنوي للبنك المركزي المصري - سنوات مختلفة.

أن هذا الارتفاع في معدل التضخم السنوي كان انعكاساً لإجراءات الإصلاح الاقتصادي ، وأهمها تحرير سعر صرف الجنيه وتطبيق الضريبة على القيمة المضافة⁽¹⁾.

وبنفس الوتيرة التي انخفض بها معدل التضخم وفقاً للرقم القياسي لأسعار المستهلكين ، أخذ الرقم القياسي لأسعار المنتجين في الانخفاض عاماً تلو الآخر ، ففي عام 2018/2017م انخفض معدل التضخم وفقاً لأسعار المنتجين بمقدار 0.9% مقارنة بعام 2018/2016م ، حيث بلغ مقدار الرقم القياسي حوالي 34% عام في يونيو عام 2018م ، ثم ازدادت وتيرة الانخفاض في العام التالي 2019/2018م ، حتى بلغ معدل التضخم السنوي وفقاً للرقم القياسي لأسعار المنتجين حوالي 3% فقط ، ويعزى هذا الانخفاض إلى تراجع مساهمات مجموعات كبيرة من قطاعات الإنتاج لمختلف السلع والخدمات⁽²⁾.

وفيما يلي نستعرض الرقم القياسي لأسعار المنتجين ، موضحين تفاوت معدلات التضخم خلال الفترة قبل وأثناء وبعد قرار التعويم ، وذلك من خلال الجدول الآتي⁽³⁾:

⁽¹⁾ أنظر في ذلك التقرير السنوي للبنك المركزي المصري 2017/2016م - ص 51.

⁽²⁾ أنظر في ذلك التقرير السنوي للبنك المركزي المصري 2019/2018م - ص 54.

⁽³⁾ من إعداد الباحث اعتماداً على التقارير السنوية للبنك المركزي المصري للسنوات الواردة بالجدول.

جدول (11) يوضح تطور معدلات التضخم وفقاً للرقم القياسي لأسعار المنتجين خلال الفترة (2019/2012)

معدل التضخم	سنوات المقارنة	سنة الأساس
%8.4	م2013/2012	م2013/2012
%4.3	م2014/2013	
%2.2	م2015/2014	
%5.7	م2016/2015	
%23.5	م2017/2016	
%34	م2018/2017	
%3	م2019/2018	

وبذلك يظهر التفاوت في معدلات التضخم وفقاً للرقم القياسي لأسعار المنتجين بدءاً من سنة الأساس عام 2013/2012م ، وحتى نهاية الفترة محل الدراسة ، والملاحظ هنا أن اتخاذ إجراءات الإصلاح الاقتصادي ، وعلى رأسها تحرير سعر صرف الجنيه المصري ، كان من أكبر وأهم العوامل التي ساعدت على ارتفاع معدل التضخم المشار إليه ، حيث قدر هذا المعدل بحوالي 23.5% في نفس العام الذي اتخذ فيه قرار التعويم (2017/2016م) ، ثم واصل معدل التضخم السنوي وفقاً للرقم القياسي لأسعار المنتجين ارتفاعه عام 2018/2017م حتى بلغ 34% ، وهذا بلا شك يعد ارتفاعاً ملحوظاً لم يسبقه مثيل في ذلك.

ج) تأثير تعويم سعر الصرف على أسعار الصادرات والواردات

مما لا شك فيه أن قرار تعويم سعر صرف الجنيه المصري مقابل العملات الأجنبية وإن كان له أثر سلبي على قيمة الجنيه مقابل تك العملات ، متمثلاً ذلك الأثر في انخفاض الأول مقابل العملات الأجنبية وخاصة الدولار الأمريكي ، إلا أن ذلك الانخفاض سوف يكون له انعكاساً إيجابياً على قيمة الصادرات والواردات المصرية للخارج ومنه، حيث ستصبح الصادرات في تلك الحالة أقل سعراً عن ذي قبل ، كما ستصبح الواردات أعلى سعراً من ذي قبل ، ومن ثم فالأثر الطبيعي هو زيادة الصادرات وتقليل الواردات.

وبإلقاء الضوء على أسعار الصادرات والواردات المصرية خلال الفترة التي سبقت اتخاذ قرار التعويم وما بعده ، يتضح لنا أن الميزان التجاري المصري قد تعافى إلى حد ما نتيجة اتخاذ هذا القرار بسبب تحقيق الفوائض الكلية فيه ،

وخاصة خلال الفترة القصيرة التي أعقبت قرار تحرير سعر الصرف ، وهذا ما يتضح من خلال استعراض الجدول التالي:

جدول (12) يوضح التغير في حصيلة الصادرات والواردات خلال الفترة

2019/2013م (القيمة بالمليار دولار)

السنة	حصيلة الصادرات	المدفوعات عن الواردات	معدل التغير في الصادرات	معدل التغير في الواردات
2014/13	26.1	59.8	-----	-----
2015/14	22.1	60.8	%15.5 -	%1.1 -
2016/15	18.7	57.4	%17.5 -	%4.5
2017/16	21.7	57.1	%16	%0.03
2018/17	25.8	63.1	%18.9	%11 -
2019/18	28.5	66.5	%10.3	%5.4 -

المصدر: التقرير السنوي للبنك المركزي المصري - سنوات مختلفة.

يتضح من الجدول السابق أن الميزان التجاري لمصر كان يعاني عجزاً في حصيله الصادرات منذ بداية الفترة (2013/2014م) حيث استمر في الانخفاض من 26.1 وحتى 18.7 مليار دولار في عام (2016/15م) ثم بدأ التحسن في حصيله الصادرات عام 2016/2017م ، والذي حققت فيه فائضاً إيجابياً مقداره 3 مليار دولار ، وبنسبة فائض إيجابي قدرت بحوالي 16% ، وقد أكدت بيانات البنك المركزي أن ميزان المدفوعات المصري قد حقق في ذلك العام فائضاً كلياً بلغ حوالي 13.7 مليار دولار ، منه نحو 12.2 مليار دولار تحققت خلال الفترة منذ نوفمبر 2016م (تاريخ صدور قرار التعويم) وحتى يونيو 2017م ، وهي الفترة التي أعقبت قرار تحرير سعر الصرف⁽¹⁾ .

واستمر التحسن في حصيله الصادرات عام 2017/2018م ، حيث قدرت الزيادة في تلك الحصيله بحوالي 4.1 مليار دولار عن العام السابق ، وبإجمالي حصيله قدرت بـ 25.8 مليار دولار ، وبنسبة تغير إيجابي قدرت بحوالي 18.9% ، أي بزيادة مئوية 2.9% عن العام السابق ، وقد اختتمت تلك الفترة بارتفاع في قيمة الصادرات المصرية للخارج بحوالي 2.7 مليار دولار ، ليصل إجمالي قيمة الصادرات إلى 28.5 مليار دولار ، وبمعدل ارتفاع قدر بحوالي 10.3%.

⁽¹⁾ التقرير السنوي للبنك المركزي المصري 2016/2017م.

كما تذبذبت حصيلة ومعدلات التغير في المدفوعات من الواردات ، حيث أظهر الجدول في بداية الفترة ارتفاعاً في قيمة تلك المدفوعات قدر بحوالي 1.1% فائضاً سلبياً عام 2015/2014 ، ثم بدأ هذا المعدل في التراجع ، حيث انخفضت تلك المدفوعات عام 2016/2015 بمقدار 3.4 مليار دولار ، وبنسبة فائض إيجابي قدر بحوالي 4.5% عن العام السابق عليه ، ولم يختلف الوضع كثيراً عام 2017/2016م (عام التعويم) حيث استقرت قيمة المدفوعات عن الواردات عند نفس المقدار والمعدل أو ينخفض قليلاً ، حيث انخفضت قيمة تلك المدفوعات بمقدار 300 مليون دولار فقط عن العام السابق عليه .

ولم يستمر التحسن كثيراً ، حيث ارتفعت المدفوعات عن الواردات في العام التالي 2018/2017م إلى أن قدرت بحوالي 63.1 مليار دولار ، وبنسبة تغير سلبية قدرت بحوالي 11% عن العام السابق ، وكان ذلك نتيجة لارتفاع المدفوعات عن الواردات السلعية البترولية وغير البترولية خلال هذا العام ، وقد اختتمت تلك الفترة بارتفاع في قيمة الواردات المصرية قدر بحوالي 3.4 مليار دولار ، ليصل إجمالي قيمة الواردات إلى 65.5 مليار دولار أمريكي ، وبمعدل ارتفاع قدر بحوالي - 5.4%⁽¹⁾ ، أي بزيادة سلبية في قيمة تلك الواردات.

⁽¹⁾ التقرير السنوي للبنك المركزي المصري 2019/2018م - ص 62.

الخاتمة

تعد آلية تحرير سعر الصرف للجنيه المصري مقابل العملات الأجنبية ، وخاصة الدولار الأمريكي من أهم الخطوات العملية التي استخدمها البنك المركزي المصري لتحقيق العديد من الأهداف التي كان البنك ينشد تحقيقها في هذا الشأن من وراء الآلية المطروحة ، وأهمها محاولة توفير أكبر قدر من الدولار الأمريكي ، من أجل تغطية حاجة البنوك منه لتلبية احتياجات الأفراد والشركات ، إلى جانب إيجاد التوازن والاستقرار في سعر الصرف ما بين الجنيه المصري والدولار الأمريكي ، ومحاولة التضييق والقضاء بثنتى السبل على تجار العملة (الدولار) في السوق الموازية ، والتي كانت سبباً رئيسياً في ارتفاع قيمة الدولار مقابل الجنيه ، مما اضطر البنك المركزي لاتخاذ قرار تحرير سعر صرف الجنيه مقابل العملات الأجنبية كخطوة من خطوات الإصلاح الاقتصادي ، وكان ذلك دافعاً لنا لإلقاء الضوء على انعكاسات عملية التعويم على العلاقة بين تغير قيمة الجنيه المصري نتيجة قرار التعويم ومستويات الأسعار في مصر خلال تلك الفترة التي تلت قرار الحكومة المصرية بتحرير سعر الصرف ، ومن خلال سطور الدراسة يتضح لنا تحقق مجموعة من النتائج يمكن الإشارة إليها فيما يلي:

1) نستنتج من خلال سطور الدراسة أن قرار التعويم الذي اتخذته البنك المركزي قد أثر سلباً على مستويات الدخل المختلفة في المجتمع بشكل غير مباشر نتيجة ارتفاع أسعار جميع السلع والخدمات داخل الاقتصاد ، سواءً المستوردة منها أو المحلية.

2) حاجة الاقتصاد المصري إلى مزيد من الوقت لتفعيل قرار تحرير سعر الصرف ، خاصة وأن الدولة كانت ولا تزال في مرحلة إعادة البناء الاقتصادي بعد الأحداث السياسية التي مرت بها مصر منذ عشر سنوات تقريباً ، وبالتالي كان الاقتصاد في أمس الحاجة لتأجيل اتخاذ مثل هذا القرار ، حتى لا يترتب عليه النتائج الحالية وأهمها ارتفاع وتيرة الأسعار.

3) واجهت مصر خلال فترة العشر سنوات الأخيرة - خاصةً في الفترة التي سبقت قرار التعويم- أزمة حادة في توفير الدولار الأمريكي ، كما شهدت انتشاراً واسعاً للسوق الموازية للدولار ، مما أفقد السلطات النقدية السيطرة على سوق الدولار في مصر ، وكان ذلك هو الدافع الرئيسي والأهم نحو اتخاذ قرار التعويم.

4) لم يفلح قرار التعويم في الحفاظ على الاستقرار التوازني بين العملتين المصرية والأمريكية من ناحية ، والحفاظ على استقرار مستويات الأسعار من ناحية أخرى ، هذا إلى جانب الارتفاع المتواصل في الأسعار سواءً بسبب انخفاض قيمة الجنيه مقابل الدولار ، أو بسبب عدم توافر الرقابة الكافية على الأسعار في الأسواق.

5) اتضح لنا من خلال سطور الدراسة أن أسلوب التعويم المطبق في مصر ليس هو أسلوب التعويم الحر ، ولكنه يتمثل في التعويم المدار من قبل البنك المركزي لحركة سوق الصرف ، وأن التحركات في سعر الصرف تسير في اتجاه معين (انخفاض قيمة الدولار) ، بينما تسير حركة ومستوى الأسعار في اتجاه آخر عكس اتجاه سعر الصرف (الارتفاع) ، وهذا يتنافى مع الحكمة من تحرير سعر الصرف ، ألا وهي إيجاد التوازن بين حركة العملة صعوداً وهبوطاً ، وحركة الأسعار في الاتجاه المعاكس.

6) لم يستطع البنك المركزي - نتيجة تحرير سعر الصرف - القضاء كليةً على السوق الموازية للعملة ، فعلى الرغم من إغلاق الكثير من الشركات ومكاتب العملة غير المرخصة ، إلا أنها ما زالت تعمل في الخفاء وفي وسط الظلام ، حيث أن هناك فئات كثيرة تعتمد في معيشتها على تلك التجارة.

التوصيات

انطلاقاً من دراسة النتائج السابق الإشارة إليها ، وما اتضح لنا من تأثير آلية تحرير سعر الصرف على العديد من المتغيرات الاقتصادية ، وعلى رأسها مستويات الدخل المختلفة ، إضافة إلى التناقض الواضح بين قيمة العملة المصرية مقابل الدولار من ناحية ومستويات الأسعار في مصر خلال فترة التعويم وما بعدها من ناحية أخرى ، ونتيجة لكل ذلك يتجه الباحث إلى اقتراح بعض التوصيات التي من شأنها التخفيف من الآثار السلبية التي ترتبت على قرار التعويم ، وتتمثل أهم تلك التوصيات فيما يلي:

(1) منع تدخل البنك المركزي في تحديد سعر صرف الجنيه مقابل العملات الأجنبية وخاصة الدولار الأمريكي تحت مسمى التعويم المدار ، على أن يتم ترك هذا السعر يتحدد طبقاً لقوى العرض والطلب ، بما يسمى بالتعويم الحر ، وذلك بعد أن يستعيد الاقتصاد المصري عافيته ، ويكون مؤهلاً لتطبيق تلك الآلية ، وحتى يكون سعر صرف الجنيه معبراً عن قيمته الحقيقية التوازنية مقابل العملات الأجنبية داخل سوق الصرف.

(2) العمل على دعم قطاعات الإنتاج ، سواء الإنتاج التصديري ، وما يؤدي إليه من جلب الدولار من الخارج ، أو زيادة الإنتاج المحلي ، وما يؤدي إليه من انخفاض الأسعار نتيجة زيادة وفورات الإنتاج الكبير ، ويتم هذا الدعم عن طريق تقديم الحوافز الاستثمارية ، المتمثلة في خفض الضرائب وإزالة العقبات أمام حركة

الاستثمار ، إلى جانب تقديم التسهيلات الائتمانية اللازمة لدعم المشروعات.

3) ترسيخ مفهوم اعتماد عملية تعويم سعر صرف الجنيه على العلاقة التبادلية بين معدلات الإنتاج - وخاصة التصديري منه - ومستوى الأسعار في الداخل ، فمن أهم العوامل التي لا بد من وضعها في الاعتبار عند العمل بآلية التعويم هو النظر إلى الوضع الاقتصادي الذي تعيشه البلاد ، بحيث يصاحب قرار التعويم زيادة في معدلات الإنتاج التصديري وانخفاض أو على الأقل ثبات الأسعار المحلية ، حتى لا تحدث فجوة كبيرة في سعر صرف العملة المحلية مقابل العملات الأجنبية يترتب عليها انخفاض في قيمة العملة الوطنية وارتفاع في أسعار السلع المحلية.

4) تشجيع حركة الاستثمار عن طريق البحث عن القنوات التي تعمل على تعزيز وتوفير النقد الأجنبي من الدولار الأمريكي بالكميات التي تُحدث التوازن داخل سوق الصرف الأجنبي ، تجنباً للتفاوت الكبير بين قيمة العملة المصرية والأمريكية ، أو على الأقل تجنباً للتدخل في سوق الصرف - من جانب السلطات النقدية - بشكل يعطى صورة غير حقيقية لمعدلات الصرف بين العملات الأجنبية والعملة المصرية.

5) محاولة العمل على زيادة الدعم المقدم للمواطنين ، أو على الأقل إيقاف عملية خفض الدعم في الوقت الحالي كإجراء من إجراءات الإصلاح الاقتصادي التي تنتهجها الحكومة خلال السنوات الأخيرة ، وذلك تخفيفاً على كاهل المواطنين

المحمل بأعباء الضرائب ، وتخفيض الدعم ، وارتفاع الأسعار نتيجة تحرير سعر الصرف .

(6) العمل على ترشيد استخدام النقد الأجنبي بقدر الإمكان ، وخاصة في استخدام الأرصدة الدولارية للحصول على بعض السلع الاستهلاكية من الخارج ، مما يترتب عليه ارتفاع المطلوب من الدولار عن المعروض منه ، ومن ثم اختلال التوازن بين العملتين ، فترشيد استخدام الموجود من الدولار إلى جانب البحث عن مصادر جديدة للحصول عليه سوف يعمل على إيجاد التوازن المطلوب.

(7) إعادة النظر في تغليظ العقوبات المطبقة على تجار العملة داخل السوق السوداء بشكل يعمل على مكافحة الاتجار فيها بعيداً عن أعين السلطات بقدر الإمكان.

المراجع

أولاً المراجع والدوريات العربية

(1) أحمد فؤاد مندور - مرمر سليمان ويصا - سياسات سعر الصرف مع الإشارة للاقتصاد المصري - مجلة الاقتصاد والتجارة - العدد الرابع - 2015م.

(2) الهيئة العامة للإحصاء - الرقم القياسي لأسعار المستهلك - المملكة العربية السعودية - يونيو 2019م.

(3) التقرير السنوي للبنك المركزي المصري - أعداد وسنوات مختلفة..

(4) الجهاز المركزي للتعبئة العامة والإحصاء - الأرقام القياسية لأسعار المنتجين "ديسمبر 2019 - يناير 2020م" - مرجع رقم 23 - إصدار مارس 2020م - نوفمبر 2020م.

(5) افتخار محمد مناحي الرفيعی - رنا علی جمیل - استقرار سعر صرف الدينار العراقي تجاه الدولار الأمريكي من خلال مزادات العملة الأجنبية للمدة (2003-2014) - كلية الإدارة والاقتصاد - الجامعة العراقية - 2017م.

(6) آيت يحيى سمير - التعويم المدار للدينار الجزائري بين التصريحات والواقع - مجلة الباحث - العدد التاسع - جامعة تبسه - الجزائر - 2011م.

(7) بلقاسم العباس - سياسات أسعار الصرف - التنمية في الأقطار العربية - المعهد العربي للتخطيط - العدد (23) - 2003م.

(8) بيسان كساب - التعويم الأول للجنيه المصري نسخة 2003م "القصة الكاملة" - مقال غير منشور - 9 أكتوبر 2016م.

(9) سلمى حسين - ثلاثة أساطير حكومية عن تعويم الجنيه المصري - المبادرة المصرية للحقوق الشخصية - وحدة العدالة الاقتصادية والاجتماعية - الطبعة الأولى - نوفمبر 2016م.

¹⁰ صالح العصفور - الأرقام القياسية - سلسلة دورية تعني بقضايا التنمية في الأقطار العربية - المعهد العربي للتخطيط - العدد التاسع عشر - السنة الثانية - الكويت - يوليو 2003م.

11 طارق عبد العظيم يوسف الرشيدي - داليا عادل عباس السيد - أثر تعويم سعر الصرف للجنيه المصري على عناصر القوائم المالية في إطار معيار المحاسبة المصري رقم (13) "دراسة ميدانية على الشركات المسجلة في سوق الأوراق المالية" - بحث غير منشور - كلية التجارة - جامعة دمياط - 2018م.

¹² عبد الرازق الزاوي - سعر الصرف الحقيقي التوازني - دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع - الطبعة العربية - عمان - الأردن - 2016م.

¹³ عماد الهنداوي - علاقة أنظمة سعر الصرف بأداء الاقتصاد المصري - رسالة مقدمة للحصول على درجة الفلسفة في الاقتصاد - كلية التجارة - جامعة الزقازيق - 2011م.

¹⁴ عرفات تقي الحسني - التمويل الدولي - دار مجدلاوي - الطبعة الأولى - عمان 1999م.

15 علي حافظ منصور - اقتصاديات النقود والبنوك - دار النهضة العربية - القاهرة - 2003م.

16 علياء عرفة - آثار تعويم الجنيه على الاقتصاد المصري - وحدة

الدراسات السياسية والاقتصادية - مقال غير منشور بتاريخ 2017/12/13م.

¹⁷ مروان عطوان - أسعار صرف العملات - دار الهدى - عين مليلة -
الجزائر - 1992م.

¹⁸ محمد ناظم محمد حنفي - مشاكل تحديد سعر الصرف وتقييم العملات -
الهيئة المصرية العامة للكتاب - القاهرة - 1999م.

¹⁹ مجيد على حسين - عفاف عبد الجبار سعيد - مقدمة في التحليل
الاقتصادي الكلي - دار وائل للنشر والتوزيع - الطبعة الأولى - عمان - الأردن
- 2003م.

²⁰ مشهور هذلول - العوامل المؤثرة في انتقال أسعار صرف العملات
الأجنبية على مؤشرات الأسعار في الأردن "1985-2006" - رسالة مقدمة
للحصول على درجة الدكتوراه - الأكاديمية العربية للعلوم المالية والمصرفية -
الأردن - 2008م.

²¹ مريم حسناوي - سيد أحمد زناقي - انعكاس سعر الصرف على التضخم
في الاقتصاديات الناشئة - مجلة اقتصاديات المال والأعمال - العدد السابع -
سبتمبر - 2018م.

Foreign references

1) A.R. Ghosh, A.M. Gulde , J.D. Ostry , and H.C. Wolf
– Does the Exchange Rate Regime matter for Inflation and
Growth – Economic Issues , IMF, 1996.

2) A. Tornell and A. Velasco – Fixed or Flexible Exchange
Rates : Which Provides more Fiscal Discipline? – Journal of
Monetary Economics , Vol.45, 2000.

3)A. Jeffry – Introduction , The Politic Economy of
Currency choice– Princeton University Press, 2016.

4) Ben cheikh Nidhalddin – The pass-through of Exchange
Rate changes to prices in Euro Area :En Empirical
Investigation – Universite de RENNES 1 , these doctorat ,
2013.

5) Bakkou ET AL Omer– Evaluation of Exchange Rate
Pass Through in domestic prices in A Morocco – American
Journal of Economic – 2015.

6) B.S. Bernanke, F.S. Mishkin , T. Laubach and A.S.

Posen – Inflation Targeting : Lessons from the International Experience – Princeton , Princeton University Press, 1999.

7) CBL – Foreign Exchange Purchase Auction Rules and Regulations – Central Bank of Liberia , Established 1999.

8) ^{CBSL} – Guidelines Governing Bank of Sierra Leone Foreign Exchange Auction – Central Bank of Sierra Leone , May 2011.

9) C. Paul Hall wood and Ronald MacDonald – International Money and Finance – Wiley–Blackwell , 3rd Edition – September 2000.

¹⁰) Consuela NECSULESCU and Luminita SERBANESCU – Impact of the Inflation on the Exchange rate and on The Average salary – Cross cultural Management Journal , Volume XV, Issue.2 , 2013.

¹¹) Cavalla Michele , and Roubinil Nouriel and Others – Exchange Rate Overshooting and The Costs of Floating – Federal Reserve Bank of San Francisco , Working Paper

Series No.2005–07, May 2005.

¹²⁾ Dind Sara and Di Yang and Ligang Zhong – Free Float and Market Liquidity around The world – Journal of Empirical Finance , Volume 38 , Part A , September 2016.

¹³⁾ Easley David – Auctions – From the book Networks , Crowds , and Markets: Reasoning about a Highly Connected World , Cambridge University Press , 2010.

¹⁴⁾ finger Bo, Peter; Wollmershäuser, Timo – Managed floating: Understanding the new international monetary order– W.E.P. – Wurzburg Economic Papers, No. 30 ,September 2001.

¹⁵⁾ H Dellas. P.A.V.B. Swamy and G.S. Tavlas – The Collapse of Exchange Rate Pegs – The Annals of The American Academy of Political and Social Science , No.579, 2002.

¹⁵⁾Hu Xiaolian Ms– A Managed Floating Exchange Rate regime is an established Policy – Deputy Governor of The

People's Bank of China , July 2010.

¹⁷⁾Ingves Stefan – From Fixed to Float: Operational Aspects of moving Toward Exchange Rate Flexibility – Prepared by The Monetary System Department , International Monetary Fund, November 2004.

18) Justel Santiago and Sansone Andres – Exchange Rate Pass-through Tow Prices : Var Evidence for Chile– Working Paper No.747, 2015.

¹⁹⁾Miles William – To Float or not Float? Currency Regimes and Growth – Journal of Economic Development, Volume 31, Wichita State University, December 2006.

²⁰⁾ Jongwanich Jathathip – Equilibrium Real Exchange Rate, Misalignment and Export Performance in Developing Asia – Working Paper series No.151, ADB , Asian Development Bank , March 2009.

21) J.A . Frankel– The Collapse of Purchasing Power Parities during The 1970s – European Economic Reviews ,

16 (1), 1981.

22) K.A, Froot and K. Rogoff – Perspectives on PPP and Long-Run Real Exchange Rate – In G. Grossman and K. Rogoff , eds , The Handbook of International Economics, Vol.III, Amsterdam North Holland , 1995.

²³)K. Andrew. Rose– Exchange Rate Regimes in Modern Era: Fixed , Floating, and Flaky – UC Berkeley , NBER and CEPR , Haas School of Business , CA 94720–1900, June ,2011.

24) M .Alder. and B. Lehman – Deviations from Purchasing Power Parity

in The Long Run – Journal of Finance 38(5) , 1983.

²⁵) M. McPherson –Exchange Rate and Economic growth in Kenya: An Econometrics Analysis, African Economic Policy(2000).

26) M. Opstfeld and K. Rogoff – The Mirage of Fixed Exchange Rates – NBER Working Paper series No. 5191,

1995 .

²⁷) Nouredin Diao – Much Ado about The Egyptian Pound: Exchange Rate Misalignment and The pass Towards Equilibrium – The Egyptian Center for Economic Studies – Working Paper No.190 , December 2017.

²⁸) Noueihed Lin , Alsharif Asma , Farouk Ehab – Egypt devalues Pound , announces more flexible exchange Rate Policy – Business News , Reuters , March 14 , 2016.

²⁹) Prasad Eswar, Kenneth Rogoff, Shang–Jin Wei and M. Ayhan Kose – Effects of Financial Globalization on Developing Countries: Some Empirical Evidence – International Monetary Fund – 17 March 2003.

³⁰) Pinelopi Goldberg, and Michael Knetter. “Goods Prices and Exchange Rates: What Have we Learned?” Journal of Economic Literature, vol. 35, 1997.

31) Pierre–Jean Alegret, –Les régimes de change dans les marchés émergents– Vuibert, Paris, 2005.

³2) Rutasitara –Exchange Rate Regimes and Inflation in Tanzania, African Economic Research. (2004).

³3) R. Atish Ghosh and Jonathan D. Ostry– Choosing the exchange system – a new look at an old question: Should countries stabilize their exchange rates, make them floating or choose a middle course? – Finance and Development Magazine – December 2009.

34) Solomon Robert – The International Monetary System – Harper and Row 1982, pp:1945–1981, In Maurice Obstfeld – Floating Exchange Rates : Experience and Prospect – Brookings Papers on Economic Activity , Columbia University , 1985.

³5) T.D.Karoro and M.J.Aziakpono and N. Cattaneo – Exchange Rate Pass-through to Import Prices in South Africa: Is there asymmetry ? – Rodhoe University ,Working Paper number 79. 2008.

³6) Takhtamanova Yelma – Under setting changes in Exchange Rate Pass-through – Federal reserve Bank of

Sanfransisco , Working Paper series 2008.

³⁷)Vital Christian and L. David Mengle – SIC: Switzerland
New Electronic Interbank Payment System – Economic
Review , Federal Reserve Bank of Ruchmond , November –
December 1988.

³⁸) Y. Ayen –The Effect of Currency Devaluation on
Output: The Case of Ethiopian Economy, Journal of
economics and international finance, Jimma University,
(2014).

**ترشيد الاستثمارات الأجنبية والبيئية للدول العربية ودور
التحكيم فى فض منازعاتها**

د. محمد فوزي السيد الخولي

ملخص البحث

لما كان الاستثمار يعد حجر الزاوية فى تحقيق التنمية الشاملة المستهدفة بالنسبة للدول النامية والعربية ومنها مصر، فقد عرضنا الاستثمار من حيث مفهومه وأنواعه ومعدلاته اللازمة لدفع عجلة التنمية، ثم بينا الادخار كمصدر لتمويل الاستثمارات، وعلاقته بالاستثمار، وتناولنا حوافز وضمانات الاستثمار الوافد للدول العربية، وآليات ترشيده بما يتفق ومتطلبات التنمية. وحيث أن التحكيم فى منازعات الاستثمار يعد وسيلة مقبولة من جميع الأطراف فقد عرضنا نبذه عن التحكيم وأهميته، وخسائر الدول العربية من مراكز التحكيم الأجنبى التقليدية، وانتهينا إلى عرض آليات تطوير التحكيم العربى، بالقدر الذى يمكنه من الحلول رويداً رويداً محل التحكيم الدولى بشأن الاستثمارات العربية؛ بغية تنمية الاستثمارات البينية من جانب، والاستثمارات الأجنبية الوافدة إلى الدول العربية من جانب آخر.

الكلمات الدالة: الأهمية الاقتصادية للاستثمار، تنمية الاستثمار العربى، ضمانات الاستثمار، حوافز الاستثمار، التحكيم الدولى، التحكيم الإلكتروني.

Rationalizing foreign and betweenness investments for arab countries and the role of arbitration in its dispute resolution

Research Summary

Since investment is the cornerstone of achieving comprehensive development targeted for developing and Arab countries, including Egypt, we have offered investment in terms of its concept, types and rates necessary to advance development, then we showed saving as a source of investment financing, and its relationship to investment, and we dealt with incentives and guarantees for inbound investment for Arab countries, and mechanisms. Rationalizing it in line with the requirements of development. Whereas arbitration in investment disputes is considered a method acceptable to all parties, we have presented an overview of arbitration and its importance, and Arab countries' losses from Traditional foreign arbitration centers.

And we ended up presenting the mechanisms for developing Arab arbitration, to the extent that it enables solutions slowly to replace international arbitration regarding Arab investments. In order to develop intra-regional investments on the one hand, and foreign investment coming to Arab countries on the other hand.

Key words: the economic importance of investment, the development of Arab investment, investment guarantees, investment incentives, international arbitration, electronic arbitration.

مشكلة البحث

على الرغم من وجود موارد طبيعية متنوعة لدى الدول العربية، تشجع على فرص استثمارية لا حصر لها، إلا أن الاستثمارات العربية لم تصل بعد إلى الحد المأمول، الذي يُمكن تلك الدول من إحداث تنمية شاملة ومستدامة على كافة الأصعدة، خاصة في ظل عدم كفاية الموارد المالية المطلوبة في الدول العربية الساعية لإحداث تنمية شاملة ومستدامة وعلى رأسها مصر، رغم ضخامة حجم الاستثمارات العربية في الدول الأجنبية، بخلاف أن التحكيم كآلية متفق عليها دولياً في الآونة الحالية لحسم منازعات الاستثمار لم يبلغ المستوى المأمول على الجانب

العربي؛ للمساهمة بدور إيجابي بجانب حوافز وضمانات الاستثمار، نحو تنمية الاستثمارات البينية والوافدة إلى الدول العربية، في ظل خسائر الدول العربية لأغلب منازعات الاستثمار المثارة أمام مراكز التحكيم الأجنبي التقليدية.

أهداف البحث

يهدف البحث إلى تسليط الضوء على أهمية موضوع تنمية الاستثمارات العربية؛ من أجل دفع عجلة التنمية من ناحية، وتكامل ووحدة عربية اقتصادية من ناحية أخرى، وذلك من خلال عرض حوافز وضمانات الاستثمار الوافد، وكيفية ترشيده، مع تطوير التحكيم العربي لفض المنازعات التي قد تحدث بشأن الاستثمارات التي تستضيفها الدول العربية، في ظل الخسائر التي تعرضت لها الدول العربية عند اللجوء للتحكيم الأجنبي.

أهمية البحث وجدواه

يستمد البحث أهميته من أهمية موضوع تنمية الاستثمارات العربية؛ لإحداث نمو وتنمية اقتصادية موسعة، في ظل الموارد المالية المحدودة للدول العربية، وضخامة حجم صناديق الثروة السيادية لعدد محدود من الدول العربية، وأن تطوير التحكيم العربي يسهم في تحقيق ذلك، بجانب حوافز وضمانات الاستثمار التي ينبغي على الدول العربية توفيرها للاستثمار الوافد.

خطة البحث

أخذاً لما سلف بيانه في الاعتبار، فإننا نوزع الموضوعات المتداولة في نطاق البحث على مقدمة، وثلاثة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول : الاستثمار والتنمية

المطلب الأول: التعريف بالاستثمار

المطلب الثانى: الادخار كمصدر لتمويل الاستثمار

المطلب الثالث: أهمية الاستثمار لأغراض التنمية الشاملة

المبحث الثانى: حوافز وضمانات الاستثمار العربى والأجنبى

المطلب الأول: أهمية الاستثمار الوافد

المطلب الثانى: حوافز الاستثمار

المطلب الثالث: ضمانات الاستثمار

المطلب الرابع: ترشيد الاستثمار الوافد

المبحث الثالث: آثار تطوير التحكيم العربى على تنمية الاستثمارات العربية

المطلب الأول: نبذه عن التحكيم وأهميته

المطلب الثاني: خسائر الدول العربية من مراكز التحكيم الأجنبي التقليدية

المطلب الثالث: آليات تطوير التحكيم العربي

مقدمة

إن ثورة الاتصالات والتكنولوجيا التي تطورت في العقدين الأخيرين، تم استغلالها بشكل موسع في إطار تسيير معاملات النشاط التجارى والاقتصادى⁽¹⁾؛ لتحقيق أقصى وأسرع أرباح ممكنة. ولما كان الاستثمار يعد العامل الرئيس الذى يتحكم فى معدل النمو كمياً من ناحية، وفى كيفية وشكل ذلك النمو من ناحية أخرى، لأن معدل النمو يتوقف على القدرة على جذب التدفقات الاستثمارية المطلوبة، وهو ما يرتبط بالقدرة على توفير الحوافز والتيسيرات التى يبحث عنها المستثمر⁽²⁾؛ لاتخاذ قرار بالاستثمار فى بلد ما دون غيره، كما يحدد حجم الاستثمار الذى يضعه طبقاً لقناعاته بالحوافز والضمانات والتيسيرات الموضوعية.

(1) الماحى، حسين (ابريل/2003)، نظرات قانونية فى التجارة الإلكترونية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، العدد رقم 31، ص 269.

(2) على، كريم(2020/12)، أثر الإصلاحات التشريعية على قانون الاستثمار، بحث مقدم إلى الجمعية المصرية للاقتصاد السياسى والإحصاء والتشريع، منشور ضمن مجلد أبحاث وأوراق عمل المؤتمر القانونى السنوى السادس للجمعية حول الاصلاح التشريعى والعدالة الناجزة، تحت رعاية المستشار/ عمر مروان وزير العدل، يومى 12، 2020/12/13 بفندق سميراميس، القاهرة.

ولما كانت الدول العربية جزءاً من النظام الاقتصادي العالمي، وترتبط بعلاقات اقتصادية واستثمارية موسعة مع الدول المتقدمة، تسعى إلى تنميتها باستمرار في ظل حاجتها الملحة إلى تطوير بنياتها الأساسية، وصناعاتها المختلفة، وذلك من خلال إبرام عقود تجارية واستثمارية، يتم من خلالها استقطاب رؤوس أموال أجنبية؛ لإقامة مشروعات استثمارية، تسهم في تحقيق طموحاتها، ولما كانت تلك العقود تحتوى غالباً على أمور فنية يصعب على قضاء أى دولة الفصل في المنازعات التي تحدث بشأنها، دون الاستعانة بخبرة متخصصة على مستوى النزاع؛ مما قد يطيل أمده، ويعرض حقوق أطرافه للضياع؛ ومن هنا لا غنى للنص على شرط التحكيم في تلك العقود⁽¹⁾، مما يلزم معه تطوير آليات التحكيم العربي، بجانب توفير حوافز وضمانات الاستثمار المطلوبة؛ بهدف تنمية الاستثمارات العربية، سعياً لرفع معدلات النمو للدول العربية، ولتجنب التعرض لتكاليف وخسائر اللجوء للتحكيم الأجنبي.

فإقرار الدولة للتحكيم وتيسير إجراءاته يمثل عاملاً من عوامل جذب الاستثمارات الأجنبية؛ لإسهامه في تعزيز كل من المنظومة الاقتصادية ومنظومة

(1) السن، عادل، دور محكمة الاستثمار العربية في تسوية المنازعات الاستثمارية والتجارية، بحث مقدم إلى الجمعية المصرية للاقتصاد السياسى والإحصاء والتشريع، منشور ضمن مجلد أبحاث وأوراق عمل المؤتمر القانونى السنوى السادس للجمعية حول الإصلاح التشريعى والعدالة الناجزة، تحت رعاية المستشار/ عمر مروان وزير العدل، فندق سميراميس بالقاهرة يومى 12، 2020/12/13، ص 280، 281.

العدالة على حد سواء⁽¹⁾. والعلاقة وطيدة بين التحكيم باعتباره وسيلة إجرائية، بجانب حوافز وضمانات الاستثمار؛ لتشجيع الاستثمار وعملية التنمية الاقتصادية خصوصاً للبلدان العربية، التي تسعى لاكتساب الثقة الدولية؛ لتنمية الاستثمارات الوافدة إليها⁽²⁾.

(1) الطراونة، خالد(2017)، ورقة بحثية بعنوان التحكيم التجارى-المفهوم والإجراءات-، غرفة تجارة عمان، الأردن، ص 3.

(2) إسماعيل، هفال(2016)، التحكيم فى منازعات الاستثمار الأجنبى وفق الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية مع أحدث أحكام هيئات التحكيم الدولية وأحكام المحاكم الوطنية، منشأة المعارف، الأسكندرية، ص 187.

المبحث الأول

الاستثمار والتنمية

مقدمه

تعد التنمية الشاملة هي الشغل الشاغل لكافة الدول النامية في العصر الحاضر، وقد ازدادت أهميتها في ظل العولمة كظاهرة عالمية بإبعادها المتعددة، وفي ظل سيادة الأنظمة الاقتصادية المختلطة باهتمام الدول التي تبنت الفكر الرأسمالي إلى توسيع دور الدولة في النشاط الاقتصادي، واهتمام الدول التي تبنت الفكر الاشتراكي بتوسيع دور القطاع الخاص.

ويهتم هذا المبحث بالدور الإنمائي للاستثمار بالنسبة للدول النامية عموماً والعربية بصفة خاصة ومنها مصر، في ظل الظروف الاقتصادية العالمية القائمة في هذه الحقبة من الزمن. ونعرض للمبحث الحالي في المطالب التالية:

المطلب الأول: التعريف بالاستثمار

المطلب الثاني: الادخار كمصدر لتمويل الاستثمار

المطلب الثالث: أهمية الاستثمار لأغراض التنمية الشاملة

المطلب الأول

التعريف بالاستثمار

الاستثمار عموماً هو كل إنفاق يؤدي إلى زيادة الناتج القومي (المحلى) عن طريق زيادة الطاقة الإنتاجية للمجتمع، أو زيادة مستوى التشغيل لعناصر الإنتاج المتاحة، وهو ما يمكن أن يتم عن طريق الإضافة إلى أى عنصر من عناصر الإنتاج وليس رأس المال فقط⁽¹⁾. حيث يعرف الاستثمار القومي فى علاقته بالناتج بأنه ذلك الجزء من الناتج القومي الذى لم يستهلك فى نفس السنة، وبذلك يزيد من القدرة على إنتاج الدخل فى المستقبل⁽²⁾.

(1) يرى الكثيرون بأن الاستثمار يعنى الإضافة إلى عنصر رأس المال (تكوين رأسمالى) فى حين أننا نرى مع آخرين أن أى إضافة (بالزيادة الكمية أو تحسين الجودة) لأى عنصر من عناصر الإنتاج يعد استثماراً، ويلحق بالعنصر الإنتاجى الذى أضاف إليه، ولا ينكر الرأى الآخر اعتباره استثماراً، ولكنه يضيفه إلى رأس المال فقط

انظر: - د الصيرفى، صلاح (1961)، مقدمة فى مبادئ الاقتصاد، دار الجامعات المصرية، اسكندرية.

- حشيش، عادل؛ وآخر(2006)، أساسيات علم الاقتصاد، دار الجامعة الجديدة، اسكندرية.

- الخولى، فوزى(1993)، دور السياسة الضريبية فى تنمية الاستثمار وفقاً لمنهج الاقتصاد الإسلامى، رسالة دكتوراة غير منشورة، كلية الحقوق جامعة الأسكندرية.

(2) Becker man, W(1976), An Introduction to National Income Analysis, Low priced Textbook, 2nd-edn.

ويلزم بصفة خاصة الاهتمام بالاستثمار الموجه لزيادة الطاقة الإنتاجية وهو الاستثمار الذى يستهدف زيادة كمية عوامل الإنتاج بإعداد الموارد الاقتصادية المتاحة للمجتمع (طبيعية وبشرية)، وجعلها صالحه للقيام بدورها الإنتاجى، ويشمل أيضا الاستثمار الذى يستهدف إدخال تحسينات نوعية فى عوامل الانتاج المتاحة بزيادة جودتها حتى تصبح أكثر انتاجية، مثل الإنفاق على الأبحاث العلمية لزيادة التقدم التقنى، أو الإنفاق على تعليم وتدريب العاملين. كأحد عوامل الانتاج⁽¹⁾. فيما يطلق عليه البعض رأس المال البشرى.

الفرق بين الاستثمار الأجنبى المباشر وغير المباشر

ولأن البحث يركز على الاستثمارات الأجنبية والبينية للدول العربية، فنلاحظ أن صندوق النقد الدولى يعرف الاستثمار الأجنبى بأنه مباشر حين يمتلك المستثمر 10% أو أكثر من أسهم رأسمال إحدى مؤسسات الأعمال، على أن ترتبط هذه الملكية بالقدرة على التأثير فى إدارة المؤسسة، وهو يختلف عن الاستثمار غير المباشر فى المحافظ والصناديق الاستثمارية الذى يتم من خلاله شراء أصول الشركات؛ بهدف تحقيق عائد مالى دون التحكم فى إدارتها⁽²⁾.

(1) Martine J. Bailey (1973), National Income and the price level, Mcgraw Hill Kogakusha, Ltd., Second edition, p. 86.

(2) خضر، حسان(2004)، الاستثمار الأجنبى المباشر-تعريف وقضايا-، سلسلة دورية تعنى بقضايا التنمية فى الأقطار العربية تصدر عن المعهد العربى للتخطيط، الكويت، السنة الثالثة،

ويُعرف الاستثمار الأجنبي غير المباشر بالاستثمار في الأوراق المالية، وذلك من خلال امتلاك الأفراد والشركات والمصارف لأوراق مالية كالأسهم والسندات، دون ممارسة أي نوع من أنواع السيطرة أو الرقابة على المشروع الاستثماري، وإنما مجرد الحصول على عائد نظير الملكية. وعادة يكون قصير الأجل بالقياس إلى الاستثمار الأجنبي المباشر الذي يكون طويل الأجل. ورغم أهمية الاستثمار الأجنبي غير المباشر إلا أنه له سلبيات تتمثل في: صعوبة تحكم الاسواق المالية المضيفة أو الوطنية في مثل هذا النوع من الاستثمار، وذلك لسهولة الدخول والخروج الى الدول المضيفة والاسواق المستهدفة، اذ قد تنسحب هذه الاستثمارات بصورة مفاجئة، وفي شكل موجات بيع ضخمة، نتيجة عدة عوامل، إذ يسعى المستثمرون الاجانب في هذه الحالة الى تعديل مراكزهم الاستثمارية، وبالتالي الدخول والخروج إلى أسواق الاوراق المالية في الدول المضيفة، وفقاً لتطور الاسواق المالية لهذه الدول. وبالتالي تزداد تحركات رؤوس الأموال خارج البلاد، وأحياناً تتسبب في تقلبات اقتصادية عنيفة⁽¹⁾.

متاحة على موقع <http://www.arab-api.org/images/publication/pdfs> ، تاريخ الدخول 2021/4/18.

(1) منشور على موقع <https://www.equiti.com/ae-> ، تاريخ الدخول 2021/4/16، <ar/newsroom/articles/foreign-indirect-investmen>

ورغم أن البحث يركز على الاستثمارات المباشرة، إلا أن الاستثمارات غير المباشرة لها أيضاً دور بارز في إحداث التنمية على مستوى الوطن العربي، خاصة في ظل ارتفاع أرقام صناديق الاستثمار السيادية لعدد من البلدان العربية التي تحقق فائض، مع أهمية تجنب الاستثمارات غير المباشرة المضاربة، التي تدخل إلى البورصة وتخرج مباشرة؛ من أجل تحقيق مكاسب مالية سريعة ووقتية، من خلال بورصات قوية تعمل بآليات مهنية منضبطة.

المطلب الثانى

الإدخار كمصدر لتمويل الاستثمار

أولاً: مفهوم الادخار

يعنى الادخار ببساطه الجزء من الدخل الذى لا ينفق على الاستهلاك، وبذلك يتمثل الادخار فى المتطابقة التالية: الادخار = الدخل - الاستهلاك. و يصدق ذلك على الفرد أو العائلة، كما يصدق بالنسبة للادخار القومى.

ثانياً: مصادر الادخار القومى

يتكون الادخار القومى من ثلاثة مصادر رئيسة هى:

- 1- مدخرات القطاع العائلى أو الأفراد: وهى المدخرات التى تقوم بها العائلات والأفراد سنوياً؛ لأغراض مختلفة، وتتمثل أهم صور هذه المدخرات فيما يلى:
 - أ- الاستثمار المباشر بواسطة المدخر.

ب - التوظيف: ويعنى استخدام جزء من المدخرات؛ للحصول على عائد بإيداعه أحد المؤسسات المالية (البنوك - شركات التأمين -....).

ج- الاكتناز: ويعنى حبس جزء من الدخل الذى لم ينفق على الاستهلاك، وحجبه عن الدخول فى الدورة المالية والاقتصادية للمجتمع، ويتمثل فى عدة صور

كالاحتفاظ به نقداً، أو شراء حلى وأحجار كريمة أو ذهب، والذي يشكل الجزء الأكبر من الاكتناز العالمى، طبقاً لبعض الدراسات التى تثبت أن الأفراد يكتنون حوالى 800 طناً من الذهب، تمثل حوالى ثلث إنتاج العالم الغربى منه، موزعه تقريباً بنسبة 20% فى أوربا الغربية، و40% فى دول الشرق الأوسط النفطية، و40% فى الدول المتخلفة⁽¹⁾.

ويلاحظ أن الجزء المدخر من القطاع العائلى، والذي يمكن أن يوجه للاستثمار القومى لا يعتد به كثيراً، حيث يوجه جانب كبير منه إلى الاكتناز أو تشييد المبانى الفاخرة، ومعظمها استثمارات لا تضيف إلى الاستثمار القومى، ويسمىها البعض الاستثمارات السلبية.

2-مدخرات قطاع الأعمال (المدخرات التنظيمية): وهى مدخرات قطاع الأعمال الخاص والعام، وتتمثل فى الجزء غير الموزع من الأرباح والاحتياطات⁽²⁾.

3- الإيداع الحكومى: ويتمثل فى فائض الإيرادات العامة الجارية على النفقات العامة الجارية، والتى تظهر فى الموازنة العامة للدولة، وتعتبر ذات أهمية لتمويل الاستثمارات العامة، إلا أن معظم الدول النامية لا تحقق فائضاً، بل أن معظمها يعانى من عجز فى موازنتها العامة، ويكاد يجمع علماء الاقتصاد على أن

(1) الفولى، أسامه؛ وآخر(2005)، مبادئ الاقتصاد السياسى، دار الجامعة الجديدة، اسكندرية، ص 155.

(2) Lipsey, R.G, An Introduction to Positive economic, sth- edn, Butler and tanner, Ltd, London, Fifth Edition.

المدخرات المحلية للدول النامية لا يمكن أن تكفى لتمويل الاستثمارات المطلوبة لتحقيق التنمية، حيث بلغت فقط حوالى 6% من إجمالي الناتج المحلى فى المتوسط بالتطبيق على 24 دولة، ويرجع ذلك لأسباب متعددة منها انخفاض متوسط دخل الفرد، والمحاكاة والتقليد لأنماط استهلاك الأغنياء، واضطرابات الأوضاع السياسية والاقتصادية، وعدم انتشار المؤسسات الادخارية، والإنفاق الحكومى الترفى وغير ذلك⁽¹⁾.

(1) محى الدين، عمرو(1972)، التنمية والتخطيط الاقتصادى، دار النهضة العربية، بيروت.

المطلب الثالث

أهمية الاستثمار لأغراض التنمية الشاملة

إن موضوع تنمية الاستثمارات العربية من أخطر وأدق الموضوعات التي تساهم في إحداث نهضة وتنمية عربية، في ظل الموارد الطبيعية والطاقات البشرية التي تملكها الدول العربية.

أولاً: معدلات الاستثمار ومتطلبات التنمية

يكاد أن يكون هناك إجماع من خبراء التنمية بأن معدل الاستثمار المطلوب في بداية تبني خطة للتنمية، يجب أن يكون مرتفعاً، بحيث يعطى دفعة قوية للاقتصاد القومي نحو التقدم والسير بخطوات متنامية؛ ولذلك يجب ألا يقل معدل الاستثمار في البداية عن 15% من الدخل أو الناتج القومي.

وبالنظر إلى تجارب بعض الدول في هذا الشأن والتي نجحت في تحقيق تنمية حقيقية، وأصبحت من الدول المتقدمة نجد الاتحاد السوفيتي (سابقاً) بدأ بمعدل من 15: 16% من الدخل القومي في أول مراحل التخطيط، كما تراوح هذا المعدل ما بين 20: 21% في تشيكوسلوفاكيا (سابقاً) وبولندا، أما يوغسلافيا فقد وصل المعدل إلى حوالي 36% عام 1949، وبصفة عامة يمكن القول أن

التخطيط القومى فى دول أوروبا الشرقية، قام على أساس معدل للاستثمار لا يقل عن 15% من الدخل القومى⁽¹⁾

ومقارنة بالوقت الحالى نلاحظ أن الدول العربية تحتاج إلى معدلات أكبر من ذلك فى بداية خطة التنمية؛ لكونها أو معظمها يفتقر إلى البنية الاقتصادية والاجتماعية الأساسية، مثل الطرق والكبارى وشبكات السكك الحديدية ومحطات المياه والكهرباء وغير ذلك.

بذلك تتطلب التنمية أن يكون معدل الاستثمار أعلى معدل ممكن، والذي تحدده الطاقة الاستيعابية للاقتصاد القومى، حيث تتوقف تلك الطاقة على حجم الموارد الطبيعية، وعرض العمل وقدراته ومهارته، والقدرة التنظيمية والإدارية، حيث تتزايد هذه الطاقة الاستيعابية بزيادة الاستثمار، ويمكن تبنى سياسة استثمارية للتأثير فى هذه الطاقة الاستيعابية عن طريق ليس فقط زيادة معدل الاستثمار، ولكن أيضا بكيفية استخدام هذا الحجم من الاستثمار باختيار المشروعات التي تؤثر إيجابياً فى معدلات الاستثمار المستقبلية، وهى المشروعات التي تنتج مكونات الاستثمار، حيث تؤدي إلى زيادة قدرة المجتمع على رفع معدل الاستثمار.

من هنا تبدو أهمية الاستثمار من أجل التنمية فى أمرين: زيادة معدلات الاستثمار. واختيار المشروعات الاقتصادية ذات الأولوية فى التأثير على زيادة الاستثمار من ناحية، وزيادة الطاقة الاستيعابية له من ناحية أخرى.

(1) رمزى، زكى(1966)، مشكلة الادخار، الدار القومية للطباعة والنشر، القاهرة، ص 71،

ثانياً: أهمية الاستثمار بالنسبة للجانب الاقتصادى للتنمية

تتوقف أى خطط ومجهودات لتحقيق الجانب الاقتصادى للتنمية الشاملة على هدف رئيس يتمثل فى زيادة الناتج (الدخل) القومى وتنوعه، بحيث تودى هذه الزيادة إلى زيادة متوسط نصيب الفرد من الدخل، وبما يؤدي إليه تنوع الناتج من تحقيق التوازن والتكامل بين القطاعات الاقتصادية المختلفة.

ويتوقف حجم الناتج المحلى على حجم ونوعية الموارد الاقتصادية المتاحة، ونسبة ما يتم تحويله منها إلى عوامل انتاج، وانتاجيتها، وأيضاً على مستوى التشغيل القائم لهذه العوامل. ويتزايد الناتج المحلى الإجمالى عبر الزمن عن طريق زيادة عوامل الإنتاج أو تحسين انتاجيتها (جودتها)، أو زيادة مستوى التشغيل.

ويتحقق كل ذلك عن طريق تنمية الاستثمارات، ومن هنا تبدو أهمية الاستثمار ليس فقط بالنسبة للدول المتقدمة ولكن بنسبة أكبر للدول النامية التى تعمل على تحقيق التنمية الشاملة. كما تتوقف كثير من التوازنات للاقتصاد القومى على طريقة توزيع الاستثمارات على القطاعات والأنشطة الاقتصادية المختلفة⁽¹⁾.

(1) كالتوازن بين الصادرات والواردات، والعرض والطلب وغيرهما.

ثالثاً: أهمية الاستثمار بالنسبة للجانب غير الاقتصادى للتنمية

إذا كان الاستثمار كمتغير اقتصادى يعد أمراً ضرورياً لزيادة الإنتاج والدخل القومى، خاصة مع زيادة معدل النمو السكانى سنوياً، إلا أنه لأغراض التنمية يعد حجر الزاوية ليس فقط للجانب الاقتصادى من التنمية الشاملة، ولكن لكل جوانبها الاجتماعية والثقافية والتعليمية والصحية.

وعلى سبيل المثال ضرورة الاستثمار فى إنشاء مدارس ومعاهد تعليمية وجامعات ومراكز تدريب ومستشفيات ومراكز بحوث علمية فى كافة المجالات، مع تجهيزها بالمعدات والأجهزة والأدوات اللازمة لقيامها بأنشطتها المختلفة على المستوى الثقافى والاجتماعى المطلوب؛ لإحداث تنمية اجتاعية وثقافية شاملة بجانب التنمية الاقتصادية.

أيضاً لضرورة توفير القدر الكافى من رأس المال الاجتماعى، أو ما يسمى بالبنية التحتية، والمتمثل فى وجود شبكة المواصلات والنقل، كالكسك الحديدية والطرق الكبارى الجيدة، وشبكات المياه والصرف الصناعى والزراعى، فضلاً عن مصادر الطاقة الكافية لتشغيل المشروعات الصناعية، حيث يقدم رأس المال الاجتماعى منافع عامة للقطاعات الاقتصادية المختلفة، يترتب عليها رفع كفاءتها الإنتاجية، وتخفيض نفقات الإنتاج، وعموماً يساهم فى تحقيق ما يسمى بالوفورات الخارجية.

وقد خطت مصر كأحد الدول العربية مؤخراً خطوات جادة فى هذا المجال؛ من أجل تهيئة البيئة المواتية للاستثمار. وقد أيد ذلك التوجه البنك الدولى فى تقريره السنوى لعام 2020، حيث أورد أن مصر تعد أولى البلدان النامية مؤخراً فى اتخاذ إجراءات جادة وسريعة فى مجال تطوير منظومتى التعليم والصحة؛ ولذلك دعم البنك مشروع إصلاح التعليم بتكلفة بلغت 500 مليون دولار؛ لتحسين أوضاع التدريس والتعلم فى المدارس، كما قدم تمويل إضافى بذات المبلغ للمرحلة الثانية من مشروع تدعيم شبكات الأمان الاجتماعى، الذى يدعم البرنامج القومى للتحويلات النقدية فى مصر، كأكبر عملية للتحويلات النقدية فى الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، ومن أهم استثمارات مصر فى تعزيز رأس المال البشرى. وأيضاً قدم البنك 400 مليون دولار لدعم نظام التأمين الصحى فى مصر وتعميم التغطية الصحية، ووضع أساس للتأمين الصحى الشامل، مع تجربته بداية على الفئات الأكثر احتياجاً والأولى بالرعاية⁽¹⁾.

(1) التقرير السنوى للبنك الدولى(2020)، دعم البلدان فى أوقات لم يسبق لها مثيل، ص 36، على موقع <https://www.albankaldawli.org>.

المبحث الثاني

حوافز وضمانات الاستثمار العربي والأجنبي

الاستثمارات العربية تشمل الاستثمارات البينية فيما بين الدول العربية، والتي لا يتناسب حجمها مع حجم الاستثمارات العربية الكلية. كما تشمل الاستثمارات الأجنبية التي ترد إلى الدول العربية من دول أجنبية، وكلا النوعين مستهدف تميمته؛ من أجل إحداث تنمية عربية حقيقية، تتناسب مع حجم الاقتصاد العربي، والإمكانات العربية المتشعبة.

والدول العربية عموماً تصنف كدول استهلاكية وليست منتجة؛ لضعف الإمكانيات التكنولوجية والمادية لأغلبها؛ ولذلك تسعى باستمرار لجذب الاستثمارات الأجنبية بكافة الوسائل؛ لتحديث إمكاناتها التقنية، وزيادة قدرتها الإنتاجية؛ لمواجهة الاستهلاك المتزايد⁽¹⁾، وللحد من الاستيراد الذي يكبد الدولة توفير عملة أجنبية.

ونتناول هذا المبحث في المطالب الأربع التالية:

المطلب الأول: أهمية الاستثمار الوافد المطلب الثاني: حوافز الاستثمار

المطلب الثالث: ضمانات الاستثمار المطلب الرابع: ترشيد الاستثمار الوافد

(1) شاكر، إبراهيم(2017)، معالجة عيوب التحكيم التجارى فى منازعات التجارة الدولية وعقود الاستثمار وتأثيرها على جذب الاستثمارات فى الدول النامية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد رقم 93، ص 614، 615.

المطلب الأول

أهمية الاستثمار الوافد

بالنظر إلى متطلبات التنمية من ضرورة ارتفاع معدلات الاستثمار، وفي ظل محدودية المدخرات الوطنية والتي قدرت بما يعادل في المتوسط نسبة 5% من الدخل القومي بالنسبة للدول النامية ومنها مصر⁽¹⁾، فإن الاستعانة بالمدخرات الخارجية في صورة استثمارات مباشرة وافدة أمر لا غنى عنه.

والاستثمار الأجنبي المباشر يعمل على خلق روح المنافسة والتطوير، بين المؤسسات والشركات المحلية المملوكة للدولة وغيرها التي تمثل الاستثمارات الوطنية الخاصة؛ حتى تصل إلى درجة اتقان وجودة وخبرة المستثمر الأجنبي، مستغلة وجوده على أراضيها، وما يتوافر لها من العمالة الوطنية المناسبة، وبالتالي لا تتكلف مثل المستثمر الأجنبي الوافد بماله وخبرته.

أولاً: منافع الاستثمارات الوافدة على الدول المضيفة للاستثمار⁽²⁾

1- تطور التقنيات المستخدمة من المستثمر الأجنبي

(1) رمزي، زكي (1966)، مشكلة الادخار، مرجع سبق ذكره.

(2) دراز، حامد (1984)، السياسات المالية، الدار الجامعية، الاسكندرية، من ص 210: 215.

لا يقدم الاستثمار الأجنبي على استثمار أمواله فى الدول العربية والدول النامية، إلا بعد دراسة علمية متعمقة حول الجدوى الاقتصادية لمشروعه الاستثمارى، ودراسة مستفيضة للتقنيات والآليات التى يمارس بها ذلك الاستثمار، مما يسهم فى ترقية الأساليب الفنية والتقنية داخل البلد المضيف للاستثمار، كما ينقل إلى ذلك البلد خبرات تنظيمية ومالية وفنية وإدارية وتسويقية تفوق الخبرات المناظرة لها فى البلد المضيف؛ وكلها عوامل إنتاجية نادرة فى الدول النامية والعربية؛ مما يساهم فى تنفيذ خطة التنمية المستهدفة فى تلك البلاد.

والمستثمر الأجنبي يساهم بشكل مباشر وغير مباشر فى تحسين وسائل الإنتاج المختلفة داخل الدولة المضيضة للاستثمار، خاصة من خلال الأفكار الجديدة والتكنولوجيا الحديثة التى تساهم فى تدريب وتطوير العمالة المحلية من قبل المستثمرين الأجانب خاصة الشركات متعددة الجنسيات، علاوة على تنمية البنية التحتية لتلك الدول خاصة فى القطاعات الأساسية كالاتصالات والطرق والصناعات الناشئة؛ ولذلك فإن الاستثمار الأجنبي المباشر له دور بارز فى إحداث التنمية والنمو الاقتصادى فى الدول العربية⁽¹⁾.

(1) أبو سمهدانة، عبد الناصر (يوليو/2011)، التحكيم فى منازعات الاستثمار، مرجع سابق، ص 354.

2- الوفورات الاقتصادية والآثار الجانبية الإيجابية للاستثمار الأجنبي

كثيرا ما نجد المستثمر الأجنبي يحقق وفورات اقتصادية ومنافع اجتماعية تفوق بكثير المنافع الخاصة التي يجنيها المستثمر، فأحيانا يقوم المستثمر برصف الطرق المؤدية إلى مصنعه ومد شبكات الكهرباء والمياه والصرف الصحى والاتصالات؛ بما يزيد من رأس المال الاجتماعى للدول المضيفة للاستثمار. كذلك يساهم المستثمر الأجنبي بخبراته التسويقية فى توسيع نطاق السوق المحلى وفتح أسواق عالمية جديدة أمام المنتجات المحلية، كما أن المنتجين المحليين كثيرا ما يقتبسوا الطرق الفنية الحديثة وأساليب الإنتاج والإدارة المتطورة من المستثمر الأجنبي. توفير العديد من السلع الاستهلاكية جيدة الصنع رخيصة الثمن؛ مما يزيد مستوى الرفاهية الاقتصادية لأفراد المجتمع ويحد من التضخم.

وتؤثر الاستثمارات الأجنبية فى النهاية مباشرة إيجاباً على قدرة ميزان المدفوعات بزيادة رأس المال عند بداية تدفق الاستثمارات الأجنبية، كما تؤثر بصورة غير مباشرة إيجاباً على الميزان التجارى بالتوسع فى التبادل التجارى مع دول العالم⁽¹⁾.

3- مزايا زيادة حجم الاستثمارات البينية

(1) مرسى، سلوى (2005/11)، أولويات الاستثمار الصناعى فى مصر، معهد التخطيط القومى، القاهرة، ص 176.

تتمية الاستثمارات العربية البينية يعمل على تقليل التسربات التي تحدث للأموال العربية إلى الدول الغربية، ويعمل على مزيد من التكامل الاقتصادي بين الدول العربية، وتقوية مركزها التنافسي، وتعزيز قدرتها في الأسواق العالمية، فضلاً عن التمتع بوفورات الحجم الكبير، ومزايا التخصص وتقسيم العمل، وارتفاع الإنتاجية، وعموماً قدرة أكثر على مواجهة الاقصاديات العالمية، وتجنب مساوئ التقلبات الاقتصادية العالمية المفاجئة، ويعد التعاون في تبادل الاستثمارات البينية والعمالة العربية خطوة هامة نحو الوحدة الاقتصادية العربية، وتمهيداً لاتحاد عربي حقيقي⁽¹⁾.

ثانياً: صناديق الاستثمار السيادية في الدول العربية

تشمل قائمة أكبر 7 دول تملك أصول لصناديق الثروة السيادية 4 دول عربية، وتعد هذه الصناديق كيانات تدير فوائض الدول، من أجل الاستثمار، وهي على النحو التالي⁽²⁾:

صناديق الثروة السيادية

(1) الخولي، فوزى(1993)، دور السياسة الضريبية في تنمية الاستثمار وفقاً لمنهج الاقتصاد الإسلامي، مرجع سابق.

(2) منشور على موقع <https://ar.wikipedia.org/wiki>

الترتيب	الأصول مليار دولار	الصناديق	الدولة	المصدر
1	2,24 4.4	صندوق التنمية الصيني الأفريقي / مؤسسة الاستثمار الصينية/ NSSF / إدارة الدولة للنقد الأجنبي	الصين	السلع غير الأساسية
2	1,36 3	جهاز أبوظبي للاستثمار / مجلس أبوظبي للاستثمار / هيئة الإمارات للاستثمار / مؤسسة دبي للاستثمارات الحكومية / شركة الاستثمارات البترولية الدولية / شركة مبادلة للتنمية RIA /	الإمارات	النفط

الترتيب	الأصول مليار دولار	الصناديق	الدولة	المصدر
3	1,7108	<u>الصندوق التقاعدي</u> <u>الحكومي النرويجي</u>	النرويج	النفط
4	899,9	<u>صندوق الاستثمارات</u> <u>العامة / ساما</u>	السعودية	النفط/ الغاز
5	764,0	<u>جي اي سي / تماسيك</u> <u>القابضة</u>	سنغافورة	سلع غير اساسية
6	533,6	<u>الهيئة العامة للاستثمار</u>	الكويت	النفط
7	320,0	<u>جهاز قطر للاستثمار</u>	قطر	النفط/ الغاز

وتاريخياً تعود فكرة إنشاء الصناديق السيادية إلى منطقة الخليج، وتعتبر الهيئة العامة للاستثمار بالكويت أول صندوق للثروة السيادية في العالم، أنشئ عام 1953؛ لاستثمار فائض العائدات النفطية. وتعمل هذه الصناديق على تجميع الفائض من إيرادات الدول أو مخصصات مالية تُقطع سنوياً من الإيرادات؛ بهدف تكوين رصيد مالي ضخم لاستثماره في أصول متنوعة، تضمن تنوع مصادر الإيرادات، وتوليد تدفقات نقدية مستقبلية تؤمن حياة الأجيال القادمة، وهي كيانات استثمارية ضخمة مكلفة بإدارة الثروات والاحتياطات المالية للدول، وتتكوّن من أصول متنوعة، مثل العقارات والأسهم والسندات وغيرها من الاستثمارات، فهي بمثابة الذراع الاستثمارية للدولة ذات الفوائض المالية. ووفقاً لأحدث بيانات صادرة عن معهد صناديق الثروة السيادية (S.W.F.I)، بلغ إجمالي أصول 95 صندوقاً سيادياً في العالم 8.224 تريليونات دولار في يناير 2021، استحوذ أكبر 10 صناديق سيادية على أصول تبلغ 5.946 تريليون دولار من إجمالي الصناديق السيادية العالمية، بما يعادل 72.3%⁽¹⁾.

وتصدر قائمة تصنيف الصناديق السيادية العالمية، صندوق التقاعد الحكومي النرويجي والذي يدير أصولاً بقيمة 1.274 تريليون دولار عبر 21 شركة تابعة. وجاء الصندوق الصيني «شركة الاستثمار الصينية» في المرتبة الثانية بين

(1) منشور على موقع <https://al-ain.com/article/strong-arab-top>

أكبر 10 صناديق سيادية بأصول تبلغ 1.046 تريليون دولار، موزعة على 33 شركة. ثم جهاز أبوظبي للاستثمار، صندوق أبوظبي السيادي، في المرتبة الثالثة عالمياً بأصول 579.621 مليار دولار، ويدير نحو 47 شركة تابعة، وهو أيضاً أكبر صندوق سيادي في منطقة الشرق الأوسط. وجاء صندوق الهيئة العامة للاستثمار الكويتية في المرتبة الخامسة بحجم أصول يبلغ 533.65 مليار دولار، حيث يملك 9 شركات تابعة. وجاء صندوق الاستثمارات العامة (صندوق الثروة السيادي السعودي) في المرتبة الثامنة عالمياً بأصول قيمتها 399.45 مليار دولار، من خلال 9 شركات تابعة. واحتل صندوق مؤسسة دبي للاستثمارات الحكومية المركز العاشر بين أكبر 10 صناديق سيادية في العالم بأصول قدرها 301.527 مليار دولار موزعة بين 19 شركة تابعة⁽¹⁾.

وقد صنفت الإمارات في المركز الثاني عالمياً في حجم الاستثمارات الوافدة من جانب صناديق الثروة السيادية العالمية عام 2020، وذلك وفقاً للدراسة الصادرة عن مركز الحوكمة من أجل التغيير التابع لجامعة «آي إي» الإسبانية، بالتعاون مع مبادرة الحكومة الإسبانية لتنشيط الاستثمارات، وأفادت الدراسة الصادرة بعنوان "صناديق الثروة السيادية العالمية 2020" بأن الإمارات استأثرت وحدها بنسبة 24.5% من إجمالي استثمارات صناديق الثروة السيادية العالمية في 2020، أي ما يقرب من الربع، ولم تتفوق عليها سوى الولايات المتحدة الأمريكية التي

(1) منشور على موقع <https://www.sanadeq.com>

استقطبت 25.1%. وتفوقت الإمارات على الصين التي جاءت في المركز الثالث واستقطبت 15% من استثمارات صناديق الثروة السيادية العالمية في 2020⁽¹⁾.

ومن هنا تتضح أهمية توجيه أموال صناديق الاستثمار السيادية العربية، نحو الاستثمار البيئي داخل الحدود العربية، مما يحدث طفرة نحو ترشيد الاستثمارات العربية؛ لما تملكه هذه الصناديق من مبالغ ضخمة.

(1) صالح، سيد، منشور على موقع <https://www.albayan.ae/economy> ، بتاريخ 2021/3/9.

المطلب الثاني

حوافز الاستثمار الأجنبي

قبل عرض حوافز الاستثمار الأجنبي نتناول بيانات وتدفقات الاستثمارات من وإلى الدول العربية؛ لنقف على حجم المشكلة قبل محاولة علاجها، وذلك على النحو التالي:

أولاً: التدفقات الاستثمارية من وإلى الدول العربية⁽¹⁾

رغم التعديلات التشريعية لقوانين الاستثمار المتخذة من جانب عدد من الدول العربية سعياً لجذب مزيد من الاستثمارات، ورغم أن مساحة الوطن العربي تمثل 10.2% من مساحة العالم، إلا أن الاستثمارات الواردة إلى الدول العربية تمثل نسبة ضئيلة من حجم الاستثمارات المتدفقة عالمياً، ولا ترقى إلى المستوى المأمول⁽²⁾، فنسبة الاستثمارات الوافدة إلى الدول العربية في العشر سنوات منذ

(1) نشرة ضمان الاستثمار الصادرة عن المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات عن الربع الثاني لسنة 2020، منشورة على موقع الهيئة على شبكة المعلومات الدولية www.dhamam.org. وبيانات في ذات السياق منشورة على مواقع <https://www.independentarabia.com/node> ، <https://www.mubasher.info/news> ، <https://economyplusme.com/> تاريخ الدخول 2021/3/31.

(2) الأسرج، حسين (2005/12)، سياسات تنمية الاستثمار الأجنبي المباشر في الدول العربية، سلسلة رسائل بنك الكويت الصناعي، رقم 83، ص 24، 29.

2007 حتى 2016 هي فقط 4% من تدفقات الاستثمار العالمي، بلغت ذروتها في عام 2009 بنسبة 7%، ثم تضاءلت عام 2015 إلى نسبة 2.2% فقط، رغم أن الدول العربية يمكنها جذب الاستثمارات الأجنبية بمواردها الطبيعية المتنوعة، كما أن مناخ الاستثمار بها متنوع وخصب، ولكنه يحتاج إلى مقومات لتفعيله⁽¹⁾.

وحسب البيانات الصادرة عن المؤسسة العربية لضمان الاستثمار سجلت تدفقات الاستثمار الأجنبي الوافد إلى الدول العربية خلال عام 2018 نحو 31.2 مليار دولار، مقارنة بنحو 31.3 مليار دولار خلال عام 2017"، وتراجع ترتيب مجموعة الدول العربية إلى المرتبة الخامسة على مستوى العالم من بين 7 مجموعات جغرافية. ومن بين 21 دولة عربية، تراجعت معدلات تدفقات الاستثمار الأجنبي في نحو 6 دول عربية، بداية بمصر التي تراجعت الاستثمارات الأجنبية الوافدة إليها بنسبة 8.2%، حيث كانت 7 مليار و409 مليون دولار خلال عام 2017 انخفضت إلى 6 مليار و798 مليون دولار خلال عام 2018 بخسارة تبلغ 611 مليون دولار، بينما الأردن تراجعت بنسبة 53.2%، والكويت بنسبة 0.7%، وموريتانيا بنسبة 88%، وقطر بنسبة سالبة تتجاوز 321.7%، وأخيراً العراق بنسبة 2.9%. فيما لم تشهد دول ليبيا وسوريا أي استثمارات أجنبية تدفقت إليها خلال عام 2018.

(1) قعلول، سفيان (2017/4)، جاذبية البلدان العربية للاستثمار الأجنبي المباشر (دراسة تشخيصية حسب مؤشر قياس محددات الاستثمار، مجلة دراسات اقتصادية، العدد رقم 36، ص 7، 21، 43.

وتشير البيانات الصادرة عن مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية "أونكتاد"، إلى أن الاستثمارات الواردة إلى الدول العربية مثلت 2.4% من الإجمالي العالمي البالغ 1 تريليون و297 مليار دولار خلال عام 2018. وواصل الاستثمار الأجنبي المباشر الوافد تركزه في عدد محدود من الدول العربية، حيث استحوذت كل من الإمارات ومصر وسلطنة عمان على 68.5% من إجمالي التدفقات الواردة إلى الدول العربية.

بينما أوردت المؤسسة أن إجمالي أرصدة الاستثمار الأجنبي المباشر الوافد إلى الدول العربية ارتفع بمعدل نمو 3.4%، حيث وصل إلى 889.4 مليار دولار عام 2018، وتمثلت الأرصدة الوافدة إلى الدول العربية 2.8% من الإجمالي العالمي البالغ 32.3 تريليون دولار. كما تركزت الأرصدة في عدد محدود من الدول، إذ استحوذت كل من السعودية والإمارات ومصر على 54.8% من الإجمالي العربي. ووفق قاعدة بيانات أسواق الاستثمار الأجنبي المباشر، شهد عام 2018 إنشاء 876 مشروعاً استثمارياً أجنبياً جديداً في الدول العربية، بزيادة 56 مشروعاً عن 2017، تخص 701 شركة قدرت تكلفتها بأكثر من 83.5 مليار دولار، لتوفر 134.2 ألف فرصة عمل.

وعلى صعيد مشروعات الاستثمار العربي البيني، أنشأت 103 شركات عربية عدد 173 مشروعاً جديداً في المنطقة خارج حدود دولها، قدرت تكلفتها الاستثمارية

ب 26.4 مليار دولار، مع توفير 32.2 ألف فرصة عمل جديدة. وحسب الدول المستقبلية لتدفقات الاستثمارات العربية البينية خلال عام 2018 تصدرت سلطنة عمان قائمة الدول العربية باستحواذها على 58.4% من إجمالي الاستثمارات، تلتها مصر بنسبة 16.3%، ثم السعودية 10.9%. وبشأن الدول المصدرة لتدفقات الاستثمارات العربية البينية، فقد تصدرت الإمارات القائمة بـ 73%، وتلتها الكويت 10.2%، ثم السعودية 10%. وقطاعياً، شكل قطاع العقارات أهم قطاع في استقطابه للمشروعات العربية البينية عام 2018، مستحوذاً على حصة بـ 63.6%، يليه قطاع الفحم والنفط والغاز بنسبة 12.6%، ثم قطاع الغذاء والتبغ بحصة 9.3%.

في المقابل، ارتفعت تدفقات الاستثمار المباشر الصادرة من الدول العربية بنسبة 27.4% عند 47.8 مليار دولار في ذات العام، حيث تشكل نحو 2.7% من الإجمالي العالمي البالغ 1 تريليون و14 مليار دولار. أما على صعيد أرصدة الاستثمارات المباشرة الصادرة من الدول العربية فقد بلغت 422.4 مليار دولار بنهاية عام 2018، ومثلت 1.4% من الإجمالي العالمي البالغ نحو 31 تريليون دولار.

أما عن عام 2020، فقد كشف تقرير حديث أصدرته المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات (ضمان)، عن تراجع عدد مشاريع الاستثمار الأجنبي المباشر الجديدة في الدول العربية إلى 185 مشروعاً خلال الربع الأول من عام

2020، بانخفاض بمعدل 30% مقارنة بنفس الفترة من عام 2019. وأظهر التقرير تراجع التكلفة الاستثمارية لتلك المشاريع بمعدل 27.3% إلى 11.2 مليار دولار، والوظائف المستحدثة بمعدل 23% إلى 21.3 ألف وظيفة. وأشار التقرير إلى أن الاستثمارات الأجنبية في المنطقة تواصل التركيز في كل من الإمارات والسعودية ومصر على التوالي بحصة إجمالية بلغت 65.4% من إجمالي قيمة مشروعات الاستثمار الأجنبي البالغة 11.2 مليار دولار. وتوقعت المؤسسة، بناء على مراجعة الأرقام والنفقات الرأسمالية لأهم 5 آلاف شركة متعددة الجنسيات أن تتخفض تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر في المنطقة العربية بنسبة تتراوح ما بين 21% في حدها الأدنى و51% في حدها الأقصى خلال عام 2020 بخسائر تتراوح بين 7.1 و17.2 مليار دولار. كما تتوقع المؤسسة أن تكون العراق تليها مصر والسعودية وموريتانيا وتونس الأكثر تضرراً، فيما يتوقع أن تكون الكويت ولبنان الأقل تأثراً.

بينما على صعيد الاستثمارات الصادرة من الدول العربية بلغت قيمتها 4.9 مليار دولار خلال الربع الأول من عام 2020، وأكدت المؤسسة تصدر السعودية قائمة أكبر الدول الخليجية المستثمرة في الخارج بحصة بلغت 49% من إجمالي المبلغ المسجل تلتها الإمارات بحصة 38% ثم البحرين 10% ثم الكويت 1.1%، واستثمرت شركات من 14 دولة في المنطقة العربية خلال الربع الأول من العام الجاري، وشملت قائمة أهم 10 دول مستثمرة بالترتيب كل من اليابان والولايات المتحدة وفرنسا والفلبين وبلجيكا والسعودية وألمانيا والبحرين والصين والهند، وبنحو

79.5% من حجم الاستثمارات. وبشأن حركة الاستثمار الأجنبي المباشر خلال عام 2019 أظهر تقرير المؤسسة أن دولة الإمارات استقبلت أكبر عدد للمشروعات في المنطقة 1814 مشروعاً بحصة 41% تلتها السعودية 513 مشروعاً بنسبة 12% ثم مصر 476 مشروعاً بنسبة 11%. وتعد الإمارات أهم مستثمر في المنطقة العربية من حيث تكلفة المشروعات 51.2 مليار دولار، خلال عام 2019 تلتها الصين 41.9 مليار دولار، ثم روسيا 39.3 مليار دولار.

وأهم 10 دول عربية مستقبلية للاستثمارات الأجنبية خلال الفترة من عام 2015 حتى عام 2019 يوضحها الجدول التالي⁽¹⁾:

حجم الاستثمارات العربية لأكثر عشر دول عربية خلال الفترة من 2015:

2019

الدولة	التكلفة الاستثمارية بالمليون دولار	النسبة إلى الاستثمار	عدد المشروعات الجديدة	النسبة
--------	------------------------------------	----------------------	-----------------------	--------

(1) نشرة ضمان الاستثمار الصادرة عن المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، مرجع سابق.

		الكلى		
% 10.9	476 مشروعاً	%35.2	124478	مصر
%41.4	1814 مشروعاً	15.2 %	53619	الإمارات
%11.7	513 مشروعاً	%15	53079	السعودية
%5.4	235 مشروعاً	%9.2	32575	سلطنة عمان
%9.9	432 مشروعاً	%6.3	22160	المغرب
%2.1	94 مشروعاً	%6	21056	الجزائر

العراق	12764	%3.6	58 مشروعاً	%1.3
البحرين	9189	%2.6	173 مشروعاً	%4
الأردن	6565	%1.9	88 مشروعاً	%2
قطر	4533	%1.3	172 مشروعاً	%3.9

ويبين الجدول عاليه أن الإمارات استقبلت أكبر عدد من المشروعات في المنطقة العربية خلال الفترة عاليه بعدد 1814 مشروعاً بحصة 41%، تليها السعودية عدد 513 مشروعاً بحصة 12%، ثم مصر بعدد 476 مشروعاً بحصة 11%.

بينما حظيت مصر بأضخم استثمارات لمشروعات الاستثمار الأجنبي في المنطقة، بتكلفة قدرت ب 124.5 مليار دولار بحصة 35.2%، تلتها الإمارات

بمبلغ 53.6 مليار دولار بحصة 15.2%، ثم السعودية بمبلغ 53 مليار دولار بحصة 15%.

ثانياً: حوافز الاستثمار الأجنبي

حوافز الاستثمار المتفق عليها بين المستثمرين تدور في ثلاثة محاور رئيسة هي:

1- **استقرار سياسي وتشريعي:** يبحث المستثمر قبل اتخاذ قرار ضخ مستثمراته في بلد ما عن درجة الاستقرار السياسي والثبات التشريعي الذي تتمتع به البلد المراد الاستثمار فيها، كلما زادت كلما أقدم على الاستثمار بها. وقد تلاحظ انخفاض الاستثمارات القادمة إلى الدول العربية بسبب ما عرف بثورات الربيع العربي، التي هددت الاستقرار السياسي والاقتصادي والاجتماعي لبعض الدول العربية، فمصر كمثال انخفضت فيها حجم الاستثمارات من 42.6 مليون دولار عام 2010 إلى 40.29 مليون دولار في عام 2011 الذي شهد ثورة يناير، بينما انخفض الاستثمار في ليبيا من 23.5 مليون دولار عام 2010 إلى 5.03 مليون دولار عام 2011 بسبب الثورة الليبية، بينما اليمن انخفضت فيها الاستثمارات بنسبة 50% تقريباً حيث كانت 3.61 مليون دولار عام 2010، وانخفضت إلى 1.84 مليون دولار عام 2011⁽¹⁾.

(1) مبروك، نزيه (2014)، محددات وضمانات جذب الاستثمارات الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 172، 173.

2- **ربحية وعمالة وأسواق:** كذلك يهتم المستثمرون بالدرجة الأولى بالربحية التى تتحقق لهم من وراء الاستثمار فى بلد ما، ومدى توافر العمالة المناسبة لمشروعاتهم الاستثمارية بأجور مناسبة، ومدى توافر أسواق لتصريف منتجات مشروعاتهم.

3- **سهولة التحويلات المباشرة وغير المباشرة:** إذا توافر للمستثمر الأجنبى فى بلد ما استقرار سياسى وتشريعى وربحية مرتفعة وعمالة منخفضة التكاليف وأسواق لتصريف منتجاته، ثم عجز عن تحويل أرباحه المحققة من مشروعه الاستثمارى بشكل مباشر، وكذا فى صور غير مباشرة، فإنه يحجم عن اتخاذ قرار بالاستثمار فى ذلك البلد.

لذلك كله يلزم توافر المحاور الثلاث عاليه مجتمعة؛ لجذب المستثمرين الأجانب، وكذا لتشجيع المستثمرين الوطنيين على الاستثمار محلياً.

ومن هنا يتضح أهمية وضع حوافز متنوعة لجذب الاستثمارات الأجنبية إلى الدول العربية، تدور فى فلك المحاور الثلاث السابقة.

ونأخذ كمثال للدول العربية مصر التى قننت مؤخراً حوافز متنوعة؛ لتشجيع التنمية الشاملة المحققة على أراضيها منذ عام 2015، أهمها:

1- **المبادرة بإصدار قانون موحد للاستثمار:** بادرت الدولة المصرية بتعديل قانون الاستثمار بها أكثر من مرة، وفى عام 2015 وضعت القانون رقم 72، وكان

يمثل نقلة نوعية؛ لتشجيع وجذب الاستثمارات سواء الأجنبية أو المحلية، حيث ضم حزمة متنوعة من الأدوات والإجراءات المحفزة للاستثمار منها: تطبيق نظام الشباك الواحد الخاص بمنح وانتهاء تراخيص المستثمرين، لتحقيق المساواة بين المستثمرين والقضاء على الروتين الحكومي. إعطاء الشركات الأجنبية حق تملك الأراضي والعقارات لمباشرة نشاطها آسوة بالمصريين، ثم مرة أخرى عدلت الدولة المصرية قانون الاستثمار عام 2017، لتصدر قانوناً موحداً للاستثمار تضمنته مزيداً من الحوافز الاستثمارية؛ لجذب الاستثمارات، وقبلت فيه التحكيم صراحة لحسم منازعات الاستثمار؛ ولجذب وتشجيع الاستثمارات الأجنبية؛ مما يجعل المستثمرين أكثر حرصاً على تضمين عقودهم الاستثمارية مع الدولة المصرية شرط التحكيم.

2- **عدم التمييز بين المستثمر الأجنبي والمستثمر الوطني:** حرص المشرع المصري على إعطاء الاستثمارات الأجنبية والمستثمرين الأجانب كافة الضمانات الممنوحة للاستثمارات الوطنية، وذلك بالنص في قانون الاستثمار رقم 72 لسنة 2017 على سريان أحكام ذلك القانون على الاستثمار المحلي والأجنبي أياً كان حجمه، وأفصح عن نيته في جذب الاستثمارات الأجنبية وتأمينها بكافة الضمانات الممكنة، وعدم التفرقة بين الاستثمار الأجنبي والمحلي، بدء من تعريف المستثمر بأنه كل شخص طبيعي أو اعتباري مصرياً كان أو أجنبياً، أياً كان النظام القانوني الخاضع له، طالما أنه يستثمر في مصر وفقاً لأحكام ذلك القانون.

3- **حوافز عقارية:** أعطى المشرع المصرى عقارات المستثمرين مزايا؛ لتحفيز الاستثمارات خاصة الأجنبية، وهى: عدم جواز سحب العقارات المخصصة للمشروع الاستثمارى المخالف إلا بعد إنذاره بالمخالفات التى ارتكبها، وسماع وجهة نظره، وإعطائه مهلة مناسبة لإزالة أسباب المخالفة⁽¹⁾. كما أجاز قانون الاستثمار لمجلس الوزراء منح حوافز إضافية للمشروعات الاستثمارية التى تقام عقب العمل بالقانون تتمثل فى تحمل الدولة ما يتكلفه المستثمر لتوصيل المرافق إلى العقارات المخصصة للمشروع الاستثمارى، وذلك بعد تشغيله. وإنشاء مركز خدمة للمستثمرين يتولى تخصيص العقارات وإصدار التصاريح والترخيص اللازمة بأنواعها. مع إمكانية تملك المستثمر العقارات المملوكة للدولة أو أحد الجهات التابعة لها ملكية خاصة، وهى ميزة غير موجودة فى تشريعات عدة دول، حيث أن بعض الدول تحظر على الأجانب تملك العقارات، ودول أخرى تمنح الأجانب حق التملك ولكن وفقاً لضوابط خاصة⁽²⁾.

4- **حرية تحويل أموال وأرباح الاستثمارات الأجنبية:** من أهم العوامل المؤدية لجذب الاستثمارات الأجنبية التيسيرات المالية الممنوحة للمستثمر الأجنبى⁽³⁾، والمستثمر الأجنبى ينظر بداية قبل اتخاذ قراره بالاستثمار فى بلد ما إلى مدى

(1) المادة الخامسة من قانون الاستثمار المصرى رقم 72 لسنة 2017.

(2) مبروك، نزيه (2014)، محددات وضمانات جذب الاستثمارات الأجنبية، مرجع سابق، ص 148، 149.

(3) العقيل، عبد الرحمن (2016)، ضمانات الاستثمار الأجنبى فى المملكة العربية السعودية، ط1، مركز الدراسات العربية، الرياض، ص 123.

حريته فى تحويل أمواله وأرباحه الاستثمارية من بلد الاستثمار، فى أى وقت دون قيد أو شرط⁽¹⁾، وهو ما حرص عليه المشرع المصرى فى قانون الاستثمار بالنص على "المستثمر الحق فى إنشاء وإقامة المشروع الاستثمارى وتوسيعه، وتمويله من الخارج دون قيود وبالعملة الأجنبية، كما يكون من حقه تملكه، وإدارته واستخدامه، والتصرف فيه، وبنى أرباحه وتحويلها إلى الخارج، وتصفية المشروع، وتحويل ناتج هذه التصفيه كله أو بعضه إلى الخارج، وذلك دون الإخلال بحقوق الغير. وتسمح الدولة بإتاحة جميع عمليات التحويل النقدى المتصل بالاستثمار الأجنبى بحرية ودون إبطاء إلى أراضيها وإلى خارجها، بعملة قابلة للتحويل الحر، كما تسمح الدولة بتحويل العملة المحلية إلى عملة قابلة للاستخدام بحرية دون تأخير". وهو ما استقر جلياً عقب تعويم الجنية المصرى، والاستمرار فى تخفيض سعر الفائدة البنكى، لمواكبة المعدلات العالمية.

5- توفير البنية الأساسية والخدمات الأساسية للمستثمرين وأسرهم: من الحوافز الهامة لجذب الاستثمارات الأجنبية تجهيز بنية أساسية متطورة، تشمل شبكة طرق وكهرباء ومياه وصرف صحى، وتوفير الخدمات التعليمية والطبية والترفيهية لرجال الأعمال والخبراء وكافة الأجانب المستثمرين وأسرهم⁽²⁾، وهو ما اهتمت به الدولة المصرية فى السنوات الأخيرة بإنشاء شبكة طرق على مساحات

(1) الأخضر، مالكى(2008)، حماية الاستثمار الأجنبى الخاص فى التشريع الوطنى والقانون الدولى، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، ص 120.

(2) دراز، حامد(1984)، السياسات المالية، الدار الجامعية، الاسكندرية، ص 233.

شاسعة ووسائل نقل تربط المدن الجديدة المنشأة على مناطق متفرقة فى كافة أنحاء الدولة المصرية، مع توفير شبكات كهرباء ومياة وصرف صحى وخدمات متطورة، وإنشاء عدد كبير من الجامعات الخاصة ذات الإمكانيات المتطورة، من العاصمة الإدارية الجديدة حتى مدينة العلمين الجديدة غرباً.

6- **حوافز واعفاءات ضريبية وجمركية:** أفرد المشرع المصرى فصل كامل لحوافز الاستثمار فى قانون الاستثمار المشار إليه سلفاً، ضمنها حوافز ضريبية متنوعة، منها خصم 50% من صافى الأرباح الخاضعة للضريبة على قطاع أ، ويشمل المناطق الجغرافية الأكثر احتياجاً طبقاً للخريطة الاستثمارية الموضوعة، ونسبة 30% للقطاع ب، ويشمل باقى أنحاء الجمهورية، للمشروعات كثيفة العمالة، والمشروعات المتوسطة والصغيرة، والمشروعات التى تعتمد على الطاقة المتجددة أو تنتجها، وغيرها من المشروعات الواردة فى القانون⁽¹⁾.

ولمزيد من تحفيز الاستثمار الأجنبى، يمكن الاعفاء من ضريبة الدخل على الأرباح المحققة، مع التمييز حسب نوعية المشروعات بين اعفاء كلى وآخر جزئى، وبين اعفاء وقتى وآخر مستمر، كما يمكن إعفاء الأصول الرأسمالية والآلات والمعدات التى يستوردها المستثمر الأجنبى لمشروعه الاستثمارى من الضرائب الجمركية، كما يمكن أن يمتد ذلك ليشمل كافة قطع الغيار المستوردة

(1) المادة 11 من قانون الاستثمار المصرى رقم 72 لسنة 2017.

طوال عمر المشروع الاستثمارى؛ مما يشجع المستثمر على استيراد أحدث الأجهزة والآلات ومتابعة التقنيات الحديثة أولاً بأول⁽¹⁾.

كما نرى أن يتم وضع سياسة ضريبية تفرق بين المشروعات الاستثمارية الإنتاجية التى يحتاجها المجتمع، والاستثمارات غير المنتجة أو التى تهتم بسلع ترفيهية كمالية لا يحتاجها المواطن العادى فى المجتمعات العربية النامية، بحيث تتوافق مع أولويات المجتمع، واحتياجاته الجغرافية والقطاعية وغيرها.

(1) دراز، حامد(1984)، السياسات المالية، الدار الجامعية، الاسكندرية، من ص 234 : 236.

المطلب الثالث

ضمانات الاستثمار الأجنبي

تحتاج عملية جذب الاستثمارات الأجنبية إلى تأمين المستثمر من المخاطر غير التجارية، حيث يكفي أن يتحمل المخاطر التجارية المتعلقة بظروف السوق وإدارة المشروع، وما قد ينتج عنها من عجز في السيولة أو توقف عن سداد الديون أو إفلاس، وهي مخاطر لا تضمنها الدولة المضيفة للاستثمار⁽¹⁾، وإنما المخاطر غير التجارية غير المرتبطة بفكرة المضاربة وعوامل السوق وحسابات الأرباح والخسائر، ومن أمثلتها مخاطر القرارات الإدارية التي تحرم المستثمر الأجنبي من بعض حقوقه أو تعيدها بصورة غير متوقعة⁽²⁾.

وتتقسم الضمانات الممنوحة للاستثمارات الأجنبية إلى ضمانات دولية وأخرى محلية، والمستثمر الأجنبي عند اتخاذ قرار الاستثمار في دولة ما دون أخرى، يبحث عن الضمانات المحلية التي توفرها الدولة المضيفة للاستثمار، بجانب التزامها باحترام وتطبيق الضمانات الدولية، وناقش هذين البندين تباعاً:

أولاً: أهم الضمانات الدولية لحماية الاستثمارات الأجنبية

(1) سليمان، طالب(2016)، الضمانات التشريعية لحماية الاستثمارات الأجنبية"دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، ص 89.

(2) إسماعيل، هفال(2015)، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي"دراسة تحليلية مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، ص 87.

توجد اتفاقات دولية عديدة هدفها حماية الاستثمارات الأجنبية ضد المخاطر غير التجارية؛ لأن المستثمر الأجنبي دائماً يضع نصب عينيه حجم الضمانات المتوفرة له من قبل الدولة المضيفة لاستثماره قبل أن يتخذ قرار الاستثمار؛ لأن الحسابات الاقتصادية للمستثمر مهما كانت دقيقة، وتؤكد أن الفرصة الاقتصادية الممنوحة له مربحة، إلا أن عدم وجود ضمانات حقيقية ضد المخاطر غير التجارية قد يؤدي لتراجع المستثمر عن قراره بالاستثمار.

وتوقيع الدولة المضيفة للاستثمار على المعاهدات والاتفاقات الدولية المنظمة لتسوية منازعات الاستثمار، يمثل حماية للاستثمارات الأجنبية، ويعد ضماناً حقيقية للمستثمر عند توجهه للاستثمار في ذلك البلد. ومن أهم الضمانات الدولية في هذا المقام ما يلي:

1- المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

أنشأ البنك الدولي عام 1965 المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار؛ لحل المنازعات بين المستثمر الأجنبي والدول المضيفة، وتم تفعيله عام 1966، وهو غير مكلف مادياً، وملزم، ولا يمكن الانسحاب منه، والدول جميعها في المركز متساوية، بأن لها صوت واحد ولا يوجد حق فيتو. وهدفه المعلن هو النهوض بالتنمية الاقتصادية خاصة في الدول النامية، من خلال توفير مناخ استثماري

ملائم؛ لكونه يمثل نظاماً فعالاً؛ لتسوية منازعات الاستثمار⁽¹⁾، ويعمل المركز على التوفيق بين مصالح كل من المستثمرين والدول المضيفة للاستثمار، عن طريق التحكيم أو التوفيق حسب رغبة الأطراف المتنازعة⁽²⁾؛ من أجل إرساء قواعد الحيادية كأهم مركز تحكيمي دولي لمنازعات الاستثمار في العالم. وهو يوفق بين المصالح المتعارضة أحياناً وقت حدوث النزاع بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي وذلك كما يلي⁽³⁾

أ- **ضمانات للمستثمر الأجنبي:** هذا المركز يعتبر بمثابة محكمة دولية تساوى بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة لاستثماره، ويمكن للمستثمر مقاضاة الدولة المضيفة لاستثماره مباشرة، دون موافقة أو تعاون من دولته التي يتمتع بجنسيتها، ويمكنه طلب تسوية النزاع طبقاً لأحكام ومبادئ القانون الدولي.

ب- **ضمانات للدولة المضيفة للاستثمار:** تضمن الدولة عدم تعرضها لأي قضايا أو ادعاءات دبلوماسية من قبل المستثمر أو دولته، كما يمكنها أن تشترط

(1) الطراونة، مصلح(2011)، نطاق اختصاص المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار الأجنبية وفقاً لاتفاقية واشنطن، بحث مقدم لمؤتمر كلية القانون بجامعة الإمارات العربية، ص 1459.

(2) الأسعد، بشار(2004)، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 446.

(3) حسين، جميل(بدون تاريخ)، القضاء والتحكيم الدولي(نماذج لأهم الوثائق الدولية)، المستوى الثالث- فصل دراسي ثانى كود326، مادة القضاء والتحكيم الدولي العام، جامعة بنها، مصر، من ص 182-189.

على المستثمر استنفاد جميع الإجراءات الداخلية فى الدولة المضيفة قبل اللجوء للمركز أو أى وسيلة تسوية دولية.

ج- **ضمانات متبادلة بين الطرفين:** عدم إمكانية عدول أى من الطرفين عن طلب تحكيم المركز طالما تمت موافقتها بداية على ذلك. الاعتراف الإلزامى من الطرفين بحكم التحكيم الصادر عن المركز واعتباره نهائى غير قابل للطعن، إلا بالطرق التى قررتها اتفاقية المركز. حيدة أعضاء محكمة التحكيم. سرية كافة إجراءات تحكيم المركز ومرونتها واقتصادية تكلفتها.

وقد تحول التحكيم من خلال المركز من تحكيم اختياري إلى تحكيم إجبارى⁽¹⁾، لا يمكن الرجوع فيه طالما تضمن العقد الاستثمارى شرط تحكيم المركز دون غيره.

2- الوكالة الدولية لضمان الاستثمار⁽²⁾

أنشأ البنك الدولى للتنمية والإعمار الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، ودخلت حيز التنفيذ فى 1981/4/21، عقب تصديق أمريكا على الاتفاقية، وهى طبقاً للمادة الأولى فقرة ب من اتفاقية إنشائها تتمتع بالشخصية القانونية الكاملة،

(1) عبد العال، سامى(29، 2015/4/30)، دور القضاء والتحكيم الدولى فى تسوية منازعات الاستثمار، بحث مقدم إلى مؤتمر كلية الحقوق جامعة طنطا، مصر، ص 28.

(2) حمد الله، عبد الباسط(2017)، دور التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبى"دراسة فى ضوء القانون المصرى رقم17 لسنة 2015 وفى ضوء القانون الليبى"، رسالة ماجستير فى الحقوق، جامعة الإسكندرية قسم القانون الخاص، ص 71، 72.

وهدفها تشجيع الاستثمارات للأغراض الإنتاجية سيما في الدول النامية، ونصت الاتفاقية على تغطية المخاطر غير التجارية دون التجارية حماية للمستثمرين، فهي تحل محل المستثمر لتعويضه إذا كان له حقوق قبل الدولة المضيفة للاستثمار، دون أن تكون لها حقوق إضافية، وهي تقوم بدور محوري في تسوية النزاع ودياً، بناء على رغبة الأطراف المحكمة إليها، وبالتالي يتجاوز دورها من مجرد حماية وتأمين الاستثمارات الأجنبية، إلى السعي لتدفق وجذب الاستثمارات لأعضائها خاصة الدول النامية، وهي تعمل جاهدة على منع حدوث الخلافات؛ لأن عمليات الضمان بطبيعتها ستلزمها بتغطية المخاطر تعويضياً، وهي عموماً توفر أدوات تعزيز الائتمان للمستثمرين والمقرضين؛ بغية تسهيل الاستثمار الأجنبي المباشر في بلدان الاقتصادات النامية⁽¹⁾.

ثانياً: أهم الضمانات المحلية والعربية لحماية الاستثمارات الأجنبية

يلزم بداية لزيادة ثقة المستثمر الأجنبي والعربي في استثمار أمواله داخل الدول العربية، إعادة الأموال العربية المهاجرة للخارج، والتي تستثمر أو تدخر في عدد من الدول الأجنبية؛ لكون ذلك يزعزع ثقة المستثمر الأجنبي في ضخ أموال استثماراته إلى السوق العربي، لأن الطبيعي أنه لو كان سوقاً جاذباً وآمناً لاستثمر فيه مواطنيه من العرب.

(1) التقرير السنوي للبنك الدولي (2020)، دعم البلدان في أوقات لم يسبق لها مثيل، ص 12، على موقع <https://www.albankaldawli.org>.

ولا تقتصر الضمانات المحلية لجذب الاستثمارات الأجنبية على تحديد مزايا وحوافز لتلك الاستثمارات كما عرضنا سلفاً، وإنما تتعدى ذلك لوجوب إرساء تنظيم قانوني متكامل على أسس ومعايير ثابتة وواضحة، لتشمل مختلف جوانب الاستثمار الأجنبي، بدءاً من طريقة جذبها، ومروراً بطرق معاملته وحمايته، وانتهاءً بتصفيته⁽¹⁾. ومن أهم الضمانات المحلية التي يتتبعها المستثمر:

1- المؤسسة العربية لضمان الاستثمار: من أهم الضمانات العربية لتأمين الاستثمارات البنينية، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار والتي تختلف عن محكمة الاستثمار العربية، في كون الأخيرة غير مفعلة منذ إنشائها كما أنها غير ضامنة للاستثمارات العربية، بعكس المؤسسة العربية التي تشجع انتقال رؤوس الأموال العربية داخل نطاق الدول العربية الموقعة على الاتفاقية، وتضمن للمستثمر العربي استثماراته داخل الإقليم العربي دون غيره، وتعوضه عن المخاطر غير التجارية، مثل التأميم والمصادرة ونزع الملكية والحروب، بجانب دورها التحكيمي والتوفيقى فى فض المنازعات التى تنشأ بين المستثمر العربى والدولة العربية المضيفة لاستثماره⁽²⁾.

(1) شلغوم، عميروش (2012)، دور المناخ الاستثمارى فى جذب الاستثمارات الأجنبية المباشرة إلى الدول العربية، ط1، مكتبة حسين العصرية، بيروت، ص 93.

(2) حمد الله، عبد الباسط (2017)، دور التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، مرجع سبق ذكره، ص 73، 74.

وإضافة لما سبق نلاحظ أن المشرع المصرى حرص كمثل للدول العربية على إرساء ضمانات محلية لجذب الاستثمارات الأجنبية، بتأمينها من عدة جوانب منها⁽¹⁾:

3- ضمانات ضد المخاطر غير التجارية: ضمن المشرع المصرى قانون الاستثمار عاليه النص على عدم جواز تأميم المشروعات الاستثمارية أو نزع ملكيتها، إلا للمنفعة العامة، وبمقابل تعويض عادل يدفع مقدماً دون تأخير، وتكون قيمته معادلة للقيمة الاقتصادية العادلة للمال المنزوع ملكيته فى اليوم السابق على صدور قرار نزع الملكية، وتكون التعويضات قابلة للتحويل دون قيد. كما لا يجوز فرض الحراسة على المشروعات الاستثمارية أو التحفظ عليها إلا بحكم قضائى نهائى، ولا يكون ذلك إلا فى الأحوال المبينة فى القانون. كما لا يجوز الحجز على أموال المشروعات الاستثمارية أو مصادرتها أو تجميدها إلا بناء على أمر قضائى أو حكم نهائى، وذلك عدا الديون الضريبية، واشتراكات التأمينات الاجتماعية المستحقة للدولة، التى يجوز تحصيلها عن طريق الحجز بجميع أنواعه، مع عدم الإخلال بما يتفق عليه فى العقود التى تبرمها الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة مع المستثمر. علاوة على أنه لا يجوز لأى جهة إدارية إصدار قرارات تنظيمية عامة تضيف أعباء مالية أو إجرائية تتعلق بإنشاء أو تشغيل مشروعات تخضع لأحكام قانون الاستثمار أو فرض رسوم أو مقابل خدمات عليها أو تعديلها، إلا بعد موافقة مجلس إدارة هيئة الاستثمار، وموافقة مجلس الوزراء.

(1) حمد الله، عبد الباسط، ذات المرجع السابق ذكره، ص 73، 74.

4- ضمانات اقتصادية: توجد علاقة حتمية بين الاستقرار الاقتصادى ونمو

الاستثمارات الأجنبية، وقد حرصت مصر على عمل إصلاح اقتصادى شامل منذ عام 2015، حيث وصلت مصر للمرتبة الثالثة فى الدول العربية الجاذبة للاستثمارات البالغ عددها ثمانى دول، بعد الإمارات ثم السعودية، بإجمالى استثمارات 6.8 مليار دولار، بعد تيسيرها أهم محددات الاستقرار الاقتصادى المتمثلة فى وضوح السياسات الاقتصادية، وزيادة حجم السوق المصرى⁽¹⁾، من خلال الاهتمام بالبنية التحتية وعمل شبكة طرق ومدن جديدة على مساحات شاسعة؛ وإصلاح منظومة التعليم؛ من أجل رفع كفاءة المورد البشرى، والإصلاحات الإدارية الموسعة، مما أدى لرفع معدل النمو سنوياً، وتحسين البيئة المواتية اقتصادياً، وهو ما أدى إلى جذب مزيد من الاستثمارات الأجنبية سنوياً.

5- ضمانات إجرائية تشريعية ولائحية: لا تكفى الحماية المالية والموضوعية

لطمأنة الاستثمار الأجنبى، وإنما يجب أن تقترن بحماية إجرائية تعمل على بث الطمأنينة فى نفوس المستثمرين خاصة الأجانب، بتوفير سبل آمنة لتسوية أى نزاع يتعرض له المستثمر⁽²⁾، وسهولة إجراءات الحصول على تراخيص الاستثمار والتعامل مع الجهات الرسمية. وضمانات تشريعية أهمها قانون موحد للاستثمار

(1) فتول، سفيان (2017/4)، جاذبية البلدان العربية للاستثمار الأجنبى المباشر مرجع سابق، ص 12.

(2) التركى، يونس(2014)، دور التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبى فى ظل التشريع الليبى والمصرى، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، ص 52.

يتصف بالوضوح والشفافية والاستقرار على النحو الموضح سلفاً، وقد تبنت مصر مبدأ سلطان الإرادة لتسوية المنازعات التي تنشأ بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي في قانون الاستثمار.

وأهم الضمانات الإجرائية في قانون الاستثمار

- التظلم والطعن على القرارات الإدارية، ولا يمنع المستثمر عدم القيام به من رفع دعوى قضائية أو اللجوء للتحكيم.
- تطبيق وسائل ودية لتسوية منازعات الاستثمار أهمها وأكثرها قبولاً واستخداماً التحكيم الذي يعد الأسلوب الأمثل لحل المنازعات التي تكون الدولة أو أحد الأشخاص التابعة لها طرفاً فيها⁽¹⁾. وقد تطور التحكيم حتى وصل أنه القضاء الأصيل لمنازعات التجارة الدولية بصفة عامة⁽²⁾.
- إنشاء مركز مستقل للتحكيم والوساطة عرف بالمركز المصرى للتحكيم والوساطة⁽³⁾.

(1) الأسعد، بشار(2004)، عقود الاستثمار فى العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 346.

(2) السائح، عمران(2008)، التحكيم التجارى الدولى فى ليبيا "دراسة فى ضوء التشريعات النافذة"، كلية الحقوق جامعة الفاتح، ص 115.

(3) الباب الخامس من قانون الاستثمار المصرى رقم 72 لسنة 2017 بشأن تسوية منازعات الاستثمار.

- استقلال شرط التحكيم عن العقد الاستثمارى، الذى نصت عليه قوانين عدد من الدول العربية منها مصر والأردن وتونس⁽¹⁾، بحيث إذا بطل العقد المبرم بين الدولة والمستثمر الأجنبى، لا يبطل شرط التحكيم.

(1) نصت المادة رقم 23 من قانون التحكيم المصرى رقم 27 لسنة 94، كما أخذت بذلك كل من المادة رقم 22 من قانون التحكيم الأردنى رقم 31 لسنة 2001، والمادة رقم 1/61 من قانون التحكيم التونسى رقم 42 لسنة 1993 المتعلق بإصدار مجلة التحكيم.

المطلب الرابع

ترشيد الاستثمار الوافد

إذا كان الاستثمار الوافد من الأهمية للمساهمة في تحقيق تنمية شاملة ومستدامة، تؤدي إلى نقلة نوعية لكثير من الدول العربية النامية، وكان الاستعانة بالاستثمار الأجنبي ضرورة، أملت الظروف العالمية من ناحية، واحتياج الدول العربية إليها من ناحية أخرى، فإنه من الأهمية أن نلقى الضوء عما يمكن أن يساهم في ترشيد الاستثمار بصفة عامة، والاستثمار الوافد بصفة خاصة، ونعرض لذلك في النقاط التالية

أولاً: على الدولة تبني استراتيجية مدروسة وخريطة استثمارية معلنة تحقق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية للمجتمع، تصل إلى علم راغبي الاستثمار، مع تيسير الحصول على كافة البيانات التي يمكن أن يستعين بها المستثمر في إعداد دراسات الجدوى الاقتصادية، بحيث تتضمن الآليات والأدوات الممكن استخدامها لتحقيق هذه الأهداف، مع إعداد برنامج عمل سنوي يحقق جزء من هذه الأهداف سنوياً، بتحديد معدل الاستثمار المستهدف، والمشروعات الاقتصادية المأمول قيامها موزعه على القطاعات الاقتصادية المختلفة، بما يحقق التوازن والتكامل بين القطاعات، مع تحديد صراحة المشروعات المسموح بها للاستثمارات الوافدة.

ثانياً: وضع معايير وشروط لاختيار المشروعات الاستثمارية، مع ربط تحقيقها بحصول المشروع على حوافز أو تيسيرات معينة، ومن أهم المعايير التي تتفق وحاجة الدول النامية (1)

معيار أعلى إضافة صافية للنتاج القومى.

مدى مساهمة المشروع فى التأثير الإيجابى على ميزان المدفوعات.

مدى مساهمة المشروع فى تشغيل عمالة وطنية.

مدى مساهمة المشروع فى تحقيق وفورات خارجية إيجابية.

تشجيع المشروعات الصناعية بصفة عامة.

تفضيل المشروعات المستقلة عن نشاط الشركة الأم فى دولة المستثمر.

بجانب المعايير السابقة توضع شروط تلتزم بها المشروعات الاستثمارية الوافدة منها(2)

التمسك بحق الدولة المضيفة فى الاطلاع على حسابات المستثمر.

اشتراط مشاركة المستثمر الوطنى للمستثمر الوافد فى بعض المشروعات.

(1) محى الدين، عمرو(1972)، التنمية والتخطيط الاقتصادى، مرجع سابق.

(2) دراز، حامد(1984)، السياسات المالية، الدار الجامعية، الاسكندرية، من ص 226 :228.

تحديد الأحكام والشروط الخاصة بالعمال والخبراء الذين يستعين بهم المستثمر
الوافد.

المبحث الثالث

التحكيم العربي والدولى ومنازعات الاستثمار

قديماً قال أرسطو أن أطراف النزاع يفضلون التحكيم عن القضاء؛ الذى انتشر كرد فعل لتطبيق بعض النصوص القانونية الجامدة، كما أن ذلك الانتشار يعبر عن رغبة أطراف المنازعات فى حل منازعاتهم، طبقاً لمبادئ أكثر سعة ورحابة من النصوص التى تتضمنها القوانين الوضعية⁽¹⁾. وقد أصبح التحكيم أكثر وسائل تسوية المنازعات انتشاراً وتناغماً مع مقتضيات سرعة وتطور التجارة العالمية، فى ظل سيادة مفهوم العولمة وسيادة مبادئ حرية التجارة والانفتاح الاقتصادى لأغلب دول العالم، وضرورة حماية الطرف الأضعف⁽²⁾.

ونتناول هذا المبحث فى المطالب التالية

المطلب الأول: نبذة عن التحكيم وأهميته.

المطلب الثانى: خسائر الدول العربية من مراكز التحكيم الأجنبى التقليدية.

المطلب الثالث: آثار تطوير التحكيم العربى على تنمية الاستثمارات العربية.

(1) رضوان، أبو زيد (1981)، الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى، القاهرة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ص3.

(2) حسين، هيو (1981)، التحكيم قضاءً أصيلاً للمنازعات التجارية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة السليمانية، العراق، ص541.

المطلب الأول

نبذة عن التحكيم وأهميته

"سطع مصطلح التحكيم فى سماء القانون الدولى العام، لىؤكد ويجسد مبدأ الرضائية فى مجال العلاقات والعقود الدولية، الذى ينهض فى معناه ومبناه- على مبدأ سلطان الإرادة، وأصبح التحكيم نظاماً قضائياً عالمياً، كإحدى شطرى الوسائل القضائية لتسوية المنازعات بالطرق السلمية"⁽¹⁾.

أولاً: ماهية التحكيم

التحكيم بمثابة قضاء خاص، عُرف بأنه "التحكيم نظام مختلط، يبدأ باتفاق، ثم يصير إجراء، ثم ينتهى بقضاء". والتحكيم هو طريق اتفاقى لتسوية المنازعات يخرج بمقتضاه النزاع من ولاية قضاء الدولة، ويعهد به إلى فرد أو هيئة؛ للفصل فيه بحكم ملزم للطرفين"⁽²⁾.

بينما عرفته المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه "اتفاق على طرح نزاع على شخص معين أو أشخاص معينين؛ ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة"⁽³⁾.

(1) القاضى، خالد(2002)، موسوعة التحكيم التجارى الدولى، دار الشروق القاهرة، مصر، ص 17.

(2) مرغنى، على(1973)، التحكيم فى منازعات المشروع العام، رسالة دكتوراة، حقوق عين شمس، ص556.

(3) المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 886 لسنة 20 ق.ع، جلسة 1994/1/18.

وعرفته محكمة النقض بأنه "طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج على طرق التقاضى العادية"⁽¹⁾. فالتحكيم يشترك مع الصلح فى الرضائية، ومع القضاء فى إلزامية قراره، ولكنه فى النهاية يتمتع بالاستقلالية عن كل منهما، ويعد نظاماً نموذجياً فريداً فى فض المنازعات بالطرق السلمية، فأطراف النزاع فى التحكيم هم الذين يرسمون نطاق التحكيم، ويحددون إجراءاته، والقواعد التى يفضلونها لحسم النزاع⁽²⁾.

ثانياً: أهمية التحكيم ومزاياه

غلب التحكيم الجانب الاقتصادى على الجوانب السياسية والسيادية التى تتمسك بها الدول، وكان وراء نمو وازدهار وسطوع نجم التحكيم رغبة الاستثمار الأجنبى فى الابتعاد عن إذعان القضاء الوطنى لقاعدة ومبدأ سيادة الدولة⁽³⁾. فالتحكيم يتسم بالعدالة والمرونة والاستقلالية، وهو بمثابة تأمين للشركات المتعاقدة ضد التعديلات التشريعية المفاجئة التى قد تخل بالتوازن الاقتصادى. وتتضح أهمية التحكيم فى تنوع مزاياه وأهمها:

(1) المحكمة الدستورية العليا المصرية، دعوى رقم 12 لسنة 15 ق.ع، جلسة 1994/12/17، الجريدة الرسمية، العدد 2 فى 1995/1/12.

(2) محكمة استئناف القاهرة، الدائرة 7 تجارى، الدعوى رقم 70 لسنة 123 ق، تحكيم تجارى دولى، جلسة 2011/3/9.

(3) حسين، هيو(1981)، التحكيم قضاءً أصيلاً للمنازعات التجارية، مرجع سبق ذكره، ص547.

1- تبسيط الإجراءات مع الالتزام بمبادئ التقاضى الأساسية

تضيق العدالة الموضوعية فى خضم روتين وبطء الإجراءات القضائية، فالإجراءات الشكلية واجبة الاتباع أمام القضاء هى السبب الرئيس فى إطالة أمد التقاضى، وعدم تحقيق العدالة الموضوعية الناجزة، ولا قيمة للقواعد التى ترسى العدالة الموضوعية دون القواعد التى تكفل العدالة الإجرائية؛ لأن الأخيرة هى التى تضمن وتحمى حقوق الأفراد⁽¹⁾؛ ولذلك حرص التحكيم على التحرر من كافة القيود والإجراءات، مع إلزام المحكم بمبادئ التقاضى الأساسية وهى ثلاث⁽²⁾: مبدأ المساواة بين الخصوم، واحترام حق الدفاع، وعدالة الحكم.

2- اتسام التحكيم بمزايا الصلح

من مزايا التحكيم التى لا تجدها عند التحاكم إلى القضاء الوطنى، أن المحكم يمكن أن ينقلب إلى قائم بالصلح بين المتخاصمين بناء على طلبهما، يحكم بينهما ساعياً إلى تحقيق العدالة وليس مجرد التوفيق بينهما، ويصدر حكماً ملزماً

(1) جعفر، محمد(12، 2020/12/13)، العدالة الناجزة وتطبيقها فى بعض الدول فرنسا نموذجاً، بحث مقدم إلى الجمعية المصرية للاقتصاد السياسى والإحصاء والتشريع، منشور ضمن مجلد أبحاث وأوراق عمل المؤتمر القانونى السنوى السادس للجمعية حول الاصلاح التشريعى والعدالة الناجزة، تحت رعاية المستشار/ عمر مروان وزير العدل، فندق سميراميس بالقاهرة، ص100.

(2) هندى، أحمد(2015)، التحكيم دراسة إجرائية(فى ضوء قانون التحكيم المصرى وقوانين الدول العربية والأجنبية)(خصوصة التحكيم- رد المحكم- الحكم التحكيمى- دعوى البطلان- تنفيذ الحكم التحكيمى- التحكيم الإلكتروني، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ص 20، 21.

للطرفين، حتى لو حكم بكل ما طلبه أحد الخصوم دون الخصم الآخر، إعمالاً للقواعد القانونية التي رأى المحكم أنها تتوافق مع العدالة، أو مستبعداً لها كلها، وتحكيم قواعد العدالة والإنصاف مباشرة⁽¹⁾.

3- حجية أحكام التحكيم

يكتسب الحكم التحكيمي حجية الشيء المقضى ولو لم يصدر أمر بتنفيذه؛ لأن الحجية تلحق الحكم بمجرد صدوره وتترتب عليه ذات آثار الحكم القضائي؛ لأن أمر التنفيذ في ذاته لا يتمتع بالحجية⁽²⁾. وإن كانت هذه الحجية لا تتعلق بالنظام العام كالأحكام القضائية، حيث يمكن لطرف تنازل عن حكم تحكيم صادر لصالحه، المطالبه به مرة أخرى أمام محاكم الدولة، أو الاتفاق مع خصمه على تحكيم جديد بشأنه، كما أن المحكمة لا تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى القضائية لسابقة الفصل فيها تحكيمياً⁽³⁾.

4- المبادئ التحكيمية تضمن فعالية التحكيم واستمراريته

(1) والى، فتحى(2006)، قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، ط1، ص416 وما بعدها.

(2) Devichi, Rubellin (1965)(Jacqualines)l'arbitrage, nature juridique the. p338-339.

(3) هندی، أحمد(2015)، التحكيم دراسة إجرائية، مرجع سبق ذكره، ص 119، 120.

للتحكيم مبدأين أساسيين يضمننا فعالية التحكيم وتوصله إلى قرار سريع ومناسب، ودحض كيد الخصم الجائر نحو تعطيل الدعوى التحكيمية، وهما: استقلالية شرط التحكيم عن العقد المبرم بين الطرفين محل النزاع. مبدأ الاختصاص بالاختصاص الذى يعطى هيئة التحكيم دون غيرها الفصل فى مدى اختصاصها بنظر الدعوى التحكيمية المثارة أمامها من عدمه⁽¹⁾.

5- استجابة التحكيم لمعطيات التجارة الدولية

جاهد المستثمر الأجنبى وسعى كثيراً؛ حتى تمخض عن ذلك إنشاء منظمة التجارة العالمية، التى ساهمت فى تأطير عملية تسوية منازعات التجارة الدولية بأطر تتناغم مع طبيعة المعاملات التجارية، التى تتسم بالسرعة والرضائية، وقد توافقت ذلك مع طبيعة التحكيم الدولى، الذى تجنب سلبيات عمليات تحديث القوانين الوطنية، بما يتعارض مع الاستثمارات القائمة وما وضعته من أسس للعمل خلال فترة معينة⁽²⁾.

(1) الرشيد، حسن؛ وآخر(2020/11)، أثر جائحة كورونا (Covid-19) على إجراءات التحكيم الدولى والداخلى: دراسة تحليلية فى التشريعات الكويتية، مجلة كلية الحقوق، جامعة الكويت، من ص272: 274.

(2) حسين، هيو(1981)، التحكيم قضاءً أصيلاً للمنازعات التجارية، مرجع سابق، ص551، 552.

وتطوير التحكيم يجعله لا يتأثر بتغير الظروف المحيطة ولو كانت قهرية، وإنما هو الذى يؤثر فيها ويثبت كفاءته وقدرته على التأقلم والاستمرارية، خاصة عند غياب منظومة العدالة الرسمية عن أداء دورها المنوط بها فى فض المنازعات العقدية، لكون التحكيم يعتبر بمثابة منظومة عدالة خاصة⁽¹⁾.

(1)Ph. Fouchardm E.Gaillard, B.Goldman,(1996), Traite de l,arbitrage commercial international. Litec, p 11, no 7.

المطلب الثاني

خسائر الدول العربية من مراكز التحكيم الأجنبي التقليدية

وضعت وسائل وهيئات وآليات التحكيم الدولي المعاصر بمعرفة الدول المتقدمة اقتصادياً، وبالتالي بنيت إجراءاتها وكافة آلياتها على خدمة مصالح تلك الدول في التوسعات الاستثمارية وفتح أسواق جديدة في الدول النامية، وتصريف إنتاجها الذي يتنامى باستمرار، بسبب التقدم التقني المتسارع. وقنن التحكيم دولياً؛ حتى لا يتعرض المستثمر الأجنبي لتطبيق القوانين الوطنية في الدول النامية التي تتسم غالباً بالبطء⁽¹⁾، وبعض الكتاب الغربيين أشار إلى ذلك على استحياء بأن الدول النامية خاصة دول أمريكا اللاتينية على قناعة أن التحكيم يخدم مصالح الدول الصناعية المتقدمة، ولذلك يجب على مراكز التحكيم الأجنبية إنشاء فروع إقليمية لها داخل الدول النامية؛ لمحاولة تغيير تلك القناعة، بتطوير آليات التحكيم ومشاركة الدول النامية فيها عن قرب⁽²⁾.

(1) م.د. جاويد، سمير (2014)، التحكيم كآلية لفض المنازعات، ط1، دائرة القضاء أبو ظبي، ص 23.

Mclaughlin, Joseph(1979), Arbitration and Developing Countries, (2) <https://www.jstor.org/stable> p no 213, 231.

وإذا كانت الدول العربية قد خسرت أغلب القضايا التحكيمية الاستثمارية المثارة أمام مراكز مراكز التحكيم الأجنبي التقليدية المختلفة، فلا يمكن أن نقصر أسباب ذلك على عدم حيادية المحكمين الأجانب عند نظر القضايا التي تتضمن طرف عربي، وإلا كنا غير منصفين كعرب في التعامل مع الأمور السلبية التي نمر بها، وإنما توجد أسباب أخرى وراء تلك الخسائر على رأسها، عدم ضبط الطرف العربي العقود الاستثمارية الموقعة من جانبه مع المستثمرين الأجانب، وعدم توقع النزاعات التي يمكن أن تحدث بسبب اختلاف وجهات النظر أثناء تنفيذ تلك العقود، علاوة على عدم دقة أرشفة كافة المستندات المتصلة بتلك العقود؛ لتسهيل استدعائها حال حدوث النزاعات؛ مما يضعف حجج الطرف العربي أثناء التفاوض حول حل الخلافات التي تحدث قبل اللجوء إلى التحكيم الأجنبي، والذي يكبد الدول العربية مصاريف باهظة؛ لإجرائه في الخارج، علاوة على ارتفاع مصاريف هيئة الدفاع التي تتابعه.

أولاً: مظاهر خسائر الدول العربية⁽¹⁾

يبين تاريخ التحكيم الاستثماري الدولي خسائر الدول العربية، منذ تحكيم شركة أرامكو والسعودية والأحكام تتوالى ضد الدول العربية؛ لكون رؤوساء هيئات التحكيم وأحد أطرافها من الأجانب، وإن كان عدد منهم يتسم بالحيادة والإنصاف.

(1) صالح، سيد(2020)، منشور على موقع <https://gate.ahram.org.eg>، مرزوق، مروة(2017)، منشور على موقع <http://www.ictnewsmsr.com> تاريخ الدخول 2021/3/31.

والعجيب أنه حتى عندما ينص اتفاق التحكيم على تطبيق القانون الوطنى للدول العربية، تستبعد هيئة التحكيم تطبيقه لمبررات مختلفة، مثل تطبيق الأعراف التجارية الدولية والمبادئ العامة للقانون الدولى المتحضر؛ وهو ما دعا المشرع المصرى فى قانون التحكيم رقم 27 لسنة 94 ينص على أن من حالات بطلان حكم التحكيم، حالة استبعاد حكم التحكيم القانون الذى اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع⁽¹⁾.

وقد تعددت الخسائر العربية من التحكيم الدولى الناتج عن اتفاقات دولية، الدول العربية طرف فيها، مثال تحكيم مركز تسوية منازعات الاستثمار فى واشنطن "الإكسيد"، الذى يشترط موافقة مكتوبة من طرفى النزاع لتحكيم المركز، ومع ذلك توسع المركز فى مفهوم الموافقة الكتابية للدول المضيفة للاستثمار فى قضيتين كانت مصر طرفاً فيهما، أشهرهما القضية المسماة بهضبة الأهرام، ولم يكن فى القضيتين موافقة مكتوبة من مصر على تحكيم المركز، واستندت هيئة تحكيم المركز لنص قانون الاستثمار المصرى على جواز الاتفاق بين الحكومة المصرية والمستثمر الأجنبى على حل النزاع الذى يثور بينهما عن طريق مركز "الإكسيد"، وصدر حكم ضد الحكومة المصرية فى القضيتين⁽²⁾.

(1) السن، عادل، دور محكمة الاستثمار العربية فى تسوية المنازعات الاستثمارية والتجارية، مرجع سبق ذكره، ص300.

(2) السن، عادل، المرجع السابق، ص301.

وقد قدرت الأكاديمية الدولية للوساطة والتحكيم⁽¹⁾ حجم الخسائر السنوية في المنطقة العربية بسبب قضايا التحكيم الدولي بأكثر من 20 مليار دولار تم دفعها على هيئة تعويضات في 700 قضية أمام مراكز التحكيم الدولية، وذلك بسبب نقص الكوادر البشرية والخبرات القانونية اللازمة لمواكبة المتغيرات العالمية في مختلف القطاعات القانونية، لاسيما تلك التي تهتم بالقضايا الإستثمارية والاقتصادية مع الشركات العالمية وبين الحكومات وهيئاتها المختلفة⁽²⁾.

وتشير الإحصائيات الصادره عن الأكاديمية الدولية للوساطة والتحكيم إلى تجاوز طلبات التحكيم المقدمة إلى غرفة التجارة الدولية بباريس إلى أكثر من 100 طلباً سنوياً ، وفيما يتعلق بقضايا التحكيم المحلية فقد خسرت مصر أكثر من 74 مليار جنيهه سددها خزانه الدولة في صورة تعويضات لدول أجنبية في قضايا التحكيم الدولي وذلك خلال 10 سنوات، ويرجع ذلك إلى ما رصدته الأكاديمية بسبب قلة عدد المحكمين المصريين، حيث شارك 7 محكمين مصريين فقط من إجمالي 450 في 150 قضية كانت الدولة المصرية طرفاً بها. وتعقيباً على هذا،

(1) الأكاديمية الدولية للوساطة والتحكيم هي مؤسسة خاصة مستقلة تم تأسيسها في محافظة المنصورة بمصر؛ لمباشرة نشاط الوساطة والتحكيم التجاري على المستويين الدولي والإقليمي، كوسيلة قانونية لحسم المنازعات وفقاً لإرادة الخصوم واتفاقهم على ذلك، ويضم مجلس أمناء الأكاديمية نخبة من علماء وفقهاء التحكيم الدولي بالوطن العربي، تسعى إلى تأهيل جيل جديد من المحكمين العرب وكوادر مؤهلة للعمل بهذا المجال الحساس، وذلك من خلال التدريب المستمر والمتطور بأحدث التقنيات العلمية والتكنولوجية، على أيدي نخبة من أساتذة القانون والمحكمين المتخصصين. موقع الأكاديمية <http://www.iamaeg.net>

(2) صالح، سيد؛ مرزوق، مروة، مرجع سابق بيانه.

صرح الدكتور وليد عثمان رئيس الاكاديمية "تتشرط الشركات العالمية اللجوء لمنصات التحكيم الدولية بسبب عدم ثقتها الكاملة بمراكز التحكيم العربية، الأمر الذي يضع على عاتق الدول العربية بحث سبل النهوض بمنصات التحكيم والكوادر العربية، وتأهيل قانونيين متخصصين في العلاقات الدولية التجارية؛ لتقادي الخسائر الاقتصادية بعد نقل المعرفة والتوجهات العالمية الحديثة؛ للاستعانة بها عند صياغة العقود الاستثمارية، لتوفير البنية القانونية السليمة في ابرام العقود، وللوقوف على كافة الثغرات القانونية التي تسبب بشكل أساسي خسارة الكثير من القضايا، وتعتبر الخسائر الاقتصادية الناتجة عن قضايا التحكيم في المنصات الدولية حجرة عثرة أمام النمو الاقتصادي؛ لما تسببه من عجز في ميزانيات الدول العربية"⁽¹⁾.

وقد توالى خسائر الدول العربية من قضايا التحكيم أمام مراكز التحكيم الأجنبي التقليدية، فمصر وحدها تحملت مؤخراً فى قضية سياج الشهيرة أكثر من 134 مليون دولار، وقبلها بسنوات تمكن نائل الفرارجى من الحصول على حكم بتعويض قدره 22 مليون دولار من مركز التحكيم الدولى بواشنطن فى قضية فندق النيل، ومؤخراً تواجه مصر 37 قضية تحكيم تقدر قيمة التعويضات المطلوبة بنحو 100 مليار جنيهاً. وقد أكد المستشار عزت محمود عودة رئيس هيئة قضايا الدولة أن مراكز التحكيم فى الخارج ومركز القاهرة الاقليمي للتحكيم ينظرون حالياً نحو 37 قضية تحكيم، أبرزها قضية المراحل البخارية التى قضت محكمة القضاء

(1) صالح، سيد؛ مرزوق، مروة، المرجع السابق مباشرة.

الادارى ببطلان عقد بيعها لمستثمر هندی، والذي أقامها أمام مركز الاستثمار الدولي فى أمريكا «الأكسيد».

وتكمن أزمات قضايا التحكيم الدولي حسب تصريح المستشار صدقى خلوص رئيس هيئة قضايا الدولة الأسبق فى صياغة العقود، وبشكل عام، مصر تتعامل مع أكثر من 100 اتفاقية، تلزمها بقبول التحكيم الدولي عند نشوء أى نزاع، حتى أنه تم توقيع اتفاقية مع أفغانستان فى هذا الشأن، بالرغم من عدم وجود علاقات تجارية بينها وبين مصر، وبالتالي لابد من وجود هيئة أو لجنة مركزية متخصصة تتبع رئاسة الجمهورية أو رئاسة مجلس الوزراء، بحيث تكون مهمتها صياغة العقود، على أن تضم هذه اللجنة خبراء من جميع التخصصات والمجالات، فإذا تقرر توقيع عقد فى مجال التعدين والبتروك، يمكن الاستعانة بخبراء فى هذا المجال لأنهم الأقدر على توضيح النواحي الفنية، ويأتى دور المستشارين القانونيين بعد ذلك فى الصياغات المحكمة، والبنود القانونية الصحيحة التى تجعل موقف مصر قوياً عند نشوء أى نزاع.

وأشهر قضايا التحكيم الدولي هى قضية شركة سياج للاستثمارات السياحية مع الحكومة المصرية، حول السيطرة على أرض طابا، التى قامت شركة سياج للاستثمارات السياحية ببيعها لعدد من المستثمرين، تبين بعد ذلك أن من بينهم إسرائيليون، التى أنهى مركز التحكيم الدولي التابع للبنك الدولي فى واشنطن المرافعات فى الاتجاه إلى خسارة مصر ودفعها تعويض 300 مليون دولار. علاوة

على القضية التي كبدت مصر نحو 530 مليون دولار والتي كانت بين وزارة الطيران المدني وبين هيئة بريطانية، حصلت على أحقية بناء مطار فى مدينة رأس سدر ولمخالفة الجانب المصرى لبند العقد تم إحالة القضية إلى مركز التحكيم الدولى بمدينة مدريد الاسبانية، وتم الحجز على ما يوازى 530 مليون دولار من أموال وزارة الطيران بالبنوك الخارجية لصالح الهيئة البريطانية، غير أن مصر ربحت الطعن فيما بعد.

ومن أبرز هذه القضايا أيضاً صفقة إطارات السيارات لأحدى الماركات العالمية، والتي بعد أن أغرقت السوق المصرى بها تبين أنها غير مطابقة للمواصفات، ونتيجة للفساد وقف الجانب المصرى مكتوف الأيدى ولم يطالب بحقه، وقد خسرت مصر 76 قضية عقود إنشاءات خارجية من إجمالى 78 قضية، نتيجة عدم وعى الشركات العقارية ببند العقود واشتراطاتها، من بينها قضايا لشركات حكومية وقعت فى نفس الأخطاء. ومن خسائر التحكيم الدولى ارتفاع تكاليفه، مثال دفعت مصر 6 ملايين دولار فى قضية سياج فى 2009، حتى فى حالة عدم الخسارة، فتكاليف مراكز التحكيم الأجنبى التقليدية تفوق بكثير تكاليف التحكيم العربى⁽¹⁾.

(1) تصريحات د. عادل عامر أستاذ القانون العام بكلية الحقوق جامعة طنطا، على المواقع سالفة البيان، <https://gate.ahram.org.eg>، <http://www.ictnewsmsr.com> تاريخ الدخول 2021/3/31.

وتتحمل الدول العربية مصاريف للتحكيم الدولي تزيد عن مصاريف التقاضى الوطنية؛ لأن القاضى الوطنى يحصل على راتبه من الخزنة العامة، ونظره لقضايا الاستثمار لا يأخذ عليه أجراً إضافياً، كما أن مصاريف التقاضى فى الدول العربية تقل كثيراً عن نظيرتها فى الدول المتقدمة، بينما المحكم الدولى والمراكز الدولية للتحكيم تحصل على أتعاب نظرها القضايا التحكيمية كاملة، بخلاف مصاريف التحكيم الأخرى وعلى رأسها هيئة الدفاع⁽¹⁾؛ والتي كثيراً ما تحصل على نسبة مئوية من القيمة المالية المتنازع عليها⁽²⁾؛ مما يضر بالمصالح المالية للدول العربية عند اللجوء للتحكيم الدولى.

ثانياً: تقييم التحكيم العربى فى المنازعات الاستثمارية

تأثرت مراكز التحكيم العربية التقليدية بتلك الجائحة بشكل ملحوظ، ومنها مركز الكويت للتحكيم التجارى، الذى استند إلى وجود قوة قاهرة تحول دون استمرار القضايا التحكيمية التى ينظرها المركز، وأوقف إجراءاته التحكيمية، لاعتمادها على الحضور المادى وتبادل المستندات يدوياً، وعدم تضمين لائحة المركز إمكانية التحكيم عن بعد، وهو ما أثبت أن المراكز التحكيمية غير المتطورة تقنياً غير قادرة

(1) م.د. جاويد، سمير (2014)، التحكيم كآلية لفض المنازعات، مرجع سابق، ص 23.

(2) المهندس، ابراهيم (2018)، تسوية المنازعات الدولية بالوسائل السياسية والقضائية، بحث مقدم للحصول على درجة الماجستير، الأكاديمية الليبية فرع مصراته قسم العلوم السياسية، ليبيا، ص 90.

على التكيف فى الظروف الاستثنائية، وبالتالى ستراجع لوائحها وكافة إجراءاتها؛ للتكيف مستقبلاً مع مثل تلك الظروف⁽¹⁾.

وقد سعت الدول العربية منذ فترة بعيدة إلى إبرام اتفاقيات متعددة لتيسير التجارة والاستثمار فيما بينها تتضمن آليات لتسوية المنازعات التى قد تنشأ فى ذلك المجال أهمها: اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار عام 1970، اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية ومواطني الدول الأخرى المبرمة عام 1974، والاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية فى الدول العربية عام 1980، واتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائى عام 1983، واتفاقية عمان العربية للتحكيم التجارى عام 1987⁽²⁾، وغيرها من الاتفاقيات، ولكنها لم تصل بعد إلى الآمال التى كانت تعقدها الدول العربية عليها لأسباب متعددة.

1- اتفاقيتى 1974، 2000⁽³⁾

تمخض عن اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية ومواطني الدول الأخرى المبرمة عام 1974، المجلس العربى لتسوية

(1) الرشيد، حسن؛ وآخر (2020/11)، أثر جائحة كورونا، مرجع سبق ذكره، ص 280.

(2) السن، عادل، دور محكمة الاستثمار العربية فى تسوية المنازعات الاستثمارية والتجارية، مرجع سبق ذكره، من ص 281: 283.

(3) الكشو، منصف (2013)، دور القضاء فى تطبيق وإنفاذ الاتفاقيات الدولية فى منازعات الاستثمار، مرجع سابق، من ص 8: 10.

منازعات الاستثمار، وذلك في إطار مجلس الوحدة الاقتصادية العربية، ويختص المجلس بالفصل في المنازعات القانونية الناشئة مباشرة عن الاستثمار بين دولة متعاقدة ومستثمر يحمل جنسية دولة متعاقدة أخرى، وذلك عن طريق التوفيق أولاً ثم التحكيم ثانياً. وتهدف الاتفاقية إلى إيجاد بيئة استثمارية سليمة ومؤهلة لجلب واستثمار رأس المال العربي، وتوطينه في الدول الأعضاء في هذه الاتفاقية.

أما الاتفاقية المبرمة في 2000/12/6 بموافقة مجلس الوحدة الاقتصادية العربية وتصديق عدد من الدول العربية منها مصر واليمن وموريتانيا...، فهي تهدف إلى حل أي نزاع قانوني ينشأ عن أحد الاستثمارات بين الدول العربية الأطراف المضيفة للاستثمار، أو إحدى هيئاتها أو مؤسساتها العامة وبين مواطني الدول العربية الأخرى، سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، بما يضمن إيجاد مناخ ملائم يسهم في تشجيع قيام الاستثمارات العربية بصورة متزايدة داخل الدول العربية.

ونلاحظ تماثل اتفاقية 1974 مع اتفاقية واشنطن، من حيث مضمونها وأحكامها وقواعدها ومعظم قواعدها الإجرائية، وتختلف عنها في صبغتها الإقليمية، فهي تهدف إلى جلب الاستثمارات العربية، وتقتصر على مستثمري الدول الأعضاء في مجلس الوحدة الاقتصادية العربية. ونصت الاتفاقية على أن يبدأ حل المنازعات عن طريق التوفيق بين الأطراف المنازعة، ويصير إلى التحكيم وفقاً لقواعده المنصوص عليها في هذه الاتفاقية، إذا لم يتسن حل النزاع بطريق التوفيق. ويضطلع المجلس بتسوية منازعات الاستثمار عن طريق المصالحة أو التحكيم

وهي وسائل بديلة لحل النزاعات، يلجأ إليها الأطراف بغية التوصل لحل الخلافات عوضاً عن القضاء العادي الذي يعد وسيلة أصيلة لحل المنازعات، إذ أن الأصل هو اللجوء إلى المحاكم ومحاولة حل الخلافات عبر التقاضي.

ولكن رغم أهمية هاتين الاتفاقيتين فإنهما تبقيان دون جدوى، إذا لم يتم تفعيل أحكامهما.

2- الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية عام 1980

لم تستطع الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية -قبل وبعد تعديلها- أن تلعب الدور المنوط بها في فض منازعات استثمار رأس المال العربي داخل الدول العربية؛ بالاعتماد على مراكز التحكيم العربي المتعددة، بخلاف سلبيات أخرى منها⁽¹⁾

- لم تأخذ الوساطة والتوفيق حقهما في التنظيم، حيث جاءت النصوص المنظمة لهما مقتضبة، ولم تأخذ في عين الاعتبار التطورات الحادثة في هذا المجال، والتي تمثلت في اتفاقية سنغافورة للوساطة لعام 2019.

(1) بدر، يحيى(2020/10/10)، فض منازعات استثمار رأسمال العربي: بدائل ومخاطر، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوى الدولى السابع بعنوان التنظيم القانونى لتطوير الاستثمار، الكويت، منشور على موقع: <https://kilaw.edu.kw/annualConference> ، الدخول فى 2020/12/5.

- آلية التحكيم الحر تحت مظلة الاتفاقية شابها قصور شديد. حيث لم يرد في الاتفاقية -قبل وبعد تعديلها- نصوص تنظم عملية الطعن بالبطلان علي الأحكام التحكيمية؛ مما فتح الباب لأبطال الأحكام التحكيمية الصادرة عن تلك الآلية أمام المحاكم الوطنية، كما حدث مع الحكم التحكيمي الصادر في دعوي شركة الخرافي ضد الحكومة الليبية.

- محكمة الاستثمار العربية التي أنشأتها الاتفاقية، لم يتطور تنظيمها القانوني؛ ليواكب التطورات الحادثة في مجال فض منازعات الاستثمار. فاختصاصها لا يشمل الرقابة على الوساطة أو التوفيق أو التحكيم. ويقتصر على نظر المنازعات فيما بين الدول العربية، دون المستثمر الأجنبي، ولا يوجد دور حقيقي لها. بل أن المحكمة رغم إنشائها عام 1985 فأول منازعة استثمارية نظرتها كانت عام 2004، وحتى عام 2011 فصلت في 9 منازعات فقط، وأغلب أحكامها الصادرة كانت بعدم الاختصاص⁽¹⁾.

- يحمل النص في الاتفاقية على اللجوء إلي التحكيم أمام مركز الاكسيد في ظل ارتفاع عدد الدعاوي التحكيمية التي ينظرها المركز ضد الدول العربية، مخاطر متعددة للمستثمر العربي وللدول العربية، أهمها أن الدول العربية غير قادرة على تطوير التحكيم العربي؛ بما يضمن حل النزاعات المتعلقة بالاستثمارات داخل الدول

(1) الكشو، منصف(2013)، دور القضاء في تطبيق وإنفاذ الاتفاقيات الدولية في منازعات الاستثمار، مرجع سابق، ص 16.

العربية، بخلاف الخسائر الاقتصادية التي لاقتها الدول العربية من القضايا المرفوعة عليها أمام المركز من المستثمرين الأجانب.

المطلب الثالث

آثار تطوير التحكيم العربى على تنمية الاستثمارات العربية

إن تناولنا للتحكيم فى بحث متعلق بتنمية الاستثمارات الوافدة للدول العربية، هو بغرض تطوير التحكيم العربى؛ لإحلاله رويداً رويداً محل التحكيم الأجنبى، الذى تبين خسارة الدول العربية لأغلب القضايا المثارة أمامه، لأسباب ذكرناها سلفاً، ونرى تناول ذلك فيما يلى:

أولاً: التحكيم الإلكتروني ودعم الاستثمار العربى

يعرف التحكيم الإلكتروني بأنه "التحكيم الذى تتم إجراءاته عبر شبكة اتصالات دولية، بطريقة سمعية بصرية، ودون الحاجة إلى التواجد المادى لأطراف النزاع والمحكمين فى مكان واحد"⁽¹⁾. وارتبط ظهوره بازدهار التجارة الإلكترونية الحديثة، والتى تعرف بأنها كل معاملة تتم عن بعد، باستخدام وسيلة الكترونية، حتى اتمام العقد⁽²⁾، والتحكيم الإلكتروني لا يختلف عن التحكيم التقليدى إلا من خلال الوسيلة التى تتم بها إجراءات التحكيم، وهى العالم الافتراضى، الذى لا يتضمن وجود ورق أو كتابة تقليدية أو حضور مادى للأشخاص أمام هيئة التحكيم،

(1) أبو هشيمة، عادل(2005)، عقود خدمات المعلومات، دار النهضة العربية، ص 75.

(2) أبو حلوه، حسام الدين(2012)، التحكيم الإلكتروني، رسالة ماجستير، الأكاديمية العربية للنقل البحرى، الأسكندرية.

حتى أن الأحكام يحصل عليها أطراف النزاع بطريق إلكترونى بعد توقيعها إلكترونياً⁽¹⁾.

وقد نبهت أزمة كورونا العالم بكافة مؤسساته ودوله، إلى أهمية تفعيل الإجراءات الإلكترونية فى كافة مناحى الحياة، ومنها التحكيم، فالإدارة القوية تضمن طرح مجموعة حلول متنوعة للتعامل مع الأزمات والظروف الطارئة، وعلى رأس تلك الحلول ضمان منظومة إجراءات إلكترونية، لا تتأثر بالظروف الطارئة والأزمات الصحية وغيرها، والمؤسسات التحكيمية القوية والمنظمة كمحكمة لندن للتحكيم أعلنت فور حدوث الجائحة عن ثقتها فى إمكاناتها؛ لضمان استمرار منظومتها التحكيمية، والتغلب على كافة العوائق والصعوبات التى سببتها الجائحة، وأنها بصدد إعادة بلورة القواعد والمعايير والإرشادات للتكيف مع العالم سريع التغير⁽²⁾.

ولقد أصبحت التجارة الإلكترونية حقيقة واضحة جلية، لا يمكن تجاهلها فى المعاملات الاقتصادية، ويلزم على كافة الدول توفير بيئة قانونية مناسبة للتجارة الإلكترونية، وإلا ستصبح الدولة مهمشه اقتصادياً، فى ظل انتشار الاقتصاد

(1) الهلالى، محمد(يناير/2013)، القضاء الإلكتروني، مجلة مصر المعاصرة، القاهرة، العدد رقم 509، ص 349.

(2) COVID-19 Update: Recalibrating and Resilience – LCIA continues to deliver the highest quality services for users, 20 Oct2020, <https://www.lcia.org>.

الشبكي أو الرقمي، وعموماً لا يجب إخضاع التحكيم الإلكتروني لذات النصوص التي تحكم التحكيم التقليدي، وإلا سنفقد مزاياه المتعددة⁽¹⁾.

وينبغي على التحكيم العربي بداية لمواكبة التحكيم الإلكتروني، ضمان احترام الحقوق الأساسية للمتحاكمين، وحماية بياناتهم الشخصية، والمساواة وعدم التمييز، وحقوق الإنسان بصفة عامة، والجودة في أمن المعلومات، وشفافية اللوائح والتقنيات؛ ليسهل التعامل معها من كافة الأطراف المتحاكمة⁽²⁾.

ونرى إنشاء تطبيق إلكتروني متخصص في التحكيم الإلكتروني العربي، بحيث يكون واضحاً وسهل الاستخدام للكافة، تيسر من خلاله إجراءات التحكيم، يشمل على كافة إجراءات وخطوط سير منظومة التحكيم العربية، منذ إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني، حتى صدور الحكم الإلكتروني؛ للعمل على نشر ثقافة التحكيم عربياً ومحلياً، ولضمان مستقبل واعد ومتطور للتحكيم، ويجب تأمين ذلك البرنامج من كافة عمليات القرصنة والاختراق، واستخدام أفضل المعايير الدولية في برمجته ومراجعتة وتحديثه باستمرار، مع ضمان تقديمه خدمة تحكيمية مميزة على كافة

(1) هندی، أحمد(2015)، التحكيم دراسة إجرائية، مرجع سبق ذكره، ص 311، 312.

(2) Charte éthique européenne utilisation de l'intelligence artificielle dans les systems judiciaires et leur environnement,(2018) adoptée par la CEPFJ, 3-4 dec. en ligne <https://www.rm.coe.int>.

الأصعدة الدولية والمحلية؛ مع اعتماد الدول العربية ذلك البرنامج فى الاتفاقات العربية الخاصة بالتحكيم⁽¹⁾.

وينبغى على الدول العربية نشر الوعى بأهمية التحكيم سيما التحكيم الإلكتروني، وكذا تقنين التشريعات اللازمة لتنظيم مسألة التحكيم الإلكتروني؛ لدعم خطة الاستثمارات، ويلزم أيضاً بجانب ذلك تبنى تطوير البنية التحتية للتجارة الإلكترونية، وتطوير أسس وأساليب تأمين التعاملات التجارية وحماية أنظمة الدفع الإلكتروني؛ لزرع الثقة بين المتعاملين على شبكة الإنترنت، ومما يؤدى إلى خفض عمليات الاختراق والتحايل⁽²⁾؛ دعماً لزيادة التعاملات التجارية الإلكترونية، وفى ذات الوقت ضمان الدولة حصولها على حقوقها الضريبية وغيرها من شبكة التجارة الإلكترونية التى تستغل منتجاتها وأراضيها فى تحقيق أرباح ومكاسب استثمارية.

وعلى الدول العربية تطبيق التحكيم الذكى الذى يتم من خلال العقود الذكية، ويتمتع بقدر عالى من الشفافية والسرعة وقلة التكاليف وإلغاء دور الوسيط حيث يتم إدراج المنازعات المتوقع حدوثها فى المستقبل بين طرفي العقد داخل رموز فى العقد، ومن ثم وضع آلية لتسوية تلك المنازعات، بمعنى أنه إذا توقع أحد الطرفين أن يخل الآخر بتنفيذ أحد الالتزامات الواردة فى العقد الذكى، كدفع الثمن المتفق

(1) الرشيد، حسن؛ وآخر(2020/11)، أثر جائحة كورونا، مرجع سبق ذكره، ص310.

(2) ابراهيم، مصطفى؛ وآخر(أكتوبر/2012)، حجية إثبات البريد الإلكتروني ومدى الحاجة إليه (قانونياً وتقنياً) دراسة مقارنة، مجلة مصر المعاصرة، العدد 508، السنة 104، القاهرة، ص 241.

عليه أو الإخلال بالتسليم مثلاً؛ فإنه يتم تطبيق الجزاء المدني تلقائياً، وبصورة مباشرة، لأن طبيعة العقد الذكي تقوم على توقع الإخلال بالالتزامات الواردة فيه وتوقيع الجزاء مباشرة.⁽¹⁾

ثانياً: آليات متنوعة لتطوير التحكيم العربي⁽²⁾

يوجد عدد من الآليات التي يمكن من خلالها تطوير التحكيم العربي، بعضها تم فعلاً على أرض الواقع ولكن تحتاج لمتابعة وتطوير مستمر، والآخر نأمل تحقيقه قريباً لمزيد من جذب الاستثمارات البينية والوافدة إلى الدول العربية، ونوضح ذلك فيما يلي:

1- آليات تمت فعلاً على أرض الواقع

من أبرز الآليات التي تمت على أرض الواقع تعدد مراكز التحكيم العربي المؤسساتي منها مراكز متخصصة وإقليمية وأكثرها ذات اختصاص شامل، وعالمية⁽³⁾، ومؤخراً تم تدشين الاتحاد العربي للتحكيم في القاهرة بتاريخ

(1) فتح الباب، محمد(2020/10/10)، التحكيم بالوسائل الذكية كآلية لتسوية منازعات الاستثمار(دراسة مقارنة بين القانون الكويتي والفرنسي)، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي الدولي السابع بعنوان التنظيم القانوني لتطوير الاستثمار، الكويت، منشور على موقع <https://kilaw.edu.kw/annualConference> .

(2) السن، عادل، مرجع سبق ذكره، من ص 281: 283.

(3) راجع قائمة بكافة مراكز التحكيم على مستوى العالم-<https://www.international-arbitration-attorney.com/ar>، منها كمراكز عربية: مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري

2018/5/24 في المنازعات الاقتصادية والاستثمار، بالتعاون بين مجلس الوحدة الاقتصادية العربية التابع لجامعة الدول العربية، واتحاد المحامين العرب، وعقد الاجتماع الأول لهيئته العامة في 2018/6/24. وصرح نقيب المحامين العرب سامح عاشور رئيس الاتحاد، أن الهدف من إنشاء الاتحاد خلق منظمة قانونية قادرة على استيعاب المشكلات الاقتصادية للمستثمرين العرب، مضيفاً أن الاتحاد العربي للتحكيم يعد نواة للوصول لتلك الوحدة التي وصل إليها الاتحاد الأوروبي

الدولي (CRCICA)

تأسس في 1979 CRCICA وهو مؤسسة التحكيم الأبرز في مصر، مركز دبي للتحكيم الدولي مقره مدينة دبي الأكاديمية العالمية

أسس في 1994 DIAC وهو هيئة التحكيم الرائدة في دبي، ويستخدم بشكل شائع في عمليات التحكيم الإنشائية التي تشمل الشرق الأوسط. توجد العديد من مؤسسات التحكيم العربية الإقليمية والمتخصصة منها: مركز أبوظبي للتوفيق والتحكيم التجاري (ADCCAC) بالامارات العربية المتحدة، مركز أكادير للتوفيق والتحكيم (CCISA) بالمغرب، الرابطة العربية للتحكيم الدولي (AAIA) بباريس، الجمعية العربية للوساطة والتحكيم في الملكية الفكرية (AIPMAS)

بعمان الأردن، غرفة البحرين لتسوية المنازعات (BCDR) بالبحرين، مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، بالمنامة البحرين، مركز أ.د. د خير للقانون والتحكيم (AKLAC) بالقاهرة، مركز الإمارات للتحكيم البحري (إيماك)

ببدي، مركز التحكيم اللبناني لغرفة التجارة والصناعة والزراعة في بيروت وجبل لبنان (CCIABML)

مركز الرباط الدولي للوساطة والتحكيم (CIMAR) بالمغرب، مركز الشارقة للتحكيم التجاري الدولي (SICAC)

بالشارقة بالإمارات، مركز شرم الشيخ للتحكيم الدولي (شيخ) بمصر، غرفة التحكيم الدولية بالسودان، مركز طلال أبوغزاله لتسوية المنازعات TAG بالإمارات،

رغم ثقافتهم ولغاتهم المختلفة. وأشار الأمين العام لمجلس الوحدة الاقتصادية، السفير محمد الربيع، إلى أن هذا التكامل في مجال حل النزاعات والتحكيم سيعيد رؤوس الأموال العربية لبلدانها وأوطانها⁽¹⁾.

ويضم الاتحاد أفراد وهيئات التحكيم العربي، تحت مظلة جامعة الدول العربية، بعد تسجيله في مجلس الوحدة الاقتصادية العربية التابع للجامعة. ويسعى لتطوير العمل التحكيمي نحو تنمية الاستثمارات العربية، بعد أن بات التحكيم ضرورة، لجدارته العملية في مقابل النقص الوطني الذي يتخلله إجراءات إدارية كثيرة، تؤخر الفصل في الدعاوى القضائية. كما أنه يساهم في حفظ الحقوق ونشر الطمأنينة والعدالة بين المتنازعين في القضايا المختلفة⁽²⁾ وتشكيل مجلس الاتحاد العربي للتحكيم سيجمع الأمة العربية، عن طريق مجلس إدارة، وجمعية عمومية تشمل جميع ممثلي الدول العربية، كما أن هناك تشكيلاً قطاعياً على مستوى القطاعات الإنتاجية، وآخر جغرافياً على مستوى الدول العربية⁽³⁾.

وقد انتشرت مراكز التحكيم العربية في مصر وغيرها من الدول العربية،

ومن أهمهما:

(1) عاشور، سامح(2018/5/24)، منشور على موقع <https://alghad.com>.

(2) لقاء بين رئيس الاتحاد العربي والأمين العام مع رئيس الوزراء المصري؛ لتوضيح دور الاتحاد العربي للتحكيم في تنمية الاستثمارات العربية بتاريخ 2019/11/13، على موقع <https://almaalnews.com>

(3) أبو العينين، محمد(2018)، المؤتمر الأول للاتحاد العربي للتحكيم، منشور على موقعي <http://www.abouelenein.com>، و <https://www.youm7.com>

أ- **مركز حقوق عين شمس للتحكيم:** يهدف المركز إلى القيام ببرامج متخصصة للتدريب والإعداد على أعمال التحكيم؛ على نحو يساهم في توفير أجيال متعاقبة من المحكمين ورفع كفاءتهم بصورة مستمرة. مع إشرافه على إجراء الدراسات والبحوث الأكاديمية العلمية في مجال التحكيم، بما ينمي الوعي الأكاديمي لدى الأفراد والمؤسسات المختلفة. وتنظيم الدورات والمؤتمرات المتعلقة بالتحكيم. وإعداد قوائم متكاملة ومتجددة للمحكمين والخبراء الوطنيين والأجانب المعتمدين من المركز سواء للقيام بأعمال التحكيم أو إعداد تقارير الخبرة أو الخدمات الاستشارية. والتعاون وتنمية الروابط مع مراكز التحكيم الأخرى في مصر أو الخارج⁽¹⁾.

ب- **مركز التحكيم القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي⁽²⁾:** تم تأسيس مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم عام 1979 وهو أعرق المراكز العربية التحكيمية ولا يهدف إلى الربح، تأسس تحت مظلة المنظمة القانونية الاستشارية لدول آسيا وإفريقيا، والتي تضم حالياً عدد 47 دولة إفريقية وأسيوية على رأسهم الصين واليابان وإيران ومصر والإمارات وماليزيا. وقد أُعتمد المركز عام 1987 كمنظمة دولية، وتم منحه بفروعه المختلفة كافة الامتيازات والحصانات التي تكفل استقلاله للقيام بوظائفه. وهو يضم خبرات تحكيمية عربية وأجنبية متميزة، يمكن الاستعانة

(1) أهداف مركز حقوق عين شمس للتحكيم، منشور على موقع <http://www.asu.edu.eg>

(2) مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، منشور على موقع المركز . <https://crica.org/AboutUs.asp>

بها فى تطوير التحكيم العربى ورفع كفاءته وسمعته على المستوى الدولى. ويطبق المركز قواعد تحكيم الأونسيترال الخاصة بلجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى المعتمدة فى 15/12/1976، مع إجراء بعض تعديلات طفيفة عليها، بحيث تتواءم مع عمل المركز.

2- آليات ينبغى تفعيلها

بجانب الوسائل سالفة البيان التى فعلت على أرض الواقع، يجب تعديل الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية فى الدول العربية بشأن محكمة الاستثمار العربية، والمحدد مقرها فى المقر الدائم لجامعة الدول العربية، عن طريق تحديد اختصاصات المحكمة بشكل واضح وتفصيلى، مع تحديد مفهوم موسع وواضح للاستثمار الذى تحميه الاتفاقية، وتعريف الغرف التجارية فى كافة البلاد العربية بأهمية المحكمة والخدمات التى تقوم بها لفض منازعات الاستثمار بأيسر الطرق وأقل تكاليف، ودعوة كافة المستثمرين العرب لتضمين عقود استثماراتهم فى الدول العربية وغيرها، شرط اللجوء إلى محكمة الاستثمار العربية، وكذا دعوة وزارات الاستثمار والتعاون الدولى فى كافة البلدان العربية؛ لتفعيل دور المحكمة المعطل الذى ينتهى كما رأينا سلفاً للحكم فى كافة قضاياها بعدم الاختصاص، وقلّة عدد القضايا التى تنظرها.

ويكون النظر أمام المحكمة على درجة تقاضى واحدة، إلا أن عدم تنفيذ أحكامها لا يترتب عليه أى جزاء، مما يسبب عدم اللجوء إليها بوضعها الحالى.

ولابد من توسيع اختصاصها لتتنظر في مختلف منازعات الاستثمار التي يكون أحد أطرافها فقط عربياً، بغض النظر إن كان مستثمراً خاصاً أو دولة أو إحدى مؤسساتها؛ لأن ذلك يخول المحكمة حسم النزاعات التي تطرأ بين مستثمر أجنبي ودولة عربية أو تلك التي تقوم بين مستثمر عربي ودولة أجنبية. ومن الأفضل أن تتضمن الاتفاقات الاستثمارية التي تبرم بين الدول العربية إسناد اختصاص حل المنازعات المتعلقة بالاستثمار إلى محكمة الاستثمار العربية، وذلك لتفعيل دورها على أرض الواقع⁽¹⁾

وفى ظل انتشار التحكيم الدولي، وكونه جزء هام ومؤثر من منظومة العدالة الدولية، نرى أنه على الدول العربية التعامل مع مراكز التحكيم العربي المتعددة سائلة البيان، وربطها بمحكمة الاستثمار العربية، بحيث يتم النص على تحكيمها في كافة التعاقدات الاستثمارية التي تتم داخل الأراضي العربية، خاصة في الاتفاقات الاستثمارية البينية، وكذا في الاتفاقات التي تكون الدول العربية أحد أطرافها مع مستثمرين أجانب، حفاظاً على المصالح والأموال العربية التي تعرضت لخسائر من الاحتكام للتحكيم الأجنبي.

وينبغي نشر ثقافة التحكيم بإدراج مادة التحكيم ضمن المقررات الدراسية لكليات الحقوق والقانون وعمل ورش تحكيمية افتراضية؛ لتدريب الطلبة على تقمص

(1) الكشو، منصف(2013)، دور القضاء في تطبيق وإنفاذ الاتفاقيات الدولية في منازعات الاستثمار، مرجع سابق، ص 16.

شخصية المحكم الوطنى والدولى، وتنمية مهاراتهم ومواهبهم فى هذا الشأن؛ ليتخرج الطالب المتميز وفى ذهنه وتوجهه أنه إما أن يعمل قاضى وطنى أو محكم دولى، بل أن فرصة المحكم الدولى قد تكون أفضل مادياً واجتماعياً، خاصة أن كليات الحقوق منها من يدرس باللغة الإنجليزية ومنها من يدرس بالفرنسية، وهما لغتا التحكيم الدولى الرئيسيتين.

وعلى الفقهاء العرب مناقشة كافة التفاصيل الخاصة بالتحكيم؛ حتى يمكن للمشروع أن يقننها ويضع لها أسس وقواعد، تجعل المستثمر الأجنبى يقدم على التحكيم العربى دون تخوف، أملاً أن يحصل من خلاله على حقوقه المشروعة، بإجراءات ووقت ومجهود وتكلفة أقل مما يعانیه عند اللجوء إلى قضاء الدولة، ويكون بديلاً للتحكيم الدولى مرتفع التكلفة نسبياً، وفى ذات الوقت ينعكس ذلك إيجاباً على الاستثمارات العربية، التى تقنن التحكيم بأسلوب واضح؛ مما يؤدي فى النهاية لتنمية اقتصادية أسرع.

الخاتمة

بعد الانتهاء من البحث نعرض لأهم النتائج والتوصيات التي توصل إليها

البحث:

أولاً: النتائج

انتهى البحث إلى عدد من النتائج نوجزها فيما يلي

- إن الاستثمار هو حجر الزاوية في تحقيق تنمية شاملة ومستدامة للدول العربية ومنها مصر، حيث لا يقتصر أهميته فقط على الجانب الاقتصادي المتعلق برفع مستوى الأداء الاقتصادي، وزيادة الطاقة الإنتاجية للاقتصاد القومي، وإنما يتعدى ذلك لجوانب اجتماعية أخرى لازمة للتنمية، كتحسين التعليم والصحة والخدمات الأساسية التي يحتاجها المجتمع.

- الدول العربية عموماً تصنف كدول نامية، وبعضها ينفذ برامج إصلاحية وتنموية موسعة على رأسها مصر؛ وبالتالي تحتاج إلى ضخ مزيد من الاستثمارات؛ لتقليل الفجوة بين الادخار والاستثمار، وتحقيق تنمية شاملة ومستدامة. ومع ذلك يوجد عدد محدود من الدول العربية تحقق فوائض، ولديها صناديق ثروة سيادية ضخمة تصنف ضمن أكبر 10 صناديق في العالم.

- ضعف الاستثمارات البنينة رغم ضخامة حجم الاستثمارات العربية، أدى إلى أهمية الاستثمارات المباشرة الوافدة من دول متقدمة، والتي لا تقتصر أهميتها

على سد فجوة الادخارية فقط، ولكن تتعداها لأمر هامة مثل سد فجوة الصرف الأجنبي، ورفع كفاءة وحجم الطاقة الإنتاجية، والنهوض بالأساليب الفنية والتقنية للإنتاج، والمساهمة في نقل الخبرات التنظيمية والمالية والإدارية والتسويقية.

- هناك حوافز لا غنى عنها لجذب الاستثمار البينى والأجنى للدول العربية، أهمها: استقرار سياسى وتشريعى، وربحية وعمالة وأسواق، وسهولة التحويلات المباشرة وغير المباشرة، بجانب حوافز أخرى، وضمانات دولية ومحلية، عرض لها البحث تفصيلاً. مع مراعاة ترشيد تلك الاستثمارات لضمان تحقيقها أهداف التنمية؛ بوضع معايير وشروط لاختيار المشروعات الاستثمارية تلائم ظروف الدول العربية واحتياجاتها وبرامجها التنموية.

- من الأهمية بمكان تنمية الاستثمارات البينية العربية؛ لأن ذلك يساهم في حسن استخدام الموارد المتاحة لها، ويعطى الفرصة لتحقيق تكامل اقتصادى عربى، يحسن المركز الدولى للدول العربية فى العلاقات الاقتصادية الدولية، خاصة مع ضعف حجمها مقارنة بما يتسرب منها للخارج، وصناديق الثروة السيادية التى تستثمر فى الخارج بمبالغ ضخمة أكبر دليل على ذلك.

- وضعت وسائل وهيئات وآليات التحكيم الدولى المعاصر بمعرفة الدول المتقدمة اقتصادياً، وبالتالي بنيت إجراءاتها وكافة آلياتها على خدمة مصالح تلك الدول فى التوسعات الاستثمارية وفتح أسواق جديدة فى الدول النامية، وقنن التحكيم دولياً وفرض على الدول النامية؛ حتى لا يتعرض المستثمر الأجنبى لتطبيق

القوانين الوطنية، وللهروب من إجراءات التقاضى الوطنية فى تلك الدول التى تتسم غالباً بالبطء؛ مما رتب خسائر مالية للدول العربية.

- لم تفعل كافة الاتفاقيات العربية التى أبرمت لتطوير التحكيم العربى، بما فيها محكمة الاستثمار العربية. كما تبين وجود عدد كبير من مراكز التحكيم العربية، التى تملك خبرات تحكيمية متنوعة يمكن الاعتماد عليها، لم يتم الاستفادة بها بالقدر المأمول.

- تملك الدول العربية بحجم معاملاتها المالية الضخمة مع الأجانب قوة تفاوضية كافية، للتمسك بأن يكون التحكيم فى المراكز التحكيمية العربية، وتجنب اللجوء لمراكز التحكيم الأجنبية بآثارها السلبية التى عرض لها البحث باستفاضة؛ مما يجعل التحكيم العربى ضماناً إجرائية لا غنى عنها، فى اتجاه تنمية الاستثمارات البينية والوافدة إلى الدول العربية.

ثانياً: التوصيات

- نوصى بتيسير كافة السبل لانسياب الاستثمارات العربية البينية، والوافدة إلى الدول العربية، حيث يمكن عن طريق جامعة الدول العربية وضع ميثاق للتعاون فى زيادة حجم الاستثمارات البينية، وتفعيل الاتفاقيات التى أشار إليها البحث فى هذا الشأن، بجانب الحرص على الحد من ضخ استثمارات جديدة للدول الأجنبية، وتوجيهها للدول العربية الأخرى، خاصة مع ظهور فرص استثمارية

موسعة ومتنوعة فى عدد من الدول العربية مثال مصر والسودان وتونس والعراق وموريتانيا، وتوجيه صناديق الثروة السيادية العربية للاستثمار داخل القطر العربى.

- مراعاة المعايير والشروط التى أشار إليها البحث؛ لترشيد نوعية مشروعات الاستثمارات الوافدة، وأهمها الأولوية للمشروعات التى تساهم فى تحقيق الأهداف التنموية والخطط الاستراتيجية الموضوعة؛ لتأمين الاحتياجات الجغرافية والأكثر احتياجاً داخل كل دولة عربية.

- وضع سياسة ضريبية تتفق والأهداف التنموية العامة لتحقيق خطط التنمية المستدامة، تفرق بين المشروعات الاستثمارية الإنتاجية التى يحتاجها المجتمع، والاستثمارات غير المنتجة أو التى تهتم بسلع ترفيهية كمالية لا يحتاجها المواطن العادى فى المجتمعات العربية النامية.

- نرى إنشاء تطبيق إلكترونى متخصص فى التحكيم العربى، بحيث يكون واضحاً وسهل الاستخدام للكافة، ينشر الوعى بأهمية التحكيم سيما التحكيم الإلكتروني، ويؤسس ثقافة التحكيم بين الأجيال المتعاقبة، ويشتمل على كافة إجراءات وخطوط سير منظومة التحكيم العربية، منذ إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني، حتى صدور الحكم الإلكتروني. على أن يتم تأمين ذلك البرنامج من كافة عمليات القرصنة والاختراق، واستخدام أفضل المعايير الدولية فى برمجته ومراجعته وتحديثه باستمرار، وعلى الدول العربية أن تقنن التشريعات اللازمة لتنظيم مسألة التحكيم الإلكتروني؛ لدعم خطة الاستثمارات، وتطوير البنية التحتية للتجارة

الإلكترونية، والاعتماد على مراكز التحكيم العربية المنتشرة والمتعددة، وإجلالها رويداً رويداً محل مراكز التحكيم الأجنبية التي كبدت الدول العربية خسائر كبيرة على النحو المفصل في البحث، ولدعم الاستثمارات البينية العربية، وفرض تلك المراكز على الاستثمارات الوافدة.

- يجب تعديل الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية بشأن محكمة الاستثمار العربية، عن طريق تحديد اختصاصات المحكمة بشكل واضح وتفصيلي، مع تحديد مفهوم موسع وواضح للاستثمار الذي تحميه الاتفاقية، ودعوة وزارات الاستثمار والتعاون الدولي في كافة البلدان العربية؛ لتفعيل دور المحكمة المعطل، وربط ذلك بمراكز التحكيم العربية المعتمدة، لتشكيل منظومة تحكيم عربية متطورة، تتصدى لخسائر مراكز التحكيم الأجنبي التقليدية.

المراجع العربية

ابراهيم، مصطفى؛ أيوب، أحمد (أكتوبر/2012)، حجية إثبات البريد الإلكتروني ومدى الحاجة إليه (قانونياً وتقنياً) دراسة مقارنة، مجلة مصر المعاصرة، العدد 508، السنة 104، القاهرة.

أبو حلوه، حسام الدين (2012)، التحكيم الإلكتروني، رسالة ماجستير، الأكاديمية العربية للنقل البحري، الإسكندرية.

أبو سمهدانة، عبد الناصر (يوليو/2011)، التحكيم فى منازعات الاستثمار وفقاً لقانون التحكيم الإماراتى، مصر المعاصرة.

أبو هشيمة، عادل (2005)، عقود خدمات المعلومات، دار النهضة العربية.

إسماعيل، هفال (2016)، التحكيم فى منازعات الاستثمار الأجنبى وفق الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية مع أحدث أحكام هيئات التحكيم الدولية وأحكام المحاكم الوطنية، منشأة المعارف، الإسكندرية.

إسماعيل، هفال (2015)، المركز القانونى للمستثمر الأجنبى "دراسة تحليلية مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.

الأخضر، مالكى(2008)، حماية الاستثمار الأجنبي الخاص فى التشريع الوطنى والقانون الدولى، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر.

الأسرج، حسين (2005/12)، سياسات تنمية الاستثمار الأجنبى المباشر فى الدول العربية، سلسلة رسائل بنك الكويت الصناعى، رقم 83.

الأسعد، بشار(2004)، عقود الاستثمار فى العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراة، جامعة عين شمس.

التركى، يونس(2014)، دور التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبى فى ظل التشريع الليبى والمصرى، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة.

الخولى، فوزى(1993)، دور السياسة الضريبية فى تنمية الاستثمار وفقا لمنهج الاقتصاد الإسلامى، رسالة دكتوراة غير منشورة، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية.

الرشيد، حسن؛ وآخر(2020/11)، أثر جائحة كورونا (Covid-19) على إجراءات التحكيم الدولى والداخلى: دراسة تحليلية فى التشريعات الكويتية، مجلة كلية الحقوق، جامعة الكويت.

السائح، عمران(2008)، التحكيم التجارى الدولى فى ليبيا "دراسة فى ضوء التشريعات النافذة"، كلية الحقوق جامعة الفاتح.

السن، عادل(12، 2020/12/13)، دور محكمة الاستثمار العربية فى تسوية المنازعات الاستثمارية والتجارية، بحث مقدم إلى الجمعية المصرية للاقتصاد السياسى والإحصاء والتشريع، منشور ضمن مجلد أبحاث وأوراق عمل المؤتمر القانونى السنوى السادس للجمعية حول الاصلاح التشريعى والعدالة الناجزة، تحت رعاية المستشار/ عمر مروان وزير العدل، فندق سميراميس بالقاهرة.

الصيرفى، صلاح (1961)، مقدمة فى مبادئ الاقتصاد، دار الجامعات المصرية، اسكندرية.

الطراونة، خالد(2017)، ورقة بحثية بعنوان التحكيم التجارى-المفهوم والإجراءات-، غرفة تجارة عمان، الأردن.

الطراونة، مصلح(2011)، نطاق اختصاص المركز الدولى لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار الأجنبية وفقاً لاتفاقية واشنطن، بحث مقدم لمؤتمر كلية القانون بجامعة الإمارات العربية.

العقيل، عبد الرحمن(2016)، ضمانات الاستثمار الأجنبى فى المملكة العربية السعودية، ط1، مركز الدراسات العربية، الرياض.

الفولى، أسامه؛ وآخر(2005)، مبادئ الاقتصاد السياسى، دار الجامعة الجديدة، اسكندرية.

القاضي، خالد(2002)، موسوعة التحكيم التجارى الدولى، دار الشروق
القاهرة، مصر.

المحى، حسين (ابريل/2003)، نظرات قانونية فى التجارة الإلكترونية، مجلة
البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، العدد رقم 31.

المهندز، ابراهيم(2018)، تسوية المنازعات الدولية بالوسائل السياسية
والقضائية، بحث مقدم للحصول على درجة الماجستير، الأكاديمية الليبية فرع
مصراته قسم العلوم السياسية، ليبيا.

الهالى، محمد(يناير/2013)، القضاء الإلكتروني، مجلة مصر المعاصرة،
القاهرة، العدد رقم 509.

جاويد، سمير(2014)، التحكيم كآلية لفض المنازعات، ط1، دائرة القضاء أبو
ظبى.

جعفر، محمد(12، 2020/12/13)، العدالة الناجزة وتطبيقها فى بعض الدول
فرنسا نموذجاً، بحث مقدم إلى الجمعية المصرية للاقتصاد السياسى والإحصاء
والتشريع، منشور ضمن مجلد أبحاث وأوراق عمل المؤتمر القانونى السنوى السادس
للجمعية حول الاصلاح التشريعى والعدالة الناجزة، تحت رعاية المستشار/ عمر
مروان وزير العدل، فندق سميراميس بالقاهرة.

حسين، جميل(بدون تاريخ)، القضاء والتحكيم الدولي(نماذج لأهم الوثائق الدولية)، المستوى الثالث- فصل دراسي ثانى كود326، مادة القضاء والتحكيم الدولي العام، جامعة بنها، مصر.

حسين، هيوا(1981)، التحكيم قضاءً أصيلاً للمنازعات التجارية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة السليمانية، العراق.

حشيش، عادل؛ وآخر(2006)، أساسيات علم الاقتصاد، دار الجامعة الجديدة، اسكندرية.

حمد الله، عبد الباسط(2017)، دور التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي"دراسة فى ضوء القانون المصرى رقم17لسنة 2015 وفى ضوء القانون الليبي"، رسالة ماجستير فى الحقوق، جامعة الإسكندرية قسم القانون الخاص.

دراز، حامد(1984)، السياسات المالية، الدار الجامعية، الاسكندرية.

رضوان، أبو زيد(1981)، الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولي، القاهرة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس.

رمزى، زكى(1966)، مشكلة الادخار، الدار القومية للطباعة والنشر، القاهرة.

سليمان، طالب(2016)، الضمانات التشريعية لحماية الاستثمارات الأجنبية"دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.

شاكر، إبراهيم(2017)، معالجة عيوب التحكيم التجارى فى منازعات التجارة الدولية وعقود الاستثمار وتأثيرها على جذب الاستثمارات فى الدول النامية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد رقم 93.

شलगوم، عميروش(2012)، دور المناخ الاستثمارى فى جذب الاستثمارات الأجنبية المباشرة إلى الدول العربية، ط1، مكتبة حسين العصرية، بيروت.

عبد العال، سامى(29، 2015/4/30)، دور القضاء والتحكيم الدولى فى تسوية منازعات الاستثمار، بحث مقدم إلى مؤتمر كلية الحقوق جامعة طنطا، مصر.

على، كريم(2020/12)، أثر الإصلاحات التشريعية على قانون الاستثمار، بحث مقدم إلى الجمعية المصرية للاقتصاد السياسى والإحصاء والتشريع، منشور ضمن مجلد أبحاث وأوراق عمل المؤتمر القانونى السنوى السادس للجمعية حول الاصلاح التشريعى والعدالة الناجزة، تحت رعاية المستشار/ عمر مروان وزير العدل، يومى 12، 2020/12/13 بفندق سميراميس، القاهرة.

قعلول، سفيان (2017/4)، جاذبية البلدان العربية للاستثمار الأجنبي المباشر (دراسة تشخيصية حسب مؤشر قياس محددات الاستثمار، مجلة دراسات اقتصادية، العدد رقم 36.

مبروك، نزيه (2014)، محددات وضمانات جذب الاستثمارات الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية.

محي الدين، عمرو (1972)، التنمية والتخطيط الاقتصادي، دار النهضة العربية، بيروت.

مرسى، سلوى (2005/11)، أولويات الاستثمار الصناعي في مصر، معهد التخطيط القومي، القاهرة.

مرغني، علي (1973)، التحكيم في منازعات المشروع العام، رسالة دكتوراة، حقوق عين شمس.

هندي، أحمد (2015)، التحكيم دراسة إجرائية (في ضوء قانون التحكيم المصري وقوانين الدول العربية والأجنبية) (خصومة التحكيم - رد المحكم - الحكم التحكيمي - دعوى البطلان - تنفيذ الحكم التحكيمي - التحكيم الإلكتروني، كلية الحقوق جامعة الأسكندرية، دار الجامعة الجديدة.

والى، فتحى (2006)، قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، ط1.

قوانين وأحكام ودوريات ونشرات ولقاءات:

أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية.

أحكام وطعون المحكمة الدستورية العليا المصرية، المنشورة فى الجريدة الرسمية.

أحكام محكمة استئناف القاهرة.

قانون الاستثمار المصرى رقم 72 لسنة 2017.

قانون التحكيم المصرى رقم 27 لسنة 1994.

قانون التحكيم الأردنى رقم 31 لسنة 2001.

قانون التحكيم التونسى رقم 42 لسنة 1993 المتعلق بإصدار مجلة التحكيم.

نشرة ضمان الاستثمار الصادرة عن المؤسسة العربية لضمان الاستثمار
وائتمان الصادرات عن الربع الثانى لسنة 2020، منشورة على موقع الهيئة على

شبكة المعلومات الدولية، www.dhamam.org

المواقع الإلكترونية

أبو العينين، محمد(2018)، المؤتمر الأول للاتحاد العربي للتحكيم، منشور على
موقع <http://www.abouelenein.com> ،

و <https://www.youm7.com/>

التقرير السنوى للبنك الدولي، 2020، دعم البلدان فى أوقات لم يسبق لها
مثيل، موقع البنك <https://www.albankaldawli.org> .

أهداف مركز حقوق عين شمس للتحكيم، منشور على موقع
<http://www.asu.edu.eg> .

الكشور، منصف(2013)، دور القضاء فى تطبيق وإنفاذ الاتفاقيات الدولية فى
منازعات الاستثمار، بحث منشور على موقع:

https://carjj.org/sites/default/files/wrq_ml_twns-

[_lmhwr_lthny.doc](https://carjj.org/sites/default/files/wrq_ml_twns-_lmhwr_lthny.doc)

بدر، يحيى(2020/10/10)، فض منازعات استثمار رأسمال العربى: بدائل
ومخاطر، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوى الدولى السابع بعنوان التنظيم القانونى
لتطوير الاستثمار، الكويت، منشور على موقع:

<https://kilaw.edu.kw/annualConference> .

جاسم آل ثاني، خليفة(2019/10/27)، ندوة بعنوان مستجدات التحكيم محلياً ودولياً، نظمتها غرفة قطر للتحكيم التجاري، منشور على موقع <https://al-sharq.com/article>.

خضر، حسان(2004)، الاستثمار الأجنبي المباشر-تعاريف وقضايا-، سلسلة دورية تعنى بقضايا التنمية فى الأقطار العربية تصدر عن المعهد العربى للتخطيط، الكويت، السنة الثالثة، متاحة على موقع <http://www.arab-api.org/images/publication/pdfs>

عاشور، سامح(2018/5/24)، منشور على موقع <https://alghad.com>.

فتح الباب، محمد(2020/10/10)، التحكيم بالوسائل الذكية كآلية لتسوية منازعات الاستثمار(دراسة مقارنة بين القانون الكويتى والفرنسى)، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوى الدولى السابع بعنوان التنظيم القانونى لتطوير الاستثمار، الكويت، منشور على موقع <https://kilaw.edu.kw/annualConference>.

لقاء بين رئيس الاتحاد العربى والأمين العام مع رئيس الوزراء المصرى؛ لتوضيح دور الاتحاد العربى للتحكيم فى تنمية الاستثمارات العربية بتاريخ 2019/11/13، على موقع <https://almaalnews.com>

مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى، منشور على موقع المركز <https://crcica.org/AboutUs.asp>.

<https://www.independentarabia.com/node> موقع جريدة

<https://www.mubasher.info/news> موقع

<https://economyplusme.com> موقع

صالح، سيد(2020)، منشور على موقع <https://gate.ahram.org.eg>

مرزوق، مروة(2017)، منشور على موقع

<http://www.ictnewsmsr.com>

مقالات اكااديمية، منشورة فى مجلة البحوث القانونية والسياسية، منشورة على

موقع <https://www.asjp.cerist.dz/en/article>.

موقع <https://www.equiti.com/ae>

[ar/newsroom/articles/foreign-indirect-investmen](https://www.equiti.com/ae-ar/newsroom/articles/foreign-indirect-investmen)

موقع <https://ar.wikipedia.org/wiki>

موقع <https://al-ain.com/article/strong-arab-top>

موقع <https://www.sanadeq.com>

المراجع الأجنبية

Becker man, W(1976), An Introduction to National Income Analysis, Low priced Textbook, 2nd-edn.

Charte ethique europeenne utilisation de lintelligence artificielle dans les systems judiciaries et leur environnement,(2018) adoptee par la CEPFJ, 3-4 dec. en ligne <https://www.rm.coe.int>.

COVID-19 Update: Recalibrating and Resilience – LCIA continues to deliver the highest quality services for users, 20 Oct2020, <https://www.lcia.org>.

Devichi, Rubellin (1965)(Jacqualines)l'arbitrage, nature juridique the.

Martine J. Bailey (1973), National Income and the price level, Mcgraw Hill Kogakusha, Ltd., Second edition.

Lipsey, R.G, An Introduction to Positive economic, sth-
edn, Butler and tanner, Ltd, London, Fifth Edition.

Ph. Fouchardm E.Gaillard, B.Goldman,(1996), Traite de
I,arbitrage commercial international. Litec.

Mclaughlin, Joseph(1979), Arbitration and Developing
Countries, <https://www.jstor.org/stable>

أبحاث في القانون التجاري

الاطار القانوني لشركة الشخص الواحد كشركة مستحدثة في القانون العماني

سالم بن سلام بن حميد الفليتي

أستاذ القانون التجاري والبحري المساعد

نائب العميد للشؤون الاكاديمية

كلية الزهراء - للبنات مسقط - سلطنة عمان

المقدمة

موضوع البحث:

تعد شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة شركة مستحدثة وابتداع قانوني أملت الظروف التجارية والاقتصادية على حد سواء. ويرجع أول ظهور لها في إمارة ليشنتشناين عام 1917. حيث سمح تشريعها للشخص الواحد بتأسيس مشروع على طريقة شركة دون اللجوء إلى التحايل على القانون، بحيث يحتفظ هذا المشروع بشكله الفردي، ويتمتع بالشخصية الاعتبارية على غرار أشكال الشركات الأخرى.¹

بعد ذلك توالى التنظيمات القانونية لشركة الشخص الواحد في التشريعات المختلفة كما هو الحال في الدول الأوروبية ومنهما ألمانيا وفرنسا.²

¹ بهذا يكون تشريع إمارة ليشنتشناين أول تشريع يعترف بتنظيم مشروع فردي ذي مسؤولية محدودة، ويفرد له أحكاماً مختلفة في كل من القانون المدني وقانون الأفراد والشركات الصادر في 20 يناير 1926. انظر في ذلك تامر خليف العبد لله شركة الشخص الواحد في قوانين الشركات العربية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2016، ص 22 وما يليها.

² وترجع الجذور التاريخية لظهور شركة الشخص الواحد - كما يقول البعض - إلى القانون الألماني الصادر في 19 إبريل 1892، حيث يعتبره المنبت الأصلي والأول لهذا النوع من الشركات، أما التشريع الفرنسي، فقد سمح لأول مرة بالتأسيس المباشر لشركة الشخص الواحد بموجب القانون (697 - 85) الصادر عام 1985م لمزيد من التفاصيل انظر د. محمد إبراهيم الوسمي، د. فاطمة عبدالله الشريعان، شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة وماهية

ولا يغيب عن الأذهان - عند الحديث عن شركة الشخص الواحد - دور القضاء الإنجليزي، حيث بسببه جاء الاعتراف القضائي لهذه الشركة عند نظر القضية الشهيرة في عام¹ 1897Salomon v Salomon

كما لم يتوان الاتحاد الأوروبي في الاعتراف بشركة الشخص الواحد - وإن كان إلى حد ما جاء متأخرا- حيث أصدر مرسوما بقانون تنظيم شركة الشخص الواحد محدودة المسؤولية إضافة إلى ايجاد تنظيم قانوني خاص بهذا النوع من الشركات الأوروبية في عام² 1989.

وعلى صعيد قوانين الولايات المتحدة الأمريكية فقد اعترفت بشركة الشخص الواحد تحت اسم (One Man Corporation) بمعنى الكيان القانوني بدلا عن استخدامه (One Man Company) وذلك بموجب نموذج منظم للشركات التجارية عام 1950، ثم عدل في عام 1961، وعدل أخيرا عام³ 1984.

ضمانات دائني الشركة وفقا لقانون الشركات الكويتي رقم 1 لسنة 2016م، دراسة قانونية مقارنة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر، السنة 42، العدد 4، ديسمبر 2018م.

¹ في حيثيات هذه القضية، انظر المرجع السابق، ص56.

² Twelfth Council Company Law Directive 89/667/EEC of 21 1989

On Single – Member Private Limited Private Limited Liability Companies

³ انظر في ذلك، د. محمد إبراهيم الوسمي، ود. فاطمة عبد الله الشريعان، مرجع سابق، ص

وعلى مستوى الدول العربية وإن تباينت نشأة شركة الشخص الواحد من دولة لأخرى ، إلا أن التنظيم القانوني فيما يتعلق بهذه الشركة في مختلف هذه الدول يعد حديث العهد مقارنة بالتشريعات الأوروبية سابقة الذكر، ففي التشريع الجزائري تم الاعتراف - لأول مره - بشركة الشخص الواحد

بموجب الامر رقم (96 - 27) الصادر في 9 ديسمبر 1996.¹ أما التشريع الأردني فقد استحدث شركة الشخص الواحد - لأول مره - بموجب المادة (53/ب) في قانون الشركات التجارية، حيث سمح لوزير التجارة والصناعة بناء على تسبيب مبرر من مراقب الشركات الموافقة على تسجيل شركة ذات مسؤولية محدودة مكونة من شخص واحد، إلا أنه وبموجب التعديلات التي أجريت على قانون الشركات لسنة 1997 أصبح بالإمكان تأسيس شركة الشخص الواحد في صورة الشركات ذات المسؤولية المحدودة بدون موافقة الوزير، أو في صورة شركة المساهمة بموافقة الوزير.²

¹ حيث نصت المادة (564) من القانون التجاري الجزائري على أنه "تؤسس الشركة ذات المسؤولية المحدودة من شخص واحد أو من عدة أشخاص لا يتحملون الخسائر الأ في حدود ما قدموا من حصص ..."

² هذه التعديلات تمت بموجب القانون المعدل رقم 4 لسنة 2002، والقانون المعدل رقم 40 لسنة 2002، انظر في ذلك، تامر خليف العبد لله، مرجع سابق، ص 32.

وفي مملكة البحرين، أجاز قانون الشركات التجارية رقم 21 لسنة 2001م وفي خطوة جريئة التأسيس المباشر لشركة الشخص الواحد، وأفرد لها الباب الثامن في تنظيم احكامها¹.

وفيما يخص التشريع الكويتي لشركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة فقد نظم المشرع تأسيس هذا النوع من الشركات - لأول مرة - بالنص عليها صراحة في قانون الشركات الصادر

بالمرسوم رقم 25 لسنة 2012 والذي استبدل به القانون رقم 1 لسنة 2016م.²

وفيما يخص التشريع العماني لشركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة، يبين لنا أولاً أن المشرع العماني لم يختلف في تأخره عن تنظيم شركة الشخص الواحد واعترافه بهذا النوع من الشركات عن غيره من التشريعات العربية؛

¹ وتتص الفقرة الأولى من المادة (2) من قانون الشركات البحريني على أنه "يجب أن تتخذ الشركات التجارية التي تؤسس في دولة البحرين أحد الأشكال الآتية: 1- شركة التضامن 2- شركة التوصية البسيطة 3- شركة المحاصة 4- شركة المساهمة 5- شركة التوصية بالأسهم 6- الشركة ذات المسؤولية المحدودة 7- شركة الشخص الواحد 8- الشركات القابضة"

² حيث تنص المادة (85) من قانون الشركات التجارية الكويتي رقم 1 لسنة 2016. على أنه "يقصد بشركة الشخص الواحد في تطبيق أحكام هذا القانون كل مشروع يمتلك رأس ماله بالكامل شخص واحد طبيعي أو اعتباري، ولا يسأل مالك الشركة عن التزاماتها الا بمقدار رأس المال المخصص للشركة..."، راجع د. محمد إبراهيم الوسمي، د. فاطمة عبد الله الشريعان، مرجع سابق، ص 58.

حيث لم ينظم هذه الشركة في قانون الشركات التجارية الملغى رقم (4) لسنة 1974، ولم يسمح للإرادة المنفردة بتكوين شركة مكونة من شخص واحد، وظل المشرع متمسكا بالفكرة العقدية للشركة والتي تستلزم تعدد الشركاء، وكل ما منحه المشرع في ظل القانون الملغى أنه أجاز - استثناء من الأصل وهو التعدد - للدولة الحق في إنشاء وتأسيس شركات المساهمة بمفردها¹.

ويبين لنا ثانيا إن المشرع العماني أجاز تأسيس شركة الشخص الواحد - لأول مرة - صراحة في قانون الشركات التجارية رقم 18 لسنة 2019 الصادر في 13 فبراير 2019م². وبصدور هذا

القانون يكون المشرع قد تخلى عن موقفه بضرورة تعدد الشركاء حيث تنص الفقرة الثانية في المادة (2) من القانون على أنه "واستثناء من أحكام الفقرة السابقة، يجوز أن تتكون الشركة من شخص واحد وفقا لأحكام هذا القانون."

ويبين لنا ثالثا أن المشرع العماني إعتبر شركة الشخص الواحد شكلا مستقلا من أشكال الشركات المنصوص عليها في المادة (4) على سبيل الحصر

¹تنص الفقرة الرابعة من المادة (56) من قانون الشركات التجارية الملغى على أنه "وتتألف شركة المساهمة من ثلاثة أشخاص على الأقل من الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين، ويستثنى من ذلك الشركات التي تنشئها الحكومة بمفردها أو بالاشتراك مع آخر".

²نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية بالعدد (1281) بتاريخ 2019/2/17م، على أن يعمل به بعد (60) ستين يوما من تاريخ نشره استنادا والمادة الخامسة من المرسوم.

¹، وبالتالي أفرد لها ما ينظم احكامها وهو الفصل السابع من الباب الرابع في المواد من (291) وحتى (297)، واحال بموجب المادة (297) سريان الأحكام المنظمة للشركة محدودة المسؤولية على شركة الشخص الواحد فيما لا يتعارض مع طبيعة هذه الأخيرة².

وتتأسس شركة الشخص الواحد - على خلاف باقي الشركات الأخرى - من قبل شخص طبيعي أو اعتباري وحيد، يقوم بتجنيب جزء من أمواله ويخصه كرأس مال للشركة بعيدا عن باقي أمواله. وبالتالي تقوم هذه الشركة على فكرة استئثار المؤسس بكل ما تحققه الشركة من أرباح من خلال النشاط الذي حدده هو ومن خلال ادارته بنفسه لرأسمالها مالم يعين مديرا اجنبيا لها. ومتى تم تأسيسها بشكل قانوني صحيح وتم قيدها في سجل الشركات عندها تكتسب الشخصية الاعتبارية يستتبع ذلك تمتعها بذمة مالية مستقلة عن ذمة مالكيها.

وتقدم شركة الشخص الواحد مزايا كثيرة لمؤسسها منها المرونة وسرعة اتخاذ القرارات، والاستفادة بما تحققه من مكاسب وأرباح دون مشاركة أحد، والقضاء على الشركات الوهمية والصورية التي ظاهرها تعدد الشركاء وباطنها تصرف شريك وحيد والتعدد فقط لاستيفاء الشكل القانوني المطلوب.

¹ويجري نصها على أنه "يجب أن تتخذ الشركات التجارية أحد الأشكال الآتية: "7....- شركة الشخص الواحد"

²ويجري نص المادة (297) على أنه "فيما عدا أحكام المواد السابقة، تسري في شأن شركة الشخص الواحد الأحكام المنظمة للشركة محدودة المسؤولية فيما لا يتعارض مع طبيعتها"

غير أن أهم ميزة تقدمها شركة الشخص الواحد المسؤولية المحدودة لمالك الشركة انها تمنحه الأمان القانوني بما يمكنه من ممارسة نشاطه بعيدا عن الخوف من الإفلاس أو الخسارة أو أن تطاله ملاحقة الدائنين في باقي أمواله¹ بيان ذلك أنه بموجب الذمة المالية المستقلة لها فإن أموال الشركة تعتبر الضامنة للوفاء بديونها²

في مقابل المزايا التي توفرها شركة الشخص الواحد لمؤسسها تتضمن في ثناياها عيوباً للمتعاملين معها أهمها ضعف الائتمان الذي توفره للدائنين مبناه رأس المال الضعيف والمسؤولية المحدودة للمؤسس، إضافة إلى ضعف الرقابة على أعمال هذا النوع من الشركات يستتبعه انخفاض حقوق الدائنين³.

وإذا كان قانون الشركات التجارية العماني الجديد قد اعترف صراحة بشركة الشخص الواحد، وسمح بتأسيس شركة من شخص وحيد كاستثناء على نظام

¹ انظر في المرید من الخصائص والمزايا، عبد الكريم عثمان آدم أبكر، أحكام شركة الشخص الواحد في القانون السوداني، دراسة مقارنة، مجلة الدراسات العليا، جامعة التبليين، المجلد (14)، العدد (1-55) يونيو 2019م، ص 86، وما يليها.

² راجع د. عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية، دراسة فقهية قضائية مقارنة في الأحكام العامة والخاصة، الطبعة الرابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2016، ص 65.

³ انظر في ذلك د. حسام توكل مرسي، الشخصية المعنوية لشركة الشخص الواحد في القانون المصري، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، 2019، ص 34، د. عبد الوهاب أحمد عياش، دور الرقابة الداخلية في رفع كفاءة الأداء المالي، مكتب البحوث والنشر، مجلة الناصر، العدد (4)، 2014، ص 161.

الشركات متعددة الشركاء لدفع عجلة التنمية من خلال تشجيع المشروعات المتوسطة والصغيرة بما يحقق ازدهار وتقدم البلاد. فإن النظام القانوني لهذه الشركة كما هو وارد في القانون - يثير العديد من الإشكاليات والتساؤلات أهمها مدى ملائمة النصوص القانونية الواردة في قانون الشركات الجديد لتنظيم هذه الشركة؛ لاسيما وأنها مازالت حتى الآن فكرة مستحدثة في التشريعات العربية بصفة عامة، وفي التشريع العماني بصفة خاصة؛ وعلى هذا يتناول موضوع بحثنا الإجابة على هذا التساؤل من خلال "الإطار القانوني لشركة الشخص الواحد (كشركة مستحدثة) في القانون العماني".

ثانيا: أهمية البحث:

يحقق موضوع البحث "الإطار القانوني لشركة الشخص الواحد في القانون العماني" دراسة وصفية تحليلية" فائدة عملية تتمثل في أنه يهتم بجمع المعلومات والحقائق في نطاق الدراسة، والعمل على تحليل النصوص المتعلقة بشركة الشخص الواحد (كشركة مستحدثة) محاولة منه ثبر غوارها ابتداء من بيان ماهية شركة الشخص الواحد بالتعرض لمفهومها من خلال تعريفها لغة وقانونا وفقها من جانب، وبيان خصائصها التي تتفرد بها عن غيرها من الشركات الأخرى من جانب ثان، وتحديد طبيعتها القانونية من جانب ثالث، مروراً ببيان أهم أحكام هذه الشركة من خلال بيان أركانها، وطرق تأسيسها من جهة أولى، وإدارتها من قبل مالكيها بنفسه مالم يعين مديراً أجنبياً يديرها من جهة ثانية، وانقضائها بوفاء مالكيها من جهة ثالثة،

وصولاً إلى جملة من النتائج والتوصيات نقدر أنه من المفيد الوقوف عليها والأخذ بها عند تحديث القانون.

وما يعظم أهمية البحث أنه يحقق فائدة علمية كبيرة، حيث يتناول بالوصف والشرح والتحليل موضوعاً مستحدثاً في قانون الشركات وهو القانون العماني رقم (18) لسنة 2019، وهو أمر في حقيقته خرقاً للعديد من المبادئ القانونية والنظريات التي سرت ردحا من الزمان في قوانين التجارة بصفة عامة وقوانين الشركات التجارية بصفة خاصة، وهو أمر لم يتناوله الفقه - بعد - بالشرح والتحليل بشكل كاف، صاحبه ندرة الأحكام القضائية في الدول العربية وسلطنة عمان على حد سواء.

عليه من خلال هذه الورقة البحثية سنقوم بتبيان ما أشير إليه أعلاه للوصول إلى حقيقة موقف المشرع العماني من شركة الشخص الواحد، ومدى كفاية الأحكام المنظمة لها خاصة مع تطور الحياة التجارية والاقتصادية في البلاد.

ثالثاً: إشكالية البحث:

جاءت هذه الدراسة للوقوف على أهم الإشكاليات التي تثيرها الأحكام المنظمة لشركة الشخص الواحد، ابتداءً إلى مدى الحاجة لتأسيس مثل هذا النوع من الشركات؟ ومدى ملائمة وكفاية النصوص القانونية الحالية الواردة في قانون الشركات؟ وما هي حقيقة ضمانات الدائنين الذين يقفون على الجانب الآخر من الشركة، وما إذا كانت النصوص المنظمة لها تؤمن لها فرصاً كبيرة للحصول على

حقوقهم أم يجب تعزيز هذه الضمانات بشكل أكثر فاعلية عما هي عليه؟ وهل تنبئه
المشرع العماني - خصوصا مع ضعف الرقابة على مثل هذا النوع من الشركات -
إلى مسؤولية الشريك المحدودة عن الأضرار التي قد تلحق بالغير نتيجة خلط مالك
الشركة بين ذمته المالية وبين الذمة المالية للشركة نفسها من حيث الأموال؟

رابعا: أسئلة البحث:

يطرح البحث تساؤلات عديدة أهمها:

- 1- ما هو المفهوم القانوني لشركة الشخص الواحد؟
- 2- ما هي أهم الخصائص التي تنفرد بها شركة الشخص الواحد عن غيرها من
الشركات التجارية؟
- 3- ما هي الاستثناءات الواردة على مبدأ المسؤولية المحدودة لمالك رأس مال
شركة الشخص الواحد؟
- 4- مدى اعتبار شركة الشخص الواحد شكلا جديدا مستقلا عن أشكال
الشركات التجارية الأخرى؟
- 5- ما هي الطبيعة القانونية لشركة الشخص الواحد، وهل تعتبر شركة
أشخاص أم شركة أموال؟

6- ما مدى اتفاق أحكام شركة الشخص الواحد مع القواعد العامة والشروط الموضوعية للشركة؟

7- ما هي طرق تأسيس شركة الشخص الواحد؟

8- إلى أي مدى يلزم قانون الشركات التجارية العماني مؤسس شركة الشخص الواحد بوضع حد أدنى لرأس مال الشركة عند التأسيس؟

9- ما هي الأحكام الخاصة بإدارة شركة الشخص الواحد، وكيف تؤدي نشاطها؟ وما هي طبيعة مسؤولية مديروها تجاه الشركة والغير عن مخالفتهم لأحكام القانون؟

10- ما أثر وفاة مالك رأسمال شركة الشخص الواحد، وماهي ضمانات الدائنين حال انتقال الشركة بالإرث إلى شخص وحيد أو إلى شركة ذات مسؤولية محدودة؟

خامسا: أهداف البحث:

يسعى البحث من خلال الإجابة على الأسئلة السابقة، تحقيق الأهداف

التالية:

1- بيان المفهوم القانوني لشركة الشخص الواحد.

2- التعرف على أهم الخصائص التي تنفرد بها شركة الشخص الواحد.

- 3- التعرف على الحالات التي تحد من مبدأ المسؤولية المحدودة لمالك رأس مال شركة الشخص الواحد.
- 4- بيان مدى اعتبار شركة الشخص الواحد شكلا جديدا مستقلا عن أشكال الشركات التجارية الأخرى.
- 5- تحديد الطبيعة القانونية لشركة الشخص الواحد.
- 6- بيان إلى أي مدى تتفق أحكام شركة الشخص الواحد مع القواعد العامة والشروط الموضوعية للشركة.
- 7- التعرف على طرق تأسيس شركة الشخص الواحد.
- 8- التوصل إلى أي مدى يشترط المشرع العماني على مؤسس شركة الشخص الواحد بوضع حدا أدنى لرأس مال الشركة.
- 9- بيان الأحكام الخاصة بإدارة شركة الشخص الواحد، والتعرف على طبيعة مسؤولية مديريها تجاه الشركة والغير عن مخالفتهم لأحكام القانون.
- 10- بيان أثر وفاة مالك رأس مال شركة الشخص الواحد على الشركة، ومدى احتفاظ الدائنين بالضمانات المقررة لهم، حال انتقال الشركة بالإرث إلى وارث وحيد وتحول شكلها إلى شركة محدودة المسؤولية.

سادسا: نطاق البحث:

يتحدد نطاق البحث بالحدود الآتية:

الحدود الموضوعية: يقتصر البحث على التنظيم القانوني لشركة الشخص الواحد في ضوء قانون الشركات التجارية العماني رقم (18) لسنة 2019م.

الحدود المكانية: يشمل الإطار المكاني لموضوع هذا البحث في التشريع العماني، وبعض التشريعات الوطنية كلما لزم الأمر وأمكن.

الحدود الزمانية: يدور البحث في نطاق زمني ينحصر في الفترة ما بين صدور قانون الشركات رقم (18) لسنة 2019 وتاريخ كتابة هذا البحث.

سابعا: محددات البحث:

لا توجد أي محددات من شأنها تحيل أو تحد من تعميم وتطبيق نتائج البحث والأخذ بتوصياته عند تحديث القواعد الناظمة لشركة الشخص الواحد في القانون العماني.

ثامنا: منهج البحث:

سوف تتبع المنهج الوصفي التحليلي في هذا البحث من خلال جمع المعلومات والحقائق عن موضوع البحث وتحليل النصوص التي يتضمنها قانون الشركات التجارية في حدود الموضوعات الداخلة في نطاق البحث؛ لمعرفة مدى

وضوح أو غموض تلك النصوص، وتحديد مدى كفايتها وقدرتها على تحقيق الهدف من وجود شركة الشخص الواحد، للوصول إلى استنتاجات تعين المعنيين في الواقع العملي على تطويرها. مع الاستعانة - كلما لزم الأمر - بمقارنة تلك النصوص مع التشريعات التجارية الوطنية.

تاسعا: خطة البحث:

لتحقيق الأهداف المرجوة من البحث وللإحاطة الكاملة بأحكام شركة الشخص الواحد (كشركة مستحدثة)، فضل تقسيم هذا البحث إلى مبحثين، نبين في المبحث الأول ماهية شركة الشخص الواحد، ونخصص المبحث الثاني لبيان أحكام هذه الشركة.

وترتبيا على ما سبق تكون خطة البحث على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية شركة الشخص الواحد.

المطلب الأول: المفهوم القانوني لشركة الشخص الواحد.

المطلب الثاني: خصائص شركة الشخص الواحد.

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية لشركة الشخص الواحد.

المبحث الثاني: أحكام شركة الشخص الواحد.

المطلب الأول: تأسيس شركة الشخص الواحد.

المطلب الثاني: إدارة شركة الشخص الواحد.

المطلب الثالث: انقضاء شركة الشخص الواحد.

المبحث الأول

ماهية شركة الشخص الواحد

Essence of One-person company

تمهيد وتقسيم:

أجاز قانون الشركات التجارية العماني الجديد رقم 18 لسنة 2019م تأسيس شركة الشخص الواحد - لأول مرة - وبالتالي يعد هذا النوع من الشركات نمط مستحدث، وبمنزلة التطور الطبيعي للمشروعات.

من المستقر عليه قانونا وفقها أن الشركة اتفاق بين شخصين أو أكثر بأن يقدم كل منهما حصة مالية أو غير مالية لتأسيس مشروع مالي على أن يتقاسمان فيما بعد الربح والخسارة¹ تفسير ذلك أن تعدد الشركاء أمر تمليه فكرة الشركة، ويجب أن يتوافر هذا التعدد طوال حياة الشركة وهذا هو الأصل. وبالتالي استحداث المشرع واعترافه بشركة الشخص الواحد (One person Company) في إطار الشركة محدودة المسؤولية، يعد في حقيقته خروجاً عن هذا الأصل وبمناخبة استثناء له، الوارد في المادة (3) من قانون الشركات والتي يجري نصها بالآتي "الشركة التجارية كيان ينشأ

¹أنظر د. محمد إبراهيم الوسمي، د. فاطمة عبد الله الشريعان، مرجع سابق، ص 49.

بموجب عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يسهم كل منهم في مشروع يستهدف الربح، وذلك بتقديم حصة في رأس المال تكون إما حقوقاً مادية أو معنوية، وإما خدمات أو عملاً، لاقتسام أي ربح أو خسارة تنتج عن المشروع. واستثناء من أحكام الفقرة السابقة، يجوز أن تتكون الشركة من شخص واحد وفقاً لأحكام هذا القانون¹. وبهذا الاستثناء الصريح تكون شركة الشخص الواحد أحد الأشكال التي يمكن أن تتخذها الشركات التجارية، بدلالة المادة (4) من القانون².

وفكرة شركة الشخص الواحد قائمة على تمكين الشخص الطبيعي أو الاعتباري من ممارسة العمل التجاري في شكل شركة يمتلك كامل رأس مالها، وتكون مسؤوليته محدودة بقدر رأس مال الشركة³.

ولأجل الوقوف على ماهية شركة الشخص الواحد في ضوء قانون الشركات التجارية العماني، يتطلب منا تعريف شركة الشخص الواحد لغة وقانوناً وفقها من

¹ أنظر د. سالم الفليتي، شركة الشخص الواحد، تعريفها ونطاقها، مقال منشور في جريدة الوطن العمانية، الملحق الاقتصادي، السنة 49، العدد 12986، بتاريخ 2019/3/13م.

² ويجري نصها على أنه "يجب أن تتخذ الشركات التجارية أحد الأشكال الآتية: 1- شركة التضامن. 2- شركة التوصية. 3- شركة المحاصة. 4- شركة المساهمة (عامة / مغلقة). 5- الشركة القابضة. 6- الشركة محدودة المسؤولية. 7- شركة الشخص الواحد."

³ راجع د. أحمد عبد الرحمن الملحم، قانون الشركات الكويتي والمقارن، وفق المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 2012 وتعديلاته الصادرة بالقانون رقم 97 لسنة 2013م، الجزء الثاني، القواعد الخاصة للشركات، الطبعة الثانية، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، 2015م، ص 233.

جانب أول، وبيان خصائصها من جانب آخر، وتحديد طبيعتها القانونية من جانب ثالث.

وعليه نقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب:

المطلب الأول: مفهوم شركة الشخص الواحد.

المطلب الثاني: خصائص شركة الشخص الواحد.

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية لشركة الشخص الواحد.

المطلب الأول

مفهوم شركة الشخص الواحد

Concept of One-person company

سبق القول إن فكرة الشخص الواحد تقوم على السماح لشخص واحد طبيعي كان أو معنوي بتكوين شركة بمفرده، عن طريق اقتطاع مبلغ من ذمته المالية وتخصيصه لاستثمار مشروع معين، بحيث تكون مسؤوليته محدودة بقدر القيمة أو المبلغ المخصص لأعمالها من دون أن يكون مسؤولاً في باقي عناصر ذمته المالية الأخرى عن الديون والالتزامات المترتبة عليه والناشئة عن استثمار مشروع الشركة¹.

ولتحديد مفهوم شركة الشخص الواحد، يتطلب منا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: تعريف شركة الشخص الواحد لغة وقانوناً.

الفرع الثاني: تعريف شركة الشخص الواحد فقهاً.

¹ انظر في هذه الفكرة د. الياس ناصيف، الشركات التجارية، دراسة مقارنة، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2017، ص 235.

الفرع الأول

تعريف شركة الشخص الواحد لغة وقانونا

أولاً: تعريف شركة الشخص الواحد لغة

الشركة لغة بكسر الشين وسكون الراء، أو بفتح الشين وكسر الراء، الاختلاط سواء اكان في عقد أم بغير عقد، وسواء اكان في الأموال أو في غيرها¹، مصداقاً لقوله تعالى " فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث"². ويتكون مصطلح شركة الشخص الواحد من ثلاث كلمات، الأولى شركة بفتح الشين وكسر الراء وتعني مخالطة الشريكين، فيقال اشتركا بمعنى تشاركا شريكاً وشريكاً، والكلمة الثانية شخص وتأتي بمعنى سواد الإنسان وجمعها شخوص أو أشخاص، والكلمة الثالثة (مفرد) تجمع على واحدون أحدان وحدان، وهي تطلق على عدة معاني منها منفعة مشبهة تدل على الثبوت من وحد بفتح الواو وضم الحاء وفتح الدال³.

¹ انظر تامر خلف العبد لله، مرجع سابق، ص 37.

² سورة النساء، الآية 12.

³ انظر العلامة محمد بن كرم على أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص 99. وأيضاً مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادي، القاموس المحيط، المجلد الثالث، دار الفكر، دمشق، سوريا، ص 306. مشار إليه في بحث عبد الكريم عثمان آدم أبكر، أحكام شريعة الشخص الواحد في القانون السوداني، دراسة مقارنة، مجلة الدراسات العليا، جامعة النيلين، مجلد 14، يونيو 2019، ص 87.

ثانياً: تعريف شركة الشخص الواحد في القانون:

تعددت تسميات شركة الشخص الواحد في التشريعات الوطنية، فالمشرع

العراقي سماها شركة

المشروع الفردي¹. بينما المشرع الجزائري أطلق عليها بالمؤسسة ذات الشخص

الوحيد²، في حين أطلق عليها آخرون بشركة الرجل الواحد³.

أما المشرع العماني - فكان الأصوب في تسميتها - عندما أطلق عليها

شركة الشخص الواحد؛ على اعتبار أن مصطلح الشخص يتسع ليشمل كل من

الرجل والمرأة بالنظر إلى المفهوم القانوني وليس إلى المعنى اللغوي⁴.

وبمطالعة مختلف التشريعات الوطنية فيما يتعلق بتعريف شركة الشخص

الواحد، نجدها اتخذت ثلاث مسالك متباينة؛ تفسير ذلك أن مسلك يعرف شركة

¹ راجع طالب حسن موسى، طبيعة شركة الشخص الواحد، مجلة العلوم القانونية، جامعة

بغداد، المجلد 22، العدد 2007، ص 22 وما بعدها.

² ياسر هشام عبد اللطيف، النظام القانوني لشركة الشخص الواحد، دراسة تحليلية مقارنة،

دراسة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الأزهر

بغزة، كلية الحقوق، 2019، ص 37.

³ ياسر هشام عبد اللطيف، المرجع سابق، الموضوع ذاته.

⁴ انظر المادة (291) من قانون الشركات التجارية العماني.

الشخص الواحد بتعريف مستقل ويتعرض لبعض خصائصها كما هو الحال في التشريع الكويتي الذي عرفها بأنها: " كل نشاط يمتلك رأسماله بالكامل شخص واحد أو أكثر طبيعي أو اعتباري كويتي الجنسية، ولا يسأل مالك الشركة عن التزاماتها إلا بمقدار رأس المال المخصص للشركة".¹

ويكاد موقف المشرع البحريني يطابق زميلة الكويتي، حيث عرف قانون الشركات البحريني الجديد رقم 21 لسنة 2001 شركة الشخص الواحد في المادة (289) منه بأنه "يقصد بشركة الشخص الواحد في تطبيق أحكام هذا القانون كل نشاط اقتصادي يمتلك رأسماله بالكامل شخص واحد طبيعي أو اعتباري"².

ومع هذا يرى بعض الفقه أن كلا المشرعين لم يوفقا إلى حد ما في وضع تعريف قانوني جامع وشامل لشركة الشخص الواحد، فالبنسبة إلى المشرع البحريني جاء تعريفه لشركة الشخص الواحد مقتضياً ولم يتضمن أهم الخصائص التي تتفرد بها هذه الشركة، فهو لم يتعرض ما إذا كانت تتمتع بالشخصية المعنوية من عدمه، وبالتالي لم يبين مدى مسؤولية الشركة، في المقابل وإن كان المشرع الكويتي بين في تعريفه لشركة الشخص الواحد أهم الخصائص التي تتمتع بها هذه الشركة. إلا

¹ راجع عبد الكريم عثمان آدم أبكر، مرجع سابق، ص 87.

² انظر د. أحمد رشيد المطيري وآخرون، الملامح الرئيسية لشركة الشخص الواحد في قانون الشركات الكويتي الجديد 2012/25، جامعة الكويت، 2013، ص 15.

أنه لم يحالفه الحظ عندما قصر تأسيس وامتلاك هذا النوع من الشركات على المواطنين فقط دون غيرهم¹.

ومسلك ثان يعرف شركة الشخص الواحد من خلال تعريف الشركة المحدودة المسؤولية مثل التشريع الإماراتي، حيث ذهب في المادة (71) من قانون الشركات التجارية المعدل رقم 2 لسنة 2015 إلى أنه: "يجوز للشخص الواحد مواطن طبيعي أو اعتباري تأسيس وتملك شركة ذات مسؤولية محدودة ولا يسأل مالك رأس مال الشركة عن التزاماتها إلا بمقدار رأس المال الوارد بعقد

تأسيسها، وتسري عليه أحكام الشركة ذات المسؤولية المحدودة الواردة في هذا القانون فيما لا يتعارض مع طبيعتها".

ويلاحظ أن مسلك المشرع الإماراتي يتشابه مع مسلك المشرع الكويتي فيما يتعلق بقصره تأسيس شركة الشخص الواحد على المواطنين الإماراتيين فقط دون الأجانب.

ومسلك ثالث يعرف شركة الشخص الواحد على أنها استثناء من الأصل العام، وهو تعدد الشركاء، ومن التشريعات التي تبنت هذا المسلك نظام الشركات السعودي وذلك بدلالة المادة (154) من نظام الشركات السعودي لسنة 2015م¹

¹المرجع السابق، الموضوع ذاته.

وبمطالعة قانون الشركات التجارية العماني رقم 18 لسنة 2019م نجده يعترف بشركة الشخص الواحد على انها استثناء من الأصل المتمثل في تعدد الشركاء، حيث ذهب في الفقرة (2) من المادة (3) من القانون على أنه "استثناء من أحكام الفقرة السابقة، يجوز أن تتكون الشركة من شخص واحد وفقا لأحكام هذا القانون"² وبهذا الاعتراف فهو يقترب إلى حد كبير من مسلك المشرع السعودي من جانب، ومن جانب آخر، يعرف المشرع العماني، شركة الشخص الواحد بتعريف مستقل

مع بيان خصائصها، حيث تنص المادة (291) من قانون الشركات التجارية على أنه: "شركة الشخص الواحد شركة محدودة المسؤولية يمتلك رأس مالها بالكامل شخص واحد طبيعي أو اعتباري. ولا يجوز للشخص الطبيعي أن يؤسس أكثر من شركة ذات مسؤولية محدودة من شخص واحد. ولا يجوز للشركة ذات المسؤولية المحدودة من شخص واحد ذي صفة طبيعية أو اعتبارية أن تؤسس

¹ ويجري نصها بالآتي: استثناء من أحكام المادة (الثانية) من النظام، يجوز أن تؤسس الشركة ذات المسؤولية المحدودة من شخص واحد، أو أن تؤول جميع حصصها إلى شخص واحد، وفي هذه الحالة تقتصر مسؤولية هذا الشخص على ما خصه من مال ليكون رأس مال للشركة، ويكون لهذا الشخص على ما خصه من مال ليكون رأس مال الشركة، ويكون لهذا الشخص صلاحيات وسلطات المدير ومجلس مديري الشركة والجمعية العامة للشركاء المنصوص عليها في هذا الباب...."

² كما يؤكد في المادة (4) من القانون - سابق الإشارة إليها - أن شركة الشخص الواحد أحد أشكال الشركات التجارية.

شركة ذات مسؤولية محدودة من شخص واحد." وبالتالي فهو يقترب من مسلك
المشرع الكويتي والمشرع البحريني، في هذا الشأن. في المقابل يؤخذ على المشرع
العماني أنه لم يضع تعريفا قانونيا جامعا مانعا ومتكاملا لشركة الشخص الواحد،
فلم يتضمن التعريف أهم الخصائص التي تتمتع بها هذه الشركة، فلم يوضح ما إذا
كانت تتمتع بالشخصية الاعتبارية من عدمه هذا من جانب، ومن جانب آخر يؤخذ
على المشرع النص على تملك الشريك الوحيد في شركة الشخص الواحد رأس مال
الشركة على اعتبار أن من يملك رأس مال هي الشركة ذاتها وليس الشريك. ومع
ذلك يحمى المشرع أنه عدد حالات تحول مسؤولية مالك الشركة من مسؤولية
محدودة إلى مسؤولية مطلقة تجاوز عناصر نمته المالية¹، كما يحمى في السياق
ذاته أنه لم يقصر تأسيس وامتلاك شركة الشخص الواحد على المواطنين فقط، بل
أجاز لغيرهم تأسيس وامتلاك هذا النوع من الشركات وهذا بخلاف بعض التشريعات
العربية، مع مراعاة المادة (12) من قانون الشركات².

ونحن وبدورنا نعرف شركة الشخص الواحد بأنها " شركة الشخص الواحد
شركة محدودة المسؤولية يمتلك رأس مالها بالكامل شخص واحد طبيعي أو
اعتباري، لا يسأل مالك الشركة عن التزاماتها الأ في حدود رأس المال المخصص

¹ مما يعد استثناء من فكرة شركة الشخص الواحد التي تحدد مسؤولية مالك الشركة بقدر
القيمة أو المبلغ المخصص لهذا المشروع.

² مثال قانون الشركات التجارية الكويتي الجديد عام 2012م، والمادة (71) من قانون
الشركات التجارية الإماراتي رقم 2 لسنة 2015.

للشركة، ويعترف لها القانون بالشخصية الاعتبارية والذمة المالية المستقلة عن ذمة مالكيها.

وبمطالعة قانون المعاملات المدنية العماني رقم (29) لسنة 2013م نجده لا زال يأخذ بمفهوم العقد، وتعدد الشركاء عند تعريفه للشركة حيث تنص المادة (468) منه على أنه " الشركة عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصة من مال أو عمل واقتسام ما قد ينشأ عنه من ربح وخسارة". وبالتالي يتبين لنا تعارض بين مفهوم كلمة "شركة" في قانون الشركات التجارية وقانون المعاملات المدنية فالأول يأخذ بمفهوم الشركة على أنها عقد يتطلب تعدد الشركاء - كأصل - واستثناء يجيز للإرادة المنفردة تأسيس شركة الشخص الواحد ويعترف لها بالشخصية الاعتبارية وبذمة مالية مستقلة، بينما الثاني يأخذ بمفهوم الشركة على أنها عقد بين شخصين أو أكثر للقيام بعمل تجاري مشترك يشارك أصحابها في توظيفات مالية بغية اقتسام الأرباح الناتجة عن المشروع وتحمل الخسائر على اعتبار الشركة تقوم على التعاون، والتعاون بداهة لا يتصور وجوده وتحققه إلا بوجود إرادتين على الأقل¹.

عليه نوصي المشرع العماني بإزالة هذا التعارض، من خلال إعادة النظر في نص المادة (468) من قانون المعاملات المدنية لينسجم مع نص المادة (3)

¹ انظر في هذه الفكرة د. محمد إبراهيم الوسمي، ود. فاطمة عبد الله الشريعان، مرجع سابق، 62 وما بعدها.

والمادة (291) من قانون الشركات التجارية، ونقترح أن يكون النص على النحو التالي " الشركة عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصة من مال أو عمل واقتسام ما قد ينشأ عنه من ربح أو خسارة. واستثناء من أحكام الفقرة السابقة، يجوز أن تتكون الشركة من شخص واحد وفقا للقانون".

الفرع الثاني

تعريف شركة الشخص الواحد فقها

تحظى شركة الشخص الواحد بأهمية كبيرة ولا سيما بالنسبة إلى الدول التي تعنى بتشجيع المشروعات المتوسطة والصغيرة، وبالتالي انعكس هذا الاهتمام لدى الفقه مما جعلهم يتصدون لتعريف هذا النوع من الشركات في محاولة منهم لثبر غوارها وكشف بواطنها واطهار ما أخفى منها وبيان مواطن القصور في التعريفات الواردة في مختلف التشريعات التجارية، مع ملاحظة انه لا يهمننا - في حد ذاته - استعراض تعريفات الفقه بالقدر الذي يهمننا أهم مرتكزات تلك التعريفات، لذا يقتصر بحثنا في هذه الجزئية على أهم تلك المرتكزات.

جانب من الفقه عند تعريفه لشركة الشخص الواحد يركز على أهم خصائصها وهي المسؤولية المحدودة لمالك الشركة والتي تعني أن مالك الشركة مسؤول فقط في حدود رأس مالك الشركة بالنسبة للغير¹، وجانب ثان من الفقه يعرف شركة الشخص الواحد في ضوء اكتساب الشركة الشخصية الاعتبارية، يستتبع استقلال ذمتها المالية عن ذمة مالكيها، حيث يرون أن مبدأ تجزئة الذمة المالية

¹ انظر د. أحمد مصطفى الدبوسي السيد، حماية دائني شركة الشخص الواحد في حالة إفلاسها وفقا للقانونين الاماراتي والمصري، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، جامعة الشارقة، المجلد 16، العدد 1، يونيو، 2019، ص 570.

هو أحد الأسباب الرئيسية التي أدت في مختلف التشريعات الوطنية إلى الإقرار بتنظيم هذا النوع من الشركات¹. وجانب ثالث عند تعريفه لشركة الشخص الواحد يأخذ في اعتباره أن الإرادة المنفردة - كمصدر من مصادر الالتزام - والذي يعد خرقاً لنظرية العقد - هي من مكنت مالك الشركة من تأسيس شركة بمفرده استثناء من القواعد العامة في عقد الشركة التي تشترط تعدد الشركاء من جانب، ومن جانب آخر أن الإرادة المنفردة تؤدي إلى القضاء أو الحد من تأسيس شركات صورية بهدف استيفاء الشرط الشكلي المتعلق بتعدد الشركاء². وبالتالي فإن الاعتراف بالإرادة المنفردة في تأسيس شركة الشخص الواحد بمثابة خطوات إيجابية منحتها التشريعات للمستثمرين - وخاصة الصغار منهم - في تأسيس مشروعات فردية بدلاً من أن يكونوا شركاء في مشروع لا يمتلكون فيه سوى حصص رمزية لا تسمنهم ولا تغنيهم من جوع³.

¹ مثال التشريع المصري، والتشريع الإماراتي، تفصيلاً انظر المرجع السابق، ص 572.

² راجع د. هشام مصطفى محمد إبراهيم، النظام القانوني لشركة الشخص الواحد في ضوء الفقه العربي والمقارن، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2017، ص 127.

³ انظر د. سالم الفلطي، شركة الشخص الواحد، نتائج وتوصيات، مقال منشور في جريدة الوطن العمانية، الملحق الاقتصادي، السنة 49، العدد 12996، بتاريخ 2019/3/27.

المطلب الثاني

خصائص شركة الشخص الواحد

characteristics of One-person company

تتفرد شركة الشخص الواحد بعدة خصائص، نجملها في ثلاثة فروع،

بحيث نبحث في كل فرع خاصية معينة:

الفرع الأول

قيام شخص وحيد بتأسيس شركة الشخص الواحد

أوجد المشرع العماني استثناء على الأصل وهو تعدد الشركاء، حيث سمح للشخص الواحد، طبيعي كان أو اعتباري أن يؤسس شركة مكونة من شخص واحد - وبالتالي فإن أهم ما يميز هذا النوع من الشركات هو مصدرها، فلا تقوم استناداً إلى عقد يبرم بين طرفين أو أكثر، وإنما مصدرها الإرادة المنفردة بدلاً من العقد، مما جعل عدة تشريعات تعتبر الأساس القانوني لشركة الشخص الواحد التصرف الإرادي الصادر من شخص واحد¹.

¹راجع، مصطفى السبع سمية، المؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة، رسالة ماجستير، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، كلية الحقوق والعلوم والسياسة، يوليو 2019، ص 105.

الفرع الثاني

الشخصية الاعتبارية لشركة الشخص الواحد

تعرف الشخصية الاعتبارية بأنها: مجموعة من الأشخاص أو الأموال تكون مخصصة لغرض معين، ويمنحها القانون الشخصية القانونية المستقلة بالقدر اللازم لتحقيق هذا الغرض¹.

وقد استقرت غالبية التشريعات في مختلف الدول التي اعترفت بشركة الشخص الواحد على تمتع هذه الشركة بالشخصية الاعتبارية ومنها التشريع العماني بموجب نص المادة (14) من قانون الشركات التجارية الجديد الذي يجري نصها على أنه: "فيما عدا شركة المحاصة، تكتسب الشركة الشخصية الاعتبارية من تاريخ تسجيلها، ومع ذلك يكون للشركة قيد التأسيس شخصية اعتبارية خلال فترة تأسيسها بالقدر اللازم لذلك..."².

¹ راجع في مفهوم الشخصية الاعتبارية، د. عادل علي المقدادي، القانون التجاري، الشركات التجارية وفقا لقانون الشركات العماني رقم 4 لسنة 1974. الجزء الثاني، الأحكام العامة للشركات، جامعة السلطان قابوس، مجلس النشر العلمي، 2010، ص 35. ود. هشام مصطفى محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 98.

² وهذا ما يؤكد أيضا المشرع المصري بموجب نص المادة (129) مكرر من قانون الشركات رقم (159) لسنة 1981 والمضافة بموجب القانون رقم (4) لسنة 2018 حيث يجري نصها بأنه "... وتشتهر شركة الشخص الواحد وتكتسب الشخصية الاعتبارية اعتبارا من تاريخ قيدها في السجل التجاري." لمزيد من التفصيل راجع ياسر هاشم عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 39.

ويترتب على الاعتراف لشركة الشخص الواحد بالشخصية الاعتبارية الاعتراف لها بذمة مالية مستقلة عن ذمم مالكيها¹ ، يستتبع ذلك تحقق نتائج عدة منها²

1- تكون الذمة المالية للشركة ضامنه لديونها، بمعنى آخر أن رأس مال شركة الشخص الواحد هو الضمان العام لدائنيها، وبالتالي لدائني الشريك الوحيد التنفيذ فقط على حصة أموال الشركة دون أن تطل الأموال الخاصة لمالك الشركة، كما يحق لهم استيفاء ديونهم من أرباحه في الشركة فقط دون غيرها عن طريق ما يسمى "بدعوى حجز ما للمدين لدى الغير".

2- تكتسب الشركة صفة التاجر باعتبارها شخصا اعتباريا، وبالتالي يمكن اشهار افلاسها متى توقفت عن دفع ديونها، الأ أن إفلاس الشركة لا يؤدي إلى

¹ انظر د. محمود مختار بري، الشخصية المعنوية للشركة التجارية، دراسة مقارنة في القانون الفرنسي، الإنجليزي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 1992، ص 232.

² د. محمد فريد العريني، الشركات التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، وما بعدها، وأيضا د. سالم الفلبي، محاضرات في القانون التجاري لطالبات قسم العلوم الإدارية والمالية، كلية الزهراء للبنات، سلطنة عمان، مسقط، العام الأكاديمي، 2020/2019، الفصل الدراسي الأول، ص 20 وما بعدها.

افلاس مالكها، كما أن افلاس هذا الأخير لا يستتبع افلاس الشركة على اعتباره لا يكتسب صفة التاجر لمسؤوليته المحدودة بما قدم من رأس مال الشركة¹.

¹ مع مراعاة أحكام المادة (296) من القانون.

الفرع الثالث

المسؤولية المحدودة للشريك

تتفق غالبية التشريعات التي تعترف بشركة الشخص الواحد بمبدأ المسؤولية المحدودة للشريك الوحيد، ويعني هذا المبدأ أن مسؤوليته هي مسؤولية محدودة، وبالتالي فهو لا يسأل عن ديونها إلا بقدر رأس مالها ولا تطول هذه الديون أمواله الخاصة وبهذا المبدأ فإن باقي أموال الشريك محمية من مطالبة الدائنين في حالة إحاطة ديون الشركة برأس مالها وموجوداتها¹.

وعلى هذا النحو تتشابه مسؤولية الشريك الوحيد في شركة الشخص الواحد مع مسؤولية الشريك الموصي في شركة التوصية البسيطة، وشركات المساهمة، والشركة ذات المسؤولية المحدودة².

وقد عبر قانون الشركات التجارية عن هذا المبدأ بنصه في المادة (293) منه بقوله " لا يسأل

مالك الشركة عن التزاماتها إلا بمقدار رأس المال المخصص لها"¹.

¹د. إخلاص حمزة، شركة الشخص الواحد محدودة المسؤولية، دراسة مقارنة بين التشريع الفرنسي والمصري والعراقي، بحث منشور بمجلة التربية الأساسية للعلوم التربوية الإنسانية، جامعة بابل، العدد 35، 2017، ص 1000.

²راجع المواد (2/27)، (88)، (234)، من قانون الشركات التجارية العماني.

وتتفق أيضا هذه التشريعات وفي حالات محددة وردت على سبيل الحصر كاستثناء من الأصل وتحول المسؤولية المحدودة لمالك الشركة إلى مسؤولية مطلقة، مما يقوي ويعزز ضمانات الدائنين² . وهي حالات أربع نتول شرحها إجازا وعلى النحو التالي:

1-المسؤولية عن عدم الإفصاح:

توجب غالبية القوانين عند تأسيس الشركة على مالك الشركة الإفصاح عن اسمه، وعن نوع الشركة بأنها شركة شخص واحد، وأن يبين نوع وطبيعة المسؤولية فيها بأنها ذات مسؤولية محدودة..

¹وكذلك الأمر في قانون التجارة الفرنسي، حيث تنص في المادة (1/223) على أن "تؤسس الشركة ذات المسؤولية المحدودة من شخص الواحد أو أكثر لا يسألون عن ديون الشركة إلا في حدود حصصهم." كما عبر قانون الشركات البحريني عن هذه المسؤولية المحدودة في حديثه عن المسؤولية المحدودة للشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة بنصه في المادة (261) بعد تعديلها بالمرسوم بقانون رقم (28) لسنة 2020 على أنه "شركة ذات المسؤولية المحدودة، هي شركة تتكون من عدد من الأشخاص ولا يكون كل شريك مسؤولا إلا بقدر حصته في رأس المال، ويجوز أن تمتلك من قبل شخص واحد طبيعي أو اعتباري"

²على الرغم من هذا الاتفاق، يرى بعض الفقه أن نطاق الاتفاق بين هذه القوانين يضيق ويتسع من قانون إلى آخر، حيث يتسع هذا النطاق في القانون البلجيكي والقانون الإيطالي من غيره من القوانين، انظر في تفصيل ذلك:

DRAGAN(R-J) A Single member Company – Convenient Or Not for the founder” Facta Universaitis Series: Economic and Organization vol, No 3 , 2005, P: 213

وقد نصت تلك القوانين على جزاء مخالفة هذا الالتزام ويتمثل في اعتبار المالك مسؤولاً عن الأضرار التي يسببها للغير نتيجة تلك المخالفة. ومن تطبيقات هذه الحالة ما تنص عليه المادة (3/236) من قانون الشركات التجارية على أنه " وإذا ترتب على مخالفة أحكام الفقرة السابقة وقوع الغير حسن النية في خطأ ما بشأن حدود مسؤولية الشركاء، كان الشخص الذي ارتكب تلك المخالفة مسؤولاً في أمواله الخاصة تجاه الغير عن الأضرار التي سببتها تلك المخالفة."

2-مخالفة إجراءات تأسيس شركة الشخص الواحد.

تكتسب شركة الشخص الواحد - كما سبق القول - الشخصية الاعتبارية استناداً إلى نص المادة (14) من القانون، ويشترط القانون لاكتساب الشركة الشخصية الاعتبارية إتباع إجراءات تأسيسية صحيحة نصت عليها المادة (269) من القانون وهي بصدد معالجة مسؤولية الشريك في الشركة محدودة المسؤولية ويجري نصها على أنه "المديرون مسؤولون بصفة منفردة أو بالتضامن - حسب الأحوال - إزاء الشركة والغير عن مخالفتهم لأحكام هذا القانون وأحكام وثائق التأسيس وعن أخطائهم في الإدارة..."¹.

¹في هذا المعنى انظر د. شريف محمد غنام، د. صالح راشد الحمراي، شرح قانون الشركات التجارية الاتحادي رقم 2 لسنة 2015، منشورات أكاديمية دبي، الطبعة الثانية، 2017، بند 390، ص456.

وعلى صعيد قانون التجارة الفرنسي نجد أن الفقرة (1) من المادة (22/223) تنص على مسؤولية المديرين الفردية والتضامنية عن ديون الشركة وعن الأضرار التي تنتج عن أية مخالفة لنصوص القانون أو اللوائح التي تنظم عمل الشركة المحدودة المسؤولية، وتمتد هذه المسؤولية عن

الأضرار التي تنتج من مخالفة أحكام النظام الأساسي والأخطاء في الإدارة¹.

3-الخلط بين أعمال الشركة والأعمال الخاصة لمالك الشركة

يعتبر بعض الفقه - ونحن نؤيدهم - أن إرادة مالك شركة الشخص الواحد ورضاءه بتخصيص جزء من أمواله لهذه الشركة كرأس مال لها، تظهر بشكل جدي وحقيقي من خلال احترامه لمبدأ تخصيص الذمة المالية له وفصلها عن الذمة المالية للشركة، وهذا الاحترام يترجم من خلال عدم الخلط بين أموال الشركة وأمواله الخاصة، بحيث يستلزم الأمر عدم التصرف في أموال الشركة وكأنها ملك له. فإذا خالف ذلك انعدم رضائه وبطلت الشركة².

¹ les gerants sont responsables, individuellement ou solidairement, selon le cas. Envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés à responsabilité limitée, soit des violations des statuts., soit des fautes commises dans leur gestion

² انظر تامر خليف العبد لله، مرجع سابق، ص 47، وما بعدها.

كما تؤيد ما ذهب إليه بعض الفقه من أن مبدأ المسؤولية المحدودة لمالك شركة الشخص الواحد يجب أن يتعطل بالمعنى الدقيق لهذه الكلمة في حالة ارتكابه أخطاء من شأنها أن تؤدي إلى الخلط بين أعمال الشركة والأعمال الخاصة بمالك رأس مال الشركة¹.

وقد نص المشرع العماني على مسؤولية مالك شركة الشخص الواحد في حالة عدم فصله بين أعمال الشركة والأعمال الخاصة له، وذلك في المادة (296) من القانون "...أو لم يفصل بين أعمال الشركة وأعماله الخاصة الأخرى، كان مسؤولاً عن التزاماتها في أمواله الخاصة".

ويحمد المشرع العماني أنه اشترط في حالة عدم الفصل بين أعمال الشركة والأعمال الأخرى لمالك رأس المال توافر سوء النية لدى مالك الشركة لتتحول مسؤوليته من محدودة إلى مطلقة إلا أنه في المقابل لم يشترط وقوع ضرر للغير، وأن يكون هذا الغير حسن النية كما هو الحال في تشريعات بعض الدول².

¹راجع د. عبد الله الخشروم، شركة الشخص الواحد، شركة الشخص الواحد في قانون الشركات الأردني لسنة 1997 والقوانين المعدلة لسنة 2002، دراسة مقارنة، مجلة المنارة، جامعة آل البيت، المجلد 11، العدد 3، الأردن 2005.

²قانون الشركات الكويتي، حيث ينص في المادة (2/90) على أنه " ويكون مسؤولاً في أمواله الخاصة إذا ثبت أنه لم يفصل بين نمته المالية والذمة المالية للشركة بما يضر الغير حسن النية".

كما أن المشرع العماني وهو ينص على مسؤولية مالك الشركة في هذه الحالة استخدم مصطلح "الأعمال" وهو مصطلح لا يستوعب جميع التصرفات التي تؤدي إلى الخلط بين الذمم المالية، عليه نوصي المشرع العماني التخلي عن هذا المصطلح واستبداله بمصطلح أكثر شمولية وهو " الفصل بين الذمم المالية".

وعليه نوصي المشرع تعديل نص المادة (296) من قانون الشركات عند تعطيل مبدأ المسؤولية المحدودة لمالك شركة الشخص الواحد بسبب عدم فصله بين أعماله الخاصة الأخرى وأعمال الشركة، بحيث يتضمن النص شرطين وقوع ضرر للغير، وأن يكون هذا الغير حسن النية، بالإضافة إلى

توافر سوء نية المالك من ناحية أولى، ومن ناحية ثانية استبدال مصطلح "الذمم المالية" بمصطلح "الأعمال" ونقترح الصياغة التالية " إذا قام مالك الشركة بسوء نية بتصفيته أو وقف نشاطها قبل انتهاء مدتها أو قبل تحقق الغرض من انشائها أو لم يفصل بين ذمة الشركة وذمته المالية، كان مسؤولاً عن التزاماتها في أمواله الخاصة بما يضر الغير حسن النية"

4- تصفية الشركة أو وقف نشاطها قبل انتهاء مدتها أو قبل تحقق الغرض

من انشائها.

تنص المادة (40) من قانون الشركات التجارية على حالات محددة متى تحققت إحداها تحل الشركة مع مراعاة الأحكام الخاصة بكل شكل من أشكال الشركات¹.

وترتيباً على ذلك إذا قام مالك شركة الشخص الواحد بسوء نية بتصفية الشركة أو وقف نشاطها قبل انتهاء مدتها أو قبل تحقق الغرض من انشائها تنهض عندها مسؤوليته المطلقة وتتعدّل مسؤوليته المحدودة، وبالتالي فإنه يكون مسؤولاً عن التزامات الشركة في أمواله الخاصة وهذا ما اكدته المادة (296) سابق الإشارة إليها بقولها " إذا قام مالك الشركة بسوء نية بتصفيتها أو أوقف

¹ ويجري نصها على النحو الآتي: مع مراعاة الأحكام الخاصة بكل شكل من أشكال الشركات، تحل الشركة لأسباب التي تنص عليها وثائق التأسيس، كما تحل للأسباب الآتية: 1- عدم مزاولة الشركة نشاطها من تاريخ تأسيسها أو توقفها عن مزاولته لأكثر من (2) سنتين. 2- حلول الأجل المحدد للشركة. 3- انتهاء الغرض الذي أسست الشركة من أجله أو استحالة تحققه. 4 - انتقال الحصص أو الأسهم إلى عدد من الشركاء أو المساهمين يقل عن الحد المقرر قانوناً. 5- إذا انخفض رأس المال عن الحد الأدنى الواجب توافره دون التمكن من زيادته خلال الأجل المحدد لذلك. 6- إفلاس الشركة أو خسارة كامل رأس مالها أو معظمه إذا حالت هذه الخسارة دون استعمال ما تبقى من رأس المال استعمالاً مجدداً. 7- اتفاق الشركاء على حل الشركة. ويجوز حل الشركة بحكم قضائي بناء على طلب ذوي الشأن أو الجهة المختصة...

نشاطها قبل انتهاء مدتها أو قبل تحقق الغرض من انشائها ... كان مسؤولاً عن التزاماتها في أمواله الخاصة¹. أما فيما يتعلق بالخصائص الأخرى التي تتمتع بها شركة الشخص الواحد، نفضل إرجاء بحثها في المبحث الثاني، وتحديدًا عند حديثنا عن التأسيس كونه الأقرب ربطاً لها وهي الاسم التجاري لشركة الشخص الواحد، ورأس مالها، وغرضها².

¹ العديد من القوانين نصت على المسؤولية المطلقة لمالك شركة الشخص الواحد في حالات استثنائية من هذه القوانين قانون الشركات الكويتي في المادة (1/90)، ونظام الشركات السعودي في المادة (1/155)، لمزيد من التفاصيل راجع د. هيو إبراهيم الحيدري، شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 398.

² وبالتالي سوف نتع مسلكاً قد يختلف إلى حد ما عن المعتاد عند البحث عن خصائص شركة الشخص الواحد في المؤلفات والبحوث القانونية.

المطلب الثالث

شكل وطبيعة شركة الشخص الواحد

Nature and framework of One-person company

بعد أن تناولنا أهم خصائص شركة الشخص الواحد يثور التساؤل حول الطبيعة القانونية لهذه الشركة، وهل هي شركة أشخاص أم أموال؟ وللإجابة على هذا التساؤل يكون لزاما علينا قبلها الإجابة على تساؤل آخر حول مدى اعتبار شركة الشخص الواحد شكلا قانونيا جديدا مستقلا بأحكامه عن غيره من أشكال الشركات الأخرى؟ كما يستلزم الأمر أولا بيان الطبيعة القانونية للشركة المحدودة المسؤولة على اعتبارها الشريعة العامة لشركة الشخص الواحد فيما لا يتعارض مع طبيعتها والأحكام الناظمة لها. وعليه نقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: شكل شركة الشخص الواحد.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لشركة الشخص الواحد.

الفرع الأول

شكل شركة الشخص الواحد

تعتبر غالبية التشريعات الوطنية المنظمة للشركات التجارية أشكال الشركات من النظام العام، حيث تنص على أشكال محددة - على سبيل الحصر - لا يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها.¹

وبمطالعة قانون الشركات التجارية العماني وتحديدًا المادة (4) منه، نجد أن المشرع حدد أشكال الشركات على سبيل الحصر ومن هذه الأشكال شركة الشخص الواحد حيث تنص هذه المادة على أنه "يجب أن تتخذ الشركات التجارية أحد الأشكال التالية: 1- شركة التضامن. 2- شركة التوصية. 3- شركة المحاصة. 4- شركة المساهمة العامة (عامة / مقفلة). 5- الشركة القابضة. 6- الشركة محدودة المسؤولية. 7- شركة الشخص الواحد."

وبالتالي فإنه لا يجوز تكوين شركة تجارية إلا إذا اتخذت أحد هذه الأشكال السبعة وإلا كانت باطلة² ويسأل جميع أفرادها مسؤولية شخصية في جميع أموالهم بالإضافة إلى تضامنهم عن جميع

الالتزامات الناشئة عما قاموا به من أعمال أو أجروه من تصرفات¹.

¹ ياسر هشام عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 97.

² راجع د. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 279.

وفوق ذلك أن المشرع العماني نظم شركة الشخص الواحد تنظيمًا خاصًا وأفرد لها الفصل السابع من الباب الرابع وتحديدًا في المواد من (291) إلى (297) مما يعني أنها شكلاً مستقلاً عن باقي أشكال الشركات. ولا يحول اعتبار ذلك عدم إفراد المشرع لها باباً خاصاً ينظم أحكامها كما هو الحال في أشكال الشركات الأخرى من جانب، وإحالاته في تنظيمها للأحكام المنظمة للشركة محدودة المسؤولية من جانب آخر، على اعتبار أن المشرع أدخل شركات التضامن والتوصية والمحاصة في باب واحد وهو الباب الثاني مع أن هذه الشركات كل منها يمثل شكلاً مستقلاً عن الأخرى، كما أن الشركة محدودة المسؤولية تعتبر المرجعية القانونية أو الشريعة العامة لشركة الشخص الواحد فيما لا يتعارض مع أحكامها وطبيعتها في آن واحد.²

ومن جانبنا نرى أن المشرع العماني قد أحسن في اعترافه بشركة الشخص الواحد كشكل قانوني مستقل جديد من أشكال الشركات، وإحالاته في تنظيمها

¹ بدلالة المادة (5) من القانون وتتص على أنه "تعد باطلة كل شركة تمارس عملاً تجارياً دون أن تتخذ أحد الأشكال المنصوص عليها في المادة (4) من هذا القانون، ولكل ذي مصلحة التمسك ببطانها، وللحكمة أن تقضي بذلك من تلقاء نفسها. ويكون الأشخاص الذين تعاملوا أو تصرفوا باسم الشركة مسؤولين شخصياً، وبالتضامن عن الالتزامات الناشئة عما قاموا به من أعمال أو أجروه من تصرفات".

² وتتص المادة (297) من القانون بالقول "فيما عدا أحكام المواد السابقة، تسري في شأن شركة الشخص الواحد الأحكام المنظمة للشركة محدودة المسؤولية فيما لا يتعارض مع طبيعتها".

للأحكام المنظمة للشركة محدودة المسؤولية بالقدر الذي لا يتعارض مع احكامها وطبيعتها على اعتبار أن لها من الخصوصية في الكثير من

أحكامها يقتضي الأمر مراعاتها¹.

¹ على سعيد التشريعات المنظمة لشركة الشخص الواحد بعضها لم ينظمها تنظيمًا خاصًا ولم يفرد لها من النصوص القانونية المنظمة لها مكتفياً بالنص عليها ضمن إطار شركة ذات المسؤولية المحدودة كما هو الحال في قانون الشركات التجارية الفلسطيني رقم (7) لسنة 2012، لمزيد من التفاصيل راجع هشام عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 47.

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية لشركة الشخص الواحد

Legal nature of One-person company

أولاً: الطبيعة القانونية للشركة محدودة المسؤولية:

من المتعارف عليه أن الشركات التجارية تنقسم وفقاً للتشريعات الخاصة بها إلى ثلاثة أنواع، النوع الأول يضم شركات الأشخاص والنوع الثاني يضم شركات الأموال والنوع الثالث يضم الشركات ذات الطبيعة المختلطة.

وشركات الأشخاص persons companies التي تمثل النوع الأول تعتمد في تكوينها أساساً على شخصية شركائها المكونين لها والثقة المتبادلة فيما بينهم. ولهذا نراها تتكون من عدد من الشركاء تربطهم روابط وثيقة كرابطة القرابة أو الصداقة أو المعرفة. وبالتالي ونظراً للاعتماد على هذا الاعتبار الشخصي بين الشركاء في هذه الشركات فإنه يترتب على إفلاس أحدهم أو عساره أو الحجر عليه بصفة عامة التأثير في حياة الشركة وينطبق هذا الأمر على كل من شركات التضامن والتوصية والمحاصة¹.

¹د. سالم الفليتي، محاضرات في القانون التجاري، المدخل في قانون الشركات التجارية،

مرجع سابق، ص 6.

وشركات الأموال capicais companies تعتمد في تكوينها على مقدار المبلغ من المال الذي يساهم به كل شريك وليس على صفة الشريك أي أن هذه الشركات تقوم على الاعتبار المالي وليس الاعتبار الشخصي، لذا فإنه في الغالب يكون عدد الشركاء فيها كبيرا. ويترتب على ذلك أنه لا أثر لوفاة أحد الشركاء أو افلاسه أو صدور قرار بالحجر عليه على حياة الشركة وبقائها، وتعتبر الشكل التقليدي والنموذجي في شركات الأموال هو شركات المساهمة Joint Stock Company. أما النوع الثالث من الشركات التجارية فهو الشركات ذات الطبيعة المختلطة على اعتبارها تجمع بين خصائص شركات الأشخاص وشركات الأموال، وتعتبر الشركة محدودة المسؤولية LIMITED LIABILITY COMPANY نموذجا لهذا النوع من الشركات كما يراه غالبية الفقه وبحق ونحن منهم¹، وسند

¹ د. سمحة القليوبي، مرجع سابق، ص280، د. صلاح سري الدين، الشركات التجارية الخاصة في القانون المصري، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2001، ص271، د. مصطفى كمال طه ووائل بندق، أصول القانون التجاري، دار الفكر الجامعي، 2006، ص555، د. هشام زوين الموسوعة العلمية في تأسيس الشركات، المجلد الثالث، شركات الأموال، فور الإيمان للإصدارات القانونية، دون سنة نشر، ص216. بينما بعض الفقه يعتبرونها من شركات الأموال، وسندهم أن الشركة المحدودة المسؤولية تتكون من عدد محدود من الشركاء من ناحية، وأن رأسمالها يقسم إلى حصص وليس إلى أسهم من ناحية أخرى. راجع برهان السيوف المركز القانوني في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2018، ص 25، مشار إليه في مؤلف ياسر هشام عبد اللطيف، مرجع سابق، ص84.

والبعض الآخر يعتبرها من شركات الأموال، وسندهم في ذلك أن المسؤولية المحدودة للشركاء فيها وعدم تأثر الشركة فيها بوفاة أحد الشركاء أو افلاسه، أو فقده الأهلية، أو إعساره أو الحجر عليه. انظر د. محمد فريد العريني، الشركات التجارية، المشروع التجاري الجماعي بين

غالبية الفقه أن الشركة محدودة المسؤولية تجمع في طياتها خصائص كل من شركات الأشخاص وشركات الأموال بمعنى آخر أنها ذات خصائص مشتركة، فبعض احكامها تخدم الاعتبار الشخصي مما يقربها إلى شركات الأشخاص، فهي تتكون من عدد محدود من الشركاء، كما أن رأس مالها يقسم إلى حصص وليس أسهم كما هو الحال في شركات الأموال، وهذه الحصص غير قابلة

للتداول بالطرق التجارية، كما لا يجوز طرح هذه الحصص للاكتتاب العام من جانب¹، ومن جانب آخر بإمكان الشركاء استرداد الحصص متى رغب أحد الشركاء التصرف في حصصه، وأخيرا أنخاذ عنوان يتضمن أسم شريك أو أكثر رغم المسؤولية المحدودة بشرط الا يكون الاسم مضللا لغرضها أو هويتها أو هوية الشركاء بها².

وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص430 وما بعدها.

¹تنص المادة (234) من قانون الشركات التجارية على أنه "تتألف الشركة محدودة المسؤولية من عدد من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين لا يقل عددهم عن (2) اثنين ولا يزيد على (50) خمسين شخصا، وتقتصر مسؤوليتهم على التزامات الشركة بقدر حصصهم في رأس المال، ويقسم رأس مال الشركة إلى حصص متساوية القيمة ومحررة عند التسجيل..."

²وتنص المادة (248) من القانون على أنه "مع مراعاة القيود المقررة قانونا والأحكام الواردة في وثائق التأسيس يحق لكل شريك في الشركة التصرف بعوض أو بغير عوض في حصته لأي شريك في الشركة أو الغير وذلك بموجب محرر رسمي..." كما تنص المادة (236) من القانون ذاته على أنه "يتألف اسم الشركة محدودة المسؤولية من اسم شريك أو أكثر أو من

كما أن بعض الخصائص التي تتمتع بها الشركة المحدودة المسؤولية يقربها من شركات الأموال كما هو الحال في الأحكام المتعلقة بالمسؤولية المحدودة لكل شريك بقدر حصته بحيث لا

تطال أمواله الخاصة، وعدم حل الشركة بسبب عارض يطرأ عليها كوفاة أحد الشركاء أو افلاسه أو الحجر عليه¹.

ثانياً: الطبيعة القانونية لشركة الشخص الواحد:

نظراً لاعتبار الشركة المحدودة المسؤولية - كما سبق القول - المرجعية القانونية أو الشريعة العامة لشركة الشخص الواحد وذلك فيما لا يتعارض مع أحكامها الخاصة بها وطبيعتها مع ضرورة التأكيد - وكما خلصنا في حديث سابق - أن شركة الشخص الواحد تعتبر شكلاً جديداً من أشكال الشركات التجارية مستقلة عن الشركة المحدودة المسؤولية، إلا أنه ولكون وجود التشابه بينهما من ناحية، وسريان النصوص الخاصة بالشركة محدودة المسؤولية على شركة الشخص الواحد في حال عدم وجود نص من ناحية أخرى، وعلى هذا فإن الطبيعة القانونية لشركة الشخص الواحد تقترب من الطبيعة القانونية للشركة محدودة المسؤولية.

أي كلمة أو عبارة، شريطة ألا يكون الاسم مضللاً لغرضها أو هويتها أو هوية الشركاء فيها...".
تفصيلاً راجع د. سالم الفليتي، حق الشريك التصرف في حصصه، مقال منشور في جريدة الوطن العمانية، الملحق الاقتصادي، العدد 131199، بتاريخ 2019/9/26م.

¹د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص428.

وهنا يثور تساؤلا نراه من الأهمية الوقوف عليه، حول الطبيعة القانونية لشركة الشخص الواحد، فهل تعتبر من قبيل شركات الأشخاص أم تعتبر من قبيل شركات الأموال، أم أنها من قبيل الشركات ذات الطبيعة المختلطة؟

وحيث أن شركة الشخص الواحد - كما هو الحال في الشركة المحدودة المسؤولية تجمع - إلى حد كبير - في طياتها خصائص شركات الأشخاص من جانب وشركات الأموال من جانب ثان، فهي تقترب من شركات الأشخاص من أنها تتكون من عدد محدود من الشركاء - شريك وحيد فقط-

كما أن رأس مالها يقسم إلى حصص نقدية أو عينية كما هو الحال في شركات الأشخاص ومن جانب ثالث تنقضي الشركة بوفاة مالكها كأصل إلا إذا اجتمعت حصص الورثة في شخص واحد أو اراد الورثة استمرارها بشكل قانوني آخر¹، في المقابل تقترب بعض خصائصها من شركات الأموال فهي من جانب أول يمكن تأسيسها من شريك وحيد يستوي أن يكون شخصا طبيعيا أو اعتباريا، ومن جانب ثان المسؤولية المحدودة لمالك رأس المال شركة الشخص الواحد بقدر رأس مال الشركة ولا تتعداها إلى أمواله الخاصة².

¹راجع المادة (295) من قانون الشركات التجارية العماني.

²مع مراعاة أحكام المادة (296) من قانون الشركات التجارية العماني.

ومؤدى ذلك أن جانب من الفقه اعتبر أن شركة الشخص الواحد شركة من شركات الأشخاص¹ في حين أن جانب من الفقه يعتبرها شركة من شركات الأموال². وجانب ثالث وهو الرأي الغالب في الفقه يرى أن شركة الشخص الواحد شركة ذات طبيعة مختلطة تجمع بين خصائص

شركات الأشخاص وشركات الأموال معا³.

ونحن من جانبنا نتفق مع الرأي الغالب في الفقه أن شركة الشخص الواحد من قبيل الشركات التجارية المختلطة تجمع بين خصائص شركات الأشخاص والأموال معا؛ تفسير ذلك أن الشركة لا يوجد فيها سوى شريك وحيد يجعلها تقترب من شركات الأشخاص، وهذا الشريك الوحيد فيها تكون مسؤوليته محدودة بمقدار رأس مال الشركة وهو ما يجعلها تقترب من شركات الأموال.

¹ راجع د. ناريمان جميل النعماني، النظام القانوني للشركة المحدودة ذات الشخص الواحد في القانون العراقي، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسة، المجلد 2، العدد 4، العراق، 210، ص 224. ومشار إليه في مؤلف ياسر هشام عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 49.

² د. لطيف جبر كومانبي، الشركات التجارية، بغداد، 2006، ص 274. مشار إليه في مؤلف لمياء حلمي أبو جابر، افلاس شركة الشخص الواحد، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، 2014، ص 23.

³ انظر د. عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 441، د. مصطفى البنداري، قانون المعاملات التجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الثاني، الشركات التجارية، الطبعة الأولى، أكاديمية شرطة دبي، 2003، ص 440.

المبحث الثاني

أحكام شركة الشخص الواحد

Rules of One-person company

تمهيد وتقسيم:

يتحدد النظام القانوني لشركة الشخص الواحد من خلال ضرورة البحث في تأسيس الشركة حيث يتبع في تأسيس هذا النوع من الشركات العديد من الإجراءات القانونية. كما أن هناك أحكاما خاصة تتعلق بإدارتها تتناسب وطبيعتها بما يجعلها تتميز عن غيرها من الشركات التجارية، وأخيرا يتعين البحث في كيفية انقضائها، وعلى هذا النحو نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب هي:

المطلب الأول: تأسيس شركة الشخص الواحد.

المطلب الثاني: إدارة شركة الشخص الواحد.

المطلب الثالث: انقضاء شركة الشخص الواحد بوفاة مالكها.

المطلب الأول

تأسيس شركة الشخص الواحد

Composing the one-person company

شركة الشخص الواحد تنشأ بالإرادة المنفردة للشريك الوحيد والذي يعلن بموجب هذه الإرادة - عن رغبته في تخصيص جزء من أمواله لإستثمارها في مشروع ما، يمنحه الشخصية الاعتبارية. وبالتالي يستلزم أن تتوفر في تأسيس الشركة الشروط والأحكام العامة اللازمة لتأسيس الشركات التجارية بوجه عام، أي الأركان الموضوعية العامة والخاصة والشكلية¹.

وغالبا ما تؤسس الشركات التجارية بموجب عقد يوقعه جميع الشركاء، ويجب أن يشتمل على البيانات التي تحددها اللائحة، وبالأخص أسم الشركة ومقدار رأس مالها وغرضها.

وشركة الشخص الواحد تتميز عن غيرها من الشركات التجارية بأن تأسيسها في التشريعات التي أجازت وجودها غالبا ما يتم من خلال طريقتين، تأسيس مباشر وتأسيس غير مباشر. وعليه نقسم هذا المطلب إلى فرعين:

¹د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص1082، وما بعدها.

الفرع الأول: تأسيس شركة الشخص الواحد.

الفرع الثاني: طرق تأسيس شركة الشخص الواحد.

الفرع الأول

عقد تأسيس شركة الشخص الواحد

نبين في هذا الفرع أركان وشروط عقد تأسيس شركة الشخص الواحد (أولاً) وأهم ما يجب أن يشتمل عليه هذا العقد (ثانياً).

أولاً: أركان شركة الشخص الواحد

تنشأ شركة الشخص الواحد بالإرادة المنفردة للشريك الوحيد والذي تتجه إرادته في تخصيص جزء

من أمواله لإستثمارها في مشروع ما، يمنحه الشخصية الاعتبارية المستقلة. ويترتب على ذلك نتائج عديده منها أن يكون لهذا المشروع اسم تجاري يستدل به من خلاله ويميزه عن غيره من المشاريع، وذمة مالية مستقلة عن ذمم مالكة، وموطن مستقل عن موطن شركائه، كما تتمتع الشركات التجارية ومنها شركة الشخص الواحد بالأهلية القانونية أي صلاحية اكتسابها للحقوق وتحملها للإلتزامات حالها حال الشخص الطبيعي متى كان عقد تأسيسها صحيحاً، إلا أن هذه الأهلية محدودة بحدود الغرض الذي انشأت الشركة من أجله¹.

¹ د. سالم الفليتي، محاضرات في القانون التجاري، المدخل في قانون الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 8، وما بعدها.

وبالتالي لا بد أن يتوافر في تأسيس شركة الشخص الواحد الشروط والأحكام اللازمة لتأسيس الشركات بوجه عام من رضا صحيح أي أن تكون الإرادة المنفردة للشريك خالية مما قد يشوبها أحيانا من بعض العيوب التي يطلق عليها "عيوب الرضا والإرادة" وهي نادرة ما تقع في الإرادة المنفردة، ويتجسد رضا الشريك الوحيد في توقيعه عقد تأسيس الشركة¹.

وفوق ذلك يجب أن تتوافر في الشريك الوحيد الأهلية القانونية، ولما كان الشريك لا يكتسب صفة التاجر لمسؤوليته المحدودة - كما سبق القول - فيكفي أن يكون أهلا للقيام بالتصرفات القانونية وتحمل الالتزامات بأن يكون بالغا رشيدا أتم الثامنة عشرة من عمره خاليا من عوارض الأهلية².

أما فيما يتعلق بأهلية القاصر للإشتغال بالتجارة، فإنه ومع تقديرنا لنص المادة (22) من قانون التجارة العماني رقم (55) لسنة 1990م، فإنه نرى ليس هناك ما يمنع القاصر (الصغير المميز) المأذون له بالتجارة من تأسيس شركة

¹ وهي منظمة في المواد من 98 وحتى 114 من قانون المعاملات المدنية العماني، وتتمثل في: الأكره، والتغريب والغبن، والغلط.

² انظر هيو إبراهيم الحيدري، مرجع سابق، ص 292.

الشخص الواحد على اعتبار أن مسؤوليته محدودة فلا يسأل عن ديون الشركة إلا في حدود رأس مالها¹.

أما فيما يتعلق بمحل شركة الشخص الواحد، فالأمر لا يختلف في هذا الجانب عن غيرها من الشركات التجارية، فوفقاً للقواعد العامة يجب أن يكون محل العقد ممكناً ومشروعاً وغير مخالف

للنظام العام ومعيننا تعييناً كافياً نافياً للجهالة².

كما تشترط القواعد العامة أن يكون سبب التعاقد مشروعاً وصحيحاً وغير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة، وسبب التعاقد هو الغرض المباشر المقصود من العقد وهو الدافع من تكوين الشركة بتحقيق الربح، وبالتالي يجب أن يكون سبب شركة الشخص الواحد هو تحقيق الربح، وبالتالي لا يجوز مثلاً قيام الشركة بهدف الإضرار بالغير كاحتكار سلعة ما بغرض رفع سعرها، أو من أجل غسل الأموال ففي هاتين الحالتين يكون عقد الشركة باطلاً.³

¹تنص المادة (138) من قانون الأحوال الشخصية رقم (32) لسنة 1997 بالقول "يكون الشخص كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية ما لم يقرر القانون خلاف ذلك" كما تنص المادة(139) فيه بالقول "سن الرشد اتمام الثامنة عشرة من العمر"

²راجع د. سالم الفليتي، محاضرات في القانون التجاري، المدخل في قانون الشركات التجارية، مرجع سابق، ص10.

³المرجع السابق ، ص 11.

أما فيما يتعلق بالشروط الموضوعية الخاصة لتأسيس شركة الشخص الواحد، فإن الطبيعة القانونية لشركة الشخص الواحد تستدعي منا بيان هذه الشروط وبما يتلاءم وتلك الطبيعة.

فيشترط أولاً، لقيام شركة الشخص الواحد وجود شخص ما صاحب إرادة منفردة في تأسيس هذه الشركة ويستوي أن يكون شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً، استناداً ونص المادة (291) من القانون التي تنص على أنه "شركة الشخص الواحد شركة محدودة المسؤولية يمتلك رأس مالها بالكامل شخص طبيعياً أو اعتبارياً..."

ويحمد المشرع العماني أنه أجاز تأسيس شركة الشخص الواحد من قبل شخص اعتبارياً على اعتبار ذلك يحقق الغاية من تأسيس هذا النوع من الشركات وهو تشجيع الاستثمار في المشروعات

المتوسطة والصغيرة¹.

ويشترط ثانياً لقيام شركة الشخص الواحد ضرورة أن يكون لها رأس مال مقسم إلى حصص تنفذ بها غرضها، وسنرجى بيان أحكامه عند الحديث عنه كأحد مشتملات عقد تأسيس شركة الشخص الواحد وتحديداً في ثانياً من هذا الفرع.

¹ بخلاف بعض التشريعات التي قصرت تأسيس شركة الشخص الواحد على الأشخاص المعنوية كما هو الحال في القانون البلجيكي. لمزيد من التفاصيل راجع د. محمد بهجت قايد، شركة الشخص الواحد محدودة المسؤولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 43.

أما فيما يتعلق بالأركان الشكلية لشركة الشخص الواحد فإن المشرع العماني لم ينص على قواعد خاصة تتعلق بالشروط والإجراءات الشكلية الخاصة بتأسيس هذا النوع من الشركات، وبالتالي يطبق على شركة الشخص الواحد ذات الشروط والإجراءات الشكلية الخاصة بتأسيس الشركة المحدودة المسؤولية عملاً بنص المادة (297) من القانون.

وبالتالي يتطلب لتأسيس شركة الشخص الواحد إضافة إلى الأركان الموضوعية العامة والخاصة، توافر الشروط الشكلية للشركة وأشهرها عن طريق القيد في السجل التجاري والنشر في الجريدة الرسمية. وتظهر أهمية الإشهار في اعلام الغير بقيام الشركة¹.

ثانياً: أهم مشتملات تأسيس شركة الشخص الواحد.

يجب أن يشتمل تأسيس شركة الشخص الواحد - حالها حال عقود باقي الشركات - على

العديد من البيانات أهمها الاسم التجاري للشركة ورأسمالها والغرض الذي من أجله تأسست هذه الشركة.

¹ انظر د. عادل على المقداوي، مرجع سابق، ص 352.

1- الأسم التجاري لشركة الشخص الواحد:

يكون لشركة الشخص الواحد عنوانا أو اسما يستدل به عليها، ويميزها عن غيرها من الشركات التجارية الأخرى، وتوقع به على تعهداتها ومعاملاتها التجارية بحيث تضعه الشركة في جميع أوراقها ومراسلاتها، ولا بد أن يتضمن العنوان ما يتضح به للمتعامل مع الشركة بأنه أمام شركة شخص واحد.

وحيث أن المشرع العماني استنادا ونص المادة (97) من القانون قد أحال فيما لم يرد به نص في شأن شركة الشخص الواحد الأحكام المنظمة للشركة محدودة المسؤولية، وبالتالي يطبق على الاسم التجاري لشركة الشخص الواحد الأحكام الخاصة بالشركة محدودة المسؤولية. وبالرجوع إلى نص المادة (236) من القانون¹، يجوز أن يتألف اسم شركة الشخص الواحد من أسم الشريك الوحيد، أو من أية كلمة أو عبارة، شريطة ألا يكون الاسم مضللا لغرضها أو هويتها، أو هوية الشريك الوحيد فيها، كما يجب أن يتبع أسم الشركة - أينما ظهر بعبارة "شركة الشخص الواحد" محدودة المسؤولية أو المصطلح (ش و و).

وقد نص المشرع في (3/236) من قانون الشركات على جزاء مخالفة هذا

الالتزام ويتمثل في

¹ ويجري نصها بالآتي: يتألف اسم الشركة محدودة المسؤولية من اسم شريك أو أكثر، أو من أي كلمة، أو من أي عبارة، شريطة ألا يكون الاسم مضللا لغرضها، أو هويتها، أو هوية الشركاء بها. ويجب أن يتبع اسم الشركة أينما ظهر بعبارة "شركة محدودة المسؤولية" أو المصطلح (ش. م. م.).

اعتبار المالك مسؤولاً عن الأضرار التي سببها للغير نتيجة هذه المخالفة، ويجري نص هذه المادة بالآتي: وإذا ترتب على مخالفة أحكام الفقرة السابقة وقوع الغير حسن النية في خطأ ما بشأن حدود مسؤولية الشركاء، كان الشخص الذي ارتكب تلك المخالفة مسؤولاً في أمواله الخاصة تجاه الغير عن الأضرار التي سببتها له تلك المخالفة."

2- رأسمال شركة الشخص الواحد:

يعد رأس مال الشركة من الأركان الخاصة لتأسيس أي شركة¹، ويمثل رأس مال الشركة أهمية بالغة في تحقيق غرض وغاية الشركة، حيث بدونها ستبقى الشركة قائمة قانوناً ساكنة واقعا.

ويتكون رأس مال الشركة من مجموعة من الحصص النقدية والعينية التي يقدمها الشركاء عند تأسيسها أو في المدة المحددة في بعض الشركات، كشركات المساهمة، وقد تكون المساهمة حقوقاً معنوية أو خدمات، أو عملاً¹.

¹راجع في تقسيم أركان الشركة إلى أركان عامة وخاصة وأن رأس المال من الأركان الخاصة كل من إبراهيم سيد أحمد، العقود والشركات التجارية فقها وقضاء، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 1999، ص116 وما يليها، د. سالم الفليتي، محاضرات في القانون التجاري، المدخل في قانون الشركات التجارية، ص8 وما يليها، د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص30 وما يليها، د. محمود سمير الشراوي، الشركات التجارية في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص54، وما يليها.

وتختلف القوانين في تحديدها لقيمة رأس مال شركة الشخص الواحد، كما أن غالبيتها لم تنظم كل المسائل المتعلقة برأس المال؛ تفسير ذلك أن القوانين التي تعترف بشركة الشخص الواحد تنقسم فيما يتعلق بتحديد قيمة رأس مال الشركة إلى قسمين: الأول، حدد قيمة معينة لرأس مال الشركة، والثاني، ترك الأمر مفتوحاً².

والمتأمل في قانون الشركات التجارية العماني فيما يتعلق برأس مال شركة الشخص الواحد نجده أنه لم يشر إلى رأس مال الشركة في النصوص المنظمة لها وهي النصوص من (291) إلى (297)، ولكنه عملاً بالإحالة الواردة في المادة (297) إلى أحكام ونصوص الشركة محدودة المسؤولية على شركة الشخص الواحد فيما لم يرد به نص وفيما لا يتعارض مع طبيعة شركة الشخص الواحد، عندها يطبق عليها نص المادة (238) من القانون التي تنص على أنه "تؤسس الشركة

¹ مع مراعاة الأحكام الخاصة التي تنظم كل شكل من أشكال الشركات الواردة في القانون استناداً ونص المادة (21) منه "تكون المساهمة في رأس مال الشركة نقوداً أو حصصاً عينية منقولة أو غير منقولة، أو حقوقاً معنوية، أو خدمات أو عملاً، وذلك مع مراعاة الأحكام الخاصة التي تنظم كل شكل من أشكال الشركات الواردة في نصوص هذا القانون...."

² يعتبر تنظيم رأس مال شركة الشخص الواحد تنظيمياً خاصاً أمراً ملحاً، وضرورة ماسة على اعتباره يعد الضمان العام الوحيد لدائنيها هذا خاصة وأن طبيعة الشركة تساهم إلى حد كبير إلى ضعف الرقابة على نشاطها وحمايتها بوجوداتها بسبب هيمنة الشريك الوحيد على إدارتها الذي يؤدي - غالباً - إلى اختلاط أمواله الخاصة بأموال الشركة، للمزيد راجع ياسر هشام عبداللطيف، مرجع سابق، ص 43.

محدودة المسؤولية برأس مال يحدد في وثائق تأسيسها ويقسم إلى حصص ذات قيمة اسمية موحدة".

وبالتالي وفي حال تطبيق هذا النص على شركة الشخص الواحد فإنه يبين لنا بأنه لا يوجد حد أدنى لرأسمال شركة الشخص الواحد، ومن ثم يمكن تأسيسها بأي مبلغ يتم تحديده في النظام الأساسي للشركة¹.

وإن كان لنا رأي في مدى أهمية وضع حد أدنى لرأسمال شركة الشخص الواحد، فنرى من الأفضل وضع حد أدنى لرأسمال الشركة لسببين أولهما، تحقيق ضمانه فعالة لحقوق دائني هذه الشركة حيث يوفر لهم الثقة والأمان. وثانيهما، أن وضع حد أدنى لرأس المال يضمن جدية مؤسس الشركة في ممارسة الأنشطة وتحقيق الغاية التي من أجلها تأسست هذه الشركة وضمن اهتمام مالك الشركة

¹ وهو المسلك ذاته في قانون الشركات الإماراتي رقم (2) لسنة 2015م، وفي قانون الشركات البحريني رقم (21) لسنة 2001، والمعدل بالقانون رقم (28) لسنة 2020، في حين بعض القوانين سلكت مسلكا مغايرا حيث فضلت معاملة رأسمال شركة الشخص الواحد معاملة خاصة به تميزه عن رأس مال الشركة محدودة المسؤولية من جانب، ومن جانب آخر حددت حده الأدنى مثال قانون الشركات الكويتي رقم (1) لسنة 2016م.

بمصالحتها وتغليب مصلحتها على مصلحتها، وعدم التسرع في اتخاذ القرارات غير المدروسة مراعاة لعدم خسارة رأسمال الشركة متى كان كبيرا نوعا ما¹.

والشركة كيان قانوني أول أركانه هو مساهمة الشركاء فيه بتخصص أو مساهمات تكون رأسماله، حيث ترتبط صفة الشريك بالشركة بما يقدمه من مساهمة في رأسمال الشركة، وبالتالي لا يعد شريكا من لم يقدم حصة في الشركة².

وفيما يخص شركة الشخص الواحد فهي لا تخرج عن باقي الشركات فيما يتعلق بضرورة أن يكون لها رأس مال مقسم إلى حصص تنفذ بها غرضها، غير أن ما يميز به رأسمالها أنه يتكون من اقتطاع مالها جزء من أمواله النقدية أو العينية.

ويستلزم الأمر عدم المساس برأسمال الشركة طوال حياتها - كأصل - وبالتالي لا يجوز لمالك الشركة استرداده أو توزيعه كأرباح وهمية، وإلا عندها يحق

¹وقد لا يتفق البعض معنا، فهم يرون أن وضع حد أدنى لرأسمال شركة الشخص الواحد يؤدي إلى تقويت الغاية الأساسية من الاعتراف بشركة الشخص الواحد وتنظيمها من خلال جذب صغار المستثمرين خاصة انها تدور في فلك المشروعات المتوسطة والصغيرة.

²يربط الفقه بين صفة الشريك وتقديم الحصة، بمعنى أن يكتسب صفة الشريك من يقدم حصته والعكس صحيح، انظر في هذا المفهوم PERRET(A),Lenterprise unipersonnelle a responsabilitie limitee: la Société unipersonnelle these.

Paris 1, 1990, p,49.

للدائنين إجبار مالك الشركة على إعادة رأس المال كما هو مدون في عقد التأسيس وهذا ما يطلق عليه "مبدأ ثبات رأس المال"¹.

بالإضافة إلى رأسمال شركة الشخص الواحد باعتباره الحد الأدنى لضمان استمرارها من جانب ولضمان حقوق دائنيها من جانب آخر تضيف موجودات الشركة ضماناً أخرى، وتتكون موجودات الشركة - عادة - وبصفة أصلية من الحصص المشكلة لرأس المال والاحتياط القانوني والاتفاقي للشركة وأية أصول منقولة أو غير منقولة تمتلكها الشركة أثناء حياتها، وكذلك الحسابات المصرفية لها وحقوقها لدى الغير².

وبمطالعتنا لقانون الشركات العماني يبين لنا أنه لم يخصص نصاً خاصاً لإحتياطي شركة الشخص الواحد، ومن ثم ينطبق عليها في هذا الشأن ما ينطبق على الشركة محدودة المسؤولية، وبتطبيق نص المادة (274) على شركة الشخص الواحد فإنه يتوجب على الشركة استقطاع ما نسبته

10% من الأرباح الصافية عن كل سنة مالية كاحتياطي قانوني لها بعد خصم الضرائب، ويستمر الاقتطاع لحين وصوله ما يعادل ثلث رأسمالها. كما

¹ واستثناء يجيز المشرع العماني استناداً والمادة (261) من قانون الشركات تخفيض رأسمال الشركة المحدودة المسؤولية بالقول "مع مراعاة نص المادة (238) من هذا القانون، يجوز تخفيض رأس مال الشركة إذا كان يزيد عن الحاجة، أو إذا تكبدت الشركة أي خسائر".

² راجع لمياء حلمي أبو جابر، مرجع سابق، ص 51 وما بعدها.

أجازت المادة لمالك شركة الشخص الواحد اقتطاع مبالغ أخرى كاحتياطي اتفاقي للشركة بشرط ألا يزيد على 20% من الأرباح السنوية الصافية للشركة¹.

وفيما يتعلق بطبيعة التخصيص المشكل لرأس مال شركة الشخص الواحد، نجد أن المشرع العماني لم يضمن من بين نصوصه المنظمة لهذا النوع من الشركات أية إشارة إلى طبيعة الحصة المقدمة في هذه الشركة، وبالتالي تتحدد في ضوء طبيعة الحصة المقدمة في الشركة محدودة المسؤولية، ويترتب على ذلك أن تخصيص مالك رأس المال في شركة الشخص الواحد قد تأخذ الصورة النقدية أو العينية كأصل ويمكن أن تتألف من خدمات أو عمل متى تأسست لغرض إصدار الصكوك أو السندات نيابة عن الشركة المساهمة كاستثناء من هذا الأصل استنادا ونص المادة (239) من القانون².

¹ ويجري نص المادة (274) من القانون على أنه "على مدير أو مديري الشركة اقتطاع (10%) عشرة في المائة من صافي أرباح الشركة عن كل سنة مالية كإحتياطي قانوني بعد خصم الضرائب إلى أن يبلغ الإحتياطي القانوني ثلث رأس مال الشركة. ولا يجوز توزيع الإحتياطي القانوني على الشركاء كأنصبة أرباح ويجوز استخدامه في تغطية الخسائر المتراكمة، ويجوز لمدير أو لمديري الشركة اقتطاع نسبة لا تزيد على (20%) عشرين في المائة من الأرباح السنوية الصافية للشركة لحساب الإحتياطي الإختياري"

² ويجري نصها بالاتي: "تكون الحصص في رأس مال الشركة محدودة المسؤولية نقدية أو عينية، ولا يجوز أن تتألف من خدمات أو عمل، وتستثنى شركة الشخص الواحد التي تؤسس لغرض إصدار الصكوك أو السندات نيابة عن الشركة المساهمة، وفقا للإجراءات والقواعد التي تحددها اللائحة."

3- غرض شركة الشخص الواحد.

يقصد بغرض الشركة: موضوع النشاط الذي أنشأت الشركة من أجل ممارسته والقيام به، والذي ستوجه إليه أموال هذه الشركة لاستثماره بما يحقق مصالحها من خلاله، ويكون هذا الغرض محدد في عقد تأسيس الشركة ونظامها الأساسي¹.

تباينت التشريعات الوطنية في موقفها من طبيعة غرض ونشاط الشركة محدودة المسؤولية وانقسمت إلى فريقين، فريق أول، يتبنى حرية الشركة في ممارسة جميع الأنشطة التجارية طالما كانت مشروعة ولا تتعارض مع النظام العام²، وفريق ثان يحظر على الشركة مزاوله بعض الأنشطة التجارية وهو اتجاه تبنته غالبية التشريعات العربية³.

¹ انظر في هذا التعريف د. على حسن يونس، النظام القانوني للقطاع الخاص والقطاع العام في الشركات والمؤسسات، دار الفكر العربي، القاهرة، دون سنة نشر، ص359، د. طاهري بشير، اندماج الشركات التجارية في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2015، ص72.

² من هذه التشريعات، القانون الألماني لسنة 1980، والقانون الانجليزي، لسنة 1985.

³ من هذه التشريعات قانون التجارة الفرنسي لسنة 2020، وقانون الشركات التجارية الإماراتي، رقم (2) لسنة 2015، حيث تنص المادة(2) منه على أنه "لا يجوز لغير شركات المساهمة استثمار الأموال لحساب الغير..."

وعلى صعيد قانون الشركات التجارية العماني تنص المادة (11) منه على أنه "يجب أن يكون غرض الشركة مشروعاً، وكل شركة يكون غرضها مخالفاً للقانون أو النظام العام أو الآداب تعد باطلة، ولكل ذي مصلحة التمسك ببطولتها، وللمحكمة أن تقضي بذلك من تلقاء نفسها، ويكون

الأشخاص الذين تعاملوا أو تصرفوا باسم الشركة أو لحسابها مسؤولين بالتضامن عن الالتزامات الناشئة عما قاموا به من أعمال أو أجروه من تصرفات." ويستنتج من النص أن المشرع العماني تنبى اتجاه الفريق الأول وهو مبدأ حرية الشركات ومن بينها الشركة محدودة المسؤولية، وشركة الشخص الواحد في ممارسة جميع الأنشطة التجارية طالما أنها كانت مشروعة وغير مخالفة للقانون أو النظام العام أو الآداب العامة¹.

¹ وقد كان المشرع يحظر في قانون الشركات التجارية الملغى قيام الشركات عدا الشركة المساهمة مزاوله القيام بأعمال الضمان أو استجلاب المدخرات أو الرسائل من الجمور أو توظيف الأموال لحساب الغير أو القيام بالأعمال المصرفية، أو توفير خدمات النقل الجوي التجاري، استناداً والمادة (5) منه.

الفرع الثاني

طرق تأسيس شركة الشخص الواحد

نبحث في هذا الفرع طرق تأسيس شركة الشخص الواحد، يسبقه التعرف إلى مدى حرية أو تقييد مالك رأس المال في تأسيس أكثر من شركة شخص واحد، وذلك على النحو التالي:

أولاً: حرية مالك رأس المال في تأسيس أكثر من شركة الشخص الواحد

تختلف وتتباين موقف القوانين التي تعترف بوجود شركة الشخص الواحد في القيود التي تضعها على سلطة مالك رأس المال في تأسيس هذا النوع من الشركات التجارية، فالبعض من هذه القوانين لم يفرض أية قيود على سلطة المالك، في حرية تأسيس عدد شركات الشخص الواحد الذي يرغب في تأسيسها وسواء أكان المالك شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً طالما توافرت الأركان والشروط القانونية التي يتطلبها المشرع¹. والبعض الآخر من القوانين تقييد حرية مالك رأس المال في

¹ من القوانين التي تتبنى هذه السياسة التشريعية، قانون الشركات البحريني رقم (21) لسنة 2001 حيث تنص المادة (261) منه بعد تعديلها بالمرسوم رقم (28) لسنة 2020 على أنه "الشركة ذات المسؤولية المحدودة هي شركة تتكون من عدد من الأشخاص ولا يكون كل شريك مسؤولاً إلا بقدر حصته في رأس المال. ويجوز أن تمتلك من قبل شخص طبيعي أو اعتباري". وقانون الشركات التجارية الاماراتي رقم (2) لسنة 2015 حيث تنص المادة (2/72) منه بالقول "يجوز لشخص واحد مواطن طبيعي أو اعتباري تأسيس وتملك شركة ذات مسؤولية محدودة ..."

تأسيس أكثر من شركة الشخص الواحد؛ بهدف زيادة ضمانات الدائنين تجاه المالك حيث يمنع عليه - بموجب هذا القيد - تخصيص ذمته المالية في صورة شركة شخص واحد لها ذمة مالية مستقلة لأكثر من شركة بحيث تظل باقي أمواله في الضمان العام له¹.

وبمطالعتنا لقانون الشركات التجارية العماني، يبين لنا أن المشرع يسلك مسلك التشريعات التي تتبنى مبدأ تقييد حرية مالك رأس المال في تأسيس أكثر من شركة شخص واحد حيث تنص الفقرة (2) من المادة (291) على أنه " ولا يجوز للشخص الطبيعي أن يؤسس أكثر من شركة ذات مسؤولية محدودة من شخص واحد ولا يجوز للشركة ذات المسؤولية المحدودة المؤسسة من شخص واحد (ذي صفة طبيعية أو اعتبارية) أن تؤسس شركة أخرى ذات مسؤولية محدودة من شخص واحد."

ويفهم من النص أن القيد الخاص بعدم السماح بتأسيس أكثر من شركة ذات مسؤولية محدودة من شخص واحد يرد فقط على سلطة الشخص الطبيعي

¹ من القوانين التي تتبنى هذا الاتجاه قانون الشركات المصري، والقانون الفرنسي، والقانون البلجيكي، انظر في ذلك د. أحمد بن عبدالرحمن المجالي، بحث بعنوان "الأحكام لقانونية لشركة الشخص الواحد وفقا لنظام الشركات السعودي الجديد" مجلة جامعة الملك سعود، مجلد 29، الحقوق والعلوم السياسية 2 يوليو 2017، ص 276. وانظر كذلك في القانون الفرنسي

Paillusseau, J. "L, E,U,R,L ou des interets pratiques et des consequences' theoriques de la Société unipersonnelle?" J.C.P. ed. E.14684, (1986)

على تأسيس هذا النوع من الشركات، ومن ثم يمكن لهذا الشخص الطبيعي أن يكون مؤسس لشركة شخص واحد وفي نفس الوقت شريكا في شركة أخرى ولو كانت ذات مسؤولية محدودة، أو مالك لمؤسسة فردية (تاجر فرد) تجسيدا أن هذا القيد هو استثناء من الأصل، والاستثناء بطبيعته لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه.

وفيه من النص أيضا أن القيد الخاص بعدم السماح لتأسيس أكثر من شركة ذات مسؤولية

محدودة من شخص واحد يقيد فقط سلطة مالك رأس المال الطبيعي، ومن ثم يجوز للشخص الاعتباري العام أو الخاص أن يؤسس أكثر من شركة ذات مسؤولية محدودة من شخص واحد، إلا أنه في المقابل إذا قام هذا الشخص الاعتباري بتأسيس شركة ذات مسؤولية محدودة فلا يجوز لهذه الشركة أن تؤسس شركة أخرى محدودة المسؤولية من شخص واحد.

وحسنا فعل المشرع العماني عندما قيد حرية الشخص الطبيعي فلم يسمح له بتأسيس أكثر من شركة ذات مسؤولية محدودة من شخص واحد، وعدم ترك عملية التأسيس مفتوحة؛ لخلق باب التحايل لما فيه من انتقاص للضمان العام من جانب، وضمانة لتحقيق الغايات التي تسعى شركة الشخص الواحد الوصول إليها ومن ضمنها القضاء على تكوين شركات وهمية من جانب ثان، كما أن هذا التحديد يتماشى وطبيعة تأسيس شركة الشخص الواحد التي تعتبر استثناء من

تأسيس الشركات متعددة الشركاء. غير أننا لا نتفق مع المشرع فيما تبناه من إطلاق حرية التأسيس في أكثر من شركة محدودة المسؤولية بالنسبة للشخص الاعتباري، على اعتبارها تفرقة لا يعضدها سند قانوني، ولا يتطلبها واقع عملي.

عليه نوصي المشرع النص على منع الشخص الاعتباري من تأسيس أكثر من شركة ذات مسؤولية محدودة من شخص واحد على غرار منع الشخص الطبيعي من ذلك؛ لتوافر نفس الحكمة التي من أجلها حظر المشرع على الشخص الطبيعي أن يؤسس أكثر من شركة الأ وهي عدم التوسع في تخصيص الذمة المالية باعتبارها استثناء من الأصل وهو وحدة الذمة المالية للشخص.

ثانيا: طرق تأسيس شركة الشخص الواحد

تجيز التشريعات التي تعترف بوجود شركة الشخص الواحد تأسيس هذه الشركة بطريقتين؛ الطريقة الأولى، وهي التأسيس المباشر أو بالإرادة المنفردة ابتداء. والطريقة الثانية، وهي التأسيس غير المباشر.

1-التأسيس المباشر Direct Composing

ويعني قيام الشخص الطبيعي أو الاعتباري بتأسيس شركة الشخص الواحد ابتداء، وذلك من خلال اتباع الشروط والإجراءات اللازمة لتأسيس هذا النوع من الشركات بدءا من اعداد النظام الأساسي للشركة وعقد التأسيس وتوفير جميع متطلباته وتقديم رأس المال وإفراغه بالشكل الرسمي الموثق، مرورا بتقديم طلب

التأسيس لدى الجهات المعنية وانتهاء بقيده في السجل التجاري وإشهاره بالنشر في الجريدة الرسمية¹.

2-التأسيس غير المباشر Indirect Composing

"ويقصد به أن تجتمع حصص الشركة في يد شريك واحد، بمعنى آخر أن تتأسس شركة ما وفقا للقواعد العامة بين أكثر من شريك ثم تتحول الشركة بفعل الظروف الخاصة كانسحاب كل أو بعض الشركاء أو وفاتهم أو أي سبب آخر مع بقاء شريك وحيد فيها"².

وعلى مستوى قانون الشركات التجارية العماني لم يحدد المشرع الطريقة التي يتبعها في تأسيس شركة الشخص الواحد، وإنما أحال فيما يتعلق بهذا الشأن إلى اللائحة التنفيذية للقانون والتي لم تصدر بعد حتى تاريخ كتابة هذا البحث³.

ومع هذا يمكن القول إن المشرع يجيز تأسيس شركة الشخص الواحد بطريق التأسيس المباشر- حتى وإن كانت غير صريحة - وبالإرادة المنفردة - ابتداء، وسندنا في ذلك الفقرة الأخيرة من المادة (3) منه التي تنص بأنه "واستثناء

¹ انظر د. أحمد عبدالرحمن الملحم، مرجع سابق، ص 242.

² راجع د. محمد على العريان، شرح قانون الشركات التجارية العماني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2020، ص 713.

³ تنص المادة (292) من القانون "يتم تأسيس شركة الشخص الواحد وفق الإجراءات والقواعد التي تحددها اللائحة".

من أحكام الفقرة السابقة يجوز أن تتكون الشركة من شخص واحد وفقا لأحكام هذا القانون." وأيضا الفقرة (2) من المادة (291) من القانون ذاته وتتص على أنه " ولا يجوز للشخص الطبيعي أن يؤسس أكثر من شركة ذات مسؤولية محدودة من شخص واحد..."

وعلى خلاف غالبية التشريعات¹، لم ينص المشرع العماني على جواز التأسيس غير المباشر لشركة الشخص الواحد، كما لم ينص على الحالة التي تجتمع فيها حصص الشركاء في الشركة محدودة المسؤولية بيد شريك واحد، وكل ما عالج المشرع في هذه المسألة وبنص خاص أثر وفاة مالك رأس مال شركة الشخص الواحد على الشركة حيث تنص المادة (295) من القانون على أنه "تنقضي الشركة بوفاة مالك رأس المال، إلا إذا اجتمعت حصص الورثة في شخص واحد..."

وعليه فإن الشركة محدودة المسؤولية إذا آلت جميع حصصها في يد شريك واحد فانها تتحل استنادا والمادة (40) من القانون التي تنص على أنه "مع مراعاة الأحكام الخاصة بحل كل شركة من أشكال الشركات تحل الشركة للأسباب التي تنص عليها وثائق التأسيس، كما تحل للأسباب التالية: "...4- انتقال

¹ من هذه التشريعات قانون الشركات المصري رقم (159) لسنة 1981م، وقانون الشركات

الكويتي رقم (1) لسنة 2016

الحصص أو الأسهم إلى عدد من الشركاء أو المساهمين يقل عن العدد المقرر قانوناً...¹.

ولعل ما يسعنا في هذه المسألة نص المادة (30) من القانون ذاته الخاص بتحول الشركة إلى شكل آخر من الشركات، حيث يجري نصها بالآتي:
"يجوز تحول الشركة إلى شكل آخر من

الشركات بقرار يصدر وفقاً للأوضاع المقررة لتعديل وثائق التأسيس، ويعد استيفاء شروط التأسيس للشكل المقرر الذي تتحول إليه الشركة..."

وفي اعتقادنا أنه في ظل النص المتقدم لا يوجد ما يمنع أن تتحول الشركة محدودة المسؤولية إلى شركة الشخص الواحد متى اجتمعت ملكية كل الحصص في يد شريك واحد لأي سبب من الأسباب.

ومع هذا نوصي المشرع العماني النص صراحة على الأخذ بتأسيس شركة الشخص الواحد ونقترح الصياغة التالية:

"مع مراعاة حكم المادة (40) من هذا القانون إذا اجتمعت ملكية حصص الشركة محدودة المسؤولية في يد شريك واحد لأي سبب من الأسباب تعين على الشركة توفيق أوضاعها خلال (180) المائة والثمانين يوماً التي تلي تحقق السبب

¹ وما يؤكد ذلك أن المشرع وهو يعالج بموجب المادة (235) من القانون مسألة زيادة عدد الشركاء في الشركة محدودة المسؤولية في أي وقت بعد تأسيس هذه الشركة لم يتطرق من قريب أو بعيد على النص في حالة آلت جميع حصص الشركة في يد شريك واحد.

إما بزيادة عدد الشركاء فيها أو تحويل الشركة إلى شركة ذات مسؤولية محدودة من شخص واحد أو بجل الشركة وتصفيتها¹ .

وما يخفف ذلك أن شركة الشخص الواحد وإن كانت تعد - كما سبق القول - شكلاً قانونياً مستقلاً عن الشركة محدودة المسؤولية إلا أن الشركتان تخضعان لنظام قانوني واحد مما قد يسهل ويسرع إجراءات التحول من خلال قيد مالك الشركة بالسجل التجاري بعد تعديل وثائق تأسيس الشركة.

¹ وهو مسلك المشرع الكويتي ، راجع المادة (106) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات التجارية رقم (1) لسنة 2016، مشار إليه في مؤلف د. أحمد عبدالرحمن الملحم، مرجع سابق، ص 242.

المطلب الثاني

إدارة شركة الشخص الواحد

managing the one-person company

يختلف تنظيم إدارة شركة الشخص الواحد عن إدارة الشركة محدودة المسؤولية من حيث إن القرارات في هذه الأخيرة تصدر عن جمعية الشركاء ولا مجال لهذه الجمعية في شركة الشخص الواحد. في المقابل تتشابهان من الناحية العملية من أن كلاهما يتولى إدارتها مدير أو أكثر من الشركاء أو من الغير¹.

ويحل الشريك الوحيد في شركة الشخص الواحد محل جمعية الشركاء في الشركة محدودة المسؤولية. ومن أهم ميزات شركة الشخص الواحد أنها تخول الشريك الوحيد إدارة الشركة بنفسه وممارسة جميع السلطات فيها مما قد يؤدي إلى سرعة اتخاذ القرارات في إطار مرن، إلا أنه من المتصور عدم رغبته بإدارة الشركة أو كان هذا الشريك الوحيد شخصا معنويا يتعذر عليه تولي الإدارة بنفسه فيعين لها مديرا أو أكثر يمثلها لدى القضاء والغير ويكون مسؤولا عن إدارتها أمام مالكيها.

وحيث أن المشرع العماني لم يضع نصوصا قانونية مستحدثة خاصة تتعلق بإدارة شركة الشخص الواحد، وبالتالي عملا بحكم المادة (297) من القانون

¹د. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص 243.

نحيل في دراستنا فيما يتعلق بإدارة هذا النوع من الشركات إلى الأحكام المنظمة للشركة محدودة المسؤولية فيما لا يتعارض مع طبيعتها.

وعليه نقسم المطالب إلى فرعين:

الفرع الأول: تعيين مدير شركة الشخص الواحد وعزله.

الفرع الثاني: سلطات مدير شركة الشخص الواحد ومسؤوليته.

الفرع الأول

تعيين مدير شركة الشخص الواحد وعزله

أولاً: تعيين مدير شركة الشخص الواحد

تنص المادة (294) من قانون الشركات العماني على أنه " يدير الشركة مالك رأس المال، ويجوز أن يعين لها مديراً أو أكثر يمثلها لدى القضاء والغير، ويكون مسؤولاً عن إدارتها أمام المالك."

يتضح من النص أن مدير شركة الشخص الواحد هو الشريك الوحيد فيها أي مالكاها - في أغلب الأحوال - أو شخصاً غيره، فإذا لم يكن الشريك الوحيد هو المدير فيجب أن يعين مديراً لشركة الشخص الواحد بهذه الصفة بموجب وثائق التأسيس أو في قرار لاحق في نظام الشركة، هذا في الأحوال التي يمتلك رأسمال شركة الشخص الواحد شخصاً طبيعياً، أما لو كان شخصاً اعتبارياً فيجب أن يعهد بالإدارة إلى شخص طبيعي، مما يعني يشترط في الحالتين أن يكون مدير شركة الشخص الواحد شخصاً طبيعياً بدلالة المادة (263) من القانون ذاته¹.

وقد يكفي الشريك الوحيد في شركة الشخص الواحد بدوره كمالك لهذه الشركة ويعهد لإدارتها لمدير أو أكثر، فهو في هذه الحالة يتخذ مالك الشركة قراره

¹ ويجري نصها على أنه "يتولى إدارة الشركة محدودة المسؤولية مدير أو أكثر من الشركاء، أو من غيرهم من الأشخاص الطبيعيين لمدة محددة أو غير محددة بموجب وثائق التأسيس أو بموجب قرار جمعية الشركاء".

بتعين المدير الذي يتولى أعمال الشركة وإدارتها ويمثلها أما الغير والقضاء
ويتصرف باسمها ولحسابها¹.

وقد جاء قانون الشركات العماني بحكم مقرر هو اعتبار المدير أو
المديرين المعينون في عقد تأسيس الشركة محدودة المسؤولية من الشركاء أو من
غيرهم دون بيان مدة محددة أو أجل معين، مما يعني سيطرة المؤسسين على إدارة
الشركة².

وبالتالي ينطبق الأمر ذاته في شركة الشخص الواحد، على اعتبار أن
المشرع لم يضع نصا خاصا لهذا النوع من الشركات. وفي جميع الأحوال كنا
نفضل أن يتم تحديد مدة معينة كحد أقصى عند تعيين مدير أو أكثر للشركة
محدودة المسؤولية وشركة الشخص الواحد- إن كانوا من الغير - ونفضل أن تكون
ثلاث سنوات من تاريخ التعيين كما هو الحال في شركة المساهمة³.

¹د. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص 214.

²انظر د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 496.

³تنص المادة (2/181) من القانون على أنه " وتكون مدة العضوية في مجلس الادارة (3)
ثلاث سنوات من تاريخ انعقاد الجمعية التي أجرى فيها الانتخابات إلى تاريخ انعقاد الجمعية
العامة السنوية الثالثة التي تليها، وإذا جاوز تاريخ انعقاد هذه الجمعية مدة (3) الثلاث المشار
ليها، مدت العضوية بحكم القانون إلى تاريخ انعقادها على الأ يجاوز ذلك نهاية المدة المحددة
لإنعقاد الجمعية العامة السنوية."

وفيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها في شخص المدير، فيجب أن يكون مستوفيا الشروط اللازمة لإدارة شركة الشخص الواحد بدءا من توافر الأهلية اللازمة لمباشرة التجارة رغم أنه لا يكتسب صفة التاجر وسواء كان مدير الشركة مالكا أو من الغير، ويجب أن يكون كذلك متمتعا بالكفاءة المهنية، وجملة من الصفات التي تعينه على إدارة الشركة وتتمثل في النزاهة والاستقامة في التعاملات الشخصية، وأن يتمتع بقدر كاف من الحكمة والفطنة والقدرة على اتخاذ القرارات المناسبة.

كما يستلزم الأمر أن يتوافر في مدير شركة الشخص الواحد القدرة على قراءة وتحليل القوائم المالية التي تحتاجها الشركة. مجمل القول يجب أن تتوافر في مدير شركة الشخص الواحد جميع الصفات التي يطلق عليها الإدارة الحسنة (DUTY OF MANGE)¹.

وبخصوص جنسية مدير شركة الشخص الواحد، فإن قانون الشركات التجارية لم يتضمن نصا

¹تفصيلا راجع د. سالم الفليتي، الأحكام المستحدثة في تنظيم مجالس إدارات شركات المساهمة العامة، تشكيل المجالس، مقال منشور في جريدة الوطن العمانية، الملحق الإقتصادي، العدد 13068، بتاريخ 2019/7/10، الجدير بالذكر أن المشرع أحال - وحسنا فعل - كل ما يتعلق بقواعد وإجراءات وشروط انتخاب اعضاء مجلس ادارة شركة المساهمة اللائحة التنفيذية للقانون عملا بأحكام المادة (180) منه ، وبالتالي حال نفاذها يمكن تطبيقها على مدير شركة الشخص الواحد بما لا يتعارض مع طبيعتها.

يشترط فيه أن يكون المدير عماني الجنسية، وحسنا فعل المشرع عندما لم يضع هذا الشرط ضمن الشروط الواجب توافرها فيمن يشغل مدير شركة الشخص الواحد، حيث أن هذا الشرط - في اعتقادنا - لم يعد له أي اعتبار في معظم الدول في ظل ما يشهده العالم من الانفتاح الاقتصادي، إضافة إلى أنه يؤدي في أغلب الأحيان إلى اكتساب المزيد من الكفاءة والخبرة التي يستلزم أن تتوفر في مدير شركة الشخص الواحد مع مراعاة الأحكام الناظمة لسياسات التعيين في البلاد¹.

ثانيا: عزل مدير شركة الشخص الواحد:

من المقرر - في مختلف التشريعات - أن من يملك الإنشاء يملك الإلغاء، وبالتالي فإن المشرع العماني بالاستناد إلى نص المادة (273) من قانون الشركات أجاز للشركاء في الشركة محدودة المسؤولية عزل المدير أو أي من المديرين عند تعددهم متى كان هناك سببا أو مسوغا قانونيا كعدم القدرة على النهوض بالشركة، الأ أن تحقيق ذلك مرهون بتوافر موافقة الأغلبية العددية للشركاء الحائزة لثلاثة أرباع رأس مال الشركة²

¹ خاصة وان تفرد الشريك الوحيد في شركة الشخص الواحد بالسلطة المطلقة وحلوله محل جمعية الشركاء ومباشرة سلطات الإدارة غالبا ما يجعل القانون وتنظيمه لحقوقه الرقيب الوحيد على الشركة. لمزيد من التفصيل راجع د. سالم الفليتي، حكومة الشركات المساهمة العامة في سلطنة عمان، الطبعة الأولى، دار أسامة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص84، ياسر هشام عبداللطيف، مرجع سابق، ص 81.

² انظر د. عادل على المقدادي، مرجع سابق، ص 358، ما يليها.

وبالتالي في حالة عدم تحقق الأغلبية يجوز عندها لأي شريك أو أكثر أن يطلب من المحكمة المختصة عزل المدير، وفي جميع الأحوال يتطلب نشر قرار العزل وفقا لأحكام القانون من جانب، ومن جانب آخر فإن القرار المتخذ بعزل المدير أو المديرين يجب أن يتضمن تعيين مديرا أو مديرين خلفا لمن تم عزلهم¹.

وفيما يتعلق بشركة الشخص الواحد فإنه يمكن التفريق بين أمرين: الأول، في حالة كان مدير أو مديرو الشركة من الغير فإنه يمكن تطبيق الأحكام الناظمة للشركة محدودة المسؤولية بخصوص عزل المدير أو المديرين بقرار يتخذه الشريك الوحيد بصفته مالك رأسمال الشركة يقوم مقام جمعية الشركاء في الشركة محدودة المسؤولية، ويشترط أن يكون قرار العزل مبررا ولأسباب جدية وموضوعية، وإلا جاز للمدير أو المديرين المعزولين المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابهم من قرار العزل². والثاني، في حالة ما إذا كان الشريك الوحيد هو مدير الشركة، في هذه الحالة لا يتصور - عزل المدير - حتى ولو قامت أسباب جدية تبرر العزل، على أنه ما يخفف من ذلك أن المشرع نص على تأسيس مسؤولية مالك شركة الشخص الواحد المطلقة استثناء من مبدأ المسؤولية المحدودة في بعض

¹ ويجري نصها بالآتي: يجوز عزل المدير أو المديرين بقرار يصدر من جمعية الشركاء بموافقة الأغلبية العددية للشركاء الحائزة لثلاثة أرباع رأسمال الشركة، على أن يعين القرار مديرا أو مديرين خلفا لمن تم عزلهم، وإذا كان المدير شريكا في الشركة، فلا يشترك في التصويت على القرار المتعلق بعزله، كما يجوز لشريك أو أكثر أن يطلب من المحكمة المختصة عزل المدير أو المديرين، وينشر قرار العزل وفقا لأحكام هذا القانون".

² ياسر هشام عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 79.

الحالات قدر فيها المشرع أن مالك رأس المال قد خالف الأحكام المنظمة لهذه الشركة مما قد سبب ضررا بالغير، وبالتالي قدر المشرع أنه أفضل تعويض عن هذه التصرفات هي تقرير المسؤولية الشخصية له عن ديون الشركة وعن أي أضرار تصيب الغير، طالما أن المشرع يقرر مسؤولية مالك رأس مال الشركة المطلقة في حالة مخالفته الأحكام المنظمة للشركة بحيث يكون مسؤولا عن التزامات الشركة في أمواله الخاصة. وفي اعتقادنا من باب أولى يكون مالك الشركة مسؤولا عن التزامات الشركة في أمواله الخاصة متى كان في الوقت ذاته مديرا للشركة¹. هذا بالإضافة إلى قيام المسؤولية المدنية والجزائية متى ارتكب مخالفات باسم الشركة، وهذا ما عبرت عنه المادة (265) من القانون فيما يتعلق بخضوع مدير الشركة محدودة المسؤولية من حيث المسؤولية لما يخضع له أعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة من أحكام، ويطبق الأمر على مدير شركة الشخص الواحد عملا بأحكام المادة (297) من القانون، ويجري نص المادة (265) على أنه "يخضع مديرو الشركة من حيث المسؤولية لما يخضع له أعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة من أحكام، ويبطل كل نص في وثائق التأسيس أو اتفاق لاحق يقضي بغير ذلك".

¹ وهذه الحالات عددها المادة (296) من القانون، ويجري نصها على أنه "إذا قام مالك الشركة بسوء نية بتصفيتها أو وقف نشاطها قبل انتهاء مدتها أو قبل تحقيق الغرض من انشائها، أو لم يفصل بين أعمال الشركة وأعماله الخاصة الأخرى، كان مسؤولا عن التزاماتها في أمواله الخاصة".

الفرع الثاني

سلطات مدير شركة الشخص الواحد ومسؤوليته

أولاً: سلطات مدير شركة الشخص الواحد:

الأصل أن سلطات وصلاحيات مدير أو مديري شركة المسؤولية المحدودة يتم تحديدها في عقد تأسيس الشركة أو في نظامها الأساسي على اعتبارها من الأمور المهمة التي يتوجب على الشركاء الاتفاق عليها مسبقاً، إلا إنه في حالة عدم النص عليها في الشركة أو في نظامها الأساسي فإنه يجوز تحديدها بموجب اتفاق لاحق يصدر من جميع الشركاء¹.

وبالتالي في حالة عدم تحديد هذه السلطات أو الصلاحيات وسواء أكان في عقد تأسيس الشركة أو في نظامها الأساسي أو في اتفاق لاحق فإن المشرع استناداً ونص المادة (264) من القانون يجيز لمدير الشركة القيام بجميع الأعمال اللازمة لتحقيق غايات الشركة ويمنحهم جميع السلطات اللازمة لتسيير أعمالها تسييراً منتظماً².

¹د. عادل علي المقدادي، مرجع سابق، ص360.

²ويجري نصها "لمديري الشركة القيام بجميع الأعمال اللازمة لتحقيق غايات الشركة، ويتمتعون بجميع السلطات اللازمة لتسيير أعمالها تسييراً منتظماً، ما لم يرد نص يخالف ذلك في وثائق التأسيس...."

وعلى صعيد شركة الشخص الواحد فإنه يمكن التفريق بين أمرين: الأمر الأول، إذا كان الشريك الوحيد هو المدير في الشركة فإنه - بلا شك - يتمتع بجميع السلطات والصلاحيات اللازمة لتسيير مشروع الشركة تسييرا منتظما، وله القيام بجميع الأعمال اللازمة لتحقيق غايات وأغراض الشركة؛ على اعتبار أن المشرع لم ينظم مسألة سلطات مدير شركة الشخص الواحد بنصوص خاصة، وبالتالي فهو يخضع من حيث السلطات والصلاحيات إلى الأحكام المقررة للشركة محدودة المسؤولية وبما يتوافق مع طبيعة شركة الشخص الواحد، وعلى ضوءه يكون لهذا المدير اتخاذ جميع القرارات العادية وغير العادية وزيادة رأسمال الشركة أو تخفيضه مع مراعاة أحكام المادة (261) من القانون¹، وإطالة أجل الشركة وحلها وتحويلها إلى شكل آخر من أشكال الشركات²، الأمر الثاني، إذا كان مدير شركة الشخص الواحد من الغير، فيجب أن يتضمن عقد تأسيس الشركة أو نظامها الأساسي سلطات المدير وبما تتوافق وطبيعة الشركة واغراضها ومصالحها، ويجوز أن تحدد سلطاته وصلاحياته في اتفاق لاحق يصدره مالك الشركة³.

¹ ويجري نصها "مع مراعاة المادة (238) من هذا القانون، يجوز تخفيض رأس مال الشركة إذا كان يزيد على الحاجة أو إذا تكبدت الشركة أي خسائر."

² انظر د. يسرية محمد عبدالجليل محمد، النظام القانوني لشركة الشخص الواحد في القانون البحريني، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، العدد الثاني، 2011، ص 700.

³ المرجع السابق، الموضوع ذاته.

وفي الأحوال التي لا يتضمن عقد تأسيس شركة الشخص الواحد سلطات مدير الشركة، ولا يوجد اتفاق لاحق يقرر هذه السلطات فإنه واستنادا والمادة (297) من القانون - سابق الإشارة إليها - فإنه

يجوز لمدير الشركة القيام بجميع الأعمال اللازمة لتحقيق غايات الشركة واستعمال جميع السلطات اللازمة لتسيير أعمال الشركة تسييرا منتظما، أي القيام بجميع الأعمال والسلطات المقررة للشركة محدودة المسؤولية المنظمة بموجب أحكام المادة (264) من القانون.

ويحظر على مدير شركة الشخص الواحد إذا كان من الغير ما يحظر على مديري الشركة المحدودة المسؤولية القيام بالأعمال المنصوص عليها في المادة (267) من القانون - ما لم يخصص له القيام بها بموجب وثائق تأسيس الشركة أو بقرار صادر من مالك الشركة وهي: -

1- تقديم التبرعات، ماعدا التبرعات التي تتطلب مصلحة العمل متى كانت ضئيلة القيمة أو عادية.

2- بيع جميع موجودات الشركة، أو قسم مهم منها.

3- إجراء الرهن أو التأمين على موجودات الشركة إلا لضمان ديونها المترتبة في سياق أعمال الشركة الاعتبارية.

4- كفالة ديون الغير ماعدا الكفالات المعقودة في سياق العمل الاعتيادي من أجل تحقيق غايات الشركة.

5- إبراء ذمم مديني الشركة من التزاماتهم، وإجراء الصلح، أو الاتفاق معهم على التحكيم.

ثانيا: مسؤولية مدير شركة الشخص الواحد:

تلتزم الشركة محدودة المسؤولية بجميع التصرفات والأعمال التي يقوم بها المديرون باسمها، طالما كانت قد صدرت منهم باسم الشركة ولحسابها في حدود نطاق صلاحياتهم وسلطاتهم المبينة في وثائق تأسيس الشركة. كما يحق للغير حسن النية أن يفترض أن أي تصرف أو عمل قام به مديرو الشركة هو ضمن الصلاحيات المخولة لهم، وتكون هذه الأخيرة ملزمة به ما لم يكن الحد الأدنى من تلك التصرفات مسجلا في السجل التجاري¹.

إلا أنه في مقابل السلطات الواسعة التي يتمتع بها مديرو الشركة محدودة المسؤولية الزمهم المشرع بالعديد من الالتزامات والواجبات التي عدتها المادة (184) من قانون الشركات الخاصة بأعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة²,

¹ استنادا إلى المادة (268) من قانون الشركات.

² وجميع هذه الالتزامات معنية بتصريف شؤون الشركة لتحقيق غرضها منها: اعتماد السياسات التجارية والمالية والموازنة التقديرية للشركة وبما يحقق اهداف الشركة، وضع الخطط

وتتطبق على مديرو الشركة محدودة المسؤولية عملاً بأحكام المادة (265) من القانون¹، ومن ثم يمكن اعمالها على شركة الشخص الواحد استناداً والمادة (297) من القانون فيما لا يتعارض مع طبيعتها.

وعليه نبحت في مسؤولية مديرو شركة الشخص الواحد من خلال الآتي:

1- طبيعة المسؤولية:

تنص المادة (269) من القانون على أنه "المديرون مسؤولون بصفة منفردة أو بالتضامن - حسب الأحوال - إزاء الشركة والغير عن مخالفتهم لأحكام هذا القانون وأحكام وثائق التأسيس وعن

أخطائهم في الإدارة...."

من خلال النص يتضح لنا أن طبيعة مسؤولية مديرو الشركة تجاه الغير "مسؤولية تقصيرية" تقوم على الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، وسندنا في ذلك أنه لا توجد علاقة عقدية بين مديرو الشركة والغير. أما طبيعة المسؤولية بين

اللازمة لتحقيق أهداف الشركة ومراقبة تنفيذ خططها، ومراقبة أداء الإدارة التنفيذية والتأكد من حسن سير العمل، واعتماد البيانات المالية المتعلقة بنشاط الشركة.

¹ ويجري نصها على أنه "يخضع مديرو الشركة من حيث المسؤولية لما يخضع له أعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة من أحكام، ويبطل كل نص يرد في وثائق التأسيس أو إتفاق لاحق يقضي بغير ذلك."

مديرو الشركة والشريك الوحيد لهذه الشركة فهي مسؤولية عقدية. وهذه المسؤولية قد تكون بصفة منفردة وقد تكون تضامنية حسب الأحوال.

2- نطاق المسؤولية:

تقوم مسؤولية مديرو شركة الشخص الواحد، تجاه الشركة وتجاه الغير عن مخالفتهم لأحكام قانون الشركة وأحكام وثائق التأسيس وعن أخطائهم في الإدارة، فهم بطبيعة الحال مسؤولين تجاه الشركة والغير عن الأضرار الناتجة عن أعمالهم المخالفة للقانون، وفي أعمالهم التي تتجاوز حدود صلاحياتهم وعن أي غش أو تزوير أو خطأ يرتكبونه أثناء أداء مهامهم، وكذلك في عدم تصرفهم تصرف الشخص الحريص في ظروف معينة¹، كما تقوم مسؤوليتهم عند قيامهم بأنشطة محظورة عليهم القيام بها، ولا تدخل في أغراض الشركة وغاياتها²، كما يسألون جزائياً، في حالة ارتكابهم أفعالاً مجرمة جزائية، وتجد المسؤولية الجزائية أساسها القانوني في العديد من النصوص القانونية الخاصة بالشركات مثال المواد (305) ، (306) ، (307) ، (308) ، من قانون الشركات والتي

حددت العديد من الأفعال المتصور وقوعها من مديري الشركة وتشكل جريمة يعاقب عليها القانون تحت عنوان "العقوبات" وتحديداً في الفصل الثاني من الباب

¹د. سالم الفلتي، المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس الإدارة تجاه المساهمين، مقال منشور في جريدة الوطن العمانية، الملحق الإقتصادي، العدد 13093، 2019/8/21م.

²د. يسرية محمد عبدالعال محمد، مرجع سابق، ص 700.

الخامس¹، مثال ما تنص عليه المادة (306) على أنه "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن سنة واحدة ولا تزيد على (3) ثلاث سنوات، وبغرامة لا تقل عن (10000) عشرة الاف ريال عماني، ولا تزيد على (50000) خمسين ألف ريال عماني، أو بإحدى هاتين العقوبتين: 8....- كل من قام عن عمد من مديري الشركة أو من أعضاء مجلس ادارتها أو الإدارة التنفيذية باستغلال أموال الشركة لمصلحتهم الشخصية أو لمصلحة شركة أو مؤسسة أخرى لهم فيها مصلحة..." كما تنص المادة (307) على أنه "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن (6) ستة أشهر ولا تزيد على (3) ثلاث سنوات، وبغرامة لا تقل عن (3000) ثلاثة الاف ريال عماني ولا تزيد على (20000) عشرين الف ريال عماني، أو بإحدى هاتين العقوبتين: 2....- كل مدير أو عضو من أعضاء مجلس الإدارة أو من الإدارة التنفيذية يمنع أو يعوق مراقبي الحسابات عن أداء مهامهم...."

ويلاحظ أن المشرع أبطل كل شرط أو نص في عقد تأسيس الشركة أو في نظامها الأساسي أو أي اتفاق آخر، إذا كان من شأنه تحديد مسؤولية المديرين تجاه الشركة والمالك والغير بدلالة المادة (265) من القانون التي تنص على أنه ".... وببطل كل نص يرد في وثائق التأسيس أو في اتفاق

¹د. سالم الفليتي، المسؤولية الجنائية لأعضاء مجلس الإدارة، مقال منشور في جريدة الوطن العمانية، الملحق الإقتصادي، العدد 13103، بتاريخ 2019/9/4.

لاحق يقضي بغير ذلك.¹ ، وفوق ذلك يحق لمالك شركة الشخص الواحد إقامة دعوى المسؤولية على المديرين والمطالبة بالتعويض الكامل عن الأضرار التي لحقت به، حيث تنص المادة (2/270) على أنه "وللشركاء أو لأحدهم حق إقامة الدعوى بالمسؤولية ضد المديرين لمصلحة الشركة والمطالبة بالتعويض الكامل عن الأضرار التي لحقت بها، ويبطل كل نص يرد في وثائق التأسيس أو في اتفاق لاحق يخالف ذلك الحق."

وفي جميع الأحوال تتقدم دعوى المسؤولية بمضي خمس سنوات من تاريخ العلم بالتصرفات أو الأعمال الضارة مع مراعاة المادة (18) من القانون² .

¹ انظر د. محمد علي العريان ، مرجع سابق، ص 725.

² تنص المادة (171) من قانون الشركات على أنه "مع مراعاة نص المادة (18) من هذا القانون تتقدم دعوى المسؤولية طبقاً لنص المادتين (269) و (270) من هذا القانون خلال (5) خمس سنوات من تاريخ العلم بالتصرفات أو الأعمال الضارة"

المطلب الثالث

انقضاء شركة الشخص الواحد

Termination of one-person company

تمهيد وتقسيم:

تنقضي الشخصية الاعتبارية للشركة تبعا لانقضاء الشركة ذاتها، وهناك من الأسباب العامة التي يترتب تحقق أحدها إنقضاء الشركة بصفة عامة¹.

على أن هناك شركات تؤثر في حياتها بعض الحوادث العارضة التي متى تحققت إحداها يترتب عليها انقضاء الشركة قبل الأجل المحدد لها، كما هو الحال عند وفاة مالك رأس المال في شركة الشخص الواحد. فإذا توفى الشريك الوحيد في هذه الشركة كان له أثر كبير على استمرار الشركة أو بقائها².

وسوف نتناول في هذا المطلب الأسباب التي يترتب عليها انقضاء شركة الشخص الواحد في ضوء الأسباب العامة لانقضاء الشركات، ثم انقضائها بوفاة مالك رأس مالها والآثار المترتبة على ذلك. وعليه نقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: الأسباب العامة التي يترتب عليها انقضاء شركة الشخص الواحد.

¹ انظر د. محمد على العريان، مرجع سابق، ص 726 ، وما يليها.

² انظر د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 143، وما يليها.

الفرع الثاني: انقضاء شركة الشخص الواحد بوفاة مالك رأس مالها.

الفرع الأول

الأسباب العامة لإنقضاء شركة الشخص الواحد

تنقضي شركة الشخص الواحد بالأسباب الواردة في المادة (40) من قانون الشركات التجارية وبما لا يتعارض مع طبيعتها¹، وهذه الأسباب نوجزها على النحو الآتي:

1- عدم مزاولة الشركة لنشاطها من تاريخ تأسيسها أو توقفها عن مزاولته لأكثر من سنتين، وهذا السبب تم استحداثه في قانون الشركات التجارية الجديد، حيث لم يكن ضمن الأسباب العامة لانقضاء الشركات في القانون الملغى.

وفي اعتقادنا أن مدة السنتين كافية لاستظهار حقيقة مالك رأس مال الشركة لبدء نشاطها أو استئناف عملها، وبالتالي في حالة مضي السنتين دون تحقق ذلك تعد شركة الشخص الواحد منحلة بقوة القانون.

¹ ويقابلها نص المادة (486) من قانون المعاملات المدنية العماني حيث تنص على أنه "تنقضي الشركة بأحد الأمور الآتية: 1- انقضاء مدتها أو إنهاء العمل الذي قامت من أجله. 2- هلاك رأس المال أو هلاك رأس مال أحد الشركاء قبل تسليمه. 3- موت أحد الشركاء أو الحجر عليه أو اعساره أو افلاسه، ومع ذلك يجوز الاتفاق على = استمرارها بين باقي الشركاء أو من يمثل ناقص الأهلية أو فاقدتها أو ورثة المتوفى لو كانوا قسراً. 4- إجماع الشركاء على حلها، 5- صدور حكم قضائي بحلها."

2-حلول الأجل المحدد للشركة، تنقضي شركة الشخص الواحد إذا انتهى الأجل المحدد لها بالعقد. إذ يكفي أن يحدد صراحة بعقد الشركة المدة التي تمارس نشاطها خلاله، وبالتالي إذا انتهت هذه المدة انقضت الشركة حتى ولو لم يتم العمل الذي من أجله تكونت الشركة¹.

3-إنهاء الغرض الذي من أجله أسست الشركة أو استحالة تحقيقه. تنقضي الشركة أيضا إذا ما تم تنفيذ العمل أي الانتهاء من الغرض من إنشاء الشركة، كما تتحل الشركة بقوة القانون في الحالة التي يستحيل معها تحقيق الغرض الذي من أجله تكونت الشركة.

4-افلاس الشركة أو خسارة كامل رأس مالها أو معظمه إذا حالت هذه الخسارة دون استعمال ما تبقى من رأس المال استعمالا مجديا.

ويترتب على إفلاس شركة الشخص الواحد انقضائها، وإفلاس الشركة يعتبر دليلا على عدم قدرتها على الوفاء بالتزاماتها التجارية. كما يترتب على إفلاس الشركة تصفيتها وتوزيع المبالغ الناتجة عن التصفية على الدائنين قسمة الغرماء. وإفلاس شركة الشخص الواحد - كما سبق القول - لا يؤدي إلى إفلاس مالكيها لمسؤوليته المحدودة²

¹راجع د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص145.

²مع مراعاة أحكام المادة (296) من القانون.

5- حل الشركة قضاء. تحل الشركة بحكم قضائي إذا طلب ذلك مالك الشركة أو أي شخص آخر ذي مصلحة بحل الشركة لسبب تقدره المحكمة المختصة. وفي جميع الأحوال يجب اتخاذ إجراءات التصفية بمجرد تحقق أي سبب من أسباب حل الشركة، وفي حالة عدم قيام الشركة بهذه الإجراءات وجب عندها إجراؤها بموجب قرار قضائي بناء على طلب ذوي الشأن أو الجهة المختصة¹.

¹ يقصد بالتصفية: مجموع الأعمال اللازمة لتحديد حقوق الشركة قبل الشركاء أنفسهم وقبل الغير من أجل المطالبة بها، كما تشمل جميع الديون المستحقة للغير. ويتسع مفهوم التصفية ليشمل موجودات الشركة منقولة كانت أو عقارا وتحويلها إلى مبالغ نقدية تمهيدا لتقسيمها بين الدائنين كل حسب حصته فيها. وتعتبر الشركة في حالة تصفية بقوة القانون بعد حلها أي بعد انقضائها بدلالة الفقرة الأخيرة من المادة (41) من القانون التي تنص على أنه "وتدخل الشركة بمجرد حلها في تطور التصفية" لمزيد من التفاصيل عن أحكام التصفية، راجع د. سالم الفليتي، أحكام التصفية في ظل قانون الشركات الجديد، مقال منشور في جريدة الوطن العمانية، الملحق الاقتصادي، العدد 13139، بتاريخ 2019/10/24م.

الفرع الثاني

انقضاء شركة الشخص الواحد بوفاة الشريك الوحيد

Termination of one-person company after the owner's death

عالج قانون الشركات التجارية أثر وفاة مالك رأس مال شركة الشخص الواحد بنص خاص، حيث تنص المادة (295) منه على أنه "تنقضي الشركة بوفاة مالك رأس المال، إلا إذا اجتمعت حصص الورثة في شخص واحد أو أختار الورثة استمرارها بشكل قانوني آخر، وذلك كله خلال (180) مائة وثمانين يوماً على الأكثر من تاريخ الوفاة. كما تنقضي الشركة بانقضاء الشخص الاعتباري مالك رأس المال"¹.

¹ومن القوانين التي عالجت مسألة أثر وفاة مالك رأس مال شركة الشخص الواحد بنصوص خاصة قانون الشركات وقانون الشركات الإماراتي، حيث ينص في المادة (299) منه على أن الشركة تنقضي وتنحل بوفاة الشخص الطبيعي، أو بانقضاء الشخص الاعتباري المالك لها، وذلك ما لم يختار الورثة استمرار الشركة مع توفيق أوضاعها حسب القانون أي تحويلها إلى شكل جديد من الأشكال المنصوص عليها في هذا القانون. وقد حدد المشرع الإماراتي للورثة تنفيذ ذلك مدة (6) أشهر. في حين بعض القوانين لم تخصص نصاً لبيان أثر وفاة مؤسس شركة الشخص الواحد على وجود الشركة كما هو الحال في قانون التجارة الفرنسي، فكل ما تضمنه في هذه المسألة نص الفقرة الثانية من المادة (41/223) التي تنص على أنه "لا تنقضي الشركة بوفاة الشريك ما لم ينص على خلاف ذلك في عقد تأسيس الشركة" وبالتالي إذا كان هذا النص يقبل تطبيقه على الشركة ذات المسؤولية المحدودة المتعددة الشركاء، فهو يتعارض مع طبيعة شركة الشخص الواحد التي يرتبط وجودها بحياة مؤسسها، بحيث تنقضي كشركة شخص واحد حال

ويتضح لنا من النص أن أثر وفاة مالك رأس مال شركة الشخص الواحد تتضمن ثلاثة فروض:

الفرض الأول: بقاء الشركة بشكلها القانوني كشركة شخص واحد:

وهذا الفرض متصور في الحالة التي تقول فيها جميع الحصص إلى وارث وحيد، أو أن يتفق

الورثة على تقسيم التركة ويختص أحدهم بالشركة كنصيب له في التركة، أو يقوم أحدهم بشراء حقوق الورثة الآخرين في الشركة بحيث تخلو ملكيتها له¹.

ولا يثير هذا الفرض أي إشكاليات قانونية، حيث تستمر الشركة بذمتها المالية ومالها من حقوق وما عليها من ديون سابقة، ولا تتأثر حقوق الدائنين بوفاء مالك رأس المال.

وفاته. وإذا تضمن عقد تأسيسها على خلاف ذلك فيعني هذا بطبيعة الحال أن تستمر في شكل قانوني آخر وهو شركة ذات مسؤولية محدودة مكونة من الورثة في حالة تعددهم أو تنتقل ملكيتها للوارث الوحيد. انظر في تفضيل ذلك، د. شريف محمد غنام، د. صالح راشد الحمراي، مرجع سابق، ص 286. وما يليها.

¹في نفس المعنى، د. كريمة كريم، شركة الشخص الواحد محدودة المسؤولية، الإطار القانوني للمشروعات المتوسطة والصغيرة، دار الجامعة الجديدة، 2014، الاسكندرية.

الفرض الثاني: تحول شركة الشخص الواحد إلى شكل قانوني آخر¹:

يظهر في حالة تعدد الورثة الذين انتقلت إليهم الحصص مع حرصهم على استمرار الشراكة بينهم، فيقومون بتحويل شركة الشخص الواحد التي كان يملكها مورثهم إلى شركة لها شكل قانوني آخر يختارونه، ويعتبر بعض الفقه هذا الحل أحد ميزات شركة الشخص الواحد حيث يسهل انتقالها من الشكل الفردي إلى الشكل الجماعي بما يميزها عن المشروعات الفردية التي لا يسري عليها التحول لعدم تمتعها بالشخصية الاعتبارية، والأقرب في هذا الصدد هو تحول شركة الشخص الواحد إلى الشركة محدودة المسؤولية مكونة من الورثة².

¹ انظر في تحول الشركات بوجه عام، د. خالد العزمي، الآثار القانونية لاندماج الشركات على حقوق الشركاء والدائنين، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2004، وانظر كذلك XINJIANG(W), Regulation on Merger and Division of Foreign funded Enterprises; the first legislation in China Westlaw,2012,p,35.

² يرى البعض أنه لا يجوز التحول من شركة الشخص الواحد إلى الشركة ذات المسؤولية المحدودة على اعتبار أن التحول عندهم يستتبع تطبيق نظام قانوني مختلف على الشركة المحول إليها، وهذا غير متوافر في حالة التحول إلى شركة ذات المسؤولية المحدودة لوحدت النظام القانوني المطبق على الشركتين. انظر في تأييد هذه الوجهة، د. صبري مصطفى السبك، النظام القانوني لتحول الشركات: دراسة مقارنة، مكتبة الوفاء القانونية، 2012، ص 55. ود. ناريمان عبدالقادر، الأحكام العامة للشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة الشخص الواحد، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 1992، ص 192.

والتحول كما يعرفه بعض الفقه¹ هو "تغيير شكل الشركة القانوني واتخاذها شكلاً آخر من أشكال الشركات التجارية مع استمرار شخصيتها المعنوية.² أو هو ترك الشركة لشكلها القديم واتخاذ شكل آخر"³. وبطبيعة الحال، يلزم لصحة هذا التحول توافر شروطه. وهو أن يكون التحول إلى شركة تجارية أخرى، ولا يكون إلى مؤسسة فردية⁴، وأن تستوفي شركة الشخص الواحد المتحولة متطلبات الشكل القانوني الجديد، سواء من حيث عدد الشركاء أو رأس المال، وإشهار عملية

التحول⁵.

¹نظم قانون الشركات التجارية العماني تحول الشركات في المواد من (30) إلى (32) ولكنه على غرار قوانين الشركة الأخرى لم يتضمن تعريفاً للتحول.

²د. هبوا إبراهيم الحيدري، مرجع سابق، ص 437.

³د. محمد توفيق سعودي، تغيير الشكل القانوني للشركات ذات المسؤولية المحدودة، الطبعة الثانية، دار الأمين للطباعة، 2000، ص 132.

⁴عدم جواز التحول من شركة الشخص الواحد إلى المؤسسة الفردية أمر يؤكدته الفقه والقضاء. انظر على سبيل المثال في الفقه، د. مراد منير فهم تحول الشركات، تغيير شكل الشركة، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص 23، د. صبري مصطفى السبك، مرجع سابق، ص 114. وفي أحكام القضاء انظر على سبيل المثال الحكم الصادر عن المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة، الطعن رقم (627) - لسنة 2015 قضائية، تاريخ الجلسة 2016/3/16، متاح على الموقع التالي: <https://www.eastlaws.com/Ahkamview.aspx?i=68094&HM=1#538890>

⁵انظر د. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص 200.

ويثير هذا الفرض التساؤل عن أثر التحول على ديون شركة الشخص الواحد، وما إذا كانت حقوق الدائنين تتأثر بهذا التحول أم لا؟

الواقع أنه لا يترتب على تحول الشركة انقضاء الشخصية الاعتبارية لشركة الشخص الواحد، وإنما تبقى وتنتقل إلى الشركة المحول إليها بما لها من حقوق وما عليها من التزامات. وهذا الأثر نص عليه قانون الشركات في المادة (31) منه على أنه "لا يترتب على تحول الشركة نشوء شخص اعتباري جديد، وتظل الشركة محتفظة بعد تحولها بحقوقها والتزاماتها السابقة على التحول..."

ويتفق الفقه، وتتواتر عليه أحكام القضاء¹، ويترتب على ذلك أن التحول في شكل شركة الشخص الواحد بسبب وفاة مالك رأس المال لن يؤثر على حقوق الدائنين سواء أكانت حقوقاً عادية أو مضمونة، حيث ينتقل الدين بضماناته إلى ذمة الشخص الاعتباري الجديد الذي حل محل شركة الشخص الواحد"².

¹ انظر على سبيل المثال، د. صبري مصطفى السبك، مرجع سابق، ص 143،، تامر خلف العبدلله، مرجع سابق، ص 95، د. أحمد عبدالرحيم محمد عوده، الأصول الإجرائية للشركات التجارية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الأردن، 2005، ص 253.

² راجع في ذلك د. عبدالناصر عبدالسلام شويبار، تغير الشكل القانوني للشركة والآثار المترتبة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2011، ص 169، د. صبري مصطفى السبك، مرجع سابق، ص 563.

والحديث عن تحول شركة الشخص الواحد بسبب وفاة مالك رأس المال يثير تساؤلاً آخر عن حكم الكفالة الشخصية لديون الدائنين، فهل تبقى في ظل الشكل الجديد أم تسقط بمجرد تحولها؟

وفي رأينا يجب التفرقة بين الكفالة المقدمة من مالك رأس المال نفسه لدائن الشركة وبين الكفالة المقدمة من الغير، فإذا كانت الكفالة مقدمة من مالك رأس المال، فإن وفاة الكفيل لا يضعف من حقوق الدائنين بل يقويها، حيث تؤدي وفاته إلى سقوط أجل الالتزام المكفول، فيسقط الدين عاجلاً من تركة الكفيل وهم ورثة مالك رأس المال، ويجوز للدائنين إجبارهم على الوفاء على أن يكون الدين المكفول على قدر التركة التي ورثوها. وللورثة الرجوع على المدين (الشركة) عند حلول أجل الدين بعد ذلك بما تم الوفاء به، لأن الأجل لم يسقط بالنسبة لها وإنما سقط مورثهم بالوفاة

وهذا الأثر تنص عليه المادة (752) من قانون المعاملات المدنية العماني¹.

أما في حالة تقديم الكفالة الشخصية من الغير، فإن التحول بسبب وفاة مالك رأس المال لا يؤثر على الكفالة كضمانة شخصية للدين، حيث تبقى الكفالة

¹ انظر في ذلك د. عبد الخالق حسن أحمد، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الأول "مصادر الإلتزام" الطبعة الثالثة، مطبوعات أكاديمية شرطة دبي، 2008، ص50.

التي قدمها الغير للشركة، ويظل الكفيل ملتزماً بها، ولا يستطيع الدفع بانقضائها نتيجة هذا التحول¹.

الفرض الثالث: انقضاء شركة الشخص الواحد:

وهذا الفرض يتحقق في الحالة التي لا تجتمع فيها الحصص في يد وارث وحيد، ولا يختار باقي الورثة الاستمرار في الشركة، ولا يثير هذا الفرض إشكاليات قانونية حقيقية، لأن الشركة بما لها من أصول وما عليها من ديون تنتقل إلى الورثة الذين يلتزمون بسداد ديونها في حدود التركة التي تقول إليهم، ومن ثم تنتقل حقوق الدائنين من الشركة إلى إجمالي تركة مالك رأس المال. بيان ذلك أنه بعد أن كانت ذمته محدودة بالمبالغ التي خصصها للاستثمار في الشركة طيلة حياة الشركة، فإن تركته كلها تكون ضامنه للديون مما يحقق ضمانه أكثر للدائنين أن كان قد توفى وتركته تعادل الديون أو أكثر. وهذا الحل الذي نقول به يتطابق مع قانون الأحوال الشخصية الذي يعتبر أن الديون من الحقوق المتعلقة بالتركة والتي يجب أن تسدد منها، ويعتبر ذلك إعمالاً للقاعدة "لا تركة إلا بعد سداد الديون"²

¹ ويجري نصها على أنه "إذا مات الكفيل أو المدين قبل حلول الدين المؤجل استحق الدين في مال أو تركة المدين بحسب الأحوال."

² انظر في ذلك ،د. مراد منير فهيم، مرجع سابق، ص171، د. محمد توفيق سعودي، مرجع سابق، ص466. تنص المادة (232) من قانون الأحوال الشخصية على أنه "التركة ما يتركه المتوفي من أموال وحقوق".

الخاتمة

خلصت دراستنا في موضوع "الإطار القانوني لشركة الشخص الواحد (كشركة مستحدثة) في القانون العماني" دراسة وصفية تحليلية إلى عدة نتائج وتوصيات تتمثل في الآتي:

أولاً: النتائج:

1- حظيت شركة الشخص الواحد باهتمام ملحوظ من لدن المشرع العماني من خلال تنظيمه لأحكامها القانونية لأول مرة في قانون الشركات التجارية الجديد رقم 18 لسنة 2019م،

وبالتالي يعد هذا النوع من الشركات نمطا مستحدثا وشكلا مستقلا من أشكال الشركات التجارية. ولا ينال هذا القول إن المشرع العماني أخضعها في بعض أحكامها إلى الأحكام المنظمة للشركة محدودة المسؤولية، حيث تنفرد شركة الشخص الواحد بالعديد من الميزات والخصائص التي لا تتوافر في غيرها من الشركات التجارية، كما أن لها خصوصية في العديد من أحكامها يقضي الأمر - في جميع الأحوال - مراعاتها.

2- تعددت تسميات شركة الشخص الواحد بتعدد التشريعات؛ فالبعض يسميها "شركة المشروع الفردي" والبعض الآخر يسميها "شركة الرجل الواحد" (One Man

(Company)، أما المشرع العماني فيسميها "شركة الشخص الواحد" (One person Company)، وهي التسمية الأصوب في اعتقادنا.

3- أمام تعدد وتباين التعريفات لشركة الشخص الواحد قانونا وفقها، يمكننا تعريفها على أنها "شركة محدودة المسؤولية يمتلك رأس مالها بالكامل شخص واحد طبيعي أو اعتباري، لا يسأل عن التزاماتها إلا في حدود رأس المال المخصص لها، ويعترف لها القانون بشخصية اعتبارية".

4- يستتبع أن لشركة الشخص الواحد شخصية قانونية تتمتعها بذمة مالية مستقلة عن ذمة مالك رأس المال، ويترتب على ذلك اكتساب الشركة صفة التاجر، وبالتالي يمكن إشهار إفلاسها متى توقفت عن دفع ديونها، إلا أن ذلك لا يستتبع إفلاس الشريك الوحيد فيها، على اعتباره لا يكتسب صفة التاجر لمسؤوليته المحدودة.

5- لا يشترط في مؤسس شركة الشخص الواحد الأهلية اللازمة لاحتراف التجارة، وإنما يكفي أن يكون أهلا لإبرام التصرفات القانونية، وتحمل الالتزامات بشكل كامل.

6- بان لنا - بجلاء - وجود تعارض فيما يتعلق بمفهوم "الشركة" بين نص المادة (3) من قانون الشركات التجارية العماني ونص المادة (468) من قانون المعاملات المدنية. فالأول يأخذ بمفهوم الشركة على أنها عقد يتطلب تعدد الشركاء - كأصل - واستثناء يجيز للإرادة المنفردة تأسيس شركة الشخص الواحد، في حين

الثاني يأخذ بمفهوم الشركة على أنها عقد بين شخصين أو أكثر، أي أكثر من إرادة، ويجب أن يتوافر هذا التعدد طوال حياة الشركة دون استثناء.

7- يسلك المشرع العماني مسلك غالبية التشريعات، ويقرر في حالات معينة تحول مسؤولية مالك رأس مال شركة الشخص الواحد من مسؤولية محدودة إلى مسؤولية مطلقة، وهي حالات في مجملها تتم عن عدم احترامه للشخصية الاعتبارية للشركة وما يترتب عليها من وجود ذمة مالية مستقلة لها، ومن هذه الحالات، عدم الإفصاح عن اسم وطبيعة الشركة في الأوراق الصادرة منها، ومخالفة إجراءات تأسيسها، وقيام مالك الشركة بسوء نية بتصفيتها أو وقف نشاطها قبل إنتهاء مدتها أو قبل تحقق الغرض من إنشائها، وقيام مالك رأس المال بالخلط بين أمواله وأموال الشركة بحيث يتصرف في أموالها وكأنها أمواله الخاصة ويحقق بها مصالحه لا مصلحة الشركة.

8- تتمثل الطبيعة القانونية لشركة الشخص الواحد بأنها شركة مختلطة، تجمع بين خصائص شركات الأشخاص وشركات الأموال معا، تفسير ذلك أن الشركة لا يوجد فيها سوى شريك وحيد وهو ما يجعلها تقترب من شركات الأشخاص، وهذا الشريك الوحيد فيها مسؤوليته محدودة بقدر رأس المال. وهو ما يجعلها تقترب من شركات الأموال.

9- لا يلزم المشرع العماني مؤسس شركة الشخص الواحد بوضع حد أدنى من رأس المال عند تأسيس الشركة، وعلى الرغم من أن هذا الوضع له قرين في الشركة

محدودة المسؤولية، إلا أن وجوده في شركة الشخص الواحد - نراه من وجهة نظرنا - أمر منتقد أكثر بسبب وجود شخص وحيد في الشركة، مما يؤدي - بطبيعة الحال - إلى ضياع ثقة الدائنين في هذه الشركة.

10- يأخذ المشرع العماني بمبدأ حرية شركة الشخص الواحد في ممارسة جميع الأنشطة التجارية طالما كانت مشروعة وغير مخالفة للقوانين أو النظام العام أو الآداب.

11- يمنع المشرع العماني الشخص الطبيعي أن يؤسس أكثر من شركة شخص واحد محدودة المسؤولية، كما يمنع شركة الشخص الواحد أن تؤسس شركة شخص واحد أخرى. إلا أنه يجيز للشخص الاعتباري العام أو الخاص أن يؤسس أكثر من شركة ذات مسؤولية محدودة من شخص واحد، ويعتبر ذلك في رأينا تفرقة بلا مبرر وخاصة فيما يتعلق بين دائني الشخص الطبيعي ودائني الشخص الاعتباري في حال تأسيس أي منهم لشركة شخص واحد؛ على اعتبار ذلك يؤدي أن دائني الشخص الطبيعي يتمتعون بضمانة أكبر من دائني الشخص الاعتباري.

12- على خلاف غالبية التشريعات، لم ينص المشرع العماني على جوازيه التأسيس غير المباشر لشركة الشخص الواحد رغم إجازته للتأسيس المباشر من جانب، ومن جانب آخر لم يعالج الحالة التي تجتمع فيها حصص الشركاء في الشركة محدودة المسؤولية في يد شريك واحد، وبالتالي إذا آلت حصص هذه الأخيرة في يد شريك وحيد فإنها تتحل بحكم القانون.

13- يتمتع مالك شركة الشخص الواحد بسلطات واسعة في إدارة الشركة، فهو محل جمعية الشركاء في الشركات محدودة المسؤولية، ويمارس سلطاته ويتخذ قراراته منفرداً، ويمكن أن يتولى إدارة الشركة بنفسه، ويمكن أن يقوم بتعيين مديراً لها من الغير، ويكون تحت إدارته وإشرافه.

14- يؤخذ على المشرع العماني أنه لم يحدد مدة معينة - كحد أقصى - في تولي المدير إدارة شركة الشخص الواحد - في حالة ما إذا كان من الغير - ونفضل أن تكون لمدة ثلاث سنوات، كما هو الحال في عضوية مجلس إدارة شركات المساهمة.

15- في مقابل السلطات الواسعة التي يتمتع بها مديرو شركة الشخص الواحد ألزمهم المشرع بالعديد من الالتزامات والواجبات فإذا لم يقوموا بالالتزامات أو قصرُوا في واجباتهم عندها تنهض مسؤوليتهم بصفة منفردة أو بالتضامن - بحسب الأحوال - إزاء الشركة والغير.

16- على الرغم من أن مسؤولية المؤسس لشركة الشخص الواحد محدودة بقدر ما يخصصه في رأس مالها، فإنها بلا شك تنقضي بوفاته، ويكون بقاؤها واستمرارها بنفس شكلها مرهوناً بانتقالها إلى وارث وحيد يختار الاستمرار فيها بنفس الشكل القانوني. أما إذا انتقلت الشركة إلى عدة ورثة واختاروا بقائها، فلا شك أنها سوف تستمر ولكن بشكل قانوني جديد باعتبارها شركة ذات مسؤولية محدودة، أو

تتقضي كلية إذا اختاروا عدم الاستمرار فيها، ويسألون عن ديونها في حدود ما بها من أمواله عملاً بقاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون.

ثانياً: التوصيات

في ضوء النتائج السابقة نوصي المشرع العماني - ما نراه مناسباً - لتحسين ما ورد في قانون الشركات التجارية، وتتمثل هذه التوصيات في الآتي:

1- وضع تنظيم خاص بشركة الشخص الواحد؛ من كافة جوانبها على اعتبارها شكلاً مستقلاً من أشكال الشركات التجارية دون الاكتفاء بالإحالة إلى الأحكام المنظمة للشركة محدودة المسؤولية لاختلاف وتباين طبيعة الشركتين في العديد من أحكامهما.

2- تعديل نص المادة (468) من قانون المعاملات المدنية، بحيث ينسجم ونص المادة (3) من قانون الشركات فيما يتعلق بمفهوم الشركة، ونقترح إضافة فقرة ثانية لنص المادة (468) منه بحيث تجيز - استثناء - تأسيس الشركة بالإرادة المنفردة صراحة عند تعريفها للشركة. ونقترح على المشرع الصياغة التالية " الشركة عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصة من مال أو عمل واقتسام ما قد ينشأ عنه من ربح أو خسارة، واستثناء من أحكام الفقرة السابقة يجوز أن تتكون الشركة من شخص واحد وفقاً للقانون"

3- تعديل نص المادة (296) من قانون الشركات التجارية عند تعطيل مبدأ المسؤولية المحدودة لمالك شركة الشخص الواحد بسبب عدم فصله بين أعماله الخاصة الأخرى وأعمال الشركة بحيث يتضمن النص شرطين: الأول، وقوع ضرر للغير، والثاني أن يكون هذا الغير حسن النية، بالإضافة إلى توافر سوء نية المالك من ناحية ومن ناحية ثانية استبدال مصطلح الذمم المالية بمصطلح الأعمال. ونقترح الصياغة التالية "إذا قام مالك الشركة بسوء نية بتصفيتها أو وقف نشاطها قبل إنهاء مدتها أو قبل تحقق الغرض من إنشائها أو لم يفصل بين ذمة الشركة وذمته المالية، كان مسؤولاً عن التزاماتها في أمواله الخاصة بما يضر الغير حسن النية"

4- وضع حد أدنى لرأس مال شركة الشخص الواحد عند التأسيس، ويفضل أن يكون الحد الأدنى عاليا مقارنة بالشركات التجارية الأخرى التي يؤسسها أكثر من شريك.

5- النص على منع الشخص الاعتباري من تأسيس أكثر من شركة شخص واحد ذات مسؤولية محدودة على غرار منع الشخص الطبيعي من ذلك؛ لتوافر نفس الحكمة التي من أجلها حظر المشرع على الشخص الطبيعي أن يؤسس أكثر من شركة الا وهي عدم التوسع في تخصيص الذمة المالية باعتبارها استثناء على وحدة الذمة المالية للشخص.

6- النص صراحة على إجازة التأسيس غير المباشر لشركة الشخص الواحد في إطار الشركة محدودة المسؤولية، على غرار غالبية التشريعات الوطنية، ونقترح إضافة مادة إلى الأحكام المنظمة لشركة الشخص الواحد تكون على النحو الآتي:

"مع مراعاة أحكام المادة (40) من هذا القانون إذا اجتمعت ملكية حصص الشركة محدودة المسؤولية في يد شريك واحد لأي سبب من الأسباب تعين على الشركة توفيق أوضاعها خلال (180) المائة والثمانين يوماً التي تلي تحقق السبب إما بزيادة عدد الشركاء فيها أو تحويل الشركة إلى شركة ذات المسؤولية المحدودة من شخص واحد أو بجل الشركة وتصفيتها."

7- تفعيل الرقابة على شركة الشخص الواحد من جانب الجهات الخارجية والزام شركة الشخص الواحد بنص خاص بتعيين مراقب حسابات من جانب الجهات المختصة دون تدخل مالك رأس المال في تعيينه أو إعادة تعيينه.

قائمة المراجع

أولاً: المؤلفات العامة:

- 1- د. أبراهيم سيد أحمد، العقود والشركات فقها وقضاء، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 1999.
- 2- د. أحمد عبد الرحمن الملحم، قانون الشركات الكويتي والمقارن، وفق المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 2012 وتعديلاته الصادرة بالقانون رقم 97 لسنة 2013، الجزء الثاني، القواعد الخاصة للشركات، الطبعة الثانية، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، 2015.
- 3- د. أحمد عبد الرحيم محمد عودة، الأصول الإجرائية للشركات التجارية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الأردن، 2005.
- 4- د. الياس ناصيف، الشركات التجارية، دراسة مقارنة، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحكومية، بيروت، 2017.
- 5- د. خالد العزمي، الآثار القانونية لاندماج الشركات على حقوق الشركاء والدائنين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2004.
- 6- د. سالم الفليتي:

- حوكمة الشركات المساهمة في سلطنة عمان، الطبعة الأولى، دار أسامة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
- الأحكام المستحدثة في تنظيم مجالس إدارات شركات المساهمة العامة، تشكيل المجالس، مقال منشور في جريدة الوطن العمانية، الملحق الاقتصادي، العدد 13068، بتاريخ 2019/7/10.
- المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس الإدارة تجاه المساهمين، مقال منشور في جريدة الوطن العمانية، الملحق الاقتصادي، العدد 13093، بتاريخ 2019/7/9م .
- المسؤولية الجنائية لأعضاء مجلس الإدارة، مقال منشور في جريدة الوطن العمانية، الملحق الاقتصادي، العدد 13103، بتاريخ 2019/9/4.
- النظام القانوني للشركة محدودة المسؤولية، حق الشريك التصرف في حصصه، مقال منشور في جريدة الوطن العمانية، الملحق الاقتصادي، العدد 13119، تاريخ 2019/9/26.
- أحكام التصفية في قانون الشركات الجديد، مقال منشور في جريدة الوطن العمانية، الملحق الاقتصادي، العدد 13139، بتاريخ 2019/10/24.

- محاضرات في القانون التجاري، المدخل في قانون الشركات التجارية، لطالبات قسم العلوم الإدارية والمالية، كلية الزهراء للبنات، سلطنة عمان، مسقط، العام الأكاديمي 2020/2019، الفصل الدراسي، ص20.

7- د. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.

8- د. شريف محمد غنام، د. صالح راشد الحمراي، شرح قانون الشركات التجارية الاتحادي رقم 2 لسنة 2015، منشورات أكاديمية شرطة دبي، الطبعة الثانية، 2017.

9- د. صبري مصطفى السبك، النظام القانوني لتحول الشركات، دراسة مقارنة، مكتبة الوفاء القانونية، 2012.

10- د. صلاح سري الدين، الشركات التجارية الخاصة في القانون المصري، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية. 2001.

11- د. طاهري بشير، اندماج الشركات التجارية في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2015.

12- د. عادل المقدادي، القانون التجاري، الشركات التجارية وفقا لقانون الشركات العماني رقم 4 لسنة 1974، الجزء الثاني، الأحكام العامة للشركات، جامعة السلطان قابوس، مجلس النشر العلمي 2010م.

13-د. عبدالخالق حسن أحمد، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، مطبوعات أكاديمية شرطة دبي، 2005.

14-د. عبد الرازق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004.

15- د. عبد الناصر عبدالسلام شوبار، تغيير الشكل القانوني للشركة والآثار المترتبة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2011.

16- د. عبد الوهاب أحمد عياش، دور الرقابة الداخلية في رفع كفاءة الأداء المالي، مكتب البحوث والنشر، مجلة الناصر، العدد (4) ، 2014.

17- د. عزيز العكيلي:

- الوسيط في الشركات التجارية، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.

- الوسيط في الشركات التجارية، دراسة فقهية قضائية مقارنة في الأحكام العامة والخاصة، الطبعة الرابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2016م.

18- د. على حسن يونس، النظام القانوني للقطاع الخاص والقطاع العام في الشركات والمؤسسات، دار الفكر العربي، القاهرة، دون سنة نشر.

19- د. محمد توفيق سعودي، تغيير الشكل القانوني للشركات ذات المسؤولية المحدودة، الطبعة الثانية، دار الأمين للطباعة، 2000.

20- د. محمد علي العريان، شرح قانون الشركات التجارية العماني، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2020.

21- د. محمد فريد العريني:

- الشركات التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.

- الشركات التجارية، المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.

22- محمود سمير الشراوي، الشركات التجارية في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016.

23- د. محمود مختار بربري، الشخصية المعنوية للشركة التجارية، دراسة مقارنة في القانون الفرنسي والإنجليزي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 1992.

24- د. مصطفى البنداري قانون المعاملات التجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الثاني، الشركات التجارية، الطبعة الأولى، أكاديمية شرطة دبي، 2003.

25- د. مصطفى كمال طه ووائل بندق، أصول القانون التجاري، دار الفكر الجامعي، 2006.

26- د. مراد منير فهم، تحول الشركات، تغيير شكل الشركة، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986.

27- د. هشام زوين، الموسوعة العلمية في تأسيس الشركات، المجلد الثالث، شركات الأموال، نور الايمان للإصدارات القانونية، دون سنة نشر.

ثانيا: المؤلفات المتخصصة والبحوث والمقالات:

1- د. أحمد رشيد المطيري وآخرون، الملامح الرئيسية لشركة الشخص الواحد في قانون الشركات الكويتي الجديد رقم 2012/25، جامعة الكويت، 2013.

2- د. أحمد مصطفى الدبوسي السيد، حماية دائني شركة الشخص الواحد في حالة افلاسها وفقا للقانونين الاماراتي والمصري، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، جامعة الشارقة، المجلد 16، العدد 1، يونيو 2019.

- 3- د. برهان السيوف، المركز القانوني في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2008.
- 4- تامر خليف العبدلله، شركة الشخص الواحد في قوانين الدول العربية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2016.
- 5- حسام توكل موسى، الشخصية المعنوية لشركة الشخص الواحد في القانون المصري، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، كلية الحقوق ، 2019.
- 6- د. سالم الفليتي:
- شركة الشخص الواحد، تعريفها ونطاقها، مقال منشور في جريد الوطن العمانية، الملحق الاقتصادي، السنة 49، العدد 12986، بتاريخ 2019/3/13.
- شركة الشخص الواحد، نتائج وتوصيات، مقال منشور في جريدة الوطن العمانية، الملحق الاقتصادي، السنة 49، العدد 12996، بتاريخ 2019/3/27.
- 7- طالب حسن موسى، طبيعة شركة الشخص الواحد، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، المجلد 22، العدد 2، 2007.
- 8- د. عبدالله الخشروم، شركة الشخص الواحد في قانون الشركات الأردني لسنة 1997 والقوانين المعدلة لسنة 2003، دراسة مقارنة، مجلة المنارة، جامعة آل البيت، المجلد 11، العدد 3، الأردن ، 2005.

9- عبدالكريم عثمان آدم أبكر، أحكام شركة الشخص الواحد في القانون السوداني، دراسة مقارنة، مجلة الدراسات العليا، جامعة النيلين، المجلد (14)، العدد (1-55) يونيو 2019.

10-د. كريمة كرم، شركة الشخص الواحد محدودة المسؤولية، الإطار القانوني للمشروعات المتوسطة والصغيرة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014.

11-لمياء حلمي أبو جابر، افلاس شركة الشخص الواحد، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط ، كلية الحقوق، 2014.

12-د. محمد إبراهيم الوسمي، د. فاطمة عبدالله الشريعان، شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة وماهية ضمانات دائني الشركة وفقا لقانون الشركات الكويتي رقم (1) لسنة 2016، دراسة قانونية مقارنة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر، السنة 42، العدد 4، ديسمبر 2018.

13-د. محمد بهجت قايد، شركة الشخص الواحد محدودة المسؤولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.

14- مصطفى السبع سمية، المؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة، رسالة ماجستير، جامعة عبدالحميد بن باديس مستغانم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، يوليو 2019.

15- د. ناريمان عبدالقادر، الأحكام العامة للشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة الشخص الواحد، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 1992، ص 192.

16- د. هشام مصطفى محمد ابراهيم، النظام القانوني لشركة الشخص الواحد في ضوء الفقه العربي والمقارن، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2017.

17- د. هيووا إبراهيم الحيدري، شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.

18- ياسر هشام عبداللطيف، النظام القانوني لشركة الشخص الواحد، دراسة تحليلية مقارنة، دراسة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الأزهر بغزة، كلية الحقوق، 2019.

19- د. يسرية محمد عبدالجليل محمد، النظام القانوني لشركة الشخص الواحد في القانون البحريني، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية، جامعة الاسكندرية، كلية الحقوق، العدد الثاني، 2011.

ثالثاً: المراجع باللغة الأجنبية:

1- DRAGAN(R-J) A Single member Company –

Convenient or Not for the founder” Facta Universities Series:

Economic and Organization vol, No 3, 2005.

2- PERRET(A), L'entreprise unipersonnelle a responsabilité limitée: la Société unipersonnelle these. Paris 1, 1990,

3- XINJIANG(W), Regulation on Merger and Division of Foreign funded Enterprises; the first legislation in China Westlaw,2012