

جامعة الإسكندرية  
ALEXANDRIA  
UNIVERSITY



# مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

مجلة علمية فصلية محكمة

العدد الثاني ٢٠١٠



مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية

---

مجلة علمية فصلية محكمة

---

العدد الثاني 2010



## 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 : [journal.law@alexu.edu.eg](mailto:journal.law@alexu.edu.eg)

رقم التصنيف الدولي 1687-1901

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 و من 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 التغطاي 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 إذن كتابي 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 (بنط 14 - الهامش 12 - طول الكتابة بالصفحة 21سم- عرض الكتابة بالصفحة 12.5)
- 13- يرفق بالبحث بيانات عم البحث الاسم/ العنوان/ التليفون/ 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 الشاطبى - الإسكندرية - جمهوريه مصر العربية.

## محتويات العدد

	<b>أبحاث في القانون المدني:</b>
٢٣-١١	● المعايير العلمية واجبة الاحترام في مجال الطب أ.د/ السيد محمد عمران
٧٣-٢٥	● مدى مسؤولية المهندس الاستشاري في الضمان العشري في قانون المعاملات المدنية الاتحادي د/ علي احمد صالح المهداوي
٩١-٧٥	● النظام القانوني لاجازة المرضية في قانون العمل الاردني د/ هيثم حامد المصاروة
١٦٣-٩٣	● تقييم موقف التشريع و القضاء الامارتيين من بعض مسائل المسؤولية عن الفعل الضار. د/ عدنان ابراهيم سرحان
٢٣٧-١٦٥	● تكميل العقد (دراسة مقارنة) د/ اسامة احمد بدر
	<b>أبحاث في القانون الجنائي:</b>
٣٥٤-٢٣٩	● استقلال النظام القضائي المصري والواقع و المامول أ.د/ فتوح الشاذلي- د./كريم الشاذلي
٤١٨-٣٥٥	● قانون مكافحة الاتجار بالبشر في مصر وحماية حقوق الانسان قراءة مقارنة لاهم اساسيات احكام القانون ٦٤ لسنة ٢٠١٠ بشأن مكافحة الاتجار بالبشر في مصر د/ فايز محمد حسين محمد
٤٦١-٤١٩	● مكافحة الارهاب واحترام حقوق الانسان د/ ميهوب يزيدي
	<b>أبحاث في القانون الإداري:</b>
٤٨٧-٤٦٣	● التحكيم في العقود الادارية ا.د/ محمد رفعت عبدالوهاب
٥٢٦-٤٨٩	● دور هيئة الرقابة التحقيقية بين النظر والتطبيق دراسة مقارنة في نظام تاديب الموظفين السعودي د/ خالد خليل الظاهر
٥٩٢-٥٢٧	● الرقابة القضائية لضمان مبدأ الشريعة في المملكة العربية السعودية - دراسة مقارنة د/ خالد خليل الظاهر
٦٦٢-٥٩٣	● القضاء الاداري في ميزان التخصص القضائي دراسة خاصة بمحكمة الاحزاب د/ محمد مصطفى عبدالعليم – الصافي السيد عباس- حسين السيد حسن

٧٦٧-٦٦٣	<p><b>أبحاث في القانون التجاري:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• دور الوكيل الإلكتروني في التجارة الإلكترونية Electronic Agent دراسة في ضوء احكام اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية ٢٠٠٥ د/ شريف محمد غنام</li> </ul>
٩٠٨-٧٦٩	<ul style="list-style-type: none"> <li>• محاكم التجارة في القانون الفرنسي د/ سحر عبدالستار امام يوسف</li> </ul>
٩٤٨-٩٠٩	<ul style="list-style-type: none"> <li>• الجوانب القانونية لعقد الامتياز التجارى (الفرنشايز) د/عبدالهادى محمد الغامدى</li> </ul>
١٠٦٥-٩٤٩	<ul style="list-style-type: none"> <li>• حوكمة الشركات المقيدة بسوق الاوراق المالية د/ محمد ابراهيم موسى</li> </ul>
١١٥١-١٠٦٧	<p><b>أبحاث في العلوم الاقتصادية:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• غسل الاموال من خلال مبدا سرية الحسابات المصرفية - دراسة مقارنة د/ سوزى عدلى ناشد</li> </ul>
١٢٤٥-١١٥٣	<ul style="list-style-type: none"> <li>• مدى توافر متطلبات النظام الضريبي الجيد بالنظام المصري للضرائب على الدخل وفقاً للقانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ د. عاطف وليم أندراوس</li> </ul>
١٣٦٤-١٢٤٧	<p><b>أبحاث في القانون البحري:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• إستعداد أجهزة النقل البحري في المملكة العربية السعودية تقنياً، قانونياً، إدارياً، لإستخدام سند الشحن الإلكتروني د.سوزان علي حسن – د. رجاء يحيى أحمد الشريف</li> </ul>
١٣٩٧-١٣٦٥	<p><b>أبحاث في فلسفة القانون وتاريخه:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• فلسفة القانون وتظرية العدالة Legal philosophy and Theory of justice د.فايز محمد حسين محمد</li> </ul>

## المعايير العلمية واجبة الاحترام فى مجال الطب

الأستاذ الدكتور/ السيد محمد عمران

أستاذ القانون المدنى

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

### تمهيد وتقسيم

قضت كل من محكمة النقض المصرية والفرنسية أن العقد الذى يتم بين الطبيب والمريض يوجب على الأول، أن لم يكن بطبيعة الحال الالتزام بشفاء المريض ، فعلى الأقل أن يبذل له عناية تتمثل فى الجهود الصادقة اليقظة المثقفة، فى غير حالة الظروف الاستثنائية، مع الأصول العلمية الثابتة، أو على حد تعبير البعض، تتفق مع المعطيات العلمية المكتسبة أو الحالة (المعاصرة). ولكن قد يقال أن الطبيب لا يعرف أصول علمية ثابتة ، والتاريخ شاهد على ما قبر فى الطب من نظريات كانت تعتبر فى حينها من المعطيات العلمية الواجب إتباعها ، فكيف يجبر، إذن طبيب على إتباع حقائق اليوم التى قد تصبح أخطاء الغد ؟

بيد أن هذا الاعتراض ينطوى، على حد قول البعض، "على كثير من المغالاة فلا شك أن الطب، وحكمه فى ذلك حكم العلوم والفنون الأخرى، يشمل أصولاً ثابتة ومسلمة على الأقل فى فترة معينة من حياة العلم أو الفن. هذه الأصول يعرفها أهل العلم ولا يتسامحون مع من يجهلها أو يتخطاها ممن ينتسب إليهم ، لهذا يلجأ القضاة إلى الخبراء لتقدير ما إذا كان زميلهم قد جهل تلك الأصول أو تخطاها "

هذه الصيغة قد استقر عليها القضاء وأدرجت فى الاتفاقات الطبية وفى بعض التشريعات وبنظرة متأنية إلى الأحكام التى صدرت بشأن المسؤولية الطبية يظهر لنا بوضوح أن عبارة محكمة النقض الفرنسية ليست إلا تعبيراً عن المضمون القانونى لهذه الصيغة.

هذه الصيغة لم يقصد بها، بطبيعة الحال، الأحاطة بكل الالتزامات، التى تقع على عاتق الطبيب، إنما توضح بصفه عامه نوع هذه الالتزامات وحدودها ، لذا يجب على الطبيب أن يتصرف " وفقاً للمعطيات العلمية، أو، طبقاً للقواعد المنظمة

للممارسة الطبية " وهذا يقتضى تحديد المضمون الفنى للالتزام الطبيب وفقاً لهذا، أو هذين المعيارين فى مبحثين :



المبحث الأول : الممارسة العملية والعادة الطبية ( ما يجرى عليه العمل ) و  
المضمون الفني لإلتزام الطبيب .  
المبحث الثاني : المعطيات العلمية المكتسبة والحالية أو المعاصرة والمضمون  
الفني لإلتزام الطبيب .

### المبحث الأول الممارسة العلمية والعادة الطبية ( ما يجرى عليه العمل ) والمضمون الفني لإلتزام الطبيب

قد يقع الخلط بين ما يسمى بالممارسة العملية *la pratique* وبين  
العادة الطبية *I,usage* ، أو ما يجرى عليه العمل ، لما يجمعها من جانب عملي  
، مع أن التفرقة بينهما واجبة ، خاصة إذا عرفنا أن الممارسة العملية قد تتعدل ،  
وقد تلغى ويحل محلها ممارسات عملية أخرى أكثر تطابقاً مع المعطيات العلمية  
والفنية الحديثة، بعكس العادة الطبية التي تتصف بالإستقرار ، بل وبصفة  
العمومية والتجريد إذا ما تحولت الى عادة قانونية .  
فضلاً عن ذلك ، فإن أهمية التفرقة بين الممارسة العملية وبين  
ما يجرى عليه العمل ، أى العادة الطبية ، تبدو مفيدة لمعرفة أى من هذين  
المعيارين إذا ما خولف يرتب مسئولية الطبيب . وهو ما نعرض له فى مطلبين.  
المطلب الأول : العادة الطبية *L usage* أو ما يجرى عليه العمل .  
المطلب الثاني : الممارسة العملية *pratique* الطبية .

### المطلب الأول العادة الطبية أى ما يجرى عليه العمل

العادة أنواع : فهناك العادة الواقعية *Usage de Fait* التي توافرت  
على صفات القدم والثبات، وعدم المخالفة للمعقول أو للأداب العامة أو للمبادئ  
الأساسية التي يقوم عليها قانون البلد، وهناك ما يسمى بالعادة الاتفاقية

usage Conventionnel وهى تلك التى توفرت على الشروط السابقة، ويأخذ بها المتعاقدان فى إتفاقيهما صراحة أو ضمناً، وتصبح جزءاً من العقد، وتكون ملزمة لهما كسائر محتويات العقد بإعتباره شريعة المتعاقدين، دون أن يكسبها ذلك صفة القاعدة القانونية.

أما العادة المهنية الطبية، أى التى تنظم ما جرى عليه العمل المتعلق بالناحية الفنية الطبية، والتى تتميز بخاصية الحركة والتطور، فإنها تختلف عن العادة القانونية التى تشكل عرفاً يرتبط بالطب الانسانى وتتصف بالعمومية والتجريد، وبالتالي تفرض على كل الأطباء.

بيد أن الاحالة إلى العادة الطبية لا تمر دون لبس أو خلط كما شاهدناه فى بداية عرضنا للعادة فالازدواجية واللبس حول مفهوم العادات يوجدان كذلك فى الإلتزام الطبى.

وأياً كان الأمر، فإنه يقصد بالعادات المهنية الطبية هنا الممارسات اليومية لمعطيات التطور العلمى التى يأتيها الأطباء عن إدراك فالعادة الطبية تتولد من خلال ممارسة مناهج تشخيص أو طرق علاج معينه، ولن تظهر هذه العادات إلا بالتدريج، وإن كانت تتعدل باستمرار نتيجة مايسجل عليها من ملاحظات، وما يتم بشأنها من بحوث، وما يكشف عنه العلم من أدوية وطرق فنية جديدة.

ومما لا شك فيه أن اللجوء إلى العادات المهنية يؤدي دوراً مهماً فى مجال الإلتزام بالمعطيات العملية المكتسبة، بحيث يكون الأصل هو عدم إعتبار الطبيب مخطئاً إذا التزم فى عمله بالعادات الطبية المتبعة، لأن هذا هو السلوك المألوف من رجل المهنة الوسط وبالتالي يكون من الطبيعى أن يستعين القاضى، عند تقدير سلوك الطبيب، بالعادات المهنية المتبعة فى مجال عمله، إذا أن الطبيب الوسط لا يفعل أكثر من جعل سلوكه مطابقاً لهذه العادات.

ومع ذلك، فقد ذهب بعض أحكام القضاء الفرنسى إلى أنه لا يكفى أن يكون سلوك الطبيب مطابقاً للعادات المهنية كى يعفى من المسئولية، متى كانت هذه العادات تتعارض مع قواعد التبصر والحيطه أو كانت غير قائمة على ضمانات كافية.

وجدير بالذكر أن الفقيه تانك قد أنتقد هذا الاتجاه الأخير، لانه يخالف المادة ١١٣٧ من التقنين المدنى الفرنسى التى تحدد مضمون التزام المهني على أساس ما يفعله المهني الوسط وهو لا يفعل أكثر من جعل سلوكه مطابقاً للعادات المهنية. وقد أبدت أحكام لاحقه رأى الفقيه تانك لأن الاتجاه الذى أنتقده

تأكد يمثل رجوعاً إلى الموقف المنتقد لبعض المحاكم التي كانت لا تقم مسؤولية الطبيب عن عمله الفني إذا كان خطأه يسيراً، بل كانت تشترط لمسئولية الطبيب أن يكون خطأه جسيماً.

فالعادة الطبية تعد أحد المعايير التي يتعين على الطبيب احترامها وعدم الخروج عليها، وإلا عد مخطئاً. وهو مطابقه القضاء على قواعد التقويم والوسائل الفنية المعتمدة بخصوص الولادة الصناعية .. إلخ. فقد إيدت محكمة النقض الفرنسية قضاء الموضوع الذي اعتبر قواعد التقويم قد "شكلت منذ زمن طويل فكرة تقليدية" وبالتالي، لم تلتفت المحكمة إلى طلب الطبيب بتحديد ما إذا كان الوسيلة الفنية التي استخدمها في التقويم تتصل "بالممارسة العملية المطبقة" *pratique Consacrée* أم أنها "تشكل جزءاً من المعطيات العلمية لحظة استخدام الطبيب لها"، بل حكمت بإدائه لمخالفته "الإلتزام بوسيلة الذي يتطرق بطرق التقويم الحديثة التي يلتزم بها في مواجهة مريضة". وهذه الطرق يجب أن تفهم، من الآن فصاعداً على حد تعبير محكمة النقض الفرنسية، بأنها عادات قانونية *Usages Juridiques*.

كذلك يعتبر الفقه الفرنسي، بصفة عامه، أن الوسائل الفنية المعتمدة بخصوص الولادة الصناعية ... إلخ. تكشف عن عادات طبية. بيد أن إختلاف وجهات النظر بين الأطباء الممارسين أمثل هذه المسائل تجعلنا نتساءل عما إذا كنا أمام عادات، أم مجرد ممارسات عملية لا مضمون لها، فإذا اعتبرت الممارسة العملية فارغة المضمون، فإن الخروج عليها لا يشكل أى خطأ يؤاخذ الطبيب بسببه، فما مدى صحة ذلك؟ هذا ما نستوضحه من المطلب التالي:

### المطلب الثاني

#### الممارسة العملية الطبية

قد يقع الخلط بين العادة الطبية والممارسة العملية في مجال الطب، ويرجع ذلك إلى أن الثانية تعتبر الأساس في وجود الأولى، حيث تنشأ العادة الطبية من ممارسة طبيب لسلوك معين مع إطار العمل به. ومع ذلك، فإن الممارسة العملية تختلف من طبيب إلى آخر، ومن مذهب طبي إلى آخر. وهذا يقتضى التفرقة بينهما لما في ذلك من أهمية تظهر على المستوى الفقهي والقضائي.

فالممارسة العملية في مجال الطب تعنى التطبيق العملى للقواعد والمبادئ، فهي عبارة عن طريقة مباشرة. وإذا كانت العادة الطبية هي، أيضاً، طريقة مباشرة إلا أنها طريقة مباشرة مع الاستقرار *Manière D agir avec Contance* وعلى ذلك يتمثل الفارق بينهما في عنصر الزمن، أي في عنصر الاستقرار والثبات.

ويعتبر الأستاذ تانك *M. Tune* أن العادة هي الممارسة أو التطبيق العملى الخاص بمهنة من المهن، أو على الأقل بإقليم من أقاليم الدولة، منذ زمن ليس بالقريب أما الممارسة الفردية من جانب الطبيب فلا ترقى إلى مستوى العادة الطبية حتى ولو طبقت من قبل البعض لعدم إتصافها بالإطراد والاستقرار، وإختلافها من طبيب إلى آخر.

حقيقة توجد العديد من الممارسات العملية الصادرة من كبار الأطباء وتتعلق إما بطرق العلاج والتشخيص، وإما بالمخاطر أو الانعكاسات أو التناقضات التي تترتب على طرق معينة للعلاج، ومع ذلك، فإنها لا تشكل عادات طبية، وإنما مجرد ممارسات عملية، لعدم إتصافها بالقدم والثبات.

من ناحية أخرى، يساعد التمييز بين العادة الطبية والممارسة العملية على تفسير الغموض وإزالة التناقض الذي يكتنف بعض أحكام القضاء، حيث يحرص القضاء بطريقة لا تخلو من اللبس، في بعض الأحيان، على تأكيد إستقلاله في تفسير وتقدير ومراقبة العادات. وقد أفضى به هذا الموقف إلى شئ من التناقض، فتارة يعتبر الطبيب مخطئاً لعدم إتباعه عادة معينة، وتارة يعتبره مخطئاً لإتباعه عادة أخرى.

ولعل سبب هذا التناقض يكمن في أن القضاء لم يميز بدقة بين العادة الطبية والممارسة العملية. لذا يبدو من المفيد التفرقة بينهما، لما للقضاء من سلطة تقديرية بالنسبة لهذه الأخيره أكثر مما له بالنسبة للولى، ولما تتطلبه الممارسة العملية من حرص خاص من جانب الطبيب في إختيارها وإستعمالها في ضوء المعطيات العلمية القائمة.

وهنا نأتى للتساؤل الذي طرحناه من قبل: ألا يمكن إعتبار الطبيب غير مخطئ إذا خرج عن الممارسات العملية، أو إذا أتى ممارسة عملية تخالف عادة طبية ثابتة، ولكنه أثبت أنه قد بذل العناية الواجبة؟

في حقيقة الأمر لا نجد، حسب إعتقادنا، من قال بمسئولية الطبيب الذي يخالف ممارسة عملية، بل أنصب الحديث على مخالفة الطبيب لإلتزامه بإحترام

"القواعد المنظمة للممارسة العملية الطبية" السارية لحظه إتيانه الفعل الذي خالف به تلك القواعد.

وعلى ذلك، لا تقوم مسؤولية الطبيب إذا لم تكن الإحتياطات اللاحقة المطالب بها متوافرة، أو الاستعمال السيئ لجهاز من أجهزة الطب، أو التفسير المعيب أو الناقص لبيانات جهاز إستقبال المراقبة.

ووفق ما ذهب إليه القضاء "فإن قواعد الممارسة الطبية تصبح واجبه الاحترام عندما تتجاوز مرحلة التجارب العلمية وتدخل فى الممارسة العملية الدائمة والمستمرة" ولكن يلاحظ أنه لا يقصد بالوجوب، هنا، الوجوب القانونى، بل يقصد به "أن توجد ممارسة مستمرة، وأن تكون قواعد الممارسة هذه مدونة فى مؤلفات علم الأمراض الموجودة تحت تصرف الأطباء والحكيمات والمرضات منذ سنين عدة" ويأخذ نفس الحكم "الطريقة الطبية الثابتة منذ زمن طويل وتطابق المعطيات العلمية المكتسبة .

وعلى ذلك، لا يرتكب الطبيب خطأ إذا رفض "تطبيق طريقة مازالت قليلة الانتشار ولم تدخل فى الممارسات العملية المستمرة والدائمة، ولم تعط النتيجة شبه المؤكدة التى تعطيها اليوم" ويأخذ نفس الحكم "الممارسة الفردية حتى ولو كانت تستخدم من قبل البعض وكذلك الحال بالنسبة" للممارسات الظنية" فلا يرتكب الطبيب خطأ إذا ضرب صفحاً عن إكتشاف جراحى يأخذ به جانب من العلم الطبى .

بيد أنه يتعين مراعاة أن الالتزام بإحترام "القواعد المنظمة للممارسة الطبية" لا يتعارض مع مبدأ حرية التوصيف والتشخيص المعترف به للطبيب، فإذا كان للطبيب أن يختار وسيلة للعلاج من بين هذه الوسائل أو تلك، خاصة بعد تجاوزها مرحلة التجريب العلمى، وبعد أن أصبحت من ضمن قواعد الممارسة العملية الثابتة، فإن للطبيب أن يستخدم أسلوباً جديداً أقل خطورة، أو أن يستخدم أسلوباً مخالفاً لطريقة لم يعد معمولاً بشأنها لكونه أسلوباً هجر بسبب مخاطرة، أو بالأحرى، بسبب عدم فعاليته نتيجة جهل هذا الطبيب أو إهماله، أو أن يصف علاجاً قديماً مع أن التقدم العلمى فى مجال الدواء قد ألغاه لمضارته وخطورته" فلا تقوم مسؤوليته فى الحالات الأولى دون الثانية .

وعلى ذلك، ينبغى ألا نقرر، فى جميع الأحوال، دون تمييز، مسؤولية الطبيب، ونطالبه أن يكون ملتزماً بمطابقة سلوكه للعداات الطبية. والحقيقة كما يراها البعض أن الطبيب الذى يفضل أسلوباً فى التطبيق العلمى مخالفاً بذلك عادة ثابتة يمكن إفتراض خطاه ، ومع ذلك يمكنه محض هذه القرنيه بإثبات أنه

بذل العناية الواجبه وأنه أعتد في ممارسته العملية على معطيات علمية دقيقة وجادة .

فالممارسة العملية يجب أن تطابق، من حيث الواقع، المعطيات العلمية. وإذا أجريت مقابلة بين الممارسة العملية والنظرية لوجدت بعض الاختلافات: فالممارسة العملية تقترض المعرفة، كما أنها تتطور بالضرورة تحت تأثير المعطيات العلمية الجديدة مثلما تتطور هذه الأخيرة تحت تأثير العادات الطبية. لذا يمكن القول بأن الممارسة العملية تبدو تابعة للمعطيات العلمية. وهذه الأخيرة هي ما نعرض لها في المبحث التالي :

### المبحث الثاني المعطيات العلمية المكتسبة والحالة والمضمون الفني لإلتزام الطبيب

إذا كانت المعطيات العلمية لا تنشئ معياراً قانونياً *Une Norme Juridique* أو معياراً توجيهياً *Une Norme Directive* فإنها تنشئ من حيث الواقع، قاعدة علمية تقديرية وعلى هدى هذه القاعدة الأخيرة يتعين على الطبيب أن يسترشد بالمعطيات العلمية لمراعاة وإحتمالات المرض. وإذا كان النموذج أو القالب الواجب الأحرار، وفقاً للحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية في ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦، هو المعطيات العلمية المكتسبة *Les donnees acquise par la Science* فإن حكم محكمة النقض المصرية الصادر في ٢١ ديسمبر سنة ١٩٧١ قد ألزم الطبيب "أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق، في غير الظروف الاستثنائية، مع الأصول المستقرة في علم الطب".

ولكن هل معنى وجوب إتفاق جهود الطبيب مع الأصول العلمية الثابتة أنه يجب على كل طبيب أن يلم بما يعلمه كل طبيب آخر، وان يطبق العلم كما يطبقه غيره من الأطباء؟ ومن ناحية أخرى هل يقتضى وجوب إتساع علم الطبيب لتلك الأصول هو تقييده أم ماذا؟ ذلك، فإن مهنة الطب كغيرها من المهن يجب أن تترك لمن يزاولها قدراً من الأستقلال في التقدير والعمل يتناسب وحرية المهنة... أن الطبيب لا يعمل كالآلة، والمرضى ليسوا كالمثليات، يقوم

الواحد منهم مقام الآخر... فكيف ينتظر من طبيب حتى في نفس المستوى المهني لطبيب آخر أن يحتذى خطاه دائماً بحجة أن جهودهما يجب أن تتفق وأصول العلم الثابتة أو المكتسبة !!!".

"ما نظن محكمة النقض قصدت ذلك بحكمها، وكل ما ترمى إليه تلك المحكمة هو أن هناك حداً أدنى في مزاولة مهنة الطب لو إنحدر عنه الطبيب إعتبر منه ذلك إغفالاً أكيد لواجبات مهنته..."

"ومن ناحية أخرى ما نظن محكمة النقض قصدت بوجوب إتباع أصول العلم الثابتة أو المكتسبة أن تفرض على الأطباء الجمود والجبن في مزاولة مهنتهم، وإلا بقيت تلك الأصول ثابتة، أبد الدهر، مع أنه ما من علم قبرت له من النظريات وولدت له منها كعلم الطب". وكل ما تقصده محكمة النقض، على حد قول البعض "هو أن الطبيب متى عرضت له حالة من الحالات التي تدخل تماماً في الحدود المرسومة والتي وضع لها العلم حلاً نلت الخبرة على صلاحيته ملزم بإتباع ذلك الحل التقليدي حتى لا يعرض المريض بالخروج عليه لخطر لا مبرر له. أما إذا عرضت له حالة لا تدخل تماماً في تلك الحدود، فهنا يكون له حق المفاضلة بين النظريات المختلفة ليختار وسيلة العلاج التي يراها أكثر مناسبة للحالة التي بين يديه"

"على أنه قد تعرض له حالة من تلك الحالات التي يحار فيها نطس الأطباء، فلا يجد أمامه أصولاً ثابتة، أو تقاليد مرعية يسير على منهاجها، فهنا يكون عليه أن يسير الحالة طبقاً لما تقتضيه مصلحة المريض، ولا يكون ذلك حتماً بقلب الأوضاع الثابتة للعلم والفن، وإنما بتحويرها بحيث تتفق وما تتطلبه الحالة، فإن لم يكن في الأصول الطبية المعروفة ما، يمكن القياس عليه فلا حرج على الطبيب في أن يجرب علاجاً جديداً قد يكون فيه شفاء المريض. وهذا النوع من التجديد هو الذي يمتاز به الطبيب الناهض على زميله الخامل، أن جهود الطبيب في غير حالة الظروف الاستثنائية يجب أن تكون متفقه مع الأصول العلمية الثابتة. والمقصود بالظروف الاستثنائية هي تلك الظروف الخارجية التي تحيط بعمل الطبيب كظرف السرعة في العمل، أو حرمان الطبيب مما يقتضيه التطبيق السليم لقواعد العلم والفن: فالطبيب الذي يستدعى في حالة وضع في قطار، أو الذي يفاجأ على غير سابق علم منه بحالة تتطلب تدخلاً عاجلاً تقتضيه ضرورة إنقاذ مصاب من خطر داهم، له أن يخرج على الأصول العلمية الثابتة بقدر ما تفرضه عليه الظروف، وإن كان هناك مجال لتطبيق قاعدة الضرورات تبيح المحظورات فهذا مجالها".

وجدير بالذكر ، فقد ظهر، فى القضاء التالى لعام ١٩٣٦ وبصفه خاصة إبتداء من لحكم الفرنسى الصادر من محكمة النقض فى ٢٠ فبراير ١٩٤٦، مسمى آخر يتمثل فى " المعطيات العلمية الحالة أو المعاصرة". وهو مسمى يفضله البعض لما يتضمنه من مفهوم متحرك للعلم يتعين على الطبيب أن يلم به غير أن البعض الآخر يخشى أن يحل المسمى الجديد محل فكرة المعطيات العلمية المكتسبة ، وهو أمر لا تخفى عواقبه إذا سيلقى على القاضى عبء الإهتمام عن قرب بتطور المعطيات العلمية.

ومع ذلك، فإن تحليل أحكام القضاء يبرهن على وجود المسميين. معاً، إذن يتعلق الأمر بنوعين من المعطيات العلمية ينطبقان على أفعال مختلفة: ففكرة المعطيات الحالة تعتبر، على ما يبدو، المرجع المتعلق بتشخيص المرض، أما المعطيات العلمية المكتسبة فترتبط بالأحرى، بقرار العلاج. وهو ما نعرض له فى مطلبين:

المطلب الأول: المعطيات العلمية الحالة أو المعاصرة وتشخيص

المرض .

المطلب الثانى : المعطيات العلمية المكتسبة ووصف العلاج .

### المطلب الأول

#### المعطيات العلمية الحالة أو المعاصرة

#### " تشخيص المرض "

إن الرجوع إلى المعطيات العلمية الحالة، كضابط لتحديد خطأ الطبيب الموجب لمسئوليته، إنما يتم فى شأن تشخيص المرض. هذا التشخيص من جانب الطبيب لحالة المريض يمثل مهمة على جانب كبير من الدقة، حيث يحاول الطبيب معرفة المرض ودرجة خطورته وتطوره وجميع ما يحيط به من ظروف المريض وحالته الصحية العامه والأمراض التى أصابته من قبل والتأثيرات الوراثية.

ولذلك يعرف التشخيص بأنه ذلك الجزء من الفن الطبى الذى يهدف إلى

تحديد طبيعة المرض، ووضعه فى الإطار المحدد له.



ولكى يتمكن الطبيب من هذا التشخيص يتعين عليه، وفق ما ذهب إليه القضاء، أن يحيط نفسه بالوسائل الفنية، من فحوص وأشعة وبحوث مخصصة للوصول إلى هذا التشخيص للأمراض، وإلا انعقدت مسؤليته عن الأضرار التي تلحق بالمريض نتيجة الخطأ في التشخيص.

حقيقة أن الطبيب لا يلتزم إلا ببذل عناية، وحقيقة أن الغلط في تشخيص المرض لا يشكل خطأ في ذاته، ما لم يكن غلطاً فاحشاً؛ فإذا كان يغتفر للطبيب أن يتجاهل طريقة في الفحص لم يستقر الرأي على نجاحها، فإنه لا يفهم كيف لا يسأل إذا وجد أمام حالة يثق فيها التشخيص ولم يستعمل كل الوسائل الفنية التي يوصى بها العلم الحديث، بطبيعة الحال، في الكشف عن نوع المرض.

وعلى ذلك، لا يغتفر للطبيب، مثلاً، أن يهمل طريقة الفحص الميكروسكوبي والتحليل بأنواعها والتصوير بالأشعة كلما كان ذلك لازماً لصحة تقديره وبتقنين رأيه، ولا يخليه من وجوب الالتجاء إلى هذه الطرق وغيرها إلا أن تكون ظروف الحالة مانعة له من الانتفاع بها؛ كما لو كان بعيداً عن أي مكان يستطيع إتمام هذه الصور والتحليل فيه، أو كانت الحالة أخطر من أن تحتمل أي تأجيل في البت برأى في طبيعة الداء ونوع الدواء.

إن الالتزام بالمعطيات العلمية الحالة في تشخيص المرض يتفق مع تقنين آداب مهنة الطب. فالتقنين الفرنسي لأداب مهنة الطب يوضح للطبيب كيفية تأسيس تشخيصه للمرض "وذلك بان يبذل من العناية والدقة ما يبذله الطبيب الوسط، وأن يخصص للتشخيص الوقت اللازم وأن يستعين في كل الظروف الممكنة بالوسائل الفنية والطرق العلمية المناسبة وأن يطلب العون والمساعدة كلما اقتضى الأمر ذلك"

إذن يكون الطبيب، وخاصة فيما يتعلق بتشخيص الأمراض، مدعوا لاستخدام الوسائل الفنية والطرق الأكثر حداثة. والفرض أنها أكثر وضوحاً مما يسمى بالمعطيات العلمية المكتسبة، اللهم إلا إذا كانت تمثل خطراً، وهنا يتعين عدم اللجوء إليها، لأن الغلط في تشخيص المرض *L'erreur de diagnostic* تكون نتيجة الطبيعة هو وصف علاج غير مطابق، وإمكانية تقاوم المرض، وتعرض المريض لآلام فقدته "فرصة الحياة" وهو ما سطرته بعض الأحكام.

إن الأحالة إلى المعطيات العلمية الحالة أو المعاصرة، كميّار لتحديد خطأ الطبيب الموجب لمسؤوليته، وإن كان يمثل فائدة لمصلحة المريض من

ناحية تشخيص المرض، فإنه يفيد كذلك الطبيب عن طريق إستبعاد مسؤليته لكونه قد أحترم المعطيات العلمية الحالة أو المعاصرة.

## الطلب الثاني المعطيات العلمية المكتسبة ( وصف العلاج )

لما كان هدف الطبيب هو شفاء المريض، لذا يتعين عليه الا يخرج على المعطيات العلمية حال وصفه العلاج له. وهنا نتساءل عن الوقت الذي تصبح فيه هذه المعطيات مكتسبة ومعروفة ويجب احترامها؟

حتى تصبح المعطيات العلمية كذلك يتعين أن تكون محلًا للنشر . ولن تكون صالحة للنشر إلا عندما ينعقد مؤتمر تالياً للأفعال المثارة لبسطها وتقريرها وإدراجها في المؤلفات الطبية.

فالمعطى الطبي *donne medical* لا يكون معطاً علمياً مكتسباً، على حد قول العميد كاربونييه، إلا بمقدار الترحيب به من قبل الغالبية المعتبرة للراى العلمى، وهى مسألة واقع "فبدلاً من حصر الرؤوس، فإن الأمر يتعلّق بتقدير قوة التيار".

حقيقة أن العلوم الطبية تقدم لنا كل يوم وسائل متنوعة لمعالجة كل مريض، وحقيقة أن هذا التنوع يفتح الباب أمام الطبيب للاختيار من بين الوسائل التى أمامه ما يراه أكثر فاعلية فى شفاء المريض، وأكثر ملاءمة لحالته، ولكن يظل الطبيب، مع ذلك، ملزماً بالآلا يتجاوز الحدود المفروضة بواسطة القواعد العامة للحنر واليقظة. فالعلاج الذى يقع عليه إختيار الطبيب يجب أن يكون مقبولاً فى مجال العلوم الطبية والمعطيات العلمية.

وعلى ذلك ، حكمت محكمة السين بان واقعة قيام الطبيب برعاية طفل بطريقة معينة بدلا من أخرى لا يشكل مسؤلية لعدم قيام الدليل على أن إستعمال هذه الطريقة فيه خروج على المعطيات العلمية المكتسبة.

فالتبيب ليس ملزماً بإتباع الطريقة التى يتبعها، حتى غالبية الأطباء، طالما أن الطريقة التى يطبقها تتفق مع القواعد الطبية المعروفة، وطالما أنها تركز على المعطيات العلمية المكتسبة. بل أكثر من ذلك، فإن الطبيب لا يسأل،

عند قيامه بالعلاج المقدم وفقاً للأصول العلمية عن الآثار السيئة التي تحدث نتيجة لهذا العلاج . ولكن تقوم مسؤليته إذا ثبت وجود خطأ من جانبه. وهذا الخطأ يستنتج عادة من الأهمال الذي حدث من جانب الطبيب عند قيامه بعمله. إذن يتعين على الطبيب إذا ما تم له تشخيص المرض وبدأ في علاج المريض أن يعرض قراره طبقاً للمعطيات العلمية المكتسبة ، كما أوضح نضاه النقض صراحة.

ومع ذلك فإن التزام الطبيب باحترام المعطيات العلمية المكتسبة لا يستبعد التطبيق الحصيف للمعطيات العلمية الحالية أو المعاصرة. ولذا، يجب إستبعاد كل "دوجماتيقية" أى كل تعصب لهذه المعطيات أو تلك، لأن العلوم الطبية، كما ذكرنا، تقدم لنا كل يوم وسائل متنوعة ومتجددة فى موضوع العلاج، وإذا ما طلب من الطبيب أن يحترم فحسب المعطيات العلمية المكتسبة مع عدم بحثه عن الجديد فى عالم الطب لا تنهى به الأمر إلى التحجر وعدم مسابرتة للتطورات وقد يكون فى ذلك مضرة بالمريض.

هذا التطبيق الحصيف للمعطيات العلمية الحالية أو المعاصرة يستلزم المعطيات العلمية المكتسبة هو ما يوافق مبادئ تقنين آداب مهنة الطب، التي توصى الطبيب أن يرتاب فى "الممارسات العملية الجديدة" التي لا يمكن "أن تواجه إلا بناء على دراسات بيولوجية ( إحيائية ) وافيه، وتحت مراقبة دقيقة، خاصة، إذا كان العلاج الذي تدور حوله هذه الدراسات يمثل فائدة مباشرة لمريض".

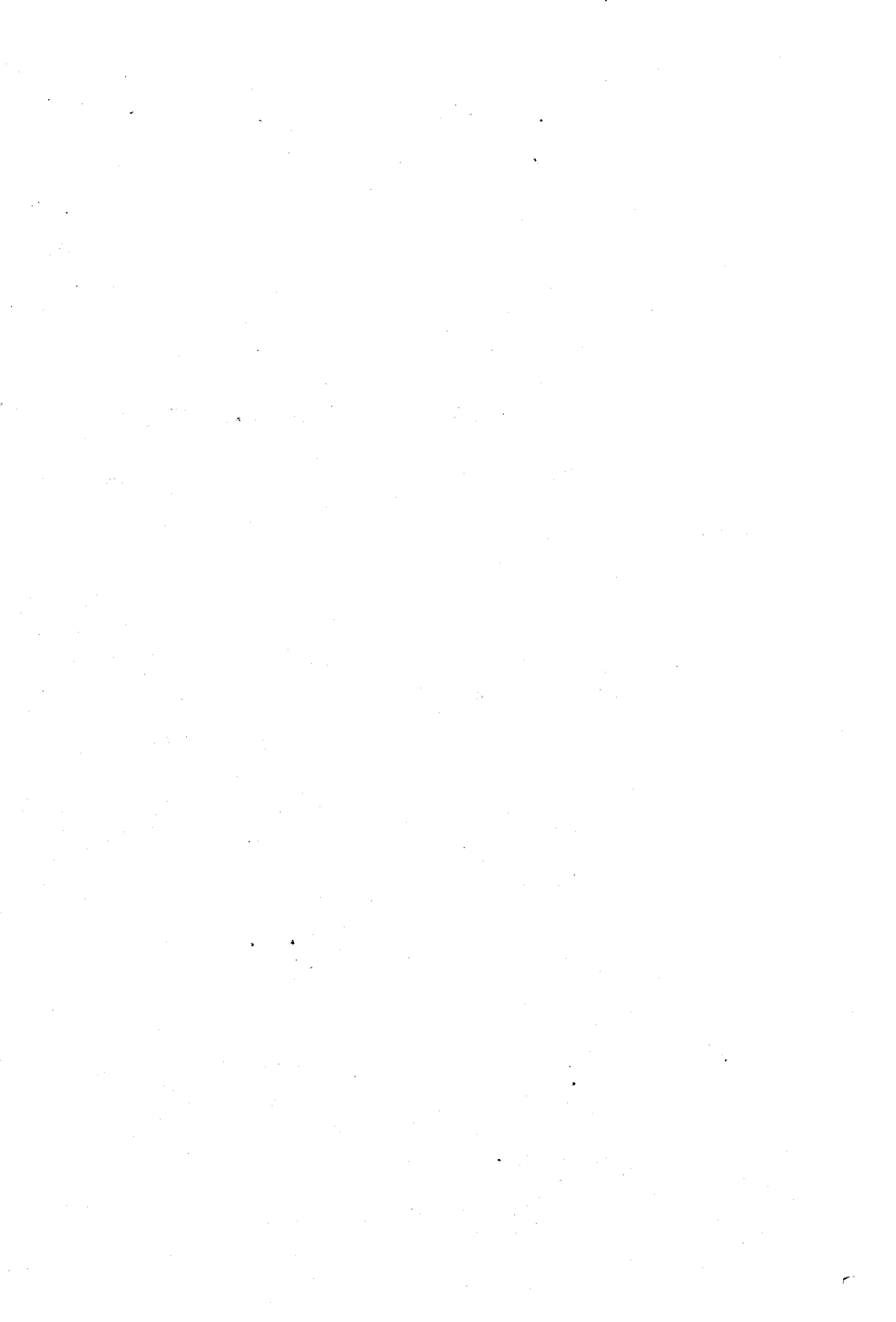
فضلاً عن ذلك، فإنه يتعين على الطبيب أن يرتاب فى الوسائل الفنية غير الكافية من حيث الاختبارات التي أجريت لها أو عليها، والسبب فى ذلك أن المهنة الطبية وليدة الضرورة، ولا يتصور أن يكون للطبيب حق التصرف فى أجسام الناس وعقولهم وأرواحهم دون أن يتقيد هذا الحق بفائدة المريض، ومصصلحة المريض تأبى تعرضه لخطر علاج لا مبرر لها.

وحتى تظل طريقة العلاج التي اتبعها الطبيب بعيدة عن أى نقاش من جانب المحاكم، فإن ذلك الأمر مقيد بضرورة مراعاة التقدم الذى حدث فى مجال العلاج الطبي. وإذا كان من المستحيل على الطبيب أن يتابع التطورات التي حدثت فى مجال علم الطب، فعلى الأقل يلزمه أن يكون على معرفة بالطرق الهامة التي أستحدثت، لأن التصرف بطريقة مخالفة، ولجونه إلى طرق فى العلاج تخلى عنها أقرانه، من شأنه أن يؤدي إلى قيام مسؤليته.

يجب، إذن، على الطبيب أن يوازن بين أخطار العلاج وأخطار المرض وفقاً للمعطيات العلمية المكتسبة. فإذا كانت الحالة ميؤوساً منها كان للطبيب حرية واسعة في اختيار وسيلة العلاج التي يرى فيها الانتقال الأخير لحياة المرض، إذا أن هذه الوسيلة لن يكون لها من الأخطار أكثر من خطر المرض نفسه، ونتيجته الطبيعية هي الوفاة. وفي هذه الحالة لا يسأل الطبيب عن إحترامه للمعطيات العلمية المكتسبة.

وعلى العكس، إذا لم يكن المرض يهدد حياة المريض بالخطر فإن حرية الطبيب في اختيار العلاج تضيق، ويتعين عليه أن يراعى المعطيات العلمية المكتسبة، وبالتالي يكفى أن يكون في العلاج خطر ما على حياة المريض ليحتتم إستبعاده.

وجدير بالذكر أن هذه الموازنه التي يتعين أن يفصل فيها الطبيب برأى ليست من الأمور الهينة، لما تنطوى عليه من عناصر هي على قدر كبير من الدقة في التقدير. هذه المسألة، أي مسألة التقدير من القاضى لمدى إحترام الطبيب للضوابط العلمية المشار إليها في الفصل الأول، هي محل الدراسة في الفصل التالى.



**مدى مسئولية المهندس الاستشاري في الضمان العشري  
في قانون المعاملات المدنية الاتحادي**  
الدكتور / علي أحمد صالح المهداوي  
أستاذ القانون المدني المشارك  
كلية القانون - جامعة الشارقة

**مقدمة**

المسئولية المدنية من المواضيع المتجددة في تطبيقاتها لارتباطها بواقع الحياة المتجدد في صورته، ومن هذه الصور مسئولية المقاول والمهندس الناشئة عن تدهم البناء كلياً أو جزئياً أو حتى تعييبه، والتي نصت عليها القوانين، واستقر غالبها على تحديد مدة الضمان فيها بعشر سنوات من تاريخ تسليم البناء، ومنها قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥م المعدل بالقانون رقم ١ لسنة ١٩٨٩م في المادة ٨٨٠ منه، ونصها: (١. إذا كان محل عقد المقاولة إقامة مبان أو منشآت ثابتة أخرى يضع المهندس تصميمها على أن ينفذها المقاول تحت إشرافه كانا متضامنين في التعويض لصاحب العمل عما يحدث خلال عشر سنوات من تدهم كلي أو جزئي فيما شيدها من مبان أو أقاماه من منشآت وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته إذا لم يتضمن العقد مدة أطول. كل ذلك ما لم يكن المتعاقدان قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات. ٢. ويبقى الالتزام في التعويض المذكور ولو كان الخلل أو التدهم ناشئاً من عيب في الأرض ذاتها أو رضي صاحب العمل بإقامة المباني أو المنشآت المعيبة. ٣. وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسليم العمل) <sup>١</sup>.

<sup>١</sup> . وهي تقابل المادة ٦٥١ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م، والمادة ٧٨٨ من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦م، وقد جاء إطلاق لفظ المهندس دون تقييده بالمعماري في القانون الأردني في المواد ٧٨٨ - ٧٩٠ و ٧٩٧، ومن =

وبموجب منطوق الفقرة الأولى من النص المتقدم فإنه يشترط لقيام مسؤولية المهندس عن التهديم أو التعيب في البناء أن يضع المهندس تصاميم البناء وأن يشرف على تنفيذها من قبل المقاول.

وقد يتبادر إلى الذهن أنّ المسؤولية المذكورة تقتصر على المهندس المعماري، اعتباراً بالتزامه بوضع تصميم البناء والإشراف على تنفيذه وفاقاً لها بحسب ما تقتضيه قواعد وضوابط المهنة المبنية على قواعد معرفية تخصصية، ونظراً للنص عليه في المادة ٦٥١ من القانون المدني المصري، بحسب ما جاء في مطلع الفقرة الأولى منها: (يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات ..)، وما تمّ تأكيده في المادة ٦٥٣ من القانون نفسه بالنص على: (يقع باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحدّ منه) ، إلا أنّ ورود كلمة " المهندس " في نص المادة ١/٨٨٠ في قانون المعاملات المدنية بصيغة العموم الدال عليه دخول " ألد " عليها، والمفرد المحلى أو المعرف بـ " ألد " الاستغراق يعم في أفرادها<sup>٢</sup>، يتعارض وهذا التبادر الذهني في تخصيص المعنى في المهندس المعماري، ذلك أن تخصيص أعمال البناء بحسب مقتضياته من تصاميم وفحص تربة وتصاميم التأسيسات الكهربائية وتوزيعها على الوحدات والأجزاء المشتركة في البناء المشترك، وتصاميم التبريد والتدفئة وتوزيع المياه وصرفها .. كلها تصاميم هندسية يقوم بوضعها أو بوضعها وبالإشراف على تنفيذها مهندسون متخصصون لا

---

= المعلوم أنّ قانون المعاملات المدنية قد اقتبس أكثر نصوص مواد من القانون المدني الأردني.

٢ . مصطفى إبراهيم الزلمي والباحث، أصول الفقه في نسجه الجديد وتطبيقاته في التشريعات القانونية وخاصة القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦م، المركز القومي، الأردن، ط١/١٩٩٩م، ص ٣٠٤.

يصدق عليهم كلهم وصف المهندس المعماري<sup>٣</sup>، وهي تصاميم تقوم عليها سلامة البناء وديمومة بقاءه والغاية من إنشائه، على خلاف تصاميم الديكورات الداخلية فهي من حيث الأصل لا تأثير لها على سلامة البناء وديمومة بقاءه، وإن كان للديكورات الخارجية أثره على سلامة المارة وسلامة البناء من التهدم الجزئي أو التعيب.

وإذا كانت التصاميم الجزئية داخلية في نطاق التصميم الكلي للبناء لأنها من مكوناته فلا ريب أن مسؤولية من يضع التصاميم الكلية أعم وأشمل من مسؤولية غيره من المهندسين، كما أن مسؤولية من يقدم الرأي باعتباره صاحب خبرة متقدمة في مجال التشييد والبناء أولى بالاعتبار، وذلك هو محل بحث مسؤولية المهندس الاستشاري. ولكن في مسؤوليته تفصيل مبني على تحديد نطاق التزاماته التعاقدية مع رب العمل، وصفته في العقد، ومدى التزامه عن الغير، هذا فضلاً عن موجبات المسؤولية التصيرية.

وقد يردّ على هذا التمييز بالقول أن المهندس المعماري ملزم بالمشورة، بل "أن الالتزام بتقديم المشورة موجود وثابت في العلاقة بين

<sup>3</sup> . جاء في مطلع المادة ٦ من نظام تسجيل معاملات البناء اللبناني: (يعتبر مهندساً مسؤولاً وفقاً لهذا النظام كل مهندس معماري أو إنشائي مسجل في النقابة، ومن ضمن المهندسين الذين تسمح لهم اختصاصاتهم وشهاداتهم وأوضاعهم المهنية بتعاطي البناء حسب قوانين وأنظمة النقابة شرط أن يكون اسمه وارداً في اللائحة المناسبة من اللوائح المعتمدة من قبل مجلس النقابة ..). نقلاً عن المهندس لطف الله الحاج، المسؤولية عن البناء الواقع والمرتجى، المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الثاني "المسؤولية المهنية للمحامين والمهندسين"، منشورات الطلبي الحقوقية، بيروت، ط٢٠٠٤/٧، ص ٢٦٠. ويتقديراً أن المراد بالمهندس الإنشائي في النص المتقدم هو المهندس الاستشاري، ثم إن ردف ذلك بالتخصصات الهندسية الأخرى ظاهر في شمول المسؤولية كل مهندس أياً كان اختصاصه الهندسي في المسؤولية متى كان لعمله أثر في تشييد البناء وسلامته وديمومته.



المهنيين ورب العمل في مجال التشييد والبناء "٤، وبالتالي لا حاجة للقول أن تخصيصه بالنص في القانون المصري يبين ما عليه عمل المهندس الاستشاري<sup>٥</sup> ونرى خلاف ذلك لأمرين رئيسيين، أحدهما أن التزام المهندس المعماري المرتبط مع رب العمل بوضع التصاميم والإشراف على تنفيذها بتقديم المشورة التزام تبعية وليس التزاماً أصلياً، بخلاف التزام المهندس الاستشاري بتقديم المشورة فهو التزام أصلي وليس تبعياً<sup>٦</sup>، من حيث إنها محل التزام المهندس الاستشاري وسبب التزام رب العمل أو العميل في عقد الاستشارة المبرم مع المهندس الاستشاري، والثاني أن ماهية العقد تختلف عادة اعتباراً باستقلالية المهندس الاستشاري<sup>٧</sup> في أداء عمله عن رقابة

٤ . سمير عبد السميع الأودن، مسئولية المهندس الاستشاري والمقاول في مجال العقود المدنية وعقد تسليم المفتاح، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤م، ص ٢٣.

٥ . وإطلاق لفظ المهندس المعماري بما يقصد به المهندس الاستشاري ظاهر في المراجع الآتية: المهندس الاستشاري محمد ماجد خلوصي، العقود الهندسية المحلية والدولية، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ٢٠٠٣م، ص ١٨ و ٢١ و ٢١٠ - ٢١٢، محمد ماجد خلوصي، أصول التحكيم في المنازعات الهندسية والتحكيم في القوانين العربية، دار قابس، بيروت، ١٩٩٦م، ص ٦٥ و ٦٩ و ٧١ و ٧٧، فتحة قررة، أحكام عقد المقاوله، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٢م، ص ٤٢ - ٤٥ و ١٤٩ ما بعدها، و ٢١٩ وما بعدها.

٦ . سمير الأودن، المرجع السابق، ص ٢٣.

٧ . يفيد بعض أصحابنا من المهندسين الاستشاريين، وقد مارس مهنة الهندسة لمدة تزيد على ربع قرن، أن المهندس المعماري باعتبار تخصصه العلمي الدقيق مرتبط بوضع التصاميم والمرتسمات، أما ما يتعلق بالأساس وقياساته وأوزان الحديد وكميات الأسمنت ومواد الإنشاء المستعملة والمقاييس والأبعاد والمؤشرات الأخرى التي يقوم عليها التصميم فهي من اختصاص المهندس المدني المختص بالتشييد، وعلى أساسها يقوم المعماري بعمله في وضع التصميم، وأن المهندس الاستشاري ذو رتبة متقدمة في الخبرتين العلمية والعملية على المهندس المعماري علمياً وكذلك في سجل النقابة، وأنه كان يطلق قديماً على المهندس المختص بأعمال التشييد والبناء لفظ "المعمار" دون تمييز في الاختصاص أو الرتبة في النقابة، وقد يكون هذا هو الدافع وراء تقييد لفظ المهندس بالمعماري في القوانين التي شرعت في فترة الأربعينات إلى الستينات من القرن الماضي، بخلاف القوانين التي شرعت بعد تلك الفترة فإنها اكتفت بلفظ "المهندس" دون تقييده بوصف المعماري، وهو الأصح عند أهل الاختصاص.

وتوجيه وإشراف العميل، وسيأتي بيان ذلك مع بعض التداخل في صفة الاستقلالية سندا لطبيعة العقد لاحقاً.

وبسبب التشعب المتقدم ذكره، وبسبب تقيّد كثير من البحوث في هذا النطاق بمسئولية المقاول والمهندس المعماري، حصرت البحث في مسؤولية المهندس الاستشاري في الضمان العشري. وقد قسمت البحث فيه، بعد هذه المقدمة الموجزة، إلى ثلاثة مباحث وخاتمة، بحسب الآتي:

المبحث الأول: ماهية عقد الاستشارة الهندسية وطبيعته القانونية.

المبحث الثاني: مسؤولية المهندس الاستشاري بالضمان العشري.

المبحث الثالث: مقترحات في تطوير مسؤولية المهندس الاستشاري.

الخاتمة: نتائج البحث والتوصيات

## المبحث الأول

### ماهية عقد الاستشارة الهندسية وطبيعته القانونية

إن تحديد مفهوم عقد الاستشارة الهندسية يعدّ مقدّمة لتحديد طبيعته القانونية، وبالتالي صفة المهندس الاستشاري فيه، وفي ضوء ذلك تم تقسيم المبحث إلى مطلبين، وبحسب الآتي.

## المطلب الأول

### مفهوم عقد الاستشارة الهندسية

يقيم الفقه عقد الاستشارة على أساس تحديد محل الالتزام، فإذا تعيّن أنه تقديم المشورة كان العقد عقد استشارة، واعتباراً لذلك تمّ تعريفه بأنه: (العقد الذي يكون الالتزام الأساسي ومحل الأداء الرئيسي فيه هو تقديم

المشورة)<sup>٨</sup>، وهذا بطبيعة الحال تعريف عام غير مخصص بعقد الاستشارة الهندسية، قد تمّ التركيز فيه على تحديد محل الالتزام في العقد وهو تقديم مشورة.

وَعُرِفَ عَقْدُ الاستشارة بصورة أكثر تفصيلاً بالقول بأنه: (اتفاق بين طرفين أحدهما مهني، يقال له الاستشاري، متخصص في فرع من فروع المعرفة المهنية، يلتزم بمقتضاه في مواجهة الطرف الآخر، يقال له العميل أو ربّ العمل، في مقابل أجر متفق عليه أن يقدم استشارة ودراسة، هي أداء من طبيعة ذهنية، من شأنها أن تؤثر بطريقة فعالة في توجيه قرارات العميل)<sup>٩</sup>. وهذا التعريف بالرغم من التفصيل فيه فهو كالتعريف السابق عام في عقود الاستشارة، بمعنى أنه غير مختص بعقد الاستشارة الهندسية وإن دخل العقد في عموم التعريف، إلا أنه تعريف أبرز سمة الاستشاري بأنه مهني متخصص، وأبرز الغاية من المشورة "سبب العقد" بالقول "من شأنها أن تؤثر بطريقة فعالة في توجيه قرارات العميل"، فضلاً عن بيانه لخاصية من خصائص العقد وهي أنه عقد ملزم للجانبين.

وبهذا السياق تمحور تعريف عقد الاستشارة الهندسية على محور الالتزام الرئيسي للمهندس الاستشاري، وهو التزامه بالمشورة باعتباره التزاماً أصلياً وليس التزاماً تابعاً، وأنّ هذه المشورة يلتزم بأدائها لرب العمل خبير توصف خبرته بأنها متقدمة في مجال التشييد والبناء، وأنها سابقة على تنفيذ البناء أو المشكلة موضوع المشورة، وأنّ تنفيذ البناء أو حلّ المشكلة يتم وفقاً لها.

فجاء تعريف الاستشارة الهندسية بأنه: (عقد محله الالتزام بتقديم الاستشارة الهندسية المطلوبة من المهندس الاستشاري بمقابل أجر معين، بعد دراسة وتحليل المعلومات المقدمة مسبقاً من طالب الاستشارة، مراعيًا في ذلك الأصول المهنية للعلم والتخصص، بهدف مساعدة العميل على اتخاذ

<sup>٨</sup> . حسن حسين البراوي، عقد تقديم المشورة، دار النهضة العربية، ١٩٩٨م، ص ٥٢.

<sup>٩</sup> . البراوي، مرجع سابق، ص ٥٦.

قرار معين في مواجهة مشكلة معينة<sup>10</sup>. وهذا التعريف وإن ابرز صفة العقد أنه عقد رضائي، وأنه عقد معلوض، وملزم للجائين، وأن محله رأي ومشورة مقدمة من مهندس استشاري في مجال التشييد والبناء، وأن الغرض منها حل مشكلة، إلا أنه ترد عليه أمور ثلاثة، أحدها أن الغرض في عقد الاستشارة الهندسية غالباً ما يكون في مواجهة واقعة مستقبلية أو مشكلة قائمة، وليس بالضرورة في مواجهة مشكلة قائمة.

وثانيها أن حصر التزام المهندس الاستشاري بتقديم المشورة فقط أمر يعارضه الواقع، فبالرجوع لنص الفقرة الأولى من المادة ٨٨٠ من قانون المعاملات المدنية المتقدم نكرها وبعد اطلاعي على عقود صادرة من بعض أبرز مكاتب الاستشارة الهندسية في دولة الإمارات العربية المتحدة تبين لي ثبوت النص فيها على محل التزام المهندس الاستشاري بعبارة " على أن يقوم الطرف الثاني - أي المهندس الاستشاري - بإتشاء وإنجاز وصيانة كامل المشروع المكون من .."، وذلك بالرغم من ورود بنود العقد على إسناد تنفيذ المشروع أو البناء إلى مقاول، ويحمل هذا على أن التزام المهندس الاستشاري يتفرع إلى إعداد الدراسة والمشورة وتقديمها لرب العمل وإلى وضع التصاميم والرسوم الهندسية وإلى الإشراف على تنفيذ المقاول لالتزامه المحدد في عقد الاستشارة الهندسية، والعرف مبين لطبيعة العقود<sup>11</sup>.

وثالثها أن الخبرة جاءت مطلقة فيه، والأصل أنها خبرة متقدمة تقوم على عنصرين؛ الخبرة العلمية والخبرة العملية، وليس الخبرة العلمية كما يفيد ظاهر التعريف.

10 . محمد سعد خليفة، عقد الاستشارة الهندسية في مجال التشييد والبناء، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤م، ص ٢٣.

11 . ويرى أهل الاختصاص الهندسي الاستشاري من أصحابنا أن في مجالات معينة لا يمكن من الناحية العملية تنفيذ المشروع إلا من قبل الشركة الهندسية من حيث هي جهة هندسة استشارية ووضع تصاميم وتنفيذ ملازمين للاستشارة، وهي لا تتعاقد على غير هذا الوجه، كما هو الحال في الشركات المتخصصة بإتشاء مفاعلات نووية، وهي قليلة على الصعيد العالم، وكذلك شركات إتشاء مصانع سيارات .. ونحو من ذلك.

وفي تحديد درجة الخبرة المطلوبة في المهندس الاستشاري جاء في المادة ٢١ من نظام المكاتب والشركات الهندسية الأردني رقم ٣١ لسنة ١٩٨٩م: (لغايات هذا النظام يشترط فيمن يصنف كمهندس رأي في النقابة بهذه الصفة ما يلي:

١. أن يكون قد مارس المهنة ممارسة فعلية لا تقل عن ١٥ سنة<sup>١٢</sup> بعد حصوله على الشهادة الجامعية الأولى، شريطة أن يكون قد أمضى مدة لا تقل عن ٨ سنوات من هذه المدة في ممارسة الاختصاص الذي يطلب تصنيفه فيه.

٢. أو أن يكون قد مارس المهنة ممارسة فعلية مدة لا تقل عن ١٠ سنوات بعد حصوله على شهادة الاختصاص العليا في الهندسة، شريطة أن يكون قد أمضى مدة لا تقل عن ٥ سنوات من هذه المدة في ممارسة الاختصاص الذي يطلب تصنيفه فيه.

٣. أن يكون قد تحمّل بنجاح بارز مسؤولية تصميم أو إدارة مشروع هندسي كبير لتصنيفه كمهندس رأي.

٤. أن لا تكون له علاقة بأي من أوجه النشاط التجاري أو الصناعي أو المقاولات التي تتصل بصورة مباشرة بالاستشارة المتخصصة أو العامة التي يمارسها.

٥. أن يتمتع بصفات الشمول والتطلع للأمور والنظرة المستقبلية للمهنة ومتابعة تطورها وغير ذلك من الصفات الذاتية التي تضيف على طالب التصنيف شخصية مميزة بالعلم والخبرة والكفاءة).

<sup>12</sup> وحددت المدة بعشرين سنة في المادة ٢ من قرار وزير الري المصري رقم ١٦٨٤ لسنة ١٩٧٢م. أنظر: هاشم علي الشهبان، المسؤولية المدنية للمهندس الاستشاري في عقود الإنشاءات، دار الثقافة، عمان، ط١/٢٠٠٩م، ص ٣٠-٣١.

فكانت الخبرة العلمية محددة بموجب النص المتقدم بالحصول على الشهادة الجامعية الأولى أو شهادة الاختصاص العليا وأن يكون المهندس الاستشاري ملماً للأمر والنظرة المستقبلية للمهنة ومتابعاً لتطورها. أما الخبرة العملية فقد حددت بممارسته الفعلية لمهنة الهندسة مدة لا تقل عن ١٥ سنة بعد حصوله على الشهادة الجامعية الأولى في الهندسة، وبما لا تقل عن ١٠ سنوات بعد حصوله على شهادة التخصص العليا في الهندسة. وهاتان المدتان لا تعطيه الحق في أن يكون مهندس رأي " استشارياً " ما لم تشتمل على مدة ٨ سنوات ممارسة فعلية في الحقل الهندسي الذي يريد أن يصنف فيه مهندساً استشارياً، وهذا فيمن حصل على الشهادة الجامعية الأولى، ومدة ٥ سنوات في حقل التخصص فيمن حصل على شهادة التخصص العليا.

ومما تقدم يتبين أن مجرد الخبرة العلمية وحدها وإن علت لا تكفي لتصنيف صاحبها مهندساً استشارياً، وكذلك الحكم في الخبرة العملية المجردة عن الخبرة العلمية المقيدة بالحصول على شهادة جامعية متخصصة، كحد أدنى. فكانت المشورة في عقد الهندسة الاستشارية هي المنفرعة عن خبرة متقدمة مبنية على اكتساب معرفة متخصصة وممارسة فعلية في نطاق تلك المعرفة لمدة محددة قانوناً.

وفي ضوء ما تقدم نرى أن عقد الاستشارة الهندسية: (عقد بين مهندس ذو خبرة علمية وعملية واسعيتين في أعمال التشييد والبناء، يعرف بالمهندس الاستشاري، وبين العميل، يلتزم بمقتضاه وباستقلالية بتقديم استشارة ودراسة وفق ضوابط المهنة إلى العميل في مقابل أجر، من شأنها اتخاذ العميل قراره وفاقاً لها في مواجهة واقعة مستقبلية أو مشكلة قائمة، ما لم يمتد التزامه إلى وضع التصاميم الهندسية والإشراف على تنفيذها من قبل مقاول). وفي ضوء هذا التعريف قد يقتصر التزام المهندس الاستشاري على تقديم المشورة والدراسة وقد يمتد إلى التزامه بوضع التصاميم والرسوم الهندسية وفاقاً لدراسته والإشراف على تنفيذها من قبل مقاول، وبذلك تم التفصيل في التزامات المهندس الاستشاري على أن لا يخلو العقد

بأي حال من المشورة، فهي محل التزامه، وإن أمكن خلو العقد من متابعة التنفيذ والإشراف عليه.

واشترط التنفيذ من قبل مقاول قيد أفاد أن التنفيذ غير داخل في مفهوم الاستشارة الهندسية وبالتالي فهو ليس من اختصاص المهندس الاستشاري ولا يدخل في التزامه بموجب عقد الاستشارة من حيث هو عقد استشارة هندسية مجرد من أي اتفاقات إضافية أو تابعة.

### المطلب الثاني

#### الطبيعة القانونية لعقد الاستشارة الهندسية

صفة المهندس الاستشاري في عقد الاستشارة الهندسية مستمدة من تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد، وإنّ تحديد صفة المهندس الاستشاري في العقد مقدمة لتحديد دوره في الضمان العشري، إذ هو مبني على تحديد طبيعته أو صفته المفضية إلى تحديد مدى مسؤوليته في ذلك الضمان.

وقد انحصرت الآراء الفقهية في تحديد طبيعة عقد الاستشارة

الهندسية في خمسة اتجاهات، هي:

١. أن العقد عقد وكالة: وحجة أصحاب هذا الرأي تقوم على أساس أن المهندس الاستشاري يؤدي عمله باستقلالية ولكن لحساب موكله " العميل"، وأن العقد قائم على الاعتبار الشخصي، وكذلك هو حال عقد الوكالة. ولكن هذا الرأي يصطدم بسمات عقد الوكالة الأخرى، وأبرزها أن المهندس الاستشاري لا يمثل العميل قانوناً، وأن عقد الاستشارة الهندسية عقد ملزم للجانبين بدليل أن آثاره تنصرف لطرفيه بخلاف عقد الوكالة التي تنصرف آثاره إلى الموكل<sup>١٣</sup>، وقد نصت المادة ٩٥١ من قانون المعاملات المدنية: (١. يلتزم الموكل بكل ما يترتب في ذمة الوكيل من حقوق بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معاداً. ٢. ويكون مسؤولاً

13. أنظر: محمد سعد خليفة، مرجع سابق، ص ٣٠.

عما يصيب الوكيل من ضرر بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً ما لم يكن ناشئاً عن تقصيره أو خطئه)، كما أن عمل المهندس الاستشاري لا يوصف بأنه تصرف قانوني بل عمل مادي<sup>14</sup>. وقد نصت المادة ٩٢٤ من قانون المعاملات المدنية: (الوكالة عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخصاً آخر مقام نفسه في تصرف جائز معلوم)، هذا فضلاً عن كون عقد الهندسة الاستشارية عقد معاوضة. وبما تقدم يبعد القول بأن عقد الاستشارة الهندسية عقد وكالة. ويرى البعض أن عقد الاستشارة الهندسية قد يكون عقد وكالة في حال كان الأساس من التعاقد تمثيل المهندس الاستشاري العميل في إجراء تصرفات قانونية<sup>15</sup>. ولا تتفق مع هذا الرأي اعتباراً بأن التوكيل المذكور ليس من ماهية عقد الهندسة الاستشارية، للاختلاف في طبيعة العقد والمحل والغاية منه، وإذا وقع العقد بحسب ما ذكر كان مركباً من عقدي الاستشارة الهندسية والوكالة<sup>16</sup>.

٢. أن العقد عقد إذعان: يبني أصحاب هذا الرأي رأيهم على أساس التفاوت في الخبرة بين طرفي العقد مما يجعل أحدهما في مركز قوي، وهو المهندس الاستشاري، والثاني في مركز ضعيف، وهو العميل، بما يجعل الأخير مضطراً للقبول بالشروط المقررة مسبقاً من قبل المهندس

14 . أنظر: هاشم الشهبان، مرجع سابق، ص ٤٤.

15 . سمير عبد السيد تناغو، نظرية الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ٧٧. أقول: يفيد بعض أهل الاختصاص من أصحابنا بأن المهندس الاستشاري كثيراً ما يحرص على إضفاء صفة نيابته عن رب العمل أو العميل ويثبتها بالنص عليها صراحة أو بشكل ظاهر في عقده مع العميل، وذلك محاولة للتخلص من أعباء المسؤولية وخاصة التضامنية، بحجة أنه يمثل رب العمل، وبحسب قواعد الوكالة فإن آثار العقد تضاف إلى الأصل لا إلى الوكيل، بمعنى أنه نوع تحايل على القانون.

16 . يقول ملجد خلوصي في أصول التحكيم في المنازعات الهندسية، مرجع سابق، ص ٦٦، بأن تخويل المهندس سلطة النيابة عن رب العمل " ليس من شأنه أن يغير طبيعة العقد ... فهذا العقد يظل مقولة ولا يتقلب إلى وكالة ".



الاستشاري في عقد الاستشارة الهندسية، وهو عقد نمونجي عادة<sup>17</sup>. وأرى أن هذا الرأي توسع في مفهوم السلعة أو الخدمة الضرورية التي يحتاجها الجمهور، وهو الذي قامت عليه فكرة الإذعان في عقود الإذعان من جانب، فالحق الاستشارة الهندسية بالخدمة الضرورية التي يحتاجها الجمهور، وهذا غير مسلم به، ثم أن فكرة المساواة بين الجمهور المقتر إلى السلعة أو الخدمة الضرورية من خلال التعامل معهم بعقود تحمل نفس الشروط<sup>18</sup> غير لازمة في عقود الاستشارة الهندسية من جانب آخر، فالتفاوت بين العقود لأغراض المناقصة أمر وارد بل هو واقع، وإن أمكن القول أن المهندسين الاستشاريين محتكرون لخدمة تقديم المشورة، ولكن لا يكفي الاحتكار وحده لوصف العقد بأنه من عقود الإذعان، وإلا صدق هذا الوصف على جميع العقود التي يكون أحد أطرافها متخصصاً، سواء في المحاماة أو الطب أو الهندسة بجميع فروعها ونحوها من باقي التخصصات، وليس الأمر كذلك. كما أن وجود عقد نمونجي لا يكفي لوصف العقد بأنه عقد إذعان، ذلك أن الغرض منها تيسير التعامل ووحدة الأحكام بشئها، ويبقى لأطرافها العمل بها أو تعديل بعض شروطها، بمعنى أن العمل به غير واجب عليهم بخلاف ما عليه العمل في عقود الإذعان، ثم أن هذا الاتجاه حكم بعموم العقد النمونجي، وهذا العموم وإن كان وارداً في العقود الدولية، وهي منتشرة في مجالات منها التجارة الدولية، إلا أن هذا التعميم غير لازم في العقود الوطنية، يؤيد ذلك أن اتجاه قضاء محكمة تمييز دبي لم ير في عقد الفيديك "fidic" عقداً لازم للتطبيق

17 . انظر: حسان الدين الأهواني، مصادر الالتزام، مصر، بدون دلة نشر، ١٩٩٥م، ص ١٢٤، ميرفت ربيع عبد العال، عقد المشورة في مجال نظم المعلومات، القاهرة، ١٩٩٧م، ص ٩٤.

18 . وهذا المبدأ مقرر في المادة ١٤٥ من قانون المعاملات المدنية، بنصها: (القول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التمسيم بشروط متماثلة يضعها الموجب لامتثال صلته ولا يقبل مناقشة فيها).

على عقود المقاولات العامة بل ذهبت إلى كفاية الإحالة إليه لتقرير حصول الاتفاق على التحكيم، فبدون هذه الإحالة أو الاتفاق الصريح على أعمال عقد fidic فإنه لا أثر له في التزامات الأطراف، وفي ذلك جاء قول المحكمة: (من المقرر في عقد المقاولات الإشارة إلى أنه في حالة نشوب أي نزاع بين المقاول وصاحب العمل بشأن عقد المقاولات تتم تسويته طبقاً للشروط العامة للمقاولات " fidic " بما مفاده اتفاق الطرفين على التحكيم بشأن كافة النزاعات الناشئة عن الالتزامات الواردة في هذا العقد بغير حاجة إلى النص في عقد المقاولات على تفاصيل هذا الشرط اكتفاء بالإحالة إليه)<sup>19</sup>. وثبت فيما تقدم المفارقة لما عليه عقد الإذعان، ثم أن عقد الإذعان عقد لازم لطرفيه بخلاف عقد الهندسة الاستشارية فهو عقد غير لازم لطرفيه، فيستطيع أي طرف فيه التحلل من التزاماته بإرادته المنفردة، وإن التزم بدفع تعويض للطرف الآخر مقابل ما أصابه من ضرر جراء هذا العدول، ولا يلزم من تقرير التعويض طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية العقدية اعتبار العقد لازماً لطرفيه<sup>20</sup>. بل أن الأساس الذي أقام أنصار هذا الرأي رأيهم عليه غير مسلم به، وأقصد التفاوت بالخبرة بين المهندس الاستشاري والعميل، ذلك أن إبرام شركة مقاولات بناء أو مهندس استشاري موجود في الخارج مع مهندس استشاري موجود في بلد المشروع لا يخرج عن

19. الطعن رقم ٤٦٢ لسنة ٢٠٠٢ " حقوق "، مجموعة الأحكام " لمحكمة تمييز دبي "، دائرة العدل، دبي، ٢٠٠٣م، العدد الرابع عشر، الجزء الأول، ص ٢٥١- ٢٥٢.

20. وقد ذكر خلوصي في العقود الهندسية، مرجع سابق، ص ٢٥، حالات درج العمل على النص عليها في العقود الهندسية يكون للمهندس الاستشاري فيها إنهاء العقد، منها إفلاس الطرف الأول وتأخره عن اتخاذ قراراته كتابة فيما يعرضه عليه المهندس الاستشاري وكذلك تأخره عن سداد المستحقات المالية خلال مدة ٤٥ يوماً وتوقف الخدمات مدة تزيد على ٩٠ يوماً. وهذا بتقديرنا نوع توسع في صلاحيات المهندس الاستشاري في فسخ العقد دون أن يعقبه قيام مسؤوليته المدنية لتعلق الاتفاق على إنهاء العقد من قبله عند تحقق أحد الأسباب المبيحة لذلك في العقد، دون أن يخل ذلك بصفة العقد أنه غير لازم.

مفهوم عقد الاستشارة الهندسية، مع توفر الخبرة في طرفي العقد. وبالرغم من كل ما تقدم فقد يصدق على العقد أنه عقد إذعان في حالات يقتضيها الواقع لا على وجه الإطلاق متى توفرت عناصر الإذعان في العقد وأبرزها صفة الاحتكار<sup>٢١</sup>.

٣. أن العقد عقد بيع خدمات: يبدو أن أصحاب هذا الرأي بنو رأيهم على أساس أن عقد الاستشارة الهندسية عقد معاوضة ملزم للجائين، وهما من خصائص عقد البيع، وأن المحل وهو المشورة مال متقوم لذا يصلح مبادلتة بعوض، وعقد البيع يقوم على معنى المبادلة. ولكن هذا الرأي يصطدم بسمات عقد البيع الأخرى، ومنها أن عقد البيع عقد تملك، والمهندس الاستشاري يبقى مستثراً بالدراسة والمشورة التي قدمها للعميل بما يتيح له المعاوضة بها مع أكثر من عميل، والقول بانتقال الملكية يوجب منعه من ذلك، وإلا كان تصرفه موقوفاً على إجازة العميل اعتباراً بأنه تصرف بمال مملوك للغير<sup>٢٢</sup>. فحق العميل محصور في الحصول على المشورة واستعمالها في مواجهة واقع أو في حل مشكلة لا في تملك المشورة، ثم أن القول بأن محل العقد هو المشورة فيه مغالطة بتقديري بين محل العقد ومحل الالتزام، ذلك أن محل التزام المهندس الاستشاري هو تقديم المشورة أما محل العقد فهو المشروع الذي تنصب عليه المشورة، وعلى فرض أن محل العقد هو المشورة بحسب ما قرره أنصار هذا الرأي فإن هذا المحل وقت إبرامه غير معين بالنسبة للعميل أكثر من كونه مجرد مشورة، ويبقى تعيين المحل رهناً بما يراه المهندس الاستشاري بحكم خبرته المتقدمة، وهذا يقدر في اعتبار العقد عقد بيع الذي يقتضي تعيين المحل فيه تعييناً نائياً للجهالة

٢١. راجع الهامش رقم ١١.

٢٢. راجع المادة ٢١٣ من قانون المعاملات المدنية.

الفاحشة وإلا بطل العقد<sup>٢٣</sup>. كما أن اعتبار هذا الوصف في عقد تقديم خدمات، كالعقد مع محامي، يوجب القول بأن جميعها عقود بيع، وليس الأمر كذلك فيها فقهاً وتشريعاً. ثم أن عقد الاستشارة الهندسية عقد غير لازم لطرفيه، وذلك بخلاف عقد البيع فهو عقد لازم لطرفيه من حيث الأصل، هذا فضلاً عن أن التزام المهندس الاستشاري قد يمتد إلى وضع التصاميم الهندسية والإشراف على تنفيذها من قبل مقاول، ولا ينسجم بحال عندئذ القول أن الإشراف داخل في محل عقد بيع الخدمات إلا أن يكون العقد مركباً، وذلك يعقد المسألة مع ما جرى واقع العمل به من أن عقود الاستشارة الهندسية تتضمن هذا الالتزام، وهذا التركيب قاذح في تحديد طبيعة العقد من حيث هو عقد استشارة هندسية منفصل بطبيعته عن غيره من العقود باعتباره عقد قائماً بذاته مستقلاً عما سواه.

٤. أن العقد عقد مقاول<sup>٢٤</sup>: ويرى أنصار هذا الرأي أن عناصر عقد المقاول متوفرة في عقد الاستشارة الهندسية، فهو عقد رضائي وأنه من عقود المعاوضة وملزم للجانبين وأن محل الالتزام فيه القيام بعمل وأن المهندس الاستشاري يقوم بعمله دون رقابة وإدارة أو إشراف العميل، ولما كان الأمر كذلك في عقد الاستشارة الهندسية فهو عقد مقاول. وقد يؤيد هذا الاتجاه تنظيم قانون المعاملات المدنية التزامات المهندس ومسؤوليته ضمن عقد المقاول في باب العقود المسماة<sup>٢٥</sup>. وقد يُعارض هذا الرأي بالقول أن محل المقاول صنع شيء أو القيام بأعمال مادية بخلاف عقد الهندسة الاستشارية فإن محله ذات طبيعة ذهنية، وأن عقد

٢٣. نصت المادة ٢٠٣ من قانون المعاملات المدنية.

٢٤. عرفت المادة ٨٧٢ من قانون المعاملات المدنية عقد المقاول بالقول: (عقد المقاول عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر)، وهذا التعريف أغفل قيد أن المقاول يقوم بصنع الشيء أو أداء العمل محل العقد دون رقابة أو توجيه أو إشراف أو إدارة الطرف الآخر.

٢٥. راجع المواد ٨٨٠ - ٨٨٣ و ٨٨٩ من قانون المعاملات المدنية.

المقولة عقد لازم لطرفيه بخلاف عقد الاستشارة الهندسية فهو عقد غير لازم لطرفيه. ويمكن الردّ على ذلك بأن وصف العمل بالذهنى لا يمنع أن تكون أعماله مادية من كل وجه، اعتباراً بأن ما يقوم عليه العمل المادى عادةً في عقود المقولة هو الفكر التخصصى السابق عليه<sup>٢٦</sup>، خاصة وقد درجت عقود الاستشارة الهندسية، بحسب ما تقدم، على مدّ التزامات المهندس الاستشارى إلى الإشراف والصيانة، وذلك يوضح صفة المقاول فى المهندس، مع مراعاة الطابع الذى يميّز به عقد المقولة وهو تقديم عمل أو صنع شيء للعميل لا يخضع فيه المقاول لرقابة وإشراف وتوجيه العميل<sup>٢٧</sup>، وكذلك هو الحال فى عقد الاستشارة الهندسية، وإنّ كون عقد الاستشارة الهندسية غير لازم لا يعنى أكثر من توسيع فى سلطات طرفيه لما يقتضيه واقع التعامل، وذلك لا يقدر فى طبيعة العقد<sup>٢٨</sup>، كما لا يقدر فى لزوم عقد البيع دخول الخيارات التى تجعله غير لازم لطرفيه أو لأحدهما، ومنها ما يكون مصدره القاتون وهو خيار الرؤية.

٥. أنّ العقد له طبيعة خاصة مستقلة عن العقود المذكورة سابقاً: يذهب أنصار هذا الرأى إلى أنّ عقد الاستشارة الهندسية لما خالف العقود المعمّاة، وأنّ القوانين لم تخصص له تنظيمًا خاصاً، فلا يعتبر عقداً مسمى لذلك، فلم يبق إلا أنه عقد غير مسمى له طبيعة خاصة مباينة للعقود المتقدم ذكرها، فعقد الاستشارة الهندسية يقوم على تصور المهندس الاستشارى للمشروع أو المشكلة المطلوب حلها، ووضع

٢٦. أنظر: عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى القاتون المدنى، الجزء ٧ (المقولة والوكالة والوديعة والحراسة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١م، الفقرة ٦.

٢٧. أنظر: محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقولة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٢م، ص ٤٤.

٢٨. أنظر: شنب، المرجع السابق، ص ٤٤، حسن البرلوى، مرجع سابق، ص ١٢٤، محمد خليفة، مرجع سابق، ص ٣٨.

التصاميم والرسوم المناسبة لها، والتي تلبي حاجة العميل، وهذا هو الالتزام الأصلي للمهندس الاستشاري، وإن أعقبه التزام تبعية هو تسليم هذه التصاميم والرسوم للعميل، وهذا يقرب من الاستغلال في حق المؤلف وبراءات الاختراع<sup>29</sup>. أقول إن لازم هذا الرأي تطبيق القواعد العامة على عقد الاستشارة الهندسية من حيث هو عقد غير مسمى، وقد يكون هذا هو الدافع للبعض للقول أن هذا الترخيص لا يعدو كونه هروباً من مواجهة مسألة تكيف العقد بذريعة تطور المفاهيم الاقتصادية، وأنه لم يورد ما يعتبر مانعاً حقيقياً من إدراجه تحت مظلة أحد العقود المسماة الأكثر مناسبة له<sup>30</sup>. ثم إن عدم تسمية عقد الاستشارة الهندسية لا يلزم منه أنه عقد غير مسمى، ذلك أن النظر الفقهي في تحديد طبيعة العقد، أي التكيف، إذا كشف عن توفر عناصر أحد العقود المسماة في عقد الاستشارة الهندسية ضمّه إليه، وذلك معهود في تفسير العقود وفي الكشف عن الإرادة المشتركة لطرفي العقد، فلم يمنع الفقه القول بأن الوفاء الاعتياضي، على سبيل المثل، وهو من الوسائل المعادلة للوفاء عقد بيع فيما سوى الوفاء، وبالتالي ترتيب أحكام عقد البيع عليه لصديق حقيقة البيع عليه. وقد تقدم أن المشرع الإماراتي نظم التزامات المهندس بدون تقييده بوصف الاستشاري وكذلك مسؤوليته في عقد المقاوله وهو عقد مسمى، وبعبارة أخرى أن عقد الاستشارة الهندسية لم يرد النص على اسمه في التنظيم القانوني لعقد المقاوله الذي ضمّ المهندس إليه لا أن التنظيم القانوني الخاص لم يرد عليه، وأن القول بخلاف ذلك يجعل المهندس المعماري الوارد النص عليه في المادة ٦٥١ من القانون المدني المصري في عقد المقاوله أقوى في تأثيره في الواقع من المهندس الاستشاري، والأمر على خلاف ذلك اعتباراً بأن تأسيس المشروع وقيامه يقوم على المشورة. ثم أن هذا الرأي قصر محل التزام

29 . أنظر: الأودن، مرجع سابق، ص ١٩ وما بعدها.

30 . أنظر: هاشم الشهوان، مرجع سابق، ص ٥٩.

المهندس الاستشاري على تقديم المشورة مجرداً من أي محل آخر، وذلك محل نظر، اعتباراً بأن الواقع العملي في تنظيم عقود الاستشارة الهندسية تجاوز ذلك إلى الإشراف والصيانة، بحسب ما تقدم. وأرى أن الدافع وراء الآراء المتقدمة بما فيها الرأي الأخير هو حصر أنصارها التزام المهندس الاستشاري بتقديم مشورة مجردة من أي بُعد آخر، وتقدم أن عقود الاستشارة الهندسية في واقعنا العملي تشمل بوضوح على أن التزام المهندس الاستشاري فيها هو " إنشاء وإنجاز وصيانة كامل المشروع المكون من .."، فتعدى الأمر فيها مجرد تقديم مشورة، ولم يقدح ذلك في بقائه عقد استشارة هندسية.

### رأينا في الطبيعة القانونية لعقد الاستشارة الهندسية:

لما تقرر أن أبرز أسباب تنظيم عقود وتسميتها في القانون هو انتشارها وتأثيرها في النشاط الاقتصادي، وأن تنظيمها بنصوص جاء لمنع اختلاف الأحكام بشأنها تبعاً للاختلاف في الاجتهاد الفقهي والقضائي في مسائلها، وأن الاختلاف في الاجتهاد أمر طبيعي في المجتهدين على مرّ الأزمان وعلى اختلاف التشريعات ومصادرها، فإنّ اللازم لذلك اعتبار عقد الاستشارة الهندسية عقداً مسمى، لتوفر أسباب وحكمة تسمية العقود فيه. ولما لم ترد تسمية خاصة به من حيث لفظ " الاستشارة الهندسية " فلا مهرب من ضمّه إلى أحد العقود المسماة، وهو العقد الأكثر مناسبة له في طبيعته وأحكامه، وهو بتقديرنا عقد المقولة. وقد تقدم أن الاعتراضات الواردة على اعتباره عقد مقولة لم ترق إلى القدر في كونه عقد مقولة، وإنّ أمتاز بخصوصية تقتضيه طبيعة التعامل، فضلاً عن أن قانون المعاملات المدنية نظم التزامات المهندس ومسؤوليته في عقد المقولة وهو عقد مسمى.

### المبحث الثاني

### مسئولية المهندس الاستشاري بالضمان العشري

نصت المادة ٨٨٠ من قانون المعاملات: (١. إذا كان محل عقد المقاول إقامة مبان أو منشآت ثابتة أخرى يضع المهندس تصميمها عل أن ينفذها المقاول تحت إشرافه كانا متضامنين<sup>31</sup> في التعويض لصاحب العمل عما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيدها من مبان أو أقاماه من منشآت وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته إذا لم يتضمن العقد مدة أطول. كل ذلك ما لم يكن المتعاقدان قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات. ٢. ويبقى الالتزام في التعويض المذكور ولو كان الخلل أو التهدم ناشئاً من عيب في الأرض ذاتها أو رضي صاحب العمل بإقامة المباني أو المنشآت المعيبة. ٣. وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسليم العمل).

وسنأ للنص المتقدم فإن مصدر الضمان العشري هو القانون، ويجوز الاتفاق على مدّ المدة لأكثر من عشر سنوات إذا تضمن العقد بنداً صريحاً بذلك، كما يجوز أن تكون مدة الضمان أقل من عشر سنوات في حالة واحدة هي انصراف إرادة طرفي العقد إلى تنفيذ منشآت لتبقى أقل من مدة العشر سنوات، فإن لم يرد أي من الاتفاقيين المذكورين المعدلين للمدة بقيت مدة الضمان عشر سنوات تبدأ من تاريخ تسليم العمل.

والضمان العشري قاصر على المهندس والمقاول. والنص جاء عاماً في لفظ المهندس غير مخصص بوصف المهندس المعماري، بمعنى أنه قيد إذا تمّ اعتباره فإنه يخرج به كل مهندس لم يصدق عليه الوصف

31 . جاء في الطعن رقم ٥٤٠ لسنة ٢٣ ق - جلسة ٢٠٠٤/٤/٦م للمحكمة الاتحادية العليا، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة " ٥٨ "، ط ٢٠٠٦/١م، ص ٧٢٢ ما نصه: (تضامن المهندس مع المقاول في المسؤولية مناطه أن يحدث خلال عشر سنوات تهدم كلي أو جزئي للبناء أو المنشآت التي أقامها أو شيدها أو حدوث عيب يهدد متانة البناء وسلامته ... تحصيل فهم الواقع في ذلك وتقدير أدلته موضوعي متى كان سائفاً يكفي لحمل قضاء المحكمة).



المنكور، فكان مقتضى عموم اللفظ شموله للمهندس الاستشاري، وقد يرد عليه أن سبيل النص والعرف مخصص له في المهندس المعماري الذي يضع تصميم البناء، ويجب عن ذلك أن المهندس الاستشاري يضع تصميم البناء أيضاً، ولو سلمنا جدلاً بهذا التخصيص، مع تقدم رده في مطلع البحث، فإن عموم لفظ المقول شامل للمهندس الاستشاري، خاصة مع ترجيح أن الطبيعة القانونية لعقد الاستشارة الهندسية أنه عقد مقولة، بحسب ما تقدم، يؤيد ذلك انتفاء المخصص لهذا العموم بما يخرج معه المهندس الاستشاري عن هذا العموم، مع مراعاة أن عبء إثبات عدم شمول النص للمهندس الاستشاري يقع على المخالف، وهو من يدعي ذلك، لأن المهندس الاستشاري موصوف بأنه مهندس، وذلك ثابت، وأن لفظ المهندس في النص جاء عاماً، وذلك ثابت أيضاً، فتوقف تخصيصه على غير المهندس الاستشاري على ثبوت المخصص، وذلك يقع على من يدعيه لأنه يدعي خلاف ما هو ثابت. ولما رجحنا في طبيعة عقد الاستشارة الهندسية أنه عقد مقولة فإن الحكم القانوني بالضمان العشري شمله أصالة لا تبعاً اعتباراً بدخول المهندس الاستشاري في عموم لفظ المقول، وعلى وجه التفصيل هو مقول مهندس، بما يفيد أن كل مهندس استشاري مقول، وليس كل مقول مهندس استشاري.

ولاستيفاء مقتضيات البحث في هذا الموضوع أقسم المبحث إلى ثلاثة مطالب، وبحسب الآتي.

### المطلب الأول

#### الأساس القانوني لمسئولية المهندس الاستشاري بالضمان العشري

إن أساس مسئولية المهندس والمقول في الضمان العشري خطأ مقترض غير قابل لإثبات العكس. أما من حيث أنه مقترض فلا إغفاء المتضرر من عبء إثبات خطأ المهندس والمقول، وأما من حيث أنه خطأ

غير قابل لإثبات العكس " قرينة قطعية " فلمنع القانون نفي المسؤولية عنهما بغير إثبات انقطاع العلاقة السببية بسبب أجنبي، بدليل نص المادة ٨٧٨ من قانون المعاملات: (يضمن المقاول ما تولد عن فعله وصنعه من ضرر أو خسارة سواء أكان بتعديه أو بتقصيره أم لا، وينتفي الضمان إذا نجم ذلك عن حادث لا يمكن التحرز منه )، والتي جوزت نفي المسؤولية حال إثبات السبب الأجنبي الذي يقطع العلاقة السببية، ولم تسمح بنفي الخطأ بحال، اعتباراً بأن قطع العلاقة السببية موجب لنفي ربط الضرر، وهو التهم الكلي للبناء أو الجزئي أو التعيب، بفعل المقاول وكذلك المهندس إذا كان مشرفاً على التنفيذ، بدليل مفهوم المخالفة في المادة ٨٨١ من قانون المعاملات المدنية: (إذا اقتصر عمل المهندس على وضع التصميم دون الإشراف على التنفيذ كان مسؤولاً فقط عن عيوب التصميم )، فإذا كان مشرفاً على التنفيذ انتفى عنه الحكم الوارد في المادة. ويتردد أساس مسؤولية المهندس في المادة ٨٨١ بتقديرنا بين القول بأن أساس مسؤوليته خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس ومن ثم فإن عليه إثبات سلامة التصميم، ونجاحه في هذا الإثبات يعد سبباً أجنبياً قاطعاً للعلاقة السببية، بمعنى أن الضرر غير واقع بسبب عيب في التصميم وإنما وقع بفعل الغير وهو المقاول. وقد يكون الأساس خطأ مفترض قابل لإثبات العكس، ولما كان التزام المهندس التزاماً بتحقيق نتيجة فإن عبء نفي الخطأ عنه يقع عليه، بمعنى أن صاحب البناء لا يطالب بإثبات خطأ التصميم اكتفاءً بوقوع الضرر وهو التهم أو التعيب الدال على عدم حصول النتيجة وبالتالي قيام خطأ حتى يقوم الدليل على خلافه بإثبات العكس، وهذا بحق صاحب البناء أما بحق المقاول فإن عليه إثبات خطأ التصميم بتقديرنا لأن من التزاماته الامتناع عن تنفيذ كل ما يهدد سلامة البناء قبل التنفيذ بحكم خبرته وهذا يوجب عليه التثبت من سلامة التصميم قبل التنفيذ، فكانت مباشرته التنفيذ قرينة على سلامة التصميم حتى يقوم العكس. ويترجح عندي التخريج الثاني اعتباراً بتخصيص حكمه بمادة قانونية مستقلة والتخصيص يفيد المغايرة

وإلا انتفت فائدته اكتفاءً بما ورد في المادتين ٨٧٨ و ٨٨٠، ولأن المسؤولية في هذا المواطن أقيمت على أساس مادي وهو التهكم أو التعيب<sup>٣٢</sup>، وأن المسئول عن التنفيذ هو المقاول، ومن التزاماته التثبت من التنفيذ السليم وفق الضوابط العلمية والمهنية بل والرسمية والامتناع عن تنفيذ كل ما يهدد سلامة البناء<sup>٣٣</sup>. كل ذلك ما لم يكن المهندس مشرفاً على التنفيذ وإلا كانت

32 . وقد خَرَجَت المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية، ص ٦٨٩، للحكم بالقول: (.. فبأنه يكون مسئولاً فقط عن عيوب التصميم لأن الخراج بالضمان والغرم بالغرم كما هو مبين فقهاً وشرعاً)، وهذا تخرُّج غريب لا أرى له وجهاً في المسألة.  
33 . وقد جاء في المادة ٢/٨٧٥ من قانون المعاملات المدنية: (.. وأن يراعي في صله الأصول الفنية)، وفي المادة ٨٧٧: (يجب على المقاول إنجاز العمل وفقاً لشروط العقد ..)، وفي المادة ٨٧٨: (يضمن المقاول ما تولد عن فعله وصنعه من ضرر أو خسارة سواء أكان بتعديه أو تقصيره أم لا ..). ومن الثابت في عقود الاستشارة الهندسية التي اطلعت عليها البنود الآتية: (على المقاول الحصول على الموافقة المسبقة من المهندس على أية مواد لازمة لاستعمالها في المشروع أو في أعمال التنفيذ والبناء قبل التوريد والتركيب، وللمهندس الحق في رفض/إزالة أية مواد يتم توريدها أو تركيبها أو استعمالها قبل الحصول على موافقته المسبقة عليها) و (على المقاول عمل فحص للخرسانة لكل مرحلة من مراحل الصب واعتماد نتيجة الفحص من المهندس قبل صب الجزء التالي، وعلى المقاول أيضاً إجراء أية فحوص فنية يطلبها المهندس للمواد و/أو الأعمال دون المطالبة بأية فروق أسعار نظير ذلك) و (على المقاول توفير جميع الكوادر الفنية كما ورد في المواصفات [بما في ذلك تعيين مهندس مقيم في الموقع طوال فترة التنفيذ] و (على المقاول الالتزام بالأنظمة والتعليمات المعمول بها محلياً فيما يخص إجراءات التنفيذ بما في ذلك:

- المحافظة على أصل الوثائق المتعلقة بالمشروع وإيرازها للمهندس الاستشاري/ مفتش البلدية عند اللزوم/الطلب.
- تعبئة النماذج الخاصة بأعمال الخرسانة والطابوق (حسب النموذج المعتمد لدى البلدية) وتوثيقها حسب الأصول والمحافظة عليها طيلة مدة التنفيذ، وإيرازها للمهندس الاستشاري/مفتش البلدية عند اللزوم/الطلب.
- تعبئة النماذج الخاصة بالتنقيش الدوري (حسب النموذج المعتمد لدى البلدية) وتوثيقها حسب الأصول والمحافظة عليها وإيرازها للمهندس الاستشاري/مفتش البلدية عند اللزوم/الطلب.
- التقيد والالتزام بمواعيد العمل بما لا يخالف تعليمات وزارة العمل/الجهات المعنية بهذا الخصوص.

مسئوليته قائمة على خطأ غير قابل لإثبات العكس قولاً واحداً بحسب ما تقدم.

ومن جانب آخر دلّ افتراض الخطأ في المهندس المشرف والمقاول افتراضاً لا يقبل العكس على أن التزام كل من المهندس والمقاول التزام بتحقيق نتيجة لا التزام بوسيلة أو ما يعبر عنه بأنه التزام بتحقيق غاية لا ببذل عناية، فلا يكفي لنفي المسؤولية عنهما إثبات أنهما قاما بما يلزم من عناية وفق أصول المهنة بناءً على ما سيقوم به الرجل المتوسط الخبرة في مجال أعمال التشييد والبناء.

وبناءً على ما تقدم يلتزم المهندس الاستشاري وفي كل حال بضمان سلامة الأعمال الهندسية للمشروع، أي مسؤوليته عن تصميم الأعمال المدنية والإنشائية، لالتزامه بتحقيق نتيجة. وهو يضمن بموجب خطأ غير قابل لإثبات العكس متى أضيف لالتزامه السابق التزامه بتنفيذ التصاميم والإشراف على تشييد البناء وصيانته، فإذا وقع التهم أو التعيب في التشييد أو البناء فإن مرده بحكم القانون خلال في تنفيذه التزامه بتقديم أعمال هندسية وفق المعايير العلمية والمهنية. وفي الحالتين تقوم مسؤوليته في الضمان العشري باعتباره مقولاً<sup>34</sup>، مع اختلاف في أساس المسؤولية في كل منهما بحسب ما تقدم.

ويجب في توجه المسؤولية بالضمان العشري مراعاة قيد مدة رفع الدعوى، وهي ثلاث سنوات من حصول التهم أو اكتشاف العيب بموجب

- 
- الالتزام بتنفيذ جميع متطلبات وتعليمات السلامة العامة للأعمال والعاملين وموقع العمل.
  - عدم استدعاء مفتش البلدية للتفتيش على أعمال التسليح والصب قبل تدقيق تلك الأعمال واستلامها من قبل الاستشاري.
  - عدم طلب الخرسانة من مورد الخرسانة أو تحديد موعد صب الخرسانة إلا بعد اكتمال أعمال التدقيق والتفتيش والاستلام حسب الأصول وبعد التنسيق المسبق مع المهندس الاستشاري).
- 34 . أنظر بهذا المعنى: سمير الأودن، مرجع سابق، ص ٢٢٨ وما بعدها، لبيب شنب، مرجع سابق، ص ١٢٣ وما بعدها.

منطوق المادة ٨٨٣ من قانون المعاملات المدنية: (لا تسمع دعوى الضمان بعد انقضاء ثلاث سنوات على حصول التهدم أو اكتشاف العيب)، وهي مدة سقوط بتقديرنا وليست مدة تقادم، وبالتالي لا يجري فيها أحكام وقف التقادم وانقطاعه. ولكن يرد الإشكال في سكوت المشرع عن ذكر شرط حصول العلم في التهدم واشتراطه في العيب بالقول "أو اكتشاف العيب"، ولازم اكتشاف العيب العلم به. فهل يقاس الأول على الثاني في اشتراط العلم أم لا؟ وقد حسمت المحكمة الاتحادية العليا أمرها في هذا الشأن بالأخذ بالقياس بقولها: (دعوى الضمان التي ترفع على المقاول أو المهندس لا تسمع بعد انقضاء ثلاث سنوات على حصول التهدم أو اكتشاف العيب. المقصود من حصول التهدم أو اكتشاف العيب هو العلم الحقيقي الذي يحيط بوقوع الضرر والتأكد منه. المرجع فيه ما تستخلصه محكمة الموضوع مما هو ثابت بالأوراق)<sup>35</sup>. فالمحكمة لم تكثف بالقياس بل حددت درجة العلم، وهو العلم الحقيقي، وليس في ذلك حماية لمالك البناء وحده بل فيه حماية للمهندس والمقاول. أما باعتبار حماية المالك فلا تحتسب المدة بحقه إلا من تاريخ علمه الحقيقي، فلا يقبل دفع المهندس أو المقاول بأن على مالك البناء أن يعلم بالعيب مثلاً، وإثبات العلم الحقيقي للمالك بالتهدم أو التعيب بمدة تزيد على ثلاث سنوات يقع على عاتق المهندس والمقاول، إعمالاً للقواعد العامة. وأما باعتبار حماية المهندس والمقاول فإنه لا يكفي العلم الظني بوجود العيب المهدي لسلامة البناء لوجوب الضمان عليهما، وهذا لا يمنع المالك من إقامة الدعوى ولكن عبء إثبات العيب والخطأ في جانب المهندس والمقاول يقع عليه. ويبقى للمحكمة في كل ذلك سلطة تقديرية في تقرير حصول العلم وابتداء المدة حال الاختلاف في ذلك.

وبناءً على المقدمات المذكورة، ومنها أن المهندس الاستشاري يصدق عليه وصف المقاول، وأن أساس مسؤوليته خطأ مفترض غير قابل

35. الطعن رقم ٥٨١ لسنة ٢٣ ق - جلسة ٢٧/٦/٢٠٠٤م للمحكمة الاتحادية العليا، مرجع سابق، ص ١٧٢٣.

لإثبات العكس، وأن التزامه هو التزام بتحقيق غاية لا يبذل غاية<sup>36</sup>، تكون مسؤوليته باعتبار عقده المبرم مع العميل مسؤولية عقدية<sup>37</sup>.

ومع التسليم بهذا التخريج إلا أن صدق حكم الضمان العشري على المهندس الاستشاري يقتضي التفصيل تأسيساً على نطاق التزاماته التعاقدية مع العميل وليس تأسيساً على طبيعة عقد الاستشارة الهندسية، ذلك أن الطبيعة حسمت على ما تقرر سابقاً أنها مقاوله، فلم يبق مجال للتفصيل إلا باعتبار النظر إلى النطاق الذي اشتمل عليه عقد الاستشارة الهندسية. ويمكن رد ذلك إلى:

١. مدى ارتباط المشورة والدراسة المقدمة من المهندس الاستشاري بعمل التشييد والبناء.

٢. مدى العلاقة بين المهندس الاستشاري بمباشرى التنفيذ، وهما المهندس المعماري والمقاول.

أما بخصوص المسألة الأولى فإن حكم الضمان سيختلف باعتبارين، أحدهما يتحدد بالنظر في عموم المشورة أو تقييدها باعتبار عموم محلها أو تقيدها بجزئية من أعمال التشييد، وبعبارة أخرى هل المشورة المدعومة بتصاميم شملت عموم المشروع المراد تشييده وبنائه من دراسة التربة حتى إتمام البناء أم اقتصرت على جزئية معينة كحصرها في دراسة التربة وتقديم المشورة بشأنها؟ والثاني هل اعتمد العميل ومن بعده المهندس المعماري ومقاول البناء هذه المشورة أم خلطوا أو أحدهم معها مشورة أخرى مقدمة من مهندس استشاري آخر أو أكثر، زيادة في التثبيت من صحة الدراسة أو

36. أنظر في الاختلاف في تحديد طبيعة التزام المهندس الاستشاري بين كونه التزاماً بتحقيق نتيجة أو وسيلة، وترجيح غالب الفقه أن التزامه هو التزام بتحقيق نتيجة، ومبررات هذا الاتجاه: سمير الأودن، مرجع سابق، ص ٤٣ - ٥٤.

37. جاء في الطعن رقم ٥١١ لسنة ٢٠٠٢م " حقوق " لمحكمة تمييز دبي، مرجع سابق، ١/ ٣٩٥ ما نصه: (النص في المواد ٨٧٢، ٨٩٦، ٨٧٥، ٨٧٦، ٨٧٧، ٨٧٨ من قانون المعاملات مفاده أن ضمان المقاول لا يكون إلا عما تولد عن فعله وصنعه على أساس المسؤولية العقدية بموجب الاتفاق المبرم بين طرفي الخصومة بناءً على العروض المتبادلة بين الطرفين ..).

لاختيار الأنسب منها بحسب ظنهم وتقديراتهم الشخصية. ولا يقدر في ذلك أن المهندس المعماري صاحب خبرة علمية وعملية، ذلك أن خبرته تقل عن خبرة المهندس الاستشاري بحسب ما تقدم.

وأما المسألة الثانية فيرد فيها تبين مدى التزام المهندس الاستشاري في مرحلة التنفيذ، هل كان مرتبطاً بالمهندس المعماري ومقاول البناء ارتباطاً إشراف ورقابة أم لا ؟

ولا شك أن مسؤولية المهندس الاستشاري ستتفاوت تبعاً للاختلاف في تحديد مدى عموم أو خصوص المشورة باعتبار تعلقها بأعمال التشييد والبناء، وبمدى ارتباط المهندس الاستشاري بأعمال تنفيذ المشروع، مع ملاحظة مدى تأثير طبيعة العقد بها، ففيما تقدم في بيان وتحديد طبيعة عقد الاستشارة جاء باعتبار مراعاة العقد من حيث هو عقد استشارة هندسية مجرداً من أي بُعد آخر، أما مع مراعاة ما يطرأ عليه من الأحوال المذكورة المقترنة به فإن طبيعته ستتأثر مراعاة لأحكامها الخاصة بها، اعتباراً بأنه يقوم بموجبها بأكثر من دور في تنفيذ العقد<sup>٣٨</sup>، وفق البيان الآتي:

١. إذا كانت المشورة مفيدة بخصوص حل مشكلة معينة لا علاقة لها بسلامة التشييد والبناء، كالمشورة المتعلقة بالتكاليف وتوزيع النفقات والأجور ودراسة مدة التنفيذ المحتملة .. وما شابه ذلك، فإن المهندس الاستشاري لا يكون معها طرفاً في تنفيذ المشروع أو في سلامة تنفيذه، اعتباراً بأن عقده لا يعدو كونه عقداً من عقود المساعدة أو تقديم الخدمات سداً لخبرته في إبداء الرأي في نطاق ما ذكر، ويترتب على ذلك أن التزامه هو التزام بوسيلة لا بتحقيق نتيجة، فلا مسؤولية عليه في نطاق تنفيذ التزامه إذا بذل العناية التي تقتضيها طبيعة عمله وفق الضوابط العلمية والمهنية المراعاة في هذا المجال، مراعاة لانتفاء قيد " سلامة البناء " عنه، وأن عبء إثبات خطئه يقع على العميل، مراعاة للقواعد العامة في المسؤولية المدنية.

38. أنظر: سمير الأودن، مرجع سابق، ص ٥٧.

٢. إذا كانت المشورة والدراسة مقيدة بجزئية معينة تدخل في أعمال التشييد والبناء أو بحل مشكلة معينة قد طرأت أثناء أعمال التشييد والبناء، ولم يكن لها أثر في تهدم البناء كلياً أو جزئياً أو تعييه بعد تسليمه، كتقديمه المشورة بسلامة التصاميم المقدمة من المهندس المعماري، وكانت فعلاً سليمة ولم يكن التهدم أو التعيب أثراً عنها، أو حل مشكلة التدفئة أو التبريد العام للبناء، أو بالمعدات والآلات الواجب استعمالها في تشييد البناء .. وما شابه ذلك، فإنه يصدق عليه الحكم السابق حال ثبوت سبب التهدم أو التعيب بأمر خارج عن تلك المشورة، من حيث أنه لا يثبت بحقه أكثر مما ثبت في حكم المهندس المعماري، وقد نصت المادة ٨٨١ من قانون المعاملات المدنية: (إذا اقتصر عمل المهندس على وضع التصميم دون الإشراف على التنفيذ كان مسؤولاً فقط عن عيوب التصميم).

٣. إذا كانت المشورة والدراسة شاملة لوضع تصميم البناء دون الإشراف على التنفيذ فإن مسؤولية المهندس الاستشاري تقتصر على عيوب التصميم فقط سناً للمادة ٨٨١ المتقدم نصها، وسواء احتفظ المهندس الاستشاري بصفته مهندساً أم مقالاً بموجب عقد الاستشارة الهندسية، فالحكم في الوصفين واحد، من حيث أنه وصف غير مؤثر في الحكم<sup>٣٩</sup>.

٤. إذا كان عمل المهندس الاستشاري داخلياً في أعمال التنفيذ باعتبار قيمه بحل ما طرأ أثناء التنفيذ من مشاكل بشكل عام أو بخصوص مشاكل معينة، أو كان مسؤولاً عن متابعة الإنفاقات وصلاحيات المعدات والآلات المستعملة في مقابل أجر، فإنه يكون مهندس استشاري داخلي، ويخضع

<sup>39</sup> . يقول لبيب شنب، مرجع سابق، ص ١٢٢: (.. ذلك أن العبرة ليست بالصفة القانونية للمهندس المعماري بل بطبيعة الأعمال التي يقوم بها).



لأحكام عقد العمل متى كان متابعاً من قبل ربّ العمل فيما أسند إليه من عمل<sup>40</sup>. وقد نصت المادة ١/٨٩٧ من قانون المعاملات المدنية: (عقد العمل عقد يلتزم أحد أطرافه بأن يقوم بعمل لمصلحة الآخر تحت إشرافه أو إدارته لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر)، مع مراعاة أنّ المهندس الاستشاري إذا لم يكن ملتزماً في عمله المذكور في هذه الفقرة بوقت معيّن لصالح ربّ العمل أو كان يعمل له ولغيره فإنّ العقد لا يصدق عليه وصف عقد العمل، ويستحق الأجر باعتبار العقد عقداً غير مسمى، وذلك سنداً للفقرة الثانية من المادة ٨٩٧: (أما إذا لم يكن العامل محظوراً عليه العمل لدى صاحب عمل آخر أو لم يكن مقيداً في عمله بوقت محدد لصالح صاحب العمل فلا ينطبق عليه عقد العمل، ويستحق أجره حسب الاتفاق). وأرى أنّ هذا الفرض غير وارد في التطبيق العملي متى كان العميل ليس بذئبي خبرة تفوق خبرة المهندس الاستشاري، وأنه هذا التصور يجرّد عقد الاستشارة الهندسية من طبيعته، إلا أنّ ذلك غير متعذر من كل وجه بل قد يرد متى كان العميل شركة مقاولات هندسية تمتلك خبرة لا تقل عن خبرة المهندس الاستشاري وأسندت له العمل وتنفيذه أو بعضه تحت إشرافها وإدارتها، فيترجح عنده أنّ عقده عقد عمل لا مقاوله لانقضاء عنصر المقاوله المميز له عن عقد العمل وهو الاستقلال في تنفيذ ما يطلب منه. وقد يقال أنّ الوصف يصدق على المهندس المعماري لالتزامه بالمشورة أيضاً في حدود أعمال التشييد والبناء، والجواب عن ذلك ما قدمناه سابقاً أنّ التزامه بتقديم المشورة هو التزام تابع وليس التزاماً أصيلاً، وأنه لا يصدق عليه وصف المهندس الاستشاري بحكم التفاوت في الخبرة العلمية والعملية بينهما بحسب الأصل.

40 . يقول سمير الأودن في مرجعه السابق، ص ٢٢: (فالمهندس الاستشاري الداخلي يكون ضمن المشروع ويحكم علاقته به عقد العمل، وإن تمتع باستقلالية من الناحية الفنية في تادية عمله إلا أنه يظل خاضعاً لرقابة وإشراف المشروع من الناحية التنظيمية: كتحديد الأجر، وساعات العمل، ومواعيد العمل وغير ذلك من الأمور التنظيمية).

٥. إذا كان عمل المهندس الاستشاري تقديم المشورة عامة أو خاصة بجزئية من المشروع مع الاتفاق معه على متابعة التنفيذ واتخاذ ما يلزم من عمل مادي<sup>٤١</sup> وتصرف قانوني<sup>٤٢</sup> في حدود ما تم الاتفاق عليه بما يقتضيه إنجاز المشروع فله يكون من هذه الحيثية قد جمع في عقده بين صفة المهندس الاستشاري وصفة الوكيل عن ربّ العمل، اعتباراً لجانب التصرفات القانونية. وقد نصت المادة ٩٢٤ من قانون المعاملات المدنية: (الوكالة عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخصاً آخر مقام نفسه في تصرف جائز معلوم)، ونصت المادة ٢/٩٢٧ منه: (إذا كانت خاصة فليس للوكيل إلا مباشرة الأمور المعينة فيها وما يتصل بها من تواجب ضرورية تقتضيها طبيعة التصرفات الموكل بها أو العرف الجاري). ومع افتراض الفصل بينهما فإنّ المهندس الاستشاري باعتبار مباشرته للتصرفات القانونية يعدّ وكيلاً عن العميل، وفي حدود مباشرته للأعمال المادية أو تطبيها على التصرفات القانونية يعدّ مقولاً<sup>٤٣</sup>. فإذا تعارضت تلك الأعمال المادية بالتصرفات القانونية كانت العبرة بأحكام عقد المقولة باعتبار أنّ عنصر المقولة هو الغالب<sup>٤٤</sup>.

٦. إذا كان ما قام به المهندس الاستشاري أكثر مما تقتضيه الوكالة أو قام بها دون عقد وكالة، وكانت نافعة لربّ العمل واقتضاها عرف أو ضرورة أو حتى حكم قضائي، ولم تكن للظروف المحيطة تسمح بمراجعة ربّ العمل، كما في حال سفره أو كان غائباً أو سقوداً أو

٤١. مثل عمل المقاييس ومراجعة الرسومات والتصميمات وإخلاء التعديلات عليها وتقييم أداء المقاولين. (سمير الأودن، مرجع سابق، ص ٥٨).

٤٢. مثل إقرار حساب المقاول والموافقة على امتداد العقد وقبول الأعمال وتسليمها وإصدار شهادة إتمامها أو رفض الأعمال. (سمير الأودن، مرجع سابق، ص ٥٨).

٤٣. أنظر: محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعماريين، دار النهضة، القاهرة، ١٩٨٤م، ص ٥٤.

٤٤. المنهوري، الوسيط، "عقد المقولة"، مرجع سابق، ٢٨/٧.

مريضاً بمرض لا يسمح بمراجعته أو الحصول منه على رأي سليم  
سنداً لظرفه الصحي، كان المهندس الاستشاري فضولياً في حدود تلك  
الأعمال فضلاً عن صفته الاستشارية في عقد الاستشارة الهندسية،  
والفضولي نائب عن ربّ العمل، ومصدر نيابته القانون. وقد نصت  
المادة ٣٢٥ من قانون المعاملات المدنية: (من قام بفعل نافع للغير دون  
أمره لكن أذن به القاضي أو أوجبه ضرورة أو قضى به عرف فإنه  
يعتبر نائباً عنه ..).

فإذا تمّ مراعاة نطاق عقد الاستشارة الهندسية وتأثير ما يدخل عليه  
مما يغير في وصفه ويلحقه بأحكام عقود مسماة أو غير مسماة فإنّ الواجب  
مراعاة ذلك في تغيير أحكام مسؤولية المهندس الاستشاري اعتباراً لتأثيرها  
فيها، وأنّ مقتضى تمييز هذه الأحوال عن حكم عقد الاستشارة الهندسية  
المجرد عنها أنّ عقد الاستشارة الهندسية لا يقتضيها بذاته.

وبناءً على ما تقدم يكون التزام المهندس الاستشاري التزاماً بنتيجة  
في الحالات الآتية:

١. إذا كان التزامه بوضع التصاميم والرسوم الهندسية التي يقوم المشروع  
عليها.
٢. إذا كان التزامه فضلاً عن وضع التصاميم والرسوم الهندسية الإشراف  
والرقابة على تنفيذ أعمال التشييد والبناء.
٣. إذا كان التزامه تقديم مشورة ودراسة يقوم على أساسها المشروع  
وتكون ذا تأثير في سلامة البناء، كما في الدراسة المقدمة بخصوص  
الأرض أو التربة التي سيقام عليها المشروع والمواد الإنشائية الواجب  
استعمالها في تنفيذ المشروع أو مقاديرها ونسبها.
٤. إذا كان التزامه تمثّل بإقرار صحة وسلامة التصاميم والرسوم الهندسية  
التي وضعها مهندس معماري.

٥. إذا أجاز التصاميم والرسوم الهندسية المقدمة من قبل مهندس معماري يعمل لديه.

وفيما سوى ذلك يصار إلى القواعد العامة في تحديد طبيعة التزامه، وذلك عندما يكون دوره في العقد المبرم مع العميل يحمل أكثر من صفة قانونية، وطبيعة الالتزام في القواعد العامة بذل غاية لا تحقيق غاية، ما لم ينص الاتفاق أو تقتضي طبيعته أو القانون أو يجري العرف المهني الخاص بأنه التزام بتحقيق غاية.

ومع مراعاة استصحاب الأصل في حدود المشورة وتنفيذها أنه التزام بنتيجة وليس التزاماً بوسيلة يبقى المهندس الاستشاري مسؤولاً عن تهمد البناء كلياً أو جزئياً أو تعيب البناء متى اتصل عمله بالبناء وسلامته سواء بوضع التصاميم والرسوم الهندسية أم بوضعها وبالإشراف على تنفيذ العمل أم بالرقابة على تنفيذه أم بتقديم مشورة ودراسة مؤثرة في سلامة البناء أم كان استشارياً ووكيلاً عن العميل أم مهندساً استشارياً داخلياً أو حتى إذا صدق عليه وصف العامل من وجه .. كل ما في الأمر أن التزامه بتحقيق نتيجة قابل للتحويل إلى التزام بوسيلة تبعاً لما التحق بعقد الاستشارة الهندسية من أوصاف أو أحوال مؤثرة. ويتبع تلك الاختلاف في اعتبار خطئه حال التهمد أو التعيب خلال مدة العشر سنوات من تاريخ التسليم<sup>٤٥</sup> مقترضاً قانوناً بما لا يقبل إثبات العكس أم يكون خطأه واجب الإثبات من قبل المضرور، وما يلحق ذلك من طرق نفي المسؤولية المدنية. وهذا ما نبينه في المبحث القلم.

45 . أما مسؤولية المهندس والمقاول عن الأضرار الناجمة عن البناء أثناء فترة التشييد والبناء فبها مسؤولية شبيهة تقوم على أساس الحراسة على البناء أو الحراسة على الآلات والمعدات والأشياء التي تحتاج رعاية خاصة، فإن لم تتوفر شروط الحراسة بحقهما كان تكون الحراسة لملك البناء متى كانت له السيطرة والتوجيه بالنسبة لأعمال التشييد والبناء فإن مسؤوليتهما تقوم على أساس الخطأ طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية. أنظر: محمد حسين منصور، مؤتمر كلية الحقوق - جامعة بيروت العربية، مرجع سابق، ص ١٧٢ و ١٧٦.

## المطلب الثاني

### أسباب انتفاء مسؤولية المهندس الاستشاري في الضمان العشري

نفي المسؤولية المدنية مبني على تعيين صفة الالتزام وصفة الإخلال به، فمن حيث تحديد صفة الالتزام يجب التفريق بين كون الالتزام التزاماً بنتيجة أم بوسيلة، ومن حيث تحديد صفة الإخلال يجب التفريق بين كونه إخلالاً بالالتزام عقدي أم إخلالاً بإلزام قانوني مفاده وجوب الامتثال عن الإضرار بالغير، وقد تجتمع في الإخلال الصفتان فنكون أمام مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية، فيجوز للمضرور الخيرة بينهما دون الجمع بينهما اعتباراً بمنع جمع تعويضين عن ضرر واحد، ذلك أن الأصل في التعويض جبر الضرر، وهو ما يعرف بمبدأ التعويض الكامل أو المساوي أو المكافئ، فما زاد فيه عن مقدار الضرر لا يأخذ صفة التعويض بل هو كسب بلا سبب.

وفي مسألة إثبات الخطأ لا يعدو كونه واجب الإثبات بإثبات الخطأ أو بإثبات الضرر. وإثبات الخطأ إما عبء يتحمله المضرور أو يثبتته القانون بقريئة قانونية، والقريئة القانونية إما أن تكون بسيطة، وهو الأصل في مفهوم القريئة، أو قطعية لا يسمح القانون معها بنفي الخطأ. وإثبات الخطأ عن طريق إثبات الضرر ينحصر في التزام المدين بتحقيق نتيجة، وذلك من باب التلازم، فلازم عدم تحقق النتيجة هو إخلال المدين بتنفيذ التزامه. وهذا الحكم لا يسري بحق إخلال المقاول بتنفيذ التزامه ومنها تأخره في التنفيذ لوقوع ذلك خارج نطاق حكم الضمان العشري وموجبه، ذلك أن موجب الضمان العشري محصور في وقوع التهدم أو التعيب في البناء في مدة الضمان وهي العشر سنوات من تاريخ التسليم<sup>46</sup>.

46. جاء في الطعن رقم ٢ لسنة ٢٠٠٣ " حقوق " لمحكمة تمييز دبي، مرجع سابق، ١/ ٤١١ - ٤١٢ ما نصه: (إن تقدير ما إذا كان المقاول قد قام بإنجاز الأعمال المعهودة إليه وقتاً للمواصفات المتفق عليها وفي المدة المحددة، وما إذا كان التأخير في الانجاز أو التوقف عن الأعمال يرجع إلى فعل المقاول أو إلى سبب أجنبي لا يد له فيه أو إلى فعل

وأرى أن الخلاف بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية " تحمل التبعية " يترجع إلى خلاف شكلي وليس جوهرياً في حالتي افتراض الخطأ بقريئة قانونية قطعية وإخلال المدين بالتزامه بتحقيق نتيجة، ذلك أن سبب الضرر في الحالتين لا يكون محل بحث جوهري لعدم تأثيره في المسؤولية من حيث قيامها ووجوب تعويض المضرور إلا بوصفه بالخطأ أو بالفعل الضار أو الإضرار، وما دام الفعل قد انتفى أثره في الحكم فلا تبقى له صفة جوهريّة فيه إلا من حيث المحافظة على البناء التقليدي في النظرية الشخصية.

ويترتب على المقدمات المنكورة، وبخصوص موضوع البحث، أن التزام المهندس الاستشاري من حيث هو التزام بتحقيق نتيجة باعتبار الأصل فيه لا تتنفي المسؤولية عنه حال وقوع موجبها وهو الضرر إلا بإثبات السبب الأجنبي، سواء أكلن قوة قاهرة أو فعل المضرور أو فعل الغير الذي لا يُسأل عن فعله المهندس الاستشاري، ذلك أن السبب الأجنبي قاطع للعلاقة بين فعل المهندس والضرر الواقع، وبتنفاتها تنفي المسؤولية لانتفاء أحد أركان قيامها. وكذلك الحكم في افتراض القاتون الخطأ بحق المهندس الاستشاري بما لا يقبل إثبات العكس، سواء أخذ صفة المهندس المشرف على تنفيذ البناء أو صفة المقاول، من حيث منعه قانوناً بإثبات عدم خطئه، ولثبوت الضرر الحاصل بالتهدم أو التعيب، فلم يبق له إلا البحث في نفي مسؤوليته في نطاق الركن الثالث في المسؤولية، وهي العلاقة السببية عن طريق إثبات السبب الأجنبي. وقد نصت المادة ٨٧٨ من قانون المعاملات المدنية: (يضمن المقاول ما تولد عن فعله وصنعه من ضرر أو

---

ربّ للعمل أو المقاول الأصلي في أعمال المقاول من الباطن، هو من مسئول للواقع التي تستل محكمة الموضوع بتقديرها متى كانت أسبابها في هذا الخصوص ساقطة وكافية لحل قضيتها ولها أصلها الثابت في الأوراق). وأنظر بهذا الاتجاه قضاء المحكمة الاتحادية العليا، مرجع سابق، الطعن رقم ٣٨ و ١٤١ لسنة ٢٣ ق - جلسة ٢٠٠٤/٣/٣١ م، ص ٦٨٩، والطعن رقم ٥٤٠ لسنة ٢٣ ق - جلسة ٢٠٠٤/٤/٦ م، و الطعن رقم ٦٥١ و ٦٧٢ لسنة ٢٤ ق - جلسة ٢٠٠٤/٢/٢٨ م، ص ٢٠٣٧.

خسارة سواء أكان بتعديه أو تقصيره أم لا، وينتفي الضمان إذا نجم ذلك عن حادث لا يمكن التحرز منه)، والحادث الذي لا يمكن التحرز منه ليس قيداً حصرياً بل جاء على سبيل المثال من حيث هو سبب أجنبي، فتهدم البناء بسبب قصف ناري أثناء حرب أو بسبب خطأ في الإحداثيات وقت مناورة عسكرية مثلاً، حكمه حكم قيام مالك المباني أو الغير بهدم البناء ولو بإذن المالك، وقد نصت المادة ٢/٣٠٢ من قانون المعاملات المدنية: (وإذا أتلّف مال غيره بإذن مالكة فلا يضمن)، وإذا كان المتلف لا يضمنه في الحالة المذكورة فمن باب أولى أن لا يضمنه المهندس الاستشاري.

ولم يعتبر قانون المعاملات المدنية في المادة ٢/٨٨٠ إثبات أن سبب تهمد البناء أو تعييبه لعيب في الأرض أو أنّ صاحب العمل قد رضي بإقامة المباني أو المنشآت المعيبة، ولازم رضاه علمه بالعيب، سبباً أجنبياً قاطعاً للعلاقة السببية، ونصها: (ويبقى الالتزام المذكور ولو كان الخلل أو التهدم ناشئاً من عيب في الأرض ذاتها أو رضي صاحب العمل بإقامة المباني أو المنشآت المعيبة)، ذلك أنّ دراسة صلاحية الأرض لإقامة المباني داخلة في صلب التزام المهندس الاستشاري، وإن اقتصر التزامه على تقديم المشورة مدعمة بتصاميم البناء والرسوم الهندسية، كما أنّ رضا صاحب العمل بإقامة مباني معيبة لا يغيّر من وصف التزام المهندس الاستشاري بأنه التزام بنتيجة، ذلك أنّ المصلحة في سلامة البناء غير مقصورة على صاحب العمل حتى يكون رضاه بالعيب معتبراً قانوناً، فوجود بُعد المصلحة العامة أبعد الاعتداد برضا صاحب العمل بالعيب كما أبعد الاعتداد بشرط الإعفاء من المسؤولية، وقد نصت المادة ٨٨٢ من قانون المعاملات المدنية: (يقع باطلاً كلّ شرط يقصد به إعفاء المقاول أو المهندس من الضمان أو الحدّ منه).

على أنّ اقتصار النص على العيب في الأرض المقامة عليها المباني أو المنشآت لا يفيد قصر الحكم عليه بل يشترك معه في الحكم لاتحاد علة الحكم تهمد البناء أو تعييبه بسبب الأمطار الغزيرة أو العواصف أو الهزات

الأرضية في المناطق التي تشهد عادةً تلك الوقائع أو يكون وقوعها محتملاً، ذلك أن تحسبها داخل في التزام المهندس الاستشاري.

أما إذا طرأ على العقد المبرم بين المهندس الاستشاري والعميل ما يؤثر على صفة التزامه أو كان محل التزامه غير مؤثر في سلامة البناء، بحسب ما تقدم بيّنته في المطلب السابق، وبما يجعل التزامه التزاماً بوسيلة لا بتحقيق نتيجة فإن مسؤولية لا تقوم إلا بإثبات أركان أو عناصر المسؤولية المدنية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، ويقع عبء ذلك على المضروب، وللمهندس الاستشاري نفي المسؤولية عنه بنفي الخطأ أو بإثبات السبب الأجنبي. فكان إثبات مسؤوليته أثقل على المضروب، وطرق نفيها أوسع على المهندس. فإذا كان المهندس الاستشاري وكيلًا عن العميل كان التزام المهندس الاستشاري بذل عناية سندا للمادة ٩٣٢ من قانون المعاملات المدنية: (١. إذا كانت الوكالة بلا أجر وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة. ٢. فإذا كانت الوكالة بأجر وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها عناية الرجل المعتاد). فإذا ادعى العميل " الموكل " إخلال المهندس الاستشاري من حيث هو وكيل بالتزاماته التعاقدية وقع عليه عبء إثبات دعواه اعتباراً بأن التزام الوكيل بذل عناية لا تحقيق غاية. وللمهندس الاستشاري إثبات أنه قام بما يقوم به الرجل المعتاد أو بإثباته السبب الأجنبي.

### المطلب الثالث

#### شروط الإغفاء من الضمان العشري

نصت المادة ٨٨٢ من قانون المعاملات المدنية: (يقع باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المقول أو المهندس من الضمان أو الحد منه)، بينما نصت المادة ٦٥٣ من القانون المدني المصري على: (يقع باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقول من الضمان أو الحد منه)،



والفرق بين النصين أن لفظ المهندس في المادة ٨٨٢ معاملات مدنية جاء عاماً غير مخصص بقيد المعماري على خلاف ما ورد في المادة ٦٥٣ مدني مصري من تقييد لفظ المهندس بقيد المعماري، وسنداً لذلك ولما تقدم ذكره سابقاً بهذا الشأن أمكن القول أن نص المادة ٨٨٢ معاملات مدنية شمل كل مهندس له عمل مؤثر في إنشاء البناء وسلامته، وشموله بالنص لا بالاجتهاد الذي يقتضيه نص المادة ٦٥٣ مدني مصري، فالمهندس الاستشاري لا يدخل في نطاق حكمها إلا بقياسه على المهندس المعماري.

وسواء تم شمول المهندس الاستشاري بحكم منع الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية أو الضمان العشري بالنص أو بالقياس فإن البحث في جواز شرط الإعفاء من المسؤولية قائم رغم صراحة النص على بطلان الشرط، وليس في ذلك مخالفة لصراحة حكم النص، رغم أن القاعدة تقضي بمنع الاجتهاد في مورد النص " القطعي الدلالة "، ذلك أن الخلاف وقع في نطاق أعمال حكم المنع وليس في مقتضى الحكم " وهو بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية ". وسنداً لهذا التخريج اختلف الفقه في نطاق حكم المنع. فاتجاه ذهب إلى الاعتداد بشرط المنع من الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية بشكل مطلق اعتماداً على مطلق النص، والمطلق يجري على إطلاقه، مؤيداً ذلك بأن المهندس الاستشاري شخص محترف اعتباراً بخبرته المتقدمة علمياً وعملياً، وأن فسح المجال له بإعفائه من المسؤولية يلغي كل فائدة يتوخاها العميل من الاستشارة الهندسية، ويجعل الأجر المدفوع بدون موجب حقيقي لها، ويراد بها الاستشارة التي يعتمد عليها العميل في بناء رأيه في الإقدام على المشروع أو تنفيذه وفقاً للمشورة<sup>٤٧</sup>. أما الاتجاه الآخر فيذهب إلى التمييز بين الأخطاء اليسيرة والأخطاء الجسيمة "

47 . ويتزعم هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي Savatier . ( هاشم الشهوان، مرجع سابق، ص ٩٥ ). وهو اتجاه محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٣٤٥ سنة ٢٣ جلسة ١٣/٤/١٩٦٧ س ١٨ ص ٨٣٥، نقلاً عن فتحيه قره، مرجع سابق، ص ٤٢٤.

الأخطاء المهنية<sup>48</sup>، فيعسر حكم المنع من الاتفاق على الإغناء من المسؤولية في الأخطاء الجسيمة دون الأخطاء اليسيرة فيجوز الاتفاق على الإغناء منها، ذلك أن تعميم حكم المنع يتعارض مع الواقع في كون أعمال الاستشارة الهندسية ليست كلها من قبيل الأخطاء المهنية، ويتعارض مع مقتضيات تطور الواقع من حيث إن تعميم حكم المنع يقف حثلاً دون مواكبة التطور في هذا المجال الحيوي. ومقتضى هذا الاتجاه جواز إغناء المهندس الاستشاري نفسه من الأخطاء اليسيرة<sup>49</sup>.

وأرى جواز إيراد المهندس الاستشاري والمعماري والمقاول شرط الإغناء من المسؤولية في كل إخلال لم يترتب عليه تهديم البناء كلياً أو جزئياً أو تعيياً فيه، وسواء كان من شأن العيب الانتقال من قيمة البناء أو الانتقال من مقدار الانتفاع فيه، خلافاً للتعهد للورد في المادة ٢٣٨ من قانون المعاملات المدنية، ونصها: (يشترط في العيب لكي يثبت به الخيار أن يكون قديماً مؤثراً في قيمة العقود عليه وأن يجله المشتري وأن لا يكون الباق قد اشترط البراءة منه)، ذلك أننا لسنا بصدد عقد بيع، ولنا بصدد خيار الرد بالعيب بل بصدد تعويض عن العيب مصدره القتون، فضلاً عن أن طبيعة العقد والرض من إيرامه يقتضي للتوسع في معيار العيب، مع مراعاة أن المشرع الإماراتي عدل عن معيار الانتقال من القيمة حيثما اقتضى العقد الاعتدال بالمعيار اللقي، وهو الانتقال من المنفعة، كما فعل في عقد الإيجار، فقد نصت المادة ١/٧٧٢ من قانون المعاملات المدنية: (يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد في الشيء المؤجر من عيوب تحول دون الانتفاع أو تنتقص منه نقصاً فاحشاً، ولا يضمن العيوب التي جرى العرف على التسلمح فيها). وخلاصة القول أننا

<sup>48</sup> . نظر: سعد جبر، لضمان الاتفاقي للعيوب الخفية في عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥م، ص ٩٤، محمد لبيب شنب، مصدر الالتزام، دار الثقافة للجامعة، القاهرة، ١٩٩٣م، ص ٣١٥.

<sup>49</sup> . إبراهيم مصطفى عبده عبد الله، المسؤولية المدنية للخبير الاستشاري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م، ص ٣٠٠.

نؤيد الإغفاء من المسؤولية في مجال الهندسة والمقاوله في أعمال التشييد والبناء متى كان الإخلال لا دخل له في سلامة البناء وديمومة بقاءه سليماً، وليس على اعتبار الخطأ جسيماً أو غير جسيم أو مهني أو غير مهني، لأن ذلك يتطلب الاجتهاد فيما يصدق عليه وصف الجسيم من غير الجسيم، وذلك مظنة الخلاف، بما يجعل حكم المنع عرضة للاختلاف في تطبيقه على القضايا المتشابهة. أما ما ذهبنا إليه فمبناه على ما أقام عليه المشرع حكم المنع وذلك بعد الرجوع إلى إيجابه الضمان العشري، وقد حصر المشرع إيجاب الضمان العشري في تهم البناء أو تعييبه خلال مدة عشر سنوات من تاريخ التسليم.

وفي اعتبار عبء الإثبات فإن الأصل أنّ الخطأ مفترض فرضاً لا يقبل العكس، ويترتب على ذلك منع المهندس أو المقاول من إثبات العكس، وهذا الحكم يتعارض مع ما ذهبنا إليه في ظاهره، ولكن بالرجوع إلى حكم المادة ١/٨٨٧ التي أجازت للمهندس إثبات أنّ الضرر غير عائد إلى التصاميم وأنها سليمة يتبين لنا أنه يجوز إثبات أنّ التهم أو التعييب لم يكن بسبب مطلق الإخلال، وهذا موجب للتمييز بتقديرنا. ومع ورد النص القانوني صريحاً و اتفاق الفقه على منع شرط الإغفاء من مطلق المسؤولية ومن المسؤولية عن التهم والعييب خاصة وجدت بالرغم من ذلك أنّ هذا الشرط قد تمّ النصّ عليه بحق المهندس الاستشاري في عقود الاستشارة الهندسية التي اطّلت عليها، ونص الشرط: (المقاول وحده يعتبر مسؤولاً مسؤولية كاملة عن سلامة البناء " الهيكل الخرساني " لمدة عشر سنوات بعد انتهاء مدة الصيانة، ويستثنى من ذلك الأضرار الناجمة عن الظروف القاهرة مثل الزلازل والحروب ... الخ " لا قدر الله " ). وهذا شرط لا قيمة قانونية له لمخالفته صريح القانون، ذلك أنّ المسؤولية تضامنية بين المهندس والمقاول بقوة القانون.

### المبحث الثالث

#### مقترحات في تطوير مسؤولية المهندس الاستشاري

إن أسباب إشكالات مسؤولية المهندس الاستشاري في أعمال التشييد والبناء بتقديرنا هي:

١. غياب التنظيم القانوني الصريح الخاص بها.
٢. التفاوت في الاجتهاد، ذلك أن لازم غياب التنظيم القانوني الصريح لموضوع معين قيام الاجتهاد لسد الفراغ، والاجتهاد مظنة الاختلاف المفضي إلى تفاوت الأحكام، والنزاعات بشأن هذه المسؤولية سواء عرضت على القضاء أم على التحكيم، فإن الأحكام بشأنها لن تكون موحدة عادة، ذلك أن كلا الجهتين مضطرة إلى الاجتهاد المبني على تفسير إرادة المتعاقدين في العقد واتباع العرف الخاص بأعمال التشييد والبناء وقواعد العدالة فيما تعدى ذلك، وذلك بعد الرجوع إلى القواعد القانونية العامة وتفسيرها وتطويعها بما يتلاءم والواقعة المعروضة على القضاء أو التحكيم.
٣. ضخامة مبالغ التعويض خاصة حال التهم.

فكان تجاوز إشكالات المسؤولية في هذا المقام يكمن في وضع حلول لها، خاصة في محاورها الثلاثة المذكورة. وبطبيعة الحال فإن كلامنا محصور في عقود الهندسة والمقاوله الوطنية، فخرج بهذا القيد العقود الدولية التي تحكمها عقود المقاوله النموذجية " الفيديك " والتحكيم حال قيام نزاع بشأن تنفيذ الالتزامات التعاقدية. وفي ضوء ذلك أرى أن الاقتراحات الآتية كفيلة بحل منازعات المسؤولية بشكل موحد أو أنها تساعد على الوصول إلى هذا الهدف، وهي:

١. تنظيم عقد الهندسة الاستشارية والمدنية والمعمارية تنظيمًا خاصًا في قانون المعاملات المدنية. وبهذا التنظيم تحسم مسائل كثيرة منها تحديد الطبيعة القانونية لعقد الهندسة عموماً وعقد الهندسة الاستشارية خصوصاً، وصفة المهندس في العقد، وصفة التزامه، وطبيعة مسؤوليته، وتوزيع الالتزامات بينه وبين العميل. وحسم هذه

الأمر ونحوها بالنص يمنع الاجتهاد بشأنها، ومن ثم منع الاختلاف في أحكام العقد، ذلك أن الاجتهاد مظنة الاختلاف، وليس عقد القرض أو عقد الهبة مثلاً، وهما عقدان مسميان، أولى بالتنظيم من عقد الهندسة، ولا هما أكثر تأثيراً منه في اقتصاد الدولة.

٢. إصدار عقد نموذجي من قبل جهة مشكلة من ذوي الاختصاصات الهندسية والقانونيين يجمع أطراف حقوق والتزامات الطرفين في ضوء القواعد القانونية الواردة في العقد المسمى. وفي ذلك بناء للأحكام القانونية على الواقع بحسب ما يراه أهل الخبرة، وبحسب الضوابط المهنية وما يجري به عرف التعامل في هذا الميدان الحيوي.

٣. إدراج شرط التأمين الإلزامي على البناء ضد التهدم والتعيب تزيد مدته على مدة الضمان العشري<sup>٥٠</sup>، بحيث يقع باطلاً الاتفاق على خلافه. وقد ذهبت إلى ذلك قوانين منها القانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٩٢م في المادة ٢ منه، وفيها: (لا يجوز صرف ترخيص البناء أو البدء في التنفيذ للأعمال التي تبلغ قيمتها مائة وخمسين ألف جنيه فأكثر أو التعليقات أياً كانت قيمتها إلا بعد أن يقدم طالب الترخيص وثيقة تأمين). وفي التأمين أمان لأطراف العلاقة

50. وقد ذكر ماجد خلوصي في العقود الهندسية، مرجع سابق، ص ٣٢، التأمين في عقد الاستشارة الهندسية ولكن على أنه تأمين اتفالي "اختياري" من المسؤولية المهنية، بقوله: (للطرف الأول " أي رب العمل " أن يطلب من الطرف الثاني " أي المهندس " التأمين على مسؤوليته المهنية عن الأعمال موضوع العقد بمبلغ يحدده الطرف الأول، وفي هذه الحالة يتعين على الطرف الثاني المبادرة بالتأمين لدى إحدى الشركات المرخص لها على المسؤولية المشار إليها لصالح الطرف الأول والطرف الثاني مجتمعين). ونرى أن التأمين الإلزامي أجدي وأنجع في هذا المجال من التأمين الاختياري، وليس التأمين الإلزامي من حوادث السيارات مثلاً أولى بالاعتبار من التأمين من مضار التهدم والتعيب في المباني.

التعاقدية في عقد الهندسة وعقد المقاوله، وأمان للغير الذي يلحقه ضرر من تهدم البناء، وفيه تشجيع على التوسع في هذا النشاط الاقتصادي وتطويره.

٤. إدراج شرط التحكيم في عقود الاستشارة الهندسية وعقود المقاوله، وبشكل إلزامي لا يجوز الاتفاق على خلافه. وهذا بدوره يضمن على عقد الهندسة ميزات التحكيم من الحفاظ على سرية العمل والحفاظ على العلاقة بين المهندس والعميل وتقليل النفقات وقصر مدة حسم النزاع وسهولة الإجراءات واختيار أطراف العلاقة القواعد الموضوعية بل والشكلية التي تحكم النزاع، بشكل مباشر أو غير مباشر، وبما لا يخالف النظام العام.

٥. تأسيس مجلس تحكيم يكون اختصاصه تعيين المحكمين من ذوي الاختصاصين الهندسي والقانوني، يكون موقعه الرئيسي في دبي، وله فروع في كل إمارة من الإمارات الستة الأخرى. ولا يخفى أن من شأن ذلك توحيد الاتجاهات في نظر وحسم النزاعات القائمة بين أطراف العلاقة التعاقدية.

٦. يكون القانون الواجب التطبيق في العقود الوطنية هو قانون المعاملات المدنية والقوانين الخاصة ذات الصلة، وفي حدود ما لا يجوز الاتفاق على خلافه من القواعد، وذلك يوجب مراعاة ما ورد في عقود الاستشارة الهندسية والمقاوله من شروط والعرف المحلي. ذلك أنا بصدد عقود وطنية، وفي اعتماد القواعد التي لا يجوز الاتفاق على خلافها حفاظ على النظام العام في الدولة.

٧. يعدد المجلس واللجان المتفرعة عنه بالإجراءات التي يحددها أطراف العلاقة التعاقدية، فضلاً عن الإجراءات المقررة في قانون الإجراءات المدنية التي لا يجوز الاتفاق على خلافها. لاتحاد العلة في هذا الموطن مع العلة التي ذكرت في الفقرة السابقة.

٨. وبطبيعة الحال تكون قرارات المحكمين قطعية حال صدورها بالإجماع أو بالأغلبية قابلة للتنفيذ بعد مصادقتها من قبل المحكمة المختصة، وهي المحكمة التي يقع في حدود اختصاصها المكاني موقع المجلس أو اللجنة المتفرعة عنها التي أصدرت القرار. ذلك أن قواعد التحكيم تبقى محافظة على طبيعتها وخصائصها وإن تغيرت مواضيع النزاع محل التحكيم.

## الخاتمة

وانكر فيها أبرز نتائج البحث والتوصيات.

### أولاً: نتائج البحث

١. عقد الهندسة الاستشارية باعتبار طبيعته القانونية عقد مقولة بحسب الرأجح بنظرنا.
٢. أن المهندس الاستشاري يصدق عليه وصف المقاول باعتبار الطبيعة القانونية لعقد الاستشارية الهندسية، وقد يصدق عليه ما يصدق على المهندس المعماري متى وضع تصاميم البناء دون الإشراف على تنفيذها، وهذا يفيد في تحديد مسؤوليته، فهو يستطيع أن يتخلص من المسؤولية متى أثبت أن الضرر لم يكن سببه التصاميم التي وضعها.
٣. أن المهندس الاستشاري قد يجمع مع صفته الاستشارية صفة أخرى يحكمها عقد مسمى أو حتى غير مسمى، وعندئذ يجب مراعاة ما ورد على عقده الأصلي " الاستشارة " من أوصاف قد تآثر في قيام مسؤوليته أو في تحديد طبيعتها القانونية.

٤. أن مسؤولية المهندس الاستشاري في الضمان العشري قائمة، مع مراعاة ما يدخل على عقد الاستشارة من أوصاف مؤثرة في صفة التزامه وطبيعة مسؤوليته، بحسب ما ذكر في الفقرة السابقة.
٥. أن التزام المهندس الاستشاري باعتبار طبيعة عقد المشورة مجرداً من أي بعد آخر هو التزام بنتيجة وليس التزاماً بوسيلة، وأن مسؤوليته في الضمان العشري تقوم على خطأ مفترض قانوناً غير قابل لإثبات العكس.
٦. أن نفي مسؤوليته يراعى فيه طبيعة التزامه، فلما كان التزامه باعتبار الأصل التزاماً بنتيجة، ومفترضاً بما لا يقبل إثبات العكس، فليس أمامه لنفي مسؤوليته إلا إثبات السبب الأجنبي لقطع العلاقة بين فعله والضرر الواقع. وفيما سوى ذلك حال تغير وصف التزامه بحسب ما دخل على العقد من أوصاف، كأن جمع مع صفته الاستشارية أنه وكيل عن العميل، يراعى تطبيق القواعد العامة، والأصل فيها أن التزامه في غير الاستشارة التزام بوسيلة ما لم يرد نص قانوني أو اتفاق على خلافه أو تقضي به طبيعة العقد أو العرف على أنه التزام بنتيجة.

#### ثانياً: التوصيات

نتمنى على المشرع الإماراتي مراعاة ما ذكرناه في المبحث الثالث من البحث من مقترحات في ضبط وتطوير أحكام عقد الهندسة الاستشارية ومسؤولية المهندس الاستشاري.



## مراجع البحث

١. إبراهيم مصطفى عبده عبد الله، المسؤولية المدنية للخبير الاستشاري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣م.
٢. المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الثاني " المسؤولية المهنية للمحامين والمهندسين "، منشورات الطلي الحقوقية، بيروت، ط٢/٢٠٠٤م.
٣. حسام الدين الأهواني، مصادر الالتزام، مصر، بدون دلة نشر، ١٩٩٥م.
٤. حسن حسين البراوي، عقد تقديم المشورة، دلة النهضة العربية، ١٩٩٨م.
٥. سعد جبر، الضمان الاتفاقي للعيوب الخفية في عقد البيع، دلة النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥م.
٦. سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية المهندس الاستشاري والمقاول في مجال العقود المدنية وعقد تسليم المفتاح، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤م.
٧. سمير عبد السيد تناغو، نظرية الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية.
٨. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القاتون المدني، الجزء ٧ (المقولة والوكالة والوديعة والحراسة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١م.
٩. فتيحة قرة، أحكام عقد المقولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ١٩٩٢م.
١٠. قاتون المعاملات المدنية رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ المعدل بالقاتون رقم ١ لسنة ١٩٨٩م.
١١. القاتون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م.
١٢. القاتون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦م.
١٣. القاتون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٩٢م.
١٤. المذكرة الإيضاحية لقاتون المعاملات المدنية، وزارة العدل، دولة الإمارات العربية، دون سنة طبع.
١٥. قضاء المحكمة الاتحادية العليا، مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا من دوائر المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية

- والشرعية، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة " ٥٨ "، ط ١/٢٠٠٦م.
١٦. قضاء محكمة تمييز دبي، مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة في المواد المدنية التجارية والعمالية والأحوال الشخصية، دائرة العدل، دبي، ٢٠٠٣م.
١٧. محمد سعد خليفة، عقد الاستشارة الهندسية في مجال التشييد والبناء، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤م.
١٨. محمد لييب شنب، شرح أحكام عقد المقاول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٢م.
١٩. محمد لييب شنب، مصادر الالتزام، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٣م.
٢٠. محمد ماجد خلوصي، العقود الهندسية المحلية والدولية، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، ٢٠٠٣م.
٢١. محمد ماجد خلوصي، أصول التحكيم في المنازعات الهندسية والتحكيم في القوانين العربية، دار قلم، بيروت، لبنان، ١٩٩٦م.
٢٢. محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المماريين، دار النهضة، القاهرة، ١٩٨٤م.
٢٣. مصطفى إبراهيم الزلمي والباحث، أصول الفقه في نسيجه الجديد وتطبيقاته في التشريعات القانونية خاصة القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦م، المركز القومي، الأردن، ١٩٩٩م.
٢٤. الموقع الإلكتروني لمحاكم دبي [www.dubaicourts.gov.ae](http://www.dubaicourts.gov.ae)
٢٥. ميرفت ربيع عبد العال، عقد المشورة في مجال نظم المعلومات، القاهرة، ١٩٩٧م.
٢٦. هاشم علي الشهوان، المسؤولية المدنية للمهندس الاستشاري في عقود الإنشاءات، دار الثقافة، عمان، ط ١/٢٠٠٩م.

## ملخص البحث

المسئولية المدنية من المواضيع المتجددة في تطبيقاتها لارتباطها بواقع الحياة المتجدد في صورته. ومن هذه الصور مسئولية المقاول والمهندس القائمة على تهدم البناء كلياً أو جزئياً أو حتى تعييبه، والتي نصت عليها القوانين، واستقر غالبها على تحديد مدة الضمان بمدة عشر سنوات من تاريخ تسليم البناء، ومنها قانون المعاملات المدنية في المادة ٨٨٠ منه، والتي عممت لفظ المهندس فيها دون تخصيصه بالمهندس المعماري كما ورد في نص المادة ٦٥١ و ٦٥٣ من القانون المدني المصري.

وإذا كان عقد الاستشارة الهندسية: (عقد بين مهندس ذو خبرة علمية وعملية واسعيتين في أعمال التشييد والبناء، يعرف بالمهندس الاستشاري، وبين العميل، يلتزم بمقتضاه وباستقلالية بتقديم استشارة ودراسة وفق ضوابط المهنة إلى العميل في مقابل أجر، من شأنها اتخاذ العميل قراره وفقاً لها في مواجهة واقع معين أو مشكلة قائمة، ما لم يمتد التزامه إلى الإشراف على التنفيذ) فإن طبيعته لا تمنع من ضمه إلى أحد العقود المسماة، وهو العقد الأكثر مناسبة له في طبيعته وأحكامه، وهو بتقديرنا عقد المقولة، خاصة وإن الاعتراضات الواردة على اعتباره عقد مقولة لم ترق إلى القدر في كونه عقد مقولة، وإن أمتاز بخصوصية تقتضيه طبيعة التعامل.

ومع التسليم بأن أساس مسئولية المهندس والمقاول في الضمان العشري خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس إلا أن صدق حكم الضمان العشري على المهندس الاستشاري يقتضي التفصيل تأسيساً على نطاق التزامه التعاقدية مع العميل وليس تأسيساً على طبيعة العقد، ذلك أن الطبيعة حسمت على ما تقرر أنها مقولة، فلم يبق مجال للتفصيل إلا باعتبار النظر إلى نطاق عقد الاستشارة الهندسية. ويمكن رد ذلك إلى:

١. مدى ارتباط المشورة والدراسة المقدمة من المهندس الاستشاري بعمل التشييد والبناء.

٢. مدى العلاقة بين المهندس الاستشاري بمباشرى التنفيذ، وهما المهندس المعماري والمقاول.

أما إذا طرأ على العقد المبرم بين المهندس الاستشاري والعميل ما يؤثر على صفة التزامه أو كان محل التزامه غير مؤثر في سلامة البناء، فإن التزامه في حدود ذلك يكون التزاماً بوسيلة لا بتحقيق نتيجة.

وقد رجحنا جواز إيراد المهندس الاستشاري والمعماري والمقاول شرط الإعفاء من المسؤولية في كل إخلال لم يترتب عليه تدهم البناء كلياً أو جزئياً أو تعييباً فيه، وسواء كان من شأن العيب الانتقاص من قيمة البناء أو الانتقاص من مقدار الانتفاع فيه،

وبيّنا إنّ إشكالات مسؤولية المهندس الاستشاري وكذلك المهندس المعماري والمقاول في أعمال التشييد والبناء أساسها غياب التنظيم القانوني الصريح الخاص بها، ومع غياب التنظيم القانوني الخاص فلا مناص من اختلاف الاجتهاد بشأن وقائع النزاع، سواء عرض النزاع على القضاء أو على التحكيم، ذلك أن الاجتهاد مظنة الاختلاف.

وقد تمّ التفصيل في العمومات المتقدمة مع إبداء مقترحات في تطوير مسؤولية المهندس الاستشاري في مقدمة ومباحث ثلاثة وخاتمة اشتملت على أبرز نتائج البحث والتوصيات.

**Abstract:** Civil liability one of the renewable topics in its applications, due to its realities of life renewed in its development. Among these development the responsibility of the contractor and engineer based on the houses have been destroyed totally or partially, which mentioned by laws, and settled mostly to determine the duration of the guarantee period of ten years from the date of delivery of the construction. Including the Civil Transactions Act in Article 880 thereof, which circulated the word engineer to assign to it, without architectural engineer as stated in the text of Article 651 and 653 of the Egyptian civil law.

If a consulting engineering: (a contract between the engineer with a scientific and practical experience and broad in the work of construction, known engineer consultant, and the client, whereby the independence of the committed to give consultation and study of the profession according to the guidelines to the client for a

**fee, the client would take the decision according to it in the face of reality or a problem with a particular list), its nature does not prevent him from one contract to the named, the contract is most-suitable to him in nature and its provisions, which is by our view a contractor, particularly the objections received to be considered a contractor has not lived up being a contractor, even excelled by its specificity required by the nature of transactions.**

**While acknowledging that the basis of the responsibility of the engineer and contractor in the security decimal error is not supposed to prove the contrary but the sincerity of the rule of the ten-year warranty on the consulting engineer requires detail based on the scope of its contractual obligations with the client and not the basis of the nature of the contract, that nature was settled on what they decide they contract, left no room for detail, except in relation to the scope of a consulting engineering. This is can be traced to the following cases:**

**1. The extent to which advice and the study by the consulting engineer, the work of construction and building.**

**2. How the relationship between the consulting engineers makes implementation, namely, the architect and the contractor. If there has been a contract between the client and the consulting engineer shall affect the status of its commitment or was the subject of commitment is ineffective in the construction safety, the commitment within that means do not be an obligation of result. The passport revenue support consulting engineer, architect,**

contractor liability exemption clause in breach did not result in houses have been destroyed in whole or in part or in wrong in, and whether the defect would detract from the value of building or diminishing the amount of use it, This research showed that the problematic responsibility, as well as consulting engineer, architect and contractor in the construction and building the basis of the absence of legal regulation of its own, and the frequency resolution of disputes between access to justice or to alternative methods, and diligence is a sign of the general developed with make suggests in the development of the consulting engineer's responsibility at the introduction and three chapters and a conclusion included the most important results of research and recommendations.



---

# النظام القانوني للإجازة المرضية في قانون العمل الأردني

الدكتور / هيثم حامد المصاروة  
كلية الحقوق - جامعة العلوم التطبيقية

---

## ملخص

لقد مكن المشرع الأردني العامل من التمتع بإجازة مرضية، يكون جزء منها مأجوراً، فيما يكون الجزء الآخر بنسبة معينة من الأجر، كما فرض لاستحقاق هذه الإجازة بجزائها توافر شروط معينة، وهو ما يطرح التساؤل عن مدى مراعاة المشرع لمصالح العامل وصاحب العمل وتحقيق التوازن بينهما.

وقد تبين من خلال الدراسة وجود العديد من المسائل التي يجدر بالمشرع إعادة النظر فيها، فيما يجدر به أيضا بيان موقفه من مسائل أخرى، وقد توصلت الدراسة إلى نتائج عدة واقتراح نصوص جديدة لمعالجة الموضوع.

## The legal system of the illness vacation in the Jordanian labor law

### Resume

The Jordanian legislator enables the employee to have illness vacation which is part of it in payment and the other part payment in percentage. Also the legislator enforces some particular conditions to have a right of illness vacation including both parts.

Which give us to present question what the extent of the legislator interesting look for the employee and employment benefits and try to balance between them. It clears during the study that there is many matters should the legislator reconsidered again. It should also show his statement from other matters. This study reaches too many results and suggests new articles for treatment the subject.



قد يتعرض العامل أثناء العمل أو خارجه إلى مرض يعوقه عن أداء عمله، مما يجعله بحاجة إلى إضفاء إجازة لاسترداد صحته وعافيته، لذلك تعد الإجازة المرضية من أهم الإجازات التي يحتاجها العامل بين فترة وأخرى أثناء خدمته.

ونظرا لذلك فإن المشرع في الدول المختلفة لم يغفل عن تنظيم أحكام هذه الإجازة ومعالجة الجوانب المتعلقة بها، وبما لا يخل بتحقيق قدر من التوازن في العلاقة بين العامل وصاحب العمل، إذ يكون من شأن إطالة مدة هذه الإجازة إرباك العمل في المنشأة وإتقال كاهل صاحب العمل بالالتزامات، ولا سيما إذا ما كانت هذه الإجازة مأجورة، كما يكون من شأن تقصير مدة هذه الإجازة أو جعلها غير مأجورة الأضرار بالعامل والتخلي عنه في وقت يكون فيه بأمر الحاجة إلى ذلك الأجر، لذلك فإن إقرار هذه الإجازة ومراعاة المصالح المختلفة من خلالها يكتسب أهمية بالغة على صعيد بيان حقوق الطرفين واستقرار العلاقة بينهما.

وقد تولى المشرع الأردني تنظيم الإجازة المرضية، فأورد أحكام خاصة بها وافردها نصا وحيدا هو نص المادة (٦٥) من قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٦، إذ عالج المشرع من خلاله العديد من المسائل المتعلقة بهذه الإجازة وعلى رأسها بعض الحقوق المترتبة للعامل خلال هذه الإجازة، إلا أنه بالرغم من ذلك لم يقدم حولا لمسائل أخرى على قدر من الأهمية، كصاحب الصلاحية في منح هذه الإجازة، أهو صاحب العمل، أم الطبيب، أم كلاهما معا؟ وكالعلاقة بين الإجازة المرضية والإجازة السنوية، وما إذا كان يحق للعامل الاستفادة من الإجازة السنوية في حال انتهاء الإجازة المرضية قبل تماثله للشفاء؟ وكحالة امتداد مرض العامل بعد انقضاء مدة الإجازة المرضية المحددة له، وهل يكون باستطاعة صاحب العمل إنهاء العلاقة مع العامل عقبها أم لا؟ ولعل ذلك يقودنا أيضا للتساؤل عن مدى كفاية وملائمة المدة المحدد قانونا لهذه الإجازة؟

هذا ما سنحاول الإجابة عنه في هذه الدراسة، على أن الأمر لا يقف عند هذا الحد، بل يمتد إلى العديد من المشكلات العملية الأخرى، والتي كان

للقضاء أحياناً وللفقه أحياناً أخرى رأياً فيها، وهو ما يتطلب العرض والمناقشة أيضاً.

وعليه، نعرض فيما يلي لمضمون هذه الإجازة وأحكامها وذلك من خلال المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: مضمون الإجازة المرضية.

المبحث الثاني: أحكام الإجازة المرضية.

### المبحث الأول

#### مضمون الإجازة المرضية

للقوف على مضمون الإجازة المرضية يمكن الاستناد إلى النص الذي تصدى من خلاله المشرع الأردني لأحكامها، ونقصد من ذلك نص المادة (٦٥) من قانون العمل، والتي جاءت على النحو الآتي: (لكل عامل الحق في إجازة مرضية مدتها أربعة عشر يوماً خلال السنة الواحدة بأجر كامل بناء على تقرير من الطبيب المعتمد من قبل المؤسسة، ويجوز تجديدها لمدة أربعة عشر يوماً أخرى بأجر كامل إذا كان نزيل أحد المستشفيات وبنصف الأجر إذا كان بناء على تقرير لجنة طبية تعتمد المؤسسة ولم يكن نزيل أحد المستشفيات).

إذ يمكن من خلال هذا النص استنباط تعريف للإجازة المرضية، والتعرف على الشروط الواجب توافرها لاستحقاق هذه الإجازة.

وبناء عليه، فإن دراسة وتحديد مضمون الإجازة المرضية سيتم من خلال توزيع الدراسة على المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: تعريف الإجازة المرضية.

المطلب الثاني: شروط استحقاق الإجازة المرضية.

### المطلب الأول

#### تعريف الإجازة المرضية

لم يعرف المشرع الأردني الإجازة المرضية، وحسن فعل لأن تعريف المصطلحات وبيان نطاقها يعد من مهام الفقه.

يعرف البعض الإجازة المرضية على أنها: (إجازة تمنحها جهة طبية مختصة بسبب المرض)<sup>(1)</sup>.

وبالرغم من ذلك، نعتقد بأنه يؤخذ على التعريف السابق تحديده الجهة صاحبة الحق في منح هذه الإجازة بالجهة الطبية المختصة، مع أن صلاحيات هذه الجهة لا تتعدى إصدار تقرير طبي بحالة العامل الصحية، ذلك أن أقصى ما تستطيع القيام به هو الإيصاء بمنح العامل إجازة مرضية، إذ يعود تقدير ذلك لصاحب العمل، فهو صاحب الصلاحية بمنحها إذا ما توافرت شروطها. لذا نعتقد بأنه يمكن تلافي النقد السابق بتعريف الإجازة المرضية على أنها: إجازة مأجورة يستحقها العامل الذي يصاب بمرض يتعذر معه قيامه بالعمل المناط به وبناء على تقرير طبي صادر عن جهة معتمدة. ويشار هنا إلى أنه قد يطلق على هذه الإجازة مصطلح آخر هي: "الإجازة الصحية"<sup>(2)</sup>.

وعلى الرغم من أن المعنى الذي يفيد المصطلح السابق قريب من نظيره "الإجازة المرضية"، إلا أننا لا نعتقد بتطابقهما، ذلك أن إجازة الأمومة إنما تمنح للعاملة الحامل لأسباب صحية - لا مرضية، مما يجعلها تدرج أيضا تحت مدلول الإجازة الصحية.

وبتعبير آخر يمكن القول بأن إطلاق مصطلح الإجازة الصحية للدلالة على الإجازة المرضية هو من قبيل إطلاق الكل على الجزء، فالإجازة الصحية قد تمنح لأسباب مرضية أو بسبب الوضع.

وما قيل بشأن مصطلح الإجازة الصحية نعتقد بأنه ينطبق على مصطلح آخر هو "الإجازة الطبية".

### المطلب الثاني

#### شروط استحقاق الإجازة المرضية

(1) د. عبد الواحد كرم، معجم المصطلحات الشرعية والقانون، الطبعة الثانية، عمان، ١٩٩٧، ص ١٥.

(2) د. عبد الواحد كرم، المرجع السابق، ص ١٤.

يشترط لاستحقاق العامل للإجازة المرضية توافر جملة من الشروط  
وبما يمكن إجمالها على النحو الآتي<sup>(3)</sup>:

أولاً: أن يصاب العامل بمرض يحول دون قيامه بالعمل المناط به، وهذا يعني  
أن العامل لا يستحق الإجازة المرضية إذا ما كان المرض بسيطاً أو حتى  
مزمناً ما دام أنه لا يعيقه عن أداء عمله، بل انه لا يستحق الإجازة حتى وإن  
كان يواجه قدراً محتملاً من الصعوبة في أداء عمله، فالمرض المقصود هنا  
هو المرض الذي يقعد العامل أو يحتاج معه إلى مراجعة الأطباء والمستشفيات  
وينصح إزائه الأطباء بالخلود إلى الراحة.

ونعتقد بأنه يستفيد من هذه الإجازة أيضاً العامل إذا ما لحقت به إصابة  
وكان بحاجة للعلاج، كما لو وقع له حادث سير، وعلى خلاف ما قد توحى به  
تسمية هذه الإجازة بالمرضية، فهي تشمل كل حالة يكون العامل فيها بحاجة  
إلى العلاج والتشافي، لذلك قد يكون من الأفضل إعادة النظر في تسميتها،  
بحيث يراعى في تسميتها إزالة ما قد تثيره من لبس وبما يجعلها تشمل  
الأمراض والإصابات، كأن تسمى بالإجازة العلاجية.

وبمناسبة الحديث عن الأمراض والإصابات الموجبة للإجازة المرضية  
فقد يثار في ذهن البعض تساؤل حول المقصود بالمرض أو الإصابة هنا، فهل  
يقصد بهما المرض المهني<sup>(4)</sup> وإصابة العمل<sup>(5)</sup>، أم أن هذه الإجازة لا تشملهما؟

<sup>(3)</sup> يشير البعض إلى شرط آخر لاستحقاق الإجازة المرضية، وهو: (أن ينطبق على الشخص  
وصف العمل الذي تسري عليه أحكام قانون العمل...). انظر: د. سيد محمود رمضان،  
الوسيط في شرح قانون العمل، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٥، ص ٣٥٨.  
ومع ذلك لا نعتقد بأهمية إيراد مثل هذا الشرط، لانه معلوم بالضرورة في الإجازات  
المنظمة في قانون العمل.

<sup>(4)</sup> تعرف المادة الثانية من قانون العمل المرض المهني على النحو الآتي: (الإصابة بأحد  
الأمراض الصناعية المبينة في الجدول رقم (١) أو الإصابة بأي من الإصابات المهنية  
المبينة في الجدول رقم (٢) الملحقتين بهذا القانون). ويعرف الفقه المرض المهني على انه:  
خلل يلحق بجسم العامل أثناء قيامه بالعمل بسبب طبيعة العمل وظروفه.

Voir: Raymond Guillien et Jean Vicent, Lexique De Termes  
Juridiques, Dalloz, Paris, p178.

<sup>(5)</sup> تعرف المادة الثانية من قانون العمل إصابة العمل كالآتي: (إصابة العامل نتيجة حادث  
أثناء تادية العمل أو بسببه ويعتبر في حكم ذلك الحادث ما يقع للعامل أثناء ذهابه لمباشرة  
عمله أو عودته منه). وتعرف إصابة العمل لدى جانب من الفقه على أنها: أي مساس بجسم  
العامل أثناء العمل أو بسببه يقع فجأة بفعل قوة خارجية ويلحق بالعامل ضرراً جسدياً.

Voir: Raymond Guillien et Jean Vicent, Op, cit, p3.

يذهب البعض إلى القول بأنه لا يشترط في المرض أو الإصابة الموجبة للإجازة أي شرط، لذا فإنه يستفيد منها العامل وبغض النظر عن الوصف الذي قد يلحق بذلك المرض، أي سواء أكان المرض مهنيا أم غير مهني، فضلا عن شمولها لإصابات العمل، لذلك فهو يعرف المرض الموجب للإجازة المرضية كالاتي: الاعتلال الصحي الذي يمنع الشخص من مزاوله عمله سواء أكان ناشئا عن إصابة عمل أو مرض مهني أو غير مهني<sup>(6)</sup>.

وعلى الرغم من ذلك، نعتقد بأن الإجازة المرضية لا تشمل الأمراض المهنية وإصابات العمل، فقد قرر المشرع لهما أحكاما خاصة تفوق وتميز عما هو مقرر في الإجازة المرضية، إذ يستحق العامل الذي يلحق به مرضا مهنيا أو إصابة عمل أجرا بنسبة معينة وبغض النظر عن المدة التي يستغرقها علاجه، أي حتى وإن استمرت لأكثر من (٢٨) يوما، فقد جاء في المادة (٩٠/ب) من قانون العمل ما يأتي: (إذا نشأ عن إصابة العمل عجز مؤقت للعامل فيستحق بدلا يوميا يعادل (٧٥%) من معدل أجره اليومي اعتباراً من اليوم الذي وقعت فيه الإصابة وذلك أثناء مدة المعالجة التي تحدد بناء على تقرير من المرجع الطبي إذا كانت معالجته خارج المستشفى وبخفض ذلك البديل إلى (٦٥%) من ذلك الأجر إذا كان المصاب يعالج لدى أحد مراكز العلاج المعتمدة)<sup>(7)</sup>.

(6) انظر: د. غلاب الداودي، شرح قانون العمل، الطبعة الثالثة، دار وائل، عمان، ٢٠٠٤، ص ١٢٩.

(7) يلاحظ هنا أن النص الوارد في المتن يتطرق إلى إصابات العمل دون الإشارة إلى الأمراض المهنية، إلا أن ذلك لا يعني وجود أحكام خاصة بالتعويض عن الأمراض المهنية، إذ تطبيق بشأنه الأحكام ذاتها، فقد جاء في المادة (٨٨) من قانون العمل الأردني ما يأتي: (يكون صاحب العمل مسؤولاً عن دفع التعويض المنصوص عليه في هذا القانون للعامل الذي يصاب بمرض من أمراض المهنة ناشئ عن عمله وذلك بالاستناد إلى تقرير من المرجع الطبي).

وتجدر الإشارة إلى أن الأحكام الخاصة بالأمراض والإصابات المهنية لا تطبق بشأن العمال كافة، وإنما بشأن غير الخاضعين لأحكام قانون الضمان الاجتماعي، إذ نصت المادة (٨٦) من القانون نفسه على ما يأتي: (تطبق أحكام هذا الفصل المتعلقة بإصابات العمل وأمراض المهنة على العمال الذين لا تسري عليهم أحكام قانون الضمان الاجتماعي المعمول به).

ثانياً. ألا يكون المرض ناجماً عن فعل متعمد قام به العامل بقصد الحصول على الإجازة المرضية<sup>(8)</sup>، فقد يعرض العامل نفسه إلى عوامل تقضي إلى مرضه أو حتى يعمد إلى افتعال حادث يفضي إلى إلحاق إصابة تعيقه عن العمل، ففي مثل هذه الحالات نعتقد بأن لصاحب العمل الامتناع عن منح العامل إجازة مرضية، على أن ما يجب الالتفات إليه هنا هو أن على صاحب العمل الاعتماد على أدلة قاطعة بشأن تعمد العامل الإصابة بمرض أو افتعاله إصابة العمل.

ثالثاً. ألا يكون العامل قد استنفذ المدد المحددة للإجازة المرضية خلال العام نفسه، فهذه الإجازة محددة بحد أقصى تولى تحديده المشرع مباشرة، ومؤدى ذلك انه يسقط حق العامل في التمتع بهذه الإجازة بانقضاء كل سنة بمضيها في المنشأة، وبالتالي فإنه لا يجوز له ضم مدة إجازة مرضية لم يتحقق الانتفاع بها أو بجزء منها في سنة من السنين على مدة هذه الإجازة في سنة تالية، والأصل في حساب السنة بأنه يختلف من عامل إلى آخر باختلاف تاريخ ابتداء خدمته، إلا أن ذلك لا يحول دون تحديدها على نحو مختلف<sup>(9)</sup>.

رابعاً. أن يكون المرض الذي أصاب العامل وحاجته إلى إجازة مرضية ثابت بموجب تقرير طبي معتمد من قبل المؤسسة، إذ قد يثار النزاع بين العامل وصاحب العمل حول مدى استحقاق العامل لهذه الإجازة تبعاً لحقيقة مرض العامل من عدمه، لذلك فقد جاءت المادة (٦٥) المذكورة لتحدد الطريقة التي يتم من خلالها التحقق من مرض العامل، فقضت بأن الإجازة تمنح للعامل يجب أن تكون بناء على تقرير صادر من الطبيب المعتمد من قبل المؤسسة، إلا أن ذلك لا يحول دون قيام النزاع بشأن حقيقة مرض العامل، فماذا لو لم يكن لدى صاحب العمل طبيباً معتمداً لمؤسسته؟

نعتقد بأن صاحب العمل يعد في مثل هذه الحالة في موضع المقصر<sup>(10)</sup>، إذ يفترض به بموجب المادة (٦٥) من قانون العمل تعيين طبيب تعتمده المؤسسة، وبالتالي فإنه يكون للعامل إثبات مرضه بتقرير طبي صادر عن

(8) انظر: د. غالب الداودي، المرجع السابق، ص ١٢٩.

(9) انظر: د. السيد محمد السيد عمران، شرح قانون العمل، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٤٣٥.

(10) انظر: د. أحمد عبد الكريم أبو شنب، شرح قانون العمل الجديد، الطبعة الأولى-الإصدار الرابع، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٣، ص ٢٤٣.

طبيب خاص وإن كنا نفضل اللجوء في مثل هذه الحالة لجهة حكومية كالمستشفيات العامة بقصد إثبات الحالة الصحية، أما القول بخلاف ذلك فلا شك في أنه قد يعد تضيقاً على العامل ومحاولة لثنيه عن الاستفادة من حق منحه إياه المشرع، أي الحق في الإجازة المرضية.

على أن المادة المذكورة لا تحول دون قبول صاحب العمل للتقرير الطبي إذا ما كان صادراً من طبيب خاص قام بعلاج العامل، فلصاحب العمل قبول مثل هذه التقرير، كما إن له رفضه وإحالة العامل إلى طبيب الذي يعتمده ليتولى فحصه.

وعلى نحو مشابه فإن لصاحب العمل اكتفاء بإقرار العامل ودون الحاجة إلى مطالبته بتقرير طبي.

ويشار هنا إلى أن العامل قد يعمد إلى تقديم تقارير طبية مزورة بقصد الحصول على الإجازة المرضية، ففي مثل هذه الحالة يكون لصاحب العمل التحقق من صحة تلك التقارير، فإن ثبت له أنها مزورة، كان من حقه فصل العامل ودون توجيه إشعار بموجب المادة (٢٨/١) من قانون العمل<sup>(11)</sup>، إذ لا يحتاج القيام بالفصل في مثل هذه الحالة الاستناد إلى حكم صادر عن المحكمة بارتكاب العامل لجريمة التزوير، بل يكفي بتثبت صاحب العمل من الأمر، على أن يكون للعامل رفع دعوى والمطالبة بالتعويض عن الفصل التعسفي إن اخطأ صاحب العمل في تقديره.

خامساً. أن يتقدم العامل بطلب للحصول على الإجازة المرضية سلفاً، إذ يتوجب على العامل التقدم قبل إمضاء الإجازة بطلب صريح لها إلى صاحب العمل يخبره فيه بحقيقة مرضه ومعززا ذلك بالتقارير الطبية المطلوبة، حيث يتوجب على صاحب العامل إجابة العامل إلى طلبه والسماح له بإمضاء تلك الإجازة إن توافرت باقي الشروط القانونية الأخرى، على أن يستثنى العامل في كل حالة لا يتمكن فيها من تقديم هذا الطلب مسبقاً، كما لو كان العامل في حالة إغماء أو يحتاج إلى إجراء طبي سريع، ففي مثل هذه الحالة يكون على عامل تقديم طلب الإجازة في أول فرصة يتمكن فيها من ذلك.

(11) جاء في المادة (٢٨/١) من قانون العمل ما نصه: (لصاحب العمل فصل العامل دون إشعار وذلك في أي من الحالات التالية: أ. إذا انتحل العامل شخصية أو هوية غيره أو قدم شهادات أو وثائق مزورة بقصد جلب المنفعة لنفسه أو الأضرار بغيره).

فإذا ما توافرت هذه الشروط استحق العامل الإجازة المرضية بعد الحصول على موافقة صاحب العمل بوصفه صاحب الصلاحية في ذلك، وإلا فإنه قد يترتب على عدم منح العامل تلك الإجازة انعقاد مسؤولية صاحب العمل في مواجهة العامل عما يكون قد لحق به من أضرار، فضلا عن إمكانية معاقبته بالغرامة التي لا تقل عن مائة دينار ولا تزيد على خمسمائة<sup>(12)</sup>.

وجدير بالذكر هنا أن استحقاق العامل للإجازة المرضية لا يؤثر على حقه في باقي الإجازات، وخصوصا الإجازة السنوية، إذ لا تحتسب أيام الإجازة المرضية من الإجازة السنوية إذا تخللتها<sup>(13)</sup>، وفي ذلك تطبيق لمبدأ مهم هو مبدأ استقلال الإجازات<sup>(14)</sup>، ذلك أن سبب وشروط استحقاق كل منها يختلف عن الآخر، الأمر الذي يمكن ملاحظة تطبيقه لدى محكمة التمييز، إذ جاء في أحد قراراتها ما نصه: (لا يوجد ارتباط بين الإجازة السنوية والإجازة المرضية ولكل منهما حكمه الخاص ولا يجوز احتساب الإجازة المرضية من الإجازة السنوية وليس في قانون العمل ما يجيز إجراء التقاص بين الإجازتين)<sup>(15)</sup>.

كما أن مدة الإجازة المرضية تحتسب لأغراض استحقاق الإجازة السنوية وباقي الإجازات المستحقة له في تلك السنة، أي أن العامل يعتبر أثناء الإجازة المرضية في خدمة صاحب العمل<sup>(16)</sup>.

## المبحث الثاني

### أحكام الإجازة المرضية

إذا ما توافرت الشروط المحددة لاستحقاق الإجازة المرضية، فإن للعامل التمتع بها ضمن الحدود التي رسمها المشرع، إذ حدد لها سقفا أعلى، كما كفل للعامل حقه في الأجر أو نسبة منه خلال مدد محددة منها.

(12) انظر المادة (٧٧) من قانون العمل الأردني.  
(13) انظر: د. أحمد أبو شنب، المرجع السابق، ص ٢٣٧. د. محمد حلمي مراد، قانون العمل والتأمينات الاجتماعية، الطبعة الرابعة، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ١٩٦١، ص ٤٨٤.  
(14) انظر: د. عبد الودود يحيى، شرح قانون العمل، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩، ص ٢٣٦. د. سيد محمود رمضان، المرجع السابق، ص ٣٤٦.  
(15) تمييز حقوق (٢٠٠٠/٥٢٢)، موسوعة مداد القتونية.  
(16) انظر: د. عبد الودود يحيى، المرجع السابق، ص ٢٣٦.



ومن جهة أخرى فإن هذه الإجازة قد تنقضي قبل تشافي العامل وتعالجه من المرض أو الإصابة، وهو ما يجعله بحاجة إلى مدة إضافية لاستكمال العلاج، ولا شك في أن ذلك قد يؤثر في العلاقة بين العامل وصاحب العمل أو بينهما.

وعليه، نعرض للأحكام المترتبة على استحقاق الإجازة المرضية وانتهائها من خلال المطلبين الآتيين:

**المطلب الأول: مدة الإجازة المرضية.**

**المطلب الثاني: الآثار المترتبة على انتهاء الإجازة المرضية.**

### **المطلب الأول**

#### **مدة الإجازة المرضية**

لقد تضمنت المادة (٦٥) من قانون العمل النص على أكثر من مدة بشأن العامل الذي يحصل على إجازة مرضية، حيث فرقت في ذلك بين حالتين هما: الحالة الأولى: حالة العامل المجاز مرضياً في الأربعة عشر يوماً الأولى، حيث يستحق أجراً كاملاً، ولكن بشرط أن تكون حاجته للإجازة ثابتة بموجب تقرير من الطبيب المعتمد من قبل المؤسسة.

وقد منح المشرع للعامل الحق في تقاضي أجره كاملاً أثناء هذه المدة لكي لا يصبح العامل وأسرته عالة على غيره في وقت قد يحتاج فيه إلى نفقات إضافية للعلاج ومستلزماته.

أما مقدار الأجر المستحق أثناء الإجازة فهو الأجر الأساسي بالإضافة إلى سائر توابعه وملحقاته التي كان يحصل عليها العمل في أوقات العمل. الحالة الثانية: حالة العامل المجاز مرضياً في الأربعة عشر يوماً التالية للمدة الأولى، إذ يستحق أجراً كاملاً إذا كان نزيل أحد المستشفيات، ونصف الأجر إذا كانت حاجته للإجازة ثابتة بموجب تقرير صادر عن لجنة طبية تعتمد المؤسسة لم يكن نزيل أحد المستشفيات.

ويؤثر البعض تساؤلاً حول الشخص صاحب الصلاحية في تجديد الإجازة المرضية للعامل في الأربعة عشر يوماً التالية للمدة الأولى، وسبب ذلك نص المادة (٦٥) من قانون العمل الأردني والتي جاء فيها: (ويجوز

تجديدها لمدة أربعة عشر يوماً أخرى باجر كامل إذا كان نزيل أحد  
المستشفيات...)، حيث يقول الدكتور أحمد أبو شنب ما نصه: (أن عبارة  
"ويجوز تجديدها" تثير الالتباس بشأن من هو صاحب الحق بهذا التجديد، هل  
هو صاحب العمل، أم العامل، أم انه يلزم اتفاق الطرفين على هذا التجديد؟).  
حيث يخلص إلى نتيجة مفادها (أن جواز التجديد منوط بالعامل، فهو الذي يقرر  
هذا التجديد إن وجده لمصلحته)<sup>(17)</sup>.

ومع ذلك نعتقد بأن الأمر هنا لا يختلف عن الحالة السابقة من الإجازة  
المرضية - أي حالة العامل المجاز مرضياً في الأربعة عشر يوماً الأولى- إذ  
يكون صاحب الحق في كلا الحالتين صاحب العمل، على أن يتحمل المسؤولية  
في كل حالة يتعسف فيها في استعمال حقه هذا، خصوصاً إذا نجم عن ذلك  
لحوق أضرار بالعامل، أما الفارق بين هذه الحالة وسابقتها فتتجلى بصورة  
رئيسية في وجهين، أولهما: من حيث الأجر، إذ لا يستحق العامل أجراً كاملاً  
إذا لم يكن نزيل المستشفى، بل نصفه، وثانيهما: من حيث التقرير الواجب  
تقديمه لاستحقاق الإجازة، إذ لا يكفي صدوره عن الطبيب المعتمد من  
المؤسسة، وإنما يجب أن يكون صادراً عن لجنة طبية تعتمدها المؤسسة.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع يحظر على صاحب العمل فصل العامل  
أثناء الإجازة المرضية<sup>(18)</sup>، ذلك أن هذه الإجازة منحت للعامل لاسترداد صحته  
وعافيته، فإذا ما وقع الفصل خلالها كان فصلاً تعسفياً، الأمر الذي طبقت  
محكمة التمييز الأردنية في قرار لها، حيث نصت فيه على الآتي: (إن المشرع  
أورد في المادة (٢٧) من قانون العمل قيوداً على صاحب العمل مؤداها، أنه حتى

(17) يقول الدكتور أحمد أبو شنب ما نصه: (أن عبارة "ويجوز تجديدها" تثير الالتباس بشأن  
من هو صاحب الحق بهذا التجديد، هل هو صاحب العمل، أم العامل، أم انه يلزم اتفاق  
الطرفين على هذا التجديد، إذا قلنا أنه صاحب العمل فإن الحكم الوارد بالنص بشأن جواز  
التجديد يكون عبثاً في هذه الحالة، لأن لصاحب العمل تجديد الإجازة مع التزامه بالأجر إذا  
شاء، دون أن يحتاج الأمر إلى نص بهذا الصدد، لأن ذلك من مصلحة العامل، أما إذا كان  
المقصود هو عدم جواز التجديد إلا باجر، فإن ذلك يضر بمصلحة العامل، فيما لو أراد  
صاحب العمل تجديدها دون أجر، لأن البديل هو أن يعمد صاحب العمل إلى الاستغناء عن  
خدمة العامل... أما إذا قلنا أن المقصود هو اتفاق الطرفين فإنه يبقى منوطاً بموافقة صاحب  
العمل، وبالتالي لا تتحقق مصلحة العامل بذلك، ومن ثم ينطبق نفس التحليل الذي ذكرناه،  
لذا لا يبقى القول أن جواز التجديد منوط بالعامل، فهو الذي يقرر هذا التجديد إن وجده  
لمصلحته...). د. أحمد أبو شنب، المرجع السابق، ص ٢٤٣-٢٤٤.  
(18) انظر المادة (٢٧) من قانون العمل الأردني.

لو توافرت الأسباب المشروعة لفصل العامل، فلا يجوز لصاحب العمل إنهاء خدمة العامل في حالات منها حالة ان يكون العامل أثناء إجازة مرضية... إذ من شأن ثبوت ان الفصل تم في أثناء الإجازة المرضية ان يوصفه بالتعسف لوقوعه في وقت غير مناسب<sup>(19)</sup>.

وعلى أية حال، فإن أقصى مدة للإجازة المرضية - طبقاً لنص المادة (٦٥) - هي ٢٨ يوماً خلال السنة الواحدة.

ونعتقد بأنه هذه المدة تعد قصيرة وغير كافية في الكثير من الاحيان، إذ قد يستمر مرض العامل لمدة أطول مما يتطلب مد هذه المدة وزيادتها، ونقترح لهذا الغرض مضاعفتها والزيادة فيها، بحيث يصبح حددها الأقصى لمدة شهرين، إذ يمكن تعديل نص المادة (٦٥) لهذا الغرض لتصبح كالآتي: (لكل عامل الحق في إجازة علاجية مدتها ثلاثون يوماً خلال السنة الواحدة بأجر كامل بناء على تقرير من الطبيب المعتمد من قبل المؤسسة، ويجوز تجديدها لمدة ثلاثون يوماً أخرى بأجر كامل إذا كان نزول أحد المستشفيات وينصف الأجر إذا كان بناء على تقرير لجنة طبية تعتمد المؤسسة ولم يكن نزول أحد المستشفيات)<sup>(20)</sup>.

### المطلب الثاني

#### الأثر المترتبة على انتهاء الإجازة المرضية

<sup>(19)</sup> تمييز حقوق (٢٠٠١/١٤٩١). المجلة القضائية، عمان، ٢٠٠١، ص ١٦٠.  
<sup>(20)</sup> تتيح بعض التشريعات العربية مدة أطول بأضعاف مضاعفه لما هو مقرر في القانون الأردني، فعلى سبيل المثال يعطي قانون العمل المصري رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ بموجب المادة (٥٤) منه العامل إجازة مرضية تصل مدتها إلى تسعة أشهر بحيث يكون الشهر الأول مدفوع الأجر بالكامل، وما بقي من مدة بنسبة من الأجر تعادل (٧٥%). انظر كذلك المادة (٧٨) من قانون التأمينات الاجتماعي المصري رقم (٧٩) لسنة ١٩٧٥ والذي يحيل إليه قانون العمل بشأن بعض أحكام الإجازة المرضية.

انظر كذلك نظام العمل السعودي لسنة ٢٠٠٥، حيث نصت المادة (١١٧) منه على الآتي: (العمل الذي يثبت مرضه الحق في إجازة مرضية بأجر عن الثلاثين يوماً الأولى، وثلاثة أرباع الأجر عن الستين يوماً التالية، ودون أجر للثلاثين يوماً التي تلي ذلك خلال السنة الواحدة، سواء أكانت هذه الإجازات متصلة أم منقطعة. ويقصد بالسنة الواحدة: السنة التي تبدأ من تاريخ أول إجازة مرضية). ولعل من اللافت للنظر في هذه المادة أيضاً هو تاريخ ابتداء السنة، إذ تحدد بتاريخ أول إجازة مرضية، وهو ما قد يصيب في مصلحة العامل في بعض الاحيان، فيما يبدو ان التعرض مع تلك المصلحة غير مستبعد في احيان أخرى.

قد يتسائل البعض حول مصير العقد بعد انتهاء الإجازة المرضية إذا ما استمر المرض أو كان العامل قادر على العمل إلا أن المرض المصاب به يعد مرض معدياً، فما عسى صاحب العمل أن يفعل إذا انتهت الإجازة ولم يشف العامل أو كان مرضه معدياً؟

نعتمد بأنه يجب التفرقة في هذا الصدد بين الفرضين الآتيين:

**الفرض الأول:** إذا ثبت بتقرير طبي عدم قدرة العامل على استئناف عمله نهائياً لإصابته بعجز أو مرض مزمن لا يرجى شفاؤه، ففي مثل هذه الحالة يكون لصاحب العمل بموافقة العامل تغيير العمل بالمناطق بالعامل ونقله إلى عمل آخر بلائمه إن أمكن، وإلا فإن لصاحب العمل اعتبار عقد العمل منتهياً لاستحالة التنفيذ استناداً إلى نص المادة (٢١/ج) من قانون العمل الأردني والتي جاء فيها ما نصه: (ينتهي عقد العمل في أي من الحالات التالية:... إذا توفي العامل أو أقعده مرض أو عجز عن العمل وثبت ذلك بتقرير طبي صادر عن المرجع الطبي).

وعلى الرغم من ذلك فإن استقراء النص سالف الذكر قد يفضي بالبعض إلى القول بنتيجة مغايرة، ذلك أنه يشترط لإنهاء العقد أن يقعد المرض العامل، إلا أنه لم يجزم بما إذا كان ذلك لمدة محدودة أو نهائياً، لذا نعتقد بأنه من الأولى التصريح بذلك وذلك بإضافة عبارة (بصفة نهائية) إلى النص السابق ليصبح على النحو الآتي: (ينتهي عقد العمل في أي من الحالات التالية:... إذا توفي العامل أو أقعده مرض أو عجز عن العمل بصفة نهائية وثبت ذلك بتقرير طبي صادر عن المرجع الطبي عن اللجنة الطبية المعتمدة من قبل المؤسسة).

**الفرض الثاني:** إذا كان العامل مازال يتمثل للشفاء، ففي مثل هذه الحالة قد يذهب البعض للقول بإتاحة المجال أمام صاحب العمل للاستغناء عن خدمة العامل كونه استنفذ إجازته المرضية، وغير قادر على استئناف العمل بانتهائها<sup>(21)</sup>.

ألا أننا لا نعتقد بتأييد مثل هذا الرأي لعدم إيراد المشرع نص خاص وصریح بذلك، فما أورده المشرع من نصوص - ونعني المادة (٢١/ج) - لا يؤكد تبنيه لمثل هذه النتيجة، وإنما قد يثير بشأنها الشك فقط، والقاعدة تقضي بأن الشك يفسر لمصلحة العامل، فضلاً عن أن الأخذ بمثل هذه النتيجة قد

(21) انظر: د. أحمد عبد الكريم أبو شنب، المرجع السابق، ص ٢٤٤.

يقضي إلى إلحاق أضرار جسيمة بالعامل، سواء من الناحية النفسية أو المادية، ذلك أن العامل سيعمد وعلى الرغم من حاله الصحية الصعبة إلى العودة إلى استئناف عمله مما قد يفرض على تدهور حالته الصحية، الأمر الذي ينطبق على الحالة التي يفصل فيها العامل ويتطلب الأمر منه البحث عن عمل جديد.

لذلك نعتقد بأنه من الأولى تبني حلا يراعي مصلحة العامل ودون التضحية بمصلحة صاحب العمل، ولعل مثل هذا الحل يتمثل في الأخذ بفكرة وقف عقد العمل، أي تجميد العلاقة بين الطرفين إلى حين شفاء العامل، فلا يؤدي العامل بعد انتهاء إجازته المرضية وخلال فترة علاجه عملا كما لا يستحق أجرا، على أن يعود الطرفان لاستئناف العقد عقب شفاء العامل وتمكنه من مزاولة عمله، إذ يستطيع صاحب العمل خلال مدة وقف العقد وللحيلولة دون اضطراب المنشأة أو تعطيلها الاستعانة بعمال آخر مكان المريض وبعقد محدد المدة.

وإذا كان الأخذ بفكرة وقف عقد العمل لا يثير مشكلة في العقد غير المحدد المدة والعقد المحدد المدة في المنشآت المستمرة في عملها، لأن العامل يعود بعد شفائه إلى استئناف عمله كما كان، فإن التساؤل قد يطرح هنا حول مصير العقد المحدد المدة في الحالة التي تكون فيها المنشأة على وشك الانتهاء، كما لو كانت في طور التصفية، أو كانت قائمة لتنفيذ مشروع معين يكتمل بناؤه عما قريب، فهل يكمل العامل ما بقي من عقده إلى حين حل المنشأة، أم أن له الحق في استكمال المدة الباقية من عقده مهما كان أمدها، ولنا أن نضرب على ذلك مثال، فلو أن عاملا أبرم عقد عمل لمدة سنة مع مشروع قام بتنفيذ جسر خلال سنة، ومرض العامل خلالها واستنفذ إجازته المرضية مما استدعى وقف العقد بينه وبين صاحب المشروع لثلاثة أشهر، وعند عودة العامل إلى العمل لم يبق من عمر المشروع سوى شهر، فما مصير الشهرين المتبقين، هل يستحق العامل عنهما أجرا أم لا؟

نعتقد بأن العامل لا يستحق أجرا عن باقي المدة التي لم يعمل بها إذا انقضت المنشأة أو انحلت لسبب لا يعزى إلى صاحب العمل، إذ نكون بصدد استحالة تنفيذ غير راجعة لصاحب العمل، وبالتالي يتعذر تحميله لتنتائجها.

ومن جهة أخرى نعتقد بأنه يجدر بالمشروع السماح في مثل هذه الحالة باستفادة العامل من إجازته السنوية وضمها إلى الإجازة المرضية، وذلك

رعاية لمصلحة العامل لكي يحصل على اجر خلال المدة الزائدة عن الإجازة المرضية، كما أن ذلك قد يحقق مصلحة صاحب العمل فلا يؤدي مرض العامل إلى وقف عقد العمل بل استمراره، مما يقربه من موعد انتهاء العقد والفكك من الالتزامات المترتبة عليه بموجبه، لذا نقترح إيراد النص الآتي: (يجوز للعامل في حال انقضاء مدة الإجازة العلاجية الاستفادة من متجمد إجازاته السنوية عن السنوات السابقة والسنة الحالية).

وتجدر بنا هنا الإشارة أن السماح بضم الإجازة السنوية إلى الإجازة المرضية يجب أن يبقى رهن إرادة العامل فلا يتم ضمها دون إرادته، لأنه قد لا يرغب في ذلك، علاوة على أن أساس استحقاق كل من الإجازتين مختلف عن الآخر، وهو ما يقتضي عدم حرمانه من حقه في أي منهما، الأمر الذي ينسجم مع ما يمكن تسميته بمبدأ استقلال الإجازات.

وعلى نحو مشابه فإن السماح بضم الإجازة السنوية إلى الإجازة المرضية بإرادة العامل في حالة إصابة العامل بمرض معد قد يفضي إلى تحقيق مصلحة طرفي العقد، وإن كان يصب في مصلحة صاحب العمل بصورة أكبر، ذلك أن العامل المصاب بمرض معد يستحق أجره كاملاً متى ما كان مستعداً للعمل، وإنما يتمتع عن العمل لضمان حسن سير العمل في المنشأة وحفاظاً على مصلحة صاحب العمل بوصفه المسؤول عن المنشأة وبيئة العمل فيها وما يتطلبه ذلك محافظة على صحة العمال الآخرين ومنع انتشار الأمراض المعدية بينهم.

نستنتج من ذلك أن العامل يستفيد من الإجازة المرضية إلى حين انتهاء المدد المقررة بموجب القانون وبحسب الأجر المقرر لذلك، على أن يستثنى من ذلك العامل المصاب بمرض معد، إذ يبقى في إجازة مأجورة إلى حين تشافيه من المرض.

### الخلاصة

لقد توصلت الدراسة في الإجازة المرضية إلى العديد من النتائج والتوصيات، وفيما يلي عرض لأهمها.

#### • النتائج

1. أن تسمية هذه الإجازة بالمرضية قد يثير اللبس في بعض الأحوال والأجر إطلاق تسمية أخرى عليها، كالإجازة العلاجية.

٢. يخضع العامل في حال إصابته بمرض مهني أو إصابة عمل لاحكام مختلفة عن الإجازة المرضية، كما لا يستفيد العامل من الإجازة المرضية في حالة تعده الإصابة بالمرض أو إحداث الإصابة.
٣. صاحب الصلاحية في منح الإجازة المرضية هو في كل الأحوال صاحب العمل وله في سبيل ذلك الطلب من العامل تقديم تقرير طبي يؤيد طلبه.
٤. تعد مدة الإجازة المرضية في قانون العمل الأردني قصيرة نسبياً، فحدها الأقصى هو ثمانية وعشرون يوماً نصفها باجر كامل، فيما قد يكون نصفها الآخر باجر كامل أو بنصف الأجر بحسب الأحوال.
٥. لا تأثير على الإجازة السنوية إذا ما استحق العامل إجازة مرضية خلالها، كما تقضي مصلحة العامل بآتاحة المجال أمامه للاستفادة من متجمد إجازته السنوية إذا ما ضاقت الإجازة المرضية عن الوفاء بحاجات العامل منها.
٦. يكون من حق العامل في حال انتهاء الإجازة المرضية طلب وقف العقد مع صاحب العمل إذا ما كان يتمثل للشفاء، وإلا فإن العلاقة بينهما تنتضي إذا ما كان مرضه لا يرجى برؤه.

#### • التوصيات

- لقد تكشفت الدراسة عن أهمية قيام المشرع بإعادة النظر بالأحكام الخاصة بالإجازات المرضية، حيث توصلت إلى اقتراح تعديل بعض النصوص وإضافة أخرى، وذلك على النحو الآتي:
١. تعديل المادة (٦٥) من قانون العمل الأردني لتصبح كالآتي: (لكل عامل الحق في إجازة علاجية مدتها ثلاثون يوماً خلال السنة الواحدة باجر كامل بناء على تقرير من الطبيب المعتمد من قبل المؤسسة، ويجوز تجديدها لمدة ثلاثون يوماً أخرى باجر كامل إذا كان نزول أحد المستشفيات وبنصف الأجر إذا كان بناء على تقرير لجنة طبية تعتمدها المؤسسة ولم يكن نزول أحد المستشفيات).
  ٢. إدخال تعديل على نص المادة (٢١/ج) من قانون العمل الأردني لتصبح على النحو الآتي: (ينتهي عقد العمل في أي من الحالات التالية:... إذا توفي العامل أو أقعده مرض أو عجز عن العمل بصفة نهائية وثبت ذلك بتقرير طبي صادر عن اللجنة الطبية المعتمدة من قبل المؤسسة).
  ٣. إضافة النص الآتي إلى قانون العمل الأردني: (يجوز للعامل في حال انقضاء مدة الإجازة العلاجية الاستفادة من متجمد إجازاته السنوية عن السنوات السابقة والسنة الحالية).

## قائمة المراجع

### المؤلفات القانونية

١. د. أحمد أبو شنب، شرح قانون العمل الجديد، الطبعة الأولى-الإصدار الرابع، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٣.
  ٢. د. السيد محمد السيد عمران، شرح قانون العمل، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
  ٣. د. سيد محمود رمضان، الوسيط في شرح قانون العمل، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٥.
  ٤. د. عبد الواحد كرم، معجم المصطلحات الشريعة والقانون، الطبعة الثانية، عمان، ١٩٩٧.
  ٥. د. عبد الواحد كرم، قانون العمل في التشريع الأردني، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٨.
  ٦. د. عبد الودود يحيى، شرح قانون العمل، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩.
  ٧. د. غالب علي الداودي، شرح قانون العمل، الطبعة الثالثة، دار وائل، عمان، ٢٠٠٤.
  ٨. د. محمد حلمي مراد، قانون العمل والتأمينات الاجتماعية، الطبعة الرابعة، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ١٩٦١، ص ٤٨٤.
9. Raymond Guillien et Jean Vicent, Lexique De Termes Juridiques, Dalloz, Paris.

### التشريعات

١. قانون العمل الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٦.
٢. قانون العمل المصري رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣.
٣. قانون التأمينات الاجتماعي المصري رقم (٧٩) لسنة ١٩٧٥.
٤. نظام العمل السعودي لسنة ٢٠٠٥.

### المجلات والموسوعات

١. المجلة القضائية، المعهد القضائي الأردني، عمان، ٢٠٠١.
٢. الموسوعة القانونية: (sissinfo@siss\_jo.com).





تقييم موقف التشريع و القضاء الإماراتيين من بعض مسائل  
المسئولية عن الفعل الضار  
الأستاذ الدكتور / عنان إبراهيم سرحان  
عميد كلية القانون - جامعة الشارقة

مقدمة

يندرج قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة ضمن مجموعة القوانين العربية المتأثرة بالفقه الإسلامي ، وبدا ذلك واضحاً وبشكل أكبر في الأحكام الموضوعية للفعل الضار ، إذ أخذ بالقواعد الفقهية التقليدية التي انعقد الإجماع عليها أو حازت درجة معتبرة من التأييد في المذاهب الأربعة ، وترك الباب مفتوحاً في المسائل الخلافية للاجتهاد في التطبيق على ما يجد من حوادث ونوازل مما يساعد على التجديد في الأسس التي قام عليها الفقه الإسلامي (1).

وقد أحسن القضاء الإماراتي استغلال منطقة العفو التي منحها إياه المشرع ، فعمل بجهد في المسائل المسكوت عنها أو المسائل الخلافية على تخير أنسب الحلول من مذاهب الفقه الإسلامي أو توجهات القانون الوضعي التي لا تتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية وقواعدها الأساسية، تحقيقاً للهدف الأسمى للمسئولية عن الفعل الضار ، المتمثل في حماية المضرور ، كلما وجد إلى ذلك سبيلاً . إلا أن حماسه في السعي لتحقيق هذا الهدف ، قادته أحياناً إلى تجاوز منطقة العفو، ليلج ميادين حسمت بموقف تشريعي واضح ، فأعمل فيها فأس اجتهاده ، فأتى ببيانها من القواعد ، أو لوى أعناق النصوص فصرفها عن القبلة التي كانت عليها .

وقد وجدنا من المفيد أن نتتبع في بحثنا هذا مواقف القضاء الإماراتي من أهم مسائل ضمان الفعل الضار، ونخضعها للتقييم في ضوء نصوص وأحكام قانون المعاملات المدنية الإماراتي . ونلفت أنظار القارئ الكريم إلى أن مرجعنا الأساسي سيكون قضاء المحكمة الاتحادية العليا ، باعتبارها قمة الهرم في القضاء الاتحادي في دولة الإمارات العربية المتحدة ، إضافة

(1) المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الصادر بالقانون الاتحادي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ ، إصدار وزارة العدل الإماراتية ، بدون سنة نشر ، ص ٢٧٣ وما بعدها

إلى قضاء محكمة تمييز دبي ، بحسبانها قمة الهرم في القضاء المحلي في هذه الإمارة التي اختارت لضمان العدالة في ربوعها ، وبحسب ما يسمح لها به الدستور الإماراتي ، قضاءً محلياً يختلف في تشكيلاته عن القضاء الاتحادي .

وقد لاحظنا للقضاء الإماراتي في مسائل المسؤولية المدنية مواقف تقليدية داعمة ومطبقة لنصوص قانون المعاملات المدنية ، كما كان له مواقف جريئة خرج فيها عن حرفية نصوص هذا القانون وظاهرها . ورأينا أنه من المفيد المرور على المواقف من النوع الأول مرور الكرام مبدين ملاحظات عامة عليها وعلى نصوص قانون المعاملات التي جاءت بشأنها، في حين ستركز تقييمنا على مواطن خروج القضاء الإماراتي على منطلق نصوص قانونه المدني ، ونسأل الله في كل ذلك التوفيق ، فهو من وراء القصد ، ومنه العون والسادد .

### المبحث الأول

#### في المواقف من ركن الإضرار

في باب الأحكام العامة للفعل الضار في قانون المعاملات المدنية الإماراتي ، تنص المادة (٢٨٢) على أن : ( كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمن الضرر ) . ومصطلح (الإضرار) خلق تشريعي معاصر سبق قانون المعاملات المدنية الإماراتي إليه القانون المدني الأردني<sup>(١)</sup> ، ولم يدرج الفقه الإسلامي ، التقليدي منه والمعاصر على استعماله . كما لم تأخذ به القوانين العربية الأخرى حتى من تأثر منها كثيراً بالفقه الإسلامي، كالقانون المدني العراقي واليمني والسوداني، فما هو موقف القضاء الإماراتي من تحديد مفهوم الإضرار وأنواعه وشروط الضمان فيها ؟ ونرى ذلك في مطلبين :

(١) انظر المادة (٢٥٦) من القانون المطبقة للمادة (٢٨٢) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي .

## المطلب الأول في شأن تحديد مفهوم الإضرار

لقد تجنب القضاء الإماراتي الحديث في تحديد مفهوم الإضرار، مع أنه الركن الركين للمسئولية عن الفعل الضار، وكان عليه برأينا أن يهتم بهذا الموضوع، لما له من خصوصية في الفقه الإسلامي الذي أستقى منه المشرع الإماراتي معظم أحكام الفعل الضار. وفي المرات القليلة التي تصدى فيها لتحديد هذا المفهوم، خلط وإن شكلياً بينه وبين مفهوم الخطأ في القانون الوضعي، أو بينه وبين الضرر.

## الفرع الأول في الخلط بين الإضرار والخطأ

كثيراً ما ينظر القضاء الإماراتي، إلى اصطلاح " الإضرار " و " الخطأ " ، على أنهما مترادفان (1) ، وبدا ذلك واضحاً من خلال ما يلي :

أ- عندما يقرر هذا القضاء بوضوح وفي أعلى درجاته، وبعد تأكده على أن كل إضرار بالغير يلزم فاعله بالضمان: إن المسؤولية عن الفعل الضار تقوم على أركان ثلاثة: الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما(2). وإن المطالبة

(1) خلا بعض الأحكام التي سلمت من هذا الخلط ، أنظر على سبيل المثال ، إتحادية عليا ، الطعن ٥٠٤ لسنة ٢٦ قضائية (شرعي) في ٢٣/١٠/٢٠٠٤ ، مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا ، إعداد المكتب الفني بالتعاون مع كلية الشريعة والقانون - جامعة الإمارات ، ص ٢٦ (٢٠٠٤م) ، ع ٣ ، المبدأ ٢٥٥ ، ص ٢٠٧٩ ، والطعن ٢١٩ مندي لسنة ١٨ قضائية في ٢٦/١٠/١٩٩٧ من ١٩٩٧ع ، ع ٢ ، المبدأ ١٠٩ ، ص ٧٠٠ ، وقد جاء فيه : ( إن كل إضرار بالغير يلزم فاعله بضمان الضرر وإن على المحكمة أن تبحث عناصر المسؤولية الثلاثة وهي حدوث التعدي بالألا يكون للفاعل حق في إجراء الفعل الذي حصل منه الضرر أو تعمد ذلك الفعل ... ) .

(2) إتحادية عليا ، الطعن ٤٤١ (مندي) لسنة ٢٣ قضائية في ٢٢/٢/٢٠٠٤ ، مجموعة الأحكام ، مرجع سابق ، ص ٢٦ ، ٢٠٠٤م ، ع ١٤ ، المبدأ ٣٥ ، ص ٣٢١ ، الطعن ٣٨٦ لسنة ٢٠ قضائية في ٢٨/٩/١٩٩٩ ، ص ٢١ ، ع ٢٤ ، المبدأ ١٥٨ ، ص ٩١٥ ، الطعن ٨ لسنة ١٧ قضائية في ١٠/٤/١٩٩٠ ، المرجع ذاته ، ص ١٩٩٠ ، المبدأ ٧ ، ص ٨٩ ، الطعن ٧٠ لسنة ١١ قضائية في ٣١/١٠/١٩٨٩ ، ع ٢٤ ، ص ١٠ ، ١٩٨٩ ، المبدأ ١١١ ، ص ٦٠٧ ، تمييز دبي ، طعن ٢٩٠ لسنة ٢٠٠١ حقوق في ١٨/١١/٢٠٠١ ، مجموعة الأحكام ، المكتب الفني لمحكمة التمييز ، ص ٢٠٠ ، ع ١٢ ، المبدأ ٢٩٠ ،

بالتعويض قوامها خطأ المسئول (3). وإنه إذا طلب المدعي تعويضاً محدداً لجبر الأضرار التي يدعي بها وعدد عناصرها وقضت المحكمة برفض الدعوى استناداً إلى عدم ثبوت الخطأ الذي تؤسس عليه مسئولية المدعي عليه المطالب بالتعويض عقدياً. كانت أم تقصيرية ، فمؤدى ذلك أن ذلك القضاء يتضمن رفض التعويض عن جميع عناصر الضرر المدعى بها على اختلافها لأن انتفاء المسئولية مؤداه عدم وجوب الحكم بالتعويض عن أي ضرر مؤسس على تلك المسئولية (4). وإن تكيف الفعل أو الترك المؤسس عليه طلب التعويض بأنه خطأ ونفي هذا الوصف عنه من مسائل القانون التي يخضع قضاء محكمة الموضوع فيها لرقابة المحكمة العليا (5). وإن استخلاص الخطأ الموجب للمسئولية هو مما يدخل في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع طالما أقامت قضاءها على أسباب سائغة مستمدة من عناصر تؤدي إليها من واقع الدعوى (1). وإنه متى اجتمع خطأ المباشر وخطأ المتسبب يضاف الحكم إلى المباشر (2).

- ص ٨٧٨ . وفي تأييد إعتبار الخطأ أساساً للضمان في قانون المعاملات المدنية الإماراتي ، أنظر، جاسم الشامسي ، التعويض عن وفاة العامل وفقاً لأحكام قانون العمل والتشريعات المنظمة للمسئولية عن الفعل الضار والدية ، مجلة الشريعة والقانون الصادرة عن كلية الشريعة والقانون- جامعة الإمارات العربية المتحدة ، ١١ع ، إبريل ١٩٩٨ ، ص ١٩٧ .
- (3) اتحادية عليا ، الطعون ٤٢ ، ٦٤ ، ٢٢٠ ، لسنة ١٤ قضائية في ١٩٩٢/٩/٢٩ ، مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية ، مرجع سابق ، ع ٢٤ ، ص ١٤ ، ١٩٩٢ ، المبدأ ، ٨٦ ، ص ٥٣١
- (4) اتحادية عليا ، الطعن ٦٥٨ مني لسنة ٢١ القضائية في ٢٠٠١/١١/٢٨ ، مجموعة الأحكام ، مرجع سابق ، ص ٢٣ ، ٢٠٠١ ، ع ٤ ، المبدأ ٢٧٢ ، ص ١٨٣٢ .
- (5) اتحادية عليا ، الطعن ٧٠ لسنة ١١ قضائية ، مشار إليه أعلاه ، هامش ١ ، تمييز دبي ، طعن ٧٩ لسنة ٢٠٠١ حقوق في ١٤ / ٤ / ٢٠٠١ ، مجموعة الأحكام ، مرجع سابق ، ص ٢٠٠١ ، ع ١٢ ، المبدأ ٤٩ ، ص ٣٣٣ ، طعن ٢٦٥ لسنة ٢٠٠١ حقوق في ٢٠٠٢/١/٢٠ ، المرجع ذاته ، ص ٢٠٠٢ ، ع ١٣ ، المبدأ ١٤ ص ٨٥ ، الطعن ١٨١ لسنة ٢٠٠٢ حقوق في ٢٠٠٢/٦/٩ ، ص ٢٠٠٢ ، ع ١٣ ، المبدأ ٩٠ ، ص ٥٢٧ .
- (1) اتحادية عليا ، الطعن ٥٦٨ ( مني ) لسنة ٢٣ القضائية في ٢٣ / ٤ / ٢٠٠٤ ، مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا ، مرجع سابق ، ص ٢٦ ، ٢٠٠٤ ، ع ٣ ، المبدأ ٢٠٠ ، ص ١٦٦٦ ، الطعن ٥١٩ مني لسنة ٢٢ قضائية في ٢٠٠٢/٥/١ ، ص ٢٤ / ٢٠٠٢ ، المبدأ ٢٤ ، ص ١٤٤ ، طعن ١٠٧٣ ، ص ٥٦٦ لسنة ٢١ قضائية في ٢٠٠١/٥/١ ، ع ٣ ، ص ٢٣ ، ٢٠٠١ ، المبدأ ١٢٥ ، ص ٨٨٧ ، تمييز دبي ، الطعن ١٤ لسنة ٢٠٠٣ حقوق في ٢٠٠٣/٤/٢٠ ، مجموعة الأحكام ، مرجع سابق ، ص

والحقيقة أن الخطأ مفهوم شخصي مفاده انحراف في السلوك مع نسبة الخطأ لمرتكبه من خلال كونه مدركاً لأفعاله ، مما يستتبع عدم إمكان مساءلة عديم التمييز لعدم إمكان نسبة الخطأ إليه ، باعتبار أن هدف المسؤولية المدنية في القوانين التي تبنته أساساً لها مزدوج : جزائي رادع يقصد منه تقويم سلوك محدث الضرر ، وإصلاحي يقصد منه تعويض المضرور ، فلا يصح بعد ذلك بعد ذلك إلزام غير المميز بالتعويض ما دام أنه لا يفهم معنى العقاب . أما الإضرار كأساس لضمان الضرر في قانون المعاملات المدنية الإماراتي ، فهو يعني وبحسب ما تنص عليه مذكرته الإيضاحية ، مجاوزة الحد الواجب الوقوف عنده أو التقيصير عن الحد الواجب الوصول إليه في الفعل أو الامتناع مما يترتب عليه الضرر. وقد استعاض المشرع الإماراتي بلفظ الإضرار عن سائر ألتعوت ألتستعمنة في هذا المقام في القانون الوضعي، كالتعمل غير المشروع أو العمل المخالف للقانون أو الفعل الذي يحرمه القانون<sup>(3)</sup>.

والإضرار عمل في ذاته غير مشروع ، إلا أن عدم مشروعيته ليست شخصية تأتي من كونه يشكل إعتداءً أو خطأ ، كما عليه الفهم في القانون الوضعي ، بل موضوعية تأتي من مجرد كونه غير مأنون به. فالإضرار، في فهم الفقه الإسلامي فعل محظور وغير مشروع بذاته ، لقوله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » ، لذلك جعله الشارع سبباً لضمان ما ترتب عليه من ضرر .

ضمن هذا التوجه يندرج قانون المعاملات المدنية بتأكيد مذكرته الإيضاحية التي تشير في تحديدها لمفهوم الإضرار إلى أنه : ( ولا يخرج من هذه السببية إلا يوصف فاعله بالاعتداء والمخالفة بسبب عارض خارج

---

٢٠٠٣ع ١٤ ، المبدأ ٧٧ ، ص ٤٦٣ ، الطعن رقم ١٠١ ، والطعن ١٢٣ لسنة ٢٠٠٣ حقوق في ٣١ / ٥ / ٢٠٠٣ ، المرجع ذاته ، المبدأ ١٠٨ ، ص ٦٤٦ .  
(2) اتحادية عليا ، الطعن ٤٥ ( منئي ) لسنة ٢٤ القضائية في ١ / ٦ / ٢٠٠٤ ، مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا ، مرجع سابق ، ص ٢٦ / ٢٠٠٤ ، ع ٣ ، المبدأ ١٦٦ ، ص ١٤١٩ ، الطعن رقم ٦٦ لسنة ٢٢ قضائية في ٢٠ / ١١ / ٢٠٠١ ، المرجع ذاته ، المبدأ ٢٦٤ ، ص ١٧٩٠ .  
(3) المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية ، المادة (٢٨٢) ، ص ٢٧٤ وما بعدها ، وهو مطابق لما جاء في المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، إعداد المكتب الفني لنقابة المحامين الأردنية ، ج ١ ، ١٩٩٢ ، ص ٢٧٦ .

عنه كفتد أهلية التكليف لأن سببته ترتبط بذاته وبآثاره لا بقصد فاعله وإدراكه ، ولذا يترتب عليه أثره إذا صدر من نائم أو من مجنون أو من طفل ، لأن الأمر في اقتضائه التضمنين مبني على المعاوضة وجبر الفائد حتى لا يظلم أحد في ماله... فالضمان في القانون منوط بالخطأ بمعنى الاعتداء، فلا ضمان «فيه» على فاقد الأهلية. على خلاف ما ذهب إليه الفقهاء من إناطة التضمنين بالضرر المترتب على فعل محظور في ذاته وإن صدر من عديم الأهلية، كالنائم حال نومه والمجنون والطفل الذي لا يميز (1). فهذه ضمان الضرر في الفقه الإسلامي والقانون الإماراتي إصلاحي محض، لا يهيمه كثيراً تقويم سلوك محدث الضرر، بل جل اهتمامه في ضمان تعويض كاف للمضرور.

ب- أو حينما يقرر في باب مساهمة المضرور في إحداث الضرر بأنه: (لا تثريب على الحكم بعد استخلاص مساهمة المضرور في الخطأ إلا يحدد نسبة هذه المساهمة ، ذلك أنه أياً كانت نسبتها فإن محكمة الموضوع هي صاحبة السلطة في تقدير التعويض المناسب للمضرور)(2). وأن قضاء الحكم الجزائي بإدانة الطاعن والمطعون ضده لا يمنع المحكمة المدنية من تقدير مسئولية أحدهما دون الآخر لاستغراق خطئه خطأ الآخر(3). مع أن كل ما ورد في قانون المعاملات المدنية في هذا الشأن أنه : (يجوز للقاضي أن ينقص مقدار الضمان أو لا يحكم بضمان ما إذا كان المتضرر قد اشترك بفعله في إحداث الضرر أو زاد فيه ) (4). فهذا النص يشير إلى إمكانية تأثير مساهمة فعل المضرور، دون أن يصفه بالخطأ، في إحداث الضرر، فلماذا

(1) المذكورة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية ، مرجع سابق ، ص ٢٧٦-٢٧٧ .  
(2) إتحادية عليا ، الطعان ٧٥٦ ، ٧٩٥ لسنة ٢٢ حقوق في ١٢/١١/٢٠٠٢م ، مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا، مرجع سابق ، ص ٢٤ (٢٠٠٢م) ، ع ٤ ، المبدأ ٢٨٣ ، ص ٢٠٧٩ ، تمييز دبي ، طعن رقم ١٩٤ لسنة ٢٠٠٢ حقوق في ١٥/٦/٢٠٠٢ ، مجموعة الأحكام الصادرة عن هذه المحكمة ، مرجع سابق ، ع ١٣ ، ٢٠٠٢ ، رقم ٩١ ، ص ٥٣٢ .  
(3) اتحادية عليا ، الطعن ٢٥٥ لسنة ١٥ قضائية في ٢٥/١٢/١٩٩٤ ، مجموعة الأحكام ، مرجع سابق ، ص ١٦ ، ١٩٩٤ ، المبدأ ٣٠٥ ، ص ١٦١٥ . وضمن هذا التوجه انظر، الطعن ١٦٩ ، ١٧٣ لسنة ١٤ قضائية في ٢٧/١٠/١٩٩٣ ، المرجع ذاته ، ص ٢٣ ، ٢٠٠١ ، ع ١٤ ، ص ٥٩٥ .  
(4) المادة (٢٩٠) من القانون .

يصوره جانب من القضاء الإماراتي على أنه إقرار لمساهمة خطأ  
المضروب ؟

ت- أو عندما يذهب في بعض أحكامه ، في باب المسؤولية عن فعل الغير ،  
إلى أن : (مسئولية متولي الرقابة على القاصر بأداء الضمان المحكوم به  
عن الضرر الناتج عن خطأ القاصر ، وحسبما جرى نص المادة (٣١٣) من  
قانون المعاملات المدنية ، هي مسؤولية مفترضة قائمة على افتراض إخلاله  
بواجب الرقابة ...) (٥).

والحقيقة أن لا مرجعية للخطأ في هذه المادة على الإطلاق ، فهي  
تنص على أنه : (لا يسأل أحد عن فعل غيره. ومع ذلك فللقاضي بناء على  
طلب المضروب إذا رأى لذلك مبرراً أن يلزم أياً من الآتي نكرهم حسب  
الأحوال بأداء الضمان المحكوم به على من أوقع الضرر: أ- من وجب عليه  
قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره ، أو حالته  
العقلية أو الجسمية...) (١). أضف إلى ذلك أن القاصر إذا لم يكن مميزاً لا  
يمكن وصف فعله بالخطأ ، إلا إذا أخذنا بفكرة الخطأ الموضوعي التي دعا  
إليها جانب من الفقه الفرنسي .

كما أنه حتى في القوانين التي تقيم المسؤولية عن الفعل الضار على  
فكرة الخطأ ، كالقانون الفرنسي أو المصري ، لا يعد شرطاً لمسئولية متولي  
الرقابة ارتكاب الصغير سلوكاً يوصف بالخطيئ . وأخيراً فإن هذا الحكم  
قد عد مسؤولية متولي الرقابة على الصغير مسؤولية مفترضة ، وهذا

(٥) تمييز دبي، الطعن ١٩٤ لسنة ٢٠٠٢ حقوق، مشار إليه سلفاً ، ص ٤ ، هامش ٣. وفي  
هذا الاتجاه أنظر أيضاً ، إتحادية عليا ، الطعنين ٥٨٦،٦١٣ لسنة ٢٠ قضايتي في  
٢٠٠٠/٣/٢١ ، مجموعة الأحكام للمحكمة الاتحادية العليا ، مرجع سابق، ١٤،  
٢٠٠٠، المبدأ ٧٢، ص ٤٣٦ .

(١) من الأحكام التي تجنبت الإشارة إلى الخطأ في هذا النوع من المسؤولية ، إتحادية عليا  
، الطعن ٧٢١ لسنة ٢٣ قضايتي في ٢٠٠٤/٤/١١ ، مجموعة الأحكام ، مرجع سابق  
، ص ٢٦ ، ٢٠٠٤ ، ٢٤ ، المبدأ ٩٣ ، ص ٧٩٤ ، والطعن ٧٦ لسنة ١٤ القضايتي  
في ١٩٩٢/١٠/٦ ، المرجع ذاته ، ص ١٤٤، ١٩٩٢ ، ع ٢ ، المبدأ ٩٢ ، ص ٥٤٠ ، وإن  
كان معنو هذه المجموعة قد أشاروا غير محقين إلى أن الحكم المنشور يشتمل على ما  
يفيد تقريره قاعدة ( جبر الضرر الناتج عن خطأ القاصر ) ، وهو ما لا وجود له مطلقاً  
في متن الحكم ، وهذا الأمر تكرر في أكثر من موضع من النشرات القضائية  
الإماراتية ، الأمر الذي يدعونا إلى التوصية بعدم تجاوز من يعد الأحكام القضائية  
للنشر ما ورد في مضمونها ، وألا يتصرف بهذا المضمون بحسب رأيه الشخصي أو  
حتى ما استقر عليه الأمر في قوانين أخرى .



الوصف برأينا غير صحيح ولا يعبر عن حقيقة هذه المسؤولية في القانون الإماراتي . فالمسؤولية لا تكون مفترضة إلا إذا كان القانون قد افترض أركانها ، الفعل والضرر والعلاقة السببية بينهما، وأعلى الضرور من إثبات جميع هذه الأركان ، ومثل هذه الحالة لا تنطبق على المسؤولية عن فعل الصغير ، فكل ما افترضه المشرع فيها هو ركن التعدي أو التصير فقط .

وبعض أوجه النقد المتقدمة تصدق أيضاً في شأن مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه ، حيث يقرر القضاء الإماراتي في بعض أحكامه أن: (مسؤولية المتبوع تقوم في حالة خطأ التابع وهو يؤدي عملاً من أعمال الوظيفة أو تكون الوظيفة هي السبب المباشر للخطأ أو أن تكون ضرورية لإمكان وقوعه ... ولا يخرج عن نطق مسؤولية المتبوع ما يرتكبه التابع من خطأ إلا إذا انتقت العلاقة السببية بين الفعل الضار والوظيفة ) (2) . أو أن (التزام المسئول عن الخطأ الذي أحدث الضرر بالتعويض ، فإنه يستند إلى قواعد المسؤولية التصيرية التي يلتزم بمقتضاها من أثل مال غيره بضمان فعله، ويلتزم المتبوع بأداء التعويض عن الضرر الذي أحدثه التابع بخطئه وفق أحكام المسؤولية عن فعل الغير باعتبارها كفالة قانونية عما ارتكبه الفاعل الأصلي من خطأ...) (3) . ويأن (لا يسأل التابع إلا عن خطئه الشخصي أثناء تأديته للعمل عما يترتب على هذا الخطأ من ضرر بالغير مسؤولية تصيرية ... إلا حين يثبت الضرر خطأ التابع ...) (4) .

(2) تمييز دبي، الطعن ٥ لسنة ٢٠٠١ حقوق في ٢٠٠١/٤/١ ، مجموعة الأحكام ، مرجع سابق ، س ٢٠٠١ ، ع ١٢ ، المبدأ ٤٠ ، ص ٢٧٠ ، والطعن ١٤٧ لسنة ٢٠٠٣ في ٢٠٠٣/١٢/٦ ، المرجع ذاته س ٢٠٠٣ ، ع ١٤ ، ج ١ ، المبدأ ٢١٦ ، ص ١٣٥٥ . وفي ذات الاتجاه أنظر ، إتحادية عليا ، الطعن ٤٣٨ لسنة ١٨ القضائية في ١١/١٧ /١٩٩٨ ، مجموعة الأحكام القضائية للمحكمة الاتحادية ، س ٢٠ ، ع ١٩٩٨ ، المبدأ ١٩٩ ، ص ١١٧٢ ، الطعن ٤٧٣ لسنة ٢٠٠١ في ٢٠٠١/١١/٢٥ ، س ٢٣ ، ع ٢٠٠١ ، ع ٤ ، المبدأ ٢٦٧ ، ص ١٨٠٥ ، الطعن ٤٠ ، مدني لسنة ٢٤ القضائية في ١٣/٤/٢٠٠٤ ، مرجع سابق ، س ٢٦ ، ع ٢٠٠٤ ، المبدأ ٩٦ ، ص ٨٢٨ ،

(3) تمييز دبي ، الطعن ٢١٤ لسنة ٢٠٠٢ حقوق في ٢٠٠٢/٦/٧ ، مجموعة الأحكام ، مرجع سابق ، ع ١٣ ، س ٢٠٠٢ ، المبدأ ١١١ ، ص ٦٤٧ .

(4) تمييز دبي ، الطعن ٣٤١ ، ٣٧١ لسنة ٢٠٠٢ حقوق في ٢٠٠٣/١/٥ . مجموعة الأحكام ، مرجع سابق ، ع ١٤ ، س ١٠٢٠٠٣ ، ص ٢٨ .

والحقيقة أنه لا التزام الفاعل الأصلي (التابع) بالتعويض وفق قواعد المسؤولية عن الفعل الشخصي ، ولا التزام المتبوع بموجب قواعد المسؤولية عن فعل الغير ، يقوم على أساس من الخطأ ، وكل ما ورد في قانون المعاملات المدنية بشأن مسؤولية الأخير ما نص عليه البند (ب/١) من المادة (٣١٣) أعلاه التي قررت حق القاضي في أن يلزم بأداء الضمان: (من كانت له على من وقع منه الإضرار سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه ولو لم يكن حراً في اختياره إذا كان الفعل الضار قد صدر من التابع في حل تلبية وظيفته أو بسببها). كما أننا ننتقد استخدام الأحكام القضائية المتقدمة اصطلاح " المسؤولية التقصيرية "، الذي يحيل إلى الخطأ ، في الوقت الذي لا علاقة فيه البتة بين هذا المفهوم وأحكام الفعل الضار في القانون الإماراتي.

ث- وكذلك عندما يشير في بعض أحكامه بشأن المسؤولية عن فعل الأشياء إلى أن : ( الضرر الذي يحدث من الأشياء التي تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها أو من الآلات الميكانيكية ومنها السيارات يضاف ... إلى من كانت تحت تصرفه ويكون ضامناً لهذا الضرر على أساس المسؤولية الشئنية ومن ثم لا يعد الخطأ أو التقصير شرطاً لقيام هذه المسؤولية ولا يمكن للحارس أن يدراها بإثبات أنه لم يرتكب خطأ ...) (١) ، أو أن (سبب المسؤولية في دعوى المسؤولية واحد وهو الواقعة الضارة ، فلا تتعدد بتعدد المسؤولية التي يستند إليها المضرور عقدياً كانت أو تقصيرية مناطها الخطأ التقصيري أو مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعيه أو مسؤولية متولي الرقابة أو المسؤولية الشئنية ... وأن الضرر الذي يحدث من الأشياء التي تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها أو من الآلات الميكانيكية يضاف ... إلى من كانت تحت تصرفه ويكون ضامناً لهذا الضرر دون الالتجاء إلى فكرة الخطأ المفترض، وعلى ذلك لا يعد الخطأ شرطاً لقيام هذه المسؤولية...) (٢).

(١) تمييز دبي ، الطعن ٣٧٣ لسنة ٢٠٠٢ حقوق في ٢٠٠٢/١/١٨ ، مجموعة الأحكام مرجع سابق ، ٢٠٠٣ ، ع ، ١٤ ، ج ، ١ ، المبدأ ١٢ ، ص ٨٤ .

(٢) تمييز دبي ، الطعن ٢٦٧ لسنة ٢٠٠١ حقوق في ٢٠٠١/١٠/٢١ ، المرجع ذاته ، ع ، ٢٠٠١ ، المبدأ ١٠٧ ، ص ٧٢٦ ، إتحدلية عليا ، الطعن ٦٢١ لسنة ٢٣

فالقضاء بتكديده أن الخطأ لا يعد شرطاً لازماً لقيام المسؤولية الشينية، يوحى بأن هذا الخطأ شرطاً لازماً للمسؤولية عن الأعمال الشخصية، لا بل أن هذا قد ذكر صراحة في الحكم الثاني الذي اعتبر الخطأ التقصيري مناطاً للمسؤولية التقصيرية، في غير حالة مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعيه والمسؤولية الشينية، فلم يبق بعد ذلك غير المسؤولية عن الأعمال الشخصية. وأكثر من ذلك فإن قضاءً منفرداً وندياً للمحكمة الإتحادية العليا<sup>(3)</sup>، ذهب إلى أن قوام الدعوى الجنائية المرفوعة ضد سائق السيارة التابع هو خطأ جنائي واجب الإثبات في حين أن قوام الدعوى المدنية خطأ مفترض في حق حارس السيارة المتبوع إذ أن مسؤوليته تتحقق ولو لم يقع منه خطأ لأنها مسؤولية ناشئة عن الشيء ذاته وليست ناشئة عن جريمة.

والإلتباس في هذا الحكم واضح، فهو أولاً يشير إلى الخطأ المفترض أساساً لمسؤولية حارس الأشياء، وهذا الأمر غير صحيح بشهادة الأحكام السابقة، التي ذهبت بحق إلى أن مناط هذه المسؤولية فكرة الغرم بالغرم، أو مجرد تدخل الشيء في إحداث الضرر باعتباره من المباشرة التي تقوم فيها المسؤولية بدون شرط. ولكن الأغرب أن يذهب الحكم ذاته بعد ذلك إلى أن مسؤولية حارس الأشياء تتحقق ولو لم يقع منه خطأ!! فالخطأ المفترض لا يعني مطلقاً عدم الحاجة إلى الخطأ، بل يعني عدم تكليف المضرور بإثباته، باعتبار أن القانون قد افترضه، وربما هذا ما أراد الحكم أن يقوله ولكن خافه التعبير.

ج- ختاماً، وفي مجال المسؤولية عن تهم البناء، لم يسلم القضاء الإماراتي بشكل كامل من الخلط بين الإضرار بمفهومه في الفقه الإسلامي والقانون الإماراتي وبين الخطأ في مفهوم القانون الوضعي.

ففي أحد أحكامها ذهبت المحكمة الإتحادية العليا، وهي تقارن بين المسؤولية عن فعل الأشياء الخطرة والمسؤولية عن تهم البناء، تقول: (تختلف أحكام نص المادة ٣١٥ عنه بالمادة ٣١٦ وما ترتيبه كل منهما من

القضائية في ٢٧/٦/٢٠٠٤، مجموعة الأحكام، مرجع سابق، ص ٢٦، ٢٠٠٤، ع ٣، المبدأ ٢٠٩، ص ١٧٢٣.

(3) إتحادية عليا، الطعن ٧٠ لسنة ١٥ القضائية (شرعي) في ٢٩/١/١٩٩٤، مجموعة الأحكام، مرجع سابق ص ١٦، ١٩٩٤، ع ١، المبدأ ٢٢، ص ٩٧.

آثار ، فالمادة الأولى تتناول البناء وكل ما يعد كذلك بينما الثانية تتناول الأشياء التي تتطلب عناية خاصة وكذلك الآلات الميكانيكية ورتب القانون بمقتضى المادة ٣١٥ الضمان على مالك البناء أو المتولي إلا إذا انتفى التعدي أو التقصير وذلك على أساس الخطأ المفروض . بينما يضاف ما تحدته الأشياء والآلات بالمادة ٣١٦ إلى من هي تحت تصرفه إلا ما لا يمكن التحرز منه تطبيقاً للقاعدة الشرعية أنه لا تكليف إلا بمقدور أو إثبات السبب الأجنبي أو القوة القاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير...<sup>(١)</sup>

ويظهر الخلط في هذا الحكم من جهتين : فمن جهة أولى أقام المشرع الإماراتي المسؤولية عن تهم البناء على أساس من التعدي أو التقصير المفترض ، عندما جعل مالك البناء أو المتولي عليه مسئولاً ما لم يثبت عدم تعديه أو تقصيره ، ولا وجود في هذا الأساس لفكرة الخطأ المفترض المعروفة في القانون الوضعي ، ويكفي للتليل على ذلك أن مالك البناء يبقى حارساً له ومسئولاً عن الضرر الذي يسببه تهدمه للغير وإن كان فاقد الأهلية لصغر أو جنون ، رغم أن هذا الشخص لا يمكن نسبة الخطأ إليه ، واجب الإثبات كان أم مفترضا . ومن جهة أخرى ، فقد أشار حكم المحكمة الاتحادية إلى السبب الأجنبي المعفي من المسؤولية عن فعل الأشياء ، وأورد من ضمن تطبيقاته خطأ المضرور وخطأ الغير. والواقع أن قانون المعاملات المدنية الإماراتي قد اكتفى في المادة (٢٧٢) ، بالفعل المجرد من المضرور أو الغير ، دون أن يشترط وصفه بصفة الخطأ ، التي تخلى عنها المشرع الإماراتي في كل قانونه المدني ، لإمكان أن تنقطع به علاقة السببية بين فعل المدعى عليه والضرر ، فلم يكن بعد ذلك من داع للإصرار على اشتراط هذه الصفة للإعفاء من المسؤولية عن الفعل الضار ، كما يفعل القضاء الإماراتي في العديد من تطبيقاته .

وفي تطبيق آخر للمسئولية عن تهم البناء ، ذهبت المحكمة الاتحادية العليا تقول: (أن الهدم الذي يسأل عنه الحارس لما يصيب الغير من ضرر هو الذي يرجع إلى نقص في صيانة البناء أو قدمه أو عيب فيه

(١) إتحادية عليا ، الطعن ٦٠٥ لسنة ٢٠ لسنة القضائية في ١٨/١٠/٢٠٠٠ ، مجموعة الأحكام ، مرجع سابق ، ص ٢٢ ، ٢٠٠٠ ، ص ١٣٢٢ .

وهي مسئولية ماثرة إلا إذا أثبت الحارس نفي الخطأ...<sup>(1)</sup>. وفي هذا الحكم تصر المحكمة على إقامة مسئولية الحارس على خطأ مفترض لابل لإثبات العكس ، وهو أمر سبق انتقاده ، كما إن هذا الحكم قد اعتبر هو الآخر مسئولية الحارس مسئولية مفترضة، وهذا الوصف سبق لنا انتقاده عند البحث في المسئولية عن فعل الصغير ، فنحيل إليه<sup>(2)</sup>.

## الفرع الثاني في الخلط بين الإضرار والضرر

لقد اعتور القضاء الإماراتي في بعض أحكامه عدم الدقة ذاته الذي وقعت به المذكرة الإيضاحية لقانونه المدني في بعض مواضعها ، عندما أشارت إلى أن (الضمان في القانون منوط بالخطأ بمعنى الإعتداء والمخالفة ... أما في الفقه الإسلامي فمسئولية من يضر بغيره مسئولية مالية لا تقوم على الخطأ بل على الضرر...)<sup>(3)</sup>.

فقد جاء في عدة أحكام للقضاء الإماراتي أن:(النص في المادة ٢٨٢ من قانون المعاملات المدنية: على أن (كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر)... يدل، وعلى ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المشار إليه شرحاً لهذه المواد، أن كل فعل ترتب عليه ضرر للغير، سواء كان قد ترتب بطريق المباشرة أو بطريق التسبب - يلزم فاعله بالضمان)<sup>(1)</sup>.

ونحن نعتقد أن المشرع الإماراتي لم ينط التضمنين بالضرر وحده ، أو بمجرد الفعل الذي يؤدي إلى الضرر ، بل بالضرر المترتب على فعل

(1) إتحادية عليا، الطعن ٢٧ شرعي لسنة ٢٥ قضائية في ٢٩/١٢/٢٠٠٤، مجموعة الأحكام مرجع سابق، ص ٢٦، ٢٠٠٤، ع ٤، المبدأ ٣٣٧، ص ٢٨٠٦.

(2) أنظر ما تقدم، ص ٨٠٦.

(3) المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي، مرجع سابق، ص ٢٧٧.  
(1) تمييز دبي، الطعن ١٣٦ لسنة ٢٠٠٣ و ٤٤٩ لسنة ٢٠٠٣ حقوق في ٢١/٩/٢٠٠٣، مجلة الأحكام، مرجع سابق، ع ١٤٤، ٢٠٠٣، المبدأ ١٥٧، ص ٩٥٨، والطعن ٢٥٤ لسنة ٢٠٠٣ حقوق في ١٢/١٠/٢٠٠٣، المرجع ذاته، المبدأ ١٧٠، ص ١٠٦٦، اتحادية عليا، الطعن ٩٩ لسنة ١٦ قضائية في ١٧/١٢/١٩٩٥، مجموعة الأحكام، مرجع سابق، ع ٣٤، ١٩٩٥، المبدأ ١٩٠، ص ١٢٦٩.

محظور وغير جائز قانوناً ، أطلق عليه مصطلح "الإضرار" ، بمفهومه الذي سبق بيانه قبل قليل . فقد يلحق شخص ما ضرراً بالغير ، إلا أنه لا يلزم بتعويضه لأن فعله جائز مأذون به فلا يشكل الإضرار الذي يقوم به الضمان ، أو لأن المشرع اشترط لمساومته شروطاً إضافية تستمد من سلوك محدث الضرر ولم يكتف بمجرد تسببه بالحق الضرر بالغير ، ويبدو هذا واضحاً من خلال دراسة أنواع الإضرار ، وهو ما سيكون محلاً للمطلب الثاني من هذا المبحث .

### الفرع الثالث

#### في الموقف من الإضرار بالامتناع

الإضرار يمكن أن يتم بفعل إيجابي بمجاوزة الحد الذي يجب الوقوف عنده ، أو بفعل سلبي يتمثل في التفريط وعدم التحرز والتقصير عن الحد الذي يجب الوصول إليه. ولكن هل يشمل الإضرار الكف (الامتناع) كما لو رأى إنسان مالاً لآخر معرضاً للتلف بنار أو نحوه وكان في قدرته إنقاذه ولم يفعل فتلف ؟

لم يرد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي بهذا الشأن نص صريح، وإنما بينت منكرته الإيضاحية أن في الأمر خلاف في الفقه الإسلامي<sup>(2)</sup>. فالمالكية والظاهرية ذهبوا إلى تضمينه في هذه الحال بناء على أنه قد ترك واجباً عليه وهو المحافظة على مال أخيه، ومثله من مر على لقطة ولم يلتقطها وهو عالم أنها معرضة للتلف ثم تلفت فيضمنها. أما في الفقه الحنفي فلا ضمان عليه لعدم المباشرة أو التسبب إذا كان التلف نتيجة أمر لا صلة له بالكف وهو وجود النار واقترابها منه ، فضلاً عن أنه لا اعتداء في الترك لأنه ليس تضييعاً بل امتناعاً عن حفظ غير واجب ، والشرط عندهم في اقتضاء الضمان التعدي . ونفهم من رأي الحنفية أن التلف إذا كان نتيجة للكف وحده وليس يتدخل عمل آخر مستقل عنه، ضمن الممتنع الضرر. ولهذا تطبيقاته في الفقه الإسلامي، فقد روى الإمام أحمد أن رجلاً أتى أهل بيت فاستقام فلم يسقوه حتى مات ، فأغرمهم عمر الدية .

(2) مرجع سابق ، ص ٢٧٥ - ٢٧٦ .

ولا شك أنهم بامتناعهم عن سقيه تسببوا بموته تسبباً فيه نوع تعدّ، لذلك أوجب عليهم عمر الضمان<sup>(1)</sup>.

ولكننا قد نختلف مع رأي الحنفية بقولهم أن لا اعتداء بالكف لأنه امتناعاً عن حفظ غير واجب، ونرى أن التعاون بين المسلمين على البر والتقوى أمر أوجبه الشرع، إن كان المسلم قادراً عليه ولا يسبب له الأذى، فيجب أن يكون سبباً للضمان، وبعبارة تنفكك عرى التضامن الاجتماعي. وعلى ذات الأساس اعتبرنا الدفاع الشرعي عن نفس وعرض ومال الغير موجباً لنفي صفة الإضرار والتعدي عن الفعل، فلا تقوم به المسؤولية عن ضمان الضرر<sup>(2)</sup>.

هذا وقد أقر القضاء الإماراتي الإضرار بالامتناع كموجب للالتزام بالضمان متى أنصب على ترك واجب قانوني، فقد ذهبت محكمة تمييز دبي إلى أن: (النص في المادة ٢٨٢ من قانون المعاملات المدنية على أن " كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر " يدل وفقاً لما يبين من المذكرة الإيضاحية لهذا القانون - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المسؤولية عن الفعل الضار تقوم على ثلاثة عناصر بحيث إذا توافرت وجب الالتزام بالضمان عن كل إضرار نتيجة الفعل سواء بالإيجاب أو بالسلب، أي بالترك أو الامتناع الذي يعد خطأ وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان التارك أو الممتنع مكلفاً بموجب أحكام القانون بأن يؤدي العمل الذي وقع عليه الترك أو الامتناع إذ أن ما يندب إليه الشخص أصلاً دون أن يفرض عليه قانوناً لا يعد تركاً أو امتناعاً موجباً للمسؤولية ... )<sup>(3)</sup>.

(1) الرحيلي، فقه عمر بن الخطاب موازناً بفقهاء أشهر المجتهدين، مركز البحث العلمي في جامعة أم القرى، مكة المكرمة، طبع دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٣هـ، نقلًا عن مصطفى الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، دار القلم، دمشق، ١٩٨٨م، ص ٤٤-٤٥.

(2) انظر المادة (٢٨٨) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(3) تمييز دبي، الطعن ٣٧٧ لسنة ١٩٩٩ حقوق في ٢٠٠٠/٢/٦، مجلة الأحكام، مرجع سابق، ص ٢٠٠٠، ع ١١، المبدأ ١٩، ص ١١٦. ولم نجد رأياً في الامتناع للمحكمة الاتحادية العليا في الأكل في قضائها المنشور.

## المطلب الثاني في صور الإضرار وشروط الضمان فيهما

تنص المادة (٢٨٣) من قانون المعاملات المدني الإماراتي على أنه: (١- يكون الإضرار بالمباشرة أو التسبب. ٢- فإذا كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له، وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر). وستعرض في هذا المطلب لمفهوم كل من المباشرة والتسبب، كما سنرى أن صور الإضرار تنطبق على جميع أشكال المسؤولية، وهذا ما نبخته في الفرعين التاليين:

### الفرع الأول في تحديد مفهوم المباشرة والتسبب

إذا كان القضاء الإماراتي قد غل يده كثيراً عن تحديد مفهوم الإضرار، فإنه قد بسطها كل البسط عندما تعلق الأمر بتحديد مفهوم المباشرة والتسبب. ويمكننا إرجاع ذلك إلى أن مفهوم الإضرار خلق معاصر لا وجود له في الفقه الإسلامي، في الوقت الذي تعج فيه كتب فقهاه بتعريفات المباشرة والتسبب وحالاتهما.

ففي الكثير من تطبيقاته ذهب القضاء الإماراتي إلى أن ( المقصود بالمباشرة المشار إليها في نص المادة ٢٨٣ من قانون المعاملات المدنية - والتي يلزم عنها الضمان بلا شرط - هي وفقاً لفقه الشريعة الإسلامية الذي استقى منه المشرع الإماراتي هذا النص ، كل فعل جلب بذاته الضرر وكان سبباً له ولم يفصل بينه وبين حدوث الضرر فعل آخر ، أما التسبب فهو ما كان علة للضرر ولم يحصله بذاته )<sup>(١)</sup>. كما ذهب أيضاً إلى أن ( النص في

(١) تمييز دبي ، الطعن رقم ٥٧ لسنة ١٩٧٧ حقوق في ١١/١٠/١٩٩٧ ، مجلة القضاء والتشريع الصادرة عن المكتب الفني لمحكمة تمييز دبي، ع ٨٤ ، أبريل ١٩٩٩ ، ج ١ حقوق ، الرقم ١١٠ ، ص ٧٠٤ ، اتحادية عليا ، الطعن ٩٩ لسنة ١٦ قضائية في ١٧/١٢/١٩٩٥، مشار إليه سابقاً ، ص ٩ ، هامش ٢ ، والطعن ١٤٨ لسنة ١٨ القضائية في ١٠/١٢/١٩٩٦ ، المرجع ذاته مس ١٩٩٦، ١٧، ٣٤، المبدأ ١٦٧ ، ص ١٠١٠.



المادة ٢٨٢ من قانون المعاملات المدنية: على أن (( كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر)) ، وفي المادة ٢٨٣ منه على أن ((١- يكون الإضرار بالمباشرة أو التسبب. ٢- فإذا كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له أما إذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد)) يدل، وعلى ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المشار إليه شرحاً لهذه المواد، أن كل فعل ترتب عليه ضرر للغير ، سواء كان قد ترتب بطريق المباشرة أو بطريق التسبب - يلزم فاعله بالضمان، ويكون الإضرار بالمباشرة إذا كان هناك اتصال بين الفعل الضار ومحل الضرر ، كما في اتصال آلة الإلتاف بالمال المتلف ، وبمعنى آخر كل فعل باشره المعتدي دون أن يتوسط بينهما فعل آخر فيتسبب عنه الضرر ، ويكون الإضرار بالتسبب ببيان فعل يكون بينه وبين فاعله فعل آخر فيتسبب الضرر عنه أو ما كان علة للضرر ولكن لم يحصله بذاته وإنما بواسطة ، وأنه إذا وقع الإضرار بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له ، سواء كان المباشر معتدياً فيه أو غير معتد ، أما إذا وقع الإضرار بالتسبب فيشترط لضمان فاعله التعدي بان لا يكون له الحق في إجراء الفعل الذي حصل به الضرر ، أو التعمد أي تعمد الضرر لا تعمد الفعل ، أو كان فعل المتسبب مفضياً إلى الضرر... (١).

ومرجع التفرقة في الحكم بين المباشرة والتسبب ( أن المباشرة علة مستقلة وسبب للإضرار بذاته فلا يجوز إسقاط حكمها بداعي عدم التعمد أو عدم التعدي أما التسبب فليس بالعلة فلزم أن يقترن العمل فيه بصفة التعمد أو التعدي ليكون موجباً للضمان) (٢).

### الفرع الثاني

#### في انطباق صور الإضرار على جميع صور المسؤولية

- (١) تمبيز دبي ، الطعن ١٣٦ لسنة ٢٠٠٣ و٤٤٩ لسنة ٢٠٠٣ حقوق في ٢١/٩/٢٠٠٣ ، والطعن ٢٥٤ لسنة ٢٠٠٣ حقوق في ١٢/١٠/٢٠٠٣ ، مشار إليه سابقاً ، ص ٩ ، هامش ٢ ، إتحادية عليا ، الطعن ١٦٦ لسنة ١٩ قضائية في ١١/٥/١٩٩٩ ، مجلة الأحكام مرجع سابق ، ص ٢١ ، ١٩٩٩ ، ع ١٤ ، المبدأ ٧٤ ، ص ٤٢٠ .
- (٢) إتحادية عليا ، الطعن ٩٩ لسنة ١٦ قضائية في ١٧/١٢/١٩٩٥ ، مشار إليه سابقاً ، ص ٩ ، هامش ٢ . وأنظر المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي ، ص ٢٧٩ .

الإضرار بالمباشرة والإضرار بالتسبب ليست مقصورة على المسؤولية عن الأعمال الشخصية، بل تتعدى ذلك إلى المسؤولية عن فعل الغير والمسئولية عن الأشياء:  
أ- المسؤولية عن فعل الغير .

يقرر القانون الوضعي مبدأ مسؤولية الشخص عن عمل غيره غير المشروع مسؤولية أصلية ، وذلك لسد حاجة ظهرت بسبب تبنيه الخطأ أساساً للمسئولية عن الفعل الضار ، فالخطأ يفترض التمييز ، وهذا يستتبع انعدام مسؤولية عديم التمييز ، عليه لا بد من توفير حماية للمضرور والبحث عن مسئول عن الضرر الواقع ، والمكلف بالرقابة هو أقرب الناس لموقع المسؤولية . إلا أن مثل هذه الحاجة غير قائمة في الفقه الإسلامي ، فضمان الضرر قائم على مجرد الإضرار ، بحيث يسأل الشخص ولو لم يكن مميزاً . لهذا كان المبدأ في الشريعة الإسلامية ، أن لا يسأل أحد عن فعل غيره لقوله تعالى (كل نفس بما كسبت رهينة) وقوله (ولا تزر وازرة وزر أخرى). يستثنى من ذلك أن يكره شخص غيره إكراهاً ملجئاً كالألة بيده، فعندئذ يكون المكره مسئولاً لتتزيله حينئذ منزلة المباشر، والمكره المباشر منزلة الألة<sup>(1)</sup>.

ومع ذلك ، وجد المشرع الإماراتي أن المضرور قد يبقى دون تعويض بسبب إعسار الخاضع للرقابة أو التابع ، فقرر سد هذه الحاجة العملية بإعطاء القاضي الحق ، إذا وجد مبرراً من الظروف أن يقضي بناء على طلب المضرور ، بإلزام المكلف بالرقابة أو المتبوع أن يدفع ما حكم به على المسئول أصلاً على أن يكون له حق الرجوع عليه بما دفعه عنه ، دون الخروج على المبدأ الأصلي المقرر شرعاً وهو ألا يسأل شخص عن فعل غيره<sup>(2)</sup>. فقد جاء في المادة (٣١٣) من قانون المعاملات المدنية أنه:  
(١- لا يسأل أحد عن فعل غيره ، ومع ذلك يجوز للقاضي بناء على طلب المضرور إذا رأى مبرراً أن يلزم أياً من الآتي ذكرهم حسب الأحوال بأداء الضمان المحكوم به على من أوقع الضرر : أ- من وجب عليه قانوناً أو

(1) انظر في ذلك ، المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي ، مرجع

سابق ، ص ٣١٢ .

(2) مرجع سابق ، ص ٣١٢ .

اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسمية ، إلا إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية . ب- من كانت له على من وقع منه الإضرار سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه ولو لم يكن حراً في اختياره إذا كان الفعل الضار قد صدر من التابع في حالة تأدية وظيفته أو بسببها . ٢- ولمن أدى الضمان أن يرجع بما دفع على المحكوم عليه به ) .

وقد بررت المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي الأخذ بهذا التوجه بما له من نظائر في الشريعة ، منها جواز القضاء بنفقة الزوجة على ابن زوجها أو أخيها عند إفسار زوجها على أن يكون له الرجوع على الزوج إذا أيسر ، وتحمل العاقلة دية الخطأ ، وتحملها جرائم الصغار والمجانين<sup>(3)</sup> .

هذا وقد أتاحت الفرصة للقضاء الإماراتي ليؤكد المبادئ المتقدمة في أكثر من حكم . ففي معرض ردها على الطاعن في واقعة فقد فيها ولد المطعون ضده النظر بعينه اليسرى بسبب إصابته بحجر ألقيه ولد الطاعن ، وحكم على الأخير ابتدائياً بدفع مبلغ خمسين ألف درهم ، ذهبت المحكمة الاتحادية العليا تقول أنه<sup>(1)</sup> : ( بولاية الأب على ولده القاصر شرعاً وقانوناً يكون مسئولاً بضمان ما قد يحدثه ولده من ضرر للغير شرعاً . وجبر الضرر يكون ابتداءً في مال الجاني ولو كان صغيراً ثم وليه إن لم يكن للصغير مال ثم عاقلته إن لم يكن للولي مال ثم بيت المال إن لم يكن لعاقلته مال ولا تهدر دية امرئ مسلم ولا يقبل من الطاعن تتصله من مسئوليته الشرعية هذه تبعاً لما أسلفناه ولقد أورد الطاعن آية ( ولا تزر وازرة وزر أخرى) في غير موضعها بل أغفل مقتضياتها كما تكرت كتب التفسير أنه يحمل وزرين ، وزر إهماله في تربيته ولده ومراقبته وضمان ما يحدثه ولده للغير من ضرر وهو مسئول داخل البيت وخارجه ومسئوليته في الخارج أولى لما يتعرض له من المخاطر خارج محضنه الذي يتوفر فيه العديد ممن يرعونه ، ولقد أحكمت مسئولية الولي بشكل واضح في حديث رسول الله

(3) مرجع سابق ، ص ٣١٢ ، ومراجع الفقه الإسلامي التي تشير إليها .  
(1) الطعن ٧٦ لسنة ١٤ القضائية في ١٠/٦/١٩٩٢ ، مجموعة الأحكام ، مرجع سابق ، ص ١٤ ، ١٩٩٢ ، ٢٤ ، المبدأ ٩٢ ، ص ٥٤٠ ، وانظر أيضاً حكمها في الطعن ٧٢١ مدني لسنة ٢٣ القضائية في ١١/٤/٢٠٠٤ ، مشار إليه سلفاً ، ص ٣٠ هلمش .

صلى الله عليه وسلم : كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته ... والرجل راع في أهله ومسئول عن رعيته الخ مما يجعل مسؤولية الطاعن قائمة في الرعاية والضمان والتعويض عن الضرر الذي أحدثه ولد الطاعن (...).

وفي قضية مماثلة قرر حكم محكمة الدرجة الأولى مسؤولية الأب عن الضرر الذي سببه ولده القاصر للغير والزمه بدفع التعويض المحكوم به، غير أن محكمة استئناف الشارقة الإتحادية قضت بإلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى مبررة رفضها لمسئولية الأب بالآية الكريمة المتقدمة (ولا تزر وازرة وزر أخرى) . فنقضت المحكمة الإتحادية هذا الحكم مستندة لنفس المبررات التي رفضت بموجبها الطعن في القضية الأولى<sup>(2)</sup>.

ونحن نعتقد أنه كان بإمكان محكمة الاستئناف أن تحصن حكمها من النقض لو أنها قد استندت في إلغاء حكم المحكمة الابتدائية المستأنف على أساس خلو هذا الحكم من الأسباب السائغة التي تبرر مساءلة الأب عن فعل ابنه القاصر، ذلك أن مسؤولية متولي الرقابة على الصغير في القانون الإماراتي ، كغيرها من صور المسؤولية عن فعل الغير ، مسؤولية جوازية ، يجوز لقاضي الموضوع أن يقررها متى قام مبرر لذلك . ولا يعد مبرراً سائغاً لرفض مساءلة الأب ، مجرد مرجعية الآية الكريمة ( ولا تزر وازرة وزر أخرى ) ، كما فعلت محكمة الاستئناف ، لأن هذه الآية تقرر الأصل الذي قبله المشرع الإماراتي صراحة إمكانية الخروج عليه ، كلما وجد القاضي ما يبرر مساءلة الشخص عن فعل غيره .

ولنا بخصوص ما تقدم الملاحظات التالية :

- 1- أشارت المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي<sup>(1)</sup> إلى أن القانون المدني المصري ، وتبعه في ذلك القانون المدني السوري والأردني والعراقي ، قد أقام المسؤولية عن فعل الغير على خطأ مفترض في الرقابة والتوجيه يقبل إثبات العكس ، والشريعة الإسلامية لا تقر مبدأ افتراض الخطأ سواء منه ما يقبل

(2) انظر حكمها في الطعن ٧٢١ مدني لسنة ٢٣ القضائية في ١١/٤/٢٠٠٤، مشار إليه

سلفاً ، ص ٦ ، هلمش ١ .

(1) مرجع سابق ، ص ٣١١ .

إثبات العكس وما لا يقبله ، كما يفهم منها أخذ المشرع الإماراتي بتوجه الفقه الإسلامي .

وإذا صح أن الفقه الإسلامي لا يعرف الخطأ المفترض، فإن المشرع الإماراتي قد خالف هذا الفقه ولم يلتزم موقفه. فالقانون الإماراتي لم يفعل أكثر من افتراض التقصير في الرقابة في جانب المكلف بها ، عندما سمح له بموجب الفقرة (أ) أعلاه من المادة (٣١٣) بأن يدفع عن نفسه الإلزام بالضمان بإثبات أنه قام بواجب الرقابة ، ولا شك في أن هذه الصيغة تفيد افتراض التقصير في متولي الرقابة فرضاً قابلاً لإثبات العكس . وقد أكدت ذلك محكمة تمييز دبي بقولها أن : ( مسئولية متولي الرقابة على القاصر بأداء الضمان المحكوم به عن الضرر الناتج عن خطأ القاصر - وحسبما جرى به نص المادة ٣١٣ من قانون المعاملات المدنية - هي مسئولية مفترضة قائمة على افتراض إخلاله بواجب الرقابة والتي لا يرفعها عنه إلا ثبوت قيامه بهذا الواجب ... )<sup>(٢)</sup> .

ويؤكد إقلمة القانون الإماراتي مسئولية متولي الرقابة على تقصير مفترض من جانبه، تطابق نص القانون الإماراتي مع نص القانون المصري ، الذي ينهك الإجماع ، بما في ذلك رأي المحكمة الإيضاحية للقانون الإماراتي ، على أنه أقام مسئولية متولي الرقابة على خطأ مفترض ، حيث جاء في المادة (٣/١٧٣) من القانون المدني المصري أنه : ( ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من

(٢) تمييز دبي الطعن ١٩٤ لسنة ٢٠٠٢ حقوق في ٢٠٠٢/٦/١٥ ، مجلة الأحكام ، مرجع سابق ، ع ١٣ ، ٢٠٠٠م ، المبدأ ٩١ ، ص ٥٣٢ . مع تحفظنا على مصطلح المسئولية المفترضة ، الذي سبق لنا انتقاده في أكثر من موضع ، انظر ما تقدم ، ص ٧٠٩ . ويلاحظ أن هذا الحكم قد رفض بحق سبب الطعن القائم على عدم مسئولية الأب عن أفعال ابنه الذي تجاوز سن البلوغ الجسدي ، وهو السن الذي تنتهي به الولاية على النفس في المذهب المالكي ، عندما أشار إلى أن مسئولية الأب سببها بصريح القانون الإماراتي حاجة الصغير إلى الرقابة لقصره ، والقاصر في القانون الإماراتي هو من لم يتم الحادية والعشرين من عمره ، ولا محل للانتحاء إلى أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الصدد بوجود نص في القانون الوضعي واجب التطبيق ، إذ لا مسأغ للاجتهاد في مورد النص القطعي الدلالة .

المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية ) .

٢- إن إقامة مسؤولية المكلف بالرقابة على التقصير وإن كان مفترضاً تستند إلى أنه لم يباشر الضرر بل تسبب فيه ، والمتسبب ، كما سبق أن رأينا ، لا يضمن إلا إذا تعمد أو تعدى والتعدي قد يكون بمجاوزة الحد الذي يجب الوقوف عنده وقد يكون بالتقصير عن الوصول إلى الحد الذي يجب الوصول إليه .

٣- يعد صحيحاً ما أشارت إليه المذكرة الإيضاحية للقانون المعاملات المدنية الإماراتي من وجود فرق واضح في أحكام المسؤولية عن فعل الغير بين القانون الإماراتي والقانون المصري. ويظهر هذا الفرق بوجه خاص في حالة المكلف بالرقابة على القاصر والمجنون ، فالمادة (١٧٥) من القانون المدني المصري تنص على أن ( للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسئولاً عن تعويض الضرر ) ، الأمر الذي يستتبع فقدان المكلف بالرقابة لحقه في الرجوع بما دفع على الخاضع للرقابة محدث الضرر ، ما دام أنه غير أهل للمساومة عن عمله غير المشروع لعدم إمكان نسبة الخطأ إليه ، الأمر الذي يجعل من المكلف بالرقابة مديناً أصلياً ، ومن مسؤوليته مسؤولية أصلية (١)، في حين يحتفظ المكلف بالرقابة في القانون الإماراتي بهذا الحق في الرجوع على القاصر والمجنون ، لأن كلا منهما مسئول عن أفعاله تأسيساً على ركن الإضرار الذي لا يشترط له الإدراك والتمييز .

كما تختلف المسؤولية عن فعل الغير ، بصورتها ، مسؤولية المكلف بالرقابة ومسئولية المتبوع ، في القانون الإماراتي عن نظيرتها في القانون المصري ، من حيث أنها في القانون الأول وعلى العكس من الثاني ، جوازية متروك أمرها لتقدير القاضي

(١) انظر الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، نقلًا عن معوض عبد التواب ، مدونة القانون المدني ، الجزء الأول ، منشأة المعارف الإسكندرية ، ١٩٨٧ ، ص ٣٧٠ .

بناء على طلب المضرور ، واحتياطية لا يقضى بها إلا عند تعذر الحصول على الضمان من محدث الضرر لعدم قدرته على دفعه ، لاشتراط المشرع مبرراً للقضاء بها بناء على طلب المضرور<sup>(2)</sup> .

أما القاتون المدني العراقي فليس صحيحاً أنه أقام المسؤولية عن فعل الغير على خطأ مفترض ، لأن القاتون العراقي جاء متأثراً في الأحكام الموضوعية للفعل الضار بقواعد الفقه الإسلامي ، فاعتبر فكرة التعدي بمفهومها الإسلامي أساساً للمسئولية عن الفعل الضار ، وأقام المسؤولية عن فعل الغير على تقصير مفترض من جانب المكلف بالرقابة والمتبوع ، وسمح لهما بالتخلص من المسؤولية ببيئات الأول القيام بواجب الرقابة والثاني بذل العناية اللازمة لمنع وقوع الضرر ، أو ببيئات أن الضرر لا بد واقع حتى لو قاما بواجب الرقابة والعناية<sup>(1)</sup> . كما سمح القاتون المدني العراقي للمسئول عن عمل الغير بالرجوع عليه بما ضمنه<sup>(2)</sup> ، وهذا يجعل أحكام المسؤولية عن فعل الغير في القانون العراقي أقرب إلى مثيلاتها في القانون الإماراتي ، سوى أن المشرع العراقي لم يبدأ بتقرير المبدأ العام بعدم مسائلة الشخص عن فعل غيره ، وإن كان قد أقره ضمناً بتقرير حق المسئول عن فعل غيره بالرجوع بما دفع على محدث الضرر .

أما ما ذكرته المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي من أن القاتون المدني الأردني ، وخلافاً للقانون الإماراتي ، قد ساير القاتون المدني المصري في تأسيس المسؤولية عن فعل الغير على فكرة الخطأ المفترض ، فهو أمر يثير الاستغراب ، ذلك أن القاتون المدني الأردني هو المصدر المباشر لقانون المعاملات المدنية الإماراتي ، وقد استعار المشرع الإماراتي أحكام ضمان الفعل الضار حرفياً من القاتون الأردني ، وجاءت المادة ( ٣١٣ ) المنظمة للمسئولية عن فعل الغير مطابقة

(2) انظر في ذلك ، مصطفى الجمال ، القاتون المدني في توبه الإسلامي ، مصادر الالتزام ، القح للطباعة والنشر ، الإسكندرية ، بدون سنة نشر ، ص ٥٦٣ .

(1) انظر المادتين ( ٢١٨ - ٢١٩ ) من القاتون المدني العراقي .

(2) انظر المادة ( ٢٢٠ ) من القاتون ذاته .

تماماً للمادة ( ٢٨٨ ) من القانون المدني الأردني المنظمة لنفس الموضوع، فما يصدق على الأولى يصدق بعونه على الثانية !  
٤- لقد قرر المشرع الإماراتي، تأثراً منه بالفقه الإسلامي، مبدأ أن لا يسأل شخص عن فعل غيره، وأن كل شخص وإن كان عديم التمييز مسئول عن أفعاله الضارة مسئولية أصلية في نمته المالية الشخصية. ثم قبل إلى جانب ذلك إلقاء عبء الضمان المحكوم به على نمة أخرى غير نمة المسئول الأصلي مع الحق بالرجوع لاحقاً على هذا الأخير ، رعاية للجانب الاجتماعي والإنساني باعتبارها ضرورة تشريعية لصيانة الحقوق من الضياع في الحالات التي يتعذر فيها أو يتعسر أخذ التعويض من الغير المسئول الأصلي عن الضرر .

لكننا نعتقد أن إلقاء عبء الضمان على نمة فردية، كنمة المكلف بالرقابة أو المتبوع، قد لا تحقق الغرض المقصود والمتمثل في توفير ضمان كاف وسريع للمضرور، فقد يكون هذا الأخير نفسه معسراً أو غير قادر على أداء الضمان. لذلك نحن ندعو في المسئولية عن فعل الغير إلى الأخذ بالتعويض الجماعي ، حيث نضمن أن تتكفل بالتعويض نمة مليئة قادرة على دفعه ، كشركة تأمين أو صندوق للضمان أو حتى الدولة ذاتها ، وهذا هو برأينا ما برر للفقه الإسلامي تحميل العاقلة ذية الخطأ وعبء أفعال، الصغار والمجانين الضارة ، وهي نظائر اعتمدت عليها المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي لتبرير قبول هذا القانون بالمسئولية عن فعل الغير (1) .

(1) ولهذا عندما قررت محكمة النقض الفرنسية مسئولية الصغير غير المميز الشخصية عن أفعاله الضارة في سلسلة أحكام أصدرتها عام ١٩٨٤ ( انظر حكم هيئتها الموسعة في ١٩٨٤/٥/٩ ، دالوز الأسبوعي ( Dalloz ) ، ١٩٨٤ ، ج ١ ، ص ٥٢٥ ، تعليق الأستاذ شابا ، المجلة الفصلية للقانون المدني (RTDV) ، ١٩٨٤ ، ص ٥٠٨ ، الأستاذ جوردان ، تورية الأسبوع القانوني (JCP) ، ١٩٨٨ ، ج ١٤ ، ٢٠٢٥٥ ، تعليق دوجون دو لا بتي ) ، كتبت الأستاذة فيني (VINEY) مقالاً في مجلة الأسبوع القانوني (JCP) بعنوان (تعويض الأضرار المصيبة تحت تأثير حالة فقدان التمييز : تحول ضروري من المسئولية نحو التأمين ) ، ١٩٨٥ ، ج ١٤ ، ٢١٨٩ .



٥- إن مسؤولية متولي الرقابة على من يحتاج لها بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسدية تستند، في القانون الإماراتي، إلى تقصيره في الرقابة تصبيراً مفترضاً فرضاً قابلاً لإثبات العكس. وهذا التقصير هو الذي يبرر إلزامه بالضمان المحكوم به على الخاضع للرقابة الذي صدر عنه فعل الإضرار ابتداءً، سواء كان هذا الإضرار بالمباشرة أو بالتسبب. فكان المشرع عندما يحمل متولي الرقابة عبء الضمان بدلاً عن الخاضع لها، يجعله شريكاً في فعل الإضرار من خلال ذلك الإهمال أو التقصير في الرقابة. غير أن هذا للشراكة لا تجعله متضامناً مع محدث الضرر، بل كفيلاً متضامناً بكفالة قانونية<sup>(٢)</sup>، تلزمه بسداد دين التعويض والرجوع به كله على الخاضع للرقابة.

أما في مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه، فلا صدى لفكرة الإضرار بمفهومها في القانون الإماراتي على خيار القاضي بتحمله للمتبوع عبء التعويض المحكوم به على التابع محدث الضرر. فالفقرة (ب) من المادة (٣١٣) المنظمة للمسؤولية عن فعل الغير قد اكتفت بالسماح للقاضي أن يلزم بإداء الضمان المحكوم به (من كانت له على من وقع منه الإضرار سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه ولو لم يكن حراً في اختياره إذا كان الفعل الضار قد صدر من التابع في حالة تلبية وظيفته أو بسببها). ففعل الإضرار يقع من التابع، مباشرة أو تسبباً، بشروطهما المشار إليها سلفاً<sup>(٣)</sup>، وبعد ذلك، يمكن للقاضي إلقاء عبء التعويض على المتبوع دون تعليق ذلك على تعد أو تقصير منه في ممارسته لسلطته الفعلية في الرقابة على التابع أو توجيهه. فكفالة المتبوع القانونية لدين التعويض، وعلى خلاف كفالة متولي الرقابة، لا تستند إلى سلوك منحرف وغير قويم

(٢) تحادية عليا، الطعن ٨ لسنة ١٢ القضائية في ١٠/٤/١٩٩٠، مجلة الأحكام، مرجع سابق، ١٩٩٠، للمبدأ ٧، ص ٨٩، الطعن ٢٤٣ مدني لسنة ١٧ القضائية في ٢٤/٣/١٩٩٦، مجلة الأحكام، مرجع سابق، ص ١٧، ١٩٩٦، ١٤، المبدأ ٥٤، ص ٣١٤، والطعن ٤٣٨ لسنة ١٨ القضائية في ١٧/١١/١٩٩٨، مجلة الأحكام، مرجع سابق، ص ٢٠، ١٩٩٨، ٣، للمبدأ ١٩٩، ص ١١٧٢.

(٣) انظر ما تقدم، ص ١٢-١٣.

من المتبوع، بل إلى فكرة الغرم بالغنم<sup>(1)</sup>، وإن كانت تتفق معها في أنها مقدره لمصلحة المضرور خشية إملاق الخاضع للرقابة أو التابع<sup>(2)</sup>.

ويترتب على هذا الفرق بين أساس مسئولية متولي الرقابة على القصر ومن في حكمه، وأساس ومسئولية المتبوع عن أفعال تابعه النتائج التالية: أولاً- يشترط في متولي الرقابة أن يكون ملزماً بها قانوناً أو اتفاقاً، قادراً عليها بأن يكون بالغاً عاقلاً، في حين لا يشترط ذلك في المتبوع، إذ يكفي أن تقوم بينه وبين من يسأل عنه علاقة تبعية، بأن يعمل لصالحه وتكون له سلطة فعلية في توجيهه والإشراف عليه، وإن مارسها بواسطة نائبه القانوني أو الإتفاقي.

ثانياً- يسأل متولي الرقابة على القاصر ومن في حكمه عن الفعل الضار للخاضع للرقابة مسئولية عامة غير محددة بعمل بذاته، في أي زمان وأي مكان، ما لم يكن في الوقت الذي يسبب فيه الضرر للغير في رقابة شخص آخر كالمدرسة أو المصححة العقلية، أما المتبوع فلا يسأل عن أفعال تابعه إلا فيما له علاقة بالعمل الذي يخدم منه ويرتبط بشأنه معه برابطة التبعية.

وقد عبر القضاء الإماراتي عن مدى هذا الارتباط بصيغ متعددة، فهو يرى أحياناً: (أن المتبوع يكون مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه... متى كان العمل غير المشروع قد وقع منه أثناء تأدية وظيفته أو بسببها أو ساعدته هذه الوظيفة أو هيأت له إتيان فعله غير المشروع..)<sup>(3)</sup>، أو أن: (القانون حدد نطاق مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه بأن يكون العمل الضار واقعاً من التابع حال تأدية وظيفته أو بسببها، بما مؤداه أن مسئولية المتبوع تقوم في حالة خطأ التابع وهو يؤدي عملاً من أعمال الوظيفة أو أن تكون الوظيفة هي السبب المباشر للخطأ أو تكون

(1) أنظر عكس ذلك، إتحادية عليا، الطعن ٢٤٣- في ٢٤/٣/١٩٩٦، مشار إليه سابقاً،

ص ١٩ هامش ٢، فقد أشار إلى أن مسئولية المتبوع في قانون المعاملات المدنية الإماراتي تقوم عملاً على مظنة التقصير في جانب المتبوع في مراقبة تابعه.

(2) أنظر، إتحادية عليا، الطعن ٤٠ مدني لسنة ٢٤ القضائية في ١٣/٤/٢٠٠٤، مشار إليه سابقاً، ص ٦، هامش ١.

(3) إتحادية عليا، الطعن ٥٦٨ (مدني) لسنة ٢٠ القضائية في ٢١/٣/٢٠٠٠، مجلة الأحكام، مرجع سابق، ص ٢٢، ع ١، المبدأ ٧٢، ص ٤٣٨.

ضرورية لإمكان وقوعه أو كلما استغل التابع وظيفته أو ساعدته هذه الوظيفة على إثبات فعله غير المشروع أو هيات له بآلية طريقة كانت فرصة ارتكابه، فيخرج عن نطاق مسؤولية المتبوع ما يرتكبه التابع من خطأ إذا انتقت العلاقة بين الفعل الضار والوظيفة بأن يرتكب التابع العمل غير المشروع لحساب نفسه وليس لمصلحة متبوعه، ويحق للأخير إثبات هذه الواقعة بكافة طرق الإثبات للقانونية ونفي علاقته بالمضروب أو بالفعل الضار ولو ثبت قيام علاقة عمل بين التابع والمتبوع (4).

وفي صيغة أخرى وفرت حماية أكبر للمضروب بتوسيع نطاق ارتباط عمل التابع غير المشروع بالوظيفة، نهبت المحكمة الاتحادية العليا في بعض أحكامها إلى أن: (مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه مسؤولية تبعية مقررّة بحكم القانون لمصلحة المضروب لتقليدي إملاق التابع، يحق بمقتضاها للقاضي إذا وجد مبرراً من الظروف إلزام المتبوع بإداء الضمان المحكوم به على التابع، ولم يقصر المشرع نطاق هذه المسؤولية على خطأ التابع وهو يؤدي عملاً من أعمال وظيفته وبسببها، تحقّق المسؤولية كلما كان فعل التابع قد وقع منه أثناء تادية الوظيفة أو كلما استغل هذه الوظيفة أو ساعدته على إثبات فعله الخطيء أو هيات له بأي طريق فرصة ارتكابه، سواء ارتكب لمصلحة المتبوع أو عن باعث شخصي، وسواء أكان الباعث الذي دفعه متصلاً بالوظيفة أو لا علاقة له بها وسواء وقع الخطأ بعم المتبوع أو بخير علمه) (1).

ثالثاً- إقامة مسؤولية متولي الرقابة على القاصر ومن في حكمه على تقصير مفترض في جانبه، يقتضي منطقاً السماح له بالتخلص من المسؤولية بنفي ذلك التقصير. لهذا سمحت الفقرة المادة (1/1/313) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي أن يتخلص متولي الرقابة من المسؤولية

(4) تمييز دبي، الطعن ٥ لسنة ٢٠٠١ حقوق في ٢٠٠١/٤/١، والطعن ١٤٧ لسنة ٢٠٠٢ حقوق في ٢٠٠٢/١٢/٦، مشار إليهما سابقاً، ص ٦، هلمش ٢.  
(1) إتحادية عليا، الطعن ٤٣٨ لسنة ١٨ القضائية في ١٩٩٨/١١/١٧، الطعن ٤٠ (مدني) لسنة ٢٤ القضائية في ٢٠٠٤/٤/١٣، مشار إليهما سابقاً، ص ٦، هلمش ٢. وقرب من ذلك، إتحادية عليا، الطعن ٢٤٣ (مدني) لسنة ١٧ القضائية في ١٩٩٦/٣/٢٤، مشار إليه سابقاً، ص ١٩، هلمش ٢. مع تحفظنا على كل إشارة للخطأ وردت في هذه الأحكام.

(إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية). ولا توجد مثل هذه الفرصة للمتبوع للتخلص من المسؤولية عن الضرر الذي سببه التابع متى قامت شروطها، لأن مسؤوليته لا تقوم على التعدي أو التقصير، حتى يستطيع أن ينفيه بإثبات مخالف، بل على فكرة الغرم بالغرم.

#### ب- المسؤولية عن الحيوان .

جاء في المادة (٣١٤) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي أن: (جناية العجماء جبار ولكن فعلها الضار مضمون على ذي اليد عليها مالكا كان أو غير مالك إذا قصر أو تعدى) .

ويتضح من هذه المادة وما ورد بشأنها في المذكرة الإيضاحية للقانون أن الأصل ، في هذا القانون والفقهاء الإسلامي أن الفعل الضار للحيوان هدر لا مسؤولية فيه على أحد ، كما لو أطلقت العجماء في المراعي المخصصة لهذا الغرض فتقاتلت إثنان فضربت إحدهما الأخرى فقتلتها، فليس صاحبها بمسئول . على أن هذا الأصل يجب أن لا يكون على حساب صيانة الأموال والأنفس ، فإذا ثبت أن ضرر الحيوان قد حصل بتقصير ذي اليد عليها أو تعديه ، فإنه يضمن . فلو أطلق ذو اليد، مالكا كان أو مستعيراً أو سارقاً ، الحيوان في الشارع أو بين البيوت ، فإنه يضمن ضرره (1). ويلاحظ أن أساس المسؤولية عن فعل الحيوان في الفقه الإسلامي والقانون الإماراتي، هو التقصير والتعدي واجب الإثبات، ذلك أن فعلها الضار يأتي من قبيل التسبب من ذي اليد عليها، والمتسبب يضمن إذا تعدد أو تعدى.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع الإماراتي ، أخذاً منه برأي الفقه الإسلامي ، قد جعل ضمان الضرر الذي يسببه الحيوان على ذي اليد عليه ، وهو كل من له السيطرة الفعلية على الحيوان بحيث يستطيع أن يوجهه أو يعقله ليمنع ضرره بالغير ، وإن كان يديره لمصلحة غيره كراعي الغنم ، فقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي أنه (2) :

(1) مصطفى الزرقا ، مرجع سابق ، ص ١٦٧ ، محمد شريف أحمد ، مصادر الالتزام ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٩ ، ص ٢٤٥ .  
(2) مرجع سابق ، ص ٣١٥ .

إذا كانت البهيمة بيد الراعي فأُتلفت زرعاً وهي في يده ضمن هو دون مالك ، فالضمان لا يتعلق برقبته بل بما لذي اليد عليه) .

والخلاف هنا واضح مع القاتون الوضعي ، الذي يقيم المسؤولية على حارس الحيوان، والحارس هو كل من له السيطرة الفعلية على الحيوان، وإن لم يكن مالكة، ولكن بشرط أن يديره لمصلحة نفسه ، الأمر الذي يستتبع عدم مسامحة سائس الخيل أو راعي الأغنام ، لأنه يدير ما يسيطر عليه من حيوان لمصلحة غيره .

نتـ المسؤولية عن انهيار البناء .

جاء في المادة (١/٣١٥) من قاتون المعاملات المدنية الإماراتي أن:  
(الضرر الذي يحدثه للغير انهيار البناء كله أو بعضه يضمنه مالك البناء أو المتولي عليه إلا إذا ثبت عدم تعديه أو تقصيره). يتضح من هذه المادة أن أساس المسؤولية عن الضرر الذي يسببه تهمد للبناء هو التقصير والتعدي المفترض فرضاً قبلاً لإثبات العكس. علة ذلك أن هذا الضرر يأتي من قبيل التسبب من مالك البناء والمتولي عليه، والمتسبب يضمن بالتعمد أو التعدي. وتجدر الملاحظة أن مما تتميز به المسؤولية عن تهمد البناء في القاتون الإماراتي، أن المسئول فيها هو من تثبت له ولاية التصرف فيه بالإصلاح والصيانة والنقض والإزالة. وهذا ما أكده القضاء الإماراتي ، ففي أحد أحكامها ذهبت المحكمة الاتحادية العليا إلى أن ( نص المادة ١/٣١٥ من قاتون المعاملات المدنية على أن: (( الضرر الذي يحدثه للغير انهيار البناء كله أو بعضه يضمنه مالك البناء أو المتولي عليه إلا إذا ثبت عدم تعديه أو تقصيره)) تتناول - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية - المسؤولية عن تهمد البناء كلاً أو بعضاً وما قد يترتب على ذلك من ضرر للغير والمقصود بالبناء هو مجموعة من المواد مهما كان نوعها شيدتها يد إنسان تتصل بالأرض اتصال قرار ، وتعتبر أنابيب المياه بناء ، وقد روي في النص تقرير الضمان إلا إذا ثبت عدم التعدي أو التقصير وبعبارة أخرى إذا كان الضرر بسبب لا يمكن التحرز منه ... والمسئول عن الضمان في هذه الحالة هو مالك البناء أو المتولي عليه كتناظر للوقف إن كان البناء وفقاً وولي اليتيم والقيم على غير كامل الأهلية إن كان البناء له ، دون المستأجر والمستعير لعدم ولاية هذين في النقص والإزالة ... ولما كان المقرر أن

مالك البناء هو المطالب بتعهد ملكه وموالاته بأعمال الصيانة والترميم فإذا قصر في ذلك كان مسئولاً عن الضرر الذي يصيب الغير بهذا التقصير ولا يعفيه من المسؤولية أن تكون شركة الصيانة قد التزمت قبله بأن تقوم بأعمال الترميم والصيانة اللازمة للبناء إذ على المالك إخلاء لمسئولته إزاء الغير أن يتحقق من قبلهم شركة الصيانة بما التزمت به في هذا الشأن ... (1).

ولكن الذي يعاب على هذا الحكم أنه قد أقام مسؤولية مالك البناء أو المتولي عليه على ما أسماه دون تحفظ ( الخطأ المفروض ) ، الأمر الذي يحيل إلى مفهوم الخطأ الشخصي في القاتون الوضعي ، مع أن نص المادة (١/٣١٥) من قانون المعاملات المدنية واضح في إقامة هذه المسؤولية على التعدي والتقصير المفترض ، بمفهومهما في الفقه الإسلامي . وهذا ما أكدته المذكرة الإيضاحية للقانون وهي تقارن أساس هذه المسؤولية في القانون الإماراتي والقوانين الأخرى، حيث جاء فيها: ( أما القاتون المصري فقد قرر المسؤولية في هذا المجال وأسسها على الخطأ المفروض وألقى عنها على حارس البناء دون ملكه... وقد روي في القانون - قانون المعاملات المدنية الإماراتي - تقرير الضمان إلا إذا ثبت عدم التعدي أو التقصير وبعبارة أخرى إذا كان الضرر بسبب لا يمكن التحرز منه ... والمسئول عن الضمان في هذه الحالة هو مالك البناء وناظر الوقف إن كان البناء وفقاً وولي اليتيم والقيم على غير كامل الأهلية إن كان البناء له دون المستأجر والمستعير لعدم ولاية هذين في النقض والإزالة ).

كما يلاحظ أن المذكرة الإيضاحية قد أوردت مواقف المذاهب المختلفة للفقه الإسلامي وأمثلة منه يفهم منها أن أساس المسؤولية فيه عن تهدم البناء هو التعدي والتقصير واجب الإثبات ، فقد جاء فيها : أنه إذا بنى في ملكه حائطاً مائلاً إلى الطريق أو إلى ملك غيره فتلّف به شيء وسقط شيء فأتلفه ضمنه لأنه متعد بذلك ... وإن بناه في ملكه مستوياً أو مائلاً إلى ملكه فسقط من غير استهدام ولا ميل فلا ضمان على صاحبه فيما تلف به لأنه لم يتعد ببنائه ولا حصل فيه تفریط بإيقانه ... وإذا أخرج إلى الطريق

(1) إتحادية طيا ، الطعن ٦٠٥ لسنة ٢٠ قضائية في ١٨/١٠/٢٠٠٠ م ، مجموعة الأحكام ، مرجع سابق ، س ٢٠٠٠ ، المبدأ ٢٢٥ ، ص ١٣٢٢ .

النافذ جناحاً أو ساباطاً فسقط أو شيء منه على شيء فأتلفه فعلى المخرج ضمانته ، ثم تختتم المذكرة بقولها : ( فالذي يؤخذ من جملة ذلك أن الضرر الذي يحدثه للخير انهدام البناء كله أو بعضه مضمون في حالة التعد أو التقصير وغير مضمون عند انعدام التعدي أو التقصير ) . إلا أن المذكرة لم تبرر لماذا أختار القانون استبدال التعدي والتقصير المفترض فرضاً قابلاً لإثبات العكس بالتعدي والتقصير واجب الإثبات.

والحقيقة أن هذا الأمر ليس له إلا تبرير واحد وهو رغبة المشرع في توفير حماية أفضل للمضروب من حيث عدم تحميله عبء إثبات التعدي والتقصير، وإلقاء عبء الإثبات المخالف على المسؤول عن الضرر. كما يلاحظ أن المذكرة الإيضاحية قد اعتبرت إثبات مالك البناء أو المتولي عليه ، لنفي المسؤولية عنه ، عدم تعديه أو تقصيره ، مطابقتاً لإثبات وقوع الضرر بسبب لا يمكن التحرز منه . وهذه المساواة برأينا غير دقيقة ، فإثبات وقوع الضرر بسبب لا يمكن التحرز يحيل من ضمن ما يحيل إليه إلى السبب الأجنبي غير المتوقع وغير ممكن الدفع<sup>(1)</sup> ، وهو ما لا يتطلبه النص في القانون الإماراتي ، الذي اكتفى بإثبات عدم التعدي أو التقصير، بإقامة الدليل على صيانة البناء أو حتى عدم حاجته للصيانة لكونه جديد ، الأمر الذي يعفيه من المسؤولية وإن ظل سبب التهم مجهولاً .

وأخيراً يلاحظ أن جانباً من القضاء الإماراتي<sup>(2)</sup> ما برح يطلق مسمى الحارس على المسؤول عن ضمان الضرر الذي يسببه تهمم البناء ، مع أن المشرع الإماراتي قد تجنب هذه التسمية عن قصد، بشهادة المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية في باب مقارنتها مع مسميات القانون المصري وتاريخ النص فيه . ونحن ندعو إلى التزام القضاء الإماراتي بالمصطلحات والمسميات الواردة في قانونه المدني ، احتراماً لرغبة المشرع الإماراتي الواضحة في التمسك بالفقه الإسلامي والإنحياز له شكلاً ومضموناً ، وإن كنا نرى أن الاختلاف في المسميات ، في الأهل فيما يخص

(1) أنظر في هذا المعنى لما لا يمكن التحرز منه ، إتحادية عليا ، الطعن ٦٢١ في

٢٠٠٤/١/٢٧ ، مشار إليه سابقاً ، ص ٧ ، هامش ٢ .

(2) على سبيل المثال أنظر ، إتحادية عليا ، الطعن ٢٧ شرعي في ٢٠٠٤/١٢/٢٩ ؛

مشار إليه سابقاً ، ص ٩ ، هامش ١ .

المسئولية عن تهمد البناء ، لا أثر لها من الناحية الواقعية على الحلول  
المستتبطة من أحكام هذه المسئولية .  
ث- المسئولية عن الأشياء .

تنص المادة (٣١٦) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أن:  
(كل من كان تحت تصرفه أشياء تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها  
أو آلات ميكانيكية يكون ضامناً لما تحدثه هذه الأشياء أو الآلات من ضرر  
إلا ما لا يمكن التحرز منه. وذلك مع عدم الإخلال بما يرد في هذا الشأن من  
أحكام خاصة .

ويبدو من هذه المادة أن لا دور للسلوك غير القويم في مجال  
المسئولية عن فعل الأشياء ، فهي وعلى عكس سابقتها من صور المسئولية  
في القانون الإماراتي، لا تقوم على التعدي والتقصير، واجب الإثبات كان أم  
مفترضاً . فما هو أساس هذه المسئولية إذا ؟

أجابت على ذلك المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية  
الإماراتي بقولها<sup>(١)</sup>: (...ويلاحظ أن الآلة والأشياء المنوه عنها في المادة -  
٣١٦- تختلف عن الحيوان ، إذ الحيوان يتحرك بغير إرادة صاحبه أو  
المسيطر عليه، فكان ما يحدث عنه من الضرر من قبيل التسبب بالنظر إلى  
صاحبه أو صاحب السيطرة عليه، ولهذا وجب أن يكون الضرر الناشيء  
عن فعل الحيوان نتيجة تقصير وتعد كي يسأل عنه صاحبه. أما الآلة فليس  
لها حركة إلا بتحريك صاحبها فكان ما يحدث عنها من قبيل الضرر  
المباشر، والمباشرة لا يشترط فيها التعدي... واستناداً إلى أن ما يحدث من  
هذه الأشياء والآلات من ضرر يضاف إلى من تحت تصرفه فضلاً عن  
قاعدة "الغرم بالغنم" ونحوها صيغت هذه المادة، دون الالتجاء إلى فكرة  
الخطأ المفروض التي بني عليها القانون المدني المصري والسوري  
المسئولية في هذه الحالة).

هذا وقد أكد القضاء الإماراتي هذا التوجه، فقد ذهب محكمة تمييز  
دبي في العديد من أحكامها تقول: ( أن مناط تطبيق أحكام المسئولية الشئنية  
المنصوص عليها في المادة ٣١٦ من قانون المعاملات المدنية - وعلى ما  
سلف بيانه- أن يثبت في حق متولي الحراسة السيطرة الفعلية على الشيء

(١) مرجع سابق ، ص ٣٢٠ .



قصداً واستقلالاً لحساب نفسه وأن يقع الضرر بفعل الشيء ، ومن المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أنه لا يعد الخطأ شرطاً لازماً لقيام هذه المسؤولية ولا يمكن للحارس أن يدراها بإثبات أنه لم يرتكب خطأ أو أنه لم يكن يعلم بأن طبيعة الأشياء التي تحت تصرفه تتطلب عناية خاصة حتى يتمكن من اتخاذ الاحتياطات اللازمة لدرء ضررها عن الغير أو أنه قام بما يجب من العناية والحيلة حتى لا يقع الضرر، وإنما أساس هذه المسؤولية - وعلى ما جاء بالمنكرة الإيضاحية لهذا القاتون - أن الضرر الحاصل من هذه الأشياء هو من قبيل الضرر المباشر وهذه المباشرة لا يشترط فيها التعدي، وأن هذا الضرر يضاف إلى من هي تحت تصرفه ويكون ضامناً له تطبيقاً لقاعدة الغرم بالختم وليس تطبيقاً لفكرة الخطأ المفترض، ومن ثم تتوفر عناصر هذه المسؤولية تطبيقاً لما تقدم بثبوت وقوع الضرر بفعل شيء تقتضي حراسته عناية خاصة، ونفترض أن تدخل الشيء في إحداث الضرر كان إيجابياً فلا يكلف المضرور إثبات ذلك وإنما يجوز للحارس إثبات أن تدخل الشيء لم يكن إلا سلبياً محضاً، وأن رابطة السببية قد انتقلت بينه وبين الضرر الذي وقع إذا كان وقوعه يعود إلى سبب لا يمكن التحرز منه سواء بالقوة القاهرة أو خطأ من لحقه الضرر أو خطأ الغير الذي يكون التحرز منه غير ممكن، والأصل أن الحراسة تكون لمالك الشيء طبقاً للقواعد العامة، إلا إذا خرجت من تحت تصرفه بغير إرادته أو انتقلت بإرادته بموجب عقد أو نحوه من التصرفات الناقلة لها - مثل عقد الإيجار - وعندئذ تنتقل الحراسة - وعلى ما سلف بيانه - من المالك إلى هذا الغير الذي يكون وحده مسئولاً بعدها عما تحدثه تلك الأشياء من ضرر ... (1).

(1) تمييز دبي، الطعن ٣٤١ و ٣٧١ لسنة ٢٠٠٢ حقوق، في ٢٠٠٣/١/٥، مشار إليهما سلفاً، ص ٦، هلمش ٤، وانظر أيضاً، حكمها في الطعن ٣٧٣ لسنة ٢٠٠٢ حقوق في ٢٠٠٣/١/١٨، مشار إليه سابقاً ص ٧، هلمش ١، و الطعن ٣٥٢ لسنة ٢٠٠١ حقوق في ٢٠٠١/١٢/٩، ع ١٢ من ٢٠٠١، المبدأ ١٤٧، والطعن ٢٦٧ لسنة ٢٠٠١ حقوق في ٢٠٠١/١٠/٢١، المرجع ذاته، ع ١٢، من ٢٠٠١، المبدأ ١٠٧، ص ٧٢٦. وفي اتجاه مطابق أيضاً لنظر، إتحادية عليا، الطعن ٦٢١ في ٢٠٠٤/٦/٢٧، مشار إليه سابقاً، ص ٧، هلمش ٢، الطعن ٣٠٧ لسنة ١٨ التقضائية، في ١٩٩٦/١٢/٣١، مجموعة الأحكام، مرجع سابق ص ١٧، ١٩٩٦، ع ٣، المبدأ ١٨٨، ص ١١٤٩، الطعن ١٩٨ لسنة ١٨ التقضائية في ١٩٩٦/١١/١٩، مجموعة الأحكام، مرجع سابق، ص ١٨، ١٩٩٦، المبدأ ١٥٢، ص ٩١٨. وعكس ذلك لنظر في الأحكام التي تقيم ولو بشكل غير مباشر هذه المسؤولية على خطأ مفترض من

## ولنا على ما تقدم الملاحظات الآتية:

١- القول بأن الضرر الذي تسببه الأشياء التي تحتاج إلى عناية خاصة أو الآلات الميكانيكية يعد من قبيل الإضرار بالمباشرة، كمبرر لمعاملة من كانت هذه الأشياء تحت تصرفه في كل حال، عدا ما لا يمكن التحرز منه، لا يصلح برأينا في كل الفروض. فهناك من الأشياء ما يسيطر عليه صاحبه سيطرة مباشرة وكاملة، بحيث لا تعود إلا وسيلة صماء للضرر لا تتحرك إلا بتحريكه، كالسيارة أثناء قيادتها من سائقها، فهي إن سببت ضرراً كان الإضرار من قبيل المباشرة، وقامت مسؤوليته دون حاجة لإثبات تعد أو تقصير من جانبه. غير أن هناك من الأشياء ما لا يسيطر عليه صاحبه سيطرة مادية مباشرة، وإن كانت له سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه، كالطاقة الكهربائية، فلو تضرر أحد من الأسلاك والتتمديدات الكهربائية، لا يمكن القول بأن شركة الكهرباء قد باشرت الإضرار بالغير، لذلك فهي تعد مجرد متسببة فيه، مما يقتضي لمعاملتها إثبات تعديها أو تقصيرها في الصيانة والرقابة على تلك الأجهزة<sup>(١)</sup>، أو على الأقل افتراض تقصيرها مع السماح لها بإثبات العكس.

ومن تطبيقات القضاء الإماراتي التي تندرج تحت هذا الإنتقال ما ذهبت إليه المحكمة الاتحادية العليا من مساملة بلدية أبو ظبي عن الضرر الذي تعرضت له سيارة إحدى الشركات بسبب سقوط قوس حديدي مرتفع مثبت على قارعة الطريق لتعليق الصور أو الزينة في المناسبات الوطنية، عندما ذهبت تقول: (لا يتصور وفقاً للمجرى العادي

حارس الشيء، إتحادية عليا، الطعن ٥٦٨ (مدني) لسنة ٢٠ لسنة القضائية في ٢٠٠٠/٧/٣، مجموعة الأحكام، مرجع سابق، س ٢٠٠٠، المبدأ ١٩٢، ص ١١٣٨، وفي هذا الحكم نقضت المحكمة العليا الحكم المطعون فيه بحجة أنه (تقر مباشرة إلى بحث مدى مساهمة كل من الطرفين في وقوع الحادث قبل أن يواجه دفاع الطاعن بافتراض خطأ صاحب المطعون ضدها باعتباره حارساً للماكينة حيث يتطلب الأمر فيه عناية خاصة للوقاية من ضررها إلا ما لا يمكن التحرز منه).

(١) أنظر في هذا الرأي في القانون الأردني الذي تطابق أحكامه في هذا الشأن أحكام القانون الإماراتي، عدنان سرحان و نوري خاطر، شرح القانون المدني، مصدر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، ط ١، الإصدار الثاني، ٢٠٠٥، ف ٦٤٩، ص ٥٢٢.

للأمور أن يترك مثل هذا القوس بعد تثبيته على الطريق العلم عرضة لتأثير عوامل البيئة وغيرها من الأمور التي قد تنال من سلامته واحتماله دون عناية، وبالتالي تكون الطاعة ضامنة لما أحدثه سقوط القوس من ضرر مباشر كان في مقدورها تقلاي وقوعه لو أنها حرصت على صيقلته كي يكون بحالة تؤدي إلى صموده في مواجهة أية تقلبات جوية، باعتبار أن المباشر ضامن ولو لم يعتمد أو يتعد، وإذا انتهى الحكم المطعون فيه إلى هذه النتيجة الصحيحة فإن النعي عليه يضحى على غير أساس، بصرف النظر عن إبتدائه في إثبات مسؤولية الطاعة على الخطأ المفترض في جانبها، إذ لمحكمة النقض تصحيح ما شبهه من أساس قانوني خاطيء (1).

ولا نجد بدأ من التساؤل كيف يمكن إعتبار البلدية مباشرة للضرر في هذه الواقعة، فالمباشرة تقتضي فعلا يصدر عن شخص من شأنه أن يلحق للضرر بالخير دون واسطة، وهذا الفعل يجب أن يكون إيجابيا، فلا مباشرة بالإمتناع أو بمجرد التفريط والتقصير، ولم يصدر مثل هذا الفعل من البلدية. عليه نعتقد أن الضمان في هذه الحالة يجب أن يستند إلى الإضرار بالتسبب، ويقتضي من المسئول سلوكا منحرفا بصيغة التعدي أو التعدي والتقصير، وهذا ما شعرت به محكمة الموضوع عندما أقرت المسؤولية على خطأ مفترض من البلدية، وإن كانت قد انحرفت في هذا للمسمى عن خصوصيات القانون الإماراتي الذي نبذ هذه الفكرة، واستبدالها بفكرة التعدي أو التقصير واجب الإثبات أو المفترض. كما يلاحظ أيضا أن المحكمة الإتحادية العليا، وإن رفضت تأسيس محكمة الموضوع مسؤولية البلدية على الخطأ المفترض، إلا أن الأسباب التي ساقها لرفض الطعن تقوم في جوهرها على وجود سلوك منحرف من البلدية، كالنقص في العناية والتقصير في الصيانة، الأمر الذي يحيل إلى التعدي والتقصير، وإن كانت في النهاية قد جارت المنكرة الإيضاحية للقانون في إعتبارها للضرر الذي يقع بتدخل الأشياء، في

(1) انظر حكمها في الطعن ٢٠٧ لسنة ١٨ القضائية في ١٢/٣١/١٩٩٦، مجلة الأحكام، مرجع سابق، ص ١٧، ١٩٩٦، ع ٢٣، ص ١١٤٩.

كأ صوره، تطبيقاً من تطبيقات المباشرة التي تجعل المسئول ضامناً للضرر وإن لم يتعمد أو يتعد .

على أن القضاء الإماراتي لم يخلو من أحكام نظرت إلى الأمر بشكل صحيح، فقضت بمسئولية من كان تحت تصرفه آلة ميكانيكية كالسيارة باعتباره متسبباً في الضرر لا مباشراً له، عندما تسبب هذه الآلة ضرراً للغير في الوقت الذي تتحرك فيه دون تحريك مباشر من صاحبها. ففي إحدى القضايا تطوع شخص بمحاولة إيقاف سيارة متحركة عن طريق دفعها بقوة الجسدية معتقداً أنها تتحرك من تلقاء نفسها لعدم استخدام سائقها لفرامل اليد، فأصيب بضرر بعدما إتضح أن السائق قد تركها بدون انتباه وناقل الحركة في وضع القيادة الآلية (D). ذهبت محكمة الدرجة الأولى بحق وأيدتها في ذلك محكمة الاستئناف إلى أنه اجتمع في هذه القضية مباشر، وهو المضرور الذي حاول دفع السيارة بقوة الجسدية، ومتسبب، وهو سائق السيارة الذي تركها بذلك الوضع. ومع أن المحكمة الاتحادية قد أقرت تحديد المباشر والمتسبب كما جاء في الحكم المطعون فيه، إلا أنها مع ذلك قد نقضت الحكم (1)، استناداً إلى أن محكمة الموضوع قد وزعت المسئولية بين الطرفين بالتساوي، خلافاً ما قدمته لقضائها من نسبة المباشرة للمدعي المصاب والتسبب لسائق السيارة، ودون مراعاة ما تقضي به قاعدة إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر، ودون أن تبين سندها في الاستثناء من هذه القاعدة، إلا مقولة أن المصاب مباشر الضرر كان حسن النية وكان هدفه منع حصول الضرر للآخرين، وإن مرتكب خطأ ترك السيارة بتلك الحالة يشترك في المسئولية مع المضرور، وهو ما لم تقتنع به المحكمة الاتحادية العليا .

ونحن نعتقد أنه كان على محكمة الموضوع أن تبرر عدم تحميل المباشر كامل المسئولية، خلافاً لقاعدة إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الضمان إلى المباشر، استناداً للاستثناءات العادلة والمنطقية التي قال بها الفقهاء المسلمون والتي تتفق في غالبها مع حلول القانون

(1) إتحادية عليا، الطعن ١٤٨ لسنة ١٨ القضائية في ١٠/١٢/١٩٩٦، مجلة الأحكام، مرجع سابق، ص ١٧، ١٩٩٦، ع ٣، المبدأ ١٦٧، ص ١٠١٠ .

الوضعي، ومنها أن يكون المتسبب متعدياً والمباشر غير متعد ويوجد لديه ما يدعو إلى التخفيف عنه ، كحسن نيته ورغبته في درء الخطر عن الآخرين، وهذا لا يبرر فقط توزيع المسؤولية بينه وبين المتسبب ، بل تحميل المتسبب للمتدعي كامل الضمان، على ما سنراه لاحقاً من استثناءات على القاعدة المشار إليها أعلاه<sup>(2)</sup> .

٢- إن اعتبار الضرر الذي تسببه الأشياء من قبيل الإضرار بالمباشرة ، بحيث يسأل من كلفت تحت تصرفه في كل الأحوال ، من شأنه أن يجعل الحكم مقصوراً على الأشياء التي تحتاج إلى عناية خاصة والأشياء الميكانيكية ، أما غيرها فسهل على المسيطرين عليها الوقاية من ضررها وإلا كلفوا متسببين في إلحاق الضرر<sup>(1)</sup> ، مما يقتضي لمسئلتهم إثبات تعد أو تقصير من جانبهم الأمر الذي يضعف الحماية التي توفرها قواعد المسؤولية عن فعل الأشياء في القانون الإماراتي للمضروبين .

٣- إن نص قانون المعاملات المدنية الإماراتي على استثناء (ما لا يمكن التحرز منه) من المسؤولية عن فعل الأشياء ، قد فسرتة الغالبية العظمى من الأحكام القضائية الإماراتية على أن فيه إحالة إلى السبب الأجنبي الذي يقطع علاقة السببية بين فعل الشيء وما لحق المضروب من ضرر .

قد جاء في حكم المحكمة الاتحادية العليا أنه<sup>(2)</sup>: (ولا يمكن للمسئول أن يدعى مسؤوليته عن الضرر الذي تحدثه الأشياء إلا بنفي رابطة السببية بين الشيء والضرر بإثبات السبب الأجنبي الذي لا يمكن التحرز منه وأنه ولئن كان ثبوت خطأ الغير باعتباره سبباً أجنبياً تنفي به علاقة السببية بين تدخل الشيء والحادث الذي نتج عنه إلا أن الإغناء من المسؤولية مشروط بأن يكون خطأ الغير مما لا يمكن الاحتياط منه بحسب الظروف والملابسات التي أحاطت بالحادث ويقع على المسئول عبء إثبات ذلك ولا يكفي نفي الخطأ من جانبه ... وأنه طالما كان

(2) انظر ما يلي ، ص ٢٩ - ٤٠ .

(1) المتكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي، مرجع سابق، ص 320 .  
(2) إتحادية عليا ، الملحق ٦٢١ في ٢٧/١/٢٠٠٤ ، مشار إليه سابقاً ، ص ٧ ، هامش ٢ .

الثابت بالتحقيقات على النحو المشار إليه بالحكم من محكمة الجرح أن السائق كان يقود السيارة بتهور وبصورة تشكل خطراً على الجمهور والسرعة الزائدة، مما مؤداه أن السائق كان بإمكانه التحرز من خطأ المضور درءاً لما قد ينشأ عن تهوره وسرعته الزائدة وعدم انتباهه ومن المخاطر التي تؤدي إلى إلحاق الأذى بمن يقوم بعبور الطريق وقد قرر الحكم المطعون فيه مساهمة المضور بالنسبة التي حددها ومن ثم فلا يكون قد أهمل دفاع الطاعة. وإذ خلص إلى هذه النتيجة الصحيحة فإنه لا يكون قد خالف القلتون أو أهمل دفاع الطاعة ويكون النعي عليه في هذا الخصوص على غير أساس).

ونحن نعتقد بضرورة تفسير عبارة ( ما لا يمكن التحرز منه ) وفقاً لأصولها من الفقه الإسلامي، فهذه العبارة ليست إلا تطبيقاً للقاعدة الشرعية التي مفادها أن لا تكليف إلا بمقدور، والتي مؤداه عدم ضمان ما يحدثه تدخل الشيء من ضرر عندما لا يكون بمقدور من كان ذلك الشيء تحت تصرفه منع وقوع ذلك، بصرف النظر عما إذا كان عدم الإستطاعة راجعاً إلى سبب أجنبي غير متوقع ولا ممكن الدفع، أو كان فعل الشيء ذاته وبمعزل عن أي عامل خارجي مما لا يمكن للإنسان وفق المجرى العادي للأمر توقيه.

ولهذا قرر الفقه الإسلامي عدم مسئولية المار في السوق عن الضرر الذي يسببه سقوط ثياب يرتديها على مال وإتلافه، وعدم ضمان راكب الدابة تضرر ملابس أحد المارة بسبب باتساخها من تراب أو طين تطاير من تحت حوافرها.

واتساقاً مع هذا الفهم نقضت المحكمة الإتحادية العليا<sup>(1)</sup>، حكماً لمحكمة استئناف أبو ظبي ألزم شركة صرافة برد مبلغ التأمين الذي دفعته شركة التأمين تعويضاً لمحل شركة مجاور تضرر بسبب حريق سرى إليه من محل الصرافة، قائلة: (لقد استعرضت أقوال الخبير الحالات المحتملة لحدوث التماس الكهربائي في الأسلاك ومنها وبدون جزم التآكل في أسلاك الكهرباء وعدم كفاءة المصهرات (الفيوزات)

(1) إتحادية عليا، الطعن ١٦٩ (مدني) لسنة ١١ القضائية في ٢٤/١٢/١٩٨٩، مجلة الأحكام، مرجع سابق، ص ١٠، ١٩٨٩، ع ٢، المبدأ، ١٦٩، ص ٩٧٦.

وارتفاع شدة التيار الكهربائي ، مما لا يمكن معه معرفة السبب الحقيقي للماس الكهربائي الحاصل ومن ثم معرفة ما إذا كان بالإمكان التحرز منه أم لا على ما تقدم. وبما أن الأساس القانوني الموجب لترتيب مسؤولية ضمان الضرر المدعى بشأنه هو حسب أحكام الشريعة الإسلامية التي قننها المشرع المبدأ المقرر فيه (( أن كل من كان تحت تصرفه أشياء تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها يكون ضامناً لما تحدثه هذه الأشياء من ضرر إلا ما لا يمكن التحرز منه ))، بمفاد أن ما لا يمكن التحرز منه من الأضرار لا يستلزم التعويض، وإذ تبين مما تقدم أنه لم يمكن الجزم بمعرفة سبب الماس الكهربائي الذي أحدث الحريق مما مؤداه عدم معرفة مدى إمكانية التحرز منه ، ومن ثم فإن أسباب إلزام الطاعنة بضمنان أضرار الحريق تكون غير متوفرة. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون معيباً بما يوجب نقضه). ونحن نعتقد أن تقدير هذا الموضوع يدخل في باب استخلاص فعل الإضرار وعلاقة السببية بينه وبين الضرر الحاصل، وهو ما يخضع لسلطة محكمة الموضوع التي لا رقابة عليها في ذلك من المحكمة العليا، طالما قام حكمها على أسباب سائغة لها معيها من الأوراق وتكفي لحمله، ويبدو أن محكمة استئناف أبو ظبي لم تفلح في حكمها في تقديم تلك الأسباب السائغة.

في المقابل، وفي واقعة مشابهة تماماً، رفضت المحكمة الاتحادية العليا الطعن المقدم ضد حكم محكمة إستئناف الشارقة قولاً من الطاعن إن الحريق يرجع إلى سبب أجنبي وهو ماس كهربائي لا يتوقع حدوثه مما يقطع علاقة السببية بين الخطأ المنسوب إليه والضرر، إلا أن الحكم افترض تحققها بمجرد حدوث الضرر، وذهبت بعد ذلك تقول (1) : ( لما كان البادي من تقرير خبير الدعوى... أنه بعد أن ساق لحادث الدعوى عدة أسباب لا يتجاوزها... وبعد دراسة مستفيضة خلص في رأيه الفني إلى أن السببية في نشوب الحريق تنحصر في تولد حرارة كافية أدت إلى بدء اشتعال واحترق الأقمشة والمنسوجات متنوعة النسيج منها

(1) إتحادية عليا ، الطعن ١٩٨ لسنة ١٨ القضائية في ١٩/١١/١٩٩٦ ، مجلة الأحكام ، مرجع سابق ، ص ١٧ ، ١٩٩٦ ، ع ٣ ، المبدأ ١٥٢ ، ص ٩١٨ .

القطنية و... ولبدء اشتعال تلك المواد فإنها تتطلب وجود حرارة كافية متولدة من حدوث ارتفاع درجة حرارة الأسلاك الكهربائية المتواجدة بكثرة في المصنع (الطاعن) نتيجة مرور التيار بها والحمولة الزائدة وطول فترة التشغيل في المصنع وعدم ملاءمة نوع الأسلاك ومادتها لهذه الأحوال مما يؤدي إلى انصهار الغلاف العازل بها وحدث التماس... وان هذا هو الإحتمال الأقوى في المقام الأول سبباً لحدوث الحريق... لما كان كذلك وكانت هذه الأسباب جميعها مما يمكن التحرز منها... ثم قام الحكم على ركيزة مفادها أنه " في جميع الأحوال فإن الاحتمالات... التي نكرها الخبير لم ترفع أي واحد منها مسؤولية المستأنف الطاعن المنصوص عليها في المادة ٣١٦ من قانون المعاملات المدنية... وكانت هذه الأسباب سائغة ولها معيها من الأوراق ولا يعترىها التناقض ولم تتجاوز بها محكمة الموضوع سلطتها في تقدير الأدلة واستخلاص الخطأ الموجب للتعويض وتكفي عماداً لقضائها ومن ثم فلا يقبل ما أثاره الطاعن بأسباب الطعن مجادلة منه فيما خصت إليه محكمة الموضوع في حدود سلطتها المخولة لها في ذلك (2).

على أية حال، إذا كان الإضرار يمكن أن يتم بالمباشرة أو بالتسبب بشروطها الواردة في الفقه الإسلامي والقانون الإماراتي، وإذا كان لنوعي الإضرار هذين صدى في كل أشكال المسؤولية، بحسب ما سبق بيانه، فإنه قد يحصل أن يتحقق في واقعة واحدة إضرار بالمباشرة وآخر بالتسبب، فعلى من يقع الضمان عندئذ، على المباشر أم على المتسبب، وهل يمكن أن يشتركان في الضمان؟ هذا ما سيكون محط اهتمامنا في المبحث الثاني من هذه الدراسة.

(2) ومن الأحكام القضائية التي اعتبرت تسبب الشيء في الضرر مما يمكن التحرز منه ، أنظر ، إتحادية عليا ، الطعن ١١٣ لسنة ١٨ القضائية في ١٦/٢/١٩٩٧ ، محلة الأحكام ، مرجع سابق ، س ١٩ ، ١٩٧٩ ، ١٤ ، ص ٨٧ ، وفيه اعتبرت المحكمة منقوطة شخص من قطار حديقة ألعاب أمر يمكن التحرز منه بتخاذ الإجراءات الوقائية التي تحول دونه ، و حكمها في الطعن ٣٠٧ لسنة ١٨ القضائية في ٣١/١٢/١٩٩٦ ، مشار إليه سابقاً ، ص ٢٦ ، هامش ١ . مع تحفظنا على كل إشارة إلى مفهوم الخطأ وردت في الأحكام المتقدمة .



**المبحث الثاني**  
**في الموقف من قاعدة**  
**(إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر)**

يتصور أن يجتمع في فعل ضار واحد مباشر ومتسبب، فمن يتحمل الضمان منهما، وهل يمكن أن يضمنا معاً ؟  
القاعدة التقليدية في الفقه الإسلامي والتي نصت عليها مجلة الأحكام العدلية<sup>(١)</sup> وأخذ بها قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات في المادة (٢٨٤) منه أنه: (إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر). فما هو مضمون هذه القاعدة، وهل هي قاعدة مطلقة ، أم ترد عليها إستثناءات في الفقه الإسلامي، وهل أن القضاء الإماراتي أخذ بهذه الاستثناءات، كلا أو بعضاً ؟ هذا ما سنراه في المطلبين التاليين .

**المطلب الأول**  
**في مضمون القاعدة**

يفهم من المادة (٢٨٤) أعلاه، وبحسب ما جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي، أنه إذا اجتمع عامل الشيء وفاعله بالذات (ويسمى صاحب العلة) مع المتسبب وهو فاعل السبب المفضي لوقوع ذلك الشيء (ويسمى صاحب السبب)، يضاف الحكم الذي يترتب على الفعل إلى الفاعل المباشر دون المتسبب، ويعبارة أخرى يقدم المباشر في الضمان على المتسبب. فلو حفر شخص حفرة في الطريق العام، وإن كان متعمداً لعدم حصوله على إذن السلطة المختصة، وألقى أحد حيوان شخص آخر أو متاعه في تلك الحفرة، ضمن الملقى دون الحافر، ولو دل شخص لصاً على مال لآخر ليسرقه فسرقه ، فالضمان على السارق وليس على الدال شيء، ولو أمسك شخص بآخر وجاء ثالث فاغتصب ما مع الرجل من النقود، فالضمان على المغتصب المباشر وحده .

(١) انظر المادة (٩٠) من المجلة .

وفي تبريرها لتحميل المباشر الضمان عند اجتماعه مع المتسبب أشارت المذكرة الإيضاحية إلى أنه: ( لو حفر رجل بئراً في الطريق العام فالقى أحد حيوان شخص آخر في ذلك البئر ضمن الذي ألقى الحيوان ولا شيء على حافر البئر لأن حفر البئر بحد ذاته لا يستوجب تلف الحيوان ولو لم ينظم إليه فعل المباشر وهو إلقاء الحيوان في البئر لما تلف الحيوان بحفر البئر فقل ولما كان فعل الإلقاء هو الوصف الأخير فقد أضيف التلف إليه وقد ورد في الولوجية كل حكم يثبت بعلة ذات وصفين يضاف الحكم إلى الوصف الذي وجد منهما أخيراً...). وهذا المثال وما ورد فيه من تبرير مقبول من حيث المبدأ .

على أن المذكرة استمرت تقول (أما إذا كان ذلك الحيوان سقط بنفسه في البئر فإذا كان حافر البئر قد حفره بدون أمر من ولي الأمر فالضمان يترتب على حافر البئر...). وهذا المثال لا محل له هنا في إيضاح حكم اجتماع المباشرة والتسبب، لأنه لا يوجد فيه غير متسبب تم تحميله الضمان لأنه متعدد.

كما أشارت المذكرة ذاتها إلى أنه: (أما إذا كان السبب مما يفضي مباشرة إلى التلف فيترتب الحكم على المتسبب مثال ذلك :- لو تماسك شخصان فأمسك أحدهما بلباس الآخر فسقط منه شيء كساعة مثلاً فكسرت فيترتب الضمان على الشخص الذي أمسك بلباس الرجل رغماً من كونه متسبباً والرجل الذي سقطت منه الساعة مباشراً لأن السبب هنا قد أفضى إلى التلف مباشرة دون أن يتوسط بينهما فعل فاعل. كذلك لو شق شخص زقاً مملوءاً زيتاً أو قطع حبلاً معلقاً به قنديل فتلف الزيت الذي فيه فيترتب الضمان عليه وإن لم يخرج عن كونه متسبباً فقط لأن فعل الشق وفعل القطع سببان نشأ عنهما التلف مباشرة). ومرة أخرى لا محل لهذه الأمثلة هنا، لأنه لا يوجد فيها حقيقة غير متسبب ترتب الضمان في ذمته لقيام شرط من شروط ضمان المتسبب وهو أن يكون فعله مفضياً إلى الضرر، فالمتسبب يضمن في القانون الإماراتي، وإن لم يكن متعمداً أو متعمداً ، متى أفضى

فعله إلى الضرر مباشرة<sup>(1)</sup> دون أن يتوسط بينهما فعل فاعل، أي في حالة عدم وجود مباشر، وإلا أضيف الحكم إلى المباشر.

وأخيراً أشارت المذكرة، في معرض توضيحها لحكم اجتماع المباشر مع المتسبب، إلى نص المادة (٩١٣) من مجلة الأحكام العدلية التي جاء فيها: ( إذا زلق أحد وسقط على مال آخر وأتلفه يضمن )، والمادة (٩١٥) منها التي تنص على أنه: ( لو جر أحد ثياب غيره وشققها يضمن قيمتها كاملة وأما لو تشبث بها وانشقت بجر صاحبها يضمن نصف قيمتها. كذلك لو جلس أحد على أنيال ثياب ونهض صاحبها غير عالم بجلوس الآخر وانشقت يضمن ذلك الشخص نصف قيمتها).

ولا محل أيضاً لهاتين المادتين في هذا المقام، فالأولى ليست إلا تطبيقاً للالتزام مباشر الضرر بضمائمه وإن لم يكن متعمداً ولا متعمداً، وقد ورد بشأنها في شرح المجلة لعلي حيدر، أن هذه المادة داخلية في المادة السابقة وفي حكم المثال لها<sup>(1)</sup>، وقد ورد في المادة (٩١٢) من المجلة: ( إذا أتلف أحد مال غيره الذي في يده أو يد أمينه قصداً أو من غير قصد يضمن...). أما المادة الثانية، فهي الأخرى جاءت بأمثلة للإضرار بالمباشرة وحدها دون أن يجتمع معها تسبب، وإن كانت في صدرها تحمل من جر ثياب غيره فشققها الضمان كاملاً لأنه قد أتلفها مستقلاً، في حين حملت في وسطها وعجزها من تشبث بثياب غيره أو جلس على أنيالها فانشقت بجر أو نهوض صاحبها نصف الضمان مناصفة مع صاحبها، لأنهما اشتركا في إتلافها مباشرة<sup>(2)</sup>.

\* بعض تطبيقات القاعدة في القضاء الإماراتي .

(1) تنص المادة (٢٨٣) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه : ( ١ - يكون الإضرار بالمباشرة أو بالتسبب . ٢ - فإذا كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له ، وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التصمد أو يكون الفعل مفضياً إلى الضرر ) .  
(1) درر الحكم شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهمي الحسني، المجلد الثاني، دار الجيل، بيروت، ١٤١١هـ - ١٩٩١ م، ص ٦٠٣  
(2) وبهذه المناسبة نحن ندعو إلى تنقيح، بل إعادة كتابة المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي لما اشتملت عليه من أخطاء شكلية وموضوعية كثيرة . فهذه المذكرة قد كتبت كما يبدو على عجل، وكلفت مجرد ترديد لما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني بخطها وسميها .

قدر للقضاء الإماراتي أن يطبق هذه القاعدة في أكثر من مناسبة،

ونرى من المفيد الإشارة إلى

أهم هذه التطبيقات مع بعض الملاحظات بشأنها :

أ- جاء في حكم في حكم للمحكمة الاتحادية العليا<sup>(3)</sup>، إن كان الأصل أن كل فعل يصيب الغير بضرر فإنه يستوجب التعويض سواء كان الإضرار بالمباشرة أو بالتسبب، إلا أنه متى اجتمع خطأ المباشر أي عامل الشيء وفاعله بالذات وخطأ المتسبب وهو الفاعل للسبب المفضي لوقوع هذا الشيء ولم يكن السبب مما يؤدي إلى النتيجة السيئة إذا هو لم يتبع بفعل فاعل آخر يضاف الحكم الذي يترتب على الفعل إلى الفاعل المباشر دون المتسبب وبعبارة أخرى يقدم المباشر في الضمان على المتسبب ما لم يكن السبب مما يفضي مباشرة إلى التلف فيترتب الحكم على المتسبب. وبالإطلاع على تقرير حادث السير يتبين أنه لم يحدث تصادم بين السيارتين طرفي الحادث وأن الخطأ الذي نسب للسائق المدعى عليه هو أنه لم يفسح الطريق للسيارة المضرورة فانحرفت وحدثت لها التلفيات نتيجة هذا الانحراف ومن ثم فإن الفاعل المباشر لما بها من تلفيات هو سائقها، أما السائق المدعى عليه فإنه لم يرتكب السبب المباشر للإتلاف ولم يكن فعله بعدم إفساح الطريق للسيارة المضرورة هو المؤدي والمفضي إلى الضرر والتي كان يتعين على قائدها الإنتظار فعدم الإفساح للطريق ليس مبرراً له لأن يأتي ما أتى، ومن ثم فإن علاقة السببية تنتفي بين فعل المدعى عليه والضرر كما ينتفي الخطأ .

وهذا الحكم يؤثر الملاحظتين التاليتين :

١- قد يمكن لنا بصعوبة بالغة غض النظر عن حكم للمحكمة الاتحادية العليا يؤسس المسؤولية أياً كان نوعها على فكرة الخطأ التي هجرها قانون المعاملات المدنية الإماراتي جملة وتفصيلاً، ولكن لا يمكن بأي حال من الأحوال، تمرير حكم لأعلى هيئة قضائية تجمع فيه بين مفاهيم لا يمكن الجمع بينها. فلا يمكن بأي حال الحديث عن خطأ المباشر وخطأ المتسبب، فالخطأ بمفهومه الشخصي مازال

(3) إتحادية عليا ، الملحق ٤٥ (مئلي) لسنة ٢٤ القضائية في ١/٦/٢٠٠٤، مجلة الأحكام ، مرجع سابق ، ص ٢٦ ، ٢٠٠٤ ، ع ٣ ، المبدأ ١٦٦ ، ص ١٤١٩ .

أساساً وشرطاً للمسئولية التصيرية في القانون الوضعي لكثير من الدول التي لا تعرف تصنيف محدث الضرر إلى مباشر ومتسبب، في حين أن الفقه الإسلامي والقوانين المتأثرة به تعرف هذا التصنيف الأخير، وتسأل المباشر عن فطه الذي يباشر فيه الضرر دون شرط.

٢- إذا كان الحكم قد توصل إلى أن سائق السيارة التي لم تقسح الطريق متسبب في مقبل سائق السيارة المتضررة الذي باشر الإضرار بسيارته بانحرافه خارج الطريق واصطدامه بكومة تراب، كما توصل إلى أن عدم إفساح المتسبب الطريق للمباشر لا يشكل خطأ (والأولى برأينا أن نقول لا يشكل تعدياً)، فإنه لا داعي بعد ذلك أن يشير الحكم إلى قاعدة اجتماع المباشر والمتسبب وإضاعة الضمان إلى المباشر دون المتسبب، فهذه القاعدة إنما يبرز دورها عند وجود مباشر ومتسبب قامت شروط الضمان في كل منهما، بحيث لو كان كل منهما لوحده لضمن، فبموجب هذه القاعدة يترك المتسبب ويضمن المباشر. أما إذا لم يثبت تعدد المتسبب ولا تعديه، كما هو الحال في الحكم المتقدم، فلا وجه بعد ذلك لمساءلته، ويبقى المباشر الذي يضمن لوحده لأنه لا شرط لضمائه غير إلحاقه الضرر بالغير.

ب- في واقعتين متطابقتين تماماً، رفعت الدعوى في كل منهما على شخصين أحدهما مواطن قدم بيانات كاذبة مكنت الشخص الآخر من الإنتساب إليه والحصول على جنسية الدولة ومن ثم التجنيد بالقوات المسلحة الإماراتية، والحصول على مزايا مالية، متمثلة في فرق الراتب الأساسي وعلاوات وبدلات، تمنح للمواطنين فقط، وطلب فيها إلزامهما متضامنين برد تلك المبالغ. طعن بالحكم في الدعويين بالإستئناف ثم بالنقض لدى المحكمة الإتحادية العليا (١) من قبل القوات المسلحة لرفضه الدعوى ضد الأب المزعوم. رفضت المحكمة الأخيرة الطعن،

(١) انظر حكمها في الطعن ١٦٦ لسنة ١٩ لسنة ١٩٩٩/٥/١١، مجلة الأحكام، مرجع سابق، ص ٢١، ١٩٩٩، ع ٢٤، المبدأ ٧٤، ص ٤٢٠، والطعن ٦٦ لسنة ٢٢ القضائية في ٢٠/١١/٢٠٠١، المرجع ذاته، ص ٢٣، ٢٠٠١، ع ٤٤، المبدأ ٢٦٤، ص ١٧٩٠.

وكانت محصلة أسباب الرفض تتلخص في أن كل فعل خاطيء نشأ عنه ضرر للغير يوجب مسئولية فاعله سواء كان هذا الفعل بالتسبب أو المباشرة، إلا أنه متى اجتمع خطأ المباشر وخطأ المتسبب في إحداث الضرر، فإن المباشر يتحمل وحده المسئولية كاملة عن التعويضات، ولما كان الخطأ المسند إلى المطعون ضده وهو الإدلاء ببيانات غير صحيحة مكنت المدعى عليه الآخر من الحصول على الجنسية ليس من شأنه وقتاً للمجرى العادي للأمر أن يؤدي إلى الضرر الذي أصاب الطاعنة والمتمثل في قبض المجدد أموالاً منها بغير حق لو لم يتبعه ويقترن به خطأ الأخير، ومن ثم فإن الضرر يكون ناشئاً عن خطأ المجدد بالمباشرة والمطعون ضده بالتسبب ويترتب على إجتماعهما في إحداث الضرر تحمل المجدد المباشر وحده المسئولية إعمالاً للمادة ٢٨٤ من قانون المعاملات المدنية<sup>(٢)</sup>، ولانتفاء رابطة السببية في هذه الحالة بين خطأ المتسبب والضرر، لأن خطأ المباشر هو وحده الذي اتصل اتصالاً سببياً مباشراً بالضرر الذي أصاب الطاعنة فيجب خطأ المتسبب ويحجبه وينهض دونه بالمسئولية كاملة عن التعويض .

وهذا الحكم فيه تطبيق لقاعدة اجتماع المباشرة مع التسبب ، وهو مقبول في جملته ، إلا أنه لا يسلم من النقد من ناحية أنه يندرج في خاتمة الأحكام القضائية التي تخلط بين مفهوم الخطأ في القانون الوضعي ومفاهيم الإضرار بالمباشرة والتسبب في مفهومها الذي سبق التعرض له في هذا البحث<sup>(٣)</sup>.

(٢) يلاحظ أنه في إحدى الدعويين ( الطعن ٦٦ في ٢٠/١١/٢٠٠١ ) ، أشير إلى أن المجدد مباشر الضرر قد أنهيت خدماته بسبب قراره من الخدمة العسكرية وأبطل حصوله على جنسية الدولة ، عليه فإن كان هارباً خارج الإمارات عند نظر الدعوى ، بما لا يمكن المضرور من الحصول على التعويض عند الحكم ، فكان على المحكمة أن تلزم للمتسبب بالتعويض استثناء من قاعدة ضمان المباشر عند إجتماعه مع المتسبب ، تأميناً لحق المضرور ، وهو الإستثناء الذي أخذ به الفقه الإسلامي ونوصي أن يأخذ به القضاء الإماراتي ، وهو ما منبجئه لاحقاً ، أنظر ما يلي ، ص ٣٩ ، البند ث .

(٣) أنظر ما تقدم ، ص ٣- ١٠ ، من هذا البحث .

ت- وفي حكم آخر لها، أقرت المحكمة الاتحادية العليا (4) حكم محكمة الموضوع الذي حمل سائق إحدى السيارتين المتصلامتين المسؤولية لخروجه بسيارته من شارع فرعي إلى شارع رئيسي دون التأكد من خلو الطريق، باعتبار أن فعله السبب المباشر للحادثة دون القام في الطريق الرئيسي بسرعة زائدة، لأن السرعة لم تكن السبب المباشر في الحادث وإن كان يمكن أن تزيد في الأضرار. واستند في كل ذلك إلى أن خطأ الأول يستغرق خطأ الثاني، وأن القاعدة الشرعية في قانون المعاملات المدنية تقول إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر (1).

بالإضافة إلى استخدامه لمصطلح " الخطأ " المنتقد ، فمن الواضح أن هذا الحكم قد اعتبر الشخص الخارج بسيارته من الشارع الفرعي هو المباشر للضرر، ولم يتضح من وقائع القضية موضوع الحكم سبب هذا الإعتبار. فكل ما ورد فيه أن فعل هذا الشخص كان السبب المباشر للحادث بخروجه إلى الشارع الرئيسي دون التأكد من خلوه من السيارات القادمة. ونحن نعتقد أن الأمر لا يخرج عن احتمالين:

١- الإحتمال الأول، أن تكون السيارة الخارجة من الشارع الفرعي هي التي صدمت السيارة المارة في الشارع الرئيسي، فتكون السيارة الأولى هي المباشرة للضرر، ويمكن أن تكون السيارة الثانية متسببة فيه إذا كان قائدها متعدياً بسيره بسرعة زائدة مثلاً، وفي هذا الفرض يسأل المباشر عن التعويض دون المتسبب، وفقاً لقاعدة إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر، وهذا ما أخذ به الحكم المتقدم.

على أن المحكمة قد عضدت حكمها أيضاً بالاستناد إلى مقولة إستفراق خطأ المباشر لخطأ المتسبب، وهو ما لم يكن له داع، ولا يتفق مع توجهات الفقه الإسلامي والقانون الإماراتي المأخوذ عنه.

(4) اتحادية عليا ، الطعن ٢٥٥ لسنة ١٥ القضائية في ١٢/٢٥/١٩٩٤ ، مجلة الأحكام ،

مرجع سابق ، ص ١٦ ، ١٩٩٤ ، ع ٣٤ ، المبدأ ٢٠٥ ، ص ١٦١٥ .

(1) وتجدر الملاحظة أن لا تلازم بين المباشرة والسبب المباشر ، فيمكن أن يكون التسبب سبباً مباشراً في الضرر ويسأل صاحبه ، سواء كان منفرداً أم لاجتمع مع المباشرة في بعض الاستثناءات التي ستبحث لاحقاً ، أنظر ما يلي ، ص ٢٨ وما بعدها .

ويجوز للقاضي في هذا الإحتمال أن يعمل سلطته التقديرية لتخفيض مبلغ التعويض بحسب مساهمة المضرور في إحداث الضرر، وهو ما أعطته الحق فيه المادة (٢٩٠) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، وطبقه القضاء الإماراتي في الكثير من أحكامه<sup>(2)</sup>.

٢- الإحتمال الثاني، أن تكون السيارة المارة في الشارع الرئيسي هي التي صدمت السيارة التي خرج بها سائقها من الشارع الفرعي دون حذر وانتباه، وفي هذه الحالة يكون سائق السيارة الأولى هو مباشر الضرر، وسائق السيارة الثانية المتسبب فيه. وإذا أخذنا بقاعدة إضافة الضمان إلى المباشر عند اجتماعه مع المتسبب، لوجب مساءلة من يسير في الشارع الرئيس وترك من خرج بنون انتباه من الشارع الفرعي. على أن هذه النتيجة لا تتلاءم مع العدل والمنطق، لذلك طور الفقهاء المسلمون هذه القاعدة بحيث أصبح من الممكن في حالات أن يلزم المتسبب بالضمان رغم اجتماعه مع المباشر في واقعة واحدة، وهذه الاستثناءات ستكون محلاً للمناقشة في المطلب الثاني.

### المطلب الثاني

#### في الاستثناءات من القاعدة

الأهم من كل ما تقدم، أن قاعدة ( إذا اجتمع المباشر مع المتسبب يضاف الحكم إلى المباشر)، بعيدة كل البعد عن الإجماع قديماً وحديثاً، وهي قد خضعت لتطور كبير استثنى منها من الحالات ما أفقدها صفتها كقاعدة. فاستجابة لمقتضيات العدل والإنصاف قرر الفقه الإسلامي إلقاء عبء الضمان على المتسبب رغم اجتماعه مع المباشر، عندما يكون المتسبب هو صاحب السبب المنتج للضرر، وأهم هذه الاستثناءات ما رصده العلامة مصطفى الزرقا رحمه الله<sup>(1)</sup>، وهي :

(2) انظر على سبيل المثال الأحكام المشار إليها سلفاً، ص ٥ ، البند ب ، والهامش ٢-٣

(1) الفعل الضار والضمان فيه ، مرجع سابق ، ص ٩١ - ٩٢ ، ومراجع الفقه الإسلامي التي يشير إليها ، وأنظر في هذه الإستثناءات أيضاً ، محمد الزعبي ، مسؤولية المباشر والمتسبب في القانون المدني الأردني ، بحث منشور في مجلة مؤتة للدراسات ، جامعة مؤتة - الأردن ، المجلد ٢ ، ع ١ ، ١٩٨٧ ، ص ٢٠١ ، غازي أبو



أ- إذا كانت المباشرة مبنية على التسبب ومتولدة عنه، كما لو قضى القاضي بالقصاص بناءً على شهادة زور بالقتل. ومن تطبيقات ذلك ما روي أن عبداً سرقوا ناقة لرجل فنحروها وأكلوها، فلما عرف عمر رضي الله عنه أن سيد العبيد كان يجيعهم، درأ عنهم حد السرقة وألزمه بدفع ضعف ثمن الناقة لصاحبها. كما أفتى ابن عباس في غلامين سرقا خمار امرأة وادعيا أنهما فعلا ذلك من الجوع، بعدم قطع أيديهما وبتغريم ساداتهما ثمن الخمار. ففي المثاليين تم تضمين سادة العبيد مع أنهم متسببين، لأن مباشرة العبيد للضرر كانت مبنية على تسبب السادة ومتولدة عنه.

كما يدل المثال الأول على جواز أن يزيد القاضي مقدار التعويض الذي يحكم به للمضروب عن مقدار الضرر الواقع فعلاً، مجازة لمحدث الضرر على سوء سلوكه الفاحش، بما يطلق عليه فكرة " العقوبة الخاصة " أو " التعويض العقابي " (2). وقد تم تطيل قضاء عمر بهذه العقوبة الخاصة على إنه جاء (على سبيل التأديب لإجاعته عبيده وإحواجهم إلى السرقة، ولعله كرر تهيه إياه عن ذلك من قبل فلم يمتثل) (1). ويوجد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي ما يؤيد هذا التوجه، فقد جاء في المادة (٣٨٥) أنه: (إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين مراعيًا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعت الذي بدا من المدين) (2).

عربي، الإضرار بالمباشرة والتسبب في المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات، بحث مقدم إلى مؤتمر السلامة المرورية المنعقد بالتعاون بين كلية القانون - جامعة الشارقة وشرطة الشارقة للفترة من ١٣-١٥/٣/٢٠٠٦، منشور في إصدار أبحاث المؤتمر، المحور القانوني، ص ٤٨٩ وما بعدها.

(2) أنظر في هذا الموضوع، عدنان سرخان، التعويض العقابي، دراسة مقارنة، مجلة أبحاث اليرموك، جلمعة اليرموك الأردنية، المجلد ١٣، ع ٤، ١٩٩٧م، ص ٩٥ وما بعدها، أسامة أبو الحسن مجاهد، فكرة التعويض العقابي، بحث مقدم إلى مؤتمر أكاديمية شرطة دبي الأول حول ضحايا الجريمة، المنعقد في دبي للفترة من ٣-٥/٤/٢٠٠٤، منشور في كتاب بحوث المؤتمر، المحور القانوني (القانون المدني)، ص ١٧٧ وما بعدها.

(1) الزرقاني على الموطأ، ج ٤، ص ٢٨، نقلاً عن الزرقا، مرجع سابق، ص ٤٧.  
(2) عدنان سرخان، ملاحظات نقدية على الكتبيين الأول والثاني المنظمين للالتزامات (الحقوق الشخصية) والعقود من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية

ب- إذا لابس الواقعة ما يقتضي التشدد مع المتسبب، كالخيانة. فلو دل المودع عنده سارقاً على الوديعة فسرقتها، ضمن الأول ذلك مع أنه متسبب والمسروق مباشر. لا بل أنه ورد في شرح المجلة لعلي حيدر أنه (قد أفتي بكون المعايبة بغير حق موجبة للضمان ... وعليه لو أخبر أحد آخر معروفاً بنهب أموال الناس أن في المحل الفلاني حنطة لفلان أو له في الموضع الفلاني فرس من جياذ الخيل فاخذ الحنطة أو الفرس بغير حق كان المخبر ضامناً. وإذا توفي الساعي يؤخذ الضمان من تركته...) (3)، أو لابسها ما يدعو إلى التخفيف عن المباشر، كتنقص أهليته، فلو أرسل شخص صغيراً لحاجة فقتل نفسه أو مالا، فالصغير ضامن من حيث المبدأ لأنه مباشر، لكن المتسبب الذي أرسله مقصر لذلك فهو أولى بالضمان منه لدى جائب من الفقه الإسلامي.

كما ذهب جائب آخر منه إلى أن مسؤولية الصغير المباشر للضرر مسؤولية ضعيفة، وهي تنتقل إلى أي كبير متسبب أو مشارك في إحداث الضرر. كما جاء في شرح المجلة لعلي حيدر: (لو قال أحد للصبي اصعد إلى هذه الشجرة واقطف لي ثمراً فصعد الصبي إلى الشجرة وسقط عنها ومات لزم الأمر الغدية) و (لو أمر أحد صبياً بإقتلاع مال آخر فقتله الصبي لزم الضمان من مال الصبي. إلا أنه لما كان المأمور صبياً فله الرجوع على الأمر) (5).

ت- إذا كان المتسبب متعمداً أو متعمداً والمباشر ليس كذلك. فلو توفر سوء القصد لدى المتسبب، كما لو قدم شخص لآخر طعاماً مسموماً فأكله وهو لا يعلم، أو وضعه في ماء سبيل مباح فشرب منه من لا يعلم، فالقاتل هو واضع السم في الطعام أو الماء، وعليه القصاص أو الدية، مع أن مباشر الأكل أو الشرب هو الضحية. وإذا كان التسبب من قبل التفرير بالمباشر وكان الأخير معزوراً، كما لو قال شخص لآخر هذا

---

المتحدة، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة (19) العدد (23)، 2005 م، ص 208.  
(3) مرجع سابق، ص 119.  
(5) المرجع ذاته.

طعامي فكله، واتضح أنه ليس له، فلمالك الطعام مطالبته بقيمته مع أنه متسبب مقارنة بمن أكله وهو المباشر.

ويتضح هنا أن القصد أو العمد، إذا لم يكن مطلوباً لمساءلة محدث الضرر في الفقه الإسلامي، فإن له دور مهم في تحديد من يتحمل الضمان من بين من باشر الضرر أو تسبب فيه عند اجتماعهم. وهذا يطابق ما عليه العمل في القانون الوضعي من أنه إذا اجتمع فعل الغير مع فعل المدعى عليه، فإن المسؤولية يمكن أن تقع على عاتق أحدهما متى استغرق فعله فعل الآخر، ومن أهم صور هذا الاستغراق أن يكون فعل أحدهما عمدياً والآخر غير عمدي.

ومن تطبيقات هذا الإستثناء أيضاً، ما إذا أكل إنسان طعاماً مغبوباً جاهلاً أنه مغبوب، فإن الغاصب هو الضامن لتسببه بهذا الإلتلاف دون المباشر، ما لم يكن عديماً أو لم يقدر على تغريمه، فعندئذ يكون الضامن هو المباشر (1).

وبهذا الاتجاه أخذ مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في قرار له صدر بشأن حوادث السير (2)، فقد نصت الفقرة خامساً من القرار على أنه: أ- مع مراعاة ما سيأتي من تفصيل، أن المباشر ضامن ولو لم يكن متعدياً، وأما المتسبب فلا يضمن إلا إذا كان متعدياً أو مفرطاً. ب- إذا اجتمع المباشر مع المتسبب كانت المسؤولية على المباشر دون المتسبب إلا إذا كان المتسبب متعدياً والمباشر غير متعد. ج- إذا اجتمع سببان مختلفان كل واحد منهما مؤثر في الضرر، فعلى كل واحد من المتسببين المسؤولية بحسب نسبة تأثيره في الضرر،

(1) أمثلة من مذاهب مختلفة من الفقه الإسلامي، أشار إليها، مصطفى الزرقا، مرجع سابق، ص ٨٥ وما بعدها.

(2) انظر قراره رقم ٧١ (٨/٢) الصادر عن دورة مؤتمره الثامن المنعقد في بروناي من ٧-١ محرم ١٤١٤هـ الموافق ٢١-٢٧ حزيران (يونيو) ١٩٩٣ م، منشور ضمن قرارات وتوصيات المجمع، منشورات وزارة الأوقاف القطرية، لتسويق وتعليق الدكتور عبد الستار أبو غدة، ط ٣، الدوحة ٢٠٠٢، ص ٢٤٤

وإذا استويا أو لم تعرف نسبة أثر كل واحد منهما فالتبعة عليهما على السواء).

ث- إذا لم يمكن تضمين المباشر ، لكونه مقلساً أو هارباً أو ليس له مال ظاهر يمكن الاستيفاء منه. فالضمان عندئذ ينتقل إلى عهدة المتسبب ، إذ فيه تضامن في المسؤولية لمصلحة المضرور. وهذا يتفق مع أسس ضمان الفعل الضار في الفقه الإسلامي ، التي تقوم على تأمين التعويض للمضرور بأي ثمن ، حتى لا يهدر حق معصوم . وقد ورد في هذا الخصوص في المادة (١٤٢٧) من مجلة الأحكام الحنبلية للشيخ أحمد القاري<sup>(١)</sup>، ما نصه أن: ( لا عبرة لمباشرة من لا يمكن إحالة الحكم عليه ، ويكون الضمان على المتسبب، كمن دفع ميرداً إلى قن أو أسير مقيدين فبرداً القيد وأبقا ، ضمن الدافع ) .

ج- حالة المباشرة الملجئة، وهي يمكن أن تحصل بصور متعددة:

١ - عندما يستخدم المتسبب المباشر كأداة صماء للضرر، دون أن يكون للمباشر أي نشاط إيجابي وانعدم دوره في إحداث الضرر. فلو صدم شخص بسيارته مؤخرة سيارة تسير أمامه، فاندفعت السيارة المصدومة إلى الأمام وصدمت السيارة التي أمامها، كان سائق السيارة الأخيرة مباشر للضرر الذي لحق بالسيارة المتوسطة ومتسبب في الضرر الذي لحق بالسيارة التي في الأمام، ومع ذلك يضمن سائق السيارة الأخيرة الضرر الذي أصاب السيارة الأولى مع أنه متسبب في الضرر الذي لحقها، دون سائق السيارة المتوسطة الذي هو مباشر للضرر الذي لحقها<sup>(٢)</sup>. وأيضاً في حالة سقوط المضرور من مركبة نقله أما قائد السيارة التي كانت تسير بشكل طبيعي، فإن الأخير لا يسأل عن تعويض

(١) نقلاً عن مصطفى الزرقا ، مرجع سابق ، ص ٨٩ .

(٢) في مثل هذه الواقعة، أنظر ، حكم محكمة التمييز الأردنية رقم ٨٦/٢٤٥ ، منشور في مجلة نقابة المحامين الأردنية ، س ١٩٨٦ ، ص ١٢٦٠ . ويشار إلى أن المحكمة أخذت بهذا التطبيق دون أن يكون مقتناً في القانون المدني الأردني .

الضرر الناجم عن صدمه للمضروب، لأن مباشرته للحادث كانت مباشرة ملجئة غير ذاتية (3).

ومن تطبيقات ذلك في الفقه الإسلامي، ما رواه الزيلعي وغيره عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قضى في رجل نخس دابة عليها راكب فصدمت آخر فقتلته : أن الدية على الناحس لا على الراكب . وقد لاحظ البعض أن النخس أدى إلى نفور الدابة فتسبب بقتل إنسان، فجعل عمر رضي الله عنه الضمان على الناحس المتسبب ، دون الراكب المباشر، لأنه كان في تسببه نوع تعد (4) ، ونظيف إلى ذلك أن فيه مباشرة ملجئة غير ذاتية من الراكب المباشر .

٢- في الإكراه الملجئ ، فلو أكره شخص آخر إكراهاً ملجئاً على إتلاف مال لثالث ، ضمن المكروه في الرأي الراجح من الفقه الإسلامي ، رغم كونه متسبباً والمباشر هو المتلف (4). وبهذا أخذ قاتون المعاملات المدنية الإماراتي في المادة (١/٢٨٩) منه على أنه : ( يضاف الفعل إلى الفاعل لا الأمر ما لم يكن الفاعل مجبراً ، على أن الإكراه المعتبر في التصرفات الفعلية هو الإكراه الملجئ وحده ) .

ومن أهم تطبيقات القضاء الإماراتي لتحميل المتسبب الضمان رغم وجود مباشر معه ، خروجاً على القاعدة العامة التي تقضي بإضافة الحكم للمباشر عند اجتماعه مع المتسبب ، ما قضت به محكمة تمييز دبي في غير قضية من ( أنه إذا اجتمع للضرر فعلان أحدهما بالمباشرة والآخر بالتسبب ، فالأصل إضافة الضمان إلى المباشر ما لم يكن المباشر ملجأً إلى التسبب وليس فيه عدوان أو قائماً بواجب فرضه عليه القانون أو العرف ، وعندئذ يكون ضمان الضرر على المتسبب لإلجائه إلى المباشرة ) .

(3) انظر حكم محكمة الاستئناف العليا الكويتية ، دائرة التمييز ، مشار إليه في ، غزوي أبو عرابي ، مرجع سابق ، ص ٥٠٩ .  
(4) الرحيلي ، فقه عمر ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٨٧ ، مصطفى الزرقا ، مرجع سابق ، ص ٤٤ .  
(4) مصطفى الزرقا ، مرجع سابق ، ص ٩٢ .

ففي إحدى القضايا حملت محكمة الموضوع شرطة دبي المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن نزع بضاعة من يد مشتريها من قبل شرطة الشارقة بناء على كتاب صدر لها من شرطة دبي لا يمانع من تسليمها إلى أشخاص آخرين أدعوا ملكيتهم لها دون أمر قضائي. رفضت محكمة تمييز دبي الطعن المقدم لها ضد حكم محكمة الاستئناف المؤيد لحكم المحكمة الابتدائية بدبي ، وقد بني الطعن على أساس مسئولية شرطة الشارقة عن الضرر لأنها هي التي باشرت نزع البضاعة من المطعمون ضده، وقد جاء في حكم النقض أنه: (لما كان التعدي على حيازة المطعمون ضده للبضاعة - محل النزاع - قد فوّت عليه الانتفاع بها ، وكان الثابت في الأوراق أن هذا الضرر قد وقع نتيجة اجتماع فعلين - أحدهما بالمباشرة من شرطة الشارقة بأخذها تلك البضاعة من مخازن المطعمون ضده الواقعة في المنطقة التابعة لها وتسليمها إلى غيره، والفعل الآخر بطريق التسبب من جانب شرطة دبي بإصدار خطابها إلى شرطة الشارقة بعدم الممانعة من تسليم البضاعة المشار إليها إلى الجهة الشاكية ، ولما كانت شرطة الشارقة بما فعلته على نحو ما سبق ملجأة إلى التسبب لقيامها بحكم وظيفتها بأداء واجب عليها وهو تنفيذ خطاب شرطة دبي وكانت غير مكلفة ببحث دواعي وظروف إصداره، ومن ثم فإن ضمان الضرر يُضاف إلى شرطة دبي لأنها هي التي ألجأت إلى فعل المباشرة وكان فعلها هو المفضي إلى الضرر ... )<sup>(1)</sup>.

كما جاء في حكم آخر لها : ( أن الشركة المستأف ضدها (الطاعنة) كان منوطاً بها أعمال الصيانة والتجديد لواجهة المبنى الذي تشغل المنشأة المؤمن لصالحها من المستأففة ( المطعمون ضدها ) جزءاً منه وأنه أثناء قيام عمال المستأففة ضدها بإزالة الطلاء القديم لواجهة المبنى باستخدام اللهب، كان من شأنه اتصال ذلك اللهب بالمواد التي تملأ فواصل التمدد بين الحوائط والتي تتكون من شرائح الإسفنج أو اللدائن البلاستيكية، تسبب اللهب المشار إليه في احتراقها دون اشتعال لهب وصاحب ذلك صدور الدخان الذي انتشر للخارج من جهة وتخلل المسافات البيئية بين الجدران للداخل من جهة أخرى، وفي هذه الحالة كان يتعين تحلل الدفاع المدني

(1) تمييز دبي ، الطعن ١٣٦ لسنة ٢٠٠٣ و ٤٤٩ لسنة ٢٠٠٣ حقوق في ٢٠٠٣/٩/٢١ ، مشار إليه سابقاً ، ص ٩ ، ملمش ٤ .

والقيام بأعمال الإطفاء التي يقدرها رجال الدفاع المدني وفقاً للحال عن الانتقال إليها، وإن ذلك التدخل من قبل الدفاع المدني كان عن طريق سكب المياه والتي تسربت إلى داخل الجزء الذي تشغله الشركة المتضررة وتزاول به نشاطها فتسبب ذلك في بعض الأضرار بالأجهزة والديكورات والأثاث... وكان مفاد ما خلصت إليه محكمة الموضوع على نحو ما سبق أن الضرر الذي قضت بالتعويض عنه وقع نتيجة فعلين مجتمعين أحدهما بالمباشرة من جانب الدفاع المدني لاتصال المياه التي سكبته على واجهة المبنى بهذا الضرر والآخر بالتسبب من جانب الشركة الطاعنة باستعمال عمالها دون حيلة اللهب في إزالة الطلاء من واجهة المبنى المذكور والذي تسبب عنه احتراق الفواصل بين الجدران وانتشار الدخان خارج وداخل ذلك المبنى، ولما كان الدفاع المدني ملجأً ومضطراً وقائماً بواجبه بحكم طبيعة عمله إلى التدخل لإزالة مصادر الدخان، ومن ثم فإن الضمان حينئذ يكون على المتسبب وهي الشركة الطاعنة لالتجائها إلى المباشرة في وقوع ذلك الضرر... (1).

وفي قضية أخرى تتلخص وقائعها في أن فتية احتجزوا صبياً في الشقة العائدة لهم وحاولوا إكراهه على اللواط ، إلا أنه امتنع عن الإستجابة لرغبتهم الدنيئة فاعتدى عليه بعضهم بالصفع على وجهه ، ثم أغلقوا الباب ، وإذا رفض حاولوا مرة أخرى إلا أنه قاومهم وإذا اشتد إيذاؤهم له لم يجد ملاذاً من القفز من نافذة الشقة ، فسقط من الطابق الثاني على الطريق وتعرض لإصابات شديدة أدت إلى إحداث عاهة مستديمة به. صدر الحكم بالزام الطاعنين بصفتهم أولياء طبيعيين على أبنائهم المتسببين بالضرر ، بدفع التعويض المحكوم به، وألزموا بالمبلغ ذاته إستئنافاً، فطنوا بالحكم بالنقض أمام المحكمة الاتحادية العليا(2) ، استناداً إلى أن الحكم لم يتحقق من توافر أركان المسؤولية التقصيرية مكتفياً بتقدير قيمة التعويض، دون أن يتطرق إلى بحث مساهمة المضرور في الخطأ حيث سبق أن وافق على أن

(1) تمييز دبي ، الطعن ٢٥٤ لسنة ٢٠٠٣ حقوق في ١٢/١٠/٢٠٠٣ ، مشار إليه سابقاً

، ص ١٠ ، هامش ١ .

(2) اتحادية عليا ، الطعن ٥٥٠ (مدني) لسنة ١٨ قضائية في ١٤/١٠/١٩٩٧ ، مجلة

الأحكام ، مرجع سابق ، ص ١٩ ، ١٩٩٧ ، ع ٢ ، المبدأ ١٠٢ ، ص ٦٦٠ .

يلاحظ به. ردت المحكمة الطعن مؤكدة أن الحكم المطعون فيه قد استخلص مما ورد في مدوناته ما ارتكبه أبناء الطاعنين من خطأ وعلاقة سببية بين هذا الخطأ وما أصاب الابن المذكور من ضرر ، وهو استخلاص سائق مستمد من عناصر تؤدي إليه، أما ما يثيره الطاعنون من مساهمة المجني عليه في الخطأ فهو ، أياً كان وجه الرأي فيه ، دفاع جديد يخالطه واقع لم يسبق إثارته أمام محكمة الموضوع ومن ثم فلا يقبل التحدي به لأول مرة أمام محكمة النقض .

ونحن نعتقد أن الحكم من حيث نتيجته صحيح ، غير أنه كان يجب أن يبنى بطريقة تتلاءم مع أحكام ضمان الضرر في قانون المعاملات المدنية المستمدة من قواعد الفقه الإسلامي ، بعيداً عن مفاهيم الخطأ والمشاركة فيه. فقد اجتمع في القضية مباشر ومتسبب ، فالمتسبب هم الفتية الذين استرجوا الصبي إلى الشقة واحتجزوه فيها وضربوه وحاولوا إكراهه على اللواط ، فدفعوه بذلك مكرهاً إلى القفز من الطابق الثاني والتعرض للضرر ، والمباشر هو الصبي الذي قام بالقفز هرباً من التعرض لهذا الفعل الدنيء.

وكان من المفروض استناداً لقاعدة إضافة الضمان للمباشر عند اجتماعه مع المتسبب أن يحرم الصبي الذي باشر الضرر بنفسه من التعويض. غير أن هذه الواقعة قد اجتمعت بها جميع الاستثناءات التي أشرنا إليه على هذه القاعدة ، فالمباشرة كانت ناتجة عن التسبب ومتولدة عنه، وهي مباشرة ألجأ إليها المباشر ودفع إليها دفعا، ولم يكن متعدياً في فعله ، بل قفز دفاعاً عن نفسه وعرضه ، بينما كان المتسببون متعديين ولابس فعلهم من الدوافع الدنيئة ما يدعو إلى التشدد معهم. عليه يجب تقديم المتسبب على المباشر في الضمان ، وهي ذات النتيجة التي وصل إليها الحكم، ولكن بغير الطريق المستقيم الذي أراده المشرع الإماراتي، عندما أصر على الأخذ بقواعد الفقه الإسلامي شكلاً ومضموناً. وفي الفقه الإسلامي ما يقرب من الواقعة المتقدمة ، حيث يرى المالكية أن الهارب الخائف إذا وطئ أو صدم



شيئاً في اندفاعه أثناء الهرب فأتلفه، فلا ضمان عليه والضمنان على الذي أخافه<sup>(1)</sup>.

### \* تخريج قضائي آخر للمسألة وفقاً لأحكام السبب الأجنبي.

في حكم أقدم من الأحكام السابقة توصلت محكمة الموضوع ، وأقرتها على ذلك محكمة تمييز دبي، إلى نتيجة مماثلة لما تقدم ولكن من خلال نفي المسؤولية بقطع علاقة السببية استناداً لفكرة السبب الأجنبي . فقد جاء في حكم محكمة التمييز أنه ( إذا اجتمع المباشر والمتسبب يُضلف الحكم إلى المباشر - ما لم يتعدا قوة فيشتركان - حينئذ - في الضمان. ومن المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أنه لا يلزم لقيام مسؤولية حارس الآلات الميكانيكية - المشار إليها في المادة ٣١٦ من " قانون المعاملات المدنية " إثبات التعدي أو التقصير في جانب حارس تلك الآلات اكتفاء بتدخلها تدخلاً إيجابياً في إحداث الضرر باعتبار أن مسؤولية الحارس عن الضرر - في هذه الحالة - تكون بطريق المباشرة وليس بطريق التسبب. ومن المقرر كذلك أنه يجوز لكل من المباشر للضرر والمتسبب فيه أن يدرا عن نفسه المسؤولية عن الضمان بإثبات أن الضرر نشأ عن فعل شخص آخر غير مسئول هو عنه - طبقاً للمادة ٢٨٧ من ذات القانون والمادة ٣١٦ المشار إليها من قبل ... لما كان كذلك وكان مفاد وقائع الدعوى - على نحو ما أوردها الحكم المطعون فيه - أن الضرر الحاصل للسيارة المؤمن عليها لم ينجم مباشرة عن حركة الكرين ( وهي عجلة لرفع الأثقال الكبيرة ) الذي كان يقوده المطعون ضده الثالث - لتدخل فعل آخر بين حركته وبين الضرر الناجم - هو وجود منهل المجاري في طريقه مما أدى إلى سقوطه فيه وميل جزء منه على تلك السيارة - مما يجعل قائد الكرين - المطعون ضده الثالث مجرد متسبب في الضرر وليس مباشراً له ... "و" أن منهل المجاري - الذي سقط في الكرين - هو وحده الذي أدى إلى ميله على السيارة وأنه لم يكن في استطاعة قائده رؤيته قبل سقوط الكرين فيه لأنه كان غير مكشوف ومغطى بالأتربة ، وكان مفاد ما استخلصته المحكمة - على هذا النحو - انقطاع علاقة السببية بين حركة الكرين والضرر المطالب بالضمنان عنه

(1) أشار إليه ، عنان السرحان ونوري خاطر ، مرجع سابق ، ص ٤٣٧ .

بفعل الغير المتمثل في وجود منهل المجاري في طريق سير الكرين - بما  
ينفي المسؤولية عن ضمان الضرر الذي وقع منه ... (1).

ولنا على هذا الحكم الملاحظات الآتية :

١- يبدو من هذا الحكم ، وقت صدوره ، أن المحكمة كانت تنظر إلى قاعدة  
إضافة الحكم للمباشر عند اجتماعه مع المتسبب على أنها قاعدة مسلم  
بها لا تخضع لأي استثناء. لذلك، وشعوراً منها بأن التمسك الحرفي  
بهذه القاعدة ، قد يؤدي إلى حلول تخالف العدل ، وفي القضية أعلاه  
سيحمل سائق السيارة رافعة الأتقال ( الكرين ) الضمان باعتبارها  
مباشراً للضرر، في الوقت الذي لم يكن الضرر ليقع لولا سقوط الكرين  
في فتحة المجاري ، وميله إلى الأمام إثر ذلك وصدمه للسيارة التي  
كانت أمامه ، بسبب تقصير الجهة التي تشرف على المجاري في  
مراقبة تلك الفتحة وإغلاقها، كان على المحكمة أن تبحث عن تخريج  
آخر يمكنها من دفع المسؤولية عن سائق الكرين. وقد اهتمت إلى الحل  
من خلال المادة (٢٨٧) من قانون المعاملات المدنية التي تنص على  
أنه : ( إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه  
كافة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل  
المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير  
ذلك) . فهذا النص يسمح بحق للمدعى عليه ، مباشراً كان أم متسبباً ، أن  
يدفع عنه المسؤولية بنسبة الضرر إلى سبب أجنبي ، وفي الواقعة أمكن  
لسائق الكرين الذي لا ينسب له أي تعد أو تقصير ، أن يعفي نفسه من  
الضمان بإثبات أن الضرر وقع بفعل الغير الذي اتصف بصفة التقصير.  
ولكن في وقت لاحق عندما توصلت المحكمة إلى أن إضافة الحكم  
للمباشر دون المتسبب ليست قاعدة مطلقة في الفقه الإسلامي وأن هناك  
العديد من الاستثناءات عليها من أهمها فكرة المباشرة الملجنة ، بدأت  
تحمل المتسبب الضمان رغم وجود مباشر معه ، دون حاجة أن تخرج  
ذلك على أساس فكرة السبب الأجنبي .

(1) تمييز دبي ، الطعن رقم ٥٧ لسنة ١٩٧٧ حقوق في ١١/١٠/١٩٩٧ ، مشار إليه  
سلفاً ، ص ١٢ ، هامش ١ .

٢- على أن التخريج المتقدم قد أوقع المحكمة، برأينا، بقدر مهم من عدم الدقة. فقد اعتبر الحكم سائق الكرين مجرد متسبب في الضرر وليس مباشراً له ، بحجة تدخل فعل آخر بين حركته وبين الضرر الناجم ، هو وجود منهل المجاري في طريقه مما أدى إلى سقوطه فيه وميل جزء منه على السيارة المتضررة .

ونحن نعتقد أن سائق الكرين كان مباشراً للضرر بمفهوم فكرة المباشرة في الفقه الإسلامي ، حيث تم تعريفها فيه اختصاراً بتصلال آلة التلف بمحلّه . وعلى عكس ما ورد في الحكم ، فإتينا نرى أن الضرر ترتب على حركة الكرين مباشرة ، صحيح أنها ليست حركته الإرادية وإنما بقوة الاندفاع إثر السقوط في فتحة المجاري ، كما أن فعل فتحة المجاري لم يتدخل بين حركة الكرين والضرر ، بل أنه سبقها وولدها ، وكل ذلك لا ينفي المباشرة عن فعل الكرين وقائده ، وإن كان يؤدي إلى عدم مسئوليته كمباشر ملجأ إلى المباشرة ، على ما سبق بيانه ، ويحمل المتسبب الضمان لتعديه وتقصيره الذي كان السبب المنتج للضرر .

٣- جاء في حكم محكمة تمييز دبي-محل هذه الملاحظات أنه ( إذا اجتمع المباشر والمتسبب يُضاف الحكم إلى المباشر - ما لم يتعادلا قوة فيشتركان - حينئذ - في الضمان ) . ومتصور أن يحصل الاشتراك في الضمان بين المباشر والمتسبب على قسمين:

١- الاشتراك في الضمان إبتداءً . وهي الحالة التي يكون فيها كل من فعل المباشر وفعل المتسبب سبباً مستقلاً للضرر، دون أن يعتمد أحدهما على الآخر ويستند عليه، فيشتركان عندئذ في المسئولية إبتداءً تجاه المضرور. وقد لخص كل ما تقدم ابن رجب الحنبلي في قواعده بقوله (١) : إذا اجتمع في الإضرار بالأموال أو الأَنْفُس مباشرة وسبب - أي تسبب - : ( تعلق الضمان بالمباشرة دون التسبب ، إلا أن تكون المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه ... ثم إن كانت المباشرة

(١) عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي ، القواعد ، دار المعرفة ، بيروت ، القاعدة (١٢٧) ، ص٢٨٥ ، نقلًا عن مصطفى الزرقا ، مرجع سابق ، ص٨٨ .

والحالة هذه لا عدوان فيها بالكلية استقل السبب وحده بالضمان ، وإن كان فيها عدوان شاركت السبب في الضمان ) .

ومن أهم التطبيقات التي يذكرها الفقهاء المسلمون لهذه الحالة ، إذا أنلف شخص مالا مغصوباً في يد غاصبه ، فإن الغاصب يضمن المال المغصوب بالمثل أو القيمة باعتباره متسبباً ، لأن الغصب لوحده مصدر مستقل لمسئولية الغاصب وإن هلك المغصوب بقوة قاهرة<sup>(2)</sup> . فلو انضاف إلى السبب فعل باشر فيه آخر إتلاف المغصوب ، وهو سبب مستقل لضمان المتلف ، فإن الغاصب المتسبب والمتلف المباشر يشتركان في المسئولية تجاه المضرور ، وإن كان الضمان يستقر في النهاية على المتلف وحده<sup>(3)</sup> .

ب- الاشتراك في الضمان إنتهاءً . وهي الحالة التي يشير إليها الحكم محل هذه الملاحظات ، والذي يفهم منه إمكان أن يضمن الضرر الواحد مباشر ومتسبب معاً ، يشتركان في إيقاعه وفي التعويض عنه كل بحسب مساهمته في إحداثه . وهذا ما لا نجد له أساساً، لا في قانون المعاملات المدنية، ولا في الفقه الإسلامي الذي استمد منه أحكامه، على التفصيل الآتي :

أولاً - لا يوجد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي ما يقرر مبدأ اشتراك المباشر والمتسبب بالضمان، فكل النصوص ذات العلاقة لا تكشف عن قبول القانون لهذا المبدأ:

- فالمادة (٢٨٤) من القانون تقضي بتقديم المباشر في الضمان ، كل مرة يجتمع فيها مع المتسبب ، وكل ما فعله القضاء الإماراتي أن خفف من حدية هذه القاعدة بتبنيه الإستثناءات عليها التي جاء بها الفقه الإسلامي ، والتي تختصر بالقول أنه إذا اجتمع المباشر مع

(2) المادة (٣٠٤) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي .  
(3) المادة (٣٠٥) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي ، وانظر ، مصطفى الزرقا ، مرجع سابق ، ص ٩٢ ، ومراجع الفقه الإسلامي التي يشير إليها، ص ٨٦، ٨٩ .

المتسبب يضاف الحكم إلى المباشر ما لم يكن المتسبب أولى بالمسئولية.

- والأمر ذاته يصدق على نص المادة (٢٨٧) من القانون المنظمة للسبب الأجنبي التي جاء فيها: (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كلفة سملوية أو حلاث فجلتي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملازم بالضمآن ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك) . فهذه المادة ، إذا ما وضعناها في موضعها ضمن حزمة النصوص المنظمة للفعل الضار في القانون الإماراتي ، وخصوصاً قاعدة اجتماع المباشر والمتسبب ، تقتصر على الحالة التي يقطع به السبب الأجنبي علاقة السببية بين فعل المدعى عليه والضرر ، بحيث يبقى مسئول واحد عن الضرر هي جهة السبب الأجنبي ، فلا يتصور بعنذ أن يثور موضوع الإشتراك في مثل هذه الحالة .

- أما المادة (٢٩١) من القانون ، والتي جاء فيها : ( إذا تعدد المسئولون عن فعل ضار كان كل منهم مسئولاً بنسبة نصيبه فيه والقاضي أن يحكم بالتساوي أو بالتضامن أو التكالل فيما بينهم ) ، فهي لا تعني بالضرورة إمكانية أن يتقاسم مباشر ومتسبب ، في حالة إجتماعهما ، عبء الضمان المحكوم به بقدر مساهمته في الفعل الضار ، بل يجب أن تفهم باتجاه إمكانية الإشتراك في المسئولية والتعويض بين أكثر من شخص من فئة واحدة، فئة المباشر أو فئة المتسبب . وهو أمر لا خلاف عليه فقهاً، ويجد له تطبيقات كثيرة في القضاء الإماراتي (١).

- لم يبق من نصوص القانون الإماراتي ، مما يمكن أن يشتهه بتقريره إمكانية اشتراك المباشر والمتسبب في الضمان ، غير نص المادة

(١) في توزيع المسئولية والتعويض بين متسببين ، أنظر ، إتحادية عليا ، الطعن ٢٣٥ لسنة ١٨ القضائية في ١٥/١٢/١٩٩٦ ، مجلة الأحكام ، مرجع سابق ، ص ١٤٠ ، ١٩٩٦ ، ع ٣ ، المبدأ ١٧٥ ، ص ١٠٥٨ ، أو بين مباشرين ، أنظر ، إتحادية عليان للطعن ٩٩ في ١٧/١٢/١٩٩٥ ، أشير إليه سابقاً ، ص ١٠ ، هامش ١ .

(٢٩٠) من قانون المعاملات المدنية التي جاء فيها : ( يجوز للقاضي أن ينقص مقدار الضمان أو لا يحكم بضمان ما إذا كان المتضرر قد اشترك بفعله في إحداث الضرر أو زاد فيه ) . وهذا النص يبين مدى تأثير فعل المضرور الذي يساهم به في إحداث الضرر أو زيادته على حقه في التعويض ، إي أنه يحكم تأثير اشتراك المضرور في إحداث الضرر مع المدعى عليه ، بحيث ينقص حقه في التعويض ، أو يسقط حقه كاملاً ، عندما يكون المتضرر نفسه هو المباشر وكان المشارك الآخر متسبباً فقط . عليه فإن هذا النص لا ينظم موضوع اشتراك الغير، في حالة تعددهم وتووعهم بين مباشر ومتسبب ، في المسؤولية والتعويض .

ثانياً - لم نجد في الفقه الإسلامي، بقدر إطلاعنا المتواضع، ما يؤيد إمكانية اشتراك المباشر والمتسبب في ضمان الضرر:

- فهذا الفقه هو من وضع قاعدة تقديم المباشر على المتسبب في الضمان، وهو الذي أستثنى منها حالات ، باختلاف بين المذاهب، يتم فيها المتسبب على المباشر في الضمان، سبق دراستها ، ولكن لم يرد فيه، لا أصلاً ولا استثناءً ، ما يفيد إمكانية اشتراك المباشر والمتسبب في الضمان .

- قبل هذا الفقه ، تقليدياً كان أم معاصراً ، فرض تعدد المسئولين عن الفعل الضار ، فجعل ضمان الضرر بينهم بالتساوي إن اتحد فعلهم نوعاً وقوةً ، سواء كانوا مباشرين ، كما لو رمى جماعة شخصاً بالرصاص فقتلوه، أو رفع شخصان حجراً وألقياه على مال فتلّف ، أو متسببين ، كما لو شهد شاهدان على رجل فقتل قصاصاً بشهادتهما بخير حق ثم رجعا عن الشهادة<sup>(١)</sup> ، أو بحسب قوة كل فعل إن اتحد فطهم نوعاً واختلفت قوة ، كما لو حفر شخص حفرة ،

(١) الشيرازي ، المهذب، طبعة عيسى الباي الحلبي ، القاهرة ، ج ٢ ، ص ٩١ ، ابن رجب ، مرجع سابق ص ٢٨٥ .

فوسعها أو عمقها آخر فتردى فيها حيوان أو إنسان (2). غير أن هذه الأمثلة ونحوها تصلح لتأييد اشتراك عدة أشخاص من فئة واحدة ، مباشرين أو متسببين، ولا تصلح لتأييد قبول الفقه الإسلامي لإشتراك مباشر ومتسبب في الضمان . ووفق هذا التوجه يجب فهم الفقرة (خامساً / ج ) من قرار مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي ، التي جاء فيها : ( إذا اجتمع سببان مختلفان كل واحد منهما مؤثر في الضرر ، فعلى كل واحد من المتسببين المسؤولية بحسب نسبة تأثيره في الضرر ، وإذا استويا أو لم تعرف نسبة أثر كل واحد منهما فالتبعة عليهما على السواء ) (1) .

- قبل الفقه الإسلامي أيضاً إشتراك المتضرر في المسؤولية وأثره في إسقاط أو إنقاص حقه في التعويض. فلو ضرب شخص دابة غيره، ففتحته فمات، فدمه هدر لأنه بمنزلة الجاني على نفسه (2). وإن اصطدم فارسان أو راجلان فماتا وجب على كل واحد منهما نصف دية الآخر، لأنهما استويا في الإصطدام ، وكل واحد منهما مات بفعل نفسه وفعل غيره . وإن كان أحدهما واقفاً فصدمه الآخر فمات، فدية الصادم هدر ودية صاحبه على عاقلة الصادم (3). وقد علق المرحوم الزرقا على ذلك بقوله : ( هذا وواضح في مثال اصطدام الفارسين أن المفترض فيه عدم وجود قرينة ترجح من هو المخطيء منهما ؟ ) (4).

- خلاصة القول ، أن قانون المعاملات المدنية الإماراتي ، والفقه الإسلامي الذي استقى منه أحكام الفعل الضار، لا يوجد فيهما ما

(2) ابن النجار ، منتهى الإرادات ، مكتبة دار العروبة ، القاهرة ، ١٣٨١هـ - ١٩٦١م ، ج ٢ ، ص ٤٢٢ ، مصطفى الزرقا ، مرجع سابق ، ص ٩٢ .

(1) أنظر قراره رقم ٧١ (٨/٢) ، مشار إليه سابقاً ، ص ٤٠ ، هلش ٢ .  
(2) محمد فوزي فيض الله ، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي ، مكتبة التراث ، الكويت ، ١٩٨٣ ، ص ١٠٦ .

(3) محمد نجيب المطيعي ، تكملة كتاب المجموع للنووي شرح المهذب ، مكتبة الإرشاد ، جدة ، بدون سنة طبع ، ٢٨٨/١٧ - ٣٩١ ، وأشار إليه ، مصطفى الزرقا ، مرجع سابق ، ص ١١٧ .

(4) المرجع ذاته ، ص ١١٧ .

يؤيد اشتراك المباشر والمتسبب ، عند إجتماعهما في واقعة واحدة، في المسؤولية وفي التعويض . فالإشتراك فيهما إنما يكون بين المباشرين إذا تعدوا، أو بين المتسببين إذا تعدوا ، فإن اجتمع مباشر ومتسبب، وجب تقديم المباشر في الضمان، ما لم يكن المتسبب أولى منه بالمسئولية ، حيث يتحمل لوحده بالضمان دون المباشر. ويمكن فيهما أن تجتمع المباشرة والتسبب في ضرر واحد، وتكون كل منهما مستقلة تماماً، حيث يسأل كل من المباشر والمتسبب مسؤولية كاملة ، بحيث يحق للمضرور أن يتخير الرجوع على كل منهما بكامل التعويض دون حاجة لوجود تضامن بينهما، كما في حالة إتلاف المال المغصوب بيد الغاصب من قبل غيره، وهو ما سبقت الإشارة إليه (5). والحالة الوحيدة التي يمكن فيها برأينا أن يشترك مباشر ومتسبب في واقعة واحدة، فيتقاسمان الضمان، هي الحالة التي يشترك فيها المضرور في إلحاق الضرر بنفسه مع المدعى عليه، فلو صدم سائق سيارة غير منتبه شخصاً عبر الشارع من غير الأماكن المخصصة للعبور أو بدون أن يتأكد من خلو الشارع من السيارات، وجد في الواقعة مباشر ، وهو السائق ، والمضرور الذي ساهم في الضرر ، فينقص من حقه في التعويض بقدر مساهمته في وقوع الضرر، ويسري الحكم ذاته لو كان كل من المدعى عليه والمضرور متسبباً في الضرر ولم يكن أحدهما مباشراً له .

٤- حكم محكمة تمييز دبي، محل هذه الملاحظات ، يطرح للبحث والنقاش موضوع علاقة السببية بين الإضرار والضرر في قانون المعاملات المدنية الإماراتي. حيث يتضح من النصوص المتقدمة أن هذا القانون قد جمع بين قواعد الفقه الإسلامي وقواعد أستمدتها من القوانين الوضعية المتحدرة من الأساس اللاتيني. فمن الأولى أخذ القانون الإماراتي بقاعدة تغليب المباشر على المتسبب عند إجتماعهما في الضمان، ما لم يكن المباشر أولى منه بالمسئولية. كما أخذ منها جواز اشتراك

(5) انظر ما تقدم ، ص ٤٧ .



المباشرين أو المتسببين، إن تعددوا من فئة واحدة ، بالضمنان، ولا مانع أن يشترك في المسؤولية المضرور، إن ساهم مع الغير في إلحاق الضرر بنفسه . إلا أن المشرع تحسس عدالة أن لا يتحمل المدعى عليه المسؤولية ، عندما يقع الضرر بسبب أجنبي، فأخذ من القانون الوضعي بنص المادة (٢٨٧) التي جاء فيها: ( إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كلفة سملوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملزم بالضمنان ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك).

ونحن نعتقد أن فائدة هذا النص محدودة جداً إن لم تكن معدومة ، ذلك أن تأثير كل من فعل الغير وفعل المضرور يمكن أن يكتفى بشأنه بقواعد الفقه الإسلامي المنظمة للمباشرة والتسبب، إنفراداً أو اجتماعاً ، الحاكمة لحالة تعدد أسباب الضرر والتي أخذ بها المشرع الإماراتي ، باستثناءاتها التي أخذ بها القضاء الإماراتي من الفقه الإسلامي . يبقى بعد ذلك تأثير القوة القاهرة ، شاملة ما أسماه المشرع الإماراتي الآفة السملوية والحادث الفجائي ، فالفقه الإسلامي لا يعنى المدعى عليه من الضمان عند تدخلها ، كحالة سائق السيارة الذي ينبهر بصره ببرق خاطف فلم يعد يرى ما أمامه ويصدم شخصاً فيقتله (١). وكان على المشرع الإماراتي أن يتبنى وجهة النظر هذه، لاتفاقها مع أصوله من الفقه الإسلامي التي تقوم في ضمان الضرر على نزعة مادية، ضمن هدفها العام في حماية المضرور عن طريق إيجاد نمة تتحمل بالتعويض. فالنظرية الموضوعية للضمنان في الفقه الإسلامي والقانون الإماراتي ، تربط بين المسؤولية ومصدر الضرر من مباشر أو متسبب دون نظر شخصي إلى أهليته وإرادته وملايبتها، على نحو لا يمكن معه إعفاتها من المسؤولية لتدخل القوة القاهرة ما دام مقرراً أن عدم التمييز ليس مسقطاً للمسؤولية (٢). ولكننا مع ذلك وفي هذه الحالة بالذات، نرى أنه إذا كان مفيداً ومبرراً إلزام المدعى عليه بالتعويض رغم تدخل القوة القاهرة ، فإن ذلك يجب أن يربط بصورة من صور

(١) انظر في ذلك ، الزرقا ، مرجع سابق ، ص ٩٨ .

(٢) للزرقا ، المرجع ذاته ، ص ٩٦-٩٧ .

الضمان الجماعي ، كالدية أو التأمين أو صناديق الضمان ، لا أن يتحمل المدعى عليه تبعة القوة القاهرة في نمته المالية الشخصية.

### الخاتمة

لقد وصلنا بتوفيق من الله في هذا البحث إلى نهايته، ونرى من المفيد أن نشير إلى الملاحظات والنتائج التالية:

١- لقد حاول المشرع الإماراتي في قانون المعاملات المدنية تقنين الأحكام الموضوعية لضمان الفعل الضار في الفقه الإسلامي بلبوس استقاه من القوانين الوضعية العربية التي سبقته والتي نقلتها عن القانون الفرنسي بوجه خاص، فكانت المحصلة قانوناً في جملته إسلامياً من حيث الموضوع وضعياً من حيث الشكل والبناء والتبويب. وهذا أمر بحد ذاته حسن، فلا أحد ينكر ضرورة مزج الأصالة بالمعاصرة، ولا مخرج لإقامة بناء قانوني متميز لامتنا من تزواج الموروث الغني للفقه الإسلامي مع مستجدات العصر ومتطلباته شكلاً وموضوعاً.

٢- على أن النوايا الحسنة للمشرع الإماراتي عجزت عن أن تجنبه الأخذ بنصوص وأحكام لا تسلم من النقد، وهذا أمر لا بد منه فالنقص من عادة البشر. ومن التوجهات المنتقدة التي كانت محل إشارة في البحث ما يلي :

أ- السماح للمدعى عليه ، خصوصاً في حالة الإضرار بالمباشرة، بالتمسك بالقوة القاهرة ( الآفة السماوية، الحادث الفجائي ) لإعفاء نفسه من المسؤولية، وهذا الأمر بعموميته التي أخذ بها القانون الإماراتي، لا يتفق مع قانون يركز بشكل أساس على فكرة الضمان، ويقيم المسؤولية دون حاجة للإدراك والتمييز، كقانون المعاملات المدنية الإماراتي، خصوصاً أن ذلك يخالف الحلول التي أخذ بها الفقه الإسلامي. عليه فإتينا ندعو إلى قصر

أثر القوة القاهرة كتطبيق للتسبب الأجنبي المعفي من المسؤولية في القانون الإماراتي، على حالة الإضرار بالتسبب.

ب- اكتفاء قانون المعاملات المدنية الإماراتي بالنص على أنه ( إذا اجتمع المباشر مع المتسبب يضاف الحكم إلى المباشر )، مع أن هذه القاعدة قد شهدت في الفقه الإسلامي الكثير من الاستثناءات لمقتضيات العدالة ، وهذا ما أكدته المجامع الفقهية الإسلامية المعاصرة في بعض قراراتها ، كما أخذ القضاء الإماراتي بهذه الاستثناءات على استحياء أو تحت ستارة علاقة السببية والسبب الأجنبي . لذلك نحو ندعو إلى تعديل المادة ( ٢٨٤ ) لتصبح على النحو الآتي: (إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر ما لم يكن المتسبب أولى منه بالمسؤولية) . أما عن الحالات التي يكون فيها المتسبب أولى من المباشر بالمسؤولية فيترك إلى تقدير القضاء بحسب حلول الفقه الإسلامي، وكل ما يحقق العدالة من الأحوال المستجدة .

٣- لقد اعتبر المشرع الإماراتي الإضرار أساساً للمسؤولية عن الفعل الضار، بدلاً من الخطأ الذي أخذت به الكثير من القوانين المتحدرة من الاتجاه اللاتيني، وذلك عندما نصت المادة (٢٨٢) من قانونه للمعاملات المدنية على أن: (كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر). ولم يكن هذا الاستبدال نوعاً من الترف أو مجرد الرغبة في التغيير في المصطلحات أو الإحياء بالتجديد ، بل هو تجديد حقيقي مقصود يتفق مع أسس الضمان في الفقه الإسلامي، ويلانم في الوقت ذاته التطورات التي اقتضتها حماية المضرور من أخطار المدنية الحديثة التي ألقت بضلالها على أشد القوانين تمسكاً بفكرة الخطأ كالمقانون الفرنسي. فالخطأ كأساس للمسؤولية المدنية يحيل إلى معانٍ معنوية ويعطي لهذا المسؤولية وظيفة عقابية تجعل من التعويض جزاءً ووسيلة للردع وتقويم السلوك، الأمر الذي يستتبع بالضرورة عدم مسامحة عديم التمييز الذي لا يفهم هذه المعاني. أما وظيفة ضمان الضرر في الفقه

الإسلامي وفي القانون الإماراتي إصلاحيّة خالصة، حيث يقصد منه تأمين التعويض للمضرور وليس تقويم سلوك محدث الضرر. لذلك لا يصلح تعبير " الخطأ " بمفهومه في القانون الوضعي للدلالة على هذه الغاية، وبالتالي فإن القضاء الإماراتي غير موفق تماماً بإصراره لحد الآن على استخدام تعبير الخطأ عند الإشارة إلى أركان المسؤولية بكافة أنواعها، أو عند الإشارة إلى أثر فعل الغير أو فعل المضرور على إعفاء المدعى عليه من الضمان، مع أن قانون المعاملات المدنية لم يشر قط إلى هذا التعبير. لا بل أن بعض من أحكام القضاء الإماراتي تستخدم تعبيرات غريبة مثل " خطأ المباشر وخطأ المتسبب " جامعة بين مسميات ومفاهيم غير قابلة للجمع لأنظمة وتوجهات قانونية مختلفة في أسسها وأهدافها. عليه نحن ندعو القضاء الإماراتي إلى استخدام مسميات وتعبيرات الفقه الإسلامي الواردة في القانون الإماراتي، الأمر الذي يشجع ويرسخ هذه المسميات في اللغة القانونية لجميع العاملين والمهتمين بالقانون، ويدفع إلى اهتمام الجميع بفهم قواعد وأحكام الفعل الضار وفق أصولها من الفقه الإسلامي، احتراماً للإرادة الحقيقية للمشرع.

٤- مازالت أحكام القضاء الإماراتي بعيدة عن فهم وتطبيق نصوص ضمان الضرر في القانون الإماراتي وفقاً لأصولها من الفقه الإسلامي، وهي إلى الآن تدور في فلك مفاهيم القوانين الأخرى غير المستمدة من الفقه الإسلامي. فالقضاء لا زال يرى في الإضرار رديفاً للخطأ، ولم ينضج فهمه بعد لمسميات مهمة كالمباشرة والتسبب، لا بل أنه قد لا يشير إليها على الإطلاق مع أن الوقائع تنطبق عليها، مع الإشارة إلى وجود بعض التقدم في هذا المجال في أحكام المحكمة الاتحادية العليا، ويقتدر أقل في أحكام محكمة تمييز دبي. لذلك نحن ندعو إلى إعادة تأهيل القضاة لهذه المهمة الصعبة، وإقامة المؤتمرات والندوات وورش العمل التي تركز على الجوانب المختلفة لضمان الضرر، وتنشيط حركة التأليف والبحث في هذه المواضيع، ودعم الأبحاث والرسائل العلمية المتعلقة بها.

٥- لقد احتوت المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي على الكثير من الأخطاء، ونسبت إلى القوانين المدنية العربية ما ليس فيها، من باب المقارنة بين الحلول المأخوذ بها في القانون الإماراتي وحلول وتوجهات تلك القوانين. كما اشتملت المذكرة على تفسيرات للنصوص بمفاهيم لا تتفق تماماً مع أصولها في الفقه الإسلامي على ما بيّنه في هذا البحث. عليه نحن ندعو إلى إعادة كتابة المذكرة الإيضاحية بتأن، لتسهم في فهم نصوص القانون الإماراتي والتوجهات الحقيقية لمشرعه.

٦- وفي الختام، ندعو الله أن نكون قد وفقنا فيما نسعى إليه دائماً من إثارة الاهتمام بمسائل المسؤولية عن الفعل الضار، ورفع مستوى الحس القانوني والشعبي بها لتعلقها الوثيق بحماية حياة الإنسان وجسده وعرضه وماله، وهي من الضروريات التي تسعى الشرائع السماوية والقوانين الوضعية لحفظها. والله خير حافظاً وهو أرحم الراحمين

## المراجع

### أولاً : الكتب والأبحاث

- ١- أبو إسحق إبراهيم بن علي الشيرازي ، المهذب، طبعة عيسى البابي الحلبي ، القاهرة ، ج ٢ .
- ٢- أسامة أبو الحسن مجاهد، فكرة التعويض العقابي، بحث مقدم إلى مؤتمر أكاديمية شرطة دبي الأول حول ضحايا الجريمة المنعقد في دبي للفترة من ٣- ٥/٢٠٠٤، منشور في كتاب بحوث المؤتمر المحور القانوني ( القانون المدني )، ص١٧٧ وما بعدها.
- ٣- تقي الدين محمد بن أحمد بن النجار ، منتهى الإرادات ، ج ٢ ، مكتبة دار العروبة ، القاهرة ، ١٣٨١هـ - ١٩٦١ م .
- ٤- جاسم الشالمسي ، التعويض عن وفاة العامل وفقاً لأحكام قانون العمل والتشريعات المنظمة للمسؤولية عن الفعل الضار والدية ، مجلة الشريعة والقانون الصادرة عن كلية الشريعة والقانون- جامعة الإمارات العربية المتحدة ، ع ١١٤ ، إبريل ١٩٩٨ ، ص ١٩٧ ، وما بعدها.
- ٥- رويحي بن راجح الرحيلي ، فقه عمر بن الخطاب موازناً بفقهِ أشهر المجتهدين ، مركز البحث العلمي في جامعة أم القرى ، مكة المكرمة ، طبع دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ١٤٠٣هـ .
- ٦- عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي ، القواعد ، دار المعرفة ، بيروت ، توزيع دار الباز ، مكة المكرمة ، بدون سنة طبع .
- ٧- عدنان سرحان ، التعويض العقابي ، دراسة مقارنة ، مجلة أبحاث اليرموك ، جامعة اليرموك الأردنية ، المجلد ١٣ ، ع ٤ ، ١٩٩٧م .
- ٨- عدنان سرحان ، ملاحظات نقدية على الكتابين الأول والثاني المنظمين للالتزامات (الحقوق الشخصية) والعقود من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة ، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة (١٩) للعدد (٢٣) ، ٢٠٠٥ م .

٩- عدنان سرحان و نوري خاطر ، شرح القانون المدني ، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات) ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان - الأردن ، ط١ ، الإصدار الثاني ، ٢٠٠٥ .

١٠- علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، تعريب المحامي فهمي الحسني ، المجلد الثاني ، دار الجبل ، بيروت ، ١٤١١هـ - ١٩٩١ م .

١١- غازي أبو عرابي ، الإضرار بالمباشرة والتسبب في المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات، بحث مقدم إلى مؤتمر السلامة المرورية المنعقد بالتعاون بين كلية القانون- جامعة الشارقة وشرطة الشارقة للفترة من ١٣- ١٥/٣/٢٠٠٦ ، منشور في إصدار أبحاث المؤتمر، المحور القانوني ، ص ٤٨٩ وما بعدها .

١٢- محمد بن عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الأمام مالك، ج٤، دار الفكر بيروت ، ١٣٥٥هـ - ١٩٣٦ م .

١٣- محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩ .

١٤- محمد يوسف الزعبي ، مسؤولية المباشر والمتسبب في القانون المدني الأردني ، بحث منشور في مجلة مؤتة للدراسات، جامعة مؤتة - الأردن ، المجلد ٢ ، ج١ ، ١٩٨٧ ، ص ٢٠١ ، وما بعدها .

١٥- محمد فوزي فيض الله، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، مكتبة التراث، الكويت، ١٩٨٣ .

١٦- محمد نجيب المطيعي، تكملة كتاب المجموع للنووي شرح المهذب، ج ١٧، مكتبة الإرشاد، جدة، بدون سنة طبع.

١٧- مصطفى الجمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، بدون سنة.

١٨- مصطفى الزرقا ، الفعل الضار والضمان فيه ، دار القلم ، دمشق ، ١٩٨٨م، ص ٤٤ - ٤٥ .

**ثانياً : المدونات والمنكرات الإيضاحية والمجموعات القضائية**

- ١- المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الصادر بالقانون الإتحادي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ ، إصدار وزارة العدل الإماراتية ، بدون سنة نشر .
- ٢- قانون المعاملات المدنية الإتحادي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ ، إصدار وزارة العدل الإماراتية ، بدون سنة نشر .
- ٣- مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الإتحادية العليا ، إعداد المكتب الفني بالتعاون مع كلية الشريعة والقانون - جامعة الإمارات ( سنوات وأعداد مختلفة ) .
- ٤- مجموعة الأحكام، المكتب الفني لمحكمة التمييز ( سنوات وأعداد مختلفة ) .
- ٥- مجلة القضاء والتشريع الصادرة عن المكتب الفني لمحكمة تمييز دبي، ( سنوات وأعداد مختلفة ) .
- ٦- مدونة القانون المدني المصري، معوض عبد التواب، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٧ .
- ٧- قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي، منشورات وزارة الأوقاف القطرية، تنسيق وتعليق الدكتور عبد الستار أبو غدة، ط ٣، الدوحة، ٢٠٠٢ .





**تكميل العقد**  
**دراسة مقارنة**  
**الاستاذ الدكتور / اسامة احمد بدر**  
**استاذ القانون المدني - كلية الحقوق - جامعة طنطا**

١ - تقديم

إذا كان العقد لا يقتصر وفقاً لنص المادة ١٤٨/٢ مني مصري " على إلتزام المتعاقد بما ورد فيه "بل" يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته " ، فإن " مستلزمات العقد التي يتضمنها نطاقه تحدها نصوص القانون المكمل ، والعرف، والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام<sup>١</sup>.

وفي محاولة تكوين فكرة عن مستلزمات العقد أثرنا تحليل النص السابق في ضوء استقرار النص الفرنسي المقابل له ، والذي احتوته المادة ١١٣٥ مني فرنسي ، مقررّة بأن العقد لا يلزم بما جرى التعبير عنه فيه وحسب ، وإنما يتناول الإلتزام كذلك النتائج المعزوة إلى العدالة والعرف أو القانون والتي يعبر عنها بالمستلزمات وفق طبيعة الإلتزام<sup>٢</sup>.

وبالتدبير في شروح الفقهاء<sup>٣</sup> وتطبيقات القضاء سواء في فرنسا أو مصر لموضوع النطاق العقدي أثرت بدءاً أن يكون " تكميل العقد" (١) عنواناً لهذه الدراسة وفق منهج تحليلي .

١ راجع: نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ مني مصري .

٢ راجع : نص المادة ١١٣٥ من التقنين المدني الفرنسي

V. Art. 1135: (" Les Conventions obligent non seulement à ce qui yest exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.")

٣ راجع : د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الإلتزام، دار إحياء التراث العربي بيروت - لبنان ، من ص ٥٩١ إلى ص ٦٢٥ .

- د. نبيل إبراهيم سعد : النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام ، طبعة سنة ٢٠٠٧ دار الجامعة الجديدة، من ص ٣٠ إلى ص ٤٤ ، ومن ص ٢٦٣ إلى ص ٢٨٨ .

- د. حسام الدين كامل الأهواني: النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، الطبعة الثانية ، بدون ناشر ، سنة ١٩٩٥ م .

- د. سمير عبد السيد تناغو و د. نبيل إبراهيم سعد: النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، سنة ١٩٩٣ م .

- د. سمير عبد السيد تناغو ، نظرية الإلتزام ، منشأة المعارف بالإسكندرية .  
- د. محمد على عمران: مبادئ العلوم القانونية "مصادر الإلتزام وأحكامه"، مطبعة القاهرة الجديدة.

- د. محمد أيوب شنب: دروس في نظرية الإلتزام، مصادر الإلتزام، بدون ناشر، سنة ١٩٨٩ م

- د. نزيه محمد الصادق المهدي : النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية سنة ١٩٩٩ م .
- د. منصور مصطفى منصور : دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني " خلاصة دروس لطلبة دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص " العام الجامعي ١٩٩١-١٩٩٢ م ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس .
- د. حسن عبد الباسط جمعي : أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٠ م .
- د. حمدي عبد الرحمن : الوسيط في النظرية العامة للالتزامات ، الكتاب الأول ، المصادر الإرادية ، العقد والإرادة المنفردة ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٩ م .
- د. سهير منتصر : الالتزام بالتبصير ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٠ م .
- د. طلبة وهبة خطاب : مصادر الالتزام ، الطبعة الأولى ، سنة ١٩٩٥ م .
- د. عبد المنعم فرج الصدة : نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٠ م ، و " مصادر الالتزام " دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٧٤ م .
- د. مصطفى محمد الجمال و د. عبد الحميد محمد الجمال ، القانون والمعاملات ، الدار الجمالية ، سنة ١٩٨٧ م .
- د. عبد الفتاح عبد الباقي : مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي ، ١ ، نظرية العقد والإرادة المنفردة سنة ١٩٨٣ م .
- د. سليمان مرقس : الوافي في شرح القانون المدني ، ٢ ، في الالتزامات ، المجلد الأول ، نظرية العقد والإرادة المنفردة ، الطبعة الرابعة ، سنة ١٩٨٧ م .
- د. جميل الشرقاوي : النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام طبعة سنة ١٩٩١ م ، دار النهضة العربية .
- د. منصور مصطفى منصور و د. جلال محمد إبراهيم النظرية العامة للالتزام ، القسم الأول ، مصادر الالتزام ، طبعة سنة ٢٠٠١ - ٢٠٠٢ م .
- د. جلال على العدوي : أصول المعاملات ، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر ، سنة ١٩٦٧ م .
- د. نبيل إبراهيم سعد : التطور في ظل الثبات في مصادر الالتزام ، الطبعة الأولى ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، سنة ٢٠٠٥ م . .
- د. أحمد شوقي عبد الرحمن : قواعد تفسير العقد الكاشفة عن النية المشتركة للمتعاقدين ومدى تأثير قواعد الإثبات عليها ، طبعة سنة ١٩٧٧ م .
- د. محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية ، الجزء الأول ، طبعة جامعة القاهرة ، سنة ١٩٧٨ م .
- <sup>١</sup> وهو العنوان الذي اتخذه الأستاذ الدكتور : جلال على العدوي عنواناً لدراسته بصدد شرح نص المادة ٢/١٤٨ مدني مصري ... أنظر د. جلال على العدوي : مرجع سابق ، ص . (٢٥٠)
- وقد أثرت اقتباس هذا العنوان لدراستي نظراً لما يتميز به من بساطة في التركيب وعمق المعنى في ذات الوقت هذا من جانب . ومن جانب آخر ، لأن لفظة تكميل توحي بإيراز الدور المنثني للقاضي .
- ومن الجدير بالذكر : أن الأستاذ الدكتور سمير عبد السيد تناغوا ، قد استخدم عنوان : "تكملة العقد . أنظر د. سمير عبد السيد تناغوا ، مرجع سابق ، بند ، ص ١٢٤ ، ص ١٣٨ .

وتثير هذه الدراسة جملة من التساؤلات حول فكرة تحديد نطاق العقد؟ والسبل التي أوجدها نص المادتين ٢/١٤٨ مدني مصري و ١١٣٥ مدني فرنسي لهذا التحديد؟ وهل التزم القضاء سواء في فرنسا أو مصر بمعايير معينة في تحديد مضمون الرابطة العقدية أم لا؟ وهل ثمة خلط بين تفسير العقد وتكميله أم لا؟ وأولا وقبل كل شيء، ما هو الأساس القانوني لإلزام المتعاقدين بالمحتوى العقدي<sup>(١)</sup>.

## ٢ - مشكلات تكميل العقد؟

تثير مسألة تكميل العقد فقها وقضاءً، وسواء في فرنسا أو مصر، ثلاث مشكلات قانونية أساسية:

تتمثل المشكلة الأولى في افتقار مفهوم تكميل العقد إلى التحديد الدقيق الأمر الذي نتج عنه وجود خلط في بعض شروح الفقه وكثير من تطبيقات القضاء بين تكميل العقد وتفسيره.

<sup>١</sup> وهل نحن - كما قرر البعض - بمثابة مصدر جديد لمحتوى العقد، في إشارة إلى نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي؟ ... ووجدت من جابتي مبرراً لهذا التساؤل بسبب كثرة التطبيقات القضائية لفكرة مستلزمات العقد " Les suites du contrat ".  
V. Mouly - GUILLEMAUD (C.): Retour sur l'article 1135 du Code civil, "une nouvelle source du contenu contractuel", L.G.D.J., tome 460, 2006.

\* وهل نحن بصدد اكتشاف لالتزامات جديدة مبررة يتضمنها المحتوى العقدي لأنها من قبيل المستلزمات؟  
راجع في هذا:

V.BRAMAT (E.): l'obligation de sécurité, these dactyl. Montpellier, 2000, p. 44

وهل يملك القضاء بلمس العدالة العقدية أن يجتهد في استكمال نطاق العقد لدرجة تثير الظنون حول علاقة ما أوجده القضاء بمضمون العقد وبطبيعة الالتزام!!  
يراجع في هذا:

V. CADIET (L.): " Une Justice contractuelle , l'autre " in Etudes offeretes à GHESTIN(J.) "Le Contrat au début du xxle Siècle, L.G.D.J. 2001 p. 181.

\* وعن استحداث مضمون عقدي منبث الصلة عن مضمونه الحقيقي - أو كما عبر البعض عن ذلك بلغة " Forçage " والتي تعني - على سبيل المجاز - زراعة نباتات في غير موسمها أو غير بيتها - راجع:

V. PICOD (y.) "Art. 1134 - 1135 " J.- cl. Civ., Fasc.11, mise à jour sept. 1999. qui disait "Le"Forçage"du contrat au nom du l'équité ou d'un ordre public de protection ne peut se justifier qu' à la condition de répondre à un besoin impérieux de justice qui imposerait un équilibre ou un rééquilibrage des relations contractuelles").

وكان ذلك نتيجة طبيعية للتفسير غير الدقيق لمحتوى الخطاب التشريعي في نص المادتين ١١٣٥ مدني فرنسي و ٢/١٤٨ مدني مصري ، حيث استنتج منها الفقه القانوني أن سبل تكميل العقد هي طبيعة الالتزام والقانون في أحكامه المكملة والعرف والعدالة، وسائر القضاء في تطبيقاته هذه المعلمات الفقهية، ومن هنا وُجِدَت المشكلة الثانية التي أدت بالضرورة إلى المشكلة الأولى .

غير أن المشكلة الثالثة والأخطر هي ما أسفرت عنه تطبيقات القضاء ولاسيما في فرنسا من إنشاء القاضي لجملة من الالتزامات العقدية التي تم فرضها على عاتق الإرادة المتعاقدة فيما لم تكن تحتسبه، مما جعل التساؤل عن أساس القوة الملزمة للعقد؟ مسألة في غاية التعقيد.

٣ - ونحاول في هذه الدراسة التحليلية الإجابة عن التساؤلات التي طرحها هذه المشكلات القانونية ، مع الأخذ في الحسبان بأن النصوص التشريعية التي تتعلق بتكميل العقد تعد بمثابة أمر أو تكليف مطلق وعلم ومجرد ، يجب في تفهيري التنبؤ فيها من منظور الحقائق العقلية *donnees rationnelles* ، بمعنى محاولة بيان حدود الإرادة التعاقدية بحسبها الإرادة المنطقية للإنسان ، ولكنه ليس الإنسان أو الشخص المعنى في هذا العقد أو ذلك ، بل وفق منهج عقلائي مطلق وعام ومجرد من منظور المشرع فيما ينبغي أن تكون عليه الإرادة الحقيقية المتعاقدة ومن ثم ، فهي ليست الإرادة الباطنة ولا الظاهرة ولا حتى المفترضة بالنسبة لكل متعاقد بالنظر إلى عقده.

٤ - خطة الدراسة :

تنقسم الدراسة إلى فصلين :

- الفصل الأول : فكرة تكميل العقد .

المبحث الأول : بين تكميل العقد وتفسيره .

المبحث الثاني : سبل تكميل العقد .

- الفصل الثاني : فكرة الإلزام بمستلزمات العقد .

المبحث الأول : أساس الإلزام بالعقد .

المبحث الثاني : الملاءمة بين النص التشريعي والتطبيق القضائي بخصوص

تكميل العقد .

## الفصل الأول فكرة تكميل العقد

### ٥ - تحديد وتقسيم

إن نطلق العقد أو مضمونه هو جملة الالتزامات التي تنشأ عنه<sup>(١)</sup> تلك  
الالتزامات التي تتحدد وفقاً لما اتجهت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين<sup>(٢)</sup>

<sup>١</sup> غير أن بساطة تركيب سياق هذه العبارة تحمل في طياتها مفاهيم مركبة ، وتثير تساؤلاً عن ماهية معيار أو ضابط العقد؟، ذلك أن ثمة معطيات سابقة على الوصول إلى هذه النتيجة تعد بمثابة مقدمات ضرورية للوصول إلى المحتوى الحقيقي للعقد ، ومن ذلك - كما يقرر جانب من الفقه ويحق - حالة الأفراد المتعاقدة مما يكون له بالضرورة أثراً في الحقوق والالتزامات الخاصة بالمتعاقدين فضلاً عن احتمالية إتباع أشكال قانونية معينة - كما الأمر في العقود الشكلية - وكذلك الوقت الذي تم فيه التعاقد .

ولعل هذا الرأي يريد تبيان العناصر المختلفة التي تم اخذها قانوناً في مسألة التراضي، بحيث اقتصر الأمر على مجرد اجتماع وتلاقي إرادتين مستقلتين على جميع العناصر الجوهرية في العقد .

V. ATIS (ch.): Droit civil, précis élémentaire de contentieux contractuel, presses universitaires D'Aix - MARSEILLE - PUAM - 2001 n° 29.p.45. qui disait:

"Tout contrat a la signification, d'un critère complexe: il determine à partir de plusieurs données, la situation des personnes dont il affecte les créances et dettes.il guide, par conséquent, l'appréciation judiciaire.Il lui Fournit des indications sur le contenu des engagements,sur les parties aux engagements. Sa Valeur Peut dépendre de certaines formes. c'est sa volontés qui interdit d'y voir seulement la rencontre de deux volontés autonomes .....etc....").

<sup>٢</sup> بحيث تكون إرادة المتعاقدين هي قانون العقد ، مما يعني بصريح نص القانون أن " القوة الملزمة للعقد " La Force obligatoire du contrat " تستند على سلطان إرادة عاقديه، كاستجابة حرفية لما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ مني مصري من أن العقد شريعة المتعاقدين ... الخ ..... وكذلك ما تقرره المادة ١١٣٤ مني فرنسي من "أن الاتفاقات التي تمت على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقدتها ... الخ .....".

V. Art. 1134: "Les conventions légalement Formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont Faites. .... etc ....."

رغم أن هذه المادة الأخيرة - في رأي جانب من الفقه الفرنسي ويحق - قد صاغت لنا المشكلة، دون أن تصرح بالحل.

V. GHESTIN (J.): Traité de droit civil, La Formation du contrat, L. G. D. J. 3 ° éd. , 1993, No.189, p. 164 qui disait: "l' article 1134 du code civil, se borne à poser le problème, sans en donner explicitement la solution .....etc ....."

ويضيف بأن نظرية سلطان الإرادة ليس لها من تأكيد اليوم إلا من جانب الفقه التقليدي ..... وتلمس الحل يكون من خلال التدبر في العديد من النتائج العملية في واقع القانون".

ومن المشكلات الجسيمة التي واجهت الفقه الفرنسي ، إنشاء القاضي - في الواقع التطبيقي - لمستلزمات العقد "Les suites du contrat" . فإذا كان نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي هو الأساس القانوني وفقاً لنص المشرع للالتزامات التي يضيفها القاضي إلى العقد ، فأين إرادة المتعاقدين من هذه الإضافة ؟ وماذا يكون العقد عندئذ ؟ أ يكون حقاً ناشئاً عن إرادة عاقديه الحقيقية أم ماذا ؟<sup>(١)</sup> .

وأما كان الأمر فإن القوة الملزمة للعقد تتوفر له بمجرد نشأته أي فور استيفاء أركانه ، وعندئذ يصير مضمونه واجب التنفيذ ، غير أننا نتساءل عن هذا المضمون الواجب التنفيذ ؟ وما هي الخطوات القانونية التي تؤدي إلى اكتمال هذا المضمون ؟ ومن ثم ، يصبح مبرراً ومنطقياً أن نتناول في البدء فكرة تحديد نطاق العقد أو مضمونه .

ويستفاد من نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ مدني مصري أن نطاق العقد من حيث إلزامية موضوعه بالنسبة لعاقديه ومن يمثلانها في التعاقد لا يتحدد في إلزام المتعاقدين - ومن يمثلانها في العقد - بما ورد فيه ، وإنما يتسع النطاق بما هو من مستلزمات هذا العقد ؟

ويتناول الفقه هذه المسألة من خلال فكرتين ، تتناول الفكرة الأولى تفسير العقد ، في حين تختص الفكرة الثانية بتحديد مضمون العقد أو تحديد نطاق العقد أو تكميل العقد أو استكمال العقد<sup>(٢)</sup> ، وكلها مسميات تدل

---

<sup>١</sup> وكما تساءل جانب من الفقه الفرنسي عن المصدر القانوني للالتزامات الجديدة التي يضيفها القضاء إلى العقد لتكاملته ؟ ويراجع في هذا :

V. MALAURIE ( ph. ) , AYNES (L.) et STOFFEU-MUNCK (ph.), *Les obligations, defrénois*, 2004., GUIDERDONI (B.) "LE Forçage du contrat par le juge, these dactyl. Caen. 2002, p.188.

مع ملاحظة أن كلمة " Forçage " - كما سبق البيان - تعني زراعة نباتات في غير موسمها أو غير بيئتها وقد استخدمتها الأستاذة GUIDERDONI كعنوان لرسالتها لتبيل درجة الدكتوراه في القانون ، وهي توجي على سبيل المجاز بأن دور القاضي في تكملة العقد في حاجة إلى بيان وضبط وتحديد ووضع المعايير الضرورية لتحديد نطاق العقد .

<sup>٢</sup> (١) راجع : د. مصطفى محمد الجمال و د. عبد الحميد محمد الجمال ، القانون والمعاملات ، الدار الجامعية ١٩٨٧م ، من ص ٢٧٨ إلى ص ٢٨٢ .  
- د. سمير عبد السيد تناغو ، مرجع سابق من ص ١٣١ إلى ص ١٤٠ .  
- د. جلال علي العوي ، مرجع سابق من ص ٢٤٧ إلى ص ٢٥١ .  
- د. سليمان مرقي ، مرجع سابق من ص ٤٨٠ إلى ص ٥٠٦ .  
- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق من ص ٥٩١ إلى ص ٦٢٢ .

(٢) وفي تحليل جانب من الفقه الفرنسي لنص هذه المادة التي تحدد للقاضي سبل تكملة العقد راجع :

**V. JOURDAIN (p.) " Le Fondement de l'obligations de sécurité "**  
Gaz. Pal. 1997 , p. 1196

, PICOD (y.) " Articles 1134 et 1135 du code civil " j- cl. Civ, Fasc. 11  
, mise à jour sept. 1999. p. 17.

, GHESTIN (J.) , JAMIN (ch.) et Billiau (M.) : Traité de droit civil  
sous la direction de GHESTIN (J.) Les effets du contrat , 3<sup>e</sup> éd.  
L.G.D.J 2001 , spec. p. 75 .

, LE TOURNEAU (ph.) : Droit de la responsabilité et des contrats ,  
avec la participation GUETTIER ( ch.) , GUIDICELLI (A.)

, KRAJESRI (D.) , JULIEN (J.)

, LEROY (M.) , STOFFEL – MUNCK ( ph.) Coll. Dalloz Action  
2004 , p. 663 .

, CARBONNIER (J.) : Droit civil , T. 4 , les obligations , 22<sup>e</sup> éd.

Renfondu, PUF, Thémis, 2000 , 10<sup>e</sup> éd . L.G.D.J. , 2004 .

- STARCK (B.) , ROLAND (H.) .et BOYER (L.): Droit Civil, Les  
obligations, T. 2, contrat 5<sup>e</sup> éd. . Litec, 1998.

-TERRE (F.) SIMLER (PH.) et IEQUETTE (Y.): Droit Civil, Les  
obligations, 9<sup>e</sup> éd. Précis Dalloz, 2005.

- VINEY (G.) et JPURDAIN (p.) : Traité de droit civil sous la  
direction de GHESTIN (J.) , Les conditions de  
la responsabilité , 2<sup>e</sup> éd. L. G. D. J . 1998 .

– MOULY – GUILLEMAUD (c.): Retour sur l'article 1135 du code  
civil, une nouvelle source du contenu contractuel. L.G.D.J. 2006.

- BÉNABENT (A.) " Droit civil . Les obligations, 10<sup>e</sup> éd.  
Montchrestien. 2005, p 210.

- MALAURIE (ph.) , AYNES (L.) et STOFFEL - MUNCK (ph.) , les  
obligations, Défrenois, 2004, p. 366.

- CARBONNIER (J.) : Droit civil , T. 4 , Les obligations , 22<sup>e</sup> éd.  
Renfondu . PUF , Themis , 2000 , 10<sup>e</sup> éd . L.G.D.J, 2004.

- STARCK (B.) , ROLAND (H.) . et BOYER (L.) : Droit civil , Les  
obligations , T. 2 contrat 6<sup>e</sup> éd. Litec . 1998 .

- TERRE (F.) , SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.) : Droit civil .

- Les obligations . 9<sup>e</sup> ed. Précis Dalloz . 2005 .

-VINEY (G.) et JOURDAIN (p.) Traite de droit civil sous la direction  
de GHESTIN (j.) , Les conditions de la responsabilité , 2<sup>e</sup> ed. L.G. D.  
J. 1998 .

- BLANC – Jouvan (G.): L' après – contrat, Etude à partir du droit de  
la propriété littéraire et artistique, thèse AIX – MARSEILLE, press  
univ. d'AIX – MARSEILLE, 2003.

- GUIDERDONI (B.) Le Forçage du contrat par le juge, thèse dactyl .  
Caen, 2002.



صراحة على ما أوجبه الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ مدني مصري ، وكذلك نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي .

غير أن تفسير العقد يختلف بالضرورة في رأي الفقه من حيث المبدأ عن تحديد مضمون العقد أو تكميل العقد<sup>(١)</sup> .

٦ - وفي سبيل بيان فكرة تكميل العقد نقسم هذا الفصل إلى مبحثين كما يلي:

المبحث الأول : بين تكميل العقد وتفسيره .  
المبحث الثاني : سبيل تكميل العقد .

### المبحث الأول بين تكميل العقد وتفسيره

#### ٧ - تقديم وتقسيم

عالج المشرع سواء في مصر أو في فرنسا مسألة تفسير العقد بمعزل عن مسألة تحديد نطاقه في نصوص قانونية مختلفة<sup>(٢)</sup> ، مما كان له أثرًا في شروح

- PANCRAZI – TIAN (M.E.) : La protection Judiciaire du lien contractuel , presse Univ. d' AIX –Marseille , 1996.

- STOFFEU – munck (PH.) : P'abus dans le contrat , Essai d' Une théorie , pref de Bout (R.) L.G.D.J. , T. 337, 2000 .

- SAVAUX (E.) : Théorie générale du contrat , mythe ou réalité 2 L.G.D.J. 1997.

- ALBIGÉS (CH.):L' équité en droit privé, these Montpellier,L.G.D.J. , tome 329 , 2000 .

- BERTHIAUD (D.): Le Principe d'égalité et le droit civil des contrats, L.G.D.J. 1999.

- JACQUES (PH.) : Regards s l'article (1135) du code civil , Nouvelle Bibliothèque de thèse, Daloz , 2005 .

-GHESTIN (J.): "L'utile et le juste dans les contrats" D.1982, chron.1.

- "La notion de contrat" D. 1990, chron. 149.

١ وعن التمييز بين تفسير العقد وتحديد نطاقه وكيفية تنفيذه " : راجع : أ.د/ عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، بند ٤٠٢ ، ص ٦١٧ و ٦١٨ حيث يقرر سيادته : ( " بأن هناك مسائل ثلاث يجب تمييزها بعضها عن بعض : تفسير العقد وتحديد نطاقه وكيفية تنفيذه . وأول مسألة تعرض من هذه المسائل الثلاث هي تفسير العقد . فإذا فرغ القاضي من التفسير واستخلص النية المشتركة للمتعاقدين ، انتقل إلى تحديد نطاق العقد . فلا يقتصر في هذا التحديد على ما ورد في العقد وفقاً للنية المشتركة للمتعاقدين ، بل يجاوز ذلك إلى ما هو من مستلزمات العقد وفقاً للقانون العرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام . ثم ينتقل القاضي من بعد تفسير العقد وتحديد نطاقه إلى المسألة الثالثة وهي تنفيذ العقد. " ويراجع في نفس المعنى: (جلال على العودي مرجع سابق ، من ص ٢٤٧ إلى ص ٢٥١ .

٢ بالنسبة لتفسير العقد : انظر نص المادة ١٥٠ مدني مصري بصفة أساسية فضلاً عن نص المادة ١٤٩ التي تتعلق بعقد الإذعان والمادة ١٥١ مدني مصري .

الفقه في إتباع ذات النهج عند التصدي لبيان آثار العقد وما يتفرع عنه من بيان قوته الملزمة وصولاً إلى تحديد مضمونه الذي يتفرع إلى مسألتين مختلفتين هما: تفسير العقد وتحديد نطاقه<sup>(١)</sup>.

وإذا كانت مسألة تفسير العقد لم تطرح مشكلات عديدة بسبب غزارة وعمق شروح الفقه لها مما كان سراجاً منيراً للقضاء بحيث يلجأ إليها ويستظل بظلها<sup>(٢)</sup> إلا أن مسألة تكميل العقد أو تحديد نطاقه كانت ومازالت تثير العديد من المشكلات القانونية، ولاسيما في القضاء الفرنسي، من حيث إنشائه لالتزامات جديدة تفرض على عاتق المتعاقدين تحت مسمى مستلزمات العقد، وفقاً لما تقرره نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي، مما كان له صدئ مؤثراً في الفقه الفرنسي الذي بدأ يعاود قراءة نص المادة المذكورة، وهل هي حقاً تحمل كل هذه المعاني التي ترجمها القضاء في صورة التزامات تفرض فرضاً على المتعاقدين، مما أثار جملة من الشكوك حول مصدر القوة الملزمة للعقد، وهل أصبحت المادة المذكورة مصدراً جديداً للالتزام العقدي؟ وما هي الضوابط التي يعتمد عليها القضاء في هذا الصدد؟ ومهما يكن من أمر، فإن عمل القاضي - كما يرى جانب من الفقه - يقوم على التفسير سواء في مرحلة بيان مضمون العقد أو كما يسميها الفقه "تفسير العقد"، أو في مرحلة تحديد نطاقه، أو كما أستحسن تسميتها "تكميل العقد"

بل ويلتجأ القاضي إلى التفسير كذلك عند البحث في تكوين العقد وفي صحته<sup>(٣)</sup>.

---

وفي فرنسا: راجع نصوص المواد من ١١٥٦ إلى ١١٦٣ مدني فرنسي، وكلها تعالج مسألة تفسير العقد عن طريق وضع المبادئ التي تعين القضاء على ذلك. أما بالنسبة لتحديد نطاق العقد فيراجع نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ مدني مصري، وكذلك المادة ٩٥ مدني مصري والمادة ١١٣٥ مدني فرنسي.

١ أنظر على سبيل المثال:

- د. سمير عبد السيد تناغو، نظرية الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون تاريخ نشر من ص ١٣١ إلى ص ١٤٠.

- وأستاذنا الدكتور / نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجملة الجديدة، ٢٠٠٧ من ص ٢٦٤ إلى ص ٢٨٤.

٢ راجع:

V. ATIS (dh.): précis élémentaire de contentieux contractuel. presses universitaires D' AIX - MARSEILLE - PUAM, 2001, n 29,

p. 45

٣ " فالقاضي يستعين بالتفسير لتحديد معنى التعبير عن إرادة كل من " المتعاقدين " حتى يتبين ما إذا كان العقد قد تم تكوينه باتفاق هاتين الإرادتين . "

أولاً : ينطوي الرأي السابق على تعميم وإطلاق للفظة تفسير ، بحيث تقود إلى تفرغ مصطلح " تحديد نطاق العقد " أو " تحديد مضمون العقد " من محتواه الحقيقي .

وكان أثراً لذلك أن استخدم الفقه مصطلح "تحديد نطاق العقد" بطريقتين مختلفتين ، بحيث تعلق الاستخدام الأول بتوظيف هذا المصطلح ليفيد معنى العموم والاستغراق ، كعنوان جامع مانع ، تم تفرغه بعد ذلك إلى مسألتين مختلفتين تمام الاختلاف وهما :

وهكذا ، تم توظيف ذات المصطلح ليفيد معنى الخصوصية ، ليقال تحت هذا العنوان - على سبيل المثال - بأنه " إذا فرغ القاضي من تفسير العقد ( ..... ) وتيسر له بذلك أن يستخلص الإرادة المشتركة للمتعاقدين ، فإنه ينتقل بعد ذلك إلى تحديد نطاق العقد ، ويراد بهذا تحديد آثار العقد ، أي بيان الالتزامات التي تترتب على العقد ، في نمة كل من المتعاقدين " (١) .

ثانياً: أستحسن استخدام مصطلح "تفسير العقد" فيما يتعلق بالمرحلة الأولى التي يقوم بها القضاء ، أم في المرحلة التالية لذلك فيبقى مصطلح " تكميل العقد" (٢) أو "تكملة العقد" (٣) هو أكثر المصطلحات دقة للدلالة على المعنى المراد هذا من جانب .

ومن جانب آخر ، فإن التباين ما بين المرحتين ليس له دلالة على المستوي اللفظي فقط ، وإنما من الوجهة الموضوعية كذلك ، ذلك أن عمل القاضي في المرحلة الأولى " تفسير العقد " يقتصر على البحث عن إرادة كل من طرفي العقد ، ومقصد كل منهما من إبرامه ، فالغاية من التفسير إذن هي الكشف عن مقاصد كل من طرفي العقد وتحديدتها في ضوء ما قع اتفاقهما عليه ، وكما هو شائع القول بتحديد ما انصرفت إليه نية المتعاقدين المشتركة .

أما في مرحلة تكميل العقد فإن عمل القاضي ليس تفسيراً قط ، وإنما يقوم بالبحث كعملية منطقية لإنشاء التزامات جديدة يوجد بينها وبين طبيعة الالتزام

" ويستعين به أخيراً لتحديد مضمون العقد الذي يجب تنفيذه .... ومن هذا يتضح أن عمل القاضي في هذه المراحل الثلاثة يقوم على التفسير . "

نقلاً عن أ.د/ عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٧٤ فقرة رقم : ٢٦ ، ص ٣٧٧ .

١ نقلاً عن : د/ عبد المنعم فرج الصدة ، مرجع سابق بند ٢٩٨ ، ص ٣٨٧ .

٢ راجع في استخدام هذا المصطلح "د. جلال على العنوي ، مرجع سابق، ص ٢٥٠

٣ ( أنظر في استخدام هذا المصطلح: د. سمير عبد السيد تاسغو، مرجع سابق، بند

١٢٤، ص ١٣٨

في العقد ترابط منطقي ، وهو بذلك يؤدي دوراً منشئاً نتج عنه في تطبيقات القضاء الفرنسي جملة من الالتزامات العقدية المستحدثة ، ولا يقال في هذا الصدد بأن القاضي عندئذ يفسر العقد<sup>(١)</sup> . ذلك أنه انتقل من مسألة التفسير التي وقفت عند حدود قصد كل من المتعاقدين كمسألة تقريرية فقط ، لينتقل بعد ذلك إلى مرحلة الإنشاء لا مجرد التقرير ، ذلك أن الغرض في هذه المرحلة هو غياب دور الإرادة ، ومن ثم ربما يكون صائباً القول بأن القاضي عندئذ ينشئ محتوى العقد أي يستكمله، ومن ثم ، فإن مصطلح " نطاق العقد " - على سبيل العمومية والاستغراق - ينبغي تحديده كي يتسنى تنفيذ العقد .

٩ - وفي سبيل هذا التحديد يؤدي القضاء دوره في مرحلتين متتابعتين مختلفتين وهما :

- مرحلة تفسير العقد .

- مرحلة تكميل العقد .

ونقسم الدراسة كما يلي :

المطلب الأول : التعريف بتفسير العقد .

المطلب الثاني : ماهية تكميل العقد .

## المطلب الأول

### التعريف بتفسير العقد

١٠ - بدعوة لا تثور أية إشكالية بصدد مضمون العقد متى كانت إرادتا عقائديه المشتركة صريحتين واضحتين في بيان الالتزامات التي يرتبها العقد بينهما ، بحيث يحتوي هذا المضمون كل آثار العقد وكل مستلزماته<sup>(٢)</sup> وفي إطار الإرادة

<sup>1</sup> قارن

" رغم أن جانباً هماً من الفقه الفرنسي يستخدم مصطلح " التفسير الموضوعي أو المنشئ عند بحث تكميل القاضي للعقد "

"L' interpretation objective ou constitutive du contrat ...."

V. GHESTIN (J.), JAMIN (CH.) et BILLIAU (M.): Traité De droit civil, "Les effets du contrats" 2 e éd. L.G. D.J.1994 , n° 49, p. 59

<sup>2</sup> ولفظي بأنه : " لقاضي الموضوع أن يتحرى نية العقائدين من أي طريق يراه ، وليس عليه أن يرجع في ذلك إلى العرف إلا إذا كان القانون لا يوجد فيه نص يحكم العقد ، أو كان العقد ليس فيه ما يكشف عن قصد المتعاقدين منه ، أو كان ذلك مبهماً فيه ، فإذا كانت محكمة الموضوع قد حصلت من فهما للواقع تحصيلاً سائماً أن العقائدين قد قصداً من اتفاقهما أن يكون الاحتكام فيما يختلفان فيه إلى ما نص عليه في التعاقّد ، وكان التعاقّد جلياً في ذلك ،

العامّة للقانون . وهذا المضمون الواضح للعقد يجعل مسألة تفسيره أمراً لا لزوم له ، ذلك أن تعبير كل من المتعاقدين عن إرادته في ضوء ما وقع اتفاقهما عليه أمراً جامعاً مانعاً ومعبراً بوضوح عن مقاصد كل منهما (١) .

وليس فيه مساس بالنظام العام ، ثم أجرت حكمها بمقتضى ذلك على النزاع القائم بين طرفي العقد ، فلا غبار على قضائها ولا سبيل لمحكمة النقض عليه " راجع: (نقض ١٩٤٠/٣/٢٨ ج ٢، س ٢٥، ص ٨٤٧) ومنشور في موسوعة أحكام ومبادئ النقض في القانون المدني ، الجزء الثاني ، ص ٦٨٥ ، من إعداد / خالد شهاب المحامي بالنقض ) سنة ٢٠٠٨ .

وقضني كذلك بأنه: ("إذا كان يتضح - وفقاً لنص الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ من القانون المدني المصري - من عقد الإيجار أو الاتفاق اللاحق انصراف إرادة الطرفين إلى أن الزيادة " يُقصدُ الزيادة في مقابل الإيجار " هي مقابل التحسينات المستجدة في هذه الحالة يتعين على القاضي أن ينزل حكم العقد كما يذعن لحكم القانون ، وأن يعتبر العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يملك أن يعدل مضمونه أو يعرض لتقويم هذه التحسينات متى استبان له أن الاتفاق له سمة الجدية وخلا من شبهة التحليل على أحكام القانون" راجع (نقض ١٩٧٧/٢/١٦ س ٢٨، ص ٤٦٨) ومشار إليه في موسوعة أحكام ومبادئ النقض ... المرجع السابق ، ص ٦٧٦ .<sup>١</sup> وقضني بأنه " .... إذا توافرت في العقد أركانه من تراضي ومحل وسبب ، فإنه يقع صحيحاً وتترتب عليه آثاره القانونية التي اتجهت إليها إرادة المتعاقدين ما لم يكن القانون قد نص على البطلان جزاء لاعتبارات عامة تتعلق بها مصلحة الجماعة استثناء من مبدأ سلطان الإرادة ، ويتعين في هذه الحالات المستثناء مراعاة الحدود والقيود التي نص عليها القانون وعدم التوسع في التفسير."

راجع: "الطعن ٤٨٨ لسنة ٥٧ ق في جلسة ١٩٩٠/٦/٢٨" ، ص ٦٨٣ و٦٨٤ من المرجع السابق .

وفي القانون المصري : " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف عن إرادة المتعاقدين " م ١/١٥٠ مني مصري.

\* ودلالة لفظة "الانحراف" المنهي عنه في سياق هذا النص هو عدم تغيير عبارات المتعاقدين الواضحة وصرفها عن معانيها ... وفي القرآن الكريم: ("يُحرفون الكلم عن مواضعه") ... راجع المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم ، سنة ١٩٩٢ م ، ص ١٤٥ .

\*\* وجاء في الفقه القانوني بأنه (..وقد سمي النص تفسير التعبير الواضح "انحرافاً" للدلالة على حرصه على الالتزام بمقاصد المتعاقدين إذا كان التعبير عنها واضحاً لا لبس فيه). راجع: أستاذنا الدكتور / جميل الشرفاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩١، ص ٤٠١ .

وفي القانون الفرنسي : توجد مبادئ لتفسير العقد تضمنتها نصوص المواد من ١١٥٦ إلى ١١٦٣ ونذكر منها على سبيل المثال ، نص المادة ١١٥٦ التي نستنتج منها أن تفسير العقد لا يتم بالكشف عن نية كل متعاقد على حده ، بل يجب أن يكون من طريق تحديد مقاصد كل من طرفي العقد دونما التقيّد بالمعنى الحرفي للألفاظ ... وفي ذلك تقرّر المادة المذكور أنه " يجب البحث في الاتفاقية " أي العقود" عما كانت عليه نية المتعاقدين المشتركة بدلاً من التوقف عند المعنى الحرفي للألفاظ ( أو التعابير ) .

"V. Art. 1156: On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune Intention des parties contractantes, plutôt que s'arrêter au sens littéral des termes." =

وفي تعليقه على موقف القضاء الفرنسي يري BÉNABENT أن المادة ١١٣٤ مدني فرنسي في فقرتها الثالثة تفرض التنفيذ العقدي "بحسن نية" ورغم ذلك ترجع إليها محكمة النقض الفرنسية صراحة بشأن "الالتزام بالإعلام" L'obligation de renseignement وهو بدون شك التزام تكميلي لا علاقة له بتنفيذ العقد أو إرادة المتعاقدين مما يستنتج منه أن قضاء النقض يمارس في هذا الشأن رقابة على مفهوم سوء النية<sup>(١)</sup>.

وفي إطار خلط القضاء الفرنسي بين تفسير العقد وتكميله ، أنشأ هذا القضاء الالتزام بالتعاون والالتزام بالحيطه على سبيل عدم الوضوح من طريق استناده إلى نص الفقرة الثالثة من المادة ١١٣٤ مدني فرنسي ، رغم أن هذا النص يتعلق بالتنفيذ العقدي الذي يفرض على كل من الطرفين المتعاقدين - كما يقرر BÉNABENT وبحق - أي على المدين والدائن كالتزام عقدي أصيل مهما تم تطويعه ضمن بنود عقدية مختلفة<sup>(٢)</sup>.

ومهما يكن من أمر فإن عدم لزوم التفسير لا يعني أن العبارات الواضحة في العقد لا يمكن أن تكون محلاً للتفسير ، فقد تستدعي ظروف الدعوى وواقعها الحاجة إلى تفسير هذه العبارات الواضحة لاسيما وأن وضوح العبارات قد لا ينبئ عن حقيقة الإرادات ، وعندئذ تبسط محكمة النقض رقابتها على محكمة الموضوع من طريق رقابة أسباب الحكم<sup>(٣)</sup>.

---

= ومن الواضح من عبارات هذا النص القانوني أنه جاء في صياغة تقريرية ، فهو ليس من طبيعة قانونية أمره .

أنظر في تطبيقات هذا النص :

V. Cass. Civ. 1, 19 déc. 1995 RTD civ. 1996. 611, obs. Mestre., Cass. Civ. 1, n° 81, cass. Com. 19 Janv. 1981 ibid. IV n° 34.

V. BÉNABENT (A.): Droit Civil, Les obligation, 8 éd. راجع: 1  
MONTCHRESTIEN, 2001, n° 286, p. 218.

V. BÉNABENT (A.): op. cit., n° 285, p. 216. راجع: 2

<sup>3</sup> راجع: د. عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق بند ٣٩١ و ٣٩٢ ، من ص ٦٠١ إلى ص ٦٠٤ . وكذلك د. جميل الشراوي ، مرجع سابق من ص ٤٠٠ إلى ص ٤٠٤ .

وقد قضيتُ بأن " مفاد نص المادة ١٥٠ من القانون المدني أنه متى كانت عبارة العقد واضحة في إفادة المعنى المقصود منها ، فإنها تعد بذلك تعبيراً صادقاً عن إرادة المتعاقدين المشتركة ، فلا يجوز الانحراف عن هذا التعبير لاستقصاء ما أراده المتعاقدون عن طريق التفسير أو التؤول إلا أن المقصود بالوضوح في هذا المقام - وعلى ما جرى به قضاء النقض - هو وضوح الإرادة وليس وضوح اللفظ فقد يكون اللفظ واضحاً في ذاته ، ومع ذلك يظهر أن المتعاقدين لم يحسنوا اختياره للتعبير عن حقيقة قصدهم ، ففي هذه الحالة لا يأخذ القاضي بالمعنى الواضح في اللفظ بل يجب عليه أن يعدل عنه إلى المعنى الذي قصد إليه المتعاقدين متى قام أمامه من ظروف الدعوى ما يبرر ذلك لأن الإرادة الحقيقية - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني في شأن هذه المادة- هي مرجع ما يرتب التعاقد =

أما في حالة عدم وضوح مضمون العقد ، والذي ينتج بالضرورة عن غموض التعبير عن الإرادة من جانب أحد المتعاقدين أو كليهما ، بحيث تكون مقاصد كل منهما مبهمّة في خصوص ما وقع اتفاقهما عليه ، فعندئذ يكون ثمة وجه لتفسير هذا العقد ابتغاء تحديد مضمونه .

ونحيل إلى شروح الفقه بصدد الضوابط الواجب إتباعها في هذه المسألة <sup>(١)</sup> .  
١١ - ونكتفي هنا بذكر مبادئ تفسير العقد كما تصورها المشرع الفرنسي وضمناها في نصوص المواد من رقم ١١٥٦ إلى رقم ١١٦٣ وهي على الترتيب كما يلي :

أولاً: وقتما يحتمل أحد بنود العقد معنيين يجب عندئذ فهم المعنى الذي يمكن أن يكون له أثراً " بحسب مادة العقد " بدلا من المعنى الذي لا يمكن أن ينتج أي أثر <sup>(٢)</sup> .

ثانياً: وفي العبارات التي تحتمل معنيين ينبغي الأخذ بالمعنى الذي يكون أكثر ملاءمة لمادة العقد <sup>(٣)</sup> .

---

= من آثار (راجع طعن رقم ٥٥٢٧ س ٦١ ق، جلسة ١٩٩٨/١/٨، وكذلك طعن رقم ٥١٦١ سنة ٦٥ ق ، جلسة ١٩٩٦/٤/٢٤) ومشار إليهما عند /محمد كمال عبد العزيز ، التقنين المدني في ضوء الفقه والقضاء ، مصادر الالتزام ، سنة ٢٠٠٣ ، الطبعة الثالثة ، إصدار نقابة محامين الجيزة ، ص ٩٩٩ وما بعدها .

غير أن القاضي ملزم - وعلى ما قضت به محكمة النقض - بعدم الانحراف عن معنى عبارة المتعلقين الواضحة تحت سنار التفسير، وأن انحرافه عن مؤداها الواضح إلى معنى آخر يغير ظاهرها دون بيان أسباب هذا المسلك يعد تحريفاً ومسحاً وتشويهاً للعبارات الواضحة ويخضع في ذلك لرقبة محكمة النقض .

راجع: طعن رقم ٣١٧٧ س ٦١ ق جلسة ١٩٩٨/٢/١٤ وطعن رقم ٢٥٣ لسنة ٥٦ ق، جلسة ١٩٩٤/١٢/١٢ . وطعن رقم ٣٣٢٧ لسنة ٥٤ ق، جلسة ١٩٨٩/٦/١٦) ولمراجعة هذه الطعون، أنظر: /محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، من ص ١٠٠٢ وما بعدها.

<sup>١</sup> أنظر على سبيل المثال : استأنا الدكتور نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق ، من ص ٢٦٤ إلى ص ٢٦٩ .

- د. سليمان مرقس، مرجع سابق ، من ص ٤٨٠ إلى ص ٥٠٢ .
- د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، من ص ٥٩١ إلى ص ٦١٧ .
- د. عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق من ص ٤٩٨ إلى ص ٥١١ .
- د. سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق من ص ١٣١ إلى ص ١٣٨ .
- د. جلال علي العديوي، مرجع سابق، من ص ٢٤٧ إلى ص ٢٥٠ .
- د. منصور مصطفى منصور و د. جلال محمد إبراهيم ، النظرية العامة للالتزام، القسم الأول ، مصادر الالتزام ، طبعة سنة ٢٠٠٢/٢٠٠١ ، من ص ٢٥١ إلى ص ٢٥٦ .

<sup>٢</sup> راجع نص المادة ١١٥٧ مدني فرنسي كما يلي: -

("Lorsqu' une Clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n' en pourrait produire aucun")

ثالثاً: يُفسرُ ما هو غامض أو "متلبس" وفقاً للعرف في مكان أو "بلد" العقد<sup>(٢)</sup>.  
 رابعاً: يجب تحديد مضمون العقد وفقاً للعرف الجاري كما هو ، ولو لم يكن معبراً عنه في العقد<sup>(٣)</sup>.  
 خامساً: يُفسرُ جميع بنود العقد بعضها بالنسبة للبعض الآخر ، مع تخويل كل بند المعنى الناجم عن العقد بكامله<sup>(٤)</sup>.  
 سادساً: يُفسر العقد في حالة الشك ضد من اشترط بنوده ولمصلحة المدين<sup>(٥)</sup>.  
 سابعاً: مهما كانت عبارات العقد عامة فهي لا تتضمن سوى الأشياء التي انصرفت إليها نية المتعاقدين وقصد التعاقد من أجلها<sup>(٦)</sup>.  
 وفي ضوء ما ينتهي إليه القاضي في تفسيره لإرادة المتعاقدين يضطلع بعد ذلك بتكثيف العقد ، وذلك لتحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على العقد<sup>(٧)</sup> ومسألة التكثيف من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض<sup>(٨)</sup>.

- 1 راجع نص المادة ١١٥٨ من قانون فرنسي ونصها كما يلي :-  
 ("Les termes susceptibles le deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la matière du contrat")
- 2 انظر نص المادة ١١٥٩ من قانون فرنسي كما يلي :  
 ("Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays au le contra est passé")
- 3 راجع نص المادة ١١٦٠ من قانون فرنسي كما يلي :  
 ("On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d' usage quoiqu ' elles n'y soient pas exprimées. ")
- 4 راجع نص المادة ١١٦١ من قانون فرنسي كما يلي :-  
 ("Toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres en donnant à chacune le sens qui résulte de l' acte entier")
- 5 راجع نص المادة ١١٦٢ من قانون فرنسي كما يلي :  
 ("Dans le doute, la convention s' interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l' obligation")
- 6 انظر نص المادة ١١٦٣ من قانون فرنسي كما يلي :-  
 ("Quelque généraux que soient les termes dans lesquels une convention est coçue, elle ne comprend que les choses sur lesquelles il paraît que les parties se sont proposé de contracter.")
- 7 راجع أستاذنا أ.د/ نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق من ص ٢٦٧ على ص ٢٨٢.  
 مع مراعاة ما يقرره سيادته في ص ٢٦٨ من أن "قانون العقود يشتمل على ثلاث تنظيمات متتابعة تنطلق من العمومية إلى الخصوصية: النظرية العامة للعقد، القواعد الخاصة بالعقود المسماة والتي تنظم كل عقد على حده، العقد الفردي الذي يتحدد محتواه بإرادة أطرافه، وهذا العقد قد يطابق في عناصره الجوهرية عقداً من العقود المسماة وقد لا يطابق أي منها".
- 8 وقفتي بأن " المنطق في تكثيف العقد هو بما عناه المتعاقدان دون اعتداد بما أطلقاه عليه من تسمية، متى تبين أن هذه الأوصاف تخالف حقيقة التعاقد وقصد المتعاقدين . =



## ١٢ - تحليل ماهية التفسير :

أولا :نبداً بما قرره أحكام القضاء من أن " تفسير عبارات العقد من سلطة محكمة الموضوع ، ويشترط لذلك عدم خروجها في التفسير عن المعنى الذي تحتمله عبارات العقد ولا عن المعنى الظاهر لها (١) . وعلى القاضي أن يلتزم بعبارات العقد الواضحة باعتبارها تعبيراً صادقاً عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين ، فلا يجوز الانحراف عنها بدعوى تفسيرها (٢) .

ونستنتج من ذلك - وكما هو ثابت ومستقر عليه قانوناً وتطبيقاً - أن تفسير العقد يفرض على القاضي أن يولي وجهة شطر إرادة المتعاقدين المشتركة ونستعير هنا ما قرره جانب من الفقه الفرنسي من أن تفسير العقد ذو طبيعة جامدة أو " إستاتيكية " (٣)

أما تكميل العقد فيبحث القاضي على وضع العقد بعد تفسيره وتكييفه في محيطه الموضوعي العلم ، ثم التدبير في طبيعة الالتزام وأحكام القوانين المكملة والعرف والعدالة ليحاول أن يكمله ، بأن يضيف إليه ما هو من مستلزماته ، ومن ثم فإن دور القاضي هنا ليس تفسيراً ، بل هو استخدام كل المقدمات التي ارتضاها المشرع لضبط ماهية مستلزمات العقد ، وذلك بطريقة مرنة أو "ديناميكية" .

ثانياً :لا جرم أن بحث القاضي في أثناء تفسيره للعقد عن مقاصد كل من طرفي العقد المشتركة في ضوء ما وقع عليه اتفاقهما لا يتعامل مع بحثه عن قصد

---

= وإن كان تعرف هذا القصد من سلطة محكمة الموضوع وصول منها لتكييف وإتزال حكم القانون على العقد هو من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة محكمة النقض (٤)

راجع : طعن رقم ١٩٥٢ ، لسنة ٤٥ ق ، جلسة ١٠١٩٨٥/٣٠ مشار إليه في مرجع . أ / محمد كمال عبد العزيز ، مرجع سابق ، ص ٩٨٧ . وفي نفس المعنى راجع : الطعن رقم ٣٥٩٠ ، سنة ٦٠ ق ، جلسة ١٩٩٤/١٢/٢٥ ، والطعن رقم ٤٧٦٦ ، سنة ٦١ ق ، جلسة ١٩٩٢/٢/١ ، وطعن رقم ١٠١٢ ، سنة ٥٤ ق ، جلسة ١٩٩١/٦/١٢ ومشار إليها في المرجع السابق : ص ٩٩٠ وما بعدها .

١ راجع : الطعن رقم ١٣٤١ سنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٨/٢/١٥ ، وكذلك الطعن رقم ٤٠٩٦ سنة ٦٠ ق ، جلسة ١٩٩٦/٣/١٧ .. مرجع أ / محمد كمال عبد العزيز ، للمرجع السابق ، ص ٩٩٦ وما بعدها .

٢ راجع : الطعن رقم ٢٤٨ سنة ٥٤ ق ، جلسة ١٩٩٠/١/٤ ، وكذلك الطعن رقم ١٦٤٩ ، سنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٤/١١/٢٦ ... ومشار إلى هذين الطعنين في مرجع أ / محمد كمال عبد العزيز المرجع السابق ، ص ١٠٠٢ وما بعدها .

٣ راجع :

V. LARROUMET (CH.) "Droit Civil, Les obligations, T. 31<sup>o</sup> Partie, éd. 1986, ECONOMICA, n° 141, p. 132

المشروع وقتما أحال القاضي في مسألة تكميل العقد إلى طبيعة الالتزام في ضوء أحكام القانون المكمل والعرف والعدالة ، ذلك أن البحث عن إرادة المشرع وإن كانت عملية بسيطة التركيب ، إلا أن ملول عبارة " مستلزمات العقد " في غاية الثراء ، ومن ثم فلا مناص من وجوب تحليل دور القاضي وهو بصدد تكميله للعقد.

أما عندما يقوم القاضي بتفسير العقد فهو وإن كانت الإرادة التعاقدية مركبة ، من إرادتين أو أكثر ، إلا أن هذا التركيب يحدده مقاصد كل من طرفي العقد المشتركة ، وفي ضوء ما وقع اتفاقهما عليه ..

ثالثا: إن من تبعات تكريس مبدأ سلطان الإرادة كميراث للماضي وإن كان قد جعل من العقد قانون المتعاقدين إلا أنه من الصعوبة بمكان القول بأن تحديد نطاق العقد هو تفسيره وتكاملته في آن واحد من طريق التفسير . ذلك أن تفسير العقد كاستجابة لأنه قانون المتعاقدين - لا ينصرف عن مقاصد المتعاقدين المشتركة في ضوء ما وقع اتفاقهما عليه ، في حين أن عملية تكميل العقد - وكما سنلاحظ لاحقا - تتعلق بطريقة موضوعية عادلة بمستلزمات العقد بغية تحقيق التوازن القانوني في العقد ، ولا شأن لذلك - على خلاف في الرأي - بإرادة المتعاقدين المشتركة في كل السبل التي قررها المشرع للوصول إلى هذه المستلزمات .

### المطلب الثاني

#### ماهية تكميل العقد

١٣ - من منطلق أن تكميل العقد يختلف عن تفسيره فإن المشرع قد أفرد لتكميل العقد نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ مندي مصري التي تبين أن إلزام العقد لا يقتصر على ما تبين من تفسير لهذا العقد وفق ما قصدت إليه الإرادة المشتركة لطرفيه وإنما يشتمل أيضا ما يعد من مقتضيات العقد أو مستلزماته<sup>(١)</sup> .

<sup>١</sup> راجع نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ مندي مصري . وانظر كذلك : د. جميل الشرفلوي ، مرجع سابق ص ٤٠٧ و ٤٠٨ .  
ويقال في هذا الصدد : " القاعدة في هذا الشأن أن العقد يمتد أثره ليلزم بكل ما هو من مستلزمته فوق ما ورد فيه " .  
راجع في هذه الفكرة : د. مصطفى محمد الجمال و د. عبد الحميد محمد الجمال ، مرجع سابق ، بند ٩٧ ، ص ٢٨١ .

ولا مجال لتكميل عقد ، قد تم واكتمل من جانب طرفيه ، بمعنى أن الحاجة إلى استكمال العقد لا تنشأ إلا عند وجود نقص في مضمون العقد يفرض الترابط المنطقي - بين طبيعة الالتزام الأساسي في العقد وما ينشئه القاضي من التزام - وجوبه .

فإذا اتجهت إرادة المتعاقدين إلى الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية والتفصيلية بما فيها مستلزمات العقد، بأن رسما بينود عقدهما صورة كاملة لحقوق والتزامات كل منهما، فهما بذلك قد استكما بإرادتهما المشتركة العقد، ولا مجال للنقصان فيه، ولم ينشأ خلاف بينهما من أي نوع، عندئذ لا يبقى بعد تمام العقد بينهما إلا تنفيذه (١) .

غير أن مسألة تكميل العقد قد أثارت العديد من المشكلات القانونية في تطبيقات القضاء الفرنسي. فقد أزدهر دور القضاء المنشئ لجملة من الالتزامات، بحيث اتسع نطاق تكميل العقد فيما وراء ما كان يحسبه المتعاقدون، وعلى سبيل المثال ، تكميل جملة من العقود بالالتزام بضمان السلامة كمستلزم لطبيعة الالتزام الأصلي فيها، كعقد المقاوله في كافة تطبيقاته المتنوعة، والعقود المبرمة مع وكالات السفر، وعقد النزول في الفندق، والعقد الطبي، وعقد تعلم الألعاب الرياضية ... الخ .... (٢) .

وفي قراءة لنص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي التي تتعلق بتكميل العقد - والتي تطابق نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ مدني مصري - يمكننا القول بأن القضاة في فرنسا قد تجاوزوا النطاق الحقيقي لها ، واختلقوا لأنفسهم من طريق الاستدلال والتفكير المنطقي سلطات تمثلت في إنشاء التزامات جديدة

\*\* ومن قبيل تكميل العقد وفقا للنص التشريعي راجع كذلك المادة ٩٥ من القانون المدني المصري .

\*\* وفي القانون الفرنسي ، راجع نص المادة ١١٣٥ من التقنين المدني الفرنسي .

١ ومن الأمثلة على استكمال مضمون العقد بتحديد مسأله التفصيلية وإضافة ما هو من مستلزماته ، ما نصت عليه المادة ٤٣٢ من القانون المدني من أنه يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع ، وكل ما أعد بصفة دائمة لاستكمال هذا الشيء، وذلك طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين .

وما نصت عليه المادة ٤٦٣ : مدني مصري من أنه " إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكاناً أو زمناً لتسليم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع، وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن .

٢ وسوف نعرض لاحقاً للتطبيقات القضائية بمزيد من التحليل لفكرة مستلزمات العقد كما طبقها القضاء الفرنسي .... ومهما يكن من أمر فيمكن مراجعة ذلك كما يلي :-

V. MOULY - GUILLEMAUD (C.):

Retour sur l'article 1135 du code civil, une nouvelle source du contenu contractuel, L. G. D. J, 2006.p.36 7 à p.491.

على عاتق الأطراف المتعاقدة تحت مسمى مستلزمات العقد ووفق طبيعة الالتزام<sup>(١)</sup>.

وتكمن مبررات هذا المسلك القضائي في نصوص القانون ذاتها ، فالمتدبر لتعريف المشرع - كما يقرر البعض وبحق - لأي عقد من العقود ، يجد بأن المشرع قد كرس كل جهده في تعداد للالتزامات التي تترتب على عاتق كل طرف في العقد ، دونما بيان أو إظهار للوحدة العقدية ككل ، أو للرابط المنطقي الذي يُظهر وحدة الكيان العقدي ، ومن ثم أصبح العقد هو مجموع أو " حاصل جمع " التزامات متميزة ومتفرقة<sup>(٢)</sup> ومع ذلك فالعقد ليس فقط مجموعة الالتزامات التي ستكون متميزة ومتفرقة .

ولعل هذا الموقف القضائي كان الباعث الدافع إلى أن يتبنى البعض فكرة العناصر المنشئة للمحتوى العقدي ، كضابط يجب على القضاء الفرنسي أن يحتكم إليه دائما ساعة تكمله لأي عقد من العقود<sup>(٣)</sup>.

وهذا الرأي قد خلط في اعتقادي بين تفسير العقد وتكميله ، ذلك أنه التمس سبيلا إلى ذلك من طريق وجوب رجوع القاضي إلى جملة من العناصر الأساسية وهي على الترتيب، "الكتابة العقدية"<sup>(٤)</sup> و "المستندات التكميلية"<sup>(٥)</sup>

1 راجع في هذا المعنى :

V. ATIAS ( Ch.): Droit civil, précis élémentaire de contentieux contractuel 2001, P U A M , n°29, p 45 et 46 qui disait: " L' article 1135 du code civil a probablement plus de portée dans les raisonnements; la conviction des juges notamment se forge bien souvent par référence à la situation normal des parties, à la nature de l' opérations convenue, à ce qu'elle implique ordinairement

2 انظر في هذه الفكرة :

V. ATIAS (ch.): op. cit , p.46

Qui disait: " Les rédacteurs du code civil, suivant en cela une tradition déjà bien établie, ont adopté une définition du contrat qu'il faudrait qualifier d'élémentaire; elle juxtapose des obligations distinctes, sans en déceler toujours l' unité. Pourtant, le contrat n'est pas seulement la somme. d'obligations qui seraient distinctes et dissociables.

3 صاحب هذا الرأي هو الأستاذ : ATIAS

V. ATIAS (ch.): op. cit. n°2 31 à 37 pp. 47 à 56. 5

4 L' écrit contractuel "

5 " Les documents " complémentaires

سواء تعلقت بالعقد وهو في طور المفاوضات العقدية أو بما سبق ذلك من مستندات إعلانية ، تم أخيراً " بالملحقات غير المكتوبة " (١).

١٤ - تعقيب

تكنم - في رأينا - القيمة القانونية للرأي السابق في ضبط عاملين فقط من جملة العوامل أو العناصر التي تعين القاضي على استكمال العقد أو تحديد نطقه، وهما: القوانين التكميلية والعرف لأن نطق تفعيل القوانين التكميلية يتحدد وقتما يترك المتعاقدان المسائل التفصيلية دون تحديد، وعندئذ تكون هذه القوانين معياراً يساعد القاضي على تكميل العقد ، وعندئذ يمكنه الرجوع إلى مرحلة المفاوضات التي سبقت ومهدت للكتابة العقدية شريطة أن تكون ممكنة الإثبات ، وبالضرورة سيساعد ذلك القاضي كثيراً على استكمال العقد وفقاً للوصف القانوني الذي قصدت إليه الإرادات المتعاقدة ، وربما بإنزال القاضي لواقع هذه المستندات العقدية على بنود العقد يتبين له أن المحتوى العقدي واضح وتم ولا يحتاج إلى تكميل (٢) هذا من جانب.

ومن جانب آخر ، فإن مساهمة العرف في تكميل العقد يظهر بشكل خاص في المسائل التجارية والمعاملات البحرية ، وهو يجري مجرى القانون ويتصل به فكرة الشروط المألوفة أو المعتادة ، والطبيعي أن تضاف هذه الشروط مثلاً إلى العقد دونما حاجة إلى النص عليها في بنود العقد ، وقد يتضح من المستندات العقدية وفق معناها الشامل أن المتعاقدين قد وقع اتفاقهما على غير ما تقتضيه هذه الشروط المألوفة أو المعتادة .

ومن ثم ، يمكن أن تسهم الضوابط التي قررها هذا الرأي في تحديد المضمون الحقيقي للعقد ، وتعين القاضي على تكميله أو تخفي عن القاضي مهمة استكمال العقد.

١٥ - بيان: ورغم محاولتنا في العثور على تبرير لهذا المنطق ، إلا أنه يبقى في اعتقادي أن فكرتي القوانين المكملة والعرف نقطتا تماس ما بين تفسير العقد وتكميله ذلك أن هذه المستندات العقدية ما هي إلا نتاج إرادتي المتعاقدين وقصدهما المشترك ، مما يعني أننا عندئذ نكون بصدد تفسير للعقد لا تكميله .

1 Les complements non écrit

2 راجع :

V. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 21 juin 1967, Bull. Civ. 1, n°. 231.

; Cass. Com. 9 juin 1980, Bull. Civ. 1v, n°. 251.

; V. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 juillet 1996, Bull. Civ. 1, n°. 287.

; V. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 21 mars 1990 , Bull. Civ. 111, n°. 84.

## المبحث الثاني سبل تكميل العقد

### ١٦ - النصوص القانونية

تنص المادة ٢/١٤٨ من مدي مصرى على أن: "لا يقتصر العقد على إلتزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام".

ويرتبط بذلك ما قرره المادة ٩٥ من مدي مصرى من أنه: "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، اعتبر العقد قد تم . وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تقضى فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة." وفي القانون الفرنسى : تنص المادة ١١٣٥ من مدي فرنسى على أنه : ("لا تلزم الاتفاقيات "أي العقود" بما تم العبير عنه وحسب، وإنما أيضا بما هو من مستلزماته وفقا للعدالة والعرف أو القانون ووفقا لطبيعة الإلتزام.")

### ١٧ - تحديد

بداية ، ينبغى ملاحظة أن ترتيب المشرع للمصادر التي يستقي منها القاضى قراره بتكميل العقد لا يحمل طابع الإلتزام ، فالترتيب ذو طابع تقريرى. وهذه المصادر هي: القانون في أحكامه التكميلية، والعرف والعدالة<sup>(١)</sup>. ويقرر جانب من الفقه أنه: " يمكن الإلتجاء في القانون المصرى إلى مبادئ الشريعة الإسلامية قبل الإلتجاء إلى قواعد العدالة والقانون الطبيعى - رغم عدم نص المشرع على ذلك بصدد تكملة العقد - على أساس أنها مصدر من مصادر القانون المصرى بصفة عامة ورد ترتيبه بعد العرف"<sup>(٢)</sup>.

<sup>١</sup> راجع : د. نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق من ص ٢٨٢ إلى ص ٢٨٤ .  
- د. سليمان مرقص ، مرجع سابق من ص ٥٠٢ إلى ص ٥٠٦ .  
- د. سمير عبد السيد تناغو ، مرجع سابق من ص ١٢٨ إلى ص ١٤٠ .  
- د. عبد الرزاق السنهورى ، مرجع سابق ، بند ٤٠٣ ص ٦١٨ و ٦١٩ .  
- د. عبد الفتاح عبد الباقي ، مرجع سابق ، من ص ٥١٢ إلى ص ٥١٤ .  
٢ راجع: د. مصطفى محمد الجمال و د. عبد الحميد محمد الجمال، مرجع سابق، بند ٩٧، ص ٢٨٢.

ويذكر جانب آخر من الفقه بأن ما ذكره القانون من عوامل يسترشد بها القاضي في تحديد نطاق العقد " أي تكملته " لم يرد على سبيل الحصر ، ومن ثم يضيف إلى العرف ، "الشروط المألوفة " clauses de style " ؟؟؟  
١٨ - وفي رأينا: أن طبيعة الالتزام ليست عاملا من العوامل الموضوعية التي يسترشد بها القضاء في تكميله للعقد ، ولكنها بمثابة الدستور الذي تستظل بظله العناصر التي ذكرها المشرع وهي: القانون في أحكامه التكميلية والعرف والعدالة.

فطبيعة الالتزام هي الضابط الأساسي والوحيد فيما يقرره القاضي من التزامات ليكمل بها العقد .

وهي كذلك الضابط الرقابي القانوني لعمل القاضي وهو بصدد تكميل العقد. فإن توافق تقرير القاضي لالتزام جديد مع طبيعة الالتزام الموجود في العقد، بحيث يكون الأول من مستلزماته الثاني، فقد التزم القاضي صحيح القانون.

وإن لم يتوافق الالتزام الذي قرره القاضي مع طبيعة الالتزام الأساسي في المضمون العقدي فقد أخطأ في تطبيق القانون ، مما يستوجب نقض حكمه من جانب محكمة النقض .

وهذا الرأي من جانبنا يفسر ما هو مستقر عليه من أن تحديد نطاق العقد من مسائل القانون (١) .

١٩ - وعلى هدى مما تقدم، نقسم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين كما يلي:

المطلب الأول: طبيعة الالتزام كضابط قانوني في تكميل العقد.  
المطلب الثاني: العناصر الموضوعية في تكميل العقد

### المطلب الأول

طبيعة الالتزام كضابط قانوني في تكميل العقد

<sup>١</sup> (١)راجع: د. عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق بند ٤٠٣ ، ص ٦١٨ و ٦١٩ . وكذلك الأمر عند د. نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص ٢٨٢ و ٢٨٣ .  
(٢) انظر على سبيل المثال في الفقه: د. عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، بند ٤٠٨ ، ص ٦٢٢ .

٢٠ - تعد طبيعة الالتزام " nature de l'obligation " الضابط القانوني الوحيد الذي يجب أن يلتزمه القاضي في تكميل العقد ، وبما تقتضيه هذه الطبيعة وفقاً للقانون والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية والعدالة .  
ومن النصوص القانونية ما يحدد طبيعة الالتزام الأساسي في العقد وما تقتضيه هذه الطبيعة من مستلزمات " suites " ، وعلى سبيل المثال ما قرره المادة ٤٣٢ مدني مصري من مستلزمات تعد مكملة لتنفيذ البائع للالتزام بالتسليم بحيث لا يكون البيع قاصراً فيما يتعلق بمحله على الشيء المبيع فقط، بل يضاف إلى ذلك لتكميل مضمون عقد البيع ملحقات هذا الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء طبقاً لما تنضي به طبيعة الأشياء <sup>(١)</sup> .  
غير أنه ينبغي الأخذ في الحسبان بأن التماثل بين طبيعة الالتزام والصفات التي تميزه عن غيره يسمح بالوصل بينهما فيما يتعلق بحكمنا على ما أوجده القاضي من مستلزمات لهذا الالتزام <sup>(٢)</sup> .

٢١ - والتساؤل هنا : هل تعد مستلزمات الالتزام مكملة بطريقة منطقية للإرادة التعاقدية المعلنة ، وأن ضم التزام جديد للالتزام الأساسي في العقد أمر عادي يملكه القاضي تحت سنار كلمة مستلزمات العقد ؟  
اعتقد بأن هذا الالتزام الجديد - كما يقرر البعض وبحق - لم ينحدر من الإرادة المعلنة من قبل الأطراف المتعاقدة، وبرهان ذلك أن جزاء عدم تنفيذ هذا الالتزام الجديد أو تنفيذه المعيب يخضع للمبادئ العامة في العقد ، ومن النادر أن يستدعي ذلك البحث في مسألة التفسير العقدي وهل توافق مع المبادئ العامة في التفسير أم لا <sup>(٣)</sup> .

٢٢ - وعلى سبيل الخلط بين تفسير العقد وتكميله :

<sup>١</sup> راجع نص المادة ٤٣٢ مدني مصري . ومن ذلك أيضاً ، أن من باع سيارة فإنه قد باع أيضاً كل الأدوات اللازمة لتسييرها بصفتها مستلزمات ضرورية لطبيعة التزامه بتسليم السيارة ، وبها يكتمل العقد . وكذلك من باع متجراً فإن بيعه لا يولد التزاماً على عاتقه بتسليم المتجر فقط ، بل هو يلزم كذلك بكل مستلزمات طبيعة التزامه ومن ثم فعليه أن يسلم للمشتري السجلات التي توضح ما على البائع (التاجر) من ديون وماله من حقوق وما يتصل بالتاجر من عملاء ... الخ من مستلزمات .

<sup>٢</sup> راجع في هذا المعنى: V. MOULY -- GUILLEMAUD (c.): op. cit. n° 338 , p. 363 . qui disait " l' assimilation du term nature de l' obligation aux caractéristiques de celle- ci permet le rattachement au contrat , à travers la détermination d' une suite de cette obligation. "

<sup>٣</sup> راجع :

V. TERRÉ (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.: Droit civil .LES obligations , 9 e éd. Précis Dalloz, 2005, p.1316.



قَضِيَ بَأَن: [مفاد النص في الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ من القانون المدني المصري على أن "لا يقتصر العقد على إزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام" أن الالتزام التعاقدى قد يتسع ليشمل ما لم يتفق عليه صراحة مما تقتضيه طبيعته... الخ] (١).

قَضِيَ كَذَلِكَ بَأَن: [تحديد نطاق العقد - على ما تقتضيه به الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ من القانون المدني - منوطاً بما اتجهت إليه إرادة عقديه، وما يعتبر من مستلزماته وفقا للقوانين المكملة "المفسرة" والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام] (٢).

٢٣ - وفي رأينا أن ما تواترت عليه أحكام القضاء المصري في تفسير نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ مدني مصري يتضمن خطأ بين تفسير العقد وتكميله، لأن عبارة (.... أن الالتزام العقدي قد يتسع ليشمل ما لم يتفق عليه صراحة.) وعبارة (تحديد نطاق العقد منوطاً بما اتجهت إليه إرادة عقديه ..) صريحتان في إسناد مسألة تكميل العقد إلى إرادة عقديه وهذا تأويل خاطئ لا تحتمله من قريب أو بعيد عبارات المشرع في نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ مدني مصري.

والقاضي وهو بصدد تكميل العقد يكون ضابطه القانوني الأساسي والوحيد هو طبيعة الالتزام الرئيسي الذي تضمنه العقد، بحيث قد يتضح له أن ثمة مستلزمات لهذا الالتزام تتوافق منطقياً مع طبيعته مما ينبغي عليه أن يكمل بها العقد، وفضلاً عن ذلك فإن تكميل العقد كمصطلح قانوني يعنى أن ثمة نقصاناً في المضمون العقدي، فكيف نرجع هذا النقصان والذي يعنى عدم الوجود أو العدم إلى ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين!!! وهل يتصور إحالة العدم إلى عدم؟ وعبارة أخرى فإن تكميل العقد لا علاقة له بإرادة المتعاقدين، فالفرض هنا هو غياب أو عدم وجود لإرادة المتعاقدين ولذلك وُجِدَ النقصان.

ومن ثم، فإن تحديد نطاق العقد منوط بأمرين يختلف كل منهما عن الآخر، الأمر الأول وهو ما اتجهت إليه إرادة عقديه، أما الأمر الثاني فهو ما

1 راجع: الطعن رقم ١٤٦٦ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٤٢٣/٨٠/٣١ ص ٢٥٥ (موسوعة أحكام ومبادئ النقض في القانون المدني، الجزء الثاني من المدة ١٣١ وحتى المادة ٢١٤) سنة ٢٠٠٨، إعداد: / خالد شهاب المحلى، ص ٦٨٦.

2 راجع: الطعنان ٩٩، ٣١٠ لسنة ٥٣ ق جلسة ٨٤/٣/٥ من ٣٥ ص ٦١٧ (مشار إليه في المرجع السابق) ص ٦٨٧.

يعتبر من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة في ضوء أعمال الضابط القانوني أولاً وقبل كل شيء، والمتمثل فيما تقتضيه طبيعة الالتزام .

فالمقصود بحكم الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ مدني مصري هو تحديد مضمون العقد وهو أمر يختلف عن تفسير العقد، لأن التفسير يهدف إلى الكشف عن قصد المتعاقدين المشترك، أما تحديد مضمون العقد وفقاً للفقرة الثانية المذكورة فيقضي بإضافة ما يعتبر من مستلزمات العقد وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام مما لم يواجهه المتعاقدان ، ولم يكن لهما في شأنه قصد . فالفرض هنا بالضرورة أن ما اتجهت إليه أرادة المتعاقدين لا يضيف تفسيراً شيئاً مذكوراً، وأن ما يقتضيه استكمال مضمون العقد لن يكون إلا من طريق الاحتكام إلى القانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام (كضابط قانوني) (١).

والواقع أن فكرة " مستلزمات العقد " سواء في معنى المادة ٢/١٤٨ مدني مصري أو المادة ١١٣٥ مدني فرنسي، تتسم بعدم الوضوح ويشوبها بعض الإبهام والغموض (٢).

وربما يقود هذا الإبهام أو الغموض إلى إيجاد مستلزمات للالتزام العقدي تنبئ عن التعسف من قبل القضاء ، وكأننا بمثابة إنشاء قضائي للالتزامات لا تستوجبها طبيعة الالتزام ، بسبب غياب معايير يمكن الاحتكام إليها في هذا الصدد (٣) .

١ قضيت محكمة النقض المصرية بأن " لا يقتصر نطق العقد على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضاً - وعلى ما تصرح به المادة ٢/١٤٨ من القانون المدني - ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة ، وذلك بحسب طبيعة الالتزام .  
راجع : الطعن رقم ٢٠٢٣ سنة ٥١ ق ، جلسة ١٢١٩٨٦/٢٥ من ٢٧ ص ١٠٤٢ .

٢ راجع في هذا المعنى :

V.MAZEAUD (D.) Le régime de l' obligation de sécurité " Gaz. Pal. 1997, p. 1201 qui disait: " La notion de suite du contrat, au sens de l' art. 1135 du code civil, demeure, aujourd' hui encore, extrêmement Floue, Faute de critères Fiables permettant d' en dessiner les contours et d' en déterminer le contenu."

٣ وقد عبر جانب من الفقه الفرنسي عن هذا المعنى قائل بأن تبعات عدم وجود مثل هذه المعايير التي تضبط فكرة مستلزمات العقد قد تقود إلى إلحاق مستلزمات للالتزامات العقدية منبئة الأصل بما يبرحتها ("وكاننا بصدد زراعة لنبات في غير موسمها أو في غير بيئتها ") ( "Le Forçage " )  
راجع في هذا :

ويقبر الأستاذ: CARBONNIER بأنه على خلاف ما يقضى به اليوم فإن المادة ١١٣٥ مدني فرنسي لا تسمح بإعادة إنشاء العقد أو إحداث تغيير في مضمونه عما أوجه المتعاقدان من محتوى منطقي وعادل<sup>(١)</sup>.  
غير أنه بعد أن يفسر القاضي بنود العقد للكشف عن النية المشتركة للعائدين ، ينتقل إلى تحديد نطاقه أو آثاره ، غير مكثف في هذا التحديد ، بما ورد فيه وفقاً للنية المشتركة ، بل يجاوزه إلى ما يعتبر "من مستلزماته"<sup>(٢)</sup>.  
ومن ثم يجب أن يستكمل القضاء ما يتناوله العقد بتحديد مسأله التفصيلية وفقاً للأسس التي نص عليها المشرع<sup>(٣)</sup>.

وفي عبارات أخرى أنه بعد انعقاد العقد يكون على القضاء أن يكمله وفقاً للقواعد المكملة لإرادة المتعاقدين التي نظم بها المشرع العقد المسمى المتفق عليه أو العرف أو العدالة ، وكل ذلك لن يتم إلا في ضوء طبيعة الالتزام الموجود في العقد .

ونستنتج من ذلك أن تكميل العقد يكون من طريق إيجاد مستلزمات وفق ما يقتضيه العقل والمنطق بحسب طبيعة الالتزام التي ينبغي أن تتوافق مع ما تم استكماله في ضوء ما يقضى به القانون والعرف والعدالة . أي ينبغي توافر مبررات معقولة لتقرير التزام جديد تقتضيه طبيعة الالتزام الأصلي المنصوص عليه في العقد<sup>(٤)</sup>.

---

V. MOULY – GUILLEMAUD (C.): Retour sur l'article 1135 du code civil, une nouvelle source du contenu contractuel. L. G. D. J tom 450, 2006, n° 388, p. 364.

١ راجع :

V. CARBONNIER (j.), Droit civil, T. 4, Les obligations, 22 ° éd. Refondu, PUF, Thémis, 2000, Flexible Droit, 10 ° éd. L. G. D. J, 2004, p. 248.

٢ راجع: د. محمود جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة القاهرة سنة ١٩٧٨م، بند ١٦٨ ، ص ٣١٢.

٣ راجع: د. جلال علي العدوي ، أصول المعاملات ، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، سنة ١٩٦٧ ، ص ٢٥١ .

٤ في مثل هذا المعنى راجع :

V. MOULY – GUILLEMAUD (C.): Retour sur l'article 1135 du code civil, une nouvelle source du contenu contractuel. L. G. D. J tom 460 , 2006 , n°5 184- 185 – 190 – 191

## المطلب الثاني العناصر الموضوعية في تكميل العقد

٢٤ - تحديد

في ضوء طبيعة الالتزام الذي يتضمنه العقد المراد تكميله ، يستوي بعد ذلك أن يسترشد القاضي بما قرره المشرع من عناصر موضوعية أو غيرها ..... لماذا ؟

لأن ما سيتوصل إليه القاضي من التزامات يكمل بها العقد لن تتوافق وصحيح القانون إلا بارتباطها المنطقي بالالتزامات الأساسية في العقد المراد تكملته ، بحيث تكون من مستلزمات هذه الالتزامات الأخيرة تؤكد طبيعتها وتحقق الفائدة منها .

ومهما يكن من أمر ، فسنعرض لما قرره القانون من عوامل موضوعية كما يلي :-

أولاً : القانون في أحكامه المكملة .

ثانياً : العرف .

ثالثاً : العدالة .

### أولاً: القانون في أحكامه المكملة (\*)

٢٥ - تساهم قواعد القانون المكملة بدرجة كبيرة في تكميل العقد في حالة الصمت العقدي من قبل المتعاقدين عما يخالفها ، فتعتبر عندئذ جزءاً لا يتجزأ من العقد ، وآية ذلك البيع الذي يتم بين طرفين ألتمت إرادتهما الصمت إزاء تحديد مكان تسليم المبيع أو زمانه ، أو مكان دفع الثمن أو زمانه ، فتتطبق القواعد المكملة في هذا الخصوص لتكمل هذا البيع .

وقضت بـ " مؤدى نصوص المواد ٤٨/٢ ، ٥٦٦ ، ٤٣٢ من القانون المدني أن العين للمؤجرة لا تقتصر على ما ورد ذكره في العقد بشأنها ،

\* ينصرف لفظ " المكملة " هنا في تقديري إلى الأحكام القانونية المكملة منطقياً ، لإرادة لأطراف المتعاقدة الحقيقية ، وليست الإرادة الظاهرة أو الباطنة أو حتى المقترضة بل هي الإرادة كما ينبغي أن تكون عليه عقلاً ومنطقاً .

وإنما تشمل أيضا ما يكون من ملحقاتها التي لا تكتمل منفعتها المقصودة من الإيجار إلا بها " .

وأنه إذا اتفق المتعاقدان على تحديد ملحقات العين المؤجرة وجب إعمال اتفاقهما ، فإن لم يوجد اتفاق وجب الرجوع إلى طبيعة الأشياء ..... ولما كان عقد الإيجار... لم يحدد ملحقات العين المؤجرة ، ولم يتضمن من جهة أخرى ما ينفي وجودها ، فإن طرفيه يكونان قد تركا أمر تحديد تلك الملحقات لحكم المادة ٥٦٦ مدني باعتبارها مكملة لإرادتهما<sup>(١)</sup>

٢٦ - تعقيب

ورد في عجز الحكم القضائي المذكور أن حكم المادة ٥٦٦ مدني مصري<sup>(٢)</sup> ينطبق بحساباته مكملاً لإرادة المتعاقدين .

ومن منطلق أن تكميل العقد غير تفسيره فلا ينبغي الخلط بين لفظي التكميل والتفسير بالنسبة لإرادة المتعاقدين ، فأحكام القانون التكميلية غير أحكامه التفسيرية .

وفي تبرير ذلك ذهب جانب من الفقه إلى أن الأحكام التكميلية تحدد نطاق العقد إذا كان المتعاقدان لم يتوقعا ما يعرض منها ، أما الأحكام التفسيرية فتكشف عن إرادة المتعاقدين إذا كان المتعاقدان قد توقعا ما يعرض لهما من ذلك ، واعتمدا على هذه الأحكام المفسرة ثم يستطرد بعد ذلك قائلاً بأن " هذه الأحكام التكميلية والمفسرة ليست إلا إرادة المتعاقدين التي افترضها القانون أو كشف عنها<sup>(٣)</sup> .

وأعتقد أن تكميل العقد هو بمثابة إنشاء من قبل القاضي للالتزامات يتحرر فيها القاضي من نص العقد ، ولا شأن له بإرادة المتعاقدين حتى ولو كانت في دائرة الاقتراض بفعل المشرع ، حيث يبقى الأمر مجرد اقتراض .

١ راجع : الطعن رقم ٦١٩ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٩/٢/٢٤ ، ومشار إليه في مرجع / محمد كمال عبد العزيز ، ص ٩٦٥ .

٢ والتي تقرر أنه: " يسري على الالتزام بتسليم العين المؤجرة ما يسري على الالتزام بتسليم العين المبيعة من أحكام ، وعلى الأخص ما يتعلق منها بزمان التسليم ومكانه وتحديد مقدار العين المؤجرة وتحديد ملحقاتها" .

٣ راجع في هذه الفكرة: د/ عبد الرزاق المنهوري، مرجع سابق، بند ٤٠٥، ص ٦٢٠ وفي القانون الفرنسي أنظر في إعلاء قيمة الإرادة الفردية واعتبارها المصدر الوحيد لكل التزام وكذلك عن العدالة في الفكر القانوني التقليدي الفرنسي القديم ... ومناقشات هذه الفكرة كما يلي :-

"La volonté individuelle est la seule source de toute obligation juridique et de justice " .

V. GHESTIN (J.): op. cit, n°39 , pp. 28 et 29.

فالإرادة " المتعاقدة " وحدها لا تنشئ مجموعة الالتزامات العقدية ، وإلا لم نكن بحاجة إلى نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ مدني مصري ، والمادة ١١٣٥ مدني فرنسي<sup>(١)</sup>.

وفي رأينا أن الأحكام القانونية التفسيرية هي المعنية في الرأي السابق بإرادة المتعاقدين . فمن شأن الإرادة في تقديري أن توقف عمل المفسر عند حدود ما صرحت به دون أن تتجاوز ذلك إلى ما يعد من مستلزمات العقد ، تلك المستلزمات التي يكمل بها القاضي العقد لا تنبثق عن التحليل الموضوعي لإرادة المتعاقدين .

وتكامل العقد من قبل القاضي وفقا لعامل القانون في أحكامه التكميلية يكون استجابة لمذهب موضوعي ، وذلك في ضوء ما توجهه مبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد العدالة ومن ثم فلا علاقة له بالإرادات المتعاقدة<sup>(٢)</sup>.

## ثانيا: العرف

### ٢٧ - بين تفسير العقد وتكميله

يؤدي العرف دوراً هاماً في مرحلة تفسير العقد وكذلك في مرحلة تكميله.

<sup>1</sup> انظر في هذا المعنى :

V. GHESTIN (J.) : "Traité de droit civil " La Formation du contrat " L. G. D. J. 1993 , n°60 , pp. 41 et 42 ; qui disait "

La volonté des parties n'est pas la seule mesure de leurs obligations, ce qui est directement contraire au principe d' l' autonomie de la voloné"

\*\* وي طرح هذا القول: إشكالية مبدأ سلطان الإرادة وسوف نناقش هذه المسألة في الفصل الثاني من هذا البحث.

<sup>2</sup> ويمكننا في المقام التمييز بين مرحلتين أساسيتين وهما: مرحلة تكوين العقد ومرحلة ما بعد تكوين العقد ، وإن كانت الإرادة تؤدي دوراً أساسياً في تكوين العقد لأن العقد ما هو إلا توافق إرادتين متطابقتين ويكون العقد بذلك هو قانون المتعاقدين ، وتحمي الحرية الشخصية للأطراف المتعاقدة عندئذ سلطان الإرادة . أما بعد تكون العقد إما أن تكون بصدد تفسير للعقد في ضوء إرادة أطرافه وهنا أيضا تؤدي الإرادة دورها الجوهرى فيما ينتج التفسير من أحكام وإما أن تكون بصدد تكميل للعقد حيث لا مجال عندئذ لإرادة المتعاقدين ، بل يسترشد القاضي بالعوامل التي حددها القانون لينشئ التزامات جديدة بحسبانها من مستلزمات العقد . أي أن القاضي وهو بصدد تكميل العقد يعتمد فقط على عناصر موضوعية هي القانون في أحكامه التكميلية والعرف والعدالة . ولكن لن يلجأ إلى ذلك إلا بعد الاستيثاق من تحقق ضابط هام وأساسي ألا وهو ما تقتضيه طبيعة الالتزام الأساسي في العقد المراد تكميله ، فطبيعة الالتزام هي الضابط الأساسي الذي يحكم عمل القاضي والذي يهيمن بمطلته على العناصر الموضوعية للمذكورة.

## ٢٨ - دور العرف في تفسير العقد

تصدى المادة ١١٥٩ مدني فرنسي لتفسير غموض العقد بقولها أن الغموض يُفسر بناء على العرف الخاص بالبد الذي أبرم فيه العقد<sup>(١)</sup>، وكذلك تقرر الفقرة الثانية من المادة ١٥٠ مدني مصري بأنه إذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، دون الوقوف عند المحض الحرفي للألفاظ ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل ، وبما أن ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات<sup>(٢)</sup> . ونستنتج من موقف المشرع أن الدور الذي يقوم به العرف في مجال تفسير العقد يركز أساساً على النية المشتركة للمتعاقدين.

ولا يقال في هذا الصدد بأن للعرف قوة ملزمة ، ومن ثم فهو يجري مجرى القانون .... لماذا؟ لأن المشرع الفرنسي بدأ النص القانوني بعبارة "الغموض يُفسر" ، وختم المشرع المصري النص القانوني بعبارة "وفقاً للعرف الجاري في المعاملات" بعد ما أحال هذه العبارة الأخيرة إلى صيغة الأمر التي وجهها للقاضي بوجوب البحث أولاً وقبل كل شيء عن النية المشتركة للمتعاقدين . ومن ثم - وكما يقرر جانب من الفقه وبحق - أن أهمية العرف في التفسير يتوقف على مدى تعبيره عن إرادة المتعاقدين<sup>(٣)</sup> .

وعلى ذلك نجد أن التسليم في عقد البيع يشمل ملحقات الشيء المبيع ، وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء ، وذلك طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين<sup>(٤)</sup> .

ومن ثم فلا ضرورة في هذا المقام للتمييز بين العرف والعادة ، لأن التفاعل الذي يتم بين العقد والعرف أو العادة يساعد القاضي في ضبط المدلول اللغوي لعبارة العقد الغامضة في ضوء النية المشتركة للمتعاقدين.

١ راجع : نص المادة ١١٥٩ مدني فرنسي .

٢ راجع : نص المادة ٢/١٥٠ مدني مصري .

٣ ثم يستطرد قائلًا بأنه: "ولا يشترط لذلك توافر عنصر الإلزام الخاص بالقاعدة القانونية" وعلى ذلك يفضل هذا الجانب الفقهي تعبير العادة باعتبارها عنصراً خارجياً في تفسير العقد للوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين .

أنظر: د/ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، قواعد تفسير العقد، الكاشفة عن النية المشتركة للمتعاقدين ومدى تأثير قواعد الإثبات عليها، سنة ١٩٧٧، بدون نشر، فقرة رقم ٨٧، ص ٨٢ و ٨٣

٤ راجع نص المادة ٤٣٢ مدني مصري .

يشترط لإعمال العرف بقصد تكميل العقد ألا يشتمل العقد على شروط تتعارض مع حكم العرف .

ويمكننا أن نلحق بالعرف العادة وكذلك الشروط المألوفة ما لم يشتمل العقد أيضا على شروط تتعارض مع أحكام العادة أو الشروط المألوفة .  
ولئن كان المشرع - سواء في مصر أو فرنسا - لم يذكر العادة أو الشروط المألوفة باللفظ ضمن العوامل التي يسترشد بها القاضي لتكميل العقد إلا أن شروح الفقه قد تناولتها بالبيان<sup>(١)</sup> .

ولكن يذهب جانب من الفقه بمناسبة بيانه للعرف أو العادة أو الشروط المألوفة ك معايير يسترشد بها القاضي لتكميل العقد إلى تقييد نطاق العادات التجارية مثلا بقوله ".... طالما أنها معروفة من العاقدين كليهما، وبشرط أن تكون العادة مطردة غالبية، يسير عليها الناس في سوادهم، وإن خالفها قلة منهم. إذ أنه يفترض هنا أن المتعاقدين قصدا تطبيق حكم العادة في شأنهما، ما لم يثبت العكس. وهذه هي العادة الاتفاقية"<sup>(٢)</sup> .

وهذا الرأي لا يمكننا قبوله لأنه يتضمن في الواقع خلطاً بين تفسير العقد وتكميله ، فالتفسير هو العملية القانونية التي يجب فيها الكشف عن مقاصد العاقدين ، أما تكميل العقد من طريق الاسترشاد بالعرف أو العادة أو الشروط المألوفة فيضئ إضافة حقوق والتزامات لم يوجهها الطرفان للاتفاق عليها صراحة أو ضمناً ، فلا عبرة لإرادتيهما بذلك .

#### ١ وعلى سبيل المثال لا الحصر :

راجع د. عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق بند ٤٠٦ ، ص ٦٢١ حيث يقول سيادته (..... وكما يكون العرف من عوامل تفسير العقد كذلك يكون من عوامل تحديد نطاقه ، ويتصل بالعرف للشروط المألوفة "Clauses de style" فتضاف إلى العرف الشروط التي جرت العادة بإدراجها فيه، وهي شروط أكثر تحديداً من العرف") .

ونظر كذلك د. عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، بند ٢٥٧، ص ٥١٣ حيث يقول سيادته تحت عنوان " الأحكام التي يشملها العقد ترتد إلى أربعة أنواع أساسية هي الآتية: (.....) ثانياً : الأحكام التي تقضي بها العادات الجارية في المكان الذي أبرم فيه العقد ، لاسيما العادات للتجارية (.....) .

و د. نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص ٢٨٣ حيث يقول سيادته: "ويتصل بالعرف الشروط المألوفة، فتضاف إلى العقد الشروط التي جرت العادة بإدراجها فيه دون حاجة إلى النص عليها صراحة، ومثل ذلك النسبة المنوية التي تنقاضها الفنادق والمطاعم والمقاهي بالإضافة إلى حساب العميل"<sup>(٣)</sup>

<sup>٢</sup> انظر في هذا الرأي: د. عبد الفتاح عبد الباقي ، مرجع سابق ، بند ٢٥٧ ، ص



ويقرر جانب من الفقه بأن " العرف فيما يتعلق بتحديد نطاق العقد يُراد به قواعده الملزمة بوصفها قواعد قانونية ."<sup>(١)</sup>

٣٠ - وفي رأينا أن هذا القول ينطوي على تعميم غير مبرر، ذلك أن القاضي وهو بصدد تكميل العقد يستوي عنده أن يكون العرف قد بلغ حد الإلزام أم هو مجرد عادة .

وما هي القيمة القانونية لأن يسود بين المتعاقدين وغيرهم ممن هم في مكان إبرام العقد المراد تكملته الاعتقاد الجازم بلزوم العمل بمقتضى القاعدة العرفية التي يريد القاضي تكملة العقد بها؟!  
وتكميل العقد غير تفسيره ، ولا شأن مطلقاً لإرادة المتعاقدين فيما يقوم به القاضي من تكميل للعقد هذا من جانب .

ومن جانب آخر ، فإن العرف وغيره من العناصر الموضوعية التي يستعين بها القاضي لتكميل العقد لا يؤبه بها في ذاتها وبطريقة مستقلة عن الضابط الأساسي " بحسب طبيعة الالتزام في العقد" .

فالمعول عليه هو ما تقتضيه وتستلزمه طبيعة الالتزام الأساسي في العقد بصرف النظر عن العنصر الموضوعي الذي به يهتدي القاضي إلى الالتزام الواجب إضافته للمحتوى العقدي، وهل تأتي من عرف أم مجرد عادة، فكل العناصر الموضوعية الثلاثة في دائرة سواء ، فهي مجرد مصادر استرشادية معلونة .

وينبغي على ذلك أن إلزام المتعاقد بما أضافه القاضي إلى المحتوى العقدي من التزام جديد لا يؤسس على طبيعة المصدر الاسترشادي الذي استقى القاضي منه قراره بتكميل العقد، وإنما بما يوجبه الترابط المنطقي بين طبيعة الإلزام الأساسي في العقد وما أضافه القاضي من التزام، بحيث يبنى الإلزام في النهاية على الإرادة المنطقية للأطراف المتعاقدة، بحسبانها المصدر الذي نشأ عنه الالتزام الأساسي في العقد، والذي عبر عنه المشرع بقوله (..... بحسب طبيعة الالتزام).

### ثالثاً: العدالة

<sup>١</sup> راجع في هذا الرأي: د. عبد المنعم فرج الصنعة، مرجع سابق، بند ٢٩٨، ص ٣٨٩.

٣١ - تعد مبادئ العدالة من العوامل الأساسية التي يستعين بها

القاضي لتقرير التزامات إضافية على عاتق المتعاقدين ، ترتبط بالالتزامات الأصلية وبذلك يكتمل العقد <sup>(١)</sup>.

وتطبيقاً لذلك فمن يبيع متجره يلتزم عدالة نحو المشتري بالامتناع عن أي عمل يؤدي إلى انتزاع عملاء المحل التجاري من هذا المشتري مادام أنه قد قُترَ في الثمن المقابل النقدي الذي يتكافئ وثقة هؤلاء العملاء في هذا المتجر <sup>(٢)</sup>.

وكذلك ما قد يضيفه القاضي إلى عقد العمل من التزام غير منصوص عليه في هذا العقد ، وإنما يعد من مستلزماته عدالة ، وهذا هو شأن العامل الذي يطلع على أسرار صاحب العمل ، فيتم تكميل عقد عمله بالالتزام بعدم إفشاء هذه الأسرار ولو خلا عقده من هذا الحظر <sup>(٣)</sup>.

١ راجع: د. جميل الشرقاوي ، مرجع سابق ، بند ٨١ ص ٤٠٨ و ٤٠٩.. "الذي يضرب مثالا لذلك بما قرره القضاء المصري من اعتبار الملتزم بنقل الأشخاص ملتزماً أيضاً بضمان . سلامتهم حتى وصولهم إلى المكان الذي ينقلون إليه " . المرجع السابق، ص ٤٠٩ وبسبب أهمية هذا الحكم القضائي فسوف أعرضه بليغز كما يلي: "طبقت محكمة استئناف القاهرة هذا المبدأ في مسألة وعرضت على القضاء المصري لأول مرة ، وهي ما إذا كان مستغل الفندق مسئولاً عن سلامة النزيل؟

فقضت بقيام هذه المسؤولية على سند من أنها من مستلزمات العقد بحسب طبيعته، وعند طرح هذا القضاء على محكمة النقض أيدته قائله إن الحكم المطعون فيه (....) بعد أن تحدث عن سكوت التشريع عن التزام صاحب الفندق بالمحافظة على سلامة النزيل، وعرض لأراء الفقه بشأنه، فبذ الرأي القائل بعدم وجود أي التزام على صاحب الفندق بضمان سلامة النزيل ، كما رفض مسطورة الرأي القائل بالتزام صاحب الفندق بضمان سلامة النزيل ضماناً مطلقاً لا يتم الوفاء به إلا بتحقيق غايته ، وانتهى إلى أن الالتزام ببذل العناية للمحافظة على سلامة النزيل أمر تفرضه طبيعة عقد الإيواء ، وصادف هذا صحيح القانون - ثم تم سرد نص المادة ٢/١٤٨ مدني مصري - والتي تنفي بأن الالتزام العقدي قد يتسع ليشمل ما لم يتفق عليه مما تقتضيه طبيعته ، فإذا اتفق على نزول مسافر في فندق فإن العقد لا يقتصر على التزام صاحب الفندق بتقديم مكان النزول وإنما يلزمه أيضاً بما يقتضيه الالتزام بالإيواء ، ومن هذا القبيل وفق ما جرى به العرف بين الناس اتخاذ الحيلة واصطناع الحذر بما يرد عن النزيل غائلة ما يهدد سلامته من مخاطر ، ويحفظ عليه أمنه وراحته من الضرر على نحو ما يعصمه إيواؤه إلى مسكنه " (نقض ١٩٨٠/١/٢٣ من ٣١ ص ٢٥٥) مشار إليه في مؤلف " سلطة القاء سي في نقض وتعديل المعاملات " للمستشار : عزت حنورة ، سنة ١٩٩٤ ، إصدارات نادي القضاء بمصر ، ص ٧٥

٢ أنظر ، د. جميل الشرقاوي ، مرجع سابق ، بند ٨١ ، ص ٤٠٩ .

- د. نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص ٢٨٤ .

- د. سمير عبد السيد تناعو ، مرجع سابق ، مرجع سابق ، بند ١٢٤ ، ص ١٤٠ .

٣ وقد نصت المادة ٦٨٥ من القانون المدني المصري على هذا الالتزام الذي تقتضيه العدالة ومثال ذلك أيضاً ما قرره المادة ٤٢٨ مدني مصري وكذلك نص الفقرة الثانية من المادة ٦٨٨ مدني مصري .

ومهما يكن من أمر ، فإن استرشاد القضاء المصري بالعدالة لتكميل العقد لم تنتج عنه أية مشكلات عملية .

وذهب رأي في الفقه إلى أنه يمكن الالتجاء في القانون المصري إلى " مبادئ الشريعة الإسلامية " قبل الالتجاء إلى قواعد العدالة والقانون الطبيعي رغم عدم نص المشرع المصري على ذلك يصند تكملة العقد - على أساس أنها مصدر من مصادر القانون المصري بصفة عامة يرد ترتيبه بعد العرف<sup>(١)</sup> .

٣٢ - وفي تقديري أن ذكر المشرع المصري لمبادئ الشريعة الإسلامية قبل "مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة " يدل على عدم يقينه بما يطلق عليه مبادئ القانون الطبيعي ، والتي يعد ذكرها تزييدا لا طائل من ورائه ، فهي لا تهدي القاضي إلى ضابط يقيني ، مما يوجب حذفها والاكتفاء بقواعد العدالة ، وهذا لا يمنع القاضي - مسابرة للرأي المنكور - من الالتجاء إلى مبادئ الشريعة الإسلامية قبل الالتجاء إلى قواعد العدالة<sup>(٢)</sup> .

٣٣ - العدالة في نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي

منذ إصدار التقنين المدني الفرنسي "تقنين نابليون في سنة ١٨٠٤" والجدل الفقهي ما زال دائرا حول النطاق الحقيقي لنص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي، وبمكنا تحديد اتجاهين أساسيين في هذا الخصوص، وهما: الاتجاه التقليدي والاتجاه الحديث كما يلي:

٣٤ - الاتجاه التقليدي

ينطلق فكر هذا الاتجاه من أن العدالة كما وردت في نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي وكذلك حسن النية كما قرره الفقرة الثالثة من المادة ١١٣٤ مدني فرنسي<sup>(٣)</sup> هي نصوص قانونية وظيفية لتحديد النطاق التنفيذي للعقد من طريق تفسيره .

وأن مبدأ حسن النية وإن كان مفترضا دائما في أثناء تكوين العقد ، فهو كذلك أيضا في أثناء تنفيذه . وأن نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي يُفسر

<sup>١</sup> انظر في هذا الرأي : د. مصطفى محمد الجمال و د. عبد الحميد محمد الجمال ، مرجع سابق، ص ٢٨٢ .

<sup>٢</sup> راجع : في ذات المعنى: د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية القانون، دار النشر للجامعات المصرية سن، سنة ١٩٥٤، ص ٥٠ .

وعكس هذا الرأي: راجع: د. محمد علي إمام، محاضرات في نظرية القانون، مكتبة نهضة مصر، سنة ١٩٥٣، ص ١٥٧ .

<sup>٣</sup> راجع نص المادة ١١٣٤ مدني فرنسي والذي جاء في عجزها أنه ".... يجب أن تنفذ العقود" أو الاتفاقات بحسن نية."

"..... Elles doivent être exécutées de bonne foi."

بالرجوع إلى نص المادة ١١٥٦ وما يليها من التقنين المدني الفرنسي<sup>(١)</sup> لينتهي إلى. أن الوظيفة الوحيدة لنص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي هي تفسير العقد<sup>(٢)</sup>.

٣٥ - نقد الاتجاه التقليدي

يخلط فكر هذا الاتجاه بين " تفسير العقد و " تكميل العقد " ، ولو أن القضاء الفرنسي كان قد سائر هذا الاتجاه الفكري لما كان ثمة مجال لبحثنا هذا عن الضوابط القانونية الواجبة الإتباع في تكميل العقد ، فاستقراء الواقع التطبيقي في القضاء الفرنسي ينبىء بسهولة عن مدى الإنشاء القضائي للالتزامات تم إضافتها إلى العقود تحت مسمى مستلزمات العقد وعلى سند من العدالة ومبادئها في ضوء التفويض التام من المشرع الفرنسي إلى القضاء وفقاً لنص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي هذا من جانب .

ومن جانب آخر ، فإنه لا يوجد أي فرد يستطيع أن يتوقع كل شيء ، وهكذا الأمر بالنسبة للمتعاقدين ، فلو ظل القاضي وفقاً لفكر هذا الاتجاه حبيساً بين جدران إرادتي المتعاقدين وقصدهما المشترك كما كان الفكر القانوني الفقهي في أواخر القرن الثامن عشر ، والقرن التاسع عشر لما تمكن مطلقاً من الاجتهاد لتكميل العقد .

1 ويقصد بذلك نصوص المواد من " ١١٥٦ " إلى " ١١٦٤ " من التقنين المدني الفرنسي ، تلك النصوص التي تعين القضاء على تفسير العقود لاسيما في الصعوبات التي تثار ساعة تنفيذ العقد أو حتى بعد هذا التنفيذ وقما يثير أحد المتعاقدين أمام القضاء عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه كما ورد في العقد، أو بصدد التنفيذ المعيب، حيث يبحث القاضي عندئذ في النطاق الحقيقي للعقد وما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين المشتركة وما هي حقوق والتزامات كل متعاقد بالضبط، وهل راعي فعلاً كل منهما التزاماته وقت التنفيذ أم لا؟  
وقد سبق لنا ذكر نصوص هذه المواد كما وردت في التقنين المدني الفرنسي، وقما كنا نفرق بين تفسير العقد وتكميل العقد .  
2 أنظر في هذا الاتجاه :

V.DEMOLOMBE (C.) "Cours de code Napoléon" chez Auguste Durand et Hachette (2.), 4 ene, éd. 1863. cité par : BERTHIAU (D.) op. cit. n° 644, p. 341.

وقد أشار هذا المرجع كذلك إلى كتابات الفقه الفرنسي القديم جداً في هذه المسألة ، والذي تبني هذا الرأي ، ومثال ذلك :

V.MARCADE (D.): "Éléments de droit civil française, ou explication méthodique et raisonnée du code civil, paris, cotiollon 2 éme éd. 1867,12.

وكل هذه المراجع القديمة في شرح "تقنين نابليون مشار إليها في المرجع التالي:

V. BERTHIAU (D.) op. cit.

وأعتقد أن التحدي بالإرادة المفترضة للمتعاقدين - وفقاً لفكر فقهاء القانون في القرن التاسع عشر - لا يمكن التسليم به بالنسبة لعمل القضاء وقما يقوم بتكميل العقد على سند من نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي .

وأخيراً ، يشهد الواقع التطبيقي لنص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي بأن الاجتهاد القضائي الفرنسي لم يتردد منذ بداية القرن العشرين في أن يكمل العقد بالتزامات جديدة لا علاقة لها من قريب أو بعيد بقصد المتعاقدين المشترك على سند من مجرد توافقها - في رأي القضاء - مع العدالة العقدية ، ومن ذلك - على سبيل المثال لا الحصر - الالتزام بالسلامة ، والالتزام بالإعلام ، والالتزام بالنصح ... الخ.

### ٣٦ - الاتجاه الحديث

يضع هذا الاتجاه حدوداً منطقية بين تفسير العقد وتكميله، فالخطاب التشريعي في المواد من رقم ١١٥٦ إلى رقم ١١٦٤ من التقنين المدني الفرنسي يعالج تفسير العقد وقما يكون ثمة غموض أو إبهام لإرادة المتعاقدين وقصدهما المشترك<sup>(١)</sup>.

أما النطاق الحقيقي للخطاب التشريعي في نص المادة ١١٣٥ من التقنين المدني الفرنسي فهو بيان للعوامل التي يسترشد بها القضاء في تكميل العقد<sup>(٢)</sup>.

وهذا ما قصده الفقيه: GHESTIN ومن معه من عبارة "التفسير الموضوعي أو المنشئ للعقد الذي يقوم به القاضي وهو بصدد تكميل العقد"<sup>(٣)</sup>، استصحاباً للقول بأن دور القاضي دائماً هو التفسير على مستوى تواتر اللفظ دونما إنكار لخصوصية الدور المنشئ للقاضي وهو بصدد تكميل العقد.

<sup>1</sup> أضف إلى ذلك نص المادة ١٦٠٢ مدني فرنسي والتي تقضي بأن البائع يتعهد بأن يفسر بوضوح ما يلتزم به ، وأن أي بند غامض أو مبهم يُفسر ضد مصلحة البائع .

V.Art. 1602: Le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi ils'oblige.Tout pacte obscure ou ambigu s'interprète. Contre le vendeur."

<sup>2</sup> وعن وظيفة المادة ١١٣٥ مدني فرنسي المتمثلة في تكميل العقد ، فإن حدود تطبيقها يمكن تدبيره من جانبين هما : ١ - القانون و٢ - التصور الموضوعي للحالة المفوضة من قبل المشرع للقاضي . راجع:

V. BERTHIAU (D.): op. cit, n° 650 , p. 343

<sup>3</sup> انظر في ذلك

GHESTIN (j.) , (CH.) et BILLIAU (M.): op. cit. , n° 49 , p.59

وقد استفاضت: MOULY – GUILLEMAUD في رسالتها في بيان المقصود بمستلزمات العقد في ضوء نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي التي تعتبرها "مصدراً جديداً للمحتوى العقدي".

"Une nouvelle source du contenu contractuel" بسبب كثرة التطبيقات القضائية التي استندت إليها لبيان دور القاضي في إنشاء جملة من الالتزامات تم فرضها على الإرادة التعاقدية، في سبيلها للبحث عن ضوابط قانونية يجب إتباعها بصدد تكميل العقد الذي يختلف بالضرورة عن تفسيره<sup>(١)</sup>.

## الفصل الثاني الإلزام بمستلزمات العقد

### ٣٧ - العقد قانون المتعاقدين

من الثابت قانوناً أنه يكفي لتمام العقد الاتفاق على عناصره الجوهرية، وكثيراً ما يحدث أن يقوم القاضي بتكميل العقد بما تقتضيه مستلزمات كل عقد على حده وبما يتضمنه من التزامات .

والقاعدة في هذا الشأن أن العقد ككل متكامل – أي ما اتفق عليه العاقدان وبما هو من مستلزماته التي أضافها القاضي لتكميل الالتزامات المدونة فيه – يكون ملزماً لعاقديه وهو ما عبر عنه القانون بأن العقد شريعة المتعاقدين .

فالعقد قانون المتعاقدين، وهو تصرف قانوني أنشأته إرادتان توافقتا على ترتيب آثار قانونية من طبيعة مالية في دائرة القانون الخاص أسفر عن مبدأ الإلزام بالعقد<sup>(٢)</sup> يبدو مبرراً الآن أن نتساءل عن أساس القوة الملزمة للعقد؟؟؟

<sup>1</sup> انظر في ذلك:

V. MOULY – GUILLEMAUD (C.):op. cit. L. G .D. J., tom 460, 2006.

<sup>2</sup> ويترتب على هذا المبدأ ما يلي :

أولاً : بالنسبة لطرفي العقد :

أ - عدم جواز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون (م ١/١٤٧ مدني مصري وم ٢/١١٣٤ مدني فرنسي) . مع التنكير بالأحوال الاستثنائية التي يجوز فيها قانوناً الخروج على القوة الملزمة للعقد .

ب - وجوب تنفيذ المتعاقدين للالتزامات بكل ما تتلواته من التزامات أصلية والالتزامات تكون من مستلزمات العقد ، وأن يتم ذلك بحسن نية .

كأثر لتعدد وتنوع التطبيقات القضائية - ولاسيما في القضاء الفرنسي - فيما يتعلق بتكميل العقد، يبدو منطقياً الإجابة ببدءة عن التساؤل المذكور، مما سيلقي بظلاله على تحليلنا للتطبيقات القضائية المذكورة.

٣٨ - ومن ثم، نقسم الدراسة كما يلي:

المبحث الأول: أساس الإلزام بالعقد .

المبحث الثاني: الملاءمة بين النص التشريعي والتطبيق القضائي بخصوص تكميل العقد .

### المبحث الأول

#### أساس الإلزام بالعقد

٣٩ - بتفسير العقد وتكميله يتحدد مضمونه وتكتمل أحكامه ، ويصبح ملزماً لكل من طرفيه والقاضي والقانون.

وذهب رأي إلى أن قانون العقد يستمد قوته الملزمة من قانون الدولة ، وكل منهما يستند أخيراً إلى فكرة العدل<sup>(١)</sup>.

وفي تحليل لدور الإرادة في تكوين التصرف القانوني وفقاً لفكر المذهب الفردي ( مبدأ سلطان الإرادة ) قيل بأن " منشأ الالتزامات يرجع للإرادة الحرة ، كذلك الأثر الذي يترتب على الالتزام ، فهو خاضع للإرادة أيضاً .... الخ<sup>(٢)</sup> .

ومهما يكن من أمر ، فإن تكميل القاضي للعقد يستند إلى " عناصر موضوعية " "éléments objectifs"<sup>(٣)</sup> .

#### ثانياً : بالنسبة للقاضي :

وجوب التزام القاضي بتطبيق أحكام العقد بما يتضمنه من التزامات أصلية وبما يكون من مستلزماتها ، ومن ثم فليس له أن ينقض العقد أو يحلله إلا بتفائق المتعاقدين أو لأسباب يقررها القانون .

#### ثالثاً : بالنسبة للقانون :

تكون للعقد قوته الملزمة تجاه القانون وفقاً لثمة طرفا العقد على ما يخالف النصوص القانونية المكملة فيما لا يتعارض مع مبادئ النظام العام والآداب .

١ راجع: د. سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، بند ١٢٥، ص ١٤١.

٢ أنظر: د. منصور مصطفى منصور، دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني، خلاصة دروس لطلبة دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة عين شمس، كلية القانون، العام الجامعي ١٩٩١-١٩٩٢ م. ص ٨.

٣ راجع: د. سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، بند ١٢٤، ص ١٤٠.

وبين انحسار مبدأ سلطان الإرادة على وجه العموم والطبيعة الموضوعية للعناصر التي تعين القاضي على تكميل العقد على وجه الخصوص تظهر أهمية الاهتداء إلى أساس إلزام المتعاقدين بالعقد<sup>(١)</sup> هذا من جانب<sup>(٢)</sup> ومن جانب آخر، فإن صعوبة تحديد الأساس القانوني للقوة الملزمة للعقد يجسدها التناقض القائم بين عدم إمكانية إنكار كل التصور الإرادي للعقد، والطبيعة الموضوعية للعناصر التي بمقتضاها يكمل القاضي العقد<sup>(٣)</sup>.  
ومن الجدير بالذكر أنه عند مناقشة لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ لمشروع نص المادة ١٤٨ من قانون مصري تخوف البعض من مضمونها بدعوى أنها "تلتزم المتعاقدين بما وراء السطور، وهي تعطي للقاضي سلطة خطيرة لأنه بموجبها يمكنه أن يزيد في التزامات المتعاقدين، وفي ذلك إهدار لقاعدة العقد شرعية المتعاقدين"<sup>(٤)</sup>.

V. MOULY – GUILLEMAUD (C.): op. cit. n° 513, p. 506.

"والذي تعتقد بأن وجود نص المادة ١١٣٥ من قانون فرنسي يعد مسلبة لغياب أو عدم وجود سلطان إرادة حقيقية في معنى العقد الذي يتحدد محتواه وفق عناصر موضوعية"

L' exégèse de l'article 1134 postule l'absence d'autonomie de la volonté réelle au sein du contrat, dont le contenu est arrêté par des éléments objectifs."

<sup>1</sup> وعن محاولا الفقه الفرنسي في إيجاد حلول قانونية لهذه الإشكالية راجع :

V. STOFFEL – MUNCK ( ph.) :L'abus dans le contrat , Essai d'un théorie. préf. de BOUT (R.),. L.G.D. J., T. 337, 2000, p. 544.; RANOUIL (V.) L' autonomie de la avolonté, Naissance et évolution d'un concept, PUF, 1980.

<sup>2</sup> GUIDERDONI (B.): Le Forçage du contrat par le juge, these caen. 2002

PANCRAZI – TIAN ( M.E. ): La protection judiciaire du lien contractuel , presse univ. d' AIX –Marseille , 1996

<sup>3</sup> وكما قيل – وبحق – لا يمكن أن تكون المعطيات الموضوعية صدى "للإرادة ذات الطبيعة الذاتية".

("Une donnée objective ne peut être le reflet de la volonté, par essence subjective")

V. MOULY – GUILLEMAUD (C.): op. cit. n° 513, p.505.

<sup>4</sup> راجع: "مجموعة الأعمال التحضيرية"، القانون المدني، الجزء الثاني، مصادر الالتزام، صادرة عن وزارة العدل، مطبعة دار الكتاب العربي، ص ٢٨٩..... (وفي ذات الصفحة) وعلى سبيل الخلط بين تفسير العقد وتكميله، ذهب البعض إلى المطالبة بالاستغناء عن المادة المذكورة (م ١٤٨) لأن الالتزام بالعرف والعادة ونية الطرفين يكون في تفسير العقود وليس في تنفيذها. ورد عليه البعض بأن المادة المذكورة تتكلم عن "تنفيذ العقد" وليس "تفسيره".



ورغم جدية هذا التخوف إلا أن الواقع التطبيقي القضاء المصري لم يظهر لنا مشكلات يمكننا التوقف عندها بصدد المادة المذكورة على خلاف ما فعله القضاء الفرنسي بصدد المادة المقابلة لها في التقنين المدني الفرنسي (وهي المادة ١١٣٥ مدني فرنسي)، والتي ألفت التطبيقات القضائية لها بظلال من الشكوك قد تصل إلى درجة اليقين بأنه لم يعد ثمة مجال لإرادة المتعاقدين، فما أضافه القضاء من التزامات إلى مضمون العقد لأنه من قبيل "مستلزمات العقد" "Les Suites" قد فاق كل تصور<sup>(١)</sup>.

٤٠ - وفي رأينا: أن كثرة وتنوع التطبيقات القضائية الفرنسية بصدد تكميل العقد وإن كان إلزاماً للمتعاقدين بما وراء السطور التي حددت المضمون العقدي، إلا أنه من الأهمية بمكان هنا أن نبين في تحليل المسألة من واقع عبارات المشرع سواء في فرنسا أو مصر، وبالتحديد عبارة بحسب طبيعة الالتزام، تلك العبارة التي تشير من طرف خفي إلى أن الأمر له علاقة بإرادة الطرفين المتعاقدين لأن تراضيهما على إنشاء هذا الالتزام يمثل بالضرورة جوهر كل عقد.

ولا ينبغي أن يفهم من هذا التحليل أن تكميل العقد له علاقة بما تلائت عليه الإيرادات المتعاقدة وقصدت ترتيب الآثار القانونية عليه، فهذا هو شأن التفسير لا التكميل، فيظل تكميل العقد مرتكزاً على عناصر موضوعية لا علاقة له بنية المتعاقدين وقصدتهما المشترك سواء أكان صريحاً أم ضمناً أم مفترضاً.

وينبغي على ذلك، وجوب تحليل دور الإرادة في العقد، سواء من حيث تكوين هذا العقد أو من حيث آثاره بعد التمهيد لذلك ببيان التصور الجديد لمبدأ سلطان الإرادة وفقاً للتقسيم التالي:

**المطلب الأول : التصور الجديد لمبدأ سلطان الإرادة .**

**المطلب الثاني : دور الإرادة في تكوين العقد .**

**المطلب الثالث : دور الإرادة في آثار العقد .**

وأضاف البعض الآخر بأن "وإن كان العقد شريعة المتعاقدين، فليس ثمة عقود تحكم فيها المباني دون المعاني كما كان الشأن في بعض العقود عند الرومان فحسن النية يظل العقود جميعاً سواء فيما يتعلق بتعيين مضمونها أو فيما يتعلق بكيفية تنفيذها".<sup>١</sup>  
ويعلق الأستاذ : BÉNABENT على ذلك قائلًا بأن الاجتهاد القضائي الفرنسي لم يتردد منذ بداية القرن العشرين، في أن يجعل العقد ينتج للالتزامات ليست مشترطة، وعلى الأرجح لم يُرَدِّها قيداً من هو خاضع لها، بحجة أنها تتوافق مع الحدالة للعقدية.

V.BÉNABENT (A.): Droit civil Les obligations, 8éd.Montchrestien 2001, n° 280, p.211.

## المطلب الأول التصور الجديد لمبدأ سلطان الإرادة

### ٤١ - مبدأ سلطان الإرادة المنطقية

#### L'autonomie de la volonté rationnelle

لئن كان مبدأ سلطان الإرادة هو الصياغة الفقهية التي عبرت عن فكر الفلسفة الفردية Une Philosophi Individualiste ، فإن للتصور الجديد له بحسبانه مبدأ للإرادة المنطقية قد جرد الفكر الفلسفي الفردي من منطقه في حين تغيرت صلته بفكرة النظام العام .

فبعد أن كان من الثابت قانوناً أن سلطان الإرادة - كما يقرر البعض وبحق - والنظام العام فكرتان متناقضتان: des notions antinomiques<sup>(1)</sup>، صار التصور الجديد لمبدأ سلطان الإرادة بحسبانه الإرادة المنطقية يتوافق مع تصور تقسيم فكرة النظام العام إلى النظام العام التوجيهي L'ordre public de direction<sup>(2)</sup> "والنظام العام الحمائي" "L' ordre public de protection"

إذا كان النظام العام التوجيهي هو النظام العام التدخلي Interventionnisme الموجه dirigiste<sup>(3)</sup> ، فإن النظام العام الحمائي قد ساهم في تقويم واصلاح التعسف في عقود الإذعان<sup>(4)</sup> فضلاً عن أثره الحمائي للعمال في عقود العمل ، والمؤمن لهم في عقود التأمين ، وحدثاً للمستهلكين في عقود الاستهلاك .

ومن هنا توافقت الأهداف التي يسعى إلى تحقيقها النظام العام المذكور مع الأهداف التي تعلقت بمبدأ سلطان الإرادة المنطقية للأطراف المتعاقدة بعد حين من الدهر ساد فيه التضاد بين النظام العام التقليدي ومبدأ سلطان الإرادة التقليدي .

1 راجع :

V.CHARDIN (N.): Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté , Bibliothèque de droit privé , paris , 1988 , n° 280 , p. 217 .

2 راجع :

V.GHESTIN (j.): Les obligation, vol. 1, Le contrat, L. G. D. j.paris 1980, n° 113 et s.

V.GHESTIN (j.): op. cit. n° 116et

3 راجع :

V. GHESTIN (j.): op. cit. n° 122

4 راجع :

وفي رأينا أن الإرادة المنطقية كمقوم تصوري جديد للقوة الملزمة للعقد يمكنها أن تكون مبرراً منطقياً معقولاً لفكرتي: العدل Le juste و النفع L utile ' كما فسرها الفقيه: GHESTIN كأساس للقوة الملزمة للعقد<sup>(1)</sup>.

مبدأ العدالة العقدية " Le principe du justice contractuelle " لا يكون العقد ملزماً - في رأي GHESTIN - إلا لأنه يحقق العدل ، حيث أنه ينطلق من فكرة أن القانون في حد ذاته عدل متى حافظ على كيان الجماعة ، ومن ثم فإن تحقيق العدل هو غاية القانون وأساسه ، إلا أن العدالة العقدية المرادة هنا هي العدالة ، التبادلية أو التصحيحية Justice commutative وليست العدالة التوزيعية La justice distributive أي تلك العدالة التي ينبغي أن تسود بين الأطراف المتعاقدة بصدد التزاماتهم المتقابلة على أساس من المساواة التامة بينهم، وبذلك يتحقق التوازن في الأداءات العقدية المتقابلة ("Dans l' échange chacune des paries doit recevoir L' equivalent de ce qu' elle Donne")<sup>(2)</sup>.

٣-٤- الإرادة المنطقية وفكرة النفع "La volonté rationnelle et l' utile" يفرق GHESTIN بين "المنفعة الخاصة" L'utilité particulière و "المنفعة العامة" "L'utilité publique" من حيث أن المنفعة العملية هي التي تتعلق بالأطراف المتعاقدة ومظهرها الأساسي اقتصادي بحث. وهي من هذا المنظور تمثل الأمان للأطراف المتعاقدة، غير أن القانون لا ينبغي أن يترك المجال للقرارات الفردية لتحقيق منفعة اقتصادية تخص أشخاصاً بعينها ، بل عليه أن يسعى من طريق القرارات الجماعية Les décisions collectives لتحقيق معاملات تعود بالنفع الاجتماعي العام على أفراد المجتمع بأسره ، تلك القرارات التي ينبغي أن تضعها السلطات العامة في أولويات خطتها ابتغاء

<sup>1</sup> راجع :

V. GHESTIN (J.): Traité de droit civil, la Formation du contrat, 3e éd. L. G. D. J., 1993

وتحت عنوان:

"Le contra est obligatoire qu' il est util" V. op. cit, n° 227et s.

ولمزيد من التفصيلات راجع المقالة التالية :

V. ANCEL (P.): Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD. civ. oct. déc.1999, Article, (p. 771 à p. 810)

<sup>2</sup> انظر:

V. GHESTIN (J.): la Formation, préc. n° 229 et s. p. 204 et s.

تحقيق المنفعة العامة " L' utilité général " التي تقصد صالح الجماعة ككل  
(1) Intérêt général .

## المطلب الثاني دور الإرادة في تكوين العقد

٤٤ - تحديد

الإرادة هي المنبع أو ما يصدر عنه الالتزام . ويرتكز الالتزام التعاقدى على إرادة المتعاقدين ، ورويتنا التحليلية تتجاوز مبدأى الرضائية والحرية التعاقدية لتتساءل عن الصلة ما بين الإرادة والعناصر الموضوعية التي يستعين بها القاضى في تكميل العقد ؟

هل العقد قد اختزل إرادتي المتعاقدين ؟

وهل من سبيل إلى تحليل العناصر الموضوعية في ضوء إرادتي المتعاقدين؟ ولماذا لا نتصور فكرة الترابط المنطقي فيما تنتجته الإرادات المتعاقدة من مضمون عقدي؟ وإن أمكننا إثبات هذا التصور، فسيكون نتيجة لمقدمة ضرورية هي أن الإرادات المتعاقدة ذاتها لا ينبغي إلا أن تكون إرادات منطقية، بصيبتها الإرادات الحقيقية للأطراف المتعاقدة؟

تقسيم: نعرض لهذا التصور في فرعين كما يلي:

الفرع الأول: العلاقة بين تكميل العقد وإرادة المتعاقدين.

الفرع الثاني: الإرادة كسبب لتجاسس العقد.

### الفرع الأول

#### العلاقة بين تكميل العقد وإرادة المتعاقدين

٤٥ - مشكلة الإرادة؟ والدافع إلى جعل الإرادة مشكلة أنه لا يستساغ عقلا ولا منطقاً مجرد التكبير في البحث عن الإرادة في ظل العناصر الموضوعية التي يستعين بها القاضى في تكميل العقد هذا من جانب . ومن جانب آخر لم يكن لإرادة المتعاقدين دوراً جوهرياً إلا وقت إنشائها لمضمون العقد ، ثم في مرحلة تفسير القاضى له .

انظر:

V. GHESTIN (j.): La Formation du contrat, préc. n° 253 p. 228.

فالثابت قانوناً أن القاضي يولي وجهة شطر قبلة الإرادة التعاقدية، وقصد المتعاقدين المشترك، وهو بصدد تفسير العقد؟ إلا أنه وهو بصدد تكميله يضع العقد في إطار موضوعي عام على هدي من القانون في أحكامه المكملة والعرف والعدالة ولا يتم ذلك إلا بحسب طبيعة الالتزام .

ويضيف البعض بأن تكميل العقد على هُدي من العناصر الموضوعية السابقة يجب أن يتم في إطار الفهم العميق للغرض الاقتصادي من العقد<sup>(1)</sup>.

٤٦ - أعتقد أن العلاقة بين تكميل العقد وإرادة المتعاقدين سواء أكانت معلنة أم باطنه ضرباً من ضروب التوهم، ذلك أن ما يقوم به القاضي من إنشاء للالتزامات جديدة لا يحتويها النص العقدي لا شأن لها بإرادة المتعاقدين وقصدهما المشترك لا من قريب أو بعيد .

ولا يمكن من جانبنا حتى القول بأن ما أنشأه القاضي من التزامات يستقر على أنقاض إرادة المتعاقدين التي لم يبق منها سوى الأطلال ..... فما هي العلاقة إذن؟

يمكننا تلمس هذه العلاقة من عبارة "بحسب طبيعة الالتزام" من زاوية أن هذا الالتزام هو ما أنشأته إرادة المتعاقدين وقصدهما المشترك ولكن التساؤل عن كنه هذه الإرادة؟ ما هي؟ ولمن تنسب؟ وهل ما أضافه للقاضي من التزامات إلى العقد بحسب طبيعة الالتزام يمكن أن تكون له علاقة بالإرادة التعاقدية؟ وما هي - مرة أخرى - حقيقة هذه العلاقة وبمعنى آخر ما هو هذا الرابط المنطقي الذي يمكننا تبيانه وهل لنا أن نحمله في ضوء إرادة المتعاقدين الحقيقية، كما تم التعبير عنها، أو كما هي في مكنون أنفس من قاموا بالتعبير عنها، أم أن المسألة في حاجة إلى تحليل آخر ، من منطلق قناعتنا بأن ما قام به القاضي من تكميل للعقد لا شأن له بإرادة المتعاقدين الظاهرة أو الباطنة أو حتى المفترضة ؟

نستحسن بداءة ما قرره البعض من أن العقد بعد ما تم تكميله من جانب القضاء قد أعطى وصفاً جديداً لإرادة المتعاقدين، مما ينبغي تحليل للمسألة في ضوء إعادة تقييم الإرادة التعاقدية وفق تحليل موضوعي مجرد في مثل حقيقة أنه ما آل إليه العقد قد اختزل الإرادة العقدية<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> راجع:

V. LARROUMET (ch.): Droit civil, T. 3 Les obligations, 1<sup>ere</sup>, partie.éd. 1986, ECONOMICA, n° 141, p. 132.

<sup>2</sup> راجع:

V.MOULY - GUILLEMAUD(C.): op. cit. n° 541, p. 506

من المسلم به فقهاً وقضاءً انحسار دور السلطان الذاتي للإرادة كما كان في فكر المذهب الفردي ، فقد صار أثراً بعد عين . فالقاضي الفرنسي – في رأي البعض – يضيف إلى العقد ما ليس منه ، ولم تعد الإرادة التعاقدية هي المنشئة للالتزامات العقدية بسلطانها الذاتي ، بل تتداخل مع مجموعة من القواعد الموضوعية التي تحدد مركز العدل في الرابطة العقدية<sup>(١)</sup>.

وفي ذات المعنى فإن الإرادة التعاقدية لا شأن لها بمستلزمات العقد "Suites" تلك المستلزمات توجبها أحكام القانون المكمل والعرف والعدالة ولكن في إطار طبيعة الالتزام ، وهي بالضرورة عناصر موضوعية لا تنبثق من الإرادة<sup>(٢)</sup>.

1 راجع:

V. SERAUX (A.) : Droit des obligations. Collection droit fondamental.PUF1992. n° 44., p. 16 qui disait: ("l'article 1135 vient opportunément rappeler qui le contrat s'intègre dans un ordre juridique qui le transcende, que la volonté des parties ne crée pas elle seule tout l'univers des obligations qui naissent du contrat, mais qu'elle s'imbrique au contraire dans un ensemble de règles supérieures qui expriment ce qu'il est juste de faire dans un rapport juridique."

وفي نفس المعنى راجع :

V.FLOUR et AUBERT: Les obligations T.1 l'acte juridique. ARMAND COLIN éd. 1994 n° 126, p. 89

2 ففي تفسير لما جاء في نص المادة ١١٣٥ من قانون فرنسي ("من أن الاتفاقات (العقود) لا تلزم بما تم التعبير عنه حسب... الخ... " قيل بأن :

("Cette recherche s'arrête à ce qui est exprimé, c'est – à – dire à la volonté explicite des contractants quelle que soit d'ailleurs la forme qu'a revêtue l'expression de cette volonté ..... or, au delà de ce qui est exprimé il y a encore autre chose, mais, pour découvrir ce surplus , ce n'est plus la volonté des parties qu'il faut utiliser , ce sont d'autres sources que désigne la seconde proposition de l'art 1135." Mais encore à toutes les suites que l'équité l'usage ou la loi donne à l'obligation d'après sa nature. " ce membre de phrase montre bien effet que la recherche des volontés n'exclut pas le recours aux sources du droit objectif qui doivent (intervenir) pour compléter et même éventuellement pour corriger les clauses contrat"

V. VINEY (G.) et JORDAIN (P.): Traité de droit civil sous la direction de GHESTIN (J.). Les conditions de la responsabilité. 2° éd. L. G. D. J. 1998, n° 484, p. 379.

وفي نفس الاتجاه راجع :

V. STARCK (B.), ROLLAND (H.) et BOYER (L.): Droit civil, Les obligations, T. 2, contrat, 6° éd. Litec, 1998. n° 58

ويذهب الفقيه : GHESTIN إلى تقديم أسس جديدة للقوة الملزمة للعقد تركز على الأزواجية ما بين الأساس الإرادي ( الذاتي ) ، والأساس الموضوعي (المادي) ، فلا يغفل جانب الإرادة، وفي ذات الوقت يعقد بفكرة العدل والفائدة الاجتماعية من العقد <sup>(١)</sup> ويضيف إلى نظرية Kelsen في إلزامية العقد <sup>(٢)</sup> قيم المنفعة الاجتماعية والعدالة التعاقدية <sup>(٣)</sup>.

وكأثر لانتكاس الاتجاه الفردي، الذي كان يجعل الإرادة الفردية بما لها من سلطان ذاتي هي أساس القوة الملزمة للعقد، جاءت ردة فعل الاتجاه الاجتماعي الذي أنكر قدرة الإرادة بذاتها على إحداث الآثار القانونية ، وأقر بأن العقد وإن كان عملاً إرادياً إلا أنه يستمد قوته الملزمة من القانون <sup>(٤)</sup>.

ومن ثم ، خبت جذوة الإرادة الباطنة التي سادت بلا منازع في الفقه الفرنسي التقليدي ليتم إفساح المجال لنظرية الإرادة الظاهرة <sup>(٥)</sup>.

ويشهد الواقع العملي أن تكميل العقد في ضوء نص المادة ١١٣٥ منقذ فرنسي أفسح المجال للاجتهاد القضائي الفرنسي على نطاق واسع في ضوء عناصر موضوعية.

١ راجع :

V. GHESTIN (j.): Traité V de droit civil, la formation du contrat 3<sup>e</sup> éd. 1993, L.G.D.J.n°225.p, 202qui disait: ("Le juste et l'utile n'apparaissent plus comme des éléments objectifs, extérieurs au contrat, et permettant de la contrôler au nom de l'intérêt général et de la justice contractuelle. Le juste et l'utile sont les fondements mêmes de la force obligatoire du contrat, d'où doit se déduire l'ensemble de son régime.")

٢ راجع :

V.KELSEN: théorie pure du droit, 2éd.PARIS,1962, cite GHESTIN (J.), op. cit., n°188 et s. p. 168 et s. par

- والذي يذهب إلى أن إرادة المشرع هي التي تعهد إلى العقد بقوته الملزمة من طريق فرض الجزاء.

٣

أنظر: الفقرة رقم (٢٢٦)، من ص ٢٠٣، في مؤلف الأستاذ: GESTIN، المرجع ("Selon Kelsen le contrat tire sa force obligatoire de la volonté du législateur de le sanctionner.Nous préférons dire que le législateur conformément au droit objectif qui le dépasse, ne devrait sanctionner le contrat que parce qu' il est utile et à la condition qu' il soit juste")

٤

أنظر في تفصيل هذين الاتجاهين: د. منصور مصطفى منصور، مرجع سابق، من ص ٤ إلى ص ١٢.

٥

أنظر في " التطور في مفهوم العقد وأساس قوته الملزمة " د. نبيل إبراهيم سعد، التطور في ظل الثبات في مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٥، دار الجامعة الجديدة للنشر، ص ٢٩ وما بعدها.

مما يقتضي منا تحديد الأسس القانوني لقوة العقد الملزمة في ضوء المقدمات السابقة ؟

٤٧- على سبيل الاستدلال العقلي تعد طبيعة الالتزام "La nature de l'obligation" (١) مصدراً تكميلياً لمضمون العقد ، بمعنى أن الالتزامات التي ينشؤها القاضي لتكميل العقد يكمن سببها المنشئ في طبيعة الالتزام .

والالتزامات التي استكمل بها القاضي العقد يمكن ردها إلى الإرادة الحقيقية للأطراف المتعاقدة ، تلك الإرادة التي تختلف عن الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة ، فهي إذن الإرادة المنطقية بما يفسر وجود ترابط منطقي بين ما أضافه القاضي من التزام وطبيعة الالتزام المذكور في العقد الذي استكمله القاضي (٢) .

وفي عبارة واحدة ، فإن طبيعة الالتزام هي الشكل الذي عبر به المشرع عن الإرادة الحقيقية المنطقية للأطراف المتعاقدة (٣) .

ولمنا بصدد نتيجة بدون مقدمات ، فعلى سند من الاستدلال يمكننا استخراج المقدمات التي تقود إلى النتيجة المذكورة ، وذلك كما يلي :

أولاً: بعد أن قرر المشرع المصري في نص المادة ٩٥ مدني مصري بأن العقد قد تم . أردف ذلك قائلاً بأنه " ... إذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة" (٤) .

وفيما يتعلق بإلزام المتعاقد بما ورد في العقد حدد المشرع هذا المضمون العقدي الملزم بأنه يتناول أيضاً ما هو من مستلزمات العقد (م ٢/١٤٨ مدني مصري) وأردف ذلك قائلاً وفقاً للقانون والعرف والعدالة (....) بحسب طبيعة الالتزام .

١ راجع نص المادة ٢/١٤٨ مدني مصري والمادة ٩٥ مدني مصري ، وكذلك نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي .

٢ راجع في نفس المعنى :

V. MOULY – GUILLEMAUD (C.): op. cit. n° 514, p. 506. qui disait ("Notre dessein est ici de présenter respect de la nature de l'obligation comme la formalisation juridique de la volonté raisonnable des parties.")

٣ راجع في نفس المعنى :

V. MOULY – GUILLEMAUD (C.) op. cit.

٤ مع التسليم بما جاء في النص المذكور من أن المتعاقدين " لم يشترطاً أن العقد لا يتم عند عمالاتها عليها " أي على المسائل التفصيلية التي احتفظت بالاتفاق عليها فيما بعد "



وجاء كذلك في عجز نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي بأن العقد (أو الاتفاق) لا يلزم بما تم التعبير عنه وحسب وإنما أيضا بما تقتضيه العدالة (و) العرف (أو) القانون للالتزام وفقا لطبيعته<sup>(١)</sup>.

ونستنتج من نصوص المشرع أنه كان حريصا على إعلام القاضي بأن ما يكمل العقد لن يكون دون ضابط قانوني، فلم يشأ المشرع أن يفوض القاضي على وجه الإطلاق بأن يكمل مضمون العقد وفقا لأحكام القانون المكمل<sup>(٢)</sup> والعرف والعدالة وإنما حدد له هذا الضابط بعبارة "طبقا لطبيعة المعاملة" أو "بحسب طبيعة الالتزام" و "وفقا لطبيعة الالتزام".

ومن ثم فإن طبيعة الالتزام ليست من قبيل العناصر الموضوعية التي تقف كعصر مستقل وقائم بذاته على قدم المساواة مثلها مثل أحكام القانون المكمل والعرف والعدالة بحيث أن القاضي - وهو غير ملزم بما قرره المشرع من ترتيب لهذه العناصر لأنها واردة على سبيل التقرير لا الإلزام - يمكنه أن يسترشد بالعدالة مثلا لتقرير التزام يكمل به العقد وهو لا يتوافق مع طبيعة الالتزام؟! فليس هذا هو مضمون الخطاب التشريعي، وإنما الصواب في اعتقادنا واستصحابا لعبارة المشرع والمنطق الذي يحكمها أن اعتماد القاضي على عنصر من العناصر الموضوعية الثلاثة (وهي القانون في أحكامه المكمل والعرف والعدالة) يكون ضابطه دائما هو طبيعة الالتزام.

ثانيا: ينبغي فهم "طبيعة الالتزام" من منظور وظيفته، ومما يؤكد هذا التصور أن المشرع قد قرر تطبيقات عملية لمستلزمات العقد التي لا علاقة لها بإرادة المتعاقدين الباطنة أو الظاهرة أو حتى المفترضة، لأن القاضي سيفرضها على المتعاقدين حتى ولو لم تتجه إليه إرادتهما وبرهان ذلك

1 انظر نص المادة المذكورة:

Art. 1135: (" Les Conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé mais encore à toutes les suites que l' équité. L'usage ou la loi donnent à l' obligation " d'après sa nature ")

2 رغم أن المشرع سواء في مصر أو في فرنسا ذكر لفظة القانون على وجه الإطلاق، وكان ينبغي عليه تحديد هذه اللفظة بالمراد منها أي بالقانون في أحكامه المكمل... ومن ثم وجدنا الأستاذ: BÉNABENT وهو بصدد الحديث عن تكميل للقاضي الفرنسي للعقد، قسم مستلزمات العقد إلى طائفتين: تتناول في الطائفة الأولى المستلزمات البديلة أو المكملة والتي تحتوي في رأيه على الوصف القانوني للعقد والعرف. ثم حدد الطائفة الثانية بالمستلزمات الأمرة، والتي تتضمن - في رأيه - القوانين الأمرة، وما تقتضيه العدالة من مستلزمات.

V. BÉNABENT (A.): Droit civil, Les obligations, 8<sup>e</sup> éd.  
MONTCHRESTIEN, 2001 n° 277 et s., p. 210 et s.

ما تقتضيه طبيعة الالتزام في عقد البيع مثلاً من وجوب أن يشمل العقد العين المبيعة وملحقاتها ولو لم تذكر الملحقات في العقد، فبيع السيارة يشمل إطاراتها ورخصتها وأدوات الاحتياط للطوارئ، وكذلك بيع المتجر يشمل الاسم التجاري والحق في إجازة المكان.

ونتساءل لو لم يكمل القاضي العقد في ضوء المثاليين السابقين، كيف سيحقق الالتزام بالتسليم أو بنقل الملكية الغاية النفعية منه لو لم يكمل القاضي العقد في ضوء التحديد السابق؟!

ومن ثم فإن الالتزام الذي به يكمل القاضي العقد يؤكد وظيفة الالتزام الموجود في مضمون العقد كما أراده الطرفان حتى ولو لم تنصرف إرادتهما المشتركة إليه هذا من جانب.

ومن جانب آخر فإن القانون وكأنه قد قدر الإرادة المنطقية الحقيقية للأطراف المتعاقدة وعبر عنها في شكل "طبيعة الالتزام".

وبناء عليه ، لا نتفق مع الفقه الذي يتصور أن تحديد مستلزمات العقد تكون في ضوء طبيعة الالتزام والقانون والعرف والعدالة ثم يستطرد ضارباً الأمثال لمستلزمات كل عنصر من هذه العناصر على حده وكأننا بصدد عناصر منزلة بعضها عن بعض ولا يجمعها ضابط قانوني محدد<sup>(١)</sup>.

رغم أن الرجوع إلى المشروع التمهيدي لنص المادة ١٤٨ من مئني مصري يبنى عن أنها كانت تحمل رقم "٢١٤" وكان نص الفقرة الثانية منها كما يلي :

#### \* نقد:

أن فرض القاضي لنص قانوني أمر على المتعاقدين الذين لم ينكروا حكمه أو خلفاه هو من قبيل صميم عمله المتمثل في تطبيق القانون على الواقعة المعروضة أمامه ، وليس من قبيل تكميل العقد ، ذلك أن مهمته في تكميل العقد بأحكام القانون تنصرف إلى الأحكام القانونية المكملة لا الأمرة . تلك الأحكام التي لم يتفق الأطراف على مخالفتها ، وقد ارتضاها لهم المشرع مادام أنهما لم يشترطاً أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، فكان إرادتهما المنطقية قد انصرفت بالضرورة إلى إعمالها وفق تقدير المشرع بعيداً عن قصد المتعاقدين .

1 أنظر على سبيل المثال: د. عبد المنعم فرج الصدة ، مرجع سابق ، بند ٢٩٨ ، حيث يقرر (....) وهو (أي القاضي) يستطيع أن يحدد مستلزمات العقد في ضوء طبيعة الالتزام والقانون والعرف والعدالة).

و كذلك: د. سمير عبد السيد تباغو ، مرجع سابق بند ١٢٤ ، ص ١٢٨ وما بعدها ، حيث يفصل سيادته العوامل التي يستعين بها القاضي في تكملة العقد على الترتيب ١ - طبيعة الالتزام ٢ - نصوص القانون ٣ - العرف ٤ - العدالة

"ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يلزمه أيضاً بما تقتضيه طبيعة الالتزام ،" ((وفقاً)) "للعادلة والعرف والقانون" (١).

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي للنص أن الفقرة الثانية من المادة ٢١٤ تناول تعيين المقصود بضمون العقد، فهو لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه على وجه التخصيص والإفراد بل يلزمه كذلك بما تقتضيه طبيعته (يُقصد طبيعة المضمون العقدي ، أي طبيعة الالتزامات الوارد فيه ) وفقاً لأحكام القانون والعرف والعدالة (٢).

ونستج من ذلك ، وبما لا يدع مجالاً للشك بأن طبيعة الالتزام هي الضابط القانوني لكل العوامل أو العناصر التي يستعين بها القاضي وهو بصدد تكميل العقد، وأية ذلك قراءة المشروع التمهيدي سلف الذكر.

وكل ما في الأمر أن المشروع التمهيدي لنص المادة ١٤٨ مدني مصري، وهو يحمل رقم " ١٥٢ " عند مناقشات لجنة القانون المدني له في مجلس الشيوخ، رأى سعادة العشماوي باشا إنه إذا كان لا بد من هذا النص فهو يقترح استبدال عبارة ("بالتناج التي تقتضيها طبيعة التعاقد") بعبارة "بما تقتضيه طبيعة الالتزام" خصوصاً وأن النصين الفرنسي الإيطالي والبولوني المأخوذة عنهما المادة المعروضة تتكلمان عن "Suites" أي النتائج (٣).

ف رأي سعادة الرئيس أن كلمة النتائج المقترحة لا تؤدي المعنى المطلوب، واقترح استبدال كلمة "مستلزمات" بها (٤).

ومن هنا صارت الفقرة الثانية كما هي الآن في نص المادة ١٤٨ مدني مصري كالآتي:

"ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام".

٤٨ - تعقيب: رغم أن نص المادة ١٤٨ / يحدد بوضوح أن مستلزمات العقد تتحدد في ضوء " طبيعة الالتزام " من طريق الاستعانة بعوامل ثلاث هي ، القانون في أحكامه الكاملة والعرف والعدالة إلا أن نص المادة في المشروع التمهيدي وبالتحديد الفقرة الثانية منها كان أوضح في تقديري ولم يك

1 راجع : مجموعة الأعمال التحضيرية ، القانون المدني ، الجزء الثاني ، مطبعة دار الكتاب العربي ، ص ٢٨٧

2 راجع : مجموعة الأعمال التحضيرية ، المرجع السابق ن ص ٢٨٧ .

3 انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية ، للقانون المدني ، الجزء الثاني ، مطبعة دار الكتاب العربي ، ص ٢٨٩ و ٢٩٠ .

4 انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية ، للقانون المدني ، الجزء الثاني ، ص ٢٩٠ .

بحاجة إلى أدنى تعديل لأن عبارة "بما تقتضيه طبيعة الالتزام" تتضمن بالضرورة النتائج والمستلزمات، غير أن رغبة أحد أعضاء مجلس الشيوخ آنذاك في النقل الحرفي لما هو مدون في النصين الفرنسي الإيطالي والبولوني كان هو الباعث الدافع إلى تغيير صياغة النص دونما تغيير في المضمون .

## الفرع الثاني

### الإرادة كسبب لتجانس العقد

٤٩ - من الأهمية بمكان أن يتبين القاضي تجانس العقد ، ولكن ما هو السبيل إلى التثبت والتحقق من وجوده ؟  
يبدأ القاضي في تحليل مضمون العقد، ذلك المضمون الذي يعد تعبيراً عن إرادتي المتعاقدين ومن طريق نتائج تحليله يمكنه أن يستنتج تحديداً الإرادة التي لم تعبر عن نفسها بطريقة كاملة، ومن ثم فهي في حاجة إلى تكميل، ويقوم القاضي بهذا التكميل ليس من طريق وضوح أو غموض المضمون العقدي وماذا قصدت إليه النية المشتركة للمتعاقدين، ولكن من طريق وجود ترابط منطقي في المضمون العقدي من عدمه، ومن ثم "فترابط العقد منطقياً .  
"La cohérence du contrat" لم يكن ليستخلصه القاضي إلا بالتدبير في الإرادة المنطقية للأطراف المتعاقدة وما ينبغي أن تكون عليه من منظور الرؤية التشريعية لها، وليس من منظور إعلانها عن ذاتها بذاتها<sup>(١)</sup>.

٥٠ - وفي تقديري أن عمل القاضي وهو بصدد تكميل العقد يرتكز على معيارين أساسيين يرتبطان ببعضهما البعض ارتباط السبب بالمسبب:

المعيار الأول : هو التحقق من وجود ترابط منطقي في العقد ، وهذا الترابط ما هو إلا النتيجة التي أَرادها المشرع كما ينبغي أن تكون عليه الإرادة التعاقدية ، ومن ثم فهي الإرادة الحقيقية المنطقية في منظور المشرع وهي

<sup>١</sup> ويعبر البعض عن معنى قريب من هذه الفكرة بحسبان أن الترابط المنطقي في العقد هو المعيار الضمني الذي بمقتضاه يمكن للقضاء تحديد الإرادات التي لم تعبر عن نفسها بطريقة كافية ..... راجع :

V. MOULY – GUILLEMAUD (C.) : op. cit. n° 519 , p. 511  
... qui disait : (" La cohérence du contrat par rapport à son contexte se présente – t – elle comme le critère – implicite – auquel les juridictions recourent afin de déterminer les volontés insuffisamment explicites.")

ليست الإرادة الباطنة أو الظاهرة أو حتى المفترضة ..... لماذا ؟ لأننا بصدد  
تكميل للعقد لا تفسيره.

أما المعيار الثاني: فبإنشأ وقتما تكون الإجابة بالسلب وفق المعيار  
الأول، بمعنى أن يثبت القاضي من عدم وجود ترابط منطقي في مضمون  
العقد، ومن هنا يبدأ القاضي في الاحتكام إلى طبيعة الالتزامات التي يحتويها  
المضمون العقدي، وهذا هو معياره الذي يقوده إلى الالتزامات الواجب عليه  
تكميل العقد بها مستعيناً في ذلك بأحكام القانون المكمل والعرف والعدالة.  
ويترتب على هذا التصور القول بأن الإرادة الحقيقية المنطقية  
للأطراف المتعاقدة هي التي أوجدت الترابط المنطقي في العقد، ولم يكن عمل  
القاضي سوء تكميل هذه الإرادة الحقيقية المنطقية.

### المطلب الثالث

#### نور الإرادة في آثار العقد

٥١ - إن نتائج التحليل المنهجي لنص المادتين ١١٣٥ مدني فرنسي و  
٢/١٤٨ مدني مصري تؤكد المحو الكلي لآثار مبدأ سلطان الإرادة .  
ويرى BLANC - JOUVAN أن تطبيقات القضاء الفرنسي لنص  
المادة ١١٣٥ قد فاقت كل تصور إدراكي ممكن بحيث ترتب على الاجتهاد  
القضائي بصدها إنشاء العديد من الالتزامات التي باتت تفاجئ الأطراف  
المتعاقدة بما لا يحتسبون<sup>(١)</sup> .  
غير أنه ليس في الوسع أن نطالب الإرادات المتعاقدة بإدراك ما قد  
يصعب عليها إدراكه<sup>(٢)</sup> . ومن ثم فإن المعطيات الموضوعية " Les "

<sup>١</sup> راجع :

BLANC - JOUVAN (G.): L' après - contrat , Etude a partir du droit  
de la propriete litteraire et artistique, thèse AIX - MARSEILLE, press  
univ. d'AIX - MARSEILLE, 2003, p.179: qui disait.

("Dangereux pour les partenaires, dans la mesure ou il limite la  
prévisibilité de leur engagement et où il heurte le principe du respect  
de l'autonomie de la volonté.")

("il est, sans doute, inattendu de s' appuyer sur le précepte de l'article  
1135 afin de justifier la force obligatoire du contrat.")

V. MOULY - GUILLEMAUD (C.): op. cit. n° 534, p. 527

راجع:

2

" données objectives " يمكن - كما سبق البيان - ضبطها من طريق  
الإرادة المنطقية للأطراف المتعاقدة<sup>(١)</sup>.

وعلى أثر أنقراض نظرية الإرادة الباطنة وجدت نظرية الإرادة  
الظاهرة مجالها، وصارت فكرة العقد تميل ميلاً نحو التصور الموضوعي  
" L' objectives du contrat " <sup>(٢)</sup>.

٥٢- وفي تقديري أن تقدير دور الإرادة في أثر العقد لا ينبغي أن يتم  
تبعاً لما تواترت عليه آراء الفقه التقليدي. فقد أن الأوان لأن نعطي من شأن  
الإرادة المنطقية للأطراف المتعاقدة، ووفق هذا التصور يمكن بلوغ كل غاية  
عملية في ضوء المعطيات الموضوعية التي يكمل بها القاضي العقد، وفي ذات  
الوقت تتحقق الفائدة المادية التي أرادت تحقيقها الإرادات المتعاقدة ..... لماذا؟  
لأن مراعاة الاعتبار القانوني للمعطيات الموضوعية ستقود حتماً إلى  
الحقيقة القانونية التي لو علمها الأطراف وقت التعاقد لأعلنتها إرادتهم، وهذا ما  
يقضيه التصور المنطقي للأمر، ومن ثم، حذى بالمنطق القانوني ألا يتجاهل  
ما قد يؤدي إلى الحقيقة التي ستحقق بالضرورة مصالح الأطراف المتعاقدة،  
وفي ذات الوقت على أساس قانوني منطقي يستند إلى الإرادات الحقيقة  
للأطراف المتعاقدة.

ومن ثم، نستحسن ما قرره البعض من أن نص المادة ١١٣٥ مندي  
فرنسي تعد مصدراً من المصادر التي يركز عليها العقد، وأن هذا الأتساع في  
مصادر العقد فرضته المادة المذكورة، وهي التي أسست الاعتبار المنطقي في  
معنى العقد من حيث وجوب اعتبار "طبيعة الألتزام"، بحيث يمكن تحديد  
مستلزمات كل التزام بحسب طبيعته، لأن هذه المستلزمات يتضمنها الألتزام  
بالضرورة من حيث طبيعته ووظيفته<sup>(٣)</sup>.

V. CARBONNIER (J.): Droit civil, T. 4, les obligations, 22 °ed.,  
PUF, Themis, 2000, 10 ° ed. L.G.D.J., 2004 .p. 86

<sup>1</sup> volonté (" Les données objectives permettent de reveler La  
raisonnable des parties.")

V. MOULY – GUILLEMAUD (C.): op. cit. n° 534, p.527

<sup>2</sup> يُراجع في هذه الفكرة :

V. MESTRE (j.) et FAGES (B.) : " De l'interdiction de se contredire  
au dé d'autrui " chronique n° 7 , RTD civ. 2002 , p. 93.

<sup>3</sup> "L'extension des sources du contra est non seulement  
autorisée. Mais encore impose par l'article 1135 du code civil, qui  
fonde la considération, au sein des contrats. D'une nature en toute  
obligation et des suites qu'elle implique"

ولاشك أن هذا التصور الجديد لا يستند على إرادة واحدة مستقلة لأحد أطراف العقد فالأمر ليس إلا توفيق بين الإرادة الحقيقية للأطراف المتعاقدة وما ينبثق أو يفرض عنها.

ومن ثم، يمكن تبرير التصور الإرادي للقوة الملزمة للعقد بأنه الإرادة المنطقية للأطراف المتعاقدة، ووفق هذا الأساس يمكن القول بالتوازن العقدي، وبفكرة العدالة، وبالجملة - في تصوري - كل ما يقود إلى الأمان العقدي.

غير أن استقراء مضمون تكميل العقد وفق هذا الأساس الجديد وإن كان صنواناً للتوازن العقدي إلا أن هذا التوازن العقدي لن يكون هو غاية العقد ومنتهاه بحيث يختزل بذاته وفي ذاته جوهر العقد ومادته<sup>(١)</sup>. وكل ما في الأمر أن هذا التوازن يمثل النتيجة أي الأثر الفرعي أو الإضافي للترابط المنطقي ما بين مصادر العقد.

### المبحث الثاني

انملاء بين النص التشريعي والتطبيق القضائي بخصوص تكميل العقد

#### ٥٣ - تحديد وتقسيم

لم يبق بعد التصور العقدي الحديث " لمبدأ سلطان الإرادة " *" L' autonomie de la volonté "* بحسبانه مبدأ سلطان الإرادة المنطقية *" comme autonomie de la volonté rationalité "* <sup>(٢)</sup> سوى أن نحلل مدى الملاءمة بين نصوص التشريع والتطبيقات القضائية فيما يتعلق بتكميل العقد<sup>(٣)</sup>.

V. MOULY - GUILLEMAUD (C.): op. cit. n°534, p.528

<sup>1</sup> انظر في هذا المعنى :

V. MALAURIE (ph.), AYNES et STOFFEU- MUNCK (ph.), op. cit. p.341.

<sup>2</sup> راجع :

V. SAVAUX (È): La théorie générale du contrat, mythe ou réalité?, L. G. D. J. Bibl. dr. priv. 1997 n° 221, p. 181.

<sup>3</sup> فكرة: كان في تصوري أن أعرض للأساس القانوني للقوة الملزمة للعقد في نهاية هذه الدراسة، غير أن طبيعتها فرضت على أن أبدأ بمرضه قبل هذا المبحث المتعلق بمدى الملاءمة بين النصوص التشريعية والتطبيقات القضائية في ملادة تكميل العقد، كي يتمنى للقارئ الحكم على هذا الأساس القانوني الحديث لمبدأ سلطان الإرادة بحسبانه الإرادة المنطقية للأطراف المتعاقدة في ضوء الرؤية الفقهية والاجتهادات القضائية.

ويسبب تعدد الاجتهادات الفقهية ولاسيما بخصوص المعنى المراد من نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي والنطاق الحقيقي لها، فضلا عن النطاق التطبيقي الواسع للاجتهادات القضائية بصدها أثرنا أن نقسم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين كما يلي :

المطلب الأول : اجتهادات الفقه .

المطلب الثاني : تطبيقات القضاء .

## المطلب الأول اجتهادات الفقه

٥٤ - ما من نص قانوني أثار حوله جملة من علامات الاستهتام كما

كان الأمر بصدد نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي ؟ (١) .

وقد كتب الأستاذ : **DOMAT** قديماً بأن الالتزامات التي تعد مستلزمت بالرغم من أنها غير مكتوبة أي غير معبر عنها من قبل الأطراف المتعاقدة هي التي تقتضيها العدالة والقوانين (في أحكامها المكملة) والعرف ويكون كل ذلك بحسب طبيعة الالتزام أو ما ساهم فيه الإنسان (٢) .

٥٥ - وفي رأينا أن الضابط الأساسي هو طبيعة الالتزام ، وهو ضابط عام موحد لكل ما يمكن للقاضي أن يكمل به العقد في ضوء العوامل أو العناصر

<sup>١</sup> فقد ثارت مناقشات عديدة في مجلس الدولة الفرنسي بمناسبة هذه المادة، وقد وصفها الأستاذ: Lacuée بأنها محل للتفكير الجاد وإثارة القلق وعدم الاستقرار ومن شأنها أن تقود إلى "نتائج خطيرة وجسيمة" " graves inconvenients " لأن من شأنها إخضاع المدين للالتزامات لم يكن يتوقعها. " l'article " soumet meme le débiteur à des obligations qu'il n' a pu prévoir "

انظر: " مناقشات مجلس الدولة الفرنسي بصدد المادة ١١٣٥ مدني " كما يلي :-

Cité par: BERTHIAU (D.) le Principe d'égalité et le droit civil des contrats, op. cit. n° 637, p.336.

<sup>٢</sup> "Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à tout ce que demande la nature de la convention et à toutes les suites que l' usage donnent à l'obligation ou l'on est entré") V.DOMAT: Les lois civiles dans leur ordre naturel, première partie, Livre premier des engagements volontaires et mutuels par les conventions paris Leclerc, MDCCLXXVII. sec. 2, p. 19. Cité par: BERTHIAU (D.) le Principe d'égalité et le droit civil des contrats, op. cit. n° 637, p.336.



الموضوعية الثلاثة وهي العدالة والقوانين في أحكامها المكملة والعرف . هذا من جانب .

ومن جانب آخر فإن قوله أو ما ساهم أو شارك فيها الإنسان ( أي المتعاقد) ، فيمكن لنا تأويله بما تقتضيه الإرادة المنطقية للأطراف المتعاقدة . فالأمر لا علاقة له بالإرادة الظاهرة أو حتى بالإرادة الباطنة ولا مجال لافتراض الإرادة قبالة صاحبها ، لأن الإرادة المنطقية هي ما يقتضيه المنطق والعقل لمن سيقيم على مثل هذا التعاقد من منظور تقدير القانون .

والعدالة L' équité سواء في نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي أو المادتين (٢/١٤٨) و (٩٥) مدني مصري هي " العدالة وفق تصورهما الموضوعي " L'équité dans son sens objectif " كمصدر إيجابي للقانون .<sup>(١)</sup> " Comme une source positive de droit " مما يدعم وجهة نظرنا بأن العبرة بما تقتضيه عدالة الإرادة المنطقية التعاقدية ، وليست عدالة إرادة الأطراف المتعاقدة بالذات ، ولا جرم أن هذا التصور الموضوعي المجرد للعدالة وإن كان مصدراً إيجابياً للقانون ذاته، فإن القانون قد فوض القضاء في إعماله وهو بصدد تكميل العقد .

غير أن منطلق الاتجاه الفرنسي القديم ويجسده رأي الأستاذ : DOMAT أن نص المادة ١١٣٥ ليست إلا إسناد للعدالة من قبل القانون للقضاء<sup>(٢)</sup> وهي العدالة الطبيعية " l'équité naturelle " التي يمكن تبييتها من طريق فكرة أن من يستعير شيئاً لأجل استعماله فطبيعي أنه ملزم بالمحافظة عليه<sup>(٣)</sup> .

وفي ذات النطاق ذهب رأي إلى أن " قانون العقد إنما يستمد قوته الملزمة من قانون الدولة ، وكل منهما يستند أخيراً إلى فكرة العدل ... " ويقول في موضع آخر بأنه : " إذا كان العقد يستند في أساسه إلى فكرة العدل وقوة القانون فإنه يخضع أيضاً في حياته لتأثير فكرة العدل ، وتطور غايات القانون<sup>(٤)</sup> .

1 راجع : V.BERTHIAU(D.): op. cit. n° 637, p. 336 et 337.  
2 وذا التصور - كما يقرر البعض - هو ما كان في ذهن واضعي التقنين المدني الفرنسي سنة ١٨٠٤ وساد وفقاً لرؤية الفقه لنصوص التقنين ولا سيما نص المادة المنكورة في القرن التاسع عشر.

3 "c'est par l'équité naturelle " par exemple: que celui qui (emprunte une chose pour en user doit la conserver").

V. BERTHIAU (D.): op. cit. n° 637,p.337.

4 راجع: د. سمير عبد السيد تناسو، مرجع سابق بند ١٢٥، ص ١٤١.

ومهما يكن من أمر ، فإن العدالة يجب أن تصاحب كل أفعال الإنسان ، كما أن حسن النية يكون صنواناً ملازماً للروابط الاجتماعية ومن ثم فهو يفترض دائماً في نطاق تكوين العقد ، وكذلك في نطاق تنفيذه ، إلا أن النطاق الحقيقي لنص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي وكذلك المادة ٢/١٤٨ مدني مصري لا علاقة له بتفسير العقد ولا يمكن القول بأن نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي يُفسر في ضوء نص المادة ١١٥٦ وما يليها من التقنين المدني الفرنسي، وكذلك الأمر بصدد نص المادة ٢/١٤٨ مدني مصري وكذلك المادة ٩٥ مدني مصري فلا يمكن أن تكونا محلين لتفسير ما جاء بالمادتين ١٥٠ و ١٥١ مدني مصري .

إن النطاق الحقيقي لنص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي والمادة ٢/١٤٨ مدني مصري هو تكميل العقد<sup>(١)</sup> وعند : PLANIOL فإن وظيفة المادة ١١٣٥ مدني فرنسي هي تحديد نطاق العقد ، حيث أن الواقع العملي يفرض صعوبات حقيقية ليس من زاوية فهم البنود العقدية وتفسيرها ولكن من منظور ما لم يعبر عنه أطراف العقد التعبير الكافي ومن ثم ، يكون العقد بصدد نقص ، ويحتاج إلى تكميله من قبل القضاء<sup>(٢)</sup> .

والالتزامات المضافة من قبل القضاء لم تنحدر من الإرادات الظاهرة أو الباطنة أو حتى المفترضة من جانب الأطراف المتعاقدة ، مما يستتبع القول أنه بقدر تحديد مضمون هذا الالتزامات فهي ترتبط بالضرورة وتستتبعها الالتزامات الرئيسية في العقد بصرف النظر عن العامل الموضوعي الذي استرشد به القضاء لأداء عمله في تكميل العقد ، ومن ثم يكون جزاء عدم

<sup>١</sup> ("il est certain que l'article 1125 n' était pas, dès les origins, une simple directive d'interprétation.

V. BERTHIAU (D.): op. cit. n° 645 p. 345, p.342.

<sup>2</sup> "sa fonction (Art.1135 s'étendait à l'appréciation de l' execution du contrat en dehors de toute expression des parties (.....) et dans un paragraphe consacré à la ("determination

(أي الأستاذ بلانيول) il de l'étendue du contrat") Constate que: ("dans la pratique, les difficultés viennent, non pas de ce qu'on étend les contrats au delà de leur objet véritable, mais bien plutôt de ce que les parties n'ont pas été assez explicites dans l'énoncé de leur conventions et qu'il y a dans l'acte de choses sous- entendues") .

V. PLANIOL (M.): Traité élémentaire de droit civil, t.11, obligations, contrats spéciaux, sûretés réelles, 2éd. Revue et complète par Ripert (G.) avec le concours de Boulanger (J.) , L. G. D

. J. 1997 cité par: BERTHIAU (D.): op. cit, n° 654 , p. 342.

تنفيذها أو تنفيذها المعيب خاضعا للمبادئ العامة في العقود ، ومن غير المتصور أن يستدعي ذلك البحث في مسألة التفسير العقدي بصدها ، وهل توافقت مع المبادئ العامة في تفسير العقود أم لا (١).

ولئن كان ميسورا تحديد الالتزامات الرئيسية المترتبة على العقد ، إلا أن تحديد الالتزامات المكملة لمضمون العقد مسألة في غاية الدقة .

ولا ينبغي القول بأن على القاضي أن يقدر ما إذا كان في إضافته للالتزام ثانوي أو آخر إلى مضمون العقد تنظيم أفضل للعلاقات بين طرفيه أم لا ، وكما هو الحال في فرضه للالتزام بالسلامة في بعض العقود على عتق أحد طرفيها حماية للطرف الآخر ولأنه أكثر اتفاقا مع العدل ، وتحقيقا للتناسق في العلاقات الاجتماعية (٢).

والمعيار الوحيد المنضبط الذي يحكم مدى ملاءمة عمل القاضي نتلمسه من عبارة المشرع الصريحة: "..... بحسب طبيعة الالتزام *L'obligation d'après sa nature...*" بمعنى أن المشرع وقمنا

فوض القضاء في تكميل العقد وضع له العوامل الموضوعية التي تساعده في بلوغ هذا التكميل وهي القانون في أحكام المكملة والعرف والعدالة .

ويحكم إطار عمل القاضي في ضوء العوامل السابقة فكرة

طبيعة الالتزام "..... فإلى أي مدى التزم القضاء بهذا التصور في التطبيق ؟ هذا ما سوف نحاول تبيانه في المطلب الثاني .

1 قريب من هذا المعنى أنظر :

V. TERRÉ (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.): Droit civil. LES obligations, 9<sup>e</sup> éd. Précis Dalloz, 2005, p.1316.

2 أنظر في هذا : د. محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية ، الجزء الأول ، مطبعة جامعة القاهرة ، سنة ١٩٧٨ ، بند رقم ٤٤ ص ٢٢٧ وقد استدرج هذا الرأي قوله السابق ، في ص ٢٣٨ ، بند رقم ٤٥ ، نفس المرجع السابق قائلا : " فإنا نرى مع جمهور الفقه الحديث أن الالتزام بسلامة المسافرين أو الركاب يتفق مع طبيعة عقد النقل والغاية التي يقصدها طرفاه منه .... الخ ..... " .

تعقيب : لا أشاطر هذا الرأي حجتة ، لأن المسألة لا علاقة لها بقصد المتعاقدين في ذاته ، ولا شأن لها بتقدير المسافر أو عدم تقديره ..... لماذا ؟

لأن القاضي يكمل العقد في ضوء طبيعة الالتزام الرئيسي في العقد ووفق ما يتم تقديره منطقيا مما كان يجب أن تنصرف إليه الإرادة المتعاقدة على وجه التجريد ، لا بما كان ينبغي أن تنصرف إليه إرادة هذين المتعاقدين بالذات فكما سبق لنا البيان ، أن تكميل العقد يكمن أساسه القانوني الملزم فيما يضيفه من التزامات إلى مبدأ سلطان الإرادة المنطقية .

## المطلب الثاني تطبيقات القضاء

٥٦ - ما كاد الفكر القانوني على المستوى النظري أن يتحرر من أغلاط المغالاة في المذهبين الفردي والاجتماعي الذين ساهما بشكل أساسي في اتساع الهوة بين القانون والواقع<sup>(١)</sup> حتى حدثت مغالاة أخرى على المستوى التطبيقي من جانب القضاء الفرنسي فيما يتعلق بتكميل العقد<sup>(٢)</sup>.  
مما بحث على التساؤل عن مدى الملاءمة بين النص التشريعي والتطبيق القضائي بصدد تكميل العقد ؟

بدعوة فسر القضاء الفرنسي الخطاب التشريعي التقيضي له بصدد تكملة العقد بأن نص المادة ١١٣٥ من قانون فرنسي يرتكز بصفة أساسية على فكرة العدالة ومن هذا المنطلق " وبأمر العدالة"<sup>(٣)</sup> " Un impératif d'équité"  
" بدأ القضاء في فرض جملة من الالتزامات على الأطراف المتعاقدة لم تتضمنها بنود العقد بحجة أنها تتوافق مع العدالة التعاقدية<sup>(٤)</sup>.

1 انظر في تحليل هذين المذهبين : د. منصور مصطفى منصور ، مرجع سابق ، من ص ٤ إلى ص ٢٣ .  
2 وفي ذلك يقول : BÉNABENT ، أن الاجتهاد القضائي لم يتردد حتى خارج أي قانون منذ بداية القرن العشرين في أن يجعل العقد ينشئ التزامات ليست موجودة في بنود العقد على سند من أنها تتوافق مع العدالة العقدية ، واعتمد القضاء في الاهتداء إلى هذه الالتزامات على فكرة العدالة التي تقترن بالنطاق العقدي الذي يختلف بالضرورة من عقد إلى آخر... ومن ثم ، حدث إنشاء قضائي للعديد والعديد من هذه الالتزامات ومنها ، الالتزام بالأمان أو بضمان السلامة والالتزام بالإعلام والإخطار وبالنصح وبالرقابة .. الخ .. حتى أن نص الفقرة الثالثة من المادة ١١٣٤ التي تتعلق بتفسير العقد (لا تكميله) والتي تنص على أن "العقود يجب أن تنفذ بحسن نية" ("Elles doivent être exécutées de bonne foi.") لم يسلم من الاجتهاد القضائي المنشئ ، بحيث تم تأويله من جانبه ليفرض على المتعاقدين الالتزام بالاستقامة وبالأمانة وحتى بحسن النية إلى الالتزام بالتعامل والالتزام بالحيلة .... الخ.....  
راجع :

V. BÉNABENT (A.): op. cit. n° 2 279 à 286 , p. 211 à 218

V. HUET (J.): Traité de droit civil, les principaux

3 راجع :

contrats spéciaux , L.G.D.J.1996, n°31, p.106.

V. BENABENT (A): op. cit. n° 280, p. 211

4 راجع :

((و على سند من نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي ولتحقيق العدالة التعاقدية قضت محكمة الاستئناف في فرنسا بتعديل الشرط المنصوص عليه في عقد البيع المعروض عليها بصدد نزاع بين الطرفين على الثمن الواجب دفعه لقاء بيع إحدى الشركات لنوع معين من النسيج إلى شركة أخرى، وكان الثمن محددًا في العقد صراحة باتفاق الطرفين، غير أن المحكمة المذكورة قررت تغيير هذا الثمن زيادة عن ما هو محدد في العقد بحجة تحقيق العدالة التعاقدية.

فما كان من محكمة النقض الفرنسية إلا أن رفضت حكم الاستئناف على سند من أن العقد لا يتضمن أي بند ينص على تعديل الثمن، ولا يوجد عرف يبرر هذا التطبيق فضلاً عن أن محكمة الاستئناف لم تذكر أي أساس قانوني لقرارها ، ولا يمكن الاستناد إلى نص المادة ١١٣٥ في هذا الصدد<sup>(١)</sup> ) وصدرت أربعة أحكام قضائية أساسية عن الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية تؤكد أنه لا مجال لتطبيق نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي بصدد تعديل الثمن المنصوص عليه في بعض العقود ، وذلك بسبب مغالاة القضاء في الفهم الخاطيء لمحتوى نص المادة المذكور (خطأ في تطبيق القانون)<sup>(٢)</sup> .

ويعد الالتزام بالسلامة Le obligation de Sécurité من أقدم الالتزامات التكميلية التي أضافها القضاء الفرنسي إلى الالتزام الرئيسي في عقد نقل الأشخاص Contrat de transport وفرضه على عاتق الناقل<sup>(٣)</sup> ثم، تواترت تطبيقات عديدة بصدد تكميل كثير من العقود بهذا الالتزام، وفرضه على عاتق أحد أطرافها ، وعلى سبيل المثال ، العقود التي

1 راجع :

V. Cass. Com. 31 mai 1988, Bull. 1v n° 189, cassation sur les articles 1143 et 1135 du code civil.

2 راجع :

V. l'Assemblée plénière de la cour de cassation en date du 1 er décembre 1995: J.C.P 1996. 11. 22565, p. 21 à 34  
(Concl. JEOL et note: GHESTIN (J.): d. 1996. 1. p.13 à 21.

3 راجع :

V. Cass. Com. 21 novembre 1911, 27 janvier et 21 avril 1913.  
D. P. 1913. 1. 249 , note SARRUT, Cité par: GHESTIN (J.), JAMIN (CH.) et BILLIAU (M.): Traité de droit civil, les effets du contrat, L.G.D.J. 2 e éd. 1994. n° 44, p. 55

تتعلق، بالألعاب المتحركة" (1) L'exploitant d'un manège de balançoires وهو هنا التزام بتحقيق نتيجة يستغرق المدة الزمنية لأداء اللعبة .

والألعاب التي تتعلق بالتزلج بسرعة كبيرة على مسالك أو مسارات تلجية بأن فرضته على عاتق مستغل هذه الأماكن - أي المضمار أو الحلبة أو الميدان Pistes - التي تقام عليها هذه الألعاب (2).

ومد القضاء هذا الالتزام كذلك إلى السيارات التي يُعهدُ بإصلاحها إلى أصحاب مركز الصيانة والإصلاح، بأن فرضه على عاتق هؤلاء الأشخاص، وإن يتم إغاثتهم من المسؤولية إلا بإثباتهم عدم ارتكاب أي خطأ (3).

وفرضه القضاء أيضا على عاتق البائع Le vendeur ومقتضاه إلا يسلم البائع منتجات إلا خالية من كل عيب أو قصور في صناعتها يكون من شأنه الإضرار بالأشخاص أو بالأشياء (4).  
٥٧- تعقيب

يبدو مبرراً اجتهاد القضاء الفرنسي بإنشاء الالتزام بالسلامة وفرضه على عاتق أحد أطراف العقد في الأمثلة السابقة في إطار تكميل العقد .

التحليل : ما قام به القضاء من دور منشئ استجابة لنص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي لم يكن ليتم ويكون صحيحاً قانوناً إلا للصلة ما بين الالتزام

1 راجع :

V. Cass. Civ.1 re, 18 Février 1986. Bull. Civ.1. n° 32, p. 28

وكتلك :

V. Cass. Civ.1 re, 28 octobre 1991, Bull. Civ.1. n° 289, p. 190; Rev. taim.dr.civ. 1992 p.397, obs. JOURDAIN (P.)

2 راجع :

V. Cass. Civ. 1re mars 1993, Bull.Civ.1.n° 119, p. 79; D.1993, inf. rap.p.103.

3 راجع :

un Le garagiste est tenu,"envers ses clients qui lui confient véhicule en réparation, d'une obligation de sécurité dont

il peut s'exonérer en prouvant qu'il n'a commis de faute "

V. Cass.civ.1re, 9 juin 1993, Bull.Civ.1.n° 209.p.145

4 De meme façon , une obligation de sécurité pèse sur le vendeur: elle consiste " à ne livrer que des produits exempts de tout vice ou de tout défaut de fabrication de nature à créer un danger pour les personnes ou pour les biens" V.Cass.Civ.1<sup>re</sup>, 11 juin 1991, Bull.Civ.1.n° 201 p. 132 , Jcp . 1992 .1.3572, p.158-159, ops. VINEY(G.).

المضاف (أي الالتزام بالسلامة) والالتزامات الرئيسية في العقود السابقة ، وعلى سبيل المثال لا الحصر، يمكننا تبرير الالتزام بالسلامة المفروض على عاتق البائع من زاوية التساؤل عن الجدوى التي كانت ستعود على المشتري إذا ما تسلم منتجاً يتضمن عيباً وخصوصاً في صناعته من شأنه إلحاق الأضرار بالأشخاص أو بالأشياء ومن ثم ، فإن مقتضى التزام البائع بالتسليم في هذا الفرض يستلزم حتماً تكملته بالالتزام بالسلامة وإلا فلن تكون هناك جدوى من تنفيذ البائع لالتزامه بالتسليم ، وبعبارة أخرى ، فإن طبيعة الالتزام بالتسليم ووظيفته ( وهو من الالتزامات الرئيسية في عقد البيع ) تقتضي فرض الالتزام بالسلامة كمكمل له هذا من جانب .

ومن جانب آخر فإن قراءة الحكم القضائي الشهير الخاص بفرض الالتزام بالسلامة على عاتق الناقل في عقد نقل الأشخاص تنبئ عن أن التحليل القانوني الدقيق للالتزام الرئيسي في العقد المذكور تستلزم طبيعته فرض هذا الالتزام، حيث جاء في هذا القضاء بأن "تنفيذ عقد النقل يتضمن بالنسبة للناقل الالتزام بتوصيل المسافر سليماً معافى إلى جهة الوصول"<sup>(١)</sup>.

وقد حدثت مغالاة من جانب الفقه في تقدير هذا القضاء ما بين البعض القليل الذي يعارضه<sup>(٢)</sup> والجمهور الذي يؤيده . فمن عارض هذا القضاء اعتقد أنه جاء على غير سند من القانون، ومن أيده بالغ في تقديره للدور المنشي للقاضي لأنه لم ينتهج في تطبيقه لنصوص القانون نهجاً جامداً . بل تبنى هذا القضاء غايات القانون لتحقيق العدالة<sup>(٣)</sup>.

٥٨ - وفي تقديري أن التحليل القانوني الدقيق للمسألة ينبئ على أن هذا القضاء جاء على سند من القانون ، وبالتحديد نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي، ولم يكن في طور تحقيق غايات القانون لإعمال العدالة، ولكنه يبدو صائباً لأنه فرض على عاتق الناقل التزاماً تكملياً تستلزمه الطبيعة الأساسية

١ راجع :

V. Cass. Civ. , 12 novembre 1911 précitée. 1991, Bull.

٢ انظر د. محمود التلي ، النظرية العامة للالتزام بضمان سلامة الأشخاص ، طبعة سنة ١٩٨٩ ص ٢٣١ وإشارته في هامش (٧) من نفس الصفحة إلى الفقه المعارض لهذا القضاء، وهو الفقيه GOSSE RAND ، الشخص الأجنبي في المعاملات القانونية، دالوز الأسبوعي ١٩٣٢ فقه ، ص ١ وما بعدها ، وكذلك لفقيه RIPERT ، موسوعة القانون البحري، الطبعة الثالثة، جزء ٢، فقرة ١٩٩٨.

ويراجع كذلك: د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٤٥، ص ٢٢٨ ، هامش رقم (٤١) وفيه إشارة إلى جملة المراجع الفرنسية السابقة .

٣ انظر : د. محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، فقرة ٤٥ ، ص ٢٢٨ ، والهوامش من رقم (٤٣) إلى رقم (٤٨) .

للاللتزام الرئيسي في عقد النقل<sup>(1)</sup>، ومن ثم، فطبيعة ووظيفة هذا الللتزام الأخير هي توصيل المسافر سليماً معافى إلى جهة الوصول، ولن يحق هذا الللتزام غايته منطقياً إلا بضمان سلامة المسافر كاللتزام تكميلي يقع على عاتق الناقل. ومن ثم لا نؤيد منطق التبرير الفقهي المؤيد لهذا القضاء وحتى المعارض له .

### الالتزامان العقديان بالإعلام وبالنصيحة Les obligations contractuelles de Renseignement et de conseil

أنشأ القضاء الفرنسي - على سند من نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي - الللتزام بالإعلام على عاتق وكيل الأعمال l'agent immobilier، بأن فرض عليه تبصير وإعلام موكله Son mandant بشأن تقويم الأشياء التي تم شراؤها "وقتما تكون مازالت محلاً للتقدير والتقييم من حيث ثمنها" " Le prix demandé est manifestement sous - évalué " <sup>(2)</sup>.

وفرضه القضاء كذلك على عاتق المهندس المعماري l'architecte بأن يُعلم وينصح صاحب العمل le maître de l'ouvrage بالعقبات الإدارية المحتملة في ضوء ملاءمتها مع الأشغال المطلوبة <sup>(3)</sup>. وأكمل به القضاء الفرنسي:

- عقود البيع ، التي تتم بين المهنيين والمستهلكين ، بأن فرضه على عاتق الصانع Le fabricant ، بحيث يجب عليه إعلام ونصح وتحذير المشتري حول مخاطر منتجه والاحتياطات الخاصة باستعماله <sup>(4)</sup>.

1 أنظر في تأييد هذه الفكرة في الفقه المصري د. نبيل إبراهيم سعد، التطور في ظل الثبات في مصادر الللتزام، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥م، دار الجامعة الجديدة للنشر، ص ٤٥ حيث يقول سيادته بأن القضاء الفرنسي قد استطاع من خلال المادة ١١٣٥ مدني فرنسي أن يفرض على عاتق الناقل التزام بضمان سلامة الوصول، ثم توسع القضاء بعد ذلك في فرض الللتزام بضمان السلامة في كثير من العقود، كعقد الفندقية، وعقد الرعاية الصحية، وعقد مع السينما والمسرح، وعقد الألعاب الرياضية." (")

2 راجع :

V. Cass.Civ., 1<sup>re</sup>, 30 octobre 1985, Bull. Civ.1, n° 277 p. 248.

3 راجع :

V. Cass. Civ., 3<sup>e</sup>, 9 décembre 1992, Bull. Civ. 111, n° 318 p. 196.

4 راجع :



- عقد التأمين، بأن فرضه على عاتق المؤمن لمصلحة عميله.

("Obligation de conseil de l'agent général d'assurance à l'égard de son client")<sup>(١)</sup>.

ومن الملاحظ أن القضاء الفرنسي قد توسع في تطبيقات هذين الالتزامين (الإعلام والنصيحة) توسعاً فاق كل تصور، مما يوحي - على خلاف الحقيقية - بأنهما يفتقران إلى نطاق حقيقي محدد<sup>(٢)</sup>.

الأمر الذي بمقتضاه نستحسن ما قرره قضاء الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية وقتما أقر برفض الطعن وقبول ما قرره قضاة الموضوع في رفضهم فرض الالتزام بالإعلام على عاتق "بائع مجموعة من البرامج المعلوماتية الخاصة بتطبيق معين "d' un vendeur de progiciel" بخصوص الحلول التي تساعدهم على المنافسة في هذا المجال مادام أن هذا البائع قد شرح للمشتري وظائف منتجة، وعرض له كل إمكانيات التغييرات المحتملة، وقدم له الحلول المقترحة بصدد فاعلية منتجه<sup>(٣)</sup>.

٥٩ - تعقيب

التزم قضاء الموضوع وقضاء النقض المؤيد له صحيح القانون ....  
لماذا؟ لأن ما يكمل به القضاء العقد في ضوء نص المادة ١١٣٥ من قانون فرنسي من التزامات ينبغي أن تكون من مستلزمات الالتزام الرئيسي في العقد وتتوافق مع طبيعته ووظيفته، ومن الواضح أن الالتزام الرئيسي في العقد هو فاعلية عمل هذه البرامج المعلوماتية بكفاءة في ضوء التغييرات الممكنة، وهذا ما التزمه البائع في نطاق التزامه بالإعلام. أما مسألة اقتراض الحلول التي تساعد المشتري على المنافسة لما قد يستجد في الأسواق من برامج أخرى قد تتفوق على برامجها فيما لو لم يحسن استخدامها، فمسألة لا علاقة لها بطبيعة الالتزام

V. Cass. Com. 2 mai 1990, Bull. Civ. 1v., n° 133, p. 89; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 27 février 1985 Bull. Civ. 1. n° 82, p. 75 Et, V. également: Cass. Com. 11 juillet 1988, Bull. Civ. 1v, n° 250, p.172; Cass. Civ. 1 re, 4 avril 1991, Bull. Civ. 1. n° 131, p. 87, cass. Civ. 1 re, 12 mai 1993, Bull. Civ. 1, n° 167, p.115.

١ راجع :

V.Cass.Civ. 1<sup>re</sup>, 17 décembre 1991 RJDA, 1992, n° 147, p. 110.

٢ راجع :

GHESTIN (J.), JAMIN (CH.) et BILLIAU (M.): op. cit. n° 45, p. 57.

٣ راجع :

V.Cass.Com. 12 novembre 1992, Bull. Civ. 1v., n° 352, p. 251.

الرئيسي في العقد، ومن ثم لا يمكن أن تكون التزاما تكملياً يمكن للقاضي أن يكمل به العقد.

وهذا القضاء يؤيد وجهة نظرنا في أن الضابط الأساسي الذي يجب على القضاء احترامه وهو بصدد تكميل العقد هو طبيعة الالتزام الرئيسي في العقد، وفي ضوءه يمكن أن نحكم على عمل القاضي بعد ذلك فيما يكمل به العقد مسترشداً بالعوامل الموضوعية الثلاثة وهي القانون في أحكامه المكملة والعرف والعدالة، ومن ثم تتضمن عبارات نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي وكذلك المادة ٢/١٤٨ مدني مصري، ضابط تطبيقها الحقيقي في عبارة "بحسب طبيعة الالتزام".

ومهما يكن من أمر ، فإن الالتزام بالإعلام أو بالنصح من طبيعة نسبية بحيث يتغاير مضمونه في ضوء معارف كل شخص ، ولا مجال بالضرورة لنصح شخص بوقائع أو معلومات معروفة من قبل الكافة<sup>(١)</sup>.

وتم تكميل جانب من العقود من قبل القضاء بالالتزام بالرقابة *L'obligation de surveillance* على سند من نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي، حيث فرضه القضاء "على عاتق صاحب الفندق" *à la charge de l'hôtelier* ، لمصلحة النزول، على سند من أنه التزام تكميلي تستوجبه طبيعة الالتزام الرئيسي في عقد استئجار أو حجز مكان في فندق *contrat de location* وكانت عبارات قضاء النقض واضحة في تأييد حكم استئناف باريس بصدد هذه الدعوى من أن قضاء الاستئناف " قد استخدم السلطة (أي سلطة تكميل العقد ) المخولة له من قبل المشرع في ذكر لعبارات نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي"<sup>(٢)</sup>.

1 "Aucune obligation de conseil ne pèse sur un contractant relativement à des (" faits qui sont de la connaissance de tous" V.Cass.Civ. 3<sup>e</sup>, 20 novembre, 1991, Bull. Civ. 111, n° 248 p. 167.

2 ("La cour de cassation précise qu'en statuant, la cour d'appeal: ("a usé du pouvoir qu' elle tient de l'article 1135 du code civil qui dit que les conventions obligent non seulement à ce qui Y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l' obligation d' après sa nature")

وفرضه كذلك على صاحب البنك وبقما يتم استئجار خزانة حديدية به  
(١) وعلى المسؤولين عن تنظيم معسكر الأجازات ، حيث يجب عليهم رقابة  
الأطفال من منظور الحيولة بينهم وبين المخاطر التي يمكن أن يتعرضوا لها  
(٢) وذلك على سند من سلطة القضاء في تكميل العقد في ضوء نص المادة  
١١٣٥ مدني فرنسي .

#### ٦٠ - رؤية تحليلية لدور القضاء الفرنسي في تكميل العقد

نتج عن كثرة وتواتر الأحكام القضائية الفرنسية بصدد تكميل العقد على  
سند من نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي أن قرر BÉNABENT بأن ثمة  
مغالاة من جانب القضاء في إنهاك المحتوى العقدي ، ويعتقد أن ما يقوم به  
القضاء ضرباً من ضروب "التجيم" ، لأن منشأ هذه الالتزامات الجديدة لا يكمن  
في إرادة المتعاقدين وإنما في القانون ذاته، حيث تربط المادة ١١٣٥ مدني  
فرنسي - التي كانت في طي الكتمان مدة طويلة من الزمان - صراحة جميع  
النتائج أو المستلزمات Les suite التي تخولها العدالة والعرف والقانون  
بالالتزام (أي الالتزام الرئيسي في العقد) بحسب طبيعته (٣).

ويرى: GHESTIN (و) JAMI (و) BILLIAU أنه من الضروري  
وضع حدود لما يطلقون عليه "التفسير الموضوعي المنشئ" للعقد (٤)  
وأن "العدالة" لا ينبغي أن تكون مبرراً لتحريف "Forçage" العقد (٥)  
ويستحسنون أحكام النقض التي لم توافق قضاة الموضوع على فرض جملة من  
الالتزامات في بعض العقود لم يرد لها ذكر من جانب المتعاقدين في النص  
العقدي. وكان سند قضاة الموضوع الوحيد هو أن العدالة تقتضي فرض هذه  
الالتزامات (٦).

1 V. casse civ. 1<sup>re</sup>, 13 octobre 1987, Bull. Civ. 1, n° 262.p.190  
Vcasse civ. 1<sup>re</sup>, 29 mars 1989, Bull. Civ. 1, n° 142. p. 94, et cass.  
Vic.1<sup>re</sup>, 15 novembre 1998, Bull.Civ.1, n° 318, p. 216

2 V. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 10 Février 1993, Bull. Civ. 1. n° 66, p.43.

3 راجع:

V.BÉNABENT (A.): op. cit.n° 286, p.217.

4 GHESTIN (J.), JAMIN (ch.) et Billiau (M.): op.cit. n° 49, p.59.

5 أنظر:

(" L'équité ne peut pas toujours justifier le "Forçage" du contrat ")

V. GHESTIN (J.), JAMIN (CH.) et Billiau (M.): op. cit. n° 49, p.61.

6 ومن هذه الأحكام على سبيل المثال راجع :

لئن كنا نعتقد في الإرادة المنطقية للأطراف المتعاقدة كأساس قانوني للقوة الملزمة للعقد، ومن ثم، فإن يكون ما يقوم به القضاء وهو بصدد تكميل العقد ينطوي على نوع من "التنجيم" بما لا يحتسبه المتعلقون. إلا أن وجه الخطأ يتمثل فيما يعتقد القضاة من أن تكميله للعقد يتم على سند من ابتغاء تحقيق العدالة. فالعدالة في حد ذاتها ليست في قراءة نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي أو للمدائنين (٢/١٤٨) و (٩٥) مدني مصري إلا أحد العوامل الموضوعية التي يسترشد بها القاضي في إنشاء الالتزام الذي يكمل به المضمون العقدي، غير أن هذه ليست هي الخطوة الأولى التي يجب أن يبدأ بها القضاء بل يسبقها خطوة أولية في غاية الأهمية إلا وهي أعمال الضابط القانوني الذي أوجده النصوص القانونية المذكورة وإلا كان قضاؤه منطوياً على خطأ في تطبيق القانون مما يبرر إلغائه من طريق النقض، وهذا الضابط القانوني الهام صريح وواضح في النصوص القانونية المذكورة ويتمثل في "طبيعة الالتزام الأساسي في العقد" بمعنى أنه لن يقدم على تكملة العقد، إلا بالالتزام تقضيه ويستلزمه بالضرورة المنطقية طبيعة ووظيفة الالتزام الرئيسي في العقد، أي لتأكيد وضمان فاعلية الالتزام الرئيسي في العقد، ومن هنا يتحقق للتوافق المنطقي بين الالتزامين في ضوء ما كان يجب على الإرادات المتعاقدة أن تتوافق عليه وفقاً لموجبات العقل والمنطق ومن ثم، أغناها المشرع عن ذلك بأن أوجد النصوص القانونية المذكورة.

### نتائج الدراسة

حددنا في بداية هذه الدراسة المشكلات القانونية التي تتعلق بها، وعرضنا لأراء الفقه وتطبيقات القضاء بصدد تكميل العقد بالتحليل والنقد لنصل إلى النتائج الآتية التي قد تتضمن حلاً لهذه المشكلات:

أولاً: أثبتنا وجود حدود فاصلة بين تفسير العقد وتكميله، وهذا ما تثبتته النصوص التشريعية في ضوء تحليلنا لها.

V. Cass.Civ. 1<sup>re</sup>, 28 avril 1993, Bull.Civ.1, n° 125. ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 23 Février 1994, Bull. Civ.1, n° 76, p. 59.; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 Mars 1989, Bull.Civ.1, n°137, p.90. D. 1989, p. 381, note: MALAURIE (ph.);Cass. Civ., 20 décembre 1989, Bull. Civ. 111, n° 243, p. 132.

ولئن كان تفسير العقد يرتكز على إرادة المتعاقدين وقصدتهما المشترك فإن تكميل العقد لا علاقة له مطلقاً بإرادة المتعاقدين لأنه يستند على أسس موضوعية، وإن كان من دور لإرادة التعاقدية هنا فهي الإرادة المنطقية لأي متعاقد كما تصورهما المشرع فيما ينبغي أن تكون عليه بطريقة مطلقة وعامة ومجردة.

ثانياً: أن الضابط القانوني الوحيد الذي يسترشد به القاضي لتكميل العقد وفق العناصر الموضوعية الثلاثة (القانون في أحكامه المكملة والعرف والعدالة) هو طبيعة الالتزام الرئيسي في العقد المراد تكميله بما يعد عقلاً ومنطقاً من مستلزماته التي تؤكد طبيعته وتحقق الفائدة منه.

ثالثاً: يكمن الأساس القانوني للقوة الملزمة للعقد في الإرادة المنطقية للأطراف المتعاقدة. وإن كان من سلطان لإرادة فهو سلطان هذه الإرادة المنطقية وليس للسلطان الذاتي لإرادتي المتعاقدين في العقد المراد تكميله. فلا علاقة لما يكمل به القاضي العقد بالإرادة الباطنة أو الظاهرة أو المفترضة لأطراف العقد.

بل يتعلق الأمر بالإرادة الحقيقية المنطقية لأي متعاقد كما نصورها المشرع فيما ينبغي أن تكون عليه بطريقة مطلقة وعامة ومجردة وبرهان ذلك خطاب المشرع الذي جسده عبارة "بحسب طبيعة الالتزام" سواء في النص الفرنسي أو المصري.

## قائمة المراجع BIBLIOGRAPHIE

أولاً : مراجع باللغة العربية:

- د. أحمد شوقي عبد الرحمن: قواعد تفسير العقد الكاشفة عن النية المشتركة للمتعاقدين ومدى تأثير قواعد الإثبات عليها ، طبعة سنة ١٩٧٧م ، بدون ناشر.
- د. جلال علي العلوي: أصول المعاملات ، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر ، سنة ١٩٦٧م.
- د. جميل الشرفاوي : النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩١م .
- د. حسام الدين كامل الأهواني: النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، الطبعة الثانية ، بدون ناشر ، سنة ١٩٩٥م.
- د. حسن عبد الباسط جموعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٠م.
- د. حمدي عبد الرحمن: الوسيط في النظرية العامة للالتزامات ، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٩م.
- د. سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني ، في الالتزامات ، المجلد الأول ، نظرية العقد والإرادة المنفردة ، الطبعة الرابعة ، سنة ١٩٨٧م.
- د. سمير عبد السيد تناغو: نظرية الالتزام ، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون تاريخ نشر.
- د. سمير عبد السيد تناغو و د. نبيل إبراهيم سعد: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام ،سنة ١٩٩٣م.
- د. سهر منتصر: الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٠م.
- د. طلبة وهبة خطاب: مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٥م.
- د. عبد الرزق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، من ص ٥٩١ إلى ص ٦٢٥.
- د. عبد الفتاح عبد الباقي: مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، ١، نظرية العقد والإرادة المنفردة ، الطبعة الرابعة ، سنة ١٩٨٧م.
- د. عبد المنعم فرج الصدة:
- ١- مصادر الالتزام، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، سنة ١٩٧٤م.
- ٢- نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، الجزء الأول، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٠م.

- د. محمد علي عمران: الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دراسة فقهية قضائية في كل من مصر وفرنسا، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٠م.
- د. محمد نبيب شنب: دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، بدون ناشر، سنة ١٩٨٩م.
- د. محمود جمال الدين زكي: مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، طبعة جامعة القاهرة، سنة ١٩٧٨م.
- د. مصطفى محمد الجمال و د. عبد الحميد محمد الجمال: القانون والمعاملات، الدار الجامعية، سنة ١٩٨٧م.
- د. منصور مصطفى منصور: دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني، خلاصة دروس لطلبة دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، العام الجامعي ١٩٩١ - ١٩٩٢م، كلية الحقوق - جامعة عين شمس.
- د. منصور مصطفى منصور و د. جلال محمد إبراهيم: النظرية العامة للالتزام، القسم الأول، مصادر الالتزام، طبعة سنة ٢٠٠١ - ٢٠٠٢م.
- د. نبيل إبراهيم سعد:  
١- النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، طبعة سنة ٢٠٠٧م، دار الجامعة الجديدة.  
٢- التطور في ظل الثبات في مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠٠٥م.
- د. نبيلة إسماعيل رسلان: مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٣م.
- د. نزيه محمد الصالح المهدي: النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٩م.
- ثانيا : مراجع باللغة الفرنسية  
مراجع عامة

## (1) OUVRAGES GÉNÉRAUX

### ATIS (CH.):

- Droit civil, précis élémentaire de contentieux contractuel, presses universitaires D'Aix-MARSEILLE- PUAM - 2001.

### BÉNABENT (A.):

- Droit Civil, Les obligation, 10 éd. Domat, Montchrestien, 2005.

- Droit Civil, Les contrats spéciaux. Montchrestien, 3 ° éd. 1998.

**CARBONNIER (J.):**

- Droit civil, T. 4, les obligations, 22 e éd. Renfondué, PUF, Thémis, 2000, 10 ° éd .L.G.D.J., 2004.

**GHESTIN (J.):**

- Traité de droit civil, le contrat – formation, 3 e éd.L.G.D. J. 1993; Les effets L.G.D. J. 2° éd. 1994.

**GHESTIN (J.), JAMIN (CH.) et BillIAU (M.):**

- Traité de droit civil sous la direction de GHESTIN (J.) Les effets du contrat, 3° éd. L.G.D. J 2004.

**JOURDAIN (p.):**

- Traité de droit civil sous la dirction de GHESTIN (J.), Les conditions de la responsabilité, 2 ° éd. L. G. D. J 1998.
- Les effets de la responsabilité, 2 ° éd. L. G. D. J. 2001.

**STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.):**

- Droit Civil, Les obligations, T. 2, contrat 8 ° éd..Litec, 1998.

**TERRÉ (F.) SIMLER (PH.) et IEQUETTE (Y.):**

- Droit Civil, Les obligations, 9 ° éd. Précis Dalloz, 2005.

**VINEY (G.):**

- Traité de droit civil sous la dirction de GHESTIN (J.) introduction à la de la responsabilité, 1995.

**OUVRAGES SPÉCIALISÉS**

مراجع متخصصة

مقالات وأبحاث ورسائل دكتوراه

**ALBIGÉS (CH.):**

- L'équité en droit privé, thèse Montpellier, L.G.D.J., tome 329, 2000.



**BERTHIAUD (D.):**

- Le principe d'égalité et le droit civil des contrats, L.G.D.J. 1999.

**BLANC – JOUVAN (G.):**

- L' après – contrat, Etude a partir du droit de la propriété littéraire et artistique, thèse AIX – MARSEILLE, presse univ. d'AIX – MARSEILLE, 2003.

**CHARDIN (N.):**

- Le contrat de consommation de crédit et l' autonomie de la Volonté, L.G.D.J. 1988.

**GHESTIN (J.):**

- "L' utile et le juste dans les contrats" D. 1982, chron. 1.  
- "La notion de contrat" D. 1990, chron.149.

**GUIDERDONI (B.):**

- LE Forçage du contrat par le juge, these dactyls, Caen, 2002

**JACQUES (PH.):**

Regards sur l' article (1135) du code civil, Nouvelle Bibliothèque de thèse, Dalloz, 2005.

**JOURDAIN (p.):**

- Le Fondement de l' obligations de sécurité Gaz. Pal. 1997.

**LE TOURNEAU (ph.):**

- Droit de la responsabilité et des contrats, avec la participation: GUETTIER (ch.), GUIDICELLI (A.), KRAJESRI (D.), JULIEN (J.), LEROY (M.), STOFFEL MUNCK (ph.) Coll. Dalloz Action 2004.

**MAZEAUD (D.):**

"Le régime de l' obligation de sécurité" Gaz. Pal. 1997, p. 1201.

**MESTRE (J.):**

- "D' une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration"  
RTD. Civ. 1986. p.101.

**MOULY- GUILLEMAUD (C.):**

- Retour sur l'article 1135 du code civil, "une nouvelle source du contenu contractuel ", L.G.D.J., tome 460, 2006.

**PANCRAZI – TIAN (M.E.):**

- La protection Judiciaire du lien contractuel, presse Univ. d'AIX –Marseille, 1996.

**RANOUIL (V.):**

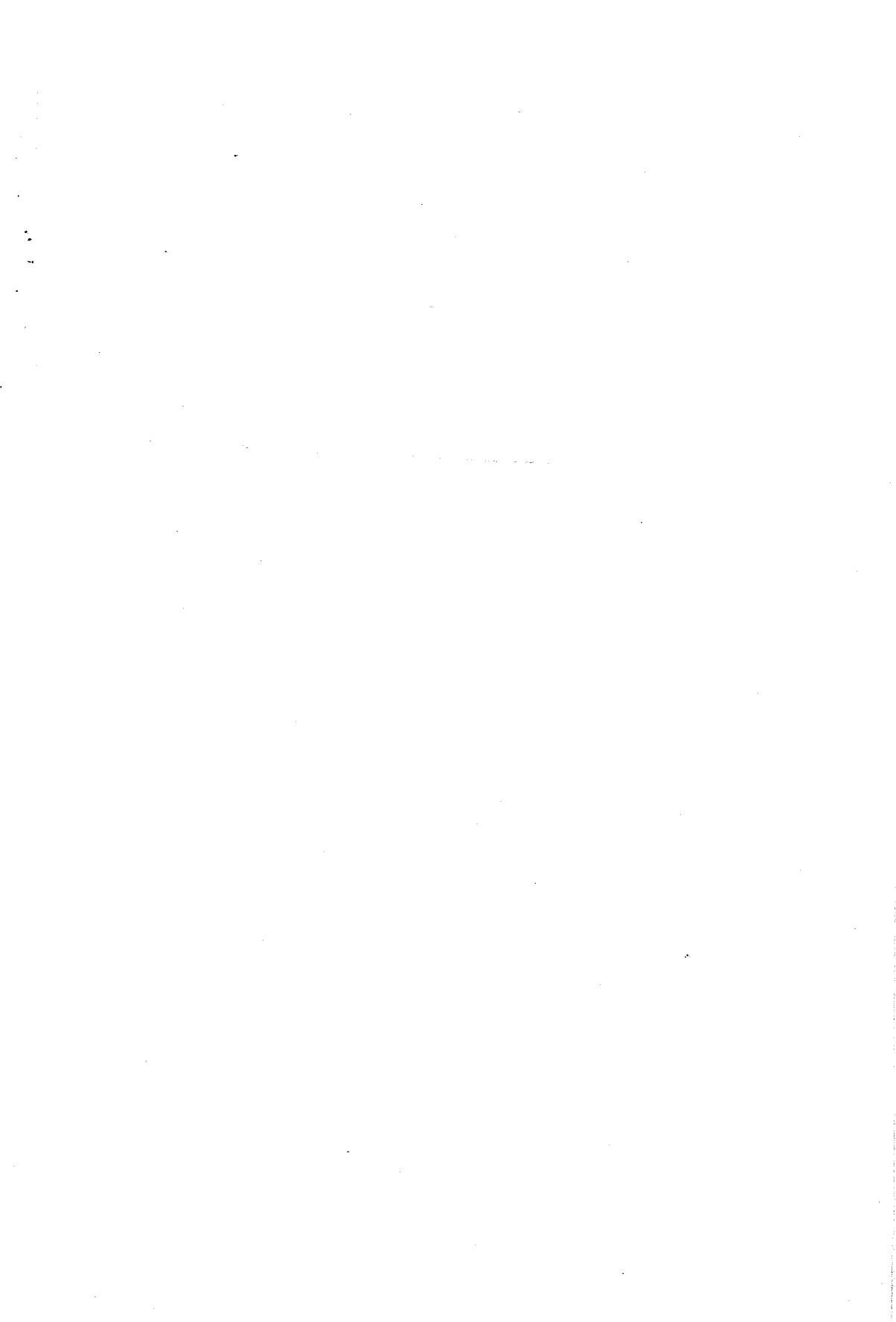
- L' autonomie de la avolonté, Naissance et évolution d'un concept, PUF, 1980.

**SAVAUX (E.):**

-Théorie générale du contrat, mythe ou réalité? L. G. D. J. 1997.

**STOFFEL – MUNCK (PH.):**

- L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie. T. 337, L.G.D. J, 2000.



## استقلال النظام القضائي المصري \* الواقع و المأمول

الأستاذ الدكتور / فتوح الشاذلي  
أستاذ القانون الجنائي  
كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية - مصر  
الدكتور / كريم الشاذلي  
باحث دكتوراه في القانون  
جامعة باريس (1) - بانتيون - سوربون

### مقدمة

يتطلب أي عمل علمي البدء بتعريف المصطلحات المتعلقة بموضوع البحث لتحديد مدلولها الفني تحديداً دقيقاً. وفيما يتعلق بموضوع بحثنا وهو "استقلال النظام القضائي المصري"، يوجد عنصران يتعين تحديدهما بدقة، وهما عنصر "الاستقلال" وعنصر "النظام القضائي المصري". ولنبدأ بهذا العنصر الأخير.

خضعت مصر للاحتلال البريطاني ربحاً من الزمن، ورغم ذلك ظل النظام القانوني المصري منتمياً للنظم القانونية اللاتينية التي تلعب فيها القوانين المكتوبة دوراً محورياً. من أجل ذلك توجد في مصر مدونات قانونية تنظم الفروع الرئيسية للقانون. هذه المدونات تعكس صياغتها بوضوح تأثير التقنيات المدنية الفرنسية، لا سيما في مجال التقنين المدني المصري.

وكما تعكس المدونات المصرية تأثير القانون الفرنسي، فإن النموذج الفرنسي ترك بصماته واضحة في النظام القضائي المصري، وبصفة خاصة فيما يتعلق بتنظيم السلطة القضائية. فالنظام القضائي المصري نظام هرمي متدرج، يقوم عليه قضاة مهنيون، شغلوا مناصبهم وفقاً لمعايير التدرج الوظيفي والكفاءة المهنية، بالإضافة إلى الشهادات العلمية. كما يتميز النظام القضائي المصري بالمركزية التي يعكسها التدرج الهرمي لهذا النظام، وفي قمة التدرج توجد محاكم عليا، يشغل وظيفة القضاء فيها قضاة متمرسون هم الأكثر خبرة في مجالاتهم.

\* أعدت هذه الدراسة في إطار برنامج العدالة للشبكة الأورومتوسطية لحقوق الإنسان.

فإلى جانب المحكمة الدستورية العليا، توجد محكمة النقض في قمة التدرج الهرمي للمحاكم القضائية العادية، كما توجد المحكمة الإدارية العليا في قمة التدرج الهرمي لمحاكم مجلس الدولة التي تشكل جهة القضاء الإداري. هاتان المحكمتان بهما الكثير من السمات والخصائص المستوحاة من النظام القضائي الفرنسي، فيما يتعلق بالتشكيل والسلطات وكيفية الإدارة، كما أنهما تمثلان قمة التنظيم القضائي لجهتي القضاء العادي والإداري.

ولا يقتصر النظام القضائي على السلطة القضائية بمفهومها الضيق، التي تضم مجموع المحاكم وقضااتها، بل إنه يشمل ما يسمى أعوان القضاء، أي المحامين والخبراء والمحضرين ومعاوني التنفيذ وأمناء السر وغيرهم من أعوان القضاء. وبالمعنى الواسع يمكن اعتبار المتقاضين أنفسهم جزءاً من النظام القضائي، لأنه لا جدوى من وجود القضاة وأعوانهم كالمحامين إذا لم يوجد هؤلاء المتقاضون.

في ضوء هذه الملاحظات، ما هو التعريف الملائم للنظام القضائي في إطار البحث في استقلال هذا النظام؟

إن التعريف المناسب يجب أن يتمحور حول "القضاة" وذلك

لسببين:

الأول: أن القاضي هو العنصر المحوري والهام في بنية النظام القضائي، لكونه هو الذي يفصل في المنازعات بين المتقاضين ويحقق العدالة. لذلك يكون القضاة بلا شك هم المكون الأساسي والهام في النظام القضائي. فمن الممكن نظرياً أن نتصور وجود نظام قضائي من دون محامين، حيث يطلع كل متقاض بتقديم دفاعه وطلباته الخاصة به أمام القاضي، لكن من غير المتصور - حتى على سبيل الفرض الجدلي - أن يوجد نظام قضائي من دون قضاة.

الثاني: أن مسألة الاستقلال والحيادية لا تتعلق إلا بالقضاة بصفة أساسية. فاستقلال النظام القضائي، كما استقلال القاضي، هو بالنسبة للقضاة شرط ضروري لممارسة رسالتهم السامية. لذلك صح القول بأن القاضي الذي لا ينعم بالاستقلال لا يصدق عليه وصف القاضي، فالاستقلال جزء من تعريف القاضي وكيانه. وبالمقابل لا تطرح مسألة

الاستقلال - لسبب أو لآخر - بذات المفهوم أو الدرجة أو الأهمية فيما يتعلق بالعناصر الأخرى للنظام القضائي بمعناه الواسع، مثل المحامين أو الخبراء أو معاوني التنفيذ أو غيرهم.

ما تقدم يشير إلى أن مفهوم "النظام القضائي المصري" يتضمن بصفة أساسية "القضاة"، لكنه لن يكون مقصوراً عليهم وحدهم. فالواقع أن استقلال القاضي أو النظام القضائي بصفة عامة لا يمكن أن يكتمل من دون أن تمارس العناصر الأخرى للنظام القضائي أنوارها بصورة تامة، ومن دون أن تكون بيئة عمل هذه العناصر ملائمة للوفاء بالتزاماتهم. وهذا ما يقودنا إلى تناول موضوع أعوان القضاء في الجزء الثاني من الدراسة، بعد أن نفرغ من الكلام عن موضوع استقلال القضاء في الجزء الأول من دراستنا.

أما وقد ألقينا الضوء على مفهوم النظام القضائي المصري، فلا يبقى لنا في إطار هذه المقدمة سوى توضيح المعنى المقصود "بالاستقلال".

إن شيوع استخدام مصطلح "الاستقلال" بصدد الكلام عن النظام القضائي أو السلطة القضائية قد يوحي بوجود إجماع حول تعريفه وتحديد المراد منه. لكن الواقع يشهد بأن هذا الإجماع لم يتحقق<sup>(١)</sup>، فهناك عدة مفاهيم مرتبطة بهذا المصطلح، سوف نقوم بعرضها قبل تحديد المعنى المقصود به في إطار هذه الدراسة.

يعني الاستقلال بمعناه الضيق ومن المنظور المؤسسي "حالة سلطة عامة يسمح لها وضعها القانوني بإمكانية أخذ القرارات بكامل الحرية وبمعزل عن أي تعليمات أو ضغوط"<sup>(٢)</sup>، ومحور هذا التعريف هو

---

(١) إن تعريف استقلال القضاة وتحديد معايير تحققه ليس بالأمر السهل. وقد خصص الاتحاد الدولي للقضاة اجتماعه السنوي في ٢٠٠٩ لموضوع "كيفية تشخيص وتصنيف المعايير، الموضوعية والشخصية، التي يمكن وفقاً لها تقييم "استقلال السلطة القضائية"، وسيخصص الاتحاد مؤتمره في ٢٠١٠ لنفس الموضوع. فيما يتعلق بالقرير النهائي لاجتماع ٢٠٠٩ والمحاور الأساسية للمناقشات المقررة في اجتماع ٢٠١٠، راجع.

[http://www.iajuim.org/site/modules/mastop\\_publish/index.php?tac=853&lang=fr](http://www.iajuim.org/site/modules/mastop_publish/index.php?tac=853&lang=fr)

Vocabulaire juridique, PUF, 2006, P. 472.

(٢)

القانون والقواعد الموضوعية المنظمة للسلطة العامة.

ومن حيث أن السلطة العامة هي مؤسسة مكونة من أشخاص، فمن الممكن تصور مفهوم شخصي للاستقلال، هو الاستقلال الذاتي للقضاة الذين يكونون السلطة. هذا الاستقلال يمكن تعريفه بأنه مناخ عام تربوي يتعلق بتكوين القاضي ويرتبط بالتعليم بصفة أساسية. وواضح أن التعريف الشخصي للاستقلال يتعلق بأمور نفسية ذاتية أكثر من تعلقه بقواعد موضوعية قانونية، ومن هنا تبدو صعوبة تحديد هذا المفهوم<sup>(٣)</sup>.

مما تقدم يمكن استخلاص المعنى الشخصي للاستقلال، فهو حالة نفسية ذاتية للقاضي تتعلق بعدم وجود أحكام مسبقة أو ميول أو أفكار مسلم بها سلفاً. والمعنى الأوسع للاستقلال قد يتضمن قدراً أكبر من المفاهيم مثل الكفاءة والفاعلية والقدرة على الإنجاز. والقضاء المستقل هو بالضرورة قضاء قادر فيما يتعلق بمستوى القضاء، وكفاءه وفعال فيما يتعلق بإصدار الأحكام وتنفيذها بسرعة معقولة، وفي تناول المتقاضين فيما يتعلق برسوم التقاضي غير المبالغ فيها.

ولأغراض هذه الدراسة، فإننا سوف نأخذ بالمفهوم الضيق للاستقلال، أي استقلال السلطة وليس استقلال القاضي، فالأخذ بالمفهوم الواسع، ومحاولة دراسته بصورة مستفيضة، يتطلب مؤلفاً من عدة مئات من الصفحات.

لذلك فإن دراستنا سوف تركز على المشاكل أو الصعوبات التي تواجه استقلال "النظام القضائي المصري".

وقبل عرض المشاكل التي تواجه استقلال القضاء، يجدر بنا تحديد الإطار العام لاستقلال النظام القضائي المصري، وذلك في القسم الأول من الدراسة.

(٣) في التفرقة بين الاستقلال المؤسسي والاستقلال الذاتي، راجع طارق البشري، القضاء المصري بين الاستقلال والاحتواء، مكتبة الشروق الدولية، ٢٠٠٦، ص ٩.

## القسم الأول الإطار العام لاستقلال النظام القضائي المصري

في هذا القسم، سوف نقوم في البداية بتشخيص مختلف القواعد المتعلقة باستقلال السلطة القضائية (فصل أول). وبعد ذلك نقدم وصفاً لبنية النظام القضائي المصري (فصل ثان). وأخيراً نركز على خصوصية التجربة المصرية في مسألة استقلال القضاء (فصل ثالث).

### الفصل الأول القواعد المنظمة لموضوع استقلال النظام القضائي المصري

نبدأ بعرض القواعد ذات الأصل الدولي، ثم القواعد ذات الأصل الوطني.

#### المبحث الأول القواعد الوطنية ذات الأصل الدولي

القواعد ذات الأصل الدولي يكون لها أحياناً قوة الإلزام بعد إدراجها في التشريع الوطني، وفي أحيان أخرى لا تحوز بعض هذه القواعد القوة الملزمة في داخل الدولة.

##### أولاً: القواعد الدولية الملزمة:

طبقاً لنص المادة ١٥١ من الدستور المصري لسنة ١٩٧١، يكون للاتفاقيات الدولية قوة القانون في مصر بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة. وعلى الرغم من تمتع الاتفاقيات الدولية المعتمدة في مصر بقوة القانون، وما لها من قيمة هامة في النظام القانوني المصري، فإن هذه الاتفاقيات قلما يستند إليها القضاء لتأسيس وتسبب الأحكام التي يصدرونها. وإدراكاً من مصر لواجبها الدولية كعضو في المجتمع الدولي، فقد انضمت إلى عدة اتفاقيات دولية (أ)، وإقليمية (ب) وبعض تلك الاتفاقيات يتعلق باستقلال السلطة القضائية.

##### ١- الاتفاقيات الدولية:



انضمت مصر للعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية. وتقرر المادة ١٤ منه مبدأ استقلال السلطة القضائية، بنصها على أنه "من حق كل فرد لدى الفصل في أي تهمة جزائية توجه إليه أو في حقوقه والتزاماته في أي دعوى مدنية، أن تكون قضيته محل نظر منصف وعلمي من قبل محكمة مختصة مستقلة حيادية، منشأة بحكم القانون....".

#### ب- الاتفاقيات الإقليمية:

انضمت مصر للميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب الذي تمت الموافقة عليه في نيروبي بتاريخ ٢٧ يونيو ١٩٨١. وتنص المادة ٧ - ١ من هذا الميثاق على أن "حق التقاضي مكفول للجميع، ويشمل هذا الحق:

( أ ) حق اللجوء إلى المحاكم الوطنية المختصة بالنظر في عمل يشكل خرقاً للحقوق الأساسية المعترف له بها والتي تضمنها الاتفاقيات والقوانين واللوائح والعرف السائد.

(ب) الحق في قرينة البراءة حتى تثبت إدانته أمام محكمة مختصة.

(ج) حق محاكمته خلال فترة معقولة وبواسطة محكمة مختصة.

( د ) حق الدفاع بما في ذلك الحق في اختيار مدافع عنه.

#### ثانياً: الآليات القانونية التوجيهية:

نصت المادة العاشرة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨ على أن "لكل إنسان، على قدم المساواة التامة مع الآخرين، الحق في أن تنتظر قضيته محكمة مستقلة ومحادية، نظراً منصفاً وعلنياً، للفصل في حقوقه والتزاماته وفي أي تهمة جزائية توجه إليه".

وقد شهدت السنوات الأخيرة طفرة في إعداد وتطوير قواعد السلوك وإعلانات المبادئ التوجيهية الإرشادية التي ليس لها قوة الإلزام القانوني، لكنها يمكن أن تكون نموذجاً أو موجهاً للمشرعين الوطنيين. هذه القواعد القانونية المرنة تصدر أحياناً من منظمات دولية ( أ ) وأحياناً أخرى من تجمعات مهنية (ب).

## أ- مبادئ الأمم المتحدة الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية (PFRIM).

انعقد المؤتمر السابع للأمم المتحدة بشأن الوقاية من الجريمة ومعاملة المجرمين في ميلانو في إيطاليا في الفترة من ٢٦ أغسطس إلى ٦ سبتمبر ١٩٨٥. وفي نهاية المؤتمر اعتمد المبادئ الأساسية الخاصة باستقلال السلطة القضائية. هذه المبادئ أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بقراريها رقم ٣٠/٤٠ بتاريخ ٢٩ نوفمبر ١٩٨٥ ورقم ١٤٦/٤٠ بتاريخ ١٣ ديسمبر ١٩٨٥، وصارت تعرف بمبادئ الأمم المتحدة الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية.

وقد استند القضاة المنتمون لتيار الإصلاح إلى المبادئ الأساسية لاستقلال السلطة القضائية لتبرير حقهم في حرية التعبير (مادتان ٨، ٩ من المبادئ).

وتبدو ميزة تلك المبادئ، مقارنة بالاتفاقيات الدولية، مزدوجة: فمن ناحية تتعلق هذه المبادئ بصفة خاصة بمسألة استقلال السلطة القضائية. كما أن تفصيلها النسبي يمكن أن يسهم في تقديم إجابات محددة للمسائل العملية.

ومن ناحية أخرى، صدرت هذه المبادئ عن منظمة الأمم المتحدة، وهي منظمة دولية تحتفظ ببعض المصادقية على المستوى العالمي، على الرغم مما يوجه إليها من مأخذ. هذه المصادقية تضيف على مبادئ الأمم المتحدة بشأن استقلال السلطة القضائية قدراً من المشروعية.

### ب- النظام العالمي للقاضي:

أعد الاتحاد الدولي للقضاة (UIM) "النظام العالمي للقاضي"، والذي تم إقراره بالإجماع من المجلس المركزي للاتحاد الدولي للقضاة أثناء اجتماعه في تايبي (تايوان) في ١٧ نوفمبر ١٩٩٩<sup>(٤)</sup>. وعلى الرغم من أن نادي قضاة مصر ليس عضواً في الاتحاد الدولي للقضاة، فإن أهمية

(٤) يمكن الاطلاع على هذه اللائحة من خلال الرابط التالي.

<http://www.iajuim.org/site/modules/smartsection/category.php?categoryid=48&lang=fr>

"النظام العالمي للقاضي" تنبع من كونه قد صدر من قضاة ينتمون لثقافات مختلفة.

### ج- مبادئ بنجالور بشأن السلوكيات القضائية:

صدرت هذه المبادئ حديثاً. ففي سنة ٢٠٠٢ اعتمدت "مبادئ بنجالور بشأن السلوك القضائي"<sup>(٥)</sup>. وتشكل مبادئ بنجالور تجديداً هاماً في مجال التفكير في استقلال السلطة القضائية. هذه الأداة مكونة من ست مواد، تعلن كل مادة منها قيمة في شكل مبدأ تتبعه تطبيقاته المختلفة. أما القيم الست المذكورة فهي قيم: الاستقلال، الحيادية، النزاهة، الملاءمة، المساواة والكفاءة.

وتؤكد تلك المبادئ في مادتها الأولى أن "استقلال القضاء يكون شرطاً أولياً لمبدأ الشرعية والضمانة الأساسية لمحاكمة منصفة. ولهذا السبب يجب على القاضي أن يحافظ ويعطي للمتل على استقلال العدالة في جوانبها الذاتية والمؤسسية.

### د- معايير الأمم المتحدة حول دور المدعي العلم:

اعتمد مؤتمر الأمم المتحدة الثامن لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين، المنعقد في هافانا (كوبا) في الفترة من ٢٧ أغسطس إلى ٧ سبتمبر ١٩٩٠، معايير الأمم المتحدة حول دور المدعي العلم، باعتبارها مبادئ توجيهية أعدت لمساعدة الدول الأعضاء في مهامها المتمثلة في ضمان وتعزيز فعالية أعضاء النيابة العامة وحيادهم وعدالتهم في الإجراءات الجنائية.

وتنص المادة ٨ من هذه المعايير على حق أعضاء النيابة العامة في حرية التعبير والعقيدة وتشكيل الروابط والاتضمام إليها وعقد الاجتماعات، والمشاركة في المناقشات العامة للأمور المتصلة بالقانون وإقامة العدل، وتعزيز حقوق الإنسان وحمايتها، وكذلك الانضمام إلى منظمات محلية أو وطنية أو دولية أو تشكيلها وحضور اجتماعاتها، دون

(٥) هذه المبادئ موجودة على الموقع المخصص للسلطة القضائية.

[http://democratic.francophonie.org/article.php?id\\_article=497](http://democratic.francophonie.org/article.php?id_article=497)  
&id\_rubrique=89

أن يلحق بهم أي أذى من الوجة المهنية بسبب عنهم المشروع أو عضويتهم في منظمة مشروعة. وعليهم أن يتصرفوا دائماً، في ممارسة هذه الحقوق، طبقاً للقانون والمعايير والأداب المعترف بها لمهنتهم.

هـ مبادئ الأمم المتحدة الأساسية بشأن دور المحامين:

اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة هذه المبادئ في سنة ١٩٩٠. وتؤكد المبادئ على إمكانية الاستعانة بالمحامين والحصول على الخدمات القانونية، والضمانات الخاصة بالمتهمين في مسائل العدالة الجنائية، وواجبات ومسئوليات المحامين، وضمانات لأداء المحامين لمهامهم أهمها عدم جواز رفض أي محكمة أو سلطة إدارية الاعتراف بحق أي محام في المثل أمامها نيابة عن موكله.

## المبحث الثاني

### القواعد الوطنية ذات الأصل الداخلي

نقصد بهذه القواعد ما يرد في النصوص الدستورية من مبادئ تتعلق باستقلال السلطة القضائية (أولاً)، هذه المبادئ يتولى المشرع العادي وضع القواعد المفصلة لها (ثانياً).

أولاً: النصوص (المبادئ) الدستورية:

يخصص الدستور المصري لسنة ١٩٧١<sup>(٦)</sup> الفصل الرابع من بابه الخامس "السلطة القضائية". ويحتوي هذا الفصل على عدة نصوص تقرر وتؤكد على استقلال القضاء.

تنص المادة ١٦٥ من الدستور على أن "السلطة القضائية مستقلة، وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وتصدر أحكامها وفق القانون".

وتنص المادة ١٦٦ على أن "القضاة مستقلون، لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، ولا يجوز لأية سلطة التدخل في القضايا أو في شؤون العدالة".

(٦) هذه النصوص نقلت من النسخة العربية للدستور، وتم حذف الترجمة الفرنسية لنصوص الدستور كما وردت في النسخة الفرنسية من الدراسة.

وتنص المادة ١٦٧ على أن "يحدد القانون الهيئات القضائية واختصاصاتها وينظم طريقة تشكيلها ويبين شروط وإجراءات تعيين أعضائها ونقلهم".

كما تقرر المادة ١٦٨ مبدأ عدم قابلية القضاة للعزل بنصها على أن "القضاة غير قابلين للعزل، وينظم القانون مساءلتهم تأديبياً".

وتكرس المادة ١٦٩ مبدأ علانية المحاكمات بنصها على أن "جلسات المحاكم علنية إلا إذا قررت المحكمة جعلها سرية مراعاة للنظام العام أو الآداب. وفي جميع الأحوال يكون النطق بالحكم في جلسة علنية". أما المادة ١٧٢ فتكرس مبدأ ازدواجية النظام القضائي المصري، وأن القضاء الإداري قضاء مستقل، فهي تقرر أن "مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة، ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي الدعاوى التأديبية، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى".

وتنص المادة ١٧٤، التي وردت في الفصل الخامس من الباب الخامس، على المحكمة الدستورية العليا التي هي "هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها...".

كما يتضمن الدستور المصري نصوصاً أخرى، لم ترد في الفصل المخصص للسلطة القضائية، لكنها تسهم في ضمان استقلال السلطة القضائية.

من ذلك المادة ٦٨ التي تؤكد المبدأ الأساسي للحق في أن يحاكم الشخص بواسطة قاضيه الطبيعي، وتنص على أن "التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل مواطن حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل في القضايا. ويحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء".

ومن ذلك أيضاً المادة ٦٩ التي تكفل حقوق الدفاع بنصها على أن "حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول. ويكفل القانون لغير القادرين مالياً وسائل اللجوء إلى القضاء والدفاع عن حقوقهم".

لكن الدستور المصري لا يحتوي فقط على مواد تكرر استقلال

السلطة القضائية، بل إنه يتضمن كذلك بعض النصوص التي يمكن أن تؤدي إلى المساس بهذا الاستقلال.

من ذلك المادة ١٧١ التي تضع أساساً دستورياً للمحاكم الاستثنائية، بنصها على أن "ينظم القانون ترتيب محاكم أمن الدولة ويبين اختصاصاتها والشروط الواجب توافرها فيمن يتولون القضاء فيها". لكن الإنصاف يقتضي أن نذكر أن محاكم أمن الدولة العادية التي كان ينظمها القانون ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ قد ألغيت بالقانون رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٣. ومن ثم لا يبقى من محاكم أمن الدولة سوى محاكم أمن الدولة طوارئ، ووجودها في النظام القانوني المصري مرهون بقيام حالة الطوارئ.

كما أن المادة ١٧٣، بعد تعديلها في سنة ٢٠٠٧، تنص على أن "تقوم كل هيئة قضائية على شؤونها، ويشكل مجلس يضم رؤساء الهيئات القضائية يرأسه رئيس الجمهورية، يرعى شؤونها المشتركة، ويبين القانون تشكيله واختصاصاته وقواعد سير العمل فيه".

وأخيراً تكرر المادة ١٨٣ من الدستور القضاء العسكري، بنصها على أن "ينظم القانون القضاء العسكري ويبين اختصاصاته في حدود المبادئ الواردة في الدستور". ومع ذلك فالقضاء العسكري ليس قضاء استثنائياً بالنسبة للعسكريين، لكنه يكون كذلك حين يخوله القانون محاكمة المدنيين في الجرائم العادية، إذ يكون هذا الاختصاص الاستثنائي، الذي ينتزع المدنيين من قاضيهم الطبيعي، مخالفاً للمبادئ الواردة في الدستور.

#### ثانياً: النصوص (القواعد) التشريعية:

تكتفي النصوص الدستورية بإرساء المبادئ الدستورية، ويكون من واجب المشرع تفصيل هذه المبادئ في صورة نصوص قانونية تضمن استقلال السلطة القضائية في ضوء المبادئ التي أرساها الدستور. ويمكن أن نلاحظ بادئ ذي بدء أن المشرع يتجاوز أحياناً الموجهات الدستورية حين يضع نصوصاً قانونية تسمح بالانتقاص أو بالمساس باستقلال السلطة القضائية، وهو ما سوف نعود إليه تفصيلاً في مواضع عدة من هذه الدراسة.

توجد النصوص القانونية المتعلقة بالقضاة ومحاكم القضاء العادي في القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية. هذا القانون تم

تعديله مؤخراً في سنة ٢٠٠٦ بالقانون رقم ١٤٢ لسنة ٢٠٠٦، ثم في سنة ٢٠٠٧ بالقانون رقم ١٧ لسنة ٢٠٠٧.

أما محاكم القضاء الإداري والنظام الخاص بقضايتها، فينظمها القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة.

وينظم المحكمة الدستورية العليا القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، وهو القانون الذي عدل مؤخراً بقانون رقم ١٨٤ لسنة ٢٠٠٨.

أما القضاء العسكري، فينظمه القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ المعدل بالقانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٧. وتخضع محاكم أمن الدولة (طوارئ) لأحكام القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارئ.

وتوجد تعليمات وتوجيهات النيابة العامة، وهي تعليمات يوجهها النائب لأعضاء النيابة العامة، تتعلق بتحديد قواعد النشاط المهني لوكلاء النائب العام فيما يتعلق بالنظر والتصرف في الشكاوى والبلاغات التي تقدم لأعضاء النيابة. لكن هذه التعليمات ليست لها قوة قانونية ملزمة، وإنما لها قيمة أدبية وتنظيمية فقط.

**ثالثاً: مشروعات تعديل قانون السلطة القضائية المقدمة من نادي القضاة:**

نادي قضاة مصر يعد مساهماً أصلياً في الحركات الإصلاحية المطالبة بدعم استقلال القضاء في مصر، فذلك يمثل أحد الأهداف التي أنشئ من أجلها. ويوجد تيار في نادي القضاة لديه قناعة بأن بعض القوانين السارية لا تضمن استقلالاً كافياً للسلطة القضائية. ومن هذا المنطلق أعد نادي القضاة عدداً من مشروعات القوانين لتعديل قانون السلطة القضائية من أجل ضمان أكبر قدر من الاستقلال المؤسسي للسلطة القضائية، وكان آخر هذه المشروعات ما أعد في سنة ٢٠٠٤. وقد وجدت بعض مقترحات النادي استجابة من الدولة، وتم تكريسها في تعديلات قانون السلطة القضائية التي جاء بها القانون ١٤٢ لسنة ٢٠٠٦. وتبذل جهود في الوقت الحاضر لإعداد مشروع قانون لإدخال المزيد من الإصلاحات التي يطالب بها القضاة، لتفعيل العمل القضائي وإزالة التحديات التي تحد من فاعليته.

## الفصل الثاني مكونات النظام القضائي المصري

قبل عرض مكونات النظام القضائي المصري الحالي<sup>(٧)</sup>، نرى من الضروري تقديم إطلالة تاريخية موجزة عن النظام. وبعد ذلك يلزم تحديد المقصود بالجهاز القضائي.

لمحة تاريخية عن النظام القضائي المصري<sup>(٨)</sup>:

كان النظام القضائي المصري في بداية القرن العشرين بالغ التعقيد. هذا التعقيد لم يكن سوى نتيجة أو انعكاس للوضع السياسي لمصر في هذه الفترة. فمن ناحية، كانت المحاكم الخاصة بالأجانب تعمل بالتوازي جنباً إلى جنب مع المحاكم الخاصة بالمصريين. ومن ناحية أخرى كانت توجد عدة جهات قضائية مصرية، وهو ما يعني أن النظام القضائي المصري لم يكن موحداً.

١- التعايش بين محاكم الأجانب ومحاكم المصريين:

تجلى التواجد والتأثير الأوروبي في إنشاء محاكم قنصلية، تختص بالنظر في القضايا التي تكون بين الأجانب وخدمهم. فهذه المحاكم القنصلية كانت إذا محاكم أجنبية تماماً، مختصة بالمنازعات الناشئة بين مواطني الدول أصحاب هذه المحاكم.

لذلك كانت هذه المحاكم محل انتقاد من الحركة الوطنية المصرية، التي استنكرت عدم تطبيق القانون المصري على الأجانب المقيمين على أرض الدولة، واستفادت من الظروف السياسية للمطالبة بإنشاء المحاكم المختلطة<sup>(٩)</sup>. وكان إنشاء هذه المحاكم الأخيرة يهدف إلى تقييد اختصاص

المحاكم القنصلية من ناحية، كما كان يهدف إلى إرساء أسس نظام قضائي

(٧) لعرض تفصيلي للنظام القانوني والقضائي المصري، راجع نقاشي برنار موجيرون وبرانر دويريه، مصر وقوانينها، كلوفر لو انترناشيونال، ٢٠٠٢.

(٨) لعرض أكثر شمولاً عن تاريخ النظام القضائي المصري وأسباب تطوره، راجع براون، قاعدة القانون في العالم العربي، المحاكم في مصر والخليج، جامعة كمبودج برس، ١٩٩٧.

(٩) عن أسباب إنشاء هذه المحاكم، راجع براون، المرجع السابق، ص ٢٦.



وطني يعبر عن السيدة الوطنية من ناحية أخرى.

وقد تحدد اختصاص المحاكم المختلطة في المنازعات المدنية والتجارية<sup>(١٠)</sup> في الحالات التي يكون فيها المتنازعان الأجانب من جنسيات مختلفة، أو يكون فيها النزاع مختلطاً أي بين مصري وأجنبي. هذه المحاكم المختلطة، التي اختلف الباحثون حول طبيعتها القانونية<sup>(١١)</sup>، كانت تطبق التقنيات المختلطة المستوحاة من التقنيات الفرنسية. كما كانت تلك المحاكم تضم قضاة أجانب يقتسمون المنصة مع القضاة المصريين. وكانت اللغة المتداولة أمام هذه المحاكم هي اللغة الفرنسية وأحياناً اللغة الإيطالية. وبعد إبرام اتفاقية مونترهيه، التي ألغت امتيازات القوى الأجنبية، اختفت المحاكم القنصلية في سنة ١٩٣٧، ثم ألغيت المحاكم المختلطة في سنة ١٩٤٩. وقد حلت محلها محاكم الاستئناف ومحاكم مجلس الدولة بعد إنشائها<sup>(١٢)</sup>.

وهكذا نجحت الحركة الوطنية المصرية في "تمصير" العدالة، وكان لزاماً عليها بعد ذلك أن توجه اهتمامها إلى مشكلة أخرى تواجه العدالة، وهي مشكلة توحيد نظمها.

## ٢- تنوع المحاكم المصرية:

حتى نهاية القرن التاسع عشر لم يكن النظام القضائي المصري

- 
- (١٠) جدير بالذكر أن المحاكم القنصلية احتفظت باختصاصها في المسائل الجنائية وفي مسائل الأحوال الشخصية للأجانب حتى تاريخ إلغائها في سنة ١٩٣٧.
- (١١) بالنسبة لفقهاء القانون المختلط، فإن مسألة تحديد ما إذا كتبت المحاكم المختلطة محاكم مصرية محل خلاف، بينما يرى فقهاء القانون الوطني أن المحاكم الأهلية وحدها كانت هي المحاكم المصرية، في هذه المسألة، راجع لاندريفي "تطور العلاقة بين المحاكم المختلطة والسلطة التنفيذية في مصر من ١٨٧٥ إلى ١٩٤٩" في مؤلف القضاة والإصلاح السياسي، ٢٠٠٦، صادر عن مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، ص ٤٩. ويضم هذا المؤلف عدة مقالات قيمة في موضوع استقلال السلطة القضائية في مصر والدول العربية. هذه المقالات كانت قد قدمت خلال مؤتمر نظم في القاهرة من ١ - ٣ أبريل ٢٠٠٦، بالمشاركة بين مركز القاهرة ومعهد الدين والديمقراطية والاتحاد الدولي لحقوق الإنسان. وقد طبعت نسخة إنجليزية منقحة بها مقالات أقل من النسخة العربية في مطابع الجامعة الأمريكية بالقاهرة تحت إشراف ناتالي برنار موجيرو - بعنوان "القضاة والتطور السياسي في مصر، ٢٠٠٩".
- (١٢) وكانت محكمة النقض والإبرام قد أنشئت قبل ذلك في سنة ١٩٣١.

موحداً. فمحاكم القانون العام كانت هي المحاكم الوطنية التي أنشئت في سنة ١٨٨٣. هذه المحاكم كانت تطبق التقنيات الوطنية المستوحاة من التقنيات المختلطة، التي كانت مأخوذة بدورها من القانون الفرنسي.

فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية، كان اختصاص المحاكم يتحدد طبقاً لمعيار ديني. فالمحاكم الشرعية كانت تختص بالفصل في منازعات الأحوال الشخصية بين المسلمين. أما غير المسلمين فكانت تختص بالفصل في منازعاتهم المتعلقة بالأحوال الشخصية محاكم دينية هي المجالس المليية.

وبعد إلغاء المحاكم "الدينية" وفقاً للقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، توحد النظام القضائي المصري فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية. ومنذ هذا التاريخ، وفيما عدا إنشاء المحكمة الدستورية العليا وبعض المحاكم الاستثنائية والخاصة، لم تحدث تغييرات جوهرية في هيكل النظام القضائي المصري.

ما المقصود بالهيئة القضائية؟<sup>(١٣)</sup>:

إذا أردنا عرض مدى استقلال النظام القضائي المصري، فيلزم الوقوف على مكوناته. وبعبارة أخرى يلزم معرفة مما تتكون السلطة القضائية المصرية، أو ما هي الهيئات القضائية؟

مثاراً للجدل والاختلاف. بالنسبة لبعض "الهيئات القضائية" لا تشير الإجابة كثيراً من الصعوبات، حيث ورد ذكرها صراحة في الدستور المصري. وعلى هذا النحو لا يوجد مجال للشك بالنسبة لمحاكم القضاء العادي (م ١٦٥ من الدستور)، ولا بالنسبة لمجلس الدولة (م ١٧٢ من الدستور)، ولا بالنسبة للمحكمة الدستورية العليا (م ١٧٤ من الدستور)، فكل هذه الهيئات تعد جزءاً من السلطة القضائية المصرية.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو عما إذا كانت توجد هيئات قضائية أخرى غير تلك التي ورد ذكرها في الدستور. قد تبدو الإجابة بالنفي أقرب إلى نصوص الدستور كما يعتقد بعض الباحثين. بيد أن هذا الاتجاه لا يتفق مع رأي المحكمة الدستورية العليا، التي قدرت في سنة

(١٣) في هذا الموضوع، راجع طارق البشري، المرجع السابق، ص ٧٥.

٢٠٠٠ أن النيابة الإدارية (وهي هيئة وظيفتها التحقيق ورفع الدعوى على الموظفين الذين ينسب إليهم ارتكاب مخالفات تأديبية)، وأن هيئة قضايا الدولة (وهي جهة وظيفتها تمثيل الدولة في القضايا التي تكون طرفاً فيها) تشكلان كذلك جزءاً من السلطة القضائية. وعلى الرغم من أن هذه المقاربة بين النيابة الإدارية وهيئة قضايا الدولة من جهة والهيئات القضائية من جهة أخرى محل نظر، فإننا سوف نكتفي بما نكر عنهما أعلاه، لأن هاتين الجهتين لا تتوليان وظيفة قضائية، ومن ثم لا تتعلقان مباشرة بموضوع دراستنا.

وبالنسبة للمحاكم الاستثنائية، فإننا لن ندرسها في الموضع المخصص للهيئات القضائية، لأنها لا تعد جهات قضائية بالمعنى الفني الدقيق، لكونها تفتقد الحد الأدنى من الاستقلال المؤسسي. لذلك سوف يتم التطرق لدراسة المحاكم الاستثنائية عند الحديث عن التحديث والمشاكل التي تواجه استقلال القضاء.

بعد هذه المقدمة يجدر بنا الآن أن نعرف بمختلف المحاكم (مبحث أول)، قبل أن نتطرق إلى التنظيمات التي تمثل القضاة (مبحث ثان).

## المبحث الأول

### المحاكم المختلفة في النظام القضائي المصري

#### أولاً: المحكمة الدستورية العليا:

انقبس النظام القانوني المصري من النظام القانوني الفرنسي عدة تنظيمات ومفاهيم قانونية. ومع ذلك يبدو الاختلاف واضحاً فيما يتعلق برقابة دستورية التشريعات. فإذا كانت فرنسا، بعد تردد قد اعتنقت نظام الرقابة السابقة لدستورية التشريعات، فإن مصر قد أنشأت في سنة ١٩٦٩ محكمة عليا تختص بوظيفة الرقابة اللاحقة لدستورية التشريعات<sup>(١٤)</sup>. وفي

(١٤) الغرض من إنشاء المحاكم الدستورية بصفة عامة هو إرساء أسس دولة القانون وضمان الحريات. لكن هذا لم يكن هو الغرض الأساسي من إنشاء المحكمة العليا في مصر، فهذا الغرض كان هو حرمان المحاكم الأخرى من سلطة مراقبة دستورية التشريعات. وعندما نعلم أن كل أعضاء هذه المحكمة كانوا معينين من قبل رئيس الجمهورية، ندرك أن السلطة التنفيذية كانت ترى في هذه المحكمة

سنة ١٩٧٩ أنشئت المحكمة الدستورية العليا لتحل محل المحكمة العليا<sup>(١٥)</sup>.

#### أ- اختصاص المحكمة:

يتضمن الفصل الخامس من الباب الخامس من الدستور، وعنوانه "المحكمة الدستورية العليا"، نصواً موجزة عن المحكمة الدستورية العليا. فبعد أن أكدت المادة ١٧٤ أن المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها، أوضحت المادة ١٧٥ أن من بين اختصاصات المحكمة الدستورية العليا الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، وتفسير النصوص التشريعية.

أما باقي اختصاصات المحكمة فقد حددت بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩. وبمطالعة المادة ٢٥ من هذا القانون، نجد أن المحكمة الدستورية العليا تؤدي دور محكمة تنازع الاختصاص القضائي. ويعني ذلك أنها تختص بالفصل في تنازع الاختصاص بين مختلف المحاكم القضائية أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي، كما أنها تختص بالفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من أي جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى. أما المادة ٢٦ فتقرر اختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير نصوص القوانين والقرارات بقوانين، وذلك إذا أثار خلاف في التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضي توحيد تفسيرها. وهذا ما قامت به المحكمة مؤخراً في شأن نصوص قانون مجلس الدولة الخاصة بتحديد الجهة المختصة بتعيين أعضاء المجلس وشروط التعيين، بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء، بعد رفض الجمعية العمومية للمجلس تعيين المرأة في مجلس

---

أداة تستخدمها في سعيها لرقابة السلطة القضائية. في هذا المعنى، راجع:

N. Bernard-Maugiron et B. Dupret, op. cit. p. 35.

ولمزيد من التفاصيل عن تنظيم واختصاصات المحكمة الدستورية العليا، راجع رسالة N. Bernard Maugiron "السياسة في المجال القضائي - القضاء الدستوري في مصر"، برويلان، بروكسل ٢٠٠٣.

(١٥) يلاحظ أن إنشاء المحكمة الدستورية العليا كان مقرراً في دستور ١٩٧١. لكن وضعها موضع التنفيذ الفعلي تأخر بسبب البطء في تبني القانون الخاص بالمحكمة الدستورية العليا، وهو القانون الذي أكمل النصوص الموجزة التي احتواها الدستور.

ب- تشكيل المحكمة:

النص الوحيد في الدستور الذي يتعلق بتشكيل المحكمة الدستورية العليا هو نص المادة ١٧٧، الذي يؤكد أن أعضاء المحكمة الدستورية غير قابلين للعزل، وهي ضمانات نصت عليها المادة ١٦٨ من الدستور للقضاة جميعاً، وأكدها دون مقتض نص المادة ١٧٧ بالنسبة لأعضاء المحكمة الدستورية العليا، وهم جميعاً من القضاة. لذلك كان على القاتون أن يحدد كيفية اختيار أعضاء المحكمة، وحقوقهم، والحصانات التي يتمتعون بها.

وتنص المادة الثالثة من قانون المحكمة الدستورية العليا على أن "تؤلف المحكمة من رئيس وعدد كاف، من الأعضاء". وتشترط المادة الرابعة فيمن يعين عضواً بالمحكمة أن تتوافر فيه الشروط العامة اللازمة لتولي القضاء طبقاً لأحكام قانون السلطة القضائية، ألا تقل سنه عن خمس وأربعين سنة ميلادية. ويكون اختيار أعضاء المحكمة من بين رجال القاتون ذوي الخبرة، أي ليس فقط من القضاة أعضاء الهيئات القضائية، ولكن أيضاً من المحامين وأساتذة القاتون بالجامعات المصرية. ومع ذلك من النادر أن يكون الأعضاء المعينين من غير القضاة الأصليين (المستشارة تهاني الجبالي المحامية الوحيدة التي عينت عضواً بالمحكمة الدستورية العليا فكانت بذلك أول امرأة تتولى القضاء في مصر الحديثة). ويعين رئيس المحكمة بقرار من رئيس الجمهورية. ويعين أعضاء المحكمة بقرار من رئيس الجمهورية، بعد أخذ رأي المجلس الأعلى للهيئات القضائية<sup>(١٦)</sup>، وذلك من بين اثنين ترشح أحدهما الجمعية العامة للمحكمة ويرشح الآخر رئيس المحكمة. ويجب أن يكون ثلثا عدد أعضاء المحكمة على الأقل من بين أعضاء الهيئات القضائية (م ٥).

ونلاحظ أن التقييد النسبي لاختيار أعضاء المحكمة الدستورية العليا تقابله سلطة تقديرية كاملة لرئيس الجمهورية عندما يتعلق الأمر

(١٦) هذا المجلس نصت عليه المادة ١٧٣ من الدستور معلقة في ٢٠٠٧، وهو يختلف عن مجلس القضاء الأعلى المنصوص عليه في المادة ٧٧ مكرراً (١) من قانون السلطة القضائية.

بتعيين رئيس المحكمة. فالمادة الخامسة من قانون المحكمة لا تضع أي قيد على سلطة رئيس الجمهورية عندما يقوم بتعيين رئيس المحكمة الدستورية العليا. وسوف نعود إلى دراسة هذه السلطة الرئاسية تفصيلاً فيما بعد عند التطرق لدور السلطة التنفيذية في اختيار وتعيين من يشغلون الوظائف القضائية العليا.

ويكون لأعضاء المحكمة الدستورية العليا نفس الضمانات والمزايا والحقوق والالتزامات المقررة لقضاة محكمة النقض. ويختلف أعضاء المحكمة الدستورية العليا عن باقي القضاة في أن مساءلتهم التأديبية تتولاها المحكمة ذاتها، سواء ما تعلق بالتحقيق أو المحاكمة التي تتولاها الجمعية العامة للمحكمة (المادتان ١٩، ٢٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا).

#### جـ. ميزانية المحكمة:

تكون للمحكمة الدستورية العليا موازنة سنوية مستقلة، تعد على نمط الموازنة العامة للدولة. ويتولى رئيس المحكمة إعداد مشروع الموازنة لتقديمه إلى الجهة المختصة. وتسري على موازنة المحكمة فيما لم يرد به نص في قانونها أحكام قانون الموازنة العامة للدولة (م ٥٦ من قانون المحكمة).

#### ثانياً: شفا النظام القضائي:

نقوم هنا بعرض موجز لمختلف مكونات القضاء العادي والقضاء الإداري.

#### أ- محاكم القضاء العادي:

على الرغم من أن أعضاء النيابة العامة لا يشكلون جزءاً من القضاء للجالس، إلا أنه لا يمكن إغفال الكلام عنهم عندما يتعلق الأمر بالقضاء المدني. والسبب في ذلك أن الغالبية العظمى من القضاة في مصر يعملون أولاً في النيابة العامة قبل أن يتقلدوا وظيفة القضاء<sup>(١٧)</sup>.

(١٧) يتطلب القانون فيمن يعين قاضياً ألا يقل سنة عن ٣٠ سنة، هذا في حين أن من يعين في النيابة العامة يبدأ من سن ٢٣ سنة، وهو ما يعني أن كل قاض لا بد أن يمضي سبع سنوات تقريباً في النيابة قبل أن يتولى وظيفة القضاء.

أما بالنسبة للقضاء العادي بالمعنى الدقيق، فهو يتكون من محاكم عامة أي غير متخصصة، ومحاكم متخصصة.

#### ١- المحاكم العامة:

تشمل هذه المحاكم من الأدنى إلى الأعلى:

- المحاكم الجزئية: تنص المادة ١١ من قانون السلطة القضائية على أن تنشأ بدائرة اختصاص كل محكمة ابتدائية محاكم جزئية، يكون إنشاؤها وتعيين مقارها وتحديد دوائر اختصاصها بقرار من وزير العدل. وتصدر الأحكام في المحاكم الجزئية من قاض واحد (م ١٤). وتفصل المحاكم الجزئية في المسائل المدنية وفي جرائم الجرح والمخالفات.

- المحاكم الابتدائية: طبقاً للمادة ٩ من قانون السلطة القضائية، تنشأ محكمة ابتدائية في كل عاصمة من عواصم المحافظات<sup>(١٨)</sup>. وتؤلف كل محكمة من عدد كاف من الرؤساء والقضاة، ويرأس كل محكمة ابتدائية<sup>(١٩)</sup>، أحد قضاة محكمة الاستئناف، يندبه وزير العدل بقرار منه بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى لمدة سنة قابلة للتجديد. وتصدر أحكام المحكمة الابتدائية من هيئة مكونة من ثلاثة أعضاء.

ويكون بكل محكمة ابتدائية عدد كاف من الدوائر، يرأس كل منها رئيس المحكمة أو أحد الرؤساء بها. وتكون من هذه الدوائر دائرة أو أكثر تختص بنظر الاستئناف في الأحكام الصادرة من المحكمة الجزئية في مواد الجرح والمخالفات، وتسمى محكمة الجرح المستأنفة.

أما بالنسبة للجنايات، وهي جرائم أشد جسامة، فهي من اختصاص محاكم الجنايات. ومحاكم الجنايات تشكل في كل محكمة استئناف لنظر قضايا الجنايات، وتؤلف كل محكمة من ثلاثة من قضاة محكمة الاستئناف<sup>(٢٠)</sup> (م ٧ من قانون السلطة القضائية). وتتعدّد محاكم الجنايات في كل مدينة بها محكمة ابتدائية، وتشمل دائرة اختصاصها ما تشمله دائرة

(١٨) يوجد في مصر في الوقت الحاضر ٢٩ محافظة بعد إنشاء محافظات ٦ أكتوبر وطلوان والأقصر.

(١٩) حذف الهامش الخاص بترجمة أسماء المحاكم من العربية إلى الفرنسية لعدم الحاجة إليه في النسخة العربية من الدراسة.

(٢٠) ويضي ذلك أن تشكيل محكمة الجنايات في مصر يقتصر على القضاة المهنيين فقط، فلا يوجد محققين في محاكم الجنايات.

المحكمة الابتدائية (م ٨ من قانون السلطة القضائية).

وتصدر أحكام محكمة الجنايات بأغلبية أصوات أعضائها، باستثناء الأحكام الصادرة بتوقيع عقوبة الإعدام التي تتطلب الإجماع وأخذ رأي مفتي الجمهورية قبل صدور الحكم. ويكون الطعن على أحكام محاكم الجنايات بطريق النقض، فلا يجوز استئناف الأحكام الصادرة منها، لأن أحكام الجنايات على درجة واحدة. وتوجد دراسة في الوقت الحاضر لإقرار نظام التقاضي على درجتين في الجنايات، وهو ما يتطلب إنشاء محكمة جنائيات استئنافية أو محكمة الجنايات المستأنفة.

- محاكم الاستئناف: طبقاً للمادة السادسة من قانون السلطة القضائية توجد ثماني محاكم للاستئناف. وتشكل كل محكمة من ثلاثة قضاة هم الذين يصدرون الأحكام. ولا يوجد في الوقت الحاضر طعن بالاستئناف ضد الأحكام الصادرة من محكمة الجنايات.

- محكمة النقض: أنشئت محكمة النقض المصرية في عام ١٩٣١، وتحتل قمة الهرم القضائي في القضاء العادي. ولا تمثل محكمة النقض درجة ثالثة من درجات التقاضي، لأنها محكمة قانون فقط وليست محكمة موضوع. وتطلع محكمة النقض بمهمة توحيد التفسير والتطبيق لنصوص القانون. وتصدر محكمة النقض أحكامها من هيئة مكونة من خمسة قضاة. وينظم الطعن بالنقض وإجراءاته القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ بشأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض.

## ٢- المحاكم المتخصصة:

تيسيراً على المتقاضين وضمن سرعة الفصل في بعض القضايا، تقرر بعض القوانين إنشاء محاكم متخصصة بنوع معين من القضايا. من هذه المحاكم في النظام القضائي المصري:

- محاكم الأسرة: أنشئت محاكم الأسرة بالقانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤. وتوجد محكمة الأسرة بدائرة اختصاص كل محكمة جزئية. وتشكل محكمة الأسرة من ثلاثة قضاة، ويعلمون المحكمة خبيران أحدهما من الأخصائيين الاجتماعيين، والآخر من الأخصائيين النفسيين، يكون أحدهما على الأقل من النساء. وتختص محاكم الأسرة دون غيرها، بنظر جميع مسائل الأحوال الشخصية، ويكون الطعن في أحكامها في الأحوال التي يجيزها



القانون أمام دوائر استئنافية متخصصة تنشأ في دائرة اختصاص كل محكمة من محاكم الاستئناف<sup>(٢١)</sup>. وتوجد نيابة متخصصة لشؤون الأسرة تتولى مهام النيابة العامة أمام محاكم الأسرة ودوائرها الاستئنافية.

- محاكم الطفل: نصت المادة ١٢٠ من قانون الطفل رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ على تشكيل محكمة أو أكثر للأطفال في مقر كل محافظة. وتشكل محكمة الأطفال من ثلاثة قضاة، يعاونهم خبيران من الأخصائيين أحدهما على الأقل من النساء. ويكون استئناف الأحكام الصادرة بحق الأطفال أمام محكمة استئنافية تشكل بدائرة كل محكمة ابتدائية من ثلاثة قضاة يعاونهم خبيران من الأخصائيين أحدهما على الأقل من النساء.

- المحاكم الاقتصادية: أنشئت المحاكم الاقتصادية بالقانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨. وتوجد محكمة اقتصادية في دائرة كل محكمة استئنافية. وتشكل المحكمة الاقتصادية من ثلاثة قضاة في الدرجة الأولى والاستئناف. وتختص المحاكم الاقتصادية دون غيرها بالفصل في الدعاوى الجنائية الناشئة عن الجرائم الاقتصادية الواردة على سبيل الحصر في نص المادة الرابعة من قانون إنشاء هذه المحاكم.

من هذه الجرائم على سبيل المثال الجرائم المتعلقة بالتفالس، والجرائم المنصوص عليها في قانون حماية المستهلك، وقانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار، وقانون حماية حقوق الملكية الفكرية.

وتنظر الدوائر الابتدائية الجرح الاقتصادية، وتكون أحكامها قابلة للطعن فيها بطريق الاستئناف أمام الدوائر الاستئنافية بالمحكمة الاقتصادية. وتفصل الدوائر الاستئنافية باعتبارها محاكم الدرجة الأولى في الجنايات الاقتصادية، وتكون أحكامها قابلة للطعن فيها بطريق النقض. وطبقاً للمادة السادسة من قانون المحاكم الاقتصادية، تختص هذه

المحاكم بالنظر في بعض المنازعات المدنية ذات الطابع الاقتصادي المنصوص عليها على سبيل الحصر. من ذلك المنازعات المتعلقة بقانون سوق رأس المال، وقانون حماية المنافسة، وقانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة. وتختص

---

(٢١) توجد بعض الأحكام التي لا يجوز الطعن فيها بالاستئناف مثل الأحكام الصادرة بالظلم.

الدوائر الابتدائية بنظر المنازعات التي تقل قيمتها عن خمسة ملايين جنيه مصري، أما الدوائر الاستئنافية فتختص بنظر المنازعات التي تزيد قيمتها على خمسة ملايين جنيه أو التي تكون قيمة النزاع فيها غير محددة.

- المحاكم العمالية: طبقاً للقانون رقم ١٨٠ لسنة ٢٠٠٨<sup>(٢٢)</sup>، تختص المحاكم العمالية دون غيرها بالفصل في منازعات العمل بين صاحب العمل والعمال<sup>(٢٣)</sup>. وطبقاً للمادة ٧١ من قانون العمل، تشكل محكمة العمال من ثلاثة قضاة من قضاة المحكمة الابتدائية، وتكون أحكامها قابلة للطعن فيها طبقاً للأحكام الواردة في قانون المرافعات المدنية والتجارية (م ٧٢ من قانون العمل معدلة بالقانون رقم ١٨٠ لسنة ٢٠٠٨).

#### ب - محاكم القضاء الإداري (مجلس الدولة):

بالإضافة إلى محاكم القضاء العادي، يعرف النظام القضائي المصري مجلس الدولة الذي يضم محاكم للقضاء الإداري. وتنص المادة ١٧٢ من الدستور على أن مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة، ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي الدعاوى التأديبية، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى. وقد أكدت المادة الأولى من قانون مجلس الدولة استقلال المجلس، ونصت على أن "مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة". وقد كان نص المادة الأولى - قبل تعديله بالقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨٤ - يقرر أن "مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة تلحق بوزير العدل". وقد أدرج المشرع التناقض الواضح بين استقلال مجلس الدولة وإحاقه بوزير العدل ممثل السلطة التنفيذية، لذلك عدل النص في سنة ١٩٨٤ ليُلغى تبعية

(٢٢) كان القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ يسند للمحاكم الجزئية الاختصاص بنظر الدعاوى المتعلقة بأجور العمال. لكن قانون العمل الجديد لسنة ٢٠٠٣ قرر اختصاص لجان خماسية بنظر المنازعات العمالية. وكانت اللجنة الخماسية مكونة من قاضيين وممثل لوزارة العمل وعضو من نقابة العمال وممثل لصاحب العمل. وكانت اللجنة تفصل في النزاع خلال ستين يوماً.

(٢٣) قبل إحالة النزاع للمحكمة العمالية، يجوز لصاحب العمل والعمال طلب تشكيل لجنة ثلاثية تتكون من ممثل عن وزارة العمل وممثل نقابي وممثل لصاحب العمل، وذلك لمحاولة حل النزاع ودياً. فإذا لم يتم حل النزاع ودياً خلال ٢١ يوماً بعد تقديم الطلب، يحق لكل طرف إحالة النزاع للمحكمة العمالية خلال ٤٥ يوماً. لمزيد من التفصيل: راجع د. أحمد هندي، الإجراءات المدنية والتجارية، ٢٠٠٩، ص ٨٦.

المجلس لوزير العدل.

وقد حدد القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ الخاص بمجلس الدولة هيئات المجلس وأقسامه. فنصت المادة الثانية على أن مجلس الدولة يتكون من ثلاثة أقسام: القسم القضائي، وقسم الفتوى، وقسم التشريع.

وتحدد المادة الثالثة من قانون مجلس الدولة مكونات القسم القضائي، الذي يتكون من المحكمة الإدارية العليا، ومحكمة القضاء الإداري، والمحاكم الإدارية، والمحاكم التأديبية، وهيئة مفوضي الدولة. وعلى خلاف النظام الفرنسي، فإن مجلس الدولة المصري يضم كافة الهيئات القضائية الإدارية بما في ذلك المحاكم الإدارية التي تعد محاكم الدرجة الأولى في المجلس.

وتنص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة على اختصاصات محاكم المجلس التي تنفرد بها دون غيرها. وتمنع المادة الحادية عشرة محاكم مجلس الدولة من النظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة. وتنص المواد ١٢ إلى ٢٣ من قانون المجلس على اختصاصات كل محكمة من محاكم مجلس الدولة.

ويتكون قسم الفتوى بمجلس الدولة من إدارات متخصصة لرئاسة الجمهورية ورئاسة مجلس الوزراء والوزارات والهيئات العامة. ويختص كل قسم من هذه الأقسام بإبداء الرأي في المسائل القانونية التي يطلب الرأي فيها من الجهات السابق ذكرها. وينص القانون على ضرورة أخذ رأي مجلس الدولة في بعض الحالات، فتلتزم الجهة الإدارية بطلب الرأي في الحالات المحددة (م ٥٨ من قانون مجلس الدولة).

ويختص قسم التشريع بمجلس الدولة بصياغة القوانين أو بمراجعة صياغة المشروعات التي تحال إليه من الجهات المختصة، فيختص بمراجعة النصوص التشريعية قبل إصدارها مثل القوانين والقرارات الجمهورية بقوانين طبقاً لما تنص عليه المادة ٦٣ من القانون. وتقوم بمراجعة صياغة التشريعات التي يرى رئيس مجلس الوزراء أو أحد الوزراء أو رئيس مجلس الدولة نظرهما على وجه الاستعجال لجنة خاصة تشكل من رئيس قسم التشريع أو من يقوم مقامه وأحد مستشاري القسم ورئيس إدارة الفتوى المختصة (م ٦٤ من القانون).

### ثالثاً: المحاكم الاستثنائية:

عرفت مصر الحديثة، لاسيما منذ ثورة يولييه ١٩٥٢، نظام المحاكم الاستثنائية. صحيح أن بعض هذه المحاكم عاصر المرحلة الثورية ثم اختفى مثل محكمة الثورة ومحكمة الغدر ومحكمة الشعب، كما أن بعض هذه المحاكم قد ألغي حديثاً نتيجة للتطور الديمقراطي الذي حدث في مصر في السنوات الأخيرة. من ذلك محاكم أمن الدولة الدائمة المنشأة بالقانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠، والتي ألغيت بالقانون ٩٥ لسنة ٢٠٠٣. وجاءت التعديلات الدستورية سنة ٢٠٠٧ لتلغي منصب المدعي العام الاشتراكي، وهو ما ترتب عليه اختفاء محاكم القيم، وهي محاكم كانت مكلفة بحماية القيم الأساسية للمجتمع الاشتراكي الذي لم يعد له وجود.

وفي الوقت الحالي، توجد ثلاث محاكم استثنائية رئيسية: هي المحاكم العسكرية عندما تحاكم المدنيين في الجرائم العادية طبقاً للمادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية. ومحاكم أمن الدولة طوارئ المنصوص عليها في قانون الطوارئ لسنة ١٩٥٨. وأخيراً ما نطلق عليه "محكمة الأحزاب السياسية" المنصوص عليها في القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧ بشأن الأحزاب السياسية.

ويستند وجود المحاكم الاستثنائية إلى أساس دستوري. فمحاكم أمن الدولة طوارئ تجد سندها في المادة ١٧١ من الدستور، والمحاكم العسكرية تجد سنداً لها في المادة ١٨٣ من الدستور التي تحيل إلى القانون لبيان اختصاصات المحاكم العسكرية. أما محكمة الأحزاب السياسية فقد أوجد لها التعديل الدستوري الأخير سنة ٢٠٠٧ دعماً دستورياً عندما أضاف فقرة ثالثة إلى المادة الخامسة من الدستور لتقرر للمواطنين حق تكوين الأحزاب السياسية وفقاً للقانون، والقانون المقصود هنا هو قانون الأحزاب السياسية الذي يقنن منذ سنة ١٩٧٧ "محكمة الأحزاب".

وجاء تعديل المادة ١٧٩ من الدستور في سنة ٢٠٠٧ ليؤسس لقانون مكافحة الإرهاب الذي هو في طور الإعداد في الوقت الحاضر. ومن الممكن أن يستحدث هذا القانون محكمة استثنائية جديدة، كما قد يكتفي هذا القانون بتوسيع اختصاصات المحاكم الاستثنائية الموجودة حالياً. وتقرر الفقرة الثانية من المادة ١٧٩ المستحدثة في سنة ٢٠٠٧ تحت

عنوان "مكافحة الإرهاب" سلطة رئيس الجمهورية في "أن يحيل أية جريمة من جرائم الإرهاب إلى أية جهة منصوص عليها في الدستور أو القانون".

## المبحث الثاني تنظيم القضاء والقضاة

يمكن القول اختصاراً أن مجلس القضاء الأعلى هو التنظيم القضائي الذي يدير شؤون القضاء (أولاً)، وأن نادي القضاة مهمته تمثيل القضاة (ثانياً). وجليد بالذكر أن مهمة تمثيل القضاة كانت مؤخرأ موضوعاً أثار الخلاف بين مجلس القضاء الأعلى ونادي القضاة، وكلاهما تنظيم يتعلق بالقضاة المنتمين إلى جهة القضاء العادي.

أما بالنسبة لجهة القضاء الإداري، فتوجد تنظيمات أخرى تمثل العاملين في هذا القضاء. فالمجلس الخاص للشؤون الإدارية لمجلس الدولة يقابل مجلس القضاء الأعلى بالنسبة للقضاء العادي، كما أن نادي قضاة مجلس الدولة هو المقابل لنادي قضاة مصر بالنسبة للقضاء العادي.

وفيما يلي سوف يكون التركيز على القضاة العاملين بجهة القضاء العادي، ويرجع ذلك إلى سببين: الأول أن القضاة الذين ينتمون إلى جهة القضاء العادي هم الأكثر عدداً حيث يمثلون نحو تسعة أعشار القضاة في مصر. الثاني أن نادي قضاة مصر كان على مدى تاريخه هو الذي قاد النضال من أجل المطالبة بالاستقلال الكامل للسلطة القضائية.

وبالإضافة إلى هذه التنظيمات القضائية، يوجد المجلس الأعلى للهيئات القضائية، وقد أنشئ في سنة ١٩٦٩ بعد إلغاء مجلس القضاء الأعلى في الحقبة الناصرية. ويستند هذا المجلس إلى نص المادة ١٧٣ من الدستور، وقد جرى تعديلها مؤخرأ في سنة ٢٠٠٧، فصارت تنص على تشكيل مجلس يضم رؤساء الهيئات القضائية يرأسه رئيس الجمهورية. وكان المجلس الأعلى للهيئات القضائية ينظمه القانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٦٩، وبعد تعديل المادة ١٧٣ في سنة ٢٠٠٧، صدر القانون ١٩٢ لسنة ٢٠٠٨ لتنظيم ما سمي "بالمجلس الأعلى للتسيق بين الهيئات

وقد نصت المادة الأولى من القانون الأخير على أن يرأس المجلس رئيس الجمهورية، ويختص بالنظر في الشؤون المشتركة بين الهيئات القضائية. ويضم المجلس في عضويته وزير العدل ورئيس المحكمة الدستورية العليا ورئيس محكمة النقض ورئيس مجلس الدولة ورئيس محكمة استئناف القاهرة والنائب العام ورئيس هيئة قضايا الدولة ورئيس النيابة الإدارية (٢م). كما تنص المادة ٣ على أنه في حالة غياب رئيس الجمهورية عن اجتماعات المجلس، وهذا أمر مألوف بسبب انشغال الرئيس بالأمور السياسية والتنفيذية، يرأس وزير العدل هذه الاجتماعات. وعلى الرغم من عودة مجلس القضاء الأعلى في سنة ١٩٨٤، ظل المجلس الأعلى للهيئات القضائية قائماً وله بعض الاختصاصات المحددة في القانون إلى أن حل محله المجلس الجديد في سنة ٢٠٠٨.

ويمكن الخطر على استقلال القضاء في وجود المجلس الأعلى للتسيق بين الهيئات القضائية سببه أن هذا المجلس الأخير يملك اختصاصات قد تتعارض مع اختصاصات بعض التنظيمات الأخرى التي تتولى شؤون القضاة مثل المجلس الأعلى للقضاء. كما يبدو هذا الخطر أكثر وضوحاً إذا علمنا أن المجلس الأعلى للتسيق بين الهيئات القضائية يدخل في تشكيله غير القضاة، بينما التنظيمات الأخرى التي تتولى شؤون القضاة لا تضم غير القضاة. يضاف إلى ذلك أنه من الناحية الفعلية يرأس وزير العدل المجلس، إذ قلما يسمح وقت رئيس الجمهورية برئاسته لهذا المجلس.

أولاً: تنظيم السلطة القضائية: مجلس القضاء الأعلى والمجلس الخاص: السلطة القضائية مستقلة، طبقاً لما يقرره الدستور المصري. لذلك كان من الضروري إنشاء جهاز، يعبر عن القضاة، ويعنى بتنظيم شؤون العدالة. هذا الجهاز هو مجلس القضاء الأعلى، الذي أنشئ في البداية سنة ١٩٤٣، ثم اختفى سنة ١٩٦٩ عقب المواجهات التي حدثت بين القضاة والسلطة السياسية في حينه. وأخيراً صدر القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٤

(٢٤) تم حذف الترجمة الفرنسية لهذا المجلس لعدم الحاجة إليها في النسخة العربية.

ليعيد إلى الوجود مجلس القضاء الأعلى. وكان عام ٢٠٠٩ قد شهد الاحتفال بمرور خمسة وعشرين عاماً على عودة المجلس. وفي فترة إلغاء مجلس القضاء الأعلى استعيض عنه بالمجلس الأعلى للهيئات القضائية. وكان تشكيل هذا المجلس الأخير أوسع من تشكيل مجلس القضاء الأعلى، حيث ضم في تشكيله أعضاء يمارسون وظائف قانونية لكنها غير قضائية. فهو يضم بالإضافة إلى أعضاء مجلس القضاء الأعلى، رئيس هيئة النيابة الإدارية ورئيس هيئة قضايا الدولة، ويرأسه رئيس الجمهورية طبقاً لنص المادة ١٧٣ من الدستور. وعلى الرغم من عودة مجلس القضاء الأعلى، ظل المجلس الأعلى للهيئات القضائية قائماً وله بعض الصلاحيات، وبعد تعديل المادة ١٧٣ من الدستور في سنة ٢٠٠٧، صدر في سنة ٢٠٠٨ قانون يعيد تنظيم ما سمي بالمجلس الأعلى للتنسيق بين الهيئات القضائية كما رأينا.

#### أ- تشكيل مجلس القضاء الأعلى والمجلس الخاص:

يشكل مجلس القضاء الأعلى من رئيس محكمة النقض، ورئيس محكمة استئناف القاهرة، والنائب العام، وأقدم اثنين من نواب محكمة النقض، وأقدم اثنين من رؤساء محاكم الاستئناف الأخرى (م ٧٧ مكرراً (١) من قانون السلطة القضائية). ويرأس المجلس رئيس محكمة النقض. وكان تشكيل المجلس مثاراً للخلاف بين التيار الإصلاحى في نادي القضاة من جهة ومجلس القضاء الأعلى ووزارة العدل من الجهة الأخرى، وهم ما سوف نتناوله لاحقاً. وفي سنة ٢٠٠٩ أعد وزير العدل مشروع قانون لمحاولة تعديل تشكيل مجلس القضاء الأعلى، بغرض ضم عضوين جديدين هما: رئيساً محكمة شمال وجنوب القاهرة الابتدائيتين. لكن هذه المحاولة قوبلت باعتراض شديد من غالبية القضاة، وباعت بالفضل. ويرجع سبب اعتراض جموع القضاة على المشروع إلى إدراكهم أن غاية هذا التعديل هي تقوية قبضة السلطة التنفيذية على شؤون مجلس القضاء الأعلى، لأن رؤساء المحاكم الابتدائية يتم نديهم من قبل وزير العدل لمدة عام قابل للتجديد، وقد تم تجميد المشروع "موقتاً" في اعتقادنا.

ويشكل المجلس الخاص للشؤون الإدارية بمجلس الدولة من رئيس المجلس وعضوية أقدم ستة من نواب رئيس المجلس، ويرأسه رئيس

مجلس الدولة، طبقاً لنص المادة ٦٨ مكرراً من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، المضافة بالقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨٤، وهو القانون الذي استحدث المجلس الخاص للشؤون الإدارية بمجلس الدولة.

#### ب- اختصاصات مجلس القضاء الأعلى والمجلس الخاص:

تدعمت سلطات المجلس الأعلى للقضاء بعد التعديلات التي تمت سنة ٢٠٠٦ على قانون السلطة القضائية. وتنص المادة ٧٧ مكرراً (٢) على أن يختص مجلس القضاء الأعلى بنظر كل ما يتعلق بتعيين وترقية ونقل وندب وإعارة رجال القضاء والنيابة العامة وكذلك سائر شؤونهم. ويجب أخذ رأيه في مشروعات القوانين المتعلقة بالقضاء والنيابة العامة. وسوف نعود إلى تفصيل اختصاصات المجلس في مواضع أخرى من هذه الدراسة.

أما بالنسبة لاختصاصات المجلس الخاص للشؤون الإدارية لمجلس الدولة، فقد تحددت بالمادة ٦٨ مكرراً من قانون مجلس الدولة. ووفقاً لهذا النص يختص المجلس الخاص بالنظر في المسائل المتعلقة بتعيين أعضاء مجلس الدولة وتحديد أقدمياتهم وإعارتهم ونقلهم وندبهم وإحالتهم إلى التقاعد والفصل من الخدمة وكذلك سائر شؤونهم، وكافة الأمور المحددة في قانون مجلس الدولة. كما يجب أخذ رأيه في كل مشروع قانون يتعلق بشؤون مجلس الدولة. وفي تنفيذ تلك الاختصاصات يتعين على المجلس الخاص أن يسترشد برأي الجمعية العمومية لمجلس الدولة، وهو الجهاز الذي يضم كافة مستشاري مجلس الدولة ويرأسه رئيس المجلس. وقد ظهر مؤخراً الخلاف بين هذين الجهازين (المجلس الخاص والجمعية العمومية) في مسألة تعيين المرأة في الوظائف القضائية بمجلس الدولة، وهو خلاف حسمته المحكمة الدستورية العليا - بناء على طلب الحكومة - مقرر أن التعيين في مجلس الدولة هو اختصاص منفرد للمجلس الخاص لا تشاركه فيه الجمعية العمومية للمجلس.

ثانياً: تنظيم القضاة: نادي القضاة<sup>(٢٥)</sup> ونادي قضاة مجلس الدولة:

(٢٥) يضم نادي القضاة أعضاء النيابة العامة، لكن مسمى "نادي القضاة" هو الأكثر انتشاراً ونوعاً، لذلك سوف نحتفظ بهذه التسمية تفادياً لأي لبس.



في ١٠ فبراير ١٩٣٩ اجتمع ٥٩ من القضاة وأعضاء النيابة العامة في مقر محكمة استئناف مصر، واتفقوا على تأسيس تجمع للقضاة، سمي فيما بعد "نادي قضاة مصر"<sup>(٢٦)</sup>. وقد كان هدفه الأساسي "توثيق" رابطة الإخاء والتضامن وتسهيل سبل الاجتماع والتعارف بين جميع رجال القضاء"<sup>(٢٧)</sup>. كما كان الغرض من إنشاء النادي دعم استقلال السلطة القضائية في وقت كانت فيه المحاكم المختلطة (رمز الوجود الأجنبي في مصر) قد ألغيت لتوها. وقد قام النادي بلعب دور هام عند إعداد أول قانون يتعلق بالسلطة القضائية صدر سنة ١٩٤٣ مجسداً استقلال القضاء.

ويلاحظ أن نادي القضاء لم ينص عليه في قانون السلطة القضائية، كما كان يطالب أنصار التيار الإصلاحى في النادي، لذلك فشؤون النادي وأجهزته تستمد وجودها القانونى وتنظيمها من اللوائح الخاصة به.

#### أ- تكوين النادي:

أعضاء نادي القضاء هم مجموع الأشخاص الذين يصدق عليهم وصف القاضي، وهو ما يعنى أن أي قاض من العاملين بمحاكم القضاء العادى له الحق في عضوية نادي القضاء. كما أن أعضاء النيابة العامة يستفيدون أيضاً من عضوية نادي القضاء، وكذلك القضاة المتقاعدون يكونون أعضاء بالنادى. وحقيقة الأمر أن كافة القضاة في القضاء العادى وأعضاء النيابة العامة هم أعضاء نادي القضاء، ويبلغ عددهم في الوقت الحاضر أكثر من عشرة آلاف عضو (٩٥٥٧ وفقاً لتعداد النادي في يونيو ٢٠٠٦).

(٢٦) هذه المعلومات مأخوذة من مقال عن نادي القضاء بعنوان "نادي قضاة مصر - بطاقة تعريف" للمستشار محمد حسام الغرياني نائب رئيس محكمة النقض المصرية، قدم إلى مؤتمر التحرك الجماعى للقضاة في العالم العربى الذي عقد في بيروت (يوليه ٢٠٠٦)، ونشرته جريدة النهار اللبنانية بتاريخ ٣ يوليه ٢٠٠٦. ولمزيد من التفصيل عن تاريخ النادي ومركزه القانونى واختصاصاته، راجع فتوح الشاذلى "التحرك الجماعى للقضاة في مصر"، بحث مقدم إلى مؤتمر "حين تجمع القضاة"، بيروت ٢٠٠٨، منشورات صابر بيروت ٢٠٠٩، ص ١٣٩.

(٢٧) المادة الثانية من لائحة نادي القضاء.

ويتكون النادي من جمعية عمومية، تتألف من جميع الأعضاء العاملين والمتقاعدين. وتنتخب الجمعية العمومية رئيس وأعضاء مجلس إدارة النادي. ويشكل مجلس الإدارة من ١٥ عضواً ممن استوفوا مدة سنتين في العضوية العاملة: خمسة من قضاة النقض والاستئناف، خمسة من قضاة المحاكم الابتدائية، وخمسة من أعضاء النيابة العامة. وينتخب الرئيس والأعضاء لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد. وفي كل سنة يتم تجديد ثلث أعضاء المجلس.

ولنادي القضاة مقر رئيسي (النادي الأم)، يقع بوسط القاهرة بجوار محكمة النقض ومكتب النائب العام ونقابة الصحفيين. وتنص المادة الأولى من النظام الأساسي لنادي قضاة مصر على أن مركز النادي الرئيسي محافظة القاهرة، ونطاق عمله الجغرافي في جميع أنحاء الجمهورية، ويجوز إنشاء فروع له في سائر المحافظات. وللنادي خمسة وعشرون فرعاً في المحافظات، أكبرها وأقدمها وأكثرها نشاطاً نادي قضاة الإسكندرية. ولا تتمتع تلك الفروع بالاستقلال عن المركز الرئيسي، باستثناء نادي القضاة بالإسكندرية الذي أنشئ في سنة ١٩٤٦.

ويتكون نادي قضاة مجلس الدولة من كافة قضاة المجلس. ولا يرقى نشاط نادي قضاة مجلس الدولة إلى مستوى نشاط نادي قضاة مصر، ربما لأن ميزة الاستقلال في مجلس الدولة حتى تاريخه أقوى ظهوراً منها في القضاء العادي. فقد نص الدستور وقانون مجلس الدولة على اعتباره هيئة قضائية مستقلة، ولم يرد بقانون المجلس أي نص يجعل لوزارة العدل دوراً في إدارته أو الإشراف عليه، بل إدارته منوطة بالأجهزة الرئاسية في المجلس وجمعياته العمومية المتعددة. لذلك لم يضطر نادي قضاة مجلس الدولة حتى الآن لخوض تجربة النضال من أجل استقلال المجلس. لكن نادي قضاة مجلس الدولة كان له وجود ظاهر على الساحة العامة بمناسبة الخلاف الذي ثار بين هيئات مجلس الدولة في خصوص تعيين المرأة قاضية بالمجلس، حيث التزم النادي موقف المعارضة لتعيين المرأة بالمجلس.

#### ب- نشاط نادي القضاة:

مثل أي ناد، يقدم نادي القضاة لأعضائه بعض السلع والخدمات

بأسعار مخفضة، كما ينظم لهم رحلات سياحية ورحلات حج وعمره. وقد أنشئ صندوق للتضامن مع الأعضاء لتقديم العون الضروري لعلاج الأعضاء الذين يصابون بالأمراض المكلفة. ويقدم النادي لأعضائه الكتب والمجلات والبرامج القانونية والأدوات التقنية بأسعار رمزية في متناول الجميع. كما يصدر النادي مطبوعاته الخاصة مثل مجلة "القضاء".

ومع ذلك فالنشاط الرئيسي للنادي هو ضمان التواصل بين مختلف أعضائه، وتسهيل التعارف بينهم، وتبادل الآراء، وجمع وجهات نظرهم فيما يتعلق بالمسائل التي تعني الهيئة القضائية، والدفاع عن استقلال القضاء.

### ج- تمويل نادي القضاء:

المصدر الأساسي لتمويل أنشطة نادي القضاء هو اشتراكات الأعضاء. وكانت وزارة العدل تقدم معونة للنادي، لكنها غير كافية، ويتم وقفها عند كل خلاف بين النادي ووزارة العدل. وقد قامت وزارة العدل بقطع المعونة عن النادي في السنوات الأخيرة بسبب التحركات التي قام بها تيار الاستقلال في الأعوام من ٢٠٠٥ إلى ٢٠٠٧. ويحاول النادي الاكتفاء بموارده الذاتية حتى لا يكون دوماً مهدداً بقطع التمويل الذي يأتي من الخارج. ويحصل النادي حالياً على دعم من مجلس القضاء الأعلى.

### د- الوضع الحالي لنادي القضاء:

في السنوات الأخيرة، كان نادي القضاء مسرحاً للمواجهات بين التيار "الإصلاحي" كما تطلق عليه الصحافة، وما يسمى التيار "المحافظ". فالتيار الإصلاحي يرى أن استقلال السلطة القضائية لم يكتمل بعد، وأن من واجبه قيادة المطالبات والمواجهات لاستكمال الاستقلال المأمول. ومن أجل الوصول إلى هذا الهدف، لا يتردد بعض أنصار التيار الإصلاحي من القضاء في الاستعانة بمختلف وسائل الإعلام للتعريف بمطالبهم وجذب المتعاطفين معهم من القوى السياسية المختلفة وطوائف الشعب المصري.

أما التيار المحافظ، فيضم القضاء الذين يؤكدون على تمسكهم باستقلال كامل للسلطة القضائية، لكنهم يرفضون مساندة أساليب التيار

الإصلاحي في التعبير عن مطالبهم، ويفضلون عليها الحوارات بين القضاة أنفسهم وبينهم وبين السلطة التنفيذية، وذلك دون اللجوء إلى وسائل الإعلام أو إقحام القوى السياسية الخارجية في الشأن القضائي.

وقد قاد التيار الإصلاحي، أو ما يطلق عليه تيار الاستقلال، نادي القضاة في الفترة من ٢٠٠٢ حتى ٢٠٠٨. لكن هذا التيار فشل في الاحتفاظ بقيادة النادي، بعد أن أخفق في انتخابات نادي الإسكندرية ثم نادي قضاة مصر، تاركاً قيادة النادي للتيار "المحافظ" الذي ربح في هذه الانتخابات. وسوف نعود إلى تقييم هذه الأحداث في الجزء الثالث والأخير من هذه الدراسة.

### الفصل الثالث

#### خصوصية التجربة المصرية المتعلقة باستقلال السلطة القضائية

إذا قارنا النظام القضائي المصري بالأنظمة القضائية القريبة منا، تبين لنا بوضوح أن النظام القضائي المصري يتميز بتاريخ طويل من الاستقلال. فقد عرف نظامنا القضائي الاستقلال حتى قبل أن يوجد قانون يؤكد هذا الاستقلال. ويرجع هذا في الأرجح إلى الدور الهام الذي لعبه ولا يزال يقوم به نادي القضاة. هناك إذن خصوصية تاريخية لاستقلال النظام القضائي (المبحث الأول)، وبالتبعية للتجربة المصرية في مسألة استقلال القضاء. لكن خصوصية التجربة المصرية لا تتأني فقط من التاريخ، لكنها ترجع إلى خصوصية الهدف المنشود من استقلال القضاء المصري (المبحث الثاني).

#### المبحث الأول

##### الخصوصية التاريخية لاستقلال النظام القضائي المصري

لا ينكر أحد فائدة التاريخ من أجل فهم الحاضر وتوقع المستقبل. هذه الحقيقة تتأكد تماماً عندما يتعلق الأمر بموضوع استقلال النظام القضائي المصري. وفي سبيل فهم مسألة استقلال القضاء، يلزم بالضرورة أن نسلك الممر التاريخي وصولاً إلى الحاضر.

ومن أجل المزيد من الإيضاح، فإن هذه النظرة التاريخية سوف نقسمها إلى مرحلتين: الأولى تتناول تاريخاً بعيداً نسبياً، يشمل الفترة السابقة على ثورة ١٩٥٢، أي الفترة الملكية (أولاً). الثانية تتناول تاريخاً أكثر قرباً، يشمل الحقبة اللاحقة على ثورة ١٩٥٢، أي الحقبة الجمهورية (ثانياً).

**أولاً: استقلال القضاء خلال العصر الملكي بفضل توازن السلطات:**

يدرك المهتمون بشؤون العدالة أنه يجب التمييز بين الاستقلال الذاتي للقضاة والاستقلال المؤسسي للسلطة القضائية. فإذا كان الاستقلال المؤسسي يتوقف على درجة تقدم دولة القانون التي يسود فيها القانون، فإن الاستقلال الذاتي هو مسألة تكوين أو تعليم، مسألة أداء وضبط يمارسه القاضي على ذاته. ومن المؤكد أنه منذ نشأت المحاكم الأهلية في ١٨٨٣، تربت الأغلبية الساحقة من القضاة على تقاليد قضائية راسخة أساسها استقلال الفكر وكمال الوجدان الإنساني<sup>(٢٨)</sup>.

وفيما يتعلق بالاستقلال المؤسسي، فقد تحقق هذا الاستقلال بدرجة كبيرة. فالواقع أن استقلال السلطة القضائية قبل هذه الحقبة لم يكن مقتناً بنصوص تشريعية، لكنه في تحققه "كان يستند إلى الأعراف وضغوط الرأي العام"<sup>(٢٩)</sup>. لقد كان إذاً استقلالاً واقعياً فعلياً.

ويمكن القول أن الاستقلال المؤسسي للسلطة القضائية خلال هذه الفترة كان وليد عدة عوامل:

١- المناخ السياسي والاجتماعي والثقافي في هذه الحقبة كان يضمن قدراً من الاستقلال للقضاء وللمحاكم.

٢- أيضاً فإن هذا الاستقرار وهذا الاستقلال للقضاء كان يرجع - في الواقع - لضعف نفوذ وسلطات وزارة العدل بسبب التغييرات الحكومية المتلاحقة<sup>(٣٠)</sup>.

٣- تعدد القوى السياسية في المجتمع المصري: منها القوى المتجمعة حول الملك، وقوى الحركة الوطنية الدستورية برئاسة حزب

(٢٨) طارق البشري، المرجع السابق، ص ١٠.

(٢٩) طارق البشري، المرجع السابق، الموضع السابق.

(٣٠) عرفت الحقبة الملكية بعدم الاستقرار الحكومي.

الوفد، وتأثير قوة الاحتلال البريطاني الموجودة على الإقليم المصري، بالإضافة إلى عدة أحزاب أخرى تحالفت مع قوة أو أخرى من القوى السياسية. هذا الوضع السياسي أدى إلى تغييرات متلاحقة للوزارات، وحل متكرر للبرلمان، وهو ما جعل السلطة القضائية الأكثر استقراراً واستقلالاً، نظراً لوجودها منفصلة عن وزارة العدل.

ولم يصدر أول قانون يتعلق باستقلال السلطة القضائية إلا في سنة ١٩٤٣، لكن هذا القانون لم يخلق استقلالاً، بل اقتصر على تكريس الممارسات والحقائق التي كانت قائمة سلفاً<sup>(٣١)</sup>. هذه الحقيقة التاريخية على قدر كبير من الأهمية في مجال دراستنا لاستقلال النظام القضائي المصري، لأنها تؤكد لنا أنه حتى إذا كان القضاء المصري يواجه في الوقت الراهن بعض المشاكل المرتبطة باستقلاله، فإن هذا لا ينفي أنه يتمتع بقدرة كبيرة من الاستقلال، يجعله يعمل بصورة مرضية<sup>(٣٢)</sup>. كما أن المطالب الحالية للقضاة والمجتمع المدني ليس الغرض منها إرساء استقلال السلطة القضائية لكونه غير موجود، لكن هذه المطالب تهدف إلى إكمال استقلال موجود أصلاً، وإن كان وجوده ثمرة لظروف تاريخية أكثر من كونه تعبيراً عن إرادة سياسية.

هذا الاستقلال الذي تحقق في الحقبة الملكية، جرى - لسوء الحظ - تقييده في العصر الجمهوري الذي أعقب ثورة ١٩٥٢.

ثانياً: استقلال القضاء في العصر الجمهوري بفضل نادي القضاة:

مع وقوع ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢ وإعلان الجمهورية، عرف النظام السياسي في مصر وضعاً جديداً، اختلف كلية عن الوضع الذي كان موجوداً قبل الثورة. هذا الوضع السياسي الجديد كان له أثره على استقلال السلطة القضائية. وعلى الرغم من وجود استمرارية خلال الحقبة الجمهورية، إلا أنه يمكننا أن نميز في داخلها فترتين: الفترة الناصرية (أ)،

(٣١) لذلك فقتون استقلال القضاء الصادر سنة ١٩٤٣ "لم ينشئ استقلالاً كان غائباً، ولكنه قن ويلور ونظم استقلالاً كان واقعاً وممارساً". طارق البشري، المرجع السابق، ص ١١.

(٣٢) لاسيما إذا قلنا بين حل السلطة القضائية وأحوال المؤسسات المدنية الأخرى للدولة المصرية.

وقفرة ما بعد الناصرية (ب).

#### أ- حقبة الناصرية واستقلال القضاء:

يمكن تلخيص هذه الحقبة فيما يخص موضوعنا في أمرين:

١- عدم التوازن بين السلطات: قبل سنة ١٩٥٢، كانت توجد ثلاث قوى على المسرح السياسي، ولم يكن باستطاعة واحدة منها تحييد القوتين الأخرين: القوة الأولى كانت الملك ومختلف أجهزة الدولة، والقوة الثانية كانت جيش الاحتلال البريطاني؛ والقوة الثالثة والأخيرة كانت قوة الأمة المصرية متجسدة في حزب الوفد<sup>(٣٣)</sup>.

وجاءت ثورة يوليو ١٩٥٢ وقامت بالقضاء على قوة الملك فاروق بخلعه، ثم ألغت النظام الملكي، وحل مجلس قيادة الثورة محل الملك حتى صدور دستور ١٩٥٦، الذي أنشأ النظام الجمهوري ممثلاً في رئاسة الجمهورية. وقامت القوى الثورية بدمج السلطتين التنفيذية والتشريعية في جهاز واحد منذ قيام الثورة حتى صدور دستور ١٩٥٦. بعد ذلك أخضع البرلمان للسيطرة التامة للسلطة التنفيذية، بل إن البرلمان اختفى لعدة سنوات. ولم يقتصر تسلط السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية وحدها، بل شمل كذلك السلطة القضائية.

ومن أجل الهيمنة على السلطة القضائية، لجأت السلطة السياسية إلى التحايل للإحاطة بالقضاء المستقل، ولم تلجأ إلى أسلوب السيطرة المباشرة على السلطة القضائية.

٢- أساليب إضعاف السلطة القضائية: بسبب السيطرة على السلطة التشريعية، تمكنت السلطة التنفيذية من إصدار تشريعات استثنائية تقيد بها اختصاص المحاكم وحق التقاضي لاعتبارات سياسية قدرت أنها تحقق صالحها<sup>(٣٤)</sup>. يضاف إلى ذلك إنشاء الثورة محاكم استثنائية لمحاكمة

(٣٣) طارق البشري، المرجع السابق، ص ١٤.

(٣٤) حدث ذلك عندما كانت السلطة السياسية ترى لنفسها مصلحة سياسية في تقيد اختصاصات القضاء، مثل ذلك منع الثورة رفع القضايا المتعلقة بالطلاب حتى تتمكن من قمع التظاهرات الطلابية المضادة لها من دون تدخل أو رقابة قضائية، راجع في ذلك طارق البشري، المرجع السابق، ص ١٥.

خصومها السياسيين<sup>(٣٥)</sup>.

وهكذا تم عزل السلطة القضائية عن كل ما يتعلق بالأمر السياسية. وقد احتفظ القضاة بوضعهم القانوني كما كانوا قبل الثورة. فالنظام الذي اتبعته ثورة يوليو ١٩٥٢ كان يقوم على تفادي المواجهة مع السلطة القضائية، وترك القضاة يمارسون رسالتهم القضائية طالما كان ذلك لا يتعلق بأمور سياسية<sup>(٣٦)</sup> (٣٧).

بل إنه حتى في هذا المجال الضيق الذي ترك للقضاة، كانت هناك اعتداءات مباشرة على استقلال السلطة القضائية وعلى القضاة أنفسهم. ففي خلال الفترة ما بين ١٩٥٤، ١٩٥٥ جرت مواجهة عنيفة بين مجلس قيادة الثورة ومجلس الدولة<sup>(٣٨)</sup> الذي أراد إخضاع أنشطة النظام الثوري للشرعية الدستورية<sup>(٣٩)</sup>.

وبعد هزيمة ١٩٦٧، ضعف النظام السياسي مما دفعه للبحث عن

---

(٣٥) هؤلاء الخصوم كانوا من القيادات السابقة للأحزاب السياسية، مثل قيادات حزب الوفد، أو من الجماعات الأخرى مثل جماعة الإخوان المسلمين.

(٣٦) طارق البشري، المرجع السابق، ص ١٦. ولمزيد من التفصيل، انظر أحمد مكي "المواجهة بين القضاة والنظام الناصري" في مؤلف القضاة والإصلاح السياسي، ص ٧٩، وبصفة خاصة ص ٨٨ حيث يذكر المؤلف خطاباً للرئيس عبد الناصر يفصل فيه خطته المستقبلية "لإصلاح شؤون القضاة".

(٣٧) هذا التحديد يكتسب أهمية خاصة، لأنه يظهر اختلاف الأساليب المستخدمة بين ناصر وخلفه.

(٣٨) دبرت مظاهرة في مارس ١٩٥٤، تم خلالها اقتحام مبنى مجلس الدولة ومكتب رئيسه الدكتور عبد الرزاق السنهوري. وقام المتظاهرون بضرب السنهوري في مكتبه، ثم صدر قانون يحظر عليه تولي الوظائف العامة بذريعة انتمائه الحزبي في الأربعينات من القرن العشرين. في بيان الأسباب الحقيقية لهذه الواقعة، انظر أحمد مكي، المرجع السابق، ص ٩٠. وبعد هذه الواقعة صدرت في سنة ١٩٥٥ قوانين أعادت تنظيم مجلس الدولة وتشكيله لإضعافه واستبعاد بعض القضاة المعروفين باستقلالهم وكانوا نحو خمسة عشر قاضياً. وقد عرفت هذه الواقعة على أنها "المنذحة الصغرى للقضاة"، وكانت تعتبر أول مظاهر مقاومة القضاة لتسلط السلطة التنفيذية. وقد ذكر مصدر مطلع بشؤون مجلس الدولة أنه جرى العمل لاحقاً على نذب عدد من شباب قضاة مجلس الدولة إلى أجهزة وإدارات حكومية لتفادي حدوث مواجهات جديدة بين مجلس الدولة والسلطة التنفيذية. انظر طارق البشري، المرجع السابق، ص ١٧.

(٣٩) بعد أن أعلن المجلس حقه في رقابة دستورية القوانين وفقاً لحكم القضاء الإداري الصادر بتاريخ ١٠ فبراير ١٩٤٨، مجموعة أحكام المحكمة، السنة ٢، رقم ٥٥، ص ٣١٥.



دعم من جانب السلطة القضائية لتقوية شرعية القرارات التي يصدرها. لكن السلطة القضائية لم تقدم هذا الدعم، وهو ما كان سبباً في ظهور ما سمي ، في حينه، "مشروعات الإصلاح القضائي"، وهي مشروعات كان لها هدفين<sup>(٤٠)</sup>:

الأول محاولة إدماج القضاة في الاتحاد الاشتراكي العربي، وهو التنظيم السياسي الوحيد في هذه الفترة<sup>(٤١)</sup>. والثاني محاولة إقحام غير المهنيين في تشكيل المحاكم حتى يكون القضاء "شعبياً"<sup>(٤٢)</sup>. لكن هاتين المحاولتين باءتا بالفشل حيث رفضهما القضاة رفضاً قاطعاً، وأصدر نادي القضاة بياناً في ٢٨ مارس ١٩٦٨، يعلن فيه رفض القضاة الانضمام للاتحاد الاشتراكي العربي ورفضهم لفكرة "القضاء الشعبي".

ونتيجة لذلك تجددت المواجهة بين النظام السياسي والقضاة. وفي نهاية أغسطس ١٩٦٩ حدثت "مذبحة القضاة"<sup>(٤٣)</sup>، وتمثلت في صدور ثلاثة قوانين، تم بموجبها حل جميع الهيئات القضائية، ثم إعادة تشكيلها بعد عزل نحو مائتي قاض من بينهم رئيس محكمة النقض وبعض مستشاري المحكمة ونائب رئيس مجلس الدولة<sup>(٤٤)</sup>.

وكان من بين ردود فعل النظام السياسي على إرادة الاستقلال لدى القضاة، تأسيس محكمة دستورية، تحت مسمى "المحكمة العليا". وكان الغرض غير المعلن من إنشائها هو منع المحاكم المدنية والإدارية من بحث مسألة دستورية القوانين<sup>(٤٥)</sup>. كما أنشئ "مجلس أعلى للهيئات

(٤٠) طارق البشري، المرجع السابق، ص ١٩.

(٤١) هذا الإدماج يمكن أن يكون محاولة لتسييس القضاة، لكن هذا الرأي رفض من المؤيدين للنظام الذين قرروا أن الاتحاد الاشتراكي العربي كان للتنظيم الوحيد الموجود على الساحة، وكان يمثل تحالف قوى الشعب العاملة. لكن نية النظام كانت متجهة إلى إدماج القضاة في الهرمية السياسية، بفرض التأثير في فكرهم وأحكامهم.

(٤٢) يجب أن نسجل أن انتخابات نادي القضاة في هذا الوقت أسفرت عن فوز المرشحين الرفضيين لفكر النظام في الإصلاح القضائي، وهزيمة المرشحين الذين كانوا يؤيدون فكر النظام.

(٤٣) مذبحة القضاة في سنة ١٩٦٩ تعرف أيضاً باسم "المذبحة الكبرى للقضاة".

(٤٤) طارق البشري، المرجع السابق، ص ٢١.

(٤٥) طارق البشري، المرجع السابق، ص ٢١، ونتالي موجيرون ودويريه، المرجع السابق، ص ٣٥.

القضائية" برئاسة رئيس الجمهورية. هذا المجلس حل محل مجلس القضاء الأعلى الذي ألغي، وكان يضم أشخاصاً من غير القضاة، مثل رئيس هيئة النيابة الإدارية ورئيس هيئة قضايا الدولة (وكانت تعرف وقتها بقلم قضايا الحكومة، ثم إدارة قضايا الحكومة حتى صدور القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٨٦).

ب- مرحلة ما بعد الناصرية واستقلال القضاء:

الفترة التالية للحقبة الناصرية - تبدأ من سنة ١٩٧٠ وحتى أيامنا هذه - ظلت سارية فيها التشريعات الاستثنائية والمحاكم الاستثنائية التي ابتدعتها الحقبة الناصرية. لذلك يوجد نوع من الاستمرارية بين الفترتين. ومع ذلك ظهرت في المراحل اللاحقة توجهات جديدة ومحاولات للإصلاح.

فبينما كان النظام في العهد الناصري يحاول إضعاف السلطة القضائية عن طريق الالتجاء إلى القوانين والمحاكم الاستثنائية، لم يتعمق النظام في المرحلة التالية بهاتين الوسيلتين، بل حاول أن يستعمل مع القضاة ما يمكن أن نطلق عليه "أسلوب سيف المعز وذهبه". بعبارة أخرى، حاول النظام اختراق الهيئة القضائية عن طريق استقطاب بعض القضاة لتأييد سياساته. وهكذا ابتدعت الحكومة عدة آليات وأساليب من أجل التأثير على بعض القضاة.

وعلى سبيل المثال تم الالتجاء لآلية الندب والإعارة، وهو ما يسمح للقاضي بأن يحصل في عدة شهور على دخل يفوق ما يحصل عليه زميله غير المنتدب في عدة سنوات. وبعد وصول بعض القضاة إلى سن التقاعد أو قبل ذلك يتم تعيينهم في مناصب قيادية في الدولة مثل منصب المحافظ أو الوزير، ومن الملاحظ في السنوات الأخيرة أن عدداً كبيراً من رجال القضاء قد عين في وظائف المحافظين. كما لاحظ بعض القضاة أن عدداً من زملائهم الذين نسب إليهم المساهمة على نحو أو آخر في تجاوزات خلال الانتخابات التشريعية الأخيرة كانوا من القضاة المنتدبين لدى جهات حكومية أو لوظائف رئاسية وإدارية في الهيئات القضائية أو في وزارة العدل.

وقد شعر القضاة بأن استقلالهم المؤسسي بات مهدداً، وهو ما

دفعهم إلى محاولة تصحيح صورة القضاء، فعقدوا لهذا الغرض مؤتمر العدالة الذي نظمه نادي القضاة في سنة ١٩٨٦، وهو المؤتمر الذي تقدم بإصلاحات لاستكمال الاستقلال، والمؤتمر الذي عقد في سنة ١٩٩٠ لبحث موضوع دور القضاة في الإشراف على الانتخابات. هذه الفعاليات أسفرت عن عدد من التوصيات تهدف إلى دعم استقلال السلطة القضائية، والنأي بأعضائها عن مواطن الشبهات.

ومن سنة ٢٠٠٥ إلى سنة ٢٠٠٨، وبمناسبة عدد من الاستفتاءات والانتخابات<sup>(٤٦)</sup>، كان نادي القضاة في طليعة قوى الحركة الوطنية، ولا نقول الانتفاضة الوطنية، التي طالبت في مرحلة أولى بأن تكون الانتخابات التي تجرى نزيهة، وفي مرحلة ثانية أن تتم إدانة المخالفات الانتخابية وأن يعاقب من قاموا بها.

وهكذا يمكن القول أنه خلال الحقبة الجمهورية، وهي حقبة لم تكن فيها السلطات متوازنة أو مستقلة، بسبب هيمنة السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية، حاول نادي القضاة أن يمنع ضم السلطة التنفيذية للسلطة القضائية. وقد نجح نادي القضاة في مسعاه بفضل شرعيته المستمدة من العدد الكبير لأعضائه. لقد بلغ صوت نادي القضاة، مسامع السلطة السياسية، وإن لم يتم الأخذ بأرائه أو مسابته في كل مطالبه.

وهكذا يمكننا، دون مبالغة، القول أن سرد تاريخ نادي القضاة على مدى ستين عاماً يعد إلى درجة كبيرة تسجيلاً لتاريخ الدفاع والكفاح من أجل استقلال السلطة القضائية في مصر الحديثة.

### المبحث الثاني

خصوصية العلاقة بين الديمقراطية واستقلال النظام القضائي المصري  
(الإشراف القضائي على الانتخابات)

استقلال السلطة القضائية ضروري لكي توجد دولة القانون، ولضمان الحقوق الإنسانية والحريات لكافة المواطنين. ومن هذا المنظور لا يختلف الوضع في مصر عما يحدث في أماكن أخرى. فأهمية وأهداف

(٤٦) استفتاءات دستورية، انتخابات رئاسية وانتخابات برلمانية.

الاستقلال للقضاء المصري مماثلة لتلك التي توجد في الدول الأخرى. ومع ذلك توجد خصوصية فيما يتعلق بأهداف استقلال النظام القضائي المصري. ومن دون إدراك هذه الخصوصية، لا يمكن فهم المواجهات الأخيرة بين السلطة السياسية والقضاة ممثلين في نادي القضاة. هذه الخصوصية تتمثل فيما يقرره الدستور المصري في مادته رقم ٨٨<sup>(٤٧)</sup>، التي تنص على أن "يحدد القانون الشروط الواجب توافرها في أعضاء مجلس الشعب ويبين أحكام الانتخاب والاستفتاء، على أن يتم الاقتراع تحت إشراف من هيئة قضائية"<sup>(٤٨)</sup>. ويعني هذا في عبارات محددة أن من شروط نزاهة الانتخابات الإشراف عليها بواسطة القضاة، فذلك ضمانه تبعث على ثقة الناس في نتائج الانتخابات أيا كانت.

بيد أن هذا النص قد أثار، على الرغم من بساطته الواضحة، كثيراً من الاختلافات فيما يتعلق بتفسيره. وما يخصنا من هذه الاختلافات يتعلق بنطاق الإشراف: هل يلزم تواجد قاض لكل صندوق أو يكفي برئاسة مكتب التصويت المركزي؟ وهل يجب إخضاع كامل العملية الانتخابية لرقابة القضاء (إعداد وتحديث جداول الانتخاب، عمليات فرز الأصوات، حفظ النظام خارج مكاتب التصويت أو حتى تقسيم الدوائر الانتخابية... إلخ)، أو يكفي بإشراف القضاة على عملية التصويت وفرز الأصوات فقط؟

(٤٧) جرى تعديل هذه المادة سنة ٢٠٠٧ ليكون الإشراف على الانتخابات من قبل لجنة عليا، يكون من بين أعضائها أعضاء من هيئات قضائية حاليين وسابقين، على أن تشكل اللجان العامة من أعضاء من هيئات قضائية، وأن يتم الفرز تحت إشراف اللجان العامة المشكلة من أعضاء الهيئات القضائية.

(٤٨) هذا النص الذي يبدو غير عادي يمكن تبريره بحقيقة أنه في مصر، يبدو القضاء وكأنهم الفئة الوحيدة التي تتمتع بأكبر قدر من الاستقلال في علاقتها بالسلطة السياسية وفي الوقت نفسه بثقة المواطنين. فإذا ما أشرف على الانتخابات موظفون غير القضاة، فن تواجه السلطة السياسية أي صعوبة في فرض النتائج التي تريدها عن طريق الاستعانة بسلطة القوى الأمنية. وقد تم تعديل المادة ٨٨ في سنة ٢٠٠٧، ويمكن القول دون مبالغة أن إلغاء الإشراف القضائي الكامل على الانتخابات ووضع الأساس الدستوري لقانون مكافحة الإرهاب كانا سببين أساسيين غير معنيين للتعديلات الدستورية. لمزيد من التفصيل حول التغيير الذي طرأ على المادة ٨٨، راجع ناتالي برنار موجيرون، تعديل جديد للدستور المصري - نحو إصلاح ديمقراطي، المجلة الفرنسية للقانون الدستوري، ٢٠٠٧، ص ٨٤٣.

في خلال الانتخابات العديدة التي جرى تنظيمها منذ دخول المادة ٨٨ حيز النفاذ، كان السائد أن إشراف القضاة ليس كاملاً ويقصر على الشكل فقط. وهذا ما يفسر التجاوزات الانتخابية على الرغم من الإشراف القضائي المزعوم.

بيد أنه في ٨ يوليه سنة ٢٠٠٠، قضت المحكمة الدستورية العليا، في أحد أهم وأشهر أحكامها أن المادة ٨٨ من الدستور لم تقوض المشرع في تنظيم محتواها وإدخال القيود عليها، وأن هذه المادة تعني مجمل العملية الانتخابية، وأن هدفها ضمان سلامة عملية الانتخابات. فوفقاً للمحكمة الدستورية العليا يجب أن يكون إشراف القضاة على الانتخابات فطياً وليس شكلياً، كي يتمكن الناخبون من اختيار ممثلهم في البرلمان في جو من النزاهة. فالإشراف يجب أن يشمل أيضاً عملية التصويت ذاتها، وذلك لضمان مصداقيتها وصحتها. وتطبيقاً لهذا الحكم ألغت المحكمة الدستورية العليا الانتخابات البرلمانية التي جرت سنة ١٩٩٥، لكونها لم تتم وفقاً لما تتطلبه المادة ٨٨ من الدستور.

والتزام القضاة دستورياً بمراقبة مختلف الانتخابات، كما أكدته المحكمة الدستورية العليا، أثار نوعين من ردود الفعل لدى القضاة أنصار التيار الإصلاحى.

فبعض هؤلاء القضاة رأى أن تزوير النتائج الانتخابية يفقد القضاة الثقة التي يضعها الشعب فيهم، ويفضى في نهاية الأمر ليس إلى الإساءة للحكومة، ولكن إلى اختلال ثقة المواطنين في القضاة أنفسهم. من أجل هذا

طالب بعض القضاة السلطة السياسية بإعفاتهم من هذه المسؤولية طالما أنه ليست لهم السيطرة الكاملة على العملية الانتخابية.

بينما رأى قضاة آخرون في الإشراف القضائي على الانتخابات فرصة لمنع التجاوزات في العملية الانتخابية، ولذلك طالبوا بأن تكون العملية الانتخابية تحت إشرافهم الكامل. وذهب بعض القضاة إلى الاعتقاد بأن حاجة الدولة لتواجد القضاة في الانتخابات وسيلة لممارسة الضغط على الحكومة لإقرار تعديلات يطالبون بها لفتون السلطة القضائية. وقام نادي القضاة بعقد العديد من الجمعيات العمومية وأصدر

العديد من البيانات لدعم مطالب القضاة. ولم يكن رد السلطة التنفيذية فورياً على هذه المطالب، وطال الانتظار حتى سنة ٢٠٠٦ لكي تحدث تعديلات طفيفة على قانون السلطة القضائية. وما يهمننا في هذا الخصوص هو أنه في سنة ٢٠٠٧، عدلت المادة ٨٨ من الدستور لتقييد الإشراف القضائي على الانتخابات<sup>(٤٩)</sup>. وبهذا تكون السلطة السياسية قد نجحت في نزع الطابع السياسي عن موضوع الإشراف القضائي، وحرمت القضاة من وسيلة هامة للضغط كانت تمكنهم من التعبير عن مطالبهم وإيصال صوتهم إلى السلطة والشعب.

ويجدر بنا بعد هذا القسم الأول، الذي كان بمثابة تمهيد لموضوع دراستنا، أن نبدأ في التطرق إلى المشاكل المتعلقة باستقلال السلطة القضائية (القسم الثاني)، وللمشاكل الخاصة بمعاوني القضاء (القسم الثالث). ونخصص الخاتمة لعرض بعض الأفكار والمقترحات حول واقع ومستقبل إصلاح النظام القضائي في مصر.

## القسم الثاني معوقات استقلال السلطة القضائية في مصر

إذا أردنا أن يكون استقلال القضاء كاملاً، يجب تخطي عدة عوائق: يجب وقف تدخل السلطة التنفيذية في شئون القضاء (الفصل الأول)، ويجب وقف الالتفاف على القضاء المستقل عن طريق اللجوء إلى المحاكم الاستثنائية (الفصل الثاني)، ويجب اختيار القضاة بطريقة أكثر شفافية (الفصل الثالث)، ويجب وقف المساس بحقوق وحرية القضاة (الفصل الرابع)، ويجب تحسين نظام إدارة المحاكم (الفصل الخامس).

## الفصل الأول تدخل السلطة التنفيذية في شئون القضاء

تعتبر السلطة التنفيذية هي السلطة الأقوى في الدول التي لم تتل

(٤٩) وهو ما نتج عنه العودة إلى ما كان عليه الوضع قبل حكم المحكمة الدستورية العليا، سنة ٢٠٠٠، عندما كان الإشراف شكلياً فقط.

حظا كبيرا من الديمقراطية. تلك السلطة تستغل القوة (المتمثلة في الجهات الأمنية) والأموال التي تمتلكها في تأكيد سيطرتها علي السلطات الأخرى. ومنذ نشأة النظام الجمهوري في مصر، استطاعت السلطة التنفيذية أن تسيطر علي السلطة التشريعية، كما حاولت السلطة التنفيذية السيطرة علي السلطة القضائية، ولكنها لم تحقق تماما ما سعت إليه. علي الرغم من ذلك، فإن السلطة التنفيذية لم تفقد الأمل ولا تزال تحاول السيطرة علي السلطة القضائية.

بناء علي ما تقدم، فإنه عند الحديث عن استقلال القضاء، يكون المقصود في أغلب الأمر هو استقلاله عن السلطة التنفيذية. وليس من قبيل المبالغة، أن نقول أن أغلب محاولات الانتقاص من استقلال القضاء تأتي من جانب السلطة التنفيذية<sup>(٥٠)</sup>. فمنذ اللحظة التي يعين فيها القاضي، يصبح - وذلك وفقا للقانون - عرضة لإغراءات الحكومة.

الحل الأمثل لهذه المشكلة هو نقل سلطات وزير العدل إلي المجلس الأعلى للقضاء أو علي الأقل جعل رأي المجلس ملزما. ويجب التنويه إلي أنه لكي نجني ثمار هذا التعديل المرتقب، يتعين تغيير تشكيل المجلس بحيث يتضمن عناصر منتخبة.

ومن وسائل تقليل هيمنة السلطة التنفيذية علي السلطة القضائية، تقييد السلطات الواسعة لرئيس الجمهورية ووزير العدل والنائب العام. و لقد خططت التعديلات التشريعية - التي تمت في ٢٠٠٦ - خطوة في هذا الاتجاه، ولكن الإصلاحات التي تمت - رغم أهميتها - كانت أقل بكثير مما

(٥٠) لن يتم تناول مسألة رشوة القضاة في هذه الدراسة. ففي حدود علمنا، رشوة القضاة في مصر نادرة الحدوث، ولا تعتبر ظاهرة خاصة إذا ما قورنت بما يحدث في المصالح الحكومية المصرية حيث تنتشر الرشوة. انظر في هذا الموضوع مقالا منشورا في المصري اليوم بتاريخ ١٩ مارس ٢٠١٠ "في تقرير دولي: فساد صغار الموظفين جزء من الحياة اليومية في مصر". والتقارير الدولية تعترف بأن السلطة القضائية المصرية هي الأقل فسادا والأكثر استقلالا من بين سلطات الدولة المصرية. انظر تقرير الشفافية الدولية "تقوية الحكم الرشيد في مصر" المنشور في عام ٢٠١٠ والذي يمكن تحميله من الرابط التالي:

[http://www.transparency.org/news\\_room/latest\\_news/press\\_releases/2010/2010\\_03\\_30\\_nis\\_egypt\\_english](http://www.transparency.org/news_room/latest_news/press_releases/2010/2010_03_30_nis_egypt_english)

يطالب به نادي القضاة و يتمناه المجتمع المدني.  
في هذا الجزء، سوف نتطرق فقط إلى التدخلات المباشرة<sup>(٥١)</sup> ضد  
استقلال القضاء التي تقوم بها السلطة التنفيذية، وسيتم التطرق للاعتداءات  
غير المباشرة في مواضع أخرى<sup>(٥٢)</sup>.

يمكن التفرقة بين فئتين من التدخلات ضد استقلال السلطة  
القضائية: تلك التي ينشؤها و يستلزمها القانون (علي سبيل المثال، عندما  
يكون لرئيس الجمهورية سلطة تقديرية واسعة في تعيين رئيس المحكمة  
الدستورية العليا)، والاعتداءات التي تقوم بها السلطة التنفيذية من تلقاء  
نفسها ودون سند من القانون (علي سبيل المثال، عندما تقوم السلطة  
التنفيذية بإثابة قاض عن طريق تعيينه في منصب حكومي أو في مناصب  
إدارية أخرى).

سوف نقوم بدراسة تدخلات السلطة التنفيذية في التعيين لبعض  
المناصب القضائية العليا (المبحث الأول)، ووسائل الضغط علي القضاء  
(المبحث الثاني)، ومسألة عدم تنفيذ الأحكام القضائية (المبحث الثالث).

## المبحث الأول

### قيام السلطة التنفيذية بالتعيين في بعض المناصب القضائية العليا

لضمان احتفاظ السلطة القضائية ببعض الولاء للسلطة التنفيذية، أو  
علي الأقل لضمان عدم قيام الأولي بمعارضة الأخيرة، يسهل القانون  
التأثير علي القضاة الذين يشغلون المناصب القضائية العليا. وأفضل طريق  
لتحقيق هذا الغرض هو السيطرة علي سبل تعيين هؤلاء القضاة في  
مناصبهم. وسوف نقوم بدراسة دور السلطة التنفيذية في تشكيل مجلس

(٥١) علي سبيل المثال، عندما يقوم الوزير بتعيين رئيس المحكمة الابتدائية، فإن قرار  
التعيين يصدر مباشرة من الوزير وبالتالي فإن الاعتداء يعتبر اعتداء مباشراً.

(٥٢) عندما يقوم البرلمان بمد سن التقاعد للقضاة حتي يبقى القاضي الذي يشغل  
منصب رئيس مجلس القضاء الأعلى في منصبه، فإن هذا القرار ينسب مباشرة  
إلي البرلمان. ولكن بما أن الحكومة تسيطر علي البرلمان، فإن ما يصدر عنه  
نستطيع أن ننسبه - بصورة غير مباشرة - للحكومة.



القضاء الأعلى (أولاً) ثم دور السلطة التنفيذية في تعيين القيادات القضائية العليا مثل رؤساء المحكمة الدستورية العليا (ثانياً) ومحكمة النقض ومجلس الدولة (ثالثاً) والنائب العام (رابعاً) ورؤساء المحاكم الابتدائية (خامساً) ومساعد وزير العدل (سادساً). بعد تعيينهم، تستطيع السلطة التنفيذية الاحتفاظ بهؤلاء القضاة على رأس الهيئات القضائية عن طريق مد سن التقاعد.

### أولاً: دور السلطة التنفيذية في تشكيل مجلس القضاء الأعلى

قام تعديل قانون السلطة القضائية الذي تم في ٢٠٠٦ بزيادة سلطات مجلس القضاء الأعلى<sup>(٥٣)</sup>. وقفا لهذا التعديل، نقلت إليه اختصاصات كانت في السابق للمجلس الأعلى للهيئات القضائية<sup>(٥٤)</sup> ولوزير العدل. في هذه الجزئية، فإن السلطة التنفيذية قد بدت مستجيبة لمطالب القضاة، ولكنها أعرضت عن الاستجابة للمطالب الخاصة بتشكيل مجلس القضاء الأعلى.

تنص المادة ٧٧ مكرر ١ من قانون السلطة القضائية على أن مجلس القضاء الأعلى يشكل من رئيس محكمة النقض ورئيس محكمة استئناف القاهرة والنائب العام وأقدم اثنين من نواب رئيس محكمة وأقدم اثنين من رؤساء محاكم الاستئناف الأخرى. وتكمن المشكلة في أن أعضاء المجلس غير منتخبين، بينما يتم تعيين بعضهم مثل النائب العام من قبل السلطة التنفيذية دون أن يخضع هذا التعيين لقيود بالنسبة لأعضاء المجلس الآخرين الذين يصلون لمنصبهم بالأتمية<sup>(٥٥)</sup>، يمكن للسلطة التنفيذية للتأثير على هؤلاء القضاة عن طريق الانتدابات وما إلى ذلك. ولهذا فإِنَّه من بين مطالب نادي القضاة الأساسية ضرورة وجود أعضاء

(٥٣) فيما يتعلق بهذا التعديل والسلطات التي تم نقلها لمجلس القضاء الأعلى نظراً نقلي برنر موجيدون، "نحو استقلال أكبر للسلطة القضائية في مصر؟" في المجلة الدولية للقانون المقارن ٢٠٠٧ ص ٨٥.

(٥٤) وهو ما يسمي الآن مجلس التنسيق بين الهيئات القضائية.

(٥٥) يصل العديد من القضاة أعضاء مجلس القضاء الأعلى لمنصبهم عن طريق قاعدة الأتمية، وهي قاعدة موضوعية مجردة.

معينين وآخرين منتخبين في داخل المجلس<sup>(٥٦)</sup>. في الواقع، فإن تقوية سلطات المجلس لن تجدي كثيرا إذا ما ظل تشكيله يفتقد للديمقراطية. وقد أوضح بيان لنادي القضاة في ١٦ يونيو ٢٠٠٦ أن عدم وجود أعضاء منتخبين في المجلس أدى إلي تأييده المستمر لقرارات السلطة التنفيذية.

### ثانيا: تعيين رئيس المحكمة الدستورية العليا

وفقا للمادة ٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، فإن رئيس المحكمة الدستورية العليا يعين من قبل رئيس الجمهورية. ولنا أن نتعجب من سلطة التعيين المطلقة التي لرئيس الجمهورية إذا ما قارناها بسلطاته المقيدة في تعيين قضاة المحكمة، حيث تنص المادة ٥ علي أن يقوم الرئيس بتعيين عضو المحكمة - بعد أخذ رأي مجلس الهيئات القضائية - من بين اسمين ترشح أحدهما الجمعية العامة للمحكمة ويرشح الآخر رئيس المحكمة. وهذا النص الخاص بتعيين رئيس المحكمة الدستورية العليا يتعرض لنقد متزايد خاصة بعد أن استقر عرف جديد يقضي بتعيين رئيس المحكمة من خارج قضاتها. وقد وصل بعض رؤساء المحكمة لهذا المنصب الرفيع بعد أن قضوا أغلب سنوات عملهم في النيابة العامة<sup>(٥٧)</sup>، وهو ما يعني عدم قيامهم بالفصل في النزاعات وإصدار الأحكام لعدة سنوات. هناك آخرون وصلوا لهذا المنصب بعد أن عملوا لسنوات في المحاكم الاستثنائية<sup>(٥٨)</sup>، وهي محاكم لا يعتبر الاستقلال من مميزاتا الرئيسية. ومما يزيد الاعتراض علي تعيين رئيس المحكمة

(٥٦) وهو ما لا يعد أمرا مبتدعا حيث نص أول قانون منظم للسلطة القضائية في مصر علي أن يتكون مجلس القضاء الأعلى من أعضاء منتخبين، وقام الرئيس جمال عبد الناصر بإلغاء نظام انتخاب أعضاء المجلس قبل أن يلغي المجلس ذاته في ١٩٦٩.

(٥٧) مثل المستشار ماهر عبد الواحد الذي كان نائبا عاما خلال الأحداث الهامة في ٢٠٠٥.

(٥٨) هذه المعلومات موجودة في مقال ناتان براون "لماذا عين النظام المصري قاضيا جديدا رئيسا للمحكمة العليا؟" حيث ذكر بخصوص تعيين الرئيس الحالي للمحكمة الدستورية العليا فاروق سلطان " أن هذا التعيين علي الرغم من مخالفته لكافة الأعراف والتقاليد يتفق تماما مع القانون". يمكن الاطلاع علي هذا المقال من خلال الرابط التالي.

[http://lynch.foreignpolicy.com/posts/2009/07/21/why\\_did\\_the\\_egyptian\\_regime\\_appoint\\_a\\_new\\_chief\\_justice](http://lynch.foreignpolicy.com/posts/2009/07/21/why_did_the_egyptian_regime_appoint_a_new_chief_justice)

الدستورية العليا بتلك الطريقة هو أن المادة ٧٦ من الدستور - وفقا لتعديلها الأخير- تنص علي أن يرأس رئيس المحكمة الدستورية العليا لجنة الانتخابات الرئاسية، وهي اللجنة التي تشرف علي تلك الانتخابات وتنتظر في أية شكاوي بصدها. ويبدو جليا أنه قد يحدث أن يكون رئيس المحكمة الدستورية العليا غير محايد<sup>(٥٩)</sup>. ولذا وجب تقييد سلطة رئيس الجمهورية في تعيين رئيس المحكمة الدستورية العليا لمسيبين: لكي تعود المحكمة الدستورية العليا إلي سابق عهدها بإصدار الأحكام التي تحمي الحقوق والحريات، ولكي يتم ضمان نزاهة الانتخابات الرئاسية<sup>(٦٠)</sup>. وفي رأينا، لا يجوز أن يستخدم منصب رئيس المحكمة الدستورية العليا كطريقة لإثابة أو تكريم بعض القضاة.

### ثالثا: تعيين رئيسي محكمة النقض ومجلس الدولة

وفقا للفقرة الثانية من المادة ٤٤ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢، يقوم رئيس الجمهورية بتعيين "رئيس محكمة النقض من بين نواب الرئيس و بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى". نظريا، يعطي القانون سلطة واسعة للغاية لرئيس الجمهورية، غير أن العرف جرى علي أن يقع الاختيار علي أقدم النواب.

وبالرغم من ذلك، فإننا نناشد المشرع بتقييد هذه السلطة، لأن السلطات التقديرية - التي كثيرا ما يمنحها المشرع المصري لذوي السلطة - قد تمثل مصدر إغواء لمن يملكها. وقد اقترح مشروع نادي القضاة أن يتم اختيار رئيس محكمة النقض من قبل الجمعية العمومية للمحكمة من بين أقدم خمسة نواب تولوا رئاسة نواب في الأعوام الثلاثة السابقة.

(٥٩) ليس من النادر - خاصة في مصر - أن يتقدم رئيس الجمهورية بالترشح لخلافة نفسه، وفي هذه الحالة يكون رئيس المحكمة الدستورية العليا غير مؤهل لتنظر المخالفات التي قد تتم لمصالح المرشح الرئيس الذي عينه منذ بضع سنوات. وقد ربط البعض بين الموقف الضعيف لرئيس المحكمة الدستورية العليا من المخالفات الانتخابية في ٢٠٠٥ وبين تعيينه وزيرا للمحل بعد الانتخابات.

(٦٠) رغم أن التعديلات الدستورية التي تمت في ٢٠٠٧ قد سحبت الحق في الإشراف علي الانتخابات البرلمانية من القضاة، إلا أن بعض القضاة - أو علي الأخص رئيس المحكمة الدستورية العليا - لا يزالون يلعبون دورا بخصوص ضمان نزاهة الانتخابات، وذلك من خلال لجنة الانتخابات الرئاسية التي أنشأتها المادة ٧٦ من الدستور والتي يرأسها رئيس المحكمة الدستورية العليا.

فيما يخص تعيين رئيس مجلس الدولة، فإن الوضع مختلف. وفقا للمادة ٨٣ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة، يعين رئيس مجلس الدولة بقرار من رئيس الجمهورية من بين نواب رئيس المجلس بعد أخذ رأى جمعية عمومية خاصة تشكل من رئيس مجلس الدولة ونوابه ووكلائه والمستشارين الذين شغلوا وظيفة مستشار لمدة سنتين.

#### رابعاً: تعيين النائب العام

تنص الفقرة الأولى من المادة ١١٩ من قانون السلطة القضائية علي أن "يعين النائب العام بقرار من رئيس الجمهورية من بين نواب رؤساء محاكم الاستئناف أو مستشاري محكمة النقض أو المحامين العاملين الأول علي الأقل". هذه المادة لا تقيد سلطة رئيس الجمهورية في التعيين بقاعدة الأقدمية، فيمكنه الاختيار من بين عدد كبير من القضاة فيختار من يراه أقدر وأكفاً وفقاً لظروف الحال. وإذا اختير شخص غير كفاء أو شخص لم يكن يتوقع أن يقع عليه الاختيار لمثل هذا المنصب الهام، فإن هذا الشخص سوف يجتهد في إرضاء من اختاره امتناناً له و عرفاناً بفضلِهِ. ويتعارض هذا النص مع الفقرة الثالثة من نفس المادة التي تشترط حصول رئيس الجمهورية علي موافقة مجلس القضاء الأعلى لتعيين باقي أعضاء النيابة العامة. وهو ما يؤكد ما سبق ذكره عن وجود رغبة حكومية للتأثير علي القضاة الذين يشغلون المناصب القضائية العليا.

وقد علت عدة أصوات مطالبة بتقييد سلطة رئيس الجمهورية، ليس من داخل الوسط القضائي فقط، ولكن أيضاً من المعارضة السياسية والمجتمع المدني بصفة عامة، ربما لأنه - خلال السنوات الأخيرة - تم حفظ الكثير من البلاغات التي قدمت ضد أعضاء السلطة التنفيذية، مما جعل البعض يري في النائب العام شخصاً قريباً من السلطة التنفيذية، بعيداً عن زملائه من القضاة.

علي سبيل المثال، وقعت - خلال الانتخابات التشريعية التي جرت في ٢٠٠٥ - مخالفات عدة وتعرض بعض القضاة للتعسف البدني من قبل قوات الأمن. ومع ذلك، لم تسفر التحقيقات عن شيء. لذلك، قام القضاء

بمخاطبة النائب العام لتغاضيه عن تجاوزات الحكومة وعدم استماعه لمطالبهم المختلفة. وانعقدت الجمعية العمومية لنادي القضاة في ١٦ ديسمبر ٢٠٠٥ وطالب أعضاؤها بتعديل النصوص التشريعية الخاصة بتعيين النائب العام. ووفقا لبعض القضاة، فإن كون النائب العام معيناً من قبل رئيس الجمهورية هو السبب الرئيسي وراء تساهله مع تجاوزات السلطة التنفيذية.

خلال المواجهة بين نادي القضاة والسلطة التنفيذية في ٢٠٠٦، قلم ضابط شرطة - وفقا لرواية بعض القضاة والصحفيين - بالاعتداء على قاض أمام نادي القضاة. وللأسف، لم يتم التحقيق للتأكد من صحة هذه الادعاءات أو حضاها.

#### خامسا: تعيين رؤساء المحاكم الابتدائية من قبل وزير العدل

وفقا للمادة ٩ من قانون السلطة القضائية، يندب وزير العدل لرئاسة المحكمة الابتدائية قاضيا من بين قضاة محاكم الاستئناف وذلك بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى. يستخدم القانون لفظ "الندب"، ولكن من الواضح أن هذا الندب يعد تعيينا. ويكون هذا التعيين لمدة سنة قابلة للتجديد. تكمن خطورة هذه السلطة الممنوحة لوزير العدل على استقلال القضاء في مقدار السلطة التي يملكها رؤساء المحاكم الابتدائية حيث يمكن لرئيس المحكمة من تلقاء نفسه أو بناء على قرار من الجمعية العالمة للمحكمة أن يوجه تنبيها للقضاة - وذلك وفقا للمادة ٩٤ من قانون السلطة القضائية - كما يمكنه أن يقترح على النائب العام إقامة الدعوي التأديبية ضد القاضي - وفقا للمادة ٩٩ من نفس القانون. وليس من قبيل المصادفة أن يقترح وزير العدل في مشروعه لتعديل تشكيل مجلس القضاء الأعلى أن يضم المجلس في عضويته اثنين من رؤساء المحاكم الابتدائية الذين يقوم هو بندبهم للمهمة الرئاسية.

#### سادسا: التعيين في مناصب إدارية عليا في وزارة العدل

وفقا للمادة ٤٥ من قانون السلطة القضائية، لرئيس الجمهورية أن يندب أي قاض من بين نواب رئيس محكمة النقض ورؤساء الاستئناف والنواب العاملين للمساعدين لشغل وظائف مساعد أول و مساعد وزير

العدل وذلك بعد أخذ رأي مجلس القضاء الأعلى.

## المبحث الثاني عوامل الضغط علي القضاة

تملك السلطة التنفيذية عدة آليات تمكنها من التأثير علي المشوار الوظيفي للقاضي، وبالتالي من الممكن استخدام هذه السلطات لتقييد استقلال السلطة القضائية. هذه السلطات يستخدم بعضها للترغيب (أولا) والبعض الآخر للترهيب (ثانيا) وهو ما يسميه البعض أسلوب العصا والجزرة. قبل التطرق إلي هذه الوسائل، يجب التنويه إلي أن تعديل القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ في ٢٠٠٦ قد قلص بشكل محمود - دون أن يلغي - تلك السلطات التي تسمح لوزير العدل بالضغط علي القضاة.

### أولا: الضغط بالترغيب

تحكم قاعدة الأقدمية التعيين في بعض المناصب القضائية العليا. علي سبيل المثال، جري العرف أن يعين رئيس الجمهورية القاضي الأقدم في محكمة النقض رئيسا لتلك المحكمة<sup>(٦١)</sup>. وبعملية حسابية بسيطة، من الممكن معرفة من سيأتي عليه الدور لرئاسة هذه المحكمة المرموقة أو أي منصب آخر يتم توليه تبعا لقاعدة الأقدمية. لذلك، فإن بعض القضاة قد يحظون بنوع من الاهتمام الخاص من قبل السلطة التنفيذية وخاصة من وزير العدل خلال مشوارهم الوظيفي. وفي نهاية هذا المشوار، قد يتم تعيينهم في وظائف عامة مرموقة.

### أ- النذب والإعارة

#### ١- النذب

يعني النذب بصفة عامة إمكانية قيام القضاة بوظيفة قضائية أو غير قضائية في إحدى الجهات التابعة للدولة المصرية. فيمكن نذب قاض للقيام بوظائف مثل مساعد أول أو مساعد وزير العدل وفقا للمادة ٤٥، كما يجوز

(٦١) وهو ما ينطبق أيضا علي رؤساء محاكم الاستئناف الذين يصلون لمناصبهم بالأقدمية.

ندب قاض من محكمة الاستئناف لرئاسة محكمة ابتدائية لمدة سنة قابلة للتجديد كما تنص المادة ٩. وقد تم مناقشة هاتين الوظيفتين عند التطرق للتعيين في بعض المناصب القضائية العليا من قبل السلطة التنفيذية، ولكن هذا الندب يمكن أيضا اعتباره من وسائل ترغيب القضاة نظرا للمكاسب المادية التي يستتبعها هذا الندب. ولا يقتصر الندب علي المادتين سالفتي الذكر.

فمن ناحية، يمكن - وفقا للمادة ٤٥ - أن يتم ندب قاض لإحدي الإدارات بوزارة العدل. ومن ناحية أخرى، يمكن أن ينتدب القاضي للعمل في إحدي الوزارات وهو ما تسمح به المادة ٦٢ التي تنص علي أنه يجوز لوزير العدل أن يندب قاضيا للقيام مؤقتا بمهام قضائية أو "قانونية" بعد أخذ رأي الجمعية العامة للمحكمة التابع لها وموافقة مجلس القضاء الأعلى.

وقد استحدثت تعديلات عام ٢٠٠٦ شرط حصول وزير العدل علي موافقة مجلس القضاء الأعلى لاعتماد الندب، وهو ما يعد تقدما نسبيا، وذلك لأنه فيما سبق، لم يكن القانون يشترط أخذ رأي مجلس القضاء الأعلى في حالات الندب لإحدي إدارات وزارة العدل. وإذا أخذ رأي المجلس لم يكن ملزما، وذلك في حالة تعيين رؤساء المحاكم الابتدائية. علي كل حال، يبقى التقدم نسبيا نظرا لافتقار تشكيل مجلس القضاء الأعلى لعناصر منتخبة.

يرغب بعض القضاة في تقييد و تقليل الانتدابات، لأنها قد تكون وسيلة للتأثير علي بعض القضاة، حيث يفوق دخل القاضي - في حالة ندبه - دخل باقي القضاة بصورة ملحوظة. هذا الندب قد يدفع القاضي لإظهار بعض المرونة تجاه السلطة التنفيذية أملا في الحصول علي الندب. و للندب أضرار أخرى تتمثل في اعتياد القاضي - بعد عدة سنوات من العمل في الوزارة - علي أن يكون جزءا من تنظيم إداري هرمي يتلقي فيه الأوامر. هذا التنظيم وهذه الروح السائدة في السلطة التنفيذية تتعارض مع ما تفرضه مهنة ورسالة القضاء من استقلالية في اتخاذ القرار. والانتدابات ممكنة - بل وأكثر حدوثا - بالنسبة لقضاة مجلس

الدولة، ويمكن اعتبار النذب في هذه الحالة أشد ضررا حيث يقوم هؤلاء القضاة بالنظر في الدعاوي التي تكون الإدارة طرفا فيها.

## ٢- الإعارة إلى جهة أجنبية

تنص المادة ٦٥ من قانون السلطة القضائية معدلة بالقانون رقم ١٧ لسنة ٢٠٠٧ على جواز إعارة القاضي إلى الحكومات الأجنبية أو الهيئات الدولية "بقرار من رئيس الجمهورية، بعد أخذ رأي الجمعية العامة للمحكمة التابع لها القاضي أو النائب العام بحسب الأحوال وموافقة مجلس القضاء الأعلى، ولا يجوز أن تزيد مدة الإعارة على أربع سنوات متصلة. ومع ذلك يجوز أن تزيد المدة على هذا القدر إذا اقتضت ذلك مصلحة قومية يقدرها رئيس الجمهورية".

مقارنة بالنذب، لا تمثل الإعارة ضررا بالغا، فطلب الإعارة يأتي من الجهة الأجنبية، وبالتالي لا تحيطه الشبهات بشأن رغبة الحكومة في إثابة القاضي المعار<sup>(٦٢)</sup>. كما لا تترتب على الإعارة ذات المساوي التي قد تحدث جراء إدخال القاضي في الهيكل الحكومي المصري.

## نحو تنظيم أفضل للنذب والإعارة؟

هل من الأفضل منع نذب وإعارة القضاة تماما؟ لا نعتقد ذلك

لسببين:

**الأول:** قد يصب النذب والإعارة في مصلحة القاضي حيث يعودان عليه بالكسب المادي، فضلا عن إتاحتها فرصة الاحتكاك بعالم الإدارة (وهو ما قد يكون نافعا بالنسبة لقضاة مجلس الدولة)، وفرصة للحصول على خبرة ثمينة في المنظمات الدولية والإقليمية.

**الثاني:** قد ينفع النذب الدولة المصرية حيث تستفيد الوزارات المختلفة بخبرة القضاة، فقد يكون من فوائد النذب أن يتحسن أداء الهيئات الحكومية المصرية. وعندما يعار قاض، يؤدي ذلك إلى نشر الثقافة

---

(٦٢) أحيانا تعتبر إعارة القاضي من مصلحة السلطة التنفيذية عندما يكون وجود القاضي مصدرا للإزعاج. في هذه الحالة، يكون وجوده خارج مصر أمرا تحبذ السلطة التنفيذية.



القانونية المصرية خارج مصر.

علي أي حال، الوضع الأمثل هو تنظيم إجراءات الندب والإعارة عن طريق قواعد واضحة وشفافة، علي أن تكون جهة نابغة من القضاة (مثل مجلس القضاء الأعلى) هي الوحيدة المختصة في مسائل الندب والإعارة.

### ٣- وسائل أخرى للضغط والترغيب

توجد وسائل أخرى للضغط علي القضاة وترغيبهم وذلك عن طريق المكاسب المادية التي قد يحصلون عليها بالإضافة إلي مرتبهم. علي سبيل المثال، تنص المادة ٦٣ علي إمكانية أن يكون القاضي محكما بشرط موافقة مجلس القضاء الأعلى.

وقد تستخدم عملية الإشراف علي الانتخابات كوسيلة للانتقاص من استقلال القضاء حيث تقوم السلطة التنفيذية باختيار بعض القضاة لتلك المهمة التي تستغرق بضعة أيام وتعود عليهم بكسب مادي وفير.

كما يجوز لوزير العدل - وفقا للقانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ بإنشاء لجان التوفيق في بعض المنازعات التي تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة طرفا فيها - أن يختار بعض القضاة ليرأسوا لجان التوفيق. وتعود مثل هذه المهام عادة علي القاضي بدخل كبير. ويجب علي الوزير - طبقا للمادة الثالثة - الحصول علي موافقة مجلس الهيئات القضائية لاختيار قاض في تلك اللجان. ولكن كما يلاحظ بذكاء أحد الفقهاء<sup>(٦٣)</sup> أنه "إذا كان اختيار القضاة في اللجان يحتاج إلي موافقة مجلس الهيئات القضائية، فإن عدم اختيار من لا ترضي عنه السلطة التنفيذية من القضاة لا شأن للمجلس الأعلى به"<sup>(٦٤)</sup>. فوجود مثل هذه السلطة لوزير العدل - سلطة المنع وسلطة المنع - هي أداة للتأثير علي القضاة.

### ب- التعيين في المناصب العامة العليا

إذا رغبت السلطة التنفيذية في إضعاف الاستقلال الشخصي

---

(٦٣) فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩ ص

للقاضي، فلها أن تلجأ لعدة طرق. لقد قمنا فيما سبق بالتعرض للتعينين في الوظائف القضائية العليا كوسيلة ممكنة للتأثير على القضاة. فضلا عن ذلك، تجنح السلطة التنفيذية أحيانا إلى إثابة وشكر بعض القضاة وذلك بتعيينهم في مناصب عليا بعد خروجهم على المعاش.

ففي السنوات الأخيرة، تم تعيين قضاة في مناصب المحافظ والوزير والنائب البرلماني<sup>(٦٥)</sup>. هذه التعيينات - التي تصدر بقرار من رئيس الجمهورية - يري البعض فيها طريقة لإثابة بعض القضاة الذين تعاطفوا مع السلطة التنفيذية خلال خدمتهم. وقد يقول البعض أنه لا ضرر ولا خطر على استقلال القضاء من هذه التعيينات لأنها لاحقة على خروج القاضي من الخدمة. فإذا كانت الحكومة قد جاملته، فإنه - بخروجه من القضاء - لا يستطيع رد المجاملة (لا يمكن للقاضي المعين في منصب المحافظ أن يقيد من استقلال القضاء لأنه خرج من النظام القضائي). ولكننا لا نتفق مع هذه الرأي، حيث أنه بمجرد معرفة القاضي بإمكانية وجود نوع من الإثابة اللاحقة، فقد يدفعه ذلك إلى أن يبدي تساهلا مع السلطة التنفيذية كي ينال لاحقا الإثابة التي يريجوها. وهذه الضغوط والإغراءات قد يفتتن بها القضاة الذين ينظرون القضايا ذات الطابع السياسي. في هذه الحالة، قد يحاول القاضي إصدار أحكام تصادف هوى لدى السلطة السياسية<sup>(٦٦)</sup>. لهذا، يجب التفكير في إمكانية منع القضاة منعا مؤقتا<sup>(٦٧)</sup> من التعيين في الوظائف العامة العليا بعد بلوغهم سن التقاعد.

#### ثانيا: الضغط بالترهيب

تتمتع السلطة التنفيذية بأساليب ووسائل ضغط غير مباشر على القضاة تتمثل في نظام الندب (أ)، وفي المسائل التأديبية (ب)، وخاصة في مجال التفقيش القضائي (ج).

(٦٥) في مصر لرئيس الجمهورية الحق في تعيين عشرة أشخاص في مجلس الشعب وثلاث أعضاء مجلس الشوري.

(٦٦) قال أحد الحكماء: "القاضي الجيد ليس هو الذي يتلقى الأوامر ولكنه هو الذي يستطيع أن يتوقع مضمونها فيقضي بها من تلقاء نفسه".

(٦٧) وذلك عن طريق اشتراط مضي مدة معينة - كثلاث سنوات على سبيل المثال - بين ترك القاضي للعمل القضائي وتعيينه في المناصب العامة العليا.

## أ- النذب

تسمح المادة ٦٢ بنذب القاضي للقيام بأعمال قضائية أو قانونية. يمكن استعمال هذا النص لإثابة القاضي كما سبق وأن ذكرنا، كما يمكن استعماله لمعاقبة القاضي بإبعاده عن وظيفته القضائية عن طريق نذب لوظيفة قانونية غير قضائية.

## ب- سلطات الوزير في المسائل التأديبية

قد تتحول إجراءات مساءلة القضاة تأديبياً إلى أداة للضغط علي بعض القضاة الذين لم يرتكبوا أية مخالفة. صحيح أن السلطة التنفيذية لا تملك سلطة توقيع جزاءات تأديبية، ولكن هذا القول يحتاج بعضاً من التوضيح وذلك لسببين.

الأول: تنص المادة ٩٩ من قانون السلطة القضائية علي أن "تقام الدعوي التأديبية من النائب العام من تلقاء نفسه أو بناء علي اقتراح وزير العدل أو رئيس المحكمة التي يتبعها القاضي". يبدو مما تقدم أن من يملكون تحريك الدعوي التأديبية غير مستقلين بصورة كاملة عن السلطة التنفيذية.

الثاني: علي الرغم من بعض الإصلاحات التي تمت مؤخراً، فإن تشكيل مجلس التأديب - الذي لا يخلو من النقد - قد يؤدي إلي زيادة فرص توقيع الجزاءات التأديبية علي القضاة.

ويجب التنويه إلي أنه - وفقاً لتعديلات سنة ٢٠٠٦ - يظل لرئيس المحكمة حق تنبيه القضاة إلي ما يقع منهم مخالفا لواجباتهم أو مقتضيات وظائفهم. أما بالنسبة لتنبيه الرؤساء بالمحاكم الابتدائية، فمن اختصاص مدير إدارة التفتيش القضائي (المادة ٩٤).

## ج- تبعية إدارة التفتيش القضائي لإشراف وزير العدل

إدارة التفتيش القضائي هي الجهة التي تراقب حسن سير العمل القضائي، وتتأكد من تأدية القضاة لمهامهم وتقدر كفايتهم. ويجب إجراء التفتيش مرة علي الأقل كل سنتين (المادة ٧٨). كل قاض له ملف يحتوي علي كل المستندات التي تخص وضعه الإداري. دون الحاجة لتحريك

الدعوي التأديبية، يجوز للمفتشين تنبيه الرؤساء بالمحاكم الابتدائية (المادة ٩٤).

تنص المادة ٧٨ من قانون السلطة القضائية علي أن تشكل - بوزارة العدل - إدارة للتفتيش القضائي، وأن يضع وزير العدل لائحة للتفتيش القضائي بموافقة مجلس الهيئات القضائية. من الواضح، أن إدارة التفتيش القضائي تلعب دورا محوريا في كل ما يخص القواعد المتعلقة بعمل القضاة. و مع ذلك، تخضع هذه الإدارة لإشراف وزير العدل، وهو ما قد يؤدي إلي المساس باستقلال القضاء. فوزير العدل يمكنه التدخل في أعمال الإدارة - التي تتبعه - والتي تختص بتقييم القضاة وهو ما يرسخ تدخل السلطة التنفيذية في الشؤون الداخلية للسلطة القضائية. ولتجنب تلك الثغرات، اقترح مشروع نادي القضاة نقل تبعية إدارة التفتيش القضائي إلي مجلس القضاء الأعلى حيث لا يجوز ممارسة التفتيش علي عمل القضاة إلا من قبل هيئة مستقلة عن السلطة التنفيذية.

في النهاية، نلاحظ أن المشكلة المتعلقة بتبعية التفتيش القضائي لوزير العدل لا تخص إلا القضاة العاملين بالقضاء العادي. فبالنسبة لقضاة مجلس الدولة، لا يمارس وزير العدل أي دور فيما يخص تشكيل وعمل إدارة التفتيش الفني التي تشكل - وفقا للمادة ٩٩ من قانون مجلس الدولة - بمجلس الدولة. وتنظم اللائحة الداخلية لمجلس الدولة طريقة العمل بإدارة التفتيش وإجراءاته وتبين الضمانات الواجب توفيرها لأعضاء المجلس الخاضعين للتفتيش. وإذا أراد القاضي المتظلم من تقرير الإدارة، فإن المجلس الخاص للشئون الإدارية هو الذي يفصل في التظلم بعد الاطلاع على الأوراق وسماع أقوال المتظلم، وذلك وفقا للمادة ١٠٢ من قانون مجلس الدولة.

### المبحث الثالث

### مسألة عدم تنفيذ أحكام القضاء

#### أولا: عرض المشكلة

كما أكتته المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان سنة ١٩٩٧ في قضية هورنسي، فإن الحق في اللجوء إلي القضاء بصير بلا جدوى إذا

بقي الحكم القضائي النهائي والملزم غير منفذ في حق أحد المتقاضين. وتعتبر مسألة عدم تنفيذ الأحكام من أكبر التحديات التي تواجه القضاء المصري. القضاة المصريون يدركون خطورة تلك الظاهرة ويعتبرونها تعديا علي استقلالهم حيث تضيع السلطة التنفيذية - بامتناعها عن تنفيذ الأحكام - مجهود سنوات قام به القضاة والمتقاضون. ولكن المسألة لا تتوقف عند مسألة استقلال القضاء فحسب، حيث يعد الامتناع عن تنفيذ الأحكام عائقا أمام فعالية النظام القضائي المصري. فماذا يفيد التقاضي أمام المحاكم لعدة سنوات إذا كان الحكم لن ينفذ في نهاية الأمر؟ هذا العوار يعد - بحسب أحد الاستطلاعات<sup>(٦٨)</sup> - أحد أهم مشاكل النظام القضائي المصري، وقد يكون العائق الوحيد الذي يتفق علي أهميته وخطورته القضاة والمحامون والمتقاضون.

من جانبنا، نخشي أن تكون النتيجة عزوف المتقاضين عن اللجوء لمحاكم الدولة خوفا من إضاعة وقتهم دون طائل، و نخشي أيضا أن يكون العنف هو الوسيلة البديلة التي يستخدمها المواطنون للحصول علي حقوقهم المسلوية. ومن المثير للدهشة، أن بعض أحكام المحاكم الاستثنائية لا يتم تنفيذها.

لتعطيل تنفيذ أحكام القضاء، تلجأ السلطة التنفيذية لأسلوب غير قانوني بطعنها علي أحكام القضاء الإداري أمام القضاء العادي. وتوقف هذه الطعون تنفيذ أحكام القضاء الإداري الصادرة ضد الحكومة. وقد قامت المحكمة الدستورية العليا بإدانة هذه الوسيلة إذ اعتبرت القضاء الإداري والعادي جهتين قضائيتين مستقلتين، وبالتالي لا يجوز الطعن علي أحكام إحداها أمام محاكم الأخرى. وأحيانا، يمتنع أعضاء السلطة التنفيذية عن تنفيذ أحكام القضاء دون أن توقع عليهم عقوبات الحبس والعزل التي تقرها المادة ١٢٣ من قانون العقوبات المصري لكل موظف عمومي

(٦٨) هذا الاستطلاع مذكور في مجلد يضم دراسات عن القضاء في الوطن العربي تم إعدادها تحت إشراف المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة ومقره لبنان. عنوان المجلد "القضاء في الدول العربية: ملاحظات وتحليلات" ويمكن تحميله من الرابط التالي والاطلاع علي نتائج الاستطلاع في ص ٧٠.

<http://www.arabruleoflaw.com/publicationsListing.aspx?categoryID=1&postingID=327>

امتنع عمدا عن تنفيذ حكم قضائي. تفسير ذلك يكمن في تمتع كثير من الوزراء بالحصانة البرلمانية، تلك الحصانة تحميهم من عقوبات المادة ١٢٣. على سبيل المثال، لا يتم تطبيق نص المادة ١٢٣ من قانون العقوبات علي أي وزير عضو بالبرلمان إذا لم ينفذ حكما لأنه يتمتع بحصانة برلمانية. وقد يكون القصد من وراء دخول الوزراء البرلمان حمايتهم من الملاحقة القضائية عند عدم تنفيذ الأحكام.

## ثانيا: الجديد في مسألة تنفيذ الأحكام

### أ- إنشاء إدارة تنفيذ الأحكام

أنشأ القانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ المعدل لقانون المرافعات إدارة لتنفيذ الأحكام، وهو ما يعتبر إضافة لنظام قاضي التنفيذ الذي تضمنه قانون المرافعات منذ عام ١٩٦٨. هذه الإدارة المستحدثة آلت إليها بعض اختصاصات قاضي التنفيذ دون أن تلغي وجوده<sup>(٦٩)</sup>. تنص المادة ٢٧٤ من قانون المرافعات علي أن "يجرى التنفيذ تحت إشراف إدارة للتنفيذ تنشأ بمقرر كل محكمة ابتدائية، ويجوز بقرار من وزير العدل إنشاء فروع لها بدائرة كل محكمة جزئية".

ويرأس إدارة التنفيذ قاض بمحكمة الاستئناف ، يعاونه عدد كاف من قضاتها ينذبهم وزير العدل بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى، وقضاة من المحاكم الابتدائية بدرجة رئيس محكمة على الأقل، تختارهم الجمعية العامة للمحكمة. ويلحق بالإدارة عدد كاف من معاوني التنفيذ والموظفين يحدد قرار من وزير العدل قواعد اختيارهم وتنظيم شئونهم. ولمدير إدارة التنفيذ أو من يعاونه من قضاتها إصدار القرارات والأوامر المتعلقة بالتنفيذ، ويكون التظلم من هذه القرارات والأوامر بعريضة ترفع لمدير إدارة التنفيذ، ويعتبر القرار الصادر منه في التظلم نهائيا. ويصدر بتنظيم إدارة التنفيذ قرار من وزير العدل". كما توجد إدارات تنفيذ خاصة للمحاكم المتخصصة<sup>(٧٠)</sup>، مثل محاكم الأسرة والمحاكم الاقتصادية ومحاكم العمال.

### ب- استحداث نظام معاوني التنفيذ

استحدث القانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ فئة جديدة من معاوني

(٦٩) طلعت دويدار، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، ٢٠١٠، ص ١٤٦.

(٧٠) طلعت دويدار، المرجع السابق، ص ١٥٨.

القضاء وهم معاونون المناط بهم تنفيذ أحكام القضاء. ويختص هؤلاء معاونون بتنفيذ الأحكام الواجبة النفاذ التي يصدرها القضاء، وذلك تحت إشراف إدارة تنفيذ الأحكام التي أشرنا إليها.

## الفصل الثاني

### الانتقال على القضاء المستقل أو تقليص ولايته

#### المبحث الأول

##### الحد من ولاية القضاء المستقل

من بين الأساليب التي تهدف إلى تقليص ولاية القضاء المستقل، يمكن نكر الاتجاه إلى إخراج بعض الأعمال الهامة من ولاية القضاء (أولاً) ووجود قوانين استثنائية (ثانياً).

##### أولاً: الاتجاه إلى إخراج بعض الأعمال من ولاية القضاء

تحاول السلطة التنفيذية في الدولة في بعض الأحيان إبعاد أعمالها عن رقابة السلطات الأخرى، على الرغم من خضوع البرلمان لسيطرة السلطة التنفيذية فإنه يتم أحياناً تجاوزه.

في غياب معارضة حقيقية، يعتبر القضاء هو الجهة الوحيدة القادرة على مراقبة أعمال السلطة التنفيذية. ولذلك تحاول تلك السلطة أن تحمي بعض أعمالها من رقابة القضاء. وقد حظرت المادة ٧٦ من الدستور - وفقاً لتعديلاتها الحديثة في ٢٠٠٥ - على المحاكم أن تنظر الطعون المقدمة ضد قرارات اللجنة المشرفة على الانتخابات الرئاسية بنصها على أن "تكون قراراتها نهائية وناهضة بذاتها، غير قابلة للطعن عليها بأي طريق وأمام أية جهة، كما لا يجوز التعرض لقراراتها بالتأويل أو بوقف التنفيذ"، وهو ما يخالف نص المادة ٦٨ من الدستور الذي تحظر تحصين القرارات الإدارية من رقابة القضاء، كما يخالف نص المادة الثالثة من مجموعة المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية الذي ينص على أن "ينظر القضاة جميع المسائل التي لها طابع قضائي".

تنص المادة ٩٣ من الدستور المتعلقة بمتعلقة بمجلس الشعب على أن

"يختص المجلس بالفصل في صحة عضوية أعضائه. وتختص محكمة النقض بالتحقيق في صحة الطعون المقدمة إلى المجلس بعد إحالتها إليها من رئيسه. ويجب إحالة الطعن إلى محكمة النقض خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علم المجلس به، ويجب الانتهاء من التحقيق خلال تسعين يوماً من تاريخ إحالته إلى محكمة النقض. وتعرض نتيجة التحقيق والرأي الذي انتهت إليه المحكمة على المجلس للفصل في صحة الطعن خلال ستين يوماً من تاريخ عرض نتيجة التحقيق على المجلس. ولا تعتبر العضوية باطلة إلا بقرار يصدر بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس". ولنا أن نتساءل لماذا يكون رأي محكمة النقض غير ملزم لمجلس الشعب؟

فمن ناحية، ليس من اختصاص محكمة النقض الإفتاء. ومن ناحية أخرى، فإن حجة الفصل بين السلطات ليست كافية لتجاهل مجلس الشعب ما تقررره محكمة النقض فيما يخص عدم صحة عضوية أحد أعضاء المجلس. وإذا كان من يشكك في صحة عضويته من الأغلبية البرلمانية، فأغلب الظن أنه لن يؤخذ بما ذهبت إليه محكمة النقض في تحقيقها، هذا فيما لو طلب منها أصلاً التحقيق.

في نفس السياق، تخرج المادة ١١ من قانون مجلس الدولة أعمال السيادة من ولاية القضاء الإداري<sup>(٧١)</sup>. وبناء على ذلك، حكم مؤخراً أن قرار الحكومة بتصدير الغاز لإسرائيل هو عمل من أعمال السيادة يخرج عن ولاية المحاكم المصرية.

الخلاصة إذن هي أن المادتين ٧٦ و٩٣ تتناقضان مع المادة ٦٨ من الدستور وتهدفان إلى الحد من ولاية القضاء المستقل على أعمال السلطة التنفيذية وقراراتها.

**ثانياً: وجود قوانين استثنائية تقلص من ولاية المحاكم المستقلة**

**أ- من قانون الطوارئ...**

مثل باقي دول العالم، مصر لديها قانون خاص بإعلان حالة

---

(٧١) لتحليل أحكام القانون المصري في هذا الشأن، انظر محمد أبو العينين، "الأعمال السياسية وأعمال السيادة أمام قاضي القانون العلم: ذريعة الإفلات من المساءلة القضائية" في القضية والإصلاح السياسي، ص ١٥٧.



الطوارئ. أما ما يميز مصر عن باقي دول العالم فهو أن حالة الطوارئ - التي بطبيعتها مفترض فيها أن تكون حالة استثنائية - أصبحت هي الأصل. حالة الطوارئ معلنه وسارية في مصر منذ عام ١٩٨١ دون انقطاع، وهو ما أثر على حماية حقوق الإنسان وعلى حسن سير النظام القضائي. ويقوم البرلمان المصري كل ثلاثة أعوام بتجديد حالة الطوارئ، وينشئ قانون الطوارئ محاكم استثنائية مثل محاكم أمن الدولة نقطة طوارئ. كما تجيز المادة ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ بشأن الأحكام العسكرية إحالة المدنيين للمحاكمة أمام المحاكم العسكرية. وقد طرحت مسألة دستورية قانون الطوارئ أمام المحكمة الدستورية العليا منذ سنوات، ولا يزال المهومون بالشأن العام ينتظرون حكم المحكمة.

ب- .... إلي قانون مكافحة الإرهاب؟

منذ أحداث ١١ سبتمبر ٢٠٠١، انتشرت ظاهرة إصدار قوانين لمكافحة الإرهاب - التي عادة ما تكون مقيدة للحريات إلى حد كبير - في كثير من الدول حتى في بعض الدول المعروف عنها حماية حقوق الإنسان.

وانضمت مصر لهذه الدول حيث أعلنت أنه سيتم إعداد قانون لمكافحة الإرهاب ليحل محل قانون الطوارئ. وقد صرح الوزير الدكتور مفيد شهاب أكثر من مرة - وهو المسئول الرئيسي عن صياغة هذا القانون - أن هذا القانون سوف يوازن بين حماية الحرية الفردية وحماية الأمن العام من الاعتداءات الإرهابية. ولكن تظل المخاوف قائمة من أن يتضمن القانون نصوصا تخل بالحريات العامة وحقوق الإنسان. هذا التخوف مصدره المادة ١٧٩ من الدستور - المعدلة سنة ٢٠٠٧ - والتي تنص على أن "تعمل الدولة على حماية الأمن والنظام العام في مواجهة أخطار الإرهاب، وينظم القانون أحكاما خاصة بإجراءات الاستدلال والتحقيق التي تقتضيها ضرورة مواجهة هذه الأخطار، وبحيث لا يحول الإجراء المنصوص عليه في كل من الفقرة الأولى من المادة 41 والمادة 44 والفقرة الثانية من المادة 45 من الدستور دون تلك المواجهة، وذلك كله تحت رقابة القضاء. ولرئيس الجمهورية أن يحيل أية جريمة من جرائم

الإرهاب إلى أية جهة قضاء منصوص عليها في الدستور أو القانون." وعلي هذا فقد تم تعديل الدستور ليتوافق مع قانون مكافحة الإرهاب الجاري صياغته! ويحق لنا أن نتساءل عما إذا كان الدستور المصري حقا علي قمة النظام القانوني المصري في الوقت الذي يتم فيه تعديله لكي يتوافق مع تشريع ... استثنائي لم يصدر بعد! ويحق للقضاة مثلهم مثل المجتمع المدني وكل المواطنين أن ينزعجوا من حرص الحكومة واستعدادها الكامل لتعديل الدستور إذا كان في هذا التعديل تقييد للحريات. يتزامن هذا مع تصريحات حكومية تكاد ترفع الدستور إلى مرتبة النصوص المقدسة التي لا تمس، خاصة فيما يتعلق بالمادة ٧٧ والتي لا تضع حدا أقصى لعدد فترات انتخاب رئيس الجمهورية...

ولنعد للمادة ١٧٩ من الدستور التي تعني عمليا أنه عند سريان قانون مكافحة الإرهاب، لن يلزم الحصول علي إذن قضائي مسبق قبل اعتقال شخص أو القبض عليه، وهو ما يفتح الباب لعمليات القبض والاعتقال العشوائية، كما تسمح المادة بالقيام بالتحقيق والتعدي علي سرية المراسلات. وفقا لنفس المادة، لرئيس الجمهورية أن يحيل المدنيين للمحاكمة أمام أي محكمة يختارها. قد تكون هذه المحكمة استثنائية أو محكمة ينشؤها قانون الإرهاب أو أي محكمة أخرى<sup>(٧٢)</sup>.

وكما لاحظ بعض المراقبين، فإن المادة ١٧٩ المعدلة تهدف لتثبيت حالة الطوارئ وجعل أحكام قانون الطوارئ جزءا أساسيا من النظام القانوني المصري وذلك عن طريق قانون مكافحة الإرهاب. فضلا عن ذلك، فإن وجود نص في الدستور يؤسس لقانون مكافحة الإرهاب يجعل الأخير بمعزل عن أي طعن بعدم دستوريته.

فيما يتعلق باستقلال السلطة القضائية، هناك نتيجتان محتملتان عند تطبيق قانون مكافحة الإرهاب وهما: إنشاء محاكم استثنائية جديدة من ناحية، ومن ناحية أخرى تدريب القاضي العادي علي تطبيق قانون استثنائي. فالقاضي العادي سيضطر إلي تطبيق قواعد تتعارض مع حقوق

---

(٧٢) عوض محمد، "قراءة محلية للمادة ١٧٩ من الدستور"، مجلة القضاة السنة ٢٤ أكتوبر-ديسمبر ٢٠٠٨، ص ١٥.

الإنسان بعد أن كان تطبيق مثل هذه القواعد مقتصرًا على المحاكم الاستثنائية. ويخشى من أن تؤثر الإجراءات المتبعة في "قضايا الإرهاب" على الإجراءات العادية فتجذبها نحوها. في مثل هذه الحالة، قد يكون للشخص حق التقاضي أمام "قاضيه الطبيعي" ولكنه سيفتقد حقوقه الطبيعية.

## المبحث الثاني تجنب القضاء المستقل

يمكن الالتفاف على القضاء المستقل بطريقتين، إما عن طريق تجنب المحاكم المستقلة (أولاً)، أو عن طريق تجنب القضاة المستقلين (ثانياً).

أولاً: تجنب المحاكم المستقلة والتوسع في اللجوء للمحاكم الاستثنائية<sup>(٧٢)</sup>. تمنع المحاكم الاستثنائية المتقاضين من المثول أمام قاضيهم الطبيعي، وهو الحق الذي تكفله المادة ٦٨ من الدستور المصري. وقد أنشأ المشرع عدة محاكم استثنائية تم عرضها في مقدمة هذا التقرير. وجود هذه المحاكم يخرج بعض القضايا ذات الأهمية من ولاية المحاكم العادية وهو ما يعد اعترافاً نسبياً باستقلال المحاكم العادية حيث ترغب السلطة التنفيذية تفاديها للحصول على الأحكام التي تريدها. تعاني المحاكم الاستثنائية من عدة مثالب تتمثل في طريقة تشكيلها ونظام سير إجراءاتها، وهو ما يؤدي إلى أن تصبح محاكماتها غير عادلة. قد تتشكل تلك المحاكم من غير القانونيين وهؤلاء لا يتمتعون بضمانات الاستقلال أو خبرات القضاة. وعادة ما تكون المحاكمات سريعة لدرجة لا يمكن معها مراعاة أبسط

(٧٢) موضوع المحاكم الاستثنائية يستدعي شرحاً مطولاً لا يتسع له المجال هنا. لمزيد من التفاصيل انظر مقال نقلي برنار موجيرو "المحاكم العسكرية والقضاء الاستثنائي في مصر" الموجود في كتاب عن المحاكم الاستثنائية صدر تحت إشراف إيليزابت لامبير عبد الجواد، ص ١٩١ - ٢٣٠، ويمكن تحميل الدراسة من الموقع التالي:

<http://recherche-iedes.univ-paris1.fr/spip.php?article267>

انظر أيضاً مقال حافظ أبو سعده المنشور في المجلد السابق ذكره "القضاة والإصلاح السياسي" ومقال أحمد سيف الإسلام في "مصر وقوانينها".

قواعد العدالة. سوف نركز علي ثلاث محاكم، وهي محاكم أمن الدولة،  
والمحاكم العسكرية، ومحكمة الأحزاب السياسية.

## أ- محاكم أمن الدولة

بداية، يجب التفرقة بين محاكم أمن الدولة العادية وتلك التي  
تأسست وفقا لقانون الطوارئ، حيث تم إلغاء الأولي في عام ٢٠٠٣، لذلك  
لن نتطرق سوي للأخيرة.

أولا، يجب توضيح أن تلك المحاكم "ستورية"<sup>(٧٤)</sup> حيث نصت  
المادة ١٧١ من الدستور علي أن القانون يحدد اختصاصات محاكم أمن  
الدولة ويحدد الشروط التي يجب أن تتوافر فيمن يتولون القضاء فيها.  
ويحدد القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارئ تشكيل  
وإجراءات واختصاصات هذه المحاكم.

وتتعد هذه المحاكم أثناء إعلان حالة الطوارئ. في مصر، قانون  
الطوارئ مطبق دون انقطاع منذ اغتيال الرئيس السابق أنور السادات في  
٦ أكتوبر ١٩٨١. وقد تلغي هذه المحاكم إذا تم وقف العمل بقانون الطوارئ  
وذلك في حالة إصدار قانون مكافحة الإرهاب.

### ١- تشكيلها

تفرق المادة السابعة من قانون حالة الطوارئ ما بين محاكم أمن  
الدولة الجزئية ومحاكم أمن الدولة العليا. فمحاكم أمن الدولة الجزئية  
تختص بالجرائم التي يعاقب عليها بالحبس والغرامة أو بإحدى هاتين  
العقوبتين. وتشكل بالمحكمة الابتدائية من أحد قضاة المحكمة.

أما بالنسبة لمحاكم أمن الدولة العليا، فتشكل من ثلاثة قضاة،  
وتختص بالفصل في الجرائم التي يعاقب عليها بعقوبة الجناية وبالجرائم  
التي يعينها رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه أيا كانت العقوبة المقررة  
لها. ويقوم بمباشرة الدعوى أمام محاكم أمن الدولة عضو من أعضاء

(٧٤) يذهب البعض إلى أن المحاكم المشار إليها في المادة ١٧١ هي محاكم أمن الدولة  
العادية التي تم إلغاؤها في عام ٢٠٠٣. ووفقا لهذا التفسير، فإن محاكم أمن  
الدولة طوارئ ليس لها أساس دستوري. ولكن في نفس الوقت، نص الدستور  
جاء علما ويمكن القول أنه ينطبق علي جميع محاكم أمن الدولة.

## النيابة العامة.

ويجوز استثناء - طبقا للمادة السابعة - لرئيس الجمهورية أن يأمر بتشكيل دائرة أمن الدولة الجزئية من قاض واثنين من ضباط القوات المسلحة من رتبة نقيب أو ما يعادلها على الأقل، ويتشكيل دائرة أمن الدولة العليا من ثلاثة مستشارين ومن ضابطين من الضباط القادة. ويعين رئيس الجمهورية أعضاء محاكم أمن الدولة بعد أخذ رأي وزير الدفاع بالنسبة للقضاة والمستشارين، ورأي وزير الحربية بالنسبة إلى الضباط.

ويبدو أن رئيس الجمهورية لا يستعمل حقه في تعيين ضباط بتلك المحاكم<sup>(٧٥)</sup>. وتنص المادة ١٢ علي أن أحكام تلك المحاكم لا تقبل الطعن، وهو ما يمثل انتهاكا للحق في التقاضي علي درجتين. كما تنص نفس المادة علي ألا تكون هذه الأحكام نهائية إلا بعد التصديق عليها من رئيس الجمهورية.

## ٢ - اختصاصاتها

لتلك المحاكم اختصاصان أساسيان:

من ناحية، تفصل محاكم أمن الدولة - طبقا للمادة السابعة - في الجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام الأوامر<sup>(٧٦)</sup> التي يصدرها رئيس الجمهورية أو من يحل محله، وهي الأوامر التي تصدر تطبيقا للمادة ٣ من قانون سنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارئ.

ومن ناحية أخرى، تختص تلك المحاكم - طبقا للمادة التاسعة - بالفصل في الجرائم التي يعاقب عليها القانون العام والتي يحيلها إليها رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه. بمقتضى هذه المادة، يستطيع رئيس

---

(٧٥) محمد نور فرحات و علي الصادق، تقرير حول النظام القضائي في مصر في "وضع القضاء في الوطن العربي" ٢٠٠٧، ص ٦٠٨. هذا التقرير الكامل والمتعمق في استقلال وفاقية النظام القضائي المصري تم إعداده في إطار بحث مقارنة بين عدة دول عربية قام به المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة ويمكن تحميل هذا التقرير من الرابط التالي:

[http://www.arabruleoflaw.org/publicationsLsting\\_ar.aspx?categoryID=1&postingID=311](http://www.arabruleoflaw.org/publicationsLsting_ar.aspx?categoryID=1&postingID=311)

(٧٦) وقد تكون تلك الأوامر شفهية وفقا للمادة ٣.

الجمهورية أن يقيد ولاية المحاكم العادية بإحالتها جرائم معينة لمحاكم أمن الدولة.

ولرئيس الجمهورية سلطات واسعة بخصوص مختلف إجراءات المحاكمة. وتعتبر تلك السلطات انتهاكا لاستقلال محاكم أمن الدولة، التي هي أصلا اعتداء على استقلال القضاء. نفس الملاحظات تنطبق على المحاكم العسكرية عندما تحاكم غير العسكريين.

### ب- المحاكم العسكرية

مثلها مثل محاكم أمن الدولة، فإن المحاكم العسكرية لها أساس دستوري حيث تنص المادة ١٨٣ من الدستور على أن ينظم القانون القضاء العسكري ويحدد اختصاصاته وفقا للمبادئ المنصوص عليها في الدستور. وينظم القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ القضاء العسكري، وقد تم تعديل هذا القانون بالقانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٧. تنص المادة الأولى من القانون - طبقا للتعديل الأخير - على أن القضاء العسكري جهة قضائية مستقلة وعلى أن تقوم على شأن القضاء العسكري هيئة تتبع وزارة الدفاع. وتنص المادة الثالثة - طبقا للتعديل الأخير - على استقلال القضاة العسكريين. وبشكل عام، حاولت التعديلات الأخيرة تقريب جهة القضاء العسكري من القضاء العادي. ويعتبر الاختصاص الأساسي للمحاكم العسكرية هو النظر في الجرائم التي يقوم بها العسكريون، وهو ما لا تختلف فيه مصر عن معظم الدول الأخرى. ولكن ما تتميز به مصر، هو إمكانية محاكمة المدنيين أمام تلك المحاكم التي لا تتمتع بضمانات الاستقلال التي تتمتع بها المحاكم العادية. ويكفيها النظر إلى تكوين واختصاصات المحاكم العسكرية للتأكد من عدم استقلالها.

### ١- تشكيلها

خلافًا لمحاكم أمن الدولة، تتشكل المحاكم العسكرية بأكملها من القضاة العسكريين. فطبقًا للمادة ٤٣، "المحاكم العسكرية هي:

١- المحكمة العليا للطعون العسكرية.

٢- المحكمة العسكرية العليا.

٣- المحكمة العسكرية المركزية لها سلطة العليا.

٤- المحكمة العسكرية المركزية.

وتختص كل منها دون غيرها بنظر الدعاوى التي ترفع إليها طبقاً للقانون".

نجد أن دور المحكمة العليا للطعون العسكرية - التي مقرها القاهرة - بالنسبة للمحاكم العسكرية يشبه دور محكمة النقض بالنسبة للمحاكم العادية. وتؤلف هذه المحكمة - طبقاً للمادة ٤٣ مكرراً - من رئيس هيئة القضاة العسكري وعدد كاف من نوابه ومن القضاة العسكريين برتبة عقيد على الأقل، وتتكون من عدة دوائر يرأسها رئيس المحكمة أو أحد نوابه برتبة عميد على الأقل. وتصدر أحكامها من خمسة قضاة عسكريين. أما بالنسبة للمحكمة العسكرية العليا، فإنها تشكل - وفقاً للمادة ٤٤ - من ثلاثة ضباط قضاة برئاسة أقدمهم على الأقل رتبته في جميع الأحوال عن مقدم وممثل للنيابة العسكرية.

وتشكل المحكمة العسكرية المركزية لها سلطة العليا - وفقاً للمادة ٤٥ - من قاض منفرد لا تقل رتبته عن مقدم وممثل للنيابة العسكرية. وتشكل المحكمة العسكرية المركزية - وفقاً للمادة ٤٦ - من قاض منفرد لا تقل رتبته عن نقيب وممثل للنيابة العسكرية.

ويجوز - طبقاً للمادة ٤٧ - في الأحوال الخاصة بتشكيل المحكمة العسكرية العليا من خمسة ضباط، وتشكيل المحكمة العسكرية المركزية لها سلطة العليا والمحكمة المركزية من ثلاثة ضباط. ويكون ذلك بقرار من الضابط الأمر بالإحالة.

ويصدر بتعيين القضاة العسكريين قرار من وزير الدفاع بناء على اقتراح مدير القضاة العسكري (المادة ٥٤). وإلى وقت قريب، لم يشترط القانون أية شهادة قانونية للعمل كقاض في محكمة عسكرية، ولكنه جرى العمل - طبقاً لبعض المراقبين<sup>(٧٧)</sup> - على أن يكون اختيار القضاة العسكريين من الدارسين للقانون. وقد نص التعديل الأخير للمادة الثالثة في

(٧٧) نتالي برنار موجيرو في المقال السابق ذكره عن المحاكم الاستثنائية، ص

٢٠٠٧ علي أن يتوافر في القضاة العسكريين الشروط الواردة في المادة ٣٨ من قانون السلطة القضائية الصادر بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢، وهذه المادة تستلزم الحصول على الإجازة في الحقوق.

## ٢- الاختصاصات

بالنسبة لمسألة اختصاص المحاكم العسكرية، يجب التفرقة بين المحكمة العليا للطعون العسكرية وباقي المحاكم العسكرية.

وفقا للمادة ٤٣ مكرراً، تختص المحكمة العليا للطعون العسكرية دون غيرها بنظر الطعون المقدمة من النيابة العسكرية أو من المحكوم عليه في الأحكام النهائية التي تصدرها كافة المحاكم العسكرية في جرائم القانون العام على العسكريين أو المدنيين. وتسرى على هذه الطعون القواعد والإجراءات الخاصة بالطعن بالنقض في المواد الجنائية المنصوص عليها في القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ في شأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض، وذلك فيما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون وتكون أحكامها باتة دون حاجة لأي إجراء. كما تختص هذه المحكمة دون غيرها بنظر طلبات إعادة النظر التي تقدم في أحكام المحاكم العسكرية الصادرة في جرائم القانون العام وذلك طبقاً للقواعد والإجراءات الخاصة بطلب إعادة النظر المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجنائية.

بالنسبة لباقي المحاكم العسكرية، يجب التفرقة بين ثلاثة أنواع من الاختصاص: بصفة عامة، معايير الاختصاص ذاتية حيث تتعلق بشخص المتهم بالجريمة أو المجني عليه.

فالمحاكم العسكرية مختصة بنظر الجرائم التي يرتكبها الأشخاص الخاضعون للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦، حيث تنص المادة السابعة من القانون علي أن "تسرى أحكام هذا القانون أيضا على ... كافة الجرائم التي ترتكب من أو ضد الأشخاص الخاضعين لأحكامه متى وقعت بسبب تأديتهم أعمال ووظائفهم" و"كافة الجرائم التي ترتكب من الأشخاص الخاضعين لأحكامه إذا لم يكن فيها شريك أو مساهم من غير الخاضعين لأحكام هذا القانون".



وتعدد المادة ٤ الأشخاص الخاضعين لأحكام هذا القانون ومنهم ضباط القوات المسلحة الرئيسية والفرعية والإضافية، وضباط الصف وضباط القوات المسلحة عموماً، وطلبة المدارس ومراكز التدريب المهني والمعاهد والكليات العسكرية، وكل مدني يعمل في وزارة الدفاع أو في خدمة القوات المسلحة على أي وجه كان .

هناك أيضاً معايير موضوعية للاختصاص حيث تنص المادة ٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ علي أن تسري أحكام هذا القانون علي كل من يرتكب الجرائم التي تقع في المعسكرات أو الثكنات أو المؤسسات أو المصانع أو السفن أو الطائرات أو المركبات أو الأماكن أو المحلات التي يشغلها العسكريون لصالح القوات المسلحة أينما وجدت، فضلاً عن

الجرائم التي تقع على معدات ومهمات وأسلحة ونخائر ووثائق وأسرار للقوات المسلحة وكافة متعلقاتها.

ولكن الاختصاص الأكثر إثارة للجدل، هو الاختصاص الذي تقرره المادة السادسة من القانون سالف الذكر. حيث تنص الفقرة الأولى علي أن "تسري أحكام هذا القانون علي الجرائم المنصوص عليها في البابين الأول والثاني من الكتاب الثاني من قانون العقوبات وما يرتبط بها من جرائم، والتي تحال إلى القضاء العسكري بقرار من رئيس الجمهورية". وتنص الفقرة الثانية علي أن "الرئيس الجمهورية متى أعلنت حالة الطوارئ أن يحيل إلى القضاء العسكري أي من الجرائم التي يعاقب عليها قانون العقوبات أو أي قانون آخر".

وتعد الفقرة الثانية أكثر عمومية وأكثر تحديداً من الفقرة الأولى في ذات الوقت. تعتبر أكثر تحديداً لأنها لا تتيح لرئيس الجمهورية إحالة المدنيين للمحاكم العسكرية إلا في حالة الطوارئ، بينما تعتبر أكثر عمومية لكونها تنطبق علي كل أنواع الجرائم. فعندما تكون حالة الطوارئ مطبقة، للرئيس أن يختار فيما بين القضاء العادي ومحاكم أمن الدولة والمحاكم العسكرية.

وتتعارض المادة السادسة مع المادة ٦٨ من الدستور المصري

التي تنص علي حق كل مواطن في المثل أمام قاضيه الطبيعي<sup>(٧٨)</sup>. ولكن علي الرغم من وجود هذا النص الدستوري الواضح، فإن مثل المدنيين أمام المحاكم العسكرية يعتبر أمرا متكرر الحدوث، حيث تعرضت جماعة الإخوان المسلمين لذلك مرارا. فقد مثل العديد من أعضاء هذه الجماعة أمام المحاكم العسكرية مؤخرا. ولا يطالب نشطاء حقوق الإنسان في مصر بإلغاء المحاكم العسكرية - حيث تقوم تلك المحاكم بدورها في إقامة العدالة

بين العسكريين - ولكنهم يطالبون بأن يقتصر اختصاص تلك المحاكم علي العسكريين والأ يتم محاكمة المدنيين أمامها.

بالنسبة لمسألة اختصاص المحاكم العسكرية، هناك المادة ٤٨ التي يجب أن نتوقف عندها. تلك المادة تنص علي أن "السلطات القضائية العسكرية هي وحدها التي تقرر ما إذا كان الجرم داخلا في إختصاصها أم لا". فمن الغريب، أن يعهد بمسألة فض تنازع الإختصاص القضائي إلي المحكمة الاستثنائية كما لو كانت هذه المحاكم هي المحاكم العادية.

### ج- محكمة الأحزاب السياسية

ينظم القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧ بشأن الأحزاب السياسية مسألة تأسيس الأحزاب السياسية. تأسيس - أو استمرار - أي حزب سياسي يتطلب استيفاء عدة شروط صعبة التنفيذ<sup>(٧٩)</sup>. وعند استيفاء تلك الشروط يجب تقديم إخطار كتابي إلي رئيس لجنة شئون الأحزاب السياسية لكي تأذن بتأسيس الحزب. تلك اللجنة تتكون من ثلاثة أعضاء في الحزب الحاكم وهم رئيس مجلس الشورى الذي يرأس تلك اللجنة ووزير الداخلية ووزير شئون مجلس الشعب (حاليا وزير الشؤون القانونية والمجالس النيابية) بالإضافة إلي ستة أشخاص يصدر بإختيارهم قرار من رئيس

(٧٨) أيضا تتعارض المادة السادسة من هذا القانون مع المادة الخامسة من مجموعة المبادئ الأساسية المتوقعة باستقلال السلطة القضائية الذي ينص علي "لكل شخص الحق في اللجوء للقضاء العادي وفقا للإجراءات القانونية المتبعة. لا يجب إنشاء محاكم لا تتبع الإجراءات الموضوعية وفقا للقانون لغرض حرمان المحاكم العادية من اختصاصه".

(٧٩) هذه الشروط مذكورة في المادة ٤ من قانون الأحزاب السياسية.

الجمهورية لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد. هؤلاء الستة ينقسمون إلى قسمين: ثلاثة منهم يختارون من بين الرؤساء السابقين للهيئات القضائية أو نوابهم من غير المنتمين إلى أي حزب سياسي، والثلاثة الآخرون يختارون من بين الشخصيات العامة من غير المنتمين إلى أي حزب سياسي.

ونظرا لتشكيل هذه اللجنة، فإن طلب تأسيس الحزب عادة ما يقابل بالاعتراض، خاصة عندما يكون الحزب السياسي المراد تأسيسه جادا وراغبا في العمل بالسياسة. ويكون السبيل الوحيد أمام قرار الرفض - كما تبينه المادة الثامنة من قانون الأحزاب السياسية لسنة ١٩٧٧ المعدل وفقا للقانون رقم ١٧٧ لسنة ٢٠٠٥<sup>(٨٠)</sup> - هو الطعن - خلال الثلاثين يوما التالية لنشر قرار الاعتراض في الجريدة الرسمية - في هذا القرار بالإلغاء أمام الدائرة الأولى للمحكمة الإدارية العليا التي يرأسها رئيس مجلس الدولة وينضم لتشكيلها عدد مماثل من الشخصيات العامة يصدر باختيارهم قرار من وزير العدل بعد موافقة مجلس الهيئات القضائية من الكشوف الخاصة بالشخصيات العامة، الذين يتمتعون بالكفاءة وحسن السمعة ولا تقل أعمارهم عن أربعين عاما ومن غير أعضاء السلطة التشريعية.

من الخطأ اعتبار هذه المحكمة محكمة عادية، فالمحكمة التي يدخل في تشكيلها غير القضاة هي محكمة استثنائية. لذلك، عرفت هذه المحكمة بمحكمة الأحزاب السياسية. وفقا للمادة ١٧ من قانون الأحزاب السياسية، تختص المحكمة أيضا بالفصل في طلب حل الحزب الذي يقدمه إليها رئيس لجنة شئون الأحزاب السياسية.

ويصعب علينا فهم السبب الذي يجعل قضاة مجلس الدولة غير قادرين علي أن يطبقوا وحدهم قانون الأحزاب، فما هي الضرورة التي تستدعي ضم شخصيات عامة لمحكمة الأحزاب؟ من الواضح، أن الغرض من التكوين غير القضائي لهذه المحكمة هو إخراج بعض القرارات الإدارية المهمة من نطاق الرقابة الكاملة للقضاء.

(٨٠) لاحظ أحد الكتاب أن التشكيل القضائي الكامل قد يؤدي إلى إنشاء أحزاب غير مرغوب فيها من قبل السلطة التنفيذية. لذلك، تم إدخال الشخصيات العامة في تشكيل المحكمة. انظر مقال حافظ أبو سعدة السابق ذكره، ص ٢٦٠.

## ثانياً: تجنب القضاة المستقلين أو المد الدائم لسن تقاعد القضاة

القضاة من الموظفين العموميين، لذلك ينطبق عليهم سن التقاعد المعمول به في الوظائف العامة، أي ستين عاماً. لكن تم مد سن التقاعد للقضاة عدة مرات. وفي ٢٠٠٧، تم رفع سن تقاعد القضاة من ٦٨ إلى ٧٠ سنة. لتفسير الرفع المتكرر لسن التقاعد المتقدم أصلاً، ذهبت الحكومة للقول بأن هناك حاجة للقضاة من ذوي الخبرة وأن عدم الاستفادة من هذه الخبرات - رغم حاجة القضاء إليها - سوف يعود بالضرر علي القضاء. وليس مؤكداً أن هذا السبب المعلن هو السبب الحقيقي لرفع سن التقاعد. فمن الصعب أن نصدق أن الحكومة - التي أصدرت قانوناً يحظر علي أساتذة الجامعات التدريس بعد سن الستين - تسعى لأن يبقى القضاة في أعمالهم حتي سن السبعين، فالتناقض بين الموقفين واضح.

علة مد سن تقاعد القضاة تكمن ربما في رغبة السلطة التنفيذية في الاحتفاظ ببعض شيوخ القضاة علي قمة المحاكم العليا، وبالتالي تجنب وصول قضاة آخرين إليها قد لا ترضي عنهم السلطة التنفيذية. وقد رفض نادي القضاة هذه السن المرتفعة حيث يصعب القيام بمهام القاضي بصورة مرضية في هذه السن المتقدمة. وقد نادي النادي بأن من يرد العمل بعد سن الستين فعليه أن يبتعد عن الوظائف الإدارية. فإذا كان السبب الرئيسي لمد السن هو الاستفادة من خبرة القضاة، فهؤلاء عليهم أن يتفرغوا لرئاسة الجلسات وكتابة الأحكام حتي تتم الاستفادة بخبرتهم ويتم نقلها إلي القضاة الأصغر سناً.

وهذه السن المرتفعة أدت إلي انعدام المساواة بين القضاة الذين بلغوا الستين عاماً وبين من لم يبلغوا الستين. وقد أوضح أحد القضاة - عن حق - إنه منذ بلغ سن الستين فإنه يحصل علي نصف الراتب حيث يحق له الحصول علي مبلغ المعاش الذي اقتطع من راتبه ولكنه لا يحصل علي هذا المبلغ. ولحل هذه المشكلة سمح القانون رقم ١٨٣ لسنة ٢٠٠٨ للقضاة بالجمع بين راتبهم ومعاشهم بين سن الستين وحتى سن السبعين، وهذه ميزة لا يتمتع بها سوي القضاة.

## الفصل الثالث مشكلة معايير اختيار القضاة

النظام القضائي المستقل والفعال يحتاج إلي تعيين أفضل العناصر به. ولهذا، لا يجب أن تقوم معايير الاختيار بإقصاء فئة من المواطنين تستطيع أن تضيف إلي السلطة القضائية المصرية. وقد نصت المادة ١٠ من مجموعة المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية علي أنه "يجب أن يكون الأشخاص الذين يُختارون لشغل مناصب قضائية أشخاصاً يتسمون بالنزاهة والقدرة ولديهم الخبرة أو المؤهلات المناسبة في القانون. يجب أن تضمن أية طريقة لاختيار القضاة بغية تعيينهم في مناصبهم عدم تعيين القضاة بدوافع غير مشروعة. وعند اختيار القضاة لتعيينهم في تلك المنصب، لا يُمارس التمييز ضد أي شخص بسبب العرق أو اللون أو نوع الجنس أو الدين أو الرأي السياسي أو أي رأي آخر أو بسبب الأصل القومي أو الاجتماعي أو بناءً علي ما لديه من ملك أو علي مكان ميلاده أو مكانته. ولا يُعتبر تمييزاً شرط أن يكون المرشح لمنصب قضائي مواطناً من مواطني البلد المعني."

ولكن في مصر هناك نوعان من التمييز عند اختيار القضاة. هناك تمييز سلبي ضد المرأة وضد ذوي المهن القانونية، وهناك تمييز إيجابي لصالح أبناء القضاة.

### المبحث الأول

#### المعايير التي تتطوي علي تمييز نحو قبول تولي المرأة القضاء؟

مسألة إبعاد المرأة عن منصة القضاء فيها شقان. فمن ناحية، يندرج هذا الأمر تحت باب التمييز الواقعي ضد المرأة. ومن ناحية أخرى، تشكل مسألة إبعاد المرأة عقبة أمام تطوير وتحسين النظام القضائي المصري. فعندما تمنع المرأة المتفوقة من تولي القضاء يؤدي برجل أقل منها كفاءة لكي يشغل المكان الذي لا تستطيع شغله، وبذلك يحرم النظام القضائي نفسه من الكفاءات التي يحتاج إليها.

منذ نشأة النظام القضائي المصري وحتى عام ٢٠٠٧، لم تعين

المرأة في القضاء رغم عدم تعارض ذلك الأمر مع النصوص القانونية. وهذا يدفعنا نحو التفكير في الأسباب الحقيقية وراء هذا الرفض. وقد وضعت بعض الأحداث الراهنة مسألة تعيين المرأة في القضاء في قلب الأحداث السياسية والقانونية في مصر.

### أولاً: القانون يجيز تعيين المرأة في القضاء

تقرر المادة ٤٠ من الدستور المصري - والتي كثيراً ما يشار إليها ولكن قلما تطبق - مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، كما أن مصر طرف في اتفاقية إزالة كافة أشكال التمييز ضد المرأة (السيداو) والتي صدقت عليها مصر بموجب القرار الرئاسي رقم ٤٣٤ لسنة ١٩٨١، فصار لها في مصر قوة القانون طبقاً للمادة ١٥١ من الدستور.

ولا يشترط قانون السلطة القضائية أو قانون مجلس الدولة أن يكون من يشغل مهنة القاضي ذكراً. وقد أوضحت المحكمة الدستورية العليا أن لفظ "مصري" وهو أحد شروط تولي منصب القضاء ينطبق على المصريين والمصريين. يبين لنا مما تقدم أن تولي المرأة للقضاء في مصر لا يحتاج تعديل القانون بقدر ما يحتاج أن يطبق تطبيقاً صحيحاً.

رغم وجود هذه النصوص التي تسمح - أو على الأقل لا تمنع - تولي المرأة مناصب قضائية<sup>(٨١)</sup>، فإن ما يجري عليه العمل خالف تلك النصوص.

ثانياً: الممارسات الراضية لتولي المرأة مناصب القضاء: نحو تطور جديد؟

(٨١) على الرغم من وجود هذه النصوص، فقد حاول بعض مستشاري مجلس الدولة أن يثبتوا أن قانون مجلس الدولة لا يسمح بتولي المرأة منصب القضاء بناء على حجج نصية غير مقنعة. على سبيل المثال، تم الاحتجاج بالمادة ٧٣. وفقاً لهذا النص، يشترط فيمن يعين في مجلس الدولة ألا يكون متزوجاً بأجنبية. ولفظ أجنبية جاء بصيغة المؤنث فقط وهو ما اعتبره البعض دليلاً على أن المشرع لا يجيز أن تتولي المرأة القضاء (جدير بالذكر أن هذا النص لم يعد جزءاً من النظام القانوني المصري حيث قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستوريته في ١٩٩٠. على الرغم من ذلك، فإن بعض القضاة لا يستشعرون حرجاً في الاستدلال بهذا النص الذي لم يعد موجوداً لتوضيح أنه لا سبيل لتعيين المرأة في ظل البنية التشريعية القائمة.)

## أ- الممارسات غير الدستورية

حتى وقت قريب، لم تتول المرأة مناصب القضاء حيث حاولت بعض السيدات دخول الهيئات القضائية، لكن محاولتهن باءت بالفشل. ولكن لا يجب أخذ هذا القول على إطلاقه. فقد شغلت المرأة منذ وقت طويل أعلى المناصب في النيابة الإدارية وهيئة قضايا الدولة. ولكن على الرغم من اعتبار تلك الجهات -على سبيل الخطأ فيما نعتقد - هيئات قضائية، فإن الواقع أن أعضاء النيابة الإدارية وهيئة قضايا الدولة ليسوا بقضاة.

## ب- التطورات الأخيرة

في عام ٢٠٠٣، تم تعيين تهاني الجبالي في المحكمة الدستورية العليا لتصبح أول قاضية في تاريخ مصر الحديث بموجب القرار الرئاسي رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٣. ولم تعين أية قاضية أخرى إلا في عام ٢٠٠٧. فطعي غير المتوقع، تم تعيين ثلاثين قاضية بموجب القرار الرئاسي رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٧ بعد أن تم اختيارهن من بين ١٢٤ عضوة من النيابة الإدارية اللاتي تقدمن لهذا المنصب، كما تم تعيين ١٢ قاضية بعد ذلك ليصبح عدد القاضيات في مصر (٨٢) ٢ (٨٣). مؤخرا، دارت مناقشات في مجلس الدولة لفتح باب التعيين للقاضيات. وفي إعلان بتاريخ ٢٨ أغسطس ٢٠٠٩، فتح مجلس الدولة باب التقدم للالتحاق بالمجلس لخريجي كليات الحقوق الجدد من الجنسين. وعلى ما يبدو، فقد أثار هذا الإعلان حفيظة قضاة المجلس الذين اجتمعوا في جمعية عمومية لإبداء رأيهم في مسألة تعيين المرأة في القضاء (٨٤). وكما هو متوقع - على الأقل بالنسبة لمن هم على دراية

(٨٢) هذا بالإضافة إلى المستشارة تهاني الجبالي.

(٨٣) لمزيد من التفاصيل انظر فتوح الشاذلي، الحقوق الإنسانية للمرأة بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص ٩٨ وما يليها.

(٨٤) في هذا الصدد، نأسف لتقيام الجمعية العمومية بالانعقاد للتصويت على مسألة إمكانية تعيين المرأة في حين أن هناك مسائل أخرى كانت تستاهل مواقف جماعية حاسمة مثل مسألة التساهل في شروط التعيين بالنسبة لأبناء القضاة. كما أنه من المؤسف أن تخضع الحقوق الأساسية المنصوص عليها في الدستور للتصويت من قبل أشخاص - مع كامل تقديرنا لهم - هم المنوط بهم حماية الحقوق الأساسية حين يعتدي عليها من الدولة. ولكن البعض طالب بوضع تصويت الجمعية في سبيله. فتعقد الجمعية العمومية

بالوسط القضائي المصري - فقد اعترضت أغلبية عريضة بلغت ٨٧٪ علي تعيين المرأة في مجلس الدولة. وقد أثار هذا القرار ردود أفعال عديدة، حيث تظاهرت بعض منظمات حقوق الإنسان المدافعة عن حقوق المرأة أمام مجلس الدولة واصفة هذا اليوم "باليوم الأسود في تاريخ العدالة المصرية".

وقد جاء رد الفعل الرسمي من قبل رئيس الوزراء المصري الذي طلب من المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص قانون مجلس الدولة لمعرفة ما إذا كان لفظ "مصري" المشار إليه في المادة ٧٣ كشرط لتعيين القضاة في المجلس، يقصد به المصريون فقط أم المصريون والمصريات. كما تساءل في ذات الوقت عما إذا كان الجهاز المختص بتعيين القضاة هو المجلس الخاص أم الجمعية العمومية لمجلس الدولة. وقد قامت المحكمة الدستورية العليا بإصدار قرارها بتاريخ ١٤ مارس ٢٠١٠، فسرت فيه تلك المادة وأكدت فيه ضمنا حق المرأة في العمل كقاضية في مجلس الدولة، كما اعتبرت أن المجلس الخاص هو الجهاز المنوط به تعيين القضاة. وفي حين اعتبر البعض هذا الحكم انتصارا للمرأة، فقد قلل قضاة المجلس من أهميته<sup>(٨٥)</sup>.

وسوف نقوم فيما يلي بدراسة دلالات الأزمة التي أدي إليها هذا التصويت. لكن قبل الخوض في أسباب هذه الأزمة، نود أن نشير إلي إبداء بعض المراقبين أسفهم علي كون هذا التقدم في حقوق المرأة قد جاء بمبادرة من السلطة التنفيذية وليس من القضاة الإصلاحيين الذين يعترض

---

ونتيجة التصويت ما هي إلا رد فعل علي قيام المجلس الخاص بفتح باب التعيين أمام المرأة دون الرجوع للجمعية العمومية وهي الجهة الأكثر ديمقراطية. وبهذا يكون هذا التصويت ليس تصويتا معارضا لحق المرأة في التعيين ولكن ضد تعيين المرأة دون التشاور مع الجمعية العمومية للمجلس، رفض القضاة إذا ليس موجها ضد المرأة بقدر ما هو موجه ضد فرض قرار لم يوافقوا عليه. وبأسف بعض القضاة من عدم إظهار وسائل الإعلام لهذا الجانب من المسألة. وعلني أي حال، رغم تفهمنا لشعور القضاة، فإننا لا نتفق مع رد فعلهم، فلا يجب أن يأتي النضال من أجل استقلال القضاء علي حساب حق المرأة في التعيين، فلا تتلخص بين الاثنين.

(٨٥) جريدة الشروق ١٥ مارس ٢٠١٠

<http://www.shorouknews.com/ContentData.aspx?id=193462>.



بعضهم علي تعيين المرأة كقاضية. فبالنسبة لبعض المراقبين<sup>(٨٦)</sup>، قد يؤدي الصراع الدائر بين السلطة والقضاة إلي أن " تصبح المرأة المستفيد الأكبر من الصراع بين السلطة ونادي القضاة، حيث قد يكون تعيين المرأة في القضاء جاء من قبيل الكيد ضد القضاة الذين اعترضوا علي هذا التعيين".

### ج- أسباب رفض القضاة والمجتمع لتعيين المرأة قاضية

هناك عدة أسباب تم ذكرها لتبرير رفض القضاة والمجتمع المصري لتعيين المرأة قاضية. هناك الحجة الدينية، حيث يعتبر البعض تعيين المرأة قاضية مخالفا للشريعة الإسلامية. ولكن هذا الرأي مختلف فيه. فهناك بعض الفقهاء<sup>(٨٧)</sup> الذين لا يرون غضاضة في تعيين المرأة قاضية استنادا إلي وقائع تاريخية وإلي عدم مخالفة ذلك لأي من النصوص الإسلامية<sup>(٨٨)</sup>. كما لا يتفق هذا التفسير مع ممارسات كثير من الدول<sup>(٨٩)</sup> التي يدين أغلب سكانها بالإسلام والتي تعمل فيها المرأة كقاضية. وعلي الرغم مما سبق ذكره، يرفض بعض القضاة تعيين المرأة في القضاء ويستندون إلي حجج دينية. أما في المجتمع المصري، فإن هذه الحجة هي الحجة السائدة وهي أكثر ما يحتج به لتبرير استحالة تعيين المرأة كقاضية.

وهناك التبرير النفسي والذي يري في المرأة كائنًا حساسا لا يقدر علي الفصل في القضايا الجنائية. أما في مسائل الأحوال الشخصية، فإن المرأة ستكون غير محايدة لأنها ستميل حتما إلي جانب المرأة. وهذا الرأي منتشر في المجتمع المصري. وبالنسبة لبعض القضاة، فإن تعيين المرأة في القضاء قد يكون وسيلة من وسائل السلطة التنفيذية في تجنب الأحكام التي قد لا تكون في مصلحتها، وذلك لأن طبيعة المرأة المتحفظة تجعلها تفضل تجنب الصدام مع السلطة التنفيذية، وبالتالي فسوف تصدر القاضيات أحكاما أكثر تساهلا مع الحكومة.

(٨٦) نقالي برنار موجيرون، "نحو استقلال أكبر للسلطة القضائية في مصر" المجلة الدولية للقانون المقارن، 2007 ص ١٠٤.

(٨٧) مثل شيخ الأزهر محمد سيد طنطاوي الذي وافقه المنية في مارس ٢٠١٠

(٨٨) مثل فقهاء المذهب الحنفي الذي اقتصروا بهذا الرأي منذ أكثر من ألف عام.

(٨٩) كما هو الحال في تونس والجزائر واليمن والسودان وليبيا وباكستان وإيران وجيبوتي والإمارات العربية المتحدة.

كما أن هناك التبرير المحافظ وهو في رأينا علي قدر كبير من الأهمية. ولهذا التبرير شقان: أحدهما موضوعي والآخر شكلي. من ناحية، فإن الطابع المحافظ للمجتمع المصري - والذي يعتبر القضاة جزءا منه - يمنع أن تمارس المرأة دورا في المجتمع حيث يقتصر دورها علي تربية الأبناء والاهتمام ببيت الزوجية. من ناحية أخرى، فإن كون المرء محافظا يعني رفضه التغيير أو مقاومته إذا لزم الأمر. ويعتبر المجتمع المصري نموذجا للمجتمع المحافظ المتبدل الذي يشهد منذ حوالي ثلاثين عاما مرحلة لا مثيل لها من الركود والجمود - وإن كان يري فيها البعض نوعا من الاستقرار - بحيث تبوء معظم محاولات التغيير بالفشل.

وبجانب هذه التبريرات "الثقافية"، هناك حجج - إلي حد ما - موضوعية. حيث ينتقد البعض عدم خضوع المرأة لذات إجراءات التعيين التي يخضع لها الرجل، حيث لم تتبع إجراءات التعيين المعتادة عند تعيين الـ ٤٢ امرأة في القضاء، حيث تم تعيينهن كقاضيات مباشرة علي الرغم من أن الرجل يعين في النيابة العامة أولا قبل أن يجلس علي منصة القضاء<sup>(٩٠)</sup>.

البعض أضاف أن القاضيات يعملن فقط في القاهرة والإسكندرية (لرفضهن أو عدم استطاعتهن العمل في الأماكن النائية)، تاركات للرجال العمل في المحافظات البعيدة عن محال إقامتهم. وإذا ما استمرت ظاهرة "التمييز الإيجابي" تلك مع زيادة أعداد المرأة في القضاء، فسوف يتحتم علي الرجال العمل في المحافظات البعيدة فقط. كما يلاحظ البعض أن ظروف العمل أصعب من أن تتحملها المرأة حيث أن استراحات القضاة غير ملائمة للمرأة وساعات العمل متأخرة بسبب المداولات. فبعض القضاة يري أنه من حق المرأة أن تصبح القاضية لكن الظروف لا تسمح بذلك، وبالتالي فإن سبب رفض المرأة كقاضية لا يستند إلي مانع ديني أو قانوني، ولكن لاعتبارات الملائمة، وهذا هو الرأي الرسمي لعدد من القضاة.

---

(٩٠) من الممكن أن تكون السلطة السياسية قد رأت أن ظروف العمل في النيابة العامة صعبة وأنه من الأفضل تجنب تلك الخطوة في بداية الأمر.

## د- أزمة مجلس الدولة: الأسباب والحلول

يرفض الجمعية العمومية تعيين المرأة قاضية في مجلس الدولة، نشأت أزمة تعكس - في رأينا - الكثير من الحقائق عن المجتمع المصري. ولذلك، فمن المهم دراسة نتيجة تصويت الجمعية العمومية لمجلس الدولة، لمحاولة تحديد أسباب هذه النتيجة وطرق الخروج من الأزمة الراهنة.

### ١- الأسباب العميقة للأزمة

في رأينا، يوجد سببان أساسيان<sup>(٩١)</sup> جديران بالتحليل لفهم دوافع تصويت قضاة مجلس الدولة.

### - الأزمة من منظور حقوق المرأة

يمثل القضاة جزءا من مجتمع محافظ مترهل يخشى التغيير. في ظل هذا المناخ المتخلف، فإن رفض أي تطور - حتى لو كان إيجابيا - لا يعتبر مفاجأة. بالإضافة إلى ذلك، فإن قضية حقوق المرأة يتم النظر إليها بكثير من الريبة، ربما لكون السلطة السياسية - علي أعلي مستوياتها - تهتم بها عن قرب. وقد أدي اهتمام السلطة السياسية بحقوق المرأة إلى الإضرار بهذه القضية وذلك لسببين:

الأول: هو أن الدفاع عن حقوق المرأة والتقدم في هذا المجال شكلي إلي حد كبير، ولا يخص إلا فئة محدودة من النساء وعدد محدد من الحقوق. فماذا عن حقوق العاملات والفلاحات؟ وماذا عن حق المرأة في انتخابات نزيهة ونظام تعليمي ونظام صحي فعال والحق في السلامة الجسدية والنفسية؟

توجد في مصر نساء كثيرات غير مكرثات بالرأي الذي أبداه قضاة مجلس الدولة، وذلك لاعتقادهم بأنهن يحتجن لحقوق أساسية أكثر من حق التعيين في القضاء، ولعلمهن أيضا أنه حتي في حالة الحصول علي هذا الحق فهناك تمييز من نوع آخر في انتظارهن وهو التمييز علي أساس طبقي اجتماعي.

---

(٩١) لن يتم التطرق للجوانب القانونية هنا حيث سبق القول بأن النصوص القانونية لا تمنع تعيين المرأة في القضاء. فلا تعد الحجج القانونية لمن يعترضون علي تعيين المرأة سوي تبريرات تخفي الأسباب الحقيقية للرفض.

الثاني: هو كون قضية حقوق المرأة قد تضررت بسبب تشوه الحياة السياسية في مصر. فهناك تقدم بلا شك في حقوق المرأة، لكن هذا التقدم لم يتم في أفضل الظروف. علي سبيل المثال، فعندما أقر قانون الخلع (وهو السبيل القانوني الذي يسمح للمرأة بأن تنهي العلاقة الزوجية)، أقر من خلال مجلس شعب أعلنت المحكمة الدستورية العليا فيما بعد بطلان تكوينه. وعندما تم استحداث نظام الكوتا للمرأة في البرلمان، تم ذلك عن طريق التعديلات الدستورية لعام ٢٠٠٧ والتي أجري الاستفتاء الشعبي عليها دون إشراف قضائي. ونظام الكوتا جزء من التعديلات الدستورية التي أدخلت قانون مكافحة الإرهاب في البنية الدستورية وألغت الإشراف القضائي علي الانتخابات. فربما تكون قضية حقوق المرأة قد تلوثت بهذه

التعديلات سيئة السمعة. كما أن تعيين ٤٢ قاضية دون أن يسبقه أو حتي يصاحبه أي نقاش أو حوار مجتمعي لم يكن موقفا سديدا.

خلاصة القول هو أن قضية حقوق المرأة تقدمت إلي الأمام بعض الشيء، ولكن الوسيلة والظروف التي تم خلالها هذا التقدم استفزت الكثير من المواطنين وجعلتهم في موقف الرفض لكل ما يطرح بخصوص تعزيز حقوق المرأة.

لا شك أن القوانين مهمة - بل ضرورية - لكل تقدم، لكن يجب أن تسبقها وتصاحبها نقاشات مجتمعية وزيادة للتوعية بالمشاكل التي يراد حلها بالقانون. فالسلطة التنفيذية - بعد أن فرضت تلك القوانين دون مناقشة - قد أسهمت في إحراز تقدم في مجال حقوق المرأة ولكن هذا أدى إلي خلق نوع من المقاومة والرفض من قبل المجتمع المصري لكل تقدم قد يطرح في المستقبل. لذلك، نري أنه من الظلم أن يحمل القضاة وحدهم مسئولية أزمة رفض تولي المرأة القضاء، فالسلطة التنفيذية أيضا مسئولة عن هذا الأمر وربما تكون المسئول الرئيسي عنه.

- الأزمة من منظور استقلال القضاء

يري بعض القضاة في رغبة السلطة السياسية تولي المرأة المناصب القضائية انتهاكا لاستقلال القضاء. ورغم عدم اتفاقنا مع هذا

التصور، فعلياً أن نتتبع منطق هؤلاء القضاة حتى نفهم موقفهم.

في الواقع، فإن بعض القضاة لم يستسيغوا محاولات إدخال المرأة القضاء دون أخذ رأيهم، وهو ما يحسبونه اعتداء على استقلالهم<sup>(٩١)</sup>. ونرى أنه - لفهم وجهة النظر هذه - يجب وضعها في سياقها. فمن ناحية، ذكرنا فيما سبق أن مسألة حقوق المرأة تقابل بنوع من الاعتراض في مصر. ومن ناحية أخرى، فهناك تذرر في الوسط القضائي من السلطة السياسية التي ترفض الكثير من مطالبهم الساعية للاستقلال وتماطل في تنفيذ بعض الأحكام القضائية وبخاصة أحكام مجلس الدولة.

وفي هذه الظروف، من الممكن اعتبار موقف قضاة مجلس الدولة ضد تعيين المرأة في القضاء كحلقة من مسلسل الصراع مع السلطة السياسية. بالطبع، من حق ناشطي حقوق الإنسان أن يفضوا ويحتجوا، وإنه ليؤسفنا أن تصبح المرأة ضحية الصراع بين القضاة والسلطة السياسية، ولكن لا يجب أن ننسى وضع هذه الأزمة في سياقها العام ولا يمكن أن ننفي أنه بالنسبة للعديد من القضاة، هذه المسألة متعلقة باستقلالهم بالأساس. وهذا ما يفسر أن القضاة الذين قاموا بالموافقة على تعيين المرأة في القضاء في الجمعية العمومية الأولى<sup>(٩٢)</sup> قد انضموا لرأي الأغلبية الراضة لتعيين المرأة في الجمعية العمومية الثانية.

وأياً ما كانت أسباب الأزمة، يجب علينا البحث عن سبل تخطيها.

## ٢- الحلول الممكنة للأزمة

اتضح لنا موقف قضاة مجلس الدولة عندما وضعناه في سياقه. لكن من جانبنا، لا نشارك القضاة فيما انتهوا إليه من عدم التسليم - بوضوح - بحق المرأة في تولي القضاء. ذلك، لأن هذا الموقف لا يتفق والدستور المصري والالتزامات الدولية الملزمة لمصر. ولكن علينا أن نكون حذرين عند رفضنا أو إدانتنا هذا الموقف حتى لا يتحول هذا الرفض

---

(٩٢) ويمكن الرد على هذه الحجة بالقول بأن استقلال القضاة عن السلطة التنفيذية لا يحول دون خضوعهم للدستور والقانون.  
(٩٣) حتى في تصويت الجمعية العمومية الأولى، لم تكن اعتبارات استقلال القضاء غائبة.

إلى أداة في يد السلطة السياسية لتقويض استقلال القضاء<sup>(٩٤)</sup>. كما يجب بالإضافة إلى رفض موقف قضاة مجلس الدولة، نقد السلطة السياسية التي قادتنا إلى هذا الوضع حيث لا تلقي قضايا حقوق المرأة أي قبول شعبي<sup>(٩٥)</sup>. فلا يجب اعتبار مجلس الدولة المسئول عن اندلاع الأزمة الراهنة.

ومنذ الإعلان عن قرار مجلس الدولة وحتى كتابة هذه السطور، فإن ردود أفعال الأطراف المعنية كانت - في أغلبها - انفعالية أكثر منها عقلانية. وربما يجب الانتظار حتى تهدأ النفوس قبل محاولة إقامة حوار ليس فقط مع القضاة ولكن علي المستوى المجتمعي، وليس فقط بخصوص مسألة تعيين قاضيات في مجلس الدولة ولكن فيما يتعلق بمسألة وضع المرأة في المجتمع المصري عامة. وقد يؤدي هذا الحوار - وهو ما نأمل - إلى قرار من قبل أعضاء مجلس الدولة (٩٦) بتعيين قاضيات في المجلس، قرار يوفق بين حقوق المرأة واستقلال القضاء، ويحفظ لمصر سمعتها الدولية.

### المبحث الثاني

#### سوء تطبيق المعايير

#### (نحو شفافية أوسع في التعيين)

### مسألة استقلال السلطة القضائية بالنسبة لذاتها

قد يبدو غريباً أن نطرح مسألة استقلال السلطة القضائية بالنسبة لذاتها حيث من المعتاد دراسة مسألة استقلالها بالنسبة لغيرها، فالتحديات

---

(٩٤) قد يكون من مصلحة السلطة السياسية - وفقاً للبعض - أن يصور القضاة علي أنهم متشددون دينياً ورجعيون فكرياً من أجل أن يبرر المساس باستقلال القضاء. وقد تساعد هذه الأزمة السلطة السياسية في أن تظهر - علي المستويين الدولي والمحلي - بصورة المدافع الأمين عن حقوق المرأة.

(٩٥) لا يمكن اعتبار الرفض الشعبي لحقوق المرأة - لأسباب دينية وثقافية - مسئولية القضاة، فالمسئول الحقيقي عن وجود هذا الرأي العام المحافظ هو من وضع وقاد السياسة الثقافية والإعلامية والدينية والتعليمية في مصر خلال العقود السابقة.

(٩٦) في هذا المعني، انظر فتوح الشاذلي، "الأسباب غير القانونية لرفض تعيين المرأة في مجلس الدولة"، الأهرام ١٩ فبراير ٢٠١٠، ص ١١

تأتي غالبا من الغير مثل السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية. ولكن السلطة القضائية يتعين عليها توخي الحذر من انتهاكاتها الذاتية لاستقلالها. فوجود سلطة قضائية مستقلة عن غيرها من السلطات ولكنها تختار أعضائها بطريقة جائزة أمر يستدعي القلق. في تقديرنا، علي السلطة القضائية المصرية أن تعمل علي تحسين طرق اختيار وتعيين القضاة الجدد.

تتمتع السلطة القضائية في مصر - خاصة إذا ما قورنت بالأجهزة الأخرى في الدولة - بصورة إيجابية، ولكن الرأي العام يأخذ علي القضاء ثلاثة مأخذ رئيسية، وهي بطء إجراءات التقاضي وعدم تنفيذ الأحكام ونقص الشفافية في إجراءات التعيين.

### أولا: المعايير المزوجة بالنسبة لتعيين خريجي الجامعات

كما هو الحال في كثير من المهن في مصر، جري العرف علي أن يرث الأبناء مهنة آبائهم. فليس غريبا أن نري ابن الطبيب يصبح طبيبا أو ابن ضابط الشرطة يصير مثل أبيه. وللأسف، فقد أصابت هذه الآفة المجتمع القضائي حيث "ورث" العديد من أبناء القضاة مهنة آبائهم، وهو ما يمكن اعتباره أمرا عاديا لو كان هؤلاء الأبناء قد حصلوا علي أفضل التقديرات أثناء دراستهم. ولكن ما يمكن ملاحظته، هو أن صلة القرابة قد تكون أهم من التقديرات الدراسية عند التعيين. فالمعيار الموضوعي الوحيد للتعين<sup>(٩٧)</sup> وهو التقدير الحاصل عليه المرشح للعمل القضائي خلال دراسته الجامعية قد يتم التغاضي عنه إذا كان المتقدم ابنا لأحد القضاة.

وسبب هذه المجاملات هي أن معايير التعيين غير واضحة. فلا يوجد امتحان موحد للمتقدمين لشغل الوظيفة القضائية، حيث يقتصر الأمر

---

(٩٧) حاليا يشترط الحصول علي تقدير جيد للقبول في النيابة العامة وتقدير جيد جدا للقبول في مجلس الدولة. قبل تعديلات سنة ٢٠٠٧، كان يكفي الحصول علي تقدير مقبول إذا كان الشخص المتقدم لشغل وظيفة القضاء ابنا لقاض. هذا الاستثناء لم يكن له أساس في القانون، ولكنه كان مبنيا علي عرف يرره البعض بكون ابن القاضي قد تربى في بيئة قضائية وهو ما يعوضه عن التقدير الضعيف الذي حصل عليه.

علي مقابلة<sup>(٩٨)</sup> منها من خمس إلى عشر دقائق وهو ما لا يسمح باختبار حقيقي للمرشحين. ولهذه الممارسات عدة آثار سلبية.

فهي تعتبر مساسا بمبدأ المساواة وتفرقة لا أساس لها بين المواطنين. فالذين لم يتم قبولهم لاقتادهم صلات القرابة أو المعارف اللازمة - رغم حصولهم علي تقديرات دراسية جيدة - قد يصعب عليهم فهم هذا التمييز غير المبرر. بالإضافة إلى ذلك، فإن هذا الأمر يسمح لأشخاص تنقصهم الكفاءة والصفات اللازمة باعلاء منصة القضاء دون وجه حق، وهو ما قد يؤدي إلى عدم قدرتهم علي القيام بمهام هذه المهنة النبيلة علي الوجه الأمثل. ولذلك، فإن كفاءة النظام القضائي ومصالح المتقاضين تتضرر من هذه الممارسات. علاوة علي ذلك، فإن القاضي الذي يفترض فيه الاستقلال والقدرة علي محاربة الفساد قد يجد صعوبة في القيام بذلك إذا كان وصوله لمنصبه عن طريق المجاملة. فحتي وإن كان مستقلا عن السلطة التنفيذية، فإنه قد يظل ممتنا لنظام الوسطة الذي أتى به إلي منصبه، مهيا بدوره للمجاملة.

للأسف، لم تدرج الدعوة لتقويم هذا الاعوجاج علي أجندة أولويات التيار الإصلاحي. وعلي غير المتوقع، فقد جاءت مبادرة الإصلاح من قبل الحكومة من خلال القانون رقم ١٧ لسنة ٢٠٠٧ الذي عدل المادة ٣٨ من قانون السلطة القضائية ليشترط حصول من يشغل منصب معاون النيابة علي تقدير جيد علي الأقل. وقد رأي البعض في هذا التطور المحمود رغبة من السلطة التنفيذية في إضعاف التأييد الذي يحظى به القضاة الإصلاحيون. ذلك، لأن هذه الإجراء قد يعتبر إجراء انتقاميا صدر من الحكومة ليكون إنذارا منها للقضاة المؤيدين للتيار الإصلاحي، مفاده أن المواجهة مع الحكومة قد تتسبب في فقدان القضاة بعض مميزاتهم.

ولا يزال هناك بعض القضاة الذين يجدون صعوبة في تقبل وجود قواعد موضوعية لتنظيم إجراءات التعيين. فقد أبدي الرئيس السابق لنادي قضاة الإسكندرية القاضي إسماعيل البسيوني<sup>(٩٩)</sup> رغبته في تخصيص

(٩٨) هذه المقابلة جماعية وليست فردية وهو ما يقلل من جدتها.

(٩٩) هذا القاضي غير محسوب علي التيار الإصلاحي



"كوتة خاصة لأبناء القضاة في المناصب القضائية في هذه التعيينات، خاصة أن ابن القاضي يعيش في بيئة قضائية ويعرف كيفية التعامل مع الآخرين ويكون لديه حكمة ورزانة"<sup>(١٠٠)</sup>. علي ما يبدو، حدث تحسن مؤخرا فيما يخص المساواة في القبول للوظائف القضائية، بمبادرة حكومية نباركها رغم عدم تقبل غالبية القضاة لها. ونأمل ألا يحدث التفاف على هذه المساواة بتعيين دفعات في وظيفة مساعد نيابة لا يشترط فيها تقدير "جيد" المتطلب قانوناً للتعين في وظيفة معاون نيابة.

هل يجب المطالبة بعقد مسابقة حتى يكون اختيار القضاة علي أسس أكثر موضوعية؟ نحن لا نري ذلك. حتي وإن كان النظام الحالي يعتمد فقط علي التقدير الذي حصل عليه المتقدم أثناء السنوات الدراسية الأربع، فيبدو أنه الخيار الأمثل لعدم تضمنه أي سلطة تقديرية قد تتدخل فيها الأهواء الشخصية. ولهذا، يبدو لنا أن معيار التقدير الجامعي هو الأكثر عدالة ويجب الاحتفاظ به.

#### ثانياً: الامتناع عن تعيين أساتذة القاتون والمحامين في القضاء

هناك مسألتان يجب التطرق إليهما رغم عدم كونهما علي نفس مستوي أهمية موضوع شفافية التعيين. المسألة الأولى تتعلق بالقبول المتزايد لضباط الشرطة في الجهاز القضائي، والمسألة الثانية هي الرفض المستمر لتعيين أساتذة الجامعة والمحامين في القضاء.

فمنذ عدة سنوات، أصبح مجلس القضاء الأعلى يقبل طلبات ضباط الشرطة للالتحاق بالقضاء علي أساس أنهم يتمتعون بخلفية قانونية. ولكن تبقي مشكلتان. الأولى هي عدم التأكد من حصول ضباط الشرطة علي الدراسة القانونية الكافية نظراً لأن دراستهم تركز علي القانون بصورة أقل مما تفعله كليات الحقوق، والثانية هي أن نظام التعليم المتبع في كليات الشرطة مبني علي الطاعة وتنفيذ الأوامر، وهذا مما لا يتفق مع روح الحرية والاستقلال التي يجب أن تتوافر في شخص القاضي. وفي

---

(١٠٠) صحيفة المصري اليوم في ٣١ ديسمبر ٢٠٠٩ ويمكن الاطلاع علي المقال من خلال الرابط التالي

<http://www.almasryalyoum.com/article2.aspx?ArticleID=238534&IssueID=1636>

مقابل هذا الترحيب بضباط الشرطة في الهيئات القضائية، نجد أن هناك إعراضاً عن قبول أساتذة الجامعات والمحامين في القضاء.

في واقع الأمر، فإن المادة ٤١ من قانون السلطة القضائية تفتح الباب لأن يتولي أساتذة كليات الحقوق بالجامعات المصرية والمحامون وظائف القضاء. كما تنص المادة ٤٧ علي أنه لا يجوز عند التعيين في وظيفة قاض بالمحاكم الابتدائية أن تقل نسبة التعيين من المحامين المشتغلين بمهنة المحاماة عن الربع، ولا يجوز عند التعيين في وظيفة رئيس بالمحكمة الابتدائية أو مستشار بمحاكم الاستئناف أن تقل نسبة التعيين من المحامين المشتغلين بمهنة المحاماة عن العشر. ولم يتم تطبيق هذه النصوص منذ سنوات<sup>(١٠١)</sup>، فلم يعين مجلس القضاء الأعلى منذ فترة أي محام أو أستاذ جامعي كقاض أو في النيابة العامة. ويرى البعض فائدة هذا النوع من التعيين الذي يضخ دماء جديدة<sup>(١٠٢)</sup> في شرايين الهيئات القضائية. وقد أرجع البعض موقف مجلس القضاء الأعلى إلي النظرة الفوقية التي ينظر بها بعض القضاة إلي المحامين، تلك النظرة التي تتسم أحياناً بالتعالي تعبر أيضاً عن انعزال بعض القضاة وانغلاقهم علي أنفسهم. لذلك، نختم كلامنا في هذا الخصوص بمناشدة القضاة أن يظهروا المزيد من الانفتاح فيما يتعلق بمسائل التعيين بما يعود بالنفع علي كفاءة النظام القضائي.

### الفصل الرابع

#### المساس بحقوق وحرية القضاة

تعد الانتهاكات لحقوق وحرية القضاة نوعاً من المساس باستقلال القضاء. وهذا هو الحال عندما تتعلق الانتهاكات بحرية التعبير وحق التنظيم. وفيما يلي سوف نتطرق للانتهاكات علي مستوي الحقوق الفردية، ثم ندرس الانتهاكات المتعلقة بالحقوق الجماعية.

(١٠١) في مقابلة مع رئيس الجمهورية، طالب نقيب المحامين بتطبيق المادة ٤٧ من قانون السلطة القضائية، المصري اليوم ٢٨ ديسمبر ٢٠٠٩.

<http://www.almasryalyoum.com/article2.aspx?ArticleID=238246&IssueID=1633>

(١٠٢) تقرير محمد نور فرحات وعلي الصادق، المرجع السابق ذكره، ص 659

## المبحث الأول المساس بالحقوق الفردية للقضاة

المساس بحقوق القضاة قد يتعلق بقيود موضوعة علي حرية التعبير أو حرية الحركة، وقد يتم في إطار المحاكمة التأديبية.

### أولاً: المساس بحرية التعبير

القضاة - قبل أن يكونوا قضاة - بشر يتمتعون بكافة حقوق الإنسان. وتنص المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية في مانتها الثامنة علي أنه "وفقاً للإعلان العالمي لحقوق الإنسان، يحق لأعضاء السلطة القضائية كغيرهم من المواطنين التمتع بحرية التعبير والاعتقاد وتكوين الجمعيات والتجمع، ومع ذلك يشترط أن يسلك القضاة دائماً، لدى ممارسة حقوقهم، مسلكاً يحفظ هبة منصبهم ونزاهة واستقلال القضاء". عند قراءة هذا النص يتضح لنا أن حرية التعبير مبدأ أساسي، وأن التقييد الوحيد لهذه الحرية يتعلق بالحفاظ علي حيادية واستقلال القضاء. وقد خضعت مسألة حرية القضاة في التعبير عن رأيهم لمناقشات حادة منذ عام ٢٠٠٥ وذلك لسببين:

الأول هو وقوع عدة مخالفات خلال الانتخابات التي أقيمت في ٢٠٠٥، ورجبة بعض القضاة المنوط بهم الإشراف علي الانتخابات في إدانة تلك المخالفات لكي يؤكدوا للمجتمع عدم مسئوليتهم عنها وإدانتهم القاطعة لتزوير إرادة الناخبين.

الثاني هو أن بعض القضاة قد ملوا من تجاهل الحكومة والبرلمان - الذي تسيطر عليه الحكومة - لمطالبهم الإصلاحية، فقرروا التعبير عن رأيهم لكي يصل للسلطة السياسية وأيضاً للمجتمع كله.

ولهذين السببين، فقد قرر بعض القضاة استعمال حريتهم في التعبير عن رأيهم من خلال وسائل الإعلام المكتوبة والمرئية ومن خلال الوقفات الاحتجاجية. ومن هنا، طفت علي السطح مسألة حدود حرية التعبير التي يتمتع بها القاضي، وخاصة مدي جواز ظهور القاضي في القنوات التلفزيونية المختلفة، وإذا ما كان من حق نادي القضاة دعوة وسائل الإعلام لتغطية جمعياته العمومية. وجاء الرد الرسمي لمجلس

القضاء الأعلى والإعلام الحكومي بالرفض بداعي أن التحدث في وسائل الإعلام يعتبر نوعاً من الممارسة السياسية وهو ما تحظره المادة ٧٣ من قانون سنة ١٩٧٢ والتي تقضي بحظر الاشتغال بالعمل السياسي بالنسبة للقضاة وقد اتضحت صعوبة تفسير هذه المادة نظراً لصعوبة تعريف المقصود بالاشتغال بالعمل السياسي.

بالنسبة للحكومة وإعلامها، فإن الظهور في وسائل الإعلام المختلفة لإعلان المطالب وتنظيم الوفات الاحتجاجية وعقد اجتماعات في نادي القضاة مع مختلف القوي السياسية الوطنية والأجنبية تعتبر أنشطة سياسية محظورة قانوناً. وقد ذهب البعض إلى أن الظهور الإعلامي للقضاة وانتقادهم الحكومة يفقدهم هيبتهم ويضر بصورة القضاء في المجتمع المصري.

أما فيما يخص القضاة، فإنهم لم يقفوا مكتوفي الأيدي أمام الاتهامات الحكومية ودافعوا عن حريتهم في التعبير. في بادئ الأمر، نفي القضاة اشتغالهم بالسياسة لأن الاشتغال بالسياسة يعني الانضمام لحزب سياسي أو خوض الانتخابات السياسية علي المستوى الوطني أو المحلي. فضلاً عن أن مطالب القضاة لا تخصهم وحدهم بل تخص الصالح العام أو كما قال بعض القضاة: قانون استقلال السلطة القضائية يحقق للمواطن العزة والطمأنينة. وتدرجياً، بدأ القضاة في تأكيد حقهم في الحديث في السياسة والشأن العام لكونهم - في نهاية الأمر - مواطنين يتمتعون بحرية التعبير المكفولة دستورياً. ومن باب أولى، فإن لهم الحق في التعبير عن رأيهم بشأن ما يخصهم ويخص أداء عملهم. كما أشار بعض القضاة إلى النصوص الدولية مثل المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية والتي تكفل حرية التعبير للقضاة طالما أن ذلك "يحفظ هيبة منصبهم ونزاهة واستقلال القضاء" (المادة 8).

بالنسبة للمستشار طارق البشري النائب السابق لرئيس مجلس الدولة، فإنه لا يمكن اعتبار تصريحات القضاة خاصة فيما يتعلق بالإشراف علي الانتخابات من قبيل الاشتغال بالسياسة. فقد فرض الدستور علي القضاة الإشراف علي الانتخابات، وبالتالي فإن طلب تحسين طريقة

الإشراف لا يعد أمراً سياسياً إلا إذا اعتبرنا أن الإشراف القضائي نفسه مسألة سياسية.

مؤخراً، أظهرت التطورات الأخيرة أن بعض القضاة لا يحاولون تبرير كونهم يبدون رأيهم في المسائل السياسية. وقد تجاوز البعض إطار التصريحات المتعلقة بمطالب القضاة مثل الإشراف الحقيقي علي الانتخابات وإصدار قانون جديد للسلطة القضائية ليتحدثوا في مسائل عامة مثل غياب الديمقراطية وغياب حرية التعبير في مصر<sup>(١٠٣)</sup>. ويجب الإشارة إلي أن بعض القضاة لم يعودوا يكتفون بتصريحاتهم اللاذعة تجاه الحكومة، وأصبح الآن أمراً عادياً أن نرى القضاة الإصلاحيين يدلون بتصريحات للصحافة.

وربما يكون اللجوء - غير المعهود - للإعلام قد أضر بحركة القضاة الإصلاحيين كما سيتم توضيحه في الخاتمة.

### ثانياً: انتهاك حرية القضاة في التنقل

لكي يسافر القاضي خارج مصر، يجب عليه الحصول علي ما جري العرف علي تسميته "بالبطاقة الصفراء"، وهو تصريح إداري لا يمكنه أن يغادر مصر من دونه.

مؤخراً، قامت الشبكة الأوروبية-متوسطية لحقوق الإنسان بدعوة قاضيين مصريين من بينهما نائب رئيس محكمة النقض للمشاركة في اجتماع ببروكسل عن استقلال القضاء. وقد طلب القاضيان التصريح ولكن رفض طلب أحدهما من قبل مجلس القضاء الأعلى ولم يتم الرد علي طلب الآخر. وبالتالي، لم يستطع القاضيان السفر إلي بلجيكا. وقد أدانت الشبكة الأوروبي-متوسطية هذا الأمر ونشرت رسالة مفتوحة<sup>(١٠٤)</sup> وجهتها للسلطات

---

(١٠٣) علي سبيل المثال، تسامل القاضي محمود الخضيرى - في مقال نشرته المصري اليوم في ١٥ يونيو ٢٠٠٦ - قاصداً رئيس الوزراء أحمد نظيف كيف يمكن لشخص يفقد الخبرة السياسية أن يتبوأ منصب رئاسة الوزراء وهو ثلثي المنصب أهمية بعد منصب رئيس الجمهورية مرجعاً ذلك لنقص الديمقراطية والشفافية في مصر.

(١٠٤) يمكن الاطلاع علي هذا الرسالة من خلال الرابط التالي:

[http://ar.euromedrights.org/index.php/news/emhrm\\_releases/e](http://ar.euromedrights.org/index.php/news/emhrm_releases/e)

ومنذ شهور قليلة، لم يستطع قاض آخر الذهاب إلى الأردن للمشاركة في مؤتمر عن مجالس القضاء العليا في الدول العربية، وذلك بعد أن اعتبر رئيس محكمة الاستئناف التي يتبعها القاضي أنه لا يمكنه منحه التصريح من دون موافقة مجلس القضاء الأعلى علما منه بأن تاريخ انعقاد المؤتمر يسبق أقرب اجتماع لمجلس القضاء الأعلى<sup>(١٠٥)</sup>.

### ثالثا: انتهاك الحق في محاكمة عادلة بخصوص المحاكمات التأديبية

لا يحول نبل مهنة القضاء دون خضوع القاضي - عند ارتكابه مخالفة تأديبية - للمحاكمة التأديبية. ويعد نظام المحاكمات التأديبية في غاية الأهمية لضمان استقلال القضاء. فمعاينة القاضي المخطئ يؤدي لزيادة فاعلية النظام القضائي ويحسن من صورة القضاء في أعين المجتمع. أما إذا لم تتوفر الضمانات الكافية في تلك المحاكمات، فقد يؤدي ذلك إلى انحراف المحاكمات عن تحقيق غرضها الأصلي.

ترسخ المادة ١٧ من المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية حق القاضي في محاكمة تأديبية عادلة وينص علي أن "ينظر في التهمة الموجهة أو الشكوى المرفوعة ضد قاض بصفته القضائية والمهنية وذلك على نحو مستعجل وعادل بموجب إجراءات ملائمة، وللقاضي الحق في الحصول على محاكمة عادلة. ويكون فحص الموضوع في مرحلته الأولى سرياً، ما لم يطلب القاضي خلاف ذلك". وليس من المؤكد ما إذا كان القانون المصري متفقاً مع الأحكام الواردة في المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية حيث تنص المادة ٩٩ من قانون سنة ١٩٧٢ علي أنه يحق للنائب العام من تلقاء نفسه أو بناء علي اقتراح وزير العدل أو رئيس المحكمة التي يتبعها القاضي إقامة الدعوي التأديبية ضده.

ويجب ملاحظة أن تعديلات سنة ٢٠٠٦ قد سمحت بالطعن علي

---

[mhrn\\_statements\\_2008/3071.html](http://mhrn_statements_2008/3071.html)

(١٠٥) في هذه المسألة، انظر بحث القاضي حسام الغرياني عن "استقلال المجلس الأعلى للقضاء" المقدم في إطار ذات المؤتمر.

أحكام مجلس التأديب أمام مجلس تأديبي أعلى<sup>(١٠٦)</sup>. ولكن يبقى لنادي القضاة اعتراضان أساسيان علي نظام المحاكمات التأديبية الحالية:

فمن ناحية، ينادي النادي بتعديل المادة ١٠٦ التي تحظر علي القضاة الاستعانة بمحام حيث أن حق الاستعانة بمحام – بالنسبة لنادي القضاة - هو حق يحميه الدستور. ومن ناحية أخرى، يطالب القضاة بتعديل المادة ١٠٣ التي تنص علي اعتبار القاضي في إجازة حتمية حتي تنتهي المحاكمة. فعلي الرغم من احتفاظ القاضي بمستحقته المالية أثناء المحاكمة، فإن هذا الوقف عن العمل يعتبر بمثابة عقوبة علي الرغم من أن موضوع الدعوي لم يتم الفصل فيه ولم يتضح إن كان القاضي مذنباً أو غير مذنب، وهذا إهدار لقرينة البراءة.

ومن الوقائع التي تبين كيفية الاستغلال السيء للمحاكمات التأديبية واقعة المستشارين هشام البسطاويسي ومحمود مكي. هذان القاضيان اللذان أدانا التزوير في الانتخابات – بدلاً من تكريمهما لحسن صنيعهما - تم إحالتهما لمجلس التأديب. وقد رأي المجلس أن القاضيين أساءا لصورة القضاء وهو ما يستحقا عليه العقاب. وقرر المجلس توجيه اللوم لأحدهما وتبرئة الآخر.

### المبحث الثاني المساس بالحقوق الجماعية للقضاة (مسألة حق التنظيم)

حق التنظيم هو حق للقضاة يكفله القانون وله فائدة عملية واضحة تظهرها تجربة نادي القضاة.

#### أولاً: القيمة القانونية لحق التنظيم

تكفل عدة نصوص حق التنظيم للقضاة وتؤكد أهمية هذا الحق. ينص العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية في المادة ٢٢-١ علي أنه "لكل فرد حق في حرية تكوين الجمعيات مع آخرين، بما في ذلك حق

(١٠٦) والتي يدخل في تكوينها بعض أعضاء مجلس القضاء الأعلى ورئيس محكمة النقض وفقاً للمادة ١٠٧.

إنشاء النقابات والانضمام إليها من أجل حماية مصالحه". والقضاة - مثل باقي فئات المجتمع - يتمتعون بالحق في تكوين الجمعيات لحماية مصالحهم. ويوجد حق التنظيم سندا له في النصوص الخاصة بالقضاة حيث تنص المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية في المادة ٩ علي أن "تكون للقضاة الحرية في تكوين جمعيات للقضاة أو غيرها من المنظمات لتمثيل مصالحهم والنهوض بتدريبهم المهني وحماية استقلالهم القضائي، وفي الانضمام إليها". وعند قراءة هذا النص تتضح لنا الأهمية العملية لهذا الحق.

### ثانيا: الأهمية العملية لحق التنظيم

حق التنظيم ليس هدفا لذاته ولكنه وسيلة لتحقيق بعض الأهداف التي تحددها المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية .

من ناحية، فإن حق إنشاء الجمعيات والانضمام إليها وسيلة للدفاع عن المصالح المهنية والشخصية للقضاة مثل زيادة المرتبات وبيع الكتب القانونية بأسعار مخفضة وتوطيد العلاقات بين القضاة بتسهيل الاجتماع والتواصل بينهم. وقد قام نادي القضاة بهذا الدور بصفة مستمرة سواء كان يقوده التيار الإصلاحى أو غيره.

من ناحية أخرى، فإنه وفقا لأحكام تلك المبادئ يهدف حق التنظيم "لحماية استقلال القضاء". وهذه المسألة كانت محل خلاف بين القضاة حيث يرفض قضاة التيار الإصلاحى أن يتحول نادي القضاة إلي مجرد نادي اجتماعى أو مكان لتلاقي القضاة. فالنادي دوره أيضا الدفاع عن استقلال القضاء، فعندما تولي التيار الإصلاحى قيادة النادي جعله قلعة للدفاع عن استقلال القضاء.

وفي مجال حماية استقلال القضاء، فإن لحق التنظيم عدة مميزات. فهذا الحق يكمل ويحمي حرية القاضي في التعبير لأن القاضي قد يخشى أو يعزف - نظرا لوضعه الخاص - عن الحديث باسمه منفردا، وبالتالي يستطيع القاضي - من خلال تجمع القضاة - التعبير بحرية عن رأيه في إطار جماعى يعفيه من مواجهة السلطة التنفيذية منفردا. وإيمانا منهم بأهمية حق التجمع، دعا بعض القضاة المصريين مؤخرا إلي تكوين اتحاد



عربي للقضاة كجمعية تهدف إلى تقوية الصلات بين القضاة العرب وتبادل الخبرات فيما بينهم.

ثالثاً: المشاكل العملية التي أظهرتها تجربة نادي القضاة

أ- المشاكل القانونية: الرغبة في إخضاع نادي القضاة لقانون الجمعيات الأهلية

تخضع الجمعيات في مصر لقانون صدر سنة ٢٠٠٢، وقد أريد لنادي القضاة أن يخضع لهذا القانون ولكنه قابل ذلك بالرفض. وذلك لأن هذا القانون لا يهدف إلى تشجيع إنشاء الجمعيات، بل يهدف إلى إعاقة إنشاء الجمعيات ووضع العراقيل في طريق الجمعيات التي تم إنشاؤها. فإذا تم إخضاع نادي القضاة لإشراف وزارة التضامن الاجتماعي، فسيؤدي ذلك لنتائج سلبية بالنسبة لاستقلال القضاء.

ب- المشاكل المادية: توقف الدعم المادي من قبل وزارة العدل

حاول وزير العدل ممارسة الضغوط علي نادي القضاة أثناء المواجهات بين القضاة والسلطة السياسية في ٢٠٠٥ - ٢٠٠٦. فقد أوقف الوزير الدعم الذي كانت تقدمه الوزارة لمساندة الأنشطة المختلفة لنادي القضاة والتي قد تتضمن - علي سبيل المثال - منح القروض للقضاة لشراء السيارات والشقق. وتسمح تلك الخدمات والمميزات التي يقدمها النادي بتعويض القضاة عن مرتباتهم المنخفضة وهو ما يفسر تعلق القضاة بالنادي. وقد اضطر النادي لمواجهة تلك الأزمة المالية لزيادة رسوم العضوية وهو ما واجه اعتراضاً من بعض القضاة وتم إلغاؤها فيما بعد. وفي الوقت الحالي، يتلقى نادي القضاة دعماً من مجلس القضاء الأعلى.

ولنا أن نتساءل ما إذا كان لحصار نادي القضاة مادياً أثر علي نتائج انتخابات نادي القضاة. الإجابة علي هذا السؤال بالإيجاب لا تعني أن السلطة السياسية نجحت في "شراء" أصوات القضاة ولكن تعني أن بعض القضاة قد أخذوا في الاعتبار - عند التصويت - الانعكاسات المتوقعة لنتائج الانتخابات علي الإبقاء من عدمه علي المميزات المادية التي يحصلون عليها عن طريق ناديهم.

ومن الصعب أن نلزم القضاة الذين أعطوا وزنا للاعتبارات المادية. فالقضاة بشر، يغون حياة كريمة هائلة، فالمسائل المادية - في نظر الكثيرين - تمس القضاة أكثر من المسائل العامة التي تتعلق باستقلال القضاء.

### الفصل الخامس تركيز السلطة في أيدي رؤساء المحاكم

بما أن القضاة هم جزء من المجتمع المصري، فهم يعانون من ذات الآفات المنتشرة في مصر. تعاني مصر من نقص في الديمقراطية وتركيز السلطة في أيدي الرؤساء. هذا الوضع موجود أيضا في داخل المحاكم، ويجب انفرة بين أمرين: تركيز السلطة الذي يقرره القانون وتركيز السلطة المبني علي العرف.

#### أولا: تركيز السلطة الذي يقرره القانون

فمن ناحية، نجد القانون يمنح الكثير من السلطات الفردية لرؤساء المحاكم، مثل المادة ٩٤ من قانون السلطة القضائية والتي تمنح رؤساء المحاكم سلطات واسعة مثل حق تنبيه القضاة. كما يمكن لرئيس المحكمة - وفقا للمادة ٩٩ من ذات القانون - تحريك الدعوي التأديبية ضد القاضي باقتراح يقدمه للنائب العام. كما تعطي المادة ٢٤ لرئيس محكمة النقض الحق في ترشيح القضاة الذين ينتدبون للعمل بنبابة النقض.

لم يكن لأحد أن يعترض علي هذه السلطات لو أنها تمارس بمشاركة الجمعيات العمومية للمحاكم أو إذا كان رئيس المحكمة مختارا من قبل القضاة. فمبدأ الشوري لا يجب أن يقتصر علي مداوات القضاة عندما يفصلون في الدعاوي، بل يجب أن يمتد إلي إدارة المحاكم.

#### ثانيا: تركيز السلطة المبني علي العرف

من ناحية أخرى، نلاحظ وجود بعض الممارسات غير الديمقراطية في إدارة المحاكم. من قبيل ذلك، العرف الذي يقضي بأن تقوم الجمعية العمومية للمحكمة بتفويض رئيس المحكمة في بعض أو كل اختصاصاتها. هذه الاختصاصات واسعة ومهمة حيث تتضمن سلطة

تشكيل الدوائر المختلفة وتغيير اختصاصاتها وسلطة توزيع القضايا علي الدوائر المختلفة. مؤخرا، وفي محاولة لتحديث القضاء، يبدو أن هناك اتجاها لتوزيع القضايا إلكترونيا. هذه الطريقة الموضوعية للتوزيع ستؤدي إلي تقليل سيطرة رؤساء المحاكم وستسهم في زيادة الشفافية في إدارة المحاكم.

من جانبنا، نطالب بأن يتم اقتسام سلطات رؤساء المحاكم مع الجمعيات العمومية للمحاكم، تحقيقا لمزيد من الديمقراطية في إدارة شئون المحاكم، وكيفا ينفرد رئيس المحكمة باتخاذ قرار هو من صميم اختصاصات الجمعية العمومية مثل تشكيل دوائر المحكمة.

### القسم الثالث

## المشاكل الأخرى التي يواجهها النظام القضائي المصري

القضاة يشغلون مركزا محوريا في النظام القضائي، ولكن - مع ذلك - لا يتصور وجود نظام قضائي دون وجود عناصر أخرى تعمل من أجل تحقيق العدالة. فمن الصعب أن ينعم المجتمع باستقلال القضاء إذا لم تستطع هذه العناصر الأخرى القيام بدورها كما يجب. ولهذا، فإيجاد حلول لمشاكل عناصر النظام القضائي وسيلة لجعل استقلال القضاء فعليا. ونقترح أن نفرق بين المشاكل التي تواجه أعوان القضاء والمشاكل التي تواجه المتقاضين.

### الفصل الأول

## المشاكل التي تواجه أعوان القضاء

سوف نتطرق للمحاميين (المبحث الأول)، ثم للخبراء (المبحث الثاني)، ثم للمحضرين والكتابة (المبحث الثالث).

### المبحث الأول المحامون

## أولاً: مقدمة تاريخية عن المهنة ووضعها الحالي

تعتبر المحاماة أقدم المهن القانونية<sup>(١٠٧)</sup>. وقد تم إنشاء نقابة المحامين في مصر في عام ١٩١٢. خلال القرن العشرين، لعبت نقابة المحامين دوراً سياسياً مهماً حيث كان العديد من رجال السياسة المؤثرين من المحامين. وقد خضعت نقابة المحامين في السنوات الأخيرة لسيطرة الإخوان المسلمين والتيار الناصري.

يوجد في مصر أكثر من أربع مائة وخمسين ألف محام، يعمل أغلبهم في مكاتب المحاماة نظراً لحالة البطالة السائدة في مصر، سواء في المهن القانونية أو في غيرها. ولممارسة مهنة المحاماة، لا يجب اجتياز مسابقة كما هو الحال في معظم الدول. ولذلك، فإن التسجيل في جداول نقابة المحامين كان يتم بصورة شبه تلقائية، ويشكل علاجاً جزئياً لمشكلة البطالة المتفشية بين الشباب. وتبذل نقابة المحامين في السنوات الأخيرة محاولات جادة لضبط القيد في جداول المحامين، وتنقية الجداول من غير الممارسين فعلاً للمهنة.

## ثانياً: أهمية استقلال المحامين

الطبيعة الفنية للقانون تجعل اللجوء للمحامين أمراً شبه ضروري. لذلك، فالمحامي هو العين التي يري من خلالها القاضي النزاع، مما يجعل دوره محورياً لاحترام حقوق الدفاع. ويسهم وجود المحامي - بالإضافة إلى استقلال السلطة القضائية - في أن تكون المحاكمات عادلة.

في هذا السياق، فإن ديباجة المبادئ الأساسية بشأن دور النقابات<sup>(١٠٨)</sup> تذكرنا بأن "الحماية المناسبة للحريات الأساسية وحقوق الإنسان سواء كانت اقتصادية أو اجتماعية أو ثقافية أو مدنية أو سياسية والتي يجب أن يتمتع بها كل شخص تقتضي أن يكون بإمكان كل شخص الحصول على خدمات قانونية مقدمة من محامين مستقلين".

## ثالثاً: معنى استقلال المحامين

(١٠٧) روجيه بيرو، النظم القضائية، مونكريتيان، ص ٣٢٧  
(١٠٨) والتي تم اعتمادها من قبل مؤتمر الأمم المتحدة للوقاية من الجريمة ومعاملة المذنبين المنعقد في هافانا بكوبا في ٢٨ أغسطس إلى ٨ سبتمبر ١٩٩٠

إذا كنا لا نجد صعوبة في تحديد مفهوم مبدأ استقلال القضاء، فإن مبدأ استقلال المحامين يبدو فهمه أكثر صعوبة. صحيح أنه ليس مطلوباً من المحامي أن يكون محايداً كالقاضي، ولكنه يجب ألا يكون عرضة للضغوط والتدخلات الخارجية. وهذا الاستقلال ضروري لكي يثق المتقاضون فيه وفي النظام القضائي بشكل عام.

#### رابعاً: نطاق الحق في الاستعانة بمحام

تقرر المادة ٦٩ من الدستور أن حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول. تضيف هذه المادة أن القانون يكفل "الغير القادرين مالياً وسائل الالتجاء إلى القضاء والدفاع عن حقوقهم". ووفقاً للقانون، فإنه علي الدولة توفير محام في حالة عجز المتهم بجناية عن توكيل محامي لنفسه أمام محكمة الجنايات. وهو ما ينطبق أيضاً علي الأطفال المتهمين بجنايات أو جنح. كما ينطبق علي المتهمين البالغين في الجنايات والجنح المعاقب عليها بالحبس وجوباً في مرحلة التحقيق الابتدائي قبل استجواب المتهم.

#### خامساً: المشاكل التي يتعرض لها المحامون

يتعرض المحامون للعديد من المشاكل. أولها متعلق بإعدادهم المهني حيث لا توجد مسابقة يجب اجتيازها لدخول المهنة ولا توجد في مصر - بخلاف العديد من الدول - معاهد لتعليم مهنة المحاماة لمن يرغبون الالتحاق بهذه المهنة. ويجري في الوقت الحاضر التفكير في استحداث هذه التنظيمات.

وعند بدء ممارسته المهنة، يواجه المحامي ظروفًا صعبة تتمثل في دخوله سوقاً متخماً بالمحامين الممارسين للمهنة وهو ما يخلق منافسة شرسة تجعل دخل المحامي محدوداً. كما يعاني المحامون من أزمات النظام القضائي المصري مثل بطء التقاضي وهو ما يؤخر حصولهم علي أتعابهم. كما أن المحامين الذين يدافعون عن المحتاجين مادياً يحصلون علي أتعاب قليلة للغاية. وبدهي أن نذكر أن المحامين يعانون أيضاً من ارتفاع تكاليف المعيشة في مصر الذي زادت حدته في السنوات الأخيرة بسبب الأزمة الاقتصادية.

لا تقدم نقابة المحامين ما يكفي من الخدمات الاجتماعية والمهنية،

وهو ما قد يرجع إلي تدخل الدولة في الشئون الداخلية للنقابة بما يؤدي إلي تعطيل الانتخابات، وهي الظاهرة المتكررة بشأن العديد من النقابات. كما أن بعض القوانين لا تهين الظروف لكي يمارس المحامون عملهم علي أكمل وجه. علي سبيل المثال، فإن المادة ٢٤٥ من قانون الإجراءات الجنائية تقرر جرائم الجلسات. من حق المحكمة - بلا شك - أن تملك الأدوات التي تمكنها من حفظ نظام الجلسة وحماية هيبة المحكمة، ولكن - في نفس الوقت - تعتبر جرائم الجلسات نوعاً من تدخل السلطة القضائية في وظيفة الدفاع التي تقتضي - أساساً - قدراً كبيراً من الحرية. ولهذا، فإن جرائم الجلسات يجب أن تضع في اعتبارها وجوب احترام حقوق الدفاع وهو ما تحققه المادة ٢٤٥ نظرياً. ولكن تبقى الخشية من أن يتجاوز قاض في استخدام هذه المادة أو غيرها من المواد التي تعطيه سلطات إزاء المحامين مما قد يسيء إلي العلاقة بين الشركاء في تحقيق العدالة.

كما يواجه المحامون تعسفاً في تطبيق القانون من قبل بعض الجهات علي الرغم من وجود النصوص التي تؤكد علي مختلف الجهات ضرورة أن تقدم التسهيلات التي يقتضيها قيام المحامي بواجبه (المادة ٥٢ من قانون المحاماة)<sup>(١٠٩)</sup>. فليس من النادر أن ترفض الجهة المنوط بها القيام بالتحقيق الأولي - الشرطة - وجود المحامي.

## المبحث الثاني

### الخبراء

خلفاً للنظام الفرنسي، توجد في مصر مهنة الخبير. والخبير هو موظف بوزارة العدل، ويبلغ عدد الخبراء - في مصر - حوالي ثلاثة آلاف خبير. تذكر المادة ١٣١ من قانون السلطة القضائية الخبراء ضمن أعوان

(١٠٩) تنص المادة ٥٢ علي أن "المحامي حق الإطلاع علي الدعاوى والأوراق القضائية والحصول علي البيانات المتعلقة بالدعاوى التي يباشرها. ويجب علي جميع المحاكم والنيابات ودوائر الشرطة ومأموريات الشهر العقاري وغيرها من الجهات التي يمارس المحامي مهمته أمامها أن تقدم له التسهيلات التي يقتضيها القيام بواجبه وتمكينه من الإطلاع علي الأوراق والحصول علي البيانات وحضور التحقيق مع موكله وفقاً لأحكام القانون ولا يجوز رفض طلباته دون مسوغ قانوني. ويجب إثبات جميع ما يدور في الجلسة في محضرها".

القضاء، وتنص المادة ١٣٤ علي أن القانون يحدد حقوق الخبراء وواجباتهم وطريقة تأديبهم. والقانون المشار إليه صدر عام ١٩٥٢.

في عام ٢٠٠٩، نظم العديد من الخبراء وقفة احتجاجية علي سلام وزارة العدل لمدة تزيد عن شهر مطالبين إصدار قانون جديد يحسن من أوضاعهم المادية وظروف عملهم السيئة. فراتبهم الأساسي الضعيف يجعلهم يعتمدون بالأساس علي الحوافز، وتقدر قيمة هذه الحوافز بعدد الدعاوي التي يدرسونها. لذلك، أشار الخبراء بأصابع الاتهام إلي نظام المرتبات الذي يفضل الكم علي حساب الكيف. فهذا النظام لا يأخذ في الاعتبار تعقيد بعض الدعاوي التي تستوجب وقتا في بحثها أكثر من غيرها.

كما يجب إعادة النظر في ظروف العمل الحالية حيث يطالب الخبراء بحقهم في نقل الملفات ومعابنتها في مكاتبهم الخاصة حتي يستطيعوا دراستها في ظروف أفضل. وإلي وقت قريب، كان هناك اتفاق ضمني يسمح بذلك. ولكن وفقا لقرار صدر حديثا<sup>(١١٠)</sup>، قضى وزير العدل علي هذا العرف. منذ هذا الوقت، يجب علي الخبراء معاينة الملفات في المكاتب المخصصة لذلك بالمحاكم. وقد انتهى الخلاف بين الخبراء ووزير العدل بعد صدور وعود من رئيس مجلس الشعب ووزير العدل بتعديل القانون المنظم لوضعهم المهني والمالي.

### المبحث الثالث المحضرون والكتابة

يقوم المحضرون بدور مهم في النظام القضائي. فهم الذين يقومون بإعلان المتقاضين بالأوراق القضائية وبتنفيذ أحكام القضاء. وتنظم مهنة المحضرين المواد ١٤٨ إلي ١٥٥ من قانون السلطة القضائية. وهم موظفون يعينون بعد اجتياز امتحان (الكتابة هم أيضا من الموظفين العاملين بالمحاكم وتنظم وضعهم المواد ١٣٧ إلي ١٤٧ من قانون السلطة

(١١٠) بررت وزارة العدل هذا القرار بكونه سيئقادي بقاء الملفات لدي الخبراء لوقت طويل وأيضاً لحماية هذه الملفات من الضياع.

القضائية). وتواجه مهنة المحضرين مشكلة كبرى في مصر، وهي مشكلة الفساد. فضعف مرتباتهم يدفع بعض المحضرين - و الأمر ينطبق علي الكتبة و باقي العاملين بالمحاكم - إلي الاعتماد علي الرشاوي (الإكراميات) كنوع من الدخل الإضافي.

بوجه عام، لا يطلب المحضرون والكتبة أموالا من المتقاضين بصورة مباشرة، ولكن العرض يأتي - أغلب الأحيان - من المتقاضين أنفسهم لعلمهم أن دفعهم الرشاوي يضمن لهم الحصول - وبسرعة - علي

الخدمة التي يبغونها، والخدمة المطلوبة قد تكون مشروعة أو غير مشروعة.

مما تقدم، يبين لنا أهمية إصلاح أوضاع هؤلاء الموظفين. فإذا افترضنا جدلا أن استقلال القضاء تحقق كاملاً يوماً، فإن المواطن العادي لن يشعر بهذا الاستقلال ما دامت ظاهرة الفساد في المحاكم مستفحلة وطالما اضطر لرشوة الموظفين من أجل قضاء مصالحه. لذلك نقول أن استقلال النظام القضائي مرتبط كل الارتباط بوضع أعوان القضاء.

## الفصل الثاني

### المشاكل التي تواجه المتقاضين

#### المبحث الأول

#### الحصول علي المساعدة القضائية

تنص المادة ٦٩ من الدستور علي أن حق الدفاع مكفول وأن القانون يضمن لغير القادرين مالياً وسائل الالتجاء إلى القضاء والدفاع عن حقوقهم. تطبيقاً لهذه المادة، تنص المادة ٣ من قانون الأحوال الشخصية رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ علي أنه "لا يلزم توقيع محام علي صحف دعاوي الأحوال الشخصية أمام المحكمة الجزئية، فإذا رفعت الدعوي بغير توقيع محام علي صحيفتها كان للمحكمة عند الضرورة أن تتدب محامياً للدفاع عن المدعي. ويحدد الحكم الصادر في الدعوي أتعاباً للمحامي المنتدب،



تتحملها الخزانة العامة، وذلك دون إخلال بالتزام مجالس النقابات الفرعية بتقديم المساعدات القضائية علي النحو المنصوص عليه في القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ بشأن إصدار قانون المحاماة. وتعفي دعاوي النفقات وما في حكمها من الأجور والمصروفات بجميع أنواعها من كافة الرسوم القضائية في كل مراحل التقاضي".

كما أن القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ - بشأن إصدار قانون المحاماة المعدل بالقانون رقم ١٩٧ لسنة ٢٠٠٨ ينص في المادة ٦٤ على أنه "على المحامي تقديم المساعدات القضائية للمواطنين غير القادرين وغيرهم في الحالات التي ينص عليها هذا القانون، وعليه أن يؤدي واجبه عن يندب للدفاع عنه بنفس العناية التي يبذلها إذا كان موكلًا. ولا يجوز للمحامي المنتدب للدفاع أن يتنحى عن مواصلة الدفاع إلا بعد استئذان المحكمة التي يتولى الدفاع أمامها وعليه أن يستمر في الحضور حتى قبول تنحيته وتعيين غيره".

وتنظم المواد من ٩٣ إلى ٩٧ من هذا القانون مسألة المساعدة القضائية، حيث تنص المادة ٩٣ على أن "تقوم مجالس النقابات الفرعية بتشكيل مكاتب تابعة لها لتقديم المساعدات القضائية لغير القادرين من المواطنين في دائرة اختصاص كل منها. وتشمل هذه المساعدات القضائية رفع الدعاوى والحضور فيها وفي تحقيقات النيابة العامة وإعطاء المشورة القانونية وصياغة العقود".

### المبحث الثاني بطء التقاضي

من ضمن شروط المحاكمة العادلة التي تنص عليها المواثيق الدولية الخاصة بحقوق الإنسان، إتمام المحاكمة في مدة معقولة. وقضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان مستقر علي أهمية سرعة المحاكمة لكي توصف الأخيرة بالمنصفة.

في مصر، يعتبر بطء التقاضي من المشاكل الكبرى للقضاء. المتقاضون هم الضحايا الأساسيون لتلك المشكلة، وأسباب بطء التقاضي

متعددة. فعدد الدعاوي في تزايد مستمر، وهذا التزايد نابع من أسباب عدة منها وجود قوانين خالقة للنزاعات تستدعي التدخل القضائي، مثل قوانين الإيجار الاستثنائية التي جعلت من العلاقة الإيجارية مصدرا للقضايا. هناك أيضا الإسراف في التجريم والعقاب في أمور يكتفيها الجزاء الإداري أو التعويض المدني. والنتيجة هي تعطيل القاضي الجنائي عن لتحقيق القضايا الجنائية الحقيقية. هناك أيضا نقص في الإمكانيات البشرية والمادية لإنجاز العدالة بشكل جيد. يمكننا الإشارة أيضا إلى إجراءات التقاضي المعقدة والتي بها ثغرات تسمح للمحامين بإطالة أمد التقاضي عن طريق التعسف في استخدام حقوق الدفاع.

ونستطيع أيضا أن نشير بأصابع الاتهام إلى البيروقراطية جهات الإدارة المصرية التي تدفع المواطنين إلى اللجوء للقضاء للحصول علي أبسط حقوقهم. أبسط مثال علي ذلك هو وجوب رفع دعوي مستقلة أمام القضاء الإداري لكي يحصل الموظف - الذي بلغ سن التقاعد - علي البديل النقدي للإجازات التي لم يستفد منها أثناء مدة خدمته. فلا يستطيع الموظف أن يحصل علي هذا البديل النقدي - وهو حق دستوري له - بدون أن يلجأ إلي النظام القضائي المصري وأن ينهك قضائه الذين يعوزهم الوقت لبحث قضايا تستحق التعمق. وهكذا، يتحمل القضاء المصري مسئولية إصلاح أخطاء أجهزة الدولة البيروقراطية وتحمل تعنتها، وهو ما يمثل عبئا علي القضاة يستتبع بالضرورة تعطيلًا للفصل في القضايا.

### الخاتمة

#### إصلاح النظام القضائي المصري بين الواقع والمأمول

الجزء الأول: واقع استقلال السلطة القضائية: استقلال.... غير كامل  
أ- استقلال....

رغم كل التجاوزات لاستقلال القضاء التي سلطنا عليها الأضواء في هذا الدراسة، إلا أنه لا يمكننا إنكار أن القضاء في مصر يتمتع بقدر كبير من الاستقلال. وفي رأينا، هناك ثلاثة أمور قد تساعدنا في فهم أسباب هذا الاستقلال النسبي.

أولاً، يتضمن الدستور المصري مواداً تضمن استقلال القضاء وحق المواطن في المثول أمام قاضيه الطبيعي. ولكن لا يجب أن ننخدع بهذه النصوص الدستورية، لأن ذات الدستور يتضمن نصوصاً أخرى تؤسس لوجود المحاكم الاستثنائية، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، لأن الجهة المنوط بها تفسير الدستور وهي المحكمة الدستورية العليا بدت - في الأعوام الأخيرة - أكثر تحفظاً في تفسير الدستور عما كانت عليه من قبل.

ثانياً، قد يكون للتاريخ والتقاليد القضائية دور في إيجاد الاستقلال النسبي الذي نتكلم عنه. فعادة، يقال - في معرض الحديث عن تاريخ القضاء المصري - أن القضاء قد عرف الاستقلال قبل أن تنص عليه وتحميه القوانين. فلقد استطاعت الجماعة القضائية أن تحافظ على قيم الاستقلال والحيادية وقامت بنقلها إلى الأجيال الجديدة. فمسألة استقلال القضاء ليست مسألة نصوص دستورية أو قانونية فحسب. ولكنها أيضاً مسألة شخصية ذات صلة بالتربية والتنشئة. وحتى في أصعب الفترات التي عاشتها السلطة القضائية - حين حاولت السلطة التنفيذية النيل من استقلالها -، فقد استطاع القضاة تخطي تلك المحن وربما زادتهم قوة وزادتهم إصراراً على المطالبة بمزيد من الاستقلال.

ثالثاً، لا يمكننا إغفال دور نادي القضاة في تحقيق بعض الاستقلال للسلطة القضائية وكفاحه من أجل أن يصير هذا الاستقلال كاملاً. ولتنظيم الجماعي للقضاة عدة فوائد، حيث تضيف صفة الجماعية على مطالب القضاة شرعية لكونها نابعة من مجموع الأشخاص المعنيين بمسألة استقلال القضاء، وكون النادي يجمع كل القضاة يسمح للقضاة - الذين انتخبوا من أجل إدارته - بالحديث كنواب عن باقي القضاة وليس بصفتهم الشخصية. كما أن كون النادي يضم آلاف القضاة يساعد على حماية القضاة النشطين في المطالبة باستقلال القضاء بإخفائهم وسط الجموع الكبيرة. وذلك مما يجعل احتمالية تعرض السلطة السياسية للقضاة النشطين أمراً أكثر صعوبة، وإن تم سيعتبر ذلك اعتداءً موجهاً لجموع القضاة.

وقد ساعدت تلك العوامل المختلفة في تحقيق شيء من الاستقلال للسلطة القضائية المصرية. والواقع أن وضع استقلال القضاء في مصر -

بالمقارنة بمعظم الدول المجاورة - لا بأس به، بل وربما يتفوق في بعض النواحي علي بعض الدول الديمقراطية<sup>(١١)</sup>. ولكن تقييم وضع القضاء في مصر لا يجب أن يتم علي أساس المقارنة مع الدول الأخرى ولكن علي أساس احترام المعايير الدولية المتعلقة باستقلال القضاء. بعد دراسة هذه القواعد الدولية ومقارنتها بالواقع المصري، نستطيع أن نؤكد أن استقلال السلطة القضائية في مصر لا يزال ناقصا.

ب- ... غير كامل

في ثنايا هذه الدراسة، تم عرض العديد من النصوص والممارسات التي تمس استقلال السلطة القضائية المصرية.

فمن النصوص ما لا يحدد اختصاصات السلطة التنفيذية - علي سبيل المثال، فيما يخص التعيين للمناصب القضائية العليا - بشكل كاف، ومن النصوص ما يؤسس لمحاكم استثنائية لا تتمتع بضمانات الاستقلال الكافية. ومن النصوص ما لا يسمح للقضاة بإدارة شئونهم دون تدخل خارجي. ولكن المشكلة لا تختزل في قانون غير عادل ولكن لها أيضا صلة بالممارسات السيئة. تلك الممارسات قد تأتي من القضاة أنفسهم مثل محاباة أبناء القضاة عند التعيين في القضاء، وقد تأتي أحيانا أخرى من السلطة التنفيذية عندما تحاول التدخل في شئون القضاة، وعندما تتحايل علي القضاء المستقل بإحالة المدنيين أمام المحاكم العسكرية وعندما تمتنع عن تنفيذ أحكام القضاء واجبة النفاذ...

السؤال الذي يجب طرحه هو هل هناك تطور في الأوضاع؟ وفي

أي اتجاه يسير التطور إن كان موجودا؟

من جانبنا، نميل للقول بأن التعديلات التي أدخلت - في عام ٢٠٠٦ - علي قانون السلطة القضائية قد سارت في اتجاه منح السلطة القضائية المصرية استقلالا أكبر. فهذه الإصلاحات قللت من سلطات وزير العدل وزانت من صلاحيات مجلس القضاء الأعلى. وهذه إصلاحات محمودة ولكنها غير كافية - إن لم تكن غير ذات أثر - ما لم يتم

---

(١١) هذه الدول لا تعتبر دائما مثالا يحتذى خاصة فيما يتعلق بالصراع ضد الإرهاب واستقلال النيابة العامة.

تغيير طريقة تشكيل مجلس القضاء الأعلى.

وللأسف، فإن معظم الإصلاحات التي تمت في مصر في السنوات الأخيرة شكلية، أو بتعبير آخر، ما يمنح باليد اليمنى يؤخذ باليد اليسرى. هذه الإصلاحات موجهة أغلب الظن للمجتمع الدولي. وظاهرة الإصلاحات الشكلية لا تقتصر على موضوع استقلال القضاء، فهو أمر لوحظ في التعديلات الدستورية الأخيرة، ففي الوقت التي زيدت فيه سلطات البرلمان، مست ضمانات نزاهة الانتخابات البرلمانية وفتح الباب للتأثير في الانتخابات.

وبالتزامن مع تلك الإصلاحات المنقوصة، تم إحالة المدنين إلى القضاء العسكري، ولم تنفذ أحكام القضاء بما في ذلك بعض أحكام المحاكم الاستثنائية.

وبعد واقع استقلال القضاء الذي عرضنا له وقبل المأمول الذي ننتظره، علينا أن نشير إلى التجربة الرائدة والمحورية لنادي القضاة.

#### الجزء الثاني: تقييم تجربة نادي القضاة

كان التيار الإصلاحى بنادى القضاة - خاصة فى السنوات الأخيرة - المدافع الأول عن استقلال السلطة القضائية. ولكن علينا أن نسأل أنفسنا إذا كان بإمكانه أن يستمر فى نضاله من أجل استقلال القضاء خلال السنوات القادمة. هل يملك التيار الإصلاحى مواصلة مسيرته على الرغم من خسارته انتخابات نادى قضاة مصر وانتخابات نادى قضاة الإسكندرية؟

للإجابة على هذا السؤال، يجب قراءة الأحداث الأخيرة التي واجه النادي فيها السلطة التنفيذية قراءة متأنية .

نظرا لشعور القضاة بتجاهل السلطة التنفيذية لمطالبهم بالمزيد من الاستقلال، وإحساسهم بأن السلطة التنفيذية تستغلهم للتخلص من الاتهام بتزوير الانتخابات، قرر القضاة الانقلاب على السلطة التنفيذية، وقرروا أن يخرجوا من برجهم العاجي ليقربوا أكثر من كافة أطراف المجتمع. فمن ناحية، قام القضاة بتنظيم الوقفات الاحتجاجية والتهديد بالإضراب. ومن ناحية أخرى، تم فتح أبواب نادي القضاة لوسائل الإعلام المختلفة ومختلف

كان لهذا التغيير الذي طرأ علي خطاب القضاة عدة آثار بعضها إيجابي والبعض الآخر سلبي:

الآثار الإيجابية: من الآثار الإيجابية التي لاحظناها زيادة شعبية القضاة ومطالبهم. وقد كرست التعديلات التشريعية لسنة ٢٠٠٦ بعض مطالب القضاة. علي المستوي الشعبي، شهدت مصر مظاهرات عديدة في عام ٢٠٠٦ للتنديد بإحالة قاضيين من التيار الإصلاحى إلي مجلس التأديب لمحاكمتهم تأديبيا. وقد ساهمت هذه المظاهرات في إحداث حراك سياسى في مصر لم يهدأ حتي الآن. كما تبنت العديد من القوي السياسية مطالب القضاة وأدخلتها ضمن برامجها السياسية. باختصار، مثل تحرك القضاة - الراض لتزوير الانتخابات والراغب في الإصلاح - مصدر أمل للمجتمع المصري، أمل في مستقبل أفضل يستحقه الشعب المصري<sup>(١١٢)</sup>.

الآثار السلبية: باتباعه خطابا تصادمية مع السلطة التنفيذية - وهو خطاب يختلف عن خطاب الحوار المعتاد -، خسر النادي تعاطف بعض القضاة الذين - بالرغم من اتفاقهم مع مضمون مطالب التيار الإصلاحى - لم يعجبهم أسلوب بعض القضاة الإصلاحيين الذين دخلوا في مواجهة صريحة مع الدولة. كما أن اللجوء المتزايد لوسائل الإعلام - وهو ما يتعارض مع التقاليد القضائية - قد أثار العديد من القضاة. ربما كان علي أنصار التيار الإصلاحى أن يأخذوا في الاعتبار كون المجتمع القضائى مجتمعا محافظا يرفض تصعيد الأمور بالشكل الذي تم.

ولقد لجأت السلطة التنفيذية - من خلال وزير العدل - إلي وسائل عدة للضغط علي القضاة منها وقف الدعم المادى المقدم لنادى القضاة. وهذه رسالة للقضاة مفادها أن طريق المواجهة مع السلطة التنفيذية ليس السبيل الأمثل لتحقيق مطالبهم. وقد وصلت هذه الرسالة إلي القضاة حيث هزم التيار الإصلاحى في انتخابات نادى قضاة الإسكندرية في ٢٠٠٨ ثم انتخابات نادى قضاة مصر في ٢٠٠٩. وإذا كان التيار الإصلاحى راغبا

---

(١١٢) فتوح الشانلى، التحرك الجماعى للقضاة في مصر، السابق الإشارة إليه، ص ١٨٥ وما بعدها.

في العودة إلى قيادة نادي القضاة لجملة قلعة الدفاع عن استقلال القضاء، فإنه يتعين عليه اتباع خطاب أكثر "دبلوماسية" يتوافق مع ما ينتظره القضاء من ناديه ولا يضعهم في صدام مباشر مع السلطة التنفيذية. علي التيار الإصلاحى أن ينظم صفوفه وأن يتبع خطاباً موحداً إذ لم يكن قضية التيار الإصلاحى دائماً على نفس الخط.

في نظرنا، خسارة انتخابات نادي القضاة ليست أكبر خسارة للقضاة. الخسارة الكبرى هي تعديل المادة ٨٨ من الدستور التي كانت تمنحهم مسئولية الإشراف الكامل على الانتخابات. وبذلك، فقد القضاة ورقة مهمة كانت تتيح لهم الضغط على السلطة التنفيذية. ولذلك، نتوقع أن يقل اهتمام السلطة التنفيذية بمطالب القضاة مستقبلاً. فضلاً عن أنه بعد تعديل المادة ٨٨، أصبح التأثير في الانتخابات أمراً أكثر سهولة.

وبما أنه ليس بوسع نادي القضاة أن يخوض وحده النضال من أجل استقلال القضاء، فيتعين على باقي القوى السياسية أن تتسلم الراية منه لاستكمال الكفاح من أجل استقلال القضاء ولمواجهة التحديات الأخرى التي تواجه النظام القضائي المصري.

الجزء الثالث: المأمول: تطلعات حول مستقبل إصلاح النظام القضائي المصري

يواجه القضاء المصري عدة تحديات:

#### أ- تحدي الاستقلال

لتجاوز هذا التحدي، تعديل الدستور والقوانين لا يكفي. يجب توافر الإرادة لدى السلطة السياسية حيث أن التحدي على استقلال السلطة القضائية ليس مصدره الوحيد نصوص القانون فحسب ولكن مصدره ممارسات السلطة التنفيذية أيضاً.

#### ب- تحدي الكفاءة

لا يحتاج القضاء المصري للاستقلال فقط ولكن يحتاج أيضاً للكفاءة. من أجل تحقيق الكفاءة، يجب اختيار القضاة من أفضل العناصر المتقدمة لشغل وظيفة القضاء دون أن يشوب الاختيار نوع من الوساطة أو

المحابة. صحيح أن القضاة يتم اختيارهم من بين خريجي كليات الحقوق المصرية وأن تلك الكليات قلما ضمت - في السنين الأخيرة - أفضل العناصر، ولكن حل هذه المشكلة يكمن في تطوير طرق إعداد القضاة وأعضاء النيابة العامة قبل ممارستهم وظيفتهم القضائية وأثناءها.

### ج- تحدي الفعالية والتحديث

يعاني القضاء المصري من ضعف في الفعالية. لذلك، يجب تحسين وضع أعوان القضاء وخاصة الكتبة والمحضرين وإيجاد حل للمشكلة الكبرى المتمثلة في عدم تنفيذ الأحكام.

قد يكون إنشاء محاكم متخصصة أمرا محمودا لكونها تلبي حاجة أفرزها الواقع العملي، ولهذا يمكن الترحيب بإنشاء المحاكم الاقتصادية. ولكن لا يجب أن يقتصر تطوير وتحديث القضاء على المجال الاقتصادي، فقد ينتج ذلك قضاء مزدوج السرعة: قضاء سريع وفعال للأغنياء وآخر بطئ للفقراء.

من أجل تخطي تحدي التحديث، يتعين على القضاء المصري الاستعانة بالتقنيات الحديثة لتحسين كفاءة القضاء والإسراع في إجراءات المحاكمة. إن تحديث القضاء أمر مهم، ولكن يجب أن يصاحبه تقدم في مجالات استقلاله وكفاءته. فبغير هذا التوازن، قد تصبح العدالة الناجزة عدالة غير عادلة.

### توصيات بخصوص استقلال النظام القضائي المصري

#### أولا : توصيات للسلطات العامة

##### أ - المعاهدات الدولية

صدقت مصر على عدة معاهدات دولية متعلقة بحقوق الإنسان، وهو ما يعد أمرا إيجابيا. من المستحب أن تستكمل السلطات جهودها في هذا المجال وذلك:

١- بتصديقها على باقي المعاهدات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان



- وخاصة البروتوكولات الاختيارية للعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، لاتفاقية القضاء علي جميع أشكال التمييز ضد المرأة.
- ٢- بعملها علي أن تكون أحكام القانون المصري متفقة مع الاتفاقيات الدولية - المتعلقة باستقلال القضاء - التي صدقت عليها مصر.
- ٣- بالدأب علي تعريف وتوعية القضاة بأحكام المعاهدات الدولية وانطباقها في المحاكم المصرية.

### ب - الإصلاحات الدستورية

لضمان استقلال القضاء، يجب الإسراع في القيام بإصلاحات دستورية مثل:

- ٤ - النص صراحة علي الاستقلال الكامل لمجلس القضاء الأعلى بالنسبة للسلطات التنفيذية والتشريعية.
- ٥ - اعتماد مبدأ الانتخاب المباشر بالنسبة لنصف - إن لم يكن أكثر - أعضاء مجلس القضاء الأعلى.
- ٦ - تعديل المادة ٧٦ والتي تحصن قرارات إدارية - قرارات لجنة الانتخابات الرئاسية - من الرقابة القضائية.
- ٧ - تعديل المادة ٨٨ لكفالة الإشراف القضائي الكامل علي كافة مراحل العملية الانتخابية، وذلك بالنسبة لمختلف الانتخابات والاستفتاءات.
- ٨ - تعديل المادة ٩٣ كي تستطيع المحاكم الفصل في صحة عضوية أعضاء مجلس الشعب.
- ٩ - إلغاء المادة ١٧١ التي تؤسس لمحاكم أمن الدولة.
- ١٠ - تعديل المادة ١٧٣ لإلغاء مجلس الهيئات القضائية.
- ١١ - تعديل المادة ١٧٩ التي تتيح للمشرع أن يحيل المدنيين المتهمين بارتكاب الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة الإرهاب للمحاكمة أمام المحاكم الاستثنائية.
- ١٢ - تعديل المادة ١٨٣ لتنص صراحة علي عدم خضوع المدنيين

## للمحاكم العسكرية .

### ج - الإصلاحات التشريعية

يجب تعديل القوانين المنظمة للسلطة القضائية لضمان الاستقلال الكامل للسلطة القضائية والقضاة. لذلك نوصي:

#### - بخصوص المحكمة الدستورية العليا

١٣ - تقييد السلطة التقديرية لرئيس الجمهورية في تعيين رئيس المحكمة الدستورية العليا.

١٤ - النص علي أن يكون تعيين رئيس المحكمة الدستورية العليا من بين قضاتها.

#### - بخصوص مجلس القضاء الأعلى

١٥ - إدخال أعضاء منتخبين (نصف الأعضاء علي الأقل) في تشكيل مجلس القضاء الأعلى.

١٦ - زيادة سلطات مجلس القضاء الأعلى فيما يخص التفتيش القضائي، وذلك بأن يتم إلحاق إدارة التفتيش القضائي بمجلس القضاء الأعلى.

١٧ - إخضاع مسائل الندب والإعارة لسلطان مجلس القضاء الأعلى.

١٨ - تقييد سلطة رئيس الجمهورية في اختيار النائب العام عن طريق إشراك مجلس القضاء الأعلى في عملية الاختيار.

- بخصوص نظام القضاة ومسائل أخرى:

١٩ - تقييد إمكانية الندب والإعارة من خلال إخضاعهما لقواعد واضحة وشفافة.

٢٠ - الحد من الندب للإدارات الحكومية.

٢١ - منع - أو علي الأقل تقييد - إمكانية تفويض الجمعيات العمومية للمحاكم سلطاتها لرؤساء المحاكم.

٢٢ - النص صراحة علي حق القضاة في التعبير عن رأيهم، و

حقهم في التجمع طبقا لما تنص عليه مبادئ الأمم المتحدة الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية.

٢٣ - النص - في قانون السلطة القضائية - علي نادي القضاة ودوره في حماية استقلال القضاء، وتحديد مصدر تمويل ثابت للنادي. وذلك دون إخضاعه لإشراف مجلس القضاء الأعلى.

٢٤ - التسليم بحق نادي القضاة في التعاون مع اتحادات قضائية أخرى علي المستويين الدولي والمحلي.

٢٥ - تطوير طرق إعداد القضاة عن طريق إنشاء معهد دراسات قضائية يدرس فيه كل من يتم تعيينه قاضيا أو وكيلا للنيابة.  
- بخصوص المحاكم العسكرية

٢٦ - قصر اختصاص المحاكم العسكرية علي محاكمة العسكريين وحظر مثل المدنيين أمامها.

- بخصوص الحق في محاكمة عادلة

٢٧ - استحداث درجة ثانية للتقاضي في الجنايات.

٢٨ - إلغاء أو تقليل المصاريف القضائية وتحسين نظام المساعدة القضائية.

٢٩ - استحداث إدارة تنفيذ العقوبة داخل وزارة العدل يكون دورها الإشراف علي تنفيذ العقوبات، والإشراف علي السجون وأماكن الاحتجاز، واتخاذ التدابير العاجلة فيما يخص تنفيذ العقوبات.

د - السياسة الحكومية في مسألة استقلال القضاء

يقتضي تحقيق استقلال القضاء أن تتوافر النية لذلك لدي السلطة التنفيذية، ولهذا يجب:

٣٠ - إعادة الحوار بين وزير العدل والقضاة فيما يخص شئون العدالة. ويجب أن تتم استشارة القضاة فيما يتعلق بالمسائل التي تخصهم والإنصات لما يطالبون به من إصلاحات.

٣١ - عدم ممارسة أية وسائل ضغط مباشرة أو غير مباشرة علي القضاة كما تم وصفه في هذه الدراسة.

٣٢ - زيادة مرتبات القضاة وموظفي المحاكم حتي تتناسب مع ارتفاع ظروف المعيشة.

٣٣ - تحسين ظروف عمل أعوان القضاء للحد من الفساد والرشاوي وزيادة فاعليتهم.

٣٤ - التعاون والتشاور مع تنظيمات المحامين فيما يخص التعديلات التشريعية الخاصة بمسائل القضاء والعدالة.

٣٥ - الامتناع عن التدخل في الشؤون الداخلية لنقابة المحامين.

#### ثانيا: توصيات للمجتمع المدني

في إطار السعي إلي استقلال القضاء، نوصي منظمات المجتمع المدني المصري:

٣٦ - بمساندة القضاة الذين يطالبون باستقلال القضاء.

٣٧ - كشف وفضح محاولات النيل من استقلال القضاء.

٣٨ - المشاركة في إقامة حوار بناء حول مسائل العدالة، وبصفة خاصة بشأن تعيين المرأة في القضاء.

٣٩ - إعداد وتنفيذ برامج هدفها توعية المواطنين بمسألة استقلال القضاء وأهميته في حماية حقوق جميع المواطنين.

٤٠ - التأكيد - بالنسبة لمرشحي الانتخابات التشريعية والرئاسية -

بصفة أساسية علي مسألة استقلال القضاء في برامجهم وحملاتهم الانتخابية.

#### ثالثا: توصيات للجماعة القضائية

لا تعد السلطة التنفيذية العبء الوحيدة أمام تحقيق استقلال القضاء. فللقضاة دور مهم في ذلك. ولذلك، فإننا نقترح علي القضاة ما يلي:

٤١ - قبول تعيين المرأة في كافة وظائف القضاء.

٤٢ - تطبيق شروط اختيار القضاة تطبيقا صحيحا لكون تمييز علي أساس

اجتماعي أو أي أساس غير قانوني.  
٤٣- تطبيق قانون السلطة القضائية فيما يخص تعيين المحامين وأساتذة  
الجامعات في القضاء.

## المراجع

### الكتب

١. أحمد هندي، المرافعات المدنية والتجارية، الإسكندرية، ٢٠١٠.
٢. روجيه بيرو، النظم القضائية، مونتكريتيان، ٢٠٠٨ (باللغة الفرنسية).
٣. طارق البشري، القضاء المصري بين الاستقلال والاحتواء، مكتبة الشروق الدولية، ٢٠٠٦.
٤. طلعت دويدار، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، الإسكندرية، ٢٠١٠.
٥. فحسي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩.
٦. فتوح الشاذلي، الحقوق الإنسانية للمرأة بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠١٠.
٧. ناتالي برنار موجيرون، القضاء الدستوري في مصر، برويلان، بروكسل ٢٠٠٣ (باللغة الفرنسية).
٨. ناتالي برنار موجيرون، بودوان دويريه، مصر وقوانينها، كلوار، ٢٠٠٢ (باللغة الإنجليزية).
٩. ناثان براون، سيادة القانون في العالم العربي، المحاكم في مصر والخليج، كامبردج ينيفرسيتي برس، ١٩٩٧ (باللغة الإنجليزية).

### المقالات

١. أحمد مكي، "المواجهة بين القضاء والنظام الناصري" في القضاء والإصلاح السياسي، الكتاب السابق ذكره.
٢. إيزابل لندريفي، "تطور العلاقة بين المحاكم المختلطة والسلطة التنفيذية في مصر من ١٨٧٥ إلى ١٩٤٩" في القضاء والإصلاح السياسي، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، ٢٠٠٦.
٣. عوض محمد، "قراءة محايدة للمادة ١٧٩ من الدستور"، مجلة

- القضاة، السنة ٢٤ أكتوبر ديسمبر ٢٠٠٨، ص ١٥.
٤. قروح الشاذلي، "الأسباب غير القانونية لرفض تعيين المرأة في مجلس الدولة"، الأهرام، ١٩ فبراير ٢٠١٠، ص ١١.
٥. قروح الشاذلي، "التحرك الجماعي للقضاة في مصر" في عندما تجمع القضاة، صابر، بيروت، ٢٠٠٨ ص ١٣٩.
٦. محمد حسام الدين الغرياتي، "استقلال مجلس القضاء الأعلى"، بحث مقدم ضمن مؤتمر عن مجلس القضاء الأعلى في الدول العربية منعقد في الأردن في ٢٠٠٨.
٧. محمد نور فرحات وعلي الصلوق، تقرير عن النظام القضائي في مصر، منشور في كتاب عن وضع القضاء في الوطن العربي، ٢٠٠٧.
٨. نتالي برنار موجيرون، "التعديل الدستوري الجديد في مصر - نحو إصلاح ديمقراطي؟" المجلة الفرنسية للقانون الدستوري، ٢٠٠٧ ص ٨٤٣ (باللغة الفرنسية).
٩. نتالي برنار موجيرون، "المحاكم العسكرية والاستثنائية في مصر" في المحاكم الاستثنائية - دراسة مقارنة - مجلد تحت إشراف إليزابيت لامبير، ٢٠٠٣، ص ١٩١ (باللغة الفرنسية).
١٠. نتالي برنار موجيرون، "تحو استقلال أكبر للسلطة القضائية في مصر؟"، المجلة الدوائية للقانون المقارن، ٢٠٠٧، ص ٧٩ (باللغة الفرنسية).

قانون مكافحة الاتجار بالبشر في مصر وحماية حقوق الإنسان  
قراءة مقارنة لأهم أساسيات أحكام القانون ٦٤ لسنة ٢٠١٠ بشأن  
مكافحة الاتجار بالبشر في مصر

دكتور/ فايز محمد حسين محمد  
أستاذ ورئيس قسم فلسفة القانون وتاريخه  
كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية  
مدير برنامج العيادة للقانونية

مقدمة

إن صدور القانون ٦٤ لسنة ٢٠١٠ بشأن مكافحة الاتجار بالبشر في مصر، يعتبر أمرا عظيما، يؤكد مدى إحساس المشرع المصري، بأهم محور من محاور قضية حقوق الإنسان وحرياته، وهو محور مكافحة الاتجار بالبشر **Combating Human Trafficking**. ومواصلة لجهود النظم القانوني المصري في المواجهة التشريعية، انطلاقا من سياسة قانونية **Legal policy** ؛ لكل ما يشكل خطرا على حقوق الإنسان **Human Rights**. ومدى استجابة النظم القانوني المصري، للتحويلات العالمية في القانون **Global transformation of law**، وتأكيدا لدور مصر الداعم للمجتمع الدولي، في مواجهة المخاطر التي تواجه الإنسانية، في ظل عصر العولمة **Globalization**؛ وحماية للمواطنين في الداخل وفي الخارج ؛ فالاتجار بالبشر **Human Trafficking** (ويسمى أيضا الاتجار بالأشخاص **Trafficking in persons**) من أهم المخاطر التي تواجه الإنسانية المعاصرة.

أن الاتجار بالبشر هو إحياء لظاهرة العبودية **Slavery**. فالاتجار بالبشر، هو العبودية الحديثة **Modern slavery** التي يعتقد الكثير أنها زالت من الوجود الإنساني. فالواقع يقول إن هناك أكثر من ٢٧ مليون رقيق في العالم اضية علم ٢٠٠٩ (١).

(١) حيث قيل ما يلي:

(Most people today believe that slavery was eliminated long ago. Unfortunately, that's not true. There are more than 27 million slaves in



ولكن لا يعني صدور القانون المصري، بشأن مكافحة الاتجار بالبشر رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠، أن قضية مكافحة الاتجار بالبشر، كانت غائبة عن النظم القانوني المصري قبل صدور هذا التاريخ، بل كانت محل اهتمام ولكن بطريقة غير مباشرة، فقد اهتمت مصر بها على المستوى الدولي وعلى المستوى الداخلي.

**فطى المستوى الدولي:** فقد انضمت مصر إلى الكثير من الاتفاقيات الدولية المتعلقة، بحقوق الإنسان، وكذلك الاتفاقيات المتعلقة بمكافحة الاتجار بالبشر، والاتفاقيات المتعلقة بالرق والسخرة والعمل القسرى وحقوق الأطفال وحقوق المرأة ومكافحة الجريمة المنظمة وبروتوكول منع وقوع ومكافحة الاتجار بالبشر.... الخ. ... بالإضافة إلى مشاركة مصر للعديد من المؤتمرات والجهود المتعلقة بمكافحة الاتجار بالبشر.

**وعلى المستوى الداخلي:** فمن ناحية، نجد إن الدستور يتضمن مجموعة من النصوص، التي تمثل أساسا للحماية الدستورية لحقوق الإنسان وحرية ومكافحة الاتجار به. ومن ناحية ثانية، فتحتوى الكثير من التشريعات المصرية، على ما يتضمن مكافحة للكثير من صور الاتجار بالبشر، كقانون العقوبات وقانون العمل وقانون الطفل وقانون مكافحة الدعارة.... الخ.

ولما كان المفهوم العام لحقوق الإنسان Human rights هو مجموعة الحقوق التي تثبت للإنسان بوصفه إنسانا ؛ فهي حقوق مرتبطة بالطبيعة الإنسانية، وهي تتعلق بالإنسان في شتى جوانبه الفكرية والمادية، وهي متعلقة بالكرامة الإنسانية، في وقت السلم وفي وقت الحرب، والتي تلقى حماية من قبل الأديان والقوانين والدساتير وإعلانات الحقوق والمواثيق الدولية. ولما كان الهدف الأول للقانون والنظم القانونية هو حماية حقوق

---

the world today – more than at the height of the transatlantic slave trade ... Today slavery is outlawed in most countries. Nevertheless, the legal end of slavery did not end its existence. Instead of slavery became invisible, allowing the majority of the world's population to ignore it and to forget it. It is almost unbelievable and yet true that today there are more slaves in the world than at any other time in history...)(See: Human trafficking Present –Day Slavery– In Dialogue With the world No. 9 December 2009. SVD Publication, Rome, 2009. P. 7.

الإنسان Protection of Human rights. بل أن الأهداف الأخرى كالعدالة والصالح العام والاستقرار القانوني والأمن القانوني والحفاظ على قيم الجماعة .. الخ . ففي واقع الأمر أن كل هذه الأهداف، داخله في فكرة حقوق الإنسان ؛ ولذا فالفكرة المحورية لكل تنظيم قانوني هي فكرة حقوق الإنسان .

فانطلاقاً مما سبق، سنقدم في هذا البحث الموجز قراءة مقارنة لأهم أساسيات أحكام قانون مكافحة الاتجار بالبشر رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠ في مصر في ضوء القوانين المقارنة المتعلقة بالاتجار بالبشر، وفي ضوء مفاهيم حقوق الإنسان وأحكام قانون العقوبات في مصر.

ولكن بادئ ذي بدء - فجدير بالذكر الإشارة إلى أنه، لا يمكننا قراءة القانون المصري رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠ الخاص بمكافحة الاتجار بالبشر من زاوية القانون الجنائي ونظرياته ، بل ينبغي أن نضيف إلى رؤيتنا هذه أيضاً زاوية أخرى وهي النظر إلى القانون من زاوية حقوق الإنسان.

بناء على ما سبق، ستكون خطة الدراسة على النحو الآتي:

المبحث الأول: ماهية الاتجار بالبشر في قانون مكافحة الاتجار بالبشر

٦٤ لسنة ٢٠١٠.

المبحث الثاني: مبدأ العالمية ومبدأ الشخصية في تطبيق النصوص الجنائية ونطاق تطبيق أحكام قانون مكافحة الاتجار بالبشر.

المبحث الثالث: الحماية المقررة للمجني عليه في جرائم الاتجار بالبشر.

## المبحث الأول

ماهية الاتجار بالبشر في قانون مكافحة الاتجار بالبشر رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠

ظاهرة الاتجار بالبشر **Human trafficking** ليست حديثة العهد، بل إنها قديمة قدم الإنسانية ذاتها، فالرق والاسترقاق وتجارة العمالة والتسول والدعارة ... وغير هذا، كلها أفعال وجدت في كافة المجتمعات القديمة، بغض النظر عن طبيعة أنظمتها الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والدينية، وما زالت موجودة في كل المجتمعات المعاصرة، ولكن بصورة أوسع وأعصق أثراً، وأصبحت ليست على المستوى الداخلي (الاتجار بالبشر الداخلي) فقط بل أصبحت موجودة أيضاً على المستوى الدولي (الاتجار بالبشر الدولي).

ولقد كافح الإنسان كثيراً من أجل حمايته من الاتجار به، ولكن مزال الاتجار به موجودا. وتتغير أشكال هذا الاتجار، وتتحوّر صورته من حين لآخر مع تطورات المجتمع الإنساني. ولما أدرك المشرع المصري ما سبق، أصدر قانونا لمكافحة الاتجار بالبشر.

ونحاول في هذا الفصل معالجة الخطوط العامة لماهية الاتجار بالبشر في قانون مكافحة الاتجار بالبشر في مصر رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠ من خلال دراسة مقارنة بالقوانين الأخرى. وسنتناول ما سبق من خلال التقسيم الآتي:

**المطلب الأول: جوانب مشكلة الاتجار بالبشر**

**المطلب الثاني: تعريف الاتجار بالبشر في القانون المصري والقانون المقارن**

**المطلب الثالث: التحليل المنهجي القانوني المقارن لقانون الاتجار بالبشر**

## المطلب الأول

### جوانب مشكلة الاتجار بالبشر

#### أولاً: مشكلة الاتجار بالبشر

اتفق الأدبيات المتعلقة بالاتجار بالبشر على أنه ( **Human Trafficking - Trafficking in Persons** ) يعتبر من أهم التحديات الحالية، التي تواجه المجتمع المحلي والمجتمع الدولي على حد سواء في القرن الحالي. ويشكل من أكبر مظاهر الاعتداء على حقوق الإنسان وحريته. وتوصف جرائم الاتجار بالبشر بأنها وصمة عار وخزي للجميع وهي أيضاً أكبر نشاط غير قانوني في الوقت المعاصر.

ولقد اعتبر الاتجار بالبشر من أهم مصادر الدخل غير المشروع والاقتصاد الخفي بعد تجارة السلاح وتجارة المخدرات<sup>(١)</sup>. وإن كان ترتيبه يتلقى

(١) أنظر:

UNODC and Naief Arab University for security sciences; The protection project at Johns Hopkins University school of Advanced international studies: Combating trafficking in persons

من ناحية الإرباح في المرتبة الثالثة بعدهما، ولكنه في الأثر والخطورة على مستقبل الإنسانية، يحتل المرتبة الأولى. فالإتجار بالبشر هو في واقع الأمر جريمة بكل المعايير ضد الإنسانية **Crime against humanity**. يمثل المفهوم الدقيق للإتجار بالبشر في المخالفة الواضحة والصريحة للطبيعة الإنسانية **Human nature**. إذ ينظر للإنسان - طبقاً لجريمة الإتجار بالبشر - من مخلوق كرمه الله عز وجل (لقد كرّمنا بني آدم) إلى سلعة يتم تداولها في الأسواق بين التجار العاملين في الصور المختلفة من أنشطة الإتجار بالبشر، كتجار العمالة وتجار الجنس وتجار الأعضاء البشرية وتجار الدعارة وتجار الأطفال وسامسة الزواج..... الخ، حيث يصبح الإنسان ذاته محلاً للنشاط التجاري، شأنه شأن باقي السلع المادية، التي تكون محلاً لأنشطة التجارية اليومية.

في ظل الإتجار بالبشر، يكون الإنسان - من الناحية القانونية - محل للحق **Object** وليس من أشخاص القانون **Subject of law - Sujet du droit**. حيث إن الإنسان من أشخاص القانون وليس محلاً للقانون في الأنظمة القانونية المعاصرة. وبناء عليه، فطالما الإنسان سيكون محلاً للحق، فإنه سيصبح محلاً للعمليات التجارية، شأنه شأن الأشياء، السلع. وبلا شك فإن هذا يعتبر، ردة للوراء في تطور النظم القانونية، وإنكار صريح لتطورها، ورجوعاً بها إلى مصنف النظم القانونية البدائية، والتي كانت تركز ظاهرة الرق. وتعتبر الأرقاء محلاً للحق، وليس من أشخاص القانون (المخاطبون بالقاعدة القانونية).

فالتجارة، تتعلق بسلع مادية يمكن تداولها، أما تجارة البشر، وهي متعلقة بالإنسان ذاته، فإنه أمر غريب، إذ يتخذ من الإنسان موضوعاً للتجارة، بجعله -

---

in accordance with the principle of Islamic law, 2006, p. 4; Jonathan Todres: law, otherness, And human Trafficking, In Georgia State university college of law, Legal studies paper No. 2009 - 07, P. 607.

صلاح الدين الخرشبي: في مواجهة الإتجار بالبشر: أي موقع الميثاق العربي لحقوق الإنسان، المبادرة العربية لبناء القدرات الوطنية العاملة في مجال مكافحة الإتجار بالبشر بالدول العربية - قطر - الدوحة، ٢٢/٢٢ مارس/ ٢٠١٠، ص ١١. د. موزي علي ناشد: الإتجار في البشر بين الاقتصاد الخفي والاقتصاد، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٥، ص ٥، وما بعدها.

بالمعنى الاقتصادي - سلعة خاضعة للطلب والعرض، ويتعارض ذلك مع الطبيعة الإنسانية، وحقوق الإنسان<sup>(١)</sup>.

الاتجار بالبشر هو المظهر الحديث للرق، الذي كان منتشرا في العالم القديم، والذي ظل منتشرا إلى وقت حديث. وتم تحريمه دوليا. ولكن عاد وظهر مرة أخرى، اشد فتكا وأعظم اثرا، في كافة صور الاتجار بالبشر. فالاتجار بالبشر Human trafficking هو رق عصر العولمة وكما قيل<sup>(٢)</sup>.

(In an era in which, through globalization and expanding international relations, the economic differences between countries and regions have become increasingly pronounced the old phenomenon of slavery gains renewed attention. People are being moved inside and across borders to be exploited as money-generating commodities. These new forms of slavery and slavery-like practices are

---

(١) د. سوزي عدلي ناشد: مرجع سابق، ص ١٦ - ١٧؛ ولقد أشار تقرير للتنمية البشرية الصادر من UNDP لعام ٢٠٠٩ إلى أن ( المشكلة الأكبر في الاتجار تكمن في تقييده لحرية البشر، وانتهاكه لحقوق الإنسان الأساسية ) ص ٦٥.  
(٢) انظر:

A Human Rights based Approach to Trafficking in Human Beings in Theory and Practice, SSRN, 2009, p.1.

وجدير بالذكر أن أهداف صدور قانون ضحايا الاتجار والعنف - قانون الحماية رقم ٢٠٠٠ ( Victims of trafficking and violence protection act of 2000 ) مكافحة الاتجار بالبشر، لأنها المظهر المعاصر للرق... حيث جاء به ما يلي:

**Sec. 102 Purposes and findings:**

- (a) **PURPOSES.**—The purposes of this division are to combat trafficking in persons, a contemporary manifestation of slavery whose victims are predominantly women and children, to ensure just and effective punishment of traffickers, and to protect their victims.
- (b) **FINDINGS.**—Congress finds that: (1) as the 21st century begins, the degrading institution of slavery continues throughout the world. Trafficking in persons is a modern form of slavery, and it is the largest manifestation of slavery today.

usually referred to as trafficking in human beings a crime that, without any doubt, conflicts with the human rights of its victims.)

وقيل أيضا ما يلي بصدد العلاقة بين الرق والاتجار بالبشر في العصر

الحديث:

(A gross violation of human rights, slavery has been condemned globally and is viewed by most as a terrible relic modern past. Yet the incidence of human trafficking – a modern form of the slave trade – persists and, in fact, continues to grow)<sup>(١)</sup>.

تحتل مشكلة مكافحة الاتجار بالبشر – في الأونة المعاصرة، اهتماما كبيرا، حيث توالى الاتفاقيات والبروتوكولات الدولية والتشريعات الداخلة، التي تسعى جاهدة إلى مواجهة هذا النوع من التجارة المحرمة، بمقتضى الدين والدساتير والقانون والعرف، وبمقتضى الضمير الإنساني. فالاتجار بالبشر يشكل اعتداء سافرا على (النوع الإنساني) بكل المعايير<sup>(٢)</sup>. فالاتجار بالبشر يؤثر على حق الانسان فى سلامة الجسد.

ومن الثابت فى فقه القانون الجنائي، أنه فى جرائم الأعتداء على سلامة الجسم، يكون محل الاعتداء هو حق من حقوق الانسان، وهو حق الانسان فى

(١) انظر:

Jonathan Todres: law, otherness, and human Trafficking, In Georgia State University College of law, Legal studies paper No. 2009 – 07, P. 605.

ولقد جاء فى تقرير التنمية البشرية لعام ٢٠٠٩ ما يلي ( تكون الصور التي تصاحب عمليات الاتجار فى البشر فى أغلبها مروعة. وكثيرا ما يركز على ما يصلح الاتجار من عمليات استغلال جنسي وجريمة منظمة وإيذاء عنيف واستغلال اقتصادي. والاتجار بالبشر لا يؤثر سلبا على الأفراد لحسب. إنما يمس كرامة مجموعات بأسرها .. ص ٦٥.

(٢) مريم المالكي: سبل الوقاية والعلاج المتلاحمة، ص ٢، د. صلاح الدين الخديشي: مرجع سابق ص ٢ وما بعدها، ٤ محسن مرزوق: دور منظمات المجتمع المدني، منتدى النوحة التأسيسي لإطلاق المبادرة العربية لبناء القدرات الوطنية العاملة فى مجال مكافحة الاتجار بالبشر بالدول العربية، مرجع سابق ص ١.

سلامة جسمه، وهو محل الحماية الجنائية. ويسبغ القانون حمايته على كل ما من شأنه يؤدي الى تعطيل اى وظيفة من وظائف الحياة، مادية او معنوية، ولذا فإقته كما قيل فمن يأتي فعلا يؤدي الى اختلال الإمكانيات الذهنية للمجنى عليه، يكون قد اعتدى على سلامة جسمه<sup>(١)</sup>. ويلاشك يعتبر الاتجار بالبشر من جرائم الاعتداء على سلامة الجسد.

ونظرا لانتشار ظاهرة الاتجار بالبشر وتزايد أثرها الوخيمة على المجتمعين الدولي والداخلي. فقد أنشئت الكثير من الدول لجان وطنية، لرصد الظاهر والعمل على مكافحتها، واقتراح سبل القضاء عليها، ووضعت برامج للتوعية والمكافحة والتدريب.

ولكن من أهم الصعوبات التي تواجه المجتمع الدولي والمجتمع الداخلي فيما يتعلق بمكافحة الاتجار بالبشر، هي الصعوبة المتعلقة، بأن هذه الظاهرة تتم في الخفاء ويعيدا عن أعين المجتمع، وتأخذ مظاهر قانونية، الأمر الذي يجعل كشفها ورصدها من الصعوبة بمكان. ويزداد الأمر صعوبة، إذا ما عرفنا أنها أصبحت الآن تتم في إطار الجريمة المنظمة، والعبارة للحدود. ولذا فمكافحة الاتجار بالبشر، بحاجة إلى اعتماد إستراتيجية للتعاون الداخلي والدولي في المقام الأول.

ولقد ساعدت حركة العولمة بكافة مظاهرها في ازدياد ظاهرة الاتجار بالبشر، وخصوصا مع انخفاض معدلات الدخول في الكثير من الدول. ولقد أدت العولمة إلى إضفاء الطابع العالمي لهذه الظاهرة. ففي واقع الأمر - وكما يقال - إن الاتجار بالبشر، مشكلة عالمية، لا تقبل منها دولة مهما كانت - Trafficking in persons is truly a global problem. It is unfortunately a fair assessment to say that every country in the world is affected by human trafficking as a country of<sup>(٢)</sup> origin, transit or destination,

(١) د. قسوح الشاذلي: قانون العقوبات الخاص - الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، الإمكانية، دار المطبوعات الجامعية، ط ٢٠١٠ ص ١٣١-١٣٢.

(٢) انظر:

Mohamed Mattar: Global Trafficking in Women Modern day Slavery and the Movement to End It International Women's Day -

## ثانيا: أطر مشكلة الاتجار بالبشر

تتمثل الأطر الرئيسية لمشكلة الاتجار بالبشر على المستوى العالمي والمستوى الإقليمي والداخلي فيما يلي<sup>(١)</sup>.

١- الطبيعة الخاصة لجرائم الاتجار بالبشر: فأشكال الاتجار بالبشر، المشكلة لجريمة الاتجار بالبشر - كما يقال - (بحسب طبيعتها تكون متعددة للحدود الوطنية أو تحمل في طبيعتها عنصرا أجنبيا يتمثل في كون الجريمة، قد تم الإعداد والتخطيط لها في دولة أخرى أو كون الضحايا والشهود ينتمون إلى دولة أجنبية، أو أن أحد العناصر المادية للجريمة قد تم في إقليم دولة أخرى، أو أن الجاني قد فر إلى دولة خلاف التي ارتكبت فيها الجريمة)<sup>(٢)</sup>. وهذه الطبيعة الخاصة ترجع إلى عدة أمور، والتي بدورها تؤثر على اكتشاف حالات الاتجار بالبشر، ولذا قيل<sup>(٣)</sup>:

(One of the most difficult crime to discover and

---

Bradley University Mach 8, 2004; Francis T. Miko: Trafficking in women and children the Us and international response, CRS Report for Congress, July2003 (Trafficking in persons affects virtually every country in the world ...) P. 1.

(١) أنظر: مريم المالكي: سبل الوقاية والعلاج المتاحة لضحايا الاتجار بالبشر، منتدى الدوحة التأسيسي، ٢٢-٢٣ مارس، ٢٠١٠.. مرجع سابق، ص ١ وما بعدها؛ محمد إمام عبد العزيز: كلمة افتتاحية في فعاليات منتدى الدوحة التأسيسي، ص ٤ وما بعدها؛ د. عادل ملحد: تعاون وتنسيق أجهزة إنفاذ القانون بين الدول العربية، منتدى الدوحة التأسيسي لإطلاق المبادرة العربية، سابق الإشارة إليه، ص ٢؛ وانظر أيضا:

Mohamed Mattar: Global Trafficking ... op. cit., p. 2 and ff; Carolina J. Wennerholm Kvinnoforum: Crossing Borders against trafficking, P. 8 - 10; Human trafficking P. 7 and ff ; Dina Francesca Haynes: Good intentions are not enough: Four recommendations for implementing the trafficking victims.. op.cit., 3 -7.

(٢) د. عادل ملحد: تعاون وتنسيق أجهزة إنفاذ القانون سابق الإشارة إليها، ص، ٢.  
(٣) انظر:

Dina Francesca Haynes: Good intentions are not enough: Four recommendations for implementing the trafficking victims protection act) In: SSRN E.Library, P. 1.



prosecute, due to its inherent elusive and "private sphere" nature. The trafficking of human beings, as well as the labor those trafficked persons carry out, often occurs within homes or hidden away in factories, fields and workplaces, which have not been inspected. It is hard to find and harder still to prosecute).

٢- عدم وضوح رؤية المجتمع العالمي بالنسبة لمفهوم الاتجار بالبشر، بل أنه لم يبدأ الاهتمام بها إلا قريبا في الدول العربية. فأول تشريع وضع في مكافحة الاتجار بالبشر في الدول العربية هو قانون مكافحة الاتجار بالبشر الإماراتي (قانون تحدي رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٦) وتوالت التشريعات عموما على إثر صدور القانون الأمريكي بشأن ضحايا الاتجار والخطف - قانون الحماية علم ٢٠٠٠ Victims of trafficking and violence protection act of 2000<sup>(١)</sup>. فوضع القانون الأردني والقانون السوري والقانون العماني واخيرا القانون المصري.

٣- تأخر مواجهة الاتجار بالبشر وعدم تضامن مؤسسات المجتمع المدني مع الجهات الرسمية في مواجهتها. وهو أيضا الأمر الذي تنبعت إليه أخيرا الكثير من التشريعات المتعلقة بمكافحة الاتجار بالبشر وكذلك للجان الوطنية التي شكلت لمكافحة الظاهرة.

٤- تنوع ادوار الدول العربية بالنسبة لظاهرة الاتجار بالبشر، ما بين دول مصدرة، ودول مستوردة ودول عبور (ترانزيت) أو دول تقوم بأدوار مزدوجة ؛ فالدول المستوردة (بلدان الخليج - لبنان). ودول الترانزيت (مصر - الأردن - الجزائر - المغرب - لبنان). والدول المصدرة (مصر - الجزائر - تونس). وإعمالا لهذا ؛ فقد لقد أشار الميثاق العربي لحقوق الإنسان إلى مكافحة الاتجار بالبشر على مستويين

---

(١) جدير بالذكر الإشارة إلى أن القانون الأمريكي الصادر علم ٢٠٠٠ قد تم تعديله في ٢٠٠٢، ٢٠٠٥، ٢٠٠٨.

المستوى الأول على المستوى العام والإشارة إلى الكثير من الأمور التي تمثل اعتداء على بعض الحقوق والحريات التي تشكل تتصل ببعض صور الإضرار بالبشر وعلى المستوى الثاني فقد أشار إلى جريمة الاتجار بالبشر صراحة في بعض نصوصه حيث جاء في البند العاشر حظر الرق والإضرار بالأفراد والسخرة والاتجار بالأفراد من أجل الدعارة والاستغلال الجنسي واستغلال دعارة الغير أو أي شكل آخر أو استغلال الأطفال في النزاعات المسلحة. ويلاحظ أيضاً أنه ركز على تأكيد ما ورد في الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالاتجار بالبشر<sup>(١)</sup>.

٥- أصبحت دول الخليج العربي هي أهم مقاصد الاتجار بالبشر للوافدين من دول جنوب شرق آسيا - شرق أوروبا - آسيا الصغرى - وسط آسيا. ولمواجهة هذا فقد انطلقت في الدوحة في مارس ٢٢ / مارس ٢٣ - ٢٠١٠ المبادرة العربية لبناء القدرات الوطنية العاملة في مجال مكافحة الاتجار بالبشر بالدول العربية. وتقوم هذه المبادرة على مشروع مكون من هدف عام وهدف خاص. ويتمثل الهدف العام للمشروع في (بناء القدرات الوطنية للقيادات العاملة في مختلف مجالات مكافحة الاتجار بالبشر في بالمنطقة العربية، على نحو يؤدي إلى إكساب هؤلاء المهارات اللازمة، للتعامل مع مختلف القضايا المتعلقة بالاتجار بالبشر<sup>(٢)</sup>).

٦- توافر الغطاء القانوني للكثير من صور الاتجار بالبشر، الأمر الذي يؤدي إلى صعوبة تحديد حالاته بدقة. فالاتجار بالعمالة Labor trafficking يتم عن طريق عقد عمل، والاتجار بالنساء trafficking in women وهو متعدد المظاهر، فمثلاً يتم عن طريق عقود عمل وعقود زواج ... الخ<sup>(٣)</sup>.

(١) أنظر: صلاح الدين الخرشى، مرجع سابق، ص ١.

(٢) أنظر قطر والمبادرة العربية لبناء القدرات الوطنية العاملة في مجالات مكافحة الاتجار بالبشر، قطر، الدوحة، ٢٢-٢٣ / مارس ٢٠١٠.

(٣) أنظر:

Carolina J Wennerholm Kvinnoforum: Crossing borders against

٧- عدم الاعتقاد برضاء المجنى عليه ( الضحية ) في كافة صور جرائم الاتجار بالبشر، وبشكل هذا صلية فعالة في مكافحة الاتجار بالبشر، إنا أن هذه الجرائم دائما تقع إما برضاء الصريح للضحية. وأما برضاء الضمني المقترن بالتهديد والاستغلال. وقد أشارت إلى هذا العديد من الاتفاقات الدولية والبروتوكولات والتشريعات المنطقية بمكافحة الاتجار بالبشر.

وبناء عليه تقوم جريمة الاتجار بالبشر كملامة حتى وإن انتقت لركان جريمة الاغتصاب، لأن الاغتصاب - في القانون المصري - يقتض أن يكون بدون رضاه المجنى عليها، ولكن جريمة الاتجار بالبشر، لا يعد برضاء مطلقا؛ حيث إن الاغتصاب هو موقعة لثى، دون رضاها، أما لو توافر الرضاء انتقت الجريمة، وإن كان هذا القتل بشكل جريمة أخرى من الجرائم الملمسة بالعرض. حيث تنص المادة ٢٦٧ عقوبات على: (من وقع لثى بغير رضاها يعاقب بالسجن المؤبد أو المشدد).

٨- ضرورة التركيز على عنصر الاستغلال Exploitation كأحد العناصر الرئيسية لتولم جريمة الاتجار بالبشر، مع ضرورة الاهتمام بليضاح مفهومه، لأنه يعتبر من أحد عناصر تولم جريمة الاتجار بالبشر<sup>(١)</sup>.

٩- تعدد أسباب ارتكاب جرائم الاتجار بالبشر ما بين ظروف اقتصادية وسياسية ودينية وأمنية<sup>(٢)</sup>. فالأبحاث التي أجريت حول البحث عن

---

trafficking in women and girls.. op.cit., p. 12- 14 ;

(١) انظر: Conny Rijksear Dogmar Koester: A Human Rights based..., op. cit. p. 2, Mohamed Mattar: Trafficking in persons, Global overview, op. cit., p. 7.

(٢) انظر:

Francis T.Miko: Trafficking in women and children the Us and international response, CRS Report for Congress, Op. cit., P. 3 (The reasons for the increase in trafficking are many. In general, the criminal business feeds on poverty, despair, war, crisis and ignorance the movement of people across borders, legally and illegally, especially from poorer to wealthier countries. International organized crime has taken advantage of the freer

عوامل انتشار الاتجار بالبشر، وجدت أنها ترجع إلى التفاوت الاقتصادي، وانتشار الفساد وعدم الاستقرار، وانتشار الحرب، وضعف الأجور وقلة فرص العمل<sup>(١)</sup>.

وبناء عليه فقد، خلص الرأي إلى إن مكافحة الاتجار بالبشر، يستوجب دراسة منابعها لإمكانية مكافحتها بعد فهم إبعادها، حيث إنه قد قيل<sup>(٢)</sup>:

To develop an understanding of human trafficking it is necessary to consider the operation of, and interaction between, a range of factors that combine to enable individuals and organizations to traffic vulnerable people with deception, coercion and exploitation. There is enormous intersection that makes a particular region more or less likely to be targeted by traffickers

١٠- فداحة الأثر الاجتماعية والاقتصادية والأمنية المترتبة على جريمة الاتجار بالبشر؛ الأمر الذي يستوجب ضرورة مكافحتها ونظراً لفداحة الأثر الاقتصادية والاجتماعية والأمنية التي تترتب على جريمة الاتجار بالبشر، فقد وقف المجتمع الدولي والمجتمع المحلي، لمواجهة مواجهة فعالة. ولكن ما زال خطواتهما في هذا الصدد غير كافية؛ لتخفيف منابع هذه الجريمة النكراء ومواجهة أثارها.

---

flow of people, money, goods and services to extend its own international reach) P. 5.

(١) محمد أحمد عبد العزيز: كلمة افتتاحية في فعاليات منتدى الدوحة التأسيسي حول المبادرة العربية لبناء القدرات الوطنية لمكافحة الاتجار بالبشر، الدوحة - قطر، ٢٢-٢٣ مارس - ٢٠١٠، ص ٤ وما بعدها؛

Human trafficking Present – Day Slavery – In Dialogue With the world No. 9 December 2009. SVD Publication, Rome 2009. P. 7.

وترتيباً على أن البطالة والفقر من أهم أسباب انتشار الاتجار بالبشر جاء في تقرير التنمية البشرية الصادر عن UNDP عام ٢٠٠٩ ما يلي (... ليس من شك أن محاربة الاتجار قد تكون أكثر فعالية من خلال توفير فرص عمل ومستوى وعي أفضل داخل بلدان المنشأ. فالقدرة على قول " لا " للاتجار هي أفضل وسيلة للحماية ) انظر: تقرير التنمية البشرية لعام ٢٠٠٩، ص ٦٦.

Trafficking in Human, Social, Cultural and Political Dimensions. (٢)

- ١١- يتم الاتجار بالنساء في صور عديدة هي الدعارة Prostitution، عقود الزواج الوهمية وعملية النساء والعصاة المنزلية وسلمسة الزواج الموسمي. أما أهم صور الاتجار بالأطفال فتتمثل في: الاستغلال الجنسي - العمل - التمويل - التبني - تجارة الأعضاء البشرية الدعارة ..... الخ<sup>(١)</sup>.
- ١٢- أن المكافحة الكاملة لظاهرة الاتجار بالبشر تتطلب ( ما يطلق عليه Five P's ) ويقصد بهذا: الملاحقة Prosecution والحماية Protection والتشريع Provision والمنع Prevention والمشاركة Participation<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر: Mohamed Matar: Trafficking in persons in global overview, current Trends and pathways formed, the protection project, may 2009, p. 8.

وراجع التقرير الذي صدر عن Ms. Joy Ngozi Ezeilo والتي تعمل the United Nations Special Rapporteur on Trafficking in Persons, especially women and children بشأن حالة الاتجار بالبشر في مصر والتي زارت مصر في الفترة من ١١ - ٢١ أبريل ٢٠١٠ حيث جاء به ما يلي:

(The Special Reporter identified common forms of trafficking in persons in Egypt to include trafficking for the purposes of sexual exploitation of under aged girls through "seasonal / temporary" marriage, child labour, domestic servitude, other forms of sexual exploitation and prostitution. There are also indications that trafficking for forced marriages, forced labour, transplantation of human organs and body tissues may be much more than current estimates. Furthermore, the incidence of internal trafficking is much higher than transnational trafficking and the prevalence of street children increases their vulnerability to child trafficking. ).

وجدير بالذكر لقد زارت Ms. Joy Ngozi Ezeilo العيادة القانونية - بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية، ولقد تمنا بمقابلتها يوم السبت الموافق ٢١-أبريل، ولقد ذكرت العيادة القانونية Legal clinic في تقريرها المشار إليه.

(٢) انظر:

USAID: Assessment on the status of trafficking in persons in Egypt , August, 2007, P. 2;

وجدير بالذكر الإشارة إلى ما ورد عن

Ms. Joy Ngozi Ezeilo, the United Nations Special Reporter on Trafficking in Persons, especially women and children

ثالثاً: تطور مفهوم وإطار الاتجار بالبشر ومكافحته  
ظاهرة الاتجار بالبشر، ليست حديثة العهد، إذ إنها قديمة جداً، ولكنها  
ككل الظواهر طرأت عليها تطورات كبيرة، ومن أوجه متعددة.  
وتتمثل أهم ملامح تطور مفهوم وإطار الاتجار بالبشر ومكافحته على  
المستوى الدولي والداخلي فيما يلي:

١- حدوث تحولات تلبية لتعريف مصطلح الاتجار بالبشر، من  
العبودية Slavery إلى الاستغلال Exploitation، ولذا صار  
الاستغلال هو العنصر المحدد لقيام جريمة الاتجار بالبشر<sup>(١)</sup>، ولذا  
اشترطت المادة ٢ من قانون مكافحة الاتجار بالبشر في مصر أن  
يكون التعامل بقصد الاستغلال أياً كانت صورته (...). وجاء أيضاً  
في نص المادة ٣ لا يعتد برضاء المجني عليه على استغلال.

٢- اتساع صور حالات قيام الاتجار بالأشخاص لتمثل في التسول -  
الخدمة المنزلية (إذا لم يراع المخدم حقوق الخدم) - السمسرة  
بالزواج - عمالة الأطفال - السباحة الجنسية - التبني - استخدام  
الأطفال في المواد الإباحية - استغلال الأشخاص في النزعات  
المسلحة - الاستغلال الجنسي - العمل القسري - نقل الأعضاء -  
استخدام الأشخاص في التجارب الطبية - استخدام الأشخاص في  
العمليات الإرهابية - استغلال العمالة الأجنبية<sup>(٢)</sup>.

وجدير بالذكر أن القانون المصري بشأن مكافحة الاتجار بالبشر

٦٤ لسنة ٢٠١٠ قد تناول الصور السابقة وغيرها.

٣- استقرار النظم القانونية - خلافاً للقواعد العامة - في تقرير

حيث نكرت ما يلي:

(..... the strategies for combating trafficking should rest on the following 5 P's (Protection, Prosecution, Punishment, Prevention, and Promotion), 3'R's (Redress, Rehabilitation and Reintegration of victims) and 3'Cs (Capacity, Cooperation and Coordination).

(١) أنظر د. محمد مطر، الجهود الدولية والإقليمية والوطنية التي بذلت لمكافحة الاتجار  
بالأشخاص في خلال عشر سنوات، ورقة عمل قدمت في المبادرة العربية، الدوحة،  
قطر، ٢٢ - ٢٣ مارس ٢٠١٠.

(٢) أنظر د. محمد مطر: المرجع السابق، نفس الإشارة.

ضمانات وحماية ورعاية خاصة للمجني عليه (الضحية) في جرائم الاتجار بالبشر. فقد استقرت الآن النظم القانونية على عدم معاقبة المجني عليه (أو كما يقال الضحية) <sup>(١)</sup>. وخير ما يدل على هذا النصوص الواردة في قوانين مكافحة الاتجار بالبشر في البلاد العربية، كقانون مكافحة الاتجار بالبشر في مصر (المادة رقم ٣) والقانون السوري بشأن مكافحة الاتجار بالأشخاص (مادة ٣/٤) والقانون العماني (مادة ٣) والقانون الأردني (مادة ١٣) والقانون البحريني (مادة ١/ب).

٤- فتح الحق في التقاضي على المستوى الداخلي والمستوى الدولي أمام المجني عليه، فإذا أوصد أمامه القضاء الداخلي لجأ إلى القضاء الدولي <sup>(٢)</sup>.

٥- ظهور الاختصاص العالمي في نطاق تطبيق قوانين مكافحة الاتجار بالبشر (قانون مكافحة الاتجار بالبشر في مصر ملدة ١٦-١٧).

٦- اتساع نطاق حركة مكافحة الاتجار بالبشر، فبعد أن كانت هذه الحركة مقصورة على الجهود الفردية، أصبح الاتجار بالبشر الآن يكافح من قبل مؤسسات الدولة، وكذلك منظمات المجتمع المدني. بل صار الاتجار بالبشر قضية دولية، مرتبطة بقضية حقوق الإنسان.

٧- تطور حركة التشريع في مجال مكافحة الاتجار بالبشر، فأصبح بالعديد من الدول تشريعات لمكافحة الاتجار بالبشر، بالإضافة إلى النصوص المتفرقة في قوانين الدول، كالقانون الجنائي، وقانون العمل، قوانين الأحوال الشخصية، قانون الطفل ..... الخ <sup>(٣)</sup>.

٨- سريان قوانين مكافحة الاتجار بالبشر من الناحية المكانية، على ما يتعرض له مواطني الدولة في الخارج، إعمالاً لمبدأ تطبيق أحكام

(١) أنظر د. محمد مطر: المرجع السابق، نفس الإشارة.

(٢) أنظر د. محمد مطر: المرجع السابق، نفس الإشارة.

(٣) أنظر د. محمد مطر، المرجع السابق، ص ٢.

قانون مكافحة الاتجار بالبشر تطبيقاً مكانياً مبنياً على مبدأ التطبيق الشخصي السلبي (تطبيق أحكام قانون مكافحة الاتجار بالبشر على الجرائم الواقعة على مواطني الدولة) مثل ما قرره قانون مكافحة الاتجار بمصر في المادتين ١٦-١٧.

## المطلب الثاني

### تعريف الاتجار بالبشر في القانون المصري والقانون المقارن

#### أولاً: ماهية الاتجار بالبشر في القانون الدولي

جاء تعريف الاتجار بالبشر في المادة الثالثة من بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال. حيث عرفت المادة ٣ من بروتوكول الأمم المتحدة المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة ضد الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية لعام ٢٠٠٠ والخاص بمنع الاتجار بالأشخاص على النحو التالي: (تجنيد أشخاص أو نقلهم أو تقليمهم أو إيوائهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو إساءة استعمال السلطة أو إساءة استغلال حالة استضعاف أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض استغلال. ويشمل الاستغلال كحد أدنى استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي أو السخرة أو الخدمة قسراً أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد أو نزع الأعضاء).

ويعتبر هذا التعريف هو التعريف النموذجي الذي اتخذته الكثير من التشريعات المتعلقة بشأن مكافحة الاتجار بالبشر كنموذج لها. مع بعض الاختلافات، بالإضافة، كالتشريع المصري والإماراتي والأردني والأمريكي والعماني والسوري والكثير من التشريعات الأجنبية.

#### ثانياً: تعريف الاتجار بالبشر في التشريعات العربية

اهتمت قوانين مكافحة الاتجار بالبشر (الاتجار بالأشخاص) في وضع



تعريف لمفهوم الاتجار بالبشر.

ولقد اهتمت جامعة الدول العربية بوضع قانون عربي استرشادي لمواجهة جرائم الاتجار بالأشخاص، وعرفت فيه المقصود بالاتجار بالبشر. ونوضح فيما يلي بعض التعريفات التي جاءت في قوانين مكافحة الاتجار بالبشر أو الأشخاص في الدول العربية على النحو التالي:

(١) القانون العربي الاسترشادي لمواجهة جرائم الاتجار بالأشخاص-  
جامعة الدول العربية ٢٠٠٥.

عرف القانون العربي الاسترشادي، جامعة الدول العربية والذي اعتمده وزراء العدل العرب في دورته ٢١ ووزراء الداخلية العرب في دورته ٢٣ على النحو الآتي: ( الاتجار بالأشخاص: تجنيد أشخاص أو نقلهم أو إيواؤهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو إساءة استعمال السلطة أو إساءة استغلال استضعاف، أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر، لغرض الاستغلال.  
ويشمل الاستغلال كحد أدنى، استغلالهم في الدعارة أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي، أو السخرة أو الخدمة قسراً، أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق، أو الاستعباد أو نزع الأعضاء).

(٢) القانون الأردني ( قانون منع الاتجار بالبشر رقم ٩ لسنة ٢٠٠٩ ):

جاء تعريف الاتجار بالبشر في المادة الثالثة والتي تنص على ما يلي:

أ- لمقاصد هذا القانون تعني عبارة ( جرائم الاتجار بالبشر ):-

١- استقطاب أشخاص أو نقلهم أو إيوائهم أو استقبالهم بغرض استغلالهم عن طريق التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو استغلال السلطة أو استغلال حالة ضعف، أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على هؤلاء الأشخاص.

٢- استقطاب أو نقل أو إيواء أو استقبال من هم دون الثامنة عشرة متى كان ذلك بغرض استغلالهم ولو لم يقترن هذا الاستغلال بالتهديد بالقوة أو

استعمالها أو غير ذلك من الطرق الواردة في البند (١) من هذه الفقرة.  
ب- لغويات الفقرة (أ) من هذه المادة، تعني كلمة (الاستغلال) استغلال الأشخاص في العمل بالسخرة أو العمل قسرا أو الاسترقاق أو الاستعباد أو نزع الأعضاء أو في الدعارة أو إي شكل من أشكال الاستغلال الجنسي.  
ج- تعتبر الجريمة ذات طابع (عبر وطني) في أي من الحالات التالية:-

- ١- إذا ارتكبت في أكثر من دولة.
- ٢- إذا ارتكبت في دولة وتم التحضير أو الإعداد أو التخطيط لها أو الإشراف عليها في دولة أخرى.
- ٣- إذا ارتكبت في إي دولة عن طريق جماعة إجرامية منظمة تمارس أنشطة إجرامية في أكثر من دولة.
- ٤- إذا ارتكبت في دولة وامتدت أثارها إلى دولة أخرى.

### (٣) القانون الإماراتي لسنة ٢٠٠٦:

جاء تعريف الاتجار بالبشر في المادة الأولى الخاصة بالتعريفات والتي تنص على ما يلي (الاتجار بالبشر: تجنيد أشخاص أو نقلهم أو ترحيلهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو إساءة استعمال السلطة أو إساءة حالة الضعف أو إعطاء أو تلقي مبلغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال. ويشمل الاستغلال جميع أشكال الاستغلال الجنسي أو استغلال دعارة الغير أو السخرة أو الخدمة قسرا أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد أو نزع الأعضاء).

### (٤) القانون العماني (رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨):

ورد تعريف الاتجار بالبشر في القانون العماني في مادتين هما المادة الأولى التي تم تخصيصها لتعريف المصطلحات الواردة بالقانون. والمادة الثانية من القانون.

فجاء في المادة الأولى الإشارة إلى أن المقصود بجريمة الاتجار بالبشر: القيام بأي فعل من الأفعال الواردة في المادة (٢) من هذا القانون.

وجاء نص المادة الثانية على النحو التالي:  
يعد مرتكباً جريمة الاتجار بالبشر كل شخص يقوم عمداً وبغرض  
الاستغلال:

- أ - استخدام شخص أو نقله أو إيوانه أو استقباله عن طريق الإكراه أو  
التهديد أو الحيلة أو باشتغال الوظيفة أو النفوذ أو باشتغال حالة  
استضعاف أو باستعمال سلطة ما على ذلك الشخص أو بأية وسيلة  
أخرى غير مشروعة سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة.
- ب- استخدام حدث أو نقله أو إيوانه أو استقباله ولو لم تستخدم الوسائل  
المنصوص عليها في البند السابق.

### (٥) القانون البحريني (قانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٨ قانون مكافحة الاتجار بالأشخاص):

نصت المادة الأولى على:

أ- في تطبيق أحكام هذا القانون يقصد بالاتجار بالأشخاص، تجنيد  
شخص أو نقله أو تثقيله أو إيوانه أو استقباله بغرض إساءة  
الاستغلال، وذلك عن طريق الإكراه أو التهديد أو الحيلة أو باستغلال  
الوظيفة أو النفوذ أو بإساءة استعمال سلطة ما على ذلك الشخص أو  
بأية وسيلة أخرى غير مشروعة سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة  
وتشمل إساءة الاستغلال، استغلال ذلك الشخص في الدعارة أو في  
أي شكل من أشكال الاستغلال أو الاعتداء الجنسي، أو العمل أو  
الخدمة قسراً أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق، أو  
الاستعباد أو نزع الأعضاء.

ب- يعتبر اتجاراً بالأشخاص تجنيد أو نقل أو تثقيب أو إيوان أو استقبال  
من هم دون الثامنة عشرة أو من هم في حالة ظرفية أو شخصية لا  
يمكن معها الاعتداد برضايتهم أو حرية اختيارهم، متى كان ذلك  
بغرض إساءة استغلالهم ولو لم يقترن الفعل بأي من الوسائل  
المنصوص عليها في الفقرة السابقة.

ج- يفترض علم الجاني بالسن الحقيقية للمجنى عليه الذي لا يبلغ من  
العمر ثماني عشرة سنة.

## (٦) نظام مكافحة الاتجار بالأشخاص السعودي (١٤٣٠ هـ):

جاء تعريف الاتجار بالأشخاص في نظام مكافحة الاتجار بالأشخاص السعودي في المادة ١/١ والمادة الثانية. فقد نصت المادة الأولى المخصصة للتعريفات على: (الاتجار بالأشخاص: استخدام شخص، أو إلحاقه، أو نقله، أو إيواؤه أو استقباله، من أجل إساءة الاستغلال) ثم نصت المادة الثانية على: (يحظر الاتجار بأي شخص بأي شكل من الأشكال، بما في ذلك إكراه أو تهديده أو الاحتيايل عليه أو خداعه أو خطفه، أو استغلال الوظيفة أو النفوذ، أو إساءة استعمال سلطة ما عليه، أو استغلال ضعفه، أو إعطاء مبالغ مالية أو مزايا أو تلقيها لنيل موافقة شخص له سيطرة على آخر من أجل الاعتداء الجنسي، أو العمل أو الخدمة قسرا، أو التسول، أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد، أو نزع الأعضاء، أو إجراء تجارب طبية عليه).

## ثالثا: تعريف الاتجار بالبشر في القانون المصري ٦٤ لسنة ٢٠١٠ بشأن مكافحة الاتجار بالبشر

ورد تعريف الاتجار بالبشر في المادة الثانية من القانون والتي نصت على: ( يعد مرتكبا لجريمة الاتجار بالبشر كل من يتعامل بأية صورة في شخص طبيعي بما في ذلك البيع أو العرض للبيع أو الوعد بهما أو الاستخدام أو النقل أو التسليم أو الإيواء أو الاستقبال أو التسليم سواء في داخل البلاد أو عبر حدودها الوطنية - إذا تم ذلك بواسطة استعمال القوة أو العنف أو التهديد يهما، أو بواسطة الاختطاف أو الاحتيايل أو الخداع، أو استغلال السلطة أو استغلال حالة الضعف أو الحاجة، أو الوعد بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا مقابل الحصول على موافقة شخص على الاتجار بشخص آخر له سيطرة عليه - وذلك كله - إذا كان التعامل بقصد الاستغلال أيا كانت صورة بما في ذلك الاستغلال في أعمال الدعارة وسائر أشكال الاستغلال الجنسي، واستغلال الأطفال في ذلك وفي المواد الإباحية أو السخرة أو الخدمة قسرا أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد أو التسول أو استئصال الأعضاء أو الأنسجة البشرية أو جزء منها ).

- ومن خلال التعريف الوارد في نص القانون المصري نرصد ما يلي:
- ١- أشار التعريف إلى عناصر جريمة الاتجار بالبشر هي الاستغلال والوسائل والمظاهر.
  - ٢- ورد به كافة مظاهر الاتجار بالبشر، وادخل صوراً كثيرة للاتجار بالبشر، بالمقارنة للصور الواردة نص المادة ٣ من من بروتوكول الأمم المتحدة المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة ضد الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية لعام ٢٠٠٠ والخاص بمنع الاتجار بالأشخاص.
  - ٣- يعتبر تعريفاً جامعاً مانعاً للاتجار بالبشر، بالمقارنة للتعريفات الواردة في التشريعات العربية المقارنة كالتشريع الأردني والإماراتي والسوري والعماني ونظام مكافحة الاتجار بالأشخاص السعودي.

رابعاً: مكافحة الاتجار بالبشر وحماية حقوق الإنسان في مصر:

بلا شك أن هناك ارتباطاً وثيقاً بين حقوق الإنسان ومشكلة الاتجار بالبشر. فكافة مظاهر الاتجار بالبشر هي مظاهر للاعتداء على حق من حقوق الإنسان وحرياته. فالاتجار بالعمل هي مناقية للحق في العمل، والاتجار بالدعارة، منافي لحق الإنسان في سلامة جسده، ومعارض لكيونته البشرية، فهو ليس محلاً للاستمتاع. وبوجه عام فكافة صور الاتجار بالبشر هي تشكل اعتداء على حق أو أكثر من حقوق الإنسان وانتهاك واضح لحرياته. ويضاف إلى ما سبق، إن الاتجار بالبشر أيضاً يشكل فعلاً مخالفاً لحقوق الإنسان في الحياة في مجتمع فاضل، والمحافظة على الأخلاق الفاضلة، لا تقوم فيه الرزيلة، ولا تنتشر الأمراض الاجتماعية والعضوية والنفسية. حيث إن جرائم الاتجار بالبشر، تمثل اعتداء على ما سبق، إذ أنها تؤدي إلى انتشار الرزيلة والأمراض .... الخ.

تولى مصر اهتماماً كبيراً، بكل ما يتعلق بقضايا حقوق الإنسان، ونظراً للارتباط الوثيق بين الاتجار بالبشر وحقوق الإنسان فقد، شاركت جمهورية مصر العربية المجتمع الدولي في تصديده لهذه الظاهرة، حيث قامت بالتصديق والانضمام إلى العديد من الاتفاقيات والمواثيق والصكوك والبروتوكولات الدولية المتعلقة بمكافحة الاتجار بالبشر، مثل: اتفاقية انرق لعام ١٩٢٦ والبروتوكولات المعدلة لها، الاتفاقية التكميلية لإبطال الرق و تجارة

الرقيق و الأعراف و الممارسات المشابهة للرق (جنيف) ١٩٥٦؛ اتفاقية  
السخرة (علم ١٩٣٠ - ١٩٥٧)؛ الاتفاقية الدولية لمنع الاتجار في الأشخاص و  
استغلال دعارة الغير ١٩٥١؛ بروتوكول منع و قمع و معاقبة الاتجار في  
الأشخاص و بخاصة النساء و الأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة  
الجريمة المنظمة عبر الوطنية ٢٠٠٠؛ بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين  
عن طريق البر و البحر و الجو المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة  
المنظمة عبر الوطنية؛ اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩.

وبالإضافة إلى قانون مكافحة الاتجار بالبشر رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠،  
يحتوي النظم الدستوري والقانوني المصري على آليات تمثل أسسا دستورية  
وقانونية لمكافحة كافة مظاهر الاتجار بالبشر.

ولا يمكننا إنكار دور القضاء، بكافة صورة في إرساء الأسس القضائية  
لحماية حقوق الإنسان وحرية، وهي بلا شك مرتبطة بمكافحة الاتجار بالبشر،  
باعتبار إن الاتجار بالبشر يمثل صورة من أهم صور الاعتداء على حقوق  
الإنسان وحرياته. بالرغم من إن القضاء الدستوري لم يتعرض مباشرة  
لموضوع الاتجار بالأشخاص، إلا انه قد لمس من خلال مجموعة الأحكام التي  
صدرت بشأن كل ما يتعلق بحقوق الإنسان وحرياته.

فقد جاء في الدستور المصري ما يؤكد حماية حقوق الإنسان، ومنها  
مكافحة كافة مظاهر الاتجار بالبشر مثل حماية الأسرة، حماية العمل، حماية  
الطفل، المحافظة على التقاليد والعادات. إذ يتضمن الدستور المصري على  
مجموعة من النصوص التي تشكل في اعتقادنا الأساس الدستوري لمكافحة  
الاتجار بالبشر<sup>(١)</sup>.

(١) ومن النصوص الدستورية المتعلقة بمكافحة الاتجار بالبشر نذكر ما يلي: مادة(٧):  
يقوم المجتمع على التضامن الاجتماعي. مادة(٨): تكفل الدولة تكافؤ الفرص لجميع  
المواطنين، مادة(٩): الأسرة أساس المجتمع، قوامها الدين والأخلاق والوطنية.  
وتحرص الدولة على الحفاظ على الطابع الأصيل للأسرة المصرية وما يتصل به من  
قيم وتقاليد، مع تأكيد هذا الطابع وتنميته في العلاقات داخل المجتمع المصري.  
مادة(١٠): تكفل الدولة حماية الأمومة والطفولة، وترعى النشئ والشباب، وتوفر لهم  
الظروف المناسبة لتنمية ملكاتهم. مادة (١١): تكفل الدولة التوفيق بين واجبات المرأة  
نحو الأسرة وصلها في المجتمع، ومسئولاتها بالرجل في ميادين الحياة السياسية  
والاجتماعية والثقافية والاقتصادية، دون إخلال بإحكام الشريعة الإسلامية. مادة(١٢):  
يلتزم المجتمع برعاية الأخلاق وحمايتها، والتمكين للتقاليد المصرية الأصيلة، وعليه

وبالإضافة إلى النصوص الدستورية، فهناك مجموعة من النصوص القانونية المتعلقة بمكافحة الاتجار بالبشر. كالنصوص القانونية الواردة في قانون العقوبات وقانون الطفل وقوانين الأحوال الشخصية وقانون العمل وقانون الدعارة<sup>(١)</sup>.

مراعاة المستوى الرفيع للتربية الدينية والقيم الأخلاقية والوطنية، والتراث التاريخي للشعب، والحقائق العلمية، والأدب العلمية، وذلك في حدود القانون، وتلتزم الدولة بتبني هذه المبادئ والتعمير لها. مادة (١٣): العمل حق وواجب وشرف تكفله الدولة، ويكون العاملون الممتازون محل تقدير الدولة والمجتمع. ولا يجوز فرض أي عمل جبراً على المواطنين إلا بمقتضى قانون ولأداء خدمة عامة وبمقابل عادل. مادة (٤٠): المواطنون لدى القانون سواء، وهم متساوون في الحقوق والواجبات العلمية، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة. مادة (٥٢): للمواطنين حق الهجرة الدائمة أو المؤقتة إلى الخارج، وينظم القانون هذا الحق وإجراءات وشروط الهجرة ومغادرة البلاد. مادة (٥٧): كل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات العلمية التي يكفلها الدستور والقانون جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المنية الناشئة عنها بالتقادم، وتكفل الدولة تعويضاً عادلاً لمن وقع عليه الاعتداء. مادة (٦٤): سيادة القانون أساس الحكم في الدولة. مادة (٦٨): التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل مواطن حق اللجوء إلى قضائه الطبيعي، وتكفل الدولة تقرير جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل في القضايا وحظر النص في القوانين على تحصيل أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء. مادة (٦٩): حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول. ويكفل القانون لغير القادرين مالياً وسائل اللجوء إلى القضاء والدفاع عن حقوقهم. بلا شك تشير الأسس السابقة بلا شك إلى كفاية أوجه الحماية الدستورية للأجرة والعمل وكفاية حق التقاضي وحماية الحق في العمل وسيادة القانون. وهي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بمكافحة صور الاتجار بالبشر.

(١) في قانون الطفل: مادة ٩٦: يعد الطفل معرضاً للخطر، إذا وجد في حالة تهدد سلامة التنشئة الواجب توافرها له، وذلك في أي من الأحوال الآتية: ٦- إذا تعرض داخل الأسرة أو المدرسة أو مؤسسات الرعاية أو غيرها للتعريض على الطفل أو الأهل المنفصلة للأدب أو الأهل الإبلية أو الاستغلال التجاري أو التحرش أو الاستغلال أو الاستعمال غير المشروع للكحوليات أو المواد المخدرة المؤثرة على الحالة العقلية. ٧- إذا وجد متسولاً، ويعد من أعمال التسول عرض سلع أو خدمات تامة أو القيام بالعبث بهوانية وغير ذلك مما لا يصلح مورداً جدياً للعيش. مادة (١١٦ مكرراً (أ)): يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تجوز خمسين ألف جنيه كل من استورد أو صدر أو أنتج أو أعد أو عرض أو طبع أو روج أو حاز أو بث أي أعمال إبلية يشارك فيها أطفال أو تتعلق بالاستغلال الجنسي للطفل، ويحكم بمصادرة الأدوات والآلات المستخدمة في ارتكاب الجريمة والأموال المتحصلة منها، وغلق الأماكن محل ارتكابها مدة لا تقل عن ستة أشهر، وذلك كله مع عدم الإخلال بحقوق الغير حسن النية. ومع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد ينص عليها في قانون آخر،

### المطلب الثالث

تحليل منهجي قانوني مقارن لقانون مكافحة الاتجار بالبشر ٦٤ لسنة ٢٠١٠

أولاً: الوصف العام للقانون :

تكون قانون مكافحة الاتجار بالبشر رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠ من ثلاثين مادة في إطار ستة فصول على النحو الآتي:  
(١) الفصل الأول: تعريفات (المواد ١-٣):

تكون هذا الفصل بالتعريفات من المواد الآتية: المادة الأولى: ورد بها تعريف بعض التعريفات، كتعريف المجني عليه، الجريمة المنظمة والجريمة ذات الطابع غير الوطني. أما المادة الثانية فقد جاء بها تعريف جريمة الاتجار بالبشر وبيان أركانه. والمادة الثالثة: عالجت أثر رضاه المجني عليه. ولكن يلاحظ أنه كان من المنطقي أن تنقل المادة الثالثة إلى فصل آخر ؛ نظراً لأنها لا تعد تعريفاً بالمعنى الدقيق .

(٢) الفصل الثاني: الجرائم والعقوبات ( المواد ٤-١٥ ):

تناول المشرع في الفصل الثاني أحكام جريمة الاتجار بالبشر، حيث نظم عقوبة الجاني ومسئولية الشخص الاعتباري وحالات الإعفاء من العقاب والعلاقة بين جريمة الاتجار بالبشر وقانون مكافحة غسل الأموال وقانون الإجراءات الجنائية.

ويلاحظ أن المشرع خفف من مسؤولية الشخص الاعتباري ، بالرغم من أن غالبية جرائم الاتجار بالبشر ، قد ترتكب عن طريقه.

(٣) الفصل الثالث: نطاق تطبيق القانون من حيث المكان ( المواد ١٦-١٧ ):

نظم المشرع في هذا الفصل نطاق تطبيق القانون من حيث المكان، حيث أخذ كقاعدة عامة بمبدأ الإقليمية ثم جاء بمبدأين جديدين هما: مبدأ العالمية

---

بعاقب بذات العقوبة كل من: ( أ ) استخدام الحاسب الآلي أو الانترنت أو شبكات المعلومات أو الرسوم المتحركة لإعداد أو لحفظ أو لمعالجة أو لعرض أو لطباعة أو لنشر أو لترويج أنشطة أو أعمال إباحية تنطوق بتحريض الأطفال أو استغلالهم في الدعارة والأعمال الإباحية أو التشهير بهم أو بيعهم. (ب) استخدام الحاسب الآلي أو الانترنت أو شبكات المعلومات أو الرسوم المتحركة لتحريض الأطفال على الانحراف أو لتسخيرهم في ارتكاب جريمة و على التولم بأنشطة أو أعمال غير مشروعة أو منافية للأداب، و او تقع الجريمة فعلاً.



ومبدأ الشخصية ( الجانب السلبي ) وهو يمثل وجهة جديدة، لتطبيق النصوص العقابية من حيث المكان، كما أشار إلى ذلك تقرير اللجنة التشريعية في مارس ٢٠١٠ كما سنعرف فيما بعد .

#### (٤) الفصل الرابع: التعاون القضائي الدولي (المواد ١٨-٢٠):

تستوجب مكافحة الاتجار بالبشر، تضامير جهود المجتمع الدولي. وانطلاقاً من موقف مصر الداعم لمكافحة كافة صور الاعتداء على حقوق الإنسان في الداخل والخارج، ومنه مكافحة الاتجار بالأشخاص، فقد عالج القانون في هذا الفصل النظام القانوني للتعاون القضائي الدولي بين السلطات المصرية المختصة والسلطات الأجنبية المماثلة، مع مراعاة السيادة المصرية وأحكام الاتفاقيات الدولية ومبدأ المعاملة بالمثل، وأسس القانون الجنائي الدولي.

#### (٥) الفصل الخامس: حماية المجني عليهم ( المواد ٢١-٢٧):

نظراً للأثار الوخيمة الناشئة عن جريمة الاتجار بالبشر، ومراعاة للمعايير العالمية لحماية المجني عليه، ضحية الاتجار بالبشر، فقد اهتم المشرع في هذا القانون بحماية المجني عليهم في جريمة الاتجار بالبشر، حيث حدد أوجه حمايتهم، وحدد صور كفالة حقوقهم، سواء أكان المجني عليه مصرياً أم غير مصري .

#### (٦) الفصل السادس: أحكام ختامية ( المواد ٢٨-٣٠):

عالج القانون في هذا الفصل أمرين، أولهما: إنشاء لجنة وطنية لمكافحة الاتجار بالبشر، تتبع مجلس الوزراء وبين اختصاصاتها، وترك تشكيلها وتحديد اختصاصاتها الأخرى لقرار من رئيس مجلس الوزراء. والأمر الثاني: مسألة صدور اللائحة التنفيذية للقانون في خلال شهر من تاريخ الإصدار. بالإضافة إلى هذين الأمرين، جاء المادة الثلاثون وتقرر سريان من اليوم التالي لنشره هو ١٠ مايو ٢٠١٠.

#### ثانياً: المنهج القانوني والصياغة التشريعية:

بالإطلاع على قانون مكافحة الاتجار بالبشر ٦٤ لسنة ٢٠١٠ وبمقرنته ببعض القوانين الأخرى، من خلال زاوية المنهج القانوني والصياغة التشريعية نجد ما يلي:

## (١) التعريف ببعض المصطلحات المتداولة في القانون:

لقد خصص القانون المصري شأنه في هذا الصدد شأن التشريعات المقارنة مادة للتعريف ببعض العبارات والكلمات التي وردت في نصوص القانون حيث وضع تعريفاً للعبارات والكلمات الآتية: الجماعة الإجرامية المنظمة، الجريمة ذات الطابع غير الوطني، المجني عليه.

وبمقارنة هذه المادة بالتشريعات المقارنة نجد إن المشرع المصري اقتصر على وضع تعريف لثلاثة مصطلحات أو عبارات فقط. أما التشريعات المقارنة فقد أوردت تعريفات لمصطلحات كثيرة على النحو التالي:

- فللقانون السوري بشأن مكافحة الاتجار بالبشر: قد وضع تعريفات لأحد عشر مصطلحاً هم: القانون، الاتجار بالأشخاص، الطفل، الضحية، جماعة إجرامية، العائدات الإجرامية، المنظمات غير الحكومية، نوى الاحتياجات الخاصة، الإدارة، دور رعاية ضحايا الاتجار بالأشخاص.
- القانون الإماراتي ٥١ لسنة ٢٠٠٦: وضع تعريفات للمصطلحات الآتية: الاتجار بالبشر - جماعة إجرامية منظمة - جريمة ذات طابع غير وطني - الطفل).
- القانون الأردني بشأن منع الاتجار بالبشر: وضع تعريفات لبعض المصطلحات الواردة في القانون وهم: الوزارة، الوزير، اللجنة، الجماعة الإجرامية المنظمة، جرائم الاتجار بالبشر.
- نظام مكافحة الاتجار بالأشخاص السعودي (١٤٣٠ هـ) ورد به تعريفات للمصطلحات الآتية: الاتجار بالأشخاص، الجريمة عبر الوطنية - الجماعة الإجرامية المنظمة.
- القانون العماني: مرسوم رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ عرف في مادته الأولى المصطلحات الآتية: جريمة الاتجار بالبشر - الاستغلال - الحث - الأموال والممتلكات - العائدات - المصادرة - الجريمة غير الوطنية - جماعة إجرامية منظمة.
- القانون البحريني (قانون مكافحة الاتجار بالأشخاص رقم ١ لسنة ٢٠٠٨) فلم يخصص نصاً للتعريفات، بل اقتصر في المادة الأولى على تعريف الاتجار بالأشخاص فقط.

- القانون العربي الاسترشادي لمواجهة جرائم الاتجار بالأشخاص:  
عرف في مادته الأولى المصطلحات الآتية: الاتجار بالأشخاص،  
الطفل، جماعة إجرامية منظمة.

(٢) استخدام مصطلح (الاتجار بالبشر) بدلا من مصطلح (الاتجار  
بالأشخاص):

أن المشرع المصري استخدم مصطلح الاتجار بالبشر **Human Trafficking** ولم يستخدم مصطلح الاتجار بالأشخاص **Trafficking in Person** وبمقارنة موقف المشرع المصري بقوانين المقارنة نجد ما يلي:

أ- أن استخدام المشرع المصري لمصطلح الاتجار بالبشر، يتفق مع معظم القوانين العربية حيث استخدم مصطلح (الاتجار بالبشر) كل من القانون الاتحادي الإماراتي والقانون العماني (قانون مكافحة الاتجار بالبشر مرسوم سلطاني رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٢).

ب- أما التشريعات التي استخدمت مصطلح الاتجار بالأشخاص **Trafficking in persons** فهي: التشريع البحريني (قانون مكافحة الاتجار بالأشخاص رقم ١ لسنة ٢٠٠٨) - والقانون الأمريكي بشأن مكافحة الاتجار بالأشخاص ٢٠٠٠ وتعديلاته **Victims of trafficking and violence protection act of 2000**. وكذلك استخدم مصطلح الاتجار بالأشخاص القانون العربي الاسترشادي لمواجهة جرائم الاتجار بالأشخاص. وكذلك نظام مكافحة الاتجار بالأشخاص السعودي (١٤٣٠ هـ).

ج- وفي واقع الأمر أن الدول التي استعملت مصطلح الاتجار بالأشخاص هي الدول التي تأثرت بالتسمية الأمريكية، حيث يستخدم في اللغة القانونية الأمريكية مصطلح الاتجار بالأشخاص **Trafficking in persons** بدلا من مصطلح الاتجار بالبشر **Human trafficking** حتى أن تقرير وزارة الخارجية الأمريكية السنوي يسمى **Trafficking in persons report**.

د- ولقد أشار تقرير اللجنة التشريعية لمشروع القانون<sup>(١)</sup> إلى استخدام مصطلح الاتجار بالبشر بدلاً من مصطلح الاتجار بالأشخاص وأسباب ترجيح المصطلح الأول بدلاً من الثاني حيث جاء به ما يلي (تغيير مسمى القانون ليكون الاتجار بالبشر، بدلاً من الاتجار بالأشخاص، وعلّة ذلك أن الحماية الجنائية تنصب على الإنسان أي الشخص الطبيعي، وليس الشخص الاعتباري).

ونعتقد إن المشرع المصري قد فعل خيراً) عندما استعمل مصطلح (الاتجار بالبشر) بدلاً من الاتجار بالأشخاص، لأن هذا يتفق مع الأساس القانوني الهام الذي أشارت إليه تقرير اللجنة المشتركة سالف الذكر، بالإضافة إلى أن مصطلح الاتجار بالبشر هو أكثر المصطلحات تداولاً في الوقت المعاصر من مصطلح الاتجار بالأشخاص.

(٣) استخدام مصطلح (المجني عليه) بدلاً من مصطلح (الضحية).

فمن ناحية، فقد اعتاد الكثير من العاملين في مجال مكافحة الاتجار بالبشر على استخدام مصطلح (الضحية) بدلاً من مصطلح (المجني عليه). ومن ناحية ثانية، فقد استخدمت الكثير من قوانين مكافحة الاتجار بالبشر (أو قوانين الاتجار بالأشخاص) في المنطقة العربية مصطلح (الضحية) بدلاً من مصطلح (المجني عليه).

فالقانون السوري رقم ٣ لعام ٢٠١٠ استخدم مصطلح الضحية بدلاً من مصطلح المجني عليه. وعرف الضحية في المادة ٤/١؛ على النحو الآتي: (الضحية: شخص وقع عليه فعل الاتجار أو كان محلاً له).

أما القانون العماني والقانون الإماراتي والقانون الأردني، ونظام مكافحة الاتجار بالأشخاص السعودي، فقد استخدموا مصطلح (المجني عليه) فقط.

ولقد أحسن القانون المصري صنعا عندما استعمل مصطلح (المجني عليه) بدلاً من مصطلح (الضحية)؛ لأن مصطلح (المجني عليه) من

---

(١) انظر تقرير اللجنة المشتركة من لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية عند مشروع قانون بشأن مكافحة الاتجار بالأشخاص مارس ٢٠١٠، ص ٤.

المصطلحات المألوفة في فقه القانون الجنائي المصري والعربي. وجدير بالذكر لقد أشار تقرير اللجنة التشريعية بمجلس الشعب إلى ما سبق حيث عندما عرض المشروع على اللجنة تم استخدام مصطلح (المجني عليه) بدلاً من مصطلح (الضحية) الذي ورد في المشروع كما قدمته الحكومة ومجلس الشورى إلى مجلس الشعب. ولقد جاء في تقريرها أن مبنى التغيير (استخدام مصطلح المجني عليه) هو لكي يتناسب مع المصطلحات المعروفة في القانون الجنائي وعدم التقييد بالترجمة العربية، للاتفاقيات الدولية التي قد يكون لها مترجمون لا تكون لديهم ثقافة قانونية أو معرفة بالمصطلحات القانونية المتعارف عليها في النظام القانوني المصري<sup>(١)</sup>.

ولكن تجدر الإشارة إلى أنه بالرغم مما سبق، فقد ورد مصطلح (الضحية) بدلاً من مصطلح (المجني عليه) في المادة ٢٧ من القانون. حيث استخدم القانون (مصطلح الضحية)، عندما أطلق على الصندوق الذي سوف ينشأ لحماية المجني عليهم في جرائم الاتجار بالبشر، حيث سمي القانون، هذا الصندوق بالمسمى الأتي (صندوق لمساعدة ضحايا الاتجار بالبشر).

(٤) استخدام القانون مصطلح (مكافحة الاتجار بالبشر) بدلاً من مصطلح (منع الاتجار بالبشر)

جدير بالذكر أن المشرع المصري قد أحسن صنعا عندما سمي القانون بأنه: (قانون مكافحة الاتجار بالبشر Combating Human trafficking) ولم يستخدم مسمى (منع الاتجار بالبشر). كما فعل المشرع الأردني، حيث استخدم المشرع الأردني مصطلح منع الاتجار بالبشر. مع أن المنع هو أحد صور مكافحة، حيث يسمي القانون الأردني (قانون منع الاتجار بالبشر رقم ٩ لسنة ٢٠٠٩). حيث إن مصطلح (مكافحة Combating) أدق في الدلالة على مضمون القانون من مصطلح (منع). فالمكافحة أوسع من المنع.

---

(١) تقرير اللجنة المشتركة عن مشروع قانون بشأن مكافحة الاتجار بالبشر، مرجع سابق ص ٤.

## (٥) عدم النص صراحة على أهداف القانون:

فلم يرد في قانون مكافحة الاتجار بالبشر ٦٤ لسنة ٢٠١٠ في مصر، نص يشير إلى الهدف منه. ولقد أحسن المشرع صنعا في هذا الصدد، لأن الأهداف العامة والخاصة، للقانون، يمكن الوصول إليها من خلال استقراء أحكام القانون، وهي مسألة فقهية فلسفية بالمعنى الدقيق. ولكن تجدر الإشارة إلى أن القانون الأمريكي قد أشار إلى الهدف منه مباشرة (قانون سنة ٢٠٠٠ بتعديلاته ٢٠٠٣، ٢٠٠٥، ٢٠٠٨).

وجدير بالذكر أيضا أن بعض القوانين العربية، بشأن مكافحة الاتجار بالبشر، كالقانون السوري (المرسوم التشريعي رقم ٣ لعام ٢٠١٠) قد جاء به نص يحدد أهداف القانون. حيث جاء بالمادة الثانية على النحو الآتي: يهدف هذا المرسوم التشريعي إلى:

- ١- منع ومكافحة الاتجار بالأشخاص وإيلاء اهتمام خاص للنساء والأطفال ضحايا هذا الاتجار.
  - ٢- حماية ضحايا الاتجار ومساعدتهم وتقديم الرعاية المناسبة لهم واحترام كامل حقوقهم الإنسانية
  - ٣- تعزيز التعاون الدولي في مواجهة مرتكبي جرائم الاتجار بالأشخاص .
  - ٤- إيجاد أساس تشريعي لثقافة اجتماعية تسهم في الوقاية من هذه الجريمة وتحسن التعامل مع أثارها.
- وإذا كان القانون المصري بشأن مكافحة الاتجار بالبشر لم يشر صراحة إلى الهدف منه. ولكن يمكننا القول أن أهم الأهداف التي يمكن استخلاصها من نصوصه هي:

- تحريم كافة صور الاتجار بالبشر.
- متابعة وملاحقة كل من له علاقة بجريمة الاتجار بالبشر.
- التركيز على محاور المكافحة (المنع، الوقاية، العقاب، التأهيل، الرعاية للمجني عليهم، التعاون الدولي).
- حماية المجني عليه، بمنهج يتفق مع حقيقة الجريمة وأثارها.
- التوافق مع المعايير الدولية المتعلقة بمكافحة الاتجار بالبشر.

- التعاون الدولي بشأن مكافحة الاتجار بالبشر.
  - ولقد اتخذت الوسائل اللازمة لتحقيق الأهداف السابقة من خلال:
  - التركيز على التعريف الواسع لجريمة الاتجار بالبشر.
  - الخروج على القواعد العامة المقررة في بعض القوانين، كغالبية مواجهة خطورة جريمة الاتجار بالبشر (كما هو الحال في نطاق التطبيق - اثر رضاه المجني عليه .. الخ).
  - تفعيل أوجه التعاون القضائي الدولي لأنه بدون هذا التفعيل لا يمكن مواجهة الجريمة.
  - تشديد العقوبات.
  - معاقبة كل من تثبت له صلته بالجريمة.
- (٦) استخدام الصياغة المرنة في الكثير من النقاط بالإضافة إلى الصياغة الجامدة .

لجأ المشرع في قانون مكافحة الاتجار بالبشر، إلى تنويع أسلوب الصياغة التشريعية. حيث استعمل الصياغة المرنة بجانب الصياغة الجامدة. فطلى سبيل المثال استخدم الصياغة المرنة في تحديد اختصاصات اللجنة الوطنية لمكافحة الاتجار بالبشر في المادة ٢٨ والتي جاءت على النحو الآتي: (تتشأ لجنة وطنية لمكافحة الاتجار بالبشر تتبع مجلس الوزراء تختص بالتنسيق على المستوى الوطني بين السياسات والخطط والبرامج الموضوعية لمكافحة الاتجار بالبشر وحماية المجني عليهم وتقديم الخدمات لهم وحماية الشهود. ويصدر بتنظيم هذه اللجنة وتحديد اختصاصاتها الأخرى وتشكيلها قرار من رئيس مجلس الوزراء). ونهج نفس المنهج فيما يتعلق بالمادة المخصصة لصندوق مساعدة ضحايا الاتجار بالبشر (المادة ٢٧).

واستخدم أسلوب الصياغة الجامدة في النصوص التي ورد بها تعريف بعض المصطلحات وفي تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان (الفصل الثالث المواد ١٦-١٧).

وبالإضافة إلى استخدام القانون للصياغة الجامدة بجانب الصياغة المرنة. فقد استخدم الطرق الأخرى المتعارف عليها في الصياغة القانونية مثل أسلوب المعيار والقاعدة الإحالة التشريعية لتحقيق التكامل

التشريعي، التعريفات والطوائف القانونية، والفرض والحكم ... الخ.  
المبحث الثاني

### مبدأ العالمية ومبدأ الشخصية في تطبيق النصوص الجنائية ونطاق تطبيق أحكام قانون مكافحة الاتجار بالبشر

فرضت طبيعة جريمة الاتجار بالبشر Human Trafficking، وخطورة الآثار المترتبة عليها، والجوانب السياسية والأمنية والاقتصادية والاجتماعية، المرتبطة بوقوعها، إلى اللجوء إلى الخروج عن القواعد العامة في تطبيق أحكام قانون العقوبات من حيث المكان.

فالتطبيق الإقليمي (طبقاً لمبدأ الإقليمية أحكام قانون العقوبات) تحت تأثير العولمة ومكافحة الإجرام المنظم، بدأ يزاحمه مبدأ العالمية ومبدأ الشخصية، وخصوصاً فيما يتعلق بنطاق تطبيق أحكام قانون مكافحة الاتجار بالبشر.

ولقد نهج المشرع المصري في قانون مكافحة الاتجار بالبشر، هذا النهج فيما يتعلق بتطبيق أحكام هذا القانون من حيث المكان، حيث جاء الفصل الثالث ( نطاق تطبيق القانون من حيث المكان) بمادتين (المادة ١٦، المادة ١٧) يتضمنان الأخذ بمبدأ العالمية، ومبدأ الشخصية (في جانبه السلبي) بالإضافة إلى مبدأ الإقليمية، فيما يتعلق بنطاق تطبيق ما جاء به من أحكام على جريمة الاتجار بالبشر على الجرائم الواردة به .

وجدير بالذكر الإشارة إلى أنه قد جاء في التقرير الثاني عشر بخصوص مشروع قانون الاتجار بالبشر في مجلس الشعب بشأن نطاق تطبيق أحكام قانون مكافحة الاتجار بالبشر، الإشارة إلى خروج القانون عن القواعد العامة في قانون العقوبات، حيث أخذ بمبدأ العالمية ومبدأ الشخصية السلبية. وكما ذكر في التقرير صراحة ما يأتي<sup>(١)</sup>:

(١) انظر: (تقرير اللجنة المشتركة من لجنة الشئون الدستورية والتشريعية ومكتب لجان الدفاع والأمن القومي والتعبئة القومية والشئون الدينية والاجتماعية والأوقاف والملاكمات الخارجية عن مشروع قانون بشأن مكافحة الاتجار بالأشخاص - الفصل التشريعي التامع - دورة الانعقاد العادي الخامس - التقرير الثاني عشر)، مارس، ٢٠١٠، ص



نصت المادة ١٧ من المشروع على نطق تطبيق قانون العقوبات بما يتضمن الخروج على مبدأ إقليمية قانون العقوبات، فأخذ بمبدأين لم تعرفهما القواعد العامة في قانون العقوبات وهما: مبدأ الشخصية السلبية..... ومبدأ الاختصاص الجنائي العالمي.....).

ونعالج فيما يلي نبذة موجزة عن موقف قانون مكافحة الاتجار بالبشر رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠ من مبدأ العالمية ومبدأ الشخصية، بالمقارنة للأحكام الواردة في قانون العقوبات المصري. وسنعرض ما سبق طبقاً للخطة الآتية:

**المطلب الأول:** التنظيم التشريعي لنطاق تطبيق قانون العقوبات وقانون

مكافحة الاتجار بالبشر من حيث المكان والمبادئ

العلمة لسريان أحكام قانون العقوبات من حيث المكان.

**المطلب الثاني:** مبدأ العالمية وتطبيق قانون مكافحة الاتجار بالبشر.

**المطلب الثالث:** مبدأ الشخصية وتطبيق قانون مكافحة الاتجار بالبشر.

### المطلب الأول

التنظيم التشريعي لنطاق تطبيق قانون العقوبات وقانون مكافحة الاتجار بالبشر من حيث المكان والمبادئ العلمة لسريان النصوص الجنائية من حيث المكان

نظم قانون العقوبات المصري سريان أحكامه من حيث المكان في الكتب الأول، حيث أخذ بمبدأ الإقليمية وأورد عليه بعض الاستثناءات. وعالج المشرع نطق تطبيق أحكام قانون مكافحة الاتجار بالبشر في الفصل الثالث في المادتين ١٦، ١٧ مع الإحالة إلى نص المادة الرابعة من قانون العقوبات.

ونتناول فيما يلي، التنظيم التشريعي لنطاق تطبيق أحكام قانون العقوبات وقانون مكافحة الاتجار بالبشر ثم نبين موقف الفقه الجنائي من المبادئ الحاكمة لتطبيق النصوص العقابية من حيث المكان. تمهيدا لفهم موقف المشرع المصري في قانون مكافحة الاتجار بالبشر من مبادئ العالمية والشخصية، فيما يتعلق بنطاق تطبيقه من حيث المكان.

**أولاً: التنظيم التشريعي لتطبيق قانون مكافحة الاتجار بالبشر من حيث المكان:**

عالج المشرع في المادتين ١٦ و ١٧ من الفصل الثالث نطق تطبيق قانون مكافحة الاتجار بالبشر من حيث المكان على النحو التالي:  
المادة ١٦: مع مراعاة حكم المادة (٤) من قانون العقوبات، تسرى أحكام هذا القانون على كل من ارتكب جريمة خارج جمهورية مصر العربية من غير المصريين جريمة الاتجار بالبشر المنصوص عليها في المادتين ٥، ٦ منه، متى كان الفعل معاقباً عليه في الدولة التي وقع فيها تحت أي وصف قانوني، وذلك في أي من الأحوال الآتية:

(١) إذا ارتكبت الجريمة على متن وسيلة من وسائل النقل الجوي أو البري أو المائي وكانت مسجلة لدى جمهورية مصر العربية أو تحمل علمها.

(٢) إذا كان المجني عليهم أو أحدهم مصرياً.

(٣) إذا تم الإعداد للجريمة أو التخطيط أو التوجيه أو الإشراف عليها أو تمويلها في جمهورية مصر العربية.

(٤) إذا ارتكبت الجريمة بواسطة جماعة إجرامية مارست أنشطة إجرامية في أكثر من دولة من بينها جمهورية مصر العربية.

(٥) إذا كان من شأن الجريمة إلحاق ضرر بأي من مواطني جمهورية مصر العربية أو المقيمين فيها، أو بأمنها، أو بأي من مصالحها في الداخل أو الخارج.

(٦) إذ وجد مرتكب الجريمة في جمهورية مصر العربية، بعد ارتكابها ولم يتم تسليمه.

المادة ١٧: في الأحوال المنصوص عليها في المادة السابقة يمتد الاختصاص بمباشرة إجراءات الاستدلال والتحقيق والمحاكمة إلى السلطات المصرية المختصة.

ثانياً: نطاق تطبيق قانون العقوبات من حيث المكان:

نظم الكتاب الأول من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ بتعديلاته نطاق تطبيق سريان أحكام قانون العقوبات من حيث المكان على النحو التالي:

المادة ١: تسرى أحكام هذا القانون على كل من يرتكب في القطر المصري جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه.

المادة ٢: تسرى أحكام هذا القانون أيضاً على الأشخاص الآتي نكرهم:

أولاً: كل من ارتكب خارج القطر فعلاً يجعله فاعلاً أو شريكاً في جريمة وقعت كلها أو بعضها في القطر المصري.

ثانياً: .....

المادة ٣: كل مصري ارتكب وهو في خارج القطر فعلاً يعتبر جنائية أو جنحة في هذا القانون يعاقب بمقتضى أحكامه إذا عاد إلى القطر وكان الفعل معاقباً عليه بمقتضى قانون البلد الذي ارتكب فيه.

المادة ٤: لا تقام الدعوى العمومية على مرتكب جريمة أو فعل في الخارج إلا من النيابة العمومية. ولا تجوز إقامتها على من يثبت أن المحاكم الأجنبية برأته مما أسند إليه أو أنها حكمت عليه نهائياً واستوفى عقوبته.

المادة ٨: تراعى أحكام الكتاب الأول من هذا القانون في الجرائم المنصوص عليها في القوانين واللوائح الخصوصية إلا إذا وجد فيها نص يخالف ذلك.

ثالثاً: المبادئ العامة لسريان قانون العقوبات من حيث المكان

اتفق شراح قانون العقوبات على أن أهم المبادئ التي تحكم تطبيق

سريان أحكام قانون

العقوبات من حيث المكان هي<sup>(١)</sup>:

المبدأ الأول: مبدأ الإقليمية: طبقاً له تطبق أحكام قانون العقوبات على

كل جريمة ترتكب في إقليم الدولة بغض النظر عن جنسية المجرم.

---

(١) أنظر في هذا: د. جلال ثروت: نظم القسم العام في قانون العقوبات، نظرية الجريمة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠١٠ ص ٨٨ وما بعدها، د. عبد الفتاح الصيغى: الأحكام العامة للنظام الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١٠ ص ١٣٥ وما بعدها، د. محمد زكي أبو عامر: قانون العقوبات، القسم العام، الإسكندرية دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠١٠، ص ٨٦ وما بعدها، د. أمين مصطفى قانون العقوبات، القسم العام، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩، ص ٦٣ وما بعدها، د. هدى قشقوش: شرح قانون العقوبات، القسم العام، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠١٠.

**المبدأ الثاني:** مبدأ العينية: طبقاً له تطبق أحكام قانون العقوبات على كل جريمة تمس المصالح الأساسية للدولة بغض النظر عن جنسية المجرم ومكان وقوع الجريمة، ويغطي مبدأ العينية، بعض أوجه النقص التي قد تترتب على مبدأ الإقليمية.

**المبدأ الثالث:** مبدأ الشخصية: طبقاً له تطبق أحكام قانون العقوبات على كل جريمة بغض النظر عن مكان وقوعها. والتطبيق الشخصي لأحكام قانون العقوبات على صورتين أو جانبين هما (الجانب السلبي، والجانب الإيجابي). ومعيار التفرقة بينهما، مرجعة منطلق النظر، فإذا كان الجاني (كنا بصدد الجانب الإيجابي لمبدأ الشخصية)، وإذا كان المنطق هو حماية المجني عليه (كنا بصدد الجانب السلبي لمبدأ الشخصية).

**فالجانب السلبي لمبدأ الشخصية:** يقصد به سريان أحكام قانون العقوبات على المجني عليه الذي يحمل جنسية الدولة وارتكبت فيه جريمة في الخارج أو عن طريق أجنبي. ، فالجانب السلبي مرتبط بجنسية المجني عليه (وهذا هو الجانب الحمائي الذي كان وراء السريان الشخصي من حيث المكان)

**والجانب الإيجابي لمبدأ الشخصية:** يقصد به سريان أحكام قانون العقوبات على الجرائم التي تقع من الوطني ولو كان مكان الجريمة في الخارج. وجددير بالذكر يطلق البعض على الجانب السلبي لمبدأ الشخصية مصطلح (مبدأ الدفاع أو الحماية) لأنه طبقاً للمبدأ يتم الربط بين تطبيق أحكام قانون العقوبات، وبين انتماء المجني عليه في جريمة وقعت خارج الإقليم إلى جنسية الدولة<sup>(١)</sup>. أي يمتد نطاق تطبيق العقوبات لحمية الوطني المجني عليه.

**المبدأ الرابع:** مبدأ العالمية: طبقاً له، تطبق أحكام قانون العقوبات على كافة الجرائم التي يقبض على مرتكبيها في إقليم الدولة، بصرف النظر عن جنسية المجرم ومكان ارتكاب الجريمة.

وكل تشريع وطني يأخذ بأحد المبادئ السابقة، كقاعدة عامة والمبادئ الأخرى على سبيل الاستثناء – ودائماً تكون القاعدة العامة في تطبيق أحكام قانون العقوبات هي قاعدة الإقليمية وهو ما أخذ به قانون العقوبات المصري في

(١) د. عبد الفتاح الصيفي، المرجع السابق ص ١٣٦.

المادة الأولى المشار إليها<sup>(١)</sup>.  
ولم ينص قانون العقوبات المصري على مبدأ العالمية، والذي يؤدي  
إلى صلاحية قانون العقوبات المصري، للانطباق على كافة الجرائم التي تقع  
في أي مكان بغض النظر عن جنسية الجاني أو المجني عليه<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الثاني

### مبدأ العالمية في قانون مكافحة الاتجار بالبشر

#### أولاً: إطار تطبيق المبدأ:

أخذ المشرع في قانون مكافحة الاتجار بالبشر بمبدأ العالمية طبقاً  
للمادتين ١٦، ١٧ المشار إليهما سابقاً. ويتضح ذلك في سريان أحكام قانون  
مكافحة الاتجار بالبشر على جريمة الاتجار بالبشر التي تقع من أجنبي وأياً كان  
مكان وقوع الجريمة ولكن بشرط أن يكون ما صدر منه معاقباً عليه تحت أي  
وصف في قانون الدولة التي وقع فيها الفعل.

ولكن في اعتقادنا إن هذا التوجه هو أهم ما يميز هذا القانون، والذي  
يؤكد الدور الكبير الذي سوف يلعبه هذا القانون في حماية المصريين في  
الخارج، ويتفق بلا شك مع توجهات المجتمع الدولي في محاربة هذه الجريمة  
الضارة.

#### ثانياً: أسباب الأخذ بمبدأ العالمية:

في اعتقادنا أن الأسباب التي دعت المشرع إلى الأخذ بمبدأ العالمية

---

(١) أنظر في هذا: د. جلال ثروت: نظم القسم العام في قانون العقوبات، نظرية الجريمة،  
مرجع سابق، ص ٨٨ د. عبد الفتاح الصنفي: الأحكام العامة للنظام الجنائي في  
الشرعية الإسلامية والقانون، مرجع سابق، ص، د. محمد زكي أبو عامر: قانون  
العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص ٨٦ د. أمين مصطفى: قانون العقوبات،  
مرجع سابق، ص ١٢٧ د. هدى قشقوش: شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص ٨٧  
(٢) أنظر في هذا: د. جلال ثروت: نظم المساق، علم في قانون العقوبات، نظرية الجريمة،  
مرجع سابق، ص ٨٨ د. عبد الفتاح الصنفي: الأحكام العامة للنظام الجنائي في  
الشرعية الإسلامية والقانون، مرجع سابق، ص ٤٥ د. محمد زكي أبو عامر: قانون  
العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص ٨٦ د. أمين مصطفى: قانون العقوبات،  
مرجع سابق، ص ٦٥ د. هدى قشقوش: شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص ٦٧.

بالنسبة لسريان أحكام قانون مكافحة الاتجار بالبشر من حيث المكان هي:

١- أن المشرع المصري نظر إلى جريمة الاتجار بالبشر نظرة صحيحة وتتمثل في أنه اعتبرها من الجرائم الموجهة ضد المجتمع الإنساني، الأمر الذي يستوجب ملاحقة الجاني أيا كانت جنسيته، وأيا كان مكان ارتكاب الجريمة، حماية للمجتمع الدولي والداخلي من الأفعال التي تشكل صورة من صور الاتجار بالبشر.

وما يؤكد ذلك أن الشراح اتفقوا إلى أن نتائج وتداعيات الاتجار بالبشر، تتجاوز مستوى الضرر الذي يمس المجني عليه فقط، بل يصل إلى المجتمع الدولي، حيث يمس الاتجار بالبشر المصالح القومية، على المستوى الاقتصادي والسياسي والاجتماعي والأمني، ولكنه باعتباره جريمة عبر وطنية، فإنه يشكل خطراً على مصالح المجتمع الدولي، لأن الاتجار بالبشر يتصل بجرائم أخرى أكثر خطورة مثل غسل الأموال والإرهاب وتجارة المخدرات<sup>(١)</sup>.

٢- لتدعيم دور مصر الرائد في شأن مكافحة الاتجار بالبشر، وتأكيداً للاتجاهات الحديثة التي تنادي بضرورة الأخذ بمبدأ العالمية في مكافحة الجرائم الموجهة ضد الإنسانية، والتي غالباً ما تأخذ الشكل المنظم الإنسانية، مثل جرائم الإرهاب وغسيل الأموال والاتجار بالبشر.

٣- اتفاقاً مع انضمام مصر لكثير من الاتفاقيات والبروتوكولات المتعلقة بحقوق الإنسان بوجه عام و بمكافحة الاتجار بالبشر، بوجه خاص، مثل الاتفاقية الدولية لمنع الاتجار بالأشخاص واستغلال دعارة الغير، بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالبشر وبخاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو المكمل لاتفاقية الأمم

(١) د. علي بن صميغ المرى: تقارير المنظمات الدولية والجهات الأجنبية بشأن جهود مكافحة الاتجار بالبشر في الدول العربية، منتدى الدوحة التأسيسي، مشار إليه سابقاً، ص ١-٢.

المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية.

٤- تأكيداً لدور مصر الرائد، ونظامها القانوني في حماية حقوق الإنسان، ومكافحة كافة صور الاعتداء عليه، وبوجه خاص في مجال مكافحة الاتجار بالبشر.

٥- التوافق مع متطلبات العولمة القانونية المعاصرة.

٦- نظراً لأن الاتجار بالبشر عادة ما يتم في صورة جريمة منظمة عبر وطنية، ومكافحة الإجرام المنظم يتم من خلال الأخذ بمبدأ عالمية النصوص العقابية. فالاتجار بالبشر كما قد يكون اتجاراً داخلياً (على المستوى الداخلي)، قد يكون (وهذا هو الأمر الغالب) اتجاراً خارجياً (على المستوى الدولي).

٧- لمجابهة الآثار السلبية للعولمة وتداعياتها على الظاهرة الإجرامية

٨- إعمالاً لمتطلبات التعاون القضائي الدولي في مجال مكافحة الاتجار بالبشر والجريمة المنظمة. وخصوصاً أن الاتجار بالبشر يتم في معظم الأحوال في صورة إجرام منظم دولي، الأمر الذي يستوجب الخروج على القواعد العامة لمواجهة.

ثالثاً: محدثات تطبيق مبدأ العالمية في تطبيق أحكام قانون مكافحة الاتجار بالبشر:

بدئى ذي بدء أن اتجاه المشرع للأخذ بمبدأ العالمية، فيما يتعلق بالسريان المكاني للقانون، هو أمر جدير بالاعتبار. ويزداد الأمر أكثر أهمية لو عرفنا أن المشرع المصري قد أشار إلى أمرين هامين بخصوص الأخذ بمبدأ العالمية في قانون مكافحة الاتجار بالبشر:

أحدهما: تطبيقاً للقواعد العامة المؤسسة على مبدأ الشرعية، والتعلون الدولي في مجال مكافحة الجريمة، وإعمالاً لأحكام القانون الجنائي الدولي. وثانيهما: فهو يدل على رغبة المشرع المصري، لضمان التطبيق الفعال لمبدأ عالمية تطبيق نصوص قانون مكافحة الاتجار بالبشر ٦٤ لسنة ٢٠١٠.

ونوضح فيما يلي ما سبق على النحو التالي:

الأمر الأول: إن المشرع اشترط لسريان أحكام قانون مكافحة الاتجار بالبشر على غير المصريين عن جريمة الاتجار بالبشر المنصوص عليها في

القانون، أن يكون الفعل معاقباً عليه في قانون الدولة، التي وقع فيها الفعل تحت أي وصف قانوني

وتقد كان امشرع المصري دقيقاً في صياغته التشريعية، وذلك حتى يمكنه مكافحة جريمة الاتجار بالبشر التي ترتكب من غير المصريين في الخارج، حتى ولو وقعت في إقليم دولة، لا يوجد فيها قانون لمكافحة الاتجار بالبشر، حيث يسأل هذا الجاني إذا حضر إلى مصر. ويؤدى هذا إلى عدم إمكانية إفلات الأجنب من العقاب عن جرائمهم التي تقع على مصريين أو غيرهم بالخارج ؛ لأن هناك الكثير من الدول لا يوجد بها قوانين لمكافحة الاتجار بالبشر، ولكن تجرم هذه الأفعال (والتي تعتبر صوراً للاتجار بالبشر طبقاً للقانون المصري بشأن مكافحة الاتجار بالبشر) تحت مسميات أخرى في قوانين العقوبات، وقانون الطفل، وقانون العمل، وقانون الجوازات والهجرة، وقانون العنف المنزلي وقانون زرع الأعضاء وقانون الدعارة وقانون المحلات العامة والمنشآت السياحية.

حيث لم يشترط المشرع المصري أن يتم العقاب على الفعل الذي يتعرض له المصري أو غيره (خارج مصر)، باعتباره جريمة من جرائم الاتجار بالبشر، لأن ذلك يؤدي إلى تقييد سريان أحكام القانون المصري على الكثير من الأفعال الإجرامية التي قد تكون مشكلة لجريمة الاتجار بالبشر في مصر ولكنها لا تعتبر جرائم من نفس النوع في القوانين الأخرى، ويؤثر هذا على تطبيق أحكام القانون المصري، واقتصار سريانه على الدول التي يوجد بها قانون لمكافحة الاتجار بالبشر. ويقلص هذا من النتائج التي تترتب على مبدأ العالمية ودور القانون المصري في مكافحة الاتجار بالبشر على المستوى الدولي.

الأمر الثاني: مراعاة حكم المادة الرابعة من قانون العقوبات والتي تشترط قيام الدعوى الجنائية من النيابة العامة وبشرط ألا يكون قد تم تبرئة الجاني في الخارج أو حكم عليه واستوفى العقوبة احتراماً لمبدأ الشرعية الجنائية.



### المطلب الثالث

مبدأ الشخصية والسريان المكاني لأحكام قانون مكافحة الاتجار بالبشر

أولاً: إطار تطبيق المبدأ:

يرتبط مبدأ الشخصية في سريان أحكام القانون، بمبدأ شخصية القوانين Personality of law، وفي مجال قانون العقوبات، يتم تطبيق مبدأ الشخصية في أحكام القانون من خلال التركيز على معيار الجنسية Nationality لسريان القانون بغض النظر عن مكان وقوع الجريمة. فالعبرة قد تكون بجنسية المجني عليه (وهنا نكون بصدد الجانب السلبي لمبدأ الشخصية) وقد تكون جنسية الجاني (وهنا نكون بصدد الجانب الإيجابي لمبدأ الشخصية).  
والآن السؤال الذي يطرح نفسه هو: ما هو موقف المشرع المصري، فيما يتعلق بالنطاق المكاني لتطبيق أحكام قانون مكافحة الاتجار بالبشر، من مبدأ الشخصية في الجانب الإيجابي، والجانب السلبي؟.

القاعدة العامة في العقوبات المصري - هنا - هي الاعتداد بالجانب الإيجابي لمبدأ الشخصية (جنسية الجاني، إذ يجب أن يكون مصرياً) فيما يتعلق بنطاق تطبيق أحكامه من حيث المكان. ومعنى ما سبق، أن جنسية المجني عليه - طبقاً لأحكام قانون العقوبات المصري - ليست موضع اعتبار في التطبيق من حيث المكان (١). فقانون العقوبات يطبق على الجرائم التي تقع من مصري (جاني) على مجني عليه أجنبي بالخارج. فالمصري، يعاقب عن ما يرتكبه بالخارج، ولكن بشروط معينة. ولكن لا يسرى على الجاني غير المصري وإن كان المجني عليه مصرياً؛ إعمالاً لمبدأ الإقليمية، ولعدم أخذه بمبدأ الشخصية بالجانب السلبي.

وقد تقرر ما سبق بمقتضى صريح نص المادة الثالثة من قانون العقوبات المصري، حيث يعاقب المصري الذي يرتكب جريمة في الخارج بشرط توافر الشروط الآتية:

- ١- أن يكون الجاني مصرياً.
- ٢- أن يشكل الفعل جنائية أو جنحة.

(١) أنظر د. جلال ثروت، مرجع سابق، ص ١٠١، د. هدى قشقوش، مرجع سابق، ص ٧٢ وما بعدها، د. عبد الفتاح الصيفي، مرجع سابق، ص ١٤٥ وما بعدها.

٣- أن يكون الفعل معاقباً عليه في قانون الدولة التي ارتكب فيها.

٤- عودة الجاني (المصري) إلى مصر.

ولكن لقد أخذ قانون مكافحة الاتجار بالبشر فيما يتعلق بنطاق سريانه

المكاني بالجانب السلبي لمبدأ الشخصية<sup>(١)</sup> ويعتبر هذا هو مظهر التحديث بالمقارنة للقاعدة الواردة في قانون العقوبات .

ومقتضى ما سبق، هو أن أحكام قانون مكافحة الاتجار بالبشر، يسري

إذا كان المجني عليه مصرياً أياً كان مكان وقوع الجريمة. فالمصري (المجني

عليه) يتمتع بحماية قانون مكافحة الاتجار بالبشر، أينما مكان وجوده، ويسأل

الجاني (الأجنبي) عن الجريمة، بمقتضى أحكام القانون المصري، إذا توافرت

الشروط المنصوص عليها. ولقد أشارت إلى ما سبق المادة ٢/١٦ والذي جاءت

على النحو التالي (إذا كان المجني عليهم أو احدهم مصرياً)

ثانياً: شروط التطبيق:

ولكن يشترط لسريان أحكام قانون مكافحة الاتجار بالبشر - على

الجرائم التي تقع من أجنبي- على مصري في الخارج ما يلي:

١- أن يكون المجني عليه مصرياً.

فيشترط أن يكون المجني عليه مصرياً. وقد واجه المشرع فرض

تعدد جنسيات المجني عليهم أو احدهم مصرياً. ولقد كان المشرع

دقيقاً في هذا الصدد، حيث تطبق أحكام القانون على الجاني حتى

لو كان احد المجني عليهم (في حالة تعددهم) غير مصري. ويعتبر

هذا الشرط من أهم الشروط في هذا الصدد، لأن تطبيق مبدأ

الشخصية في جانبه السلبي.

٢- وجود مرتكب الجريمة في مصر بعد ارتكابها ولم يتم تسليمه.

٣- أن يكون الفعل معاقباً عليه في إقليم الدولة التي وقعت بها الجريمة،

بغض النظر عن الوصف القانوني له. وهنا اشترط المشرع

المصري فقط أن يشكل الفعل الذي صدر من الجاني جريمة، أياً

كان الوصف القانوني المعطى له في قانون الدولة الذي وقع بها .

ولقد أحسن المشرع هنا، لتفادي القصور التشريعي في مكافحة

---

(١) أشار تقرير اللجنة المشتركة من لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية إلى ذلك، ص ٩.

الاتجار بالبشر في الكثير من الدولة، حتى لا يتأثر سريان القانون المصري، في حمايته الفعالة للمصريين المجني عليهم في جريمة اتجار بالبشر في الخارج، بمدى وجود أو عدم وجود قانون لمكافحة الاتجار بالبشر في الدول الأخرى .

ويقول آخر، فيشترط أن يكون ما صدر من اعتداء على المجني عليه المصري، معاقبا عليه - بغض النظر عن الوصف القانوني للفعل، في قانون الدولة التي وقعت بها الجريمة.

٤- مراعاة القيود المتعلقة بتحريك الدعوى الجنائية على الجرائم الواقعة بالخارج طبقاً لأحكام المادة الرابعة من قانون العقوبات.

### ثالثاً: أسباب الأخذ بالمبدأ

ولو تماهنا عن الأسباب التي دفعت المشرع المصري إلى الأخذ بالجانب الملبى لمبدأ الشخصية فيما يتعلق بسريان قانون مكافحة الاتجار بالبشر من حيث المكان، نجد إنها تتمثل فيما يلي:

١- الاتجاه نحو تقرير حماية كبرى للمصريين أثناء وجودهم بالخارج.

٢- انتشار ظاهرة هجرة العمالة المصرية للخارج: ومن أهم صور

الاتجار بالبشر - الاتجار بالعمالة الأجنبية. فحماية للعاملين

المصريين في الخارج، أخذ المشرع بالجانب الملبى في مبدأ

الشخصية، لردع كل من تسول له نفسه في ارتكاب فعل من

الأفعال التي تشكل جريمة من جرائم الاتجار بالبشر في المادتين

الخامسة والسادسة من قانون مكافحة الاتجار بالبشر في مصر. أو

ارتكاب أي فعل ضد المصريين في الخارج أياً كان الوصف القانوني

لهذا الفعل في الدولة التي يوجد فيها المصري طالما إنه فعلاً معاقباً

عليه بمقتضى قوانينها.

٣- إعمالاً للتعاون الدولي في مكافحة الإجرام المنظم، وخصوصاً أن

جريمة الاتجار بالبشر، في غالب الأحوال تكون في صورة جريمة

منظمة.

٤- مساندة الاتجاهات الجنائية التي أخذت بمبدأ السريان الشخصي

لأحكام قانون العقوبات في جانبه الملبى والايجابي .

## المبحث الثالث

### حمية المجني عليه

عرفت المادة ٣/١ من القانون المجني عليه بأنه: (الشخص الطبيعي الذي تعرض لأي ضرر مادي أو معنوي، وعلى الأخص الضرر البدني أو النفسي أو العقلي أو الخسارة الاقتصادية، وذلك إذا كان الضرر أو الخسارة، ناجماً مباشرة عن جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون).

ونظراً لأن جريمة الاتجار بالبشر، تعتبر من الجرائم التي تشكل اعتداء على حقوق الإنسان في أوسع معانيها. فمن البديهي أن تكون حقوق المجني عليه بها تفوق حقوق المجني عليه في أية جريمة أخرى. ولذا يتميز المركز القانوني للمجني عليه في جريمة الاتجار بالبشر بالمقارنة لمركزه في جريمة أخرى من ناحية الحماية.

وبناء على ما سبق، فنجد أن المجني عليه (أو كما يقال في بعض التشريعات الضحية) يتمتع بالكثير من الحقوق منها:

- ١- التمتع بحقوق الإنسان المنصوص عليها عالمياً.
- ٢- الحقوق المقررة بقوانين مكافحة الاتجار بالبشر.
- ٣- الحقوق الواردة باتفاقيات مكافحة الاتجار بالبشر. وبوجه عام الحقوق الآتية (الحق في الرعاية الصحية والاجتماعية - الحق في المساعدة القضائية - حق العودة إلى الوطن - الحق في التأهيل.....).

٤- الحقوق المقررة للمجني عليه الواردة في قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية.

ومرجع اتساع حقوق المجني عليه في جريمة الاتجار بالبشر، بالمقارنة لحقوق المجني عليهم في جريمة أخرى، هو أن المجني عليهم (الضحايا) في جريمة الاتجار بالبشر، يتعرضون لمخاطر الألام نفسية وبدنية ومعنوية، أذى وعنف واستغلال، بالغ الأثر؛ الأمر الذي استوجب تقرير حماية خاصة وكفالة حقوق معينة للمجني عليهم في جريمة الاتجار بالبشر.

ولقد أكد ما سبق البعض، حيث قيل ما يلي في هذا الصدد (١) :

(Trafficking victims are often subjected to cruel mental and physical abuse in order to keep them in servitude, including beating rape, starvation, forced drug use, confinement, and seclusion. Once victims brought into destination countries, their passports are often confiscated. Victims are forced to have sex, often unprotected with large numbers of partners, and to work unsustainably long hours. Many diseases including HIV and AIDS. They are often denied medical care and those who become ill are sometimes even killed).

وبناء عليه، قررت قوانين مكافحة الاتجار بالبشر، حماية خاصة للمجني عليهم في جرائم الاتجار بالبشر. ويمكن الوصول إلى هذه الحقيقة بمجرد استقراء القاتون الأمريكي الصلار عام ٢٠٠٠ وتعديلاته، القاتون الإماراتي ٢٠٠٦، القاتون السوري ٢٠١٠، القاتون الأردني ٢٠٠٨، نظام مكافحة الاتجار بالأشخاص السعودي، قانون مكافحة الاتجار بالأشخاص في البحرين ٢٠٠٨، قانون مكافحة الاتجار بالبشر العماني ٢٠٠٨.

وبوجه عام، لا يوجد قانون صدر لغاية الآن في أي دولة في العالم، لمكافحة الاتجار بالبشر Combating Human trafficking، لا يحتوى على مجموعة من النصوص، التي تقدم نظام حمائي، ويكفل حقوق للمجني عليهم في جرائم الاتجار بالبشر، تمثل استثناءات على القواعد العامة الواردة المتعارف عليها في قانون العقوبات والقوانين الأخرى ذات الصلة.

ولقد أدرك المشرع المصري في قانون مكافحة الاتجار بالبشر، ما سبق، ولذا قد خصص فصلا من فصول القانون ( وهو الفصل الخامس بعنوان حماية المجني عليهم). حيث ورد فيه (المواد من ٢١ إلى ٢٧) والتي تقرر

(١) انظر:

Francis T.Miko: Trafficking in women and children, The US and international response July 2003, CRS Report for Congress, CRS

- 4.

مجموعة من الحقوق المتعددة، للمجني عليه في جريمة الاتجار بالبشر، وتشكل هذه النصوص أوجه الحماية المقررة للمجني عليه، في جريمة من جرائم الاتجار بالبشر، المنصوص عليها في قانون مكافحة الاتجار بالبشر .

وجدير بالذكر الإشارة إلى ما جاء في المادة التاسعة بروتوكول ٢٠٠٠

والتي نصت على:

١- تضع الدول الأطراف سياسات وبرامج وتدابير أخرى شاملة من أجل: (أ) منع ومكافحة الاتجار بالأشخاص؛ (ب) حماية ضحايا الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال، من معاودة إيذائهم.

٢- تسعى الدول الأطراف إلى القيام بتدابير، كالبحوث والمعلومات والحملات الإعلامية والمبادرات الاجتماعية والاقتصادية، لمنع ومكافحة الاتجار بالأشخاص.

٣- تشمل السياسات والبرامج والتدابير الأخرى التي توضع وفقا لهذه المادة، حسب الاقتضاء، التعاون مع المنظمات غير الحكومية أو غيرها من المنظمات ذات الصلة وسائر عناصر المجتمع المدني.

٤- تتخذ الدول الأطراف أو تعزز، بوسائل منها التعاون الثنائي أو المتعدد الأطراف، تدابير لتخفيف وطأة العوامل التي تجعل الأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال، مستضعفين أمام الاتجار، مثل الفقر والتخلف وانعدام تكافؤ الفرص.

٥- تعتمد الدول الأطراف أو تعزز تدابير تشريعية أو تدابير أخرى، مثل التدابير التوعوية أو الاجتماعية أو الثقافية، بوسائل منها التعاون الثنائي والمتعدد الأطراف، من أجل صد الطلب الذي يحفز جميع أشكال استغلال الأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال، التي تقضي إلى الاتجار.

ومن ناحية ثانية ، يجدر الإشارة إلى ما جاء في نص المادة ١٨ من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية عام ٢٠٠٠ والمتعلقة بالمساعدة القانونية المتبادلة حيث جاء النص على :

- تقدم الدول الأطراف، بعضها لبعض، أكبر قدر ممكن من المساعدة القانونية المتبادلة في التحقيقات والملاحقات والإجراءات القضائية فيما يتصل بالجرائم المشمولة بهذه الاتفاقية، حسبما تنص عليه المادة ٣، وتمد كل منها الأخرى تبانليا بمساعدة مماثلة عندما تكون لدى الدولة الطرف الطالبة دواع

معقولة للاشتباه في أن الجرم المشار إليه في الفقرة ١ (أ) أو (ب) من المادة ٣ ذو طابع عبر وطني، بما في ذلك أن ضحايا تلك الجرائم أو الشهود عليها أو عائداتها أو الأدوات المستعملة في ارتكابها أو الأدلة عليها توجد في الدولة الطرف متلقية الطلب وأن جماعة إجرامية منظمة ضالعة في ارتكاب الجرم. ٢-  
تقدم المساعدة القانونية المتبادلة بالكامل بمقتضى قوانين الدولة الطرف متلقية الطلب ومعاهداتها واتفاقاتها وترتيباتها ذات الصلة، فيما يتصل بالتحقيقات والملاحقات والإجراءات القضائية المتعلقة بالجرائم التي يجوز تحميل هيئة اعتبارية المسؤولية عنها بمقتضى المادة ١٠ من هذه الاتفاقية في الدولة الطالبة. وجدير بالذكر الإشارة إلى ما جاء في نص المادة السادسة من البروتوكول (بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية ٢٠٠٠) المتعلقة بحماية المجنى عليهم والتي نصت على :

١- تحرص كل دولة طرف، في الحالات التي تقتضي ذلك ويقدر ما يتبجح قانونها الداخلي، على صون الحرمة الشخصية لضحايا الاتجار بالأشخاص وهويتهم، بوسائل منها جعل الإجراءات القانونية المتعلقة بذلك الاتجار سرية. ٢- تكفل كل دولة طرف احتواء نظمها القانوني أو الإداري الداخلي على تدابير توفر لضحايا الاتجار بالأشخاص، في الحالات التي تقتضي ذلك، ما يلي: (أ) معلومات عن الإجراءات القضائية والإدارية ذات الصلة؛ (ب) مساعدات لتمكينهم من عرض آرائهم وشواغلهم وأخذها بعين الاعتبار في المراحل المناسبة من الإجراءات الجنائية ضد الجناة، بما لا يمس بحقوق الدفاع. ٣- تنظر كل دولة طرف في تنفيذ تدابير تتيح التعافي الجسدي والنفسي والاجتماعي لضحايا الاتجار بالأشخاص، بما يشمل، في الحالات التي تقتضي ذلك، التعاون مع المنظمات غير الحكومية وسائر المنظمات ذات الصلة وغيرها من عناصر المجتمع المدني، وخصوصا توفير ما يلي: (أ) السكن اللائق؛ (ب) المشورة والمعلومات، خصوصا فيما يتعلق بحقوقهم القانونية، بلغة يمكن لضحايا الاتجار بالأشخاص فهمها؛ (ج) المساعدة الطبية والنفسانية والمادية؛ (د) فرص العمل والتطعيم والتدريب. ٤- تأخذ كل دولة طرف بعين الاعتبار، لدى تطبيق أحكام هذه المادة، سن ونوع جنس ضحايا الاتجار بالأشخاص واحتياجاتهم الخاصة، ولا سيما احتياجات الأطفال الخاصة، بما في

ذلك السكن اللائق والتعليم والرعاية.

٥- تحرص كل دولة طرف على توفير السلامة البنوية لضحايا الاتجار بالأشخاص أثناء وجودهم داخل إقليمها. ٦- تكفل كل دولة طرف احتواء نظامها القانوني الداخلي على تدابير تتيح لضحايا الاتجار بالأشخاص إمكانية الحصول على تعويض عن الأضرار التي تكون قد لحقت بهم.

وجدير بالذكر الإشارة إلى ان موقف القانون المصري يتوافق مع ما جاء في بروتوكول ٢٠٠٠ حيث جاء به ما يلي :

- نصت المادة ٢ / (ب) : ( حماية ضحايا ذلك الاتجار ومساعدتهم، مع احترام كامل لحقوقهم الإنسانية)

- نصت المادة ٣ / ب على: (لا تكون موافقة ضحية الاتجار بالأشخاص على الاستغلال المقصود المبين في الفقرة الفرعية (أ) من هذه المادة محل اعتبار في الحالات التي يكون قد استُخدم فيها أي من الوسائل المبينة في الفقرة الفرعية (أ)).

يمثل موقف القانون المصري بشأن مكافحة الاتجار بالبشر ، موقفا جديدا في النظام القانوني المصري ، ويتفق مع المعايير الدولية المتوقعة بحماية المجني عليهم في جرائم الاتجار بالبشر .

ومن خلال المنهج الاستقرائي – لأحكام قانون مكافحة الاتجار بالبشر في مصر، ومن خلال المنهج المقارن، يمكن معالجة أهم أبعاد حماية المجني عليه وحقوقه طبقا للخطة التالية:

**المطلب الأول: عدم الاعتراد برضاء المجني عليه.**

**المطلب الثاني: انتفاء المسؤولية المدنية والجنائية للمجني عليه.**

**المطلب الثالث: الحماية اللاحقة للمجني عليه.**

**المطلب الرابع: مكافحة الاتجار بالبشر .**

## المطلب الأول

### عدم الاعتراد برضاء المجني عليه

لا يعتبر رضاء المجني عليه سببا من أسباب الإباحة كتقاعدة عامة في قانون العقوبات، ولكن قد يلعب دورا هاما ورئيسيا في بنيان بعض الجرائم



واكتمال أركانها أو في تحقق بعض أسباب الإباحة وقد يؤثر في سير الدعوى الجنائية<sup>(١)</sup>.

ومرجع ذلك هو إن المصالح التي يحميها قانون العقوبات هي مصالح عامة، تخص المجتمع، وإن كان الأمر يتعلق بمصالح فردية، كالحق في الحياة والحق في سلامة الجسم. بالإضافة إلى أن مسائل التجريم والعقاب تتعلق بالسياسية الجنائية، التي لا يجوز أن تتوقف على إرادة الفرد<sup>(٢)</sup>.

فمسألة رضاء المجني عليه- كما يقول أستاذنا الدكتور جلال ثروت : (لا يجب إن توضع في جانب المجني عليه وإنما في جانب صاحب الحق)<sup>(٣)</sup>. ثم يقرر سيادته: (... وهذا يقتضى قبل الحكم بقيمة الرضاء الصلار من صاحب الحق، النظر إلى طبيعة الحق، أما لأن الحق ليس حقا شخصيا، وأما لأنه يتعارض مع حق أعلى في الأهمية الاجتماعية، فإن رضاء باستعماله والتصرف فيه للغير لا ينتج أثرا في الإباحة)<sup>(٤)</sup>.

وفي واقع الأمر، تعتبر هذه الرؤية هي الجديرة بالاعتبار عند النظر في اثر رضاء المجني عليه في جريمة الاتجار بالبشر، فقد كان من البديهي أن لا يعتد بأثر رضاء المجني عليه فيها، حيث إن الأمر هنا يتعلق، بحق من حقوق المجتمع، مرتبط بمصلحة عليا على مستوى المجتمع الداخلي والمجتمع الدولي. فالإتجار بالبشر، جريمة ضد الإنسانية جمعاء، وبشكل اعتداء على عدد لا حصر له من حقوق الإنسان<sup>(٥)</sup>.

---

(١) انظر: د. محمد زكي ابو عامر: قانون العقوبات، مرجع سابق، ص ٣٤٢. د. هدى قشقوش: شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص ١٨٠. د. أمين مصطفى: قانون العقوبات - القسم العام، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩، ص ١٩٢ وما بعدها.

(٢) د. هدى قشقوش: شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص ١٨٠.

(٣) أستاذنا د. جلال ثروت: نظم القسم العام في قانون العقوبات نظرية الجريمة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٠، ص ٢٧٠.

(٤) أستاذنا د. جلال ثروت: نظم القسم العام في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص ٢٧٠.

(٥) فعلى سبيل لا الحصر يعتبر الاتجار بالبشر اعتداء على حق الإنسان في أن يكون حرا وان يكون بمنأى عن الرق والعمل الاستعبادي وحق الإنسان في الأمن وحق الإنسان في الانتقال من مكان ل، والحق في سلامة الجسد، والحق في الخصوصية .... الخ ولذا قيل:

(... Trafficking in persons is a crime of transnational nature that is

وانطلاقاً مما سبق، فلا يعدّ برضاء المجني عليه، ضحية، جريمة الاتجار بالبشر، في قانون مكافحة الاتجار بالبشر. فالرضاء الصادر منه لا اثر له على المستوى الموضوعي أو على المستوى الإجرائي.

ولقد اتجهت الكثير من القوانين المتطّقة بمكافحة الاتجار بالبشر إلى النص على ذلك صراحة، وهذا ما انتهجه القانون المصري بشأن مكافحة الاتجار بالبشر. وبعض التشريعات لم تتناول اثر رضاء المجني عليه بجريمة الاتجار بالبشر، تاركة الأمر للقواعد العامة في قانون العقوبات، وإن لم تشر لهذا صراحة.

ولقد تقرر عدم الاعتداد برضاء المجني عليه في المادة الثالثة في مصر في قانون مكافحة الاتجار بالبشر رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠، وقد جاء نص المادة على النحو الآتي:

(لا يعدّ برضاء المجني عليه على الاستغلال في أي صورة من صور الاتجار بالبشر، متى استخدمت فيها أي وسيلة من الوسائل المنصوص عليها في المادة<sup>(١)</sup> من هذا القانون.

ولا يشترط لتحقيق الاتجار بالطفل أو عديمي الأهلية استعمال أية وسيلة من الوسائل المشار إليها، ولا يعدّ في جميع الأحوال برضائه أو برضاء المسنول عنه أو متوليه).

وبناء عليه، فلا يعدّ برضاء المجني عليه - في القانون المصري - في جرائم الاتجار بالبشر، باعتباره (ضحية) وذلك لخطورة جرائم الاتجار بالبشر

---

committed not only against the state but also against the individual. in fact against all the humanity. As such, trafficking in persons is a human rights violation, Trafficking in persons violates the right of the victim to be free from slavery or servitude. Trafficking in persons violates the right of the victim to freedom of movement. In fact trafficking in persons is now recognized as threat to not only human rights but also to human security ...)  
Mohamed Mattar: Trafficking in persons, The scope of the problem and the appropriate responses ... op. cit., p. 5. Ses also: Conny Rijkenr Dogmar Koster: A Human Rights based..., op. cit. p. 2 and ff; Human trafficking – present – Day slavery, op. cit., p. 14 and ff.

وأثارها على مستوى المجتمع والفرد. بالإضافة إلى أن إرادة المجني عليه في معظم صور الاتجار بالبشر تكون معيبة، إذ يكون تحت ضغط نفسي وبدني، وفي موقف لا يمكن معه الاعتداد بقانوننا برضائه.

ويمثل بلا شك موقفاً جديداً في النظام القانوني المصري. حيث إن رضاه المجني عليه في بعض الحالات يكون مؤثراً، كما هو الحال في توافر أركان جريمة الاغتصاب، فطبقاً لنص المادة ٢٦٧ والتي تنص على: ( من واقع أنه بغير رضائها يعاقب بالسجن المؤبد أو المشدد فإن كان الفاعل من أصول المجني عليها ..... )، فالرضاء هنا هو الركن الأول لقيام الجريمة، فبدونه لا تقوم الجريمة. ولكن طبقاً لقانون مكافحة الاتجار بالبشر، يعتبر الاغتصاب جريمة، حتى ولو وقع برضاء المجني عليها، طالما كان مقترناً باستغلال Exploitation.

وجدير بالذكر الإشارة إلى أن موقف التشريعات العربية، بشأن مكافحة الاتجار بالبشر من الاعتداء برضاء المجني عليه. فبعض التشريعات نصت على عدم الاعتداد بالرضاء مثل المشرع المصري والبعض الآخر سكت عن الإشارة إلى أثر رضاه المجني عليه.

فقد عالج القانون الأرنسي مسألة رضاه المجني عليه في جريمة الاتجار بالبشر في المادة ١٣ التي نصت على (لا يعتد برضي المجني عليهم أو المتضررين من جرائم الاتجار بالبشر لغايات تخفيض أي من العقوبات المنصوص عليها في هذا القانون).

ولكن قيدت المادة ١/ب من قانون مكافحة الاتجار بالأشخاص بالبحرين رقم ١ لسنة ٢٠٠٨ من نطاق عدم الاعتداد برضاء المجني عليه، حيث جاء النص على النحو التالي ( يعتبر اتجاراً بالأشخاص تجنيد أو نقل أو تنقل أو إيواء أو استقبال من هم دون الثامنة عشرة أو من هم في حالة ظرفية أو شخصية لا يمكن معها الاعتداد برضائهم أو حرية اختيارهم، متى كان ذلك بغرض إساءة استغلالهم ولو لم يقترن الفعل بأي من الوسائل المنصوص عليها في الفقرة السابقة).

وعالجت المادة الثالثة من قانون مكافحة الاتجار بالبشر العماني ( رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ ) عدم الاعتداد برضاء المجني عليه بمنهج مختلف عن منهج المشرع المصري ويقرب من منهج المشرع البحريني . حيث جاء نص

المادة الثالثة على النحو الآتي: (لا يعد برضاء المجني عليه في أي حالة من الحالات الآتية:

أ- إذا استخدمت أي من الوسائل المبينة في المادة ( ١/٢) من هذا القانون.

ب- إذا كان المجني عليه حدثاً .

ت- إذا كان المجني عليه في حالة ظرفية أو شخصية لا يمكن معها الاعتداء برضائه أو حرية اختياره.

أما فيما يتعلق بموقف القانون الإماراتي (قانون اتحادي رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٦) في شأن مكافحة الاتجار بالبشر) فلم يتضمن نصاً يتعلق بأثر رضاء المجني عليه في جريمة الاتجار بالبشر.

ونص صراحة القانون السوري رقم ٣ لسنة ٢٠١٠ على عدم الاعتداد برضاء المجني عليه. حيث نصت المادة ٣/٤ منه على (في جميع الحالات لا يعد بموافقة الضحية) .

وجدير بالذكر أن القانون العربي الإسترشادي لمواجهة جرائم الاتجار بالأشخاص جاء به أيضاً عدم الاعتداء بموافقة المجني عليه (الضحية) حيث نصت المادة الثانية منه على: (لا تكون موافقة ضحية الاتجار بالأشخاص على الاستغلال محل اعتبار في الحالات التي يكون قد استخدم فيها أي من الوسائل المبينة في المادة الأولى من هذا القانون).

ونصت المادة الخامسة من نظام مكافحة الاتجار بالأشخاص السعودي صراحة على عدم الاعتداد برضاء المجني عليه. حيث جاء النص على النحو التالي: (لا يعد برضاء المجني عليه في أي جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا النظام).

## المطلب الثاني

### انتفاء المسؤولية المدنية والجنائية للمجني عليه

لقد خرج المشرع في قانون مكافحة الاتجار بالبشر ٦٤ لسنة ٢٠١٠، عن القواعد العامة في المسؤولية المدنية والجنائية وذلك حماية للمجني عليهم. حيث نصت المادة (٢١) على:

( لا يعد المجني عليه مسئولاً مسؤولة جنائية أو مدنية عن أي جريمة من جرائم الاتجار بالبشر متى نشأت أو ارتبطت مباشرة بكونه مجنياً عليه).  
ولكن يلاحظ أن الاستثناء الوارد بالمادة، يقيد انتفاء المسؤولية للمجني عليه في جرائم الاتجار بالبشر بالقنود الآتية:  
القيد الأول: أن يكون مجنياً عليه في جريمة من جرائم الاتجار بالبشر.  
القيد الثاني: أن تكون الجريمة التي تثار مسؤوليته بشأنها نشأت أو مرتبطة بكونه مجنياً عليه.

وخلاصة القول في هذا الصدد أن صفة المجني عليه في جريمة من جرائم الاتجار بالبشر هي التي جعلته غير مسئول مسؤولة جنائية أو مدنية عن أي جريمة أخرى من جرائم الاتجار بالبشر متى كانت مرتبطة أو ناشئة عنها ولكن هذا لا ينفي مسؤوليته الجنائية والمدنية عن الجرائم غير الناشئة أو غير المرتبطة بكونه مجنياً عليه في جريمة من جرائم الاتجار بالبشر.

### المطلب الثالث

#### الحماية اللاحقة للمجني عليه

تعتبر الحماية اللاحقة لوقوع الجريمة من أهم أركان مكافحة الاتجار بالبشر. ويجب أن تكون هذه الحماية اللاحقة شاملة ومدروسة حتى تكون ناجعة.

ولقد اهتم قانون مكافحة الاتجار بالبشر بالحماية اللاحقة للمجني عليه، شأنه شأن التشريعات المقارنة، اهتماماً كبيراً. حتى إنه تعرض لها في أكثر من موضوع في القانون، ومن يقوم بإلقاء نظرة على القانون، متخذاً المنهج الاستقرائي سيلحظ ذلك بكل وضوح في معظم نصوص القانون.

وجدير بالذكر الإشارة إلى دقة موقف المشرع المصري في هذا الصدد، لأنه من الثابت أن الرعاية اللاحقة للمجني عليه، هي أهم أوجه مكافحة الاتجار بالبشر. ولقد سبق أن عرفنا أن مكافحة الاتجار بالبشر تقوم على المحاور الثلاثة: Reintegration - Rehabilitation - Rescue والتي يطلق عليها

## (١) The three Rs

فمن المستقر عليه أن المجني عليهم في جرائم الاتجار بالبشر، لهم حق احترام كرامتهم والحق في المعاملة العادلة وبوجه علم احترام حقوقهم الإنسانية. وبناء عليه، فالمجني عليهم في جرائم الاتجار بالبشر يتمتعون بما يلي، بمجموعة من الحقوق الأساسية مثل: الحق في السلامة، الحق في الخصوصية، الحق في الحصول على المعلومات، الحق في الحصول على تمثيل قانوني، والحق في المساعدة القانونية، الحق في المثل أملم القضاء، الحق في التعويض، الحق في الرعاية الصحية، الحق في الرعاية الاجتماعية، الحق في الحصول على السكن، حق العودة إلى الوطن، الحق في التأهيل الاجتماعي<sup>(٢)</sup>.

وانطلاقاً مما سبق، فقد جاء قانون مكافحة الاتجار بالبشر ٦٤ لسنة ٢٠١٠، بمجموعة من صور الحماية للمجني عليه في جريمة الاتجار بالبشر (حماية بدنية - نفسية - طبيعية - قانونية - اجتماعية - مالية ...) وتدور كلها حول، كيفية تقادى الآثار التي ترتبت على الجريمة من الناحية النفسية والبدنية والمالية، وتهدف إلى إعادة المجني عليه وتأهيل ودمجه في المجتمع .  
وباستقراء نصوص قانون مكافحة الاتجار بالبشر، يمكن القول أن أهم صور الحماية اللاحقة المقررة بمقتضى القانون للمجني عليه هي:

- ١- تهيئة الظروف المناسبة لمساعدته وتقديم رعاية صحية ونفسية وتعليمية واجتماعية وإعادة تأهيله ودمجه في المجتمع (مادة ٢٢).
- ٢- تقدير خاص لمفهوم العقوبة : نصت المادة الخامسة من القانون على (يعاقب كل من ارتكب جريمة الاتجار بالبشر بالسجن

(١) انظر:

Mohamed Mattar: Comprehensive legal approaches to combating trafficking in persons, an international and comparative perspective, op. cit., p. 17.

(٢) انظر:

Mohamed Mattar: Comprehensive legal approaches to combating trafficking in persons, an international and comparative perspective, The protection project, 2006, p.6.

المشدد وبغرامة لا تقل عن ٥٠ ألف جنيه ولا تجاوز مائتي ألف جنيه أو بغرامة مساوية لقيمة ما عاد عليه من تقع أيهما أكبر). فيلاحظ أن المشرع في تقدير الغرامة قد أدخل معياراً جديداً لتقديرها وهو معيار المنفعة التي عادت على مرتكب الجريمة هذا من ناحية. ومن ناحية ثانية، إنه طبقاً لهذا المعيار، فإن تصور المشرع للغرامة هنا يقارب بينه وبين مفهوم التعويض. ومرجع لجوء المشرع إلى استحداث هذا المعيار بخصوص العقاب على جريمة الاتجار بالبشر هو الرغبة في تشديد العقاب على مرتكب جريمة الاتجار بالبشر. وحرمانه من كل استفادة مادية حصل عليها من الجريمة. وهو اتجاه جديد بشأن أسس العقوبة، ويتفق مع الاتجاهات الحديثة في التحليل الاقتصادي للقانون، والذي يمثل اتجاهاً جديداً من اتجاهات فلسفة القانون وخصوصاً في أمريكا، وهو الاتجاه المسمى

Economic analysis of law

- ٣- تقديم نفس الخدمات المشار إليها سابقاً للمجني عليه الأجنبي أو غير المقيم إقامة دائمة، بالإضافة إلى تسهيل عودته إلى وطنه بشكل سريع وأمن (مادة ٢٢).
- ٤- إبعاد المجني عليه عن الجناة حماية له من الناحية النفسية والبدنية (مادة ٣).
- ٥- كفالة الحق في سلامة جسد ونفس ومعنويات وصيانة حرمة الشخصية وهويته
- ٦- تقديم المساعدة القانونية Legal aid في مرحلتني التحقيق والمحاكمة، وإن لم يكن لديه محامي، يختار له محامي طبقاً للقواعد المقررة في قانون الإجراءات الجنائية (مادة ٢٣).
- ٧- توفير أماكن لإيواء المجني عليهم، ويكفل لهم الاتصال بنزويهم ومحاميهم وممثلي السلطات المختصة (مادة ٢٤).
- ٨- توفير برامج رعاية وتدريب وتأهيل للمجني عليهم (مادة ٢٦).
- ٩- تقديم مساعدات مالية للمجني عليهم الذين أصيبوا بإضرار من الجريمة وذلك من إيرادات صندوق مساعدة ضحايا الاتجار

بالبشر (مادة ٢٧).

١٠- معالجة كل من أفصح أو كشف عن هوية المجني عليه أو سهل اتصال الجناة به، أو قدم للمجني عليه معلومات غير صحيحة إذا كان تم ذلك بقصد الإضرار به أو الإخلال بسلامته النفسية أو العقلية أو البدنية (مادة ٩).

وجدير بالذكر أن هذه الضمانة نصت عليها بعض التشريعات المقارنة، على النحو التالي:

- كالقانون الإماراتي، حيث نصت المادة ١٤ على (تلتزم الجهات المختصة بتطبيق أحكام هذا القانون بسرية المعلومات التي تحصل عليها تنفيذاً لأحكامه، ولا تكشف سريتها إلا بالقدر الذي يكون ضرورياً لذلك).

- والقانون السوري في المادة ١٥/ ٢ حيث نصت على (تتخذ السلطات المعنية التدابير الكفيلة بتوفير الحماية المناسبة لضحايا الاتجار وتؤمن لهم متطلبات المساعدة على التعافي الجسدي والنفسي والاجتماعي بالتعاون عند الاقتضى مع المؤسسات الرسمية والمنظمات الشعبية والنقابات والجمعيات الأهلية ذات الصلة ٢-د: ويراعي في هذه التدابير: السرية وعدم الكشف عن أسماء الضحايا وأماكن رعايتهم وعدم الإفصاح عن المعلومات التي تعرف بهم أو بأفراد أسرهم).

## المطلب الرابع

### مكافحة الاتجار بالبشر

مكافحة ظاهرة الاتجار بالبشر، مسألة معقدة؛ نظراً لأن الاتجار بالبشر، متعدد الجوانب ومتعدد الصور. فمكافحة الاتجار بالبشر متعلق بالوقاية من الجريمة، سياسية الهجرة، الأمن الإنساني، حقوق الإنسان، التجارة، السياسية الخارجية<sup>(١)</sup> وبالاقتصاد وبالأخلاق العامة وبالنظم القانوني.

(١) انظر:



تستوجب مكافحة الاتجار بالبشر، تضافر كل الجهود الحكومية وغير الحكومية، وبناء عليه، فيعتبر صدور قانون مكافحة الاتجار بالبشر، مرحلة جديدة في المواجهة الفعالة لمكافحة الاتجار بالبشر **Effective combating human trafficking**، من مرحلة التوعية حتى مرحلة التأهيل الشامل للمجني عليه (ضحية) جريمة الاتجار بالبشر.

وبلا شك أن هذا يحتاج إلى الاستفادة من جهودات مؤسسات المجتمع المدني، مع مؤسسات الدولة، ولكن في نفس الوقت يجب أن تعمل هذه المؤسسات في إطار التنظيم المؤسسي الرسمي لمكافحة الاتجار بالبشر - حتى تتضافر الجهود مع الجهات الرسمية، حتى تكون أكثر فعالية ونظامية ومخططة تخطيطاً قومياً سليماً، تراعى فيه وحدة المجتمع وأساسه الدستورية والقانونية، في مكافحة هذه الجريمة النكراء في حق الإنسانية .

والملاحظ أنه في الوقت المعاصر في مصر، أصبح مكافحة ظاهرة الاتجار بالبشر، محل تضافر من الجهات الرسمية وغير الرسمية. حيث تغير الأمر كثيراً، عما كان عليه الحال فيما سبق، حيث إنه من الملاحظ أن الجهات التي تعمل في مجال حقوق المرأة وحقوق الأطفال أصبحت مهتمة بقضية الاتجار بالبشر<sup>(١)</sup> .

---

Mohamed Mattar: Trafficking in persons, The scope of the problem and the appropriate responses, Global perspective: Dod Seminar on globalization and corruption – The Johns Hopkins university Paul H. Nitze school of Advanced International studies, September 14-15, 2004 , See: The protection project website.

(١) وجدير بالذكر فقد أشارت USAID في تقريرها عن حالة الاتجار بالبشر في مصر الصادر في أغسطس ٢٠٠٧، إلى ما سبق، حيث جاء به ما يلي<sup>(١)</sup> :

(Any comprehensive response to the problem of trafficking should include the government, nongovernmental organizations (NGOs) and other members of civil society. It has been observed that while there are number of NGOs concerned with issues of women's rights and children's rights, none specifically focuses on trafficking). See: USAID: Assessment on the status of trafficking in persons in Egypt, August, 2007, P. 2.

وبلا شك أن هذا الوضع قد تغير الآن حيث نجد أن قضية الاتجار بالبشر أصبحت محل اهتمام عام، وسوف يزداد بصور القاتون

- أولاً: دور المؤسسات ( الحكومية وغير الحكومية ) في مكافحة الاتجار بالبشر طبقاً لقانون مكافحة الاتجار بالبشر ٦٤ لسنة ٢٠١٠:
- بمستقراء قانون مكافحة الاتجار بالبشر نجد أن مظاهر دور المؤسسات في مكافحة الاتجار بالبشر يتمثل فيما يلي:
- ١- توفير برامج رعاية وتعليم وتدريب وتأهيل المجني عليهم المصريين طبقاً لما نصت عليه المادة ٢٦.
  - ٢- تمويل صندوق مساعدة ضحايا الاتجار بالبشر عن طريق التبرعات (مادة ٢٧).
  - ٣- تبصرة المجني عليه بالإجراءات الإدارية والقانونية والقضائية (مادة ٢٣).
  - ٤- المساعدة القضائية من خلال المحامين المتطوعين (مادة ٢٤).
- بالإضافة على ما سبق فإن مؤسسات المجتمع المدني يتمثل دورها أيضاً في التوعية بمخاطر الاتجار بالبشر ونشر الوعي بحقوق الإنسان بالإضافة إلى رصد الحالات وتقديم الإحصائيات إلى الجهات الرسمية في الدولة.
- ولكن يلاحظ أنه يجب على مؤسسات المجتمع المدني عند أدائها لدورها في مجال قانون مكافحة الاتجار بالبشر مراعاة القيود الآتية حتى لا تقع تحت طائلة المساءلة القانونية.
- ١- عدم الكشف عن هوية المجني عليه أو الشاهد على نحو يعرضه للخطر أو الضرر.
  - ٢- تسهيل اتصال الجناة بالمجني عليهم.
  - ٣- تقديم معلومات غير صحيحة بشأن الحقوق القانونية بالمجني عليه بشرط توافر قصد الإضرار به.
  - ٤- الإخلال بسلامة المجني عليه البدنية أو النفسية أو العقلية.
- وبناء عليه، فنفتتح إنه من الضروري الآن اعتماد خطة تدريبية لتدريب مؤسسات المجتمع المدني التي سوف تساهم في قانون مكافحة الاتجار بالبشر على كيفية مراعاة حقوق وحرريات المجني عليهم في جرائم الاتجار بالبشر بالإضافة إلى تقديم برامج التوعية بشأن صور الاتجار بالبشر وكيفية رصدها والتعامل مع الجهات الرسمية في هذا الصدد.

ثانياً: جهود حركة سوزان مبارك الدولية من أجل السلام في مكافحة الاتجار بالبشر:

(1) إطار الجهود المؤسسي:

نرى أنه من الأهمية بمكان ضرورة التضامن مع جهود حركة السيدة الفاضلة سوزان مبارك الدولية من أجل السلام في مكافحة الاتجار بالبشر . حيث إنه إعمالاً لتوجهات حركة السيدة الفاضلة سوزان مبارك الدولية للمرأة من أجل السلام ولما انتهى إليه الاجتماع الخاص بمناقشة الجهود الوطنية لمكافحة الاتجار بالبشر في ٢٠/٤/٢٠١٠، نجد أن دور مؤسسات المجتمع المدني في مكافحة الاتجار بالبشر يتمثل فيما يلي<sup>(1)</sup>:

- ١- تعبئة الجهود لتمويل صندوق مساعدة ضحايا الاتجار بالبشر.
- ٢- المساهمة في إطار أهم بعدين في مشكلة الاتجار بالبشر وهما:  
البعد الوقائي Prevention والبعد الحمائي Protection بالتعاون مع الجهات الوطنية المعنية كالمجلس القومي للمرأة ووزارة الأسرة والسكان والتضامن الاجتماعي وخصوصاً في المجالات المتعلقة برعاية ومساعدة الضحايا الفعليين أو المحتملين. ومحاور المساهمة تتمثل فيما يأتي:
  - a. إعادة التأهيل الصحي والنفسي للمجني عليه وإعادة دمجهم في المجتمع.
  - b. توفير أماكن الإيواء والاستضافة.
  - c. تقديم المساعدة القانونية، بالتنسيق مع الجهات ذات الصلة بالجوانب القانونية في مكافحة الاتجار بالبشر مثل نقابة المحامين وتقديم الاستشارات القانونية وتوفير المحامين في مرحلة التحقيق أو المحاكمة.
  - d. التوعية: تعتبر التوعية أهم تقوم به مؤسسات المجتمع المدني NGOS ويجب أن يتم ذلك في إطار برنامج مدروس جيداً.
  - e. التمكين الاقتصادي والاجتماعي، وذلك من خلال تطوير

---

(1) أنظر [www.Womenforpeaceinternational.org.arolicl/Media/events](http://www.Womenforpeaceinternational.org.arolicl/Media/events)

أنشطة ومشروعات اقتصادية صغيرة ومتوسطة الحجم  
لتخفيف منابع الاتجار بالبشر وبوجه خاص للفئات المعرضة  
للخطر (خطر الاتجار بهم).

وجدير بالذكر الإشارة إلى انه لقد كان التركيز على دور مؤسسات  
المجتمع المدني في هذا الصدد احد التوصيات التي صدرت عن الاجتماع  
سالف الذكر حيث جاءت التوصية على النحو الآتي ( دعوة " حركة سوزان  
مبارك الدولية من أجل السلام" لمواصلة دورها في دعم تأهيل منظمات  
المجتمع المدني ومعاونة تلك المنظمات على الإسهام في جهود مكافحة جريمة  
الاتجار في البشر، كما ندعو كافة مؤسسات المجتمع المدني إلى بذل أكبر جهد  
ممكن في مجالات التوعية والمساعدة القانونية ورعاية الضحايا وإعادة تأهيلهم  
صحياً ونفسياً وتوفير مراكز الإيواء لاستقبالهم )<sup>(١)</sup>.

(٢) تفعيل توصيات اجتماع اللجنة الوطنية لمكافحة الاتجار بالبشر في  
٢٠١٠/٤/٢٠:

وجود قانون يكافح الاتجار بالبشر هو وسيلة وليست غاية، وإنه يعتبر  
أول اللبانات نحو مجابهة هذه الجريمة النكراء في حق الإنسانية.  
في واقع الأمر، أنه وفي ظل صدور قانون بمكافحة الاتجار بالبشر،  
فإنه ينبغي تفعيل التوصيات التي انتهى إليها الاجتماع الأول الخاص بمناقشة  
الجهود الوطنية لمكافحة الاتجار بالبشر، والذي انعقد تحت رعاية وبحضور  
السيدة الفاضلة سوزان مبارك في ٢٠١٠/٤/٢٠ .

ومما يؤكد أهمية هذه التوصيات أنها تتوافق مع ما يهدف إليه القانون  
صراحة، بالإضافة إلى أن القانون يحتوى على آليات عن طريقها، يمكن تنفيذ  
هذه التوصيات. وخصوصاً أن بعض الالتزامات التي فرضها القانون تتماثل مع  
ما جاء في التوصيات.

وهذه التوصيات (كما صدرت عن الاجتماع المشار إليه في  
٢٠١٠/٤/٢٠) هي على النحو التالي (٢):

---

(١) أنظر [www. Womenforpeaceinternational.org.arolicl/Media/events](http://www.Womenforpeaceinternational.org.arolicl/Media/events)  
(٢) هذه التوصيات موجودة على الموقع التالي:  
<http://www.womenforpeaceinternational.org/arabic/Media/Events/Pag>

- ١- رفع الوعي بجريمة الاتجار بالبشر وأبعادها وخطورتها سواء بالنسبة للمسؤولين عن تطبيق القوانين (القضاء، النيابة العامة، الأمن)، وكذلك بالنسبة للفئات الأكثر تعرضاً للاستغلال (المرأة والطفل).
- ٢- توفر بيانات وإحصاءات دقيقة حول نطاق وأنماط هذه الجريمة وأماكن انتشارها الجغرافي والفئات المستهدفة من كل شكل من أشكال الاتجار حتى يتحقق الاستخدام الأمثل للموارد المادية والبشرية والتدريبية في جهود مكافحة.
- ٣- بذل جهود إضافية لمواجهة الأسباب المؤدية إلى انتشار هذه الجريمة وخلف تربة خصبة للمتاجرين بالبشر وعلى رأسها جهود مكافحة الفقر والجهل والامية، مع العمل على تمكين الفئات الأكثر تعرضاً للاستغلال.
- ٤- كفالة التنفيذ الجدي والفعال لمواد قانون مكافحة الاتجار بالبشر فور اعتماده بما في ذلك اتخاذ خطوات محددة لسرعة تدريب القائمين على تنفيذه، وبحث أفضل السبل لإشراك وسائل الإعلام ومؤسسات المجتمع المدني ورجال الأعمال في نشره والتوعية بأهدافه.
- ٥- بلورة خطة عمل وطنية شاملة تكفل تكامل الأدوار بين الجهات الوطنية المختلفة وتنسيق السياسات خاصة في مجالات الأمن، والعدالة، والتنمية الاجتماعية وحماية حقوق الطفل، وعدم التمييز، وتستهدف تعبئة الموارد البشرية والمالية، واستخدامها الأمثل بهدف التعامل الفعال مع قضية الاتجار في البشر بكافة أبعادها.
- ٦- إبراز الدور المحوري للإعلام في نشر الوعي بأبعاد هذه الجريمة والتعريف بخطورتها وتوعية الفئات الأكثر استهدافاً، وخلق مناخ عام رافض للاستغلال والإفلات من العقوبة.
- ٧- دعوة "حركة سوزان مبارك الدولية من أجل السلام" لمواصلة دورها في دعم تأهيل منظمات المجتمع المدني ومعاونة تلك

es/Eventsdetails.aspx?SMItem\_ID=49&MTag=&OTag=&UID=AF149637-92AD-49ED-A894-C4EA4B0EC571

المنظمات على الإسهام في جهود مكافحة جريمة الاتجار في البشر، كما ندعو كافة مؤسسات المجتمع المدني إلى بذل أكبر جهد ممكن في مجالات التوعية والمساعدة القانونية ورعاية الضحايا وإعادة تأهيلهم صحياً ونفسياً وتوفير مراكز الإيواء لاستقبالهم.

٨- دعوة مجتمع الأعمال إلى الالتزام بالمبادئ الأخلاقية لمكافحة الاتجار بالبشر وكذلك المساهمة في الأنشطة الخاصة بمساعدة الضحايا من خلال تمويل الصندوق الذي سيتم إنشاؤه بعد صدور قانون مكافحة الاتجار بالبشر.

٩- دعوة منظمات وأجهزة الأمم المتحدة إلى تكثيف التعاون مع الحكومة المصرية في دعم جهود بناء القدرات الوطنية على المستويين الحكومي وغير الحكومي من خلال توفير المساعدة الفنية وتبادل الخبرات الناجحة.

### خاتمة عامة

الآن السؤال الذي يطرح نفسه هو: ماذا بعد صدور القانون؟ يتعلق هذا السؤال بالعلاقة بين الغاية والوسيلة هذا من ناحية، إذ أنه من الثابت إنه دائما الغاية تسبق الوسيلة، ولكن تحقيق الغاية يتوقف على كيفية الاستفادة والتعامل مع الوسائل. ومن ناحية ثانية، يتعلق بدراسات علم الاجتماع القانوني، وقياس فعالية القوانين في المجتمع وأثرها. ثم يرتبط من ناحية ثالثة، بكيفية تحديد وتوجيه معالم السياسة القانونية Legal policy في مكافحة الاتجار بالبشر. إن إصدار قانون لتنظيم أمر ما، يعتبر انجازا كبيرا، وخصوصا إذا كان الأمر يتصل بقانون وضع لمكافحة أخطر التحديات التي تواجه الإنسانية المعاصرة، وهو عودة الرق في العصر الحديث في صورة (الاتجار بالبشر Human trafficking). وهو الأمر الذي يؤثر سلبا ادنى شك- تأثيرا سلبيا قويا، على كل مظاهر الحياة الإنسانية، على المستويين الدولي والداخلي. ولكن النصوص القانونية، ليست غاية في حد ذاتها، بل وسيلة لتحقيق غاية. وبلاشك أن الغاية دائما تسبق الوسيلة.

فالغاية التي دفعت المشرع في مصر إلى إصدار- قانون مكافحة الاتجار بالبشر، هو مواجهة ظاهرة الاتجار بالبشر؛ ولذا فالوسيلة وجدت، والتي تتمثل في (وجود قانون لمكافحة الاتجار بالبشر). ولكن الآن يجب ان نستعمل هذه الوسيلة، بمهارة وبتقان وبنفعالية، لتحقيق الغاية التي كانت الدافع الرئيسي لصدور القانون (وهي مكافحة ظاهرة الاتجار بالبشر) حتى يتحقق الهدف من القانون. فالثابت أن كيفية استخدام الوسائل يؤثر في تحقيق الاهداف التي وضعت هذه الوسائل لبلوغها. ويعتبر هذا من اهم ما يجب مراعاته في التعامل مع مكافحة ظاهرة الاتجار بالبشر من خلال هذا القانون .

وفي واقع الأمر، ففي اعتقادنا، إن الذي سوف يميز التجربة المصرية في إصدار قانون يكافح ظاهرة الاتجار بالبشر (بالمقارنة لما قامت به الدول الأخرى التي اصدرت قوانين مماثلة أو التي سوف يصدر بها قوانين لمكافحة الاتجار بالبشر) هو كيفية ومنهجية تطبيق ما جاء في قانون مكافحة الاتجار بالبشر ٦٤ لسنة ٢٠١٠، وكيفية التعامل مع المحاور المختلفة لمشكلة الاتجار بالبشر وكيفية مكافحته، من مرحلة المنع حتى رعاية وتأهيل المجنى عليه.

## مكافحة الإرهاب واحترام حقوق الإنسان

الأستاذ / ميهوب يزيد

أستاذ مساعد قسم - أ -

كلية الحقوق - جامعة قلعة

### ملخص

اتخذت العديد من الدول في السنوات الأخيرة جملة من التدابير الاستثنائية لمكافحة الإرهاب. غير مواجهة الإرهاب طرحت معضلة حقيقية في السنوات الأخيرة ارتبطت أساسا بإشكالية احترام تلك التدابير لحقوق الإنسان والحريات الأساسية. سيما وأن مكافحة الإرهاب انطوت على العديد من الانتهاكات لحقوق الإنسان مثل التعذيب والتمييز والاعتقال التعسفي وإنكار الحق في محاكمة عادلة.. وهو ما طرح بشدة مسألة القيود الواردة على سلطة الدولة أثناء مكافحة الإرهاب والضمانات المفروضة بموجب الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان لإيجاد توازن بين ضرورات الأمن الوطني التي تفرضها ظروف مكافحة الإرهاب واعتبارات احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية التي تتطلبها دولة الحق والقانون.

### Résumé

Le terrorisme constitue l'un des menaces qui pèsent sur les pays dans la période contemporaine, les Etats ont pris une série de mesures visant à lutter contre le phénomène. Mais la question de la lutte contre le terrorisme pose un dilemme important dans les dernières années, principalement liée à l'étendue des contre-mesures contre le terrorisme respectent les droits de l'homme et des libertés fondamentales. Compte tenu en particulier des violations de certains droits de l'homme comme la torture et la détention arbitraire des personnes, la discrimination et le déni du droit à un procès équitable. Elle a soulevé la question sur les



restrictions à l'autorité de l'Etat dans la lutte contre le terrorisme et les garanties imposées par les conventions internationales sur les droit de l'homme de porter une sorte d'équilibre entre les nécessités de sécurité national imposées par les circonstances de la lutte contre le terrorisme et les considérations de respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales requis par l'Etat de droit.

### مقدمة

أضحى الإرهاب في السنوات الأخيرة مشكلة تواجه الدول و المجتمعات على الصعيدين الدولي و الداخلي، و قد أثبتت أحداث الحادي عشر من سبتمبر ٢٠٠١ و الهجمات التي تلتها خطورة الظاهرة و التهديد الذي أصبحت تشكله على السلم و الأمن الداخلي و الدولي. سيما في ظل التطور التنظيمي للجماعات الإرهابية و التوزيع الجغرافي للهجمات الإرهابية في مختلف أنحاء العالم. و استدعت هذه التهديدات من الدول اتخاذ جملة من التدابير قصد حماية مواطنيها و حفظ النظام العام و أمنها القومي على المستوى الداخلي، فضلا على تكثيف التعاون الدولي لمكافحة الإرهاب و بإشراف من مجلس الأمن خاصة بعد صدور قراره رقم ١٣٧٣ بتاريخ : ٢٠٠١/١١/٢٠ و الذي خاطب الدول بموجب الفصل السابع من الميثاق بضرورة اتخاذ تدابير تشريعية و أمنية لمكافحة الإرهاب و شكل لجنة على مستواه لمراقبة الدول في هذا المجال .

وبناء عليه فإن انخراط الدول في حملة مكافحة ما يسمى بالإرهاب و إن لم تكن بنفس الدرجة لاعتبارات واقعية و سياسية، فإن منهجها اتسم في عمومها بالصرامة بل بالمبالغة في بعض الأحيان في اتخاذ التدابير الأمنية و سن تشريعات لمواجهة الإرهاب. و نجم عن ذلك التراجع في هامش الحقوق و الحريات في هذه الدول حتى في تلك التي لطالما اعتبرت مثالا يحتذى به في مجال الديمقراطية و حقوق الإنسان.

وإذا كانت هذه التدابير لاقت التأييد على الصعيدين السياسي و الدبلوماسي، فإنها أثارت جدلا على الصعيد القانوني. و من بين جوانب هذا

الجدل القانوني إشكالية الموازنة بين الاعتبارات الأمنية بالنظر إلى الخطر التي يشكله الإرهاب- من جهة، واعتبارات احترام حقوق الإنسان والديمقراطية التي تتطلبها دولة القانون من جهة أخرى وبتعبير آخر هل يجب التضحية بالحقوق و الحريات في سبيل تحقيق الأمن للأفراد و حفظ النظام العام؟ أم أن شرعية الهدف لا تبرر للدولة إلا اتخاذ الوسائل التي تحافظ على الحقوق والحريات الأساسية وإلى أي مدى وفقت الدول في احترام هذه المعادلة؟ و ما هي القيود القانونية الواردة على سلطة الدول أثناء مكافحة الإرهاب فيما يتعلق بالحقوق و الحريات الأساسية للأفراد؟

وإجابة عن هذه الإشكالية قسمنا الدراسة إلى ثلاثة مباحث:

نتناول في المبحث الأول: مكافحة الإرهاب التزام دولي و داخلي ونتطرق في المبحث الثاني: التدابير المضادة للإرهاب وإشكالية احترام الحقوق والحريات الأساسية، ونعالج في المبحث الثالث: ضرورة الموازنة بين الأمن و حقوق الإنسان أثناء مكافحة الإرهاب.

### المبحث الأول مكافحة الإرهاب التزام دولي و داخلي

لاشك أن الإرهاب يشكل تهديد للسلم و الأمن الدوليين و أيضا تقويضا للأمن الداخلي. و ذلك بسبب التطورات الحاصلة على صعيد نمط و حجم العمليات الإرهابية خاصة في السنوات الأخيرة على مستوى الفاعلين أو الضحايا أو الأضرار المستهدفة. حيث ساعد مناخ العولمة و الثورة التكنولوجية على فتح آفاق واسعة لانتشار الظاهرة الإرهابية و استفادتها من مزايا هذا المناخ.

وعلى هذا الأساس فإن مكافحة الإرهاب بقدر ما هي شأن داخلي يقع على عاتق الدولة، حماية لرعايها و حفاظا على أمنها القومي، بقدر ما هي أيضا شأن دولي يتطلب تعاون و تكاتف كل الدول للمساهمة في القضاء عليه. و بناء عليه فإنه يمكن القول أن مكافحة الإرهاب التزام داخلي بالنسبة للدولة سواء للوقاية من الأعمال الإرهابية واستباق وقوعها باتخاذ تدابير و إجراءات مناسبة أو متابعة مرتكبيها و تقديمهم للمحاكمة في حالة حدوثها. و هو التزام دولي أيضا بالنظر إلى التطورات القانونية الحاصلة في مجال النصوص

القانونية الدولية الخاصة بمكافحة الإرهاب خاصة بعد أحداث الحادي عشر من  
سبتمبر ٢٠٠١ .  
وهذا ما سنتعرض إليه في المطلبين الأول والثاني من هذا المبحث .

## المطلب الأول

### التزام الدولة بالتعاون الدولي لمكافحة الإرهاب

أثبتت أحداث الحادي عشر من سبتمبر ٢٠٠١ أنه لا توجد دولة بمنأى  
عن الهجمات الإرهابية مهما كانت تملك من الوسائل العسكرية والتكنولوجية  
، كما هو الشأن بالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية. إذ اعتبرت تلك الأحداث  
قفزة نوعية في تاريخ الإرهاب الدولي من حيث التنظيم والتخطيط والتنفيذ و  
عدد الضحايا. كما بينت الأحداث التي تلتها أن الإرهاب يتعدى حدود الإضرار  
بالأمن القومي إلى حدود المساس بالأمن والسلام الدوليين<sup>١</sup>.

وهذا ما أكدته مجلس الأمن في العديد من قراراته منها القرار ١٢٦٧  
لعام ١٩٩٩ والقرارين ١٣٦٨ و ١٣٧٣ لعام ٢٠٠١<sup>٢</sup>.

ويشكل القرار ١٣٧٣ الصادر في ٢٨ سبتمبر ٢٠٠١ حلقة مهمة في  
سلسلة القرارات الصادرة عن مجلس الأمن فيما يخص موضوع مكافحة  
الإرهاب ، إذ أن القرار خاطب الدول وفقا للفصل السابع من الميثاق طالبا منها  
اتخاذ التدابير التشريعية الملائمة قصد مكافحة الإرهاب الدولي أو تمويله أو  
تقديم السند أو الدعم لمرتكبي الأعمال الإرهابية و شكل المجلس لجنة سميت  
لجنة مكافحة الإرهاب للتنسيق بين جهود الدول لتطبيق التدابير لمكافحة  
الإرهاب وفقا لما جاء في نص القرار .

حقيقة أن القرار ١٣٧٣ أثار انتقادات وجدلا في الأوساط القانونية  
الفقهية حول الدور التشريعي للمجلس في مواجهة الدول و لكن بغض النظر

<sup>١</sup> تلت أحداث الحادي عشر من سبتمبر ٢٠٠١ عمليات نوعية أخرى في بقاع مختلفة من  
العالم مثل تفجيرات الدار البيضاء بالمغرب وتفجيرات الرياض وتفجيرات بلي لاندونيسية  
تفجيرات لندن وتفجيرات مدريد.... الخ

<sup>٢</sup> انظر : هذه القرارات على الموقع :

عن القيمة القانونية للقرار<sup>1</sup>. ومن دون الخوض في هذا الجدل- تقيدا بموضوع الدراسة- فإنه يمكن القول أن التزام الدول بالتعاون في مجال مكافحة الإرهاب ازداد أكثر بعد أحداث الحادي عشر من سبتمبر ٢٠٠١، وشمل ذلك عدة صور منها تبادل المعلومات الأمنية و تسليم المجرمين و التعاون القضائي... الخ. وفضلا عما سبق فإن التزام الدولة بالتعاون لمكافحة الإرهاب الدولي، إنما ينبع من المصلحة المشتركة العائدة عليها، بحكم تعدي الإرهاب لحدود الدولة الواحدة. إذ أن الإرهاب أصبح لا يشكل شخصية متجانسة و إنما يتكون من مجموعات مختلفة في انتماءاتها و توجهاتها. إلا أنه يشهد تعاوننا بين تلك المجموعات المختلفة رغم إمكانية تباين أهدافها. فالإرهاب يمثل حاليا شبكة سرية (underground net) واسعة الانتشار و شديدة التنوع و التعقيد، مما يستلزم رؤية مختلفة للتعامل معه. كما أن الإتاحة المتزايدة للوسائل التكنولوجية في ظل العولمة تسهل تحركات الإرهابيين و تعدد مصادر دعمهم وتمويلهم<sup>٢</sup>. و تحتم هذه العوامل على كل دولة المساهمة بفاعلية في مكافحة الإرهاب. إضافة إلى ذلك فإن الالتزامات الاتفاقية الناجمة عن التصديق أو الانضمام إلى الاتفاقيات الدولية المعنية بمكافحة الإرهاب- الدولية أو الإقليمية- تساهم في ضرورة تجلوب الدولة للتصدي للإرهاب و مجابهته باتخاذ التدابير التشريعية و الأمنية المناسبة التي تفرضها تلك الاتفاقيات<sup>٣</sup>.

<sup>1</sup> انظر حول الانتقادات الموجهة لقرار مجلس الأمن رقم ١٣٧٣ :

Luigi Condorelli "les attentats du 11 septembre et leurs suites ,ou va le droit international ?", R.G.D.P. N° 04/2002, pp829-848 ; Oliver Corten , " Vers un renforcement des pouvoir du conseil de sécurité dans la lutte contre le terrorisme ", in: le droit international face au terrorisme après le 11 septembre 2001, Cahier Internationaux, N° 17, Paris, 2002, pp259-279 ; Sandra Szurek , " la lutte internationale contre le terrorisme sous l'empire du chapitre 07 un laboratoire normatif ,R.G.D.P N°01/ 2005, pp05 – 49 , Paul Szasz , " the Security Council starts legislating " A.J.I.L, vol 96 oct , 2002 , pp,901-905.

<sup>2</sup> انظر مصطفى الفقي، مداخلة في المائدة المستديرة للسياسة الدولية بعنوان : العلاقات الدولية بعد ١١ سبتمبر ٢٠٠١ - مجلة السياسة الدولية، ع ١٤٧ يناير ٢٠٠٢، ص ١٦٣.  
<sup>3</sup> رغم عدم توصل المجتمع الدولي لصياغة اتفاقية عامة حول الإرهاب إلا أنه نجح في إبرام أكثر من ١٢ اتفاقية دولية تتعلق بتجريم بعض صور الإرهاب دخل معظمها حيز النفاذ مثل اتفاقية منع تمويل الإرهاب لعام ١٩٩٩ أو اتفاقية مناهضة أخذ الرهائن لعام ١٩٧٩

## المطلب الثاني الالتزام الداخلي بمكافحة الإرهاب

يعتبر الأمن حقا أساسيا للأفراد و التزاما بالنسبة للدولة، ويعد الإرهاب اعتداء واضحا على هذا الحق، سواء من جانب الأرواح أو الممتلكات. وعلى هذا الأساس فإنه يجب على الدولة أن تعمل على حماية الأمن و النظام العام في مواجهة أخطار الإرهاب<sup>1</sup>.

كما أن الإرهاب يتعارض مباشرة مع الديمقراطية و حقوق الإنسان بدءا من الحق في الحياة باستهدافه للأبرياء و الممتلكات الخاصة و العامة، و الحق في التعبير بالطرق السلمية. وقد جاء في النقطة - أ - من ديباجة الخطوط الإرشادية للجنة الوزارية لمجلس أوروبا حول حقوق الإنسان و مكافحة الإرهاب: بأن الإرهاب يحد بشكل خطير من حقوق الإنسان، يهدد الديمقراطية و يستهدف خاصة المساس باستقرار الحكومات الشرعية و يقوض المجتمع المدني. كما أشارت اللجنة في النقطة الأولى من الوثيقة نفسها: على أن الدول تلتزم باتخاذ التدابير الضرورية لحماية الحقوق الأساسية للأفراد الخاضعين لولايتها في مواجهة الأعمال الإرهابية<sup>2</sup>. كما أشار المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان المنعقد في فيينا سنة ١٩٩٣ إلى أن الإرهاب يقوض حقوق الإنسان و الحريات الأساسية و الديمقراطية<sup>3</sup>.

---

فضلا عن الاتفاقيات المبرمة على المستوى الإقليمي كالاتفاقية الأوروبية لمكافحة الإرهاب لعام ١٩٧٧ و الاتفاقية العربية لعام ١٩٩٨ و الإفريقية لعام ١٩٩٩ ... إلخ .  
انظر هذه الاتفاقيات على الموقع :

<http://www.un.org/arabic/terrorism/instruments.shtml>

<sup>1</sup> انظر المادة ١٧٩ من الدستور المصري المستحدثة بموجب تعديل ٢٠٠٧. والمادة ٢٤ من الدستور الجزائري وأيضا المادة ٠١ من القانون الفرنسي رقم ١٠٦٢/٠١ المؤرخ في ٢٠٠١/١١/١٥ المتعلق بالأمن اليومي في JORF. N°=266,p1815.

<sup>2</sup> انظر:

Lignes directrices sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme, adopté par le comité des ministres de conseil de l'Europe le 11/07/2002 , disponible sur le site :

[http://www.coe.int/T/E/Human\\_rights/h-inf\(2002\)8fre.pdf](http://www.coe.int/T/E/Human_rights/h-inf(2002)8fre.pdf)

<sup>3</sup> انظر: إعلان مؤتمر فيينا حول حقوق الإنسان لعام ١٩٩٣ على الموقع :

<http://www.unhchr.ch/html/menu5/wchr.htm>

وبناء على ذلك فإن الدولة ملزمة بترجمة هذا الالتزام عمليا بقواعد قانونية ضامنا للمصلحة المحمية من وراء مواجهة الإرهاب، وهي الأمن العلم سواء كان متصلا بكيان الدولة أو أمن الأشخاص والممتلكات. ويتسع هذا المبدأ إلى منع وقوع الإرهاب من خلال تدابير الضبط الإداري وغيرها من الوسائل بقصد الحيلولة دون وقوع الجريمة، أو كشف وقوعها وذلك فضلا عن قمع الإرهاب بعد وقوعه<sup>1</sup>.

وعلى هذا الأساس نجد أن معظم الدول تبنت تشريعات تتضمن تجريم الإرهاب والإجراءات المتبعة لمتابعة مرتكبي الجرائم الإرهابية. خاصة بعد أحداث الحادي عشر من سبتمبر ٢٠٠١. وتفاوتت درجة صرامة هذه التشريعات من دولة لأخرى حسب التقاليد القانونية في هذه الدولة أو تلك.

### المبحث الثاني

#### التدابير المضادة للإرهاب وإشكالية احترام الحقوق والحريات الأساسية

تعتبر مسألة الموازنة بين متطلبات تحقيق الأمن واحترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية أحد أعظم التحديات القانونية التي تواجه الدول أثناء مكافحة الإرهاب، وقد أعقبت أحداث الحادي عشر من سبتمبر تحولات مهمة على الصعيد القانوني على المستوى الداخلي تكيفا مع التحديات الأمنية التي فرضتها التهديدات الإرهابية. وحدث هذا في معظم الدول بما في ذلك الدول الغربية، التي لطالما اعتبرت مثالا يحتذى به في الديمقراطية وحقوق الإنسان.

وقد انطوت الإجراءات والتدابير والممارسات التي اتخذت في هذه الدول على كثير من المآسي والانتهاكات لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، بشكل ذكرنا ببعض مخلفات الأنظمة البوليسية التي سادت في مرحلة تاريخية معينة باسم مكافحة الإرهاب.

وسنحاول تسليط الضوء على بعض تلك الممارسات والتشريعات والتدابير التي استهدفت بطريق مباشر أو غير مباشر بعض الحقوق والحريات الأساسية للأفراد. مع التركيز على بعض النماذج فقط كالولايات المتحدة

<sup>1</sup> انظر: أحمد قنحي سرور، المواجهة القانونية للإرهاب، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٢٠٦.

الأمريكية و بريطانيا على سبيل المثال لا الحصر. بطريقة نقدية تحليلية لهذه القوانين، و تقييم مدى تأثيرها على مفهوم دولة القانون و حقوق الإنسان ، و ذلك من خلال مطلبين ، نتناول في المطلب الأول : الاعتداء على الحقوق و الحريات بواسطة التدابير المضادة للإرهاب و نتطرق في المطلب الثاني : إعادة بناء القيم المتعلقة بالديمقراطية و حقوق الإنسان .

## المطلب الأول

الاعتداء على الحقوق و الحريات الأساسية بواسطة التدابير المضادة للإرهاب

أدت أحداث الحادي عشر من سبتمبر ٢٠٠١ بالعديد من الدول إلى تبني تدابير و تشريعات جديدة لمواجهة ظاهرة الإرهاب و توقي أي هجمات إرهابية في المستقبل و انخرطت الدول في ما يسمى بالحرب ضد الإرهاب و التي تحولت في الحقيقة إلى حرب على حقوق الإنسان، أبيحت فيها كل الوسائل بما في ذلك الوسائل غير الإنسانية<sup>١</sup>.

و بتعبير آخر فإن بعض الدول الغربية و على رأسها الولايات المتحدة الأمريكية قامت بإحياء الحكمة القديمة ل Sant Just الذي أسس نظرية الرعب التي تقول: "لا حرية لأعداء الحرية". والتي يمكن ترجمتها بطريقة أخرى : "سأرهب الإرهابيين"، و هي العبارة المشهورة لوزير داخلية فرنسي أسبق قالها في الثمانينات<sup>٢</sup>.

و في هذا الإطار تفاوتت درجة تأثير التشريعات و التدابير و الممارسات المتخذة لمكافحة الإرهاب على حقوق الإنسان من بلد إلى آخر و من حق إلى آخر بين التضييق ، التقييد أو الاعتداء في بعض الحالات. و نظرا لصعوبة التطرق إلى كل الحقوق واحدا واحدا. فإننا ارتأينا أن نختار بعض الحقوق و الحريات الأكثر تأثرا بصورة مباشرة بتدابير مكافحة الإرهاب في بعض الدول. و من بين هذه الحقوق ، الحق في الحرية ، تحريم التعذيب

<sup>١</sup> انظر:

M. Delmas –Marty, "Le paradigme de la guerre contre le crime: légitimer l'inhumain?", R.S.C ,N° 3 /2007,p.461.

<sup>٢</sup> انظر : أحمد قنحي سرور ، مرجع سابق ، ص ٢١٣ .

والمعاملة اللانسانية ، الحق في المحاكمة العادلة ، الحق في المساواة وعدم التمييز .

## الفرع الأول الاعتداء على الحق في الحرية

نصت المادة الثالثة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان "على أن لكل فرد الحق في الحياة و الحرية و سلامته الشخصية" ، و هو ما أكدته المادة التاسعة ( ٠٩ ) من العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية<sup>١</sup> .  
وإذا كان الحق في الحرية ليس حقا مطلقا، فإن تقييده أيضا لا يجب أن يتم بطريقة عشوائية أو تعسفية ، بل أن ذلك التقييد يجب أن يتم في حدود القانون وفي حدود ما تسمح به المواثيق و الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان . وفقا لمجموعة من الضمانات التي حددتها هذه الأخيرة . و تتمثل أساسا في أن يتم الحرمان من الحرية على أساس القانون وأن يكون مبنيا على أسباب قانونية وأن يبلغ الشخص بالتهمة المنسوبة إليه فورا وأن يقدم إلى القضاء المختص مع تمكينه من الطعن في شرعية اعتقاله والحصول على التعويض المناسب في حالة القبض العشوائي أو غير القانوني.<sup>٢</sup>

ولعل أهم إجراء يستهدف المساس بهذا الحق بشكل مباشر هو الاعتقال أو الحجز تحت النظر ، و قد لاحظنا إن جل الدول الغربية قامت بعد أحداث الحادي عشر سبتمبر بتعديل تشريعاتها فيما يتعلق بهذه المسألة و قامت بتمديد مهل الحبس للمشتبه فيهم بارتكاب أعمال إرهابية من دون توجيه تهمة صريحة إليهم. فمثلا نجد أن قانون مكافحة الإرهاب البريطاني الذي صدر في ٢٠٠١ جعل من مدة احتجاز الأجانب المشتبه في ارتكابهم لأعمال إرهابية غير محددة

<sup>١</sup> نصت العديد من الاتفاقيات الإقليمية لحقوق الإنسان على هذا الحق أيضا : انظر المادة ٥٥ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان و المادة ٠٦ من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان و الشعوب ، و المادة ٠٧ من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان و المادة ٥٥ من الميثاق العربي لحقوق الإنسان .

<sup>٢</sup> انظر : المواد نفسها من الاتفاقيات المشار إليها في الهامش رقم ٠٣ أعلاه.



و لكنها أصبحت وفقا لقانون ٢٠٠٦، أربعة عشر يوما مع أن الحكومة كانت قد طالبت أمام البرلمان بان تكون المدة ٩٠ يوما<sup>١</sup>.

أما في القانون الفرنسي فقد حددت المدة بـ ٠٦ أيام طبقا لقانون ٢٠٠٦/١٤ كأقصى حد بعد تدخل قاضي الحريات وفقا للمادتين ٨٨ و ٨٠٦ من قانون الإجراءات الجنائية المعدلة<sup>٢</sup>. وفي كندا سمح القانون (س ٣٦) الذي دخل حيز النفاذ في : ٢٠٠١/١٢/٢٤ بتوقيف الأشخاص بدون إذن قضائي إذ تبين للشرطة لأسباب معقولة أن ذلك ضروري لتوقي ووقوع عمليات إرهابية إلى غاية نهاية التحقيق من دون توجيه تهمة جنائية<sup>٣</sup>.

أما في الولايات المتحدة الأمريكية فإن قانون الوطنية الأمريكي المعروف باسم PATRIOT ACT<sup>٤</sup>. الذي صدر عن الكونغرس عقب أحداث الحادي عشر من سبتمبر تحت رقم : ٥٦ بتاريخ : ٢٦/١٠/٢٠٠١، فقد تضمن في مواده ساطات واسعة لأجهزة الأمن الأمريكية. ومنها إعطاء النائب العام سلطة احتجاز الأجانب المشكوك في قيامهم بأنشطة إرهابية لمدة سبعة أيام دون توجيه اتهام لهم . مع أن النص الأصلي للقانون تضمن مدة احتجاز غير محدودة لكن الكونغرس اعترض على ذلك و تم تحديد تلك المدة بـ ٧ أيام فقط وقد نص هذا القانون على انه ينتهي في : ٣١/١٢/٢٠٠٥ ما لم يقرر الكونغرس تمديد العمل به بالتصويت. وصوت الكونغرس على التمديد قبل انتهاء مدته لمدة ٠٤ سنوات أخرى وبعض النصوص لمدة غير محدودة<sup>٥</sup>.

<sup>١</sup> تم احتجاز أكثر من ٦٦٤ شخص في بريطانيا بعد صدور هذا القانون من سبتمبر ٢٠٠١ إلى سبتمبر ٢٠٠٤، ولكن تم توجيه تهمة الإرهاب إلا لـ ١١٨ شخص فيما توبع ٣٥ شخص وفقا لقوانين جنائية أخرى و الباقي لم توجه إليهم أي تهمة . انظر : B.Dickson , "Law versus terrorism: can law win?", E.H.R.L.R.2005, ISSUE 01 , p.14 .

<sup>٢</sup> انظر : أحمد قحى سرور ، مرجع سابق ، ص ٣٦١ و ص ٣٦٨ .

<sup>٣</sup> انظر : F.Crépeau , " l'impact de la lutte contre le terrorisme sur les libertés fondamentales au Canada", in: Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux...", Op.cit., p265.

<sup>٤</sup> الكلمة اختصار لعبارة طويلة هي : قانون توحيد أمريكا و تقويتها عبر التوفير المناسب للأدوات اللازمة لإجهاض الإرهاب ومنعه .

<sup>٥</sup> انظر : J. f. Addicot , Cases and Materials on Terrorism Law , third ed , Lawyers & judges pub company, 2006, p . 55.

إضافة الى قانون الوطنية ( patriot act ) قام الرئيس الأمريكي جورج بوش بإصدار أمره العسكري military order بتاريخ ١٣/١١/٢٠٠١ الذي يسمح باعتقال و معاملة و محاكمة بعض الأشخاص من غير القاطنين في الولايات المتحدة الأمريكية خلافا للقواعد الجنائية الإجرائية العادية المعروفة في الولايات المتحدة<sup>١</sup>.

و على هذا الأساس تم احتجاز مئات الأشخاص في الولايات المتحدة الأمريكية أغلبهم من المسلمين إضافة إلى أولئك اللذين احتجزوا في أفغانستان من أعضاء القاعدة و اقتيدوا إلى معسكر الاعتقال في غوانتانامو. و الهدف من ذلك هو إبعادهم من الحماية التي يمكن أن يمنحها لهم القانون الأمريكي . و وصل العدد في البداية إلى حوالي ١٠٠٠ شخص ثم تقلص إلى ٥٠٠ شخص احتجزوا في ظروف لا إنسانية لمدة غير محددة ، و من دون توجيه تهم محددة. و يصل العدد حاليا إلى ٢١٥ شخصا<sup>٢</sup>. و قد أطلقت الإدارة الأمريكية على هؤلاء المحتجزين و وصف المقاتلين غير الشرعيين INLAWFAL COMBATTANTS بموجب الأمر العسكري السالف الذكر . و رفضت بموجب القرار الصادر عن الرئيس بوش في : ٠٧ فبراير ٢٠٠٢ إصباغ الحماية التي تمنحها اتفاقيات جنيف بما في ذلك صفة أسرى الحرب على منتسبي تنظيم القاعدة و حركة طالبان ، مع إعطاء تعليمات بمعاملة المعتقلين معاملة إنسانية وفقا لمبادئ جنيف<sup>٣</sup>.

<sup>١</sup> انظر :

Military order , detention , treatment , and trial of certain non-citizens in war against terrorism , 66 fed . beg , 57 , 833 ( nov , 16.2001 )

نقلا عن :

D. A.Mundis, "The use of Military Commissions to Prosecute Individuals Accused of Terrorist acts " A.J.I.L, vol 96 N°2. 2002,p. 320.

<sup>٢</sup> انظر :

Guantanamo une épine dans le pied de l'administration Obama , le monde .Fr ,le 13/11/2009.

<sup>٣</sup> انظر :

Marc Finaud ., "L'abus de la notion « combattant illégal »: une atteinte au droit international humanitaire" ,R.G.D.I.P,2006 N°4,p.864.

وقد استندت الإدارة الأمريكية في رفضها لإصباح صفة أسرى الحرب على مقاتلي القاعدة، على أساس أن هذه الأخيرة ليست دولة، وبالتالي لا تتمتع بصفة الطرف المتعاقد في اتفاقيات جنيف. وبالتالي لا يستأهل أفرادها حماية هذه الاتفاقيات. أما بالنسبة لمقاتلي طالبان فإنها رغم اعترافها بانطباق اتفاقيات جنيف على النزاع المسلح في أفغانستان، ولكنها رأت بان هؤلاء لم يستوفوا الشروط التي نصت عليها المادة الرابعة من اتفاقية جنيف الثالثة، وهي على الأقل شرطي التمييز عن المدنيين واحترام قوانين الحرب<sup>1</sup>.

إن مصطلح المقاتلين غير الشرعيين غير معروف في القانون الدولي الإنساني ووجد فقط في أدبيات الفقه الأمريكي، خاصة بعد الحرب العالمية الثانية إلى جانب الحكم الشهير الصادر عن المحكمة العليا في قضية *Ex Parte Quirin* سنة ١٩٤٢<sup>٢</sup>.

وذلك على اعتبار أن القانون الدولي الإنساني يميز بين فئتين من الأشخاص في حالة النزاع المسلح، هم المدنيون المحميون بموجب اتفاقية جنيف الرابعة. والمقاتلون ومن يدخل في حكمهم المحميون بموجب الاتفاقية الثالثة في حالة وقوعهم في أيدي العدو، حيث يستأهل هؤلاء صفة أسير حرب ولا يمكن معاقبتهم عن الأعمال القتالية. كما يجب معاملتهم معاملة إنسانية. مع ضرورة إطلاق صراحهم بعد انتهاء العمليات العدائية. وفي حالة الشك في مدى تمتعهم بتلك الصفة تبت محكمة مختصة في تلك المسألة. دون الإخلال بواجب الحماية الممنوح لهم قبل فصل المحكمة في صفتهم، طبقاً للمادة الخامسة من اتفاقية جنيف الثالثة.

وبناء على ذلك فإنه حتى في حالة عدم استفادة هؤلاء المعتقلين من أحكام اتفاقية جنيف الثالثة من المفروض أن تسري عليهم الاتفاقية الرابعة الخاصة بحماية المدنيين بصفة آلية كما ذهبت إلى ذلك المحكمة الجنائية ليوغسلافيا سابقاً في قضية *Delalic* إذ قالت بأنه لا يوجد شرح بين اتفاقية جنيف الرابعة والثالثة. في حالة عدم أحقية شخص ما للتمتع بصفة أسير حرب والحماية الممنوحة بموجب الاتفاقية الثالثة...، فإنه من الضروري أن يحمى

<sup>1</sup> انظر :

*Ibid.* , p.866.

<sup>2</sup> انظر :

*Ibid.* , p.863.

بالاتفاقية الرابعة بشرط أن يتوفر على الشروط المنصوص عليها في المادة الرابعة من الاتفاقية الرابعة<sup>1</sup>.

وفي كل الحالات فإن هؤلاء المعتقلين يستأهلون الحماية الممنوحة لهم بموجب القانون الدولي العرفي وخاصة المادة الثالثة المشتركة لاتفاقيات جنيف والمادة ٧٥ من البروتوكول الأول لعام 1977 سيما الفقرة الثالثة التي تنص على ضرورة إطلاق صراح المحتجزين في أقرب وقت عدا من قبض عليهم لارتكاب جرائم<sup>2</sup>.

ومهما يكن فإن الإدارة الأمريكية ارتأت من وراء هذا الوصف التحويل على قواعد القانون الدولي الإنساني الذي يحرم حجز هؤلاء الأشخاص لمدة زمنية غير محددة بما دام أن الدافع للاحتجاز وقائي بالدرجة الأولى، وهو منعهم من القيام بهجمات جديدة كما ادعت الولايات الأمريكية.

وعموما فإن الإدارة الأمريكية بوصفها لمعتقلي غوانتانامو بصفة المقاتلين الأعداء وباحتجازهم لمدة غير محدودة من دون أسباب أو تهم واضحة تكون قد خالفت التزاماتها بموجب القانون الدولي الإنساني. فضلا عن التزاماتها بموجب القانون الدولي لحقوق الإنسان، سيما أحكام العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الذي تعد الولايات المتحدة طرفا فيه.

وقد أعلن الرئيس أوباما بتاريخ ٢٢/٠١/٢٠٠٩ عن إغلاق معتقل غوانتانامو وتحويل السجناء إلى داخل الولايات المتحدة الأمريكية بحلول جانفي ٢٠١٠. إلا أن المسألة تواجه العديد من الصعاب القانونية والإدارية في ظل المعارضة داخل الكونغرس لمثل هذا الإجراء<sup>3</sup>.

و تعد التدابير السالفة الذكر انتهاكا واضحا للحق في الحرية الذي يعد أحد الحقوق الراسخة في الدساتير الداخلية و المواثيق الدولية التي لطالما أكدت الأجهزة الدولية و الإقليمية على ضرورة التقيد بها أثناء مكافحة الإرهاب.

<sup>1</sup> انظر :

H. Tigroudja, "Quel (s) doit (s) applicable (s) à la guerre au terrorisme", A.F.D.I, XVIII -2002, P.95.

<sup>2</sup> انظر :

Ibid .

<sup>3</sup> انظر :

Le Monde 22/01/2009 . site : <http://www.lemonde.fr/>

## الفرع الثاني ممارسة التعذيب والمعاملة غير الإنسانية

حرمت معظم الاتفاقيات و المواثيق الدولية المرتبطة بحقوق الإنسان التعذيب و المعاملة القاسية أو المهينة و كذلك قواعد القانون الدولي الإنساني و عموما يمكن القول بان تحريم التعذيب شكل جزءا من قواعد القانون الدولي العرفي و يشكل جريمة دولية وفقا للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لعام 1998<sup>1</sup>.

غير أن القيمة النظرية للقواعد القانونية المحرمة للتعذيب لم تمنع العديد من التجاوزات و الانتهاكات التي انطوت عليها حملة مكافحة الإرهاب في العديد من الدول، خاصة الولايات المتحدة الأمريكية. فمن فضيحة السجون السرية خارج الولايات المتحدة الأمريكية إلى فضائح سجن أبو غريب وصولا إلى صور التعذيب في غوانتانامو ، شكلت كلها في الحقيقة تسلسلا منهجيا يمكن معه القول أن التعذيب سياسة مقصودة وليس حالات فردية معزولة. متجاهلة بذلك كل المواثيق و النصوص الدولية المحرمة للتعذيب . ويمكن أن نستشهد هنا ببعض الأمثلة التي تسربت إلى العلن بسبب الصحافة الأمريكية و البريطانية على سبيل المثال لا الحصر.

ومن ذلك ما نشرته الواشنطن بوست في مارس ٢٠٠٢ طبقا لمصادر لم تسمحها بأن الحكومة الأمريكية قامت بترحيل مجموعة من المعتقلين لدول أخرى معروفة بسجلها الأسود في حقوق الإنسان من أجل الاستعانة بها في ممارسة أساليب وتقنيات استجواب تستند على التعذيب و تهديد المعتقلين بالمساس بعائلاتهم في حالة عدم التجاوب مع المحققين نظرا لان هذه الأساليب ممنوعة وفقا للقانون الأمريكي<sup>٢</sup>.

<sup>1</sup> انظر المادة ٥٥ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان و المادة ٥٧ من العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية و المادة ٥٧ من اتفاقية منع التعذيب لعام ١٩٨٤ و المادة ٥٣ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان و المادة ٥٥ من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان... الخ - لمزيد من التفاصيل حول مصادر تجريم التعذيب دوليا و إقليميا، انظر : طارق عزت محمد ، التعذيب و المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ١٩٩٧، ص ٣٠٧ - ٥٢٣ .

<sup>2</sup> انظر :

J. F. Adicott , Terrorism law..., Op.cit ., p.220.

واستمرت الجريدة نفسها في نشر سلسلة تحقيقاتها في الموضوع، وفي ٢٦/١٢/٢٠٠٢ عرضت أساليب جديدة للتعذيب، منها الضغط على المعتقلين غير المتعاونين وتعريضهم للأضواء لمدة ٢٤ ساعة واحتجازهم في غرف ضيقة جدا، بل أن منهم من حقن بالمخدرات على أساس أنها نوع من المصل<sup>١</sup>. كما أن العديد من المنظمات غير الحكومية كمنظمة العفو الدولية ومراقبة حقوق الإنسان لم تتوقف عن انتقاد الأساليب المستخدمة من المحققين الأمريكيين في غوانتانامو. ورغم التأكيد المتكرر للإدارة الأمريكية بأنها لا تمارس التعذيب، ولكن الصحافة الأمريكية واصلت كشف كذب هذه المزاعم. ومن ذلك ما نشرته جريدة نيويورك تايمز في ٣٠/١١/٢٠٠٤ حول تقرير سري للجنة الدولية للصليب الأحمر يؤكد بان الأساليب المستخدمة في غوانتانامو توازي التعذيب. وفي ٠١/٠١/٢٠٠٥ نشرت الجريدة نفسها محاورات مع محققين سابقين في غوانتانامو، أشاروا إلى بعض أساليب التعذيب التي استخدمت مع السجناء. ومنها تركهم يتبرزون في ملابسهم وتعريضهم للموسيقى الصاخبة طوال الوقت<sup>٢</sup>.

فضلا عن ذلك، فإن شهادات معظم السجناء الذين تم إطلاق صراخهم كشفت عن أساليب التعذيب وضروب المعاملة غير الإنسانية التي لقيها هؤلاء داخل المعتقل. ومنها الإيهام بالفرق والتعريض المتواصل للأضواء، واستخدام الكلاب في ترهيبهم والاستجواب المتواصل لمدة تفوق ١٥ ساعة بدون انقطاع... الخ<sup>٣</sup>.

وامتد مسلسل كشف عمليات التعذيب المنهجية المستخدمة من الأجهزة الأمريكية إلى فضيحة سجن أبو غريب بالعراق<sup>٤</sup>. حيث صدم العالم بصور

<sup>١</sup> انظر :

Ibid., p.221.

<sup>٢</sup> انظر :

M. Finaud , Op.cit., pp.876-877.

<sup>٣</sup> انظر : لمزيد من التفاصيل حول صور التعذيب التي استخدمت في غوانتانامو : ديفيد روز ، غوانتانامو حرب أمريكا على حقوق الإنسان، ترجمة وتعليق وسيم حسن عبده، الأوائل للنشر والتوزيع، دمشق، ٢٠٠٦.

<sup>٤</sup> ضم السجن آنذاك مجموعة من المعتقلين الذين اعتقلوا أثناء الحملة الأمريكية على العراق في أبريل ٢٠٠٣ وبعدها، وتشكل هؤلاء من المقتلين الأجانب وأعضاء الجماعات الإرهابية وفقا للتصنيف الأمريكي بما في ذلك القاعدة وبلغ عدد هم حوالي ١١٧٠٠ شخص في ٢٠٠٣.

التعذيب المشينة الممارسة على السجناء العراقيين والأجانب، لما عرضت في برنامج ٦٠ دقيقة الذي بثته قناة CBS في ٢٨ أبريل ٢٠٠٤. والتي أظهرت الممارسات المخلة بكرامة السجناء واستخدام الكلاب ووضع السجناء وهم عراة فوق بعضهم البعض في شكل هرمي .

ولم تكف الإدارة الأمريكية في عهد الرئيس بوش بالاستخدام المنهجي لأساليب التعذيب كوسيلة للاستتطاق السجناء، بل حاولت قدر المستطاع تبرير ذلك السلوك بطريقة تجعل منها قانونية . ومن ذلك ما نشرته جريدة وول ستريت جورنال في جوان ٢٠٠٤ حول مذكرة بعثها المستشار القانوني للبيت الأبيض Alberto Gonzales، حررت في يناير ٢٠٠٢. حول التحايل على اتفاقيات جنيف لشرعنه الأساليب غير القانونية في مكافحة الإرهاب خاصة التعذيب وجاء في المذكرة : " إن طبيعة الحرب الجديدة تزيد من أهمية بعض العوامل كالقدرة على استخلاص المعلومات بسرعة من الإرهابيين الأسرى، وراعيهم وذلك لتجنب فظائع أخرى ضد المدنيين الأمريكيين، وبسبب الحاجة إلى محاكمة الإرهابيين على جرائم حرب مثل القتل العمدي للمدنيين ، تابع غونزاليس : في تقديري ، فإن هذا المخطط الجديد يجعل من القيود الحازمة لاتفاقية جنيف حول استجواب سجناء العدو بالية ، وبحول بعض بنودها إلى مادة عتيقة . وأضاف أن العبارات العامة الواردة في اتفاقية جنيف مثل الحط من كرامة الشخص أو المعاملة غير الإنسانية ، هي عبارات غير محددة ويكون من الصعب الكشف عن الانتهاكات التي تستوجبها ظروف الحرب على الإرهاب"<sup>١</sup> .

وبناء على هذه المذكرة قام وزير الدفاع في مارس ٢٠٠٣ بإصدار أمر يتضمن أساليب الاستجواب المستخدمة في التحقيق ، وهي طبعاً الأساليب غير الإنسانية استناداً إلى هذه المذكرة<sup>٢</sup> .

وبناء على ما سبق فإن عمليات التعذيب التي تمت سواء في غوانتانامو أو في أبو غريب أو في السجون السرية لدول حليفة للولايات المتحدة بإشراف من وكالة الاستخبارات المركزية، لم تكن أعمالاً فردية معزولة كما ادعى بعض

<sup>١</sup> انظر : ديفيد روز ، مرجع سابق ، ص ٤٧-٤٨ .

<sup>٢</sup> انظر :

المسؤولين الأمريكيين وإنما كانت جزء من إستراتيجية شاملة، تستهدف الحصول على المعلومات من المعتقلين بأية طريقة كانت. دون الأخذ في الحسبان القواعد القانونية الداخلية أو الدولية التي تحرم صور التعذيب السالفة الذكر. وما يعضد هذه النتيجة هو سلسلة التحقيقات التي فتحتها الإدارة الأمريكية حول عمليات التعذيب التي تمت في أبو غريب مثلا. من ذلك ما خلص إليه تقرير الجنرال جورج فاي G.Fay من أن المسؤولية عن تلك التجاوزات تنسب إلى وكالة الاستخبارات المركزية التي أدخلت هذه الأساليب إلى الجيش الأمريكي<sup>1</sup>. ونتيجة لذلك تبني الكونغرس في ٢٠٠٦/١٠/٠٥ توصية تفرض على القوات المسلحة الالتزام بدليل الجيش الأمريكي للاستجواب الصادر في ٢٠٠٥ والالتزام باتفاقيات جنيف وقانون معاملة المعتقلين.

ونتيجة لتزايد الضغوط الداخلية ومن الرأي العام الأمريكي والضغط الخارجي خاصة من المنظمات غير الحكومية قررت الإدارة الأمريكية غلق معتقل أبو غريب في مارس ٢٠٠٦ وتوزيع ٤٥٠٠ معتقلا على السجون العراقية الأخرى.

إن المتمعن في كل الانتهاكات الجسيمة السالفة الذكر أعلاه يجد بلا شك أن الولايات المتحدة ضربت عرض الحائط كل المواثيق الدولية المتعلقة بالقانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان. التي تتفق في مجملها على ضرورة المعاملة الإنسانية للمعتقلين في كل زمان ومكان طبقا للمادة الثالثة المشتركة لاتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩، وأن التعذيب محرم تحت أي ظرف ولو أثناء مكافحة الإرهاب باعتباره من الحقوق ذات الحصانة كما أشارت إلى ذلك المادة ٢/٤ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.

### ثالثا : إنكار الحق في محاكمة عادلة

إذا كان القانون يجيز احتجاز الأشخاص المشتبه في ارتكابهم لأعمال إرهابية، فإن ذلك يجب أن يتم وفقا للأصول الإجرائية الشرعية المعروفة داخليا ودوليا. وهي ضرورة تقديم ذلك المشبه به إلى جهة قضائية محايدة في مدة

<sup>1</sup> انظر :

Ibid . , pp.884 -885.



معقولة لتفصل في جدية التهم المنسوبة إليه وتقديمه للمحاكمة، مع توفير كل الضمانات المتعلقة بالمحاكمة العادلة. بدء من شرعية الجرائم والعقوبات وتمكينه من الحق في الدفاع. وتمتع الجهة القضائية بالاستقلالية والحياد واختصاصها قانونا بنظر الدعوى. وفي غياب مثل هذه الضمانات فإن احتجاز شخص من دون توجيه تهمة محددة له أو توجيه تهم فضفاضة بعد رده من الزمن يعد انتهاكا جسيما للحق في المحاكمة العادلة المكرس بموجب الدساتير الداخلية والقواعد الاتفاقية والعرفية الدولية لحقوق الإنسان .

وفي هذا الصدد لنا أن نستشهد بمعتقلي غوانتانامو الذين احتجزتهم الولايات المتحدة بتهمة الانتماء إلى القاعدة أو تدبير عمليات إرهابية ضدها أو ضد مصالحها في الخارج أو المشاركة في الإعداد لهذه العمليات .

وقد أطلقت الإدارة الأمريكية على هؤلاء وصف المقاتلين غير الشرعيين مع حرمانهم من الضمانات القانونية التي ينص عليه القانون الأمريكي نفسه، وهي الطعن في شرعية الاعتقال وتمكينه من حق الدفاع وتقديمه أمام محكمة تتمتع بالاستقلالية والحياد. حيث اختارت أن تحيل المعتقلين أمام لجان عسكرية أنشأت خصيصا لمحاكمتهم .

وقد اختارت الإدارة الأمريكية هذا المسلك اعتمادا على حكم يرجع إلى قضية *Ex parte Quirin* التي عرضت على القضاء الأمريكي سنة ١٩٤٢، وقضت فيها المحكمة العليا باختصاص اللجان العسكرية بمحاكمة مجموعة من الأشخاص الموجودين على الأراضي الأمريكية بتهمة ارتكابهم لأعمال تخريب وجوسسة لصالح ألمانيا النازية . مع حرمانهم من الاستفادة من الضمانات الممنوحة لأسرى الحرب بموجب القانون الدولي العرفي آنذاك على أساس أنهم مقاتلون غير شرعيون<sup>١</sup>.

وبموجب الأمر العسكري الصادر عن الرئيس الأمريكي بوش في ١٣ نوفمبر ٢٠٠١، أنشأت لجان عسكرية لمحاكمة الأشخاص الذين ارتكبوا أعمالا إرهابية ضد الولايات المتحدة أو عاونوا أو دعموا هذه الأعمال. وكلف الرئيس

<sup>١</sup> انظر أكثر تفصيل حول هذه القضية :

Louis Fisher, *Military tribunals and presidential power*, university press of Kansas; 2005, pp.91- 129; Nada Mortada Sabah, "Les tribunaux militaires d'exceptions aux Etas Unis et la constitution, le précédent le plus approprié?", R.I.D.C , N°1/2006, pp.151-183.

بوش وزير العدل بوضع الإجراءات ووسائل الإثبات أمام هذه اللجان في حدود الأمر العسكري المنشئ، وهي إجراءات تختلف طبعاً عن إجراءات وأصول المحاكمات المعروفة في العدالة الجنائية الأمريكية<sup>1</sup>.

وإذا كان القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان لا يمنعان من حيث المبدأ محاكمة مدنيين أمام محاكم عسكرية، فإنه اشترط أن تكون منشأة بموجب القانون وتحتوي على الضمانات التي تستوجبها المحاكمة العادلة وهو ما أكدته ضمناً المحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان في قضية Castillo Petruzzi سنة 1999<sup>2</sup>.

ولكن الواقع أن هذه اللجان احتوت العديد من الثغرات التي تشكك في نزاهتها واستقلاليتها، فالرئيس هو الذي يحدد الأشخاص الخاضعين لولاية هذه اللجان وأعضاء اللجان معينون من طرفه أيضاً وليس من حق المتهمين الاطلاع على ملفاتهم ولا الاستعانة بمحام من اختيارهم. كما لا يجوز لهم الطعن في قرار اللجنة أمام القضاء العادي ويمكنهم استئنافه فقط أمام لجنة من الضباط معينة من وزير الدفاع<sup>3</sup>.

وقد تعرض مسلك الإدارة الأمريكية في هذا الشأن إلى انتقادات شديدة من الأوساط الحقوقية الأمريكية. من ذلك مثلاً المجلس الأمريكي للحقوق الدستورية وهو منظمة غير حكومية أمريكية الذي وصف هذه المحاكم بأنها قناع قضائي لتعطيل النظام القضائي الفدرالي ومنع محاكمة عادلة<sup>4</sup>. كما وصفها أحد القضاة الفدراليين بأنها غير قانونية، واعتبر الإجراء المتبع من

<sup>1</sup> أنظر :

Sandra Szurek , "Le jugement des auteurs d'acte de terrorisme ? : Quels tribunaux après le 11 septembre ?" , in : Le droit internationale face au terrorisme, Cedin-Paris I. Cahiers internationaux N°17, 2002, pp. 297-319 at. 303.

<sup>2</sup> أنظر :

H.Tegroudja , Op.cit .,p.101.

<sup>3</sup> أنظر :

Ibid ., p.101.

<sup>4</sup> أنظر :

M. Finaud , Op.cit ., p.874.

طرف الحكومة لتحديد الوضع القانوني للمعتقلين كمقاتلين غير شرعيين الخاضعين لاعتقال غير محدود خرقا للحق في محاكمة عادلة<sup>1</sup>.  
ومن جهته فإن القضاء الأمريكي -وبفضل مبدأ الفصل بين السلطات - شكل ضغطا قويا على الإدارة الأمريكية لمراجعة مسلكها فيما يتعلق باللجان العسكرية . ففي قضية Rasul v. Bush رفضت المحكمة العليا الأمريكية الحجج المقدمة من الحكومة فيما يتعلق بعدم أحقية المحتجزين خارج الإقليم الأمريكي (غوانتانامو) بالطعن في شرعية اعتقالهم أمام محاكم مدنية أمريكية في نوفمبر ٢٠٠٣. وفي قضية Hamdi v. Rumsfeld سنة ٢٠٠٤، قالت المحكمة العليا بأن احتجازه غير دستوري وبأن حالة الحرب على الإرهاب لا يجب أن تكون صكا على بياض ممنوح للرئيس، متى كانت حقوق المواطنين الأمريكيين على المحك<sup>2</sup>.

أما قرار المحكمة في قضية Hamdan v. Rumsfeld في جوان ٢٠٠٦، فقد كان صفة قوية للإدارة الأمريكية ولنظام اللجان العسكرية في حد ذاته . حيث قالت المحكمة صراحة بأن هذه اللجان تخالف قانون القضاء العسكري الأمريكي الموحد وكذلك المادة الثالثة المشتركة من اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩. وأنه وفقا لهذه الاتفاقيات فإن أي شخص يوجد خارج المعارك خلال نزاع مسلح- دولي أو غير دولي- محمي من أي إدانة مسبقة من دون محاكمة عادلة أمام محكمة منشأة بطريقة قانونية، تتوفر على الضمانات المعترف بها كحد أدنى في الأمم المتحدة. كما أقرت المحكمة بحق المتهم في الاستفادة من الضمانات الدستورية لشرط استخدام الوسائل القانونية وحقه في أن يقدم طعنه أمام القضاء Habeas corpus للطعن في شرعية اعتقاله<sup>3</sup>.

ونتيجة لهذا القرار تقدم الرئيس بوش بمشروع قانون في سبتمبر ٢٠٠٦ لإيجاد أساس قانوني للجان العسكرية . وفي ٢٨/٠٩/٢٠٠٦ صادق الكونغرس على قانون اللجان العسكرية الجديد. وقد أعطى هذا القانون للسلطة التنفيذية حق

Ibid.

<sup>1</sup> انظر :

<sup>2</sup> انظر : النص الكامل للقرارين في :

J.F. Addicott , Op.cit ., pp.59-82.

<sup>3</sup> انظر :

C. A. Bradley , " The Military Commissions Act , Habeas Corpus , and The Geneva Conventions " , A.J.I.L , vol 101,N°2 , 2007, pp.321-325.

تفسير اتفاقيات جنيف (المادة ٣). تختص اللجان بمتابعة الأشخاص المقاتلين غير الشرعيين بسبب انتهاك قانون الحرب وارتكاب عمل عدائي ضد الولايات المتحدة، أو الدعم المادي أو المعنوي لإرهابيين منخرطين في نشاط عدائي ضد الولايات المتحدة. وليس من حق هؤلاء الأشخاص اللجوء إلى محاكم مدنية عموماً، ولكن بإمكانهم الطعن أمام محكمة مقاطعة واشنطن العاصمة لاستئناف قرار الإدانة الصادر في حقهم من هذه اللجان. كما يجوز لهم الاطلاع على الأدلة ولكن بشكل جزئي، إذ يمكن للنائب العام أن يضع استثناءات على ذلك<sup>١</sup>. ولكن مع ذلك، فإن هذا القانون لم يقدم كل الضمانات المنشودة فيما يتعلق بالمحاكمة العادلة، فمن ناحية شرعية الجرائم بقيت المصطلحات المستخدمة في القانون فضفاضة ومرنة. فما لمقصود بالعمل العدائي، أو الإرهاب... أو الأشخاص المعادين لأمريكا؟ ومن ناحية أخرى فإن حصر الاستئناف في قرار الجئة أمام محكمة واشنطن كما رأى الأستاذ **A. Bradley** بأن الغرض منه هو تضيق سلطان الرقابة على القرار الصادر عن اللجان العسكرية باستبعاد معاهدات جنيف وحصر نطاق الرقابة في حدود الدستور وقوانين الولايات المتحدة الأمريكية فقط. وبالتالي ليس من حق المعتقلين تأسيس استئنافهم على مخالفة اتفاقيات جنيف، على اعتبار أن السلطة التنفيذية الممثلة في الرئيس هي المخولة قانوناً بتفسيرها وتطبيقها<sup>٢</sup>.

وحسب الكثير من المعلقين فإن النتيجة الأساسية لهذا القانون هي شرعه معظم ممارسات وكالة الاستخبارات المركزية CIA<sup>٣</sup>.

وقد أكدت المحكمة العليا الأمريكية في قضية **L. Boumediene v. Buch** في جوان ٢٠٠٨ أحقية جميع معتقلي غوانتانامو وبغض النظر عن جنسيتهم أو وصفهم كمقاتلين أعداء، للطعن في شرعية اعتقالهم أمام المحاكم العادية وفقاً للدستور الأمريكي. كما أشارت المحكمة إلى أن الإجراءات التي تضمنها قانون معاملة المعتقلين لعام ٢٠٠٥ ليست بديلاً لنظام الطعن في

<sup>١</sup> انظر:

M. Finaud, Op.cit., pp. 880-881.

<sup>٢</sup> انظر:

C. A. Bradley, Op.cit., p. 331.

<sup>٣</sup> انظر:

M. Finaud, Op.cit., p. 881.

شرعية الاعتقال Habeas corpus. كما أعلنت المحكمة عدم دستورية بعض أحكام قانون المحاكم العسكرية لعام ٢٠٠٦.<sup>١</sup>

و بغض النظر عن اتفاقيات جنيف، فإن قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان و على رأسها العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية تنص على ضمانات المحاكمة العادلة في المادة ١٤ منه. و هي ملزمة للولايات المتحدة الأمريكية باعتبارها طرفاً فيها منذ ١٩٩٢. و لا يعد وجود المعتقلين خارج إقليمها سبباً لإصنائهم من تلك الحماية، استناداً إلى ما ذهبت إليه محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري حول الآثار القانونية الناشئة عن بناء الجدار في الأراضي الفلسطينية المحتلة في سنة ٢٠٠٤ من أن: العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ينطبق فيما يتعلق بالأعمال التي تقوم بها الدولة عند ممارستها لولايتها خارج إقليمها.<sup>٢</sup>

وأشارت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان في تعليقها رقم: ٣٢ حول المادة ١٤ من العهد إلى أن المحاكم العسكرية تثير مشاكل خطيرة فيما يتعلق بإقامة العدل بصورة منصفة و محايدة و مستقلة. و لهذا من المهم اتخاذ كل ما يلزم من تدابير لكفالة إجراء هذه المحاكمات في ظروف توفر فعلياً كل الضمانات.<sup>٣</sup>

وعموماً فإن الإدارة الأمريكية الجديدة بقيادة الرئيس أوباما وان قررت غلق معتقل غوانتانامو بحلول شهر جانفي ٢٠١٠ و نقل السجناء إلى داخل الإقليم الأمريكي و لكنها لم تلغي نظام اللجان العسكرية الذي بقي مستمراً في محاكمة المعتقلين وحتى وان كان الرئيس أمر بتوقيف المحاكمات لمدة ١٢ يوماً بعد وصوله للبيت الأبيض فإنه أعاد تفعيلها في ١٤/٠٥/٢٠٠٩. مع

<sup>١</sup> انظر :

H.Duffy, "Human rights litigations and the" war on terror" , I.R.R.C , vol 90 N°871 sept 2008,p.575.

<sup>٢</sup> انظر :

Avis consultatif du 09 juillet 2004 ,conséquences juridiques de l'édification d'une mur dans les territoires palestiniens occupé , para 111,p48,disponible sur le cite [http://www.icj-cij.org/homepage/ar/advisory/advisory\\_2004-07-09.pdf](http://www.icj-cij.org/homepage/ar/advisory/advisory_2004-07-09.pdf)

<sup>٣</sup> انظر : تعليق اللجنة المعنية بحقوق الإنسان رقم : ٣٢ لعام ٢٠٠٤ حول الحق في المحاكمة العادلة المادة ١٤ من العهد على الموقع :

[http : //www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/)

محاولة إدخال بعض الإصلاحات عليها لمحاكمة ما يزيد عن ٢٢٣ معتقلا بقوا في سجن غوانتانامو عند ذلك التاريخ<sup>١</sup>.

رابعا: الإخلال بمبدأ المساواة وعدم التمييز

يعتبر عدم التمييز أحد أهم حقوق الأفراد في مواجهة الدولة وأيضا قيودا من القيود الموضوعية الواردة على سلطات الدول وتصرفاتها في الظروف الاستثنائية. وعدم التمييز كقيد يقابله الحق في المساواة<sup>٢</sup>، الذي يعد من المبادئ العامة التي تعكس عمليا الالتزام بعدم التمييز بين الناس والشعوب على أي أساس كان، والقصد منه هو عدم القيام بأية إجراءات تمييزية تحرم البعض بسبب عرقهم أو دينهم أو لغتهم أو انتمائهم السياسي أو لأي سبب آخر من التمتع بالحقوق التي يتمتع بها الآخرون<sup>٣</sup>.

وقد عرفت اللجنة الفرعية لمنع التمييز وحماية الأقليات التابعة للأمم المتحدة المقصود بالتمييز المحظور في نطاق القانون الدولي لحقوق الإنسان بقولها بأنه: " كل إجراء أو معاملة تتطوي على إنكار لقاعدة المساواة بين الأفراد، على جماعة أو فئة من الأفراد لمجرد انتمائهم إلى أصل عرقي أو اجتماعي معين". كما عبرت عنه بالقول بان التمييز هو: التفرقة غير المبررة والتي لو طبقت لأثارت البغضاء والانقسام بين الناس، أو بأنه التفرقة التي يخالفها التعسف<sup>٤</sup>.

وطبقا للاتفاقية الدولية للقضاء على التمييز العنصري لعام ١٩٦٥ فإن ما يعد تمييزا محظورا في مجال حقوق الإنسان، الإجراءات التي تتطوي على العناصر الثلاث التالية: التفرقة أو الاستبعاد أو التقييد أو التفضيل بناء على اعتبارات اللغة أو اللون أو الدين أو الجنس أو الأصل الاجتماعي، أو غير ذلك

<sup>١</sup> أنظر:

Le monde, " Obama ne fermera pas les tribunaux militaires de Guantanamo ", article publié le 15/05/2009. site:

<http://www.lemonde.fr/>

<sup>٢</sup> أنظر: المادة ١/٤ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية و المادة ١/٢٧ من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان.

<sup>٣</sup> أنظر: محمد أحمد إبراهيم عبد الرسول، ضمانات الأفراد في ظل الظروف الاستثنائية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، ص ٢٩٠.

<sup>٤</sup> أنظر: سعيد فهم خليل، الحماية الدولية لحقوق الإنسان في الظروف الاستثنائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة الإسكندرية ١٩٩٣، ص ١٠٠.

من الاعتبارات التي أشارت إليها المادة الثانية من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن تستتبع تقويض أو عرقلة مبدأ المساواة<sup>1</sup>.

وقد تضمنت إجراءات مكافحة الإرهاب بعد الحادي عشر سبتمبر العديد من التدابير التي استهدفت الأجانب في الدول الغربية مثل بريطانيا والولايات المتحدة. وبالرغم من أن الجنسية ليست معياراً للانتساب للجماعات الإرهابية، فإنه مع ذلك وجدت بعض الممارسات في هذه الدول التي بنيت على أسس دينية أو عرقية اتخذت ضد جماعات محددة من غير مواطني هذه الدول. ومن هذه التدابير والممارسات: النقل القسري، الاعتقال غير المحدود، حجز الأصول المالية، تقييد دخول الأجانب من جنسيات معينة والترحيل الجبري<sup>2</sup>.

فعلى سبيل المثال نجد أن قانون مكافحة الإرهاب البريطاني الصادر في ٢٠٠١ أجاز احتجاز الأجانب لمدة غير محددة في حالة الاشتباه بهم بارتكاب جرائم إرهابية، مع العلم أن المدة محددة بالنسبة للمواطنين البريطانيين. وقد ألغى مجلس اللوردات هذا القانون سنة ٢٠٠٤ لإقامته مثل هذا التمييز بين المواطنين والأجانب<sup>3</sup>. أما قانون الوطنية الأمريكي Patriot Act الصادر بعد أحداث الحادي عشر سبتمبر فقد أعطى لوزير العدل ووزير الخارجية صلاحيات واسعة تجاه الأجانب، إذ يعطي القانون لوزير العدل سلطة اعتقال الأجانب لمدة غير محدودة إذا اشتبه بان شخصاً ما يشكل خطراً على الأمن القومي. وأعطى القانون لوزير الخارجية صلاحيات واسعة في ترحيل الأجانب ومنعهم أصلاً من دخول الولايات المتحدة. وذلك من خلال نص فضفاض يسمح باستخدام الآراء المعارضة لسياسات الولايات المتحدة كأساس لمنع منح التأشيرات. كما نص القانون على سريانه بأثر رجعي بالنسبة للأجانب على أفعال ارتكبوها قبل صدوره ما لم يقرر وزير العدل والخارجية غير ذلك<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> انظر: المرجع نفسه، ص ١٠١.

<sup>2</sup> انظر:

J. Fitzpatrick, "Speaking law to power: The war against terrorism and human rights", EJIL VOL.14 N°2.2003, pp.255-256.

<sup>3</sup> انظر:

M. Delmas - Marty, Op .cit , p.465.

<sup>4</sup> انظر: عثمان عبد الرحمن الحفناوي، التدابير الدولية المعاصرة لمكافحة الإرهاب وأثرها على حقوق الإنسان، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة المنصورة، ٢٠٠٤، ص ٢٢١.

ويرى الأستاذ J.Fitzpatrick أن الأمر العسكري الصادر في ٢٠٠١/٠٩/١٣ الخاص بإحالة المعتقلين الأجانب في الحرب على الإرهاب إلى اللجان العسكرية يعد تمييزيا، على اعتبار أنه جعل من المواطنة معيارا للإحالة أمام هذه اللجان وأن معيار الدين كان احد أهم مظاهر التمييز في هذا القانون بصفة ضمنية<sup>١</sup>. كما قامت وزارة الخزانة الأمريكية بتجميد الأرصدة المالية للعديد من الجمعيات الخيرية الإسلامية بسبب الانتماء الديني بحجة الاشتباه في تمويلها للإرهاب، رغم عدم تقديم أدلة واضحة تؤكد تلك الادعاءات. منها جمعية البركة وجمعية التقوى وجمعية الحرمين<sup>٢</sup>.

وتأتي هذه الإجراءات والممارسات السالفة الذكر بالمخالفة صراحة لأحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان وتوصيات وقرارات الأجهزة الدولية المعنية بحقوق الإنسان. فهي تخالف أحكام المادة ١٤/١ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والتي لا تجيز اتخاذ تدابير استثنائية استنادا إلى حالة الطوارئ متى كان مبررها التمييز بين الأفراد على أساس اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الأصل الاجتماعي فقط. ونصت المادة ١٤ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على مضمون مشابه لأحكام المادة ١٤ من العهد، وأيضا المادة ٢٧ من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان. وتعد الولايات المتحدة الأمريكية ملزمة بأحكام العهد باعتبارها طرفا فيه كما سبقت الإشارة، أما بريطانيا فقد أدمجت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في قانونها الداخلي سنة ١٩٩٨. وبذلك تكون كلتا الدولتان قد خالفتا تعهداتهما الدولية والإقليمية بعدم التمييز.

وقد ذكرت لجنة مناهضة التمييز العنصري التابعة للأمم المتحدة الدول مرارا بالتزاماتها بعدم التمييز على أسس عرقية أو إثنية أو دينية واتخاذ تدابير فعلية لحماية الأقليات من العنف<sup>٣</sup>. كما ذكرت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان في

<sup>١</sup> أنظر:

J.Fitzpatrick, "Jurisdiction of Military Commissions and The Ambiguous War on Terrorim", A.J.I.L. .vol96 N°02 /2002,p.351.

<sup>٢</sup> أنظر : مسعد عبد الرحمن زيدان، الإرهاب في ضوء أحكام القانون الدولي العام، دار الكتاب القانوني، ٢٠٠٩، ص ٣٧٩ - ٣٨٠.

<sup>٣</sup> أنظر :

J.Fitzpatrick , "Speaking law to power..." ,Op .cit . , pp.255-256.



تعليقتها العام حول حالة الطوارئ رقم ٢٩ لعام ٢٠٠١ ، بأن التدابير الاستثنائية المتخذة من الدول يجب أن لا تتضمن بأي حال من الأحوال تمييزا على أساس اللون أو العرق أو الدين أو اللغة ، وان لجوء الدول لأحكام المادة ٤ من العهد لإعلان حالة الطوارئ والتحلل من بعض التزاماتها بموجب العهد لا تشمل هذا الحق الذي يعد غير قابل للتحلل أو التقييد في الظروف الاستثنائية<sup>١</sup>.

كما أشار قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ١٨٥/٦٣ الصادر بتاريخ ١٨ ديسمبر ٢٠٠٨ في النقطة السادسة منه إلى ضرورة أن تنفذ تدابير مكافحة الإرهاب في إطار المراعاة التامة لحقوق الإنسان للجميع ومن بينهم الأشخاص المنتمون إلى أقليات قومية أو عرقية أو دينية أو لغوية ، وضرورة أن تتأى عن التمييز القائم على احد هذه الاعتبارات<sup>٢</sup>. وهو ما أكدته مجلس حقوق الإنسان أيضا في قراره رقم ٧/٧ بتاريخ ٢٨/٣/٢٠٠٨ في النقطة السادسة من القرار<sup>٣</sup>. كما أكدت اللجنة الوزارية لمجلس أوروبا في خطوطها الإرشادية حول حقوق الإنسان ومكافحة الإرهاب على ضرورة الابتعاد عن المعاملة التمييزية أو العنصرية أثناء مكافحة الإرهاب<sup>٤</sup>.

### المطلب الثاني

#### المخاطر الناجمة عن التدابير المضادة للإرهاب

أدى تزايد الأخطار الإرهابية إلى دخول العديد من الدول في حالة استثنائية مستمرة أثرت سلبا على الحقوق والحريات الأساسية في تلك الدول. وتراجع

<sup>١</sup> انظر :

General comment n°29 : state of emergency ( article 4):  
31/08/2001,ccpr/c/21/rev.1/add.11, disponible sur site:  
<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/>

<sup>٢</sup> انظر :

A/ RES/63/185. Dispo sur site:  
<http://www.un.org/arabic/documents/ga/63/resolutions.shtml>

<sup>٣</sup> انظر : قرار مجلس حقوق الإنسان رقم ٧/٧ ، ضمن تقرير المجلس رقم ٦٣/٥٣ ، الدورة السابعة ٢٨-٣ مارس و ١١ أبريل ٢٠٠٨ على الموقع :

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/G>

<sup>٤</sup> انظر :

Lignes directrices du comite du conseil d'Europe...,op.cit, para III .

هامش الحرية لصالح التدابير الأمنية الخاصة بمكافحة الإرهاب والوقاية منه، بشكل أنذر بالرجوع إلى عهد الدولة البوليسية وبالتبعية إعادة بناء القيم المتعلقة بالديمقراطية و حقوق الإنسان بطريقة تجعل الحرية ثمنا مقبولا لتحقيق الأمن . وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب من خلال الفرعين الأول والثاني، نتطرق في الأول إلى الحالة الاستثنائية المستمرة وإحياء نموذج الدولة البوليسية وفي الفرع الثاني :إعادة بناء القيم المتعلقة بالديمقراطية و حقوق الإنسان في الفرع الثاني .

**الفرع الأول : الحالة الاستثنائية المستمرة وإحياء نموذج الدولة البوليسية**  
أسفرت أحداث الحادي عشر سبتمبر على إطلاق ما سمي بالحرب على الإرهاب ،وهي حرب كما وصفتها الإدارة الأمريكية غير محددة بحدود زمنية أو مكانية ،بهدف اجتثاث الإرهاب والقضاء عليه . وفي ظل توالي الهجمات الإرهابية في دول مختلفة من العالم،أفرز التهديد الإرهابي دخول العديد من الدول في حالة استثنائية مستمرة تجسدت في تبني تشريعات مقيدة للحريات لم تكن برلمانات بعض الدول لتصوت عليها قبل تاريخ الحادي عشر من سبتمبر<sup>1</sup> . وشكلت الحرب على الإرهاب مثالا حيا عن الحالة الاستثنائية المستمرة، فلا إقليم محدد للقتال ،لا سلم وبالمقابل زيادة في التدابير الوقائية (التوقيف،اعتراض المكالمات،الاستجواب ...)، ومدة هذه الحرب تقاس باستمرار الخوف الذي يمكن للعدو أن يمثله ،أما وجود فترات بدون هجمات إرهابية فان ذلك لا يعني الأمان لان العدو يمكن أن يكون خلية نائمة ومن أي جنسية<sup>2</sup> .

وبالتالي فإن البقاء ضمن هذه الحالة الاستثنائية المستمرة على أساس أن الإرهاب عدو محتمل وغير محدد بزمان ومكان معين ،يعني كما قالت الأستاذة R.Ihrenreich أننا أمام حالة حرب في كل مكان ولا حقوق في أي مكان<sup>3</sup> . سيما وأنه من الثابت أن حالات الطوارئ سواء تلك الناجمة عن

<sup>1</sup> أنظر :

M.Delmas-Marty , Op.cit . , p.461.

<sup>2</sup> أنظر :

J.Fitzpatrick , "Speaking law to power..." ,Op.cit . ,p. 251.

<sup>3</sup> أنظر :

النزاعات المسلحة أو عن أعمال العنف أو عدم الاستقرار الداخلي تخلق المناخ أو الوسط الذي يفرز و يحتضن كل أشكال الانتهاكات الجسيمة التي ترتكب ضد حقوق الإنسان داخليا ودوليا<sup>1</sup>.

و لعل من بين إفرزات هذه الحالة الاستثنائية اتجاه بعض الدول إلى عسكرة القوانين الجنائية الداخلية و تبدو مظاهر العسكرة ليس فقط من حيث تحويل مصطلح مكافحة الجريمة إلى مصطلح الحرب عليها، ولكن في تحويل السلطات التقليدية في المجال الجنائي . إذ حولت سلطة التحري من الشرطة المراقبة من القضاء إلى الأجهزة السرية التابعة للجيش ، و تحويل سلطة الإيداع و الاعتقال ، و الحكم في التهمة و النطق بالعقوبة من الأفضية العادية إلى أفضية عسكرية أو حتى لجان عسكرية ذات طابع إداري تفتقر إلى ضمانات الحياد والاستقلالية و المحاكمة العادلة. و هو ما يمكن ملاحظته جليا في الولايات المتحدة الأمريكية<sup>2</sup>.

و قد أدى هذا المسلك إلى تغيير حدود القانون الجنائي الداخلي إلى قانون للحرب من أجل بناء نظام جديد لكنه غير منتهى ، لأن استعارة منطق الحرب أدت إلى تحويل الجهاز القانوني إلى سلاح للحرب دون الاهتمام ببناء نظام متكامل و متناسق. و الخطر يكمن في الإلتفاف التدريجي لكل النظام الجنائي . و ذلك بإهدار الضمانات التي يمنحها القانون الجنائي و قواعد حقوق الإنسان و المخاطرة بخلق ثغرة سوداء في قلب دولة القانون وفقا لعبارة القاضي البريطاني J.Steyn<sup>3</sup>.

إن ذلك يقود ببساطة إلى تبني بعض أساليب الدولة البوليسية مثل التعذيب و الاعتقال غير المحدود للأشخاص و التدخل في الحياة الخاصة و التصييق على الحريات الدينية و الفكرية تحت شعار الحرب على الإرهاب. و المحصلة أن هذه الدول بدلا من الموازنة بين الأمن و الحريات أثناء مكافحة

---

R. Ehrenreich-Brooks , "War everywhere: Rights ,national security law, and the law of armed conflicts in age of terrorism" ,U.P.L.R ,vol.153,N°2/2004,p.745.

<sup>1</sup> انظر : سعيد فهم خليل ، مرجع سابق ، ص ١٤٧ .

<sup>2</sup> انظر :

M.Delmas-Marty, op. cit.,p.462.

<sup>3</sup> انظر :

Ibid.

الإرهاب جعلت من الحرية ثمنا للأمن وهو مسلك يذكرنا في الحقيقة بالفلسفة الهوبزية .

**الفرع الثاني :إعادة بناء القيم المتطقة بالديمقراطية وحقوق الإنسان**  
أعلن الرئيس الأمريكي السابق بوش بعد أحداث الحادي عشر من سبتمبر حربا على الإرهاب في كافة أنحاء العالم ، و من بين الوسائل التي أقرت الإدارة الأمريكية إتباعها من اجل وقف الإرهاب نشر الديمقراطية وحقوق الإنسان ، باعتبار غياب مثل هذين العاملين في بعض الدول الإسلامية و العربية على وجه الخصوص شكلا سببا غير مباشر لتفاقم ظاهرة الإرهاب . بل أن غزو العراق كان من بين مبرراته تحرير الشعب العراقي من النظام الجائر للرئيس صدام حسين .فضلا على أن وزارة الخارجية الأمريكية تصدر سنويا تقارير عن مستويات احترام حقوق الإنسان في العالم .

غير أن الممارسات الأمريكية التي انتهجت في حربها على ما يسمى بالإرهاب سارت على النقيض من ذلك تماما ، إذ أن سجل الانتهاكات في هذه الحرب فاق ربما مستوى التجاوزات في الدول الموصوفة أمريكيا بأن لها سجلا أسودا في حقوق الإنسان . بدءا من التعذيب إلى الاعتقال غير المحدود إلى التمييز العنصري . بل أكثر من ذلك استعانت الولايات المتحدة الأمريكية ببعض هذه الدول لممارسة التعذيب قصد استنطاق المعتقلين .

المشكلة أن مصطلح الحرب على الإرهاب الذي تبنته الإدارة الأمريكية أدى إلى الخلط بين العديد من المفاهيم المعروفة في القانون الدولي الإنساني و القانون الدولي لحقوق الإنسان ، خلط بين حالة الحرب و حالة السلم ، خلط بين المدنيين و المقاتلين الشرعيين منهم و غير الشرعيين و من ثمة تحديد الوسائل القانونية للرد و في خضم هذا الخلط فسرت الولايات المتحدة الأمريكية قواعد القانون الدولي الإنساني بطريقة خاصة و غريبة جدا . فمن جهة اعتبرت مكافحة الإرهاب حربا و لكنها رفضت إخضاع هذه الحرب لاتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ على أساس أن الجماعات الإرهابية ليست دولة و بالتالي ليست طرفا متعلقا في هذه الاتفاقيات و من جهة أخرى كيفت الاعتداءات الإرهابية كعدوان مسلح و ليس مجرد جريمة بموجب أحكام القانون الجنائي الداخلي أو حتى القانون الدولي الجنائي . و مؤدى هذه التفسيرات في النهاية هو تجريد العدو المفترض من أية حماية بموجب قوانين الحرب أو قانون حقوق الإنسان

أو حتى القانون الداخلي. و في الوقت نفسه إباحة استخدام كافة الوسائل المشروعة وغير المشروعة من قبل الدولة المحاربة، إذ بإمكان القوات الأمريكية الاغتيال، التعذيب، أو الاختطاف ولكن من دون عقاب<sup>1</sup>.

لقد أدى نشر الممارسات الأمريكية في أبو غريب بسبب التغطية الإعلامية- إلى طرح التساؤل حول عولمة الممنوع ولكن بطريقة فضة جدا، وبين أن البراغمة في مكافحة الإرهاب أصبحت تتطلب تقديرا سياديا من طرف كل دولة للوسائل المقبولة مع الاستهانة بأجهزة حماية حقوق الإنسان<sup>2</sup> بالرغم من أن بعض حقوق الإنسان أصبحت تشكل جزء من النظام الدولي العرفي الأمر التي لا يجوز المساس بها تحت أي ظرف مثل تحريم التعذيب والتمييز العنصري.

إن شرعه الممارسات الإنسانية تحت غطاء مكافحة الإرهاب تعني دفع الطرف الآخر إلى إتباع أسلوب مماثل وتحريك مشاعر الانتقام التي ستؤدي إلى في النهاية إلى مزيد من العنف والإرهاب. وبالتالي فإن تلك الحكومات التي انخرطت في مكافحة الإرهاب كان من المفروض أن تقرر أن تلك فرصة لإعادة تأكيد المبادئ الراسخة لحقوق الإنسان، أو على العكس سبب لتجاهلها. بمعنى أن تقرر ما إذا كان يجب وضع قيم تحكم الوسائل والغايات أو على العكس إعطاء حجج لربط الوسائل بالغايات منساقا بذلك وراء منطق الغاية تبرر الوسيلة<sup>3</sup>.

وهذا المنطق من شأنه أن يجرد الحرب على الإرهاب من أي رادع قانوني أو أخلاقي ويمنح حججا لأولئك الذين تتم محاربتهم للاستمرار في غيهم وقتل المزيد من الأبرياء.

<sup>1</sup> انظر :

R. E. Brooks, Op.cit. p.745.

<sup>2</sup> انظر :

M.Delmas-Marty , Op.cit ,,p.467.

<sup>3</sup> انظر:

Keneth Roth, "Les droit de l'homme et la compagne anti terroriste", in: lutte contre terrorisme et droits fondamentaux ,Brylant ,Bruxelles , 2003,p.72.

### المبحث الثالث

## ضرورة الموازنة بين الأمن وحقوق الإنسان أثناء مكافحة الإرهاب

تعتبر مسألة الموازنة بين التدابير المتخذة لمواجهة المخاطر الإرهابية واحترام مقومات دولة القانون والتزامات الدولة فيما يتعلق بحقوق الإنسان، أحد أعظم التحديات التي تواجهها الدول في الوقت الحالي .

والحقيقة أن مسألة احترام حقوق الإنسان في سياق مكافحة الإرهاب كانت و لازالت أحد اهتمامات الجمعية العامة للأمم المتحدة التي ما لبثت تذكر الدول بها مرارا و تكرار في العديد من قراراتها منذ ٢٠٠٢ تحت عنوان حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية في سياق مكافحة الإرهاب<sup>١</sup> . كما أشار مجلس حقوق الإنسان في قراره رقم : ٠٧/٠٧ المؤرخ في : ٢٠٠٨/٠٣/٢٨ إلى ضرورة احترام حقوق الإنسان في سياق مكافحة الإرهاب<sup>٢</sup> . كما شكلت المسألة جزء من إستراتيجية الأمم المتحدة لمكافحة الإرهاب التي اعتمدت في ٠٨ سبتمبر ٢٠٠٦ بالقرار ٢٨٨/٦٠، حيث تضمنت تلك الإستراتيجية بندا خاصا بضمان احترام حقوق الإنسان للجميع وسيادة القانون بوصفه الركيزة الأساسية لمكافحة الإرهاب<sup>٣</sup> .

كما أن مجلس الأمن في قراره ١٥٦٦ المؤرخ في ٠٨ أكتوبر ٢٠٠٤ و القرار ١٦٢٢ المؤرخ في ١٤ سبتمبر ٢٠٠٥ أكد على مسألة التزام الدول باحترام حقوق الإنسان في سياق مكافحة الإرهاب<sup>٤</sup> . وعلى المستوى الأوروبي

<sup>١</sup> انظر: قرارات الجمعية العامة : ٢١٩/٥٧ المؤرخ في : ٢٠٠٢/١٢/١٨ و ١٨٧/٥٨ المؤرخ في : ٢٠٠٣/١٢/٢٢ و ١٩١/٥٩ المؤرخ في : ٢٠٠٤/١٢/٣٠ و ١٥٨/٦٠ المؤرخ في : ٢٠٠٥/١٢/١٦ و ١٧١/٦١ المؤرخ في : ٢٠٠٦/١٢/١٩ و ١٥٩/٦٢ المؤرخ في : ٢٠٠٧/١٢/١٨ و ١٨٥/٦٣ المؤرخ : ٢٠٠٨/١٢/١٨ على الموقع :

<http://www.un.org/arabic/documents/gares.htm>

<sup>٢</sup> انظر: قرار مجلس حقوق الإنسان ، مرجع سابق مشار إليه في الهامش رقم ٠٣ ، ص ١٩ أعلاه.

<sup>٣</sup> انظر: إستراتيجية الأمم المتحدة لمكافحة الإرهاب المعتمدة بموجب قرار الجمعية العامة ٢٠٠٦ سبتمبر ٠٨ . متوفر على الموقع A/RES/60/288

<http://www.un.org/arabic/terrorism/strategyactionplan.shtml>

<sup>٤</sup> انظر: قرارات المجلس على الموقع :

أصدرت اللجنة الوزارية لمجلس أوروبا وثيقة سميت بالخطوط الإرشادية حول حقوق الإنسان ومكافحة الإرهاب ، تضمنت مختلف الخطوط الواجب على الدول الأوروبية احترامها في سياق مكافحة الإرهاب دون المساس بحقوق الإنسان<sup>1</sup> .

وعوما فإن النصوص السالفة الذكر و إن اعترفت بحق الدول في مكافحة الإرهاب و اللجوء إلى إجراءات استثنائية في سبيل ذلك الغرض، و لكنها بالمقابل ألزمتها بمجموعة من القيود التي يجب عليها مراعاتها خلال هذه الظروف الاستثنائية .

وهذا ما سنتلوه في المطلبين الأول و الثاني من هذا المبحث :  
نخصص الأول للحديث عن سلطة الدولة في تقييد حقوق الإنسان بسبب الظروف الاستثنائية الناجمة عن الإرهاب ، و نتطرق في المطلب الثاني إلى القيود الواردة على سلطة الدولة في الظروف الاستثنائية الناجمة عن الإرهاب .

### المطلب الأول

#### سلطة الدولة في تقييد حقوق الإنسان بسبب الظروف الاستثنائية الناجمة عن الإرهاب

إذا كان واجب الدولة باحترام حقوق الإنسان و الحريات الأساسية يشكل القاعدة العامة فإن هذا الالتزام ليس مطلقا إذ تتضمن الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان نصوصا تجيز للدولة التخلل الجزئي من بعض التزاماتها في حالة الحرب أو الطوارئ و غيرها من الأخطار التي تهدد النظام العام و الأمن القومي<sup>2</sup> . ولكن بشروط و ضوابط محددة بحيث لا يتك في النهاية للدولة حرية التقدير المنفرد في (متى و كيف) تمارس سلطاتها

<http://www.un.org/arabic/terrorism/sc-res.shtm>

<sup>1</sup> انظر :

Lignes directrices des comité des ministres du Conseil de l'Europe  
...,Op .cit.

<sup>2</sup> انظر المادة ٠٤ من العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية و المادة ١٥ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان و المادة ٢٧ من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان .

الاستثنائية في فرض القيود على حقوق وحرية الأفراد في هذه الظروف، مع جعلها مسؤولة أمام المجتمع الدولي عن أي تجاوزات تصدر عنها أثناء استخدامها لهذه السلطات .

وبمقتضى هذه النصوص يجوز للدولة استنادا إلى الظروف الاستثنائية أن تصدر وتتخذ تدابير لحماية حقوق الأفراد و الدولة ، حيث تتضمن هذه الأخيرة تقييدا أو تضييقا للحقوق و الحريات المعترف بها للأفراد في الحالات العادية. وقد تشكل الحالة الاستثنائية من ظرف استثنائي يطرأ على حياة أي دولة من الدول و ينطوي على خطر يهدد بقائها عندما يتعرض الأمن العام و النظام العام فيها أو في جزء منها للخطر نتيجة لظروف مادية أو واقعية ، كوقوع حرب أو اضطرابات داخلية أو انتشار وباء خطير... الخ<sup>1</sup>

وتنخل أعمال الإرهاب و أعمال التخريب ضمن الحالات التي يجوز للدولة اللجوء فيها إلى نظرية الظروف الاستثنائية. بالنظر إلى الخطر الذي تشكله على حياة المجتمعات و الديمقراطية و حقوق الإنسان بشكل عام ، وهو ما ذهبت إليه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية Klass ضد المملكة المتحدة سنة ١٩٧٨ بقولها: >>... أن المجتمعات الديمقراطية تجد نفسها مهددة بأشكال متنوعة من أعمال الإرهاب و التخريب و لكي تكون الدولة قادرة على مكافحة هذه الأعمال بفعالية ، لها أن تستخدم الأساليب السرية الكفيلة بالقضاء على هذه المخاطر...<<<sup>2</sup> .

ومع ذلك فإن المعيار الذي يجب التعويل عليه في اعتبار ما إذا كان وجود النشاط الإرهابي أو التخريبي طرفا استثنائيا يبرر الالتجاء إلى إعلان حالة الطوارئ و استخدام نصوص التحلل أو المخالفات أم لا يكمن بالدرجة الأولى من مدى خطورة ذلك النشاط و مبلغ تهديده لأمن الدولة الديمقراطية و مؤسساتها أو سلامة أفراد شعبها .

وهذا المعيار طبقته اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان بكل وضوح في كل من طعن Lawless ضد أيرلندا و طعن أيرلندا ضد المملكة المتحدة ، و هي بصدد البحث في مشكلة وجود النشاط الإرهابي و التخريبي الذي مارسه

<sup>1</sup> انظر : تفصيل هذه الحالات في : سعيد فهم خليل ، الحماية الدولية لحقوق الإنسان في الظروف الاستثنائية ، مرجع سابق ، ص ٣٨-٤٧ .

<sup>2</sup> نقلا عن سعيد فهم خليل ، المرجع السابق ، ص ٤٣ .



منظمة الجيش الجمهوري الايرلندي السري (IRA) ، حيث اعتبرت اللجنة أن التجاء الحكومة إلى استخدام المادة ١٥ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان يعد إجراء مبررا للتصدي لذلك الإرهاب لما ينطوي عليه من خطورة بالغة تمثل تهديدا لحياة الأمة<sup>١</sup>.

غير أن سلطة الدولة في اللجوء إلى اتخاذ تدابير و تشريعات مضيقه و مقيدة للحقوق و الحريات العامة تحت غطاء الظروف الاستثنائية الناجمة عن مكافحة الإرهاب ليست بالمطلقة، وإنما هناك قيودا يقع على عاتقها احترامها ضمانا لإحلال التوازن بين مطلب الأمن و مطلب احترام حقوق الإنسان . وقد عنيت الاتفاقيات الدولية والأجهزة المعنية بحقوق الإنسان بتحديد هذه القيود و توضيحها للدول و فرض رقابة عليها ، خاصة بعد تزايد أخطار الإرهاب في السنوات الأخيرة وهو ما سنتناوله في المطلب الثاني .

### المطلب الثاني

#### القيود الواردة على سلطة الدولة في الظروف الاستثنائية الناجمة عن الإرهاب

تعتبر مسألة تحديد شرعية الوسيلة التي تتبعها الدولة في مكافحة الإرهاب إحدى أهم التحديات القانونية المطروحة اليوم على المستويين الداخلي و الدولي . لأنه في عصر دولة القانون والديمقراطية وحقوق الإنسان يجب أن تكون المواجهة الشاملة للإرهاب بواسطة الأدوات التي يتيحها النظم القانوني تبعا لمبادئ دولة القانون واحترام حقوق الإنسان و حريته الأساسية .

و على هذا الأساس فإن الاتفاقيات و الأجهزة المعنية بحقوق الإنسان و إن اعترفت للدولة بسلطة تقييد الحقوق و الحريات تبعا للظروف الاستثنائية الناجمة عن مكافحة الإرهاب غير أنها وضعت في الوقت نفسه مجموعة من القيود الموضوعية على تلك السلطة حيث تشكل هذه الأخيرة ضمانات للأفراد من تعسف الدولة في مواجهتهم بحجة حالة الطوارئ أو الظروف الاستثنائية . واعتمادا على ما جاء في المادة الرابعة من العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية لعام ١٩٦٦ يمكن إيجاز هذه القيود في المبادئ التالية: مبدأ

<sup>١</sup> انظر: المرجع نفسه ص ٤٤ .

اللزوم و التناسب، مبدأ عدم جواز المساس بالالتزامات الدولية الأخرى، مبدأ عدم التمييز، مبدأ عدم جواز المساس بالحقوق ذات الحصانة، ومبدأ الإخطار<sup>١</sup>.

## الفرع الأول مبدأ اللزوم و التناسب

ومؤدى هذه الضمانة أن تكون التدابير التي تتخذها أي دولة طرف بالمخالفة لالتزاماتها الاتفاقية ، وتحت إلحاح الظروف الاستثنائية على القدر الضروري اللازم لمواجهة الخطر الذي يهدد حياة الأمة أو بقائها من دون تجاوز<sup>٢</sup>. وقد نصت المادة ٠٤ من العهد والمادة ١٥ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والمادة ٢٧ من الاتفاقية الأمريكية على ذلك صراحة .  
وإذا كانت الدولة تتمتع بسلطة تقديرية في مجال تحديد الخطر الذي يهدد الأمة ووسائل السيطرة عليه<sup>٣</sup> ، فإن هذا المبدأ يعد ضمانة لرسم حدود تلك

١ - نصت المادة ٠٤ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على ما يلي : << يجوز للدول الأطراف في هذه الاتفاقية في حالة الطوارئ العامة التي تهدد حياة الأمة والتي يعلن عن وجودها رسميا ، أن تتخذ من الإجراءات ما يخلها من التزاماتها التي نصت عليها هذه الاتفاقية تبعا لما تقتضيه بدقة متطلبات الوضع على أن لا تتنافى هذه الإجراءات مع التزاماتها الأخرى طبقا للقانون الدولي ، ويدون أن تتضمن هذه الإجراءات تمييزا معينا على أساس العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الديانة أو الأصل الاجتماعي فقط  
٢ - ومع ذلك لا يجوز التحلل من الالتزامات التي نصت عليها المواد ٦ و ٧ و ٨) فقرة (١،٢) و ١١ و ١٥ و ١٦ و ١٨ .

٣ - تلتزم كل دولة طرف في هذه الاتفاقية تستعمل حقها في التحلل من التزاماتها بان تبلغ فوراً الدول الأخرى الأطراف في هذه الاتفاقية عن طريق الأمين العام للأمم المتحدة بالنصوص التي تحللت منها و الأسباب التي دفعتها إلى ذلك ، كما تلتزم هذه الدولة و بالطريقة ذاتها بإبلاغ ذات الدول بتاريخ إنهائها لذلك التحلل >> . و الملاحظ أن المادة ١٥ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان و المادة ٢٧ من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان نصتا على أحكام متشابهة إلى حد ما .

٢ انظر : سعيد فهم خليل ،مرجع سابق ،ص ٩٦.

٣ اعترفت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان للدول بسلطة تقديرية واسعة في تحديد الأخطار التي تهدد أمنها و بالتالي إعلان حالة الطوارئ طبقا للمادة ١٥ من الاتفاقية و في هذا السياق قالت المحكمة في قضية Lawless ضد المملكة المتحدة : " أن السلطات الداخلية للدول الأطراف في الاتفاقية الأوروبية وبما عليها من مسؤولية في حماية أمنها و بقائها ، لها بالدرجة الأولى وبموجب المادة ١/١٥ سلطة في تقدير خطورة هذه الظروف الاستثنائية التي تواجهها ، و لها أن تترخص في تقدير نوع الإجراءات و التدابير اللازمة لمواجهة هذه الظروف .." و هو ما أكدته المحكمة في قضايا لاحقة منها : قضية Brannigan et

المسلطة وضمنان عدم التعسف و الاعتداء على حقوق الأفراد و حرياتهم الأساسية .

وبالرجوع إلى ما جرى عليه العمل في أجهزة الرقابة الدولية خاصة اللجنة المعنية بحقوق الإنسان أو على المستوى الإقليمي مثل المحكمة الأوروبية يمكن اشتراط توافر مجموعة من العناصر لتحقيق هذا المبدأ وهي :  
أ - أن تكون الإجراءات المتخذة ضرورية لمواجهة الظروف الاستثنائية ، و عموما يصعب تقدير الخطر الذي يواجه الأمة إذا تعلق الأمر بالإرهاب نظرا للخصائص العامة للعمل الإرهابي من حيث عدم التوقع و عدم التناظر ، غير أن كون التهديد الإرهابي ينشأ حالة طوارئ أم لا ؟ يبقى ذلك مسألة يجب تقييمها على أساس كل حالة على حدة . و في العادة لا تعوق الأعمال الإرهابية تطبيق التدابير العادية و لا تهدد استمرار الحياة المنظمة للمجتمع و لكي يسبب العمل الإرهابي حالة طوارئ ينبغي أن يكون بدرجة من الخطورة تكفي لتهديد سلامة الدولة كما ذهب إلى ذلك الأمين العام للأمم المتحدة في تقريره المقدم للجمعية العامة حول حماية حقوق الإنسان في سياق مكافحة الإرهاب<sup>1</sup> .

وهو ما أكدته اللجنة المعنية بحقوق الإنسان في تطبيقها العام رقم : ٢٩ حول حالة الطوارئ ( المادة ٠٤ من العهد ) و أيضا في تطبيقها العام رقم : ٣١ حول طبيعة الالتزام القانوني العام المفروض على الدول الأطراف بمقتضى العهد<sup>٢</sup> .

ب - يجب أن تتخذ تدابير التقييد في أضيق الحدود التي تتطلبها مقتضيات الوضع و يتطابق هذا الشرط بدرجة التداخل و كذلك بالنطاق الإقليمي و الزمني للتدبير المتخذ . و يجب أن يكون الهدف الرئيسي للدولة التي تتخذ تدابير عدم

---

Aksoy c. Turquie و قضية McBride c. Royaume-Uni بتاريخ : ١٩٩٣/٠٥/٢٦ نقل عن :  
بتاريخ : ١٩٩٦/١٢/١٨ .

Oliver De Shutter, "la convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme", in: lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux, Bruylant, Bruxelles, 2002, p.129.

<sup>1</sup> انظر : تقرير الأمين العام للأمم المتحدة المقدم للجمعية العامة في دورتها ٦٣ ، البند ٦٧ من جدول الأعمال فقرة ٢١ ، موجود على الموقع:

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/G>

<sup>2</sup> انظر: تعليق اللجنة رقم ٢٩ بتاريخ : ٢٠٠١/٠٨/٣١ ، و تعليقها رقم ٣١ بتاريخ :

٢٠٠٤/٠٥/٢٦ على الموقع :

<http://www.unhchr.ch/tfs/doc.nsf>

التقييد بالعهد هو استعادة الوضع الطبيعي الذي يمكن في ظلله ضمان الاحترام الكامل للعهد مرة أخرى و حالما يتحقق هذا الهدف يجب إنهاء التدابير الاستثنائية المؤقتة<sup>1</sup>.

وحيثما يسعى تدبير مكافحة الإرهاب لتحديد حق أو حرية، يجب أن يكون هذا التحديد ضروريا لبلوغ هدف مشروع من أهداف مكافحة الإرهاب، ويجب أن يكون اثر التدبير على الحقوق والحريات متناسبا بشكل دقيق مع طبيعة ذلك الهدف. كما يجب على الدولة أن تحدد لكل تدبير من تدابير مكافحة الإرهاب فيما يتعلق بحق أو حرية معينة أو تحديده، ما إذا كان اثر التدبير على التمتع بذلك الحق متناسبا مع الهدف المنشود من وراء التدبير وفعاليتها المحتملة في تحقيق ذلك الهدف<sup>2</sup>.

وفي هذا الإطار نجد أن الهلع الذي أصاب الدول الغربية بعد أحداث الحادي عشر سبتمبر دفع البعض منها للتدخل من نصوص الاتفاقيات المتعلقة بحقوق الإنسان كما هو الحال بالنسبة لبريطانيا التي أعلنت لجوءها إلى أحكام المادة ١٥ من الاتفاقية الأوروبية سنة ٢٠٠١ قبل إصدارها لقانون مكافحة الإرهاب في السنة نفسها. رغم عدم تعرضها لعمليات إرهابية بصورة مباشرة على الأقل قبل تفجيرات لندن سنة ٢٠٠٥. وأجاز هذا القانون احتجاز الأجانب المشبه في ارتكابهم لجرائم إرهابية لمدة غير محدودة. وقد عد هذا الإجراء غير مبرر بسبب عدم ضرورته وعدم تناسبه مع الخطر المحتمل كما ذهب إلى ذلك الأستاذ O. De Shutter لأننا أمام قانون أجاز احتجاز أشخاص لمجرد الاشتباه في أن لهم نوايا إرهابية أو علاقات محتملة مع منظمات إرهابية، في الوقت الذي كان بالإمكان الاستعاضة عن هذا الإجراء بفرض رقابة على هؤلاء الأفراد بالنظر إلى عددهم المحدود<sup>3</sup>.

ج- أن تتوافر تلك الإجراءات والتدابير على حد أدنى من تدابير الحماية المانعة من التعسف، ويقع على عاتق الدولة مسؤولية تبرير أي تحديد لحق من الحقوق

<sup>1</sup> انظر: التعليق رقم : ٢٩ للجنة المعنية بحقوق الإنسان الفقرة ١ ، مرجع سابق .  
<sup>2</sup> انظر تقرير الأمين العام للأمم المتحدة حول حماية حقوق الإنسان في سياق مكافحة الإرهاب، فقرة ٤٥٦ و٥٦٠ مرجع سابق .  
<sup>3</sup> انظر :

O. De Shutter , Op.cit . , pp. 134-135.

المضمونة في العهد، كما أن تدابير عدم التقيد بالعهد ينبغي استعراضها بصورة منظمة من طرف هيئات مستقلة. لا سيما السلطتين التشريعية والقضائية<sup>1</sup>.  
د- أن تتم إجراءات التقيد تحت رقابة الأجهزة المعنية بحماية حقوق الإنسان التي تراقب مدى توافر الشروط السالفة الذكر في حالة ادعاء الدولة بوجود الظروف الاستثنائية للتحلل من التزاماتها كما هو الحال بالنسبة للجنة المعنية بحقوق الإنسان طبقا للمادة ٤٠ من العهد.

### الفرع الثاني

#### مبدأ عدم جواز الإخلال بالالتزامات الدولية الأخرى

تم النص على هذا القيد في المادة ٠٤ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والمادة ١/١٥ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والمادة ٢٧ من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان. ومؤدى هذه النصوص ضرورة امتناع الدول الأطراف في تلك الاتفاقيات عن اتخاذ إجراءات استثنائية ضد حقوق وحريات الأفراد- سواء بالوقف أو التقيد - يمكن أن تشكل تعارضا أو انتهاكا لالتزاماتها الدولية الأخرى.

ويمكن أن تتشكل هذه الالتزامات بالنسبة للظروف الاستثنائية الناجمة عن مكافحة الإرهاب أساسا من أحكام القانون الدولي الإنساني- الاتفاقية منها والعرفية-، كما هو الحال بالنسبة لمعاملة الأسرى أو المدنيين، أو أن تكون مرتبطة بأحكام الاتفاقيات الأخرى المتعلقة بحقوق الإنسان من التي تكون الدولة طرفا فيها. كما هو الحال لدولة طرف في العهد وفي الوقت نفسه طرف في اتفاقية إقليمية لحقوق الإنسان. أو أن تكون هذه الاتفاقيات معنية بحقوق خاصة كاتفاقية مناهضة التمييز بكافة أشكاله لعام ١٩٦٥، أو اتفاقية منع التعذيب لعام ١٩٨٤ واتفاقية تحسين أوضاع اللاجئين لعام ١٩٥١ والبروتوكول الملحق بها... الخ. ويضاف إلى هذه الالتزامات الأحكام الناجمة عن العرف الدولي التي تفرض التزامات باحترامها من كل الدول Ergaomnes كما ذهب إلى ذلك محكمة العدل الدولية في قضية برشلونة تراكشن سنة ١٩٧٤<sup>٢</sup>.

<sup>1</sup> انظر: تقرير الأمين العام للأمم المتحدة، مرجع سابق، فقرة ٥١ و٢٢.

<sup>2</sup> انظر أكثر تفصيل: سعيد فهم خليل مرجع سابق، ص ١١٣-١٢١.

وقد أكدت كل القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في موضوع حماية حقوق الإنسان في سياق مكافحة الإرهاب على هذا الالتزام<sup>١</sup>.

### الفرع الثالث مبدأ عدم التمييز

أدرج هذا القيد صراحة في المادة ٤/١ من العهد والمادة ٢٧ من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان وأشير إليه كقاعدة تحريرية في المادة ١٤ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

ويعتضى هذا القيد فإن لدولة التي تتخذ إجراءات استثنائية لا يجب أن تتضمن هذه الأخيرة في تطبيقها تمييزاً بين الأفراد على أساس اللون أو العرق أو الجنس، الدين، اللغة أو الأصل الاجتماعي. ونحيل فيما يخص هذا الشرط إلى ما سبق التطرق له في الفرع الرابع من المطلب الأول من المبحث الثاني أعلاه.

### الفرع الرابع مبدأ عدم جواز المساس بالحقوق ذات الحصانة

إذا كانت النصوص المعالجة للظروف الاستثنائية في الاتفاقيات الثلاث، الدولية والأوروبية والأمريكية رخصت للدول الأطراف في حالة الطوارئ العامة التي تستهدف حياة الأمة بالخطر بمخالفة التزاماتها الدولية الناشئة عن تلك الاتفاقيات، وبالتحل منها مؤقتاً باتخاذ إجراءات استثنائية مقيدة أو معطلة للحقوق والحريات المقررة فيها، إلا أنها قيدت تلك الدول بقيد مهم وهو عدم جواز المساس بحقوق وحريات معينة حددتها على سبيل الحصر وهي ما اصطلح عليها البعض بالحقوق والحريات ذات الحصانة<sup>٢</sup>.

وبالرجوع إلى قائمة الحقوق غير القابلة للانتقاص أو التقييد في هذه الاتفاقيات الثلاث نجد أن هنالك أربعة حقوق تشترك الاتفاقيات الثلاث في النص

<sup>١</sup> انظر قرارات الجمعية العامة السابقة الإشارة إليها في الهامش رقم ١، ص ٢٤ أعلاه.

<sup>٢</sup> انظر: سعيد فهم خليل، مرجع سابق، ص ٧١.

على اعتبارها حقوقا شملت هذه الحصانة و هي : الحق في الحياة ، تحريم التعذيب أو المعاملات أو العقوبات اللاإنسانية أو المهينة و ضمانة شرعية القوانين الجنائية و عدم الرجعية و حضر الرق و العبودية و أعمال السخرة . وتتبع حصانة هذه الحقوق من أنها تشكل جزءا من قواعد القانون الدولي العرفي ، و تتمتع بصفة القواعد الأمرة *Jus cogens* التي تسري على كل الدول *Erga omnes* و تتجاوز قوتها الإلزامية قاعدة العقد شريعة المتعاقدين و في كل الأوقات<sup>١</sup> .

وقد أكدت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان في تطبيقها العام رقم : ٢٩ حول حالة الطوارئ سنة ٢٠٠١ على عدم قابلية هذه الحقوق للتقييد و قالا لما جاء في نص المادة ٢/٤ من العهد و الطابع الأمر لهذه الحقوق<sup>٢</sup> .  
ولكنها أشارت إلى انه لا يجوز للدول أن تنتزع بما جاء في المادة ٢/٤ و تخرق التزاماتها بموجب قواعد القانون الدولي الأخرى الأمرة، خاصة قواعد القانون الدولي الإنساني كفرض العقوبات الجماعية على السكان ، أو أخذ الرهائن أو الحرمان التصفي أو الخروج عن المبادئ الأساسية للمحاكمة العادلة بما في ذلك قرينة البراءة<sup>٣</sup> .

كما أن تدابير عدم التقييد يجب أن تتوافق مع أحكام القانون الدولي الإنساني المنصوص عليها في المادة ٣ . المشتركة لاتفاقية جنيف لعام ١٩٤٩ ، و لاسيما حضر ممارسة العنف ضد الأشخاص في أي وقت و في أي مكان أو بخاصة القتل العمد و التشويه و المعاملة القاسية و التعذيب و أخذ الرهائن و الاعتداء على كرامة الإنسان<sup>٤</sup> .

وحددت اللجنة أيضا حقوقا و حريات في إطار القانون الدولي العرفي لا يجوز تقييدها حتى وان لم ترد في الفقرة ٢/٤ من العهد. و تشمل هذه الحقوق حق جميع المحرومين من حريتهم في معاملة إنسانية تحترم الكرامة الأصلية ، و حضر الاختطاف أو الاحتجاز في أماكن لا يطن عنها ، و الحماية الدولية لحقوق الأشخاص المنتمين لأقليات و حضر النقل أو الإبعاد القسري<sup>٥</sup> .

<sup>١</sup> انظر : المرجع نفسه ، ص ٨٤ و أيضا انظر R.E. Brooks, Op .cit.,p.749.

<sup>٢</sup> انظر : تطبيق اللجنة رقم : ٢٩ ، مرجع سابق فقرة ١١ .

<sup>٣</sup> انظر : تطبيق اللجنة رقم : ٢٩ ، مرجع سابق .

<sup>٤</sup> انظر تقرير الأمين العام للأمم المتحدة ، مرجع سابق ، فقرة ٢٥ .

<sup>٥</sup> انظر تطبيق اللجنة رقم : ٢٩ لعام ٢٠٠١ مرجع سابق ، فقرة ١١ .

ونشير إلى أن الأحكام السابقة تسري في أي وقت و في أي مكان، حتى في زمن النزاعات المسلحة . إذ ذهبت محكمة العدل الدولية في فتاها بشأن الآثار القانونية المترتبة عن بناء جدار في الأراضي الفلسطينية المحتلة سنة ٢٠٠٤ إلى أن : " قانون حقوق الإنسان ينطبق أوقات النزاعات المسلحة وأن الحماية التي يوفرها قانون حقوق الإنسان لا تتوقف إبان النزاع المسلح إلا من خلال أعمال أحكام تقييدية من النوع الموجود في المادة ٤ من العهد"<sup>١</sup> .

## الفرع الخامس مبدأ الإخطار

إن إجراءات التقييد يجب أن تتم تحت رقابة الأجهزة المعنية بحقوق الإنسان التي تراقب مدى توافر الشروط سالفة الذكر في حالة ادعاء الدولة بوجود الظروف الاستثنائية للتحلل من التزاماتها قصد مكافحة الإرهاب ، و يتم هذا بواسطة إجراء الإخطار الذي نصت عليه المادة ٣/٤ من العهد . إذ تلتزم كل دولة تستخدم المادة ٤ من العهد بإخطار الأمين العام للأمم المتحدة بالأحكام التي تحلت منها و بالأسباب التي دفعتها لاتخاذ هذه التدابير بما يمكن اللجنة من فرض رقابتها في هذا الخصوص .

## خاتمة

دفعت الهجمات الإرهابية بعض الدول إلى اتخاذ تدابير و تشريعات و تبني ممارسات أثرت سلبا على الحقوق و الحريات الأساسية للأفراد . و بشكل طرح التساؤل جليا حول معادلة الأمن و الحرية . و في خضم ما سمي بالحرب على الإرهاب طغت التدابير المضادة على قيم دولة القانون و الديمقراطية و حقوق الإنسان بصورة حولت تلك التدابير نفسها إلى نوع من الإرهاب ، هو إرهاب الدولة في مواجهة الأفراد .

<sup>١</sup> انظر :

Avis Consultatif du 09/07/2004 , Op .cit.,para 106.



وازدادت المشكلة تعقيدا في ظل هشاشة أجهزة الرقابة الدولية في مجال حقوق الإنسان عموما لاكتفائها بالتوصيات، إذا ما استثنينا النموذج الأوروبي الذي تلعب في المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان دورا فعالا في حماية حقوق الأفراد. بسبب آلية اللجوء المباشر إليها. أما في الحالات الأخرى فتبقى وظيفة القضاء الداخلي السبيل الأكثر ملائمة وإتاحة للأفراد في فرض رقابة على السلطة التنفيذية و كبح جماعها فيما يخص تدابير و ممارسات مكافحة الإرهاب و لو بدرجات متفاوتة من دولة إلى أخرى.

وإذا كان لعملية مكافحة الإرهاب أن تنجح، فإنه يجب على الدول إجراء عملية توازن منصف بين السلطة في فرض الأمن و حدود حقوق و حريات الأفراد. و لا يجب عليها أن تجعل الحرية ثمنا للأمن لان ذلك يخالط بالدخول في فلسفة ميكافيلية تجعل من الغاية مبررة للوسيلة بدلا من أن يكون تحقيق الغاية مقيدا باستعمال الوسائل المشروعة دوليا و داخليا.

## قائمة المختصرات

### Abréviations

A.J.I.L:	American Journal Of International Law
A.F.D.I:	Annuaire Français De Droit International
EJIL:	European Journal Of International Law
E.H.R.L.R:	European Human Rights Law Review
I.R.R.C:	International Review Of The Red Cross
RSC:	Revue de Science Criminelle
R.G.D.I.P:	Revue Générale De Droit International Public
R.I.D.C:	Revue Internationale de Droit Comparé
U.P.L.R:	University Of Pennsylvania Law Review



**التحكيم في العقود الادارية**  
**الأستاذ الدكتور / محمد رفعت عبد الوهاب**  
**استاذ القانون العام**  
**كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية**

**مقدمة عامة**

نرى أنه من الملائم قبل الدخول في جوهر البحث عن العلاقة الجدلية والعضوية بين التحكيم والعقود الادارية ، أن نعرض نظرة موجزة عن كل من الاصطلاحين على انفراد وسنبداً بنظرة على مفهوم العقد الادارى ، ثم نظرة على فكرة التحكيم .

**أولاً : مفهوم العقد الادارى**

هو نظام قانونى ينتمى الى القانون العام ، فهو – أى العقد الادارى – أحد الموضوعات الجوهرية فى القانون الادارى الذى يمثل قلب وجوهر القانون العام ، بوصفه قانون السلطة وتحقيق احتياجات المرافق العامة مع احترام الضوابط والقيود الدستورية والتشريعية والقضائية لضمان احترام حقوق وحرىات الافراد .

ويمكن أن نقدم تعريفاً للعقد الادارى – رغم عدم تحديده فى معظم كتابات الفقه بصفة تعريف لنظام قانونى معين – بأنه " الاتفاق المبرم بين شخص من اشخاص القانون العام وبين افراد او شركة خاصة ، يصطبغ بطابع السلطة العامة ، ولأجل تحقيق احتياجات المرافق العامة " .

والعقد الادارى بهذا التعريف يختلف عن نظام العقد المدنى المبرم بين الافراد والهيئات الخاصة ، وقد ساهم القضاء الادارى فى فرنسا ومصر بدور انشائى جوهري فى تحديد النظام القانونى للعقد الادارى فى شروطه وأثاره ، بحيث لا يكاد يتعدى دور التشريع إلا مجرد بيان إجراءات وأساليب إبرام العقد كقواعد شكلية وهو ما يعرف بقانون المناقصات والمزايدات . وحتى هذه الإجراءات التشريعية فى إبرام العقد ليست لها فى الجوهر خصوصية قانون علم بالمعنى الدقيق ، لأنها قواعد واجبة التطبيق على كل عقود الادارة وليست العقود الادارية الخاضعة للقانون العام القضائى بل أيضاً عقود الادارة التى تخضع للقانون الخاص ولاختصاص المحاكم العادية .

ومن خلال التعريف السالف عرضه للعقد الإداري ، نجد أن هناك شروطاً ثلاثة يتطلبها القضاء الإداري في مصر - وأيضاً في فرنسا حتى ١٩٥٦ حيث تطور اجتهاد القضاء الإداري الفرنسي كما سنرى - وهي :-

١- أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً ، أي سلطة إدارية تمثل أحد هذه الأشخاص العامة . وقبل وأقر القضاء الإداري في فرنسا<sup>(١)</sup> وفي مجلس الدولة المصري<sup>(٢)</sup> استثناء ظاهرياً في الواقع ، وهو أنه يمكن إقرار الصفة الإدارية للعقد المبرم أحياناً بين شخصين من أشخاص القانون الخاص ، بشرط أن يثبت أن أحد طرفيه أبرم العقد بصفته وكيلاً عن شخص معنوي عام بأن يكون قد أبرمه لحساب الشخص العام بحيث تتصرف آثار العقد سلباً وإيجاباً له . بل أن القضاء الإداري الفرنسي - مجلس الدولة ومحكمة تنازع الاختصاص - افترض هذه الوكالة افتراضاً رغم عدم وجودها الحقيقي بشأن قيام شركات الاقتصاد المختلط وهي أشخاص خاصة بإبرام عقود اشغال عامة مع مقولين من الباطن بشرط أن تكون أشغالات عقارية كبرى تقع مسئولية إقرارها تقليدياً على عاتق الدولة مثل الطرق الهامة والطرق السريعة في إنشائها وتسييرها<sup>(٣)</sup>.

٢- أن يتصل موضوع العقد باحتياجات المرافق العامة ، والمرافق العام عموماً هو كل نشاط أو مشروع تديره سلطة إدارية عامة أو تهمين على إدارته بهدف تحقيق اشباع حاجة عامة للمواطنين . وتكفي أي صورة من اتصال العقد بالمرافق العام سواء في أقوى صورها وهي المساهمة المباشرة بأعمال وخدمات لازمة أو مفيدة في تسييره ونشاطه كعقود التوريد والاشغال العامة أو تقديم الخدمات الاستشارية والفنية .

٣- أن يتضمن العقد بعض الشروط غير المألوفة في عقود القانون الخاص . ولا يشترط أن تكون هذه الشروط محرمة أو باطلة في

(١) C.E. 18 déc. 1936, prade, Dalloz 1938 p. 370, C.E. 2 juin 1967, Leduc, Rec. P.365, Act. Jur. 1961, P 345.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٧ مارس ١٩٦٤ ، مجموعة المبادئ لهذه المحكمة ، السنة التاسعة ص ٧٦٢ .

(٣) T.C. 8 juill. 1963, soc. Enterprise Peyrot, Gr. Arrest, 1974, p. 527.

القانون المدني، بل يكفي أن تكون غريبة على عقود القانون الخاص وغير معتادة أن تتضمنها هذه العقود. مثل اشتراط بنود او كراسة العقد حق الادارة في توقيع غرامات تهديدية او إكراهية في حالة تأخير المتعاقد توقع بدون حكم قضائي بل بقرار من الادارة، أو حق الادارة في فسخ العقد للتقصير الشديد او تنفيذه بواسطة الادارة أو الغير على حساب المتعاقد عند تقاعسه أو انتهاء العقد للمصلحة العامة بقرار مفرد من الادارة. ولا يشترط تلك الشروط كلها او بعضها بل يكفي مجرد شرط واحد منها يكون مميزاً على صفة القانون العام .

وحكمة هذه الشروط هي اثبات ارادة الادارة في استخدام اسلوب السلطة العامة التي هي روح القانون العام . ويمكن أيضاً واستثناء أن تكون هذه الشروط لصالح المتعاقد في بعضها بشرط أن تكون غير كألوفة كضمان الادارة ل حمايته مالياً في حالة الظروف الطارئة أو اختلال التوازن المالي للعقد عموماً أو منح المتعاقد بعض سلطات ضبطية كتوقيع بعض الغرامات المالية كما في عقد امتياز المرفق العام .

وقد تطور اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي على خلاف الوضع في مصر بشأن الشرطين الثاني والثالث في معيار العقد الاداري المشار اليه اعلاه .

فمنذ عام ١٩٥٦ صدر حكمان هامين من مجلس الدولة الفرنسي (١) تضمننا تغييراً جوهرياً في معيار تحديد العقد الاداري ، فلم يعد مجلس الدولة في فرنسا يتطلب توافر شرطي تعلق العقد بمرفق عام وتضمن شروطاً غير مألوفة مجتمعين (بجانب الشرط البديهي الاول وهو ابرام العقد بواسطة شخص معنوي عام) ، بل أصبحا شرطين تخييريين أي يكفي احدهما لتحقيق الصفة الادارية للعقد . ولكن في حالة عدم وجود شروط غير مألوفة في العقود ، يتطلب مجلس الدولة الفرنسي أن تكون علاقة العقد بالمرفق العام على درجة وثيقة وقوية للغاية بحيث يساهم المتعاقد مباشرة في تنفيذ المرفق العام في جوهره " l'execution même du service " .

**ثانياً: مفهوم التحكيم :-**

---

(١) C.E.20 avril 1956 , EP. Bertin; C.E.20 avril 1956, Ministre de l'agriculture c/consorts Grimouard, Les Grands Arrêts 1974 ,P. 442 et s. (وواضح أن الحكمين صدرا في ذات اليوم)

يعنى التحكيم " اتفاق طرفى النزاع (أو اطرافه عند تعددهم) على طرح ذلك النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ، ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة " (١) . وهو ذات التعريف الذى اخذت به المحكمة الادارية العليا (٢) . وقد اضافت الجمعية العمومية لسمى الفتوى والتشريع فى تعريف التحكيم بعداً هاماً و اساسياً وهو إلزامية قرار أو حكم المحكم للخصوم الذين اتفقوا على التحكيم ، وهكذا عرفت الجمعية العمومية التحكيم بأنه " الاتفاق على عرض النزاع امام محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلاً من المحكمة المختصة به ، وذلك بحكم ملزم للخصوم " (٣) .

فالتحكيم يقوم على اتفاق الاطراف على إحلال محكم أو محكمين للفصل فى منازعتهم بديلاً عن قضاء الدولة ، وبحيث يقوم حكم المحكم محل حكم المحكمة المختصة ادارية كانت أم مدنية حسب طبيعة المنازعة . كما يتأسس التحكيم بجانب ارادة اطراف النزاع واتفاقهم على أساس آخر ضرورى هو إجازة المشرع فى الدولة لهذا الاتفاق على التحكيم أى إجازة هذا الأسلوب البديل . لأن الاصل هو أن حق الالتجاء الى القضاء وهو دستورى متعلق بالنظام العام ، ومن هنا أيضاً تترتب نتيجة هامة هى أن المحكمتين الاطراف لا يتنازلون عن هذا الحق الدستورى لأن مثل هذا التنازل غير جائز ، ومن ثم إذا لم ينفذ عقد التحكيم لأى سبب من الاسباب عادت سلطة الفصل فى النزاع الى المحكمة المختصة أصلاً ، فالتحكيم لم يسقط أو ينزع الاختصاص نهائياً لهذه المحكمة وإنما يمنعها فقط من سماع الدعوى طالما بقى شرط التحكيم قائماً (٤) . وهكذا من نتائج عقد التحكيم أنه يؤدي أولاً الى منع عرض النزاع على القاضى المختص أصلاً بنظره ، ومن ناحية مقابلة يخول المحكمتين سلطة القضاء فى المنازعات موضوع التحكيم بأحكام تتمتع بقوة الأحكام القضائية ومنهية للمنازعات نهائياً كأصل عام ، إلا إذا طعن فيه بالبطلان لاخلال حكم

(١) الدكتور أحمد ابو الوفا ، التحكيم الاختيارى والاجبارى ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ١٩٨٧ ص ١٥ .

(٢) المحكمة الادارية العليا ، حكم بجلسة ١٩٩٤/١/١٨ فى الطعن رقم ٨٨٦ لسنة ٣٠ ق .

(٣) الفتوى رقم ٦٦١ فى ١٩٨٩/٧/١ ص ١٣٨ ، مجموعة المبادئ فى العقود الادارية فى أربعين عاماً ص ١٤٣ .

(٤) انظر حكم المحكمة الادارية العليا فى الطعن رقم ٨٨٦ - ٣٠ بتاريخ ١٩٩٤/١/١٨ ، سابق الإشارة إليه ، انظر الدكتور ماجد الطو ، العقود الادارية ٢٠٠٧ ، دار الجامعة الجديدة ص ٢٤٧ .

التحكيم للضمانات الاساسية كحق الدفاع واتخاذ الاجراء فى مواجهة الخصم مثل أى حكم نهائى. وأخيراً عقد التحكيم يترك المجال لطرفى الخصومة سلطة تحديد القواعد الموضوعية والاجرائية التى تطبق فى المنازعات الخاضعة للتحكيم<sup>(١)</sup>. وربما هنا اساساً تبدو خطورة التحكيم لو أحال منازعة عقد ادارى مع طرف اجنبى الى قانون او نظام لا يعترف بامتيازات الادارة فى العقد الادارى ويهبط به الى نظام العقد المدنى حيث تتساوى السلطة الادارية الوطنية مع الشركة الاجنبية فى عقد هو أصلاً عقد ادارى دولى<sup>(٢)</sup>، وتكون السلطة الوطنية مضطرة عملاً لذلك لاحتياجات التنمية والمشروعات الضرورية للبنية الاساسية للاقتصاد الوطنى .

### مبررات الالتجاء الى شرط التحكيم :-

وقد يكون هذا الاعتبار العملى فى نظام التجارة الدولية هو أحد المبررات الهامة فى اضطرار الدولة الوطنية لقبول شرط التحكيم عملاً برغم ماله من بعض المخاطر والتأثير السلبى على المصالح العامة ، ولكن هناك وسائل سنشير اليها فيما بعد للاقلال من هذا الخطر . وهناك بالطبع اعتبارات ومبررات أخرى للتحكيم من ابرزها سرعة الفصل فى المنازعات لتلافى بطء اجراءات قضاء الدولة وطول أمد الفصل فى المنازعة ، وقلة التكاليف ، وميزة الطابع السرى لأهميته فى نطاق التجارة الدولية ، وقد يكون التحكيم مفيداً للدولة لتشجيعه للشركات الكبرى وطنية وأجنبية للتقدم للمناقصة أو المزايدة ، بالإضافة الى أن شروط التحكيم فى العقود الكبرى تسمح لتحقيق رغبة الشركات الاجنبية فى ادراج شرط الثبات التشريعى كما فى عقود البترول وغيرها من مصادر الطاقة ، وأخيراً الصفة الفنية التى تتطلب خبرات تخصصية متميزة مما يكون من الاوفق نظام التحكيم لحسم المنازعات ذات الصلة بالمقارنة بالقضاء الوطنى<sup>(٣)</sup> .

(١) راجع: الدكتور ماجد الطو ، العقود الادارية ، ٢٠٠٧ ، المرجع السابق ص ٢٤٩ - ٢٥٠ .

(٢) انظر : الدكتور جابر جاد نصار ، العقود الادارية ، دار النهضة العربية ص ١٨٥ وما بعدها .

(٣) راجع : الدكتور عصمت عبد الله الشيخ ، التحكيم فى العقود الادارية ذات الطابع الدولى ، دار النهضة العربية ، علم ٢٠٠٠ ص ٤١ وما بعدها .



## شرط التحكيم ومشاركة التحكيم :-

شرط التحكيم هو نص وارد ضمن نصوص عقد معين ، يقر فيه الاطراف اللجوء الى التحكيم كأسلوب لحل المنازعات المستقبلية التي قد تنشور بينهما حول تفسير العقد او تنفيذه . اما مشاركة التحكيم فهو اتفاق لاحق على إبرام العقد الاصلى ، ويتفق فيه الطرفان على الالتجاء الى التحكيم لفض نزاع معين وبذاته قام بينهما أثناء تنفيذ العقد ، فهو قاصر أصلا على هذه المنازعة التي حدثت<sup>(١)</sup> .

وفى كل الاحوال يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلا لجذب اهتمام طرفى النزاع الى خطورة التحكيم كوسيلة لحل خلافات العقد دون قضاء الدولة الاصلى بالإضافة الى سهولة إثبات مبدأ التحكيم<sup>(٢)</sup> . ونص قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لعام ١٩٩٤ على اشتراط كتابة التحكيم سواء فى محرر موقع منهما داخل العقد الاصلى أو خارجه ، أو حتى إذا ورد صراحة الاشارة اليه فيما يتبادلها الطرفان من رسائل أو برقيات .

### تقسيم البحث

وفيما يلى نقسم هذه الدراسة الى مبحثين لعرض الاختلافات التي ثارت فى كل من فرنسا ومصر ، حول مشروعية الالتجاء الى التحكيم فى العقود الادارية سواء وطنية أو داخلية وسواء عقود ادارية نولية . وذلك حتى تطور الوضع التشريعى الفرنسى نحو الاستثناء من الحظر التشريعى ، أى باجازه التحكيم فى العقود الادارية بشروط محددة . وفى مصر ثار خلاف أكثر شدة فى الفترة السابقة على القانون الجديد رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ الذى أجاز التحكيم فى العقود الادارية ، إلا أن الاختلاف استمر رغم ذلك فى الفقه والقضاء الادارى المصرى إزاء بعض الغموض حول صياغة قانون ١٩٩٤ ، لأنه لم يتضمن إجازة واضحة وصريحة . واستمر الوضع حتى أصدر المشرع المصرى

(١) الدكتور عصمت عبد الله الشيخ ، المرجع السابق ص ٢٦ - ٢٧ . وقد اقر قانون التحكيم المصرى الجديد رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ هاتين الصورتين للتحكيم فى الفقرة الثانية من المادة العاشرة .

(٢) الدكتور ملجد الطو ، المرجع السابق ص ٢٥٤ .

القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ ونص صراحة على خضوع العقود الادارية للتحكيم .

ولا شك أن هذا الاخلاف مبعثه وسببه الاساسى هو خطورة الالتجاء الى التحكيم فى العقود الادارية التى تستهدف تحقيق المصلحة العامة للمرافق العامة ، وأداء الخدمات الضرورية للمواطنين . سيما وأن القضاء الادارى ممثلاً فى مجلس الدولة الفرنسى أساساً ومجلس الدولة المصرى قد شيدا نظاماً قانونياً متكاملأ للعقود الادارية فى ظل مبادئ قضائية متكاملة تستهدف دوام سير المرافق العامة ، مع عدم اهدار حقوق المتعاقدين مع الادارة من شركات وأفراد . ففى مقابل كل ذلك هناك الخطر من أى يودى التحكيم الى تطبيق نظام قانونى أجنبى لدولة أخرى أو نظام قانونى دولى لا يعرف التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص . وهو أمر وارد حيث أن نظم القضاء المزدوج لا تمثل أغلبية فى دول العالم ، وبالذات لا يعترف بها فى ظل نظم التحكيم الدولية واتفاقيات التجارة العالمية .

ولعرض الخلاف الذى ثار فى فرنسا ثم فى مصر ازاء عدم وجود نصوص صريحة تجيز التحكيم فى العقود الادارية إلا حديثاً ، فإلنا سنعرض هذا الخلاف فى مبحثين كما يلى :-

- المبحث الاول : التحكيم فى العقود الادارية فى فرنسا .
- المبحث الثانى : التحكيم فى العقود الادارية فى مصر .

### المبحث الاول

#### التحكيم فى العقود الادارية فى فرنسا

تميز موضوع التحكيم فى العقود الادارية فى النظام الفرنسى بتجاه عام نحو عدم مشروعيته على مستوى التشريع والقضاء ، فيما عدا بعض الحالات الاستثنائية . ثم تدخل المشرع الفرنسى مؤخراً لإجازته ومشروعيته بضوابط محددة . ونعالج هاتين المرحلتين فى المطلبين التاليين .

## المطلب الاول

الاتجاه العام نحو عدم مشروعية التحكيم الادارى عدا بعض الاستثناءات

أولاً : المبدأ العام بعدم مشروعية التحكيم الادارى:

ظل الوضع العام على مستوى التشريع الفرنسى فى اتجاه عدم مشروعية التحكيم فى المنازعات الادارية ، وبالذات العقود الادارية التى غالباً ما تثار مشكلة التحكيم بشأنها . فقد نص قانون الاجراءات المدنية الفرنسى لعام ١٨٠٦ فى المادتين ٨٣ ، ١٠٠٤ منه على حظر التحكيم فى المنازعات التى تكون فيها الدولة والاشخاص المعنوية العامة الاخرى طرفاً فيها . واستقرت احكام مجلس الدولة الفرنسى منذ العشرينات من القرن التاسع عشر على البطلان المطلق لشرط التحكيم فى منازعات العقود الادارية استناداً للنصين المشار اليهما من قانون الاجراءات المدنية لعام ١٨٠٦ معتبراً أن اختصاصه بنظر منازعات الاشخاص العامة من النظام العام<sup>(١)</sup> .

وفى معرض تأكيد الحظر على مخالفة ولاية مجلس الدولة فى المنازعات الادارية ، نجد أن مفوض الحكومة الشهير Romieu يقول فى تقريره عن أحد القضايا فى نهاية القرن التاسع عشر " إن الوزراء لا يستطيعون أن يتركوا الى المحكمين حل منازعة تتعلق بسلطة ادارية ، لأنهم لا يستطيعون الافلات من ولاية الهيئات القضائية القائمة"<sup>(٢)</sup> . ويلاحظ اشارة مفوض الدولة الى تعلق الاختصاص بالقضاء وحده كمسألة تعتبر من النظام العام لا تقتصر على المنازعات الادارية الخاضعة للقانون العام ، بل حتى تلك المتعلقة بعقود مدنية للادارة خاضعة للمحاكم المدنية والتجارية . كذلك للدلالة على تأصل عدم مشروعية التحكيم فى العقود الادارية ، نجد أن مفوض الدولة " Gazier " وهو أيضاً ذا شهرة عالمية هو الآخر يقول فى أحد القضايا المعروضة على مجلس الدولة أن تحريم التحكيم فى منازعات أشخاص القانون

(١) انظر الاحكام المشار اليها فى كتاب الدكتور عصمت عبد الله الشيوخ ، المرجع السابق ص ١٦٧ هلمش (١) .

(٢) conclusions Romieu , sous C.E. 27 mars 1893 chemins de fer du Nord , Sirey 1894 . P. 119 et suiv .

العام يمثل في ذاته مبدأ قانونياً عاماً ملزماً ، وبغير حاجة الى اسناده الى نصوص المادتين ٨٣ ، ١٠٠٤ من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي<sup>(١)</sup> .

ويلاحظ أن حظر التحكيم في المنازعات الادارية ومنها منازعات العقود الادارية ، قد أكدت لاحقا المادة ٢٠٦٠ المعدلة في القانون المدني الفرنسي بناء على القانون الصادر في ٥ يوليو ١٩٧٢ . واستقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي بإصرار على تحريم وبطلان أى شرط تحكيمى فى العقود الادارية ، باعتبار ذلك يمثل مبدأ قانونياً عاماً وكأصل عام .

ولكن فى مقابل ذلك ، نجد أن محكمة النقض الفرنسية بالنسبة لعقود الادارة الخاصة لم تسامر التحريم المطلق من جانب مجلس الدولة كقضاء ادارى، فنجدها قد اعترفت للدولة وللمؤسسات العامة الفرنسية بإمكانية التحكيم فى منازعات العقود المتصلة بعلاقات التجارة الدولية ، وذلك فى حكمين متتاليين<sup>(٢)</sup> . واستندت محكمة النقض الفرنسية فى الحكم الاول على اعتراف القانون الاجنبى بصحة شرط التحكيم<sup>(٣)</sup> . وفى حكمها الثانى استندت على أساس أكثر عمومية ، فأكدت استقلالية عقود الادارة ذات الطابع الدولى وعدم تطبيق مبدأ حظر التحكيم عليها ، وهى تعنى بذلك بالطبع عقود الادارة الخاضعة للقانون الخاص ولاختصاص القضاء العادى<sup>(٤)</sup> .

وكان من الممكن لمجلس الدولة الفرنسى أن يأخذ بنفس الحل الذى اعتنقته محكمة النقض الفرنسية ببلجازه التحكيم لأحتياجات التجارة الدولية ، سيما وأن نظام العقد الادارى لا يتعارض مع الصفة الدولية للعقد مع وجود طرف أجنبى متعاقد مع شخص معنوى عام وطنى بما يستتبعه ذلك من ضرورة مراعاة أعراف ونظم التجارة الدولية . ولكن بقى مجلس الدولة على موقفه المتحفظ الراض للتحكيم<sup>(٥)</sup> .

(١) Conclusion Gazier . sous C.E. 13 déc . 1957 . Société nationale de vente des surplus, Dalloz 1958, p. 517.

(٢) الدكتور ماجد الطو ، المرجع السابق ص ٢٦٢ .

(٣) Cass. Civ .I. 14 Avril 1964, Capitaine de San Carlo, Dalloz 1964, P. 637.

(٤) Cass . Civ . I. 2

Mai 1966, Galloz 1966, P. 575.

(٥) راجع الدكتور ماجد الطو ، المرجع السابق ص ٢٦٢ .

ودليل ذلك أنه قضى ببطلان شرط التحكيم فى عقد أشغال عامة إبرم بين شركة اقتصاد مختلط تتولى امتياز أشغال عامة لأحد الطرق السريعة ، وبين مجموعة من المشروعات . وهو يعتبر عقداً إدارياً بناء على اجتهاد حكم Peyrot بناء على وكالة مفترضة من صاحب الامتياز عن الدولة . ولكن مجلس الدولة أبطل العقد لوجود شرط تحكيم استناداً الى المادة ٢٠٦٠ المعدلة من القانون المبنى الفرنسى التى تحظر التحكيم فى المنازعات الادارية (١) . أيضاً عندما طلبت الحكومة استشارة مجلس الدولة فى اختصاصه الاقتضى بشأن إمكانية الموافقة على شرط التحكيم فى مشروع عقد انشاء مدينة " ديزنى لاند " فى ضواحي باريس ، بقى المجلس على تحفظه وجاءت فتواه بتاريخ ٦ مارس ١٩٨٦ ضد صحة شرط التحكيم فى العقود الادارية كمبدأ علم . وسنرى أن مشروع هذا العقد وهذه الفتوى كانا المناسبتين التى استصدرت فيها الحكومة من البرلمان الفرنسى قانوناً فى ذات عام ١٩٨٦ ، لإجازة التحكيم فى العقود الادارية كما سنرى فيما بعد .

ثانياً : بعض الاستثناءات على مبدأ حظر التحكيم فى العقود الادارية :

قبل قانون ١٩٨٦ الذى أجاز التحكيم فى العقود الادارية ذات الصفة الدولية بشروط خاصة كما سنرى ، عرفت فرنسا تشريعين أجازا التحكيم بصورة استثنائية محدودة بمجال معين كما يلى :-

١- قانون ١٧ أبريل عام ١٩٠٦ الذى أجاز التحكيم فى المنازعات المتعلقة بتصفية عقود الأشغال العامة والتوريد تحديداً . وهذا هو الاستثناء الاول ، وهو محدود من عدة نواحي : فمن ناحية أولى كان مجاله قاصراً على تصفية نفقات الأشغال العامة والتوريد وحدهما ، ومن ناحية ثانية لم يجز التحكيم فى كافة منازعات هذين العقدين بل بتصفية نفقاتهما فقط ، ومن ناحية ثالثة فإن تطبيقه كان قاصراً على الدولة والادارة المحلية (المحليات) دون المؤسسات العامة .

٢- قانون ٩ يوليو عام ١٩٧٥ سمح أيضاً من قبيل الاستثناء المحدود بالاتجاه للتحكيم فقط لبعض طوائف المؤسسات العامة الصناعية والتجارية ، فى شأن عقودها الخاضعة لأحكام القانون الخاص دون العقود الادارية . وواضح أن هذا الاستثناء محدود : أولاً فهو قاصر

(١) C.E. 3 Mars 1989 . Rec. p. 69 . نكره الدكتور ملجد لطلو ص ٢٦٢ .

على المؤسسات العامة التجارية والصناعية دون المؤسسات العامة الادارية ، وحكمة ذلك أن تلك الاخيرة عقودها عادة ادارية ولهذا لم يشملها الاستثناء . ومن ناحية ثانية الاستثناء لا يشمل كل المؤسسات العامة التجارية أو الصناعية بل بعض مجموعاتها ويناط ذلك بمرسوم حكومي يحددها . ومن ناحية ثالثة الاستثناء قاصر على عقودها العادية المدنية والتجارية ، وليس عقودها الادارية التى قد تتولى ابرامها أحيانا . ومن الناحية العملية قلما لجأت هذه المؤسسات لاستخدام التحكيم (١) .

وهكذا ، الاستثناءان التشريعيان السابقان محدودان فى الإطار والنطاق ، فهما يؤكدان فى الحقيقة الأصل العام وهو حظر التحكيم فى العقود الادارية . وظل الوضع هكذا حتى صدور قانون ١٩٨٦ الذى نعالجه فى المطلب الثانى الذى سجل التحول نحو إجازة التحكيم فى العقود الادارية ولكن كما سنرى بشروط محددة .

### المطلب الثانى

#### إجازة التحكيم فى العقود الادارية الدولية (قانون ١٩٨٦)

أخيراً حدث التحول فى التشريع الفرنسى من الاتجاه العام لحظر التحكيم فى العقود الادارية الى الاتجاه العام العكسى نحو إجازة التحكيم فى العقود الادارية . ولكن يجب أن نشير فوراً أن هذا الاتجاه الجديد للسماح قاصر على العقود الادارية الدولية . وهى لها أصلاً سمات وخصائص العقد الادارى من ابرامه بواسطة شخص معنوى عام ، واتصاله بخدمة مرفق عام وتضمنه بعض الشروط غير المألوفة فى العقود المدنية (٢) . وصفتها الدولية تأتى حسب المعيار الراجح ، وهو ما يسمى المعيار الاقتصادى ، بأنها تبرم مع طرف أجنبى عادة شركات كبرى أجنبية وتتضمن انتقالاً للخبرات والخدمات وبالذات انتقال رأس المال (٣) ، مثل عقود B.O.T. وغيرها . وهذه العقود ادارية عادة

(١) أنظر : الدكتور ماجد الطو ، العقود الادارية ، ٢٠٠٧ ، المرجع سلف الذكر ص ٢٦٤ ، الدكتور عصمت عبد الله الشيخ ، التحكيم فى العقود الادارية ، المرجع السابق ص ١٦٨ .  
(٢) الدكتور عصمت عبد الله الشيخ ، ص ١٥٠-١٥١ .  
(٣) أنظر : الدكتور عصمت عبد الله الشيخ ، المرجع السابق ص ١١٣-١١٤ .

لو تضمنت شروطاً استثنائية غير مألوفة ، كما هو المفروض وإلا صارت مدنية خاضعة لنظام القانون الخاص ، فهي في الجانبين أي بعضها لصالح الدولة المتعاقدة والمرفق العام وأيضاً لصالح المستثمر الاجنبي لتشجيعه على المشاركة الايجابية (١) . ويطول المجال إذا خضنا في النظام القانوني للعقود الدولية سواء كانت ادارية ، وأحياناً وربما غالباً غير ادارية وإنما تخضع لنظم قانونية تنتمي للقانون الخاص .

ما يهمننا هو هذا التطور الاخير في التشريع الفرنسي الجديد الصادر بتاريخ ١٩ أغسطس ١٩٨٦ ، والذي أجاز التحكيم في العقود الادارية ذات الطابع الدولي أي التي ابرمتها سلطة عامة وطنية مع شركات أجنبية وتبدو فيها اعتبارات مصالح التجارة الدولية .

#### الخلفية التاريخية للقانون الجديد :

لفهم روح وابعاد هذا القانون الجديد الذي أجاز من حيث المبدأ التحكيم في العقود الادارية وإن كانت الدولية وليس الوطنية الخالصة ، لا بد من عرض المناسبة التاريخية لتوجه فكر الحكومة الفرنسية نحو تحقيق هذا التطور التشريعي:

فقد حدث في بدايات عام ١٩٨٦ أن اردات الحكومة الفرنسية أن تتعاقد مع شركة أمريكية كبرى لإقامة مدينة ملاهي ، على نسق " والت ديزني " الشهيرة في الولايات المتحدة الأمريكية . وجرباً على نظام التجارة العالمية الذي بدأ يغزو العالم ويكرس اسلوب التحكيم في العقود الدولية لتسويات منازعتها أصرت الشركة الأمريكية على تضمين العقد شرط التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن هذا العقد . وعرضت الحكومة الفرنسية المشكلة امام قسم الفتوى بمجلس الدولة الفرنسي ، الذي رفض اقرار شرط التحكيم في العقد واعتبره مخالفاً للنظام العام (٢) .

مضمون قانون ١٩ أغسطس ١٩٨٦ :

وهكذا سعت الحكومة لاستصدار قانون من البرلمان الفرنسي يجيز التحكيم في العقود الادارية ، وكانت هذه الخلفية التاريخية السابق عرضها -

(١) المرجع السابق ص ١٥٠ - ١٥١ .

(٢) انظر : الدكتور جابر جاد نصر ، المرجع سالف الذكر ص ١٥٦ .

كما ذكرنا - مجرد مناسبة لتحقيق ذلك . وأسفرت مناقشات البرلمان عن اقرار القانون الذى صدر فى ١٩ اغسطس ١٩٨٦ والذى أجاز للاشخاص المعنوية العامة (الدولة والمقاطعات والمؤسسات العامة) أن تقبل شرط التحكيم فى العقود الادارية المبرمة مع شركات أجنبية ، وذلك بالشروط التالية (١) :-

١- أن يكون العقد مبرماً مع شركة أجنبية ، أى يكون للعقد صفة العقد الدولى ومتصلاً بالتالى بنظام التجارة الدولية . ومن ثم فإن إجازة التحكيم لا تشمل العقود الادارية الوطنية حيث يكون المتعاقد معه شركة فرنسية .

٢- أن يحقق العقد مصلحة مشروع ذا نفع قومى .

٣- يجب فى كل حالة على حدة صدور مرسوم من مجلس الوزراء للموافقة على تضمين العقد شرط التحكيم . وهذا يعنى أن التحول الجديد نحو إجازة التحكيم هو نسبى فى الواقع بالنظر لهذا القيد او الشرط ، سيما وأن شرط موافقة السلطة المركزية على كل عقد على حدة يجب أن يكون فى المستوى الاعلى وهو مرسوم من الحكومة أى مجلس الوزراء ، وليس مجرد الوزير المختص كما سنرى فى مصر بشأن القانون ٩ لسنة ١٩٩٧ بإجازة التحكيم فى العقود الادارية .

وهكذا فى خاتمة نظام التحكيم فى العقود الادارية فى فرنسا ، نستطيع أن نلمس أن الاتجاه الاخير بالقانون الصادر ١٩ اغسطس ١٩٨٦ جاء نحو إجازة التحكيم فى العقود الادارية . ولكن يجب أن نعترف فى ذات الوقت أنه بالنظر لهذه الشروط ، وبالذات الشرط الاول وهو أن يكون العقد الادارى دولى الطابع ، وكذلك الشرط الثانى وهو اشتراط الاتصال بمنفعة قومية ، والشرط الثالث وهو مرسوم حكومى لكل عقد على حدة بإجازة شرط التحكيم . نجد أن الوضع الفرنسى بالنظر لهذه الشروط الشديدة لا يمثل فى رأينا المرحلة النهائية فى التطور ، وأن المبدأ العام بإجازة التحكيم فى العقود الادارية مازال يحتاج الى تدعيم أفضل واقوى . ويكفى أن هذا القانون لعام ١٩٨٦ استبعد تماماً بصورة مؤكدة من نطاق التحكيم العقود الادارية الوطنية التى مازال حظر التحكيم يبقى قائماً بالنسبة إليها . وسنرى أن الوضع المصرى سيقف فوق التطور الفرنسى ، حيث انتهى منذ عام ١٩٩٤ بإصدار قانون التحكيم فى المواد المدنية

(١) الدكتور جابر جاد نصر ، المرجع السابق ص ١٥٦-١٥٧ .



والتجارية وتكاملته بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ ، انتهى الى اجازة التحكيم في عموم العقود الادارية ليست الدولية فقط بل أيضاً الوطنية .

## المبحث الثاني التحكيم في العقود الادارية في مصر

وسنعالج الموقف في مصر - على غرار ما فعلناه بالنسبة للوضع الفرنسى - فى مطلبين حيث نبين فى المطلب الاول اختلاف الفقه والقضاء الادارى حول مشروعية التحكيم فى العقود الادارية ، ثم فى المطلب الثانى نعالج تدخل المشرع المصرى لإجازة التحكيم فى العقود الإدارية .

### المطلب الاول اختلاف الفقه والقضاء الادارى المصرى حول مشروعية التحكيم فى العقود الادارية

حينما صدر قانون المرافعات المصرى الحالى لعام ١٩٦٨ نظم التحكيم عموماً ف الباب الثالث منه ، ونصت المادة ٥٠١ من هذا القانون على إجازة الاتفاق على التحكيم فى العقود بقولها " يجوز الاتفاق على التحكيم فى نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة كما يجوز الاتفاق على التحكيم فى جميع المنازعات التى تنشأ عن تنفيذ عقد معين ... " . ولكن لم يشر النص الى العقود الادارية تحديداً ولم يجز بشأنها الالتجاء الى التحكيم لفض منازعاتها . ولا يمكن القول بأن عموم النص على إجازة التحكيم فى العقود يتضمن نظرياً أيضاً العقود الادارية لسببين : الاول هو أن عنوان قانون المرافعات يبين بوضوح أنه خاص بالمسائل المدنية والتجارية ، رغم احالة قانون مجلس الدولة كقضاء ادارى لقواعد قانون المرافعات عند عدم وجود نص اجرائى خاص فى قانون المجلس . لأن مثل هذه الاحالة اجرائية ولا تتصل بموضوع وجوهر القواعد ، ثم إن أحكام المحكمة الادارية العليا استقرت واطردت باستمرار على أن احالة قانون مجلس الدولة الى قانون المرافعات المدنية والتجارية مشروطة بعدم تعارض مثل هذه القواعد الاجرائية مع طبيعة المنازعات الادارية بين الادارة

والافراد فى اطار نشاط المرافق العامة . والسبب الثانى لعدم إمكانية امتداد جواز التحكيم فى قانون المرافعات للعقود الادارية هو ان نظام ومبادئ هذه العقود الادارية المتصلة بالقانون العام هى من صنع مجلس الدولة كقضاء ادارى ، ولم يكن ممكناً له وهو قضاء المصلحة العامة والسلطة ولم يكن ممكناً أيضاً لفقهاء القانون العام أن يقبلوا التحكيم فى العقود الادارية مثل المدنية تحت ستار العبارة العامة للمادة ٥٠١ مرافعات .

وهكذا ازاء عدم وجود نصوص صريحة فى مصر تجيز التحكيم فى العقود الادارية الخاضعة لنظام القانون العام ، اختلف الفقه المصرى بين معارض ومؤيد للتحكيم الادارى كذلك تعارضت اتجاهات مجلس الدولة القضائية أو على مستوى الفتوى فى مدى جواز التحكيم فى العقود الادارية . وهو مانعنا لجه فى الفرعين التاليين :-

### الفرع الاول اختلاف الفقه المصرى

أولاً : الفقه المعارض للتحكيم فى العقود الادارية :-

استند الفقه المعارض للتحكيم الى حجتين اساسيتين كما يلى :-

(أ) الحجة الاولى - التحكيم يتعارض مع سيادة الدولة : وذلك من

ناحيتين :-

الناحية الاولى أن التحكيم يعتبر فى حقيقته سلباً وعدواناً على اختصاص القضاء الوطنى الذى يمثل مظهراً أساسياً لسيادة الدولة . ومن ناحية ثانية أن التحكيم يستبعد تطبيق القانون الوطنى ويؤدى الى تطبيق القانون الاجنبى .

ويمكن الرد على هذه الحجة بأن سيادة الدولة ليست حاسمة فى هذا المجال ، لأن أمر السماح بالتحكيم دون اختصاص قضاء الدولة وتحديد القضاء الادارى مرده فى النهاية الى المشرع الوطنى لأن إجازة التحكيم فى العقود الادارية يعود الى نص القانون الصريح ، وهو ما حدث فى مصر فيما بعد كما سنرى . كذلك إنه مع إجازة المشرع للتحكيم فإن صلة القضاء الوطنى تبقى قائمة ، لأن المشرع يحرص على تدخل القضاء الوطنى فى عدد من الامور المتصلة بالتحكيم كالمساعدة فى اختيار المحكم عند عدم ذكره فى شرط

التحكيم أو اتخاذ اجراءات تحفظية بناء على طلب الأطراف المتنازعين ،  
والرقابة على احترام الضمانات الاساسية للتقاضى وفى تنفيذ حكم المحكم .  
ومن ناحية أخرى ، فإن الاشخاص العامة عند ابرامها للعقود الادارية  
مع ادراج شرط التحكيم تستطيع أن تشتط على تطبيق القانون الوطنى أو مبادئه  
العامة<sup>(١)</sup> .

(ب) الحجة الثانية - جواز التحكيم فى العقود الادارية يمثل عدواناً على  
اختصاص القضاء الادارى بنظر منازعات هذه العقود .

وتدعيماً لتلك الحجة يشير الفقه المناهض للتحكيم فى العقود الادارية  
الى امرين : من ناحية اولى المادة ١٧٢ من دستور ١٩٧١ نصت على  
اختصاص مجلس الدولة " بالمنازعات الادارية والدعاوى التأديبية ، ويحدد  
القانون اختصاصاته الاخرى " . ومن ناحية أخرى نص قانون مجلس الدولة  
رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ فى مادته العاشرة على اختصاص محاكم مجلس الدولة  
دون غيرها فى المسائل الآتية : (حادى عشر) المنازعات الخاصة بعقود  
الالتزام أو الاشغال العامة أو التوريد وبأى عقد إدارى آخر .

وللرد على ما سبق يمكن للقول من ناحية اولى أن نص المادة ١٧٢ من  
الدستور لا تمنع المشرع المصرى ولم تمنعه بالفعل من النص على جواز  
التحكيم فى العقود الادارية ، كما حدث بصورة صريحة فى القانون رقم ٩ لسنة  
١٩٩٧ كما سنرى . وأن الغاية الحقيقية من هذا النص هى ضمان استقلال  
مجلس الدولة كقضاء ادارى ، حتى لا تسعى السلطة التنفيذية لدى السلطة  
التشريعية لإصدار قانون يهدم أو يمس استقلاله<sup>(٢)</sup> .

ومن ناحية ثانية ، كذلك نص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة  
حكمته وغايته تحديد اختصاص محاكم مجلس الدولة مستقلاً عن القضاء العادى  
بالمنازعات الادارية ، ومن ضمنها العقود الادارية . ولكن لا يمكن تحميلها الى  
أبعد من ذلك .

ثانياً : الفقه المؤيد للتحكيم فى العقود الادارية :

يمكن القول أيضاً بأن هناك حجتين رئيسيتين أيضاً لهذا الفقه المؤيد للتحكيم :-

(١) انظر فى كل ذلك وغيره : الدكتور جابر جاد نصار ، العقود الادارية ، المرجع السابق

ص ١٦٤ - ١٦٥ .

(٢) الدكتور جابر نصار ، المرجع السابق ص ١٦٦ .

(أ) الحجة الاولى : أن التحكيم فى العقود الادارية ليس فيه تعارض أو مساس بسيادة الدولة من أى وجه كما ادعى المعارضون للتحكيم . فمن ناحية أولى ليس فى قبول التحكيم سلب واعتداء على قضاء الدولة ، لأنه كما سبق القول وكما يقول المؤيدون للتحكيم أن التحكيم لا يقطع الصلة تماماً بقضاء الدولة قضاء عادى أو ادارى ، لأنه تبقى عدة مواضع للرجوع له ، إما فى مساعدة اطراف العقد فى اختيار المحكم أو المحكمين وإما فى اتخاذ اجراءات تحفظية وقتية للحفاظ على المال وفى تنفيذ حكم المحكمين بل وفى الطعن ببطان التحكيم لمخالفة قواعد أساسية فى التقاضى أو اصول التحكيم . ومن ناحية ثانية التحكيم لا يتضمن بالضرورة استبعاد القانون الوطنى دائماً ، فكما سبق القول يمكن للدولة وغيرها من الاشخاص العالمة أن تشتترط بموافقة المتعاقد تطبيق القانون الادارى ، أو بعض المبادئ الاساسية التى ترعى المصلحة العالمة ، ويضاف لذلك فى مجال المعاملات الدولية لا تستطيع الدولة كطرف فى العقد الادارى الدولى استبعاد القانون الاجنبى أو الاتفاقيات التى تحكم العلاقات التجارية الدولية<sup>(١)</sup> .

(ب) حجة أخرى للدفاع عن التحكيم فى العقود الادارية أضافها الفقه المؤيد ، وهى ان المادة ٥٨ من قانون مجلس الدولة نفسه رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ أشارت ضمناً الى امكانية وجود تحكيم فى العقد الادارى حينما نصت على أنه " ...ولا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أى عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين فى ملدة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء ادارة الفتوى المختصة " .

### الفرع الثانى

تضارب أحكام مجلس الدولة وفتاوى الجمعية العمومية للفتوى والتشريع

تضاربت واختلفت أحكام القضاء الادارى فى مصر ، وكذلك فتاوى الجمعية العمومية لتسمى الفتوى والتشريع فى مشكلة إجازة أو عدم إجازة التحكيم فى العقود الادارية .

(١) انظر : الدكتور عصمت عبد الله الشيخ ، التحكيم فى العقود الادارية ذات الطابع الدولى ، المرجع سالف الذكر ص ١٥٩ .

أولاً : بالنسبة لأحكام مجلس الدولة كقضاء ادارى :

١- ففى حكم لمحكمة القضاء الادارى بتاريخ ١٨/٥/١٩٨٦<sup>(١)</sup> قضت بجواز التحكيم فى العقود الادارية ، وقد تعلق النزاع بعقد مبرم بين وزارة الاسكان والتعمير وبين الشركة المصرية المساهمة للتعمير والانشاءات السياحية (عقد امتياز هضبة الاهرام) ، ونص العقد المبرم بتاريخ ١٤ ابريل ١٩٥٥ فى أحد بنوده على ان كل خلاف بين الطرفين على تفسير أو تنفيذ الاحكام التى تضمنها الاتفاق يفصل عن طريق التحكيم ، وتؤلف هيئة التحكيم من ثلاثة اعضاء يختار كل من الطرفين عضواً عنه ويتولى هذان العضوان اختيار العضو الثالث . إلا أن وزارة الاسكان والتعمير امتنعت عن احالة النزاع الذى حدث بينهما وبين الشركة الى هيئة التحكيم المشار اليها ، مما ادى بالشركة الى رفع دعوى امام محكمة القضاء الادارى مطالبة بوقف تنفيذ وإلغاء القرار السلبى الصادر من الوزارة بالامتناع عن احالة النزاع الى هيئة التحكيم . وقد اجابت محكمة القضاء الادارى فى الحكم طلب الشركة وأوقفت تنفيذ القرار السلبى ، مما يوجب على الوزارة احالة النزاع مع الشركة الى هيئة التحكيم احتراماً لأحد بنود العقد . فالحكم إذن أجاز شرط التحكيم فى هذا العقد الادارى .

٢- ولكن عندما طعن فى حكم محكمة القضاء الادارى المشار اليه أعلاه بواسطة هيئة قضايا الدولة أمام المحكمة الادارية العليا ألغيت الحكم ، وقضت على العكس ببطلان شرط التحكيم فى العقد المبرم بين وزارة الاسكان والشركة مستندة على أن البند الذى أجاز التحكيم فى العقد يجب تفسيره بما لا يهدم خصائص العقد الادارى ولا بما يزيل اختصاص مجلس الدولة بالمنازعات المتعلقة بذلك العقد<sup>(٢)</sup> .

(١) فى الدعوى رقم ٤٨٦ لسنة ٢٩ق .

(٢) حكم المحكمة الادارية العليا بتاريخ ٢٠/٢/١٩٩٠ فى الطعن رقم ٣٠٤٩ لسنة ٣٢ق ، مجموعة المبادئ التى قررتها هذه المحكمة والجمعية العمومية لتسمى القوى والتشريع فى العقود الادارية فى أربعين عاماً من أول اكتوبر ١٩٥٥ الى آخر سبتمبر ١٩٩٥ ص ١٤٦ . وانظر فى ذات المعنى الرافض لشرط التحكيم فى العقود الادارية حكم المحكمة الادارية العليا بجلسة ٢٠/٢/١٩٩٠ فى الطعن رقم ٣٩٧ لسنة ١٩ق ، وحكمها الصادر بجلسة ١٣/٣/١٩٩٠ فى الطعن رقم ١٦٧٥ لسنة ٣٠ق .

ثانياً : على مستوى فتاوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع :  
١- فى اتجاه إجازة التحكيم فى العقود الادارية ، صدرت فى تاريخ  
١٧/٥/١٩٨٩<sup>(١)</sup> فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس  
الدولة تجيز التحكيم فى العقود الادارية . ونظراً لأهمية هذه الفتوى فإننا نذكر  
فقرات مطولة منها كما يلى :-

" أن التحكيم هو اتفاق على عرض النزاع امام محكم أو اكثر ليفصلوا  
فيه - بدلاً من المحكمة المختصة به - وذلك بحكم ملزم للخصوم .... والتحكيم  
يقوم على اساسين هما : ارادة الخصوم ، وقرار المشرع لهذه الارادة " .  
" لأن التحكيم استثناء من الاصل العام فى التشريع وبالتالي فلا يجوز  
اجبار شخص على سلوكه وحرمانه من الالتجاء إلى القضاء إلا عن رضا  
واختيار ، كما أنه لا تكفى ارادة الخصوم وحدها للفصل فى منازعاتهم عن  
طريق التحكيم ، بل لا بد أن يتم ذلك فى حدود القواعد التى يضعها المشرع  
لتنظيم التحكيم واجراءاته . وقد أجاز قانون المرافعات المدنية والتجارية الاتفاق  
على التحكيم بالمفهوم السالف ايضاحه مبيناً شروطه واجراءاته وكيفية تنفيذ  
أحكام المحكمين والظعن فيها فى المواد من ٥٠١ وما يلىها . كما أن المادة ٥٨  
من قانون مجلس الدولة وردبها ما يقطع صراحة بجواز لجوء جهة الادارة الى  
التحكيم فى منازعاتها العقيدية (ادارية او مدنية) حينما نص بالفقرة الثالثة من  
المادة المذكورة على إلزام أية وزارة او هيئة عامة أو مصلحة من مصالح  
الدولة أن لا تبرم أو تقبل أو تجيز أى عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار  
محكمين فى مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه ، وذلك بغير استفتاء إدارة  
الفتوى المختصة بمجلس الدولة . فلو أن الاتفاق على التحكيم امر محظور على  
جهة الادارة ما كان المشرع ألزمها أصلاً بعرض هذا الاتفاق أو تنفيذ قرار  
(حكم) المحكمين على مجلس الدولة للمراجعة . بيد أنه ازاء عدم وجود تشريع  
خاص ينظم التحكيم فى العقود التى تكون الإدارة احد أطرافها سواء المدنية أو  
الإدارية فإنه يتعين الرجوع فى ذلك الى الشروط العامة للتحكيم واجراءاته  
الواردة بقانون المرافعات والتى لا تتعارض مع طبيعة الروابط الادارية . ولا  
وجه للقول بأن محاكم مجلس الدولة هى المختصة بالفصل فى منازعات العقود

(١) فتوى رقم ٦٦١ فى ١٩٨٩/٧/١ (جلسة ١٧/٥/١٩٨٩) ، مجموعة مبادئ العقود  
الادارية فى اربعين عاماً ص ١٣٨ .

الإدارية دون غيرها - طبقاً للمادة ١٠ من قانون مجلس الدولة - وبالتالي فإن الاتفاق على حسم تلك المنازعات بطريق التحكيم مؤاده سلب الولاية المعقودة للقضاء الإداري في هذا الشأن ، ذلك لأن المقصود من نص المادة ١٠ هو بيان الحد الفاصل بين الاختصاص المقرر لمحكمة مجلس الدولة ومحكمة القضاء العادي ولا يجوز أن نتجاوز في تفسير هذا النص قصد المشرع والقول بحظر الالتجاء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية " .

وهذا القول من الجمعية العمومية لسمى الفتوى والتشريع هو دفاع جيد لصالح التحكيم في العقود الإدارية ، فيما عدا حجة الاستناد إلى قواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية باعتبارها قواعد عامة تجيز التحكيم وتضع قواعده وقابلة للتطبيق على العقود الإدارية مثل العقود المدنية . وقد سبق لنا تنفيذ هذه الحجة على اعتبار عدم وجود نص صريح للتحكيم تحديداً في العقود الإدارية لأن مجال قانون المرافعات بحكم عنوانه المنازعات المدنية والتجارية ، ولأن مبادئ النظام القانوني للعقود الإدارية التي شيدها القضاء الإداري بغاية إعلاء المصلحة العامة لسير المرفق العام بانتظام يجب أن تطو على المصالح الخاصة للمتعاقد مع الإدارة . بالإضافة إلى أن نظام العقد الإداري الذي نظمته القضاء الإداري في أحكامه يتضمن أيضاً التوازن المالي للمتعاقد مع الإدارة بنظريات اجتهادية خلقت أبرزها نظرية الظروف الطارئة ونظرية عمل المبر ونظرية الصعوبات المالية غير المتوقعة<sup>(١)</sup> .

٢- ولكن مما يدل على تذبذب فتاوى الجمعية العمومية لسمى الفتوى والتشريع ذاتها ، أنه بعد فتوى ١٩٨٩ المشار إليها أعلاه ، عادت ذات الجمعية العمومية في فتوى تالية لها بتاريخ ١٩٩٣/٢/٢٧ لتضع قيوداً على التحكيم<sup>(٢)</sup> . وفي الحقيقة في هذه الفتوى الثانية لم تعدل تماماً الجمعية العمومية عن فتاوها السابقة ، فاستعرضتها في الفتوى الثانية لعام ١٩٩٣ وأيدت المبدأ الذي سبق أن أعلنته وهو جواز الالتجاء إلى التحكيم في العقود الإدارية . إلا أن الفتوى الثانية هذه أتت بتقييد هام على أعمال هذا المبدأ فقالت الجمعية العمومية

(١) أنظر : الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب ، النظرية العامة للقانون الإداري ، ٢٠٠٩ دار الجامعة الجديدة ، ص ٦١٠ وما بعدها .

(٢) فتوى رقم ٢١١ في ١١/٣/١٩٩٣ - جلسة ١٩٩٣/٢/٢٧ ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لسمى الفتوى والتشريع في العقود الإدارية ، سابق الأثرية إليها ص ١٤١ .

إن المادة ١٠ من قانون مجلس الدولة لم تنكر حق الاطراف فى عرض مثل هذه المنازعات على هيئة التحكيم ثم أضافت القيد الجديد بقولها " إذا كان العرض على هذه الهيئة (أى هيئة التحكيم) فى مثل الحالة المعروضة لا يستبعد عند نظر المنازعة أعمال القواعد الموضوعية التى تطبق على العقود الادارية ". وخطورة هذا القيد أنه عاد وربط بين شرعية التحكيم وضرورة تطبيق القواعد الموضوعية التى ترسم النظام القانونى للعقود الادارية التى وضعها القضاء الادارى من خلال أحكامه (مثلما كان متحققاً فى الحالة المعروضة عليها لأخذ الفتوى) . مما يعنى بمفهوم المخالفة لو أن شروط التحكيم استبعدت بعض هذه القواعد الموضوعية لصالح المتعاقد مع الادارة وبما يمس مصلحة الادارة فى علو كفتها فى ميزان العقد ، من الممكن أن يكون التحكيم باطلا ، أو كما فى حالة ما إذا كان فى قبول الإدارة شروط التحكيم إمكانية تطبيق نظام قانونى أجنبى ومختلف .

٣- ونضيف أخيراً بشأن فتاوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع الى فتوى صدرت منها لاحقة بعد صدور قانون التحكيم فى مصر رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ الذى أجاز التحكيم فى عموم المنازعات أياً كانت طبيعتها ، بما يتضمن امكانيته فى العقود الادارية . إلا أن هذا النص - كما سنرى فى الفقرة التالية - قد عابه عدم الصراحة والوضوح المباشر فى إجازة التحكيم فى العقود الادارية ، مما فتح الباب للخلاف من جديد حول المشكلة من اساسها . لذلك فى هذا الاطار نشير الى فتوى ثلثة جديدة من الجمعية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصرى أعادت التشكيك فى صحة التحكيم فى العقود الادارية ، من منظور الطبيعة القانونية للعقد الادارى ومدى تلاؤمها مع نظام التحكيم أو تنافرها معه ، وقد صدرت هذه الفتوى الجديدة فى ٣٠ أكتوبر ١٩٩٦<sup>(١)</sup> . وسنعود إليها فى المطلب التالى الاخير .

(١) انظر : الدكتور عصمت عبد الله الشيخ ، التحكيم فى العقود الادارية ذات الطابع الدولى ، المرجع السابق ص ١٧٣ - ١٧٤ .



## المطلب الثاني

إجازة المشرع المصرى للتحكيم فى العقود الادارية  
(القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وتعديله بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧)

أولاً : القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والإجازة الضمنية للتحكيم فى العقود  
الادارية :

بقى اختلاف الفقه والقضاء الادارى حول مشروعية التحكيم على النحو  
الذى رأيناه ، الى أن اصدر المشرع القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فى شأن  
التحكيم فى المواد المدنية والتجارية . وكانت عقيدة المشرع المصرى كما  
كشفت عنها مواد القانون وبالثبات امانتان الأولى والثانية وكذلك منكرته  
الايضاحية ، هى أن يتسع نطاق تطبيقه الى كل تحكيم سواء فى القانون الخاص  
او القانون العام وسواء كانت المنازعة مدنية او ادارية ، وبهدف تدعيم التنمية  
الوطنية التى تحتاج الى الاستثمار الاجنبى فى اطار العلاقات الاقتصادية  
الدولية التى أصبح نظام التحكيم هو الوسيلة الاساسية التى تلبى احتياجات هذه  
العلاقات ، وتطمئن الشركات الكبرى بقدراتها المالية والاقتصادية والتكنولوجية  
للمساهمة فى عمليات التنمية والتطوير ، وهو ما يصب فى تحقيق المصالح  
العامه القومية بالذات لمصر كدولة نامية .

ويؤكد ذلك - كما أشرنا - ما نصت عليه المادة الاولى من هذا القانون  
إذ نصت على أنه " مع عدم الاخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها فى  
جمهورية مصر العربية تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف  
من أشخاص القانون العلم أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية  
التي يدور حولها النزاع " وهى عبارات تتضمن منطقياً منازعات التحكيم فى  
العقود الادارية فأصبحت التحكيمات بشأنها إذن جائزة<sup>(١)</sup> .

كذلك نصت المادة الثانية من القانون على تعداد لأمثلة عديدة لعمليات  
وعقود ينتمى كثير منها لحقل القانون العلم والعقود الادارية ، إذ نصت هذه  
المادة على أن " يكون التحكيم تجارياً فى هذا القانون إذ نشأ النزاع حول علاقة  
قانونية ذات طابع اقتصادى ، عقدية كانت أو غير عقدية . ويشتمل ذلك على

(١) راجع : الدكتور جابر جاد نصار ، المرجع السابق ص ١٧١ ، الدكتور عصمت عبد الله  
الشيخ ، المرجع السابق ص ١٧٧ وما بعدها .

سبيل المثال توريد السلع او الخدمات والوكالات التجارية ، و عقود التشييد والخبرة الهندسية او الفنية ، ومنح التراخيص الصناعية والسياحية وغيرها ونقل التكنولوجيا ، والاستثمار ، وعقود التنمية وعمليات البنوك ، والتأمين والنقل وعمليات تنقيب واستخراج الثروات الطبيعية وتوريد الطاقة ومد أنابيب الغاز أو النفط وشق الطرق والانفاق واستصلاح الاراضى الزراعية وحماية البيئة وإقامة المفاعلات النووية " .

وجاءت المذكرة الايضاحية للقانون لتؤكد خضوع منازعت العقود الادارية للتحكيم – بجانب تلك التأكيدات الضمنية التى لا شك فيها من خلال المادتين الأولى والثانية سابق الاشارة اليهما – فتقول المذكرة الايضاحية فى ذات الغاية أن المادة الاولى بالذات قضت بسريان أحكام القانون " على كل تحكيم تجارى دولى يجرى فى مصر ، سواء كان أحد طرفيه من أشخاص القانون العام أو اشخاص القانون الخاص ، فحسم المشرع بذلك الشرك التى دارت حول مدى خضوع بعض انواع العقود التى يكون أحد اطرافها من أشخاص القانون العام للتحكيم فنص على خضوع جميع المنازعات الناشئة عن هذه العقود لأحكام المشروع ايا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع " وواضح من هذه العبارات للمذكرة الايضاحية لقانون ١٩٩٤ أن المشرع أراد حسم مشكلة النزاع حول مشروعية التحكيم فى العقود الادارية نحو الاجازة والمشروعية كأصل عام . ولكن يبقى تسؤل : وإذا كانت هذه عقيدة المشرع كما عبرت عنها مذكرته الايضاحية ونصوص القانون بالذات المادتين الاولى والثانية ، فالتساؤل هو ولماذا لم يذكر المشرع إذن وبصراحة وبوضوح كامل العقود الادارية باللفظ الصريح وشمول خضوع منازعاتها للتحكيم الذى نظمه هذا القانون ؟

نحن نرى أن ما سبق يدل بوضوح منطقى على حسم مبدأ الجواز ، ولكن عدم التصريح فتح الباب للخلاف الفقهى والقضائى على الاقل لدى البعض كما سنرى الآن .

استمرار الخلاف رغم نصوص قانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ومذكرته الايضاحية : عاد الشك والاختلاف حول مشروعية التحكيم فى العقود الادارية رغم نص المادة الاولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ومادته الثانية التى أعطت

أمثلة تدخل معظمها فى دائرة العقود الادارية كما رأينا . والسبب فى ذلك هو عدم صراحة نص المادة الاولى من قانون التحكيم الجديد رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فى جواز التحكيم فى العقود الادارية بعبارة صريحة مباشرة .  
ولذلك رأينا من قبل كيف أن الجمعية العمومية لسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة فى فتواها الصادرة بعد قانون ١٩٩٤ ، فتوى بتاريخ ١٨ ديسمبر ١٩٩٦ ، عادت وتشككت فى مشروعية التحكيم فى العقود الادارية سواء بشرط تحكيم أو مشاركة تحكيم ، بسبب عدم اشمال قانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على حكم صريح بخضوع العقود الادارية لهذا القانون المجيز والمنظم للتحكيم . وأكدت الجمعية العمومية فى هذه الفتوى أن الطبيعة القانونية للعقد الادارى لى تتوافق مع نظام التحكيم يجب توفير الشروط اللازمة لتحقيق هذا التوافق ، ومن هذه الشروط وأولها أن يأتى نص صريح بإجازة التحكيم فى العقود الادارية وهو ما لم يأت به قانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ، كذلك من شروط هذا التوافق بين العقود الادارية والتحكيم أن يأتى التشريع بضوابط محددة تحقق اكتمال ارادة الشخص العام فى اجراء التحكيم فى هذه العقود التى تتعلق بالمصلحة العامة والمال العام كأن يفوض القانون جهة عامة عليا للإذن بالتحكيم فى اية حالة خاصة . أما بدون هذه الشروط لا يكون التحكيم جائزاً ويبطل شرط التحكيم<sup>(١)</sup> .  
ونعقد أن تلك الضوابط التى أشارت إليها هذه الفتوى الهامة هى التى أوحى للمشرع المصرى بتعديل المادة الاولى من قانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بالقانون رقم ٩ لعام ١٩٩٧ كما سنرى الآن .

تعديل المادة الاولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بالقانون رقم ٩ لعام ١٩٩٧ :

هذه هى الحلقة الاخيرة فى موضوع التحكيم فى العقود الادارية ، إذ استشعر المشرع المصرى والحكومة عودة الخلاف فى المسألة ، وكانت فتوى الجمعية العمومية لسمى الفتوى والتشريع ماثلة فى ذهن الحكومة والمشرع لوضع اللبنة الاخيرة الضرورية لحسم الخلاف . ومن هنا جاء القانون رقم ٩ لعام ١٩٩٧ فى مادته الاولى ليعدل المادة الاولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ، بإضافة فقرة ثانية الى المادة الاولى من قانون ١٩٩٤ تنص على ما

(١) انظر : الدكتور جابر جاد نصار ، المرجع السابق ص ١٨١ وما بعدها ، والدكتور عصمت الشيخ ، المرجع السابق ص ١٧٧ وما بعدها

يلى : " وبالنسبة الى منازعات العقود الادارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للاشخاص الاعتبارية العامة ، ولا يجوز التفويض فى ذلك " .

ونصت المادة الثانية من القانون على أن " ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ويعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره " .

ويلاحظ على نطاق تطبيق هذا القانون أنه أقر صراحة مبدأ جواز التحكيم فى العقود الادارية بصورة نهائية ، وهذا يتضمن كافة العقود الادارية وطنية أم ذات طابع دولى ، كما يشمل جميع منازعات العقود الادارية سواء حدثت فى تفسير العقد أو مرحلة ابرامه أو تنفيذه ، وأخيراً جواز التحكيم يشمل وسيلة شرط تحكيم فى العقد الاصلى أو مشارطه تحكيم مستقلة فى مرحلة لاحقة خاصة بأحد أو بعض منازعات العقد .

يبقى أنه من خلال نص القانون نجد أنه وضع شرطاً هاماً لتطبيق التجاء الاشخاص المعنوية العامة للتحكيم فى عقودها الادارية لضمان تحقيق المصلحة العامة ، هذا الشرط هو ضرورة الموافقة المسبقة من الوزير المختص أو من يملك سلطاته . ومنع القانون الوزير المختص تفويض سلطاته فى الموافقة على التحكيم فى العقود الادارية . وحكمة ذلك خطورة هذه الموافقة لاتصالها بالمصلحة العامة للدولة التى لا يقدرها بالاهمية الواجبة إلا الوزير المختص أو من يملك سلطاته .

### كلمة ختامية

وهكذا وصل المشرع المصرى الى أبعد من المشرع الفرنسى فى إجازته للتحكيم فى العقود الادارية . فإذا كان فى الحالين يجب موافقة سلطة مركزية على التحكيم هى فى فرنسا مجلس الوزراء بمرسوم والوزير المختص بقرار منه فى مصر ، إلا أن جواز التحكيم من حيث المبدأ أوسع مدى ، فى مصر عنه فى فرنسا طبقاً لقانون ١٩ أغسطس ١٩٨٦ الفرنسى : فالقانون الأخير لا يسمح بالتحكيم إلا فى العقد الادارى الدولى المبرم مع شركة أجنبية ، كما أنه يشترط أن يحقق العقد مصلحة مشروع ذى نفع قومى . بينما فى التشريع المصرى الحديث جواز التحكيم يشمل كل العقود الادارية الوطنية أو ذات الطابع الدولى ، كما لا يشترط أن يتصل العقد بمشروع ذى نفع قومى . والواقع أن هذا الشرط الأخير الفرنسى لا معنى له فى رأينا لأنه لا يتصور أن يبرم عقد ادارى سيما وله طابع دولى ويكون مجرداً عن المصلحة أو المنفعة القومية .



**دورهينة الرقابة والتحقيق بين النظر والتطبيق**  
**دراسة في نظام تأديب الموظفين السعودي**  
الدكتور/ خالد خليل الظاهر  
أستاذ القانون العام المشارك - قسم السياسة الشرعية  
المعهد العالي للقضاء  
جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية - الرياض

**مقدمة**

الحمد لله الذي أمرنا بالقراءة وعلم بالقلم ، والصلاة والسلام على الهادي البشير، وقد نزل عليه(( اليوم أكملت لكم دينكم --))وفي هذا الدين بيان وافٍ بمناحي الحياة كلها، فقد أمرنا بتوزيع الرقابة الاجتماعية والإدارية والاقتصادية على كل بالغ عاقل من نكر أو أنثى كل حسب مكانته ،اللهم صلّ عليه وعلى آله وصحبه ومن تبعهم باحسان إلى يوم الدين.

بدأي ذي بدء، نشأت هيئة الرقابة والتحقيق بموجب نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٧ وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ (مئة١ / نظام تأديب الموظفين). لتصبح هيئة مستقلة ترتبط بشكل مباشر برئيس مجلس الوزراء، وتتشكل من رئيس لا تقل مرتبته عن المرتبة الخامسة عشرة ووكيلين أو أكثر لا تقل مرتبة كل منهما عن المرتبة الثالثة عشرة ، وعدد كاف من الأعضاء نوي الاختصاص (مادة١/نظام تأديب الموظفين) .

تقوم هيئة الرقابة والتحقيق على تطبيق نظام تأديب الموظفين والبحث في الضمانات اللازمة لتحقيق العدالة ... وما يستلزمه كل ذلك من أحكام وقواعد وضوابط ، من أجل تحقيق فاعلية النظام ومصحة الموظفين ، ودفعهم إلى التقاني في أداء الواجب وحفظ النظام، وحسن سير المرافق العامة، ويتجلى ذلك في الكشف عما يقع من مخالفات وأسباب حصولها للعمل على تجنبها ومنع وقوعها مستقبلاً، وفي الوقت نفسه تساعد المهتمين بهذا الشأن على المعرفة الواعية بأحكام ومبادئ نظام تأديب الموظفين السعودي، وما يضعه على عاتق المختصين والقائمين على تطبيقه، ومراقبة حسن تنفيذه، واستظهار الحلول المناسبة لمختلف القضايا والمشكلات التي تواجه التطبيق، وفي الوقت نفسه توسيع أفق العلم والاطلاع لكل من يمارس مهام الوظيفة العامة ، أو يتعامل معها بشكل أو بآخر ، وعلى ما يجري في هذا الشأن .

إن الوظيفة العامة تعني الدولة بأسرها منظوراً إليها من جانب نشاطها الإداري ذلك الوظيفة العامة هي الكيان القانوني القائم على إدارة الدولة. وصدق الرسول صلى الله عليه وسلم - حيث وصف الوظيفة العامة بأنها أمانة وأنها يوم القيامة خزي وندامة إلا من أخذها بحقها وأدى الذي عليه فيها (المنكرة التفسيرية لنظام تأديب الموظفين في المملكة). إذ يتوقف تحقيق الدور الإيجابي للوظيفة العامة على قيام الموظف العلم بأداء ما طلب منه فطه على سبيل الإلزام وابتعاده عن كل ما يتعارض مع ذلك وفقاً للقوانين والأنظمة<sup>2</sup> ذلك أن الموظف العام هو عماد الوظيفة العامة ، وهو أمين على المصلحة العامة في نطاق اختصاصه وعليه أن يبذل قصارى جهده للإسهام في حسن أداء المرفق العام الذي يعمل به ويقوم فيه بأداء الخدمة التي أنيطت به .

أصبح الموظف العام هو العصب النابض في الجهاز الحكومي وصار من الضروري إيجاد القوانين والأنظمة لإحكام الرقابة على الموظفين في قيامهم على تنفيذ النشاط الإداري على نحو يكفل تحقيق المصلحة العامة ، وبيث روح الطمأنينة في نفوس الموظفين حتى يتقنوا في أداء واجباتهم ، والحفاظ على مراكزهم القانونية ، بما يضمن لهم حقوقهم ورعاية شئونهم ، فإذا قصروا وجب سؤا لهم وحق توقيع العقاب العادل عليهم جزاء ما فعلوا ، فاستلزم ذلك إيجاد نظم تأديب الموظفين .

#### أهمية البحث :

إن "النظام التأديبي جزء لا يتجزأ من النظم القانوني للوظيفة العامة"<sup>3</sup> (le système disciplinaire fait partie intégrante d un statut de la fonction publique) وهو يشكل أحد أركان النظم الوظيفي في المملكة العربية السعودية ، وانطلاقاً من ذلك يقوم نظام تأديب الموظفين على فكرة النهوض بالمصلحة العامة ، وانتظام الإدارة في أداء وظيفتها المحددة سلفاً على الوجه الأكمل.

Chavalnon Fonctionnaires et la fonction publique, Paris. P. 8 -et 1  
Christian: Les

د. خليل عثمان ، الوظيفة العامة ، القاهرة ١٩٦١م ص ٧، ٨

<sup>2</sup> مطلب النفوس: واجبات الموظف العلم وتأديبه ، معهد الإدارة العامة - الرياض، ١٩٨٦م  
ص ٢

De Laubadere, traite elementaire de droit administratif 6 eme, ed. <sup>3</sup>  
Paris. 1979. p. 640

ومحاسبة ومجازاة من يخل أو يحيد من الموظفين عن تطبيق النظام نصاً وروحاً .

وتظهر أهمية البحث ، من خلال محاولة عرض الأسس والقواعد النظامية والعملية التي تعتمد عليها هيئة الرقابة والتحقيق عند قيامها بواجباتها ومحاولة الوصول إلى حقيقة مهمة في مجال العقاب التأديبي والتطور السريع في هذا المجال ، وما أحرانا بالأخذ بأسبابه ، وصولاً إلى تنظيم أمثل للعقاب التأديبي فيما يتعلق بجوانبه المختلفة وسير دور هيئة الرقابة والتحقيق للقيام بواجباتها المناطة بها على نحو يكفل الصالح العام وأخذ المقصر بمخالفته النظام وكل من يخل بشرف وكرامة الوظيفة العامة.

#### هدف البحث:

يهدف البحث إلى محاولة بيان ما يستلزمه دور هيئة الرقابة والتحقيق لتطبيق نظام التأديب من أحكام والقواعد والضوابط من أجل تحقيق فاعلية النظام وضمان مصلحة الموظفين وتعزيز الاستقرار النفسي لهم، ويتجلى ذلك في كشف ما في النظام من محاسن وما قد يعثر به من نقائص، كما يساعد البحث المهتمين بهذا الشأن على المعرفة الواعية بأحكام نظام التأديب ، وما يضعه على عاتق المختصين والقائمين على تطبيقه ومراقبته وحسن تنفيذه واستظهار الحلول المناسبة لمختلف القضايا والمشكلات التي تظهر في أثناء التطبيق.

#### منهج الدراسة:

ستلتزم الدراسة المنهج الاستقرائي التحليلي ، وذلك من خلال التأصيل والتركيب والاستخلاص من خلال المبدأ الكلي ، ليكون الحكم على الجزئيات ، وذلك بالاستناد الى المراجع التقليدية والحديثة وإلى أحكام القضاء ، وسنحاول بذل الجهد لفهم أحكام نصوص النظام ومعانيها بما يمكن من التطبيق السليم لها . وسندعم الدراسة بالأسس النظرية والتطبيقات القضائية.



## تساؤلات البحث:

ما هو دور هيئة الرقابة والتحقيق في تحقيق المسؤولية التأديبية ؟ وكيف يكون هذا الدور فاعلاً لإحكام الرقابة الإدارية وتطبيق نظام التأديب؟ وسوف نحاول الإجابة عن هذه الأسئلة ، وبينان دور الهيئة الفاعل لتطبيق نظام التأديب ، وهل يحتاج نظام التأديب الحالي إلى تعديل أم لا ؟ وانطلاقاً مما تقدم سوف يتم تناول الموضوع من خلال بحثين .

الأول: خصصناه لاستعراض معنى وأهداف وأحكام وإجراءات نظام تأديب الموظفين السعودي . والثاني لدراسة دور هيئة الرقابة والتحقيق في تطبيق نظام تأديب الموظفين السعودي .

وسيعقب البحثين خاتمة تتضمن أهم الاستنتاجات والتوصيات .

## المبحث الأول

### معنى وأهداف وأحكام وإجراءات نظام التأديب

إن نجاح الإدارة في أداء مهامها يتوقف على مدى استقرار فئة الموظفين وقيامهم بواجباتهم على أحسن وجه، ويتوقف ذلك على شعور الموظفين بالأمان والضمانات التي تكفل لهم الاستقرار والولاء للوظيفة العامة. وتضطلع هيئة الرقابة والتحقيق بدور فعال في هذا الشأن من خلال مهامها التي تقوم بها في تطبيق نظام التأديب ، وقبل الكلام عن ذلك يستلزم بيان ماذا يقصد بأهدافه وأحكامه وإجراءات نظام التأديب؟ ولكي يمكن تحديد ذلك يستلزم الأمر بيان معنى نظام التأديب .

### أولاً : تعريف نظام التأديب :

إن حسن سير الحياة في المجتمعات المنظمة ، يوجب على كل مجموعة اجتماعية تقوم على مصالح مشتركة المحافظة عليها وحمايتها ، لكي يمكنها أن تحقق أهدافها ودورها في المجتمع ، وبذلك فلا بد للبشر من الحكم الوازع ، لوضع أسس تحكم تصرفاتهم في الحياة وتكون دليلاً يحدد لهم جوانب الخطأ والصواب . ومعايير كل منها.

**التأديب في اللغة :** مصدر للفعل (أَدَب)، وأدَّبَه بمعنى هذبه وربَّاه على محاسن الأخلاق ، وكذلك بمعنى جزاه على إساءته<sup>4</sup> .

وعندما ينعت النظام بنعت نظام تأديب الموظفين فإنه يصبح دلالة على اتجاه المنظم إلى المراد واستقراره عليه لإحداث تغيير أو تنظيم في جانب من جوانب المجتمع .

وقد جاء نظام التأديب نوعاً من أنواع الأنظمة يفرض بموجبه الجزاء لضبط سلوك الأفراد أو العمل داخل جماعة منظمة ، وتتولى تطبيقه جهة معينة بحكم النظام وفقاً لإجراءات و ضمانات وضوابط لفرض الجزاء أو العقاب الإداري ، على من يخل أو يقصر في العمل الوظيفي.

**والتأديب اصطلاحاً :** هو مجازاة الموظف بإيقاع بعض العقوبات عن الأخطاء التي يرتكبها في أثناء تأديته وظيفته أو بسببها<sup>5</sup> .

وقد اجتهد شراح القانون لإعطاء تعريف لنظام التأديب ، وذلك لأن المنظم لدى جميع الدول لم يقدم تعريفاً لنظام التأديب .

فقد عرف بأنه مجموعة من القواعد القانونية المنظمة للتجمعات الطائفية والتي يخضع أعضاؤها لمجموعة من الالتزامات المختلفة في جوهرها وطبيعتها عن الالتزامات السياسية التي يخضع لها الأفراد العاديون ؛ وذلك بهدف المحافظة على بقاء هذه التجمعات وتحقيق مصلحتها العامة<sup>6</sup> .

ويقول آخر إنه فرع من فروع القانون العام ، موضوعه التجريم والعقاب من جانب الدولة على أفعال ذلك المجتمع الخاص "مجتمع الوظيفة العامة"<sup>7</sup> .

وعرف بأنه مجموعة إجراءات تستهدف إقامة وتثبيت دعائم نظام الوظيفة العامة ، والمحافظة عليه وحمايته من أي إخلال به ، باعتماد أسلوب الردع في تحقيق أهدافه عن طريق توقيع جزاءات تأديبية على المخالفين<sup>8</sup> .

<sup>4</sup> المعجم العربي الاساسي، ١٩٨٩ م و الوسيط مادة (أدب)

<sup>5</sup> حمزة، محسن حسنين القانون التأديبي للموظف العام ١٩٦٠م ص ٧٦

<sup>6</sup> Nezard Henry: Les principes generaux de droit disciplinaire , these Paris .1930

<sup>7</sup> De Laubadeere Andre, Traite de droit administratif- 6ed. J. G.D.J. Paris. 1989

<sup>8</sup> أحمد ثروت عبد العال : إجراءات الماملة التأديبية وضماتها لأعضاء هيئة التدريس بلجامعات الخاضعة لاحام القانون رقم ٤٩ لعام ١٩٧٢م القاهرة ١٩٩٥م ص٤٣

ويعرف كذلك بأنه مجموعة القواعد المنظمة لتوقيع الجزاء المقرر للأخطاء التأديبية ، المرتكبة خلال أو بمناسبة ممارسة العمل الوظيفي ، والتي تحمل انعكاساً ضاراً بحسن سير وانتظام المرافق<sup>9</sup> .

ويعرف بأنه القانون الذي يبحث في الالتزامات الخاصة بالموظفين، والجزاءات التي توقع عليهم<sup>10</sup>.

يلاحظ على هذه التعاريف أن الأول ذكر أنها منظمة للتجمعات الطائفية ... بهدف المحافظة على بقاء هذه التجمعات وتحقيق مصلحتها . والحقيقة أن هدف النظام التأديبي لم يهدف إلى المحافظة على بقاء التجمعات ولا تحقيق مصالحها ، وإنما يهدف إلى حماية حقوق تلك التجمعات وحماية مصلحة الوظيفة العامة . أما الثاني فنذكر أن موضوع نظم التأديب هو التجريم والعقاب ، وأغفل الأهداف الأخرى لنظم التأديب . أما الثالث فقد ذكر أنه مجموعة إجراءات، والحقيقة أنه ليس إجراءات فحسب ، وإنما هو كذلك قواعد وأحكام وضوابط .

والرابع قد ذكر توقيع الجزاء المقرر للأخطاء التأديبية ... التي تحمل انعكاساً ضاراً بحسن سير وانتظام المرافق ، في حين أنه أغفل هدف الردع والمحافظة على الوظيفة العامة والمصلحة العامة . أما الخامس فبته أغفل أي ذكر لأهداف نظم التأديب .

وفي ضوء ما تقدم نعرف نظم تأديب الموظفين ، بأنه مجموعة القواعد القانونية المنظمة لأحكام الرقابة على الموظف العلم للتقييم بواجباته ما يكفل حسن سير المرفق العلم وحماية الوظيفة العامة وتحقيق المصلحة العامة ، وأخذ المقصر بمخالفته للنظم أو إخلاله بشرف وكرامة الوظيفة العامة .

ثانياً : أهداف وأحكام وإجراءات نظم التأديب :

بناء على ذلك سوف نتناول أهداف وأحكام وإجراءات نظم التأديب كما

يلي:

## ١- أهداف التأديب:

<sup>9</sup> عفيفي، مصطفى : فلسفة العقوبة التأديبية وأهدافها ، دراسة مقارنة، مطبعة الهيئة العامة

للكتاب ، القاهرة ١٩٧٦م ص ١٧٥

<sup>10</sup> زكي، اسماعيل : ضمانات الموظفين في التعيين والترقية والتأديب ، الجامعة

المصرية ١٩٦٢م ص ٧٨

يعد نظام التأديب ضرورة ملحة، لأنه ينطوي على معنى التهذيب للأفراد والردع للأعمال المخلة وتطبيق النظام والاستقرار في الجماعة وهويشكل أحد أركان النظام الوظيفي في المملكة ، ويقوم على فكرة النهوض بالمصلحة العامة ، وانتظام الإدارة في أداء وظيفتها المحددة مسبقاً على الوجه الأكمل ، ومحاسبة ومجازاة من يخالف أو يحد من الموظفين عن تطبيق النظام نصاً وروحاً ؛ لأن نجاح الإدارة في أداء مهامها يتوقف على مدى استقرار فئة الموظفين وقيامهم بواجباتهم على أحسن وجه .

يتصف الجزء التأديبي بأنه يلحق بالموظف العلم المخالف دون غيره من الموظفين أو أفراد المجتمع ، فيؤدي إلى حرمانه من بعض أو كل المزايا الوظيفية التي يتمتع بها سواء بصفة مؤقتة أو نهائية ، باعتبار أن العقوبة التأديبية هي وسيلة تم وضعها لحماية النظام داخل المرافق العامة ولحماية المصلحة العامة والسلطة الأدبية للطوائف الوظيفية المختلفة<sup>11</sup> أو هي المجازاة عن ذنب إداري لمن يخرج عن

أوامر ونواهي السلطة الرئاسية ، رادعاً له وزاجراً لغيره ، وضماناً لحسن سير المرافق العامة<sup>12</sup> ، وحثاً للموظف على احترام واجبات وظيفته وتقويماً لسلوكه على المنهج السوي<sup>13</sup> .

وتقتضي القاعدة العامة بأن يخضع للمساءلة التأديبية كل من يخرج من العاملين على مقتضى الواجب في أداء وظيفته أو يظهر بمظهر من شأنه الإخلال بكرامة الوظيفة العامة<sup>14</sup> .

وبذلك يكون هدف الجزء التأديبي نظاماً هو النتيجة النهائية التي تسعى السلطة التأديبية إلى تحقيقها من وراء اتخاذها قرارها الإداري أو حكمها التأديبي . ويمكننا تحديد تلك الأهداف فيما يلي:

#### أ - إحكام الرقابة على الموظفين للقيام بواجباتهم :

<sup>11</sup> Muorgeon Jacque: La repression administrative, these, paris

1966 p180

<sup>12</sup> عفيفي ، مصطفى: مصدر سابق . ص ٩٨

<sup>13</sup> ياسين مصطفى كامل : ضمانات الموظف العام ومسؤولياته في الدول العربية، الحلقة

الدراسية للقانون السياسي، القاهرة ١٩٧٢م

<sup>14</sup> عبد الباقع محمد فؤاد عبد الباقع : القانون الإداري ، دار الجامعة الحديث

نشر الإسكندرية ، ٢٠٠٦م

إن الرقابة هي عملية التحقق من مدى إنجاز الأهداف المرسومة بكفاية، والكشف عن المعوقات والانحرافات وتجنبها أو تخليها وتجنب عم الرجوع إليها مستقبلا ، أو هي المتابعة لإنجاز الأعمال بدقة وأمانة وتجنب الانحرافات والأخطاء.

ونعني بالرقابة هنا الرقابة الإدارية التي تمارسها الإدارة على نفسها بنفسها ، فهي إذن رقابة ذاتية<sup>١٥</sup> .

وهذه الرقابة تمارسها القيادات الإدارية على الأجهزة التابعة لها أو على تلك التي تشرف عليها ، بغرض الكشف عن الأخطاء وتقويم الانحرافات ومحاسبة المسؤولين عنها وتوقيع العقوبات التأديبية عليهم . وللرقابة الإدارية عدة صور، فإما أن تكون رقابة داخلية وهي الرقابة التي تمارس داخل التنظيم عن طريق عضو من أعضائها أو عن طريق إدارة لها طابع رقابي موجود داخل التنظيم الإداري عن طريق المتابعة، وقد تكون رقابة خارجية ؛ وهي التي تمارس من قبل سلطة خرج التنظيم كذلك التي تمارسها سلطات الوصاية الإدارية على الوحدات اللامركزية ، أو تلك التي تقوم بها أجهزة رقابية متخصصة على مستوى الدولة مثل (هيئة الرقابة والتحقيق وديوان الرقابة العامة في المملكة) .

إن من أهم المبادئ التي يجب على الإدارة مراعاتها ، وهي تؤدي نشاطها ، مبدأ المشروعية ، ويعني أن على الإدارة أن تلتزم بالقانون بمعناه العام الواسع ، فيما تأتيه من أعمال وتصرفات . فإذا ما خالفت النظام عد عملها غير مشروع ، أيا كان العمل ، وتقوم الإدارة بمراقبة نفسها بنفسها ، كما تخضع أعمالها للرقابة القضائية ، وتعني الرقابة هنا التأكد من مدى مطابقة تصرفات الإدارة للنظام<sup>١٦</sup> .

وليست الوظيفة العامة محصورة قيودها في مكان العمل فحسب ، وإنما تتجاوز ذلك إلى ما يأتيه الموظف خارجه ومادام منعكساً برغم ذلك على الوظيفة ذاتها<sup>١٧</sup>

Waline M. : Le controle juridictionnel de l'administration, Paris 15

1964.

16 الطماوي، سليمان محمد: الضاء الإداري ، الكتب الاول ١٩٨٦م

17 عبد الباسط، محمد فؤاد : مصدر سابق ص٩٨

وبذلك تباشر السلطة الإدارية الرقابة على الموظف العام . وتتم الرقابة الإدارية إما بمراجعة من أصدر العمل أو التصرف لنفسه بحيث يعيد النظر فيما أصدره ليتأكد من مشروعيته وصحته وملاءمته للمشاكل التي صدر لمعالجتها . وإما عن طريق الرئيس الإداري ، الذي يملك سلطة فحص أعمال مرعوسيه ، وله ان يعدها او يلغونها إذا رأى ذلك ، وقد تتولى الرقابة أجهزة مركزية متخصصة ينظمها النظام<sup>18</sup> .

وتباشر السلطة الإدارية الرئاسية الرقابة الإدارية إما بشكل تلقائي وإما بناء على تظلم، ويقصد بالتلقائي أي مراجعة الرئيس الإداري أعمال مرعوسيه، وذلك بإلغائها أو تعديلها بناء على سلطته الرئاسية المقررة<sup>19</sup> . وأما التظلم فيكون بطلب يقدم إلى متخذ القرار، ويسمى بالتظلم الولائي أو يقدم الطلب إلى رئيس متخذ القرار ويطلق عليه التظلم الرئاسي. وبذلك تباشر السلطة الإدارية الرقابة على الموظفين.

يؤكد الشراح<sup>20</sup> ، حق الإدارة في الإلغاء والسحب للقرارات الإدارية ، مالم تكن قد تم تحصينها. وما يترتب على الرقابة ، إنما أساسه تحقيق المصلحة العامة ، وهي غاية النظام القانوني النهائية . فإن من حق الإدارة أن تمسّ المراكز القانونية التي أنشأتها القرارات الإدارية لصالح الأفراد فإن تلك المراكز لا تعتبر حقوقاً مكتسبة ، إذا تعارضت مع المصلحة العامة ، لأنها أولى بالحماية ، على كل حال وتقديم المصلحة الفردية على المصلحة العامة أمر باطل "وكل ما بني على الباطل فهو باطل" ولكي تحكم الرقابة لا بد من جزاء رادع ، لذا جاء نظام التأديب لتحقيق ذلك.

<sup>18</sup> عبد الله ، عبد الغني بسيوني: القضاء الاداري ، منشأة المعارف - الاسكندرية ٢٠٠٦م

ص ٢٨٧

<sup>19</sup> خليل ، محسن : القضاء الاداري، دار المطبوعات الجامعة ، الاسكندرية ١٩٨٩م ص

Hauriou M ٢٠

Precis de droit administratif – Paris 1961 Vedel Georges:

Lasoumission de l administration a la loi , Paris 1930.

خليل ، عبد القادر : نظرية سحب القرارات الادارية ، القاهرة ١٩٦٤م

ب - كفاءة حسن سير المرافق العامة بانتظام وحماية الوظيفة العامة وتحقيق المصلحة العامة :

إن الخدمة العامة تؤدي عن طريق مرفق عام ، والمرفق العام : هو كل مشروع تنشؤه الدولة أو تشرف على إدارته ويعتمد سلطات الإدارة العامة ، ويقدم الخدمات العامة ويسهم في صيانة النظم العلم وتحقيق المصلحة العامة<sup>21</sup>

إن الهدف الأساسي الذي تسعى الدولة إلى تحقيقه من إنشاء المرفق العام هو إشباع الحاجات العامة ومن ثم تحقيق المصلحة العامة ، أي تقديم الخدمات الأساسية للمواطنين ، والتي يتوقف عليها معيشتهم وأمنهم وتنظيم أحوالهم ، وبذلك يجب أن يكون عملها منتظماً ومستمراً دون انقطاع أو توقف ، لأن هذا الانقطاع - إن حدث ولو لمدة وجيزة - سيؤدي إلى أضرار كثيرة في حياة الناس. ولهذا أجمع الفقه والقضاء على أهمية وضرورة هذا المبدأ ، وقد تدخل المنظم في كثير من الحالات لتأكيد هذا المبدأ ، ومنع كل ما يعرقل تطبيقه واحترامه ، كمنع إضراب الموظفين ، وتنظيم الاستقالة ونظرية الموظف الفعلي ، ونظرية الظروف الطارئة . ويأتي نظام التأديب بوصفه إحدى وسائل الردع للموظف لكي يستمر الموظف للقيام بواجبات الوظيفة العامة على أكمل وجه لكي يستمر عمل المرفق العام

ج - انتظام أداء الإدارة لوظيفتها المحددة مسبقاً :

اعتمدت المملكة أسلوب التخطيط الاقتصادي والاجتماعي الشامل لكل نواحي النشاطات في الدولة ، وكون التخطيط هو إحدى الوظائف الإدارية الأساسية ، وهو دراسة المستقبل من أجل الوصول إلى أهداف محددة مع وضع الترتيبات والإجراءات اللازمة لتحقيق تلك الأهداف . وقد أدركت الدولة أن التخطيط للمستقبل أمر حيوي ، وبذلك أصبحنا امام التخطيط القومي الشامل في

<sup>21</sup> الطماوي سليمان محمد: مبادئ القانون الإداري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ١٩٧٩ ص ١٩٨ . الطومر، ملحد راغب: القانون الإداري الإسكندرية ١٩٨٧ ص ٢٦٧

De Labadie Andre, op. cit. p356 Waline M: Traite de droit administratif - paris 1963 p167.

جميع القطاعات<sup>22</sup>، وكذلك ضرورة تدخل الدولة لتحقيق التنسيق اللازم للأنشطة الاقتصادية والاجتماعية وتوجيهها<sup>23</sup>.

وبذلك أصبحت جميع الإدارات أمم وظائف محددة لها مسبقاً ، يجب العمل على أدائها بانتظام، وبذلك فإن كفاءة الاحتفاظ بمستوى من السلوك والأداء، ومحاسبة كل من يبدد وقت العمل أو يعطل الانتاج أو يخالف القوانين والأنظمة أمر ضروري، فتمتد نظم التأديب بوصفه إحدى الوسائل التي تبحث في الالتزامات والضمانات الخاصة بالموظفين والجزاءات التي توقع عليهم ووسيلة تستعين بها الإدارات لتحقيق أهدافها وأداء وظيفتها المحددة مسبقاً.

د- تأديب من يخالف أو يحيد عن تطبيق النظام أو يخل بشرف وكرامة الوظيفة:

ينشأ النظام ، باعتباره معاصراً لوجود الجماعة المنظمة ، في أبسط صورها، التي تملك فرض احترام القواعد النظامية بتوقيع الجزاء على المخالف لها .

وفي تأكيد معنى تعاصر المجتمع للقانون وللتنظيم، قوله تعالى "فتلقى أمّ من ربّه كلماتٍ ... " (سورة البقرة الآية ٣٧) ؛ ذلك أن الشارع ما كان ليخلق الناس ويتركهم سدى بغير تنظيم يحفظ مصالحهم<sup>24</sup>.

استقر الفقه على أن علاقة الموظف بالدولة هي علاقة تنظيمية ، تحكم بموجب نظام علم ؛ لذا فإن مؤدى أساس الجزاء التأديبي الذي يستمد منه المشروعية هو قواعد النظم العلم ، المتمثلة في أحكام نظم التأديب وأحكام نظم الخدمة المدنية ، والتي تسوغ حق الدولة في الإدارة والإشراف على المرافق العامة ، وضرورة حسن تطبيق النظم ، والذي يستلزم انضباط الموظف في أداء واجبات وظيفته لتحقيق المصلحة العامة.

ومن ثم يكون تأديب من يخالف أو يحيد عن تطبيق النظم أو يخل بشرف وكرامة الوظيفة العامة وهو حكم النظم ضد من تثبت مسؤوليته عن مخالفة تأديبية ، وبناء على ذلك فقد جاء نظم تأديب الموظفين في المملكة

22 عبد الفتاح محمد سعيد : الإدارة العامة ، القاهرة ١٩٧٨م ص95

23 الشريف ، علي : اصول الإدارة العامة ، القاهرة ١٩٨٧م ص156

24 أبو السعود، رمضان ومحمود، همام محمد: المبادئ الأساسية في القانون، منشأة المعارف الإسكندرية - ١٩٩٦م



بإيراد الأحكام الأساسية المتعلقة بالجزاءات التأديبية ، لتصبح عقوبة تمس الموظف المخالف في حياته الوظيفية ، لضمان حسن تطبيق النظام .  
هـ ردع وتقويم الموظف عن التصرفات غير المشروعة :

يقصد بالردع التخويف الذي تقوم به العقوبة ، بما تتضمنه من إيلاء تصيب به الجاني وفي صرف الآخرين عن تقليده<sup>٢٥</sup> . فالعقوبة تعد تحذيراً قوياً للجميع بالمصير الذي ينتظر من يرتكب المخالفة ، وبذلك يستهدف نظام التأديب منع المخالف من العود مستقبلاً إلى ارتكاب المخالفة ، وضرب المثل لغيره حتى يتحرى الدقة في أداء الوظيفة<sup>٢٦</sup> . وبذلك يكون الجزاء رادعاً للمخطئ وغيره<sup>٢٧</sup> وكما يهدف الجزاء للردع والتخويف فهو يهدف إلى تقويم سلوك الموظف المخالف عن طريق الإصلاح<sup>٢٨</sup> ، والتقويم<sup>٢٩</sup> وتبصير الموظف بعواقب الخطأ وبذلك يهدف التأديب إلى التقويم ورفع كفاءة الأداء ، وأن تكون التصرفات التي تصدر عن الموظفين موافقة للنظام نصاً وروحاً ، أي مراعاة النظام بدقة واحترام قواعده

وبذلك يكون العقاب التأديبي غير مقصور على الموظف المخطئ ، بل وتحذير غيره من الموظفين ، وبذلك يتحقق الردع والإصلاح ، وبالتالي تكون نشاطات الإدارة مشروعة ، وأن القضاء هو الذي يراقب كل ذلك .

## ٢- أحكام التأديب:

الحكم لغة: هو القضاء<sup>٣٠</sup> فالحكم والقضاء مترادفان ، ويزيد القضاء على الحكم في المعنى بأنه عمل القاضي<sup>٣١</sup> )  
وبذلك يمكننا القول إن أحكام نظام التأديب هي: إنزال أو إظهار حكم النظام في الواقعة أو فيمن يجب عليه إمضاؤه فيه .

25 بلال, احمد عوض: علم العقاب , النظرية العامة والتطبيقات , دار الثقافة العربية , القاهرة ١٩٨٣م - ١٩٨٤م ص ٨٧.

26 النفيسة , مطلب : مصدر سابق , ص ٩٧.

27 المنكرة التفسيرية لنظام تأديب الموظفين في المملكة لعام ١٣٩١هـ.

28 عواضة, حسن محمد : حول سلطة التأديب الرئسية , القاهرة ١٩٧٦م

٢٩ حمودة , بدوي ابراهيم :الموظف العام ومسؤولياته في الدول العربية الحلقة الدراسية الثانية , القاهرة , ١٩٧٢م

30 المعجم الوسيط مادة (ح ك م)

31 المعجم الوسيط مادة (ق ض ي)

تتمثل الأحكام التأديبية في القواعد النظامية الواجب اتباعها في مواجهة المتهم تأديبياً من لحظة الاتهام أو وقوع المخالفة حتى صدور القرار أو الحكم التأديبي بشأنها .

نخلص مما تقدم أن نظام تأديب الموظفين في المملكة العربية السعودية يرمي إلى أن تكتي أهدافه وأحكامه وإجراءاته مبسطة بقدر الإمكان ، وهي بصدد ضبط الوظيفة العامة ، ومعاقبة من يخطئ من الموظفين حتى يكون الجزاء ردعاً للمخطئ وعبرة لغيره، ومستهدفاً تحقيق العدالة والحزم، وقد صيغت أحكام النظم على نحو يكفل للموظف الكفاء النزاهة الحمالية ، ويضرب على يد المهمل والمخطئ ، وبذلك يتوافر للجهاز الإداري أداء نشاطه وفقاً لمبدأ المشروعية .

### المبحث الثاني

#### دور هيئة الرقابة والتحقيق في تطبيق نظم تأديب الموظفين

تتولى الهيئة الرقابة والتحقيق في المخالفات المالية والإدارية المرتكبة من موظفي الدولة<sup>32</sup>

وتختص بالتحقيق والادعاء أمام ديوان المظالم في المخالفات الإدارية<sup>33</sup> ، والجرائم الجنائية المتعلقة بالوظيفة العامة ..

إن هيئة الرقابة والتحقيق ليست مكلفة بالتحقيق التأديبي فحسب، وإنما تختص أيضاً بالرقابة اللازمة للكشف عن المخالفات المالية والإدارية في الجهات الإدارية المختلفة وتتولى رفع الدعوى التأديبية والادعاء بها أمام ديوان المظالم.

وهي هيئة مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية وترتبط مباشرة برئيس مجلس الوزراء ، مما يحقق لها الاستقلالية عن الأجهزة الحكومية الأخرى وطبيعة عملها الرقابة على عمل موظفي الحكومة والأشخاص المعنوية العامة المحلية والمؤسسات العامة في أداؤهم لواجباتهم ، والتحقيق مع من ينسب إليه

32 المادة 1/5 نظم تأديب الموظفين في المملكة  
33 المادة 3، 4/5 نظم تأديب الموظفين في المملكة

الإخلال بواجباته الوظيفية ، وهي تضم جهازين هما جهاز الرقابة وجهاز التحقيق<sup>٣٤</sup>.

يعين رئيس الهيئة وتنتهى خدمته بأمر ملكي ، ويعين الوكلاء وتنتهى خدمتهم بأمر ملكي بناء على اقتراح رئيس الهيئة<sup>٣٥</sup>. واستنادا إلى نص المادة الرابعة من نظام تأديب الموظفين صدرت اللانحة الداخلية للهيئة بالأمر الملكي رقم ١٣١٣٦ وتاريخ ١٣٩٢/٧/١ هـ ، فأعطت المزيد من التفصيل والقواعد التي تقوم عليها الهيئة ودورها في تطبيق نظام التأديب .

وانطلاقا من الاتجاه القائل بالفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق ، حيث ينتج عنه من الناحية الفنية تخصص الأجهزة القائمة عليها ، وأنه يسرع بالإجراءات ، وأن نظام الفصل هو الأقرب إلى احترام الحريات الفردية ، فتراقب كل سلطة عمل الأخرى<sup>٣٦</sup> ، وتتفادى مظاهر الشطط والظلم ويحل محلها الاعتدال ، ولكي تكون الجهة الإدارية التي يتبعها الموظف على علم مسبق بما يتخذ بحاله من الإجراءات<sup>٣٧</sup> ، وأن الأصل في الإجراءات التي تتخذ تجاه الموظف هي من اختصاص الجهة الإدارية التابع لها الموظف<sup>٣٨</sup> . لذا جاء نظام التأديب بتحديد دور هيئة الرقابة والتحقيق في تطبيق نظام التأديب ، وكذلك بين الإجراءات التي تتخذها الهيئة لتنفيذ هذا الدور، لذا سوف نبينها فيما يلي :

أولا - الرقابة :

استثناء من الأصل ، ولعدم الإخلال بسلطة الجهة الإدارية المعنية بالرقابة وفحص الشكاوي والتحقيق ؛ تختص هيئة الرقابة والتحقيق في حدود القواعد المنصوص عليها بنظام تأديب الموظفين ، بالرقابة على موظفي الإدارات في الدولة ، في أدائهم لواجباتهم ، وذلك بإجراء الرقابة اللازمة للكشف عن المخالفات المالية والإدارية . وفحص الشكاوي التي

34 المادة ٣ نظام تأديب الموظفين في المملكة

35 المادة ٢ نظام تأديب الموظفين في المملكة

36 المادة ٣٩ نظام الموظفين تأديب في المملكة

37 المادة ٧ نظام تأديب الموظفين في المملكة

38 المادة ٥ / ٣ و ٦ نظام تأديب الموظفين في المملكة

تحال إليها من الوزراء المختصين أو من أي جهة رسمية مختصة عن المخالفات المالية والإدارية وكذلك الرقابة على القرارات التأديبية. وبذلك فهي رقابة محددة وكما يلي :

١ - إجراء الرقابة اللازمة للكشف عن المخالفات المالية والإدارية<sup>٣٩</sup>.  
إن من أهم اختصاصات هيئة الرقابة والتحقيق التي نص عليها نظام تأديب الموظفين في المملكة ، هي إجراء الرقابة اللازمة للكشف عن المخالفات المالية والإدارية<sup>٤٠</sup> ، فإذا تم الكشف عن المخالفة عند ممارستها لهذه المهمة الرقابية ، ورأى رئيس الهيئة أن الأمر يستوجب التحقيق ينتدب من يراه من المحققين لإجراء التحقيق ، وفي هذه الحالة يجب إخطار الجهة الإدارية التي يتبعها الموظف بإجراء التحقيق قبل البدء فيه . وفي هذا دليل على التنسيق بين جهتي التحقيق ، الهيئة والجهة الإدارية ، منعاً للازدواجية ولكي تكون الجهة الإدارية على علم بإحالة موظفها للتحقيق قبل إجراء التحقيق معه ، وفي هذا ضمانة للموظف من ناحية والتأكيد على أن الإدارة هي صاحبة السلطة في إجراء التحقيق والاستثناء هو للهيئة .

٢ - فحص الشكوى التي تحال إليها من الوزراء المختصين أو أي جهة رسمية مختصة عن المخالفات المالية والإدارية<sup>٤١</sup>

إن مخالفة أعمال الإدارة لأحكام الشرع أو النظم يجعل منها أعمالاً غير مشروعة ويكون لكل ذي شأن الحق في طلب إلغائها ووقف تنفيذها<sup>٤٢</sup>.  
ويأتي دور الرقابة الإدارية باعتبارها إحدى المهام الأساسية للقيادة الإدارية في كافة المنظمات ، للتحقق من مدى إنجاز الأهداف وقياس درجة كفاءة الجهاز الإداري ، واكتشاف الأخطاء والمخالفات التي تقع أثناء التنفيذ ، وهذا ما يجعل الرقابة الإدارية تسعى للتأكد من ممارسة الموظفين أعمالهم ، بأمانة وإخلاص وعدالة ففي حالة إكتشاف أي مخالفة ، أو وجود أي شكوى فيكون للوزير

39 المادة ١/٥ نظام تأديب الموظفين في المملكة

40 المادة ١/٥ نظام تأديب الموظفين في المملكة

41 المادة ٣/٥ نظام تأديب الموظفين في المملكة

42 الجرف ، مطبوعة : مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون ، دار النهضة الثقافية ١٩٧٦ م ص ١٣٤

المختص أو أي جهة رسمية مختصة إحالة تلك المخالفة لكي تتولي هيئة الرقابة والتحقيق فحصها بما لديها من إمكانات وأجهزة فنية متخصصة  
٣- الرقابة على القرارات الإدارية التأديبية ، الصادرة من الجهة الإدارية<sup>٤٣</sup>

تبلغ الجهة الإدارية هيئة الرقابة والتحقيق وديوان الموظفين العام وديوان المراقبة العامة بالقرار الصادر بالعقوبة فور صدور القرار بهذا الشأن ، فإذا لم تكن القرارات قد صدرت نتيجة تحقيق أجرته هيئة الرقابة والتحقيق بالتطبيق للمادة الثامنة والثلاثون ، فعلى الجهة الإدارية أن ترسل إلى هيئة الرقابة والتحقيق مع القرار صور من جميع أوراق التحقيق والهيئة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلمها للقرار وصور أوراق التحقيق، إذا رأت أن المخالفة الصادرة بشأنها القرار تستوجب الفصل ، أن تبلغ الوزير المختص بذلك وتباشر التحقيق في القضية<sup>٤٤</sup> . وذلك لأن عقوبة الفصل ليست من اختصاص الجهة الإدارية . فتتولى هيئة الرقابة والتحقيق إجراء التحقيق ورفع الدعوى إلى ديوان المظالم ، يستدل من ذلك أن هدف الرقابة هنا هو تحقيق المصلحة العامة ، إذا ما وجدت الهيئة أن قرار التأديب لا يتناسب وجسامته المخالفة ، ومع ذلك فإن تطبيق مبدأ المشروعية في العقوبة التأديبية ، ومدى ملاءمة أو تناسب العقوبة مع المخالفة هي في نهاية الأمر تكون للقضاء الإداري .

#### ثانياً- التحقيق :

بعد التحقيق من أهم اختصاصات هيئة الرقابة والتحقيق ؛ لذا نص نظام تأديب الموظفين على اختصاصات الهيئة في التحقيق فيما يلي :

١ - إجراء التحقيق في المخالفات المالية والإدارية التي تكشف عنها الرقابة ، وفيما يحال إليها من الوزراء المختصين أو أي جهة رسمية مختصة<sup>٤٥</sup> :

منح هذا النص الهيئة صلاحية التحقيق في المخالفات المالية والإدارية التي تكشف عنها الرقابة التي تتم من قبل الهيئة ، أو تلك التي تحال إليها من قبل الوزير المختص أو أي جهة رسمية مختصة ، وبذلك لرئيس الهيئة إذا رأى أن الموضوع الذي تكشف عنه الرقابة يستوجب التحقيق فيه ينتدب من المحققين

<sup>43</sup> المادة ٣٨ نظم تأديب الموظفين في المملكة

<sup>44</sup> المادة ٣٩ نظم تأديب الموظفين في المملكة

<sup>45</sup> المادة ٣/٥ نظمان تأديب الموظفين في المملكة

لإجرائه بعد إخطار الجهة الإدارية التي يتبعها الموظف<sup>٤٦</sup> ، وكذلك يكون للوزير المختص أو أي جهة رسمية مختصة ، أن تحيل موضوع التحقيق في المخالفات التي تكتشفها إلى الهيئة ؛ كونها الجهة المختصة والمؤهلة للقيام بهذه المهمة .

٢- إذا ارتكب الموظف مخالفة في جهة غير التي يعمل فيها<sup>٤٧</sup> :

إذا تبين أن الموظف ارتكب المخالفة في أي جهة غير التي يعمل بها سواء كان ارتكابه لتلك المخالفة قبل أن ينقل للجهة الجديدة أو في أثناء الانتداب أو التدريب أو غير ذلك ، فإن النص جاء هنا لكي يتجنب العديد من النواحي ، منها :

- أ- تجنّب التنازع في الاختصاص بالتحقيق بين الجهات الإدارية .
- ب- هيئة الرقابة والتحقيق هي الجهة الوحيدة ذات الاختصاص برفع الدعوى أمام ديوان المظالم ؛ لأن في مثل هذه الحالة يكون الديوان هو صاحب الاختصاص بإيقاع العقوبة .
- ج- إن هيئة الرقابة والتحقيق هي الجهة المؤهلة والمختصة بإجراء التحقيق بما لديها من إمكانات فنية وأجهزة مختصة .
- د- إن هيئة الرقابة والتحقيق هي جهة محايدة ، وربما تكون الجهتان الإداريتان اللتين سوف تتنازع الاختصاص بالتحقيق إحداهما تلزم جانب الموظف والثانية تكون ضده .

٣- اتهام عدد من الموظفين بارتكاب مخالفة أو مخالفات مرتبطة ببعضها وكتلوا عند ارتكابها أو عند اكتشافها تابعين لأكثر من جهة إدارية<sup>٤٨</sup> في هذه الحالة جاء النص واضحاً بأن التحقيق فيها يكون من اختصاص هيئة الرقابة والتحقيق ، وذلك لانطباق ذات المبررات التي أوردناها في الحالة أعلاه ، ويلاحظ هنا أن تعميم معالي رئيس هيئة الرقابة والتحقيق رقم ٢٩٣ وتاريخ ١٤٠٤/٧/١٥ هـ بأنه في حالة أن اشترك المستخدم في ارتكاب المخالفة مع موظف علم يكون التحقيق فيها من قبل هيئة الرقابة والتحقيق رغم أن الهيئة

٤٦ المادة ٧ نظم تأديب الموظفين

٤٧ المادة ٤٠ نظم تأديب الموظفين

٤٨ المادة ٤١ نظم تأديب الموظفين في المملكة

لا تختص بنظر المخالفات المرتكبة من قبل المستخدمين إلا إذا جاءت في الحالة هذه .

٤- حالة الموظف الذي ترك الخدمة لأي سبب ولم تتخذ الإجراءات التأديبية بحقه أو في حالة الاستمرار فيها<sup>٤٩</sup>.

يقصد بانتهاء خدمات الموظف أي انتهاء الرابطة الوظيفية بين الموظف وجهة عمله التي كان يعمل بها ، وبذلك لم تعد لها أية ولاية عليه ، ولهذا نص المنظم على أن تتولى هيئة الرقابة والتحقيق التحقيق معه عن المخالفة التي ارتكبتها ولم يتم التحقيق معه بها أو أن التحقيق معه مستمر، ولكن لكون خدماته قد انتهت ؛ تحال الأوراق التحقيقية إلى هيئة الرقابة والتحقيق لاستكمال التحقيق معه ، وكذلك فإن المنظم ، أفرد لهذه الحالة عقوبة خاصة تتناسب مع وضع الموظف الذي انتهت خدماته ، وهي الغرامة بما لا تزيد على ما يعادل ثلاثة أمثال صافي آخر راتب كان يتقاضاه أو بالحرمان من العودة للخدمة مدة لا تزيد على خمس سنوات أو بالعقوبتين معا<sup>٥٠</sup> ، وإن إيقاع هذه العقوبة تكون عن طريق دعوى ترفع إلى ديوان المظالم من قبل هيئة الرقابة والتحقيق.

٥- أن تكون العقوبة المطلوب توقيعها هي الفصل :

إذا كان الفعل المنسوب للموظف يستحق توقيع عقوبة الفصل ، فإنه يجب على الإدارة إحالة الموضوع بكامله إلى هيئة الرقابة والتحقيق ، لاتخاذ الإجراءات اللازمة ، فإذا تحقق لها ذلك فتقوم برفع الدعوى والادعاء أمام القضاء<sup>٥١</sup>، فمثل هذه العقوبة ليست من اختصاص الجهة الإدارية بلياقاعها بقرار منشى<sup>٥٢</sup>.

٦- حالة ما إذا كان الفعل المرتكب يشكل مخالفة تأديبية وجريمة جنائية في الوقت نفسه:

إذا كشف التحقيق أن الفعل المرتكب يشكل جريمة جنائية ، وهو إتيان الموظف العام فعلاً أو تصرفاً ينطوي على الإخلال بالسلوك العام للمجتمع أو

49 المادة ٣٣ نظم تأديب الموظفين

50 المادة ٣٣ نظم تأديب الموظفين

51 المادة ٨ قواعد المرافعات أمام ديوان المظالم لعام ١٤٠٩هـ و المادة ١٠ نظم ديوان

المظالم لعام ١٤٠٢هـ

52 المادة ٣٥ نظم تأديب الموظفين

الواجبات الوظيفية، وبشكل عدم الالتزام بما تفرضه أحكام الشريعة الإسلامية أو الأنظمة النافذة وكذا الآداب والأخلاق في المجتمع ، فيترتب عليه إيقاع الجزاء الجنائي والتأديبي، وذلك وفقاً لطبيعة الفعل الخطأ الصادر عن الشخص الذي ارتكبه .

ففي حالة أن الفعل يشكل جريمة ، تتولى هيئة الرقابة والتحقيق إجراء التحقيق فيها ورفع الدعوى والإدعاء أمام القضاء المختص<sup>53</sup> .  
أما إذا كانت القضية منظورة أمام ديوان المظالم ، ورأت الدائرة التي تنتظر الدعوى التأديبية ، أن الواقعة التي وردت بقرار الاتهام تكون جريمة جزائية فعليها أن توقف الفصل بالدعوى التأديبية وتقرر إعادة القضية إلى هيئة الرقابة والتحقيق لاتخاذ ما يجب نظاماً<sup>54</sup> حيث يتوقف القضاء التأديبي عن نظر الدعوى حتى نتيجة الحكم الجنائي فيها.

### ثالثاً- إجراءات التحقيق التي تتم من قبل هيئة الرقابة والتحقيق :

تحدد القواعد الإجرائية بصفة مجردة النموذج القانوني لعمل إجرائي معين والشكل الذي يتعين اتخاذ هذا العمل بموجبه<sup>55</sup> ، فإذا لم يتطابق السلوك أو العمل الإجرائي الذي اتخذ مع النموذج القانوني المحدد كان أولى بالبطلان .  
لذا يقصد بالإجراءات ، النموذج النظامي لعمل معين والشكل أو الخطوات التي ينبغي اتباعها لإنجاز ذلك العمل ، وكون التحقيق هو مجموعة إجراءات بهدف كشف الحقيقة . وأوجب نظام التأديب أن يسبق توقيع الجزاء التأديبي على الموظف تحقيق مكتوب<sup>56</sup> ، لتحديد الأفعال التي تصدر عن الموظف العام ، والمبلغ عنها لبيان ما إذا كانت تشكل مخالفة تأديبية وظروفها وأدلة إثباتها أو نفيها وصولاً إلى الحقيقة ، لتوقيع الجزاء المناسب بحق المخالف .

53 المادة 12 نظام تأديب الموظفين و المادة 8 قواعد المرافعات والإجراءات امام ديوان

المظالم

54 المادة 26 قواعد المرافعات امام ديوان المظالم

55 عثمان، أمال عبد الرحيم :شرح الاحراءات الجنائية، دار النهضة العربية القاهرة،

1988م

56 المادة 55 نظام تأديب الموظفين في المملكة



تباشر التحقيق الجهة المنوط بها أمر التحقيق نظاماً من خلال الفحص والبحث والتقصي الموضوعي والمحايد لكشف الحقيقة ، وفقاً للضمانات التي حددها النظم .

وسوف نبين فيما يلي أهم إجراءات التحقيق الذي تقوم به هيئة الرقابة والتحقيق :

#### ١- العلم بالمخالفة:

يكون العلم بالمخالفة ، بإدراك أو معرفة السلطات المختصة بنبا ارتكاب فعل مؤثم قانوناً ، وذلك عن طريق إحدى وسائل الإخبار<sup>٥٧</sup> ، ويتحقق العلم بمجرد المعرفة أن هنالك فعلاً يمكن أن يشكل أساساً لمخالفة مالية أو إدارية . ويتم ذلك من خلال الرقابة أو الإبلاغ أو الشكوى أو التظلم .

وتكون الإحالة إلى التحقيق بمقتضى النظم أو اللوائح التي تحدد السلطة المختصة بالإحالة إلى التحقيق والجهة التي تباشر التحقيق ، وفي الغالب يقرر الرئيس الإداري إحالة الموظف إلى التحقيق ، استناداً إلى السلطة الرئاسية ، وكونه المسئول عن حسن سير المرفق<sup>٥٨</sup> .

إن صاحب سلطة الإحالة إلى التحقيق في المملكة ، هو الرئيس الإداري المختص ، وهو الوزير<sup>٥٩</sup> ، وقد تكون الإحالة من غير الرئيس الإداري ، إذا رأى رئيس هيئة الرقابة والتحقيق أن أموراً تستوجب التحقيق ، ولكن يجب إخطار الجهة الإدارية التي يتبعها الموظف بإجراء التحقيق قبل البدء به<sup>٦٠</sup> .

إن الأمر بالإحالة إلى التحقيق هو إجراء يفتح به المحقق إجراءات التحقيق ، لذا ينبغي ألا تكون الإحالة قائمة على الشبهة أو كيد أو نكاي<sup>٦١</sup> . ويجب عدم التهاون في الإحالة إلى التحقيق<sup>٦٢</sup> ؛ لأنه قد يؤدي إلى التسبب أو الإدارة السيئة لذا يتطلب الأمر التثبت قدر المستطاع .

57 مراد ، عبد الفتاح : التحقيق الجنائي ، مؤسسة شباب الجامعة - الإسكندرية ١٩٨٩م ص ١٣٢

58 الطماوي : مبادئ الإدارة العلمية ، مصدر سابق ص

59 المادة ٣٥ و٤٦ نظم تأديب الموظفين

60 المادة ٧ نظم تأديب الموظفين

61 الطماوي ، سليمان محمد : القضاء الإداري ، الكتاب الثاني ، القاهرة ١٩٩٥م ص . عبد العادي ، ماهر : الشرعية الإجرائية في التأديب ، أصول القوانين القاهرة ، ١٩٨٦م

62 عبد الهادي ، ماهر : المصدر السابق ص ٨٦

## ٢- التكليف بالحضور للتحقيق :

يتم تبليغ الموظف المتهم بالحضور لسؤاله عما هو منسوب إليه أو لاستجوابه أو مواجهته بغيره . حيث نص نظام تأديب الموظفين على أن يجري التحقيق بحضور الشخص الذي يجري التحقيق معه ما لم تقتض المصلحة العامة إجراء التحقيق في غيبته<sup>63</sup>

وبينت اللائحة الداخلية لهيئة الرقابة والتحقيق ، أنه إذا تعذر حضور المطلوب استجوابه ؛ لمرضه أو لأسباب قهرية ، وكان التحقيق لا يتحمل الإجراء يصدر رئيس الهيئة أمراً بانتقال المحقق لإجراء التحقيق في مكان تواجد ، وعلى أن يصحبه كاتب للتحقيق ، إن وجد ، وأحد أعضاء الرقابة ويراعى إخطار مرجع المستجوب مسبقاً بذلك<sup>64</sup> .

لم يبين النظم الجهة التي تتولى التبليغ ، والأسلوب أو الطريقة التي يتم بها التبليغ . إلا أنه من حيث المبدأ ، يجب على الإدارة أن تبلغ الموظف بأمر الحضور للتحقيق بشكل واضح يتضمن المخالفة المنسوبة إليه ، فلا يكون هنالك أي شك أو غموض في بياناته ، لكي يكون على بينة من أمره ، وإن الجهة الإدارية غير ملزمة باتباع طريقة معينة لإخطار الموظف رسمياً بما يفيد ضرورة مثوله أمام المحقق للاستماع إلى أقواله . ولأن التكليف بالحضور من القرارات الفردية فيلزم إبلاغه شخصياً ، وبكفي علم المخالف بالتكليف بالحضور بأي كيفية حتى يعتبر تكليفه في هذا الشأن صحيحاً<sup>65</sup> ، ويقع على عاتق المحقق بالجهة الإدارية أو في هيئة الرقابة والتحقيق تبليغ الموظف بأمر الحضور للتحقيق ، ولا يُحتج في ذلك بصعوبة التنفيذ ، إلا أن ذلك مشروط بالألا يكون عدم التبليغ راجعاً إلى خطأ من جانبه في الحالات التي يتم تبليغه على محل إقامته<sup>66</sup>

63 المادة ١٠ نظام تأديب الموظفين في المملكة

64 المادة ٩ ب/ الفصل الثاني لائحة هيئة الرقابة والتحقيق

65 الطماوي سليمان محمد : النظرية العامة للقرارات الإدارية دار الفكر العربي ، القاهرة

١٩٨٤م

66 عبد الفتاح ، عبد الحليم عبد البر ضمانات التأديب في الوظيفة العامة جامعة القاهرة

١٩٨٧م

إن عدم استدعاء المتهم للتحقيق معه وفقاً للقواعد السابقة يترتب عليه بطلان التحقيق والأثر المترتب عليه إذا كان التحقيق قد تم بمعرفة الإدارة<sup>٦٧</sup>.

### ٣ - كتابة التحقيق :

تتضمن الأنظمة التأديبية نصوصاً وأحكاماً مقررة لتوفير الضمانات الجوهرية للموظف العام ، ومنها ضرورة إجراء التحقيق قبل توقيع الجزاء التأديبي ، وأن يكون مكتوباً<sup>٦٨</sup> . وهو أمر لازم حتى يكون التحقيق حجة على الجميع . كما يجب كتابة التحقيق في محضر أو محاضر سلسلة يبين فيها تاريخ ومكان وساعة افتتاحه وإتمامه وتذييل كل ورقة من أوراق التحقيق بتوقيع من تولى التحقيق ولا يجوز الشطب أو التعديل في أوراق محاضر التحقيق<sup>٦٩</sup> .  
وتعد الكتابة أهم شرط في التحقيق ، فهي سند التدليل على الإجراءات أمام سلطة التحقيق ، وذلك على أساس أن إجراء غير المكتوب في حكم العدم إعمالاً لمبدأ " ما لم يكتب لم يحصل"<sup>٧٠</sup> . ويعني ذلك أن الكتابة شرط واجب في التحقيق وإلا عُدَّ التحقيق لا وجود له.

### ٤ - إجراءات جمع الأدلة في التحقيق التأديبي :

تتطلب إجراءات جمع الأدلة ، الاطلاع على الوثائق الإدارية ، والتفتيش ، والمعانة وسماع الشهود ، والاستعانة بالخبراء ، والاستجواب والمواجهة .

وهذه الإجراءات ليست شكلاً مجرداً من الغاية ، ولكنها إجراءات المقصود بها الوصول إلى الحقيقة ، فالبحث عن الأدلة التي تفيد نسبة الفعل إلى الموظف ، حيث يباشر المحقق إجراءات التحقيق بموجب سلطات بينها النظام . وعلى المحقق الالتزام بها بكل دقة واهتمام وفقاً لأحكام نصوص النظام . وفيما يلي أهم الإجراءات في جمع الأدلة في التحقيق التأديبي :

67 صلاحي ، سمير : قرارات وأحكام التأديب في ميزان الإدارات العليا، الهيئة المصرية

للكتاب القاهرة ١٩٨٥م

68 المادة ٣٥ نظم تأديب الموظفين

69 المادة ١١ نظم تأديب الموظفين

70 سرور، احمد فتحي : الوسيط في شرح قانون الاجراءات الجنائية ، دار النهضة ، القاهرة

١٩٩٦م ص ٢٦٥

## أ- الاطلاع على الوثائق الإدارية :

إن الاطلاع على الوثائق الإدارية والمكتبات وفحصها ، إجراء من إجراءات جمع الأدلة في التحقيق التلبيبي<sup>71</sup> .  
وتبدأ عملية الاطلاع على منكرة التبليغ ، التي أحيلت إلى المحقق؛ ليتأكد من كونه مختصاً بالتحقيق فيما أحيل إليه ، ومن وجود المخالفات التأديبية ، ولكي يحدد الأسلوب الذي استخدمه المخالف في ارتكاب المخالفة<sup>72</sup>  
وتعتبر الوثائق والمستندات أدلة مهمة ، من وسائل الكشف عن الحقيقة .  
لذا حرص المنظم السعودي بالنص على تمكين المحقق من الاطلاع على ما يرى لزوم الاطلاع عليه من الأوراق والمستندات وغيرها<sup>73</sup> . كما أكد أن ترفق بأوراق التحقيق صور المستندات المقدمة ، وعلى المحقق أن يثبت في محضر التحقيق<sup>74</sup> واقعة اطلاعه على الأوراق والمستندات ، و ملخصاً وأيضاً لما اطلع عليه من الأوراق والمستندات التي تهم التحقيق ولها أثر في مجريات التحقيق .  
ونظراً لأهمية الاطلاع على الأوراق والمستندات فقد جاء حكم النص في نظام تأديب الموظفين على أنه إذا امتنعت الجهة الإدارية عن تقديم الأوراق أو تمكين المحقق من الاطلاع عليها فله عرض الأمر على رئيس هيئة الرقابة والتحقيق ليتولى بدوره رفع الأمر إلى رئيس مجلس الوزراء للأمر بما يراه<sup>75</sup> .

## ب - التفتيش :

لما للتفتيش من أهمية في مجال التحقيق ، بوصفه إجراءً من إجراءات التحقيق يهدف إلى ضبط وجمع الأدلة ، وكل ما يفيد في كشف

<sup>71</sup> De Laubadere Andre et Gaudement Yevs , Traite de droit administratif. T.2 Paris . 1995

<sup>72</sup> Salon Serge: Delinquance et repression disciplinaire dans la fonction pablique , Paris 1989 (cette operation permettre de contester, A coup sure ,l eterner les procedes utilises par le coupable qui etre facilement cinfindu)

<sup>73</sup> المادة ٨ نظام تأديب الموظفين

<sup>74</sup> المادة ١٢ و٣٩ نظام تأديب الموظفين

<sup>75</sup> المادة ٨ نظام تأديب الموظفين

الحقيقة<sup>٧٦</sup>. فالهدف من مباشرة هذا الإجراء هو الحصول على دليل مادي يتعلق بالمخالفة التأديبية الجاري التحقيق بشأنها<sup>٧٧</sup>.

وقد نص نظام التأديب على نوعين من التفتيش ، وهما :

١- تفتيش أماكن العمل<sup>٧٨</sup> :

يتم هذا الإجراء في حدود متطلبات التحقيق ، وبحضور الرئيس المباشر للموظف ، وحضور المتهم أو غيابه ، ويحرر محضر بحصول التفتيش ونتيجته ، وذكر أسماء الحاضرين لغرض إثبات الواقعة ، ولا يجوز الامتناع عن تفتيش أماكن العمل ، فإذا حصل ذلك يتم رفع الأمر عن طريق رئيس الهيئة إلى مجلس الوزراء للأمر بما يراه .

٢- تفتيش غير أماكن العمل<sup>٧٩</sup> :

يقتضي تفتيش غير أماكن العمل توافر مبررات ، يستلزم مراعاتها ، ومن أهمها : وجود أسباب قوية تدعو لإجراء التفتيش ، وأن تقدير ذلك متروك أمره لرئيس الهيئة ؛ لما لهذا الإجراء من خطورة وما ينطوي عليه من تعرض لحرية المواطنين وأمنهم<sup>٨٠</sup> ، وأن يجري العمل خلال المدة التي تحددها الهيئة مع مراعاة الأصول والتقاليد<sup>٨١</sup> ، وأن يحضر محضر تفصيلي، يبين ما تم اتخاذه من إجراءات ووقائع التفتيش وما أسفر عنه ، ويتم التفتيش بمراعاة المادتين ٤٠ ، ٤١ من نظام الإجراءات الجزائية<sup>٨٢</sup> وكذلك المواد ٢٣، ٢٤ من اللائحة الداخلية لهيئة الرقابة والتحقيق ، وذلك بعد أن تم إلغاء المادتين ١٤٥ ، ١٥٠ من نظام مديرية الأمن العامه استنادا إلى نص المادة الرابعة والعشرين بعد المائتين من نظام الإجراءات الجزائية .

76 سرور، أحمد قنحي: مصدر سابق ص ١٨٧

77 طنطوي، إبراهيم حمد: الدفع ببطلان إذن النيابة العامة بالتفتيش ، المكتبة القانونية -

القاهرة ١٩٩٥م

78 المادة ٨ نظام تأديب الموظفين

79 المادة ٩ نظام تأديب الموظفين

80 المادة ٢٠ اللائحة الداخلية لهيئة الرقابة والتحقيق

81 المادة ٢١ اللائحة الداخلية لهيئة الرقابة والتحقيق

82 نظام الاجراءات الجزائية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٣٩ في ٢٨/٧/١٤٢٢هـ

### ج - المعاينة :

تعد من الإجراءات المهمة لجمع الأدلة في بعض المخالفات التأديبية ، إلا أن نظام تأديب الموظفين في المملكة جاء خالياً من أي نص يتعلق بالمعاينة ، وكذلك اللاتحة الداخلية لهيئة الرقابة والتحقيق .

إن المعاينة ، باعتبارها إجراء من إجراءات التحقيق التأديبي، تتم بانتقال المحقق إلى مكان وقوع المخالفة المالية أو الإدارية ليُشاهد بنفسه جميع الآثار والوقائع التي حصلت والتي تفيد في كشف الحقيقة .

وهناك من القواعد التي ينبغي على المحقق مراعاتها في المعاينة وهي:

- سرعة الانتقال إلى مكان وقوع المخالفة .
- الدقة والتأنى وقوة الملاحظة في أثناء إجراء المعاينة .
- إعطاء وصف للمكان ولكل ما يعثر عليه في مكان المخالفة ، مع عمل رسم تخطيطي لمكان المخالفة .
- المحافظة على مكان المخالفة من العبث .
- عمل محضر يثبت فيه كل ما تم مشاهدته أو العثور عليه وأن يثبت حضور كل الحاضرين ، وما تم ضبطه من الأشياء والأوراق .

### د - سماع الشهود:

إن الاستماع إلى الشهود من أهم إجراءات التحقيق التأديبي ، باعتبار أن الشهادة هي تلك البيانات أو المعلومات التي يقدمها غير الخصوم في التحقيق ، وذلك بقصد تقرير حقيقة ، تتعلق بموضوع الاتهام لأمر رآه أو سمعه الشاهد أو أدركه بإحدى حواسه<sup>83</sup> . أو استقاه من غيره بسمعه أو بصره<sup>84</sup> . لم يوضح نظام تأديب الموظفين إجراء محددًا يلتزم به المحقق في سماع الشهود ، فالمحقق له استدعاء الشهود وسماع أقوالهم ، وله أن يسمع شهادة من يرى لزوم سماعه من الشهود ، وله سماع أي شاهد يحضر من تلقاء نفسه . يمكن تصنيف الشهود إلى أربعة أنواع هي<sup>85</sup>:

83 حمده، محمد : ضمانات المتهم أثناء التحقيق ، دار الهدى ، عين سلبية الجزائر 1992م  
84 المنطوي، ممدوح : الأدلة التأديبية ، إجراءات جمع الأدلة التأديبية وجمع الاستدلالات ، خصائص الإثبات التأديبي مطبعة الانتصار القاهرة 2000م  
85 ياقوت، محمد ماجد: شرح الإجراءات التأديبية منشأة المعارف ، الإسكندرية 2004م  
ص 243

- شاهد الإثبات ، وهو من يشهد على الواقعة التي تثبت الفعل ونسبته إلى المتهم .
- شاهد النفي ، وهو من يشهد ليدفع الاتهام عن المتهم .
- شاهد الرؤية ، وهو الذي شهد الواقعة بعينه .
- شاهد السماع ، وهو الذي يبين المعلومة التي سمعها عن الواقعة .

وللمحقق، من تلقاء نفسه أو بناء على طلب من يجري معه التحقيق للاستماع إلى الشهود .

العوامل التي تؤثر في الشهادة وتكون سبباً في عدم اعتمادها ، ومنها :

١ - العوامل الطبيعية : وهي العوامل التي لا دخل لإرادة الشاهد فيها ، وهي تؤثر سلباً في قول الحقيقة ، ومن أهم هذه العوامل :

أ - الأهلية: وهي بلوغ الإنسان سناً معينة ينضج عندها نموه عقلاً وجسماً، وهو ما يعبر عنه بسن البلوغ ، ولكن قد يتعرض الإنسان بعد البلوغ إلى عوارض تؤثر في إدراكه وذاكرته ، كحالة العته والجنون والكآبة ، وكلها تؤثر في إدراك الشاهد ووعيه للوقائع ، وبذلك لا يكون قادراً على قول الحقيقة .

ب - السن: ويقصد به عمر الإنسان ، كحالة الأطفال صغار السن ، والكبار المتقدمين في العمر ، ففي كلتا الحالتين لا يستطيع الإنسان أن يدرك أو يتذكر أو يقدر الوقائع بشكل منضبط ، فالطفل يعوزه النضوج ، وتقدير الأمور وإدراك العواقب ، وبذلك يكون عرضة للإيحاء والإغراء والتأثير ، وحالة الكبير المتقدم في العمر قد تضعف عنده الذاكرة ويغلب عليه النسيان .

ج - النوع : ميز الله سبحانه وتعالى بين شهادة الرجل وشهادة المرأة في قوله تعالى "واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتنكر إحداهما الأخرى" (البقرة ، الآية ٢٨٢)

وهذا دليل على أن شهادة الأنثى غير شهادة الذكر من حيث قوة الإدراك والتأثير.

٢ - العوامل الذاتية : وهي العوامل التي تتوقف على ظروف الشاهد المحيطة به ، وتختلف باختلاف الأشخاص ، من حيث الوعي والثقافة والمكانة الاجتماعية وصلة القرابة والعلاقات ، والغنى والفقير وغيرها ، فكلها عوامل

تحيط بالشخص وتؤثر في أقواله سلباً أو إيجاباً ، وبذلك قد تكون سبباً في عدم اعتماد الشهادة .

#### هـ - المواجهة والاستجواب:

يقصد بالمواجهة بصفة عامة، مواجهة المتهم بمتهم آخر أو شاهد لاستجلاء الحقيقة أو إحاطة المتهم بالأدلة التي تم جمعها حتى يستطيع إعداد دفاعه أو على الأقل تقديم وجهة نظر<sup>86</sup> .

أما الاستجواب فإنه تمحيص التهمة لإثباتها أو نفيها عن طريق مناقشة المتهم مفصلاً ومواجهته بالأدلة القائمة ضده أو بغيره من الشهود<sup>87</sup> . وقد نص نظام تأديب الموظفين على أن يجري التحقيق بحضور الشخص الذي يجري التحقيق معه، ما لم تقتضي المصلحة العامة إجراء التحقيق في غيبته<sup>88</sup> . وأكدت اللانحة الداخلية لهيئة الرقابة والتحقيق على استجواب المتهم<sup>89</sup> . ولما كان الاستجواب والمواجهة عملاً إجرائياً يستمد وجوده الشرعي من الناحية الشكلية النظامية التي يتم تدوينها في المحضر الذي تدون فيه إجراءات التحقيق بجميع تفصيلاتها، ووفقاً لما استقر عليه العمل القضائي وما تتطلبه النصوص النظامية، يجب أن تتم كتابة إجراءات التحقيق في محضر التحقيق<sup>90</sup> .

وتظهر أهمية الاستجواب والمواجهة في التحقيق في ضرورة إحضار المتهم أمام المحقق أو الانتقال إليه إن تطلب الأمر ذلك<sup>91</sup> .

ويجب مواجهة الموظف المتهم بما هو منسوب إليه دون لبس أو إبهام حتى يكون على بينة من أمره وحتى يستطيع أن يبدي أوجه دفاعه . وليس للموظف أن يمتنع عن إبداء أقواله ، وإذا ما حصل ذلك ، يثبت ذلك في المحضر ويخطر عن طريق مرجعه بالعدول عن موقفه بحيث إذا أصر على الامتناع جز السير في إجراءات القضية ، على ضوء الوقائع الثابتة فيها<sup>92</sup> .

<sup>86</sup> Isaac G. La procedure administratives non contentieuses. These , Paris 1964 .

<sup>87</sup> مشروع اللانحة التنظيمية لنظام هيئة التحقيق والادعاء العام

<sup>88</sup> المادة ١٠ نظم تأديب الموظفين

<sup>89</sup> المادة ١٣ اللانحة الداخلية لهيئة الرقابة والتحقيق

<sup>90</sup> المادة ١١ نظم تأديب الموظفين . المادة ١٣١ نظم الامن العام في المملكة

<sup>91</sup> المادة ٩/ب الفصل الثاني من اللانحة الداخلية لهيئة الرقابة والتحقيق

<sup>92</sup> المادة ١٤ اللانحة الداخلية لهيئة الرقابة والتحقيق . المادة ٢/٥ نظم تأديب الموظفين في المملكة



## و - حق الدفاع :

يتعلق حق الدفاع بالمبادئ العليا التي تقوم عليها العدالة ، وهو حق طبيعي معترف به لكل متهم .

ويقصد بحق الدفاع تمكين الموظف من الوقوف على ما نسب إليه من وقائع وأدلة اتهم ، وإعطائه مهلة كافية حتى يتدبر أمره ويتهيأ للدفاع عن نفسه ثم يسمح له بتقديم أدلة النفي وملاحظاته إما مشافهة أو كتابة<sup>93</sup> .. ونص نظام تأديب الموظفين في المملكة على أنه لا يجوز توقيع عقوبة تأديبية على الموظف إلا بعد التحقيق معه كتابة وسماع أقواله وتحقيق دفاعه وإثبات ذلك في القرار الصادر بالعقاب أو في محضر مرفق به<sup>94</sup> .

ويفرض هذا المبدأ التزاماً على السلطة الرئسية بان تجري مراعاة حقيقة قبل إعلان أية عقوبة تأديبية<sup>95</sup> .

وقد التزم القضاء الإداري جانب التشديد في هذا الشأن ، ويبطال التحقيق في كثير من الحالات إذا ما داخله الشك في أن الموظف المحال إلى التحقيق لم يمنح فرصة كاملة في الدفاع عن نفسه<sup>96</sup> .

وقد جاء بحكم لديوان المظالم . "اشتراط النظم لتوقيع الجزاء التأديبي على الموظف إجراء تحقيق معه ومواجهته بما نسب إليه وتحقيق دفاعه ، يجب أن يتضمن التحقيق مواجهة الموظف بالتهمة الموجبة للجزاء ، ولا يكفي في ذلك إجراء تحقيق بشأن الواقعة وسؤال الموظف وإجابته عنها ، بل يجب مواجهته بالتهمة الموجهة إليه والموجبة للجزاء ... إلغاء قرار الجزاء غير المستوفي ذلك"<sup>97</sup> .

نخلص من ذلك إلى أن النظم قد منح هيئة الرقابة والتحقيق اختصاصات محددة وقد أوضح لها إجراءات شكلية وموضوعية ، حرص بموجبها المنظم على أن تتم وفقاً لمبدأ المشروعية ؛ لضمان تحقيق حماية المتهم من التعسف ،

93 الصواف، محمد ماهر : السلطة المختصة بتأديب الموظفين وضمائمهم في المملكة العربية السعودية - دراسة تحليلية - الإدارة العامة - الرياض العدد ٢٨ شوال ١٤٠٨ هـ

94 المادة ٣٥ نظام تأديب الموظفين

95 Salon Serge: op. cit,

96 الطماوي، سليمان محمد: ضمائم الموظفين بين النظرية والتطبيق ، مجلة العلوم الإدارية القاهرة العدد الأول سنة ١٩٦٩ م

97 حكم ديوان المظالم رقم ١٦١/تلعلم ١٤١٢ هـ في القضية ١٠٨٢/ف لعلم ١٤٠٧ هـ غير منشور

والوصول إلى الحقيقة لتحقيق العدالة وضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد، وحماية المصلحة العامة . على أن يتخذ المحقق كل الوسائل الكفيلة باستيفاء التحقيق وشموله ، بما يراه ضرورياً لاستظهار الحقيقة . وبعد ذلك يرد السؤال عن كيفية التصرف بالتحقيق .

#### رابعاً - التصرف بالتحقيق :

بعد انتهاء التحقيق<sup>98</sup> ، يعرض المحقق نتيجة التحقيق على الجهة المختصة وحسب متطلبات الحالة ووفقاً لنص النظام<sup>99</sup> . ويتم رفع نتيجة التحقيق بموجب مذكرة التحقيق ، والتي تتضمن عرضاً مفصلاً للوقائع والإجراءات المتخذة بشأن القضية ، وما خلص إليه المحقق من مرئيات محددة بشأنها ، بأن يحدد وصف التهمة وأدلة الإثبات أو نفيها ومواد النظام المنطبقة عليها والظروف المشددة أو المخففة على العقوبة إن وجدت ، وأن تكون مدعمة بالأسباب ومشفوعة بالتوصيات . وعلى المحقق أن يبين وجهة نظره بما يتم التصرف به ، وذلك بتحديد التصرف بالتحقيق وفقاً لإحدى الحالات التالية :

#### ١ - حفظ التحقيق :

إذا لم تتوفر أدلة كافية ضد المتهم ، يصدر أمر إداري محض بحفظ التحقيق ؛ استناداً إلى سبب نظامي أو موضوعي أو لعدم الملاءمة في رفع الدعوى التأديبية ، أو لوجود مانع من موانع المسؤولية أو موانع العقاب<sup>100</sup> . ويكون حفظ التحقيق إما مؤقتاً وإما نهائياً .

#### أ - الحفظ المؤقت :

إذا لم تثبت المخالفة التأديبية بحق المتهم ، أو تعذر معرفة الفاعل في حالة الفعل المادي لعدم توافر الأدلة المقنعة ، تتم التوصية بالحفظ

98 المادة ١٨ اللائحة الداخلية لهيئة الرقابة والتحقيق  
99 البند ٢ من الفقرة من المادة ١٢ من الباب الثاني من اللائحة الداخلية لهيئة الرقابة والتحقيق وبالمستند الى المادة ١٢ من نظام تاديب الموظفين  
100 عثمان ، محمد فتوح محمد : التحقيق الإداري ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية القاهرة ١٩٩٨م

الموقت ؛ لأنه قد يطرأ ما يكشف عن مرتكب الفعل ، بالحصول على دليل لذلك يتم الحفظ المؤقت إلى أن يظهر دليل.

ب - الحفظ النهائي :

يكون قرار الحفظ نهائياً ، إذا توصل التحقيق إلى أدلة على براءة المتهم ، وبذلك يكون حجة فلا يمكن متابعة المتهم عن ذات التهمة من جديد<sup>101</sup> ، ويكون الحفظ قطعياً في الحالات التالية :

- عدم صحة ما نسب إلى المتهم ؛ لأن ما نسب إليه لم يصدر عنه .  
- أن الفعل المنسوب للمتهم لا يشكل مخالفة تأديبية ولا جريمة جنائية ، أو أن الفعل لا يترتب عليه أي التزام ، ولا يصلح لإثبات أي مسئولية  
- رغم إثبات الفعل ، إلا أنه لا يترتب عليه أثر ، وأن مبررات التغاضي عنه أولى بالرعاية .

- سبق أن تم الفصل في الموضوع في قضية سابقة .  
- امتناع المسئولية ، لإصابة المتهم بعاهة عقلية ، أو لوجود قوة قاهرة أو حادث فجائي .

- الإغفاء من المسئولية ؛ لأن المخالفة ارتكبت تنفيذاً لأمر مكتوب صادر من الرئيس المختص رغم مصارحة الموظف له كتابة بأن الفعل يشكل مخالفة<sup>102</sup> .

- سقوط الحق في إقامة الدعوى التأديبية بمضي عشر سنوات من تاريخ وقوع المخالفة ، أو آخر إجراء بشأنها<sup>103</sup> .  
- لوفاء المتهم الذي يجري التحقيق معه .

٢ - الإحالة إلى الوزير المختص مع اقتراح العقوبة المناسبة دون الفصل<sup>104</sup> :  
إذا ثبت من نتيجة التحقيق أن المتهم يستحق عقوبة من العقوبات التأديبية دون الفصل ، أو أن القضية ليست من الحالات التي نصت عليها المواد ٣٣ ،

101 الطماوي : القضاء الإداري، مصدر سابق

102 المادة ٣٤ نظام تأديب الموظفين

103 المادة ٤٢ نظام تأديب الموظفين

104 المادة ٣٥ نظام تأديب الموظفين

105 المادة ٣٨ نظام تأديب الموظفين

٤٠ - ٤١ من نظام التأديب ؛ تحال إلى الوزير أو من في حكمه لتوقيع العقوبة المقترحة أو أي عقوبة مناسبة أخرى<sup>١٠٥</sup> .  
خامساً - الادعاء:

تتولى هيئة الرقابة والتحقيق الادعاء برفع الدعاوى التأديبية أمام ديوان المظالم<sup>١٠٦</sup> ، حيث يختص ديوان المظالم بنظر الدعاوى التأديبية التي ترفع من هيئة الرقابة والتحقيق<sup>١٠٧</sup> .

#### ١- رفع الدعوى التأديبية أمام ديوان المظالم :

إذا أثبت التحقيق وقوع المخالفة التأديبية ، ونسبتها إلى الموظف المتهم ، وأن الأدلة تكفي لرفع الدعوى التأديبية ، في حالة ما تكون العقوبة المقترحة هي الفصل ، أو أن الفعل يشكل إحدى الجرائم المتصلة بالوظيفة العامة ، أو المخلة بالشرف أو الأمانة، أو إحدى الحالات التي تكون ضمن اختصاصات هيئة الرقابة والتحقيق وفقاً للمواد ٣٣ ، ٤٠ - ٤١ من نظام تأديب الموظفين فترفع الدعوى إلى رئيس ديوان المظالم أو من ينيبه ، مشفوعة بقرار اتهام يتضمن أسماء المتهمين وصفاتهم وأماكن إقامتهم ... ويرفق بذلك كامل ملف الدعوى<sup>١٠٨</sup> .

حيث ينشأ حق المجتمع الوظيفي في عقاب الموظف المنذب إثر وقوع المخالفة التأديبية ، أما الحق في الدعوى فهو أمر ثابت لهيئة الرقابة والتحقيق ، وهي صلاحية عرض الأمر على القضاء التأديبي، ويختص ديوان المظالم بنظر الدعاوى التأديبية التي ترفع من الهيئة، حيث يقدم قرار الاتهام سواء كانت الهيئة هي التي وجهت الاتهام تلقائياً أم بناء على طلب من الجهة الإدارية. ويكون أساس الإحالة إلى المحاكمة بإسناد الاتهام بفعل محدد<sup>١٠٩</sup> . يسند إلى المتهم أو المتهمين ، وتحدد صفاتهم وأماكن إقامتهم ومكان وقوع التهمة وأدلة

105 المادة ١٠ نظام ديوان المظالم لعام ١٤٠٢ هـ

١٠٧ المادة ١/١٨ هـ نظام ديوان المظالم لعام ١٤٠٢ هـ  
107

108 المادة ٨ قواعد المرافعات امام ديوان المظالم

109 المادة ٣٧ نظام تأديب الموظفين

الاتهام والنصوص النظامية المطلوب تطبيقها بحق المتهمين ويرفق به كامل أوراق القضية<sup>110</sup> ويقتضي أن تكون الإحالة قد سبقها إجراء تحقيق مكتوب<sup>111</sup>.

٢- متابعة الدعوى التأديبية أمام ديوان المظالم (مادة ٥ فقرة ٤ نظام التأديب)  
تتولى الهيئة متابعة الدعوى التي ترفع إلى ديوان المظالم ، وفقاً لنظام التأديب أي أن ممثل الهيئة يقوم بالادعاء العام أمام الديوان في هذا الشأن ومتابعة الإجراءات في كل مراحل القضاء باعتباره ممثلاً للمجتمع الوظيفي في المطالبة بالدفاع عن كيان الوظيفة العامة. ولا يجوز ترك الدعوى بعد رفعها إلى القضاء ، ولا يجوز التصالح مع الموظف العام ، لأنه حق المجتمع في عقاب من يخرج على الواجبات الوظيفية .

٣- اقتراح فصل الموظف بقرار من مجلس الوزراء<sup>112</sup>:  
إذا أسفر التحقيق عن وجود شبهات قوية تمس كرامة الوظيفة العامة أو النزاهة أو الشرف أو حسن السمعة ، جاز لرئيس الهيئة بعد أخذ رأي الوزير المختص رفع اقتراح إلى مجلس الوزراء لفصل الموظف، ولمجلس الوزراء السلطة باتخاذ القرار المناسب.  
نخلص من ذلك إلى أن نظام تأديب الموظفين في المملكة قد جاء بنصوص محددة لبيان اختصاصات هيئة الرقابة والتحقيق ، وقد صدر قرار معالي رئيس الهيئة رقم ٤٧٠ في ١٥/٩/٢٠١٤هـ بتفويض وكيل الهيئة لشئون التحقيق في إحالة ما يراه صالحاً من القضايا إلى ديوان المظالم ، ويعني ذلك وجود إجراءات تقوم بها الهيئة لإنجاز القضايا لكي تصبح صالحة للإحالة ، وتمثل تلك الإجراءات بالتحقيق والتوصية بموجب مذكرة التصرف بالتحقيق وفقاً للنتيجة التي أسفر عنها التحقيق لتصبح القضية جاهزة للفصل فيها من قبل الجهة المختصة نظاماً.

<sup>110</sup> للمادة ٨ قواعد المرافعات أمام ديوان المظالم

<sup>111</sup> المادة ١ نظام تأديب الموظفين

<sup>112</sup> المادة ١٣ نظام تأديب الموظفين

## الخاتمة

خلق الله سبحانه وتعالى الإنسان وميزه بالعقل عن بقية المخلوقات ، وبين له طريق الخير وطريق الشر "وهْتَيْنَاهُ التَّجْدِينَ" (البلد/١٠) ووعده بالثواب إن أحسن ، وتوعَّده بالعقاب إن أساء .

إن نجاح الإدارة العامة في أداء مهامها يتوقف على مدى استقرار وانتظام فئة الموظفين وقيامهم بواجباتهم على أحسن وجه .

وانطلاقاً من ذلك جاء نظام تأديب الموظفين في المملكة ، وهو يهدف إلى انتظام الإدارة في وظيفتها ، وتأديب من يخالف أو يحيد من الموظفين عن القيام بأعباء وظيفته .

وفي الوقت الذي لا أرى أن تأتي الخاتمة ملخصاً لكل ما تقدم في البحث ، أو كل ما انتهيت إليه من ملاحظات ، أود أن أذكر بعضاً منها فيما يلي :

### أولاً - الاستنتاجات :

١ - تمارس الإدارة العامة اختصاصاتها وسلطاتها بغية تحقيق المصلحة العامة، وتحقيقاً لذلك يجب احكام الرقابة على الموظف العام للقيام بواجباته، على نحو يكفل الصالح العام ومحاسبة المقصر بمخالفة النظام ، لذلك يقوم نظام تأديب الموظفين على فكرة النهوض بالمصلحة العامة وانتظام الإدارة في أداء وظيفتها المحددة مسبقاً .

٢ - إن نظام التأديب لا يستهدف العقاب في ذاته ، لكنه يبحث عن الأسباب التي جعلت المخالفة أمراً ممكناً ، فقد يكون ذلك راجعاً إلى نقص أو غموض في الاختصاصات أو التدريب أو التنظيم .

٣ - استقر الفقه والقضاء على أن الموظف العام يخضع لأحكام نظام الوظيفة العامة بما يتضمنه من حقوق وما يفرضه من واجبات مستمدة مباشرة من نصوص الأنظمة واللوائح ، وبناء على ذلك فإن الموظف يكون في مواجهة الإدارة في حالة قانونية تنظيمية .

## ثانياً - التوصيات :

- ١ - إن معالم طريق الحق أحكمها الله لعباده الصالحين شريعة وأحكاماً وأصولاً وقواعد تحفظ على الناس النظام ، وتحقق الأمن والعدالة والحرية والمساواة ، لذا فإن ضعف الوعي ، لا سيما الوازع الديني لدى البعض ، يمثل عقبة رئيسة في سبيل النهوض بالعمل الإداري والإخلاص في أداء الواجب ، فلم تعد مراقبة الله أساساً للتصرف والسلوك والمعاملات ، وهكذا أصبح الوازع الديني غير زاجر في التصرفات الفردية. لذا يجب أن تكون مراقبة الله سبحانه وتعالى نصب أعين الجميع في أي تصرف يصدر منهم.
- ٢ - إن ضعف الوعي بالأنظمة لدى الكثير من منتسبي الإدارة العلة يمثل عقبة كؤوداً في سبيل النهوض بالعمل الإداري في نقه وأمانة وتحقيقاً للمصلحة العامة ، وإن يقدم عمله وفقاً لما نصت عليه الأنظمة واللوائح المرعية ، لذا نوصي بتكثيف الدورات التدريبية بالأنظمة المرعية .
- ٣ - نتمنى أن يضاف نص يتضمن صلاحية جديدة لهيئة الرقابية والتحقيق لحالة إفشاء الأسرار وتوجيه النقد إلى الحكومة ، وذلك لخطورة تلك الحالات في حق المجتمع .
- ٤ - إن المنظم لا يهتم بإحاطة الإجراءات التأديبية بضمانات تقارن بما يقرره من الضمانات في الإجراءات الجنائية ، لذا نتمنى أن تحاط الإجراءات التأديبية بالضمانات نفسها القائمة في الإجراءات الجزائية.
- ٥ - لم ينص النظام على الجهة التي تتولى التكليف بالتبليغ بالحضور للتحقيق، لذا نتمنى أن ينص على ذلك بنص صريح.
- ٦ - إن المعايمة تعد من الإجراءات المهمة في التحقيق الجنائي لجمع الأدلة وكذلك في بعض المخالفات التأديبية ، إلا أن النظام أغفل النص عليها ، لذا نوصي بضرورة النص عليها .
- ٧ - لم ينص نظام التكذيب ولا اللوائح على إمكانية اطلاع الموظف المتهم على الأوراق التحقيقية قبل إحالتها إلى القضاء ، وفي ذلك ضياع لحقوق المتهم في الدفاع ، لذا نوصي بالنص على حق الموظف في أن يطلع على الأوراق التحقيقية لدى هيئة الرقابة والتحقيق أو الإدارة قبل رفعها إلى القضاء .

## المراجع

### أولاً - المراجع العربية:

#### ١ - الكتب:

- ابو السعود ، رمضان ومحمود ، همام محمد: المبادئ الأساسية في القانون، منشأة المعارف الإسكندرية ، ١٩٩٦م .
- بلال ، أحمد عوض: علم العقاب ، النظرية العامة والتطبيقات ، دار الثقافة العربية القاهرة ، ١٩٨٣ م - ١٩٨٤م ط١ .
- أحمد ثروت عبدالعال: إجراءات المسائلة التأديبية وضماناتها لأعضاء هيئة التدريس بالجامعات الخاضعة لاحكام القانون رقم ٤٩ لعام ١٩٧٢م القاهرة ، ١٩٩٥م .
- الجرف ، طعيمة: مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٧٦م .
- الحلو ، ماجد راغب: القانون الإداري ، الإسكندرية ١٩٨٧م .
- الشريف ، علي: أصول الإدارة العامة ، القاهرة ١٩٨٧م .
- الصواف ، محمد ماهر: السلطة المختصة بتأديب الموظفين وضماناتهم في المملكة العربية السعودية - دراسة تحليلية مقارنة الإدارة العامة- الرياض العدد ٣٨شوال ١٤٠٨هـ
- الطماوي ، سليمان محمد: القضاء الإداري، الكتاب الأول، القاهرة، ١٩٨٦م.
- القضاء الإداري، الكتاب الثاني، القاهرة، ١٩٩٥م.
- ضمانات الموظفين بين النظرية والتطبيق ، مجلة العلوم الإدارية ، القاهرة ، العدد الأول سنة ١٩٦٩م .
- النظرية العامة للقرارات الإدارية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٤م
- مبادئ علم الإدارة العامة ، جامعة عين شمس ، ١٩٨٧م .
- مبادئ القانون الإداري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ١٩٧٩م .
- الطنطاوي ، ممنوح: الأدلة التأديبية ، إجراءات جمع الأدلة التأديبية ، وجمع الاستدلالات ، خصائص الإثبات التأديبي ، مطبعة الانتصار ، القاهرة ، ٢٠٠٠م .



- النفيسة ، مطلب: واجبات الموظف العام وتأديبه ، معهد الإدارة العامة ، الرياض ١٩٨٦ م.
- حمده، محمد: ضمانات المتهم أثناء التحقيق، دار الهدى، عين سليلة، الجزائر ط١ لعام ١٩٩٢ م.
- حمزة، محسن حسنين: القانون التأديبي للموظف العام ١٩٦٠ م
- حموده ، بدوي إبراهيم: ضمانات الموظف العام ومسئوليته في الدول العربية ، الحلقة الدراسية الثالثة ، القاهرة ١٩٧٢ م .
- خليل ، عبدالقادر: نظرية سحب القرارات الإدارية ، القاهرة ١٩٦٤ م .
- خليل ، محسن: القضاء الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ١٩٨٩ م .
- زكي ، إسماعيل: ضمانات الموظفين في التعيين والترقية والتأديب ، الجامعة المصرية ١٩٦٣ م .
- سرور ، أحمد فتحي: الوسيط في شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة ، القاهرة ، ١٩٩٦ م .
- صلاح ، سمير: قرارات وأحكام التأديب في ميزان الإدارات العليا ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة ، ١٩٨٥ م .
- طنطلوي ، إبراهيم حامد: الدفع ببطلان إذن النيابة العامة بالتفتيش ، المكتبة القانونية ، القاهرة ، ١٩٩٥ م .
- عبد الباسط، محمد فؤاد عبد الباسط: القانون الإداري، دار الجامعة الحديث للنشر- الإسكندرية ٢٠٠٦ م
- عبد الله ، عبد القني بسيوني عبد الله: القضاء الإداري، منشأة المعارف - الإسكندرية ٢٠٠٦ م
- عبدالفتاح ، عبدالحليم عبد البر: ضمانات التأديب في الوظيفة العامة ، جامعة القاهرة ، ١٩٧٨ م
- عبدالفتاح ، محمد سعيد: الإدارة العامة ، القاهرة ، ١٩٧٨ م .
- عبدالهادي ، ماهر: الشرعية الإجرائية في التأديب ، أصول القوانين ، القاهرة ١٩٨٦ م .
- عثمان ، أمال عبدالرحيم: شرح الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٨٨ م .

- عثمان ، محمد فتوح: التحقيق الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٨ م.
- عفيفي ، مصطفى: فلسفة العقوبة التأديبية وأهدافها ، دراسة مقارنة ، مطبعة الهيئة العامة للكتاب ، القاهرة ، ١٩٧٦ م.
- عواضة ، حسن محمد: حول سلطة التأديب الرئاسية ، القاهرة ، ١٩٧٦ م.
- مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط ، الطبعة الثانية (ب - ت)
- ياسين ، مصطفى كامل: ضمانات الموظف العام ومسؤولياته في الدول العربية ، الحلقة الدراسية الثالثة للقانونيين السياسيين القاهرة ١٩٧٢ م.
- ياقوت ، محمد ماجد: شرح الإجراءات التأديبية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ م.

## ٢ - الأنظمة واللوائح :

- نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٦ وتاريخ ١٩٣١/٢/١١ هـ.
- نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٧ وتاريخ ١٣٩١/٢/١ هـ.
- نظام الأمن العام .
- نظام الإجراءات الجزائية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٣٩ وتاريخ ١٤٢٢/٧/٢٨ هـ.
- قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم المعتمدة بقرار مجلس الوزراء رقم ١٩٠ وتاريخ ١٤٠٩/١١/١٦ هـ.
- اللائحة الداخلية لهيئة الرقابة والتحقيق المعتمدة بقرار مجلس الوزراء، رقم ٣/١٣١٣٦ د وتاريخ ١٣٩٢/٧/١ هـ.
- المنكرة التفسيرية لنظام تأديب الموظفين جريدة أم القرى ، عدد ٢٣٦٥ وتاريخ ١٣٩١/٢/١٠ هـ.

## ثانياً - المراجع الأجنبية :

- De laubadere Andre, Traite de droit administratif
- 7.ed. J.G.D.J Paris. 1989.

- De Laubadere Andre et Gaudement yves, Traite de droit administratif. T..2, Paris. 1995.
- chavalnon Christian, les Fonctionnaires et la Fonction publique. Paris. 1951.
- Francis Deleperce, l'elaboration du droit disciplinaire de la Fonction publique, these, 1961.
- Hauriou M., Precis de droit administratif – Paris. 1969.
- Nezard Henry, Les princips generaux de droit discipinaire, these, Paris. 1930.
- Vedel Georges, la soumission de l'administration a la loi, Paris 1976.
- Mourgeon Jacque , La rapression administrative , these , paris. 1966 .
- Isaac G., la procedure adminstrative non contentieuse . These , Paris. 1966.
- Waline M., le controle Juridictionnel de - L'administration, Paris. 1964.
- Waline M., Traite de droit administratif- Paris. 1963.
- Salon serge, Delinquance et repession disciplinaire dans la Fonction publique, Pairs. 1989.

## الرقابة القضائية لضمان مبدأ الشرعية في

المملكة العربية السعودية

### دراسة مقارنة

دكتور/ خالد خليل الظاهر

أستاذ مشارك - قسم السياسة الشرعية

المعهد العالي للقضاء - جامعة الإمام محمد سعود الإسلامية

### المطلب الأول

#### الإطار المرجعي للدراسة

#### مقدمة

إن القضاء ضروري للمجتمع الإنساني، ولذلك لم يخل أي مجتمع قط من جهة تقضي بين الناس على نحو من أنحاء الحكم والقضاء، وسبب ذلك "أن الظلم في الطباع فلا بد من حاكم ينصف المظلوم من الظالم"<sup>(1)</sup>. لذلك فقد بينت الشريعة الإسلامية الأحكام اللازمة لإيجاد مؤسسات القضاء ومقوماته وضوابطه وقواعده وغير ذلك من الأمور التي لها علاقة بالقضاء وهذه كلها تكون ما نسميه "نظام القضاء في الشريعة الإسلامية"<sup>(2)</sup>. وإن مهمة السلطة القضائية إقامة العدل، ودفع الظلم أو رفعه، وقطع الخصومات، وإيصال الحقوق إلى أهلها، واستقامة أمور الناس وانتظام عيشتهم، والحفاظ على كيان الأمة، وأمن الدولة، بل جلب المصالح ودفع المفاسد بصفة عامة. وبالنتيجة فإنها تحول دون انتهاك مبدأ الشرعية. لقوله تعالى: {إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤْتُوا الْمَالَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ} النساء الآية: ٥٨. وقال أيضاً: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ} النساء الآية: ١٣٥..

وتعد الرقابة القضائية من أكثر أنواع الرقابة ضماناً لحقوق الأفراد وحررياتهم، من تعسف الإدارة وانتهاكاتها لمبدأ الشرعية، نظراً لما ينطوي عليه القضاء من الحيطة والنزاهة والاستقلال والدرابة بالقواعد الشرعية والنظامية.

(1) ابن فرحون، برهان الدين بن علي، تبصرت الحكم في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت ١٤٢٢هـ، ٢٠٠١م ج ١٠ ص ١٢.

(2) زيدان، عبد الكريم، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، الأردن ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م ص ٩.

فيذا كان يتعين أن تتم تصرفات الحكام والمحكومين ضمن دائرة الشرعية، فمن يتحقق احترام مبدأ الشرعية، إلا بتوافر الضمانات التي تكفل احترام هذا المبدأ الأساسي وتضمنه وتقوم عليه الدولة الإسلامية، فلا يكفي أن تعين مبدأ الشرعية كأساس للحكم، بل يتعين توافر الضمانات التي تضمن سيادة أحكامه على الجميع حكماً ومحكومين.

وتأسيساً على ذلك، يتعين على السلطة التنظيمية أن تزاوِل اختصاصاتها في النطاق الذي رسمه وحدده الدستور، فبإصدار الأنظمة التي تختص بإصدارها على مقتضى القواعد والأحكام الدستورية، كما يتعين على السلطة التنفيذية المكلفة بالسهر على تنفيذ الأنظمة، وإشباع الحاجات العامة أن تزاوِل صلاحياتها وتتخذ أعمالها الإدارية في الحدود التي قررتها الأنظمة على المنازعات التي تعرض عليها، في صورة أحكام قضائية تحوز حجية الأمر المقضي به.

ويلزم لتحقيق خضوع سلطات الدولة لمبدأ الشرعية تنظيم حماية مناسبة للقواعد التي تنفيها في أداء وظيفتها، فيجب فرض رقابة على شرعية أعمالها، وذلك لأن مخالفة القواعد الشرعية بحد ذاتها واردة بحسن أو بسوء نية. لهذا تظهر أهمية الرقابة على شرعية أعمالها لإجبارها على احترام مبدأ الشرعية إذا خرجت أو حلت عنه بأي شكل من الأشكال.

وبناء عليه لا يمكن ضمان احترام مبدأ الشرعية، إلا إذا وضع المنظم تحت تصرف الأفراد الوسائل النظامية الكافية لإجبار السلطات العامة على احترامه إذا حلت أو انحرفت عن إتباع أحكامه وشروطه سواء أكان ذلك بحسن أو بسوء نية.

وعليه فإن القضاء بنوعيه القضاء العام والقضاء الإداري ((ديوان المظالم)) لا بد أن يتقيد في أحكامه بالشرعية الإسلامية باعتبارها تمثل الشرعية في المملكة العربية السعودية.

مشكلة الدراسة وتساولاتها

مشكلة الدراسة

تتمثل في إن إقامة العدل ودفع الظلم وقطع الخصومات، واستقامة أمور الناس وانتظام عيشتهم، وتحقيق الأمن، وجلب المصلح ودفع المفسد، كل ذلك

يتطلب رقابة قضائية لضمان تحقيق الشرعية و المشروعية في تصرفات الجميع ،حكاما ومحكومين .

### التساؤلات

لماذا تعد الرقابة القضائية الضامنة لتحقيق مبدأ الشرعية؟  
ما أهمية الرقابة القضائية على شرعية تصرفات الحكام والمحكومين ؟  
كيف يتم إلزام القضاء بالتقيد بتطبيق أحكام الشريعة والأنظمة  
المرعية؟

ما هو مبدأ الشرعية ؟ وكيف يتم تحقيقه ؟  
ما هي ضمانات استقلال القضاء في المملكة العربية السعودية ؟  
ما هو موقف الفقه الإسلامي من مبدأ الشرعية؟

### أهمية الدراسة وأهدافها

#### أهمية الدراسة

اهتم الإسلام بمبدأ الشرعية لأنها عقيدة وأمر عبادة فوق أنها أمر  
معاملة، ويدخل الدفاع عن مبدأ الشرعية ضمن حق الأمة في الأمر بالمعروف  
والنهي عن المنكر لإصلاح المجتمع وحفظه من الفساد والانحراف.  
وتحرص الشريعة الإسلامية على حماية حقوق الأفراد في مواجهة  
ولاة الأمر والقائمين على الشؤون العامة في المجتمع، وتؤكد السيرة النبوية  
على وجوب استماع الحكام لمظالم الناس وشاكياتهم والاستجابة للحق فيها.  
وتظهر أهمية الموضوع من خلال أن المتصفح للمؤلفات التي تناولت  
موضوع الرقابة القضائية في المملكة العربية السعودية يجد أنها لم تنطرق إلى  
دراستها كضمانة لمبدأ الشرعية وهذا ما دفعني لتناول هذا الموضوع.القضائية  
لضمان مبدأ الشرعية في المملكة العربية السعودية.

#### أهداف الدراسة

تستهدف الدراسة استخلاص القواعد العامة التي يمارس من خلالها  
القضاء رقابته على نشاط الإدارة وهي تسعى لتنفيذ الأنظمة واللوائح وتشغيل  
المرافق العامة، لما لهذا النشاط من تأثير بالغ في حياة الأفراد، وتسعى إلى

شرح النصوص وتفسير الغامض منها، وتحديد الأسس والمبادئ التي تقوم عليها ورد فروعها إلى أصولها، واقتراح الحلول والمخارج حينما يستلزم الأمر ذلك، وذلك من خلال سير الرقابة القضائية كضمان مبدأ الشرعية في المملكة العربية السعودية، كون المملكة العربية السعودية تقوم بتطبيق الشريعة.

### الدراسات السابقة

بعد البحث والتقصي لم أجد من تناول موضوع الدراسة بنفس العنوان ، إلا أنني وجدت من تناول مواضيع تقرب في بعض محتوياته إلا أنها تختلف في المحتوى والمضمون ومنها :

استقلال القضاء في الشريعة الإسلامية وتطبيقه في المملكة العربية السعودية، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير – قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف للعلوم الأمنية ١٤٢٥ هـ.

### منهجية الدراسة

تلتزم الدراسة المنهج الاستقرائي التحليلي، وذلك من خلال التأصيل والتركيب والاستخلاص، ومن خلال المبدأ الكلي ليكون الحكم على الجزئيات، وذلك بالاستناد إلى المراجع التقليدية والحديثة ومحاولة بذل الجهد لفهم أحكام نصوص النظام ومعانيها بما يمكن من التوظيف السليم لها، في إطار الرقابة القضائية لضمان مبدأ الشرعية في المملكة العربية السعودية.

### هيكلية الدراسة

انطلاقاً من ذلك تم تقسيم الدراسة إلى مقدمة وسبعة مطالب الأول:  
الإطار المرجعي للدراسة والثاني: تحديد مصطلحات الدراسة والثالث: أهمية الرقابة القضائية والرابع: مبدأ المشروعية وعلاقته بالسلطة القضائية والخامس: أنواع الرقابة القضائية ونشأة القضاء الإداري والسادس: خضوع السلطة التنفيذية لرقابة القضاء والسابع: استقلال القضاء كضمان لتحقيق مبدأ الشرعية في المملكة العربية السعودية.

## المطلب الثاني تحديد مصطلحات الدراسة والألفاظ ذات الصلة

أولاً : تحديد مفهوم الرقابة القضائية لغة واصطلاحاً:  
تعريف الرقابة:

١- الرقابة لغة: نكر في المصباح المنير: "أنا (رقيب) و (رقبته)،  
و(ترقبته) و (الرقبة) بالكسر اسم منه انتظرته فأنا (رقيب) والجمع (الرقباء)  
.... و (راقبت) الله خفت عذابه ...." (3).  
وقال في المعجم الوسيط: "رقبة رقباً و رقيباً و رقابة: انتظره،  
...ورقيه: لاحظه،ورقيه: حرسه وحفظه" (4).  
فالرقابة لغة: هي المحافظة والانتظار (5). والرقيب هو الحافظ وذلك إما  
لمراعاته رقبة المحفوظ، وإما لرقعة نغمته (6).

### ٢- تعريف الرقابة اصطلاحاً:

ويعرف مصطلح الرقابة مضافاً إلى أمر آخر كالرقابة السياسية  
والرقابة الإدارية والرقابة القضائية.  
فالرقابة بصفة عامة هي عملية متابعة دائمة ومستمرة للتأكد من أن  
العمل يجري وفقاً للتخطيط والأهداف والسياسات الموضوعية مسبقاً (7). أو هي  
"العملية التي عن طريقها يمكن أن نجعل أحكام النظام متفقة مع أحكام  
الدمستور" (8)، أي ناصفاً لمبدأ الشرعية.

- 
- (3) الفيومي، أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير ج ١ ص ٢٣٤، ط ١ دار الكتب  
العلمية بيروت ١٩٩٤م.  
(4) مصطفى، إبراهيم، والزيات أحمد حسن الزيات، المعجم الوسيط ج ١ ص ٣٦٣ ط ٢،  
المكتبة الإسلامية اسطنبول (ب-ت).  
(5) الرازي، زين الدين محمد أبي بكر، مختار الصحاح، مادة (ر ق ب) ص ٢٢٢ ط ١١  
مؤسسة الرسالة بيروت ١٤٢٦هـ.  
(6) الأصفهاني، الحسين بن محمد الراغب، المفردات في غريب القرآن، مادة (ر ق ب)  
ص ٢٠٦ تحقيق محمد عتباي، دار المعرفة بيروت ط ١، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.  
(7) الكفراوي، عوض محمود، الرقابة المالية في المصارف وبيوت المال الإسلامية،  
ص ٣٢٨.  
(8) سالمين، عبد العزيز محمد، رقابة دستورية القوانين ط ١، دار الفكر العربي  
١٩٩٥م، ص ٢٢.



أما الرقابة على تطبيق الأنظمة فهي العملية التي عن طريقها يمكن أن نجعل تصرفات الإدارة العامة موافقة وخاضعة لمبدأ الشرعية<sup>(9)</sup>.

ثانياً: تحديد مفهوم القضاء:

القضاء لغة: يعرف القضاء لغة: بأنه إمضاء الشيء وإحكامه، ويعني الحكم والفصل والقطع، وهو "انقطاع الشيء وانعدامه"<sup>(10)</sup> ويأتي القضاء بمعنى الحكم<sup>(11)</sup>.

ومعنى الحكم في القضاء بالعدل<sup>(12)</sup> والحكمة هي إصابة الحق<sup>(13)</sup>، لقوله تعالى: { وَلَقَدْ آتَيْنَا لُقْمَانَ الْحِكْمَةَ } سورة لقمان، آية (١٢). أي الإصابة في القول<sup>(14)</sup> وقوله تعالى: { وَشَدَدْنَا مُلْكَهُ وَآتَيْنَاهُ الْحِكْمَةَ وَفَصَّلَ الْخِطَابِ } سورة (ص) آية: (٢٠). أي العدل وأن فصل الخطاب هو القضاء<sup>(15)</sup>، ويرد لفظ القضاء في الشريعة الإسلامية على وجوه كثيرة منها:

- ا- الوجوب والقطع: كقوله تعالى: { فَضِيَ الْأَمْرُ الَّذِي فِيهِ تَسْتَفْتِينَ } سورة يوسف آية: (٤١).
- ب- الإتمام والكمال: كقوله تعالى: { فَلَمَّا قَضَى مُوسَى الْأَجَلَ } سورة القصص، آية: (٢٩).
- الامر: كقوله تعالى: { وَقَضَى رَبِّيَ أَلَّا تُعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَيَالِ الَّذِينَ إِخْسَانًا } سورة الإسراء، آية (٢٣).
- ج- الخلق والتقدير: كقوله تعالى: { فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ } سورة فصلت آية: (١٢).
- د- العمل والفعل: كقوله تعالى: { فَاقْضِ مَا أَنْتَ قَاضٍ } سورة طه آية: (٧).

- 
- (9) أحمد، جيهان حسن ، دور السلطة التشريعية في الرقابة على الأموال العامة، ص٧.
  - (10) ابن منظور، لسان العرب ، ج ٥ مادة قضى ص ٣٠-٣١.
  - (11) الرازي، محمد بن بكر ، مختار الصحاح ، ص ٥٤.
  - (12) ابن منظور، لسان العرب، ج ١٥، ص ٣٠-٣١.
  - (13) البروسوني ، إسماعيل ، تفسير روح البيان، دار إحياء التراث العربي، ج ٧، ص ٧٣.
  - (14) تفسير ابن عباس على هامش الدر المنثور، دار المعرفة، بيروت.
  - (15) تفسير القرطبي ، ج ١٥، ص ١٦٢.

٠ الأداء: كقوله تعالى: { فَإِذَا قَضَيْتُمْ مَنَاسِكُمْ } سورة البقرة: آية (٢٠٠).

٢- القضاء اصطلاحاً: تعددت آراء الفقهاء في هذا الصدد منها:

أ- عرفه بعض فقهاء الحنفية بأنه: هو فصل الخصومات وقطع المنازعات على وجه خاص<sup>(16)</sup>.

ب - عرف بعض المالكية بأنه: الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام<sup>(17)</sup>.

ج - عرفه بعض الشافعية بأنه: فصل الخصومات وقطع المنازعات ، أو الحكم بين خصمين فأكثر بحكم الله<sup>(18)</sup>

وعرفه بعض الحنابلة بأنه: "تبيين الحكم الشرعي، والإلزام به...."<sup>(19)</sup> بمقتضى قول ملزم صادر عن ولاية عامة<sup>(20)</sup> بعد الترافع<sup>(21)</sup>.

إن هذه التعاريف في مجملها قد تناولت مقومات القضاء وأن اختلافها ينصب على ما أظهره أو أخفاه من مقومات القضاء، لأن الجميع يتفق أن الخصومات والمنازعات وفصلها يستلزم وجود خصمين أو أكثر، وأن الفصل بين هؤلاء يكون بحكم الشرع، وأنه لا بد أن يكون على سبيل الإلزام، لأنه لا قيمة لقضاء لا نفاذ له.

مما ورد نستقي تعريفاً يكون الأقرب لتعريف القضاء بأنه: هو إظهار حكم الشرع ممن له ولاية ذلك على وجه الخصوص والإلزام .

(16) ابن عابدين الحنفي، رد المختار، شرح الدر المختار المسمى بحاشية ابن عابدين ج٥ ص٣٥٢.

(17) ابن فرحون، تبصرة الحكام ص١٩٥، القاهرة، ١٤٠٢هـ.

(18) مازة، الشيخ حسام الدين عمر عبد العزيز ، شرح أدب القاضي ج١ ص١٢٦.

(19) الشريبي، الشيخ محمد ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج٤، ص٢٧٣، مصطفى الحلبي ١٣٧٧هـ-١٩٥٨م.

(20) القتلوي الهندية في فقه الحنفية ج٣ ص٣٠٧.

(1) Dran Michel, le cntrole juridictionnel et la garantie des librtespuliques-1968 l-g-d -j- paris- p-25

(21) اليهوتي، منصور بن إدريس، شرح الإبرادات ، بيروت علم الكتاب، ص٢٥٥ - ٢٥٩.

### ثالثاً - تحديد مفهوم الرقابة القضائية:

إن نصوص النظام جامدة صماء لا روح فيها إلا بواسطة قاضي محايد مستقل يطبقها ويحقق من خلالها حماية الحقوق والحريات، وبالتالي احترام مبدأ المشروعية (٢١).

فالرقابة القضائية هي التي تتم ممارستها عن طريق المحاكم والهيئات القضائية المختلفة حينما ترفع إليها دعوى أو اعتراض، إذ يجد فيها الأفراد الضمانة الحقيقية لحماية حقوقهم لما يتمتع به القضاء من حيادية ونزاهة (٢٢).

أو هي الرقابة الكاملة على أعمال السلطة وتكون على نوعين متلازمين: الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية، وترمي إلى منع تسف الإدارة، والرقابة على دستورية الأنظمة (القوانين) (٢٣).

ويرى البعض إن الرقابة القضائية رقابة شرعية ومشروعية، والشرعية تعني العدالة، والمشروعية فتعني احترام القانون القائم في المجتمع (٢).  
أو هي العملية التي عن طريقها يمكن أن نجعل تصرفات الجميع موافقة وخاضعة لمبدأ الشرعية.

وإن أصل أنواع الرقابة في الإسلام قوله تعالى { وَقُلْ اغْمضُوا سُرُورَ اللَّهِ عَمَّا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ } التوبة الآية: (١٠٥).

وقد أوزن الإسلام بين السلطة والمسؤولية لقوله تعالى: { وَقُلْ الْحَمْدُ لِلَّهِ سُرُّرِكُمْ آيَاتِهِ فَتَعْرِفُونَهَا وَمَا رَبُّكَ بِغَافِلٍ عَمَّا تَعْمَلُونَ } النمل الآية: (٩٣) وقوله تعالى: { وَكُلُّنَا لِنَعْمَلَنَّ عَمَّا كُنْتُمْ نَعْمَلُونَ } النحل الآية: (٩٣) وقوله تعالى: { كُلُّ أُمَّرٍ بِمَا كَسَبَ رَهِيْنٌ } الطور الآية: (٢١) وقوله تعالى: { وَلَا تُكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى } الأنعام الآية: (١٦٤) وقوله تعالى: { فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ } الزلزلة الآية: (٧،٨).

وإن نصرة المظلوم من المبادئ التي حرص عليها الإسلام، فقد حرم الإسلام الظلم تحريماً قاطعاً، وأوجب رد الحق لكل مظلوم وتوقيع العقاب على الظالم، لقوله تعالى: { وَمَا ظَلَمْتَاهُمْ وَلَكِنْ كَانُوا هُمُ الظَّالِمِينَ } (الزخرف: ٧٦)، { وَمَا ظَلَمْتَاهُمْ وَلَكِنْ كَانُوا أَنفُسَهُمْ يَظْلِمُونَ } النحل الآية: (١١٨)، { وَوَجَدُوا مَا عَمِلُوا حَاضِرًا وَلَا يَظْلِمُ رَبُّكَ أَحَدًا } (الكهف الآية: ٤٩) { وَلَا تُضِلِّنَّ اللَّهُ عَمَلًا

عَمَّا يَغْمُرُ الظَّالِمُونَ} (إبراهيم الآية: ٤)، {ثُمَّ قِيلَ لِلَّذِينَ ظَلَمُوا توفوا عَذَابَ الْخُلْدِ هَلْ تُجْزَوْنَ إِلَا بِمَا كُنْتُمْ تَكْسِبُونَ} (يونس الآية: ٥٢)..

ولأن هنالك تصرفات خارجة عن الشرعية قد تصدر عن أشخاص من ذوي المراكز في الدولة، وتشكل مظالم لا مناص من كبها واستخلاص الحق منها أصبح لا بد من قيام ولاية ذات هيبه ورهبة قوامها العدل لإنصاف المظلوم من الظالم وذلك ما كان من رقابة القضاء على مشروعية ما يصدر عن سلطان الحكم وإدارته.

لذا يرى البعض إن الرقابة القضائية، رقابة شرعية ومشروعية، والشرعية تعني العدالة، والمشروعية فتعني احترام القانون القائم في المجتمع(٢٤).

### مقاصد القضاء:

مقصد القضاء بوجه عام إنصاف المظلوم وإحقيق الحق، ودحض الباطل، وبسط العدل والمساواة بين الناس، وتحكيم شرع الله فيهم.

والأصل في المجتمع الإنساني الذي يسوده العدل هو أن تكون هنالك سنن أو قواعد ينزل المجتمع عند حكمها، وهو الذي يعبر عنه بمبدأ الشرعية<sup>(22)</sup>، وهو الأساس في الشريعة الإسلامية لقوله تعالى: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا طِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا } (النساء: الآية: ٥٩).

فإن مخالفة أعمال الإدارة لأحكام النظام يجعل منها أعمالاً غير مشروعة ويكون لكل ذي شأن الحق في طلب إلغائها ووقف تنفيذها فضلاً عن طلب

(٢٢) شفيق، علي، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في المملكة العربية السعودية (دراسة تحليلية) ١٤٢٢ هـ.

(٢٣) الفوز، حمود عبد العزيز، ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية ودوره في الرقابة القضائية بندوة في معهد الإدارة العامة بالرياض ربيع الآخر ١٤٠٥ هـ.

(٢٤) الطماوي، سليمان محمد، النظرية العامة للقرارات الإدارية، القاهرة دار الفكر العربي، ط ٥، ص ١٥، ١٩٨٤ م. حافظ محمود حافظ القضاء الإداري، القاهرة دار النهضة ط ٧، (ب. ت.) ص ١٩.

تعويض الأضرار التي تسببها<sup>(23)</sup>، ولهذا استلزم الأمر رقابة قضائية على أعمال السلطة الإدارية للتأكد من صدورها وفقاً لمبدأ الشرعية.

رابعاً - تحديد مفهوم الضمانات :

((الضاد والميم والنون أصل صحيح وهو جعل الشيء يحويه . من ذلك قولهم: ضمنت الشيء) إذا جعلته في وعائه. والكفالة تسمى ضماناً من هذا، لأنه كان إذا ضمته فقد استوعب نمته.))<sup>(٢٤)</sup>  
وإن الضمانة التكفل. وقال ضمن الرجل ونحوه ضماناً كفه أو التزم أن يؤدي عنه ما قد يقصر في أدائه، الشيء جزم بصلاحيته وخلوه مما يعيبه واحتواه.

(التضامن) التزام القوى أو الغني معاونة الضعيف أو الفقير.

(الضامن) الكفيل أو الملتزم أو الغارم (ج) ضمان وضمنه.

(الضمان) الكفالة والالتزام.

(الضمانة) وثيقة يضمن بها الرجل صاحبه أو يضمن بها البائع خلو المبيع من العيوب وبقائه صالحاً للاستعمال مدة معينة أو تعهد شفوي لأحد هذين الغرضين أو نحوهما<sup>(24)</sup>.

وتعرف اصطلاحاً: قال في معني المحتاج: "الضمان هو لغة الالتزام، وشرعاً: يُقال حق ثابت في نمة الغير، أو إحضار من هو عليه، أو عين مضمونة، ويقال للعقد الذي يحصل به ذلك، ويُسمى الملتزم لذلك ضامناً وضميناً وحميلاً وزعيماً وكافلاً وكفيلاً وصبيراً وقبيلاً"<sup>(25)</sup>.

(٢٥) الجرف، طعيمة، المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، القاهرة، دار النهضة العربية ط٢، ص ٣٠، ١٩٧٦م.

(٢٦) الطماوي، سليمان محمد، الوجيز في القضاء الإداري، القاهرة، دار النهضة العربية ١٩٧٤م، ص ١٣

(24) المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى وأحمد حسن الزيات وحامد عبدالقادر ومحمد علي النجار، ج ١، ص ٥٤٤، الطبعة الثانية، المكتبة الإسلامية، استانبول، تركيا.

(25) الشرييني، الشيخ العلامة محمد الخطيب، معني المحتاج معرفة ألفاظ المنهاج، ج ٢، ص ١٩٨، مطبعة عيسى البلبلي الحلبي وأولاده، ١٩٥٨م، مصر.

وقال آخرون: الضمان هو الكفالة، أي أن الكفالة والضمان لفظان مترادفان عندهم<sup>(26)</sup>.

#### خامسا - تحديد مفهوم استقلال القضاء:

حمل القضاء أمانة تحقيق العدل، وقمع الظلم ونصفة المظلوم منذ فجر التاريخ. وقد أصبح مبدأ استقلال القضاء جزءاً " من الضمير الإنساني، لتأمين العدالة وكفالة الحقوق وصون الحريات. (١) ويعتبر القضاء المستقل في الدساتير والأنظمة اقوي ضماناته لتحقيق العدالة، وأعظم قوة لصد الظلم والاستبداد، وحماية الحريات والحقوق (٢)

ويقصد باستقلال القضاء ألا يخضع القضاء في ممارستهم لعملهم لسلطان أي جهة أخرى، وأن يكون عملهم خالصاً لإقرار الحق، خاضعاً لما يمليه الشرع والضمير دون أي اعتبار آخر، وأن يوفر للقضاة أكبر قدر من الاستقرار والطمأنينة، بما يهيئ لهم المناخ المناسب الذي يمكنهم من أداء رسالتهم الجليلة على أكمل وجه وأتم صورة<sup>(27)</sup>. إن استقلال القضاء يرتد إلى أمرين:

أولها: إن يكون القضاء سلطة من سلطات الدولة الثلاث. وليس وظيفة من وظائفها. ثانياً: أن يكون القضاء متحررين بمهام دون أي تأثير أو تدخل من أية جهة .

القضاء سلطة وليس وظيفة: أن استقلال القضاء هدف نبيل تلزمه ويفرضه تحقيق العدالة في المجتمع، لأنه يجعل القضاء فوق السلطات بل وفوق الخليفة والإمام<sup>(28)</sup>.

(26) الإمام مالك بن أنس الأسبجي، المدونة الكبرى، ج١٣، ص٥٥، دار صادر، بيروت. د ت . القرافي، الإمام شهاب الدين أحمد بن إدريس المالكي، والخليفة ج٩، بتحقيق محمد بوخيزة، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، ١٩٩٤م، بيروت.

(27) أبو طالب، حلمد، التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية، دار الفكر العربي القاهرة ١٤٠٤هـ ص٦٠.

أبو فارس، محمد عبد القادر أبو فارس: القضاء في الإسلام، دار الفرقان الأردن، ١٤٠٤هـ ص١٨٩.

جبرة، عبد المنعم، نظم القضاء في المملكة العربية السعودية، مطبعة معهد الإدارة العامة الرياض ١٤٠٩هـ ص٢٢، ٢٣.

(28) عبد الله، نجيب أحمد، ضمانات استقلال القضاء، ط١ المكتب الجامعي ٢٠٠٧م.

لذا نجد إن كافة الدساتير تنص على إن القضاء سلطة وليس وظيفة ومن شأن ذلك أن تقف على قدم المساواة مع السلطتين التنظيمية والتنفيذية. فلا يعود من الجائز لأي من هذه السلطات التدخل في شؤون الأخرى أو الاعتداء على اختصاصاتها.

وبما أن مهمة القاضي هي الإخبار عن حكم شرعي على وجه الإلزام، فينبغي أن لا يترك له المجال للقيام بهذا الإخبار إلا وفقا لما تقضي به قواعد الشريعة وأحكامها لتحقيق العدالة، وتبعاً لما توصل إليه فهمه واجتهاده، وطالما كان العلم بإجماع الفقهاء شرطاً لازماً لتولية القضاء فيصبح من الضرورة الاعتراف للقاضي بالحرية الكاملة في استخدام علمه على الحالات المعروضة عليه دون خضوع لأي أمر أو توجيه من أي أحد.

تأتي أهمية إقرار مبدأ استقلال القضاء في أنه يشيع في نفوس المتقاضين روح الثقة والاطمئنان إلى أن يتم الفصل في منازعاتهم وأقصيتهم بإرادة القاضي وحده بعيداً عن كافة الأهواء وكل أشكال المؤثرات.

إن استقلال القضاء لا يستمد وجوده من النصوص وإنما ينبع من تحقق العدالة، فحاجة الناس إلى القضاء المحايد المستقل هي أعظم حاجاتهم فهو يوفر لهم الأمن، والأمن هو الحياة(١)، وهو أئمن ما يحرص عليه الإنسان لقوله تعالى: { فَلْيَعْبُدُوا رَبَّ هَذَا الْبَيْتِ \* الَّذِي أَطْعَمَهُمْ مِنْ جُوعٍ وَآمَنَهُمْ مِنْ خَوْفٍ } (قريش الآية: ٤،٣).

جاءت أوامر القرآن الكريم للرسول ع صريحة في أن يكون قضاؤه بالعدل ، والحيدة التامة، لقوله تعالى: { إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِبِينَ حَصِيماً } (النساء: الآية: ١٠٥) وقوله تعالى: { وَأَنْ أَحْكُمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْتَرَاهُمْ أَنْ يَقْبَلُواكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ } (النساء الآية ٤٩).

وحتى يتحقق استقلال القضاء على الوجه الأكمل، فلا بد أن تتوافر الأسباب التي تكفل أكبر قدر من الاستقرار والطمأنينة للقضاة، والتي تهين لهم ظروف الحيادية والنزاهة التامة في أداء عملهم. فقد تضمن النظم في المملكة العربية

السعودية العديد من الضمانات لاستقلال القضاء، ولأن لهذا الاستقلال دوره في ضمان تحقق مبدأ الشرعية في المملكة العربية السعودية

ساسا - تحديد مبدأ الشرعية(المشروعية):

- ١- المبدأ لغة: تعني كلمة مبدأ أول كل شيء ومادته التي يتكون منها، كالتواء مبدأ النخل، وكالحروف مبدأ الكلام.  
ومبادئ العلم والفن أو الدستور أو القانون: قواعده الأساسية التي يقوم عليها ولا يخرج عنها<sup>(29)</sup>.  
والمبدأ هو الذي أنشأ الأشياء وأخذ اختراعها ابتداءً من غير سابق مثال والبدء فعل الشيء أول بداية<sup>(30)</sup>.
- ٢- المبدأ اصطلاحاً: هو مجموعة القواعد والمسائل الموجهة والتميزة للشيء والتي تخضع لها جميع تفاصيله<sup>(31)</sup>.  
وبهذا نجد أن المعنى الاصطلاحي واللغوي لكلمة مبدأ تدور حول أول الشيء ومادته والتعريفان مرتبطان ببعضهما ببعض.
- ٣- الشرعية لغة: الشرعة والشراع والمشرعة المواضيع التي ينحدر الماء منها، قال الليث وبها سمي ما شرع الله للعباد شريعة من الصوم والصلاة والحج.. وغيرها والشرعة والشريعة في كلام العرب شرعة الماء وهي مورد السارية التي يشرعها الناس فيشربون منها ويسقون دوابهم حتى تشربها وتشرب منها والعرب لا تسميها شريعة حتى يكون الماء عداً لا انقطاع له<sup>(32)</sup>.
- ٤- الشرعية اصطلاحاً: جاء مبدأ الشرعية في الإسلام أكثر وضوحاً من أي نظام آخر، لأن قواعد الشريعة في الإسلام هي من صنع خالق العباد. لذا فإنها تعرف بأنها "التزام كل من الحاكم والمحكوم بالمصدرين الأساسيين في الشريعة الإسلامية وهما القرآن الكريم والسنة النبوية، وكذلك

(١) عبيد، محمد كمال، استقلال القضاء- دراسة مقارنة\_ القاهرة ١٩٩١م ص ١٨.

(29) الفيروز أبادي، القلموس المحيط ص ٤٢.

(30) ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد مكرم، لسان العرب دار صادر ١٩٩٧م، بيروت ج ١/١٧١.

(31) القحطاني، عبد الرزاق محمد، مبدأ الشرعية وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية، معهد الإدارة العامة، بحث دبلوم ١٤٢٠هـ، ص ٣٤.

(32) ابن منظور مصدر سابق ج ٣/٤٢١.



القوانين التي تصدر بناء على حاجة الأمة فيما لم يرد فيه نص والمقيدة في ذلك بروح الإسلام ومبادئه العليا»<sup>(33)</sup>.

كما يقصد بالمشروعية: خضوع جميع السلطات والأفراد، أي الحاكم والمحكوم لقواعد النظام وأحكامه، أي: توافق التصرفات التي تصدر عن سلطات الدولة ومواطنيها مع قواعد موضوعة من قبل<sup>(34)</sup>. أي: مع قواعد النظام النافذ، ويقصد بالنظام (القانون) كافة أنواع القواعد النظامية النافذة في الدولة، يعني أن تمتثل جميع الهيئات والأشخاص في الدولة لأحكام النظام، بمعناه الواسع، أي كل القواعد النظامية وفقاً لمبدأ تدرجها، وبذلك فإنه يقيد سلطات الدولة، وفي نفس الوقت يستطيع الأفراد أن يراقبوا الدولة في مباشرة وظيفتها، ويتمتعون بوسائل عديدة لتحقيق ذلك<sup>(35)</sup>. وبذلك يكون حكم مبدأ المشروعية بأن كل نشاط داخل الدولة يجب أن يكون متفقاً مع النظام السائد<sup>(36)</sup>. وانطلاقاً من ذلك فإن تطبيق مبدأ المشروعية على نشاط الإدارة في تصرفاتها على نحو يتفق مع النظام نصاً وروحاً، أي: على الإدارة أن لا تأتي من الأعمال، سواء المادية أو النظامية، إلا ما يكون تنفيذاً أو تطبيقاً لأحكام النظام. وأن حق القضاء الإداري إلغاء القرارات الإدارية المخالفة للمشروعية.

وهنا يرد السؤال، هل يختلف مفهوم الشرعية عن مفهوم المشروعية؟ يرى البعض أنه لا مجال للتفرقة بين الشرعية والمشروعية، بل هما مترادفتان<sup>(37)</sup>.

وهنالك من يعلق على هذا القول بقوله: "أميل لهذا الرأي لأن الشرعية والمشروعية من زاوية الشريعة الإسلامية الغراء لا فرق بينهما ويرجع ذلك إلى استحالة القول بثنائية القانون، فالشريعة حتماً وبكل تأكيد عادلة وتتضمن

(33) محمد علي، عبد الجليل، مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي، ط ١، دار الكتب القاهرة، ١٩٨٤م، ص ٤٢.

(34) Radomir Tukic de L'erat et du droit Traduction.

Francaise de marc Gjidra, Dalloz 1947- p.445.

(35) بدوي، ثروت، الدولة القانونية، مجلة إدارة قضايا الحكومة السنة (٣) العدد (٣) ١٩٥٩م ص ٥٥.

(36) الجرف، طعيمة، مبدأ المشروعية وخضوع الدولة للقانون، القاهرة ١٩٦٣م، ص ٥.

(37) الشاعر: رمزي، القضاء الإداري ورقابته على أعمال الإدارة، النهضة العربية ١٩٨٢ ص ١١.

كل مفاهيم الخير والعدل، وما يراه الله حسناً فهو عند المسلمين حسن ومقبول. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن الشرعية والمشروعية لفظان مشتقان من أصل واحد هو الشرع أو الشريعة أو الشرعة وهي العادة والمنهاج حسب معاجم اللغة<sup>(38)</sup>.

ويرى جانب من الشراح أن لفظ الشرعية والمشروعية يختلفان من حيث المفهوم: فالشرعية مشتقة من الشرع بصيغة المفعولية، وتفيد محاولة موافقة الشرع، والمحاولة قد تصيب وقد تخيب فالفرق بين الشرعية والمشروعية يماثل الفرق بين الصورة الفعلية (على وزن الشرعية) والصورة المفعولية على وزن المشروعية لنفس الشيء، فالصورة الفعلية تصور الشيء تصوراً حقيقياً في حين أن الصورة المفعولية تصوره من وجهة نظر فاعلها وتختلف عادة عن الأصل في حدود معينة، فالمشروعية تعني احترام قواعد النظام القائمة فعلاً في المجتمع فهي في حقيقة الأمر مشروعية وضعية، أما الشرعية فهي فكرة مثالية تحمل معنى العدالة وما يجب أن يكون عليه النظام، فمفهومها أوسع من مجرد احترام قواعد النظام، ويتقضي هذا المفهوم قواعد أخرى يستطيع عقل الإنسان المستقيم أن يكتشفها، ويجب أن يكون المثل الأعلى الذي يتوفاه المنظم في الدولة ويعمل على تحقيقه إذا أراد الارتفاع بمستوى ما يصدر من أنظمة<sup>(39)</sup>.

ويرى الشيخ حمود الفوزان "أن الرقابة القضائية لأعمال الإدارة رقابة شرعية ومشروعية والشرعية تعني العدالة وما يجب أن يكون عليه القانون، فهي المثل الأعلى الذي يجب أن يتوخاه واضع النظام ويعمل على تحقيقه.... وأما اصطلاح المشروعية فتقضي محاولة موافقة الشرع، أي احترام قواعد القانون القائمة فعلاً في المجتمع... وبالرغم من أن السائد في قه النظم الوضعية تغلب معنى المشروعية وإرادته عن استعمالهم مصطلح الشرعية، فإن الأمر في النظام الإسلامي مختلف من حيث صورة الجمع بين رقابة المشروعية والشرعية وهذه فارقة لم تصل إليها بعد النظم الوضعية" ويضيف "ومن ثم فإذا

(38) الفحل، عبد الرزاق علي، القضاء الإداري قضاء المظالم وتطبيقته في المملكة العربية السعودية، دار النواذب للنشر والتوزيع، جدة، الطبعة الثانية ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م، ص ٥ وما بعدها.

(39) الطو، ماجد راغب، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ٢٠٠٦م ص ١٨ وما بعدها.

أصدر قرار خلافاً لحكم شرعي تعين إلغاؤه أو عدم اعتباره لكونه قراراً معهوداً وفق مصطلح النظم الوضعية وكذلك إذا صدر قرار خلافاً لحكم توجيه الأنظمة المرعية - وكلمة المرعية هنا تعني الأنظمة المعتبرة شرعاً والصادرة على مقتضى أحكام الشريعة الإسلامية - فإنه يكون متعين الإلغاء إذا شابته عيب من عيوب القرار الإداري المنصوص عليها في الفقرة (ب) من البند الأول من المادة الثامنة من نظام ديوان المظالم<sup>(40)</sup>.

ونحن إذ نتفق مع ما ذهب إليه الشيخ الفائز باعتبار أن الشريعة الإسلامية جاءت بأحكام وقواعد عامة كلية صالحة التطبيق في كل ما يعرض الناس في حياتهم، وكونها أحاطت بجميع الأصول والقواعد التي لا بد منها في كل نظام كوجوب العدل والشورى ورفع الحرج ونفع الضرر وأداء الأمانات إلى أهلها ورعاية الحقوق لأصحابها والرجوع في مهام الأمور ومعضلاتها إلى أهل الذكر والاختصاص والخبرة لقوله ع "تركتم فيكم أمرين لن تضلوا ما تمسكتم بها: كتاب الله وسنة رسوله"<sup>(41)</sup>.

نخلص أن الشرعية تتطابق مع المشروعية في حدود ما تتضمنه هذه الأخيرة من قواعد العدالة. ولكن الشرعية تتضمن قواعد أخرى أوسع وأكثر شمولية لما يحقق مصالح العباد في الدنيا والآخرة.

### المطلب الثالث أهمية الرقابة على القضاء

الأصل في المجتمع الإنساني الذي يسوده العدل هو أن تكون هنالك سنن أو قواعد ينزل المجتمع عند حكمها، وهو الذي يعبر عنه بمبدأ الشرعية<sup>(42)</sup>، وهو الأساس في الشريعة الإسلامية لقوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ

(40) الفائز الشيخ حمود عبد العزيز، ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية، ودورة في الرقابة القضائية، ندوة أجهزة الرقابة المالية والإدارية المنعقد في معقد الإدارة العامة - الرياض من ٧-١٠ ربيع الآخرة ١٤٠٥هـ ص ٩٣-٩٤.

(41) سنن البيهقي الكبرى ج ١٠، ص ١١٤.

(42) الطملي، سليمان محمد، النظرية العامة للقرارات الإدارية، القاهرة دار الفكر العربي، ط ٥، ص ١٥، ١٩٨٤م.

أَمْتُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ تِلْكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا} (النساء: الآية: ٥٩).

فإن مخالفة أحكام النظام يجعل منها أعمالاً غير مشروعة ويكون لكل ذي شأن الحق في طلب إلغائها ووقف تنفيذها فضلاً عن طلب تعويض الأضرار التي تسببها<sup>(٤٣)</sup>، ولهذا استلزم الأمر رقابة قضائية على أعمال السلطات للتأكد من صدورها وفقاً لمبدأ الشرعية.

### أولاً: أنواع الرقابة القضائية:

لما كان مبدأ الشرعية هو المبدأ السائد في نظام الدولة الحديثة، التي تسمى (الدولة القانونية)، وكان تحقيق هذا المبدأ يستلزم تنظيم رقابة على أعمال الدولة بصفة عامة سواء كانت تنظيمية أو تنفيذية أو قضائية، وإن إعماله بطريقة فعالة يوفر ضمانات حقيقية لحقوق الأفراد وحررياتهم، يقتضي تنظيم رقابة قضائية على تلك الأعمال بصفة عامة وعلى أعمال الإدارة بصفة خاصة<sup>(٢)</sup>، لذلك يتأكد لدينا أن مبدأ الشرعية يعتبر دعامة أساسية لرقابة القضاء على أعمال السلطات الحاكمة في الدولة لتخضع لحكم الشريعة والنظام وتلتزم حدودها.

ولتطبيق مبدأ الشرعية داخل المجتمع ينبغي أن تعمل سلطات الدولة وفق القواعد والمبادئ الشرعية المنظمة لتلك السلطات، بحيث تكون تصرفاتها وأعمالها متفقة مع تلك المبادئ والقواعد الشرعية. ولأجل تحقق ذلك يجب أن يكون للقضاء الولاية والاختصاص الشامل للنظر في مدى مشروعية تصرفات وأعمال السلطات في الدولة. لذا تتمثل الرقابة القضائية بالأنواع التالية:

---

حافظ محمود حافظ، القضاء الإداري، القاهرة دار النهضة ط٧، (ب.ت) ص ١٩.  
(٤٣) الجرف، طعيمة، المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، القاهرة، دار النهضة العربية ط٣، ص ٣٠، ١٩٧٦م.  
(٢) الطماوي، سليمان محمد، الوجيز في القضاء الإداري، القاهرة، دار النهضة العربية ط١٩٧٤م، ص ١٣

## ١- الرقابة القضائية على السلطة التنظيمية:

يقصد بالرقابة القضائية، حق القضاء بمقتضى وظيفته الأصلية وبناء على طلب من ذي مصلحة، في فحص النظام والتحقق من مدى توافقه مع دستور البلاد، ومن ثم الامتناع عن تطبيق هذا النظام أو إلغاؤه، حسب الأحوال إذا ثبت لها تعارضه مع الدستور<sup>(44)</sup>، أي أن القضاء هو الجهة التي تتولى مراقبة دستورية القوانين، ومطابقتها مع النصوص والمبادئ الدستورية، وتختلف هذه الرقابة من دولة إلى أخرى وفقاً لاختلاف طبيعة النظام السياسي، والتي تتراوح ما بين الامتناع عن تطبيق تلك الأنظمة أو إبطالها أو إلغائها<sup>(45)</sup>. والأصل في تطبيق هذه الرقابة في الإسلام هو أنه لا يجوز للقضاء بأي حال من الأحوال أن يطبق نظاماً فيه تعارض مع الكتاب والسنة إذ "لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق"<sup>(46)</sup>.

وفي المملكة العربية السعودية لا يوجد قضاء متخصص بالرقابة على دستورية الأنظمة، ووفقاً لمقتضى التطبيق فإن الأمر أسند إلى أكثر من جهة وهي:

١- أن جلالة الملك له اختصاص الرقابة على دستورية الأنظمة، وذلك لأنه هو مرجع جميع السلطات في الدولة فقد أعطى الإسلام لرئيس الدولة كما ذكر الماوردي في باب ما يلزم الإمام من الأمور العامة: منها: "حفظ الدين على أصوله المستقرة وما أجمع عليه سلف الأمة، فإن نجم مبتدع أو زاغ نو شبهة عنه أوضح له الحجة وبين له الصواب وأخذه بما يلزمه من الحقوق والحدود، ليكون محروساً من خلل والأمة ممنوعة من زلل" ومنها: أن يباشر بنفسه مشاركة الأمور وتصفح الأحوال، ينهض بسياسة الأمة وحراسة الملة، ولا يعول على التفويض متشاعلاً بلذة أو عبادة، فقد يخون الأمين ويغش الناصح، وقد قال تعالى: { يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ } (ص: الآية: ٢٦) فلم

(٣) مولود، محمد عمر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، مجلة (نه رازو) العدد السادس ١٩٩٩م ص ١٣٩.

(45) مرز، إسماعيل، القانون الدستوري - دراسة مقارنة، الجامعة الليبية دار صادر ١٩٦٩م، ص ٣٨٩.

(46) مسند الإمام أحمد، مسند عبد الله بن مسعود - ج ١، ص ٤٠٩، رقم ٣٨٨٩.

يقتصر الله سبحانه وتعالى على التفويض دون المباشرة ولا عذره في الإتياع حتى وصفه بالضلال، وهذا ما كان مستحقاً عليه بحكم الدين ومنصب الخلافة فهو من حقوق السياسة لكل مسترع<sup>(47)</sup>، قال النبي ع (كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته)<sup>(48)</sup>.

ونصت المادة الرابعة والأربعون من النظام الأساسي للحكم على أن ((تتكون السلطات في الدولة من: السلطة التنظيمية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية وتتعاون هذه السلطات في أداء وظيفتها، وفقاً لهذا النظام وغيره من الأنظمة، والملك هو مرجع هذه السلطات))<sup>(49)</sup>. وبناء على ذلك فإن صدور أي نظام يجب أن يكون بمرسوم ملكي<sup>(50)</sup>.

ب- هيئة كبار العلماء: إن دور العلماء في المملكة العربية السعودية لا يقف عند السعي في إصلاح المجتمع والدعوة إلى الله فحسب، بل يتعدى ذلك إلى المشاركة في شتى المناحي، فهم أعلم الناس بالقرآن الكريم والسنة والمسائل الدستورية، ومنها الرقابة على الأنظمة من حيث مدى دستوريته، فيجب أن تكون لهم الرقابة الدستورية لأنهم أهل العلم بالدستور<sup>(51)</sup>.

إن هيئة كبار العلماء هيئة رسمية منشئة ومحددة اختصاصاتها بموجب نظام<sup>(52)</sup> بالاستناد إلى نص المادة الخامسة والأربعين من النظام الأساسي إن "مصدر الإفتاء في المملكة العربية السعودية، كتاب الله تعالى، وسنة رسوله ع، وبين النظام ترتيب هيئة كبار العلماء وإدارة البحوث والإفتاء واختصاصاتها"<sup>(53)</sup>.

ج- القضاء في المملكة العربية السعودية يحق له ممارسة الرقابة الدستورية على الأنظمة عن طريق رقابة الامتثال وذلك استناداً إلى نص المادة

- 
- (47) الماوردي، الأحكام السلطانية ص ١٨-١٩.  
(48) أخرجه البخاري في كتاب الأحكام ص ٥٩٥، ومسلم في كتاب الإمارة ص ١٠٠٥.  
(49) المادة الرابعة والأربعون، النظام الأساسي للحكم.  
(50) المرسوم الملكي: وهو إدارة تنظيمية تتخذ شكلاً محدداً أو مكتوباً، يحمل توقيع الملك بصفته مرجعاً لجميع السلطات وبناء على قرار لمجلس الوزراء.  
(51) الشلحوب، عبد الرحمن، النظام الدستوري في المملكة العربية السعودية ص ٢١٨.  
(52) صدر نظام ولائحة هيئة كبار العلماء بموجب الرسم الملكي رقم ١٣٧/أ، وتاريخ ١٣٩١/٧/٨ هـ.  
(53) المادة (٤٥) النظام الأساسي للحكم.

(٤٨) من النظام الأساسي للحكم "تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة، وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة" أي أن ما يصدر مخالفاً أو معارضاً لا تلتزم المحاكم بتطبيقه وهذا ما تم عليه العمل. حيث جاء بحكم ديوان المظالم أنه: "من ثم تؤيد الهيئة الحكم محمولاً على أسبابه التي قام عليها، فيما عدا السبب المتعلق بالمطالبة الأولى الخاصة بقيمة البوالص، حيث قضت الدائرة بإلزام المدعى عليها برد هذه القيمة، لأن المدعية قامت بالتأمين، ولم يلحق المدعى عليها ضرر من جراء التأمين لدى غير الشركة المحددة بالعقد، والهيئة ترى أن السبب الصحيح للحكم في هذه المطالبة أن اشتراط التأمين في ذاته غير صحيح شرعاً ومن ثم لا يترتب عليه أثر...." (54)

إن هذا الحكم جاء بعدم الاعتداد بشرط التأمين الوارد في عقد الأشغال العامة الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم ١٣٦ في ١٧/٦/١٤٠٨ هـ حيث نصت المادة ٥/١٢ على أن "يلزم المقاول عند توقيع عقد تزيد قيمته عن خمسة ملايين ريال بأن يقدم إلى الجهة الحكومية بوليصة التأمين اللازمة".

فقد رأت هيئة التدقيق بديوان المظالم عدم دستورية هذا النص لمخالفة الشريعة الإسلامية، مما يخول القاضي الحق في الامتناع عن تطبيقه.

وبناء عليه فلا يجوز للسلطة التنظيمية أن تضع أنظمة تخالف أحكام الشريعة الإسلامية، وإن حصل ذلك يعد خروجاً على مبدأ الشرعية الأمر الذي يعرضها للبطلان، وفقاً لنص المادة السابعة من النظام الأساسي للحكم حيث نصت على أن "يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله تعالى وسنة رسوله ﷺ وهما الحاكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة".

أضف إلى ذلك ما جاء بنص المادة الحادية عشرة من نظام القضاء الجديد بأن "تتولى المحكمة العليا - بالإضافة إلى الاختصاصات المنصوص عليها في نظام المرافعات الشرعية ونظام الإجراءات الجزائية - مراقبة سلامة تطبيق أحكام

---

(54) ديوان المظالم حكم هيئة التدقيق رقم ١/٤١/ت لعام ١٤١٩ هـ في القضية رقم ١/١٤٦/ق لعام ١٤١٧ هـ غير منشور.

الشريعة الإسلامية وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض معها في القضايا التي تدخل ضمن ولاية القضاء العام...» (55).

## ٢- الرقابة القضائية على السلطة التنفيذية:

تنقسم الدول في تنظيمها لهذه الرقابة إلى نظامين رئيسيين النظام الأنجلوسكسوني والنظام اللاتيني (٢). إذ يأخذ الأول بوحدة القضاء ووحدة النظام القانوني المطابق بالنسبة للإدارة والأفراد، في حين يأخذ الثاني بازواج قضائي وازدواج النظام القانوني، أي يوجد قضاء إداري وقانون إداري، بجوار القضاء العام والقانون الخاص. وعرف نظام الحكم في الدولة الإسلامية تنظيمًا قضائياً متميزاً أطلق عليه ولاية المظالم (ديوان المظالم) (56) بدأ هذا التنظيم في عهد الرسول ع، وقصد به نصره المظلوم وإعادة الحق إليه، وبمعنى آخر النظر في مظالم الأفراد وإزالة أسبابها بحيث تعود الحقوق الشرعية إلى أهلها (57). وتمتد رقابة القضاء إلى سلطات الدولة كلها، لذا يراقب القضاء عمل السلطة التنفيذية ويلزمها باحترام مبدأ الشرعية.

## ثانياً : الرقابة في الفقه الإسلامي :

(55) المادة الحادية عشرة نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٧٨ وتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩.

أم القرى العدد ٤١٦٩ في ٢٣/رمضان/١٤٢٨هـ.

(2) E. La Ferriere. Manuel de droit Constitutionnel, paris 1947 -p.96  
(56) الملوذي، أبو الحسن علي بن محمد، الأحكام السلطانية، وزارة الأوقاف - العراق ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م.

البلازوي، أحمد بن يحيى، فتوح البلدان، دار لكتب، بيروت ١٩٧٨م.  
ابن خلدون، عبد الرحمن، مقامة ابن خلدون، تحقيق علي بن عبد الواحد راضي لجنة البيان العربي.

منكور، محمد، معالم الدولة الإسلامية، الكويت مكتبة الفلاح، ط١، ١٩٨٣.  
زيدان، عبد الكريم، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة عمان ١٩٩٢م.

عبد المنعم، حمدي، ديوان المظالم نشأته وتطوره واختصاصاته مقارنة في القضاء الحديث. دار الشروق بيروت ١٩٨٣.

(57) أبو زهرة، الشيخ محمد، المظالم في الإسلام، الحلقة الدراسية الأولى للقانون والعلوم السياسية التي عقدت بإشراف المجلس الأعلى للفنون والآداب والعلوم الاجتماعية القاهرة، ١٣-١٧/أكتوبر/١٩٦٠م.



إن ولاية أمر الناس في النظام الإسلامي من أعظم الواجبات لأنه لا قيام للدين إلا بها. وإن كفالة خضوع الجميع لقواعد التشريع والنظام وإنصاف الرعية من تجاوزات وانحرافات الولاية والعمال فقد عرف النظام الإسلامي الرقابة القضائية (ولاية المظالم)، وبذلك تم إسناد الرقابة على الشرعية إلى السلطة القضائية، بحيث تتولها سلطة عليا ذات هيئة ورهبة ونفوذ لإلزام بما يقضي به الشرع. وهذا ما سوف نبينه في الطلب الخامس.

### ثالثاً : الرقابة في الأنظمة السعودية :

أكدت الأنظمة السعودية على الرقابة على شرعية أعمال سلطات الدولة لضمان مبدأ الشرعية ، حيث تنص المادة الأولى من النظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي رقم ٩٠/أ والصادر بتاريخ ١٤١٢/٨/٢٧ هـ على أن ((المملكة العربية السعودية دولة عربية إسلامية ذات سيادة تامة، دينها الإسلام ودستورها كتاب الله وسنة رسوله ع ..)) لذلك يجب أن تكون الأنظمة التي تسن في المملكة متفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية. بحيث يستبعد ما قد يتعارض مع هذه الأحكام. وعلى هذا نصت المادة السابعة من النظام الأساسي على أن "يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية من كتاب الله وسنة رسوله ع وهما الحاكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة".

ونظراً لأن موضوع الدراسة هو الرقابة القضائية والتي تتم ممارستها عن طريق المحاكم حينما ترفع إليها دعوى ، والتي تعتبر أهم أنواع الرقابة، إذ يجد بها الأفراد الضمانة الحقيقية لحماية حقوقهم لما يتمتع به القضاء من حيادية واستقلال.

لذا نصت المادة السادسة والأربعون من النظام الأساسي للحكم على أن ((القضاء سلطة مستقلة ولا سلطان على القضاء في تصرفهم غير سلطان الشريعة الإسلامية)) وكذلك المادة الثامنة والأربعون على أن "تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية، وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة".

وإن السبيل القويم إلى العدالة هو الحكم بما أنزل الله وهو الذي عملت عليه المملكة لذا جاء نظام القضاء ليؤكد ذلك ونص على أن "تتولى المحكمة

العليا .... مراقبة سلامة تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض معها في القضايا التي تدخل ضمن ولاية القضاء العام... (58)

وكذلك نص نظام ديوان المظالم على أن "تختص المحكمة الإدارية العليا بالنظر في الاعتراضات على الأحكام التي تصدرها محاكم الاستئناف الإدارية، إذا كان محل الاعتراض على الحكم ما يأتي: أ - مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية أو الأنظمة التي لا تتعارض معها... (59)

في هذا ما يؤكد على تطبيق الشريعة الإسلامية وبالنتيجة يحقق مبدأ الشرعية بأحسن صورها فالعلاقة بين الرقابة القضائية ومبدأ الشرعية تعتمد على قضاء مستقل كما بينا بما له من ضمانات كما سوف نبينها وبالنتيجة خضوع الجميع لحكام ومحكومين لمبدأ الشرعية.

وعليه فإن القضاء بنوعيه القضاء العام والقضاء الإداري ((ديوان المظالم)) لا بد أن يتقيد في أحكامه بالشريعة الإسلامية باعتبارها تمثل الشرعية في المملكة العربية السعودية.

#### المطلب الرابع

#### مبدأ الشرعية وعلاقته بالسلطة القضائية

##### أولاً: نشأة مبدأ الشرعية:

يعتبر مبدأ الشرعية بمعناه العام من المبادئ الأساسية الواجبة التطبيق في الدولة الحديثة، ذلك أن سيادة حكم الشرع النظام، أصبح عنصراً أساسياً من عناصر الدولة الحديثة بغض النظر عن الاتجاهات السياسية الاقتصادية والاجتماعية التي تتبناها الدولة.

تعرف الشرعية بأنها "التزام كل من الحاكم والمحكوم بالمصدرين الأساسيين في الشريعة الإسلامية وهما القرآن الكريم والسنة النبوية، وكذلك القوانين التي تصدر بناء على حاجة الأمة فيما لم يرد فيه نص والمقيدة في ذلك

(58) المادة الحادية عشرة نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/78 وتاريخ 1428/9/19هـ.

(59) المادة الحادية عشرة نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/78 وتاريخ 1428/9/19هـ.

بروح الإسلام ومبادئه العليا<sup>(60)</sup>. أي: توافق التصرفات التي تصدر عن سلطات الدولة ومواطنيها مع قواعد موضوعة من قبل<sup>(61)</sup>. أي: مع قواعد الشرع و النظام النافذ، ويقصد بالنظام (القانون) كافة أنواع القواعد النظامية النافذة في الدولة، يعني أن تمثل جميع الهيئات والأشخاص في الدولة لأحكام النظام، بمعناه الواسع، أي كل القواعد النظامية وفقاً لمبدأ تدرجها، وبذلك فإنه يقيد سلطات الدولة، وفي نفس الوقت يستطيع الأفراد أن يراقبوا الدولة في مباشرة وظيفتها، ويتمتعون بوسائل عديدة لتحقيق ذلك<sup>(62)</sup>. وبذلك يكون حكم مبدأ الشرعية بأن كل نشاط داخل الدولة يجب أن يكون متفقاً مع الشرع النظام السائد<sup>(63)</sup>.

وقال تعالى: {إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ} (النحل: الآية ٩٠) وقال تعالى: {فَالَّذِينَ مُؤْتَنَ بِهِتْمُ أَنْ لَعْنَةُ اللَّهِ عَلَى الظَّالِمِينَ} (الأعراف: من الآية ٤٤) وقوله تعالى: {وَمَا كُنَّا مُعْتَبِينَ حَتَّى نُنَبِّئَ رَسُولًا} (الاسراء: من الآية ١٥)، وقوله تعالى: {رُسُلًا مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِنَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةً بَعْدَ الرُّسُلِ وَكَانَ اللَّهُ عَزِيزًا حَكِيمًا} (النساء: ١٦٥)، وقوله تعالى: {وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمُ عَنْهُ فَانْتَهُوا} (الحشر: من الآية ٧) فقد حرص الإسلام على إرساء قواعد الفضيلة وإشاعة الطمأنينة، والاستقرار في المجتمع. بذلك يكون نشأة الشرعية في الدولة بوجود الشرع والنظام، ويلزم الجميع بحترامها.

ثانياً- موقف الفقه الإسلامي من مبدأ الشرعية:

سبق وبيننا أهمية توافق التصرفات التي تصدر عن سلطات الدولة ومواطنيها مع قواعد موضوعة من قبل<sup>(64)</sup>. وبذلك يكون حكم مبدأ الشرعية بأن كل نشاط داخل الدولة يجب أن يكون متفقاً مع الشرع النظام السائد<sup>(65)</sup>.

(60) محمد علي، عبد الجليل، مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي، ط١، دار الكتب القاهرة، ١٩٨٤م، ص٢، ٤.

(61) Radomir Tukic de L'erat et du droit Traduction.

Francaise de marc Gjidra, Dalloz 1947- p.445.

(62) بدوي، ثروت، الدولة القانونية، مجلة إدارة قضايا الحكومة السنة (٣) العدد (٣) ١٩٥٩م ص٥٥.

(63) الجرف، طعيمة، مبدأ المشروعية وخضوع الدولة للقانون، القاهرة ١٩٦٣م، ص٥.

(64) Radomir Tukic de L'erat et du droit Traduction.

لقد خلق الله تعالى عباده من البشر، وميزهم عن سائر خلقه بالعقل، وأرسل إليهم الأنبياء والمرسلين ومعهم الكتب والمعجزات، كل هذا لأجل أن يعرف - سبحانه - ويعبد ويطاع، فما الدنيا إلا دار فتنة وامتحان ومرور، وليست بدار قرار (66). قال تعالى: { لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا وَكُتِبَ عَلَيْكُمُ احْتِسَابٌ وَإِذْنَ بَعَثْنَا فِيكُمْ مِنْ قَبْلِي رُسُلًا أَنْ يَتْلُوا عَلَيْكُمْ آيَاتِنَا وَمَا يَحْتَفِلُونَ فِيهَا وَالْحَقُّ لِلَّهِ } { سورة المائدة الآية: ٤٨ }، وقال تعالى: { اللَّهُ يَبْسُطُ الرِّزْقَ لِمَنْ يَشَاءُ وَيَقْدِرُ وَفَرَحُوا بِالحَيَاةِ الدُّنْيَا وَمَا الحَيَاةُ الدُّنْيَا فِي الآخِرَةِ إِلَّا مَتَاعٌ } { سورة الرعد الآية: ٢٦ }. وأمر الله تعالى بطاعته وطاعة رسوله ع، لأنه هو المخبر عنه - سبحانه وتعالى - فلا يأمر إلا بخير، ولا ينهى إلا عن شر (67)، وقال تعالى: { وَمَا آتَاكُمُ الرُّسُلُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ } { سورة الحشر الآية: ٧ }، وقرن الله - تعالى - طاعته بطاعة رسول الله ع، لأنه هو الذي يبين للناس ما يضرهم وما ينفعهم في أمور دنياهم وآخرتهم، ثم بعد ذلك هناك من الناس أنفسهم من يبلغون شرع الله تعالى، وهم أولو الأمر، فأوجب طاعتهم في غير معصية الله (68)، قال تعالى: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرُّسُلَ وَأُولِي الأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرُّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا } { سورة النساء الآية: ٥٩ }.

وعن عائشة - رضي الله عنها - قالت: قال رسول الله ﷺ: ((من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد)) (69) و الرد بمعنى المردود أي: الباطل غير المعتد به، وهذا الحديث قاعدة عظيمة، ومن جوامع كلم الرسول (70) ﷺ. وهذه

Francaise de marc Gjindra, Dalloz 1947- p.445.

- (65) الجرف، طعيمة، مبدأ المشروعية وخضوع الدولة للقانون، القاهرة ١٩٦٣م، ص ٥.  
(66) ابن القيم الجوزية، الجواب الكافي لمن سأل عن الدواء الشافي، ٢٠٠٠م تحقيق أبي حذيفة عبيد الله بن عالية، بيروت: دار الكتاب العربي ط ١٩٠/١.  
(67) ابن كثير، أو الفداء، تفسير القرآن العظيم (١٤/٥).  
(68) رضا، محمد رشيد، تفسير القرآن الحكيم، بيروت، دار المعرفة، ١٩٧٣م (١٨٠/٥).  
(69) الألباني، محمد ناصر الدين، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، إشراف: زهير الشاويش، بيروت دمشق، المكتب الإسلامي، ١٩٧٩م، ط ١ (١٢٨/١).  
(70) النووي، أبو زكريا محيي الدين، شرح صحيح مسلم، الرياض، مكتبة الرياض الحديثة ١٩٨١م (١٦/١٢).

هي النصوص العامة التي يتقرر بناء عليها بطلان كل ما خالف الشرعية الإسلامية<sup>(71)</sup>.

فأحكام الشرعية الإسلامية هي دستور المسلمين الواجب عليهم إتباعه في كل زمان ومكان، وكل تشريع أو نظام يجب أن يكون موافقاً لأحكام القرآن الكريم، وما ثبت عن الرسول ع في سنته المطهرة، وما خالفهما فهو باطل بطلاناً أصلياً لا يترتب عليه ثمرته المرجوة منه<sup>(72)</sup>.

فإن مبدأ الشرعية في الفقه الإسلامي هو عدم مخالفة الأوامر والنواهي التي تحملها النصوص الشرعية في القرآن الكريم والسنة المتواترة وهي قطعية الثبوت<sup>(73)</sup>، وقد تكون قطعية الدلالة بمعنى أن المراد منها يفهم من خلال صيغة النص دون الحاجة إلى تدخل أمر خارجي، فهي نصوص لا تحتمل التأويل، ولا تحتاج إلى اجتهاد، كقوله تعالى: { وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا تَعْلَامًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ } سورة المائدة الآية: ٣٨. فالحكم المخالف لعقوبة السرقة، وهي القلع في حالة ثبوتها بجميع شرائطها، ولم يندرئ الحد لشبهة حكم باطل بل يجب نقضه<sup>(74)</sup>. وهذا ما أخذ به المنظم السعودي في نظام المرافعات الشرعية ونظام الإجراءات الجزائية في المادة الأولى من كل منهما، وكذلك المادة (١٨٨) من نظام الإجراءات الجزائية التي تقضي بوجوب نقض أي حكم مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية، فلا مجال للاجتهاد وإعمال المصالح في هذه المقدرات من حدود وكفارات وديات بأنواعها لورود النص قطعي الثبوت والدلالة من الكتاب أو السنة عليها فهي ثابتة ومقدرة من ناحية جنسها وقدرها، إذ أن الشارع الحكم لم يكن ليأمر بفعل وبه مضرة، ولا ينهى عن فعل به مصلحة، فمخالفة النصوص الشرعية باسم المصلحة فيه تمرد على حكم الشرع، فيكون ما يترتب على هذه المخالفة باطل بطلاناً كلياً أو أصلياً، بل هو منعدم، علماً بأن المصلحة المعتبرة هي المصلحة

(71) أبو البصل، عبد الناصر موسى، نظرية الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية والقانون، رسالة دكتوراه، مقدمة إلى جامعة الزيتونة، تونس دار النفائس، عمان، ٢٠٠٠م، ط١، ص٥٠٨.

(72) علي، أحمد إبراهيم سيد، بطلان التشريع الوضعي المخالف للتشريع الجنائي الإسلامي، رسالة دكتوراه كلية الشريعة والقانون، الأزهر القاهرة، دار المصطفى للنشر والتوزيع، ١٩٨٧م ص٢٣١.

(73) عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي: ص٢٣٧.

(74) خلاف، عبد الوهاب، علم أصول الفقه بيروت: دار القلم للطباعة والنشر ص١٦١.

الحقيقية، وليست الهوى والشهوات<sup>(75)</sup>، قال تعالى: { وَكُلُوا اثْبَتِ الْحَقِّ أَهْوَاءَهُمْ  
لَقَسَدَتْ السَّمَاوَاتُ وَالرُّضُ وَمَنْ فِيهِنَّ بَلْ أَتَيْنَاهُمْ بِذِكْرِهِمْ فَهُمْ عَنْ ذِكْرِهِمْ  
مُعْرِضُونَ } سورة المؤمنون الآية: ٧١.

أما الأحكام والأعمال التي وردت فيها نصوص قطعية الثبوت، ظنية  
الدلالة أو ظنية الثبوت، قطعية الدلالة، أو ظنية الثبوت والدلالة، أو التي لم يرد  
فيها نص ولا إجماع، وليست معلومة من الدين بالضرورة، فهذه النصوص لا  
يقطع المراد منها بنفس صيغتها وألفاظها الواردة، بل يحتاج الأمر إلى تدخل  
خارجي، وموازنة النصوص، سواء من ناحية السند، أو من ناحية دلالة النص  
بألفاظه على المعنى، فالعام قد يحتاج إلى تخصيص والمطلق إلى تقييد، وإن  
ورد النص بصيغة الأمر هل يحتمل الوجوب أم الندب أم الإباحة؟ وإذا كانت  
الصيغة هي النهي فهل يحمل المعنى على التحريم أم الكراهة؟ وقد يحتاج الأمر  
إلى مصادر التشريع الأخرى كالمصالح المرسلة والعرف وغيرها<sup>(76)</sup>.

أن الشريعة الإسلامية جاءت بأحكام وقواعد عامة كلية صالحة التطبيق  
في كل ما يعرض للناس في حياتهم، وكونها أحاطت بجميع الأصول والقواعد  
التي لا بد منها في كل نظام كوجوب العدل والشورى ورفع الحرج ودفن الضرر  
وأداء الأمانات إلى أهلها ورعاية الحقوق لأصحابها والرجوع في مهام الأمور  
ومعضلاتها إلى أهل الذكر والاختصاص والخبرة لقوله ع "تركنت فيكم أمرين  
لن تضلوا ما تمسكتم بها: كتاب الله وسنة رسوله"<sup>(77)</sup>.

### ثالثاً : موقف الأنظمة السعودية من مبدأ الشرعية:

فقد عملت المملكة العربية السعودية على تعزيز منزلة القضاء وتحقيق  
الأمن والأمان على النفس والعرض والمال بتطبيق الشرع الحنيف، وأصبح  
مبدأ استقلال القضاء أصلاً من الأصول التي قامت عليها الدولة السعودية، فقد  
جاءت الأنظمة المتتالية لتؤكد واقع استقلال القضاء<sup>(78)</sup>. فقد نص النظام

(75) أبو هريرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، كتاب العقوبة، بيروت، دار الفكر  
العربي، بدون سنة طبع ص ٥٨

(76) شعبان، زكي الدين، أصول الفقه الإسلامي، منشورات جامعة قارون ص ١٩٨٩م،  
ص ٤١٥-٤١٧.

(77) سنن البيهقي الكبرى ج ١٠، ص ١١٤.

(78) المادة (٩) نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٨٨ وتاريخ ١٣٨٠/٩/٢٢هـ.

الأساسي للحكم في مادته السادسة والأربعين على أن "القضاء سلطة مستقلة ولا سلطان على القضاة في قضائهم لغير سلطان الشريعة الإسلامية"<sup>(79)</sup> ونصت المادة الأولى من نظام القضاء أن "القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير أحكام الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية وليس لأحد التدخل في القضاء"<sup>(80)</sup> ونصت المادة الأولى من نظام ديوان المظالم على أن "ديوان المظالم هيئة قضاء إداري مستقلة، يرتبط مباشرة بالملك، ويكون مقره مدينة الرياض، ويتمتع قضاء الديوان وقضاة بالضمانات المنصوص عليها في نظم القضاء ويلتزمون بالواجبات المنصوص عليها فيه"<sup>(81)</sup>. كل هذه النصوص وغيرها من النصوص الدالة على استقلال القضاء في المملكة. وقد أكد نظم القضاء على ضمانات أساسية تحمي استقلال القضاء في المملكة وهذا ما سوف نبينه في المطالب السابع .

رابعاً: علاقة مبدأ الشرعية بالسلطة القضائية من حيث أنها ضمانات لاستقلالها: جاءت أوامر القرآن الكريم للرسول ع صريحة في أن يكون قضاؤه بالعدل المطلق، والحيدة التامة، لقوله تعالى: { إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق ليحكم بين الناس بما أراك الله ولا تكن للخائنين خصيماً } (النساء: الآية: ١٠٥) وقوله تعالى: { وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله إليك }.

أن استقلال القضاء هدف نبيل يستلزمه ويفرضه تحقيق العدالة في المجتمع، لأنه يجعل القضاء فوق السلطات بل وفوق الخليفة والإمام<sup>(82)</sup>. لذا نجد إن كافة الدساتير تنص على إن القضاء سلطة وليس وظيفة ومن شأن ذلك أن تقف على قدم المساواة مع السلطين التنظيمية والتنفيذية فلا

---

المادة (٤٠٣،٢٠١) نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٦٤ وتاريخ ١٣٩٥/٧/١٤هـ.  
 (79) المادة (٤٦) النظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي رقم م/٩٠ وتاريخ ١٤١٢/٨/٢٧هـ.  
 (80) المادة (١) نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٧٨ وتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩هـ.  
 (81) المادة (١) نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٧٨ وتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩هـ.  
 (82) عبد الله، نجيب أحمد ، ضمانات استقلال القضاء، ط١ المكتب الجامعي ٢٠٠٧م.

يعود من الجائز لأي من هذه السلطات التدخل في شؤون الأخرى أو الاعتداء على اختصاصاتها.

وبما أن مهمة القاضي هي الإخبار عن حكم شرعي على وجه الإلزام، فينبغي أن يترك له المجال للقيام بهذا الإخبار وفق ما تقضي به قواعد الشريعة وأحكامها لتحقيق العدالة، وتبعاً لما توصل إليه فهمه واجتهاده، وطالما كان العلم بإجماع الفقهاء شرطاً لازماً لتولية القضاء فيصبح من الضرورة الاعتراف للقاضي بالحرية الكاملة في استخدام علمه على الحالات المعروضة عليه دون خضوع لأي أمر أو توجيه من أي أحد.

تأتي أهمية إقرار مبدأ استقلال القضاء في أنه يشيع في نفوس المتقاضين روح الثقة والاطمئنان إلى أن يتم الفصل في منازعاتهم وأقصيتهم بإرادة القاضي وحده بعيداً عن كافة الأهواء وكل أشكال المؤثرات.

إن استقلال القضاء لا يستمد وجوده من النصوص وإنما ينبع من تحقق العدالة، فحاجة الناس إلى القضاء المحايد المستقل هي أعظم حاجاتهم فهو يوفر لهم الأمن، والأمن هو الحياة(١)، وهو أئمن ما يحرص عليه الإنسان لقوله تعالى: { فليعبُدُوا رَبَّ هَذَا الْبَيْتِ \* الَّذِي أَطْعَمَهُمْ مِنْ جُوعٍ وَآمَنَهُمْ مِنْ خَوْفٍ } (قريش الآية: ٤، ٣).

وحتى يتحقق استقلال القضاء على الوجه الأكمل، فلا بد أن تتوافر الأسباب التي تكفل أكبر قدر من الاستقرار والطمأنينة للقضاة، والتي تهيئ لهم ظروف الحيادية والنزاهة التامة في أداء عملهم. فقد تضمن النظام في المملكة العربية السعودية العديد من الضمانات لاستقلال القضاء، ولأن لهذا الاستقلال دوره في ضمان تحقق مبدأ الشرعية في المملكة العربية السعودية وهذا ما سوف نتناوله في المطالب التالية:

أن الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان، وأن الهدف من استقلال القضاء هو إحقاق الحق وتطبيق العدالة في المجتمع دون تمييز بين الحاكم والمحكوم لقوله تعالى: { إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ } (النحل الآية: ٩٠) وقال تعالى: { إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤْتُوا الْمَالَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ } (النساء الآية: ٥٨).

المطلب الخامس: أنواع الرقابة القضائية ونشأة القضاء الإداري:



لما كان مبدأ الشرعية هو المبدأ السائد في نظام الدولة الحديثة، التي تسمى (الدولة القانونية)، وكان تحقيق هذا المبدأ يستلزم تنظيم رقابة على أعمال الدولة بصفة عامة سواء كانت تنظيمية أو تنفيذية أو قضائية، وإن إعماله بطريقة فعالة يوفر ضمانات حقيقية لحقوق الأفراد وحريةهم، يقتضي تنظيم رقابة قضائية على تلك الأعمال بصفة عامة وعلى أعمال الإدارة بصفة خاصة (٢) ، لذلك يتأكد لدينا أن مبدأ الشرعية يعتبر دعامة أساسية لرقابة القضاء على أعمال الإدارة، أي أن السلطات الحاكمة في الدولة تخضع لحكم الشريعة والنظام وتلتزم حدودها.

### أولاً: الرقابة على السلطة التنظيمية:

يقصد بالرقابة القضائية، حق القضاء بمقتضى وظيفته الأصلية وبناء على طلب من ذي مصلحة، في فحص النظام والتحقق من مدى توافقه مع دستور البلاد، ومن ثم الامتناع عن تطبيق هذا النظام أو إلغائه، حسب الأحوال إذا ثبت لها تعارضه مع الدستور<sup>(83)</sup>، أي أن القضاء هو الجهة التي تتولى مراقبة دستورية القوانين، ومطابقتها مع النصوص والمبادئ الدستورية، وتختلف هذه الرقابة من دولة إلى أخرى وفقاً لاختلاف طبيعة النظام السياسي، والتي تتراوح ما بين الامتناع عن تطبيق تلك الأنظمة أو إبطالها أو إلغائها<sup>(84)</sup>. والأصل في تطبيق هذه الرقابة في الإسلام هو أنه لا يجوز للقضاء بأي حال من الأحوال أن يطبق نظاماً فيه تعارض مع الكتاب والسنة إذ "لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق"<sup>(85)</sup>.

وفي المملكة العربية السعودية لا يوجد قضاء متخصص بالرقابة على دستورية الأنظمة، ووفقاً لمقتضى التطبيق فإن الأمر أسند إلى أكثر من جهة وهي:

- (٣) مولود، محمد صر ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، مجلة (نه رازوو) العدد السادس ١٩٩٩م ص١٣٩.
- (84) مرز، إسماعيل ، للقانون الدستوري - دراسة مقارنة، الجامعة الليبية دار صالار ١٩٦٩م، ص٣٨٩.
- (85) أخرجه أحمد في مسنده من حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه ١٣١/١ رقم ١٠٩٥.

- أن جلالة الملك له اختصاص الرقابة على دستورية الأنظمة، وذلك لأنه هو مرجع جميع السلطات في الدولة فقد أعطى الإسلام لرئيس الدولة كما ذكر الماوردي في باب ما يلزم الإمام من الأمور العامة: منها: "حفظ الدين على أصوله المستقرة وما أجمع عليه سلف الأمة، فإن نجم مبتدع أو زاغ نو شبهة عنه أوضح له الحجة وبين له الصواب وأخذ به بما يلزمه من الحقوق والحدود، ليكون محروساً من خلل والأمة ممنوعة من زلل" ومنها: أن يباشر بنفسه مشاركة الأمور وتصفح الأحوال، ينهض بسياسة الأمة وحراسة الملة، ولا يعول على التفويض متشاعلاً بلذة أو عبادة، فقد يخون الأمين ويغش الناصح، وقد قال تعالى: { يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ } (ص: الآية: ٢٦) فلم يقتصر الله سبحانه وتعالى على التفويض دون المباشرة ولا عنزه في الإتيان حتى وصفه بالضلال، وهذا ما كان مستحقاً عليه بحكم الدين ومنصب الخلافة فهو من حقوق السياسة لكل مسترع<sup>(86)</sup>، قال النبي ع (كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته)<sup>(87)</sup>.

ونصت المادة الرابعة والأربعون من النظام الأساسي للحكم على أن ((تتكون السلطات في الدولة من: السلطة التنظيمية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية وتتعاون هذه السلطات في أداء وظيفتها، وفقاً لهذا النظام وغيره من الأنظمة، والملك هو مرجع هذه السلطات))<sup>(88)</sup>. وبناء على ذلك فإن صدور أي نظام يجب أن يكون بمرسوم ملكي<sup>(89)</sup>.

- هيئة كبار العلماء: إن دور العلماء في المملكة العربية السعودية لا يقف عند السعي في إصلاح المجتمع والدعوة إلى الله فحسب، بل يتعدى ذلك إلى المشاركة في شتى المناحي، فهم أعلم الناس بالقرآن الكريم والسنة والمسائل

(86) الماوردي، الأحكام السلطانية ص ١٨-١٩.

(87) أخرجه البخاري في كتاب الأحكام ص ٥٩٥، ومسلم في كتاب الإمارة ص ١٠٠٥.

(88) المادة الرابعة والأربعون، النظام الأساسي للحكم.

(89) المرسوم الملكي: وهو إدارة تنظيمية تتخذ شكلاً محدداً أو مكتوباً، يحمل توقيع الملك بصفته مرجعاً لجميع السلطات وبناء على قرار لمجلس الوزراء.

الديستورية، ومنها الرقابة على الأنظمة من حيث مدى دستورتيتها، فيجب أن تكون لهم الرقابة الدستورية لأنهم أهل العلم بالدستور<sup>(90)</sup>.

إن هيئة كبار العلماء هيئة رسمية منشئة ومحددة اختصاصاتها بموجب نظام<sup>(91)</sup> بالاستناد إلى نص المادة الخامسة والأربعين من النظام الأساسي إن "مصدر الإفتاء في المملكة العربية السعودية، كتاب الله تعالى، وسنة رسوله ﷺ، وبين النظام ترتيب هيئة كبار العلماء وإدارة البحوث والإفتاء واختصاصاتها"<sup>(92)</sup>.

- القضاء في المملكة العربية السعودية يحق له ممارسة الرقابة الدستورية على الأنظمة عن طريق رقابة الامتثال وذلك استناداً إلى نص المادة (٤٨) من النظام الأساسي للحكم "تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة، وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة" أي أن ما يصدر مخالفاً أو معارضاً لا تلتزم المحاكم بتطبيقه وهذا ما تم عليه العمل. حيث جاء بحكم ديوان المظالم أنه: "من ثم تؤيد الهيئة الحكم محمولاً على أسبابه التي قام عليها، فيما عدا السبب المتعلق بالمطالبة الأولى الخاصة بقيمة البوالص، حيث قضت الدائرة بإلزام المدعى عليها برد هذه القيمة، لأن المدعية قامت بالتأمين، ولم يلحق المدعى عليها ضرر من جراء التأمين لدى غير الشركة المحددة بالعقد، والهيئة ترى أن السبب الصحيح للحكم في هذه المطالبة أن اشتراط التأمين في ذاته غير صحيح شرعاً ومن ثم لا يترتب عليه أثر...."<sup>(93)</sup>

إن هذا الحكم جاء بعدم الاعتداد بشرط التأمين الوارد في عقد الأشغال العامة الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم ١٣٦ في ١٧/٦/١٤٠٨ هـ حيث

(90) الشلهوب، عبد الرحمن، النظام الدستوري في المملكة العربية السعودية ص ٢١٨.

(91) صدر نظام ولانحة هيئة كبار العلماء بموجب الرسم الملكي رقم ١٣٧/أ، وتاريخ ١٣٩١/٧/٨ هـ.

(92) المادة (٤٥) النظام الأساسي للحكم.

(93) ديوان المظالم حكم هيئة التدقيق رقم ١/٤١/ت لعام ١٤١٩ هـ في القضية رقم ١/١٤٦/ق لعام ١٤١٧ هـ غير منشور.

نصت المادة ٥/١٢ على أن "يلزم المقاول عند توقيع عقد تزيد قيمته عن خمسة ملايين ريال بأن يقدم إلى الجهة الحكومية بوليصة التأمين اللازمة".  
 فقد رأت هيئة التحقيق بديوان المظالم عدم دستورية هذا النص لمخالفة الشريعة الإسلامية، مما يخول القاضي الحق في الامتناع عن تطبيقه.  
 وبناء عليه فلا يجوز للسلطة التنظيمية أن تضع أنظمة تخالف أحكام الشريعة الإسلامية، وإن حصل ذلك يعد خروجاً على مبدأ الشرعية الأمر الذي يعرضها للبطالان، وفقاً لنص المادة السابعة من النظام الأساسي للحكم حيث نصت على أن "يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله تعالى وسنة رسوله ﷺ وهما الحاكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة".  
 أضف إلى ذلك ما جاء بنص المادة الحادية عشرة من نظام القضاء الجديد بأن "تتولى المحكمة العليا - بالإضافة إلى الاختصاصات المنصوص عليها في نظام المرافعات الشرعية ونظام الإجراءات الجزائية - مراقبة سلامة تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض معها في القضايا التي تدخل ضمن ولاية القضاء العام...." (94).

#### ثانياً - الرقابة القضائية على السلطة التنفيذية:

تنقسم الدول في تنظيمها لهذه الرقابة إلى نظامين رئيسيين النظام الأنجلوسكسوني والنظام اللاتيني (٢). إذ يأخذ الأول بوحدة القضاء ووحدة النظام القانوني المطابق بالنسبة للإدارة والأفراد، في حين يأخذ الثاني بازواج قضائي وازدواج النظام القانوني، أي يوجد قضاء إداري وقانون إداري، بجوار القضاء العام والقانون الخاص. وعرف نظام الحكم في الدولة الإسلامية تنظيمًا قضائياً متميزاً أطلق عليه ولاية المظالم (ديوان المظالم) (95) بدأ هذا التنظيم في

(94) المادة الحادية عشرة نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٧٨ وتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩.

أم القرى العدد ٤١٦٩ في ٢٣/رمضان/١٤٢٨هـ.

(2) E. La Ferriere. Manuel de droit Constitutionnel, paris 1947 -p.96

(95) الموردي، أبو الحسن علي بن محمد، الأحكام السلطانية، وزارة الأوقاف - العراق ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م.

البلازوي، أحمد بن يحيى، فتوح البلدان، دار لكتب، بيروت ١٩٧٨م.  
 ابن خلدون، عبد الرحمن، مقامة ابن خلدون، تحقيق علي بن عبد الواحد راضي  
 لجنة البيان العربي.

عهد الرسول ﷺ، وقصد به نصرة المظلوم وإعادة الحق إليه، وبمعنى آخر النظر في مظالم الأفراد وإزالة أسبابها بحيث تعود الحقوق الشرعية إلى أهلها<sup>(96)</sup>. وتمتد رقابة القضاء إلى سلطات الدولة كلها، لذا يراقب القضاء أعمال السلطة التنفيذية ويلزمها باحترام مبدأ الشرعية.

وإذا كان القضاء يمارس رقابته على السلطة التنفيذية، فيجب ملاحظة أن السلطة التنفيذية تتمتع بامتيازات نص عليها النظام وذلك في مجال ممارستها سلطتها التقديرية<sup>(97)</sup> وحالة الظروف الاستثنائية<sup>(98)</sup> الطارئة وكذلك فإن القضاء لا يسمح له بمراقبة أعمال السيادة<sup>(i)</sup> وتتمثل الرقابة القضائية على أعمال السلطة التنفيذية بدعوى الإلغاء ودعوى التعويض وهذا ما سوف نتناوله في المطلب التالي.

### ثالثاً: نشأة القضاء الإداري في الفقه الإسلامي (ديوان المظالم):

عرف نظام الحكم في الدولة الإسلامية تنظيمًا قضائياً متميزاً أطلق عليه ولاية المظالم<sup>(99)</sup>. وقد بدأ التنظيم في عهد الرسول - صلى الله عليه وسلم - وتطور مع اتساع الدولة الإسلامية وتعدد وظائفها، وللأهمية البالغة والدور الذي اضطلع به قضاء المظالم في مسألة العدل، وإرساء قواعد رقابة القضاء على أعمال الإدارة، وقواعد دعوى الإلغاء ودعوى التعويض. وتأديب موظفي الإدارة، حيث كان الرسول صلى الله عليه وسلم يؤكد على العدل، وأن الجميع أملم الشريعة سواسية، ويسري على الحاكم فيها ما يسري على المحكوم، فقال

---

مذكور، محمد، معالم الدولة الإسلامية، الكويت مكتبة الفلاح، ط ١، ١٩٨٣.  
زيدان، عبد الكريم، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة عمان

١٩٩٢م.

عبد المنعم حمدي، ديوان المظالم نشأته وتطوره واختصاصاته مقارنة في القضاء الحديث. دار الشروق بيروت ١٩٨٣.

(96) أبو زهرة، الشيخ محمد، المظالم في الإسلام، الحلقة الدراسية الأولى للقانون والعلوم السياسية التي عقدت بإشراف المجلس الأعلى للفنون والآداب والعلوم الاجتماعية القاهرة، ١٣-١٧/ أكتوبر/ ١٩٦٠م.

(97) السلطة التقديرية هي الحق والحيز الذي يتركه النص أو الدليل الشرعي للإدارة الملائمة بين تطبيق النص أو الدليل وبين الواقع في الظروف الطبيعية.

(98) الظروف الاستثنائية: هي أن تطرأ ظروف استثنائية غير عادية وغير متوقعة تتطلب السرعة والحزم في التصرف للحفاظ على النظام العام.

صلى الله عليه وسلم: "إنما هلك الذين من قبلكم، أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد، والذي نفسي بيده لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها" (رواه مسلم)، وقال: "أبلغوني حاجة من لا يستطيع إبلاغها، فإن من أبلغ ذا سلطان حاجة من لا يستطيع ثبت الله قتميه على الصراط يوم تزل الأقدام" (سنن أبي داود ج ٣ ص ٣٠١).

وقد عزل - ﷺ - العلاء بن الحضرمي عامله في البحرين، لأن وفد عبد القيس شكاه وثبتت صحة الشكوى، وولى بدلاً عنه أبان بن سعيد، وقال له استوص بعبد أقيس خيراً وأكرم سراهم<sup>(100)</sup>. وواصل الخلفاء الراشدون القيام بنهج رسول الله ﷺ - ومن جاء من بعدهم إلى أن تم إنشاء قضاء مستقل باسم ديوان المظالم في عهد الدولة العباسية<sup>(101)</sup>.

ولقد جلت الشريعة الإسلامية مصالح الناس هي الأساس في تشريع الأحكام الظنية وتفسيرها كلما طرأت ظروف بقدر ذلك<sup>(102)</sup>. وأن نصرة المظلوم من المبادئ التي حرص عليها الإسلام، فقد حرم الظلم تحريماً قاطعاً، وأوجب رد الحق لكل مظلوم وتوقيع العقاب على الظالم لقوله تعالى: {وَمَا ظَلَمْتَاهُمْ وَلَكِنْ كَانُوا أَنفُسَهُمْ يَظْلِمُونَ} (الزخرف: ٧٦) ولقوله تعالى: {وَمَا ظَلَمْتَاهُمْ وَلَكِنْ كَانُوا أَنفُسَهُمْ يَظْلِمُونَ} (النحل: من الآية ١١٨)، {وَوَجَدُوا مَا عَمِلُوا حَاضِرًا وَلَا يَظْلِمُ رَبُّكَ أَحَدًا} (الكهف: من الآية ٤٩)، {وَتِلْكَ الْقُرَىٰ أَهَلَّكْنَا مِمَّا ظَلَمُوا وَجَعَلْنَا لِمَهْلِكِهِمْ مَوْعِدًا} (الكهف: ٥٩) {وَلَا تُخْسِنُوا اللَّهَ عَذَابًا مَّا يَعْمَلُ الظَّالِمُونَ} (ابراهيم: من الآية ٤٢) {ثُمَّ قِيلَ لِلَّذِينَ ظَلَمُوا تَوْفَؤُوا عَذَابَ الْخُلْدِ هَلْ تُجْزَوْنَ إِلَا بِمَا كُنتُمْ تَكْسِبُونَ} (يونس: ٥٢) {فَأَنزَلْنَا مُؤَلَّفِينَ بَيْنَهُمْ أَنْ لَعْنَةُ اللَّهِ عَلَى الظَّالِمِينَ} (لأعراف: من الآية ٤٤)

وقال الرسول ﷺ "المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يخذله ولا يحقره، التقوى ها هنا وأشار إلى صدره ثلاث مرات" صحيح مسلم شرح الثوري ج ١٦، ص ١٣٢.

(100) البلاذري، أحمد بن يحيى، فتوح البلدان مصدر سابق ص ٩٩.

(101) المؤمني، أحمد سعيد، قضاء المظالم مصدر سابق ص ٨٤.

(102) ابن حسين، الشيخ محمد بن علي، تهذيب الفروق بهامش كتاب الفروق ج ٤، ص ٨٧.

وقال ﷺ: "انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً قال رجل يا رسول الله انصره إذا كان مظلوماً، أفرأيت إذا كان ظالماً كيف انصره قال: "تحجره أو تمنعه من الظلم، فإن ذلك نصره" البخاري، باب المظالم ٣٤٤.

والظلم لغة بأنه "وضع الشيء في غير موضعه" (103).

ومعناه اصطلاحاً بأنه: "التعدي من الحق إلى الباطل قصداً، أو هو الانتقاص لحقوق الغير في الملك أو الأمن أو الحرية أو النشاط أي أنه هو الاعتداء على الناس في أموالهم وممتلكاتهم بصفة عامة" (104).

فالخروج عن الحدود التي رسمتها النصوص يوقع في دائرة الظلم المحرم إتيانه باعتبار ذلك تعد لحدود الله. لذا توجب الشريعة الإسلامية الانضباط بقواعد الشريعة الإسلامية دون تجاوزها أو القصور عنها في التصرف إنما يشكل صورة من صور الظلم المأمور شرعاً برفعه (105) لحرمة. والراجح أن نشأة ولاية المظالم تاريخياً إنما يرجع لحلف الفضول الذي عقد في الجاهلية بين بطون قريش عندما انتشرت بينهم الرئاسة وتعددت، وشاهدوا من التغالب والتجانب ما لم يكنهم عنه سلطان قاهر عقدوا بينهم حلفاً لإنصاف المظلوم ورد المظلوم (106)، وقد عقد هذا الحلف في دار عبد الله بن جدعان بن تيم للوقوف ضد المظالم حتى ترد المظلمة. وقال الرسول ﷺ " لقد شهدت في دار عبد الله بن جدعان حلف الفضول.. ولو دعيت إليه في الإسلام لأجبت وما أحب أن لي به حمر النعم" (107).

وحيث أن هنالك تصرفات خارجة عن الشرعية قد تصدر عن أشخاص من ذوي المراكز في الدولة، وتشكل مظالم لا مناص من كبجها واستخلاص الحق منها أصبح لا بد من قيام ولاية ذات هبة ورهبة قوامها العدل لإنصاف المظلوم من الظالم، وذلك ما كان من رقابة ديوان المظالم على شرعية ما يصدر عن سلطان الحكم وإداراته.

(103) ابن منظور، لسان لعرب المجلد ١٢ ص ٣٧٢، الجرجاني، التعريفات ص ١٤٤، مختار الصحاح ص ٤٠٥.

(104) ابن خلدون، عبد الرحمن، مصدر سابق ص ٢٠٦.

(105) جعفر، محمد أنس قاسم، ولاية المظالم في الإسلام وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية ص ٢٣.

(106) الماوردي، المصدر السابق، ص ٧٨١.

(107) الماوردي، المصدر السابق، ص ٧٩.

رابعاً: نشأة القضاء الإداري في المملكة العربية السعودية:

إن قضاء المظالم، هو نوع من أنواع القضاء وفصل الخصومات<sup>(108)</sup>. وهو قود المتظلمين إلى التناصف بالرغبة، وزجر المتنازعين بالهيبه<sup>(109)</sup>. وهو وظيفة ممزوجة من سطوة السلطة ونصفة القضاء، وتحتاج إلى علو يد، وتعظيم رهبة تقمع الظالم من الخصمين وتزجر المعتدي، وكأنه يمضي ما عجز القضاء أو غيرهم عن إحقاقه<sup>(110)</sup>.

عملت المملكة العربية السعودية على إرساء قواعد العدالة بالنسبة للمواطنين كافة، واقتضى ذلك الاهتمام بأمن الأفراد ومظالمهم، وكان ذلك منذ عهد المغفور له الملك عبد العزيز، واتخاذ الشريعة الإسلامية أساساً للحكم فيها، وإعلانه للناس كافة أن من كان له ظلامه على كائن من كان موظفاً أو غيره، كبيراً أو صغيراً ثم يخفى ظلامته فإنما كان على نفسه<sup>(111)</sup>. وكان يجلس للناس، ويتلقى شكواهم ومظالمهم ويفصل فيها، ويقوم أمراؤه ونوابه في مناطق المملكة بدور مماثل، وتابعت المملكة تطورها وفقاً لمنهج الشريعة الإسلامية. وفي عام ١٣٧٣هـ اقتضى الأمر تخصيص جهة معينة تبحث مظالم الأفراد تكون تابعة لجلالة الملك ومسئولة أمامه، فقد صدر نظام شعب مجلس الوزراء. وجاء نص المادة السابعة عشرة منه على أن يشكل بديوان مجلس الوزراء إدارة عامة باسم ديوان المظالم. ويشرف على هذه الإدارة رئيس يعين بمرسوم ملكي. وهو مسئول أمام جلالة الملك وهو المرجع الأعلى له، وحددت المادة الثامنة عشرة اختصاصات هذا الديوان على النحو التالي: قبول جميع الشكاوى المقدمة إليها وتسجيلها، ثم التحقيق في كل شكوى قدمت لها أو أحيلت إليها. وإعداد تقرير عنها مشفوع بالإجراء المقترح اتخاذه بشأنها. ورفع التقرير المذكور إلى جلالة الملك. وفي سبيل تحقيق مهامها الأساسية نصت المادة الحادية والعشرون من النظام المذكور على أن لرئيس الديوان وموظفيه حق

(108) زيدان، عبد الكريم، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مصدر سابق ص ٢٩٩.

(109) الماوردي، أبو الحسن على بن محمد، الأحكام السلطانية مصدر سابق ص ٢٩٨.

(110) ابن خلدون، عبد الرحمن، مقامة ابن خلدون مصدر سابق ص ٢٨١.

(111) جريدة أم القرى العدد الصادر في ٢٦/ ذي الحجة/ ١٣٤٤هـ الموافق ٧/ يونيو

١٩٢٦م.



البحث والتحقيق وسؤال الوزارات والمصالح واستدعاء الموظفين المسؤولين  
والتحقيق معهم بعد إخطار الوزير المعين<sup>(112)</sup>.

وتطور الأمر وتحولت هذه الإدارة بصدر المرسوم الملكي رقم  
٨٧٥٩/١٣/٧ بتاريخ ١٣٧٤/٩/١٧هـ بالمصادقة على نظام خاص لديوان  
المظالم، نصت مادته الأولى على تشكيل ديوان مستقل للمظالم يقوم بإدارته  
رئيس بدرجة وزير يعين بمرسوم ملكي وهو مسئول أمام جلالة الملك. وجلالته  
المرجع الأعلى له<sup>(113)</sup>. وصدر نظام ديوان المظالم بالمرسوم الملكي م/٥١  
بتاريخ ١٤٠٢/٧/١٧هـ والذي تضمن نقله جوهرياً في اختصاصات الديوان،  
فأصبح هيئة قضاء إداري مستقلة<sup>(114)</sup>، وأصبحت لقراراته قوة الإلزام دون  
الحاجة إلى موافقة أو تصديق من أحد<sup>(115)</sup>.

وأخيراً صدر نظام ديوان المظالم الجديد بالمرسوم ذي الرقم م/٧٢  
وتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩هـ<sup>(116)</sup> بالفصل في الدعاوى المتعلقة بالحقوق الوظيفية  
ودعاوى إلغاء القرارات الإدارية النهائية التي يقدمها نحو الشأن بالطعن في  
القرارات الإدارية بحجة أنها مشوية بأحد عيوب عدم الشرعية أو مخالفة النظم  
واللوائح، أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة بما في ذلك  
القرارات التأديبية والقرارات التي تصدرها اللجان شبه القضائية والمجالس  
التأديبية، وكذلك الفصل في دعوى التعويض التي يقدمها نحو الشأن في قرارات  
أو أعمال جهة الإدارة والدعاوى المتعلقة بال عقود التي تكون الإدارة طرفاً  
فيها<sup>(117)</sup>.

(112) نظام شعب مجلس الوزراء المقترح بالأمر الملكي في ١٢/رجب/١٣٧٣هـ جريدة  
أم القرى العدد ١٥٠٨ في ١٣٧٣/٧/٢١هـ.

(113) نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٨٧٥٩/١٢/٧هـ وتاريخ  
١٣٧٤/٩/١٧هـ، أم القرى العدد ١٥٧٧ في ١٣/١٢/١٣٧٤هـ.

(114) المادة (١) نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥١ وتاريخ  
١٤٠٢/٧/١٧هـ جريدة أم القرى العدد ٢٩١٨ وتاريخ ٢٨/رجب/١٤٠٢هـ.

(115) المواد (٣٤، ٣٥) قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم الصادرة  
بقرار مجلس الوزراء رقم ١٩٠ وتاريخ ١١/١٦/١٤٠٩هـ وأن تعميم رئيس ديوان المظالم  
رقم ١٣ في ١٣/٥/١٤٠٤هـ وفقاً للمادة (٦) من نظام ديوان المظالم بين القواعد  
الإجرائية.....

(116) أم القرى العدد ٤١٦٩ في ٢٣/رمضان/١٤٢٨هـ.

(117) مادة (١٣) نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم رقم م/٧٨ وتاريخ  
١٤٢٨/٩/١٩هـ.

ولتطبيق مبدأ الشرعية داخل المجتمع ينبغي أن تعمل سلطات الدولة وفق القواعد والمبادئ الشرعية المنظمة لتلك السلطات، بحيث تكون تصرفاتها وأعمالها متفقة مع تلك المبادئ والقواعد الشرعية. ولأجل تحقق ذلك يجب أن يكون للقضاء الولاية والاختصاص الشامل للنظر في مدى مشروعية تصرفات وأعمال السلطات في الدولة. وإذا كان القضاء يمارس رقابته على السلطة التنفيذية، فيجب ملاحظة أن السلطة التنفيذية تتمتع بامتيازات نص عليها النظام وذلك في مجال ممارستها سلطتها التقديرية<sup>(118)</sup> وحالة الظروف الاستثنائية<sup>(119)</sup> الطارئة وكذلك فإن القضاء لا يسمح له بمراقبة أعمال السيادة<sup>(120)</sup> وتتمثل الرقابة القضائية على أعمال السلطة التنفيذية بما سوف نوضحه في المطلب التالي:

### المطلب السادس

#### خضوع السلطة التنفيذية لرقابة القضاء

- (118) السلطة التقديرية: هي الحق والحيز الذي يتركه النص أو الدليل الشرعي للإدارة للملائمة بين تطبيق النص أو الدليل وبين الواقع في الظروف الطبيعية.
- (119) الظروف الاستثنائية: هي أن تطرأ ظروف استثنائية غير عادية وغير متوقعة تتطلب السرعة والحزم في التصرف للحفاظ على النظام العام.
- (120) المادة الرابعة عشرة من نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٧٨ وتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ. "لا يجوز لمحكمة ديوان المظالم النظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة....."

(2) E. La Ferriere. Manuel de droit Constitutionnel, paris 1947 -p.96.

(120) الملوودي، أبو الحسن علي بن محمد، الأحكام السلطانية، وزارة الأوقاف - العراق ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م.

البلازوي، أحمد بن يحيى، فتوح البلدان، دار لكتب، بيروت ١٩٧٨م.  
ابن خلدون، عبد الرحمن، مقامة ابن خلدون، تحقيق علي بن عبد الواحد راضي لجنة البيان العربي.

مذكور، محمد، معالم الدولة الإسلامية، الكويت مكتبة الفلاح، ط١،

(120) الملوودي، أبو الحسن علي بن محمد، الأحكام السلطانية، وزارة الأوقاف - العراق ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م.

تنقسم الدول في تنظيمها لهذه الرقابة إلى نظامين رئيسيين النظام الأنجلوسكسوني والنظام اللاتيني(٢). إذ يأخذ الأول بوحدة القضاء ووحدة النظام القانوني المطابق بالنسبة للإدارة والأفراد، في حين يأخذ الثاني بازواج قضائي وازدواج النظام القانوني، أي يوجد قضاء إداري وقانون إداري، بجوار القضاء العام والقانون الخاص. وعرف نظام الحكم في الدولة الإسلامية تنظيمًا قضائياً متميزاً أطلق عليه ولاية المظالم (ديوان المظالم)<sup>(121)</sup> بدأ هذا التنظيم في عهد الرسول ع، وقصد به نصرة المظلوم وإعادة الحق إليه، وبمعنى آخر النظر في مظالم الأفراد وإزالة أسبابها بحيث تعود الحقوق الشرعية إلى أهلها<sup>(122)</sup>. وتمتد رقابة القضاء إلى سلطات الدولة كلها، لذا يراقب القضاء عمل السلطة التنفيذية ويلزمها باحترام مبدأ الشرعية. ولتطبيق مبدأ الشرعية داخل المجتمع ينبغي أن تعمل سلطات الدولة وفق القواعد والمبادئ الشرعية المنظمة لتلك السلطات، بحيث تكون تصرفاتها وأعمالها متفقة مع تلك المبادئ والقواعد الشرعية.

ولأجل تحقق ذلك يجب أن يكون للقضاء الولاية والاختصاص الشامل للنظر في مدى مشروعية تصرفات وأعمال السلطات في الدولة. وإذا كان القضاء يمارس رقابته على السلطة التنفيذية، فيجب ملاحظة أن السلطة التنفيذية تتمتع بامتيازات نص عليها النظام وذلك في مجال ممارستها سلطاتها التقديرية<sup>(123)</sup> وحالة الظروف الاستثنائية<sup>(124)</sup> الطارئة وكذلك فإن

---

البلازوي، أحمد بن يحيى، فتوح البلدان، دار لكتب، بيروت ١٩٧٨م.  
ابن خلدون، عبد الرحمن، مقامة ابن خلدون، تحقيق علي بن عبد الواحد راضي  
لجنة البيان العربي.

مذكور، محمد، معالم الدولة الإسلامية، الكويت مكتبة الفلاح، ط١، ١٩٨٣.  
زيدان، عبد الكريم، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة عمان  
١٩٩٢م.

عبد المنعم، حمدي، ديوان المظالم نشأته وتطوره واختصاصاته مقارنة في القضاء  
الحديث. دار الشروق بيروت ١٩٨٣.

(122) أبو زهرة، الشيخ محمد، المظالم في الإسلام، الحلقة الدراسية الأولى للقانون  
والعلوم السياسية التي عقدت بإشراف المجلس الأعلى للفنون والآداب والعلوم الاجتماعية  
القاهرة، ١٣-١٧/ أكتوبر/ ١٩٦٠م.

(123) السلطة التقديرية هي الحق والحيز الذي يتركه النص أو الدليل الشرعي للإدارة  
الملائمة بين تطبيق النص أو الدليل وبين الواقع في الظروف الطبيعية.

(124) الظروف الاستثنائية: هي أن تطرأ ظروف استثنائية غير عادية وغير متوقعة  
تتطلب السرعة والحزم في التصرف للحفاظ على النظم العلم.

القضاء لا يسمح له بمراقبة أعمال السيادة<sup>(125)</sup> وتمثل الرقابة القضائية على أعمال السلطة التنفيذية بما يلي:

أولاً- دعوى الإلغاء:

- الدعوى لغة: اسم من الإداء، وهو المصدر، أي أنها اسم لما يدعى (١).  
وتأتي بمعنى - الطلب والتمني (٢): كما بقوله تعالى: (يس: ٥٧) وقوله صلى الله عليه وسلم (ما هذا، دعوى أهل الجاهلية؟) (٣)  
كما تستعمل بمعنى- الدعاء (٤): لقوله تعالى (يونس: ١٠).  
وتطلق بمعنى الزعم (٥) والإدعاء هو طلب الشيء للنفس أو تمنيه أو زعمه (٦).

إما الإلغاء لغة: الإلغاء له معنيان هما: الإبطال أو الإسقاط (يقال ألغى الشيء أبطله، وألغاه من العدد ألغاه منه) (٧)

- الدعوى اصطلاحاً: تعريف الدعوى عند فقهاء الشريعة الإسلامية، كما يلي:

- عند الحنفية: تعرف الدعوى بأنها "قول مقبول عند القاضي يقصد به طلب حق قبل غيره أو دفعه عن حق نفسه"<sup>(126)</sup>. وعند الشافعية: هي "أخبار عن وجود حق للمخبر على غيره عند حاكم ليلزمه به"<sup>(127)</sup>.  
وعند المالكية هي: "طلب معين أو ما في نمة معين، أو ما يترتب عليه أحدهما معتبرة شرعاً لا تكذبها العادة"<sup>(128)</sup>.

(125) المادة الرابعة عشرة من نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٧٨ وتاريخ ١٩/٩/٢٨٠١هـ. "لا يجوز لمحكم ديوان المظالم النظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة.....".

(١) لسان العرب - مادة دعو: المجلد ٤ ص ٢٥٧

(٢) المصباح المنير: ج ١ ص ٢٦٥، تاج العروس: ج ١٠ ص ١٢٨

(٣) صحيح مسلم بشرح النووي: ج ٦ ص ١٣٧

(٤) المصباح المنير: ج ٤ ص ٢٥٧، تاج العروس: ج ١٠ ص ١٢٦

(٥) المصباح المنير: ج ٤ ص ٢٦١، تاج العروس: ج ١٠ ص ١٢٧

(٦) المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية (د ع و) ٢٦٨/١

(126) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، رد المحتار على الدر المختار، الحلبي بمصر ١٣٨٦هـ، ج ٥ ص ٥٤١.

(127) الهيثمي، أحمد بن حجر، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، حواشي الشرواني وابن قاسم العبادي، الحلبي، القاهرة ج ١٠ ص ٢٨٥ (د. ت).

وعند الحنابلة: هي "إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته" (129).

نخلص أن الفقهاء لم يختلفوا في تحديد طبيعة الدعوى، وأنهم اعتبروها تصرفاً قولياً له شروط خاصة بوجودها، إلا أنهم لم ينصوا على تعبير دقيق لمفهوم دعوى الإلغاء كما ذكرها شراح الأنظمة والقضاء الإداري الحالي، وإنما عبروا عنها بكلامهم عن الظلم والإنصاف بولاية المظالم وإنصاف المظلوم. ونجد من يعرفها من العلماء بأنها "إخبار مقبول بحق مقرر شرعاً بنسبة المخبر إلى نفسه على خصم لدى قاض مختص أو من في حكمه" (130).  
تعريف الدعوى عند شراح الأنظمة:

- "سلطة الالتجاء إلى القضاء للحصول على تقرير حق أو حمايته" (131).
- "قول مقبول أو ما يقوم مقامه في مجلس القضاء، يقصد به طلب حق أو حمايته" (132).
- "الوسيلة التي خولها القانون صاحب الحق في الالتجاء إلى القضاء لحماية حق إذا ما اعتدى عليه وتقريره إذا ما نوزع به" (133).
- وتعرف الدعوى الإدارية بأنها "سلطة الالتجاء إلى القضاء الإداري للحصول على تقرير حق أو حمايته في مواجهة الإدارة" (134).
- أو سلطة منحها النظام لأي شخص له مصلحة في أن يلتجئ إلى قضاء خاص يقصد إلغاء قرار إداري معيب، أو تحديد مركز نظامي معين أو حماية حق له مجود (135).

---

(128) القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس، الفروق أو أنوار البروق في أضواء الفروق، دار المعرفة، بيروت، (دب ٧٢/٢).

(129) ابن قدامة، المغني، ج ٩ ص ٢٧١.

(130) ابن خنين، عبد الله بن محمد بن سعد، الكشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي دار التنموية، الرياض ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م ج ١ ص ٣٠.

(131) أبو الوفاء، أحمد، المرافعات المدنية والتجارية، دار المعارف، القاهرة ط ١٩٦٥م، ص ٢١٥٠.

(132) ياسين، محمد نعيم، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات الحديثة والتجارية، دار النفائس، ط ٣، ١٤٢٥هـ ص ٨٣.

(133) أبو هيف، عبد الحميد، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف الإسكندرية ط ٣، ١٩٧٧م، ص ٢١٧.

(134) عبد التواب، معوض، الدعوى الإدارية وصيغها، دار الفكر العربي، ط ١٩٩١م، ص ١٣.

إن منازعات الإلغاء هي المنازعات الإدارية لأعمال أو قرارات الإدارة حينما تقوم بها أو تصدر عنها باعتبارها سلطة عامة، وكل ما يملكه فيها القضاء الإداري هو إلغاؤها لعدم مشروعيتها أي لمخالفتها للقواعد القانونية<sup>(136)</sup>.

إن قضاء الإلغاء هو قضاء موضوعي يوجهه إلى ذات القرار الإداري فيبحث في مشروعيتها من عدمها والحكم بإلغائه في حالة مخالفته للنظام. فدعوى الإلغاء تمثل الطريق القضائي لمراقبة شرعية القرار الإداري التنفيذي، وهي الوسيلة الناجحة لتأمين احترام سيادة القانون من قبل الحاكم والمحكوم على السواء<sup>(137)</sup>.

إن دعوى الإلغاء ليست دعوى بين خصوم، لكنها دعوى ضد قرار<sup>(138)</sup>. فتعرف دعوى الإلغاء بأنها "دعوى قضائية يطلب الطاعن بمقتضاها من القضاء الإداري مراقبة مشروعية قرار إداري صادر عن إرادة منفردة والحكم بإلغائه، إذا تبين له أن هذا العمل غير مشروع"<sup>(139)</sup>.

أو هي "طلب فرد أو إحدى الهيئات أمام القضاء الإداري إلغاء قرار إداري معين لمخالفته للنظام سواء تعلقت المخالفة بالشكل أو بالموضوع"<sup>(140)</sup>، أو هي "تلك الدعوى التي يرفعها أحد الأفراد إلى القضاء الإداري بطلب إعدام قرار إداري مخالف للقانون"<sup>(141)</sup>.

ويعرفها الماوردي "بأنها النظر في تعدي الولاة على الرعية وأخذهم بالعسف في السيرة"<sup>(142)</sup>.

---

(135) . الخطيب، عنان، الإجراءات الإدارية، مصر ١٩٦٨م، ص ٥٤-٥٥.

(136) E. La Ferriere. Manuel de droit Constitutionnel, paris 1947 - p.963

(137) الظاهر، خالد خليل، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء - قضاء التعويض - دراسة مقارنة - عمان الأردن ١٩٩٩م، ص ١٦٣.

(138) Le recours pour excès de pouvoir n'est pas un parties mais un proce's Fait Contre un actes

(139) F.Benoit, Droit administrative, paris D. 1969 NO.807

(140) خضر، طارق فتح الله، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء ١٩٩٩م ص ١٣.

(141) الطموي، سليمان محمد، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء - الكتاب الأول، الفكر العربي ط١، ١٩٨٦م، ص ٣٢٤.

(142) الماوردي، الأحكام السلطانية ص ١٠١ مصدر سابق.

نخلص إلى أن دعوى الإلغاء هي طلب صاحب الشأن إلى القضاء إلغاء قرار إداري بحجة أنه مشوب بأحد عيوب عدم الشرعية. أي أن دعوى الإلغاء تكون بناء على طلب من صاحب الشأن، أي صاحب المصلحة، ويقدم إلى القضاء، لإلغاء قرار إداري؛ لأنه معيب بأحد عيوب عدم المشروعية التي نص عليها الشرع أو النظام. لذا فإنها دعوى تقوم على مخالفة القرار الإداري المطعون فيه لعدم مشروعيته. إن دعوى الإلغاء هي التي بموجبها يفحص القاضي مشروعية القرار الإداري، فإذا تبين له مجانبته القرار الإداري للنظام حكم بإلغائه، ولكن دون أن يمتد حكمه إلى أكثر من ذلك، فليس له تعديل القرار المطعون فيه أو استبدال غيره به.

### ثانياً- دعوى التعويض:

**التعويض لغة:** التعويض من العوض، وهو البديل، أو الخلف، والفعل منه: العوض، والاسم منه: العوض، والمعوضة، والمستعمل التعويض، والجمع، أعواض<sup>(143)</sup>، وقال ﷺ: "ما ترك عبد شيئاً لله، لا يتركه إلا عوضه الله عنه، ما هو خير له منه، في دينه ودنياه"<sup>(144)</sup>. ويستعمل الفقهاء لفظاً آخر للدلالة على التعويض هو "الضمان"<sup>(145)</sup>، أن العوض هو البديل، والجمع أعواض، فقول عضت فلاناً أو عوضته وأعضته: إذا أعطيته بديل ما ذهب منه، والمصدر العوض، والاسم المعوض<sup>(146)</sup>، وأن بين العوض والبديل فرقاً. إلا أن المعالج أعرضوا عن ذكره، فجاء في المحكم المحيط الأعظم: "العوض والبديل بينهما فرق، لا يليق ذكره في هذا المكان"<sup>(147)</sup>. فالعوض يعني البديل، أو الخلف، وقد دل على ذلك حديث أبي هريرة ع عند ما قال: "فلما أحل الله ذلك للمسلمين - يعني الجزية -

(143) ابن منظور، لسان العرب، 192/7.

ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مؤسسة الرسالة، بيروت، (ب-ت) 4/188.

(144) أخرجه أحمد، والطبراني، انظر العجلوني، كشف الخفاء، 183/2.

(145) الزحيلي، وهبة، نظرية الضمان، دار الفكر دمشق، ط2، 18/1418-1998م. ص 16-14.

(146) ابن منظور، لسان العرب، 9/54، 56.

(147) المحكم المحيط الأعظم، 2/210.

عرفوا أنه عوضهم أفضل مما خافوا<sup>(148)</sup>. أي: أبدلهم كسباً طيباً مما كانوا يخشون فواته.

وقال الإمام الشافعي رحمه الله: "سافر تجد عوضاً عن تفارقه"<sup>(149)</sup>، أي بدلاً مكافئاً عن تنأى عنه.

ومن اشتقاقات مادة العوض: "التعويض". وجاء في لسان العرب بعد ذكر اشتقاقات كثيرة للفظ العوض: ".... والمتقبل التعويض"<sup>(150)</sup> فالتعويض: هو البديل أو الخلف دالاً على الاستقبال.

التعويض شرعاً: لم تذكر كتب الفقه القديمة لفظ التعويض بعينه. ولكنها استعملت بده لفظ الضمان، وكما يلي:

الضمان: هو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق<sup>(151)</sup>.

أو هو شغل ذمة أخرى بالحق<sup>(152)</sup>.

أو هو حق ثابت في ذمة الغير<sup>(153)</sup>.

أو هو واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو القيمة<sup>(154)</sup>.

أو هو عبارة عن غرامة التالف<sup>(155)</sup>.

أو هو عبارة عن رد مثل الهالك أو قيمته<sup>(156)</sup>.

أو هو إيجاب مثل التالف إن أمكن أو قيمته نفيًا للضرر بقدر

الإمكان<sup>(157)</sup>.

أو هو المال الذي يحكم به على من أوقع ضرراً على غيره في نفس أو

مال<sup>(158)</sup>.

(148) ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، ٣/٣٢٠.

(149) الشافعي، ديوان الشافعي ص ٤٨.

(150) ابن منظور، لسان العرب ٩/٥٥٠.

(151) ابن قدامة المغني، دار المنار، ٤/٥٩٠.

(152) الدردير، الشرح الكبير ٣/٣٢٩.

(153) الغزالي، أبي حامد محمد بن محمد، الوجيز في الفقه، مطبعة الأدب، القاهرة ١٣١٧ هـ ٢٠٨/١.

(154) الشوكاني، نيل الأوطار، ج ٥، ص ٢٩٩.

(155) عبون البصائر ج ٣ ص ٢١٠.

(156) تبیین الحقائق ٥/٢٢٣.

(157) بدائع الصنائع ٧/١٦٨.

(158) أبو سلق، محمد بن المدني، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، دار اشبيليا

ط ١، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م، الرياض ص ١٥٥.



أو هو إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات، أو قيمته إن كان من القيميات.

**فضمن المال لغة:** أي التزامه، يقال: ضمننت المال، وبالمال ضماناً، فإنا ضامن وضمنين: أي ألزمته، وضمنته المال، ألزمته إياه<sup>(159)</sup>.

لذا تعرف دعوى التعويض: بأنها الدعوى التي يرفعها أحد الأشخاص إلى القضاء للمطالبة بتضمن ما أصابه من ضرر نتيجة تصرف الإدارة<sup>(160)</sup>.

أو هي الدعوى التي يرفعها صاحب الشأن ضد الإدارة لاعتدائها على مركزه النظامي الشخصي، مطالباً القضاء، ليس فحسب ببحث مشروعية العمل الإداري، وإنما أيضاً بأن يحكم له على الإدارة بفعل شيء أو بالامتناع عن فعل شيء، أو بالتعويض عما أصابه من أضرار من جراء العمل الإداري الغير مشروع<sup>(161)</sup>.

أو هي التي ترفع للمطالبة بجبر الضرر المادي أو الأدبي الذي حدث نتيجة الخطأ من الإدارة، وغالباً تكون المطالبة بمبلغ من المال لجبر هذا الضرر<sup>(162)</sup>.

فنخلص مما تقدم ويمكننا أن نعرف دعوى التعويض، بأنها الطلب الذي يتقدم به المضرور إلى القضاء للتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة تصرف الإدارة العامة.

أن قضاء الإلغاء، لا يكفي لحماية الأفراد حماية كاملة، لأنه لا يضمن حماية الأفراد من الأضرار خلال فترة نفاذ تلك القرارات المعيبة، لذا لا بد من رفع دعوى للحماية الكاملة للأفراد من الإدارة التي تمس مركزاً قانونياً خاصاً لهم، سواء عن طريق التصرفات النظامية المعيبة أم عن طريق الأعمال المادية.

(159) ابن منظور، لسان العرب.

(160) الحلو، ماجد راغب، القضاء الإداري، دار مطبوعات الجامعة، الإسكندرية ١٩٩٥م، ص ٤٣٧، وعبد التواب، معوض، دعوى التعويض الإدارية وصيغها، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ط١، ١٩٩٨م، ص ١٣.

(161) النجار، زكي محمد، القضاء الإداري دراسة مقارنة الشريعة الإسلامية، دار الأزر للطباعة لمنهور ط٢، ١٩٩٦م، ص ٣٠٩.

(162) بدوي، عبد العزيز خليل، الوجيز في المبادئ العامة للدعوى الإدارية، دار الفكر العربي ط١، ١٩٧٠م، ص ٣٨ وما بعدها.

فدعوى التعويض دعوى شخصية يطالب بموجبها المدعي بحقوق شخصية في مواجهة الإدارة فتشمل دعوى العقود الإدارية والتعويض عن أعمال الإدارة الضارة والمنازعات الضريبية والتأديبية والانتخابات ويلاحظ أن ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية كما سبق ذكره كقضاء إداري يتولى الفصل في الدعوى المتعلقة بالحقوق الوظيفية، ودعوى إلغاء القرارات الإدارية النهائية في حالة الطعن فيها وثبوت عدم شرعيتها، وكذلك الفصل في دعوى التعويض والدعوى المتعلقة بالعقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها<sup>(163)</sup>.

### المطلب السابع

استقلال القضاء كضمان لتحقيق مبدأ الشرعية في المملكة العربية السعودية

جاءت أوامر القرآن الكريم للرسول ﷺ صريحة في أن يكون قضاؤه بالعدل المطلق، والحيدة التامة، لقوله تعالى: { إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِبِينَ حَصِيمًا } (النساء: الآية: ١٠٥) وقوله تعالى: { وَأَنْ أَحْكُمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْتَرَاهُمْ أَنْ يَتَّبِعُواكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ } (النساء الآية ٤٩).

ويقصد باستقلال القضاء ألا يخضع القضاء في ممارستهم لعملهم لسلطان أي جهة أخرى، وأن يكون عملهم خالصاً لإقرار الحق، خاضعاً لما يمليه الشرع والضمير دون أي اعتبار آخر، وأن يوفر للقضاة أكبر قدر من الاستقرار والطمأنينة، بما يهيئ لهم المناخ المناسب الذي يمكنهم من أداء رسالتهم الجليلة على أكمل وجه وأتم صورة<sup>(164)</sup>. إن استقلال القضاء يترد إلى أمرين:

(163) المادة الثالثة عشرة من نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٧٨ وتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩هـ.

(164) أبو طالب، حمد، التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية، دار الفكر العربي القاهرة ١٤٠٤هـ ص ٦٠.

أبو فارس، محمد عبد القادر: القضاء في الإسلام، دار الفرقان الأردن، ١٤٠٤هـ ص ١٨٩. جيرة، عبد المنعم، نظام القضاء في المملكة العربية السعودية، مطبعة معهد الإدارة العامة الرياض ١٤٠٩هـ ص ٢٣، ٢٢.

أولها: إن يكون القضاء سلطة من سلطات الدولة الثلاث. وليس وظيفة من وظائفها. ثانياً: أن يكون القضاء متحررين بمهام دون أي تأثير أو تدخل من أية جهة.

إن استقلال القضاء هدف نبيل يستلزم ويفرضه تحقيق العدالة في المجتمع، لأنه يجعل القضاء فوق السلطات بل وفوق الخليفة والإمام (165).  
لذا نجد إن كافة الدساتير تنص على إن القضاء سلطة وليس وظيفة ومن شأن ذلك أن تقف على قدم المساواة مع السلطتين التنظيمية والتنفيذية. فلا يعود من الجائز لأي من هذه السلطات التدخل في شؤون الأخرى أو الاعتداء على اختصاصاتها. تأتي أهمية إقرار مبدأ استقلال القضاء في أنه يشيع في نفوس المتقاضين روح الثقة والاطمئنان إلى أن يتم الفصل في منازعاتهم وأقصيتهم بإرادة القاضي وحده بعيداً عن كافة الأهواء وكل أشكال المؤثرات.  
إن استقلال القضاء لا يستمد وجوده من النصوص وإنما ينبع من تحقق العدالة، فحاجة الناس إلى القضاء المحايد المستقل هي أعظم حاجاتهم فهو يوفر لهم الأمن، والأمن هو الحياة (1)، وهو أئمن ما يحرص عليه الإنسان لقوله تعالى: { فَلْيَعْبُدُوا رَبَّ هَذَا الْبَيْتِ \* الَّذِي أَطْعَمَهُمْ مِنْ جُوعٍ وَآمَنَهُمْ مِنْ خَوْفٍ } (قريش الآية: ٤،٣). وحتى يتحقق استقلال القضاء على الوجه الأكمل، فلا بد أن تتوافر الأسباب التي تكفل أكبر قدر من الاستقرار والطمأنينة للقضاة، والتي تهيب لهم ظروف الحيادية والنزاهة التامة في أداء عملهم. فقد تضمن النظام في المملكة العربية السعودية العديد من الضمانات لاستقلال القضاء، ولأن لهذا الاستقلال دوره في ضمان تحقق مبدأ الشرعية في المملكة العربية السعودية وهذا ما سوف نتناوله في ما يلي:

#### أولاً - ضمانات استقلال القضاء في النظام السعودية:

قامت الدولة الإسلامية على مبدأ العدالة والمساواة لان الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان، وأن الهدف من استقلال القضاء هو إحقاق الحق وتطبيق العدالة في المجتمع دون تمييز بين الحاكم والمحكوم لقوله تعالى: { إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ } (النحل الآية: ٩٠) وقال تعالى: { إِنَّ اللَّهَ

(165) عبد الله، نجيب أحمد، ضمانات استقلال القضاء، ط١ المكتب الجامعي، ٢٠٠٧م.

يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤْتُوا الْمَالَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ {  
(النساء الآية: ٥٨).

فقد عملت المملكة العربية السعودية على تعزيز منزلة القضاء وتحقيق الأمن والأمان على النفس والعرض والمال بتطبيق الشرع الحنيف، وأصبح مبدأ استقلال القضاء أصلاً من الأصول التي قامت عليها الدولة السعودية، فقد جاءت الأنظمة المتتالية لتؤكد واقع استقلال القضاء<sup>(166)</sup>. فقد نص النظام الأساسي للحكم في مادته السادسة والأربعين على أن "القضاء سلطة مستقلة ولا سلطان على القضاة في قضائهم لغير سلطان الشريعة الإسلامية"<sup>(167)</sup> ونصت المادة الأولى من نظام القضاء أن "القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير أحكام الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية وليس لأحد التدخل في القضاء"<sup>(168)</sup> ونصت المادة الأولى من نظام ديوان المظالم على أن "ديوان المظالم هيئة قضاء إداري مستقلة، يرتبط مباشرة بالملك، ويكون مقره مدينة الرياض، ويتمتع قضاء الديوان وقضائه بالضمانات المنصوص عليها في نظام القضاء ويلتزمون بالواجبات المنصوص عليها فيه"<sup>(169)</sup>. كل هذه النصوص وغيرها من النصوص الدالة على استقلال القضاء في المملكة. وقد أكد نظام القضاء على ضمانات أساسية تحمي استقلال القضاء في المملكة وأهم هذه الضمانات هي:

#### ١ - إنشاء مجلس أعلى للقضاء:

تم إنشاء هذه الجهة القضائية العليا، لتقوم بالنظر في شؤون القضاء الوظيفية من تعيين وترقية وتأديب وندب وإعارة وتدريب ونقل وإجازة وإنهاء خدمة وغيرها، وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة، وذلك بما يضمن استقلال

(166) المادة (٩) نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٨٨ وتاريخ ١٣٨٠/٩/٢٢هـ.

المادة (٤٣،٢٠١) نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٦٤ وتاريخ ١٣٩٥/٧/١٤هـ.

(167) المادة (٤٦) النظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي رقم أ/٩٠ وتاريخ ١٤١٢/٨/٢٧هـ.

(168) المادة (١) نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٧٨ وتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩هـ.

(169) المادة (١) نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٧٨ وتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩هـ.

القضاء<sup>(170)</sup> وللمجلس الأعلى للقضاء إصدار اللوائح المتعلقة بشؤون القضاء الوظيفية؛ التفتيش القضائي وإنشاء المحاكم والإشراف عليها وعلى القضاء وأعمالهم وتنظيم اختصاصات رؤساء المحاكم وصلاحياتهم ، وإصدار قواعد تبين طريقة اختيار القضاء وإجراءات وضوابط تفرغهم للدراسة<sup>(171)</sup> كما تم إنشاء مجلس القضاء الإداري تكون له ذات الاختصاصات للمجلس الأعلى الواردة في نظام القضاء بالنسبة للقضاء في ديوان المظالم<sup>(172)</sup>.

إن قيام هذين المجلسين لهو خير دليل على استقلال القضاء عن كل من السلطة التنظيمية والسلطة التنفيذية في المملكة.

إن أنشأ كل من المجلس الأعلى للقضاء ومجلس القضاء الإداري هو من أجل تأكيد استقلال القضاء في المملكة العربية السعودية والحيلولة دون التدخل في شؤون القضاء.

## ٢- عدم قابلية القضاء للعزل:

العزل لغة: العين واللام أصل صحيح يدل على تنحية وإمالة ، تقول: عزل الإنسان الشيء يعزله؛ إذا نجاه في جانب. وهو بمعزل ، وفي معزل عن أصحابه: أي في ناحية عنهم. والعزل: الاعتزال ، والرجل يعزل عن المرأة إذا لم يرد ولدها<sup>(٣)</sup>

العزل اصطلاحاً: ولا يخرج معنى العزل في الاصطلاح الفقهي عن المعنى اللغوي.

وعزل القاضي : تنحيته عن منصبه الذي كان فيه .

وإن عدم قابلية القضاء للعزل هو من أهم مظاهر استقلال القضاء، ويوفر للقضاء الجو المناسب من الطمأنينة والحياد، مما يمكنهم من أداء عملهم على الوجه المطلوب، لأن "مداومة الوظيفة أو استقرارها هو أقوى العوامل

(170) الفقرة (أ) من المادة السادسة نظام القضاء في المملكة الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٧٨ وتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨.

(171) الفقرة (ب، ج، د، هـ، و، ز) المادة السادسة من نظام القضاء.

(172) المادة الخامسة نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٧٨ وتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨ هـ.

(٣) زكريا، أبي الحسن أحمد بن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، بتحقيق عند السلام محمد هارون، ٣٠٧/٤ .

تدعيماً لروح القدماة في الاستقلال وفي إقبالهم على واجبهام الشاق في إدارة العدالة دون خوف من الميل" (173).

فقد نصت المادة الثانية من نظام القضاء على أن "القضاة غير قابلين للعزل إلا في الحالات المبينة في هذا النظام" (174).

وجاء في المادة التاسعة والستين بأن "تنتهي خدمة عضو السلك القضائي بأحد الأسباب الآتية":

أ. بلوغه سن السبعين.

ب. الوفاة.

ت. قبول استقالته.

ث. قبول طلبه الإحالة على التقاعد طبقاً لنظام التقاعد المدني.

ج. عدم صلاحيته للقضاء وفقاً لحكم المادة الرابعة والأربعين من هذا النظام.

ح. عجزه عن مباشرة عمله بعد انقضاء الإجازة المرضية، أو أن يظهر في أي وقت أنه لا يستطيع لمرضه القيام بوظيفته على الوجه اللائق.

خ. حصوله على تقدير أقل من المتوسط في تقرير الكفاية ثلاث مرات متتالية.

د. إنهاء خدمته لأسباب تأديبية (175).

وبينت المادة السبعون بأنه "في غير حالات الوفاة والإحالة على التقاعد بلوغ السن النظامية وعدم الصلاحية خلال فترة التجربة بالنسبة إلى الملازم القضائي، تنتهي خدمة عضو السلك القضائي بأمر ملكي بناء على اقتراح المجلس الأعلى للقضاء" (176).

فكل حالة من هذه الحالات لها ما يبررها، وذلك كله لحسن سير عمل السلطة العمل القضائي، ولمصلحة السلطة القضائية، فلا يتأثر القضاء بانتهاء خدمة القاضي في تلك الحالات، وبالنسبة لتقرير هذا النظام مبدأ عدم القابلية للعزل لجميع أعضاء السلك القضائي باستثناء درجة ملازم قضائي، هو لأن

(173) عصفور محمد، استقلال السلطة القضائية، ص ١٦٣.

(174) المادة الثانية من نظام القضاء الصادر في ١٩/٩/١٤٢٨هـ.

(175) المادة التاسعة والستون من نظام القضاء الصادر في ١٩/٩/١٤٢٨هـ.

(176) المادة السبعون من نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي ذي الرقم م/٧٨ بتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ.

المعين يخوض تجربة فإن اجتازها وكان أهلاً للقضاء لم يعزل، وإلا فما فائدة السنة التجريبية إذا لم يكن في يد السلطة العزل في حال عدم صلاحه؟

## ٢- نقل القضاة وندبهم وإعارتهم:

فقد نص نظام القضاء في المادة الثالثة على أنه: "لا ينقل القضاة إلى وظائف أخرى إلا برضاهم أو بسبب ترقيتهم ووفق أحكام هذا النظام" (177).

ونص المادة السادسة على أنه: "يتولى المجلس الأعلى للقضاء - بالإضافة إلى الاختصاصات الأخرى المبينة في هذا النظام - ما يلي: أ- النظر في شؤون القضاة الوظيفية، من تعيين وترقية وتأييد وندب وإعارة وتدريب ونقل وإجازة وإنهاء خدمة وغير ذلك، وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة، وذلك بما يضمن استقلال القضاء..." (178).

ونصت المادة التاسعة والأربعون على أنه: "لا يجوز نقل أعضاء السلك القضائي أو نديبهم داخل السلك القضائي إلا بقرار من المجلس الأعلى للقضاء. كما لا يجوز نقل أعضاء السلك القضائي أو نديبهم أو إعارتهم خارج السلك القضائي إلا بأمر ملكي بناء على قرار من المجلس الأعلى للقضاء تحدد فيه المكافأة المستحقة للقاضي المنسوب أو المعار، تكون مدة الندب أو الإعارة سنة واحدة قابلة للتجديد لسنة أخرى. على أنه يجوز لرئيس المجلس الأعلى للقضاء في الحالات الاستثنائية أن يندب أحد أعضاء السلك القضائي داخل السلك أو خارجه لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر في العام الواحد" (179).

ونص المادة السابعة عشرة من نظام ديوان المظالم على أنه: "يجرى تعيين قضاة الديوان، وترقيتهم، ونقلهم، وندبهم، وتدريبهم، وإعارتهم، والترخيص بإجازاتهم، والتفتيش عليهم، وتأييدهم، وعزلهم، وإنهاء خدماتهم، وفقاً للإجراءات المقررة في نظام القضاء" (180).

وبهذا نجد أن النظام سد زريعة كان من الممكن إبعاد القاضي من عمله دون أن يأخذ هذا الإبعاد شكل العزل.

(177) المادة الثالثة من نظام القضاء.

(178) المادة السادسة من نظام القضاء.

(179) المادة التاسعة والأربعون من نظام القضاء الجديد.

(180) المادة السابعة عشرة من النظام الجديد لديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي

ذي الرقم م/٧٨ ويتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ.

ومن خلال النص يتضح لنا أن هناك حالتين للندب والنقل والإعارة فإما أن يكون داخلياً - خارجياً، فالداخلي من نقل أو ندب من شأن المجلس الأعلى للقضاء، والخارجي من نقل أو ندب أو إعارة يكون بأمر ملكي بناء على قرار من المجلس الأعلى للقضاء.

فخصوص هذه المواد قد أعطت ضمانات قوية للقضاة في طمأننتهم في الحفاظ على استقلالهم.

### ٣- الترقية:

من الممكن أن تكون الترقية وسيلة للتدخل في أمور القضاء، إذا لم تحدد قواعد تحول دون ذلك، لأن من الممكن في حالة عدم وجود قواعد محددة أن تتخذ الترقية كذريعة للتدخل في شؤون القضاء والتأثير على استقلالية القضاة، فيرقى من لا يستحق الترقية، أو يترك من يستحق الترقية دون ترقية، فحفاظاً على مبدأ استقلال القضاء قد حدد نظام القضاء في المملكة العربية السعودية قواعد محددة لترقية القضاة بحيث يبعد التدخل في شؤون القضاء من هذا الجانب.

فقد جاء في المادة السابعة والأربعين: "يجري التعيين في درجات السلك القضائي بأمر ملكي بناء على قرار من المجلس الأعلى للقضاء يوضح فيه توافر الشروط النظامية في كل حالة على حده. يراعي المجلس في الترقية ترتيب الأقدمية المطلقة، وعند التساوي يقدم الأقدم بموجب تقارير الكفاية، وعند التساوي أو انعدام تقارير الكفاية يقدم الأكبر سناً. ولا يجوز أن يرقى عضو السلك القضائي الخاضع للتفتيش إلا إذا كان قد جرى التفتيش عليه مرتين على الأقل في الدرجة المراد الترقيتها منها وثبت في التقريرين الأخيرين السابقين على الترقية أن درجة كفايته لا تقل عن المتوسط"<sup>(181)</sup>.

### ٣- وضع نظام خاص لمسؤولية القضاة:

أن استقلال القضاة لا يعني عدم تتبعهم ومراقبتهم، وبالتالي لا يوجد ما يمنع الإشراف عليهم، فهم أولاً وأخيراً بشر عرضة للخطأ وهم قابلون للمحاسبة تأديبياً وجنائياً<sup>(182)</sup>، لقد حول نظام القضاء المجلس الأعلى للقضاء

(181) المادة السابعة والأربعون من نظام القضاء الجديد.

(182) استقلال القضاء في الشريعة الإسلامية وتطبيقه في المملكة العربية السعودية،

طراد بن فهد نصير الشريف، ص ١٤٧.



صلاحية الإشراف على المحاكم والقضاة بموجب المادة التاسعة والخمسين التي تنص على أن: "يكون تأديب القضاة من اختصاص دائرة تشكل في المجلس الأعلى للقضاة من ثلاثة من القضاة أعضاء المجلس المتفرغين، وتصدر قراراتها بالأغلبية، ولا تكون نهائية إلا بعد موافقة المجلس عليها"<sup>(183)</sup>، وبموجب المادة الثامنة والخمسين: "مع عدم الإخلال بما للقضاة من حياد واستقلال، وبما للمجلس الأعلى للقضاة من حق الإشراف على المحاكم والقضاة وأعمالهم، يكون لرئيس كل محكمة حق الإشراف على قضائتها وحق تنبيههم إلى ما يقع منهم مخالفات لواجباتهم أو مقتضيات وظائفهم بعد سماع أقوالهم".

ويكون التنبيه مشافهة أو كتابة، وفي الحالة الأخيرة تبلغ صورة منه للمجلس الأعلى للقضاة. ويجوز للقاضي الاعتراض أمام المجلس كتابة - على التنبيه الصادر إليه كتابة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغه، فإن تكررت منه المخالفة أو استمرت تتم محاكمته تأديبياً<sup>(184)</sup>.

#### ثانياً: دور استقلال القضاء كضمان لتحقيق مبدأ الشرعية:

قرر الإسلام مبدئين من أهم المبادئ الأساسية لأي مجتمع إنساني متحضر الأول: هو ضرورة عرض ما ينشأ من منازعات بين الناس على ولي الأمر والثاني: عدم اقتضاء الفرد حقه بنفسه، ثم الخضوع لما يقضي به ولي الأمر بشأن تلك المنازعات لقوله تعالى: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ تِلْكَ خَيْرٌ وَأَخْسَنُ تَأْوِيلًا } (النساء الآية: ٥٩) وقوله تعالى: { فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيَسَلِّمُوا تَسْلِيمًا } (النساء الآية: ٦٥).

وجاءت الآيات الصريحة في أن يكون القضاء بالعدل ، والحيطة التامة لقوله تعالى: { إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِبِينَ حَصِيمًا } (النساء الآية: ١٠٥)، وقوله تعالى: { وَأَنْ احْكُم بَيْنَهُمْ

(183) المادة التاسعة والخمسون من نظام القضاء الجديد.

(184) المادة الثامنة والخمسون من نظام القضاء.

بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَمِيعًا أُهْوَاءَهُمْ وَاجْتَرَهُمْ أَنْ يَقْتُوكَ عَنْ بَغْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ { (النساء الآية: ٤٩) ، وبناء على ذلك فإن العدل حق لكل إنسان، وإن تأمينه في أي مجتمع هو أعظم واجبات الدولة وعماد الحكم فيها، وإن تحقيقه هو جوهر رسالة القضاء، ويتطلب قضاءً مستقلاً محايداً، بدون أي تمييز أو مواربة، فلا فرق بين حاكم ومحكوم، وقد قامت المملكة العربية السعودية على هذا الأساس<sup>(185)</sup>.

إن تطبيق الشريعة الإسلامية على الواقعة المطروحة على القضاء، كضمانة لعدم التدخل في القضاء، يحمي الأحكام من أهوائهم ونزواتهم، وإن المملكة وهي تعتمد الشريعة الإسلامية منهاجاً في كل تاريخها، والإسلام بالانقياد لحكم الله وتطبيقه والتسليم له جزءاً لا يتجزأ من الإيمان، وهو بقاء كل فرد ضمن إطار مبدأ الشرعية، سواء كان حاكماً أو محكوماً. واحترام هذا المبدأ يعتبر في مقامة الضمانات التي أساسها استقلال القضاء. "فاستقلال القضاء ضرورة لا بد منها لحماية مبدأ الشرعية والحرص على تأكيده وحمايته"<sup>(186)</sup> فإذا تأثر القضاء بأي مؤثر، سيعود على الدولة والمجتمع بالضرر ومن أعظم المفاصد التي تنتج عن عدم استقلالية القضاء زوال هيبة القضاء وعدم الخضوع للشرعية.

فلا يمكن للقضاء أن يقوم بدوره المطلوب ما لم يكن أشخاصه على درجة عظيمة من النزاهة والمؤهلات التي تجعلهم يدورون مع الحق حينما دار ويقولون كلمة الحق في مواجهة جميع السلطات، لا يحابون الحكام ولا يتأثرون بميولهم، ولا يحابون صديقاً أو قريباً ولا يظلمون عدواً أو بعيداً، ولا يعترفون إلا بالحق ولا يميلون لغير العدل<sup>(187)</sup>.

وقد تأيد هذا في صدر الإسلام فمثلاً قضية الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه: أخذ فرساً من أعرابي لتجربته قبل شرائه، فحمل عليه عمر فعضب الفرس، ولما خاصمه الأعرابي، اتفقا على تحكيم القاضي شريح، وبعد

(185) هذا ما تم إثباته في المطلب الأول راجع ص ٣١ وما بعدها.

(186) الشريف، طراد بن فهد نصير، استقلال القضاء في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير - قسم العدالة الجنائية جامعة نايف للعلوم الأمنية ١٤٢٥ هـ ص ٤.

(187) البيهقي، منير حميد، الدولة القنونية ص ١٢٣.

(٣)(٤) البيهقي، السنن الكبرى، كتاب البيوع، برقم ١٠٢٤٣، ٢٧٤/٥، وكتاب أدب القاضي، باب الخصمين ١٠/١٣٦.



وعلى ذلك يمكن القول إن القاضي هو أداة النظام القانوني واستقلاله يضمن استبعاد لعوامل الخارجية التي يمكن أن تقطع العلاقة المباشرة بين الأداة ووظيفتها، وإن حماية الحريات والحقوق العامة هي أساس تحقق مبدأ الشرعية الذي تقوم عليه الدولة، إن احترام الحقوق والحريات هي الضمانة لضبط المجتمع واستقراره وتحقيق مبدأ الشرعية.

إن السبيل القويم إلى العدالة هو الحكم بما أنزل الله وهو الذي عملت عليه المملكة كما سبق بيانه وجاء نظام القضاء ليؤكد ذلك ونص على أن "تتولى المحكمة العليا .... مراقبة سلامة تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض معها في القضايا التي تدخل ضمن ولاية القضاء العام...." (191).

وكذلك نص نظام ديوان المظالم على أن "تختص المحكمة الإدارية العليا بالنظر في الاعتراضات على الأحكام التي تصدرها محاكم الاستئناف الإدارية، إذا كان محل الاعتراض على الحكم ما يأتي: أ- مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية أو الأنظمة التي لا تتعارض معها... " (192).

في هذا ما يؤكد على تطبيق الشريعة الإسلامية وبالنتيجة يحقق مبدأ الشرعية بأحسن صورها فالعلاقة بين استقلال القضاء ومبدأ الشرعية تعتمد على قضاء مستقل كما بينا بما له من ضمانات وبالنتيجة خضوع الجميع حكما ومحكومين لمبدأ الشرعية.

قرر الإسلام مبدأين من أهم المبادئ الأساسية لأي مجتمع إنساني متحضر الأول: هو ضرورة عرض ما ينشأ من منازعات بين الناس على ولي الأمر والثاني: عدم اقتضاء الفرد حقه بنفسه، ثم الخضوع لما يقضي به ولي الأمر بشأن

تلك المنازعات لقوله تعالى: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا } (النساء الآية: ٥٩)

(191) المادة الحادية عشرة نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٧٨ وتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩هـ.

(192) المادة الحادية عشرة نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٧٨ وتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩هـ.

وقوله تعالى: { فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجْتُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا } (النساء الآية: ٦٥).

وجاءت الآيات الصريحة في أن يكون القضاء بالعدل ، والحيدة التامة لقوله تعالى: { إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَالِفِينَ حَصِيمًا } (النساء الآية: ١٠٥)، وقوله تعالى: { وَأَنْ أَحْكُمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْتَرَاهُمْ أَنْ يَقْبَلُوا مِنْكَ بَعْضَ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ } (النساء الآية: ٤٩)، وبناء على ذلك فإن العدل حق لكل إنسان، وإن تأمينه في أي مجتمع هو أعظم واجبات الدولة وعماد الحكم فيها، وإن تحقيقه هو جوهر رسالة القضاء، ويتطلب قضاءً مستقلاً محايداً، بدون أي تمييز أو موارد، فلا فرق بين حاكم ومحكوم، وقد قامت المملكة العربية السعودية على هذا الأساس<sup>(١٩٣)</sup>.

إن تطبيق الشريعة الإسلامية على الواقعة المطروحة على القضاء، كضمانة لعدم التدخل في القضاء، بحمي الأحكام من أهوائهم ونزواتهم ، وإن المملكة وهي تعتمد الشريعة الإسلامية منها في كل تاريخها، والإسلام بالانقياد لحكم الله وتطبيقه والتسليم له جزء لا يتجزأ من الإيمان، وهو بقاء كل فرد ضمن إطار مبدأ الشرعية، سواء كان حاكماً أو محكوماً. واحترام هذا المبدأ يعتبر في مقدمة الضمانات التي أساسها استقلال القضاء. "فاستقلال القضاء ضرورة لا بد منها لحماية مبدأ الشرعية والحرص على تأكيده وحمايته"<sup>(١٩٤)</sup> فإذا تأثر القضاء بأي مؤثر، سيعود على الدولة والمجتمع بالضرر ومن أعظم المفسدات التي تنتج عن عدم استقلالية القضاء زوال هيبة القضاء وعدم الخضوع للشرعية.

فلا يمكن للقضاء أن يقوم بدوره المطلوب ما لم يكن أشخاصه على درجة عظيمة من النزاهة والمؤهلات التي تجعلهم يدورون مع الحق حيثما دار ويقولون كلمة الحق في مواجهة جميع السلطات، لا يحابون الحكام ولا يتأثرون

(١٩٣) هذا ما تم إثباته في المطلب الأول راجع ص ٣١ وما بعدها.  
(١٩٤) الشريف، طراد بن فهد نصير ، استقلال القضاء في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير - قسم العدالة الجنائية جامعة نايف للعلوم الأمنية ١٤٢٥ هـ. ص ٤.

بمبولهم، ولا يحايون صديقاً أو قريباً ولا يظلمون عدواً أو بعيداً، ولا يعترفون  
إلا بالحق ولا يعمدون لغير العدل (195).

وقد تأيد هذا في صدر الإسلام فمثلاً قضية الخليفة عمر بن الخطاب  
رضي الله عنه: أخذ فرسا من أعرابي لتجربته قبل شرائه، فحمل عليه عمر  
فعطب الفرس، ولما خاصمه الأعرابي، اتفقا على تحكيم القاضي شريح، وبعد  
سماع الطرفين، حكم على الخليفة بدفع الثمن، قائلًا له: أخذته صحيحاً سالماً،  
فأنت له ضامن حتى ترده سالماً. (٣)

ومما روي أن علياً رضي الله عنه، وجد درعه المفقود بيد يهودي كان  
يسعى لبيعه، واختصم الاثنان إمام القاضي شريح، فطلب من الإمام أن يثبت  
دعواه فأثنى بخلامه وابنه الحسن شاهدين، فرفض القاضي شريح شهادة الابن  
لوالده، فما كان اليهودي إلا أن تأثر بهذا العدل فاسلم. (٤)

إن الدولة الإسلامية كانت أول دولة قانونية يخضع لها الحكام للقانون  
ويعارسون سلطاتهم وفقاً لقواعد عليا ولا يستطيعون الخروج عنها (196)،  
والدليل على وجوب تطبيق الشريعة الإسلامية قوله تعالى: { فَلَا وَرَيْكَ لَا  
يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا  
قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا } (النساء الآية: ٦٥).

ويشترط لتحقيق العدالة في القاضي "أن يكون صادقاً للهجة، ظاهر  
الأمانة، غافياً عن المحارم، متوقفاً المأثم بعيداً من الريب، مأموناً في الرضا  
والغضب، مستعملاً لمروءة مثله في دينه ودنياه، فإذا تكاملت فيه فهي العدالة  
التي تجوز بها شهادته وتصحح بها ولايته، وأن أنخرم منها وصف، منع من  
الشهادة والولاية، فلم يسمع له قول ولم ينفذ له حكم" (197).

وبناء على ذلك يجب أن يحرص على استقلال القضاء لكي تتحقق  
العدالة ويتم تطبيق مبدأ الشرعية على أصوله ويكون ذلك ضماناً لتحقيق هذا

---

(195) البيهقي، منير حميد، الدولة القانونية ص ١٢٣.  
(٣)(٤) البيهقي، السنن الكبرى، كتاب البيوع، برقم ١٠٢٤٣، ٢٧٤/٥ وكتاب أدب  
القاضي، باب الخصمين ١٣٦/١٠

(196) بدوي، فرون، النظم السياسية، تطور السياسي والنظرية العامة للنظم السياسية،  
دار النهضة، مصر ص ١١٥، ١٩٦١ م.  
(197) الماوردي، الأحكام السلطانية ص ١٣١.

المبدأ، فوجود قضاء مستقل من أهم ضمانات خضوع الحاكم والمحكوم لمبدأ الشرعية.

إن أهمية القضاء لا تقتصر على مجرد ضرورته الاجتماعية لتطبيق الشرعية وحسم المنازعات والفصل في الخصومات فحسب، بل إن تحقيق العدل هو أن يكون لكل مواطن حق اللجوء إلى قضاء عادل ومحايِد ومستقل وقد نص النظام الأساسي للحكم على أن "حق التقاضي مكفول بالتساوي للمواطنين والمقيمين في المملكة.." (198).

وعلى ذلك يمكن القول إن القاضي هو أداة النظام القانوني واستقلاله يضمن استبعاد العوامل الخارجية التي يمكن أن تقطع العلاقة المباشرة بين الأداة ووظيفتها، وإن حماية الحريات والحقوق العامة هي أساس تحقق مبدأ الشرعية الذي تقوم عليه الدولة، إن احترام الحقوق والحريات هي الضمانة لضبط المجتمع واستقراره وتحقيق مبدأ الشرعية.

إن السبيل القويم إلى العدالة هو الحكم بما أنزل الله وهو الذي عملت عليه المملكة كما سبق بيانه وجاء نظام القضاء ليؤكد ذلك ونص على أن "تتولى المحكمة العليا .... مراقبة سلامة تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض معها في القضايا التي تدخل ضمن ولاية القضاء العام...." (199).

وكذلك نص نظام ديوان المظالم على أن "تختص المحكمة الإدارية العليا بالنظر في الاعتراضات على الأحكام التي تصدرها محاكم الاستئناف الإدارية، إذا كان محل الاعتراض على الحكم ما يأتي: أ- مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية أو الأنظمة التي لا تتعارض معها..." (200).

في هذا ما يؤكد على تطبيق الشريعة الإسلامية وبالنتيجة يحقق مبدأ الشرعية بأحسن صورها فالعلاقة بين استقلال القضاء ومبدأ الشرعية تعتمد على قضاء مستقل كما بينا بما له من ضمانات وبالنتيجة خضوع الجميع حكاما ومحكومين لمبدأ الشرعية.

(198) المادة (٤٧) من النظام الأساسي للحكم.

(199) المادة الحادية عشرة نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٧٨ وتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩هـ.

(200) المادة الحادية عشرة نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٧٨ وتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩هـ.

## الخاتمة

إن القضاء هو إظهار الحكم الشرعي ممن له الولاية، فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا، وذلك على سبيل الإلزام، حسماً للتداعي وقطعاً للخصام. وإن القضاء ضرورة اجتماعية، لأنه أمر بالمعروف ونهي عن المنكر، وفي نهاية هذا البحث نبين أهم النتائج والتوصيات وكما يلي:

### النتائج :

- ١- إن هنالك تصرفات خارجة عن الشرعية قد تصدر عن أشخاص من ذوي المراكز في الدولة، وتشكل مظالم لا مناص من كبجها واستخلاص الحق منها، لذا أصبح لا بد من قيام ولاية ذات هيئة ورهبة قوامها العدل والإنصاف للمظلوم من الظالم وذلك ما كان من رقابة القضاء على شرعية ما يصدر عن سلطات الحكم وإداراته.
- ٢- الرقابة القضائية هي أداة النظام في التعبير عنه، واستقلال القضاء يضمن استبعاد العوامل الخارجية التي يمكن أن تقطع العلاقة المباشرة بين الأداة ووظيفتها، وأن تحقق الاستقلال يعني أن القضاء سوف يرفض الباطل ويقول الحق وينشد العدل ويصون الحقوق وينود عن الحريات ويحميها ويدعم الشرعية ويسمو بها.
- ٣- إن القضاء المحايد المستقل ركن أساس في النظام القانوني، فلا تفعيل للنظام القانوني بغير رقابة القضاء، وأن استقلال القضاء وحصانته ضمانات أساسية لحماية الحقوق والحريات، لذا يجب التأكيد على استقلال القضاء لتعمل الرقابة القضائية كضمانة لتحقيق الشرعية.
- ٤- إن القضاء كسلطة وليس كوظيفة يستلزم أن يكون محايداً فلا يصعب بأي صبغة أخرى، ليعمل بميزان العدل ويصدع بكلمة الحق وأن يكون القضاء متحرراً" من أي تدخل، لأن استقلال القضاء، يعد من أكثر القضايا اتصالاً بسائر مظاهر الحياة في المجتمع، لذا فإنّه ضرورة ملحة للتوصل بما يلاءم حاجات المجتمع وتطوره وتحقيق مبدأ الشرعية.



٥- إن أهمية الرقابة القضائية لا تقتصر على مجرد كونها ضرورة اجتماعية لتطبيق الشرعية وحسم المنازعات والفصل في الخصومات فحسب بل - إن تحقق العدل يقتضي أن يكون لكل مواطن حق اللجوء إلى القضاء العادل والمحايد ولا يتحقق ذلك إلا إذا كان القضاء مستقلاً.

٦- لا شك في أن القضاء هو موطن العدل ومضمونه وفحواه، وهو إليه الطرق والأداة ذلك أن رسالته أن يكون أداة العدل سهل المنال مأمون الطريق، يلوذ به كل مضطر ليصون به حقاً أو يرد به باطلاً، لهذا حرص الشرع النظام على سد الذرائع التي يتسلل منها المبتطلون من محترفي الكيد وتجار الخصومة، فلا بد من تسليح القضاء بالعلم وتحصنه بالحيدة وغير ذلك من أخلاقيات مهنة القضاء وقيمة الرفيقة، حتى يكون أهلاً للأمانة التي يحملها.

#### التوصيات :

١- إن استقلال القضاء وهو الأساس لحماية الحقوق والحريات العامة والخاصة ويمثل أساساً لتحقيق مبدأ الشرعية وفقاً للشرعية الإسلامية التي نهجت الدولة في المملكة عليها، لذا يجب توكيد ذلك ليصون الحقوق والحريات ولأنه الوسيلة الفعالة لضمان تحقق الاستقرار وضمان تحقق الشرعية.

٢- إن استقلال القضاء لا يستمد وجوده من النصوص التشريعية فحسب وإنما يستمد هذا الوجود من رسالة القضاء الكامنة في تحقق العدالة، وذلك بأن يكون القضاء في منعه عن التبعية والانصياع وعصيا على الإغراء إحقاقاً للحق، لذا يجب أن تسد كل ثغرة قد ينفذ منها السوء إلى استقلال القضاء. وتفعيل الحصانة الذاتية التي هي العصمة النفسية لتكون سداً منيعاً في وجه كل انتهاك لحرمة استقلال القضاء.

٣- إذا كان يتعين أن تتم تصرفات الحكام والمحكومين ضمن دائرة مبدأ الشرعية، فلا بد من ضمانة لتحقيق ذلك، فيجب تأكيد الرقابة القضائية لأنها أنجع الوسائل لضمان تحقق الشرعية لما يتمتع به القضاء من الاستقلال والحيدة والدراية بالطوم الشرعية والقانونية.

## المصادر والمراجع

- ابن خلدون، عبد الرحمن، مقدمة ابن خلدون، تحقيق علي بن عبد الواحد راضي، لجنة البيان العربي، (ب - ت).
- ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار - حاشية ابن عابدين. القاهرة ١٩٥٥م.
- ابن فرحون، برهان الدين بن علي، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.
- ابن كثير، أبو الفداء، تفسير القرآن العظيم.
- الجوزي، ابن القيم، ابن القيم، الجواب الكافي لمن سأل عن الدواء الشافي، تحقيق ابن حنيفة عبد الله بن عالية، دار الكتاب العربي، بيروت ٢٠٠٠م.
- ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين، لسان العرب، بيروت ١٩٩٧م.
- أبو البصل، عبد الناصر موسى، نظرية الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية والقانون، تونس، دار النفائس عمان ٢٠٠٠م.
- أبو زهرة، محمد، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، كتاب العقوبة، بيروت، دار الفكر العربي (ب - ت).
- أبو زهرة، الشيخ محمد، النظام الإسلامي، الحلقة الدراسية الأولى للقانون والعلوم السياسية بإشراف المجلس الأعلى للفنون والآداب والعلوم، القاهرة ١٣-١٧ أكتوبر ١٩٦٠م.
- أبو طالب، حامد، التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية، دار الفكر العربي، القاهرة ١٤٠٤هـ.
- أبو فارس، محمد عبد القادر، القضاء في الإسلام، دار الفرقان - الأردن، ١٤٠٤هـ.
- أحمد، جيهان حسن، دور السلطة التشريعية في الرقابة على الأموال العامة. بغداد ١٩٩٧م.
- الألباني، محمد ناصر الدين، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل إشراف زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، دمشق ١٩٧٩م.
- البياتي، منير حميد، الدولة القانونية. بغداد ١٩٩٦م.
- البلاذري، أحمد بن يحيى، فتوح البلدان، دار الكتاب، بيروت ١٩٧٨م.

- البهوتي، منصور بن إدريس، الإرادات، بيروت، عالم الكتاب (بب) كشف القناع عن الاقتناع، وزارة العدل - المملكة العربية السعودية، ١٤٢١ هـ.
- الجرف، طعيمة، المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، القاهرة دار النهضة العربية ١٩٧٦م.
- الأصفهانى، الحسين بن محمد الراغب، المفردات في غريب القرآن، تحقيق محمد غيايبي، دار المعارف، بيروت ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨م.
- الطماوي، سليمان محمد، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة ١٩٨٤م.
- الفحل، عبد الرزاق علي، القضاء الإداري، قضاء المظالم وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية، دار التوزيع والنشر، جدة، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤م.
- الفيومي، أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير، دار الكتب العلمية، بيروت ١٩٩٤م.
- الكفراوي، عوض محمود، الرقابة المالية في المصارف وبيوت المال الإسلامية. عمان ١٩٩٨م.
- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد، الأحكام السلطانية، وزارة الأوقاف - العراق ١٣٩٢ هـ - ١٩٧٢م.
- النووي، أبو زكريا محي الدين، شرح صحيح مسلم، الرياض مكتبة الرياض الحديثة ١٩٩٨م.
- القحطاني، عبد الرزاق محمد، مبدأ المشروعية وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية، بحث لنيل درجة الدبلوم - معهد الإدارة العامة الرياض ١٤٢٠ هـ.
- الشاعر، رمزي، القضاء الإداري ورقابته على أعمال الإدارة، النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٢م.
- الشريف، طراد بن فهد، استقلال القضاء في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير، قسم العدالة الجنائية جامعة نايف للعلوم الأمنية ١٤٢٥ هـ.
- الرازي، زين الدين محمد بن بكر، مختار الصحاح، مؤسسة الرسالة بيروت ١٤٢٦ هـ.
- الشربيني، محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مصطفى الحلبي، ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٨م.

- الشلهوب، عبد الرحمن ، النظام الدستوري في المملكة العربية السعودية، الرياض ٢٠٠٣م.
- بدوي، ثروت ، النظم السياسية والتطور السياسي والنظرية العامة للنظم، دار النهضة، مصر ١٩٦١م.
- جبره، عبد المنعم ، نظام القضاء في المملكة العربية السعودية معهد الإدارة العامة الرياض، ١٤٠٩هـ.
- حافظ محمود ، القضاء الإداري، القاهرة، دار النهضة، (ب - ت).
- رضا، محمد رشيد ، تفسير القرآن الحكيم، دار المعرفة، بيروت ١٩٧٣م.
- زيدان، عبد الكريم ، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، الأردن ١٤٢٨هـ.
- سامان، عبد العزيز ، رقابة دستورية القوانين ط١ الفكر العربي مصر ١٩٩٥م.
- شعبان، زكي الدين ، أصول الفقه الإسلامي، منشورات جامعة قاريوس، ليبيا ١٩٨٩م.
- عبد الله، نجيب أحمد ، ضمانات استقلال القضاء، ط١ الكتاب الجامعي الحديث ٢٠٠٧م.
- عبد المنعم، حمدي ، ديوان المظالم نشأته وتطوره واختصاصاته، مقارناً في القضاء الحديث دار الشروق، بيروت ١٩٨٣م.
- علي، أحمد إبراهيم سيد ، بطلان التشريع الوضعي المخالف للتشريع الجنائي الإسلامي، رسالة دكتوراه الأزهر القاهرة، دار المصطفى للنشر والتوزيع، ١٩٧٨م.
- عوده، عبد القادر ، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي ط٥ ١٩٦٨م.
- ملازه، حسام الدين عمر عبد العزيز ، شرح أدب القاضي ١٣٩٨هـ ١٩٧٨م.
- مذكور، محمد ، معالم الدولة الإسلامية، الكويت مكتبة الفلاح ١٩٩٣م.
- مرزه، إسماعيل ، القانون الدستوري، دراسة مقارنة الجامعة الليبية، دار صادر ١٩٦٩م.
- مصطفى، إبراهيم مصطفى والزيات، أحمد حسن الزيات، المعجم الوسيط ج١، المكتبة الإسلامية، اسطنبول (ب - ت).

- النظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي رقم ٩/١ وتاريخ ١٤٢٧/٨/٢٧هـ.
- نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٧٨ وتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩هـ.
- نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٧٨ وتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩هـ.
- نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥١ وتاريخ ١٤٠٢/٧/١٧هـ.
- قواعد المرافعات أمام ديوان المظالم الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم ١٩٠ وتاريخ ١٤٠٩/١٠/١٦هـ.
- نظام لائحة هيئة كبار العلماء الصادر بالمرسوم رقم م/١٢٧ وتاريخ ١٣٩١/٧/٨هـ.
- نظام شعب مجلس الوزراء الصادر بالأمر الملكي رقم ١٢ رجب ١٣٧٢هـ.
- نظام هيئة محاکمة الوزراء الصادر برقم (٥٠٨) وتاريخ ١٣٨٠/٩/٢١هـ.

(i) المادة الرابعة عشرة من نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٧٨ وتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩هـ. "لا يجوز لمحکم ديوان المظالم النظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة.....".

(i) الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد، الأحكام السلطانية، وزارة الأوقاف - العراق ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م.

- البلاذري، أحمد بن يحيى، فتوح البلدان، دار الكتب العلمية، بيروت ١٩٧٨م.
- ابن خلدون، عبد الرحمن، مقدمة ابن خلدون تحقيق على عبد الواحد وافي، لجنة البيان العربي.
- منكور، محمد سلام، معالم الدولة الإسلامية، الكويت، مكتبة الفلاح ط١، ١٩٨٣م.
- المؤمني، أحمد سعيد، قضاء المظالم الإداري في الإسلام، عمان ١٤١١هـ - ١٩٩١م.
- زيدان، عبد الكريم، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، دار البشير مؤسسة الرسالة - عمان ١٩٩٥م.
- عبد المنعم، حمدي، ديوان المظالم نشأته وتطوره واختصاصاته مقارنة بالنظم القضائية الحديثة دار الشروق، بيروت ط١، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
- (١٠١) الظاهر، خالد خليل، القضاء الإداري - قضاء الإلغاء قضاء التمويض، دراسة مقارنة الأردن ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.

# القضاء الإدارى فى ميزان التخصص القضائى

## دراسة خاصة بمحكمة الأحزاب

بحث مقدم من الطلاب

محمد مصطفى السيد عبد العظيم

الصالى السيد عباس حسين

حسن السيد حسن نور الدين

كلية الحقوق - قسم الدراسات العليا

دبلوم القانون العام - جامعة الإسكندرية

## مقدمة

### موضوع البحث

من المعلوم ان بث الطمأنينة فى نفوس الافراد وتأمينهم على حقوقهم وحررياتهم يعد من اسمى مهام الدولة القانونية ولا سبيل لتحقيق ذلك الا بالاحتكام الى مبدأ الشرعية وسيادة القانون الذى يتعين ان يسرى على الحكام والمحكومين على السواء<sup>(1)</sup> وإرساء حقوق المتقاضين فى محاكمة منصفة عادلة على ان تتكفل هذه المحاكم ثلاثة حقوق حق اللجوء الى القاضى الطبيعى ، حسن سير الخصومة بما يتضمنه كفالة حق الدفاع واخيراً حق فى تنفيذ الفعال للحكم<sup>(2)</sup> الا ان القوانين مهما كان حظها من السمو لن تبلغ تلك الغاية امام الكم الهائل من القضايا يقدر بعده ملايين ويتزايد يومياً واعداد مختلفة غير متخصصة والأعيب لا تنتهى تأخذ الشكل القانونى للتعطيل والمماطلة تعيش محاكمنا ومعها يعيش المتقاضون فى حالة من الترقب والسعى بين قاعات المحاكم<sup>(3)</sup> امام ذاك الهدف التى تسعى الية الدول القانونية فى تحقيق محاكمة منصفة وامام هذا الكم الهائل من القضايا الذى يفقد امل المتقاضين فى الحماية القضائية انطلقت فكرة التخصص القضائى وهى السياسة الحديثة

1 /د/ محى محمد سعد. دور المحاكم الاقتصادية فى الاصلاح القضائى والاقتصادى. بحث منشور فى مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية. جامعة الاسكندرية. عدد خاص ٢٠١٠م - ٦٣١.

2 /د/ صلاح سالم جوده. القاضى الطبيعى. دراسة تأصيلية مقارنة. دار النهضة العربية. القاهرة. ١٩٩٧. ص٧.

3 /د/ محمد باهى ابو يونس. الغرامة التهديدية. دار الجامعة الجديدة. الاسكندرية ٢٠١٠. ص٢٣.

القضائية التي تبلور فكرة المحاكمة المنصفة فهي تسعى دائما الى وجود قضاء يرتكز على ثلاثة عناصر هامة الا وهما الاتقان والسرعة والدقة فى الاحكام واخذ المشرع المصرى بسياسة التخصص القضائى فى القضاء العادى وخير مثال على ذلك المحاكم الاقتصادية ومحاكم الاسرة ولكن بحثنا يدور فى منطلق الا من تخصص فى القضاء الادارى. نحاول جاهدين ان نبحت عن التخصص فى القضاء الادارى ذات الولاية العامة بالمنازعات الادارية وإن كان هناك تخصص هل هو تخصص قضاءه ام تخصص محاكم؟

وعلى ذلك ان كان مجال بحثنا هو دراسة فكرة التخصص فى القضاء الادارى فاننا نخصص جزء من بحثنا فى إلقاء الضوء على احدى دوائر المحكمة الادارية العليا المتمثلة فى الدائرة الاولى الخاصة بشئون الاحزاب السياسية وبيان هذه الدائرة من ناحية تشكيلها واختصاصها فضلا عن بيان ماهو مفهوم المحاكم المتخصصة والاستثنائية والشروط التى يجب توافرها فى محكمة ما لتكون محكمة متخصصة ويثار الحديث فى البحث جاهدين فى الرد على تلك التساؤلات

## ٢- اهمية الموضوع:

تأتى اهمية هذا الموضوع نظرا للانتقادات التى توجه الى القضاء الادارى المصرى فإن لا يكفل الحق فى المحاكمة المنصفة التى من ابرزها الفصل فى القضايا خلال مدة معقولة وخير مثال ما قرره المحكمة الاوروبية لحقوق الانسان ضد الحكومة اليونانية بأن حق المطعون المكفول للمتقاضى يكون عديم القيمة اذ لم يكفل له الحق فى التنفيذ السريع للحكم القضائى الصادر فى هذا الطعن<sup>(١)</sup> فمن منطلق الاهتمام العالمى لفكرة المحاكمة المنصفة التى تلعب سياسية التخصص القضائى نحو معالجة هذه الفكرة داخل القضاء الادارى محاولين وجودها او عدم وجودها لنستشف ماهى اهم المقترحات التى نستطيع تقديمها حتى يتبلور القضاء الادارى وتكمن اهمية الموضوع فى تحقيق اهداف البحث التى تنحصر فى ثلاثة اهداف

الأول : هل توجد محاكم متخصصة فى القضاء الادارى ؟

الثانى : هل ان وجود تخصص فانه كما ينبغى ان يكون ، اى هو تخصص محاكم أم قضاءه؟

الثالث: هل محكمة الاحزاب متخصصة ام لا؟  
وتتجلى ببالغ الوضوح اهمية الموضوع عند الاجابة على هذه الاسئلة.

### ٣- صعوبة البحث :

لقد انعم الله على الانسان نعماً كثيرة لاتعد ولا تحصى ومن هذه النعم  
نعمة القراءة والبحث ولقد كان اختيارنا لهذا الموضوع بناء على اقتراح  
المشرف الاساذ الدكتور / طلعت محمد دويدار، ونابعاً ايضاً من اننا نسعى  
حول تقديم دراسة مبتكرة تتوافر فيها شروط وقواعد البحث القانوني.  
ومن اهم الصعوبات التي واجهت الباحث هي ندرة المؤلفات والابحاث  
والدراسات التي واجهت الموضوع بوجه عام وعدم وجود مراجع متخصصة  
في فكرة التخصص القضائي في مجال القضاء الاداري وقد انعم الله علينا  
وتغلبنا على هذه الصعوبات أملين من الله ان تنال اعجاب سيادتكم.

### ٤- منهج البحث :

تقوم هذه الدراسة على المنهج الفقهي التشريعي التحليلي للنصوص  
والاحكام القضائية للوقوف على فكرة التخصص القضائي في القضاء الاداري  
ونلك عن طريق الاستعانة بالرسائل العلمية والمؤلفات العربية والمقالات  
والاحكام القضائية.

### خطة البحث :

اقمنا دراسة لهذا الموضوع على خطة منهجية تقوم على استكشاف  
الجوانب المختلفة فهي تبدأ بالمقدمة ثم توضح المعالم العامة لموضوع البحث  
حسب التقسيمة الآتية :

الفصل الأول : تقسيم المحاكم في القانون المصري.

الفصل الثاني : محكمة الاحزاب في ميزان التخصص.

مبحث تمهيدى

ملاحح التخصص فى القضاء الادارى



يبدو أن الحديث عن التخصص في القضاء الإداري يثير طرح المسألة التنظيمية لتوزيع القضايا بين مختلف دوائر كل محكمة، وذلك لأن المسألة التنظيمية داخل القضاء الإداري لها خصوصية توحى لنا بفكرة التخصص وهذا ما سوف يأتي الحديث عنه.

#### أولاً: الفرق بين توزيع الاختصاص وتوزيع الدوائر:

إن توزيع القضايا مسألة تنظيمية بحته وليس من شأنه ان يخلق نوعاً من الاختصاص تنفرد به دائرة دون دائرة اخرى، بينما توزيع الاختصاص ينشأ اختصاصاً لكل محكمة على حدى سواء كان اختصاصاً نوعياً او قيمياً<sup>(٤)</sup>، حيث إن القاعده تقرر أن الاختصاص يثبت للمحكمة ككل وليس للدائرة، إنما التوزيع تختص به الجمعية العمومية للمحكمة طبقاً لقانون السلطة القضائية المادة ١/٣، والجدير بالذكر اذا رفعت دعوى أمام دائره داخل محكمة مخالفاً لقواعد التوزيع الداخلى اى انها لا تدخل فى اختصاص دائره معينه فالدائرة هنا لا تحكم بعدم الاختصاص وإنما فقط تقوم باحالتها الى الدائرة الأخرى احتراماً لقواعد التنظيم الداخلى.

ثانياً: ما هي وجهة النظر في التوزيع الداخلى للدوائر داخل القضاء الإداري: رئيس مجلس الدولة عامة والجمعية العمومية خاصة تقسم التوزيع الداخلى للدوائر داخل المحاكم الادارية بجميع أنواعها لكل عام قضائى فى صوره يمكن القول معها بإنها دوائر متخصصة حيث ان لكل محكمة من محاكم القضاء الإداري توزيع داخلها للدوائر التى توجد داخل كل محكمة على حدى ونعرض لذلك بإيجاز كما يلى:

#### ١- دوائر المحكمة الادارية العليا:

٤ د/ احمد خليل، الدائرة الابتدائية والدائرة الاستئنافية محكمتان داخل المحكمة الاقتصادية الواحد، بحث منشور فى مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية لكلية الحقوق جامعة الاسكندرية، عدد خاص ٢٠١٠، ص١١٩.

حيث يوجد بالمحكمة الادارية العليا تسعة دوائر حيث تختص كل منهما باختصاص معين فالدائرة الاولى مثلا تختص بنظر طعون المنازعات المتعلقة بالحقوق والحريات العامة وطعون الأفراد والهيئات وتراخيص البناء والهدم ....<sup>(5)</sup> أما الدائرة الثانية فتختص بنظر طعون المنازعات الخاصة بالعاملين المدنيين بالدولة، وطلبات التعويض المرتبطة بالمنازعات التي تنتظر أمامها. كذلك تختص الدائرة الرابعة<sup>(6)</sup> منها بنظر المنازعات المتعلقة بتأديب العاملين الخاضعين لأحكام قانون العاملين المدنيين بالدولة. وهكذا توزيع الاختصاص الى بقية الدوائر التسعة.

## ٢- دوائر محكمة القضاء الادارى:

نجد كذلك داخل محكمة القضاء الادارى عدة دوائر تختص كل منها بنظر نوع معين من المنازعات، حيث يوجد فى دوائر محكمة القضاء الادارى بالقاهرة اثني عشر دائرة فنجد مثلا الدائرة الخامسة تختص بنظر المنازعات الفردية الرقم المتعلقة بالعقود الادارية التي تزيد قيمتها عن خمسمائة جنية...، وكذلك الدائرة السادسة تختص بنظر المنازعات الزوجية الرقم المتعلقة بالعقود الادارية التي تزيد قيمتها عن خمسمائة جنية وكذا توجد دوائر لمحكمة القضاء الادارى فى محافظاتى بنى سويف، الفيوم، المنصورة، الغربية، القليوبية، كفر الشيخ، المنوفية، الاسماعيلية، الاسكندرية، الشرقية، قنا و اسيوط كل دائرة من هذه الدوائر تختص بنظر منازعات محدد لها.

## ٣- دوائر المحاكم التأديبية:

حيث توجد دوائر للمحكمة التأديبية فى الإسكندرية، طنطا، المنوفية، المنصورة، الإسماعيلية، اسيوط قنا، كل هذه الدوائر تختص بنظر الدعاوى التأديبية عن المخالفات المالية والإدارية والطعون المنصوص عليها فى المادة ١٥ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢.

<sup>5</sup> محضر اجتماع الجمعية العمومية للمحكمة الادارية العليا للعام القضائى ٢٠٠٧.

<sup>6</sup> ٢٠٠٨، يوم السبت ٨ سبتمبر ٢٠٠٧.

<sup>6</sup> د/ محمد احمد عطية، مجلس الدولة تشكيلة واختصاصات، الطبعة الاولى ٢٠٠٨، ص ١٢٦.

بعد عرض دوائر محاكم القضاء الإداري نجد أن، مسألة تنظيم توزيع القضايا في القضاء الإداري تختلف عن نظيرتها في القضاء العادي من حيث إن هناك جهة قائمة بذاتها على تحضير الدعوى وتهيتها<sup>(٧)</sup> للفصل فيها وإحالتها إلى الدائرة المختصة مما يمكن القول إن هذه الدائرة خلال السنة القضائية مختصة بنوع معين من الدعاوى تقوم هيئة معينة على تحضيرها ولكن الأمر في الحقيقة ليس كذلك أي إن كل ما تم عرضه ما هو إلا تقسيم أو تنظيم وظيفي للدوائر في محاكم القضاء الإداري والذي يؤكد صحة ما ذهبنا إليه هو الطعن رقم ٢٨٤١ لسنة ٢٨ ق عليا بجلسة ١٩٨٥/٤/٢٨ حيث نص " جميع قواعد الاختصاص تنطلق بالنظام العام سواء الاختصاص النوعي أو المحلي كما إن توزيع الاختصاص بين دوائر المحكمة الواحد يرتبط كذلك بالنظام العام أساس ذلك.. من المقرر أما القضاء الإداري إن جميع قواعد الاختصاص النوعي أو المحلي كما إن توزيع الاختصاص بين دوائر المحكمة الواحدة يرتبط بالنظام العام أساس ذلك.. إن هذه القواعد تنطق بولاية المحكمة أو الهيئة التي تستند إليها بمقتضى القواعد التي تضعها الجمعية العمومية لمستشاري مجلس الدولة حيث يعتبر الخروج على هذه القواعد خروجاً على قواعد الاختصاص يستوجب الحكم بالبطلان لأن صدور الحكم بالرغم من هذه المخالفة مؤداه إنعدام ولاية إصداره من جانب الدائرة التي أصدرته وفقاً للقواعد الموضوعة"<sup>(٨)</sup>.

### ثالثاً: الغاية من التخصص:

مما لا شك فيه إن الغاية التي يرمى إليها التخصص هي تحقيق ثلاثة أهداف أساسية تتمثل هذه الأهداف في السرعة في إتخاذ الإجراءات، وكذلك الدقة والإتقان في الحكم الصادر من المحكمة في المنازعة المعروضة عليها، والآن فإن ثمة تساؤل جديرة بالآثاره -ال- وهو هل هذه الغاية والأهداف المترتبة على التخصص يمكن أن تتحقق في دوائر القضاء الإداري؟ مع العلم

7 د/ محمد باهي أبو يونس. انقضاء الخصومة الإدارية بالارادة المنفردة للخصوم في المرافعات الإدارية. دار الجامعة الجديدة الاسكندرية ٢٠١٠. ص٤٢ وما بعدها.

8 اعتمادنا في ذلك على المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة القضاء الإداري. دائرة منازعات الطلبة. المكتب الفني. ٢٠٠٦، ٢٠٠٧.

ان هذه الأخيرة ليست بمثابة محاكم متخصصة على النحو الذى تكون عليه المحاكم الاقتصادية باعتبارها محكمة متخصصة؟

وبالنظر الى الأحكام الصادرة عن دائرة منازعات الطلبة كاحدى دوائر محكمة القضاء الادارى التى تختص بنوع معين من المنازعات وذلك خلال الفترة من اكتوبر ٢٠٠٦ الى يونيو ٢٠٠٧ أى خلال ثمانية اشهر من السنة القضائية<sup>(٩)</sup>، نجد ان هذه الغاية متوفرة فى احكام هذه الدائرة حيث نظرت ٥٦ قضية تم الطعن فى ستة عشر قضية فقط واربعون قضية لم يتم الطعن فيهم، وهذا ان دل فانه يدل على، دقة الاحكام ورضاء المدعى والمدعى عليه، وبالنظر كذلك الى مدة الفصل فى هذه الأحكام تتراوح هذه المدة من أربعة اشهر الى خمسة أشهر، وهذا يدل ايضا على سرعة الفصل فى الاحكام، اما عن الهدف الآخر المتمثل فى الاتقان نستشفه ايضا من قلة الطعن فى هذه الأحكام، وعلى ذلك نجد أن هذه الدوائر اكتمل الهيكل الضمنى للتخصص لها ولكن ينقصها الهيكل الشكلى، وبذلك يمكن القول بأن هذه الدوائر مختصة ظاهريا وذلك بفضل التقسيم او التنظيم الوظيفى لمحاكم القضاء الادارى وليست بمثابة دوائر متخصصة بالمعنى الدقيق للتخصص على النحو الذى تكون عليه دوائر المحكمة الاقتصادية.

## الفصل الاول

### تقسيم المحاكم فى القانون المصرى

#### مبحث تمهيدى

#### القضاء عام الولاية

#### تمهيد

حين يثار الحديث عن القضاء عام الولاية فى مصر نتعرض لفكرتى القضاء الموحد والقضاء المزدوج. حيث اخذ نظام القضاء المصرى فيما مضى بنظام القضاء الموحد حيث لم تكن هناك محاكم إدارية الى جانب المحاكم

<sup>9</sup> موسوعة احكام المحكمة الادارية العليا فى خمسين عاما. من عام ١٩٥٥ الى عام ٢٠٠٥.

العادية. ثم أدت إحتياجات المتقاضين ودور الجهات الإدارية فى تحقيق الصالح العام الى إنشاء مجلس الدولة المصرى سنة ١٩٤٦ كقاضى ذى إختصاصات محددة، ولم يدم هذا القانون طويلا وتم تعديله أكثر من مرة الى ان صدر الدستور الحالى عام ١٩٧١ وافرد نصاً من نصوصه فقال فى المادة ١٧٢ " مجلس الدولة هيئه قضائية مستقلة ويختص بالفصل فى المنازعات الإدارية وفى الدعاوى التأديبية، ويحدد القانون إختصاصاته الأخرى" وبالتالي اصبح مجلس الدولة بهذا النص قاضى الشريعة العامة أو قاضى الولاية العامة فى المنازعات الادارية لأول مره منذ إنشائه.

### فكرة عامه عن القاضى عام الولاية:

وإذاً للعرض السابق يمكننا القول إن النظام القضائى فى مصر اخذ بالنظام المزدوج. وأصبح جهة القضاء العادى صاحبة الولاية العامة فى نظر جميع المنازعات التى تخرج عن اختصاص جهة القضاء الادارى بينما جهة القضاء الادارى تختص بجميع المنازعات التى تخرج عن اختصاص جهة القضاء العادى.

### أولاً: مفهوم القاضى صاحب الولاية العامة:

هو القاضى الذى له الولاية العامة للفصل فى جميع المنازعات وليس من الضرورى وجود قانون يمنحه صراحة هذا الاختصاص إنما يكفى الا يوجد قانون يسلبه منه<sup>(١٠)</sup>. حيث يمكن وصفه بأنه القاضى الجامع لكافة المبادئ التى يقوم عليها صرح القضاء العادل وتلك التى تكفل ضمانات المتقاضين أمامه.

### ثانياً: التفرقة بين الاختصاص والولاية:

يجب التفرقة بين الاختصاص والولاية فهذه الاخيرة لجميع المحاكم حيث لكل منها ولاية القضاء لكن يختلف إختصاص كل منها.

10 د/طلعت محمد دويدار. المحاكم الاقتصادية خطوة اخرى نحو التخصص القضائى. بحث تم نشره من مجلة الحقوق جامعة الاسكندرية. عدد خاص مارس ٢٠١٠ ص ٣٧٢.

فهناك ولاية للقضاء العادى والقضاء الادارى وهى الولاية العامة بينما القضاء الاستثنائى والقضاء المتخصص له الولاية المحدوده لكن لكل قضاء اختصاصه المحدد الذى يختلف عن الآخر.

### ثالثا: كيفية تحديد الاختصاص القضائى للمحاكم:

يتم تحديد الاختصاص داخل الجهة الواحدة التى لها الولاية العامة وفقا لمعيارين متميزين.

**المعيار الاول:** تحديد الاختصاص وفقا لنوع الدعوى "وهو الاختصاص النوعى" فمثلا "منازعات قسم العقارات تختص بها المحاكم الجزئية دون الابتدائية. اما المعيار الثانى: هو المعيار القيمى وهو يتحدد على اساس قيمة الدعوى حيث ان لكل محكمة داخل جهه القضاء صاحبه الولاية العامة ما تختص بنظر بعض الدعاوى على اساس قيمة الدعوى فكل منها لها نصاب. مع مراعاة قواعد الاختصاص المحلى وفقا لمكان وجود المحكمة<sup>(١)</sup>.

**رابعا:** اصل التفرقة فى التنظيم القضائى المصرى من حيث نظرية المحاكم: حين يثار الحديث فى اصول التنظيم القضائى المصرى يتجلى ببالغ الوضوح التفرقة بين القضاء عام الولاية والقضاء المتخصص والقضاء الاستثنائى والقضاء الخاص، وبهذا تصبح التفرقة رباعية، ونحاول فى بحثنا جاهدين ان نحدد طبيعه محكمة الاحزاب من أية المحاكم سائلة الذكر.

**خامسا:** جوهر القضاء عام الولاية هو القاضى الطبيعى "احالة":

لقد اجمع الفقه على ان المثل الاعلى للقاضى الطبيعى يجد نفسه فى القضاء عام الولاية. حيث ان القاسم المشترك فى تقييم المحاكم سائلة الذكر هو فكرة القاضى الطبيعى. حقا" انها فكرة فلسفية إلا ان لها مقومات وضوابط فقد ترك الدستور الباب على مصرعية عندما حدد فى المادة ٦٨ "حق كل مواطن فى اللجوء الى قاضية الطبيعى" ولم يحدد تعريف القاضى الطبيعى، فسمح بذلك إنشاء محاكم غير مشروعة مثل المحاكم الاستثنائية، فالقضاء عام الولاية يقوم على فكرة القاضى الطبيعى اى على بث الطمأنينة فى نفوس الافراد وتأمينهم

11 د/ عبد الحكم فوده. ضوابط الاختصاص القضائى. منشاه المعارف الاسكندرية ١٩٩٥. ص ١١ وما بعدها.

على حقوقهم في ظل مبادئ دستورية معروفة واحترامة من قبل الجميع يخضع لها الحكام والمحكومين فهو صمام الأمان يقدره الفقهاء لذلك نحيل دراسة القاضى الطبيعى الى مبحث مستقل بذاته حتى نحدد فى نهاية المطاف موقع محكمة الاحزاب من القضاء المتخصص او القضاء الاستثنائى فى ضوء نظرية القاضى الطبيعى.

## المبحث الاول القاضى الطبيعى

### تمهيد

إن التعرض للفرقة بين القضاء صاحب الولاية العامة وغيره من القضاء المتخصص والاستثنائى والخاص يفرض علينا التعرض لفكره القاضى الطبيعى.

حيث نص الدستور المصرى فى المادة ٦٨ "ان لكل مواطن حق الالتجاء الى قاضية الطبيعى" هذا القاضى الذى يقف امامة كلا من المحكوم عليه والمحكوم له راضيين ومقتنعين بما وصل اليه هذا القاضى لاجئين اليه طالبين منه اربعة انواع من الحماية القضائية ( حماية ولائية، موضوعية، مستعجلة، تنفيذية) بكامل إرادتهم، فما هو المدعى يلجأ الى القاضى راسخ فى نفسه بأن القاضى سيقفل لة الحق المراد الحصول عليه. ولكن هنا يثور عده تساؤلات ما هو القاضى الطبيعى؟ وما هى ضوابط القاضى الطبيعى؟ وهل المحاكم المتخصصة والمحاكم الاستثنائية تمثل قاضيا طبيعى ام لا؟ وعلى ذلك نقسم هذا المبحث الى مطلبين.

المطلب الاول: مفهوم وضوابط القاضى الطبيعى؟

المطلب الثانى: مقومات ومفترضات القاضى الطبيعى؟

### المطلب الاول

مفهوم وضوابط القاضى الطبيعى

### الفرع الاول

ماهية القاضى الطبيعى

قد حدد الدستور في المادة ٦٨ حق كل مواطن في اللجوء الى القاضى الطبيعى ولم يحدد مفهوم القاضى الطبيعى مما تسبب ذلك فى انتهاك حقوق المتقاضين وإنشاء محاكم استثنائية ومحاكم خاصة وانتهاك لمبدأ المساواة ومبدأ الشرعية مما ادى الى اختلاف الفقه فى تحديد مفهوم القاضى الطبيعى.

#### أ- مفهوم القاضى الطبيعى:

اختلف الفقهاء فى تحديد مفهوم القاضى الطبيعى الى عدة اتجاهات<sup>(١٢)</sup>. الاتجاه الاول: يرى ان القاضى الطبيعى هو كل قاضى يعينه القانون للفصل فى المنازعات القضائية وقد تعددت الآراء داخل هذا الاتجاه إلا ان النتيجة واحدة وهى ان المحاكم الاستثنائية والمتخصصة والعادية واحد. اما الاتجاه الثانى: فقد ذهب الى أن القاضى الطبيعى هو كل من يحدده القانون للفصل فى خصومه معينة اى ان هذا الاتجاه لا يمتد وصف القاضى الطبيعى الى المحاكم فقط بل الى اى جهة يحددها القانون للفصل فى الخصومات القضائية.

بينما ذهب الاتجاه الثالث: ان القضاء الطبيعى هو كل محكمة منشأة بقانون يحدد اختصاصها وكذلك الاجراءات التى تتبع امامها اى قبل وقوع النزاع لكى تعمل بصفة دائمة على نظر كل ما يقع من منازعات تدخل فى اختصاصها. نحن نرى ان كان من المناسب ان ابدى راينا نحن نؤيد هذا الاتجاه بداءة وعلى ضوء ذلك نرى ان القضاء الطبيعى هو القضاء المستقل المحايد الذى تم إنشائه بقانون محدد تشكيله قبل نشوء الدعوى، يعمل بصفة دائمة تتوافر فيه مقومات وضوابط الثقة سواء فى القاضى او المحكمة او الاجراءات المتبعه. فها هو عمر بن عبد العزيز يحدد مفهوم القاضى الطبيعى فى قوله<sup>(١٣)</sup> إذا كان فى القاضى خمس خصال فقد كمل، علم بما كان قبله، ونزاهه عن الطمع، وحلم على الخصم، واقتداء بالانمه ومشاركة اهل العلم والرأى.

12 د/صلاح سالم جوده. القاضى الطبيعى. دراسة تأصيليه مقارنة. دار النهضة العربية ١٩٩٧. ص ٢٣



واما آداب القاضى فان يكون ذا ديانة مشهورة، وسيره مشكوره، وصيانه معروفة او عفة مألوفه ووقار وسكينه، ونفس شريفة، تام الورع، خليا من الطمع، ومخالطة الارازل، شديدا من غير عنف، لينا من غير ضعف. فكلما توافر فى القاضى هذه الصفات السابقة التى عرضنا لها بالاضافة الى رأى الاتجاه الثالث كنا بصدد قاضى طبيعى ولكن لهذا القاضى مقومات وأسس وضوابط قانونية سنتعرض اليها فيما يأتى.

#### ب- توافق مفهوم القاضى الطبيعى مع المبادئ الدستورية:

القاضى الطبيعى يجد أساسه القانونى فى ضوء مبدأ المساواة وذلك على ضوء إن جميع المتقاضين على قدم المساواة اما القضاء سواء كان مدنيا، تجاريا، جنائيا، فلا يصح محاكمة بعض المتهمين بخصوص جرائم معينة امام القضاء العسكرى ومعاقبة آخرين عن نفس هذه الجرائم امام القضاء العداى، وذلك يتم بصدر قرار احالة رئيس الجمهورية المتهمين الى القاضى العسكرى<sup>(١٣)</sup>، القاضى الطبيعى لا ينتهك مبدأ الشرعية فالقانون يحدد سلفا احكامه ونصوصه واجراءات التقاضى امامه معروفة من قبل وعقوباته وجرائمه<sup>(١٤)</sup>. وعلى ذلك لكى نكون امام قاضى طبيعى لا بد ان يحترم جميع المبادئ الدستورية.

### الفرع الثانى

#### ضوابط القاضى الطبيعى

#### أ- الضوابط المتعلقة بالمحكمة:

١- إنشاء المحكمة وتحديد تشكيلها واختصاصها بقانون، القانون هو الاداة التى تنظم استعمال الحقوق والحريات وهو المصدر لقواعد المرافعات وقواعد التنظيم القضائى، وعلى ذلك يتعين ان تكون المحكمة منشأة ومحددا اختصاصها

13 المتأمل فى قانون القضاء العسكرى المصرى يجد فى كثير من مواد يسمح للقاضى بتطبيق عقوبة التوبيخ كحد ادنى والاعدام كحد اقصى فهذا انتهاك لمبدأ الشرعية حيث اذا اراد القاضى ان يطبق ما شاء من بين هذه العقوبات.

14 انظر فى ذلك د/ سليم محمد سليم حسين. حق المتهم فى المحاكمة امام قاضية الطبيعى. دار النهضة العربية القاهرة ٢٠٠٩ ص٧٨٦.

بقانون صادر من السلطة التشريعية وفقا للمبادئ المنصوص عليها في الدستور<sup>(١٥)</sup>. وعلى ذلك اذا أنشأت السلطة التنفيذية جهة معينة للفصل في بعض الدعاوى فلا يمكن اعتبارها من المحاكم وبالتالي لا تعتبر قضاء طبيعى للمواطنين<sup>(١٦)</sup> كما ايضا ينبغي ان يكون تشكيل المحكمة ثابت بالقانون فلا يجوز للسلطة التنفيذية ان تضم اشخاص معينة غير قضائية في احوال معينة<sup>(١٧)</sup> وايضا ينص القانون على معيار محدد منضبط في تحديد ما يدخل في اختصاص المحكمة من عدمه على ان يكون الدعاوى التى تدخل في الاختصاص معروفة اى ان الشخص يعلم أين سيحاكم أو أن يرفع دعواه. ونخلص مما سبق انه لا يجوز للسلطة التنفيذية ان تنشأ اية محكمة استثنائية لتسلب اختصاص من المحكمة ذات الاختصاص الاصيل ولو كان التشريع ذاته هو وسيلة هذا السلب.

## ٢- إنشاء المحكمة قبل نشوء الدعوى

يجب أن يعلم كل مواطن سلفا من هو قاضية الطبيعى وهذا العلم يقتضى ان تكون المحكمة منشأة ومحدد اختصاصها قبل نشوء الدعوى او قبل وقوع الجريمة فلا يجوز سلب الدعوى بعد وقوعها من القاضى الطبيعى الى محكمة تنشأ خصيصا لهذه الدعوى او لهذه الجريمة. فإنتزاع الدعوى من يد القاضى الطبيعى المختص يعد انتهاكا للمبادئ الدستورية<sup>(١٨)</sup>.

٣- ان تكون المحكمة دائمة، ومعنى هذا ان تكون ولاية المحكمة دائمة دون تعليقها على قيد زمنى معين سواء تحدد هذا القيد بمدة معينة او مناسبة معينة او

15 د/ احمد قحى سرور. الشريعة الدستورية وحقوق الانسان. دار النهضة العربية ١٩٩٥. ص ٣٢٧.

16 د/ محمد هشام ابو الفتوح. قضاء امن الدولة. دراسة مقارنة. دار النهضة العربية ١٩٩٦. ص ٢٢٦.

17 انظر المادة ٢ من القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٥٠ الخاص بإنشاء محاكم امن الدولة. الذى تم الغائه بقانون رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٣.

18 د/ سليم محمد سليم حسين. حق المتهم في المحاكمة امام قاضية الطبيعى. المرجع السابق. ص ٥١.

ظروف استثنائية مثل حالة الحرب او حالة الطوارئ فهذه المحكمة المؤقتة لا تعد من قبيل القضاء الطبيعي<sup>(١٩)</sup>.

ب- الضوابط المتعلقة بالقواعد التي تطبقها المحكمة:

إن نوعية القواعد التي تطبقها المحكمة تحدد اذا كانت هذه المحكمة هي القاضى الطبيعي ام لا فإذا كان المتهم يحاكم امام القواعد القانونية العادية التي تتماشى مع المبادئ الدستورية فيكون إزاء قاضى طبيعى، اما اذا كان يحاكم اما قواعد استثنائية تنتهك مبادئ حقوق الانسان فيكون إزاء قاضى غير طبيعى. ولا يمكن الفصل بين القاضى والقانون الذى يطبقه فى إطار فكرة القاضى الطبيعي، علما بأن يوجد بعض الضوابط سواء كانت الاجرائية او الموضوعية، فالاجرائية تتمثل فى مبدأ المساواه بين المتقاضين فى رفع دعواهم امام نفس القضاء وبنفس الاجراءات وبنفس حقوق الدفاع بخصوص دعوى محدده سلفا<sup>(٢٠)</sup>، اما الضوابط الموضوعية تتمثل فى خضوع جميع المواطنين الى نفس القانون المطبق بدون تميز مع الاحتفاظ بالمراكز القانونية فهذه الاخيرة لا تخل بمبدأ المساواه<sup>(٢١)</sup>.

### المطلب الثانى

### مقومات القاضى الطبيعى

#### تمهيد

إذا قد تعرضنا فى المطلب الاول لمفهوم القاضى الطبيعى وتحديد ضوابط القاضى الطبيعى فإنه لا يستطيع ان ينهض بهذه المسئولية إلا وهى تحقيق العدالة واحترام المبادئ الدستورية وضمانات المتقاضين إلا إذا توافرت فى القاضى عدة مقومات ومفترضات، وسنتناول هذه المقومات والمفترضات فى الفرعين التاليين..

19 د/ محمد نور شحقة. استقلال القضاء من وجهة النظر الدولية والعربية والاسلامية. دار النهضة العربية القاهرة. ص٢٣٧.

20 د/ سليم محمد سليم حسين. حق المتهم فى المحاكمة امام قاضية الطبيعى. المرجع السابق. ص٦٤.

21 د/ فؤاد العطار. النظم السياسية والقانون الدستورى. دار النهضة العربية القاهرة. ص٢٤٦.

## الفرع الاول مقومات القاضى الطبيعى

المقومات تعنى طريقة الاختيار والشروط التى يجب ان تتوافر فيه لتوليه وظيفة القضاء والعناصر التى تخلق لديه القدرة على حسن تطبيق القانون والتي يحققها التكوين الفنى.

### أ- كيفية اختيار القاضى الطبيعى:

لا اقصد هنا طرق اختيار القاضى سواء بالانتخاب او التعيين<sup>(٢٢)</sup>. وانما اقصد الشروط التى يجب ان تتوافر فى شخص معين ليكون قاضيا معنا ولكن فى اطار عدم تدخل السلطة التنفيذية فى التعيين وإن تدخلت لا تكون لها سلطة الرقابة على القضاء ولا يمكن لها عزل القضاة فيما بعد او التدخل فى اختصاصهم كما سنرى بعد ذلك- حين موضعه - فى المحاكم الاستثنائية، وقد تطلبت المادة ٣٨ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ فيمن يعين فى وظيفة قاضى عده شروط يجب توافرها لإمكان حينما يمكن القول بأننا أمام قاضى طبيعى الا وهى ، يكون قاضى وطنى كامل الاهلية، لا يقل عمره عن ٣٠ سنة، حاصل على اجازة الحقوق من احدى الجامعات المصرية او ما يعادلها، ان يكون محمود السير وحسن السمعة وحقا إن كان التعيين يتم بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة رأى مجلس القضاء الاعلى فهذا لا يشكك فى ظل هذه الشروط السابقة اننا امام قاضى طبيعى ام لا، لانه يجب ان يوافق مجلس القضاء الاعلى.

### ب- التكوين الفنى:

لابد من اعداد القاضى اعداد يكفل له ان يكون مسئولاً فى الفصل فى المنازعات القضائية حيث قد تتعلق الاخيرة بحريات وحقوق المواطنين، حيث ان من المعلوم ان القضاء لا يكتسب بالبديهية وإنما يكتسب بالدراسة

22 د/ سليمان محمد الطماوى. المصطلحات الثلاثة. دار الفكر العربى. الطبعة ٦.  
١٩٩٦. ص ٢٨٨، ٢٨٧.

المتخصصة والمتعمقة التي تصقلها الخبرة العريضة الناشئة في بيئة فنية خالصة لها تقاليدھا وأعرافھا المستتلة وبهذا لا یولد القاضی، وإنما بالأعداد والتدريب، وفي جميع الاحوال لابد من المتابعة والدراسة، وهذا التأهيل يتضمن التأهيل القانوني والفني والثقافي والتخصصي في بعض انواع الدعاوى التي تحتاج الى خبره فنية عالية. ای العلم بالعلوم المساعدة في تكوين رأيه في مثل هذه الدعاوى سالفه الذكر.

## الفرع الثاني مفترضات القاضی الطبيعي

الایدي المرتعشة لا تبنى والنفس الخائفة لا تبدع وصاحب النفس الخائفة دائماً ترتعش يداه فلا تبنى ولا تبدع، والایدي لا ترتعش مع العدل والنفس لا تخاف مع الامن والامان والاستقرار، وعلى ذلك ان لم يكن القاضی مستقلاً محايداً فهو ليس قاضی طبيعى لانه نفسه غير مطمئنة خائفاً من عدم استمراريته او من عزله. وعلى ذلك لابد ان نوضح استقلال القضاء وحياده.

### أ- استقلال القضاء:

حرصاً على أهمية استقلال القضاء نصت المادة ١٦٦ من الدستور على ان "القضاء مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، ولا يجوز لای سلطة التدخل في القضاء او في شئون العدالة"

وعلى هذا النحو يعد استقلال القضاء مفترضا اولياً حتى نكون إزاء قضاء طبيعياً، فان لهذا الاستقلال اوجه تؤكد وتتمثل في استقلال القضاء تجاه السلطة التنفيذية فلا تستطيع ان تمارس على القاضی الطبيعي أية ضغط حيث انه غير قابل للعزل كما ان القواعد الوظيفية للقاضی من حيث نقل وترقية وتأييد القضاء محدد طبقاً للقواعد معينة لا تؤثر ضغوط السلطة التنفيذية عليها<sup>(٢٣)</sup> وايضاً يستقل القاضی في مواجهة السلطة التنفيذية من وجهه الاستقلال المالي، حيث يهيأ للقاضی اسباب الحياة الكريمة والمستوى اللائق

23 د/ سليم محمد سليم حسين. حق المتهم في المحاكمة امام قاضية الطبيعي. المرجع السابق. ص١٤٧.

الذى يعينه على النهوض بواجباته<sup>(٢٤)</sup>، وايضا ضمن المشرع استقلال القاضى تجاه تأثير الصحافة فى الرأى العام حيث جرم كل الافعال التى من شأنها التأثير على عمل القضاة<sup>(٢٥)</sup>.

#### ب- حيده القاضى:

إن استقلال القضاء لا يكفى وحده لان يودى القضاء مهمته على الوجه المنشود ما لم يكن القضاء محايدا فإن كان استقلال القضاء يكفل حماية القاضى من التأثير الخارجى تجاه السلطات فى الدولة والرأى العام، إلا انه لا يضمن وحده سلامة الاحكام الا فى اطار حياد القاضى لذا يذهب غالبية الفقه الى ان الحياد عنصر ضرورى ومكمل للاستقلال لان القيمة الموضوعية للقانون تتوقف على تطبيقه المحايد<sup>(٢٦)</sup> وحياد القاضى يعنى ان ينظر فى الدعوى دون ان يتحيز لاحد أطرافها او ضد مصلحة اى أن ينظرها متجردا من الميل والهوى بعيدا عن العواطف الشخصية مستهدفا إنزال حكم القانون على وقائعها<sup>(٢٧)</sup>، وهذا المبدأ عرف منذ القدم ما هو سيدنا داود عليه السلام يتمتع وهو ملك على البلاد باستقلال تام ولكن الله عز وجل يأمره الا يتبع الهوى وهذا يمكن ادراجه باللغة القانونية الحديثة تحت مبدأ حيده القاضى حيث قال تعالى " يا داود إنا جعلناك خليفة فى الارض فاحكم بين الناس ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله"<sup>(٢٧)</sup>، وعلى ضوء ذلك يمكننا القول ان مفترضات القاضى الطبيعى حيده تامة لا يبتغى مصلحة ولا يتبع هوى.

#### فرع خاص ضمانات حق الدفاع:

يعتبر حق الدفاع من اهم الضمانات التى تكفل عدالة المحاكمة امام القضاء الطبيعى لذا لا تخلوا وثيقة او معاهدة دولية او اقليمية من النص عليه، ويرجع الاهتمام الواسع بحق الدفاع الى عدم الجدوى من الاعتراف بالحقوق

- 24 د/ سليمان محمد الطمولى. السلطات الثلاثة. المرجع السابق. ص ٢٨٨.  
25 د/ جمال الدين العطيفى. اراء فى الشرعية. الهيئة المصرية للكتاب. ص ٢٣٠.  
26 د/ احمد قحى سرور. استقلال القضاء حق من حقوق الانسان فى القضاء المصرى. مقالة فى الجوانب العملية فى اصدار الحكم الجنائى.  
27 سورة ص. الآية ٢٦.

والحريات ما لم يتمكن الفرد من الدفاع عن نفسه<sup>(28)</sup>، حقا في القوانين الاستثنائية تنص على حق الدفاع نظرا ولكن عملا يحتاج الى مجلدات ينشد فيها الفقهاء مدى التعدي على حقوق المتقاضين. ولكن ما نود ذكره هنا ان حق الدفاع لكي يكون مكفولا لا بد ان تتوافر فيه عدة ضمانات كحق المتقاضى في العلم بمواعيد الجلسات او كحق المتهم في الاحاطة بالتهمة وادلة الجريمة وحق المتهم في الحصول على الوقت اللازم لاعداد دفاعه فلا يجوز التمسك بالسرعة في فصل المنازعات على حساب حق الدفاع. بعد ان انتهينا من طرح فكرة القاضى الطبيعى تفصيلا وجب علينا المام هذه الفكرة في سطور قليلة حتى تكون هذه الاخير مقياس يقيم به القضاء المتخصص والاستثنائى بصفة عامه ومحكمة الاحزاب بصفة خاصة.

خلاصة القول فالقاضي الطبيعى، هو المحكمة الدائمة محدده التشكيل والاختصاص والاجراءات قبل بدء الدعوى تحت سمع القانون وبصره رسالتها ارساء المبادئ الدستورية ليست مفقده العدل والمساواه فى ظل ضوابط موضوعية واجرائية قاضيه مستقل محايد تم اختياره لانه الاقدر فنيا وقانونيا صاحب سيره مشكورة، كفل حق الدفاع لاجنا الية المتقاضى طوعا واختيارا رافعا دعواه - وإن كان احيانا مجبرا فى المجال الجنائى- أملا فى إنصافه فى جلسة علنية على ان تضم هذه المحكمة تحت جناحيها قانون يكفل كل ذلك.

## المبحث الثانى

### القضاء ذات الولاية المحدودة

#### المطلب الاول

#### المحاكم الاستثنائية

28 انظر د/ سيد تمام. الحق فى الاطلاع. بحث مقدم لمؤتمر حق الدفاع الذى نظمه مركز الدراسات القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق جامعة عين شمس فى الفترة من ٢٠\_٢٢ ابريل ١٩٩٦. ص ٢١٧.

المحاكم الاستثنائية لا يمكن تحديد مفهوم جامع مانع لها، ونتيجة لذلك حاول الفقه وضع معايير يمكن على اساسها التفرقة بينها وبين المحاكم العادية<sup>(٢٩)</sup>.

## الفرع الاول ماهية المحاكم الاستثنائية

اولاً: تعريف القضاء الاستثنائي:

هو القضاء الذي ينشأ غالباً في الأزمات لتسوية الحسابات قائماً مرتكزاً على انتهاك المبادئ الدستورية خارجاً على القواعد القانونية العامة ينشأ بقانون وقواعد خاصة به غير مألوف شاذة لدى فقهاء القانون فهو دائم احياناً وموقتاً غالباً متزناً بالقناع القانوني لتسوية الحسابات تحت سمع وبصر السلطة التنفيذية ليس له ضوابط موضوعية وإجرائية مألوفة لا يلجأ اليه المتقاضى الا جبراً لا يطمئن الرأي العام لقضائه يطبق قانون استثنائي خارق ل ضمانات الكفالة حقوق المتقاضين رسالته إرساء احكام تلبي رغبة واهواء السلطة التنفيذية.

## الفرع الثاني تحديد ملامح المحاكم الاستثنائية

أ- إنشائها:

دائماً عندما يريد المشرع الحديث استجابة لسلطة التنفيذية ان ينظم احد اوجه النشاط او لاشباع حاجه من حاجات السلطة التنفيذية يلجأ الى انشاء وتنظيم محاكم استثنائية.

فهي لا تنشأ في الغالب الا في وقت الازمات<sup>(٣٠)</sup> العامه فتلجأ الدولة الى انشاء مثل هذه المحاكم هاربة من القضاء العادي ويبدو ان العلاقة طردية بين

29 حول هذه المعليير انظر د/ فتحى والى. الوسيط فى قانون القضاء المدني. مطبعة جامعة القاهرة دار الكتاب الجامعى، ٢٠٠٨. ص ١٩٦، د/ صلاح سالم جوده. القاضى الطبيعى. المرجع السابق. ص ٩٧، ٩٦.



ازدياد الازمات وازدياد المحاكم الاستثنائية اى كلما زادت الازمات زادت المحاكم الاستثنائية وعلى ذلك نستطيع القول بأن المحاكم الاستثنائية تنشأ فى الأساس لمواجهة ظروف غير عادية تتطلب الحزم والسرعة فى مواجهة بعض الدعاوى دون اتقان قضائى.

#### ب- ولاية القضاء الاستثنائى:

المحكمة العادية لها ولاية القضاء العامة تختص بجميع المنازعات إلا ما سلب منها بنص القانون فهى ليست بحاجة الى نص او قاعده خاصة تمنحها اختصاص بينما المحكمة الاستثنائية فى حاجه الى قانون خاص يمنحها الاختصاص<sup>(31)</sup>، وعلى ذلك فليست لها اى ولاية قضائية خارج الحدود التى رسمت لها وينتج عن هذا أن الحكم القضائى الذى يصدر من المحكمة العادية ولو خارج حدود اختصاصها يحوز حجية الامر المقضى، اما الحكم الصادر من المحاكم الاستثنائية فى دعوى ليست من اختصاص القضاء الاستثنائى لا يجوز الحجية باعتبار انه حكم منعدم لصدوره من جهه لا ولاية لها<sup>(32)</sup> وعلى العكس من ذلك اذا صدر حكم من المحكمة العادية فى دعوى داخله فى اختصاص المحاكم الاستثنائية بناء على معيار موضوعى او شخصى يحوز هذا الحكم حجية<sup>(33)</sup>.

#### ج- نسبة استقلال القضاء الاستثنائى:

تختبئ وتتخفى غالباً قرارات السلطة التنفيذية فى صورة احكام صادرة من المحاكم الاستثنائية ولذلك تلجأ السلطة التنفيذية الى انشاء المحاكم الاستثنائية لكى توارى رغبتها فى الحصول على احكام سريعة وراذعة

30 د/ طلعت محمد دويدار. المحاكم الاقتصادية خطوة اخرى نحو التخصص القضائى. بحث تم نشره فى مجلة الحقوق. جامعة الاسكندرية. عدد خاص. مارس ٢٠١٠ ص٣٧٢.

31 د/ طلعت محمد دويدار. المحاكم الاقتصادية خطوه اخرى نحو التخصص القضائى. مرجع سابق. ص٣٧٧.

32 د/ مأمون محمد سلامة. العلاقة بين القضاء العادى والقضاء العسكري فى ظل قانون الاحكام العسكرية. مجلة القضاء ١٩٦٨. ص١١٠.

33 د/ حسن صلاح الدين الليبى. بدعه المحاكم الاستثنائية فى البلدان العربية. مجلة القضاء. يناير ١٩٨٥. ص٣٣.

لصالحها ضد خصومها من قبل القضاء الاستثنائي بقوانين استثنائية بحجة المحافظة على أمن الدولة<sup>(٣٤)</sup>.

يكاد يكون القاضى الاستثنائى موظف لدى السلطة التنفيذية متشعب بروح الطاعة، فإن كان القاضى الطبيعى محصن امام السلطة التنفيذية لا يخضع لاساليب الوعد والوعيد مستقلا مطمئنا لقوت يومه فهو يعمل بحرية تامة وبما يملية عليه ضميره فلا يخضع الا للقانون وهذا على عكس القاضى الاستثنائى الخاضع الى السلطة التنفيذية ينفذ اوامرها. خلاصة الامر القضاء الاستثنائى لا يتمتع باستقلالية ازاء استقلال القضاء العادى.

وهذا يظهر لنا ببالغ الوضوح فى قانون القضاء العسكرى حيث لاخلاف بداية بين أغلب الفقهاء<sup>(٣٥)</sup> على انة قضاء استثنائى ها هو القضاء العسكرى الصادر بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ كان يخضع للسلطة التنفيذية بنص القانون وعندما انتقد هذا الخضوع بشدة من الفقهاء جاء المشرع بتعديل نصوص هذا القانون ونص فى مادته الاولى بما يوصى ان القضاء العسكرى جهة مستقلة الا انه فى ذيل ذات الماده اخضعه لوزارة الدفاع العسكرى بقولة " وتقوم على شأن القضاء العسكرى هيئه تتبع وزارة الدفاع" فالقضاء الاستثنائى هو أداة السلطة التنفيذية.

#### د- قضاة القضاء الاستثنائى:

يجب ان يعلم كل مواطن سلفا من هو قاضيه الطبيعى فالمحكمة محدد عدد القضاة سلفا، ولكن غالبا ما نجد عكس ذلك فى القضاء الاستثنائى على نحو يخول القانون الاستثنائى السلطة التنفيذية المتمثلة فى رئيس الجمهورية ان يضم فى تشكيل هذه المحاكم من يراه من القضاة العسكرىين او ضباط القوات المسلحة وهذا ظاهرا فى القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ الخاص بمحاكم أمن الدولة.

وايضا ذهب القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارئ الى ابعاد من ذلك حينما خول السلطة التنفيذية تحديد تشكيل محاكم أمن الدولة من

34 د/ سليم محمد سليم. حق المتهم فى المحاكمة امام قاضية الطبيعى. المرجع السابق.

35 د/ طلعت محمد دويدار. المحاكم الاقتصادية خطوه اخرى نحو التخصص القضائى. مرجع سابق. ص ٣٧٢.

الضباط فقط (المادة ٥٨ من قانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨)، والاكثـر من ذلك تدخل السلطة التنفيذية بشكل او بطريقة ما فى تعيين قضاة المحاكم الاستثنائية وخير مثال على ذلك قانون القضاء العسكرى حيث تنص المادة ٥٤ منه على ان " قرار تعيين القضاء العسكريين يصدره نائب القائد الاعلى للقوات المسلحة(وزير الدفاع) وذلك بناء على اقتراح مدير القضاء العسكرى".

#### هـ اهداف انشاء المحاكم الاستثنائية:

دائماً تعتنق المحاكم الاستثنائية اعتبارات حب البقاء ويظهر ذلك فى حرص المحكمة الا تتخذ من المواقف فى احكامها ما يتعارض تعارضاً شديداً مع سياسة الدولة او يعرقل جهود سلطاتها<sup>(٣٦)</sup>، ومن خلال هذا الاطار يكون الهدف من اتخاذ المحاكم الاستثنائية تحقيق اهداف خاصة للسلطة التنفيذية بادعاء ان هذه الاهداف هى منطوق الاحكام القضائية على اساس ان القضاء معروفاً بالنزاهة محايلة على الرأى العام.

على اية حال المحاكم الاستثنائية لها هدفين هما<sup>(٣٧)</sup>:

- ١- اما استبعاد خصوم السلطة الحاكمة.
- ٢- تشوية خصوم السلطة الحاكمة بالحكم عليهم امام الرأى العام على اساس انهم خارجين على القانون.

### الفرع الثالث

#### معايير التفرقة بين المحاكم الاستثنائية وغيرها من المحاكم العادية والمتخصصه

لقد تعددت معايير التفرقة بين المحاكم الاستثنائية والمحاكم سالف الذكر مثل معيار الاختصاص ومعيار المدة ومعيار التشكيل ومعيار الاجراءات

36 د/ ماجد الحلو. القانون الدستورى. دار الجامعة الجديد. الاسكندرية

٢٠٠٩ ص٤١٧.

37 د/ سليم محمد سليم. حق المتهم فى المحاكمة امام قاضية الطبيعى. المرجع

السابق ص٧٤٧.

المتبعة والقانون الواجب التطبيق ومعيار المصالح محل الحماية القضائية<sup>(٣٨)</sup>. لقد وجب علينا ان نعتقد احد هذه المعايير حتى نبين لاحقا التساؤل الذي يطرحه بحثنا هل محكمة الاحزاب محكمة متخصصة ام استثنائية ام غير ذلك؟ فإن كان يبدو من المناسب ان نبدي برأينا فنحن نرى عند توافر ثلاثة معايير التالية فى محكمة ما فضلا عن الملامح سائلة التحديد لاصبحت محكمة استثنائية دون خلاف.

#### ١- المدة والاختصاص:

تشارك اغلب المحاكم الاستثنائية فى سمة عامة هى قصر مدة استمرارها بالنظر الى انها تنشأ فى اغلب الاحوال الى مواجهه ظروف خاصة يجتازها المجتمع فهى تشوه التنظيم القضائى حيث لا تعتق فكرة العمومية والدوام التى تميز محاكم الولاية العامة ودائماً يرجع انشاء هذه المحاكم الى رغبة السلطة لتحقيق اهدافها باحكام من قضاء خاضعين لها كما اسلفنا وخير مثال على ذلك محكمة أمن الدولة العليا طوارئ. وهذا على خلاف المحاكم العادية التى تتميز بالدوام والاستقرار.

واحياناً تنشأ محكمة استثنائية دائمة ولكن طابع الاستقرار والدوام لا يمحو عن هذه المحاكم الطابع الاستثنائى حيث ان اضعاف طابع الدوام والاستقرار على هذه المحاكم لضعاف الطابع الاستثنائى مثل المحاكم العسكرية<sup>(٣٩)</sup> ولكن فى هذه الاخيره تجد اختصاصها غير محدد ومنضبطا سلفا على وقوع الجريمة، فإن كانت المحاكم الاستثنائية دائمة غالباً ما تجد اختصاصها غير محدد سابقاً وخير مثال على ذلك هو القضاء العسكرى الذى يسمح للسلطة التنفيذية احالة ما يشاء من دعاوى الى القضاء العسكرى سواء فى اختصاصات المحدده ام لا.

حيث اذا سلب الاختصاص من حوزة القاضى الطبيعى بعد وقوع الجريمة او بعد نشوء الدعوى الى محكمة تم انشاءها خصيصاً لذلك الدعوى

38 حول هذه المعايير انظر د/ فتحى والى. الوسيط فى قانون القضاء المدنى. مطبعة جامعه القاهرة والكتاب الجمعى ٢٠٠٨ ص١٩٦، د/ صلاح سالم جوده. القاضى الطبيعى. المرجع السابق. ص٩٦٩٧.

39 د/ احمد عبد الوهاب السيد. الحماية الدستورية لحق الانسان فى قضاء طبيعى. مؤسسة بىتر للطباعة ٢٠٠٢. ص٣٣٤ وما بعدها.

نكون بصدد محكمة استثنائية، تنتهك المبادئ الدستورية فإن كانت المحكمة مقيدة بمدة معينة أو بظروف استثنائية مثل حالة حرب أو طوارئ غالباً ما تكون محاكم استثنائية حيث من الطبيعي ان يعلم كل مواطن سلفاً من هو قاضية الطبيعي الذي سيلجأ اليه او يعاقب امامه.

## ٢- التشكيل:

يمكن تميز المحاكم الاستثنائية من خلال تشكيلها حيث تخل هذه المحاكم بمبدأ القاضى الطبيعي فيما يقتضيه من ان يكون قضاة المحكمة الذين ينظرون الدعوى هم القضاة المختصين الذى تم تعيينهم وفقاً للقواعد المنصوص عليها فى قانون التنظيم القضائى ومن ثم يتعرض هذا المبدأ للانتهاك كلما كانت السلطة فى حاجة الى قضاء مرنين ولذلك تلجأ السلطة الحاكمة الى انشاء محاكم شديده التشابه بالمحاكم العادية وتشكيلها من قضاء بحيث تبدو المظاهر الخارجية لهذه المحاكم كما لو كانت من قبيل المحاكم العادية ولكن حين تتدخل لتشارك غير قضائين وخصوصا العسكريين فى تشكيل المحكمة تسقط الاقنعة ومن ثم يظهر الوجه الحقيقى للمحاكم الاستثنائية<sup>(٤٠)</sup> واحياناً الدولة تفتح الباب على مصرعية فى انشاء المحاكم الاستثنائية فى اوقات الازمات والاضطرابات دون ان يتعلق الامر بالاقناع الجماهيرى بنوعية المحكمة وذلك للحسم والردع. فالتشكيل فى المحاكم العادية تشكيل دائم قبل نشوء الدعوى وإن غاب أحد الاعضاء يعتبر الحكم باطل بينما التشكيل فى المحاكم الاستثنائية تشكيل متغير حيث يحق لرئيس الجمهورية فى اى وقت ما إن يغير فى التشكيل ويضم ما يشاء<sup>(٤١)</sup>.

فدوام المحكمة وتشكيلها من القضاء يكونان معاً معياراً فاصلاً بالإضافة الى معيار الانحراف عن الاجراءات المعتادة لتحديد الطبيعة القانونية

40 د/ انظر القنون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ الخاص بانشاء محاكم امن الدولة المادة ٢ من الباب الاول الخاص بتشكيل محاكم امن الدولة، حيث يجوز لرئيس الجمهورية ان يضم فى تشكيلها اثنان من ضباط القوات المسلحة.

41 انظر قنون الطوارئ رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨.

المحاكم<sup>(٤٢)</sup>، فإذا تخلف الأول أو كانت المحكمة دائمة واختصاصها غير محدد سلفاً اية دائمة من حيث الظاهر وتم الانتقاص من المعيار الثاني أو السماح بالانتقاص منهم نكون بصدد محكمة تقع في حظيره المحاكم الاستثنائية فدوام المحكمة المنضبط والتشكيل من العناصر القضائية الخالصة يعتبر من القواعد الأساسية التي تحكم سير المحاكمة العادية، فإذا تخلفا هذين المعيارين فلا داعى للمعيار الثالث وهو الانحراف عن الاجراءات المعتادة لانه بالطبع سيكون نتيجة حتمية اما اذا تخلف احد المعيارين نبحث فى المعيار الثالث ليرجع كافة المحكمة المراد تحديد طبيعتها، ولكن نريد ان نلفت الانتباه الى اننا اذا نعتبر ان تشكيل المحكمة من العناصر القضائية الخالصة الى جانب عنصر الدوام والاستمرار يعتبران من القواعد التي تحكم سير المحاكم العادية والتي تضع الحدود والفواصل بينهما وبين غيرها من المحاكم الاستثنائية الا ان تنظيم المشرع لبعض المحاكم بتشكيلها من عناصر غير قضائية الى جانب القضاء لا يضى عليها الطابع الاستثنائى اذا كان ذلك يرجع الى الطبيعة المتخصصة للمحكمة مثل محكمة الاحداث او التقاليد والمورثات القضائية مثل نظام المحلفين<sup>(٤٣)</sup>.

### ٣- الإحراف عن الإجراءات المعتادة وضمانات الدفاع:

أ- الفصل فى مسائل تتازع الاختصاص، غالباً لا تسمح المحاكم الاستثنائية عندما يتعارض اختصاصها مع جهة قضائية اخرى إجماله الفصل فى الاختصاص للمحكمة الدستورية العليا انما المحكمة الاستثنائية هى التى تفصل ان كانت الدعوى المطروحة امامها تدخل فى اختصاصها ام لا وهذا بالطبع خارجاً عن المألوف عليه فى القوانين والاجراءات المعتادة. وهذا يظهر ببالغ الوضوح فى المحاكم العسكرية حيث لاخلاف بين الفقهاء على انها محاكم

42 قد اتجه الفقه الى معيار القانون المطبق امام المحكمة فنحن لا نخالف هذا المعيار وانما ليس كلفياً بذاته انظر فى ذلك د/ محمد عمر عبد الخالق. قانون المرافعات. دار النهضة العربية. ١٩٧٨ ص ٣٥ وما بعدها.

43 د/ سليم محمد سليم. حق المتهم فى المحاكمة امام قاضية الطبيعي. المرجع السابق ص ٧٢.

استثنائية حيث انها تفصل فى مسائل تنازع الاختصاص التى تقع بينها وبين محاكم القضاء العادى<sup>(٤٤)</sup>.

### ب\_ الإحراف فى الإجراءات المتبعة أمام المحاكم الاستثنائية:

١- من حيث تنظيم قواعد الأختصاص، المحاكم الاستثنائية غالباً لا تعدد بالمعيار النوعى والمكانى فهى لا تنقيد بنوع الدعوى فيحال اليها ماتراه السلطة التنفيذية ولا الاختصاص المكانى فالمشرع غالباً ما يحدد لها دعاوى معينة او جرائم معينة على سبيل الحصر<sup>(٤٥)</sup>، حيث غالباً ما تحدد السلطة التنفيذية محل انعقاد المحكمة او تخول رئيس المحكمة سلطة تحديد محل انعقادها وخير مثال على ذلك يخول قانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ المادة ٢/٤ وزير العدل صلاحية فى ان يعقد محكمة امن الدولة خارج دائره اختصاصها وكذلك الحال فى المحاكم العسكرية.

٢- من حيث عدد القضاة، لا يصح ان ينقص تارة عدد قضاة المحكمة ويزيد تارة اخرى وفقاً لاهواء رئيس الجمهورية حيث له ان يضيف الى تشكيل المحكمة ضابط او اكثر إن شاء كما اسلفنا فى بداية الحديث عن المحاكم الاستثنائية.

٣- من حيث قرار الإحالة، من المعروف ان المشرع فى أصول قانون المرافعات والإجراءات الجنائية يعهد بسلطه الإحالة الى المحكمة التى تنظر الدعوى وحدها هذا على خلاف الواقع فى اغلب المحاكم الاستثنائية حيث طريقة الإحالة لا تكون عادية اذا تحتفظ السلطة السياسية التنفيذية فى الاعم الاغلب بصلاحية الاحالة الى المحكمة الاستثنائية<sup>(٤٦)</sup>.

### ج- انتهاك المبادئ الدستورية:

المحاكم الاستثنائية تنتهك مبدأ المساواة حيث يرتكب الشخص نفس الجريمة فيعاقب احدهما امام المحاكم العادية والآخر امام المحاكم الاستثنائية

44 انظر قانون القضاء العسكرى رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦.

45 د/ محمود نجيب حسنى. شرح قانون الاجراءات الجنائية. المرجع السابق.

ص ٦٧٨.

46 د/ محمود احمد طه. حق الاستمالة بمحام أثناء تحقيقات الشرطة القضائية ١٩٣٣.

مجلة روح القانون. عدد يناير. ص ١٦٤.

وايضا تنتهك حق لجوء المتقاضى الى قاضيه الطبيعي وحق الدفاع وغيره من المبادئ بحجج واهية الحفاظ على امن الدولة، وخير الامثلة هنا يجد المتأمل فى القضاء العسكرى انتهاك صارخا لمبدأ الشرعية حيث يجعل للقاضى الحق فى الحكم بعقوبة التوبيخ ويصل بها الى الاعدام.

#### د- الانحراف فى مرحلة تحضير الدعوى والفصل فيها:

تتطوى احيانا المحاكم الاستثنائية على انحراف صارخ عن اصول قواعد المرافعات والإجراءات الجنائية حيث ذهب المشرع احيانا الى تخويل السلطة التنفيذية سلطة تحضير الدعوى والتحقيق والمحاكمة والفصل فيها وذلك فى شأن فرض الحراسة طبقا للقانون الطوارىء<sup>(٤٧)</sup>.

#### هـ - الإنتقاص من ضمانات حق الدفاع والظعن فى الاحكام:

١ - عدم إتاحة التسهيلات الضرورية للدفاع بصفة عامة يمكننا القول إن القضاء الاستثنائى لا يتيح التسهيلات الضرورية للدفاع و للمتقاضى لإعداد دفاعة مقارنة بالمحاكم العادية التى تكفل له سائر ضمانات الدفاع<sup>(٤٨)</sup>. حيث لايسلم الدفاع بدور من المضايقات وأعمال التخويف التى تمارسها السلطة تجاه وقد يصل الامر الى توقيع عقوبات واعتبارهم فى عداد الخصوم وما يؤكد ذلك ما ذهب اليه التقرير السنوى عن اوضاع العدالة واستقلال السلطة القضائية ومهنة المحاماه فى مصر عام ١٩٩٧ حيث رصد هذا التقرير ازدياد ظاهرة تهديد المحامين امام المحاكم الاستثنائية<sup>(٤٩)</sup>.

٢ - غالبا تكون احكام المحاكم الاستثنائية غير قابلة للطعن حيث نادرا ما يسمح المشرع بالطعن فى بعض احكام هذه المحاكم<sup>(٥٠)</sup> وخير الامثلة على ذلك حينما قرر المشرع المصرى فى القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ فى المادة الثامنة على

47 د/ وحيد رأفت. دراسات فى بعض القوانين المنظمة للحريات. منشأه دار المعارف

بالاسكندرية ١٩٨١. ص ١٤١

48 د/ سليم محمد سليم. حق المتهم فى المحاكمة امام قاضية الطبيعي. المرجع السابق. ص ٧٣٥.

49 التقرير السنوى عن اوضاع العدالة واستقلال السلطة القضائية ومهنة المحاماه (مصر-١٩٩٧).

50 د/ احمد صبحى المطار. القضاء الجنائى الاستثنائى. رسالة الدواية للطباعة. الشرقية ١٩٩٩-٢٠٠٠. ص ١٠٨ وما بعدها.



ان "احكام محكمة امن الدولة العليا احكام نهائية لا يجوز الطعن فيها" وايضا القضاء العسكرى لا يعرف اعادة نظر الاحكام الغيابية طبقا للماده ٧٧ من قانون القضاء العسكرى.

## المطلب الثانى المحاكم المتخصصة

تمهيد

ان فكرة إنشاء محاكم متخصصة هي فكرة محمودة من كل الوجوه فهي حل سريع لما يشوب التقاضى فى مصر من بطء التقاضى وعدم التخصص وإفتقار التحقيق القضائى او تحضير الدعوى.

## الفرع الاول مفهوم المحاكم المتخصصة

"هي محاكم تختص بنظر نوع معين من المنازعات على نحو ينقطع القضاء القائم عليها بالتفرغ لهذا النوع من القضايا يودى الى إكتسابهم خبرة ومهاره كافية من اجل تحقيق عدالة سريعة ودقيقة"<sup>(٥١)</sup>  
وان كانت هذه المحاكم تخالف مبدأ وحدة القضاء الا انها تعتبر نوع من انواع القضاء الطبيعى، وذلك لان الدعاوى التى تنظرها المحكمة المتخصصة سواء من حيث نوع الدعوى او فئات الاشخاص يتطلب قواعد قانونية خاصة تبرر تخصيص هذه المحاكم لنظر مثل هذا النوع من الدعاوى.

## الفرع الثانى المحاكم المتخصصة نوع من انواع القضاء الطبيعى

نتعرض اولا للتشكيل والمده لانهما عنصرين اساسين فى تحديد ما اذا كانت المحكمة من قبيل القضاء الطبيعى ام لا.

51 د/ احمد ماهر زغول. قواعد المرافعات. دار النهضة العربية القايره. ط ٢٠٠١. ص ١٩٢.

## أولاً: تشكيل المحاكم المتخصصة:

١- تشكيل المحاكم المتخصصة هو تشكيل دائم لا دخل للسلطة التنفيذية فيه وهو من عناصر قضائية خالصة تم تعيينهم وفقاً لقواعد التنظيم القضائي شأنهم شأن جميع القضاة الطبيعيين، ولكن أحياناً يدخل في تشكيل المحكمة المتخصصة عناصر خبره ولكن أيضاً تشكيلها دائم ويرجع دخول عناصر خبره لطبيعة الدعاوى التي تنظرها هذه المحكمة مثل محكمة الطفل يدخل في تشكيلها جانب القضاة عناصر خبره بما يحتاجه الأطفال من دراسة ظروفهم البيئة والاجتماعية والنفسية التي أدت به إلى الانحراف مما يبرر ذلك دخول عناصر غير قضائية.

٢- المدة: لم تنشأ المحكمة المتخصصة من أجل تحقيق رغبات السلطة التنفيذية إنما نشأت من أجل المصلحة العامة وتحقيق الاستقرار في المعاملات هدفها هو تحقيق عدالة متقنة وسريعة ولذلك تتسم المحاكم الاقتصادية بعنصر الدوام حيث تستمر المحاكم المتخصصة إلى أجل غير معلوم مادام تحقق الصالح العام.

## ٣- مدى قابلية انتماء المحاكم المتخصصة إلى القضاء الطبيعي:

في إيجاز حتى لا نخرج عن إطار بحثنا نود أن نشير إلى مدى انتماء المحاكم المتخصصة إلى القضاء الطبيعي وذلك حتى نستطيع أن نحدد الفواصل بينها وبين المحاكم الاستثنائية حتى نستطيع فيما بعد تحديد محكمة الأحزاب هل هي من قبيل المحاكم المتخصصة أم لا؟

لقد سبق الحديث حين موضعه عن معايير القاضى الطبيعي من حيث الدوام والتشكيل والاختصاص وإحترام المبادئ الدستورية واستقلال القضاء والقانون المطبق.

وبقياس هذه المعايير على المحكمة المتخصصة نجد أنها، محكمة دائمة ناشئة محددة التشكيل والإجراءات والاختصاص قبل نشوء الدعوى تحت سمع القانون وبصره لا لأهواء السلطة التنفيذية يتمتع قاضيتها باستقلالية تامة تم اختياره وفقاً للقواعد الموضوعية والشكلية المنضبطة على نحو يجعله قائم

متفرغ للدعوى التى تختص بها هذه المحاكم من اجل تحقيق عدالة متقنة سريعة.

ف نجد معايير القاضى الطبيعى متطابقة مع نوعية المحاكم المتخصصة وهذا هو احد الاختلافات الجزرية بين المحاكم المتخصصة والمحاكم الاستثنائية.

### الفرع الثالث

#### اوجه الشبه والاختلاف بين المحاكم المتخصصة والاستثنائية

اولاً: اوجه الشبه بين المحاكم المتخصصة والاستثنائية:

- ١- كل منهما ولايه محدوده فى حدود اختصاصاته، فهما ليس لهما ولاية قضائية خارج الحدود التى رسمت لهما كما ان الحكم الصادر من المحكمة الاستثنائية خارج حدود ولايتها ليس له حجية الامر المقضى به انما يصبح منعدم لصدوره من لا ولاية لها<sup>(٥٢)</sup>. وهذا على خلاف القضاء عام الولاية والقضاء المتخصص وان كان يطعن فى الاخير بعدم الاختصاص.
- ٢- كل منهما يحتاج الى قانون خاص يمنحهما الاختصاص ولا يتم انشاءها الا بقانون<sup>(٥٣)</sup> وهذا ايضا على خلاف القضاء عام الولاية.
- ٣- من حيث تفسير النصوص مانحة الاختصاص للمحاكم الاستثنائية او المتخصصة لا بد ان تفسر تفسيراً ضيقاً<sup>(٥٤)</sup>.
- ٤- اتسم كل منهما بالسرعة فى الإجراءات.

ثانياً: اوجه الاختلاف بين المحاكم المتخصصة والاستثنائية:

- ١- تنشأ المحاكم المتخصصة لرعاية مصلحة معينة تمثل العدالة جوهرها، بينما تنشأ المحاكم الاستثنائية لتكبير الحريات ولتحقيق رغبة السلطة التنفيذية.

52 د/ مأمون محمد سلامة. العلاقة بين القضاء العادى والقضاء العسكرى. المرجع السابق. ص ١١٠.

53 د/ طلعت محمد دويدار. المحاكم الاقتصادية خطوه اخرى نحو التخصص القضائى. المرجع السابق. ص ٣٧٠ وما بعدها.

54 د/ فتحى والى. الوسيط فى القانون المدنى. المرجع السابق. ص ١٩٨.

٢- توافق المحاكم المتخصصة مع تعاليم السياسة القضائية الحديثة ونقصد بهذه الاخيره ادارة القضاء لتحقيق عدالة متقنة سريعة منصفة يرضى بها المحكوم عليه والمحكوم له التي تدعو الى تخصص القضاء مع الملازمة فى التشكيل والاجراءات، وهذا نفتقده فى المحاكم الاستثنائية التى لا تلقى قبول الرأى العام وعدم توافقها مع السياسة القضائية الحديثة حيث تنادى هذه الاخيرة بالغاء المحاكم الاستثنائية.

٣- القضاء المتخصص مشتق من القضاء العادى بينما القضاء الاستثنائى يسلب الاختصاص من القضاء العادى<sup>(٥٥)</sup>.

٤- قضاة المحكمة المتخصصة تتمتع بالاستقلال بينما قضاة المحاكم الاستثنائية خاضعين للسلطة التنفيذية.

٥- تختلف المحاكم المتخصصة عن المحاكم الاستثنائية فى التشكيل حيث الأصل فى الاولى عناصر قضائية خالصة بينما فى الثانية تضم عناصر غير قضائية ولا يتوافر فيهم شروط التعيين كما ينبغى أن تكون.

٦- المحاكم المتخصصة لا تهدر ضمانات الدفاع ولا تقوم على الانحراف فى الاجراءات وتحترم المبادئ الدستورية وهذا على خلاف المحاكم الاستثنائية.

### المطلب الثالث المحاكم الخاصة

#### تمهيد

ينار الحديث هنا عن المحاكم الخاصة لان بطبيعتها تثير المسئولية السياسية لأشخاص معينه ولما كان هدف البحث يدور حول طبيعة محكمة الاحزاب خاصة ان الاخيرة متعلقة بالاحزاب السياسية فمن هنا ينبغى علينا الحديث عن تلك المحاكم حتى نبين فيما بعد هل محكمة الاحزاب من ذات قبيل هذه المحاكم ام لا؟

55 د/ طلعت محمد دويدار. المحاكم الاقتصادية خطوه اخرى نحو التخصص القضائى. المرجع السابق. ص٣٧٢.

ولذلك سنتعرض للمحكمة الخاصة اجمالاً لانها قاصره على اشخاص  
بعينهم.

## الفرع الاول مفهوم المحاكم الخاصة وتشكيلها وإجراءاتها

اولاً: مفهوم المحاكم الخاصة:

يتجه بعض الفقه الى ان المحاكم الخاصة هي المحاكم التي تختص  
بمحاكمة رئيس الدولة والوزراء عما يقع منهم من جرائم اثناء تأدية اعمالهم<sup>(٥٦)</sup>  
ثانياً: تشكيل المحكمة:

يضم التشكيل عناصر برلمانية وعناصر قضائية حيث تتكون من اثني  
عشر عضواً ستة منهم من مجلس الشعب والآخرين من مستشاري محكمة  
النقض ومحاكم الاستئناف<sup>(٥٧)</sup>، ويتم التشكيل بعد نشوء الدعوى.

ثالثاً: الإجراءات:

هذه المحاكم لها إجراءات خاصة معدة يقوم بها مجلس الشعب الى  
جانب القضاء سواء في تحريك الدعوى او احالتها في حالات محددة او حتى  
إصدار الحكم<sup>(٥٨)</sup>.

## الفرع الثاني

آراء الفقهاء تجاه هذه المحاكم من حيث مدى إنتمائها الى القضاء الطبيعي

يتجه جانب من الفقه إنها من قبيل القضاء الطبيعي وإن كانت تخالف  
مبدأ الوحدة الذي يقوم عليه القاضى الطبيعي الا ان وجود مثل هذه المحاكم  
تبررة الرغبة فى ضمان مصداقية وحياد القضاء العادى بابعاده عن ذلك

56 د/ سليم محمد سليم حسين. حق المتهم فى المحاكمة امام القاضى الطبيعي. المرجع  
السابق. ص ٥٧١.

57 للمزيد من التفاصيل. انظر د/ مصطفى ابو زيد فهمى. النظام الدستورى المصرى.  
١٩٨٤

58 للمزيد من التفاصيل. انظر د/ عبد العظيم مرسى الوزير. الجوانب الاجرائية  
لجرائم الموظفين والقلمين بأعباء السلطة العامة. دار النهضة العربية. القاهرة. ص ١٩٨٧.

الصنف من الدعاوى التى يكون فيها الغلبة للاعتبارات السياسية حيث إن وحدة القضاء لا تمنع من محاكمة هذا الصنف امام محاكم خاصة طالما تقرر ذلك وفقا لقواعد عامة مجردة لا تسمح لهم بالتملص من القضاء او الاستفاده من بطء التقاضى لان حسن سير العدة فى هذا النوع من الدعاوى يتطلب تطبيق قواعد قانونية خاصة تيرر الخروج على مبدأ الوحدة<sup>(٥٩)</sup>، بينما يتجه جانب اخر من الفقه الى ان المحكمة الخاصة ليست من قبيل القضاء الطبيعى لأن تشكيلها يدخل فيه العنصر البرلمانى الى جانب القضاء مما يتنافى مع ذلك استقلال القضاء وحياده نظراً لأن الشخصيات البرلمانية لا تتوافر لها مقتضيات الحيده والاستقلال لكونهم سياسيين ولا شك إن إنتماءاتهم الحزبية سوف تترك آثار واضحة على عقائدهم وافكارهم ومن ثم تتأثر احكامهم<sup>(٦٠)</sup>.

وإن كان يبدو من المناسب ان نهدى برأينا فنحن نرى ما ذهب اليه الاتجاه الاول من الفقه حيث أن طبيعه الدعاوى التى تنظرها المحكمة الخاصة يجب أن تنظر بعيداً عن القضاء العادى حيث إن هذا الأخير دائماً يحمل ثقة المتقاضين حينما الفصل فى هذه الدعاوى الخاصة بمحاكمة رئيس الجمهورية والوزراء يؤدى الى الريبة والشك فى نزاهة القضاء العادى خاصة اذا كان الحكم فى صالح رئيس الجمهورية والوزراء ولكن تحفظ على بعض الاجراءات التى لا داعى هنا لذكرها لانها تذهب بنا الى خارج إطار البحث.

وبذلك قد من الله علينا وانتهينا من عرض النظرية العامة للمحاكم فى القانون المصرى وحددنا مدى مشروعية المحاكم الاستثنائية، وحددنا علاقة المحاكم المتخصصة والمحاكم الخاصة والاستثنائية بالقاضى الطبيعى.

وتعرضنا فى هذا المقام الى عدم مشروعية المحاكم الاستثنائية لعدم توافر مقومات العدالة والاستقلال والحياد وضمانات الدفاع. ولكن الآن يبقى لنا السؤال الجوهرى الذى يحاول البحث ان يجيب عليه الا وهو ما هى طبيعة محكمة الاحزاب من تلك المحاكم سالفه الذكر؟؟

59 د/ سليم محمد سليم. حق المتهم فى المحاكمة امام قاضيه الطبيعى. المرجع السابق.

ص ٥٧٣.

60 د/ محمد كامل عبيد. التكوين المهنى لرجال القضاء مجلة الامن والقانون. السنة الاولى العدد الثلى. كلية شرطه دى ١٩٩٣. ص ٥٨٥، ٥٨٦.

## الفصل الثاني محكمة الاحزاب فى ميزان التخصص

### تمهيد

إن دور القضاء كسلطة مستقلة محايدة إختصها الدستور بأن تقول كلمتها الاخيرى فى المنازعات كافة , وفى الصدارة منها المنازعات المتعلقة بحريه تكوين الاحزاب السياسية وتمتعها بشخصيتها الاعتبارية المستقلة , تحقيقاً للرقابة القضائية الواجبة لمباشره الديموقراطية ذاتها وكفالة حقوق الافراد وحرياتهم السياسية.

فقد نصت المادة (٥) من الدستور على ان:

(يقوم النظام السياسى فى جمهوريه مصر العربية على اساس تعدد

الاحزاب...).

وكفلت المادة(٦٥) من الدستور بالنص على ان:

(تخضع الدولة للقانون، واستقلال القضاء وحصانته ضمانتان

اساسيان لحماية الحقوق والحريات).

واعقبتها نص المادة (٦٨) من الدستور ونصت على :

(التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل مواطن حق الانتجاع

إلى قاضيه الطبيعي.....).

انطلاقاً من هذه المبادئ الدستورية الهامة والتي تحقق اهم ضمانات

الافراد فى التقاضى , سنقوم فى هذا الجزء من البحث بدراسة فكرة التخصص

فى القضاء الادارى عن طريق القاء الضوء على إحدى نواتر المحكمة الادارية

العليا والمتمثلة فى دائره الاولى الخاصه بشئون الاحزاب السياسية, مع بيان

ماهية وتشكيل هذه الدائره وإختصاصها, والتي اعتبرت بمثابة محكمة فعلية .

وذلك لمعرفة مدى توافر تلك المبادئ الدستورية سالفه الذكر فى هذه المحكمة،

ثم بيان موقع هذه المحكمة من فكره التخصص والرد على التساؤل

المطروح وهو هل محكمة الاحزاب محكمه متخصصه أم انها محكمة

استثنائية؟، وذلك وفقاً للمعايير المحدده سلفاً للمحاكم المتخصصة والمحاكم

الاستثنائية والتي تناولناها فى فصل سابق .

## المبحث الاول تشكيل واختصاص محكمة الاحزاب

### المطلب الاول

#### نظرة حول محكمة الاحزاب فى ضوء التعديلات التشريعية

#### ماهية المحكمة:

عندما صدر قانون الاحزاب السياسية رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧ نصت المادة الثامنة فى شأن تحديد الجهة التى يطعن أمامها فى قرار لجنة شنون الاحزاب حيث كانت تلك الجهة هى محكمة القضاء الإدارى ونصت المادة على:

( يجوز لطالبي التأسيس الطعن على القرار أمام محكمة القضاء الإدارى خلال ٣٠ يوم التالية لاختبارهم وتفصل المحكمة فى الطعن خلال أربعة أشهر على الأكثر من تاريخ ايداع عريضته)<sup>(61)</sup>.

وحاصل هذا النص إبان صدوره أن كان يجعل لمحكمة القضاء الإدارى بمجلس النولة الكلمة النهائية فيما يتعلق بقيام الاحزاب الجديدة او عدم قيامها، مع جواز إستئناف حكم محكمة القضاء الإدارى امام المحكمة الادارية العليا .

وهى ضمانات كانت ضرورية وكانت هذه الضمانات تشكل حد ادنى للحماية عند انشاء الاحزاب من تحكيم لجنة شنون الاحزاب<sup>(٦٢)</sup> والتي تعتبر بمثابة لجنة شبة حكومية .

---

61 نص المادة (٨) من قانون الاحزاب السياسية رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧ .  
62 إستحدثت المشرع لجنة اطلق عليها لجنة شنون الاحزاب السياسية ، وتختص هذه اللجنة بفحص طلبات تأسيس الاحزاب السياسية الجديدة الراغبه فى التأسيس والترخيص لها بمباشرة نشاطها.  
وأيضاً بالنسبة لإستمرار الاحزاب القائمة، وإن كانت الشروط التى تطلبها القانون أصبحت شروط لإستمرار الحزاب بعد ان كانت شروط تأسيس فقط. وبالتالي استوجب المشرع موافقة هذه اللجنة مسبقاً قبل الاعتراف بأى حزب سياسى ومباشرة نشاطه وتمتعته بالشخصية الاعتبارية وهذا ما نصت عليه المادة السابعه من القانون رقم (٤٠ لسنة ١٩٧٧) الخاص بالاحزاب السياسية ونصت على انه:  
( يجب تقديم إخطار كتابى الى رئيس لجنة شنون الاحزاب السياسية المنصوص عليها فى المادة التالية عند تأسيس الحزب ).



هذا القانون عند صدوره وضع الامر كله فى شأن البت فى قرارات لجنة شئون الاحزاب بالاقتراض على تأسيس الاحزاب فى يد القاضى الطبيعى ممثلاً فى محكمة القضاء الادارى والتي تمتلك ولاية إلغاء القرارات الادارية ووقف تنفيذها\_ وإن قرار هذه اللجنة ما هو إلا\_ قرار ادارى<sup>(٦٣)</sup> \_ يخضع للقواعد العامة فى الغاؤه, بما تستتبعه هذه القواعد من جواز الاستئناف امام المحكمة الادارية العليا وبالتالى يحقق اهم ضمانات التقاضى للأفراد ألا وهى ضمانات التقاضى على درجتين<sup>64</sup>.

ثم قام المشرع بتعديل نص المادة الثامنة اكثر من مره اولها بالقانون رقم ٣٦/لسنة ١٩٧٩ ثم بالقانون رقم ٣٠/ لسنة ١٩٨١ قبل ان يقوم بأخر تعديل بالقانون رقم ١٧٧/ لسنة ٢٠٠٥ .

وكان من جراء اول تعديلين ان رفعت حماية القاضى الطبيعى ممثلاً فى محكمة القضاء الادارى بتشكيلها العادى وتم تسييس القضاء عن طريق نزع الاختصاص منها واعطاؤه الى المحكمة الادارية العليا بدانئتها الاولى حيث افرد لها المشرع تشكيل خاص نص عليه فى تلك التعديلات , حيث جاءت هذه التعديلات بأن ينضم الى القضاء عدد مساوى من اعضاء مجلس الشعب هذا وفقاً للتعديل بقانون رقم ٣٦/سنه ١٩٧٩ , على أن تم تعديله ايضا

---

كما ان تشكيل هذه اللجنة وفقاً لآخر تعديلات هذا القانون بموجب القرار بقانون رقم ١٧٧ لسنة ٢٠٠٥ حيث نص على تشكيل لجنة شئون الاحزاب السياسية وجاء على النحو التالى : (تتكون اللجنة من رئيس مجلس الشورى رئيساً ووزير الداخلية عضواً ووزير الدولة لشئون مجلس الشعب عضواً بالإضافة الى ثلاث من غير المنتمين لأى حزب سياسى من بين رؤساء الهيئات القضائية السابقين او نوابهم او وكلائهم وايضاً ثلاث من الشخصيات العاملة من غير المنتمين لأى حزب سياسى يصدر بإختيارهم قرار من رئيس الجمهورية ). انظر د/ رجب حسن عبد الكريم \_ الحماية القضائية لحرية تأسيس واداء الاحزاب السياسية \_ دار النهضة العربية\_ القاهرة ط١ ٢٠٠٧ \_ص١٩٧حتى ٢٠٨.

وما يلاحظ على تشكيل تلك اللجنة هو طابعها الحكومى وبالتالى هيمنة الحزب الحاكم عليها من خلال تشكيلها , فتكون بالتالى هذه اللجنة خصماً وحكماً فى آن واحد.

63 ثم ان اللجنة سألته الذكر من حيث تكوينها وإختصاصها وسلطاتها فى البحث والتقصى هى لجنة إدارية والقرارات الادارية الصادرة عنها هى قرارات إدارية شكلاً وموضوعاً \_ حكم المحكمة الادارية العليا دائره الاحزاب السياسية فى الطعن رقم ٧٧٧ لسنة ٣٠ قضائية بجلسته ١٤/٤/١٩٩٠ المقامة من طلبى تأسيس الحزب الناصرى \_ مجموعة المبادئ القانونية التى اقرتها المحكمة الادارية العليا \_ دائره الاولى بتشكيلها الخاص فى شأن الاحزاب السياسية من اول يونية ١٩٨٣ الى اخر يونية ٢٠٠١ \_ص٢٢٧.

64 د/حسب البدرائى \_ الاحزاب السياسية والحريات العامة \_ دار المطبوعات الجامعية \_ الاسكندرية \_ ٢٠٠٩ \_ص٢٣٤

بالقانون رقم ٣٠ / لسنة ١٩٨١ والذى استقبل اعضاء مجلس الشعب  
بالشخصيات العامة.

قبل أن يقوم بأخر تعديل بالقانون رقم ١٧٧ / لسنة ٢٠٠٥ وجاءت نص  
المادة الثامنة منه على النحو التالى :

( يجوز لطالبي تأسيس الحزب خلال الثلاثين يوما التالية لنشر قرار  
الاعتراض فى الجريدة الرسمية ان يطعنوا على هذا القرار بالالغاء امام  
الدائرة الاولى للمحكمة الادارية العليا والتي يرأسها رئيس مجلس الدولة  
على ان ينضم لتشكيلها عدد مماثل من الشخصيات العامة يصدر باختيارهم  
قرار من وزير العدل بعد موافقه المجلس الاعلى للهيئات القضائية من  
الكشوف الخاصة بالشخصيات العامة الذين يتمتعون بالكفاءة وحسن السمعه  
ولا تقل اعمارهم عن اربعين عاما من غير اعضاء السلطة التشريعية )<sup>١٥</sup>.

كان بالاحرى على المشرع حين قام بتعديل هذا القانون ان يتجاوز عن  
الشخصيات العامة التى يتم ادخالها فى هيئة المحكمة الامر الذى فيه افتتات  
على القضاة واتهامهم الصريح بعجزهم وعدم درايتهم فى وزن قرار إدارى  
يصدر فيهم شروط بدهاءة وفى الاصل يجب ان تم اختيارهم ان تكون موجودة  
بهم وهى كما جاء بالنص:

(أن يتمتعون بالكفاءة وحسن السمعه ), وهذا الامر سنتعرض له بتفصيلا فى  
الصفحات التالية.

### المطلب الثانى

#### تشكيل واختصاص محكمة الاحزاب

#### اولاً: تشكيل المحكمة:

كما سبق وأن اوضحنا فإن المشرع فى قانون الاحزاب السياسية رقم  
٤٠ / لسنة ١٩٧٧ فى صيغته الاولى قد اناط بمحكمة القضاء الادارى  
بالاختصاص بالطعن فى قرار لجنة شئون الاحزاب بالاعتراض على تأسيس  
الحزب، بإعتبارها القاضى الطبيعى المختص بذلك .

إلا انه حال تعديل قانون الاحزاب السياسية بالقانون رقم ٣٦/ لسنة ١٩٧٩ فقد خرج المشرع على هذا الاختصاص وإختص المحكمة الادارية العليا الدائره الاولى بهذا الطعن و اضاف الى تشكيلها عددا مماثلا من اعضاء مجلس الشعب, ثم حل بدلا منهم عددا مماثلا من الشخصيات العامة وفقا للتعديل بالقانون رقم ٣٠/ لسنة ١٩٨١.

وبالتالى فإن محكمة الاحزاب تتشكل من :

رئيس مجلس الدولة رئيسا وارربعة من نوابه فضلا عن خمس اخرين من الشخصيات العامه والذى يرشحهم وزير العدل ويقوم بالموافقة عليهم مجلس القضاء الاعلى .

### ثانياً: اختصاص المحكمة :

عندما صدر القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧ كانت الماده الثامنة تجعل الاختصاص لمحكمة القضاء الادارى بالفصل فى الطعن على قرار لجنة شئون الاحزاب السياسية بالاعتراض على تأسيس الحزب، وكان هذا الحكم يطعن فيه امام المحكمة الادارية العليا كما كان يجوز لمحكمة القضاء الادارى ان تحكم بوقف تنفيذ القرار اذا طلب الطاعن ذلك وتوافرت شروطه.

وعلى ذلك فقد كان أختصاص المحكمة يقتصر على وقف تنفيذ والغاء قرار اللجنة الى جانب القضاء بالتعويض عنه إذا توافرت شروط ذلك وفقاً للقواعد العامة، فضلا عن الفصل فى طلب حل الحزب وتصفيته.

أما بعد تعديل قانون الاحزاب السياسية عام ١٩٧٩ وانتزع هذا الاختصاص من محكمة القضاء الادارى وهى القاضى الطبيعى، وإسناده الى المحكمة الادارية العليا الدائره الاولى بتشكيلها الخاص السابق ذكره فقد امتدت يد التعديل لتوسيع اختصاصات المحكمة حيث جاءت على النحو التالى:

١- تختص محكمة الاحزاب بالفصل فى الطعن على قرار لجنة شئون الاحزاب السياسية بالاعتراض على قرار تأسيس الحزب ٦٦.

---

66 نصت على هذا الاختصاص الماده (٨) من قانون الاحزاب السياسية رقم ١٧٧/ لسنة ٢٠٠٥.

٢- الاختصاص بالحكم بحل الحزب وتصفية أمواله وتحديد الجهات التي تؤل إليها هذه الاموال بناء على طلب لجنة شنتون الاحزاب

٦٧

### المبحث الثاني

### محكمة الاحزاب مابين القضاء المتخصص والاستثنائي

ان التساؤل الذي نطرحه في هذا المطلب هو ما هو موقف محكمة الاحزاب من القضاء المتخصص والقضاء الاستثنائي فهل هي محكمة متخصصة ام انها تعتبر بمثابة محكمة استثنائية ؟ وهل محكمة الاحزاب قاضي طبيعي ام لا ؟  
لقد اختلفنا في هذا الصدد عندما قمنا بدراستها فمنا من يراها قاضي طبيعي ومنا من يراها محكمة استثنائية وكل له اسناده وحججه وهذا ما سنعرضه في هذا المطلب للوقوف في النهاية على الطبيعه الحقيقية لهذه المحكمة .

### المطلب الاول

### الاتجاه الأول (محكمة الاحزاب محكمة استثنائية) (\*)

لا جدال في ان القضاء هو الملاذ الاول والأخير الذي يهرع اليه الافراد لحماية حقوقهم وحررياتهم سواء في مواجهة بعضهم البعض او في مواجهة سلطات الدولة .  
وقد اثبتت التجارب ان الرقابة القضائية هي وحدها الرقابة الفعالة والقوية التي تكفل حقوق الافراد وحررياتهم.  
وكفلت هذا المادة(٦٥) من الدستور بالنص على ان:  
(تخضع الدولة للقانون، واستقلال القضاء وحصانته ضمانتان أساسيان لحماية الحقوق والحرريات)<sup>٦٧</sup>.

67 نصت على هذا الاختصاص المادة (١٧) من قانون الحزاب السياسية رقم ٣٦ لسنة ١٩٧٩.

\* هذا الرأي خاص بالطالب/ حسن السيد حسن نور الدين.

واعقبها نص المادة (٦٨) من الدستور ونصت على :  
( التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل مواطن حق اللجوء إلى  
قاضيه الطبيعي.....)٦٩.

وبناء على ذلك يجب ان يحصل كل فرد على محاكمة عادلة ومنصفة  
عن طريق اللجوء الى قاضية الطبيعي , وهذا ما لا يتحقق فى محكمة الاحزاب  
والتي تعتبر قضاء استثنائي وفقا للشروط السابق عرضها للقضاء المتخصص  
والقضاء الاستثنائي .

وهذه الشروط تتضح فى تشكيلها وفى اختصاصها والتي سنتناولها  
على النحو التالى:

#### اولاً: النقد الموجه لمحكمة الاحزاب من حيث التشكيل:

١- إن عليه التثبت من توافر او عدم توافر الشروط التي يشترطها  
قانون الاحزاب لتشكيل حزب جديد او لحل اى حزب اولوقف نشاطه او لوقف  
صفحه او بعض قراراته وتصرفاته هي فى وضعها الطبيعي عملية قانونية  
بحته, تقوم بعد تمحيص الوقائع على تقسي نصوص قانون الاحزاب تفسيراً  
مجرداً ونزيهاً , وإنزال احكامه على تلك الوقائع , وهو ما لا يستطيع ان يقوم به  
على الوجه الامثل والموجب للاطمئنان الا امام جهة قضائية مستقلة قوامها  
قضاء ومستشارون غير قابلين للعزل ويمتأى عن الحزبات والقيادات  
السياسية , فأعضاء مجلس الشعب والذي تم استبدالهم بالشخصيات العامة وان  
أحسن اختيارهم فلن تتوافر فيهم الضمانات المتوفرة للقضاء من الاستقلال  
المعزز بعدم القابلية للعزل او من ناحية التخصص والخبرة والمران والبعد  
عن التيارات والنزوات الحزبية والسياسية<sup>٧٠</sup>.

"إن العدل قيمة لا بد أن تتوافر في المحاكم ، ومحكمة الاحزاب لا تتوافر فيها  
هذه القيمة ، وغير مقبولة لأن المتهم لا يشعر فيها بالأنس أمام قاضيه الطبيعي  
أي غير مطمئن إلى المحكمة ، فالمتهم لا يشعر بالعدالة أمام هذه المحاكم ،  
فالوقت يكون غير متاح للدفاع."

- 
- |    |   |
|----|---|
| 68 | المادة (٦٥) من الدستور المصرى الباب الرابع_ سيادة القانون _ دستور ١٩٧١                                |
| 69 | المادة (٦٨) من الدستور المصرى الباب الرابع_ سيادة القانون _ دستور ١٩٧١.                               |
| 70 | د/ حسن البدرأوى ، الاحزاب السياسية و الحريات العامة، دار المطبوعات<br>الجمعية، الاسكندرية ٢٠٠٩، ص٢٣٤. |

"وهو أيضا لا بأس لهذه المحكمة التي يدخل في تشكيلها شخصيات عامة وتكون بالتالى أرائها ميسيه , وان كان الاصل ان يحصل كل فرد على محاكمة عادله ومنصفه عن طريق اللجوء الى قاضية الطبيعى فمحكمة الاحزاب لاتعد قاضيا طبيعيا وما يخرج عن القضاء الطبيعى يعد قضاء استثنائى".

٢- إن التشكيل المختلط لمحكمة الاحزاب يعد تسيسا للقضاء وهو امر غير مقبول, فهذا التشكيل المختلط من شأنه التشكيك فى حيده ونزاهة المحكمة ويجعل للاعتبارات السياسية وزنا مؤثرا فى احكامها. وقد يرد البعض قائلا أنه من الضرورى ان يوجد فى تشكيل المحكمة عناصر لها ثقل ووزن فى الحياه السياسية على اقتراض ان القضاء يحظر عليهم الانتماء لاي حزب سياسى او اعتناق اى افكار سياسيه فيصبحوا فى حاجه الى من يعينهم فى احكامهم فى هذا الشأن من اصحاب الخبرة السياسية فى تشكيل المحكمة التى تختص بشئون الاحزاب السياسية .

ويمكننا ان نرد على هذا القول :

حقا إن للقضاء حقوقهم وميلوهم السياسية كمواطنين بالدوله إلا ان ممارستها يلزم ان تبقى فى الحدود التى لا تخل بحيده , ولما كان من الواجب لكى يتسنى للقاضى القيام بدوره الخطير فى الرقابة القضائية الفعاله, فلا مناص من كفاله استقلاله وحيده , ومن مقتضى حيده القاضى حظر انتمائه لاي حزب او تنظيم سياسى, ولذا يحظر على القضاء ممارسة السياسية كمحترفين او مرتبطين بولاء حزبي او شخصى<sup>٧١</sup> .

وإذا كان محظورا على القاضى ان يكون له دور سياسى بحت الا ان ذلك لا ينفى ان يكون لعمل القاضى آثار سياسية , ويظهر هذا الاثر السياسى لعمل القاضى بصفة خاصة فى رقابة القضاء الادارى لمشروعية أعمال الاداره , ويكفى ان نشير الى النصوص الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات العامة التى يحظر تقيدها او الانتقاص منها من جانب المشرع فهذا الحظر يتوقف

71 أ/د محمود عاطف البنا \_ الوسيط فى النظم السياسية \_ دار نهضة الشرق  
القاهره \_ ط ٢٠٠٠ \_ ص ٤٥٦ .

معناه على تعريف القضاء لهذه الحريات وهو دور سياسي غير مباشر للقاضي .

وبالتالي لا يكون هناك محل لإشراك غير القضاتين او الشخصيات العامة في محكمة الاحزاب، فضلا عن إن عملية التثبيت من توافر او عدم توافر الشروط التي يشترطها قانون الاحزاب لتشكيل حزب جديد او لحل اى حزب اولوقف نشاطه او لوقف صحفه او بعض قراراته وتصرفاته هي في وضعها الطبيعي عملية قانونيه بحثه تقوم بعد تمحيص الوقائع على تقسي نصوص قانون الاحزاب تفسيراً مجرداً ونزياً وإنزال احكامه على تلك الوقائع، وبالتالي لامجال لادخل غير القضاء في تشكيل المحكمة .

ثم إن اضافته شخصيات عامة الى تشكيل المحكمة يهدر صريح نص الدستور في المادة(٦٥) منه تنص على:

(تخضع الدولة للقانون، واستقلال القضاء وحصانته ضمانان أساسيان لحماية الحقوق والحريات).

\_ وايضا مخالفه للماده (١٧٢)<sup>٧٢</sup> من الدستور، ومن ناحيه اخرى فإن التشكيل المختلط قد خالف الدستور حين اسند وظيفه قضائيه لاعضاء البرلمان او الشخصيات العامه ولا يخفى ما في ذلك من الاخلال بمبدأ الفصل بين السلطات، وحتما ان الشخصيات العامه لن يكونوا من القضاء او رجال القانون المؤهلين لنظر المنازعات الادارية، فضلا عن إن إدخالهم في تشكيل المحكمة يشكك في حيديتها ونزاهتها ويجعل للاعتبارات السياسيه وزناً في احكامها<sup>٧٣</sup>.

٣. حرمان الطاعن من احدى درجتى التقاضى، ذلك إنه في ظل إختصاص محكمة القضاء الادارى بنظر الطعن كان يمكن للمدعى اذا لم يقبل حكم المحكمة، أن يطعن امام هذا الحكم امام المحكمة الادارية العليا بإعتبارها محكمة ثانى درجه، هذا القانون عند صدوره وضع الامر كله في شأن البيت في قرارات لجنة شئون الاحزاب بالإعتراض على تأسيس الاحزاب في يد القاضى

72 تنص المادة (١٧٢) من الدستور على ان: (مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة، ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي الدعاوى التأديبية، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى)

73 د/ ماجد راغب الطلو \_ القانون الدستوري \_ دار المطبوعات الجامعيه \_ الاسكندريه ط١٩٩٣ ص١٥١

الطبيعى ممثلا فى محكمة القضاء الادارى والتي تمتلك ولاية إلغاء القرارات الادارية ووقف تنفيذها وإن قرار هذه اللجنة ما هو الا قرار ادارى , يخضع للقواعد العامة فى الغاوة, بما تستتبعه هذه القواعد من جواز الاستئناف امام المحكمة الادارية العليا وبالتالي يحقق أهم ضمانات التقاضى للأفراد ألا وهى ضمانات التقاضى على درجتين, اما فى ظل الوضع القائم فإن المشرع بإسناده الاختصاص بالطعن الى المحكمة الادارية العليا فقد اوصد باب الطعن امام المحكوم عليه لان المحكمة الادارية العليا تعتبر محكمة اول واخر درجه بالنسبة للطعن ولا سبيل امام المدعى أن يطعن امام اى محكمة اخرى وبالتالي فقد حرم المشرع المدعى من احدى درجتى التقاضى, وهو الامر الذى يعد اهدارا للضمانات المقرره للأفراد فى نص الماده (٦٨) من الدستور والتي نصت على:

(التقاضى حق مصون ومكفول للناس كافة, ولكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعى.....),

وإضعاف لضمان استقلال القضاء فى نفس الوقت , ولا يغير من ذلك ما قيل من مغالطات تتعارض مع المنطق الديموقراطى الصحيح , فيجب الا تكون الرغبة فى اقتصار الوقت والاجراءات على حساب تحقيق العدالة وطمأنة المتقاضين<sup>٧٤</sup>.

الإ ان المشرع قد أبى أن يوفر هذه الحماية القضائية أمام القاضى الطبيعى<sup>٧٥</sup>.  
وبتطبيق الشروط التى يمكن ان تتوافر فى محكمة ما لتكون محكمة استئنائية نجد ان شرط الانحراف فى الاجراءات متوفر فى محكمة الاحزاب حيث انه فى ظل الوضع القائم فإن المشرع بإسناده الاختصاص بالطعن الى المحكمة الادارية العليا فقد اوصد باب الطعن امام المحكوم عليه لأن المحكمة الادارية العليا تعتبر محكمة أول وآخر درجه بالنسبة للطعن, ولا سبيل امام المدعى أن يطعن امام اى محكمة أخرى وبالتالي فقد حرم المشرع المدعى من احدى

74 د/ رجب حسن عبد الكريم \_ الحماية القضائية لحرية تأسيس واداء الاحزاب السياسية \_ المرجع السابق ص ٢٣٢, مشار اليه فى مؤلف د/ نبيله عبد الحلیم كامل \_ حرية تكوين الاحزاب السياسية فى مصر \_ ص ١٧٧, وايضا د/ قحى فكرى \_ القانون الدستورى \_ الكتاب الثانى \_ ص ١٠٥, وايضا د وحيد رافت مصر وحقوق الانسان \_ مجله المحاماه \_ السنه ٦٢ ص ٤٣

75 د/ مصطفى ابوزيد فهمى \_ الدستور المصرى فقها وقضاء \_ مطبع السعدنى \_ الاسكندرية - طبعه ١٩٩٦ \_ ص ٢١٨



درجتى التقاضى، وهو ما يجعل هذه المحكمة فضلا عن توافر الشرط السابق وهو الانضمام الى التشكيل عنصر غير قضائى ( محكمة استثنائية).

#### ٤ محكمة الاحزاب ترفض الطعن بعدم دستورية النص على تشكيلها

المُستيس:

إن المحكمة قد حالت بين الطاعن<sup>٧٦</sup> وبين أن يرفع دعواه بعدم دستورية المادة (٨) من قانون الاحزاب أمام الدستوريه العليا، وانه ان كان تقدير جدية الدفع امر يدخل فى السلطه التقديرية لمحكمة الموضوع إلا أن هذه السلطه ليست مطلقه، خاصه اذا تعلق الأمر بحرية اساسية من الحريات العامة السياسية، وكانت المسأله تتعلق بالطعن على النص الذى شكّلت استناداً له المحكمة ذاتها التى تنتظر الطعن، فكان الاوفق للمحكمة أن تتيح للطاعن سبيل الطعن امام المحكمة الدستوريه العليا بالتصريح له بإقامه دعواه الدستوريه او ان تحيلها بنفسها، ولكنها بإستمرارها فى نظر الطعن و التصدى للدفع بعدم دستورية نشأتها ورفضه، بالتالى تكون قد اخلت بحق الدفاع وجعلت من نفسها الخصم والحكم فى نفس الوقت وهو أمر يتعارض مع القواعد العامة ومبادئ العدالة، وهذا ما يجعلها من قبيل القضاء الاستثنائى الذى تتوافر فيه نفس الخصائص السابقه من مخالفة القواعد العامة ومبادئ العدالة، فضلا على لما تتضمنه من انتهاكات جسيمة لضمانات الحق فى المحاكمة العادلة والمنصفه، وكفالة حق المواطن فى المحاكمة أمام قاضيه الطبيعى، وضرورة تمتعه بكامل حقوقه القانونية فى التدرج أمام المحاكم، والطعن على الأحكام بمقتضى القانون.

5 واخيراً إن التشكيل المختلط لمحكمة الاحزاب فيه إتهام صريح لمستشارى المحكمة بالمعز وعدم الدرايه فى وزن صحة قرار إدارى يصدر بالإعتراض على قيام حزب، ذلك ان مستشارى المحكمة الادارية العليا يستطيعون وحدهم ودون معاونة من أعضاء مجلس الشعب أو الشخصيات

76 وذلك فى حكم المحكمة الاداريه الاداريه العليا دائره الاحزاب الساسيه فى الطعن رقم ١٤٢٤ لسنة ٤٢ قضائيه \_ بجلسه ١٩٩٩/٢/٦ \_ المقام من طلبى تأسيس حزب الوحده الوطنيه والسلام الاجتماعى \_ مجموعه المبادئ القانونيه التى قررتها المحكمة الاداريه العليا \_ دائره الاولى بتشكيلها الخاص فى شأن الاحزاب السياسيه \_ من اول يونيو ١٩٨٣ الى اخر يونيو ٢٠٠١ ص ١٠٢٧ وما بعدها .

العامه على إرساء مبادئ القانون الإدارى كله , وأن يؤصلوا قواعد الرقابة القضائية على سائر القرارات الإدارية فى الدولة<sup>٧٧</sup>.

قد يرد البعض قائلًا ان محكمة الأحداث محكمة متخصصة ويدخل الى جانب تشكيلها القضائى أشخاص آخريين وهم الأخصائيين الاجتماعيين ولم يتهم أحد قضاة هذه المحكمة بقله الخبرة أو بعدم الدرايه فى وزن صحة احكامهم. يمكننى الرد على مثل هذا التساؤل فى اكثر من جهه , فأولا نلاحظ أن المشرع راعى وجوب توافر محكمة متخصصة للأحداث إختصاصاً وتشكيلاً كما حرص المشرع على أن يعاون قضاة المحكمة الثلاثة خبيران يقدمان إليهم تقريراً بنتيجة بحثهما لظروف الحدث وأوجب القانون حضورهما المحكمة, كما راعى المشرع وجوب أن يكون الخبيران أو أحدهما من النساء وهى بطبيعتها أقدر على تفهم مشكلات الأحداث وحلها فضلاً عما يحدثه وجودها من بث الطمأنينة والثقة فى نفوس الأحداث<sup>٧٨</sup>.

هذا عن المشرع أما الواقع العملى فيؤكد أن وجود الخبيران المتخصصان لا يدعو أن يكون أمراً شكلياً لإستكمال التشكيل القانونى للمحكمة , وليس لهم دور أو تدخل فى الجلسات وإنما يقتصر دورهم على مجرد الحضور وكتابة تقارير روتينية يجب عليهم تقديمها للمحكمة, كما أنهم القضاة فى الغالب لا يعتقدوا بتقارير الخبراء الاجتماعيين التى أصبحت هى أيضاً عبارة عن نماذج تحوى عبارات مكررة فقط .

77 د / مصطفى ابوزيد فهمى \_ الدستور المصرى فقها وقضاء \_ المرجع السابق \_ ص ٣٣١.

78 الماده (١٢١) من قانون الطفل المصرى رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ والى تنص على : "تشكل محكمة للطفل من ثلاثة قضاة , ويعاون المحكمة خبيران من الأخصائيين أحدهما على الأقل من النساء , ويكون حضورهما إجراءات المحاكمة وجوبياً. وعلى الخبراء أن يقدموا تقريرهما للمحكمة بعد بحث ظروف الطفل من جميع الوجوه وذلك قبل أن تصدر المحكمة حكماً.

ويعين الخبيران المشار إليهما بقرار من وزير العدل بالاتفاق مع الوزير المختص بالشئون الاجتماعية وتحدد الشروط الواجب توافرها فيمن يعين خبيراً بقرار من الوزير المختص بالشئون الاجتماعية ويكون استئناف الأحكام الصادرة من محكمة الطفل أمام محكمة استئنافية تشكل بكل محكمة ابتدائية من ثلاث قضاة , اثنان منهما على الأقل بدرجة رئيس محكمة ويراعى حكم الفقرتين السابقتين فى تشكيل هذه المحكمة".

وبناءً على ذلك لا يمكن ان نقارن بين الشخصيات العامة التي تدخل في تشكيل محكمة الاحزاب والأخصائين الاجتماعيين في محكمة الاحداث لان الشخصيات العامة في محكمة الاحزاب مثلهم مثل القضاة في إصدار الأحكام آرائهم ملزمة الفارق الوحيد هو عندما تتعادل الاصوات بين أعضاء المحكمة يرجح الجانب الذي منه الرئيس ، اما الاخصائيين في محكمة الاحداث آرائهم غير ملزمة للقضاة هذا من جهة.

ومن جهة اخرى ان - أحكام محكمة الاحداث يتم إستئنافها<sup>٧٩</sup> - ويكون إستئناف الأحكام الصادرة من محكمة الأحداث أمام محكمة استئنافية تشكل بكل محكمة إبتدائية من ثلاثة قضاة ، اثنان منهما علي الأقل بدرجة رئيس محكمة. هذا الامر لا نجده في أحكام محكمة الاحزاب التي لايجوز استئنافها فهي محكمة أول وآخر درجة إذا حدث اي خطأ لا يمكن تداركه أمام الدرجة التالية.

وفي عباره موجزه يمكننا القول بأن محكمة الاحزاب توافرت فيها شروط المحكمة الاستئنافية اولا من حيث تشكيلها الغير قضائي وثانياً وإن كانت محكمة دائمة إلا انها تحقق أهواء السلطة التنفيذية وثالثاً انه لا يجوز الطعن عليها الامر الذي يمثل الإنحراف في الإجراءات.

**ثانياً: النقد الموجه لمحكمة الاحزاب من حيث الاختصاص:**

عندما صدر قانون الاحزاب السياسية رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧ كانت المادة (٨) منه تجعل لمحكمة القضاء الادارى بمجلس الدولة الإختصاص بالفصل في الطعن على قرار لجنة شئون الاحزاب، وكما اسلفنا فإن هذا الحكم يمكن الطعن فيه امام المحكمة الادارية العليا ، كما انه كان يجوز لمحكمة القضاء الادارى ان تحكم بوقف التنفيذ إذا طلب الطاعن ذلك وتوافرت شروطه ، وعلى ذلك فقد كان إختصاص المحكمة يقتصر على وقف تنفيذ وإلغاء قرار اللجنة ، الى جانب القضاء بالتعويض عنه اذا توافرت شروط ذلك طبقاً للقواعد العامة فضلاً عن الفصل في طلب حل الحزب .

اما بعد تعديل قانون الاحزاب السياسية عام ١٩٧٩ وانتزع هذا الإختصاص من محكمة القضاء الادارى وهي \_ القاضى الطبيعى \_ واسنادة للمحكمة الادارية العليا بتشكيلها المتميز السابق ذكره وبناءً عليه امتدت يد

79 المادة (١٢١) من قانون الطفل المصرى رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦.

التعديل الى التوسع فى اختصاصات المحكمة ، وما يهمنى فى هذا الصدد ان نشير اليه هو:

لما كان المشروع قد حدد الحالات التى ينعقد فيها الاختصاص لمحكمة الاحزاب وهى كما سبق أن ذكرنا :

١\_ تختص محكمة الاحزاب بالفصل فى الطعن على قرار لجنة شئون الاحزاب السياسية بالاعتراض على قرار تأسيس الحزب.

٢\_ وكذلك الطلبات المقدمة من رئيس لجنة شئون الاحزاب السياسية بصفه مستعجلة بحل الحزب وتصفية امواله وتحديد الجهة التى ستؤول اليها هذه الاموال

وقد قضت المحكمة الادارية العليا بتشكيلها الخاص بالاحزاب السياسية فى حكم لها فى ذلك ما يلى فى:

"المادتين(٨،١٧) من قانون الاحزاب السياسية من القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧ بشأن الاحزاب السياسية \_ المشروع قد حدد الحالات التى ينعقد الأختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بها للمحكمة الادارية العليا بتشكيلها المتميز المنصوص عليه فى المادة (٨) وهى الطعن بالإلغاء فى القرارات الصادره من لجنة شئون الاحزاب بالاعتراض على تأسيس الحزب. وكذلك الطلبات المقدمه من رئيس لجنة شئون الاحزاب السياسية، بصفه مستعجله بحل الحزب وتصفية امواله وتحديد الجهة التى ستؤول اليها هذه الاموال - ما يدخل فى اختصاصات المحكمة الادارية العليا (اختصاص محكمة الاحزاب) فى هذا

الشأن ورد على سبيل الحصر ولا مجال للقياس عليه او التوسع فى تفسيره

وما يصدر عن لجنة شئون والاحزاب من منازعات تنشأ عن تطبيق قانون الاحزاب السياسية وتتعلق بحقيقة دور اللجنة إزاءها إنما ينعقد الاختصاص بنظره لمحكمة القضاء الادارى بحسبان ان مجلس الدولة هو صاحب الولاية العامة فى المنازعات الادارية "٨٠"

وعلى العكس من ذلك تماما قضت المحكمة بأن:

---

80 حكم المحكمة الادارية العليا - دائره الاحزاب السياسيه - فى الطعن رقم ٢٢٣ لسنة ٤٠ ق - بجلسته ١٩٩٦/١١/٩ المقام من حزب مصر الفتاه - مجموعه المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة مرجع سابق صد ٧٥٣ وما بعدها .

"الدائرة الاولى بالمحكمة الادارية العليا بتشكيلها المتميز المنصوص عليه بالمادة(٨) هي جهة قضائية متخصصة انشأت كمحكمة اصليه ومتخصصة للفصل في المنازعات التي حددها قانون الاحزاب السياسية - وتختص هذه المحكمة بنظر الطعن في قرار لجنة شئون الاحزاب السياسية بعدم الاعتداد برئيس الحزب - ولا يتصور أن تتولى هذه المحكمة بحكم تشكيلها المتميز الفصل في الطعن بالإلغاء في قرار لجنة الاحزاب السياسية بشأن الاعتراض على نشوء الحزب السياسي لعدم تميزه عن غيره ولا يكون لها اختصاص بشأن استحالة قيام الحزب السياسي ذاته بنشاطه لعدم وجود ممثل شرعي له او لعدم اعتداد اللجنة المذكوره بالممثل الذي يكون قد تم إختياره من اعضاء الحزب كرئيس له - الاعتراض على قيام الحزب لا يختلف في طبيعته ولا في اثره عن عدم الاعتداد بوجود ممثل الحزب - محكمة الاحزاب السياسية هي صاحبة الولاية الاصليه والوحيدة في شئون وجود وزوال الاحزاب ويشمل ذلك التصرفات والقرارات الادارية التي تصدر من لجنة شئون الاحزاب السياسية - وإن وجود اى نزاع حول وجود رئيس الحزب قانوناً يمثل بالحتم والضروره نزاعاً بحسب المأل او في الحال بحسب الاثار المترتبة على ذلك في وجود الحزب ذاته وكيته وهو ما يعد نزاعاً في قيام الحزب او نزاعاً حول حله او زواله او إلغاءه - نتيجة لذلك الاختصاص بالنزاع حول رئاسه حزب قائم معقود للدائرة الاولى بالمحكمة الادارية العليا بتشكيلها المتميز دون غيرها من المحاكم"<sup>٨١</sup>

إن هذا الاتجاه من جانب محكمة الاحزاب في حكمها السالف يمد اختصاص المحكمة الاداريه العليا في هذه الدائرة الى النزاع حول رئاسه الحزب.

وهذا الامر يتنافى مع ما حدده القانون صراحة من اختصاص هذه المحكمة المحدد على سبيل الحصر وبالتالي لا مجال للقياس عليه او التوسع في تفسيره.

وبناء على ذلك يمكننا القول بأن :

81 حكم المحكمة الاداريه العليا - دائره الاحزاب السياسييه - في الطعن رقمى ٢٤٠٨، ٣١٦٦ لسنة ٣٨ ق بجلسه ١٩٩٣/٦/١٣ - المقام بشأن حزب الشعب الديموقراطى - مجموعه المبادئ القانونيه التي قررتها المحكمة - المرجع سابق ، ص ٦١٣ وما بعدها

لما كان من خصائص المحاكم الاستثنائية انها تصدر بقرار او بقانون ولكنها تخرج عن المألوف وعن القضاء الطبيعي ولما كانت محكمة الاحزاب نص القانون صراحة على اختصاصها وحده على سبيل الحصر مع عدم جواز القياس او التوسع في تفسيره لهذا الاختصاص لما كان الامر كذلك . ولما قامت ذات المحكمة في الحكم الأخير المذكور بمد اختصاصها فان هذه المحكمة تضرب بالقانون عرض الحائط فلا تلتزم بنصوصه وانما تخرج عليه وتمد اختصاصها بنفسها وهي بذلك تخرج عن الاطار الشرعي للقاضي الطبيعي مما يجعلها من وجهه نظرنا بمثابة محكمة استثنائية.

الاحزاب السياسية في امور الحزب من قرارات ايجابية وسلبية وما يثور بين اللجنة المذكوره.

- ومن ثم ينبغي على الدولة ان تعمل على توفير المناخ الصالح للاحزاب السياسية لكي تنشأ وتؤدي رسالتها. ولكن هل معنى ذلك ان الحزب السياسي يكون بلا ضوابط تحكمه سواء في تكوينه او في حركته في محيط المجتمع السياسي ام انه يخضع لقواعد معينه تتحدد من سلوكه؟

اجاب على هذا التساؤل دستور الجمهورية الخامسة الفرنسي الصادر في اكتوبر ١٩٥٨ في مادته الرابعة.

وبناء على هذا النص تكون للاحزاب حرية التكوين ومباشرة نشاطها بشرط ان تعمل هذه الاحزاب على احترام الامة ومبادئ الديمقراطية. والدستور الفرنسي في نصه هذا يكون قد ارسى مبدأ مشروعية الاحزاب السياسية بأن حقق لها حرية التكوين ومباشرة نشاطها وفي نفس الوقت قيدها بضرورة احترام السيادة القومية والحفاظ على المبادئ الديمقراطية وعدم مخالفتها.

وفي رأينا ان مشروعية الحزب تتطلب تحديد العلاقة بينه وبين المجتمع بحيث تتحقق مصالح كل منهما.

فيتترك للحزب حرية التكوين ومباشرة نشاطه وكما يخول المجتمع حفاظا على مصلحة حق وضع القواعد القانونية التي تلتزم الحزب بعد الاضرار بهذه المصالح<sup>٨٧</sup>.

82 د/ السيد خليل هيكل. الاحزاب السياسية فكره ومضمون: مكتبة الطلبة بامسيوط. ص٥٤،٥٣.

وتطبيقاً لمبدأ المشروعية بحسب تصورنا هذا فإن نشأة الحزب لا يتوقف على ارادة الدولة مادام لا ينبغي نشاطة الانتقاص من السيادة القومية او التعدي على مبادئ الديمقراطية. وهذا على عكس ما جرى عليه العمل في مصر من تسلط الحكومه وتدخلها في انشاء الاحزاب السياسيه عن طريق تدخل الشخصيات العامه في تشكيل محكمه الاحزاب المختصه بقانون الاحزاب السياسيه, الامر الذي يجعلها بمثابة محكمه استثنائية.

وخلاصة القول أن محكمة الاحزاب توافرت فيها شروط المحكمة الاستثنائية اولاً من حيث تشكيلها الغير قضائي وثانياً وإن كانت محكمه دائمه الا انها تحقق اهواء السلطه التنفيذية وثالثاً انه لا يجوز الطعن عليها الامر الذي يمثل الانحراف في الاجراءات. فضلاً عن عدم التزامها بصريح نص القانون وتقوم بمخالفته ولا يوجد عليها انى رقابة لانها ترفض حتى الطعن امام المحكمه الدستوره العليا بالطعن في احكامها.

### المطلب الثاني

### الاتجاه الثاني (محكمة الاحزاب محكمة متخصصة)<sup>(٩)</sup>

#### تمهيد

لقد عرضنا انفاً لنظرية المحاكم في القضاء المصرى ثم سلفنا بعد ذلك الى بيان تشكيل وإختصاص محكمة الاحزاب وسنحاول من خلال العرض السابق ان نثبت ان محكمة الاحزاب هي محكمة متخصصة.

اولاً: مطابقة شروط المحاكم المتخصصة على محكمة الاحزاب:  
لقد عرضنا لشروط المحاكم المتخصصة فيبقى لنا هنا ان نقوم بتطبيق تلك الشروط على محكمة الاحزاب.

#### ١- من حيث الولاية و الاختصاص:

محكمة الاحزاب هي الدائرة الاولى في المحكمة الادارية العليا وتختص بنظر نوع معين من المنازعات حددها المشرع على سبيل الحصر

\* هذا الراى خاص بالطالب/ الصافى السيد عباس

أوردها المشرع في المادة ٨ من قانون الأحزاب السياسية. وهي دعوى الغاء قرارات طالبي تأسيس الأحزاب السياسية وايضا قرارات حل الأحزاب كما اسلفنا حين موضعه.

فالقضاء الإداري صاحب الولاية العامة بنظر المنزعات الإدارية ومحكمة الأحزاب إشتقت اختصاصها من هذة الولاية بقانون خاص وتشكيل خاص فهي ليست قرار تنظيمي صدر من هيئة التنظيم والإدارة داخل قضاء مجلس الدولة.

وبهذا ينطبق اول شرط وهو الاختصاص بنوع معين من الدعاوى بموجب قانون خاص ينشئ المحكمة وايضا هذا الشرط يتفق فية المحاكم الاستثنائية.

## ٢- من حيث المدة:

تشارك اغلب المحاكم الاستثنائية كما اسلفنا، في سمة عامة هي قصر مده استمرارها بالنظر الى المحاكم صاحبة الولاية العامة والمتخصصة ولكن نرى في محكمة الأحزاب انها محكمة دائمة محددة التشكيل لا ينضم اليها ما يشاء من قبل السلطة التنفيذية بعد نشوء الدعوى- حقا إن كان تشكيل محكمة الأحزاب يحتاج الى وقفة كما سنوضح- لها قابلية الاستمرار الى حين يرى المشرع ما هو تحقيقا للصالح العام فيقوم بتعديل اختصاصها لو اسناد مهامها الى محكمة اخرى فهي لم تنشئ لمواجهة ظروف استثنائية او طارئة معينة وانما وضعت لحل مشكلة قائمة بالفعل بين التيارات السياسية وحرية انتماء الافراد الى الأحزاب السياسية باعتبارها حقا اصيلا من حقوق الانسان التي حددها الدستور المصري.

ولكن ليس معنى ذلك ان ننسى ما هو الحد الطبيعي والتقيد بالحق. فمحكمة الأحزاب لا تقيد الحق في تأسيس الأحزاب وقما تعمل على تنظيمها حتى لا يأتي الحزب باهواء تجرف القيم والأسس في المجتمع وما يؤكد ذلك ما ذهب اليه المحكمة الدستورية في حكم لها<sup>(٨٢)</sup> كفل الدستور بالضرورة حرية تكوين الأحزاب وضمان حق الانضمام اليها الا انه لم يشأ ان يطلق الحرية الحزبية اطلاقا لا سبيل معه الى تنظيمها.

83 القضية ٤٤ لسنة ٧ق. بجماعة ١٩٨٨/٥/٧ ج.٤ دستورية ص ٩٨.



ايقتل ان تنشئ حزبا سياسيا ينادى بالعلمانية وإختراق الدين عن السياسة في دولة اسلامية. كما انه يوجد دور لمحكمة الاحزاب لا يخفى على المتخصصين والسياسيين الا وهو الرقابة على اللجنة العليا لشئون الاحزاب المتمثلة في السلطة التنفيذية حين تصفها في رفض تأسيس الاحزاب او عندما تقرر حل الاحزاب وتصفيتها.

فبعد هذا العرض يجب ان نتفق في ان محكمة الاحزاب هي محكمة دائمة محددة التشكيل قبل نشوء الدعوى. مهامها الرئيسية لجوء المتقاضين اليها لحمايتهم من القرارات التعسفية للسلطة التنفيذية حين الرفض او الحل. الأ وهو الشرط الذي يتفق مع مبادئ المحاكم المتخصصة ويتعارض مع جوهر المحاكم الاستثنائية والتي تكون رغبيتها هو تحقيق اهواء السلطة التنفيذية المتمثلة في رئيس الجمهورية الذي يسمح له إنشاء محكمة إستثنائية الغير مشروعة من أجل نظر دعاوى معينة كما اسلفنا حين وضعة عن المحاكم الاستثنائية.

### ٣- من حيث التشكيل:

الأصل في المحاكمة الطبيعية ان تتكون المحكمة من عناصر قضائية خالصة، ولكن يستثنى في بعض الاحوال أن يدخل في التشكيل عناصر غير قضائية، ويجمع الفقه على هذا التشكيل بأنه قاضيا طبيعيا. وذلك مثل محكمة الاحداث فقد اسلفنا انه يدخل في تشكيلها عناصر غير قضائية. ولكن هذه الاخيره ليس معناها اضفاء الصبغة الاستثنائية على هذه المحاكم وانما يرجع ذلك الى طبيعة الدعوى التي تنتظر امام تلك المحكمة لما تحتاجه من عناية فائقة هدفها الصالح العام من خلال الرقى بمصلحة خاصة تهم المجتمع كإصلاح سلوكيات الاطفال.

ثم نأتى في الحديث بعد ذلك عن محكمة الاحزاب والذي يدخل في تشكيلها عناصر غير قضائية وهم وفقا لآخر تعديل لقانون الاحزاب السياسية رقم ١٧٧ لسنة ٢٠٠٥ يكونون من الشخصيات العامة على ان يتم ترشيحهم من قبل وزير العدل بعد موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية من الكشوف الخاصة بالشخصيات العامة وعند إصدار الحكم يتم ترجيح الجانب الذي منه رئيس المحكمة إذا تسوت الأصوات.

حقاً ان تسوية عدد الغير قضائين (الشخصيات العامة) بالقضائين امر ننتقده، لانه بذلك اصبحت محكمة الاحزاب السياسية محكمة مسيسة. وإن كان يبدو من المناسب ان نبدي رأينا نحن نرى إنة لا يمكن اضافة الصبغة الاستثنائية على محكمة الاحزاب وفقا لهذا التشكيل السابق.

١- طبيعة الدعوى. ان دعوى الغاء قرارات رفض تأسيس الاحزاب او حلها لها طبيعة سياسية مما تحتاج الى خبراء سياسيين ولكن ليس بالعدد الذي حدده المشرع فى محكمة الاحزاب. الا انة يرى جانب من الفقه<sup>(٨٤)</sup> ان القضاء الادارى خاصة فى محكمة الاحزاب ليست بحاجة الى عناصر غير قضائية وانما القضاء كامل بنفسه.

نحن نعترض على هذا الرأى وذلك لأن، الامور السياسية وخاصة الاحزاب السياسية تقوم على مبادئ وافكار ينتمى اليها الفرد بحريته اقتناعاً مئة بمبادئ الحزب وإن تماشيا مع اصحاب الرأى سالف الذكر اى بتعليم القضاة امور السياسة لهوى القضاء الافكار التى تقوم عليها الاحزاب حيث ان ليس اقدر من السياسة ولا أخبث منها على إفساد القضاء فإذا تسلت التيارات السياسية الى منصة القضاء ذهبت بحيديتهم ونزاهتهم عن العدالة القاضى الادارى بما يهواه من الافكار التى اقتنع بها من قبل الوجدان وليس من قبل تطبيق القانون لان السياسية مثل الهوى يعتقها الشخص بدون ارادة احياناً.

٢- اذا نظرنا الى الشخصيات العمة السياسية نرى ان فيهم من الضمانات التى نتقلنا من ضوء المحاكم الاستثنائية الى المحاكم المتخصصة الا وهى:

يتم اختيارهم قبل نشوء الدعوى المعروضة فى كل دورة قضائية، وايضاً مما يؤكد الضمانات فى الشخصيات العامة الحكم الصادر بجلسة ٦ فبراير سنة ١٩٩٩ فى الطعن رقم ١٤٢٤ لسنة ٤٢ ق. من الدائرة الاولى من المحكمة الادارية العليا، حيث نص فى نيل الحكم " مايسرى على القضاء من احكام فى قانون المرافعات لضمان حيده القاضى وحرية فى تكوين عقيدته بما يضمن نزاهة الحكم واستقلالية القضاء" يسرى على الاشخاص العامة.

ويستفاد من ذلك تطبيق قواعد المخاصمة والرد وعدم الصلاحية والتحتى الخاصة بالقضاء وهذا لانجده فى المحاكم الاستثنائية.

84 د/ حسن البدروى. الاحزاب السياسية والحريات العامة. دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٩ ص٢٣٤.

ولما الاعتراض على تشكيل محكمة الاحزاب التى ينقلها من محكمة متخصصة الى محكمة استثنائية بسبب تشكيل المحكمة. وإن كان باجماع الفقه ما يؤيد ان محكمة الاحداث محكمة متخصصة وتضم عناصر غير قضائية بحجة الخبرة التى يحتاجها معاملة الاطفال فالاولى بان تكون محكمة الاحزاب وهى تنظر امور سياسية ومبادئ سياسية ان تكون على خبره بالنواحي السياسية مما يدخل فيها عناصر غير قضائية، ولا يخرجها من طبيعة المحاكم المتخصصة وإن كان التشكيل القضائى الخالص فى الافراد الذين تضمهم المحكمة بجانب الشخصيات العامة لا اختلاف فى الفقه على نزاهتهم وحيادهم.

فالمشروع يعصمهم فى وجهة نظرنا بدخول العناصر السياسية حتى لا يصيبهم فتنة السياسة، ولكن نحن نعتزف ان هذه المحكمة محكمة مسبسة ويجب ان يتدخل المشروع لتقليل تلك الشخصيات الى شخص واحد.

٢- من حيث الطعن نحن لا نميل الى ما ذهب اليه قانون الاحزاب السياسية حيث جعل النظر فى احكام محكمة الاحزاب على درجة واحدة وحرمة المتقاضين من الطعن فى تلك الاحكام. الا انها هذا لا يجطلنا ان نضفى عليها الطابع الاستثنائى فليس كل انحراف فى الاجراءات يجطلنا اصفاء الصبغة الاستثنائية على محكمة ما. وخير دليل على ذلك فالجنائيات لا يطعن فيها على الرغم اغلبية فقهاء القانون وقضاة المحاكم الجنائية ينلون بضرورة التقاضى الجنائيات على درجتين<sup>(٨٥)</sup> وايضا الحكم الصادر من الدوائر الجنائية الابتدائية سواء فى الجرح فى المحاكم الاقتصادية تقبل الطعن بالنقض بينما الاحكام الصادرة من الدوائر التجارية والمدنية الابتدائية من نفس المحاكم لا تقبل الطعن بالنقض رغم ان الحكمين صادرين من نفس الدرجة القضائية<sup>(٨٦)</sup> حقا تم توجية انتقادات للمشروع فى مثل هذه الافعال لكن لم يجرؤ احد ان يقول ان هذه المحاكم استثنائية.

85 د/ خيرى الكباش، التقاضى على درجتين فى الجنائيات. بحث منشور مجلة الحقوق

جامعة الاسكندرية عدد خاص.

86 د/ طلعت محمد دويدار، المحاكم الاقتصادية خطوه اخرى نحو التخصص

القضائى، المرجع السابق ص ٨٦١، ص ٩٠٧.

### ٣- مناقشة الحجج التي ساقها الاتجاه الأول في ما ذهب اليه:

الحجج التي ساقها الاتجاه الأول تحتاج الى وقفة متأنية ، فرغم وجاهه هذه الحجج وما ذهب اليه هذا الاتجاه من رأى الا اننا لانغفلوا ان كان يبدو من المناسب اذا قلنا ان اصحاب هذا الراى قد جانبه الصواب فيما ذهب اليه وذلك للآتى:

١- استند الاتجاه الأول من ناحية التشكيل بأنه لاجابة الى أية عناصر سياسية لان الفصل فى دعوى تأسيس الحزب عملية قانونية بحتة، فضلا عما تقدم نصيف هنا ان القانون رقم ١٧٧ لسنة ٢٠٠٥ قد عدل بعض احكام القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧ بنظام الاحزاب السياسية واشترط فى تأسيس الحزب ان تكون برامج الحزب تمثل اضافة فى الحياة السياسية هذا الشرط يخرج عن اطار العملية القانونية البحتة.

اين البحثية وفقا لهذا الشرط؟

بل التذرع بهذه الحجة هو ارقام لها فى غير موضعها لان هذا الشرط يتطلب تحديد اهداف كل حزب ودراسة برامجة لتحديد موقف الحزب الذى يراد تأسيسه من ضمن هذه الاحزاب هل اضاف جديد ام لا؟ هل دراسة البرامج الحزبية حتى لا يتلاعب مؤسسى الاحزاب بالقضاء تحت مسميات شكلية مما يوحى فى ذهن القاضى انها اضافة للحياة السياسية بينما من الناحية الموضوعية لا اضافة وعلى هذا تخرج عملية تأسيس الاحزاب من اطار العملية القانونية البحتة بل تحتاج الى جانب العناصر القضائية الى عناصر او عنصرين سياسيين لتوضيح برامج الاحزاب واعانة القضاء على استيعاب الموضوع والشكل لهذه البرامج لتهيئة الفصل فى الدعوى.

قد تذرع البعض قائلًا إن هذا الشرط قيد على حرية تكوين الاحزاب التى كفلها الدستور<sup>(٨٧)</sup> وبذلك يمثل انتهاك للمبادئ الدستورية.

يمكن الرد على قائلين،، هناك فرق بين الحد الطبيعى للحرية وبين القيد على الحرية، فالحد الطبيعى هو تنظيم الحرية حتى لا تتضارب حقوق مؤسسى الاحزاب مع حقوق المجتمع فينتهى حق مؤسسى الاحزاب عند المساس بحق المجتمع ككل ، بنما القيد هو انتقاص من الحق او الحرية فى

87 د/رجب حمن عبد الكريم. العملية القضائية لحرية تأسيس واداء الاحزاب السياسية. المرجع السابق ص١٧٣.

تأسيس الحزب فعندما ينظم المشرع تكوين الاحزاب وتأسيسها باضافة شرط الا وهو ان تضيف برامج مع الاحزاب اضافة الى الحياة السياسية فليس هذا قيد حتى لا تتزايد الاحزاب دون فائده مما يترتب على ذلك عرقلة الحياة القضائية وتكليف الدولة دعم مالى سنوى للاحزاب القائمة دون حاجة فلا ينادى بهذا دستور ولا مبادئ دولة قانونية.

ومما يؤكد مذهبنا اليه الواقع العملى، فالمانيا وهى معقل الديمقراطية عندما ظهر الدستور الالماني لسنة ١٩١٩ كأول الدستور الحديثة الكبرى وفسح المجال للعديد من الاجراءات الديمقراطية المباشرة ونادى باستقلال القضاء استقلال تام ولكن عندما يسمح القضاء بكثرة الاحزاب عرقلت هذه الاخيرته سير هذا النظام الجديد طبقا لقواعده وفى سنة ١٩٣٣ انقضت الجمهورية الألمانية<sup>(٨٨)</sup> عندما خلطت بين القيد والحد الطبيعى لحرية تكوين الاحزاب وايضا ما يعزز رايانا ما ذهب اليه المحكمة الدستورية العليا<sup>(٨٩)</sup> فى حكم لها قاتلة (كفل الدستور بالضرورة حرية تكوين الاحزاب وضمن حق الانضمام اليها الا انه لم يشأ ان يطلق الحرية الحزبية اطلاقاً لا سبيل معه الى تنظيمها.....)

٢- يستند الاتجاه الأول فى رأيه - أن الشخصيات العامة لا تتوفر فيهم الضمانات المتوفرة للقضاء وليس لديهم الخبرة والبعد عن التيارات والأحزاب السياسية.

بعد تقديرنا لهذا.

الا اننا لا نشاطره فى مذهب اليه هذا الرأى طبقا لهذه الحجة وذلك ما سبق الحديث انه يتم اختيارهم كل دورة قضائية وليس لدعوى بعينها كما اتى فى ذيل حكم المحكمة الادارية العليا.  
" ان مايسرى على القضاء من احكام فى قانون المرافعات لضمان حيده القاضى وحرية فى تكوين عقيدته بما يضمن نزاهة الحكم واستقلالية القضاء يسرى على الشخصيات العامة.

88 د/يوشبير محمد امقران. انتفاء السلطة القضائية. دون تاريخ نشر ولا دار طبع.

هامش ص ٩.

89 القضية ٤٤ لسنة ٧ ق. دستورية بجلسة ١٩٨٨/٥/٧ ص ٤٤ دستورية ص ٩٥.

٣- اما القول بأن القضاء مواطنين ولهم حقوقهم وميلوهم السياسية كمواطنين بالدولة الا ان ممارستهم يلزم ان تبقى فى الحدود التى لاتخل بحيته.  
ويذهب ايضا هذا القول ان كان محظور على القاضى ممارسة المناصب السياسية الا ان عمل القاضى احيانا له اثر سياسية مثل رقابة القضاء الادارى لمشروعية اعمال الادارة.

يمكننا الرد على هذا القول بانه اولا" غير مقبول ولا يمكن الاستقرار على هذه الحجة لان القاضى كونه اختار لنفسه هذه الوظيفة اصبح فى مركز قانونى معين يمنحه بعض السلطات التى ليس للمواطنين كافة ويحرمه او يقيد من بعض الحريات التى للمواطنين كافة فانه بمجرد انه قاضى امتنع عن الميل السياسى كضمان وقضى لاستقلالية وحيده القضاء.

ولقد ادرك المشرع المصرى منذ زمن أهمية ابعاد العدالة والقضاء عن معترك الحياة السياسية فى قانون الاستقلال الأول رقم ٦٦ لسنة ١٩٤٣.

كما حظر التنظيم القضائى الفرنسى الصادر ١٩٥٨/١٢/٢٢ من مجرد ابداء الآراء السياسية او اى اشارة تتعارض مع واجب التحفظ السياسى<sup>(١)</sup>.

اما بالنسبة الى الجزء الثانى من هذه الحجة للاتجاه الأولى بان على القاضى يرتب اثر سياسية مثل رقابة القضاء الادارى لمشروعية اعمال الادارة ولاينظر الفصل فى القضية سياسين مع القضاء.

هنا الامر يختلف فاعمال الادارة مثل ارساء عطاء مناقصة ليست كرفض لجنة العليا لشنون الاحزاب بتأسيس حزب فالاولى ماهى الا عملية قانونية بهذه اعتاد عليها القاضى الادارى ومن قبله القضاء المدنى اما الثانية ليست عملية قانونية بحته انما التهاون فيها يودى الى فساد القضاء برمته نحن لانذكر سابق الحديث عنه يكفى هنا الاشارة بان تأسيس الحزب يحتاج الى عنصر سايسى يوضح الرؤية للقضاء ولايعيب ذلك القضاء فلا احد يتكلم دون ان يكون قد سمع من السالفين والقضاء الادارى يوازن الامور فهو لاينجرف نحو ارادة الشخصية العامة انما هو مستقل بذاته يحدد افكاره يعاونه فى ذلك رأى الشخصية العامة.

(١) حكم الصادر بجلسة ٦ فبراير سنة ١٩٩٩ فى الطعن رقم ١٤٢٤ لسنة ٤٢ ق من الدائرة الأولى للمحكمة الادارية العليا

90 مشار اليه فى مؤلف الدكتور سليم محمد سليم حنين  
- حق المتهم فى المحكمة امام قاضية الطبيعى - المرجع السابق ص ٢٥٩

٤\_ اما الاستناد الى حرمان الطاعن من أحد درجتى التقاضى فانها حجة لها معقوليتها ولها وجاهاتها ولكن لا يمكن القول ان محكمة الاحزاب طبقا لهذه الحجة استثنائية حيث ذهبت المحكمة الدستورية فى حكم حديث لها فى عام ٢٠٠٢ (١١).

" لاتناقض بين حق التقاضى كحق دستورى أصيل وبين تنظيمه تشريعيا بشرط إلا يتخذ المشرع من هذا التنظيم وسيلة لحظره او اهداره للمشرع ان يقصر التقاضى على درجة واحدة اذا كانت محكمة او هيئة ذات اختصاص قضائى"

فسرت ذلك فى ذات الحكم بقولها :

(الأصل فى سلطة المشرع فى موضوع تنظيم الحقوق انها سلطة تقديرية ما لم يقيدھا الدستور بضوابط معينة تعتبر حدا لها). وقد جرى قضاء هذه المحكمة على إنه ليس ثمة تناقض بين حق التقاضى كحق دستورى وبين تنظيمه تشريعيا بشرط إلا يتخذ المشرع هذا التنظيم لحظر حق التقاضى. كما أن قصر التقاضى على درجة واحدة هو ما يستقل المشرع بتقديره بمراعاة أمرين:

أولهما : ان يكون هذا القصر قائما على اسس موضوعية تملئها طبيعة المنازعة وخصائص الحقوق المثارة فيها وثانيهما: ان تكون الدرجة الواحدة محكمة ذات اختصاص قضائى من حيث تشكيلها وضمائنها).

المحكمة الدستورية العليا وضعت معيارين.

طبيعة المنازعة

وهذا يتفق مع طبيعة دعوى الغاء قرار عدم تأسيس الاحزاب لكونه دعوى سياسية تحتاج الى استقرار فى الحياة السياسية لعدم تضاربها فى الدولة الواحدة.

ب- من حيث تشكيلها فلها تشكيل خاص وسبق الحديث حين موضعه عن التشكيل ورأينا انه ربما المشرع يكتفى بعدد القضاة والشخصيات العامة للفصل

91 القضية رقم ٢١٩ لسنة ٢١ قضائية دستورية بجملة ٢٠٠٢/٩/٢٢ ط (دستورية) ص ٦٣٨.

في المنازعة من درجة واحدة ومن المحكمة الادارية العليا اعلى درجة في القضاء الادارى مما يشكل ضمانه قوية. ومع ذلك فنحن نناشد المشرع أن يرجع عن هذا الموقف لزيادة ضمانات المتقاضى.

٥- استند الاتجاه الاول ان محكمة الاحزاب ترفض الطعن بعدم دستورية النص على تشكيلها الميسر هذا فيه مغالاة من قبل اصحاب الاتجاه الاول وتذرع بالحكم على الوجه غير الصحيح وذلك كالاتى :

اصل المسألة فى تحريك الرقابة امام المحكمة الدستورية العليا عن طريق دفع فرعى

حددت المادة ٢٩ من قنوتن المحكمة الدستورية العليا الطرق التى تتلر بها الرقابة امام المحكمة الدستورية وذكرت منها طريقة الدفع الفرعى حيث نصت على :

(إذا دفع احد الخصوم اثناء نظر الدعوى امام احدى المحاكم او الهيئات ذات الاختصاص القضائى بعدم دستورية نص فى قنوتن او لائحة ورأت المحكمة او الهيئة ان الدفع جدى احرزت نظر الدعوى .

وعلى ذلك لايقبل من مبدى الدفع تلقائيا بل لابد ان يتأكد القاضى اولاً من جدية الدفع (٩٢).

هذا المنطق على جميع المحاكم بتطبيق اصل المسألة على القضية التى استند اليها الاتجاه الأول نجد أن القاضى الادارى تمحص من الدفع بعدم الدستورية ورد على المدعى بعدم الدستورية رداً وفيما ولم يجهل طلبه فوجدت المحكمة عدم الجدية فى الدفع (٩٣)

92 د/ هشام محمد فوزى - رقابة دستورية القوتين - دراسة مقارنة بين أمريكا ومصر - رسالة بكتوراة ١٩٩٨ طبعة خاصة - مركز القاهرة لدراسات حقوق الانسان - طبعة خاصة لهيئة قضايا الدولة والنيابة الادارية لسنة ١٩٩٩ ص ٩٤ .  
و معنى الجدية التى تتطلبها المشرع ينصرف الى مسألتين  
يجب أولاً " : ان يكون الفصل فى مسألة الدستورية منتجاً أى ان يكون القانون او اللائحة المطعون فى دستورتها متصلة بموضوع النزاع  
ويجب ثانياً - ان تحتل مدى مطابقة القنوتن للدستور لاختلافاً فى وجهات النظر.  
93 د/ رمزى طه الشاعر - النظرية العامة للقانون الدستورى ط ٣ دون تاريخ نشر ودار طبع ص ٥٨٠ .



حيث وضحت للمدعى مطابقة هذا التشكيل للمواد الدستور ١٧٢، ١٦٧ فطبقاً للمادة الأخيرة من الدستور القانون هو الذى يحدد الهيئات القضائية واختصاصها وعلى ذلك فقانون الاحزاب السياسية فهو الذى حدد التشكيل<sup>(٩٤)</sup>. كما ان القوانين الاستثنائية اخذت العادة على درج نص يوحى بأن يكون قضائها هو المختص بالفصل فى مسألة تنازع الاختصاص مثل قانون القضاء العسكرى.

٦- اما القول بأن الاختصاصين الاجتماعيين هم مجرد خبراء فقط فى محكمة الاحداث لا يمكن قبوله لان هذا الاتجاه لبث عنده الفرق بين الخبير كطريق من طرق الاثبات وبين ان يكون الاختصاصى من ضمن تشكيل المحكمة فالأولى خول القانون للمحكمة سلطة تقديرية بالاستعانة بالخبراء من تلقاء نفسها او بناء على طلب احد الخصوم<sup>(٩٥)</sup>.

بينما الثانية هى جزء لا يتجزء من تشكيل المحكمة واذا اصدر القضاة حكم فى غير وجوهه اصبح باطلا بطلان مطلق ولا يعتبر حكم لان القانون جعل حضورها وجوبى<sup>(٩٦)</sup>.

وفى حكم حديث للمحكمة الدستورية عام ٢٠٠٨ تؤكد ما ذهبنا اليه حيث يتضمن حكمها من سياق أقوالها:

إن الإلتجاء الى الخبير هو ليس السبيل الوحيد لاثبات ما يدعيه الخصم وإن المحكمة تملك سلطة تقديرية فى تحقيق النزاع فان ذلك لا يحول بين المحكمة و نذب خبير فى الدعوى تقدر هى وجه الحاجة اليه<sup>(٩٧)</sup>. وهذا ما يثبت أن نذب الخبير يختلف عن تشكيل المحكمة ذاتها.

٧- اما القول بأن محكمة الاحزاب نشأت لتنفيذ اهواء السلطة التنفيذية. هذا القول لاساس له لأن محكمة الاحزاب لها دور فى الرقابة على السلطة التنفيذية المتمثلة فى اللجنة العليا لشئون الاحزاب

94 للزيد انظر حكم المحكمة الادارية العليا وادارة الاحزاب السياسية فى الطعن رقم

١٤٢٤ لسنة ٢٠ قضاية - مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الادارية العليا.

95 أ/د/محمد حسين منصور - الوحيد فى احكام الالتزام والاثبات -- ابو الخير

الطباعة - الاسكندرية ص ٤١٧.

96 د/ محمد محمد مصباح القاضى - الحماية الجنائية للطفولة - دراسة مقارنة - دار

النهضة العربية ٢٠٠٦

97 القضية رقم ١٦٥ لسنة ٢٨ قضائية دستورية بجلسة ٢٠٠٨/٣/٢ ج ١٢ ثلث

القضية بشأن المادة ١٣٧ لقانون الاثبات.

كما سنسرد اهم الاحكام المؤيدة لتأسيس الاحزاب السياسية التى تخالف اهواء السلطة التنفيذية فى حكم لها<sup>(98)</sup> دفعت الحكومة بان برنامج الحزب اعتمد على عبارات لفظية وإنشائية ولم يتوافر فيه الشروط التى يجب توافرها فى مرحلة تأسيس الحزب وكانت السلطة التنفيذية لا تبدى رغباتها فى انشاء حزب الامة الا ان محكمة الاحزاب ضربت بعرض الحائط رغبة السلطة التنفيذية قائله "ان الحكومة لم تبد اعتراضات جدية على برنامج حزب الامة وماتدفع به من دفاع ينقصه الموضوعية والتحديد" ثم انتهت بإلغاء قرار الاعتراض الصادر من لجنة شؤون الاحزاب على تأسيس حزب الامة.

وهكذا تواترت احكامها ضد اهواء السلطة التنفيذية والفت قرارات الاعتراض على تأسيس الاحزاب مثل الحزب الاتحادى الديمقراطى وحزب العربى الديمقراطى والحزب الجماهيرى وحزب حماية المستهلك وغيرها<sup>(99)</sup>.

وابضاً فى حكم حديث لها عارضت اهواء السلطة التنفيذية حيث كانت هذه الاخيرة تعترض اعتراض كامل على حزب مصر ٢٠٠٠ ولا تريد اظاهرة الى الحياة السياسية الا ان محكمة الاحزاب انتهت فى حكمها بإلغاء قرار الاعتراض واصبح لحزب مصر ٢٠٠٠ شخصية اعتبارية<sup>(100)</sup>.

٧- استند الاتجاه الاول الى حكم لينتقد به اختصاص محكمة الاحزاب على نحو يجعلها اختصاصها غير محدد سلفاً وانه ذو طبيعة مرنة وان هذا من مميزات القضاء الاستثنائى هذه حجة غير مقبولة لان الحكم كان منفرداً بذاته فى عام ١٩٩٣ بينما تواترت احكام محكمة الاحزاب بعد ذلك فى قولها ان اختصاص وارد على سبيل الحصر لايجوز التوسع فى تفسيره ففى حكم لها عام ١٩٩٦

98 حكم المحكمة الادارية العليا فى الطعن رقم ١٢٠٢ لسنة ٣٦ بجلسة ١٩٨٣/٦/٢٥. مجموعة المبادئ التى قررتها المحكمة الادارية العليا. الدائرة الاولى بتشكيلها الخاص فى شأن الاحزاب السياسية. المكتب الفنى من اول يونيو ١٩٨٣ الى آخر يونية ٢٠٠١ ص ٩٧ وما بعدها.

99 انظر فى ذلك د/ رجب حسن عبد الكريم الحماية القضائية لحرية تأسيس واداء الحزب للسياسة. المرجع السابق ص ١١٨.

100 حكم المحكمة الادارية العليا "دائرة الاحزاب" فى الطعن رقم ٣١٨٧ لسنة ٤٥ ق عليا بجلسة ٢٠٠١/٤/٧ مجموعة المبادئ التى قررتها المحكمة الادارية العليا الاولى بتشكيلها الخاص فى شأن الاحزاب السياسية. من اول يونيو وحتى اخر يونية ٢٠٠١ ص ١٢٤٧ وما بعدها.

انتهت فيه محكمة الاحزاب الى أن ما يدخل في اختصاصات المحكمة وارد على سبيل الحصر ولا يجوز التوسع في تفسيره (١٠١).

وما يعزز رأينا حكم حديث ذهبت فيه محكمة الاحزاب فى جلسة ٢٠٠٧/١/٦ (١٠٢) انة قد تم ايداع ملف الدعوى رقم ٢٨٥ لسنة ٢٠٠١ مدنى كلى جنوب القاهرة وقضت هذه الاخيرة بعدم اختصاصها ولائيا بنظر الدعوى واحالتها الى محكمة الاحزاب السياسية وطلب المدعى الحكم بصحة ونفاذ المؤتمر العام الطارئ لحزب الشعب الديمقراطى وبهذا تخرج طلبات الطاعن على النحو الاتى من اختصاص محكمة الاحزاب، وقالت المحكمة فى هذا الصدد ان المشرع قد حدد اختصاص محكمة الاحزاب على سبيل الحصر ولايجوز التوسع فيه وحدد هذه المنزعات فى انواع معينة :

اولا: الطعون بالالغاء فى القرارات الصادرة من لجنة شئون الاحزاب بالاعتراض على تأسيس الحزب.

ثانيا: الطلبات المقدمة من رئيس لجنة شئون الاحزاب بحل وتصفية اموال الاحزاب.

ولكن انتهت المحكمة بقبول دعوى الطاعن والفصل فيها طبقا للمادة ١١٠ مرافعات والتزام محاكم مجلس الدولة بالفصل فى الدعاوى المحالة اليها من جهة قضائية اخرى وهذا بالطبع طبقا للقواعد العامة فى قانون المرافعات (١٠٣) ناهيك عن ذلك ان الحكم الذى استند اليه الاتجاه الاول لا يمكن التسليم به بما عرضه من إستناد لان محكمة الاحزاب عندما تعرضت لدعوى التى ذكر فيها هذا الحكم بسبب الدفع الذى دفعته اللجنة العليا لشئون الاحزاب حول رئاسة الحزب لطلب حل الحزب المدعى لذلك تعرضت محكمة الاحزاب الى الفصل فى رئاسة الحزب لان قاضى الاصل هو قاضى الفرع.

واخيرا قضت محكمة الادارية العليا الدائرة الاولى بالمحكمة الادارية العليا بتشكيلها المتميز المنصوص عليه بالمادة ٨ على انها جهة قضائية

101 حكم المحكمة الادارية العليا. دائرة الاحزاب السياسية فى الطعن رقم ٢٢٣ لسنة ٤٠ ق بجلسته ١٩٩٦/١١/٩ المقام من حزب مصر القناه. مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة. مرجع سابق ص ٧.

102 الحكم الصادر فى الطعن رقم ١٨٩٨ لسنة ٤٨ ق عليا. مجموعة المبادئ التى قررتها المحكمة الادارية العليا. ط اول اكتوبر حتى ابريل ٢٠٠٧ ص ٨٧.

103 الحكم الصادر فى الطعن رقم ٣٨٠٣ لسنة ٣٥ ق. المحكمة الادارية العليا بجلسته ١٩٩٢/٦/٦.

متخصصة انشأت كحكمة اصلية ومتخصصة للفصل في المنازعات التي حددها قانون الاحزاب السياسية<sup>(١٠٤)</sup>

### المطلب الثالث

#### الاتجاه الثالث

#### محكمة الاحزاب ذات طبيعة خاصة (مزوجة)<sup>(٥)</sup>

بعد العرض السابق للاتجاهين السابقين والانتقادات التي وجهها كل إتجاه للأخر نجد ان هناك إتجاه رأى ان محكمة الاحزاب هي محكمة استثنائية، وهذا الإتجاه استند في قوله الى عدة اسانيد لتأييد موقفه، كذلك نجد إتجاه ثانى ذهب الى أن محكمة الاحزاب محكمة متخصصة وكذلك كانت له اسانيده، فليس بلازم الدخول في التفاصيل الخاصة بالإتجاهين السالف ذكرهم في المطلبين السابقين وذلك منعاً للإطالة فإن المقام لا يحتمله، فإن ثمة رأى ثالث إن كان من المقبول أن أبقى برأى فى الموضوع، حيث أرى أن محكمة الاحزاب هي متخصصة فى شق معين وإستثنائية فى شق آخر ، الامر الذى لا يمكن القول معه إنها بمثابة محكمة متخصصة بالفعل أو بمثابة محكمة استثنائية حقاً.

فمحكمة الاحزاب فى شق منها، محكمة متخصصة وذلك يتبين لنا من حيث ان القانون حدد لها الاختصاص المنوطة به حيث بعد تعديل قانون الاحزاب السياسية عام ١٩٧٩ نجد أن محكمة الاحزاب تختص طبقاً لهذا القانون:

اولاً: بالفصل فى الطعن على قرار لجنة شئون الاحزاب السياسية بالاعتراض على قرار تأسيس الحزب<sup>(١٠٥)</sup>.

104 حكم المحكمة الادارية العليا، دائره الاحزاب السياسية فى الطعن رقمى ٤٢٠٨، ٣١٦٦ لسنة ٣٨ ق بجلسة ١٣/٦/١٩٩٣ المقام بشأن حزب الشعب الديمقراطى مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة. المرجع السابق ص ٦١٣.

\* هذا الرأى خاص بالطلاب/ محمد مصطفى السيد عبد العليم.  
105 نصت على هذا الاختصاص المادة ٨ من قانون الاحزاب السياسية رقم ١٧٧ لسنة

ثانياً: الاختصاص بالحكم بحل الحزب وتصفية أمواله وتحديد الجهات التي تؤول إليها هذه الاموال بناء على طلب لجنة شؤون الاحزاب<sup>(١٠٦)</sup>. هذا من ناحية الاختصاص.

اما من ناحية التشكيل، فنجد ان الاصل فى المحاكمة أمام القاضى الطبيعى مشكلة تتكون المحكمة من عناصر قضائية خالصة، ولكن يستثنى فى بعض الاحوال ان يدخل فى التشكيل عناصر غير قضائية، ويجمع الفقه على هذا التشكيل بأنه قاضياً طبيعياً. وذلك مثل محكمة الاحداث فقد اسلفنا إنه يدخل فى تشكيلها عناصر غير قضائية. ولكن هذه الأخيرة ليس معناها اصفاء الصبغة الاستثنائية على هذه المحاكم وانما يرجع ذلك الى طبيعة الدعوى التى تنظر امام تلك المحكمة لما تحتاجه من عناية فائقة هدفها الصالح العلم من خلال الرقى بمصلحة خاصة تهم المجتمع كاصلاح سلوكيات الاطفال.

ثم نأتى فى الحديث بعد ذلك عن محكمة الاحزاب والذى يدخل فى تشكيلها عناصر غير قضائية وهم وفقاً لآخر تعديل لقانون الاحزاب السياسية رقم ١٧٧ لسنة ٢٠٠٥ يكونوا من الشخصيات العامة على ان يتم ترشيحهم من قبل وزير العدل بعد موافقة المجلس الاعلى للهيئات القضائية من الكشوف الخاصة بالشخصيات السياسية العامة وعند إصدار الحكم يتم ترجيح الجانب الذى منه رئيس المحكمة اذا تساوت الاصوات.

كذلك نجد ان محكمة الاحزاب محكمة إستثنائية، وذلك كونها تحرم الطاعن من إحدى درجتى التقاضى الامر الذى يؤدى الى الاخلال بحق الطاعن فى المطالبة بحقة، ذلك انه فى ظل إختصاص محكمة القضاء الادارى بنظر الطعن كان يمكن للمدعى اذا لم يقبل حكم المحكمة، أن يطعن أمام هذا الحكم امام المحكمة الادارية العليا بإعتبارها محكمة ثانى درجة، اما فى ظل الوضع القائم فإن المشرع بإسناده الاختصاص بالطعن الى المحكمة الادارية العليا فقد اغلق باب الطعن امام المحكوم عليه لأن المحكمة الادارية العليا تعتبر محكمة أول وأخر درجة بالنسبة للطعن ولا سبيل امام المدعى أن يطعن امام اى محكمة اخرى وبالتالي فقد حرم المشرع المدعى من احدى درجتى التقاضى وهو الامر الذى يعد اهداراً للضمانات المقرره للافراد فى نص الماده (٦٨) من الدستور

106 نصت على هذا الاختصاص المادة ١٧ من قانون الاحزاب السياسية رقم ٣٦ لسنة

والتي نصت على ( التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل مواطن حق الإلتجاء إلى قاضيه الطبيعي.....)

أما من حيث التشكيل نجد ان هذا الإتجاه وجه إنتقاد الى تشكيل محكمة الاحزاب وذلك كونه يضم عناصر غير قضائية كما سبق وتم عرضه، إلا أن هذا الاعتراض من جانب الأتجاهين الأول والثاني ايا كانت نتيجته من حيث أن العناصر الغير قضائية فى تشكيل المحكمة يجعلها بمثابة محكمة متخصصة او استثنائية فان ذلك ليس محل الحديث حالياً على الأقل.

ولكن نستخلص مما تقدم ان الواقع العملى والامر الظاهر يبين لنا ان محكمة الاحزاب جمعت بين المحكمة المتخصصة فى جانب و بين المحكمة الاستثنائية فى جانب آخر، فجمعت بين الاولى من حيث أن القانون نص على اختصاصها على سبيل الحصر محددًا" لها الدعاوى التى تنظرها وتفصل فيها، وكذلك تجمع بين الثانية من حيث حرمان المتقاضى من احدى درجتى التقاضى وذلك كما حددت المادة ٦٨ من الدستور "التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل مواطن حق الإلتجاء إلى قاضيه الطبيعي....."

الامر الذى يمكن القول معه أن محكمة الاحزاب محكمة متخصصة فى جانب واستثنائية فى جانب آخر.

لذلك أرى من جانبى أن محكمة الاحزاب من حيث التخصص فقط بالمنازعات المعروضة عليها نجدها محكمة متخصصة وهذا يبدو لنا من حيث الظاهر ، ولكن الحقيقة على خلاف ذلك، ذلك ان المحاكم المتخصصة يجب لى يصدق عليها هذا الوصف ان يكون التخصص تخصص محاكم و تخصص قضاة<sup>(١٠٧)</sup> حتى نكون بصدد محاكم متخصصة على النحو المطلوب.

نجدها ايضا" محكمة استثنائية من حيث حرمان المتقاضى من احدى درجتى التقاضى لكنها ليست محكمة استثنائية على النحو الذى تكون عليه المحاكم الاستثنائية التى تنشأ لمواجهة ظروف معينة او حالة من حالات الطوارئ التى تهدد امن الدولة الأمر الذى يصعب معه القول بأن محكمة الاحزاب محكمة استثنائية مثل المحكمة العسكرية كون هذه الأخيرة نموذج للمحاكم الاستثنائية.

107 د/طلعت محمد لويدار، المحاكم الاقتصادية خطوة اخرى نحو التخصص القضائى. دار الجامعة الجديد. الاسكندرية ٢٠٠٩. ص٥.

خلاصة القول إن أرى إنه من الصعب وصف محكمة الاحزاب بانها محكمة متخصصة، كذلك من الصعب وصفها بانها محكمة استثنائية على النحو الدقيق والمطلوب للتخصص والاستثناء.

وعلى ذلك قد تكون لها طبيعة خاصة وقد يرجع ذلك من كون المنازعات المعروضة عليها منازعات سياسية.

## الخاتمة

الحمد لله رب العالمين بعد ان انعم الله علينا بالانتهاء من هذا البحث وبعد أن عرضنا لمشكلة البحث وقمنا بمناقشتها بموضوعية تامة من خلال منهجية البحث فإنه يتبقى لنا أن نشير الى إنه بصفة عامة ان فكرة التخصص لم تكن موجودة في القضاء الادارى ولكن هذا القضاء صاحب الولاية العامة بنظر جميع المنازعات الإدارية هذا ظاهراً ومع تعمقنا في موضوع الدراسة توصلنا الى ان التخصص في القضاء الادارى هو وان كان يمكننا القول انه يأخذ بمبدأ التخصص في بعض الاحيان من خلال تقسيمة للدوائر وتوزيع العمل بين تلك الدوائر هذا الأمر وان كان ينبئ عن بوادر للتخصص ولكنه ليس بالتخصص الذى يريده الجميع.

ولما عرضنا على محكمة الاحزاب باعتبارها احدى محاكم مجلس الدولة فى المحكمة الادارية العليا وبعد عرضنا من نراها متخصصة ومن يراها كذلك إلا انه فى النهاية لاختلاف فى النهاية على بعض الامور

(١) ضرورة التقاضى على درجتين امام محكمة الاحزاب.

(٢) لا بد على المشرع المصرى ان يعتنق سياسة التخصص القضائى كما ينبغى ان يكون سواء فى القضاء الادارى او فى مجال القضاء العادى مع حظر عدم ازدياد هذه المحاكم حتى لا يحدث اضطراب فى الاختصاص بين المحاكم

(٣) تعميم نظام تحضير الدعوى فى القضاء الإدارى نظير مثلتها فى قانون المرافعات لما يمتاز به مميزات كثيرة وعيوب قليلة فهو بحق خير تطبيق للتخصص فى المحاكم بعموميتها.

## قائمة المراجع

### أولاً: المؤلفات العامة:

- ١- د/ احمد فتحى سرور، الشريعة الدستورية وحقوق الانسان، دار النهضة العربية، ١٩٩٥.
- ٢- د/ احمد عبد الوهاب السيد، الحماية الدستورية لحق الانسان فى قضاء طبيعى، مؤسسة بيتر للطباعة ٢٠٠٢.
- ٣- د/ احمد صبحى العطار، القضاء الجنائى الاستثنائى، رسالة الدولية للطباعة، الشرقية ١٩٩٩-٢٠٠٠.
- ٤- د/ احمد ماهر زغول، قواعد المرافعات، دار النهضة العربية القاهرة، ط ٢٠٠١.
- ٥- د/ السيد خليل هيكل، الاحزاب السياسية فكره ومضمون، مكتبة الطلبة بأسيوط.
- ٦- د/ يوشير محند امقران، انتفاء السلطة القضائية، دون تاريخ نشر ولا دار طبع.
- ٧- د/ جمال الدين العطفى، اراء فى الشرعية، الهيئة المصرية للكتاب.
- ٨- د/ حسن البدر اوى، الاحزاب السياسية والحريات العامة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٩.
- ٩- د/ رجب حسن عبد الكريم، الحماية القضائية لحرية تأسيس واداء الاحزاب السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ١، ٢٠٠٧.
- ١٠- د/ رمزى طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستورى ط ٣ دون تاريخ نشر ودار طبع.
- ١١- د/ سليم محمد سليم حسين، حق المتهم فى المحاكمة امنم قاضية الطبيعى، دار النهضة العربية القاهرة، ٢٠٠٩.
- ١٢- د/ سليمان محمد الطماوى، السلطات الثلاثة، دار الفكر العربى. الطباعة ١٩٩٦.
- ١٣- د/ صلاح سالم جوده، القاضى الطبيعى، دراسة تأصيلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.
- ١٤- د/ طلعت محمد دويدار، المحاكم الاقتصادية خطوة اخرى نحو التخصص القضائى، دار الجامعه الجديده، الاسكندرية ٢٠٠٩.
- ١٥- د/ عبد الحكم فوده، ضوابط الاختصاص القضائى، منشأه المعارف الاسكندرية ١٩٩٥.
- ١٦- د/ عبد العظيم مرسى الوزير، الجوانب الاجرائية لجرائم الموظفين والقائمين بأعباء السلطة العامة، دار النهضة العربية. القاهرة.
- ١٧- د/ فتحى والى. الوسيط فى قانون القضاء المدنى. مطبعة جامعة القاهرة دار الكتاب الجامعى ٢٠٠٨.



- ١٨- د/ فواد العطار. النظم السياسية والقانون الدستوري. دار النهضة العربية القاهرة.
- ١٩- د/ محمد باهى ابو يونس، الفرماة التهديدية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٠.
- ٢٠- د/ محمد باهى ابو يونس، إنقضاء الخصومة الادارية بالارادة المنفردة للخصوم فى المرافعات الادارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٠.
- ٢١- د/ محمد احمد عطية، مجلس الدولة تشكيلة واختصاصاته، الطبعة الاولى، ٢٠٠٠.
- ٢٢- د/ محمد هشام ابو الفتوح، قضاء امن الدولة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ١٩٩٦.
- ٢٣- د/ محمد نور شحاتة، استقلال القضاء من وجهه النظر الدولية والعربية والاسلامية، دار النهضة العربية القاهرة.
- ٢٤- د/ ماجد الحلو. القانون الدستوري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ٢٠٠٩.
- ٢٥- د/ محمود نجيب حسنى، شرح قانون الاجراءات الجنائية.
- ٢٦- د/ مصطفى ابو زيد فهمى، النظام الدستوري المصرى، ١٩٨٤
- ٢٧- د/ مصطفى ابوزيد فهمى، الدستور المصرى فقها وقضاء، مطابع السعدنى، الاسكندرية - طبعه ١٩٩٦
- ٢٨- د/ محمود عاطف البنا، الوسيط فى النظم السياسية، دار نهضة الشرق، القاهرة، ط ٢٠٠٠.
- ٢٩- د/ ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ط ١٩٩٣.
- ٣٠- د/ محمد حسين منصور، الوحيد فى احكام الالتزام والاثبات، ابو الخير للطباعة، الاسكندرية.
- ٣١- د/ محمد محمد مصباح القاضى، الحماية الجنائية للطفولة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ٢٠٠٦.
- ٣٢- د/ هشام زوين، موسوعة المحاكم الاقتصادية الجزء الاول، المكتب الدولى للكوسوعات القانونية، الاسكندرية، الطبعة الاولى، ٢٠٠٩.

#### ثانياً: الابحاث العلمية:

- ٣٣- د/ احمد خليل، الدائرة الابتدائية والدائرة الاستئنافية محكمتان داخل المحكمة الاقتصادية الواحد، بحث منشور فى مجلة الحقوق البحوث القانونية والاقتصادية لكلية الحقوق جامعة الاسكندرية، عدد خاص ٢٠١٠.

- ٣٤- د/ حسن صلاح الدين الليدي. بدعه المحاكم الاستثنائية فى البلدان العربية. مجلة القضاء. يناير ١٩٨٥.
- ٣٥- د/ خيرى الكباش. التقاضى على درجتين فى الجنايات. بحث منشور مجلة الحقوق جامعة الاسكندرية عدد خاص.
- ٣٦- د/ سيد تمام. الحق فى الاطلاع. بحث مقدم لمؤتمر حق الدفاع الذى نظمه مركز الدراسات القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق جامعة عين شمس فى الفترة من ٢٠-٢٢ ابريل ١٩٩٦.
- ٣٧- د/ محى محمد سعد، دور المحاكم الاقتصادية فى الاصلاح القضائى والاقتصادى، بحث منشور فى مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الاسكندرية، عدد خاص ٢٠١٠.
- ٣٨- د/ محمود احمد طه. حق الاستعانة بمحام اثناء تحقيقات الشرطة القضائية ١٩٣٣. مجلة روح القانون. عدد يناير.
- ٣٩- د/ محمد كامل عبيد. التكوين المهنى لرجال القضاء مجلة الامن والقانون. السنة الاولى العدد الثانى. كلية شرطه دى ١٩٩٣.
- ٤٠- د/ مأمون محمد سلامة. العلاقة بين القضاء العادى والقضاء العسكرى فى ظل قانون الاحكام العسكرىة. مجلة القضاء ١٩٦٨.

#### ثالثاً: المقالات:

- ٤١- د/ احمد فتحى سرور. استقلال القضاء حق من حقوق الانسان فى القضاء المصرى. مقالة فى الجوانب العملية فى اصدار الحكم الجنائى.

#### رابعاً: الرسائل العلمية:

- ٤٢- د/ هشام محمد فوزى، رقابة دستورية القوانين، دراسة مقارنة بين امريكا ومصر، رسالة دكتوراة ١٩٩٨ طبعة خاصة، مركز القاهرة لدراسات حقوق الانسان - طبعة خاصة لهيئة قضايا الدولة والنيابة الادارية لسنة ١٩٩٩.

#### خامساً: الأحكام القضائية:

- ٤٣- حكم المحكمة الادارية العليا فى الطعن رقم ١٢٠٢ لسنة ٣٦ ق بجلسة ١٩٨٣/٦/٢٥. مجموعة المبادئ التى قررتها المحكمة الادارية العليا. الدائرة الاولى بتشكيلها الخاص فى شأن الاحزاب السياسية. المكتب الفنى من اول يونيو ١٩٨٣ الى آخر يونية ٢٠٠١ ص ٩٧.
- ٤٤- القضية ٤٤ لسنة ٧ ق. دستورية بجلسة ١٩٨٨/٥/٧. صدء دستورية.
- ٤٥- القضية ٤٤ لسنة ٧ ق. بجلسة ١٩٨٨/٥/٧. جء دستورية.

- ٤٦- الحكم الصادر في الطعن رقم ٣٨٠٣ لسنة ٣٥ ق. المحكمة الادارية العليا بجلسة ١٩٩٢/٦/٦.
- ٤٧- حكم المحكمة الادارية العليا، دائره الاحزاب السياسيه ، في الطعنين رقمي ٢٤٠٨, ٣١٦٦، لسنة ٣٨ ق بجلسه ١٩٩٣/٦/١٣، المقام بشأن حزب الشعب الديموقراطي، مجموعه المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة.
- ٤٨- حكم المحكمة الادارية العليا ، دائره الاحزاب السياسيه ، في الطعن رقم ٢٢٣ لسنة ٤٠ ق ، بجلسة ١٩٩٦/١١/٩ المقام من حزب مصر الفتاه ، مجموعه المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة.
- ٤٩- حكم المحكمة الادارية العليا، دائره الاحزاب السياسية في الطعن رقم ٢٢٣ لسنة ٤٠ ق بجلسة ١٩٩٦/١١/٩ المقام من حزب مصر الفتاه، مجموعه المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة.
- ٥٠- حكم المحكمة الادارية العليا، دائره الاحزاب السياسيه، في الطعن رقم ١٤٢٤ لسنة ٤٢ قضائيه ، بجلسه ١٩٩٩/٢/٦، المقام من طالبى تأسيس حزب الوحدة الوطني والسلام الاجتماعى ، مجموعه المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا ، دائره الاولى بتشكيلها الخاص فى شأن الاحزاب السياسيه ، من اول يونيو ١٩٨٣ الى اخر يونيو ٢٠٠١.
- ٥١- حكم الصادر بجلسة ٦ فبراير سنة ١٩٩٩ فى الطعن رقم ١٤٢٤ لسنة ٤٢ ق من الدائرة الأولى للمحكمة الادارية العليا.
- ٥٢- حكم المحكمة الادارية العليا"دائرة الاحزاب، فى الطعن رقم ٣١٨٧ لسنة ٤٥ ق عليا بجلسة ٢٠٠١/٤/٧، مجموعه المبادئ التي قررتها المحكمة الادارية العليا الاولى، بتشكيلها الخاص فى شأن الاحزاب السياسية، من اول يونيو وحتى اخر يونية ٢٠٠١.
- ٥٣- القضية رقم ٢١٩ لسنة ٢١ قضائية، دستورية بجلسة ٢٠٠٢/٩/٢٢، ط (دستورية).
- ٥٤- الحكم الصادر فى الطعن رقم ١٨٩٨، لسنة ٤٨ ق عليا، مجموعه المبادئ التي قررتها المحكمة الادارية العليا، ط اول اكتوبر حتى ابريل ٢٠٠٧.
- ٥٥- القضية رقم ١٦٥ لسنة ٢٨ قضائية، دستورية بجلسة ٢٠٠٨/٣/٢ ج ١٢ ثارت القضية بشأن المادة ١٣٧ قانون الاثبات.
- ٥٦- حكم المحكمة الادارية العليا وادارة الاحزاب السياسية فى الطعن رقم ١٤٢٤ لسنة ٢٠ قضاية ،مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا.

## دور الوكيل الإلكتروني في التجارة الإلكترونية

### Electronic Agent

دراسة في ضوء أحكام اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام

الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية ٢٠٠٥

دكتور / شريف محمد غنام

قسم القانون التجاري

كلية الحقوق - جامعة المنصورة

### المقدمة

#### ١- موضوع البحث:

لم يعد الإنترنت يمثل دورًا سلبيًا كوسيلة اتصال تسهل عمليات التجارة الإلكترونية، وإنما تحول دوره إلى كونه مشاركًا بشكل إيجابي في عمليات التجارة الإلكترونية من خلال استخدام الشبكة في مفاوضات قانونية وإبرام العقود. وقد زاد الاهتمام في الفترة الأخيرة بالمفاوضات التلقائية Electronic Negotiations التي تتم عبر شبكة الإنترنت بشكل إلكتروني، ويعزو ذلك إلى تطور التكنولوجيا عبر الشبكة الذي أدى بدوره إلى تطور هياكل الاتصالات، وتم تصميم وتطوير برامج تنتمي إلى أشخاص وهيئات ومشروعات تعمل وتتفاعل بالنيابة عنها عبر الشبكة، وتنفذ المهام الموكولة إليها. وتسهل هذه التكنولوجيا الجديدة المفاوضات عبر الشبكة، وتوفر الوقت مقارنة بالمفاوضات التي يقوم بها الأشخاص، هذا بالإضافة إلى أنها أقدر فنيًا من الشخص العادي في تحقيق المصلحة الشخصية للمفاوض<sup>(١)</sup>.

وقد عُرفت هذه البرامج المتقدمة التي تستخدم في إبرام العقود والصفقات التجارية عبر شبكة الإنترنت ببرامج الوكلاء الإلكترونيين

(١) انظر في ذلك،

SANDHOLM (T.), Agent in Electronic commerce: component technologies for automated negotiation and coalition formation, at "http://www.springerlink.com/content/r9621565p3484487".p.2

Electronic Agent Programs<sup>(1)</sup>. وقد استخدمت هذه البرامج كوسيلة للتعبير عن الإرادة تتضمن عرضًا للتعاقد أو إيجابًا أو قبولًا، وتتميز للرسائل الصادرة من هذه البرامج بأنها تعمل من خلال أنظمة معلوماتية تعتمد على معلومات مزودة من البائع أو المشتري بناء على مواصفات معينة للسلع والأثمان، ويتم إبرام العقد دون تدخل أو حتى علم من البائع أو المشتري، أو دون علم المتعاقد الآخر أنه يتعامل مع برنامج يستخدمه شخص.

والواقع أنه إذا كان المتعاقد هو الذي يحدد العناصر الجوهرية في الإعلان عن إرادته عبر وسيلة الاتصال الحديثة عن بعد كما هو الحال في صفحة الويب Web page ، فإن التعبير عن الإرادة هنا لا يطرأ عليه تغيير سوى في وسيلة التعبير عن هذا الرضاء فقط لأن الإرادة البشرية هي التي تحدد وتقرر محتوى العقد، وما عمل وسيلة الاتصال سوى نقل الإرادة البشرية، سواء تمثلت هذه الإرادة في صورة إيجاب أو قبول<sup>2</sup>.

غير أن تقدم التكنولوجيا، وتطور النكاه الصناعي قد مكن برامج الوكلاء الإلكترونيين من البحث عن السلع والخدمات وفقًا للمواصفات التي حددها المتعاقد، وإبرام العقد عند العثور عليها دون تدخل أو علم من المستخدم، ويرسل ويتسلم البضائع - إن كانت في صورة إلكترونية- ويمسك للثمن من بطاقة الائتمان التي زودها بها المستخدم. في هذه الحالة، يقوم برنامج الوكيل بالبحث والمقارنة بين السلع من حيث الجوده والثمن وظروف التعاقد والتسليم، ثم يرسل إيجابًا أو يقبل قبولًا بشكل آلي دون تدخل المستخدم<sup>(3)</sup>. وفي الحقيقة نحن هنا أمام تقنية جديدة تمثل دورًا مهمًا ليس في نقل إرادة الشخص فحسب، وإنما في مضمون ومحتوى العقد، أو

(1) انظر في ذلك،

GONZALO (S.), A business outlook regarding Electronic Agent, International Journal of Law & Information technology, V.9, September 2001, p. 2.

(2) د. محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤، ص ٩٧.

(3) انظر، د. سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٨، ص ١.

بمعنى أوضح في مضمون الإيجاب أو القبول بغض النظر عما تتجه إليه إرادة المستخدم، وبغض النظر كذلك عن علمه بظروف العقد وبالمفاوضات التي أجريت والمتعاقد مع هذا البرنامج، ولحظة إبرام العقد، وبمعنى مجمل بغض النظر عن المضمون الحقيقي للعقد<sup>(١)</sup>.

وسوف ينصب بحثنا على دور هذه البرامج الجديدة والتي يُطلق عليها برامج الوكيل الإلكتروني موضحين تعريفها وأنوعها والمشكلات القانونية التي تثيرها خاصة تلك المتعلقة بكونها مجرد أداة يستخدمها الشخص في تعاقداته عبر الشبكة أم أنها شخصاً قانونياً مستقلاً يستطيع التعبير عن الإرادة بعيداً عن مستخدمه، وكذلك المشكلات المتعلقة بتحديد المسئول عن الأعمال والتصرفات القانونية التي تقع أثناء عمل البرنامج.

## ٢ - أهمية البحث:

أثار استخدام برنامج الوكيل الإلكتروني في التعاقد عبر شبكة الإنترنت العديد من المشكلات القانونية التي أصبح معها الإطار القانوني القائم غير ملائم أو مناسب للتعامل معها. وعلى الرغم من صدور العديد من القوانين الحديثة التي تنظم التعاقد عبر شبكة الإنترنت؛ حيث تطور الإطار القانوني بتغيير بيئة الإنترنت وتحولها من الواقع المادي إلى واقع الافتراضي، وصدرت تطبيقاتاً لذلك العديد من القوانين التي تعترف بهذا التعاقد، وتضمنت نصوصاً خاصة بالتعاقد عبر هذه الشبكة، فإن التطورات التكنولوجية تتطور أسرع كعادتها دائماً من تطور الفكر القانوني، وجاءت هذه المرة لتحدي جديد للفقهاء القانوني والمشرعين على السواء وأثارت العديد من التساؤلات التي تحتاج إلى أجوبة.

ومن التساؤلات القانونية التي يثيرها استخدام الوكلاء الإلكترونيين في إبرام العقود عبر شبكة الإنترنت والتي سوف يحاول البحث الإجابة عليها:

ماذا لو لم ينفذ البرنامج التعليمات الصادرة من مستخدمه (الأصيل

---

(١) انظر في المعنى ذاته، د. سمير عبد السميع الأودن، للعقد الإلكتروني، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٦٤، ص ٣٤.

هنا)، بدقة بسبب عطب أو بسوء عمل في البرنامج، ماذا لو تم اختراق برنامج الوكيل من جانب الغير وأدخل تعليمات جديدة تغير من طبيعة الصفقة، هل يلتزم مستخدم الوكيل بنتائج هذه الأعمال؟

ومن هذه التساؤلات كذلك، ما الحكم لو عدل في المتعاقد مع الوكيل من بنود العقد المقدمة من برنامج الوكيل، ألا يعد ذلك إيجاباً جديداً يحتاج إلى قبول من برنامج الوكيل؟ ويكمننا أن نوضح ذلك بالمثال التالي: لو أن الشركة أو الشخص (أ) استخدم الوكيل (ب) لشراء أسهم تتداول في السوق تصدر من إحدى الشركات التي يضمن أسهمها أحد البنوك ومن المتوقع أن ترتفع أسهمها بنسبة ٤٠% في الفترة القادمة. بحث البرنامج في الشبكة عن الشركات التي تصدر الأسهم، ووجد أن أسهم الشركة (ج) هي التي يتوافر فيها الشروط التي حددتها الشركة (أ). طلب الوكيل (ب) من الوكيل (هـ) وهو الذي يعمل كوكيل عن الشركة (هـ) مصدرة هذه الأسهم شراء كمية الأسهم المتفق عليها وهي خمسة آلاف سهم. غير أن الشركة (أ) التي استخدمت الوكيل (ب) عرفت أن الشركة (هـ) مصدرة الأسهم مجرد شركة وهمية وقامت بالإعلان عن نفسها فقط في الإنترنت، وأن لها مشكلات سابقة ويعلمها الجميع، إلا أن وكيلها (ب) قد اعتمد في معلوماته على البيانات الموجودة في المواقع المختلفة والشرائط الإعلانية وغرف المحادثات، وكلها تتحدث عن هذه الشركة، بل أن هناك عناوين في الأخبار الخاصة بالشركات توضح موقف هذه الشركة. في هذا المثال، الشركة (أ) تكبدت خسائر كبيرة كان من الممكن تجنبها لو وكلت شخصاً طبيعياً؛ لأنه سيعلم بسهولة الموقف الحالي للشركة البائعة. فهل يمكن أن يتمسك بأن الوكيل (ب) مجرد برنامج وأداة في يده، وأنه يلزم أن تكون لديه هويته التعاقد لا عند الوكيل (ب)؟ هل يجوز لهذه الشركة (أ) أن تقاضي الشركة المسئولة عن البرنامج الذي يعمل الوكيل من خلاله وخاصة أنه لا يستطيع فحص أو مراجعة التصرف قبل القيام به؟

إن غياب الحلول القانونية المناسبة، وأيضاً غياب الأسس والمعايير الدولية للتعامل مع الوكلاء الإلكترونيين، ستؤدي إلى وجود صعوبات جادة لحل أي نزاع قادم ينشأ نتيجة استخدام هذه البرامج، وهذا سيؤدي إلى احجام العديد من مستخدمي الإنترنت عن استخدام التكنولوجيا الحديثة مع

أنها أصبحت واقع يجب التعامل معه. وسوف يحاول البحث في المساهمة في إيجاد هذه الحلول القانونية.

### ٣- التنظيم القانوني لاستخدام الوكيل الإلكتروني:

أصبحت مسألة استخدام برامج الوكيل الإلكتروني في التعاقدات التي تتم عبر الشبكة واقعاً ملموساً له تنظيم تشريعي على المستوى الوطني والدولي على السواء. فمن ناحية الواقع العملي، يوجد العديد من الشركات التي تمتلك وكلاء إلكترونيين توظفهم في خدمة البائعين والمشتريين عبر الشبكة، وتعتبر الشركات الأمريكية أولى الشركات التي عملت في هذا المجال، ثم انتقل الأمر بعد ذلك إلى الشركات الأوروبية خاصة الشركات الألمانية والإنجليزية والفرنسية<sup>(١)</sup>. ومن أمثلة الشركات الإنجليزية التي تعمل في هذا المجال شركة Shopper.com، ومن أمثلة الشركات الفرنسية Intelligent Process. ومن أمثلة الوكلاء الإلكترونيين التابعين لهذه الشركات Webprocess, Laventis.com, Buycentral.com. ومن الشركات الألمانية شركة Evenbetter.com، وقد دخلت اليابان أيضاً هذا المجال عن طريق شركتي Fujitsu, Mistubishi<sup>(٢)</sup>.

أما على المستوى التشريعي، فيوجد العديد من الأعمال الدولية والتشريعات الوطنية التي تعالج بشكل مباشر أو غير مباشر مسألة تدخل الوكيل الإلكتروني في إبرام العقود عبر شبكة الإنترنت.

ومن الأعمال الدولية الحديثة التي عالجت استخدام الوكيل الإلكتروني في إبرام التصرفات القانونية عبر شبكة الإنترنت، اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية الصادرة

---

(١) راجع في ذلك،

GONZALO (S.), A business outlook on Electronic Agents, ECLIP (Electronic Commerce Legal Issue), Final Release, November 2000, at

"http://128.176.101.170/eclip/froum/Ist/business\_outlook.pdf", p.2.  
(٢) راجع،

Op. cit., p. 23.



في ٢٣ نوفمبر ٢٠٠٥<sup>(١)</sup>. وتوضيح ذلك أن هذه الاتفاقية قد نصت في الفقرة (ج) من المادة الرابعة منها في تعريفها لرسالة البيانات Data message التي تستخدم في نظام الرسائل الآلي الموضح في الفقرة (ز) من ذات المادة بأنها " المعلومات المنشأة أو المرسله أو المتلقاه أو المخزنة بوسائل إلكترونية أو مغنطيسية أو بصرية أو بوسائل شبيهة تشمل على سبيل المثال لا الحصر، التبادل الإلكتروني للبيانات أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي". هذا بالإضافة إلى أن الاتفاقية قد نصت في الفقرة الثانية من المادة ٨ على أنه " ليس في هذه الاتفاقية ما يشترط إنشاء الخطاب الإلكتروني أو تكوين العقد وإثباتهما في أي شكل معين"، الأمر الذي يعني أنها قد سمحت باستخدام أية وسيلة في تكوين العقود الإلكترونية، والاعتراف بالعقود التي تبرمها الوسائل الحديثة. وقد نصت الاتفاقية بشكل أكثر صراحة في المادة ١٢ منها تحت عنوان استخدام نظم الرسائل الآلية في تكوين العقود على صحة العقود التي تتعد عن طريق نظام الرسائل الآلية بقولها " لا يجوز إنكار صحة أو إمكانية إنفاذ العقد الذي يكون بالتفاعل بين نظام رسائل آلي وشخص طبيعي أو بالتفاعل بين نظامي رسائل آليين لمجرد عدم مراجعة شخص طبيعي كلا من الأفعال التي قامت بها نظم الرسائل الآلية أو العقد الناتج عن تلك الأفعال وتدخله فيها". وتجدر الإشارة إلى أن نظام الرسائل الآلي الذي يشير إليه النص تم تعريفه في الفقرة (ز) من المادة الرابعة من ذات الاتفاقية على أنه " برنامج حاسوبي أو وسيلة إلكترونية أو وسيلة آلية أخرى تستخدم لاستهلاك إجراء ما أو للاستجابة كلياً أو جزئياً لرسائل بيانات أو لعمليات تنفيذها دون مراجعة أو تدخل من شخص طبيعي في كل مرة يستهل فيها النظام إجراء ما أو ينشئ استجابة ما".

ومن الأعمال الدولية التي تتضمن كذلك الإشارة إلى استخدام

---

(١) يطلق على هذه الاتفاقية United Nations Convention on the use of Electronic Communications in International Contracts ، ونصوصها متاحة على الموقع التالي،

"[http://treaties.un.org/pages/viewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=x-18&chapter=1](http://treaties.un.org/pages/viewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=x-18&chapter=1)".

الأدوات الإلكترونية في إبرام العقود عبر شبكة إنترنت ومن ضمنها الوكيل الإلكتروني قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الصادر عام ١٩٩٦ الذي يتضمن عددًا من المواد تعالج هذه المسألة كما هو الحال في المادة ٢/ (ج، هـ، و) منه التي تعرف منشئ رسالة البيانات، والوسيط الذي يستخدم هذه الرسالة، ونظام المعلومات الذي يُستخدم لإنشاء رسائل البيانات. ويتضمن هذا القانون أيضًا المادة ١/١١ التي تتحدث عن صحة العقود التي تبرم عن طريق استخدام رسائل البيانات التلقائية المادة ١٢ التي تنص على أن التعبير عن الإرادة لا يفقد مفعوله القانوني أو صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه تم بشكل آلي في صورة رسالة بيانات. ويشمل هذا القانون النموذجي كذلك المادة ٢/١٣ (ب) التي تسند رسائل البيانات الصادرة منها إلى منشئ الرسالة حتى ولو صادرة من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه تلقائيًا<sup>(١)</sup>.

وإذا كان التوجيه الأوربي الصادر عام ٢٠٠٠ الخاص بالتجارة الإلكترونية لم ينص صراحة على استخدام الوكيل الإلكتروني وصحة هذه العقود، فإنه من الممكن أن نستشف هذه النتيجة من نص المادة ٩ التي نص فيها تحت عنوان "معالجة العقود" Treatment of contract على أن الدول الأعضاء أن تؤمن أن نظامها القانوني يسمح بإبرام العقود بالطرق الإلكترونية Electronic means، وألا تتضمن نظامها القانوني ما يمنع فاعلية أو صحة هذه العقود.

هذا بالإضافة إلى أن المادة ٢/١١ من هذا التوجيه التي أوجبت على الطرف الذي يعرض سلعة أو خدمات عن طريق نظام حاسوبي مؤتمت أن يوفر للأطراف الذين يستخدمون النظام الوسائل التقنية التي تسمح لهم بالتعرف على الأخطاء وتصحيحها قبل إبرام العقد Identify and

---

(١) انظر، انظر قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ١٦٢/٥١ الصادر في ١٦ ديسمبر ١٩٩٦ منشور في:

UN publications V.97 – 22269- may 1997,5, 100.

ونصوص هذا القانون في نسختها العربية متاحة على الموقع التالي،  
"http://www.unicitral.org/pdf/arabic/texts/electron/ml\_ecomma-a\_ebook.pdf"

correct input error. ويجب أن تكون الوسائل التقنية التي يلزم توفيرها ملائمة وفعالة وفي المتناول<sup>(١)</sup>.

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية Explanatory Notes لهذا التوجيه حول هذه المادة أنه يجب على الدول الأعضاء ألا تضع أية عراقيل قانونية أمام استخدام بعض الأنظمة الإلكترونية الحديثة في إبرام العقود عبر شبكة الإنترنت مثل استخدام الوكيل الإلكتروني Electronic Agent<sup>(٢)</sup>. غير أنه بخلاف هذه الإشارة الصريحة لفكرة الوكيل الإلكتروني في التوجيه الأوربي، لا يوجد تنظيم مباشر أو أكثر تفصيلاً لهذه الفكرة، وهذا ما دفع بعض الفقه إلى القول بأن نصوص التوجيه الأوربي لا تستوعب فكرة الوكيل الإلكتروني خاصة المادة ١١ منه التي تتحدث عن تكوين العقود وعن وجود متسلم الإيجاب Recipient والرضاء Consent، وهذه المصطلحات تفترض وجود شخص طبيعي أو وكيل بشري<sup>(٣)</sup>.

بيد أننا نتفق مع بعض الفقه يرون أن نصوص التوجيه لا تستبعد صراحة فكرة استخدام الوكيل الإلكتروني في إبرام العقد، والقول بغير ذلك يخالف الإطار العام لنصوص التوجيه التي تشجع على استخدام التكنولوجيا الحديثة في إبرام العقود الإلكترونية، هذا بالإضافة إلى الإشارة الصريحة

---

(١) انظر،

Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of interaction society services, OJ L178/1, 17 – 7- 2000.

ونصوص هذا التوجيه متاحة على الموقع التالي،

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:178:0001:0016:EN:PDF>

(٢) ورد في هذه المذكرة ما يلي:

**The member states will have to not prevent the use of certain electronic systems as Intelligent Electronic Agent....."**

انظر في المزيد عن هذه المذكرة الموقع السابق.

(٣) انظر في هذا المعنى،

**GROOM (J.), Are agent exclusion clauses a legitimate application of the EU database directive?, www.law.ed.ac.uk/ahrb/script-ed/docs/agents.doc".**

## فكرة الوكيل الإلكتروني في المذكرة الإيضاحية<sup>(١)</sup>.

ومن القوانين الوطنية التي تعالج التصرفات التي يبرها الوكيل الإلكتروني مباشر<sup>(٢)</sup>، قانون المعاملات الإلكترونية الأمريكية الموحد UETA<sup>(٣)</sup> الذي يعترف بقدرة الوكيل الإلكتروني على إبرام وتنفيذ العقود لحساب أشخاص آخرين بصفة مستقلة عنهم، وجعل من يتصرف الوكيل لحسابهم مسؤولين عن تصرفات الوكيل وذلك في المبحثان الثاني والثالث منه.

والأمر هو ذاته بالنسبة للقانون الأمريكي الموحد للعقود التي تتم بمعلومات الكمبيوتر UCITA عام ١٩٩٩<sup>(٤)</sup>؛ حيث نص في المبحث ١٠٢ منه على تعريف الوكيل الإلكتروني، وأكد صحة التصرفات التي تتم من هذا الوكيل الإلكتروني في المبحثان ١٠٧ و ١١٢ منه. وتفسير ذلك أن المبحث ١٠٧ من هذا القانون ينص على أن " يلتزم الشخص الذي يستخدم الوكيل الإلكتروني بالعمليات التي يقوم بها الوكيل حتى ولو لم يدرك شخص المستخدم تصرف الوكيل أو لم يراجع العمليات التي قام بها الوكيل أو نتائج

(١) راجع في ذلك،

MIRZAIAN (A. – G.), Electronic commerce: This is not your father's Oldsmobile, RUTGERS L. Rec., 2002, p. 123.

(٢) تجدر الإشارة إلى أن مشروع قانون المبادلات الإلكترونية المصري لم ينظم أحكام الرسائل الإلكترونية واستخدام الوسائل والأنظمة الإلكترونية المؤتممة في إبرام التصرفات عبر شبكة الإنترنت.

(٣) يقصد بها: Uniform Electronic Transactions Act الصادر عام ١٩٩٩.

انظر في نصوصه والتعليق عليه الموقع التالي،

"http:// www.nccus.org/update/uniformact\_summaries/uniformacts-s-ueta.asp".

وتجدر الإشارة إلى أنه قد تم تكملة نصوص هذا القانون بقانون آخر يسهل التعاقد عبر شبكة الإنترنت وهو متاح على الموقع التالي:

"http://www.nccusl.org/update/uniformact\_factsheets/uniformacts-fs-ueta.asp".

(٤) يقصد به Uniform Computer Information Transactions Act ونصوصه متاحة على الموقع التالي:

"http://www.nccusl.org"

هذه العمليات" (1).

وبالإضافة إلى القانونين السابقين، فقد شهد قانون التجارة الأمريكي الموحد UCC تعديلاً مهماً عام ٢٠٠٣ وإضيف إلى النص إمكانية إبرام العقود الإلكترونية بواسطة الوكلاء الإلكترونيين، واعترفت المادة بعد تعديلها بصحة هذه العقود التي يجريها الوكيل الإلكتروني واسناد نتائج هذه العقود إلى مستخدم الوكيل (2).

ومن هذه القوانين الوطنية أيضاً، قانون التجارة الإلكترونية الكندي الموحد (3) الصادر عام ١٩٩٩ خاصة في المادة ١٩ التي تعرف الوكيل الإلكتروني والمادة ٢٠ التي تعترف بإبرام وصحة العقود باستخدام برنامج الوكيل الإلكتروني. وبشكل أوضح تنص المادة ٢١ من هذا القانون على أن العقد يمكن أن ينعقد بتدخل وكيل إلكتروني وشخص طبيعي أو بتدخل وكلاء إلكترونيين Or by interaction of electronic agents (4).

ومن القوانين الوطنية كذلك التي تعرضت لتنظيم التعامل بالوكيل الإلكتروني في إبرام صفقات التجارة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت ولكن بشكل غير مباشر قوانين دولة الإمارات العربية المتحدة، سواء قانون

---

(1) الواقع أنه قد تم تعديل نصوص هذا القانون مرتين: الأولى عام ٢٠٠٠ والثانية عام ٢٠٠٢ لتفادي الاعتراضات التي تقدمت بها الولايات المختلفة ضد هذا القانون، غير أن هذه التعديلات لم تتجح في جنب الولايات للتصديق على القانون. هذه التعديلات متاحة على الموقع التالي:

"http://www.nccusl.org/update/uniformact\_factsheets/uniformacts-fs-ucita.asp"

(2) انظر في شرح التعديلات التي تمت على المادة ١٠٢/٢ و ١٠٣/٢،

DANIAL (L. J.), Electronic contracting under the 2003 revisions to article 2 of the Uniform Commercial Code: Clarification or chaos? At:

"http://www.chtlj.org/sites/default/files/media/articles/v020/v020.i2.Daniel.pdf;MAGGS (G. - E.), the waning importance of revisions to U.C.C. article 2, Notre Dame L. Rev., 2003, p. 595.

(3) بقصد به Uniform Electronic Commerce Act، ويشار إليه بالاختصار UECA.

(4) نصوص هذا القانون متاحة على الموقع التالي:

"http://www.ulcc.ca/en/us/index.cfm?sec=1&sub=1u1"

التجارة الإلكترونية والمعاملات الاتحادي رقم ١ لسنة ٢٠٠٦<sup>(١)</sup>، أو قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢<sup>(٢)</sup>.  
وتفسير ذلك أن قانون التجارة الإلكترونية والمعاملات الاتحادي يعرف المعاملات الإلكترونية المؤتممة في المادة الأولى منه بأنها "معاملات يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة وسائل أو سجلات إلكترونية، والتي لا تكون فيها هذه الأعمال أو السجلات خاضعة لأية متابعة أو مراجعة من قبل شخص طبيعي"، والأمر هو ذاته في المادة ٢ من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢<sup>(٣)</sup>. وتدخّل أعمال الوكيل الإلكتروني في قول المشرع "وسائل أو سجلات إلكترونية"، لأن برنامج الوكيل الإلكتروني وسيلة إلكترونية حديثة تستخدم في إبرام العقود الإلكترونية.

وقد أقر المشرع الاتحادي العقود التي تتم باستخدام هذه الطرق الإلكترونية الحديثة ومنها الوكيل الإلكتروني في المادة ١٢ من القانون ذاته التي تنص في فقرتها الأولى على أنه "يجوز أن يتم التعاقد بين وسائل متضمنة معلومات إلكترونية أو أكثر معدة ومبرمجة مسبقاً للقيام بذلك، ويكون التعاقد صحيحاً وناظراً ومنتجاً لآثاره القانونية حتى في حالة عدم التدخّل الشخصي أو المباشر لأي شخص طبيعي في عملية إبرام العقد في هذه الأنظمة". أما الفقرة الثانية من هذه المادة، فقد اشترطت لصحة استخدام النظام المعلومات الإلكتروني المؤتمت أن يعلم الطرف الآخر أو كان من المفروض عليه أن يعلم أن هذا النظام هو الذي يتولى إبرام العقد أو تنفيذه

(١) تم نشر هذا القانون بالجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة، العدد ٤٤٢، السنة السادسة و الثلاثين، محرم ١٤٢٧ هـ/ يناير ٢٠٠٦.

(٢) صدر في دبي بتاريخ ١٢ فبراير ٢٠٠٢ م الموافق ٣٠ ذي القعدة ١٤٢٢ هـ.

(٣) تعرف المادة ٢ من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي الوسيط الإلكتروني المؤتمت على أنه "برنامج أو نظام إلكتروني لحاسب آلي يمكن أن يتصرف أو يستجيب لتصرف بشكل مستقل، كلياً أو جزئياً، دون إشراف أي شخص طبيعي في الوقت الذي يتم فيه التصرف أو الاستجابة له". وقد عرفت المادة ذاتها المعاملات الإلكترونية المؤتمتة بأنها "معاملات يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة وسائل أو سجلات إلكترونية، والتي لا تكون فيها هذه الأعمال أو السجلات خاضعة لأية متابعة أو مراجعة من قبل شخص طبيعي، كما في السياق العادي لإنشاء وتنفيذ العقود والمعاملات".

تلقائياً، والأمر هو ذاته في المادة ١٤ من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي<sup>(١)</sup>.

ومن جانبها فقد أوضحت المادة ١٣ من القانون الاتحادي رقم ١ لسنة ٢٠٠٦ العلاقة بين مستخدم هذه الوسائل والإيجاب الصادر من الوسيلة، وأكملت الإطار القانوني السابق بقولها " في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه، تعتبر الرسالة الإلكترونية صادرة عن المنشئ إذا أرسلت أ- ..... ب- من نظام معلومات مؤتمت مبرمج للعمل تلقائياً من قبل المنشئ\* أو نيابة عنه"<sup>(٢)</sup>.

#### ٤- خطة البحث:

ترتيباً على ما سبق، سوف تنقسم خطتنا في هذا البحث إلى فصلين على النحو التالي:

#### الفصل الأول: التعريف بالوكيل الإلكتروني

##### المبحث الأول: ماهية الوكيل الإلكتروني

##### المبحث الثاني: خصائص الوكيل الإلكتروني

#### الفصل الثاني: مصير التصرفات القانونية التي يقوم بها الوكيل الإلكتروني

المبحث الأول: إسناد التصرفات إلى مستخدم الوكيل باعتبار برنامج الوكيل مجرد أداة اتصال

المبحث الثاني: إسناد التصرفات إلى مستخدم الوكيل باعتبار برنامج الوكيل وكيلاً عن المستخدم

#### المبحث الثالث: رأينا في الموضوع

(١) تنص هذه المادة على أن " (١) يجوز أن يتم التعاقد بين وسائط إلكترونية مؤتمتة متضمنة نظامي معلومات إلكترونية أو أكثر تكون معدة ومبرمجة مسبقاً للقيام بمثل هذه المهمات، ويتم التعاقد صحيحاً وناظراً ومنتجاً آثاره القانونية على الرغم من عدم التدخل الشخصي أو المباشر لأي شخص طبيعي في عملية إبرام العقد في هذه الأنظمة. (٢) كما يجوز أن يتم التعاقد بين نظام معلومات إلكتروني مؤتمت يعود إلى شخص طبيعي أو معنوي وبين شخص طبيعي إذا كان الأخير يعلم أو من المفترض أن يعلم أن ذلك النظام سيتولى مهمة إبرام العقد أو تنفيذه "

(٢) والوضع هو ذاته فيما يتعلق بالمادة ١٥ من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢.

## الفصل الأول التعريف بالوكيل الإلكتروني

٥- على الرغم من انتشار مصطلح الوكيل الإلكتروني أو الوكيل الذكي في مقالات الفقه والتشريعات التي عالجت التصرفات الصادرة من هذا الوكيل، إلا أن مضمون هذا المصطلح ليس محل اتفاق، الأمر الذي يقتضي وضع تعريف دقيق له، ونبذة تاريخية عنه، وأنواعه المستخدمة في التجارة الإلكترونية، والشركات التي تمتلك هذا النوع من الوكلاء، وبيان الخصائص الفنية التي يتمتع بها هذا الوكيل وتلك التي تمكنه من القيام بالتصرفات القانونية.

### المبحث الأول ماهية الوكيل الإلكتروني

٦- الوكيل الإلكتروني هو برنامج خاص Special Software يتميز باستقلاليه عند تنفيذه لمهامه<sup>(١)</sup>. ويطلق على هذا البرنامج تسميات عديدة، غير أن التسمية الشائعة في هذا المجال هي Electronic Agent<sup>(٢)</sup>. وإذا كان مصطلح "الوكيل الإلكتروني" يستخدم بشكل موسع، فإن

(١) راجع في ذلك،

WEITTING (S.) and ZEHENDNER (E.), The Electronic Agent  
A legal personality under German Law, at "[http://www.lea-online.net/publications/paper\\_8\\_wetting.pdf](http://www.lea-online.net/publications/paper_8_wetting.pdf)", p.1

(٢) من هذه التسميات:

Intelligent Agent, Digital Agent, Shopping Agent, Autonomous Agent, Softbot, Crawler, Userbot, Knowbot.

انظر في ذلك،

DICKSON (K.W. Chiu), CHANGJIE WANG (Ho - Fung L.), Supporting the legal identities of contracting agents with an agent authorization platform, at "<http://portal.acm.org/citation.cfm?id=1089681&dl=GUIDE&coll=GUIDE&CFID=76963739&CFTOKEN=87855428>", p. 14; GONZALO (S.), A business outlook regarding Electronic Agent, September 2001, op. cit., p. 3



الفقهاء لم يتفقوا على معنى محدد له، لدرجة يمكن معها القوا بأنه من الصعب الاتفاق على تعريف دولي موحد له<sup>(١)</sup>.

وسوف نعرض في هذا المبحث لتعريف الوكيل الإلكتروني، ونعطي نبذة تاريخية عنه، ونبين أنواعه، ونحدد الجهات والمؤسسات التي تعمل في مجال التكنولوجيا الخاصة به.

### أولاً: تعريف الوكيل الإلكتروني:

نفضل عن تعريف الوكيل الإلكتروني أن نعرض للتعريفات الفقهية له باعتبارها الأسبق في الظهور من التعريفات التشريعية، وكان لها الفضل في تبني بعض التشريعات تنظيمًا لعمل هذا النوع من البرامج، قم نلي ذلك بعرض التعريفات التشريعية، وبيان رأينا في التعريف.

#### ١- التعريف الفقهي:

تشعبت الآراء الفقهية التي قيلت في تعريف الوكيل الإلكتروني؛ فوفقاً لرأي البعض الوكيل الإلكتروني "برنامج يعلم كيف يقوم بالأعمال التي تكون مناسبة للمستخدم"<sup>(٢)</sup>.

ويركز بعض الفقه في تعريفهم للوكيل الإلكتروني على الهدف أو المهمة التي يقوم بها. ومن التعريفات التي قيلت في ذلك التعريف الذي قال

(١) انظر،

JUREWICZ (A. – M.), Contracts concluded by Electronic Agents, comparative analysis of American and polish legal systems, at "http://law. bepress.com/expresso/eps/714", p.4; FESTA (P.), Intelligent Agent make a comeback, 1999, in "http://www.abcnews.co.com/section/tech/net/cnetitagents 991028. html", p. 1

(٢) انظر في ذلك،

KAFEZA (I), KAFEZA (E.) & DICKSON K.W. CHIU (D.), Legal Issues in Agent for electronic contracting, 2005, at "http://www.csd.computer.org/comp/proceedings/hicss/2005/ 2268/05/22680134a.pdf", p. 2.

الذي يرى أن هذا التعريف يعتبر تعريفاً موسعاً لفكرة الوكيل الإلكتروني Casual Definition، ولهذا أتبع هذا التعريف بذكر الخصائص التي يتميز لها برنامج الوكيل الإلكتروني.

به أحد الفئتين في شركة IBM؛ حيث عرفه بأنه " برنامج يساعد الناس على القيام بأعمال لحسابهم" <sup>(١)</sup>. ويُعرف كذلك على أنه " أي شيء يمكن أن يعمل في بيئته من خلال أجهزة إحساس Sensors ويتصرف في هذه البيئة من خلال مؤثرات Effectors" <sup>(٢)</sup>.

ويفضل البعض في تعريفه للوكيل الإلكتروني التركيز على الخصائص التي يتمتع بها هذا البرنامج والتي تميزه عن غيره من البرامج بل والتي هي السبب في تسمية البرنامج "الوكيل الإلكتروني". ومن التعريفات التي قيلت في هذا الصدد، الوكيل الإلكتروني " برنامج أو جزء مادي من كمبيوتر مثبت به برنامج Hardware or Software يتميز بأربع خصائص الاستقلالية Autonomy، والقدرة الاجتماعية Social Ability والقدرة على رد الفعل Reactivity والقدرة على المبادرة Pro – activeness <sup>(٣)</sup>. ويضيف بعض الفقه إلى التعريف السابق مجموعة أخرى من الخصائص مثل القابلية للتعديل Adaptive، والتأقلم مع شخصية المستخدم Personalized، والتعاون Collaborative، والتحكم في الأهداف Goal oriented <sup>(٤)</sup>.

ويميل البعض إلى تعريف الوكيل الإلكتروني بشكل يوضح الهدف منه وإبراز الخصائص التي يتمتع بها برنامجها في آن واحد، ومن ثم

---

<sup>(٢)</sup> انظر،

GILBERT (J.), IBM Intelligent agent, white paper, May 1997, "http://www. Networking .Ibm.com/ iaghome/html".

<sup>(٣)</sup> انظر في هذا التعريف،

RUSE (H.-G.), Electronic and the legal protection on non-creative database, International Journal of law and Information Technologies, vol.9, n° 3. 2001, p. 295.

<sup>(٤)</sup> راجع في ذلك،

WOOLDRIDGE (M. – J.) and JENNINGS (N. – R.), Intelligent Agent: ECAI- 94 Workshop on Agent Theories, Architecture and languages, Berlin, 1995, p. 5.

<sup>(٢)</sup> انظر،

CAFFREY (C.), Electronic Purchasing Agents, 1998, at "http://www.purchasing.miningcp.com/industry/purchaseing/library/weekly/aa02 0698.htm".

يعرفون الوكيل الإلكتروني بأنه " برنامج من برامج الحاسب الآلي يقوم بعمل معين نيابة عن الشخص الذي يستخدم الحاسب الآلي، ويكون له في قيامه بهذا العمل قدر من الاستقلالية فلا يتطلب قيامه بهذا العمل تدخل مباشر من الشخص الذي يمثله" (١).

## ٢- التعريف التشريعي:

على الرغم من زيوع فكرة الوكيل الإلكتروني في التجارة الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الإنترنت بين قه القانون، فإن هناك بعض التشريعات فقط هي التي تبنت تعريفاً لهذه الفكرة لهذه الفكرة (٢).

ومن القوانين التي تعرضت صراحةً لتعريف الوكيل الإلكتروني قانون المعاملات الإلكترونية الأمريكي الموحد UETA (٣). فقد عرفت المادة ٦/٢ من المبحث ٤٠١ منه الوكيل الإلكتروني بأنه " برنامج كمبيوتر أو أية وسيلة إلكترونية أو آلية أخرى يتم استخدامه لاستهلال إجراء ما أو أو للاستجابة كلياً أو جزئياً لسجل إلكتروني Electronic Records دون

---

(٣) انظر في ذلك، انظر أيضاً في ذات التقسيم، د. آلاء يطوب النعمي، الوكيل الإلكتروني، مفهومه وطبيعته القانونية، بحث مقدم إلى مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية - الحكومة الإلكترونية)، كلية الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، للفترة من ١٩ - ٢٠ مايو ٢٠٠٩، للكتاب الثاني، الصفحات، ص ٤١٠. وانظر أيضاً،

MILLS (K.). Effective formation of contracts by electronic means, Do we need a uniform regulatory regime, at <http://www.arbitralwomen.org/files/publication/2307092552667.pdf>, p. 23.

(١) أصدر العديد من الدول العربية والأوربية تشريعات تنظم التجارة الإلكترونية، غير أن هذه القوانين لم تتضمن صراحةً أو ضمناً تعريفاً لفكرة الوكيل الإلكتروني. انظر، KRYCZKA (K.), Ready to joint the EU information society? Implementation of E - Commerce Directive 2000/31/EC in the EU acceding countries - the example of Poland, International Journal of Law and Information technology, Vol. 12, n° 1, 2004, p. 55- 73. (٢) يطبق هذا القانون في معظم الولايات الأمريكية. وتتمحور الفكرة التي بُني عليها هذا القانون في تقوية المعاملات الإلكترونية لتصل إلى مستوى التجارة الورقية دون تعديل في القواعد الجوهرية في القانون. وينطبق هذا القانون فقط في الحالة التي يتفق فيها الأطراف على أنهم يتعاملون ويتصرفون بالطرق الإلكترونية. انظر في ذلك،

KAFEZA (L), KAFEZA (E.) & DICKSON K.W. CHIU (D.), Legal Issues in Agent for electronic contracting, op. cit., p. 4.

مراجعة أو تدخل من جانب شخص" (1)، والأمر هو ذاته في المادة الثانية من قانون التجارة الموحد الأمريكي UCC (2)

وإلى جانب ذلك، يوجد قانون أمريكي آخر وهو القانون الموحد للمعاملات المتعلقة بمعلومات الكمبيوتر UCITA الصادر عام 1999 (3). ويهدف هذا القانون إلى النص على مجموعة متكاملة من القواعد القانونية الموحدة للمعاملات المؤسسة على أنظمة الكمبيوتر (4).

ووفقا لهذا القانون، يُعرف الوكيل الإلكتروني بأنه " برنامج كمبيوتر أو أية وسيلة آلية أخرى تستخدم بواسطة شخص لاستهلال إجراء ما أو للاستجابة كليًا أو جزئيًا لرسائل قانونية لصالح شخص دون مراجعة أو تصرف من هذا الشخص في كل مرة يستهل فيها البرنامج إجراء ما أو ينشئ استجابة ما" (5).

ومن جانبه فقد عرف قانون التجارة الإلكترونية الكندي الموحد (6) في البند 19 من الجزء الثاني منه المعنون " تبادل المستندات الإلكترونية Communication of Electronic Documents الوكيل الإلكتروني بأنه " برنامج كمبيوتر أو أية وسيلة الكترونية أخرى تستخدم لاستهلال

---

(7) يعبر القانونان عن هذا التعريف بقولهما:

Electronic Agent: Means a computer Program or an Electronic or other automated means used independently to initiate an action or respond to Electronic Records or Performances

(8) نصوص هذين القانونين متاحة على الموقع التالي:

<http://www.isaacbowman.com/uniform-electronic-transactions-act-uea>.

(9) يقصد به: The Uniform Computer Information Transaction Act

(1) انظر نصوص هذا القانون وديباخته المتاحة على الموقع التالي:

[http://en.wikipedia.org/wiki/uniform\\_computer\\_information\\_transaction\\_act](http://en.wikipedia.org/wiki/uniform_computer_information_transaction_act).

ينطبق هذا القانون بصفة عامة على العقود التي تبرم عن طريق الكمبيوتر، ومن ثم لا ينطبق على بيع البضائع الذي يتم بعيدًا عن الكمبيوتر، غير أنه وفقا للبند 104 منه ينطبق على عقود بيع البضائع إذا كان جزء من العقد يتم في أي مرحلة من مراحلها عن طريق الكمبيوتر.

.Section 102, Definition 27

(2) انظر،

(3) نصوص هذا القانون متاحة على الموقع التالي:

<http://www.ulcc.ca/en/us/index.cfm?sec=18&sub=1u1>.

إجراء ما أو للاستجابة كلياً أو جزئياً للرد على مستند إلكتروني دون مراجعة من شخص طبيعي في كل مرة يستهل فيها النظام إجراء ما أو ينشئ استجابة ما" (١).

وتجدر الإشارة إلى أن اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية الصادرة في ٢٣ نوفمبر ٢٠٠٥ عبرت في الفقرة (ز) من المادة الرابعة منها عن الوكيل الإلكتروني بمصطلح "نظام رسائل آلي" Automated Message System (٢). وقد عرفت هذه الفقرة نظام الرسائل الآلي بأنه "برنامج جاسوبي أو وسيلة إلكترونية أو وسيلة آلية أخرى تستخدم لاستهلاك إجراء ما أو للاستجابة كلياً أو جزئياً لرسائل بيانات أو لعمليات تنفيذها، دون مراجعة أو تدخل من شخص طبيعي في كل مرة يستهل فيها النظام إجراء ما أو ينشئ استجابة ما" (٣). وفي التعليق على التعريف الوارد في مشروع الاتفاقية الذي ينطبق

(٤) يقول النص في ذلك،

"Computer Program or any electronic means used to initiate an action or to respond to electronic documents or actions in whole or in part without review by a natural person at the time of the response or action".

(١) الجدير بالذكر أن المادة الرابعة فقرة (g) من مشروع هذه الاتفاقية قد عبرت عن الفكرة بمصطلح آخر وهو "نظام المعلومات المؤتمت" Automated Information System. وقد عرفت هذه الفقرة المقصود بهذا المصطلح بأنه "برنامج كمبيوتر أو أية وسيلة إلكترونية أو مؤتمتة أخرى تستخدم للمبادرة بعمل أو للرد على رسالة معلومات Data Message أو للتنفيذ بصفة كلية أو جزئية دون مراجعة أو تدخل من أي شخص في الوقت الذي يتم فيه عمل المبادرة أو الرد من جانب النظام" انظر،

Draft Convention on the use of electronic communications in international contracts, United Nation Commission on International Trade Law, Working Group, Electronic Commerce, Forty – Fourth Session, Vienna, 11- 22 October 2004, in "http://daccess-dds-ny.org/doc/UN doc. vo4".

(٢) والأمر هو ذاته في المادة ١٤ من هذا المشروع المعنونة "الخطأ في الخطابات الإلكترونية" Error in Electronic Communications . انظر،

Convention on the use of electronic communications in international contracts, United Nations, General Assembly, Resolution A/60/21, New York, 23 November 2005 , Forty –

تمامًا مع التعريف الوارد في الاتفاقية، نذكر المشروع أن هذا التعريف مستمد من تعريف الوكيل الإلكتروني الوارد في المبحث الثاني البند ٦ من قانون المعاملات الإلكترونية الأمريكي الموحد، والتعريف الوارد كذلك في المبحث ١٩ من القانون الكندي الموحد للتجارة الإلكترونية<sup>(١)</sup>.

### ٣- ملحوظات على التعريفات السابقة:

يتضح لنا من خلال التعريفات الفقهية والتشريعية السابقة عدة ملاحظات تتمثل في الآتي:

١- أن التعريفات التشريعية تركز على أمور مختلفة عن تلك التي تعتمد عليها التعريفات الفقهية. وتفسير ذلك أن القوانين الأمريكية والقانون الكندي والاتفاقية الدولية يركزون في تعريف الوكيل الإلكتروني على بيان طبيعة الوكيل بأنه برنامج أو أية وسيلة أخرى، كما يركزون على إيضاح أن تصرفات الوكيل تتم بعيدًا عن مراجعة أي شخص طبيعي. أما التعريفات الفقهية فهي تركز أما على مهمة الوكيل في أنه يتعاقد باسم شخص آخر، أو على الخصائص الفنية التي يتميز بها البرنامج.

٢- أن التعريفات التشريعية السابقة تقترب من بعضها في المفهوم العام وإن ظلت بينهما فوارق طفيفة. ومن أمثلة هذه الفوارق أنه عند تعريف الوكيل الإلكتروني بأنه برنامج أو أية آلة ..... تستخدم لاستهلاك إجراء ما أو للاستجابة كليًا أو جزئيًا إلى ..... "، فقد استخدمت القوانين الأمريكية عبارة "سجلات إلكترونية" Electronic Records في وصف الشيء الذي يرد عليه استجابة الوكيل الإلكترونية، فتكون العبارة " للاستجابة كليًا أو جزئيًا إلى سجلات إلكترونية"، أما القانون الكندي فقد استخدم مصطلح "مستندات إلكترونية" Electronic Document، في حين أن الاتفاقية الدولية قد استخدمت مصطلح "رسائل بيانات" Data Message. هذا بالإضافة إلى أن قانون المعاملات الإلكترونية الأمريكي الموحد لم يستخدم في نهاية التعريف عبارة "في كل مرة يستهل فيها النظام إجراء ما أو ينشئ استجابة ما"، بينما أضفنا هذه العبارة القانون الأمريكي الخاص بالمعاملات المتعلقة

Fourth Session, Vienna, 11- 22 October 2004, at "  
<http://treaties.un.org>.

(٣) انظر هامش ٢١ من التطبيق على المشروع.

بمعلومات الكمبيوتر UCITA، وأضافها كذلك القانون الكندي، واتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية. ونفضل من وجهة نظرنا أن نتبنى التعريف الوارد في الاتفاقية الدولية؛ لأنه تعريف جامع مانع. وتفسير ذلك أنه تعريف جامع؛ لأنه نكر طبيعة الوكيل الإلكتروني بأنه برنامج أو أية وسيلة إلكترونية أخرى، يتم تصميمه لينشئ أو يستجيب لإجراء ما. ويعتبر كذلك تعريف مانع؛ لأنه يتضمن أن الوكيل يعمل دون مراجعة من جانب أي شخص طبيعي بما يجسد صفة الاستقلالية التي يعمل بها الوكيل والتي تعتبر وبحق أهم خصائص الوكيل الإلكتروني.

### ثانياً: نبذة تاريخية عن الوكيل الإلكتروني:

ظهرت فكرة الوكيل الإلكتروني في أمريكا في عام ١٩٥٠ نتيجة لظهور فكرة الأنظمة الذكية Intelligent System لتساعد في بعض المهام المادية تتمثل في جمع بيانات كثيرة وعرضها للمستخدم وتخزينها له لحين استدعاتها بعد ذلك<sup>(١)</sup>. ويرجع الفضل في تصميم برنامج الوكيل للنكي إلى تعاون بين مجموعة مؤسسات وشركات أمريكية<sup>(٢)</sup>. ويعتبر برنامج Logic Theorist أول برنامج يعمل في مجال الوكالة الإلكترونية، وهو من تصميم جامعة Carnegie عام ١٩٥٦ ويحاكي في تفكيره طريقة تفكير الإنسان<sup>(٣)</sup>.

(١) راجع في ذلك،

CAREY (Th. - C.), BROMBERG (Esq.) & SUNSTEIN (Esq.), Jurisdiction and contract formation, Massachusetts Software Council, 13 April 2000, at:

"http://www.swcouncil.org/download/carey.docp. 14."

(٢) تتمثل هذه المؤسسات في: ١- Massachusetts Institute of Technologies (MIT)، ٢- Carnegie Mellon University (CMU)، ٣- Stanford University (SU)، ٤- شركة IBM. انظر في ذلك،

RUSSELL (S.) & NORVIG (P.), Artificial Intelligence: A modern approach, Prentice Hall, New Jersey, 1995, p. 17.

(٣) انظر في ذلك،

وتكمن المهمة الأساسية التي نفذها الجيل الأول من برامج الوكلاء الإلكترونيين في البحث عن المعلومات من خادمي الشبكات، وحفظها، وتمكين المستخدم من استرجاعها والإطلاع عليها Searching and Providing relevant Information for their User<sup>(1)</sup>.

وتتقسم الأدوار التي كان من الممكن أن يقوم به الجيل الأول من برنامج الوكيل الإلكتروني والذي كان يشبه دور محركات البحث العادية<sup>(2)</sup> إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول، برامج تقوم بجمع المعلومات والبيانات من شبكة الإنترنت، وتقوم بتصنيف هذه البيانات وفق المعيار الشخصي للمستخدم من المستخدم، وتظهر هذه البيانات في صورة قائمة من المواقع المتعلقة بموضوع البحث.

النوع الثاني، برامج مخصصة تقوم بالبحث عن المعلومات والبيانات في المواقع الخاصة التي تحتاج إلى إشتراك؛ أي الأماكن المخصصة لأعضاء مسجلين فيها، وتقوم هذه البرامج بعرض البيانات بذات الطريقة التي تعمل بها برامج النوع الأول.

النوع الثالث، وهي برامج متخصصة في البحث عن معلومات معينة مثل جمع المقالات الصحفية، وحجز تذاكر الطيران، والمواقع المالية الأمنة، وشراء الكتب من محلات الكتب الإلكترونية<sup>(3)</sup>.

---

**WEITZENBOECK (E.-M.)**, Electronic Agents and the formation of contracts, *International Journal of Law and Information Technologies*, Vo.9, n° 3, 2001, p. 204.

<sup>(4)</sup> راجع،

**RUSE (H.G.)**, Electronic and the legal protection of non – creative database, *International Journal of Law and Information Technologies*, Vo.9, n° 3, 2001, p. 295.

<sup>(1)</sup> من هذه المحركات المشهورة: Excit, Lycos, Google, Alta Vista  
Northern Light  
<sup>(2)</sup> انظر في هذا التقسيم،

**CRUQUENAIRE (A.)**, Electronic Agents as search engines: Copyright related aspects, *International Journal of Law and Information Technologies*, Vo.9, n° 3, pp. 327 – 343.



وتجدر الإشارة إلى أنه في هذه الأنواع الثلاثة من البرامج، لا يعمل أي برنامج من تلقاء نفسه، وإنما يعمل وفق تعليمات محددة، وتحت إشراف ورقابة كل المستخدم ومقدم الخدمة الذان يحددان نطاق ومجال الأنشطة والأعمال التي تنفذها البرامج.

ونتيجة التطور التقني لهذه البرامج، أصبح من الممكن في عام ١٩٨٠ أن تصدر هذه البرامج إيجابًا محددًا وأن تقبل عرضًا مقدمًا من شخص آخر، وذلك من خلال التفاعل بين تكنولوجيا هذه البرامج والتبادل الإلكتروني للبيانات على شبكة الإنترنت EDI، وظهر بذلك الجيل الثاني من برنامج الوكيل الإلكتروني<sup>(١)</sup>.

وقد أصبح هذا الجيل الثاني قادرًا على تنفيذ أعمال وتصرفات قانونية أكثر تعقيدًا من التي قام بها الجيل الأول؛ فأصبح قادرًا على المبادرة على القيام بعمل معين Initiating، والتفاوض في عمل ما Negotiation، وتكوين العقود Formation<sup>(٢)</sup>. ولكي يقوم البرنامج بهذه المهمة كان من المهم أن يكتسب صفات فنية ز تقنية تقويه من الوكيل البشري مثل الذكاء والمبادرة لاتخاذ إجراء ما، والرقابة على تصرفاته have some degree of control over their actions and internal state، والعمل بصفة مستقلة independency، ولهذا سمي هذا البرنامج بالوكيل الذكي أو الإلكتروني؛ فهو وكيل على اعتبار أنه يمثل للغير في القيام بعمل ما فهو وكيل، وهو إلكتروني على اعتبار أنه في صورة برنامج إلكتروني يتميز ببعض الخصائص الفنية<sup>(٣)</sup>.

ثالثًا: أنواع الوكلاء الإلكترونيين في التجارة الإلكترونية:  
أصبح للجيل الثاني من الوكلاء الإلكترونيين - بما شهدته من تطور-

(١) انظر،

JUREWICZ (A. - M.), Contracts concluded by Electronic Agent., p. 2.

(٢) راجع،

Op. cit., p. 3

(٣) انظر في ذلك،

WEITZENBOECK (E. - M.), Electronic Agents and the formation of contracts..., op. cit., p. 206

دور مهم في التجارة الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الإنترنت؛ إذ باتوا يمثلون البائعين والمستهلكين على السواء<sup>(١)</sup>.

ويتردد في الفقه والواقع العملي عبر شبكة الإنترنت أنواع عديدة من الوكلاء الإلكترونيين تنقسم بحسب هدف الوكيل والإمكانيات الفنية التي يتمتع بها كالذكاء والقدرة على التصفح عبر الشبكة وغيرها<sup>(٢)</sup>. بيد أنه على الرغم من تعدد أنواع الوكلاء الذين يعملون على شبكة الإنترنت، وتتنوع تقسيماتهم، فسوف نقوم بجمع هذه الأنواع في قسمين؛ الأول يضم الوكلاء الذين يقومون بأعمال فنية متقدمة، والثاني يضم الوكلاء الذين يقومون بتصرفات قانونية.

### القسم الأول: الوكلاء الذين يقومون بأعمال فنية:

يندرج تحت هذا القسم من الوكلاء البرامج التي تقوم بأعمال فنية متقدمة تنفيذ مستخدم البرنامج في تكوين رأيه أو عقيدته. ومن هذا النوع:

#### ١- وكلاء البحث عن المعلومات Search Information Agents:

<sup>(٤)</sup> من أمثلة الوكلاء الذين يمثلون البائعين Bargain Finder و Excite's Jango. ومن أمثلة الوكلاء الذين يمثلون المستهلكين Agent Ware. انظر في المزيد عن هذه البرامج،

[http://www.accenture.com/td/xd.asp?it=enweb&xdservices/technology/tech\\_efuture.xml](http://www.accenture.com/td/xd.asp?it=enweb&xdservices/technology/tech_efuture.xml);

<http://www.jango.com>; <http://www.agenware.net/faq.htm>.

<sup>(١)</sup> انظر على سبيل المثال تقسيم الأستاذ REVELLI حيث يقسم الوكلاء إلى وكلاء بدائيين ويقصد بهم الوكلاء الذي يقدمون خدمات غير متطورة مثل وكيل البحث عن المعلومات، ووكلاء متطورين وهم وكلاء الشراء والبيع المستخدمين في التجارة الإلكترونية، وهم متطورون في رأيه لأنهم يقدمون خدمات جديدة مثل التفاوض والتعاقد عبر شبكة الإنترنت. راجع في ذلك،

REVELLI (C.), Intelligence stratégique sur internet, Dunod, 1999, p. 62 et s

ومن هذه التقسيمات كذلك، ذلك الذي يقول به الأستاذ Cross والذي يقسم الوكلاء إلى نوعين: الوكلاء السلبيين Passive Agents، والوكلاء الإيجابيين Active Agents، وينهض التقسيم على أساس النوع الأول لا يقوم بتصرفات قانونية نيابة عن المستخدم، بل يقتصر دوره على تقديم المساعدات الفنية، بينما النوع الثاني، فيقوم بعمل إيجابي في صورة تفاوض وتعاقد نيابة عن المستخدم. راجع في ذلك،

CROSS (S.R.), Agency, Contract and intelligent software Agents, International Review of Law Computer & Technology, vol.17., 2003, p. 176.

يبين من مسمى هذا النوع، أنهم وكلاء تتحصر مهتهم في البحث عن معلومات يطلبها منهم المستخدم، ويقوم برنامج الوكيل بجمع المعلومات وإظهارها للمستخدم بناء على تعليمات يزودهم بها، ومن ثم تتوقف نتيجة عملهم على قدر ودقة المعلومات التي زود بها المستخدم الوكيل<sup>(١)</sup>.

وإذا كانت مهمة الوكيل في هذا النوع هو جمع المعلومات من شبكة الإنترنت، فإن دوره هنا يتشابه إلى حد كبير بالدور الذي يؤديه مواتير البحث مثل Google و AltaVista وغيرها وخاصة أن كلا منها يجمع المعلومات بناء على بيانات مقدمة من المستخدم. غير أنه هناك فارق تقني مهم بين استخدام الوكيل في البحث عن المعلومات واستخدام مواتير البحث في ذات المهمة، ويتمثل الفارق في النتائج التي يقدمها الوكيل عن مواتير البحث<sup>(٢)</sup>. وتفسير ذلك أن مواتير البحث تظهر النتائج التي توصلت إليها في صورة قائمة ترتبط من بعد ومن قرب بالكلمات التي زودها بها المستخدم، وتبدأ القائمة بالأقرب ثم تنتهي بالأبعد. ولتوضيح ذلك لو أراد المستخدم شراء سيارة ماركة مرسيدس صنعت في عام ٢٠٠٠، سوف يُظهر ماتور البحث قائمة بها كل المواقع التي تتضمن هذه الكلمات الأربع (سيارة - مرسيدس - عام - ٢٠٠٠) وتكون نتيجة البحث على النحو التالي<sup>(٣)</sup>.

١- يظهر عدد كبير جدًا من المواقع قد يصل بالآلاف يجب أن يتصفحه المستخدم؛ حتى يصل إلى ما يريده، وقد يترك المستخدم البحث قبل أن يتصفح كل هذه المواقع؛ لعدم وجود وقت كافي لتصفح هذا العدد الهائل من المواقع.

٢- القائمة التي تظهر تتضمن كل المواقع التي بها هذه الكلمات التي

(٢) انظر في المزيد،

GONZALO (S.), A business outlook on Electronic agent..., September 2001, op.cit, p.3.

(١) انظر، د. إلاء يطوب النعمي، الوكيل الإلكتروني، مفهومه وطبيعته القانونية، مرجع

سابق، ص ٤٢٩.

(٢) راجع في ذلك،

Yahoo, Electronic Agent Model, at

"http://english.ttu.edu/kairos/3-1/coverweb/galin/agent.htm", p.1.

دونها المستخدم حتى ولو كانت بعيد عن هدف المستخدم كأن يظهر بالقائمة بعض الكتب عن سيارات المرسيديس، ومواقع الشات التي بها معلومات عن سيارات المرسيديس، ومعلومات عن قطع غيار السيارات، وأفضل وقود لهذا النوع من السيارات، ومعلومات عن أماكن إنتاج هذه السيارات في العالم، ومزايا سيارات المرسيديس وهكذا.

٣- سوف تبدأ القائمة بالمواقع التي بها الكلمات الأربع مترابطة وراء بعضها، ثم يأتي بعد ذلك المواقع التي توجد فيها الثلاث كلمات معاً، ثم المواقع التي بها كلمتان، ثم تنتهي بالمواقع التي بها كلمة واحدة فقط من هذه الكلمات، ومن ثم سوف يكتشف المستخدم بعد جهد جهيد أن المواقع المتأخرة خرجت كلية عن الهدف الذي يبحث عنه.

أما إذا استخدم الشخص أحد وكلاء البحث عن المعلومات، فسوف يحصل على نتائج أكثر دقة؛ لأن الوكيل سوف يختصر هذه القائمة الطويلة، ويُظهر له فقط المواقع التجارية التي تتبع هذا النوع من السيارات، وإذا زود المستخدم الوكيل بمعلومات أكثر دقة عن الثمن ومكان الصنع، والصيانة، فسوف تظهر قائمة مختصرة أكثر تحديداً تخدم المستخدم مباشرة<sup>(١)</sup>. هذا بالإضافة إلى أن برنامج الوكيل يدخل مباشرة إلى داخل المواقع التي بها هذه البيانات دون المرور بالصفحة الرئيسية للموقع، وهذا ما يطلق عليه بعض الفقه Deep Linking<sup>٢</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا النوع من الوكلاء ليس له قاعدة بيانات، ومن ثم يجب تثبيتهم أولاً قبل استخدامهم، ومن أمثلة الوكلاء المشهورين في البحث عن المعلومات برنامج Copernic وهو من شركة

(١) انظر في ذلك،

GOMZAIIO (S.), A business outlook on Electronic Agents, November 2000, op. cit., p. 2.

(٢) يرى البعض أن دخول برنامج الوكيل على مضمون الموقع مباشرة دون المرور بالصفحة الرئيسية ودون قراءة بنود وشروط البيع التي يتضمنها الموقع يشكل اعتداء على حق المؤلف، ويمثل اعتداء على حماية حق المستهلك. انظر في ذلك،

FELIU (S.), Intelligent Agents and consumer protection, at "[http://128.178.101.170/eclip/forum/Ist/consumer\\_protection\\_pdi](http://128.178.101.170/eclip/forum/Ist/consumer_protection_pdi)", p. 7.

وقد تطور وكلاء البحث عن المعلومات إلى حد أنه لم يعد يقتصر دورهم على تقديم المعلومات بشكل دقيق، وإنما أصبحوا يستطيعون- كما يقول بعض الفقه - تقديم توصية إلى المشتري عن الشيء الذي يرغب في شرائه في ضوء البيانات التي زوده بها المستخدم ومفضلاته، وفي ضوء آراء المستهلكين الآخرين في هذه السلع من عمليات شراء سابقة. وتفسير ذلك أنه في نهاية عملية كل شراء أو بيع على شبكة الإنترنت يتضمن الموقع الذي يتم فيه الشراء أو البيع سؤالاً موجه إلى المستخدم عن سبب تفضيله لهذه السلعة، ومما هي ملاحظاته على الخدمة المقدمة من البرنامج واقتراح تطويرها، ويستطيع الوكيل أن يجمع هذه البيانات ويزود المشتري الذي يستخدمه بتوصية تتعلق بشراء هذه السلعة سواء كانت التوصية بالإيجاب أو السلب<sup>(٢)</sup>.

## ٢- الوكلاء المراقبين The Watcher Agent:

يتمثل دور هذا النوع من الوكلاء في مراقبة المستجبات التي تحدث عبر شبكة الإنترنت في نوع معين من المعلومات، وإخطار المستخدم عن أية معلومات جديدة تضاف إلى المعلومات القائمة. وتعزو أهمية هؤلاء الوكلاء في أن الإنترنت شبكة معلومات عالمية تتجدد باستمرار بسبب المنافسة الشديدة بين المشروعات، وظهور قواعد بيانات جديدة كل فترة، وأيضاً ظهور أنواع جديدة من التكنولوجيا. ويتأني دور هؤلاء الوكلاء في أنه يتابع أية تغيرات حدثت على تكنولوجيا معينة أو في بيانات تكون محل اهتمام من المستخدم<sup>(٣)</sup>. وعندما يتوصل الوكيل الجديد إلى المعلومات

(٢) وينقسم هذا النوع من الوكلاء بدوره إلى وكلاء فرعيين مثل Meta - Search agent و Sectorial Agent. انظر في ذلك،

Op. cit., p. 3.

(٣) انظر في تفصيل ذلك،

WEITZENBOECK (E.-M.), Introduction on the special Issue on electronic agents, Oxford University Press, 2001, at "http://ijlit.oxfordjournals.org/cgi/pdf\_extract/9/3/187.

(٢) راجع،

الحديثة، يقدمها إلى المستخدم إما في صورة أخبار سريعة News Flash، أو يخزنها لأجله لحين الدخول القادم للعميل على الشبكة، أو يرسلها له برسالة إلكترونية يرسلها إلكترونياً المستخدم عبر بريده الإلكتروني<sup>(1)</sup>، ومن الوكلاء الإلكترونيين المراقبين برنامج Tierra Highlights الذي صمته شركة Register.com<sup>(2)</sup>.

### ٣- الوكلاء المساعدون The Assistant Agents :

تمثل مهمة هذا النوع من الوكلاء في مساعدة المستخدم في إتمام أعمال فنية عن طريق جهاز الكمبيوتر. ويقسم الفقه هذا النوع من الوكلاء إلى نوعين: النوع الأول، وكلاء سطح المكتب، والنوع الثاني وكلاء التعلم<sup>(3)</sup>.

#### أ- وكلاء سطح المكتب Desktop Agents:

قد يتواجد برامج هذا النوع من الوكلاء بصفة منفصلة، وقد تندمج في برامج أخرى. ويتواجد النوع الأول المنفصل على سطح المكتب في كمبيوتر المستخدم. ويعتبر برنامج الوكيل الإلكتروني من أشهر هذه البرامج؛ إذ يقوم بتنظيم شبكة الإنترنت عن طريق فلترة البريد القادم إلى المستخدم؛ فيقوم باستلام البريد وفرزه، وترتيبه بشكل معين بحسب تاريخ ورود الرسالة أو مضمونها أو نوعية مرسلها، ومسح البريد غير المرغوب فيه بناء على تعليمات يعطيها له المستخدم، بل ويرد على بعض أنواع من البريد كذلك بشكل تلقائي، ومن ثم فهو يساعد والحال كذلك على

---

JUREWICZ (A. – M.), Contracts concluded by Electronic Agent..., op. cit., p. 5.

(1) انظر، د. الأمام يعقوب النعمي، الوكيل الإلكتروني، مفهومه وطبيعته القانونية، مرجع سابق، ص ٤٣٣.  
(2) راجع في ذلك،

GOMZAI (S.), a business outlook on Electronic Agents September 2001, op. cit., p. 6.

(3) انظر في هذا التقسيم،

JUREWICZ (A.–M.), Contracts concluded by Electronic Agents..., op. cit., p. 5.

حسن إدارة البريد الإلكتروني<sup>(١)</sup>. ويمثل هذا النوع من الوكلاء أهمية كبيرة بالنسبة للشركات والمشروعات التجارية التي تعتمد في عملها عبر الشبكة على بريدها الإلكتروني في الرد على العملاء<sup>(٢)</sup>. ومن أمثلة هذا النوع من الوكلاء برنامج SwiftSearch الذي صممه شركة Internet Associate، وبرنامج SwiftFile Note من تصميم شركة IBM<sup>(٣)</sup>، ومن أمثلة هذا النوع أيضًا برنامج Outlook وهو من تصميم شركة Microsoft<sup>(٤)</sup>.

#### ب- وكلاء التعلم The Learning Agents:

يعتبر هذا النوع من الوكلاء جيل متقدم من الوكلاء المساعدين الذي يقومون بأعمال فنية لمساعدة المستخدم في إنجاز المسائل الروتينية عند استخدامه شبكة الإنترنت. وما يتميز به هذا النوع هو أنه قادر على ربط أدائهم بمفضلات المستخدمين عن طريق التعلم من سلوكهم وخبرتهم السابقة *by learning from them their past behavior*، ومن ثم يستطيع هؤلاء الوكلاء أن يبحثوا عن البضائع والخدمات والتمييز بينها بحيث يعرضون فقط ما يخص المستخدم ويقدم منفعة له، وفي الحالة التي يبدي فيها العميل ملحوظة على سلعة معينة يستبدها الوكيل أو يقدمها مرة أخرى بحسب نوع الملحوظة التي يبديها المستخدم. ولهذا السبب، يعتبر وكلاء التعلم برامج متقدمة تقنيًا. ومن أمثلة هذا النوع من الوكلاء Alexa من

---

(٤) راجع في ذلك،

GOMZAI O (S.), A business outlook on Electronic Agents, September 2001, op. cit., p.4.

(١) د. إلاء يعقوب النعيمي، الوكيل الإلكتروني، مفهومه وطبيعته القانونية، مرجع سابق، ص ٤٣٥.

(٢) انظر،

GOMZAI O (S.), A business outlook on Electronic Agents September, 2001, op. cit., p. 4

(٣) انظر في ذلك،

BERGMAN (R.), GRISS (M.) & STAELIN (C.), A personal email assistant, 2002, at

"http://www.hpi.hp.com/techreports/2002/hpl-2002- 236.pdf, p.2.

تصميم شركة Alexa Internet، وبرنامج Letizia من إنتاج معهد MIT (١)

القسم الثاني: الوكلاء الذين يقومون بتصرفات قانونية:  
لم يقف تطور الوكلاء الإلكترونيين عند الحدود الفنية المبينة سابقاً، وإنما امتد التطور إلى أن أصبح لهم دوراً أكثر فاعلية وتأثيراً في التجارة الإلكترونية من خلال تطورهم التقني الذي مكنهم من إجراء بعض التصرفات القانونية مثل التفاوض في العقود وإبرامها بل وتنفيذ بعضها كذلك.

والواقع – كما يقول بعض الفقه – أن استخدام الوكلاء الإلكترونيين في التجارة عبر شبكة الإنترنت أمر ليس بالحديث، ولكنه مجال يشهد تطورات مستمرة، ويظهر من أن لآخر برنامج أكثر قدرة فنية من غيره، وهذه القدرة الفنية تمكنه من إجراء أعمال وتصرفات من غير المتوقع وضع نهاية لها (٢).

ويستخدم الوكلاء كوسطاء في التجارة الإلكترونية لمساعدة البائع والمشتري لمواجهة ثورة المعلومات في مجال الخدمات والمنتجات على شبكة الإنترنت، والقيام كذلك بخطوات البيع والشراء بدءاً من مرحلة جمع المعلومات والمفاضلة بين المنتجات، ومروراً بمرحلة التفاوض وإبرام العقد، وانتهاءً بتنفيذه (٣). وقد يمثل الوكلاء المستهلكين، وقد يمثلون

---

(١) يقصد بذلك، Massachusetts Institute of Technology . ولمزيد من التفصيل،

GONZALO (S.), Op. cit., p.7.

(٢) انظر على سبيل المثال ما يقوله الأستاذ Baltagi الذي يعرض أسماء بعض الوكلاء الموجودين من سنوات عدة مثل Bargain Finder و Jango، وأسماء وكلاء ظهوروا من فترة وجيزة ذو إمكانيات أعلى مثل Impulse و Tête- à – Tête. انظر،

BALTAGI (S.), E- Commerce enabling technologies as winds of change: a quick overview of future trends, Newsletter Analysis of the current state and future direction of conducting business online, International and Information technology, July 1999, vol.1, issue 3.

(٣) انظر في ذلك،



البائعين، وذلك على النحو التالي:

أ- الوكلاء الذين يمثلون المشتريين:

يطلق على هذا النوع من الوكلاء وكلاء المشتريين The Buyers Agents<sup>(1)</sup>؛ لأنهم صُمموا لمساعدة المشتريين في البحث عن المنتجات التي تهمهم، واختيار المحلات الافتراضية التي تعرض هذه المنتجات، ولا تقف مهمة هؤلاء الوكلاء عند حد البحث عن السلعة المناسبة وتقديمها للمستهلكين، وإنما يمتد إلى خطوات أخرى تتمثل في<sup>(2)</sup>:

- مقارنة المنتجات المعروضة على الشبكة من حيث الثمن والجودة والشروط الشخصية التي تناسب المشتري، ومثال لذلك الوكيل Burgain FINDER<sup>(3)</sup>، وكذلك الوكيل Jango<sup>(4)</sup>.

- القيام بجزء من المفاوضات مع البائع سواء كان البائع يتفاوض بنفسه أم عن طريق وكيل إلكتروني آخر، مثل الوكيل Impulse<sup>(5)</sup>.

- القيام بعملية شراء المنتج ودفع الثمن مثل الوكيل Kasbah<sup>(6)</sup>.  
وتعتبر مرحلة المفاوضات أولى التصرفات القانونية التي ترتب التزامات على المتفاوضين، كما أنها تعتبر الخطوة الأولى لتقديم الإيجاب والقبول من الطرفين. وتفسير ذلك أن الأطراف يحسموا بإرادتهم كثيراً من

---

KERR ( L.R.), Providing for autonomous electronic devices in the Uniform Electronic commerce Act, at "http://www.law.ualberta.ca/al/ulc/current/keker.htm".

<sup>(1)</sup> يطلق عليهم كذلك Shopping Agents و Represent Individual Consumer. انظر في ذلك،

GONZALO (S.), A business outlook on Electronic Agents., November 2000, op. cit., p.4.

<sup>(2)</sup> انظر في هذه الخطوات وأمثلة الوكلاء الذين ينفذوها،

REEVES (D.- M), WELLMAN (M. - P.), GROSOF (B.), Automated negotiation contract descriptions, April 2002, at "http://web.mit.edu/sloan-msa/Papers/4.13.pdf". p. 1.

<sup>(3)</sup> تم تصميم هذا البرنامج من شركة Anderson Consulting

<sup>(4)</sup> تم تصميم هذا الوكيل شركة Netbot Inc.

<sup>(5)</sup> تم تصميم هذا البرنامج من معهد ماساتشوستس للتكنولوجيا ( MIT

Massachusetts Institute for Technology)

<sup>(6)</sup> تم تصميم هذا البرنامج من معهد ماساتشوستس للتكنولوجيا MIT.

المسائل القانونية التي سوف يتضمنها الإيجاب والقبول مثل الثمن ونفقات ومكان التسليم والضمان المقدم ومدته، وكيفية الحصول عليه، والخيارات التي تمنح للمشتري مثل خيار الرجوع، وكيفية السداد، وخدمات ما بعد البيع (١).

ومن أمثلة الشركات التي تستخدم وكلاء يعملون لصالح المشتريين في مجال حجز تذاكر الطيران عبر شبكة الإنترنت شركة Expedia.com وشركة Priceline.com. فإذا أراد المشتري حجز تذكرة طيران من ميناء جوي إلى ميناء جوي آخر محددًا تاريخ السفر وميناء الرحيل وميناء الوصول، وثمن التذكرة، ونوع الخدمة المقدمة على متن الطائرة، فإن الوكيل الإلكتروني يقوم بالتحرك داخل شبكة الإنترنت ويحصل على المعلومات الكافية حول رحلات السفر التي تتوافر فيها البيئات المعطاة من العميل، ويعرض عليه هذه البيئات بالإضافة إلى البيئات التي تكون في حوزة الوكيل ذاته من مرات سابقة يكون قد جمعها من رأي المستخدمين في خدمة السفر التي قدمها لهم سابقًا، ثم يقترح البرنامج شراء التذكرة من شركة معينة أو أكثر. إذا وافق العميل على العرض المقدم من شركة معينة، فيقوم الوكيل بحجز مكان السفر على متن طائرات هذه الشركة، وينعقد العقد ويدفع الوكيل الثمن، ويتأتي تأكيد الحجز على الإميل الخاص بهذا الشخص (٢).

وتبرز أهمية وكلاء المشتريين ودورهم في تسهيل التعاقد على المشتريين في مسألتين:

الأولى: أنه قادرين على إخطار المستهلك بإتاحة المنتج عن طريق البحث باسم العلامة التجارية أو نوع المنتجات، ووضع قائمة بموزعي هذا المنتج أو الخدمة وشروط التوزيع واختيار أفضل شروط توزيع. الثانية، أنه قادرين على تزويد المشتري بهذه المعلومات بطرق

---

(٢) د. الأيم بطوب النعمي، الوكيل الإلكتروني، مفهومه وطبيعته القانونية، مرجع سابق، ص ٤٤٠.  
(١) راجع،

JUREWICZ (A. – M.), Contracts concluded by Electronic Agents., op. cit., p. 8 .

متعددة منها أن يقتصر دوره على تقديم المعلومات المتعلقة بالعرض المقدم من حيث الأثمان، والخدمات، والخبرات السابقة، ويقارن بين هذه البيانات في شكل جدول. ومن هذه الطرق كذلك أن يقوم باختيار مباشر للخدمات والمنتجات حسب مفضلات المشتري من حيث الثمن والخدمات وميعاد التسليم، وغيرها<sup>(١)</sup>. ومن هذه الطرق أخيراً أن يبرم العقد مباشرة مع البائع التي تتوافر مفضلات المشتري في سلعته أو خدمته، ويعطي أمر البيع، ويقوم بالدفع الإلكتروني مستخدماً أرقام كرت الدفع الخاص بالمشتري، والحصول على رسالة السداد والالتزام بالتسليم من البائع، وإخطار المشتري بعملية التعاقد بإرسال رسالة إلى بريده الإلكتروني<sup>(٢)</sup>.

#### ب- الوكلاء الذين يمثلون البائعين:

يحتاج البائعون والمنتجون إلى الوكلاء الإلكترونيين أكثر من حاجة المشتريين إليهم؛ لأنهم يحتاجون إلى عرض السلع والخدمات على شبكة الإنترنت ليل نهار باستمرار ودون انقطاع أو غلق للموقع، ومن ثم يريدون أن يكون موقعهم قادراً على تلقي طلبات الشراء خلال الأربع وعشرين ساعة، وفحص هذه الطلبات وتقديم المعلومات التي يطلبها المشترون حول عروض الشراء، والتعاقد معهم وتسلم الثمن وتسليم المبيع<sup>(٣)</sup>. وبمعنى أوضح يريد البائع أو المنتج إلى من يدير الموقع بشكل متقدم ومستمر، وهذا جزء من عمل الوكيل الإلكتروني عن البائع The selling Agent<sup>(٤)</sup>.

(١) انظر في ذلك،

GONZALO (S.), A business outlook on Electronic Agents., November 2000, op. cit., p.5.

(٢) راجع في ذلك،

CNIT (Center of New Industries and Technologies), Convention Professionnelle du commerce Electronique, October 1996, at:

"http:// www .cybian.fr/agents/ agemtscom.html".

(٣) انظر في هذا المعنى، د. الأعم يعقوب النعمي، الوكيل الإلكتروني، مفهومه وطبيعته القانونية، مرجع سابق، ص ٤٤٢.

(٤) يطلق على عليهم أيضاً، Demand Agents و Intelligent Interfaces. انظر،

REVELLI (C.), Intelligence stratégique sur Internet, Dunod, Paris, 1999, p. 112.

وبالإضافة إلى ذلك، فإن البائعين يواجهون العديد من الطلبات المقدمة من المشترين، ويصبح من الصعب عليهم في ظل الشبكة العالمية أن يقدموا عروضاً شخصية لكل مشتري إلا إذا كانوا يعرفون جيداً مفضلات كل مشتري، ويصعب الأمر لو غير المشتري الواحد مفضلاته في كل مرة يدخل للشراء فيها عبر الشبكة، ولهذا يحتاج البائعون إلى برنامج ذكي يحتفظ بالبيانات الخاصة بكل مشتري ويقارنها بالبيانات التي يبيدها في كل مرة، ويحلل هذه البيانات ويقدم عرضاً شخصياً لكل مشتري يتم تعديله بحسب طلبات المشتري كل مرة، وهذا جزء من عمل الوكيل الإلكتروني عن البائع. ومن أمثلة هذا النوع من الوكلاء Broad vision<sup>(1)</sup>، والوكيل Select cast<sup>(2)</sup>، والوكيل Agent ware<sup>(3)</sup>. ومن أمثلة ذلك أيضاً الوكيل CBB<sup>(4)</sup> الذي طورته شركة MIT<sup>(5)</sup>. ويقوم هذا البرنامج بست خطوات رئيسية في عملية البيع. وتتمثل هذه الخطوات في:

- تحديد فئة المشترين المستهدفة
- البحث في الإنترنت عن المنتجات المشابهة أو القريبة من السلعة الموكل في بيعها، والمقارنة بينها.
- البحث في شبكة الإنترنت عن مستوى الأسعار والخدمات المقدمة لمشتري هذا النوع من السلع.
- التفاوض من أي شخص يرغب في الشراء.
- إبرام العقد وتسليم المنتج والحصول على الثمن.
- تقديم معلومات عن خدمة ما بعد البيع وتقييم تجربة البيع التي أجراها وتجدر الإشارة إلى أن هذا الوكيل يقوم بتجميع الملاحظات التي يبيدها كل مشتري على تجربة الشراء مع الوكيل أو السلع المقدمة أو خدمة

(1) تم تصميم هذا البرنامج شركة Broad Vision Inc.

(2) تم تصميم هذا البرنامج شركة ETINC Inc.

(3) تم تصميم هذا البرنامج من شركة Agent Ware Systems Inc.

(4) يقصد به Consumer Buying Behavior

(5) يقصد بها معهد معهد ماساتشوستس للتكنولوجيا Massachusetts Institute for Technology.

ما بعد البيع، وتشكل هذه المعلومات خبرة يستفيد منها الوكيل بعد ذلك في التجارب اللاحقة.

ويخلص بعض الفقه<sup>(١)</sup> الدور الذي يقوم له الوكيل عن البائع في

الآتي:

١- تسجيل السيرة الذاتية ومفضلات كل مشتري من خلال البيانات التي يزود بها المشتري الموقع خلال عملية الشراء. وتجدر الإشارة إلى أن هذا التسجيل يتعلق بالمعلومات العامة من حيث نوعية البضائع المفضلة وطرق السداد والحالة المهنية والحالة الاجتماعية للشخص. ويتعرف الوكيل على المشتري بمجرد دخوله على الإنترنت مرة أخرى من خلال هذه الخصائص قبل أن يعرف المشتري نفسه في المرة القادمة، ويقدم له العرض الذي يتناسب معه ما لم يكن العميل قد غير أي من البيانات التي قدمها سابقاً.

٢- تسجيل الطلبات المتتالية التي يقدمها المشتري، وتكمن فائدة هذه الخطوة في التعرف على التطورات التي يدخلها المشتري في طلباته في كل مرة من حيث نوعية البضائع أو الجودة أو شروط التسليم أو طريقة السداد أو محل الإقامة وغيرها.

٣- تقديم التوصيات للبائع الذي يعمل وكيلاً له تتعلق بأذونات المستهلكين وتطور العروض المقدمة منهم، وإحصائية بأكثر السلع المباعة وسبب ذلك، وأقل السلع مبيعاً وسبب زيادة الاستهلاك، واقتراح علاج مشكلات تسويق بعض السلع، وتقديم توصيات تتعلق بالسياسة التجارية للبيع عبر الشبكة من خلال تحليل الإحصائيات.

رابعاً: المؤسسات والهيئات التي تعمل في مجال الوكلاء الإلكترونيين:

بالإضافة إلى مراكز البحث العلمي الجامعية، هناك عدد من الشركات التجارية والهيئات التي تمتلك وكلاء إلكترونيين وتعمل في هذا المجال، وسوف نلقي الضوء على أبرز هذه الشركات والهيئات ومراكز

(١) راجع في ذلك،

GONZALO (S.), A business outlook on Electronic Agents., November 2000, op. cit., p.6.

البحث العلمي والتي كان لها دور كبير في تطور تكنولوجيا الوكلاء الإلكترونيين<sup>(١)</sup>.

#### ١- شركة IBM:

بدأ نشاط هذه الشركة في مجال تكنولوجيا الوكلاء الإلكترونيين الذين يتمتعون بقدرة فنية عالية، ودخول ميسر على شبكات الإنترنت عام ١٩٩٤. وقد طورت هذه الشركة العديد من الوكلاء الإلكترونيين مثل:

- برنامج الوكيل **Book Market**. ويعتبر هذا البرنامج أول برنامج صممته الشركة، وهو يتعامل مع المعلومات الاقتصادية المتعلقة بالسوق الإلكترونية وعمليات البيع والشراء التي تتم، وتحليلها البيانات المالية الخاصة بالتعامل مع بعض المنتجات مثل بيع الكتب وخدمات حجز تذاكر الطيران، وغيرها<sup>(٢)</sup>.

- برنامج الوكيل **Swift File**: يعتبر هذا الوكيل من الوكلاء المساعدين؛ إذ أنه قد تم برمجته على تحديد طوائف البريد الإلكتروني الذي يصل إلى المستخدم ووضعها في مجلدات، وإخطار المستخدم بوصول رسائل إلكترونية لهم وتحديد نوع الرسالة، ويُمكن المستخدم من استعباد بعض أنواع الرسائل التي تصل إلى البريد الإلكتروني ومنعها من الوصول إلى البريد الإلكتروني.

- برنامج الوكيل **Aglets Mobile Agents**: وقد تم تخصيص هذا البرنامج من شركة IBM ليكون لديه الحركة والتنقل من موقع إلى آخر عبر الشبكة والرجوع إلى الموقع الأصلي مرة أخرى، ويستطيع هذا البرنامج تقديم الاستشارات الخاصة بعملية بيع وشراء بعض المنتجات، ويتميز بإمكانية التعامل مع الوكلاء الآخرين وتبادل المعلومات معهم<sup>(٣)</sup>.

---

(١) سنقتصر في عرضنا على أهم الشركات التي تعمل في مجال برامج الوكيل الإلكتروني، وللمزيد من التفصيل عن هذه الشركات والهيئات،

GONZALO (S.), A business outlook on Electronic Agents. September 2001..., op. cit., p. 13.

(٢) انظر في المزيد من المعلومات عن هذا الوكيل،

GONZALO (S.), Op. cit., p.7

(٣)

GONZALO (S.), Op. cit., p. 8.

٢- معهد ماساتشوستس للتكنولوجيا MIT:

كان المعهد ماساتشوستس للتكنولوجيا Massachusetts Institute for Technology دور مهم في تطوير برامج الوكلاء الإلكترونيين، ويتضح ذلك من أمثلة البرامج التي قدمها والتي كانت تتطور من جيل إلى جيل، ومن أمثلة هذه البرامج (١):

- برنامج الوكيل **Expert Finder Agents**: وقد تم تنفيذ هذا البرنامج عام ١٩٩٧، ويتمثل هدفه الأساسي في تقديم الخبرة للمستخدمين في كثير من الأمور الاقتصادية واستثمار أموالهم من خلال ما يجمعه من معلومات عبر شبكة الإنترنت، وتصنيف هذه المعلومات وتقديمها عند الحاجة، ويستطيع البرنامج كذلك تقديم حلول متنوعة لمشكلات اقتصادية تواجه المستخدم بعد طرح هذه المشكلات عليه (٢).

- برنامج الوكيل **Impulse Project**: وقد تم تصميم برنامج هذا الوكيل عام ١٩٩٩، وهو يعمل في صالح المشتري والبائع على السواء. فإذا كان وكيلاً عن المشتري، يستطيع الوصول إلى البضائع والمنتجات والخدمات التي يعرضها البائعون في المتاجر الافتراضية عبر الشبكة، ويصنف المنتجات إلى قوائم بحسب رغبات المشتري، ويتفاوض على الشراء، وينفذ عملية الشراء ذاتها. أما إذا كان وكيلاً عن البائع، فتكون له مهام أخرى تتمثل في التفاوض في بنود البيع وعرض إرشادات وسياسة البيع المتعلقة بالسلع والخدمات التي يقدمها، وتحصيل الثمن لصالح هذا البائع. وفي حالة فشل عملية الشراء، يحتفظ بكل المعلومات التي جمعها أثناء التفاوض مع المشتري كقاعدة بيانات لديه تساهم في معرفة رغبة هذا المستهلك عند دخوله مرة أخرى على الشبكة وتقديم العرض المناسب له (٣).

(١) انظر في المزيد من نشاط هذا المعهد في برامج الوكيل الإلكتروني،

<http://www.agents.media.mit.edu>".

(٢) المزيد من المعلومات عن هذا البرنامج متاحة على الموقع التالي:

<http://web.media.mit.edu/~lieber/Lieberary/Expert-Finder/Expert-Finder-Intro.html>

(٣) المزيد من المعلومات عن هذا البرنامج متاحة على الموقع التالي:

- برنامج الوكيل Tête - a - Tête (T@T): تم تصميم هذا البرنامج عام ١٩٩٧ وهو برنامج متقدم يقوم بمهمة محددة ألا وهي ربط حاجات المستهلكين بالعروض التي يقدمها البائع؛ وبمعنى أوضح يتمتع هذا البرنامج بقوة تحليل المعلومات التي يقدمها المستهلك في مفضلاته، من حيث نوعية السلع والخدمات والثمن وطريقة التسليم وطريقة الدفع، والشروط الخاصة التي يدرجها في العقد، وعمره ومحل إقامته وحالته الاجتماعية ووظيفته ويختار له السلع أو المنتجات المناسبة له بشكل تلقائي دون تدخل البائع<sup>(١)</sup>.

والجدير بالذكر أن استخدام الوكلاء الإلكترونيين يكون مجاناً كلية بالنسبة للمستهلك، غير أن الشركات التي تقدم هذه البرامج تحصل نسبة تتراوح من ٥% إلى ١٠% سمسة من قيمة الصفقة عندما تتم، أما قبل ذلك فهذه الشركات لا تحصل شيئاً. هذا بالإضافة إلى أن هذه الشركات يمكنها أن تبيع مساحة إعلانية للبائعين والمنتجين في قاعدة البيانات الخاصة بها بدون فيها اسم البائع أو المنتج والمنتجات والخدمات التي يقدمها في مقابل يدفعه البائع أو المنتج<sup>(٢)</sup>.

وفي بعض الأحيان، لا تتقاضى الشركة أية مبالغ على النسخة

---

[http://agents.media.mit.edu/projects/impulse/streetwise/streetWise\\_submission.pdf](http://agents.media.mit.edu/projects/impulse/streetwise/streetWise_submission.pdf)

<sup>(١)</sup> المزيد من المعلومات عن هذا البرنامج متاحة على الموقع التالي،

<http://www.amec.media.mit.edu/tête - a - tête/overview.html>.

وتوجد شركات وهيئات أخرى تبنت وطورت برامج الوكلاء الإلكترونيين، شركة Accenture التي صممت برنامج الوكيل Bargain Finder عام ١٩٥٥، وشركة Copermic. Com التي صممت البرنامج Meta - Search Agent عام ٢٠٠٠، وشركة Netbot Inc./Excite@home التي صممت البرنامج Jango عام ١٩٩٦، وشركة Mysimon Inc/CnetNetworks Inc التي صممت البرنامج Mysimon عام ١٩٩٨، وشركة Webcentric Inc/Network Commerce Inc التي أصدرت الوكيل Bottomdollar عام ١٩٩٩.

<sup>(٢)</sup> انظر على سبيل المثال شركة Continuum Software Inc التي تحصل مبلغ ٨٠ دولار على إدراج اسم البائع في قاعدة البيانات الخاصة بها، ويختلف هذا المبلغ بحسب عدد صفحات الموقع المراد إدراجه في قاعدة البيانات. انظر في ذلك،

GONZALO (S.), A business outlook on Electronic Agents, November 2000, op. cit., p. 21.



الأولى من برنامجها لترغب المشتري والبائع في استخدام البرنامج وتعلن الشركة عن وجود نسخ متقدمة من خلال البرنامج الأول وتوضح مزايا النسخ الأخرى، ثم تفرض مقابل على استخدام هذه النسخ المتقدمة. ومثال ذلك البرنامج الخاص بالوكيل Copernic الذي صممه شركة Copernic.com عام ١٩٩٨؛ حيث تتقاضى الشركة فقط مقابل النسخة المتقدمة من البرنامج والتي صممتها عام ٢٠٠١ وتسمى هذه النسخة الجديدة Copernic/shopper Plus، وهي نسخة تتميز بخصائصها الفنية العالية، وقدرتها على التعاقد وتنفيذ بنود العقد، بعكس النسخة القديمة التي اقتصر عملها على جمعها المعلومات وتصنيفها<sup>(١)</sup>.

### المبحث الثاني خصائص الوكيل الإلكتروني

يتردد في كتابات القانونيين وكذلك المتخصصين في تكنولوجيا المعلومات عدد كبير من الخصائص التي تميز برنامج الوكيل الإلكتروني عن غيره من البرامج، والتي تجعله على حد قول البعض يتشابه بالوكيل البشري Human Agent<sup>(٢)</sup>. وتفسيرًا لذلك يقولون إن الوكيل البشري يتصرف من خلال مجموعة مؤثرات Effectors تنفذها أعضائه مثل اليدين الذين يستخدمهما في التوقيع، والعين التي يستخدمها في الرؤيا والعقل الذي يستخدمه في التفكير وهكذا. والأمر هو ذاته بالنسبة لبرنامج الوكيل الإلكتروني الذي يتمتع بعدة خصائص تجعله يعمل هو الآخر من خلال مؤثرات تشابه مؤثرات الشخص الطبيعي مثل القدرة على التفاعل ومع الآخرين، والاستقلالية في اتخاذ القرار، والقدرة على المبادرة في اتخاذ القرار، فكل هذه الخصائص وغيرها تقرب إلى حد كبير عمل الوكيل

(١) المزيد من المعلومات عن هذا البرنامج متاحة على الموقع التالي:

<http://copernic-shopper-plus.software.informer.com>

(٢) انظر،

RUSSELL (S.) & NORVIG (P.), Artificial Intelligence..., op. cit., p. 34.

الإلكترونيون من عمل الوكيل البشري، فكلاهما يعمل من خلال مزجرات Effectors<sup>(١)</sup>. وقد وصل اعتقاد البعض بتشبيه الوكيل الإلكتروني بالوكيل البشري بأنه يصور الوكيل الإلكتروني على أنه أيقونه تظهر على صورة وجه إنسان يتلقى التعليمات ويتحرك لينفذ المهمة المكلف بها في حدود التعليمات الصادرة من مستخدميه كالوكيل البشري تماماً<sup>(٢)</sup>. وقد عرض بعض الفقه مجموعة من الخصائص التقليدية التي يتمتع بها برنامج الوكيل الإلكتروني، وأضاف البعض خصائص أخرى.

وعلى الرغم من تعدد واختلاف الخصائص التي تتردد في كتابات الفقه، فيمكن القول بأن هناك حد أدنى من الخصائص يتفق عليها الفقه<sup>(٣)</sup>، أطلق عليها البعض الخصائص التقليدية للوكيل الإلكتروني، وأضاف البعض من جانبه خصائص أخرى أطلق عليها الخصائص الحديثة. وتتمثل الخصائص التقليدية للوكيل الإلكتروني في الاستقلال في أداء العمل، والقدرة الاجتماعية، والقدرة على رد الفعل، والقدرة على المبادرة في اتخاذ القرار، وقابلية الحركة<sup>(٤)</sup>. أما الخصائص الجديدة، فمنها المصادقية Veracity، والنزعة إلى الخير Bene Volence، والعقلانية في التصرف Rationality<sup>(٥)</sup>.

---

(١) انظر،

Op. cit., p. 35.

(٢) انظر في ذلك،

MAES (P.), Agents that reduce work and information overland, at: "http://www.cs.brandeis.edu/~cs125a/content/agentsmaes.doc". p.2.  
(٣) انظر في هذه الخصائص بصفة عامة،

FONER (L.), Agent and appropriation, at:

"http:// www.media.mit.edu /people/fonder /julia/juila.htm", p. 1  
(٤) انظر في هذه الخصائص التقليدية،

WOORLDRIDAGE (M.) & JENNING (H.S.), Intelligent Agents: Theory and Practice, June 1995 at:

"http://www.elec.qmw.ac.uk/dai/ pubs/ker95", p.2.  
(٥) تعني المصادقية أن الوكيل لن يبلغ المستخدم معلومات خاطئة عن حالة السلع والخدمات وسوق الإنترنت، أما النزعة إلى الخير أو إلى صحيح الأعمال، فتعني أن الوكيل ليس له أهداف متعارضة مع أهداف مستخدمه بنكس الحال في الوكيل البشري

ونفضل من جانبنا عند عرض خصائص الوكيل الإلكتروني أن نقسمها إلى نوعين: خصائص فنية وهي الخصائص التي تبرز مدى تقدم برنامج الوكيل الإلكتروني من الناحية التقنية أو الفنية عن غيره من برامج الكمبيوتر، وخصائص تمكنه من أداء عمله القانوني من المفاوضات وإبرام العقود.

أولاً: الخصائص الفنية التي يتميز بها برنامج الوكيل الإلكتروني:  
يندرج تحت هذا النوع من الخصائص ما يلي:

### ١- القدرة على التعامل مع الآخرين (القدرة الاجتماعية) Social Ability:

يقصد بهذه الخصيصة قدرة البرنامج على الاتصال والتفاعل مع الآخرين الذين يتواجدون على شبكة الإنترنت، سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين يبحثون بأنفسهم عن السلع والخدمات مستخدمين مواتير البحث المختلفة، أو كانوا وكلاء إلكترونيين آخرين يعملون لحساب المشتريين أو البائعين<sup>(١)</sup>. ويقصد بالاتصال والتفاعل هنا في مجال الوكيل الإلكتروني القدرة على تبادل البيانات بين الوكيل وغيره من الأشخاص الطبيعيين والوكلاء الآخرين فيما يتعلق بالسلعة أو الخدمة الموكل فيها، ويحتفظ الوكيل بكل المعلومات التي يتحصل عليها ويضيفها إلى معلوماته لتشكيل هذه المعلومات قاعدة بيانات للبرنامج يمكنه استخدامها بعد ذلك<sup>(٢)</sup>. ويتم الاتصال بين الوكيل

---

الذي قد تكون له هذه الأهداف، وأما العقلانية فتعني أن الوكيل سوف يتصرف بطريقة تحقق أهدافه المرجوة منه. انظر في هذه الخصائص الحديثة،

ROSLEK (M.) & HAWKINS (D.T.), Intelligent Agents: A technology and business applications analysis, 1995

<http://www.mines.unancy.fr/wguwniffe/courseenn/131/heimann/heimann.html>, p.1 et s.

(١) انظر في ذلك،

WETTING (S.) and ZEHENDNER (E.), The Electronic agent., op. cit., p. 2

(٢) انظر في هذا المعنى، د. الام يعقوب النعمي، الوكيل الإلكتروني، مفهومه وطبيعته القانونية، مرجع سابق، ص ٤١٤، وانظر أيضاً،

وغيره من الوكلاء الإلكترونيين من خلال لغة اتصّل مشرّخة في صورة تفاعلات بين البرامج، أما وسيلة الاتصال بين الوكيل الإلكتروني والشخص العادي فتتم عن طريق تزويد الشخص برنامج الكمبيوتر ببعض المعلومات التي تتعلق بمفضلاته ورغباته، في مقابل حصوله من البرنامج على بيانات تتعلق بسلع وخدمات وغيرها<sup>(١)</sup>.

## ٢- القدرة على رد الفعل Reactivity:

وتعني هذه الخصيصة أن برنامج الوكيل قادر على إدراك وتمييز البيئة الإلكترونية التي يعمل خلالها، ويستجيب لأية تغيرات وتطورات تطرأ على هذه البيئة من حيث تغير المعلومات سواء في شكل ظهور منتجات جديدة أو انخفاض في الأسعار أو ظهور محلات اقتراضية جديدة. ويُمكن للبرنامج الاستفادة من هذه المعلومات الجديدة بتعديل عروض الشراء والبيع التي يقدمها من حيث الثمن والضمانات وخدمة ما بعد البيع، بحيث تأخذ في اعتبارها التطورات الجديدة في سوق الإنترنت<sup>(٢)</sup>.

ويوضح هذه الخصيصة المثال التالي: لو كلف شخص الوكيل بشراء إصدارات أحد المغنين، فإن الوكيل لا يعرض على المشتري فقط شريط الـ CD الذي سبق وأن اشتراه له أو لغيره من قبل، وإنما يبحث عن آخر إصدارات لهذا المغني ويأخذ في اعتباره وجود هذا الكاسيت في المخزون الإلكتروني أم لا، والموزع الجديد في حالة تغير الموزع، والعروض التي تتعلق بهذا الـ CD إن وجدت كما لو كان هناك تخفيض في الثمن في حالة شراء كمية معينة، وهكذا.

---

GONZALO (S.), a business outlook on Electronic Agent.,  
September 2000, op. cit., p. 5.

(١) انظر،

JUREWICZ (A. – M.), Contracts concluded by Electronic  
Agents., op. cit., p 5

(٢) انظر،

Op. cit., p. 6.

ثانياً: الخصائص التي تمكنه من أداء دوره التعاقدى:

#### ١- الاستقلالية: Autonomy:

تعتبر هذه الخبيصة أهم الخصائص الأساسية التي يتميز بها برنامج الوكيل الإلكتروني<sup>(١)</sup>. ويقصد بها أن الوكيل الإلكتروني يستطيع أن يتصرف وفقاً لخبراته الخاصة، ويقوم بنفسه ببناء معلوماته من خلال تجاربه السابقة وتجارب الوكلاء الآخرين الذين يتبادل معهم هذه الخبرات<sup>(٢)</sup>. ولهذا يقال أن هذا البرنامج يعمل دون تدخل من البشر أو وكلاء آخرين، ولديه نوعاً من التحكم في تصرفاته وحالته الداخلية Some kind of control over its actions and internal state<sup>(٣)</sup>.

ويوضح بعض الفقه<sup>(٤)</sup> صفة الاستقلال التي يتمتع بها برنامج الوكيل الإلكتروني بفكرة أن الحاسب الآلي جهاز يعمل من خلال مدخلات له، ومخرجات منه، وعملية تجري على المدخلات لتتحقق المخرجات. ومن المعلوم في عمل الكمبيوتر أن الإنسان هو الذي يعد المدخلات التي تتخذ صورة بيانات أو برامج، وكلما ثبتت هذه المدخلات كلما تشابهت المخرجات التي يتحصل عليها من الجهاز، ومن ثم يكون من السهل معرفة المخرجات بالتعرف على المدخلات ونوع العمليات التي تجري عليها. أما صفة الاستقلال في برنامج الوكيل الإلكتروني تجعل البرنامج يتحكم ويغير في مدخلاته في كل مرة. وتفسير ذلك أنه إذا كان من الصحيح أن البرنامج يعمل من خلال بيانات زوده بها المستخدم، إلا أن هذا البرنامج يستطيع تقديم

(١) انظر، رقم،

RUSSELL (S.) & NORVIG (P.), Artificial Intelligence, op. cit., p. 34

(٢) انظر في ذلك،

Op. cit., p. 35.

(٣) انظر،

Op. cit., p. 36.

(٤) انظر،

ABSHER (S.) & NAOKI (H.), Filtering with intelligent soft ware Agents, at:

"http://www.engin.umd.umich.edu/CIS/course.des/cis479/projects/FISA.html

مدخلات جديدة: انفسه من خلال ما تحصل عليه من بيانات سابقة من مستخدمين آخرين أو من وكلاء آخرين عن طريق تبادل البيانات معهم. وبمعنى أوضح يست المدخلات التي أعدها المستخدم هي الوحيدة التي يعمل البرنامج من خلالها وإنما إضافة البرنامج ذاته بيانات جديدة من واقع خبرته.

وقد ترتب على ذلك نتيجة مهمة تتمثل في عدم ثبات المخرجات الصادرة من البرنامج، بل تتنوع في كل مرة بحسب البيانات التي تحصل عليها من المستخدم، وتلك التي جمعها عن السلعة أو الخدمة المكلف بها. وقدرة هذه البيانات، فتتنوع مصادر المدخلات واختلاف المخرجات في كل مرة هي التي تجسد ميزة الاستقلال في العمل التي يتمتع بها برنامج الوكيل الإلكتروني<sup>(1)</sup>.

ومن جانبه يبرز البعض<sup>(2)</sup> صفة الاستقلال التي يتميز بها برنامج الوكيل الإلكتروني بتشبيهه معد البرنامج بصانع الساعة التي يعدها صانعها على أن تضيف 6 ساعات عندما يسافر إلى قارة أستراليا. ويقول هذا الفقيه بأن تغيير الساعة عند السفر إلى أستراليا يدل على عبقرية صانعها، ولا يدل على شيء مميز في الساعة، بعكس الحال عندما تتغير الساعة من تلقاء ذاتها في حالة السفر. وتطبيق هذه الفكرة على الوكيل الإلكتروني نجد أن البرنامج ذاته يكتسب خبرات في كل مرة يعمل فيها، ويجمع من نفسه بيانات عن السلع والخدمات التي سبق وأن وكله البعض في شرائها أو بيعها، وتؤثر خبراته الخاصة في قراره بالبيع والشراء بعد ذلك<sup>(3)</sup>.

وتميز هذه الذاتية برنامج الوكيل الإلكتروني في طريقة عمله

---

(1) انظر في بيان ذلك أيضًا،

FRANKLIN (S.) & GRAESSER (A.), Is it an agent or just a program? A taxonomy or autonomous agents, at:

"http://www.msci.memphis.edu/franklin/agentprog.html", p. 1 et s.

(2) انظر،

RUSSELL (S.) & NORVIG (P.), Artificial Intelligence, op. cit., p.35

(3) راجع،

RUSSELL (S.) & NORVIG (P.), Artificial Intelligence, op. cit., p.36

والقرارات الصادرة منه مقارنة بمواتير البحث العالمية مثل الـ Yahoo أو الـ Google التي تعمل تحت إشراف ورقابة المستخدم دون أن يكون لديها القدرة التقنية على إنشاء أو خلق أية علاقات قانونية لتبعيةها اللصيقة بشخص المستخدم<sup>(١)</sup>.

### ٢- القدرة على المبادرة Pro - activeness :

وتعني أن برنامج الوكيل لديه القدرة على المبادرة في أداء عمله واتخاذ قراره، ولا تكون أفعال مجرد رد فعل أو مجرد استجابة لتغيرات البيئة التي يتواجد فيها<sup>(٢)</sup>.

### ٣- القدرة على تعديل السلوك Adaptive Behavior :

وتعني هذه الخاصية أن البرنامج له القدرة على تعديل عروضه في كل مرة يغير فيها العميل عاداته أو مفضلاته، فهو في كل مرة يقدم للمشتري - في حالة الوكيل عن الشراء - عرضًا بحسب ما توصل إليه من معلومات في ضوء مفضلات العميل، ويقدم للبائع - في حالة الوكيل عن البيع - أفضل عروض البيع التي تتماشى مع متغيرات السوق وتغير نوق المستهلك، ومن ثم يمكنه أن يؤثر على قرار البائع وتعديل شروط البيع بناء على المعلومات الحديثة التي توصل إليها<sup>(٣)</sup>.

## الفصل الثاني

### مصير التصرفات القانونية التي يقوم بها الوكيل الإلكتروني

(١) انظر،

JUREWICZ (A.-M.), Contracts concluded by Electronic Agent.., op. cit. p. 5.

(٢) انظر،

WOOLDRIDAGE (M.) & JENNIBGS (H.- S.), Op. cit., p. 3 ;  
CROSS (S.R.), Agency, contract and intelligent software., op. cit., p. 177.

(٣) راجع في ذلك،

WETTING (S.) and ZEHENDNER (E.), The Electronic Agent.., op. cit., p. 2.

ترتب على خصيصة الاستقلال في عمل الوكيل الإلكتروني على النحو المبين في الفصل الأول من ناحية، وتطور تكنولوجيا الوكلاء الإلكترونيين، وظهور جيل من الوكلاء يستطيع التدخل بشكل إيجابي في إبرام التصرفات القانونية من ناحية أخرى، أن اتجه الفقه القانوني إلى التساؤل عن مصير التصرفات القانونية التي يقوم بها هذا الوكيل، وإذا ما كانت تنسب إلى الوكيل ذاته، أم تنسب إلى الشخص مستخدم البرنامج، التساؤل كذلك عن النتائج القانونية التي تترتب على هذا الإسناد.

والواقع أنه يجب أن يتم تحديد مصير هذه التصرفات في ضوء النصوص التي تعالج مسألة تدخل الوكيل الإلكتروني في إبرام عقود التجارة الدولية كما هو الحال في نصوص اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية الصادرة عام ٢٠٠٥، وقانون التجارة الأمريكي الموحد، والقانون الموحد الأمريكي للمعاملات الإلكترونية، وكذلك آراء الفقه وبعض أحكام القضاء المتاحة.

ومن خلال تحليل النصوص التي تعالج هذا الموضوع وآراء الفقه، يمكننا القول بأن مصير التصرفات التي يقوم بها الوكيل الإلكتروني تنسب إلى مستخدم هذا الوكيل، ولكن يبقى التساؤل عن أساس هذا الإسناد، والنتائج المترتبة عليه. وسوف نعرض في هذا الفصل لآراء الفقه في الأساس القانوني لأسناد التصرفات التي يقوم بها الوكيل الإلكتروني إلى مستخدم البرنامج في مبحثين مستقلين، ثم نلي ذلك رأينا في المسألة في مبحث ثالث.

### المبحث الأول

إسناد التصرفات إلى المستخدم باعتبار برنامج الوكيل

مجرد أداة اتصال

الأصل أنه لا توجد طريقة خاصة للتعبير عن الإرادة، ومن ثم يعتقد العقد بمجرد تبادل الأطراف للتعبير عن إرادتين متطابقتين. وقد ترتب على هذا الأصل أنه يجوز للشخص أن يعبر عن إرادته بأي شكل ولو كان إلكترونيًا إلا في الحالات التي يستلزم فيها القلتون شكلًا خاصًا للتعبير عن



وترتيبًا على ذلك يمكن للشخص أن يعبر عن إرادته من خلال برامج تثبت على الحاسب الآلي تعمل وفق تعليمات وبيانات يزوده به مستخدم الجهاز. فإذا تعاقد البرنامج وفق هذه التعليمات، فهو ببساطة يعبر عن إرادة مستخدم البرنامج، وإليه وحده تنسب التصرفات التي تصدر عن هذا البرنامج.

بهذا التحليل القانوني البسيط، يعبر بعض الفقه عن الدور الذي يمثله برنامج الوكيل الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية، ويرون أنه مجرد أداة ووسيلة يعبر بها مستخدم البرنامج عن إرادته. وسوف نعرض من جانبنا لهذا الرأي قبل أن نقيمه.

### أولاً: عرض الرأي:

ينتصر بعض الفقه إلى فكرة أن برنامج الوكيل الإلكتروني مجرد أداة اتصال **A communication Tool**؛ فهو مجرد برنامج يُستخدم عبر شبكة الإنترنت وفق تعليمات يزوده بها المستخدم، ويساوي أنصار هذه الفكرة بين برنامج الوكيل وأية آلة يستخدمها الشخص في التعاقد عن بعد، كالفاكس والتليفون وغيرها<sup>(١)</sup>.

ويرتب أنصار هذا الرأي أن الأعمال والتصرفات الصادرة من برنامج الوكيل الإلكتروني تعتبر صادرة من الآلة التي يستخدمها الشخص<sup>(٢)</sup>، ومن ثم تنسب هذه الأعمال إلى الشخص مستخدم الآلة، ويكون مسؤولاً عن نتائج هذه الأعمال من اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات<sup>(٣)</sup>. ولا يقدر

(١) انظر في ذلك،

KEER (I.R.), Providing for autonomous electronic device in the Uniform Electronic Commerce Act., op. cit., p.3

(٢) يطلق البعض على مستخدم البرنامج "الشخص المراقب". Human Controller. THOUMYRE (P. - L.), L'echange des consentements dans le commerce électronique, at:

"http://www.lex-electronica/org/ articles/ v5-1/ thoumfr.htm", p.1.

(٣) راجع،

في ذلك أن يعلم المستخدم أو لا يعلم ببند العقد التي توصل إليها الوكيل مع الغير، ولا يقدح في ذلك أيضاً أن يوفر البرنامج للمستخدم إمكانية مراجعة بنود العقد قبل التعاقد مع الطرف الآخر أم لا<sup>(١)</sup>. ولا يستطيع المستخدم التخلص من هذه المسؤولية إلا إذا أثبت أن البرنامج لا يعمل تحت سيطرته، أو أن الخطأ لا يرجع إلى سبب أجنبي<sup>(٢)</sup>.

ولم يعد أنصار هذا الرأي الحجة والأساس القانوني الذي يمكن أن يبنى عليه رأيهم. وتفسير ذلك، أن بعض أنصار هذا الرأي تحدث عن قرينة قانونية مفاده أنه عندما يستخدم الشخص الوكيل الإلكتروني، ويعتمد عليه في تكوين عقديته القانونية ورأيه الذي يظهر في صورة إيجاب أو قبول، يكون قد عبر عن نيته وإرادته في أنه سيلتزم بكل الأعمال والتصرفات التي تصدر عن هذا الوكيل، ومن ثم يعتبر مساعداً لهذا الشخص، وبالتالي يسأل الشخص عن كل تصرفاته وكأنها واقعة منه شخصياً بمقتضى هذه القرينة القانونية<sup>(٣)</sup>.

والواقع أن هذا الرأي يتطابق مع قانون اليونيسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية الصادر في ديسمبر ١٩٩٦<sup>(٤)</sup>. وتفسير ذلك أن المادة ٢

---

CROSS (S.R.), Agency, contract and intelligent software agents., op. cit., p. 180.

(٢) في هذا المعنى،

WEITZENBOCK (E. – M.), Introduction on the special issue on electronic agents., op. cit., p. 214; MIDDLEBROOK (S. T.) and MULLER (J.), Thoughts on bots: The emerging law of electronic agents, Business Lawyer, 2000, p. 35.

(٣) انظر في ذلك، د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ٢٠٠٨، ص ٢٠٩.

(٤) انظر،

ALLEN (T.) & WIDDISON (R.), Can computers make contracts?, Harvard Journal of Law & Technology, 1996, p. 23; LEROUGE (J. – F.), UCITA: The use of electronic agent questioned under contractual law: suggested solutions on a European and American level, J. Marshall J. computer & Info., 1999, p. 305.

(٣) صدر هذا القانون النموذجي بقرار الجمعية العلمية، رقم ١٦٢/٥١ المؤرخ في ١٦ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٦، ونصوص هذا القانون متاحة على الموقع التالي:

(ج) من هذا القانون تعرف منشئ رسالة البيانات بأنه " الشخص الذي يعتبر أن إرسال أو إنشاء البيانات قبل تخزينها- إن حدث- قد تم على يديه أو نيابة عنه، ولكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة". والأمر هو ذاته فيما يتعلق بالمادة ٢/١٣ (ب) التي تحدد الشخص الذي تنسب إليه رسائل البيانات؛ إذ تنص على أنه " في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه، تعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن المنشئ إذا أرسلت من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه تلقائياً".

وإذا كانت هذه النصوص غير صريحة في اعتبار البرنامج الذي يستخدمه الشخص مجرد أداة اتصال، بل تعتبر فقط أن ما يصدر عن هذا البرنامج يُسند إلى مستخدمه، فإن التعليق على هذا القانون قد أوضح هذه الفكرة جيداً عندما ورد به " في معظم النظم القانونية، يستخدم مفهوم " الشخص " للإشارة إلى أصحاب الحقوق والالتزامات، وينبغي تفسيره على أنه يشمل كل من الأشخاص الطبيعيين والهيئات الاعتبارية، أو الكيانات القانونية الأخرى. أما رسائل البيانات التي تُنشئها الحواسيب تلقائياً دون تدخل بشري مباشر، فيقصد أن تكون مشمولة بالفقرة الفرعية (ج)، ولكن لا ينبغي إساءة تفسير القانون النموذجي على أنه يتيح المجال لجعل الحاسوب صاحب حقوق والتزامات. وينبغي اعتبار رسائل البيانات التي تنشئها الحواسيب تلقائياً دون تدخل بشري مباشر " ناشئة " عن الكيان القانوني الذي شغل الحاسوب نيابة عنه. وأما المسائل ذات الصلة بالوكالة التي قد تنشأ في ذلك السياق، فيتعين تسويتها بموجب قواعد تخرج عن نطاق القانون النموذجي " (١).

وفي الأحكام القليلة المتعلقة باستخدام برنامج الوكيل الإلكتروني في التجارة الإلكترونية نقابل الحكم الصادر من القضاء الأمريكي في قضية Register.com Inc V. Verio, Inc. في هذه القضية، استخدمت الشركة الأخيرة ( شركة Verio ) وكيلاً إلكترونياً لجمع معلومات عن

---

"http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/electron/ml-ecommerce-a\_ebook.pdf"

(١) انظر التعليق على هذا القانون، متاح على الموقع السابق، ص ٢٧، وانظر كذلك ص ٤٧.

العناوين الإلكترونية Domain Names الموجودة في كل قواعد البيانات المتاحة على الشبكة وأسماء مالكي هذه العناوين، وفرز هذه العناوين لمعرفة المسجل منها والذي تم إلغاء تسجيله أو سقط تسجيله لعدم التجديد، والتفاوض مع راغبي شراء هذه العناوين على شبكة الإنترنت. وفي كل يوم كان الوكيل الإلكتروني يثبت على كمبيوتر الشبكة العديد من هذه العناوين التي استمدها من قاعدة البيانات المملوكة للشركة الأولى Register.com. رفعت هذه الأخيرة دعوى على شركة Verio على أساس أنها لم تحترم بنود الاستفادة من قاعدة بياناتها خاصة ذلك البند الذي يلزم المستفيد من استخدام هذه البيانات لأغراض التسويق فقط لا لأغراض شخصية. دفعت شركة Verio بأنها لم ترتبط بعقد مع الشركة المدعية وأنها لم تعبر عن إرادتها في الالتزام بشروط استخدام قاعدة بياناتها، وأنها لم تضغط على مفتاح موافق على الرسالة الموجهة من الشركة المدعية والتي تعرض فيها موافقتها على تسليم هذه البيانات، وأنها لم تتسلم بشكل مباشر أية شروط أو بنود من الشركة المدعية.

رفضت المحكمة حجة الشركة المدعي عليها وانتهت إلى أن استخدام هذه الشركة برنامج الوكيل الإلكتروني للتعبير عن إرادتها، يعني أنه إذا وافق الوكيل الإلكتروني على بنود العقد مع شركة Register.com تكون قد وافقت هي، والثابت في هذه القضية أنه في كل مرة يدخل فيها الوكيل الإلكتروني على قاعدة بيانات هذه الشركة، كان برنامج الشركة يسلمه قائمة شروط الاستخدام، ومن ثم من المفترض أن تكون الشركة مستخدمة البرنامج قد علمت بهذه الشروط<sup>(1)</sup>.

ونرى أنه وإن لم يكن الحكم صريحاً في وصف العلاقة بين الشركة مستخدمة البرنامج والبرنامج ذاته، إلا أنه يمكننا أن نستشف هذه العلاقة من قول المحكمة أنه "إذ علم الوكيل ببند العقد، فهذا يعني أن الشركة Verio قد علمت بها". ونفهم من هذه العبارة أن المحكمة اعتبرت الوكيل مجرد أداة يستخدمها الشركة في تعاقدها، وأنه ليس له علم خاص به، أو قدرة مستقلة

(1) انظر في تفصيل هذه القضية،

JUREWICZ (A. – M.), Contracts concluded by Electronic Agent.,  
op. cit., 28.

على التعبير عن إرادته.

ثانيًا: تقييم الرأي:

إذا كان الرأي السابق يمتاز بسهولة، بالإضافة إلى أنه يحث المستخدم على التأكد من عمل الوكيل وأنه ينفذ كل أوامره، فقد تعرض لسهام النقد التي تتمثل في الآتي:

أ- عدم وجود دور للمستخدم في الرقابة على أعمال البرنامج: يتمثل العيب الأول الموجه إلى أنصار هذا الرأي في أنه يتجاهل الدور المختود الذي يمارسه مستخدم الوكيل في الرقابة على برنامج الوكيل؛ ومن ثم فقد تجاهل أهم الخصائص التي يتمتع بها برنامج الوكيل الإلكتروني والتي تكمن في الاستقلال في أداء العمل، والقدرة على المبادرة في أداء العمل وتقديم العروض وقبولها دون رقابة أو مراجعة من شخص المستخدم<sup>(١)</sup>. فإذا انتهى أصحاب هذا الرأي إلى ضرورة إلزام المستخدم بالتصرفات الصادرة من برنامج الوكيل، دونما اعتبار لخصوصية هذا البرنامج واعتباره مجرد أداة، فيكون قد اعتبروه مثل الأدوات المنفذة لإرادة المستخدم كالتليفون والفاكس رغم التقدم التقني الكبير الذي يتمتع به البرنامج، ورغم تعاقده دون علم وإطلاع المستخدم على تفاصيل العقد<sup>(٢)</sup>.

ب- مسؤولية المستخدم عن الأخطاء الفنية للبرنامج:

يعيب البعض على هذا الرأي أيضًا أنه سيؤدي إلى تحميل مستخدم البرنامج النتائج المترتبة على الأخطاء الفنية أو التقنية Technical

(١) في المعنى ذاته،

Op. cit., 9

(٢) قريب من ذلك، د. الآم يعقوب النعيمي، مرجع سابق، ص ٤٥٣، وانظر أيضًا،

WETTING (S.) and ZEHENDNER (E.), The electronic Agent., op. cit., p.4

ويطلق هذا الأستاذ على وجهة النظر التي تعتبر الوكيل الإلكتروني مجرد أداة بالنظرية التقليدية أو نظرية إعلان الكمبيوتر A computer declaration، ويصف القائلون بهذه النظرية بأنهم ليست لديهم معرفة جيدة ببرنامج الوكيل الإلكتروني؛

L'échange des consentements dans le commerce électronique, op. cit. p. 2.

Errors التي قد نع أثناء الأعمال التي يقوم بها البرنامج، كما هو الحال في قطع الكهرباء، أو لفشل في العمل بسبب فيروس يصيب البرنامج، أو تعديل المبرمج بعض الـ هائل الفنية المتعلقة بالبرنامج. في هذه الحالات، لا يمكن نسبة خطأ ما إلى مستخدم البرنامج، فلماذا نحمله نتائج أفعال لم يرتكبها؟<sup>(١)</sup>. ويعبر بعض الفقه<sup>(٢)</sup> عن نقدهم الموجه إلى فكرة أن الوكيل الإلكتروني مجرد أداة اتصال بعدة أسئلة منها: هل من العدل أن يتحمل مستخدم البرنامج نتائج غير متوقعة قد تحدث نتيجة أخطاء فنية في عمل الوكيل لمجرد أنه يستخدم البرنامج، وأنه من الناحية النظرية عليه أن يتوقع وقوع هذه الأخطاء؟ وهل يختلف الأمر لو أن المتعاقد مع الوكيل الإلكتروني يعلم أنه مجرد أداة تقنية في يد شخص آخر ومن الممكن أن يزوده بمعلومات غير دقيقة ألا يعتبر علم المتعاقد الآخر على هذا النحو سببًا لتخلص مستخدم البرنامج من المسؤولية أم يظل مسؤولاً رغم ذلك؟ إن الإجابة على هذا التساؤل تشكل في نظر أنصار هذا الرأي نقدًا موجهًا للرأي القائل بأن الوكيل الإلكتروني مجرد أداة اتصال.

### ٣- محاولات تفادي أوجه النقد السابقة:

حاول أنصار هذا الرأي تفادي النقد الموجه إليهم المتعلق بإلزام مستخدم البرنامج نتائج أعمال البرنامج على الرغم من أنه لا يعلم بمضمون التزامه بسبب استقلال الوكيل الإلكتروني، وأنه قادر على خلق إيجاب وقبول دون علم أو مراجعة من مستخدمه بأن تبينوا فكرة الإعلان عن الإرادة على بياض Blank Declaration، وهي فكرة تتشابه بفكرتي التوقيع على بياض والتظهير على بياض المطبقتين في الأوراق التجارية<sup>(٣)</sup>. ومفاد هذه الفكرة أن الشخص الذي يستخدم الوكيل الإلكتروني

(١) انظر في ذلك، د. آلاء يعقوب النعمي، مرجع سابق، ص ٥٣.

(٢) راجع،

ALLEN (T.) & WIDDISON (R.), Can computers make contracts?, op. cit., p. 26.

(٣) انظر في تفصيل شرح هاتين الفكرتين، د. فوزي نعيم رضوان، قانون المعاملات التجارية، الجزء الثاني، الأوراق التجارية والإفلاس، مطبوعات أكاديمية شرطة دبي، طبعة ٢٠٠٨، بند ٣١١، ص ٣٠٩.

يحدد لهذا الوكيل الإطار العام للتعاقد، ويترك للوكيل بمقتضى - ما له من خبرة فنية - التعاقد في ضوء هذا الإطار العام، وبهذا التفويض الصادر من المستخدم، يكون هذا الأخير بمثابة شخص وقع على بياض وفوض الآخر في ملأ الفراغات السابقة على التوقيع Blanc - seing. وبمعنى أوضح يكون هذا الشخص قد أعلن عن إرادة مسبقة أنه ملتزم بكل ما يفعله الوكيل ولو تم بدون الرجوع إليه؛ لأنه هو الذي حدد الإطار العام للتعاقد<sup>(١)</sup>.

وإلى جانب المحاولة السابقة، توجد محاولة أخرى قال بها بعض الفقه استنادًا إلى نصوص القانون الأمريكي للتجارة الإلكترونية<sup>(٢)</sup>. ويرى أنصار هذه المحاولة أن نصوص هذا القانون عندما أجازت للأشخاص استخدام الوكيل الإلكتروني لإبرام العقد دون حاجة بعد ذلك إلى تدخل من مستخدم برنامج الوكيل، فهذا يعني أن نية التعاقد توجد بالفعل عند مستخدم الوكيل عند استخدامه لبرنامج الوكيل وتزويده بالبيانات التي يستخدمها. وتفسيرًا لذلك يقولون أنه إذا تمت برمجة الوكيل لإصدار إيجاب أو قبول بشروط معينة، فهذا يعني توافر نية الالتزام بهذه الشروط من مستخدم البرنامج. ويطلق أنصار المحاولة على نية مستخدم البرنامج في هذا الصدد بالنية المبرمجة Programmed Intention<sup>(٣)</sup>.

أما النقد الآخر المتعلق بتحميل المستخدم نتائج الأخطاء الفنية أو التقنية التي تقع من الوكيل، فقد رد عليه البعض بأنه من المنطقي أن يتحمل المستخدم نتائج هذه الأفعال، ويمكنه أن يرجع بعد ذلك على الشركة

---

(١) انظر. هذه الوجهة من النظر،

WETTING (S.) and ZEHENDNER (E.), The electronic Agent., op. cit., p.4

(٢) د. نجاح شمس، الوكالة في القانون اللبناني والمصري والفرنسي المقارن، المجلد الأول، المنشورات الحقوقية، صدار، ١٩٩٩، ص ١٦٠. وترى المؤلفة أن الموكل لا يكون له في هذه الحالة إلا الرجوع على الوكيل إلا بثبات أمرين: ١- أن الوكالة كانت على بياض بالنسبة لموضوع التصرف ٢- أن الوكيل قد تجاوز حدود الوكالة الحقيقية التي اتفق عليها مع الموكل.

(٣) انظر في تفصيل ذلك،

LAWRENCE (F.) & P.GRANT (M.), Law of the internet, Lexis Publishing, 2001, p. 45.

مصصمة البرنامج عن هذه الأخطاء، ولا يكون من المنطقي تحميل الطرف الآخر نتائج هذا الأفعال؛ لأنه لم يخطئ بدوره أيضاً<sup>(١)</sup>. هذا بالإضافة إلى أنه مادام المسند نعم يستفيد من الفوائد الكبيرة التي يقدمها البرنامج، فمن الطبيعي أن يتحمل نتائج أفعاله إعمالاً لقاعدة الغرم بالغرم.

### المبحث الثاني

## إسناد التصرفات إلى المستخدم باعتبار برنامج الوكيل وكيلاً عن المستخدم

ينطلق الرأي الثاني الذي يعالج نتيجة أو أثر التصرفات والأعمال التي يقوم بها الوكيل الإلكتروني من فكرة مؤداها أن الوكيل الإلكتروني يستطيع التعبير عن الإرادة، فهو يقوم بعمل مشابه لعمل الوكيل الإنسان Human Agent وليس مجرد أداة يستخدمها الشخص لإعلان إرادته، وينتهي أنصار هذا الرأي إلى القول بأن الوكيل الإلكتروني يعبر عن إرادته بإبرام العقد لصالح الأصل وهو المستخدم، ولا يتحمل هذا الأخير نتائج أعمال وكيله تطبيقاً لقواعد الوكالة في كل من أحكام النظام الأنجلوسكسوني والقانون اللاتيني للوكالة.

غير أن القول بأن برنامج الوكيل الإلكتروني له أهلية التعبير عن الإرادة، ويستطيع نقل آثار التصرف الذي يجريه إلى الأصل، يقتضي التسليم أولاً بأن يكون للوكيل الإلكتروني شخصية قانونية تمكنه من التعبير عن إرادته، ثم الحديث ثانياً عن أن هذا الشخص القانوني له أهلية التعبير عن الإرادة، وسوف نعالج هاتين المسألتين على التوالي.

أولاً: مدى اعتبار الوكيل الإلكتروني شخصاً قانونياً:

١- عرض الرأي:

المسألة الأولى التي يواجهها أنصار الرأي القائل بوجود أهلية تعاقد لدى الوكيل الإلكتروني يستطيع بمقتضاها التعبير عن إرادته هي تلك

(١) راجع في ذلك، د. آلاء بطوب النصيمي، مرجع سابق، ص ٤٥٣.



المتعلقة بالشخصية القانونية ومدى توافرها في برنامج الوكيل الإلكتروني، وهي مسألة أولية يجب الفصل فيها أولاً قبل التطرق إلى المسألة الثانية المتعلقة بأهلية التعاقد. وبمعنى أوضح، إذا كان المشرع يتطلب لوجود العقد أركان معينة وهي التراضي والمحل والسبب، فيجب أن يصدر التراضي من شخص يتمتع بالشخصية القانونية، فإن توافرت فيه هذه الصفة، نبحت بعد ذلك مدى توافر الأهلية فيه.

وقد أشار بعض الفقه إلى التفرقة بين الشخصية القانونية Legal Personality وأهلية الأداء Contractual Capacity ، بقوله إن أهلية الأداء ترتبط بوجود الشخصية القانونية أولاً، فإذا توافرت الشخصية القانونية، نبحت بعد ذلك إذا كان من يتمتع بها لديه أهلية أداء أم لا. ويترتب على ذلك أنه إذا لم تمنح مجموعة أشخاص أو مجموعة من الأموال الشخصية القانونية، فلا تكون هذه المجموعة أو تلك شخصاً قانونياً في نظر القانون، ولا يجب أن نبحت في هذه الحالة مدى توافر أهلية الأداء في أي منهما، أو القدرة على التعبير عن الإرادة من عدمه<sup>(١)</sup>.

والأصل أن الشخصية القانونية يتم منحها إلى الأشخاص الطبيعية والأشخاص الاعتبارية. وإذا كان الأشخاص الطبيعية تستمد الشخصية القانونية بقوة القانون بمجرد الميلاد دون تدخل المشرع لمنح الشخصية لكل مولود، فإن منح الشخصية القانونية للأشخاص المعنوية لا يتم إلا إذا تدخل القانون في كل مرة لمنح هذه الشخصية، خاصة إذا كان لمجموع الأشخاص والأموال نمة مالية Assets قصد المشرع أن تكون مستقلة عن أعضائه حماية لدائنيه<sup>(٢)</sup>. وقد ركن أنصار هذا الرأي إلى مجموعة اعتبارات وأسس يمكن على أساسها منح الشخصية القانونية لبرنامج الوكيل الإلكتروني منها:

(١)

MAZEAUD (J.) & CHABS (F.), Leçons de droit civil, Tome II, I<sup>er</sup> vol., Obligations, Theorie générale, 7<sup>o</sup> éd., Montvhestien, Paris, 1985, p. 137 Op. cit., p. 225.

(٢) انظر،

BELLIA (J. - A.), contracting with electronic agents, Emory Law Journal, 2001, p. 3; LEROUGE (J. - F.), UCITA: The use of electronic agent questioned under contractual law: op. cit., p.304.

أ- منح الشخصية القانونية استنادًا إلى صفات الوكيل الإلكتروني:  
إذا كان من الواضح أن المشرع الوطني لم يتدخل في أية دولة لمنح  
الوكيل الإلكتروني الشخصية القانونية، فقد انتصر البعض إلى ضرورة  
تدخل المشرع ووجوب النص على إكساب الوكيل الإلكتروني هذه الشخصية  
القانونية<sup>(١)</sup>.

وتأييدًا لفكرة منح الوكيل الإلكتروني الشخصية القانونية، ناقش  
بعض مؤيدي هذه الفكرة الأسباب التي يتم في ضونها منح الوكيل  
الإلكتروني الشخصية القانونية. ووفقًا لهذا الرأي، توجد ثلاثة أسباب تحث  
أي مشرع على النص على منح الشخصية القانونية لكيان ما تتمثل في:  
الاسم Moral entitlement، القدرة الاجتماعية Social capacity،  
والملاءمة والضرورة القانونية Legal convenience. وهذه العناصر  
الثلاثة تتوافر في برنامج الوكيل الإلكتروني<sup>(٢)</sup>.

وقد ركز بعض من أنصار هذا الرأي على خصيصة القدرة  
الاجتماعية التي يتمتع بها برنامج الوكيل والتي تجعله قادر على الاتصال  
والتفاعل مع الأشخاص الآخرين الذين يتواجدون على شبكة الإنترنت،  
سواء كانوا أشخاصًا طبيعيين يبحثون بأنفسهم عن السلع والخدمات  
مستخدمين مواتير البحث المختلفة، أو كانوا وكلاء إلكترونيين آخرين  
يعملون لحساب المشتريين أو البائعين<sup>(٣)</sup>. وقياسًا على الشركات التجارية،

---

<sup>(١)</sup> من مؤيدي هذه الفكرة،

ALLEN (T.) & WIDDISON (R.), Can computer make contracts?,  
op. cit., p. 28- 30; KARNOW (Curtis E.A.), Liability for  
distributed artificial intelligence, Berkeley Technology Law  
Journal, 1996, pp. 161 – 162, at:

"[http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&hadl  
e=hein.journals/berktech11&div=8&id=&page](http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&hadl<br/>e=hein.journals/berktech11&div=8&id=&page)".

<sup>(٣)</sup> راجع،

AMATO (A.) & CHOPRA (Sudhir K.), Whales: Their emerging  
right to life American, Journal of International Law, 1985, p. 15.

<sup>(١)</sup> انظر في ذلك،

يجب منح الوكيل الإلكتروني الشخصية القانونية. وتفصيل ذلك أن الشركة كيان يتكون من مجموعة شركاء، غير أنها تفصل عن هذا المجموع وتستطيع التعامل مع الآخرين باسمها ولحسابها. والأمر هو ذاته - وفقاً لهذا الرأي - في الوكيل الإلكتروني الذي يتمتع باستقلالية في تصرفاته وقدرته على التفاعل وتغيير قراراته حسب خبرته الشخصية والمعلومات التي جمعها، كما أن الغير يتعامل معه على أنه وحدة مستقلة منفصلة عن مستخدميها الذي قد لا يعلم بوجوده أصلاً<sup>(١)</sup>. ويستندون في قولهم بتميز برنامج الوكيل الإلكتروني عن غيره من البرامج بهذه الميزة التي تؤهله بأن برنامج الشطرنج Deep Blue المتقدم الذي استطاع الفوز على بطل العالم في الشطرنج كسبروف عام ١٩٩٧ يؤكد وجود قفزة هائلة في التكنولوجيا وتصميم برامج لديها القدرة على التعامل مع المواقف وتغيير قراراتها بحسب رد فعل الطرف الآخر، مما يؤكد أن للكمبيوتر إرادة مستقلة تجعله يتمتع بالشخصية القانونية<sup>(٢)</sup>. هذا بالإضافة إلى أن برنامج الشطرنج المتقدم اتخذ قراره في غيبة المبرمج وصمم خطط هجومه، ودافع في حالة هجوم الخصم دون تدخل من جانب مصمم البرنامج أو الشركة المستخدمة له، الأمر الذي يؤكد استقلاله في اتخاذ قراره.

ومن جانبه، فقد ركز جانب آخر من الفقه على خصيصة الإرادك الذاتي Self - consciousness التي تمتع به برنامج الوكيل الإلكتروني باعتبار أن مناط منح الشخصية القانونية لأي مجموع هو عنصر الإدراك الذاتي، وهو متوافر في برنامج الوكيل الإلكتروني. وتوضيحاً لذلك يقولون بأن الوكيل الإلكتروني يستجيب لأية تغيرات وتطورات تطراً على هذه البيئة من

---

JUREWICZ (A. - M.), Contracts concluded by Electronic Agents, comparative analysis of American and polish legal systems, at "<http://law.bepress.com/expresso/eps/714>".

(٢) راجع في ذلك، د. سامح عبد الواحد التهامي، التعلق عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص ٤٩٣ وانظر كذلك،

CAREY (Th - C.), BROMBERG (E.) & SUNSTEIN (Esq.), Jurisdiction and contracts., op. cit., p. 17.

(٣) انظر في ذلك،

ALLEN (T.) & WIDDISON (R.), Op. cit., p. 26.

حيث المعلومات المتعلقة بهذه البيئة، وظهور منتجات جديدة أو انخفاض في الأسعار أو ظهور محلات افتراضية جديدة. ويمكن هذه الخصيصة البرنامج من الاستفادة من هذه المعلومات الجديدة بتعديل عروض الشراء والبيع التي يقدمها بحيث تأخذ في اعتبارها التطورات الجديدة في سوق الإنترنت<sup>(١)</sup>.

ب- منح الشخصية القانونية حماية لمستخدم البرنامج من الأخطاء الفنية للوكيل:

يقيم البعض حجتَه في تأييده لمنح برنامج الوكيل الإلكتروني الشخصية القانونية على تحقيق مصلحة مستخدم البرنامج وحمايته من الأخطاء الفنية غير المتوقعة، وتلك الأخطاء التي لم يساهم فيها. وتفسير ذلك أنه لو اعتبرنا الوكيل الإلكتروني مجرد أداة يستخدمها الشخص في التعاقد، فيكون مسؤولاً عن كافة الأخطاء التي تقع من البرنامج سواء كانت أخطاء في إدخال المعلومات له ويكون المستخدم متسبباً فيها، أو الأخطاء الفنية المتوقعة بالبرمجة، أو تلك المتوقعة بشبكة الإنترنت كبيئة عمل له وهي أخطاء لم يشارك فيها المستخدم، ولا يعتبر ذلك عدلاً أو معقولاً من الناحية القانونية، كما أنه سيؤدي إلى إحجام الكثيرين من التعامل في هذه البرامج مما يعرقل تقدم وتنمية التجارة الإلكترونية، ويزيد من الشك حول أمان المعاملات عبر شبكة الإنترنت<sup>(٢)</sup>.

والأمر على خلاف ذلك لو اعتبرنا الوكيل الإلكتروني شخصاً قانونياً يستطيع التعبير عن إرادته؛ إذ في هذه الحالة يستطيع مستخدم البرنامج التمسك بخطأ الوكيل أو بتجاوز حدود وكالته أو التصرف بلا وكالة؛ للتخلص من مسؤوليه.

هذا بالإضافة إلى أن منح برنامج الكمبيوتر الشخصية القانونية سيحل المشكلة المرتبطة بقدرة الوكيل الإلكتروني على التعبير عن إرادته

(١) انظر في ذلك،

SOLUM (L.), Legal person for artificial intelligences, NCC Rev., 1992, p. 1231.

(٢) انظر في تفصيل ذلك،

ALLEN (T.) & WIDDISON (R.), Can computer make contracts, op. cit., p. 29.

بقبول الوكالة وهي الفكرة التي يتمسك بها المعترضون على مسألة تعبير الوكيل عن إرادته، كما أن هذا الحل سيجعل الوكيل الإلكتروني يتحمل نتائج أعماله دون ضرورة اللجوء إلى فكرة الافتراض القانوني<sup>(١)</sup>.

### ج- منح الشخصية القانونية استنادًا إلى فكرة الدعوى العينية *In rem jurisdiction*:

من الحجج التي استند إليها أنصار هذا الرأي والتي على أساسها يُمنح الوكيل الإلكتروني الشخصية القانونية قول بعضهم أن المشرع يتدخل في بعض الأنظمة ليمنح بعض عناصر الشخصية القانونية لكيان ما، ومن ثم لا مانع من تدخل المشرع لمنح الوكيل الإلكتروني بعض عناصر هذه الشخصية من الاسم والقدرة على التقاضي. وتفسيرًا لذلك يقولون أن برنامج الوكيل تكون له القدرة على التقاضي بحيث يستطيع المتعاقد الآخر مع هذا الوكيل رفع دعوى مباشرة على برنامج الوكيل ويختصم فيها هذا الوكيل، وهذا ما يطلق عليه "الدعوى العينية" *In rem action*. ويطلب المدعى في هذه الدعوى بإلزام الوكيل بصحة التصرف الذي يجريه ونسبة هذا التصرف إلى المستخدم، مع الاحتفاظ بحق المدعى في رفع دعوى تعويض شخصية ضد مستخدم الوكيل عن الأخطاء التي تقع منه<sup>(٢)</sup>.

٤- اعتبار الوكيل الإلكتروني شخصًا إلكترونيًا *Electronic Person*:  
تساءل بعض الفقه لماذا لا يمنح برنامج الوكيل الإلكتروني شخصية جديدة تسمى الشخصية الإلكترونية تضاف إلى الشخص الطبيعي والشخص المعنوي، ومن ثم تمتد الشخصية القانونية إلى الشخص الطبيعي والشخص

(١) راجع في ذلك،

ALLEN (T.) & WIDDISON (R.), Op. cit., p. 12; VAN HAENTJES (O.), Shopping agents and their legal implications regarding Austrian law, in " Workshop on the law of Electronic Agents, LEA 2002, Op. cit., p. 18.

(٢) انظر في ذلك،

CAREY (Th-C.), BROMBERG (E.) & SUNSTEIN, Jurisdiction and contracts., op. cit., p. 18.

المعنوي والشخص الإلكتروني. وعلى غرار الأشخاص الاعتبارية مثل الشركات التي يتسجلها في سجل خاص بها، يمكن إنشاء سجل إلكتروني يكون متاح على شبكة الإنترنت، يتم فيه تسجيل الوكلاء الإلكترونيين والشركات المالكه لهم، والمستخدمين لهم مقابل رسم معين، وتكون مسؤولية الوكيل محدودة بمبلغ معين يرصده المستخدم كذمة ماليه له، ويتم تسجيل قيمة هذا المبلغ ضمن بيانات الوكيل بحيث يستطيع المتعاقد مع الوكيل أن يعلم حدود مسؤوليته. وفي حالة وقوع أخطاء من الوكيل في تنفيذ مهامه، تكون مسؤولية الوكيل والمستخدم تضامنية، غير أن مسؤولية الوكيل تكون محدودة بالمبلغ المبين في السجل الإلكتروني له<sup>(١)</sup>.

## ٢- نقد الرأي:

لا شك أن منح برنامج الوكيل الإلكتروني الشخصية القانونية يقدم ميزة مهمة لكل من مستخدم الوكيل و المتعاقد معه؛ فبالنسبة لمستخدم الوكيل، فإنه سيستفيد من تحديد مسؤولية الوكيل عن الأخطاء التي قد تقع منه؛ إذ ترتبط هذه المسؤولية بحدود المبلغ الذي رصده المستخدم. أما بالنسبة للمتعاقد مع الوكيل، فيمكنه الوقوف على أية معلومات تتعلق بهذا الوكيل من حيث مالكة وحدود مسؤوليته وقدرته التكنولوجية، وإمكانية رفع الدعوى العينية ضده مباشرة.

غير أن هذا الحل لم يسلم كلية من النقد، ومن الانتقادات التي وجهت إليه:  
أ- ضرورة تدخل المشرع لمنح الشخصية القانونية:

يقوم النقد الأول الموجه لهذا الرأي على فكرة مؤداها أن الشخصية القانونية تمنح عادة للشخص الطبيعي، ولا تمنح للشخص الاعتباري إلا إذا تدخل المشرع بنص صريح، ولا يمكن افتراض هذه الشخصية، فهي إما تمنح بنص القانون أم لا. والواقع أن المشرع لم يتدخل بنص صريح لمنح برنامج الكمبيوتر الذي يتدخل في التعاقدات الإلكترونية الشخصية القانونية،

(١) لمزيد من التفصيل حول هذه الفكرة، راجع،

GIOVANNI (S.), Agents in cyber law, in "Workshop on the law on Electronic agent, LEA 2002, op. cit., p. 3.

سواء في الدول التي تنتمي إلى النظام الأنجلوأمريكي أو اللاتيني<sup>(١)</sup>. هذا بالإضافة إلى أنه لو اعتبرنا الوكيل الإلكتروني شخصية قانونية، فسيتحتاج بطبيعة الحال إلى شخص طبيعي يمثله ويعبر عن إرادته، وهذا أمر غير متوافر هنا؛ لأن أنصار النظرية يقولون بأن الوكيل هو الذي له شخصية قانونية تمهيداً للتعبير عن إرادته نيابة عن مستخدمه<sup>(٢)</sup>.

#### ب- نقصان عنصر الإدراك:

يشكك البعض في مسألة منح الوكيل الإلكتروني الشخصية القانونية، ويرون أنه إذا كان يستطيع التفاعل مع الآخرين الموجودين على شبكة الإنترنت سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو معنوية (خصيصة القدرة الاجتماعية)، وإذا كان من الممكن أن يكون مستقلاً في تصرفه، فإن هذه المميزات غير كافية لمنحه الشخصية القانونية. ويرجع السبب في ذلك - وفقاً لهذا الرأي - إلى نقصان البرنامج عنصر الإدراك والتمييز الذي يتوافر في الشخص الطبيعي سواء الذي يمثل نفسه أو يمثل الأشخاص المعنوية؛ فالبرنامج كشيء يختلف عن الشخص كأنسان في أن الأخير يدرك الأشياء ويميز بينها بخلاف الأول<sup>(٣)</sup>.

#### ب- عدم وجود فائدة عملية من منح الشخصية القانونية للوكيل الإلكتروني:

ينتقد البعض فكرة منح الوكيل الإلكتروني الشخصية القانونية على أساس أنه لا توجد فائدة عملية من منح الوكيل هذه الشخصية، كما أن هذه الشخصية القانونية لا تقدم حلاً للمشكلات التي يثيرها استعمال الوكيل

(١) انظر في القانون الألماني،

WETTIG (S.) and ZEHENDNER (E.), The electronic agent., op. cit., p. 1.

(٢) د. آلاء يعقوب النعيمي، الوكيل الإلكتروني، مفهومه وطبيعته القانونية، مرجع سابق، ص ٤٥٠.

(٣) راجع في ذلك،

KERR (L. - R.), Providing for autonomous electronic devices., op. cit., p. 25.

الإلكتروني في التعدادات عبر شبكة الإنترنت.  
وتوضيح ذلك يقولون أن الهدف الرئيسي من منح الشخصية القانونية هو اكتساب الشخص نمة مالية مستقلة لحماية للدائنين؛ حيث يستطيعون استيفاء حقوقهم برفع دعوى مباشرة ضد هذا الشخص القانوني سواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً<sup>(١)</sup>. وتتكون النمة المالية من شقين أحدهما إيجابي وهو الحقوق assets والآخر سلبي وهو الالتزامات Liabilities، ومع الوكيل الإلكتروني هذه النمة المالية سيجعله بطبيعة الحال قادراً على تحمل الالتزامات واكتساب الحقوق تجاه الغير وتحمل أخطائه، وهو أمر من الصعب تحقيقه في مجرد برنامج<sup>(٢)</sup>.

ج- صعوبة التوصل إلى الوكيل في حالة تغيير استخدامه أو إنهاء عمله على الشبكة:

بالإضافة إلى الانتقادات السابقة، توجد صعوبة أخرى تواجه تمتع الوكيل الإلكتروني بالشخصية القانونية تبدو في حالة اختفاء البرنامج من شبكة الإنترنت كلية، أو حالة تغيير استخدامه من جانب مالكه، وتتمثل الصعوبة في عدم وجود سجل خاص يسجل فيه الوكلاء الإلكترونيين - مثل ما يحدث في الشركات التجارية أو السفن - يمكن عن طريقه التوصل إلى هذا الوكيل ومالكه وآخر مستخدم له؛ لمساءلته عن الأضرار التي قد تقع منه الوكيل أثناء عمله. هذا بالإضافة إلى أن اكتساب الشخصية المعنوية يرتبط دائماً بواقعه معينة كالتسجيل كما هو الحال في الشركات التجارية التي يجب قيدها في السجل التجاري كشرط لاكتسابها الشخصية القانونية والاعتداد بها

(١) راجع،

**KAFEZA (I.), KAFEZA (E.) & DICKSON K.W.CHIU (D.),**  
Legal Issues in Agent for electronic contracting, op. cit., p. 6.

(٢) راجع في ذلك،

**CARBONNIER, Droit civil, I, Introduction, Press Universitaires de France, Paris, 1990, p. 293; Poullet (Y.), La conclusion du contract par un agent électronique, Le temps des certitudes, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 138 et s.**



ثانياً: الوكيل الإلكتروني يستطيع التعبير عن الإرادة باعتباره وكيلاً يتعاقد باسم ولحساب الموكل

إذا كانت مسألة منح الوكيل الإلكتروني الشخصية القانونية محل شك من كثير من الفقه كما رأينا، فقد تطرق البعض إلى مناقشة مسألة أخرى أكثر تقدماً تتمثل في قدرة الوكيل الإلكتروني على التعبير عن إرادته وتمتعه بأهلية تعاقد يعبر عنها، بحيث تعتبر موافقته قبولاً أو العرض الصادر منه إيجاباً. وسوف نقوم من جانبنا بعرض هذا الرأي ثم نتبعه بتقييم به

### ١- عرض الرأي:

ينتصر كثير من الفقه إلى فكرة منح الوكيل الإلكتروني القدرة على

(٢) راجع في هذا النقد،

ALLEN (T.) & WIDDISON (R.), Can computer make contracts. ,  
op. cit., p. 27.

الجدير بالذكر أن المادة ١/٥٠٦ من القانون المدني المصري تنص على أن "تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصاً اعتبارياً"، ومن ثم تضع هذه المادة قاعدة مؤداها أن الشركة تكتسب الشخصية المعنوية بمجرد تكوينها دون الحاجة إلى اتخاذ أي إجراء آخر. وعلى الرغم من اكتساب الشركة الشخصية المعنوية بمجرد تكوينها، فإنه لا يجوز للشركاء أن يحتجوا بهذه الشركة تجاه الغير إلا بعد اتخاذ إجراءات الشهر. وفي المقابل يجوز للغير أن يحتج بوجود هذه الشركة حتى قبل اتخاذ إجراءات الشهر إن كان في ذلك مصلحة له. هذا بالإضافة إلى أن النص لا ينطبق إلا على شركات الأشخاص فحسب باستثناء شركات المحاصة، أما شركات الأموال الخاضعة للقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ (شركة المساهمة والتوصية بالأسهم والشركة ذات المسؤولية المحدودة) تكتسب الشخصية المعنوية من بعد مضي خمسة عشر يوماً من تاريخ قيدها في السجل التجاري إعمالاً للمادة الأولى من القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٨ المعدل لبعض أحكام قانون شركات المساهمة والتوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة (منشور بالجريدة الرسمية، العدد ٣ مكرر في ١ يناير ١٩٩٨. وتجدر الإشارة إلى أن المادة ٢٢ من قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ الملغية كانت تنص على أن تثبت الشخصية المعنوية للشركة وتبدأ أعمالها من تاريخ شهرها في السجل التجاري. وفيما يتعلق بشركات قطاع الأعمال العام، فهي تكتسب الشخصية المعنوية منذ قيدها في السجل التجاري تطبيقاً للمادة الأولى من قانون ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ الخاص بشركات قطاع الأعمال العام وذلك بخصوص الشركة للقبضة، والمادة ١٦ من ذات القانون فيما يتعلق بالشركة التابعة.

التعبير عن الإرادة باعتباره وكيلًا عن مستخدمه، فهو ينفذ أوامره، ويكون أشبه بالوكيل البشري. ويعتبر الأستاذ Fischer من أكبر مؤدي الفقه الأمريكي لهذه الفكرة؛ إذ يرى أن برنامج الكمبيوتر أستطاع أن يعقد الاتفاقات عبر شبكة الإنترنت دون تدخل أو إدراك بشري من مبرمه أو مستخدمه، ومن ثم فقد أدى وظيفة شبيهة بوظيفة الوكيل البشري الذي يعمل بصفة مستقلة عن الأصل منفذاً تعليمات هذا الأصل، ولهذا يجب تنظيمه بقواعد تشابه أو تماثل تلك التي تنظم الوكيل البشري في القوانين الوطنية<sup>(١)</sup>.

ويترتب على إعمال هذا الرأي أن تحل إرادة الموكل (مستخدم البرنامج) محل إرادة الوكيل الإلكتروني، ومن ثم تنصرف آثار العقد إلى هذا الموكل<sup>(٢)</sup>. فإذا ارتكب الوكيل خطأ نتيجة عيب في البرمجة أو تدخل أحد القراصنة في تعديل البرنامج مما دفع الغير إلى التعاقد معه، فيحق لهذا الغير مطالبة المستخدم بإبطال العقد باعتباره موكلاً تنصرف إليه آثار العقد، ويجوز للغير كذلك أن يرجع على الموكل بالتعويض إن كان له مقتضى. وبطبيعة الحال، تنهض مسؤولية الموكل في الحالة التي تقوم فيها مسؤولية الوكيل بداءة، فإن رجح الغلط لسبب أجنبي لا يد للوكيل فيه، فلا يسأل الموكل تبعاً لذلك<sup>(٣)</sup>.

ويستند الفقه في تبرير هذا الرأي إلى أكثر من حجة منها:

#### أ- تقنية إدارة المتجر الإلكتروني:

مؤدى هذه الفكرة، أن التاجر يقوم بعرض منتجاته عبر الموقع

(١) انظر في ذلك،

FISCHER (J.- P.), Computers as agents: a proposed approach to revised U.C.C Article 2, Indiana Journal, 1997, p. 545.

(٢) تنص المادة ١٠٥ من القانون المدني المصري على أنه " إذا أيرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصل، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصل". انظر في شرح هذه المادة، د. جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية، طبيعتها وأحكامها وتنازع القوانين فيها، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٠، بند ١٣٦، ص ٢٩٠.

(٣) انظر في ذلك، د. خالد مملوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٢١٠.

الإلكتروني بواسطة برنامج الوكيل، ويقوم هذا البرنامج بالتعاقد مباشرة مع المستهلك الذي يرغب في الشراء، ويوضح له البرنامج شروط الشراء وأوصاف المنتجات، والتمن، وطريقة السداد، ويرد على أسئلة المشتري المتعلقة بالبيع، ويبرم الصفقة معه ويسلمه الشيء المباع في حالة المنتجات الإلكترونية، ويخطر مستخدمه بوقوع البيع. ويتمتع هذا البرنامج بالذكاء والقدرة على التفاعل مع المتعاملين في التجارة الإلكترونية من أشخاص طبيعيين ووكلاء آخرين، ومن ثم يتابع تحركات المشتري عبر الموقع أو مواقع أخرى في كل مرة يدخل فيها على الإنترنت بعدما يتحصل على معلومات تتعلق به، ويستطيع أن يقدم له العرض المفضل له، ولفت نظره إلى هذا العرض. ويرى بعض الفقه أن التاجر في هذه الحالة استخدم ما يسمى "تكتية إدارة المتجر الإلكتروني" عن طريق برنامج الوكيل، ويوصفون برنامج الوكيل الإلكتروني في هذه الحالة بأنه وكيل عن التاجر في إدارة متجره<sup>(١)</sup>؛ لأنه يعبر عن إرادته بنفسه ويتفاعل مع طلبات المشتري بعيداً عن إرادة مستخدمه، فهو كالوكيل المستقل<sup>(٢)</sup>.

#### ب- الوكالة الظاهرة :

يستند بعض أنصار هذا الرأي أيضاً إلى فكرة الوكالة الظاهرة **Apparent Agency** للقول بأن الوكيل الإلكتروني وكيل عن المستخدم. وتعرف الوكالة الظاهرة بأنها ظهور شخص بمظهر الوكيل عن آخر بسبب ظروف أو ملابسات ترجع إلى الموكل، فهي بحسب الأصل ليست وكالة حقيقية تستند إلى تفويض فعلي، ولكنها وكالة لحقت بها مظاهر خارجية دفعت الغير إلى الاعتقاد بأنه يتعاقد مع وكيل حقيقي<sup>(٣)</sup>. ويُشترط لأعمال هذه النظرية ثلاثة شروط تتمثل في: تصرف

(١) راجع،

POULLET (Y.), La conclusion du contrat par un agent électronique., op. cit., p.38.

(٢) انظر،

Op. cit., p.39.

(٣) لمزيد من التفصيل، د. مصطفى عبد الحميد عدوي، الوجيز في عقد الوكالة في القانونين المصري والأمريكي، بدون ناشر، ١٩٩٧، ص ٥٥.

الوكيل باسم الموكل ولكن دون نيابة منه، وأن يكون الغير الذي تعامل معه الوكيل حسن النية بالألا يعلم بإتعدام وكالة الوكيل، وأن يُنسب إلى الموكل مظهرًا خارجيًا يساهم في اعتقاد الغير بنيابة الوكيل له.

وإذا توافرت هذه الشروط التزم الموكل وفقا لنظرية الوكالة الظاهرة بالتصرفات التي قام بها الوكيل، وتقوم علاقة مباشرة بين الموكل والغير كما هو الحال في حالة الوكالة الحقيقية<sup>(١)</sup>.

واستنادًا إلى هذه الفكرة، يقول أنصار هذا الرأي أن الشخص الذي يستخدم الأداة لتتعاقد بدلاً منه إما أن يكون قد منحها هذه السلطة بإرادة صريحة منه، أو أن هذه الوكالة مفترضة ما دام أن الآلة تمثل الشخص. وإعمالاً لهذا الرأي، يسأل الموكل عن نتائج التصرفات التي يجريها الوكيل في حالة الوكالة الظاهرة، كما هو الحال في الوكالة الحقيقية؛ حماية لحسن نية الغير، ودعمًا لاستقرار التعامل<sup>(٢)</sup>.

### ج- فكرة العبد الإلكتروني Electronic Slave:

يعرض بعض الفقه فكرة مؤداها أنه تجب التفرقة بين الشخصية القانونية والقدرة على التعبير عن الإرادة، وعدم الربط بينهما. ويرى أنصار هذه الفكرة أن الفصل بين الفكرتين مبدأ كان مطبقًا في القانون الروماني فيما يتعلق بالعبيد. وتفسير ذلك أن القانون الروماني لم يعترف للفرد بالشخصية القانونية إلا إذا توافرت ثلاثة شروط هي أن يكون حرًا، وأن يكون مواطنًا

<sup>(١)</sup> تجدر الإشارة إلى أن الوكالة الظاهرة ترتب ذات الآثار المترتبة على الوكالة الحقيقية بالنسبة لعلاقة الموكل والوكيل بالغير، أما في علاقة الموكل والوكيل، فالأمر يختلف. فإذا كانت الوكالة الحقيقية ترتب التزامات على عاتق الطرفين (الموكل والوكيل)، فإن آثار هذه العلاقة في الوكالة الظاهرة تتوقف على إذا ما كان الوكيل حسن النية أم لا. فإذا كان حسن النية، أي يعتقد الوكيل أنه غير متجاوز وأنه يتصرف في حدود وكالته، هنا لا يمكن اعتباره مخطئًا ولا يحق للوكيل الرجوع عليه بالتعويض. أما إذا كان سيئ النية، أي يعلم بخروجه عن حدود الوكالة، فيجوز للموكل الرجوع عليه بالتعويض. لمزيد من التفصيل، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، العقود الواردة على العمل، مرجع سابق، بند ٧-٣، ص ٥٧٧.

<sup>(٢)</sup> انظر في هذا الرأي،

KERR (L. R.), Providing for autonomous electronic devices. , op. cit., p. 29.

رومانياً، وأن يكون رب أسر وليس خاضعاً لسلطة غيره<sup>(١)</sup>. ويترتب على ذلك أن القانون الروماني كان يعتبر العبيد من الأشياء لا من الأشخاص، ومن ثم يكون يكون مملوكاً لسيده. وقد نتج عن كون العبيد من الأشياء أن ليس لهم نمة مالية مستقلة، ولا يستطيعون القيام بالأعمال والتصرفات القانونية، وكل ما كان يقع منهم هو أعمال مادية فقط فالعبد لا يكتسب حقاً ولا يتحمل بالتزام، وإنما تنصرف الحقوق والالتزامات إلى سيده، فما هو إلى شيء استخدمه السيد.

غير أنه قد تحسن وضع العبيد بعد ذلك نتيجة التطور الاجتماعي والاقتصادي وتحت تأثير الأفكار المسيحية، وأجاز القانون الروماني للعبيد بأن يبرموا تصرفات قانونية نافعة نفعاً محضاً ولكن تنصرف آثار هذه التصرفات إلى السيد فالعبد يتعاقد، ولكن آثار التعاقد تذهب إلى السيد<sup>(٢)</sup>. وقد جاء هذا التطور في نهاية العصر الجمهوري حيث اعترف البريتور بصحة نيابة الرقيق عن سيده<sup>(٣)</sup>. وفي تطور آخر، أجاز القانون الروماني للعبيد بأن يتصرفوا التصرفات الدائرة بين النفع والضرر بشرط موافقة السيد عليها وانصراف آثار العقد إلى السيد. وفي تطور أخير، اعترف السيد للعبد بما يسمى "الحوزة" وهي عبارة عن مجموعة من الحقوق والالتزامات يتصرف العبد في حدودها وتقوم مسئولية السيد في حدود هذه الحوزة فقط<sup>(٤)</sup>.

وقياساً على المركز القانوني الذي كان يشغله العبيد في ظل القانون الروماني، يمكن اليوم - نتيجة تقدم التكنولوجيا - أن نعتبر برنامج الكمبيوتر عبداً إلكترونيًا ليست له شخصية قانونية ولكن له أهلية التعبير عن الإرادة لصالح مستخدمه، فتتصرف إلى المستخدم كافة آثار التصرف الذي يجريه

(١) د. محمد علي الصفاوري، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مطبوعات أكاديمية

شرطة دبي، ١٩٩٧، ص ٣٧٩.

(٢) تم هذا التطور في العصر العلمي في القانون الروماني. أنظر لمزيد من التفصيل، د.

صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية،

١٩٨٦، ص ٣٩٣.

(٣) مرجع سابق، ص ٣٩٦.

(٤) أنظر في هذا التطور، د. محمد علي الصفاوري، مرجع سابق، ص ٣٨٤.

د- النظرية الموضوعية للرضاء:

يستند أنصار هذا الرأي كذلك على فكرة النظرية الموضوعية للرضاء Objective Theory of Assent لتأكيد فكرة أن الوكيل الإلكتروني يمكنه التعبير عن إرادة قانونية حقيقية (٢). ومفاد هذه النظرية أن القاعدة العامة في القانون الأنجلو أمريكي هي أن العقد يُبرم إذا وجد رضاء متبادل من أطرافه، ويكون الرضاء صادر من أشخاص معتبرة قانونًا (٣). ويكون الرضاء متبادلًا متى صدر من أحد المتعاقدين نصرقًا يجعل الطرف الآخر يعتقد أن يرغب في الدخول في التعاقد.

وقد تبنى الفقه والقضاء في الدول التي تأخذ بهذا النظام معيارًا موضوعيًا مفاده الرجل المعتاد Reasonable Man لمعرفة إذا ما كان هناك ما يدعو الطرف الآخر لأن يعتقد أن الطرف الأول لديه نية الدخول في التعاقد (٤)، ومن ثم لا يشترط أن تتجه إرادة كل متعاقد إلى التعاقد مادام

(١) لمزيد من الفكرة،

WETTIG (S.) and ZEHENDNER (E.), The electronic agent., op. cit., p. 3.

(٢) تنظر النظرية الموضوعية إلى العقد على أنه تصرف an act وليس حالة عقلية داخلية a mental state، ومن ثم يلتزم الأطراف بما يصدر منهم من أقوال أو أفعال وليس بما يعتقدونه أو تتجه إليه إرادتهم الباطنة، وبمعنى أوضح ينتصر القانون أمريكي الذي يتبنى هذه النظرية إلى فكرة الإرادة الظاهرة لا الإرادة الباطنة بعكس النظرية الشخصية التي تتبناها التشريعات التابعة للقانون اللاتيني. انظر في تفصيل ذلك،

OWSIA (P.), Formation of contract: A comparative study under English, French, Islamic and Iranian Law, Kewler, 1994, p. 225.

(٣) انظر في ذلك،

KAFEZA (I.), KAFEZA (E.) & DICKSON K.W. CHIU (D.), Legal Issues in Agent for electronic contracting, op. cit., p. 3.

(٤) انظر،

OWSIA (P.), Formation of contract., op. cit., p. 230.

وتنص المادة ٨٩ من القانون المدني المصري على أن " ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول مع مراعاة ما قد يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معين". وفي تفسير هذا النص يتجه الفقه إلى القول بأنه يلزم لإبرام العقد وجوده الإرادة وأن تتجه هذه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين. انظر في ذلك، د. عبد الخالق حسن أحمد، الوجيز

ما صدر منه يكفي لاعتقاد الطرف الآخر بذلك، وذلك خلافاً للنظرية الشخصية في الالتزام<sup>(١)</sup>.

وطبقاً لهذه النظرية الموضوعية، يصح التعبير الصادر عن الأدوات والبرامج الإلكترونية مادام ما يصدر منها يدعو الطرف الآخر على الاعتقاد بوجود إيجاب موجه إليه. وتفسير ذلك أن معيار الرجل المعتاد المطبق في هذه النظرية يسمح بالقول بأن المتعاقد مع الوكيل الإلكتروني قد قبل الالتزام بأحكام العقد لاعتقاده أن الطرف الأول وهو الوكيل قد قبل هو أيضاً الالتزام بأحكام هذا العقد وفقاً للبنود المعلنة دون اهتمام بنية هذا الطرف الأول، ودون بحث إذا ما كان الذي صدر منه تعبيراً عن الإرادة أم لا<sup>(٢)</sup>.

ووفقاً لهذا الرأي، فإن هناك نصوص عديدة يمكن الاستناد إليها في تبرير النظرية الموضوعية للرضاء وقبول التصرفات التي تقع من الوكيل الإلكتروني. ومن هذه النصوص، نصوص القانون الأمريكي الموحد لمعاملات الكمبيوتر UCITA الذي نص على أن " الوكيل الإلكتروني يظهر رضائه لصالح الطرف الذي يستخدمه " <sup>(٣)</sup>. واستناداً لهذا النص، يرى بعض الفقه الأمريكي أن الوكيل قادر على التعبير عن رضائه، ويستطيع إبرام العقد لصالح مستخدمه إعمالاً للنظرية الموضوعية في الرضاء التي يتبناها القانون الأمريكي<sup>(٤)</sup>. ويترتب على ذلك أنه إذا أظهر

---

في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مرجع سابق، بند ١٩، ص ٣٢.

(١) راجع في ذلك،

LEROUGE (J. - F.), The Use of Electronic Agents., op. cit., p. 26.

(٢) في المعنى ذاته،

CAREY (Th - C.),BROMBERG (E.) & SUNSTEIN, Jurisdiction and contracts. , op. cit., p. 25.

(٣) انظر المبحث ١١٢ / (b) من هذا القانون الذي ينص على أن " يظهر الوكيل الإلكتروني رضائه لصالح الشخص الذي يستخدمه بعد أن تكون لهذا الأخير فرصة مراجعة أعمال الوكيل". ويقول النص في ذلك،

"An electronic agent manifests assent on behalf of the person using it after having an opportunity to review".

(٤) انظر،

الوكيل الإلكتروني رضائه ليعبر به عن رضاء الشخص الذي استخدمه، فيحق للطرف الثالث أن يلزم الوكيل والمستخدم بهذا الرضاء.

ونجد هنا النتيجة أيضًا في التعديل الذي ورد على المادة ٢ من القانون التجاري الأمريكي الموحد عام ٢٠٠٣ الذي يسند التوقيع الإلكتروني وما يرد في السجل الإلكتروني إلى الشخص الذي عبر بنفسه عن نيته للتعاقد أو عبر عن هذه النية باستخدام الوكيل الإلكتروني<sup>(١)</sup>، ومن ثم يمنع هذا الشخص من التخلص من مسؤوليته والتمسك بغياب نية التعاقد عندما يستخدم الوكيل الإلكتروني في التعاقد<sup>(٢)</sup>. والأمر هو ذاته فيما يتعلق بالمبحث ١٤ من القانون الأمريكي الموحد للمعاملات الإلكترونية UETA الذي يتضمن قاعدة عامة مفادها إسناد ما يرد في السجل الإلكتروني إلى الشخص الذي يستخدم أدوات إلكترونية كما هو الحال في الوكيل الإلكتروني<sup>(٣)</sup>.

وقد تبنت اللجنة التي أعدت مشروع القانون الأمريكي السابق UETA للمشكلات الناجمة من التعبير عن الإرادة باستخدام الوكلاء الإلكترونيين، وقدر أعضاء اللجنة أن الأشخاص الذين يستخدمون الوكلاء لديهم سلطة ضعيفة في تصحيح الأخطاء التي قد تقع من هؤلاء الوكلاء. وقد عالجت اللجنة هذه المشكلات في المبحث العاشر من القانون المعنون "الخطأ في المعاملات الإلكترونية". The error in automated Transactions وتمثل المعالجة لهذه المشكلة في السماح للأطراف أن

---

**KERR (I. – R.),** Spirits in the material world: Intelligent Agents as intermediaries in electronic commerce, Dalhousie L. J., 1999, p. 231.

<sup>(١)</sup> المبحث ٢ - ٢١٢ من هذا القانون بعد تعديله ينص على أن:

"An electronic record or electronic signature is attributed to a person if it was the act of the person or the person's electronic agent or the person is otherwise legally bound by the act".

<sup>(٢)</sup> انظر المزيد من المعلومات عن هذا التعديل،

**DANIAL (J. – L.),** Electronic contracting of the Uniform commercial Acte, op. cit., p. 319.

<sup>(٤)</sup> انظر في التطبيق على أحكام هذا القانون،

**WATNICK (V.),** The electronic formation of contracts and common Law: Mobile Box Rule, Baylor L. Rev., 2004, p. 192.



يتفقوا على استخدام إجراء الأمان " Security Procedure "، ويسمح هذا الإجراء بالكشف عن الأخطاء التي تحدث أثناء عمل الوكيل الإلكتروني. وتطبيقاً لهذا الإجراء، يستطيع الأطراف على أن يستخدموا برنامجاً متقدماً للكشف عن أي تغيير في بنود العقد الذي اتفق عليها مستخدم الوكيل مع الوكيل، ويرسل بريداً إلكترونياً e-mail يخطر فيه كل الأطراف المعنية بوجود أخطاء أو تغييرات في عمل الوكيل<sup>(١)</sup>، ومن أمثلة هذا البرنامج المصحح ذلك المستخدم مع الوكيل الإلكتروني Pricline.com. ويقدم أنصار هذا الرأي مثالا لذلك بشخص يرغب في حجز تذكرة طيران لرحلة معينة واختار تاريخ الإقلاع ١٧ إبريل ٢٠٠٥، وتاريخ العودة ١٥ إبريل ٢٠٠٥. في هذه الحالة، فإن برنامج الوكيل سوف يخطر المستهلك وشركة الطيران بأن تاريخ العودة أسبق من تاريخ السفر ولن يرفض العملية<sup>(٢)</sup>. أما في حالة عدم وجود إجراء تصحيح متفق عليه، فإن المادة ٢/١٠ من القانون الأمريكي الموحد للمعاملات الإلكترونية UETA تمكن الطرف الذي وقع في الغلط أن يتخلص من إعلان الإرادة الخاطئ الذي تم من الوكيل إذا أثبت أمرين:

الأول، أنه أخطر الطرف الآخر بوجود خطأ في إعلان الإرادة الخاطئ خاصة إذا علم هو بوجود الخطأ.  
الثاني، أن يتخذ خطوات معقولة ليعيد المقابل الذي يحصل عليه الوكيل من المعاملة التي أجراها هذا الوكيل، أو أنه نفذ كل التعليمات الصادرة من الطرف الآخر لإنهاء هذه المعاملة<sup>(٣)</sup>.  
هـ الإقرار اللاحق للأصيل:

(١) راجع،

BOSS (H.- A.), The Uniform Electronic Transaction Act in a global environment, IDAHO L. Rev., 2001, p. 275.

(٢) انظر في هذا المثال،

JUREWICZ (A. M.), Contracts concluded by Electronic Agent., op. cit., p. 22.

(٣) انظر في تفصيل ذلك،

BRUMFILED FRY (P.), Introduction to the Uniform Electronic Transaction Act: Principles, Policies and provisions, IDAHO L. Rev., 2001, 0. 37.

يؤيد البعض كلامه عن إسناد التصرفات التي يقوم بها الوكيل إلى مستخدم هذا الوكيل بفكرة الإقرار أو التصديق اللاحق الصادر من الأصل على هذه الأعمال التي قام بها برنامج الوكيل تجاه الغير. فإذا كان برنامج الوكيل مبرمج على أنه يخطر الأصل بالتصرفات التي يقوم بها قبل إتمام العمل، فإن موافقه أو إقرار الأصل لهذه الأعمال تعد بمثابة إذن سابق صادر منه، ومن ثم تنصرف آثار هذه التصرفات إليه باعتبار أن البرنامج وكيل عنه يتصرف بإذن موكله<sup>(١)</sup>. والواقع أن القانون الأمريكي لم يعرف هذه الفكرة، فإذا قام شخص بإبرام عقد لمصلحة آخر دون تفويض منه، فإن هذا التصرف لا يلزم الموكل ما لم يقره، فإن أقره انصرفت آثار العقد إلى الأصل بهذا الإقرار اللاحق<sup>(٢)</sup>.

#### و- أحكام القضاء:

في الأحكام القضائية القليلة الصادرة في موضوع اسناد التصرفات والأعمال التي يقوم بها الوكيل الإلكتروني، نجد الحكم الصادر عام ١٩٩٨ في قضية *Corinthian Pharmaceutical System, Inc. V. Leader Laboratories*. في هذه القضية رفضت المحكمة حجة المدعي عليها بأن أمر البيع الصادر من نظام الاتصالات التلقائي الذي تستخدمه يشكل إيجاباً صادراً من هذا النظام ولا تسأل عنه هذه الشركة المدعي عليها. وقد سببت المحكمة رفضها ذلك بقولها: " إن نظام تليفون الكمبيوتر التلقائي الذي تعتمد عليه الشركة، ينفذ تلقائياً أوامر مستخدمه، ولا يتمتع بأية حرية في التصرف عند قيامه بأعماله، وبالتالي فإن ما يصدر منه لا يشكل إيجاباً منه، بل إيجاباً من الشركة التي استخدمته؛ لأنه مجرد آلة بلا إرادة " <sup>(٣)</sup>.  
ويعلق بعض الفقه على هذه القضية بأن المحكمة انتهت في هذه

(١) انظر في ذلك،

**CAREY (Th. - C.), BROMBERG (Esq.) & SUNSTEIN (Esq.),** *Jurisdiction and contract formation., op. cit., p.2.*

(٢) د. مصطفى عبد الحميد عدوي، الوجيز في عقد الوكالة، مرجع سابق، ص ١٠.

(٣) انظر في وقائع القضية،

**JUREWICZ (A. - M.),** *Contracts concluded by Electronic Agent., op. cit., not 88, 89, p. 27.*

القضية إلى أن نظام التليفون التلقائي المرتبط بالكمبيوتر ليس له إرادة؛ لأنه ليس له حرية التصرف ومجرد آلة تنفذ تلقائيًا الأوامر الصادرة لها **Performed Automated**، الأمر الذي يعني - بمفهوم المخالفة - أن النتيجة التي توصلت إليها المحكمة كان من الممكن أن تكون مختلفة إذا كان النظام المستخدم يتمتع بقدر من الحرية في التصرف. فإذا استخدمت الشركة البائعة برنامجًا متقدمًا - بخلاف تليفون الكمبيوتر - لديه القدرة على فحص هوية مصدر الأمر، وفحص مخزون البيع ليعرف هل بإمكانه التنفيذ أم لا، ويفاوض في السعر وشروط البيع، فكان من الممكن أن تقدر المحكمة أن له إرادة خاصة به، وتسند إليه أمر البيع الذي تم<sup>(١)</sup>.

وفي قضية أخرى، نظرتها إحدى المحاكم الألمانية أتم الوكيل الإلكتروني من البائع الصفقة مع المشتري بثمن أقل من الثمن الذي انتواه البائع على حد قول الأخير. وقد قررت المحكمة صحة التصرف الصادر من الوكيل الإلكتروني، وأسندت هذا التصرف إلى مستخدم البرنامج (البائع)، واعتبرت أنه يعبر عن إرادته لصالح هذا البائع، وليس مقبولاً أن يتمسك البائع بفكرة اختلاف إرادته عن إرادة الوكيل الإلكتروني؛ لأن إرادة البائع قد ظهرت عند برمجة الوكيل، واعتبرت المحكمة أن ما يصدر عن برنامج الوكيل هو تعبير صريح عن الإرادة يشكل قبولاً ملزمًا من جانب الوكيل لصالح البائع **a binding express of intention and a valid acceptance**<sup>(٢)</sup>.

## ٢- نقد الرأي :

(٢) انظر،

**CAMERON (D.M.)**, Electronic contract formation, at "<http://www.jurisdiction.com/ecoms.htm>", p. 2; **MAZEAUD (J.) & CHABS (F.)**, *Leçons de droit civil*, op. cit., p. 137.

(١) ورد في التقرير الخاص بالجلسة ٤٢ من جلسات الجمعية العامة للأمم المتحدة التي تمت في نوفمبر ٢٠٠٣ في فيينا أن هناك محكم ألمانية أخرى قررت ذات المسألة تعقد الوكيل والأخطاء التي تقع منه، انظر في المزيد من الحكم الوارد والأحكام الأخرى،

<http://www.uncitral.org/english/workinggroups/wg-ec/wp-104-add4-e.pdf>.

أ- الوكيل الإلكتروني لا يستطيع التعبير عن الإرادة:  
يلزم لإنعقاد الوكالة أن تقوم علاقة قانونية بين الأصيل والوكيل  
في صورة عقد يقبل بمقتضاها الوكيل مهمة تمثيل الغير وهو الأصيل،  
فرضاء الوكيل ضروري للقول بوجود عقد وكالة<sup>(١)</sup>.  
ووفقاً لمبادئ القانون الإنجلو أمريكي الوكيل البشري يجب أن يقبل وكالته،  
أي أن يجب أن يتوافر رضا الطرفين؛ الوكيل والأصيل، وأن يفهم  
الشخص الوكيل ماذا يطلب منه<sup>(٢)</sup>. ولكي يقبل الوكيل مهمة الوكالة يجب أن  
يعبر عن إرادته بقبول الوكالة، ومن ثم يجب أن تكون لديه الأهلية اللازمة  
للتعبير عن هذه الإرادة<sup>(٣)</sup>. غير أنه لا يشترط أن يكون الوكيل كامل الأهلية  
Full Contractual Capacity فيكفي أن يكون مميزاً<sup>(٤)</sup>. والأمر هو ذاته  
في النظام الألماني<sup>(٥)</sup>.  
هذا بالإضافة إلى أنه يجب على النائب أن يعلن وقت التعاقد مع الغير أنه  
نائب ويبرم العقد باسم ولحساب الأصيل. ويجب كذلك أن تتجه إرادة الطرف  
الأخر إلى التعاقد مع النائب باعتباره نائباً عن الأصيل<sup>(٦)</sup>. وتجزئ المادة

(٢) د. محمد جبر الألفي، عقد الوكالة في ضوء قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة وأحكام الفقه الإسلامي، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠، ص ٨.

(٣) د. عبد الرزاق أحمد المنهوري، الوسيط مرجع سابق، بند ٢٢٠، ص ٣٥٨.  
(٤) راجع في ذلك،

DICKSON (K.W. Chiu), CHANGJIE WANG (Ho - Fung L.),  
Supporting the legal identities of contracting agents with an agent  
authorization platform, at "http://portal.acm.org/citation.cfm?id=  
1089681&dl=GUIDE&coll=GUIDE&CFID=76963739&  
CFTOKEN =87855428", p.2.

(٥) انظر في ذلك،

LEROUGE (J. - F.), The use of electronic agents, op. cit, p. 408.  
(٦) راجع في ذلك،

WETTIG (S.) and ZEHENDNER (E.), The Electronic Agent: a  
legal personality under German law, at "http://www.lea-online.net/  
publications.paper\_8\_wettig.pdf", p. 4.

(١) د. عبد الخالق حسن أحمد، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الأول مصادر الالتزام، مطبوعات أكاديمية شرطة دبي، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٥، بند ٥١، ص ٧٧.

١٠٦ من القانون المدني تعبير الوكيل عن إرادته أمام الغير صراحة أو ضمناً. ويتم التعبير بطريقة ضمنية عن هذه الإرادة كما يقول النص بطريقتين: الأولى إذا كان من يتعاقد مع النائب من المفروض أن يعلم بوجود النيابة، والثانية إذا كان يستوي عن الغير أن يتعامل مع الأصيل أو النائب (١).

وهذا ما يتطلبه قانون إمارة دبي للمعاملات الإلكترونية رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢ حيث اشترط لصحة التعاقد الإلكتروني الذي يتم بين نظام معلومات الكتروني مؤتمت يعود الى شخص طبيعي أو معنوي وبين شخص طبيعي أن يعلم الأخير أو من المفترض أن يعلم أن ذلك النظام سيتولى مهمة إبرام العقد أو تنفيذه نيابة عن الشخص الطبيعي (م ٢/١٤).

وتطبق هذه الأفكار على الوكيل الإلكتروني أمر غير متفق عليه، إذ أن الوكيل ككيان مادي لا يمكن افتراض قبوله للوكالة في علاقته بالأصيل، كما أنه لا يمكنه إظهار نيابته عن الأصيل وأنه يتعاقد كنائب في علاقته بالغير (٢). ولهذا يرى البعض أن مسألة قبول الوكيل الوكالة صعب تطبيقها على الوكيل الإلكتروني، ومن ثم يجب اللجوء إلي فكرة افتراض الرضاء للقول بتوافر هذا الرضاء لدى برنامج الوكيل Legal Fiction of consent (٣).

هذا بالإضافة إلى أن عقد الوكالة، كما يظهر من النصوص المنظمة للوكالة، عقد يجمع بين شخصين، الأمر الذي يعني ضرورة وجود شخصين

---

(٢) راجع في تفسير ذلك، د. جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية، مرجع سابق، بند ١٣٦، ص ٢٩١. الذي يرى أن الوقت الذي ينبغي فيه توافر العلم بوجود النيابة هو وقت انعقاد التصرف أو تلاقى إرادتي النائب والغير، بند ١٣٩، ص ٢٩٢. انظر، (٣)

**CROSS (S. - R.), Agency, contract and intelligent software Agents., op. cit., p. 179; WEITZENBOECK (E. M.), Introduction on special issue on Electronic Agents., op. cit., p. 216.**

(١) انظر في التطبيق على هذه المادة،

**DE MIGLIO (F.), ONIDA (T.), ROMANO (F.), SANTORO (S.), Electronic Agents and the law of agency, at " http://www.cirfied.unibo.it/~ agsw/lea02/pp/demiglioonid aroman osantoro.pdf".**

مختلفين عن بعضهما البعض، يمثل أحدهما الآخر في القيام ببعض الأعمال القانونية بدلاً منه<sup>(١)</sup>. ويتفق فقهاء القانون اللاتيني والأنجلوسكسوني في تطلبة ذلك<sup>(٢)</sup>. والأمر هو ذاته في التوجيه الأوربي المتعلق بالوكالة التجارية رقم ١٩٨٦/٦٥٣ الذي يعرف الوكالة بأنها عقد يلتزم بمقتضاه شخص لدية الصلاحية بالتفاوض وشراء وبيع البضائع لحساب شخص آخر وهو الأصيل، ويبرم التصرفات باسم وحساب هذا الشخص<sup>(٣)</sup>.

وبالإضافة إلى ذلك، فإن القول بأن طرفا عقد الوكالة يجب أن يكونا شخصين بشريين أمر لا ينطبق على الوكيل الإلكتروني؛ لأن الوكيل الإلكتروني ليس بطبيعة الحال شخصاً طبيعياً كما أنه ليس شخصاً معنوياً كما أوضحنا سابقاً دون تدخل من المشرع.

وتفادياً لهذا الانتقاد يرى بعض الفقهاء ضرورة استثناء الأدوات الإلكترونية Electronic Devices من الأحكام المنظمة لعقد الوكالة التي تتطلب أن يبرم العقد بين شخصين، وخضوع هذه الأدوات لقانون مستقل خارج قانون الوكالة External Law of Agency<sup>(٤)</sup>.

غير أن بعض الفقهاء انتقد - وبحق - ماينادي به أصحاب الرأي السابق ويرون أن استثناء الأدوات الإلكترونية من أحكام عقد الوكالة

---

(٢) تجدر الإشارة إلى أن المادة ٨٩ من القانون المدني المصري تنص على إبرام العقد بمجرد تبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين.

(٣) تجدر الإشارة إلى أن عقد الوكالة من العقود الرضائية التي لا يتطلب إبرامها شكل معين في القانون المصري والفرنسي. انظر، د. مصطفى عبد الحميد عدوي، الوجيز في عقد الوكالة، مرجع سابق، ص ٦.

والأمر هو ذاته في الـ Restatement of Law الأمريكي ينص في البند ٢٦ منه أنه يجوز للأطراف التعبير كتابة أو شفاهة عن اتفاق الوكالة بين الموكل والوكيل، ويحددون في هذا الاتفاق سلطات وواجبات الوكيل راجع،

FIOOT (C.) and FURNISTON (S.), Law of contracts, 13<sup>th</sup> ed., Butterworths, London, 1996, p. 408.

(٤) انظر،

Council Directive 86/653 EEC of 18 December on the coordination of the Law of the member states relating to Self - Employed Commercial Agents.

(١) انظر،

KERR (i. - R.), Spirit in the material world., op. cit., p. 23o.

وخصوصها لقانون مستقل يعتبرهم أيضًا وكلاء سوف يخلق وضعًا غير متوازن قانونيًا يتمثل في أن الأصل سوف تنشأ له حقوق وتترتب في نمته التزامات في العلاقة بينه وبين المتعامل مع الوكيل، ولا تنشأ له حقوق والتزامات متساوية في العلاقة بينه وبين الوكيل. وتفسير ذلك أنه في حالة وجود خطأ في برنامج الوكيل جعله يتعاقد بشكل خاطئ، فلن يستطيع الموكل الرجوع على البرنامج باعتباره وكيلًا أخطأ في تنفيذ الوكالة بحلاف القواعد العامة للوكالة التي تجيز للموكل الرجوع على الوكيل في حالة أخطائه الشخصية<sup>(١)</sup>.

أما فيما يتعلق بأهلية الوكيل، فجد أن القانون الانجلوسكسوني لا يشترط أن يكون لدى الوكيل أهلية كاملة ما دام يدرك ما يفعل<sup>(٢)</sup>، وهو ذات الأمر في القانون اللاتيني<sup>(٣)</sup> ومن ثم يصح أن يكون الوكيل ناقص الأهلية بخلاف الموكل<sup>(٤)</sup>، مادام هذا الوكيل مميزًا أي أهلاً لأن يصدر منه إرادة مستقلة<sup>(٥)</sup>. وتطبيق هذه المسألة على الوكيل الإلكتروني أمر يصعب تحقيقه؛ لأن برنامج الوكيل لا يدرك ما يفعل ولا يعقل تصرفاته ولا يميز بين الخطأ والصواب. ويترتب على ذلك أنه لن تكون لديه القدرة على التعبير عن إرادته تجاه المتعاقد معه سواء في صورة إيجاب أو قبول، كما أنه يشترط

---

<sup>(٢)</sup> راجع في هذا النقد،

LEROUGE (J. - F.), *The use of electronic agent.*, op. cit., p. 9

<sup>(٣)</sup> راجع في ذلك،

CHITTY (G.), *Chitty on contracts*, Vol. II, *Specific Contracts*, 27<sup>th</sup> ed., Sweet & Maxwell, London, 1994, Para., 31- 35.

<sup>(٤)</sup> انظر،

MAZEAUD (J.) & CHABS (F.), *Leçons de droit civil.*, op. cit., p. 137.

<sup>(٥)</sup> راجع،

CAREY (Th. - C.), BROMBERG (Esq.) & SUNSTEIN (Esq.), *Jurisdiction and contract formation.*, op. cit., p.19.

ويتفق كل من النظام اللاتيني والنظام الانجلوسكسوني في أنه وإن كانت الأهلية ليست ركنًا من أركان العقد بخلاف التراضي والمحل والسبب، فهي ضرورية لصحة ركن التراضي. انظر،

MAZEAUD (J.) & CHABS (F.), *Op. cit.*, p. 98.

<sup>(١)</sup> د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط مرجع سابق، بند ٢٢٨، ص ٣٨٢.

لصحة العقد تقابل الإيجاب مع القبول، ومن الصعب تخيل تعبير عن الإرادة صادر من الوكيل يطابق إرادته مع إرادة المتعاقد معه<sup>(١)</sup>.

#### ب- صعوبة التمسك بعيوب الرضاء:

في حالة النيابة، تكون العبرة بإرادة النائب لا بإرادة الأصل فيما يتعلق بعيوب الإرادة، أو نقص الأهلية، ومن ثم إذا وقع الوكيل في غلط أو تدليس أو إكراه أثناء تعاقد مع الطرف الآخر، فيكون العقد قابل للإبطال في مصلحته، ولا يعتد في هذه الحالة بإرادة الأصل؛ لأن العقد لا ينعقد بإرادته<sup>(٢)</sup>. وترفع دعوى بطلان العقد من الأصل وليس للنائب باعتبار أن آثار العقد تنصرف إلى الأصل لا النائب. ولا يجوز للنائب رفع دعوى البطلان النسبي إلا إذا كانت نيابة الوكيل تشمل يدخل في نطاقها مثل هذه الدعاوى<sup>٣</sup>. وإذا دلس الوكيل على الغير، جاز للغير إبطال العقد، وترفع دعوى البطلان ضد الموكل باعتباره الطرف الأصل في العقد لا الوكيل، بالإضافة إلى رجوع الغير على الوكيل بالتعويض عن خطئه الشخصي<sup>(٤)</sup>.

ويصعب في الدعاوى المتعلقة بالأعمال والتصرفات التي يستخدم فيها الأطراف وكلاء إلكترونيين التمسك بالتدليس ليتوصل المتعاقد مع الوكيل إلى إبطال العقد<sup>(٥)</sup>. وتفسير ذلك أنه نظراً لطبيعة الوكيل الإلكتروني المادية، فليس من المتخيل أن يتمسك الطرف المتعاقد معه بأن برنامج

(٢) انظر في ذلك،

KEER (I. R.), Providing for autonomous electronic devices in the uniform, electronic commerce act, 2000, at:

"http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc/current/ekerr.pdf", p.2

(٣) يعتبر ذلك إعمالاً للمادة ١٠٤ من القانون المدني المصري التي تنص على أنه "١- إذا تم العقد بطريق النيابة، كان شخص النائب لا شخص الأصل هو محل اعتبار عند النظر في عيوب الإرادة أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها".<sup>(٤)</sup> راجع في ذلك، د. جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية، مرجع سابق، بند ٢٥، ص ٤٩ - ٥٠.

(١) د. مصطفى عبد الحميد عدوي، الوجيز في عقد الوكالة، مرجع سابق، ص ١٤٣.

(٢) يطلق فانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ على هذا التصرف التفرير في المادة ١٨٥ منه. لمزيد من التفصيل، د. عبد الخالق حسن أحمد، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق، بند ٧٣ وما يليه، ص ١١٠ وما يليها.



الوكيل قد استعمل وسائل احتيالية ليغزر به (يدلس عليه) مما دفعه إلى التعاقد معه؛ لأن البرنامج ليست له إرادة تتجه إلى إيقاع المتعاقد الآخر في غلط أو ممارسة التدليس عليه. ويترتب على ذلك أن المتعاقد مع الوكيل الإلكتروني سوف يتحمل نتائج هذه الممارسات إلا إذا أثبت وجود غش من مستخدم البرنامج أثناء البرمجة<sup>(١)</sup>.

والأمر هو ذاته في مسألة الغلط في التعاقد، فلا يقبل من مستخدم الوكيل الإلكتروني التمسك بالغلط في التعاقد تجاه الطرف الآخر على اعتبار أن الوكيل لا يمكنه أن يقع في غلط يدفعه إلى التعاقد؛ لأنه ليس لديه اعتقاد معين<sup>(٢)</sup>.

**ج- صعوبة التطبيق في حالة تجاوز حدود الوكالة أو التصرف دون تفويض:**

إذا تجاوز الوكيل حدود وكالته، فالأصل أن آثار تصرف الوكيل لا تنصرف إلى الأصيل، ولا يتحملها النائب نفسه كذلك؛ لأن إرادته لم تتجه إلى إبرام التصرف لحسابه، ومع ذلك يجوز للغير المتعامل مع النائب أن يرجع عليه بالتعويض وفقاً للقواعد العامة<sup>(٣)</sup>. والأمر هو ذاته في القانون الأمريكي سواء تصرف الوكيل دون تفويض أو متجاوزاً حدود التفويض. ويؤسس القضاء الأمريكي مسؤولية الوكيل في هذه الحالة استناداً إلى الغش

<sup>(٣)</sup> راجع،

DANIAL (J. – L.), *Electronic contracting under the 2000 revisions to article 2.*, op. cit., p. 324.

انظر عكس ذلك الأستاذة Silvia FELIU التي ترى أن المستخدم هو الذي يتحمل نتيجة هذه الممارسات، وأن المتعاقد مع الوكيل يمكنه الرجوع عليه مباشرة. راجع،

FELIU (S.), *Intelligent Agent and consumer protection.* Op. cit., p.8.

<sup>(٤)</sup> انظر،

JUREWICZ (A.-M.), *Contracts concluded by Electronic Agent.*, op. cit., p. 24.

<sup>(١)</sup> انظر في ذلك، د. عبد الخالق حسن أحمد، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، المرجع السابق، بند ٥١، ص ٧٨..

أو التدليس<sup>(١)</sup>. ويجيز القانون الألماني في هذه الحالة رجوع المتعاقد مع الوكيل على الوكيل ويعتبر العقد ملزمًا له كجزء على التعاقد بدون إذن أو في حالة تعاقد خارج حدود الوكالة<sup>(٢)</sup>. غير أنه قد يخرج الوكيل عن حدود وكالته، ومع ذلك يكون التصرف ملزمًا للأصيل في حالات استثنائية نصت عليها المادة ٢/٧٠٣ وما يليها من القانون المدني المصري<sup>(٣)</sup>.

والواقع أن فكرة تجاوز الوكيل الإلكتروني حدود وكالته أو تصرفه دون تفويض من المستخدم أمر ليس مستبعدًا خاصة في حالة وجود خلل فني أو إصابته بفيروس مما يؤثر على عمل البرنامج. ففي هذه الحالات، كيف يمكن الرجوع على البرنامج إذا اعتبرناه وكيلًا؟ هل يجوز للمستخدم مطالبته بالتعويض؟ وهل له نعمة مالية مستقلة يستطيع المستخدم الحصول منها على تعويض مقابل هذا الخروج؟<sup>(٤)</sup>

وأضف إلى ذلك أن إقرار الأصيل أو تصديقه على الأعمال التي يقوم بها الوكيل تجاه المتعاقد معه لن تكون له فائدة إلا إذا علم المتعاقد بهذا الأصيل ليتأكد من إقراره التصرفات التي قام بها الوكيل، كما أن المشكلة ستظل قائمة لو رفض الأصيل إقرار التصرف الصادر من الوكيل كما في حالة تجاوزه حدود سلطته، فمن يكون مسئول في هذه الحالة عن الأعمال التي قام بها الوكيل<sup>(٥)</sup>.

(١) راجع في ذلك، د. مصطفى عبد الحميد عدوي، مرجع سابق، ص ١٧٠.

(٢) انظر المادة ١٦٤ من قانون الالتزامات وراجع في شرحها،

WETTIG (S.) and ZEHENDER (E.), The electronic agent., op. cit., p. 2.

(٤) انظر في شرح هذه المادة، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، بند ٣٠٥، ص ٥٥٨.

(٥) في المعنى ذاته، د. سالم عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص ٩٥. وانظر كذلك،

DE MIGLIO (F.), ONIDA (T.), ROMANO (F.), SANTORO (S.), Electronic Agents and the law of agency, Op. cit., p.2.

(١) في المعنى ذاته،

CAREY (Th. - C.), BROMBERG (Esq.) & SUNSTEIN (Esq.), Jurisdiction and contract formation, op. cit. p. 19.

## د- صعوبة تطبيق مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد:

يجب أن يتفاوض الأطراف في العقد بحسن نية، وإذا كان القانون الإنجليزي أمريكي لا يعرف قاعدة عامة تلزم الأطراف بالتفاوض بحسن نية In good faith، فإن القضاء في هذه الدول يستخدم مصطلح " التعاقد العادل" Fair dealing للتعبير عن حسن النية باعتباره تطبيقاً موضوعياً لهذا الفكرة<sup>(١)</sup>.

والواقع أن مبدأ حسن النية الذي تعرفه القوانين اللاتينية قد فرض العديد من الالتزامات على الأطراف أثناء مرحلة التفاوض في العقد مثل واجب الإفصاح والالتزام بالإعلام، هذا بالإضافة إلى المسؤولية السابقة على التعاقد نتيجة فسخ المفاوضات بشكل مفاجئ وبدون مبرر<sup>(٢)</sup>.

وإذا كانت القوانين التي تنتمي إلى النظام الإنجليزي لا تعرف هذه التطبيقات الناتجة عن حسن النية في تنفيذ العقد والتفاوض فيه، فإن الفقه والقضاء قد طبقوا فكرة قريبة مؤداها أنه إذا أخفى المتعاقد أثناء التفاوض معلومات مهمة بناء على غش منه، فتقوم مسؤوليته التقصيرية. وإذا ترتب على المفاوضات تعاقد، فتقوم المسؤولية العقدية على أساس الغش في التعاقد. وبمعنى أوضح، يطبق القضاء في هذه الدول المسؤولية التقصيرية في الفترة السابقة على التعاقد والمسؤولية العقدية إذا نتج عن المفاوضات عقد<sup>(٣)</sup>. وإذا تم فسخ العقد فجأة أو لأسباب غير معقولة، فإن القضاء في هذه الدول لديه

---

(١) انظر في المزيد عن حسن النية في تنفيذ العقود في القوانين اللاتينية والقوانين الإنجليزية،

WEITZENBOCK (E. – M.), Good faith and fair dealing in the context of the contract formation by Electronic Agents, in " Proceedings of AISB 2002, symposium of intelligent agents in virtual markets", 3 – 5 April 2002, Imperial college of science, Technology & Medicine, University of London.

(٢) انظر،

WEITZENBOCK (E. – M.), Electronic Agent and contract performance., op. cit., p. 2

(٣) انظر في المزيد،

WHITTAKER (S.) and ZIMMERANN (R.), Good faith in European contract law: surveying the legal landscape, Cambridge University Press, 2000, p. 39.

أسس أخرى للمطالبة بالتعويض بدلاً من اللجوء إلى فكرة حسن النية، وتتمثل هذه الأسس في فكرة الـ Collateral Contract، وفكرة المسؤولية التقصيرية Tort law، فهاتان الفكرتان تقومان بالدور الذي يقوم به حسن النية في القوانين اللاتينية<sup>(١)</sup>.

والأمر هو ذاته في حسن النية في تنفيذ العقد؛ إذ أن القوانين اللاتينية تنص صراحة على تنفيذ العقد بحسن نية، وقد ترتب على إعمال المبدأ في مرحلة تنفيذ العقد عدة التزامات تقع على الأطراف كالتعامل بأمانة Duty of act Loyally، وواجب التعاون Duty to co-operate<sup>(٢)</sup>، وذات الأمر في قانون العقود الأوربي (١/٢٠٢)<sup>(٣)</sup>.

والواقع أنه وإن كانت مصطلحات حسن النية وواجب الأمانة والتعامل العادل والتعاون بين الأطراف تتردد في أحكام قضاء الدول التي تنتمي إلى النظامين، فإن هذه القوانين تضع معياراً موضوعياً لتقدير مدى توافرها. ويتمثل هذا المعيار في رجل الأعمال الأمين Honest Businessman في القوانين الإنجلوأمريكية، وميعار رب الأب الأسرة الحريص Good father of a family في القوانين اللاتينية<sup>(٤)</sup>. فإن كان سلوك الأطراف يوافق هذا المعيار سواء فيما يتعلق بمرحلة التفاوض في

(٢) راجع،

COHEN (N.), Pre - contractual duties: Two freedoms and the contract to negotiate, in " J. Beatson and D. Friedmann (E.), Good faith and fault in contract law, Clarendon press, Oxford, 1995. p. 154.

(٣) انظر في شرح هذا المبدأ في قوانين الدول الأوربية،

WITTAKER (S.) and ZIMMERMAN (R.), Good faith in European contract law. , op. cit., p. 39.

(٤) الجدير بالذكر أن هذا القانون قد جمع بين حسن النية كما هي مطبقة في القوانين اللاتينية، وفكرة التعامل العادل المطبقة في القوانين الإنجلو أمريكية وذلك بنصه في المادة ٢٠١ منه على أن " يجب على متعاقد أن يتعاقد طبقاً لحسن النية Good faith والتعامل العادل Fair dealing ". انظر،

WEITZENBOCK (E.-M.), Electronic Agent and contract performance. , op. cit., p. 3

(١) راجع في ذلك،

WEITZENBOCK (E. - M.), op. cit., p. 4

إبرام العقد أو في مرحلة تنفيذه، فيكون الطرف الذي شدر منه هذا السلوك قد تصرف بحسن نية<sup>(١)</sup>.

ويتجه بعض الفقه إلى أن من الصعب تطبيق هذه الأفكار على العقود التي يبرمها الوكيل الإلكتروني أو التي ينفذها أيضاً، ويتساءل هل يمكن إلزام برنامج الوكيل بالتفاوض في العقد وتنفيذه وفقاً لاعتبارات حسن النية في القانون اللاتيني أو التعامل العادل في القانون الإنجلوأمريكي؟<sup>(٢)</sup>.

### المبحث الثالث

#### رأينا في الموضوع

إذا كان الفقه يختلف في الطبيعة القانونية للوكيل الإلكتروني وأساس إسناد التصرفات التي يقوم بها لمستخدمه ما بين كون برنامج الوكيل مجرد أداة في يد المستخدم، وكونه شخصاً قانونياً له القدرة على التعبير عن إرادته، فهذا لا يمنعنا مكن توضيح رأينا في الموضوع الذي يتضمن عدة نقاط على النحو التالي:

أولاً: الفصل بين صحة التصرفات التي يقوم بها الوكيل وإسناد هذه التصرفات لشخص المستخدم:

بداءة يجب الفصل بين صحة ومشروعية التصرفات التي يجريها برنامج الوكيل وإسناد هذا التصرفات إلى مستخدمه، فخلافاً للفقه ينصرف إلى الأولى لا الثانية. وتفسير ذلك أن بعض الأعمال الدولية والقوانين الوطنية قد اعترفت بصحة التصرفات القانونية التي تتخذ أو تنفذ باستخدام

---

(٢) يرى بعض الفقه أن تطبيق فكرة التعامل العادل Fair dealing في القوانين الإنجلوأمريكية يعد تطبيقاً موضوعياً لمبدأ حسن النية في القوانين اللاتينية، فالقضاء وفقاً لهذه الفكرة لن يجد صعوبة في إيجاد مدى توافر حسن النية من عدمه في التعامل بين أطراف العقد. انظر،

STEYEN (L. - J.), Contract Law: Fulfilling the reasonable expectations of honest man, L.Q.R., 1997, p. 438.

(٣) يحدث ذلك عندما يكون محل العقد تسليم منتج إلكتروني يقوم الوكيل بتسليمه إلى المتعاقد معه مباشرة. انظر في ذلك،

WEITZENBOCK (E. - M.), op. cit., p.4

الوسائل الآلية في التعاقد عبر شبكة الإنترنت ومنها برنامج الوكيل الإلكتروني، أخذة بذلك ما أسفر عنه التقدم التكنولوجي وما قدمه من وسائل حديثة للقانونيين.

ومن أمثلة الأعمال الدولية التي نصت على صحة التصرفات القانونية التي يُستخدم فيها الوكيل الإلكتروني اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية الصادرة في نوفمبر ٢٠٠٥ التي نصت في الفقرة (ج) من المادة الرابعة منها في تعريفها لرسالة البيانات Data message التي تستخدم في نظام الرسائل الآلي الموضح في الفقرة (ز) من ذات المادة بأنها "المعلومات المنشأة أو المرسله أو المتلقاة أو المخزنة بوسائل إلكترونية أو مغنطيسية أو بصرية أو بوسائل شبيهة تشمل على سبيل المثال لا الحصر، التبادل الإلكتروني للبيانات أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي". هذا بالإضافة إلى أن الاتفاقية قد نصت في الفقرة الثانية من المادة ٨ على أنه "ليس في هذه الاتفاقية ما يشترط إنشاء الخطاب الإلكتروني أو تكوين العقد وإثباتهما في أي شكل معين"، الأمر الذي يعني أنها قد سمحت باستخدام أية وسيلة في تكوين العقود الإلكترونية، والاعتراف بالعقود التي تبرمها الوسائل الحديثة. وبشكل أكثر صراحة قد نصت الاتفاقية في المادة ١٢ منها تحت عنوان استخدام نظم الرسائل الآلية في تكوين العقود على صحة العقود التي تتعقد عن طريق نظام الرسائل الآلية بقولها "لا يجوز إنكار صحة أو إمكانية إنفاذ العقد الذي يكون بالتفاعل بين نظام رسائل آلي وشخص طبيعي أو بالتفاعل بين نظامي رسائل آليين لمجرد عدم مراجعة شخص طبيعي كلا من الأفعال التي قامت بها نظم الرسائل الآلية أو العقد الناتج عن تلك الأفعال وتدخله فيها". وتجدر الإشارة إلى أن نظام الرسائل الآلي الذي يشير إليه النص تم تعريفه في الفقرة (ز) من المادة الرابعة من ذات الاتفاقية على أنه "برنامج حاسوبي أو وسيلة إلكترونية أو وسيلة آلية أخرى تستخدم لاستهلال إجراء ما أو للاستجابة كلياً أو جزئياً لرسائل بيانات أو لعمليات تنفيذها دون مراجعة أو تدخل من شخص طبيعي في كل مرة يستهل فيها النظام إجراء ما أو ينشئ استجابة ما".

ومن أمثلة ذلك القوانين الوطنية التي عالجت استخدام الوسائل

الحديثة في إبرام العقود الإلكترونية كالقانون الاتحادي رقم ١ لسنة ٢٠٠٦ لدولة الإمارات العربية المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية والمعاملات الذي نص في المادة ١١ و ١٢ منه على صحة تكوين العقود التي تتم عبر وسائل إلكترونية مؤتمة، وإسناد هذه التصرفات إلى مستخدم هذه الوسائل. والأمر هو ذاته بالنسبة لقانون إمارة دبي بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢ الذي نص في المادة ١٣ و ١٤ و ١٥ منه على إمكانية التعاقد بين وسائل إلكترونية مؤتمة متضمنة نظامي معلومات إلكترونية أو أكثر تكون معدة ومبرمجة مسبقاً للقيام بمثل هذه المهمات، ويتم التعاقد صحيحاً وناظراً ومنتجاً آثاره القانونية على الرغم من عدم التدخل الشخصي أو المباشر لأي شخص طبيعي في عملية إبرام العقد في هذه الأنظمة.

ومن هذه القوانين الوطنية كذلك، قانون التجارة الإلكترونية الكندي الموحد<sup>(١)</sup> الصادر عام ١٩٩٩ خاصة في المادة ١٩ التي تعرف الوكيل الإلكتروني والمادة ٢٠ التي تعترف بإبرام وصحة العقود عن طريق الوسائل الإلكترونية الحديثة ومنها برنامج الوكيل الإلكتروني. وبشكل أوضح تنص المادة ٢١ من هذا القانون على أن العقد يمكن أن ينعقد بتدخل وكيل إلكتروني وشخص طبيعي أو بتدخل وكلاء إلكترونيين Or by interaction of electronic agents<sup>(٢)</sup>.

والأمر هو ذاته بالنسبة للقانون الأمريكي الموحد للعقود التي تتم بمعلومات الكمبيوتر UCITA عام ١٩٩٩<sup>(٣)</sup>؛ حيث نص في المبحث ١٠٢ منه على تعريف الوكيل الإلكتروني، وأكد صحة التصرفات التي تصدر من هذا الوكيل الإلكتروني في المبحثان ١٠٧ و ١١٢ منه<sup>(٤)</sup>. والأمر

---

(١) يقصد به Uniform Electronic Commerce Act، ويشار إليه بالاختصار UECA.

(٢) نصوص هذا القانون متاحة على الموقع التالي:

"http://www.ulcc.ca/en/us/index.cfm?sec=1&sub=1u1"

(٣) يقصد به Uniform Computer Information Transactions Act

(٤) نصوص هذا القانون متاحة على الموقع التالي:

"http://www.nccusl.org"

هو ذاته في القانون الأمريكي الموحد للتجارة الإلكترونية UETA<sup>(١)</sup> الذي يعترف بقدرة الوكيل الإلكتروني على إبرام وتنفيذ العقود لحساب أشخاص آخرين بصفة مستقلة عنهم، وجعل من يتصرف الوكيل لحسابهم مسئولين عن تصرفات الوكيل وذلك في المبحثان الثاني والثالث منه.

وقد تأكدت صحة التصرفات التي يجريها الوكيل الإلكتروني وفقا للتشريعات الأمريكية كذلك بالتعديل الذي ورد على المادة ٢ من القانون التجاري الأمريكي الموحد عام ٢٠٠٣ التي تنظم عمل الوكيل الإلكتروني وتعترف بالتصرفات التي يجريها هذا الوكيل<sup>(٢)</sup>.

والأمر هو ذاته في القانون النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة (الأونسيترال) عام ١٩٩٦ بشأن التجارة الإلكترونية حيث اعترف بصحة العقود التي تتم باستخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض أو قبول العرض، وذات الأمر في المادة ١٣ التي تمسند الرسائل إلى منشئها إذا صدرت من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو بالنيابة عنه للعمل تلقائياً.

ثانياً: ضرورة تزاوج القواعد القانونية بالتطورات التكنولوجية:

أحد العيوب التي تواجه الحلول السابقة أنها حاولت تفسير ما يحدث عملياً من الوكيل الإلكتروني وهو برنامج تقني حديث بالقواعد والآليات القانونية المتاحة التي لم توضع أصلاً لهذه التقنيات الحديثة. وقد كانت نتيجة هذه المحاولات أن ظهرت هذه الآليات عاجزة عن تفسير الدور الذي يمثله الوكيل الإلكتروني في التجارة الإلكترونية.

والحقيقة التي لا يمكن إنكارها أننا بصدد برنامج ذكي Intelligent Software يتعامل ويتصرف بشكل مستقل عن إرادة مبرمجه ومستخدمه،

---

(٢) يقصد به Uniform Electronic Transaction Act، ونصوصه متاحة على الموقع التالي،

"<http://www.lawnet.com.sq/freeaccess/eta.htm>"

(٤) انظر في شرح التعديلات التي تمت على المادة ١٠٢/٢ و ١٠٣/٢،

DANIAL (L. J.), Electronic contracting under the 2003 revisions to article 2 op. cit., p.5; MAGGS (G. - E.), The waning importance of revisions to U.C.C. article 2, op. cit., p. 595.



ويتصرف تصرفات شبيهة بتصرفات الوكيل. ويبعد هذا البرنامج بفضل خصائصه المتميزة عن باقي البرامج والأجهزة قد يستخدمها الإنسان للتعبير عن إرادته بعد أن يمنحها بيانات عن محل وكيفية التعاقد والأثمان وغيرها من البيانات، ثم يتم تنفيذ هذه البيانات إلكترونياً. ومن أمثلة هذه الأخيرة آلات بيع المنتجات الجاهزة Vending Machine التي تنفذ إرادة مشغلها بأن يعرض للجمهور السلع بأسعار محددة، ثم يختار الشخص ما يشاء من السلع بالضغط على المفتاح الخاص بالسلعة ويضع النقود في الفتحة المخصصة لذلك، ويحصل تلقائياً على السلعة. في هذا الفرض، الآلة تنفذ إرادة مشغلها تلقائياً دون تدخل منه، ولكنها لا تستطيع التغيير في العرض المقدم، فهي مجرد حافظة للعرض الذي سبق وأن حددته مشغلها. ونرى من جانبنا ضرورة التزاوج بين الحلول القانونية والتقنيات الحديثة بحيث تستوعب هذه الحلول الجديد في الممارسات العملية على شبكة الإنترنت، ونقترح في هذا الصدد أن تنتوع الحلول القانونية بحسب القدرات التقنية لبرنامج الوكيل على النحو المبين في الملحوظة التالية.

### ثالثاً: عقد الوكيل المصدق عليه CAAP كأحد الحلول المقترحة:

ننضم من جانبنا إلى آراء بعض الفقه (1) التي فضلت التعامل مع المشكلات القانونية التي يثيرها استخدام الوكيل الإلكتروني على أنها واقع عملي لا يمكن الهروب منه بل يجب التعامل معه بالوسائل القانونية الصحيحة التي تكفل أمان المتعامين في التجارة الإلكترونية وما يصاحبها من تطور تكنولوجي مستمر.

(1) انظر ،

**KAFEZA (I), KAFEZ (E.) and CHIU (D. - K.),** Legal issues in agents for electronic contracting., op. cit., p. 8; **DE MIGLIO (F.), ONIDA (T.), ROMANO (F.), SANTORO (S.),** Electronic Agents and the law of agency, Op. cit., p. 3.

والجدير بالذكر أن البعض قد شكك في هذا الحل ويرى أنه لن يحل سوى مشكلة تحديد هوية الوكيل ولكنه لا يحل كل المشكلات المتعلقة بالوكيل الإلكتروني. انظر في ذلك،

**WEITZANBOECK (E.-M.),** Electronic Agent and contract performance. , op. cit., p. 213.

ويتمثل هذا الحل من نظام يطلق عليه عقد الوكيل المصدق عليه CAAP<sup>(1)</sup>، غير أننا سوف نضيف إليه بعض المسائل التي تضمن سلامة هذا الحل في معالجة المشكلات الناتجة عن استخدام الوكيل الإلكتروني في التصرفات القانونية، ويتضمن الحل الذي نقترحه بعض الإجراءات المتعلقة بعمل الوكيل الإلكتروني تتمثل في الآتي:

### ١- نظام التسجيل الإلكتروني للوكلاء الإلكترونيين:

تبدأ الخطوة الأولى لهذا الحل بضرورة تبني نظام تسجيل إلكتروني e- Registry يسجل فيه اسم الوكيل والشركة المصنعة له، واسم المستخدم، ودرجة تقدم الوكيل التقنية، وأن يوضح في السجل الشخص الذي يتحمل نتائج أعمال هذا الوكيل. وتعطي الشركة المسنولة عن التسجيل شهادة إلكترونية E- cert لذوي الشأن تتضمن هذه البيانات في مقابل رسم معين، ويدفع الشخص المسنول عن الوكيل تكلفة هذا التسجيل.

ويفيد نظام التسجيل الإلكتروني في منح الوكيل الإلكتروني شخصية قانونية مستقلة عن مستخدمه مما يحقق مصلحة المتعاقد مع الوكيل. وتفسير ذلك أن هذا الوكيل يمكنه أن يكتسب شخصية قانونية بمجرد القيد في السجل الإلكتروني، ويخصص له المستخدم مبلغاً معيناً من المال يمثل ذمته المالية، ومن ثم يمكن مساءلته في حدود هذا المبلغ فقط عن الأخطاء الفنية التي قد تقع منه. وهذا يفيد مستخدم البرنامج إذ يمكنه تحديد المسؤولية عن الأخطاء الفنية التي قد تقع من البرنامج بهذه الذمة المالية فقط، ويفيد كذلك المتعاقد مع الوكيل في إمكانية مساءلة الوكيل عن الأخطاء الفنية التي لا يد لمستخدمه فيها، والتي قد يدفع المستخدم المطالبة عنها بعدم وقوع خطأ منه. ويحق للمتعاقد مع الوكيل الرجوع إلى السجل الإلكتروني للوكيل لمعرفة مقدار ذمته المالية وحدود مسؤوليته عن الأخطاء التقنية التي قد تقع أثناء التعاقد معه، ليقرر التعامل معه من عدمه.

وواقع أن هذا الحل الذي ننادي به يفترض بداءة توافر أمرين:

الأول، تحديد درجة تقدم برنامج الوكيل من الناحية الفنية والتقنية

(1) يقصد به Contract Agent Authorization Platform.

كما هو موضح في النقطة التالية المتعلقة بتعيين مهمة الوكيل وتحديد درجته.

الثاني، تدخل المشرعين على مستوى التشريعات الوطنية بالنص على جواز منح برامج الوكيل الإلكتروني المتقدمة الشخصية المعنوية في حالة قيده في السجل الإلكتروني.

## ٢- تعيين مهمة الوكيل وتحديد درجته:

يتطلب لإنجاح هذا الحل أن يحدد السجل الإلكتروني مهام الوكيل الإلكتروني بدقة، وتحديد المستخدم الذي من أجله تمت المهمة في حالة استعمال البرنامج من مستخدم آخر غير المستخدم الأصلي له. ويجب أن يذكر بشكل دقيق درجة الوكيل التقنية وتحديد مسؤوليته هو ذاته عن الأخطاء التي قد تقع منه. وفي هذا الصدد نقترح الوكلاء الإلكترونيين من حيث قدرتهم على التدخل في الحياة القانونية إلى ثلاثة مستويات على النحو التالي:

المستوى الأول: وتندرج فيه برامج الوكيل المتقدمة التي يعترف لها بالشخصية القانونية بمجرد القيد في السجل الإلكتروني. في هذا المستوى، يكون من السهل على المتعاقد مع الوكيل أن يعلم أن لهذا الوكيل شخصية قانونية وذمة مالية مستقلة عن مستخدمه، وحدود هذه الذمة المالية، وأنه يتعاقد كوكيل عن المستخدم الذي يتحمل مسؤولية أعمال الوكيل القانونية دون مراجعة أو موافقة مسبقة منه على التصرف. ويكون تسجيل هذه البيانات في سجل الوكيل بمثابة إذن أو تصريح من المستخدم بمنح الشخصية القانونية لبرنامج الوكيل، وأنه يتعاقد كوكيل عنه.

وفي هذه الحالة يسأل برنامج الوكيل عن الأخطاء الفنية التي قد تقع منه تجاه المتعاقد معه، ويكون مسؤولاً عنها في حدود الذمة المالية المخصصة له فقط من قبل مستخدمه. أما التصرفات القانونية وما يترتب عليها من آثار، فتتصرف إلى المستخدم باعتباره الأصل الذي يتعاقد البرنامج بالنيابة عنه.

المستوى الثاني: ويعترف فيه مستخدم الوكيل أيضاً ويظهر في السجل الإلكتروني للوكيل بأن له شخصية قانونية وأنه يتصرف كوكيل عن المستخدم، غير أن تصرف الوكيل لا يكون نافذاً في حق الأصل إلا بعد

مراجعة أو تأكيد مسبق من هذا الأصل مستخدمه أولاً. في هذه الحالة تتقيد سلطات الوكيل الإلكتروني وسلطات التعاقد معه كذلك بضرورة إخطار الأصل المستخدم أولاً ببند العقد الذي أبرمه الوكيل، سواء بطريق الإيميل أو الفاكس أو برسالة على سطح مكتب الكمبيوتر الخاص به. ولا يكون تصرف الوكيل ملزماً لمستخدمه إلا بعد موافقته في كل مرة على بنود العقد. وفي حالة موافقته، يكون مسؤولاً عن كل النتائج القانونية المترتبة على تدخل الوكيل، ويكون مسؤولاً كذلك عن الأخطاء التقنية التي تحدث لبرنامج الوكيل، ولا تكون هناك ضرورة لتخصيص نمة مالية مستقلة للوكيل الإلكتروني؛ لأن الأصل سيكون مسؤولاً عن الأخطاء الفنية القانونية معاً.

**المستوى الثالث:** وفيه يفصح نظام السجل الإلكتروني على أن برنامج الوكيل مجرد أداة اتصال يستخدمها المستخدم، وأن ليس له سلطة تمثيل هذا المستخدم أو التعاقد بالنيابة عنه، ويكون ذلك البيان المذكور في سجل الوكيل بمثابة إعلان إرادة من المستخدم بأنه المسئول مباشرة عن التصرفات التي يجريها البرنامج وكأنها صادرة منه شخصياً. ويفيد هذا البيان التعاقد مع الوكيل بأن يوجه مطالبته عن الأخطاء الفنية أو القانونية التي قد تقع من الوكيل إلى مستخدمه مباشرة.

وفي جميع هذه المستويات، يجب أن تظهر في صفحة البرنامج صفته كوكيل عن الآخر أو مجرد أداة، ودرجته (إذا ما كان من الدرجة الأولى أو الثانية أو الثالثة).

والواقع أن هذا النظام المقترح يوفر حماية كبيرة للمتعامل مع الوكيل من عدة زوايا؛ فهو يستطيع أن يعلم اسم مستخدم الوكيل، وحدود قدرة الوكيل على التعاقد، ومدى مسؤليته عن التصرفات التي يتدخل فيها، وحدود الذمة المالية المستقلة للوكيل والتي خصصها له المستخدم، وإذا ما كان يلزم موافقة المستخدم على بنود العقد أم لا، بيد أن هذا النظام المقترح لعمل الوكيل الإلكتروني وعلاقتها القانونية، يلزم التعاقد مع الوكيل بعدة التزامات تتمثل في:

- أ- ضرورة مراجعة سجل الوكيل، وحصوله على شهادة بالبيانات المتعلقة بالوكيل وعلاقاته القانونية.
- ب- فحص إذا ما كان تصرف الوكيل معه في حدود الأذن الصادر له من

- المستخدم أم خارجه.
- ج- التأكد من إخطار الطرف الثاني ببند العقد والحصول على موافقته على البنود.
- د- مراجعة بند المسؤولية للتأكد من مسؤولية المستخدم عن التصرفات التي يجريها الوكيل.

### ٣- دور الشركة المسئولة عن السجل الإلكتروني:

تقوم الشركة المسئولة عن السجل الإلكتروني بدور مهم في العقود التي تبرم عن طريق برنامج الوكلاء الإلكترونيين، بحيث تراجع الإيجاب أو القبول الصادر من الوكيل في إطار الإذن الصادر له من مستخدمه. فإذا ظهر لها بعد مراجعة بيانات الوكيل أن هناك مخالفة من جانب الوكيل لحدود الأذن أو التصريح الصادر من مستخدمه، فيجب على الشركة التي تملك السجل الإلكتروني إخطار المستخدم فوراً بهذه المخالفة. فإذا سمح المستخدم بالتعاقد مع الطرف الآخر على الرغم من وجود المخالفة، فإن الشركة المسئولة عن السجل تسجل المخالفة وموافقة المستخدم لها كدليل في المستقبل لصالح الطرف المتعاقد مع الوكيل، وترد بالإيجاب على الطلب المقدم من الطرف الآخر. أما إذا لم يوافق المستخدم على هذا الخروج من جانب الوكيل، فإنها ترفض التعاقد مع الوكيل، وترد بالسلب على المتعاقد مع الوكيل. ويتضح من ذلك أن الشركة المسئولة عن السجل الإلكتروني تقوم بدور المراجع قبل إبرام العقد، ودور الموثق في حالة التعاقد.

ويجب على هذه الشركة أن توفر توقيع رقمي يخزن على الخادم تؤكد عن طريقه صحة العقود الصادرة عن الوكلاء، ودخول هذه العقود في نطاق عملهم، وتقوم بتسجيل كل التصرفات التي قام بها الوكيل، وتصدر شهادة بهذه التصرفات. ويوفر هذا الدور المهم للشركة المسئولة عن السجل الإلكتروني حماية كبيرة لمستخدم البرنامج الذي قد يغير رغبته، ويعدل من بنود الوكالة من أن إلى آخر، ويحمي كذلك المتعاقد مع الوكيل؛ لأنه يوفر له ضمانات دخول العقد في حدود الأذن الصادر من الأصل أو قبول الأصل (المستخدم) خروج الوكيل عن حدود اختصاصه، مما يجعله مسؤولاً عن تصرفات الوكيل.

رابعاً: التنسيق على المستوى الدولي لعمل الوكيل الإلكتروني:  
تتفق مع جانب من الفقه في ضرورة أن يكون هناك حلاً أو أساساً عالمياً Global Standard يحكم تعاملات الوكيل الإلكتروني والتصرفات التي يجريها عبر الشبكة ويوضح علاقته بمستخدمه وعلاقته بالطرف الآخر<sup>(1)</sup>. وتتفق كذلك في ضرورة التفكير في ثوابت قانونية وفنية على المستوى الدولي International Legal and Technical standards لعمل الوكيل الإلكتروني تحدد القدرات الفنية التي يجب أن تتوافر في الوكيل الإلكتروني، وتقسيم الوكلاء إلى مستويات بحسب هذه القدرات الفنية، وتحدد دور الوكيل في إبرام العقود، ومدى مسؤوليته عن هذه العقود. هذا بالإضافة إلى أنه يجب أن يتضمن هذا العمل الدولي ثوابت أمنية Security Standards تتضمن مستويات معينة من الأمان يجب أن ينفذ من خلالها الوكيل أعماله، وتتم مراقبة هذا المستوى من أن إلى آخر.

وإذا كنا نرى ضرورة التنسيق في عمل الوكيل الإلكتروني على المستوى الدولي، فهذا لا يجعلنا نغفل أهمية هذا التنسيق والتنظيم على المستوى الوطني؛ إذ قد أن الأون أن تعترف التشريعات الداخلية بوجود هذا التقدم التكنولوجي الهائل وأثره على الحياة القانونية وضرورة الاعتراف لهذه البرامج التي تعمل باستقلال عن شخص مستخدمها بالشخصية القانونية خاصة في ظل نظام السجل الإلكتروني المقترح، أسوة بما حدث في التوقيع الإلكتروني وإبرام العقود الإلكترونية.

## الخاتمة

في نهاية عرضنا للدور الذي يقوم به الوكيل الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية، يمكننا استخلاص بعض النتائج منها:

(1) انظر،

KARNOW (C. E.A), Future codes: Essays in advanced computer technology and law, Artech House, Boston, London, 1997, p. 178.

أولاً: يقدم برنامج الوكيل الإلكتروني مزايا عديدة مقارنة بالوكيل العادي ومقارنة عن قيام البائع والمشتري بنفسه بعمليات البحث والتفاوض على بيع أو شراء السلع. وتفسير ذلك أن برنامج الوكيل يتميز بالسرعة والدقة؛ لأنه يبحث عن السلع والخدمات داخل المواقع لا في مواعير البحث، ومن ثم فهو يختصر قائمة البحث، وبالتالي لا يحتاج إلى فحص العديد من المواقع التي قد ترتبط بالسلعة. هذا بالإضافة إلى أنه برنامج دقيق في عمله؛ إذ يعرض مضمون المواقع التي تعرض السلع والخدمات، ويقوم بتحليل البيانات التي يحصل عليها، ويقدم عرضاً للمشتري والبائع يتطابق مع مفضلاتهم الشخصية، ومن ثم يستفيد كل من المنتج والمستهلك منه. ويتميز برنامج الوكيل الإلكتروني كذلك بالموضوعية في تمثيله للمنتج أو المشتري؛ إذ أنه باعتباره برنامجاً لن تكون لديه ميول شخصية قد تعرض مصالح موكله للخطر بخلاف الحال في الوكيل العادي كما في حالة تعارض مصالحه الشخصية مع مصالح موكله. وبالإضافة إلى ذلك، فيتميز هذا البرنامج بالمجانية، ومن ثم يمكن للمستهلك أن يستخدمه دون مقابل، ويستطيع المنتجون والبائعون استخدامه كذلك بثمن زهيد يتمثل في نسبة بسيطة من الصفقة في حالة إتمامها.

ثانياً: على الرغم من المزايا العديدة للوكيل الإلكتروني التي تساهم في تقدم التجارة الإلكترونية وتسهيل إبرام الصفقات على شبكة الإنترنت، إلا أن هناك بعض العيوب والانتقاصات تصاحب استخدام هذا البرنامج. ومن هذه العيوب أنه لا يتوافر فيه الثقة والأمان الكاملين، فمن المتصور دخول القرصنة على برنامج الوكيل والحصول منه على البيانات المالية للتاجر أو المستهلك واستخدامها بشكل خاطئ. ومن هذه العيوب كذلك أنه لا يأخذ في تقديره عن اختيار المنتج أو البائع الذي يتعامل في السلعة أو الخدمة سمعة هذا التاجر أو جودة المنتج الحقيقية؛ لأنه يبني رأيه على مجرد بيانات جمعها من المواقع العديدة من الشبكة أو من خبرته السابقة، وقد يُخدع برنامج الوكيل ويحصل على بيانات غير صحيحة وغير مطابقة للواقع لمجرد أنه وجدها على موقع البائع أو المنتج.

ثالثاً: بدأ التنظيم القانوني الصريح لعمل الوكيل الإلكتروني على المستوى الوطني في الولايات المتحدة الأمريكية وكندا، وقوانين دولة

الإمارات العربية المتحدة. أما على المستوى الدولي، فنجد العديد من الأعمال الدولية التي تطرقت وعالجت أعمال الوكيل مثل اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية الصادرة عام ٢٠٠٥، كما أن التوجية الأوربي للتجارة الإلكترونية عام ٢٠٠٠ قد نص على ضرورة أن تؤمن قوانين الدول الأعضاء الوكيل الإلكتروني في إبرام عقود التجارة الإلكترونية. بيد أنه إذا كان التنظيم القانوني الصريح لعمل الوكيل الإلكتروني محدود حتى الآن، فإن الواقع العملي له يشهد تزايداً كبيراً في استخدام برامج هذا الوكيل؛ إذ تعمل في مجال هذه البرامج العديد من المؤسسات والشركات الإنجليزية والألمانية والفرنسية واليابانية، الأمر الذي سيقتضي تدخل المشرع في هذه الدول لتنظيم عمل هذه البرامج عما قريب.

رابعاً: القول بصحور التعبير عن الإرادة في حالة استخدام الوكيل الإلكتروني من مستخدم هذا الوكيل لا يفقد كل أساس قانوني، فمن المستقر أنه إذا تضمن التعبير عن الإرادة العناصر الموضوعية للعقد المراد إبرامه، فلا يلزم أن يتضمن غيرها من العناصر غير الجوهرية التي يتصور أن يقوم العقد بدون تحديدها قبل إبرام التعاقد. ويترتب على ذلك أنه لو كان العرض المقدم يحتاج إلى تأكيد آخر من صاحب التعبير، فلا يعتبر ما صدر أولاً إيجاباً ولكنه فقط دعوة إلى التعاقد.

بيد أنه لا يجب أن ننكر أننا أمام تكنولوجيا جديدة استطاعت بفضل خصائصها الفنية المتقدمة أن تخرج عن دورها التقليدي المتمثل في مجرد نقل إرادة المستخدم، وأصبح لها دوراً جديداً تتمتع في أدائه باستقلاليته تامة عن المستخدم، والمبادرة في اتخاذ القرار، وتقديم العروض الشخصية التي تتناسب مع المستخدم بناء على ما لديه من بيانات سابقة. ونستطيع القول بأنه في ظل هذا التقدم التكنولوجي الذي يقوم به برنامج الوكيل الإلكتروني في البحث عن السلعة وبالشروط المطلوبة والمواصفات المحددة والسعر المناسب، فلا تعتبر الإرادة البشرية هنا حاضرة أو موجودة؛ لأن المستخدم لا يستطيع معرفة العناصر الجوهرية للعقد، ولا طبيعة المصادر من الجهاز هل هو إيجاب أم قبول، ومن هو الطرف المتعاقد مع الوكيل، وما هو المضمون الحقيقي النهائي للعقد. وفي مثل هذا الفرص، فيمكن القول بأن



الإرادة البشرية لم تصل إلى حد التعبير عن الإرادة وقت إصدار الرسالة أو محتواها، والنظام الإلكتروني هو الذي هو الذي عبر عنها.

**خامساً:** والواقع أنه يجب أن نفكر في أن بعض الأخطاء التي قد تقع من الوكيل أثناء التعاقد قد تتم بعيداً عن مستخدم البرنامج كما لو حدثت نتيجة عدم توافق بين البرنامج وكمبيوتر المستخدم، أو بسبب عيب في الاتصال بشبكة الإنترنت، أو بسبب فيروس أصاب البرنامج. في هذه الحالات لا يوجد خطأ ينسب إلى البرنامج ذاته ولا المالك له، وإنما توجد أخطاء يمكن نسبتها إلى المستخدم أو الشبكة. وبالتالي يجب أن يتضمن الحل مراعاة لحق المستخدم وعدم تحميله أخطاء لا ترجع إلى البرنامج.

**سائساً:** نميل إلى القول بضرورة تزاوج القواعد القانونية بالتطورات التكنولوجية وعدم غض النظر إلى هذا الوافد التقني الجديد والتعامل معه. ولهذا نقترح حلاً أطلقنا عليه عقد الوكيل الإلكتروني المصدق عليه، ويقوم هذا الحل بصفة عامة على ضرورة تسجيل الوكلاء الإلكترونيين في سجل إلكتروني على شبكة الإنترنت يوضح اسم الوكيل والمستخدم ومدى الحرية التي يتمتع بها في إبرام التصرفات ومدى مسؤولية المستخدم عن التصرفات القانونية التي يقوم بها الوكيل. وأهم ما يتضمنه هذا الاقتراح هو تحديد نمة مالية للوكيل يسأل في حدودها عن الأخطاء التي لا تنسب إلى المستخدم، ويحدد المستخدم هذه النمة المالية بمبلغ من المال. ويستطيع المتعامل مع الوكيل التعرف على حدود هذه النمة قبل التعامل مع الوكيل؛ ليقرر التعامل معه من عدمه.

**سابعاً:** إن الحل الذي ننادي به ليس بعيداً كلية عن القواعد العامة في النيابة التي تخول الموكل تحديد حرية وسلطة الوكيل إلى حد كبير، أو يطلق هذه الحرية إلى حد كبير. وتفسير ذلك أن الموكل قد يصن في تقييد حرية الوكيل إلى حد أن يحرمه من كل تقدير ولا يبقى للوكيل في هذه الحالة إلا أن ينفذ تعليمات الموكل، ويكون الوكيل في هذه الحالة أقرب إلى الرسول الذي تنحصر مهمته في نقل إرادة الموكل إلى الغير، وينقل إرادة الغير إلى الموكل. في هذه الحالة تكون الإرادة هي إرادة الموكل لا إرادة الوكيل، ويكون التعاقد هنا مباشر بين الأصل والغير ولا وجود للوكيل ولا يكون التعاقد بوكيل. وقد يتمتع الوكيل بسلطات محدودة في التصرف كما لو عمل

وفق تعليمات مفصلة من الموكل، وقد يفرض الموكل عليه الرجوع إليه قبل كل تصرف ليعتمدها في كل مرة. وقد يصل التوسع أخيراً في السلطة أن يترك الموكل للوكيل حرية تقدير بعض العناصر، أو تقدير التصرف الذي يقوم به، أو يختار المتعاقد معه أو يغير من بعض بنود العقد.

**ثامناً:** إن التجارة الإلكترونية لن تتقدم في البيئات التي لا يوجد بها تشريعات واضحة ومستقرة، وخاصة أنه من الممكن استخدام هذه التكنولوجيا كأداة للغش والتحايل من جانب البعض، هذا بالإضافة إلى أن الطبيعة العالمية لشبكة الإنترنت تجعل من الصعوبة إيجاد الحلول للصعوبات التي تثيرها هذه التجارة. لهذا، ننادي بضرورة التدخل التشريعي على المستوى الداخلي لتنظيم تدخل هذا النوع من الوكلاء في الحياة القانونية، وضرورة التنسيق على المستوى الدولي لإنشاء ثوابت قانونية وفنية موحدة تقبل التطبيق على شبكة الإنترنت بما يضمن تناغم الأحكام المنظمة لهذا التقنية الجديدة.

## قائمة المراجع

### أولاً: المراجع باللغة العربية:

- د. آلاء يعقوب النعيمي، الوكيل الإلكتروني، مفهومه وطبيعته القانونية، بحث مقدم إلى مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية - الحكومة الإلكترونية)، كلية الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، الفترة من ١٩ - ٢٠ مايو ٢٠٠٩، الكتاب الثاني، الصفحات، ص ٤١٠.
- د. جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية، طبيعتها وأحكامها وتنازع القوانين فيها، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٠.
- د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ٢٠٠٨، ص ٢٠٩.
- د. سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٨، ص ١.
- د. سمير عبد السميع الأودن، العقد الإلكتروني، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٦٤، ص ٣٤.
- د. صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، ١٩٨٦.
- د. عبد الخالق حسن أحمد، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الأول مصادر الالتزام، مطبوعات أكاديمية شرطة دبي، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٥، بند ٥١، ص ٧٧.
- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٤.
- د. فايز نعم رضوان، قنون المعاملات التجارية، الجزء الثاني، الأوراق

التجارية والإفلاس، مطبوعات أكاديمية شرطة دبي، طبعة ٢٠٠٦.

- د. محمد جبر الألفي، عقد الوكالة في ضوء قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة وأحكام الفقه الإسلامي، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠.

- د. محمد علي الصافوري، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مطبوعات أكاديمية شرطة دبي، ١٩٩٧.

- د. مصطفى عبد الحميد عدوي، الوجيز في عقد الوكالة في القانونين المصري والأمريكي، بدون ناشر، ١٩٩٧.

- د. نجاح شمس، الوكالة في القانون اللبناني والمصري والفرنسي المقارن، المجلد الأول، المنشورات الحقوقية، صادر، ١٩٩٧.

#### ثانياً: المراجع باللغات الأجنبية:

- **ABSHER (S.) & NAOKI (H.)**, Filtering with intelligent soft ware Agents, at:  
"<http://www.engin.Umd.umich.edu/CIS/course.des/cis479/projects/FISA.html>".

- **ALLEN (T.) & WIDDISON (R.)**, Can computers make contracts?, Harvard Journal of Law & Technology, 1996, p. 23;

- **AMATO & CHOPRA**, Whales: Their emerging right to life American, Journal of International Law, 1985, p. 15.

- **BALTAGI (S.)**, E- Commerce enabling technologies as winds of change: a quick overview of future trends, Newsletter Analysis of the current state and future direction of conducting business online, International

and Information technology, July 1999, vol.1, issue 3.

- **BELLIA (j. - A.)**, Contracting with electronic agents, Emory Law Journal, 2001.
- **BERGMAN (R.), GRISS (M.) & STAELIN (C.)**, A personal email assistant, 2002, at "<http://www.hpi.hp.com/techreports/2002/hpl-2002-236.pdf>."
- **BOSS (H.- A.)**, The Uniform Electronic Transaction Act in a global environment, IDAHO L. Rev., 2001, p. 275.
- **BRUMFILED FRY (P.)**, Introduction to the Uniform Electronic Transaction Act: Principles, Policies and provisions, IDAHO L. Rev., 2001, 0. 37.
- **CAFFREY (C.)**, Electronic Purchasing Agents, 1998, at:  
"[http://www.purchasing.miningcp.com/industry/purchasing/library/weekly/aa\\_02\\_0698.htm](http://www.purchasing.miningcp.com/industry/purchasing/library/weekly/aa_02_0698.htm)".
- **CAMERON (D.M.)**, Electronic contract formation, at:  
"<http://www.jurisdiction.com/eoms.htm>".
- **CARBONNIER (J.)**, Droit civil, I, Introduction, Press Universitaires de France, Paris, 1990.
- **CAREY (Th. - C.), BROMBERG (Esq.) & SUNSTEIN (Esq.)**, Jurisdiction and contract formation, Massachusetts Software Council, 13 April 2000, at:  
"<http://www.swcouncil.org/download/carey.docp>".
- **CHITTY (G.)**, Chitty on contracts, Vol. II, Specific

Contracts, 27 th ed., Sweet & Maxwell, London, 1994.

- **CNIT** (Center of New Industries and Technologies), Convention Professionnelle du commerce Electronique, October 1996, at "[http:// www .cybian.fr/agents/ agentscom.html](http://www.cybian.fr/agents/agentscom.html)".
- **COHEN (N.)**, Pre – contractual duties: Two freedoms and the contract to negotiate, in " J. Beatson and D. Friedmann (E.), Good faith and fault in contract law, Clarendon press, Oxford, 1995.
- **CROSS (S.R.)**, Agency, Contract and intelligent software Agents, International Review of Law Computer& Technology, vol.17., 2003, p. 176.
- **CRUQUENAIRE (A.)**, Electronic Agents as search engines: Copyright related aspects, International Journal of Law and Information Technologies, Vo.9, n° 3, pp. 327 – 343.
- **DANIAL (L. J.)**, Electronic contracting under the 2003 revisions to article 2 of the Uniform Commercial Code: Clarification or chaos? 2004, at: "<http://www.chtlj.org/sites/default/files/media/articles/v020/v020.i2.Daniel.pdf>;
- **DE MIGLIO (F.)**, **ONIDA (T.)**, **ROMANO (F.)**, **SANTORO (S.)**, Electronic Agents and the law of agency, at: "[http://www.cirfied.unibo.it/~agsw/lea02/pp/demigliooni daromanosantoro.pdf](http://www.cirfied.unibo.it/~agsw/lea02/pp/demiglioondaromanosantoro.pdf)".
- **DICKSON (K.W. Chiu)**, **CHANGJIE WANG (Ho – Fung L.)**, Supporting the legal identities of contracting agents with an agent authorization platform, at:

"<http://portal.acm.org/citation.cfm?id=1089681&dl=GUIDE&coll=GUIDE&CFID=76963739&CFTOKEN=87855428>".

- **FELIU (S.)**, Intelligent Agents and consumer protection, at "[http://128.178.101.170/eclip/forum/1st/consumer\\_protection\\_pdf](http://128.178.101.170/eclip/forum/1st/consumer_protection_pdf)".
- **FESTA (P.)**, Intelligent Agent makes a comeback, 1999, in:  
"<http://www.abcnews.co.com/section/tech/net/cnetitagents991028.html>".
- **FIOOT (C.) and FURNISTON (S.)**, Law of contracts, 13th ed., Butterworths, London, 1996.
- **FISCHER (J.- P.)**, Computers as agents: a proposed approach to revised U.C.C Article 2, Indiana Journal, 1997, p. 545.
- **FONER (L.)**, Agent and appropriation, at "<http://www.media.mit.edu/people/fonder/julia/juila.htm>".
- **FRANKLIN (S.) & GRAESSER (A.)**, Is it an agent or just a program? A taxonomy or autonomous agents, at "<http://www.msci.memphis.edu/franklin/agentprog.html>".
- **GILBERT (J.)**, IBM Intelligent agent, white paper, may1997,  
"<http://www.networking.ibm.com/iaghome/html>".
- **GIOVANNI (S.)**, Agents in cyber law, in "Workshop on the law on Electronic agent, LEA 2002.

- **GONZALO (S.)**, A business outlook regarding Electronic Agent, International Journal of Law & Information technology, V.9, September 2001, p. 2.
- A business outlook on Electronic Agents, ECLIP (Electronic Commerce Legal Issue), Final Release, November 2000, at:  
["http://128.176.101.170/eclip/froum/1st/business\\_outlook.pdf"](http://128.176.101.170/eclip/froum/1st/business_outlook.pdf).
- **GROOM (J.)**, Are agent exclusion clauses a legitimate application of the EU database directive?, [www.law.ed.ac.uk/ahrb/script-ed/docs/agents.doc](http://www.law.ed.ac.uk/ahrb/script-ed/docs/agents.doc)".
- **JUREWICZ (A.-M.)**, Contracts concluded by Electronic Agents, comparative analysis of American and polish legal systems, at:  
["http://law.bepress.com/expresso/eps/714"](http://law.bepress.com/expresso/eps/714).
- **KAFEZA (I.), KAFEZA (E.) & DICKSON K.W.CHIU (D.)**, Legal Issues in Agent for electronic contracting, 2005, at:  
["http://www.cSDL.computer.org/comp/proceedings/hicss/2005/2268/05/22680134a.pdf"](http://www.cSDL.computer.org/comp/proceedings/hicss/2005/2268/05/22680134a.pdf).
- **KARNOW (Curtis E.A.)**,  
 - Liability for distributed, Berkeley Technology Law Journal, 1996, pp. 161 – 162, at:  
["http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/berktech11&div=8&id=&page"](http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/berktech11&div=8&id=&page).
- Future codes: Essays in advanced computer technology and law, Artech House, Boston, London, 1997.
- **KERR ( L.R.)**, Providing for autonomous electronic



- devices in the Uniform Electronic commerce Act, at "<http://www.law.ualberta.ca/al/ulc/current/eker.htm>".
- **Spirits in the material world: Intelligent Agents as intermediaries in electronic commerce**, Dalhousie L. J., 1999, p. 231.
  - **KRYCZKA (K.)**, Ready to joint the EU information society? Implementation of E – Commerce Directive 2000/31/EC in the EU acceding countries – the example of Poland, *International Journal of Law and Information technology*, Vol. 12, n° 1, 2004, p. 55- 73.
  - **LAWRENCE (F.) & P.GRANT (M.)**, Law of the internet, Lexis Publishing, 2001.
  - **LEROUGE (J.-F.)**, The Use of Electronic Agents Questioned Under Contractual Law: Suggested Solutions on a European American Level, *The John Marshall Journal of Computer & Information Law*, VOL. XVIII Winter 2000, p. 25.
  - **MAES (P.)**, Agents that reduce work and information overland, at "<http://www.cs.brandeis.edu/~cs125a/content/agentsmaes.doc>".
  - **MAGGS (G. - E.)**, the waning importance of revisions to U.C.C. article 2, *Notre Dame L. Rev.*, 2003, p. 595.
  - **MAZEAUD (J.) & CHABS (F.)**, *Leçons de droit civil*, Tome II, I ere vol., *Obligations, Theorie générale*, 7<sup>e</sup> éd., Montvhrestien, Paris, 1985.
  - **MIDDLEBROOK (S. T.) and MULLER (J.)**, Thoughts on bots: The emerging law of electronic agents, *Business Lawyer*, 2000.

- **MIRZAIAN (A. – G.)**, Electronic commerce: This is not your father's Oldsmobile, RUTGERS L. Rec., 2002, p. 123.
- **OWSIA (P.)**, Formation of contract: A comparative study under English, French, Islamic and Iranian Law, Kewler, 1994.
- **REEVES (D. - M), WELLMAN (M. – P.), GROSOFF (B.)**, Automated negotiation contract descriptions, April 2002, at:  
"http://web.mit.edu/sloan-msa/Papers/4 .13.pdf".
- **REVELLI (C.)**, Intelligence stratégique sur internet, Dunod, 1999.
- **ROSLER (M.) & HAWKINS (D.T.)**, Intelligent Agents: A technology and business applications analysis, 1995:  
<http://www.mines.unancy.fr/wguwniffe/courseenn/131/heilmann/heilmann.html>".
- **RUSE (H. – G.)**, Electronic and the legal protection on non – creative database, International Journal of law and Information Technologies, vol.9, n° 3. 2001, p. 295.
- **RUSSELL (S.) & NORVIG (P.)**, Artificial Intelligence: A modern approach, Prentice Hall, New Jersey, 1995.
- **SANDHOLM (T.)**, Agent in Electronic commerce: component technologies for automated negotiation and coalition formation, at:  
"http://www.springerlink.com/content/r9621565p348448".

- **STEYEN (L.-J.)**, Contract Law: Fulfilling the reasonable expectations of honest man, L.Q.R., 1997, p. 438.
- **THOUMYRE (P. - L.)**, L'echange des consentements dans le commerce électronique, at "<http://www.lex-electronica.org/articles/v5-1/thoumfr.htm>".
- **WATNICK (V.)**, the electronic formation of contracts and common Law: Mobile Box Rule, Baylor L. Rev., 2004, p. 192.
- **WEITTING (S.) and ZEHENDNER (E.)**, The Electronic Agent: A legal personality under German Law, at: "[http://www.leaonline.net/publications/paper\\_8\\_wetting.pdf](http://www.leaonline.net/publications/paper_8_wetting.pdf)".
- **WEITZENBOECK (E. - M.)**, Electronic Agents and the formation of contracts, International Journal of Law and Information Technologies, Vo.9, n° 3, 2001, p. 204.
- Introduction on the special Issue on electronic agents, Oxford University Press, 2001, at: "[http://ijlit.oxfordjournals.org/cgi/pdf\\_extract/9/3/187](http://ijlit.oxfordjournals.org/cgi/pdf_extract/9/3/187)".
- Good faith and fair dealing in the context of the contract formation by Electronic Agents, in "Proceedings of AISB 2002, symposium of intelligent agents in virtual markets", 3 – 5 April 2002, Imperial college of science, Technology & Medicine, University of London, 2002.

- **WETTIG (S.) and ZEHENDNER (E.),** The Electronic Agent: a legal personality under German law, at:  
"http://www.leaonline.net/publications.paper\_8\_wettig.pdf".
  
- **WHITTAKER (S.) and ZIMMERANN (R.),** Good faith in European contract law: surveying the legal landscape, Cambridge University Press, 2000.
  
- **WOOLDRIDGE (M. – J.) and JENNINGS (N. – R.),** Intelligent Agent: ECAI- 94 Workshop on Agent Theories, Architecture and languages, Berlin, 1995.
  
- **WOORLDRIDAGE (M.) & JENNING (H.S.),** Intelligent Agents: Theory and Practice, June 1995 at:  
"http://www.elec.qmw.ac.uk/dai/ pubs/ker95".
  
- **VAN HAENTJES (O.),** Shopping agents and their legal implications regarding Austrian law, in  
"Workshop on the law of Electronic Agents, LEA 2002.
  
- **Yahoo,** Electronic Agent Model, at:  
"http://english.ttu.edu/kairos/3-1/coverweb/galin/agent.htm"



**محاكم التجارة فى القانون الفرنسى**  
**دكتورة / سحر عبد الستار إمام يوسف**  
**أستاذة قانون المرافعات المساعد**  
**كلية الحقوق - جامعة شيبين الكوم**  
**وكيل كلية حقوق السادات للدراسات العليا والبحوث - جامعة المنوفية**

تقتضى العدالة توفير الحماية القضائية للحق فى وقت معقول *raisonnable* وبغير عناء، فالحماية البطيئة المعقدة هى نوع من الظلم، لأنها تمثل عبئاً على صاحب الحق وتنتقص من قيمته، خاصة إذا كان محل النزاع مادة تجارية، فعامل الوقت يلعب دوراً جوهرياً فى عالم المال والأعمال. ولذا فإن مشكلة البطء فى إجراءات التقاضى تمثل عائقاً فى حل المنازعات الناشئة بمناسبة العلاقات والمعاملات التجارية، كما تعد عاملاً سلبياً فى دفع عجلة التنمية الاقتصادية إذ أن القضية الاقتصادية تعد مالا راکداً وتسبب خسائر كبيرة، فهى فى حاجة إلى سرعة وخبرة لتحقيق عدالة ناجزة. ولذا إهتم العلم الاجرائى بتبني آليات يمكن بموجبها تجنب البطء فى إجراءات التقاضى الذى أصبح سمة رئيسية فى القضاء، ومن هذه الآليات المعتمدة فى التشريعات المقارنة اعتماد مبدأ تخصص المحاكم باعتباره أحد الركائز الجوهرية لتحقيق سرعة الفصل فى الدعاوى، ولقد اتجه المشرع المصرى فى السنوات الأخيرة نحو تبني نظام إنشاء محاكم متخصصة بالمعنى الدقيق، وذلك بإصدار قانون بإنشاء محكمة الأسرة رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤. والقانون بإنشاء المحاكم الاقتصادية رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨ والقانون رقم ١٨٠ لسنة ٢٠٠٨ معدلاً بعض أحكام قانون العمل الصادر بالقانون رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ وأنشئ بموجب القانون المذكور المحكمة العمالية التى تختص دون غيرها بالفصل فى كافة منازعات العمل الفردية.

ويقتضى مبدأ تخصص المحاكم استثناء المحكمة المتخصصة دون غيرها بنظر نوع معين من الدعاوى، مثل محكمة الأسرة التى تختص بنظر دعاوى الأحوال الشخصية، والمحكمة العمالية المختصة بالفصل فى منازعات العمل الفردية، وهو اختصاص نوعى يركز على موضوع المنازعة دون الاعتداد بقيمتها، أما المحاكم الاقتصادية فتختص بنظر كافة المنازعات

والدعاوى الناشئة عن تطبيق القوانين المبينة على وجه التفصيل فى قانون إنشاء المحاكم الاقتصادية.

ولكن مبدأ تخصيص محاكم بنظر دعاوى بعينها لن يحقق العدالة المنشودة ما لم يكن مقترنا بتخصص القضاة العاملين فى تلك المحاكم، فتخصص القاضى فى فرع معين أو أكثر من فروع القانون وتمرسه فيه يكسبه خبرة ودراية مما يحقق السرعة فى الفصل فى الدعاوى المعروضة، كما يمكنه من إيجاد حلول نابغة من خلال تطبيقه لحكم القانون نصاً وروحاً.

ولا شك أن اتباع منهج تخصص المحاكم برافديه التخصص النوعى للمحكمة وانقطاع قضاتها للفصل فى هذه الدعاوى دون غيرها، سيحقق سرعة الفصل فى الدعاوى فى وقت معقول مما يحقق العدالة المنشودة.

وهذا ما دعانا إلى تقديم نظام مغاير فى القانون المقارن للمحاكم المتخصصة بالمعنى الدقيق وهى محاكم التجارة فى التنظيم القضائى الفرنسى والتي تختلف عن غيرها من المحاكم المتخصصة فى فرنسا، إذ تمثل نموذجاً فريداً ليس فى النظام القانونى الفرنسى فحسب، بل أيضاً فى الأنظمة القانونية الغربية كلها.

نشأت محاكم التجارة الفرنسية فى القرن السادس عشر فى ظل الحكم الملكى، واستمرت بعد قيام الثورة الفرنسية رغم انهيار وسقوط الأنظمة القضائية الأخرى القائمة آنذاك ومازالت باقية حتى الآن دون أحداث تغيير جوهرى فى بنيتها الأساسى.

وتتميز محاكم التجارة بتشكيلها الفريد؛ إذ تتألف من قضاة غير فنيين لا يحملون إجازة القانون بل تجار تم انتخابهم من قبل أقرانهم لتولى القضاء لمدد محددة، ولهذا تتميز بالتشكيل المتناغم المنسجم لاقتصار تشكيلها على القضاة غير الفنيين، إذ يعد قضاءً فنياً متميزاً لنظر القضايا والمنازعات التجارية، يتميز قضائتها بأنهم على دراية تامة بالعادات والأعراف التجارية وكافة الممارسات العملية فى مجال المال والأعمال.

وهى بذلك تختلف عن غيرها من المحاكم المتخصصة فى التنظيم القضائى الفرنسى التى تشكل من قضاة فنيين وغير فنيين، كما تتميز إجراءات التداعى أمامها بالسرعة والتيسير وعدم التعقيد فضلاً عن قلة التكاليف، بالإضافة أنها لا تكلف الدولة أية أعباء مالية *Coût Financier nul pour*

l'Etat ، إذ لا يتقاضى قضاتها راتباً، وإنما يؤدون عملهم طواعية دون أجر، فضلاً عن أن الرسوم القضائية التي يتم تحصيلها ترصد للانفاق على صيانة تلك المحاكم والحفاظ عليها.

كما تختلف عن غيرها من المحاكم المتخصصة في الأنظمة القانونية الغربية الأخرى، وإن كانت محاكم التجارة في النظم القضائية الغربية تتميز أيضاً عن المحاكم المدنية، إلا أنها تختلف عن محاكم التجارة الفرنسية في مواطن عديدة سواء في كيفية تشكيل المحكمة، وطريقة اختيار قضاتها، فضلاً عن كونها طريقاً غير إلزامي للمتخصصين، إذ أن اختصاصها غير متعلق بالنظام العام يمكن للأطراف النزول عنه واللجوء إلى المحاكم العادية صاحبة الولاية العامة.

**ففي ألمانيا:** لا توجد محاكم متخصصة للتجارة ولكن دوائر متخصصة في نظر المنزعات التجارية تنتمي إلى المحكمة الابتدائية، تشكل تشكيلاً مختلطاً من قاضٍ فني معين من الدولة ويعاونه قاضيان غير فنيين (تاجران) يتم تسميتهما بناء على اقتراح من غرف الصناعة والتجارة لمدة ثلاث سنوات، ويقع على عاتق الرئيس إعداد القضية وكتابة الحكم، كما أن له اختصاصات يفرد بها دون باقي أعضاء الدائرة، فضلاً عن أنه يمكن أن يحكم في القضية التجارية بمفرده إذا اتفق الأطراف على ذلك<sup>(1)</sup>

**وفي بلجيكا:** تتميز محاكم التجارة عن المحاكم المدنية، إذ تتألف محكمة التجارة من دائرة أو أكثر، وتشكل الدائرة تشكيلاً مختلطاً من ثلاثة قضاة يترأس الدائرة قاضٍ فني ويعاونه قاضيان غير فنيين بشرط ممارسة التجارة لمدة عامين على الأقل قبل التحاقه للعمل كقاضٍ في محاكم التجارة، ويتم توليهم القضاء عن طريق التعيين من قبل الملك لا عن طريق الانتخاب.

**وفي إنجلترا:** يختلف النظام القانوني الإنجليزي عن نظيره الفرنسي لانتماء كل منهما إلى مدرسة قانونية مغايرة عن الأخرى، إذ يتميز النظام الإنجليزي بوجود قانون تجاري مستقل وقضاء خاص به، إلا أنه لا توجد محاكم متخصصة لنظر المواد التجارية يختلف عن غيرها من المحاكم القائمة.

**وفي الولايات المتحدة الأمريكية:** وهي تنتمي لنفس العائلة القانونية الإنجليزية فلا يوجد بها محاكم تجارية متخصصة، وإن كان وضع القضاء

<sup>1)</sup> <http://www.assemblée-nationale.fr/11/dossiers/tribunauxdecommerce>.



يختلف من ولاية إلى أخرى بحسب النظام القانوني القائم بها، إذ يمكن أن يتولى القاضى القضاء عن طريق الانتخاب من قبل الشعب أو مجلس الولاية أو يتم تعيينه من قبل المحاكم gouverneur ، يتولى الوظيفة لمدة محددة من اثنتين إلى خمس عشرة سنة أو لمدى الحياة، وعلى المستوى الفيدرالى أو الاتحادى ، فان المحكمة المختصة بنظر القضايا التجارية محكمة المقاطعة District court ، ويعين قضاتها من قبل رئيس الولايات المتحدة الأمريكية بموافقة مجلس الشيوخ، وتختص بنظر قضايا الإفلاس محكمة الإفلاس Bankruptcy court وقضاتها من القضاة الفيدراليين المتخصصين، يتم تعيينهم لمدة خمس سنوات.

ونظرا لاختلاف محاكم التجارة الفرنسية عن غيرها من المحاكم المتخصصة فى فرنسا سواء من ناحية تشكيلها أو كيفية اختيار قضاتها، وكذلك ما تتميز به من التيسير فى إجراءات التقاضى أمامها وما حققته عمليا من سرعة الفصل فى الدعاوى رأينا أنها جديرة بأفراد بحث لها.

ولا شك أن تقديم هذا النموذج الفريد إلى الفكر القانونى المصرى لا يخلو من فائدة، فهو بالإضافة إلى أهميته من وجهة نظر الدراسات المقارنة ، لما يتيح من ارتداد آفاق جديدة فى الفكر القانونى- فإنها تمثل أحد الوسائل الفنية لمواجهة البطء فى إجراءات التقاضى - إذ تطرح تجارب قانونية ناجحة ساهمت فى تفادى هذه المشكلة ، نستدير بها ونختار منها ما يتسق مع نظامنا القانونى، وقد تقوننا إلى ابتداع نظم جديد مسترشدين بالتجارب القانونية السابقة.

### خطة البحث:

نتناول دراسة محاكم التجارة عبر صفات هذه البحث من خلال الفصول

التالية:

الفصل التمهيدي: التطور التاريخى للتنظيم القضائى فى فرنسا.

الفصل الأول: النظام القانونى لمحاكم التجارة.

الفصل الثانى: اختصاص محاكم التجارة.

الفصل الثالث : إجراءات التقاضى أمام محاكم التجارة.

الفصل الرابع : نظام الطعن وتنفيذ الأحكام الصادر عن محاكم التجارة.

## الفصل التمهيدي

### التطور التاريخي للتنظيم القضائي في فرنسا

مر النظام القضائي الفرنسي في تطوره بمراحل عديدة تعكس بذاتها النظم السياسية القائمة في تلك الفترة، وتأثيرها على التنظيم القضائي الموجود. وأولى هذه المراحل فترة ما قبل الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ التي تعد نقطة فاصلة في التاريخ الفرنسي، والتي أعقبتها بداية التنظيم القضائي الحقيقي الذي مر بدوره بمراحل أساسية في تطوره يمكن تقسيمها إلى ثلاث: تبدأ المرحلة الأولى عام ١٧٩٠ حتى عام ١٨١٠ ثم المرحلة الثانية وهي مرحلة طويلة تنتسم بالاستقرار منذ عام ١٨١٠ حتى عام ١٩٥٨، وأخيراً المرحلة الحالية التي صدر فيها الدستور الفرنسي الحالي بتاريخ ٤ أكتوبر ١٩٥٨. وسنعرض سريعاً للملامح المميزة للنظام القضائي في كل مرحلة على حدة على النحو التالي:

#### ملامح النظام القضائي - في ظل الحكم الملكي<sup>(١)</sup>

يتسم النظام القضائي في تلك الفترة بالانقسام والتعدد في أنواع المحاكم ، فلكل طائفة معينة محاكم خاصة ، إذ توجد المحاكم الملكية Juridiction Royale وهي خاصة بقضايا البلاط الملكي ومحاكم الاقطاعيين Juridictions Seigneuriales ، والمحاكم الكنسية التي يقتصر اختصاصها على مسائل الزواج والحالة المدنية Juridictions Canoniques كما يوجد محاكم متخصصة في مواد معينة : المحاكم القضائية في القضايا والمنازعات التجارية، المحاكم البحرية التي تنظر القضايا البحرية Tribunaux d'amirauté en matière maritime بعض المحاكم ذات الطبيعة الإدارية مثل محكمة المساعدات في المجال الضريبي La Cour des Aides en matière Fiscale وغرفة المحاسبة أو ديوان المحاسبة في

1) Pigeau (E.N), la procédure civile du châtelet de Paris et de toutes les juridictions ordinaires du Royaume , Paris, 1787, vol. I; Roger perrot: Institutions judiciaires: 12 éd Montchrestien 2006 p6 n°6.

البرلمان بباريس La Chambre des Comptes du parlement de paris .

بالنسبة لمحاكم ثانی درجة فتلعب المجالس المحلية دور محكمة الاستئناف في كل إقليم من الأقاليم الفرنسية، وأخيراً مجلس الخصوم (الأطراف) Conseil des parties الذي يجلس بجوار الملك.

وقد شهدت تلك الفترة كثير من التنازع والتضارب في الاختصاص بين المحاكم القائمة مما أسفر عن مشكلات كثيرة من أهمها بطء العدالة بسبب كثرة الطعون وإساءة استخدامها، تمييز بعض المحاكم عن غيرها مثل محاكم النبلاء، فضلاً عن تكلفة القضاء إذ يتحمل المتقاضون الأعباء المالية، فهم الذين يلتزمون بدفع مرتبات القضاة<sup>(١)</sup>.

ونتيجة العيوب الجسيمة التي اعترت النظام القضائي، لم يكن ممكناً لهذا النظام أن يستمر غداة قيام الثورة الفرنسية فأسقطته الجمعية الوطنية في ٤ أغسطس عام ١٧٨٩<sup>(٢)</sup> ثم أعقبه صدور مرسوم بتاريخ ٤ نوفمبر ١٧٨٩ بإلغاء دور المجالس المحلية، كمحاكم استئناف في الأقاليم الفرنسية. ملامح التنظيم القضائي أعقاب الثورة الفرنسية:

عقب قيام الثورة الفرنسية شهد التنظيم القضائي تطوراً كبيراً مر بثلاث مراحل: أولاً: المرحلة الأولى ما بين ١٧٩٠ - ١٨١٠:

بدأت هذه المرحلة بصدور قانون ١٦، ١٧ أغسطس ١٧٩٠ الذي تم التصويت عليه في الجمعية التأسيسية L'assemblée constituante وتم الموافقة عليه بالإجماع، ويمثل هذا القانون نقطة فارقة في التنظيم القضائي الفرنسي، إذ تم بموجبه تكريس مبادئ جوهرية تحكم التنظيم القضائي المعاصر.

وتتمثل هذه المبادئ في التالي:

<sup>١</sup> كما يلتزم من صدر الحكم لصالحه بتلايم هدايا عينية للقضاة الذين أصدروا الحكم إلى أن أصبحت مهالفة نقدية

**Celui qui gagnait son procès devait payer à son juge une somme d'argent dénommée " Les épices " : Alain Héraud et André Maurin : Institutions Judiciaires , 2éd Sirey 1998, p.4;**

**P.Rousslet: Histoire de la magistrature Française. 2vol éd 1957.**

<sup>٢</sup> ) J.Venent et S.Guinchard: Procédure civile: 24 éd 1996 Dalloz.p141 et 142 n°150..

- مبدأ الفصل بين السلطات.
- Le Principe de la séparation des pouvoirs.
- مبدأ المساواة أمام القضاء<sup>(١)</sup>.
- Le Principe de l'égalité devant la justice.
- مبدأ مجانية القضاء<sup>(٢)</sup>.
- Le principe de la gratuité de la justice
- مبدأ التقاضي على درجتين
- La règle fondamentale double degré de juridiction.

كما تم اقامة محاكم جديدة، منها المحاكم الابتدائية ومحاكم السلام [ قاضي الصلح] Justice de Paix التي أصبحت في عام ١٩٨٥ المحاكم الجزئية . ولم يتبق من النظام القديم سوى المحاكم القنصلية التي تختص بالفصل في المنازعات التجارية والتي يُطلق عليها الآن محاكم التجارة . كما احتل التحكيم مكاناً هاماً باعتباره نوعاً من العدالة الخاصة بموجبه يلجأ الأطراف إلى إختيار شخص محل ثقة بينهم ليحكم فيما شجر بينهم من نزاع.<sup>(٣)</sup> إنشاء محكمة النقض بموجب القانون الصادر في ٢٧ نوفمبر وأول ديسمبر ١٧٩٠ .

في إطار تنظيم وبناء الهيكل القضائي حرص المشرع الفرنسي على إنشاء محكمة عليا تتركز مهمتها في رقابة تطبيق القانون وتوحيد تفسير وفهم القواعد القانونية.

1) V.art 16 II de la loi des 16 et 24 août 1790 prévoit que " Tout privilège en matière de juridiction est aboli , tous les citoyens sans distinction Plaident dans la même forme ,devant les mêmes juges , dans les mêmes cas".

2) Ce principe signifie que les plaideurs ne paient pas leurs juges, les juges sont des fonctionnaires payés par L'Etat"  
V.J.Hilaire, Histoire des institutions judiciaire, le cours du droit 1990-1991 n°1525, p.67 à 74.

3) "Rubellin, Essai sur la nature d'l'arbitrage, thèse , lyon , 1964, preface, J.vincent. Carbonneau, " Etude historique et comparée de L'arbitrage" Rev. intern. Dr. Com. 1984, 727.

وفيما يتعلق بالمنازعات الإدارية أنشئ مجلس الدولة<sup>(١)</sup> ثم أعقبه صدور قانون<sup>(٢)</sup> بإنشاء مجالس إدارية تختص بالفصل في المنازعات الإدارية على المستوى المحلى التي أصبحت فيما بعد المحاكم الإدارية. وفي أعقاب إلغاء دور المجالس التشريعية المحلية كمحاكم ثانيا درجة، تم إنشاء محاكم الاستئناف كما ألغى نظام تولى وظيفة القضاء بالانتخاب لما أسفر عنه من مشاكل عديدة، وأصبح تولى القضاء عن طريق التعيين<sup>(٣)</sup>. كما صدر قانون بتاريخ ١٨ مارس عام ١٨٠٦ أنشئ بموجبه مجالس العمال الذى يقوم بالفصل فى المنازعات الناجمة عن عقود العمل.

المرحلة الثانية ما بين ١٨١٠ - ١٩٥٨ مرحلة استقرار المؤسسات: فى مستهل هذه الحقبة الزمنية، صدر قانون بتاريخ ٢٠ إبريل ١٨١٠ ويتضمن هذا القانون النظام القضائى والإدارى لمرفق العدالة، وظل العمل بهذا القانون طيلة القرن التاسع عشر والنصف الأول من القرن العشرين. تميزت تلك المرحلة بالاستقرار فى النظام القضائى القائم، كما شهدت تطورا هاما على مستوى المحاكم المتخصصة والقضاء الإدارى<sup>(٤)</sup>.

#### أولاً: على مستوى المحاكم المتخصصة:

بجانب محاكم التجارة ومجالس العمال، أنشئت محاكم تمثل المصالح المشتركة لفئة اجتماعية معينة، مثل محاكم الإجراءات الزراعية les tribunaux des baux rurales لجان الضمان الاجتماعى التى سميت فيما بعد محاكم قضايا الضمان الاجتماعى Tribunaux des affaires de sécurité sociale فضلا عن محاكم الأحداث (القصر) للفصل فى الدعاوى الجنائية، كما أنشئت المحاكم العسكرية.

<sup>1</sup> أنشئ مجلس الدولة بموجب La constitution du 22 Frimaire an VIII

<sup>2</sup> ) La loi du 28 pluviôse an VIII créa les Conseils de préfecture.

<sup>3</sup> ) Roger perrot: Institutions judiciaires : 12 éd Montchrestien 2006,p9 n°g spéc. (b).

<sup>4</sup> ) Roger perrot : Institutions judiciaire 12 éd Montchrestien, 2006, P. 10 n°11; Alain Heraud et André Maurin; Institutions judiciaires , 2éd sirey 1998, P.5.

## ثانياً: على مستوى القضاء الإداري:

شهدت تلك المرحلة تطوراً ملحوظاً بالنسبة لمحاكم القضاء الإداري، إذ أصبح هذا القضاء فعالاً بإصدار أحكام لها قوة الإلزام في مواجهة الإدارة. ورغم ما حدث من تطور في هذه الحقبة الزمنية، ومن استقرار في التنظيم القضائي، إلا أنها لم تخلو من السلبيات التي أعاققت الحياة القضائية، فكثير من العيوب اعترت هذا النظام سواء فيما يتعلق بتعيين القضاة، بطء الإجراءات، ارتفاع التكاليف والمصاريف القضائية وعدم فاعلية القضاء الإداري.

ونتيجة لعدم تبنى سياسة واضحة المعالم ومحددة تجاه تطوير النظام القضائي القائم، أصدر المشرع الفرنسي قوانين متعددة بهدف إصلاح السلبيات التي اعترت التنظيم القضائي، وهذه التعديلات لم تخرج عن كونها ترميم للنظام القائم دون إحداث تغيير جوهري فيه، ومن ثم ظهرت الحاجة إلى عمل إصلاح جذري والذي شهدته المرحلة التالية.<sup>(١)</sup>

المرحلة الثالثة منذ عام ١٩٥٨ حتى الآن - تحديث المؤسسات:

بصدور دستور ١٩٥٨ في الرابع من أكتوبر تبدأ المرحلة الراهنة وهي

المواكبة لتأسيس الجمهورية الخامسة *La cinquième République*.

وقد تضمن الدستور نصوصاً عديدة تتعلق بمرفق العدالة سواء من حيث المحاكم ذاتها أو العنصر القضائي نفسه<sup>(٢)</sup> كما نص الدستور في المادة ٦٤ على ضمان رئيس الجمهورية استقلال السلطة القضائية<sup>(٣)</sup> وعلى ترأسه المجلس الأعلى للقضاء عملاً بالمادة ٦٥ من الدستور.<sup>(٤)</sup>

لا شك أن تلك المواد السابقة تبين حرص الدستور الفرنسي على إبراز مكانة القضاء وعلى استقلال السلطة القضائية. وأعقب صدور الدستور الفرنسي صدور عدة أوامر ومراسيم، نُشرت في ٢٢ ديسمبر ١٩٥٨ تعديلاً

<sup>1</sup>) Roger perrot: Institutions judiciaire, référ.prec.11,n12.

<sup>2</sup>) L'art. 34 prévoit que " la loi fixe les règles concernat...la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats...".

<sup>3</sup>)L'art. 64: " le président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire".

<sup>4</sup>) L'art. 65: "le conseil supérieur de la magistrature est présidé par le président de la République..".

لتنظيم القضائي، فيما يتعلق بإعادة تنظيم المحاكم، وإعادة تقنين وضع القضاة، وكذلك تعديلات بشأن الوظائف القضائية وتسهيل مكنة الإلتجاء إلى القضاء.

#### أولاً: إعادة تنظيم المحاكم:

بالنسبة للقضاء العادي: في عام ١٩٥٨ أصبحت محاكم السلام المحاكم الجزائية وتغيرت المحاكم المركزية إلى المحاكم الابتدائية لتوسيع نطاق الاختصاص المحلي للمحاكم، وتقوية دور محاكم الاستئناف، بحيث أصبحت محاكم ثلثي درجة قاصرة على محاكم الاستئناف حتى ولو كان الحكم المطعون عليه صادراً من محكمة متخصصة.

بالنسبة للقضاء الإداري: صدر القانون رقم ٨٧ - ١١٢٧ في ٣١ ديسمبر ١٩٨٧ الذي أنشئت بموجبه محاكم الاستئناف الإدارية وبالنسبة للمحاكم السياسية تم إنشاء محكمة العدل للجمهورية في عام ١٩٩٣ La Cour de Justice de la République.

#### ثانياً: إعادة تنظيم العنصر القضائي:

- إنشاء المجلس الأعلى للقضاء بموجب القانون رقم ٥٨ - ١٢٧٠ في ٢٢ ديسمبر ١٩٥٨ والذي تم تعديله فيما بعد بموجب عدة قوانين متعاقبة لتوسيع نطاق اختصاصه<sup>(١)</sup>.

- إنشاء المركز القومي للدراسات القضائية CNEJ عام ١٩٥٨ الذي أصبح عام ١٩٧٠ المدرسة الوطنية للقضاء ENM ومقرها مدينة Bordeaux - فتح الباب للمرأة للعمل بالقضاء عام ١٩٤٦<sup>(٢)</sup>.

#### ثالثاً: تقنين وضع أعوان القضاء:

<sup>١</sup>) Les lois des 20 février 1967, 17 juillet 1970, 20 Janv. 1977, 18 Janv. 1979, 29 Oct. 1980, 13 sep. 1984, 23 déc 1986, 9 Janv. 1987, 7 Janv. 1988, 25 fév. 1992, 5 févr. 1994.

<sup>٢</sup>) A.Heraud et A. Maurin: Institutions judiciaires, pref préc. P. 122.

لم يحظ أعوان القضاء باهتمام من قبل المشرع سوى عام ١٩٦٥، وذلك بموجب القانون الصادر في ١٣ نوفمبر الذي قام بتوظيف قلم الكتاب وكذلك الصادر في ١٨ يناير ١٩٧٩.<sup>(١)</sup>

صدور القانون في ٣١ ديسمبر ١٩٧١ لتنظيم العمل بين المحامين والوكلاء المعتمدين أمام محاكم أول درجة، ثم أعقبه القانون ٣١ ديسمبر ١٩٩٠<sup>(٢)</sup> الذي ألغى الوكلاء المعتمدين أمام محاكم أول درجة، ونظم العمل بين المحامين والمستشارين القانونيين، وبطل أول يناير عام ١٩٩٢ لم يعد هناك وكلاء أو مستشارين قانونيين، واقتصر الأمر على المحامين<sup>(٣)</sup>، وصدر قانون رقم ٢٠٠٤ - ١٣٠ بتاريخ ٢١ فبراير ٢٠٠٤ المتعلق بتنظيم ممارسة رعايا الدول الأعضاء في الاتحاد الأوربي مهنة المحاماه أمام المحاكم الفرنسية، وكذلك تنظيم التأهيل المستمر للمحامين بإنشاء المركز الوطني للمحامين Centre national des barreaux ووضع نظام تأديبي لمهنة المحاماة Régime disciplinaire de la profession

كما صدر مرسوم بتاريخ ١١ يوليو ٢٠٠٥ متضمنا الواجبات والالتزامات التي تقع على عاتق المحامين، كما بين الضوابط والمعايير الأخلاقية التي يتعين على المحامين الإلتزام بها في مهنتهم.<sup>(٤)</sup>

#### رابعاً: تيسير اللجوء إلى القضاء<sup>(٥)</sup>

حرص المشرع الفرنسي على تيسير مكنة اللجوء إلى القضاء، وذلك بتحديث القواعد المتعلقة بنظام المساعدة القضائية القائمة بموجب القانون الصادر عام ١٨٥١ الذي تم تعديله في عام ١٩٧٢ ثم عام ١٩٩١، بحيث تشمل المساعدة نوعين: المساعدة المادية بتقديم يد العون لأصحاب الدخول المتواضعة، بإعفاء كلي أو جزئي من الرسوم القضائية بحسب الأحوال،

<sup>1</sup>) A.Bénabent , Avocats : Premières vues sur la " nouvelle profession" JCP 1991, 1, 3 499.

<sup>2</sup>) A. Heraud et A.Maurin; Institutions judiciaires préf préc. P90.

<sup>3</sup>) A. Héraud et A. Maurin: Institutions judiciaires, pref préc. P114.

<sup>4</sup>) R.Martin: "A propos du décret du 12 juillet 2005 sur la deontologie de l'avocat" J.C.P.2005 , act. n°502 , p1729.

<sup>5</sup>) Roger perrot: Institutions judiciaire pref préc p12 n° 16



والمساعدة القانونية وتتمثل في انتداب محام يتولى الدفاع عن الخصم أمام المحاكم.

### خلاصة القول:

تناولنا في هذا المبحث لمحة تاريخية عن تطور النظام القضائي في فرنسا، الذي مر بمراحل عديدة، سواء في ظل الحكم الملكي أو بعد قيام الثورة الفرنسية التي أعقبتها تغيير جذري في النظام القائم سواء على المستوى السياسي أو القانوني أو القضائي، وما صاحبها من إلغاء المحاكم القائمة في فترة الحكم الملكي، إلا أن المحاكم القنصلية المختصة بالفصل في المنازعات التجارية ظلت باقية رغم تلك الظروف، وإن كان قد طرأ عليها بعض التعديلات إلا أنها لا تمس أسس هذه المحاكم والقواعد الأساسية التي تحكمها.

ولا شك أن بقاء تلك المحاكم واستمراريتها يجد سببه في تناسخ وتوافق نظامها مع المفاهيم الثورية والأيدلوجية القائمة آن ذاك، كما أنها تعد نظام عتيق ورمز من رموز النظام القضائي الفرنسي<sup>(١)</sup>، بل أن أهميتها تزداد يوماً بعد يوم، إذ تدخل في تنافس مستمر مع التحكيم، إلا أنها تتميز بكونها القاضى الطبيعي لنظر المنازعات المتعلقة بالمعاملات الاقتصادية<sup>(٢)</sup>.

ونظراً لما تتميز به محاكم التجارة في فرنسا من خصوصية؛ سواء من حيث تشكيلها والإجراءات المتبعة أمامها، وكذلك من ناحية نطاق اختصاصاتها، رأينا أنها جديرة بإفراد بحث لها، بأن تكون محل دراسة تفصيلية، خاصة أن بعض الأنظمة القضائية العربية قد اتبعتها في هذا الشأن مثل المملكة المغربية<sup>(٣)</sup>، اليمن<sup>(١)</sup>، وكذلك المملكة العربية السعودية<sup>(٢)</sup>.

1) Emi Matsumoto, la juridiction consulaire dans la justice de L'Ancien Régime . thèse, Paris 11, 2002.

2) Claude champaud: L'idée d'une magistrature economique, Bilan de deux décennies p61, spéc. P. 64, Justice, n'1, janv. Juin 1995.

3) تم إدراجها في إطار التنظيم القضائي للمملكة المغربية بمقتضى الظهير الشريف رقم ١١٨، ٩٨، ١ بتاريخ ٢٢-٩-١٩٩٨. وهي محكم عابرة مختصة بالبت في المنازعات التجارية وتعد المحاكم التجارية محكم خاصة بالمنازعات التجارية فلا تختص سوى بالمنازعات التي خصها بها المشرع على سبيل الحصر لكون غيرها والمتمثلة في الدعاوى المتعلقة بال عقود التجارية، الدعاوى التي تنشأ بين التجار المنطقه بأعمالهم التجارية، الدعاوى المتعلقة بالأوراق التجارية، النزاعات التي تنشأ بين شركاء في شركة تجارية

والنزاعات المتعلقة بالأصول التجارية ، وتطبق أمام المحاكم التجارية قانون المسطرة التجارية كقانون عام ما لم ينص على خلاف ذلك، ويتم الطعن على الأحكام الصادرة عن المحاكم التجارية أمام محاكم الاستئناف التجارية عملاً بالمادة ١٩ من قانون إحداث المحاكم التجارية.

وأهم ما يميز به قانون أحداث المحاكم التجارية المغربية: تحديد آجال قصيرة بالنسبة لإجراءات التنفيذ ، إمكانية الحكم بمبلغ مسبق من الدين ويخصص قاض لمتابعة إجراءات التنفيذ

(راجع حسن الخضري ، إجراءات التقاضي أمام المحاكم التجارية راجع على شبكة النت :

<http://ar.wikipedia.org/w/index.php>.

<sup>(١)</sup> أصدر رئيس الجمهورية اليمنية بصفته رئيس مجلس القضاء الأعلى القرار رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٣ بشأن إنشاء محاكم تجارية ، ويتألف القانون من ١٣ مادة تتولى تنظيمها لتشكيل المحكمة والشروط الواجب توافرها في قضاتها والاختصاصات المسندة للمحكمة ونظام التقاضي أمامها والطعن على الأحكام الصادرة عنها، وتتألف كل محكمة من قاض فرد يختص بالنظر في الدعاوى والمنزعات ذات الطابع التجاري، وفقاً للقانون التجاري والقوانين الأخرى ذات الصلة على أن يبقى الاختصاص منعقداً للمحاكم الابتدائية ذات الولاية العامة في عواصم المحافظات والمديريات التي لا توجد فيها محاكم تجارية، عدا قضايا الإفلاس والبنوك والعلامات والأسماء التجارية والقضايا التي تتعلق بالشركات الأجنبية أو التي يكون أحد أطرافها عنصراً أجنبياً، ويتم الطعن في الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم التجارية أمام محكمة الاستئناف، حيث أن المشرع بموجب المادة (٤) من القانون المذكور أعلاه أنشأ شعبة تجارية تختص دون غيرها بنظر هذه الطعون على أن تتألف هيئة الحكم في كل شعبة من ثلاثة قضاة . وتتولى الدائرة التجارية بالمحكمة العليا الفصل في الطعون على الأحكام والقرارات الصادرة في القضايا التجارية التي يطعن فيها بالنقض، وفي إطار إنشاء محاكم متخصصة لضمان سرعة الفصل في القضاء صدر قرار رئيس الجمهورية اليمني رقم ١٨ لسنة ٢٠٠٣ بشأن إنشاء محكمتين للضرائب للفصل في الدعاوى - المتعلقة بالمخالفات الضريبية والتهرب الضريبي وكذلك الطعون المقدمة من مصلحة الضرائب أو المكلف في قرارات لجان الطعون الضريبية راجع الموقع على شبكة النت بتاريخ ٤ ابريل ٢٠٠٩

<http://www.almotamar.net/news/3127>.

<sup>(٢)</sup> بدأ القضاء التجاري في المملكة قبل أكثر من سبعين عاماً عندما تم إنشاء مجلس التجارة عام ١٣٤٥ هـ والذي أنيط به النظر في القضايا التجارية، وبعدها صدر نظام المحكمة التجارية عام ١٣٥٠ هـ في ٦٣٣ مادة واستمر العمل حتى الغي عام ١٣٧٤ هـ. وفي عام ١٣٨٠ هـ أوكل إلى وزارة التجارة مباشرة اختصاصات المحكمة التجارية، بعدها أنشئت هيئة فض المنازعات التجارية عام ١٣٨٢ هـ وحلت محلها هيئة حسم المنازعات التجارية عام ١٣٨٧ هـ إلى أن تم نقل اختصاصاتها إلى ديوان المظالم عام ١٤٠٧ هـ وقد صدر قرار من مجلس الوزراء في عام ١٤٠١ هـ ، يقضى بإنشاء محاكم تجارية وعملية ومرورية إلا أنه لم يتم تفعيله وقد صدر مرسوم ملكي في ٢ رمضان ١٤٢٨ هـ الموافق ٢ اكتوبر ٢٠٠٧ لتفعيل نظام المحاكم التجارية وفصلها عن المحاكم العامة بهدف المساهمة في تعجيل البت في القضايا التجارية، عن طريق وجود نظم عدلية تجارية متخصصة، يتم من خلالها نقل اختصاصات المنازعات التجارية بكافة أشكالها إلى المحاكم التجارية

كما أن المشرع المصرى فى الأونة الأخيرة اتجه نحو اعتماد مبدأ تخصص المحاكم بإصدار مجموعة من التشريعات المتعاقبة التى تقوم على إنشاء محاكم متخصصة على النحو التالى: القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ بإنشاء محاكم الأسرة<sup>(١)</sup> والقانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨ بإنشاء المحاكم الاقتصادية<sup>(٢)</sup> والقانون رقم ١٨٠ لسنة ٢٠٠٨ بإنشاء المحاكم العمالية<sup>(٣)</sup>.  
ولذا سنتناول بالتفصيل ملامح نظام المحاكم التجارية الفرنسية الفريد مع تقييم هذا النظام سلباً وإيجاباً لناخذ منه ما يتفق مع نظامنا القضائى للعمل على تحقيق مزيد من الفاعلية فى سرعة الفصل فى القضايا المنظورة.

المختصة، بدلاً من تشتتها فى مرجعيتها بين عدة جهات ما بين وزارة التجارة، وديوان المظالم والمحاكم الشرعية.

1) أحمد خليل : خصوصيات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالولاية على النفس وفقاً للقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ ، دار المطبوعات الجامعية ، طبعة ٢٠٠٠.

- عبد القضاى : محكمة الأسرة فى القانونين المصرى والفرنسى ، طبعة ٢٠٠٤.

- أحمد نصر الجندى : محكمة الأسرة واختصاصاتها ، دار الكتب ، طبعة ٢٠٠٥.

- سحر عبد الستار إمام : محكمة الأسرة - دراسة مقارنة ، طبعة دار النهضة العربية ، ٢٠٠٥.

- أسامة أبو الحسن مجاهد : محكمة الأسرة والتعديلات الأخيرة للاحة الأحوال الشخصية للألباط الأرثوذكس بحث منشور - مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية - جامعة الاسكندرية ، عدد خاص للأعمال الكاملة للمؤتمر العلمى الدولى لاتجاهات التشريعية الحديثة فى التنظيم القضائى ، العاشر والحادى عشر من مارس ٢٠١٠ ، ص ١٨٧ : ٢٣٧.

2) فتحى والى : تطبيق على قانون المحاكم الاقتصادية فى كتاب الأهرام الاقتصادية ، ٢٠٠٨.

- طلعت دويدار : المحاكم الاقتصادية خطوة أخرى نحو التخصص القضائى ، دار الجامعة الجديد ٢٠٠٩.

- أحمد خليل : خصوصيات التقاضى أمام محاكم الاقتصادية ، دار المطبوعات الجامعية ، ٢٠١٠.

- أحمد السيد الصاوى : المحاكم الاقتصادية : بحث منشور فى مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية - جامعة الاسكندرية ، عدد خاص للأعمال الكاملة للمؤتمر العلمى الدولى لاتجاهات التشريعية الحديثة فى التنظيم القضائى ، العاشر والحادى عشر من مارس ٢٠١٠.

- سيد أحمد محمود ملاحظات على المشروع والقانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨ بإنشاء المحاكم الاقتصادية بحث منشور . المصدر السابق ص ٣٤٥ : ٤٨١ .

- سحر عبد الستار إمام : المحاكم الاقتصادية فى القانون المصرى ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٨.

3) على بركات : التقاضى أمام المحاكم العمالية المنشأة بمقتضى القانون رقم ١٨٠ ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٩.

وستتناول بالشرح والتحليل محاكم التجارة الفرنسية على النحو التالي:

**الفصل الأول: النظام القانوني لمحاكم التجارة.**

**الفصل الثاني: اختصاص محاكم التجارة.**

**الفصل الثالث: إجراءات التقاضي أمام محاكم التجارة.**

**الفصل الرابع: نظام الطعن وتنفيذ الأحكام الصادرة عن محاكم التجارة.**

## الفصل الأول

### النظام القانوني لمحاكم التجارة

**تمهيد:**

تنقسم محاكم أول درجة في فرنسا إلى محاكم ذات ولاية عامة وهي المحاكم الابتدائية ومحاكم ذات ولاية استثنائية وهي المحاكم الجزئية والمحاكم المتخصصة.

ولهذا التقسيم أهمية كبرى من ناحية قواعد الاختصاص ، أما من ناحية التنظيم القضائي فإنها تنقسم إلى محاكم عادية ومحاكم متخصصة بالنظر إلى كيفية تشكيلها، إذ تتكون المحاكم العادية Les juridictions ordinaires من قضاة فنيين أو مهنيين Les magistrats professionnels يحملون إجازة القانون، أما المحاكم المتخصصة Les juridictions spécialisées ، فتتألف من قضاة مؤقتين magistrats temporaires غير فنيين " لا يحملون إجازة القانون" مثل محاكم التجارة، المجالس العمالية، محاكم الإجراءات الزراعية، محاكم الضمان الاجتماعي والقضاء القريب.<sup>(١)</sup>

وتعد المحاكم التجارية أقدم أنواع المحاكم المتخصصة في فرنسا<sup>(٢)</sup>، إذ تجد أصلها التاريخي في دولة ليتوانيا ، حيث أنشئت هذه المحاكم للفصل على وجه السرعة في المنازعات الناجمة عن المعاملات التجارية بين التجار، وكانت تعقد جلساتها في مكان النزاع، وتم إدخال هذا النظام في فرنسا في القرن الخامس عشر XV Siecle حيث كانت تعقد المحكمة التجارية جلساتها في

<sup>1</sup> ) Roger perrot: Institutions judiciaires, Montchrestin 12 éd 2006, p92 n°95.

<sup>2</sup> ) Emi Matsumoto, la juridiction consulaire dans la justice de L'Ancien Régime , thèse , Paris 11, 2002.

المعارض الكبرى Des grandes foires للفصل في الحال في موقع الحدث في المنازعات، التي يمكن أن تنجم عن التعامل بمناسبة أو بصدد عمليات التجارة، وكانت هذه المحاكم موسمية، إذ تقام فقط أثناء فترة إقامة المعارض، ومن ثم كانت محاكم التجارة أن ذاك محاكم مؤقتة Jurisdiction temporaire إلا أن الواقع العملي أثبت جدوى إنشاء هذه المحاكم، ودورها الفعال في سرعة الفصل في المنازعات التجارية، خاصة عندما انطلقت التجارة وتوسع نطاقها Lorsque le commerce prit son essor ، ولذا وفي نهاية العصور الوسطى à la fin du moyen âge أصدر الملك شارل الرابع Charles IV أمراً (1) في عام ١٥٦٣ بإنشاء عدد محدود من محاكم التجارة بصفة دائمة Permanente في بعض المدن التجارية الكبرى Rouen- Toulouse- Lyon ثم تم التوسع في نطاق إنشاء محاكم التجارة، وتعميمها في فرنسا لمواكبة التطور السريع والمتلاحق في عالم التجارة.

ورغم ما مرت به فرنسا من اضطرابات أثناء الثورة الفرنسية وتأثر الأنظمة القضائية التي كانت قائمة آن ذاك، إلا أن محاكم التجارة ظلت باقية رغم تلك الظروف حيث كرس القاتون الصادر في ٢٤، ١٦ أغسطس ١٧٩٠ وجود تلك المحاكم، ولا شك أن بقاء تلك المحاكم واستمراريتها يجد سببه في تناغم وتوافق تلك المحاكم مع المفاهيم الثورية والأيدلوجية القائمة آن ذاك.

وكانت النصوص التي تنظم محاكم التجارة متفرقة ومتناثرة حتى صدور القانون رقم ٨٧- ٥٥٠ في ١٦ يوليو ١٩٨٧ والمرسوم رقم ٨٨- ٣٨ في ١٣ يناير ١٩٨٨ الذي عدل النصوص السابقة، ثم تم تجميع كافة النصوص المتعلقة بالمحاكم التجارية في قانون التنظيم القضائي في المواد [L.411-1à L. 414-7] في الجزء التشريعي، والمواد [R. 414- 21- R.411- 1à] ، في الجزء اللانحى، إلى أن تم إدراج المواد المنظمة والنصوص الحاكمة للمحاكم التجارية بين مواد قانون التجارة وذلك بصور الأمر رقم ٦٧٣-

(1) ويعد رئيس القضاة آن ذاك Chancelier Michel L'hospital السبب الرئيسي في حث الملك شارك الرابع على إصدار أمر بإنشاء محاكم دائمة للتجارة، إذ يعد هذا القاضي المؤسس للمحاكم التجارية père fondateur ، ولذا يوجد له تمثال في نطاق الاختصاص المطى في كل محكمة تجارية.

V.Roger perrot: Institutions judiciaires, 8 éd Montchrestien 1998  
P. 109, n°117.

٢٠٠٦ في ٨ يونيو ٢٠٠٦ الذي ألغى بموجبه المواد المنظمة لمحاكم التجارة في قانون التنظيم القضائي في الجزء التشريعي، وحل محله المواد L 710-1 وما بعدها في قانون التجارة في الجزء التشريعي، وكذلك صدر المرسوم رقم ٢٠٠٧ - ٤٣١ في ٢٥ مارس ٢٠٠٧ والذي ألغى بموجبه المواد R.411-1 و R.414-21 من قانون التنظيم القضائي ، وحل محله المواد R721-1 وما بعدها من قانون التجارة في الجزء اللائحي، وبذلك تولى القانون التجاري تنظيم المحاكم التجارية باعتبارها قضاء خاصاً بالتجار.

ولا شك أن الارتباط الوثيق بين محاكم التجارة والقانون التجاري انعكس - بشدة- على النظام القانوني الذي يحكم محاكم التجارة، والذي يميزها عن غيرها من المحاكم المتخصصة القائمة في النظام القضائي الفرنسي ، سواء من ناحية الشروط الواجب توافرها في قضاة تلك المحاكم، والكيفية التي يتم بها اختيارهم لتولى وظيفة القضاء، وكذلك النظام القانوني المقرر لمسائلهم وتأييدهم في حالة ارتكابهم خطأ يستوجب ذلك.

ولهذا سنتناول في هذا الفصل على وجه التفصيل النقاط السابق ذكرها من خلال مبحثين على النحو التالي:

**المبحث الأول: تشكيل محاكم التجارة.**  
**المبحث الثاني: المركز القانوني لقضاة محاكم التجارة.**

## المبحث الأول

### تشكيل محاكم التجارة

#### تمهيد

تتميز المحاكم التجارية عن سائر المحاكم الفرنسية المتخصصة بتشكيلها المتجانس، إذ تتألف الدوائر من التجار فقط - كقاعدة - يُعهد إليهم الفصل في المنازعات والقضايا التجارية المعروضة عليهم، ويتم توليتهم وظيفة القضاء عن طريق الانتخاب، ولا يتقاضون أجراً أو راتباً مقابل عملهم هذا ، إذ يتم ممارسة الوظيفة القضائية لمدة مؤقتة مجاناً<sup>(١)</sup>.

**أولاً: كيفية اختيار قضاة محاكم التجارة:**

<sup>١</sup> ) Loïc Cadiet: Droit judiciaire privé, 3éd litec, 2000, p 101 n° 202.

قبل عام ١٩٦١ كان يتم انتخاب القضاة القناصل<sup>(١)</sup> مباشرة من قبل التجار، إلا أنه لوحظ عزوف الناخبين عن المشاركة في العملية الانتخابية<sup>(٢)</sup>، ولذا صدر المرسوم رقم ٦١ - ٨٢٣ بتاريخ ٨ أغسطس لسنة ١٩٦١ الذي وضع نظاماً خاصاً لانتخاب قضاة محاكم التجارة، إذ يتم على درجتين، بمعنى أن قضاة محاكم التجارة يتم انتخابهم من قبل المجمع الانتخابي un collège électoral الذي يتألف بدوره من أشخاص سبق اختيارهم من قبل التجار أنفسهم.

وتولى المشرع بالتنظيم القواعد الحاكمة لنظام انتخاب قضاة محكمة التجارة في المواد L723-1 à L723-14 من قانون التجارة إذ يتم الانتخاب على مرحلتين :

### المرحلة الأولى: تشكيل المجمع الانتخابي Collège électoral

يوجد مجمع انتخابي في نطاق دائرة كل محكمة تجارية، ويتألف المجمع الانتخابي من فئتين من الأشخاص عملاً بالمادة L723-1 C.Com

١. المندوبين القناصل<sup>(٣)</sup> Les délégués consulaires
٢. يتم اختيار المندوبين القناصل عن طريق الانتخاب من قبل التجار في دائرة كل محكمة تجارية لمدة خمس سنوات<sup>(٤)</sup>

١) تطلق هذه التسمية على القضاة العاملين في محاكم التجارة، ولذا كان تسمى محاكم التجارة بالمحاكم القنصلية قبل تعديل اسمها.

٢) Roger Perrot: Institutions judiciaires, 12<sup>éd</sup>, Montchrestien, 2006 p.117, n°127@

٣) ويتم اختيار المندوبين القناصل من قبل الناخبين [التجار والصناع] الذين تتوافر فيهم الشروط الواردة في المادة L713.7 من قانون التجارة وهم: التجار المقيدون في سجل التجارة والشركات، رؤساء المنشآت المسجلة في سجل المهن الحرة والمقيدون في سجل التجارة والشركات، أزواج الأشخاص السابق ذكرهم الذين يشاركونهم النشاط التجاري أو الصناعي دون ممارسة نشاط تجاري آخر، الأعضاء الحاليين والسابقين في محاكم التجارة، الشركات والمنشآت العاملة ذات الطابع التجاري والصناعي التي تقع مقرها في دائرة غرفة التجارة والصناعة بحق لهم الانتخاب عن طريق ممثلها.

كما يندرج أيضاً من ضمن الناخبين العاملين في المشروعات والمسؤولين عن إدارة المشروع أو المنشأة تجارياً، أو فنياً أو إدارياً بحكم المسؤولية الموكلة إليهم. بحق لكل نلخب من الفئات السابق ذكرها، أن يُنتخب كمندوب قنصل عملاً بالمادة L713-10 من قانون التجارة.

٣. الأعضاء الحاليين والقدامى فى محاكم التجارة الذين تقدموا بطلب تسجيلهم فى القائمة الانتخابية Art L713-7-1°[e]C.com وقد تضمنت المادة L713-9-C.Com شروطاً وضوابط معينة يتعين توافرها فى الفئات السابق ذكرها.<sup>(١)</sup> وبذلك يتألف المجمع الانتخابي Le college électoral من الأعضاء الذين تم انتخابهم من الفئات السابق ذكرها، المتوافرة فيهم الشروط المبينة فى القانون على وجه التفصيل، وتبدأ المرحلة الثانية والتي يتم فيها اختيار القضاة القناصلة.

### المرحلة الثانية: انتخاب قضاة محكمة التجارة

#### Election des Juges du Tribunal de Commerce

يجوز لكافة الأشخاص المقيدين فى القوائم الانتخابية لانتخاب المفوضين القنصلين، أن يتم ترشيحهم لتولى مهمة القضاء ، ومن ثم يتعين أن يتوافر فى

---

<sup>1</sup> ) Art: L713-6C.Com. modifié par Ordonnance n°2006- 673 du 8 juin 2006- 673 du 8 juin 2006 prévoit que " les élus pour cinq ans dans la ciconscription de chaque chamber de commerce et d'industrie"

<sup>2</sup> فضلاً عن تحديد من يصلح أن يرشح نفسه لى يكون عضواً فى المجمع الانتخابي الذي ينتخب بدوره قضاة محكم التجارة، تضمنت المادة L317-9 c.com الشروط الواجب توافرها فيمن يرشح نفسه لعضوية المجمع الانتخابي:

- ١- إستيفاء الشروط الواردة فى art. L.2 من قانون الانتخاب ما عدا ما يتعلق بشرط الجنسية.
- ٢- ألا يكون قد حكم عليه جنائياً بسبب مسلك محل بالشرف أو يمس النزاهة أو الأمانة أو الاخلاق الحميدة.
- ٣- الا يكون قد قضى بشهر افلاسه أو حدث تعثر فى نشاطه التجارى أو كان نشاطه محل للإجراءات المتعلقة بالتصفية أو التسوية القضائية أو غيرها من الإجراءات الجماعية.
- ٤- ألا يكون محظوراً عليه وفقاً للمادة 27-131 من قانون العقوبات ممارسة مهنة التجارة أو الصناعة أو إدارة عمل تجارى أو مباشرته أى صورة من الصور.
- ٥- ألا يكون قد حكم عليه بعقوبات أو جزاءات بموجب التشريعات الصادرة فى الدول الأعضاء للاتحاد الأوربي أو فى الدول الأطراف فى الاتفاقية الاقتصادية الأوربية.



المرشح الشروط السابق ذكرها بالإضافة إلى الشروط المنصوص عليها في م  
4-723 L من قانون التجارة والمتمثلة في التالي: (١)

١. أن يكون الشخص بالغاً من العمر ٣٠ عاماً على الأقل.
٢. أن يمارس نشاطاً تجارياً منذ خمس سنوات على الأقل، مما يعنى أن له خبرة في عالم الأعمال والتجارة، شريطة ألا يكون نشاطه محل تصفية قضائية أو كان هناك تعثر مالى في نشاطه التجارى عملاً بالمادة 9-722 L من قانون التجارة. (٢)

كما أنه لا يجوز لمن كان يعمل قاضياً في المحكمة التجارية، ثم أقيّل أو تم إستبعاده من منصبه أن يرشح نفسه مرة أخرى، إلا بعد مضي عشر سنوات من إقالته من وظيفته عملاً بالمادة 5-723 L من قانون التجارة.

كما يمكن للجنة الوطنية لتأديب قضاة المحكمة التجارية Commission nationale de discipline أن تقرر عدم صلاحية قاضى المحكمة التجارية المستقبل أثناء مباشرة الإجراءات التأديبية ضده من تولى وظيفة القضاء لمدة عشر سنوات، وهذا القرار جوازى للجنة، لها أن تقضى به من عدمه حسبما يترأى لها عملاً بالمادة 6-723 c.com، وهو يختلف عن الحالة السابقة التى أقيّل فيها القاضى من وظيفته، والتي تعد مانعاً من الترشيح لتولى وظيفة القضاء بنص القانون، دون أن يتوقف ذلك على قرار اللجنة الوطنية لتأديب قضاة المحكمة التجارية. (٣)

1) Jean larguier, philippe conte , procédure civile, Droit judiciaire, 15 éd Dalloz 1996; Roger perrot: Institutions judiciaries, 8 éd. Montchrestien p. 115 n°124.

2) قضت محكمة النقض الفرنسية بعدم صلاحية مدير الشركة محل إجراءات تصفيه قضائية لتولى القضاء فى المحكمة التجارية.

"Est ineligibile le gérnant d'une société fisant l'objet d'un plan de continuation" Civ. 2<sup>e</sup>, 10 oct 2002: Bull civ 11, n°211; D, 2002. Aj. 3079, J.C.P 2002. IV. 2866.

3) الجدير بالذكر أنه بموجب القانون رقم ٢٣ يناير ١٨٩٨ تم الاعتراف للمرأة بالتجارة بالحق فى التصويت لانتخاب قضاة المحكمة التجارية دون أن يكون لها الحق فى الترشيح لتولى وظيفة القضاء والاعتراف للمرأة بالحق فى التصويت سابق على الاعتراف لها بذلك فى الانتخابات السياسية.

Romuald Szramkiewicz, les tribunaux de commerce, une longue histoire dans la justice economique, p7, justice n°1 janvier / juin 1995, justice et Economie.

ولا يجوز لقاضى المحكمة التجارية أن يجمع بين العمل كقاض فى تلك المحكمة ومحكمة تجارية أخرى، أو للعمل فى مجالس العمال عملاً بالمادة L.723- 8 c.com.

ثانياً: مدة تولى وظيفة القضاء فى المحكمة التجارية:

١- بالنسبة لأعضاء أو قضاة المحكمة التجارية: من ينتخب للعمل كقاض فى محكمة التجارة لا يمارس هذا العمل لمدى الحياة، وإنما تكون مباشرته للعمل لفترة زمنية محدودة: الفترة الأولى لمدة سنتين، ويمكن إعادة انتخابه مرة أخرى، إلا أن المدة التالية تكون أربع سنوات، ويمكن أن يتم تجديد انتخابه لمدد تالية بحد أقصى أربع فترات عملاً بالمادة L.723- 7 c.com. وبالتالي يمكن أن يظل فى وظيفته كقاض فى المحكمة التجارية لمدة أربعة عشر عاماً. ويرجع الاختلاف فى المدة الزمنية بين الفترة الأولى وما تلاها من مدد أخرى إلى اعتبارات عملية، من كون تلك المدة الزمنية القصيرة نسبياً فترة تجريبية، يمكن من خلالها للناخبين التحقق من مدى صحة رؤيتهم فيما ينتخبوه ومنحوه تلك الثقة ليكون قاضياً بالمحكمة التجارية، كما تعد فترة اختبار للقاضى ذاته، ليتحقق من مدى قدرته على الموازنة بين عمله كقاض ومباشرة نشاطه وأعماله التجارية الخاصة، فهل يمكن له التوفيق بين العاملين فى آن واحد أم أنه سيجد نفسه غير قادر على القيام بتلك المهمة المنوط به القيام بها، لكونها ستؤثر على نشاطه التجارى؟

ويجوز للقاضى بعد انتخابه لمدة أربعة مدد متعاقبة إعادة انتخابه مرة أخرى، على أن تكون هناك فترة زمنية فاصلة لمدة عام بين المدد السابقة والمدة الجديدة، ويهدف المشرع من ذلك إعطاء الفرصة لغيره للترشح فى وظيفة القضاء.<sup>(١)</sup>

٢- بالنسبة لرئيس المحكمة فإنه يُنتخب من قبل الجمعية العممة *Assemblée générale* للمحكمة التجارية لمدة أربع سنوات، شريطة أن يكون قد تولى القضاء فى المحكمة التجارية لمدة ست سنوات على الأقل.

<sup>١</sup> Roger perrot, institutions judiciaires, 8 éd, Montchrestien 1998, p. 115 n°125. et 12 éd, Mon. P. 118 n° 129.

ولا شك أن نظام انتخاب قضاة المحكمة التجارية يتفق مع طبيعة هذه المحاكم والهدف من انشائها، كما أنه يبرر مجانية الوظيفة القضائية، إذ لا يتقاضى قضاة تلك المحاكم راتبا مقابل مباشرتهم لعملهم فى محاكم التجارة، فضلا عن أنه يعزز استقلال القضاة فى علاقتهم بالسلطة التنفيذية، وإن كان من الصعب ضمان استقلال قضاة محاكم التجارة، وتحررهم من المصالح الاقتصادية والمهنية التى ينتمون إليها<sup>(١)</sup> فلا بد أن يتصف القاضى بالحيدة والموضوعية فى نظر ما يعرض عليه من قضايا ومنازعات، وفى حالة خروج القاضى عن تلك المبادئ التى يتعين أن يعمل فى إطارها، فإنه يتعرض للمساءلة وذلك من قبل اللجنة الوطنية التأديبية التى يتم فيها محاكمة القاضى، وتقرير مدى مسؤليته، وإمكانية توقيع جزاءات تأديبية عليه<sup>(٢)</sup> تتمثل فى اللوم.

Le blâme أو اقلته من وظيفته La déchéance

### الجمعية العامة L'assemblée générale

- تتألف الجمعية العامة لكل محكمة تجارية من قضاة المحكمة<sup>(٣)</sup>، ويختلف عدد القضاة المشتغلين بها من محكمة إلى أخرى وفق حجم وعدد القضايا المرفوعة أمامها، وفى الأقاليم الصناعية والتجارية الكبرى يزيد عدد القضاة العاملين فى تلك المحكمة عن غيرها فى الأقاليم الأخرى، فعلى سبيل المثال فإن عدد القضاة فى المحكمة التجارية بباريس يصل إلى ١٧٢ قاضياً بينما فى "ليل" يبلغ عدد القضاة ٣٧ قاضياً. أما كان عدد قضاة المحكمة، فإنهم جميعاً منتخبون لمدة محددة، فهم من رجال الصناعة أو التجارة تم توليهم مؤقتاً وعن طريق الانتخاب - وبموجب الثقة التى أولاها التجار لهم - وظيفة الفصل فى المنازعات التجارية الداخلة فى نطاق الاختصاص المكانى للدائرة التى يوجد بها تلك المحكمة التجارية.

<sup>1</sup>) Lofc cadiet, droit judiciaire privé, p. 103.

(2) نظم المشرع النظم المتبع لمساءلة قضاة المحاكم التجارية الفرنسية فى المواد - L724-1 à L724 - c.com.

<sup>3</sup>) Art, R722-1 c.com. prévoit que "L'assemblée générale du tribunal de commerce est composée des juges en exercice du tribunal de commerce".

ومن ثم فإنه كقاعدة عامة لا يدخل في تشكيل المحكمة التجارية أى قاض معين من الدولة " قاض فنى" وإنما يقتصر تشكيلها على التجار المنتخبين للعمل كقضاة لمدة مؤقتة، ولا تمارس الجمعية العامة وظيفة قضائية ، وإنما يقتصر دورها على عمل إدارى ومن ثم يماثل دورها دور الجمعية العامة للمحكمة الابتدائية، وإن كانت اختصاصاتها أوسع نطاقاً من الأخيرة، إذ تقوم الجمعية العامة بانتخاب رئيس المحكمة التجارية، كما أنها تدلى برأيها فى تعيين رؤساء الدوائر.

إلا أن تلك القاعدة ترد عليها بعض الاستثناءات (١)

- فى الأقاليم Les departement alsaciens- mosellans وأقاليم ما وراء البحار d'autre mer فإن المحكمة تتألف من قضاة منتخبين وقضاة فنيين، حيث تشكل الدائرة من قضاة منتخبين ويرأسها قاضى فنى ويطلق على هذا التشكيل ، بالتشكيل المختلط Composition échevinale وفى أقاليم Strasbourg – Saverne- Calmar- Mulhouse – Metz – Sarreguemines et Thionville . فإن القضايا والمنازعات ذات الطبيعة التجارية تنتظرها دوائر تجارية متخصصة فى المحكمة الابتدائية، وتشكل الدائرة من أحد قضاة المحكمة الابتدائية ومساعدين deux assesseurs وهم تجار منتخبون وهذا النظام المتبع يستمد جذوره من النظم القانونى الألمانى الذى كان مطبقاً فى منطقتى Alsace- Lorraine (٢)-

- وفى أقاليم ما وراء البحار Gyane –Martinique – Guadeloupe et la Réunion فكانت المحاكم التجارية تسمى المحاكم المختلطة للتجارة Tribunal mixte de commerce عملاً بالمادة 1-732 L من قانون التجارة.

فيما عدا الحالات الاستثنائية السابقة ، فإن القاعدة العامة، هى اختيار قضاة المحاكم التجارية عن طريق الانتخاب، حيث يتم انتخاب القضاة من بين

1 ) Art: L731-1à L 734-4 C.Com.

2 ) Roger perrot: institutions judiciaries, 12 és , Montchestien, 2006, P. 116 , n°125.

التجار أو رجال الصناعة الذين تتوافر فيهم الشروط السابق ذكرها، فالمنزعات ذات الطبيعة التجارية، تتطلب أن يكون القاضى متفهما للعادات والأعراف التجارية السائدة، فضلا على أنه من أولويات القضاة فى تلك المحاكم محاولة التوصل إلى الصلح بين الأطراف، والعمل على التقريب بين وجهات النظر حتى يمكن لهم بعد ذلك استئناف علاقتهم بروح تسودها المودة والسلام.

### ثالثاً: وجوب التشكيل الجماعى - قاعدة وترية العدد:-

تشكل دوائر المحاكم التجارية من ثلاثة قضاة وفقاً لقاعدة وترية العدد *Nombre impair* إلا أنه فى حالات معينة، يمكن أن تتشكل هيئة المحكمة من قاض فرد *Juge unique* ، وعلى العكس قد تتألف الدائرة من أكثر من ثلاثة قضاة شريطة احترام وترية العدد<sup>(1)</sup> ، وذلك فيما عدا المحاكم التجارية المختلطة، حيث تتشكل دوائر تلك المحاكم من رئيس المحكمة الابتدائية يعاونه ثلاثة قضاة منتخبين من التجار يشتركون جميعهم فى المداولة وإصدار الحكم ، وفى حالة تساوى الأصوات يرجح رأى الفريق الذى ينضم إليه رئيس المحكمة تطبيقاً للمادة *L.732-5 C.com*.

*En cas de partage égal des voix, celle du président est prepondérante*

وإذا كانت المحكمة لديها عدد كاف من القضاة التصليين ، فيمكن تقسيم المحكمة إلى دوائر متعددة تختص كل منها بنوع معين من المنازعات

<sup>1</sup> إلا أن مبدأ وترية العدد لا يحول دون أن يتم نظر القضية من أربعة قضاة، فلتتشكيل من ثلاثة - والرابع يكون حضوره لمواجهة ظروف طارئة ولا يدخل فى التشكيل الأساسى، حيث أنه لا يشارك فى المداولة أو إصدار الحكم - كما يحدث الآن فى القضاء المصرى، والهدف من وراء هذا التشكيل هو مخالفة وجود متع لأى من القضاة الثلاثة يحول دون حضوره ، وبالتالي ينضم قاض رابع لمواجهة الظروف الطارئة حتى تتمكن الدائرة من الاتطاد .

- ويكون الحكم باطلاً فى حالة عدم احترام تلك القاعدة. ومن أحكام النقض التى قضيت ببطان الحكم لعدم مراعاة وترية العدد

*Cass. Civ 2<sup>o</sup>, 6 févr 1991: JCP 1991. IV. 126, Gaz. Pal. 1991, panor. 144.*

*V. Roger perrot: Institutions judiciaires, p. 118.*

التجارية، ويتم تحديد عدد القضاة وعدد الدوائر في كل محكمة تجارية بموجب مرسوم Art. D721-3 c.com طبقاً للجداول الملحقة بقانون التجارة.<sup>(١)</sup> ويقوم رئيس المحكمة بتعيين قاضٍ ليرأس الدائرة من بين قضاة المحكمة ذاتها، شريطة أن يكون قد مارس وظيفته كقاضٍ في المحاكم التجارية لمدة ثلاث سنوات على الأقل عملاً بالمادة L722-3 c.com.<sup>(٢)</sup> ويتم هذا التعيين سنوياً من رئيس المحكمة بعد أخذ رأى الجمعية العامة للمحكمة *assemblée générale*، ومع ذلك قد يرأس الدائرة التجارية رئيس المحكمة إذا قدر ضرورة ذلك عملاً بالمادة R722-16 a 13. وتطبيقاً للقاعدة العامة، فإن المحكمة التجارية تفصل في المنازعات التجارية في جلسة علنية *audience publique* إلا أنه يمكن أن تعقد جلساتها في غرفة المشورة *Chambre du conseil* إذا اقتضت الضرورة ذلك، سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الأطراف تطبيقاً للمادة ٤٣٥ من قانون المرافعات المدنية الحالي، التي تخول القاضى مكنة عقد الجلسات في غرفة المشورة، إذا رأى أن علانية الجلسات من شأنها أن تمس حرمة الحياة الخاصة أو النظام العام، ومع ذلك توجد قواعد خاصة تلزم المحاكم التجارية الانعقاد في غرفة المشورة، وذلك في مراحل معينة في التصفية القضائية للشركات وأيضاً تغيير نشاط لشركة.<sup>(٣)</sup>

#### رابعاً : كيفية اختيار رئيس المحكمة التجارية:

يرأس المحكمة التجارية رئيس المحكمة المنتخب لمدة ٤ سنوات في اقتراع سري *au Scrutin Secret* ، ويجرى انتخابه عن طريق اجتماع قضاة

<sup>1</sup> ) Art. D 721- 3 est crée par décret n° 2008-522 du 2 juin 2008 – art 3.

"le nombre des juges et le nombre des chambres de chaque tribunal de commerce sont fixés conformément aux tableaux de l'annexe 7-2 du present livre".

<sup>2</sup> ) تم إلغاء المواد : R.411-1 حتى R.414- 21 من قانون التنظيم القضائي بموجب المرسوم رقم ٤٣١ – ٢٠٠٧ بتاريخ ٢٥ مارس لسنة ٢٠٠٧ وذلك بموجب نص المادة R721-1 وما بعدها من قانون التجارة C.com المتعلقة بتنظيم محاكم التجارة واختصاصاتها.

<sup>3</sup> ) Loïc Cadet : Droit judiciaire privé .P.105 n°215.

المحكمة في الجمعية العامة، ويتم انتخابه بناء على الأغلبية المطلقة *majorité absolue* في الجولتين الأولى والثانية، وفي الجولة الثالثة يكون بالأغلبية النسبية *majorité relative* ويتعين لجواز انتخابه لوظيفة رئيس المحكمة أن يكون قد عمل قاضياً في محكمة التجارة لمدة ست سنوات على الأقل عملاً بالمادة L722-11 من قانون التجارة ويعاون رئيس المحكمة نائب الرئيس ويحل محله في حالة وجود مانع لسدى الرئيس R 722-12 et L722-12c.com ، ويعين نائب الرئيس من قبل رئيس المحكمة نفسه وليس من الجمعية العامة للمحكمة ، ويتم تعيينه سنوياً في النصف الأول من يناير ، ولكن من الجائز أن يتم التعيين أثناء العام.

ويعهد إلى رئيس المحكمة باختصاصات عديدة *attributions nombreuses* قد تتشابه مع تلك الاختصاصات المسندة إلى رئيس المحكمة الابتدائية، فضلاً عن مشاركته في إصدار الأحكام باعتباره قاضياً في المحكمة ، فإنه يمارس وظائف إدارية وقضائية.

بالنسبة للوظائف الإدارية فإنه يتولى إدارة وتنظيم العمل داخل المحكمة، تعيين نائب الرئيس ورؤساء الدوائر ، اعداد اللائحة الداخلية ، اعداد قائمة بقضاة محكمة التجارة....

أما فيما يتعلق بالوظائف القضائية: فإنه يصدر الأوامر على العرائض، كما يعد قاضياً للأمر المستعجلة في المواد التجارية إذ يمكن لرئيس المحكمة في حدود نطاق اختصاص المحكمة أن يأمر بصفة مستعجلة بكافة الإجراءات ما لم تثر منازعة جدية بشأن الحق الموضوعي (المادتان ٨٧٢، ٨٧٣ من قانون المرافعات المدنية الحالي).

## المبحث الثاني

### المركز القانوني لقضاة محاكم التجارة

### Le statut juridique des juges consulaires

تناولنا في المبحث السابق كيفية تشكيل محاكم التجارة، والقواعد والإجراءات الواجب اتباعها لانتخاب قضاة تلك المحاكم ، والشروط الواجب توافرها فيهم لإمكان توليهم مهمة القضاء.

ورأينا أن محاكم التجارة مثلها في ذلك مثل سائر المحاكم المتخصصة في فرنسا تعد جزءاً من الجهاز القضائي، إلا أن القاضى القنصلى يحظى بمركز قانونى متميز عن القاضى الفنى أو المحترف المعين من قبل الدولة، وذلك فى مواطن عديدة:

١. يتولى القاضى القنصلى القضاء عن طريق الانتخاب من قبل مجمع الناخبين ، وليس عن طريق التعيين .

٢. يتولى القاضى القنصلى القضاء بصورة عرضية وعلى غير وجه الاحتراف ، لمدة مؤقتة لا يتجاوز فى مجموعها أربعة عشرة عاماً، لا يجوز بعدها أن يتقدم للترشح مرة أخرى للعمل كقاض قنصلى، إلا بعد إنقضاء عام كامل كفترة ببنية بين المدد السابقة التى تولى فيها القضاء ، وتقدمه للترشح للعمل كقاض فى محاكم التجارة مرة أخرى ويستثنى من ذلك رئيس محكمة التجارة، الذى تولى رئاسة المحكمة لأربع مدد متعاقبة يجوز أن يعاد انتخابه مرة أخرى لمدة خامسة ولكن كقاض فى محكمة التجارة، ولا يجوز له بعد إنقضاء هذه المدة أن يتقدم للترشح للعمل بالقضاء التجارى مرة أخرى عملاً بالمادة (١) L723-7al. 1 من قانون التجارة.

٣. لا يتقاضى القاضى القنصلى راتباً طوال مدة عمله فى محاكم التجارة عملاً بالمادة (٢) L722-16 من قانون التجارة Ils ne perçoivent aucune remuneration إذ يؤدي عمله كقاض فى محاكم التجارة مجاناً .  
Gratuitement

٤. إذا كانت مهمة القاضى القنصلى تتشابه إلى حد كبير مع القاضى الفنى، سواء فى إصدار أحكام موضوعية أو وقتية والأوامر على العراض وأوامر الأداء ، إلا أنه بالإضافة إلى ذلك يلعب دوراً فاعلاً فى مساندة المنشآت المتعثرة للخروج من كبوتها ، وذلك بتعيين وكلاء خاصين mandataires ad hoc ، حيث تتركز مهام الوكيل الخاص فى عمل إحصائيات وإستبيانات عن الشركات المتعثرة ، واستدعاء ممثليها لمعاونتها لتخطى الأزمة المالية

١) Art. L723-7 al.1 c.com. " les juges des tribunaux de commerce élus pour quatre mandats successifs dans un même tribunal de commerce ne sont plus éligibles dans ce tribunal pendant un an " .

٢) Art. L722-16. c.com "le mandats des juges élus des tribunaux de commerce est gratuit" .



التي تواجهها، وذلك بالاستماع إلى تلك المشكلات ، وتوجيهها إلى الطريقة المثلى للخروج من تلك المحنة، وتعيين وسطاء Médiateurs بين الأطراف المتنازعة ، لاجراء الصلح conciliation بينهم ، و لا شك ان هذا يساهم إلى حد كبير في وأد المنازعة في مهدها، أو على الأقل يقلل من نقاط الاختلاف بين الأطراف المتنازعة ، ومن ثم يمكن القول أن القضاء التجارى لا يقتصر دوره فقط على الفصل فى القضايا المعروضة، ولكنه يساهم إلى حد كبير فى إتخاذ إجراءات وقائية تحول دون وصول المنازعة إلى ساحات المحاكم.(<sup>1</sup>)

• ولا شك أن أوجه الاختلاف بين القاضى القنصلى والقاضى الفنى : سواء فى كيفية توليه القضاء (<sup>1</sup>) أو فى تأقيت مدة عمله كقاض فى محاكم التجارة، أو فى أداء عمله مجاناً ، فضلاً عن اختلاف أو توسع مهام القاضى القنصلى عن نظيره الفنى ، ناتج عن اختلاف مفهوم وفلسفة القضاء المتخصص عن القضاء العادى ، وإن كان هذا القضاء المتخصص يعد جزءاً لا يتجزأ من الجهاز القضائى فى فرنسا، ولا يعد قضاءً إستثنائياً – إلا أنه الأقرب إلى القضاء الشعبى(<sup>2</sup>)، يساهم الشعب عن طريقه فى خدمة العدالة، وآية ذلك ؛

<sup>1</sup>) La prevention demeure toujours au coeur de nos préoccupations, c'est traduit par la designation de 50 mandataires ad hoc et 25 conciliateurs , c'est ainsi que dans le cadre de la détection des entreprises en difficultés 1.904 d'entre elles ont été convoquées ou reconvoquées, reçues , écoutées, orientées".

Discours de Jean- Bertrand Drummen, Président du tribunal de commerce de Nanterre, petites affiches- 22 Janv. 2007 , n°16, p.4.

<sup>2</sup>) يتم اختيار القضاة وفقاً للتشريع الفرنسى بطريقتين : الاختيار أو التعيين عن طريق المسابقات والاختيار أو التعيين الجانبى من الخارج.

(A) Recrutement par la voie du concours- [B] le recrutement lateral "tour extérieur". Roger perrot: Institutions judiciaires: 12 éd Montchrest: en, 2006, p277 n°332 et s.

<sup>3</sup>) عبد الرحمن عزوز: القضاء الشعبى : رسالة دكتوراة – جامعة القاهرة ١٩٧٥ ، ص ٥٣ وما بعدها.

- محمد محمود إبراهيم: النظرية العامة للقضاء الشعبى . رسالة دكتوراه ، جامعة عن شمس لسنة ١٩٧٦.

- عمر الفاروق عبد الحلیم: اشتراك الشعب فى القضاء (فلسفته وتطبيقاته) مجلة المحاماة لسنة ٥٣ العددان الأول والثانى : يناير وفبراير ١٩٧٣ ،

أن القاضى القنصلى لا يتقاضى راتباً طيلة مدة عمله كقاض فى محاكم التجارة، إنما يؤديه طواعية مختاراً ، ومن ثم كان من الطبيعى أن يستمر فى أداء حرفته أو مهنته التجارية أو الصناعية أثناء مباشرة عمله كقاض قنصلى، فهو يؤدي خدمة أكثر من كونها وظيفة ، ومن ثم لا مجال للحديث عن مبدأ " عدم قابلية القضاة للعزل " L'inanovibilité الذى يُعد من أبرز ضمانات استقلال القضاء ، كما يمثل أحد النتائج الهامة لمبدأ الفصل بين السلطات (1) le principe de la séparation des pouvoirs ومفاد هذا المبدأ أنه لا يجوز إبعاد القاضى عن منصبه القضائى سواء بطريق الفصل أو الإحالة إلى التقاعد أو الوقف عن العمل أو النقل إلى وظيفة أخرى إلا فى الأحوال والكيفية المنصوص عليها فى القانون (2) . وأيضاً لا يخضع قضاة محاكم التجارة لنظام الترقى L'avancement الذى يخضع له القاضى الفنى، لأنه يتولى مهمة القضاء عن طريق الانتخاب ولمدة محددة، ومن ثم يخضع لنظام مغاير تماماً عن نظيره الذى يخضع له القاضى الفنى، وقد نص المشرع الفرنسى على هذه القاعدة فى المادة 1-121 L. من قانون التنظيم القضائى التى تنص على أن القضاة الذين يعملون فى كل من محكمة النقض، محاكم الاستئناف ، المحاكم الابتدائية ، والمحاكم الجزئية ينتمون إلى الجهاز القضائى للدولة تحكمهم القواعد الواردة فى اللائحة أو النظام الأساسى للقضاء ، بينما القضاة الذين يعملون فى المحاكم القضائىة الأخرى سواء كانوا قضاة فنيين(يحملون إجازة القانون) أو غير فنيين، يتم تعيينهم وفق

- مصطفى رشدى: : تحليل، مقارنة من حيث التكلفة والعائد بين نظام القضاء الشعبى ونظام القضاء المتخصص، مجلة المحاماة، س ٥٣ ، ج الثالث والرابع ، مارس وإبريل ١٩٧٣.

1) Troper (Michel): La séparation des pouvoire et l'histoire constitutionnelle Française, thèse, Paris, 1967, Réédition, L. G. D. J. 1980, P43 ets.

2) محمد عصفور: استقلال السلطة القضائية . بحث منشور بمجلة القضاة ، السنة الأولى ، العدد الثالث يوليو ١٩٦٨ ، ص ٣٧٠ ؛ وجدى راغب فهيم: النظرية العامة للعزل القضائى فى قانون المرافعات، طبعة منشأة المعارف لسنة ١٩٧٤ ، ص ٥٧٤ ، محمد عبد الخالق عمر القضاء لشعبى مجلة المحاماة السنة ٥٣ ، العددان الثالث والرابع، مارس وإبريل ١٩٧٣ ؛ بدرخان عبد الحكيم إبراهيم المعيار المميز للعمل القضائى. رسالة دكتوراة ، جامعة القاهرة ، س ١٩٨٤ ، ص ٥١ وما بعدها ؛ محمد كامل عبيد : استقلال القضاء دراسة مقارنة ، طبعة نادى القضاة سنة ١٩٩١ ، ص ١٧٠ ، بند ٢٠٨ .

الشروط المنصوص عليها في القوانين المنظمة لتلك المحاكم، ولا يخضعون للنظام الأساسي أو اللانحى الذى يخضع له قضاة المحاكم العادية.<sup>(١)</sup> ولذا فإن الجزاءات التأديبية الموقعة على قضاة محاكم التجارة تختلف عن نظيرتها في حالة تقرير المسؤولية بالنسبة لقضاة الجهاز القضائى فى الدولة.

قبل عام ١٩٨٧ لم يكن هناك جزاء تأديبى يطبق على القاضى القنصلى فى حالة ارتكابه خطأ جسيماً، ومن ثم كان الجزاء يتمثل فى عدم اعادة انتخابه مرة أخرى، إلا أن الواقع العملى اقتضى ضرورة وضع نظام يقرر عقوبات حالة وفورية عند تقرير مسؤولية القاضى دون انتظار انتهاء مدته وعدم اعادة انتخابه، ولهذا صدر القانون رقم ٨٧ - ٥٥٠ فى ٢٦ يوليو ١٩٨٧ الذى أنشئ بموجبه اللجنة الوطنية لتأديب القضاة أعضاء محاكم التجارة<sup>(٢)</sup>

La commission national de discipline des membres des tribunaux de commerce

إذ يخول القانون تلك اللجنة توقيع الجزاءات على القاضى فى حالة ارتكابه فعل يترتب عليه المساس بالشرف L'honneur أو النزاهة La probité أو الكرامة La dignité أو الاخلال بواجبات المهنة الذى يمثل خطأ يستوجب توقيع جزاءات تأديبية عليه.

Le manquement aux devoirs de sa charge constitue une faute disciplinaire

<sup>١</sup> ) Art. L121-1 C.O.J. (nouveau) " sauf disposition particulière, à la cour de cassation, dans les cours d'appel, les tribunaux de grande instance et les tribunaux d'instance, les fonctions de jugement sont exercées par des magistrats appartenant au corps judiciaire,; les règles applicables à leurs nomination sont fixées par le statut de la magistrature.

Les autres juridictions judiciaire sont composées soit de magistrats du corps judiciaire, soit de juges non professionnels désignés dans les conditions prévues par les texts organisant ces juridictions".

<sup>٢</sup> ) Art. L724-2 c.com "le pouvoir disciplinaire est exercé par une commission nationale de discipline qui est présidé par un président de chambre a la cour de cassation, désigné par le premier president de la cour de cassation ....."

وتتراوح الجزاءات التأديبية حسب طبيعة الخطأ الذي ارتكبه القاضى، واستوجب تقرير مسؤوليته عنه ما بين اللوم le blâme أو انتهاء عمله كقاضى انتهاءً مبتسراً أى قبل انقضاء المدة المقررة قانوناً ، وذلك بإقالاته من عمله قاضياً فى محكمة التجارة la déchéance عملاً بالمادة 3-724.L من قانون التجارة .

وتتألف اللجنة الوطنية لتأديب أعضاء محاكم التجارة من:

أ. أحد أعضاء مجلس الدولة يعين من قبل نائب رئيس مجلس الدولة.  
ب. قاضيان من محكمة الاستئناف يعينان من قبل الرئيس الأول لمحكمة النقض، ويتم اختيار القضاة من بين الأسماء الواردة فى القائمة المعدة من قبل الرؤساء الأوائل لمحاكم الاستئناف، إذ يختار كل منهم أحد قضاة تلك المحكمة لقيده فى القائمة وذلك بعد أخذ رأى الجمعية العامة لمحكمة الاستئناف.

ج. أربعة أعضاء من محاكم التجارة يتم اختيارهم من قبل رؤساء المحاكم التجارية ويعينون لمدة أربعة أعوام.

ويترأس هذه اللجنة رئيس دائرة بمحكمة النقض، يعين من قبل الرئيس الأول بمحكمة النقض ونصت المادة 3-724.L من قانون التجارة على الإجراءات التى يتعين اتباعها أمام اللجنة.

ويتم سماع القاضى أولاً من قبل رئيس المحكمة التى يتبعها ثم يقوم بإرسال الأوراق إلى اللجنة المذكورة التى تتولى الإجراءات بعد ذلك، وتتعد اللجنة فى جلسة مغلقة huis clos<sup>(1)</sup>

فضلاً عن الجزاءات المقررة السابق ذكرها، والمتمثلة فى اللوم أو انتهاء عمل القاضى القلصلى انهاء مبتسراً ، فإنه يمكن لرئيس اللجنة بناء على اقتراح وزير العدل، وقف عضو محكمة التجارة عن عمله لمدة لا تتجاوز 6 أشهر فى حالة ارتكابه فعلاً يشكل واقعة تستوجب تأديبه بشأنها، على أن يكون قد تم سماعه أمام رئيس محكمة التجارة التى يتبعها ، ويمكن تجديد مدة الوقف مرة أخرى بموجب قرار من اللجنة المشار إليها سلفاً مدة لا تتجاوز ستة أشهر ، كما

<sup>1</sup> (ومن تطبيقات القضاء فى هذا الشأن):

Cass. ass. plen. , 8 févr. 1993, Bull. Civ: Ass. Plen .n°5, p. 7. JCP 1993, IV,n°933, p105.

أنه في حالة ارتكاب العضو فعل يستوجب توقيع عقوبات جنائية، فإنه يمكن لرئيس اللجنة وقف القاضي حتى صدور قرار نهائي بشأن هذه الواقعة عملاً بالمادة 4- L724 من قانون التجارة.

ولا تتم المداولة إلا في حضور أربعة أعضاء على الأقل بما فيهم الرئيس ، وفي حالة تساوى الأصوات يرجح الجانب الذي فيه الرئيس عملاً بالمادة 5-L724 من قانون التجارة.

وتصدر اللجنة قراراً مسبباً ولا تكون تلك القرارات محللاً للتلعن إلا أمام محكمة النقض عملاً بالمادة 6-L724 من قانون التجارة.

### إنشاء المجلس الوطني لمحاكم التجارة (١)

#### Conseil national des tribunaux de commerce

نظراً لما تتسم به المحاكم التجارية من خصوصية، لا تميزها فقط عن المحاكم العادية، وإنما أيضاً عن غيرها من المحاكم المتخصصة القائمة في النظام القضائي الفرنسي ، أصدر المشرع الفرنسي المرسوم رقم ٢٠٠٥/٢٠١ بتاريخ ٢٣ سبتمبر لسنة ٢٠٠٥ ونشر في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٥ سبتمبر ٢٠٠٥، أنشأ بموجبه المجلس الوطني لمحاكم التجارة ، وحدد في المرسوم المهام المنوط به القيام بها<sup>(٢)</sup>، إذ يلعب دوراً هاماً في إعداد قضاة تلك المحاكم وتأهيلهم، سواء بناء على طلب من وزير العدل Garde des Sceaux أو بمبادرة من المجلس ذاته، بتقديم اقتراحات.

<sup>1</sup> ) وتقوم وزارة العدل بتمويل هذا المجلس وتخضع في نظامه الوظيفي للمرسوم الصادر ١٠٢٥-٨٣ الصادر في ٢٨ نوفمبر ١٩٨٣ المتعلق بتنظيم العلاقة بين الإدارة والمستخدمين

P.G: Vers un conseil national des tribunaux de commerce: procédures n°12, decembre 2004, Alerte 43

<sup>2</sup> ) La formation et la déontologie des juges des tribunaux de commerce .

- L'organisation, le fonctionnement et L'activité des tribunaux de commerce .
- La compétence et l'implantation des tribunaux de commerce .

Procedures n°11, novembre, 2005 , alerte 89.

وقد أدرج هذا المرسوم من بين المواد المنظمة لمحاكم التجارة في قانون التجارة وذلك في الجزء اللاتحي المواد R721-7 حتى R721-18.

- وحدد المرسوم المجالات التي يمكن أن يساهم فيها هذا المجلس وتتمثل في:
١. إعداد وتأهيل القضاة القنصلين بتحديد الاحتياجات والآليات اللازمة لذلك.
  ٢. ومن ثم فإن دور المجلس الوطني لمحاكم التجارة يماثل دور المدرسة الوطنية للقضاة في هذا المجال<sup>(١)</sup>
  ٣. تحديد المعايير والضوابط الأخلاقية، والواجبات التي يتعين أن يلتزم بها القضاة، إذ يحدد مجموعة المبادئ التي يسترشد بها القضاة في مسلكهم أثناء فترة توليهم القضاء، ويشاركون بمقترحاتهم في إعداد لائحة بذلك.
  ٤. يعمل المجلس على تقييم نظام القضاء القنصلي، ومدى فاعليته في أداء وظيفته، ويقدم توصيات بهذا الشأن، سواء فيما يتعلق بوظيفة أو دور تلك المحاكم، واختصاصاتها والنظام المتبع أمامها، كما يمكن أن يساهم في تعديل الخريطة القضائية Carte judiciaire بشأن إلغاء بعض المحاكم التجارية أو إنشاء المزيد منها، حسب حجم النشاط التجاري والاقتصادي القائم في الإقليم الكائن به المحكمة التجارية.
- ويقدم المجلس تقريراً سنوياً بنشاطه واقتراحاته في أي من المجالات السابقة .

#### تقييم نظام تشكيل المحاكم التجارية:

رغم قدم هذا النظام وعراقته إلا أنه لم يسلم من سهام النقد الموجهة إليه، بسبب اقتصار تشكيل المحكمة التجارية كقاعدة عامة على قضاة غير فنيين من رجال التجارة والصناعة ( لا يحملون إجازة القانون) .  
وقد ثار الجدل بين الفقهاء بين مؤيد ومعارض لهذا التشكيل ولكل منهم له حججه وأسانيده التي ارتكن إليها في هذا الصدد.<sup>(٢)</sup>

<sup>١</sup>) Roger Perrot: Institution judiciaire, 12 éd montchrestien 2006 P. 686 n°343: " L'école national de la magistrature".

L'objet premier de l'ENM est d'assurer la formation professionnelle pour les Futurs magistrats et lui confie aussi la charge de pouvoir à la formation continue des magistrats en fonction.

<sup>٢</sup>) Hamel, lagarde et jauffret: Droit commercial, 26d, T.L., n°65; le discours de M. le président Cesselin à la conférence des tribunaux

أولاً: حجج الرأي المعارض لاقْتِصَار تشكيل محاكم التجارة على قضاة غير  
فنيين:

ومن الحجج التي يستند إليها الرأي المعارض لتشكيل محاكم التجارة من قضاة  
غير فنيين

• اقتصار معرفة التاجر أو رجل الصناعة على ما تخصص فيه من نشاط  
تجاري أو صناعي مما يجعل فائدته محدودة وقاصرة على نطاق تخصصه ،  
ومن ثم سيحتاج إلى الاستعانة بأهل الخبرة للاستماع إلى رأيهم في القضية  
المعروضة عليه، والتي تخرج عن دائرة معارفه، وهذا ما تقوم به المحاكم  
عندما يطرح على القاضى مسألة فنية تستدعى الاستعانة بأهل الخبرة فإنه  
يرجع إلى الغرفة التجارية والمتخصصين في هذا المجال للإدلاء برأيهم  
لتنوير عقيدة المحكمة.

وبالتالى فإن تشكيل المحكمة التجارية على هذا النحو لم يحقق الهدف  
المرجو منه وهو سرعة الفصل فى الدعوى.

• تشكيل المحكمة التجارية من قضاة غير فنيين يفسح المجال لتدخل أعوان  
القضاة فى مسائل خارجة عن مجال عملهم، مما ينعكس سلباً على الدعوى،  
مثل تدخل الكاتب أو سكرتير الجلسة لدى محكمة التجارة مستغلاً عدم دراية  
قضاتها بالقانون.

• التشكيك فى موضوعية وحياد القضاة غير الفنيين لكونهم تجار، وغالبا من  
نفس مجال المتخصصين، ووفقاً لهذا الرأي يمكن أن يصدر الحكم بعيداً عن  
الموضوعية انحيازاً لطرف دون آخر أو عداً لخصم منافس له فى تجارته،  
وهذا يتناقض مع ما يجب أن يتصف به القاضى من التجرد من أى أهواء  
شخصية، وأن يفصل فى النزاع بموضوعية، من خلال ما يعرض عليه من  
أدلة ومستندات، وما يجريه من تحقيقات، وبالتالي يكون رأيه وعقيدته نابعاً  
من أوراق الدعوى ذاتها بعيداً عن أى مؤثرات خارجية أو أهواء شخصية.

---

de commerce en 1975, in les petites affiches, n°131 du 19  
Nov.1975; H.Jannic, "Aquoi servent les tribunaux de commerce?"  
in Ex pansion, Avril 1975; jean larguier, philippe conte, procedure  
civile: Droit judiciaire privé, 15 éd , Dalloz 1996, p14.

ومن ثم فإن القضاء التجارى لا يقدم ضمانات كافية سواء من الوجهه  
القانونية أو الموضوعية

La juridiction commerciale n'offre pas toujours de garanties  
suffisante ni du point de vue juridique ni même de point de  
vue de la stricte objectivité.

• محاكم الطعن التى تنظر فى الأحكام الصادرة عن محاكم التجارة تتألف من  
قضاة فنيين - إذ يطعن على الأحكام الصادرة عن محاكم التجارة أمام محاكم  
الإستئناف. ومن ثم تنتفى الحكمة من تشكيل المحكمة التجارية من قضاة غير  
فنيين، لأن العلة من وراء تشكيلها على هذا النحو هو أن هؤلاء القضاة هم  
أقدر من غيرهم من القضاة الفنيين فى تفهم طبيعة المنازعات التجارية  
والأعراف التى تحكمها.

ثانياً: حجج ومبررات الرأى المؤيد لاقتصار تشكيل محاكم التجارة على قضاة  
غير فنيين:

ورغم أوجه الانتقادات الموجهة إلى تشكيل محاكم التجارة من قضاة  
غير فنيين يذهب البعض إلى تأييد فكرة اقتصار محاكم التجارة على العنصر  
القضائى غير الفنى لاعتبارات عدة يردون من خلالها على الاتهامات التى  
ساقها المعارضون للتشكيل الحالى للمحاكم التجارية.

• القول بأن خبرة التاجر قاصرة على مجال معين، وهو نطاق تجارته، مردود  
عليه بان أسس التجارة والقواعد التى تحكمها مشتركة وتتصف بالعمومية ،  
وتطبق على مختلف قطاعات التجارة ، بالتالى فإن القضاة غير الفنيين على  
علم بها.

• الادعاء بأن انتفاء أو قلة خبرة القضاة غير الفنيين يسمح بتدخل أعوان القضاة  
لخبرتهم فى هذا المجال يكذب الواقع ، فهؤلاء القضاة يكتسبون بسرعة خبرة  
كافية من خلال تمرسهم فى هذا الميدان، مما يؤهلهم تأهيلاً كافياً يمنع من  
تدخل أعوان القضاة فى عملهم، لأن أغلب القضايا المعروضة عليهم ذات  
طابع فنى ، أى فى مجال نشاطهم التجارى أو الصناعى ومن ثم فهم على  
دراية واسعة فى هذا المجال مما يحول دون تدخل أعوان القضاة فى عملهم.



• محاكم ثانی درجة لیست محاكم متخصصة، وإنما تنظر الطعون فی الأحكام الصادرة من محاكم أول درجة سواء المحاكم الابتدائية أو الجزئية أو المتخصصة ، ولهذا فإن تشکیلها قاصر علی قضاة فنیین معینین من قبل الدولة ، وتمثل محاكم ثانی درجة ضمانة هامة للمتخاصمین لتحقيق العدالة. وإزاء أوجه النقد بسبب استبعاد العنصر القضائی أو القاضی الفنی من تشکیل المحكمة التجارية، وكذلك نتیجة المشكلات العملية الناتجة عن عدم دراية القاضی غیر الفنی بالقواعد القانونية، نادى البعض إلى تطبیق فكرة القضاء المختلط ، حیث تم إعداد مشروع قانون عام ١٩٨٢ یتبنى هذه الفكرة، بتشکیل المحكمة تشکیلا مختلطا من قاض فنی وقاضیین غیر فنیین ویتراس المحكمة قاض فنی وبعاونه قاضیان غیر فنیین.

وبهذا التشکیل یتوافر للمحكمة الخبرة القانونية والفنية فی أن واحد، مما یعمل علی تحقیق التوازن فی تشکیل المحكمة، ویضمن الحیاد والموضوعية للقضاة أنفسهم، كما یبث الثقة فی نفوس المتقاضیین.

وإن كان مشروع القانون الذی تم اعداده یتهدف إلى تحقیق العدالة بإعمال التوازن بین العنصر القضائی الفنی و غیر الفنی، إلا أنه لم یلق قبولا من قبل التجار أنفسهم، إذ یرون أن تشکیل المحكمة علی هذا النحو سیغیر من طبیعة هذه المحكمة، لأنه فی حالة اختلاف الآراء فی المداولة، سوف ینضم - من الناحية العملية - أحد القضاة غیر الفنیین لرأى القاضی الفنی مما یعنى أنه فی أغلب الأحوال سیرجح الجانب الذی فیهِ الرئیس وهو قاض فنی تطبق القانون بغض النظر عما سیسفر عنه من تفاقم الخلاف بین الأطراف المتنازعة، وهذا عکس ما یتهدف إليه المحاكم التجارية ، إذ تتركز عملها أو مهمتها فی محاولة التوفیق بین الخصوم حتی یمكنهم استئناف علاقاتهم التجارية فیما بعد.

وبعد مناقشات عديدة وجدل کبیر حول هذا المقترح ، لم یخرج مشروع القانون إلى النور بسبب الضغوط التى مارستها جموع التجار، وهو ما یظهر جلیا فی أعمال المؤتمر العام لمحاكم التجارة المنعقد فی NANTES بتاريخ ١٨ نوفمبر ١٩٨٣<sup>(١)</sup>، فضلا عن استقالة رئیس محكمة التجارة بباریس فی

<sup>١</sup>) Les travaux de la conférence générale des tribunaux de commerce le 18 nov. 1983 Gaz . pal. 18 déc 1983.

ذلك الوقت، كنوع من الاحتجاج والإعراب عن عدم قبول التشكيل المختلط لمحاکم التجارة، ولهذا تم سحب مشروع القانون نتيجة لتلك الضغوط، وإن كانت الأسباب المعلنة تخالف ذلك بالادعاء بعدم وجود تمويل كافٍ لتبني أو لتطبيق فكرة التشكيل المختلط لمحاکم التجارة.<sup>(١)</sup>

إلا أنه في عام ١٩٩٨ عاودت فكرة محكمة التشكيل المختلط للمحاکم التجارية في الظهور مرة أخرى، خاصة فيما يتعلق بإجراءات التصفية للشركات المتعثرة Liquidation des entreprises en difficulté إلا أن قضاة محاکم التجارة أعربوا عن قلقهم تجاه التشكيل المختلط لأنه سيفسح المجال لتغليب رأى القاضى الفنى مما يغير من طبيعة تلك المحاکم وخصوصيتها.<sup>(٢)</sup>

وفي عام ٢٠٠٢ تم التخلي عن فكرة التشكيل المختلط لمحاکم التجارة، والإبقاء على التشكيل القائم. الذى يقتصر على القضاة غير الفنيين مع إسناد نظر القضايا المتعلقة بالإجراءات الجماعية التى تتم تحت رقابة القضاء العادى مثل التسوية والتصفية القضائية

Le redressement judiciaire, la liquidation judiciaire et la procédure de suvegrade

لبعض المحاکم التجارية الكبرى، والتي يكون قضائتها مؤهلين تأهيلا كافيا يمكنهم من الفصل فى تلك القضايا<sup>(٣)</sup>

<sup>1</sup>) La réponse ministerielle n°43900 annonçant le retrait de la réforme en invoquant des raisons budgétaires : Jo Ass. Nat . 16 juill 1984, P. 3359 J.C.P. 1984 . IV . 300.

<sup>2</sup>) Hervé Gattegno, les tribunaux de commerce à nouveau en crise, in Monde, 1<sup>re</sup> août 1998.

<sup>3</sup>) Depuis une loi du 26 juillet 2005, la compétence en procédures collectives est réservée uniquement à certains tribunaux de commerce. Art, 610-1c. com Ces tribunaux sont choisis parmi les plus important et les mieux équipés en personnel, " décret du 20 févr . 2006.

كما أن المادة L722-2.C.Com. تنص على أنه يتعين ان يكون أغلب قضاة الدائرة بمحاکم التجارة التى ينظر فى الإجراءات الجماعية، قد مارسوا العمل فى محاکم التجارة أكثر من علمين

" Lorsque le tribunal de commerce statue en matière de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires , de

رغم أوجه الانتقادات التي وجهت إلى تشكيل محاكم التجارة، والتي وصلت إلى حد وصفها، بأنها قضاء هزلي أو محاكمة صورية، تغلب فيها المصالح الخاصة على المصلحة العامة<sup>(١)</sup>، إلا أننا نرى أن الواقع العملي يشهد توسعاً ملحوظاً في نطاق اختصاص محاكم التجارة، نظراً لما حققه هذا القضاء المتخصص من نجاحات كبيرة، بالنظر إلى حجم وعدد القضايا المعروضة، وسرعة الفصل فيها، فضلاً عن التناقص التدريجي في عدد الطعون على الأحكام الصادرة عن محاكم التجارة.

ولا شك أن هذا النجاح يرتكن إلى مقومات عديدة:

- ١- خصوصية تشكيل تلك المحاكم والتي تقتصر على قضاة غير فنيين حيث يتم اختيارهم وفق آلية معينة كما رأينا على النحو السابق<sup>(٢)</sup>. تضع معاييراً وشروطاً محددة فيمن يتم انتخابه قاضياً بالمحاكم التجارية.
- ٢- هذه الخصوصية في التشكيل، والتي تنفرد بها المحاكم التجارية دون غيرها من المحاكم المتخصصة الأخرى القائمة في النظام القضائي الفرنسي، ترجع إلى الظروف التي نشأت في ظلها تلك المحاكم، إذ يرتبط القضاء القنصل في نشأته بالنشاط التجاري، حيث بدأت المحاكم التجارية كمحاكم مؤقتة لفض المنازعات التي تنشأ بين التجار أثناء قيام المعارض والأسواق، إلى أن أصبحت محاكم دائمة متخصصة للفصل في القضايا التجارية، مما يؤكد العلاقة الوثيقة بين القانون التجاري والمحاكم التجارية، ليفصل التجار عن طريق زملائهم في المهنة، في المنازعات التجارية التي تنشأ بصدد أو بمناسبة العلاقات التجارية القائمة بينهم.

---

**réglement judiciaire ou de liquidation de biens, la formation de jugement comprend, ... une majorité de juges ayant exercé des fonctions judiciaires pendant plus de deux ans".**

**<sup>1</sup> "Les tribunaux de commerce; une parodie de justice": une juridiction en dehors du droit, l'interêt public contre la vénalité des offices "**

**Arnaud Montebourg, Entretien avec Arnaud Montebourg sur l'internet: <http://www.revue-lebanquet.com>.**

**(<sup>2</sup> راجع: ص ١٩ وما بعدها.**

٣- كون القضاة العاملين في المحاكم التجارية تجاراً يكسب هذا القضاء مرونة في التعامل، لمعرفته لأدق التفاصيل بالعمل التجارى وبالأعراف التجارية السائدة ، كما يساعد على ضمان التوصل إلى حل للقضية المنظورة من واقع عملي ، إذ يطبق القانون نصاً وروحاً .

ويؤكد البعض<sup>(١)</sup> على أن العامل الرئيسي في نجاح هذا النظام واستمراريته منذ أكثر من ٤٤٠ عاماً، يرجع إلى عامل الثقة القائم بين التجار أنفسهم، وفي زملائهم القضاة القائمين على الفصل في المنازعات التجارية القائمة بينهم ، فضلاً عن الثقة في كافة العاملين في مرفق القضاء ذاته وفي خدمة العدالة.

• التشكيل الخاص لمحاكم التجارة أسهم بقوة في نشأة القانون التجارى وكذلك في تطوره لمواكبة التغيرات والمستجدات في عالم المال والأعمال، والليل على ذلك صدور المرسوم رقم ٢٠٠٦ - ٦٧٣ بتاريخ ٨ يونيو ٢٠٠٦ وكذلك المرسوم رقم ٢٠٠٧ - ٤٣١ الصادر في ٢٥ مارس ٢٠٠٧ الذي ألحق النصوص الواردة في قانون التنظيم القضائي المتعلقة بتنظيم المحاكم التجارية، وكيفية اختيار قضاةها والنظام القانوني لمسائلتهم، وكذلك نطاق اختصاصها بالقانون التجارى، في المواد R 724-21 à R 721-1 والذي ألغى بدوره النصوص الواردة في قانون التنظيم القضائي، مما يعكس نظرة التجار للمحاكم التجارية، بأنها محاكم خاصة بهم لتفصل في شئون تجارتهم ، كما يساعد على حسن تطبيق القواعد والأحكام المتعلقة بالإجراءات الجماعية.<sup>(٢)</sup>

ولا تقتصر مهمة محاكم التجارة على الفصل في المنازعات والقضايا المعروضة، بل تسهم في وأد المنازعات في مهدها: بتعيين قائمين بالصلح conciliateurs للتوفيق بين الأطراف المتنازعة قبل عرض النزاع على

1) Gérard Vedrenne, "Etre président d'un tribunal de commerce, c'est être l'animateur d'un systeme judiciaire original" Discours de président du Tribunal de commerce de Bobigny: petites affiches, 397année, 11 fevrier 2008 – n° 30, P. 3 et 4.

2) Sophie Schilier: Tribunaux de commerce et droit commercial, procédures- Revue Mensuelle lexisnexis juris-classeur. Octobre 2007 n°10, étude p.7 à p 11.

القضاء، وكلاء خالصين mandataires ad hoc يعاونون المنشآت المتعثرية لتخطى الأزمات المالية التي تواجهها.<sup>(١)</sup>

مما يؤكد على الدور الهام الذي تلعبه المحاكم التجارية فى عالم المال والأعمال، فى تفويض المنازعات قبل عرضها على القضاء من قبل وكيل بالصلح أو قائم بالصلح تعيينه المحكمة التجارية، لتقريب وجهات النظر بين الأطراف المتنازعة، لامكان استئناف علاقتهم ومعاملتهم التجارية بروح المودة والزمالة.

● إنشاء اللجنة الوطنية لتأديب القضاة أعضاء محاكم التجارة بالقانون رقم ٨٧ - ٥٥٠ فى ٢٦ يوليو ١٩٨٧ لمسائلة القاضى القنصلى، فى حالة ارتكابه فعلا ماسا بالشرف أو النزاهة أو الكرامة أو يعد اخلالا بواجبات المهنة، يؤكد حرص النظام القضائى الفرنسى على تكريس هذا القضاء العتيق المتخصص، بوضع الضوابط والمعايير التى تنظم سلوك القائمين عليه.

● إنشاء المجلس الوطنى لمحاكم التجارة عام ٢٠٠٥ برئاسة وزير العدل، وبتشكيل من قضاة غير فنيين وقضاة فنيين، وشخصيات عامة تتمتع بكفاءة عالية، يهدف إلى إعداد وتأهيل قضاة تلك المحاكم، وتحديد الواجبات التى يتعين الالتزام بها فى مسلكهم أثناء مباشرة الوظيفة القضائية لتجنب صراع المصالح Eviter les cenflits d'intérêt لأن قضاة تلك المحاكم هم فى الحقيقة رجال أعمال وتجار، ويفصلون فى قضايا تجارية، ولذا يجب أن يتحرر القاضى القنصلى من أى مصالح شخصية أو أهواء ذاتية عند الفصل فى المنازعات والقضايا الاقتصادية.

● وفق الاحصائيات الرسمية لعام ٢٠٠٧<sup>(٢)</sup> فإن عدد القضايا التى تفصل فيها سنويا المحاكم التجارية يصل نحو مليون قضية، ويبلغ عدد الطعون المرفوعة عن تلك الأحكام حوالى ١٣% ، وتبلغ الأحكام الملغاة أمام محكمة

1) Jean- Bertrand Drummen, "La voix du juge de l'Economie se fait entendre".

Discours du président du tribunal de commerce de Nanterre, petites affiches, 22 janv.2007, no16,P.4.

2) Frédérique perrotion, les objectifs du président de la République pour les tribunaux de commerce" Petites affiches, 12 sept, 2007 , n°183 P. 5 : Dossier de presse Bicentenaire du code de commerce, chiffres 2007.

الطعن حوالي ٣% من نسبة الطعون المرفوعة، ويصل عدد الإجراءات الجماعية كالتصفية والتسوية القضائية للشركات والمؤسسات التجارية إلى ٤٥ ألف إجراء يتم سنوياً، والمنازعات التي يتم تسويتها عن طريق التوفيق والصلح فتبلغ ٣٠٠٠ قضية يتم انھاؤها صلحاً بين الأطراف سنوياً، وتصل المدة التي يتم فيها نظر القضية وتحقيقها والفصل فيها بحكم منهي للخصومة حوالي من ٥ إلى ٦ أشهر<sup>(١)</sup>، مما يؤكد على سرعة الفصل في القضايا التجارية مقارنة بالقضايا المدنية، إذ يستغرق نظر الطعن أمام المحاكم المدنية حوالي ٩ أشهر<sup>(٢)</sup>.

ونظراً للنجاح الذي تشهده المحاكم التجارية، فيرى البعض أنه يجب التوسع في نطاق اختصاص المحاكم التجارية بحيث تصبح محاكم للاقتصاد أو محاكم اقتصادية Justice de l'economie ولا يقتصر نطاق اختصاصها على القضايا التجارية<sup>(٣)</sup>.

• وفي سياق تعديل الخريطة القضائية صدر مرسوم في ١٥ فبراير لسنة ٢٠٠٨ ونشراً في الجريدة الرسمية بتاريخ ١٧ فبراير لسنة ٢٠٠٨<sup>(٤)</sup> تناول المرسوم الأول تعديل مقر ونطاق الاختصاص المكاني للمحاكم الجزئية والمحاكم القريبة Jurisdiction de proximité<sup>(٥)</sup>، والمحاكم

1) En 2003, la durée moyenne des affaires était de 5 a 6 mois, Extrait de L'Annuaire statistique de la justice, éd 2005. p 27

2) Référé préc p 39.

3) Ondine chambaud : Juge consulaire : un partenaire pour les chefs d'entreprise, petites affiches 28 avril 2008 n°85 , p 4et s; Olivia Dufour : La justice consulaire a changé de Metier et de visage, petites affiches, 26 janv 2007 , n°20 p.4 et s; Jean – Bertrand Drummen : le voix du juge de l'économie se fait entendre petites affiches, 27 janv. 2007.n° 16 , p4 et s. Frédérique perrotion , les objectifs du president de la Perublique pour les tribunaux de commerce, pptotes affiches, 12 sepr. 2007, n°183.

4) Voir sur l'internet:

[Http://www.carte-judiciaire.justice.gour.fr](http://www.carte-judiciaire.justice.gour.fr).

٥) تم إنشاء نظام المحاكم القريبة بموجب المرسوم رقم ٢٠٠٢ - ١١٣٨ بتاريخ ٩ سبتمبر ٢٠٠٢ بهدف حل المنازعات اليومية الصغيرة. راجع المؤلف: نحو نظام تخصص القضاء. دار النهضة العربية ٢٠٠٥ ص ٧٠ بند ٢٤ (٥).

الابتدائية، بناء على ذلك واعتباراً من أول يناير ٢٠١١ ستلغى ١٧٨ محكمة جزئية و٢٣ محكمة قريية وسيتم انشاء بدلاً من ذلك ٧ محاكم جزئية و٧ محاكم للمحاكم القريية.

وتناول المرسوم الثانى تعديل نطاق الاختصاص المكانى ومقر المحاكم التجارية، إذ ينص المرسوم على أنه اعتباراً من أول يناير ٢٠٠٩ ستلغى ٥٥ محكمة تجارية وتنشأ بدلاً منها ٦ محاكم تجارية جديدة من بينهم محكمة مختلطة فى Saint pierre- de la- réunion ، وذلك فى الأقاليم التى يطبق فيها نظام المحاكم التجارية المختلطة، استثناءً من القاعدة العامة من اقتصار تشكيل المحاكم التجارية من قضاة غير فنيين " لا يحملون إجازة القانون".

وقد تم التأكيد بمناسبة الاحتفال بمرور مائتى عام على إنشاء قانون التجارة أن الهدف من تعديل الخريطة القضائية هو تمكين القضاة ، كافة القضاة من الفصل فى المنازعات الأكثر تخصصاً ، ويتيح هذا التعديل إلى إحالة المنازعات والقضايا ذات الطبيعة التجارية إلى محاكم التجارة الأقل عدداً والأكثر تخصصاً بدلاً من المحاكم الابتدائية.(١)

## الفصل الثانى

### اختصاص محاكم التجارة

#### تمهيد:

تتميز محاكم التجارة عن غيرها من المحاكم المتخصصة فى القانون الفرنسى، بأن وجودها واستمرارها فى دائرة اختصاصها، يرتبط بطبيعة الإقليم أو المدينة الكائن فى دائرتها المحكمة التجارية ، فالنطاق الجغرافى أو المكانى للمحكمة التجارية، يختلف عن القواعد العامة الواردة فى قانون التنظيم القضائى

1 ) La reforme de la carte judiciaire afin de permettre aux juges, à tous les juges, de répondre à des contentieux de plus en plus spécialisés".

Discours du president de la Republique à l'occasion du bicentenaire du code de commerce: les objectifs du president, petites affiches- 12 septembre 2007 n°183-3.

المتعلق بالمحاكم الابتدائية والجزئية، كما أنها تعد القاضى الطبيعي لنظر المنازعات المتعلقة بالمعاملات الاقتصادية.

ونظراً لما تحظى به هذه المحاكم من خصوصية وتفرد، سواء فيما يتعلق بقواعد اختصاصها المحلى أو الموضوعى أو التبعية، أو قواعد اختصاصها بتشكيلها الجماعى والفردى، سنخصص لكل من هذه الموضوعات السابقة مبحثاً منفرداً ، نتناول كل مسألة من هذه المسائل على نحو من التفصيل، لإلقاء الضوء على أوجه التميز والخصوصية فى هذا الشأن على النحو التالى:

المبحث الأول: الاختصاص المحلى.

المبحث الثانى: الاختصاص الموضوعى.

المبحث الثالث: اختصاصات رئيس المحكمة التجارية.

## المبحث الأول الاختصاص المحلى

التوزيع الجغرافى أو المكائى للمحاكم التجارية:

تختلف محاكم التجارة عن المحاكم الابتدائية (١) والمحاكم الجزئية (٢) بأنه: لا يشترط أن تتواجد فى كافة المدن الفرنسية ، بل يقتصر وجودها فى الأقاليم ذات الطابع التجارى، ومن ثم يرتبط وجود المحكمة وقرار إنشائها بحجم النشاط التجارى الذى يمارس فى الإقليم، وذلك لحل المنازعات الناجمة أو التى يمكن أن تتجم عن المعاملات ذات الطابع التجارى (٣)

1 ) يبلغ عدد المحاكم الابتدائية فى فرنسا ١٨١ محكمة ( ١٧٥ فى داخل الإقليم الفرنسى بالإضافة إلى ٦ محاكم فى إقليم ما وراء البحار).  
2 ) تنتشر المحاكم الجزئية فى كافة أنحاء فرنسا، وإن كان نطاق الاختصاص المحلى منذ عام ١٩٥٨ لا يطابق بالضرورة مع التقسيم الإدارى، فقد يمتد نطاق الاختصاص المحلى للمحكمة الجزئية لأكثر من مقاطعة، وذلك حسب حجم وعدد القضايا المرفوعة والنطاق الجغرافى للمناطق ذاتها: ففى سبيل المثال : محكمة Riom الجزئية تضم ١٣ مقاطعة cantons بينما يمتد نطاق اختصاص محكمة Bastia الجزئية إلى ١٧ مقاطعة ، وفى العاصمة باريس توجد محكمة جزئية بكل دائرة ، فضلاً عن وجود محكمة جزئية فى كل بلدة فى ضواحي باريس :

Roger perrot: Institutions judiciaires: p.104:n°110.

3 ) Roger perrot: Institutions judiciaires. P. 112, n°120



وكل محكمة تجارية تنشأ بموجب مرسوم، وهو ما يسمى بمرسوم الإنشاء Décret d'institution الذي يحدد مقر المحكمة le Siège ونطاق اختصاصها le ressort عملاً بالمادة D721-2.C.com، ومن ثم يرتبط إنشاء المحكمة التجارية بحجم الأنشطة التجارية في إقليم أو مدينة معينة، ويترتب على ذلك نتائج هامة<sup>(١)</sup>،<sup>(٢)</sup>:

\* أن الاختصاص المحلى لكل محكمة تجارية لا يتطابق بالضرورة مع التقسيم الإدارى المحدد للمدن والأقاليم، وكذلك مع اختصاص المحكمة الجزئية أو الإبتدائية<sup>(٣)</sup>.

1 ) Art. D721-2 crée par décret n°2008 – 522 du 2 Juin. art.3  
 "Le siège et le ressort des tribunaux de commerce sont fixés conformément au tableau de l'annexe 7-1 du présent livre".  
 2 ) Roger Perrot. référ préc. p. 115 n°124.

<sup>(3)</sup> ويستدل على ذلك بالجدول التالي:

Departements	Tribunal De Grade Instance	Siège et Ressort des T.C	
		Siège du T.C	Ressort du Tribunal de Commerce
Alpes Maritimes	Nice	Nice	Ressort du tribunal d'instane de Nice et Cantons de Breil- Sur-Roya et ville franche sur-Mer
		Menton	Ressort du T.I de Menton, l'exception des Cantons de Breil- Sur-Roya et ville franche sur-Mer
	Grasse	Grasse	Ressort du Tribunal I de Grasse.
		Antibes	Ressort du Tribunal d'Atibes
		Cannes	Ressort du Tribunal de Cannes
Bouches du Rhône	Aix	Aix	Ressort des T.I d'Aix et de Martigues a l'exception des conton de Berr L'Etang et Istres

• إنشاء أو إلغاء محكمة تجارية يتوقف على النشاط التجاري لكل منطقة ، والذي يتنوع حسب كل مرحلة وكل فترة زمنية، وبالتالي إذا كانت الأنشطة التجارية من الأهمية مما يقتضى إنشاء محكمة تجارية، فيتم اصدار مرسوم بإنشاء محكمة جديدة للتجارة ، ويحدد المرسوم مقر واختصاص المحكمة، ويحدث كذلك العكس فيما يتعلق بالمدن أو الاقاليم التي يوجد فيها محاكم تجارية ، وذلك فى حالة ضعف النشاط التجارى أو تضاعف أهميته فى نطاق الاختصاص المكاني للمحكمة، فإنه يصدر مرسوم بإلغائها، إذ يرتبط إنشاؤها أو وجودها بحجم وطبيعة النشاط التجارى المتداول فى الإقليم أو المدينة.

• فى المناطق التي لا يوجد فيها محاكم تجارية مثل Lozère et en Haute Savoie فإن الاختصاص ينعقد للمحاكم الابتدائية بنظر القضايا التجارية، باعتبارها المحكمة ذات الولاية العامة ، وتفصل فى جميع القضايا التجارية بغض النظر عن قيمة الطلب القضائى حتى ولو كان أقل من نصاب اختصاصها القيمى أى أقل من عشرة آلاف يورو

même s'il est inférieur au taux de sa compétence quantitative عملاً بالمادة 2-721 L من قانون التجارة التي تنص على أنه فى حالة تعذر وجود محكمة تجارية للفصل فى النزاع، فإن الاختصاص ينعقد للمحكمة الابتدائية<sup>(1)</sup> ، ولا يجوز للمحكمة الابتدائية فى هذه الحالة، أن تقضى

		Salon-de-Provence	Ressort du T.I de Salon Provence et cantons de Berre - L'Étang et Istres
		Marseille	Marseille Ressort du T.I. de Marseille
	Tarascon	Tarascon	Ressort du T.I de Tarascon
		Arles	Ressort de T.I de Arles

<sup>1</sup>) Art. L 721-2 du code de commerce crée par ordonnance n°2006-673 du 8 juin 2006-art 2. J.O. 9 juin 2006. prévoit que " Dans les circonscriptions où il n'est pas établi de tribunal de commerce, le tribunal de grande instance connaît des matières attribuées aux tribunaux de commerce"

بعدم اختصاصها حتى ولو كانت الدعوى التجارية مرفوعة أمام دائرة منفية وليست تجارية.<sup>(١)</sup>

### تزايد أهمية محاكم التجارة:

تتميز المحاكم التجارية أنها فى تزايد مستمر من حيث أهمية تلك المحاكم ودورها فى حل المنازعات ذات الطابع التجارى. إذ بلغ عدد المحاكم التجارية فى فرنسا عام ١٩٩٨ نحو ٢٢٧ محكمة تجارية وأكثر من سبع دوائر تجارية فى المحاكم الابتدائية، وذلك فى الأقاليم التى لا يوجد فيها محكمة تجارية.

ورغم تضاعف أهمية المحاكم التجارية، إذ أصبحت محكمة مختصة بنظر كافة المنازعات الاقتصادية، إلا أن الاحصائيات الرسمية تشير إلى تناقص تدريجى فى عدد تلك المحاكم وذلك بموجب عدة مراسيم متعاقبة، إذ صدر المرسوم رقم ٩٩ - ٦٩٥ بتاريخ ٣٠ يوليو ١٩٩٩ الذى ألغى بموجبه ٣٦ محكمة تجارية، ثم أعقبه المرسوم رقم ٢٠٥ - ٦٢٥ الصادر فى ٢٧ مايو ٢٠٠٥ الذى ألغى ٧ محاكم تجارية<sup>(٢)</sup>. وقد بلغ عدد محاكم التجارة وفقاً

<sup>١</sup>) Le tribunal (TGI Annecy, chambre commerciale) saisi d'une procédure dont la loi lui confère le pouvoir d'en connaître ne peut se déclarer incompétent au seul motif qu'elle relève d'une autre de ses formations, Chaméry, 8 nov. 1994 : D. 1995.291, notes croze et Reinhard ; 20 déc. 1994 : Gaz. Pal. 1995. 2. somm. 491, obs. croze; JCP. 1995. 11. 22473, obs. Du Rusquec (TGI Alberville)

<sup>٢</sup>) إذ تم إلغاء عدد من محاكم التجارة اعتباراً من أول يونيو ٢٠٠٥  
Les Tribunaux de commerce de Mayenne, L'île - Rausse (Bastia), Salins- les Bains (Besançon), Issou d'un (Bourge), Montelinar (Grenoble), Ronorantin - Lanthenay (Orléans) Paimpd (Rennes).  
بموجب إلغاء هذه المحاكم تم إحالة كافة الدعاوى بالحالة التى كانت عليها، بما تم فيها من إجراءات وما صدر فيها من أحكام إلى المحكمة التجارية المختصة أو إلى المحكمة الابتدائية حسب الأحوال مع إعلان الخصوم والشهود للمثول أمام المحاكم المختصة بموجب صدور هذا المرسوم  
D'no2005-624, 27 mai 2005: Journal officiel 31 mai 2005  
procédures n°7, Juillet 2005, Alerte 59: Suppression de tribunaux de commerce.

للإحصائيات الرسمية لعام ٢٠٠٧ ، ١٨٥ محكمة للتجارة<sup>(١)</sup> بالإضافة إلى سبع دوائر تجارية في أقاليم ALSASIEN-MOSELLANS وأربع محاكم مختلطة للتجارة في أقاليم ما وراء البحار - Les Departements d'autre-mer .

ويثير هذا التناقص التدريجي في عدد المحاكم عدة تساؤلات هامة حول الأسباب الداعية لإلغاء تلك المحاكم هل السبب يكمن في ما أفرزه الواقع العملي من مشكلات تقتزن بطبيعة تشكيل المحاكم، وما أثير من جدل حولها مما يستدعي تقليص عدد المحاكم التجارية؟ هل التناقص التدريجي في عدد المحاكم التجارية يعد خطوة أو مؤشر نحو إلغاء كلى للمحاكم التجارية ؟ هل السبب يرجع إلى طبيعة تلك الأقاليم التي إلغيت فيها محاكم التجارة على أساس أن وجود المحكمة التجارية مرهون بحجم النشاط التجارى للإقليم ذاته، إذ يمكن أن توجد أكثر من محكمة تجارية في ذات الإقليم، بينما هناك أقاليم أخرى لا يوجد فيها محاكم تجارية، كما رأينا على النحو السابق<sup>(٢)</sup>

فإنشاء محاكم التجارة يرتبط ارتباطاً طردياً بالنشاط التجارى والصناعى فى الإقليم ذاته فإنشاء المحكمة واستمرار بقائها، مرهون بمستوى النشاط التجارى فى هذا الإقليم أو تلك المدينة الكائن فى دائرتها المحكمة التجارية.

ولذا فإن تقليص عدد محاكم التجارة لا يعد مؤشراً نحو تقليص عدد محاكم التجارة أو الغاء تدريجى لها حتى يمكن الغاؤها كليا، إذ ستظل محاكم التجارة علامة بارزة فى النظام القضائى الفرنسى<sup>(٣)</sup>

والدليل على ذلك حرص المشرع الفرنسى على إنشاء المجلس الوطنى لمحاكم التجارة بموجب المرسوم رقم ٢٠١/٢٠٠٥ بتاريخ ٢٣ سبتمبر لسنة ٢٠٠٥<sup>(٤)</sup>، وتتركز مهمة هذا المجلس فى إعداد تقرير سنوي عن عمل محاكم

<sup>1</sup> ) Dossier de presse Bicentenaire du code de commerce, chiffres, 2007- voir, frédérique perrotion: Les objectifs du président de la Republique: Petites affiches, 12 sept.2007- n°183.

<sup>2</sup> ) راجع الجدول فى هلمش (١) ص ٤١ .

<sup>3</sup> ) Roger perrot : Institution judiciaire: 12éd , Monthcrestien 2007, p. 113,no 121.

<sup>4</sup> ) Decret n° 2005 1201 , 23 sept: 2005: Journal officiel 25 sept 2005.

التجارة ونطاق اختصاصها ، وكذلك يساهم فى تأهيل وإعداد قضاة تلك المحاكم ، وذلك عن طريق عقد دورات تدريبية، وورش عمل لإحاطتهم علماً ، وتبصيرهم بما يجب أن يتصف به القاضى من حياد وموضوعية واستقلال عند الفصل فى المنازعات والقضايا المعروضة عليهم.(١)

كما أن التقرير السنوى الصادر عن وزارة العدل، أبرز الدور الرائد لمحاكم التجارة فى سرعة الفصل فى القضايا، حيث يبلغ متوسط المدة الزمنية التى تستغرقها الدعوى منذ رفعها حتى الفصل فيها أمام المحكمة التجارية حوالى من خمسة إلى ستة أشهر فى حين تستمر الدعوى أمام المحاكم الابتدائية حوالى تسعة أشهر(٢)

كما تم التأكيد فى أكثر من مناسبة على أن تعديل الخريطة القضائية لمحاكم التجارة، يهدف إلى نقل الاختصاص المسند للمحاكم الابتدائية إلى المحاكم التجارية الأقل عدداً والأكثر تخصصاً.(٣)

ولا شك أن هذا يؤكد ويدلل على مكانة المحاكم التجارية، خاصة فى الوقت الراهن، إذ تدخل فى تنافس مستمر يتزايد يوماً بعد يوم مع التحكيم ، إلا أنها تتميز بكونها القاضى الطبيعى لنظر المنازعات المتعلقة بالمعاملات الاقتصادية(٤).

#### القاعدة العامة للأختصاص المحلى لمحاكم التجارة:

1 ) Le Discours du Garde des Sceaux au Congrès national des tribunaux de commerce de lille, J.C.P. 2005, p. 2151.

2 ) Extrait de l'Annuaire statistique de la justice, éd 2005 p. 27 et p.39.

3 ) "La nouvelle carte judiciaire pourrait provquer des transferts de compétence des tribunaux de grande instance en faveur de tribunaux de commerce moins nombreux mais plus spécialisés" discours du président de la République, petites affiches, 12 sept. 2007-n°183-3.

4 ) Chaudé champaud: L'idée d'une magistrature économique, Bilan de deux décennies, spéc, p64. Justice, n°1 Janv- Juin 1995.

تطبق القواعد العامة فى الاختصاص المحلى الواردة فى قانون التنظيم  
القضائى وقانون المرافعات المدنية الحالى على محاكم التجارة عملاً بالمادة  
2-1al L721 من قانون التجارة<sup>(١)</sup>

طبقاً للقاعدة العامة الواردة فى المادة ٤٢ من قانون المرافعات المدنية  
الحالى، يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه ما  
لم ينص القانون على غير ذلك، وإذا تعدد المدعى عليهم كان الاختصاص  
للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن أحدهم: إذا كان المدعى عليه شخصاً  
طبيعياً *Personne physique* يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى  
دائرتها موطن المدعى عليه أو محل إقامته , *Son domicile ou, à défaut* ,  
*sa résidence* فإذا كان المدعى عليه شخصاً معنوياً *Personne morale*  
ينعقد الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها مركز إدارة الشركة *Siège*  
*social*

اختصاص محكمة أخرى إلى جانب محكمة القاعدة العامة " الاختصاص  
المشترك":

- إن كان المشرع وضع قاعدة عامة فى مجال الاختصاص المحلى، إلا  
أنه يمكن الخروج على هذه القاعدة فى مجال العقود<sup>(٢)</sup> عملاً بالمادة ٤٦/٢  
مرافعات مدنى حالى.

---

<sup>1</sup> ) Art.L721-1al 2C.Com "Les tribnaux de commerce sont soumis  
aux dispositions, communes à toutes les juridictions, du livre 1er  
du code de l'organisation judiciaire".

سن المشرع الفرنسى قانون التنظيم القضائى الجديد (الجزء التشريعى) بالأمر رقم  
٢٠٠٦-٦٧٣ بتاريخ ٨ يونيو ٢٠٠٦، ونشر فى الجريدة الرسمية ٩ يونيو ٢٠٠٦،  
والغى بموجبه الكتاب من ١ : ٩ من قانون التنظيم القضائى القديم الذى حل محله الكتب  
من ١ : ٥ من قانون التنظيم القضائى الجديد، ومع ذلك هناك نصوصاً فى قانون التنظيم  
القضائى القديم مازالت سارية إلى حين إصدار الجزء اللاتى فى قانون التنظيم القضائى  
الجديد، ومن هذه النصوص : القواعد المتعلقة بالاختصاص المحلى، فلم يتضمن الجزء  
التشريعى نصوصاً تنظم هذه المسألة، ولذا يحال فى شأنها إلى النصوص الواردة فى قانون  
التنظيم القضائى القديم ، المواد R.321-24 ، التى أحالت بدورها إلى المواد ٤٢ حتى ٥٢  
من قانون المرافعات المدنية الحالى.

<sup>2</sup> ) "Les options de competence territoriale ouvertes au  
demandeur par l'art. 46 sont d'interprétation stricte et ne

إذ يمكن أن ينعقد الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها التسليم الفعلي للشئ محل الاتفاق<sup>(١)</sup>، أو المحكمة التي يقع في دائرتها تنفيذ أو أداء الخدمة محل العقد، إلا أن انعقاد الاختصاص لمحكمة أخرى خلاف محكمة موطن المدعى عليه - على هذا النحو - لا يعنى سلب الاختصاص من محكمة موطن المدعى عليه، وإنما يكون الاختصاص مشتركاً أو متعددًا<sup>(٢)</sup>، بمعنى أنه يثبت لمحكمة القاعدة العامة - موطن المدعى عليه - والمحكمة الأخرى على النحو المبين آنفاً، فالمدعى بالخيار أمام أيها من هذه المحاكم<sup>(٣)</sup>، فإذا مارس المدعى الحق في الخيار، ورفع دعواه أمام محكمة منها، فلا يملك بعدها اللجوء إلى المحكمة الأخرى.<sup>(٤)</sup>

- إذا كان المشرع يجيز الاتفاق على عقد الاختصاص لمحكمة غير التي تعينها قواعد الاختصاص المحلي في حالات معينة ومنها العقود، إلا أنه

**s'appliquent pas aux actions fondées sur un quasi- contrat [loterie publicitaire]"**

**Civ.2<sup>e</sup>, 7 juin 2006: JCP 2006.1.183, obs. Serinet; Procédures 2006. Comm..175, obs. Perrot; Civ.1<sup>re</sup> 16 Mars 1999: RTD civ.2007. 174, obs. Perrot.**

**1 ) " Le lieu de la livraison effective , admise comme point de rattachement en matière contractuelle, doit s'entendre du lieu où elle aurait dû intervenir"**

**Com. 3 nov.1988 : Gaz .pal. 1989. 1, somm.252, obs. Guinchard et Moussa; Com.14 juin 1994: Bull.civ. IV, n°221.**

**2 ) والاختصاص المشترك غير قاصر على مجال العقود، وإنما يشمل أيضا الدعوى المختلطة : بجانب محكمة الموطن المدعى عليه، يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها العقار، دعوى المطالبة بالنفقات والاعباء المالية المتعلقة بالزواج: بجانب محكمة موطن المدعى عليه ينعقد الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن الدائن، وفي دعوى التعويض عن الفعل الضار (المسئولية التقصيرية) يكون الاختصاص - بجانب محكمة موطن المدعى عليه - المحكمة التي وقع في دائرتها الفعل الضار (راجع م ٤٦ مرافعات مدني).**

**3 ) "Art.46.al 2 N.C.pr.civ. édicte une option à deux branches: domicile du défendeur , d'une part, lieu de la Livraison effective ou lieu de l'Exécution de la prestation de service, d'autre part, dont les éléments découlent de la qualification des rapports contractuels": Rennes, 29 sept. 1983: Gaz. pal. 1983. 1.330, note du Rusquec..**

**4 ) محمود هشام : قانون القضاء المدني . ج الأول ، طبعة ١٩٨١ ، ص ٤٠٤ ، ٤٠٥ .**

ضيق من نطاق الخروج على القاعدة العامة في الاختصاص المحلي في مجال العقود عملاً بالمادة ٤٨ مرافعات مدنى حالى، وذلك على النحو التالى:  
يعتبر كل شرط نُص عليه بطريقة مباشرة أو غير مباشرة - مخالفاً لقواعد الاختصاص المحلي غير موجود ولا يعتد به، ما لم يكن طرفاً العقد تاجرين (١) ، ويجب أن يكون الشرط واضحاً وصريحاً فى الاتفاق

### De Façon Très Apparente dans L'engagement

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بعدم الاعتداد بالشرط المخالف لقواعد الاختصاص المحلي الوارد فى عقد القرض المبرم بين تاجر وغير تاجر، رغم رضا المقترض (غير التاجر) بهذا الشرط، وذلك لمخالفته القاعدة الواردة فى المادة ٤٨ المذكورة التى توجب أن يكون طرفاً العقد تاجرين. (٢)

ويرى البعض أن الحكمة التى إبتغاها المشرع من تضيق نطاق الخروج عن القاعدة العامة فى الاختصاص المحلي "محكمة موطن المدعى عليه" هى العمل على إعادة التوازن فى العلاقات التعاقدية بين طرفى العقد ، بعد ما لوحظ عملياً أن بعض المنشآت التجارية الكبرى، تحدد دائماً فى عقودها المبرمة مع العملاء، المحكمة المختصة محلياً بنظر ما ينشأ عن العقد المبرم بينهما من خلافات ، وهى الطرف الأقوى اقتصادياً ومادياً فى العلاقة التعاقدية، مما يعنى عدم المساواة بين المراكز القانونية لطرفى العقد، فتلجأ المنشأة التجارية إلى اختيار محكمة بعيدة عن موطن العميل، وقد يمثل الانتقال إلى تلك المحكمة عبئاً ثقيلاً عليه، وبالتالي سيدفعه إلى العدول عن الالتجاء إلى القضاء للمطالبة بحقوقه قبل الشركة، أى أن اختيار المنشأة لمحكمة مختصة محلياً بعيدة نسبياً عن موطن العميل يعد وسيلة للضغط عليه لعدم التمسك بحقوقه أمام ساحات القضاء (٣)، أو التراجع عن مقاضاه الشركة.

١) " Une clause d'attribution de compétence territoriale entre commerçants ne s'applique pas à une partie non commerçante" Paris , 30 Mai 2001: D2001 somm.2718, obs, Julien.

٢) Civ.2<sup>e</sup>, 29 mars 1989: Bull- civ .II. n°76.

Com. 28 Juin 1983: Bull. Civ. IV,n°189.

وأيضاً فى هذا المعنى

٣) " L'expérience révéla que certaines entreprises importantes jouaient parfois sur la possibilité d'insérer de semblables clauses



الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة في الاختصاص المحلي:

طبقاً للمادة [ 1 R600-1a1 ] من قانون التجارة ، فإن المحكمة المختصة محلياً بنظر الإجراءات المنصوص عليها في الكتاب السادس من الجزء التشريعي من القانون المذكور، المتعلقة بالإجراءات الجماعية، كالتسوية والتصفية القضائية للشركات المتعثرة ، يكون للمحكمة التي يقع في دائرتها مقر شركة أو منشأة المدين، إذا كان شخصاً معنوياً ، وفي حالة عدم وجود مركز الإدارة الرئيسي في الإقليم الفرنسي، ينعقد الاختصاص محلياً للمحكمة التي يقع فيها مقر فرع الشركة في فرنسا.

أما إذا كان المدين شخصاً طبيعياً فإن المكان الذي يباشر فيه نشاطه يُعد موطناً بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو هذا النشاط. وقد عالج المشرع في الفقرة الثانية من المادة المذكورة ، حالة تغيير المركز الرئيسي للشركة بعد انعقاد الاختصاص محلياً للمحكمة التي كان يقع فيها مقر المركز الرئيسي للشركة، تظل هذه المحكمة مختصة وحدها بنظر الإجراءات الجماعية المتعلقة بالشركة، طالما حدث التغيير خلال ستة شهور من انعقاد الاختصاص للمحكمة، ويتم بدء احتساب الميعاد من تاريخ هذا التعديل أو التغيير في مقر المركز الرئيسي للشركة في سجل التجارة والشركات.<sup>(1)</sup>

إذا كان المشرع وفقاً للمادة المذكورة حدد مفهوم الموطن الذي يتم على أساسه تحديد المحكمة المختصة محلياً بنظر الإجراءات الجماعية ، إلا أنه نظراً لجسامة وخطورة الإجراءات الجماعية والتي يتحدد على ضوءها مصير الشركة

---

pour obliger leur clients à se déplacer en cas de litige, avec le secret espoir que cette gêne les dissuaderait de défendre leur droit en justice".

Roger perrot: Institutions judiciaires, 12<sup>éd</sup> 2006, p 428 n°532.

<sup>1</sup> ) Art. R600-1a1 2 C.Com." toutefois, en cas de changement de siège de la personne morale dans les six mois ayant précédé la saisine du tribunal, le tribunal dans la ressort duquel se trouvait le siège initial demeure seul compétent. Ce délai court à compter d'l'inscription modificative au register du commerce et des sociétés du siège initial".

أو المنشأة المتعثرة، فإنه ليس كل محكمة مختصة محليا على النحو السابق ،  
تتظر الإجراءات الجماعية ، ولكن هناك محاكم تجارة بعينها يعقد لها  
الاختصاص بنظر الإجراءات الجماعية دون غيرها من محاكم التجارة الأخرى  
المختصة محليا بنظر هذه الإجراءات وفقا للمادة السابقة ، ويتم تحديد هذه  
المحاكم بموجب مرسوم من مجلس الدولة، إذ يحدد المرسوم المحكمة أو  
المحاكم المختصة في كل منطقة بنظر الإجراءات الجماعية ، وكذلك النطاق  
المحلي أو المكاني لممارسة اختصاصها عملا بالمادة 1-610L من قانون  
التجارة<sup>(١)</sup>

وبالتالي قد يمتد اختصاص هذه المحكمة محليا بالنظر في الإجراءات  
الجماعية المتعلقة بالشركات أو المنشآت المتعثرة التي تتبع في الأصل محليا  
لمحكمة تجارية أخرى، ويعد هذا الاختصاص اختصاص حاجز تستأثر به  
بعض محاكم التجارة دون غيرها من محاكم التجارة الأخرى، المختصة محليا  
بحسب الأصل بنظر هذه الإجراءات ، فهو اختصاص على سبيل الاستثناء  
والانفراد لا تشاركها فيه المحاكم المختصة محليا بحسب الأصل.

## المبحث الثاني الاختصاص الموضوعي

تمهيد:

لا شك أن ذاتية واستقلال القانون التجاري هو الذي دعا إلى إنشاء محاكم  
تجارية متخصصة في نظر المنازعات والقضايا التجارية ، والتي تولى المشرع  
بيانها في المواد 3-721 L à 6-721 L. من قانون التجارة<sup>(٢)</sup> ، وبالتالي إذا  
كان النزاع ذا طابع تجاري فإن محكمة التجارة تختص بنظره على سبيل  
الاستثناء والانفراد، مهما كانت قيمة الطلب القضائي محل النزاع، وإن كان من

1) Art. L610- 1 C.Com " un décret du conseil d'Etat determine, dans chaque departement , le tribunal ou les tribunaux appelés à connaître des procédures prévues par le présent livre , ainsi que le ressort dans lequel ces tribunaux exercent les attributions qui leur sont dévolues".

2) Créé par ordonnance n° 2006 673 du 8 juin 2006 – art 2, JORF 9 juin 2006.

الأهمية بمكان معرفة قيمة الطلب لتحديد مدى قابلية الحكم للطعن بالاستئناف من عدمه.

حدد المشرع في المادة 3-721 L من قانون التجارة الضوابط الواجب توافرها لانعقاد الاختصاص لمحاكم التجارة ، حيث تختص بالفصل في المنازعات التالية:

٢- المنازعات المتعلقة بالالتزامات بين التجار ، وبين المنشآت المصرفية أو بين بعضهم البعض

Des contestations relatives aux engagements entre commerçants, entre établissements de crédit ou entre eux

٣- المنازعات المتعلقة بالشركات التجارية:

Contestations relatives aux sociétés commerciales

٤- المنازعات المتعلقة بالأعمال التجارية بين كافة الأشخاص:

Contestations relatives aux actes de commerce entre toutes personnes

ورغم أن المشرع حدد اختصاص محاكم التجارة في الفصل في المنازعات التجارية على النحو السابق إلا أن تكييف المنازعة بكونها متعلقة بعمل تجاري من عدمه ليس بالأمر السهل (١) فهل العبرة بالنظر إلى شخص من يمارس التصرف القانوني أم بطبيعة التصرف ذاته ؟ هل يعد العمل تجارياً لكونه صادراً من تاجر بغض النظر عن طبيعة هذا العمل. أم يشترط أن يكون العمل ذاته عملاً تجارياً ؟

يبدو أن المشرع جمع بين المعيارين معا. (٢)

المعيار الأول: اختصاص محكمة التجارة بالنظر إلى مهنة من يمارس التصرف القانوني

La Compétence tenant à la nature commerciale de la profession exercée

1) F.X.Vincensini, la commercialité (Recherche sur l'identification d'une activité), thèse Aix- Marseille 111, 1998.

2) Loïc cadiet Droit judiciaire privé , 3 éd, litec 2000, p. 215.

ينعقد الاختصاص للمحكمة التجارية إذا كانت المنازعة متعلقة بالالتزامات القائمة بين التجار أو بين المنشآت المصرفية أو بين بعضهم البعض، وكذلك المنازعات القائمة بين الشركاء في شركة تجارية.

#### ١- المنازعات بين التجار:

تختص المحكمة التجارية بالفصل في المنازعات بين التجار سواء كانت أشخاص طبيعية Physiques أو معنوية morales الناتجة عن الالتزامات المتعلقة بعملهم التجارى أيا كان مصدر هذا الالتزام إتفاق أم عرف وكذلك التعهدات المتنازع في شأنها ومن هذه الالتزامات أن تراعى قواعد المنافسة القائمة بين التجار، ومن ثم إذا خرجت عن تلك القواعد تعد منافسة غير مشروعة ويمكن رفع دعوى بشأنها أمام محكمة التجارة<sup>(١)</sup>، ولاعتبار المنازعة القائمة بين التجار ذات طبيعة تجارية يتعين أن تتوافر فيها الضوابط التالية :

- أن تكون المنازعة متعلقة بالتجارة، وبالتالي يخرج عن اختصاص المحكمة النزاع الناشب بين التجار إذا كان محل النزاع ذات طبيعة مدنية مثل تأجير منزل لقضاء الأجازات La Location d'une maison pour les vacances إذ يدخل في اختصاص المحكمة المدنية<sup>(٢)</sup>
- يحمل كل من طرفى النزاع صفة التاجر Qualité de commerçant وبالتالي إذا لم يكن الطرفان تاجرين ، فإن الدعوى تخرج عن نطاق اختصاص محكمة التجارة<sup>(٣)</sup>، أما بالنسبة للتصرفات ذات الطبيعة المختلطة التى تيرم بين تاجر وغير تاجر<sup>(٤)</sup>، فإنها تخضع لنظام خاص ، فإذا كان التصرف مدنياً من جانب المدعى وتجارياً من جانب المدعى عليه، فللمدعى

1) La concurrence déloyale est un contentieux important du tribunal de commerce Paris , 20 mars 1996: D.1996 infrap 109.

2) Loic cadiet : Droit judiciaire privé: 5éd , litec2006.

3) Cass. Com. 4 oct. 1994 : J.C.P.1994 , IV , 2395.

4) من التصرفات المختلطة المشاعة عملاً: عقود الاستهلاك Contrats de la consommation

الخيار فى رفع الدعوى أمام المحكمة المدنية أو التجارية بينما لا يملك الطرف الآخر إلا رفع الدعوى أمام المحاكم المدنية.<sup>(١)</sup>  
أخرج المشرع طائفة من الأعمال التجارية من اختصاص المحاكم التجارية رغم كونها تجارية بالنظر إلى مهنة من يمارسها وعهد بها إلى المحكمة الابتدائية، ومن هذه الأعمال: المنازعات المتعلقة بالملكية الصناعية، براءات الاختراع Les brevets d'invention ، حيث تختص المحكمة الابتدائية بالفصل فى القضايا والمنازعات الناجمة عن تلك الأعمال.<sup>(٢)</sup>  
كما تختص المحكمة الابتدائية بالفصل فى دعاوى التعويض الناجمة عن الاضرار من الحوادث المتعلقة بالنقل البرى Circulation terrestre تطبيقاً لقواعد المسؤولية التصيرية مهما كان الغرض من النقل حتى لو كان بمناسبة عملية تجارية كنقل البضائع.<sup>(٣)</sup>

## ٢- المنازعات القائمة بين الشركاء:

تختص المحاكم التجارية بالفصل فى المنازعات الناشئة بين الشركاء بسبب الشركة التجارية ، مثل الدعوى التى يرفعها شريك على شريك آخر فى الشركة للمطالبة بالأرباح Les dividendes ، وبصفة عامة تختص محاكم التجارة بالفصل فى القضايا والدعوى المتعلقة بتنظيم وتوظيف الشركة وكذلك حل الشركات التجارية La dissolution des sociétés commerciale

<sup>1</sup>) Cass. Civ. 4 nov 1863: D. p.63, 1, 473; cass. Req. 23 nov. 1901, S. 1903 , 1,9 note Naquet; cass com.6 juillet 1960 : Bull civ , 111n° 279 Paris.30 avril : 1997 procédures 1998 n°6 , obs croze.

<sup>2</sup>) L.312-2 COJ (Ancien) décr, n°79 – 391 du 14 mai 1979: les tribunaux de grande instance appelés à connaître des actions en matière de brevets d'invention par application de la loi n°68- 1 du 2 janv. 1968 et les actions civiles en matière d'obtentions végétales par application de la loi n°70-489 du 11 juin 1970 sont déterminés par un décret pris sur le rapport du garde de sceaux, ministre de la justice.

<sup>3</sup>) Art: R311-4 COJ "... les tribunaux de grande instance sont seuls compétents, en dernier ressort , ou à charge d'appel , selon le cas, pour connaître de toute action en responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle tendant à la réparation des dommages de toute nature causés par un véhicule quelconque"

أما المنازعات المتعلقة بالتنازل عن حصص أو أسهم الشريك أو المساهم في الشركة فإنها لا تدخل في اختصاص المحاكم التجارية بصفة عامة ، لأنه ليس بالضرورة أن يكن المتنازل تاجراً، إذ يعد التنازل عملية شخصية بين المتنازل والمتنازل إليه، ومع ذلك ينعقد الاختصاص للمحاكم التجارية بنظرها ، إذا كان التنازل عن الحصة يمنح أو يخول المتنازل إليه مساهمة أكبر تتمثل في التنازل عن الرقابة<sup>(١)</sup> Cession de Contrôle شريطة أن يحمل الأطراف صفة التاجر<sup>(٢)</sup> ، كما يدخل في اختصاص محاكم التجارة الفصل في المنازعات المتعلقة بائتمراط عدم المناقسة الوارد في عقد التنازل المبرم بين المتنازليين عن الأسهم للمديرين في شركة المساهمة<sup>(٣)</sup>

**المعيار الثاني:** اختصاص محكمة التجارة بالنظر إلى الطبيعة التجارية للتصرف المبرم

وفقاً لنص المادة 3-3- L721 من قانون التجارة تختص المحكمة التجارية بالفصل في المنازعات المتعلقة بالأعمال التجارية المبرمة بين كافة الأشخاص. ويعد العمل تجارياً بالنظر إلى موضوع أو محل التصرف ذاته أو من حيث شكل التصرف نفسه، ومن قبيل الأعمال التجارية كل شراء غلال أو بضائع لأجل بيعها بعينها أو بعد تهيئتها بهيئة أخرى، أو لأجل تأجيرها للاستعمال ، وكل مقاوله أو عمل يتعلق بالمصنوعات، أو التجارة بالعمولة، أو النقل براً وبحراً ، وأيضاً كل عمل متعلق بالكمبيالات Lettre de change أو الصرافة،

<sup>1</sup>) Le tribunal de commerce connaît des billets à ordre portant en même temps des signatures de commerçant et non- commerçants, toutefois il est tenu de renvoyer au tribunal de grande instance s'il en est requis par le défendeur lorsque les billets à ordre ne portent que des signature de non- commerçants et nont pas pour occasion des opérations de commerce trafic, change, banque ou courtage Versailles, 11 sept. 1998: J.C.P. 1999, 1, 134, n° 5 obs.Viandieret caussain.

<sup>2</sup>) Cass.com., 11 Juill 1988: gaz. Pal 1989, somm162 obs .Guinchard et Moussa: R.T.D com 1989, 250, obs champaud (ex. Clauses de rachat d'actions).

<sup>3</sup>) Cass .com., 10 juill 2007, n°66 – 16 – 548, FSP.B. L R., Malquin c/ Anfray: Juris – Data n° 2007- 040138 (CA Versailles, 27 avr. 2006: J.C.P. éd général n° 38 19 sept 2007 panora juris. 2758 p.44.

أو السمسرة ، وجميع السندات الإذنية سواء كان من أمضاها، أو ختم عليها تاجراً أو غير تاجر، إلا أنه يشترط في الحالة الأخيرة أن يكون تحريرها مترتباً على معاملات تجارية عملاً بالمادة 1-4-721 L من قانون التجارة ، وبالتالي إذا لم يكن تحريرها بمناسبة معاملات تجارية أو مترتباً عليها، فإن محكمة التجارة ملزمة بإحالة الدعوى إلى المحكمة الابتدائية، إذا ما طلب المدعى عليه ذلك، عملاً بالفقرة الثانية من المادة 4-721 L من قانون التجارة.

### إخراج بعض القضايا من إختصاص محاكم التجارة:

سلب المشرع المحاكم التجارية الاختصاص بنظر بعض الدعاوى:

١- الدعاوى المتعلقة بشركات المهن الحرة: وهى الدعاوى التى يكون أحد أطرافها شركة مؤسسة طبقاً للقانون رقم ٩٠-١٢٥٨ فى ٣١ ديسمبر ١٩٩٠ المتعلق بشركات المهن الحرة *Les Sociétés des professions Libérales* الخاضعة لنظام تشريعى أو لائعى، حيث تختص بنظر المنازعات والقضايا المتعلقة بتلك الشركات المحاكم المدنية وحدها، إذ تفصل المحاكم المدنية فى الدعوى التى يكون أحد أطراف هذه الشركة أو المنازعة القائمة بين الشركاء و"الشركة ذاتها" (١) ، وتطبيقاً لذلك قضت الدائرة المدنية الثانية بمحكمة النقض الفرنسية بنقض الحكم المطعون فيه، حيث قضت بإلغاء الحكم الصادر من محكمة الاستئناف الذى قضى بإختصاص محاكم التجارة بالفصل فى الدعوى المقامة ضد شركة المحاماة، وقد أسست محكمة الاستئناف حكمها (الملغى) على أن هذه الشركة هى شركة مساهمة أيا كانت طبيعة العمل المتعلق بالنزاع ، ومن ثم فإن الشكل أضفى الصفة التجارية على العمل بغض النظر عن طبيعته المدنية. (٢)

(١) وإن كان المشرع قد عهد للمحاكم الابتدائية وحدها الاختصاص بنظر القضايا المتعلقة بهذه الشركات إلا أن ذلك لا يمنع من اتلاق الشركاء فى اللاحة المنظمة للشركة على عرض ما ينشأ من منازعات بسبب تلك الشركة على التحكيم بدلا من القضاء ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 5-721 L من قانون التجارة.

(٢) *La deuxième chambre de la cour de cassation a jugé que viole l'art 631-1 C.com devenu art .L.411-6 G.O.J. "la cour d'appel qui pour retenir la compétence du tribunal de commerce pour une action intentée contre une société d'avocats, énonce que, celle - ci*

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة باريس التجارية باختصاص المحكمة الابتدائية وحدها بإجراءات التسوية القضائية لشركة المحاماة الخاضعة لقانون شركات المهن الحرة<sup>(١)</sup> كما يدخل في اختصاص المحاكم المدنية بنظر المنازعات القائمة بين الشركاء في هذه الشركات ما لم يتفق الشركاء في اللائحة أو النظام القانوني الذي يحكم هذه الشركات لعرض منازعاتهم على التحكيم في حالة نشوب منازعة بينهم متعلقة بالشركة<sup>(٢)</sup> عملاً بالمادة 2-5al- L721 من قانون التجارة.

٢- الدعاوى المتعلقة ببيع المحاصيل الزراعية والمقامة ضد مالك الأرض الزراعية أو المزارعين، وكذلك الدعاوى المرفوعة ضد التاجر لالزامه بدفع ثمن المحصول والبضائع المشتراه من أجل الاستعمال الشخصي، وبالتالي إذا كانت السندات المحررة من قبل التاجر متعلقة بتجارته فإنها تندرج في اختصاص محكمة التجارة عملاً بالمادة 6-L721 من قانون التجارة.

ونرى أن هذه الطائفة من الدعاوى التي أخرجها المشرع من نطاق اختصاص محاكم التجارة لا تعد استثناءات على الضوابط التي سنّها المشرع لاعتبار العمل تجارياً سواء بالنظر إلى طبيعة أو شكل العمل ذاته، وشركات

---

étant une société anonymes quelle que soit la nature des actes auquel le litige se rapporte, " la forme imprime sa commercialité a son activité" celle – ci serait –elle civile par nature".

Cass. Civi<sup>2</sup> 6 mai 1997: Bull civ 1, n°128 , D1998 . somm186, obs , Hallouin; Paris 20 déc 1994 : JCP 1999 II .22524 , note Daigre.

<sup>1</sup> ) "Il résulte de la combinaison des art 631-1 [L.411-6 COJ] et 7 de la Loi n°85-98 du janv. 1985) C.com. art L.621-5 et Art 7 al 3,L. n°85 – 98 du 25 janv.1985. que la compétence pour ouvrir une procédure de redressement judiciaire à l'égard d'une société d'exercice libéral d'avocat à forme anonyme est exclusivement attribuée au TGI" Paris , 6 juill, 1994 : D1994, IR.199.

== كما قضت محكمة التجارية بباريس بعدم اختصاصها بنظر المنازعات المتعلقة بحقوق وامتيازات مهنة المحاماة

"Le tribunal de commerce n'est pas compétent pour connaître des litiges relatifs aux droits et prérogatives de la profession d'avocat". Paris , 29 oct .1997 : D.Affaires 1998 26 , obs V.A.R

<sup>2</sup> ) Cass. Com.5 oct. 1999: Bull civ. IV, n°156; Dalloz 1999 AJ. 99 obs MB.



المهن الحرة ذات طبيعة مدنية مثل شركة أو مؤسسة الحمامة فهي تقدم خدمات لأعضائها وإن اتخذت شكل شركة تجارية مثل شركة المساهمة.

أما فيما يتعلق ببيع المحاصيل الزراعية، فقد أخرج المشرع هذه الطائفة من الدعاوى لأن الغرض من البيع ليس التجارة، ولكن كمورد رزق سواء لمالك الأرض أو المزارعين، ومن ثم انتفت عن العمل الصفة التجارية، وكذلك فيما يتعلق بالمنازعات المتعلقة بالتزامات التاجر بأداء ثمن المحصول أو البضائع المشتراه فهي ليست بغرض الاتجار فيها ولكن من أجل الاستعمال الشخصي، ومن ثم إذا خرجت عن هذا النطاق وكانت من أجل التجارة فإنها تندرج في اختصاص المحاكم التجارية.

اختصاص محكمة التجارة بنظر الدفوع المثارة أمامها "قاضى الدعوى هو قاضى الدفع"

تختص المحكمة التجارية بنظر الدفوع التى تثار أمامها بمناسبة نظرها للقضية المعروضة عليها تطبيقاً للقاعدة القانونية بأن قاضى الدعوى هو

قاضى الدفع Le juge de l'action est le juge de l'exception

إلا أنه يخرج عن نطاق تطبيق هذا المبدأ الدفع الذى يثير مسألة خارج نطاق اختصاص المحكمة التجارية، وهى المسائل الأولية les questions préjudicelle التى تدخل فى اختصاص جهة القضاء الإدارى أو Juridiction administratvaive أو القضاء الجنائى Pénales أو المحاكم المدنية civiles مثل دعاوى الملكية العقارية propriété immobiliere

وتطبيقاً لذلك يتعين على محكمة التجارة فى حالة إبداء أحد الخصوم دعواً يثير موضوعاً يخرج عن اختصاصها أن توقف الفصل فى الدعوى المنظورة حتى تفصل المحكمة المختصة فى هذه المسألة الأولية بإصدار حكم فيها<sup>(١)</sup>، ويتعين أن يكون الفصل فى هذه المسألة الأولية أمراً لازماً وضرورياً

<sup>١</sup> وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التجارة بوقف الفصل فى الدعوى حتى تفصل المحكمة المختصة فى الدفع المثار من أحد الخصوم والذى يندرج فى اختصاص المحاكم الصلابة والمتعلق بمخالفة الشرط الوارد فى العقد الالتزام بعدم المنافسة.

"L'action dirigée contre une société commerciale Fondée sue la complicité de celle – ci dans la violation par un ancien salarié d'une clause de non- concurrence , relevant de la compétence du tribunal de commerce, suppose que soit tranchée la question

حتى تتمكن محكمة التجارة من الحكم في الدعوى المنظورة أمامها ، وبالتالي إذا كان الدفع المثار يفتقر إلى الجدية وغير مؤثر في الدعوى ولم يكن إلا بهدف التسوية والمماطلة *un but dilatoire sans fondement serieux* المحكمة غير ملزمة بوقف الدعوى ، وإنما تطرح الدفع جانبا وتسير في الدعوى<sup>(١)</sup>

اختصاص محاكم التجارة بنظر الدعاوى الفرعية " قاضى الأصل هو قاضى الفرع "

وفقا للمادة ١/٥١ من قانون المرافعات المدنية تختص المحكمة الابتدائية بالفصل في كافة الطلبات الفرعية التي لا تندرج في اختصاص حصري لمحكمة أخرى.

باعتبار أن المحكمة الابتدائية هي المحكمة ذات الولاية العامة فإنها تختص بنظر كافة الطلبات العارضة المثارة أمامها سواء كان طلباً مقابل *reconventionnelle* أو إضافياً *additionnelle* أو تدخل *intervention* طالما لا يدخل في اختصاص محكمة أخرى أسند المشرع إليها على سبيل الحصر نظر هذه المسألة موضوع الطلب.

بخلاف المحاكم الابتدائية لا تفصل المحاكم الاستثنائية أو المتخصصة في الطلبات الفرعية إلا إذا كانت تدخل في نطاق اختصاصها الموضوعي م ٢/٥١ مرافعات وتطبيقاً لتلك القاعدة قضت محكمة باريس التجارية حال نظرها دعوى إلزام بأداء دين تجارى بعدم اختصاصها بالفصل في الطلب المقابل المتعلق بخفض رسوم قيد الرهن إذ يندرج هذا الطلب في اختصاص المحكمة الابتدائية.<sup>(٢)</sup>

---

**préalable de la violation de la clause de non- concurrence la quelle relève de la compétence exclusive de la juridiction prudhomale".**

Com.6 mai 2003: Bull. civ.IV, n°67, Dr.sociétés n°2004, n°18.

<sup>1</sup>) Jean calais – Auloy, compétence de Tribunaux de commerce, juris –classeur, éd. Techniques, 1991, fasc. 145, n°67.

<sup>2</sup>) "Le tribunal de commerce saisi d'une demande en paiement ne peut- il statuer sur une demande reconventionnelle en réduction d'inscription hypothécaire qui ressortit à la compétence du tribunal de grande instance" Paris, mai 1982: Gaz.pal, 1982, 1, somm. 166.

ومن للتطبيقات القضائية الأخرى أمام محكم التجارة

على هذا لا تختص المحكمة التجارية بالفصل في الدعاوى الفرعية أو الطلبات العارضة ما لم تكن تدخل في اختصاصها بحسب الأصل . وبالتالي إذا كان الطلب الفرعي لا يدخل في اختصاصها الموضوعي فإنها تفصل فقط في الطلب الأصلي وتقضى بعدم اختصاصها بالفصل في الطلب الفرعي طالما كانت الطلبات قابلة للتجزئة، وبالتالي إذا كان من غير الممكن الفصل بين الطلب الأصلي والفرعي، فإنه يتعين على المحكمة التجارية أن تحكم بعدم اختصاصها، وتحال جميع الطلبات إلى المحكمة الابتدائية باعتبارها المحكمة صاحبة الولاية العامة. (١)

ومع ذلك تملك المحاكم التجارية الفصل في الطلبات الفرعية المثارة أثناء نظر الدعوى الأصلية التي لا تدخل في نطاق اختصاصها المحلي طالما كانت داخلة في نطاق اختصاصها الموضوعي. (٢)

### المبحث الثالث

#### اختصاصات رئيس المحكمة التجارية

يحظى رئيس محكمة التجارة بجانب الصلاحيات الإدارية داخل المحكمة باختصاصات وسلطات قضائية متعددة، إذ يعد قاضياً للأمر المستعجلة، كما يختص بإصدار الأوامر على العرائض فضلاً عن كونه قاضياً مختصاً بإصدار أوامر الأداء.

أولاً: الاختصاص المنعقد لرئيس المحكمة بصفته قاضياً للأمر المستعجلة: خول المشرع بموجب المادة ٨٧٢ من قانون المرافعات المدنية رئيس محكمة التجارة سلطة الفصل في الدعاوى المستعجلة الداخلة في نطاق اختصاص محكمة التجارة إذ يعد قاضياً للأمر المستعجلة داخل المحكمة

---

Com 1<sup>re</sup> déc: 1970: bull.civ IV,n°328, Paris , 24 févr 1979 Bull ch avouée , 1979, 2.28..

<sup>1</sup>) J.Vincent et S.Guinchard, procédure civile, précis Dalloz, 21 éd 1987, n°279.

<sup>2</sup>) Loïc cadet: Droit judiciaire privé, éd , Litec 2000, p288 n°651.

التجارية مما حدا بالبعض<sup>(١)</sup> إلى اعتبار القضاء التجارى المستعجل بمثابة محكمة مخصصة لنظر المواد المستعجلة.

Cette juridiction des référés peut être considérée comme une juridiction spécialisée

وبمقتضى المادة المذكورة يمكن لرئيس محكمة التجارة - فى حدود نطاق اختصاص هذه المحكمة - أن يأمر بصفة مستعجلة باتخاذ كافة الاجراءات التى يراها ضرورية على سبيل الاستعجال ما لم يثر نزاع جدى حول الحق ذاته، كما يمكن أن يأمر بصفة مستعجلة باتخاذ إجراءات تحفظية mesures conservatoires لتوقى ضرر داهم أو محقق<sup>(٢)</sup> d'un dommage imminent أو يأمر بوقف الأعمال التى تنبئ بجلاء عن عدم مشروعيتها<sup>(٣)</sup> Cessation d'un trouble manifestement illicite رغم وجود نزاع جدى حول الحق ذاته عملاً بالمادة ٨٧٣<sup>(٤)</sup> مرافعات Et même en présence d'une contestation sérieuse. ويشترط لمنح هذه الحماية المستعجلة بصورها المختلفة أن تتوافر شروط منحها<sup>(٥)</sup>

<sup>١</sup>) Estoup: la pratique des procédures rapides, litec 1990, n°170, p137  
ومن أحكام القضائية التى أكتت على هذا المبدأ فى أحكامها:

Trib. Com seine 23 févr 1951; Gaz. pal. 1951, 2, 88; RTD com. 1952, 33 n°8, observ. G. Liet- veaux; C. com. 7 mars 1983: Bull. Civ. IV. n°95: D. 1984, infr. Rapide, 1, obsery. Derrida., C. com. 8 mars 1988 : JCP. 88 éd IV, 184.

<sup>٢</sup>) Com. 26 Févier. 1991: Bull. Civ. N°87; com. 2 févr 1993: Jcp 1993. IV. 872; Civ. 1<sup>re</sup>, 7 nov. 2000: Bull. Civ., I, n°286; D. 2001, 256 note jamin et Billiau.

<sup>٣</sup>) "Sont notamment constitutives d'un trouble manifestement illicite la publicité d'une société fondée sur la publication tronquée de l'enquête effectuée par une association de consommateurs".  
Com. 19 janv. 1988: Bull. Civ. IV, n° 44; com 9 fév. 1988: Bull civ. IV n°64.

<sup>٤</sup>) أضيفت هذه الرخصة المخولة لرئيس المحكمة التجارية بموجب المرسوم رقم ٨٧-٤٣٤ الصادر فى ١٧ يونيو ١٩٨٧.

<sup>٥</sup>) محمد على راتب : قضاء الأمور المستعجلة الطبعة الثالثة دار الفكر العربى سنة ١٩٥٢.

أن يكون الطلب وقتياً، الاستعجال أو خطر التأخير ، رجحان وجود الحق (عدم المسلس بأصل الحق).

ويملك رئيس المحكمة التجارية أن يعدل في الحكم المستعجل الصادر عنه في حالة تغير الظروف التي صدر الحكم في ظلها<sup>(١)</sup>

"En'cas de circonstances nouvelles, le président du tribunal de commerce peut modifier ses ordonnances"<sup>(٢)</sup>

وإذا كان رئيس المحكمة التجارية يختص بنظر الدعاوى المستعجلة المرفوعة بصفة أصلية فإنه يعد بمثابة محكمة تجارية متخصصة لنظر الدعاوى المستعجلة إلا أنه غير مختص بالفصل في منازعات التنفيذ المتعلقة بالأحكام والأوامر الصادرة عن المحكمة التجارية<sup>(٣)</sup> حتى ولو كانت منازعات تنفيذ وقتية.

ومن الجدير بالملاحظة أن الصلاحيات المخولة لرئيس المحكمة التجارية في المواد المستعجلة والمنصوص عليها في المادتين ٨٧٢ و ٨٧٣ مرافعات مدنية لا تتسم بالخصوصية، لأنها تتطابق إلى حد كبير مع المواد المنظمة لمنح الحماية المستعجلة بصفة عامة، والمنصوص عليها في المواد ٤٨٤ : ٤٩٢ مرافعات مدنية، فضلا عن أنها تتماثل مع السلطة المخولة لرئيس المحكمة الابتدائية، سواء كان في حالات الاستعجال العادي Référé

---

أمنية التمر: مناط الاختصاص والحكم في الدعاوى المستعجلة رسالة جامعة الإسكندرية ١٩٦٧ بند ٧٣.

أحمد مسلم: أصول المرافعات التنظيم القضائي - دار الفكر العربي طبعة ١٩٦٩ ص ٢٤٢ بند ٢٢٧.

وحدى راغب : نحو فكرة عامة للقضاء الوقتي في قانون المرافعات - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - ١٩٧٣ - العدد الأول ص ٢٤.

ومن الأحكام القضائية التي منحت هذه الحماية إذا توافرت شروطها

Cass.7 mars 1995: Bull.CIV.IV, n°67; com .26 n°v. 2002: Bull. CIV.IV n° 180.

<sup>1</sup> راجع ٤٨٨م مرافعات التي تنص صراحة على أن الأحكام المستعجلة لا تحوز حجية الأمر المقضي ومن ثم فإن الحكم المستعجل بمثابة حكم شرطي واستقراره مرهون بالظروف التي صدر في ظلها .

<sup>2</sup> Com. 6 juill. 1993: Bull.civ.IV.n°288.

<sup>3</sup> "le juge des référés commerciaux n'est pas compétent pour statuer sur les difficultés d'exécution de ses propres décisions".

Cass.civ II, 8 juin 1977: Bull.civ n°149: D.1978, InF.rap. 156, obs. Julien; Cass. Com. 21 janv. 1992: Bull. civ. IV . n°31,J.C.P.1992 , 1,3629, n°8,obs. Cadiet.

ordinaire<sup>(١)</sup> أو حالات الاستعجال الخاصة<sup>(٢)</sup> Référé spéciaux وكان رئيس محكمة التجارة لا يملك المكنة التي خولتها المادة ٨١١ مرافعات مدنية<sup>(٣)</sup> لرئيس المحكمة الابتدائية، والتي تنص على أنه يمكن لرئيس المحكمة بناء على طلب أحد الخصوم، إذا وجد ما يبرر الاستعجال أن يحيل على وجه السرعة الدعوى إلى جلسة يحدد تاريخها للفصل في الموضوع من قبل المحكمة بتشكيلها الجماعي مع مراعاة إمهال المدعى وقتاً كافياً لتحضير أوجه دفاعه، ولا شك أن الرخصة الممنوحة لرئيس المحكمة الابتدائية، تعد وسيلة لا يمكن الفصل في الدعوى الموضوعية على وجه السرعة، وذلك في الحالات التي لا يملك فيها رئيس المحكمة أن يفصل فيها بصفته قاضياً للأمر المستعجل<sup>(٤)</sup>، إلا أنه بموجب المادة ٧٤ من المرسوم رقم ٢٠٠٥ - ١٦٧٨ الصادر في ٢٨ ديسمبر ٢٠٠٥ والذي تم العمل به اعتباراً من أول مارس ٢٠٠٦ أصبح لرئيس المحكمة التجارية ذات الرخصة المخولة لرئيس المحكمة الابتدائية، ولا شك أن تلك المكنة تتيح لرئيس المحكمة التجارية، عند التحقق من المبررات التي ساقها الطالب في طلبه من إحالة الدعوى لتتظر في جلسة يحدد موعدها ليفصل فيها أمام المحكمة بتشكيلها الجماعي على وجه السرعة، مما يسهم في تحقيق عدالة ناجزة وسريعة<sup>(٥)</sup>.

<sup>١</sup> ( المادة ٨٧٢ وتقبلها المادة ٨٠٨ مرافعات المدنية .

<sup>٢</sup> ( المادة ٨٧٣ وتقبلها المادة ٨٠٩ مرافعات مدنية.

<sup>٣</sup> ( راجع المادة ٨١١ مرافعات مدنية والتي أدرجت ضمن نصوص القانون بموجب المرسوم رقم ٩٨ - ١٢٣١ الصادر في ٢٨ ديسمبر ١٩٩٨ وتم العمل به اعتباراً من أول مارس ١٩٩٩.

<sup>٤</sup> Racine . Mélanges julien, Edilaix, 2003, p. 354" Technique de la passerelle".

<sup>٥</sup> ( كانت مسألة إمكان تطبيق حكم المادة ٨١١ مرافعات مدني أمام محاكم التجارة مثار جدل كبير بين مؤيد ومعارض إلا أن تم حسم هذا الخلاف الفقهي والقضائي في هذا الشأن بصدور المرسوم المذكور أعلاه وتخويل رئيس المحكمة التجارية هذه الرخصة صراحة شريطة التحقق من المبررات التي ساقها الخصم في هذا الشأن حتى لا يكون وسيلة للتحليل على الطرق التي نظمها المشرع لرفع الدعوى الموضوعية.

Cass. Civ 2<sup>e</sup>, 3 avr. 2003: Bull. civ.II n°95; D.2003, IR.1266; RID civ.2003.545, obs .perrot; procédures 2003. comm. 136, note perrot; Dr. et proc.2003.295, note Vinckel; JCP 2003. IV. 1972.

ثانياً: الاختصاص المنعقد لرئيس المحكمة التجارية بصفته قاضياً  
للأمور الوقتية :

يختص رئيس محكمة التجارة بإصدار الأمر على عريضة فى الحالات  
التي ينص فيها القانون على ذلك عملاً بالمادة ٨٧٤ مرافعات مدنية ، كما يمكن  
أن يصدر أمراً على عريضه فى حدود اختصاص محكمة التجارة بكافة  
الإجراءات الوقتية، إذا كانت الظروف تتطلب الأيتم الإجراء فى مواجهة  
الخصوم تطبيقاً لنص المادة ٨٧٥ مرافعات مدنية.  
وعلى ذلك فإن رئيس محكمة التجارة يمكن أن يصدر الأمر على عريضة فى  
حالتين:

(١) الحالات المحددة بنص القانون<sup>(١)</sup>: وهذه الحالات منصوص عليها فى  
قانون التجارة ومنها:

- ما نصت عليه المادة ٩٣ من قانون التجارة المعدلة بموجب القانون رقم ٢٣  
مايو ١٨٦٣ ، والقانون الصادر فى ١٨ اكتوبر ١٩٤٥ والمتعلقة بالرهن  
التجارى *le gage commerciales*.
- ما نصت عليه المادة ١٠٦ من قانون التجارة المعدلة بالقانون الصادر فى  
١٢ فبراير ١٩٢٧ ، والمتعلقة بعقود نقل البضائع *le contrat de*  
*transport de marchandises*.
- المادة ٦٤ من المرسوم الصادر فى ٢٣ مارس ١٩٦٧ والتي تخول رئيس  
محكمة التجارة إصدار الأمر على العرائض لتعيين مأمور حسابات أو  
خبير من الخبراء المقيدىن فى القائمة المعدة لذلك من قبل المحاكم، وكذلك  
الحالات المنصوص عليها فى المواد ٨١ ، ١٠٥ ، ٢٣٩ ، ٢٤٧ من  
المرسوم السابق.
- ما نصت عليه المادتان ٦٩ بموجب القانون رقم ٩١ - ٦٥٠ الصادر فى ٩  
يوليو، والمادة ٢١١ من المرسوم رقم ٩٢ - ٧٥٥ الصادر فى ٣١ يوليو  
١٩٩٢ ، والذي أدرج من بين نصوص مواد إجراءات التنفيذ المدنية الذى

<sup>١</sup>) Yvon Desdvises, Tribunal de commerce- juris- classeurs 1992, fasc , 415 p.12n<sup>90</sup> conférence générale des Tribunaux de commerce, Gaz. Pal . Vendredi: 16, samedi, 17 juin 1995, le juge unique en matière commerciale. Bilan et Perspectives. P.8. Rapport de Michel Armand- provost p8: 13 spéc p.11.

يخول رئيس محكمة التجارة - استثناء على القاعدة العامة التي تخول قاضي التنفيذ غير - اصدار أمراً بإجراء تحفظ على أموال المدين لمصلحة الدائن قبل رفع الدعوى إذا كانت داخلة في نطاق الاختصاص الموضوعي لمحكمة التجارة<sup>(١)</sup>.

٢) الحالات التي يرجع لرئيس محكمة التجارة تقدير توافر الشروط التي نص القانون عليها لإمكان إصدار الأمر على العريضة (حالات جوازية داخلة في نطاق السلطة التقديرية).

طبقاً للمادة ٨٧٥ مرافعات لرئيس المحكمة التجارية اصدار أمر على عريضة إذا كانت الظروف تبرر اصدار الأمر في غيبة الخصم ودون علمه، فما هي الشروط الواجب توافرها لإصدار الأمر على عريضة؟  
- أن يلتمس الطالب استصدار أمر على عريضة يطلب فيه إجراء وقتي.  
- أن يكون الإجراء الذي يطلبه الخصم داخل في حدود اختصاص محكمة التجارة بمعنى أن يكون متعلقاً بالتجارة سواء بالتاجر أو بالتصرفات التجارية.....

---

1) Benezra: " Les pouvoirs du président du tribunal de commerce en matière de mesures conservatoires dans le cadre de la loi du 9 juill 1991": Gaz.pal. 22 mai 1993 doct; Rouger, " le rôle du président du tribunal de commerce" les petites officines, 6 janv. 1993 , p.57

وتطبيقاً لذلك راجع ما نصت به محكمة chambéry الابتدائية الصادر في ١٥ يوليو ١٩٩٣.

T.G.I.chambéry, 15 juin 1993: Rev. huiss. 1993. 1251 "Lorsqu'une instance au fond est en cours. seul le juge d'exécution peut autoriser une mesure conservatoire et tout autre juge doit relever d'office son incompetence, il y a donc lieu d'ordonner la main levée d'une saisie conservatoire tendant à la conservation d'une créance commerciale ordonnée par le président du tribunal de commerce dans l'ignorance de l'existence d'une instance pendante au fond".



- أن يبدى الطالب فى العريضة الظروف التى تبرر اتخاذ الإجراء المستعجل فى غيبة الطرف الآخر، مثل الحجز أو الإجراءات التحفظية، لأن الغرض من هذا الإجراء أن يتم بغنة أو مفاجأة للخصم حتى يكون الإجراء فاعلاً<sup>(١)</sup> ولا شك أن تقدير أمر الاستعجال وتوافر الظروف التى تتطلب أن يتم اتخاذ الإجراء فيه دون مراعاة مبدأ المواجهة يدخل فى نطاق سلطة القاضى التقديرية.

وتعد سلطة رئيس المحكمة التجارية فى هذا النطاق استثناءً<sup>(٢)</sup> على القاعدة العامة بشأن إصدار الأوامر على العرائض من الحالات التى ينص عليها القانون فى المادة ٨٧٤ مرافعت مدنية.

### إجراءات استصدار الأمر على عريضة:

يخضع الطلب للقواعد العامة بشأن الأوامر على العرائض المنصوص عليها فى المادة ٤٩٤ مرافعات ومن ثم يتعين أن يتم تقديم الطلب على النحو التالى:

- يقدم الطلب من نسختين. en double exemplaire.
- يتعين أن يكون مسبباً ومبيناً فيه الوقائع التى يستند إليها الطالب فى طلبه.
- يجب أن يتضمن الطلب بياناً واضحاً بالمستندات المدعمة عملاً بالمرسوم رقم ٨٩-٥١١ الصادر فى ٢٠ يوليو ١٩٨٩.<sup>(٣)</sup>

<sup>1</sup> ) "Les mesures urgentes prévues par l'art 875 ne peuvent être ordonnées que lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement".

Com. 26 janv. 1999: Bull. Civ. N°28; R.T.D. civ 1999 463, obs. Perrot; Dalloz 1999 somm.213 obs.julien.

<sup>2</sup> ) Estoup. La pratique des procédures rapides, litec. 1990, n° 295. "ويرى البعض أن هذه المادة تعد استثناءً على الأصل العام وتهدف أساساً إلى الأمر بإجراءات المعايمة التى تجريها الموقوف العلم.

"L'art. 875 sont assez exceptionnelles et se bornent pour l'essentiel à ordonner des mesures de constatations pour un officier ministériel".

<sup>3</sup> ) تم بموجبه تعديل المادة ٤٩٤ مرافعات مدنية وتم العمل بها اعتباراً من ١٥ سبتمبر ١٩٨٩.

• في حالة الاستعجال يمكن تقديم العريضة إلى رئيس المحكمة في منزله أو في المكان الذي يمارس فيه نشاطه التجاري *activité professionnelle* عملاً بالمادة ٨٧٦ مرافعات مدنية. ويمكن للطالب أن يقدم العريضة بنفسه أو من ينوب عنه (١) ويجب على القاضي أن يصدر الأمر مسبباً، ويكون الأمر قابلاً للتنفيذ بمجرد صدوره بموجب مسودته. (٢)

ثالثاً: اختصاص رئيس محكمة التجارة بإصدار أوامر الأداء: يختص رئيس محكمة التجارة بإصدار أوامر الأداء في حدود نطاق اختصاص المحكمة التجارية (٣)، وبالتالي يمكن الالتجاء إليه في حالة توافر شروطه لتحصيل الديون التجارية *recouvrement des créances commerciales* وتطبق على أوامر الأداء أمام المحكمة التجارية القواعد المنصوص عليها في المواد ١٤٠٥ حتى ١٤٢٥ مرافعات مدنية، حيث أنها لا تحظى بخصوصية معينة فيما عدا أمرين هما (٤):  
الأمر الأول: المعارضة في أمر الأداء الصادر من رئيس محكمة التجارة بجرى أمام هيئة المحكمة بتشكيلها الجماعي وتختلف في ذلك عن المعارضة في أمر الأداء الصادر من المحكمة الجزئية الذي يتم أمام القاضي الذي أصدره.

الأمر الثاني: مصاريف استصدار أمر الأداء يدفعها الدائن مقدماً ويقوم بإيداعها قلم الكتاب خلال ١٥ يوم على الأكثر من تقديم العريضة ويترتب على

1) Yvon Desdevises, Tribunal de commerce, juris – classeurs, fasc. 415, n°120, p15.

2) Art : 495 N.C.P. Civ " L'ordonnance sur requête est motive . Elle est exécutoire au seul vu de la minute."

ومن تطبيقات القضاء في هذا الصدد :

"Cass . civ 1<sup>re</sup>, 15 déc . 1976, J.C.P. 1978, 11, 18874 , note Thuillier  
" cass . civ 2<sup>e</sup>. 7 n°v. 2002: Bull civ.11 n°247, D. 2002 IR. 3188.  
RTD civ 2003, 143 obs perrot.

3) Selon l'art. 1406 N.C.P. civ "La demande est portée ..... devant le président du tribunal du commerce dans la limite de la compétence d'attribution....".

4) Loïc cadiet: Droit judiciaire privé, p 779 n° 1811.

عدم مراعاة هذا الإجراء البطلان à peine de caducité أما بالنسبة للمعارضة في أمر الأداء المقدمة من المدين فإنه يبيدها بدون مصروفات عملاً بالمادة ١٤٢٥ مرافعات مدني، إذ يتحمل مصروفات المعارضة الدائن بناء على إعلان من قلم كتاب المحكمة التجارية بموجب خطاب مسجل بعلم الوصول لإيداع المصروفات، ويترتب على مخالفة هذا الإجراء، والتخلف عن سداد مصروفات المعارضة من قبل الدائن بطلان عريضة استصدار الأمر.<sup>(١)</sup> وإذا قضى ببطلان أمر الأداء فإنه يمكن للدائن تحصيل دينه بتقبايع إجراءات رفع الدعوى طبقاً للقواعد العامة.<sup>(٢)</sup>

ويملك رئيس المحكمة التجارية أن يقوم بمباشرة هذه الاختصاصات بنفسه أو ينتدب عضواً أو أكثر من محكمة التجارة لتمثيله في كافة السلطات والصلاحيات المخولة له أو في جزء منها عملاً بالمادة ٨٧٨ مرافعات مدنية.<sup>(٣)</sup>

### الفصل الثالث

### إجراءات التقلضي أمام محاكم التجارة

تمهيد:

حرص المشرع الفرنسي على أفراد نصوص خاصة في قانون المرافعات المدنية لتنظيم الإجراءات المتبعة للتداعي أمام محاكم التجارة

<sup>1</sup>) "La caducité prévue par l'art 1425, al. 2 entraîne la disparition de tous les actes de procédure postérieurs à la demande".

Civ 2<sup>e</sup>, 25 mars 1998: Bull. civ. 11, n° 108, D1998 IR. 112: Gaz pal 1998.2. panor 235.

<sup>2</sup>) "La caducité d'une injonction de payer autorise le créancier à procéder au recouvrement de sa créance par la voie du droit commun".

Civ. 2<sup>e</sup>, 21 septembre 2000. Bull. Civ 111, n° 128, JCP 2000. IV. 2636.

<sup>3</sup>) l'art 878 C.P. civ prévoit que "le président du tribunal de commerce peut déléguer à un ou plusieurs membres de tribunal tout ou partie des pouvoirs qui lui sont dévolus par le présent titre".

لتوافق مع طبيعة تلك المحاكم والغاية من إنشائها، وذلك بموجب المواد ٨٥٣ حتى ٨٧٨ من الباب الثالث من الكتاب الثاني منه.<sup>(١)</sup> إذ يهدف المشرع من تلك النصوص إلى تيسير إجراءات التقاضي أمام المحاكم التجارية لضمان سرعة الفصل في الدعاوى لتحقيق عدالة ناجزة، فضلا عن العمل على تقريب وجهات النظر بين المتقاضين ومحاولة بذل مساعي الصلح بينهم لتمكن الوصول إلى تسوية النزاع ودياً حتى يمكن للأطراف المتخاصمة استئناف العلاقات التجارية فيما بينهم بروح المودة والزمالة.

وستتناول - في هذا الفصل - مظاهر خصوصية إجراءات التقاضي أمام محاكم التجارة في ضوء القواعد المتبعة لرفع الدعوى وكيفية اتصال المحكمة بها، وكذلك فيما يتعلق بنظام تحضير ملف القضية وإعداده حتى تتمكن المحكمة من الفصل في الدعوى على وجه السرعة، وذلك في مبحثين على النحو التالي:

**المبحث الأول: رفع الدعوى وانعقاد الخصومة أمام محاكم التجارة.**

**المبحث الثاني: تحضير الدعوى أمام محاكم التجارة [القاضي المقرر].**

## المبحث الأول

### رفع الدعوى وانعقاد الخصومة أمام محاكم التجارة

تمهيد:

<sup>(١)</sup> كانت الإجراءات المتبعة أمام المحكمة التجارية ينظمها قانون المرافعات القديم في المواد ٤١٤: ٤٤٢ وكذلك بعض النصوص المدرجة في قانون التجارة في المواد ٦٢٧: ٦٤٢ وطُرأت عليها تعديلات بموجب مراسيم متعاقبة ١٩٧١، ١٩٧٢، ١٩٧٣ إلى أن صدر المرسوم رقم ٧٥ - ١١٢٣ الذي بموجبه أدرجت النصوص المتعلقة بالإجراءات المتبعة أمام المحكمة التجارية في قانون المرافعات المدنية الحالي ١٩٧٥ والتي حلت محل الإجراءات السابقة، ولم يتبق من المواد السابقة سوى المادة ٢/٦٢٧ من قانون التجارة والتي ألغيت بدورها بمقتضى القانون رقم ٨٧-٥٥٠ في ١٦ يوليو ١٩٨٧.

Henry solus et Roger perrot, Droit judiciaire privé, T.3, p. 407 n°467.

إلى أن صدر القانون رقم ٢٠٠٦ - ٦٧٣ بتاريخ ٨ يونيو ٢٠٠٦ معدل بعض مواد قانون التجارة وذلك في الباب الثاني من الكتاب الثاني لقانون التجارة بشأن اختصاص محاكم التجارة وذلك في المواد: L721-1 à L721-6.

- Ordonnance n°2006 - 673 du 8 juin 2006 art. 2.J.O.R.F 9 juin 2006.

تتميز الإجراءات المتبعة أمام محاكم التجارة بالتييسير وعدم التعقيد ، كما أنها تتسم بالسرعة فضلا عن كونها أقل تكلفة بالمقارنة بنظيرتها المتبعة أمام المحاكم المدنية

La procédure est plus rapide et moins onerouse et plus simple

وتسرى تلك القواعد المتبعة أمام المحاكم التجارية أمام المحاكم الابتدائية، التي يعقد لها الاختصاص بنظر المواد التجارية، وذلك في الدوائر التي لا توجد فيها محاكم تجارية عملا بالمادة R312-5.C.O.J من قانون التنظيم القضائي.

- تعدد مظاهر تيسير إجراءات التداعي أمام محاكم التجارة .  
تتجلى مظاهر التيسير في الإجراءات المعمول بها أمام محاكم التجارة في مواطن عدة تتمثل في التالي:

أولاً: شفوية الإجراءات<sup>(١)</sup> : La procédure est orale :

يعد مبدأ شفوية الإجراءات التجارية المنصوص عليه في المادة ٨٧١ / ١ مرافعات مظهراً أساسياً من مظاهر التيسير في الإجراءات التجارية وعدم تعقيدها، وهو مرتبط بمبدأين أساسيين هما:

- تولى الخصوم بأنفسهم التداعي أمام القضاء، فلا يشترط المشرع توكيل محام عن الخصم .
- تتألف المحكمة من قضاة غير فنيين، ومن ثم يهيمن التصور الواقعي وتغلب قواعد العدالة والانصاف على الحجج القانونية<sup>(٢)</sup>

- Les aspects de fait et l'équité prévalent sur les arguments juridiques

<sup>1</sup>) Bernard Travier: "Le principe de sécurité juridique et les procédures orales", procédures n°5, Mai 2006, Etude 6; Guinchard, Touch pas à mon code! in Mélanges offerts à Buffet: LPA 2004 , p 298 et 290.

<sup>2</sup>) G. Couchez. La parole et l'écrit en droit judiciaire privé, Rapport au XIV<sup>e</sup> colloque des IEJ, Reims, 1982, Presse universitaires de Reims, P. 22.S.

فالعرض الشفوي لإدعاءات الأطراف، وإيداء أوجه الدفوع والدفاع في الدعوى يكون أكثر فاعلية وأقوى تأثيراً من المذكرات المكتوبة، ولكن مبدأ شفهيّة الإجراءات لا يعنى إلغاء دور الكتابة مطلقاً<sup>(١)</sup>، وإنما هي لازمة لصياغة حجج الخصوم وأسائدهم وتدوينها في محضر الجلسة عملاً بالمادة ٨٧١/٢ مرافعات مدنية.

ويلزم مبدأ شفهيّة الإجراءات المنصوص عليه صراحة في المادة ١/٨٧١ مرافعات مدنية الأطراف بعدم تغيير طبيعة الإجراءات وتحويلها إلى اجراء مكتوب، ومن ثم فإن تقديم مذكرات مكتوبة لا يغنى عن حضور الخصوم أو ممثلهم، ولذا قضت محكمة النقض الفرنسية بعدم قبول المذكرات التي أودعها المحامى قبل الجلسة إذا لم يحضر الخصم أو من يمثله في الجلسة<sup>(٢)</sup> فتقديم المذكرات لا يجتّب حضور الخصم، ولا يعد بديلاً عنه، لأنه يتعين سماع مرافعة الخصوم وأوجه دفوعهم ودفاعهم، إعمالاً لمبدأ المواجهة الذي يعد أحد التطبيقات الهامة لحقوق الدفاع<sup>(٣)</sup>.

#### حدود مبدأ شفهيّة الإجراءات:

رغم أن المبدأ العام الذي يحكم الإجراءات المتبعة أمام المحاكم التجارية هو مبدأ الشفهيّة، إلا أن هذا المبدأ غير مطلق، وإنما ترد عليه قيود سواء كانت تلك القيود قانونية أو عملية.

<sup>١</sup> " la procédure n'est jamais purement orale ou écrite" y. lobin" procédure écrite et procédure orale, Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de paris, t. XXX 111, 1970, p. 161 et s, Ekollo: "Rôle des écritures dans la procédure orale Gaz. Pal .2000, Doctr.190.Travier: procédures orales, Dalloz. Service 2002.

<sup>٢</sup> "Si une partie n' a pas comparu et n'est pas fait représenter à l'audience, ses conclusions écrites sont irrecevables".

Cass. Com. 23 nov 1982: Bull civ n°366.

<sup>٣</sup> ) CA Toulouse 12, févr 1992: R.T.D. civ. 1993, p. 192. obs. R. Perrot.

عزمى عبد الفتاح : واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٣، عبد القصاص: التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة - دار النهضة العربية طبعة ١٩٩٤.

## (١) القيود القانونية:

- تعدد الطرق المتبعة لرفع الدعاوى أمام المحكمة التجارية:
- تتمثل في التكليف بالحضور، العريضة المشتركة والحضور الإرادي، وهذه الطرق لا تتم جميعها شفاهاة بل أن الوسيطتين الأولى والثانية تتم كتابة.
- تفرض طبيعة بعض إجراءات التحقيق أن تكون مكتوبة مثل أقوال الغير
- les déclarations des Tiers ومع ذلك يمكن أن تتم شفاهاة عملاً بالمواد ١٩٩ : ٢٠٢ مرافعات مدنية، تجرى المعاينة كتابة ما لم يقرر القاضى غير ذلك م ٢٥٠- ٢ مرافعات مدنية، وتقرير الخبراء فهى كمبدأ علم تتم كتابة ما لم يقض القاضى بغير ذلك م ٢٨٢ مرافعات مدنية<sup>(١)</sup>.
- ما يقدمه الخصوم من ادعاءات، وما يبدونه من حجج وأستيد تؤيد إدعاءاتهم، يتم إثباتها فى محضر الجلسة. إذ يُعد المحضر وما أثبت فيه ضماناً للخصوم بما تم فى الجلسة وما أُجرى فيها من مرافعات.<sup>(٢)</sup>

## القيود العملية:

بجانب القيود القانونية السابق بيانها، فإنه قد جرت العادة على أن يقدم الخصوم إدعاءتهم وما يؤيدها من حجج وأستيد فى مذكرات مكتوبة وذلك بعد

<sup>1</sup> ( كما أن مبدأ الشفوية يطبق على كافة أنواع الدفوع ومنها الدفوع الإجرائية:

Les dispositions de l'art: 871 sont applicables aux exceptions de procédure com. G.avril 1991: Bull civ IV n°140.

<sup>2</sup> وعلى ذلك من بدعى حدوث واقعة معينة فى الجلسة عليه أن يقيم الدلائل على ذلك بتكليم ما يؤيد هذا الإدعاء ، ولا شك أن محضر الجلسة يعد محرر رسمى يثبت ما تم فى الجلسة ويمكن الرجوع إليه.

Cass. Com 29 Juin 1993: JCP. 1993, éd . G. IV, No2227.

كما قضى أن الخصم الذى بدعى أن المحكمة قضت بما لم يطلبه الخصوم أو بكثر مما طلبوه، يتعين عليه أن يثبت طلبات الخصوم التى ينعى على المحكمة خطأ من جانبها بتجاوز تلك الطلبات، مما يقتضى أهمية الرجوع إلى محضر الجلسة الذى يعد مرجعاً للاستشهاد به لتلبيد ادعائه.

"Le plaideur qui allégué que le tribunal a statué ultra petita doit-il démontrer qu'il n'a pas soulevé la prétention sur la quelle le juge a statué" Cass. Soc., 15 déc. 1981: Bull. Civ. v, n° 964; RTD. Com1982, p.401, obs. A. Benabent.

إبدائها شفاهة، وذلك تجنباً للمخاطر ومخافة الخطأ أو النسيان<sup>(١)</sup> وقد جرى العمل على ذلك أمام محكمة التجارة بباريس، حيث اعتاد الخصوم على تقديم ورقة fiche بما أبدوه شفاهة<sup>(٢)</sup>. كما أن المرافعات الشفهية أمام المحاكم التجارية في باريس ونانت Nantes غدت استثنائية Exceptionnelle إذ أصبح الإجراء السائد هو الكتابة<sup>(٣)</sup> إلا أن المحكمة غير مقيدة إلا بما ورد من وقائع في الجلسة وفي التاريخ الذي تم الإدلاء فيه بهذه الوقائع<sup>(٤)</sup>.

ثانياً: حضور الخصوم بأنفسهم أو من قبل ممثليهم (عدم اشتراط وجود محام عن الخصم).

المبدأ العام: تولى الخصوم الدفاع عن أنفسهم les parties se défendent elles-mêmes وفقاً للمادة ٨٥٣-١ مرافعات مدنية فإن الخصوم يتولون الدفاع عن أنفسهم بالمثل أمام المحكمة وإبداء أوجه دفوعهم و دفاعهم بدون محامى.

وهذا النص ما هو الا ترديد لقاعدة قديمة يُعمل بها منذ صدور القرار ١٦٦٧ الذى كان ينص على أن التجار يحضرون بأنفسهم أمام المحكمة ليستمعون ويرون ما يدور فى الجلسة بأنفسهم Ouis par leur bouche، ومن بعدها قانون المرافعات المدنية القديم ١٨٠٦ الذى نبى هذه القاعدة فى المادة ٤١٤ منه التى كانت تنص صراحة على أن الإجراء يتم أمام محاكم التجارة بدون حضور وكيل بالدعوى<sup>(٥)</sup>

ولا شك أن الدافع وراء النص على مكنة حضور الخصوم والتداعى بأنفسهم أمام القضاء دون محام يمثلهم فى الحضور ويتولى الدفاع عنهم، هو

١ ) Henry solus et Roger Perrot, Droit judiciaire privé, Tome 3 p. 408n°468.

٢ ) Daniel le beau, procédure ordinaire, juris – classeurs, fasc.411, 1994 p. 4, n° 16.

٣ ) refré, préc. P . 4. n°17.; R. Martin, " Point noir de la procédure orale", procedure 2000.chron. 13.

٤ ) Loïc cadiet: Droit judiciaire, P 776 n° 1802.

٥ ) Art 414. C. pro.ancien. prévoit que : la procédure devant les tribunaux de commerce se fait sans ministère d'avoué".



رغبة المشرع فى تيسير الإجراءات وتقليل التكاليف<sup>(١)</sup>، كما يؤكد اتجاه المشرع نحو التوفيق بين الأطراف المتخاصمة ، فكل من القضاة والأطراف من التجار، مما يعطى انطبعا بأن المرافعات ستكون فى إطار حوار متبادل بين القاضى والمتقاضين، مما قد يُسفر فى النهاية عن إمكانية التوصل إلى صلح بين الأطراف دون وسيط Sans intermediaire<sup>(٢)</sup>.

إمكانية تخويل الغير الحضور عن الخصم وتمثيله أمام محاكم التجارة: إذا كانت القاعدة العامة تنص على قيام الخصوم بالحضور أمام المحكمة وتولى الدفاع بأنفسهم، إلا أن تلك القاعدة ليست إجبارية Pas obligatoire فيمكن للخصوم استخدام تلك الرخصة أو تخويل الغير القيام بتلك المهمة، وفى حالة قيام الخصم بتخويل غيره للدفاع عنه، فإنه غير مكلف بإيداء تبرير لعدم حضوره، فالخصم لا يبدى عنراً أو مبرراً لاستخدام الرخصة التى حولها القنون إياه<sup>(٣)</sup>

ولا يؤيد البعض<sup>(٤)</sup> تخويل الخصم تلك المكنة لأنها تعد بذلك تراجعاً عن هدف المشرع من إنشاء المحكمة التجارية وتيسير إجراءاتها، ولن يتحقق ذلك التيسير إلا بحضور الخصوم أمام القضاء وتوليهم الدفاع بأنفسهم دون تفويض غيرهم.

إلا أننا نرى أن تخويل الخصم تفويض الغير للدفاع عنه أمام محكمة التجارة يتفق مع قواعد المنطق والعدالة والانصاف، تحسباً من وجود مانع لدى الخصم يحول دون حضوره لمتابعة سير الدعوى ، ومن ثم فإن منعه من استخدام تلك الرخصة سيؤدى إلى عرقلة سير الإجراءات وبطء التقاضى، كما

<sup>1</sup> ) H. Solus. R. Perrot: Droit judiciaire privé, p 409 n°469; Daniel lebeau Tribunal de commerce, juris – classeurs, fasc. 410, 1994 p. 3n°6(A).

<sup>2</sup> ) H. Solus. R. perrot: Droit judiciaire privé, p 409 n°469. <sup>3</sup> ) ويختلف الأمر بالنسبة للمحاكم المشتركة "المجالس العمالية وإيجارات أراضى الزراعة"، فوجب على الخصوم فى حالة تفويض غيرهم فى الدفاع عنهم، إيداء مبرر لقونى لتخلفهم عن الحضور.

راجع المادة ٨٨٢ مرافعات مدنية والمادة 4-516 R من قنون العمل.

<sup>4</sup> ) Garsonnet et César Bru, Traité théorique et pratique de procédure civile et commercial 36d, T. 11n°380.

يتعارض مع حق الدفاع، فتيسير إجراءات التقاضي، والعمل على سرعة الفصل في الدعاوى، يجب ألا يتعارض مع مقتضيات العدالة وحقوق الدفاع - فضلا عن أن طبيعة بعض المنازعات التجارية وتعتها يتطلب الاستعانة بمحام يتولى دراسة القضية من كافة جوانبها، لتقديم الحجج والأسانيد القانونية التي تدعم ادعاءات الخصم، ومن ثم يكون المحامي أقدر من الخصم في الدفاع عن مصالحه.

### حرية اختيار ممثل عن الخصم:

يملك الأطراف حرية اختيار من يمثلهم في الحضور، فلم يضع المشرع قيوداً على حرية الخصوم في اختيار من يمثلهم أو ينوب عنهم<sup>(١)</sup>، إلا أنه في الغالب يختار الخصم محامياً *avocat* أو وكيلاً بالدعوى *avoué* أو وكيلاً معتمداً أمام محاكم التجارة *un agréé*.

وكان المشرع يحظر على المحضرين الحضور وتمثيل الخصوم أمام محاكم التجارة بموجب المادة ٦٢٧-٢ من قانون التجارة<sup>(٢)</sup>، إلى أن تم إلغاء هذا الحظر بموجب القانون رقم ٨٧ - ٥٥٠ الصادر في ١٦ يوليو ١٩٨٧ الذي ألغى المادة ٢/٦٢٧ تجاري ومن ثم يمكن للمحضر *un huissier* تمثيل الخصم بالحضور أمام محاكم التجارة.

ولا شك أن تخويل المحضر تلك الرخصة لا يتفق مع متطلبات الموضوعية والحيدة التي يجب توافرها في المحضر، فوظيفة المحضر ومقتضياتها تتعارض مع قيامه بتمثيل الخصم أمام المحكمة، إذ كيف يتسنى

<sup>(١)</sup> وتختلف بذلك محاكم التجارة في هذا الشأن عما يجرى أمام المحاكم الأخرى، فلا يملك الخصوم اختيار من يمثلهم أو يحضر عنهم إلا في حدود نطاق معين نص عليه المشرع في المادة ٨٢٨ مرافعات مدنية، المتعلقة بالمحاكم الجزئية والقريبة والمادة ٨٨٤ المتعلقة مرافعات مدنية بالمحاكم المشتركة والمادة ٥-٥١٦ R من قانون العمل المتعلقة بالمحاكم العمالية.

<sup>(٢)</sup> صدر مرسوم رقم ٧٥ - ١١٢٢ في ديسمبر ١٩٧٥ ألغى بموجبه الفقرتين الأولى والثالثة من المادة ٦٢٧ تجاري وأبقى على الفقرة الثانية إلى أن تم إلغاؤها بموجب القانون الصادر في ١٦ يوليو ١٩٨٧.

للمحضر الذى يمثل الخصم فى قضية أمام المحكمة أن يقوم بتنفيذ الحكم الصادر فيها سواء صدر لصالح من يمثله أو ضده؟<sup>(١)</sup>  
ولذا نرى أن حرمان المحضر من هذا العمل لا يعد نوعاً من التمييز ضده طالما كان يرتكن إلى مبرر قانونى وموضوعى.

عدم جواز تفويض الغير من قبل الخصم إلا بموجب توكيل خاص إذا استخدم الخصم الرخصة التى خولها المشرع إياه، فلا يجوز تفويض غيره إلا بموجب تفويض خاص عملاً بالمادة ٢/٨٥٣ مرافعات مدنية، وتطبق تلك القاعدة على الكافة<sup>(٢)</sup> فيما عدا المحامين حدث استثنائهم المشرع من هذه القاعدة.<sup>(٣)</sup>

Le représentant , sil n'est avocet, doit justifier d'un pouvoir spécial  
ويتعين أن يتضمن التفويض أو التوكيل نقاطاً محددة هي: الدعوى محل التوكيل – المحكمة المختصة بنظر الدعوى – محل أو موضوع الطلب وبيان الخصم الآخر فى الدعوى. وقد أكدت محكمة التجارة بفرساي على ضرورة أن يتضمن التوكيل البيانات التالية<sup>(٤)</sup>

Au sens des dispositions des articles 853 et 416 n°4.C.Proc. civ. , le pouvoir spécial delivré en vue de la représentation d'une société devant le tribunal de commerce doit avoir été donner pour une instance déterminé, préciser la juridiction

<sup>١</sup> ) Henry solus, Roger perrot, Droit judiciaire privé. T. 3, p. 411 n° 472.

<sup>٢</sup> ) وتسرى تلك القاعدة على المحضرين رغم أن النص العام الوارد فى المادة ٣ /٤١٦ مرافعات مدنية يعطى المحضرين من تقديم التفويض الخاص اذ يعد نص المادة ٢ /٨٥٣ نصاً خاصاً ومن ثم يفيد النص العام الوارد فى م ٣ /٤١٦ .

CA caen 19 sept 1991: Rev.huissier 1992.P. 591 – J.J.Hanine.

<sup>٣</sup> ) ومن تطبيقات القضاء فى هذا الصدد :

Chaput., RJDA 1997, no1404; Com. 14 mars 2000: procédures 2000, comm.. 150, note croze

Com. 3juin 1997: Dr.Sociétés 1997, n°157, obs.

<sup>٤</sup> ) Versailles, 16 janv. 2003: BICC 2003, no1263; Gaz. Pal.18-19 juill. 2003. p.16.

saisie, l'objet de la demande et mentionner la partie adverse".

ويتعين اثبات التفويض بتقديم الأصل إلى قلم كتاب المحكمة أو صورة منه ضمن مرفقات عريضة افتتاح الدعوى (١) كما يتعين على المحكمة أن تتحقق من صحة التوكيل وحدود الوكالة المبينة في التوكيل، ومن هنا تأتي أهمية ذكر البيانات السابقة في التوكيل، ويمكن للمحكمة أن تثير هذه المسألة من تلقاء نفسها لتعلق تلك القاعدة بالنظام العام (٢) عملاً بالمادة ١٢٠ / ١ مرافعات مدنية.

### ثالثاً: البعد عن الشكلية في عريضة افتتاح الدعوى:

تحتل الإجراءات المتبعة أمام المحكمة التجارية مكاناً وسطاً بين الإجراءات المتبعة أمام المحكمة الابتدائية وتلك المطبقة أمام المحكمة الجزئية.

\* فمن ناحية لم ينص القانون على وجوب عرض الصلح على الطرفين قبل نظر النزاع، فلا توجد أمام المحاكم التجارية مرحلة تمهيدية للصلح بين الخصوم تسبق نظر الدعوى (٣)، لأنه في الغالب - عملياً - لا يلجأ الخصوم إلى المحكمة إلا بعد عدة محاولات لتسوية الخلاف أو النزاع القائم بينهم ودياً، وبالتالي فإن فرض محاولة عرض الصلح بين الأطراف كشرط لقبول دعواهم أمام محكمة التجارة سيكون غير مجدٍ، بل سيؤدي إلى تعقيد إجراءات رفع الدعوى أمام المحكمة، ويساهم في بطء إجراءات التقاضي بدلاً من تيسيرها، وهذا لا يتفق بطبيعة الحال مع الغاية من إنشاء محاكم التجارة.

\* عدد المشرع أكثر من وسيلة يمكن اتباعها لرفع الدعوى التجارية، ومن ثم يكون للمدعى أو الطرفين معاً اختيار وسيلة من هذه الوسائل لرفع دعواهم وتمثل تلك الوسائل في التالي:

(١) التكليف بالحضور L'assignation

<sup>1</sup>) H.Soluset R. perrot: Droit judiciaire privé, T.3. p 411, n° 473.

<sup>2</sup>) Cass. Civ. 15 juillet. 1924, D.P. 1924. 1,201, note J.Appleton, S.1924,1,224;

Dorsner- Dolivet et Bonneau, D. 1986, chron. 59 moyen d'ordre public et procédure.

<sup>3</sup>) Barrière, "nouvelles pratiques des conciliateurs de justice dans les tribunaux d'instance" Gaz. Pal. 2001, Doctr. 270; Des devises, conciliation, Dalloz, 1981, chron. 241.

٢) العريضة المشتركة Requête conjointe  
٣) حضور الخصوم أمام المحكمة Présentation Volontaire Devant le  
Tribunal

يُعد كل من التكليف بالحضور والعريضة المشتركة تطبيقاً للقواعد العامة إذ يُعمل بهما أمام جميع أنواع المحاكم ما لم ينص القانون على غير ذلك ، أما حضور الخصوم إرادياً أمام المحكمة فلا يكون إلا أمام المحاكم الجزائية ، والمحاكم القريبة ، عملاً بالمادة ٨٢٩ والمحاكم العمالية عملاً بالمادة ٨/٥١٦ قانون العمل، والمحاكم التجارية عملاً بالمادة ٨٦٠ مرافعات مدنية.

١) التكليف بالحضور L'assignation

بتعيين أن يكون التكليف بالحضور مستوفياً الشكل المنصوص عليه في القانون باعتباره عملاً من أعمال المحضرين، ويترتب على عدم مراعاة الشكل البطلان عملاً بالمادة ٦٤٩ مرافعات مدنية<sup>(١)</sup>

ويجب أن تتضمن ورقة التكليف بالحضور البيانات المنصوص عليها في المادة ٥٦ مرافعات مدنية ، وبالإضافة إلى تلك البيانات، توجد بيانات أخرى يجب أن يشتمل عليها التكليف والمنصوص عليها في المادة ٨٥٥ مرافعات مدنية.  
ومن هذه البيانات:

تحديد المكان واليوم والساعة التي يتم فيها النداء على القضية في رول الجلسة، ويرجع أهمية تحديد التاريخ، أنه إذا لم تراعى القواعد المنظمة لإجراء الإعلان في مواعيد العمل الرسمية وفي غير أيام العطلات، سيؤدى إلى اعتبار الاجراء كأن لم يكن، عديم الأثر لا يعد إجراء قاطعاً للتقادم<sup>(٢)</sup> وإذا كان المدعى

<sup>١</sup>) Daniel lebeau Tribunal de commerce, juris. Classeurs fasc. 410, p.5, n° 19.

<sup>٢</sup>) قضت محكمة فرسان أنه ينتج عن تطبيق المادة ٨٥٥ مرافعات مدنية أن استلام الاعلان بالمثل في يوم يوافق عطلة رسمية، يعنى عدم تمام التكليف ولا ينتج أى أثر، كما انه لا يعد اجراء قاطعاً للتقادم.

Il résulte de l'art. 855 que la délivrance d'une assignation à comparaître à une date correspondant à un jour férié, prive cet acte d'objet et le rend inopérant, cet acte ne peut pas davantage

يقطن خارج فرنسا، يتعين تحديد اسم ولقب وعنوان الشخص الذي يتخذه من موطنه موطناً مختاراً له لإعلانه عليه.

ويجب تسليم التكليف بالحضور قبل ١٥ يوم على الأقل من التاريخ المحدد للجلسة، ومخالفة هذا الإجراء بعدم مراعاة الأجل المقرر لا يعد مجرد عيباً في الشكل<sup>(١)</sup>، فحسب بل يترتب عليه بطلان التكليف وكذلك الحكم الصادر بناء عليه، وذلك في حالة عدم حضور المدعى عليه.<sup>(٢)</sup>

ويختلف الأمر في حالة حضور المدعى عليه الجلسة المحددة لنظر الدعوى رغم عدم تسلمه التكليف بالحضور في الميعاد المقرر، فقد اختلف الفقه وأحكام القضاء في هذا الشأن.

يذهب الرأي الغالب في الفقه<sup>(٣)</sup> يؤيده في ذلك بعض أحكام القضاء أن عدم مراعاة هذا الأجل في تسليم التكليف بالحضور، يترتب عليه بطلان التكليف لمسلمه بحق من حقوق الدفاع، فالهدف من هذا الأجل هو إمهال المدعى عليه وقتاً كافياً لتنظيم واعداد أوجه دفاعه، إلا أن البطلان في هذا الفرض هو بطلان خاص لا تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها<sup>(٤)</sup>، وإنما يتعين على من يتمسك به إثبات الضرر الذي لحق به من جراء ذلك<sup>(٥)</sup>

---

produire un effet interruptif de prescription" Versailles, 25 sept. 2003 : BICC 2004 , n° 358;

وفي هذا المعنى

Cass.ch. mixte, 7 Juill. 2006:Bull.civ.n°6; Procédures 2006. com., P. 200, obs. Perrot.

<sup>1</sup>) "L'irrégularité tenant à la délivrance d'une assignation au mépris du délais de quinze jours ne constitue pas un simple vice de forme" , cass 2<sup>e</sup>civ 12 juin 2003 D.2003. I.R. 1943, Gaz pal 7-8 avr 2004, p. 21 obs du Rusquec.

<sup>2</sup>) "le délai des quinze jours n'ayant pas été respecté et le défendeur n'ayant pas comparé, L'assignation est nulle, de même que le jugement subsequent": Riom, 23 juin 1988, Dalloz. 1989, somm . 182, obs. julien.

<sup>3</sup>) R. perrot; obs. R.T.D. civ 1981. p. 208.

<sup>4</sup>) Civ.2<sup>e</sup>, 21 Juill, 1986: Bull, Civ. II.n°132; D.1987, Somm, 359, obs.Julien; Civ.2<sup>e</sup>, 7 nov. 1988: D. 1988. I.R. 273.

"Le juge ne peut relever d'office le moyen pris de cette irrégularité".

إلا أننا نتفق مع ما ذهب إليه جانب آخر من الفقه<sup>(١)</sup>، ويسانده في ذلك بعض أحكام القضاء<sup>(٢)</sup> إلى أن عدم احترام الميعاد المقرر لا يترتب عليه البطلان مادام قد حضر المدعى عليه، لأنه وإن كان الدفع ببطلان أوراق التكليف بالحضور هو دفع شكلي، إلا أن أحكامه تختلف عن الدفوع الشكلية الأخرى، فالغاية من هذا الاجراء هي تمكين المدعى عليه من الحضور في ميعاد معين، وحضوره يصحح البطلان<sup>(٣)</sup>، ويسقط حقه في التمسك بالبطلان لعدم مراعاة ميعاد الحضور، ويمكن للمدعى عليه أن يطلب أجلاً لاعداد أوجه دفاعه ودفوعه، لأن الغرض من مراعاة مواعيد الحضور تهيئة فسحة زمنية معينة للخصم حتى يتمكن من اعداد وسائل دفاعه<sup>(٤)</sup>.

---

"Le juge ne peut relever d'office le grief qui causerait L'irregularité de l'acte à son destinataire, alors que ce dernier n'invoque aucun grief".

Civ. 3<sup>e</sup>, 22 mars 1995: Bull. Civ. III, n°82; Rev. huiss. 1995. 821, obs.R.Martin.

1) "Ne peut reprocher au juge d'avoir écarté son exception de nullité la partie qui n'a pas soutenu dans ses conclusion que L'irregularité lui aurait cause grief".

"وقضى بأنه لا تترتب على القاضي في حالة رفض الدفع بالبطلان لعجز الخصم عن إثبات الضرر الناتج عن الاجراء المعيب".

Bull. Civ.v, n° 599; Bull.Civ.IV, n°43, com.2fév.1993.

2) G.Couchez, procédure civile, sirey , 7éd 1992, n°209; Daniel le beau

Tribunal de commerce, juris classeurs, éd, technique 1994, fasc. 410, p6.

3) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 juill. 1979: Bull. civ. 11, n°155; Cass.2<sup>e</sup> civ., 28 juin 1979: Bull. Civ, 11,n° 192, R.T.D civ . 1980, obs. perrot, p408. C. Com., 15 oct. 1980: Bull. Civ. IV, n°337, RTD civ 1981, p. 208, obs. Perrot; Cass. 2<sup>e</sup>civ , 26 juin 1991: Gaz . pal. 1991, 2, pan jurispr. p. 299

4) أحمد هندی: قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة ، طبعة ١٩٩٥ ، ص ٦٨٨ وما بعدها.

5) أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية ، منشأة المعارف، الطبعة الخامسة عشرة ، ١٩٩٠ ، ص ٤٧٩؛ نظرية الدفوع في قانون المرافعات . منشأة المعارف الطبعة التاسعة ، ١٩٩١.

## ٢) العريضة المشتركة<sup>(١)</sup> : Requête Conjointe :

عرفت المادة ١/٥٧٥ مرافعات مدنى العريضة المشتركة بأنها اتفاق بين طرفى العلاقة القانونية بعرض دعوام على القاضى فى شكل ورقة موقعة من الطرفين أو من الممثل القانونى لكل منهم، حددت المادة ٢/٥٧ البيانات التى يجب أن تشمل عليها العريضة:-

\* بيانات الخصوم: إذا كان طرفا النزاع أشخاصاً طبيعياً، فيجب ذكر الاسم واللقب والمهنة والموطن وجنسية كل منهم، أما إذا كان طرفاً النزاع أشخاصاً معنوية فيجب تحديد شكل الشركة أو المنشأة، ومركز إدارتها الرئيسى والممثل القانونى لها.

\* بيانات المحكمة: أن يبين فى العريضة المحكمة التى اتفقا الأطراف على الالتجاء إليها.

\* بيانات موضوع العريضة: إدعاءات الأطراف، نقاط الخلاف أو النزاع بينهم، والأدلة المؤيدة لإدعاءاتهم، ويجب أن تكون العريضة موقعة من الطرفين ومؤرخة.

وفى حالة تخلف أحد البيانات السابقة يتعين على المحكمة أن تحكم بعدم قبول العريضة Irrécevabilité.

وتتميز العريضة المشتركة عن التكاليف بالحضور فى مواطن عديدة:

\* أن العريضة المشتركة نتاج عمل ثنائى من كلا الطرفين لعرض دعوام على القاضى، لحل النقاط المتنازع عليها فيما بينهم، ويعكس رغبتهم المشتركة فى تسوية المنازعات أو الخلافات العالقة بينهم، بينما التكاليف بالحضور هو عمل من جانب واحد يبادر به المدعى لعرض دعوام أمام المحكمة وإعلان الطرف الآخر بالدعوى المرفوعة عليه من قبل خصمه وتكليفه بالحضور أمام المحكمة رغماً عنه.

---

1) Daniel lebeau: Requête conjointe: Juris- classeurs, fasc 410 n°B(1); Pierre Maurice: Requête conjointe, Rep.Pr.civ; Loic cadiet: Droit judiciaire privé 5éd Litec 2006 P. 358-B n°552; Jacques Héron; Droit judiciaire privé 3éd par Thierry le Bars , éd Montchrestien, P354 n° 439.



لم يشترط المشرع شكلا معينا لتقديم العريضة المشتركة بل اكتفى بتحديد البيانات الواجب توافرها في العريضة ، ومن ثم يمكن تقديم ورقة عرفية موقعة من الطرفين، أو من يمثل كل منهما، فالعريضة المشتركة ليست عملا من أعمال المحضرين، بخلاف التكاليف بالحضور الذي يعد من أعمال المحضرين.

\* التجاء الطرفين بعرض دعواهم عن طريق العريضة المشتركة، يعكس ولا شك الرغبة الصادقة في حل المنازعات والخلافات القائمة بينهم لأمكان استئناف معاملاتهم التجارية بروح تسودها المودة، وذلك بخلاف التكاليف بالحضور الذي يتم بمبادرة من المدعى لاخبار خصمه بالمثل أمام القضاء.

\* ان كانت العريضة المشتركة تتسم بالمرونة والتيسير، إلا أنه نلرا ما يلجأ إليها الأطراف ، فالتطبيقات العملية في هذا الصدد، قليلة نسبيا (١)، حيث يتم اللجوء أغلب الأحيان إلى نظام التكاليف بالحضور.

### ٣) الحضور الإرادي<sup>(٢)</sup> : Présentation Volontaire

نظم المشرع وسيلة اخرى تتسم بالمرونة والتيسير تسمح للأطراف بعرض إدعاءاتهم مباشرة أمام القضاء، دون المرور بقلم الكتاب، وتتمثل هذه الوسيلة في الحضور إرادي بمثل الطرفين أمام المحكمة، وقيامهما بالتوقيع على محضر يتم فيه اثبات حضورهما طواعية للمحكمة لمرض النزاع عليها للفصل فيه (المادة ٨٦٠ مرافعات مدنية)، ويتعين أن يشتمل المحضر على البيانات المحددة الواردة في المادة ٥٧ مرافعات مدنية، وهي ذاتها البيانات الواجب توافرها في العريضة المشتركة، ولا تنتظر المحكمة الدعوى إلا بعد توقيع الطرفين على محضر الجلسة عملا بالمادة ١/٨٦٠ مرافعات مدنية.

١) "Pour la demande d'époux divorcés tendant à ce que soit judiciairement consacré le pacte intervenu entre eux relativement à la garde des enfants" TGI, Tours, 22 mars, 1974: JCP 1974, IV. 6452, note J.A.; RTD. Civ 1975. 148. obs. perrot.

٢) Vincent et Guinchard, procédure civile, n 944; Loïc cadiet: Droit judiciaire privé, 3  d. Litec 2000, p 774.

## انعقاد الاختصاص للمحكمة:

كيفية انعقاد الاختصاص للمحكمة بنظر الدعوى يتوقف على الشكل المتبع من قبل الخصوم لعرض دعواهم، بحسب ما إذا كان تكليفاً بالحضور، أو عريضة مشتركة أو حضوراً إرادياً:

فيتين ايداع صورة من التكاليف بالحضور قلم الكتاب من قبيل أيا من الأطراف، وهو في الغالب يكون المدعى، ولكن في أحيان أخرى يكون المدعى عليه، إذا رأى أن من مصلحته الفصل في النزاع.

ويجب أن يتم الإيداع قبل ثمانى أيام من التاريخ المحدد للجلسة عملاً بالمادة ٨٥٧ مرافعات مدنية، ولا يعد الإيداع مجرد صيغة أو إجراء إدارى، إنما يترتب عليه نتائج قانونية هامة<sup>(١)</sup> إذ بمجرد ايداع التكاليف بالحضور قلم الكتاب يحتفظ بأثره القاطع للتقدم حتى ولو لم تدرج الدعوى فى رول الجلسة<sup>(٢)</sup>.

وإذا قدم الأطراف عريضة مشتركة، فإنه يتعين إيداع هذه العريضة أيضاً قلم الكتاب قبل ثمانى أيام من التاريخ المحدد للجلسة، وكذلك بالنسبة لحضور الأطراف طواعية للمحكمة، فإن كاتب الجلسة يلزمهم بالتوقيع على المحضر المثبت فيه مثلهم إرادياً لعرض دعواهم على المحكمة قبل ٨ أيام من التاريخ المقرر لانعقاد الجلسة.

\* ولا شك أن الغرض من تقرير هذه الأجل هو تمكين المحكمة من دراسة ملف القضية جيداً، حتى يتسنى للمحكمة الفصل فيها ان أمكن فى أول جلسة، ويمكن فى حالة الاستعجال تقصير الأجل المقررة، إذ يملك رئيس المحكمة إنقاص أجل الحضور وإيداع التكاليف بالحضور قلم الكتاب عملاً بالمادة ٨٥٨ - ١ مرافعات مدنية، بل يمكن للخصوم فى الدعاوى الجوية والبحرية التكاليف بالحضور ساعة بساعة دون إذن من رئيس المحكمة، وذلك

<sup>١</sup>) "L'assignation commerciale non enrôlé conserve un effet interruptif de la prescription", Civ. 2<sup>e</sup>, 12 nov. 1987, Gaz. pal. 1988. somme. 149. obs. Croze<sup>e</sup> et Morel; Rev. Trim. 1988. 179, obs. Perrot (avec. Com. 2 juin 1987)

<sup>٢</sup>) Cass- 2<sup>e</sup> civ., 29 fevr 1984: Bull. Civ. II, n°11, n°43; R.T.D. civ 1984. P. 559, obs. R. perrot. R.T.D. com. 1985, p. 91 obs. Benabent et Dubarry; cass. Com. 18 déc. 1984: Bull. Civ. IV, no356, R.T.D.civ 1985 P. 445, obs. R.perrot.

في حالة عدم وجود موطن لأي من الخصوم ، أو كانت الدعاوى وقتية أو مستعجلة عملاً بالمادة ٨٥٨ - ٢ مرافعات مدنية.

\* عندما ترفع الدعوى أمام المحكمة على الوجه السابق ، وتبدأ المحكمة بنظر القضية في الجلسة المحددة لها، يمكن أن تفصل في الدعوى في أول جلسة إذا كانت صالحة للحكم فيها، فإذا لم يكن الأمر كذلك فإنها تؤجلها إلى جلسة تالية أو تعهد إلى أحد أعضاء الدائرة باعداد ملف القضية وتحضيرها بصفته قاضٍ مقرر عملاً بالمادة ٨٦١ مرافعات مدنية.

وإذا لم تقرر المحكمة إحالة ملف القضية إلى القاضى المقرر، فإنها تأمر بإجراء التحقيق الذي تراه مجدياً لتتوير عقيدتها، ومن ثم تؤجل القضية إلى جلسة تالية، ويتعين على الكاتب إخطار الأطراف بتاريخ الجلسة التالية إذا لم يكن الأطراف قد علموا بها عملاً بالمادة ٨٧٠ مرافعات مدنية (١) ، ولا تفصل المحكمة في الجلسة التالية إلا بعد التأكد من تلك مراعاة لحقوق الدفاع ومبدأ المواجهة (٢)

### المبحث الثاني

#### تحضير الدعوى أمام محاكم التجارة

#### (القاضى المقرر)

#### Le juge Rapporteur

نبيذ تاريخية عن نشأة القاضى المقرر أمام محاكم التجارة (٣)

1) "les parties doivent être informées de la remise" Cass-2<sup>e</sup>civ. , 25 janv. 1984: Bull. Civ.II, n° 16; cass .civ 3<sup>e</sup>, 29 mars 1995. Rev. huiss. 1995, 859 obs . R.Martin.

إلا أن الالتزام بإخطار الخصوم لا يكون إلا في حالة تأجيل الدعوى إلى جلسة تالية، وليس في حالة تحديد جلسة للنطق بالحكم، ومن تطبيقات النقض في هذا الصدد

Cass.2<sup>e</sup>civ, 20 nov. 1991: Bull. civ. II n° 318.

2) Si les parties ne sont pas informées de la remise , le tribunal ne peut entendre les parties, leurs conseils ou leurs représentants": com 30 juin 1987: Bull civ IV n° 170 gaz . pol 1988 .1.41 , note Richevaux.

3) Le juge unique en matière commercial. Bilan et perspectives: Rapport de Michel Armand - prévost, conférence général des

من النظم المتبعة في قانون المرافعات الفرنسي نظام القاضى المقرر  
إلا أن هذا النظم ليس بجديد في القانون الفرنسي، إذ يستمد القاضى المقرر  
أصوله القانونية من نظامين تم العمل بهما منذ وقت طويل ، هما المحكم المقرر  
وقاضى التحضير:

### المحكم المقرر:

وهو من أعوان القضاء يُعين من قبل المحكمة التجارية من تلقاء نفسها  
أو بناء على طلب أحد الخصوم، ويعهد إليه بفحص المستندات والدفاتر المقدمة  
من الأطراف، وبذل مساعى الصلح بين الخصوم، وفي حالة عدم التوصل إلى  
صلح، يبدي رأيه في شكل تقرير يقدمه إلى المحكمة، ولا يُعد المحكم عضواً في  
المحكمة فهو ليس قاضياً من قضاتها بل من أعوان القضاة.

### قاضى التحضير<sup>(١)</sup>:

منذ عام ١٩٣٥ دأبت المحاكم الابتدائية على أن تعهد إلى أحد قضاتها  
بمتابعة حسن سير الدعوى، وإسناد مهمة تحضيرها واعداد ملفها إليه ، وفي  
عام ١٩٦٢ نشأ نظام ما يسمى بقاضى التحضير يُعهد إليه القيام بمهمة تحضير  
الدعوى، وفي عام ١٩٧٢ عهد إلى قاضى التحضير تحقيق الدعاوى أمام  
المحاكم الابتدائية والمشاركة في المرافعة وإصدار الحكم.

وقد تم إلغاء هذا النظام بموجب القانون رقم ٧٥ - ١١٢٢ الصادر في  
٥ ديسمبر ١٩٧٥ والذي أنشئ بموجبه نظام القاضى المقرر.

\* فضلاً عن تأثر المشرع الفرنسي بالنظامين السابقين قبل تقنين نظام  
القاضى المقرر، فإنه أيضاً تأثر بما جرى عليه العمل أمام محاكم التجارة

---

tribunal de commerce, gaz. Pal, 16, 17 juin 1995; Duguet, Rev  
huiss 1982. 3 "juge rapporteur";

Conférence générale des tribunaux de commerce, gaz. pal. 1982, 1,  
doctr. 60 "le juge rapporteur ; jeantin , j.c.p. CI 1977, 1, 12495.

<sup>1</sup> ( نيهل إسماعيل عمر: نظام قاضى التحضير في القانون الفرنسي ونظام النيابة المنبئة  
المقترح العمل به في مصر، دار الجامعة الجديدة، طبعة ١٩٩٩.

وبصفة خاصة في كل من المدن التالية Paris - Nancy- Lyon وإن كان الدور المنوط بالقاضي المقرر في تلك المحاكم لم يكن مماثلاً<sup>(١)</sup> ولقد قام المشرع الفرنسي بتقنين نظام القاضي المقرر في المواد ٨٦١: ٨٦٩ في قانون المرافعات المدنية.

#### اللجوء إلى القاضي المقرر:

وفقاً للمادة ٨٦١ مرافعات مدني فإنه يمكن للمحكمة إذا لم تكن القضية صالحة للحكم فيها أن تؤجل القضية إلى جلسة تالية أو أن تعهد إلى أحد أعضاء الدائرة بإعداد القضية بصفته قاضٍ مقرر. يتبين لنا من خلال المادة المذكورة أن المشرع نص على شروط معينة لنائب القاضي المقرر، وكذلك على إجراءات محددة يتعين اتباعها.

#### (أ) امكانية اللجوء إلى القاضي المقرر:

إذا لم تكن الدعوى صالحة للحكم فيها من أول جلسة، فالمحكمة لها الخيار بين أن تحيلها إلى جلسة تالية أو أن تعهد إلى أحد قضاتها متابعة سير الدعوى وتحقيقها بهدف اعداد القضية وتحضيرها، فإذا كانت القضية بسيطة فإن المحكمة تقوم بإجراء التحقيق فيها، أما إذا كانت القضية أكثر تعقيداً، فإن الواقع العملي يفرض ندمب قاضٍ لإعدادها وتحضيرها، خاصة إذا كانت مرحلة التحقيق ستمتد بسبب بعض إجراءات التحقيق التي تستلزم طبيعتها أن تستغرق بعض الوقت مثل إجراء الخبرة، إلا أن مسألة ندمب قاضٍ مقرر هي رخصة يرجع للمحكمة تقدير اللجوء إليها من عدمه.<sup>(٢)</sup>

#### (ب) ندمب القاضي المقرر:

نص المشرع الفرنسي على أنه يكون لهيئة المحكمة أن تعهد إلى أحد قضاتها باعداد الدعوى وتحضيرها بصفته قاضٍ مقرر، ويقصد بالمحكمة هيئة المحكمة بتشكيلها الجماعي، والتي تتولى الحكم في موضوع الدعوى، ومن ثم

<sup>1</sup>) Gerard Borgo, intervention en colloque du 28 mars 1995, Tribunal de Grande instance de Nanterre: Juge civil, juge consulaire: Esprit et Methodes:

Colloques du 28 mars, gaz.pal 25: 27 juin 1995.

<sup>2</sup>) H. Solus et R.perrot. Droit judiciaire privé, T.II n°492.

لا يملك رئيس المحكمة ولا رئيس الدائرة هذه الرخصة، وإنما يرجع للدائرة بأكملها نذب القاضى المقرر من عمه حسبما ترى، ولا تتخذ الدائرة هذا الإجراء إلا بعد مداولة ومناقشة بين أعضائها، والقرار الصادر بإنتداب قاضٍ مقرر يهدف إلى متابعة الدعوى وسير الخصومة فيها وبالتالي فهو يعد من أعمال الإدارة القضائية. *une mesure d'administration judiciaire.* ويتم التأشير فى ملف الدعوى بتعيين أو نذب القاضى المقرر، ولا يقبل الطعن على قرار النذب بأى طريق من طرق الطعن<sup>(١)</sup> وعلى هذا فإن القاضى المقرر هو أحد أعضاء الدائرة المعروض عليها النزاع وليس قاضياً متخصصاً فقط لإعداد القضية وتحضيرها أمام محاكم التجارة.

لكن ما هو الوقت المناسب لتعيين أو نذب القاضى المقرر؟

يبين من القراءة الأولى لنص المادة ٨٦١ مرافعات مدنية<sup>(٢)</sup> أن هذا الإجراء يتعين أن يتم أثناء الجلسة الأولى، إلا أن هذا النص لا يستبعد إحالة القضية أمام القاضى لتحقيقها وإعدادها عقب عدة جلسات تم فيها تحقيق الدعوى أمام هيئة المحكمة، إلا أنها مازالت غير صالحة للحكم فيها، فترى المحكمة أنه من الأجدى إحالتها إلى القاضى المقرر لإعداد القضية وتحضيرها.

**الدور المنوط بالقاضى المقرر - مهمة القاضى المقرر:**

يتركز دور القاضى المقرر بصفة أساسية فى تحضير الدعوى، وإن كان يمكن أن يُعهد إليه بمهام أخرى إذ يمكن أن يعقد الجلسات بمفرده لسماع المرافعة أو إعداد التقرير للمحكمة.

كما يعهد إليه أحيانا بجانب المهام السابقة، كتابة مشروع مسودة الحكم وعرضه على المحكمة، فضلا على دوره فى بذل مساعى الصلح بين الخصوم. وسنتناول بالتفصيل المناسب هذه المهام المسندة للقاضى المقرر .

<sup>1</sup> ) **Le juge unique en matière commerciale Bilan et perspectives, Rapport de Michel Armand- prévost, conférence générale des tribunaux de commerce gaz. Pel 16-17 juin 1995, p18.**

<sup>2</sup> ) **L'art 861. N.C.PR.CIV prévoit que "Si l'affaire n'est pas en état d'être jugé, la formation de jugement la renvoie à une prochaine audience ou confie à l'unde ses membres le soin de l'instruire en qualité de juge rapporteur".**

(أ) تحقيق الدعوى: يملك القاضى المقرر مثل قاضى التحضير أمام المحاكم الابتدائية تحقيق الدعوى، وله فى سبيل ذلك السلطات المخولة لقاضى التحضير، فله:

١- ضم الدعاوى أو فصلها:

والهدف من هذا الإجراء هو تجميع كافة جوانب القضية المعروضة، إذ يملك اتخاذ هذا القرار من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الخصوم، والقرار الصادر من القاضى بضم الدعاوى أو فصلها من أعمال الإدارة القضائية غير قابل للطعن عليه<sup>(١)</sup>.

٢- سماع الخصوم:

يمكن للقاضى سماع الخصوم تطبيقاً لمبدأ شفوية الإجراءات التجارية، وعلى الخصوم الحضور بأنفسهم، ولكن ما يحدث عملاً أن محامين الخصوم هم الذين يمثلون بالحضور، وفى هذا الفرض يمكن للقاضى أن يأمر الخصم بالحضور لسماعه، لكن المادة ٨٦٢ مرافعات لم تشر صراحة إلى إمكانية قيام القاضى بسماع الخصوم من تلقاء نفسه، إلا أن رأى الغالب فى الفقه يذهب إلى تخويل القاضى تلك المكنة<sup>(٢)</sup> فضلاً عن أن النصوص التمهيدية فى قانون المرافعات تخول القاضى من أجل البحث عن الحقيقة والتوصل إلى حكم منصف وعادل (الأكثر عدالة وانصاف) - الأمر بالإجراءات الضرورية من تلقاء نفسه لتحقيق الدعوى، واتساقاً مع هذه النصوص فإن القاضى المقرر يملك سماع الخصوم من تلقاء نفسه<sup>(٣)</sup> ويتعين على القاضى المقرر عند سماعه

<sup>1</sup> " Il résulte des art 368 et 537 que les décisions de jonction ou disjonction d'instance sont des mesures d'administration judiciaire insusceptibles de recours" cass civ 2<sup>e</sup>, 16 févr 1984: Bull civ II, n°31; cass civ 2<sup>e</sup> 17 mai 1993 : D. 1993. IR. 146; cass civ 2<sup>e</sup>, 21 oct 2004; jcp 2004. TV, 3311; perdriau, mesures d'administration judiciaire au regard de la cour de cassation" gaz. Pal. 6- 7 mars 2002, p.2.

<sup>2</sup> ) E.Garsonnet et ch. Cezar - Bru. Traité theorique et pratique de procédure civile et commerciale, 3éd, t. 11, n°380; Daniel le beau, Traité de commerce juris - classeurs, fasc 412, p. 4 n°21.

<sup>3</sup> ) Henri. Motulsky, prolégomènes pour un future" code de procédure civile, D 1972., Chronique, p91, n°18, Ecrite, p 275; H. Solus et R. Perrot. Droit judiciaire privé, éd Siery, THIL., n°495.

للخصوم مراعاة مبدأ المواجهة تطبيقاً للمادة ١٦ مرافعات مدنى ، وذلك بأن يتم سماع الخصم فى حضور الخصم الآخر أو على الأقل دعوته للحضور.

٣- دعوة الخصوم لتقديم الإيضاحات والمستندات التى تؤيد ادعاءاتهم (م) ٢/٨٦٢ مرافعات مدنية):

فى سبيل اعداد ملف القضية وتحقيق الدعوى، يمكن للقاضى المقرر أن يأمر الخصم بتقديم المستندات والأوراق اللازمة لتتوير عقيدة المحكمة بصدد النزاع المعروض عليها ، كما يفصل القاضى المقرر فى المنازعات المتعلقة بتبادل الإطلاع على المستندات، وذلك فى حالة امتناع الخصم أو الغير الحائز للمستند تقديمه للمحكمة، إذ يملك القاضى بناء على طلب أحد الخصوم<sup>(١)</sup> إلزام الخصم بتقديم مستند معين، إذا كان هذا المستند يتيح للخصم الآخر تقديم الدليل الذى يؤيد ادعاؤه ، ويملك تحديد أجل معين يتعين على الخصم تقديمه فى خلاله، ويملك توقيع غرامة يحددها بنفسه على الخصم فى حالة عدم احترامه للأجل المقرر وذلك تطبيقاً للمواد ١٣٤، ١٣٦ ، ١٣٩ مرافعات مدنية<sup>(٢)</sup> إلا أن سلطة القاضى المقرر فى الأمر بالإلزام بتقديم مستند قاصر على الخصوم فى الدعوى، أما إذا كان المستند لدى الغير، فإنه لا يملك السلطة بإلزام الغير الحائز

---

<sup>1</sup> ) Le juge unique en matière commerciale Bilan et perspectives , Rapport de Michel Armand . prévost, conférence générale des tribunaux de commerce , gaz . pal 16-17 juin 1995, p 19. Daniel le beau, Tribunal de commerce, juris classeurs 1994, fasc 412; n°26. بينما يرى جتوب من الفقه أن القاضى المقرر يملك إلزام الخصم بتقديم مستند من تلقاء نفسه دون حاجة الى طلب من الخصم الآخر إذا رأى أن تقديمه سيجلب وجه الحقيقة فى القضية.

J.J. Daigre, la production forcée des pièces dans le procès civil, thèse, puf, 1979.p.205.

<sup>2</sup> ) V.Daniel lebeau, Tribunal de commerce , juris- classeurs 1994, fasc, 412, le juge rapporteur, no26; le juge unique en matière commerciale Bilan et perspectives, rapport de Michel Armand-provost, conférence générale des tribunaux de commerce, goz. pal. 16, 17 juin 1995, p. 19.

بينما يرى البعض عكس ذلك : أنه فى حالة عدم امتثال الخصم فإن القاضى المقرر لا يملك توقيع غرامة تهديديه بل يعرض الأمر على المحكمة التى تملك توقيع غرامة فالأمر قاصر على المحكمة وحدها دون القاضى المقرر

H.Solus et R.Perrot, Droit judiciaire privé , THH , n°496; p425;



لمستند تقديمه وإنما يرجع الأمر إلى هيئة المحكمة وحدها هي التي تملك الزام الغير بذلك<sup>(١)</sup>

ويتعين على القاضى مراعاة مبدأ المواجهة بشأن تبادل الاطلاع على المستندات والأوراق من جانب الخصوم<sup>(٢)</sup>، ومن ثم يمكن للقاضى المقرر استبعاد المستند الذى لم يتم تبادل الاطلاع عليه فى وقت كاف يمكن كل خصم من الرد عليه تطبيقاً لمبدأ المواجهة وحق الدفاع، إذ لا يكفى علم الخصم بالمستند، وإنما لابد أن يكون العلم فى وقت كاف يتيح للخصم دراسة المستند والرد عليه إذا كان هناك مقتضى لذلك، وبالتالي يمكن للقاضى استبعاد المستندات التى تقدم فى وقت متأخر من ملف القضية<sup>(٣)</sup>.

٤- الأمر بإجراء التحقيق الذى يراه لازماً لاستجلاء الحقيقة فى الدعوى:  
يمكن للقاضى أن يأمر من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الخصوم بإجراء التحقيق الذى يراه ضرورياً لتحقيق القضية، فيملك استجواب الخصوم - سماع الغير - الاستعانة ببنى لإجراء (المعاينة - استشارة - الخبرة) وإذا أمر القاضى بإجراء تحقيق معين، عليه مراقبة ومتابعة تنفيذ عملاً بالمادة ١٥٥ مرافعات مدنية<sup>(٤)</sup>، والفصل بناء على طلب أحد الخصوم، أو بناء على طلب الفنى أو من تلقاء نفسه فى كافة المنازعات التى تثار بشأن إجراء التحقيق الذى أمر به عملاً بالمادة ١٦٧ مرافعات مدنية.  
وقد أكدت محكمة النقض فى حكم لها على هذا المبدأ بأن القاضى الذى أمر بإجراء تحقيق ما يختص بالفصل فى كافة المنازعات المتعلقة بالإجراء الذى أمر به<sup>(٥)</sup>.

1) H.Solus . R. Perrot: Droit judiciaire privé, T. III, n°496.

2) G.Couchez : procédure civile , sirey , 7 éd 1992, n°328.

3) G.A Paris, 14 oct. 1987: petites affiches 1987, n° 144, p.25.

4) L'art.155 Nouv.C.Pro.civ prévoit que "la mesure d'instruction est exécuté sous le contrôle du juge qui l'a ordonné lorsqu'il n'y procède lui-même".

5) "Seul le magistrat chargé du contrôle de l'expertise est competent pour trancher dans l'immediat toutes difficultés sur ce point".

Paris , 11 mars 1986: D. 1986. IR. 287.

(ب) سلطة الحكم : سلطة القاضى المقرر فى هذا الصدد مقيدة، فلا يملك الأمر بإجراء وقتى، فسلطة إصدار أمر وقتى تكون لهيئة المحكمة أو القاضى المستعجل<sup>(١)</sup> .

كما لا يملك القاضى المقرر الفصل فى الدفع الشكالية Les exceptions pour vice de forme وكذلك فى الدفع المتعلقة بالمواعيد Les exceptions dilatoires وإنما يخول ذلك لهيئة المحكمة وحدها تلك السلطة، وعلى هذا تنحصر سلطة القاضى المقرر فى إثبات إنقضاء الخصومة أيا كان السبب: الترك Desistement ، الصلح Transaction أو سقوط الخصومة peremption d'instance ويحكم بسقوط الخصومة ويفصل فى المصاريف إذا كان هناك مقتضى. (م ٣/٨٦٥) مرافعات مدنية. " ويمكن أن يكون الترك أو الصلح ناتج عن تصالح الخصوم نتيجة المساعى التى قام بها القاضى المقرر، ويثبت ذلك الصلح عملاً بالمادة ٨٦٣ مرافعات مدنية، فيدخل ضمن مهام القاضى إجراء الصلح بين الخصوم (م ٢١ مرافعات) ، وتتزايد أهمية إجراء مساعى الصلح أمام المحاكم التجارية لما له من أثر بالغ فى عالم المال والأعمال بإنهاء النزاع صلحاً بين أطرافه. ولا شك أن سماع الخصوم من قبل القاضى المقرر يتيح له محاولة التريب بين الأطراف والصلح بينهم، ويُعد هذا الأمر بالغ الأهمية خاصة لانتفاء محاولة إجبارية لإجراء الصلح بين الأطراف المتنازعة<sup>(٢)</sup> ، وإذا توصل القاضى الى صلح فإنه يثبت هذا التصالح بين الخصوم لو كان الصلح جزئياً أى فى شق من الدعوى عملاً بالمادة ٨٦٣ مرافعات مدنية ، وهذا المحضر المثبت للصلح الموقع من قبل القاضى

---

1 ) Le fait qu'au cours d'une expertise donnée par le tribunal de commerce, le président de ce tribunal ait rendu une ordonnance sur requête mentionnant qu'il lui en serait référé en cas de difficulté ne peut faire échec aux règles sur la procédure d'instruction; le juge des référés ne peut donc se déclarer compétent pour connaître de la demande en retraction de l'ordonnance

Civ.2<sup>e</sup>, 22 juin 1978, D.1978.IR.412, obd. Julien; Civ, 7déc 1983: D. 1984, 227, note Guinchard et Moussa.

2 ) Perrot et solus, Droit judiciaire privé, T. III, éd Sirey, 1991, p. 425 n°495.

والخصوم يعد سندا Titré exécutoire يمكن التنفيذ الجبرى بمقتضاه فى حالة تصديق هيئة المحكمة على هذا الاتفاق<sup>(١)</sup>

(ج) سماع جلسات المرافعة واعداد مشروع مسودة الحكم:

فى الواقع أن سلطة القاضى المقرر غير قاصرة على تحقيق الدعوى وتحضيرها، وإنما قد تتجاوز ذلك فقد يستمع إلى جلسات المرافعة بمفرده، كما يمتد أحيانا إلى إعداد مشروع مسودة الحكم فى شكل تقرير.

(١) القاعدة هو أن تتم المرافعة أمام هيئة المحكمة إلا أنه فى المواد التجارية يمكن أن تتم المرافعة أمام القاضى المقرر فقط عملاً بالمادة ٨٦٩ مرفعات مدنى حالى يمكن للقاضى المقرر فى حالة عدم اعتراض الخصوم أن يعقد الجلسات بمفرده، والاستماع إلى مرافعة الخصوم التى تكون محلاً للمداولة فيما بعد من قبل هيئة المحكمة الذى يعد القاضى المقرر أحد أعضائها، أما إذا إعتراض الخصوم فإن القاضى المقرر يحيل ملف القضية الى هيئة المحكمة لسماع المرافعة.

ويستفاد مما تقدم وجوب موافقة الخصوم على ذلك سواء بقبول صريح من قبلهم أو سكوت الخصوم مما ينبئ عن رضاه ضمنى بأن يعهد بالأمر برمته إلى القاضى المقرر.

فى الواقع أن المادة ٨٦٩ مرفعات مدنية لم تقم الا بتطبيق ما يحدث عملاً من قبل المحاكم التجارية وخاصة فى باريس ونانت، حيث كان يستمع القاضى المقرر بمفرده إلى الخصوم أو من قبل ممثلهم، ولم تكن جلسات الاستماع تنعقد فى قاعة الجلسات وإنما فى غرفة المشورة ولذا كان يطلق عليها " مداولة الخصوم " Délibéré de parties " ونرى أن هذا المصطلح غير دقيق، لأن مفهوم المداولة يقتصر فقط على ما يدور بين القضاة من مشاورات بعد سماع المرافعة، ليتبادلوا الراى حول القضية المنظورة، وإصدار الحكم بصدها، أما

١) T. Com. Châlons – sur – Marne, 1re juin 1978: Gaz. pal 1978. 2. 555, note Dediex. R.T.D.civ.1979. 198, obs. perrot.; Daniel lebeau, juris- classeur , fasc . 412 n°38.

ما يدور بين القاضى والخصوم فيمكن تسميته بجلسات استماع وحوار متبادل  
L'audition- Dialogue وليست مداولة<sup>(1)</sup>

وحيثما يستمع القاضى المقرر لمرافعة الخصوم ، فإنه لا يفرض على  
الخصوم سيراً تقليدياً للمرافعة والمتمثلة فى طلبات المدعى وأسانيده ورد  
المدعى عليه وأوجه دفاعه ودفعه.

Exposé , plaidoirie du demandeur, plaidoirie du defendeur ,  
Répliques et Dupliques

وإنما يتم فى إطار حوار متبادل بين القاضى المقرر والخصوم فى شكل  
سؤال من القاضى وإجابة من قبل الخصوم أو ممثلهم

un dialogue avec le juge par le biais de questions posées par  
celui – ci et des réponses données par les parties ou leur  
conseils<sup>(2)</sup>

وحتى ينشأ ما يسمى بحوار متبادل يسمح للقاضى بتنوير عقيدته لتكوين  
رأى حيال القضية فى ضوء هذه المناقشة، لابد من توافر شروطاً معينة تتمثل  
فى التالى:

- أن يكون لدى القاضى المقرر ملف القضية مسبقاً بما يتضمنه من طلبات  
الخصوم والحجج والأسانيد والأوراق المؤيدة لها، والتي يرتكن إليها  
الخصوم فى دعواهم ودفاعهم ودفعهم إن وجد، حتى يتسنى له دراسة هذا  
الملف جيداً، ويتمكن على أساسه من توجيه الأسئلة لاستيضاح الأمور  
المبهمة، ومن ثم لا يكفى أن يكون الملف موجوداً مسبقاً بين يدي القاضى ،  
ولكن يشترط أن يكون موجوداً من قبل بفترة كافية تسمح بدراسة جوانب  
القضية بعناية وفهم أبعادها وجميع ملامساتها.

<sup>1</sup>) J. Deleau: la pratique du "Délibéré des parties devant le  
tribunal de la seine". R.T.D. com. 1950, p. 178., ets . Geisenberger,  
le déroulement du procès devant le tribunal de commerce de  
paris, R.T.D. com. 1970, p 317 s.

<sup>2</sup>) Gerard Borgo, intervention, en colloque du 28 mars 1995,  
Tribunal de Grande Instance de Nanterre: juge civil, juge  
consulaire: Esprit, et Methodes: colloques 23 mars 1995, gaz. Pal.  
25. 27 juin 1995.

• عدم قيام الأطراف بتقديم أدلة أو وسائل جديدة، لأن ذلك من شأنه عدم تحقيق الهدف من تلك المناقشة والحوار المتبادل بين القاضى والخصوم والذي يجد أساسه فى ملف القضية التى كانت محل بحث ودراسة متعمقة من قبل القاضى المقرر، وغالبا ما تتيح تلك المناقشة بين القاضى والخصوم الفرصة للقاضى بإجراء محاولة للصلح بين الأطراف أو التوصل الى تسوية ودية<sup>(١)</sup>

(٢) كتابة التقرير: يقدم القاضى المقرر تقريراً بشأن ما تم من مرافعة إلا أن نصوص القانون لم توضح مضمون وشكل التقرير الذى يتعين تقديمه.

Les dispositions de Nouv. C. pro civ sont muettes sur le fait de savoir si et comment le juge rapporteur doit presenter un rapport.

ولذا يذهب الرأى الغالب فى الفقه أنه إزاء سكوت النص عن تحديد الشكل الذى يجب فيه إبداء التقرير بأنه يمكن أن يتم شفاهة<sup>(٢)</sup> إلا أن البعض يرى أنه يتعين أن يقدم التقرير كتابة لأن القاضى المقرر يعقد جلسات المرافعة بمفرده، وكذلك يتولى أمر تحقيق الدعوى، ومن ثم من المنطقى أن يقدم التقرير مكتوباً<sup>(٣)</sup>

ولكن فى التطبيق العملى فإنه فى الغالب يأخذ التقرير شكل مشروع للحكم le projet de jugement وتجرى المداولة بين أعضاء هيئة المحكمة المشكلة من ثلاثة أعضاء بما فيهم القاضى المقرر. ويجب أن يشتمل التقرير على طلبات الخصوم ووسائل دفاعهم والمسائل القانونية والواقعية محل النزاع ورأى القاضى المقرر حيال الدعوى<sup>(٤)</sup>، ويختلف بذلك دور القاضى المقرر

<sup>1</sup> ) Souvent cette mission d'instruction de l'affaire fournit au juge l'occasion de suggerer aux parties de conclure une transaction ou un arrangement amiable" les travaux de la conférence générale des tribunaux de commerce, an 1981, gaz. Pal. 1982, 1, doct. 60 , spec . n° 4-31, p68.

<sup>2</sup> ) Roger perrot: Droit judiciaire privé, TIII, P. 430 n°502; Daniel lebeau, Tribunal de commerce, jutis classeurs 1994, fasc, 412, le juge rapporteur n°47.

<sup>3</sup> ) Michel Armand. Prevost: référé. Préc., P. 21.

<sup>4</sup> ) فى الواقع أن ما يهدف به القاضى المقرر من اعداد مشروع مسودة الحكم ليس بجديد، كان قانون المرافعات القديم ١٨٠٦ بموجب المادة ٤٢٩ تنص على نظام للمحكم

أمام محاكم التجارة عن دور هيئة التحضير أمام المحاكم الاقتصادية المصرية<sup>(١)</sup>، وكذلك عن دور قاضي التحضير أمام المحاكم الابتدائية في فرنسا، حيث يتناول التقرير أمام تلك المحاكم طلبات الخصوم وأسانيدهم وأوجه الاختلاف والاتفاق بينهم دون إبداء رأى قانونى بصدد تلك القضية المنظورة. ويتسلم كل عضو فى هيئة المحكمة نسخة من التقرير وملف القضية، ليدرس على ضوءه القضية دراسة متعمقة ويتم تبادل الرأى بشأنها، فالنقير المعد من قبل القاضى المقرر ليس سوى مشروع لمسودة الحكم يكون محلاً للمناقشة وتبادل الرأى حوله من قبل هيئة المحكمة، وتتيح تلك المداولة تأكيد أو تأييد رأى القاضى المقرر حيال القضية أو العكس باتخاذ رأيا مغايراً ، إلى أن يتم التوصل فى النهاية إلى الرأى القانونى الصحيح فى الدعوى المنظورة<sup>(٢)</sup>

المقرر *arbitre rapporteur* ومهمته تنصب على سماع الأطراف والتوصل الى صلح بين الخصوم إذا أمكن ذلك، وفى حالة عدم التوصل إلى صلح كان يبدى برأيه، وكان هذا النظام محل نقد على أساس أنه يتضمن تخويل سلطة الحكم لأعوان القضاة ، وعندما صدر المرسوم رقم ٧٥ - ١١٢٢ فى ديسمبر ١٩٧٥ ألغى نظام المحكم المقرر ونص على القاضى المقرر الذى يختلف عن سابقه فى انه قاض وليس من أعوان القضاة فضلاً عن كونه احد أعضاء هيئة المحكمة التى تنظر النزاع

R. perrot Droit judiciaire privé; T. 3, p430.

<sup>(١)</sup> فتحى والى: تطبيق على قانون المحاكم الاقتصادية فى كتاب الأهرام الاقتصادية، ٢٠٠٨.

- طلعت نويدار : المحاكم الاقتصادية خطوة أخرى نحو التخصص القضائى ، دار الجامعة الجديد ٢٠٠٩.
- أحمد خليل : خصوصيات التقاضى أمام محاكم الاقتصادية ، دار المطبوعات الجامعية ، ٢٠١٠.
- أحمد السيد الصاوى : المحاكم الاقتصادية : بحث منشور فى مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية - جامعة الاسكندرية، عدد خاص للأعمال الكاملة للمؤتمر العظمى الدولى لاتجاهات التشريعية الحديثة فى التنظيم القضائى ، العاشر والحادى عشر من مارس ٢٠١٠.
- سيد أحمد محمود ملاحظات على المشروع والقانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨ بقتضاء المحاكم الاقتصادية، بحث منشور ، المصدر السابق ص ٣٤٥ : ٤٨١.
- محمود التهورى: هيئة التحضير أمام المحاكم الاقتصادية - دار الجامعة الجديدة ، ٢٠١٠.
- سحر عبد الستار أمم: المحاكم الاقتصادية فى القانون المصرى، دار النهضة العربية ٢٠٠٨.

<sup>(٢)</sup> Michel Armand - prévost , referé préc , p21.

\* هذا الدور المنوط بالقاضي المقرر بإعداد تقرير يكون في الغالب مشروعاً للحكم يوضح تأثير القاضي المقرر على الحكم الصادر، خاصة أنه يستمع إلى جلسات المرافعة بمفرده، في حالة عدم اعتراض الخصوم- فضلاً عن إعداده ملف القضية وإجراء التحقيقات اللازمة، لذلك يتحفظ جانب من الفقه (١) يؤيده في ذلك بعض أحكام المحاكم التجارية على تخويل القاضي المقرر وحده سماع جلسات المرافعة، ويكتفون بأن يعهد إليه بتحضير الدعوى وإعداد ملف القضية، أما سماع المرافعة فيكون من قبل هيئة المحكمة لا من قبل القاضي المقرر وحده (٢)

بينما يرى جانب كبير من الفقه أن إسناد هذه المهام للقاضي المقرر يحقق سرعة وفاعلية في العدالة التجارية، لأن الحوار والمناقشة المتبادلة بين القاضي والخصوم لها أثر بالغ في التوصل إلى حل عادل في القضية المنظورة، فضلاً عن تداخلها وتأثرها بالواقع العملي (٣)

ويؤيد ذلك، ما جرى عليه العمل في عدد كبير من محاكم التجارة، وبصفة خاصة محكمة التجارة بباريس، من تخويل القاضي المقرر هذه الصلاحية، لكثرة عدد القضايا المرفوعة، والتي يتعين على المحكمة الفصل في نسبة كبيرة منها سنوياً، ومن ثم إسناد هذه المهام للقاضي المقرر من شأنها توفير الوقت لأعضاء الدائرة أو هيئة المحكمة (٤)

"Juge unique economisant le temps de deux de ses collègues."

قرارات القاضي المقرر:

(أ) شكل القرارات الصادرة عن القاضي المقرر:

1) Glasson, Tissier et Morel, Traité theorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile 3 éd. TH n°535...

2) M.xavier Raguin , juge de la mise en état et juge rapporteur , Tribunal de G.Ide Nanterre, juge civil , juge consulaire ; Esprit et Methodes Colloque de 28 mars1995.

3) Gerard Borgo;refère préc. P.14

4) Gerard Borgo: refère . préc. P14.

كقاعدة عامة يأخذ القرار الذى يتخذه القاضى المقرر شكل تأشيرة فى الملف، ويخطر بها الخصوم عملاً بالمادة ٨٦٦ / ١ مرافعات ، *une simple mention au dossier* واستثناء من هذه القاعدة فإن القاضى المقرر يصدر قراراً مسبباً فى حالات معينة، تتمثل فى التالى: الأمر بإجراء تحقيق، الفصل فى الصعوبات التى تعرقل تبادل الاطلاع على المستندات وإثبات انقضاء الخصومة. ويملك القاضى فى تلك الحالات إحالة القضية إلى هيئة المحكمة بدلاً من قيامه بالتحقيق بنفسه ، ولا يلزم أن يكون قرار الإحالة مسبباً.<sup>(١)</sup>

(ب) طبيعة وحجية القرارات الصادرة عن القاضى المقرر:  
إن القاضى المقرر هو أحد قضاة الدائرة التى تنتظر الدعوى ، عُهد إليه تحضير الدعوى واعداد ملفها، وباعتباره قاضياً فإن له سلطة الإدارة القضائية، ولذا يملك إصدار قرارات إدارية، كما أنه يصدر أحكاماً بهدف ضبط النزاع أمامه، فيما يتعلق بعناصره الشخصية والواقعية (موضوعاً وسبباً) وإعداد ملفها، بما يشتمل عليه من مستندات وأدلة إثبات حتى يمكن للمحكمة بتشكيلها الجماعى بما فيها القاضى المقرر- الفصل فى الدعوى فى ضوء الملف الذى استوفى عناصره، وأصبح جاهزاً للفصل فيه، وبالتالي فإن الأحكام التى يصدرها القاضى المقرر ليست موضوعية فليس لها كيان مستقل بذاتها ، ولا تحسم النزاع على أصل الحق، فلا تنتهى بها ولاية القاضى، بل يأمر بها كإجراء أولى سابق لفض النزاع، ولا تنقيد هيئة المحكمة ولا القاضى المقرر نفسه بتلك الأحكام ما لم تكن أحكاماً قطعية.<sup>(٢)</sup>

<sup>1</sup> " La décision par laquelle un juge rapporteur renvoie l'affaire à la formation collégiale n' a pas à être motivée, mêmes si le renvoi a été décidé pour que la formation collégiale donne des mesures que le juge rapporteur aurait pu prendre lui-même par ordonnance motivée" com . 29 avr. 1986: Bull civ. IV, n°76.

<sup>2</sup> أحمد أبو الوفا : نظرية الأحكام فى قانون المرافعات ، منشأة المعارف ، الطبعة السادسة سنة ١٩٨٩ ، ص ٨٣ ، نبيل إسماعيل عمر : نظام قاضى التحضير فى القانون الفرنسى ونظام النيابة المدنية المقترح الصل به فى مصر، دار الجامعة الجديدة ، سنة ١٩٩٠ ، ص ٣٥ ، بند ٢٠.



وبناء على ذلك فإن القرارات الصادرة عن القاضى المقرر لا تحوز حجية الأمر المقضى لأنها ليست أحكاماً صادرة فى الموضوع، ومن ثم لا تتقيد المحكمة عند الفصل فى الموضوع بقرارات القاضى المقرر حتى ولو كانت ذات طبيعة قضائية عملاً بالمادة ٨٦٧ مرافعات مدنية.

Les ordonnances du juge rapporteur n'ont pas, au principal l'autorité de la chose jugée

(ج) الطعن على قرارات القاضى المقرر:

القاعدة العامة أن قرارات القاضى المقرر غير قابلة للطعن عليها على استقلال عن الحكم الصادر فى الموضوع عملاً بالمادة ١/٨٦٨، مرافعات مدنية، إلا أنه استثناء من هذه القاعدة، فإن القرارات الصادرة عنه يمكن أن تكون محلاً للطعن على استقلال عن الحكم الصادر فى الموضوع فى حالتين عملاً بالمادة ٢ / ٨٦٨ مرافعات هما:

- القرارات المتعلقة بالخبرة فى الحالات والشروط المنصوص عليها فى المادة ٢٧٢ مرافعات.
- القرار المثبت لانقضاء الخصومة خلال ١٥ يوم من تاريخ صدوره.

انتداب القاضى المقرر لا يحول دون اللجوء الى هيئة المحكمة:

إذا انتدبت هيئة المحكمة أحد قضاتها بصفته قاضٍ مقرر، فإن قرار المحكمة لا يحول دون لجوء الخصوم إلى المحكمة ليطلبوا منها إصدار أمر بإجراء معين رغم إمكانية طلب ذلك من قبل القاضى المقرر، كما يملك دائماً القاضى المقرر الإحالة إلى هيئة المحكمة للقيام بإجراء معين رغم اختصاصه به، ومن ثم يمكن القول بأن اختصاص القاضى المقرر ليس حصرياً أو قاصراً عليه.

وتطبيقاً لذلك فإنه غالباً ما يحيل القاضى المقرر لهيئة المحكمة الفصل فى ضم الدعاوى، وكذلك فى إجراءات التحقيق أو الأمر بتقديم مستند أو تبادل الإطلاع على المستندات<sup>(١)</sup>.

<sup>1</sup>) La compétence du juge rapporteur n'est pas exclusive, il peut renvoyer à la formation de jugement pour que, par exemple, elle prononce des mesures d'instruction " com. 29 avr. 1986; Bull.civ. IV, n° 76.

وإذا كان القاضى المقرر يملك سلطات واسعة كما بينا على النحو السابق - إلا أنه لا يملك قفل باب المرافعة، ومن ثم يمكن للأطراف تقديم مذكرات وطلبات فى الجلسة، فلا يعد باب المرافعة مقفلا إلا من تاريخ تقديم القاضى المقرر تقريره إلى هيئة المحكمة وتتم المداولة بين القاضى المقرر وباقى أعضاء الهيئة بشأنه.<sup>(1)</sup>

ومع ذلك يمكن السماح على سبيل الاستثناء بتقديم مذكرات بعد تسليم القاضى المقرر تقريره إلى هيئة المحكمة، إذا لم يكن فى إمكان الخصم تقديمه إلى القاضى المقرر، مع بيان الظروف والمبررات التى دعت إلى عدم تقديمه أمام القاضى المقرر، وعلى هيئة المحكمة عندئذ أن تطلع الخصم الآخر عليه مع إعطائه أجلا للرد عليه احتراماً لمبدأ المواجهة بين الخصوم وحقوق الدفاع.

### تقديم نظام القاضى المقرر أمام المحاكم التجارية:

تتنوع مهام القاضى المقرر أمام المحاكم التجارية المختلفة فدوره ليس واحداً أمام جميع محاكم التجارة.

لذلك اتجهت بعض محاكم التجارة إلى تعيين القاضى المقرر من لحظة انعقاد الاختصاص لها بنظر الدعوى، وذلك لتحضيرها لتكون جاهزة للفصل فيها، بينما لا تقوم محاكم أخرى بتعيينه إلا بعد سماع المرافعة، إذا تبين لهيئة المحكمة أنها فى حاجة إلى إجراء تحقيق تكميلى، فتعهد إلى أحد قضاتها بصفته قاضٍ مقرر لإجرائه، بينما تعهد إليه محاكم تجارية أخرى وخاصة محكمة التجارة بباريس لسماع المرافعة وإعداد مشروع مسودة الحكم. فضلاً عن محاولته التوصل إلى الصلح بين الأطراف المتنازعة.

فى الواقع أن المشرع الفرنسى لم يقدّر الأمر بتكريس وتقنين واقع عملى دأبت عليه محاكم التجارة من وقت طويل، فضلاً عن تحقيقه لنجاحات مختلفة، وإسهامه بقدر كبير فى سرعة الفصل فى القضايا وتخفيف العبء عن كاهل المحكمة. كما أن تعيين القاضى المقرر هو رخصة يرجع لهيئة المحكمة تقدير مدى الحاجة للجوء إليها، إذ تعدد الأسباب التى تبرر إحالة القضية للقاضى

<sup>1</sup> ) Perrot et solus , Droit judiciaire privé, T.3, éd sirey 1991 , p433 n°508 Loïc Cadet: Droit judiciaire privé éd litec 2000, p. 777; Michel Armand – prévost, référé préc , p21.

المقرر؛ ومنها صعوبة القضية وتوفير الوقت، ومن ثم فهي في حاجة لتحضيرها واعداد ملفها اعداداً كافياً<sup>(1)</sup>، كما تميل بعض محاكم التجارة إلى محاولة التوصل إلى الصلح بين الأطراف، وهذا يتأتى من خلال المناقشة التي تتم بين الأطراف والقاضي المقرر في شكل حوار متبادل مما قد يسفر في النهاية عن تقريب وجهات النظر المتعارضة للأطراف والوصول إلى تصالح الأطراف ولو في شق من النزاع، كما يمكن الالتجاء إلى القاضي المقرر بقصد تخفيف العبء عن كاهل المحكمة خاصة في حالة تكديس جدول (رول) الجلسات *Encombement du rôle*، وأحياناً قد يتم انتداب القاضي المقرر نظراً لبساطة القضية، ومن ثم يكفي بالترافع أمام قاضي فرد من قضاتها بدلاً من تشكيل المحكمة الجماعية.

كما أن التقرير الذي يقدمه القاضي المقرر الذي يعد في الحقيقة مشروعاً للحكم لا يعني أن هيئة المحكمة تخلت عن دورها، وأن الحكم الصادر عن هيئة المحكمة هو نتاج عمل فردي ألا وهو تقرير القاضي المقرر، فمشروع الحكم "تقرير القاضي المقرر" الذي يقدمه القاضي المقرر يكون محلاً للمناقشة وتبادل الرأي بشأنه، ومن ثم يكون عرضه للتغيير سواء بالإضافة أو التعديل، وقد تؤيده هيئة المحكمة أو تقضى بخلاف رأي القاضي المقرر، ومن ثم يظل هذا الحكم نتاج عمل مشترك بين هيئة المحكمة الذي يعد القاضي المقرر أحد أعضائها وليس عمل فردي من قبله.

في ضوء ما سبق يمكن لنا أن نخلص إلى عدة نتائج هامة:

(١) الالتجاء إلى القاضي المقرر أمام محاكم التجارة أمر جوازى [ رخصة للمحكمة بتشكيلها الجماعية ].

بمعنى أنه لا يشترط في تحضير الدعاوى التجارية أمام محاكم التجارة أن تعر على القاضي المقرر لتحضيرها وإعداد ملفها.

(٢) أن القاضي المقرر ليس هيئة لتحضير الدعوى قائمة بذاتها، ولا يعد مرحلة من مراحل الدعوى قبل أن تنظرها محكمة الموضوع، إنما هو أحد أعضاء الدائرة المرفوعة القضية أمامها.

<sup>1</sup>) Vincent et Guinchard , procédure civile éd 24, Dalloz, 1996 .p 613 n°948

(٣) إذا رأت المحكمة بتشكيلها الجماعى ان القضية جاهزة للفصل فيها، فتصدر حكمها على الفور ، أما إذا رأت أن القضية تحتاج إلى تحقيق فتؤجلها إلى جلسة أخرى، أو تعهد بها لأحد أعضاء الدائرة بصفتة قاض مقرر بتحضيرها واعداد ملفها.

(٤) يملك القاضى المقرر صلاحيات عديدة فى سبيل اعداد ملف الدعوى، إلا أن الصلاحيات والاختصاصات المسندة إليه لا تحول دون اللجوء إلى المحكمة لإصدار أمر معين، وبالتالي يمكن لأى من الطرفين اللجوء إلى المحكمة لاستصدار أمر بإجراء تحقيق ما رغم أن القاضى المقرر يملك ذلك.

(٥) لم يحدد المشرع أجل وأجال معينة يتقيد بها القاضى المقرر عند اعداد ملف الدعوى، والسبب فى ذلك يرجع إلى تنوع واختلاف المهام المسندة للقاضى المقرر من محكمة الى أخرى، فيمكن أن تنحصر فى اعداد ملف الدعوى ، والاستماع إلى أطرافها وكتابة تقرير بشأنها، محدداً فيه نقاط الاختلاف والاتفاق دون إبداء الرأى القانونى فى هذا الصدد، وقد يتسع دور القاضى المقرر امام محاكم تجارية أخرى الى حد كتابة مشروع مسودة الحكم ليتم المداولة بشأنه من هيئة المحكمة بما فيها القاضى المقرر، ويرجع التباين الكبير لدور القاضى المقرر امام محاكم التجارة إلى ضرورات واعتبارات عملية، فنظام القاضى المقرر ذاته بدأ فى العمل قبل أن يقننه المشرع الفرنسى، كما أن مرونة القضاء التجارى ذاته هى التى أسهمت بقوة فى تكريس نظام القاضى المقرر.

(٦) إن الإحصائيات الرسمية التى يعدها المجلس الوطنى لمحاكم التجارة تشهد بالدور الفعال الذى يقوم به القاضى المقرر أمام محاكم التجارة ، ولم يكن وسيلة للتسويق أو للماطلة بغرض مد أمد النزاع ، بل على العكس هو أحد الآليات التى يمكن من خلالها المساهمة فى سرعة الفصل فى الدعوى.

ولذا فإننا نرى أن نظام القاضى المقرر المتبع امام محاكم التجارة على هذا النحو هو نظام جيد لأنه نتاج التطبيق العملى، ولم يعتمد المشرع إلا بعد أن ثبت نجاحه عملياً، والعبرة دائماً بالتطبيق، لا بسن قوانين جديدة دون العمل بها حتى تصبح نصوصاً ميتة، ونبحث عن قوانين أو أنظمة أخرى لمعالجة السلبات القائمة فى نظام التقاضى، فالوسيلة المثلى للحكم على نظام معين هو تجربته عملياً، مع متابعته وتقييمه حتى يتسنى إصدار حكم عليه بعدم نجاحه،

ومن ثم البحث عن نظام جديد نتجنب به سلبيات النظام السابق، أو الحكم عليه بنجاحه وبالتالي الإبقاء عليه، والعمل على تطويره حتى يكون على الوجه الأمثل.

وان كان من الاجدى تعيين تاريخ معين أو تحديد آجال معينة ينتهى فيها القاضى المقرر من إنجاز المهام المسندة إليه من تحقيق الدعوى وإعداد ملفها، ولكن سيختلف الأجل المحدد للقاضى المقرر - بطبيعة الحال - من محكمة إلى أخرى حسب طبيعة مهمته وحدودها، ولا شك أن تحديد مدة زمنية معينة يتقيد بها القاضى المقرر لانجاز مهمته خلالها، يؤدي إلى سرعة الفصل فى الدعوى مما يسفر فى النهاية إلى تحقيق عدالة ناجزة.<sup>(١)</sup>

### الفصل الرابع

#### النظام القانونى لأحكام محاكم التجارة والطنن فيها وتنفيذها

##### تمهيد:

عرضنا فى الفصول السابقة أوجه الخصوصية التى تتسم بها محاكم التجارة والتى تتفق مع طبيعة تلك المحاكم والغاية من إنشائها، باعتبارها محاكم خاصة بالتجار ، وقد تتبعنا مظاهر هذه الخصوصية سواء فى تشكيل محاكم التجارة ، أو فى توزيعها الجغرافى، أو فى كيفية رفع الدعوى أمامها والإجراءات المعمول بها فى تحقيق ملف القضية وإصدار الحكم فيها على وجه السرعة.

إلا أن خصوصية محكمة التجارة أو غيرها من المحاكم المتخصصة فى التنظيم القضائى الفرنسى، لا تعنى خروج المحكمة عن القواعد العامة المتبعة قانونا لإصدار الأحكام القضائية، سواء فى النظام القانونى للمداولة وكيفية إصدار الحكم والنطق به.

وقد قصر المشرع الفرنسى نظام تخصص المحاكم على محاكم أول درجة فقط دون أن يمتد إلى محاكم الدرجة الثانية.

(١) راجع فى ذلك تفصيلاً : طلعت محمد دويدار "تأجيل الدعوى محاولة لضبط قواعد التأجيل بين قومة الوقت فى الدعوى والحق فى الدعوى" دار الجامعة الجديدة ، طبعة ٢٠٠٨ ، ص ١٨٠ وما بعدها.

لذا تسرى على الأحكام الصادرة من محاكم التجارة القواعد العامة المقررة بشأن طرق الطعن العادية وغير العادية والإجراءات المتبعة أمامها، وأيضاً بالنسبة لتنفيذ الأحكام، فتطبق القواعد العامة، فلا تختص محاكم التجارة بتنفيذ الأحكام الصادرة عنها، ولا الفصل في المنازعات التي تثور بصدد تنفيذ الحكم أو الأمر القضائي الصادر عن محاكم التجارة، وإنما تدخل في اختصاص قاضي التنفيذ.

ولهذا سنعرض سريعاً الموضوعات السابق بيانها، مع التركيز فقط على مواطن الخصوصية في هذا الصدد - إن وجد - وذلك في مبحثين على النحو التالي:

**المبحث الأول: نظم إصدار أحكام محاكم التجارة.**  
**المبحث الثاني: نظم الطعن وتنفيذ أحكام محاكم التجارة.**

## المبحث الأول نظام إصدار أحكام محاكم التجارة

### القاعدة العامة: التشكيل الجماعي لهيئة محكمة التجارة

تفصل محكمة التجارة في الدعوى المنظورة بتشكيلها الجماعي كقاعدة عامة، وإن كانت في حالات معينة نص عليها القانون، يفصل قاض فرد في الدعوى التجارية.

لا شك أن تعدد قضاة الدائرة أو التشكيل الجماعي يحقق مزايا عديدة للقضاة والمتقاضين على حد سواء: فمن الناحية الفنية: فإنه يسهل العمل بالنسبة للقضاة الجند المنخرطين في الوظيفة القضائية حديثاً، حيث يساهم التشكيل الجماعي في سرعة إعدادهم وتأهيلهم للعمل القضائي، باكتساب الخبرة من زملائهم القدامى أعضاء الدائرة خاصة إذا كانت الدائرة متخصصة في فرع من فروع القانون<sup>(١)</sup>

كما أن نظام عدم إفشاء أسرار المداولة المقترن بنظام المداولة<sup>(٢)</sup>، يضمن حرية إبداء الرأي في القضية، إذ يصدر الحكم القضائي بناء على رأى الأغلبية دون ذكر من عارض هذا الحكم أو من أيده<sup>(٣)</sup>، ولذا قضت محكمة النقض الفرنسية في أحكام عديدة لها أنه إذا أشار الحكم في منطوقه أنه صدر بالأغلبية دون تحديد رأى كل قاض من قضاة الدائرة فإن هذا الحكم يكون صحيحاً ولم يخالف سرية المداولة<sup>(٤)</sup> بينما قضى أنه في حالة صدور الحكم بالإجماع يتعين عدم ذكر ذلك في الحكم إذ يُعد مساساً بسرية المداولة<sup>(٥)</sup>

1) Michel Armand - Prévost: le juge unique en matière commerciale, Bilan et perspectives: Gaz.pal.17 juin 1995, p.9n°2.

2) J.F Burgelin: Les petits et les grands secrets du délibéré: D.2001 P. 2755, J- P.Dumas, Mélanges, Catala, Litec, 2001, p. 179 (Secret de juges).

3) ويختلف الأمر في القوانين الانجلوسكسونية التي ينص فيها على أنه في حالة صدور الحكم بأغلبية الآراء بدون القضاة المعارضون لهذا الحكم (الأقلية) رأبهم مسبباً.

Cadiet (L) et Jeuland (E): Droit judiciaire privé, litec, 5<sup>e</sup> éd, 2006 P.451, n°703.

4) "La mention de l'arrêt indiquant que la décision a été Prise à la majorité des voix sans faire apparaître en quel sens chacun des juges a opiné ne porte pas atteinte au secret des délibérations "

فى الواقع أن المشرع لم ينص على وجود تضمين الحكم ببيان أنه صدر بأغلبية الآراء ، فكل ما فرضه القانون هو وجود صدور الحكم بأغلبية الآراء ، وبالتالي فالأصل أن القواعد الواجب إتباعها فى إصدار الأحكام أنها روعيت صححة، وأن توقيع هيئة المحكمة على مسودة الحكم الذى أصدرته مفاده مراعاة تلك القواعد.

ولا شك أن جماعية التشكيل ، وحرية تبادل الرأى يسهم إلى حد كبير فى بث الثقة فى نفوس القضاة، ويضمن حيادهم وموضوعيتهم عند نظر النزاع، فضلا عن أنه يدعم استقلالهم.

ويؤيد هذا الرأى جانب كبير من قضاة المحاكم التجارية، لأن هيئة المحكمة بتشكيلها الجماعى تتحمل مسئولية الحكم مجتمعة، ومن ثم يستطيع أعضاء الدائرة التكاتف لمقاومة تأثير الضغوط والمؤثرات الخارجية ، ويضمن حرية رأيهم وعدم خشية ردود الفعل الخارجية فى محيط مجتمع المال والأعمال، خاصة أن قضاة محاكم التجارة هم فى الأصل تجار ورجال أعمال.<sup>(٢)</sup>

ورغم تعدد مزايا التشكيل الجماعى للمحكمة إلا أننا نرى أن تشكيل الدائرة من قاض فرد لا يخلوا من الإيجابيات:

فلم يشترط المشرع وجود حضور محام أمام محاكم التجارة، ومن ثم يمكن للخصوم الحضور بأنفسهم أمام القاضى، وبالتالي يكون من الأيسر على الخصوم التحاور مع قاض فرد عن هيئة المحكمة بتشكيلها الجماعى، سواء فى عرض موضوع الدعوى وقائعها والأسانيد التى يرتكن إليها كل خصم وأوجه الدفع والدفاع، مما يسهم فى إنجاز الفصل فى القضايا على وجه السرعة. كما أنه عندما ينظر قاض فرد الدعوى فإنه يتحمل المسئولية منفرداً عن الحكم

---

cass.civ.1<sup>re</sup> ch, 12 juin 1974 : D.1975.173, note Aubert; cass soc.14 mars 1974: Bull. civ v,n°182.

<sup>1</sup>) Reims, 29 juin 1977: JCP 1980.11,19300, note perrin .

<sup>2</sup>) "Dans plusieurs congrés regionaux cette position a été soutenue par les juges consulaires qui redout la personnalisation des décisions par rapport à leur environnement", Michel ARMAND - Prévost: le juge unique en matière commerciale, Bilan et persepctives ref préc p. 9 n°2.



الصادر عنه، مما يعد في حد ذاته حافزاً شخصياً يدفع القاضى للاجتهاد والتدقيق عند بحث الحكم وتسبببه.

### إتباع القواعد العلمية في إصدار الأحكام:

أيا كان تشكيل المحكمة التجارية التي ستفصل في النزاع سواء كانت مشكلة من قاض فرد أو تشكيل جماعي، فإنه تطبق القواعد العامة في إصدار الأحكام الواردة في المواد ٤٥٠ وما بعدها في قانون المرافعات المدنية، فلم ينص المشرع الفرنسي على قواعد خاصة، ومن ثم تطبق القواعد العامة الواردة في هذه الشأن.

### المداولة: Les délibérations:

يبدأ القضاة في المداولة لإصدار الحكم بعد قفل باب المرافعة، حيث تجرى المداولة سراً بين القضاة ضمناً لحرية الرأي. ويمكن أن تتم المداولة بعد قفل باب المرافعة في الجلسة نفسها dans "Sur le siège" la salle d'audience elle-même وذلك بأن يتشاور أعضاء المحكمة همساً فيما بينهم Faire murmures ويصدرون الحكم، كما يمكن أن ينسحب القضاة الى غرفة المشورة en chambre du conseil ويتبادلون فيها الرأي بعض الوقت، ثم يعودون إلى الجلسة لإصدار الحكم بأن يتم رفع الجلسة مؤقتاً ثم العودة مرة أخرى إليها لإصدار الحكم.

### النطق بالحكم Prononcé d'un Jugement

وسواء صدر الحكم عقب المداولة بين القضاة في الجلسة ذاتها أو في غرفة المشورة ثم العودة إلى الجلسة لإصدار الحكم، فإن الحكم في هذه الحالات يكون صادراً في الحال<sup>(١)</sup> Sur le champ وقد ترجى هيئة المحكمة إصدار الحكم إلى جلسة لاحقة، إذا إرتأت المحكمة أن المداولة في الحكم يحتاج لبعض الوقت، ويتعين عليها في هذا

<sup>1</sup>) "Le jugement est prononcé sur-le-champ lorsqu'il est rendu après audition, le même jour, des représentants des parties, fut-ce après une suspension de l'audience". Cass.civ.2<sup>e</sup> 26 oct 1978: Bull.civ.11, n°226; cass.soc.11 oct.1994: D.1994, IR.248.

الفرض، أن تحدد تاريخ الجلسة التي سيتم فيها النطق بالحكم، وإذا كان المشرع يلزم رئيس المحكمة بموجب المادة ٤٥٠ مرافعات بيان تاريخ الجلسة المحددة للنطق بالحكم وإخطار الخصوم بها<sup>(١)</sup>، إلا أنه لم يحدد الوسيلة التي يتم الإخطار بمقتضاها، ولذا يمكن أن يتم الإخطار بموجب خطاب مسجل بعلم الوصول، أو يتم عن طريق إعلان بمعرفة قلم المحضرين أو بموجب خطاب عادى *Aviser les parties par tout moyen*، المهم أن تتحقق الغاية من الإخطار وهي علم الخصوم، ويتضمن الإخطار الأسباب الداعية لتأجيل النطق بالحكم وتاريخ الجلسة، وذلك ما لم يكن الخصوم أو ممثليهم حاضرين فى الجلسة ذاتها، فيتم إخطارهم شفويا<sup>(٢)</sup>.

وتختلف الإجراءات المتبعة بشأن إخطار الخصوم أمام محاكم التجارة عن تلك المعمول بها وفق القواعد العامة فى قانون المرافعات والسابق بيانها. فوفقاً للمادة ٨٧٠ مرافعات التي تتضمن الإجراءات المعمول بها أمام محاكم التجارة، أنه ما لم يتم إصدار الحكم فى أول جلسة وتأجيل نظره إلى جلسة تالية، يقوم قلم الكتاب بإخطار الخصوم الذين لم يتم إخطارهم شفويا بتاريخ تلك الجلسة، وذلك بموجب خطاب عادى غير مصحوب بعلم الوصول. إلا أن الالتزام بإخطار الخصوم لا يكون واجباً إلا إذا تم تأجيل المرافعة لجلسة تالية، وذلك احتراماً لمبدأ المواجهة، وبالتالي عدم احترام المبادئ الأساسية فى الخصومة يترتب عليه بطلان الحكم الصادر فى غيبة الخصوم.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بنقض الحكم الانتهاى الصادر عن محكمة باريس التجارية، والذي لم يتم فيه مراعات أحكام المادة ٨٧٠ مرافعات التي تلزم قلم كتاب المحكمة التجارية بإخطار الخصوم بتاريخ تأجيل المرافعة

<sup>1</sup>) Décr,n°2005-1678 du 28 déc.2005,art 43, applicable 1<sup>re</sup> mars 2006 "Sil décide de renvoyer le prononcé du jugement à une date ultérieure, le président en avise les parties par tout moyen.cet avis comporte les motifs de la prorogation ainsi que la nouvelle date à la quelle la décision sera rendue.

<sup>2</sup>) " Les dispositions de l'art 450 supposent une indication orale à l'audience en présence des parties" Paris, 3 mars. 1998: Bull.ch.avoués, 1998 .3.92.

لجلسة تالية، وبالتالي صدر الحكم المطعون فيه دون مراعاة واحترام مبدأ  
المواجهة في التقاضي.<sup>(١)</sup>

إلا أن التزام قلم كتاب المحكمة بإخطار الخصوم لا يكون إلا إذا تم  
تأجيل المرافعة إلى جلسة تالية، وعلى هذا إذا تم التأجيل للنطق بالحكم، فإن هذا  
الالتزام لا يكون واجباً.<sup>(٢)</sup>

ويتعين أن يكون النطق بالحكم في جلسة علنية ولو كانت الدعوى قد  
نظرت في غرفة المشورة<sup>(٣)</sup> عملاً بالمادة ٤٥١ مرافعات مدنية، ويعتبر الحكم  
قد صدر بالنطق به ومن ثم يصير حقاً للخصم الذي صدر لمصلحته، فضلاً  
عما يترتب من آثار هامة وأهمها خروج النزاع عن ولاية القاضي الذي أصدره  
، باستنفاد ولايته، ومن ثم لا يجوز أن يعدل عنه أو يُعَدَّل فيه، كما أن الحكم  
بصدوره يحوز حجية الشيء المحكوم فيه، فضلاً عن أن المحكوم عليه يعتبر  
عالماً بالحكم بمجرد صدوره ولو لم يكن حاضراً جلسة النطق به، ما لم ينص  
القانون على غير ذلك، ومن ثم يبدأ ميعاد الطعن في الحكم الصادر ضده من  
تاريخ صدوره.

### تحرير الحكم La rédaction du Jugement

لا يخرج تحرير الأحكام الصادرة عن محاكم التجارة عن القواعد  
العامة الواردة في قانون المرافعات المدنية والمنصوص عليها في المادة ٤٥٤،  
ومن ثم تطبق النصوص العامة الواردة في هذا الشأن بصدد تحرير الحكم  
القضائي، بأن يصدر الحكم كتابة، فلا يعتد بالحكم الصادر شفهيًا، وإلا عُذ  
الحكم منعدماً، وبالتالي لا يكفي بيان حكم المحكمة أو الإشارة إليه في سجل

<sup>1</sup> ) "Cassation d'un jugement réputé contradictoire et rendu en dernier ressort, alors que la non-comparution d'une partie était due au non respect par le greffe des dispositions de l'art.870" Cass.civ. 3<sup>e</sup>, 29 mars 1995:Rev.huiss.1995 859, obs. R.Martin.

<sup>2</sup> ) " L'obligation d'aviser par lettre simple les parties n'existe que si les débats sont renvoyés à une audience ultérieure et non en cas de renvoi de la date du prononcé de jugement".cass.civ2<sup>e</sup> , 20 nov1991 : Bull civ11.n°318.

<sup>3</sup> ) Vincent et Guinchard; procédure civile 24 éd Dalloz 1996, p 758, n° 1233; Loïc cadet et Emmanuel jeuland: Droit judiciaire privé 56d. Litec 2006 p. 453. 3. n° 708.

الجلسة، وإنما يتعين كتابته، ومسودة الحكم La minute هي نسخة الحكم الأصلية c'est le texte original du jugement، ويصدر باسم الشعب au nom du peuple Français ويتعين أن يتضمن الحكم بيانات معينة، يمكن من خلالها التحقق من صحة الحكم من الناحية الشكلية وتتمثل البيانات في الآتي: (١)

- بيان المحكمة التي أصدرت الحكم La Juridiction don't il émane
- أسماء القضاة الذين اشتركوا في المداولة
- du nom des Juges qui en ont délibéré
- تاريخ إصدار الحكم de sa date
- اسم ممثل النيابة العامة إذا كان حاضراً في الجلسة
- du nom du représentant du ministère public s'il a assisté aux débats
- اسم سكرتير الجلسة du nom du secrétaire
- أسماء الخصوم وألقابهم أو اسم الشركة وعنوانها وكذلك موطن الخصوم أو مركز الشركة

Des nom. Prenoms ou dénomination des parties ainsi que de leur domicile ou siège social

وعند الاقتضاء لقب المحامي وكل شخص يمثل الخصم في الحضور

<sup>1</sup> وقدما كان المشرع الفرنسي يميز بين مسودة الحكم ونسخة الحكم الأصلية ، فلم تكن المسودة تتضمن كافة البيانات الوارد ذكرها في المتن كما كانت صغيرة الحجم، في حين أن نسخة الحكم الأصلية الموجهة للخصوم تكتب بطريقة أسير ومفصلة، إلا إن هذه التفرقة لم تعد قائمة ، إنما يقصد بمسودة الحكم نسخة الحكم الأصلية ، أما مصطلح Expédition فيطلق على الصورة التنفيذية للحكم عملاً بالمادة ٤٦٥، مرافعات.

V.Jacques Héron: Droit judiciaire privé 3<sup>ème</sup> par Thierry le Bars Montchrestien, 2006, p 374,n° 471.

ويختلف الأمر في القانون المصري: إذ يفرق المشرع بين مسودة الحكم ونسخة الحكم الأصلية، فتشتمل الأولى على منطوق الحكم وأسبابه وتحفظ بالملف ولا تعطى منها صوراً ، وإن كان يجوز للخصم الإطلاع عليها إلى حين إتمام نسخة الحكم الأصلية، بينما تتضمن الثانية للبيانات التي أوردها المشرع في ١٧٨ مرافعات، ويجوز إعطاء صورة بسيطة من نسخة الحكم الأصلية لمن يطلبها وذلك بعد دفع الرسم المستحق عملاً بالمادة ١٨٠ مرافعات.

Le cas écheant, du nom des avocat ou de toute personne ayant représenté ou assisté les parties.

وفي نطاق القضاء الولائي بيان أسماء الأشخاص الواجب إعلانهم

### En matière gracieuse, du nom des personnes aux quelles il doit être notifié

ويتعين توقيع الحكم من قبل رئيس الجلسة وسكرتير الجلسة، وإذا كان لدى الرئيس مانع من التوقيع فيجب ذكر هذا العذر<sup>(١)</sup>، ويوقع مسودة الحكم قاض آخر اشترك في مداولة الحكم وإصداره وإلا كان الحكم باطلا، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية ببطلان الحكم الموقع من قبل قاض لم يشترك في المداولة.<sup>(٢)</sup>

#### جزاء النقص في بيانات الحكم:

يعد الحكم القضائي ورقة شكلية، يجب أن يصدر الحكم كتابة، وأن يكون مستوفيا شرائط صحته، فإذا كانت بيانات الحكم ناقصة، لا يجوز استكمال هذه البيانات بأى طريق آخر من طرق الإثبات، وتوقيع رئيس الجلسة وكتابتها يضمن على هذه الورقة صفة الرسمية<sup>(٣)</sup>، وبصدور الحكم على هذا النحو، يعد محررا رسمياً، ومن ثم لا يجوز إقامة الدليل على مخالفة بياناته أو عدم مطابقتها للواقع إلا بطريق الادعاء بالتزوير.

<sup>(١)</sup> وفي حالة عدم ذكر هذا العذر الذي حال دون توقيع الرئيس، فإن توقيع قاض آخر اشترك في المداولة والمرافعة مفاده أن هناك عذر لدى الرئيس يحول دون توقيعه

"Adéfaut de mention, la signature de la décision; par l'un des juges qui en ont délibéré implique que le président a été empêché" cass. Com., 5 juin 1984: Gaz.pal. 1984, pan. 330 obs. Guinchard.

<sup>(٢)</sup> "Le jugement est nul s'il est signé par un juge n'ayant pas délibéré de l'affaire" Cass. Civi2°, 30 janv, 1974, Bull civ II, n°47; cass 2civ 7 janv.1999: Bull civ.11,n°2.

<sup>(٣)</sup> وقضت محكمة النقض بأن الحكم غير الموقع لا يكون له أى قيمة أو حجية فى الإثبات. "Un jugement non avenu ne peut avoir aucune valeur probatoire" cass.civ. 1<sup>re</sup>, 28 janv.1997: Bull civ n°34; Gaz pal 1998.2.794 note du Rusquec.

Cette double signature est essentielle, Elle donne au jugement la force probante d'un acte authentique.(<sup>1</sup>)

## المبحث الثاني

### نظام الطعن في أحكام محاكم التجارة

طرق الطعن المقررة في قانون المرافعات الفرنسي:

وفقا للمادة ٥٢٧ مرافعات مدنى تنقسم طرق الطعن إلى طرق عادية تتمثل في المعارضة والاستئناف، وطرق طعن غير عادية تتمثل في الاعتراض الخارج عن الخصومة، إلتماس إعادة النظر والطعن بالنقض.(<sup>٢</sup>)  
لم يضع المشرع الفرنسي قواعد خاصة للطعن على الأحكام الصادرة عن محاكم التجارة، ومن ثم تطبق القواعد العامة للطعن في هذا الشأن.

أولاً: طرق الطعن العادية:

(١) المعارضة (L'opposition)

1) "Un jugement ne fait foi jusqu'a inscription de faux que des faits que le juge y a énoncés comme les ayants accomplis lui-même ou comme ayant eu lieu en sa présence" Com 16 juill 1980: Bull civ.IV, n° 298.

2) Art.527, N.C.P.civ,"Les voies oridinaires de recours sont l'appel et l'opposition, les voies extraordinaire la tiece opposition, le recours en révision et le pourvoi en cassation".

3) Jacques Héron: Droit judiciaire privé, 3éd par Thierry le bars, Montchrestien 2006, p 706: 710, n°873: n°880; J. Barrère, "la rétraction du juge civil". Mélanges p. Hébraud, Toulouse, 1981, p.1.

من الجدير بالذكر أن المشرع المصرى لم يعد يجيز المعارضة كقاعدة عامة بالنسبة لكافة الأحكام المدنية، عملاً بالمادة الأولى من مواد إصدار قانون المرافعات، كما أنه بموجب صدور قانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية لم تعد المعارضة جائزة للطعن على الأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية، ومن ثم فإن نظام المعارضة قلصر على الأحكام الصادرة فى المواد الجنائية.

وهى طريق طعن عادى فى حكم غيابى judgement par default ، يرفع إلى نفس المحكمة التى أصدرت الحكم لا إلى محكمة أعلى ، يلتزم فيه الخصم الغائب من المحكمة سحب الحكم الصادر غيابيا ولهذا تعد المعارضة طريقاً لسحب الحكم Une voie de retractation من قبل المحكمة التى أصدرته. elle n'est ouverte qu'au défaillant عملاً بالمادتين ٤٧٦ و ٥٧١ مرافعات مدنى، يطلب فيه إعادة النظر فى الحكم الصادر غيابيا من الناحية القانونية والواقعية "Les points jugés par défaut pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit" لاستدراك ما فاتته وإبداء دفاعه. وتقبل الأحكام الصادرة ابتدائياً من المحاكم التجارية الطعن عليها بطريق المعارضة إذا كان قيمة الطلب القضائى أقل من ٤٠٠٠ يورو.

#### ميعاد الطعن بطريق المعارضة:

عملاً بالمادة ٥٣٨ مرافعات مدنى يحق للخصم الغائب أن يطعن بطريق المعارضة فى غضون شهر من تاريخ إعلانه بالحكم. واستثناء على ذلك فإن ميعاد الطعن بالمعارضة فى الحكم الغيابى الصادر فى مجال التسوية والتصفية القضائية يكون خلال ١٠ أيام تبدأ من تاريخ إيداع الحكم قلم الكتاب ، بالنسبة للأوامر الصادرة من قاضى التفليسة فإنه يحق للغائب المعارضة فى خلال ١٠ أيام من تاريخ إعلان الأمر الصادر من القاضى.

#### إجراءات المعارضة:

نصت المادة ٥٧٣ مرافعات على أن المعارضة تتم وفقاً للشكل والكيفية التى يتم بها إبداء الطلب القضائى أمام المحكمة التى أصدرت الحكم المطلوب سحبه. وعلى ذلك إذا كانت المعارضة فى حكم صادر عن محكمة تجارية، فإنه يتعين على الخصم الغائب تكليف خصمه بالحضور وإيداع صورة من التكليف قلم كتاب المحكمة التجارية قبل التاريخ المحدد للجلسة.

أما بالنسبة للمعارضة فى الأحكام الصادرة فى مواد الحراسة والتصفية والتسوية القضائية ، الإفلاس الشخصى والجزاءات الأخرى ، فإن المعارضة تتم بإعلان فى قلم الكتاب خلال ١٠ أيام من تاريخ صدور الحكم عملاً بالمادة ٣٢٩ من المرسوم رقم ٢٠٠٥ - ١٦٧٧ الصادر فى ٢٨ ديسمبر ٢٠٠٥. (١)

#### أسباب المعارضة:

رغم أن المشرع فى المادة ٥٧٤ مرافعات ألزم الخصم الغائب بإيداء أسبابا فى معارضته، إلا أنها لم ترتب جزاء حياى عدم تسبب المعارضة فى الحكم الغيابى محل الطعن بطريق المعارضة.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية فى حكم لها بإلغاء الحكم الصادر من محكمة الاستئناف، لمخالفته أحكام المادتين ٥٧٣، ٥٧٤ مرافعات لقضائها بعدم قبول المعارضة لأن الخصم الغائب (المعارض) لم يبد أسباباً للطعن بالمعارضة فى الحكم الغيابى محل الطعن، رغم أنه أرجع عدم حضوره لجلسات الحكم محل الطعن لعدم إعلانه بميعاد تلك الجلسات. (٢)

كما قضت فى حكم آخر لها بأنه " يكفى لقبول المعارضة فى الحكم الغيابى أن يقدم الخصم فى المعارضة ما يبرر غيابه لجلسات الحكم المطعون فيه بالمعارضة ، كأن ينكر أنه لم يتم إعلانه بميعاد الجلسات ، ومن ثم لم يتمكن من الحضور لتقديم أوجه دفاعه ودفعه، فلا يشترط أن يبدى المعارض أسبابا للطعن فى الحكم ذاته ، كالتصور فى التسبب، أو فساد فى الاستدلال، وقضت

1) "Il dispose que l'opposition est formée contre les décisions rendues en matière de sauvegarde de redressement et de liquidation judiciaires , de faillite personnelle ou autre sanctions par declaration au greffe dans le delai de dix jours à compter du prononce de la décision".

Voir l'article 329 du décret n' 2005 - 1677 du 28 décembre 2005.

2) R. perrot. obs. à la RTD civ 1985 , p. 619 , sous aix -en-provence, 5 juillet 1984, Gaz.pal. 1985, 399, not , J.Dubreuil "Ce jugement précédent a violé les art. 573 et 574, la cour d'appel qui pour declarer irrecevable une opposition , retient , après avoir relevé que l'opposant invoquait seulement un defaut de convocation à l'audience que l'opposition ne contient aucun moyen" civi 2e, 6 oct 1993: J.C.P. 1993 IV.2541.



بأن عدم تقديم أسباباً للطعن بالمعارضة مجرد عيب فى الشكل لا يترتب على عدم مراعاة ذلك بطلان العمل ذاته.<sup>(١)</sup>

ويختلف الأمر إذا كان محل المعارضة أمر أداء، فالمدين غير ملزم بإيداء أسباباً لمعارضة أمر الأداء الصادر ضده، لأن طبيعة أمر الأداء تقتضى أن يصدر الأمر فى غيبة المدين إذا توافرت شروط قبول أمر الأداء<sup>(٢)</sup>

**أثر المعارضة على الحكم الصادر غيابياً :**

الحكم الغيابى لا يسقط بمجرد الطعن فيه بالمعارضة ، وإنما يظل الحكم الغيابى قائماً حتى يلغى أو يعدل بحكم جديد فى المعارضة.

## (٢) الاستئناف (L'appel)

يكون الحكم الصادر من محكمة التجارة انتهائياً إذا كان فى حدود النصاب الانتهاى للمحكمة أى لا يتجاوز قيمة الطلب القضائى ٤٠٠٠ يورو<sup>(٣)</sup> ، ومن ثم تكون الأحكام الصادرة عن المحاكم التجارية قابلة للطعن بالاستئناف إذا تجاوز الطلب القضائى هذه القيمة.

ويبدأ ميعاد الطعن بالاستئناف على الحكم الصادر عن المحكمة التجارية من تاريخ إعلانه ، ويحق للخصم الخاسر فى الدعوى أو للخصم الذى لم يحكم له بكل طلباته، أن يطعن على الحكم فى خلال شهر من تاريخ إعلانه به 1 mois, le délais court à compter de la signification

<sup>1</sup> ) Fournit un moyen au soutien de son opposition l'opposant qui affirme n'avoir pas été convoqué pour l'audience à la quelle il n'avait pas comparu, et le défaut de motivation de l'opposition constitue un simple vice de forme qui ne peut entraîner la nullité de l'acte que is en est resulté un grief pour l'adversaire". cass. Civ.2<sup>e</sup>, 6oct.1993:Bull.C.V.11, n°280.

<sup>2</sup> ) Le débiteur qui forme opposition à une ordonnance d'injonction de payer n'est pas tenu de motiver son act". Cass. Civ2<sup>e</sup>, 14 janv. 1987: D.1987, 1R.19 obs .Julien.RTD civ 1987, 411, obs .perret.

<sup>3</sup> ) Loïc cadiet et Emmanuel jeuland: Droit judiciaire privé, 5<sup>ed</sup>, Litec 2006 p. 613 ets.

<sup>4</sup> ) [http://www.greffe-tc-nice.fr/judiciaire/voies\\_recours.php](http://www.greffe-tc-nice.fr/judiciaire/voies_recours.php).

المستعجلة فيحز الطعن بالاستئناف خلال خمس عشرة يوماً من تاريخ الإعلان بالحكم المستعجل، أما إذا كان الحكم صادراً في مواد التسوية والتصفية القضائية، فيحز الطعن خلال عشرة أيام من تاريخ إعلان الحكم. والطعن بالاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف، لتتظرها محكمة الاستئناف من جديد من الناحية القانونية والواقعية، وهو ما يسمى بالأثر الناقل للاستئناف، إلا أن سلطة محكمة الاستئناف مقيدة في هذا الشأن، بمعنى أن الاستئناف لا ينقل الدعوى إلا بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط من الطلبات التي كانت مقدمة إلى محكمة أول درجة.

ثانياً: طرق الطعن غير العادية:

(١) اعتراض الخارج عن الخصومة<sup>(١)</sup>: **La tierce opposition**

نظم المشرع الفرنسي طريقاً خاصاً، يمكن بمقتضاه لكل من لحقه ضرر من حكم صدر في خصومة لم يكن طرفاً فيها بنفسه ولا بمن يمثله، أن يسلك هذا الطريق غير العادي، طالباً من المحكمة التي أصدرت الحكم سحبه أو تعديله، بشرط إثبات الضرر الذي لحق به والذي يخضع لسلطة القاضي التقديرية<sup>(٢)</sup> وبالتالي إذا انتفى الضرر انعدمت المصلحة ومن ثم لا يقبل طلبه.<sup>(٣)</sup>

<sup>1</sup> Jacques Héron: Droit judiciaire privé 3 éd par thierry le Bars, Montchrestien, 2006, p 711 n° 882.

الجدير بالذكر أن المشرع المصري قد ألغى طريق اعتراض الخارج عن الخصومة الذي كان وارداً في نصوص قانون المرافعات القديم رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩، في حين أخذت بعض التشريعات العربية بهذا الطريق ومنها قانون المرافعات الكويتي رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠، قانون المرافعات البحريني رقم ١٢ لسنة ١٩٧١، وقانون أصول المحاكمات اللبناني، وقانون المرافعات الجزائري.

<sup>2</sup> Il appartient au juge, saisi de la tierce opposition, de décider si le demandeur a un intérêt suffisant et de se prononcer souverainement sur la question du prejudice invoqué" Civ. 2<sup>e</sup>, 3 mai 1990 : Bull.civ. II, n° 91.

<sup>3</sup> Hormis l'intérêt, l'art 58 3 non exige de la par du tiers qui exerce le recours aucune justification supplémentaire" cass. Civ. 3<sup>e</sup> 30 Janv. 1979 : D1980 . IR. 51.

والاعتراض من الخارج عن الخصومة على هذا النحو ليس طعناً على الحكم، لأن الطعن لا يكون إلا لمن كان خصماً في الدعوى التي صدر فيها الحكم المراد الطعن عليه، كما أن إمكانية الطعن على الحكم تكون في خلال أجل معين، يتعين على الطاعن تقديم الطعن خلاله وإلا سقط الحق في الالتجاء إليه.<sup>(١)</sup>

وقد نظم المشرع الاعتراض من الخارج عن الخصومة في المواد ٥٨٢ حتى ٥٩٢ من قانون المرافعات المدنية مبيناً أحكامه والقواعد المنظمة له.

### الأساس القانوني للاعتراض الخارج عن الخصومة:

بناء على قاعدة نسبية حجية الأمر المقضى، فالحكم لا يكون حجة إلا فيما بين طرفيه ولا يكون حجة على الغير فالأحكام لا يستفيد ولا يضار منها إلا من كان طرفاً في الخصومة التي صدرت فيها، وإعمالاً لهذه القاعدة فإنه يمكن للغير إذا أراد أحد أن يحتج بالحكم عليه أن يدفع بنسبية حجية الأحكام دون حاجة إلى الطعن في الحكم أو تعديله<sup>(٢)</sup>

فإذا كان الأمر كذلك! فما هو الأساس القانوني لإمكان تخويل الغير مكنة الاعتراض على حكم صادر في خصومة لم يكن طرفاً فيها بنفسه ولا بمن يمثله؟

ذهب رأى في الفقه أن تخويل الغير إمكانية ولوج هذا الطريق يعد ضرورة في حالات معينة لا يكفي فيها مجرد اتخاذ الغير موقفاً سلبياً، فالدفع بنسبية آثار الأحكام في حالة معينة، قد يكون غير كاف وغير مجد في حماية حقوق الغير في تفادي الأضرار التي تصيبه من جراء صدور الحكم وتنفيذه، ولذاوفقاً لهذا الرأي - فإن طريق الاعتراض الخارج عن الخصومة هو وسيلة إجرائية يمنحها المشرع للغير ليبادر لاتخاذ مواقف إيجابية ويطعن في الحكم بطريقة خاصة في حالات معينة.<sup>(٣)</sup>

<sup>١</sup> ( محمد العشموي ، وعبد الوهاب العشموي: قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن ، ج الثاني ١٩٥٨ ، ص ١٠١٦ بند ١٣٩٧ .

<sup>٢</sup> Com. 25 janv. 1994: D. 1994. 325, Rapport pastwal; com. 11 oct. 1994, D. 1995. 297, Rapport Réméry.

<sup>٣</sup> ( مشار إليه في المصدر السابق، ص ١٠١٨ بند ١٤٠٢ .

وإذا كان هذا الرأي له وجهته ، إلا أن الغير يستطيع إن يدفع الضرر الذى قد يلحق به من جراء الحكم الصادر من خلال المنازعة فى تنفيذه سواء بإبداء منازعة موضوعية أو وقتية، كما يجوز للغير المتضرر من الحكم أن يرفع دعوى مبتداه يطلب فيها الحكم بحق له متجاهلاً هذا الحكم الذى أضر بمصلحته.<sup>(١)</sup>

ويرى البعض أن الأساس القانونى لإجازة هذا الطريق الخاص للغير فى التمييز بين النتائج الموضوعية للحكم وحجية الأمر المقضى ، وذلك فى نطاق نفاذ كل منهما.

فالمراكز القانونية التى يقرها الحكم هى عبارة عن حقائق موضوعية ذات وجود مطلق يتواجد مستقلاً عن سببه فى مواجهة الكافة، أما حجية الأمر المقضى فهى نسبية من الناحية الموضوعية والشخصية تنقيد بالسبب الذى صدر الحكم بناء عليه والخصوم الذين صدر الحكم فى مواجهتهم، وبالتالي فإن النتائج الموضوعية للحكم قد تنعكس على الغير رغم نسبية حجته<sup>(٢)</sup> مثل الحكم الصادر برفض دعوى شخص بتقرير ملكية عقار لمصلحة دائته الذى لم يكن طرفاً فى الخصومة التى صدر فيها الحكم، وكذلك الحكم الصادر ضد شريك على الشيوخ بوجود حق مرور على أرضه يمس بمصلحة باقى الشركاء<sup>(٣)</sup>، وعلى ذلك يجوز للغير المتضرر من حكم صادر فى خصومة لم يكن طرفاً فيها بنفسه ولا بمن يمثله أن يعترض على ذلك الحكم، وتطبيقاً لذلك يجوز لدائن الخصم الاعتراض على الحكم الصادر بناء على تدليس مدينه "الخصم" بتواطئه مع الخصم الآخر بقصد الإضرار به ، كما يطلب الدائن فى

<sup>١</sup> نقض مدنى ٢٣ مايو ١٩٥٧ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٨ ص ٥٢٠ الطعن رقم ٥٥.

<sup>٢</sup> Boyer: les effets des jugements à légard des tiers, R.T.D. civ 1951 , 163; Roland , chose jugée et tierce opposition, Thèse , Lyon LGD J1958.

وحدى راغب النظرية العامة للعمل القضائى . دار النهضة العربية ١٩٧٤ ص ٢٢٨ وما بعده.

<sup>٣</sup> Vincent et Guinchard, Procédure civile Dalloz , 24 és 1996 P. 890 , n°1485; R. Martin : Utilité de la tierce – opposition, gaz. Pal. 1991, 1, Doct. 303.

الاعتراض إبطال تصرفات المدين الضارة به عملاً بالمادة ٥٨٣ مرافعات مدينة،

ويجوز الاعتراض من الخارج على الخصومة بالنسبة لأي حكم في الدعوى سواء كان ابتدائياً أو انتهائياً، وسواء كان صادراً من محاكم أول درجة أو محاكم ثاني درجة<sup>(١)</sup>، ويجوز الاعتراض على الحكم بصرف النظر عن طبيعته سواء كان يتضمن قضاءً موضوعياً أو وقتياً<sup>(٢)</sup>.

#### ميعاد الاعتراض:

أجاز المشرع في المادة ٥٨٦ مرافعات مدنية للغير رفع الاعتراض في أى وقت ما لم ينقض حق المعارض بمضى المدة، أى لمدة ثلاثين عاماً، ويخضع الاعتراض للقواعد العامة في الدعوى، ولكن إذا تم إعلان الغير بالحكم الصادر في الموضوع، فلا يجوز له إبداء الاعتراض في هذا الفرض إلا في خلال شهرين من تاريخ إعلانه بالحكم وإلا قضى بعدم قبوله شريطة أن يشير الإعلان بطريقة واضحة إلى الأجل الذي يمكن خلاله الطعن على الحكم، والكيفية التي يمكن بموجبها ولوج هذا الطريق عملاً بالمرسوم رقم ١٨-٥٠٠ الصادر بتاريخ ١٢ مايو ١٩٨١.

أما إذا كان الحكم المطعون عليه صادراً في مجال التسوية والتصفية القضائية فإنه يتعين على الغير الطعن على هذا الحكم بطريق الاعتراض من الخارج عن الخصومة في خلال عشرة أيام من تاريخ صدور الحكم عملاً بالمادة 2-661R من قانون التجارة<sup>(٣)</sup>

وإذا كان الحكم المطعون عليه صادراً في مجال بطلان الشركات فإنه يمكن الطعن بطريق الاعتراض الخارج عن الخصومة في غضون ستة أشهر من تاريخ صدور الحكم عملاً بالمادة 3-235R من قانون التجارة.

1 ) Civ. 1<sup>re</sup>, 9 déc. 1980, D. 1981 . 558, note Joly.

2 ) Civ. 2<sup>e</sup>, 28 avr. 1980: Bull. civ. II, n°94: D. 1980. IR. 477, obs. julien.

3 ) L'application de l'art 586 du N.C.P.civ est toute fois exclue en matière de redressement et de liquidation judiciaire où seul s'applique l'art 156 du décret du 27 déc 1985.

Cass.com 14 mai 2002: Dalloz 2002 Aj.1981.

## آثار الاعتراض من الخارج على الخصومة:

لا يؤدي الاعتراض على الحكم إلى وقف تنفيذه، ولكن يجوز للمحكمة أن تحكم بوقف تنفيذ الحكم عملاً بالمادة ٥٩٠ مرافعات مدنية. إذا قضت المحكمة بقبول الاعتراض، ورأت أن المعارض على حق في ادعائه، قضت بإلغاء الحكم المعارض عليه في حدود ما رفع عنه الاعتراض فقط، ومن ثم ترجع الدعوى إلى الحالة التي كانت عليها قبل صدور الحكم المطعون فيه، وبذلك تصبح الدعوى مطروحة أمام المحكمة من جديد في حدود ما ألقى من الحكم، فلا يجوز للمحكمة أن تلغى الحكم المعارض عليه أو تعديله إلا بالنسبة لأجزائه الضارة بالمعارض، ولا يستفيد من الحكم الصادر في الاعتراض غير من رفعه.

## (٢) التماس إعادة النظر : Le Recours en Révision<sup>(١)</sup>

نظم المشرع الفرنسي طريق التماس إعادة النظر في المواد ٥٩٣ حتى ٦٠٣ من قانون المرافعات، ويهدف إلى سحب الحكم المطعون فيه الحائز لقوة الأمر المقضى وإعادة الفصل فيه من جديد من الناحية القانونية والواقعية

Ce recours "tend à faire rétracter un jugement passé en force de chose jugée pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit".

ويتم إعادة النظر أمام نفس المحكمة التي اصدرت الحكم المطعون فيه لأن التماس يبنى على أسباب لو ان المحكمة تثبتت اليها لتغيير حكمها<sup>(٢)</sup>، وبالتالي إذا كان قيمة الطلب القضائي أمام المحاكم التجارية لا يتجاوز "٤٠٠٠ يورو" أي في حدود النصاب الانتهائي للمحكمة، فان محكمة التجارة تنظر في الطعن المرفوع أمامها بالتماس إعادة النظر في الحكم الصادر عنها<sup>(٣)</sup>، أما إذا كان الحكم صادراً من محكمة الاستئناف فهي التي تنظر الطعن بالتماس إعادة

<sup>١</sup>) Jean Vincent et Serge Guichard: Procédure civile, 24 éd 1996 Dolloz, p. 900, n°1495 et s.

<sup>٢</sup>) أحمد هندی، قانون المرافعات المدنية والتجارية، الخصومة والحكم والطعن، دار الجامعة الجديدة، طبعة ١٩٩٥.

<sup>٣</sup>) Com.2 avr. 1996 : Bull .civ. IV, n°107; D. 1996. IR. 123; JCPE 1996. 1 584, n°1, obs . cabrillac.

النظر، وقد حدد المشرع في المادة ٥٩٥ مرافعات الاسباب التي يمكن بناءً عليها الطعن في الحكم الانتهائي أو النهائي بطريق التماس اعادة النظر، ومن هذه الاسباب بناء الحكم على اوراق مزورة des pièces fausses أو على شهادة ثبت بحكم تزويرها، وميعاد الالتماس شهران تبدأ من اليوم الذي أقر فاعله بالتزوير أو حكم بثبوته عملاً بالمادة ٥٩٦ مرافعات.

### ٣) الطعن بالنقض: Un Pourvoi En Cassation

يُعد الطعن بالنقض طريقاً غير عادي للطعن على الأحكام، ولذا لا يجوز ولوج هذا الطريق الخاص إلا إذا كان الحكم المطعون فيه نهائياً، بأن يكون صادراً في حدود النصاب الانتهائي لمحكمة التجارة jugement rendu en dernier ressort أو كان صادراً من محكمة ثاني درجة rendu par les magistrats du second degré

وأن يكون مبني الطعن أحد الاسباب القانونية الواردة في المادة ٦٠٤ من قانون المرافعات المدنية<sup>(١)</sup>، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بنقض الحكم الصادر من محكمة التجارة، لأنه جاء خالياً من التسبب إذ أحال إلى حكم آخر صدر في نزاع مماثل قدمه أحد الخصوم إلى المحكمة واستندت إليه في إصدار الحكم المنقوض(٢)

ويخضع الطعن بالنقض للقواعد العامة للطعن، بأن تتوافر للطاعن مصلحة في الطعن intérêt à agir وكذلك الصفة في كل من الطاعن والمطعون ضده، ويلزم رفع الطعن في الميعاد القانوني خلال شهرين من تاريخ إعلان الحكم

2 mois à compter de la signification de la décision

وتنظر الدائرة التجارية بمحكمة النقض الحكم المطعون عليه، ونقض الحكم لا يعنى طرح القضية التي صدر فيها الحكم لمراجعتها من الناحية

1) Cas d'ouverture à cassation: méconnaissance de la règle de droit- vices de motivation, contrariété de jugements.

2) "Il ne peut être supplée à la motivation par une référence à une autre décision, fût- elle annexée, qui n' a pas été rendue dans la même instance".

Com. 8 juin 1993: Bull civ. IV, n° 224; Com. 13 avr. 1964: Bull civ. III, n°179.

الواقعية " الموضوعية"، وإعادة الفصل فيها، فدور محكمة النقض يتمثل في مراقبة ما شاب الحكم من عيوب قانونية تمسك بها الطاعن، فهي لا تعد درجة ثالثة للتقاضى، فإذا وجدت الحكم معيباً ألغت الحكم، ويترتب على نقض الحكم اعتباره كأن لم يكن وزوال كافة آثاره، ومن ثم يعود الخصوم إلى الحالة التي كان عليها الأطراف قبل صدور الحكم المطعون فيه، وتحيل محكمة النقض القضية إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون بشرط ألا يكون ضمن أعضائها أحد القضاة الذين اشتركوا في إصدار هذا الحكم، وقد ترفض المحكمة الطعن ويترتب على ذلك انقضاء الخصومة أمام محكمة النقض في الطعن، ويتأكد الحكم المطعون فيه باعتباره الحكم الفاصل في هذه القضية، ويُستند بهذا طريق الطعن بالنقض وتستقر حجته.

عدم اختصاص محكمة التجارة بالفصل في منازعات التنفيذ المتعلقة بالأحكام الصادرة عنها:

بصدور القانون رقم ٩١ - ٦٥٠ بتاريخ ٩ يوليو ١٩٩١ الذي أنشئ بموجبه قاضى التنفيذ<sup>(١)</sup> Le juge de l'exécution، أصبح قاضى التنفيذ هو المختص دون غيره بنظر منازعات التنفيذ<sup>(٢)</sup>، وهو اختصاص نوعى، متعلق بالنظام العام، ومن ثم إذا عرض نزاع متعلق بالتنفيذ على قاض آخر بخلاف قاضى التنفيذ، يتعين عليه أن يحكم بعدم اختصاصه من تلقاء نفسه، كما

<sup>(١)</sup> قبل صدور هذا القانون كانت اختصاصات قاضى التنفيذ موزعة بين أكثر من محكمة الأمر الذى كان ينجم عنه مشكلات كثيرة فى التطبيق.

François Vinckel: Droit de l'exécution forcée, préface de Mélina Douchy- Oudot, éd lextenso, 2008, P 154, n°224

Croze : Commentaires, J.C.P. 1992, I.3555 et 3585.

عزمى عبد الفتاح : نظام قاضى التنفيذ فى القانون المصرى والمقارن . دار النهضة العربية طبعة ١٩٧٨ ، ص ٥٨٦ وما بعدها. " عرف التشريع الفرنسى نظام قاضى التنفيذ لأول مرة علم ١٩٧٢ إلا أن المشرع علق بدء التطبيق العملى لنظام قاضى التنفيذ على تحديد الحالات والشروط التى تبين نطق اختصاص قاضى التنفيذ فى قانون المرافعات".

2 ) Roger perrot: le nouveau code de procédure civile et le code de l'exécution : Actes du colloques des 11 et 12 déc. 1997 organisé par la cour de cassation: le documentation français - Paris 1998.



يجوز لأي من الخصمين في أية حالة تكون عليها الدعوى المتعلقة بالتنفيذ، أن يدفع بعدم اختصاص المحكمة بنظر منازعة التنفيذ.<sup>(١)</sup>

وبناء على ذلك وبموجب المادة 1-12-311 L من قانون التنظيم القضائي فإنه يتعين على كل قاض غير قاضى التنفيذ، إذا عرضت عليه منازعة متعلقة بالتنفيذ أن يقضى من تلقاء نفسه بعدم اختصاصه لتعلق الاختصاص بالنظام العام.

وعلى هذا فإن محكمة التجارة غير مختصة بالفصل في منازعات التنفيذ المتعلقة بالأحكام الصادرة عنها، وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٨٧٧ مرافعات بعدم اختصاص محكمة التجارة بالمنازعات التي تثور بشأن تنفيذ الأحكام الصادرة عنها.<sup>(٢)</sup>

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بعدم اختصاص قاضى الأمور المستعجلة للمواد التجارية بالفصل في منازعات التنفيذ المتعلقة بالأحكام الصادرة عنه.<sup>(٣)</sup>

"Le juge des référés commerciaux n'est pas compétent pour statuer sur les difficultés d'exécution de ses propres décisions".

استئنار قاضى التنفيذ بنظر منازعات التنفيذ أياً كانت المحكمة التي اصدرت الحكم :

طبقاً للمادة 5-213 L من قانون التنظيم القضائي الجديد، فإن قاضى التنفيذ هو رئيس المحكمة الابتدائية، ويمارس هذا الاختصاص بنفسه – كقاعدة – وله أن يفوض قاض أو أكثر من قضاة المحكمة الابتدائية في ممارسة اختصاصاته، ولكن في حالة تفويض غيره، يجب أن يكون التفويض محدداً من حيث المدة الزمنية، ونطاق الاختصاص المحلى المخول فيه بممارسة هذا

<sup>1</sup>) Art L311 – 12 – 1 [COJ. Ancien] "Tout juge autre que le juge del'execution doit relever d'office son incompétence".

2 ) J.vincet et J. prevault: voies d'exécution, éd 10- 1999, Dalloz p. 54 n°111.

3 ) François vinckel: Droit de l'exécution forcées, Gualion, lextenso éd 2008, p 154, n°224.

الاختصاص، ويختص قاضي التنفيذ طبقاً للمادة 6-213.L من قانون التنظيم القضائي بالتالي:

(أ) المنازعات المتعلقة بالسندات التنفيذية

**Difficultés relatives aux titres exécutoires**

(ب) المنازعات التي تثور بمناسبة التنفيذ الجبري والفصل في المنازعات التي تثور بصدد حجز العقارى<sup>(١)</sup>

**Les contestations qui s'élèvent à l'occasion de l'exécutions forcée et connaît de la saisie – immobilière**

(ج) الأمر بالإجراءات والحجوز التحفظية والفصل في كافة المنازعات المتعلقة بتنفيذها:

**Les mesures conservatoires et statue sur les contestations relatives à leur mise en oeuvre**

(د) الفصل في طلبات التعويض عن الضرر الناجم عن التنفيذ أو عدم التنفيذ للإجراءات التحفظية أو الإجراءات التنفيذية

**Les demandes en reparation fondées sur l'exécutions ou l'inexécution dommageable de mesures conservatoires ou de mesures d'execution.**

ويستفاد من النصوص السابقة عدم اختصاص محكمة التجارة بالفصل في منازعات التنفيذ المتعلقة بالأحكام الصادرة عنها كقاعدة- إلا أنه استثناء من القاعدة العامة، وبموجب المادة ٦٩ من القانون رقم ٩١-٦٥٠ الصادر في ٩ يوليو ١٩٩١، والمادة ٢١١ من المرسوم رقم ٩٢-٧٥٥ الصادر في ٣١ يوليو ١٩٩٢، المتعلق بقواعد إجراءات التنفيذ الجبري، يمكن لرئيس محكمة التجارة اصدار أمر بإجراء تحفظي على أموال المدين لمصلحة الدائن، طالما كان الدين تجارياً يدخل في اختصاص محاكم التجارة<sup>(٢)</sup>،<sup>(١)</sup>

<sup>1</sup> (بموجب الأمر رقم ٢٠٠٦ - ٦٧٣ الصادر في ٨ يونيو ٢٠٠٦ تم التوسع في الاختصاصات المسندة الى قاضي التنفيذ.

<sup>2</sup> Com. 13 janv. 1998: Bull. civ. IV. N° 16; D. 1998. IR. 43  
Bénézra, Gaz. Pal. 22 mai 1993, Doctr.: "Les pouvoirs du président du tribunal de commerce en matière de mesures conservatoires dans le cadre de la loi 9 juill. 1991.

## الخاتمة

تناولنا فى هذا البحث محاكم التجارة فى التنظيم القضائى الفرنسى باعتبارها نموذجاً فريداً للمحاكم المتخصصة، تختلف عن غيرها من المحاكم المتخصصة القائمة فى فرنسا وكذلك فى التشريعات المقارنة، وقمنا بعرضها من خلال فصل تمهيدى وأربعة فصول: عرضنا فى الفصل التمهيدي الجذور التاريخية لنشأة محاكم التجارة التى ترجع إلى الحكم الملكى واستمرارها بعد قيام الثورة الفرنسية رغم سقوط الأنظمة القضائية القائمة آن ذاك، بل وقويت دعائمها لتتأغمها مع الأفكار الثورية والأيدلوجية المصاحبة للثورة، باعتبار أن الديمقراطية الحققة تتطلب أن ينتخب الشعب قدر الإمكان كل أصحاب الوظائف العامة ومن بينها الوظائف القضائية.

وتناولنا فى الفصل الأول النظام القانونى لمحاكم التجارة، وكيفية تشكيلها والمركز القانونى لقضائتها، فأهم ما يميز محاكم التجارة الفرنسية أنها تتشكل من قضاة غير فنيين بل تجار تم توليهم القضاء عن طريق الانتخاب، ورغم أن هذا التشكيل قد وجهت إليه الكثير من سهام النقد، إلا أنه أسهم بقوة - كما رأينا- فى نشأة القانون التجارى وفى تطوره لمواكبة التطور الهائل فى التجارة لمعرفة ودرايته بالأعراف والعادات التجارية، كما أنه ساعد على إيجاد نوع من المرونة فى إجراءات التقاضى أمامها، وكذلك فى البحث عن آليه معينة لتسوية أوضاع الشركات والمنشآت المتغيرة مثل الإجراءات الجماعية، ولأن قضاة محاكم التجارة منخرطين فى عالم المال والأعمال مكنهم ذلك من

---

Rouger; "le rôle du président du tribunal de commerce", les petites affiches (L.P.A.) 6 janv. 1993 P. 57.

(1) قبل صدور القانون رقم ٩٠-٦٥٠ بتاريخ ٩ يوليو ١٩٩١ والذي تم العمل به اعتباراً من أول يناير ١٩٩٣، كان يمكن لرئيس محكمة التجارة بموجب المادة ٥٦ مرفعات قديم الأمر بالإجراءات التحفظية Mesures conservatoires المنصوص عليها فى المواد ٤٨ : ٥٥ إذا كان النزاع الصادر بشأنه الإجراء يدخل فى اختصاص محكمة التجارة. ومن تطبيقات القضاء فى هذا الشأن :

Paris , 25 mai 1989: Gaz . pal.2 somm.619,note de la sansière

ابتكار حلول فورية ونابهة لمواجهة مشكلات وقضايا مستجدة مثل قرض  
الإجارة Credit bail

ونظراً للارتباط الوثيق بين القانون التجارى والقضاء التجارى تم نقل  
المواد المنظمة للقضاء التجارى الواردة فى قانون التنظيم القضائى المتعلقة  
بتنظيم المحاكم التجارية، وكيفية اختيار قضاتها والنظام القانونى لمسائلهم  
وكذلك نطاق اختصاصها- من القانون المذكور وإدراجها فى قانون التجارة ،  
حيث صدر مرسوم الأول رقم ٢٠٠٦ - ٦٧٣ بتاريخ ٨ يونيو ٢٠٠٦  
والثانى رقم ٢٠٠٧ - ٤٣١ الصادر فى ٢٥ مارس ٢٠٠٧.

وبموجب هذين المرسومين ألغيت النصوص المتعلقة بالمحاكم التجارية  
فى قانون التنظيم القضائى وأدرجت ضمن نصوص قانون التجارة، ولا شك أن  
إدراج هذه النصوص فى قانون التجارة يعكس نظرة المعنيين بهذه المحاكم من  
تجار ورجال أعمال بأنها محاكم خاصة بهم لتفصل فى شئون تجارتهم.

وقد حرص المشرع الفرنسى على تأهيل وتدريب قضاة محاكم  
التجارة، لأن الخبرة العملية والمهنية لا تكفى وحدها للتأهيل للعمل بالقضاء  
التجارى، ولذا أنشئ المجلس الوطنى للتجارة على غرار المدرسة الوطنية  
لل قضاء الذى يؤدى دوراً فاعلاً لتأهيل قضاة محاكم التجارة للالتزام بالضوابط  
الأخلاقية والواجبات التى تفرضها طبيعة العمل القضائى من حياد واستقلال  
وموضوعية.

وتناولنا فى الفصل الثنى اختصاص محاكم التجارة المحلى أو المكانى  
والموضوعى ، بتشكيلها الجماعى والاختصاصات المسندة لرئيس محكمة  
التجارة.

ولا يقتصر دور محاكم التجارة على الفصل فى المنازعات والقضايا  
المعروضة بل تسهم فى وأد المنازعات فى مهدها بتعيين وكلاء لمساندة  
الشركات والمنشآت المتعثرة، بعمل استبيانات واحصائيات ودراسات عن  
الوضع المالى للشركة، وفى ضوء هذه الحقائق يقوم الوكلاء المعيّنين من قبل  
محكمة التجارة بتوجيه الشركة أو المنشأة إلى الوجهة السليمة، والخطوات التى  
يمكن أن تتخذها للخروج من أزمتها وتسوية أوضاعها وتعيين وسطاء للتوفيق  
بين الأطراف المتنازعة قبل عرض النزاع على القضاء، مما يؤكد على الدور

الهام الذى تلعبه المحاكم التجارية فى عالم المال والأعمال فى تقويض المنازعات قبل عرضها على القضاء .

وتناولنا فى الفصل الثالث النظام القانونى للتقاضى أمام محاكم التجارة الذى يتسم بالمرونة وعدم التعقيد فى طريقة رفع الدعوى واتصال المحكمة بها، فيمكن أن يتم عن طريق التكاليف بالحضور أو تقديم طلب مشترك من الخصوم لقم كتاب المحكمة أو مثول الخصوم طواعية أمام المحكمة".

إذ تتسم الإجراءات أمامها بالتيسير، فمبدأ شفهيّة الإجراءات هو المبدأ العام الذى يحكم إجراءات التداعى أمام محاكم التجارة، فلا يشترط وجود محام فى الدعوى يمثل الخصم بل يحضر الخصوم بأنفسهم كقاعدة عامة أو من يمثلهم قانوناً، فالعرض الشفهي لإدعاءات الأطراف وإيداء أوجه الدفوع والدفاع فى الدعوى يكون أكثر فاعلية وأقوى تأثيراً من المذكرات المكتوبة، ولكن مبدأ شفهيّة الإجراءات لا يعنى إلغاء دور الكتابة مطلقاً، وإنما هى لازمة لصياغة حجج الخصوم وأسانيدهم وتدوينها فى محضر الجلسة، إلا أن تقديم المذكرات المكتوبة لا يغنى عن حضور الخصوم أو ممثلهم ولا يعد بديلاً عنهم.

وتعد مرحلة تحضير الدعوى أكثر مراحل الخصومة ثراءً، حيث يتم إعداد ملف القضية وتحضيره- فى أغلب الأحوال- من قبل القاضى المقرر، وهو أحد قضاة الدائرة المرفوع أمامها القضية يُعهد إليه بتحضير الدعوى. وقد يستمع القاضى المقرر إلى جلسات المرافعة بمفرده فى حالة عدم اعتراض الخصوم على ذلك، وحين يستمع القاضى المقرر لمرافعة الخصوم فإنه لا يفرض على الخصوم سيراً تقليدياً للمرافعة، والمتمثلة فى طلبات المدعى وأسانيد ورد المدعى عليه وأوجه دفاعه ودفوعه، وإنما يتم فى إطار حوار متبادل بين القاضى المقرر والخصوم فى شكل سؤال من القاضى وإجابة من الخصم أو ممثله، وغالباً ما تسفر هذه المناقشة عن صلح بين الأطراف أو التوصل إلى تسوية ودية مما ينهى المنازعة فى مهدها، ويمكن بعدها للأطراف المتصالحة استئناف علاقاتهم ومعاملاتهم التجارية، وحينما يقدم القاضى المقرر تقريره للمحكمة بشأن إعداد ملف القضية، غالباً ما يأخذ التقرير شكل مشروع لمسودة الحكم تجرى المداولة بشأنه بين أعضاء الدائرة ومن بينهم القاضى المقرر، وهو ما دأبت عليه محاكم التجارة عملياً لما يحققه من توفير الوقت والجهد لأعضاء الدائرة.

ووفقاً للإحصائيات الرسمية الصادر عن وزارة العدل، فإن نظام القاضى المقرر المطبق أمام محاكم التجارة أسهم بقوة فى تحقيق سرعة وفاعلية فى العدالة التجارية، خاصة للحوار المباشر الذى يجرى بين القاضى والخصوم لما له من أثر بالغ فى التوصل إلى حل عادل فى القضية المنظورة، فضلاً عن تداخلها وتأثر بالواقع العملى لأن قضاة محاكم التجارة هم تجار ومن ثم على علم ودارية تامة بالأعراف والعادات التجارية السائدة فى كل نوع من أنواع المعاملات التجارية، ورغم أن تعيين القاضى المقرر رخصة يرجع لهيئة المحكمة تقدير مدى الحاجة للجوء إليها من عدمه، فتملك هيئة المحكمة الفصل فى النزاع دون إحالتها إلى أحد قضاتها لتحضير ملف القضية والفصل فيها، إلا أن محاكم التجارة وخاصة المحكمة التجارية بباريس دأبت على الالتجاء إلى القاضى المقرر، بقصد تخفيف العبء عن كاهل المحكمة فى حالة تكدس رول الجلسات أو لأن القضية بسيطة ولا تستأهل أن تحقها الدائرة بأكملها، ولهذا يكتبى بتحقيقها من قبل قاض فرد من قضاة تلك الدائرة على أن يقدم تقريره، وهو فى الحقيقة مشروع مسودة الحكم للمداولة بشأنه بين أعضاء الدائرة، إلا أن الحكم فى النهاية هو نتاج عمل مشترك بين هيئة المحكمة الذى يعد القاضى المقرر أحد أعضائها وليس عمل فردى من قبله.

وعرضنا فى الفصل الرابع قواعد إصدار الأحكام أمام محاكم التجارة ونظام الطعن على الأحكام الصادرة عنها وكذلك تنفيذها، ولاحظنا أنه لا توجد خصوصية فى هذا الصدد، إنما تطبق القواعد العامة سواء فى إصدار الأحكام والطعن عليها طبقاً لطرق الطعن المقررة على الأحكام عامة، فنظام المحاكم المتخصصة فى التنظيم القضائى الفرنسى قاصر على محاكم أول درجة ولا يمتد إلى محاكم الدرجة الثانية.

كما تناولنا أخيراً نظام تنفيذ الأحكام الصادرة عن محاكم التجارة، الذى لا يتسم بخصوصية أيضاً فى هذا الصدد، فلا تختص محاكم التجارة بنظر منازعات التنفيذ المتعلقة بالأحكام الصادرة عنها، وإنما ينعقد الاختصاص لقاضى التنفيذ وهو اختصاص حصرى على سبيل الاستثناء والانفراد.

وعلى ضوء ما عرضناه من مزايا لمحاكم التجارة فى القانون الفرنسى، فإن السؤال الذى نطرحه الآن هو ما مدى إمكانية الاستفادة من هذا النظام فى القانون المصرى؟

يختلف الأمر في التشريع المصري عن نظيره الفرنسي، إذ لم يتبع المشرع المصري منهجاً واحداً في إعمال مبدأ تخصص المحاكم: فقراره يقصره على محاكم الدرجة الأولى، وتارة أخرى يمتد إعمال مبدأ تخصص المحاكم على محاكم الدرجة الثانية.

على مستوى محاكم الدرجة الأولى: أنشأ المشرع محاكم الأسرة: بالقانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ والتي تختص دون غيرها بالفصل في كافة مسائل الأحوال الشخصية، والمحاكم العمالية المنشأة بالقانون رقم ١٨٠ لسنة ٢٠٠٨ بتعديل بعض أحكام قانون العمل الصادر بالقانون رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣، والتي تختص هذه المحاكم دون غيرها بالفصل في كافة المنازعات العمالية الفردية.

وفيما يتعلق بالطعن على الأحكام الصادرة من هذه المحاكم، فلم يتبع المشرع مسلكاً واحداً في هذا الصدد: بالنسبة للمحاكم العمالية، فيتبع في الطعن على أحكامها القواعد والأحكام الواردة في قانون المرافعات عملاً بالمادة ٧٢ المستنبلة بالقانون رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣، أما محاكم الأسرة فقد نص المشرع على إنشاء دوائر استئنافية متخصصة لنظر الطعون على الأحكام التي ترفع إليها في الأحوال التي يجيزها القانون عن الأحكام والقرارات الصادرة من محاكم الأسرة، على أن تؤلف الدوائر الاستئنافية من ثلاثة من المستشارين بمحكمة الاستئناف يكون أحدهم على الأقل بدرجة رئيس بمحاكم الاستئناف.

وبالتالي يمكن القول أن المشرع إتبع نظامين مختلفين لإعمال مبدأ التخصص في محاكم الأسرة، فعلى مستوى محاكم الدرجة الأولى اتبع مبدأ تخصص المحاكم في حين طبق منهج تخصص الدوائر على مستوى محاكم الدرجة الثانية، وهناك فرق كبير بين نظام المحاكم المتخصصة والدوائر المتخصصة وما يترتب على ذلك من آثار قانونية هامة، في حين قصر إعمال مبدأ التخصص بالنسبة للمحاكم العمالية على محاكم أول درجة، ولم يمتد إلى محاكم الدرجة الثانية إذ يسرى عليها القواعد العامة في قانون المرافعات.

على مستوى محاكم الدرجة الثانية نجد المشرع طبق نظام تخصص المحاكم على مستوى أول درجة وثاني درجة بموجب قانون المحاكم الاقتصادية رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨ التي تنظر الدعاوى والمنازعات الناشئة عن تطبيق القوانين الواردة على سبيل الحصر في القانون المذكور، وهي محاكم أول

درجة ويُطعن فى أحكامها أمام المحاكم الاقتصادية الاستثنائية، وهى محاكم ثانى درجة تختص بنظر الطعون فى الأحكام الصادرة عن محاكم أول درجة الاقتصادية ، كما استحدثت المشرع بموجب صدور هذا القانون دائرة جديدة بمحكمة النقض تختص دون غيرها بنظر الطعون فى الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف الاقتصادية، إلا أن هذه الدائرة المستحدثة بمحكمة النقض لا تعد محكمة نقض جديدة لأنه لا توجد إلا محكمة نقض واحدة على قمة الهرم القضائى ، إنما هى فقط دائرة متخصصة داخل محكمة النقض لنظر الطعون الاقتصادية مثل الدائرة الجنائية أو الدائرة المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والمواد الأخرى.

وبالنسبة لتشكيل المحاكم المتخصصة فى القانون المصرى فقد اعتمد المشرع نظام القاضى الفنى، إذ يشترط فيمن يتولى القضاء أن يحمل اجازة القانون طبقاً للمادة ٣٨-٣ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ وتعديلاته، والمادة ٧٣ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، وإن كان قد عرف المشرع نظام القضاة غير الفنيين من قبل : مثل محاكم الاخطاط ، التى كان يقتصر تشكيلها على قضاة غير فنيين، ومحكمة القيم بتشكيلها المختلط من قضاة وشخصيات عامة ، وقد الغيت هذه المحاكم ، ومن ثم فإن التشريع القائم يعتمد القاضى الفنى سواء بالنسبة للمحاكم المتخصصة أو العادية، وإن كان الدستور المصرى نص فى المادة ١٧٠ على مساهمة الشعب فى اقامة العدالة، ولكن تطبيق نظام القاضى غير الفنى أو اشتراكه فى تشكيل المحاكم لم يعد قائماً الآن لما اسفر عنه من سلبيات فى التطبيق العملى، وإن كان اعتماد نظام القاضى غير الفنى فى المحاكم المتخصصة فى التنظيم القضائى الفرنسى له دواعيه وأسبابه فلا مجال لطرحه لصعوبة تطبيقه فى التنظيم القضائى المصرى ، بل انه كما رأينا عبر صفحات هذا البحث أن اعتماد مبدأ القاضى غير الفنى فى المحاكم التجارية كان محل نقد وجدلاً كبير من أصحاب الفكر القانونى.

ولكن يمكن الاستفادة من هذا النظام أمام المحاكم الاقتصادية بصورة اخرى عن طريق اشراك عناصر غير قضائية " خبراء " لحضور الجلسات على أساس أن جانب كبير من الدعاوى الاقتصادية غير الجنائية ذات طابع فنى تستوجب حضور خبراء فى هذا المجال، صحيح أن للمحكمة ندب خبير ليدلى



برأيه فى المسألة المعروضة إذا كانت ذات طبيعة فنية، إلا أنه نظراً لحدائثة الموضوعات ذات الطبيعة الاقتصادية مثل منازعات البورصة والأوراق المالية ونقل التكنولوجيا...

فإننا نرى أنه يتعين أن يكون حضور الخبير وجوبياً فى مثل هذه الدعاوى ضمن تشكيل المحكمة على أن يكون دوره دور المعاون للمحكمة ينحصر فى تقديم تقرير فنى فى مجال تخصصه، يترك أمر تقديره للمحكمة فى ضوء الظروف المحيطة بالقضية المعروضة وملابساتها، على أن تعد قائمة بأسماء الخبراء فى هذه المجالات، ويتم اشتراك كل خبير بالتناوب حسب طبيعة المسألة المعروضة، بما يوفر الجهد والوقت للمحكمة منذ بدء نظر القضية، ولا يشترك بطبيعة الحال- الخبير فى المداولة ولا فى إصدار الأحكام، وقد اتبع المشرع المصرى بالفعل هذا النظام أمام محاكم الأسرة إذ يوجب القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ حضور الخبيرين النفسى والاجتماعى فى دعاوى بعينها عدتها المادة ١/١١ وهى دعاوى الطلاق والتطبيق والتفريق الجسمانى والفسخ وبطلان الزواج وحضانة الصغير ومسكن حضائته ورؤيته وضمه والانتقال به ودعاوى النسب والطاعة.

وبالنسبة لتحضير الدعاوى أمام المحاكم المتخصصة فى القانون المصرى ، فلم يعتمد المشرع المصرى منهجاً واحداً فى هذا الصدد أيضاً ، فطبقاً للقاعدة العامة فتحضير الدعوى واعداد ملفها يتم فى قلم الكتاب ، وان كان ما يحدث عملاً هو ان تعرض القضية على المحكمة، ويطلب الخصوم أجلاً لاعداد اوجه دفعهم ودفاعهم وتقديم المستندات المؤيد لها ، ومن ثم فإن دور قلم الكتاب لا يعدوا ان يكون حبراً على ورق ، وهذا ما دعا المشرع المصرى إلى تبنى نظام تحضير الدعوى أمام المحاكم الاقتصادية ، من قبل هيئة التحضير المستحدثة بموجب المادة ٨ من قانون المحاكم الاقتصادية والمسند إليها تحضير ملف الدعوى وإعداد مذكرة بطلبات الخصوم وأسائدهم وأوجه الاتفاق والاختلاف بينهم نون إبداء الرأى القانونى حيال القضية المعروضة، وتشكل هيئة التحضير برئاسة قاض من بين قضاة الدائرة الاستئنافية بالمحكمة الاقتصادية ، وعضوية عدد كاف من قضاتها بدرجة رئيس محكمة أو قاض بالمحكمة الابتدائية فضلاً عن الطاقم الإدارى المعاون لهيئة التحضير، وهيئة التحضير هى هيئة مغايرة للدائرة التى تنتظر القضية ،

دورها لا يتعدى إعداد ملف القضية وكتابة مذكرة بشأنها دون إبداء الرأي قانوني، ونظام تحضير الدعوى الذى اعتمده قانون المحاكم الاقتصادية سبق وأن جُرب في الأنظمة القانونية المصرية السابقة ولم يكتب له النجاح، فضلا عن أن نذب قاضٍ للتحقيق هو نظام قائم وموجود بالفعل في القانون المصرى، فيمكن للمحكمة نذب أحد قضائتها لإجراء المعاينة وللقاضى المنتدب حالة قيامه بالمعاينة تعيين خبير للاستعانة به فى المعاينة وسماع من يرى سماعه من الشهود عملاً بالمادة ١٣٢ إثبات.

ولذا نرى من الأفضل أن يعهد إلى أحد قضاة الدائرة الاقتصادية تحضير الدعوى من خلال جلسات استماع أو إجراءات التحقيق فى وقائعها وإعداد ملفها بدلا من عرضها على هيئة مغايرة لتحضير ملفها، إذ سيكون ذلك أكثر واقعية وفاعلية ، خاصة أن القاضى المنوط به تحضير الدعوى يشترك مع زملائه أعضاء الدائرة فى إصدار الحكم فضلا عن توفير الوقت والجهد مما يسفر فى النهاية عن تحقيق عدالة ناجزة.

ولهذا فإنه يتعين مراقبة ومتابعة عمل هيئة التحضير أمام المحاكم الاقتصادية لتقييم الدور الذى تقوم به ، وعدم التوسع أو إتباع هذا النظام عند إنشاء محاكم أخرى متخصصة إلا بعد دراسة متأنية فى ضوء المحاكم المتخصصة القائمة فى القانون المصرى.

ولم يتبع المشرع المصرى أيضاً منهجاً واحداً فيما يتعلق بنظر منازعات التنفيذ الصادرة عن المحاكم المتخصصة فى القانون المصرى، بخلاف القانون الفرنسى الذى عهد بنظر كافة المنازعات المتعلقة بالتنفيذ لقاضى التنفيذ المختص بغض النظر عن المحاكم الصادرة عنها تلك الأحكام . ولا شك أن عدم اتباع منهجيه محددة من قبل المشرع المصرى فى أعمال مبدأ التخصص يعكس تخبط المشرع فى الفكرة والرؤية والهدف، فهو متارجح ليس فقط فى اختيار المنهج المطبق بل أيضاً فى نطاق تطبيقه - كما رأينا سلفاً- ، وقد إنعكس عدم الاستقرار فى الفكر ذاته على التشريعات الصادرة فى هذا الصدد التى اكتنفها كثيراً من العيوب ، وبالتالى نجم عنها مشكلات كبيرة فى التطبيق، مما حدا بالقائمين على التشريع بإجراء تعديلات على القوانين المستحدثة.

لذا نرى أنه ينبغي قبل اعتماد منهج معين دراسته جيداً وتحديد الهدف من اتباعه كما يتعين عدم التسرع في تغيير المنهج الذي تم اختياره قبل تجربته خلال فترة زمنية كافية كفيلة للحكم عليه وتقييمه لتفادي سلبياته، إما بإدخال تعديلات عليه أو تبني منهجاً جديداً بناء على تجارب في نظم قانونية مقارنة مع مراعاة ظروف تطبيقه والملابسات المحيطة به .  
ولذا فإن كل ما نأمله من هذه الدراسة تفعيل ما هو كائن وتطوير ما يحتاج إلى تطوير حتى نصل في النهاية إلى العدالة المنشودة.

## قائمة المراجع

### أولاً: المراجع العامة

- أحمد أبو الوفا : نظرية الأحكام فى قانون المرافعات ، منشأة المعارف ، الطبعة السادسة سنة ١٩٨٩ .
- \_\_\_\_\_ : المرافعات المدنية والتجارية ، منشأة المعارف ، الطبعة الخامسة عشرة ١٩٩٠ .
- \_\_\_\_\_ : نظرية الدفوع فى قانون المرافعات . منشأة المعارف الطبعة التاسعة ، ١٩٩١ .
- أحمد مسلم: أصول المرافعات التنظيم القضائى - دار الفكر العربى طبعة ١٩٦٩
- أحمد هندى: قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة ، طبعة ١٩٩٥ .
- محمد العشماوى ، وعبد الوهاب العشماوى: قواعد المرافعات فى التشريع المصرى والمقارن ، ج الثانى ١٩٥٨ .

### ثانياً: المراجع الخاصة:

- أحمد السيد الصاوى : المحاكم الاقتصادية : بحث منشور فى مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية - جامعة الاسكندرية، عدد خاص للأعمال الكاملة للمؤتمر العلمى الدولى للاتجاهات التشريعية الحديثة فى التنظيم القضائى ، العاشر والحادى عشر من مارس ٢٠١٠ .
- أحمد خليل : خصوصيات التقاضى أمام محاكم الاقتصادية ، دار المطبوعات الجامعية ، طبعة ٢٠١٠ .
- \_\_\_\_\_ : خصوصيات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالولاية على نفس وفقاً للقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ ، دار المطبوعات الجامعية ، طبعة ٢٠٠٠ .
- أحمد نصر الجندى: محكمة الأسرة واختصاصاتها ، دار الكتب . طبعة ٢٠٠٥ .
- أسامة أبو الحسن مجاهد : محكمة الأسرة والتعديلات الأخيرة للائحة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس بحث منشور - مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية - جامعة الاسكندرية ، عدد خاص للأعمال الكاملة للمؤتمر العلمى الدولى للاتجاهات التشريعية الحديثة فى التنظيم القضائى، العاشر والحادى عشر من مارس ٢٠١٠ .
- أمنية النمر: مناهج الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة ، رسالة دكتوراه - جامعة الإسكندرية سنة ١٩٦٧ .

- بدرخان عبد الحكيم إبراهيم المعيار المميز للعمل القضائي. رسالة دكتوراة ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٨٤ .
- حسن الخضري ، إجراءات التقاضى أمام المحاكم التجارية راجع على شبكة النت:
- <http://ar.wikipedia.org/w/index.php>.
- سحر عبد الستار إمام ، نحو نظام تخصص القضاة . دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٥ .
- :\_\_\_\_\_ محكمة الأسرة- دراسة مقارنة، طبعة دار النهضة العربية ٢٠٠٥ .
- :\_\_\_\_\_ المحاكم الاقتصادية فى القانون المصرى، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٨ .
- سيد أحمد محمود: ملاحظات على المشروع والقانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨ بإنشاء المحاكم الاقتصادية بحث منشور . مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية – جامعة الاسكندرية ، عدد خاص للأعمال الكاملة للمؤتمر العلمى الدولى للاتجاهات التشريعية الحديثة فى التنظيم القضائى، العاشر والحادى عشر من مارس ٢٠١٠ .
- طلعت دويدار : المحاكم الاقتصادية خطوة أخرى نحو التخصص القضائى ، دار الجامعة الجديد ٢٠٠٩ .
- " تأجيل الدعوى محاولة لضبط قواعد التأجيل بين قيمة الوقت فى الدعوى والحق فى الدعوى" دار الجامعة الجديدة ، طبعة ٢٠٠٨ .
- عبد الرحمن عزوز: القضاء الشعبى : رسالة دكتوراة – جامعة القاهرة ١٩٧٥ .
- عزمى عبد الفتاح : نظام قاضى التنفيذ فى القانون المصرى والمقارن . دار النهضة العربية طبعة ١٩٧٨ .
- :\_\_\_\_\_ واجب القاضى فى تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع، دار النهضة العربية ، طبعة ١٩٩٣ .
- على بركات : التقاضى أمام المحاكم العمالية المنشأة بمقتضى القانون رقم ١٨٠ ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٩ .
- عمر الفاروق عبد الحلیم: اشتراك الشعب فى القضاء (فلسفته وتطبيقاته) مجلة المحاماة لسنة ٥٣ العددان الأول والثانى : يناير وفبراير ١٩٧٣ .
- عيد القصاص: التزام القاضى باحترام مبدأ المواجهة – دار النهضة العربية طبعة ١٩٩٤ .
- :\_\_\_\_\_ محكمة الأسرة فى القانونين المصرى والفرنسى ، طبعة ٢٠٠٤ .
- فتحي والى : تعليق على قانون المحاكم الاقتصادية فى كتاب الأهرام الاقتصادى، ٢٠٠٨ .

- محمد عبد الخالق عمر: القضاء الشعبي مجلة المحاماة السنة ٥٣، العددان الثالث والرابع، مارس وإبريل ١٩٧٣.
- محمد عصفور: استقلال السلطة القضائية. بحث منشور بمجلة القضاة، السنة الأولى، العدد الثالث يوليو ١٩٦٨.
- محمد علي راتب: قضاء الأمور المستعجلة الطبعة الثالثة دار الفكر العربي سنة ١٩٥٢.
- محمد كامل عبيد: استقلال القضاء دراسة مقارنة، طبعة نادي القضاة سنة ١٩٩١.
- محمد محمود إبراهيم: النظرية العامة للقضاء الشعبي. رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس لسنة ١٩٧٦.
- محمود التحوي: هيئة التحضير أمام المحاكم الاقتصادية – دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٠.
- محمود هاشم: قانون القضاء المدني. ج الأول، طبعة ١٩٨١.
- مصطفى رشدي: تحليل مقارن من حيث التكلفة والعائد بين نظام القضاء الشعبي ونظام القضاء المتخصص، مجلة المحاماة، س ٥٣، ع الثالث والرابع، مارس وإبريل ١٩٧٣.
- نبيل إسماعيل عمر: نظام قاضي التحضير في القانون الفرنسي ونظام النيابة المدنية المقترح العمل به في مصر، دار الجامعة الجديدة، طبعة ١٩٩٩.
- وجدى راغب: نحو فكرة عامة للقضاء الوقتي في قانون المرافعات – مجلة العلوم القانونية والاقتصادية – ١٩٧٣ – العدد الأول ص ٢٤.
- : النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، طبعة منشأة المعارف لسنة ١٩٧٤.

## OUVRAGES GÉNÉRAUX

- Alain Heraud et André Maurin; Institutions judiciaires , 2éd sirey 1998.
- Cadiet (L)et Jeuland (E) : Droit judiciaire privé, litec, 5<sup>e</sup> éd, 2006
- E.Garsonnet et ch. Cezar – Bru. Traité theorique et pratique de procédure civile et commerciale , 3éd , t. 11,
- Estoup: la pratique des procédure rapides, litec 1990
- Hamel, lagarde et jauffret: Droit commercial, 2éd, T.I

- J.vincent, S.Guinchard : Institutions judiciaries: Dalloz , 1993.
- Jacques Héron : Droit judiciaire privé 3<sup>éd</sup> par Thierry le Bars Montchrestien, 2006.
- Jean vincent et Serge Gunichard : Procédure civile , 24 éd 1996 Dolloz ,
- Jeanl arguier et philippe conte: Procédur civile, Droit judiciaire privé, 15 édition, Dalloz 1996.
- Loïc Cadiet : Droit judiciaire privé, 3 éd litec, 2000
- Roger perrot: Institutions judiciaires: 12 éd Montchrestien 2006

### OUVRAGES SPÉCIAUX THÈSES, MÉLANGES, ARTICLES Articles

- A. Benabent: Avocats: "premières vues sur la nouvelle profession" J.C.P. 1991, 1, 3499.
- Barrière, "nouvelles pratiques des conciliateurs de justice dans les tribunaux d'instance" Gaz. Pal.2001, Doctr. 270
- Barrière: "nouvelles pratiques tribunaux d'instance" Gaz. pal 2001, doctr.270.
- Benezra: "Les pouvoirs du président du tribunal de commerce en matière de mesures conservatoires dans le cadre de la loi du 9 juill 1991": Gaz.pal. 22 mai 1993
- Carbonneau, "Etude historique et comparée de L'arbitrage" Rev. intern. Dr. Com. 1984, 727
- Claude champaud: l'idée d'une magistrature économique, Bilan de deux décennies, p. 61, justice, n°1, janv- juin 1995.
- Couchez. "La parole et l'écrit en droit judiciaire privé", Rapport au XIV<sup>e</sup> colloque des IEJ, Reims, 1982, Presse universitaires de Reims, P. 22.et S.

- Geisenberger, le déroulement du procès devant le tribunal de commerce de paris , R.T.D. com. 1970, p 317 s.
- Henri. code de procédure civile D 1972.,Chronique , p91.
- Henri. Motulsky, prolégomènes pour un future" code de procédure civile, D 1972, Chronique, p91.
- J. Deleau: "La pratique du Délibéré des parties devant le tribunal de la seine". R.T.D. com. 1950, p. 178, et s.
- M.xavier Raguin, juge de la mise en état et juge rapporteur, Tribunal de G.I. de Nanterre, Colloque de 28 mars 1995; gaz pal 27 juin 1995.
- Olivia Dufour: La justice consulaire a changé de Metier et de visage, petites affiches, 26 janv 2007.
- Ondine chambaud: Juge consulaire: un partenaire pour les chefs d'entreprise, petites affiches 28 avril 2008 n°85.
- P. G: vers un conseil national des tribunaux de commerce: procédures n°12, décembre 2004, Alerte 43.
- P.G: Vers un conseil national des tribunaux de commerce: procédures n°12, decembre 2004, Alerte 43.
- R. Martin: "A propos du décret du 12 juillet 2005 sur la deontologie de l'avocat" J.C.P. 2005, act, no502, p 1729.
- Ramuald Szramkiewicz, les tribunaux de commerce, une longue histoire dans la justice economique, p7, justice n°1 janvier / juin 1995, justice et Economie.
- Rouger, "le rôle du président du tribunal de commerce" les petites offiches, 6 janv. 1993, p.57.
- Y. lobin " procédure écrite et procédure orale, Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de paris, t. XXX 111 , 1970 , p. 161 et s

### **Thèses**

- Emi Matsumoto, la juridiction consulaire dans la justice de L'Ancien Régime. thèse, Paris 11, 2002



- Rubellin, Essai sur la nature d'arbitrage, thèse, Lyon, 1964
- X.Vincensini, la commercialité (Recherche sur l'identification d'une activité), thèse Aix- Marseille 111, 1998.

### **Mélanges**

- J.Barrère , "la rétractation du juge civil". Mélanges p. Hébraud, Toulouse, 1981.
- Racine . Mélanges julien, Edilaix, 2003.

### **Périodiques**

- Revue international de droit comparé.
- Gazzette du palais.
- Petites affiches.
- Juris- classeure périodique [la semaine juridique].
- Revue justices [Daloz].
- Procédures.
- Recueil Dalloz
- Bulletin des arrêts des chambres civiles de la cour de cassation.
- Extrait de l'annuaire statistique de la justice éd 2005.
- Revue trimestrielle de droit commercial (Sirey).

### **Codes**

- Droit des sociétés.
- Code civil.
- Code de procédure civile.
- Code de commerce.
- Code de l'organisation judiciaire.
- Code du travail.

## الجوانب القانونية لعقد الامتياز التجاري (الفرنشايز)

الدكتور / عبدالهادي محمد الغامدي

أستاذ القانون التجاري المساعد - قسم الأنظمة (القانون)

كلية الاقتصاد والإدارة - جامعة الملك عبدالعزيز

جدة - المملكة العربية السعودية

### المستخلص

من أهم المشاكل التي تتعلق بالامتياز التجاري تلك الخاصة بالعقد، فالامتياز التجاري منظومة متكاملة من الإنتاج والتسويق والتوزيع للسلع والخدمات. لذا يتناول هذا البحث الجوانب القانونية لعقد الامتياز التجاري؛ نظراً لأهميته من الناحيتين القانونية والعملية من ناحية، ومن ناحية أخرى لإعطاء فكرة واضحة عن عقد الامتياز التجاري وما يترتب عليه من آثار قانونية، وذلك ضمن دراسة قانونية تحليلية. فهدف الدراسة هو بيان المفهوم القانوني لعقد الامتياز التجاري، وعرض الإشكالات القانونية التي يمكن أن تنشأ عنه. وقسمت الدراسة إلى ثلاثة مباحث، خصص المبحث الأول لبيان ماهية عقد الامتياز التجاري، في حين يتناول المبحث الثاني خصائص عقد الامتياز التجاري وتمييزه عن غيره من العقود التجارية المشابهة. ويناقش المبحث الأخير آثار عقد الامتياز التجاري وأسباب إنقضائه. وتُؤيد البحث بخاتمة تضمنت النتائج التي توصلت إليها الدراسة.

### Abstract

Franchise integrated system of production, marketing and distribution of goods and services. This research deals with the legal aspects of a franchise; because of its importance, both in legal and practical terms. It aims to give a clear idea of a franchise and the consequent legal effects. The objective of the study is to outline the legal concept of the franchise contract, and explore the legal problems that could arise. By following the analytical and descriptive method, the study is divided into three parts. The first part deals with

the definition of franchising. The second part deals with the character of franchising contracts and distinguishes them from other similar commercial contracts. The third parts deals with the obligations franchising parties and the reasons for contact termination. This followed by the conclusion.

## مقدمة

### موضوع البحث

تلجأ المشروعات الفردية والجماعية في سبيل قيامها بأعمالها والتوسع والإنتشار في الأسواق إلى الإستعانة بطوائف من المساعدين والوسطاء. منها طائفة تكون تابعة وترتبط بصاحب المشروع بعلاقة تبعية، كموظفيه ومستخدميه. ومنها طائفة محترفة ومستقلة بأعمالها، فتقوم بدور الوسيط دون أن تدخل طرفاً في العمل المنفذ، كالسماسرة. وهناك الوكلاء بالعمولة، وهؤلاء يجرون التصرفات بأسمهم ولحسابه موكلهم. ثم هناك من يقوم بالتصرفات بأسم ولحسابه موكلهم، كوكلاء العقود.

وإلى جانب ذلك تأتي عقود الامتياز التجاري (الفرنشايز) لتحقيق ذلك الإنتشار والتوسع المنشود لأصحاب المشاريع التجارية الناجحة وذات السمعة والشهرة التجارية، وذلك بدون أي أعباء مالية أو إدارية إضافية. بينما تحقق للطرف الآخر الذي يحصل على الامتياز التجاري تملك وتشغيل نشاطاً تجارياً متمتعاً فيه بالإستقلالية، بل إنه يبدأ من حيث انتهى أو حقق الآخرون من نجاحات وسمعة تجارية، ومدعوماً بالمساعدة الفنية والإدارية إضافة إلى خبرة مانح الامتياز. فنظام الامتياز التجاري يحقق مصالح المانح والممنوح له الامتياز، بما يتميز به من تطوير وتنمية آليات الإستثمار. ولتحقيقه مصلحة طرفي عقد الامتياز، بإفادة المانح من الإنتشار في اسواق مختلفة ومتنوعة ما كان ليصل إليها دون استثمار أموال طائلة، ومن ناحية أخرى إفادة الحاصل على الامتياز من سمعة وشهرة المانح وما يقدمه من خدمات أو منتجات، محققاً بذلك أرباحاً ما كان ليحققها بمفرده في وقت وجيز. لذا ليس من المستغرب أن تغطي مجالات منح الامتياز قطاعات عريضة من الأنشطة المختلفة كالتهليل،

والصحة، وخدمات النظافة والصيانة، والمطاعم، وغيرها من القطاعات الأخرى. فوفقاً للمنظمة الدولية للفرنشايز ساهم الامتياز التجاري بإحداث تغييرات جوهرية في أكثر من ٨٥ مجالاً من أوجه العمل التجاري من منتجات وخدمات مطبقة في أكثر من مائة دولة حول العالم. وتشير التقديرات أن مشاريع "الفرنشايز" تمثل ٥٠% من نماذج أعمال التجزئة في العالم.<sup>(١)</sup>

### أسباب اختيار الموضوع

تشير أحدث الدراسات المحلية<sup>(٢)</sup> إلى أن أهم المشاكل التي تتعلق بالامتياز التجاري تلك الخاصة بالعقد، والمشاكل القانونية والمالية الناتجة عن عدم معرفة الممنوح له بما له من حقوق وما عليه من التزامات، ومشاكل أخرى تنجم عن ضعف الحماية الكافية للمستثمر في هذا المجال. ولعل أحد أسباب ذلك هو ندرة ما كتب في هذا الموضوع، فجانب من الفقه تناول عقد الامتياز التجاري (الفرنشايز) في سياق الحديث عن عقود التوزيع بصفة عامة، في حين تناوله البعض - وبشكل غير مباشر- من منظور دوره في نقل التكنولوجيا.<sup>(٣)</sup>

### الأهمية العلمية والعملية للموضوع

تتناول هذه الدراسة الجوانب القانونية لعقد الامتياز التجاري؛ نظراً لأهميته من الناحيتين القانونية والعملية من ناحية، ومن ناحية أخرى لإعطاء فكرة واضحة عن عقد الامتياز التجاري وما يترتب عليه من آثار قانونية، وذلك ضمن دراسة قانونية تحليلية. فهذه الدراسة هو بيان المفهوم القانوني لعقد الامتياز التجاري، وعرض الإشكالات القانونية التي يمكن أن تنشأ عنه، والتي قد تعود الأسباب فيها إما لذات العقد كونه من العقود المركبة، وطبيعة العلاقة

(1) وفقاً للإتحاد الدولي للفرنشايز، والذي يعد الإتحاد الأكبر والأقدم في العالم الذي يمثل قطاع الفرنشايز:

International Franchise Association IFA: <<http://www.franchise.org>> (15/8/2009).

(2) أجريت من قبل الغرفة التجارية والصناعية بالرياض، (٢٠٠٩/٤/١٢) <[www.riyadhchamber.com](http://www.riyadhchamber.com)>

(3) راجع القليوبي، سميحة (٢٠٠٧)، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، ط ٥، ص ١٦٨؛ العوفي، صالح عبد الله (١٩٩٨)، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، معهد الإدارة العامة، الرياض.

بين أطرافه، وإما بسبب الخلط بينه وبين غيره من العقود المشابهة له، وما يتبع ذلك من تكييفه على أنه عقد توزيع أو وكالة أو غير ذلك.  
ويقتصر هذه البحث على دراسة الجوانب القانونية لعقد الامتياز التجاري بدون التعمق في الجانب التنظيمي (التقني) للامتياز في المملكة العربية السعودية، حيث سيكون هناك بإذن الله في المستقبل القريب دراسة أخرى مستقلة عن التنظيم القانوني للامتياز التجاري في المملكة.

### منهج وخطة البحث

المنهج المتبع في سبيل تحقيق الهدف المنشود من هذه الدراسة هو المنهج التحليلي والوصفي. وستقسم الدراسة إلى ثلاثة مباحث رئيسة، يتكون كل منها من أكثر من مطلب. حيث يُعنى المبحث الأول بماهية عقد الامتياز التجاري، في حين يتناول المبحث الثاني خصائص عقد الامتياز التجاري وتمييزه عن غيره من العقود التجارية الأخرى المشابهة، ويُخصص المبحث الثالث لآثار عقد الامتياز التجاري وأسباب إنقضائه. يلي ذلك الخاتمة وما تتضمنه من نتائج.

### المبحث الأول ماهية الامتياز التجاري

تقسيم:

تقتضي دراسة ماهية عقد الامتياز التجاري التعريف به وبين ماهيته قبل دراسته كعقد، والوقوف على طبيعته القانونية. من هذا المنطلق سنتناول في هذا المبحث ماهية الامتياز التجاري كمنظومة وعقد، وذلك من خلال ثلاثة مطالب نتناول فيها على التوالي: نشأة الامتياز التجاري وتطوره التاريخي؛ التعريف به؛ وأخيراً أساليب ونماذج العمل بالامتياز التجاري.

### المطلب الأول النشأة والتطور التاريخي

يعود نظم الامتياز التجاري إلى العصور الوسطى، لوصف الحقوق والامتيازات الممنوحة إلى حاكم المنطقة مقابل السماح بإقامة الاسواق والاعياد وعبور للمناطق الأخرى ومنذ ذلك الحين استخدم المصطلح في اللغة

الإنجليزية ولكن بتقلوت مع المعنى، وإن لم يكن دأنا مع وضوح كبير. وظهر تحديداً في فرنسا حيث كان ملاك الأراضي يمنحون بعض فلاحهم حقوق جني المحصول وتسويقه، مستغلين اسم المالك وسمعه.

تطور هذا المفهوم في العصر الحديث ليصبح نظاماً قائماً بذاته، له سلوكيات وأخلاقيات إلى جانب الأنظمة والقوانين. وكانت الولايات المتحدة الأمريكية ومن خلال نظام مبسط للامتياز أول من تعامل بهذا النظام وتطبيقه بإسلوب تجاري بعد انتهاء الحرب الأهلية، وذلك عندما قامت شركة سنجر لمكائن الخياطة في العام ١٨٥١م، بتسويق منتجاتها وبضائعها عن طريق نظام الفرانشايز<sup>(٤)</sup>.

ومنذ ذلك الحين أصبح الامتياز التجاري وسيلة فعالة في انعاش نظام توزيع السلع والخدمات في أمريكا ومن ثم في العالم. فبدأ تفعيله كنظام تجاري قائم بذاته في الخمسينيات من القرن الماضي، واحتضنته أوروبا بشكل استراتيجي في السبعينيات، ثم انتقل إلى اليابان وجنوب شرق آسيا من خلال النور الآسيوية في الثمانينات. ثم وصل هذا النظام إلى الدول العربية التسعينيات.

وتوسع العمل بعقود الامتياز التجاري لتبلغ عدد شركات الفرانشايز في العالم أكثر من ١٥٠٠٠ شركة تعمل في ١١٠ قطاع من قطاعات الأعمال. وقدر الاقتصاديون، قبل الأزمة المالية العالمية، أن هناك امتيازاً جديداً كل ستة دقائق ونصف في العالم. فـ شركة 7-Eleven، مثلاً، بلغ عدد امتيازاتها أكثر من ثلاثين ألف امتيازاً، وبلغ عدد الامتيازات الممنوحة في جميع أنحاء العالم من شركة الفنادق العالمية انتركونتيننتال Intercontinental أكثر من ثلاثة آلاف امتيازاً.<sup>(٥)</sup> واضحى استخدام عقود الامتياز التجاري في صناعات كبيرة كصناعة البترول والسيارات والأدوية وغيرها، وكذلك في قطاعات إنتاجية وخدمية كثيرة، كالمأكولات والمشروبات والأثاث والأجهزة الكهربائية

---

(4) حيث قلم Issac Singer بتطوير الفرانشايز كوسيلة وطريقة أكثر كفاءة وأقل كلفة في بيع وتوزيع مكائن الخياطة الشهيرة التي عرفت باسم Singer.

(5) <<http://www.entrepreneur.com>> (03/5/2009).

والإلكترونية، وخدمات النقل، وخدمات الصيانة والنظافة والكمبيوتر،  
والخدمات التعليمية والسفر والسياحة...<sup>(6)</sup>

ويعمل بنظم الامتياز في المملكة العربية السعودية أكثر من ٢٥٠ شركة عالمية تعمل في شتى المجالات واهمها مجالات المطاعم السريعة والملابس وتاجير السيارات. ولا يقتصر العمل بنظام الامتياز التجاري على التجارة الدولية فقط بل يطبق ضمن التجارة المحلية داخل الدولة الواحدة. فبعد أن كان من الخارج إلى الداخل، أصبح محلياً، وكذلك من الداخل إلى الخارج، وهو في إنتشار مستمر حيث يوجد أكثر من ٣٠٠ شركة سعودية مؤهلة للعمل بالامتياز التجاري بعد أن ثبت نجاح نشاط عملها التجاري.<sup>(٧)</sup>

بهذا يتضح أهمية دراسة الامتياز التجاري كنظام وكعقد يدخل في كثير من الأنشطة الاقتصادية والتجارية. وتزداد تلك الأهمية في ظل عدم وجود تنظيم قانوني خاص به، يتناوله - على خلاف نظام الوكالات التجارية - من الناحية الموضوعية وليس الإجرائية فقط.

## المطلب الثاني

### تعريف الامتياز التجاري

كلمة "فرانشايز" كلمة فرنسية الاصل مشتقة من فعل Affranchir وتعنى التحرر من العبودية Free of Servitude ، ويعود أول استخدام لمصطلح Franchise الى العصور الوسطى.  
وانتقل مصطلح "الفرانشايز" وما يرمز إليه في الوقت الحاضر إلى العالم العربي دون ترجمة تعكس معناه الصحيح. فلم يقرب هذا المصطلح

(6) ففي مجال الصناعات البترولية هناك موبيل، توتال، كالتكس؛ وفي مجال الملابس الجاهزة هناك أسماء مثل بنيتون، وميكس؛ وفي مجال الوجبات السريعة بيتزاهت، كنتاكي، ماكدونالدز، باسكن روبنز؛ وفي مجال الخدمات أفيز، بادجت؛ وفي مجال صناعة السيارات جنرال موتورز، هيونداي؛ وفي مجال الفنادق شيراتون، هيلتون، موفنبيك. والأمثلة كثيرة.

(7) كان أول تعامل بنظم الامتياز في السعودية في أوائل الثمانينات. المؤتمر والمعرض الدولي للفرانشايز (الرياض) International Conference & Expo For Franchising. <<http://www.icef-ksa.com>>

وكذلك الغرفة التجارية والصناعية بالرياض:

<http://www.riyadhchamber.com> (10/5/2010).

ليعطي نفس معنى الكلمة الإنجليزية Franchise، مما حدى بالبعض إلى تبني ذات المصطلح باللغة العربية، أي "فرانشايز"،<sup>(٨)</sup> والبعض الآخر يرى عدم وجود الاصطلاح العربي البديل،<sup>(٩)</sup> وهناك من سمي عقد الفرانشايز بعقد الترخيص التجاري.<sup>(١٠)</sup> وسُمي كذلك بعقد السماح، ومُيز عن عقد الامتياز التجاري (امتياز التوزيع)، ولعل هذه التسمية هي الأفضل والأقرب إلى حقيقة المسمى وإلى اصل وجذور المصطلح اللاتيني (الفرانشايز)، إلا أنه لم يتبناها الفقه ليجعل منها تعريفاً متفقاً عليه؛ ولعل مرد ذلك هو قلة ما كتب من مؤلفات وباحث ودراسات في هذا النوع من العقود مقارنة بالعقود التجارية الأخرى.<sup>(١١)</sup>

لذا نميل في مجال دراستنا هذه إلى استخدام مصطلح الامتياز التجاري كمرادف لمصطلح الفرانشايز؛ نظراً لأنه - كما سيأتي تفصيل ذلك - ليس نوعاً من عقود التراخيص التجارية وإن كان ينطوي على واحد أو أكثر منها، كترخيص العلامة التجارية. ومن ناحية أخرى تعارف المتعاملون بهذا النوع من العقود في الوسط التجاري على هذه التسمية، فاصبح الامتياز التجاري مرادف للفرانشايز. ولا نرى مجالاً للخلط من حيث التسمية بينه وبين الامتياز التجاري للتوزيع؛ نظراً لأن هذا الأخير مقترنا دائماً ومقيداً بلفظة التوزيع. وعليه عند ورود تعبير "الامتياز التجاري" مطلقاً غير مقيد فيقصد به "الفرانشايز".

وإن من الأهمية بمكان تعريف الامتياز التجاري كنظام إقتصادي، وكعقد ينظم علاقة أطرافه، ليمكن بعد ذلك تحليله والوقوف على طبيعته القانونية. لذا سنتناول تعريفه كمنظومة أولاً، ثم كعقد ثانياً.

### أولاً: الامتياز التجاري كمنظومة

- (8) مغيب، نعيم (٢٠٠٦) عقد الفرانشايز. منشورات الحلبي الحقوقية، ص ١٤.
- (9) النجار، محمد محسن (٢٠٠٧)، عقد الامتياز التجاري Franchise - دراسة في نقل المعارف الفنية، دار الجامعة الجديدة، ص ٣٤١.
- (10) جاك الحكيم (١٩٩٨)، عقد الترخيص التجاري Franchising، مجلة المحامون، نقلة المحلّمين السورية، العددان الخامس والسادس، ص ٤٢٠.
- (11) أورد هذه التسمية: د. سميحة الطيوي، مرجع سابق، ص ١٥٢.



يُهدف تعريف الامتياز التجاري كمنظومة إلى الوقوف على العناصر المكونة له والمقصود الذي يدل عليه كل عنصر. فالامتياز التجاري يتكون من عدة عناصر مكملة لبعضها البعض. ويمكن إجمالها في التالي:

العنصر الأول: علامة تجارية مميزة ومعروفة، ومكتسبة لشهرة تجارية معينة بحيث يسهل استدلال المستهلك وتعرفه عليها.

العنصر الثاني: المعرفة الفنية Know-how، وتظم نُظم إنتاجية وتسويقية وإدارية ومحاسبية معينة ومحددة أثبتت فعاليتها ونجاحها. وتُعرف هذه النظم بحزمة الامتياز (Franchise Package)، وتشمل:

أولاً: دليل التشغيل Operational Manual، والذي يمثل خبرة المانح والسياسات والإجراءات المتبعة لإدارة وتشغيل المشروع والتي يفترض أن تعود على الممنوح له بالنفع والفائدة. فالدليل يعد المصدر الأساسي والمرجعي الذي يبين كيفية تشغيل الامتياز، حيث يشتمل على المعايير والنظم والإجراءات اللازمة لتشغيل المشروع ونجاحه والذي على الممنوح له الامتياز التقيد بها.

ثانياً: التدريب Initial & on-going Training، أي تدريب المانح للعاملين والموظفين لدى الممنوح له قبل وأثناء ممارسة النشاط التجاري.

العنصر الثالث: صاحب أو مالك العنصرين السابقين ويطلق عليه مانح الامتياز Franchisor، فهو الطرف الذي يمتلك علامة تجارية وسلعة أو منتج أو خدمة ونظام عمل معين ويرخص لشخص آخر باستعمال ذلك مقابل عوض مالي، ووفقاً لشروط يُتفق عليها. وغالباً ما يقرر المانح الشروط التي سيعمل من خلالها الممنوح له، مع تمتع الأخير بالاستقلالية.

العنصر الرابع: الغاية الاقتصادية لعقد الامتياز، وهي رغبة طرفي العقد في الاستفادة من نظم الفرنشايز. فالمانح يرغب ويسعى إلى التوسع محلياً أو دولياً في نشاطه والانتشار بدون أعباء مالية أو إدارية إضافية، واتفاقية الامتياز تحقق التوسع والانتشار واختراق الأسواق دون مخاطر المغامرة بالدخول لإسواق جديدة أو الحاجة إلى صرف رأسمال إضافي. في حين أن الممنوح له الامتياز Franchisee، يرغب في عمل أو مشروع يتمتع فيه بالاستقلالية القانونية وعم التبعية، وكذلك الاستفادة من نجاح علامة المانح التجارية وما يرتبط بها من منتج أو خدمة.

العنصر الخامس: يتمثل في المقابل المادي Initial Fee الذي يدفعه الممنوح له لمناح الامتياز بالإضافة الى نسبة من إجمالي قيمة المبيعات Royalty Fee. فالأول يعد تعويضاً مالياً للمناح مقابل الترخيص باستعمال حق من حقوق الملكية الفكرية الخاصة به (وغالباً ما تكون علامة تجارية)، ومقابل التدريب المبدئي والنفقات الإدارية المرافقة لإنشاء المحل التجاري الجديد. بينما الثانية نسبة مئوية من الدخل الإجمالي المتحصل للممنوح له من المشروع محل الامتياز.

والعنصر السادس: المدة الزمنية والحدود الجغرافية للامتياز التجاري. ويقصد بالأول مدة عقد الامتياز بين طرفيه (المناح والممنوح له)، بينما الثاني يقصد به منطقة الامتياز Territory التي يُتفق عليها بين المناح والممنوح له، لممارسة وتشغيل النشاط ضمن إطار هذه المنطقة سواء بوحدة تجارية مملوكة كلياً للممنوح، أو عن طريق منحه الحق بإبرام عقود امتياز تجاري فرعية -Sup Franchising. ويكون هناك تماثل كامل إلى درجة التطابق بين الوحدات المختلفة في مختلف مناطق الامتياز.

العنصر السابع: الاستقلال القانوني والمالي والإداري لكل من المناح والممنوح له. فالعلاقة القائمة بينهما تقوم على الثقة والتعاون للعمل على نجاحهما المشترك، وإن كانت بعض بنود هذا العقد تُظهر وجود علاقة تبعية الممنوح له للمناح.

العنصر الثامن: عقد الامتياز التجاري الذي يبين اتفاق وتوافق المناح والممنوح له على العمل بأسلوب الامتياز التجاري، ويحدد التزامات وحقوق كل طرف من الأطراف. فيمقتضى هذا العقد تقوم العلاقة القانونية التجارية بينهما. ويبين العقد حزمة الامتياز، والمنطقة الجغرافية، ويحدد المعرفة الفنية والتقنية، والعلامة التجارية، والمقابل المادي لكل ذلك. كما يوضح مدة العقد وكيفية أنتهاءه والآثار المترتبة على ذلك.

كل هذه العناصر مجتمعة يطلق عليها الامتياز التجاري، وهي مكملة لبعضها البعض، ويجمعها عقد إطار واحد يسمى عقد الامتياز التجاري.

ثانياً: عقد الامتياز التجاري

يطلق العقد في اللغة على معان كثيرة يجمعها كلها معنى الربط، والشد، والتوثيق، والأحكام. فيطلق على الجمع بين أطراف الشيء وربطها، وضده الحل، ويطلق أيضاً بمعنى إحكام الشيء وتقويته. ومن المعنى الحسي للربط بين طرفي الحبل أخذت الكلمة للربط المعنوي بين الكلامين، كربط الإيجاب بالقبول في العقود، ومن معنى الأحكام والتقوية الحسية للشيء أخذت اللفظة ليراد بها العهد، ولهذا صار العقد بمعنى العهد الموثق، والضمان، وكل ما من شأنه أن يُنشئ التزاماً.<sup>(١٢)</sup>

والعقد قانوناً هو اتفاق بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها. وكونه عقداً فهو من المصادر الإرادية للالتزام. ولا يوجد حتى الآن تعريف موحد ومعتمد لعقد الامتياز التجاري. فقد عرفه جانب من الفقه على أنه العقد الذي يسمح أو يجيز فيه أحد المنتجين أو أحد التجار الموردين إلى تاجر حق استخدام طرق البيع ووسائل الخدمة والمعرفة الفنية المقدمة بواسطة مانح الإنز أو المجيز.<sup>(١٣)</sup>

في حين يرى آخرون أنه تقنية عقدية حديثة موضوعها توزيع المنتجات والخدمات أو تصنيع المواد والمنتجات، بمقتضاها يعطي صاحب الماركة التجارية أو العلامة الفارقة أو المورد الفريق الآخر الموزع، حق امتياز حصري في استعمال اسمه التجاري وماركته التجارية، وأحياناً براءات الاختراع التي بحوزته، ومهاراته التقنية، بالإضافة إلى الإشراف والموازرة التجارية والتقنية، بغية توزيع منتجات وخدمات المورد أو تصنيعها، ومن ثم تسويقها وبيعها للغير ضمن النطاق الجغرافي المحدد طيلة مدة عقد التوزيع أو التصنيع، و ذلك لقاء مقابل مسبق وعمولات دورية على إجمالي ناتج النشاط يسدها الموزع للمورد.<sup>(١٤)</sup>

(12) مختار الصحاح، باب الدال - فصل العين؛ لسان العرب (٣ / ٢٩٧)؛ القاموس المحيط (١ / ٣٢٧)؛ الصحاح للجوهري (٢ / ٥١٠)؛ المصباح المنير (ص ٤٢١) مادة عقد.

(13) د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص ١٦٨.

(14) ادمون شماس (١٩٩٨)، تقنية عقد الـ Franchising مقارنة مع عقد التمثيل التجاري: آفاق وحلول، مجلة العدل، عدد ٣، ٤، ١٩٩٨ ص ١٩٩؛ نادر شافي (٢٠٠٥)، عقد الفرانشيز (Franchising) مفهومه وخصائصه وموجبات طرفيه، مجلة الجيش اللبناني، العدد ٢٤؛ راجع كذلك: حسام الدين الصغير (١٩٩٣)، الترخيص باستعمال العلامة التجارية، القاهرة، ص ٦٠، وسبيل جلول (٢٠٠١) عقد الفرانشيز موجبات الفرقاء، المنشورات الحقوقية، بيروت، ص ١٩.

وعرفت محكمة العدل الأوروبية عقد الامتياز التجاري بأنه "العقد الذي بموجبه يقوم الممنوح له بالتصنيع بنفسه وفقاً لتوجيهات المانح وباستخدام علاماته التجارية التي يصنعها على السلع المنتجة"<sup>(١٥)</sup> ويؤخذ على هذا التعريف أنه قصر الامتياز التجاري على امتياز التصنيع فقط. وبناءً على ما تقدم يمكننا أن نعرف عقد الامتياز على أنه عقد بين طرفين مستقلين قانوناً، يلتزم بمقتضاه وبمقابل مانح الامتياز بالسماح للممنوح له الامتياز باستخدام حق أو أكثر من حقوق الملكية الفكرية والصناعية (الاسم التجاري، العلامة التجارية، براءة الاختراع، النماذج الصناعية) أو المعرفة الفنية لإنتاج سلعة أو توزيع منتجاته أو خدماته تحت العلامة التجارية التي ينتجها أو يستخدمها مانح الامتياز ووفقاً لتعليماته وتحت إشرافه، في منطقة جغرافية محددة ولفترة زمنية محددة مع تقديم المساعدة التقنية والفنية اللازمة لبدء وإستمرار النشاط التجاري للممنوح له.

### المطلب الثالث أنواع الامتياز التجاري

يوجد في الواقع العملي أشكالاً وأنواعاً متعددة لنظام الامتياز التجاري، إلا أنها تشترك جميعها في بعض العناصر التي تحدد نظام الامتياز التجاري. وبشكل عام يمكن تقسيم هذه الأشكال إلى ثلاثة أنواع رئيسية هي امتياز التصنيع، وامتياز التوزيع، وامتياز صيغة العمل.

#### امتياز التصنيع (Manufacturing Franchise):

يعتمد بالدرجة الأولى على نقل المعرفة الفنية (know how) لتصنيع المنتجات أو تجميعها من المانح إلى الممنوح له. فـالممنوح له الامتياز الحق في تصنيع السلع وبيعها تحت العلامة التجارية للمانح مستخدماً المواد الأولية التي يزود بها المانح بالإضافة للمواصفات والتقنيات الإنتاجية. وعادة ما يحدد

---

(15) تعريف محكمة العدل الأوروبية سنة ١٩٨٦م، نقلاً عن: ياسر الحديدي (٢٠٠٦)، النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري، دار الفكر العربي.

المانح نماذج قياسية (standards) يجب على الممنوح له مراعاتها وينتشر استخدام هذا النوع من الامتياز في صناعة وتعبئة المشروبات الغازية، مثل: شركة كوكاكولا. فيزود الممنوح له بمكونات أساسية أو مواد خام ومعرفة تقنية أو أسرار الوصفة أو السر التجاري. ويتضمن عادةً إستغلال براءة اختراع أو حقاً من حقوق الملكية الصناعية للمانح.

#### امتياز التوزيع (Distributing Franchise):

يهدف هذا الشكل من أشكال الامتياز الى إقامة مراكز توزيع من خلال الممنوح له، حيث يقوم المانح بصناعة المنتج، ويتولى الممنوح له الامتياز توزيع وبيع السلع باتتباع وسائل التسويق الفنية المتبعة من قبل المانح. وما يميز هذا الشكل من الامتياز أنه يوفر للمانح نظاماً توزيعياً لتسويق سلعته، مع الحق في منع المرخص له من بيع سلعة منافسة ويكون الموزع الوحيد لمنتجات المانح في منطقة نشاطه، أي ما يعرف بشرط القصر. ومن الأمثلة على هذا النوع من الامتياز محطات تعبئة الوقود (ومحلات الملابس الجاهزة والمجوهرات وإكسسوارات السيدات (كسنتير بونت Center Point، ستي ماكس City Max، ريد تاغ Red Tag). وفي هذا النوع يُنفق عادةً على الامتياز مبالغ كبيرة لتجهيز المحل التجاري من حيث الموقع ومستلزمات العمل، ويتولى الممنوح له الإدارة والتشغيل.

#### امتياز صيغة العمل (Business Format Franchise):

يرتكز هذا الشكل بشكل رئيسي على السمعة والشهرة التجارية للمانح من خلال علامته التجارية ذات الشهرة لدى الجمهور، وبالتالي المنتج أو الخدمة ذات الرواج والقبول لدى الناس. ويتميز هذا الشكل من أشكال الامتياز أنه يحقق للمانح الأنتشار ودخول أسواق جديدة، ويحقق للممنوح له الإستفادة من نجاح محقق وسمعة وشهرة تجارية. فيستخدم الممنوح له الامتياز صيغة ونمط العمل الخاصة بالمانح، بالإضافة للعلامة التجارية، ومطبقتاً في ذلك النظام المتكامل للمانح. لذا يفرض المانح في هذا الشكل من الامتياز قيوداً صارمة على الممنوح لهم اللذين يستخدمون جميعاً إسمه وعلامته التجارية وما له من سمعه تجارية. ويلجأ في سبيل تحقيق ذلك إلى فرض نماذج قياسية

ومواصفات موحدة Standardized Methods. ويظهر هذا النوع في المطاعم، مثل: McDonalds، Pizza Hut، والبيك Al-Baik، ومكاتب تأجير السيارات، مثل: شركة Avis. ويعتبر هذا الشكل الأكثر انتشاراً ورواجاً من أشكال الامتياز، والشكل المثالي لامتياز الفنادق والنزل ومطاعم الوجبات السريعة. ويستثمر الممنوح له الامتياز عادةً مبالغ كبيرة ليحصل على حق الامتياز. ووفقاً لهذا النظام لا يقوم المانح عادةً بتصنيع أي منتج، وإنما يوفر المعدات، والمواد الخام، و مواد التعبئة والتغليف، والدعاية، وما يلزم من وسائل لإنتاج وتوزيع السلع والخدمات. وتظهر مشروعات الممنوح لهم امام الجمهور كشبكة واحدة، حتى أن الجمهور يعتقد أنها مملوكة لشخص واحد هو صاحب العلامة التجارية، إلا أنها مشروعات مستقلة استقلالاً كاملاً من الناحية القانونية، يجمع بينها وحدة الشكل والمضمون، ولكن ليس الملكية.

ثانياً: نماذج إدارة الامتياز التجاري:

تتنوع نماذج إدارة الامتياز،<sup>(16)</sup> تبعاً للتباين في الحقوق والالتزامات والأنشطة التي يلتزم بها كل طرف من طرفي عقد الامتياز، وتكون على النحو التالي:

**الأول: امتياز المحل أو الوحدة الواحدة Single-Unit Franchise**

ويعرف بالامتياز الفردي، وهو أكثر النماذج وضوحاً ومباشرة لإدارة الامتياز، والأنسب لمنح نظام الامتياز المحلي. فوفقاً لهذا النموذج يُمنح الممنوح له الحق في تطوير وتشغيل محل واحد في موقع واحد أو في منطقة محددة. إلا أن ذلك لا يمنع من حصول الممنوح له على امتيازات أخرى إضافية في مناطق محددة أخرى. فهو يقوم على فكرة تحفيز الممنوح لهم وتشجيعهم على النمو والمنافسة فيما بينهم.

**الثاني: الامتياز المتعدد Multi-Unite Franchise:**

---

(16) See: Beshel, B. (2005), An Introduction to Franchising, IFA Educational Foundation, < <http://www.franchising.org> >, (04/3/2009); Garner, W. Michael (2003), "Franchise and Distribution Law and Practice", Minnesota, Thomson/West: volume 1.

ويستخدم من قبل الشركات العملاقة، فتمنح الحق للممنوح له في إنشاء وتشغيل محل أو أكثر بموجب الامتياز التجاري. ويكون ذلك بإحدى طريقتين:

#### ١- امتياز مطور المنطقة Area Development:

ويعرف كذلك "بالامتياز الإقليمي، والهدف منه تطوير وتغطية منطقة جغرافية كبيرة، عن طريق إنشاء عدد من المتاجر أو نقاط البيع في وقت واحد أو بصورة متعاقبة وخلال مدة متفق عليها، وتكون مملوكة جميعها للممنوح له مباشرة وليس له الحق في منح امتياز من الباطن (طرف ثالث).

#### ٢- الامتياز الرئيسي Master Franchise:

يمنح الممنوح له امتياز تجاري، وبموجبه يُسمح له ويعطى الحق في منح امتياز لطرف ثالث يسمى الممنوح له الفرعي Sub-Franchise، وتضلل للممنوح له الأول ذات الصفة في علاقته بالمانح، وتكون له صفة المانح في علاقته بالممنوح له الفرعي. ويستخدم هذا الأسلوب لإستغلال الفرص الاستثمارية المحتملة في مناطق جغرافية أكبر مساحة وأكثرأ عددا، وقد يسمح للممنوح له الفرعيين بإدارة أكثر من امتياز. ويبرز هذا الأسلوب في الامتيازات الدولية حيث يرغب المانح في إنشاء أعمال تتعلق بالامتياز في بلد معين قد لا يملك خبرة تجارية فيها.

وحيث أن الأشكال والنماذج التي يظهر بها الامتياز التجاري متعددة ومختلفة من ناحية، ومن ناحية أخرى الأفقار إلى تقنين خاص بعقود الامتياز التجارية، فإن علاقة طرفي عقد الامتياز التجاري يحكمها وينظمها العقد المبرم بينهما. مما يستوجب بيان وتفصيل الحقوق والالتزامات القانونية، ومدة العقد وكيفية أنتهائه، إضافة إلى الضمانات. ويلزم كذلك بيان المعايير الفنية والإدارية التي يعمل الامتياز بموجبها.

### المبحث الثاني

### الخصائص والطبيعة القانونية لعقد الامتياز التجاري

#### تمهيد:

لمباشرة نشاطه التجاري وفي سبيل تحقيق التوسع فيه يستعين التاجر بعدد من الأشخاص. منهم من يرتبط بهم بمقتضى عقود عمل تجعلهم في مركز

التابع له، كالمستخدمين أو الموظفين. فيباشر هؤلاء العمل التجاري بإسم ولحساب التاجر. ومنهم من يستعين التاجر بهم لتصريف بضائعه أو إرسال ما يحتاج إليه من سلع أو خدمات، أو للتوسط بنية وبين غيره من العملاء. وهؤلاء لا يربطهم بالتاجر عقود عمل، وغالباً ما يحترفون القيام بهذه الأعمال لحساب الغير، فيعملون على وجه الإستقلال، كالكلاء بالعمولة والسامسة. وهناك الممثلون التجاريون، ويعد الممثل التجاري في علاقته بالتاجر إما مستخدماً وإما وكيلاً، بحسب ما يدل عليه العقد بينه وبين التاجر من إرتباطه، وإستقلاله في العمل. إضافة إلى ذلك هناك أشخاص آخرون تنحصر مهمتهم في الحض على إبرام العقود لمصلحة التاجر بصفة مستمرة وفي منطقة نشاط معينة، وذلك نظير مقابل، كوكلاء العقود.

فالعقود التجارية متنوعة ويؤدي كل واحد منها دواً في الحياة والنشاط الأقتصادي،<sup>(١٧)</sup> ويحدث أحياناً اللبس أو الخلط بينها من حيث طبيعة العلاقة القانونية بين أطرافها، أو من حيث القانون الممكن تطبيقه عليها. ويتقضي الوقوف على الطبيعة القانونية لعقد الامتياز التجاري التعرض لأهم خصائصه، ثم تمييزه عن غيره من العقود المشابهة له.

### المطلب الأول خصائص عقد الامتياز التجاري

سبق أن عرفنا عقد الامتياز التجاري على أنه عقد بين طرفين مستقلين قانوناً، يلتزم بمقتضاه وبمقابل مانح الامتياز بالسماح للممنوح له الامتياز باستخدام حق أو أكثر من حقوق الملكية الفكرية والصناعية أو المعرفة الفنية لإنتاج سلعة أو توزيع منتجات المانح أو خدماته تحت العلامة التجارية التي ينتجها أو يستخدمها المانح، ووفقاً لتعليماته وتحت إشرافه، في منطقة جغرافية محددة ولفترة زمنية محددة مع تقديم المساعدة التقنية والفنية اللازمة لبدء وإستمرار النشاط التجاري للممنوح له. وعليه يمكن أن نستخلص أهم خصائص هذا العقد.

<sup>17</sup> See, e.g.: Goode, R. (1995), 'Commercial Law', 2<sup>nd</sup> ed., London, Penguin Books, p. 146.



## أولاً: عقد رضائي

كسائر العقود، الرضا ركن من أركان عقد الامتياز التجاري، متى ما عبّر عن الإيجاب والقبول بإرادة حرة وصحيحة من عيوب الرضا فإنه ينعقد ويرتب كافة آثاره القانونية بين طرفيه. فعقد الامتياز التجاري من العقود الرضائية التي تتعقد بمجرد تبادل الإيجاب والقبول بين الأطراف دون وجود طريقة خاصة لانعقاده خلا مبدأ الرضائية في العقود. لذا لا يحتاج إلى إفراغه في قالب أو شكل معين. ومع أن أحكام نظام الوكالات التجارية السعودي هي السارية - حتى الآن - على عقود الامتياز التجاري، وقد نصت اللائحة التنفيذية<sup>(١٨)</sup> على وجوب كتابة العقد، إلا أن ذلك لا ينتقص من كونه عقداً رضائياً. وقد أخذ بهذا الشرط في القانون المقارن، كالقانون الكويتي.<sup>(١٩)</sup> فالكتابة هنا إجراء شكلي وليست ركناً من أركان العقد. فالكتابة في عقد الامتياز التجاري شرطاً للإشهار والقيود في سجل الوكالات التجارية لا لإنعقاد العقد وترتيب آثاره بين أطرافه.<sup>(٢٠)</sup> فمتى توافرت في عقد الامتياز الأركان العامة للعقود، من رضا صحيح ومحل وسبب مشروعين وأهلية المتعاقدين، انعقد العقد وكان منتجاً لآثاره القانونية بين أطرافه، لذا عدم الكتابة لا تؤثر على صحة وجود عقد الامتياز بين طرفيه، وإنما تمنع من ممارسة النشاط. فإشتراط المشرع إجراء شكلي معين، كالكتابة، في بعض العقود التجارية على خلاف القاعدة العامة فيها، إنما هو على سبيل الاستثناء لأهمية التوثيق.<sup>(٢١)</sup> وما عقد الامتياز التجاري في هذا الشأن إلا كغيره من العقود والتصرفات التجارية الأخرى التي أشترطت الكتابة فيها،<sup>(٢٢)</sup> دون أن يخرجها ذلك من كونها عقود رضائية.

(18) المادة العاشرة من اللائحة التنفيذية لنظام الوكالات التجارية ١٣٨٢ هـ.

(19) المادة (٢٤٥) من قانون التجارة الكويتي.

(20) راجع: د. محمد الجبر (١٤١٨)، العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، جامعة الملك سعود، ط ٢، ص ١١٦؛ د. عبدالرحمن قرمان (٢٠١٠)، العقود التجارية وعمليات البنوك: طبقاً للأنظمة القانونية بالمملكة العربية السعودية، مكتبة الشقري، ط ٢، ص ٩٣.

(21) د. عبدالرحمن قرمان، مرجع سابق، ص ١٥.

(22) كالإلزام بالكتابة في التصرفات التي ترد على حق من حقوق الملكية التجارية والصناعية، ومن ذلك المادة (١٦) من نظام براءات الاختراع والتصميمات التخطيطية للدارات المتكاملة والأصناف النباتية والنماذج الصناعية ١٤٢٥ هـ والمادتان (٢٩، ٣٢) من نظم العلامات التجارية ١٤٢٣ هـ.

ويلاحظ أن الوقوف على الإيجاب والقبول، ومن ثم الرضا غير المعيب، في عقود الامتياز التجاري ليس من الأمور اليسيرة؛ نظراً لأن محل العقد من الأموال ذات الطبيعة الخاصة، وتنطوي على الكثير من الوثائق والمضامين التي قد تجعل من رضا الممنوح له معيباً إذا لم يلتزم المانح بمبدأ حسن النية في العقود فيفصح عن كل المعلومات الحقيقية والمعطيات الكافية المتعلقة بنشاطه التجاري. فهذه الأخيرة من الأمور الهامة بالنسبة للممنوح له والتي لا يسعه الحصول عليها إلا من خلال المانح. وهي من الأمور التي نرى أنها تجعل من وجود تنظيم خاص بعقود الامتياز التجاري ضرورة يستوجبها طبيعة العقد والعلاقة بين طرفيه.

#### ثانياً: عقد من العقود الغير مسماة

لم يسن المنظم (المشرع) السعودي أحكاماً خاصة بعقد الامتياز التجاري، فالعقد بذلك من قبيل العقود التجارية غير المسماة. فهو من العقود التجارية الغير مسماة التي لم يوضع لها تنظيم قانوني أو نظام بصورة خاصة، مما يجعلها تخضع للقواعد العامة للعقود. ومع أنه تقرر سريان نظام الوكالات التجارية على عقود الامتياز،<sup>(٢٣)</sup> إلا أن ذلك لا يجعل عقد الامتياز التجاري من العقود المسماة؛ فنظام الوكالات التجارية نظام إجرائي وليس بنظام موضوعي، فهو لم يتعرض لحقوق والتزامات اطراف العلاقة القانونية، ولم يتناول إنقضاء العقد وما يترتب عليه من آثار قانونية. فنصوص النظام أعتنت بتنظيم الوكالة التجارية باعتبارها مهنة وحرفة تجارية، فتناولت عملية قيد وشطب الوكالة في السجل الخاص بذلك، وحصر مهنة الوكيل التجاري في كل من يتمتع بالجنسية السعودية. وتجدر الإشارة إلا أن ذلك النظام ليس له من إسمه إلا القليل، فهو وإن كان يطلق عليه نظام الوكالات التجارية، إلا أنه لم يتناول من الوكالات التجارية سوى وكالة العقود، دون باقي صور الوكالات، كالتمثيل التجاري.<sup>(٢٤)</sup>

(23) بموجب القرار الوزاري رقم (١٠١٢) وتاريخ ١٧/٩/١٤١٢هـ، والذي نص على أن تسري أحكام الوكالات التجارية ولائحته التنفيذية على عقود الامتياز التجاري (Franchising).

(24) وذلك ما جعل الفقه يطالب بنظام جديد يتلافى نواقص النظام الحالي. راجع د. محمد الجبر، مرجع سابق، رقم ٧٨، د. عبدالرحمن قرمان، مرجع سابق، ص ٩٠ - ١٠٨.

لذا وأن كان يسري على عقود الامتياز التجاري إلا أنه لا يعني أنه ينظمها موضوعياً لتندرج تحت مسمى العقود المسماة.

### ثالثاً: عقد من العقود المستمرة

عقد الامتياز التجاري من العقود المستمرة، فالزمن يعتبر عنصراً هاماً من عناصره. فالممنوح له يلتزم بالوفاء بالتزاماته بصفة مستمرة خلال مدة محددة وضمن حدود مكانية معينة. كما أن المانح يلتزم تجاه الممنوح له بأداء التزامات، كال تدريب والتمكين من استخدام العلامة التجارية، بصفة مستمرة. وعادة ما يحدد المانح المدة الزمنية لعقد الامتياز التجاري، وله لعدم تجديد العقد. لذا وحيث أن المانح في مركز اقتصادي وتفاوضي أقوى من نظيره الممنوح له فإنه يستحسن تدخل المشرع لتحديد حد أدنى لمدة العقد؛ حماية للأخير ولما أستثمره من جهد ومال.

### رابعاً: عقد يقوم على الاعتبار الشخصي

يقوم عقد الامتياز التجاري على الاعتبار الشخصي والثقة المتبادلة بين طرفيه؛ نظراً لم ينطوي عليه من اسرار تجارية ونقل معرفة فنية تتسم بطابع السرية. فيؤثر في العقد كل ما يؤثر في الإعتبار الشخصي، كالإفلاس والوفاة ونقص أو إنعدام الأهلية. وخصيصة الطابع الشخصي لعقد الامتياز تمنع الممنوح له من توكيل غيره للقيام بعمله، أو التنازل عن حق الامتياز التجاري، أو منح امتيازاً فرعياً ما لم يتفق على خلاف ذلك.

### خامساً: من عقود المعاوضة الملزمة للجانبين

عقد الامتياز التجاري من عقود المعاوضات الملزمة للجانبين، فكل طرف في العقد يحصل على مقابل لما يعطيه للطرف الآخر. فهو من العقود التبادلية، فيرتب التزامات متقابلة في ذمة طرفيه، فالتزامات أحد طرفيه حقوقاً للطرف الآخر. وعليه وإذا كان الأصل أن يقوم كل طرف اختياراً بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد، فإن عدم تنفيذ أحد طرفي العقد لإلتزاماته يعطي

للطرف الأخر الحق في إلزامه قضاءً بالتفويض أو الفسخ، والتعويض إن كان مستحقاً. (٢٥)

### سادساً: الصفة التجارية

معيار إضفاء الصفة التجارية على عقد من العقود هو نظرية الأعمال التجارية المنصوص عليها في المادة الثانية من نظام المحكمة التجارية السعودي، وبناءً عليها يعتبر العقد تجارياً إذا كان محله عملاً تجارياً أو إذا كان القائم بالعمل تاجر ولخدمة نشاطه التجاري. (٢٦) ومع أن عقد الامتياز التجاري لم يذكر ضمن الأعمال الواردة بالمادة السالفة الذكر، إلا أن تلك الأعمال قد وردت على سبيل المثال لا الحصر، وعليه فقياس أي عمل جديد عليها يصبغ الصفة التجارية على العمل أو العقد إذا كانت صفات العمل أو الغايات منه واحدة. لذا العقد الذي يكون محله أي عمل من الأعمال التجارية فإنه يعتبر عقداً تجارياً. وعقد الامتياز التجاري بأنواعه الثلاثة (التصنيع، والتوزيع، وصيغة العمل)، بالإضافة إلى ما يتضمنه من ترخيص حقوق الملكية الصناعية والتجارية، ونقل المعرفة الفنية، أعمال تجارية.

وشأن عقد الامتياز شأن سائر العقود التجارية، بإضفاء الصفة التجارية عليه لا يعني مخالفته للعقود المدنية من حيث الأركان العامة الواجبة توافرها فيه. فمحله وسببه يلزم أن يكونا مشروعين ولا ينطويان على ما يخالف الأنظمة المعمول بها. وكذلك الحال بالنسبة للأهلية الواجب تمتع أطراف العقد بها، والرضا السليم من العيوب. فعقد الامتياز التجاري يخضع للقواعد العامة للعقود، وبإضفاء الصفة التجارية عليه يخضع كذلك للقواعد الخاصة بالعقود

---

(25) See: Kerr, A. (1998), 'The principles of the law of contract', 5<sup>th</sup> ed., Butterworth, p. 55; Cotton, S., (1999), 'Contract Formation', Practical Law for Companies X (6), p. 17.

(26) راجع المادة الثانية من نظام المحكمة التجارية ١٣٥٠هـ.

التجارية، كالقواعد الخاصة بإبرام وإثبات وتنفيذ العقد التجاري.<sup>(٢٧)</sup> وهذا يتلائم مع مقتضيات الحياة التجارية، وما تتطلبه من سرعة ودعم للائتمان.<sup>(٢٨)</sup>

## المطلب الثاني

### تمييز عقد الامتياز التجاري عن غيره من العقود

وبعد أن تناولنا خصائص عقد الامتياز التجاري، سنبحث مدى تقاربه من بعض العقود الأخرى، لنقف على أوجه الشبه والإختلاف بينه وبين غيره من العقود.

### أولاً: عقد الامتياز التجاري وعقد التوزيع

يعد عقد التوزيع بمثابة عقد توريد بين المنتج والموزع، يلتزم فيه الموزع ببيع البضائع مقرونة باسم تجاري أو علامة تجارية مملوكة للمنتج، ولا يستلزم ذلك وجود أسلوب موحد لتقديم الخدمات وأنظمة العمل. كما لا يتضمن العقد وطبيعته بين طرفيه نقل المعرفة الفنية أو التقنية التي يملكها المنتج للموزع. وفي مقابل ذلك يلتزم الموزع بدفع مقابل نقدي يحدد غالباً وفقاً لحجم المبيعات. ولا يحق للموزع استعمال العلامة التجارية منفصلة عن المنتجات المنتج، فليس له أن ينتج منتجات بنفسه ويضع عليها تلك العلامة، فذلك يستلزم حصوله على ترخيص باستعمال العلامة التجارية، وعقد التوزيع يكون مفرغ من مثل تلك الترخيص.

ويلاحظ الشبه بين عقد الامتياز التجاري وعقد التوزيع في أن الممنوح له في العقد الأول والموزع في العقد الثاني يتمتعان بإستقلالية قانونية. كما أنه في كلا العقدين يستلزم وضع البضائع والعلامة التجارية التي تحملها تحت تصرف الطرف الآخر، وقد يتضمن أي من العقدين شرط القصر. وبالرغم من

---

(27) ومن ذلك التشدد في منح المهلة القضائية للمدين بدين تجاري، كما جاء في المادتين (٥١٧، ٥١٨) من نظام المحكمة التجارية ١٣٥٠هـ، وكذلك المواد (٦٣، ٨٩، ١١٧) من نظام الأوراق التجارية ١٣٨٣هـ.

(28) See: Cotton, S., (1999), 'Structure of Commercial Contracts', Practical Law for Companies X (8), p. 22

أوجه الشبه هذه إلا أن هناك فروق بين العقدين، أهمها أنه بخلاف عقد التوزيع فإن عقد الامتياز التجاري يتضمن نقل المعرفة الفنية والتقنية من المانح إلى الممنوح له. فالمعرفة الفنية والتقنية ركيزة أساسية وميزة من مميزات عقد الامتياز التجاري.<sup>(29)</sup> إضافة إلى أن ما يدفعه الموزع للمنتج كمقابل مادي يتمثل في مبلغ نقدي محدد بحسب حجم المبيعات، بينما يلتزم الممنوح له تجاه المانح بدفع رسم دخول شبكة الامتياز، علاوة على رسوم الخدمات المقدمة له ونسبة من إجمالي الدخل.

ولقد بينت محكمة العدل التابعة للسوق الأوروبية المشتركة التفرقة بين عقود فرنشايز وعقود امتياز البيع التجاري، إذ قررت أن "عقود الفرنشايز لا تسري عليها القواعد التي تنظم عقود الامتياز، إذ إن هذه العقود لا تتضمن سوى التزامات بالبيع والشراء، ولا تشمل العناصر الأخرى المميزة، كالمعرفة الفنية بالإضافة إلى التزام الممنوح له بدفع مبلغ في التعاقد، كمقابل للدخول في شبكة الفرنشايز".<sup>(30)</sup>

#### ثانياً: عقد الامتياز التجاري وعقد ترخيص العلامة التجارية

العلامة التجارية مال معنوي منقول، وعلى أن القوانين تختلف قليلاً في مفهومها لطبيعة الحق على هذا المال، إلا أنها تتفق على أن هذا الحق يمنح صاحبه الحق الحصري في إستغلال علامته التجارية واستعمالها في تمييز منتجاته أو خدماته. وعقد ترخيص العلامة التجارية هو سماح مالك العلامة لشخص آخر باستعمالها على منتجاته أو خدماته. بذلك مالك العلامة يتنازل عن حقه في مقاضاة ذلك الشخص باستخدامه لعلامة تعود ملكيتها له. فمحل عقد ترخيص العلامة التجارية هو استعمال العلامة، حيث يعطي العقد للمرخص له الحق في استعمال العلامة التجارية المملوكة للمرخص، مع بقاء حق ملكية العلامة وما ينشأ عنه لمالكها. فعناصر الملكية التجارية والصناعية تعطي

(29) راجع د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص ١٥٥، وانظر كذلك:

Garner, W. Michael (2003), "Franchise and Distribution Law and Practice", Minnesota, Thomson/West: volume 2.

(30) في حكمها الصادر في ٢٨ فبراير ١٩٨٦، نقلاً عن د. حسام الدين الصنغير، مرجع سابق، ص ٧٤.

لصاحبها الحق في الترخيص للغير باستعمالها لقاء مقابل معين وبشروط معينة، ولا ينتقص ذلك من ملكيته لها.<sup>(31)</sup>

وعقد الترخيص بذلك يكون جزءاً من عقد الامتياز التجاري، فالأخير أشمل منه وأكثر تعقيداً من الأول؛ نظراً لأنه يتضمن منح الترخيص باستعمال حق أو أكثر من حقوق الملكية الفكرية، وتقديم التدريب والمساعدة الفنية، ونقل المعرفة التقنية، بالإضافة إلى البضائع أو أسلوب الخدمة. لهذا تظهر مشاريع الممنوح لهم أمام الغير بمظهر واحد، وكأنها مملوكة لشخص واحد. وتعد التزامات المرخص له باستعمال العلامة التجارية جزءاً من حقوق الممنوح له الامتياز تجاه المانع في عقد الامتياز؛ فالأولى جزء من الثانية، والثانية اشمل من الأولى. كما وأنه بخلاف عقد ترخيص العلامة التجارية، تعد عقود الامتياز التجاري، غالباً، من عقود نقل التكنولوجيا؛ لما تنطوي عليه من نقل المعرفة الفنية والتقنية.

ويسري ما سبق بيانه في حق عقد ترخيص العلامة التجارية ومقاربتها لعقد الامتياز التجاري ومخالفتها له على عقود ترخيص العناصر الأخرى للملكية الفكرية، مثل: البراءات، والنماذج والرسوم الصناعية، وغيرها. مع مراعاة الفروق الأساسية بين العناصر ذاتها؛ فالفرق مثلاً بين الحق المؤبد في العلامة والحق المؤقت في براءة الاختراع ينتج عنه فرقاً في عقد الترخيص لكلا الحقيقتين، بأن الترخيص للعلامة يمكن أن تطول مدته طالما أن العلامة محمية، بينما لا تتجاوز مدة الترخيص ببراءة اختراع مدة حمايتها المقررة قانوناً. وعلى ذلك وحيث أن عقد الامتياز التجاري ينطوي على عقد ترخيص عنصر من عناصر الملكية التجارية والصناعية، فإنه يمكن أن يمتد زمنياً لفترة طويلة في حال كان محله استعمال علامة تجارية، بينما لا يكون ذلك وارداً في حال كان محله براءة اختراع.

### ثالثاً: عقد الامتياز التجاري وعقد التمثيل التجاري

عقد التمثيل التجاري من العقود التي تقوم على النيابة في العقد، ويحكم العلاقة بين المفوض والممثل التجاري العقد المبرم بينهما. ويباشر الممثل

(31) للمزيد من التفاصيل انظر: د. حسام عبد الغني الصغير، الترخيص باستعمال العلامة التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٦١ وما بعدها.

التجاري الأعمال التجارية باسم مفوضه فتتصرف آثار العقد مباشرة إلى الموكل. فالممثل التجاري يقوم بدور الوكيل في التعاقد عن فوضه وتنتهي مهمته بانقضاء العقد الذي يبرمه مع الغير باسم المفوض. ويلاحظ أن تمتعه بالاستقلالية يعتمد على العلاقة بينه وبين من فوضه، وذلك لا يخرج عن حالتين. الأولى علاقة تبعية ناشئة عن عقد عمل مع المفوض، وأخذ بعلاقة التبعية هذه بعض التقنيانات العربية، كالقانون التجاري الكويتي، حيث عرف الممثل التجاري بأنه من كان مكلفاً من قبل التاجر بالقيام بعمل من أعمال تجارته، متجولاً أو في محل تجارته أو في أي محل آخر ويرتبط معه بعقد عمل.<sup>(32)</sup> وبهذا فالممثل التجاري هو أحد تابعي المفوض يبحث له عن متعاقدين، ولا يكون طرفاً في العقد الذي يبرمه بإسم التاجر مع الغير، ولا يتمتع بالاستقلال لأنه أحد تابعي المفوض ويخضع لإشرافه ورقابته في ممارسة نشاطه، مما ينفي عنه صفة التاجر، والتي تستلزم إحتراف الأعمال التجارية على وجه الاستقلال باسم الشخص ولحسابه.<sup>(33)</sup> والحالة الثانية أن تكون العلاقة بينه وبين المشروع الذي فوضه ناشئة عن عقد وكالة يتمتع فيه بالاستقلالية في تنظيم عمله.<sup>(34)</sup> وبإداء الممثل التجاري لمهمته بوصفه نائباً عن الموكل تنشأ بين الموكل ومن تعاقد معه الممثل التجاري من الغير علاقات مباشرة على نحو ما تقضي به القواعد العامة في العقود الملزمة للجانبين.

بذلك يتجلى الفارق بين التمثيل التجاري والامتياز التجاري، والذي يتمتع الممنوح له فيه وفي كل الاحوال بالاستقلالية القانونية، والتي لا ينتقص منها تبعيته الإقتصادية. كما أن الممنوح له يباشر عمله دائماً بإسمه ولحسابه، فيكتسب الصفة التجارية بإحترافه للعمل الذي يقوم به.

#### رابعاً: عقد الامتياز التجاري وعقد الوكالة بالعمولة

(32) المادة (297) من قانون التجارة الكويتي.

(33) د. عبدالرحمن قرمان، مرجع سابق، ص 60.

(34) راجع في القانون المقارن المادة (245) من قانون التجارة الإماراتي، وفي جانب الفقه انظر: د. سميرة القليوبي، مرجع سابق، ص 425، و د. عزيز العكيلي (1998). شرح القانون التجاري، الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1،



الوكيل بالعمولة هو الذي يتعاطى التجارة بالوصاية والنيابة ويجرى معاملاته بإسمه ولحساب موكله.<sup>(٣٥)</sup> فالوكيل بالعمولة يجري التصرفات القانونية بإسمه ولكن لحساب موكله وذلك نظير مقابل.<sup>(٣٦)</sup> فعقد الوكالة بالعمولة من عقود الوساطة التجارية، حيث يتوسط الوكيل بالعمولة بين طرفين كالمنتج والموزع أو البائع والمشتري أو الناقل والشاحن. فيظهر الوكيل بمظهر الأصيل في العقود التي يبرمها مع الغير، ويلتزم بتنفيذ الالتزامات التي ترتبها عليه. هذالك العقود. وفي مجال ممارسته لأعمال الوكالة يلتزم كقاعدة عام بالسرية، ما لم يتفق على خلاف ذلك.

وبذلك يتبين الفرق بين عقد الوكالة بالعمولة وعقد الامتياز التجاري الذي تكون فيه أعمال وتصرفات الممنوح له القانونية بإسمه ولحسابه. وإن كان كلاهما يتمتع بالإستقلالية في قيامه بأعماله ويكتسب الصفة التجارية.

#### خامساً: عقد الامتياز التجاري وعقد وكالة العقود

ويقصد بوكالة العقود بحسب اللائحة التنفيذية لنظام الوكالات التجارية "كل من يتعاقد مع المنتج أو من يقوم مقامه في بلده للقيام بالأعمال التجارية، سواء كان وكيلاً أو موزعاً بأية صورة من الصور الوكالة أو التوزيع، وذلك مقابل ربح أو عمولة أو تسهيلات أيا كانت طبيعتها. وتشمل وكالات النقل البحري أو الجوي أو البري...".<sup>(٣٧)</sup> فعقد وكالة العقود يلتزم بمقتضاه وكيل العقود بأن يقوم على وجه الإستمرار وفي منطقة نشاط معينة بالبحث والتفاوض على إبرام العقود والصفقات لمصلحة الموكل، وذلك في مقابل أجر، وقد يتجاوز ذلك بأن يتولى إبرام العقود وتنفيذها بإسم الموكل ولحسابه.<sup>(٣٨)</sup> وفي كلا الحالتين فإن آثار العقد تنصرف مباشرة إلى الموكل. فالعلاقات الناشئة عن العقد تقوم بين الموكل والغير. ومن ذلك يتضح أوجه الشبه بين الامتياز التجاري و وكالة العقود، من حيث التمتع بالإستقلالية، والأعتبر الشخصي

(35) المادة (١٨) من نظام المحكمة التجارية ١٣٩٠هـ.

(36) عُرِف بذلك في القانون المقارن، كقانون التجارة الكويتي في المادة (٢٨٧)، وقانون التجارة الإماراتي في المادة (٢٢٩).

(37) المادة الأولى من نظام الوكالات التجارية ١٣٨٢هـ.

(38) عرف أكثر من قانون مقارن وكالة العقود بذات التعريف، كالمادة (١٧٧) من قانون التجارة المصري الجديد، والمادة (٢٧١) من قانون التجارة الكويتي، والمادة (٢١٧) من قانون التجارة الإماراتي.

فيهما. إلا أنه بالرغم من ذلك فالفرق بينهما تظل قائمة، فبخلاف الممنوح له في عقد الامتياز التجاري، لا يتلقى الوكيل في عقد وكالة العقود المساعدة الفنية والتدريب ولا يخضع لرقابة وإشراف الموكل. وعلى خلاف الامتياز التجاري، لا يتضمن عقد الوكالة أي نوع من نقل المعرفة الفنية أو التقنية. إضافة إلى أن المساعدات الإدارية والتسويقية مصاحبة لعقد الامتياز التجاري، بينما لا يوجد أي من ذلك في وكالة العقود، وإن وجدت فإنها تكون عنصراً ومكملاً وليس رئيساً.

### الذاتية الخاصة لعقد الامتياز التجاري

يعتبر عقد الامتياز التجاري من العقود التجارية المبتكرة، التي أوجدتها الحاجة التجارية وطورها التعامل التجاري. فهو وأن كان يشابه بعض العقود التجارية الأخرى في بعض الصفات، إلا أنه يفرق عنها في صفات وميزات أخرى شتى. فعقد الامتياز التجاري من العقود ذات طبيعته المعقدة أو المركبة، ويمكن اعتباره عقد إطار يتضمن عدة إتفاقيات بين طرفي العقد. فهناك عقد الترخيص محله عنصر أو أكثر من عناصر الملكية التجارية والصناعية، وإتفاق نقل المعرفة أو التقنية، وإتفاق التدريب المبدئي والمستمر. ويسبقها عادةً جمعياً إتفاق حسن النوايا. لذا نجد في القانون المقارن بعض القوانين، كالإتحاد الأوروبي مثلاً، تهتم بتنظيم جانب أو أكثر من جوانب عقود الامتياز، كقوانين المنافسة ومنع الاحتكار والإفصاح والإعلام السابق لإنعقاد العقد. بناء عليه فإن عقد الامتياز يخضع لأكثر من قانون أو تنظيم قانوني في ذات الوقت بحسب موضوعه. فيخضع للقواعد العامة في العقود من حيث كونه عقد، ولأنظمة الملكية الفكرية (كالعلامات التجارية) من حيث الترخيص باستخدامها، ونظام الوكالات التجارية في ظل عدم وجود تقنين خاص به. ولقد تبين لنا الطبيعة الخاصة لعقد الامتياز التجاري، مما ينأى بأي ليس أو خلط بينه وبين غيره من العقود. فهو وإن كان عقداً من العقود التجارية، إلا أن له خصوصيته ودوره في المجال التجاري.

### المبحث الثالث

#### أثر عقد الامتياز التجاري وأسباب انقضائه

## تقسيم:

باعتبار عقد الامتياز التجاري من العقود التبادلية الملزمة للطرفين، فإنه يرتب عدة التزامات على عاتق كل من المانع والممنوح له. وسنعرض في مطلبين لأهم التزامات كل منهما، ثم نتناول في مطلب ثالث أسباب إنقضاء عقد الامتياز التجاري.

### المطلب الأول التزامات المانع

يلتزم المانع تجاه الممنوح له بعدد من الالتزامات بمقتضى عقد الامتياز التجاري، ومن أهمها:

#### أولاً: الالتزام بالإعلام والإفصاح

حماية لحقوق أطراف العقد يلجأ الطرفان إلى إبرام صيغة عقدية تنظم مرحلة التفاوض وتحدد نطاق وحالات المسؤولية عند قطع المفاوضات.<sup>(39)</sup> ويعتمد عقد الامتياز بشكل كبير على الفترة السابقة لإبرامه، فمرحلة التفاوض تحدد إذا كان العقد سيبرم أم لا، والآثار القانونية المترتبة عليه في حالة إبرامه؛ نظراً لأن نشوئه يعتمد على ما يفصح به المانع من معلومات للممنوح له. لذا وإن كانت في الأصل لا مسؤولية على من يعدل عن الإستمرار في المفاوضات، حتى ولو كان بدون مبرر معقول، إلا أن مسؤولية التقصيرية المبنية على الخطأ تتحقق إذا أقرن العدول بالخطأ من جانبه والضرر على الطرف الآخر.

والتزام المانع بإعلام والإفصاح للممنوح له بكل ما من شأنه أن يؤثر في قبوله بعقد الامتياز التجاري أو في الالتزامات الناشئة عنه هو التزام يفرضه طبيعة عقد الامتياز وما يترتب عليه من حقوق والتزامات تضيق وتتسع بقدر ما يفصح عنه المانع من معلومات تؤثر في نشوئه العقد وفي آثاره القانونية على طرفيه. لذا حرص القانون المقارن على النص على هذا الالتزام وعدم تركه

---

(39) Cotton, S., (1999), 'Pre-Contractual Representations and Statutory Restraints', Practical Law for Companies X (7), p.p. 19-21.

لتقدير المانح واجتهاده، أولحرفية الممنوح له، أو حتى لمبدأ حسن النية في التعاقد. فالمادة الأولى من قانون دوبان الفرنسي لسنة ١٩٨٩م، على سبيل المثال، جاء فيها أن " كل شخص يضع اسماً تجارياً أو علامة أو رسماً رهن شخص آخر، ويشترط عليه لمزاولة نشاطه التزاماً حصرياً أو شبه حصري يتعين عليه قبل التوقيع على أي عقد يبرم للمصلحة المشتركة للطرفين أن يقدم للطرف الآخر وثيقة تتضمن بيانات صادقة تمكن الأخير من الالتزام وهو على إطلاع كامل".<sup>(٤٠)</sup> وشبيه بذلك قانون التجارة المصري، وذلك في سياق عقود نقل التكنولوجيا، حيث الزم مورد التكنولوجيا - كالماتح في الامتياز التجاري - بأن " ينقل بمقابل معلومات فنية إلى مستورد التكنولوجيا لاستخدامها في طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو تركيب أو لتشغيل آلات أو أجهزة أو لتقديم خدمات".<sup>(٤١)</sup> إلا أن هذا الإلزام يكون بعد إبرام العقد وليس سابق له.

وتجدر الإشارة إلى أنه يقع على المانح عبء الوفاء بهذا الالتزام حتى ولو لم يطلب الممنوح له معلومة معينة أو وثيقة محددة. فتضطر الممنوح له من عدم وفاء المانح بهذا الالتزام لا يقع إلا بعد عدم الوفاء به؛ فليس بمقتور الممنوح له تفادي الضرر مسبقاً بطلب ما يجهله، ويجهل الضرر الناشئ عنه في حالة عدم علمه به. ويشمل الالتزام بالإعلام والإفصاح كل ما من شأن أن يؤثر في إبرام العقد وأثاره. ومن ذلك المعلومات المتعلقة بالامتياز، والتاريخ القضائي والمالي للمانح، والنظم والأساليب الإدارية والمحاسبية له، وعدد ومدى نجاح الممنوح لهم الآخرين أن وجدوا، والمساعدة الفنية المعرفة التقنية الممكن تقديمها.

ثانياً: الترخيص باستعمال حق أو أكثر من حقوق الملكية التجارية والصناعية يلتزم المانح في علاقته العقدية بالممنوح له بالترخيص باستعمال إحدى مكونات الملكية التجارية والصناعية. وتعد العلامة التجارية أكثر رواجاً وإرتباطاً بعقد الامتياز. ويرتبط بهذا الالتزام إلتزامه بإتخاذ الإجراءات

(40) Loewinger, Andrew P., et al. (1995), "Avoiding the Long arm of the Law in International Franchising: Issues and Approaches", American bar Association Forum on Franchising, pp. 27.

(41) المادة (٧٣) من قانون التجارة المصري.

الضرورية لحمايتها من أي اعتداء، والمحافظة على شهرة شبكة الترخيص التي تعبر عنها هذه العلامة. وعليه كمالك شهادة تسجيل العلامة التجارية ضمان التعرض والاستحقاق، فيضمن خلو العلامة وشهادتها من أي نزاع وتمكين الممنوح له من الإستغلال الهادئ والنافع للعلامة أو الأسم التجاري. فعبء حماية العلامة التجارية من الاعتداء يكون على عاتق مالكيها، وليس على الممنوح له في هذا الشأن سوى إخطار المانع حال وقوع الاعتداء. ويشمل هذا الالتزام كذلك نقل العلامات الفارقة لتمييز البضائع أو الخدمات موضوع العقد، كالشعار، والرسوم الصناعية والنماذج. ويلاحظ أن التزام المانع بالترخيص للممنوح له بأحد عناصر الملكية التجارية والصناعية هو التزام بتحقيق نتيجة، في حين التزامه بالحماية وعدم الإعتداء هو التزام ببذل عناية. إلا أنه في الأخير يشدد من مسؤوليته عن مسؤولية الشخص المعتاد؛ نظراً لما يتوفر له من صفة التاجر المحترف.

### ثالثاً: الالتزام بنقل المعرفة وتقديم المساعدة الفنية

تعد المعرفة الفنية والتقنية محلاً لعقد الامتياز التجاري، لذا تعد هذه العقود من عقود نقل التكنولوجيا. ويلزم في المعرفة الفنية والتقنية أن تكون سرية وقابلة للنقل، وتعطي ميزة تنافسية لصاحبها. فيشترط في المعرفة الفنية والتقنية لتكون محلاً لعقد الامتياز السرية، والجدة، والذاتية، وأن تكون عملية أو تطبيقية. وتشمل المعرفة الفنية والتقنية كل العناصر المادية اللازمة لبدء وأستمرار النشاط كالنماذج والرسوم وتعليمات التشغيل والمنتجات والالات والتجهيزات اللوجستية والأسرار التجارية أو الصناعية. ومن ذلك ما نصت عليه المادة الأولى من لائحة حماية المعلومات السرية، حيث تعد أي معلومة سراً تجارياً إذا كانت غير معروفة عادة في صورتها النهائية، أو في أي من مكوناتها الدقيقة، أو كان من الصعب الحصول عليها في وسط المتعاملين عادة بهذا النوع من التعاملات؛ أو إذا كانت ذات قيمة تجارية نظراً لكونها سرية؛ أو إذا أخضعها صاحب الحق لتدابير معقولة للمحافظة على سريتها في ظل ظروفها الراهنة.<sup>(٤٢)</sup>

(42) المادة الأولى من لائحة حماية المعلومات التجارية السرية ١٤٢٦ هـ.

والمعرفة الفنية والتقنية قد تكون لإنتاج سلعة معينة عن طريق إستغلال براءة إختراع أو رسوم أو نماذج صناعية, وقد يكون لتوزيع منتجات معينة تحمل علامة تجارية ذات شهرة, أو قد يكون لتقديم خدمة أو خدمات مميزة بنظام معين. ويكون النقل وفقاً للعقد زماناً ومكاناً وكيفية. حيث تنقل المعرفة الفنية والتقنية وتقدم المعدات الفنية اللازمة بحسب مراحل تنفيذ العقد, فبعضها يكون بعد توقيع العقد وقبل بدء النشاط كتدريب العاملين والمستخدمين لدى الممنوح له. والبعض الآخر يكون بعد البدء الفعلي للنشاط كتعليمات الإعلان والدعايا والتسويق. وبعض ثالث يكون طوال فترة النشاط التجاري إلى نهاية عقد الامتياز, كالتطورات والتحسينات الفنية, والتدريب المستمر. ويدخل ضمن المساعدة الفنية الطرق والأساليب الإدارية والمحاسبية والتسويقية, واختيار موقع المحل التجاري والعمل على تجهيزه ليكون مهيناً لمباشرة العمل, وتحسين أنظمة العمل وتعزيزها وتطويرها.

وهذا الالتزام هو كسابقه التزام بتحقيق نتيجة, فنقل المعرفة وتقديم المساعدة يلزم تحققه من جانب المانح, أما مدى انتفاع الممنوح له بذلك فيعود لما يبذله من جهد وما يتمتع به من خبرة.

#### رابعاً: الالتزام بالضمان

يعتبر المانح في حكم المؤجر, فيضمن إنتفاع الممنوح له بالعناصر محل عقد الامتياز انتفاعاً هادئاً دون تعرض من الغير؛ فضمانه ضمان إستحقاق وضمان تعرض من الغير.

فالمانح يضمن للممنوح له صلاحية السلع والبضائع والخدمات وكيفية استعمالها, وألا تتطوي على أي مخالفة للأنظمة المعمول بها في بلد الممنوح له. ويضمن ملكيته للملكية التجارية والصناعية محل عقد الامتياز, ولا يكون متنازع عليها أو متعلق بها حقوق للغير مما يعيق انتفاع الممنوح له بها. ويلتزم المانح بعدم القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل من شأنه أن يحول دون إنتفاع الممنوح له بعقد الامتياز. فليس له أن ينافس الممنوح له أو أن يستثمر في منطقة نشاطه. ويضمن المانح التزامه بشروط العقد, والتي قد يكون من ضمنها شرط القصر. فبموجب شرط القصر, والذي يلزم أحد طرفي العقد بالتعامل فقط مع الطرف الآخر, لا يجوز للمانح منافسة الممنوح له في منطقة نشاطه فيمنح

امتيازاً لشخص آخر ويورد منتجاته أو خدماته للمنطقة التي حددت في العقد للممنوح له، أو يرخّص للغير باستعمال العلامة التجارية في ذات المنطقة، أو حتى خراجها بشكل يؤدي لإضعاف الشهرة التجارية للعلامة أو يضر بما لها من سمعة لدى المستهلكين، كاستخدام العلامة على منتجات أقلّ شأنًا.

والتزام المانع بضمان صلاحية السلع والبضائع والخدمات وكيفية استعمالها، وألا تتطوي على أي مخالفة للأنظمة المعمول بها يكون تجاه الممنوح له وليس الغير.

ويضمن المانع كذلك عدم تجاوز الممنوح لهم داخل شبكة الامتياز بعضهم على بعض في المناطق الجغرافية المحددة لكل واحد، أو الإخلال بمبدأ المنافسة المشروعة.

ويدخل ضمن التزام المانع بالضمان تزويد الممنوح له بكل ما يتوصل إليه من جديد في مجال المعرفة الفنية المتعلقة بعقد الامتياز التجاري المبرم بينهما. فأحد أهم عناصر الامتياز التجاري هي نقل المعرفة الفنية، وهي بطبيعتها قابلة للتطور والتغيير. والالتزام بنقل المعرفة الفنية ليس فقط عند إبرام عقد الامتياز أو خلال الفترة الأولى منه، وإنما طوال مدة العقد بين الطرفين، مما يعني استمرار عملية نقل المعرفة الفنية وبكل ما يطرأ عليها من تطوير وتحسينات. ومع ذلك فإنه يعبّر عن الممنوح له التأكيد من النص على ذلك في عقد الامتياز.

وتلك هي أهم الالتزامات الملقاة على عاتق المانع للامتياز، فمنها السابق لتوقيع العقد، ومنها اللاحق لتوقيعه والمستمرة خلال تنفيذه. وهي التزامات تدخل في نطاق الالتزام بتحقيق نتيجة وليس مجرد بذل العناية. والإخلال بأي منها يعطي للممنوح له الحق في المطالبة بالتنفيذ أو التعويض، أو الأثنين معاً تبعاً لنوع الالتزام المخل به والضرر المتحصل منه. وفي غياب التقنين الموضوعي لعقد الامتياز التجاري يظل العقد بين طرفيه الفصيل في تحديد وتفصيل الالتزامات بين المانع والممنوح له. مع مراعاة أن الأخير في موقف إقتصادي أقل من الأول، والأول يصيغ عادة العقد ويضمنه الشروط التي تلائمه. فمساحة التفاوض للممنوح له ضيقة ومحدودة، وضماناته هي ما يعطيه أياها المانع، وليست مقررّة بقوة القانون.

## المطلب الثاني التزامات الممنوح له

يقابل التزامات المانح التزامات على الممنوح له، وعليه الوفاء بها. فعقد الامتياز التجاري، كما سبق القول، من العقود التبادلية التي تلتقي على اطرافها التزامات متبادلة.

### أولاً: الالتزام بدفع المقابل

في معظم عقود الامتياز التجاري يمثل المقابل الذي يلتزم الممنوح له بدفعه للمانح مبلغاً أساسياً - يقدره جزافي المانح - عند بداية التعاقد ويسمى الرسم الأولي ، بالإضافة إلى نسبة معينة سنوية أثناء تنفيذ العقد تسمى عوائد نسبية. ويعتبر تحديد الرسوم المختلفة التي يلتزم الممنوح له بدفعها وتحديد طريقة الدفع وأسلوبه من بنود العقد الي يتعين الأهتمام بها وتفصيلها منعاً لأي خلاف مستقبلي بشأنها.

### ١- الرسم الأولي Initial Fee

وهو مبلغ مالى يؤدي إما دفعة واحدة عند إبرام العقد، أو على شكل دفعات متعاقبة تبدأ من إبرام العقد حتى بدء النشاط. وهو يمثل تعويضاً مالياً للمانح مقابل الترخيص باستعمال أي من عناصر الملكية التجارية والصناعية، والسمعة والشهرة المتحققة لها. بالإضافة إلى الخدمات التي يقدمها المانح أثناء تنفيذ العقد كالإشراف، والتدريب، والإعلان والدعاية. ويدخل في تحديد مقداره عوامل كثيرة منها المنفعة التي تعود على الممنوح له، ومقدار ما أستثمره المانح من جهد ومال في تحقيق الشهرة والسمعة التجارية، ومقدار ما سيقدمه المانح من مساعدة فنية.

### ٢- العوائد النسبية Royalty Fee

وتكون عادةً مقابل نسبي يُدفع سنوياً أو على فترات دوريه ويحدد هذا المقابل بنسبه مئوية تتراوح عادةً بين ٣% إلى ١٠% من رقم المبيعات الاجماليه التي يحققها الحاصل على حق الامتياز. وتعد مصدر الدخل الرئيس



للمانح حيث تمثل مقابلاً لجهد المانح في البحث والتطوير... وتشمل رسوم الدعايا والإعلان، الاستشارات والتدريب، وأبحاث والتطوير والتسويق، وغيرها من الخدمات التي تقدم للممنوح له. وقد يكون هذا المقابل إجمالياً يؤدي دفعه واحدة أو على دفعات متعددة، كما يجوز أن يكون المقابل نصيباً من رأس المال المستثمر، أو نصيباً من عائد التشغيل، ويمكن أن يحدد كنسبة من إجمالي الدخل أو الربح.

### ثانياً: الالتزام بالاستغلال

استغلال حقوق المعرفة الفنية والملكية الصناعية حقاً للممنوح له والتزاماً عليه. فالمقابل الذي يتقاضاه المانح يتوقف على حجم الإنتاج ومقدار الاستغلال الأمثل لما رخص به للممنوح له. فمن مصلحة المرخص بالاستغلال العلامة التجارية أن يستعملها المرخص له لتزداد شهرتها، كما أن عدم استعمالها يعرض مالكةا لجزاء السقوط بسبب عدم الاستعمال.<sup>(٤٣)</sup> وإذا تضمن عقد الامتياز الترخيص ببراءة اختراع فمن مصلحة المانح (مالك البراءة) قيام المرخص له باستغلالها؛ فعدم استغلال البراءة يعرض مالكةا لجزاء منح ترخيص إجباري للغير. وهو ما تقضي به اغلب التشريعات في هذا الشأن.<sup>(٤٤)</sup> وغالباً ما يتضمن عقد الامتياز التجاري شروطاً خاصة بكيفية استغلال ما يرد عليه من حقوق الملكية التجارية والصناعية؛ لأن الأخيرة عموماً تكتسب قيمتها المالية بقدرتها على المناقسة في المجال التجاري. وقيمة هذه الحقوق قابلة للتغير بتغير برغبات وأنواق الجمهور الذي يستعمل المنتجات والسلع والخدمات المرتبطة بتلك الحقوق.

### ثالثاً: المحافظة على سرية

(43) ومن ذلك ما نص عليه نظام العلامات التجارية على أنه "للإدارة المختصة ولكل ذي مصلحة أن يطلب شطب تسجيل العلامة التجارية إذا لم يقم مالك العلامة التجارية باستعمالها مدة خمس سنوات متتالية، دون عذر مشروع". المادة (٢٥) من نظام العلامات التجارية ١٤٢٣هـ.

(44) ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (٢٣) من نظام براءات الاختراع والتصميمات التخطيطية للدارات المتكاملة والأصناف النباتية والنماذج الصناعية ١٤٢٥هـ.

وهذا من الالتزامات الرئيسة والتي تمس المانح وتضر به. فالممنوح له ملزم بعدم إفشاء أى عنصر من عناصر المعرفة الفنية والتقنية التى تلقاها من المانح أو بسبب العقد المبرم بينهما. لذا تنص القوانين عادةً على أهمية الأسرار والمعارف الفنية والتجارية وتوليها حماية قانونية. فيعد حصول أى شخص على سر تجاري أو استعماله له أو الإفصاح عنه بطريقة تخالف الممارسات التجارية النزيهة ودون موافقة صاحب الحق إساءة لاستعمال السر التجاري وفي جميع الأحوال لا يجوز الإفصاح عنه بما يخالف حقيقته. ويعد مخالفة للممارسات التجارية النزيهة بوجه خاص الإخلال بالعقود ذات العلاقة بالأسرار التجارية؛ أو الإخلال بسرية المعلومات المؤتمنة، أو الحث على الإخلال بها.<sup>(٤٥)</sup>

#### رابعاً: الالتزام بعدم المنافسة

عقد الامتياز التجاري من العقود التي تقوم على التعاون بين طرفيه، فينعد للمصالح المشتركة لطرفيه. ومع أن الالتزام بعدم المنافسة ينشأ بنشؤ العقد إلا أنه يستمر إلى ما بعد أنتهائه لمدة زمنية معينة؛ وذلك مرده أن الممنوح له حصل على أسرار تجارية ومعارف فنية وتقنية لم يكن ليحصل عليها لولا علاقته العقدية مع المانح، فليس من العدل ولا المنطق أن يناقسه بما حصل عليه منه. فقيمة المعرفة الفنية في سريتها والتي تتلاشى إذا علم الغير بها. ومن هذا الالتزام أيضاً عدم ممارسة نشاط تجاري منافس لنشاط الامتياز في ذات منطقة الامتياز.

#### خامساً: الالتزام باتباع تعليمات وإرشادات المانح

وذلك في كل ما يتعلق بإدارة النشاط، والطرق المحاسبية، والتدريب، والتحسينات التي قد تطرأ على البضائع والسلع أو طرق الخدمة. فكما سبق الإشارة عقد الامتياز التجاري من العقود التي تقوم على التعاون وتحقيق المصالح المشتركة لطرفيه، وهي مصالح غير متضادة. وإلى جانب الالتزامات السابقة هناك التزامات أخرى عليه الوفاء بها، كالاتزام بالسماح بالتفتيش، الالتزام بالإعلام عن التحسينات اللازمة، التعاون

(45) المادة الثالثة من لائحة حماية المعلومات التجارية السرية ١٤٢٦هـ.

في سبيل الدفاع عن الحقوق الملكية التجارية والصناعية للماتح، والالتزام بشرط القصر إن وجد.

### المطلب الثالث

#### إنقضاء عقد الامتياز التجاري

سبقة الإشارة إلى سريان نظام الوكالات التجارية على عقود الامتياز،<sup>(٤٦)</sup> وهذا النظام لم يتضمن تنظيمًا لأسباب إنقضاء عقود الوكالات التجارية، فضلًا على أن ينظمها في حالة عقود الامتياز التجاري. بذلك فإنه تسري على الأخيرة - كعقود الوكالات التجارية - القواعد العامة لأسباب إنقضاء العقود عموماً.

وحيث أن عقد الامتياز من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي، فإنه ينقضي بأي سبب يؤثر في ذلك الاعتبار لأي من طرفي العقد. فينقضي بفقدان أحد المتعاقدين لأهليته أو بسبب الحجر عليه، أو إفلاسه. كذلك في حالة الوفاة للشخص الطبيعي منهما، أو إنقضاء الشخصية الاعتبارية للشخص المعنوي.

وينقضي بسبب من الأسباب الطبيعية للإنقضاء، كاتتهاء المدة المحددة للعقد، وعدم رغبة طرفي العقد أو أحدهما في تجديد العقد. وهنا يلزم إخطار الطرف الآخر إذا كان هناك اتفاق على ذلك. ويلزم الإخطار كذلك في حالة عدم الرغبة في التجديد إذا كان العقد يجدد تلقائياً. وفي كلا الحالتين يتعين الالتزام بالمدة المحددة للأخطار. ومنعاً لتأبيد عقد الامتياز التجاري فإنه ينقضي بإرادة أحد طرفيه إذا كان العقد غير محدد المدة. ومنعاً لمفاجأة أحد طرفي العقد الآخر بعدم الرغبة في الإستمرار في العقد، فإنه يتعين على الطرف عدم الراغب أن يخطر الطرف الآخر برغبة بوقت كاف وخلال مدة معقولة.

كما ينقضي عقد الامتياز إذا استحال على أحد طرفيه تنفيذ التزاماته لسبب أجنبي لا يد له فيه، كالقوة القاهرة. فينفسخ العقد تلقائياً بقوة القانون، ودون حاجة لحكم قضائي، حتى ولو لم يكن هناك اتفاق على الفسخ.

(46) بموجب القرار الوزاري رقم (١٠١٢) وتاريخ ١٤١٢/٩/١٧ هـ.

وفي حالة عدم وفاء أي من طرفي العقد بما عليه من التزامات فإنه يحق للطرف الآخر التحلل من التزاماته بفسخ العقد، سواء اتفاقاً بإدراج شرط الفسخ ضمن العقد، أو قضاءً باستصدار حكم قضائي بالفسخ.

أخيراً يتعين القول أنه وإن كان الأصل في الفسخ إعادة حال طرفي العقد إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، إلا أن الاستثناء يتحقق في حالة عقود الامتياز التجاري؛ نظراً كونها من العقود المستمرة التي لا يرتب فسخها أي أثر رجعي، فالأثار تقتصر على مستقبل الالتزامات التي لم تنفذ لا على ما مضى من العقد. ويكون من تقرر الفسخ لصالحه الحق في المطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى.

وإنهاء عقد الامتياز التجاري عادة ما يكون من جهة المانح؛ نظراً لما يتمتع به من مركز قوي في العقد من ناحية. ومن ناحية أخرى قلما يكون من مصلحة الممنوح له إنهاء عقد سعى له، ومشروع بذل فيه الجهد والوقت، في حين إن المانح وأن أنهى العقد بإرادته المنفردة، فإنه ليس من شأن ذلك أن يحرمه من عوائد ومكاسب. عقد الامتياز؛ نظراً لإستطاعته وبكل يسر أن يجد شخص آخر يرتضي التعاقد معه، وربما بشروط ومقابل أفضل. لذا ليس من المقبول أن يتخذ المانح من ملكيته لعلامة تجارية شهيرة ثرجي، وقوة مركزه التعاقدية وسيلة بمقتضاها، ودون مبرر معقول، ينفرد بإنهاء العقد دون النظر إلى مصالح وحقوق الطرف الآخر. فقد يلزم المانح بتعويض الممنوح له عما يلحقه من أضرار نتيجة عدم تجديد العقد مع مراعاة الظروف والأحوال التي يأتي فيها الإنهاء من ناحية، وعدم خطأ الممنوح له أو تقصيره من ناحية أخرى. والسند في ذلك ليس نصاً قانونياً، لعدم وجوده، ولكن وفقاً لقواعد التعسف في استعمال الحق ووفقاً للأعراف التجارية. فإن كان مناط المسؤولية عن تعويض الضرر هو وقوع الخطأ واستعمال الحق استعمالاً مشروعاً لا ينشئ المسؤولية عن الضرر، إلا أن ضابط المسؤولية في استعمال الحق هو نية الإضرار بالغير دون نفع يترجى من الاستعمال، أو بالإستهانة المتعمدة بما يصيب الغير من ضرر من جراء استعمال الحق. ومعيار الموازنه بين المصلحة المبتغاة وبين

الضرر الواقع هو الموازنه المجردة بين النفع والضرر بغض النظر عن الظروف الشخصية للمنتفع أو المضرور.<sup>(٤٧)</sup>

## الخاتمة

الامتياز التجاري منظومة عمل واسلوب مبتكر وحديث من جهة، وعقد من العقود المستحدث التي أفرزتها الحاجة والنشاط التجاري المتغير والمتطور من جهة أخرى، يوجب كل ذلك الألتفات إليه بالدراسة والبحث. من هذا المنطلق حرصت هذه الدراسة على إعطاء فكرة واضحة عن عقد الامتياز التجاري وما يترتب عليه من آثار قانونية بمنهج وصفي تحليلي. وعلى أنه كمنظومة وطريقة عمل يعود الامتياز التجاري إلى العصور الوسطى، إلا أنه تطور حديثاً ليصبح نظاماً قائماً بذاته، له سلوكيات وأخلاقيات إلى جانب بعض الأنظمة والقوانين التي نظمت بعض جوانبه، كذلك المتعلقة بالترخيص باستعمال العلامة التجارية، وبقي جوانب عدة لم يتناولها كثير من التشريعات، كمثل المعرفة الفنية التقنية Know-how، والآثار القانونية للعقد، وتوازن القوى بين طرفي العقد.

ولم يخرج الفقه، رغم قلة تناوله لعقد الامتياز، بتعريف موحد جامع شامل لعقد الامتياز التجاري. وفي ظل غياب التقنين الخاص بهذا العقد والعلاقات الناشئة عنه فإن الحقوق والالتزامات التي يلتزم بها كل طرف من طرفي العقد تظل تتباين وتختلف وفقاً للنماذج المختلفة للامتياز التجاري حسبما تتوافق إرادة طرفي العقد على تبني أي منها. ومع ذلك فكعقد يخضع للقواعد العامة للعقود، وبإضفاء الصفة التجارية عليه يخضع كذلك للقواعد الخاصة بالعقود التجارية، كالقواعد الخاصة بإبرام وإثبات وتنفيذ العقد التجاري. إضافة إلى ذلك ولكونه عقد إطار فإنه يخضع لأكثر من تقنين بحسب موضوعه، فيخضع للقواعد العامة في العقود من حيث كونه عقد، ولنظام العلامات

(47) وللزيد من التفصيل حول الشروط التصفية، انظر: د. حسن عبد الباسط جمعي (1996)، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، ظاهرة إختلال التوازن بين الإلتزامات التعاقدية في ظل إنتشار الشروط التصفية"، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية. وراجع كذلك المواد (٤، ٥، ١٦٣) من التقنين المدني المصري.

التجارية من حيث الترخيص باستخدامها، ونظام الوكالات التجارية من حيث التنظيم الإجرائي.

ولقد بينت هذه الدراسة الطبيعة الخاصة لعقد الامتياز التجاري، مما يستوجب عدم الخلط بينه وبين غيره من العقود. فهو وإن كان عقداً من العقود التجارية، إلا أن له خصوصيته ودوره في المجال التجاري. فهو من العقود ذات طبيعته المعقدة أو المركبة، ويمكن اعتباره عقد إطار يتضمن عدة اتفاقيات بين طرفي العقد، لذا حرص القانون المقارن على النص على أهم التزاماتها ألا وهو التزام المانح بالإفصاح والإعلام، ولم يترك ذلك للسلطة التقديرية للمانح، أو حتى بعض المبادئ القانونية كمبدأ حسن النية في التعاقد.

وحيث لم يحدد نص قانوني أسباب إنقضاء عقد الامتياز التجاري فإنه ينقضي بالقواعد العامة لأسباب انقضاء العقود عموماً. ولكن يجب ألا يحجم المشرع عن التدخل بالتقنين للحد من سلطة مانح الامتياز في إنهاء العقد دون النظر إلى مصالح وحقوق الطرف الأخر، ودون مبرر معقول. فعلى أن توازن المراكز التعاقدية لأطراف العقد ليست شرطاً في صحة العقود، إلا أن حماية الطرف الأضعف في العلاقة القانونية تظل مسؤولية السلطة التشريعية، بما يضمن استقرار المعاملات التجارية وتحقيق العدالة.

## المراجع

### المراجع العربية:

- ١- الكتب:
  - الجبر، محمد حسن (١٤١٨)، العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، ط ٢، جامعة الملك سعود.
  - الحديدي، ياسر سيد (٢٠٠٦)، النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري، دار الفكر العربي.
  - العكيلي، عزيز (١٩٩٨)، شرح القانون التجاري، الجزء الأول، ط ١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
  - العوفي، صالح بن عبد الله (١٩٩٨). المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، معهد الإدارة العامة، الرياض.
  - القليوبي، سميحة (٢٠٠٧)، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، الجزء الثاني، ط ٥، دار النهضة العربية.
  - النجار، محمد محسن (٢٠٠٥)، التنظيم القانوني لعناصر الملكية الفكرية، دار الجامعة الجديدة للنشر.
  - جميعي، حسن عبد الباسط (١٩٩٦)، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، ظاهرة إختلال التوازن بين الإلتزامات التعاقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية"، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية.
  - شافي، نادر (٢٠٠٥) "عقد الفرانشيز (Franchising) مفهومه وخصائصه وموجبات طرفيه، مجلة الجيش اللبناني، العدد ٢٤.
  - شفيق، محسن (١٩٨٨)، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (دراسة في قانون التجارة الدولي)، دار النهضة العربية.
  - عبيد، رضا محمد (١٩٩٩)، الوسيط في القانون التجاري (العقود التجارية - الأوراق التجارية - عمليات البنوك - الإفلاس)، دار الثقافة العربية.
  - قرمان، عبدالرحمن السيد (٢٠١٠)، العقود التجارية وعمليات البنوك: طبقاً للأنظمة القانونية بالمملكة العربية السعودية، ط ٢، مكتبة الشقري.
  - مغيب، نعيم (٢٠٠٦) عقد الفرنشايز، منشورات الحلبي الحقوقية.

### ٢- المقالات:

- الحكيم، جاك (١٩٩٨)، عقد الترخيص التجاري Franchising، مجلة المحامون، نقابة المحامين السورية، العددان الخامس والسادس: ٤٢٠.

- جلول، سبيل (٢٠٠١)، عقد الفرانشيز موجبات الفرقاء، المنشورات الحقوقية، بيروت: ١٩٠.
- شماس، ادمون (١٩٩٨)، تقنية عقد الـ Franchising مقارنة مع عقد التمثيل التجاري: آفاق وحلول، مجلة العدل، العددان (٣، ٤) ص١٩٩.

### المراجع الأجنبية:

#### 1- Books:

- Atiyah, P. (1986), 'Essays on Contract', Oxford, Clarendon Press.
- Bellamy, Ch. & Graham Child (1993), 'Common Market Law of Competition', London: Sweet and Maxwell.
- Brian, B. & F.W. Rose (1979), 'Principles of Business Law', Sweet & Maxwell.
- Garner, W. Michael (2003), 'Franchise and Distribution Law and Practice', 3 v. Minnesota, Thomson/West.
- Goode, R. (1995), 'Commercial Law', 2<sup>nd</sup> ed., London, Penguin Books, p. 146
- Howell, R. A., et al. (1984), 'Fundamentals of Business Law', Tisdele Dryden Press.
- Kerr, A. (1998), 'The principles of the law of contract', 5<sup>th</sup> ed., Butterworth.
- Mendelssohn, M. (2004), 'Franchising Law', Richmond, UK.
- Mendelssohn, M. (2005), 'International Encyclopedia of Franchising Law', Richmond, UK.
- Treitel, G., (1999), 'The Law of Contract', 10<sup>th</sup> ed., London, Sweet & Maxwell.

#### 2- Articles:

- Atiyah, P. S. (1986), 'The Hannah Blumenthal and Classical Contract Law', The Law Quarterly Review 102: 363.
- Beshel, B. (2005), 'An Introduction to Franchising', IFA Educational Foundation, < <http://www.franchising.org> >.



- **Cotton, S.**, (1999), 'Contract Formation', Practical Law for Companies X (6): 15.
- **Cotton, S.**, (1999), 'Pre-Contractual Representations and Statutory Restraints', Practical Law for Companies X (7): 19.
- **Cotton, S.**, (1999), 'Structure of Commercial Contracts', Practical Law for Companies X (8): 21
- **Halson, R.** (1993), 'Contract', Current Legal Problems: 46 (1): 5.
- **Klein, B., Lester F.** (1985), 'The Law and Economics of Franchise Tying Contracts', 28 J. Law & Econ: 345.
- **Morgan, Fred W.** (1987), 'Product Liability Developments and the No manufacturing Franchisor or Trademark Licensor', Journal of Public Policy & Marketing, (6):129.
- **Pitegoff, Thomas M., et al.** (2000), 'Drafting Effective Franchise Agreements', American Bar Association, Forum on Franchising, Essentials of Franchising, New York.
- **Rubin, P. H.**, (1978), 'The Theory of Firm and the Structure of the Franchise Contract', 21 J. Law & Econ: 223

## حوكمة الشركات المقيدة بسوق الأوراق المالية

الدكتور / محمد إبراهيم موسى  
أستاذ مساعد وقلم بعمل رئيس قسم القانون التجارى  
كلية الحقوق - جامعة طنطا

### مقدمة

تعد الشركات التجارية من أهم الموضوعات التى أولاها القانون التجارى اهتمامه. وتأتى هذه الأهمية من المكانة التى تحتلها تلك الشركات فى الحياة الاقتصادية. فحيوية المصالح التى تهدف إلى تحقيقها وما تلعبه من دور فى ازدهار النشاط الاقتصادى تدفع دوماً المشرع، فى معظم النظم القانونية، إلى انتقاء القواعد القانونية التى تكفل لها الازدهار والرواج. فالشركات باعتبارها تجميعاً لجهود الأفراد ومدخراتهم، تمثل السبيل الأمثل للنهوض بالاقتصاد القومى، إذ تحقق ما يعجز الأفراد عن فعله لو عمل كل منهم بمفرده مهما بلغت إمكانياته وقدراته<sup>(١)</sup>.

فالشركات التجارية، خاصة العملاقة منها، لن تحقق أهدافها فى نمو المجتمع والنهوض بالاقتصاد القومى إلا إذا تأكد المستثمرون أنهم يوجهون أموالهم إلى المكان المناسب والنشاط الأمثل. ولهذا السبب يأتى دور الفقهاء، فكلما زاد عدد الشركات الكبرى وكلما تراكمت رؤوس الأموال، كلما تعاظمت التزامات الفقهاء. فلاشك أن تطور العلاقات التجارية وتزايد دور الشركات يفرض على فقهاء القانون التزامات عديدة ومترامية، مصدرها إيجاد الوسيلة أو الأداة التى تضمن توفير المناخ الملائم لهذا التطور وذلك التزايد. فكل هذه أمور تحتاج إلى سياج قانونى يوفر لها أقصى درجات الأمان، لاسيما أن الشركات العملاقة يتداخل فيها الاقتصاد مع القانون، بحيث يعطى لها الأول مادة النشاط بينما يرسم لها الثانى الإطار القانونى. ففى مجال الشركات العملاقة لا يمكن الفصل بين الاقتصاد والقانون. ويتعاظم هذا التداخل عندما تقوم تلك الشركات

(١) د/ محمد فريد العرينى، الشركات التجارية، المشروع التجارى الجماعى بين وحدة الإطار القانونى وتعدد الأشكال، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩، فقرة ١، ص٤٧ د/ أحمد محمد محرز، الوسيط فى الشركات التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط٢، ٢٠٠٤، فقرة ٢، ص٤١٠ د/ حسين فتحى، تعاملات المطلعين على أسرار أسهم الشركة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩، ص٣.

بقيد الأوراق التي تصدرها في بورصات الأوراق المالية، إذ يحتاج المساهمون فيها والمتعاملون معها إلى مزيد من الأمان لاسيما من حيث شرعية المعاملات والتعامل وسرعة التنفيذ وانضباط دور الوسطاء ودقة تحليل الظواهر التي تؤثر في فعالية الأداء.

وإذا كان اختيارنا قد وقع على حوكمة الشركات المقيدة بسوق الأوراق المالية<sup>(١)</sup>، فإن هذا يرجع إلى ما تلعبه بورصات الأوراق المالية من دور في تداول رؤوس أموال تلك الشركات، وتدعيم مركزها المالي. فاستقرار البورصة وحسن أدائها يساعد على تطور حجم المعاملات من ناحية، وزيادة عدد الشركات المقيدة بها من ناحية أخرى<sup>(٢)</sup>. ولا ينكر أحد أن هذا الاستقرار يلزمه مجموعة من الضوابط ويحتاج إلى الشفافية والإفصاح، سواء من جانب الشركات المقيدة لأوراقها المالية في تلك الأسواق، أو من جانب إدارة تلك الأسواق نفسها<sup>(٣)</sup>. فما لاشك فيه «أن من أهم مقومات نجاح أى بورصة هو نشر الوعي والإدراك بكيفية التعامل فيها، فضلا عن نشر المعلومات والإفصاح

(١) وذلك على الرغم من قول البعض بأن معظم الكتابات تركز على هذا الموضوع، متجاهلة تماما الشركات العائلية، والتي تحتل مكانة هامة وتسيطر على اقتصاديات معظم الدول النامية، بل إنها تحتل مكانة بارزة في الدول المتقدمة أيضا. هذا ما يذهب إليه ستيفين ديفيز بقوله «أقدر ركزنا جميعا وبصفة تكاد تكون شاملة على مسألة حوكمة الشركات في الشركات العامة أو المدرجة للتداول في سوق الأوراق المالية أو التي يتم تداولها في السوق. ونحن جميعا نعلم أن ٩٠% أو أكثر من الصفقات في مختلف أنحاء العالم تتم عن طريق شركات إما خاضعة لإدارة العائلة أو مملوكة عائلية (دليل تأسيس حوكمة الشركات في الأسواق الصاعدة، المصادر عن CIPE مركز المشروعات الدولية الخاصة، ٢٠٠٥، ص ١٠)».

(٢) / حسين عبد المطلب الأسرج، دراسة تحليلية لأسواق الأوراق المالية في الدول العربية، مجلة مصر المعاصرة، العدد ٤٨١، يناير ٢٠٠٦، ص ٣٧١ وما بعدها.

(٣) راجع التقرير السنوي للبورصة المصرية، مؤسسة الأهرام، ٢٠٠٠، ص ٦١-٦٢، حيث ورد به أن أسواق المال الناشئة لم تعد تتأثر فقط بالأحداث الداخلية، وإنما أيضا بالتقلبات التي تشهدها الأسواق العالمية. وأن هذا التأثير، خاصة بالأسواق الأمريكية، يرجع إلى العديد من الأسباب، أجملتها الدراسة في أربعة. قارب من هذا المعنى أيضا، د/أحمد يوسف الشحات، الأزمت المالية في الأسواق الناشئة مع إشارة خاصة لأزمة جنوب شرق آسيا، دار النيل للطباعة والنشر، ٢٠٠١، ص ٣٠ وما بعدها؛ د/ زينب توفيق السيد عليوة، المستثمرون الأجانب في البورصة المصرية خلال الفترة من ١٩٩٧ إلى ٢٠٠٥، مجلة مصر المعاصرة، العدد ٤٨٢، أبريل ٢٠٠٦، ص ٤٧٥ ؛

KENADJIAN P.: L'expérience américaine, petites affiches, 16 October, n° 124, 1998, p.3

الكامل فى السوق. وبنى عن الذكر أن السوق المصرى مازال يعانى من غياب المعلومة وعدم عرضها بأسلوب تحليلى مبسط يسهل على المستثمر فهمها واستيعابها ومن ثم اتخاذ قراراته الاستثمارية. وجدير بالذكر أن نشر المعلومة فى حد ذاته غير كافٍ لتحقيق هذا الهدف المرجو، إذ أن أسلوب عرض وصياغة هذه المعلومة بالإضافة إلى توقيت نشرها هو أمر فى غاية الأهمية لتحقيق الشفافية المنشودة، وهو الأمر الذى تسعى إدارة بورصتى القاهرة والإسكندرية إلى ترسيخه وتعميقه فى السوق المصرى لى تتمتع بقدر كافٍ من تلك الشفافية<sup>(١)</sup>».

فلقد أصبحت الحوكمة من أهم الموضوعات التى توليها المؤسسات والمنظمات الدولية اهتمامها، بل أنها تُعد من الموضوعات الملحة على جداول أعمالها. هذا ما يبرزه دليل تأسيس حوكمة الشركات فى الأسواق الصاعدة، الصادر عن CIPE (مركز المشروعات الدولية الخاصة)، بتقريره أن تداعيات الأحداث التى وقعت خلال العقدين الأخيرين من القرن العشرين جعلت من قضية حوكمة الشركات واحدة من القضايا الملحة على جدول أعمال المؤسسات والمنظمات الدولية. فبعد فضيحة بنك الائتمان والتجارة الدولى BCCI، وأزمة المدخرات والقروض فى الولايات المتحدة، وحالات الفشل المؤسسى فى روسيا وآسيا والولايات المتحدة، طفت حوكمة الشركات على السطح، ليس فقط فى المجتمع الدولى للأعمال أو فى نطاق المؤسسات الدولية، وإنما أيضاً فى الدول النامية والاقتصاديات المتحولة والأسواق الناشئة. فمن جماع هذه الأحداث اتضح للجميع أن انعدام الحوكمة يمكن مجلس الإدارة والموظفين فى الشركة من نهب أموالها وإهدار حقوق المساهمين والدائنين وأصحاب المصالح فيها<sup>(٢)</sup>. فما تتيحها مراكز هؤلاء الأشخاص من معرفة ودراية بأمر

(١) د/ سامح يوسف الترجمان، تقديم التقرير السنوى للبورصة المصرية، الكتاب الاقتصادى، مؤسسة الأهرام، ٢٠٠٠، ص ٣.

(٢) فإذا كانت الحوكمة تدفع إدارة الشركة إلى الاهتمام بأصحاب المصالح وتنظيم الأرباح، فإن هذا لا يعنى إهدار الهدف الأساسى للشركة وهو تحقيق الربح. فالاهتمام بهؤلاء الأشخاص يسير بالتوازى مع تحقيق هذا الهدف. هذا ما أشارت إليه Patricia A. Small بقولها أن الاهتمام بأصحاب المصلحة وتحقيق الربح يسيران جنباً إلى جنب مع النمو الانتاجى، أو بمعنى آخر مع الاستخدام الحكيم لرأس المال ( Small Corporations ) Must Act Ethically, CIPE, Economic Reform Today,

ومعلومات لا تتاح للآخرين تمكنهم من إمكانية استغلالها وتحقيق الأرباح من ورائها. «ففى اقتصاد العالم الحالى تصيح الشركات بل والدول التى تضعف فيها ممارسات حوكمة الشركات أكثر عرضة لنتائج وخيمة تفوق بكثير مجرد الفضائح والأزمات المالية(١)».

ففى عصر العولمة وفى ظل سياسات تحرير أسواق المال أصبحت الشركات الوطنية عرضة لمنافسة قوية وشرسة من الشركات الأجنبية، الأمر الذى يفرض عليها خلق مصادر جديدة للتمويل. فتحقيق التوسع وزيادة القدرة على المنافسة، سواء على المستوى الوطنى أو الدولى، يقتضى الحصول على أموال كثيرة تفوق المصادر التقليدية لتمويل الشركات والمؤسسات المالية. وعليه فإن الإخفاق فى الحصول على هذه الأموال وتوفير تلك المصادر غير التقليدية للتمويل سوف يضعف من قدرة تلك الشركات على المنافسة، بل إنه قد يقودها إلى الانهيار، وهو ما يؤثر بدوره على الاقتصاد الوطنى، لما يقود إليه وضع تلك الشركات من بطالة أو على الأقل من إهدار لبعض المكاسب الاجتماعية والاقتصادية.

فحوكمة الشركات تساعد على القضاء على مثل هذه المخاطر، لما توفره للشركة من مقدرة على التنافس والتواجد فى الأسواق الدولية، وبالتالي الاستفادة مما تفتحه العولمة من أسواق جديدة وجذب لرؤوس الأموال الكافية التى تجنب الشركة الأزمات والاقتصاد الوطنى الإخفاق(٢). فتلك الحوكمة تجنب الشركة الفساد وسوء الإدارة، وهما العاملان اللذان يقودان إلى فرار

[www.cipe.org/ert/e31-1,p.3](http://www.cipe.org/ert/e31-1,p.3).

- (١) تأسيس حوكمة الشركات فى الأسواق الصاعدة، CIPE ، ٢٠٠٥، ص٣؛ البنك الأهلى المصرى، أسلوب ممارسة سلطات الإدارة الرشيدة فى الشركات (حوكمة الشركات)، النشرة الاقتصادية، العدد ٢، المجلد ٥٦، ٢٠٠٣، ص٣٩٤/د/ ماجدة شلبى، تطور أداء سوق الأوراق المالية المصرية فى ظل التحديات الدولية ومعايير حوكمة الشركات وتفعيل نشاط التوريق، مجلة مصر المعاصرة، العدد ٤٩٢، أكتوبر ٢٠٠٨، ص٣٩.
- (٢) د/سيد إبراهيم عبد الفضيل، أثر تنفقات رؤوس الأموال الأجنبية على سوق رأس المال المصرى فى ظل عولمة الأسواق الصاعدة، مجلة مصر المعاصرة، العدد ٤٨٣، يوليو ٢٠٠٦، ص٣٦١/د/ عبد الستار عبد الحميد محمد سلمى، حوكمة الشركات والنمو الاقتصادى مع الإشارة للوضع فى مصر، مجلة مصر المعاصرة، العدد ٤٩٢، أكتوبر ٢٠٠٨، ص٢٢٣ وما بعدها.

رؤوس الأموال وإضعاف قدرة الشركات المالية. فالمستثمر يرفض الاستثمار في الشركات الفاسدة التي تقودها إدارة سيئة، لأنه ينأى بنفسه عن سداد ديونها أو بمعنى أدق فاتورة فسادها<sup>(١)</sup>. فقبل أن يلتزم المستثمر «بأى مبلغ أصبح يطلب إثبات أن الشركة تدار وفق ممارسات الأعمال السليمة التي تقلل إلى أدنى حد احتمالات الفساد وسوء الإدارة. وعلاوة على ذلك فإن المستثمرين أو المؤسسات سواء في بوجوتا أو بوسطن أو بكين أو برلين يريدون أن يكونوا قادرين على تحليل ومقارنة فرص الاستثمار المحتملة بنفس معايير الشفافية والوضوح والدقة المتبعة أيضاً في الحسابات الختامية قبل الشروع في الاستثمار. والحقيقة أن تكوين مصداقية الشركة وجعلها قادرة على تحمل النقد من قبل المستثمرين الدوليين يفوق مجرد التسويق العالمي، لأن ذلك أصبح أساسياً لازدهار ونمو الشركات المحلية والاقتصاديات الوطنية ككل<sup>(٢)</sup>».

لهذا جاء اهتمام الدولة وعلى جميع المستويات بحوكمة الشركات. فعلى الصعيد الرسمي أصدر مجلس إدارة الهيئة العامة لسوق المال في جلسته رقم ٣ لسنة ٢٠٠٧ القرار رقم ١١ لسنة ٢٠٠٧ بشأن القواعد التنفيذية لحوكمة الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية وغير المقيدة بالبورصة. وعلى الصعيد غير الرسمي عقدت مؤتمرات عديدة تهدف إلى التعريف بهذا المفهوم وإبراز مدى أهمية ضبط هذا المصطلح وما يمكن أن يترتب عليه من نتائج وما يبرزه من خصائص أهمها الانضباط والشفافية فضلاً عن العدالة والاستقلالية<sup>(٣)</sup>.

وفي سبيل تحقيق هذا الهدف وإبراز هذه الخصائص وقع اختيارنا على هذا الموضوع لكي نساهم بدور في هذا السعي، وهو الأمر الذي يقتضى منا

(١) FISHER J. & BEWSEY J. : The law of investor protection, Sweet & Maxwell Ltd, 1997, p.287 et s.

(٢) دليل تأسيس حوكمة الشركات في الأسواق الصاعدة، المرجع السابق، ص ٥.  
(٣) راجع في هذا الخصوص، مؤتمر مستقبل الاقتصاد المصرى فى ظل ممارسة سلطات الإدارة الرشيدة (www.hawkama.net/Events.asp?id=1). راجع أيضاً ورش العمل التي عقدت في مصر في الفترة من يناير ٢٠٠٣، وحتى مارس ٢٠٠٣، كذلك المتعلقة بالحوكمة من المنظور المصرى (فبراير ٢٠٠٣، أو المتعلقة بالقواعد المنظمة لحوكمة الشركات في مصر من منظور الأجهزة الرقابية ومجتمع الأعمال الخاص (مارس ٢٠٠٣)، أو الخاصة بالإطار المحاسبى والإفصاح لهيكل حوكمة الشركات في مصر (يناير ٢٠٠٣).

بيان ماهية الحوكمة (فصل أول)، ثم بيان علاقة البورصة بالحوكمة (فصل ثانى).

## الفصل الأول ماهية الحوكمة

لقد تزايد الاهتمام بهذا المفهوم على جميع الأصعدة وعلى مستوى كافة الدول، المتقدمة منها أو ما توصف بدول العالم الثالث، خاصة بعد تلك الأزمات والهزات التى تعرضت لها بعض دول شرق آسيا وأمريكا اللاتينية وروسيا فى نهاية القرن الماضى، بل وبعد تلك التداعيات والانهيارات المالية والمحاسبية لعدد من الشركات الأمريكية فى بداية القرن الحالى.

فبعد تلك الانهيارات الاقتصادية والأزمات المالية التى شهدتها الاقتصاديات المتقدمة والناشئة على السواء، تطرق النظر إلى الدور الذى تلعبه الحوكمة فى تلافى حدوث مثل هذه الانهيارات أو التعرض لمثل هذه الأزمات، بل على العكس ما يمكن أن تلعبه من دور فى المحافظة على سلامة تلك الاقتصاديات وتحقيق التنمية الشاملة لكل دول المجتمع الدولى.

وهكذا يتعين علينا التعرض لمفهوم الحوكمة (مبحث أول)، قبل بيان معايير أو ضوابط الحوكمة (مبحث ثانى).

## المبحث الأول مفهوم الحوكمة

فى الحقيقة لا يوجد على المستوى العالمى تعريف متفق عليه لحوكمة الشركات سواء بين رجال الاقتصاد أو القانون أو حتى على مستوى المحللين. ويرد البعض هذا الافتقار إلى تداخل هذا المفهوم فى العديد من الأمور التنظيمية والاقتصادية والمالية والاجتماعية وتأثيره ليس فقط على المستوى الاقتصادى، وإنما على المجتمع ككل. وهو الأمر الذى يقتضى التعرض لهذا المفهوم بما يثيره من خلاف فقهي (مطلب أول)، وذلك قبل بيان مزاياه (مطلب ثانى).

## المطلب الأول تعريف الحوكمة

في البداية يتعين القول بأنه لا يوجد مرادف محدد في اللغة العربية لمصطلح Corporate Governance. لهذا طرح العلماء ورجال الفقه والقانون العديد من المصطلحات، يعد أهمها مصطلح الحوكمة<sup>(١)</sup>. وبصرف النظر عن الاختلاف حول المرادف لهذا المصطلح، فلم تألوا المؤسسات الدولية جهداً في التعرض لهذا المفهوم بالدراسة والتحليل حتى يمكن للدول الاستفادة التامة من مزاياه وخصائصه لتطوير الأطر القانونية والمؤسسية في جميع الشركات، العامة منها والخاصة، المقيدة وغير المقيدة ببورصة الأوراق المالية. ويأتى على رأس هذه المؤسسات منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية OECD والتي أصدرت في عام ١٩٩٩ مبادئ حوكمة الشركات<sup>(٢)</sup>، والتي تنور معظمها حول السبل الإرشادية لتدعيم إدارة الشركات وكفاءة أسواق المال، بل تلك التي تساعد على استقرار الاقتصاد ككل<sup>(٣)</sup>. وهى تلك الخطوط التي حرصت المنظمة العالمية لمشرفى الأوراق المالية IOSCO<sup>(٤)</sup>، على التأكيد عليها من أجل الحفاظ على سلامة أسواق المال واستقرار الاقتصاديات.

(١) راجع فى الفقه العربى، د/عبد الستار عبد الحميد محمد سلمى، حوكمة الشركات والنمو الاقتصادى، المرجع السابق، ص ٢٢٢ وما بعدها؛ د/ زينب توفيق السيد عليوة، المستثمرون الأجانب فى البورصة المصرية، المرجع السابق، ص ٤٥٩؛ /نرمين أبو العطا، حوكمة الشركات .. سبيل التقدم مع إلقاء الضوء على التجربة المصرية، [www.cipe-arabia.org](http://www.cipe-arabia.org)، ص ١. وفى الفقه الفرنسى:

DION N.: Corporate governance et sociétés françaises, Juris – Classeur, droit des sociétés, juillet – août, 1995; TUNC A.: Le gouvernement des sociétés anonymes, le mouvement de réforme aux Etats-unis et au Royaume-Uni, RID Comp, 1994, p. 59 et s.

(٢) راجع كذلك الإرشادات التي وضعتها لجنة كادبوري Cadbury commission فى بريطانيا، ولجنة فينو Vienot فى فرنسا، ولجنة كينج فى جنوب إفريقيا، وتدور جميعها حول إدراك الدول المتقدمة وشركتها الصناعية أن جذب الاستثمارات وتقوية القدرة على التنافس على المستويين الوطنى والدولى يقتضيان القيام بإصلاحات داخلية والاعتماد على حوكمة الشركات.

(٣) OECD, Principles of corporate governance, 2004, p. 5 et s.

(٤) International organization for securities.



فى الواقع إن الحوكمة تعنى أسلوب الإدارة المثلئ سواء من حيث الاستقلال والتوجيه أو إحكام الرقابة<sup>(١)</sup>، فالحوكمة تعنى إذن وضع النظام الأمثل الذى يتم من خلاله استغلال موارد الشركات وحسن توجيهها ومراقبتها من أجل تحقيق أهداف الشركة والوفاء بمعايير الإفصاح والشفافية. ومن هذا التعريف يتضح أن هذا المصطلح يعنى :

أولاً: وضع الإطار أو النظام الأمثل الذى يمكن عن طريقه الاستغلال والتوجيه. ثانياً: حسن مراقبة الشركة سواء تمثلت فى رقابة داخلية أو خارجية، وهو الأمر الذى يتعين التعرض إليه بشئ من التفصيل، وذلك على النحو التالى:

الفرع الأول : وضع الإطار أو نظام التوجيه.

الفرع الثانى : رقابة الشركة.

## الفرع الأول

### إطار التوجيه

تعد إدارة الشركة هى الجهة المنوط بها رسم سياستها وتوجيهها نحو تحقيق أهدافها من ناحية، والمعاملة العادلة لجميع أصحاب المصالح من ناحية أخرى. فرسم السياسات وتنفيذ التوجيهات بطريقة تحمى أموال المستثمرين والمقرضين يظهر بوضوح حسن إدارة الشركة وتبنيها لنظام شفاف يضمن للشركة النجاح ويحميها من الفساد، كما أنه يوفر معاملة نزيهة لجميع أصحاب المصالح فيها، هذا فضلاً عن أنه يؤدي إلى تطوير القيم الأساسية لاقتصاد السوق. فرسم إطار أو نظام التوجيه لا يعطى الفرصة لمن يملكون رأس المال فى توجيه أو إدارة الشركة، كما أنه يجنب هذه الأخيرة من تدخل كل المساهمين فيها فى إدارتها. فإذا كان الأصل العلم أن الجمعية العامة للمساهمين هى الجهة صاحبة السلطة العليا فى إدارة الشركة، فإن مجلس الإدارة يُعد الجهاز التنفيذي

(١) فحوكمة الشركات تعنى بوضوح كيفية إدارة الشركة وتحديد مصيرها. ولقد جاء هذا التعريف فى الدليل الذى أصدره مركز المشروعات الدولية الخاصة CIPE عن حوكمة الشركات فى الأسواق الصاعدة، إذ ورد فيه أنه قد اتضح تماماً أن كيفية إدارة الشركات (أى حوكمة الشركات) تحدد بدرجة كبيرة مصير الشركات ومصير الاقتصاديات كلها فى عصر العولمة، ص ٣.

الذي يتولى تسيير أعمال الشركة وإدارة شئونها<sup>(١)</sup>. فهو الجهة صاحبة السيادة الفعلية في الشركة، على الرغم من أن الجمعية العامة للمساهمين هي الجهة صاحبة السيادة القانونية فيها، إذ نادراً ما تباشر إشرافاً جاداً على أعمال المجلس<sup>(٢)</sup>. فوفقاً للنظام القانوني الذي رسمه المشرع لشركات المساهمة تملك الجمعيات العامة للمساهمين سلطات واسعة في اتخاذ القرارات وإدارة الشركة. ومن ثم يستطيع المساهمون الذين يملكون أغلبية رأس المال توجيه وإدارة الشركة بما يحمي مصالحهم الخاصة دون مراعاة لمصالح الأقلية<sup>(٣)</sup>. فلقد كشف الواقع العملي لتلك الشركات عن تحكم أصحاب الأموال في القرارات الصادرة لتحقيق سياسة معينة أو مصلحة ما.

ولكن مع الحوكمة والإدارة الرشيدة للشركة واتضح السياسة أو الإطار العام لها لا يملك هؤلاء المساهمون الاتجاه بالإدارة إلى اتخاذ قرارات تحمي أموالهم أو تحقق مصالحهم فقط دون اكترات لمصالح الآخرين من مقرضين ومستثمرين. فرسم السياسة أو إطار التوجيه يؤدي إلى خلق ضمانات فاعلة ضد الفساد وتوجه الإدارة. فرسم هذا الإطار ليس إذن وسيلة لحماية الشركة فقط من

(١) د/ محمد فريد العريني، الشركات التجارية، المرجع السابق، فقرة ٢٥٩، ص ٢٥٤؛ د/سميحة القليوبي، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، ١٩٨٩؛ د/ أبو زيد رضوان، الشركات التجارية، شركات المساهمة (وفقاً لأحكام القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١) والقطاع العام، دار الفكر العربي، ١٩٨٣، فقرة ١٧٣ وما بعدها، ص ٢٠٢ وما بعدها؛ د/ أحمد محمد محرز، الوسيط في الشركات التجارية، المرجع السابق، فقرة ٤٨٧ وما بعدها، ص ٥٢١ وما بعدها.

(٢) د/ حماد مصطفى عزب، حق المساهمين في الإعلام تجاه الشركة، بدون دار نشر، ٢٠١٠، ص ٣٨.

(٣) مع هذا فقد ثار الخلاف حول تحديد المقصود بالأقلية. فهل ينصرف هذا المصطلح إلى من يملكون الأقلية في رأس المال، أم أنه يقصد به الأقلية الممثلة في اجتماعات الجمعية العامة؟ في الحقيقة إن تحديد المقصود بالأقلية لا يكون «بالنظر إلى عدد الشركاء الاجمالي، فيقصد بها عندئذ الشركاء الأقل عدداً بالمقارنة بالأغلبية، كما لا يكون أيضاً بالتركيز على رأس مال الشركة الكلي بحيث تكون الأقلية هي مجموع المساهمين الذين يمتلكون أقل من نصف رأس مال الشركة، وإنما يكون بالنظر إلى عدد المساهمين الحاضرين في اجتماع الجمعية العامة للشركة، فيكون المقصود بالأقلية هو مجموعة المساهمين الذين تفرض عليهم قرارات الأغلبية الحاضرة أو الممثلة في اجتماع الجمعية العامة (د/ سامي عبد الباقي أبو صالح، النظام القانوني لعروض الشراء في سوق الأوراق المالية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، فقرة ٤٢، ص ١١٩)»..

توجهات أصحاب الأموال، ولكنه أيضاً استراتيجية لبقاء الشركة وازدهارها في عالم الأعمال.

من الواضح أن رسم سياسة أو إطار التوجيه يحول بين أغلبية مالكي الأسهم وبين توجيه الشركة ونهب أموالها، إذ من خلاله تدار الشركة وفق ممارسات الأعمال السليمة، على نحو يقلل إلى حد ما من احتمالات الفساد أو سوء الإدارة. فهذا الإطار يبرز إذن إمام الشركة بقواعد اللعبة من ناحية واختيارها لإدارة ترضى طموح المساهمين وتحمي مصالحهم من ناحية أخرى. أو كما يقول البعض إذا كانت الحكومة الجيدة تحتاج إلى الشفافية لكي يتمكن الشعب من الحكم بدقة على مدى تحقيق مصلحته، فإن الإطار أو سياسة التوجيه يبين أسلوب إدارة الشركة، ومن ثم الحكم بشفافية على مدى اتخاذ قرارات مدروسة بشأن أموال المساهمين أو المستثمرين من عدمه<sup>(١)</sup>.

خلاصة القول أن إدارة الشركة يقع على عاتقها رسم إطار التوجيه وتنفيذه على نحو يبرز بوضوح اتجاهها إلى إدخال تعديلات جوهرية على طريقة عملها وسعيها إلى جذب ثقة المستثمرين، من خلال ضمان تحقيق أفضل عائد على استثماراتهم. وفي غياب ذلك وفي ظل سياسات العولمة وتحرير أسواق المال ستم الفوضى وتصبح الشركة عبارة عن «رأسمالية الملاهي، حيث تصبح الاستثمارات مجرد مراهنات، نراهن فيها على أن الناس سيوفون بعودهم وأن الشركات لا تقول إلا الحق، وأن العاملين فيها سيحصلون على أجورهم وأن الشركات ستقن بديونها»<sup>(٢)</sup>. فمع سياسة أو إطار التوجيه سيوجد اهتمام كبير وبالغ من إدارة الشركة بالديون وآليات الخروج من ناحية، فضلاً عن وضع وتطبيق معايير واضحة للإقراض تحول بين الشركة وبين الإقراض غير المدروس، والذي انتشر استخدامه في الكثير من بلدان العالم، لدرجة أنه يُعد مسئولاً عن الكثير من الأزمات المالية التي حدثت وتحدث في عالم اليوم من ناحية أخرى<sup>(٣)</sup>.

(١) منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، مبادئ حوكمة الشركات، [www.oecd.org](http://www.oecd.org).  
(٢) تأسيس حوكمة الشركات في الأسواق الصاعدة، مركز المشروعات الدولية الخاصة، CIPE، ص ٨.  
(٣) د/ أحمد يوسف الشحات، الأزمات المالية في الأسواق الناشئة، المرجع السابق، ص ١٩ وما بعدها.

فإذا كانت الإدارة الرشيدة تعتمد على الفصل بين الملكية والإدارة من ناحية، ومنع الإساءة إلى الأقلية من حملة الأسهم وانعدام الاتجار الداخلي من ناحية أخرى، فإن رسم سياسة أو إطار التوجيه يعمق هذا الفصل ويحول بين الإدارة وبين التلاعب بالأموال والاستثمار في أنشطة غير مربحة وعدم التفرقة بين أنشطة تجيد إدارتها من عدمها<sup>(١)</sup>.

وهكذا يتضح أن رسم الإطار أو نظام التوجيه للشركة يساعد إلى حد كبير على تحقيق الأهداف المرجوة من الحوكمة. فمن طريقه يمكن ضمان أكبر قدر من الاستقرار للشركة والطمأنينة للشركاء وحملة الأسهم، إذ يساعد على تحقيق العائد المناسب لاستثماراتهم وضمن حقوقهم، خاصة طائفة الأقلية. لهذا ذهب البعض إلى القول وبحق بأن المستثمرين يبحثون في المقام الأول عن الشركات التي تتبع نظام الحوكمة، وذلك لأنها تكون على علم جيد ودقيق بأصول وقواعد اللعبة، التي يمكن من خلالها توجيه نشاط الشركة نحو تنفيذ الأطر التي رسمتها إدارتها، والتي تحقق في ذات الوقت مصالح الشركة وتحمي حقوق المساهمين الذين ربما يكونون بعيدين ومعزولين عن تلك الإدارة<sup>(٢)</sup>.

كذلك يساعد هذا الإطار على توفير أكبر قدر من مصادر التمويل، محلية أكانت أم عالمية، وسواء أتم ذلك عن طريق الاقتراض من البنوك أو طرح الأسهم في أسواق مالية لاسيما في ظل هذا التزايد المستمر لحركة انتقال وتدفق رأس المال<sup>(٣)</sup>.

(١) TIROLE J.: Corporate Governance, Econometrica, vol. 69, n° 1, January, 2005 ; International Finance Corporation (IFC), Promoting Corporate Governance For Sustainable Development, 2007, p.1.

(٢) مركز المشروعات الدولية الخاصة، تأسيس حوكمة الشركات، المرجع السابق، ص ٥٥ د/تركي الشمري، حوكمة الشركات بطريقة ... العصا والجزرة،

(www.alqabas.com.kw/Final/02/10/07, p.1 et s).

(٣) فالأبحاث الحديثة تشير إلى أن «الدول التي تطبق حوكمة الشركات لحماية الأقليات من حملة الأسهم تفتح أمامها أبواب عدد أكبر من أسواق رأس المال ذات السيولة الأكبر. وتبين الدراسة المقارنة بين الدول التي تضع قوانينها على أسس قانونية تقليدية مختلفة أن الدول ذات الأنظمة الضعيفة ينتهي بها الأمر إلى خضوع معظم شركاتها لسيطرة عدد قليل من المستثمرين، أي أن قاعدة ملكية الشركات تكون ضيقة. وبالتالي على

كما يساعد إطار أو نظام التوجيه على تجنب حدوث انهيار للشركة أو الشركات الأخذة بهذا النظام، أو بمعنى أدق تفادي تعرض الشركة لأزمة مالية أو المساهمة في حدوث انهيار بالأجهزة المصرفية وأسواق المال المحلية والعالمية<sup>(١)</sup>. ولقد أكد الأستاذ Winkler هذا المعنى بإشارته إلى مساعدة هذا النظام في «تحقيق التنمية الاقتصادية وتجنب الوقوع في مغبة الأزمات المالية، من خلال ترسيخ عدد من معايير الأداء، بما يعمل على تدعيم الأسس الاقتصادية بالأسواق وكشف حالات التلاعب والفساد وسوء الإدارة بما يؤدي إلى كسب ثقة المتعاملين في هذه الأسواق، والعمل على استقرارها والحد من التقلبات الشديدة بها، بما يعمل على تحقيق التقدم الاقتصادي المنشود»<sup>(٢)</sup>.

مجمل القول إذن أن وضع إطار أو نظام التوجيه يساعد الشركات على جذب رؤوس الأموال، سواء تمثل ذلك في استثمارات أجنبية أم تهيئة المناخ لرؤوس الأموال المحلية للظهور والحد من هروبها إلى الخارج. ولا شك أن

---

الدول التي تسعى إلى جذب صغار المستثمرين، سواء من الداخل أو من الخارج، أن تطبيق حوكمة الشركات حتى تتمكن من جذب العملة الصعبة التي يندخرها صغار المستثمرين تحت الفراش أو تحت البلاط هؤلاء المستثمرون من الممكن أن يشكلوا معاً مصدراً لمبالغ كبيرة كاستثمارات طويلة المدى. والأكثر من ذلك أن تطبيق حوكمة الشركات يقوى ثقة الجمهور في صحة عملية الخصخصة ويساعد على ضمان تحقيق الدولة أفضل عائد على استثماراتها، وهذا بدوره سيؤدي إلى المزيد من فرص العمل والتنمية الاقتصادية (CIPE، تأسيس حوكمة الشركات، المرجع السابق، ص ٧).

(١) ولعل تلك الأزمات تحدث من خلال حصول الشركات على مبالغ كبيرة من الديون قصيرة الأجل وإخفاء الحصول عليها عن علم ومعرفة المساهمين من خلال اللجوء إلى طرق ونظم محاسبية مبتكرة. وقد يحدث ذلك نتيجة لتلاعب الشركة في قوانينها المالية، حتى في ظل الأنظمة ذات الأسواق المالية الكبيرة. ولعل هذا التلاعب هو ما يدفع إدارة البورصة إلى شطب الشركات المقيدة بها لمخالفتها للقواعد الخاصة بالإفصاح والشفافية أو تلك المنظمة للبورصة وفي مقدمتها الالتزام بتقديم الميزانية العامة للشركة والإفصاح عن الأنباء الجوهرية والمؤثرة على سعر السهم. ولقد دفع هذا الإخلال إدارة البورصة المصرية إلى شطب ٢٤ شركة مقيدة لديها في شهر مايو ٢٠٠٨، بالإضافة إلى شطب ٢٦ شركة أخرى في شهر أبريل ٢٠٠٨. وفي تعليقه على إجراء الشطب، قال الأستاذ ماجد شوقي (رئيس بورصتي القاهرة والإسكندرية) أن شطب الشركات المخالفة قد تم بناء على دراسة وافية لما ارتكبه تلك الشركات من مخالفات، فضلاً عن أن معظمها غير متداولة وليست بها نسب أفراد مرتفعة. غير أنه أضاف بأن البورصة سوف تسمح لتلك الشركات بأن تتداول بسوق خارج المقصورة (المصرى اليوم، العدد ١٤٢٨، الأحد ١١ مايو ٢٠٠٨، الصفحة الثانية).

(٢) <http://WWW.cipe-arabia.org/files.p.3>.

ذلك يتضح كثيراً لدى المستثمرين عندما يدركوا جيداً أن الهدف من الحوكمة هو محاربة الفساد من خلال الإفصاح عن المعلومات المالية، وضمنان عائد مناسب لاستثماراتهم والذي بدونها لن يتدفق التمويل إليها. بل إن البعض يرى أن هذا النظام لا يساعد فقط في الحصول على مصادر للتمويل، وإنما أيضاً على مصادر أرخص بما يشجع من إقدام الدول النامية على تبني هذا النظام وتعميمه بين كافة الشركات، لما يؤدي إليه من تعاون وخلق لسوق تنافسية سواء بين الشركات أو المؤسسات الوطنية أو على مستوى الشركات العالمية في أسواق المال العالمية<sup>(١)</sup>.

إن حوكمة الشركات تعنى بالمفهوم الأوسع اختيار الإدارة الرشيدة التي تهتم بوضع إطار يسمح بقدر كبير من الحرية في ظل سلطة القانون، إطار يتبنى المعايير الدولية للشفافية والوضوح والدقة في البيانات المالية التي تمكن الدائنين والمقرضون من اتخاذ قرار الاستثمار بسهولة. فالإدارة الرشيدة تقدر، بدون شك، على وضع هذا الإطار وترسيخ العديد من معايير الأداء التي تنهض بالشركة وتجنبها الوقوع في بعض الأزمات التي تتعرض لها الشركات الأخرى التي لا تطبق أسس ومعايير الحوكمة. فوضع الأطر أو السياسات وترسيخ معايير الأداء يشجع الأفراد على استثمار أموالهم بتلك الشركات، لاقتناعهم الكامل بأن أموالهم ستدار وفقاً لأساليب وقواعد مدروسة ومحددة وبناء على معايير محكمة.

## الفرع الثاني

### رقابة الشركة

إذا كانت الدولة تهتم حالياً بحوكمة الشركات وتعدّد العديد من المؤتمرات للتعريف بها والاستفادة الكاملة من أعمالها، فإن حجر الزاوية في هذه الاستفادة يتمثل في أعمال قواعد الرقابة الدقيقة، بدءاً من عملية اختيار أعضاء مجلس الإدارة وكيفية تعيينهم، مروراً بما يتم اتخاذه من قرارات لتوزيع الأرباح، وانتهاءً برقابة الأداء.

(١) CIPE، تأسيس حوكمة الشركات، المرجع السابق، ص ٨.

وهكذا تقتضى منا الرقابة التعرض للاستحقاق الوظيفى، وقرارات توزيع الأرباح، ورقابة الأداء.

### ١- الاستحقاق الوظيفى

لاخلاف أن أعمال هذا المبدأ تبدو ملامحه بوضوح فى الشركات العائلية، حيث تختلط فيها الإدارة بالملكية. وهو ما يتنافى مع قواعد الحوكمة، حيث تقتضى هذه الأخيرة الفصل التام بينهما. فتنطبق قواعد الحوكمة يمثل تحد كبير لهذه الشركات، حيث لا يخضع اختيار أعضاء مجلس الإدارة لتقييم حقيقى وإنما يقوم على درجة القرابة أو ما يمتلكه العضو من أسهم أو حصص فى رأس المال<sup>(١)</sup>.

على العكس تقتضى قواعد الحوكمة التدقيق فى اختيار أعضاء مجلس الإدارة ووضع الضوابط التى تكفل اختيار الأجدر والأنسب فى توجيه موارد الشركة. فالاستحقاق الوظيفى كأحد ضوابط الرقابة على الشركة يحتم خضوع الاختيار لتقييم حقيقى للأداء، دون التفات لأى معايير أخرى، وهو الأمر الذى يساعد إلى حد كبير على جذب نوى المهارات والقدرات العالية التى ترفع من مستوى أداء الشركة<sup>(٢)</sup>.

ولقد أصدرت الهيئة العامة لسوق المال القرار رقم ١١ لسنة ٢٠٠٧ بتاريخ ٢٠٠٧/٣/١١ بشأن القواعد التنفيذية لحوكمة الشركات العاملة فى مجال الأوراق المالية وغير المقيدة بالبورصة، تضمنت المادة الثانية منه القواعد التى يتعين إعمالها عند تشكيل مجلس إدارة الشركات الخاضعة لمبادئ الحوكمة، بما يعد تفعيلاً واضحاً لمبدأ الاستحقاق الوظيفى. فلقد اقتضت هذه المادة ضرورة تحديد النظام الأساسى للشركة عدد مناسب لأعضاء مجلس الإدارة يمكنه من الاضطلاع بوظائفه وواجباته بما فى ذلك تشكيل لجانه. كما استلزمت أيضاً أن تكون أغلبية أعضاء المجلس من الأعضاء غير التنفيذيين، نصفهم على الأقل من المستقلين وفقاً للتعريف الوارد بدليل الحوكمة الصادر عن الهيئة. وإمعاناً

(١) جون ل. وورد، حوكمة الشركات العائلية،

<http://usinfo.state.gov/journals/ites/0205/ijea/word.htm>, p.1 et s.

(٢) قارب من هذا المعنى، د/ حماد مصطفى عزب، حق المساهمين فى الإعلام، المرجع السابق، ص ٣٨.

فى التجديد وضخ دماء جديدة، اقتضت تلك المادة ألا تزيد مدة عضوية مجلس الإدارة للعضو غير التنفيذي عن دورتين متتاليتين، وبمدة أقصاها ست سنوات ما لم تكن هناك مبررات قوية تلتزم الشركة بالإفصاح عنها للهيئة.

كذلك أوجبت تلك المادة عدم جواز جمع عضو مجلس الإدارة بين هذا المنصب والعضو المنتدب أو المدير التنفيذي، إلا إذا كانت هناك مبررات قوية تلتزم الشركة بالإفصاح عنها للهيئة.

وأخيراً اشترطت تلك المادة عدم جواز شغل عضو مجلس الإدارة لعضوية أكثر من خمس شركات مساهمة لا يكون من بينها أكثر من شركة واحدة تباشر ذات النشاط فى نفس الوقت.

ولا شك أن هذه الضوابط تمثل مجموعة من القيود التى تضمن تفرغ عضو مجلس الإدارة وعدم استغلاله للنفوذ، كتلك التى ينص عليها قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ بشأن شركات الأموال، ومن ثم لا داعى لتكرارها هنا، حيث تشغل حيزاً كبيراً من المؤلفات العامة الخاصة بقانون الشركات<sup>(١)</sup>.

## ٢- قرارات توزيع الأرباح

لقد أدى الاهتمام البالغ والحرص الدائم على تطبيق معايير الحوكمة إلى قيام العديد من المؤسسات الدولية بالتعرض لهذا المفهوم ووضع الأطر والضوابط التى تكفل تحقيق نتائجه الإيجابية من تدعيم لإدارة الشركات وكفاءة لأسواق المال واستقراراً للاقتصاد بصفة عامة. فعلى سبيل المثال قامت منظمة التعاون الاقتصادى والتنمية OECD بوضع مجموعة من المعايير والمبادئ التى يمكن على أساسها قياس أو تقييم ممارسة الحوكمة، والتى يأتى من بينها

(١) د/محمد فريد العرينى، الشركات التجارية، المرجع السابق، فقرة ٢٧٢، ص ٢٦٦ وما بعدها؛ د/أحمد محمد محرز، الوسيط فى الشركات التجارية، ص ٥٤٣؛ د/محمد إبراهيم موسى، الوجيز فى الشركات التجارية، مطبعة جامعة طنطا، ص ٣٤ وما بعدها.



حقوق حملة الأسهم. ولا شك أن أهم هذه الحقوق يتمثل في العدالة في توزيع الأرباح التي قامت الشركة بتحقيقها<sup>(١)</sup>.

فعلى الرغم من تعدد حقوق المساهمين، إلا أنه يعد أهمها تلك المتعلقة بقرارات توزيع الأرباح. هذا ما أكد عليه الخبير الأمريكي راندولف واليرس بقوله أن العلاقة بين حوكمة الشركات والأداء المالى وحقوق المساهمين علاقة وثيقة، وأن حسن أداء الشركة لمعايير الحوكمة يعتمد على أدائها المالى بما يتضمنه من توزيع للأرباح التي حققتها الشركة. ومن ثم يثور التساؤل عن السبيل الأمثل لتوزيع الأرباح على المساهمين.

في الحقيقة لقد بينت مبادئ الحوكمة الصادرة عن منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية في عام ١٩٩٩م أن توزيع الأرباح لا بد أن يقوم على معاملة عادلة لحملة الأسهم<sup>(٢)</sup>. فالمعاملة العادلة في التوزيع هي التي تحقق الاستقرار للشركة وتحافظ على روح الود فيها، وذلك على العكس عندما يشعر الأقلية أو بعض حملة الأسهم أن هناك إزكاء لبعض حملة الأسهم على حساب الآخرين<sup>(٣)</sup>. فهذه المعاملة العادلة تقضى على الممارسات السلبية التي من

(١) مع هذا فإن العبرة ليست بقيام المنظمات الدولية، أو التشريعات الوضعية، ببيان أو تنظيم هذه الحقوق أو تعادها، وإنما بممارسة المساهمين الفعلية لها وتمكينهم من حسن القيام بها.

(٢) راجع المواد من ٤٠-٤٤ من قانون شركات الأموال رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م.

(٣) فالقاعدة العامة هي تساوى الأسهم التي تصدرها شركات المساهمة في الحقوق التي تمنحها لمالكها. فمن الضروري معاملة أصحاب الأسهم معاملة واحدة سواء أثناء حياة الشركة أو بعد انقضائها وتصفية أموالها. مع هذا فإن قاعدة التساوى في الحقوق ليست من النظام العام، بما يعطى الحق للشركة في تقرير بعض الامتيازات لأسهم معينة، يطلق عليها الأسهم الممتازة. وتتعدد الأسباب التي تدعو إلى إصدار مثل هذه الأسهم، كجذب الجمهور للاكتتاب في أسهم الشركة نظراً لحاجتها للأموال لزيادة رأسمالها، أو لمواجهة أزمة سيولة تعرضت لها، أو لترتيب بعض الأولوية لدائتي الشركة إما بهدف منحها ائتمانتهم أو لضمان استيفاء ديونهم عند تصفية أموالها بالأولوية على الدائتين الآخرين (د/محمد فريد العرينى، الشركات التجارية، المرجع السابق، فقرة ٢١٣-٣، ص ٢٠٨؛ د/حسين فتحى، شركة المساهمة، مطبعة جامعة طنطا، ٢٠٠٨، ص ٨٨؛ د/أحمد محمد محرز، الوسيط في الشركات التجارية، المرجع السابق، ص ٤٦٨). ويتعين أن يتم تقرير هذه الأسهم في النظام الأساسى للشركة وذلك لإعطاء مكانة الاختيار لجميع الأفراد سواء للاكتتاب فيها أو فى الأسهم العادية هذا من ناحية، ولتحقيق مبدأ المساواة بين المساهمين وعدم محاباة البعض منهم على الآخرين من ناحية أخرى. والأسهم الممتازة تعطى أصحابها نوعين من الحقوق، الأول مالى،

الممكن أن تضر بالشركة بصفة خاصة، وسوق المال بصفة عامة. فالتوزيع العادل يضمن بدون شك قدراً ملائماً من الطمأنينة لحملة الأسهم، بما يحققه من عائد مناسب لمساهماتهم ومن حفاظ على حقوقهم، خاصة عندما يكون هؤلاء من حائزى أقلية الأسهم.

في الواقع إن المعاملة العادلة لحملة الأسهم، خاصة المعاملة المالية، من شأنها تعظيم القيمة السوقية للشركة، وتدعيم لقدراتها التنافسية في أسواق المال المحلية والعالمية من خلال كسبها لثقة المتعاملين في الأسواق<sup>(١)</sup>، هذا فضلاً

---

والثاني غير مالى. فالأسهم الممتازة قد تضمن لحاملها الحق في الحصول على نسبة محددة من الأرباح التي تحققها الشركة قبل القيام بتوزيعها أو في الحصول على قيمتها من ناتج التصفية بالتقدم على أصحاب الأسهم العادية (وتعرف الأسهم الممتازة في هذه الحالة بأسهم الأولوية، ENGEL Ph. & TOUSSIERE P. : Création de catégories d'actions et stipulation d'avantages particuliers, J.C.P, éd, E, 1996, I.585). (وقد تخول هذه الأسهم أصحابها أكثر من صوت في مداوات الجمعية العمومية. هذا ما تبرزه بوضوح المادة ٣٥ من قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م في فقرتها الثانية بلجازتها أن ينص نظام الشركة على بعض الامتيازات لبعض أنواع الأسهم وذلك في التصويت أو الأرباح أو في ناتج التصفية، على أن تتساوى الأسهم من نفس النوع في الحقوق والمميزات أو القيود. ولا يجوز تعديل الحقوق أو المميزات أو القيود المتعلقة بنوع من الأسهم إلا بقرار من الجمعية العامة غير العادية وبموافقة ثلثي حاملي نوع الأسهم الذي يتعلق التعديل به. بيد أن إصدار الأسهم الممتازة «يعتبر وضعاً غريباً يتنافر مع خصيصة جوهرية من خصائص السهم ألا وهي المساواة في الحقوق والالتزامات، الأمر الذي استهجنته معظم التشريعات الحديثة (د/أحمد محمد محرز، الوسيط في الشركات التجارية، المرجع السابق، بند ٤٤٤، ص ٤٦٩). فهذه الأسهم تتيح الفرصة «لفرض رأى أقلية معينة من المساهمين على أغلبية المساهمين لتمسك بمقاليد الأمور داخل الشركة بطريقة فاشية على حد قول جاتب من الفقه الفرنسي (د/حسين فتحي، شركة المساهمة، المرجع السابق، ص ٨٩)».

(١) فمن العوامل التي تساعد على نجاح الشركة هو إقامة علاقات جيدة بين أصحاب المصالح، وذلك لأنه ليس هناك تعارض بين هدف تحقيق الربح وهدف العناية بأصحاب المصالح في الشركة. فنجاح الشركة وإتباعها لقواعد وضوابط الحكمة ليس الهدف منه هو تحسين وضع الشركة وجذبها لاستثمارات جديدة، بقدر ما يعتمد هذا النجاح على أصحاب المصلحة من عاملين وداننين وموردين وعملاء. فالشركة تعتمد على أصحاب المصلحة لتوفير ما تحتاج إليه بصورة منتظمة ومستمرة، وهو الأمر الذي يقود في النهاية إلى تحقيق الأرباح. ومن ثم يتضح أن تنظيم الأرباح لا يقتضى إهدار حقوق أصحاب المصالح، وإنما على العكس تماماً يعتمد تنظيم الأرباح وتعاطفها بصورة أساسية على الاهتمام بهذه الطائفة. وهذا ما أشارت إليه بصراحة الأستاذة Patricia A. Small بقولها أن «الاهتمام بأصحاب المصلحة وتحقيق الربح يسيران

عن تجنبها لوقوع الشركة في مغبة الأزمات المالية لما تكشفه من حالات للتلاعب والفساد وسوء الإدارة<sup>(١)</sup>. فالمعاملة العادلة لحملة الأسهم تساعد على نجاح وصلاح الشركة، لما تبرزه من حرص الإدارة على أصحاب المصالح فيها<sup>(٢)</sup>. مع هذا فإن المعاملة العادلة لن تأتي إلا من خلال المشاركة الفعلية في وضع الأسس التي يتم على هداها توزيع الأرباح. هذا ما انتهى إليه تقرير البنك الدولي في عام ٢٠٠١ حول تقييم حوكمة الشركات في مصر وذلك بالتعاون مع وزارة التجارة الخارجية وهيئة سوق المال وبورصة الأوراق المالية وعدد من المراكز البحثية والمهنية من رجال الاقتصاد والقانون، فلقد أكد التقرير على أنه إذا كان عدد كبير من التطبيقات قد حاز على تقييم مرتفع أو متوسط فإن هذا يرجع إلى التطبيق السليم لبعض المفاهيم والأسس والتي كان من شأنها إتباع الشركات للعديد من الممارسات الإيجابية كمشاركة المساهمين في اتخاذ قرارات توزيع الأرباح، وحماية أصحاب المصالح من حملة السندات والمقرضين والعمال. بيد أن التقرير قد أشار إلى أن بعض الأسس تحتاج إلى مزيد من الاهتمام والتطوير للتغلب على الممارسات السلبية، تلك التي تدور حول ما يسمى برقابة الأداء وما تقوم عليه من إفصاح وشفافية، وهو ما سنتولى بيانه في الجزئية التالية.

جنباً إلى جنب مع النمو الإنتاجي، أو بمعنى آخر، إن الاهتمام والريخ يسيران جنباً إلى جنب مع الاستخدام الحكيم لرأس المال (www.oecd.org). لهذا اعترفت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية بالدور الفعال الذي يمكن أن يمارسه أصحاب المصلحة في أعمال قواعد الحوكمة. فهذه الطائفة لديها من السبل والوسائل ما يمكنها من إجبار الشركة على انتهاج سياسة معينة قد تؤدي إما إلى انخفاض جودة المنتجات أو تعريض سمعة الشركة للخطر. لهذا قيل وبحق أن «الشركات التي تتعامل مع أصحاب المصلحة بنزاهة وتجعلهم جزءاً من استراتيجياتها طويلة المدى تكون أقل تعرضاً لقيام أصحاب المصلحة باستخدام قوتهم لإجبار الشركة على شراء الموارد الخاصة الضرورية للإنتاج بأسعار باهظة، أو إلغاء تعاقداتهم مع الشركة، لأن أصحاب المصلحة يدركون بسرعة أن مصائرهم مرتبطة جزئياً بأداء الشركة والعكس بالعكس (CIPE)، تأسيس حوكمة الشركات، المرجع السابق، ص ٤٠».

- (١) PAGE A.-C. & FERGUSON R.-B.: Investor protection, Weidenfeld & Nicolson, London, 1992, p.226 et s.
- (٢) MESTRE J. & PANCAZI M.-E.: Le droit commercial : droit interne et aspects de droit international, L.G.D.J., 26 éd, 2003, n° 561, p.390.

### ٣- رقابة الأداء

في الحقيقة إن كفاءة المناخ التنظيمي والرقابي تعد أحد الجوانب الرئيسية التي يتعين التركيز عليها عند إبراز مفهوم الحوكمة. فهي حجر الزاوية في ضبط هذا النظام وبيان سلامة ذلك الأسلوب، نظرا لأنها تساعد في الحكم على رشاد الإدارة وقياس قوة أداء الشركة من عدمه، وذلك ببيان ما إذا كانت تحسن القيام بمهامها وتنفيذ الأطر والسياسات المرسومة أم لا. ففي وجود مثل تلك الكفاءة يتعاطف دور أجهزة الإشراف والرقابة، والتي يمكنها القيام بدورها من خلال الارتكاز على دعمتين أساسيتين هما: الإفصاح والشفافية، والمعايير المحاسبية السليمة<sup>(١)</sup>. هذا ما أكدت عليه مؤسسة التمويل الدولية (IIF)<sup>(٢)</sup>. فبعد أن اقترحت في عام ٢٠٠٢ إصدار لائحة تشريعية لحوكمة الشركات يمكن تقنينها في قوانين الشركات وأسواق رأس المال، أبرزت أنه يفوق هذه اللائحة في الأهمية مدى كفاءة المناخ التنظيمي والرقابي، تلك التي تتضح بتطبيق معايير الإفصاح والشفافية، والاعتماد على معايير محاسبية سليمة<sup>(٣)</sup>. ولعل ما يؤكد ذلك أيضا التحليل العملي للعديد من الأزمات التي تعرضت لها بعض الشركات العالمية وصناديق التمويل. فهذه الأزمات تعد خير شاهد على أهمية الرقابة ودورها في حسن انضباط إدارات الشركات. فلقد أبرزت الأزمة المالية التي تعرضت لها شركة الطاقة الأمريكية (إنرون Enron)، أن ضعف الرقابة على الأنشطة المالية هو الذي قاد إلى هذه الأزمة. ويرجع السبب الرئيسي

(١) Policies of Corporate Governance and Transparency in Emerging Markets, February 2002, (IIF) Equity Advisory Group,

ولذلك فقد ألزمت القواعد التنفيذية لحوكمة الشركات مجلس إدارة الشركة بأن يقوم بتعيين مسؤل عن الحوكمة وعلاقات المستثمرين توكل إليه مهمة متابعة وتطبيق مبادئ الحوكمة والرد على استفسارات المساهمين، وتحدد مهامه ومسئوليته ضمن الهيكل التنظيمي للشركة (لمزيد من التفصيل، راجع العدد ٥١٤ الصادر في ١٩ مارس ٢٠٠٧، البورصة المصرية، أخبار وتقارير، قواعد الحوكمة شرط لاستمرار الشركات في البورصة، ص٨).

(٢) Institute of international Finance.

(٣) د/سيد إبراهيم عبد الفضيل، أثر تدفقات رؤوس الأموال الأجنبية، المرجع السابق، ص٣٧٦.

لأزمة هذه الشركة، والتي كانت إحدى المؤسسات الرئيسية التي تمد سوق مشتقات الطاقة بالسيولة من خلال التداول خارج المقصورة، إلى أنها لم تكن مطالبة من الناحية التشريعية بالإفصاح عن المعلومات المتعلقة بحدود المخاطر المصاحبة لعمليات التداول على المشتقات، كما أن سوق المشتقات لم يكن مبنيًا على أسس ومبادئ تيسر الكشف عن تلك المخاطر (١).

ولعل نفس السبب هو الذي أدى إلى أزمة صندوق التمويل LTCM، إذ أظهرت الدراسة التي أجريت لمعرفة أسباب الأزمة التي تعرض لها الصندوق إلى عدم خضوعه للوائح تنظيمية تجبر القائمين على الإدارة على الإفصاح والشفافية فيما يتعلق بالمعلومات المتعلقة بمخاطر التداول في الأسواق المالية. في الواقع إن رقابة الأداء تقتضى التركيز على معايير الإفصاح والشفافية أيا كانت نوعية المساهمين في رأس مال الشركات العاملة (٢). فإدارة الشركة لا بد أن تفصح عن المعلومات التي تمكن المساهمين من أداء الدور الرقابي والحكم على نشاطها وسلامة أداؤها، لا سيما بعد أن تأكد لدى المؤسسات والهيئات الدولية المهتمة بمبادئ الحوكمة أن السبب الحقيقي في حدوث تلك الأزمات يرجع إلى افتراض المشرعين والجهات الرقابية أن المساهمين في هذه الشركات والممارسين لهذه الأنشطة المعقدة على قدر كافٍ من المعرفة وعلى دراية تامة بآليات التعامل بما يسمح لهم بأداء جيد واستغلال وتوجيه أمثل لرأس المال (٣). فالتجربة العملية تؤكد أن الالتزام بالإفصاح

(١) لمزيد من التفصيل حول أنواع المشتقات وأهمها، راجع /حسين عبد المطلب الأسرج، دراسة تحليلية لأسواق الأوراق المالية في الدول العربية، المرجع السابق، ص ٤٠١ وما بعدها.

(٢) فالإفصاح والشفافية، لا سيما بالنسبة للقوائم المالية للشركة، يساعد على تسجيل أسهم الشركة لمعدل دوران مرتفع. هذا ما يؤكد تقرير البورصة المصرية السنوى لعام ٢٠٠٠، بإثباته أن العامل الأساسي في انخفاض قيمة سهم موبينيل هو عدم وجود الشفافية في القوائم المالية للشركة، بالإضافة إلى تراجع نتائجها خلال الربع الأول من عام ٢٠٠٠ مقارنة بالربع الأخير من عام ١٩٩٩ (التقرير السنوى للبورصة، المرجع السابق، ص ٨٦).

(٣) صحيح أن المعلومات المتوافرة لدى هؤلاء المساهمون تعد على قدر كبير من الأهمية لأنها تساعد على اتخاذ القرار المناسب، إلا أنه يتعين عدم إقتصار تلك المعلومات على سيولة الشركات، وإنما لا بد أن تشمل أيضا تلك المتعلقة بإدارة هذه الشركات لما لها من دور بالغ في التأثير على مخاطر الاستثمارات والعائد منها (د/ كريمة محمد الحسيني،

ضروري، أيا كانت الظروف والأحداث، وذلك لأنه يفرض على الإدارة الالتزام بواجباتها، خاصة بعد أن تأكد أنها لا تلتزم إلا إذا أيقنت أن هناك من يراقب أعمالها ويحكم على تصرفاتها ويقيس قوة أداؤها.

بيد أن معايير الإفصاح والشفافية لا تساهم وحدها في حسن الرقابة، وإنما تتوقف هذه الأخيرة أيضا على استخدام الشركة لأساليب محاسبية سليمة. فالاعتماد على أساليب محاسبية معقدة، يؤدي إلى حجب المعلومات، وصعوبة إدراك أو اكتشاف المساهمين والمحللين الماليين للسبل التي تعتمد عليها الشركة في تمويل أنشطتها، هذا فضلا عما قد يخفيه من عدم إبراز لضعف إيرادات الشركة، أو التعرف على عدم قيام الإدارة بتوزيع عناصر المخاطرة<sup>(١)</sup>. هذا ما أبرزته كذلك الدراسات التي أجريت للتعرف على أسباب الأزمات المالية التي تعرضت لها الشركات الأمريكية، وبصفة خاصة شركة إنرون. فلقد أوضحت هذه الدراسات أن من أسباب أزمة الشركة استخدامها لأساليب محاسبية معقدة «الغرض منها حجب وعدم توضيح الإفراط في الاعتماد على الاقتراض لتمويل نشاطها وإخفاء ضعف الإيرادات. وأدى الإفراط في تنفيذ عمليات بالغة التعقيد خارج الميزانية إلى صعوبة إدراكها أو اكتشافها بواسطة المحللين الماليين والمساهمين، وذلك يرجع إلى وجود بعض الثغرات في معايير المحاسبة الأمريكية GAAP في معالجة ومحاسبة الأنشطة التي تنفذ خارج الميزانية. والعكس صحيح تماما بالنسبة لغالبية الدول الأوروبية التي تتبنى المعايير المحاسبية الدولية IAS<sup>(٢)</sup>». كذلك تساهم شركات المراجعة بدور

---

دور الدولة في الأسواق المالية، مجلة مصر المعاصرة، العدد ٤٨١، يناير ٢٠٠٦، ص ٢٥١.

(١) لمزيد من التفصيل حول هذه الجزئية راجع، (CIPE, www.cipe.org) حيث أبرزت الدراسة التي أجراها المركز أن اعتماد الشركات على معايير محاسبية سليمة والاستعانة بمراجعين مستقلين يمكن أصحاب الأسهم والمستثمرين من التعرف على الحقائق والإحاطة بالتفاصيل المالية والعلم بالأرباح وتوزيعها وما يحصل عليه أعضاء مجلس الإدارة من مكافآت. فهذه الاستعانة تعد ويحق تلسكوب المساهمون في ملاحظة إدارة الشركة ومتابعة نشاطها.

(٢) أمجاد شوقي، حوكمة الشركات: سهلة المنال بالنسبة للأسواق المتقدمة ... صعبة المنال بالنسبة للأسواق الناشئة؟ [www.cip.arabia.org/files/html/art0702](http://www.cip.arabia.org/files/html/art0702) ; KENADJIAN P.: L'expérience américaine, art.préc, p.31 et s. أنرمين أبو العطا، حوكمة الشركات .. سبيل التقدم، المقالة السابقة، ص ٣.

فعال في صعوبة إدراك هذه الحقائق، بل وفي حدوث تلك الأزمات، لاسيما عندما تقوم بتقديم الخدمات والاستشارات إلى من تتولى مراجعة حساباتهم من عملاء. هذا ما أبرزته بوضوح أزمة الشركة الأمريكية إنرون، إذ ألفت الضوء على حقيقة العلاقة بين شركات المراجعة وبين ما تعرضت له من أزمة<sup>(١)</sup>، خاصة بعد أن اتضح أن علاقتها بشركات المراجعة استمرت لمدة طويلة (بلغت ستة عشر عاماً) قامت فيها بتقديم الاستشارات والخدمات الأخرى أثناء مراجعتها لدفاتر الشركة<sup>(٢)</sup>.

وهكذا يتضح أن التقدير الجيد والدقيق لأداء الشركة لا يتوقف فقط على إتباعها لقواعد الإفصاح والشفافية، وإنما يتطلب تبني الشركة لمعايير محاسبية سليمة، يستطيع المتعاملون مع الشركة من خلالها تحليل الأداء وتقدير انضباط الإدارة وقياس قوة وسلامة أداء المؤسسة.

## المطلب الثاني مزايا الحوكمة

تحقق الحوكمة العديد من المزايا التي تبرز أهمية اللجوء إليها وتطبيقها على الشركات التجارية. مع هذا فإنه يبرز من بينها أنها تساعد على جذب الاستثمارات سواء الأجنبية أو المحلية، وهو ما يعبر عنه بتوفير مصادر محلية ودولية للتمويل. كما أنها تضمن قدراً ملائماً من الأمان للمستثمرين وحملة الأسهم بما يمكن أن تحققه من ربحية معقولة لهم، في الوقت الذي تحافظ فيه على حقوق الأقلية. هذا فضلاً عن أنها تساعد الشركة على المنافسة المحلية

(١) أمجد شوقي، حوكمة الشركات، المرجع السابق، ص ٢٠١.  
(٢) فهذه الأزمة هي التي دعت إلى القول بضرورة استقلال المراجعين في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث نيهت الأذهان إلى حتمية هذا الاستقلال، والذي تجلى بصورة واضحة في القواعد التي اعتمدت مؤخراً والتي تمنع هؤلاء المراجعين من الاستثمار في الشركات التي يتولون مراجعة حساباتها. فلقد أدركت الدول الصناعية الكبرى وعلى رأسها الولايات المتحدة الأمريكية، أن تقوية المقدررة على التنافس على الصعيدين الدولي والمحلي تعتمد بصورة أساسية على ضبط وإحكام قواعد الحوكمة، وهو الأمر الذي يتأتى من خلال هذه الاستقلالية. ولهذا أصدرت لجان عديدة إرشادات خاصة بهذه

والدولية من خلال تعظيمها للقيمة السوقية للشركة، ومنعها للأزمات المالية نظراً لقوة وسلامة أداء المؤسسة أو الشركة المطبقة لضوابطها.

وهكذا يتضح أن أبرز مزايا الحوكمة هي:

- ١- توفير مصادر للتمويل.
- ٢- تدعيم تنافسية الشركة.
- ٣- ضمان قدر ملائم من الأمان للمستثمرين وحملة الأسهم، وهو ما سنتولى بيانه كل في فرع مستقل.

## الفرع الأول

### توفير مصادر للتمويل

مما لا شك فيه أن حوكمة الشركات تساعد على جذب الاستثمارات الأجنبية والمحلية على السواء. فالحوكمة بما تطبقه من معايير للأداء، تعمل على تحقيق النمو الاقتصادي وترسيخ للأسس الاقتصادية بما يقود إليه ذلك من كسب لثقة المتعاملين في الأسواق وإقدامهم على الاستثمار في الأنشطة التي تقوم بها الشركة المطبقة لهذا النظام. فاعتماد الشركة لضوابط وأسس الحوكمة يمكن المستثمرين من الحصول على ما يضمن لهم عائداً على استثماراتهم، الأمر الذي يوجه ائتمويل إليها بما يوفر للمؤسسة الإمكانات الكاملة لنموها. فأحدى الفوائد الكبرى للحوكمة ليس فقط إتاحة الفرصة الكاملة أمام الشركة للتمويل، وإنما أيضاً إمكانية الحصول عليه من مصادر أرخص.

في الحقيقية إن مصادر التمويل التي توفرها الحوكمة للمؤسسة أو الشركة لا يتوقف على الأموال المحلية والأجنبية التي تجذبها المؤسسة في شكل استثمارات جديدة، وإنما يمكن تحقيقها من خلال العمل على تخفيض تكلفة رأس مال المنشأة<sup>(١)</sup>، أو عن طريق الحد من هروب رؤوس الأموال إلى الخارج، أو من خلال مكافحة الفساد بما يلعبه من دور رئيسي في إعاقة نمو

---

الجزئية لكي تستفيد منها الشركات والمؤسسات المالية. فيدون هذه الضوابط وإحكام تطبيق هذه القواعد تصبح الشركات عبارة عن رأسمالية الملامى.

(١) وهو الأمر الذي يتحقق من خلال الاستخدام الأمثل لرأس المال (د/ كريمة محمد الحسيني، دور الدولة في الأسواق المالية، المرجع السابق، ص ٢٧٧).



الشركة وقدرتها على مواجهة تحديات المنافسة الداخلية والخارجية على السواء.

من الواضح أن توفير مصادر عالية للتمويل يعتمد بصورة كبيرة على السياسات التي ينتهجها مجلس إدارة الشركة<sup>(١)</sup>. فهذا الأخير يعتبر المحرك الرئيسي في نجاح سياسة الحوكمة وتحقيق أهدافها، والتي يُعد من أهمها توفير مصادر متنوعة للتمويل. فمجلس الإدارة هو الجهة التي تهتم برسم السياسات العليا للشركة، كذلك المتعلقة بالأنشطة التي توجه إليها رؤوس الأموال، أو بالمصادر التي تستقطب منها. هذا ما تؤكدته الدراسات المتخصصة، بتقريرها بأن فشل الكثير من الدول في إقامة نظام فعال لحوكمة الشركات يرجع إلى عدم مقدرة مجالس إدارة الشركات الداخلة في هذا النظام في جذب الاستثمارات المحلية والأجنبية كمصادر جديدة لتمويل المشروعات أو الأنشطة التي تقوم عليها تلك الشركات. فمن المعروف أن المستثمرين المحليين والأجانب يقومون بصفة مستمرة بتقييم أداء الشركات التي يرغبون في استثمار أموالهم فيها، ومن ثم فإنهم يحجمون عن الشركات التي يتصف أداؤها بعدم الوضوح وعدم الدراية بالمخاطر السوقية وبطبيعة الأنشطة التي توجه إليها الاستثمارات من قبل مجلس الإدارة.

في الواقع إن العامل الأساسي في نجاح نظام الحوكمة أو خلق نظام فعال لها يتمثل في «خلق بيئة آمنة لنظام مالي فعال يستطيع المستثمرون من خلاله الاطمئنان إلى قنوات توظيف أموالهم، وعليه يمكن تدوير الأموال من قطاعات الفائض إلى قطاعات العجز في إطار نظام مالي فعال يستطيع معالجة توفير الكثير من المعلومات التي يحتاجها المستثمرون وبالتالي انخفاض تكلفة الاستثمار ومن ثم رواج الازدهار الاقتصادي. فعدم وجود نظام مالي فعال يؤدي إلى معاناة الشركات من قلة الفرص الاستثمارية أو عدم المقدرة على تطوير أنظمتها بما يساعد على تقديم خدمات أكثر تطوراً. وغالباً ما يؤدي هذا إلى زيادة احتمال توظيف الموارد في مشاريع أقل إنتاجية وبالتالي التهجيم من

(١) LA PORTA R., LOPEZ DE SILANES F., SHEIFER A. & VISHNY R.: Legal determinants of external finance, the Journal of finance, July 1997, p.1131 et s.

القدرة التنافسية لهذه الشركات أمام المنافسة الأجنبية القادمة من خلال تطبيق اتفاقية تحرير الخدمات المالية<sup>(١)</sup>».

صحيح أن توفير مصادر جديدة ومتنوعة للتمويل لا يعتمد فقط على السياسات التي يتخذها مجلس إدارة الشركة، وإنما يستلزم أيضاً وجود إطار قانوني متكامل سواء من حيث هيكل الملكية أو سياسات توزيع الأرباح أو توجيه الاستثمار أو اختيار أعضاء مجلس الإدارة. مع هذا فإن مجلس إدارة الشركة يلعب دوراً أساسياً ومحورياً في تفعيل نظام الحوكمة وتوفير أكبر عدد من مصادر التمويل، خاصة عندما تتسم السياسة التي ينتهجها بالشفافية والمصادقية وقيامها على حماية حقوق المساهمين. فمجلس الإدارة باعتباره صاحب السلطة الفعلية في الشركة، يستطيع النهوض بالشركة وتوجيه الاستثمارات إليها، أو على العكس الاتجاه بالشركة نحو التدهور والركود، لاسيما عندما تقل درجة الشفافية في المعلومات الصادرة عن الشركة أو عندما ينخفض مستوى الإفصاح عن المعلومات التي تهم المستثمرين والمساهمين والدائنين على حد سواء، أو عندما لا تكون هناك شفافية في القرارات التي تهم هذه الطوائف.

ولقد أكدت الدراسات التي أجريت لإبراز العوامل المؤثرة أو التي دفعت إلى الأزمة المالية للشركات الآسيوية، أن هذه الأزمة لم تكن سوى أزمة ثقة في المؤسسات التي تعرضت لها<sup>(٢)</sup>. فأتجاه مجالس إدارة هذه المؤسسات إلى إخفاء المعلومات عن المساهمين، خاصة تلك المتعلقة بالمبالغ التي حصلت عليها تلك الشركات من السوق قصيرة الأجل، ومحاولة إخفاء ذلك من خلال طرق ونظم محاسبية مبتكرة، هو الذي قاد إلى هذه الأزمة وكشف عن تلك الأهمية التي يمثلها مجلس الإدارة<sup>(٣)</sup>.

(١) د/ تركي الشمري، حوكمة الشركات في دول الخليج العربي، القبس، العدد ١٢٣٣٦، الأربعاء، ٣ أكتوبر ٢٠٠٧، ص ٢؛ قارب أيضاً د/ أحمد يوسف الشحات، الأزمات المالية في الأسواق الناشئة، المرجع السابق، ص ٢٢.

(٢) د/ أحمد يوسف الشحات، الأزمات المالية في الأسواق الناشئة، المرجع السابق، ص ٤٦ وما بعدها.

(٣) راجع تقرير البورصة المصرية، الشركات العائلية تدخل دائرة الحوكمة، العدد ٤٩٥، ٦ نوفمبر ٢٠٠٦، ص ١٣؛ راجع أيضاً:

كذلك يوضح الواقع العملي أهمية الدور الذي يلعبه مجلس الإدارة سواء في مساعدة الشركة على توفير مصادر للتمويل أو في تفعيل وإنجاح نظام الحوكمة. فلقد كشف هذا الواقع عن انخفاض كفاءة وأداء المؤسسات التي تمتلكها الحكومات في معظم الدول. فضعف مجلس إدارة تلك المؤسسات وعدم قدرته على استيعاب السياسات الجديدة في الإدارة والتوجيه يقود دائماً إلى خلق مشاكل عملية كثيرة لهذه المؤسسات تفوق بكثير قدرتها الإنتاجية.

خلاصة القول إذن أن هناك علاقة طردية واضحة بين توفير مصادر تمويل للشركة أو المؤسسة وبين الدور الذي يلعبه مجلس الإدارة في ذلك. فهذا التوفير يعتمد بصفة أساسية على السياسات التي يتخذها مجلس الإدارة وعلى درجة الشفافية والإنصاح، لا سيما في المعلومات والقرارات التي تهم جميع من لهم علاقة بالشركة من مساهمين ودائنين ومستثمرين.

### الفرع الثاني

#### تدعيم تنافسية الشركة

في الواقع إن تطبيق قواعد الحوكمة، أو بمعنى أدق اتجاه الشركات المقيدة في بورصة الأوراق المالية إلى أعمال هذا النظام يهدف إلى تدعيم القوة التنافسية لها<sup>(١)</sup>. صحيح أن هذا الأعمال أو اتجاه تلك الشركات إلى تطبيق هذا النظام يواجه العديد من الصعوبات، أهمها ما تعتبره هذه الشركات من أن هذا التطبيق يعد تدخلاً في سياساتها الإدارية وعلى قدرتها في استقطاب الاستثمارات الأجنبية. مع هذا فإنه على الرغم من تلك الصعوبات، فإن الحوكمة تلعب دوراً كبيراً في اجتذاب تلك الاستثمارات، بما يؤثر بدوره على قدرتها التنافسية في الأسواق المحلية والدولية على السواء. هذا ما تؤكد

---

ANDREW J.: Oil giant bogged down in Siberian intrigue: BP Amoco's stake in sidanco has become a litmus test for foreign investment in Russia, The Financial Times, 20 October 1999 (CIPE, p.20).

(١) راجع التعليق الخاص، بمركز المشروعات الدولية الخاصة CIPE على قضية إفلاس شركة إنرون الأمريكية، لدليل تأسيس حوكمة الشركات في الأسواق الصاعدة، المرجع السابق، ص ٩.

التقارير الصادرة عن مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية UNCTAD، إذ تبرز بوضوح أن المعيار الأساسي في جذب الاستثمارات الأجنبية ودعم الشركات الوطنية على المنافسة والاستثمار يكمن في وجود التنظيمات الإدارية اللازمة كحوكمة الشركات. فالمستثمر الأجنبي قبل أن يقرر أو يقدم على استثمار أمواله في بلد ما أو في شركة ما، فإنه يتأكد من وجود مثل هذه التنظيمات الإدارية من عدمه.

تطبيق الشركات لنظام الحوكمة يساهم بدون شك في زيادة ثقة المستثمر فيها، لما يلعبه هذا التطبيق من إسهام في المشاركة في اقتصاديات السوق الحرة. ولا جدال أن زيادة هذه الثقة تساعد على تدفق الأموال في الشركة بما يترتب على ذلك من حفز لها على التنافس وسعيها وراء الحصول على حصة أكبر في الأسواق.

كما يدعم نظام الحوكمة الشركة على المنافسة من خلال تأهيلها على إدارة المخاطر<sup>(١)</sup>. فإذا كانت كافة المنشآت والمؤسسات تتعرض في ظل نظام العولمة لمخاطر عديدة، فإن انتهاجها لنظام الحوكمة يساعدها على مواجهة تلك المخاطر والتغلب عليها. فالحوكمة تزود الشركة بأفراد مؤهلون لاتخاذ القرارات الرشيدة ومواجهة التحديات العديدة التي تتعرض لها الشركة. ولا شك أن توافر هذه الخبرات يزيد من فرص نجاح الشركة وتطورها وزيادة قدرتها وإقدام المتعاملين عليها.

### الفرع الثالث

#### ضمان قدر ملائم من الأمان للمستثمرين وحملة الأسهم

لا جدال حول وجود علاقة وثيقة بين حوكمة الشركات وأداؤها المالي. فالسياسة التي تتبعها الشركة تؤثر بالضرورة على أدائها المالي وعلى حقوق المساهمين فيها. هذا ما يؤكدته الخبراء الاقتصاديون ورجال المال والأعمال. ففي تصريح للخبير الأمريكي راندولف واليرس أكد على هذه العلاقة الوثيقة

(١) د/ أحمد يوسف الشحات، الأزمات المالية، المرجع السابق، ص ٢٥ وما بعدها، د/ سيد إبراهيم عبد الفضيل، أثر تدفقات رؤوس الأموال الأجنبية، المرجع السابق، ص ٣٧ وما بعدها.

بين حوكمة الشركة وطريقة أدائها المالي وحقوق المساهمين فيها<sup>(١)</sup>. فالحوكمة تساعد الشركة على تحقيق الأرباح وعلى دعم سعر سهم الشركة في السوق المالي وعلى زيادة العائد على رأس المال، فضلاً عن زيادة حصة الشركة السوقية.

من الواضح أن الحوكمة تضمن للمساهمين والمستثمرين حد أدنى من الأمان، نظراً لأنها تعطيهم الحق في امتلاك الأسهم وبيعها وشراؤها، هذا فضلاً عن سهولة الحصول على المعلومات المتعلقة بأنشطة الشركة وحسن مراقبة إدارتها وإمكانية التدخل في الوقت المناسب لتغيير السياسات التي ينتهجها مجلس الإدارة، سواء تمثل ذلك في توجيه نظر الإدارة إلى مخاطر تلك السياسة أو إذا اقتضى الأمر إقالة أعضاء هذا المجلس. فعادة ما تهتم إدارة الشركة بتحقيق مصالحها الذاتية على حساب مصالح حملة الأسهم والسندات<sup>(٢)</sup>. لهذا ينظر إلى الحوكمة باعتبارها الوسيلة أو الأداة التي يمكن من خلالها كبح جماح الإدارة والإقلال من مخالفتها المحتملة وتحقيق نوع من التناغم والانسجام بين مصالح الإدارة ومصالح حملة الأسهم والسندات. فمع إعمال أسس وقواعد الحوكمة تزداد قوة واستقلالية الجمعية العامة، ويتعدى دورها من مجرد المراقبة إلى توجيه الإدارة إلى تحقيق مصالح المساهمين وحملة السندات. ومن ثم لا يكون أمام إدارة الشركة من سبيل سوى العمل على إيجاد أو خلق الاستراتيجيات الجديدة التي تحسن من أداء الشركة وترفع من قيمة أسهمها وتزيد من حصتها السوقية ومدى ربحيتها<sup>(٣)</sup>.

(١) راندولف واليرس، جريدة المستور، العدد ١٥٦٠١، ٢/١٠/٢٠٠٧.

(www.aldustour.com/news/viewoldnews.asp).

(٢) RIVES-LANGE J.-L.: L'abus de majorité, Revue de jurisprudence commercial, n° spécial, 1991, p. 66 et s;  
TRICOT D.: Abus de droit dans les sociétés, abus de majorité et abus de minorité, RTD,com, 1994, p. 618 et s.

(٣) فلقد أكد الخبراء أن الحاجة الأساسية للاتجاه نحو الحوكمة تنبع من ضرورة الفصل بين الملكية والإدارة. فجميع المستثمرون يسمعون إلى الاستثمار في شركات أو مؤسسات مدرة للربح لكي يستفيدوا ويتمتعوا بهذا الربح فيما بعد. مع هذا فإن الكثيرين منهم «لا يجدون الوقت ولا يمتلكون الخبرة اللازمة لتشغيل شركة وضمن الحصول منها على عائد الاستثمار. ونتيجة لذلك يوظف المستثمرون موظفين من ذوي الخبرة في الإدارة لتسيير أعمال الشركة اليومية مع الأخذ في الاعتبار زيادة ربحيتها وتحسين أدائها على

ولقد أبرزت القواعد التنفيذية لحوكمة الشركات التي وضعتها الهيئة العامة لسوق المال أهمية هذه العلاقة بين الحوكمة وبين الأداء المالي وحقوق المساهمين، وذلك ببيانها أن على الشركة إقرار سياسة واضحة بشأن توزيع أرباح الأسهم بما يحقق مصلحة الشركة والمساهمين. وعلى الشركة إطلاع المساهمين على سياستها في توزيع الأرباح وما يجنب منها في صورة احتياطات<sup>(١)</sup>. وعلى الشركة ضرورة القيام بتوزيع أرباح نقدية سنوية على المساهمين، وذلك دون الإخلال بمشروعات التوسع وبما لا يضر بمراكز السيولة الخاصة بالشركة.

## المبحث الثاني أسس الحوكمة

على الرغم من أن قضية حوكمة الشركات تشغل حيزاً كبيراً من كتابات رجال السياسة والاقتصاد ومن تفكير رجال القانون والأعمال، فإن الأسس التي تقوم عليها والتي تسمح بالقول بنجاح تلك التجربة في دولة ما تزال مثار خلاف بينهم. فالبعض ينظر إليها باعتبارها تجسيدا لحقيقة العلاقة بين الشركة وأصحابها، وبالتالي يتعين التركيز على مجموعة الأسس التي تساعد على تعظيم الربحية وقيمة الشركة في الأجل الطويل. بينما يراها آخرون تعبير عن

---

المدى الطويل. غير أن العائق الرئيسي في هذا الموضوع أن المديرين و/أو الإداريين ليسوا هم مالكي الشركة في الغالب وبالتالي لن يتحملوا وطأة ضياع الاستثمارات وفقدان الأرباح في حالة فشل الشركة. ويترتب على ذلك احتمال قيام المديرين و/أو الإداريين بأعمال تخفض من قيمة استثمارات المساهمين، فقد يكونون أقل اهتماماً مما ينبغي في مراقبة عمليات الشركة الداخلية، وقد يغامرون أكثر من اللازم عندما تتعرض مراكزهم للخطر، وقد لا يميلون إلى المغامرة إذا كانت مراكزهم مضمونة. وقد يحاولون دون اندماج الشركة رغم أنه سيعود بالفائدة على المدى الطويل، (...)، وقد يقومون بأعمال تجارية لحسابهم، وهذه التصرفات تؤثر بالسلب على الأداء المالي للشركة وتبرز الحاجة إلى تطبيق حوكمة الشركات

(TIROLE J.: Corporate governance, Econometrica, vol 6, n° 1, January, CIPE, p.12).

(١) هذا ما قرره أيضا المشرع في قانون شركات الأموال في المادتين ٤٠، ٤٢ منه (لمزيد من التفصيل راجع، د/ حسيب فتحى، التنظيم القانوني لشركات المساهمة، بدون دار نشر، ٢٠١٠، ص٢٧٠ وما بعدها).

العلاقات بين مختلف الأطراف. وذلك على عكس اتجاه ثالث ينظر إليها باعتبارها مكون هام من مقومات هيكله البناني المالي العالمي.

وأياً كانت درجة الاختلاف بين هذه الاتجاهات وبصرف النظر عن الوجهة التي ينظر إليها منها، فإن أسس الحوكمة تعد الموضوع الأهم والمحور الأساسي من محاور الحوكمة، وذلك لكونها الأساس الذي يمكن الاستناد إليه لمنع الأزمات المالية. ومن ثم فإنه يتعين النظر إليها باعتبارها أساس نجاح هذا النظام ووسيلة تخطى مرحلة الركود ومكافحة الفساد بما يمثله كل ذلك من إعاقة للنمو.

في الحقيقة إن الأسس والضوابط التي يمكن على هداها قياس ممارسة حوكمة الشركات، أيا كان النظام الذي تنتمي إليه أو السوق الذي تقاس من خلاله، تدور حول ثلاثة معايير هي:

١- حقوق المساهمين.

٢- الإفصاح والشفافية.

٣- مسئوليات مجلس الإدارة.

## الأساس الأول

### حقوق المساهمين

يرى البعض من الفقهاء أن دول النظام اللاتيني هي أقل الدول التي تعطى قوانينها أو أنظمتها الوطنية قدراً من الحماية لحقوق المساهمين والمقرضين مقارنة بالأنظمة القانونية الأخرى، كالنظام الأنجلوأمريكي. فأساس قوانين الشركات في هذا النظام هو القانون الفرنسي المعروف عنه دولياً بأنه يقدم أقل درجة من الحماية للمساهمين مقارنة بنظام القانون الإنجليزي أو الأمريكي أو الألماني. ومن ثم «فإن قانون الشركات المصري (والموضوع وفقاً لهذا النظام) يحظى بترتيب منخفض من ناحية تقديم حماية تتسم بالكفاءة لحقوق المساهمين أو المقرضين<sup>(١)</sup>». وفي سبيل زيادة فعالية تلك الحماية،

(١) د/ سميحة فوزي، حوكمة الشركات في مصر مقارنة بالأسواق الناشئة الأخرى، ص ٣٦٨.

حاول المشرع المصرى الخروج عن أدبيات هذا النظام، بإعداد مشروع لقانون موحد للشركات لكى يحل محل قانون شركات الأموال الحالى رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م بشأن شركات المساهمة والتوصية بالأسهم وذات المسئولية المحدودة، هذا فضلا عن التعديلات المستمرة لقانون سوق رأس المال والتي تهدف إلى وضع الأطر القانونية التى تكفل حماية حقوق أقلية المساهمين، وإصدار قانون الإيداع والقيود المركزى للأوراق المالية رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠.

ولقد فعلت الهيئة العامة لسوق المال، بقرار مجلس إدارتها رقم ١١ لسنة ٢٠٠٧، هذا الاتجاه المتنامى من المشرع نحو تحقيق حماية لحقوق المساهمين تتسم بالكفاءة والفعالية، وذلك بتقنينها لهذا الأساس أو الضابط فى القواعد التنفيذية لحوكمة الشركات المرفقة بهذا القرار كالتزام مفروض على عاتق الجمعية العامة. هذا ما تبرزه بوضوح المادة ٣-١-٢ من تلك القواعد التنفيذية بنصها على أن «تتيح الشركة كافة المعلومات التى تمكن المساهمين من مباشرة حقوقهم كاملة. ويجب أن تكون هذه المعلومات وافية ودقيقة، وتتاح هذه المعلومات للمساهمين بطريقة منتظمة وفى المواعيد المحددة. ولا يجوز التمييز بين المساهمين من حيث المعلومات المتاحة لهم»<sup>(١)</sup>.

ومن هذا النص يتضح أن أهم ضوابط حوكمة الشركات هو العمل على حماية حقوق المساهمين، وبصفة خاصة حقوق الأقلية<sup>(٢)</sup>، والتي عادة ما تهدر من خلال سيطرة بعض المساهمين على مجالس إدارات الشركات<sup>(٣)</sup>، ومن ثم

(١) ولا شك أن حقوق المساهمين يمكن إجمالها فى «أمن ملكية الأسهم، والحق فى الإفصاح التام عن المعلومات، وحقوق التصويت، والمشاركة فى قرارات بيع أو تعديل أصول الشركة بما فى ذلك الدمج، والمسائل المتعلقة بالأسهم الجديدة، وحماية أصولها [www.oecd.org](http://www.oecd.org)»؛ د/ماجدة شلبى، تطور أداء سوق الأوراق المالية، المرجع السابق، ص ٤٥.

(٢) راجع مبادئ منظمة التعاون الاقتصادى والتنمية حول حوكمة الشركات، اذ تبرز أن من أهم احتياجات سوق الأوراق المالية الجيدة قوانين لحماية حقوق الأقلية من المساهمين (oecd، المرجع السابق، صه وما بعدها).

(٣) مع هذا يتعين القول بأن الأقلية قد تتصرف أيضاً ضد مصلحة الشركة. فليست الأغلبية وحدها هى التى تسعى إلى تحقيق مصالحها الشخصية دون مراعاة لمصلحة الشركة وبقي الشركاء، ولكن قد تميل الأقلية أيضاً إلى تحقيق مصالحها الخاصة على حساب الشركاء الآخرين. هذا ما يبرزه بوضوح حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ٩ مارس ١٩٩٣م فى دعوى Flandin، حيث قررت المحكمة أن ما بدر من أقلية الشركاء يبرهن على تصرفهم ضد المصلحة العامة للشركة، وذلك من خلال منعهم



السيطرة على الشركة بما يستتبعه ذلك من إغفال لحقوق تلك الطائفة<sup>(١)</sup>. فإذا

لتنفيذ عملية جوهرية بهدف تحقيق مصلحتهم الخاصة والإضرار بمجموع الشركاء الآخرين، ولقد جاء حكم المحكمة على هذا النحو:

Il y a abus de minorité lorsque l'attitude d'un associé est contraire à l'intérêt général de la société en ce qu'il interdit la réalisation d'une opération essentielle pour celle-ci et dans l'unique dessein de favoriser ses propres intérêt au détriment de l'ensemble des autres associés (Revue des sociétés, 1993, note philippe MERLE, p.; MARIN J.C.: La mission du juge dans la prévention des abus, Revue de jurisprudence commercial, 1991, p. 112 et s.

مع هذا فإنه يصعب على أقلية الشركة عرقلة نشاط الشركة أو التصرف ضد مصلحتها العامة، وذلك على عكس الأغلبية التي تملك سلطة اتخاذ القرارات المتعلقة بالشركة، ومن ثم التصرف في الاتجاه الذي يحقق مصلحتها الخاصة، دون التفات إلى المصلحة العامة للشركة أو الشركاء. فالسلطة التي تتمتع بها الأغلبية من شأنها توجيه قرارات لتحقيق بعض المميزات لهم والإضرار بحقوق باقي المساهمين أو الإضرار بمصلحة الشركة. هذا ما يبرزه حكم محكمة استئناف باريس الصادر في ١٣ نوفمبر ١٩٨٠، حيث أبطلت المحكمة القرار الذي اتخذته الجمعية العامة للمساهمين لصنوده لتحقيق مصلحة الأغلبية على حساب المصلحة العامة للشركة (RTD.com، ١٩٨٢، ص ٢٥٧ وما بعدها). وهو الأمر الذي أكدت عليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٦ يونيو ١٩٩٠م، حيث أبرزت أن القرار الصادر من أغلبية المساهمين لم يكن المقصود منه تحقيق مصلحة الشركة، بقدر ما أريد به المصلحة الخاصة، والدليل على ذلك أنه قد تم تزييف الأصوات لإظهار صحة مداوات الجمعية العامة (مجلة الشركات، ١٩٩٠، ص ٦٠٧ تعليق Y.CHARTIER)

(١) هذا ما أكده مركز المشروعات الدولية الخاصة CIPE، بتقريره في دليل تأسيس حوكمة الشركات في الأسواق الصاعدة أن حوكمة الشركات تقتضى في تلك الأسواق ما هو أبعد من حل المشاكل الناجمة عن الفصل بين الملكية والإدارة. فتلك الأسواق تتعرض بصفة مستمرة لمسائل مثل الإساءة إلى الأقلية من حملة الأسهم، والإخلال بالتعاقدات، وانخفاض الأصول، والتعامل الذاتي. وكلها تصرفات تمضى دون أدنى عقاب، وذلك لافتقار هذه الأسواق للمؤسسات السياسية والاقتصادية اللازمة لتحقيق الديمقراطية ووظائف السوق رغم أهميتها الشديدة والملحة، والتي لا يمكن أن تأتي الحوكمة بثمارها في ظل غيابها وصياغتها لإرشادات واضحة وديققة لإدارة الشركات من الداخل (المرجع السابق، ص ١٣). فمن متطلبات الحوكمة الاهتمام بحماية حقوق الأقلية من حملة الأسهم. لهذا جاء مبدأ المساواة في التعامل بين جميع المساهمين من تلك المبادئ التي وضعتها منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية لصياغة نظام حوكمة الشركات. وفي الحقيقية إن هذا المبدأ يقوم على وضع إطار يمكن من خلاله منع المطلعين والمديرين والتنفيذيين من استغلال وظائفهم. فالإتجار على حساب مصالح الأقلية مرفوض نهائياً، وعلى المديرين الإفصاح الكامل عن المصالح المالية المتعلقة بالصفقات التي تبرمها الشركة أو في سبيل الإقدام عليها. (حول حماية حقوق أقلية

كان تطبيق مفاهيم الحوكمة منوط بضرورة إحداث تفعيل كامل وشامل في مفاهيم الإدارة، فإن نجاح إدارة الشركات في حماية حقوق المساهمين يقتضى تفهم القائمين على الإدارة بأنهم يقومون بتلك المهمة بتفويض من المساهمين، الأمر الذى يستلزم عدم تجاوز السلطات الممنوحة لهم والتزوي في القرارات المتخذة، وعدم الخلط بين مهام ومسئوليات أعضاء مجلس الإدارة. ولا شك أن حسن هذا الأداء يساعد إلى حد كبير على تحقيق الأهداف المرجوة ورعاية حقوق المساهمين. فهذا الأداء الجيد والتعاون المثمر يعد من الدعائم الأساسية فى أسلوب تقييم أداء الإدارة العليا ومدى اتجاهها إلى ضمان حقوق المساهمين. فحسن أداء المهام المكلف بها كل فريق وتفهم كل فرد لمهامه، بل ومعرفته لمهام الآخر يساعد على وضع السياسات والإجراءات اللازمة لضمان حقوق المساهمين.

## الأساس الثانى الإفصاح والشفافية

بادئ ذى بدء يمكن القول بأن الإفصاح Déclaration و الشفافية Transparence يعدا من أهم المبادئ، أو بمعنى أدق من أهم الأسس، التى يقوم عليها نظام الحوكمة. فهذا الأساس يعد حجر الزاوية فى مقومات نجاح هذا النظام، لما يؤديه الالتزام بهذا المبدأ من دور فى توفير المعلومات التى يحتاجها المساهمون والمستثمرون والهيئات الخارجية والتى على أساسها يتخذ هؤلاء قراراتهم<sup>(١)</sup>. فما يوفره هذا المبدأ من معلومات لكل الجهات يشكل جزءا كبيرا

---

المساهمين فى القانون الفرنسى وقانون الشركات المصرى، راجع د/أحمد بركات مصطفى، حماية أقلية المساهمين فى شركات المساهمة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، ص ٢٩ وما بعدها.

(١) لهذا يشترط أن تكون المعلومة التى تعطى للجمهور صحيحة ومحددة وغير خادعة. أما إذا فقدت المعلومة إحدى هذه الصفات الثلاثة، كان ذلك دليلا واضحا على تضليل جمهور المتعاملين من ناحية، وانتهاكاً صريحا للنصوص القانونية من ناحية أخرى (MAQUIL M.: La bourse, garante de la transparence des marchés financiers, www.google.com, p.1 et s ; ARCHAMBAULT F. : L'information n'est pas un jeu, c'est une responsabilité, GAZ.Pal,

فى اتخاذ القرارات المتعلقة بالانضمام إلى الشركة أو شراء أسهمها أم لا. لهذا زاد الاهتمام بهذا المبدأ، سواء على المستوى الوطنى أو الدولى، لما يلعبه من دور فعال فى نجاح أسواق المال وفى نهضة الشركات، أو على العكس انهيار الأولى وإفلاس الثانية.

بيد أن هذا الدور المؤثر لهذا الأساس لا يعنى إعطاء الحق للمساهمين والمستثمرين والمتعاملين بالسوق فى الإطلاع على كافة المعلومات الخاصة بالشركة<sup>(١)</sup>. فالالتزام بالشركات بالإفصاح والشفافية وما يترتب عليهما من توفير للمعلومات المتعلقة باستثمارات الشركة ونشاطها ليس التزاماً مطلقاً، وإنما التزام مقيد بالأ يكون من شأن هذه المعلومات الإضرار بمصالح الشركة أو المصلحة العامة، أو الإخلال بمصلحة المستثمرين.

فالالتزام بالإفصاح والشفافية هو التزام عام على كافة الشركات المصدرة للأوراق المالية، كما أنه حق لجميع المساهمين والمستثمرين والجهات الرقابية كالبورصة والهيئة العامة للرقابة المالية. لهذا ألزم المشرع الشركات بضرورة تقديم المعلومات بصورة دورية إلى تلك الجهات وإلى المساهمين وإلى الجمهور حتى يمكنه الاستفادة منها. وعليه يثير هذا الالتزام التساؤل حول مضمون هذا الأساس وكيفية متابعة التزام الشركات بقواعد الإفصاح والشفافية.

#### ١- مضمون الإفصاح والشفافية

فى الحقيقة إن التزام الشركات المصدرة للأوراق المالية بالإفصاح والشفافية يمثل العمود الفقرى لسوق تلك الأوراق، حيث تقاس كفاءة سوق الأوراق المالية بما يتم إصداره من نشرات يومية وأسبوعية وشهرية وسنوية

---

8 mai 1993, p.566, où il décide que " l'informateur financier oeuvre estentiellement au profit des actionnaires et des investisseurs, afin de donner une information nette, claire et conforme à la loi".

(١) هذا ما قرره Michel MAQUIL عند تعريفه للشفافية بأنها

La capacité de pouvoir accéder à toutes les informations essentielles, propres à une activité determine (la bourse, garante de la transparence, art.préc, p.1).

تتضمن معلومات عن حجم التداول ومؤشرات الأسعار والتعريف بالفرص الاستثمارية المتاحة فيها<sup>(١)</sup>.

ويقصد بهذا المبدأ توفير الشركة للمعلومات والتقارير التي تمكن الأشخاص والهيئات من معرفة المركز المالي الحقيقي للشركة والذي على أساسه يمكنهم تحديد موقفهم من الشركة حالياً ومستقبلاً، مع احتفاظ الشركة بحقها في حجب ما تراه ضرورياً منها لعدم الإضرار بالشركة أو بمركزها المالي أو بمصلحة الشركاء أو المساهمين فيها<sup>(٢)</sup>. هذا ما أبرزته بوضوح المادة ٣٠١ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م بتقريرها مثل هذه الإجازة وذلك الحجب. فلقد أجازت هذه المادة للمساهمين والشركاء الإطلاع على سجلات الشركة فيما عدا الدفتر الذي تدون فيه محاضر مجلس الإدارة والدفاتر المحاسبية للشركة، هذا فضلاً عن الإطلاع على ميزانيات الشركة وحسابات أرباحها وخسائرها وتقارير مراقبي الحسابات عن الثلاث سنوات المالية السابقة على السنة التي يتم فيها الإطلاع<sup>(٣)</sup>. كل هذا مشروط بالألا يؤدي الإطلاع على ما ورد بالأوراق والمستندات من بيانات الإضرار بمركز

(١) / حسين عبد المطلب الأسرج، دراسة تحليلية لأسواق الأوراق المالية، المرجع السابق، ص٣٦٦؛ قارب أيضاً د/ عصام حنفي محمود، التزام الشركات بالشفافية، المرجع السابق، ص٣٠٠.

(٢) راجع د/ صالح البريري، الممارسات غير المشروعة في بورصة الأوراق المالية، دراسة قانونية واقتصادية مقارنة، مركز المساندة القانونية، القاهرة، ٢٠٠١، ص١٨،

Voir aussi, GERMAIN M.: Transparence et information, petites affiches, 19 nov, n° 139, 1997 ; DANG-TRAN M.-Ch. : le contrôle de l'information financière en France, petites affiches, 16 octobre, n°124, 1998, p.17, où elle decide que le document d'information doit comprendre toutes les informations necessaries aux investisseurs pour fonder leur jugement sur le patrimoine, l'activité, la situation financière, les résultats et les perspectives de l'émetteur.

(٣) د/ حماد مصطفى عزب، حق المساهمين في الإعلام، المرجع السابق، ص٩ وما بعدها.

الشركة أو بالغير. ويتم الإطلاع من خلال المساهمين والشركاء أو عن طريق اصطحابهم لخبراء من المحامين أو المحاسبين<sup>(١)</sup>.

ولقد أكدت المادة السادسة من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م بشأن سوق رأس المال على هذا الالتزام بنصها على ضرورة قيام كل شركة تطرح أوراقاً مالية للاكتتاب العام بتقديم تقارير نصف سنوية إلى الهيئة عن نشاطها ونتائج أعمالها، على أن تتضمن تلك التقارير البيانات التي تصح عن المركز المالي الصحيح لها. ولا شك أن هذا الإفصاح يساعد إلى حد كبير في استقرار سوق رأس المال، لما يؤدي إليه ذلك من تأكيد الجهات الرقابية من أن التقارير والبيانات المقدمة مطابقة للحقيقة وتعتبر عن المركز الواقعي للشركة<sup>(١)</sup>. فمن أهم أهداف هذا التقديم والإفصاح هو تأكيد الجهات الرقابية من قيام الشركات بعمليات إفصاح كاملة وحقيقية لجميع البيانات والمعلومات التي تعبر بصدق

(١) د/ سميحة القليوبي، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، ١٩٨٩م، بند ٤٤٣، ص ٦٧٧. ويسمى هذا بحق الإطلاع وهو من الحقوق التي حرصت قواعد السلوك وآداب المهنة على إقرارها. فنظراً لأهمية المعلومات ودقتها حرصت الهيئات الدولية المهتمة بأسواق رأس المال على وضع تشريع دولي لسلوك وآداب المهنة يتضمن كافة التوجيهات والقرارات الخاصة بسوق رأس المال وإدارتها والرقابة عليها. ولقد نشأ عن هذا التشريع ما يسمى بنظام المساهم، وهو نظام يتضمن كل ما يتعلق به من حقوق، وما يرتبط به من مزايا والتزامات، كحقه في المشاركة في مداوات ومناقشات الجمعية العامة، وحقه في الإطلاع، والذي يتطور «يوماً بعد يوم مع ظهور الأسواق الجديدة واختلاف النظم المحاسبية الكلاسيكية. فالحق في الحصول على المعلومات أصبح من الأهمية بحيث يتحكم في حياة المشروع، خصوصاً وأن النظم المحاسبية والهيئات المالوية الحديثة أصبحت تمثل إشكالية أكثر تعقيداً عن ذي قبل مما يقتضى إعلام المساهمين بصفة مطردة ومتنامية (د/صالح البربري، الممارسات غير المشروعة في بورصة الأوراق المالية، المرجع السابق، ص ٢٢)». كما أعطى المشرع المصري الحق في الإطلاع على الوثائق والسجلات والحصول على البيانات لكل ذي مصلحة. هذا ما تقرره صراحة المادة ٧٠ من قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م بنصها على أنه «لكل ذي مصلحة طلب الإطلاع لدى الهيئة على الوثائق والسجلات والمحاضر والتقارير المتعلقة بالشركة والحصول على البيانات أو صورة منها مصدق عليها، وذلك مقابل خمسين جنيهاً عن كل وثيقة أو بيان في حالة الإطلاع ومائة جنيه عن كل صورة». هذا ويقدم طلب الإطلاع أو الحصول على صور من الوثائق أو البيانات إلى الهيئة مرفقاً به ما يفيد دفع المبلغ المقرر على أن يبين في الطلب صفة مقدمه والوثيقة أو البيان الذي يطلب الإطلاع عليه أو الحصول على صورة منه والغرض المراد استخدامه فيه (م/٧١ من القانون ٩٥ لسنة ١٩٩٢م).

عن نتائج الأعمال وحقيقة مركزها المالي، خاصة مع إعطاء القانون الحق لكل ذى مصلحة من المساهمين والشركاء والغير فى الإطلاع لدى الهيئة العامة لسوق رأس المال أو لدى الإدارة العامة للشركات على الوثائق والسجلات والمحاضر والتقارير المتعلقة بالشركة، هذا فضلا عن الحصول على صور منها<sup>(٢)</sup>. هذا ما تبرزه بوضوح المادة ٣٠٢ من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م بنصها على أن «يكون لكل ذى مصلحة من المساهمين أو الشركاء أو غيرهم الإطلاع لدى كل من الهيئة العامة لسوق المال أو الإدارة العامة للشركات على الوثائق والسجلات والمحاضر والتقارير المتعلقة بالشركة وذلك مقابل رسم عن كل وثيقة يتم الإطلاع عليها، ويجوز الحصول على صورة من الوثائق وغيرها مما سبق نظير رسم عن كل وثيقة». فى الواقع إن الإفصاح والشفافية بما يوفرانه من معلومات وبيانات يُعدان من الدعائم الأساسية التى تقوم عليها حوكمة الشركات. فهذا المبدأ لا يعد من وسائل الترفيه أو الدعاية التى تعتمد عليها الشركة فى تدعيم مركزها المالي وجذب المستثمرين إلى مجال الأنشطة التى تقوم بها، وإنما يمثل وبحق ضرورة من ضرورات الأنشطة الاقتصادية والتجارية، خاصة تلك التى يتم منها داخل أسواق الأوراق المالية<sup>(٣)</sup>. فالدور الذى يؤديه هذا المبدأ، وتمثيله لهذه الضرورة، يرجع إلى أهمية المعلومات والبيانات التى يوفرها فى تهيئة المناخ المناسب داخل الأسواق بما تخلقه من مكاشفة حقيقية لحجم الأنشطة التى تقوم بها الشركة ورؤيتها المتوقعة للمستقبل، اعتمادا على أسس سليمة وتقييم حقيقى لأصول الشركة<sup>(٤)</sup>. فالسعى الدائم من قبل المستثمرين والمتعاملين فى

(١) DANG-TRAN M.-Ch.: le contrôle de l'information financière, art.préc, p.19.

(٢) هذا وقد حلت محلها الهيئة العامة للرقابة المالية بمقتضى القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٩ (م ٣).

(٣) RONALD. F.: Ethics and corporate governance, an Australian Handbook, University of New South Wales, Press, LTD, 2000, p. 17 et s ; ARCHAMBAULT F. L'information n'est pas un jeu, art.préc, p. 554 et s.

(٤) VIANDIER A.: Sécurité et transparence du marché financier, commentaire des titres 1 et 2 de la loi du 2 août 1989, JCP, éd G,

مجال المال والأعمال وراء المعلومات الصحيحة عن الشركة يلزم هذه الأخيرة ويفرض على الجهات الرقابية الاهتمام الدائم بأن تعبر التقارير والقوائم الصادرة بصدق عن المركز الحقيقي للشركة، على نحو يمكن هؤلاء المتعاملين من تقدير المخاطر والمزايا التي يمكن أن تحقّق باستثماراتهم<sup>(١)</sup>.

لهذا ذهب البعض وبحق إلى القول بأنه يتعين على الشركات الداخلة في نظام الحوكمة، وتلك التي تريد أن تحصل على رأس المال أو أن تزيد من رؤوس الأموال اللازمة لإدارة أنشطتها أو التوسع فيها، الاهتمام بالمعلومات الصحيحة التي تشغل بال وفكر المستثمرين والمساهمين والراغبين في التعامل في سوق الأوراق المالية لما تمثله هذه المعلومات من أهمية وتلعبه من دور في توفير المناخ الملائم داخل سوق الأوراق المالية أو في نطاق الحياة الاقتصادية والتجارية بصفة عامة<sup>(٢)</sup>.

## ٢- متابعة التزام الشركات بالإفصاح والشفافية

في الواقع يقع الالتزام بمتابعة الشركات بالقيام بعمليات الإفصاح والشفافية على عاتق الهيئة العامة للرقابة المالية. فهي التي تقوم بمراقبة وتقدير المعلومات والبيانات التي تقدمها الشركات التجارية سواء عن نتائج أعمالها أو عن حقيقة مركزها المالي، كما تتابع الإجراءات التي تتخذها تلك الشركات أو تقدم عليها، إما بهدف الإضرار بالسوق أو بغرض السيطرة والاستحواذ. هذا ما تبرزه بوضوح المادتين ٦ ، ٨ من قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م، حيث تبين المادة السادسة الكيفية التي يمكن من خلالها لهذه الهيئة متابعة الالتزام بالإفصاح والشفافية، في حين توضح المادة الثامنة كيفية متابعة السبل التي تتخذها الشركات بغرض السيطرة والاستحواذ.

---

n° 49, 1989, 3420 ; MOURRE A.: La sécurité et la transparence du marché financier, Gaz pal, n° 133, mai 1990, p.2 et s.

(١) PAGE A.-C. & FERGUSON R.-B.: Investor protection, op. cit, p.45 et s.

(٢) د/ عاطف وليم اندراوس، السياسة المالية وأسواق الأوراق المالية، المرجع السابق، ص.٥٠ وما بعدها؛

ARCHAMBAULT F.: L'information n'est pas un jeu, art.préc, p.566.

فلقد ألزمت المادة السادسة كل شركة تطرح أوراقاً مالية فى اكتتاب عام بأن تقدم إلى الهيئة تقارير نصف سنوية عن نشاطها ونتائج أعمالها، على أن تتضمن هذه التقارير البيانات التى تفصح عن المركز المالى الصحيح لها. هذا وتُعد الميزانية وغيرها من القوائم المالية للشركة طبقاً للمعايير المحاسبية ولقواعد المراجعة التى تحددها أو تحيل إليها اللانحة التنفيذية. وتخطر الهيئة بالميزانية والقوائم المالية وتقريري مجلس الإدارة ومراقب الحسابات عنها قبل شهر من التاريخ المحدد لانعقاد الجمعية العامة.

ومن هذا النص يتضح أن وسائل الرقابة التى قررها المشرع للهيئة تتمثل فى الميزانية والقوائم المالية وتقريري مجلس الإدارة ومراقب الحسابات. فهذه السبل هى التى تزود الهيئة بالمعلومات الصحيحة عن حقيقة المركز المالى للشركة وعن حجم الأنشطة التى تقوم بها ونتائجها عن فترة زمنية محددة.

وللهيئة العامة للرقابة المالية فحص هذه التقارير وتلك القوائم للتأكد من صحة البيانات والمعلومات الواردة بها، ولها أن تقوم بعملية الفحص بنفسها أو أن تكلف جهة متخصصة بها، على أن تقوم الهيئة فى جميع الأحوال بإبلاغ الشركة بنتيجة الفحص، لإعادة النظر فى هذه التقارير لتتوافق مع هذه النتيجة. فإذا لم تستجيب الشركة وتعديل ما ورد فيها من بيانات، التزمت بنفقات نشر الهيئة لهذه التعديلات. ويتم النشر فى صحيفتين يوميتين صباحيتين واسعتى الانتشار، إحداها على الأقل باللغة العربية<sup>(١)</sup>. كذلك أوجبت المادة السادسة على كل شركة تواجه ظروفاً جوهرية تؤثر على نشاطها أو مركزها المالى أن تفصح عن ذلك فوراً وأن تنشر عنه ملخصاً وافياً فى صحيفتين يوميتين صباحيتين واسعتى الانتشار، إحداها على الأقل باللغة العربية.

كما أنطت المادة السابعة من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م بمراقبى الحسابات موافاة الهيئة بما تتطلبه من بيانات ووثائق للتحقق من صحة البيانات الواردة بنشرات الاككتتاب والتقارير الدورية والبيانات والقوائم المالية للشركة. ولقد عاقبت المادة ٦٥ من قانون سوق رأس المال من يخالف الالتزامات التى تقرها هاتان المادتان بالحبس وبالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين وذلك

(١) مادة ٦ من قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.



بنصها على أنه «مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها في أى قانون آخر يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تزيد على خمسين ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من خالف أحكام المواد رقم ٦ ، ٧ ، ١٧ ، ٣٣ ، ٣٩ ، والفقرة الثانية من المادة ٤٩ من هذا القانون».

كذلك عاقبت المادة ٦٣ من قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م بالحبس لمدة لا تزيد على خمس سنوات، وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تزيد على مائة ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أثبت عمداً في نشرات الاكتتاب أو أوراق التأسيس أو الترخيص أو غير ذلك من التقارير أو الوثائق أو الإعلانات المتعلقة بالشركة بيانات غير صحيحة ومخالفة لأحكام هذا القانون أو غير في هذه البيانات بعد اعتمادها من الهيئة أو عرضها عليها.

وأخيراً تقدم المادة الثامنة من قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م إحدى السبل التي تمكن الهيئة من التأكد من قيام الشركة بواجب الإفصاح والشفافية من عدمه، وذلك بإلزامها لكل من يرغب في عقد عملية يترتب عليها تجاوز ما يملكه ١٠% من الأسهم الاسمية في رأس مال إحدى الشركات التي طرحت أسهما لها في اكتتاب عام أن يخطر الشركة قبل عقد العملية بأسبوعين على الأقل. وعلى الشركة خلال أسبوع من تاريخ إخطارها بذلك أن تبلغ به كل مساهم يملك ١% على الأقل من رأس مال الشركة. ويترتب على مخالفة هذه الأحكام إلغاء العملية دون إخلال بمعاملة المتسبب عن هذه المخالفة. وتسرى الأحكام السابقة في حالة عقد عملية يترتب عليها تجاوز ما يملكه أحد أعضاء مجلس إدارة الشركة أو أحد العاملين بها من أسهم اسمية ٥% من رأس مال الشركة<sup>(١)</sup>.

(١) في الحقيقة إن ما تقدمه هذه المادة من أداة بيد الهيئة العمة للرقابة المالية للرقابة على التزام الشركة بواجب الإفصاح والشفافية يعبر بوضوح عن أهمية هذا الالتزام في حسن تنظيم سوق رأس المال. مع هذا فإن تلك المادة تمد نطاق الالتزام بالشفافية والإفصاح إلى طائفة معينة من المساهمين بحسب ما يملكونه من أسهم في رأس مال الشركة. فالالتزام بالمساهمين بالإفصاح والشفافية يتوقف على نسبة الأسهم التي يحوزونها من أسهم الشركة. هذا ما تبرزه هذه المادة من قانون سوق رأس المال، بالإضافة إلى نص المادة ٦١ مكرر (٤) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال،

مع هذا فإن ما قرره المشرع من نصوص تلزم الشركات بنشر البيانات والمعلومات التي تمكن المستثمرين والمساهمين من الاتجاه نحو الاستثمار في مجال الأوراق المالية، لم ترقى بعد إلى الحد الذي يساهم بشكل فعال في تطوير الأداء أو في زيادة النشاط. ولعل السبب الرئيسي في ذلك يرجع إلى عدم إجبار تلك الشركات بضرورة التخلي عن مبدأ السرية في نشر البيانات التفصيلية المتعلقة بالأحداث الكبرى ذات المردود السلبي أو الإيجابي على مركز الشركة المالي أو حجم الأنشطة التي تقوم بها. يضاف إلى ذلك أنه لم يتم الارتقاء بعد «بمستويات الإفصاح المطلوبة من الشركات المسجلة بالسوق، بحيث لا تتف عند حدود تقديم بيانات محاسبية صماء بلا أى دلالة، بل تتعدى ذلك إلى تحليل مؤشرات أداء الشركات وحصتها في السوق وإمكانيات التوسع والنمو والمخاطر التي تتعرض لها، وغيرها من البيانات اللازمة لحماية المستثمرين»<sup>(١)</sup>.

والتي تلزم المساهم الذي يمتلك نسبة ١٥% فلكثر من أسهم الشركة بالإفصاح على النحو التالي:

يقوم من يرغب في شراء نسبة ١٥% فلكثر من أسهم إحدى الشركات التي تساهم فيها الدولة أو شركات قطاع الأعمال العام أو شركات القطاع العام بإخطار الهيئة والبورصة برغبته في الشراء وبالثمن الذي يرغب الشراء به ومدة سريان العرض، وأن يضمن عرضه شراء نسبة لا تقل عن ٢٥% من الأسهم التي يتناولها العرض من أشخاص القطاع الخاص. فإذا لم يبلغ ما يقبلون بيعه تلك النسبة، كان له استكمال الشراء من غيرهم. أما إذا تجاوز ما يقبلون بيعه عدد الأسهم المطلوبة منهم، تعين الشراء من كل منهم بنسبة ما قبل بيعه إلى مجموع عدد الأسهم المعروض شراؤها من القطاع الخاص. وعلى الرغم من أن الالتزام بالإفصاح والشفافية قد ورد بشأن عروض الشراء وليس عروض البيع، مع هذا فإن الهدف من ورائه يقتضى امتداده أيضاً إلى عروض البيع. فإذا كانت الهيئة العامة لسوق المال أكدت على أن الهدف من الإفصاح عند تملك تلك النسبة من رأس المال هو التأكيد على وجود معلومات محددة عن كيفية توزيع رأس المال الخاص بالشركات المقيدة وأن نشر هذه المعلومات يساعد في تدعيم مبدأ شفافية الأسواق المالية، فإن الأمر يقتضى الالتزام بهذه القواعد طالما وصلت النسبة التي يمتلكها المساهم الحد المطلوب دون النظر إلى طريقة الحصول عليها بيعاً أم شراءً (د/ صالح البربري، الممارسات غير المشروعة، المرجع السابق، ص١٠٢).

(١) / سعيد رمضان عرفه، الرقابة على سوق رأس المال وأثرها على استقرار ونمو السوق (دراسة حالة لمصر)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة الزقازيق، ٢٠٠٧، ص١٢٣.

في الحقيقية إن التزام الشركات بالإفصاح والشفافية يتوقف على الدور المنوط بالجهات الرقابية القائمة على إدارة أسواق الأوراق المالية. فإذا كان المشرع قد أوجب على الشركات المقيدة بسوق الأوراق المالية الإعلان عن البيانات والمعلومات والإجراءات التي تتخذها في الوقت المحدد ولجميع المتعاملين، فإن أداء هذا الالتزام، دون زيادة أو نقصان، يتوقف على قيام الجهات الرقابية بمهامها وحسن أدائها لدورها الذي رسمه المشرع<sup>(١)</sup>. ولا خلاف أن القيام بهذه المهام وأداء هذا الدور يمكن تحققه من خلال القيام بإجراءات:

الأول : التأكد من أن القوائم المالية والتقارير التي تقدمها الشركات قد تمت طبقاً للمعايير المحاسبية الدولية ولقواعد المراجعة المتعارف عليها<sup>(٢)</sup>. فإعمال هذه المعايير يدعم من كفاءة الإدارة المالية، كما أنه يساعد على توفير

(١) بل إن البعض يرى أن تدعيم الإفصاح والشفافية في سوق الأوراق المالية يمكن أن يتم من خلال استمرار تحديث وتطوير موقع البورصة المصرية على شبكة الإنترنت بالإمكانيات اللازمة لإمداد المشاركين بكافة المعلومات الفورية، وبالعامل على ربط البورصة المصرية بالقرن الصناعي المصري لسرعة نشر المعلومات عن السوق وتوظيفه في العمل على توسيع دائرة المتعاملين بالبورصة، والتوسع في إنشاء شركات نشر المعلومات التي تساهم فيها البنوك وشركات التأمين والمؤسسات المالية العاملة بالسوق مع تقديم جميع التيسيرات لها من جانب هيئة سوق المال والوزارات في الجهات المعنية، وأخيراً يتمتع القائمين على سوق الأوراق بمرونة عالية من أجل الاستجابة للتطورات والمتغيرات الجديدة داخل السوق وخارجه بهدف تحقيق التوازن عبر القنوات الإذارية المختلفة من جهة وحمايته من أية هزات أو ضربات يمكن أن تنتقل إليه من الخارج من جهة أخرى (أ/حسين عبد المطلب الأسرج، آليات تفعيل البورصة المصرية لتنمية الادخار، مجلة مصر المعاصرة، العدد ٤٧٧/٤٧٨، يناير - أبريل ٢٠٠٥، ص ٥٦٠).

(٢) قارب من هذا، د/صالح البربري، الممارسات غير المشروعة في بورصة الأوراق المالية، المرجع السابق، ص ٨٢، حيث يشير إلى أهمية الالتزام بالنظام المحاسبي الذي تسير عليه الشركة عند إعداد كل ميزانية، لما يلعبه هذا الالتزام من دور في سهولة المقارنة بين الميزانيات ومنها التعرف على تطور الأداء. فمن المؤكد أن التعرف على أداء الشركة وتطوره من عدمه «يقضى ثبات النظام المحاسبي الذي تقوم عليه المقارنة وإذا حدث أي تعديل في النظام المحاسبي يجب أن ينص عليه مع توضيح مبررات ذلك. بل يجب أن تعطى النتائج وفقاً للمعايير المحاسبية القديمة وليست المعللة. وكذلك يجب تطبيق المعايير المحاسبية المعترف بها والمتفق عليها». راجع كذلك تقرير منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، حيث جاء به أن من أهم مقومات

«بيانات ومعلومات واقعية وحيوية للمساهمين والمستثمرين الراغبين في امتلاك الأوراق المالية بما يهيئ لهم القيام باستثمارات مستنيرة قائمة على رؤية واضحة وقرار صائب»<sup>(١)</sup>.

**الثاني :** الإعلان بشفافية عن كل البيانات والإجراءات التي تتم داخل سوق الأوراق المالية، حتى يمكن للمتعاملين والمستثمرين والمساهمين حماية مصالحهم أو اتخاذ الإجراءات التي تحمي حقوقهم. فالشفافية في الإعلان عن هذه البيانات وتلك الإجراءات تساعد إلى حد كبير على استقرار سوق الأوراق المالية وتساهم بشكل فعال في التغلب على الصعوبات والقضاء على المعوقات التي تواجه هذه السوق. فهذه الشفافية في التعامل لا تترك أى فرصة للشائعات أو الممارسات الضارة التي قد تؤثر على حركة التعامل أو على مركز بعض الشركات<sup>(٢)</sup>.

وعلى الرغم من أهمية هذا الأساس وضرورته، إلا أنه تكتنفه بعض الصعوبات العملية التي تجعل من تحقيقه على الوجه الأكمل أمراً صعب المنال. فإذا كان المشرع قد حدد على نحو واضح ودقيق الوسائل التي يمكن من خلالها تحقيقه باعتباره ضرورة من متطلبات سوق الأوراق المالية، فإن أعمال هذه السبل على أرض الواقع تصادفه العديد من المشاكل، أهمها صعوبة فهم وتحليل البيانات والمعلومات المعلن عنها. فعلى الرغم من تولى شركات الإيداع والتقيد المركزي نشر المعلومات التي يجب الإفصاح عنها نيابة عن الشركات المصدرة للأوراق المالية، إلا أنه في حالات كثيرة لا يمكن للمستثمرين، خاصة غير المتخصصين منهم، فهم هذه المعلومات وبالتالي اتخاذ القرار المناسب بشأنها<sup>(٣)</sup>.

---

الإفصاح والشفافية القيام بالمراجعة السنوية بمعرفة مراجعين مستقلين وفقاً لمعايير قياسية عالية الجودة.

(١) د/ عصام حنفي محمود، التزام الشركات بالشفافية والإفصاح، المرجع السابق، ص ١١ ؛ د/ محمد سويلم، إدارة البنوك ويورصات الأوراق المالية، بدون دار نشر، بدون سنة نشر، ص ٢٩٣.

(٢) د/ عاطف وليم اندراوس، السياسة المالية وأسواق الأوراق المالية، المرجع السابق، ص ٥١.

(٣) هذا ما أبرزته الدراسات المتخصصة التي تناولت الأزمة التي تعرضت لها الدول الآسيوية، وذلك بتقريرها أن «ما بدا في آسيا كآزمة مالية ما هو إلا أزمة في شفافية

كذلك يعوق تحقيق هذا المبدأ على الوجه الأكمل ما تقوم الشركة بحجبه من معلومات، حفاظاً منها على مصالحها وعدم تعريضها لخطر المنافسة غير المشروعة، خاصة في ظل تلك الممارسات التي تقوم بها الشركات المنافسة من أجل السيطرة والاستحواذ، أو على الأقل الإضرار بالمنافسين وإفساد خططهم المستقبلية. فقد ترى الشركة إعمالاً لمبدأ سرية المعلومات، ضرورة الاحتفاظ ببعض المعلومات والبيانات تحقيقاً لأهدافها وتقويت الفرصة على المنافسين للإضرار بها. فإقامة نوع من التوازن بين ما يتعين على الشركة الإفصاح عنه من معلومات وبيانات، وبين استخدامها لمبدأ السرية هو أمر يصعب الوصول إليه، وذلك على الرغم من تلك المتطلبات التشريعية التي حددها المشرع في ظل القوانين المنظمة للشركات أو تلك التي تحدد العمل داخل سوق رأس المال<sup>(١)</sup>.

وهكذا يتضح أن الالتزام بالشفافية والإفصاح كمطلب من متطلبات الحوكمة وأحد المبادئ اللازمة لتحقيقها هو أمر قد يصعب تحقيقه على الوجه

الشركات تشمل العلاقة بين الحكومة والشركات، وبين المقرضين وأصحاب حقوق الملكية، وبين العلاج القانوني للإفلاس والصدقات الحسنة (CIPE)، المرجع السابق، ص ٢٠»». يضاف إلى هذه الأسباب سلب الأصول والتلاعب في تسجيل الأسهم والاحتيايل، والتي أبرزتها الاضطرابات المستمرة للمؤسسات المالية بروسيا. ولا شك أن هناك اختلاف واضح بين القوانين التي عالجت هذا الموضوع، فالبعض منها يوسع «من دائرة السرية والبعض الآخر يرى غير ذلك. لهذا تدعو الحاجة إلى إيجاد تشريعات دولية تنظم هذه المسائل للتوفيق بين القوانين المختلفة، حتى لا تخلق لدى المستثمرين نوعاً جديداً من forum shopping وذلك باختيارهم للقوانين الأكثر حماية لمصالحهم في المناطق الاقتصادية لدى دولة ما دون أخرى، مما يساعد على انتشار التحايل الدولي. ومن المعروف أن المجتمعات الأوروبية ذات النظام الديمقراطي مولعة بالمعرفة والمساواة والشفافية، وأن مسألة السرية المتعلقة بالأعمال بمفهومها القديم قد مضى زمنها أو على الأقل لم تعد مقبولة بالصورة التي كانت عليها. فمسألة السرية أصبح يضحى بها أمام مبدأ الشفافية والحصول على المعلومات خصوصاً مع زيادة الاستثمار في الثروات المنقولة والأوراق المالية المرتبطة بالنشاط التجاري وتكوين الشركات التجارية المساهمة. وتحاول تلك الشركات من جانبها التوفيق بين حقوقها المشروعة في حماية أسرارها الخاصة، خصوصاً تجاه الشركات الأخرى المنافسة التي تستطيع أن تؤثر على مركزها المالي والاقتصادي، وبين الالتزام بمبدأ الشفافية والإفصاح الذي يفرض عليها إعطاء المعلومات الصحيحة والدقيقة لمساهميها، وكذلك لكافة الجمهور حتى لا تتعرض لأنواع عديدة من العقوبات بموجب القوانين المتعلقة بالشركات وأسواق رأس المال (د/صالح البريري، الممارسات غير المشروعة في بورصة الأوراق المالية، المرجع السابق، ص ٤٠)»».

الأكمل، لما تلعب البيانات والمعلومات الواردة بالتقارير التي تلتزم الشركة بتقديمها من دور أساسي في تحقيق أهداف الشركة ورسم سياستها المستقبلية، الأمر الذي يضع شركة وإدارتها بين شقي الرحى، الالتزام بالقوانين واللوائح وما تفرضه من وجب الشفافية والإفصاح، وبين منطقية المحافظة على قدر من المعلومات والبيانات الضرورية لإنماء الشركة وتوسيع أنشطتها وعدم تعريض أعمالها للخطر<sup>(١)</sup>.

### الأساس الثالث

#### مسئوليات مجلس الإدارة

لقد بينت القواعد التنفيذية لحوكمة الشركات اختصاصات مجلس إدارة الشركة والتزامات أعضائه بإحالتها إلى النظام الأساسي للشركة والذي يتعين أن يحددها بشكل واضح وتفصيلي. هذا ما تبرزه بوضوح المادة (٢-٢-١) بنصها على أنه «يجب أن يحدد النظام الأساسي للشركة اختصاصات المجلس والتزامات أعضائه بشكل واضح وتفصيلي». وفي جميع الأحوال لا يجوز للمجلس تجاوز حدود الاختصاصات المنصوص عليها في النظام الأساسي أو القيام بأية تصرفات تخرج عن نطاق الغرض الذي أنشئت من أجله الشركة<sup>(٢)</sup>.

(١) راجع الاقتراحات التي تقدمت بها مؤسسة التمويل الدولية (IIF)، والتي تدور حول ضرورة التنسيق بين ما يتم الإفصاح عنه وما يمكن الاحتفاظ به.

Policies of Corporate Governance and Transparency in Emerging Markets (February 2002), IIF Equity Advisory Group.

راجع كذلك، د/ حماد مصطفى عزب، حق المساهمين في الإعلام، المرجع السابق، ص٥.

(٢) في الواقع يعتمد هذا الالتزام بصورة أساسية على نظام الملكية في الشركة، وكون هذه الأخيرة تخضع لنظام الملكية المركزة أم الملكية المشتتة، حيث تتركز الملكية والسيطرة في النوع الأول في عدد صغير من الأشخاص والشركات القابضة والبنوك (يطلق عليهم اسم الداخلين)، وذلك على عكس النوع الثاني حيث يوجد عدد كبير من المالكين، يمتلك كل منهم عدد صغير من أسهم الشركة (يطلق عليهم اسم الخارجين). وفي النظام الأول من السهل إرغام مجلس الإدارة على الالتزام بعدم تجاوز الاختصاصات المخولة له، حيث يكون لدى الداخلين القدرة والحافز على مراقبة المجلس عن كثب، ومن ثم تضييق الفرصة على إدارة الشركة للاتجاه نحو اتخاذ قرارات تضر بمصالحهم أو تقلل من فرص تحقيق الأرباح أو تؤثر على أداء الشركة على المدى الطويل. على العكس في النظام الثاني يؤدي امتلاك عدد كبير من

كذلك أقامت تلك القواعد مسئولية المجلس عن صحة ودقة كافة البنود الواردة بالتقرير السنوي. وهكذا يتضح أن مسئولية مجلس الإدارة، إما أن تكون مسئولية عامة، مردها الاختصاصات العامة التي يحددها النظام الأساسي للشركة على نحو واضح ودقيق، وإما أن تكون مسئولية خاصة بنوع معين من الاختصاصات، كذلك الناشئة عن التزامات المجلس المرتبطة بالإفصاح والشفافية. ومن ثم يتعين علينا التعرض للمسئولية الناشئة عن الاختصاصات العامة (١)، قبل بيان المسئولية المرتبطة بالإفصاح والشفافية (٢).

#### ١- المسئولية الناشئة عن الاختصاصات العامة

كما سبق أن بينا أحالت القواعد التنفيذية لحوكمة الشركات إلى النظام الأساسي للشركة في تحديد اختصاصات المجلس والتزامات أعضائه. فالنظام الأساسي لكل شركة هو الذى يبين على نحو واضح وتفصيلي اختصاصات مجلس الإدارة والتزامات أعضائه. مع هذا فقد قيدت القواعد التنفيذية الحرية التى يتمتع بها الأعضاء فى تحديد تلك الاختصاصات بقيدتين: الأولى هو عدم تجاوز المجلس بأى حال من الأحوال حدود هذه الاختصاصات. فعلى مجلس الإدارة الالتزام بهذه الاختصاصات، وإلا كان مسئولاً عن أى مخالفة ترتكب بشأنها. ويسأل المجلس بالتضامن بين أعضائه عن الأخطاء التى ترتكب فى

---

الأشخاص لأسهم الشركة إلى عدم تحفز صغار المساهمين إلى مراقبة أنشطة الشركة عن قرب، بل إن البعض منهم قد يميل إلى عدم الاشتراك فى القرارات أو السياسات التى تنتهجها الشركة. لهذا يعتمد الخارجين على «أعضاء مجلس إدارة مستقلين فى مراقبة ومراجعة سلوك الإدارة، ويميل الأعضاء المستقلون إلى الإفصاح عن المعلومات صراحة وبطريقة منصفة، وتقييم أداء الإدارة بموضوعية وحماية حقوق المساهمين بكل قوة. ونتيجة لذلك تعتبر أنظمة الخارجين أكثر قبالية للمساءلة والمحاسبة وأقل عرضة للفساد، كما تميل إلى تشجيع أسواق رأس المال ذات السيولة (CIPE، المرجع السابق، ص ١٨)». يضاف إلى ذلك أن نظام الداخلين قد يؤدي فى بعض الحالات إلى إهدار حقوق الأقلية، لاسيما عندما يتواطأ هؤلاء المسيطرون على رأس المال، بل على الأصوات، مع إدارة الشركة بهدف الاستئثار بأصولها على حساب صغار المساهمين. كذلك قد يستخدم هؤلاء المسيطرون ما لديهم من قوة للتأثير على القرارات التى يتخذها مجلس الإدارة نحو تحقيق مصالحهم الشخصية على حساب مصلحة الشركة.

وأياً كان النظام الذى تخضع له ملكية الشركة، فإنه يتعين التأكيد على ضرورة التزام أعضاء مجلس الإدارة بحدود اختصاصاتهم وعدم تجاوزها، وذلك حتى يطمئن

إدارة الشركة. فقد سأل الأعضاء جنائياً عندما يشكل الفعل إحدى الجرائم التي يعاقب عليها قانون العقوبات أو قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م، كذلك التي تنص عليها المادة ٥/١٦٢ والمتمثلة في توزيعهم أرباح أو فوائد على خلاف أحكام قانون الشركات أو نظام الشركة<sup>(١)</sup>. كذلك يسأل أعضاء مجلس الإدارة جنائياً عندما يشكل الفعل المسند إليهم جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات، كجريمة النصب أو خيانة الأمانة أو التزوير أو استعمال المحررات المزورة. كما يعاقب أعضاء مجلس الإدارة عند إفلاس الشركة، إذا ارتكب

المساهمون على أن أموالهم تدار بطريقة سليمة وأن ما تحققه من عوائد ستعود عليهم، وأن مديري الشركة لن يسرقوا هذه الأموال أو يستثمرونها في مشاريع فاشلة. (١) راجع كذلك المادة ٧/١٦٢ من قانون شركات الأموال ١٥٩ لسنة ١٩٨١م، حيث تعاقب كل من يتصل بحكم عمله بالشركة وأفشى أسرارها بالحسب مدة لا تقل عن سنتين ويفرامة لا تقل عن ألفي جنيه ولا تزيد على عشرة آلاف جنيه يتحملها المخالف شخصياً أو بإحدى هاتين العقوبتين. مع هذا فإنه لا يشترط لقيام هذه الجريمة وقوع ضرر للشركة من جراء هذا الإفشاء، وإنما يكفي مخالفة المتصل للالتزام المفروض عليه أو استفادته من هذا الإفشاء. هذا ما أكد عليه القضاء الإنجليزي، بقضائه في قضية شركة MAI أن عدم وقوع ضرر للشركة من جراء ما اقترفه المدعى عليهم لا ينفى مسئوليتهم لانتهاكهم الواجب الائتماني المفروض عليهم، مما يعطى الشركة الحق في استعادة ما جنوه من أرباح ومنعهم من الاستفادة منها. ولقد جاء حكم المحكمة على النحو التالي:

«it is true that the complaint before us does not contain any allegation of damage to the corporation but this has never been considered to be an essential requirement for a cause of action founded on breach of fiduciary duty. This is because the function of such an action, unlike an ordinary tort or contract case is not merely to compensate the plaintiff for wrongs committed by the defendant but to prevent them, by removing from agents and trustees all inducement to attempt dealing for their own benefit in matters which they have undertaken for others or which their agency for trust relates,

مشار إليه لدى د/حسين فتحى، تعاملات المطلعين، المرجع السابق، ص ٣٩ وما بعدها؛ راجع كذلك:

FISHER J. & BEWSEY J. : The law of investor protection, op.cit, p.355 et ; MARTIN J.-C.: Le délit d'initié en droit français, petites affiches, n° 71, 1994, p.



البعض منهم أى فعل يدخل فى تكوين الركن المادى لجريمة التفالس بالتفليس أو التقصير.

وقد تتوقف هذه المسؤولية عند المسؤولية المدنية، عقدياً أكانت أم تقصيرية، عندما يثبت الخطأ فى جانبهم. فالقاعدة العامة هى عدم مسؤولية مجلس إدارة الشركة عن الأضرار التى تصيب الشركة أو المساهمين أو الغير، مادام أنها لم تنشأ عن خطأ ارتكبهه أثناء قيامهم بإدارة الشركة. أما إذا ثبت الخطأ فى جانبهم، فإنهم يسألون عنه وعن أعمال العش أو إساءة استعمال السلطة أو ما يرتكبونه من مخالفات لأحكام القانون أو نظام الشركة. ولا تحول إجازة الجمعية العامة للتصرفات الخاطئة الصادرة عن مجلس الإدارة دون إقامة دعوى المسؤولية عن مثل هذه التصرفات. هذا وإن كانت مثل هذه الإجازة تساهم بدور ما فى تخفيف مسؤوليتهم عن الأضرار الناجمة عنها. هذا ما تقرره المادة ١/١٠٢ من قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م بنصها على أنه «لا يترتب على أى قرار يصدر من الجمعية العامة سقوط دعوى المسؤولية المدنية ضد أعضاء مجلس الإدارة بسبب الأخطاء التى تقع منهم فى تنفيذ مهمتهم». وهكذا يتعين لقيام مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة المدنية أن تقع منهم هذه الأخطاء أثناء عضويتهم، أما «إذا وقع الضرر بعد تركهم العضوية لسبب أو لآخر، فلا مسؤولية عليهم، اللهم إلا إذا كان هذا الضرر راجعاً إلى أفعالهم أثناء مدة ولايتهم بالمجلس<sup>(١)</sup>». كذلك تسقط دعوى المسؤولية المدنية، عندما يتم عرض الفعل الموجب لها على الجمعية العامة بتقرير من مجلس الإدارة أو مراقب الحسابات، بمضى سنة من تاريخ صدور قرار الجمعية العامة بالمصادقة على تقرير مجلس الإدارة<sup>(٢)</sup>. أما إذا شكّل الفعل المنسوب إلى

(١) د/ محمد فريد المريني، الشركات التجارية، المرجع السابق، فقرة ٢٧٩، ص ٢٨٠؛ د/ حسين فتحى، معاملات المطلعين على أسرار الشركة، المرجع السابق، ص ١٦ وما بعدها.

(٢) فإذا كان للشركة الحق، عندما يلحقها ضرر نتيجة أخطاء مجلس الإدارة، فى مباشرة دعوى المسؤولية تجاه أعضائه، فإن هذا الحق يتلشى بمضى سنة من تاريخ صدور قرار مصادقة الجمعية العامة على تقرير المجلس. وكذلك يسقط حق المساهمين فى مباشرة دعوى الشركة بمرور سنة من تاريخ مصادقة الجمعية العامة على تقرير مجلس الإدارة، وذلك لأن حق المساهم فى مباشرة دعوى الشركة يرتبط بحق الجمعية العامة فى رفعها. ومن ثم يتعين أن يظل حق هذه الأخيرة فى رفعها قائماً لم يسقط حتى يكون للمساهم الحق فى إقامتها. صحيح أن حق المساهم فى إقامة دعوى الشركة

مجلس الإدارة ناية أو جنحة، فلا تسقط الدعوى إلا بسقوط الدعوى العمومية<sup>(١)</sup>.

هذا والأصل أن مسئولية أعضاء مجلس الإدارة المدنية هي مسئولية تضامنية، ما لم يثبت البعض منهم اعتراضه على القرار الذى رتب تلك المسئولية وقام بتسجيله فى محضر الجلسة التى صدرت فيها هذه الأعمال، أو عندما تلاحق تلك المسئولية أحد الأعضاء فقط دون باقى المجلس. ولا يعد التغيب مانعاً من قيام المسئولية ما لم يكن بعذر مقبول، حتى لا يؤدي هذا إلى انتشار الروح السلبية لدى أعضاء المجلس، ومن ثم تقضيل البعض منهم الغياب عن حضور الجلسات تفادياً للمسئولية الناشئة عن المشاركة فيها. أما القيد الثانى فيتمثل فى عدم قيام مجلس الإدارة بأى أعمال خارجة عن حدود الغرض الذى أنشئت الشركة من أجل تحقيقه. هذا ما تبرزه بوضوح

يُعد من الحقوق الأساسية التى لا يجوز المساس بها أو تعليقها على شرط أو إذن من الجمعية العامة أو على أى إجراء آخر (م ١٠٢ من قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م). مع هذا فإن الحق فى رفع دعوى الشركة من المساهم مقيد بقيد زمنى هو عم التقادم الحولى، ثم ضرورة الاحتفاظ بصفته كمساهم طوال مدة السير فى الدعوى. وعليه لا يجوز لمن فقد هذه الصفة أو مر عام على تصديق الجمعية العامة على تقرير المجلس أن يقوم بمباشرة الدعوى. بيد أن سقوط هذا الحق لا يحول بين المساهم وبين رفع دعوى فردية على أعضاء مجلس الإدارة مباشرة أو على الشركة بوصفها مسئولة عن أعمالهم مسئولية المتبوع عن أعمال تابعيه، وذلك عندما يقتصر الضرر عليه أو على فئة معينة من المساهمين دون أن يمتد إلى الشركة كشخص معنوى، كان يقوم أعضاء مجلس الإدارة بتبييد الأرباح الخاصة بأحد المساهمين، أو عندما لا يمكن المجلس المساهم من الإطلاع على دفاتر الشركة وحساباتها. فالدعوى التى يرفعها المساهم هى إذن دعوى فردية، موضوعها تعويض الأضرار الخاصة التى لحقت به وليست دعوى جماعية كدعوى الشركة. كما أن هذه الدعوى هى دعوى تقصيرية، لأنها لا تستند إلى أساس عقدى يربط المساهم بمجلس الإدارة. ومن ثم يتعين على المساهم إقامة الدليل على خطأ مجلس الإدارة وعلى الضرر الشخصى الذى أصابه وما بين الاثنين من علاقة سببية. وأخيراً لا يؤثر تصديق الجمعية العامة على تقرير مجلس الإدارة وما ينقضى عليه من مدة على حق المساهم فى رفع تلك الدعوى. فسقوط دعوى الشركة بالتقادم الحولى لا يؤثر إذن على حقه فى رفعها. خلاصة القول إذن أن هذه الدعوى من «حق المساهم وحده، فلا تتوقف مباشرتها على إذن من الجمعية العامة. وله أن يرفعها ولو تنازل عن أسهمه للغير وقت رفع الدعوى، إذ يكفي أن يكون الفعل الخاطئ قد وقع فى وقت كان لا يزال فيه مساهماً فى الشركة (د/محمد فريد العرينى، الشركات التجارية، المرجع السابق، بند ٢٨٣-٣، ص ٢٨٤)».

(١) راجع الفقرة الثانية من المادة ١٠٢ من قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م.

المادة ٥٤ من قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م بتقريرها بأنه لمجلس الإدارة كل السلطات المتعلقة بإدارة الشركة والقيام بكافة الأعمال اللازمة لتحقيق غرضها، وذلك فيما عدا ما استثنى بنص خاص في القانون أو نظام الشركة من أعمال أو تصرفات تدخل في اختصاص الجمعية العامة. فالتقاعدة العامة، وفقاً لهذا النص، أن لمجلس الإدارة كافة السلطات وله الحق في مباشرة كل الأعمال التي تلزم لتحقيق غرض الشركة، ولا يحد من هذه السلطات أو ينقص منها إلا ما استثنى بنص خاص في قانون الشركات أو في نظام الشركة. فإذا كان المشرع قد وسع من سلطات مجلس الإدارة واختصاصاته بإعطائه سلطة القيام بكافة الأعمال، أي كان نوعها، مادام أنها ترمي إلى تحقيق غرض الشركة<sup>(١)</sup>، فلا يحد منها سوى هذا الغرض وما يتضمنه النظام الأساسي لها من قيود، طالما أنها لا تصل إلى درجة سلب سلطة الإدارة من هذا المجلس، أو ما يدخل في اختصاص الجمعية العامة من أعمال<sup>(٢)</sup>، أو ما تقرره النصوص القانونية الأمرة من استثناءات.

## ٢- المسؤولية المرتبطة بواجب الإفصاح والشفافية

لا خلاف أن الالتزام بالإفصاح والشفافية يقع على عاتق مجلس إدارة جميع الشركات، سواء المصدرة للأوراق المالية، أو تلك العاملة في مجال هذه الأوراق، كشركات السمسرة وشركات ترويج وتلقى الاكتتاب في الأوراق

(١) مع هذا فإن قيام مجلس الإدارة بمباشرة هذه الاختصاصات يقيم مسؤوليته في مواجهة المساهمين وأصحاب المصالح الأخرى. ففي ظل الحوكمة تزداد شفافية الشركة من ناحية وتتعاظم مسؤولية الإدارة من ناحية أخرى. فإذا كتلت الحوكمة تعمل على تقوية إجراءات الحكم الداخلي في الشركة، فإنها كذلك تضمن جعل الإدارة مسؤولة أمام مالكي الأسهم وأصحاب المصالح الأخرى، كالبانوك وحملة السندات والعمال.

(٢) ومن قبيل هذه الأعمال، الاختصاص باتخاذ قرار زيادة رأس المال المرخص به (وذلك على عكس رأس المال المصدر) إذ يملك مجلس الإدارة سلطة اتخاذ القرار بزيادته طالما أن ذلك في حدود رأس المال المرخص به (م ١/٣٣ من القانون)، أو بتغيير غرض الشركة أو باتدماجها أو بتصفيتها. هذا فضلاً عن أعمال التبرع، إذ لا يحق للمجلس أن يتبرع في سنة مالية بما يجاوز ٧% من متوسط صافي أرباح الشركة خلال السنوات الخمس السابقة على هذه السنة، ما لم يكن التبرع للأغراض الاجتماعية الخاصة بالعلمين أو لجهة حكومية أو لإحدى الهيئات العاملة (م ١٠١ من القانون). وإن كان يلزم في جميع الأحوال الحصول على ترخيص خاص من الجمعية العامة متى تجاوزت قيمة التبرع ألف جنيه. أما أعمال التبرع للأحزاب السياسية، فإنها لا تجوز بصفة مطلقة. ومن ثم فإنه لا يجوز للمجلس القيام بها وإلا كان التبرع باطلاً.

المالية أو شركات دارة وتكوين محافظ الأوراق المالية. وهذا الالتزام قصد به إبراز حرص المشرع على زيادة العمل على جدية المعاملات وتفعيل الحماية القانونية للمستثمرين والمساهمين على السواء. لهذا ألزم المشرع مجالس إدارات الشركات بأن تكون المعلومات والبيانات الواردة بالتقارير والقوائم المالية التي تعلنها صحيحة وحقيقية ومعبرة عن المركز المالي لها وعن واقع الأنشطة التي تقوم بها<sup>(١)</sup>. بل إن المشرع إمعاناً في جدية تلك التقارير والقوائم، وما يرد بها من بيانات، أعطى لشركات الإيداع والقيود المركزي الحق في نشر هذه التقارير وتلك القوائم عندما تتقاسم الجهات المصدرة عن إجراء النشر في الأوقات المحددة. هذا ما تبرزه بوضوح المادة الثالثة من قانون الإيداع والقيود المركزي رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠، بنصها في فقرتها الثالثة على أنه يقصد بنشاط القيد المركزي نشر التقارير والمعلومات التي تفصح عنها الجهات التي تصدر الأوراق المالية أو المتعلقة بتلك الأوراق. ولقد أكدت المادة ٣/٣٠ من اللائحة التنفيذية لقانون الإيداع والقيود المركزي على هذا الحق بنصها على أن «تتولى الشركة نيابة عن الجهة المصدرة وعلى نفقتها نشر هذه المعلومات بالوسائل التي تحقق العلانية والشفافية، وذلك ما لم تقم الجهة المصدرة بإجراء النشر بمعرفتها في الوقت المحدد وفقاً لأحدث هيكل لملاكيات المساهمين».

وأياً كانت الأهداف التي ابتغى المشرع تحقيقها من وراء نشر التقارير والقوائم المالية الواجب على الشركة الإعلان عنها، فإن ما يهمنا أن هذا الالتزام يقع بصفة أساسية على مجلس إدارة الشركة. وإذا تقاسم هذا الأخير، فإنه يتعين على شركة الإيداع والقيود المركزي القيام بهذا الإعلان نيابة عنه، مع تحمل هذا المجلس المسؤولية كاملة سواء عن التخصيص في الإعلان أو عما يتضمنه هذا الإعلان من بيانات ومعلومات غير حقيقية<sup>(٢)</sup>. ومن ثم يتعين على

(١) د/ صالح البربري، الممارسات غير المشروعة في بورصة الأوراق المالية، المرجع السابق، ص ٨٢، حيث يقرر أنه يجب على مديري الشركات المقيد أسهمها بالبورصة القيام بتقديم الحسابات السنوية والتقارير الخاصة بالنشاط الجاري للشركة والقوائم المالية، وذلك بكل «كفاءة ودقة وحزم، سواء من حيث مصداقية المعلومات أو ما يتعلق بوسائل النشر، واحترام المواعيد المحددة لذلك، وأن عدم احترام هذه الشروط يُعد مخالفة من جانب الشركة ومديريها».

(٢) فالمسؤولية هنا لا تتوقف عند الشخص المعنوي، وإنما تتعداه إلى الأشخاص الطبيعيين الذين يديرونه. فإمعاناً من المشرع في توخي المسؤولين عن الشركة الحرص عند نشر

مجلس إدارة الشركة أن يضع الآليات والنظم التي تضمن احترام الشركة للقوانين واللوائح أو تلك التي تكفل الإفصاح الحقيقي عن المعلومات الجوهرية للمساهمين والمستثمرين والدائنين وأصحاب المصالح الأخرى.

من الواضح أن مسؤولية مجلس الإدارة لا تقوم فقط عند الإهمال أو التقصير في الإعلان عن التقارير والقوائم المالية، وإنما كذلك عندما لا تعبر تلك التقارير عن حقيقة المركز المالي للشركة أو عن حجم الأنشطة التي تقوم بها<sup>(١)</sup>. فقد ألزم المشرع إدارة الشركة بضرورة إتباع سياسة واضحة تقوم

البيانات الخاصة بالشركة، أوجبت المادة ٦٨ من قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ عقب المسئول عن الإدارة الفعلية بالشركة بالعقوبات المقررة عن الأفعال التي ترتكب بالمخالفة لأحكام هذا القانون، وهذا وتكون أموال الشركة ضامنة في جميع الأحوال للوفاء بما يحكم به من غرامات. ولا شك أن عدم اكتفاء المشرع بعقاب الشخص المعنوي أريد به تفعيل القواعد التي قررها المشرع لضبط سوق المال من ناحية، وتوضيح الصورة الحقيقية أمام المتعاملين من ناحية أخرى. فالإكتفاء بمعقبة الشخص المعنوي بدعوى أن المعلومات التي يتم الإفصاح عنها تصدر عن الشركة وتتعلق بها ولا تخص الشخص الطبيعي الذي لا يعد سوى ممثل لها، من شأنه تقويد فعالية العقاب، هذا فضلاً عن إهداره لحقوق المساهمين. فهذا الإكتفاء «بمعاقبة الشركات كشخص معنوي وترك المديرين المسئولين سينتج عنه عدم فعالية، وعدم عدالة يؤديان إلى فوضى بالمسوق. عدم فعالية في العقاب، فالغرامة تكون أشد تأثيراً وأكثر ردعاً إذا ما وقعت على الفاعل الحقيقي الذي قام بنشر البيانات الكاذبة، من أن تقع على ذمة مالية جماعية وهي الشركة. وعدم عدالة بالنسبة للمساهمين الذين يقعون ضحية مرتين: أولاً ضحية المعلومات الخاطئة من جانب، وثانياً ضحية نتائج الغرامة المالية كجزاء على هذه الجريمة من جانب آخر، والتي سيتحملها المساهمون في النهاية، حيث أنها ستدفع من ميزانية الشركة (د/صالح البربري، الممارسات غير المشروعة، المرجع السابق، ص ٢٦٢)».

(١) د/ صالح البربري، الممارسات غير المشروعة، المرجع السابق، ص ٢٦٨، حيث يقرر أن لجنة إدارة البورصة الفرنسية تعطينا المثال الواضح على القيام بهذا الدور وإحكام الرقابة على المعلومات التي تدلى بها الشركات المتداول أوراقها المالية بالبورصة. فإذا كان المشرع الفرنسي قد أعطى تلك الشركات الحرية الكاملة في إعداد تقاريرها المالية وبنود الميزانية الختامية التي تنشر على الجمهور، فإنه قد أعطى أيضاً لجنة البورصة مراجعة وفحص البيانات الواردة بها والتأكد من واقعتها وصحتها، وعليه فإن إدراج أي نتائج غير واقعية وغير مؤكدة يرتب مسؤولية الشركة. هذا ما تبرزه بوضوح العقوبة التي وقعت لجنة عمليات البورصة على المفوض العام لشركة فينكس العقارية، وذلك لنشره في ميزانية الشركة عن عام ١٩٩٣م بياناً يتعلق بأرباح حقتها الشركة من عمليات محتملة بهدف تضخيم أرباح الشركة، وهو الأمر الذي اعتبرته لجنة عمليات البورصة نشر لمعلومات خاطئة وخداعة مما يدخل في نطاق العقوبة التي تقررها المادة الرابعة من اللائحة رقم ٢ - ٩٠، لاسيما بعد أن تكلد لتلك اللجنة إخفاق العمليات

على عنصر المداخلة وإبراز الحقيقة لكل الأطراف المهتمة بنشاط الشركة ومركزها المالي، وذلك من مستثمرين ومساهمين وجهات قائمة على إدارة سوق الأوراق المالية<sup>(١)</sup>.

لهذا ذهب البعض إلى القول بأنه على مجلس إدارة الشركة، للقيام بواجب الإفصاح والشفافية بما يتفق مع حقيقة الواقع، أن يقوم بإعداد التقارير المالية وفقاً لمعايير وأساليب موحدة يسهل من خلالها التعرف على حقيقة المعلومات الواردة بها، ويمكن الجهات الرقابية من القيام بعملها، سواء من حيث الفحص أو المراجعة<sup>(٢)</sup>.

المحتملة التي استند إليها المفوض في بيانه للميزانية، وعدم قيامه بنشر التصحيح لما سبق نشره، حتى يكون جمهور المتعاملين على علم وبينة بفشل هذه العمليات. وعليه عاقبت اللجنة هذا المفوض بغرامة نصف مليون فرنك، نشرتها اللجنة بالنشرة الشهرية وبالجريدة الرسمية. ولقد أيدت محكمة استئناف باريس هذا القرار مؤكدة على أهمية صدق البيانات التي تعلنها الشركات عن نتائج أعمالها، وأن إدراج أي معلومات تضيف إلى أعمال الشركة أرباح غير محققة هي معلومات كاذبة. فالالتزام بنشر بيانات مالية صحيحة عن أعمال الشركة هو التزام دائم ومستمر، يقيم على عاتق مديري الشركة المسؤولية الكاملة عن أي إفصاح من شأنه التأثير على الموقف الحقيقي للشركة، أو يؤدي إلى خداع المتعاملين، أو إخلال بمبدأ المساواة في المعاملة بينهم، دون أي اعتبار لأثر تلك البيانات الكاذبة على سعر الأسهم في سوق المال. فالإخلال بمبدأ الإفصاح الحقيقي والمحدد عن نشاط الشركة يقيم المسؤولية الكاملة لإدارتها حتى ولو لم يؤثر هذا على تغيير في سعر الأسهم المتداولة. وهو ما أشارت إليه صراحة محكمة استئناف باريس بقضائها «أنه وإن لم يحدث تغيير مؤثر في سعر الأسهم المتداولة لشركة فينكس العقارية بناء على الإعلان المنشور بتاريخ ٢١ أكتوبر ١٩٩٣، فإن هذا ليس من شأنه إعفاء المفوض من المسؤولية، بصرف النظر عن تحقيقه لمنفعة شخصية من الأخطاء التي ارتكبتها. فالمعول الرئيسي في تحقق المخالفة هي بمدى خطورتها وما يترتب عليها من نتائج، كما أن الإخلال بالواجب يقدر وفقاً لما يمكن أن ينتج من آثار نتيجة للمعلومات المعلن عنها للمستثمرين. ونظراً لأن المفوض المذكور لم يعلم الجمهور بفشل العملية الواردة بالإعلان، فإنه يكون بذلك قد أهدر مبدأ المساواة في التعامل بين المستثمرين وأساء إلى مصالحهم، مما يؤكد أن لجنة عمليات البورصة قد أصابت في تغريمه المبلغ المذكور وفقاً لنص المادة ٩-٢-١ من مرسوم ١٩٦٧.

(١) د/ عصام حنفي محمود، التزام الشركات بالشفافية والإفصاح، المرجع السابق، ص ٣٥.  
(٢) د/ عبد الهادي محمد مقبل، بورصة الأوراق المالية وقانون سوق رأس المال، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧، ص ٦٤ وما بعدها؛ د/ محمد سويلم، إدارة البنوك وصناديق الاستثمار وبورصات الأوراق المالية، الشركة العربية للنشر والتوزيع، ١٩٩٢، ص ٢٩٩؛ أ/ نرمين أبو العطا، حوكمة الشركات، سبيل التقدم، المرجع السابق، ص ٥ وما بعدها؛ أ/ سعيد رمضان عرفه، الرقابة على سوق رأس المال، المرجع السابق، ص ١١٧ وما بعدها؛

ولقد يسر المشرع على مجلس الإدارة تنفيذ هذا الالتزام وذلك من خلال اشتراط ضرورة اتباع معايير المحاسبة الدولية عند إعداد القوائم المالية والتقارير المطلوبة، تلك التي تقتضى الإعلان عن الأحداث الجوهرية الطارئة ذات التأثير الملموس على مركز الشركة وما تقوم به من أنشطة.

ولقد أبرزت المادة ٢٤ من قرار مجلس إدارة الهيئة العامة لسوق المال رقم ٣٠ الصادر بتاريخ ٢٠٠٢/٦/١٨ هذه الأحداث بتقريرها بأنها تلك التي تكون لها تأثير ملموس على نشاط الشركة أو على مركزها المالي، وبالتالي على تداول أسهم الشركة بالبورصة وبصفة خاصة تلك المتعلقة :

١- بأى تغيير مقترح فى هيكل الملكية يترتب عليه زيادة أو تخفيض حصة أحد أعضاء مجلس الإدارة بما يزيد عن ٥% من رأس المال.

٢- أى إصدار جديد مقترح للسندات وأى ضمانات أو رهونات تتعلق بها.

٣- أى تغيير فى هيكل التمويل والأوضاع المالية للشركة يترتب عليه زيادة حجم التزامات الشركة عن حقوق ملكيتها، وكذلك أى قيود تقرض على حجم الاقتراض المتاح للشركة.

٤- أى تغيير جوهري فى سياسات الاستثمار، سواء تعلق ذلك بممارسة أنشطة جديدة أو افتتاح لفروع أخرى، أم بتصفية فروع أو أنشطة قائمة، أو اقتصر الأمر على الالتجاء إلى سياسة التأجير لبعض أدوات أو عوامل الإنتاج بدلا من الملك أو العكس.

٥- أى قرار يترتب عليه استدعاء أو إلغاء أوراق مالية مسجلة سبق إصدارها.

٦- أى اتفاق على شراء أو بيع استثمارات أو حصة فى الشركة من أو إلى أحد أعضاء مجلس الإدارة أو مراقب الحسابات أو أحد المديرين بالشركة. أو إلى أحد أقاربهم حتى الدرجة الثانية.

٧- أى دخول لمستثمرين استراتيجيين لشراء حصة من أسهم الشركة.

٨- أى دعوى قضائية ترفع ضد الشركة تتعلق بنشاطها أو بأحد أعضاء مجلس الإدارة أو بأحد المديرين بها، أو أى أحكام تصدر بشأنها.

٩- أى قرارات إدارية حكومية تؤثر على أنشطة الشركة، أو أى تعديل أو سحب أو إلغاء لهذه القرارات.

---

DANG-TRAN M.-Ch.: le contrôle de l'information, art. préc, p.18.

١٠- هذا فضلا عن ضرورة إخطار البورصة بالإجراءات الداخلية التي تتبعها الشركة بما يكفل عدم السماح لأعضاء مجلس الإدارة أو المديرين أو العاملين بها بالتداول أو بالتعامل على أسهم الشركة خلال خمسة عشر يوماً قبل وثلاثة أيام بعد إصدار أى بيانات أو معلومات جوهرية قد يكون لها تأثير هام على سعر الورقة المالية للشركة.

وأخيراً ألزمت الفقرة الثانية من المادة ٢٤ من قرار مجلس إدارة هيئة سوق المال الشركة ببذل العناية اللازمة للتأكد من أن الوقائع والمعلومات التي تقوم بإيلاغها معلومات صحيحة وغير مضللة، كما أنها لم تستبعد أو تحذف أو تخفى أى شئ يكون من شأنه التأثير على مضمون هذه الوقائع أو المعلومات.

فى الواقع إن هذا الإيضاح الذى أتت به المادة ٢٤ من قرار مجلس إدارة هيئة سوق المال قصد به تنبيه مجلس إدارة الشركة إلى أهمية الإفصاح عن الظروف الجوهرية التى من شأنها التأثير على نشاط الشركة أو على مركزها المالى، والتأكيد على أهمية التعامل بشفافية، هذا فضلا عن سد أى باب لإخفاء المعلومات عن أصحاب المصالح فى الشركة، أو بعبارة أخرى غل يد مجلس إدارة الشركة عن تقدير أهمية الإفصاح عن تلك الظروف أو الأحداث وبالتالي إمكانية التردد بين إخفائها أو نشرها على الوجه الذى رسمه المشرع فى المادة ٦/٦ من قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م<sup>(١)</sup>. فنظراً لأهمية المعلومة وخطورتها، فلقد حرصت تلك المادة على أن تكون واضحة ومحددة ومتاحة للجميع وبنفس السرعة والدرجة، وذلك على الرغم من أن العديد من مديرى الشركات يرون فى ذلك النشر خطورة كبيرة، إذ تعد الشفافية التامة أداة للكشف عن خصوصيتها للجمهور. هذا ما عبر عنه مدير الكاتيل فى فرنسا بقوله أننا على استعداد تام لكى ننزع ملابسنا ولكن يجب فى جميع الأحوال الاحتفاظ بالمايوه<sup>(٢)</sup>، مما يعنى ضرورة احتفاظ الشركة ببعض المعلومات

(١) فهذه الفقرة تقرر بأنه «يجب على كل شركة تواجه ظروفاً جوهرية تؤثر فى نشاطها أو فى مركزها المالى أن تفسح عن ذلك فوراً وأن تنشر عنه ملخصاً وافياً فى صحيفتين يوميتين صباحيتين وأسعى الانتشار إحداهما على الأقل باللغة العربية».

(٢) ولقد جاء هذا القول على النحو التالى:

On veut bien enlever l'haut, mais il faut garder le maillot.

مع هذا يرى البعض من الفقهاء الفرنسيين أنه مع سياسة اقتصاد السوق، يوجد التزام عام على كافة الشركات المقيدة بالبورصة باحترام مبدأ الإفصاح والشفافية مع إعطائها



والبيانات حتى لا يعلم الغير من منافسين ومضاربين بجميع خصوصياتها وأسرارها<sup>(١)</sup>.

ولقد أكدت القواعد التنفيذية لحوكمة الشركات على مسؤولية مجلس إدارة الشركة عن المعلومات والبيانات الواردة بالتقارير والقوائم المالية التي تقدمها، وذلك بنصها على أن «يكون مجلس إدارة الشركة مسؤولاً عن صحة ودقة كافة البنود الواردة بتقرير مجلس الإدارة السنوي. ويجب إرفاق التقرير السنوي بالقوائم المالية وبالقوائم المالية وبالقوائم المالية وبالقوائم المالية وبالقوائم المالية».

وهكذا يتضح أن مسؤولية مجلس الإدارة لا تتوقف فقط عن حد إرسال التقارير والقوائم المالية في المواعيد المحددة، وإنما تتعداها إلى المسؤولية عن صحة ودقة المعلومات والبيانات الواردة بتقرير المجلس أو ما يتعلق منها بالقوائم المالية الواجبة التقديم<sup>(٢)</sup>.

---

الحق في ترتيب أوضاعها المالية والمحاسبية، والكشف عن ذلك باستمرار وبدقة. فلقد حان الوقت لهذه الشركات أن تنزع ملابسها علناً (د/ صالح البربري، الممارسات غير المشروعة، المرجع السابق، ص ٣٩).

(١) راجع في هذا الصدد،

DANG-TRAN M.-Ch. : le contrôle de l'information, art.préc, p.21  
حيث تحدثت عن الاستثناءات التي قررتها القاعدة 02-90 على مبدأ الإفصاح عن المعلومات بصورة دائمة ومستمرة، وذلك بقولها:

La règlement n<sup>090-02</sup> a néanmoins prévu certains exceptions (...).  
la personne tenue à l'obligation d'information peut en effet différer la publication d'une telle information lorsque deux conditions sont réunies. L'information doit tout d'abord être de nature à porter atteinte à ses intérêts légitimes (...). Cette faculté est également subordonnée à la condition que l'émetteur soit en mesure de conserver la confidentialité de l'information. Voir aussi, KENADJIAN P. : L'expérience américaine, art.préc, p.35.

(٢) وتظهر هذه المسؤولية بوضوح أثناء فحص التقارير المقدمة والتأكد من صحة الأعمال الواردة بها. فكشفت هذه المسؤولية يقع إذن على عاتق إدارة البورصة والهيئة العامة للرقابة المالية. فهذه الجهات هي التي تراجع تلك التقارير وتفحص حجم الأعمال التي حققها الشركة، وبالتالي إذا تكلت أن هذه التقارير تحوي على بيانات وحسابات غير صحيحة ومعلومات غير دقيقة تضخم وتضاعف فقط رقم الأعمال، كان لها الحق في مساءلة مجلس إدارة الشركة. وهذا بالفعل ما قامت به لجنة صليب البورصة الفرنسية

## الفصل الثاني علاقة البورصة بالحكومة

تُعد بورصات الأوراق المالية أشخاصاً اعتبارية عامة تتولى إدارة أموالها ولها أهلية التقاضي<sup>(١)</sup>. فنظراً لأهمية الدور الذي تلعبه هذه الأشخاص في الحياة الاقتصادية باعتبارها أسواق تتداول فيها الأوراق المالية التي تصدرها الشركات أو الدولة، كان لزاماً على المشرع أن يمنحها هذه الشخصية

بالنسبة لمجالس إدارات بعض الشركات، عندما تؤكد لديها أن جانباً كبيراً من حجم أعمال الشركة وهمى أو مبالغ فيه، قصد به تضخيم حجم الأعمال، وذلك لإعطاء صورة وردية للشركة تؤمن لها الاستمرار والمنافسة من ناحية، والحصول على المزايا الحكومية والتسهيلات البنكية والإقبال الجماهيري من ناحية أخرى. ولعل الحكم الصادر من محكمة كريتيل في العاشر من فبراير ١٩٩٧م في قضية شركة G بعد مثالا واضحاً على أحقية لجنة عمليات البورصة في مسائلة مجلس إدارة الشركات المخالفة. ففى هذا الحكم قررت المحكمة أن الميزانية التي نشرتها الشركة عن عام ١٩٨٩ تحتوي على بيانات وحسابات غير صحيحة لا تعبر عن حقيقة وضع الشركة في هذه الفترة، مما يقيم مسؤولية رئيس الشركة ليس فقط عن تقديم ونشر حسابات مالية غير صادقة عن أداء عام ١٩٨٩، وإنما أيضاً لنشر بيانات توهم بزيادة حجم الأعمال وزيادة الأرباح بينما فى الحقيقة لحقت بالشركة الخسائر وكانت حقيقة نتائج أعمالها سلبية وليست إيجابية (Rev. crim, juillet. Sept. 1997).

وعلى الرغم من محاولة مجلس إدارة الشركة تبرير ذلك بالتعامل مع العديد من الجهات الإدارية وما يستغرقه إنهاء الملفات والحسابات من فترة زمنية طويلة، مع هذا فإن المحكمة لم تأخذ بهذا التبرير استناداً إلى نص المادة ١٥ من قانون التجارة الفرنسى والتي تشترط أن تكون الأرباح المنكورة بالميزانية هي الأرباح المتحققة من الأعمال التي نفذتها الشركة بصورة كلية أو جزئية، أما الأعمال التي لم تشرع الشركة فى تنفيذها، فيتبين ألا تدرج بالميزانية أو التقارير التي تقدمها الشركة، والتي أوضح التحقيق أن ما ذكرته الشركة من أعمال وممارسات من شأنها تضليل مراقبي حسابات الشركة عن طريق تصوير مستندات مزورة لطلبات مصطنعة وأعمال وهمية، وهو الأمر الذى يشكل عقيدة المحكمة بقيام جريمة تقديم ونشر حسابات مالية كاذبة فى حق رئيس الشركة (د/ صالح البربرى، الممارسات غير المشروعة، المرجع السابق، ص ٢٧٣

DANG-TRAN M.-Ch. : Le contrôle de l'information financière, art.préc. p.29 ; KENADJIAN P. : L'expérience américaine, art.préc. p.36).

(١) مادة ٢ من مواء إصدار القانون رقم ١٦١ لسنة ١٩٥٧م بشأن اللائحة العامة لبورصات الأوراق المالية.

المعنوية المستقلة حتى يمكنها القيام بهذا الدور الرئيسي في التداول وتنقسم  
البورصات بحسب الدور الذي تقوم به إلى:

١- بورصات للعقود أو بورصات للبضائع، وهى تلك التى يجرى فيها التعامل  
على جميع أنواع الحاصلات.

٢- بورصات القيم المنقولة أو بورصات الأوراق المالية، وهى تلك التى يجرى  
فيها التعامل على الأسهم والسندات.

وهذه البورصات الأخيرة تهدف من خلال الدور الذى تقوم به، إلى  
تحقيق مجموعة من الأهداف إلى جمهور المتعاملين، يبرز من بينها:

١- تحقيق الأمان، بمعنى الحد من انخفاض عائد الأوراق المالية أو جعل مثل  
هذا الانخفاض أمراً قانونياً.

٢- الاطمئنان إلى ثبات قيمة الورقة وإلى إمكانية استرداد قيمتها فى أى  
وقت<sup>(١)</sup>.

ولا خلاف أن هذا أمر يتوافر دائماً بالنسبة للسندات بحكم كونها تعطى  
صاحبها الحق فى الحصول على فائدة ثابتة دون أن يتأثر ذلك بنجاح المشروع  
أو فشله كما هو الأمر بالنسبة لحملة الأسهم. فصاحب السند «دانن لا شأن له  
بأرباح الشركة قلت أم كثرت، حيث هو يحصل على فائدة ثابتة فى ميعاد ثابت،  
وبصرف النظر عن مركز الشركة المالى. أما صاحب السهم، فهو لا يحصل  
على ربح إلا متى حققت الشركة أرباحاً. وليس معنى ذلك أن صاحب السند فى  
مأمن من كل خطر؛ ذلك أنه وإن كان يملك، إذا لم تحقق الشركة أرباحاً، أن ينفذ  
على أموالها، ويستوفى حقه، إذا لم تقم بالوفاء له اختياراً، إلا أنه - لأسباب  
كثيرة - قد لا تقى موجودات الشركة بحقوق أصحاب السندات، إذا ما كانت  
الشركة قد حققت خسائر لسنوات متتالية ولاحقها الفشل والإخفاق<sup>(٢)</sup>».

٣- تحقيق القابلية للتداول، ويعد هذا الهدف هو أهم الأهداف التى يتعين  
أن تعمل البورصة على تحقيقه، لما يودى إليه من إعطاء المدخرين الحرية

(١) د/ عصام أحمد البهجى، الموسوعة القانونية لبورصة الأوراق المالية، المرجع السابق،  
ص ٣٩؛ د/ زينب توفيق السيد عليوة، المستثمرون الأجانب فى البورصة المصرية،  
المرجع السابق، ص ٤٧٠.

(٢) د/ عبد الفضيل محمد أحمد، بورصات الأوراق المالية، مكتبة الجلاء الجديدة  
بالمنصورة، بندا ٩، ص ٩.

الكاملة فى استبدال النقود بالصكوك التى يملكونها. فالحاجة الدائمة إلى النقود قد تدفع صاحب الصك إلى التصرف فيه والحصول على قيمته، وهو الأمر الذى يتعين أن توفره البورصة من خلال تحقيق مبدأ السيولة. بيد أن تحقيق هذا الهدف يتوقف على رغبة الأفراد فى الحصول على مثل هذه الصكوك والدخول إلى هذا المجال والاستمرار فيه. فصاحب الصك لن يستطيع التصرف فيه واسترداد قيمته، إلا إذا وجد من يرغب فى الحصول عليه وتوظيف مدخراته فى مجال الأوراق المالية<sup>(١)</sup>.

فالبورصة باعتبارها الوسيلة التى يمكن من خلالها التنازل عن الصكوك والتصرف فيها، يتعين أن تكفل للمتعاملين الحق فى نقل ملكية الأوراق المالية نظير الحصول على مقابل عادل، هذا فضلا عن مساهمتها فى توفير ما تحتاج إليه المشروعات الكبرى من تمويل. فالبورصة «هى المكان الذى يلتقى فيه أصحاب المشروعات التى هى فى حاجة إلى التمويل، والمدخرون الذين يملكون المال الذى يمكن توظيفه. والبورصة هى أيضاً المكان الذى يلتقى فيه المدخرون الذين سبق لهم توظيف أموالهم فى صكوك أصدرتها الشركات، والمدخرون الذين يرغبون فى الحلول محلهم فيها. فليس من الضرورى أن توجد استثمارات جديدة كل يوم فى البورصة. فالسيولة التى تحققها البورصة تسمح بدوران المال عن طريق تغيير مالكي الصكوك المقيدة فيها. وقد يتصرف البعض فى صكوكهم بقصد شراء صكوك جديدة أو بقصد استخدام ثمنها فى الاستهلاك أو الإنفاق. ومن هنا، فإن قيام البورصة بإحلال مدخرين جديداً محل حملة الصكوك الذين يرغبون فى التصرف فيها من مساهمين وحملة سندات، يحقق معجزة سيولة هذه الصكوك، مع بقاء هذه الصكوك فى نفس توظيفها الأصيلى رغم تغيير المالك<sup>(٢)</sup>».

(١) د/ عاشور عبد الجواد عبد الحميد، بعض جوانب النظام القانونى لأسواق رأس المال، المرجع السابق، ص ٦٤؛ د/ عصام أحمد البهجي، الموسوعة القانونية، المرجع السابق، ص ٤٤٧؛ د/ صالح راشد الحمراي، دور شركات المسيرة فى بورصات الأوراق المالية، ط ٢٠٠٤، ص ٣٠؛ د/ منير إبراهيم هندی، الأوراق المالية وأسواق رأس المال، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٣، ص ٢٩ وما بعدها؛ د/ عبد الفضيل محمد أحمد، بورصات الأوراق المالية، المرجع السابق، ص ٦٨ وما بعدها.

(٢) د/ عبد الفضيل محمد أحمد، بورصات الأوراق المالية، المرجع السابق، بند ٩، ص ١١.

فيورصات الأوراق المالية منوط بها أن تؤدي دورها المنشود على أكمل وجه حتى يشجع هذا الأداء المتعاملين، أو بمعنى أدق المدخرين، على استثمار أو توظيف أموالهم ومدخراتهم في مجال الأوراق المالية<sup>(١)</sup>. مع هذا فإن أداء البورصة لهذا الدور منوط بما تقدمه شركات السمسرة من مساهمة وانضباط. فيورصات الأوراق المالية تتميز بالدور الذي يلعبه سمسرة الأوراق المالية، حيث لا تجرى التعاملات فيها بدون تدخل من هؤلاء السمسرة. فبدونهم لا يتم تنفيذ أوامر البيع والشراء.

ومن ثم يتضح أن نجاح الحوكمة للشركات المقيدة بسوق الأوراق المالية يرتبط بتنظيم البورصة (المبحث الأول)، وبحسن أداء السمسرة لدورهم، سواء تعلق الأمر بدورهم التقليدي، أو بتحليل المعلومات وإيضاحها للمستثمرين (المبحث الثاني).

### المبحث الأول

#### دور البورصة في ضبط قواعد الحوكمة

إن دور البورصة في ضبط قواعد الحوكمة للشركات المسجلة بسوق رأس المال يبرزه ما تقوم به من رقابة في متابعة تلك الشركات (المطلب الأول)، وما تمارسه من سبل لتفعيل سوق رأس المال (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### الدور الرقابي

(١) ولذلك فإن علاقة البورصة بحوكمة الشركات المقيدة بها هي علاقة وثيقة، حيث أن نجاح هذه الأخيرة يعتمد بصورة كبيرة على حسن انتظام هذه السوق وقيام إدارتها بالالتزامات المفروضة عليها على أكمل وجه. فحسن انتظام سوق رأس المال يساعد على زيادة عدد الشركات المقيدة بها من ناحية، وعلى كسب ثقة المستثمرين المحليين والأجانب من ناحية أخرى.

لقد أناط المشرع بإدارة البورصة متابعة التزام الشركات المقيدة بسوق الأوراق المالية بقواعد الإفصاح والشفافية (الفرع الأول)، هذا فضلاً عن دورها في متابعة أنشطة الوسطاء (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### متابعة الالتزام بقواعد الإفصاح والشفافية

لقد سبق التتويه إلى أن متابعة التزام الشركات بقواعد الإفصاح والشفافية غير قاصر على إدارة البورصة، وإنما واجب أيضاً على الهيئة العامة للرقابة المالية<sup>(١)</sup>. فهذه الأخيرة يقع على عاتقها الالتزام بمراقبة الشركات بواجب الإفصاح والشفافية عن جميع البيانات والمعلومات المتعلقة بنتائج أعمالها وحقيقة مركزها المالي<sup>(٢)</sup>. مع هذا فإن ما يهمننا في هذا المقام هو الدور الذي تقوم به إدارة البورصة في متابعة قيام الشركات المقيدة بسوق الأوراق المالية بقواعد الإفصاح والشفافية. فإدارة البورصة هي المسئولة عن صحة المعلومات التي تعلنها تلك الشركات للجمهور، طالما أنه يقع على عاتقها الإشراف على المعلومات التي تقدم إليهم، وذلك من خلال تنفيذ الشركات لالتزامها بتقديم قوائمها المالية إليها كل ثلاثة أشهر.

(١) وهذا الدور الرقابي يقترب كثيراً من الدور الذي تلعبه سلطة الأسواق المالية (AMF) بعد حلولها محل هيئة الأسواق المالية (CMF)، ولجنة عمليات البورصة (COB) في النظام المالي الفرنسي، إذ أناط المشرع الفرنسي بالأولى سلطة التأديب والإشراف، وبالغاية الإشراف على تنفيذ قواعد الإفصاح والشفافية بالنسبة للمستثمرين، هذا فضلاً عن تنظيم عمل وأداء البورصة والإشراف على الانخار الجماعي. لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع، راجع:

GUYON Y. : Droit des affaires, droit commercial en général et sociétés, Economica, T.I, 12 éd, 2003, n°597, p.649 et s ;  
AUCKENTHLER F.: Bourse de valeur, législation, nouvelles procédures de sanctions de la COB, JCP, 35, août 2000, p. 1304 et s.

(٢) لمزيد من التفصيل حول تعزيز الدور الرقابي في أسواق الأوراق المالية في الدول العربية، راجع أ/ حسين عبد المطلب الأسرج، دراسة تحليلية لأسواق الأوراق المالية، المرجع السابق، ص ٣٦ وما بعدها.

في الحقيقة إن قيام إدارة البورصة بهذا الدور ذو أثر بالغ في نجاح نظام الحوكمة، حيث أن المعلومات المفصح عنها تمثل أهمية كبيرة في زيادة أو العكس في انخفاض حركة التداول، لما لهذه المعلومات من تأثير واضح على القرارات التي يتخذها المتعاملون في الشراء أو البيع أو على العكس في الإحجام عن التعامل<sup>(١)</sup>. لهذا ركزت القواعد الدولية على أهمية هذا الدور حتى تكفل الضمان اللازم لصحة الوصول السريع للمعلومات، بما يمكن في النهاية المستثمرين من اتخاذ قراراتهم ويقتل من خطر التلاعب أو القيام ببعض الممارسات غير السليمة في سوق رأس المال<sup>(٢)</sup>. ولا جدال أن هذا الدور يفرض على إدارة البورصة بعض الالتزامات أهمها:

(١) / حسين عبد المطلب الأسرج، آليات تفعيل البورصة المصرية لتنمية الانخار، مجلة مصر المعاصرة، العدد ٤٧٧/٤٧٨، ص ٥٥١.

(٢) ويعد من قبيل هذه الممارسات ما قرره المادة ٦٤ من قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م بنصها على أنه مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها في أى قانون آخر يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين وبغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تزيد على خمسين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أفشى سرا اتصل به بحكم عمله تطبيقاً لأحكام هذا القانون، أو حقق نفعاً منه هو أو زوجه أو أولاده أو أثبت في تقاريره وقائع غير صحيحة، أو أغفل في هذه التقارير وقائع تؤثر في نتائجها. فمن هذا النص يتضح أن الممارسات غير المشروعة قد تنشأ نتيجة استغلال مديري الشركة أو موظفيها للأسرار والمعلومات التي يطلعون عليها بحكم طبيعة عملهم لتحقيق منافع شخصية لهم أو لزوجاتهم أو أولادهم، أو من خلال إفشائها للغير. مع هذا فإن العبرة هي بحقيقة المعلومة التي يطلع عليها هؤلاء الأشخاص. فليست كل المعلومات على درجة واحدة من الأهمية، ومن ثم يجب أن تكون المعلومة محددة ومن شأنها التأثير على سعر السهم المتداول في بورصة الأوراق المالية. فالمعلومة المحددة وذات التأثير هي التي يتعين الاحتفاظ بها وعدم إفشائها للغير، وهي تكون كذلك عندما لا يعلم بها إلا عدد محدود من الأشخاص مقارنة بالمتعاملين في سوق رأس المال. فالمعلومة بهذا الوصف أو التحديد هي المعلومة السرية ذات التأثير المباشر والفعال في سعر الورقة المالية المتعلقة بها، نظراً لأنها تسمح لمن يعلمها أو لمن تصل إليه بالحصول على ميزة غير مبررة على حساب باقي المتعاملين. كذلك لا يشترط لقيام الجريمة المعاقب عليها بالمادة ٦٤ من قانون سوق رأس المال أن يحصل المطلع على المعلومة المميزة على منفعة شخصية، وإنما يكفي أن يؤدي الإفشاء إلى إهدار مبدأ تكافؤ الفرص في الحصول على المعلومة. فالإخلال يتحقق عندما يستفيد منها قبل وصولها إلى علم الكافة. فتحقيق العدالة والمساواة بين الجمهور يحتم على العاملين ببطان الأمور الامتناع عن القيام بأي عمل أو تصرف يكون من شأنه إفشاء معلومات مميزة إلى الغير للاستفادة منها في عمليات شخصية. فإعمال هذا المبدأ يفرض على هؤلاء الأشخاص الاحتفاظ بتلك المعلومات لحين الإفصاح عنها وإعلام الجمهور بها في وقت

١ - عدم الانتقاص من واجب الالتزام بالشفافية، إلا في حدود ضيقة وبشروط محددة. فاللتزام بإدارة البورصة بمراقبة أو الإشراف على المعلومات المفصح عنها يحتم عليها الإحاطة بهذه المعلومات واتخاذ كافة السبل ووضع ما تراه مناسباً للوصول إليها وتقييمها، لتري ما يمكن أن ينتقص منها عندما تقتضى الظروف ذلك.

٢ - معاملة كافة المشاركين في السوق على قدم المساواة. فالدور الرقابى الذى تقوم به إدارة البورصة يحتم عليها عدم التمييز بين المتعاملين فى سوق رأس المال، وعدم التمييز لا يقتصر على الشركات الملتزمة بتقديم أو بالإفصاح عن المعلومات، وإنما يشمل كذلك أصحاب المصالح فى الاستفادة من هذه المعلومات. فهذه المعاملة العادلة لأصحاب المراكز القانونية المتساوية تساعد إلى حد كبير على منع التلاعب بمصالح المستثمرين أو المتعاملين فى هذه السوق، إذ يمكن عن طريقها الوقوف على كافة التصرفات والممارسات

---

واحد. كما تقوم تلك الجريمة عندما يكون الإقضاء عن السر بهدف تحقيق مصلحة معينة من وراء المعلومات المفصح عنها، أى أن يتم الإقضاء عن قصد، هو استغلالها فى إجراء أعمال غير شرعية يساعده فى القيام بها المعلومة التى اطلع عليها قبل الآخرين. مع هذا فإنه يمكن القول بأنه من الصعوبة بمكان معرفة من أفشى تلك المعلومات المميزة للغير وأعطاه الفرصة للإثراء من ورائها. فإذا كانت تلك المعلومات محدودة فى عدد معين من المطلعين عليها، مع هذا فإنه من الصعب الوصول إلى من أفشاهها، ومن ثم توجيه الاتهام إليه. صحيح أن هناك بعض الظواهر التى تساعد فى الكشف على من استفاد منها وكذلك ملاحقة من كشف عن المعلومات المميزة، منها المبالغ الكبيرة التى تم الحصول عليها، أو الإثراء الفاحش الذى تم تحقيقه. مع هذا فإن هذه الظواهر لا تكفى فى الوصول إلى الفاعل الحقيقى لتلك المخالفات أو المستفيدين منها. يبقى فى النهاية القول بأن نص المادة ٦٤ من قانون سوق رأس المال لا يعاقب سوى المطلعين ببواطن الأمور عن جريمة الإقضاء أما المستفيدين من الأسعار أو المعلومات المميزة لم يتلوهلهم النص بأى جزاء. هذا وإن كان القضاء الفرنسى قد عاقب المستفيد، على الرغم من عدم وجود نص فى القانون الفرنسى يعاقبه عن جريمة الإقضاء، على جريمة أخرى هى جريمة الإخفاء(د/صالح البربرى، الممارسات غير المشروعة، المرجع السابق، ص ٢١٤؛ راجع أيضا

DUCOULOX F.: Le délit d'initié dix ans de jurisprudence et d'activité de la COB, Gaz. Pal, 1984, II, p. 41, et s; ROGER A.: La notion d'avantage injustifié, JCP, 1998, n° 3, p. 85 et s ; MARTY D.: Les initiés, D, 1976, p. 94 et s ; DUCOULOX – FAVARD C.: Comment sanctionner l'initié?, petites affiches, juin 1995, n° 77.



التي من شأنها الإضرار ببعض المستثمرين أو التستر على بعض التصرفات المضللة أو تلك التي تتطوى على غش قد يؤدي إلى تشويه للأسعار أو وقف للتداول<sup>(١)</sup>. ويعد نص المادة ٢١ من قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م واضح الدلالة في التأكيد على قيام البورصة بهذا الواجب والتزامها بمثل هذه المعاملة العادلة. فلقد سمحت هذه المادة لرئيس البورصة باتخاذ القرار بوقف عروض وطلبات التداول التي يكون الغرض منها التلاعب في الأسعار. ولاشك أن اتخاذ مثل هذا القرار لا يمكن الوصول إليه إلا من خلال التطبيق السليم لقواعد الإفصاح والشفافية والالتزام الحرفي بقواعد المعاملة العادلة لكافة المتعاملين وعدم محاباة البعض منهم، لما لمثل هذا التصرف من تأثير بالغ على حركة التداول وزعزعة للثقة اللازمة في إدارة تلك السوق الهامة والمؤثرة.

في الواقع إن متابعة هذا الالتزام لا تكون فقط من خلال الإشراف والرقابة على ما تقدمه الشركات من بيانات ومعلومات وقوائم، وإنما باتخاذ الإجراءات اللازمة والجزاءات المناسبة لمنع مسئولى الشركات من أى محاولة للغش أو التضليل أو التلاعب بالسوق والمتعاملين. فالإشراف والرقابة بدون جزاءات أو اتخاذ الإجراءات المناسبة يصبحان عديمى الجدوى أمام تلك الممارسات التي قد تنتهجها بعض الشركات والتي تعد في ذاتها غير مشروعة أو منافية لأخلاقيات المهنة وقواعد التداول فى الأسواق. ومن أجل تفعيل هذه الرقابة وهذا الإشراف سمح المشرع المصرى لرئيس البورصة بوقف عروض وطلبات التداول التي تهدف إلى التلاعب فى الأسعار، كما أجاز له المشرع إلغاء كافة العمليات التي تعقد بالمخالفة لأحكام القوانين واللوائح والقرارات الصادرة تنفيذاً لها أو التي تتم بسعر لا مبرر له. هذا فضلاً عن حقه فى وقف التعامل على ورقة مالية إذا كان من شأن استمرار التعامل بها الإضرار بالسوق أو المتعاملين فيها<sup>(٢)</sup>.

وإمعاناً فى تفعيل الإجراءات التي يمكن أن يتخذها رئيس البورصة لمنع التلاعب بالسوق أو المتعاملين، بل ولحث الشركات على الالتزام بقواعد الإفصاح والشفافية صدر قرار رئيس الجمهورية رقم ٥١ لسنة ١٩٩٧م بشأن

(١) د/ حسين فتحى، تعاملات المطلعين على أسرار أسهم الشركة، المرجع السابق، ص ١١ وما بعدها.

(٢) راجع ما بعده، ص.

الأحكام المنظمة لإدارة بورصتى الأوراق المالية بالقاهرة والإسكندرية وشنونها المالية، والذي تبرز بوضوح المادتان الثانية والثامنة منه هذا التفعيل. فالمادة الثانية تقتضى ضرورة مباشرة البورصة لاختصاصاتها المقررة فى قانون سوق رأس المال ولائحته التنفيذية على نحو يكفل سلامة تداول الأوراق المالية وأداء المتعاملين وحسن سير العمل واستقرار المعاملات فيها، فضلا عن عدم مخالفة القوانين واللوائح والقرارات المتعلقة بأعمالها.

أما المادة الثامنة من القرار فتبين بوضوح ما يقع على رئيس البورصة من واجبات حيال تلك المخالفات التى ترتكبها الشركات الملتزمة بالإفصاح والشفافية، وذلك بتقريرها أنه «على رئيس البورصة إبلاغ رئيس الهيئة العامة لسوق المال بما يقع من تلك الشركات من مخالفات لأحكام القوانين واللوائح والقرارات والقواعد المنظمة للعمل بالبورصة، بما فى ذلك تقديم بيانات غير حقيقية للبورصة خاصة بالشركة أو بنشاطها، وتطبيق على المخالفة الجزاءات المنصوص عليها فى المادتين (٣٠ ، ٣١) من قانون سوق رأس المال، وعلى رئيس الهيئة اتخاذ الإجراءات القانونية حيال المخالفة طبقاً لأحكام المادتين المشار إليهما، وتسرى على التظلم من القرارات التى تصدر فى هذا الشأن أحكام المادة (٣٢) من ذلك القانون».

من الواضح أن المادة الثامنة من القرار السابق لم ولن تحقق الغرض من صياغتها، وذلك لقصرها دور رئيس البورصة على مجرد إبلاغ الهيئة العامة لسوق المال بالمخالفات التى ترتكبها إدارات الشركات الملتزمة بالإفصاح والشفافية، وكان الأجدر من ذلك إعطاء سلطة التحقيق وتوقيع الجزاءات لإدارة البورصة. فإذا كانت هذه الأخيرة قد نيط بها إحكام الرقابة على المعاملات التى تجرى وتتم فى مجال الأوراق المالية، فإنه كان من الضرورى منحها سلطة تطبيق الجزاءات التى كفلها قانون سوق رأس المال، وليس إعطاء هذا الحق لهيئة سوق المال. فقصر دور البورصة على مجرد الإبلاغ يقود حتماً إلى ضعف الدور الرقابى الذى تباشره على عمليات التداول التى تجرى بها، على

الرغم من أنها الأجدر على تطبيق تلك الجزاءات واتخاذ ما يكفله القانون من إجراءات لحسن سير العمل واستقرار المعاملات<sup>(١)</sup>.

## الفرع الثاني متابعة أنشطة الوسطاء

في البداية يتعين الإشارة إلى أن اختيارنا للفظ الوسطاء إنما يشمل السماسرة وما يستعينون به من مندوبين أو تابعين. فلقد سمح المشرع لسماسرة الأوراق المالية بحق الاستعانة بمندوبين أو تابعين يساعدهم في تنفيذ أوامر البيع والشراء في البورصة، وذلك لقصير المشرع التعامل في الأوراق المالية على هؤلاء السماسرة. فلا يجوز أن يتم التعامل على هذه الأوراق إلا من خلال أحد السماسرة أو الشركات المرخص لها بذلك. هذا ما تبرزه بوضوح كل من المادتين ١٨ من قانون رأس المال ٩٥ لسنة ١٩٩٢م، و٤٥ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م. فالمادة ١٨ من قانون سوق رأس المال تقرر بأن التعامل في الأوراق المالية المقيدة بالبورصة يكون بواسطة إحدى الشركات المرخص لها بذلك وإلا وقع التعامل باطلاً، وتضمن الشركة سلامة العملية التي تتم بواسطتها، وتبين اللائحة التنفيذية الأعمال التي يحظر على الشركة القيام بها. أما المادة ٤٥ من قانون التجارة الجديد فتقرر ذلك بوضوح بنصها على أنه «لا يجوز التعامل في سوق الأوراق المالية بالنسبة إلى الصكوك المدرجة بجداول أسعارها إلا بواسطة سمسار مقبول للعمل بها وإلا كان التصرف باطلاً. ولا يجوز للسمسار إجراء عمليات في السوق لحساب عملائه إلا إذا كان مفوضاً في إجرائها من العميل بموجب تفويض خاص مكتوب، فإذا أجرى السمسار العملية دون هذا التفويض جاز للعميل قبولها أو رفضها».

فمن هذين النصين يتضح أهمية الدور الذي يلعبه سمسارة الأوراق المالية ومندوبيهم، إذ من خلالهم يتم التعامل في الأوراق المالية. لهذا يتعين

(١) قارب من هذا المعنى، د/ عماد صالح سلام، إدارة الأزمات في بورصات الأوراق المالية العربية والعالمية والتنمية المتواصلة، أبو ظبي، ٢٠٠٢، ص ٤٤٤١/د محمد حلمي عبد التواب، البورصة المصرية، آلية عملها - الربط بين البورصات، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٤، ص ١٣٩.



بظروف الصفقة، وذلك لأن عدم الأمانة يعد غشاً وفقاً للالتزام العام الذى يفرضه القانون على السمسار وهو الالتزام بالتبصير.

وفقاً لهذا النص يتعين على السمسار عدم إخفاء شئ عن أطراف الصفقة، ومن ثم إذا أخفى السمسار أيًا من المعلومات المتوفرة لديه، فإنه يلتزم بتعويض ما ينشأ عن ذلك من أضرار فى حالة الغش أو الخطأ الجسيم. فلا تقوم مسئولية السمسار إلا فى هذه الأحوال، وعليه لا يلتزم السمسار بتعويض أى من الطرفين عما يلحقه من أضرار ناشئة عما صدر منه من خطأ يسيّر<sup>(١)</sup>.

كما يلتزم السمسار بالأ يقيم نفسه طرفاً فى العقد الذى توسط فى إبرامه إلا بإجازة المتعاقد ذلك (م ٢٠١ تجارى). وهو نفس الحكم الذى تقرره المادة ٤٨٠ من القانون المدنى بشأن عقد البيع، وذلك بنصها على أنه «لا يجوز للسمسار ولا الخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم فى بيعها أو فى تقدير ثمنها...». مع هذا فقد أورد المشرع استثناءً على هذه القاعدة بإجازته هذا الإبرام إذا وافق الوسط على ذلك. فلقد أتاح المشرع للوسط مكنه الخيار بين إبرام الصفقة مع السمسار وبين الامتناع عن التعاقد. بيد أن اختيار الوسط إتمام العقد يؤدي إلى عدم استحقاق السمسار لأى أجر أو عمولة، وذلك لأنه من غير المعقول استحقاق السمسار لأجر عن الجهد الذى بذله فى العثور على نفسه بوصفه متعاقداً آخر.

مع هذا فقد حظرت المادة ٩٠ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م على شركات السمسرة عقد أية عمليات لحسابها

(١) راجع ما دار فى مناقشات مجلس الشعب بجلسة ٣١ يناير ١٩٩٩م، حيث تساءل الدكتور إيوارد غالى الذهبى عن سبب إغفال النص الحديث عن الخطأ العادى للسمسار وهل يعد هذا الإغفال من قبيل الإغفاء من المسئولية فى هذه الحالة. ولكن أجابت الحكومة بأن السمسار مسئول حسب النص، إذ عليه واجب الأمانة فى مواجهة الطرف الذى كلفه وهذا التزام تعاقدى، وفى مواجهة الطرف الآخر الذى لم يكلفه وهو التزام تترتب عليه مسئولية تقصيرية. وفى الحالتين مسئولية السمسار قبل الطرفين، مسئولية عن التعويض فى حالة الخطأ الجسيم والغش لأن عدم الأمانة يعتبر غشاً. ومصدر هذا النص أحكام القضاء فى مصر وفى فرنسا، لأن السمسار مسئول عن تبصير الطرفين بالظروف التى تحيط بالصفقة وفى جميع أحكام القضاء وكتابات الفقهاء يوجد التزام على عتق السمسار يسمى الالتزام بالتبصير.

الخاص<sup>(١)</sup>. فحرصاً من المشرع على مصالح المتعاملين في مجال الأوراق المالية، باتعين أكتوا أم مشترين، حظر على شركات السمسرة إتباع أى سياسة أو إجراء أى عملية يكون من شأنها الإضرار بالمتعاملين معها أو الإخلال بحقوقهم، أو عقد أى عملية لحسابها الخاص. فوفقاً لهذا النص يحظر على شركات السمسرة فى الأوراق المالية أن تبرم أى عملية لحسابها الخاص، سواء بإجازة أو بدون إجازة، وأى تصرف بالمخالفة لهذا الحظر يقع باطلاً ولا يعتد به، كما أنه يعرض الشركة للمسائلة ووقفها عن العمل بالبورصة<sup>(٢)</sup>.

من الواضح أن المشرع بهذا الحظر خرج على القواعد العامة فى مجال السمسرة، وذلك بعدم إجازته لشركات السمسرة فى الأوراق المالية أن تقوم بعقد أى صفقات لحسابها الخاص، سواء أجاز العملاء ذلك أم لم يجيزوه<sup>(٣)</sup>. فنظراً لخطورة هذه المعاملات وأهمية البيانات فى إجرائها، لم يسمح المشرع

(١) مع هذا فقد تم تقييد هذا الحظر بمقتضى القرار الوزارى رقم ٢٩٣ لسنة ٢٠٠٧، والذي أجاز لشركات السمسرة أن تقوم بدور صانع السوق (راجع ما بعده، ص ١٠٨ وما بعدها).

(٢) مع هذا يقرر البعض أن سمسار الأوراق المالية إذا خالف هذه القاعدة وأقام من نفسه طرفاً فى العملية التى يجريها لحساب عميله، فإن الجزء المترتب لا يكون البطلان، وإنما تعريض السمسار نفسه لعقوبتى العزل والغرامة، بالإضافة إلى قيام مسئوليته المدنية عن الأضرار التى لحقت بعميله (د/ عبد الفضيل محمد أحمد، بورصات الأوراق المالية، المرجع السابق، ص ١٨٤).

(٣) على العكس أحدث المشرع الفرنسى تغييراً جذرياً فى هذه المسألة. فيعد أن حظر المشرع الفرنسى على سمسرة الأوراق المالية أن يقيموا من أنفسهم أطرافاً فى تنفيذ أوامر البورصة، اتجه منذ قانون ١١ يوليو ١٩٧٢م إلى إعطاء هؤلاء السمسرة دوراً أكبر فى تنشيط سوق المال، وذلك بإجازته أن يقيم سمسار الأوراق المالية من نفسه طرفاً فى التعاقد. فمنذ هذا التاريخ أضاف المشرع الفرنسى فقرة ثالثة لنص المادة ٨٥ من القانون التجارى أجازت للسمسرة أن يكونوا أطرافاً فى العمليات التى يجرونها، ولقد أكد المشرع الفرنسى هذه الإجازة بقانون ٢٢ يناير سنة ١٩٨٨م. فلم يعد دور السمسار قاصراً على نقل أوامر البورصة وتنفيذها، وإنما امتد لأن يكون طرفاً فى أى تعاقد يجريه. صحيح أن المشرع قد أراد من هذا الحظر تفادى تضارب المصالح بين السمسار وعميله، والذي قد يتحقق عندما يكون السمسار طرفاً فى العملية التى يجريها. فبمنزلة تعدم مصلحته فيما يجريه من أعمال، فإنه يبحث عن تحقيق مصلحة عملائه على أكمل وجه، دون أننى تفكير فى تغليب المصلحة على الواجب. أما بعد هذا التعديل، فقد تغيرت النظرة إلى السمسرة وهجرت قاعدة التضارب بصورة كلية وأصبح من حق السمسار أن يقوم من نفسه طرفاً فى التعاقد مع العميل دون تفكير فى

لمثل هذه الشركات بعقد أية عمليات لحسابها الخاص. فلقد قدر المشرع أن مثل هذا السماح قد يدفع هذه الشركات إلى تعمد إعطاء العميل بيانات غير صحيحة عن عملية له مصلحة فيها، من أجل استثثارها بالصفقة. ولهذا جاء نص المادة ٩٢ من اللائحة ليبيّن الطريقة التي يجب أن يتم من خلالها تنفيذ أوامر البيع والشراء بما في ذلك العمليات التي تقوم بها شركات السمسرة بتقريره بأنه على الشركة أن تقوم بتنفيذ هذه الأوامر في المكان والمواعيد التي تحددها إدارة البورصة، ويجب أن تعرض هذه الأوامر بطريقة تكفل العلانية وبالبيانات اللازمة للتعريف بالعملية وفقاً للقواعد التي تقرها إدارة البورصة وتعتمدها الهيئة.

فإذا كان المشرع قد قصر التعامل في الأوراق المالية داخل البورصة وخارجها على شركات السمسرة بهدف توفير أكبر قدر من الحماية والضمان للمتعاملين في هذه الأوراق، فإنه كان لزاماً عليه أن يقصر نشاط هذه الشركات على التعامل لحساب الغير ببيعاً وشراءً، بما يساعد على تحقيق هذا الهدف من ناحية، وعلى استقرار سوق تلك الأوراق وتطورها إلى الأفضل من ناحية أخرى<sup>(١)</sup>.

---

إيثار مصلحة على أخرى (د/عبد الفضيل محمد أحمد، بورصات الأوراق المالية، المرجع السابق، ص ١٨٥).

(١) مع هذا يذهب البعض إلى القول بأن الحظر الذي قرره المادة ٩٠ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال ليس مطلقاً، إذ يجوز لشركات السمسرة أن توسط شركة أخرى في إبرام الصفقات الخاصة بالأوراق المالية التي تملكها. فطالما أن المشرع رخص لهذه الشركات بترويج وتغطية الاكتتاب في الأوراق المالية (م ٢٧ من القانون)، فإنه قد سمح لها بإعادة بيع الأوراق التي اكتسبت فيها. فوفقاً لهذا النص يتضح أن المشرع حظر على شركات السمسرة التوسط في تداول الأوراق المالية التي تملكها، بل يتعين عليها أن تكلف شركة أخرى بهذا التوسط (د/عاشور عبد الجواد عبد الحميد، بعض جوانب النظام القانوني، المرجع السابق، ص ٧٣). بل إن البعض ينتقد المسلك الذي انتهجه المشرع المصري لعدم السماح لشركات السمسرة بالعمل لحسابها الخاص من خلال شركات أخرى. فيقرر أنه كان الأجدر بالمشرع المصري أن يجيز لهذه الشركات أن تتعامل لحسابها الخاص وفقاً لنظم وإجراءات تحددها اللائحة التنفيذية وتراقب تنفيذها الهيئة العامة لسوق المال، لاسيما وأن المشرع الفرنسي سمح لشركات البورصة بالتداول في الأوراق المالية التي تملكها أو أن تكون طرفاً في الصفقات المكلفة بالتوسط في إبرامها. فإذا كلفت بالشراء، كان لها الحق في أن تكون البائع. وإذا كانت مكلفة بالبيع، يجوز لها أن تكون المشتري، وهو ما يعرف بعمليات الطرف

## ٢- الالتزامات الخاصة

ويقصد بها الالتزامات المفروضة على شركات السمسرة في مجال الأوراق المالية. فإذا كان المشرع لم يتح التعامل في الأوراق المالية داخل البورصة للكافة، وإنما قصره على شركات السمسرة المرخص لها بذلك، فإنه قد ألزمها في ذات الوقت بضمان سلامة العمليات التي تتم بواسطتها. ومن ثم فإن الالتزام الرئيسي الذي فرضه المشرع على تلك الشركات هو ضمان سلامة التعاملات التي تتم من خلالها<sup>(١)</sup>. ويتقضى هذا الضمان اتخاذها لبعض الاحتياطات وتنفيذها لبعض الاشتراطات، التي تكفلت اللائحة التنفيذية من قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م ببياناتها وهي:

١- تسجيل أوامر العملاء فور ورودها إليها. هذا ما تبرزه بوضوح المادة ٥٩١ من اللائحة التنفيذية بتقريرها أن وجوب التسجيل يتضمن مضمون الأمر واسم مصدره وصفته وساعته وكيفية وروده إلى الشركة، والثمن الذي يرغب العميل التعامل به<sup>(٢)</sup>. هذا فضلاً عن ضرورة تجهيز الشركة لمقارها بالوسائل اللازمة لمباشرة النشاط من أجهزة اتصال وشاشات عرض وأجهزة كمبيوتر وغيرها من أدوات لازمة لممارسة مهنة السمسرة.

٢- ضرورة عرض الأوامر خلال المدة والشروط المحددة بتلك الأوامر. هذا ما تقرره المادة ٩٥ من اللائحة التنفيذية بنصها على أنه «يجب على شركة السمسرة عرض أوامر العملاء خلال المدة والشروط المحددة بأوامرهم، وإذا لم يحدد العميل أجلاً لتنفيذ الأمر وجب على الشركة عرضه في أول جلسة تالية لوروده. ويتم تنفيذ الأوامر بحسب تاريخ وساعة ورودها لشركة السمسرة، كما يكون تنفيذ الأوامر التي تعطى لممثل الشركة أثناء التداول وفقاً لأولوية ورود تلك الأوامر».

---

المقبل (د/صالح راشد الصمراني، دور شركات السمسرة في بورصة الأوراق المالية، المرجع السابق، ص ٤٩٥).

(١) لمزيد من التفصيل، راجع د/عصم أحمد البهجي، الموسوعة القانونية لبورصة الأوراق المالية في التشريعات العربية، المرجع السابق، ص ٧١٥ وما بعدها.

(٢) JOHNSON T.-E.: Investment principles, op.cit, p.130 et s ;  
FRANCIS J.-C. : Management of investments, op.cit, p.80;  
PAGE A.-C. & FERGUSON R.-B. : Investor protection,  
op.cit, p.276 et s.



٣- ضرورة استكمال العملية التي بدأت إجراءاتها دون أى تقصير. فلقد أوجب المشرع على شركة السمسرة استكمال إجراءات عقد العملية التي بدأتها دون أى تقصير، مع إخطار البورصة والعميل معاً بتنفيذ العملية خلال يوم العمل التالي للانتهاج منها. هذا ما أبرزته الفقرة الأخيرة من المادة ٩٥ من اللائحة بتقريرها بأنه يجب على الشركة «استكمال إجراءات عقد العملية وإخطار البورصة والعميل بتنفيذها خلال يوم العمل التالي من عقد العملية». هذا وقد وضعت المادة ٩٦ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال جزاءً على إخلال شركة السمسرة بتنفيذ أوامر العملاء يضاف إلى الجزاءات التي قررتها المادتان ٣٠، ٣١ من القانون ذاته. فلقد تكفلت تلك المادة ببيان الجزاء المترتب على تنفيذ شركة السمسرة لعملية على خلاف أوامر العميل، وهو إما التسليم البديل أو التعويض، دون إخلال بحق الشركة في مثل هذه الأحوال في الرجوع على المتسبب بالتعويض، وذلك بتقريرها بأن «تلتزم شركة السمسرة التي نفذت عملية على خلاف أوامر العميل أو على ورقة مالية غير جائزة تداولها قانوناً أو محجوز عليها بتسليم ورقة غيرها خلال أسبوع من تاريخ المطالبة، وإلا يجب عليها تعويض العميل، وذلك دون إخلال بحقها في الرجوع على المتسبب بالتعويض<sup>(١)</sup>».

(١) كذلك يجوز وقف نشاط الشركة عند مخالفة قانون سوق رأس المال أو لائحته التنفيذية أو قرارات مجلس إدارة الهيئة الصادرة تنفيذاً له، أو إذا فقدت أى شرط من شروط الترخيص دون أن تحاول إزالة المخالفة أو استكمال الشروط رغم إنذارها بذلك من قبل الهيئة العامة لسوق المال. مع هذا فقد قيدت المادة ٣٠ من قانون سوق رأس المال هذا الوقف بقيد زمني مدته لا تتجاوز ثلاثين يوماً، مع تحديد القرار لما يجب اتخاذه من إجراءات خلال هذه المدة، ومن ضرورة تسليم القرار للشركة أو إخطارها به بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول، فضلاً عن إعلان ذلك في صحيفتين صباحيتين يوميتين واسعتي الانتشار على نفقة الشركة. فإذا انتهت هذه المدة دون إزالة أسباب المخالفة، تعين عرض الأمر على مجلس إدارة الهيئة لإصدار قرار بإلغاء ترخيص الشركة. أما إذا ترتب على المخالفة تهديد استقرار سوق رأس المال أو مصالح المساهمين بالشركة أو المتعاملين معها، كان لمجلس إدارة الهيئة العامة لسوق المال اتخاذ أحد التدابير التي حددتها المادة ٣١ من القانون، تلك التي تنور حول: ١- توجيه تنبيه إلى الشركة. ٢- منع الشركة من مزاوله كل أو بعض الأنشطة المرخص لها بمزاوتها. ٣- مطالبة رئيس مجلس إدارة الشركة بدعوة المجلس إلى الانعقاد للنظر في أمر المخالفات المنسوبة إلى الشركة واتخاذ اللازم نحو إزالتها، ويحضر اجتماع مجلس الإدارة ممثل أو أكثر عن الهيئة. ٤- تعيين عضو مراقب بمجلس إدارة الشركة وذلك

مع هذا فإن حسن قيام شركات السمسرة بنشاطها وتنفيذها لأوامر العملاء يقتضى من هؤلاء إصدار الأوامر بصورة واضحة ومحددة تحديداً كافياً حتى يمكن لهذه الشركات تنفيذها دون خطأ أو تقصير. فمن الضروري أن يتضمن الأمر نوع العملية التي يريد العميل إجراؤها، بيعاً أم شراءً، والزمناً الذي يجب تنفيذها خلاله، ونوع الصكوك المراد التعامل بشأنها (أسهم أم سندات أم حصص تأسيس أم صكوك تمويل)، وكمية الصكوك المراد شراؤها أو بيعها والسعر المحدد للعملية.

هذا وللعميل حق إلغاء الأمر أو تعديله، مادام أن ذلك قد تم قبل تنفيذه. فلقد أعطى المشرع الحرية الكاملة للعميل فى تعديل أو تغيير رغبته، طالما أن التعديل أو التغيير قد تم قبل افتتاح جلسة البورصة المحددة لتنفيذ هذا الأمر. وهكذا يتعين إبلاغ هذه الرغبة فى التعديل أو التغيير للسمسار فى الوقت المناسب. وعليه لا يجوز للسمسار من تلقاء نفسه تعديل أو تغيير الأوامر الصادرة إليه من العملاء، وإنما لابد أن يبلغ بهذا من قبلهم وفى الوقت الذى يسمح له بتنفيذ هذا التغيير أو التعديل، وإلا قامت مسؤوليته قبلهم عندما يخالف رغباتهم أو يتجاوز حدود العمل المكلف به. فلاشك من قيام مسؤولية السمسرة عندما يحجموا عن تنفيذ ما وجه إليهم من تعليمات خاصة بأوامر الشراء أو البيع الصادرة إليهم، طالما أن هذه التعليمات قد تم إبلاغها قبل تنفيذ هذه الأوامر بوقت كافى، ومتى ترتب عليها ضرر بالعملاء. أما إذا لم يترتب على التنفيذ ضرر، أو إذا لم تصل هذه التعليمات فى الوقت المناسب، فلا مسؤولية تترتب على هذه المخالفة.

وفى النهاية يبقى القول بأن المشرع قد أناط بإدارة البورصة وضع القواعد والنظم التى تكفل ضمان سلامة عمليات التداول، سواء من حيث تقدير الأوراق المالية محل التعامل، أو من حيث الحفاظ على مصالح المتعاملين ومنع

---

المدة التى يحددها مجلس إدارة الهيئة ويكون لهذا العضو المشاركة فى مناقشات المجلس وتسجيل رأيه فيما يتخذ من القرارات. ٥ - حل مجلس الإدارة وتعيين مفوض لإدارة الشركة مؤقتاً لحين تعيين مجلس إدارة جديد بالأداة القانونية المقررة. ٦ - إلزام الشركة المخالفة بزيادة التأمين المودع منها. هذا ولا يجوز الطعن ببقاء تلك القرارات إلا بعد التظلم منها أمام اللجنة المحددة فى الباب الخامس من قانون سوق رأس المال خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إبلاغ صاحب الشأن بها أو من تاريخ العلم بها (م ٣٢ من القانون).

التلاعب. هذا ما تبرزه بوضوح المادتين ٢٠ من قانون سوق رأس المال، و ٩٤ من لائحته التنفيذية. فلقد أحالت المادة ٢٠ من القانون إلى اللائحة التنفيذية لبيان الأحكام المنظمة لعقد عمليات التداول والمقاصة والتسوية في عمليات الأوراق المالية ونشر المعلومات عن التداول. وبدورها ألزمت المادة ٩٤ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال البورصة بوضع القواعد ونظم العمل التي من شأنها ضمان سلامة عمليات التداول وحسن أداء البورصة لوظائفها. بل على إدارة البورصة أن تشكل لجنة لمراقبة عمليات التداول اليومي والتحقق من تطبيق القوانين والقرارات وحل الخلافات التي قد تنشأ عن هذه العمليات. كما أنط المشرع بالهيئة العامة لسوق رأس المال مراقبة سوق التداول والتأكد من جريان التعامل على أوراق مالية سليمة، وأن عقد العمليات بالبورصة غير مشوب بالغش أو النصب أو الاحتيال أو الاستغلال أو المضاربات الوهمية<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثاني

#### الدور التفعيلي لسوق رأس المال

لا يقتصر دور البورصة على رقابة الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية، وإنما يتعداه إلى العمل على نمو سوق رأس المال. وهو الأمر الذي يتحقق بإدراكها لحقيقة التصرفات التي تشكل تلاعباً في أسواق المال الداخلية منها والخارجية من ناحية، ووضعها لمعيار محدد للتحكم في أسعار الأوراق المالية المتداولة من ناحية أخرى.

### الفرع الأول

إدراك حقيقة التصرفات التي تشكل تلاعباً في أسواق المال في البداية يمكننا القول بأن التصرفات التي قد تشكل تلاعباً في أسواق رأس المال، وتضر بالتالي بمستقبل الشركات المقيدة بها، تأتي دائماً من عمليات التداول التي تتم خارج بورصة الأوراق المالية. صحيح أن الأصل هو تداول الأوراق المالية داخل البورصة، باعتبارها السوق الطبيعي لتداول مثل

(١) راجع المادة ٩٣ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال.

هذه الأوراق. مع هذا لم يمنع القانون تداول الأوراق المالية خارج البورصة، طالما تم مثل هذا التداول وفقاً للإجراءات القانونية المحددة وبالشكل الذى نظمه القانون<sup>(١)</sup>. غير أن هذا التداول لا يحول دون قيام إدارة البورصة بتطبيق الجزاءات التى نص عليها المشرع فى قانون الإيداع والقيود المركزى رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠، وذلك عندما يتم التعامل على الأوراق المالية بغير الطريق الذى رسمته المادة ١٢ منه. فوفقاً لهذه المادة لا يجوز التعامل على الأوراق المالية المودعة أو اقتضاء الحقوق المترتبة عليها إلا عن طريق القيد الدفترى لدى الشركة. كذلك فإنه لا يجوز سحب الأوراق المالية بعد إيداعها إلا فى الحالات التى يصدر بها قرار من رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة للرقابة المالية<sup>(٢)</sup>. ومن ثم فإنه يتعين على إدارة البورصة، حماية للشركات التى يجرى التعامل على أوراقها، تطبيق الجزاء الذى رسمه القانون عند مخالفة هذا الحظر، وهو بطلان التداول وعدم الاعتداد به فى مواجهة الجهة مصدرة الورقة المالية<sup>(٣)</sup>.

وهكذا يتضح أن إدارة البورصة تلعب دوراً مؤثراً فى حماية الشركات المقيدة بسوق الأوراق المالية من التصرفات التى قد تشكل تلاعباً بأوراقها المالية المتداولة، ومن الأعمال التى قد تؤثر على مركزها المالى وحجم نشاطها<sup>(٤)</sup>، لاسيما وأن قانون سوق رأس المال يفرض عليها التزاماً بالإعلان

(١) فالورقة المالية الاسمية يستلزم تداولها ونقل ملكيتها تحرير العقود الخاصة بذلك والموجودة لدى السمسار، والذى يضمن سلامة العملية وإبلاغ إدارة البورصة بذلك حتى تتمكن من إبلاغ الجهة مصدرة الورقة لتقوم بتغيير بيلقاتها والتأشير لديها فى السجل الخاص بذلك، وذلك على عكس الأوراق المالية لحاملها، إذ لا يستلزم نقل ملكيتها مثل هذه الإجراءات المطولة (د/ عبد الهادى محمد مقبل، بورصة الأوراق المالية، المرجع السابق، ص٧٨).

(٢) راجع كذلك المادة الخامسة من هذا القانون، حيث تبين حقوق مالك الورقة وكيفية التفريق بين المالك المسجل والملك المستفيد.

(٣) د/ سميرة القليوبى، أحكام تداول الأسهم، مجموعة محاضرات الدورة القانونية التى نظمها مركز الدراسات القانونية لخدمة المجتمع بكلية الحقوق - جامعة أسيوط ١١/٩/٢٠٠٦، ص٢٤٤ وما بعدها؛ د/ أبو زيد رضوان، شركات المساهمة، المرجع السابق، فقرة ١٠٨ وما بعدها؛ د/ محمد فريد العرينى، الشركات التجارية، المرجع السابق، فقرة ٢١٦ وما بعدها، ص٢١٦ وما بعدها.

(٤) TEWELES R.-J, BRADLEY E. & TEWELES T.-M. : The stock market, sixth ed, John Wiley, 1992, p.338.

عن عمليات التداول التي ترد على الأوراق المالية غير المقيدة بها، حتى يعلم بها كل من يتعامل بالبورصة<sup>(١)</sup>.

كذلك يعظم هذا الدور الذي تقوم به إدارة البورصة في حماية الشركات المقيدة بها وتفعيل سبيل الحوكمة الذي تتبعه، ذلك الحظر الذي فرضته المادة ١٧ في فقرتها الأولى، والذي قصد به إطلاع إدارة البورصة على جميع التصرفات التي تتم داخل البورصة وخارجها، خاصة في عصر عولمة الأسواق المالية وما يلازمها من عمليات تلاعب، قد يساعد على تمامها ما يصاحب هذه الظاهرة من تغيرات تكنولوجية وتكتلات واضحة في مجال الخدمات المالية. فلقد أراد المشرع المصري التيسير على إدارة البورصة في ملاحقة التطورات التي تحدث في مجال الأوراق المالية وما يصاحبها من تطور في وسائل الغش والتلاعب في أسواقها<sup>(٢)</sup>.

صحيح أنه يصعب في بعض الأحوال الحصول على دليل مباشر على حدوث التلاعب في سوق الأوراق المالية، إلا أن هذا ليس بالأمر المستحيل، حيث توجد العديد من المؤشرات التي تبرز حدوث مثل هذا التلاعب، كظهور زيادة مفاجئة في سعر أو حجم الأوراق المالية التي يتم تداولها، أو في كلاهما معاً<sup>(٣)</sup>. كذلك قد تستطيع الإدارة الحصول على شهادة ممن اشتركوا في إحداث

---

(١) راجع الفقرة الثانية من المادة ١٧ من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢. مع هذا فإنه يتعين التنويه هنا إلى أن قيام إدارة البورصة بتنفيذ هذا الالتزام يتوقف على توافر المعلومات لدى إدارتها عن العمليات التي تتم خارجها وعلى تعاون الشركات الأخرى مع الإدارة، حيث لا ترد تلك المعلومات إلا من الجهات المصدرة للأوراق محل التعامل، أو من خلال شركات السمسرة التي تتولى أو يتم عن طريقها هذا التداول.

(٢) د/ عبد الهادي محمد مقبل، بورصة الأوراق المالية، المرجع السابق، صـ ٢٣١ وما بعدها.

(٣) هذا ما تبرهن عليه بورصة باريس وبالتحديد ما حدث في المدة من ٦ إلى ١١ مارس ١٩٨٨م، حيث سجلت أسهم شركة *saulnes chatitton* ارتفاع غير عادي سواء في حجم التعامل أو سعر السهم. وبعد إجراء التحقيقات اتضح أن السبب في هذا الارتفاع يرجع إلى مضاربات وهمية قامت بها شركات السمسرة لحساب عملاء تم فتح حسابات لهم بها بأسماء وعناوين وهمية، مستخدمين تقنية الغلاية، وهي طريقة تستعمل لرفع تداول الأسهم محدودة التداول. بيد أن نجاح هذه الطريقة يعتمد على حجم السوق من ناحية، وعلى اختيار الورقة محل التداول من ناحية أخرى. فكلما كان السوق ضيقاً، كلما كان هناك نمو في حجم التعامل وارتفاع لسعر السهم. إضافة إلى حسن اختيار ورقة مالية يكون حجم التعامل عليها ضئيلاً، بحيث يؤدي التعامل المكثف عليها إلى

هذا التلاعب، وحجم المبالغ التي حققها من وراءه، والخطوات التي اتخذوها لإحداث التلاعب في سعر الأوراق المالية سواء بالارتفاع أو الانخفاض<sup>(١)</sup>.  
ولقد وضعت المنظمة الدولية لأسواق رأس المال بعض القواعد التي تساعد على كشف التصرفات التي تشكل تلاعباً في الأسواق، والبعض منها يتعلق بتحليل حركة الأسعار وأنماط التداول، والبعض الآخر يتعلق بفحص

ارتفاع سعرها. وهو الأمر الذي تحقق بالنسبة لأسهم شركة *saulnes chatitton*، فبينما كان حجم التعامل اليومي على أسهمها لا يجاوز ثلاثة ألف سهم، فقد أدى التعامل المكثف إلى ارتفاع سعر السهم من ١٧١ فرنكاً في أول الأسبوع إلى ١٩٧ فرنك في نهاية الأسبوع.

مع هذا فإن هذا التلاعب قلما يحقق أهدافه، نظراً لسرعة «الإجراءات ويقظة الهيئات الرقابية على البورصة، وكذلك بفضل تعاون شركات البورصة سواء القائمة بالسهمرة أو بالحفظ والتداول عندما لاحظت عدم وجود غطاء نقدي وكذلك غياب الأسهم المتعامل عليها، مما يمثل قيام جريمة التلاعب في الأسعار. وقد ذكرت محكمة باريس في حيثيات إدانتها لهؤلاء المتهمين إنهم وهم على علم تام بالبيانات البورصة، قد اتفقوا على تزييف الأداء الطبيعي لسوق الأوراق الخاصة بسهم تلك الشركة عن طريق الغش، هذا مع إرادة إيقاع الغير في الخطأ ونية الاستفادة المباشرة من الأرباح المتحققة عن العمليات التي أجروها على المكشوف، مما تسبب في خسارة مقدارها ٢ مليون فرنك للشركات العاملة في البورصة (د/صالح البربري، الممارسات غير المشروعة في بورصة الأوراق المالية، المرجع السابق، ص ٢٩٢)». كذلك يسوق الدكتور صالح البربري واقعة أخرى من السوق المصري خاصة بالتلاعب الذي حدث بالنسبة لأسهم البنك المصري البريطني، والذي أدى إلى ارتفاع قيمة السهم بنسبة ٥% يومياً، قادت إلى ارتفاع قيمته من ٨٠ جنيه إلى ٢١٠ جنيه على إثر التلاعب الذي قام به اثنان من المضاربين اللذان تبادلوا الأوراق يومياً من بائع إلى مشتري على مائة سهم يومياً يحققها بها سعر إقفال يومي بزيادة ٥%. ولما كان هذا الارتفاع لا يرجع إلى آليات العرض والطلب، فقد أجريت بشأنه تحقيقات تولتها إدارة البورصة والهيئة العامة لسوق المال، بل إن الأمر قد وصل إلى مجلس الشعب في صورة طلب إحاطة قدمه الدكتور/ مصطفى السعيد إلى وزير الاقتصاد، والذي برر ما حدث بوجود ثغرات في قانون سوق المال هي التي أدت إلى حدوث مثل هذا التلاعب.

(١) لمزيد من التفصيل حول هذه الجزئية، راجع أ/ سعيد رمضان عرفة، الرقابة على سوق رأس المال، المرجع السابق، ص ٢٢ وما بعدها، حيث يشير إلى القواعد التي وضعتها المنظمة الدولية لأسواق رأس المال، والتي تساعد الجهات الرقابية في إثبات التلاعب في أسواق رأس المال، وكذلك في الكشف عن الممارسات غير المشروعة التي تقدم عليها بعض الشركات أو بعض الوسطاء.

البيانات والمعلومات الخاصة بالأوراق المتداولة<sup>(١)</sup>. فمن خلال تحليل حركة الأسعار للأوراق المالية المشكوك في حدوث تلاعب بها، يمكن التحقق من حدوث هذا التلاعب أم لا. فإجراء مقارنة بسيطة بين سعر الورقة في الماضي وبين ما حدث من ارتفاع أو انخفاض في سعرها، مع الأخذ في الاعتبار الظروف المحيطة بالشركة مصدرة الورقة، يساعد بدون شك في الكشف عن التصرفات التي أدت إلى حدوث التلاعب، أو على العكس إبراز أن تلك الزيادة أو الانخفاض تُعد أمراً طبيعياً أو نتيجة منطقية لأداء السوق ككل، أو لحجم العرض والطلب الحقيقيين للأوراق المتداولة. ولإثبات «التلاعب قد يكون من المفيد إعداد رسم بياني لتوضيح تاريخ السعر والحجم للفترة المحددة بخصوص الأوراق المالية المتلاعب فيها. هذا فضلاً عن التحليلات الإحصائية التي يمكن استخدامها لإثبات وجود النية في التلاعب ولتحض الإدعاء بأن تداول الأوراق المالية كان نشاطاً تجارياً منطقياً<sup>(٢)</sup>».

كذلك يمكن من خلال فحص البيانات المتوفرة والمعلومات المنشورة للعامّة عن الأوراق المالية محل التداول معرفة أسباب الارتفاع أو الانخفاض، وما إذا كان هذا الارتفاع أو الانخفاض يستند إلى أسس منطقية أم لا. فتوافر هذه المعلومات لدى العامّة يساهم بدور ما في حدوث الارتفاع أو الانخفاض، كنشر أخبار إيجابية عن الشركة أو عن سوق الأوراق. فمثل هذا النشر لتلك الأخبار يؤدي إلى ارتفاع في سعر بعض الأوراق المالية، أما إذا تم الارتفاع في غياب تلك الأخبار، فإن هذا يعبر بوضوح عن حدوث تلاعب في السوق أدى إلى حدوث مثل هذا الارتفاع.

وقد يكون الارتفاع أو الانخفاض أثراً مباشراً لمعلومات خاطئة تم ترويجها عن أعمال الشركة المصدرة للأوراق المالية أو أوضاعها المالية. فتحليل الإدارة للبيانات المالية والمعلومات المنشورة ومعرفة مدى مصداقيتها

---

(١) Technical comminute of the international organization of securities commissions, "investigating and prosecuting market manipulation", [www.iosco.org](http://www.iosco.org), may 2000, p.12 et s.

(٢) / سعيد رمضان عرفة، الرقابة على سوق رأس المال وأثرها على استقرار ونمو السوق، المرجع السابق، ص ٢٢٥.

يساعد إلى حد كبير في الكشف عن التصرفات الخاطئة ومدى مساهمتها في حدوث تلاعب في سوق الأوراق المالية من عمه<sup>(١)</sup>.

وأخيراً تساعد وثائق الملكية على التعرف على أشخاص المستفيدين من المعلومات الخاطئة التي تم نشرها بقصد إحداث التلاعب. فمن خلال هذه الوثائق يسهل تحديد أصحاب المصلحة في إحداث هذا التلاعب أو في الاستفادة منه. فالتعرف على هؤلاء المالكين يبرز مدى مقدرتهم على القيام بالتصرفات المؤثرة في سعر الأوراق أو في حجم التداول من عمه. وقد تنجم هذه المقدرة إما عن طريق امتلاك نسبة كبيرة من الأوراق المتداولة، أو من خلال قدرة المالكين على التأثير على جمهور المتعاملين في سوق الأوراق المالية. فقد تكون نسبة الامتلاك غير كبيرة، ومع ذلك يستطيع مالكوها التأثير على المعروض من الأوراق المالية، خاصة عندما تكون تلك الأوراق أقل سيولة، حيث يسهل السيطرة على المعروض منها دون حاجة إلى امتلاك نسبة كبيرة منها<sup>(٢)</sup>.

(١) بيد أن هذا يتطلب حسن القيام بالواجبات التي يفرضها القانون على جهات الرقابة. أما إذا تخالفت تلك الجهات، فإن الأمر يؤثر على حسن أداء سوق رأس المال. هذا ما تبرزه بوضوح قضية شركة أرابيا، حيث أكد المتهمون فيها أنه على الرغم من الأساليب التي قلموا بها والتي أثرت في سعر الأسهم، فإن اللوم يجب أن يوجه كذلك إلى إدارة البورصة، وذلك لقيامها بنشر الإعلانات المضللة بجميع الصحف التي تتولى نشر جدول الأسعار وحركة الأسهم في الفترة من ١٩٩٩/٦/٨ إلى ١٩٩٩/٦/٣٠م. هذا فضلاً عن أن إهمالها قد وصل إلى قيامها بتقسيم قيمة السهم ولم تقم بتقسيم قيمة الكوبون، وهو الأمر الذي يبرز أهمية الدور الذي تقوم به جهات الرقابة، وما يمكن أن يقود إليه الإهمال في القيام بالواجبات من أضرار بالغة بأسواق المال والمستثمرين فيها، لاسيما وأن هذا النشر أضر ضرراً بالغا بالمستثمرين لإقدامهم على شراء أسهم شركة أرابيا متأثرين بهذا النشر من ناحية، والطلبات التي تقدم بها المتهمون لشراء أسهم بسعر يزيد عن سعر الإقبال بمقدار ٥% سواء في بداية تعاملات الفترة أو في نهايتها من ناحية أخرى. فإذا كانت إدارة البورصة يتعين عليها من خلال تحليل البيانات وإدارتها للعمليات، التأكد من أن البيع تم بأسعار حقيقية ومبررة، فإن هذه الواقعة أبرزت بما لا يدع مجالاً للشك أنه من السهل التلاعب بالأسواق والتأثير على أسعار الأسهم وتضليل المتعاملين (مشار إليه في د/ صالح البربري، الممارسات غير المشروعة، المرجع السابق، ص ٢٩٢ وما بعدها).

(٢) / سعيد رمضان عرفة، الرقابة على سوق رأس المال، المرجع السابق، ص ٢٢٧.



## الفرع الثاني

### وضع معيار محدد للتحكم في أسعار الأوراق المالية

بداية يمكن القول بأن الارتفاع أو الانخفاض الحاد في أسعار الأوراق المالية يؤدي أو يقود إلى تخوف المستثمرين من الإقدام على سوق الأوراق المالية أو الاستثمار فيه. فهذا الارتفاع وذاك الانخفاض يُعد، في معظم الأحوال، مردوداً طبيعياً لنتائج الأعمال وحقيقة الأوضاع الاقتصادية السائدة في الدولة. وعليه عندما يحدث مثل هذا التغيير في الأسعار بصورة عشوائية، دون أي انعكاس حقيقي لنتائج أعمال الشركات المصدرة، فإن هذا يبرز بوضوح أن تحديد الأسعار أو التحكم فيها لا يستند إلى معيار محدد أو يعتمد على أسس حقيقية، الأمر الذي يؤدي إلى فقدان المتعاملين والمستثمرين للثقة في سوق الأوراق المالية، بل قد يصل الأمر إلى اعتبار البعض منهم أنها ليست سوى مكاناً للمراهنة أو بيتاً للمقامرة<sup>(١)</sup>.

(١) فعادة ما يلجأ المتعاملين إلى استخدام حيل معينة وأساليب متعددة لتحقيق بغيتهم والوصول إلى مآربهم. وهذه الحيل وتلك الأساليب تهدف إلى التأثير على أسعار الأسهم المتداولة في سوق الأوراق المالية، كما أنها تتنوع إلى أساليب لخفض الأسعار وأخرى إلى رفعها. فالعمليات التي «تهدف إلى خفض كبير في أسعار أسهم شركة معينة تتم عن طريق بيع كميات كبيرة منها وربما على المكشوف، دون أن يكون هناك سبب يتصل بالأداء الاقتصادي للشركة يبرر هذا الانخفاض. ثم يتبع ذلك عمليات شراء لكميات كبيرة من هذه السكوك بأسعار منخفضة جداً، مما ينتج عنه تحقيق أرباح كبيرة عندما تعود الأسعار إلى السعر الطبيعي للسوق بعد ذلك. ومثالها العمليات التي تهدف إلى رفع السعر عن طريق الشراء بنفس الطريقة بأسعار مرتفعة لسهم معين لكي تضاعف سعر البيع عن السعر الطبيعي للسوق (د/صالح البربري، الممارسات غير المشروعة، المرجع السابق، ص ٢٨٧)». في الحقيقة إن تلك الأساليب التي يتبعها المتلاعبون بالأسعار من شأنها توجيه اهتمام المتعاملين والمستثمرين إلى هذه الأسهم وجذبهم إلى التعامل عليها، حتى إذا وصل السعر إلى المستوى المطلوب الذي يرضى طموحهم ويحقق مطامعهم، يتجهون إلى تصفية مراكزهم بالبيع، حتى إذا تدهور سعر السهم كثر منطلقى لزوال العوامل التي أدت إلى ارتفاعه، فإتهم قد يتجهون مرة أخرى إلى الشراء. وبهذا يستفيد هؤلاء المتلاعبون من الارتفاع والانخفاض، طالما لعب هذا في الاتجاه الذي يحقق مصالحهم ويرضى مطامعهم. فأهم ما يميز أساليب وطرق التلاعب بالأسعار «هو تسلسل الظروف أو تتابع أنواع التحايل الذي يتم في نفس الوقت أو يحدث تباعاً، وفقاً لآلية معينة تعمل أحياناً على رفع السعر وأحياناً على انخفاضه، وأحياناً يتم النوعين في نفس الوقت. وهي تعتمد على استخدام أساليب من شأنها إما إيجاد قدرة وإما إحداث تشبع وتكثيف للسوق لغرض المضاربة غير المشروعة وتحقيق

لهذا يتعين على إدارة البورصة أن تضع معياراً واضحاً لتحديد سعر الأوراق المالية المتداولة، وما يمكن أن يرد عليه من ارتفاع أو انخفاض. بل إن الأمر لا يتوقف على وضع هذا المعيار، وإنما يمتد أيضاً إلى العمل على حسن تطبيقه من جانب الشركات والمتعاملين في هذه السوق. فمن السهل وضع الأسس والضوابط، وإنما الصعوبة تكمن في كيفية إعمالها وتطبيقها على أرض الواقع. لهذا قيل وبحق إن تفعيل الدور الرقابي يساعد إلى حد كبير على استقرار التعامل في سوق الأوراق المالية، وعلى إكساب المتعاملين الثقة فيه، تلك التي تتحقق بالحد من وجود أوراق مالية مسعرة بصورة غير حقيقية أو بالتقضاء على محترفي التلاعب بالأسواق والتحكم في أسعار وأنماط التداول في تلك الأسواق<sup>(١)</sup>.

الكسب بطريقة مصنعة (د/صالح البربري، الممارسات غير المشروعة، المرجع السابق، ص ٢٩٠)».

(١) د/ عاطف وليم أندراوس، السياسة المالية وأسواق الأوراق المالية خلال فترة التحول لاقتصاد السوق، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٣١٥ وما بعدها؛ د/صالح أحمد البربري، الممارسات غير المشروعة في بورصة الأوراق المالية، المرجع السابق، ص ٢٨٦ وما بعدها. ولقد كفل قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م الوسائل التي يمكن من خلالها لإدارة البورصة وهيئة سوق المال القضاء على محترفي التلاعب بالأسواق. وأول هذه الوسائل يكمن في وقف عروض وطلبات التداول التي ترمي إلى التلاعب بالأسعار. هذا ما تبرزه بوضوح المادة ٢١ من قانون سوق رأس المال، بنصها على أنه يجوز بقرار من رئيس البورصة وقف عروض وطلبات التداول التي ترمي إلى التلاعب بالأسواق. ثم يكون له بعد ذلك إلغاء العمليات التي تعقد بالمخالفة لأحكام القوانين واللوائح أو التي تتم بسعر لا مبرر له، هذا فضلاً عن وقف التعامل على ورقة مالية عندما يضر استمرار التعامل بها بالسوق أو المتعاملين فيه. وثالث هذه السبل ما تقوم به هيئة سوق المال من مراقبة السوق للتأكد من أن التعامل يتم على أوراق مالية سليمة وأنه غير مشوب بالغش أو النصب أو الاحتيال أو الاستغلال أو المضاربات الوهمية. هذا ما تقرره المادة ٤٣ من قانون سوق رأس المال في فقرتها الرابعة. وثالث هذه السبل يكمن في العقوبات التي يمكن توقيعها على المتلاعبين بأسعار الأوراق المالية المتداولة في السوق. هذا ما تبرزه بوضوح المادة ٦٣ من قانون سوق رأس المال في فقرتها السادسة بنصها على أنه مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها في أي قانون آخر يعاقب بالحبس لمدة لا تزيد على خمس سنوات وغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تزيد على مائة ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين ... كل من عمل على قيد سعر غير حقيقي أو عملية صورية أو حاول بطريق التلخيص التلاعب على أسعار السوق.

ولا خلاف أن المعيار الذي يجب أن يستند إليه، عند تحديد سعر الأوراق المتداولة، هو الأداء الاقتصادي والمالي الحقيقي للشركات المصدرة لتلك الأوراق. فتحديد السعر لا بد وأن يكون انعكاساً حقيقياً ومروداً طبيعياً لمستوى الأداء الاقتصادي والمالي لتلك الشركات، والذي تبرزه القوائم المالية لها. فكفاءة البورصة وحسن أدائها لدورها يحدده الارتباط الحقيقي بين الأداء الاقتصادي والأسعار السوقية للأوراق المتداولة. فعندما يكون هناك تأثير واضح لهذا الأداء على تلك الأسعار، فإن هذا يدل بوضوح على كفاءة البورصة وكفاءة السوق. أما عندما يكون الارتباط ضعيفاً والتأثير غير واضح، فإن هذا يُعد مؤشراً واضحاً على عدم كفاءة السوق من الناحية التسعيرية من ناحية، وعلى عدم القيام بالدور الرقابي من ناحية أخرى.

في الحقيقة إن تفعيل هذا المعيار يعتمد بشكل مباشر على توافر المعلومات الحقيقية عن أداء الشركات ونتائج أعمالها وحقيقة مركزها، وذلك بشكل كافٍ ودقيق<sup>(١)</sup>. ولا جدال أن قواعد الإفصاح والشفافية تلعب دوراً أساسياً في توافر مثل هذه المعلومات وفي وجود مثل هذا الارتباط الحقيقي بين ما يعلن من قوائم وما يتحقق من أعمال. فما يعلن لجمهور المساهمين وأصحاب المصالح من قوائم مالية وحسابات ختامية لا بد أن يخضع للمراقبة أو المراجعة حتى يمكن الجزم بتطابقها مع الأداء الاقتصادي والمالي الحقيقيين للشركة. فمثل هذه المراقبة وتلك المراجعة من شأنها إعلام المساهمين والمستثمرين بحقيقة هذا الأداء وما تحقق من نمو وتقديم.

فتطبيق قواعد الإفصاح والشفافية يضمن انتظام المعاملات في سوق رأس المال وتسعيراً حقيقياً للأوراق المالية المتداولة. فمن خلال الالتزام بهذه القواعد يمكن القول بأن المشرع يحمي سوق رأس المال، طالما أنه يتدخل من خلالها لتحقيق استقامة وانتظام المعاملات في تلك السوق من ناحية، وضمان حسن سير المنافسة عن طريق ردع إدارة الشركات المخالفة من ناحية أخرى<sup>(٢)</sup>.

(١) DANG-TRAN M.-Ch.: Le contrôle de l'information financière, art.préc, p.17.

(٢) راجع قضية شركة أرابيا، حيث قلمت الهيئة العامة لسوق رأس المال باتخاذ مجموعة من الإجراءات التي تحد من التلاعب في الأسعار لتحقيق بعض

فلقد حان الوقت لتعى الجهات القائمة على رقابة سوق رأس المال أن السعر الذى تباع به الأسهم لا يبد أن يكون سعراً معادلاً لمستوى الأداء الاقتصادى والمالى للشركة ومعبراً حقيقياً لحجم ونتائج الأعمال التى تقوم بها، وذلك لأن هذا السعر يعبر عن حقيقتين لا يمكن إنكارهما، الأولى أنه تعبير عن تقييم نشاط الشركة، والثانية أنه أداة أو وسيلة للحد من السيطرة على الشركة، إذ يمكن من خلال محاولات الشراء تملك نسبة معينة من الأسهم تمكن المشتري من السيطرة على إدارة الشركة وتحقيق أهدافه<sup>(١)</sup>. لهذا قيل وبحق أن العمل على واقعية أسعار الأوراق المالية يعد من العوامل التى تساعد ليس فقط على استقرار ونمو أسواق رأس المال، وإنما أيضاً على نجاح نظام الحوكمة الذى تتبعه الشركات المقيدة لأوراقها بهذه الأسواق<sup>(٢)</sup>. فمثل هذه الواقعية تضمن استقامة وانتظام المعاملات فى هذه الأسواق، كما أنها تجنب تلك الشركات الإخفاق وال فشل وذلك لأنها تقيها من السياسات التى ينتهجها بعض المساهمين أو المستثمرين للسيطرة على مقدرات الشركة ودفة إدارتها<sup>(٣)</sup>.

### المبحث الثانى

#### دور سمسرة الأوراق المالية فى ضبط قواعد الحوكمة

إذا كان المشرع المصرى قد قصر التعامل فى الأوراق المالية المقيدة بالبورصة على شركات السمسرة المرخص لها بذلك، فإنه قد حظرت فى المادة ٩٠ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال على تلك الشركات - حفاظاً

---

الأرباح، والتى تبقى فى ذات الوقت صغار المستثمرين الذين يقدمون على شراء الأسهم تحت تأثير البيانات الخادعة (لمزيد من التفصيل حول هذه القضية، راجع د/ صالح البربرى، الممارسات غير المشروعة، المرجع السابق، ص ٢٩٣ وما بعدها).

(١) د/ سامى عبد الباقي أبو صالح، النظام القانونى لعروض الشراء، المرجع السابق، فقرة ٣٧، ص ١١٢ وما بعدها.

(٢) DANG-TRAN M.-Ch. : Le contrôle de l'information financière, art.préc, p.17 et s..

(٣) د/ المعتصم بالله الغريانى، حوكمة شركات المساهمة، دراسة فى الأسس الاقتصادية والقانونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ١٥٧ وما بعدها.

على مصالح العملاء بانعين أم مشتريين - إتباع أى سياسة أو إجراء أى عملية يكون من شأنها الإضرار بالمتعاملين معها أو الإخلال بحقوقهم، كأن تعتمد الشركة إعطاء بيانات غير صحيحة أو أن يدفعهم تحليلها غير الصحيح للبيانات إلى اتخاذ قرار غير مناسب<sup>(١)</sup>.

فشركات السمسة لا يقتصر دورها إذن على تنفيذ أوامر البيع والشراء، وإنما يتعداه إلى تحليل البيانات وإيضاحها للمستثمرين. فهذه الشركات تساهم بما تلعبه من دور فى ضبط قواعد حوكمة الشركات المقيدة بسوق رأس المال، سواء عند قيامها بدورها العادى فى تنفيذ أوامر البيع والشراء (المطلب الأول)، أو من خلال دورها الحيوى فى تحليل المعلومات وإيضاحها للمستثمرين (المطلب الثانى).

### المطلب الأول

#### مساهمة سمسة الأوراق فى ضبط قواعد الحوكمة عند تنفيذ أوامر البيع والشراء

لقد سبق أن نوهنا إلى أن الدور الرئيسى الذى يضطلع به سمسة الأوراق المالية هو تنفيذ أوامر البيع والشراء<sup>(٢)</sup>. فالسماسة باعتبارهم وكلاء يقع على

(١) فمن المؤشرات الإيجابية لانضباط أسواق الأوراق المالية تمكين المستثمرين من اتخاذ القرارات المناسبة بشأن استثماراتهم، سواء تعلق الأمر بزيادتها أو على العكس تصفيتها دون تحمل تكاليف كبيرة. ولا شك أن هذا الانضباط يتحقق من خلال القوانين المنظمة لسوق رأس المال من ناحية والتزام مصدري الأوراق المالية والوسطاء من ناحية أخرى. فإحكام انضباط سوق رأس المال يعتمد بصورة كبيرة على حسن قيام الوسطاء بالتزاماتهم وأداء دورهم على أساس من الشفافية والنزاهة. فالعلاقة بين سوق الأوراق المالية والحوكمة علاقة وطيدة، فكما انضبطت تلك السوق، كلما وجدت وسائل تساعد على نجاح نظام الحوكمة. فصلاح أسواق المال يساعد الشركات على تقدير المخاطر وعلى إقرار الوسائل والسبل التى تساعد على إحداث التحسين المطلوب واعتماد النظام القانونى المناسب.

(٢) قارب من هذا :

RUTTERFORD J. : Introduction to stock exchange investment, M. Macmillan, 1993, p.11 ; FRANCIS J.-C. : Management of investments, International Student Edition, Mc GRAW-Hill International Book Company, 1983, p.80 et s ; JOHNSON T.-E. :

عاتقهم الالتزام بتنفيذ الأوامر الصادرة من العملاء<sup>(١)</sup>. فإذا كانت المعاملات التي تتم داخل البورصة لا تجرى مباشرة بين هؤلاء العملاء<sup>(٢)</sup>، فمن المنطقي ألا يملك السماسرة رفض تنفيذ الأوامر التي يصدرونها. هذا وإن كان الفقه قد تردد بين مؤيد ومعارض للالتزام السماسرة بتنفيذ أوامر العملاء الصادرة إليهم. فالبعض يرى أن السماسر يتمتع بحرية مطلقة في تنفيذ أو عدم تنفيذ تلك الأوامر، وبصرف النظر عن كونها صادرة من عميل جديد أو قديم أو معروف شخصياً للسماسر، هذا ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك أو أن يتعلق الأمر الصادر بتصفية مركز أحد العملاء. ففي هاتين الحالتين لا يملك السماسر حق رفض تنفيذ هذه الأوامر<sup>(٣)</sup>. في حين ذهب اتجاه ثاني إلى القول بضرورة التفرقة بين عميل جديد و عميل سابق، إذ في الحالة الأولى يحق للسماسر رفض تنفيذ الأوامر الصادرة إليه دون إبداء لأسباب هذا الرفض. وذلك على عكس الحالة الثانية، إذ لا يملك السماسر الحق في رفض تنفيذ الأوامر الصادرة إليه لاسيما عندما تتعلق بتصفية مركز قائم لأحد العملاء<sup>(٤)</sup>. وأخيراً يذهب اتجاه ثالث إلى

Investment principles, Prentice-Hall, Inc., Englewood Cliffs, New Jersey, 1978, p.123 et s.

(١) راجع الفقرة الثانية من المادة ٤٥ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م، حيث تقرر أنه " ولا يجوز للسماسر إجراء عمليات في السوق لحساب عملائه إلا إذا كان مفوضاً في إجرائها من العميل بموجب تفويض خاص مكتوب، فإذا أجرى السماسر العملية دون هذا التفويض، جاز للعميل قبولها أو رفضها".

(٢) راجع المادة ١٨ من قانون سوق رأس المال ٩٥ لسنة ١٩٩٢، والمادة ١/٤٥ من قانون التجارة ١٧ لسنة ١٩٩٩.

(٣) جول خلاط، بورصة العقود في مصر، ثلاثون عاماً في رئاسة البورصة، بدون دار نشر، بدون سنة نشر، ص ١٢٨-١٢٩؛ د/ محمد كامل أمين ملش، شرح القانون التجاري التكميلي، مطبعة دار الكتاب العربي، ١٩٥٢، فقرة ٤٢٠، ص ٢٩٠، حيث يقرر أن حرية السماسر تنقيد عند وجود اتفاق أو عندما يتعلق الأمر بتصفية مركز قائم فإذا لم ينفذ الأمر " عد مسنولاً عنه، ولكن الأمر على خلاف ذلك إذا كانت تصفية المركز القائم تكشف مركزاً آخر عكسياً لهذا العميل. فإذا كان للعميل مركز موازنة، أي أنه اشترى استحقاقاً وباع غيره حتى لو كان ذلك في بورصة أجنبية، فانه لا يمكنه أن يرغم سمساره على تصفية أحدهما لأن نتيجة هذه التصفية كشف المركز الآخر ومضاعفة أخطاره".

(٤) د/ صالح راشد الحمراي، دور شركات السمسرة في بورصات الأوراق المالية، ٢٠٠٤، ص ٣٧٨؛ د/ عصام أحمد البهجي، الموسوعة القانونية لبورصات الأوراق المالية، المرجع السابق، ص (٧٥٥)».

القول بأن السمسار لا يملك رفض تنفيذ الأوامر الصادرة إليه كرد فعل طبيعي للاحتكار القانوني الذي تقرره القوانين الوضعية لسماسرة الأوراق المالية<sup>(١)</sup>، هذا وإن كان ذلك لا يعنى الالتزام حتماً بتنفيذها، إذ يرتبط ذلك بتسليمه المستندات والأوراق المالية المراد بيعها أو المبالغ اللازمة للشراء، هذا فضلا عن عدم تضمن الصفقة لمخاطر كبيرة بالنسبة للعميل<sup>(٢)</sup>. فعندما يتضح لشركة السمسرة أن تنفيذ أوامر العميل يشكل ضرراً جسيماً ومحدقاً به، «فعلى الشركة أن تبصره بخطورة الأمر الصادر منه وأن تتأكد أنه هو شخصياً مصدر الأمر وعليها أن تطلب منه الحضور شخصياً لمقر الشركة للتأكد من شخصيته وإثبات الأوامر التي تعتقد الشركة أنها ضارة به كتابة<sup>(٣)</sup>».

وهكذا يتضح أن دور السماسرة في تنفيذ أوامر البيع والشراء يرتبط بعملية حوكمة الشركات المقيدة بسوق الأوراق المالية برباط وثيق، لأنه من خلال القيام بهذا الدور على الوجه الأكمل تستطيع تلك الشركات التوسع في أنشطتها، والذي يتحقق من خلال ارتفاع قيمة أسهمها، أو على العكس أن تنقلص تلك الأنشطة عندما يحدث انخفاض في قيمة أوراقها المالية. فارتفاع قيمة الأسهم والسندات لا يتوقف فقط على حجم النشاط وقيمة الأعمال، وإنما أيضا على انضباط الدور الذي يقوم به الوسطاء في تنفيذ أوامر البيع والشراء. فالارتفاع أو الانخفاض قد لا يكون انعكاسا طبيعيا لحجم النشاط أو تعبيراً حقيقياً للمركز المالي للشركة، وإنما قد يكون انعكاسا لما يلعبه الوسطاء من دور في ترويج لهذا المركز أو حجم ذلك النشاط<sup>(٤)</sup>.

فالسمسار عندما ينفذ الأوامر التي تصدر إليه بالبيع والشراء على أكمل وجه، يساعد على استقرار سوق الأوراق المالية من ناحية، وعلى تحقيق مصلحة الشركات التي بجرى التعامل على أوراقها المالية من ناحية أخرى، لاسيما وأن السماسرة يقع على عاتقهم التزاما بتبصير عملائهم بالنتائج التي

(١) د/عبد الفضيل محمد احمد، بورصات الأوراق المالية، المرجع السابق، ص ١٦٢.

(٢) د/ عبد الهادي محمد مقبل، بورصة الأوراق المالية، المرجع السابق، ص ٢٤٠ وما بعدها..

(٣) د/ عصام أحمد البهجي، الموسوعة القانونية لبورصات الأوراق المالية، المرجع السابق، ص ٧٥٥.

(٤) د/ زينب توفيق السيد عليوة، المستثمرون الأجانب في البورصة المصرية، المرجع السابق، ص ٤٧٥.

يرتبها تنفيذ تلك الأوامر وما يمكن أن تحدثه من آثار. فإذا كان السمسار يلتزم دائما بالتصرف على النحو الذي يحقق مصلحة عميله، فإنه يتعين عليه أن يأخذ في الاعتبار مصلحة الشركات التي يتم التداول على أوراقها المالية. ويظهر ذلك بوضوح عندما يقوم السمسار بدور صانع السوق، الذي يعمل على استقرار الأسعار والحد من تقلباتها العشوائية. وهو الأمر الذي يتحقق عندما يتدخل كمشتري حال حدوث هبوط في الأسعار، أو كبائع عند صعود تلك الأسعار بصورة مبالغ فيها أو عندما لا يكون لهذا الصعود ما يبرره. وإذا كان هذا الدور قد سمحت به التشريعات الأجنبية منذ سنوات بعيدة (كالتشريع الفرنسي، الانجليزي والأمريكي<sup>(١)</sup>))، إلا أن المشرع المصري لم يقره إلا مؤخرا بموجب القرار الوزاري رقم ٢٩٣ لسنة ٢٠٠٧. ولاشك أن هذا الإقرار يمثل خطوة أساسية في تطوير سوق رأس المال من ناحية، وفي ثبات الأسعار واستقرارها من ناحية أخرى. بعبارة أخرى إن هذا الإقرار يعد وبحق وسيلة للتغلب على الممارسات غير المشروعة التي قد يقدم عليها محترفى التلاعب في الأسواق، والتي قد تدفع، في أحيان كثيرة، محدودي الخبرة في مجال الاستثمار في الأوراق المالية إلى الإضرار بالشركات التي يجرى التعامل على أوراقها. فالإضافة التي أحدثها هذا القرار الوزاري تساعد الشركات المقيدة بسوق رأس المال على تنفيذ سياستها، طالما أنها تقيها من التقلبات المفاجئة من

(١) راجع في هذا الصدد،

GARBADE K. : Securities markets, McGraw – Hill Book Company, 1982, p.447 ; KNIGHT J.-R. : The management of conflicts of interest in multi-functions securities market, C.O.B, acts de conference, Paris, 1986, tome I, p.235 et s ; GOODHART Ch. : structural changes in the British Capital Markets, in the Operation and Regulation of Financial Markets, Association With the Money Study Group, p.31 et s ; BERNARD J.-F. : Capital markets, M.Macmillan, 1991, p.44 et s ; RUTTERFORD J. : Introduction to stock, op.cit, p.13, FRANCIS J.-C.: Management of investments, op.cit, p.88 et s ; DE VAUPLANE H. : Monopole des sociétés de bourse et contre-partie obligatoire, Revue de droit bancaire et de la bourse, n° 27, sept-oct, 1991, p.192 et s ; DE VAUPLANE H.& BORNET J.-P. : Droit de la bourse, Litec, 1998, n° 95, p. 87 et s.



ناحية، وتحافظ على تحقيق التوازن فى أسعار أوراقها المتداولة من ناحية أخرى<sup>(١)</sup>. مع هذا فان قيام السماسرة بهذا الدور يقتضى أن يتوافر لديهم أقسام للتحليل المالى والملاءة المالية. هذا فضلا عن توافر الخبرة الفنية اللازمة للقيام بعمليات التدخل السريع وفى الوقت الملائم للتحكم فى الارتفاع أو الانخفاض غير المبرر أو المبالغ فيه. فالتدخل السريع يساعد بدون شك على استقرار الأسعار، وهو الأمر الذى يتحقق من خلال امتلاك مجموعة من الأسهم والسندات التى يجرى عليها التعامل<sup>(٢)</sup>. كذلك فإن قيام شركات السمسرة بهذا الدور يوجب عليها، لعدم الإضرار بمصالح العملاء، أن تراعى الضوابط الآتية : ١- الالتزام بمبدأ المعاملة العادلة. ٢- الالتزام بالإفصاح الكامل عن الصفقة محل التعامل. ٣- مراعاة الحرص والعناية اللازمة عند القيام بعقد الصفقات.

كما أنه بعيدا عن هذا الدور، يساهم سمسرة الأوراق المالية فى ضبط قواعد الحوكمة عندما يتبين لهم أن تنفيذ الأوامر الصادرة من العملاء تضر بهم أو بالشركة التى يجرى التعامل على أوراقها المالية. فقد يتبين للسمسار، من واقع خبرته أو نتيجة لتغير حالة السوق، أن تنفيذ أوامر العميل سيؤدى إلى الإضرار به أو بالشركة. فعندئذ يجوز للسمسار الخروج على حدود تلك الأوامر والتصرف على النحو الذى يحقق مصلحة عميله والشركة التى يجرى التعامل على أوراقها، مع التزامه بإخطار العميل بهذا الخروج وبما قام به من تصرفات<sup>(٣)</sup>. فالسمسار لا ينفذ إذن أوامر العملاء بطريقة عمياء، وإنما يتعين

(١) د/ منير إبراهيم هندی، متى يظهر صناع السوق، مجلة البورصة المصرية، العدد ٥٨، ١٩٩٨/٦/٢٢، ص٤١ وما بعدها.

(٢) د/ محمد سويلم، إدارة البنوك وبورصات الأوراق المالية، المرجع السابق، ص٣٠٠، حيث يقرر أن دور صناعى السوق يتحقق من خلال تكوينهم لمحافظ مالية، يقومون باستثمار جزء من السيولة الفائضة لديهم وتوجيهها نحو الأسواق المالية، يستطيعون من خلالها القيام بعمليات الشراء والبيع فى السوق حسب واقع الحال فيه. فيقومون ببيع جزء من تلك المحفظة عندما ينخفض المعروض من الأوراق المالية وترتفع الأسعار، أو الشراء عندما يزيد المعروض وتنخفض الأسعار، لاسيما عندما يكون الانخفاض دون مستوى القيم الدفترية لتلك الأوراق".

(٣) لمزيد من التفصيل عن كيفية قيام سمسرة الأوراق المالية بتنفيذ أوامر البيع والشراء داخل البورصة، راجع د/ عبد الهادى مقبل، بورصة الأوراق المالية، المرجع السابق، ص٢٤٠، د/ أحمد بركت مصطفى، سوق الأوراق المالية، المرجع السابق، ص٥٨ وما بعدها، د/ زينب توفيق السيد عطية، المستثمرون الأجانب فى البورصة المصرية، المرجع السابق، ص٤٦٧.

عليه أن يبصر عميله بالإضرار التي يمكن أن تلحق به أو بالشركة من جراء تنفيذ هذه الأوامر. ولاشك أن هذا التبصير يلعب دوراً مؤثراً في استقرار أسعار الأوراق المالية بالأسواق، أو على العكس الإضرار بمصالح الشركات التي يتم التعامل على أوراقها المالية.

وأخيراً فإن جوهر العلاقة الوثيقة بين الحوكمة وبين دور السماسرة تؤكدها العناية التي يجب أن يوليها هؤلاء السماسرة عند تنفيذهم للأوامر التي يصدرها العملاء. فإذا كانت العناية التي يوجبها عقد الوكالة بصفة عامة هي عناية الرجل المعتاد<sup>(١)</sup>، فإن العناية التي يتعين أن يبذلها سمسار الأوراق المالية هي عناية الرجل الحريص أو اليقظ وأساس هذا التغيير هو أن البيع أو الشراء في مجال الأوراق المالية يلزم السمسار بتحقيق نتيجة معينة وفقاً لما أراده العميل وفي حدود التعليمات الصادرة<sup>(٢)</sup>. فإذا كانت المادة ٧٠٤ من القانون المدني توجب على الوكيل أن يبذل في أدائه لمهمته عناية الرجل المعتاد، فإن الأمر لا يستقيم في مجال الأوراق المالية، إذ يقتضى احتراف واحتكار السماسرة لهذا المجال القيام بهذه الأعمال بقدر من الحرص واليقظة نتيجة لالتزامهم بتحقيق

(١) وهذه العناية هي أيضاً القاعدة العامة التي وضعها المشرع في مجال إدارة الشركات. فإذا كان المشرع المصري قد استلزم توافر شروط معينة من الخبرة والكفاءة والتميز فيمن يتولى إدارة الشركة أو يعين بمجلس إدارتها، فإنه جعل من التزام رجل الإدارة وفقاً لمعيار الرجل المعتاد. وهو نفس المعيار الذي اعتنقه معظم التشريعات الأجنبية. فلقد اعتنقه المشرع الأمريكي في الحكم على مشكلة التقصير في أداء العمل من جانب إدارة الشركة. فإذا كان المشرع الأمريكي قد أوجب تقييم مدى قيام إدارة الشركة بواجباتها على أكمل وجه ممكن، فإنه أخضع هذا التقييم لمعيار الرجل المعتاد. صحيح أن المحاكم الأمريكية لها تقدير مختلف ونظرة متميزة عند تقييمها لقرارات إدارة الشركة أو مجلس الإدارة. مع هذا فإن تلك النظرة تدور حول معيار الرجل المعتاد من ناحية، وسوء النتيجة التي يؤدي إليها القرار محل التقييم من ناحية أخرى. فتقدير قرار مجلس الإدارة لا يثور إلا عندما يكون مصيره الفشل. فسوء النتيجة هو الذي يظهر أو يدعو إلى النظر في تقدير القرار الصادر. مع هذا فإن تلك الطريقة تعد غير عادلة، نظراً لعدم معرفة متخذ القرار بنتيجة قراره مسبقاً. لذلك «ابتدعت المحاكم الأمريكية ما يسمى بقاعدة التقييم التجاري، وحاصلها أن مجلس الإدارة ملتزم بأن يتخذ القرار دون أن يكون له مصلحة شخصية وبعد حصوله على المعلومات اللازمة الكافية. أما مضمون القرار فيعد من صلاحيات تقييم الجانب التجاري للعمل، وهو ما يستقل به مجلس الإدارة دون تقييم من المحكمة (د/المعتصم بالله الغرياني، حوكمة شركات المساهمة، المرجع السابق، ص ١٧٨)».

(٢) د/ محمد سويلم، إدارة البنوك وبورصات الأوراق المالية، المرجع السابق، ص ٢٧٣.

نتيجة محددة تغير من طبيعة الالتزام المفروض على عاتق الوكلاء من بذل  
عناية إلى التزام بتحقيق نتيجة<sup>(١)</sup>.

وفى سبيل تحقيق هذه النتيجة، حظرت المادة ٩٠ من اللائحة التنفيذية  
لقانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م على شركات السمسرة إتباع أى  
سياسة أو إجراء عمليات يكون من شأنها الإضرار بالمعاملين معها أو الإخلال  
بحقوقهم، كأن تبرم صفقة بالمخالفة لما صدر إليها من تعليمات أو أن تعتمد  
إعطاء بيانات غير صحيحة عن عملية أراد أحد العملاء الإقدام على إبرامها  
بهدف الإضرار به.

كذلك أكدت على هذه العناية المادة ٩٢ من اللائحة التنفيذية ذاتها، وذلك  
بنصها على أن «يكون تنفيذ أوامر بيع وشراء الأوراق المالية بما فى ذلك  
العمليات التى تقوم بها شركات السمسرة طبقاً للأوامر الصادرة إليها من  
طرفها فى المكان والمواعيد التى تحددها إدارة البورصة، ويجب عرض هذه  
الأوامر بطريقة تكفل العلانية والبيانات اللازمة للتعريف بالعمليّة وفقاً للقواعد  
التى تقرها إدارة البورصة وتعتمدها الهيئة<sup>(٢)</sup>».

(١) على عكس ذلك، راجع د/ عبد الفضيل محمد أحمد، بورصات الأوراق المالية، المرجع  
السابق، ص ١٦١، إذ يقرر بأنه «إذا كان التصرف القانونى محل الوكالة - وهو هنا  
البيع أو الشراء لأوراق مالية - يتضمن التزاماً بتحقيق نتيجة، إلا أن التوكيل فى أى  
تصرف، ولو كان يتضمن التزاماً بتحقيق نتيجة شئى فى جانب الوكيل التزاماً بالقيام  
بهذا التصرف بقدر معين من اليقظة، ويكون دائماً التزاماً ببذل عناية». فوفقاً لهذا  
الاتجاه، يعد التزام شركات السمسرة التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة. هذا ما  
يستشف من نص المادة ٢١٤ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال. فبعد أن  
تبنت ضرورة التزام تلك الشركات بمزاولة النشاط المرخص به وفقاً لأحكام القانون  
واللائحة والقرارات الصادرة تنفيذاً لهما والشروط والضوابط الصادرة على أساسها  
الترخيص، أبرزت أن هذا الالتزام الذى يتعين أن تراعى فيه الأعراف التجارية  
ومبادئ الأمانة والعدالة والمساواة والحرص على مصالح عملائها هو التزام ببذل  
عناية الرجل الحرص. ولا يختلف الأمر كثيراً فى القانون الفرنسى، حيث يظل التزام  
الوسيط المالى التزاماً ببذل عناية.

(٢) راجع كذلك المادة ٢٦٦ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال، حيث قررت  
التزام شركة السمسرة بتنفيذ أوامر عملائها فى الحدود الصادرة بها، ولا يجوز لها أن  
تتجاوز هذه الحدود عند بيع أو شراء الأوراق المالية، ويحظر عليها تنفيذ العمليات  
بأسعار أو بكميات تتجاوز أوامر العملاء بالزيادة أو النقصان. كما لا يجوز للشركة أن  
تحجم عمداً عن عرض أو طلب الأوراق المالية بيعاً أو شراءً من أجل تحريك أسعارها

وأخيراً قررت المادة ٩٦ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م جزاءً على عدم تحقق النتيجة التي أرادها العميل، بنصها على أنه إذا نفذت شركة السمسرة عملية على خلاف أوامر العميل، وذلك ببيعها لورقة مالية بأقل من السعر الذي حدده العميل، أو بيعها لورقة مالية غير جائز تداولها قانوناً أو محجوز عليها، فإنها تلتزم بتسليم العميل ورقة أخرى خلال أسبوع من تاريخ مطالبة العميل لها، وإلا وجب عليها تعويض العميل، وذلك دون إخلال بحق الشركة في الرجوع على المتسبب بالتعويض<sup>(١)</sup>.

أو أن تتفق مع أى طرف على القيام بعمليات توحى بوجود عرض أو طلب على هذه الأوراق (مادة ٢٦٨ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال).

(١) ويرجع أساس هذا الجزاء إلى التأكيد الذي قرره المادة ٢٦١ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م بفرضها على شركات السمسرة أن تتأكد من مطابقة العمليات التي تجريها لأحكام القانون والقرارات المنفذة له، خاصة فيما يتعلق بشخصية العميل وسند ملكيته للورقة المالية. فلقد ألزم المشرع شركات السمسرة بالتأكد من وجود الورقة المالية فعلياً في حيازة بائعها أو أن تكون مودعة لصالحه في نظام الحفظ المركزي. ولهذا السبب لم يوقف المشرع التزام الشركة عند هذا الحد بل أنه بسط هذا الالتزام إلى التحقق من أن التعامل يتم على ورقة مالية سليمة وجائز تداولها قانوناً وغير محجوز عليها. فقد تكون الورقة المالية سليمة، ولكن غير جائز تداولها قانوناً، كأن يمنع المشرع التعامل على بعض أنواع من الأسهم خلال فترة معينة (لمزيد من التفصيل، راجع د/صالح راشد الحمراي، دور شركات السمسرة، المرجع السابق، ص ٤٦١ وما بعدها). يضاف إلى ذلك أن المشرع قد ألزم شركات السمسرة بضمان سلامة العملية التي تقوم بها. هذا ما يبرزه نص المادة ٢٦٢ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال، حيث تقرر أنه (.... وفي جميع الأحوال تكون الشركة ضامنة في أموالها الخاصة لسداد ثمن الأوراق المالية التي قامت بشرائها لحساب عملائها إذ تبين عند المطالبة به أن العميل لم يتم بتسديد ثمن الشراء). فوفقاً لهذا النص يتضح أن المشرع ألزم السمسرة بضمان صحة العملية التي يجرونها من حيث الانعقاد أو التنفيذ. ولعل هذا الالتزام هو ما ذهب إليه أيضاً المشرع الفرنسي، حيث تلزم المادة الثالثة من قانون ٢٢ يناير ١٩٨٨م المتعلق ببورصات الأوراق المالية شركة البورصة، في مواجهة العملاء، بتسليم الأوراق المالية التي تشتريها لحسابهم والوفاء بثمن الأوراق التي تبيعها لحسابهم. فدور هذه الشركات لا يقتصر إذن على إتمام العمليات التي توسطت في إبرامها بيعاً أم شراءً، وإنما يمتد إلى تنفيذ الالتزامات التي تقع على الطرف الآخر في العملية، فهي تضمن إذن تنفيذ هذا الأخير للالتزامات التي يولدها عقد البيع، سواء بصفته. انعاً أم مشترياً (راجع نص المادة الثالثة من القانون الصادر في ٢٢ يناير ١٩٨٨م، حيث تقرر أن:

Les Sociétés de bourse sont responsables à l'égard de leur donneurs d'ordres de la livraison et du paiement de ce qu'ils vendent et achètent sur le marché).

## خلاصة القول إذن أن المشرع المصري قدر دوراً فاعلاً لشركات السمسرة في التحكم في التعاملات التي تتم في بورصة الأوراق المالية<sup>(١)</sup>،

مع هذا يذهب البعض إلى القول بأن شركة السمسرة لا تضمن سوى صحة انعقاد العملية. فضمن سلامة العملية قاصر فقط على ضمان الانعقاد دون التنفيذ. فشركة السمسرة باعتبارها وكيلًا بالعمولة لا تضمن تنفيذ العقد في مواجهة عملها إلا إذا كانت ضامنة لهذا التنفيذ (د/ عصام أحمد البهجي، الموسوعة القانونية، المرجع السابق، ص ٧٦٠). فوفقاً للقواعد العامة في عقد الوكالة بالعمولة تقتصر مسؤولية الوكيل على حسن اختيار الغير المتعامل أو المتعاقد معه، ولا تمتد إلى ضمان تنفيذ العقد مع الغير. فإذا كان الوكيل مفوضاً بالبيع، فإنه لا يضمن وفاء الغير بالثمن إذا تبين بعد ذلك إحصاره أو عدم قدرته على الوفاء بالتزاماته. ففي هذه الحالة لا تثور مسؤولية الوكيل إلا إذا ثبت تقصيره أو وقوع خطأ منه، كأن يكون إحصار الغير أو عدم مقدرته على الوفاء ذاتياً ومعروفاً. ونفس الأمر إذا كان موكلًا بالشراء فلا يضمن قيام البائع بتسليم البضاعة، طالما لم يرتكب الوكيل أى خطأ. ولا يخرج عن هذه القاعدة سوى الحالة التي يضمن فيها الوكيل لموكله تنفيذ العقد الذي يبرمه أو أن يقضى العرف بهذا الضمان. فالضمان يمثل إذا استثناءً على الأصل العام، لهذا يجب أن يرد في العقد أو أن يقضى به العرف. فإذا تضمن العقد شرط الضمان أصبح الوكيل بالعمولة ملتزماً بضمان تنفيذ العقد من جانب الغير. فإذا تراجع الأخير عن الصفقة أو امتنع عن الوفاء بالتزاماته، تحمل الوكيل المسؤولية حتى في الأحوال التي يتعذر فيها على الغير تنفيذ التزاماته بسبب لا دخل لإرادته فيه كالقوة القاهرة، على أساس أن شرط الضمان يهدف إلى منح الموكل أكبر قدر من الطمأنينة إلى تنفيذ العقد مهما كانت الأسباب. أيضاً يُعد الوكيل بالعمولة مسؤولاً عن تنفيذ الغير لالتزاماته حتى ولو لم يتضمن عقد الوكالة شرط الضمان، وذلك في الأحوال التي يمنح فيها الوكيل الغير المتعاقد أو المتعامل معه مهلة للوفاء بالتزاماته في حالات يحظر عليه السماح بذلك حسبما تقضى تعليمات الموكل. ففي هذه الأحوال يعد الوكيل بالعمولة مسؤولاً في مواجهة الموكل عن هذه الأفعال حتى ولو لم يكن المنع صريحاً، طالما أن ظروف تعامل الموكل مع وكيله أو العرف الجارى لا ترخص له بالقيام بمثل هذا العمل. وهو الأمر الذي يسرى على شركات السمسرة في الأوراق المالية، لاسيما وأن المشرع نص في المادة ٩٦ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال على التزام شركة السمسرة التي نفذت عملية على خلاف أوامر العميل أو على ورقة مالية غير جائز تداولها قانوناً أو محجوزاً عليها بتسليم ورقة أخرى خلال أسبوع (.....). في الواقع إن هذا الرأي يخالف ما قرره المشرع في المادة ١٨ من قانون سوق رأس المال، والتي تلزم شركات السمسرة بضمان سلامة العملية، ضمناً قانونياً بتحقيق نتيجة ما، سواء بتوفير الورقة المالية أو الثمن من جانب المشتري. ومن ثم إذا حدث إخلال من أى جانب، تحملت الشركة شراء الورقة المالية على حسابها لتوفيرها للمشتري، أو العكس دفع قيمتها بدلا من المشتري لتوفير القيمة للبائع، وهي الحالة الغالبة.

(١) وهو نفس الأمر الذي قرره المشرع الفرنسي بمقتضى القانون الصادر في ٢٢ يناير ١٩٨٨م، حيث احتفظ لشركات البورصة بالاحتكار القانوني الذي حوله مرسوم ٣٠

تحكما من شأنه المساعدة على استقرار الأسعار وثباتها من ناحية، وعدم الإضرار بالشركات التي يجرى التعامل على أوراقها المالية من ناحية أخرى. فشركات السمسرة تضمن سلامة العمليات التي تتم بواسطتها، لما تتمتع به من خبرة وكفاءة فى شنون الأوراق المالية. فكان المشرع لم يقرر ميزة لهذه الشركات بقدر ما أراد ضمان سلامة العمليات التي تتم فى سوق الأوراق المالية، وذلك باعتبارها مسؤولة كاملة عن صحة وسلامة تلك العمليات. وللتيسير على تلك الشركات، فى أداء الدور المنوط بها، وضع المشرع المصرى مجموعة من الأسس التي تكفل نجاح العمليات التي تتم فى سوق رأس المال، وتضمن للشركات التي يجرى التعامل على أوراقها الاستقرار وتحميها من التلاعب. فحفاظاً على المصالح العديدة التي أراد المشرع تحقيقها من وراء هذا التداول، وضع الأسس والضوابط التي تقف أمام أى تلاعب قد يحدث من السمسرة عند تداول الأوراق المالية أو تقدير قيمتها. هذا ما تبرزه بوضوح المادتين ٩٣، ٩٤ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال، والمادة ٢١ من القانون ذاته<sup>(١)</sup>. فلقد ألزمت المادة ٩٤ من اللائحة

---

أكتوبر ١٩٦١ لسمسرة الأوراق المالية الرسميون. هذا ما تبرزه بوضوح المادة الأولى من هذا القانون بنصها فى الفقرة الأولى على أنه:

Les sociétés de bourse sont seules chargées de la négociation de valeurs mobilières admises aux négociations par le conseil des bourses de valeur.

مع هذا فإن المشرع الفرنسى سمح للأشخاص الطبيعية بإبرام عمليات على الأوراق المالية دون وساطة أو تدخل من شركات البورصة. فإذا كان المشرع المصرى لا يعطى الحق لنوى الشأن فى إبرام الصفقات دون تدخل من سمسرة الأوراق المالية، فإن المشرع الفرنسى قد سمح لهم بإبرام عمليات التداول على الأوراق المالية دون تدخل أو توسط لشركات البورصة.

(MAZET G. & FORSCHBACH Th. : Le monopole des sociétés de bourse en matière d'opérations sur valeurs mobilières après la loi du 22 janvier 1988, Revue de droit bancaire et de la bourse, n° 14, Juillet-aôut, 1989, p.123 et s).

راجع كذلك، د/عبد الفضيل محمد أحمد، بورصات الأوراق المالية، المرجع السابق، بند ١٨٠ وما بعدها، ص ١٧٩ وما بعدها).

(١) راجع كذلك قرار وزير الاستثمار رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٧ بتعديل بعض أحكام اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال، حيث تقرر المادة ٣٢٧ أن من بين أهداف الأحكام التي قررها المشرع فى هذا الباب : (د) حظر التلاعب فى أسعار أسهم الشركة

التنفيذية للقانون إدارة البورصة بوضع نظم العمل والقواعد التي من شأنها ضمان سلامة عمليات التداول وحسن أداء البورصة لوظائفها. كما فرضت عليها الالتزام بضرورة تشكيل لجنة لمراقبة عمليات التداول اليومي والتحقق من تطبيق القوانين والقرارات وحل الخلافات التي قد تنشأ عن هذه العمليات.

أما المادة ٩٣ من اللائحة التنفيذية فقد ألزمت الهيئة العامة لسوق المال بأن تقوم بمراقبة سوق التداول والتأكد من أن التعامل يتم على أوراق مالية سليمة، والتأكد من أن عقد العمليات بالبورصة غير مشوب بالغش أو النصب أو الاحتيال أو الاستغلال أو المضاربات الوهمية<sup>(١)</sup>.

وإذا ظهر لإدارة البورصة وجود تلاعب في التعامل أو أن هناك تلاعباً قد يحدث، فقد أجازت المادة ٢١ من قانون سوق رأس المال لرئيس البورصة أن يصدر قراراً بوقف عروض وطلبات التداول التي ترمى إلى التلاعب. كما يحق له إلغاء العمليات التي تعقد بالمخالفة لأحكام القوانين واللوائح والقرارات الصادرة تنفيذاً لها أو العمليات التي تتم بسعر لا مبرر له. هذا فضلاً عن حقه في وقف التعامل على أي ورقة مالية يكون من شأن التعامل بها الإضرار بالسوق أو بالمعاملين فيه. كذلك تعطي هذه المادة تلك السلطات لرئيس الهيئة العامة لسوق رأس المال باعتباره رئيساً للجهة الرئاسية للبورصة، بنصها على أنه «لرئيس الهيئة أن يتخذ في الوقت المناسب أيًا من الإجراءات السابقة».

كذلك إذا طرأت ظروف خطيرة على التعامل بالبورصة، أعطى القانون لرئيس الهيئة العامة لسوق رأس المال الحق في إصدار قراراً يعين به حداً أعلى وحداً أدنى لأسعار الأوراق المالية بأسعار القفل في اليوم السابق على القرار<sup>(٢)</sup>. وتفرض هذه الأسعار على المتعاقدين في جميع بورصات الأوراق

---

المستهدفة بالعرض، وتلافى اضطراب السوق وتعارض المصالح واستغلال المعلومات الداخلية. (هـ) مراعاة مصالح الشركة المستهدفة بالعرض، وعدم المساس بأعمالها ومباشرة أنشطتها.

(١) مع هذا يذهب البعض وبحق إلى القول بأن إدارة السوق لا يمكنها أن تحكم وحدها ضبط هذه العمليات، وإنما يتعين تعاون جميع الأطراف من أجل الوصول إلى تحقيق هذا الهدف. هذا وإن كان الأمر لا يقتصر على البورصات المحلية، وإنما يشمل أيضاً البورصات العالمية، الأمر الذي يقتضى تعاوناً دولياً، وليس محلياً فقط من أجل هذه السلامة وضمن صحة العمليات التي تتم.

(VIADIER A. : Sécurité et transparence, art.préc, 3420).

(٢) راجع المادة ٢٢ من قانون سوق رأس المال.

المالية. مع هذا يتعين على رئيس الهيئة، فى هذه الحالة، أن يبلغ القرار الذى اتخذه فوراً إلى الوزير المختص، لاتخاذ ما يراه مناسباً فى هذا الشأن، إما تأييد القرار، أو وقف تنفيذه وتحديد الطريقة التى يتم على أساسها تعيين الأسعار ومراقبة الأعمال فى البورصة. هذا وللوزير من تلقاء نفسه أن يصدر قراراً بما يتعين اتخاذه من إجراءات لمواجهة الظروف الخطيرة التى يتعرض لها التعامل بالبورصة. ففى مثل هذه الظروف، أعطت المادة ٢٢ فى فقرتها الأخيرة للوزير الحق فى التدخل، ودون انتظار لما يتخذه رئيس الهيئة العامة لسوق رأس المال من قرارات، لمواجهة وإصدار ما يراه مناسباً بشأنها.

فما يلعبه عنصر الوقت من دور وما يمثله من أهمية فى القرارات المتعلقة بسوق الأوراق المالية، خاصة تلك المنظمة لعمل هذه الأسواق ومواجهة الظروف الخطيرة التى تتعرض لها، أعطى المشرع للوزير المختص التدخل من تلقاء نفسه ودون انتظار لرد فعل الهيئة لإصدار ما يلزم من قرارات وما يتعين اتخاذه من إجراءات. وهو الأمر الذى أكدت عليه القواعد الدولية المنظمة لهذه الأسواق، بإلقتها الضوء على ضرورة اهتمام القائمين على أسواق رأس المال بعنصرى الوقت والردع فيما يتم اتخاذه من إجراءات لمواجهة التلاعب والممارسات غير المشروعة والظروف الخطيرة التى تتعرض لها تلك الأسواق<sup>(١)</sup>. فسرعة التدخل تساعد إلى حد كبير فى التغلب على هذه الظروف ومواجهة هذا التلاعب، فضلاً عما تلعبه من دور فى حماية أموال المستثمرين فى هذا المجال، وهو الأمر الذى يؤثر بصورة مباشرة على استقرار وضع الشركات التى يجرى التعامل على أوراقها<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الثانى

مساهمة سماسرة الأوراق المالية فى ضبط قواعد الحوكمة  
من خلال تحليل المعلومات وإيضاحها

(١) International organization of Securities Commissions, objectives and principles of securities Regulation, [www.iosco.org](http://www.iosco.org), mai 2003, P.15.

(٢) د/ عماد صالح سلام، إدارة الأزمات فى بورصات الأوراق المالية، المرجع السابق، ص ٤٦٠.



فى الحقيقية لا يستطيع المستثمر العادى فهم المعلومات المعطن عنها وتحليلها، ومن ثم اتخاذ القرار المناسب بشأنها<sup>(١)</sup>. ومن هنا يأتى دور السماسرة فى تحليل هذه المعلومات وإيضاحها للمستثمر ومساعدته على اتخاذ القرارات التى تتناسب مع مقدرته المالية واحتياجاته الحقيقية للتعامل فى مجال الأوراق المالية<sup>(٢)</sup>. ولا جدال أن الدور الذى تلعبه شركات السمسرة فى هذا التحليل والإيضاح يساعد إلى حد ما على استقرار سوق الأوراق المالية ونموها. فعلى الرغم من أهمية المعلومات واعتبارها مطلباً ضرورياً لثبات سوق الأوراق المالية، إلا أن الأمر لا يكتمل إلا بالفهم الصحيح والتحليل الدقيق لهذه المعلومات. فاستقرار سوق الأوراق المالية لا يتوقف عند حد إعلان وإيضاح الشركات المتعاملة عن المعلومات والبيانات الخاصة بها، وإنما يستلزم الأمر ضرورة فهم المغزى الحقيقى لها حتى يمكن اتخاذ القرار المناسب بشأنها.

(١) هذا ما تؤكده الدراسات التى أجريت لتحليل أداء البورصة المصرية فى عام ٢٠٠٠، بتقريرها أن من بين العوامل التى تؤثر فى أداء سوق المال المصرية يأتى العامل النفسى للمستثمرين، وذلك «نتيجة لعدم الوعى الكافى للمستثمر أو إتباع سياسة استثمارية مماثلة للمستثمر الأجنبى (سياسة القطيع)، التقرير السنوى للبورصة، المرجع السابق، ص ٨٨».

(٢) هذا وإن كان البعض يرى أن دور الإعلام فى التوعية والتحليل لا يقل عن دور الوسطاء فى هذا الشأن. فإذا كان هناك فارق بين المعلومة والمعرفة، فإنه يتعين الاهتمام بتوعية المستثمرين وتنمية المعرفة لديهم حتى تتوافر لهم القدرة على استخدام المعلومات المتوفرة الاستخدام الأمثل. ولا شك أن أساليب التوعية والتثقيف تتنوع بين برامج للتوعية وتوزيع للكتيبات وعرض لأشرطة الفيديو ونشر للمجلات المتخصصة، هذا فضلاً عن توفير خدمة توفير المعلومات تليفونيا أو إلكترونيا. فكل هذه السبل تهدف إلى إتاحة الفرصة أمام المستثمر لاتخاذ قراره بصورة موضوعية دون أى تأثير أو توجيه، وهو الأمر الذى ينعكس بالإيجاب على سوق الأوراق المالية ويساعد على استقرارها.

(MOUSOULAS. S.: autorégulations, déontologie professionnelle et éducation de l'investisseur, Bourse et produits financiers, mai-juin 1998, p. 217;

PINATTIN J. -P.: La France souffre d'un manqué de culture financière, Revue Banque, décembre 1997, n° 587).

من الواضح أن دور شركات السمسرة يتوقف عند حد تحليل البيانات وإيضاحها للمستثمر، ولا يمتد إلى إملاء قرار معين على المستثمر بشأنها<sup>(١)</sup>. مع هذا فإن قيام شركات السمسرة بهذا الدور والمساهمة من خلاله في استقرار سوق الأوراق المالية وضبط قواعد الحوكمة يتوقف على صحة ودقة البيانات والمعلومات المعلن عنها من ناحية، وصرامة الجزاء الذي يوقع على تلك الشركات عند الإخلال بالتزاماتها من ناحية أخرى. وعليه يتعين علينا التعرض بالدراسة لدور البيانات والمعلومات المعلن عنها في مهمة التحليل والإيضاح (الفرع الأول)، وأثر الجزاء في منع التلاعب بالعملاء (الفرع الثاني).

### الفرع الأول صحة ودقة المعلومات

من الطبيعي أن يؤدي نقص المعلومات أو عدم دقتها إلى عدم مقدرة شركات السمسرة على أداء دورها في تحليلها وإيضاحها للمستثمرين في مجال الأوراق المالية، وهو الأمر الذي يمثل عقبة أساسية أمام ازدهار التعامل في هذا المجال، لما يؤدي إليه من عزوف عدد غير قليل من هؤلاء المستثمرون عن توجيه مدخراتهم إلى سوق الأوراق المالية. فصحة ودقة المعلومات المعلن عنها تمثل دعامة أساسية في ازدهار التعامل في مجال الأوراق المالية<sup>(٢)</sup>، باعتبارها تعبيراً حقيقياً عن حجم التعامل وتوضيحاً بارزاً لتطور الأداء وانعكاساً ظاهراً لمقدرة الشركة وأسعار أوراقها المالية<sup>(٣)</sup>.

(١) MOUSOULAS. S.: autorégulations, déontologie, art. préc, p.218.

(٢) DANG-TRAN M.-Ch. : Le contrôle de l'information financière, art.préc, p.17 où elle décide que "une information financière de qualité, sur laquelle repose la confiance des investisseurs, constitue la base de bon fonctionnement d'un marché boursier".

(٣) هذا ما تبرزه بوضوح المادة ٢٢٤ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال بتقريرها التزام الشركة «بالتحقق من صحة ودقة البيانات والمعلومات التي يتضمنها الإعلان الذي تقوم به ومراعاة عدم تكرار الإعلان دون التأكد من أن المعلومات الواردة به لا تزال صحيحة في كل مرة يتم فيها نشر الإعلان أو إذاعته أو القيام به على أي نحو آخر. وعلى الشركة بصفة خاصة أن تتحقق من

فضبط سوق الأوراق المالية يتوقف إذن على الارتقاء بمستوى المعلومات والبيانات المفصح عنها من الشركات المسجلة بتك السوق<sup>(١)</sup>. كما يتوقف على دقة التحليل لتلك البيانات، لما تسمح به للعميل من الوقوف على المؤشر الحقيقي لأداء الشركات وحجم حصتها في السوق والنمو المحتمل والمخاطر التي قد تتعرض لها<sup>(٢)</sup>.

من الواضح أن الإفصاح الدقيق عن المعلومات والبيانات يعد عاملاً أساسياً في مساعدة شركات السمسرة على القيام بدورها في التحليل والإيضاح، كما أنه يمثل أحد الأهداف التي تسعى الجهات الرقابية إلى تحقيقها والتأكد من قيام الشركات المصدرة للأوراق المالية بمراعاتها. فمن أهم أهداف «الجهات الرقابية فيما يتعلق بالشركات المصدرة هو التأكد من قيامها بعمليات إفصاح كاملة وعادلة لجميع البيانات والمعلومات الهامة عن نتائج أعمالها ومركزها المالي ويتم إعداد هذه البيانات والقوائم وفقاً لمعايير المحاسبة المصرية وتساعد هذه المعلومات جميع المستثمرين في الحصول على معاملة متساوية واتخاذ قرارات قائمة على معلومات كافية<sup>(٣)</sup>».

بيد أن هذا الدور لا يتوقف على الشركات المصدرة للأوراق المالية، وإنما يمتد إلى كل شركة من الشركات المرخص لها بمزاولة أى نشاط يتعلق بالأوراق المالية<sup>(٤)</sup>. فلقد أعطى القانون للهيئة العامة لسوق رأس المال الحق

---

أسعار الأوراق المالية التي يرد ذكرها في الإعلان وبيان ما إذا كانت أسعار إقبال أم أسعار تداول أم قيماً اسمية».

(١) فالمعلومات التي تفصح عنها الشركة وتأتي من داخلها والتي تبرز بوضوح أصول الشركة وأرباحها المحققة والمتوقعة تختلف بدون شك عن المعلومات التي يمكن الحصول عليها من خارج الشركة والتي تتعلق بتحليل المتخصصين لأحوال السوق بشكل عام. لهذا يفرق البعض بين معلومات الشركة ومعلومات السوق (راجع في هذا الخصوص، د/حسين فتحى، تعاملات المطلعين، المرجع السابق، ص ١٢٦).

(٢) PELTIER F.: Dévoir d'information de l'intermédiaire financier, Banque et droit n° 30, juillet – août, 1993, p 20 et s ; VEZIAN J. : Le droit à l'information des actionnaires, in l'information en droit privé, L.G.D.J., 1978, p.222 et s.

(٣) د/ سعيد رمضان عرفه، الرقابة على سوق رأس المال، المرجع السابق، ص ١١٨.

(٤) فواجب الإعلام والإفصاح لا يعد التزاماً على عاتق الشركات المصدرة للأوراق المالية فقط وإنما أيضاً التزام على عاتق الوسطاء الماليين. فلقد أوجب القانون على الوسيط المالي أن يقوم بإعلام كافة العملاء والمعينين بالمعاملة بكافة المعلومات المتعلقة بها.

فى إجراء تفتيش دورى على الشركات المرخص لها بمزاولة أى نشاط من الأنشطة المتعلقة بمجال الأوراق المالية، وذلك للتأكد من مدى التزام تلك الشركات بأحكام القوانين واللوائح.

مع هذا وعلى الرغم من أهمية المعلومات والبيانات المعلن عنها، إلا أن شركات السمسرة لا يمكنها الارتكان إلى نقص تلك البيانات أو المعلومات للتملص من دورها فى تقديم خدمة التحليل والإيضاح للمستثمرين غير المتخصصين. فهذا النقص لا يعد ذريعة يمكن التعويل عليها للتوصل من الالتزام بالتحليل والإيضاح. صحيح أن ممارسة إدارة البورصة والهيئة العامة

---

وهذا الالتزام يقوم به الوسيط المالى بصورة تلقائية ودون أى طلب من العميل. فبمجرد حصوله على معلومات تتعلق بإحدى العمليات التى تهم كل أو بعض عملائه، يتعين عليه القيام بإعلامهم بها حتى يمكنهم اتخاذ القرار المناسب بشأنها. وهذا الإعلام يتم بأى صورة من خلال وسائل الإعلام السمعية أو البصرية، المكتوبة أو المرئية (د/ عبد الهادى مقبل، بورصة الأوراق المالية، المرجع السابق، ص ٢٦٦). ولقد قننت المادة ٢٢١ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م هذا الالتزام بتقريرها بأنه يجب أن يتسم كل إعلان يصدر عن الشركة بالأمانة والدقة وأن يتضمن جميع البيانات التى يلزم الإفصاح عنها أو التى تعتبر ضرورية بحسب موضوع الإعلان وطبيعة الجمهور الموجه إليه بما يتيح تفهم الإعلان وتقييم موضوعه، ويحظر على الشركة حجب أى حقائق أو معلومات جوهرية على نحو قد يؤثر على سلامة اتخاذ عملائها أو أى من أفراد الجمهور الموجه إليه الإعلان لقراراتهم، أو إحداث أى نوع من التضليل أو الالتباس لديهم. ولا يجوز أن يتضمن الإعلان أى تصريح مبالغ فيه أو ذى تأثير مضلل. ويقصد بالإعلان التوجه إلى الجمهور بمواد أو معلومات يتم نشرها أو تداولها على أى نحو وفى أية مناسبة من خلال إحدى الوسائل السمعية أو البصرية، المحلية أو الأجنبية، المكتوب منها أو المذاع أو المنقول بوسيلة إلكترونية أو بأية وسيلة أخرى، كما يقصد بالجمهور الأشخاص غير المحددين سلفاً والذين لا تربطهم بالشركة أو بمديرها أو العاملين بها علاقات سابقة وممن يتصل بعلمهم أى إعلان تقوم به الشركة. كذلك ألزم المشرع الوسطاء المالىين عند القيام بالإعلام أو الإفصاح عدم إجراء أى نوع من التمييز أو التفرقة بين العملاء، سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة. فيتعين على الوسطاء الالتزام بالحيدة والحرص على مصالح كافة العملاء وتجنب القيام بأى عمل من شأنه تقديم مزايا أو حوافز للبعض منهم دون الآخرين. هذا ما تبرزه بوضوح المادة ٢٣١ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م بتقريرها «تلتزم الشركة فى تعاملها مع عملائها بمبادئ الأمانة والحرص على مصالحهم، وبالمساواة بين من تتشابه طبيعة وأوضاع تعاملهم مع الشركة، وتجنب كل ما من شأنه تقديم مزايا أو حوافز أو معلومات خاصة لبعضهم دون البعض، سواء بطريق مباشر أو غير مباشر، كما يحظر عليها القيام بأى عمل يمكن أن يلحق الضرر بأى منهم».

للمراقبة المالية لدورها الرقابي يكشف عن أي قصور أو إهمال في أداء الشركات المفصحة، مع هذا فإن إهمالها في أداء هذا الدور لا يعنى شركات السمسرة من مسؤوليتها عند إخلالها بالالتزام بالتحليل والإيضاح. ولهذا أكدت القواعد الدولية المنظمة لعمليات التداول على أهمية تحليل المعلومات وإيضاحها كدعامة أساسية لعملية التداول، لما يلعبه هذا التحليل والإيضاح من دور في تمكين المستثمرين من الاعتناء بمصالحهم<sup>(١)</sup>، فضلا عن أهميته في تقليل خطر التلاعب في عمليات التداول والانتقاص من الممارسات غير المشروعة التي تقدم عليها بعض الشركات<sup>(٢)</sup>.

### الفرع الثاني

أثر الجزاء في الحد من إخفاق شركات السمسرة في تحليل البيانات وإيضاحها

إذا كانت إدارة البورصة تعد خط الدفاع الأول في مجال الرقابة على عمليات التداول التي تتم بها<sup>(٣)</sup>، فإن هذه الرقابة لا تكفي لضمان قيام شركات

(١) هذا ما تقرره كذلك المادة ٢٥٨ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال، بنصها على التزام شركات السمسرة عند تقديمها لتوصيات إلى عملائها بشأن التعامل في الأوراق المالية «بمراعاة ملاءمة هذه التوصيات لمتطلبات كل منهم ولحالته المالية وخبرته في التعامل في الأوراق المالية ولسائر ظروفه الأخرى، وذلك كله بناء على المعلومات التي يفرض بها العميل إلى الشركة ويضمنها اتفاق فتح الحساب أو ما يكون منها ظاهراً على نحو بين. ولا يجوز للشركة أن تقدم لعملائها النصيحة عن بيع أو شراء أوراق مالية ما لم تكن قد توافرت لديها أبحاث عن هذه الأوراق أو عن السوق تبرر تقديم مثل هذه النصيحة. وفي جميع الأحوال لا يجوز لتغير العاملين أو المديرين المتخصصين في الشركة تقديم مثل هذه النصيحة، وتقوم الشركة بتوفير البيانات المتوافرة لديها عن الأوراق المالية إلى من يطلبها من العملاء».

(٢) International Organization of securities commissions, objectives and principles, op. cit, p. 43.

(٣) فكما سبق أن نوهنا، تقوم البورصة بالإشراف على المعلومات التي تقدم للجمهور، فضلاً عن متابعتها لمدى قيام الشركات المقيدة بها بقواعد الإفصاح والشفافية، ثم تقوم بعد ذلك بتقديم تقارير دورية عن حركة تداول الأوراق المالية المقيدة بها إلى الهيئة العامة لسوق رأس المال من خلال الإخطارات التالية: ١- إخطار يومي عن حركة التداول، يتضمن بياناً لنوع الأوراق المالية التي جرى التعامل عليها، وسعر كل منها، وكمية الأوراق المتداولة، ونوع العملية، وإجمالي عدد العمليات في اليوم. مضافاً إلى بيان عن عدد العمليات التي أجريت على الأوراق المالية غير المقيدة. ٢- إخطار

السمسة بالتزاماتها التي يفرضها القانون في مجال التداول. صحيح أن هذه الإدارة تراقب مدى التزام الشركات المسجلة بالبورصة بقواعد وشروط التداول من خلال العديد من السبل والوسائل التي كفلها المشرع واستحدثها الواقع العملي. مع هذا فإن ضمان سير التداول يقتضى أيضاً إنزال عقوبات شديدة بمن يخالفون هذه القواعد وتلك الشروط، باعتبار أن هذا الإنزال يحرم المخالفين من بعض المزايا التي يقرها القانون، هذا فضلاً عما يمثله من ردع للأخرين عن ارتكاب جرائم مماثلة.

هذا ما حرصت القواعد الدولية على التأكيد عليه باستلزامها ضرورة التطبيق الصارم للعقوبات التي تقرها التشريعات الوضعية كخط دفاع لا غنى عنه لمنع حالات التلاعب بالأسواق والقضاء على التصرفات المضللة أو تلك المنطوية على غش أو تضليل قد يقود إلى تشويه الأسعار أو الإضرار بالمستثمرين أو بالشركات<sup>(١)</sup>.

وفى سبيل تفعيل هذه الرقابة التي تقوم بها إدارة البورصة وتعظيم الجزاءات المنصوص عليها في قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م، فلقد أعطى قرار السيد رئيس الجمهورية رقم ٥١ لسنة ١٩٩٧م، بشأن الأحكام المنظمة لإدارة بورصتى الأوراق المالية بالقاهرة والإسكندرية وشنونهما المالية، للبورصة الحق في مباشرة الاختصاصات المقررة لها في قانون سوق رأس المال ولائحته التنفيذية، بما يضمن سلامة تداول الأوراق المالية وأداء

---

نصف شهري وشهري عن حركة التداول، يتضمن بياناً بحجم تداول الأوراق المالية من حيث الكمية والقيمة الإجمالية وعدد العمليات. كما يتضمن آخر سعر إقبال والقيمة الاسمية للأوراق المالية التي تم شطب سعر إقبالها. ٣- إخطار سنوي عن حركة التداول، يتضمن بياناً بحجم تداول الأوراق المالية من حيث كميته وقيمتها وعدد العمليات مقارناً بالعام السابق، مع إبراز إجماليات سوق التداول عن العام، وحركة التداول موزعة على قطاعات الأنشطة المختلفة وأهم الظواهر التي حدثت خلال العام ومدى تأثيرها على سوق الأوراق المالية، وحجم التعامل في الأوراق المالية ومقرحت إدارة البورصة لعلاج الآثار السلبية لتلك الظواهر. كما يجب أن يتضمن هذا التقرير بيانات لأثر تداول الأوراق المالية على قيد كل منها بالجدولين الرسمي وغير الرسمي وبيانات عن عمليات تداول الأوراق المالية غير المعقدة (م ١٠١ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال).

(١) International organization of securities commissions, objectives and principles, op. cit, p. 44.

المتعاملين وحسن سير العمل واستقرار المعاملات فيها، وكذا عدم مخالفة القوانين واللوائح والقرارات المتعلقة بها<sup>(١)</sup>.

ولذلك فقد ألزمت المادة الثامنة من ذات القرار رئيس البورصة بإبلاغ رئيس الهيئة العامة لسوق المال بما يقع من شركات السمسرة، وغيرها من الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية ذات الصلة بالبورصة، من مخالفات لأحكام القوانين واللوائح والقرارات والقواعد المنظمة للعمل بالبورصة، بما في ذلك تقديم بيانات غير حقيقية للبورصة خاصة بالشركات أو بنشاطها، وتطبيق على المخالفة الجزاءات المنصوص عليها في المادتين (٣٠، ٣١) من قانون سوق رأس المال، وعلى رئيس الهيئة اتخاذ الإجراءات القانونية حيال المخالفة طبقاً لأحكام هاتين المادتين<sup>(٢)</sup>.

مع هذا وكما سبق أن نوهنا أن العبرة ليست بتقرير الجزاء أو تنظيم الرقابة، وإنما بتفعيل العقاب وإحكام الرقابة. لهذا يذهب البعض إلى القول بأن هناك تهميشاً للجزاءات المنصوص عليها في المادتين (٣٠، ٣١) من قانون سوق رأس المال، هذا فضلاً عن ضعف الدور الرقابي الذي تقوم به إدارة البورصة على عمليات التداول<sup>(٣)</sup>. ويرجع هؤلاء الفقهاء هذا إلى عدم إعطاء المشرع لمجلس إدارة البورصة سلطة التحقيق وتوقيع الجزاء عند ارتكاب أي مخالفة للقوانين أو اللوائح أو القرارات المنظمة لعمليات التداول، وتقريرها للهيئة العامة لسوق المال، على الرغم من أن مجلس إدارة البورصة هو الأقدر

(١) مادة (٢) من القرار رقم ٥١ لسنة ١٩٩٧م، الجريدة الرسمية، العدد ١١ فى ١٣/٣/١٩٩٧م.

(٢) لإجراء مقارنة مع الجزاءات التى قررها المشرع الفرنسى أو المشرع الأمريكى فى هذا الشأن، راجع

DANG - TRAN M. - Ch. : Le contrôle de l'information, art.préc, p.28 et s ; KENADJIAN P. : L'expérience américaine, art.préc, p.36 et s.

(٣) / حسين عبد المطلب الأسرج، دراسة تحليلية لأسواق الأوراق المالية، المرجع السابق، ص٣٦٦؛ د/ كريمة محمد الحسينى، دور الدولة فى الأسواق المالية، المرجع السابق، ص٢٥١؛ د/ عبد الهادى مقبل، بوصة الأوراق المالية، المرجع السابق، ص٣٢٢ وما بعدها؛ د/ صالح البربرى، الممارسات غير المشروعة، المرجع السابق، ص١٤٤ وما بعدها..

على إنزال حكم القانون على المخالف والأكفأ في ضمان سلامة عمليات التداول والأفضل في الرقابة على حسن الأداء واستقرار السوق.

وأياً ما كانت وجهة النظر الفقهية، فقد تنوعت الجزاءات المقررة في المادتين (٣٠، ٣١) من قانون سوق رأس المال، بما يكفل ضمان سلامة الأنشطة التي تقوم بها. فالمادة ٣٠ من القانون أجازت لرئيس الهيئة العامة لسوق رأس المال وقف نشاط الشركة إذا خالفت أحكام القانون أو لائحته التنفيذية أو قرارات مجلس إدارة الهيئة الصادرة تنفيذاً له أو إذا فقدت أي شرط من شروط الترخيص، ولم تقم بعد إنذارها بإزالة المخالفة أو استكمال شروط الترخيص خلال المدة وبالشروط التي يحددها رئيس الهيئة<sup>(١)</sup>. وإذا لم تقم الشركة خلال مدة الوقف، رغم إنذارها، بإزالة أسباب الوقف، كان لمجلس إدارة الهيئة العامة لسوق المال الحق في إصدار قرار بإلغاء الترخيص.

كما أعطت المادة ٣١ من قانون سوق رأس المال مجلس إدارة الهيئة، عند قيام خطر يهدد استقرار سوق رأس المال أو مصالح المساهمين في الشركة أو المتعاملين معها<sup>(٢)</sup>، الحق في اتخاذ ما يراه مناسباً من التدابير التي عدتها تلك المادة<sup>(١)</sup>.

(١) هذا ويصدر بالوقف قرار مسبب ولمدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً. ويحدد القرار ما يمكن اتخاذه من إجراءات خلال مدة الوقف، ويسلم القرار للشركة أو تحظر به بكتاب موصى عليه مصحوباً بعلم الوصول، ويعلن عن ذلك في صحيفتين صباحيتين يوميتين واسعتي الانتشار على نفقة الشركة. فإذا انتهت هذه المدة دون قيام الشركة بإزالة أسباب الوقف تعين عرض الأمر على مجلس إدارة الهيئة لإصدار قرار بإلغاء الترخيص.

(٢) كذلك يعد من أهم اختصاصات الهيئة الإشراف على توفير المعلومات والبيانات الكافية عن الأوراق المالية المتداولة بالسوق والجهات المصدرة لها ووسطاء التعامل فيها، فضلاً عن التأكد من صحة هذه البيانات وإتاحتها بصورة منتظمة ودورية لنوى الشأن. لهذا يذهب البعض وبحق إلى القول بأن دور الهيئة العامة لسوق المال لا يبرز إلا من خلال هذا الإشراف والحرص على توفير البيانات والمعلومات عن الأسهم التي يجري عليها التداول، ومراعاة «المساواة التامة بين المتعاملين بالنسبة لقدر ونوعية وتوقيت المعلومات، ليصبح كل متعامل بائعاً أو مشترياً على علم بالقيمة السوقية لسعر الورقة محل التعامل للوصول إلى السعر العادل، مما ينعكس في النهاية على حسن سير وأداء السوق ككل، حيث أن أسعار الأسهم في البورصة تتحدد وفقاً للعرض والطلب اللذين يتحددان بدورها بناء على المعلومات المتوافرة عن الأوراق المالية بناء على حسابات مسبقة تستند إلى بيانات وتحليلات تتصل بوضع الشركات المصدرة للأوراق المالية وكيفية إدارتها ونشاطها، ومستقبلها المالي والاقتصادي وكذلك المعلومات المتصلة



بقية القطاعات من الأنشطة المختلفة (د/صالح البربري، الممارسات غير المشروعة، المرجع السابق، ص ١٣٩)».

(١) وقد ذهب البعض في تعليقه على هذا النص إلى القول وبحق أنه على الرغم من أن المادة ٣١ من القانون قد تعرضت لحالة على درجة كبيرة من الأهمية، تلك التي تتعلق بوجود خطر يهدد استقرار سوق رأس المال، مع هذا جاءت العقوبة هائلة ولا تتناسب مع أهمية المخالفة، حيث بدأت بتوجيه « تنبيه وليس إنذار إلى الشركة، ثم تتدرج العقوبة إلى منع الشركة من مزاولة كل أو بعض الأنشطة المرخص لها بمزاومتها ثم دعوة مجلس إدارة الشركة للانعقاد للنظر في إزالة المخالفات المنسوبة، ويحضر الجلسة ممثل أو أكثر عن الهيئة دون تحديد لدوره أو صلاحياته. ثم تعيين عضو مراقب لمجلس الإدارة مشاركا في المناقشات وتسجيل رأيه فيما يتخذ من قرارات. وينتهي الأمر لحل مجلس الإدارة وتعيين مفوض لإدارة الشركة مؤقتا لحين تعيين مجلس إدارة جديد. كل ذلك التدرج إزاء ارتكاب أفعال تصل من الجسامة إلى درجة الخطر الذي يهدد سوق رأس المال ولم تنص المادة على عقوبة إلغاء الترخيص. والسؤال الذي يطرح نفسه هو لماذا لا يخول للهيئة سلطة توقيع غرامات مالية على الشركات المخالفة مثل التي توقعها COB في فرنسا على أن تكون عقوبة وقف النشاط في حالة العود، وأن توضع الضوابط التي تكفل للشركة حق الدفاع عن نفسها، أو ترك قرار وقف النشاط للمحكمة المختصة (د/صالح البربري، الممارسات غير المشروعة، المرجع السابق، ص ١٤٦)». فعلى العكس من ذلك أعطى المشرع الفرنسي للجنة عمليات البورصة سلطات واسعة سواء في مباشرة التحقيق أو توقيع الجزاءات إلى درجة أن وصفها البعض بأنها تجمع بين سلطات تشريعية وقضائية وتنفيذية

BEZARD P.: Le nouveau visage de la COB (La loi de la sécurité et la transparence du marché financier et la COB), RID comp, 1989, p. 956 et s; FLEURIOT P. : L'origine et le bilan de l'exercice par la COB de son pouvoir de sanction, petites affiches, n° 71, juin 1994).

فالجزاء التي توقعها هذه اللجنة تتنوع إلى جزاءات إدارية وأخرى تأديبية، والتي تهدف إلى الحد من الممارسات المخالفة، سواء تمثلت في اضطراب أداء السوق أو منح البعض مزايا غير مبررة. ولعل أهم هذه الجزاءات هي الغرامات المالية الصارمة التي توقعها لجنة عمليات البورصة، والتي يمكن أن تصل في بعض الأحوال إلى عشرة ملايين يورو أو عشر أمثال ما حققته الشركة من أرباح. فجسامة المخالفة وقيمة الأرباح التي تحققت تعد الأساس فيما توقعه لجنة عمليات البورصة من غرامات، بما يحقق نوعاً من التناسب بينهما. وما يزيد الأمر أهمية هو ما أعطاه المشرع الفرنسي لتلك اللجنة من إصدار للتوصيات أو تقديم اقتراحات بالتعديل والإصلاح. فعندما لا تملك لجنة عمليات البورصة حيال المخالفة أو الإخلال باللوائح سوى سلطة الإشراف اللاحق، فإن من حقها إصدار توصيات بشأنها. كذلك أعطى المشرع الفرنسي هذه اللجنة الحق في تقديم الاقتراحات التي تراها مناسبة لتعديل القوانين واللوائح الخاصة بإعلام حملة الأسهم والجمهور أو تلك المتعلقة بالسوق. لمزيد من التفصيل حول هذه الجزئية، راجع:

مع هذا وعلى الرغم من قسوة وتنوع الجزاءات والتدابير التي نص عليها القانون، فإن العبرة بالتزام الشركات وتحملها المسؤولية تجاه الدولة والمساهمين والمتعاملين معها<sup>(١)</sup>. فليست العبرة بإقرار قواعد للحوكمة، وإنما بالتزام الشركات بإعمال أحكامها وقيام هيئات الرقابة والوسطاء بأداء دورهم والوفاء بالتزاماتهم. فنجاح تجربة حوكمة الشركات المقيدة بسوق الأوراق المالية لا يعتمد فقط على إدارتها الرشيدة وما ترسمه من سياسات وما تعلنه من معلومات تتسم بالشفافية، أو على قيام إدارة سوق رأس المال بدورها المنشود الذي رسمه المشرع، وإنما كذلك على الدور الذي يقوم به الوسطاء أو بمعنى أدق سماسرة الأوراق المالية. فالدور الذي يقوم به هؤلاء السماسرة، سواء عند تنفيذ الأوامر وما يصاحبه من التزام بالتبصير أو عند تحيلهم للبيانات وإيضاحها للمستثمرين، يساعد بدون شك إدارة الشركات التي جرى التعامل على أوراقها المالية في تنفيذ سياستها نحو النهوض بالشركة وتطبيق أسس وسياسات الحوكمة. فالحوكمة ليست غرضاً في حد ذاتها، بقدر ما هي وسيلة لتحقيق أهداف معينة. ومن ثم فإنه لتحقيق هذه الأهداف يتعين قيام كل الأطراف المرتبطة بهذه الشركات بأداء دورها على الوجه الأكمل، لأنه قد تضع إدارة الشركة إطاراً للتوجيه وتلتزم بكل معايير وأسس الحوكمة ولكن لا تتحقق النتائج المرجوة، نظراً لعدم قيام سماسرة الأوراق المالية بدورهم المنشود. بل على العكس ما يقومون به من ممارسات قد تؤدي إلى تلاشى النتائج التي أرادت إدارة الشركة تحقيقها من وراء انتهاجها طريق الحوكمة.

كذلك يحتاج نجاح تجربة الحوكمة بالنسبة لهذا النوع من الشركات ضرورة صياغة قواعد لتحديد كيفية خروج تلك الشركات من الهزات التي قد تتعرض لها، إذا أقدم هؤلاء الوسطاء على الغش أو التلاعب في الأسواق. فهذه القواعد تبدو أهميتها بوضوح عند حدوث إحدى الهزات أو الأزمات المالية، لاسيما بالنسبة للشركات الملتزمة بقواعد الحوكمة والمطبقة لأحكامها. فهذه

---

SALOMON R.: La réforme de la procédure de sanction de la COB par les décrets du 1<sup>er</sup> août 2000, revue des sociétés, n° 5, sept-oct, 2000, p. 312 ; DANG-TRAN M.-Ch. : Le contrôle de l'information, art.préc, p.28 et s.

(١) VIANDIER A. : Sécurité et transparence, art.préc, 3420..

الأخيرة تحبذ إعمال قواعد الإفلاس ونزع الملكية عن تدخل الدول للخروج من مثل هذه الأزمات.

ولهذا ينادى البعض بضرورة صياغة قواعد قانونية تلزم المنشآت بالإفصاح عن المعلومات المتعلقة بديونها والتزاماتها، وقوانين تلزم الوسطاء الماليين بعدم الغش والتلاعب، «وقوانين ولوائح تسمح بإجراءات سريعة وكافية للإفلاس ونزع الملكية (رفع اليد عن الأعيان المرهونة) تراعى العدالة للدائنين وغيرهم من أصحاب المصلحة<sup>(١)</sup>». فالعامل الأساسي في عدم انضباط حوكمة الشركات يرد إلى غياب الشفافية والإفصاح عن ديون الشركة من ناحية، وإلى التردد في اتخاذ الإجراءات الوقائية، كالإفلاس ونزع الملكية من ناحية أخرى<sup>(٢)</sup>. هذا ما أعلنه صراحة الأستاذ دان كونيغز بيرج<sup>(٣)</sup>، بتقريره «أن التردد المستمر للحكومات في السماح بتطبيق آليات التصفية مثل الإفلاس ونزع الملكية ساهم بشكل فاعل في حدوث العديد من الأزمات وفي إخفاق قواعد الحوكمة، لأننا بعد أن نشرح الموضوع للجميع وتصبح هذه الإجراءات على وشك التنفيذ تتدخل الحكومة وتقل شيئاً آخر في مكان آخر<sup>(٤)</sup>».

## خاتمة

إذا كانت حوكمة الشركات تعد من أهم القضايا التي تشغل بال وفكر رجال المال والاقتصاد وتسيطر على عقول العلماء والمفكرين، فإن إعمال أحكامها وجنى ثمارها يحتاج إلى تضافر كل الجهود وإخلاص كل الأطراف. فليس هناك شيئاً أسهل من وضع الأسس والضوابط وإبراز المزايا

(١) تأسيس حوكمة الشركات في الأسواق الصاعدة، مركز المشروعات الدولية الخاصة، CIPE، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٣٠.

(٢) د/أحمد يوسف الشحات، الأزمات المالية في الأسواق الناشئة، المرجع السابق، ص ٤٤، حيث يقرر أن من بين الحصون المقررة «لمواجهة زعر المودعين أو الدائنين، مدى توافر نظام واضح وفعال ويتميز بالشفافية لإدارة حالات الإفلاس والتصفية وكافة ما يترتب على أزمة المديونية من مشاكل». راجع كذلك،

VIANDIER A. : Sécurité et transparence, art.préc, 3420.

(٣) مستشار وزارة المالية الكورية بعد الأزمة الآسيوية.

(٤) [www.cipe.org](http://www.cipe.org), p.30.

والخصائص، ولكن الصعوبة تتمثل في حسن تطبيقها والاستفادة منها. بعبارة أخرى من السهل وضع الأسس والضوابط التي تحكم إدارة الشركات وتحقق الاستفادة الكاملة من مقومات نجاحها، وإنما الصعوبة تكمن في كيفية إعمالها وتطبيقها على أرض الواقع.

في الحقيقة إن العنصر البشري يعد هو المحك الرئيسي والمخاطب الأساسي بقواعد الحوكمة. فالعنصر البشري يتدخل عادة لإضفاء بعض الجوانب الإيجابية أو السلبية على الظواهر الإنسانية، وهو ما يظهر بصورة واضحة في الشركات التجارية بصفة عامة وفي مجال الشركات الخاضعة لقواعد الحوكمة بصفة خاصة. لهذا ذهب البعض وبحق إلى القول بأن الكشف المستمر عن أي نجاح يتحقق أو إظهار أي معوق يعرقل يعد من أهم الآليات القادرة على تفعيل الاقتصاديات الكبرى<sup>(١)</sup>. ولا جدال أن توافر المعلومة الكاملة لكافة المتعاملين في مجال الأوراق المالية يمثل دعامة أساسية لنجاح سوق المال ونموه. فالمعلومة يمكن استغلالها وتسخيرها إما لصالح الشركة أو السوق، أو على العكس لتحقيق المصلحة الشخصية لبعض المسؤولين عن إدارة الشركة أو الرقابة والإشراف على سوق رأس المال. فتوافر المعلومات وتدققها لكل المتعاملين على أسهم الشركات المقيدة بسوق الأوراق المالية يمثل أهم عناصر الشفافية لهم والوقاية لسوق رأس المال.

وفي إطار طرحنا لموضوع البحث تعين علينا تحديد الإطار القانوني لحوكمة الشركات، لاسيما تلك المقيدة بسوق رأس المال. فلاشك أن هناك تنازع أو تعارض بين رجال القانون والمال والاقتصاد حول المصطلح Corporate Governance، وإن كنا أطلقنا على هذا المرادف لفظ الحوكمة، فإننا بينا بوضوح أن المقصود منه هو الإدارة الرشيدة، سواء تمثلت في إدارة الشركة المطبقة لقواعد هذا الاصطلاح، أم في إدارة السوق الذي يتم فيه تداول الأوراق المالية التي تصدرها الشركات التجارية. فإذا كان الأصل أن إدارة الشركات المصدرة للأوراق المالية هي التي تملك الوسائل التي تمكنها من الاستغلال الأمثل لموارد الشركة والمحافظة الكاملة على أموال الشركاء والمستثمرين، فإن وضع تلك الشركات لن يستقيم إلا إذا مارست إدارة أسواق المال سلطتها

(١) د/ حسين قحى، تعاملات المطلعين، المرجع السابق، ص ٢١١.

وأحكمت رقابتها على تداول الأوراق المالية المقيدة بها. فلقد حان الوقت لتعى الجهات القائمة على رقابة سوق رأس المال أن عليها دوراً مهماً في ضبط قواعد الحوكمة، وأن أدائها لهذا الدور وقيامها بهذه المهمة من شأنه تشجيع المدخرين على استثمار أو توظيف أموالهم ومدخراتهم في مجال الأوراق المالية.

وفي سياق المعالجة حاولت الدراسة أن تضع أمام القارئ كافة الأسس والضوابط التي تساعد على نجاح الحوكمة، لاسيما بالنسبة للجانب الأهم من الشركات التجارية وهي المقيدة لأوراقها المالية بأسواق رأس المال. وإذا كان عرضنا لهذا الموضوع قد جاء بصورة موجزة إلا أننا حاولنا أن نحقق الغرض منه وأن يثير الانتباه إلى عدة مسائل هي :

١- أن الإدارة المثلى التي تعد محور نظام الحوكمة هي التي تسعى إلى تحقيق الأهداف المرجوة من هذا النظام واستغلال كافة موارد الشركة وحسن توجيهها مع الوفاء بمعايير الإفصاح والشفافية. فهذا الاستغلال هو الذي يضمن أكبر قدر من الاستقرار للشركة ويفي بمتطلبات الشركاء وحملة السندات. فالمستثمر يبحث في المقام الأول عن الشركات التي تسعى إدارتها لتوجيه نشاط الشركة نحو تنفيذ الأطر التي رسمتها، والتي تحقق مصلحة الشركة وتحمي حقوق الشركاء وهؤلاء المستثمرون .

٢- أن حسن أداء الشركة لمعايير الحوكمة يعتمد بصورة أساسية على أدائها المالي، فهذا الأخير يعد أفضل الأسس لقياس أو تقييم ممارسة الحوكمة.

٣- أن ضبط الحوكمة يعتمد كذلك على كفاءة المناخ التنظيمي والرقابي، والذي يركز على دعامتين أساسيتين هما الإفصاح والشفافية، والمعايير المحاسبية السليمة، حيث أثبتت الدراسات التي أجريت لدراسة الأزمات المالية التي تعرضت لها بعض الشركات الأمريكية أو تلك التي تعرضت لها الشركات في دول شرق آسيا، أن السبب الحقيقي في حدوثها يرجع إلى عدم دراية القائمين على إدارتها بآليات التعامل على نحو يسمح لهم بحسن الرقابة أو الاستغلال والتوجيه الأمثل لرأس المال.

٤- أن الإفصاح والشفافية يمثلان ضرورة لاغنى عنها في نجاح الحوكمة، إذ يعدا حجر الزاوية في نجاح سوق المال من ناحية وفي نهضة الشركات من ناحية أخرى. فالإفصاح والشفافية يعدا وبحق ضرورة من

ضرورات الأنشطة الاقتصادية والتجارية، لاسيما تلك التي تتم منها داخل أسواق المال. ولهذا ركزت الدراسة على التزام الشركات بمتطلبات الإفصاح والشفافية، وعلى أهمية قيام الجهات الرقابية بأداء الدور المنوط بها في متابعة وفاء الشركات بهذه المتطلبات، حيث أن أداء هذا الالتزام يتوقف على قيام تلك الجهات بمهامها وحسن قيامها بما رسمه لها المشرع من دور. فنجاح نظام الحوكمة في مجال الشركات المسجلة بسوق الأوراق المالية يعتمد بصورة كبيرة على الدور الذي تمارسه جهات الرقابة، وبصفة خاصة الهيئة العامة للرقابة المالية، لاسيما في مجال التداول. فلقد خص المشرع هذه الهيئة بمراقبة سوق الأوراق المالية وذلك للتأكد من سلامة العمليات التي تتم بها من ناحية، وأنها تتم من خلال القنوات الشرعية للتداول من ناحية أخرى. فإذا كان المشرع قد أناط بتلك الهيئة رقابة سوق الأوراق المالية، فإن الهدف من ذلك ليس فقط الاطمئنان على أن التعاملات التي تتم لم يشوبها غش أو استغلال أو كانت محلاً لمضاربات وهمية، وإنما أيضاً للتأكد من أنها قد تمت من خلال بورصات الأوراق المالية.

٥- أن نجاح نظام الحوكمة يعتمد أيضاً على تحديد مسؤوليات مجلس الإدارة على نحو واضح ودقيق، ما تعلق منها بما ترتبه الاختصاصات العامة من مسؤولية، أو ما ينشأ منها نتيجة للإخلال بواجب الإفصاح والشفافية.

٦- إن ضبط قواعد الحوكمة يقوم أخيراً على إحكام الدور الذي تضطلع به شركات السمسرة، سواء في تنفيذ أوامر البيع والشراء، أو في تحليل البيانات وإيضاحها للمستثمرين.

مع هذا ومع مراعاة ضوابط وأسس الحوكمة يمكننا القول بأن الحوكمة ليست علاجاً سحرياً يمكن من خلاله الخروج بجميع الشركات من الأزمات التي قد تتعرض لها. فليست جميع الشركات التي تعمل قواعدنا ناجحة. فالبعض منها قد يتعرض لأزمات مالية تودي بها إلى النهاية، والدليل على ذلك تلك الأزمة المالية التي تعرضت لها الشركات في دول جنوب شرق آسيا وفي الولايات المتحدة الأمريكية<sup>(١)</sup>. ولعل مثل تلك الأزمات هي التي تدعونا إلى

(١) فالدراسات تشير إلى أن المؤسسات المالية والشركات التجارية مرتفعة الأداء هي التي يمكنها أن تنفذ بدقة ضوابط وإرشادات الحوكمة. فممازالت معظم الشركات التي تأخذ بهذا النظام بحاجة ماسة إلى تطبيق معايير واضحة تمنع الإفراض غير المدروس



## قائمة المراجع

### ١- المراجع العربية

- د/ أبو زيد رضوان، الشركات التجارية، شركات المساهمة (وفقا لأحكام القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١) والقطاع العام، دار الفكر العربى، ١٩٨٣.
- د/أحمد بركات مصطفى، حماية أقلية المساهمين فى شركات المساهمة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨.
- د/أحمد بركات مصطفى، سوق الأوراق المالية (البورصة)، ضمن مجموعة محاضرات الدورة القانونية التى نظمها مركز الدراسات القانونية لخدمة المجتمع بكلية الحقوق- جامعة أسيوط بالاشتراك مع شعبة الأوراق المالية بالغرفة التجارية بأسيوط، ٢٠٠٦/١١/١٩.
- د/أحمد محمد محرز، الوسيط فى الشركات التجارية، منشأة المعارف، ٢٠٠٤.
- د/أحمد يوسف الشحات، الأزمات المالية فى الأسواق الناشئة مع إشارة خاصة لأزمة جنوب شرق آسيا، دار النيل للطباعة والنشر، ٢٠٠١.
- د/ المعتصم د بالله الغريانى، حوكمة شركات المساهمة، دراسة فى الأسس الاقتصادية والقانونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨.
- د/ تركى الشمري، حوكمة الشركات فى دول الخليج العربى، القيس، العدد ١٢٣٣٦، الأربعاء، ٣ أكتوبر ٢٠٠٧.
- /حسين عبد المطلب الأسرج، آليات تفعيل البورصة المصرية لتنمية الادخار، مجلة مصر المعاصرة، العدد ٤٧٧/٤٧٨، يناير - أبريل ٢٠٠٥.
- / حسين عبد المطلب الأسرج، دراسة تحليلية لأسواق الأوراق المالية فى الدول العربية، مجلة مصر المعاصرة، العدد ٤٨١، يناير ٢٠٠٦.
- د/ حسين فتحى، تعاملات المطلعين على أسرار أسهم الشركة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩.
- د/حسين فتحى، شركة المساهمة، مطبعة جامعة طنطا، ٢٠٠٨.
- د/حسين فتحى، التنظيم القانونى لشركات المساهمة، بدون دار نشر، ٢٠١٠.
- د/ حماد مصطفى عزب، حق المساهمين فى الإعلام تجاه الشركة، بدون دار نشر، ٢٠١٠.
- / راندولف واليرس، جريدة الدستور، العدد ١٥٦٠١، ٢٠٠٧/١٠/٢.



- د/ زينب توفيق السيد عطية، المستثمرون الأجانب في البورصة المصرية خلال الفترة من ١٩٩٧ إلى ٢٠٠٥، مجلة مصر المعاصرة، العدد ٤٨٢، أبريل ٢٠٠٦.
- د/ سامح يوسف الترجمان، تقديم التقرير السنوى للبورصة المصرية، الكتاب الاقتصادي، مؤسسة الأهرام، ٢٠٠٠.
- أ/ سعيد رمضان عرفه، الرقابة على سوق رأس المال وأثرها على استقرار ونمو السوق (دراسة حالة لمصر)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة الزقازيق، ٢٠٠٧.
- د/ سميحة القليوبي، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، ١٩٨٩.
- د/ سميحة القليوبي، أحكام تداول الأسهم، المبادئ العامة التي تحكم تداول الأسهم، ضمن مجموعة محاضرات الدورة القانونية التي نظمها مركز الدراسات القانونية لخدمة المجتمع بكلية الحقوق - جامعة أسيوط بالاشتراك مع شعبة الأوراق المالية بالعرفه التجارية بأسيوط، ٢٠٠٦/١١/١٩.
- د/ سميحة فوزي، حوكمة الشركات في مصر مقارنة بالأسواق الناشئة الأخرى، ضمن حوكمة الشركات في القرن الحادى والعشرين، الفصل الحادى والثلاثون، ص ٣٦١.
- د/ سيد إبراهيم عبد الفضيل، أثر تدفقات رؤوس الأموال الأجنبية على سوق رأس المال المصرى فى ظل عولمة الأسواق الصاعدة، مجلة مصر المعاصرة، العدد ٤٨٣، يوليو ٢٠٠٦.
- د/ صالح البربرى، الممارسات غير المشروعة فى بورصة الأوراق المالية، دراسة قانونية واقتصادية مقارنة، مركز المساندة القانونية، القاهرة، ٢٠٠١.
- د/ صالح راشد الحمراى، دور شركات السمسرة فى بورصات الأوراق المالية، ط ١، ٢٠٠٤.
- د/ عاشور عبد الجواد عبد الحميد، بعض جوانب النظام القانونى لأسواق رأس المال، دراسة فى تشريعات مصر والكويت والأردن مقارنة بالنظامين الفرنسى والأمريكى، دار النهضة العربية، ١٩٩٥.
- د/ عاطف وليم أندراوس، السياسة المالية وأسواق الأوراق المالية خلال فترة التحول لاقتصاد السوق، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
- د/ عبد الستار عبد الحميد محمد سلمى، حوكمة الشركات والنمو الاقتصادى مع الإشارة للوضع فى مصر، مجلة مصر المعاصرة، العدد ٤٩٢، أكتوبر ٢٠٠٨.
- د/ عبد الفضيل محمد أحمد، بورصات الأوراق المالية، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، بدون سنة نشر.

- د/ عبد الهادي مقبل، بورصة الأوراق المالية وقانون سوق رأس المال، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧.
- د/ عصام أحمد البهجي، الموسوعة القانونية لبورصة الأوراق المالية فى التشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩.
- د/ عصام حنفى محمود، التزام الشركات بالشفافية والإفصاح، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦.
- د/ عماد صالح سلام، إدارة الأزمات فى بورصات الأوراق المالية العربية والعالمية والتنمية المتواصلة، أبو ظبى، ٢٠٠٢.
- أ/ماجد شوقى، حوكمة الشركات: سهلة المنال بالنسبة للأسواق المتقدمة ... صعبة المنال بالنسبة للأسواق الناشئة؟ [www.cipe-arabia.org](http://www.cipe-arabia.org)
- د/ماجدة شلبي، تطور أداء سوق الأوراق المالية المصرية فى ظل التحديات الدولية ومعايير حوكمة الشركات وتفعيل نشاط التوريق، مجلة مصر المعاصرة، العدد ٤٩٢، أكتوبر ٢٠٠٨.
- د/محمد إبراهيم موسى، الوجيز فى الشركات التجارية، مطبعة جامعة طنطا، ٢٠٠٧.
- د/محمد حلمى عبد التواب، البورصة المصرية، آلية عملها - الربط بين البورصات، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٤.
- د/ محمد سويلم، إدارة البنوك وصناديق الاستثمار وبورصات الأوراق المالية، الشركة العربية للنشر والتوزيع، ١٩٩٢.
- د/ محمد فريد العرينى، الشركات التجارية، المشروع التجارى الجماعى بين وحدة الإطار القانونى وتعدد الأشكال، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩.
- د/ محمد كامل أمين ملش، شرح القانون التجارى التكميلى، مطبعة دار الكتاب العربى، ١٩٥٢.
- د/منير إبراهيم هندى، الأوراق المالية وأسواق رأس المال، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٣.
- د/منير إبراهيم هندى، متى يظهر صناع السوق، مجلة البورصة المصرية، العدد ٥٨، ١٩٩٨/٦/٢٢.
- أنرمين أبو العطاء، حوكمة الشركات .. سبيل التقدم مع إلقاء الضوء على التجربة المصرية، [www.cipe-arabia.org](http://www.cipe-arabia.org)

## ٢- المراجع الأجنبية

- ARCHAMBAULT F. L'information n'est pas un jeu, c'est une responsabilité, Gaz pal, 8 mai 1993.
- AUCKENTHLER F.: Bourse de valeur, législation, nouvelles procédures de sanctions de la COB, JCP, n° 35, août 2000.
- BERNARD J.-F. : Capital markets, M.Macmillan, 1991.
- BEZARD P.: Le nouveau visage de la COB (La loi de la sécurité et la transparence du marché financier et la COB), RID comp, 1989.
- CREDOT F. -J: Droit de la bourse, petites affiches, n° 143, 30 novembre, 1994.
- DANG-TRAN M.-Ch. : le contrôle de l'information financière en France, petites affiches, 16 octobre, n°124, 1998
- DE VAUPLANE H. : Monopole des sociétés de bourse et contre-partie obligatoire, Revue de droit bancaire et de la bourse, n°27, sept-oct, 1991.
- DE VAUPLANE H.& BORNET J.-P. : Droit de la bourse, Litec, 1998.
- DEZOUZE E.: La réforme de la procédure de sanction administrative de la COB, JCP, 1997.
- DION N.: Corporate governance et sociétés françaises, Juris – Classeur, droit des sociétés, juillet – août, 1995.
- DÓUCOULOUX- FAVARD C.: délit d'initié cumulé au délit de fausse information, pitites affiches, novembre 1994.
- DUCOULOUX FAVARD C.: Le délit d'initié dix ans de jurisprudence et d'activité de la COB, Gaz. Pal, 1984.
- DUCOULOUX – FAVARD C.: Comment sanctionner l'initié?, petites affiches, juin 1995.

- FISHER J. & BEWSEY J. : The law of investor protection, Sweet & Maxwell Ltd, 1997.
- FLEURIOT P. : L'origine et le bilan de l'exercice par la COB de son pouvoir de sanction, petites affiches, n° 71, juin 1994.
- FRANCIS J.-C. : Management of investments, International Student Edition, Mc GRAW-Hill International Book Company, 1983.
- GARBADE K. : Securities markets, McGraw – Hill Book Company, 1982.
- GERMAIN M.: Transparence et information, Petites affiches, 1997.
- GUYON Y. : Droit des affaires, droit commercial en général et sociétés, Economica, T.I, 12 éd, 2003.
- HEURTEUX C.: L'information des actionnaires et des epargnants en droit français et comparé, thèse Grenoble, 1960.
- JOHNSON T.-E. : Investment principles, Prentice-Hall, Inc., Englewood Cliffs, New Jersey, 1978.
- KENADJIAN P.: L'expérience américaine, petites affiches, 16 octobre, n° 124, 1998.
- KNIGHT J.-R. : The management of conflicts of interest in multi-functions securities market, C.O.B, acts de conference, Paris, 1986.
- LAUDE A.: L'information financière, Revue de droit bancaire, n° 6, (novembre – décembre) 2000.
- MAQUIL M.: La bourse, garante de la transparence des marchés financiers, [www.google.com](http://www.google.com).
- MARIN J.-C.: Le délit d'initié en droit français, petites affiches, 1994.
- MARIN J.-C.: La mission du juge dans la prévention des abus, Revue de jurisprudence commercial, 1991.

- MARINI ph.: Les autorités de marché, source institutionnelle de la sécurité des marchés financiers, petites affiches, 1996.
- MARTY D.: Les initiés, D, 1976, p. 94.
- MAZET et FORSCHBACH: Le monopole des sociétés de bourse en matière d'opérations sur valeurs mobilières après la loi du 22 janvier 1988, J.C.P., 1989.
- MOURRE A.: La sécurité et la transparence du marché financier, Gaz pal, n° 133, mai 1990.
- MOUSOULAS S.: autorégulations, déontologie professionnelle et éducation de l'investisseur, Bourse et produits financiers, mai- juin 1998.OECD, Principles of corporate governance, 2004.
- PAGE A.-C. & FERGUSON R.-B. : Investor protection, Weidenfeld & Nicolson, London, 1992.
- PELTIER F.: Dévoir d'information de l'intermédiaire financier, Banque et droit n° 30, jully – août, 1993.
- PINATTIN J. -P.: La France souffre d'un manqué de culture financière, Revue Banque, décembre 1997.
- RIVES-LANGE J.-L.: L'abus de majorité, Revue de jurisprudence commercial, n° spécial, 1991.
- ROGER A.: La notion d'avantage injustifié, JCP, 1998. RONALD. F.: Ethics and corporate governance, an Australion Handbook, University of New South Wales, Press, LTD, 2000.
- RUTTERFORD J.: Introduction to stock exchange investment, M. Macmillan, 1993.
- SAINT – GEOURS J. : L'information boursière, petites affiches, 1994.
- SALOMON R.: La réforme de la procédure de sanction de la COB par les décrets du 1<sup>er</sup> août 2000, revue des sociétés, n° 5, sept-oct, 2000.
- TEWELES R.-J, BRADLEY E. & TEWELES T.-M. : The stook market, sixth ed, John Wiley, 1992.

- TILLAYE M.: L'information des actionnaires préalable et concomitante à la réunion de l'assemblée générale ordinaire annuelle dans les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, thèse, Paris, 1973.
- TIROLE J.: Corporate Governance, *Econometrica*, vol. 69, n° 1, 2005.
- TRICOT D.: Abus de droit dans les sociétés, abus de majorité et abus de minorité, *RTD,com*, 1994.
- TUNC A.: Le gouvernement des sociétés anonymes, le mouvement de réforme aux Etats-unis et au Royaume-Uni, *RID Comp*, 1994.
- VAUPLANE H.: Utilisation d'un information privilégiée, *Banque et droit*, n° 32, novembre – décembre, 1993.
- VIANDIER A.: Sécurité et transparence du marché financier, commentaire des titres 1 et 2 de la loi du 2 août 1989, *JCP*, éd G, n° 49, 1989, 3420.



# غسل الأموال من خلال مبدأ سرية الحسابات المصرفية دراسة مقارنة

دكتورة / سوزي عدلي ناشد  
قسم الاقتصاد والعلوم المالية  
كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

## مقدمة

تعد ظاهرة غسل الأموال ظاهرة قديمة ، عرفتها المجتمعات البشرية منذ قرون سابقة . وهي ظاهرة ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالجريمة المنظمة والتي كانت في بدايتها مجرد ظاهرة ، ثم تحولت إلى جريمة يجب محاربتها ووضع عقوبة رادعة على مرتكبيها .

ولا يخفى على الفطنة أن هذه الظاهرة ، أو بأسلوب أدق تلك الجريمة الاقتصادية ، قد انتشرت مع زيادة حجم التجارة الدولية ومفاهيم العولمة الحديثة ، فلم تعد قاصرة على دولة معينة بل اتسع نطاقها ليشمل كل دول العالم بشقيها المتقدم والمتخلف . ويمكن القول انه منذ السنوات القليلة الماضية أخذت هذه الظاهرة وأساليب مكافحتها تحتل الموقع الأبرز في الأجندة السياسية العالمية خاصة بعد ان اتضحت صلتها الوثيقة بتمويل عمليات الارهاب الدولي . أضف إلى ذلك أن عمليات غسل الأموال ارتبطت عادة بممارسة أنشطة غير مشروعة سواء من الناحية القانونية أو الاقتصادية ، كتجارة المخدرات والسلاح والرقيق الأبيض والأعضاء البشرية.. الخ. وأصبحت عمليات غسل الأموال تشكل عبئاً كبيراً على الدول التي تتم فيها، لكون تعامل الدول مع الدولة التي تمارس فيها مثل هذه العمليات يشوبه الحذر والخوف ، خشية انتقال عدوى هذه الجريمة المشبوهة إلى هذه الدول أضف إلى ذلك العقوبات الدولية ، خاصة الاقتصادية، التي يمكن أن تتعرض لها فيما لو تعاملت مع الدولة موطن غسل الأموال. وأصبح ينظر إلى هذه العمليات على أنها من المحظورات الاقتصادية والقانونية الواجب متابعتها ومحاولة مكافحتها من أجل القضاء عليها.

ويمكن القول أن بداية ظهور عمليات غسل الأموال كان منذ عدة



قرون ، إلا أن الكشف عنها لم يتم إلا فى الفترة التالية للحرب العالمية الأولى وخاصة فى الولايات المتحدة الأمريكية . ويرجع صعوبة الكشف عنها إلى كونها كانت تتم فى نطاق ضيق خاصة فى ظل غياب التعاون الدولى من جهة ، وصعوبة المواصلات والاتصالات بين الدول من جهة أخرى.

ولذلك ارتبطت هذه الظاهرة بعصابات المافيا<sup>(١)</sup> التى انتشرت بعد الحرب العالمية الأولى ، والتى كانت تقوم بشراء مشروعات اقتصادية بأموال قذرة ناجمة عن تجارة المخدرات بقصد إخفاء مصدرها غير المشروع، أى يتم غسل الأموال بطمس مصدرها غير المشروع . واستمرت عمليات غسل الأموال بعد الحرب العالمية الثانية ، ولكن بصورة غير واسعة ، حتى انتشرت بشكل واسع فى دول أمريكا اللاتينية مع انتشار تجارة المخدرات والجريمة المنظمة فى هذه المناطق. ولم يعرف مصطلح غسل الأموال بشكل محدد إلا فى عام ١٩٨٨ من خلال اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع فى المخدرات التى وقعت فى فيينا. وازدادت أهمية هذه الظاهرة عقب أحداث ١١ سبتمبر ٢٠٠١ التى تعرضت لها الولايات المتحدة الأمريكية وكانت السبب الأساسى فى الربط الواضح بين الارهاب الدولى وعمليات غسل الأموال. ولذلك كثفت الولايات المتحدة الأمريكية جهودها القانونية والدولية للحد من هذه الظاهرة، بل واتخذت العديد من الاجراءات فى سبيل مواجهتها.

وجدير بالذكر أن هذه الجريمة هى جريمة معقدة . ويرجع ذلك إلى أن عملية غسل الأموال تمر بعدة مراحل، تهدف كل مرحلة إلى طمس وإخفاء مصدر الأموال المشبوهة أو القذرة أو غير المشروعة. ولذلك فإن الكشف عنها فى مرحلة متأخرة يجعل الأمر من الصعوبة بمكان. كذلك فإن الجهات التى تقوم بعمليات غسل الأموال تتصف بالاحتراف العالمى فى ممارسة هذه الجريمة . فهذه الجهات أو المؤسسات الدولية تمتلك رؤوس الأموال والآليات والتقنيات الحديثة ، كما أنها تعمل بأعلى درجات الذكاء

(١) يعود أصل تسمية غسل الأموال إلى عصابات المافيا الشهيرة فى الثلاثينات من القرن الماضى ، حيث تم القبض على زعيم هذه العصابة (آل كابون) سنة ١٩٣١ وكان ذلك بتهمة التهرب من دفع الضرائب .

والحذر مما يجعل أمر كشفها من الأمور الصعبة ، خاصة فى ظل التنامى السريع لظاهرة العولمة وسهولة انتقال رؤوس الأموال عبر الدول المختلفة، ومن ثم تزايد حركة تداول أموال المنظمات الاجرامية سواء على المستوى المحلى أو الدولى بقصد اضعاف صفة المشروعية على هذه الأموال .

أضف إلى ذلك أن دول الجنات الضريبية<sup>(1)</sup> تعد ملاذا سهلا لإجراء عمليات غسل الأموال بما تقرره من تسهيلات وامتيازات ضريبية كما أنها تعد مراكز جذب لرؤوس الأموال بغض النظر عن مصدر هذه الأموال خاصة أنها تمثل مراكز للقروض والتسليف بعملة غير محلية وبدون فائدة على الاطلاق أو على أقصى تقدير بفائدة بسيطة لا تذكر .

ونظراً لخطورة هذه الجريمة ، تبذل الدول والمنظمات الدولية جهوداً ضخمة فى سبيل مكافحتها ومواجهتها، ومن أهم هذه الجهود :  
١- بازل ١ ، بازل ٢ ، التى تتضمن العديد من المبادئ التى تواجه هذه الظاهرة .

٢- اتفاقية فيينا ١٩٨٨ .

٣- توصيات مجموعة السبع الكبرى ، التى اسفر عنها انشاء FATF مجموعة العمل المالى الدولية ١٩٨٩ ، وهى مجموعة تهتم بمحاربة غسل الاموال بمراقبة الدول وتحديد ما يعد منها غير متعاون فى مجال مكافحة غسل الأموال .

وبالرغم من الجهود الدولية المتتالية فى مجال مكافحة "غسل الأموال" إلا انه حتى الآن لم يتفق على وضع تعريف محدد لهذه الظاهرة. وإن كانت كل التعريفات قد اتفقت على أن هناك أموالاً غير نظيفة - مصدرها غير قانونى أو اقتصادى - يتم اضعاف صفة المشروعية عليها أى غسلها لتبدو ذات مصدر مشروع أو قانونى .

وبالرغم من تعدد القنوات التى تتم فيها عمليات غسل الأموال ، إلا

---

(1) Louis Cartou - Droit Fiscal international et Européen - Dalloz - deuxième édition - 1986 - p. 264.

LIVINE Pierre, La lutte contre l'évasion Fiscale de caractère international en l'absence et en Presence de conventions internationales - Thèse - Paris I - 1986 - p. 68.

أنا سنركز في هذا البحث على دور البنوك في هذه العمليات . فالبنوك تعد عنصراً رئيسياً في هذه العمليات من خلال تلقى ودائع العملاء من جهة ومن خلال مبدأ سرية الحسابات المصرفية من جهة أخرى . ولما كانت عمليات البنوك تعد عمليات ذات شق اقتصادي وآخر قانوني ، فإننا سنتناول الشق الاقتصادي المتعلق بممارسة عملية غسل الأموال .

وجدير بالذكر أننا سنتعرض في بحثنا هذا ، إلى عملية غسل الأموال ودور الجهاز المصرفي في ذلك في كل من مصر ولبنان نظراً لاختلاف أسس الأخذ بنظام السرية المصرفية سواء من حيث النطاق أو المدى في كل منهما .

وسنتناول في دراستنا عملية غسل الأموال من خلال تحديد ماهية ظاهرة غسل الأموال في فصل تمهيدى ، ثم دور البنوك في عمليات غسل الأموال في فصل أول ، وأخيراً مبدأ السرية المصرفية وعملية غسل الأموال في فصل ثان .

وبناء على ما تقدم سنقسم دراستنا هذه على النحو التالي :

**فصل تمهيدى : ماهية ظاهرة غسل الأموال .**

**الفصل الأول : دور البنوك في عمليات غسل الأموال .**

**الفصل الثانى : مبدأ سرية الحسابات المصرفية وعملية غسل الأموال .**

## **فصل تمهيدى**

### **ماهية ظاهرة غسل الأموال**

تمثل ظاهرة غسل الأموال (1) عنصراً جذاباً لاهتمام التشريعات الوطنية والدولية ، نظراً لانتشارها الواسع فى الآونة الأخيرة ، حيث قدر خبراء الاقتصاد المبالغ المالية التى يتم غسلها سنوياً بترليون دولار وهو ما

---

(1) تسمى هذه العملية بغسيل الأموال أو تطهيرها أو تبييضها تعبيراً عن اضمحاء صفة المشروعية على الأموال ذات المصدر غير المشروع .

يعادل ١٥% من اجمالى قيمة التجارة العالمية (١). لذا فقد حاولت وتحاول التشريعات على المستوى الوطنى والدولى أن تواجه هذه الظاهرة ، من جهة، وأن تقرر لها عقوبات رادعة من جهة أخرى . ورغم هذا الاهتمام من جانب التشريعات الوطنية والدولية بهذه الظاهرة ، فلا يوجد حتى الآن اجماع على تعريف واحد ودقيق لها .

### أولاً: التعريفات المختلفة لغسل الأموال

تعددت وتباينت التعريفات الخاصة بعملية غسل الأموال ، نظرا لاختلاف الزاوية التى يتم منها تناول هذه العملية .

ونتيجة لذلك فضلت العديد من الدول تبني تعريف اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع فى المخدرات (٢) عام ١٩٨٨ (أو ما تسمى باتفاقية فيينا) . وهى تعد من أولى الجهود الدولية على صعيد محاربة غسل الأموال ، حيث تم بموجبها تجريم عمليات غسل الأموال الناتجة عن أنشطة غير مشروعة ، والعمل على اتخاذ العديد من الإجراءات لمكافحة غسل الأموال ، كمصادرة الأموال والممتلكات المتحصلة ، وتعزيز التعاون الدولى فى مكافحة هذه العمليات ، بما فى ذلك تبادل المعلومات وتبادل المتهمين (٣) .

بالإضافة إلى ذلك فقد عرفت هذه الظاهرة اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود والتى أبرمت عام ٢٠٠٠ (٤) المعروفة باتفاقية باليرمو ، وهى تقضى باتخاذ العديد من الإجراءات

(٢) ويقول خبراء اقتصاديون أن البنوك السويسرية بها ما يتراوح بين ترليون و ترليون دولار من الأموال التى جاءت من مصادر غير مشروعة . بل فى احصائية أخيرة لصندوق النقد الدولى اوضحت أن حجم تجارة غسل الأموال تتراوح ما بين ٩٥٠ مليار دولار و ١,٥ ترليون دولار .  
انظر فى تفصيل ذلك : غسل الأموال - ويكيبيديا ، الموسوعة الحرة .

(3) United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances. (Vienna Convention) 1988.

(١) انظر فى ذلك : التوجهات الدولية والإجراءات والجهود العربية لمكافحة غسل الأموال- امانة مجلس محافظى المصارف المركزية ومؤسسات النقد العربية - صندوق النقد العربى- أبو ظبى ، عام ٢٠٠٠ ، ص ١٥ .

(2) United Nations Convention Against Transnational Organized Crime (Palermo Convention) 2000.

لمحاربة الجريمة المنظمة . واعتبرت هذه الاتفاقية أن عمليات غسل الأموال واحدة من أهم أربعة أنواع رئيسية من الجرائم المنظمة .

ومن اجمالي الجهود الوطنية والدولية فى هذا الصدد يمكن تعريف جريمة غسل الأموال بأنها "عملية تحويل الأموال المتحصلة من أنشطة إجرامية أو غير مشروعة بهدف إخفاء أو إنكار المصدر غير المشروع والمحظور لهذه الأموال ، أو مساعدة أى شخص ارتكب جرماً بتجنب المسؤولية القانونية عن الاحتفاظ بمتحصلات هذه الجريمة" (١) .

كما يمكن تعريفها بأنها "عمليات متتابة ومستمرة فى محاولة متعددة لإدخال الأموال القذرة الناتجة عن الأنشطة الخفية غير المشروعة التى تمر من خلال ما يسمى بالاقتصاد الخفى فى دورة النشاط الاقتصادى الرسمى أو الظاهر ، لإكسابها صفة شرعية عبر الجهاز المصرفى وأجهزة الوساطة المالية الأخرى" (٢) . وقد ركز هذا التعريف على عملية غسل الأموال من خلال الجهاز المصرفى والبنوك وهذا هو ما يهمنى فى مجال بحثنا هذا .

كما عرفته مجموعة العمل المالى الدولية لمكافحة غسل الأموال (٣) FATF التى تأسست عام ١٩٨٩ بأنها "عملية إجرامية يهدف منها طمس أو إخفاء الأصل غير المشروع للأموال بقصد اكسابه صفة المشروعية" (٤) . وعرفه المشرع المصرى فى قانون مكافحة غسيل الأموال رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ بأنه "كل سلوك ينطوى على اكتساب أموال أو حيازتها أو التصرف فيها أو إدارتها أو حفظها أو استبدالها أو ايداعها أو ضمانها أو استثمارها أو نقلها أو تحويلها أو التلاعب فى قيمتها إذا كانت متحصلة من جريمة من الجرائم المنصوص عليها فى المادة الثانية من هذا القانون مع العلم بذلك متى كان القصد من هذا السلوك إخفاء المال أو تمويه طبيعته أو

(٣) تعريف اللجنة الأوروبية لمكافحة غسل الأموال الصادر عام ١٩٩٠ .  
(٤) د. عبد المطلب عبد الحميد - العولمة واقتصاديات البنوك - الدار الجامعية بالإسكندرية- ص ٢٣٤ .

(5) The Financial Action Task Force on Money Laundering.  
(1) Paul Allan Scholl - Refrence Guide to Anti - Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism - The world Bank - 2006, p.1-3.

مصدره أو مكانه أو صاحب الحق أو تغير حقيقته أو الحيلولة دون اكتشاف ذلك أو عرقلة التوصل إلى شخص من ارتكب الجريمة المتحصل منها المال".

أما المشرع اللبناني فقد اصدر قانون مكافحة تبييض الأموال رقم ٣١٨ لسنة ٢٠٠١ ، وقد عرفت المادة الثانية منه جريمة تبييض الأموال بصورة مفصلة ، فاعتبرت أن تبييض الأموال هو "كل فعل يقصد منه اخفاء المصدر الحقيقي للأموال غير المشروعة ، وإعطاء تبرير كاذب لهذا المصدر ، بأى وسيلة كانت . وتحويل الأموال أو استبدالها ، مع العلم بأنها غير مشروعة لغرض اخفاء أو تمويه مصدرها ، أو مساعدة شخص ضالع فى ارتكاب الجرم على الافلات من المسؤولية وتملك الأموال غير المشروعة أو مصادرتها أو حيازتها أو استخدامها أو توظيفها لشراء الأموال المنقولة أو غير المنقولة ، أو للقيام بعمليات مالية مع العلم بأنها غير مشروعة".

ومن اجمالى التعريفات السابقة يمكن وضع تعريف جامع لظاهرة غسل الأموال بأنها "استخدام الأموال المتحصلة من أنشطة غير مشروعة بإخفاء هوية الأشخاص الذين حصلوا عليها وتحويلها إلى أموال ذات مصدر مشروع" <sup>(١)</sup> . وبتعبير أكثر سهولة ، أنها عملية تجعل الأموال القذرة تبدو أنها نظيفة "Process to make dirty money appear to be clean" <sup>(٢)</sup> .

وبالرغم من سهولة التعبير أو التعريف السابق إلا أن عملية غسل الأموال ، والتي ارتبطت على نحو وثيق بعولمة الاقتصاد واتساع حجم التجارة الدولية والرغبة فى الكسب السريع وتحقيق ارباح مرتفعة للغاية ، لا بد أن تمر بعدة مراحل متتالية حتى يتم اخفاء أو طمس مصدر هذه الأموال وإدخالها فى الدورة الاقتصادية بقصد تنظيفها وإكسابها صفة المشروعية .

(2) John Madinger - Money Laundering a guide for criminal Investigators - Second Edition - Taylor & Francis - 2006, p. 6.

(1) John - Madinger - op.cit., p.6.

## ثانيا - مراحل غسل الأموال بصورة عامة

عملية غسل الأموال عملية مركبة من عدة مراحل، ولا بد أن تستكمل كافة هذه المراحل حتى تكون العملية قد اكتملت تماما . فهذه المراحل متتالية وضرورية حتى يمكن أن يتم إدخال الأموال ذات المصدر غير المشروع فى النشاط الاقتصادى المشروع . ويستوى فى ذلك الطريقة أو القناة التى تمر من خلالها عملية التطهير أو التنظيف أو التبييض لهذه الأموال . وتمثل هذه المراحل أو الدورة لغسل الأموال The Money Laundering Cycle فى ثلاث مراحل أساسية ؛ التوظيف أو الإيداع ، التعقيم أو التغطية ، وأخيراً الإدماج أو التكامل. وسنستعرض كل مرحلة من هذه المراحل على النحو التالى (1) :

### ١- التوظيف أو الإيداع Placement

تبدأ هذه المرحلة منذ قيام الأشخاص بأعمال غير مشروعة ينتج عنها أموال ضخمة ذات أصل غير مشروع . ومن ثم يحاول هؤلاء اضعاف صفة المشروعية عليها عن طريق توظيف هذه المبالغ بإيداعها فى إحدى البنوك أو المؤسسات المالية أو القيام بمشروعات أو استثمارات فى الداخل أو خارج البلاد .

وتعد هذه المرحلة هى نقطة الضعف الأساسية فى سلسلة مراحل غسل الأموال ، فهى المرحلة التى يمكن خلالها اكتشاف مصدر الأموال غير المشروعة .

وقد يقوم العميل بتجزئة المبالغ الكبيرة المتحصلة من مصدر غير مشروع إلى مبالغ صغيرة يتم استثمارها فى عدة مشروعات أو ايداعها مؤسسات مالية، ويتم التحويل بين الحسابات المصرفية بعضها البعض

---

(٢) د. حمدى عبد العظيم - غسل الأموال فى مصر والعالم ، ١٩٩٧ ، ص ٣٥ ، د.محسن احمد الخضيرى ، غسل الأموال ، مجموعة النيل العربية ، ٢٠٠٣ ، ص ٥٥ : ص ٥٨ ، ندوة بعنوان ظاهرة غسل الأموال وأثرها على الاقتصاد الوطنى - مجلة الحقوق- جامعة الكويت - العدد الثالث - السنة الثانية والعشرون- سبتمبر ١٩٩٨ - ص ٣٠٢ ،

John Madinger: op.cit., p.10. Paul

Allan Scholl : op.cit., pp 7 : 9 .

بهدف طمس أو إخفاء أصلها.

وإذا كانت الصورة المثلى للمرحلة الأولى من عملية غسل الأموال تتمثل فى الإيداع فى إحدى البنوك أو المؤسسات المصرفية أو غير المصرفية ، فإن ذلك لا يمنع من اتباع طرق أخرى خلال هذه المرحلة . فيمكن استخدام هذه الأموال فى القيام بمشروعات تجارية صغيرة أو كبيرة مثل محلات المجوهرات ، أو انشاء قرى سياحية ، أو استثمارها فى شركات التأمين فى تأسيس شركات تجارية كبرى ، وهى كلها تمثل شركات الواجهة<sup>(١)</sup> . كما يمكن تجسيد هذه الأموال فى شكل أوراق تجارية أو أوامر دفع تندمج ، من خلال إيداعها فى إحدى البنوك ، بأموال هذا الأخير ، ويصبح من الصعب الكشف عن مصدرها الحقيقى .

وجدير بالذكر أن مرحلة الإيداع تعد أصعب مراحل عملية غسل الأموال وأكثرها عرضه لاكتشاف أصل الأموال المشبوهة . حيث يكون من السهل الكشف عن مصدر الأموال ، نظراً لأن الأموال لم تدخل بعد فى الدورة الاقتصادية للمجتمع. ولذلك فإن مرور هذه المرحلة بسلام يمثل نقطة البدء لاستمرار عملية غسل الأموال دون افتضاح مصدرها . فضلاً عن أن هذه المرحلة تتضمن إيداع واستثمار أموال ضخمة من قبل غاسلى الأموال حتى لو حاولوا تجزئتها منعاً لكشف حقيقتها . ولذلك يكون مرتكب الفعل (غاسلو الأموال) على أكبر قدر من الحيلة والحذر فى هذه المرحلة حتى لا ينكشف أمره وتمنى عمليته بالفشل .

## ٢- مرحلة التعتيم أو التغطية Layering

يقوم العميل أو صاحب الأموال القذرة ، فى هذه المرحلة ، بإجراء العديد من العمليات المصرفية على ودائعه بقصد فصل المبالغ النقدية التى أودعت عن مصدر النشاط الإجرامى . وقد تكون هذه العمليات التى يقوم بها العميل حقيقية أو وهمية تأخذ شكل عمليات دفع وسداد المدفوعات عبر وسائل بنكية عادية أو الكترونية لشركات ومؤسسات ذات نشاط استثمارى

(١) د. جلال وفاء محمدين - دور البنوك فى مكافحة غسل الأموال - دار الجامعة الجديدة للنشر ، ٢٠٠١ ، ص ١٢ .



، ويهدف من هذه العمليات المتتابعة التعقيم أو التغطية على أصل هذه الأموال تماماً . وعادة ما تتضمن هذه المرحلة اصدار مستندات صحيحة من أجل تضليل الجهات الرقابية أو الأمنية .

وتستخدم الأموال المشبوهة أو القذرة في هذه المرحلة في عمليات الاستيراد والتصدير ، والتبادل التجارى ، وشراء الأوراق المالية، والدخول فى المزايدات والمناقصات .. وكلها عمليات خداعية ، وإن كانت حقيقية ، الهدف منها التعقيم على أصل هذه الأموال .

وواقع الامر أن اكتشاف مصدر الأموال القذرة فى هذه المرحلة تحيطه الصعوبات ، بسبب تعدد وتشابك العمليات المصرفية والتجارية التى تتم فى هذه المرحلة ، خاصة فى ظل استخدام الوسائل الالكترونية المتطورة للتغطية على مصدر النشاط . وكذلك بسبب استخدام عمليات التحويل البرقى والتحويل الالكترونى للنقود حيث تنتقل النقود بسرعة فائقة إلى بنوك خارج البلاد ، بحيث يصعب ملاحظتها وتعقب مصدرها . فمثل هذه الأساليب الحديثة تثير العديد من الصعوبات الفنية للكشف عن مصدر هذه الأموال (١) .

### ٣- الادمج Integration

يتم فى هذه المرحلة دمج الأموال القذرة فى الاقتصاد الرسمى المشروع ، أى يتم اضافة صفة المشروعية على الأموال غير النظيفة . ويتحقق ذلك عن طريق شراء عقارات أو مجوهرات أو أوراق مالية .. وغيرها (٢) من الوسائل الأخرى . ولمزيد من تطهير هذه الأموال يتم دفع الضرائب عنها ويتم ذكرها فى المركز المالى للمشروع وحساب الايرادات

(١) من الصور المستخدمة فى هذه المرحلة "عملية الدفع من تحت الحساب" حيث يقوم بنك أجنبى بفتح حساب لدى أحد البنوك المحلية ، مثلاً ، ويستخدم هذا الحساب من عملاء البنك الأجنبى لإدارة نشاطهم المشبوه عن طريق سحب شيكات عليه ، أو ايداع الأموال فيه ثم نقلها بعد ذلك إلى البنك الأجنبى فى الخارج . انظر فى تفصيل ذلك د. = جلال وفاء - مرجع سابق- ص ١٤ .

(١) المضاربة على أسعار الأراضى والعقارات ، الدخول فى مجال العقود والتوريدات الحكومية وغير الحكومية ، شراء التحف النادرة ، صناعة السينما ... انظر بالتفصيل د.محسن الخضيرى، مرجع سابق ، ص ٨٢ : ص ١٠٥ .

وكذلك Paul Allan Schott - op.cit., p. 9.

والمصرفيات والإرباح والخسائر وحسابات التشغيل والمتاجرة<sup>(١)</sup> ، وبذلك تدخل هذه الأموال في قنوات مشروعة بصورة كاملة . وتهتم الشركات التي تم توظيف الأموال غير المشروعة فيها بنشر حساباتها في الجرائد والصحف الرسمية كنوع من اقتناع المجتمع بمشروعية هذه الأموال تماماً . وهذه المرحلة الأخيرة ، التي يمكن تسميتها بمرحلة الاعلان عن الأموال المشبوهة ، هي نهاية عملية غسل الأموال بمعنى أن الوصول إليها يجعل من الصعب على الأجهزة الرقابية والأمنية الكشف عن أو تتبع مصدر هذه الأموال . فالوصول إلى هذه المرحلة يعد نجاحاً لغسلى الأموال في عدم الكشف عن جريمتهم بنسبة كبيرة . ولذلك فهم عادة ما يصطنعون أدلة وبيانات ومستندات تلمس تماماً المصدر غير المشروع لهذه الأموال .

وجدير بالذكر أن دخول الأموال ذات المصدر المشبوه في الدورة الاقتصادية والاقتصاد الكلى ، بحيث يصعب الفصل بين الأموال ذات المصدر المشروع وغير المشروع، يجعل من الصعوبة بمكان اكتشاف مصدرها، خاصة بعد أن خضعت لعدة مستويات من التدوير . ويصبح أمر اكتشافها متروكاً لمحض الصدفة أو رهناً بأعمال المخابرات والجاسوسية . ويرى البعض أن غسل الأموال من شأنه أن يحدث نشاطاً وحركة في النشاط الاقتصادي ويخرج الاقتصاد من حالة الركود بسبب الاستثمارات الضخمة في المجالات المختلفة . بل واعتبرها البعض جريمة مستحبة تعمل على ازدهار الاقتصاد . لكن هذا القول يمثل خطورة واسعة لأنها من شأن هذه الجريمة تدمير أنظمة الدولة الأساسية، كما أنها تمثل اساءة في توزيع الدخل القومي حيث تزيد من فقر الفقراء ومن ثراء الاثرياء ، ولذلك لا بد من مكافحتها والقضاء عليها بكل السبل .

ومن البدهى أن مبدأ سرية الحسابات المصرفية ، الذي سنتعرض له بالتفصيل لاحقاً ، يعد من السبل الهامة التي تساعد على عدم كشف مصدر هذه الأموال .

(٢) د. محسن الخضيرى ، مرجع سابق ، ص ٥٧ .

## الفصل الأول دور البنوك فى عملية غسل الأموال

### مقدمة

تلعب البنوك دوراً أساسياً فى مجال النشاط الاقتصادى . فلكونها مركزاً لإيداع النقود ، صارت محوراً للانتماء ومصدراً رئيسياً لتمويل المشروعات : فهى تتلقى الودائع النقدية من المدخرين وتقوم بتوزيعها فى صورة قروض واعتمادات على المستثمرين . فتعيد ، بذلك ، الحياة إلى هذه المدخرات وتحويلها من حالة السكون إلى حالة الحركة ، أى من رأس مال نقدى خامل وعقيم إلى رأس مال نشيط ومنتج . ولا شك فى عظم الآثار الناشئة عن ذلك بالنسبة للاقتصاد القومى فى مجموعه .

وتمثل الخدمات المصرفية واحدة من أهم الخدمات التى يقدمها القطاع الخدمى على مستوى الاقتصاد الكلى . فتقوم البنوك ، التى تهتمنا فى مجال دراستنا ، بتلقى ودائع العملاء وتقوم بأعمال الصرف ، كما تمنح القروض وتقوم بمشروعات استثمارية ضخمة مثلها مثل الأفراد . كما أنها قادرة على خلق نقود الودائع ، أى تخلقها من لا شيء وليس من ودائع لديها . ولذلك اتسعت قدرتها على الاقراض ومنح الائتمان على حد بعيد .

وتقوم البنوك بوظيفتين أساسيتين : الأولى فهى الوظيفة النقدية التى تتمثل فى تزويد الجماعة بالنقود وتنظيم تداولها فيها عن طريق قبول الودائع ومنح القروض ، وخلق الودائع . والثانية فهى الوظيفة التمويلية ، وتتمثل فى توفير رؤوس الأموال وتنظيم تداولها عن طريق تقديم رؤوس الأموال للمشروعات ، وبخاصة رأس المال المعد لتأسيس المشروع أو تنميته . فطول فترة عملية الانتاج وعدم ظهور نتيجتها أو ثمرتها إلا بعد أجل طويل ، يجعل من المستحيل على المنظم أن يواصل الانتاج بغير رأس مال يتم تحديده لمواجهة النفقات الجارية . كما أن ضخامة رأس المال اللازم لأغلب المشروعات يجعل من المستحيل على فرد أو عدة أفراد توفير كل رأس المال . ولذلك تتدخل البنوك وتقوم بدورها التمويلية ، وتشرف بذلك على عرض رؤوس الأموال وعلى توزيعها بين المشروعات .

وتقوم البنوك بهذه الأنشطة بقصد تحقيق الربح . فهي كمشروعات اقتصادية تسعى فى المرتبة الأولى من القيام بكافة العمليات المصرفية إلى تحقيق أقصى ربح ممكن .  
وتتنوع العمليات المصرفية (١) ويمكن تصنيفها فى ثلاث مجموعات رئيسية :

العمليات الواردة على النقود وتشمل الودائع النقدية والنقل المصرفى وعقد الصرف ، والعمليات الواردة على الائتمان وتشمل الائتمان المباشر وفتح الاعتماد وأخيراً العمليات المتعلقة بالأوراق التجارية والأوراق المالية .

ونظراً لتشعب العمليات المصرفية التى تقوم بها البنوك ، فهى تعد من أهم القنوات التى يتم عن طريقها غسل الأموال غير المشروعة ، خاصة أن هذه العمليات تتميز بالسرعة والتداخل مما يجعل عملية غسل الأموال أمراً سهلاً يصعب كشفه . أضف إلى ذلك أنها تستخدم الأساليب التكنولوجية الحديثة فى هذا الصدد ، سواء كانت تعلم أو لا تعلم مصدر هذه الأموال على نحو حتمى . فالخدمات الالكترونية الحديثة يمكن استخدامها بصورة مخالفة للقانون لأن أغلب العمليات المصرفية تتم بصورة آلية ، على نحو ما سبق ذكره ، مما يصعب معه أن تخضع للرقابة والإشراف من الجهات المختصة .

وجدير بالذكر أن مفاوضات جولة أوروغواى الموقعة فى عام ١٩٩٤ قد اهتمت بموضوع تحرير التجارة الدولية فى مجال الخدمات وخاصة الخدمات المالية . إذ وضعت لها بنوداً خاصة تتضمن تقديمها عبر الحدود بواسطة بنك فى دولة إلى مستهلك للخدمة فى دولة أخرى ، ثم تقديم

---

(١) وضع المشرع المصرى تعريفاً لعمليات البنوك أو العمليات المصرفية فى القانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ بإصدار قانون البنك المركزى والجهاز المصرفى والنقد وذلك فى الفقرة الثانية من مادته الحادية والثلاثين بقوله "ويقصد بأعمال البنوك فى تطبيق أحكام هذه المادة كل نشاط يتناول بشكل أساسى واعتيادى قبول الودائع والحصول على التمويل واستثمار تلك الأموال فى تقديم التمويل والتسهيلات الائتمانية والمساهمة فى رؤوس أموال الشركات، وكل ما يجرى العرف المصرفى على اعتباره من أعمال البنوك " .

هذه الخدمة من خلال الاستثمار عبر شركات تابعة أو فروع أو وكالات بواسطة المؤسسات المالية المقيمة فى دولة أخرى بخلاف الدول المضيفة (١)

أضف إلى ذلك أن اتساع حركة التجارة والمبادلات الدولية ساهمت فى تحويل البنوك من مجرد بنوك وطنية إلى بنوك دولية ، أو بتعبير أصح إلى شركات دولية النشاط أو شركات عملاقة ، تمارس عملياتها المصرفية ليس فقط داخل حدود الدولة بل على المستوى الدولى، خاصة بعد حركة الاندماج الواسعة بين البنوك .

فقد أضحت العمليات المصرفية ذات صفة دولية ، فى كثير من الأحيان ، خاصة مع ازدهار التجارة الدولية . فمنها ما تتجاوز آثاره حدود الدولة الواحدة ، كالاتتمادات المستندية والنقل المصرفى وخطابات الضمان والقروض المجمعمة *prêts syndiqués* .

كافة هذه الأسباب أدت إلى سهولة استخدام البنوك من خلال عملياتها المصرفية المتشابكة والسريعة فى عمليات غسل الأموال ، حيث تتدفق من خلالها المليارات من الدولارات دون تحديد أو الكشف عن مصدر هذه الأموال (٢) .

وبناء على ما تقدم لا يمكن اغفال دور البنوك الكبير فى المساهمة، الارادية أو غير الارادية ، فى عمليات غسل الأموال ، مما يكون له آثار

---

(١) ومن هنا ظهرت البنوك الشاملة التى تقوم بالوساطة وخلق الائتمان ودور المنظم والجمع بين وظائف البنوك التجارية - الوظائف المصرفية - ووظائف الاستثمار حيث امتلاك اسهم الشركات المساهمة والاشتراك فى ادارتها وتقديم كافة الخدمات المصرفية التقليدية وغير التقليدية ودعم الاستثمار وتشجيعه وتحقيق التطور الشامل والمتوازن لاقتصادات الدول مع القيام بدور فعال فى تطوير السوق المالية .

انظر فى تفصيل ذلك : د. سيد شوربجى عبد المولى - المتغيرات المحلية والدولية وتنامى غسل الأموال مع اشارة خاصة لتأثيرها على مصر والعالم - المؤتمر السنوى السادس - كلية الحقوق جامعة المنصورة - القاهرة ٢٦ - ٢٧ مارس ٢٠٠٢ ، ص ٢٥ .

(٢) تم الكشف عام ١٩٩٨ عن تدفق المليارات من الدولارات إلى بنوك نيويورك من خلال عصابات الجريمة المنظمة الروسية التى حولت ١٠ مليارات دولار . وكشفت عمليات التحقيق الفيدرالية عن أن حوالى ٤,٢ مليار دولار حولت خلال الفترة من اكتوبر إلى مارس ١٩٩٨ فى أكثر من ١٠ آلاف عملية تحويل إلى حساب واحد ، فى حين تدفق إلى هذا الحساب وحسابات أخرى ذات صلة حوالى ١٠ مليارات دولار . د. سيد شوربجى ، مرجع سابق ، ص ٢٨ .

سلبية على السياسة النقدية والائتمانية في الاقتصاد الوطنى ومنه إلى الاقتصاد الدولى خاصة أنه يودى إلى حرمان بعض قطاعات الاقتصاد الوطنى من هذه الموارد المالية والتأثير على معدلات العائد الاقتصادى . أضف إلى ذلك أن الاتجاه الحديث نحو تركيز وتمركز رأس المال أدى إلى حدوث اندماج واسع النطاق بين البنوك ، وإغلاق البنوك ذات معدلات الربح المنخفضة . ولذلك تحاول البنوك رفع معدلات الارباح بكل السبل حتى ولو تغاضت البنوك عن الطرق غير المشروعة التى يلجأ إليها العملاء (غاسلو الأموال) .

ومن بين هذه الطرق :

- الايداع فى بنوك خارجية ، وتحويل الأموال داخل البلاد بطرق غير مشروعة .

- تداول الأموال فى البورصات المحلية والعالمية .

- تأسيس شركات وهمية، ثم تصفيتها وإيداع الأموال فى المصارف .

- الايداع فى البنوك فى شكل ودائع أو شهادات استثمار، ثم الاقتراض بضمانها .

- استخدام التكنولوجيا الحديثة فى عمليات التحويلات .

وتستخدم هذه الطرق بقصد اخفاء مصدر هذه الأموال غير

المشروع وتضليل الجهات الرقابية والأمنية .

وما يهمننا هو التعرض إلى قاعدة بنكية هامة تمثل دستوراً أو قانوناً

للبنوك هى "قاعدة السرية المصرفية" . فهى قاعدة ذات وجهين :

فمن جهة تحقق الأمن والاطمئنان للعميل بالنسبة لحساباته

المصرفية ، ومن جهة أخرى تمثل سبيلاً للقيام بغسل الأموال دون أن يتم

الكشف عن مصدر هذه الحسابات أو طبيعتها فتكون عملية غسل الأموال

من السهولة خاصة فى الدول التى تأخذ بمبدأ السرية المصرفية بصورة

مطلقة يصعب اختراقه بنص القانون .

وستتناول فى بحثنا هذا نموذجين من الدول كلاهما يأخذ بمبدأ

السرية المصرفية مع اختلاف حدوده ونطاقه هما مصر ولبنان .

وستعرض إلى كيفية اعتبار مبدأ السرية المصرفية احدى القنوات الهامة

التي بسببها تتحقق عملية غسل الأموال .  
وبناء على ذلك سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين :  
المبحث الأول : آلية غسل الأموال في البنوك .  
المبحث الثاني : أساليب غسل الأموال في البنوك .

## المبحث الأول آلية غسل الأموال من خلال البنوك

لغسل الأموال بواسطة البنوك خصوصية . فالبنوك هي أحد القنوات الشائعة والمنتشرة التي يستخدمها غاسلو الأموال للقيام بتلك الجرائم لكون البنوك ، في الآونة الحديثة ، ليست مجرد مؤسسات مالية عادية تتلقى الودائع وتمنح الائتمان ، بل هي مؤسسات وشركات ضخمة تأخذ ، في ظل العولمة الحديثة ، شكل شركات دولية النشاط<sup>(١)</sup> . ويترتب على ذلك أن تزداد حركة العمليات المصرفية بين البنوك وبعضها البعض في الداخل والخارج . وهذا يسمح بسهولة حدوث عمليات غسل الأموال دولياً استغلالاً للطبيعة المتشعبة والدولية للبنوك .

ولذلك نجد أن مراحل غسل الأموال التقليدية ، السالف بيانها ، تتم بصورة مختلفة في حالة ممارسة غسل الأموال من خلال البنوك والمؤسسات المالية . ويتحقق ذلك من خلال أربع عمليات أساسية<sup>(٢)</sup> :

- ١- عمليات طمس مصدر الأموال القذرة من خلال اخفاء المصدر الحقيقي أو مصدر ملكية هذه الأموال .
- ٢- عمليات تحويل الأرباح والدخول أو المكاسب غير المشروعة .

---

(١) الشركات دولية النشاط هي "مجموعة من الشركات الوليدة أو التابعة التي تزاوّل كل منها نشاطاً إنتاجياً في دول مختلفة ، وتتمتع كل منها بجنسية مختلفة والتي تخضع لسيطرة شركة واحدة هي الشركة الأم التي تقوم بإدارة هذه الشركات الوليدة كلها في إطار استراتيجية عالمية واحدة " .

انظر في تفصيل ذلك د. حسام عيسى - الشركات متعددة القوميات - المؤسسة العربية للدراسات والنشر ، ١٩٧٨ ، ص ٧١ .

(1) Olivier Jerez - Le blanchiment de l'argent - Revue Banque Edition - 2003 - p. 128.

- ٣- عمليات اخفاء أو منع معرفة اية معلومات عن أصل هذه الأموال ، أى مسح كل أثر يتعلق بالعملية .
- ٤- عمليات السيطرة والتحكم فى الأموال غير المشروعة .
- وعلى ذلك سنعرض تفصيلا لهذه المراحل على النحو التالى :

### المرحلة الأولى : التوظيف Le Placement

هى مرحلة تتعلق بالتخلص المادى من الأموال المراد غسلها، ويتم ذلك إما داخل البنوك أو بالدخول فى الدورة الاقتصادية فى الاقتصاد أو من خلال تحويل الأموال إلى الخارج .

ويتحقق ذلك اما باستخدام وسائل تقليدية أو غير تقليدية .

- الوسائل التقليدية (الأولية) <sup>(١)</sup> : تحاول ، عادة ، العصابات الاجرامية المتخصصة فى عمليات غسل الأموال طمس مصدر هذه الأموال ، وذلك بالابتعاد جغرافياً عن مصدر هذه الأموال والتي يكون فيها اخفاء هذه الأموال أكثر سهولة ، بحيث يكون من الصعوبة بمكان معرفة مصدرها الأصلي . وهذا ما يعرف بالإخفاء أو الانفصال المادى *Séparation matérielle* لمصدر الأموال غير المشروعة .

ويتم هذا الأمر فى البنوك عن طريق التحويلات بين الحسابات المختلفة ، شراء وبيع القيم المنقولة ، التحويل الالكترونى بين الحسابات... الخ . ويتم خلط هذه الأموال بأموال مشروعة باستخدام عدة طرق ، كسواء وإيداع أدوات دفع نقدى فى مؤسسات مالية ، الاستثمار فى قطاعات تحتاج إلى رؤوس أموال ضخمة <sup>(٢)</sup> .

- الوسائل غير التقليدية : يقصد بها أن يتم توظيف الأموال غير المشروعة فى صورة تداولات مصرفية أو مالية ، وذلك بالاعتماد على التحويلات بواسطة الحسابات البنكية أو البريدية أو شيكات السفر... الخ . وبذلك تصبح البنوك شريكا فى عمليات غسل الأموال .

ويتم الاعتماد فى فتح الحسابات البنكية على مبدأ السرية المصرفية

(2) Olivier Jerez - op. cit., p. 128 - 129 .

(١) مثال ذلك تجارة المجوهرات ، المطاعم ، البارات ، اندية القمار ، شراء سيارات بمواصفات معينة باهظة الثمن ، الطائرات ..... .



le secret bancaire والذي يخول لأي شخص حق فتح حساب في البنك أيًا كانت مصدر أمواله مشروعة أو غير مشروعة . وبمجرد أن يتم تحويل الأموال باستخدام شيكات أو فتح حساب تكون هذه الأموال قد دخلت في الدورة الاقتصادية للبنك . وهذه الطريقة تسمح بغسل أموال ضخمة عن طريق تجزئة هذه الأموال إلى عمليات مصرفية صغيرة . أضف إلى ذلك إمكانية تحويل الأموال إلى الخارج أو عقد القروض وهي تمثل أهم وسائل غسل الأموال .

وجدير بالذكر أن استخدام تحويل العملة يعد من الطرق الشائعة لغسل الأموال . فتحويل العملة من الدولار إلى اليورو يمكن أن يجذب غاسلي الأموال إلى القيام بهذه العملية عن طريق سعر صرف العملة الدولية<sup>(١)</sup> .

### **المرحلة الثانية : مرحلة التحويل أو الاخفاء L'empilage ou transformation (Dissimulation des sources)**

وفي هذه المرحلة يتم اجراء عدة تحويلات مصرفية بين الحسابات المختلفة . ويتم بذلك وضع حواجز متعددة بين أصل المال واستثماره بحيث يكون من الصعب على السلطات المعنية الكشف عن مصدر هذه الارباح أو عدم مشروعيتها . وتصبح طريقة<sup>(٢)</sup> Swift هي الأفضل في التطبيق. كما يوجد طريقة أخرى هي<sup>(٣)</sup> Chips .

وفي كل الأحوال يتم التحويل في عدة صور : الأموال المحولة لأدوات الدفع ، تحويل الأموال المادية ، التحويلات الالكترونية للأموال، الاعتماد المستندي المزور<sup>(٤)</sup> .

(1) Olivier Jerez - op. cit., p. 134.

(1) Society for World wide International Financial Telecommunication.

(2) Chambers of Compensation of inter bank payment systems.  
وهي منشأة دولية للمقاصة تتعامل في رؤوس أموال ضخمة يوميا .

(3) Olivier Jerez - op. cit., p. 137.

## المرحلة الثالثة : مرحلة الدمج L'integration

وهذه المرحلة يكون الهدف منها هو اضافة الصفة المشروعة على الأموال المراد غسلها ، بتقديم أدلة على أن مصدر هذه الأموال مشروع . ويكون ذلك بإعادة تداول الأموال المغسولة فى شكل ارباح نظيفة تخضع للضريبة لإضافة صفة المشروعية عليها . ويتم ذلك عن طريق اقامة مشروعات حقيقية تحقق ارباحاً من عمليات تجارية . ومن هذه العمليات ، بيع العقارات <sup>(١)</sup> - شركات الواجهة Sociétés de façade والقروض الوهمية - اشترك البنوك الأجنبية <sup>(٢)</sup> - الفواتير المزورة فى التصدير والاستيراد .

### المبحث الثانى

#### أساليب غسل الأموال من خلال البنوك

تتعدد سبل وأساليب غسل الأموال <sup>(٣)</sup> ، فهناك أساليب تقليدية عادية وبسيطة ، وأخرى حديثة أو تكنولوجية يتم فيها استخدام احدث الأساليب التكنولوجية الحديثة للقيام بعملية غسل الأموال والقضاء تماماً على مصدرها غير المشروع . وسنتناول هذه الأساليب باختصار على النحو التالى :

#### ١ - الأساليب التقليدية

(٤) أن التباين فى أسعار العقارات يساعد على استخدامها لإعادة تدفق رؤوس الأموال المغسولة فى الاقتصاد .  
(٥) أن اشترك البنوك الأجنبية فى عمليات غسل الأموال يتمثل فى قدرتها على اخفاء جزء كبير من انشطتها المتعلقة بالمال المغسول كما يستطيع غاسلو الأموال الحصول على قروض مشروعة بضمان رؤوس أموال غير مشروعة .  
انظر فى تفصيل هذه الحالات

Olivier Jerez - op. cit., PP.138:139.

(١) كما تتم عمليات غسل الأموال من خلال البنوك والمؤسسات المالية فإنها قد تتم من خلال اعمال مهنية غير مالية مثال ذلك تجارة السيارات والبواخر والعقارات والمحاماة وملاهى القمار وتجارة الذهب والتحف الثمينة . انظر فى تفصيل ذلك :

Olivier Jerez - op. cit., pp. 152 : 154 .

١- تحويل الأموال : حيث يتم تهريب وتبادل العملات من خلال البنوك ، فيتم ايداع الأموال المراد غسلها فى احدى حسابات البنك كالحساب الجارى ، ثم يتم تحويلها من حساب إلى آخر بصورة متكررة وسريعة بحيث يصبح من الصعب معرفة مصدرها .

وبطبيعة الحال تختلف طريقة التهريب هذه من بلد لآخر بحسب الخصائص والعوامل التى تتميز بها كل دولة ، خاصة من حيث اقتصادها وأسواقها المالية ونظامها المصرفى والتشريعات الخاصة بمكافحة عمليات غسل الأموال فيها سواء كانت تشريعات داخلية أو معاهدات أو اتفاقيات دولية فى هذا المجال <sup>(١)</sup> .

ونجد أن طريقة تحويل الأموال هذه تعد من الوسائل الناجحة لعمليات غسل الأموال خاصة فى الدول النامية ، حيث تسهل السياسات المالية والنقدية فيها اجراء هذه العمليات بنجاح . فهى من جهة سياسات ضعيفة وهشة ، كما أن رغبة هذه الدول فى تشجيع الاستثمار الأجنبى فى الدول النامية يجعلها تتخذ اجراءات تشريعية واقتصادية ، وتقدم حوافز وامتيازات لتشجيع وجذب الاستثمار الأجنبى فيها . ومن ضمن هذه الوسائل ما تتخذه من اجراءات تسمح بعمليات نقل الأموال وتحويلها إلى البلاد المتقدمة دون الحصول على موافقات مسبقة من الجهات الحكومية ذات الصلة ومنها البنك المركزى .

وبتعبير آخر ، فإن رغبة الدول النامية فى تشجيع الاستثمار الأجنبى فيها ، كنوع من إحداث طفرة تنموية فى اقتصاديات هذه الدول ، تسمح للمشروعات الأجنبية الكائنة فيها بتحويل الأموال والأرباح المتحققة فى داخل الاقتصاد الوطنى دون أن تضع ضوابط قانونية للتأكد من حقيقة ومصدر هذه الأموال والأرباح . مما يسمح باستخدام هذه الاجراءات بطريقة غير مشرعة فى تحويل الأموال المراد غسلها إلى الخارج دون الإفصاح أو الكشف عن مصدرها الحقيقى ، وبذلك تصبح البلد النامى من الدول ذات المناخ الخصب لإجراء عمليات غسل الأموال فيها .

أضف إلى ذلك أن الاتجاهات الحديثة نحو تحرير التجارة الدولية

---

(2) Paul Allan Schott - op.cit., P. 10.

من خلال منظومة التجارة العالمية الجديدة - منظمة التجارة العالمية - قد ساهمت بصورة أو بأخرى نحو تسهيل عمليات غسل الأموال .  
فتحرير التجارة العالمية أتى بفرص مؤكدة للدول المتقدمة ، مقابل مخاطر محققة للدول النامية . فعولمة التجارة والتمويل وتدفقات المعلومات تزيد من حدة المنافسة ومن خطر الفجوة المتزايدة بين العالمين المتقدم والنامى . فعدم التوازن بينهما يؤدي إلى حدوث العديد من الاضطرابات والفوضى وتهريب الأموال وغسلها . إذ تعد الدول النامية مرتعاً خصباً لعمليات غسل الأموال ، ثم تحويلها بعد تنظيفها وتطهيرها وإخفاء مصدرها إلى الدول المتقدمة . ورغم تعهد الدول المتقدمة بتعويض الدول النامية عن جزء من الآثار السلبية لتحرير الأسواق والمعاملات وارتفاع الأسعار ، إلا أن هذا الأمر لم يتعد مجرد التعهدات والتوصيات دون أن يرقى إلى مرتبة الالتزام والإجبار<sup>(١)</sup> .

وجدير بالذكر انه بالإضافة إلى عمليات تحويل الأموال والأرباح عبر البنوك والمؤسسات المصرفية ، فإن هناك الطرق التقليدية العادية التي يتم بواسطتها تهريب الأموال نحو الخارج باستخدام وسائل النقل كالأشاحنات عبر الحدود والطائرات والبواخر أو عبر البريد<sup>(٢)</sup> .

٢- التصرفات العينية : قد يتم استخدام الأموال ذات المصدر غير المشروع فى القيام ببعض التصرفات العينية بقصد إخفاء مصدرها وإظهارها فى الشكل المشروع . ويتم ذلك أولاً بشراء غاسلى الأموال السلع المعمرة كالسيارات واللوحات النادرة والمجوهرات والتحف الثمينة والعقارات . وفى مرحلة ثانية يقوم ملاك هذه الأشياء ببيعها مقابل الحصول على شيكات مصرفية يستخدمونها فى فتح حساب لهم فى البنوك

(١) أن تحرير التجارة والعملة تساهم فى انخفاض متوسط دخل الفرد فى الدول النامية لتصل إلى ٣٢٥ دولار سنوياً وذلك عام ٢٠٣٠ فى حين تصل تقديرات متوسط دخل الفرد فى الدول المتقدمة إلى ٤٠,٠٠٠ دولار سنوياً .  
د. سيد شوربجى عبد المولى - مرجع سابق .

(٢) وقد حرصت العديد من الدول على مقاومة التهريب كوسيلة لغسل الأموال عن طريق الرقابة الجمركية فى مداخل البلاد وعلى الحدود ، وتجريم عدم الإفصاح عما يحمله المسافر من أوراق نقدية إذا ما تجاوزت حدود مبلغ معينة .  
انظر فى امثلة ذلك د. جلال وفاء محمدين - مرجع سابق ، ص ١٩ .

المسحوب عليها هذه الشيكات . ثم ، أخيراً ، يقومون بإجراء العديد من التحويلات المصرفية من هذا البنك إلى فروع له أو إلى بنوك أخرى. وبواسطة سلسلة من التحويلات يتم اخفاء المصدر الحقيقي لهذه الأموال أو التعطيم على العمليات المشبوهة<sup>(١)</sup> .

ومن ضمن السبل التي تستخدم من خلال البنوك لتمويه مصدر الأموال المشبوهة أن يتم الاقتراض بضمان حساب الأموال المودعة في البنك ، ثم شراء أوراق مالية أو أذون خزانة أو أصول رأسمالية أو المساهمة في شركات ومشروعات وطنية أو أجنبية في الداخل أو الخارج. وبذلك يتم قطع الصلة تماما بمصدر الأموال الحقيقي ، وتخرج الأموال من الاقتصاد الخفى إلى الاقتصاد المشروع عبر عدة عمليات متكررة وسريعة<sup>(٢)</sup> .

٣- الشركات الوهمية : تسمى بشركات الواجهة Front Companies أو شركات الدمى ، وكلها تدل على أنها شركات ليس الغرض منها تحقيق أى أهداف أو اغراض اقتصادية أو تجارية ، ولكن الهدف منها هى التغطية على النشاط غير المشروع مصدر رأس مال هذه الشركات .

ويتم انشاء هذه الشركات بواسطة رؤوس الأموال المشبوهة التي يكون عادة مصدرها تجارة المخدرات أو السلاح أو البشر أو أى مصدر آخر غير مشروع ، وتهدف إلى تضليل السلطات فى الدولة عن مصدر هذه الأموال . وقد تلجأ هذه الشركات إلى البنوك بالاقتراض منها للقيام بالمشروعات الاستثمارية الوهمية كسواء الأراضى والعقارات، ثم إيداع الأرباح المتحققة منها فى البنوك وإجراء سلسلة من عمليات التحويلات المصرفية لتطهير هذه الأموال .

والصورة المثلى لعمليات غسل الأموال باستخدام الأموال غير النظيفة هى شراء الشركات الخاسرة أو التي فى مرحلة الافلاس أو مرحلة التصفية ، كالفنادق وشركات الصرافة والمطاعم وإعمال البيع بالتجزئة ..

(٣) د. حمدى عبد العظيم ، مرجع سابق ، ص ٣٦ .

(١) د. حمدى عبد العظيم ، مرجع سابق ، ص ٣٧ .

ثم تتحول إلى شركات ناجحة من أجل تعظيم الإيرادات الاجمالية ورؤوس الأموال لإضافة الأموال المشبوهة إليها . وتحرص هذه الشركات على الوفاء بكافة التزاماتها القانونية والضريبية لإثبات جديتها وإزالة أى شبهة قد تثار حولها (١) .

ويتطلب القيام بعمليات غسل الأموال بواسطة الشركات الوهمية مساعدة بعض المؤسسات المالية والبنوك للقيام بعمليات تحويل الأموال . ولما كان هذا الأمر يخضع لرقابة البنك المركزي ، لذلك يتم اللجوء إلى شركات الصرافة والسمسرة فى بورصات الأوراق المالية . وعن طريق هذه الأخيرة يتم التعامل مع البنوك فى الداخل والخارج .

غنى عن البيان أن الشركات الوهمية هى طريقة لعمليات غسل الأموال ، إلا أن وجودها مرتبط بغياب الرقابة الفعالة والمحكمة ، كما أنها تنتشر بصورة كبيرة فى البلاد التى تمتاز بمنظومة سرية العمليات المصرفية وعدم الاستقرار النقدى والاقتصادى أو ما تسمى بدول الملاذ المصرفى (٢) .

٤- التحويل البرقى للنقود : يعد التحويل البرقى من أحدث الوسائل لعملية تحويل الأموال من حساب إلى آخر . حيث كانت تتم هذه العملية ، حتى وقت قريب ، بطرق تقليدية بطيئة . ففى البداية كان يتم استخدام الشيكات فى عملية التحويل إلا أن عملية تحصيل الشيكات على المستوى الدولى كانت مكلفة وبطيئة فى ذات الوقت . ثم تم استخدام التلغراف كأسلوب للتحويل المصرفى وهو وإن كان أسلوباً أسرع إلا انه لم يتلافى العديد من الاخطاء التى يمكن أن تقع فيها عملية التحويل . ومن ثم كان استخدام التلكس فى عمليات التحويل وهو يمثل أسلوباً أسهل وأسرع مع الحد من الاخطاء التى كانت تقع عند استخدام التلغراف فى تنفيذ التحويل .

فمع التقدم والتطور التكنولوجى ودخول الكمبيوتر فى العديد من

(١) د. حمدى عبد العظيم ، مرجع سابق ، ص ٣٨ ، د. جلال وفاء ، مرجع سابق ، ص ٢٤ .

(١) دول الملاذ المصرفى هى الدول التى تفرض حسابات سرية لا تسمح بالكشف عن مصدر أو حقيقة الدخل أو تتبع حركته داخل البنوك .

د. حمدى عبد العظيم ، مرجع سابق ، ص ٣٩ .

العمليات المصرفية أصبحت التحويلات المصرفية تتم بواسطة التلكس وسميت بالتحويلات المصرفية الالكترونية Electroinc Funds Transfer أو التحويلات البرقية Wire transfer . وأيا كانت التسمية فإن أهم مميزات التحويل الالكتروني أو البرقي <sup>(١)</sup> السرعة الفائقة التي تتم بها عمليات التحويلات المصرفية فيكون للمستفيد ولو كان في بلد بعيد أن يحصل على مبلغ التحويل بسرعة كبيرة وهذا يكون له تأثير ايجابي في المعاملات الدولية . كما يتسم التحويل البرقي بالكفاءة والفعالية إذ يكون من النادر حدوث اخطاء في أوامر التحويل ، كما أن تكلفة التحويل تكون زهيدة مما يمثل عامل جذب لاستخدامه . وأخيراً يتميز استخدام التحويل البرقي بالأمان والوضوح نظراً للاحتياطات التي تتخذها البنوك للمصادقة على أوامر الدفع بالاتفاق مع العملاء لإنجاز أوامر الدفع الخاصة بكل عميل بالإضافة إلى وجود شفرات اتصال خاصة بين البنوك . كما وان وجود مبدأ هام يحكم هذا النوع من التحويل هو مبدأ ضمان رد المبلغ في حالة عدم اتمام أمر الدفع سواء بالنسبة للمرسل أو للبنك يؤكد الثقة في عملية التحويل البرقي . ويمثل التحويل البرقي للنقود أهم الأساليب التي يستخدمها غاسلو الأموال .

وجدير بالذكر انه يوجد ثلاثة نظم رئيسية لعمليات التحويل البرقي <sup>(٢)</sup> : الأول هو التحويل بنظام الفيدواير أو نظام الشبكة الفيدرالية للتحويل البرقي Fedwire <sup>(٣)</sup> وبمقتضاه يكون لكل بنك أو مؤسسة مالية، لها حساب لدى بنك الاحتياطي الفيدرالي الأمريكي ، أن تصدر أوامر دفع

(٢) انظر في تفصيل ذلك : د. جلال وفاء محمد - التحويلات المصرفية الالكترونية من الوجهة القانونية - سلسلة رسائل البنك الصناعي - مارس ٢٠٠٨ - عدد ٩٢ ، ص ١٩ : ٢٠ .

(١) انظر في تفصيل ذلك : د. ماجد عبد الحميد عمار ، مشكلة غسل الأموال وسرية الحسابات بالبنوك في القانون المقارن والقانون المصري ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٢ ، ص ٩٦ : ص ١٠١ . و د. جلال وفاء - مرجع سابق - ص ١٣ .

(٢) نظام الفيدواير Fedwire هو The Federal Reserve Wire network وهو نظام تحويل الأموال من قبل المصارف الفيدرالية في الولايات المتحدة الأمريكية التي تمكن المؤسسات المالية من نقل الأموال إلكترونياً بين المشاركين أو ما يسمى بنظام التحويل الالكتروني .

انظر في تفصيل ذلك : د. جلال وفاء - مرجع سابق - ص ١٤ .

www.investopedia.com, Fedwire.

إلى هذا البنك الأخير لتحويل مبالغ إلى بنك آخر أو مؤسسة مالية أخرى له أو لها حسابات مع البنك الفيدرالى . أما البنوك والمؤسسات المالية التى ليس لها حساب لدى بنك الاحتياط الفيدرالى فيمكنها التعامل من خلال أحد البنوك التى لها حسابات لدى هذا البنك . وأهم ما يميز هذا النظام ضمان الحكومة الفيدرالية لعمليات التحويل بحيث يتحمل بنك الاحتياط الفيدرالى عبء اخفاق البنك المدين فى سداد قيمة مبلغ أمر الدفع . كما أن هذا النظام يحقق تحويل النقود فعليا دون الاكتفاء بإرسال أوامر الدفع . وكثيراً من البنوك ليست أعضاء فى هذا النظام . والثانى هو نظام شيبس<sup>(١)</sup> CHIPS أو نظام غرفة المقاصة لنظام الدفع الدولى وهذا النظام أيضاً تشترك فيه بنوك قليلة . حيث يتألف هذا النظام من اثنى عشر بنكاً فى مدينة نيويورك وتعرف بغرفة مقاصة نيويورك ، إضافة إلى أربعة وعشرين بنكاً آخرين مشتركين فيه فى أرجاء الولايات المتحدة الأمريكية . أما البنوك غير المشتركة فى هذا النظام وترغب فى استخدامه فيكون لها ذلك من خلال الارتباط باتفاقيات مع أحد البنوك المشتركين فى هذا النظام .

ويتمثل هذا النظام فى عدم نقل الأموال فعلياً بين الحسابات إلا فى نهاية اليوم ، وذلك على عكس نظام الفيدواير . فيقوم المشتركون فى نظام CHIPS ببعث رسائل وبرقيات التحويلات خلال اليوم ، ويتولى الكمبيوتر فى المركز الرئيسى فى غرفة المقاصة فى نيويورك بتسجيل هذه الرسائل والبرقيات بانتظام ، وفى نهاية اليوم يقوم الكمبيوتر بإظهار كشف حساب للموقف الدائن والمدين للمشاركين فى هذا النظام . وفى حالة إذا كان المشترك فى موقف مدين - أى أن حجم المدفوعات أكبر من حجم المقبوضات خلال يوم العمل - فعليه القيام بتحويلات برقية عبر نظام Fedwire لتغطية رصيده المدين .

والثالث فهو نظام سويفت<sup>(٢)</sup> Swift الذى تستخدمه معظم البنوك

(٣) نظام CHIPS هو اختصار Clearing House for Interbank Payment System أو ما يسمى مقاصة المدفوعات بين المصارف بصورة آلية . انظر فى تفصيل ذلك : د. جلال وفاء - مرجع سابق - ص ١٦

www.chips.org

(١) Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications.



، وهو نظام يتم بموجبه تحويل الأموال دون أن يعلم البنك الذى ينفذ التحويل الغرض من التحويل ، وان البنك المصرح وحده هو الذى تقع عليه مسئولية التحرى عن غرض العميل من التحويل . وعليه فإن التحويلات الصادرة من بنوك أجنبية غالباً ما تكون خالية من اسم العميل المنشئ ، إذ تقتصر على ذكر عبارة "أن عميلنا يرغب فى تحويل مبلغ..... إلى عميلكم" . فتم عمليات التحويل ببث رسائل الكترونية دون أن يودى إلى احداث نقل حقيقى للنقد أو القدرة على التسوية الذاتية للمعاملة . كما لا يستلزم نظام سويفت احتفاظ الأعضاء فى الشبكة بأرصدة معينة لتسوية عملياتهم ، كما لا يتولى النظام ذاته حساب الموقف النهائى للبنوك الأعضاء . وتم التسويات النهائية بين الأعضاء من خلال اتفاقيات ثنائية. فيهدف هذا النظام إلى إمداد البنوك الأعضاء بوسائل اتصال وذلك بتوفير خطوط سريعة ومأمونة لبث الرسائل الكترونياً فيما بينها (١) .

ويقوم غاسلو الأموال باستخدام نظام التحويل البرقى لتطهير أموالهم، حيث يقومون بإيداع النقود لدى البنوك دون أن تعلم اسماءهم أو هويتهم، ثم يقومون بتحويلها برقياً إلى حساب شركة من الشركات الوهمية المملوكة لهم والكائنة خارج البلاد ، عادة فى دولة تأخذ بنظام السرية المصرفية الشديدة بحيث لا يستطيع أحد أن يطلع على حسابهم فى البنك أو حتى تتبع حركة الحساب داخل البنك . ثم تقوم الشركة الوهمية، أو الواجهة ، بالاقتراض من أحد البنوك بضمان هذه الوديعة وهكذا يطمس مصدر هذه الأموال تماماً .

وتتم عمليات التحويل البرقى بسرعة فائقة بالإضافة إلى تكلفتها البسيطة جداً (٢) للعملية الواحدة بغض النظر عن حجم العملية أو مبلغها، مما يجعل استخدام هذا الاسلوب شائعاً بين غاسلى الأموال .

ونتيجة الاستخدام المتكرر لنظام التحويل البرقى فى عمليات غسل الأموال خاصة فى الولايات المتحدة الأمريكية ، اصدر بنك الاحتياطى الفيدرالى الأمريكى فى ٣ يناير ١٩٩٥ تعليمات ولوائح فى هذا الصدد

(٢) د. جلال وفاء - مرجع سابق - ص ١٧ .

(١) لا تتجاوز ١٨ سنت أمريكى للعملية الواحدة . د. محمد وفاء ، مرجع سابق ، ص ٣١ .

للكشف عن هوية واسم العميل الذى يقوم بالتحويل وظروف كل عملية بقصد الكشف عن مصدر أموال العميل لمكافحة غسل الأموال باستخدام هذه الطريقة (١).

## ٢ - الأساليب التكنولوجية الحديثة

مع التقدم العلمى والتكنولوجى لوسائل المواصلات والاتصال والنقل السريع ، أصبحت عملية غسل الأموال من الظواهر المنتشرة على المستوى العالمى ، خاصة أن استخدام الوسائل المتقدمة من شأنه أن يجعل عملية تعقب مراحل غسل الأموال من الصعوبة بمكان .

وكما رأينا فإن استخدام الوسائل التقليدية جميعها تعتمد على عملية الإيداع فى البنوك ، أما الوسائل الحديثة فهى تقوم على استخدام الوسائل الالكترونية الحديثة مثل البطاقات الذكية والانترنت عبر منظومة الحماية والتشفير لضمان سرية عمليات الإيداع . وغنى عن البيان أن كافة الأساليب التكنولوجية الحديثة تتسم بالسرعة والدقة والسرية مما يصعب معه إمكانية تعقبها .

وكما تزايدت حركة التقدم العلمى والتكنولوجى كلما ابتكرت وسائل حديثة تستخدم فى غسل الأموال . ومن أبرز هذه الوسائل أجهزة الصرف الآلى والخدمات المصرفية الالكترونية ، وما يسمى ببنوك الانترنت والبطاقات الذكية وشركات التأمين وأدوات التحويل . وسنتعرض لهذه الأساليب باعتبارها الأكثر استخداماً فى عمليات غسل الأموال .

### أ- بنوك الانترنت - Internet Banks - Cyber banking

وتسمى هذه البنوك ببنوك الانترنت بالرغم من عدم دقة هذه

(٢) لتعزيز أهمية الحصول على المعلومات المتعلقة بهوية المرسل فى عملية التحويل البرقى، فقد ابتكرت SWIFT نمونجا جديد (MT103) والذى بدأ العمل به فى نوفمبر ١٩٩٧ . ويعمل هذا النموذج فى ظل نظام بث معين ، كما يحتوى على كل البيانات المتعلقة بالمرسل والمتلقى أو المستفيد . كما أصدرت SWIFT دليل إرشادات للبنوك والمؤسسات المالية لكيفية استخدام نظام التحويلات البرقية .  
د. جلال وفاء - مرجع سابق - ص ٣٣ .

التسمية<sup>(١)</sup> . فالمهمة الرئيسية للبنوك هي قبول الودائع وتقديم التسهيلات الائتمانية من خلال القروض والمعاملات المصرفية ، أما بنوك الانترنت فهي لا تتلقى الودائع ولا تقدم تسهيلات ائتمانية بل تتمثل مهمتها الاساسية فى كونها وسيط فى القيام ببعض العمليات المالية وعمليات البيع وتنفيذ اوامر العميل من خلال شبكة الانترنت .

فبنوك الانترنت تستخدم مواقعها الالكترونية والمفتوحة على شبكة الاتصالات الدولية (الانترنت) فى نقل الأموال أو تحويلها عبر هذه المواقع. فهي تعد وسيلة سهلة ومباشرة يتمكن العميل من خلالها من الدخول إلى حساباته والتعامل معها على مدار اليوم من خلال أى كمبيوتر شخصى متصل بالانترنت مع ضمان السرية والأمان ويضمن للعميل القيام بالعديد من العمليات المصرفية الخاصة به<sup>(٢)</sup> .

وتتيح بنوك الانترنت لغاسلى الأموال امكانية نقل وتحويل كميات ضخمة من الأموال سواء فى حسابات داخل البنك نفسه أو من بنك لآخر، ويستوى فى ذلك أن يتم التحويل بين بنوك وطنية أو خارج حدود الدولة. ويتم ذلك بأقصى درجات السرية والأمان وعدم الكشف عن هوية العميل. وبذلك يمكن تحويل مبالغ ضخمة مجهولة المصدر من خلال بنوك الانترنت بقصد غسلها أو تطهيرها لتبدو ذات مصدر مشروع .

ويترتب على ذلك امكانية تحويل الارصدة عدة مرات يوميا فى

(١) يسمى أيضا Online Banking حيث يتيح لعملائه اجراء العمليات المصرفية بأعلى درجة من السرية .

www.wikipedia.org-online banking

انظر فى ذلك :

Internet Bank Accounts -

وكذلك أيضا :

www.banking.about.com

Internet Banking - www.hsbc.com

(١) تتمثل هذه العمليات فى : الاستعلام عن أرصدة الحسابات - التحويل لطرف ثالث من عملاء البنك - الاستعلام عن العمليات التى تمت على الحساب - التحويل بين الحسابات- تسديد فواتير - أوامر الدفع والتحويل المنتظمة - طلب بطاقة ائتمان ودفتر شيكات - خدمات أخرى متعددة .

انظر فى ذلك :

Bank of Internet USA - www.Bankofinternet.com

وكذلك أيضا : بنك الانترنت

www.jordan-kwaitbank.com

www.ebcegypt.com

أكثر من بنك حول العالم ، مع صعوبة أو استحالة تعقب القائمين بهذه العمليات .

وبتعبير آخر يستطيع غاسلو الأموال استخدام هذه التقنية الحديثة فى اتمام جريمة غسل الأموال بالاستفادة من السرعة فى استخدام الانترنت والتحويلات المتتالية والسريعة من جهة ، وصعوبة تحديد المواقع الالكترونية التى تم من خلالها عملية التحويل من جهة أخرى ، مما يعقد امكانية التعرف على صاحب الحساب ومن ثم صعوبة تتبع حركة الحساب<sup>(١)</sup> .

### ب- الكارت الذكى Smart Card

يعتبر الكارت الذكى smart card من قبيل النقود الالكترونية<sup>(٢)</sup>، أو أدوات الدفع الالكترونى ، التى اتسع نطاق استخدامها فى الآونة الأخيرة. فمذ سنوات عديدة يتم استخدام النقود الالكترونية - خاصة فى الدول

(٢) لقد كان موضوع بنوك الانترنت محط اهتمام الحكومة الأمريكية حيث قامت فى عام ١٩٩٣ باقتراح خطة لإنشاء نظام Encryption موحد على مستوى الولايات المتحدة الأمريكية يعرف باسم Clipper-Chip لتعميمه على أجهزة الكمبيوتر التى تقوم بنقل البيانات. بحيث تستطيع الحكومة الفيدرالية فك الشفرة للعمليات المشكوك فيها والتى تمر عبر شبكة الانترنت . ولكن فشلت هذه المحاولة بسبب قيام شخص امريكى بابتكار برنامج يحول دون فك الشفرة وهو ما يعرف "بنظام الخصوصية المحكم" وهو نظام لا يمكن أى شخص من فك رموز الشفرة وانتشر هذا النظام بصورة كبيرة فى جميع انحاء العالم عبر الانترنت . =

= انظر فى تفصيل ذلك : د. جلال وفاء - مرجع سابق - ص ٣٦ .

(١) كان أول ظهور للنقود الالكترونية فى الولايات المتحدة الأمريكية فى عام ١٩١٤ ، عندما أصدرت شركات البترول الأمريكية بطاقات معدنية لعملائها لشراء ما يحتاجون إليه من منافذ التوزيع التابعة لها وتسوية حسابات هذه المشتريات فى نهاية كل مدة . ثم اتسع نطاق استخدامها عندما اصدرت البنوك لعملائها بطاقات بلاستيكية لتسهيل شراء احتياجاتهم اليومية خلال رحلتهم بالخارج . وظهرت هذه البطاقات المصرفية عام ١٩٥٠ بالولايات المتحدة الأمريكية ، كما ظهرت فى فرنسا حوالى عام ١٩٥٤ . ثم انتشرت وسائل الدفع الحديثة إلى باقى الدول الأوروبية وإنجلترا . ولم يقتصر اصدار هذه البطاقات على البنوك بل امتدت بواسطة كبرى المحلات التجارية والصناعية والتى يطلق عليها بطاقات الدفع . وسرعان ما انتقلت هذه الوسيلة إلى كافة أرجاء العالم لما تقدمه من مزايا لأطرافها .

لمزيد من التفاصيل انظر : د. سميحة القليوبى - وسائل الدفع الحديثة (البطاقات البلاستيكية) اعمال المؤتمر العلمى السنوى بكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية - الجديد فى اعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية ، منشورات الحلبي الحقوقية الأولى ، ٢٠٠٢ ، ص ٥٩ : ص ٦١ .

الصناعية المتقدمة - فى نقل وتحويل الأموال الكترونياً بين المصارف بعضها وبعض ، أو بين المصارف وبين كبار عملائها من الشركات والتجار ، أو بين الفروع والإدارات المختلفة للشركات العملاقة.

ويعد الكارت الذكى هو احد اشكال النقود الالكترونية التى تمثل شكل البطاقات سابقة الدفع المعدة للاستخدام فى أغراض متعددة وتسمى بطاقة مختزنة القيمة أو محفظة النقود الالكترونية . وكان أول ظهورها فى إنجلترا ومنها انتقلت إلى الولايات المتحدة الأمريكية . والكارت الذكى أو البطاقة الذكية هى بطاقة ابتكرت للتغلب على المشاكل التى تتعلق بالسرية والأمان فى بطاقات الائتمان والخصم <sup>(١)</sup> . فهى تحمل شريحة الكترونية أو أكثر ، أى حاسب صغير الحجم مزود بذاكرة مصاحبة حيث يكون قادراً على أن يذخر ويسترجع ويعالج البيانات ويمكن استخدامه فى مجالات عديدة ، كما يمكن إعادة شحنها من أى منفذ الكترونى . ويتم تحميل هذه البطاقة بقيمة معينة من حساب العميل لدى البنك من احدى خطوطه أو من بطاقات الصرف الآلى ATM <sup>(٢)</sup> ، أو حتى من الحاسب الشخصى الذى يكون مزوداً بألة مجهزة لذلك .

ويمثل هذا الكارت نقوداً الكترونياً حيث يغنى عن استخدام النقود الورقية فى التعامل . وهذه البطاقة تجمع فى بطاقة واحدة كل المزايا والأدوار التى تستطيع بطاقات الائتمان ، وبطاقات الخصم ، وبطاقات الصرف الآلى وكذلك البطاقات المدفوعة القيمة مقدماً أن تؤديها . كما أنها تقلل من فرص التلاعب والتحصيل من خلال تضمين البطاقة بيانات أكثر وأدق تحديداً للعميل وحده .

ويتشابه الكارت الذكى بكارت الدين أو بطاقات الائتمان Credit

---

(٢) أهم اشكال النقود الالكترونية هى بطاقات الائتمان Credit Card ، بطاقات الخصم Debit Card ، البطاقات المدفوعة مقدماً Stored Value Cards وأخيراً البطاقة الذكية Smart Card .  
انظر فى تفصيل هذه الاشكال : د. السيد عبد الخالق - البنوك والتجارة الالكترونية - منشورات الحلبي الحقوقية - الجديد فى التمويل المصرفى - الجزء الثانى ، ٢٠٠٢ ، ص ٤٨٧ : ص ٤٩٥ .

(1) Automatic Transfer Machine.

Card<sup>(١)</sup> حيث يتم الخلط بينهما دائما . إلا أن الفرق بينهما أن الكارت الذكي يقوم بصرف النقود التي سبق تحميلها من العميل مباشرة إلى القرص المغناطيسي عن طريق ماكينة التحويل الآلية (ATM) ، أو أى تليفون مخصص لهذا الغرض .

وللكارت الذكي خطورته فى عملية غسل الأموال لأن له خاصية فى حفظ رصيد هائل من الأموال يتم تخزينها على قرص مغناطيسى. ويمكن بذلك الاحتفاظ برصيد هائل من الأموال ذات المصدر غير المشروع عليها ، ويمكن نقلها بسهولة بصورة الكترونية على كارت آخر. وعادة ما يتم ذلك عن طريق التليفون المخصص لذلك دون حاجة لتدخل أى بنك من البنوك فى هذه العملية .

ويتعبير آخر يتم استخدام الكارت الذكى على نطاق واسع كإحدى وسائل الدفع الالكترونية الحديثة فى عملية غسل الأموال وتطهيرها دون أن تخضع لأى اشراف أو رقابة من جانب البنوك أو السلطات المعنية فى هذا الصدد<sup>(٢)</sup> . فعدم وجود مستندات ورقية بالإضافة إلى القدرة الفائقة على حركة الأموال وتحويلها فوراً وفى أى وقت وبدون أى حواجز أو دون وجود وسيط يجعل تعقبها أمراً صعباً .

ومن المتوقع أن تكون تكنولوجيا الكارت، الذكى مكلمة لنظام بنوك الانترنت فى عملية غسل الأموال . إذا توفرت لغاسلى الأموال الأساليب المحكمة للقيام بعملياتهم المشبوهة<sup>(٣)</sup> .

جـ شركات التأمين : يمكن استخدام عقود التأمين للقيام بعمليات غسل الأموال . فهناك عمليات معقدة يقوم بها عقد تأمين بقسط واحد فقط. وتتم بإجراءات سريعة مما يعطى امكانية لقيام غاسلى الأموال باستخدام

(٢) من أمثلة بطاقات الائتمان بطاقة الفيزا ، والمستر كارد ، وأمريكان اكسبريس وغيرها. وتستخدم على نطاق واسع فى المشتريات على شبكة الانترنت .  
(١) وتحاول البنوك أن تضع حداً لمبالغ الصفقات التى تستخدم فيها هذه البطاقات حتى يمكن التحكم فى توظيفها سواء من حيث قيمة المبلغ أو تكون مرتبطة بحساب عميل معين أو خاصة بعمليات معينة وتحدده على سبيل الحصر . وذلك كنوع من تقييد استخدام هذه الأدوات فى عمليات غسل الأموال .  
انظر فى تفصيل ذلك :

Olivier Jerez - op.cit., p. 148.

(٢) د. جلال وفاء ، مرجع سابق ، ص ٣٨ .

عقد التأمين للقيام بعملياتهم المشبوهة وذلك على المدى الطويل.  
وقد قامت لجنة الرقابة على التأمين<sup>(١)</sup> (CCA) بوضع تقرير  
صارم في عام ٢٠٠١ يتضمن قواعد وإجراءات صارمة فيما يتعلق  
بالتأمين على الحياة ورأس المال<sup>(٢)</sup>.

#### د- القيم المنقولة وأدوات التحويل

تناولت مجموعة العمل المالي الدولي القيم المنقولة لحاملها كأداة  
من أدوات غسل الأموال وذلك لعدة أسباب<sup>(٣)</sup> :

- في حالة السندات أو الاسهم الاسمية يكون شخص المستفيد  
معروفاً ومن ثم يكون من الصعب استخدام هذه القيم في عمليات غسل  
الأموال. أما في حالة إذا كانت السندات أو الاسهم لحاملها يكون من الصعب  
معرفة مالكيها ومن ثم يمكن استخدامها في عمليات غسل الأموال. فشخص  
المالك أو المستفيد مجهول ومن ثم يصعب الوصول إليه.

- يطبق ما سبق أيضاً على الشيكات لحاملها حيث تكون غير  
مشروطة وتدفع قيمة الشيك لحامله ، وهي تستخدم في بعض البلاد وإن كان  
يمنع تداولها في فرنسا .

- أما الشيكات السياحية فهي أدوات مالية وعادة ما يستخدم غاسلو  
الأموال هذه الشيكات عن طريق دفع مبالغ نقدية كبيرة للحصول عليها  
لاستخدامها في الخارج . وهذا يمكن غاسلي الأموال من عقد صفقات كبيرة  
ووهية باستخدام هذه الشيكات .

- الشيكات البنكية والكمبيالات وينطبق عليها ما سبق . فهي تعد  
أدوات لتحويل الأموال لصالح مستفيد معين . ولا توجد قواعد محددة من  
أجل التأكد من هوية المستفيد سواء في الشيكات المصرفية أو الكمبيالات  
سما يجعلها أدوات سهلة للاستخدام في عمليات غسل الأموال .

(3) La Commission de contrôle des assurances.

(4) Olivier Jerez - op.cit., p. 145.

(5) Olivier Jerez - op.cit., p. 146.

## الفصل الثانى

### مبدأ سرية الحسابات المصرفية وغسل الأموال

#### مقدمة

تلعب البنوك والمؤسسات المصرفية دوراً واسعاً وجوهرياً فى عملية غسل الأموال . فلم تعد البنوك مجرد مؤسسات تتلقى ودائع العملاء وتقدم الائتمان بل تقدم ، أيضاً ، سلة من الخدمات المتنوعة لعملائها . فهى تقوم بعمليات المبادلات Swap والخيارات Options والعقود الآجلة Forward ، كما تقدم خدمات ادارة المحافظ وإدارة عمليات الدمج والتأجير التمويلي والتأمين وأعمال الوساطة فى مجال الشحن البحرى ، وإدارة صناديق المعاشات وتدبير توظيفاتها ، وتقديم خدمات نظم المعلومات والاتصال لربط البورصات المحلية بالعالمية ، أى أن الشكل الجديد للبنوك هى البنوك الشاملة <sup>(١)</sup> التى من المتوقع أن تسيطر على صناعة المصارف الدولية خلال السنوات القادمة .

وإزاء هذا الكم الهائل من الخدمات التى تقدمها البنوك أصبح اللجوء إليها من قبل غاسلى الأموال من الأمور السهلة . وهناك عدة مؤشرات توضح حدوث عملية غسل الأموال داخل البنوك من بينها :

- السحب المفاجئ والسريع للأرصدة دون مبرر معقول .
- الايداع النقدى بمبالغ ضخمة بصورة متكررة وغير معتادة من العميل.
- شراء عملات أجنبية بصورة متكررة بما يخالف معرفة البنك بالعميل.
- الحوالات المالية الخارجية التى تتضمن أمراً بالدفع النقدى .
- استخدام أجهزة الصرف الآلى وتجنب الاتصال المباشر مع البنك .

هذه العمليات وغيرها تعد مؤشراً يمكن للبنك من خلاله التعرف على وجود شبهة غسل الأموال من خلال حساب العميل .

(١) هى البنوك التى تقوم بالوساطة وخلق الائتمان ودور المنظم والجمع بين الوظائف المصرفية للبنوك التجارية ووظائف الاستثمار وتقديم كافة الخدمات المصرفية = التقليدية وغير التقليدية ، ودعم الاستثمار وتشجيعه وتحقيق التطوير الشامل المتوازن لاقتصادات الدول مع القيام بدور فعال فى تطوير السوق المالية .  
انظر فى تفصيل ذلك : د. سيد شوربجى ، مرجع سابق ، ص ٢٥ .



ويثور التساؤل عن مدى اعتبار البنك متورطاً في جريمة غسل الأموال أو مدى مساهمته في تلك الجريمة .

يقوم البنك بكافة العمليات السابقة على أساس مبدأ مصرفي أساسي هو الثقة والاعتبار الشخصي للعملاء . فلا يستطيع البنك أن يعلم مباشرة بعدم مشروعية مصدر الأموال المشبوهة بالسؤال المباشر عن مصدر هذه الأموال . ولكنه مع ذلك ، يستطيع أن يستخلص من الظروف المحيطة ، السابق ذكرها ، إذا كانت العملية المصرفية التي يقوم بها تثير الشك بصورة واضحة . وهذا ما يعرف بمبدأ "اعرف عميلك Know your customer" ؛ هذا المبدأ الذي يعطى للبنك الحق في معرفة بعض المعلومات عن عملائه بمناسبة فتح حساب في البنك أو تقديم أى خدمات أخرى . وهنا يحتفظ البنك بهذه المعلومات لنفسه ، وإن كان في بعض الحالات قد يضطر البنك إلى الإفصاح عن المعلومات ، أى تقديم المعلومات إلى شخص آخر ، طبيعياً أو معنوياً ، غير صاحب المعلومات دون أن يتعرض للمساءلة الجنائية أو المدنية .

فمثلاً في الولايات المتحدة الأمريكية واستراليا يوجب القانون على البنوك ضرورة ابلاغ الحكومة تلقائياً ببعض المعلومات عن العملاء ، إذ تقوم الحكومة عندئذ بمقارنتها بالمعلومات المتوفرة لديها والمخزنة في نظام الكمبيوتر وذلك فيما يخص البيانات المتعلقة بالضرائب وغيرها التي تتعلق بالأنشطة المشبوهة . أما في فرنسا ، فإن متطلبات مبدأ "اعرف عميلك" ليست بنفس الشدة التي عليها في الولايات المتحدة ، فالقانون الفرنسي يوجب على البنوك الاحتفاظ لبعض السنوات بالمعلومات عن العملاء وعن بعض العمليات المصرفية ولا يوجب نقل هذه المعلومات إلى الحكومة إلا في حالات وجود تحقيق جنائي يتعلق بالموضوع (١) .

ومن الحالات التي يحق للبنك أن يفصح عن المعلومات والبيانات الخاصة بعميله دون أن يتعرض لأي مساءلة جنائية أو مدنية أو ما يسمى بالإفصاح المشروع للحالات التالية (٢) :

(١) انظر في ذلك: د. جلال وفاء - مرجع سابق - هلمش ٥٩ ، ص ٤١ .

(٢) انظر في تفصيل هذه الحالات : د. ماجد عبد الحميد عمار - مرجع سابق - ص ٣٢ : ص ٧٠ .

١- حالة وجود واجب عام ، كما فى حالة ارتكاب جرائم جنائية بشرط أن يكون هناك نص قانونى يسمح بالإفصاح وإلا لا يجوز للبنك أن يفصح عن أى معلومات تتعلق بحساب العميل دون موافقته الصريحة أو الضمنية .

٢- حالة الإفصاح بناء على طلب الحكومة .

٣- الإفصاح عن المعلومات بناء على طلب من الدولة بصفتها الادارية :

أ- طلبات الدولة كسلطة مشرفة على البنوك .

ب- حالات التعامل فى النقد الأجنبى .

ج- بناء على طلب السلطات التنظيمية المصرفية .

٤- حالات الإفصاح بناء على نص القانون .

- الإفصاح عن المعلومات فى حالة النزاع بين البنك والعميل.

- الإفصاح فى حالات عدم انتظام البنوك .

- الإفصاح عن المعلومات بناء على موافقة العميل .

- الإفصاح عن المعلومات فى مسائل الضرائب .

ويستنتج من ذلك أن المشرع وبالرغم من اقراره لمبدأ سرية الحسابات المصرفية وعدم تقديم أى بيانات أو معلومات عن العميل إلا انه قد قرر مجموعة من الحالات تعطى للبنك حق تقديم معلومات عن عملائها دون أن تتعرض لأى مساءلة .

وبذلك فإن مبدأ "اعرف عميلك" وإمكانية الإفصاح ، فى حالات متعددة عن الحسابات المصرفية للعميل ، يصطدم بصورة واضحة بمبدأ "سرية الحسابات المصرفية" والذى من خلاله قد تتمكن البنوك من المشاركة فى عمليات غسل الأموال دون أن يصاحبها أى علم أو كشف عن هذه العمليات .

ولذلك فإن ما يهمنى فى هذا المجال أن نتعرض إلى كيفية استغلال مبدأ سرية الحسابات المصرفية فى مصر ولبنان للقيام بالعمليات المشبوهة .  
وعليه سنقسم هذا الفصل إلى بحثين :

المبحث الأول : مبدأ سرية الحسابات المصرفية فى مصر وعمليات

غسل الأموال .

## المبحث الثاني : مبدأ سرية الحسابات المصرفية في لبنان وعمليات غسل الأموال .

### المبحث الأول مبدأ سرية الحسابات المصرفية في القانون المصري وعمليات غسل الأموال

ذكرنا أن البنوك أصبحت مؤسسات مالية واسعة النشاط ومتعددة الوظائف بل ومتعددة النطاق ، حيث أخذت شكل شركات دولية النشاط يمتد نطاقها خارج حدود الدولة إلى عدة دول . وإزاء ذلك حرصت البنوك على تقرير مبدأ هام هو مبدأ سرية الحسابات المصرفية ، بمعنى انه لا يحق لأى شخص مهما كانت درجة أو نوع علاقته بالعميل أن يطلع على حساباته الخاصة .

ويستند مبدأ سرية الحسابات المصرفية إما إلى أساس قانونى، أى بوجود قانون أو نص قانونى واضح يقرر هذا المبدأ، أو على أساس علاقة تعاقدية تتضمن سرية الحسابات، فيما بين العميل والبنك . أو إصدار لوائح تنفيذية تنص على اجراءات ادارية على حماية سرية الحسابات المصرفية (١)

وقد يهدف القانون إلى الحماية الفعلية لسرية الحسابات ، أو يكون غرضه الأساسى هو سيطرة الحكومة على الأنشطة غير المشروعة . وجدير بالذكر أن الدول التى تهدف إلى سيطرة الحكومة على الأنشطة غير المشروعة تتوسع فى نطاق المعلومات المسموح بإفشائها حتى تتمكن الدولة من محاربة هذه الأنشطة وتعقب مرتكبيها .

ومع ذلك فنجد أن هذا المبدأ الذى تعتنقه أغلب دول العالم ، أيا كانت طريقة الأخذ به ، يجب أن يوازن بين مصلحة العميل من جهة وبين

---

(١) ومن أوائل الدول التى اصدرت قوانين خاصة بسرية الحسابات المصرفية الولايات المتحدة الأمريكية وذلك عام ١٩٧٠ ، وهناك دول قررت هذه السرية فى عدة قوانين متفرقة كما فى تشريعات لوكسمبورج . اما فى سويسرا فتعتمد سرية الحسابات المصرفية على طبيعة العلاقة التعاقدية بين كل من البنك والعميل .

مصلحة الدولة من جهة أخرى ، دون أن تفقد البنوك خصوصيتها كمؤسسات مالية يجب عليها أن تحافظ على سرية المعلومات الخاصة بعملائها لمستوى معين لا يجوز لها أن تتنازل عنه .

وقد اختلفت التشريعات بين مضيق وموسع لمفهوم سرية الحسابات المصرفية . وانتشرت عمليات غسل الأموال بصورة واضحة في الدول التي تقرر تشريعاتها مجالاً واسعاً لمبدأ سرية الحسابات المصرفية ، أو كما يقال انها تضع ستاراً حديدياً على الحسابات البنكية مما يجعل المجتمع الدولي يتهم هذه الدول بأنها غير متعاونة في مجال مكافحة عمليات غسل الأموال.

وإزاء ذلك وخوفاً من العقوبات التي قد يوجهها لها المجتمع الدولي، قامت هذه الدول بإصدار قانون خاص بمكافحة غسل الأموال يعطى الحق للسلطات في رفع السرية المصرفية عن الحساب المصرفي المشتبه به وفقاً لآليات وضوابط محددة .

وخير مثال على ذلك سويسرا التي اشتهرت بدقة سرية الحسابات المصرفية ، حيث يقرر القانون المدني السويسري مبدأ سرية الحسابات المصرفية ويعتبره من الحقوق المكفولة للعملاء التي يترتب على اهدارها حق العميل في الحصول على تعويض جابر للإضرار الناتجة عن افشاء سرية الحساب . اكثر من ذلك يعتبر القانون السويسري مجرد اعتراف البنك بوجود حساب للعميل لديه اهداراً لمبدأ السرية . وفرضت القوانين السويسرية عقوبات شديدة على كل من يخالف أحكام السرية ، وصلت إلى حد الغرامة المالية والحبس مما جعل البنوك السويسرية مرتعاً خصباً لإيداع الأموال المراد غسلها فيها ، ومن ثم وجهت لها أصابع الاتهام في المساهمة الأساسية في عمليات غسل الأموال على المستوى الدولي . إلا انه في عام ١٩٩١ ، وبضغوط من الحكومة الأمريكية ، اوقفت سويسرا العمل بنظام سرية الحسابات الرقمية ، التي على أساسها يودع العميل أو يسحب ، بواسطة رقم سري ، ومن دون الحاجة إلى معرفة شخصيته . وبذلك أصبحت عملية الكشف عن شخصية العملاء أمام إدارة البنك الزامية<sup>(١)</sup> .

وقد كان ذلك من الأسباب التي أدت إلى انخفاض معدلات عمليات غسل الأموال في البنوك السويسرية . إذ أن سويسرا كانت من الدول المتعارف على أنها تمثل مجالاً خصباً لإجراء عمليات غسل الأموال في بنوكها نظراً لصرامة مبدأ سرية الحسابات المصرفية فيها .

كذلك نجد أن المجلس الأوروبي قد أصدر عام ١٩٧٧ مرسوماً يقرر فيه مبدأ سرية الحسابات المصرفية . وجاء مرسوم غسل الأموال في عام ١٩٩١ لينص على وجوب تعرف البنوك على عملائها ، قبل الدخول في تعاملات مالية معهم ، وخاصة فيما يتعلق بعمليات فتح الحسابات وقبول ملفات حفظ الأوراق المالية . كما ألزم المؤسسات المالية وموظفيها ومديريها - في حالة إذا ما تجاوزت العملية ، أو مجموعة عمليات مالية ، مبلغ ١٥٠ ألف وحدة نقد أوروبية (يورو) - إبلاغ السلطات المختصة لمكافحة غسل الأموال عن هذه العمليات ، وكل العمليات المشتبه فيها ، وإمداد هذه السلطات بالمعلومات التي يطلبونها<sup>(١)</sup> .

وقد أخذت أغلب التشريعات في العالم بنفس الأمر من أجل مكافحة عمليات غسل الأموال استغلالاً لمبدأ سرية الحسابات المصرفية . ونستطيع بمقارنة سريعة بين الإجراءات التي اتخذتها بعض الدول كرد فعل لمبدأ سرية الحسابات المصرفية ، أن نكتشف مدى أهمية ذلك في عملية غسل الأموال<sup>(٢)</sup> :

فبالنسبة لسويسرا تم الاتفاق بين البنك المركزي والبنوك التجارية السويسرية عام ١٩٧٧ (اتفاقية الحيطه والحذر) ، مع عدم خرق مبدأ سرية الحسابات المصرفية ، على ضرورة التحقق من هوية المتعاقدين مع البنوك ، وفقاً لمبدأ "اعرف عميلك" ، وعند الشك يتم الحصول على تصريح من المتعاقد يتعلق بتحديد من له الحق في الاطلاع على الحساب المتعلق بهذه الأموال ، وكذلك الامتناع عن المساهمة الفعلية في هروب رؤوس الأموال والامتناع عن تسهيل التهرب من الضرائب .

(٢) نفس المرجع .

(١) د. خالد غازي التمي - الدليل الإلكتروني العربي للقانون العربي - دور المصارف في مكافحة غسل الأموال والمعالجة المحاسبية .

- وبالنسبة لفرنسا فهي تعد من أوائل الدول التي انضمت إلى اتفاقية فيينا عام ١٩٨٩ وتبنت توصيات فريق العمل المالي الدولي (GAFI) المنبثق عن قمة الدول الصناعية الكبرى الذي عدلت بموجبه عدداً من الدول تشريعاتها وقوانينها لمكافحة غسل الأموال .

- بالنسبة لروسيا - حيث كانت مدرجة على القائمة السوداء في مكافحة ظاهرة غسل الأموال - فقد انضمت إلى الدول الأعضاء في مكافحة الظاهرة بالمعاهدة الأوروبية ١٩٩١ والتي دخلت حيز التنفيذ عام ٢٠٠١ . وفي اغسطس عام ٢٠٠١ اصدرت قانون مكافحة غسل الأموال الذي يتضمن : اخضاع أى صفقة تزيد على ٦٢٠٠ دولار إلى الرقابة بالإضافة إلى تقديم معلومات عن هوية منفذ الصفقة ومكان أقامته ورقم حسابه .

#### أولاً - موقف مصر من مبدأ سرية الحسابات المصرفية

مصر ، كغيرها من الدول النامية ، تحاول أن تلحق وتواكب التطورات العالمية والاقتصادية . ولذلك فهي تعمل على تبني نفس المبادئ والإجراءات التي تساعد على تحقيق أهدافها الاقتصادية .

ولذلك لم تخرج مصر عن منظومة الدول التي قامت بإصدار قانون خاص يقرر "مبدأ سرية الحسابات المصرفية" كوسيلة لجذب الاستثمارات العربية والأجنبية بتقرير مبدأ الأمان المصرفي للمستثمرين. ولذلك صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٩٠ المعدل بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢ في شأن سرية الحسابات المصرفية . كما أفرد المشرع لهذا المبدأ نصوص المواد من ٩٧ إلى ١٠١ من القانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ في شأن البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقدي . ومن أهم سمات هذا القانون أنه قد أضفى السرية المصرفية "بشكل واضح وصريح" على كل عمليات البنوك .

فقد تزامن اصدار القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٩٠ عقب حرب الخليج الثانية بين العراق والكويت . وكان الهدف من إصداره جذب المدخرات المصرية والعربية ، وخاصة الخليجية إلى البنوك المصرية . ففي هذا الوقت كانت المدخرات المصرية والخليجية على وجه التحديد تبحث عن مجال آمن للاستثمار فيه. ولذلك كان صدور هذا القانون في ذلك الوقت

بالتحديد موففاً لجذب الاستثمارات العربية والمصرية إلى البنوك المصرية. وقد حظر قانون سرية الحسابات المصرفية المصري على الجهات الرقابية أو أية جهات أخرى الاطلاع على أية بيانات خاصة بالعملاء سواء فيما يتعلق بحساباتهم أو خزائنهم. كما أجاز القانون فتح الحسابات الرقمية بالنقد الأجنبي بحيث لا يجوز الاطلاع عليها إلا في حالات خاصة. وقد أراد المشرع من ذلك أن يحكم بدقة سرية الحسابات المصرفية بحيث لا يمكن اختراقها إلا في حالات استثنائية معينة نص عليها القانون على سبيل الحصر (١).

فالبنك بحكم وظيفته، يقوم بجمع معلومات كثيرة عن عملائه. وهو يستقى هذه المعلومات إما من العميل الذي ينوي التعامل معه، وإما عن طريق البنوك الأخرى الذي قد يكون للعميل فيها حسابات مصرفية. ولاشك أن هذه المعلومات بالغة الخصوصية، لما لإفشائها من انعكاسات سلبية على سمعة العميل ومركزه.

وذلك يحسب للمشرع المصري الذي أراد بإصدار هذا القانون أن يحقق نصراً اقتصادياً في مجال جذب رؤوس الأموال في الداخل والخارج بهدف التوسع في الاستثمارات والقروض الائتمانية الموجهة نحو الاستثمار. أضف إلى ذلك أن هذا القانون يدعم الثقة في الاقتصاد والجهاز المصرفي ويوفر الثقة للائتمان المصرفي باعتباره مصلحة عليا للبلاد، فضلاً عن جذب المدخرات واستقطاب مدخرات العاملين في الخارج وتوفير مناخ الاستقرار الاقتصادي اللازم للتنمية والإصلاح الاقتصادي (٢).

وغنى عن البيان أن الهدف الذي كان يسعى إليه المشرع في

---

(١) تتمثل هذه الحالات في: بناء على طلب العميل نفسه أو وكيله القانوني أو أحد ورثته أو من أحد الموصى لهم أو بناء على حكم قضائي، وكذلك الأمر لمدققي الحسابات، ومراقبي البنك المركزي، ومراقبي وزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية، أو في حالة صدور حكم من محكمة استئناف القاهرة، بالاطلاع على حسابات العملاء، إذا كان ذلك ضرورياً، لبيان الحقيقة في قضايا الجنيح أو الجنائيات، مع وجود دلائل جدية على وقوعها، أو للتقرير بما في الذمة المالية لأحد عملاء البنك، بسبب حجز وقع على حساباته، لدى أحد المصارف. كما يسمح القانون للنائب العام أو من يفوضه الاطلاع على حسابات أو ودائع أو امتلاك أو خزائن العملاء (المواد الأولى والثانية والثالثة من قانون سرية الحسابات في البنوك المصري).

(٢) د. حمدي عبد العظيم، غسل الأموال في مصر والعالم، ١٩٩٧، ص ٢٤٠.

اصدار هذا القانون هدف اقتصادي بحت يتمثل فى جذب الاستثمارات والودائع المصرفية إلى البنوك المصرية . وبذلك فهو لم يكن يقصد أن تصبح مصر ملاذاً للقيام بعمليات غسل الأموال فيها .

فقانون سرية الحسابات المصرفية بمواده التسع قد أحكم السرية المصرفية على كافة عمليات البنوك من جهة ، وزاد حجم عمليات غسل الأموال استغلالاً للسرية المصرفية الشديدة من جهة أخرى .

فيعد صدور هذا القانون هو الأساس القانونى لحماية سرية حسابات البنوك فى مصر ، بالإضافة إلى ما ورد فى مواد القانون الجنائى من نصوص عقابية تتعلق بإفشاء الأسرار ، أو النصوص الموجودة فى القانون المدنى المتعلقة بالمسئولية التقصيرية أو العقدية . وأيا كان الأمر فإن نصوص هذا القانون احكمت مبدأ سرية الحسابات المصرفية ، على نحو ما سوف نرى .

وقبل أن نتصدى إلى أحكام قانون سرية الحسابات المصرفية المصرى يتعين علينا ، أولاً ، أن نحدد المقصود بمبدأ السرية المصرفية .

مبدأ سرية الحسابات المصرفية فى القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠

ويقصد بالسرية المصرفية كل أمر أو معلومات أو وقائع تتصل بعلم البنك عن عميله بمناسبة نشاطه أو بسبب هذا النشاط ، يستوى فى ذلك أن يكون العميل قد أفضى بها بنفسه إلى البنك أو يكون قد اتصل علم البنك بها عن الغير . إذ لا يشترط أن تصل المعلومات أو الأسرار إلى البنك مباشرة من عميله . ويعتبر داخل فى نطاق الأسرار المصرفية : رقم حساب العميل ، المبالغ المقيدة فى حساباته سواء دائنة أو مدينة ، ودائع العميل ، الخزائنة الحديدية للعميل ، التسهيلات الائتمانية والقروض الممنوحة له ، مدى التزامه بسداد الأقساط ومقدارها ، مديونيات العميل ، الضمانات المقدمة من العميل فى التسهيلات والقروض ، الشيكات التى يسحبها العميل على البنك ، وغيرها من الأمور التى تتصل بأعمال ونشاط



العميل مع البنك (١) .

حدد المشرع أحكام قانون سرية الحسابات المصرفية فى تسع مواد كانت كافية لإرساء هذا المبدأ فى المعاملات المصرفية فى مصر .

ويمكن تحليل أحكام هذا القانون على النحو التالى :

فمن حيث نطاق السرية : يمكن أن نفرق بين نطاق السرية من حيث المعلومات والأشخاص والزمان والمكان :

١- فمن حيث المعلومات نجد أن أحكام هذا القانون حددت المعلومات التى تدخل فى مبدأ السرية ائمصرفية (٢) ، وتشمل جميع حسابات العملاء وودائعهم وأمانتهم وخزائنتهم فى البنوك (٣) ، وكذلك على المعاملات المتعلقة بها ، فلا يجوز الاطلاع عليها أو اعطاء بيانات عنها بطريق مباشر أو غير مباشر إلا بإذن كتابى من صاحب الحساب أو الوديعة أو الأمانة أو الخزينة أو من أحد ورثته أو من أحد الموصى لهم .

ولم يحدد المشرع إذا كان مصدر هذه الأموال مشروعاً أو غير مشروع (٤) . ويجوز للبنوك أن تفتح حسابات بالنقد الأجنبى أو ربط ودائع بها أو قبول ودائع مرقمة ، ولا يجوز أن يعرف أسماء أصحاب هذه الحسابات والودائع غير المسئولين بالبنك والذين يصدر بتحديدهم قرار من مجلس الإدارة . ولا يجوز الكشف عن شخصية صاحب الحساب أو الوديعة

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك : د. جلال وفاء محمدين - دور البنوك فى مكافحة غسل الأموال - مرجع سابق - ص ٧٨ : ص ٧٩ . د. جمال الدين عوض - عمليات البنوك من الوجهة القانونية - دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٨١ - ص ٩٢٨ ، د. سميحة القليوبى - الأسس القانونية لعمليات البنوك ، مكتبة عين شمس ، القاهرة ، ١٩٩٢ ، ص ٢٥٥ .

(٢) م (١) من قانون سرية الحسابات المصرفية رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ .  
(١) فيما يتعلق بإيجار الخزائن ، التى تعد من عمليات البنوك ، فإنه إذا كان من حق العميل أن يبقى محتويات الخزانة سراً فلا يجوز للبنك أن يحاول معرفتها إلا أن له حق مراقبة الأشياء المراد وضعها فيه من حيث نوعها إذا تشكك البنك فيها ، وهذا الحق مقرر للبنك حتى لو لم ينص عليه فى عقد إيجار الخزانة استناداً إلى التزام البنك بالمحافظة على سلامة الخزائن .

انظر فى ذلك : على جمال الدين - عمليات البنوك من الوجهة القانونية - دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٩ .

(٢) د. جلال وفاء محمدين - مرجع سابق - ص ١٠٥ .

المرقمة إلا بإذن كتابي منه أو من أحد ورثته أو من أحد الموصى لهم...<sup>(١)</sup>.  
٢- أما نطاق السرية من حيث الأشخاص فالأمر يتعلق بموظفي البنوك الملتزمين بالسرية وبالعملاء المستفيدين من حماية حساباتهم المصرفية .

ففيما يتعلق بموظفي البنوك الملتزمين بالسرية فقد نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون سرية الحسابات المصرفية المصري رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ على أن الحظر يشمل كل الأشخاص والجهات بما فيها الجهات التي يخول لها القانون سلطة الاطلاع أو الحصول على الأوراق أو البيانات المحظور افشاء سريتها طبقاً لأحكام هذا القانون . بل نجد أن المشرع قد وسع من نطاق السرية وجعله سارياً ، وإن كان لم يحدد مدة السريان ، وذلك في حالة انتهاء العلاقة بين العميل والبنك لأي سبب من الأسباب . ويستنتج من ذلك أن انتهاء العلاقة بين العميل والبنك ، كإغلاق الحساب أو سحب الوديعة ، لا يعنى امكانية افشاء اسرار العميل بل يظل موظفو البنك مؤتمنين على كل ما ورد في حساب هذا العميل ولا يحق لهم افشاء هذه الاسرار لأي سبب من الأسباب <sup>(٢)</sup> . هذا ولم يقتصر أمر الحظر هنا على موظفي البنوك ، بل امتد ليشمل أيضاً رؤساء وأعضاء مجالس ادارة البنوك ومديرها أو العاملين بها حيث يحظر اعطاء أو كشف أى معلومات أو بيانات عن عملاتهم أو حساباتهم أو ودائعهم أو الأمانات أو الخزائن الخاصة بهم أو معاملاتهم . كما يسرى الحظر على كل من يطلع بحكم مهنته أو وظيفته أو عمله بطريق غير مباشر على البيانات والمعلومات الخاصة بالعميل <sup>(٣)</sup> .

أما فيما يتعلق بالعملاء المستفيدين من سرية الحسابات المصرفية فهي تشمل كافة العملاء سواء كانوا مودعين أو مستأجرين لخزانة في البنك (المادة الأولى) أو كانوا مقترضين ، وسواء كانوا مصريين أو أجانب ، حيث لم يقصر السرية على حاملي الجنسية المصرية مما يفهم منه أن الأمر

(٣) م (٢) من قانون سرية الحسابات المصرفية .

(١) ويتفق هذا الوضع مع ما نص عليه قانون لوكسمبورج وسويسرا .

انظر د. ماجد عمار - مرجع سابق - ص ١٧٥ .

(٢) م (٥) من قانون سرية الحسابات المصرفية .

مطلق ولا يختص بجنسية معينة ، (المادة الرابعة) .

وإذا كانت حماية المودعين مطلقة إلا أن حماية المقرضين ليست مطلقة . فجد أن المشرع فى المادة الرابعة من القانون قد قرر انه فيما يتعلق بحالة المديونية بالنسبة لعملاء البنك والتسهيلات الائتمانية المقررة لهم فإن على مجلس ادارة البنك المركزى المصرى أن يضع القواعد المنظمة لتبادل البنوك المعلومات المتعلقة بحالات المديونية ، ويتم ذلك بصورة تكفل سريتها ويضمن توافر البيانات اللازمة لسلامة منح الائتمان المصرفى .

وهناك <sup>(1)</sup> من يفسر هذا النص على اعتبار أن ليس كل المعلومات التى تتعلق بالقروض والتسهيلات الائتمانية تعد سرية ، ولكن السرية تقتصر على المعلومات التى يتوقع المقرض توقعاً معقولاً أن تكون سرية . ومن أمثلة المعلومات التى لا يتوفر بشأنها مبدأ السرية ، المعلومات المتعلقة بتقاعس مقرض عن سداد قرضه فى الميعاد لأن فى ذلك ضرراً على مصلحة البنك .

٣- نطاق السرية من حيث الزمان : تظل السرية قائمة مادام أن العلاقة مازالت قائمة بين البنك والعميل وهذا أمر بدهى . فالبنك يكون ملتزماً بالحفاظ على مبدأ السرية المصرفية طالما أن العلاقة المصرفية بينهما قائمة ، ويظل الأمر كذلك طوال مدة العلاقة . فإذا انتهت العلاقة بينهما لأى سبب من الأسباب كإغلاق الحساب أو نضوبه أو افلاس العميل ، فإن البنك يظل ملتزماً بعدم إفشاء سرية الحساب وتبقى هذه الحماية ، إلا فى الأحوال التى نص عليها القانون . وهذا ما نص عليه المشرع فى المادة الأولى ، حيث يقرر أن يظل الحظر ممتداً حتى ولو انتهت العلاقة بين العميل والبنك لأى سبب من الأسباب .

وتبرير ذلك ، من وجهة نظرنا ، انه بالرغم من انتهاء العلاقة إلا أنه قد يتوفر مصلحة للعميل بعدم الكشف عما كان قائماً من حسابات وان مخالفة ذلك فيه ضرر للعميل ، إذا لم يتحقق ذلك فلا يكون هناك ما يمنع من الكشف عن هذه الحسابات إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك .

(٣) د. ماجد عمار - مرجع سابق ، ص ١٧٦ .

وقد قرر القانون الاتحادي السويسرى للبنوك نفس الحماية بعد انقضاء العلاقة بين البنك والعميل .

وقد اضاف القانون السويسرى حكماً جديداً لم يأخذ به المشرع المصرى، وهو أن الحماية تظل قائمة ليس فقط بين البنك والعميل، بل وأيضا بين البنك والشخص الملتزم بالسرية أى الموظفين فى البنك حتى لو انتهت العلاقة بينهم وبين البنك لأى سبب من الأسباب .

وقد نص على ذلك فى القانون الاتحادي السويسرى للبنوك فى الفقرة الثالثة من المادة (٤٧) التى قررت أن إخلال الشخص الملتزم بالسرية المصرفية يظل معاقباً عليه حتى بعد انقضاء العلاقة بين البنك وعميله ، وكذلك تظل الحماية قائمة حتى بعد انقضاء العلاقة بين البنك وبين الشخص الملتزم بالسرية ، سواء كانت هذه العلاقة وظيفية أم خِلف ذلك ، كأن يكون أحد الأشخاص الذين لهم سلطة الاطلاع على المعلومات<sup>(١)</sup> .

٤- نطاق السرية من حيث المكان : تطبق أحكام هذا القانون على البنوك التى يحددها مجلس ادارة البنك المركزى المصرى . وهذا ما نص عليه فى الفقرة الثالثة من المادة الثانية من القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ . وبذلك لم يحدد القانون البنوك التى تسرى عليها أحكام القانون ولكن ترك أمر تحديدها لمجلس ادارة البنك المركزى المصرى .

## ٢ - إفشاء السرية المصرفية

بعد أن ارسى المشرع فى مواد القانون المختلفة مبدأ سرية الحسابات المصرفية وأحكم هذا المبدأ ، نجده مع ذلك قرر امكانية افشاء السرية المصرفية فى حالتين محدودتين :

١- حالة الكشف عن الحقيقة فى جريمة :

أجاز المشرع المصرفى أن يتم افشاء المعلومات، باستخدام قانون السرية المصرفية المصرى فى حالة إذا كان ذلك من شأنه أن يكشف عن الحقيقة فى جنائية أو جنحة قامت الدلائل الجدية على وقوعها (المادة الثالثة فقرة "أ") .

(١) د. ماجد عمار - مرجع سابق ، ص ١٧٧ .

ونظراً لما فى ذلك من خروج على مبدأ السرية المصرفية ، فقد اشترط المشرع أن يتم ذلك وفقاً لإجراءات محددة نص عليها .

٢- حالة التقرير بما فى الذمة بمناسبة حجز موقع لدى أحد البنوك الخاضعة لأحكام هذا القانون (نص المادة الثالثة فقرة "ب") .

وفى كلتى الحالتين اشترط المشرع اتباع إجراءات محددة نصت عليها المادة الثالثة : "للنائب العام أو لمن يفوضه من المحامين العاميين الأول على الأقل من تلقاء نفسه أو بناء على طلب جهة رسمية أو أحد ذوى الشأن أن يطلب من محكمة استئناف القاهرة الأمر بالاطلاع أو الحصول على اية بيانات أو معلومات تتعلق بالحسابات أو الودائع أو الامانات أو الخزائن المنصوص عليها فى المادتين السابقتين أو المعاملات المتعلقة بها وذلك فى الحالتين الآتيتين :

(أ) إذا اقتضى ذلك كشف الحقيقة فى جنابة أو جنحة قامت الدلائل الجدية على وقوعها .

(ب) التقرير بما فى الذمة بمناسبة حجز موقع لدى أحد البنوك الخاضعة لأحكام هذا القانون .

وتفصل المحكمة منعقدة فى غرفة المشورة فى الطلب خلال الثلاثة أيام التالية لتقديمه بعد سماع أقوال النيابة العامة .

وعلى النائب العام أو من يفوضه فى ذلك من المحامين العاميين الأول على الأقل إخطار البنك وذوى الشأن بحسب الأحوال بالأمر الذى تصدره المحكمة فى هذا الشأن خلال الأيام الثلاثة التالية لصدوره . ولا يبدأ سريان الميعاد المحدد للتقرير بما فى الذمة إلا من تاريخ إخطار البنك بالأمر المذكور ."

كما أوضحت المادة السادسة من هذا القانون امكانية الكشف عن الحسابات المصرفية ، حيث نصت "لا تخل أحكام هذا القانون بما يأتى :

١- الواجبات المنوط اداؤها قانوناً بمراقبى حسابات البنوك وبالاختصاصات المخولة قانوناً لكل من البنك المركزى المصرى أو وزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية .

٢- التزام البنك بإصدار شهادة بأسباب رفض صرف الشيك بناء على

طلب صاحب الحق .

٣- حق البنك في الكشف عن كل أو بعض البيانات الخاصة بمعاملات العميل اللازمة لإثبات حقه في نزاع قضائي نشأ بينه وبين عميله بشأن هذه المعاملات " .

وفيما يتعلق بالبند الثاني من المادة السادسة نجد أن المشرع حماية للشيك المصرفي واعتبار أن عدم صرف الشيك يحقق ضرراً للمستفيد، فقد ألزمت المادة البنك بإصدار شهادة توضح فيها أسباب رفض صرف الشيك، ولكن لا يتم ذلك من تلقاء نفسه بل يتطلب الأمر ضرورة أن يطلب صاحب الحق ذلك ، وصاحب الحق هنا هو المستفيد الذي يستند إلى هذه الشهادة للحصول على حقه باستخدام الطريق القانوني .

أما فيما يتعلق بالبند الثالث من المادة السادسة ، فهي خاصة بحالة وجود نزاع قضائي بين البنك والعميل تتعلق بمعاملات العميل في البنك . وهنا يحق للبنك الكشف عن كل أو بعض البيانات الخاصة بمعاملات العميل اللازمة لإثبات حقه بشأن هذا النزاع . وواقع الأمر أن كشف هذه البيانات لا يعد من قبيل افشاء السرية بقدر ما هي حماية لمصلحة البنك .

ولما كان العمل المصرفي يحتاج إلى بعض المعلومات والبيانات اللازمة من بقية البنوك الأخرى ، ومن البنك المركزي نفسه باعتباره بنك البنوك ولديه غرفة مقاصة تظهر فيها الصورة الاجمالية والنهائية للمعاملات بين البنوك بعضها البعض ، فضلاً عن المعاملات المتعددة للعميل الواحد لدى أكثر من بنك ، فإن القانون منح البنك المركزي سلطة وضع القواعد التي تنظم مسألة تبادل المعلومات معه وبين البنوك وبعضها البعض (١) .

هذا وقد قرر المشرع في المادة السابعة من القانون عقوبة مخالفة أحكام هذا القانون . وقد جمع المشرع بين العقوبة المالية وعقوبة الحبس معاً . فقرر أن الحد الأدنى للعقوبة المقررة هي الحبس سنة مع الغرامة عشرة آلاف جنيه في آن واحد ولا تزيد على عشرين ألف جنيه ، وهو ما يجعل العقوبة رادعة إلى حد كبير .

(١) د. حمدي عبد العظيم ، مرجع سابق ، ص ٢٥٦ .

### ٣ - النقص التشريعى فى قانون السرية المصرفية

تبين لنا مما سبق أن المشرع المصرفى قد أراد بقانون السرية المصرفية أن يحمى العملاء وحساباتهم المصرفية بصورة فعالة بقصد جذب الاستثمار والمستثمرين بإيداع أموالهم وأرباحهم فى البنوك المصرية مع اعطاءهم الأمان والضمان بعدم الكشف عن سرية حساباتهم المصرفية ، خاصة فى جانب المنافسين لهم من رجال الاعمال أو اية جهات عامة أو خاصة فى الدولة .

وقد كان لهذا القانون رد فعل على الجانب الاقتصادى ، حيث احدث انتعاشاً اقتصادياً بسبب كبر حجم حركة الودائع فى البنوك وما يصابها من ازدهار فى حجم الاستثمارات المباشرة أو غير المباشرة فى الاقتصاد المصرى ، خاصة بعد أن اطمئن المودعون والمقترضون والمستثمرون إلى السرية التامة والمحكمة لعملياتهم المصرفية .

إلا أن هذا القانون ، فى ذات الوقت ، قد اثار العديد من المشاكل والتساؤلات تتمثل فى كونه يحمى أصحاب الدخل غير المشروعة بما يكفلهم من سرية حساباتهم المصرفية ومعاملاتهم المصرفية .

ولذلك ارتفعت الأصوات فى مجلس الشعب تطالب بإحداث تغييرات وتعديلات فى بعض نصوص القانون لجعل مبدأ السرية المصرفية أكثر مرونة .

فكان من الضرورى أن تتم الموازنة بين المصلحة العامة والخاصة فى تقرير مبدأ السرية المصرفية ، ومحاولة التوفيق بين مبدأ السرية المصرفية واعتبارات الشفافية والحذر المصرفى التى تتطلبها معاملات البنوك . فيتعين على البنوك أن ترفض فتح أى حسابات غير الحسابات الاسمية أو التى تبدو فيها شبهة فتح حسابات بأسماء وهمية ، مع ضرورة التأكد من شخصية وهوية صاحب الحساب ومشروعية الأموال المودعة، وان ذلك لا يمثل أى إخلال بمبدأ السرية المصرفية، بل انه يقويه ويدعمه لأنه لا يسمح باستخدام البنك فى اجراء عمليات مشبوهة أو غير نظيفة تسيء إلى سمعة البنك ، بل ويتعين حماية البنوك من مسئولية الكشف عن

السرية فى حالة إبلاغ السلطات المختصة عن العمليات المشبوهة أو تقديم معلومات عنها . وان تظل البنوك التجارية على اتصال مستمر مع البنك المركزى باعتباره بنك البنوك وذلك بإبلاغه عن المعاملات التى تتجاوز حداً معيناً سواء كانت معاملات محلية أو دولية (١) .

وجاءت هذه المطالبات متزامنة مع زيادة عمليات غسل الأموال فى البنوك المصرية استفادة من قانون السرية المصرفية .

وبتعبير آخر ، أصبحت السرية المصرفية عقبة رئيسية أمام مكافحة غسل الأموال ، فغاسلو الأموال يمارسون عملياتهم وهم فى اطمئنان تام على الأموال المنوى غسلها ، كونهم يدرسون القوانين والأنظمة الخاصة بالسرية المصرفية دراسة قانونية وجغرافية ومصرفية دقيقة من قبل مستشارين متخصصين فى المجالات المذكورة (٢) ، وذلك بحسب النظام القانونى السائد فى كل دولة . ويحاول هؤلاء الاستفادة من كافة المزايا والامتيازات التى تقدمها هذه الأنظمة . وبذلك يمكن القول أن تطبيق مبدأ السرية المصرفية يتناسب عكسياً مع مكافحة غسل الأموال .

أضف إلى ذلك ما صاحب ذلك فى تلك الأونة ضرورة الكشف عن مصادر التمويل المتاحة لجماعات الارهاب المحلى وارتباطها بعصابات الارهاب الدولية التى تغذيها بمصادر تمويل عبر الحسابات المصرفية السرية فى البنوك المصرية (٣) .

ولذلك شكل اتحاد بنوك مصر لجنة لدراسة مشكلة غسل الأموال وما يرتبط بها من جرائم الارهاب الدولى ، وقد أصدرت اللجنة عدة توصيات (٤) فى هذا الصدد تهدف جميعها إلى عدم استخدام مبدأ سرية الحسابات المصرفية كقناة لغسل الأموال فى مصر بتقرير عدة توصيات تساهم فى مكافحة غسل الأموال فى البنوك المصرية .

(١) انظر فى ذلك : د. ماجد عمار ، مرجع سابق ، ص ١٠٧ : ص ١٠٩ .  
(٢) د. صالح السعد - تحديات غسل الأموال على المستوى الدولى (عوامل تفاقم مشكلة غسل الأموال) - اتحاد المصارف العربية - النشرة المصرفية العربية - الفصل الأول - مارس ٢٠٠٧ ، ص ١٢ .

(١) د. حمدى عبد العظيم - مرجع سابق - ص ٢٥٦ .  
(٢) انظر فى تفصيل هذه التوصيات : د. حمدى عبد العظيم ، مرجع سابق ، ص ٢٦٤ : ص ٢٧١ .



ثانياً - اصدار قانون مكافحة غسل الأموال رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢  
حاول المشرع المصري أن يواجه عمليات غسل الأموال فى مصر، وذلك بتطبيق مجموعة من القوانين تعمل بصورة غير مباشرة فى محاربة غسل الأموال منعاً من إدراج مصر على القائمة السوداء دولياً- أى قائمة الدول غير المتعاونة فى مجال مكافحة غسل الأموال .  
ومن هذه القوانين ، قانون الكسب غير المشروع رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٥ ، وهو من أوائل القوانين التى شرعت وتضمنت بصورة عرضية مكافحة غسل الأموال باعتباره صورة من الكسب غير المشروع ، وقانون المدعى العام الاشتراكى رقم ٣٤ لسنة ١٩٧١ ، وقانون الطوارئ رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ (١) .

وبالرغم من ذلك فإن هذه القوانين لم تضع ضوابط محددة لمكافحة عمليات غسل الأموال مما دفع المجتمع الدولى إلى اعتبار مصر من الدول غير المتعاونة فى مجال مكافحة غسل الأموال .

فى ٢٢ يونيو عام ٢٠٠١ أصدرت اللجنة المالية الدولية لمكافحة غسل الأموال (٢) (FATF) أو (٣) (GAFI) - وهى لجنة دولية متخصصة فى مكافحة غسل الأموال - تقريرها السنوى الثانى عشر ، والذى ادرجت فيه اسم مصر فى مجال الدول غير المتعاونة فى مجال مكافحة غسل الأموال ، بالإضافة إلى ١٨ دولة أخرى هى فى الغالب دول صغيرة . وقد ضمت القائمة إلى جانب مصر من الدول المعروفة كلا من: روسيا، المجر، اندونيسيا، اسرائيل، لبنان، الفلبين، ونيجيريا.

ادرجت مصر ، فى تلك الأونة ، بالقائمة السوداء . وتتمثل خطورة

---

(٣) أن قانون الطوارئ يمكن تطبيق احكامه على الجرائم ذات الطابع الاقتصادى وذلك بإحالة المتهمين إلى محكمة أمن الدولة العليا بتهمة الاضرار بالمصالح العليا للبلاد أو بالاقتصاد القومى أو النظام العام .

(١) انشئت اللجنة المالية الدولية لمكافحة غسل الأموال عام ١٩٨٩ وهدفها الأساسى هو وضع اجراءات لمكافحة غسل الأموال وتمويل الارهاب .

FATF - wikipedia.org

(2) FATF: Financial Action Task Force on Money Laundering.

GAFI: Groupe d'Action Financière sur le Blanchiment de Capitaux.

ذلك فى أن تصبح مصر مهددة بوقف التعامل دولياً مع المؤسسات المالية الكائنة فيها ، ومن ثم إحكام الحصار الاقتصادى عليها وتراجع مؤشرات الاستثمارات المباشرة فيها بصورة ملحوظة وتأثير ذلك السلبى على حركة التنمية الاقتصادية فيها .

وبتعبير آخر أصبحت مصر تعاني من العزلة الاقتصادية التامة عن دول العالم ، وينظر لاقتصادها نظرة ريبية بشأن كافة المعاملات المصرفية والتجارية والاقتصادية بوجه عام .

وقد بررت اللجنة السبب الرئيسى لإدراج مصر فى هذه القائمة لعدم وجود قانون مكافحة غسل الأموال فى التشريعات المصرية من جهة وأحكام السرية المصرفية من جهة أخرى ، مما جعلها تعتبر مصر من الدول التى تسهل عمليات غسل الأموال ، كما أنها تعد قناة رئيسية لعبور الأموال إلى عناصر الارهاب الدولى .

وبالإضافة إلى ما تقدم ، فإن القوانين التى استند إليها المشرع المصرى لمكافحة عمليات غسل الأموال باتت غير كافية لتجريم ظاهرة غسل الأموال بصورة خاصة بل تقتصر على تجريم النشاط غير المشروع الذى يتحقق فيه المال القدر .

أضف إلى ذلك أحداث سبتمبر ٢٠٠١ والتى مثلت ضربة ارهاب قوية للمجتمع الدولى والاقتصاد الأمريكى ، على وجه الخصوص ، والانتفاضة العنيفة ضد الارهاب الدولى من جانب الحكومة الأمريكية والإدانة القوية لأى دولة تتورط فى شبهة تمويل الارهاب الدولى ، بالإضافة إلى توصية مجلس الأمن رقم ١٣٧٣ لسنة ٢٠٠١ - بعد أحداث ١١ سبتمبر ٢٠٠١ - بأهمية مراقبة المؤسسات المالية فى الدول المختلفة للعمليات التى يشتبها انها تجرى لتمويل الارهاب .

لكل ما سبق أصدر المشرع المصرى فى ٢٢ مايو سنة ٢٠٠٢ القانون رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ الخاص بمكافحة غسل الأموال والمعدل بالقانون رقم ٧٨ لسنة ٢٠٠٣ والذى جاء معبراً عن اتفاق وتجاوب مصر الكامل مع كافة الجهود الدولية المبذولة فى هذا الاتجاه ، ومن ذلك اتفاقية منظمة الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع فى المخدرات (فيينا

١٩٨٨) ، والتي انضمت إليها مصر بصدور القرار الجمهوري رقم ٥٦٨ لسنة ١٩٩٠ بالموافقة على أحكامها ، ومتسقاً مع إعلان بازل ١٩٨٨ ، والخاص بمنع الاستخدام الاجرامى للجهاز المصرفى لأغراض غسل الأموال . كما جاء مراعيًا التوصيات الأربعين الصادرة عن لجنة العمل المالى لغسل الأموال (FATF) والتي تغطى جوانب متعددة لهذه الظاهرة فيما يتعلق بالمعاملات النقدية المحلية والدولية ذات الصلة بالأعمال غير المشروعة (١) .

وجدير بالذكر أن هذا القانون الذى يمثل تدخلاً من جانب المشرع فى العمليات المالية - سواء المصرفية أو التجارية - حرص على أن يكون هذا التدخل بحذر شديد ، اخذاً فى الاعتبار أن رؤوس الأموال تحجم عن التواجد فى البلدان التى تتسم تشريعاتها الاقتصادية بالتعقيد . ولذلك حرص المشرع المصرى على تحقيق التوازن للمعادلة الاقتصادية الصعبة بين مقتضيات التنمية وتهينة المناخ المناسب لجذب الاستثمارات المحلية والأجنبية ، وبين متطلبات القضاء على الجريمة الاقتصادية المنظمة وحماية الاقتصاد المصرى من اضرارها (٢) .

وترتب على صدور قانون مكافحة غسل الأموال المصرى أن تم رفع اسم مصر من الدول غير المتعاونة فى مجال مكافحة غسل الأموال بعد أن تأكد للمجتمع الدولى براءة مصر ، خاصة بعد صدور هذا التشريع، من أى محاولة لتمويل الارهاب الدولى أو غسل الأموال القذرة، وعادت مصر ، مرة أخرى ، تمثل مناخاً ملائماً لجذب الاستثمارات العربية والأجنبية إليها بكل أمان واطمئنان سواء من حيث سرية الحسابات المصرفية أو مكافحة غسل الأموال .

وغنى عن البيان أن قانون مكافحة غسل الأموال رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ قد اهتم بصورة واضحة وأساسية بكيفية مكافحة غسل الأموال من خلال المؤسسات المالية وخاصة البنوك . وهذا ما سوف نوضحه فيما يلى:

(١) د. سعيد عبد الخالق ، مقالة عن فلسفة قانون مكافحة غسل الأموال وأهميته .  
www.tashreaat.com

(١) د. سعيد عبد الخالق ، نفس المرجع .

## ١ - قانون مكافحة غسل الأموال المصري والمؤسسات المالية

حدد المشرع المصري المقصود بغسل الأموال بأنه كل سلوك ينطوي على اكتساب أموال أو حيازتها أو التصرف فيها أو إدارتها أو حفظها أو استبدالها أو إيداعها أو استثمارها أو نقلها أو تحويلها أو التلاعب في قيمتها، إذا كانت متحصلة من جريمة من الجرائم المنصوص عليها في المادة الثانية<sup>(١)</sup> من هذا القانون مع العلم بذلك ، متى كان القصد من السلوك إخفاء المال أو تمويله طبيعته أو مصدره أو مكانه أو صاحبه أو صاحب الحق فيه أو تغيير حقيقته أو الحيلولة دون اكتشاف ذلك أو عرقلة التوصل إلى شخص من ارتكب الجريمة المتحصل منها المال .

وما يهمننا في غسل الأموال كجريمة اقتصادية ، كيفية مواجهتها من خلال المؤسسات المالية بصورة عامة والبنوك بصورة خاصة . ونتساءل هل مكافحتها من خلال هذه المؤسسات سيؤثر بالضرورة على مبدأ سرية الحسابات المصرفية أم انه لا يوجد ثم تعارض بينهما .

هذا ما سوف نحاول أن نجيب عليه من خلال أحكام قانون مكافحة غسل الأموال من جهة وما تعرضنا له في مبدأ سرية الحسابات المصرفية من جهة أخرى .

حدد المشرع في المادة الأولى فقرة (ج) المقصود بالمؤسسات المالية وحددها بأنها كل من :

- (٢) حددت المادة الثانية من القانون حظر غسل الأموال المتحصلة من الجرائم التالية :
- جرائم زراعة وتصنيع النباتات والجواهر والمواد المخدرة وجلبها وتصديرها والاتجار فيها .
  - جرائم اختطاف وسائل النقل واحتجاز الأشخاص .
  - الجرائم التي يكون الارهاب أو تمويله من بين أغراضها أو من وسائل تنفيذها .
  - جرائم استيراد الاسلحة والذخائر والمفرقات والاتجار فيها وصنعها بغير ترخيص .
  - جرائم سرقة الأموال واغتصابها .
  - جرائم الفجور والدعارة .
  - الجرائم الواقعة على الآثار .
  - الجرائم البيئية المتعلقة بالمواد والنفايات الخطرة .
  - الجرائم المنظمة المشار إليها في الاتفاقية الدولية التي تكون مصر طرفاً فيها .
  - الجرائم المنصوص عليها في الأبواب الأول والثاني والثالث والرابع والخامس عشر والسادس عشر من الكتاب الثاني من قانون العقوبات .

١- البنوك العاملة في مصر وفروعها في الخارج وفروع البنوك الأجنبية العاملة في مصر .

٢- شركات الصرافة والجهات الأخرى المرخص لها بالتعامل في النقد الأجنبي .

٣- الجهات التي تباشر نشاط تحويل الأموال .

٤- الجهات العاملة في مجال الأوراق المالية .

٥- الجهات العاملة في مجال تلقي الأموال .

٦- صندوق توفير البريد .

٧- الجهات التي تمارس نشاط التمويل العقاري وجهات التسويق العقاري .

٨- الجهات التي تمارس نشاط التأجير التمويلي .

٩- الجهات العاملة في نشاط التحفيم .

وبذلك نجد أن المشرع قد تنبه إلى أن عمليات غسل الأموال لا تباشر فقط بواسطة البنوك ، بل تشمل كافة المؤسسات المالية الأخرى التي أدرجها في القانون والتي يمكن أن تدخل في عمليات دولية سواء بالتحويل أو الاستثمار بكافة أشكاله ، أو بأى شكل يتم فيه انتقال رؤوس الأموال من الداخل إلى الخارج أو بالعكس .

وقد انشأ المشرع في سبيل مكافحة غسل الأموال وحدة مستقلة ذات طابع خاص في البنك المركزي ، تتولى الاختصاصات التي حددها لها القانون ، ويلحق بها عدد كاف من الخبراء والمتخصصين في المجالات المتعلقة بتطبيق أحكام هذا القانون ، بالإضافة إلى من يلزم من العاملين المؤهلين والمدربين <sup>(١)</sup> .

وتتمثل الوظيفة الأساسية لهذه الوحدة في :

- تلقي الاخطارات الواردة من المؤسسات المالية عن أى عملية قد يشتبه انها تمثل غسل الأموال . وتقوم هذه الوحدة بإنشاء قاعدة بيانات بناء على ما يتوفر لديها من معلومات وإتاحة هذه المعلومات

(١) المادة (٣) من أحكام قانون مكافحة غسل الأموال .

والبيانات للسلطات القضائية<sup>(١)</sup>.

- تولي اعمال التحرى والفحص عما يرد من إخطارات ومعلومات بشأن العمليات المشتبه بها، وإبلاغ النيابة العامة بما يسفر عنه هذا التحرى<sup>(٢)</sup>.

- تبادل المعلومات مع الجهات الرقابية داخل الدولة ومع الجهات المختصة فى الدول الأجنبية والمنظمات الدولية<sup>(٣)</sup>.

وقد حدد المشرع ، أيضا ، فى القانون عدة التزامات على المؤسسات المالية بشأن العمليات التى قد يشتبه انها تمثل غسل أموال. بل قد توسع فى ذلك، وحدد التزامات خاصة بفتح الحسابات والودائع فى البنك. وسنحدد هذه الالتزامات موضحين مدى ملاءمتها واتساقها مع مبدأ سرية الحسابات المصرفية .

## ٢- الالتزامات التى حددها القانون على المؤسسات المالية

وضع المشرع فى المواد ٨ ، ٩ ، ١١ ، ١٢ عدة التزامات على المؤسسات المالية سواء تجاه وحدة مكافحة غسل الأموال ، أو التزامات تتعلق بالعمليات المصرفية .

وقد جاءت كافة هذه الالتزامات متنسقة مع التوصيات الأربعين الصادرة عن لجنة العمل المالى لمكافحة غسل الأموال FATF فى يونيو ٢٠٠٣ .

## أولاً - الإبلاغ عن العمليات التى يشتبه فيها

ألزم المشرع المؤسسات المالية أن تخطر الوحدة عن كافة العمليات المالية التى تجرى فيها ويشتهب أنها تتضمن غسل أموال . وبذلك فالبنوك ، على وجه الخصوص ، فى حالة الشك فى أى عملية يجب عليها أن تقوم بإبلاغ هذه الوحدة عن هذه العمليات ، وتلتزم فى سبيل تسهيل عمل هذه الوحدة فى الكشف عن حقيقة هذه العمليات ، بوضع النظم الكفيلة بالحصول

(٢) م (٤) / فقرة أ .

(٣) م (٥) .

(٤) م (٤) / فقرة (ب) .

على كافة البيانات للتعرف على هوية العملاء والأوضاع القانونية للعملاء والمستفيدين الحقيقيين سواء من الأشخاص الطبيعيين أو الأشخاص الاعتبارية . وان يتم ذلك من خلال وسائل اثبات رسمية أو عرفية وتسجيل بيانات هذا التعرف (١) .

ويتضح من هذا الالتزام أن المشرع قد خرق مبدأ السرية المصرفية الذي نص عليه في المادة الأولى من قانون سرية الحسابات رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ . فشبها وجود عمليات غسل الأموال تجعل البنك ملزماً بالكشف عن شخصية العميل سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً بل لا بد أن يكون الكشف مدعماً بمستندات رسمية أو عرفية للتأكد من صحة البيانات لكي يتسنى لوحدة مكافحة غسل الأموال القيام بمهامها والكشف عما إذا كانت العملية تمثل جريمة أم لا ، ومن ثم اتخاذ الاجراءات التي نص عليها القانون بشأنها .

فكما رأينا من قبل أن قانون سرية الحسابات المصرفية أكد على ضرورة أن تكون كافة حسابات العملاء سرية ولا يجوز بأي حال الاطلاع عليها أو اعطاء بيانات عنها إلا بإذن كتابي من العميل . بل أن هذا الحظر يظل سارياً حتى بعد انتهاء العلاقة بين البنك والعميل . وهذا المبدأ يجعل غاسلي الأموال يمارسون عملياتهم في اطمئنان شديد في كون الأموال المنوى غسلها لن ينكشف أمرها .

ولذلك نجد أن المشرع في شأن هذا الالتزام قد راعى المصلحة العامة بصورة أكبر من المصلحة الخاصة بالعملاء ، بأن قرر ضرورة كشف السرية عن حسابات العميل الذي يشك أو تثور أي شبهة حول طبيعة عملياته المصرفية . فعملية غسل الأموال بكافة آثارها الاقتصادية (٢) تمثل مصلحة أعلى من السرية المصرفية لحسابات العميل والتي تمثل مصلحة خاصة للعميل في المرتبة الأولى ، وان كان هذا لا يمنع من أن السرية

(١) م (٨) / فقرة أ .

(١) تؤثر عمليات غسل الأموال بصورة أساسية على اقتصاد أي دولة من حيث : انخفاض الدخل القومي - توزيع الدخل القومي - انخفاض معدلات الادخار - ارتفاع معدل التضخم - تدهور قيمة العملة الوطنية - افساد مناخ الاستثمار - البطالة - نمط الاستهلاك . هذا بالإضافة إلى الآثار الاجتماعية لغسل الأموال .

انظر في تفصيل ذلك : د. حمدي عبد العظيم ، مرجع سابق ، ص ١٧٧ : ص ٢١٣ .

المصرفية تحقق أثراً اقتصادياً هامة على نحو ما سلف بيانه .

### ثانياً - قاعدة اعرف عميلك ومبدأ السرية المصرفية

ألزم المشرع المؤسسات المالية وخاصة البنوك ، بضرورة عدم فتح أى حسابات مصرفية أو ودائع أو قبول أموال مجهولة المصدر أو بأسماء صورية أو وهمية <sup>(١)</sup> . وهذا ما يعرف بسياسة "اعرف عميلك" "Know your customer" . فالبنك ملزم بمعرفة العميل الذى يتعامل معه لضمان عدم وجود أى شبهة فى العمليات التى يجرىها هذا العميل من خلال الحسابات المصرفية لدى البنك .

وسياسة اعرف عميلك ترتبط بصورة أساسية باتخاذ الاجراءات والسياسات السليمة لمعرفة العميل من أجل حماية البنوك ، وهذا ما اكدت عليه لجنة بازل بشأن تنفيذ توصيات مجموعة العمل المالى لمكافحة غسل الأموال .

وواقع الأمر أن هذه السياسة تتجاوز مجرد معرفة هوية العميل وشخصيته إلى مراقبة حركة ونشاط حسابه من أجل التعرف على النشاطات المشبوهة التى قد تصاحب هذه العمليات . ويستطيع البنك أن يكشف عن شبهة القيام بعمليات غسل الأموال بمراقبة حركة ودايع العميل لديه .

وجدير بالذكر أن مجموعة العمل المالى FATF قد عملت بصورة مكثفة على مبدأ اعرف عميلك ، وأكدت عليه توصيات اللجنة الأربعة حول مكافحة غسل الأموال <sup>(٢)</sup> .

وتحقق سياسة "اعرف عميلك" للبنك حماية من أى مخاطر تهدد سمعته المالية وكيانه الاقتصادى . إذ عدم اتباع البنك لهذه السياسة يعنى امكانية تعرضه ، مع انتشار الجرائم الاقتصادية ، لنشاطات غير قانونية

(٢) م ٢/٨ .

(١) هذا ما اكدت عليه التوصية الخامسة من عمل اللجنة FATF حيث قررت انه يتعين على المؤسسات المالية عدم الاحتفاظ بحسابات مجهولة الاسماء أو بحسابات من الواضح انها بأسماء مستعارة ، وحددت الاجراءات التى يتعين على المؤسسات المالية اتخاذها للتحقق من هوية العملاء والى الاجراءات التى يتعين اتخاذها لتوخى العناية الواجبة فى التحقق من هوية العميل .



التي يرتكبها المودعون وما يترتب على ذلك من آثار سلبية تهدد المركز المالي أو ما يسمى بمخاطر السمعة . فعمل البنوك يقوم أساساً على المحافظة على ثقة المودعين فيها ، ولذلك فيتعين عليها تفعيل سياسة اعرف عميلك لكي تتجنب هذه الآثار الضارة .

ولذلك اهتمت لجنة بازل بهذه السياسة فقررت أن الممارسات الفعالة لسياسات "اعرف عميلك" يجب أن تكون جزءاً من إدارة المخاطر ونظم التحكم الداخلية في كل البنوك على مستوى العالم<sup>(١)</sup> .

وترتبط سياسة "اعرف عميلك" بتحديد هوية العميل ، وهذا ما نص عليه المشرع المصري بصورة واضحة في المادة ٨/فقرة ٢ . فلا يسمح للبنك بفتح حساب أو ربط ودائع أو قبول أموال مجهولة أو بأسماء صورية أو وهمية .

وفي هذا الصدد قام مجلس ادارة البنك المركزي المصري بجلسته بتاريخ ٢٠٠٣/٢/١٩ باعتماد الضوابط الرقابية التي يجب على البنوك الالتزام بها لمكافحة غسل الأموال .

وقد ألزمت هذه الضوابط كافة البنوك العاملة في مصر وفروعها بالخارج وفروع البنوك الأجنبية العاملة في مصر بضرورة اتباع سياسة "اعرف عميلك" بالتعرف على الهوية والأوضاع القانونية للعملاء . وتم تحديد ذلك على النحو التالي<sup>(٢)</sup> :

- ١- ضوابط فتح الحسابات المصرفية .
- ٢- ضوابط يتعين مراعاتها لدى مزولة العمليات المصرفية .
- ٣- اجراءات الاخطار عن العمليات المشتبه بها .
- ٤- حفظ المستندات والسجلات .

---

(٢) عبد الفتاح سليمان - مكافحة غسل الأموال - دار الكتب القانونية ، ٢٠٠٥ ، المحلة ، ص ٣٣ .

(١) اعتمدنا في تحديد هذه الضوابط على : سمير الخطيب - مكافحة عمليات غسل الأموال- التعاون الدولي ودور المؤسسات المصرفية والمالية في مجال مكافحة - الانتقليات الدولية و التشريعات التي تجرم عمليات غسل الأموال ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص ٧٨ .

والرجوع أيضا إلى الضوابط الواردة في نفس المرجع السابق ، ص ١٨٢ : ص ١٩٢ .

٥- التدريب للمختصين بالبنوك .

٦- النظم الداخلية بالبنوك .

وسنتعرض فقط للضوابط الموضوعية التى تتلاءم مع تطبيق سياسة "اعرف عميلك" دون المسائل الاجرائية فى هذا الصدد . والتى تتمثل فى :

١- ضوابط فتح الحسابات المصرفية .

٢- ضوابط تتعلق بمزاولة العمليات المصرفية .

٣- التدريب للمختصين فى البنك .

### أولاً - ضوابط فتح الحسابات المصرفية

وضع البنك المركزى للبنوك التجارية ضوابط محددة بشأن فتح الحسابات المصرفية لعملائها ، وذلك لضمان تطبيق سياسة اعرف عميلك بدقة وإحكام ، ومن ثم مكافحة أى عمليات مشبوهة قد تتعلق بهذه الحسابات . ومن أهم هذه الضوابط :

١- الحصول على بيانات محددة من العملاء للتعرف على الهوية والأوضاع القانونية للعملاء ، والتأكد من صحتها من خلال وسائل إثبات قانونية وتسجيل بيانات التعرف، على أن يحقق ذلك متطلبات مبدأ "اعرف عميلك".

٢- لا يجوز فتح حسابات لأشخاص مجهولى الهوية أو بأسماء صورية أو وهمية .

٣- أن يتم فتح الحساب على نموذج بنكى موحد لدى كافة فروع البنك. ويتعين على العملاء استيفائها والتوقيع عليها . وعلى البنك أن يتحقق من صحة تلك البيانات واعتمادها وفقاً للمستندات الأصلية المقدمة من العميل . مع ضرورة تحديث هذه البيانات والمستندات بصورة دورية .

٤- أن يحتوى نموذج فتح الحساب بيانات تفصيلية تتضمن: الاسم الكامل للعميل وجنسيته، عنوان الإقامة الدائم، رقم الهاتف ، عنوان العمل، نوع النشاط ... وأى بيانات أخرى يرى البنك ضرورتها .

وهذا الأمر بشأن الأشخاص الطبيعيين . أما بالنسبة للشخص الاعتبارى فبالإضافة إلى هذه البيانات لابد من استيفاء بيانات اضافية معينة تشمل :

- الشكل القانونى وطبيعة النشاط .
- الشخص المفوض بالتوقيع عن الشخص الاعتبارى .
- اسماء و عناوين الشركاء فى حالة شركات الأشخاص .
- اسماء و عناوين المساهمين الذين تزيد ملكية كل منهم على ١٠% من رأس مال الشركة فى حالة شركات الأموال .
- ٥- استيفاء توقيع العميل على إقرار بأنه المالك الأسمى والمستفيد الوحيد من فتح الحساب ، مع التزامه بعدم ايداعه شخصياً أو قبوله ايداع اية مبالغ مجهولة المصدر أو مشبوهة ، مع تعهده بتحديث بيانات النموذج . وبهذا الأمر أراد البنك المركزى أن يضمن عدم استغلال العميل لحسابه فى القيام بعمليات تتضمن غسل أموال أو القيام بأى عمليات أخرى مشبوهة .
- ٦- يجب على الموظف المختص أن يطلع على أصل المستندات الخاصة بفتح الحساب ويوقع على الصور على أنها طبق الأصل، ويراعى استيفاء المستندات الواردة تفصيلاً فى تعليمات البنك المركزى فى هذا الشأن .
- ٧- فى حالة طلب إحدى المؤسسات المالية (المحلية أو الأجنبية) فتح حساب لدى البنك يتعين الحصول على بيانات كافية عنها توضح هوية المؤسسة المالية وأنها تخضع لإشراف رقابى من سلطة رقابية فى الدولة الأم ، والتأكد من أن الدولة الأم للمؤسسة المالية يوجد فيها تشريعات لمكافحة غسل الأموال .
- ٨- ومن أجل مكافحة غسل الأموال أولى البنك المركزى حماية خاصة فى حالة فتح الحساب بشأن العملاء التالين ، لوجود شبهة اجراء عمليات غسل أموال :
- العملاء الذين ينتمون لدول لا يتوافر فيها تشريعات خاصة لمكافحة غسل الأموال .

- العملاء الذين يمارسون أنشطة تتعلق بالسلع الثمينة كالمجوهرات والسيارات والتحف ، أو بالتعامل فى العقارات والتأجير التمويلي وأندية القمار .
- العملاء الذين يسافرون بصورة مستمرة إلى دول تشتهر بتجارة المخدرات .
- العملاء الذين يقبلون على استثمارات ذات مخاطر غير عادية، أى يكون سلوكهم مختلفاً عن سلوك المستثمر العادى .

## ٢- مزاولة العمليات المصرفية

وضع البنك المركزى مجموعة من الضوابط تتعلق بمزاولة العمليات المصرفية ، على أن تراعى هذه الضوابط مبدأ "اعرف عميلك" لمنع أو كشف وجود شبهة غسل أموال .  
وستتعرض فقط للضوابط التى من شأنها أن تكشف العمليات المشبوهة بالنسبة للعمليات المصرفية التالية :

### أ- عمليات الإيداع النقدى

يجب على البنوك أن تولى عناية خاصة بالنسبة للإيداعات الآتية:

- ١- الإيداعات النقدية الكبيرة لعملاء لا تتماشى مع طبيعة نشاطهم .
- ٢- الإيداعات النقدية المتكررة التى لا يتناسب مجموعها خلال فترات معينة مع النشاط الذى يقوم به العملاء .
- ٣- الإيداعات النقدية المتكررة من قبل جهات مختلفة فى حساب أحد العملاء لغرض غير واضح ، ودون أن يكون هناك ثمة علاقة بين هذه الجهات والعميل .
- ٤- الإيداعات النقدية الكبيرة التى يتم تحويلها خلال فترات زمنية قصيرة إلى جهة أخرى لا ترتبط بشكل وثيق بنشاط العملاء الذين قاموا بتحويلها.
- ٥- الإيداعات النقدية الكبيرة التى يقوم بها العملاء الذين يستعملون عادة الشيكات أو الأدوات المصرفية الأخرى أو آلات الصرف والإيداع

الآلى، بمعنى انه لا يتحقق اتصال مباشر بينهم وبين موظفى البنك وخاصة إذا كانت تلك الإيداعات لا تتماشى مع طبيعة نشاط العميل.

٦- الأشخاص الذين يسعون إلى تبديل كميات كبيرة من أوراق البنكنوت من فئات صغيرة إلى كبيرة دون أسباب واضحة .

وتنطبق نفس المعايير والضوابط فيما يتعلق بشراء أو بيع النقد الأجنبى .

#### ب- التعامل على حساب العملاء

- يجب على البنوك أن تولى عناية خاصة بالنسبة للمعاملات التالية:
- ١- العملاء الذين يحولون مبالغ كبيرة خارج البلاد مصحوبة بتعليمات بالدفع نقداً ، وكذلك المبالغ المحولة إلى الداخل لصالح عملاء غير مقيمين مصحوبة بتعليمات بالدفع نقداً ، خاصة إذا كانت هذه التحويلات الضخمة لعملاء لا تتناسب مع طبيعة وحجم نشاط هؤلاء العملاء مع الخارج .
  - ٢- ورود تحويلات بمبالغ كبيرة مع تعليمات بالدفع نقداً لمستفيدين ليس لهم حسابات بالبنك .
  - ٣- التحويلات القادمة والمتجهة إلى دول لا تتوافر فيها نظم تشريعية مناسبة لمكافحة عمليات غسل الأموال يخشى معه الاستفادة من هذا النقص التشريعى فى هذه البلاد بالقيام بعمليات غسل أموال فيها عن طريق العمليات المصرفية .
  - ٤- تتعد حسابات العميل فى البنك بصورة لا تتناسب مع طبيعة نشاطه، أو حدوث مسحوبات نقدية كبيرة من حساب يعد غير نشط أو حساب ثم تحويل مبالغ كبيرة إليه من الخارج بصورة غير متوقعة. كذلك الحساب الذى يتم تحويل مبالغ كبيرة إليه بسبب غير واضح أو ليس له علاقة بنشاط العميل . بالإضافة إلى كافة العمليات المصرفية الأخرى التى تتم على حساب العميل دون أن تتناسب مع طبيعة نشاطه .
  - ٥- تكرار تحويل مبالغ صغيرة إلكترونياً إلى أحد الحسابات، ثم قيام صاحب الحساب بسحب هذه المبالغ أو تحويلها لحساب آخر فى

الداخل أو الخارج .

٦- خصم أوراق تجارية يكون المستفيد فيها طرفاً أجنبياً غير معروف للبنك دون وجود أى مبرر لخصمها داخل البلاد .  
وتنطبق نفس المعايير السابقة والضوابط فيما يتعلق بعمليات شراء وبيع النقد الأجنبى .

هذا وقد وضع البنك المركزى معايير وضوابط أخرى تحمى البنوك من خطر استغلالها فى القيام بعمليات غسل أموال فيما يتعلق بشراء أوراق مالية بمبالغ كبيرة لعملاء بصورة لا تتماشى مع طبيعة نشاطهم . وكذلك قيام العملاء بطلب الاقتراض بضمان أصول مملوكة لآخرين ليس لهم علاقة بهذا العميل بصورة واضحة ، أو أن الاقتراض تم بمبالغ كبيرة لا تتماشى مع طبيعة نشاط العميل .

كما أولى البنك المركزى عناية خاصة بتعاملات المترددين على كازينوهات القمار والذين يتم كشف هذا الأمر بالنسبة لهم من خلال مندوبى البنوك المشرفة على هذه الكازينوهات .

وبالإضافة إلى العمليات المصرفية العادية ، أهتم البنك المركزى بالعمليات المصرفية غير العادية بوضع ضوابط تمكن النظام الداخلى للبنوك من اكتشاف تلك العمليات التى يشتبه أنها تتضمن غسل أموال .

### ٣- التدريب للمختصين بالبنوك

يجب على البنوك اعداد برامج وتنفيذها بشأن تدريب العاملين بالبنوك ، وذلك لزيادة كفاءتهم فى الالتزام بضوابط البنك المركزى .  
ويتعين أن تتضمن هذه البرامج أساليب غسل الأموال وكيفية اكتشافها والإبلاغ عنها ، وكيفية التعامل مع العملاء المشتبه فيهم مع الاحتفاظ بسجلات بشأن كافة البرامج التدريبية التى تمت خلال فترة لا تقل عن خمس سنوات . وتلتزم كافة البنوك بوضع نظم داخلية تمكن من تطبيق كافة الضوابط السابقة بصورة فعالة مع مراجعة هذه النظم بصورة دورية لاكتشاف اية نقاط ضعف فيها أو فى مدى الالتزام بتطبيقها واتخاذ الاجراءات اللازمة لتلافيها .

ويستعان في تنفيذ هذه البرامج بالمعاهد المتخصصة التي تنشأ لهذا الغرض سواء كانت محلية أو دولية مع الاستفادة من الخبرات المحلية والدولية في هذا الصدد<sup>(١)</sup>.

هذا وقد انشأ قانون مكافحة غسل الأموال المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ ، والمعدل بالقانون رقم ٧٨ لسنة ٢٠٠٣ وحدة مكافحة غسل الأموال في البنك المركزي ، والتي تعد مهامها منظومة متكاملة مع الضوابط الرقابية الصادرة من البنك المركزي المصري لمكافحة غسل الأموال للبنوك التجارية الأخرى ، السالف بيانها ، بحيث تصبح مسألة مكافحة غسل الأموال من خلال البنوك المصرية فعالة ومحكمة بصورة واضحة .

### ثالثاً- إمساك السجلات والمستندات

تلتزم البنوك بإمساك سجلات ومستندات لقيد كافة العمليات المالية التي تجريها ،<sup>(٢)</sup> ويشمل هذا الالتزام :

- قيد كافة العمليات المالية والمصرفية إلى تجريها البنوك التجارية سواء كانت عمليات محلية أو دولية . وذلك لكي يتاح لها سرعة الاستجابة لطلبات الحصول على معلومات من السلطات المختصة وذلك عند وجود أى شبهة للقيام بعمليات غير مشروعة .
- أن التزام البنوك يتعلق بإمساك السجلات والمستندات الخاصة ببيانات العملاء والمستفيدين الحقيقيين من الأشخاص الطبيعيين والأشخاص الاعتبارية وكافة العمليات المصرفية التي يقومون بها . وقد حدد القانون الاحتفاظ بهذه السجلات والمستندات لمدة لا تقل عن خمس سنوات من تاريخ انتهاء التعامل مع البنك أو من تاريخ قفل الحساب . ولم يشترط القانون أن يتم الاحتفاظ بأصول هذه المستندات ، ولكن يجوز الاحتفاظ بالصورة المصغرة منها (الميكرو فيلمية) بدلاً من الأصل . ويكون لتلك الصور حجية الأصل في الإثبات بشرط أن

(١) م (٤٢) من اللائحة التنفيذية للقانون .

(٢) م (٩) من قانون مكافحة غسل الأموال المصري .

يراعى فى اعدادها وحفظها واسترجاعها القواعد التى يصدر بها قرار من وحدة مكافحة غسل الأموال . وهذا الالتزام يمكن السلطات المختصة من الكشف عن عمليات غسيل الأموال بالرغم من انتهاء التعامل بين البنك والعميل .

- تلتزم البنوك بتحديث بيانات العملاء بصورة دورية وذلك لضمان معرفة هوية العملاء بصورة مستمرة ومن ثم سهولة التوصل لهم عند الضرورة .

كما تلتزم بوضع هذه السجلات والمستندات تحت تصرف السلطات القضائية والجهات المختصة عند طلبها اثناء الفحص والتحرى وجمع الاستدلالات أو التحقيق أو المحاكمة فى أى من الجرائم الخاضعة لأحكام هذا القانون .

#### رابعاً- حظر إخطار العميل

فى حالة الاشتباه بإجراء العميل أى عمليات مالية أو مصرفية فى البنك تتضمن شبهة غسل الأموال ، فعلى البنك اتخاذ الاجراءات الخاصة بإخطار وحدة مكافحة غسل الأموال لتتخذ الاجراءات التى نص عليها القانون بشأن هذه العمليات . ولكن نص المشرع صراحة ، فى هذا الصدد، على حظر اخطار العميل أو الافصاح له أو للمستفيد أو لغير السلطات والجهات المختصة بتطبيق أحكام هذا القانون عن أى اجراء من اجراءات الاخطار أو التحرى أو الفحص التى تتخذ فى شأن المعاملات المالية المشتبه فى أنها تتضمن غسل أموال ، أو عن البيانات المتعلقة بها (١) .

وهذا الالتزام من جانب البنك هو أمر بدهي حتى لا يتخذ العميل فى حالة معرفته بالإجراءات التى تتخذ من جانب الوحدة تجاه معاملاته ، اجراءات الحيلة والحذر أو حتى الهروب خارج البلاد إذا انكشف أمره بأنه يمارس أى عملية من عمليات غسل الأموال .

ولذلك فإن هذه الاجراءات يجب أن تتم بقدر كبير من السرية ودون اخطار العميل بأي منها حتى تتمكن الوحدة من الكشف عن ماهية هذه

(١) م (١١) .



العمليات والوقوف على حقيقة طبيعتها .

وبناءً على كافة الإجراءات التي اتخذتها مصر منذ بداية عام ٢٠٠١ والمتعلقة بمكافحة غسل الأموال بإصدار القانون رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ بشأن مكافحة غسل الأموال وإنشاء وحدة بالبنك المركزي مختصة بمكافحة غسل الأموال ، بالإضافة إلى قيام البنوك والمؤسسات المالية المختلفة باتخاذ الإجراءات والضوابط التي أوصى بها البنك المركزي لمكافحة غسل الأموال، فقد تم رفع اسم مصر من الدول غير المتعاونة في هذا المجال وذلك في عام ٢٠٠٤ . وعاد مناخ الاستثمار في مصر إلى وضعه الطبيعي، بل وأصبحت مصر مجالاً خصباً لجذب الاستثمارات العربية والأجنبية بصورة أكبر مما كان عليه الحال فيما قبل .

خلاصة القول أن قانون مكافحة غسل الأموال المصري لا يعارض مبدأ السرية المصرفية إلا بالقدر الذي يسمح بكشف وملاحقة عمليات غسل الأموال . وهذا ما راعاه المشرع المصري في نصوص قانون مكافحة غسل الأموال .

## المبحث الثاني

### لبنان وعمليات غسل الأموال

#### موقف لبنان من عمليات غسل الأموال

تبنت لبنان مبدأ السرية المصرفية منذ عام ١٩٥٦ ، وذلك بصدر قانون ٣ ايلول لسنة ١٩٥٦ . هذا القانون الذي قرر العديد من الأحكام للحفاظ على السرية المصرفية والذي كان يعد ، في ذلك الوقت وحتى فترة من الزمن ، من أشد القوانين صرامة في العالم ، حيث يمنع خرق السرية المصرفية بصورة مطلقة إلا في أضيق نطاق ممكن ، وذلك في مواجهة السلطات القضائية والمالية في الدولة .

ويأتى هذا التشدد من جانب المشرع اللبناني في الحفاظ على السرية المصرفية إلى الطبيعة الخاصة للاقتصاد اللبناني . إذ يعتمد الاقتصاد والقطاع المصرفي اللبناني بشكل واضح على حركة التحويلات

والتدفقات الرأسمالية من الخارج<sup>(١)</sup> . وهذا يتفق مع اتساع حركة التجارة  
والمعاملات اللبنانية مع الخارج . ولذلك ومن أجل حرص السلطات اللبنانية  
على تعزيز مصداقية وسلامة القطاع المصرفي والمعاملات المالية  
والمصرفية احكمت بصورة شديدة مبدأ السرية المصرفية .

وقد أصدر لبنان قانون السرية المصرفية في ٣ ايلول ١٩٥٦ في  
ظل ظروف سياسية واقتصادية مستقرة تهدف إلى جذب رؤوس الأموال  
العربية والأجنبية إليها .

ويمكن أن نلخص الخصائص التي يتميز بها الاقتصاد اللبناني على  
النحو التالي<sup>(٢)</sup> :

- ١- تعامله مع النقد الأجنبي بصورة تفوق تعامله مع النقد الوطني .
  - ٢- كبر حجم التعامل بالعملة الأجنبية في حسابات مصرفية وفي عمليات  
البيع والشراء .
  - ٣- التحويل بحرية كبيرة بين العملات كافة من وإلى لبنان، ليس فقط في  
البنوك بل وفي مكاتب الصرافة المنتشرة في لبنان .
  - ٤- كثرة التحويلات الضخمة من المغتربين اللبنانيين والذي زاد عددهم  
بشكل كبير بعد الحرب الأهلية اللبنانية وقد بلغت هذه التحويلات ما يزيد  
على ستة مليارات دولار سنوياً .
- وقد ترتب على ما اوردته قانون السرية المصرفية اللبناني من  
ضوابط وإجراءات شديدة وصارمة لحماية السرية، انه تم ادراج لبنان في  
قائمة الدول غير المتعاونة في مجال مكافحة غسل الأموال من قبل مجموعة  
العمل المالي الدولية FATF وتلك في عام ٢٠٠٠ . باعتبار أن السرية  
المصرفية شبه المطلقة قد ساعدت على اجراء العديد من عمليات غسل  
الأموال وتمويل الارهاب في لبنان .

ونجد ، كذلك ، أن منتدى الاستقرار المالي العالمي في اطار

---

(١) د. احمد سفر - مكافحة غسل الأموال في البلدان العربية - اتحاد المصارف العربية-  
سنة ٢٠٠٣ - ص ٢١٦ - وكذلك هيام الجرد - المد والجزر بين السرية المصرفية  
وتبييض الأموال "دراسة مقارنة للقوانين التي تحكم السرية المصرفية وتبييض الأموال  
- منشورات الحلبي الحقوقية - ٢٠٠٤ ، ص ١٣١ .  
(١) هيام الجرد - مرجع سابق - ص ١٣١ .

صندوق النقد الدولي ، قد ادرج لبنان خلال العام نفسه ضمن المستوى أو اللائحة الثالثة الأقل تعاوناً ، لمراكز الوحدات المصرفية الخارجية "Offshore" (١) .

وترتب على اعتبار لبنان من الدول غير المتعاونة في مجال مكافحة غسل الأموال أن تم تقييد التعامل معها على المستوى الدولي (٢) ، نظراً لشبهة حدوث عمليات غسل الأموال بصورة مكثفة بواسطة العمليات المصرفية الدولية ومن ثم تمويل الارهاب الدولي .

### أولاً - الجهود المبذولة لمكافحة غسل الأموال في لبنان

ادركت السلطات اللبنانية مدى خطورة اجراء العديد من عمليات غسل الأموال في الاقتصاد اللبناني . خاصة ، على نحو ما سلف ذكره، أن الاقتصاد اللبناني هو اقتصاد مفتوح على العالم ، وان حركة التعاملات في النقد الأجنبي ورؤوس الأموال والاستثمارات الأجنبية في لبنان كبير للغاية، وان اعتبار لبنان مقصداً لعمليات غسل الأموال يمثل عرقلة لتطور ونمو الاقتصاد اللبناني لا سيما ما قد يؤدي إلى مقاطعة التعامل معه .  
ولذلك اتخذت لبنان العديد من الاجراءات لتسير في نهج السياسة الدولية لمكافحة غسل الأموال، محاولة بذلك أن توفق بين الشفافية المطلوبة في العمليات المصرفية و عملية الحفاظ على السرية المصرفية .  
ويمكن تقسيم هذه الجهود إلى جهود دولية وأخرى داخلية .

### ١ - الجهود الدولية لمكافحة غسل الأموال

حاولت السلطات اللبنانية أن تكافح عمليات غسل الأموال وتشارك

(٢) د. احمد سفر - مرجع سابق ، ص ٢١٦ .

يقصد بالمصارف على شكل اوف شور offshore ، الشركات التي تؤسس في لبنان وتقدم خدمات وتقوم بنشاط مصرفي ومالي وأعمال وساطة يجرى تنفيذها خارج الأراضي اللبنانية ، هذا وقد ألغيت امكانية تأسيس البنوك على هذا الشكل بموجب القانون رقم ٢٥٣ لسنة ٢٠٠٠ الخاص بشركات الاوف شور .

(١) قلمت وزارة الخارجية الامريكية بإصدار ارشاد رقم ١٨ الموجه للمصارف والمؤسسات الامريكية والذي يقيد التعامل مع لبنان بسبب وجود السرية المصرفية الذي يجعلها ملجأ خصباً لإجراء عمليات غسل الأموال فيها .

المجتمع الدولي في هذه المكافحة من خلال التوقيع على اكثر من اتفاقية دولية في هذا الصدد .

وقد تمثلت هذه الجهود في الانضمام إلى اتفاقية فيينا الخاصة بمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية، وذلك بموجب القانون رقم ٤٢٦ لسنة ١٩٩٥ .

وقد تم في إطار هذه الاتفاقية تجريم عمليات غسل الأموال الناتجة عن أنشطة غير مشروعة واتخاذ العديد من الاجراءات لمكافحة غسل الأموال كمصادرة الأموال والممتلكات المتحصلة ، وتعزيز التعاون الدولي في مكافحة هذه العمليات بما في ذلك تبادل المعلومات وتبادل المتهمين<sup>(١)</sup> . وكان من نتيجة هذه الاتفاقية أنه قد تم انشاء مجموعة العمل المالي الدولي (FATF) داخل منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية ؛ وهي الهيئة الأهم المعنية بمكافحة غسل الأموال . حيث صدرت عنها التوصيات الأربعين الخاصة بمكافحة غسل الأموال .

هذا وقد سجلت لبنان عدة تحفظات على أحكام هذه الاتفاقية بقصد عدم المساس بمبدأ السرية المصرفية تتمثل هذه التحفظات فيما يلي<sup>(٢)</sup> :

- البند الثالث من المادة الخامسة ، الخاصة بتقديم السجلات المصرفية والتحفظ عليها .

- الفقرة "و" من البند الثاني من المادة السابعة ، فيما يتعلق بتوفير النسخ الأصلية أو الصور المصدق عليها من السجلات المصرفية في اطار المساعدة القانونية المتبادلة .

- البند الخامس من المادة السابعة ، فيما يتعلق بالامتناع عن تقديم المساعدة

---

(١) وانظر في تفصيل هذه الاتفاقية ، د. محمود شريف بسيوني - غسل الأموال الاستجابات الدولية وجهود المكافحة الاقليمية والوطنية - دار الشروق ، ص ٦٤ وما بعدها .

د. سمير الخطيب - مرجع سابق - ص ٥٠ .

د. هيام الجرد - مرجع سابق - ص ١٤٧ .

(٢) منى الاثقر جبور ومحمود جبور ، تبييض الأموال والإرهاب (مكافحة الجريمة عبر القنوات المالية) ايدريل ، بيروت ، ٢٠٠٣ ، ص ٤٢ : ص ٤٣ .

United Nations Convention against illicit traffic in narcotic drugs and psychotropic substances 1988 - [www.unodc.org-convention-1988](http://www.unodc.org-convention-1988)

القانونية المتبادلة ، بقدر ما تمس مبدأ السرية المصرفية .  
كما قامت لبنان بالتوقيع على اتفاقية الحيطة والحذر بين البنوك  
العاملة في لبنان في أواخر عام ١٩٩٦ ، والتي قررت العديد من  
الاجراءات الصارمة من أجل تجنب استخدام القطاع المصرفي لغسل  
الأموال . وبالرغم من توقيع لبنان على هذه الاتفاقية إلا أنها حرصت على  
إلا يحدث تعارض بينها وبين قانون السرية المصرفية اللبناني .

وتهدف اتفاقية الحيطة والحذر إلى تنظيم القواعد التي يجب على  
البنوك تطبيقها حتى لا يتم استخدام البنوك في عمليات غسل الأموال الناتجة  
عن الاتجار غير المشروع في المخدرات وتبقى هذه الاتفاقية سارية  
المفعول حتى عام ٢٠٢٠ .

وقد جاءت الأحكام العامة لاتفاقية الحيطة والحذر بإلزام البنوك  
باتخاذ أقصى التدابير لمكافحة تبييض الأموال خاصة فيما يتعلق بتطبيق  
سياسة "اعرف عميلك" ، وكذلك بالتأكد من طبيعة العنيت المصرفية التي  
يقوم بها خاصة إذا كانت تتجاوز قيمتها عشرة آلاف دولار أمريكي والتي  
تثير شكوكا حول عمليات غسل الأموال .

إلا أن هذه الاتفاقية قد حصرت هدفها في مكافحة غسل الأموال  
الناتج عن الاتجار غير المشروع في المخدرات فقط دون غيرها من  
الوسائل غير المشروعة الأخرى، لاسيما جرائم الارهاب الدولي . كما أن  
هذه الاتفاقية قد اتسمت بالطابع الاختياري ، فلم يكن لها القوة الإلزامية كما  
لم تتضمن عقوبات رادعة في حالات غسل الأموال . كل ذلك أفقد هذه  
الاتفاقية أهميتها وقوتها في مجال مكافحة غسل الأموال .

بل يمكن القول أنه بالرغم من انضمام لبنان إلى هذه الاتفاقية لمنع  
المصارف من القيام بأى عمليات مشبوهة تتضمن غسل للأموال، إلا أنها  
كانت من ضمن المآخذ التي اخذتها مجموعة العمل المالي الدولي على لبنان  
بسبب الانتقادات السالف بيانها على الاتفاقية ، بالإضافة إلى عدم كفاية  
انظمة المراقبة والردع . فلا يحق لأي سلطة قضائية أو ادارية أن تطلع  
على الحسابات ، أو تجميد أى حسابات مصرفية مشبوهة أو حجزها . كما  
انه لا يوجد انظمة للمعلومات أو امكانية تبادل المعلومات، فلا يوجد جهاز

مركزي لجمع المعلومات المالية المشبوهة ، كما لا يترتب على عدم اخضاع الموظفين في البنوك لأى عقوبات فى حالة عدم التصريح عن العمليات المشبوهة ، أضف إلى ذلك عدم إمكانية تبادل المعلومات مع الخارج عن العمليات المشبوهة .

إن ، لم يكن انضمام لبنان إلى اتفاقية فينا أو اتفاقية الحيطة والحذر كافيا أو لجعل المناخ الاقتصادى آمنا لمنع مكافحة غسل الأموال فيها . ومن ثم لم يمنع ذلك من أن تكون لبنان مقصداً أساسياً لغاسلى الأموال لإجراء عمليات غسل الأموال فيها خاصة بواسطة البنوك.

## ٢- الجهود الداخلية لمكافحة غسل الأموال

حاول المشرع اللبناني أن يكافح غسل الأموال داخل الاقتصاد اللبناني ، وخاصة من خلال البنوك ، وذلك بعيداً عن إصدار قانون مباشر لمكافحة غسل الأموال نظراً لكونه يصطدم بمبدأ السرية المصرفية المطلق ، الذى كانت تشتهر به لبنان فى تلك الأونة . والذى كان السبب الأساسى فى اعتبار لبنان ملاذاً استثمارياً آمناً للعرب والأجانب من جهة ، كما يعد مجالاً خصباً لغسل الأموال من جهة أخرى.

ولذلك قام المشرع اللبناني بإصدار قانون المخدرات والمؤثرات العقلية والسلائف وذلك عام ١٩٩٨<sup>(١)</sup> . هذا القانون الذى حاول به المشرع أن يكافح عمليات غسل الأموال من خلال تجريم المخدرات دون أن يخرق السرية المصرفية .

ويعد هذا القانون هو أول قانون لبنانى يتعرض بصورة صريحة لعمليات غسل الأموال فى المادة الثانية منه ، حيث عرفت هذه الجريمة على أنها إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع للأموال المنقولة أو غير المنقولة ، أو الموارد الناتجة عن جرائم المخدرات والمؤثرات العقلية والسلائف . كما تم فرض عقوبات على كل من يقوم بعمليات غسل أموال<sup>(٢)</sup> . فنجد أن المشرع قد جرم كل فعل من شأنه تأمين أو تسهيل أو

(١) انطوان الناشف ، المصارف بين تبييض الأموال والسرية المصرفية ، دار الغزال ، بيروت ، ٢٠٠١ ، ص ١٥١ .

(٢) م (١٣٢) من القانون .

إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع للأموال القذرة والناجئة عن ارتكاب إحدى جرائم المخدرات مع ضرورة توافر الركن المعنوي للجريمة الذي يتمثل في ضرورة العلم بأن هذه الأموال متحصلة من جرائم مخدرات أو مجرد الاشتراك فيها أو التحريض عليها . وبتعبير آخر أن يعلم الشخص بالمصدر غير المشروع للأموال التي يتداولها ، لأن العلم يمثل عنصراً جوهرياً في جرائم غسل الأموال .

وبالرغم من أن قانون المخدرات والمؤثرات العقلية والسلانف قد اهتم بجريمة غسل الأموال ضمن أحكامه ، إلا أن هذا الاهتمام قد أتى بصورة عرضية وليست أساسية ، وذلك حتى لا يتم خرق مبدأ السرية المصرفية المحكم الذي تتميز به لبنان .

#### ثانياً - إصدار قانون مكافحة غسل الأموال اللبناني

ساهمت السرية المصرفية المطلقة وموقع لبنان الجغرافي وحرية التجارة والتحويلات الرأسمالية وضعف الرقابة على العمليات المصرفية ، وهي كلها تمثل عوامل جذب للإيداعات في البنوك اللبنانية، بالإضافة إلى كبر حجم الإيداعات النقدية في البنوك في عدم البحث أو عدم الاهتمام عن مدى مشروعية مصدر هذه الأموال .

كما لم تنجح الاتفاقيات الدولية ، السالف بيانها ، أو القوانين الداخلية في منع أن تكون لبنان ملجأ آمناً لغاسلي الأموال ومقصداً للقيام بعمليات غسل الأموال بشكل كبير أمام المجتمع الدولي .

وإزاء ذلك تزايدت الاتهامات الدولية الموجهة للبنان ليس فقط بسبب نظام السرية المصرفية المطلق الذي طالما دعى المجتمع الدولي إلى تخفيفه ، بل أيضاً بسبب شبهة عمليات غسل الأموال المتكررة فيه . فقامت مجموعة العمل المالي الدولي FATF ، والتي وصفت خمسة وعشرين معياراً لتقييم الدول غير المتعاونة في مجال مكافحة غسل الأموال بإلحاق لبنان في القائمة السوداء<sup>(1)</sup> . وإلحاق أي دولة بقائمة الدول غير المتعاونة يعني عدم تعامل المؤسسات المالية الدولية مع البنوك والمنشآت الكائنة في

(1) [www.FATF-gafi.org](http://www.FATF-gafi.org).

تلك الدولة ، مما يؤثر سلبا على اقتصادها بوجه عام ، والقطاع المصرفي بوجه خاص . بالإضافة إلى ما يواجه القطاع التجارى من مشاكل كبيرة خاصة عدم قبول الاعتمادات المستندية التى تصدرها البنوك والمنشآت المالية فى تلك الدولة (١) .

وقد قامت FATF بإدراج اسم لبنان فى قائمة الدول غير المتعاونة فى مجال مكافحة غسل الأموال فى اللائحة الاولى الصادرة عام ٢٠٠٠ ، واللائحة الثانية الصادرة عام ٢٠٠١ .

وقد كان تأثير ذلك سلبيا على الاقتصاد اللبنانى فى تلك الأونة . فضلا عن الآثار السلبية السابقة ، قامت وزارة الخزانة الأمريكية عام ٢٠٠٢ بفرض قيود رقابية على التعامل المالى مع لبنان حيث قيدت البنوك والمؤسسات الأمريكية من التعامل المصرفى والمالى مع لبنان ، وإجراء تدقيق شديد فى كافة المعاملات الخاصة بذلك لكونها دولة غير متعاونة فى مجال مكافحة غسل الأموال .

ما سبق دفع المشرع اللبنانى إلى السعى نحو سرعة إصدار قانون متخصص لمكافحة غسل الأموال . وقد كانت أهم صعوبة واجهته هو محاولة التوفيق بين مبدأ السرية المصرفية والشفافية فى العمليات المصرفية.

وقد أصدر المشرع اللبنانى بالفعل قانون مكافحة غسل الأموال رقم ٣١٨ لعام ٢٠٠١ ، والقرار رقم ٧٨١٨ الخاص بنظام مراقبة العمليات المالية والمصرفية لمكافحة تبييض الأموال ، وقد راعى فيه المشرع محاولة التوفيق بين أحكام السرية المصرفية والمعايير الدولية المطلوبة لمكافحة غسل الأموال .

وكان من نتيجة اصدار هذا القانون أن تم رفع اسم لبنان من لائحة الدول غير المتعاونة فى مكافحة غسل الأموال من قبل مجموعة العمل المالى الدولى وذلك فى اجتماعها فى باريس عام ٢٠٠٢ (٢) . وقد تم هذا الرفع بعد أن تم وضع لبنان تحت مراقبة مجموعة FATF والتأكد من

(٢) د. احمد سفر - مرجع سابق - ص ٩٩ .

(١) د. احمد سفر - مرجع سابق - ص ١٠٤ : ص ١٠٥ .



فاعلية القانون رقم ٣١٨ لعام ٢٠٠١ .

وترتب على ذلك حدوث انفتاح اقتصادى ومصرفى فى التعامل مع لبنان ، خاصة انه بمجرد رفع اسم لبنان من اللائحة السوداء ، قامت بالانضمام كعضو فى مجموعة ايجمونت<sup>(١)</sup> لمكافحة عمليات غسل الأموال فى مختلف دول العالم والتي انشئت فى بروكسل عام ١٩٩٥ .

ومن أهم ايجابيات صدور قانون مكافحة غسل الأموال على الصعيد الاقتصادى امكانية الحصول على مساعدات من الدول الأخرى والمؤسسات المالية الدولية وحصول البنوك اللبنانية على تسهيلات ائتمانية وتسهيل حركة رؤوس الأموال من وإلى لبنان وإطلاق حرية البنوك اللبنانية فى التعامل مع البنوك الدولية ، ومن ثم انخراط القطاع المصرفى والمالى فى مسار العولمة المصرفية والمالية الدولية<sup>(٢)</sup> . كما أن رفع اسم لبنان من لائحة الدول غير المتعاونة ساهم فى زيادة حجم فروع البنوك الأجنبية فى لبنان . كما خففت وزارة الخزانة الأمريكية من قيد التعامل المالى والمصرفى مع لبنان . وقد جاء القرار الأمريكى بتخفيف القيود على عمليات المقاصة وفتح الحسابات والمعاملات المالية بين البنوك اللبنانية والبنوك الأمريكية .

وجدير بالذكر أن قانون مكافحة تبييض الأموال رقم ٣١٨ لسنة ٢٠٠١ الصادر فى لبنان والذي جاء فى ١٧ مادة لم يختلف كثيراً عن قانون مكافحة غسل الأموال المصرى رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ ، السابق بيانه . ولذلك لن نتعرض إلى احكام هذا القانون إلا بالقدر الذى يمثل خرقاً لمبدأ السرية المصرفية .

### ثالثاً - قانون مكافحة غسل الأموال اللبنانى ومبدأ السرية المصرفية

نكرنا أن قانون السرية المصرفية اللبنانى الصادر عام ١٩٥٦ يعد من أشد القوانين صرامة فى العالم ، وان المشرع قد قرر مبدأ السرية شبه المطلقة فى هذا القانون كما أن خرق السرية المصرفية لا يتم إلا فى أحوال

(٢) Egmont group of intelligence units.

(٣) منى اشقر ومحمود جبور ، مرجع سابق ، ص ٧٩ .

استثنائية محصورة ومحدودة على سبيل الدقة والحصص (١) .  
ورأيد أن تأخر المشرع اللبناني في اصدار قانون مكافحة غسل  
الأموال كان بسبب عدم رغبته في اضافة استثناء على مبدأ السرية  
المصرفية .

وقد حاول المشرع في هذا الصدد ، أن يوفق بين اعتبارات السرية  
ومكافحة غسل الأموال في القانون رقم ٣١٨ لسنة ٢٠٠١ .

وقد رأينا أن مبدأ السرية المصرفية من أهم العوامل التي يستغلها  
غاسلو الأموال لإجراء عملياتهم المشبوهة في البنوك . بل نجد انه كلما  
زادت السرية المصرفية شدة كلما ارتفعت نسبة جريمة غسل الأموال  
والعكس صحيح (٢) .

وقد ثار جدل واسع في لبنان بشأن الإبقاء على السرية المصرفية  
كما هي أو التخفيف منها لمكافحة عمليات غسل الأموال خاصة أن من أهم  
الأسباب الرئيسية لوضع لبنان على قائمة الدول غير المتعاونة لمكافحة  
غسل الأموال هو السرية المصرفية المطلقة التي يقرها . وقد تعددت  
الآراء في هذا الصدد بين مؤيد ومعارض .

## ١- الاختلاف حول انتهاك السرية المصرفية

هناك من يرى ضرورة الإبقاء على السرية المصرفية المطلقة (٣)  
استناداً على حماية العمل وحماية شئونه المالية والمصرفية والاقتصادية.  
وان السرية المصرفية المطلقة من شأنها حماية الاقتصاد القومي وتوفير

---

(١) تنص على هذه الاستثناءات المادة الثانية والسادسة من قانون السرية المصرفية  
اللبناني وتتمثل هذه الحالات في موافقة العميل الخطية ، اعلان افلاسه ، وجود نزاع  
قضائي بين العميل والبنك ، إذا تعلق الامر بالدعاوى المترتبة على الكسب غير  
المشروع ، تبادل المعلومات بين البنوك فيما يتعلق بالحسابات المدينة فقط ، وأخيراً  
افلاس البنك .

(٢) وخير مثال على ذلك سويسرا ، حيث اعتبرت ، قبل تخفيف حدة السرية المصرفية  
، مركزاً لعمليات غسل الأموال في العالم فبذت أنها تؤمن الحماية القانونية لهذه الأموال .  
انظر محمود الكندري - مجلة الحقوق - مجلس النشر التشريعي - العدد الثالث ، ١٩٩٨ ،  
ص ٢٩٥ .

(٣) د. خالد سليمان ، تبييض الأموال والسرية المصرفية ، صادر - بيروت - ٢٠٠١ ،  
ص ٧٥ ، وانطوان الناشف ، مرجع سابق ، ص ٤٤٦ .

مناخ الاستقرار الاقتصادى اللازم للتنمية ودعم استقلالية قرارات البنك المركزى وجذب رؤوس الأموال المحلية والأجنبية وتدعيم الثقة فى الجهاز المصرفى بأكمله . وان لبنان فى مرحلة النمو الاقتصادى الذى يحتاج إلى كافة المقومات السابقة لإعادة بنائه وتحقيق الاستقرار الاقتصادى فيه من خلال العمليات المصرفية . ويرى أصحاب هذا الرأى أن عمليات غسل الأموال وإن كانت تزداد بشكل كبير فى البنوك إلا أن هذا لا يمنع من أن هناك عمليات تتم خارج البنوك دون اللجوء إلى العمليات المصرفية ، ومن ثم فإن تخفيف أو رفع السرية المصرفية سيضر الاقتصاد القومى بصورة تفوق فائدته .

وهناك من يرى ضرورة التخفيف من حدة السرية المصرفية وذلك لان السرية المصرفية المطلقة كانت هى الدافع الأساسى لمجموعة العمل المالى الدولية FATF نحو إدراج لبنان على القائمة السوداء ، ومن ثم فيجب الحد منها خاصة أن أغلب الدول الاوروبية قد سلكت هذا المسلك بما فيها سويسرا التى اضطرت إلى تعديل تشريعاتها المصرفية لمكافحة غسل الأموال (١) .

وما يدعم هذا الرأى أن مجموعة العمل المالى الدولية قد وضعت عدة تدابير لحماية الأنظمة المالية والاقتصادية للدول التى تصدر تشريعات لمكافحة غسل الأموال ، وذلك بقصد حماية اقتصادها الوطنى. ومن هذه التدابير (٢) : أن يتم الإبلاغ بصورة منتظمة عن كافة العمليات المصرفية التى تتم مع الدول غير المتعاونة بل قد تصل هذه التدابير إلى حد الامتناع عن التعامل مع هذه الدول بوقف كافة التحويلات المالية الالكترونية ، ومنع هذه الدول من استعمال أنظمة المعلوماتية ، أو الاستفادة من نظام المعلومات المتوافر فى الدول الاعضاء فى FATF . وقد وصل الأمر إلى ربط المساعدات التى يقدمها صندوق النقد الدولى وغيره من المؤسسات المالية الدولية بمدى تطور تشريعات الدول فى مكافحة غسل الأموال . ولما كانت تشريعات غسل الأموال لا بد أن تتضمن اختراقاً لمبدأ

(١) خالد سليمان - مرجع سابق - ص ٧٦ .

(٢) منى الاشقر - مرجع سابق - ص ٧٦ .

السرية المصرفية فإن أى تشريع لغسل الأموال لابد ان يقيد من مبدأ السرية المصرفية فى هذا الصدد .  
وعليه سنرى المدى الذى اخترق فيه المشرع اللبناى مبدأ السرية المصرفية بإصداره قانون مكافحة غسل الأموال .

## ٢- موقف المشرع اللبناى (التوفيق بين مبدأ السرية المصرفية ومكافحة غسل الأموال)

أضاف المشرع بإصدار قانون رقم ٣١٨ لسنة ٢٠٠١ لمكافحة غسل الأموال استثناء جديداً على مبدأ السرية المصرفية . حيث انه لا يتأتى لأى مشروع أن يقرر أحكاما تكافح غسل الأموال دون أن يخرق مبدأ السرية المصرفية ولو بصورة ضيقة . وهذا ما سلكه المشرع اللبناى حيث حاول أن يوفق بين مبدأ السرية المصرفية المطلق ، الذى تتمتع به العمليات المصرفية ، وبين مكافحة غسل الأموال .

وبمراجعة نصوص هذا القانون نجد أن المشرع قد انشئ هيئة ذات طابع قضائى<sup>(١)</sup> تسمى "بهينة التحقيق الخاصة" وهى هيئة كائنة فى "مصرف لبنان" (البنك المركزى) ولكنها مستقلة عنه ، أى غير خاضعة فى ممارسة اعمالها لسلطة مصرف لبنان . ويتمثل دورها فى<sup>(٢)</sup> :

- ١- اجراء التحقيقات فى العمليات التى يشتبه بأنها تشكل جرائم غسل أموال وتقرير مدى جدية الأدلة والقرائن على ارتكاب هذه الجرائم.
- ٢- تلقى الشكاوى الواردة من الخارج حول حالات غسل الأموال وهو أمر لم يكن موجوداً من قبل للسلطات القضائية أو وزارة العدل والخارجية اللبناية، وكان السبب فى ذلك هو وقوف مبدأ السرية المصرفية حائلاً أمام ذلك فلم يكن يحق لأى جهة الاستعلام أو التحقيق فى مثل هذه الامور<sup>(٣)</sup> .

## ٣- حالات افشاء السرية المصرفية بموجب قانون مكافحة غسل الأموال

(١) م (٦) / ١ .

(٢) م (٦) / ٤ .

(٣) م (١٠) .

حرص المشرع اللبناني على تأكيد امكانية إفشاء السرية المصرفية بشأن الحسابات المشتبه فيها . ويتضح من استقراء نصوص قانون رقم ٣١٨ لسنة ٢٠٠١ أن الإفشاء هنا قد تم في حدود ضيقة واستثنائية بما يخدم الكشف عن الحسابات المشتبه في انها تستخدم في عمليات غسل الأموال . وبناء على ذلك نجد أن الإفشاء يتم في :

١- حق هيئة التحقيق الخاصة في الاطلاع على المستندات التي يلتزم البنك بالاحتفاظ بها والخاصة بكافة العمليات المصرفية وذلك فيما يتعلق بإجراء التحقيقات الخاصة بعمليات غسل الأموال . وهنا لا يقيد بالسرية المصرفية بل يقع على البنك التزام بمساعدتهم في القيام بمهامهم .

ويقع التزام على البنوك بالاحتفاظ بالمستندات وصور الوثائق الرسمية المتعلقة بهوية المتعاملين معهم لمدة خمس سنوات على الأقل وذلك بعد إنجاز العمليات أو قفل الحساب (١) .

ووفقاً لما تقدم ، فإن البنوك تلتزم برفع السرية المصرفية في حالة التحقيقات عن العمليات المشبوهة وذلك لمصلحة الجهة القضائية المختصة والهيئة المصرفية العليا مما يتيح لهذه الجهات حرية إجراء التحقيقات واتخاذ الاجراءات الملائمة لعمليات غسل الأموال (٢) .

٢- في حالة الاشتباه في أى عملية قد تخفى غسل الأموال لابد من الإبلاغ فوراً إلى هيئة التحقيق الخاصة . وبعد التأكد من صحة المعلومات عن طريق التحقيق بشأن الحسابات المشبوهة يتم تجميد الحسابات المشبوهة إلى أن يصدر قرار من الهيئة أما بتحرير الحساب إذا اتضح عدم صحة المعلومات وان مصدر الاموال مشروعاً ، أو برفع السرية المصرفية عن الحساب المشتبه فيه .

وهنا تلتزم الهيئة بأن ترسل صورة من قرارها النهائي المعلل إلى كل من النائب العام التمييزي والهيئة المصرفية العليا (٣) .

وفي كل الأحوال لا يتم إخطار العميل بأي خطوات أو اجراءات أثناء عملية التحقيق والتأكد من مصدر هذه الأموال .

(١) م (٥) / ج .

(٢) م (٦) / ٤ .

(٣) م (٨) / (١ ، ٢ ، ٣ ، ٤) .

٣- حالة تبادل المعلومات بواسطة الجهاز المركزي الذي تعينه هيئة التحقيق الخاصة والذي يسمى بالوحدة الادارية لجمع المعلومات المالية والذي تتمثل مهمته في جمع المعلومات المتعلقة بجرائم غسل الأموال . على أن يتم تبادل المعلومات مع الأجهزة الأجنبية المناظرة<sup>(١)</sup> . هذا وبالرغم من أن المشرع قد أجاز رفع السرية المصرفية عن الحسابات المشبوهة ، فإنه لا يجوز للهيئة أن تتخذ هذا القرار إلا بتوافر شرطين :

١- جدية الأدلة والقرائن ، ابتداء من هوية العميل ، مروراً بسائر المعلومات المتصلة بشخصه ، وصولاً إلى حركة الحساب ، إلا إذا كان الاشتباه يصل إلى درجة اليقين في إجراء غسل أموال .

٢- ضرورة اتخاذ قرار رفع السرية المصرفية بأغلبية الحضور في الهيئة<sup>(٢)</sup> . وقد اعتبرت مجموعة العمل المالي الدولية FATF أن هذا الشرط يمثل اعاقاً في رفع السرية المصرفية ، وان المعيار المتعلق بالسرية المصرفية ينطبق على لبنان بصورة جزئية . فالحصول على الموافقة لرفع السرية المصرفية بأكثرية الحضور ، يعيق العمل القضائي في حال عدم توفر هذه الاغلبية مما يحول دون رفع السرية المصرفية<sup>(٣)</sup> .

وما عدا هذه الاستثناءات نجد أن المشرع اللبناني قد أكد على ضرورة الحفاظ على مبدأ السرية المصرفية التي تمثل أساس المعاملات المصرفية وجذب لرؤوس الأموال الأجنبية ومحور الثقة بين العميل والبنك . وقد برز ذلك فيما قرره المشرع بأنه باستثناء قرار الهيئة بالموافقة على رفع السرية المصرفية ، تتسم السرية المصرفية بالمطلقة . فإذا تم الإبلاغ ، سواء من شخص طبيعي أو معنوي ، بأى عميلة مشبوهة فإن كافة المستندات المقدمة لهذه الغاية ومستندات التحقيق وإجراءاته في شتى مراحلها ، تتسم بالسرية المطلقة . ويلتزم بذلك البنك الذي قام بالإبلاغ ،

(٤) م (١٠) / ١ .

(١) م (٦) / ٦ .

(٢) منى الأشقر جيور ومحمود جيور - مرجع سابق - ص ٧٧ .

وهيئة التحقيق الخاصة طالما لم تقرر رفع السرية المصرفية (١).

وبناءً على ما تقدم ، حاول لبنان أن يحقق التوازن والتوفيق بين مكافحة غسل الأموال والحفاظ على السرية المصرفية . فمن جهة أراد أن تسير في نفس المنظومة الدولية لمكافحة غسل الأموال بإصدار القانون رقم ٣١٨ لسنة ٢٠٠١ والذي تعد به لبنان هي أول دولة عربية تصدر قانون في هذا الشأن ، وبذلك يخرج من اللائحة السوداء التي لطالما عانى منها لبنان ، ومن جهة أخرى حاول أن يحافظ على السرية المصرفية التي يتمتع بها لبنان والتي تمثل عنصر جذب لكافة الاستثمارات الأجنبية والعربية على السواء بعدم تقرير خرق للسرية المصرفية إلا في أضيق نطاق ممكن وبالقدر الذي يحقق مكافحة غسل الأموال .

### الخاتمة

تناول المشرع المصري واللبناني ، عمليات مكافحة غسل الأموال بصورة جدية ، على نحو ما رأينا تفصيلاً ، وذلك بسبب الآثار الاقتصادية الخطيرة التي تنعكس على الاقتصاد على المستويين المحلي والدولي على السواء .

فغسل الأموال ظاهرة وجريمة اقتصادية تنتشر كالسرطان ، فارضة الدمار على اقتصاديات دول العالم التي تتوغل فيها بصورة واسعة النطاق بسبب سرعة وسهولة تداول رأس المال على المستوى الدولي . والأموال المغسولة والناجمة عن أنشطة غير مشروعة وإن كانت عمليات غسلها تعنى خلق قوة شرائية جديدة ، إلا أنها ، في حقيقة الأمر ، غير ناتجة عن نشاط اقتصادي حقيقي مما يرتب آثاراً اقتصادية سلبية على الاقتصاد الحقيقي .

فعلى المستوى المحلي ، يترتب على عملية غسل الأموال انعكاسات سلبية متعددة . فمن حيث مستويات الأسعار المحلية تؤدي إلى ارتفاع الأسعار المحلية بسبب زيادة كمية النقود المطروحة في التداول بصورة تفوق عملية الإنتاج ، وهذا يساهم في حدوث ضغوط تضخمية مما يهدد مستقبل التنمية الاقتصادية والاجتماعية .

كما أن عملية غسل الأموال لها آثاراً سلبية على الدخل القومي . إذ تؤدي إلى توزيع الدخل بين فئات المجتمع بشكل عشوائي ، مما يزيد من ثراء الأثرياء وفقر الفقراء ، ومن ثم تزيد الفجوة بين طبقات المجتمع . أضف إلى ذلك أن زيادة القوة الشرائية لفئات معينة لا تميز بين الانفاق والادخار والاستثمار الأمثل يزيد من رغبة هؤلاء نحو الاستهلاك غير المثمر ، وبالتالي تقل قدرة المجتمع نحو الادخار المحلى مما يساهم فى حدوث خلل اقتصادى . كما أن سوء توزيع الدخل القومي يعطل الخطط الاقتصادية للدولة ، فتزيد من الانفاق الحكومى على المرتبات وإعانات البطالة على حساب الانفاق الاستثمارى المسئول الأول عن التطور النمو الاقتصادى .

وهناك من يرى أن عملية غسل الأموال من شأنها أن تزيد من الاستثمار العقارى ، نظراً لكون غاسلو الأموال يفضلون شراء العقارات ، كنوع من إدخال أموالهم فى الدورة الاقتصادية للمجتمع ، ومن ثم يحدث ازدهار فى السوق العقارى . إلا أن هذه الرؤية غير صحيحة على الإطلاق، لأن هذا من شأنه أن يرفع من أسعار العقارات بصورة كبيرة لزيادة الطلب عليها ، مما يمثل حائلاً امام أصحاب الدخول المشروعة . وتساهم عمليات غسل الأموال فى زيادة الطلب على العملة الأجنبية رغبة فى تحويل الأموال خارج حدود الدولة وطمس مصدرها الأسمى ، ومن ثم يزيد الطلب على العملة الأجنبية ويزيد المعروض من العملة الوطنية وما يترتب على ذلك من آثار سلبية خطيرة ليس فقط على الاقتصاد المحلى بل والدولى أيضاً .

وغنى عن البيان انه عادة ما تكون الأنشطة المرتبطة بعملية غسل الأموال أنشطة متهربة من دفع الضرائب عليها لخزانة الدولة . وهذا يعنى انخفاض معدلات الإيرادات المتاحة للدولة لتمويل برامجها وخططها الاقتصادية فيحدث عجز دائم فى الموازنة العامة وما يرتبط بذلك من ضغوط تضخمية . ولمواجهة ذلك تجد الدولة نفسها مضطرة لفرض ضرائب جديدة أو زيادة العبء الضريبي الحالى مما يزيد ، فى كل الأحوال، من معاناة أفراد المجتمع من جهة وانخفاض حجم الادخار القومي



من جهة أخرى .

ومن الآثار بالغة الخطورة لعملية غسل الأموال ارتفاع معدلات البطالة . فهروب رؤوس الأموال إلى الخارج بهدف غسلها ، يؤدي إلى عجز الدولة عن القيام بالإنفاق على الاستثمارات التي توفر فرص العمل للمواطنين فتزيد معدلات البطالة لاسيما مع زيادة اعداد الخريجين سنوياً . وهذا يؤدي إلى انخفاض معدلات النمو الاقتصادي ولا تقل الآثار السلبية لعمليات غسل الأموال خطورة على المستوى الدولي . فنجد أن انتشار غسل الأموال في دولة ما ، من شأنه توجيه الاتهام لها بتمويل الارهاب الدولي ، كما حدث عقب احداث ١١ سبتمبر ٢٠٠١ في الولايات المتحدة الأمريكية وما يترتب على ذلك من فرض عقوبات دولية واقتصادية على هذه الدولة ، ومن أهمها ادراج هذه الدولة على القائمة السوداء أو الدول غير المتعاونة في مكافحة عمليات غسل الأموال وما ينتج عن ذلك من عزلة اقتصادية لهذه الدولة . فمن جهة يحجم المستثمرون الأجانب عن استثمار أموالهم في اقتصاد هذه الدولة خوفاً من دخول رؤوس أموالهم في دائرة غسل الأموال المشبوهة ومن جهة أخرى تمتنع الدول الأخرى من التعامل مع هذه الدولة اقتصادياً ، رغبة في عدم توجيه الاتهام لها في المساهمة في عمليات غسل الأموال في هذه الدولة .

وإزاء ما تقدم يمكن الاشارة بموقف مصر ولبنان نحو مكافحة غسل الأموال بما قرره المشرع من رفع القيود على مبدأ السرية المصرفية نظراً لما فطن له من خطورة محلية ودولية مؤكدة على الاقتصاد الوطني .

## قائمة المراجع

### أولاً - الكتب المتخصصة

- ١- د. أحمد سفر - مكافحة غسيل الأموال فى البلدان العربية - اتحاد المصارف العربية - ٢٠٠٣ .
- ٢- د. السيد عبد الخالق - البنوك والتجارة الالكترونية - الجديد فى التمويل المصرفى - الجزء الثانى - منشورات الحلبي الحقوقية - ٢٠٠٢ .
- ٣- انطوان الناشف - المصارف بين تبييض الأموال والسرية المصرفية - دار الغزال - بيروت - ٢٠٠١ .
- ٤- د. جلال وفاء محمدين - دور البنوك فى مكافحة غسيل الأموال - دار الجامعة الجديدة للنشر - ٢٠٠١ .
- ٥- د. جلال وفاء محمدين - التحويلات المصرفية الالكترونية من الوجهة القانونية - سلسلة رسائل البنك الصناعى - مارس ٢٠٠٨ - عدد (٩٢) .
- ٦- د. حمدى عبد العظيم - غسيل الأموال فى مصر والعالم - ١٩٧٧ .
- ٧- د. حسام عيسى - الشركات متعددة القوميات - المؤسسة العربية للدراسات والنشر - ١٩٧٨ .
- ٨- د. خالد سليمان - تبييض الأموال والسرية المصرفية - صادر - بيروت - ٢٠٠١ .
- ٩- د. سميحة القليوبى - الأسس القانونية لعمليات البنوك - مكتبة عين شمس - القاهرة - ١٩٩٢ .
- ١٠- سمير الخطيب - مكافحة غسيل الأموال - التعاون الدولى ودور المؤسسات المصرفية والمالية فى مجال مكافحة - الاتفاقيات الدولية والتشريعات التى تجرم عمليات غسيل الأموال - منشأة دار المعارف بالإسكندرية - ٢٠٠٥ .
- ١١- د. صالح السعد - تحديات غسل الأموال على المستوى الدولى (عوامل تفاقم مشكلة غسل الأموال) - اتحاد المصارف العربية - النشرة المصرفية العربية - مارس ٢٠٠٧ .
- ١٢- على جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية - دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨١ .
- ١٣- عبد الفتاح سليمان - مكافحة غسيل الأموال - دار الكتب القانونية - ٢٠٠٥ .
- ١٤- د. عبد المطلب عبد الحميد - العولمة واقتصاديات البنوك - الدار الجامعية بالإسكندرية - بدون سنة نشر .
- ١٥- د. ماجد عبد الحميد عمار - مشكلة غسيل الأموال وسرية الحسابات بالبنوك فى القانون المقارن والقانون المصرى - دار النهضة

- العربية- ٢٠٠٢ .
- ١٦- د. محسن احمد الخضيرى - غسيل الأموال - مجموعة النيل العربية- ٢٠٠٣ .
- ١٧- منى الأشقر ومحمود جبور - تبييض الأموال والإرهاب (مكافحة الجريمة عبر القنوات المالية) إيدريل - بيروت - ٢٠٠٣ .
- ١٨- محمود شريف بسيونى - غسل الأموال ، الاستجابات الدولية وجهود مكافحة الاقليمية والوطنية - دار الشروق - بدون سنة نشر .
- ١٩- هيام الجرد - المد والجزر بين السرية المصرفية وتبييض الأموال - دراسة مقارنة للقوانين التى تحكم السرية المصرفية وتبييض الأموال - منشورات الطبى الحقوقية - ٢٠٠٤ .

### ثانياً - المقالات والمؤتمرات والندوات

- ١- د. خالد غازى التمى - دور المصارف فى مكافحة غسيل الأموال والمعالجة المحاسبية (الدليل الالكترونى العربى للقانون العربى) .
- ٢- د. سعيد عبد الخالق - فلسفة قانون مكافحة غسيل الأموال وأهميته  
www.tashreaat.com
- ١- د. سميحة القليوبى - وسائل الدفع الحديثة (البطاقات البلاستيكية) اعمال المؤتمر العلمى السنوى بكلية الحقوق جامعة بيروت العربية - الجديد فى اعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية - منشورات الطبى الحقوقية - ٢٠٠٢ .
- ٢- د. سيد شوربجى عبد المولى - المتغيرات المحلية والدولية وتناسى غسيل الأموال مع اشارة خاصة لتأثيرها على مصر والعالم - المؤتمر السنوى السادس - كلية الحقوق جامعة المنصورة - ٢٦ - ٢٧ مارس ٢٠٠٢ .
- ٣- التوجهات الدولية والإجراءات والجهود العربية لمكافحة غسل الأموال- امانة مجلس محافظى المصارف المركزية ومؤسسات النقد العربية- صندوق النقد العربى - أبو ظبى - ٢٠٠٠ .
- ٤- ندوة بعنوان ظاهرة غسيل الأموال وأثرها على الاقتصاد الوطنى - مجلة الحقوق - جامعة الكويت - السنة الثانية والعشرين - العدد الثالث- سبتمبر ١٩٩٨ .

### ثالثاً - المراجع باللغة الأجنبية :

- 1- CARTOU Louis - Droit Fiscal International et Européen - Dalloz - deuxième édition - 1986.
- 2- JEREZ Olivier - Le blanchiment de l'argent - Revue

- Banque Edition - 2003.
- 3- LEVINE Pierre - La lutte contre l'évasion Fiscale - Caractère International en l'absence et en Présence de Conventions Internationales - Thèse - Paris I - 1986.
  - 4- MADINGER John - Money Laundering, a guide for criminal investigators - Second Edition - Taylor & Francis - 2006.
  - 5- SCHOLL Paul Allan - Refrence Guide to Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism- The World Bank - 2006 .
  - 6- United Nations Convention Against Illicit Traffic in Nacrotic Drugs and Psychotropic Substances (Vienna Convention) 1988.
  - 7- United Nations Convention Against Transnational Organized Crime (Palermo Convention) 2000.

#### رابعاً - المواقع الالكترونية

١- غسيل الأموال - ويكيبيديا - الموسوعة الحرة .

- 2- [www.FATF.gafi.org](http://www.FATF.gafi.org)
- 3- [FATF-wikipedia.org](http://FATF-wikipedia.org)
- 4- [www.moqatel.com](http://www.moqatel.com)
- 5- [www.wikipedia.org](http://www.wikipedia.org) - online banking
- 6- [www.bankingabout.com](http://www.bankingabout.com)
- 7- [www.hsbc.com](http://www.hsbc.com)
- 8- [www.bankofinternet.com](http://www.bankofinternet.com)
- 9- [www.jordan-kuwait-bank.com](http://www.jordan-kuwait-bank.com)
- 10- [www.ebcegypt.com](http://www.ebcegypt.com)



مدى توافر متطلبات النظام الضريبي الجيد بالنظام المصري  
للضرائب على الدخل وفقاً للقانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥  
دكتور / عاطف وليم أندراوس

ملخص

تمثل ضرائب الدخل أحد أهم عناصر النظام الضريبي المصري. وقد شهد النظام المصري لضرائب الدخل على مر العقود تغيرات وتطورات هيكلية عدة بدأت بتطبيق نظام الضرائب النوعية ثم الانتقال بعدها للعمل بنظام الضرائب النوعية متوجة بتقرير ضريبة عملة على الدخل، وأخيراً تم التحول تدريجياً نحو التطبيق الكامل لنظام ضريبة الدخل الموحدة، وخلال مراحل التحول المختلفة تشكلت نظاماً مختلفة لهذه الضرائب تلبي الأهداف التي وضعت من أجلها، إلى أن تبلور النظام بصورته الراهنة مع صدور القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ بشأن الضرائب على الدخل.

ويسعى الباحث إلى تقييم النظام المصري الحالي للضرائب على الدخل وفقاً للقانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ من خلال توضيح مدى توافر قواعد ومعايير النظام الضريبي الجيد في ذلك النظام. ومن المعروف أن ثمة قواعد محددة تستخدم للحكم على جودة النظام الضريبي، تستمد أسسها من القواعد الأربع المتعارف عليها التي شكلت الأسس التقليدية لفرض الضريبة فيما عرف بإعلان حقوق الممولين وهي: العدالة، واليقين، والملائمة، والاقتصاد. ومع تطور الفكر المالي والضريبي أضيفت قواعد أخرى للنظام الضريبي الجيد أهمها المرونة والكفاءة بجانب الوجود البيهي لمتطلب توافر الكفاية المالية للضريبة.

مقدمة

بدأت مصر في عام ١٩٩٠ تنفيذ برنامج شامل للإصلاح الاقتصادي، وقد جاء هذا البرنامج نتيجة طبيعية للعديد من المشاكل والاختلالات الاقتصادية التي واجهت الاقتصاد المصري وحدثت من قدرته على النمو. وقد شمل البرنامج محاور عدة لعل أهمها محور إصلاح القطاع المالي. وجاءت قضية إصلاح القطاع الحكومي في مقدمة اهتمامات البرنامج وحظيت المالية العامة بقدر يعتد به من الاهتمام في جانبي الاستخدامات العامة والإيرادات العامة على

حد سواء، وقد حظي النظام الضريبي المصري بأهمية خاصة في عملية الإصلاح.

ويمثل الإصلاح الضريبي بصفة عامة أحد المحاور الهامة للإصلاح الاقتصادي، ويتصف الإصلاح الضريبي في صورته المعاصرة - خصوصاً في الدول النامية- بسمات عدة أهمها ما يلي<sup>1</sup>:

- تخفيض الحدود القصوى لمعدلات الضرائب على الدخل، على أن يقترن ذلك أيضاً بإجراء تخفيضات على الشرائح الدنيا والمتوسطة للضريبة.
- تخفيض عدد شرائح الضريبة على الدخل.
- يتم تعويض الخفض المتوقع في الحصيلة الضريبية من خلال توسيع نطاق وعاء الضريبة، وتغيير توليفة الضرائب التي تشكل الهيكل الضريبي.
- يتم توسيع نطاق الضريبة من خلال خفض وترشيد الإعفاءات والحوافز الضريبية، وتحديد نطاق كل من التجنب الضريبي والتهرب الضريبي من خلال التخلص من الثغرات الموجودة بالتشريعات الضريبية مع رفع كفاءة الإدارات الضريبية.
- يتم تغيير توليفة الضرائب المشكلة للنظام الضريبي، ذلك أن التخفيض في أسعار الضرائب على الدخل يجب أن يتم تمويله من خلال ضرائب أخرى كقرض ضريبة على القيمة المضافة، أو توسيع القاعدة الضريبية للضريبة على دخل الشركات.
- يقترن توسيع نطاق الضريبة على دخل الشركات بخفض في معدلاتها.
- وأخيراً يجب أن يصاحب الإصلاح الضريبي بدعم وتقوية الإدارات الضريبية ورفع مستويات الامتثال الضريبي لدى الممولين.

وبالنظر إلي كون النظام الضريبي يمارس آثاراً فاعلة على كافة المتغيرات الاقتصادية وعلى سلوك كافة العناصر الاقتصادية من مستهلكين ومخربين ومستثمرين ومنتجين ومستوردين ومصدرين، وكون أن النظام الضريبي غير الجيد قد ينطوي على حوافز سلبية تجاه الرغبة في العمل

<sup>1</sup> Raghendra Jha, " Modern Public Economics", (New York: Routledge Taylor & Francis Group, Second Edition, 2010), PP. 385-87.

والاستثمار والادخار وقد يخل باعترابات الكفاءة والعدالة، لذلك لم يكن غريباً أن يضمن برنامج الإصلاح الاقتصادي المصري محورياً للإصلاح الضريبي يركز على الجوانب التالية:

١. إصلاح نظام الضرائب غير المباشرة وكانت أهم محاور ذلك الإصلاح هي:
  - إحلال الضريبة الانتقائية على الاستهلاك بأخرى أكثر شمولاً وأقل تشوهاً وأوفر حصيلة وقد توج ذلك بصدور القانون ١١ لسنة ١٩٩١ والذي تم بمقتضاه إدخال نظام الضريبة العامة على المبيعات لتحل محل نظام الضرائب الانتقائية على الاستهلاك.
  - تخفيض درجة اعتماد النظام الضريبي المصري على الضرائب الجمركية في الحصيلة المالية، حيث تم تبسيط نظام الضرائب الجمركية وتخفيض عدد فئات ومعدلات التعريفات الجمركية، وذلك باعتبار أن الضريبة الجمركية ترتب آثاراً سلبية على الكفاءة الاقتصادية مقارنة بالضريبة العامة على المبيعات. وقد انعكس ذلك الاتجاه على تزايد الاعتماد على الضريبة العامة على المبيعات في مواجهة تراجع الاعتماد على حصيلة الضرائب الجمركية.

٢- تطوير نظام الضرائب على الدخل وتوج ذلك بإصدار القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥ بشأن الضرائب على الدخل والذي تم بمقتضاه إلغاء القانون ١٥٧ لسنة ١٩٨١ وتعديلاته وأهمها القانون ١٨٧ لسنة ١٩٩٣.

٣- تطوير نظام الضريبة العقارية من خلال صدور القانون ١٩٦ لسنة ٢٠٠٨ بشأن الضريبة على العقارات المبنية، وبموجبه تم إلغاء القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٤. وقد هدف القانون الجديد إلى توحيد وتنسيق أحكام الضريبة العقارية، وبيان الإجراءات المرتبطة بحصر الضريبة وربطها وتحصيلها، مع رفع درجة مساهمة هذه الضريبة بحصيلة تتلاءم وحجم الثروة العقارية في مصر من خلال توسيع قاعدتها ونطاق تطبيقها ليغطي كل الثروة العقارية المبنية. كما هدف القانون إلى تشجيع المكلفين المتهربين من الضريبة على الالتزام بالقانون من خلال أحكام العفو الضريبي والتصالح في الجرائم الضريبية، وأخيراً تضمن تطبيق هذا القانون توجهاً نحو تحويل الضريبة العقارية من ضريبة



محلية تؤول حصيلتها للمحافظات والمحليات إلى ضريبة عامة مركزية ربطاً وتحصيلاً بما يمكن وزارة المالية من توحيد قواعد تطبيق القانون وتحقيق الرقابة الفعالة على تنفيذه<sup>1</sup>

وبالنظر إلى كون الضرائب على الدخل هي الأكثر أهمية في الهيكل الضريبي المصري بدلالة الحصيلة حيث بلغت حصيلتها نحو ٥٥,٣٨٨ بليون جنيه مصري بنسبة قدرها ٤٦% من إجمالي الحصيلة الضريبية المتوقعة خلال العام المالي ٢٠٠٧ / ٢٠٠٨، فإن ذلك يبرر أهمية إخضاع هذه الضرائب لعناية خاصة في إطار أي عملية للإصلاح الاقتصادي بصفة عامة والإصلاح المالي والضريبي بصفة خاصة، ونظراً لأن أي برنامج للإصلاح الضريبي يقوم على تحقيق أهداف محددة ولأن عملية التطوير والتعديل والتغيير هي عملية مستمرة ومتراكمة تفرز هيكلًا ضريبياً معيناً، فإن تقييم هذا الهيكل يجب أن يتم في ضوء مجموعة من المعايير والقواعد.

وهكذا فقد خضع نظام الضرائب على الدخل في مصر لمجموعة من التغييرات والتعديلات ليستقر على شكله الراهن وتبعاً لهذا تتبلور إشكالية الدراسة في سؤال يتعين الإجابة عليه مؤداه: هل يلبي النظام المصري الحالي للضريبة على الدخل المتطلبات التي يتعين توافرها في النظام الضريبي الجديد؟

#### هدف البحث

في ضوء إشكالية الدراسة على النحو الموضح سلفاً يصبح من المتعين تحديد هدف البحث، ويتمثل هذا الهدف في تحليل وتقييم نظام الضرائب على الدخل في ضوء القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥ مع بيان إذا كان يلبي متطلبات النظام الضريبي الجديد من خلال استخدام مجموعة القواعد التي استقر عليها

<sup>1</sup> محمود جاب الله أبو المجد، "الضريبة العقارية"، (القاهرة: مؤسسة الأهرام، ديسمبر ٢٠٠٩)، ص ١٣.

<sup>2</sup> وزارة المالية، الموازنة العامة للدولة لسنة ٢٠٠٧ / ٢٠٠٨.

الأدب المالي والضريبي (كالكفاءة، والعدالة، والمرونة، والبساطة الإدارية) على استخدامها لتقييم أي نظام ضريبي.

### فروض البحث

ثمة فرض أساسي يعمل الباحث على التثبيت من مدى صحته، وينصرف هذا الفرض إلى أنه بصور القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥ وما تتضمنه من تعديلات هيكلية في جوهر النظام المصري للضرائب على الدخل ، فمن المفترض أن يكون هذا النظام أكثر تأهيلاً لتلبية بعض متطلبات النظام الضريبي الجيد - وليس كلها- مقارنة بالوضع السائد قبل صدور القانون.

### خطة البحث

تقوم الدراسة على معالجة الموضوع في مقنمة ومبحثين وخاتمة، تتناول المقنمة المحاور المنهجية للبحث كإشكالية الدراسة، وهدف الدراسة، وخطة الدراسة.

ويهتم المبحث الأول بالنواحي النظرية المتعلقة بالبحث، فيعرض لمفهوم النظام الضريبي وأهم أركانه، ثم يتناول المعايير التي يمكن استخدامها لتحديد درجة جودة النظام الضريبي وهي معايير متصلة بكل من الكفاءة، والعدالة، والمرونة تجاه التغيرات الاقتصادية، والبساطة الإدارية.

ويعرض المبحث الثاني لنظام ضرائب الدخل في مصر. وبداية فإن الخطوة الأولى للتعرف على أي نظام تقتضي تتبع مراحل تطوره حتى نصل إلى مرحلة تبلوره في شكله الراهن، وهو الأمر الذي سوف نلتزمه في هذا المبحث، حيث نبدأ برصد المراحل المختلفة لتطور نظام الضرائب على الدخل في مصر منذ مرحلة إلغاء الامتيازات الأجنبية حتى مرحلة صدور القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥. ومع الانتهاء من توصيف مراحل تطور نظام الضريبة على الدخل في مصر، يصبح من المتعين تحليل الصورة الراهنة في ضوء المعايير المحددة للنظام الضريبي الجيد، ومن ثم تقرير مدى استيفاء النظام المطبق لهذه المعايير من عدمه، والإجراءات المتعين إتباعها في حالة عدم توافر بعض المعايير والتي من شأنها أن تساعد النظام المطبق للضرائب على الدخل في

مصر أن يقترب من مفهوم النظام الضريبي الجيد. وهكذا ينتهي المبحث الثاني بالإجابة على تساؤل الدراسة ومن ثم التثبت من صدق فرض الدراسة من عدمه.

وأخيراً يختتم البحث بعرض النتائج التي انتهت لها الدراسة وأهم التوصيات التي يرى الباحث أنها قد تسهم في تحسين نظام الضرائب على الدخل المطبق في مصر واقتراحه من مواصفات النظام الجيد.

## المبحث الأول متطلبات النظام الضريبي الجيد

يتشكل أي نظام من أركان أساسية تتمثل في الأهداف التي يسعى النظام إلى تحقيقها ومجموعة من الأدوات التي يجب أن تعمل بشكل متناسق ومتناغم لتحقيق أهداف النظام في إطار بيئة مؤسسية وتنظيمية وتشريعية معينة. وبصفة عامة تصمم الدول نظمها الضريبية بشكل يعكس الأهداف التي تتشد تحقيقها. ويتشكل النظام الضريبي لأي دولة من مجموعة من الصور الفنية للضريبة لكل منها تشريعاتها وأحكامها وأسعارها وقواعدها الخاصة التي تعمل في ظل منظومة تشريعية وإطار مؤسسي معين بشكل متناسق ومتناغم يساعد في تحقيق أهداف الدولة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية. وتأسيساً على ذلك فإن توليفة الضرائب التي تشكل الهيكل الضريبي لأي دولة هي انعكاس لأهداف السياسة الضريبية التي تعكس بالضرورة أهداف مجتمعية، وتعرف السياسة الضريبية بمواقف أو اتجاهات Attitudes وأهداف objectives وتصرفات Actions الحكومة فيما يتعلق بنظامها الضريبي<sup>1</sup>، ومن المفترض أن تعكس السياسة الضريبية معايير مثالية تعتبرها الحكومة بأنها أكثر أهمية. وعند تصميم النظام الضريبي يواجه واضع النظام بمجموعات عدة من الضرائب يمكن استخدامها في تحقيق الأهداف المرغوبة ولكن بتكاليف مختلفة. وتطرح إمكانية تحقيق

<sup>1</sup> Sally M. Jones, "principles of Taxation for Business and Investing Planning", (New York: McGraw-Hill, Ninth Edition, 2006), p.24

الأهداف باستخدام توليفات مختلفة من الصور الفنية للضرائب قضية الاعتبارات التي يجب أن تؤخذ في الحسبان عند اختيار النظام الضريبي الجيد الذي يعكس أهداف الدولة وسياستها الضريبية.

وفي معرض تحديد المعايير التي يجب توافرها في النظام الضريبي الجيد قد يكون من المناسب قبل ذلك تحديد القواعد الأساسية للضريبة. وتأسيسا على كون الضريبة تمثل أحد أهم مصادر الإيرادات العامة للدولة، وباعتبارها فريضة إجبارية تحدها الدولة بقانون ويلتزم الممولون أفرادا كانوا أم أشخاصا اعتبارية بمسداها بدون مقابل لتمويل برامج الإنفاق العام لتحقيق غايات مجتمعية، فإن ثمة مجموعة من القواعد الأساسية التي تحكم فرضها. وقد بلور رائد الفكر الاقتصادي الكلاسيكي آدم سميث أربع قواعد أساسية تشكل الأسس التقليدية لفرض الضريبة فيما عرف بإعلان حقوق الممولين هي: العدالة، واليقين، والملائمة، والاقتصاد. ومع تطور الفكر الاقتصادي والمالي وانعكاسه على النشاط الاقتصادي أضيفت قواعد أخرى منها الكفاءة والمرونة...

ويرى الكثيرون أن حيادية الضريبة لا يجب أن تشكل قاعدة أساسية للضريبة استنادا إلى ما يسمى بمبدأ وظيفية الضريبة، والذي ينصرف إلى ضرورة أن يكون للضريبة مسوغا وظيفيا يبرر فرضها، فالضريبة وفقا لهذا المبدأ لا تقرر إلا لتنفيذ دورا وظيفيا، ويرى الباحث أن مفهوم الحيادية هنا هو مفهوم نسبي استنادا إلى أنه لا يمكن أن تكون هناك ضريبة بدون أن تمارس تأثيرا على القرارات الاقتصادية، وأن تقرير الضريبة بداعي تحقيق أهداف معينة يجب أن يرتبط بخيارات وبدائل مختلفة لتحقيق هذه الغاية، وتبعاً لذلك يصبح من المتعين اختيار البديل الذي يحقق أقل تأثيرات ممكنة على القرارات الاقتصادية أي البديل الذي يعطي أكبر درجة ممكنة من الحيادية مقارنة بدونه من البدائل الأخرى.

ونظراً لأن أي ضريبة يتقرر فرضها لتحقيق أهداف معينة بما يتحتم وضعها في شكل معين له أدواته الخاصة وفي إطار تشريعي ومؤسسي وتنظيمي معين بما يشكل نظاماً متميزاً له خصوصيته مقارنة بغيره من النظم

الأخرى، فقد بات من ضروري لتحديد مواصفات النظام الجيد الذي يعمل على تحقيق أهداف الضريبية.

### متطلبات النظام الضريبي الجيد

في سبيلها لتنفيذ برامج الإنفاق العامة المصممة لتحقيق أهداف اقتصادية واجتماعية محددة، تحتاج الدولة إلى موارد مالية لتحقيق ذلك، وتتعدد المصادر التي يمكن أن تلجأ إليها الحكومة لتدبير احتياجاتها التمويلية كالضرائب والرسوم والقروض. وبالرغم من انه لا يوجد معيار وحيد يمكن من خلاله تقييم مصادر التمويل البديلة، فإن على الحكومة عند اختيار مصادر تمويلها أن تراعى إلى جانب الهدف التمويلي مجموعة من الاعتبارات هي العدالة والتي تشير إلى ضرورة توافق توزيع عبء التمويل الحكومي مع المفاهيم السائدة لكل من العدالة والقدرة على الدفع، والكفاءة التي تعني ضرورة اتسام المصدر التمويلي بالكفاءة من حيث قدرته على تحقيق الموارد المالية المطلوبة بأدنى خسائر كفاءة ممكنة على القطاع الخاص، وأخيراً ضرورة أن يتوافر في المصدر التمويلي البساطة الإدارية دون الإفراط في تكاليف التحصيل والامتثال المصاحبة له<sup>1</sup>. وتعتبر الضريبة أهم مصادر تمويل الإنفاق العام في معظم دول العالم، ومن المفترض أن تضع الدول نظاماً ضريبياً تتفق مع ظروفها الاقتصادية وتعكس أهداف سياساتها الضريبية.

وثمة متطلبات يتعين توافرها في النظام الضريبي لكي يمكن اعتباره نظاماً ضريبياً جيداً، وقد تناول العديد من الإسهامات النظرية موضوع متطلبات النظام الضريبي الجيد أهمها ما طرحه كل من Richard Musgrave & Joseph E. Stiglitz ، David N. Hyman ، Peggy B. Musgrave ، ولم تختلف هذه الإسهامات كثيراً فيما بينها، إذ انطلقت من خلفية مشتركة ممثلة في القواعد الأربع للضريبة التي حددها آدم سميث Four canons of tax،

<sup>1</sup> David N. Hyman, " Public Finance ... A contemporary Application of Theory to Policy", (USA: Thomson... South Western, Eight Edition, 2005), PP. 396-97.

غير أن ثمة اختلافات يمكن تلمسها بعد عرض هذه الإسهامات في السطور التالية.

حدد كل من Richard A. Musgrave & Peggy B. Musgrave مجموعة من المعايير التي رأيا أنها تمثل متطلبات النظام الضريبي الجيد وهي<sup>1</sup>:

- كفاية الحصيلة الضريبية.
- يجب أن يكون عبء الضريبة موزعاً بشكل عادل بحيث يتحمل كل مكلف بنصيبه العادل من عبء الضريبة.
- أن ما يهم في مجال فرض الضريبة ليس نقاط فرضها بل النقاط النهائية لاستقرار عبئها.
- بتعين اختيار الضرائب بشكل يقلل من التدخل في القرارات الاقتصادية وبما لا يؤثر على كفاءة الأسواق.
- يجب أن يسهل الهيكل الضريبي استخدام السياسة المالية لتحقيق أهداف الاستقرار الاقتصادي والنمو.
- يجب أن يسمح النظام الضريبي بإدارة عادلة غير تحكمية كما يجب أن يكون مفهوماً من قبل الممولين.
- انخفاض مستويات تكاليف الامتثال وإدارة النظام بأكثر قدر ممكن وبما يتوافق مع الأهداف الأخرى للنظام.

ويعدد Joseph E. Stiglitz خمس خصائص حازت على القبول العام للنظام الضريبي الجيد<sup>2</sup>:

- الكفاءة Efficiency وتعني انه يفضل ألا يمارس النظام الضريبي بقدر الإمكان أي آثار تشويهية على تخصيص الموارد، بمعنى أن يكون النظام داعماً للكفاءة لا مشوهاً لها.

<sup>1</sup> Richard A. Musgrave and Peggy B. Musgrave, "Public Finance in Theory and practice", (New York: McGraw-Hill Company, Fifth Edition, 1989), PP. 216 – 17 .

<sup>2</sup> Joseph E. Stiglitz, "Economics of the public sector", (New York: W.W Norton, Third Edition, 2000), PP.456- 57.

- البساطة الإدارية Administrative simplicity وتشير إلى ضرورة اتسام النظام الضريبي بالسهولة وانخفاض تكاليف إدارته وتكاليف الامتثال الضريبي المرتبطة به.
- المرونة Flexibility وتشير إلى قدرة النظام الضريبي على الاستجابة المبكرة للظروف الاقتصادية المتغيرة ويرتبط ذلك بضرورة توفر الأدوات الذاتية بداخل النظام بما يرفع من استجابته التلقائية للتغيرات في الظروف الاقتصادية.
- المسؤولية السياسية Political responsibility، وترتبط هذه الخاصية بضرورة التثبت من أن النظام الضريبي مصمم بشكل يمكن الممولين من التحقق من الضرائب التي يتم دفعها، وأن يتم تقييم درجة الدقة التي يعكس بها النظام تفضيلات الممولين. وترتبط تلك السمة بضرورة توافر سمة الشفافية والوضوح في النظام.
- العدالة Fairness وتعني ضرورة أن يكون النظام عادلاً، ويعتبر النظام كذلك إذا رتب معاملة ضريبية متساوية للممولين ذوي الظروف المتماثلة من ناحية فيما يعرف بالعدالة الأفقية، وفرض أسعار ضريبية أعلى على أولئك الذين يتمتعون بقدرات اقتصادية أعلى بما يمكنهم من تحمل أعباء ضريبية فيما يعرف بمبدأ العدالة الرأسية.

ولا يختلف الإطار العام لمعايير النظام الضريبي الجيد كثيراً وفقاً للرؤى السابقة، غير أن ثمة اختلافات بسيطة لعل أهمها متعلّقي كفاية الحصيلة الضريبية والمساعدة في تسهيل استخدام السياسة المالية في دعم أهداف الاستقرار الاقتصادي والنمو، حيث جاء ضمن قائمة متطلبات النظام الضريبي الجيد وفقاً لرؤية Richard A. Musgrave & Peggy B. Musgrave فيما لم يرد ذكرهما في إطار رؤية Joseph E. Stiglitz في معرض تحديده لمتطلبات النظام الضريبي الجيد، وربما يعزى ذلك بالنسبة لهدف الكفاية المالية إلى الارتباط البيهيمي بين وجود النظام الضريبي وحتمية توافر الموارد المالية اللازمة لتحقيق أهداف النظام، فيما يمكن تفسير ذلك بالنسبة لمتطلب دعم دور السياسة المالية في تشجيع الاستقرار والنمو بارتباط ذلك بخاصية المرونة التي أوردها Stiglitz ضمن متطلبات النظام الضريبي الجيد والتي تعنى بقدرة

النظام على الاستجابة للتغيرات الاقتصادية وقدرته على دعم وتحقيق الأهداف الاقتصادية والتي ضمنها بطبيعة الحال الاستقرار الاقتصادي والنمو .

وهكذا ففي إطار تقييم درجة جودة أي نظام ضريبي فإن ذلك يجب أن ينصرف إلى ضرورة التثبت من وجود جوانب الكفاية المالية أي تبيير الموارد المالية اللازمة لتحقيق أهداف النظام، والعدالة ( توزيع العبء الضريبي بين أفراد المجتمع وفقاً لقدرتهم على الدفع بما يحق العدالة ببيديها الأقي والرأسي)، والكفاءة والحيادية النسبية (تقليل الآثار التشويهية للنظام بما يخفض من تأثير النظام على القرارات الاقتصادية والمراكز النسبية للعناصر الاقتصادية)، والسهولة الإدارية ( وترتبط بخصائص البساطة والوضوح والشفافية واليقين والملائمة بما ينعكس على تكاليف إدارة النظام وتكاليف الامتثال) ، والمرونة (التي تشير إلى درجة قدرة النظام على التكيف مع التغيرات الاقتصادية ومن ثم قدرته على تحقيق الأهداف الاقتصادية والمالية والاجتماعية).

ويمكن استخدام هذه المتطلبات كمعايير لتقييم درجة جودة النظام الضريبي، غير انه ليس من الضروري أن يوجد اتفاق بين هذه المعايير، إذ ثمة تعارض بين هذه المتطلبات قد ينشأ، وأينما وجد هذا التعارض فلا مفر من إجراء موازنة بين الأهداف المتعارضة، فتحقيق هدف العدالة مثلا قد يستلزم إجراءات إدارية أكثر تعقيداً، كما قد تتعارض أيضاً مع هدف الكفاءة.

وفي إطار نظم الضرائب على الدخل يفرق الفقه المالي بين نظامين هما نظام الضريبة الموحدة على الدخل ونظام الضرائب النوعية على الدخل، كما أن ثمة ضرورة لتحديد موضوع الضريبة وهو الدخل، حيث تتنازع في ذلك نظريتان، تتبنى الأولى وهي نظرية المصدر مفهوماً ضيقاً بشكل نسبي للدخل لا يأخذ في حسابه بعض العناصر العينية غير النقدية وبعض العناصر الأخرى التي تتصف بعدم دوريتها وتكرارها كالسمسرة والعمولات العارضة والأرباح الرأسمالية المحققة وغير المحققة. وتسمى النظرية الأخرى بنظرية الإثراء Accretion theory وتتبنى مفهوماً أكثر اتساعاً للدخل الضريبي من نظرية المصدر، حيث يقاس الدخل بقيمة الزيادة في ثروة الممول في بداية الفترة وفي نهايتها بما يعني أن كل زيادة تطراً على ثروة الممول تعتبر وفقاً لهذه النظرية



بمثابة دخل يتعين إخضاعه للضريبة. ولا يأخذ مفهوم الدخل السابق في حساباته الاستهلاك الشخصي في التقدير. بيد انه إذا نظرنا إلى الإثراء ومن ثم المقدرة الاقتصادية للمول بمفهوم أعم وأشمل فإن المقدرة الاقتصادية تنطوي أيضاً على تزايد القدرات الاستهلاكية باعتبار أن الاستهلاك هو مظهر من مظاهر الإثراء، الأمر الذي يدفعنا إلى تبني تحديد الدخل استناداً إلى فكرة الإثراء ولكن من خلال ما يسمى بمفهوم الدخل الشامل Comprehensive income . وقد ظهر مفهوم الدخل الشامل كتطور طبيعي للتعريفات التي وضعها بعض الاقتصاديين مثل Haige, Henry Simons، حيث وضعاً تعريفاً للدخل الشامل، ووفقاً لتعريف Haige-Simons فإن الدخل الشامل هو مقياس لقدرة الفرد على شراء السلع والخدمات خلال سنة معينة. وتبعاً لهذا التعريف، يمكن إنفاق الدخل ومن ثم تحويله إلى استهلاك أو يمكن تركيبه للاستخدامات المستقبلية من خلال الادخار الشخصي السنوي ومن ثم يزيد رصيد الثروة، وتبعاً لما تقدم يمثل الدخل الشامل كل من الاستهلاك السنوي للمول والتغير في قيمة ثروته على النحو الموضح بالصيغة التالية:

**الدخل السنوي = الاستهلاك السنوي + التغير في قيمة الثروة**

ويزيد رصيد ثروة المول إذا كان ادخاره أكبر من اقتراضه خلال السنة حيث تكون الإضافة للثروة موجبة، فيما ينخفض رصيد الثروة إذا كانت قيمة مدخرات الفرد أقل من اقتراضه حيث تكون الإضافة سالبة.

وهكذا يختلف نطاق قاعدة الضريبة على الدخل تبعاً للمفهوم الذي يتبناه المشرع الضريبي، فتصل درجة اتساعها إلى أكبر درجة ممكنة في إطار نظرية الإثراء المستندة إلى مفهوم الدخل الشامل فيما تقل هذه الدرجة في إطار نظرية المصدر. وبطبيعة الحال فإن مدى اتساع قاعدة الضريبة على الدخل يتوقف أيضاً بجانب مفهوم الدخل المتبع على عوامل أخرى من أهمها مدى ونطاق الإعفاءات الضريبية الممنوحة، والحوافز الضريبية الممنوحة، ومدى التكاليف المسموح بخصمها وصولاً للدخل الصافي.

ووفقاً لنظام الضريبة الموحدة على الدخل تفرض ضريبة واحدة فقط على مجموع الدخل الصافي للمول، وتبعاً لهذا النظام تصيب الضريبة مجموع المصادر المختلفة لدخل المول بعد خصم تكاليف الحصول عليها، وبمقتضى

هذا النظام يقدم للممول إقراراً ضريبياً يضمنه كافة أنواع الدخل التي حصل عليها سواء الدخل المستمد من العمل ممثلاً في الأجور والمرتبات، أو الدخل المستمد من رأس المال ممثلاً في إيرادات الفوائد من السندات أو عمليات الإقراض لأخرين والأرباح والإيجارات، على أن يستبعد من الدخل الإجمالي كافة عناصر التكاليف والخصومات والإعفاءات التي يقرها التشريع الضريبي. والأصل في نظام الضريبة الموحدة على الدخل ألا يكون هناك ثمة تمييز بين الدخل أياً كان مصدرها وأياً كانت طبيعتها مع وحدة السعر المطبق وتوحيد أحكام تحديد الوعاء وإجراءات الربط والتحويل.

ومن ناحية أخرى تفرض الضرائب النوعية على الدخل تبعاً لمصادر الدخل المختلفة، ويقوم هذا النظام على فكرة التنوع والتمييز في المعاملة الضريبية بين مصادر الدخل المختلفة. وتتنوع مصادر الدخل وتتعدد من ثم أنواع الدخل، فثمة دخول مصدرها العمل (الأجور والمرتبات) وأخرى مصدرها رءوس الأموال المنقولة (كالفوائد وتوزيعات الأرباح)، وثالثة مصدرها رءوس الأموال غير المنقولة (إيجار العقارات وريع الأراضي الزراعية) ورابعة مصدرها تضافر عنصرى رأس المال والعمل معاً (أرباح الشركات والمشروعات التجارية والصناعية). وتأسيساً على ما تقدم، يصبح هناك في ظل نظام الضرائب النوعية ضريبة على المهاييا والأجور، وأخرى على أرباح المهن الحرة وغير التجارية، وثالثة على الأرباح التجارية والصناعية، ورابعة على إيرادات رءوس الأموال المنقولة، وخامسة على دخل الثروة العقارية. وفي ظل هذا التعدد في الضرائب يكون من المتوقع أن يكون هناك تمايز واختلاف في أحكام وأسعار وطرق ربط وتحصيل هذه الضرائب. ورغم اتصاف نظام الضرائب النوعية على الدخل ببعض المزايا إلا أن نظام الضريبة الموحدة على الدخل يفضل عليه من جوانب عدة أهمها أنه يعطي صورة واضحة عن القدرة التكاليفية للممول ومن ثم فهو أكثر قدرة على تلبية متطلبات العدالة والمساواة، بجانب تميزه في تبسيط وتوحيد إجراءات الربط والتحويل ومن ثم ارتفاع قدرته على تخفيض نفقات تحصيل وإدارة الضريبة. ونتيجة لذلك نشأت الدعوة إلى تطبيق نظام الضريبة الموحدة على الدخل في مصر منذ ما يزيد على الخمسين عاماً قبل ما يستقر الرأي النهائي على تطبيق

هذا النظام بصفة نهائية مع صدور القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ على النحو الذي سيرد ذكره في جزء لاحق.

وتجدر الإشارة أنه يمكن تقسيم ضرائب الدخل تبعاً لطبيعة شخصية المكلفين إلى ضرائب على دخول الأشخاص الطبيعيين وتفرض على دخول الأفراد والمنشآت الفردية وقد تفرضا بعد التشريعات على الشركات الصغيرة، وضرائب على دخول الشركات ويكون وعائها ممثلاً في صافي الأرباح السنوية التي تحققها. وفي كلتا الحالتين، قد تكون الضرائب المقررة نوعية أو موحدة.

وتفرض الضريبة على دخل الشركات Corporate income tax على صافي الدخل السنوي المحقق بعد تعديله نيلاً مع أحكام التشريعات الضريبية، وتعتبر هذه الضرائب من أكثر الضرائب إثارة للجدل. فبالرغم أن القانون يعامل الشركات كما لو أن لها قدرة مستقلة على دفع الضريبة فإن العديد من الاقتصاديين ينظرون إلى الشركات باعتبارها مجموعة من الشخصيات الطبيعية ممثلة في المساهمين الذين يمتلكون الشركة ويتحملون من ثم العبء الفعلي للضريبة على دخل الشركات، الأمر الذي يؤدي في نهاية الأمر إلى ازدواج ضريبي على دخل الشركات، ذلك أن الدخل يخضع للضريبة حالما تحققه الشركة ثم يخضع مرة ثانية عندما يتم توزيعه على المساهمين في صورة أرباح موزعة Dividends. وتأسيساً على ذلك يتبنى هذا الفريق اتجاهًا ينادي بإلغاء الضريبة على دخل الشركات اكتفاءً بإخضاع ملاك الشركة أو المساهمين للضريبة على الدخل الشخصي.

وثمة رؤية أخرى تبرر وجود الضريبة على دخل الشركات باعتبارها ثمة تدفعه الشركات في مقابل المزايا التي يمنحها المجتمع لها ومن أهمها المسؤولية المحدودة للمساهمين التي تنصرف إلى عدم قدرة دائني الشركة على استيفاء ديونهم من الأموال الخاصة بالمساهمين باعتبار أن مسؤولية المساهمين تجاه ديون الشركة محددة بأموالهم المستثمرة في الشركة (قيمة الأسهم)، غير أن تبرير فرض الضريبة على دخل الشركات بفكرة المقابل لا يستقيم مع المفهوم العلمي للضريبة القاضي بأن الضريبة فريضة إلزامية تقرها الدولة ويلتزم

الممول بسدادها بدون مقابل، ويصير من المتعين تبرير فرض هذه الضريبة استناداً إلى مبررات أخرى.

ويحدد البعض أهم مبررات وجود الضريبة على دخل الشركات في الآتي<sup>1</sup> :  
١- أن الضريبة على الشركات هي ضريبة اقتطاعية *Withholding tax* يمكن أن تلعب دوراً داعماً للضريبة على الدخل الشخصي، إذ يمكن استخدامها كأداة لتحصيل الضريبة من المنبع على الدخول الرأسمالية المتولدة في قطاع الشركات، ويشجع استخدام هذا الأسلوب في الدول النامية خصوصاً مع تبني نهجاً لإخضاع الدخل للضريبة وفقاً لمفهومه الشامل بأكبر قدر ممكن.

٢- يمكن توظيف تلك الضريبة لجعل الشركات تدفع مقابل السلع والخدمات العامة التي أسهمت في تحسين ودعم ربحية هذه الشركات.

٣- يمكن تبرير وجود الضريبة كأداة لتحصيل ملاك عوامل الإنتاج الثابتة بأنصبتهم من الأعباء الضريبية في الأحوال التي تفتقد فيها الحكومة لأدوات فاعلة أخرى لإخضاعهم للضريبة.

غير أنه في ظل وجود مبرر تستند إليه الحكومة لتقرير ضريبة على دخل اشركات فإن وجود هذه الضريبة سوف يصطدم بإشكالية الازدواج الضريبي. ويتفق الباحث مع ما ذهب إليه الكثير من التشريعات الضريبية بإعفاء توزيعات الأسهم من الضريبة على الدخل الشخصي لتلافي مشكلة الازدواج وذلك إذا كان ثمة اعتبارات هامة تفرض تقرير ضريبة دخل الشركات.

وفي ضوء معايير الكفاية المالية، والعدالة، والكفاءة والبساطة الإدارية، والمرونة يمكن تقييم أي نظام ضريبي وتقرير درجة جودته وهو ما سوف نلتزمه عند تقييم النظام المصري للضرائب على الدخل بوضعه الراهن الذي تبلور بتطبيق القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ ولائحته التنفيذية وتعديلاتها، الأمر الذي ستأوله بالتفضيل في المبحث التالي.

---

<sup>1</sup> Gannat EL Samalouty, " Corporate Tax an Investment Decisions in Egypt", ECES Working Paper, No. 35, Feb. 1999, pp. 3-4.

## البحث الثاني

### مدى توافر متطلبات النظام الجيد في نظام ضرائب الدخل في مصر

مقدمة بشأن تطور نظام الضرائب على الدخل في مصر بدأت مصر تطبيق نظام الضرائب على الدخل مع إلغاء الامتيازات الأجنبية بمقتضى اتفاقية مونترو عام ١٩٣٧، وبموجب هذه الاتفاقية استعادت مصر سيادتها التشريعية والمالية على المقيمين في أراضيها، وكان من الطبيعي أن ينعكس ذلك في شكل تغييرات جوهرية في النظام الضريبي المصري. وقد عرفت مصر أول تنظيم حديث للضرائب على الدخل مع صدور القانون ١٤ لسنة ١٩٣٩ والذي تم بمقتضاه فرض عدة ضرائب على أنواع الدخل المختلفة، إذ وفقاً لهذا القانون فرضت الضرائب على إيرادات القيم المنقولة، وعلى الأرباح التجارية والصناعية، وعلى المرتبات وما في حكمها، وعلى أرباح المهن غير التجارية، كما فرضت أيضاً بمقتضى قوانين أخرى ضرائب على دخل الثروة العقارية (الأطيان والمباني)، ونظراً لعدم قدرة نظام الضرائب النوعية على معرفة مراكز الممولين وتحديدها بشكل دقيق، فقد صدر القانون ٩٩ لسنة ١٩٤٩ وبمقتضاه تقرر فرض الضريبة العامة على الإيراد كضريبة تكميلية إلى جانب الضرائب النوعية على فروع الدخل.

وبسبب العيوب التي عادة ما تشوب نظام الضرائب النوعية، نشأت الدعوة إلى التحول من هذا النظام إلى نظام الضريبة الموحدة على الدخل في مصر، وبدأت الإرهاصات من خلال الدراسات والتوصيات التي أفرزتها المؤتمرات الضريبية المختلفة. ففي عام ١٩٥٥ أصدر مؤتمر الغرف التجارية الذي عقد في القاهرة توصية تطالب بالعمل على إدخال نظام الضريبة الموحدة ذات الأسعار التصاعدية والتي تطبق على جميع الممولين مهما كانت مصادر إيراداتهم وذلك للاستفادة من مزايا هذا النظام على النحو الذي سلف ذكره واستمرت الندوات والمؤتمرات التي عقدت لاحقاً تطالب بتبني نفس النهج لضريبة الدخل.

<sup>1</sup> د. عبد الله الصعدي، "التشريع الضريبي.. قانون الضريبة على الدخل في مصر ( قانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥ ) مع الإشارة إلى دور الضرائب في تحقيق التنمية"، ( القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٦)، ص ٦-٧.

ومع تعدد المطالب للتحويل نحو نظام الضريبة الموحدة على الدخل، كان من الطبيعي أن تكون ثمة استجابة لذلك من السلطات المختصة وإن جاءت متأخرة. وجاء أول رد فعلي إيجابي وملموح في أغسطس ١٩٧٨ حينما أوصى مجلس الشعب المصري عند عرض مشروع قانون العدالة الضريبية بضرورة الانتقال إلى نظام الضريبة الموحدة واعتبار القانون ٤٦ لسنة ١٩٧٨ بشأن العدالة الضريبية بمثابة قانون مؤقت يحكم نظام الضرائب على الدخل في مصر وذلك لمدة عامين تقوم الحكومة خلالهما بإعداد مشروع لقانون الضريبة الموحدة.

وفي ضوء ما تقدم أعدت الحكومة مشروع القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ وعرضته على مجلس الشورى، غير أن لجنة الشؤون الاقتصادية والمالية بالمجلس طالبت بتبني نظام الضريبة الموحدة على الدخل تمثيلاً مع الاتجاهات الحديثة في معظم دول العالم لما يتصف به هذا النظام - وفقاً لرؤية اللجنة- من مزايا ذات أهمية بالغة<sup>١</sup>. إذ يرى البعض أن التطور الطبيعي لنظام الضرائب على الدخل يتدرج من نظام الضرائب النوعية، إلى نظام الضرائب النوعية المتوج بضرريبة عامة على الدخل تأخذ شكل ضريبة تكميلية، ثم نظام الضريبة الموحدة على مجموع الدخول والذي يمثل أكثر نظم الضرائب على الدخل تطوراً نظراً للمزايا العديدة التي يوفرها ومنها: تحقيق العدالة في توزيع الأعباء المالية باعتبار أن هذه الضريبة تسري على جميع الأشخاص دون تمييز أو استثناء وعلى أساس المقدرة التكاليفية للممولين، وتحقيق قاعدتي اليقين والملائمة، بجانب اتسامها بالمرونة والقدرة على الاستجابة للتغيرات الاقتصادية، والاقتصاد في نفقات الجباية نتيجة لوحدة الإجراءات وسهولتها<sup>٢</sup>.

وصدر بالفعل القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ بشأن الضرائب على الدخل فيما اعتبر بمثابة مرحلة انتقالية تمهد للتحويل الكامل نحو نظام الضريبة الموحدة على الدخل، حيث تم وفقاً لهذا القانون ولأول مرة في إطار تنظيم الضرائب على الدخل في مصر التمييز بين الضرائب التي يخضع لها الأشخاص الطبيعيين (وتتضمن أيضاً بجانب الأفراد شركات الأشخاص وشركات الواقع) وخصص لها الكتاب الأول من القانون وبين الضريبة على

<sup>١</sup> المرجع السابق، ص ٨.

<sup>٢</sup> د. جلال الشافعي، "الموسوعة الضريبية"، بدون نشر، ١٩٩٩، ص ٦٠٥.

شركات الأموال وخصص لها الكتاب الثاني من القانون. وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون أنه قد روعي عند وضعه إدخال تصورات جديدة لضرائب الدخل توطئة للأخذ بنظام الضريبة الموحدة في خلال فترة انتقالية، يصير بعدها التحول أمراً يسيراً ، وقد عكس هذا في حينه تردد الحكومة المصرية في تبني نظام الضريبة الموحدة بشكل سريع خشية من هبوط الحصيلة في بداية التطبيق بجانب كون هذا النظام يتطلب وعياً ضريبياً من جانب الممولين ودرجة عالية من الكفاءة من جانب الإدارة الضريبية لم تكن متوافرة في ذلك الحين.

ومع تغيير الصورة وارتفاع درجة استعداد و قدرة الإدارة الضريبية لتطبيق نظام الضريبة الموحدة على الدخل، ومع تنامي المشاكل المترتبة على تطبيق نظام الضرائب النوعية على الدخل بجانب المزايا التي يمكن تحقيقها من نظام الضريبة الموحدة، اتخذت الحكومة أهم خطوة نحو التحول لنظام الضريبة الموحدة والتي تمثلت في إصدار القانون ١٨٧ لسنة ١٩٩٣ المعدل للقانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١، وقد تضمن القانون ١٨٧ الإعلان عن فرض ما سمي بالضريبة الموحدة على دخول الأشخاص الطبيعيين مع استمرار التمييز في المعاملة الضريبية بين الأشخاص الطبيعيين وشركات الأموال. وقد بدأ تطبيق القانون في أول يناير ١٩٩٤ وقد تضمن ثلاثة كتب، اختص الكتاب الأول بالضريبة على دخول الأشخاص الطبيعيين الناتجة من كل من القيم المنقولة، العمل (المرتبات والأجور)، والمهن الحرة وغير التجارية، والأنشطة التجارية والصناعية، والثروة العقارية، فيما اختص الكتاب الثاني بأحكام الضريبة على أرباح شركات الأموال بما في ذلك البنوك والشركات الأجنبية والهيئات العامة والبنوك والشركات المملوكة للدولة، بينما اختص الكتاب الثالث بالأحكام التنظيمية العامة والتي يتعلق أهمها بحصر الممولين والتزاماتهم، والطعون الضريبية، وتحصيل دين الضريبة، ونظام العقوبات.

وخلال الفترة التي طبق فيها القانون ١٨٧ لسنة ١٩٩٣ والتي امتدت من ١٩٩٤-٢٠٠٥ أوضح التطبيق العملي وجود العديد من المثالب التي شابته نظام ضريبة الدخل خلال هذه الفترة أهمها ما يلي<sup>١</sup>:

<sup>١</sup> د. عبد الله السعودي، مرجع سلف ذكره، ص ص ٩-١١.

- التطبيق الجزئي لا الكلي لنظام الضريبة الموحدة، فالأصل في هذا النظام توحيد المعاملة للدخول التي يحققها الممول بغض النظر عن مصادر تحقق هذه الدخل، غير أن المشرع المصري في إطار القانون ١٨٧ خرج عن هذه القاعدة من خلال تقريره معاملة ضريبية خاصة لكل من إيرادات القيم المنقولة والمرتببات والأجور تختلف عن تلك المعاملة الضريبية المتعلقة بالأنواع الأخرى من الدخل التي يحصل عليها الأشخاص الطبيعيين.
- محدودية نطاق القاعدة الضريبية لاعتبارات عدة أهمها: عدم شمول المجتمع الضريبي، وعدم شمول الأوعية الخاضعة للضريبة للإفراط في تقرير الإعفاءات والحوافز الضريبية وتنامي أنشطة التهرب الضريبي واتساع نطاق أنشطة ما يسمى بالاقتصاد الخفي أو الظلي، بشكل أدى إلى تقلص القاعدة الضريبية ومن ثم انخفاض الحصيلة الضريبية الفعلية.
- التناقض الواضح بين أسعار اسمية للضريبة مغالى في ارتفاعها، وبين أسعار فعالة للضريبة مغرق في انخفاضها بسبب الإعفاءات والحوافز والخصومات الضريبية، الأمر الذي أدى إلى تباين في المعاملة الضريبية بين الأنشطة الاقتصادية والأشكال القانونية للمشروعات والأدوات المالية، مما ترتب عليه الإخلال باعتبارات الكفاءة الاقتصادية في تخصيص الموارد ومن ثم التأثير سلباً على النمو الاقتصادي في مصر.
- غياب آلية فاعلة للعقوبات وغرامات التأخير، وتعقد عملية إدارة الضريبة وارتفاع تكاليفها لاعتبارات عدة أهمها تعقد وطول إجراءات الفحص والربط وفض المنازعات، وفي ظل نظام يقوم على فحص ١٠٠% من ملفات الممولين كان من الطبيعي أن يأتي هذا على حساب الأهداف والمبادئ المتعارف عليها للنظام الضريبي الجيد.

ونتيجة لما تقدم تراجع الوزن النسبي للحصيلة الضريبية كنسبة للإنفاق العام من نحو ٤٨% في عام ١٩٩٩/٩٨ إلى نحو ٣٨% عام ٢٠٠٢/٢٠٠٣. ولما كانت الضريبة على الدخل تمثل أهم مصادر الإيرادات العامة على الإطلاق وتعول عليها الحكومة كثيراً في تمويل برامج الإنفاق العام، فقد فرضت ضرورة إصلاح نظام الضريبة على الدخل المعتمد أساساً على القانون ١٥٧ نفسها ضمن منظومة الإصلاح الاقتصادي، وبدأت وزارة المالية تدرس



سبل ومحاور الإصلاح تقوم على التخلص من العيوب السابقة وتكرس الاتجاه نحو التطبيق الكامل لنظام الضريبة الموحدة على الدخل، وقد تمت بلورة هذه الجهود في شكل مشروع جديد للضرائب على الدخل في مصر خضع للبحث والدراسة المكثفة من الجهات المعنية، وتم إقراره من مجلس الشعب، ومعه صدر القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥، وبموجبه تم إلغاء القانون ١٥٧ لسنة ١٩٨١ وتعديلاته المتعددة وأهمها القانون رقم ١٨٧ لسنة ١٩٩٣ بشأن الضريبة الموحدة على الدخل.

وقد تضمن القانون الجديد ثمانية كتب، يختص الكتاب الأول منه بتنظيم الأحكام العامة (م ١ - ٥م)، فيما خصص الكتاب الثاني لأحكام الضريبة على دخول الأشخاص الطبيعيين، فيما تضمن الكتاب الثالث الأحكام الخاصة بالضريبة على أرباح الأشخاص الاعتبارية، وضمن الكتاب الرابع بأحكام الضريبة المستقطعة من المنبع، فيما تناول الكتاب الخامس الأحكام المتعلقة بالخصم والتحصيل والدفعات المقدمة تحت حساب الضريبة، بينما خصص الكتاب السادس للأحكام المتصلة بالتزامات الممولين، وتناول الكتاب السابع أحكام العقوبات، وأخيراً اختص الباب الثامن بالأحكام المتصلة بإنشاء مجلس أعلى للضرائب يتبع رئيس مجلس الوزراء.

وحسب الرأي الرسمي المعلن من وزارة المالية، فقد صدر القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ في إطار فكر وفلسفة جديدين يستندان على ركيزتين أساسيتين تتمثلان فيما يلي<sup>١</sup>:

١- تغيير التوجه الأساسي لإدارة السياسة المالية من تجميع أكبر قدر من الفائض الاقتصادي لدى المجتمع في الخزانة العامة والتي تتولى إعادة توزيعه، إلى ترك الجانب الأكبر من هذا الفائض ليُدار بواسطة المجتمع وإعادة توظيفه بين الاستهلاك والاستثمار والادخار، الأمر الذي يؤدي وفقاً لرؤية وزارة المالية إلى تحقيق كفاءة اقتصادية أكبر في استخدام الموارد، وبالتالي زيادة فرص تحقيق تنمية اقتصادية متوازنة ومستدامة، انطلاقاً من كون أن الحصيلة الضريبية هي الأساس متغير تابع للنمو الاقتصادي، وبالتالي فإن

<sup>١</sup> كتاب الأهرام الاقتصادي، "قانون الضرائب الجديد وبرنامج الإصلاح الاقتصادي"، (مؤسسة الأهرام: يونيو ٢٠٠٥)، ص. ٦٧.

الزيادة في حجم النشاط الاقتصادي وتنامي رقعته ستعود بالإيجاب على الاقتصاد الوطني بصفة عامة وعلى الحصيلة الضريبية بصفة خاصة.

٢- الثقة في الممول حيث تبني القانون اتجاهاً يقوم على إعادة بناء الثقة بين الممول والإدارة الضريبية تستند هذه الثقة على إدراك الممولين بحسن معاملة الإدارة الضريبية لهم وإدراك الإدارة الضريبية بأمانة الممولين في الإعلان عن دخولهم الحقيقية. وتأسيساً على ذلك، أعتبر القانون الإقرار الضريبي المقدم من الممول هو أساس ربط الضريبة مع عدم جواز إهدار نفقات الممولين من قبل الإدارة الضريبية بدون سبب جوهري. وفي مقابل ذلك تتبنى الإدارة الضريبية نظام الفحص بالعينة مع تغليب القانون لعقوبة التهرب الضريبي حفاظاً على حقوق الدولة. ويعزز ما تقدم رغبة الدولة في فتح صفحة جديدة للعلاقة بين الإدارة الضريبية والممولين الأمر الذي تم ترجمته فيما استحدثته القانون ٩١ من نظام للعفو الضريبي، وبمقتضى هذا النظام يعفى الممول من أداء جميع مبالغ الضريبة المستحقة عليه خلال الفترات الضريبية السابقة على بدء العمل بالقانون وما يرتبط بتلك الضرائب من مقابل تأخير ومقابل غرامات، شريطة ألا يكون الممول قد سبق تسجيله أو تقديمه لإقرار ضريبي أو خضع لأي شكل من أشكال المراجعة الضريبية من قبل مصلحة الضرائب، وبشرط أن يقوم الممول بتسجيل نفسه خلال سنة من تاريخ العمل بهذا القانون الجديد، مشفوعاً بإقراره الضريبي عن آخر فترة ضريبية متضمناً كامل البيانات ذات الصلة، مع سقوط هذا الإعفاء إذا لم ينتظم الممول في تقديم إقراره خلال ثلاث سنوات.

٣- البساطة والسهولة من خلال تبني القانون لآليات وأطر ومفاهيم أكثر يسراً من التي كان معمولاً بها في ظل القوانين الضريبية السابقة، الأمر الذي يساعد الممولين على فهم القانون وسهولة تطبيقه، وبجانب ذلك رأت وزارة المالية أن تطبيق القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ سيعترب عليه تيسير الإجراءات وتحقيق تطوير حقيقي في الإدارة الضريبية.

وهكذا ويصدر القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ تبلور النظام المصري للضرائب على الدخل في صورته الراهنة، مما يدفعنا إلى تقييمه وبحث مدى توافر خصائص النظام الجديد للضريبة فيه من خلال المحاور التالية:

- مدى توافر اعتبار الكفاية المالية.
- مدى توافر متطلبات العدالة.
- مدى توافر متطلبات الكفاءة والسهولة الإدارية.
- مدى المرونة تجاه التغيرات الاقتصادية والاجتماعية

### أولاً: مدى توافر اعتبارات الكفاية المالية

أوضحنا سلفاً أن الدور الحكومي في الاقتصاد الوطني له أهميته الخاصة حتى في ظل اقتصادات السوق، وأبرزنا أن أهم ملامح الدور الحكومي تتمثل في إشباع الحاجات العامة وتحقيق أهداف أخرى أهمها الاستقرار الاقتصادي وتعزيز العدالة في توزيع الدخل والثروة بجانب تعزيز النمو الاقتصادي. ولكي تقوم الحكومة بأداء دورها المرسوم وفقاً للأطر السابقة فمن المتعين أن يتوافر لديها الموارد المالية اللازمة لتمويل برامج الإنفاق العام الموضوعة لتحقيق هذه الغايات. وتمثل الضرائب بصفة عامة وضرائب الدخل بصفة خاصة من أهم مصادر التمويل الحكومي التي تستند إليها الحكومة. ورغم أن الضرائب تحتل المرتبة الأولى ضمن هيكل تمويل النشاط الحكومي في معظم دول العالم، ورغم أن ضرائب الدخل تتميز بوزن يعتد به ضمن الهيكل الضريبي في الكثير من البلدان، إلا أن مدى كفاية الحصيلة الضريبية في تلبية الاحتياجات التمويلية للحكومة تظل في كثير من الأحوال محل شك. غير أنه يمكن القول أن الحكومة الرشيدة هي التي تحقق أعلى نسبة لتغطية برامج الإنفاق العام من حصيلة الضرائب دون الإخلال باعتبارات الكفاءة والعدالة والبساطة والمرونة. ويكتسب الهدف المالي للضريبة على الدخل أهميته من قدرة هذه الضريبة على تحقيق حصيلة تسهم بأكبر قدر ممكن في تمويل احتياجات الحكومة، وبافتراض ثبات عوامل الكفاءة والعدالة والسهولة والمرونة، فإن نظام ضريبة الدخل الذي يحقق حصيلة ضريبية أعلى ومن ثم درجة كفاية مالية أعلى يكون هو الأفضل.

وفي إطار تحقيق هدف الكفاية المالية للضريبة ثمة نهجان لذلك، يتمثل النهج الأول في تقرير أسعار ضريبية مرتفعة مع تخفيف الآثار السلبية لارتفاع سعر الضريبة بتقرير حزمة من الإعفاءات والخصومات والحوافز الضريبية، وغالباً ما يقترن هذا النظام بارتفاع معدلات التهرب الضريبي، وينتهي الحال

بنظام ضريبي ترتفع أسعاره الضريبية وتضيق شاعته الضريبية بفعل تعدد الحوافز والإعفاءات الضريبية وارتفاع حالات التهرب والتجنب الضريبي وفي تلك الحالة يعجز هذا النظام على تلبية متطلبات الكفاية المالية، الأمر الذي قد يدفع الحكومة إلى رفع أسعار الضرائب القائمة أو فرض ضرائب جديدة أو اللجوء إلى مصادر تمويل أخرى كالاقتراض أو التمويل التضخمي أو قد تلجأ إلى تخفيض الإنفاق العام من خلال وقف تنفيذ العديد من البرامج الحكومية اقتصاداً للنفقات.

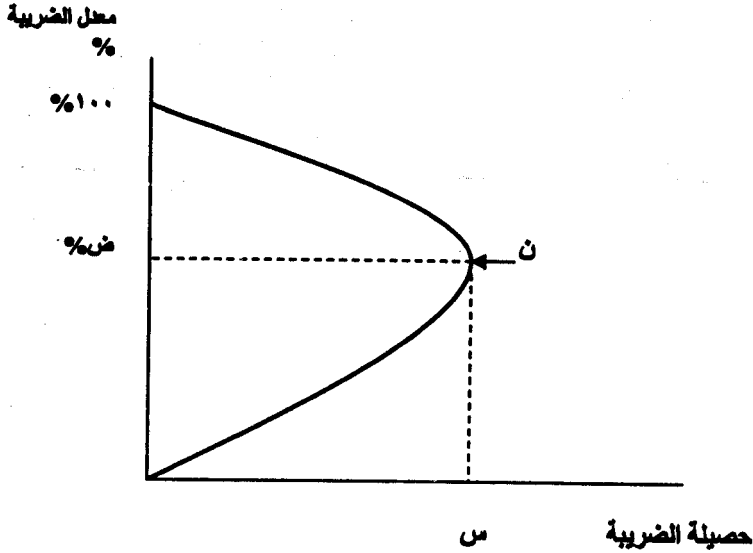
وتأسيساً على العيوب السابقة، طرح النهج الثاني نفسه كبديل يقوم على فلسفة تقرير الضريبة بأسعار منخفضة على أن يصحب هذا قواعد ضريبية واسعة تعوض الخفض في الأسعار. ولكي تكون قاعدة الضريبة على الدخل متسعة فإن ذلك يقتضي تقليص حجم الإعفاءات والحوافز الضريبية مع تبني مفهوم الدخل الشامل كأساس لهذه الضريبة، ومع التقدم في التطبيق فإن وجود نظام لضريبة الدخل بأسعار منخفضة وبإجراءات مبسطة وسهلة وبإدارة ضريبية ذات درجة عالية من الكفاءة وفي ظل تزايد الوعي الضريبي من المتوقع أن يكون لهذا النظام أثراً إيجابية على النمو الاقتصادي ومن ثم تزايد الدخول وبالتالي يتسع نطاق قاعدة ضريبة الدخل ومن ثم ترتفع درجة الكفاية المالية لهذه الضريبة.

ويستند النهج الثاني إلى مبادئ اقتصادي مدرسة العرض، حيث يرى Arther Laffer أحد اقتصادي هذه المدرسة في الولايات المتحدة، أنه بعد حد معين للضرائب، فإن أي زيادة في سعر الضريبة تؤدي إلى تخفيض حجم الحصيلة الضريبية المتوقعة، إذ أن المعدل المرتفع للضريبة من شأنه أن يدفع الأفراد إلى التهرب من الضريبة الأمر الذي ينعكس بالسلب على الحصيلة الضريبية. وقد عبر Laffer عن هذه العلاقة في شكل منحنى سمي باسمه يوضح طبيعة العلاقة بين سعر الضريبة والحصيلة الضريبية.

ويفرق Laffer بين المدى الملائم للضريبة والمدى المحرم لها، إذ يعكس الأول المدى الذي يمكن أن ترتفع فيه معدلات الضريبة ويقترن ذلك بزيادة الحصيلة الضريبية، فيما يبين المدى المحرم Prohibitive range أن أي زيادة في معدل الضريبة بعد المعدل الأمثل سوف تؤدي إلى تناقص حصيلة

الضريبة، ويرجع ذلك إلى تفضيل الأفراد للعمل في الاقتصاد السري أو الاستمتاع بوقت الفراغ. وعندما يصل معدل الضريبة إلى ١٠٠% تصبح الحصيلة الضريبية مساوية للصفر. ويوضح الشكل رقم (١) منحنى Laffer، حيث يوضح المحور الرأسي معدل الضريبة فيما يوضح المحور الأفقي الحصيلة الضريبية.

شكل رقم (١) منحنى Laffer



وحسب ما هو موضح في الشكل فإن حصيلة الضريبة تزيد مع زيادة معدل الضريبة إلى أن تصل أقصى مدى لها عند النقطة (ن)، حيث يحقق السعر الأمثل للضريبة (ض%) أعلى حصيلة ضريبية ممكنة (س)، وأي زيادة عن هذا المعدل تؤدي إلى خفض الحصيلة إلى أن تصل إلى صفر عندما يصل سعر الضريبة إلى ١٠٠%.

وقد استندت إدارة الرئيس الأمريكي الأسبق رونالد ريجان على الفرضية الأساسية لرؤية Laffer، ومضمونها أن تخفيض معدلات الضريبة لن يؤدي لخسائر في الحصيلة الضريبية، في تصميم هيكل أسعار الضريبة

وذلك خلال فترة رئاسته<sup>١</sup>. ويرى بعض الاقتصاديين أن الضجة التي أثارت بشأن منحى "Laffer" هي ضجة زائفة، إذ أنها لم تشكل أي جديد في النظرية الاقتصادية الرأسمالية، فمن الثابت أن "كينز" وأتباعه قد أشاروا في صدد مقترحاتهم لعلاج الأزمات الاقتصادية إلى ضرورة تخفيض الضرائب كسبيل للإنعاش الاقتصادي، ولم تخرج آراء Laffer إلا كواجهة براءة لترير الإعفاءات الضريبية في الولايات المتحدة الأمريكية في عهد الرئيس السابق رونالد ريجان، تلك الإعفاءات التي استفاد منها الأغنياء والتي ثبت أنها كانت مسنولة بشكل واضح عن استمرار العجز بالموازنة العامة<sup>٢</sup>.

و ثمة تساؤل يطرح نفسه حول أي اتجاه من الاتجاهين السابقين يتبناه النظام المصري للضرائب على الدخل وفقاً للقانون ٩١ ، لتحديد ذلك يقتضى الأمر توضيح العناصر التالية:

- ١- هيكل أسعار الضريبة على الدخل المطبق في مصر.
- ٢- مفهوم الدخل الذي تبناه القانون ٩١ كأساس لاحتساب دين الضريبة على الدخل.
- ٣- تطور حصيلة الضرائب على الدخل قبل وبعد القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥ لتحديد مدى التطور في الكفاية المالية لهذه الضرائب وذلك باستخدام معايير نسبة حصيلة الضرائب على الدخل إلى عدد من المؤشرات الاقتصادية كالنتج المحلي، والإنفاق العام، والإيرادات العامة، والحصيلة الكلية للضرائب.

- ١- هيكل أسعار الضريبة على الدخل في مصر مع صدور القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ تغير هيكل أسعار الضرائب على الدخل كثيراً عن نظيره الذي كان سائداً في إطار القانون ١٥٧ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ١٨٧ لسنة ١٩٩٣، ويرصد الجدول رقم (١) أوجه الاختلاف بين هيكلتي الأسعار المشار لهما.

<sup>١</sup> Harvey S. Rosen, Public Finance, (USA: McGraw Hill, Fifth Edition, 1999), pp. 383-84.

<sup>٢</sup> د. رمزي زكي، "الصراع الفكري والاجتماعي حول عجز الموازنة في العالم الثالث"، (القاهرة: سينا للنشر، ١٩٩٣)، ص ١٤٤.

جدول رقم (١) هيكل أسعار الضرائب على الدخل في القانون ٩١ مقارنة  
بالقانون ١٥٧

القانون ١٥٧ لسنة ١٩٧١ بالقانون ١٨٧	القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥	وجه المقارنة
٢٠٠٠ جنيه للأعزب ٢٥٠٠ جنيه للمتزوج ٣٠٠٠ جنيه للمتزوج ويحول	حتى ٥٠٠٠ جنيه	حد الإعفاء
٢٠٠٠ جنيه	٤٠٠٠ جنيه	الإعفاء الشخصي
١- تصاعدي بالشرائح كالتالي: ٢٠% حتى ٢٥٠٠ جنيه ٢٧% للشرريحة من أكثر ٢٥٠٠ : ٧٠٠٠ جنيه ٣٥% للشرريحة من أكثر من ٧٠٠٠ : ١٦٠٠٠ جنيه ٤٠% للشرريحة أكثر من ١٦٠٠٠ جنيه ٢- بالنسبة للأجور والمرتبات: ٢٠% لأقل من ٥٠٠٠٠ جنيه ٣٢% على ٥٠٠٠٠ فأكثر ٣- سعر ٣٢% من إجمالي إيرادات رعوس الأموال المنقولة ما لم تكن مغفأة بنص خاص	١- تصاعدي بالشرائح لجميع الدخول كالتالي: ١٠% للشرريحة من ٥٠٠٠١ : ٢٠٠٠٠ جنيه ١٥% للشرريحة من ٢٠٠٠١ : ٤٠٠٠٠ جنيه ٢٠% لأكثر من ٤٠٠٠٠ جنيه ٢- لا توجد ضريبة على إيرادات رعوس الأموال المنقولة، بيد أنه تم إخضاع عوائد السندات التي تصدرها وزارة المالية لصالح البنك المركزي أو غيره من البنوك بسعر ٣٢% ودون خصم أية تكاليف.	أولاً: الهيكل العام لأسعار الضريبة على الدخل الشخصي
٢% على مازاد عن ١٨٠٠٠ جنيه	لا يوجد	رسم تنمية موارد
٢٠% على الدخل الإجمالي بغير أي خصم.	١٠% على الدخل الإجمالي بغير أي خصم	الأسعار الاستثنائية: الضريبة على الدخول من غير جهة العمل الأصلية، وما يحصل عليه

<p>٢٠% على إجمالي ما يحصل عليه الأجنب غير المقيمين ممن يقومون بأي نشاط من المهن الخاضعة إيراداتها للضريبة</p> <p>تعمل بذات الأسعار المقررة على الأرباح التجارية والصناعية وبدون أي خصم.</p> <p>٢٠,٥% من إجمالي قيمة التصرف وبدون أي تخفيض</p>	<p>٢٠% على الدخل الإجمالي دون خصم.</p> <p>٢٠% بغير أي خصم</p> <p>٢٠,٥% من إجمالي قيمة التصرف وبدون أي تخفيض</p>	<p>غير المقيمين من غير جهات عملهم</p> <p>الضريبة على الدخل التي يحصل عليها غير المقيمين من العوائد والإتاوات ومقابل الخدمات، ومقابل النشاط الرياضي أو الفنان بشروط معينة.</p> <p>الضريبة على العوالة والمسمرة العرضة</p> <p>الضريبة على التصرفات العقارية</p>
<p>السعر العلم للضريبة</p> <p>٤٠% من صافي الأرباح الكلية السنوية لشركات الأموال قطر</p> <p>٢٢% على أرباح الشركات الصناعية عن نشاطها الصناعي، والأرباح الناتجة عن عمليات التصدير.</p> <p>٤٠,٥% على أرباح شركات البحث عن البترول وإنتاجه.</p>	<p>٢٠% كسعر عام على صافي الأرباح الكلية لجميع الأشخاص الاعتبارية (شركات الأموال، وشركات الأشخاص) وبغض النظر عن طبيعة النشاط.</p> <p>٤٠% على أرباح كل من هيئة قناة السويس، والهيئة العامة للبترول، والبنك المركزي.</p> <p>٤٠,٥% على أرباح شركات البحث عن البترول والغاز وإنتاجها.</p>	<p>أسعار الضريبة على دخول الأشخاص الاعتبارية وفقاً للقانون ٩١ أو دخول شركات الأموال وفقاً للقانون ١٥٧.</p>

يتضح من الجدول السابق أن النظام الضريبي وفقاً للقانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ قد تبني نهجاً يقوم على تقرير الضريبة على كل من دخول الأشخاص الطبيعيين والأشخاص الاعتبارية بمعدلات منخفضة مقارنة بالأسعار المطبقة في ظل القانون السابق، ويظهر ذلك بشكل كلي عند مقارنة الجدول العام لأسعار الضريبة في ظل القانونين:



١- تم بمقتضى القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ زيادة الحد الأدنى للإعفاء الضريبي ليصبح ٥٠٠٠ جنيه للممول بغض النظر عن نوع الممول وحالته الاجتماعية، وبذلك ألغى التمييز الذي كان مقرراً بمقتضى القانون ١٨٧ لسنة ١٩٩٣ حسب الحالة الاجتماعية على النحو الموضح بالجدول، كما ألغى التمييز في سعر الضريبة الذي كان مقرراً للدخل من العمل (الأجور والمرتببات).

٢- بالرغم من أن شكل جدول أسعار الضريبة على الدخل الشخصي في كلا القانونين واحد (التصاعد بالشرائح)، إلا أن القانون ٩١ تمييز عن نظيره السابق في الجوانب التالية:

- تضمن هيكلاً لأسعار الضريبة على جميع دخول الأشخاص الطبيعيين بجانب الشريحة المعفاة ثلاث شرائح في مقابل أربع شرائح (تنخفض إلى ثلاث فقط بالنسبة للأجور والمرتببات) بالنسبة للقانون السابق.
- انخفاض السعر الحدي للضريبة ليصبح ٢٠% مقابل ٤٠% (عدا الأجور والمرتببات حيث كان السعر الحدي للضريبة عليها ٣٢%) في ظل القانون ١٨٧، إذ في ظل القانون ٩١ أصبحت الشريحة الثالثة مفتوحة بمعدل ضريبة ٢٠% تقرر على الدخل التي تزيد عن ٤٠٠٠٠ جنيه.
- انخفاض سعر الشريحة الأولى من ٢٠% إلى ١٠% مع توسيع نطاق الشريحة من ٢٥٠٠ جنيه إلى ١٥٠٠٠ جنيه، فيما انخفض سعر الضريبة على الشريحة الثانية من ٢٧% إلى ١٥% مع اتساع مداها من ٤٥٠٠ جنيه إلى ٢٠٠٠٠ جنيه. ووفقاً للقانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ أصبحت الشريحة الثالثة مفتوحة بمعدل ٢٠% بعد أن كانت في ظل القانون ١٨٧ محددة بمدى قدره ٩٠٠٠ جنيه بسعر ٣٥% فضلاً عن وجود شريحة رابعة مفتوحة بمعدل ٤٠%.
- تخفيض سعر الضريبة على الدخل التي يحصل عليها الأفراد من غير جهة عملهم الأصلية، وكذلك على جميع المبالغ التي تدفع لغير المقيمين أياً كانت الجهة أو الهيئة التي تستخدمهم لأداء خدمات تحت إشرافها من ٢٠% إلى ١٠% بغير أي تخفيض لمواجهة التكاليف وندون إجراء أي خصم ضريبي.

<sup>١</sup> د. سعد عبد العزيز عثمان، د. محمد عمر حماد أبو دوح، "النظم الضريبية... مدخل تحليلي مقارنة"، (الإسكندرية: دار فروس العلمية، ٢٠٠٩)، ص. ٣٨٤.

• تم إلغاء رسم تنمية الموارد السابق تقريره بمقتضى القانون ١٤٧ لسنة ١٩٨٤.

٣- تم تخفيض سعر الضريبة على الشركات من ٤٢% (٤٠% سعر الضريبة + ٢% رسم تنمية موارد) إلى ٢٠%، مع ملاحظة أن القانون ٩١ قرر توحيد المعاملة الضريبية لكل الكيانات القانونية غير الفردية (شركات الأشخاص وشركات الأموال وشركات الواقع والجمعيات التعاونية واتحاداتها والهيئات العامة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة والبنوك والشركات والمنشآت الأجنبية والوحدات التي تنشئها الإدارة المحلية بالنسبة لما تباشره من نشاط خاضع للضريبة) وبصرف النظر عن نوع الأنشطة الاقتصادية التي تمارسها (خدمية أو تجارية أو تصديرية أو تصنيعية...) للسعر النسبي الموحد (٢٠% من صافي الأرباح الكلية). بيد أن القانون استثنى كل من هيئة قناة السويس، والهيئة العامة للبترول، والبنك المركزي المصري حيث أخضع صافي أرباحها للأسعار الموضحة بالجدول السابق.

٤- ألغى القانون ٩١ رسم تنمية الموارد الذي كان مقرراً بموجب القانون السابق على الزيادة في دخول الأشخاص الطبيعيين عن ١٨٠٠٠ جنية وأرباح شركات الأموال.

وبالمقارنة بمستوى أسعار الضرائب على الدخل في الدول الأخرى يعتبر سعر الضريبة في مصر وفقاً لتنظيمها الراهن معتدلاً جداً، وثمة مؤشرات تؤيد هذا استناداً إلى معدلات الضريبة على الدخل المطبقة في بعض الدول الأخرى يذكر منها ما يلي:

- يتشكل جدول أسعار الضريبة الفيدرالية على دخل الأشخاص الطبيعيين في الولايات المتحدة من ست شرائح تصاعديّة تتراوح معدلاتها بين ١٠%

° أطلق القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ على هذه الضريبة مسمى الضريبة على أرباح شركات الأموال بالنظر إلى سريتها على الأرباح الكلية لشركات الأموال المتمثلة في شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة دون أرباح شركات الأشخاص وشركات التوصية البسيطة حيث كانت أنصبة الشركاء في هذه الشركات تخضع للضريبة الموحدة على دخل الأشخاص الطبيعيين، بيد أنه مع صدور القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ تغير اسم الضريبة ليصبح الضريبة على أرباح الأشخاص الاعتبارية، وبمقتضى ذلك أخضعت جميع الكيانات التنظيمية بما فيها شركات التضامن وشركات التوصية البسيطة لهذه الضريبة دون أي تمييز بين الأشكال القانونية للمنظمات.

للشريحة الأولى و ٣٥% للشريحة الأخيرة المفتوحة<sup>١</sup>، فيما وصل السعر الحدي للضريبة الفيدرالية على دخول الشركات إلى ٣٥%<sup>٢</sup>. غير أنه قد يكون من المناسب تأسيس المقارنة بين أسعار الضرائب على أساس الأسعار الفعالة التي تأخذ في حسابها كافة عناصر النظام من إعفاءات وخصومات ورسوم أخرى لا على أساس الأسعار الاسمية.

- ويبين الجدول رقم (٢) معدلات الضريبة على الدخل في الدول الأوروبية، ومنه يتضح معقولة المعدلات السائدة للضريبة في مصر، فباستثناء المعدلات المنخفضة السائدة في بعض الدول الأوروبية مثل رومانيا وصربيا وبلغاريا فإن الأسعار السائدة للضريبة في مصر تقل عن نظيراتها السائدة في دول أوروبا.

جدول رقم (٢) معدلات الضرائب على الدخل في بعض الدول الأوروبية

الدولة	معدل الضريبة على دخل الشركات	الحد الأقصى للضريبة على الدخل الشخصي
النمسا	٢٥%	٥٠%
بيلا روس	٢٤%	٣٠%
بلجيكا	٣٣,٩٩%	٥٠%
البوسنة والهرسك	٣٠% (١٠% في Srpska)	٥% على المستوى الفيدرالي + ١٥% محليا
بلغاريا	١٠%	١٠%
كرواتيا	٢٠%	٤٥%
قبرص	١٠%	٣٠%
جمهورية التشيك	٢١%	١٥%
الدنمارك	٢٥%	٥٤%

<sup>١</sup>[http://en.wikipedia.org/wiki/Income\\_tax\\_in\\_the\\_USA#Tax\\_rates\\_in\\_history](http://en.wikipedia.org/wiki/Income_tax_in_the_USA#Tax_rates_in_history), 31/7/ 2009

<sup>٢</sup> David N. Hyman, Op.cit, P.593.

النولة	معدل الضريبة على دخل الشركات	الحد الأقصى للضريبة على الدخل الشخصي
استونيا	٢٢%	٢٢%
فنلندا	٢٦%	٥٣%
فرنسا	٣٣,٣٣%	٤٠%
ألمانيا	١٥,٨٢٥% على المستوى الفيدرالي و ١٤,٣٥ : ١٧,٥% على المستوى المحلي	٤٥% السعر المبني، ٤٥% السعر الأعلى
جورجيا	٢٠%	١٢%
اليونان	٢٥%	٤٠%
المجر	١٦%	٣٦-١٨%
أيسلندا	٢٦%	٤٥,٥٨%
أيرلندا	١٢,٥	٢٠% أساسي، ٤١% فوق ٣٥٤٠٠ يورو
إيطاليا	٣٧,٢٥%	٤٥%
لاتفيا	١٥%	٢٣%
ليتوانيا	٢٠%	٢١%
لكسمبورج	٢٩,٦٣%	٣٨,٩٥%
مونتيجرو	٩%	١٥%
هولندا	٢٥,٥%	٦٠%
النرويج	٢٨%	٥٤,٣%
بولندا	١٩%	٤٠-١٩%
البرتغال	٢٧,٥%	٤٢%
رومانيا	١٦%	١٦%
روسيا	٢٤%	١٣%
صربيا	١٠%	١٤%
سلوفاكيا	١٩%	١٩%

الدولة	معدل الضريبة على دخل الشركات	الحد الأقصى للضريبة على الدخل الشخصي
سلوفينيا	٢٢%	٤١%
أسبانيا	٣٥%	٤٥%
السويد	٢٨%	٥٥%
سويسرا	٢٥%	٤٥,٥%
أوكرانيا	٣٠%	١٥%

Source: [http://en.wikipedia.org/wiki/Tax\\_rates\\_of\\_Europe](http://en.wikipedia.org/wiki/Tax_rates_of_Europe),  
Accessed on 31/7/2009

وبذلك يمكن القول في ضوء ما تقدم أن نظام ضرائب الدخل في مصر قد تبنى الرؤية الثانية التي تنادي بتخفيض معدلات الضريبة لدعم النمو الاقتصادي ومن ثم زيادة قاعدة الضريبة، غير أن هذا يدفعنا إلى القول بإمكانية أن نواجه بإشكالية انخفاض حصيللة الضرائب على الدخل نتيجة للتخفيض الجوهري في معدلاتها بشكل يلقي بظلال كثيفة من الشك حول قدرة هذه الضرائب على تلبية مطلب الكفاية المالية، والحقيقة أن تحديد هذه القدرة مرهون بأمرين هما:

- مدى النمو في القاعدة الضريبية نتيجة لانخفاض معدل الضريبة وتراجع معدلات التهرب الضريبي والتجنب الضريبي وارتفاع مستويات الامتثال الضريبي وهو أمر سنعرض له لاحقاً حال تناولنا الجوانب الأخرى للنظام في مصر.
- مفهوم الدخل الضريبي الذي تبناه القانون ومدى ونطاق الإعفاءات الضريبية في ظل هذا القانون، الأمر الذي سيكون محلاً للدراسة في الجزء التالي.

٢- مفهوم الدخل الضريبي ونطاق الإعفاءات والحوافز الضريبية وفقاً  
للقانون ٩١

أوضحنا في الجزء السابق أن النظام المصري للضرائب على الدخل قد تبنى، فيما يتعلق بجدول الأسعار المطبق، رؤية اقتصادي مرسدة العرض المستندة إلى منحنى Laffer ، وأبدينا تحفظنا على أن هذا الإجراء إذا لم يواكبه توسيع نطاق القاعدة الضريبية، فقد يفضي إلى تراجع حصيلة الضريبة على الدخل في مصر ومن ثم انخفاض قدرة هذه الضريبة على تلبية متطلبات الكفاية المالية. وقد فطن المشرع الضريبي لذلك فعمل على توسيع نطاق الضريبة بإلغاء العديد من الإعفاءات الضريبية بجانب تبنيه بشكل ضمني مفهوم واسع للدخل يقترب من نظرية الإثراء وذلك على النحو التالي.

### مفهوم الدخل الضريبي وفقاً للقانون ٩١

بالرغم من أن القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ بشأن الضرائب على الدخل لم يتبن بشكل صريح مفهوماً محدداً للدخل الضريبي، إلا أنه يمكن من خلال تلمس بعض القرائن المستتقة من قراءة بعض نصوص القانون الوصول لرأي بشأن مفهوم الدخل الضريبي المطبق في نظام الضرائب على الدخل في مصر في الوقت الراهن وذلك على النحو التالي:

١- تبنى المشرع الضريبي المصري اتجاهاً يقوم على توسيع نطاق القواعد الضريبية لضرائب الدخل الشخصي ودخل الشخوص الاعتبارية من خلال الآتي:

- تحديد مجال الإعفاءات الضريبية من خلال إلغاء العديد منها، إذا أنه بمقتضى المادة الثالثة من مواد إصدار القانون تم إلغاء المواد أرقام ١٦، ١٧، ١٨، ١٩، ٢٠، ٢١، ٢٢، ٢٣ مكرر، ٢٤، ٢٥، ٢٦ القانون ٨ لسنة ١٩٩٧ بشأن ضمانات وحوافز الاستثمار، وجميعها كانت تقرر إعفاءات ضريبية كحوافز للاستثمار، كما تم مؤخراً إلغاء بعض الإعفاءات الضريبية بمقتضى القانون ١١٤ لسنة ٢٠٠٨ ومنها الإعفاء المقرر لأنون الخزانة بمقتضى القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩١<sup>٥</sup>، كما تم إلغاء الإعفاءات

<sup>٥</sup> وفقاً للمادة التاسعة من القانون رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٨ بشأن ربط الموازنة للسنة المالية ٢٠٠٨/٢٠٠٩ تمت إضافة فقرة ثالثة للمادة ٥٨ من القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ ومضمونها إخضاع عوائد أنون وسندات الخزانة للضريبة بسعر ٢٠% وذلك دون خصم أي تكاليف، على أن يلتزم دافع هذه العوائد بحوز مقدار الضريبة المستحقة وتوريدها إلى مأمورية الضرائب المختصة خلال الخمسة عشر يوماً الأولى من الشهر التالي الذي تم فيه

المقررة للمنشآت التعليمية الخاضعة لإشراف الحكومة أو لإشراف الأشخاص الاعتبارية العامة أو لإشراف القطاع العام أو قطاع الأعمال<sup>١</sup>، وبمقتضى القانون ذاته تم تعديل المادة ٥٠ من القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥، وبموجب هذا التعديل لا يجوز أن يترتب على خصم أي إعفاء من الضريبة منصوص عليه في القانون ٩١ أو أي قانون آخر ترحيل الخسائر لسنة تالية فيما اعتبر بمثابة ترشيد لاستخدام حافظ ترحيل الخسائر للأمام لمدة خمسة سنوات المقررة لمقتضى القانون ٩١ في مادته رقم ٢٩\*.

• تحديد نطاق وعاء الضريبة بالنسبة للأشخاص الطبيعيين المقيمين وغير المقيمين بالنسبة لخصولهم المحققة في مصر بمجموع صافي الدخل من المرتبات وفي حكمها، والنشاط التجاري والصناعي، والنشاط المهني أو غير التجاري، والثروة العقارية.

• كما حدد القانون نطاق سريان الضريبة على أرباح الأشخاص الاعتبارية (الشركات والمؤسسات بجميع أشكالها) بصافي الأرباح الكلية لهذه الأشخاص أيا كان غرضها وذلك بالنسبة لتلك الأشخاص المقيمة في مصر فيما يتعلق بجميع أرباحها المحققة في مصر أو خارجها (عدا جهاز مشروعات الخدمة الوطنية بوزارة الدفاع) والأشخاص الاعتبارية غير المقيمة بالنسبة إلى أرباحها التي تحققها من خلال منشأة دائمة في مصر.

• إلغاء العديد من الخصومات والاستقطاعات الضريبية، والتوسع في تعريف الدخل الخاضع من ناحية أخرى، ولعل أوضح مثال لذلك ما قرره المادة التاسعة من القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ في فقرتها الأولى ومضمونها سريان الضريبة على كل ما يستحق للممول نتيجة عمله لدى الغير بعقد وبدون عقد

---

الخصم. ويجب خصم الضريبة للمسددة من الضريبة المستحقة على أرباح الأشخاص الحاصلين على هذه العوائد. فيما اعتبره البعض تمييزاً ضد الأوراق المالية الحكومية في مواجهة نظيراتها غير الحكومية المسجلة بالبورصة. يرجع لنص القانون إلى الجريدة الرسمية، العدد ٢٥ تابع (أ) في ١٩ يونيو ٢٠٠٨، ص ٨.

<sup>١</sup> الجريدة الرسمية، العدد ١٨ مكرر، ٥ مايو ٢٠٠٨

• جاء إلغاء الإعطاءات والمزايا الضريبية المقررة للمؤسسات للتطويع وأذن الخزانة وغيرها من المرايا كجزء من هزمة شاملة قررها القانون ١٤ لسنة ٢٠٠٨ لتمويل الزيادة بواقع ٣٠% في أجور العاملين بالدولة وزيادة حافز الإثابة للعاملين بالوحدات المطوية بنسبة ٧٥% والتي تقررنا اعتباراً من ١ مايو ٢٠٠٨ بمقتضى المادة الثالثة من ذات القانون.

بصفة دورية أو غير دورية وأيا كانت مسميات أو صور أو أسباب هذه المستحقات، وسواء كانت عن أعمال أديت في مصر أو في الخارج ودفعت مقابلها من مصدر في مصر، بما في ذلك من الأجور والمكافآت والحوافز والعمولات والمنح والأجور الإضافية والبدلات والحصص والأنصبة والمزايا التقديرية والعينية بأنواعها.

● إخضاع الأرباح التي تحقق من أي نشاط تجاري أو صناعي ولو اقتصر على صفقة واحدة، ووفقاً للمادة ٢٥ من قرار وزير المالية رقم ٩٩١ لسنة ٢٠٠٥ بإصدار اللائحة التنفيذية للقانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ تعد صفقة واحدة في تطبيق حكم البند ٣ من المادة ١٩ من القانون كل شراء يجريه ممول مقيم بغرض البيع لأصول منقولة غير مشتراه للاستعمال الشخصي بشرط أن تكون الصفقة بغرض تجاري أو صناعي وأن يتم البيع خلال فترة اثني عشر شهراً من تاريخ الشراء، وبذلك يكون المشرع الضريبي المصري قد ألغى الشروط الكمية التي يتعين توافرها لكي تخضع أرباح الصفقة الواحدة للضريبة على الدخل وفقاً للقانون ١٥٧ لسنة ١٩٨١، والذي كان يقضى بأن يزيد ثمن الشراء أو البيع عن ٢٠٠٠٠ جنيه أو أن يزيد إجمالي الربح المحقق من العملية عن ٤٠٠٠ جنيه وذلك دون تحديد لأي فترة زمنية بين تاريخ الشراء والبيع<sup>١</sup>.

● بالرغم من أن المشرع الضريبي قد رفع من حد الإعفاء لجميع الممولين إلى ٥٠٠٠ جنيه بغض النظر عن النوع والحالة الاجتماعية الأمر الذي يتوقع معه أن يؤثر ذلك بالسلب على الحصيلة الضريبية المتوقعة، إلا أن ما يخفف من حدة ذلك إلغاء هذا الإعفاء للشركاء المتضامنين والموصين في شركات الأشخاص نتيجة لتوجه المشرع نحو إخضاع الأرباح التي تحققها الكيانات الاعتبارية أي كان نوعها للضريبة على دخول الأشخاص الاعتبارية بواقع سعر نسبي قيمته ٢٠% بدون أي حد إعفاء. ولا يخفى على أحد أهمية تأثير ذلك على الحصيلة الضريبية خصوصاً كلما زاد عدد الشركاء المتضامنين والموصين في الشركة ومن ثم تزايد قيمة حدود الإعفاء الممنوحة لهم في ظل القانون القديم.

<sup>١</sup> وزارة المالية، اللائحة التنفيذية لقانون الضرائب، (القاهرة: مؤسسة الأهرام، كتاب الأهرام الاقتصادي، عدد ٢٢٠ يناير ٢٠٠٦)، ص ١٥.



• بجانب إخضاع أرباح النشاط التجاري والصناعي، فإن المشرع قرر إخضاع الأرباح الرأسمالية للضريبة على الدخل وفقاً للمادة ١٧ من القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥، وتقتضي هذه المادة بإدخال الأرباح الناتجة من بيع أصول المنشأة والأرباح المحققة من التعويضات التي يحصل عليها الممول نتيجة للهلاك والاستيلاء على أي أصل من هذه الأصول وكذلك أرباح التصفية التي تحققت خلال الفترة الضريبية ضمن وعاء الضريبة وذلك بعد خصم جميع التكاليف واجبة الخصم. وبإستثناء الإعفاء المقرر للأرباح الناتجة من إعادة تقييم أصول المنشأة الفردية عند تقديمها كحصة عينية نظير الإسهام في رأس مال شركة مساهمة والمشروط بكون أن تكون الأسهم المقابلة للحصة العينية اسمية ولا يتم التصرف فيها قبل مضي خمس سنوات، والإعفاء المقرر لنتائج التعامل في الأوراق المالية المقيدة بسوق الأوراق المالية، فإن المشرع المصري يكون قد ساوى في المعاملة الضريبية بين الأرباح الناتجة من ممارسة النشاط التجاري والصناعي العادي وبين المكاسب الرأسمالية الناجمة من الأصول الحقيقية، على الرغم من اتجاه العديد من التشريعات الضريبية إلى تبني معاملة ضريبية متميزة للمكاسب الرأسمالية المحققة خصوصاً كلما زادت مدة اقتناء الأصول محل التصرف.

ومع تحديد الإعفاءات والحوافز الضريبية لتقتصر على عدد من المجالات المحددة وفقاً لما هو وارد بالمواد ٣١، ٣٦، ٤٣ من القانون ٩١ بجانب تحديد نطاق التكاليف الواجبة الخصم، ومع استمرارية إخضاع أرباح النشاط التجاري العادية والأرباح الرأسمالية المحققة إلا ما نص على إعفائه صراحة، نستطيع القول بأن المشرع الضريبية المصري قد تبني مفهوماً واسعاً للدخل الخاضع للضريبة يقترب من مفهوم الدخل الشامل وفقاً لنظرية الإثراء ولا يطابقه، بالنظر إلى كونه لم يدخل في نطاقه عوائد رموس الأموال المنقولة كالودائع والأسهم والحصص والسندات وصكوك التمويل المقيدة بالبورصة (بإستثناء عوائد أذون الخزانة التي تم إلغاء الإعفاء المقرر لها على النحو السابق ذكره). وتأسيساً على ما تقدم، فإنه لتحديد مدى تطور قدرة نظم الضرائب على الدخل في مصر على تلبية متطلبات الكفالية المالية يصير من المتعين رصد

الأثر الصافي لكل من التغييرات السابقة والتي تشمل محور تخفيض معدلات الضريبة على الدخل ومحور توسيع نطاق قاعدة هذه الضريبة، الأمر الذي نعرض له في الجزء التالي.

٣- مدى تطور معيار الكفاية المالية لنظام ضرائب الدخل في مصر  
يمكن رصد تطور أهمية الدور المالي لنظام ضرائب الدخل في مصر عن طريق تبيان مدى تطور حصيلة الضرائب على الدخل قبل وبعد القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥ لتحديد مدى التطور في مستوى الكفاية المالية لهذه الضرائب من خلال استخدام معايير نسبة حصيلة الضرائب على الدخل إلى عدد من المتغيرات الاقتصادية كالناتج المحلي، والإنفاق العام، والإيرادات العامة، والحصيلة الكلية للضرائب، وذلك على النحو الموضح بالتجدول رقم (٣) والشكل (١).

وحسب ما هو موضح بالتجدول رقم (٣) والشكل (١) فإن الحصيلة الكلية لضرائب الدخل قد تزايدت بشكل مطرد خلال الفترة التي تلت تطبيق القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ مقارنة بالحصيلة خلال الفترة السابقة لتطبيق القانون، فعلى حين بلغت الحصيلة الكلية لضرائب الدخل خلال العام ٢٠٠٣/٢٠٠٤ نحو ٢٧٢٨٠ مليون جنيه فإنها تزايدت بشكل مطرد في أعقاب القانون رقم ٩١ لتصل تقديراتها إلى ٩٠٥٧٦ مليون جنيه عام ٢٠٠٨/٢٠٠٩ الأمر الذي يعكس التأثير الإيجابي الذي مارسه برنامج الإصلاح الضريبي بصفة عامة وضرائب الدخل بصفة خاصة على زيادة حصيلة النظام الضريبي في مصر. وقد انعكست الزيادة المطردة في حصيلة نظام ضرائب الدخل في مصر إيجاباً على زيادة الأهمية النسبية للضرائب على الدخل بداخل الهيكل الضريبي المصري، حيث وصلت إلى أقصى مدى لها في عام ٢٠٠٨/٢٠٠٩ فشكلت نحو ٥٤,٢ % من إجمالي الحصيلة الضريبية الكلية خلال نفس العام، مقارنة بنسب قدرها ٣٧,٤ %، ٤٠,٦ % خلال ٢٠٠٢/٢٠٠٣، ٢٠٠٣/٢٠٠٤، ٢٠٠٤/٢٠٠٣ على التوالي.

### جدول رقم (٣)

تطور الوزن النسبي لضريبة الدخل ومعدل تغطيتها للإنفاق العام في مصر

السنة	إجمالي الدعمية الضريبية (مليون جنية)	الإجمالي المعمول (مليون جنية)	الالتزام الأجنبي (مليون جنية)	إجمالي الدعمية الضريبية على الدخل	نسبة الدعمية الضريبية إلى الدعمية التامة	نسبة الدعمية الضريبية إلى الإجمالي المعمول	نسبة الدعمية الضريبية إلى الدعمية التامة
٢٠٠٢	٥٥٧٠٧	١٢٧٣٢٠	٤٤٨,٢	٢٠٨٣٤	%٣٧,٤	%١٦,٤	%٤,٧
٢٠٠٣	٦٧١٤٨	١٤٥٩٨٨	٥٠٦,٩	٢٧٢٨٠	%٤٠,٦	%١٨,٧	%٥,٥
٢٠٠٤	٧٥٧٥٩	١٦١٦١٢	٥٣٢,١	٣١٥٧١	%٤١,٧	%١٩,٥	%٥,٦
٢٠٠٥	٩٧٧٧٨	٢٠٧٢١١	٦٤٠,١	٤٨٢٦٨	%٤٩,٤	%٢٣,٣	%٧,٥
٢٠٠٦	١١٤١٢٦	٢٢٧٠٢٩	٧٨٧,٤	٥٨٣٥٥	%٥١,٣	%٢٦,٤	%٧,٤
٢٠٠٧	١٣٧١٩٥	٢٤١٥٥١	٩٤٨,٩	٦٧٠٥٧	%٤٨,٩	%٢٧,٨	%٧,١
٢٠٠٨	١٦٧٠٦٦	٢٦٦١٩٠	١٠٨١,٧	٩٠٥٧٦	%٥٤,٢	%٣٤	%٨,٤

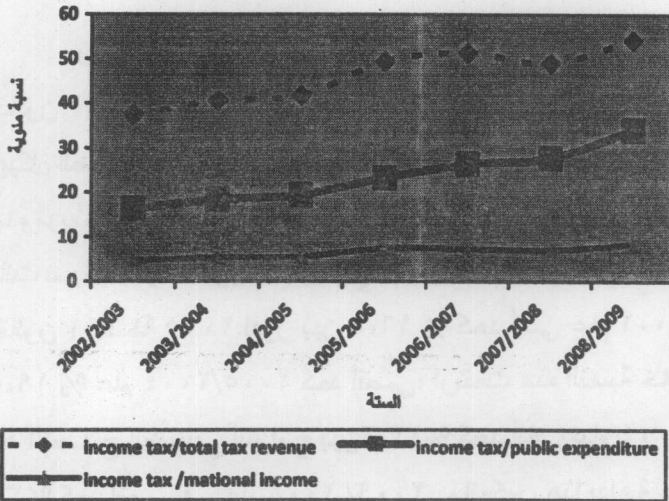
المصدر:

١- بيانات الضرائب والإتفاق العام: وزارة المالية، الحسابات الختامية،  
www.mof.gov.eg سنوات مختلفة

٢- بيانات الدخل القومي: الب. سنوات ١٩٩٦/٩٥ : ٢٠٠٦/٢٠٠٥،  
الحسابات القومية لعام ٢٠٠٦/٢٠٠٥، وزارة الدولة للتنمية الاقتصادية.  
السنوات الأخرى: [www.eip.gov.eg](http://www.eip.gov.eg)

وكنتيجة طبيعية لتزايد حصيللة ضرائب الدخل في مصر بعد صدور القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ وتزايد من ثم الأهمية النسبية المستمدة منها بداخل الهيكل الضريبي المصري، كان من الطبيعي أن يزداد مستوى الكفاية المالية لها ومن ثم نسب تغطية ضرائب الدخل للإنفاق العام خلال تلك الفترة، فبعد أن كانت نسبة حصيللة ضريبة الدخل إلى الإنفاق العام خلال الفترة ما قبل صدور القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ تتور بين ١٦،٤% كحد أدنى عام ٢٠٠٣/٢٠٠٢ و ١٩،٥% عام ٢٠٠٥/٢٠٠٤ كحد أقصى، ارتفعت هذه النسبة خلال سني ما بعد الإصلاح الضريبي لتتراوح بين ٢٣،٣% كحد أدنى عام ٢٠٠٥/٢٠٠٤ و ٣٤% كحد أقصى في عام ٢٠٠٩/٢٠٠٨. وانعكس هذا بدهاءة على حصيللة الضرائب على الدخل كنسبة مئوية من الدخل القومي الإجمالي، فبعد أن كانت النسبة تتراوح بين ٤،٧% كحد أدنى عام ٢٠٠٣/٢٠٠٢ و ٥،٦% كحد أقصى عام ٢٠٠٥/٢٠٠٤ ارتفعت النسبة خلال الفترة التي تلت تطبيق القانون ٩١ لتصل إلى ٨،٤% في عام ٢٠٠٩/٢٠٠٨. وتعكس التطورات السابقة التي يوضحها الشكل رقم (١) تزايد درجة الكفاية المالية لنظام الضرائب على الدخل في مصر ومن ثم تزايد قدرته على تغطية وتمويل برامج الإنفاق العام مع تطبيق جوانب الإصلاح في هذا النظام وفي مقدمتها إصدار القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ وإدخاله حيز التنفيذ، كما تعكس ارتفاع الوزن النسبي للضرائب الدخل كنسبة من الدخل القومي (متوسط سعر الضريبة).

شكل رقم (١)  
تطور نسبة حصيله ضرائب الدخل إلى كل من الحصيلة الكلية للضرائب والإفراق  
العام والدخل القومي



وهكذا يمكن القول أن التأثير الإيجابي لتوسيع نطاق القاعدة الضريبية لضريبة الدخل في مصر بجانب التأثير الإيجابي لخفض معدلات الضريبة على حوافز العمل والإنتاج والاستثمار أسهما بقدر كبير في إضعاف التأثير السلبي المتوقع لخفض معدلات الضريبة على الحصيلة الكلية لضرائب الدخل الأمر الذي أدى إلى زيادة الوزن النسبي لضرائب الدخل بدخل النظام الضريبي من ناحية وزيادة درجة الكفاية المالية لها بدلالة نسبتها إلى الإنفاق العام من ناحية أخرى. وفي ضوء ما تقدم يمكن القول أن ثمة تحسن قد حققه نظام الضرائب على الدخل في مصر في تلبية متطلب الكفاية المالية، وقد تحقق ذلك بفعل إجراءات الإصلاح الضريبي التي تبنتها الحكومة وأهمها تطبيق القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥.

#### ثانياً: مدى توافر متطلبات العدالة

أوضحنا سلفاً أن أحد أهم المعايير التي يمكن استخدامها في إطار الحكم على جودة أي نظام ضريبي هو مدى تلبية هذا النظام لمتطلبات العدالة، إذ أن ثمة توافق كامل على أن النظام الضريبي يجب أن يكون عادلاً بحيث يسهم كل

مكلف بنصيبه العادل من تكاليف النشاط الحكومي وفقاً لقدرته على الدفع. وبمقتضى مبدأ القدر، على الدفع وفي إطار تقييم نظام الضريبة على الدخل، يتحمل الأشخاص ذوي القدرات المتماثلة نفس العبء الضريبي (مبدأ العدالة الأفقية) فيما يدفع لأفراد ذوي القدرات الأعلى ضرائب أكثر (مبدأ العدالة الرأسية).

ويطبق مبدأ العدالة الأفقية مجرد المبدأ الأساسي للمساواة في ظل القانون الضريبي المطبق، فيما تتسق قاعدة العدالة الرأسية أيضاً مع المعاملة المتساوية ولكنها تبدأ من فرضية منطقية مؤداها أن الأفراد ذوي مستويات الدخل المختلفة يتحملوا أعباءً ضريبية مختلفة. ومع الاستقرار على الدخل كأساس لفرض الضريبة، ثمة تساؤل هام يطرح حول الكيفية التي يمكن بها أن تختلف الضرائب التي يدفعها الممولون تبعاً للاختلاف في مستوى دخولهم. أو بمعنى آخر كيفية تحقيق العدالة الرأسية للضريبة. تدور فكرة تفسير التباين في الضرائب على مفهوم التضحية، و يقتضي تحقيق مبدأ العدالة الرأسية إعمال ما يسمى بقاعدة التضحيات المتساوية. وقد يعني مفهوم التضحية المتساوية أحد ثلاثة مفاهيم: تساوي التضحية المطلقة، أو تساوي التضحية النسبية، أو تساوي التضحية الحدية<sup>1</sup>.

ووفقاً لمبدأ تساوي التضحية المطلقة توزع الضريبة على أساس التساوي المطلق للتضحيات التي يقدمها الممولون ومن ثم يعدل سعر الضريبة بما يحقق المساواة في التضحيات لجميع الممولين ولا يشترط في تلك الحالة شكلاً معيناً للضريبة إذ يكون ذلك مرهوناً بمرونة المنفعة الحدية للدخل. ومن ناحية أخرى يقوم مبدأ تساوي التضحية النسبية على ضرورة تساوي التضحيات التي يقدمها الممولون في شكل ضريبة إلى مستويات دخولهم. وفي ظل ثبات المنفعة الحدية فإن منحى المنفعة الحدية يتطلب ضريبة نسبية، فيما يتطلب الأمر فرض ضريبة تصاعدية في حالة وجود منحى منفعة حدية خطي متناقص. وتبعاً لذلك يعتمد شكل الضريبة على كل من ميل منحى المنفعة الحدية للدخل، والتوزيع المبدئي للدخل، وقيمة الحصيلة الضريبية المتوقع تحصيلها.

<sup>1</sup> Richard A. Musgrave & Peggy B. Musgrave, Op.cit, PP. 228-31.

ويقوم مبدأ تساوي التضحية الحدية على فكرة تحمل المجتمع ككل بأقل قدر ممكن من التضحية، ويتحقق ذلك عندما تتساوي التضحيات الحدية لجميع أفرادها، فإذا لم يتحقق هذا الشرط فإن إعادة توزيع عبء الضريبة بتخفيض التضحية عن البعض وزايدتها عن البعض الآخر يخفض من حجم التضحية الكلية التي يتحملها المجتمع. ويكون توزيع العبء الضريبي في ظل قاعدة تساوي التضحية الحدية غير محدد إذا كانت المنفعة الحدية للدخل ثابتة، وسيحقق أي توزيع للعبء يؤدي إلى سحب قدر صغير من الأموال من كل الممولين هذا الشرط. بيد أنه في ظل تناقص المنفعة الحدية للدخل، فإن تساوي التضحية الحدية يستلزم وجود ما يسمى بالتصاعد الأقصى الذي يعنى بتخفيض الدخل من أعلى إلى أسفل حتى يتم تحقيق الحصيلية المطلوبة، وهكذا يمكن القول أنه في ظل قاعدة تساوي التضحية الحدية يكون شكل الضريبة تصاعدياً. ومع التسليم بوجود ضريبة تصاعدية في ظل مبدأ تساوي التضحية الحدية للممولين بافتراض تناقص المنفعة الحدية للدخل ووجود درجة معينة من التصاعد، جاء تبني المشرع الضريبي المصري في القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ للشكل التصاعدي أساساً لجدول الأسعار للضريبة على الدخل الشخصي فيما قرر ضريبة نسبية على دخول الأشخاص الاعتبارية. وقد استند المشرع الضريبي المصري في القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ والقوانين السابقة على مبدأ التصاعد الضريبي وتقرير حد أدنى للأعباء العائلية لتعزيز دور الضريبة على الدخل الشخصي في مجال تحقيق العدالة. وكما سلف الذكر فقد اختلف كل من مدى التصاعد في أسعار الضريبة وعدد الشرائح وقيمة إعفاء الحد الأدنى للضريبة في القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ مقارنة بنظيره السابق له. وبالمقارنة بالقانون السابق، رفع القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ حد الإعفاء الضريبي لمواجهة الأعباء العائلية ليصير ٥٠٠٠ جنيهاً للممول بغض النظر عن نوعه وحالته العائلية وقد فسر ذلك على أنه خطوة لتحقيق المساواة بين الممولين رجلاً كان أم امرأة، متزوج أو غير متزوج، يعول أو لا يعول. وقد اعتبر البعض أن إلغاء التمييز في حد الإعفاء حسب الحالة الاجتماعية للممول ونوعه يتناقض مع مفهوم العدالة الضريبية استناداً لاختلاف الظروف العائلية بين الممولين وأعباء الإعالة التي يتحملونها. وقد اقترح هذا الرأي أن يتم تقرير الإعفاء في صورة مبلغ لكل فرد من أفراد الأسرة على أن يتم تحديد هذا المبلغ

في ضوء الحد الملائم لاحتياجات الفرد من السلع والخدمات الأساسية خاصة الغذاء والدواء والملبس والمسكن وأعباء التعليم، وفي ضوء المستوى العام لأسعار هذه السلع والخدمات مع تغيير هذا الإعفاء سنوياً أو خلال عدد من السنوات ودون إغفال الأسر التي يعاني احد أو بعض أفرادها من بعض الأمراض التي يصاحبها تحمل تكاليف علاج مرتفعة<sup>1</sup>. وتتفق الدراسة مع الرأي السابق فيما يتعلق بضرورة ربط حد الإعفاء بمعدلات التضخم غير أنها لا تتفق حيال التمييز في هذا الإعفاء حسب حجم الأسرة لأسباب تتعلق بارتفاع تكاليف إدارة ومراقبة هذا النظام.

ومن ناحية أخرى زاد القانون ٩١ من طول شرائح ضريبة الدخل على الأشخاص الطبيعيين بيد أنه خفض من عددها، الأمر الذي يعني وجود اختلافات جوهرية بين الأسعار الحدية للضريبة في ظل كلا القانونين ومن ثم اختلافات في آثار كل منها على العدالة الرأسية.

وبالرغم من أن كون رفع حد الإعفاء لمواجهة الأعباء العائلية للممول الفرد إلى ٥٠٠٠ جنيه في ظل القانون ٩١ في مواجهة ٢٠٠٠ جنيه، ٢٥٠٠ جنيه، ٣٠٠٠ جنيه لكل من الممول الأعزب والممول المتزوج، والممول المتزوج ويعول على التوالي في ظل القانون ١٥٧ يعتبر تطوراً جيداً يبدو للوهلة الأولى أن في صالح تدعيم العدالة الرأسية ومن ثم تحسين نمط توزيع الدخل السائد في مصر، إلا أن تخفيض عدد الشرائح الخاضعة للضريبة والحد الأقصى لسعر الضريبة من ٤٠% للدخول المستمدة مصادر الدخل عدا العمل و ٣٢% للدخول المستمدة من عنصر العمل إلى ٢٠% ينطوي في واقع الأمر على تخفيض فعلي في درجة التصاعد الضريبي الأمر الذي يضعف من فاعلية نظام الضريبة على الدخل في مصر في تحقيق العدالة الرأسية ومن ثم دور الضريبة في تحسين نمط توزيع الدخل في مصر. وفي ظل ارتفاع معدلات التضخم ومن ثم ارتفاع مستويات الدخل الاسمية للأفراد تنشأ ما تسمى بظاهرة الزحف للشرائح الضريبية الأعلى، ومع تحقق ذلك وفي ظل تراجع الدخل الحقيقية للأفراد أو على الأقل ثباتها، تتراجع فاعلية الضريبة على الدخل في تحقيق متطلبات العدالة ويضعف من ثم دورها في مجال تحسين نمط توزيع الدخل بين أفراد المجتمع. ويعمق من تلك المشكلة عدم إخضاع إيرادات

<sup>1</sup> د. سعيد عبد العزيز، د. محمد عمر حماد، مرجع سلف ذكره، ص ٣٣٧ - ٣٩.



رءوس الأموال المنقولة كالأسهم والسندات المقيدة بالبورصة والودائع وصكوك التمويل والاستثمار (باستثناء السندات الحكومية وأذون الخزانة) للضريبة حيث ينطوي هذا على معاملة تمييزية لصالح حائزي الأصول المالية في مواجهة الأنواع الأخرى من الدخل بما يخل بمتطلبات العدالة الأفقية التي تقضي بمعاملة الممولين ذوي القدرات المالية المتماثلة معاملة ضريبية متماثلة بغض النظر عن نوع الدخل المحقق. وثمة تجاوز آخر لمفهوم العدالة الأفقية يتمثل في التمييز الذي قرره القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ في مادته الحادية عشر والذي ينصرف إلى إخضاع جميع المبالغ التي يحصل عليها المقيمون من غير جهات عملهم الأصلية بسعر ١٠% بغير أي تخفيض لمواجهة التكاليف ودون إجراء أي خصم آخر بما يعني انه طالما أن حدود هذا الدخل تعادل دخل الممول العادي في إطار حدود الشريحة الأولى للضريبة (٥٠٠٠ - ٢٠٠٠٠ جنيهها) فإن هذا ينطوي على تمييز ضد الممول الذي يحصل على دخل من غير جهة عمله حيث تخضع الضريبة على هذا الدخل بغير أي تخفيض لمواجهة للتكاليف ودون إجراء أي خصم آخر بما يعني أنه لا يحق له الانتفاع بحد الإعفاء المقرر بالمادة السابعة من القانون ٩١ والإعفاء الشخصي المقرر لكاسبي الأجرور بمقتضى المادة ١٣ فقرة ٢ من ذات القانون كما لا يحق له خصم اشتراكات التامين الاجتماعي وأقساط التامين على الحياة والتامين الصحي وكذلك أي مزايا عينية وغيرها من الإعفاءات التي قررتها المادة ١٣ من القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ لكاسبي الأجرور والمرتبات وما في حكمهما. وبنفس الطريقة يمكن القول أن إخضاع المبالغ التي تدفعها المنشآت الفردية والأشخاص الاعتبارية لأي شخص طبيعي على سبيل العمولة أو السمسرة متى كانت غير متصلة بمباشرة المهنة بمقتضى المادة ٥٧ من القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ للضريبة بواقع ٢٠% دون خصم أي تكاليف بمثابة تجاوز لمقتضيات العدالة الأفقية. ويمكن تفسير ما تقدم بتغليب اعتبارات السهولة الإدارية في تحصيل الضريبة في تلك الأحوال على اعتبارات العدالة للصعوبات التي تصاحب تطبيق هذه الخصومات والتخفيضات والإعفاءات في مثل هذه الأحوال.

وهكذا يمكن القول بأنه في إطار موائمة نظام الضرائب على الدخل في مصر بين الأهداف المتعارضة، فإن هدفي السهولة الإدارية و تشجيع الاستثمار والادخار جاءا في بعض الأحيان على حساب الاعتبارات التوزيعية. الأمر

الذي يعني أنه رغم تضمين النظام المصري بعض العناصر الجيدة، كرفع حد الإعفاء لمواجهة الأعباء العائلية والإعفاء الشخصي لكاسبي الأجور والمرتببات بواقع ٤٠٠٠ جنيه سنوياً، مما يتوقع معه تعزيز العدالة الرأسية، قد ضحى في حالات عدة بمقتضيات العدالة. فإخضاع الدخول التي تزيد عن ٤٠٠٠٠٠ جنيه لضريبة نسبية بواقع ٢٠% يفترض ضمناً تماثل المنفعة الحدية لتلك الدخول وهو افتراض يبدو غير صحيح ذلك أن فرضية انخفاض التضحيات المقامة مع تزايد الدخل لم تزل قائمة في ظل هذا الوضع، الأمر الذي كان يتطلب معه لأغراض تحقيق العدالة مزيد من التصاعد للضريبة مع رفع سعر الضريبة على الشريحة المفتوحة. وتبعاً لما تقدم فإن تخفيض الحد الأقصى للضريبة إلى ٢٠% للدخول التي تزيد عن ٤٠٠٠٠٠ جنيه في ظل القانون ٩١ ومن ثم تخفيض درجة التصاعد الضريبي فضلاً عن ارتفاع الدخول الاسمية بفعل التضخم تفرز آثاراً سلبية على العدالة التوزيعية تفوق الآثار الإيجابية الناجمة عن رفع حد إعفاء الأعباء العائلية وإلغاء عدد من الإعفاءات الضريبية في مجال الأنشطة التجارية والصناعية.

وهكذا ننتهي إلى نتيجة مفادها أنه بالرغم من تضمين النظام المصري للضرائب على الدخل جوانب عدة تعزز من مفهوم العدالة الضريبية فإنه من ناحية أخرى قد تضمن جوانب أخرى تتناقض مع مفهوم العدالة الضريبية، وتبعاً لذلك فإنه يمكن القول بأن هذا النظام لا يلبي بشكل كامل متطلبات العدالة بنوعيهما الأفقي والرأسي، وأن ذلك يمكن تفسيره برغبة المشرع الضريبي المصري في تغليب الاعتبارات الاقتصادية والإدارية على اعتبارات العدالة.

### ثالثاً: مدى توافر متطلبات الكفاءة والبساطة الإدارية

أوضحنا سلفاً أن النظام الضريبي الجيد يجب أن يتصف بالكفاءة والسهولة الإدارية، وحددنا أن مفهوم الكفاءة ينصرف إلى تلبية الآثار المتوقعة للضريبة على قرارات العناصر الاقتصادية بمعنى اتصافها بالحيادية النسبية. وتجدر الإشارة إلى أن توافر متطلبات السهولة الإدارية ترتبط من جهة بأحد مفاهيم الكفاءة الذي ينسحب إلى ما يسمى بكفاءة التحصيل التي تقضي إلى تحقيق الحصيلة الضريبية المستهدفة بأقل قدر ممكن من التكلفة.

## الكفاءة و الحيادية النسبية

قبل صدور القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ تضمن نظام ضريبة الدخل جوانب تمييز عدة تتصل بكل من الأشكال القانونية للأنشطة، وأنماط تمويل هذه الأنشطة، وأنواع الأصول، وأنواع الأنشطة، الأمر الذي أثر على كفاءة تخصيص الموارد وذلك على النحو التالي:

### ١- فيما يتعلق بلوجه التمييز حسب الشكل القانوني للنشاط:

تضمن القانون ١٥٧ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون ١٨٧ لسنة ١٩٩٣ العديد من الأحكام التي ميزت بشكل واضح بين الأنشطة تبعاً لنوع الشكل القانوني وذلك على النحو التالي:

أ- فرق القانون بين الكيانات القانونية في المعاملة الضريبية حيث رتب معاملة ضريبة مغايرة لكل من شركات الأشخاص وشركات الواقع من ناحية وشركات الأموال من ناحية أخرى، وذلك انطلاقاً من عدم اعتراف المشرع الضريبي في ذلك الوقت بوجود شخصية اعتبارية لشركات الأشخاص فيما يتعلق بفرض الضريبة<sup>١</sup>، وتأسيساً على ذلك تم النظر إلي الشريك في شركات الأشخاص باعتباره وحدة مستقلة عن باقي شركائه فخضع للضريبة على الدخل الشخصي بالأسعار التصاعديّة المقررة قانوناً وفي حدود نصيبه من الأرباح وتمتع من ثم بالإعفاءات المقررة في القانون باعتباره ممول فرد دون النظر للشركة وباقي الشركاء، ومن ناحية أخرى تم إخضاع الأرباح التي تحققها شركات الأموال للضريبة على دخول شركات الأموال بسعر نسبي ٤٠% . وهكذا باتت الأنشطة المتمثلة تخضع لمعاملة ضريبية مختلفة لا لسبب إلا اختلاف الأشكال القانونية التي تعمل في ظلها هذه الأنشطة.

ب- في توجه واضح من الدولة لتشجيع إنشاء الكيانات الكبيرة، منحت شركات المساهمة بشكل حصري مزايا ضريبية بغض النظر عن نوع وطبيعة النشاط الذي تمارسه كالتالي:

١- منحت شركات المساهمة إعفاءً كنسبة من رأس المال المدفوع بما لا يزيد على الفائدة التي يقرها البنك المركزي المصري على الودائع لدى البنوك وذلك بشرط أن تكون أوراقها المالية مقيدة بسوق الأوراق المالية.

<sup>١</sup> د. سعد عبد العزيز، د. محمد عمر حماد، المرجع السابق، ص ٣٣١.

٢- طبقاً لنص المادة ٢٠ من القانون ١٥٧ لا تخضع للضريبة الموحدة على دخل الأشخاص الطبيعيين الأرباح الناتجة عن إعادة تقييم المنشأة الفردية أو شركة الأشخاص عند تقديمها كحصة عينية نظير الإسهام في رأس مال شركة مساهمة أو عند اندماجها في شركة مساهمة وذلك بشرط عدم تصرف مقدم الحصة العينية أو صاحب المنشأة أو الشركاء في الأسهم المقابلة لمدة خمس سنوات، كما لا تخضع لنفس الضريبة أرباح إعادة تقييم أصول المنشأة الفردية وشركة الأشخاص عند تحويلها إلى شركة مساهمة. ومن ناحية أخرى أبقى القانون بمقتضى الفقرة الثانية من المادة ١٢٠ من الضريبة على أرباح شركات الأموال الأرباح الناتجة من اندماج شركة في شركة أخرى أو أكثر.

٣- طبقاً للمادة ٢٢ من القانون ١٥٧ تفرض ضريبة بسعر ٢,٥% وبغير أي تخفيض على إجمالي التصرف في العقارات المبنية والأراضي داخل كردون المدينة سواء انصب التصرف عليها بحالتها أو بعد إقامة منشآت عليها، و سواء كان التصرف شاملاً للعقار أو جزء من منه أو وحدة سكنية منه، و سواء كانت المنشآت على أراضي مملوكة للممول أو الغير، بيد أن القانون استثنى في ذات المادة من التصرفات الخاضعة لهذه الضريبة فيما لو تم تقديم العقار كحصة عينية نظير الإسهام في رأس مال شركات المساهمة بشرط عدم تصرف مقدم الحصة العينية في الأسهم المقابلة لها لمدة خمس سنوات.

ومن ناحية أخرى فطن المشرع الضريبي للآثار الاقتصادية السلبية التي قد تنجم من التمييز بين الأنشطة الاقتصادية وفقاً لشكلها القانوني والتنظيمي بالنظر لما يمارسه هذا التمييز من تداعيات على الكفاءة الاقتصادية واستخدامه كأداة لتجنب الضريبة أو تخفيضها، فعمل بقدر الإمكان على توحيد المعاملة الضريبية لمصدر الدخل الواحد دون ربطه بالشكل القانوني للنشاط فأخضع دخول شركات الأشخاص ( التضامن، التوصية البسيطة) شأنها شأن شركات الأموال للضريبة على أرباح الأشخاص الاعتبارية بواقع ٢٠%، وقد برر ذلك بكون أن هذه الشركات تتعامل بنفس الأسس والقواعد الاقتصادية والمالية التي تتعامل بها شركات الأموال في الأسواق فضلاً عن كون أن

ضريبة الدخل تفرض على الدخل من النشاط وليس على الشكل القانوني للشركة<sup>1</sup>.

وفي معرض إلغاء القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ للعديد من الإعفاءات الضريبية التي كانت مقررة بمقتضى القانون ١٥٧ لسنة ١٩٨١، تم إلغاء الإعفاء المقرر كنسبة معينة من رأس المال المدفوع لشركات المساهمة.

وتجدر الإشارة إلى نص القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ في مادته رقم ٥٣ على أنه في حالة تغيير الشكل القانوني لشخص اعتباري أو أكثر لا يدخل في حساب الأرباح والخسائر الأرباح أو الخسائر الرأسمالية الناتجة عن إعادة التقييم بشرط إثبات الأصول والالتزامات بقيمتها الدفترية وقت تغيير الشكل القانوني وذلك لأغراض حساب الضريبة على دخول الأشخاص الاعتبارية، وأن يتم حساب الاستهلاك على الأصول وتحويل المخصصات والاحتياطيات وفقاً للقواعد المقررة قبل هذا التغيير. ووفقاً لذات المادة يعد تغييراً للشكل القانوني على الأخص ما يلي:

- اندماج شركتين أو أكثر.
- تقسيم شركة مقيمة إلى شركتين مقيمتين أو أكثر.
- تحول شركة أشخاص إلى شركة أموال أو تحول شركة أموال إلى شركة أموال أخرى
- شراء أو الاستحواذ على ٥٠% أو أكثر من الأسهم أو حقوق التصويت، سواء من حيث العدد أو القيمة في شركة مقيمة مقابل أسهم الشركة المشتريّة أو المستحوذة.
- شراء أو الاستحواذ على ٥٠% أو أكثر من أصول والتزامات شركة مقيمة من قبل شركة مقيمة أخرى في مقابل أسهم الشركة المشتريّة أو المستحوذة.
- تحول شخص اعتباري إلى شركة أموال.

وبذلك فإن اندماج أي شركتين مقيمتين أو أكثر يتيح الاستفادة من الميزة السابقة حيث لم يحدد القانون شكلاً قانونياً معيناً لهذه الشركات المندمجة.

<sup>1</sup> كتاب الأهرام الاقتصادي، فتون الضرائب الجديد وبرنامج الإصلاح الاقتصادي، مرجع سلف ذكره، ص ٧٥.

بيد أن القانون أتاح هذا الخصم في الحالات التي يتم فيها تحول شركات الأشخاص أو أي أشخاص اعتبارية إلى شركات أموال دون ان يتيح ذلك في الحالات العكسية التي يتم فيها التحويل لشركات أشخاص حيث لا تتاح هذه الميزة عند تطبيق الضريبة على دخل الأشخاص الطبيعيين.

وقد ظلت أوجه التمييز الأخرى السالف ذكرها قائمة دون تغيير إذ ظل الإعفاء من الضريبة المقرر على التصرفات العقارية المقررة أيضاً بمقتضى المادة ٤٢ من القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ مرهوناً بأحد حالتين: تصرفات الوارث في العقارات التي آلت إليه من مورثه بحالتها عند الميراث، وكذلك تقديم العقار كحصة عينية في رأس مال شركات المساهمة شريطة ألا يتم التصرف في الأسهم المقابلة لمدة خمس سنوات. وتأسيساً على ذلك فإن التصرفات العقارية المصحوبة بتقديم العقار كحصة عينية في شركات الأشخاص والتوصية تخضع للضريبة فيما يعتبر تمييز لشركات المساهمة في مواجهة دونها من الشركات الأخرى. ومن ناحية أخرى، ظل الإعفاء الخاص بالأرباح الناتجة عن إعادة تقييم أصول المنشأة الفردية عند تقديمها كحصة عينية نظير الإسهام في رأسمال شركة مساهمة قائماً بمقتضى المادة ٢٠ من القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ بشرط أن تكون الأسهم المقابلة للحصة العينية اسمية وألا يتم التصرف فيها قبل مضي خمس سنوات فيما يعتبر تكريساً واضحاً من المشرع الضريبي لتمييز شركات المساهمة في مواجهة الأشكال القانونية لشركات الأموال الأخرى وشركات الأشخاص، ذلك أنه إذا كانت أرباح إعادة تقييم أصول المنشأة الفردية ناتجة عند تقديمها كحصة عينية في شركة أشخاص أو شركة توصية بالأسهم أو شركة ذات مسئولية محدودة فإن هذه الأرباح لا تعفى من الضريبة على دخل الأشخاص الطبيعيين.

ومع تسليم الباحث بالتطور الملموس الذي حققه القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ في مجال تخفيض أوجه التمييز تبعاً للشكل القانوني والتنظيمي مقارنة بالقوانين السابقة خصوصاً مع إخضاع كافة الأشخاص الاعتبارية لضريبة واحدة هي الضريبة على أرباح الأشخاص الاعتبارية وبسعر واحد بواقع ٢٠%، إلا أن ثمة أوجه تمييز لصالح شركات المساهمة في مواجهة الكيانات التنظيمية الأخرى لم تزل قائمة على النحو الذي سلف ذكره، ومع تفهم الباحث لمبررات تمييز شركات المساهمة وبشكل أقل شركات الأموال الأخرى والتي

تتمخوّر حول تشجيع إنشاء الكيانات الاقتصادية الكبرى باعتبارها الأقدر على المساهمة في تحقيق الأهداف التنموية حسب الرأي الحكومي المعلن، فإنه لا يمكن بأي حال من الأحوال إغفال الآثار التخصيصية السلبية على المشروعات الصغيرة ومتوسطة الحجم والتي توضع عليها أيضاً أمالاً كبيرة في مجال تحقيق التنمية في مصر، إذ أن المعاملة الضريبية التمييزية لصالح شركات المساهمة تؤدي إلى خلق حوافز قوية تجاه تدفق الموارد نحو قطاع شركات المساهمة في مواجهة قطاع الشركات الأخرى. ويرى الباحث أن تشجيع الكيانات الكبرى لا يجب أن يكون على حساب المشروعات الصغيرة والمتوسطة، فكلهما مكمل للآخر في مجال التنمية ولكل منها دوره الفاعل على الصعيد التنموي. وهكذا يمكن أن ننتهي إلى نتيجة أخرى مفادها أن نظام الضرائب على الدخل في مصر يمارس تأثيرات على قرارات المستثمرين في مجال اختيار الأشكال القانونية والتنظيمية لمشروعاتهم. وبالتالي يفقد بشكل نسبي للحداية في ذلك المجال.

## ٢- فيما يتعلق بأوجه التمييز تبعاً لنمط التمويل المستخدم

تزرخ بعض التشريعات الضريبية في بعض الدول بمعاملة ضريبية متباينة لمصادر التمويل المختلفة. ومن المعلوم أن الهيكل التمويلي لأي شركة يتشكل من توليفة مصادر التمويل المختلفة التي تحددها الشركة لتغطية أوجه استثماراتها. وبمعنى آخر فهو يمثل جانب الخصوم وحقوق الملكية للميزانية العمومية للشركة. وتتعدد مصادر التمويل من مصادر خارجية ممثلة في أدوات الدين كالقروض والسندات أو مصادر تمويل داخلية ممثلة في حقوق الملكية التي تتكون بدورها من الأرباح المحتجزة والأسهم (أو رأس المال) والاحتياطيات. وتختلف المعاملة الضريبية لكل من الاقتراض وحقوق الملكية، ومن ثم فهي تتباين تبعاً للمزيج الذي تعتمد عليه الشركات في تمويل استثماراتها، وتأسيساً على ذلك يتوقع أن يكون للضريبة تأثيرات على قرارات التمويل الخاصة بالمؤسسات والشركات.

وتختلف المعاملة الضريبية لمصادر تمويل الاستثمارات بين الدول، غير أن الشكل التقليدي للضريبة على دخل الشركات يتحيز للتمويل باستخدام

أدوات الدين على حساب التمويل باستخدام حقوق الملكية، إذ أن معظم التشريعات الضريبية تجيز خصم مصروفات فوائد الدين وصولاً للدخل الخاضع للضريبة فضلاً عن إمكانية إعفاء دخل الفوائد من الضريبة على دخول الأشخاص بينما لا يسمح بخصم توزيعات الأرباح فضلاً عن احتمالية خضوعها بالكامل للضريبة. وتعاني توزيعات الأسهم من الأزواج الضريبي في العديد من البلدان، إذ أنها تخضع على مستوى الشركة للضريبة على دخل الشركات ثم تخضع على المستوى الشخصي للضريبة على دخل الأشخاص. ويؤدي ما تقدم إلى زيادة الحوافز لتوجه الشركة نحو تمويل استثماراتها باستخدام أدوات الدين على حساب أموال الملكية.

وتخلق المعاملة التفضيلية لمدفوعات الفوائد في مواجهة توزيعات الأسهم حوافز لدى الشركات لكي تخفي توزيعاتها وتعاملها كفوائد لتخصمها من الدخل الخاضع لضريبة الشركات، غير أن السلطات الضريبية عادة ما تظن لذلك الشكل من التهرب الضريبي فلا تسمح بخصم مدفوعات الفوائد إلا في ظل توافر شروط معينة لعل أهمها ما يلي<sup>1</sup>:

- أن يكون القرض مرتبط بنشاط الشركة الخاضع للضريبة.
  - ألا يكون تم الحصول على القرض من المساهمين أو أي أطراف مرتبطة بهم.
  - ألا تكون هناك مغالاة في تقدير قيمة مدفوعات الفوائد.
  - ألا يكون مبلغ الفوائد مرتبط بأرباح الشركة أو بأي مقياس لأداء الشركة.
- ولا شك أن توجه الشركات إلى التمويل باستخدام الاقتراض نتيجة للمعاملة المتحيزة له في مواجهة التمويل باستخدام أموال الملكية من شأنه أن يؤدي إلى ارتفاع نسب الرفع المالي بالهياكل التمويلية لهذه الشركات بشكل يرفع من احتمالات تعرضها لمخاطر الإفلاس والتصفية.

---

<sup>1</sup> John R. King, "Debt and Equity Financing", In: IMF Fiscal Affairs Department, Taxation Handbook, (WDC: 1995), pp. 155-57.



ولإزالة التشوهات في قرارات وأنماط التمويل الناجمة عن السياسات الضريبية، ثمة مدخلان قد تلجأ السلطات الضريبية لإحداهما لتحقيق هذا الهدف<sup>1</sup>:

أ- يقوم المدخل الأول على معاملة حقوق الملكية بنفس معاملة الاقتراض، ويتحقق ذلك بعدة طرق أهمها السماح بمنح خصم ضريبي لتوزيعات الأسهم من الدخل الخاضع لضريبة الشركات يكون بمثابة فائدة ضمنية تعكس تكلفة الفرصة البديلة للأموال الخاصة بالمساهمين.

ب- يهدف المدخل الآخر إلى معاملة التمويل بالدين بذات معاملة أموال الملكية، وأهم الوسائل المستخدمة لتحقيق ذلك هي ما يسمى بضريبة الشركات على التدفقات النقدية والتي يسمح في ظلها بخصم توزيعات الأسهم أو مدفوعات الفوائد. ومع السماح بالخصم الفوري لمصروفات الشركة على الأصول الرأسمالية، سيكون لهذا النظام تأثير في تحديد عبء ضريبة الشركات على الأرباح الصافية ( البحتة) فقط. ولن يشوه هذا الإجراء الاختيار بين أدوات الدين وأدوات حقوق الملكية، وذلك شريطة أن تخضع المتحصلات من الفوائد وتوزيعات الأسهم بنفس الطريقة للضريبة على الدخل الشخصي. ويواجه ذلك المنهج بصعوبة تطبيقه على فوائد القروض والسندات المقدمة من الأجانب، حيث عادة ما تخضع تلك الفوائد للضرائب في دولهم وبدون منحهم الإعفاء، وقد يثبط ذلك من تدفقات التمويل الخارجي الأمر الذي يؤثر بالسلب على حساب رأس المال للدولة المستوردة لرأس المال<sup>2</sup>.

وللتدليل على أهمية الضريبة في تشكيل القرارات التمويلية لاستثمارات الشركات، قد يكون من المناسب الإشارة إلى الدراسة التي نفذها كل من Modigliani & Miller في عام 1958<sup>3</sup>، والتي أوضحت انه في ظل عدم وجود ضرائب لن يختلف الوضع لدى الشركات تجاه استخدام الدين أو حقوق

<sup>1</sup> Ibid, p. 161.

<sup>2</sup> Jane G. Gravelle, "The Corporate Income Tax: Economic Issues and Policy Options", In: Joel Slemrod (ed.): Tax Policy In the Real World, (Cambridge University Press, 1999), p. 24.

<sup>3</sup> Jack Mintz, "The Corporation tax", In: Michael P. Devereux (ed.): The Economics of Tax Policy", (New York: Oxford University Press, 1996), p. 166.

الملكية لتمويل أوجه إنفاقها الاستثماري، حيث يمكنها تحييد العوامل غير الضريبية من خلال التغيرات في المحافظ المالية. وقد بنيت الدراسة على افتراض مؤداه، أن المستثمرين في الشركات يواجهون بنفس تكلفة الفرصة البديلة أو سعر الفائدة عند تحديد الخيارات التمويلية للاستثمار. ويرى الباحثان أن قيمة الشركة تكون مستقلة عن القرارات التمويلية في غياب الضرائب، بيد أنه حينما أدخلنا النظام الضريبي في دراسة أخرى مكتملة عام ١٩٦٣ من خلال وجود ضريبة تفرض على دخل الشركات ويسمح في ظلها بخصم مدفوعات الفوائد وصولاً للدخل الخاضع للضريبة، انتهيا إلى نتيجة مؤداهما أن الضرائب تؤثر في القرارات التمويلية للشركات (رغم عدم أخذها في الحسبان دور الضريبة على الدخل الشخصي في التأثير على القرارات التمويلية) من خلال التأثير على تكلفة التمويل الكلية. وفي دراسة أخرى قلم بها Fisher & Mintz (1987) وجدنا أن زيادة بنقطة واحدة في السعر القانوني لضريبة الشركات تؤدي إلى زيادة في نسبة الديون/ الأصول في الشركات الكندية.

وفي إطار التمويل باستخدام حقوق الملكية، قد يتم تمويل الاستثمارات من خلال إصدار أسهم جديدة أو باستخدام الأرباح المحتجزة. وتلعب السياسة الضريبية دوراً في التأثير على الشركات في ذلك المجال وذلك تبعاً للمعاملة الضريبية لكل مصدر. وعادة ما تخضع التوزيعات للضريبة على دخل الأشخاص والضريبة على دخل الشركات. وكما هو معلوم فإن الأرباح المحتجزة تؤدي إلى زيادة القيمة الرأسمالية للشركة ومن ثم قيمة أسهمها بشكل يؤدي لتحقيق أرباح رأسمالية. وتخضع الأرباح المحتجزة شأنها شأن التوزيعات للضريبة على دخل الشركات، بينما لا تخضع الأرباح الرأسمالية الناجمة عنها للضريبة على المستوى الشخصي إلا عند تحققها، الأمر الذي يرتب ميزة لصالح التمويل بالأرباح المحتجزة في مواجهة الأسهم، ويجانب هذه الميزة تلجأ العديد من النظم الضريبية في كثير من الدول إلى ترتيب معاملة ضريبية مخففة ومتميزة للأرباح الرأسمالية عن المعاملة الضريبية للدخول العادية سواء بشكل عام أو بشكل انتقائي، فقد تختلف معاملة الأرباح الرأسمالية للأصول الحقيقية عن المعاملة الضريبية للأرباح الرأسمالية للأصول المالية، كما قد تختلف تبعاً للجهة المحقة للأرباح الرأسمالية إذا قد تعفى الأرباح التي

تحققها بعض الجهات الحكومية بينما لا تتمتع الجهات غير الحكومية بتلك الميزة. وقد تعامل الأرباح الرأسمالية المحققة بشكل مختلف تبعاً لفترة اقتناء الأصل بعد استحقاق الضرائب، حيث قد تعفى الأرباح المحققة نتيجة بيع أصول تم الاحتفاظ بها لفترات أطول أو تخضع لأسعار أقل لضريبة الدخل بالمقارنة بالأرباح المحققة من بيع أصول بعد فترة قصيرة من اقتنائها حيث يظهر في الأخيرة عنصر المضاربة، وأخيراً قد تعفى الأرباح الرأسمالية على إطلاقها من ضريبة الدخل إذا تم الاحتفاظ بالأصل لمدة تزيد عن الفترة التي قد يقررها القانون للاستفادة من هذا الإعفاء<sup>1</sup>.

وهكذا يمكن القول أن تأجيل الضريبة على الأرباح الرأسمالية إلى النقطة الزمنية لتحقيقها يرتب معاملة تفضيلية للأرباح الرأسمالية المحققة في مواجهة الدخول الأخرى التي يتم استلامها، وتأسيساً على ذلك فإن التحيز في المعاملة الضريبية للأرباح المحتجزة في مواجهة الأسهم قد يشجع الشركات على التوجه نحو التمويل باستخدام الأرباح المحتجزة على حساب إصدار أسهم جديدة، بيد أنه في مواجهة ما تقدم ثمة عوامل أخرى غير ضريبية قد تدفع الشركة إلى تمويل استثماراتها عن طريق إصدار أسهم بالنظر إلى كون المساهمين يقيموا توزيعات الأرباح بشكل أعلى من تقييمهم المناظر للأرباح الرأسمالية على الأسهم الناتجة عن التمويل باستخدام الأرباح المحتجزة.

وبعد العرض السابق الذي أوضح الكيفية التي يمكن أن تؤثر بها ضريبة الدخل على القرارات التمويلية للمستثمرين ومن ثم على أنماط التمويل الخاصة بهذه الشركة، يصير من المتعين الإجابة على تساؤل مضمونه هل يؤثر نظام الضرائب على الدخل بوضعه الراهن الذي تبلور بصدور القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ في مصر على قرارات وأنماط التمويل. للإجابة على ذلك قد يكون من المناسب قراءة نصوص القانون وتحليلها فيما يتعلق بالجوانب التمويلية واستخلاص النتائج وذلك على النحو التالي:

<sup>1</sup> John R. King, op,cit, p. 157.

أولاً: في مجال المعاملة الضريبية لكل من التمويل بالاقتراض والتمويل بالدين

حاول النظام المصري في ظل القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ بقدر الإمكان أن يكون حيادياً عن طريق ترتيب معاملة ضريبية متماثلة لكلا مصدرى التمويل وذلك من خلال الآتي:

- فمن ناحية تعفى، بمقتضى المادة ٤/٣١ الفقرة الأولى من القانون، عوائد السندات وصكوك التمويل على اختلاف أنواعها التي يحصل عليها الأشخاص الطبيعيون والمقيدة في سوق الأوراق المالية سواء تلك التي تصدرها الدولة أو شركات الأموال من الضريبة، ويهدف ذلك الإعفاء إلى تشجيع الأفراد على شراء السندات وصكوك التمويل بما يمكن الشركات من الحصول على الأموال اللازمة لتمويل استثماراتها وينشط في الوقت ذاته من سوق الأوراق المالية المصرية<sup>١</sup>.

- ومن ناحية ثانية، تم إعفاء التوزيعات التي يحصل عليها الأشخاص الطبيعيون عن أسهمهم في رأس مال شركات المساهمة والتوصية بالأسهم وعلى حصص رأس المال في الشركات ذات المسؤولية المحدودة وحصص الشركاء غير المساهمين في شركات التوصية بالأسهم (م ٤/٣١ فقرة ٢، فقرة ٣) من الضريبة حرصاً من المشرع الضريبي على منع الازواج الضريبي واكتفاء منه بمسابقة خضوع أرباح المؤسسات والشركات المصدرة لهذه الصكوك للضريبة على أرباح الأشخاص الاعتبارية. ذلك أن إخضاع إجمالي دخل الشركات للضريبة على أرباح الأشخاص الاعتبارية ينطوي على تمييز لإيرادات فوائد السندات المعفاة كلية من الضرائب في مواجهة توزيعات الأسهم بما قد يرتب تمييز في المعاملة الضريبية للتمويل باستخدام أدوات الدين في مواجهة التمويل باستخدام أدوات الملكية الأمر الذي برر إعفاء توزيعات الأرباح على النحو المذكور.

ورغم حرص النظام الضريبي المصري في إطار القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ على إلغاء التمييز في المعاملة الضريبية لأدوات الدين وأدوات الملكية بما يلغى أي تأثير للضريبة على الدخل في تشكيل وصياغة القرارات التمويلية

<sup>١</sup> محمود جيب الله أبو المجد، السيد إمام أحمد محمد، مرجع سابق فكره، ص ٤١١.

للعناصر الاقتصادية، إلا أن ثمة جانب للنسيب في هذا المجال لم يزل موجوداً، ذلك أن النظام يتيح خصم مدفوعات الفوائد وصولاً لدخل الخاضع للضريبة بينما لا يسمح بخصم التوزيعات أو فائدة ضمنية تعكس تكلفة التمويل من خلال أموال الملكية، الأمر الذي يخفض من تكلفة التمويل باستخدام الاقتراض في مواجهة نظيرتها باستخدام أموال الملكية بشكل يشجع الشركات والمؤسسات على مزيد من الاقتراض سواء كان اقتراض مباشر أو بإصدار سندات على حساب المصادر الأخرى. إذ أنه طبقاً للمادة ٢٣/ ١ من القانون ٢٠٠٥/ ٩١ يعد من التكاليف والمصروفات واجبة الخصم عوائد القروض\* المستخدمة في النشاط أياً كانت قيمتها وذلك بعد خصم العوائد الدائنة غير الخاضعة للضريبة أو المعفاة منها قانوناً\*. وتجدر الإشارة إلي أن المشرع الضريبي المصري اختص الأشخاص الطبيعيين بمعاملة تفضيلية في مواجهة الأشخاص الاعتبارية بأن قرر للفئة الأولى مزية خصم عوائد القروض المستخدمة في النشاط بشكل مطلق دون أي سقف، فيما وضع قيداً وحدد سقفاً أعلى للفوائد المدينة الواجبة الخصم بالنسبة للأشخاص الاعتبارية، إذ أنه بمقتضى المادة ٥٢/ ١ من القانون ٩١ لا يعد من التكاليف واجبة الخصم العوائد المدينة التي تدفعها الأشخاص الاعتبارية المنصوص عليها في القانون على القروض والسلفيات التي حصلت عليها فيما يزيد عن أربعة أمثال متوسط حقوق الملكية وفقاً للقوائم المالية التي يتم إعدادها طبقاً لمعايير المحاسبة المالية، ولا يسري ذلك الحكم على البنوك وشركات التأمين وكذلك الشركات التي تباشر نشاط التمويل التي يصدر بتحديداتها قرار من الوزير\* (وزير المالية).

\* يقصد بعوائد القروض حسبما جاء بنص المادة ١/٢٣ من القانون المبالغ التي يستحق دفعها للغير مقابل اقتراض المنشأة لأمواله لاستخدامها في تمويل أنشطتها وتسمى بالفوائد المدينة. ولكي تعتبر الفوائد التي تدفعها المنشأة عن المبالغ المقرضة من التكاليف الواجبة الخصم لأغراض تحديد وعاء الضريبة يجب أن يكون القرض حقيقياً وأن يكون الغرض يدخل في أعمال المنشأة وأن تستحق الفوائد فعلاً في سنة المحاسبة. للمزيد من التفصيل يرجع إلي المرجع السابق ص ٣٣٢ - ٣٣٥.

\* الهدف من خصم العوائد الدائنة غير الخاضعة للضريبة أو المعفاة منها قانوناً من عوائد القروض المستخدمة في النشاط للشخص الطبيعي أو الاعتباري هو ألا تستخدم الشركة أموالها في التهرب من الضريبة، بأن تعد الحصول على قروض تضعها في البنك لتحصل على فوائد معفاة بمقتضى المادة ٥/٣١ من القانون ٢٠٠٥/ ٩١ وتقوم بتحميل الفوائد على تكاليف النشاط.

\* شركات التجار التمويل وشركات التوريد.

## ثانياً: في مجال المعاملة الضريبية للأرباح المحتجزة والتمويل بإصدار أسهم جديدة

ميز المشرع الضريبي الأرباح المحتجزة كمصدر للتمويل في مواجهة التمويل عن طريق إصدار أسهم جديدة، حيث استثنى الأرباح الرأسمالية غير المحققة من الضريبة على الدخل الشخص لحين تحققها، بما يعني تأجيل فرض الضريبة إلي أن تتحقق واقعة بيع الأصول ومن ثم تحقق الأرباح الرأسمالية، إذ تحدد المادة ١٧ من القانون ٢٠٠٥/ ٩١ أرباح النشاط التجاري والصناعي على أساس الإيراد الناتج من جميع العمليات التجارية والصناعية بما في ذلك الأرباح الناتجة عن بيع أصول المنشآت المنصوص عليها في البنود ١ و٢ و٤ من المادة ٢٥ من ذات القانون (مباني ومنشآت وتجهيزات وسفن وطائرات ، والأصول المعنوية التي تم إنشاؤها أو تم شراؤها بما في ذلك شهرة النشاط والأرض والأعمال الفنية والأثرية والمجوهرات والأصول الأخرى غير القابلة بطبيعتها للاستهلاك) والأرباح المحققة من التعويضات التي يحصل عليها الممول نتيجة الهلاك أو الاستيلاء على أي أصل من هذه الأصول وكذلك أرباح التصفية التي تحققت خلال الفترة الضريبية وذلك بعد خصم جميع التكاليف واجبة الخصم. وفي معرض تحديد إيرادات المهن غير التجارية ضمنت المادة ٣٣ من القانون ٩١ عائدات التصرف في أية أصول مهنية وعائدات نقل الخبرات أو التنازل عن مكتب مزاوله المهنة كلياً أو جزئياً ضمن إيرادات المهن غير التجارية الخاضعة للضريبة.

وإذا كان النظام الضريبي المصري قد حدد نطلق الأرباح الرأسمالية الخاضعة للضريبة في الأرباح المحققة دون نظيراتها غير المحققة، فإِنَّه داخل إطار الأرباح الرأسمالية المحققة قد وقع في إشكالية التمييز بين الأرباح الرأسمالية المحققة من أصول الشركة (عدا الحاصلات الآلية ونظم للمعلومات والبرامج) وبين الأرباح للرأسمالية الناتجة من تعامل الأشخاص الطبيعيين، وأيضاً تعامل الأشخاص الاعتبارية المقيمة عن استثمارات كل منهم في الأوراق المالية المعقدة في سوق الأوراق المالية حيث أغنى الأخيرة من الضريبة على الدخل الشخصي والضريبة على أرباح الأشخاص الاعتبارية

بمقتضى المادتين ٣/٣١، ٨/٥٠ من القانون ٢٠٠٥/٩١ على التوالي، فيما يعتبر تحيز للاستثمار المالي في مواجهة الاستثمار الحقيقي.

### ٣- فيما يتعلق بأوجه التمييز بين الاستثمار المالي والاستثمار

#### الحقيقي

نتقلنا النقطة الأخيرة المتمثلة في المعاملة التفضيلية للأرباح الرأسمالية المحققة من الأصول المالية، إلى إشكالية التمييز الواضح التي وقع فيها النظام الضريبة المصري لصالح الاستثمار في كثير من الأصول المالية والتي تتمتع عوائدها (عوائد السندات وصكوك التمويل على اختلاف أنواعها المقيدة في سوق الأوراق المالية التي تصدرها الدولة أو شركات الأموال\*، وتوزيعات الأسهم وحصص رأس المال، وصكوك الاستثمار التي تصدرها صناديق الاستثمار، وعوائد الودائع وحسابات التوفير بالبنوك المسجلة في مصر، وشهادات الاستثمار والادخار والإيداع التي تصدرها هذه البنوك، وعوائد الودائع وحسابات التوفير في صناديق البريد، وعوائد الأوراق المالية وشهادات الإيداع التي يصدرها البنك المركزي) بالإعفاء من الضريبة على الدخل الشخصي في مواجهة الاستثمار الحقيقي الذي تخضع عوائده للضريبة. وإذا كانت هذه المعاملة المتميزة للاستثمار المالي تبرر بتشجيع القطاع المالي بصفة عامة وسوق الأوراق المالية بصفة خاصة على اعتبار أن رفع المقدرة التمويلية للمؤسسات المالية هي شرط ضروري لدعم الاستثمار الحقيقي من خلال توفير الموارد المالية اللازمة له، إلا أن لهذا التمييز آثار سلبية على تخصيص الموارد حيث يعتمد الكثير من المستثمرين إلى تصفية استثماراتهم الحقيقية وتوجيه مواردهم نحو الاستثمار في الأصول المالية التي تتمتع غالبية عوائدها بالإعفاء من الضريبة الأمر الذي قد يؤثر على عملية التنمية في مصر سلباً.

ومن ناحية أخرى قد تقلل الحوافز الضريبية التي يمنحها القانون من

حدة هذا التمييز دون أن تلغيه، ومن أهم هذه الحوافز ما يلي:

- السماح بترحيل الخسائر الناتجة من النشاط التجاري والصناعي للأمام خصماً من أرباح السنوات التالية لمدة خمسة سنوات وفقاً لأحكام المادة ٢٩

\* إذا لم تكن السندات أو صكوك التمويل غير مقيدة في سوق الأوراق المالية المصرية، فإن عوائدها في هذه الحالة تخضع للضريبة على الدخل.

من القانون ٩١ في مقابل عدم السماح بخصم الخسائر الناجمة عن تعاضد الأشخاص الطبيعيين والأشخاص الاعتبارية المقيمة في الأوراق المالية أو ترحيلها لسنوات تالية.

• مسموحات الاستهلاك الممنوحة للأصول الحقيقية والتي تعتبر من قبيل التكاليف واجبة الخصم والتي تتراوح وفقاً لأحكام المادة ٢٥ من القانون ٢٠٠٥/٩١ بين ٥% من تكلفة شراء أو إنشاء أو تطوير أو تجديد أو إعادة بناء المباني والمنشآت والتجهيزات والسفن والطائرات، و ١٠% من تكلفة شراء أو تطوير أو تحسين أو تجديد أي من الأصول المعنوية التي يتم شراؤها بما في ذلك شهرة المحل، فيما يتم احتساب مسموحات الاستهلاك لكل من الحاسبات الآلية ونظم المعلومات والبرامج وأجهزة تخزين البيانات بواقع ٥٠% من أساس الإهلاك، ولجميع الأصول الأخرى بواقع ٢٥% من أساس الاستهلاك لكل سنة ضريبية\*.

• بالإضافة لخصم تكاليف الاستهلاك العادية، تجيز المادة ٢٧ من القانون ٩١ بخصم ٣٠% من تكلفة الآلات والمعدات المستخدمة في الاستثمار في مجال الإنتاج سواء كانت جديدة أو مستعملة وذلك في أول فترة ضريبية يتم خلالها استخدام هذه الأصول ويتم احتساب أساس الإهلاك المذكور آنفاً عن تلك الفترة الزمنية بعد خصم هذه النسبة\*، ويهدف هذا الخصم إلى تشجيع الاستثمارات وتوسعتها، بيد أنه يعد تمييزاً لأحد أنواع الأصول الحقيقية سواء كانت جديدة أو مستعملة في مواجهة غيرها من الأصول □.

♦ يقصد بأساس الاستهلاك حسبما ورد بالمادة ٢٦ من القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ القيمة الدفترية للأصول المدرجة في الميزانية الافتتاحية للفترة الضريبية، ويزيد من الأساس بما يوازي تكلفة الأصول المستخدمة وتكلفة التطوير أو التحسين أو التجديد أو إعادة البناء وذلك خلال الفترة الضريبية، ويقل الأساس بما يوازي قيمة الإهلاك السنوي وقيمة بيع الأصول التي تم التصرف فيها بقيمة التعويض الذي تم الحصول عليه خلال الفترة الضريبية. فإذا كان أساس الإهلاك بالمسالب تضاف قيمة التصرف في الأصل أو التعويض عنه إلى الأرباح التجارية والصناعية للممول، أما إذا لم يجاوز أساس الإهلاك عشرة آلاف جنيه، يعد أساس الإهلاك بالكامل من التكاليف واجبة الخصم. لمزيد من التفصيل حول كيفية حساب تكلفة الإهلاك لأصول المنشأة يرجع إلى: عبد السلام شحاته، هالة جمال، "لدول الضرائب"، (القاهرة: مؤسسة الأهرام، ٢٠٠٩)، ص ٣٣-٣٥.

♦ يشترط لتطبيق هذا الخصم أن يكون لدى الممول دفتر وحسابات منتظمة.  
□ وتحقق الكثير على منح هذا الخصم بصورة مطلقة للآلات والمعدات الجديدة والمستعملة على حد سواء بالنظر إلى أن منح هذا الخصم أيضاً للآلات والمعدات المستعملة يحد من



● في إطار مجموعة الأصول المالية ميز المشرع الضريبي المصري بين السندات وصكوك التمويل المقيدة في سوق الأوراق المالية المصرية وبين نظيراتها غير المقيدة بالسوق، بأن أفضى عوائد الأولى من الضريبة وأخضع عوائد الثانية للضريبة. وإذا كان الهدف من وراء ذلك هو تشييط سوق الأوراق المالية المصرية، فإن هذا ينطوي على تمييز واضح ضد السندات والصكوك غير المسجلة ليس في مواجهة نظيراتها المسجلة فقط بل أيضاً في مواجهة الأدوات المالية الأخرى كالودائع وحسابات التوفير وشهادات الاستثمار والادخار والإيداع.

● وثمة نوع آخر من التمييز يقع في إطار الأصول المالية يتمثل في إخضاع عوائد السندات التي تصدرها وزارة المالية لصالح البنك المركزي أو لصالح غيره من البنوك لضريبة قطعية بواقع ٣٢% وذلك بدون خصم أي تكاليف<sup>١</sup>. ولا شك أن خضوع هذه العوائد للضريبة على النحو الموضح في المادة ٥٨ من القانون ٩١ كان ينطوي على واقعة ازدواج ضريبي بالنظر إلى أن هذه العوائد تدرج ضمن إيرادات البنوك الخاضعة للضريبة على أرباح الأشخاص الاعتبارية، بيد أن اللائحة التنفيذية للقانون ٩١ الصادرة بمقتضى قرار وزير المالية رقم ٩٩١ لسنة ٢٠٠٥ قد عالجت هذا الوضع بأن قضت بخصم الضريبة المسددة على عوائد السندات المنصوص عليها في المادة ٥٨ من القانون من الضريبة على أرباح الأشخاص الاعتبارية المستحقة على هذه البنوك وبما لا يجاوز هذه الضريبة<sup>٢</sup>، فيما اعتبره البعض مخالفة لنص المادة ١١٩ من الدستور حيث كان من المتعين إجراء تعديل تشريعي للمادة ٥٨ بذلك المضمون. وثمة تساؤل يطرح حول الحكمة في إخضاع عوائد السندات التي تصدرها وزارة المالية لحساب البنوك للضريبة بسعر مرتفع (٣٢%) طالما أن عوائد هذه السندات تعد من الإيرادات المتصلة بمباشرة المهنة وأنه سيتم خصم تلك الضريبة من

---

فاعلية هذا الحافز في تشجيع وتحديث الطاقات الإنتاجية، للمزيد من التفصيل يرجع إلى: د. سعيد عبد العزيز، د. محمد عمر، "النظم الضريبية... مدخل تحليلي مقارنة"، ص ٣٧١.  
\* يلاحظ أن مصدر السند في هذه الحالة هي وزارة المالية وأن المكتب في هذه السندات هو البنك المركزي أو أحد البنوك العامة أو الخاصة (مصري أو أجنبي).  
1 كتاب الأهرام الاقتصادي، "اللائحة التنفيذية لقانون الضرائب"، عدد ٢٢٠، يناير ٢٠٠٦، ص ٣٦.

الضريبة على الأشخاص الاعتبارية المستحقة على هذه البنوك وبما لا يجاوز هذه الضريبة<sup>1</sup>.

وبصدور القانون ١١٤ لسنة ٢٠٠٨ والذي تم بمقتضاه إلغاء الإعفاء الضريبي لعوائد أنون الخزانة، وإخضاع عوائد أنون وسندات الخزانة للضريبة بواقع ٢٠% ودون خصم أي تكاليف بمقتضى المادة التاسعة من القانون ١٢٨ لسنة ٢٠٠٨ على أن تخصم الضريبة المسددة من الضريبة المستحقة على أرباح الأشخاص الحاصلين على هذه العوائد وذلك ضمن حزمة من الإجراءات التي اتخذتها الحكومة لتمويل العلاوة في أجور العاملين بالدولة بواقع ٣٠%، يكون المشرع الضريبي بهذا الإلغاء قد غلب الاعتبارات التمويلية على حساب متطلبات الكفاءة والحيادية .

وهكذا يمكن القول أن النظم المصري للضريبة على الدخل قد وقع في فخ التمييز في معاملته الضريبية بين عوائد الاستثمار المالي وعوائد الاستثمار الحقيقي من جانب، وبين بعض أنواع الأصول في إطار كل مجموعة من جانب آخر وذلك لأسباب متباينة بعضها يتعلق بالرغبة في تشجيع سوق الأوراق المالية والبعض الآخر يتعلق بتشجيع الاستثمار المالي، وتشجيع حيازة بعض أنواع الأصول الحقيقية كالآلات والمعدات، أو الرغبة في تحقيق أهداف تمويلية ، الأمر الذي يمكن القول معه بعدم حيادية هذا النظم في هذا المجال.

#### ٤- فيما يتعلق بأوجه التمييز بين الأنشطة الاقتصادية

مع إلغاء الأسعار التمييزية التي كانت مقررّة ققط لأنشطة التصنيع والتصدير، ومع إلغاء العديد من الإعفاءات الضريبية التي كانت مقررّة بمقتضى القانون ١٥٧/١٩٨١ و القانون ٨ لسنة ١٩٩٧ بشأن ضمانات وحوافز الاستثمار بصدور القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥، ومع عدم تضمين الأخير لإعفاءات ضريبية تقررت سابقاً لبعض الأنشطة الاقتصادية بمقتضى القانون ١٥٧ لسنة ١٩٨١ وتعديلاته، يمكن القول بأن نظم الضريبة على الدخل في مصر قد قلل إلى حد كبير من نزعة تحيزه لبعض الأنشطة الاقتصادية في مواجهة غيرها، إلا أنه لم تزل هناك بعض أوجه التمييز لصالح بعض الأنشطة الاقتصادية بغية تشجيعها حيث تم إعفاء هذه الأنشطة من الخضوع للضريبة:

<sup>1</sup> محمود جبه الله، السيد إمام أحمد، مرجع سابق ذكره، ص ٨٠٢.

١. أرباح منشآت استصلاح أو استزراع الأراضي لمدة عشر سنوات اعتباراً من تاريخ بدء مزاولة النشاط\*.

٢. أرباح منشآت الإنتاج الداجني وتربية النحل وحظائر تربية المواشي وتسمينها، ومشروعات مصايد ومزارع الأسماك، وأرباح مشروعات مراكب الصيد لمدة عشر سنوات من تاريخ مزاولة النشاط.

٣. الأرباح التي تتحقق من المشروعات الجديدة المنشأة بتمويل من الصندوق الاجتماعي للتنمية في حدود هذا التمويل وذلك لمدة خمس سنوات تبدأ من تاريخ مزاولة النشاط أو بدء الإنتاج بحسب الأحوال.

٤. مع صدور القانون ١٩٦ لسنة ٢٠٠٨ بشأن الضريبة على العقارات المبنية، تم إلغاء المواد ٣٨، ٤٠، ٤٣، ٤٤ من القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ مع تعديل المواد ٣٧، ٣٩، ٤٦، ٤٥ من نفس القانون، وبموجب ذلك لم تعد إيرادات الثروة العقارية ( الأراضي الزراعية، والعقارات المبنية) خاضعة للضريبة على الدخل عدا الإيرادات الناتجة من تأجير الوحدات المفروشة وتلك الناتجة من تأجير الوحدات تحت نظام الإيجار الجديد، والإيرادات الإجمالية الناتجة عن التصرف في العقارات المبنية أو الأراضي داخل كردون المدينة<sup>١</sup>.

٤. إيرادات تأليف وترجمة الكتب والمقالات، الدينية والعلمية والثقافية والأدبية، عدا ما يكون ناتجاً عن بيع المؤلف أو الترجمة لإخراجه في صورة مرئية أو صوتية.

وبذلك يمكن القول أن أوجه التمييز الضريبي بمقتضى القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ بين الأنشطة قد تركزت أساساً لصالح أنشطة القطاع الزراعي والحيواني في مواجهة الأنشطة الأخرى، ويبرر ذلك برغبة الحكومة في دعم هذه الأنشطة بما يعزز من فرص تحقيق هدف الأمن الغذائي لجموع المواطنين\*.

---

\* بالنسبة للشركات الخاضعة للضريبة على أرباح الأشخاص الاعتبارية يبدأ الإعفاء اعتباراً من بدء مزاولة النشاط أو بدء الإنتاج حسب الأحوال.  
١ محمود جاب الله أبو المجد، " الضريبة العقارية"، ( القاهرة: مؤسسة الأهرام، ٢٠٠٩)، ص ٤٣-٤٤.

\* يحتاج القطاع الزراعي إلى بذل الكثير من الجهود للنهوض به، ورغم أن إلغاء ضريبة الدخل على أنشطة القطاع الزراعي مصر قد ينعكس بالإيجاب على القطاع، إلا أنه في مواجهة ذلك تظل هناك مشكلات عدة تضغط من فاعلية هذا الأثر تتعلق بكل من السيولة

## السهولة الإدارية

أوضحنا سلفاً أن النظام الضريبي الجيد يجب أن يتسم بالسهولة والبساطة الإدارية بشكل يؤدي إلى انخفاض تكاليف إدارته وتكاليف الامتثال الضريبي المرتبطة به قياساً بحصيلته المتوقعة، ويرتبط ذلك بقاعدة الاقتصاد في نفقات الجباية التي تعنى بتدنية تكاليف إدارة وتحصيل الضريبة إلى أقل قدر ممكن. وتنقسم نفقات إدارة أي نظام ضريبي إلى تكاليف مباشرة وتكاليف غير مباشرة.

ويقصد بالتكاليف المباشرة لإدارة النظام الضريبي التكاليف المرتبطة مباشرة بالإدارة الضريبية كتكلفة العنصر البشري، ومستلزمات العمل كالنماذج والمطبوعات والأدوات والمعدات وغيرها، وترتبط بعوامل عدة لعل أهمها درجة تعقد النظام الضريبي ومستويات الوعي ودرجة الامتثال الضريبي للممولين. ومع بقاء العوامل الأخرى على حالها، تنخفض التكلفة المباشرة للضريبة إذا تميزت الضريبة بالبساطة وارتفعت كل من درجة الوعي الضريبي ومستويات الامتثال الضريبي للممولين، وتجدر الإشارة إلى أنه لتخفيض تكاليف إدارة الضريبة فإن النشاط الخاضع للضريبة يجب أن يتصف بقابلية قياسه بسهولة فضلاً عن ضرورة انخفاض تكلفة جمع المعلومات الخاصة به.

ومن ناحية أخرى يقصد بالتكاليف غير المباشرة للنظام الضريبي التكاليف التي يتحملها الممولون، وتأخذ صوراً عدة أهمها: تكلفة الوقت الضائع نتيجة لقيام الممولين بإعداد وتحرير وتقديم الإقرارات الضريبية، تكاليف إمساك السجلات والدفاتر، تكلفة الاستعانة بخدمات المحاسبين والمحامين. ويقدر البعض أن التكاليف غير المباشرة لإدارة النظام الضريبي تفوق بنحو خمسة أمثال التكاليف المباشرة!

وتزيد درجة تعقد النظام الضريبي من تكلفة إدارة النظام الضريبي ككل، إذا ترتب الأحكام التي تتضمنها التشريعات الضريبية أعباء خاصة

---

الزراعية، ونظم وأسعار تمليم وتسويق منتجات القطاع الزراعي، و توفير احتياجات القطاع من المدخلات الزراعية ومياه الري، و تحتاج تلك المشكلات إلى حلول جذرية للتعامل معها. ويجاب ما تقدم ثمة ضرورة أيضاً لكي تمتد منظومة الإصلاح الضريبي إلى نظام للضريبة على الأرباح الصادرة بموجب القانون ١١٢ لسنة ١٩٣٩.

<sup>1</sup> Joseph E. Stiglitz, op.cit, pp.464- 66.

يتحملها الممولون، فمثلاً تقضي كثير من تشريعات الضرائب على الدخل بخصم مجموعات معينة من النفقات من وعاء الضريبة (كمصروفات الرعاية الصحية، والتبرعات، والفوائد) الأمر الذي يستلزم معه ضرورة إمساك الممولين لسجلات إضافية تبرز هذه المصروفات، وتبعاً لذلك يتحمل الممولون بتكاليف إضافية. وثمة مثال آخر للأحكام الخاصة التي ترتب تكاليف إضافية، وهي تلك المتعلقة بالاختلافات في معدلات الضريبة المطبقة على الممولين والأنشطة، فقد يتحمل بعض الممولين بأسعار ضريبية أعلى من الأسعار المقررة على غيرهم من الممولين، كما قد تخضع بعض الأنشطة التجارية والصناعية لمعدلات تفضيلية في مواجهة الأنشطة الأخرى، الأمر الذي يخلق حوافز قوية نحو التوجه إلى الأنشطة الخاضعة للضريبة بأسعار منخفضة أو لا تخضع لها على الإطلاق، ولاشك أن المحاولات التي يبذلها الممولين للتنقل بين الأنشطة بغية الاستفادة من الأسعار الضريبية المنخفضة يترتب عليها تحملهم بأعباء مالية إضافية.

ومن جانب آخر ثمة علاقة طردية بين حجم وعدد ونطاق الإعفاءات والحوافز الضريبية ودرجة تعقد النظام الضريبي ومن ثم تكاليف إدارته، ذلك أن التوسع في منح الإعفاءات والحوافز الضريبية يقوض من بساطة النظام الضريبي من خلال زيادة تكاليف المراقبة التي تتحملها الإدارة الضريبية في سبيلها نحو التثبت من أن هذه الحوافز تسير وفقاً لما هو مقرر لها وفي المجالات المخصصة لها. وبسبب زيادة تعقد النظام الضريبي الناجم عن تعدد الحوافز وارتفاع درجة الانتقاء والتمييز والرقابة في منحها، فقد يؤدي هذا إلى زيادة التهرب الضريبي بشكل يؤدي إلى تراجع الحصيلة الضريبية ويرتب أعباء إضافية على عاتق الإدارة الضريبية.

وتجدر الإشارة إلى أن إخضاع بعض الفئات للضريبة في بعض الأحيان قد يتم بتكلفة أعلى مقارنة بفئات أخرى، وثمة اعتقاد على نطاق واسع بأن التكاليف المرتبطة بإدارة عملية فرض الضريبة على الدخل المستمد من رأس المال تكون أعلى بكثير من نظيراتها المرتبطة بفرض الضريبة على الدخل من العمل، ويرجع ذلك جزئياً إلى أنه قد تنشأ صعوبة في التمييز بين الدخل ورأس المال، فمثلاً قد تعتبر بعض المنفوعات لملاك رأس المال دخلاً

كما هو الحال بالنسبة لتوزيعات الأرباح أو قد تعتبر اصلا لراس المال كما هو في حالة إعادة استرداد الأموال السابق استثمارها، فإذا كان النظام الضريبي يعامل هذه المنفوعات بشكل مختلف، فسوف يتجه الممولون إلى محاولة توصيف أموالهم بالصورة التي تحملهم أقل عبء ضريبي ممكن.

وفي نطاق نظام الضرائب على الدخل في مصر، ثمة ضرورة في ضوء ما تقدم لتحديد درجة تعقده أو بساطته ومن ثم التكاليف المصاحبة لإدارة النظام. وبالمقارنة بالوضع السابق، فإنه من واقع استقراء القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ يمكن القول أن ثمة تغيرات في كل من هيكل الأسعار، ونطاق الإعفاءات والحوافز الضريبية، وأساليب تحصيل الضريبة قد أسهمت جزئياً في تبسيط هذا النظام وذلك على النحو التالي:

### أولاً: في مجال تبسيط هيكل أسعار الضريبة

بالمقارنة بالقانون ١٥٧ لسنة ١٩٨١، خضع هيكل أسعار الضريبة على دخول الأشخاص الطبيعيين في ظل القانون ٩١ لتغيرات جوهرية أسهمت في تبسيطه، حيث تم توحيد حد الإعفاء المقرر للأعباء العائلية دون تمييز لجميع الممولين بغض النظر عن نوعهم أو أحوالهم الاجتماعية بواقع ٥٠٠٠ جنيه سنوياً، وقد صاحب هذا تطوراً ثانياً في الشرائح الضريبية، حيث ألغى التمييز في عدد الشرائح الضريبية الذي كان قائماً في ظل القانون ١٥٧ المعدل بالقانون ١٨٧ لسنة ١٩٩٣ والذي تباين بين شريحتين للأجور والمرتببات وأربع شرائح للدخول الأخرى ليصبح هناك هيكلًا موحدًا للأسعار الضريبية في ظل القانون ٩١ مكون بخلاف الشريحة المعفاة من ثلاث شرائح. كما ألغى التمييز الذي كان قائماً في ظل القانون لأرباح الشركات عن نشاطها التصنيعي والتصديرية، وباتت جميع الدخول التي تحققها الأشخاص الاعتبارية تخضع للضريبة بواقع ٢٠% عدا أرباح هيئة قناة السويس والهيئة العامة للبترول والبنك المركزي وشركات البحث عن البترول والغاز وإنتاجها وذلك على النحو السالف ذكره عند تناول أسعار الضريبة، كما تم، من ناحية أخرى، إلغاء رسم تنمية الموارد الذي كان مقرراً بواقع ٢%.

## ثانياً: في مجال ترشيد الإعفاءات

أدى إلغاء العديد من الإعفاءات الضريبية وترشيد استخدام الحوافز الضريبية إلى رفع درجة بساطة النظام المصري للضريبة على الدخل، كما حقق وفراً في تكاليف الإدارة الضريبية ممثلاً في ذلك الجزء من التكاليف التي كانت الإدارة الضريبية تتحملها في سبيل مراقبة وإدارة هذه العناصر.

## ثالثاً: في مجال ربط تحصيل الضريبة

تعمل أي إدارة ضريبية على تحقيق الحصيلة الضريبية المستهدفة بأقل قدر ممكن من التكاليف، ولنجاح أي نظام ضريبي فإنه يجب أن ينفذ من خلال إدارة ضريبية على درجة عالية من الكفاءة، وقد خضعت إدارة الضرائب على الدخل في مصر لعمليات تطوير لعل أهمها عملية دمج مصلحتي الضرائب العامة والضرائب على المبيعات لتصبحا في إطار كيان موحد سمي بمصلحة الضرائب المصرية وذلك بمقتضى قرار السيد رئيس الجمهورية رقم ١٥٤ لسنة ٢٠٠٦. وبذلك أضحت مصلحة الضرائب المصرية معنية بتطبيق القانون ١١ لسنة ١٩٩١ بشأن الضريبة العامة على المبيعات بجانب قوانين الضرائب على الدخل وعلى الدمغة. وثمة أسباب عدة كانت وراء اتخاذ قرار الدمج أهمها ما يلي<sup>١</sup>:

- ١- تعريف وتسجيل الممول باستخدام رقم ضريبي موحد.
- ٢- تفعيل نظم جمع المعلومات عن طريق الإقرارات من أصحاب العمل والمهن الحرة.
- ٣- رفع كفاءة عملية التحصيل، وتحسين آليات مراقبة ومتابعة أصحاب الأعمال الذين لم يتقدموا بإقرارات ضريبية ولم يسددوا الضرائب.
- ٤- التحقق من صحة المعلومات الموجودة بالإقرارات باستخدام أسلوب المخاطر المتقدمة والخاصة بطرق الفحص.
- ٥- كفاءة استخدام الموارد.
- ٦- تخفيض التكلفة الإدارية.

<sup>١</sup> أسامة إبراهيم عبد مسلم، "دراسة عن دمج مصلحتي ضرائب الدخل والمبيعات والآثار المتوقعة"، (وزارة المالية، قطاع مكتب الوزير، الإدارة المركزية للبحوث المالية والتنمية الإدارية، ديسمبر ٢٠٠٧)، ص ٩.

٧- تخفيض تكلفة الامتثال للممولين.

٨- تحسين مستويات التنسيق بين المصالح الإيرادية.

وتطبق الإدارة الجديدة ما أطلقت عليه بنظرية التحصيل الحديثة، وتقوم هذه النظرية على افتراض مؤداه أن هناك نحو ٢٠% من الممولين بالمجتمع الضريبي سواء في الدول النامية أو الدول المتقدمة يساهموا بنحو ٨٠% من إجمالي الحصيلة الضريبية السنوية وأن النسبة المتبقية من الممولين وقدرها ٨٠% تساهم بنسبة ٢٠% من إجمالي الحصيلة، وتأسيساً على ذلك تم تنظيم العمل في الكيان الجديد عن طريق تقسيم الممولين إلى ثلاث فئات وفقاً لرقم الأعمال على النحو التالي:

- الشريحة الأولى، وتخدمها مأمورية مختصة لكبار الممولين تضم كل ممول يبلغ إجمالي ما يسدده من ضرائب مبيعات مليون جنيه فأكثر أو يصل صافي أرباحه سبعة مليون جنيه فأكثر بالنسبة للضرائب على الدخل، ويتم تطبيق قانوني الضريبة على الدخل والضريبة العامة على المبيعات على هذه الشريحة.

- تتضمن الشريحة الثانية كل ممول أقل من حد التسجيل في مأمورية كبار الممولين وفوق حد تسجيل ضريبة المبيعات البالغ الآن ١٥٠ ألف جنيه. ويطبق أيضاً على أفراد هذه الشريحة كل من قانون الضرائب على الدخل وقانون الضريبة العامة على المبيعات.

- تشكل الشريحة الثالثة من صغار الممولين، ويدخل في إطارها كل ممول غير مسجل في ضريبة المبيعات، بما يعني أن ممولى تلك الشريحة يخضعون لضريبة الدخل فقط، ويتم وضع نظم وأسس مبسطة لمحاسبتهم ضريبياً.

وهكذا توجه الإدارة الضريبية جل جهدها نحو الشريحة الأولى التي تمثل الرافد الأساسي للحصيلة مما يتوقع معه رفع كفاءة عملية تحصيل الضريبة وتخفيض نفقات تحصيلها.

وفي سبيلها لتحقيق ذلك، تلتزم الإدارة الضريبية بإعمال الإطار القانوني والتتظيمي المحدد لعملية ربط وتحصيل الضريبة على النحو الموضح



بالقانون ٩١ ولائحته التنفيذية. وقد تضمن نظام الضرائب على الدخل مجموعة من القواعد في هذا المجال بعضها يتعلق بالعمل على تعزيز مستويات الامتثال الضريبي، فيما يتعلق البعض الآخر بتبسيط إجراءات تحصيل الضريبة وتخفيض نفقات إدارة الضريبة.

### تعزيز مستويات الامتثال الضريبي:

كما سلف الذكر يؤدي ارتفاع مستويات الامتثال الضريبي للممولين إلى تخفيض نفقات إدارة الضريبة وزيادة الحصيلة. وتأسيساً على مبدأ الاقتصاد في نفقات تحصيل الضريبة، كان من المتعين على الإدارة الضريبية تعزيز ورفع مستويات الامتثال الضريبي، بيد أنها لكي تحقق ذلك، يتعين تضمين القانون الضريبي مجموعة من الأحكام التي تساعد على إرساء جنور الثقة بين الإدارة الضريبية والموليين، وقد ضمن القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ العديد من الأحكام التي تعمل على تحقيق هذا الهدف، لعل أهمها ما يلي:

- الأخذ بمفهوم العفو الضريبي على النحو الذي سلف ذكره في بداية الدراسة. ولاشك أن تطبيق مفهوم العفو الضريبي في إطار منظومة الإصلاح الضريبي التي تركز على مبدأ أساسي ممثل في ترسيخ وتدعيم الثقة بين الممولين والإدارة الضريبية من شأنه، بشروط توافر عناصر أخرى كالعدالة الضريبية وقناعة الممولين بجدوى الإنفاق العام، وبساطة ووضوح القواعد والقوانين، أن يرفع من مستويات الالتزام الضريبي ويحسن من ثم من كفاءة عملية إدارة وتحصيل الضريبة بدلالة كل من ارتفاع الحصيلة المحققة وانخفاض تكاليف تحصيلها.
- اعتبار الإقرار الضريبي المقدم من الممول صحيحاً ما لم يثبت العكس. إذ تنص المادة ٨٩ من القانون ٩١ بربط الضريبة على الأرباح الثابتة من واقع إقرار الممول، وقد أجازت المادة ٩٠ من ذات القانون لمصلحة الضرائب بتعديل الربط من واقع البيانات الواردة بالإقرار والمستندات المؤيدة له، وفي مواجهة ذلك أعطى القانون لمصلحة الضرائب حق إجراء ربط تقديري للضريبة من واقع أي بيانات متاحة في حالة عدم تقديم الممول لإقراره الضريبي أو عدم تقديمه للبيانات والمستندات المؤيدة للإقرار، غير

أن عملية ربط الضريبة من واقع الإقرار الضريبية قد قيدت في الأحوال التالية:

أ- إذا توافرت لمصلحة الضرائب مستندات تثبت عدم مطابقة الإقرار للحقيقة، حيث أعطى القانون في الفقرة الثانية من المادة ٩٠ من القانون ٩١ لها حق إجراء الفحص وتصحيح الإقرار أو تحديده.

ب- توافر دليل محدد بأن الممول يخطط للتهرب من الضريبة بتحويل أصوله لشخص آخر أو اتخاذ إجراءات أخرى تضر بتحصيل الضريبة، حيث أعطى القانون بمقتضى الفقرة الثالثة من المادة ٩٠ لرئيس المصلحة، بعد موافقة وزير المالية، ربط الضريبة قبل حلول الموعد المحدد لاستحقاقها إذا استلزم الأمر تحصيلها.

ولا شك أن مدى سلامة وأمانة الدفاتر والسجلات والمستندات التي يمسكها الممول ومدى إظهارها للحقيقة يمثل عنصر هام في تسهيل مهام مصلحة الضرائب، وعلى الأخيرة يقع عبء عدم صحة هذه السجلات بناء على أدلة موضوعية.

- يحق للممول استرداد الضرائب أو غيرها من المبالغ التي أخذت منه بغير وجه حق، على أن تلتزم مصلحة الضرائب بردها خلال ٤٥ يوم من تاريخ طلب الاسترداد، وإلا استحق عليها مقابل تأخير على أساس سعر الخصم المعلن من البنك المركزي في الأول من يناير السابق على تاريخ تقديم الطلب مخصوصاً منه ٢%. ومن ناحية أخرى، تقضي المادة ١١٣ من القانون ٩١ بأن تقع المقاصة بقوة القانون بين ما أداه الممول بالزيادة في أي ضريبة يفرضها هذا القانون وبين ما يكون مستحقاً عليه وواجب الأداء بموجب أي قانون ضريبة تطبقه مصلحة الضرائب. وهكذا فيقدر حرص القانون على تحصيل المستحقات الضريبية بالوسائل العادية أو باستخدام أساليب الحجز الإداري، فإنه في توجه جديد أعطى للممولين حق استرداد أموالهم التي دفعت بغير وجه حق سواء بشكل نقدي أو خصماً من التزاماتهم الضريبية الأخرى. ولا شك أن من شأن ذلك أن يشعر الممولين بالعدالة الأمر الذي قد يعزز من امتثالهم تجاه الضريبة، بيد أن زيادة فاعلية هذا الإجراء في تحقيق ما تقدم تبقى مرهونة بسرعة وجدية إجراءات عملية الاسترداد من قبل الإدارة الضريبية المختصة.

• السماح للممولين بتقسيم الضريبة على أقساط بشرط ألا تتجاوز عدد السنوات الضريبية، وفي حالة حدوث ظروف هامة أو ظروف خاصة بالمول تحول دون تحصيل الضريبة، يجوز لرئيس مصلحة الضرائب أو من ينيبه تقسيط دين الضريبة على مدة أطول شريطة ألا تزيد على مثلي عدد السنوات الضريبية. وضماناً لعدم إساءة استغلال هذا الحق، قضت المادة ١٠٥ من القانون ٩١ في فقرتها الثالثة بإسقاط حق تقسيط الضريبة عند التأخير في الوفاء بأي قسط.

• أعطي للممولين حق الطعن ضد تقديرات المصلحة، ووفقاً للقانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ يوجد ثلاثة مستويات متدرجة للنظر في تظلم الممول من قرارات الإدارة الضريبية هي:

- أ- الاعتراض على عناصر ربط الضريبة وقيمتها أمام لجان داخلية بالمأمورية المختصة، تقوم بالبت في الاعتراض خلال ستين يوم من تاريخ تقديم الطعن.
- ب- في حالة عدم التوصل إلي تسوية لأوجه الخلاف بين المأمورية والممول، يحال الخلاف إلي لجنة الطعن المختصة. وتشكل لجان الطعن من قبل وزير المالية\*، وتختص بالفصل في جميع أوجه الخلاف بين الممول والمصلحة في المنازعات المتعلقة بالضرائب المنصوص عليها في القانون ٩١/٢٠٠٥ وقانون ضريبة الدمغة الصادر، والقانون ١٤٧ لسنة ١٩٨٤ بفرض رسم تنمية الموارد المالية للدولة. وتصدر قرارات لجنة الطعن مسببة بأغلبية الحاضرين، وفي حالة تساوي الأصوات يرجح الجانب الذي منه الرئيس.
- ج- يكون لكل من المصلحة والممول الطعن في قرارات لجان الطعن خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان بالقرار أمام المحكمة الابتدائية منعقدة بهيئة تجارية، ويكون الطعن في الحكم الصادر من هذه المحكمة بطريق الاستئناف أياً كانت قيمة النزاع.

\* قضت المادة ١١٩ من القانون ٩١ بأن تشكيل اللجنة يكون من رئيس من غير العاملين بالمصلحة، وعضوية اثنين من موظفي المصلحة يختارهما الوزير، واثنين من ذوي الخبرة يختارهما الاتحاد العلم للفراف التجارية بالاشتراك مع اتحاد الصناعات المصرية من المحاسبين المقبلين في جدول المحاسبين والمراجعين لشركات الأموال بالسجل العلم لمزاوي المهنة الحرة للمحاسبة والمراجعة. ولا يكون انعقاد لجنة الطعن صحيحاً إلا إذا حضرها رئيسها وثلاثة من أعضائها على الأقل.

- بجانب حقه في الطعن، أعطي الممول ضمانات أخرى في مواجهة الأخطاء التي تشوب عملية الربط النهائي الضريبية، إذ بمقتضى المادة ١٢٤ من القانون ٩١ يحق للممول طلب تصحيح الربط النهائي المستند إلي تقدير المأمورية أو قرار لجنة الطعن خلال خمس سنوات من تاريخ اعتبار الربط نهائياً في الحالات التالية:

- عدم مزاوله صاحب الشأن أي نشاط مما ربطت عليه الضريبة.
  - ربط الضريبة على نشاط معني منها قانوناً.
  - ربط الضريبة على إيرادات غير خاضعة للضريبة.
  - عدم تطبيق الإعفاءات المقررة قانون.
  - الخطأ في تطبيق سعر الضريبة.
  - الخطأ في نوع الضريبة التي ربطت على الممول.
  - عدم ترحيل الخسائر على خلاف حكم القانون.
  - عدم خصم الضرائب واجبة الخصم.
  - عدم خصم القيمة الإيجارية للعقارات التي تستأجرها المنشأة.
  - عدم خصم التبرعات التي تحققت شروط خصمها قانوناً.
  - تحميل بعض السنوات الضريبية بإيرادات أو مصروفات تخص سنوات أخرى.
  - ربط ذات الضريبة على ذات الإيرادات أكثر من مرة.
  - أي حالات أخرى تضاف بقرار من وزير المالية.
- وتختص بالنظر في طلبات إعادة الربط لجنة تسمى بلجنة إعادة النظر في الربط النهائي، يكون من بين أعضائها عضو من مجلس الدولة بدرجة مستشار مساعد على الأقل ينتدبه رئيس مجلس الدولة، ويصدر بتشكيلها وتحديد مقارها بقرار من رئيس المصلحة.
- ويزيد وجود آليات فاعلة للطعن ولتعديل الربط من اقتناع المكلفين بقدرتهم على الحصول على حقوقهم من قبل الإدارة الضريبية، الأمر الذي قد يسهم في رفع مستويات امتثالهم للقانون الضريبي.

## تطوير أساليب ربط وتحصيل الضريبة:

تمر ضريبة الدخل بمجموعة من الخطوات التي تتصل بعملية ربط وتحصيل الضريبة، ومن المفترض أن تتصف هذه الإجراءات بالبساطة والسهولة والوضوح بما يلبي متطلبات الاقتصاد واليقين والملائمة، وقد تبنى نظام الضرائب على الدخل في مصر في وضعه الراهن مجموعة من الأساليب التي من شأنها أن تيسر من عملية ربط وتحصيل الضريبة ومن ثم تخفض من تكاليف إدارة الضريبة أهمها ما يلي:

● انتهاج أسلوب الفحص بالعينة لإقرارات الممولين مع عدم جواز إعادة الفحص إلا في حالة تكشف حقائق جوهرية تستوجب إعادة الفحص، فيما يعد خطوة جيدة نحو تخفيض الأعباء والتكاليف على كل من الإدارة الضريبية والممولين على حد سواء وذلك مقارنة بالأعباء الناجمة عن تطبيق أسلوب الفحص الشامل.

● تتم إجراءات فحص وربط الضريبة من خلال الإخطار بنموذج واحد مما يخفض من تكاليف إعداد ومتابعة وفحص النماذج الضريبية.

● أبقى القانون أصحاب الأنشطة الصغيرة من أمساك الدفاتر، الأمر الذي يتوقع معه انخفاض تكاليف الامتثال الضريبي من ناحية، ويوفر على الإدارة الضريبية الوقت والجهد اللازمين لفحص هذه الدفاتر من ناحية أخرى، وقد حدد القانون ٩١ في مادته رقم ٧٨ الحالات التي يتعين في ظلها الشخص الطبيعي الذي يزاول نشاطاً تجارياً أو صناعياً أو مهنياً إمساك دفاتر وسجلات منتظمة في الآتي:

أ- إذ تجاوز رأسماله المستثمر ٥٠ ألف جنيه.

ب- أو كان رقم أعماله السنوي أكثر من ٢٥٠ ألف جنيه.

ج- أو تجاوز صافي الربح السنوي وفقاً لآخر ربط نهائي مبلغ ٢٠ ألف

جنية.

ويلتزم الأشخاص الاعتباريين بمقتضى ذات المادة بإمساك السجلات والدفاتر بدون أي قيد أو حد أو شرط.

● تم إعفاء الممول من تقديم الإقرار في الأحوال التالية:

أ- إذا اقتصر دخله على المرتبات وما في حكمها .

ب- إذا اقتصر دخله من الثروة العقارية على الشريحة المعفاة ( ٥٠٠٠ جنيته).

ج- إذا كان مجموع كل من المرتبات وما في حكمها وإيرادات الثروة العقارية في حدود الشريحة المعفاة.

• تبنى نظام الضرائب على الدخل آليات يمكن - إذ أحسن استخدامها أن تساعد في إحكام حصر المجتمع الضريبي، وسهولة تحصيل الضريبة، وتسهيل عملية سداد الضريبة على الممولين لعل أهمها ما يلي:

١- نظام الخصم تحت حساب الضريبة، وبمقتضى هذا النظام يلزم القانون ٩١ بعض الجهات والمنشآت\* بخصم نسبة من كل مبلغ يزيد عن ٣٠٠ جنيته تدفعه على سبيل العمولة أو السمسرة أو مقابل عمليات الشراء أو التوريد أو المقاولات أو الخدمة إلى أي شخص من أشخاص القطاع الخاص، وتحدد هذه النسبة بقرار من وزير المالية بما لا يجاوز ٥% من هذا المبلغ وذلك تحت حساب الضريبة التي تستحق على هؤلاء الأشخاص، ويستثنى من ذلك الأقساط التي تسدد لشركات التأمين. كما تلتزم تلك الجهات بأن تخصم تحت حساب

\* تحددت هذه الجهات بمقتضى المادة ٥٩ من القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ بالآتي:

١- وزارات الحكومة ومصالحها، ووحدات الإدارة المحلية، والهيئات العامة، والهيئات القومية الاقتصادية أو الخدمية، وشركات ووحدات القطاع العام، وشركات قطاع الأعمال العام، وشركات الأموال، والمنشآت والشركات الخاضعة لقوانين الاستثمار، وشركات الأشخاص التي يجاوز رأسمالها ٥٠٠٠٠ جنيته أياً كان شكلها القانوني، والشركات المنشأة بمقتضى قوانين خاصة، والشركات والمشروعات المقامة بنظام المناطق الحرة، وفروع الشركات الأجنبية، ومخازن الأدوية، ومكاتب الاستيراد، والجمعيات التعاونية، والمؤسسات الصحفية، والمعاهد التطهيرية والنقابات والروابط والأندية ومراكز الشباب والاتحادات والمستشفيات والفنادق والجمعيات والمؤسسات الأهلية على اختلاف أغراضها، والمكاتب المهنية ومكاتب التمثيل الأجنبية، ومنشآت الإنتاج السينمائي ودور اللهو، وصناديق التأمين الخاصة بالمنشأة بالقانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٥ أو بأي قانون آخر.

٢- الجهات والمنشآت الأخرى التي يصدر بتحديدها قرار من الوزير. وتلتزم الجهة أو المنشأة التي لم تقم بخصم أو توريد المبلغ إلى المصلحة بأن تؤدي للمصلحة هذه المبلغ بالإضافة إلى ما يرتبط بها من مقابل تأخير.

الضريبة ٥% من كل مبلغ يزيد عن مائة جنيه تدفعه إلى أصحاب المهن غير التجارية التي يصدر بتحديداتها قرار من وزير المالية.

٢- نظام التحصيل تحت حساب الضريبة، وبمقتضى هذا النظام ألزم القانون ٩١ في مادته رقم ٦٦ الجهات التي تمنح تراخيص الاتجار بالجملة في الخضر والفاكهة وغيرها من المواد الغذائية، أو تلك التي تمنح تراخيص مزاولة الأنشطة الحرفية، أن تحصل عند تجديد الترخيص مبلغاً تحت حساب الضريبة يحدد بقرار من وزير المالية بما لا يجاوز ١٠% من رسم التجديد، كما ألزمت المادة ٦٧ من ذات القانون مصلحة الجمارك أن تحصل من أشخاص القانون الخاص نسبة من قيمة وارداتهم من السلع المسموح بتوريدها للبلاد للاتجار فيها أو تصنيعها وذلك تحت حساب الضريبة التي تستحق عليهم على أن يتم تحصيل نسبة في حالة التنازل عن هذه السلع أو تظهير مستنداتنا إلى الغير من المتنازل والمتنازل إليه ومن أطراف التظهير وتحدد هذه النسب بما لا يجاوز ٢% من قيمة الواردات بقرار من وزير المالية. ومن ناحية ثالثة وفي إطار تطبيق نظام التحصيل تحت حساب الضريبة فيما يتعلق بالمهن غير التجارية، فقد ألزمت المادة ٧١ أقلام كتاب المحاكم عند تقديم صحف الدعاوي أو الطعون إليها لقيدها ومأموريات الشهر العقاري عند التأشير على المحررات بالصلاحية للشهر بتحصيل مبلغ تحت حساب الضريبة المستحقة على المحامي الموقع على الصحيفة أو المحرر. كما ألزمت ذات المادة كل مستشفى بتحصيل مبلغ تحت حساب الضريبة من الطبيب أو الأخصائي الذي يقوم بأداء عمل لحسابه الخاص، فيما ألزمت مصلحة الجمارك بتحصيل مبلغ على كل بيان جمركي يقدم للمصلحة من المستخلصين وذلك تحت حساب الضريبة المستحقة عليهم. وتهدف نظم الخصم والإضافة إلى مساعدة الإدارة الضريبية على أحكام عمليات حصر المجتمع الضريبي وإحكام الرقابة عليه بما يخفض من الأعباء التي كان يمكن لإدارة الضريبة تحملها فيما لو لم يتم تطبيق هذه النظام، ومن ثم يخفض من نفقات تحصيل الضريبة.

٣- أخذ نظام الضرائب على الدخل في مصر لأول مرة بنظام الدفعات المقدمة كبديل لنظام الخصم تحت حساب الضريبة، وبمقتضى هذا النظام يلتزم الممول

بأداء مبلغ تحت حساب الضريبة المستحقة عليه عن الفترة الضريبية بواقع ٦٠% من آخر ضريبة أقر بها الممول، أو الضريبة التي يتوقعها عن السنة التي يطلب تطبيق هذا النظام عليها إذا لم يسبق له أن تقدم بإقرار ضريبي أو كان إقراره الضريبي المقدم في الفترة السابقة يتضمن خسارة. ويلتزم الممول بسداد هذا المبلغ على ثلاث دفعات متساوية تسدد كل منها على التوالي في مواعيد لا تتجاوز الثلاثين من يونيو والثلاثين من سبتمبر والحادي والثلاثين من ديسمبر من كل عام. ويتم تسوية المبالغ المدفوعة عند تقديم الإقرار السنوي، بحيث لا يدفع الممول من الضريبة المستحقة إلا الجزء المتبقي بعد خصم قيمة الدفعات المقدمة السابق سدادها مضافاً إليها عائد سنوي محسوب وفقاً لسعر الائتمان أو الخصم المعلن من البنك المركزي مخصوصاً منه ٢%.

ويتم هذا النظام بدرجة عالية من المرونة تدفع الممولين إلى طلب تطبيقه. فإلى جانب ميزة إضافة عائد لصالح الممول على مبالغ الضريبة المدفوعة مقدماً - فهو نظام اختياري يخول للممولين طلب تطبيقه بدلاً من نظام الخصم تحت حساب الضريبة، كما يعطي للممول الحق في أن يعدل من اختياره بالرجوع مرة ثانية لنظام الخصم من الضريبة وذلك بشروط معينة\*.

وتجدر الإشارة أن المادة ٦٥ من القانون ٩١ قد أعفت الممول من تطبيق

نظام الدفعات المقدمة في أي من الحالتين الآتيتين:

أ- تكبد الممول خسارة ضريبية لمدة سنتين متتاليتين.

ب- تغيير الشكل القانوني للمنشأة أو الشركة.

٤- أتبع النظام المصري في حالات عدة أسلوب تحصيل الضريبة من المنبع، فإلى جانب تحصيل الضريبة المقررة على المرتبات والأجور وفقاً لهذا الأسلوب، فقد تم استخدام ذات الأسلوب لتحصيل الضريبة على المبالغ التي يدفعها أصحاب المنشآت الفردية والأشخاص الاعتبارية المقيمة في مصر

\* حددتها المادة ٦٤ من القانون ٩١ فيما يلي:

- أ- أن يكون الممول قد طبق نظام الدفعات المقدمة خلال سنة كاملة على الأقل، وأن يكون قد سدد جميع المستحقات المقررة وفقاً لهذا النظام.
- ب- أن يتقدم بطلب إلى مأمورية الضرائب المختصة خلال تسعين يوماً على الأقل مسبقاً على بدء السنة الضريبية التي يرغب العدول عن نظام الدفعات المقدمة اعتباراً منها.



والجهات غير المقيمة التي لها منشأة قائمة في مصر لغير المقيمين في مصر بواقع ٢٠% عن العوائد، والإتاوات عدا تلك التي تدفع للخارج مقابل تصميم أو حقوق معرفة لخدمة الصناعة، مقابل الخدمات، مقابل نشاط الرياضي أو الفنان. ويستخدم هذا الأسلوب أيضاً لتحصيل الضريبة على المبالغ التي تدفعها المنشآت الفردية والأشخاص الاعتبارية لأي شخص طبيعي على سبيل العمولة أو السمسرة متى كانت متصلة بمباشرة المهنة بواقع ٢٠%، وأخيراً يستخدم أسلوب تحصيل الضريبة من المنبع في تحصيل الضريبة على عوائد السندات التي تصدرها وزارة المالية لصالح البنك المركزي أو غيره من البنوك. وتلجأ الحكومة لأسلوب اقتطاع الضريبة من مصدرها في الأحوال التالية: الرغبة في تسريع تحصيل الضريبة، الرغبة في تخفيض نفقات تحصيل الضريبة، الرغبة في تفادي احتمالات تجنب الضريبة أو التهرب منها، وتأسيساً على ذلك فإن توسع النظام المصري لضرائب الدخل في تطبيق هذا الأسلوب من شأنه أن يمارس أثراً ايجابية في المجالات الثلاثة سالفة الذكر.

٥- أعطى وزير المالية سلطة إصدار صكوك ضريبية يكتتب فيها الممولون وتحمل بعائد معفي من الضرائب يحدده الوزير، ويعتبر حائز السند دائناً للحكومة، ويكون لهذه الصكوك وعوائدها المستحقة قوة الإبراء عند سداد الضرائب المستحقة مثلها مثل النقود والشيكات مقبولة الدفع.

وهكذا يمكن في ضوء التحليل المتقدم لكل من جدول أسعار الضريبة، ونطاق الإعفاءات والحوافز الضريبية، وتطوير الإدارة الضريبية، وأحكام ربط وتحصيل الضريبة وضمائنات التحصيل، التوصل إلى نتيجة مؤداها أن النظام المصري للضرائب على الدخل وفقاً للقانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ أمكنه أن يتجاوب بدرجة كبيرة مع متطلبات السهولة الإدارية ومن ثم تخفيض نفقات

<sup>1</sup> د. عاطف ولیم أندراوس، "الاقتصاد المالي العام في ظل التحولات الاقتصادية المعاصرة"، (الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٩)، ص ٣١٣-١٤.

الإدارة خصوصاً إذا ما قورن ذلك بالأوضاع التي كانت سائدة في ظل القوانين السابقة\*.

#### رابعاً: مدى توافر اعتبارات المرونة

أوضحنا سلفاً أن مرونة الضريبة تعني قدرتها على الاستجابة للتغيرات الاقتصادية، وقد تستلزم هذه التغيرات بالضرورة تغيير معدل الضريبة. ويتم التعديل في بعض الهياكل الضريبية بسهولة ويسير، فيما يتم بصعوبة بالنسبة للبعض الآخر إذ يتطلب في هذه الحالة الدخول في جدل سياسي مكثف بين الأطراف المعنية بالعملية السياسية (الحكومة، والسلطة التشريعية، والمعارضة)، وأخيراً قد يحتوي البعض الآخر على جوانب ذاتية تتيح إجراء التعديلات بشكل تلقائي. وتأسيساً على ما تقدم، يمكن القول أن تحديد درجة مرونة أي نظام ضريبي إنما يرتبط بعاملين أساسيين هما: الاستقرار الذاتي أو التلقائي، والصعوبات السياسية التي تواجه عملية تعديل النظام (أسعار الضريبة مثلاً).

وينصرف مفهوم الاستقرار الذاتي إلى ما يحتويه النظام الضريبي بداخله من أدوات تكسبه المرونة التلقائية. فمثلاً حينما يتجه الاقتصاد الكلي نحو الركود، فإن تخفيض الحصيلة الضريبية يكون مطلوباً لتحفيز النشاط الاقتصادي، وعندما تكون الأسعار مستقرة فإن هيكل الأسعار التصاعدي يحقق استقراراً ذاتياً، لأنه حينما ينخفض الدخل نتيجة للركود الاقتصادي ينخفض المعدل المتوسط للضريبة. ويواجه المكلفون تبعاً لذلك بمعدلات ضريبية أقل بسبب انخفاض الدخل. ومن ناحية أخرى، حينما يتجه الاقتصاد الكلي نحو الراج، ترتفع مستويات الدخل ومن ثم يرتفع تبعاً لذلك المعدل المتوسط للضريبة. وفي الأحوال التي يسود فيها التضخم الركودي أو ما يسمى بالكساد التضخمي حيث الوجود الأني لكل من التضخم والبطالة، فإن المعدل المتوسط للضريبة يرتفع رغم أن الحاجة تفرض وجود معدلات منخفضة للضريبة تساعد

\* قدرت نفقات مصلحة الضرائب العامة عن السنة المالية ٢٠٠٧/٢٠٠٦ حسبما ورد بموازنة الدولة عن هذا العام نحو ٤٩٩ مليون جنيه بما يعني أنها تشكل نحو ٠,٨٥% من حصيلة الضرائب على الدخل في نفس العام البالغة نحو ٥٨,٥ بليون جنيه.

الاقتصاد الوطني على عبور حالة الركود، ويكون الحل تبعاً لذلك تعديل الشرائح الضريبية بمستويات الأسعار للمساهمة في الاستقرار حال اتجاه مستويات الأسعار للارتفاع خلال فترات الركود، بيد أنه في ظل فترات التوسع والتضخم، فإن ربط الشرائح الضريبية بمستويات الأسعار قد يقلل من آثار الاستقرار الذاتي بداخل نظام الضرائب على الدخل.

ويتصل العامل الآخر بالصعوبات السياسية التي تواجه عملية تعديل الأسعار الضريبية التي يثار حولها جدلاً يدور حول توقيت التعديل، وشكل التعديل، وينصرف شكل التعديل إلى أي الأسعار الضريبية التي تخضع للتعديل، وهل تعدل الأسعار بشكل تناسبي أو بشكل تصاعدي أو بشكل تنازلي. وتجدر الإشارة إلى أن عمليات تعديل الأسعار الضريبية من خلال القنوات التشريعية قد تأخذ وقتاً طويلاً، إذ أن السرعة التي تتم بها إجراء التغييرات في القوانين الضريبية وفجوات تحصيل الموارد الضريبية تمثل عنصراً حاسماً في تحديد درجة مرونة الضريبة

ويدفعنا العرض السابق لمحددات مرونة النظام الضريبي إلى الانتقال لبحث وتحليل مدى توافر عناصر المرونة في نظام الضرائب على الدخل في مصر بشكله الراهن. بداية يجب التأكيد على أن النظام الضريبي في مصر يحتوي على بعض الأدوات التي تكسبه بعضاً من المرونة التلقائية تجاه التغييرات الاقتصادية، فجدول أسعار الضريبة على دخل الأشخاص الطبيعيين هو جدول تصاعدي، كما أن أرباح الأشخاص الاعتبارية تخضع للضريبة بسعر نسبي، الأمر الذي يتوقع معه، بافتراض بقاء العوامل الأخرى على حالها، اتجاه الحصيلة الضريبية للصعود في ظل أوقات الرواج وتراجعها في فترات الركود. وثمة مقاييس يمكن استخدامها لتحديد درجة مرونة نظام الضريبة على الدخل في مصر لعل أهمها تلك التي تقيس درجة استجابة حصيلة الضريبة على الدخل للتغيرات في بعض المتغيرات الاقتصادية كالنتائج القومي والإنفاق العام.

ويقاس معامل مرونة حصيلة ضرائب الدخل بالنسبة لإجمالي الدخل القومي (م ضد) درجة استجابة حصيلة الضرائب على الدخل للتغيرات في

إجمالي الدخل القومي، ويمثل ناتج قسمة التغير النسبي في حصة ضرائب الدخل إلى التغير النسبي في الدخل القومي، فيما يقاس معامل مرونة حصة ضرائب الدخل إلى الإنفاق العام (م ض ق) درجة استجابة الحصة الضريبية للتغيرات في الإنفاق العام، ويمثل ناتج قسمة التغير النسبي في حصة ضرائب الدخل على التغير النسبي في الإنفاق العام.

وربما يمكن حساب المعاملات السابقة بموجب الصيغتين التاليتين:

$$م ض د = \frac{\{ (ض ١ - ض ٢) / [(ض ١ + ض ٢) / ٢] \}}{\{ (د ١ - د ٢) / [(د ١ + د ٢) / ٢] \}}$$

$$م ض ق = \frac{\{ (ض ١ - ض ٢) / [(ض ١ + ض ٢) / ٢] \}}{\{ (ق ١ - ق ٢) / [(ق ١ + ق ٢) / ٢] \}}$$

حيث:

ض ١، د ١، ق ١ تمثل حصة ضرائب الدخل، وأجمالي الدخل القومي، والإنفاق العام في سنوات الأساس على التوالي (قبل التغير)، فيما تشير ض ٢، د ٢، ق ٢ إلى المتغيرات السابقة في السنوات التالية لسنة الأساس (بعد التغير). وفي ظل العلاقة الطردية المتوقعة بين حصة الضرائب على الدخل من جانب وكل من الدخل القومي الإجمالي والإنفاق العام، يكون من الطبيعي أن تكون إشارة معاملات المرونة موجبة، بيد أن قيم المعاملات سوف تختلف من سنة لأخرى تبعاً للتغيرات النسبية في هذه المتغيرات، ومن الطبيعي أن مرونة حصة ضرائب الدخل تجاه كل من الدخل القومي والإنفاق ستكون مرتفعة فيما لو كانت قيم المعاملات أكبر من الوحدة، إذ يعني ذلك أن التغيرات النسبية في كل من الدخل والإنفاق العام تؤدي إلى تغيرات نسبية أكبر في حصة الضرائب على الدخل. ويوضح الجدول رقم (٤) قيم كل من م ض د، م ض ق.

جدول رقم (٤)

معاملات مرونة حصيلة ضرائب الدخل للتغيرات في الدخل القومي والإنفاق  
العام

السنة	٢٠٠٣/٢٠٠٤	٢٠٠٤/٢٠٠٥	٢٠٠٥/٢٠٠٦	٢٠٠٦/٢٠٠٧	٢٠٠٧/٢٠٠٨	٢٠٠٨/٢٠٠٩	المتوسط
م.م	١,٩٧	١,٤٣	١,٦٩	٢,٧٤	١,٦٢	٣	٢,١
م.م	٢,١٦	١,٤	٢,٢٢	٠,٩٣	٠,٧٣	٢,٢٩	١,٦٢
<b>المصدر: حسب المعاملات من واقع بيانات الجدول رقم (٣)</b>							

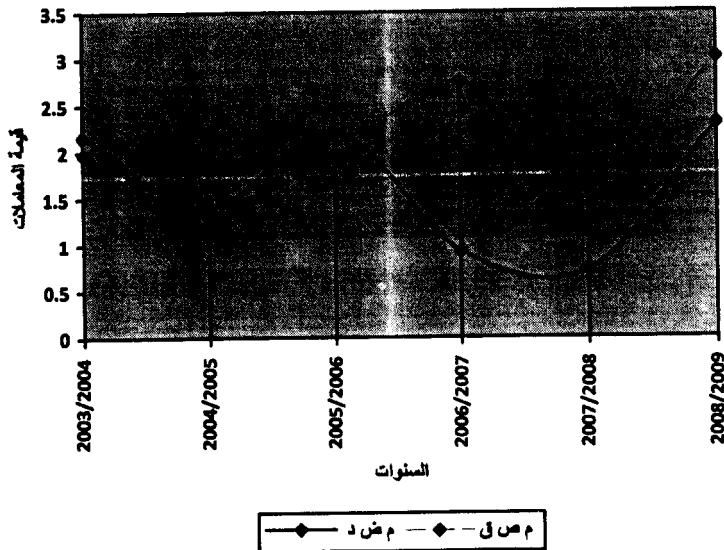
يتضح من الجدول السابق ما يلي:

١- أن استجابة حصيلة الضرائب على الدخل للتغيرات في الإنفاق العام خلال الفترة ٢٠٠٣/٢٠٠٤ - ٢٠٠٩/٢٠٠٨ جاءت مرتفعة حيث كانت قيمة م.م.م دائما أكبر من الواحد بما يعني أن التغيرات النسبية في حصيلة الضرائب على الدخل كانت دائما أكبر من نظيراتها بالنسبة للإنفاق العام الأمر الذي يعكس ارتفاع مرونة حصيلة ضرائب الدخل بالنسبة للإنفاق العام. ويعكس ذلك أيضا قيمة متوسط م.م.م، إذا بلغت قيمته ٢,١ .

٢- بالرغم من أن متوسط معامل مرونة حصيلة الضرائب على الدخل إلى إجمالي الدخل في مصر خلال الفترة ٢٠٠٣/٢٠٠٤ - ٢٠٠٩/٢٠٠٨ قد بلغت قيمته ١,٦٢ بما يعني أن التغيرات النسبية في حصيلة الضريبة في المتوسط أكبر من نظيرتها بالنسبة الدخل القومي، إلا أن قيمة م.م.م شهدت انخفاضا

ملموساً خلال عامي ٢٠٠٦/٢٠٠٧، ٢٠٠٧/٢٠٠٨ إذ بلغت قيمته ٠,٩٣، ٠,٧٣ على التوالي، بما يعني أن درجة استجابة حصيللة الضريبة للتغيرات في الدخل كانت منخفضة نسبياً مقارنة بالأعوام الأخرى. ويوضح الشكل رقم (٢) التطورات في قيم المعاملات خلال الفترة المذكورة.

معاملات م ض ق، م ض د خلال الفترة 2009-2008 - 2004/2003



٣- وفي المجمل يمكن القول أنه باستثناء ما سبق ذكره في الفقرة السابقة، فإن نظام الضرائب على الدخل في مصر بدلالة حصيلته يعتبر مرناً نسبياً تجاه التغيرات في النشاط الاقتصادي بدلالة الدخل القومي، ويعكس ذلك وجود بعض العناصر التي تكسب النظام قدر من المرونة التلقائية تجاه التغيرات في النشاط الاقتصادي أهمها هيكل أسعار الضرائب التصاعدية للضريبة على دخول الأشخاص الطبيعيين والسعر النسبي للضريبة على أرباح الأشخاص الاعتبارية.

٤- بالرغم من ما سبق إلا أن نظام الضريبة على الدخل في مصر يتضمن بعض عناصر الجمود التي قد تؤثر بالسلب في فاعلية الأدوات التلقائية في ذلك النظام أهمها:

أ- تحديد حدود الإعفاءات بمقتضى القانون ٩١ بمبلغ ثابت لا يستجيب للارتفاع المستمر في مستويات الأسعار والانخفاض الناجم عن ذلك في مستويات الدخل الحقيقية لنوي الدخل المنخفضة وأصحاب الدخل الثابتة، إذ أن القيمة الحقيقية لحد إعفاء الأعباء العائلية تنخفض مع الارتفاع المستمر في مستويات الأسعار.

ب- تحديد قيم شرائح جدول أسعار الضريبة على الدخل الشخصي في مصر دون ربطها بمعدلات التضخم يقلل من مرونة الضريبة على الدخل للتغيرات في مستويات الأسعار. وقد يكون المشرع الضريبي المصري قد قصد ذلك حشية من تأثير عناصر الاستقرار الذاتي بنظام الضريبة على الدخل بذلك الربط بجانب اعتبارات السهولة في تحديد دين الضريبة.

وفيما يتعلق بمدى الصعوبات التي تواجه عملية تعديل الضريبة في مصر، تجدر الإشارة إلى أنه بمقتضى المادة ١١٩ من دستور جمهورية مصر العربية لا يكون إنشاء الضرائب العامة وتعديلها أو إلغائها إلا بقانون ولا يعفى احد من أدائها إلا في الأحوال المبينة بالقانون. وبذلك فإنه إذا نشأت الحاجة لتعديل أسعار ضريبة الدخل مثلا استجابة لبعض التغيرات الاقتصادية، فإن ذلك يستغرق وقتاً طويلاً، فإدراك الحاجة للتعديل تأخذ وقتاً، واقتراح التعديل المناسب وصياغته يأخذ أيضاً وقتاً، و عملية إقرار التعديل من قبل السلطة التشريعية تخضع لمناقشات وجدل قبل إصدار القانون المنظم لها، وعملية إدخال التعديلات حيز التنفيذ ورصد نتائجها تتطلب أيضاً وقتاً، وهكذا فمع تعدد الفجوات الزمنية وطولها بين الاقتراح بالتعديل وإقراره وتنفيذه ثم تحصيل الضريبة قد تكون المتغيرات الاقتصادية أخذت منحاً آخر معاكساً يتطلب إجراء معاكساً لما سبق إقراره. فمثلاً إذا كان الاقتصاد الوطني يعاني من التضخم، فتقرر الحكومة تبعاً لذلك رفع معدلات الضريبة لتخفيض الطلب الكلي، غير أن الفجوة الزمنية من لحظة اقتراح التعديل، ومناقشته، وإقراره من قبل السلطة التشريعية، وإدخاله حيز التنفيذ، ثم تحصيل الضريبة بمقتضى هذه التعديلات قد

تكون طويلة وقد لا تؤتي ثمارها نتيجة أن الظروف الاقتصادية قد تغيرت، إذ قد تنخفض الأسعار خلال هذه الفترة ويتراجع الطلب الكلي الأمر الذي قد يتطلب تخفيض أسعار الضريبة وليس رفعها.

ولا شك أن الصعوبات السالفة الذكر بشأن تعديل الضرائب في مصر تنطبق على نظام الضرائب على الدخل، الأمر الذي قد يؤثر - إلى مدى معين- سلباً على فاعلية مرونة النظام المكتسبة بفعل ما يحويه من أدوات المرونة التلقائية.

### الختمة

تناول الباحث بالتفصيل موضوع مدى توافر متطلبات النظام الضريبي الجيد في النظام المصري للضرائب على الدخل بوضعه وفقاً للقانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ بشأن الضريبة على الدخل. وقد قسمت الدراسة إلى مبحثين، عرض أولهما لمتطلبات النظام الضريبي الجيد والمتمثلة في كل من: الكفاية المالية، العدالة، الكفاءة والبساطة الإدارية، والمرونة. فيما اختص المبحث الثاني بالشرح والتحليل، في ضوء البيانات المتاحة ومن خلال استقراء نصوص وأحكام القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ ولائحته التنفيذية، بتحديد مدى توافر المتطلبات السابقة في النظام المصري للضرائب على الدخل بصورته الراهنة. وقد انتهى الباحث في ضوء ما تقدم إلى مجموعة من النتائج كما يقدم عدد من التوصيات التي قد تسهم في رفع درجة جودة النظام في مصر نعرض لهما فيما يلي:

#### أولاً: النتائج

توصل الباحث لعدد من النتائج تتعلق بكل من الكفاية المالية للنظام المصري للضرائب على الدخل، وعدالته، وكفاءته، وصعوبته الإدارية، ومرونته تجاه المتغيرات الاقتصادية وذلك على النحو التالي:

١- في إطار برنامج الإصلاح الضريبي تبنى النظام رؤية اقتصادي مدرسة العرض والتي تقضي بخفض أسعار الضريبة على أن يصاحب هذا توسيع نطاق قاعدة الضريبة، حيث تم بمقتضى القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ تخفيض أسعار الضريبة مع ترشيد استخدام الإعفاءات والحوافز الضريبية



واستخدام مفهوم واسع للدخل الضريبي يقترب من مفهوم الدخل الشامل وفقاً لنظرية الإثراء وإن كان لا يطابقه. وقد أدى ذلك إلى ارتفاع درجة الكفاية المالية لنظام الضريبة على الدخل في مصر بدلالة نسبة حصيلة ضريبة الدخل إلى الإنفاق العام بشكل مطرد إلى أن بلغت في عام ٢٠٠٩/٢٠٠٨ نحو ٣٤% بعد أن كانت ١٦،٤% في عام ٢٠٠٣/٢٠٠٢. وقد تزامنت تلك التطورات مع تطور حصيلة الضريبة على الدخل كنسبة مئوية من كل من الناتج المحلي والحصيلة الضريبية الكلية، إذ بلغت في عام ٢٠٠٩/٢٠٠٨ نحو ٨،٤%، ٥٤،٢% على التوالي في مقابل ٤،٧%، ٣٧،٤% في عام ٢٠٠٣/٢٠٠٢، وتأسيساً على ذلك تخلص الدراسة إلى أن نظام الضريبة على الدخل في مصر قد سجل تحسناً مطرداً في مجال الكفاية المالية.

٢- في مجال تحقيق العدالة وفي إطار المواءمة بين الأهداف المتعارضة للنظام الضريبي، ضحى النظام الضريبي ببعض اعتبارات العدالة في مواجهة اعتبارات السهولة الإدارية وتشجيع الاستثمار، فتخفيض الحد الأقصى للضريبة على دخل الأشخاص الطبيعيين إلى ٢٠%، والتميز في المعاملة الضريبية بين الممولين تبعاً لنوع الدخل هي أمثلة تؤيد ما ذهبت إليه الدراسة في ذلك الخصوص، وبذلك يمكن القول أن نظام ضريبة الدخل في مصر لا يلبي متطلبات العدالة بصورة كافية.

٣- بالرغم من التطور الإيجابي الذي شهده نظام الضريبة على الدخل في مصر في ظل القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ مقارنة بالقوانين السابقة له في مجال تقليل أوجه التمييز بين الأنشطة الواحدة بحسب أشكالها القانونية، إلا أن هذا النظام لم يزل يمارس تأثيرات على قرارات المستثمرين في مجال اختيار الأشكال القانونية والتنظيمية لمشروعاتهم. وبالتالي يفقد بشكل نسبي الحيادية في ذلك المجال.

٤- لم يراع النظام المصري لضرائب الدخل بشكل كاف متطلبات الكفاءة، إذ ينطوي القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ على جوانب تمييز عدة أفضت إلى العديد من التشوهات في القرارات الاقتصادية، ذلك أن النظام بصورته الراهنة يباشر تأثيرات على قرارات الأفراد والمؤسسات فيما يتعلق باختياراتهم لكل من الشكل القانوني للمشروعات، ومصادر تمويل الاستثمارات، و

أنواع الاستثمار ( مالي أو حقيقي) وذلك على النحو الذي سلف ذكره تفصيلاً.

٥- ومع ذلك يمكن القول أن نظام الضريبة على الدخل في ظل القانون ٩١ قد قلل إلى حد بعيد بين أوجه التمييز حسب طبيعة الأنشطة مقارنة بالقانون السابق. إلا أن ثمة أوجه تمييز محدودة في ذلك المجال لم تزل موجودة تركزت معظمها لصالح أنشطة القطاع الزراعي.

٦- في مجال البساطة الإدارية يمكن القول بأن نظام الضرائب على الدخل في مصر في صورته الراهنة التي تبلورت مع تطبيق القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ قد تمكن إلى حد بعيد أن يلبي العديد من متطلبات السهولة الإدارية ومن ثم تخفيض نفقات الإدارة خصوصاً إذا ما قورن ذلك بالمستويات التي كانت سائدة في ظل القوانين السابقة.

٧- اتسام النظام المصري للضريبة على الدخل بمرونته تجاه التغيرات في الظروف الاقتصادية، إذ أوضحت الدراسة أن مرونة حصيللة الضرائب على الدخل بالنسبة لكل من إجمالي الدخل القومي والإنفاق العام قد بلغت في المتوسط خلال الفترة ٢٠٠٣/٢٠٠٤ - ٢٠٠٨/٢٠٠٩ نحو ١،٦٢ ، ٢،١ على التوالي، بما يعني ان التغيرات النسبية في كل من الدخل والإنفاق العام يصاحبها في المتوسط تغيرات نسبية أكبر في نفس الاتجاه في حصيللة الضرائب على الدخل (باستثناء عامي ٢٠٠٦/٢٠٠٧ و ٢٠٠٧/٢٠٠٨ بالنسبة لمرونة الضريبة تجاه الدخل).

٨- أوضحت الدراسة وجود بعض العوامل التي قد تضعف نسبياً من المرونة التلقائية لنظام الضرائب على الدخل في مصر أهمها تحديد حدود الشرائح الضريبية والإعفاءات بمبلغ ثابت دون ربطها بالتغيرات في مستويات الأسعار، بجانب طول الفجوات الزمنية التي تمر بين الاقتراح بتعديل الضريبة لمواجهة التغير في الظروف الاقتصادية وإدخال هذه التغيرات حيز التنفيذ.

وهكذا يمكن القول في ضوء ما تقدم أن فرض الدراسة القائل بأن النظام المصري للضرائب على الدخل بصورته الراهنة وفقاً للقانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ قد بات أكثر تأهيلاً لتلبية بعض متطلبات - وليس كل- النظام الضريبي الجديد قد

ثبتت صحته. فمن ناحية تظهر الدراسة أن هذا النظام على تلبية متطلبات الكفاية المالية قد ارتفعت بشكل ملموس كما ارتفعت أيضاً درجة بساطته الإدارية، وصارت قدرته على تحقيق متطلبات أعلى للمرونة معقولة بالنظر إلى ما يحويه من أدوات للمرونة التلقائية غير أن ذلك يظل مرهوناً بتقليل جوانب الجمود الموجودة بالنظام ذاته. ومن ناحية أخرى، أوضحت الدراسة أن قدرة هذا النظام على تلبية كل من متطلبات الكفاءة والعدالة لم تنزل تحتاج إلي بذل المزيد من الجهود لتحسينها، الأمر الذي تدعو معه الدراسة إلي إجراء مزيد من الدراسات التي من شأنها أن تساعد على رفع قدرة النظام المصري للضريبة على الدخل على تلبية متطلبات الكفاءة والعدالة.

### ثانياً: التوصيات

تأسيساً على النتائج السابقة يكون من الطبيعي أن تتركز توصيات الدراسة على تحسين قدرة نظام الضرائب على دخل في مصر على تلبية متطلبات العدالة و الكفاءة، وأهم هذه التوصيات ما يلي:

١- رفع الحد الأقصى للضريبة ليصبح ٢٥% وذلك عن طريق إضافة شريحة رابعة للجدول الرامن للضريبة على دخل الأشخاص الطبيعيين، ورفع السعر النسبي للضريبة على دخول الأشخاص الاعتبارية أيضاً، لتعزيز قدرة النظام الضريبي على تحقيق العدالة بشقيها الأفقي والرأسي. مع العمل على توسيع مدى الشرائح. وفي ضوء ذلك تقترح الدراسة الجدول التالي ليكون أساساً لأسعار الضريبة على الدخل في مصر:

#### • الضريبة على دخل الأشخاص الطبيعيين

معدل الضريبة	نطاق الشريحة " جنيه مصري "	الشريحة
معفاة	٨٠٠٠	حد الإعفاء
١٠%	أكثر من ٨٠٠٠ حتى ٣٠٠٠٠	الشريحة الأولى
١٥%	أكثر من ٣٠٠٠٠ حتى ٦٠٠٠٠	الشريحة الثانية
٢٠%	أكثر من ٦٠٠٠٠ حتى ١٠٠٠٠٠	الشريحة الثالثة
٢٥%	أكثر من ١٠٠٠٠٠	الشريحة الرابعة

على أن يعاد النظر في حد الإعفاء ومدى الشرائح كل ثلاث سنوات في ضوء التغيرات في مستويات الأسعار والظروف الاقتصادية، ونقترح هنا آلية ربطها Indexation بمعدلات التضخم.

- رفع سعر الضريبة على أرباح الأشخاص الاعتبارية إلى ٢٥%.

ومن شأن تطبيق جدول الأسعار السابق أن يعزز من قدرة نظام الضرائب على الدخل في مصر في تلبية متطلبات العدالة بين أفراد المجتمع ، ويعزز من قدرة النظام على تلبية متطلبات الكفاية المالية والمرونة، فمع ارتفاع معدلات التضخم بات كل من حد الإعفاء المقرر لمواجهة الأعباء العائلية وجدول الأسعار الضريبية المحددين بمقتضى القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ لا يوفر حماية كافية لصغار الممولين من الآثار السلبية للتضخم على دخولهم الحقيقية ومن ظاهرة الزحف للشرائح الضريبية الأعلى.

٢- العمل على تقليل أوجه التمييز في المعاملة الضريبية بين الكيانات الاقتصادية تبعاً لشكلها التنظيمي، وبيّن مصادر التمويل المختلفة، ومجموعات الأصول المختلفة على النحو السالف ذكره في البحث. وتركز الدراسة هنا على العناصر التالية:

- إلغاء التمييز المقرر لشركات الأموال في مواجهة الشركات الأخرى في حالات اندماج الشركات فيما يخص خصم أرباح وخسائر إعادة التقييم عند تغيير الشكل القانوني، وذلك في الحالات التي تتحول فيها شركة أشخاص إلى شركة أموال أو تتحول شركة أموال إلى شركة أموال أخرى، وذلك من خلال السماح بهذا الخصم أيضاً في حالات تحول شركات الأموال إلى شركات أشخاص.

• يبرر الاقتراح برفع الحد الأقصى للضريبة إلى ٢٥% بمعقولة هذا الحد مقارنة بمتوسط الأسعار السائدة على المستوى العالمي، كما أن رفع الحد الأقصى للضريبة فقط بنسبة ٥% يمكن أن يحقق لمدى معين التوازن بين الرغبة في تفعيل نور جدول الأسعار التصاعدي في تعزيز العدالة الضريبية، ورفع درجة الكفاية المالية للضريبة، بجانب تحديد الآثار السلبية على الاستثمار فيما لو تم رفع الحد الأقصى للضريبة إلى معدلات أعلى.

- توسيع نطاق عدم سريان الضريبة على الأرباح الناتجة عن إعادة تقييم أصول المنشأة عند تقديمها كحصة عينية في رأسمال شركة المساهمة المقرر بمقتضى المادة ٢٠ من القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ ليشمل الشركات الأخرى (الأشخاص والتوصية والمسئولية المحدودة)، على أن لا يتم التصرف في هذه الأصول قبل مضي خمس سنوات.
- السماح بإعفاء التصرفات العقارية فيما لو تم تقديم العقار كحصة عينية في رأس مال الشركات أيا كان شكلها القانوني، دون قصر هذا الإعفاء على حالة تقديم العقار كحصة عينية في الشركات المساهمة فقط.

٣- العمل على إزالة أسباب التمييز في المعاملة الضريبية بين التمويل بالاقتراض والتمويل بحقوق الملكية من خلال السماح بخصم ضريبي لتوزيعات الأسهم من الدخل الخاضع للضريبة يكون بمثابة فائدة ضمنية تعكس تكلفة الفرصة البديلة للأموال الخاصة بالمساهمين، بشكل يحقق المساواة بين التمويل بالاقتراض الذي يسمح بخصم فوائده والتمويل من خلال أموال الملكية.

٤- تقرير ضريبية قطعية على الأرباح الرأسمالية التي تتحقق من عمليات المضاربة في البورصة والتي تنشأ عن التعاملات قصيرة الأجل ببيعاً وشراءً في الأوراق المالية، إذ لا يتصور أن تعفى الأرباح الرأسمالية المحققة من عمليات المضاربة في البورصة في الوقت الذي تخضع فيه الأرباح الرأسمالية المحققة من الاستثمار في الأصول الحقيقية وكذلك الأرباح العادية للضريبة، في تجاوز واضح لمقتضيات العدالة الأفقية. ونقترح أن يتم ربط تقرير الضريبة المقترحة بفترة اقتناء الأصل (فترة الاحتفاظ به حتى بيعه) والتي نقترحها بثلاثة أشهر، على أن تفرض هذه الضريبة بسعر منخفض يتراوح بين ٢% : ٤% من قيمة الأرباح الرأسمالية المحققة عن كل معاملة.

## قائمة المراجع

### أولاً: المراجع العربية:

- أسامة أبراهيم عيد مسلم. دراسة عن نمج مصلحتي ضرائب الدخل والمبيعات والآثار المتوقعة. وزارة المالية، قطاع مكتب الوزير، الإدارة المركزية للبحوث المالية والتنمية الإدارية، ديسمبر ٢٠٠٧.
- د. جلال الشافعي. الموسوعة الضريبية. بدون ناشر، ١٩٩٩.
- د. رمزي زكي. الصراع الفكري والاجتماعي حول عجز الموازنة في العالم الثالث. القاهرة: سينا للنشر، ١٩٩٣.
- د. سعيد عبد العزيز عثمان، د. محمد عمر حماد أبو دوح. النظم الضريبية... مدخل تحليلي مقارنة الإسكندنافية: دار فاروس العلمية، ٢٠٠٩.
- د. عاطف وليم أندراوس. الاقتصاد المالي العام في ظل التحولات الاقتصادية المعاصرة. الإسكندنافية: دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٩.
- د. عبد الله الصعيدي. التشريع الضريبي... قانون الضريبة على الدخل في مصر (قانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥) مع الإشارة إلى نور الضرائب في تحقيق التنمية. القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٦.
- كتاب الأهرام الاقتصادي. قانون الضرائب الجديد وبرنامج الإصلاح الاقتصادي. مؤسسة الأهرام: يونيو ٢٠٠٥، ص. ٦٧.
- محمود جاب الله أبو المجد. الضريبة العقارية. القاهرة: مؤسسة الأهرام، ديسمبر ٢٠٠٩.
- محمود جاب الله أبو المجد، السيد إمام أحمد محمد. تأصيل قانون الضريبة على الدخل رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥ ولائحته التنفيذية. الإسكندنافية: الدار الجامعية، ٢٠٠٨.
- وزارة المالية. اللائحة التنفيذية لقانون الضرائب. القاهرة: مؤسسة الأهرام، كتاب الأهرام الاقتصادي، عدد ٢٢٠ يناير ٢٠٠٦.
- تقارير
- وزارة التنمية الاقتصادية، الحسابات القومية، ١٩٩٥/١٩٩٦-٢٠٠٥/٢٠٠٦.
- وزارة المالية، الحسابات الختامية، سنوات مختلفة [www.mof.gov.eg](http://www.mof.gov.eg)
- وزارة المالية، الموازنة العامة للدولة لسنة ٢٠٠٧ / ٢٠٠٨.

- David N. Hyman. *Public Finance ... A contemporary Application of Theory to Policy*. USA: Thomson... South Western, Eight Edition, 2005.
- Gannat EL Samalouty, " *Corporate Tax an Investment Decisions in Egypt*", ECES Working Paper, No. 35, Feb. 1999.
- Harvey S. Rosen. *Public Finance*. USA: McGraw Hill, Fifth Edition, 1999.
- Jack Mintz. *The Corporation tax*. In: Michael P. Devereux (ed.): *The Economies of Tax Policy*. New York: Oxford University Press, 1996
- Jane G. Gravelle,. *The Corporate Income Tax: Economic Issues and Policy Options*. In: Joel Slemrod (ed.): *Tax Policy In the Real World*. Cambridge University Press, 1999.
- John R. King. *Debt and Equity Financing*. In: IMF Fiscal Affairs Department. *Taxation Handbook*. WDC: 1995
- Joseph E. Stiglitz,. *Economics of the public sector*. New York: W.W Norton, Third Edition, 2000.
- Raghendra Jha. *Modern Public Economics*. New York: Routledge Taylor& Francis Group, Second Edition, 2010.
- Richard A. Musgrave and Peggy B. Musgrave. *Public Finance in Theory and practice*. New York: McGraw-Hill Company, Fifth Edition, 1989.

- Sally M. Jones. *Principles of Taxation for Business and Investing Planning*. New York: McGraw-Hill, Ninth Edition, 2006.
- [http://en.wikipedia.org/wiki/Income\\_tax\\_in\\_the\\_USA#Tax\\_rates\\_in\\_history](http://en.wikipedia.org/wiki/Income_tax_in_the_USA#Tax_rates_in_history) Accessed on 31/7 /2009.
- [www.eip.gov.eg](http://www.eip.gov.eg)



إستعداد أجهزة النقل البحري فى المملكة العربية السعودية تقنياً،  
قانونياً، إدارياً، لإستخدام سند الشحن الإلكترونى  
دكتورة / سوزان على حسن  
دكتورة / رجاء يحيى أحمد الشريف

منهجية الدراسة

مقدمة

إن سند الشحن هو الوثيقة التى يتم من بموجبها لنقل البحرى. و قد كان سند الشحن مجرد إيصال بإستلام البضائع يسلمه الربان للشاحن فى ميناء الشحن و لكن دوره تطور إلى أن أصبح أداة لإثبات عقد النقل و الشحن معاً و إنتهى بكونه أداة إنتمان تمثل البضائع و أصبحت حيازته مساوية لحيازة البضائع و يترتب عليها ذات النتائج القانونية التى تترتب على حيازة البضائع ذاتها.

إن قابلية سند الشحن للتداول و تمثيله للبضائع هى التى أعطت لسند الشحن أهميته فى عالم النقل البحرى و فى التجارة الدولية عموماً. و إستناداً إلى قدرته على تمثيل البضائع أصبح سند الشحن هو الأساس لعمليات التجارة الدولية. و لعمليات الإعتماد المستدى، و بسبب قابليته للتداول، أصبح بالإمكان بيع البضائع أو رهنها حتى و هى فى البحر أثناء النقل، لدرجة أنه يمكننا اليوم القول بأن عمليات البيع و الشراء أصبحت تتم ليس على البضائع ذاتها بل على سند الشحن الذى يمثل البضائع. و كذلك بالنسبة للبنوك أصبح البنكى - فى تمويله لعملية البيع - يعتمد اعتماداً أساسياً على حيازته لسند الشحن لأنه يعتبر أنه بحيازته إياه فكأنه يحوز البضائع محل حيازة فعلية.

إن نجاح سند الشحن، و غن كان يقدم العديد من المزايا خاصة بالنسبة لحامله الذى يتمتع بضمان و أمان أكيدين ، إلا أنه لأسباب إبتداعها الحياة العلمية و لأمر شكلية - تتمسك بها المحاكم - بدأ يفقد مركزه القوى الذى طالما تتمتع به فى مجال النقل البحرى.

وتفاديا لكل هذه المعوقات ومسايرة للتطور العلمي والتكنولوجي في مجال تبادل البيانات اتجه المتخصصون في مجال النقل البحري في الدول المتقدمة نحو التخلي عن سند الشحن التقليدي ليحل محله سند الشحن الإلكتروني.

وسند الشحن الإلكتروني ما هو إلا سند شحن عادي ولكن يتم تبادل البيانات فيه إلكترونيا. وقد أثبتت الممارسات العملية في الدول المتقدمة أن سند الشحن الإلكتروني يمكن أن يحل محل سند الشحن التقليدي.

ولكن ما هو الدور الذي يلعبه سند الشحن الإلكتروني في المملكة ؟ وما هو استعداد الموانئ في المملكة لتطبيقه؟

للإجابة على هذه الأسئلة تم استعراض سند الشحن الإلكتروني في الجزء النظري من هذه الدراسة من الفصل الثاني الى الفصل الثالث. وقد اتضح من نتائج الدراسة أن سند الشحن الإلكتروني غير مطبق في المملكة العربية السعودية، بسبب العديد من المعوقات، ومن أهمها عدم وجود أنظمة وقوانين تحكم عملية التعامل به، وعدم اعتراف الأجهزة ذات العلاقة بهذا النوع من المستندات. وفي ختام الدراسة تم تقديم بعض التوصيات لمعالجة معوقات استخدام سند الشحن الإلكتروني في المملكة العربية السعودية.

## مشكلة البحث:

يدور موضوع البحث حول استبدال سند الشحن التقليدي (الورقي) بسند شحن إلكتروني بحيث يتم تبادل البيانات الموجودة في سند الشحن بطريق الحاسب الآلي بدلا من الطريقة التقليدية وهي الطريقة الورقية. و تكمن أهمية الموضوع في ضرورة مسايرة التطور الهائل الذي يحدث في مجال النقل البحري ويزداد يوما بعد يوم ويجب علينا مسايرته حتى لا تفاجأ الدول التي لاتزال تستخدم سند الشحن الورقي بعزلتها عن عالم النقل البحري الدولي خاصة وقد دخلت اتفاقية الجات حيز النفاذ. وحتى يمكن تفعيل دور سند الشحن الإلكتروني لابد أن يكون هذا التطور شاملا للنواحي التقنية والقانونية والإدارية.

## المبررات الواضحة لاختيار البحث:

قد تم اختيار هذا البحث لأن هناك العديد من الدول وخاصة دول العالم الثالث مازالت تستخدم سند الشحن الورقي في الوقت الذي تستخدم دول العالم المتقدم بديلا عنه وهو سند الشحن الإلكتروني. ولا يخفى على أحد أنه لابد من مسايرة التطور الذي يحدث في مجال النقل البحري وخاصة الدولي منه وخصوصا في ظل اتفاقية الجات، والموانئ البحرية هي الممر الرئيسي للصادرات والواردات للدول، وحتى لاتكون الميناء في عزلة عن موانئ العالم المتقدم لابد أن يساير التطور الذي يحدث عالميا في صناعة النقل البحري. وقد وصل هذا التطور التكنولوجي إلى سند الشحن. لذا لابد أن تكون الموانئ السعودية مستعدة للتعامل بسند الشحن الإلكتروني.

## أهداف الدراسة

- ١- التعرف أولا على مفهوم سند الشحن التقليدي (الورقي).
- ٢- بيان إشكالات سند الشحن التقليدي (الورقي)

٣- تحديد مفهوم ومزايا سند الشحن الإلكتروني كبديل لسند الشحن التقليدي (أداة إثبات وأداة لتمثيل البضائع).

٤- بيان أن سند الشحن التقليدي يعتبر أداة إثبات وأنه يمثل البضائع مع بيان ما إذا كان سند الشحن الإلكتروني يقوم بذات الدور الذي يقوم به سند الشحن التقليدي

٥- بيان المشاكل العملية والقانونية لسند الشحن التقليدي (الورقي) ومدى قدرة سند الشحن الإلكتروني على حل هذه المشاكل من خلال أحدث ما توصلت إليه المعرفة في طرق استخدام التقنية الحديثة.

٦- التعرف على الأنظمة القانونية الداخلية والدولية لمعرفة مدى تقبلها وإعترافها بسند الشحن الإلكتروني .

٧- التعرف على مدى استخدام سند الشحن الإلكتروني في مجال النقل البحري في المملكة العربية السعودية.

٨- معرفة مدى استعداد الجهات ذات العلاقة لاستخدام سند الشحن الإلكتروني في المملكة.

٩- التعرف على المشاكل التي تواجه سند الشحن الإلكتروني في المملكة العربية السعودية.

#### إجراءات الدراسة

#### المنهج البحثي المستخدم:

هناك العديد من المناهج البحثية المعروفة، ويختار الباحث من بينها ما يناسب موضوع بحثه. وقد رأت الباحثتان أن المنهج الوصفي التحليلي هو الأنسب لموضوع هذا البحث. حيث تم الرجوع إلى المصادر والمراجع الأولية.

لمعرفه ماكتب عن سند الشحن بشكل عام، وسند الشحن الالكتروني بشكل خاص، ومعرفة مواقف المنظمات الدولية، والدول المتقدمه من استخدام سند الشحن الالكتروني كبديل لسند الشحن الورقي. ومن ثم إجراء بحث ميداني لمعرفة مدى استخدام سند الشحن الالكتروني في المملكة العربية السعودية، ومدى جاهزية القطاع العام والخاص لذلك. ومن ثم جرى تحليل البيانات باستخدام أدوات التحليل العلمية.

### مجتمع الدراسة:

حيث أن سند الشحن يستخدم في مجال التبادلات التجارية، ويعتبر صك ملكية البضاعة في عقد النقل البحري، وبموجبه يتم الإفراج عن البضائع. لذا فإن مجتمع الدراسة يتمثل في الجهات ذات العلاقة في التجارة المنقولة بحراً. وقد تم إختيار الجهات السعودية التالية لتكون محل الدراسة:

### ١-الجهات الحكومية السعودية ذات العلاقة بفسح وتسليم البضائع هي:

• مصلحة الجمارك السعودية.

• إدارة الموانئ البحرية.

### ٢- القطاع الخاص ويتمثل في:

• شركات النقل البحري.

• التجار.

### عينة الدراسة:

بعد أن قامت الباحثان في تحديد مجتمع الدراسة، تم إختيار إدارة جمرك ميناء جدة الاسلامي، والإدارة العامة لميناء جدة الاسلامي. لتوزيع الإستبانات على عينة من الموظفين والمسؤولين وعددهم (٢٠) شخصاً. تم إختيارهم بأسلوب العينة العمدية أو الفرضية. (Purposive Sample) كذلك تم إختيار

عدد (٤) من شركات النقل البحري، و(٤) من الشركات التجارية، وأرسلت عدد من الاستبانات باللغتين العربية والانجليزية لكل شركة، وطلب من مدراء العموم لهذه الشركات تعبئتها من قبلهم ومن الشخص المسؤول عن عمليات الشحن لديهم.

الحدود المكانية والزمانية للبحث:

**الحدود المكانية للبحث** هي محافظة جده، ومدة إنجاز البحث (٩) اشهر.  
**وسائل جمع البيانات:**

لقد تم استخدام وسيلتين من وسائل جمع البيانات المتعارف عليها وهما: الاستبانة، والمقابلات الشخصية. إذ صممت استبانة باللغتين العربية والانجليزية، مكونة من (١٦) سؤال رئيسي استخدم فيها منهج (ليكرت) من خمس خيارات تتراوح من (موافق بشده - غير موافق بشده) وعرضت الاستبانة على عدد من الأكاديميين المتخصصين في النقل البحري، والقانون البحري، وعلى عدد من الممارسين لعمليات النقل البحري، والتبادل التجاري لتحكيمها. وقد تم تعديل بعض الفقرات حسب آرائهم.

أما المقابلات الشخصية فقد تم إجرائها بواسطة الهاتف مع بعض المسؤولين في الأجهزة الحكومية موضع الدراسة، وكذلك بعض المسؤولين في القطاع الخاص.  
**توزيع واستعادة الاستبانة:**

تم توزيع الاستبانات بواسطة فريق عمل مكون من (شخصين). بعد أن تم التنسيق المسبق مع المسؤولين بالجهات ذات العلاقة. ومن ثم إستعادتها في اليوم التالي. وقد تم توزيع عدد(٢٠) استبانة على الجهات الحكومية. وعدد (٢٤) استبانة للقطاع الخاص.

وقد تمت استعادة عدد (١٨) استبانة من القطاع العام، وعدد (٢١) استبانة من القطاع الخاص. وبعد فرز الاستبانات وجد أن العدد الصالح للتحليل هو (٣٥) استبانة.

### تحليل البيانات:

بعد أن تم تحديد الاستبانات الصالحة للتحليل، رأت الباحثة الاستبانة باستخدام البرنامج الإحصائي spss لإدخال البيانات وقد أجريت الاختبارات التالية:

١- اختبار فرق المتوسطين (ت):

لمعرفة هل يوجد فروق معنوية بين متوسط إجابات عينة الدراسة على أسئلة الاستبانة.

٢- اختبار تحليل التباين الأحادي (ف):

لمعرفة هل يوجد فروق ذات دلالة إحصائية بين إجابات عينة الدراسة على الأسئلة تعود إلى المؤهل، الخبرة، جهة العمل، ....

## الفصل الثاني سند الشحن التقليدي وأشكالته

.. مفهوم سند الشحن

سند الشحن هو الوثيقة التي يصدرها الناقل بناء على طلب الشاحن عند تسلم البضائع . وتقتصر دلالة مثل هذا السند على إستلام الناقل للبضائع ، ويعرف بأنه سند يرسم الشحن أو من أجل الشحن received for shipment

ومثل هذا السند يقوم بذات وظائف سند الشحن العادي ( مشحون ) فيما عدا إثباته لشحن البضائع على سفينة ما . ومن الجدير بالذكر هنا أن للشاحن أن يطلب من الناقل بعد شحن البضائع على السفينة ، أن يضع بيانا على سند الشحن الذي سلمه له عند إستلامه البضائع يفيد حصول الشحن فعلا على السفينة مع بيان تاريخ الشحن ، ويصير السند في هذه الحالة سند شحن عادي ( مشحون ) يقوم بكل وظائف ذلك السند بما فيها إثباته لشحن البضائع .

وسند الشحن إما أن يكون إسميا أو للأمر أو للحامل . فإذا كان إسميا أى صادر بإسم شخص بعينه ، فإن تداوله يكون بإتباع قواعد الحوالة المدنية ، وبالتالي فإنه يتعين لنفاذ الحوالة قبل المدين قبله لها أو إعلاته بها .

أما إذا كان سند الشحن للأمر وهو الشائع عملا ، فإن تداوله يكون بطريق التظهير الناقل للملكية ، ويكون للمظهر إليه في هذه الحالة إعادة تظهير السند لأمر شخص آخر .

أما إذا كان سند الشحن لحامله ، أى لا يحمل إسم المرسل إليه ، فإن تداوله يكون بالمناولة أو التسليم ، وإستعمال سند الشحن لحامله نادر في الحياة العملية بسبب ما يتعرض له صاحبه من ضياع أو سرقة .



ويقوم سند الشحن بوظائف ثلاثة : فهو أداة لإثبات إستلام الناقل للبضائع الموصوفة به ، وهو أداة لإثبات عقد النقل نفسه حيث يتضمن شروط النقل ، وأخيرا هو أداة لتمثيل البضائع المشحونة ويقوم مقامها بحيث تندمج البضائع في سند الشحن ويعتبر حامله بمثابة حائز للبضائع .

ويحتوي سند الشحن على العديد من البيانات كالتالي :

- إسم كلا من الناقل والشاحن والمرسل إليه وعنوان كل منهم ، وهو بيان الهدف منه التعرف على أطراف سند الشحن

- صفات البضائع كما دونها الشاحن خاصة طبيعتها وعدد الطرود ووزنها وحجمها والعلامات المميزة لها وحالتها الظاهرة بما في ذلك الأوعية الموضوعية فيها .

- إسم السفينة إذا صدر السند وقت إجراء الشحن أو بعد إجرائه .

- إسم الريان .

- ميناء الشحن والتفريغ .

- أجرة النقل إذا كانت مستحقة بكاملها عند الوصول أو الجزء المستحق منها .

- مكان وتاريخ إصدار السند وعدد النسخ التي حررت عنه .

- شحن البضائع على سطح السفينة إذا كان النقل يجري بهذه الطريقة .

ويصدر سند الشحن من نسختين تسلم أحدها إلى الشاحن

وتبقى الأخرى لدى الناقل ويذكر فيها أنها غير قابلة للتزول عنها .

ويقوم الناقل بالتوقيع على النسخة المسلمة للشاحن ، وتعطى هذه

النسخة لحاملها الشرعي الحق في تسلم البضائع والتصرف فيها . ويجوز

أن تحرر من سند الشحن عدة نسخ بناء على طلب الشاحن ، وتكو كل

نسخة موقعة ويذكر فيها عدد النسخ التي حررت وتقوم كل نسخة  
مقام الأخرى ، ويترتب على تسليم البضائع بمقتضى إحداها إعتبار  
النسخ الأخرى ملغاة بالنسبة للناقل .

### إشكالات سند الشحن

نشير في البداية إلى أننا سوف نستبعد من هذه الدراسة مسألتين : الأولى  
خاصة بالتحفظات الواردة في سند الشحن والثانية خاصة بتعدد سندات الشحن.  
فبالنسبة لمسألة التحفظات الواردة بسند الشحن فهي فضلا عن كونها مسألة  
قانونية ل تتعلق بكون سند الشحن ورقيا أو لا فهي لم تعد تشكل مشكلة في  
الوقت الحاضر وذلك لأن المشرع قد حسم أمرها وتطلب - حتى يمكن  
الاعتراف بصحتها - أن تكون مسببة وإلا اعتبرت كأنها لم تكن .

وتنص المادة ١٦ فقرة ١ من اتفاقية هامبورج على أنه : " إذا تضمن سند  
الشحن تفاصيل تتعلق بالطبيعة العامة للبضائع ، أو علاماتها الرئيسية ، أو عدد  
الطرود أو القطع ، أو وزنها ، أو كميتها ، يعلم الناقل أو الشخص الآخر  
الذي يصدر سند الشحن نيابة عنه بعدم مطابقتها للبضائع المتلقاة فعلا أو  
للبضائع المشحونة إذا كان في ذلك ، أو إذا لم تتوافر لديه الوسائل المعقولة  
للتحقق من هذه التفاصيل ، يدرج الناقل أو الشخص الآخر تحفظا في سند  
الشحن يثبت أوجه عدم الصحة في التفاصيل والأسباب التي حملته على الاشتباه ،  
أو كون الوسائل المعقولة للتحقق غير متوفرة " .

أما عن إمكانية إدراج التحفظات في سند الشحن الإلكتروني فهو أيضا أمر  
محسوم إذ أنه يكفي إدخال هذا البيان مثله مثل أي بيان آخر بحيث ينمو إلى علم  
الشاحن مع ذكر الأسباب التي دعت إلى عملها .

أما بالنسبة لمسألة تعدد سندات الشحن فهي أيضا محسومة حيث أنه إذا تقدم عدة أشخاص يحملون نسخا من سند الشحن القابل للتداول بطلب تسلم البضائع ، فإنه يتم تفضيل حامل النسخة التي يكون أول تظهير فيها سابقا على تظهيرات النسخ الأخرى . وإذا تسلم البضائع حامل حسن النية لإحدى النسخ، كانت له الأفضلية على حامل النسخ الأخرى ولو كانت تظهيراتها أسبق تاريخا . وللوصول إلى معرفة ما إذا كان سند الشحن الإلكتروني قادرا على حل إشكالات سند الشحن التقليدي من عدمه فإنه يتحتم علينا التعرض لهذه الإشكالات بنوعها أي العملية منها والقانونية .

### **- الإشكالات العملية لسند الشحن التقليدي**

درج العرف على تحديد تاريخ إصدار سند الشحن الورقي دون أن يرد بذلك نص صريح ، وتكمن أهمية هذا البيان في أمور عديدة نذكر منها على سبيل المثال ارتباطه بفتح عمليات الاعتماد المستندي . ولكن الذي يحدث عملا هو أن يلجأ الشاحنون إلى التلاعب في تاريخ سند الشحن للبقاء في المدة المقررة للاعتماد المستندي .

ويضاف إلى ما تقدم أنه ومع ظهور الحاويات درج العمل على إدراج تحفظات said to contain في سندات الشحن بسبب عجز الناقل عن مراجعة مضمون الحاوية . ونظرا للتأثير السلبي لهذه التحفظات على دور سند الشحن كأداة ائتمان يتمكن بموجبها صاحب الحق في البضائع من فتح اعتماد مستندي ، لجأ الشاحنون إلى تسليم الناقلين خطابات ضمان مقابل إصدار سندات شحن نظيفة أي خالية من التحفظات حتى يتمكنوا من فتح الاعتماد المستندي . وقد تسبب هذا الوضع في خلق مشاكل جديدة تمثل في عدم تعبير سندات الشحن النظيفة

عن الواقع لدرجة تمكننا من القول بأنها سندات تستخدم للغش والتلاعب على البنوك وبالتالي تضر بمصالحهم . ولكن المشكلة ليست في القيمة القانونية غير الأكيدة لسند الشحن النظيف بل هي في خطابات الضمان الصادرة بهذه المناسبة فهي بدورها تعتبر نوع من أنواع الغش والتحايل .

### خطابات الضمان

فضلا عن الإشكالات التي يتسبب فيها سند الشحن لحظة استلام الناقل للبضائع من يد الشاحن فإن هناك مشاكل يثيرها سند الشحن لحظة تسليم البضائع للمرسل إليه عند وصول البضائع . فنظرا لبطء انتقال سند الشحن من الشاحن إلى المرسل إليه فإنه في كثير من الأحيان ما تصل البضائع قبل وصول سند الشحن إلى المرسل إليه ، فيقف الناقل حائرا أمام بضائع تم نقلها ولا تجد صاحبا شرعيا لها فلا يعرف لمن يسلم البضائع .

لكي يحصل الشاحن أو البائع على ائتمان من البنك فهو يحتاج لسند شحن نظيف Clean Bill of Lading . فالمادة ٣٤ من القواعد الموحدة الخاصة بالاعتماد المستندي تنص على ضرورة أن يكون سند الشحن نظيف أى خالى من أى تحفظات سواء تعلقت بحالة البضائع أو بحالة التغليف .

ومن هنا ابتدعت الحياة العملية نوعا جديدا من التعامل يصدر فيه الناقل سند شحن نظيف مقابل استلامه لخطاب ضمان من الشاحن يتعهد فيه هذا الأخير بضمان أية اختلافات قد تتضح فيما بعد بين البضائع المدونة في سند الشحن وبين البضائع لحظة التسليم . وبموجب خطاب الضمان يتعهد الشاحن بتعويض الناقل عن الأضرار التي يمكن أن تصيب هذا الأخير من جراء موافقته على إصدار سند شحن خالى من التحفظات .

ولكن أثبتت الحياة العملية أن خطابات الضمان تنطوي على نوعا من الغش للبنوك ، إذ أنه في كثير من الأحيان ما يصدر الناقل سند شحن نظيف وهو على علم بأن البيانات الخاصة بالبضائع الواردة فيه تخالف الحقيقة ، إما لأن البضائع يكون قد أصابها تلف أو تكون التغليف ضعيفة وغير كافية ( Trib. Com. De Rouen 23 Fev. 1962 ) .

وفي الوقت الذي لم تتعرض فيه اتفاقية بروكسل لسنة ١٩٢٤ لمسألة خطابات الضمان ، اهتمت اتفاقية هاجبورج لسنة ١٩٧٨ بها وأفردت لها نصا خاصا ( المادة ١٧ ) يرسي مبدأ مؤداه أن كل خطاب ضمان يصدره الشاحن للناقل مقابل إصدار هذا الأخير لسند شحن نظيف لا يعتبر حجة على الغير وخاصة المرسل إليه الذي تعتبره الاتفاقية من الغير في هذا الخصوص . وأضافت الاتفاقية أنه إذا صدر من الناقل مثل هذا التصرف بقصد الإضرار بالمرسل إليه أو بالغير ، فسوف يحرم من الاستفادة من تحديد المسؤولية فيما يخص الأضرار التي تكون قد أصابت المرسل إليه أو الغير من جراء التصرف على أساس البضائع الموصوفة في سند الشحن . وأضافت الاتفاقية أنه إذا صدر من الناقل هذا التصرف بقصد الإضرار بالغير فإن خطاب الضمان يفقد حجتيه حتى بين طرفيه أى في مواجهة الشاحن وبهذا الشكل سوف يكون ذلك بمثابة عقوبة توقع على الناقل تتجاوز التعويض عن الضرر الناتج عن خطأه . (BONASSIES (P)1979)

وبناء على ما تقدم فإنه يمكننا القول بأن الناقل الذي يتصرف بدون سوء نية وليس بقصد الإضرار بالغير يحتفظ بحقه في الرجوع ضد الشاحن بمقتضى خطاب الضمان ( المادة ١٧ فقرة ٣ من الاتفاقية ) .

هذه هي المشكلة بالنسبة لخطابات الضمان التي تصدر في ظل سند

الشحن التقليدي وهي مشكلة سببها الغش تارة وحرمان الغير من استرداد ما دفعه من تعويض تارة أخرى ، فهل سينجح سند الشحن الإلكتروني في حل المشاكل التي تتسبب فيها خطابات الضمان ؟

أما بالنسبة لخطابات الضمان التي يصدرها المرسل إليه فهي ابتدعتها الحياة العملية بسبب إلزام المشرع البحري الناقل بعدم تسليم البضائع إلا للمرسل إليه أو لمن ينوب عنه . وقد وجد الناقلون أنهم حتى يتحققوا من صفة المرسل إليه يجب عليهم الرجوع للبيانات الواردة في سند الشحن .

وفي حالة سند الشحن الاسمي يمكن أن تتم عملية التسليم حتى في غياب سند الشحن وذلك بمجرد التحقق من هوية المرسل إليه ومطابقتها لما هو وارد بسند الشحن . أما في حالة سند الشحن لحامله أو لأمر - وهو الوضع السائد - فإن الوضع يختلف ويجب على من يتقدم لتسلم البضائع تقديم أصل سند الشحن إذ أن الناقل ملزم بعدم تسليم البضائع إلا لحامل السند أو لآخر شخص تم تظهير السند إليه .

ولكن في الواقع كثيرا ما يتقدم المرسل إليه دون أن يكون في حوزته سند الشحن الورقي الذي يخول له الحق في تسلم البضائع . وفي الحقيقة هناك أسباب عديدة تفسر عدم وجود سند الشحن في ميناء التسليم لحظة تسليم البضائع ومنها عدم كفاءة الخدمات البريدية ، وتعقد العمليات البنكية التي تعطل خط سير سند الشحن في اتجاه ميناء التسليم . ويمكننا القول أن سبب تأخر وصول سند الشحن يرجع للدور الذي يقوم به ، فبصفته أداة تمثيل للبضائع فهو قابل للتداول أي يمكن التنازل عنه من شخص إلى آخر بمجرد التظهير ، وبناء عليه فإن المرسل إليه يمكن أن يتغير أثناء نقل البضائع دون أن يعلم الناقل أو يخطر بذلك . ومن هنا

يصبح من الضروري إبراز سند الشحن في ميناء التسليم حتى يسلم الناقل البضائع لصاحب الحق فيها . إلا أن سند الشحن الذي يسمح بفتح الاعتماد المستندي كثيرا ما يمر بمراحل بنكية عديدة - أحيانا معقدة وطويلة - قبل أن يصل إلى المرسل إليه . وفي المقابل أصبحت السفن تصل بسرعة - بسبب التطور العلمي - إلى موانئ الوصول قبل سند الشحن فيجد الناقل نفسه أمام أمرين : إما أن يرضخ للأمر الواقع ويسلم البضائع للمرسل إليه أو أن يتمسك بالنصوص القانونية ويمتنع عن التسليم إلا في وجود سند الشحن .

وقد أوجد المرسل إليهم حلا عمليا لهذه المشكلة فابتدعوا خطابات ضمان يسلمونها إلى الناقل مقابل تسليم هذا الأخير البضائع لهم . ويتعهد المرسل إليه بموجب خطاب الضمان أنه صاحب الحق في استلام البضائع وأنه في حالة حدوث أية مشاكل في هذا الخصوص فإنه يكون وحده المسئول تجاه المتضررين من ذلك .

وحتى لا تتعطل حركة التبادل التجاري يضطر الناقل - تقديرا منه بعدم جدوى الانتظار في الميناء وما يسببه ذلك من خسائر مادية - إلى قبول تسليم البضائع للشخص الذي يدعى أنه صاحب الحق في البضائع مقابل خطاب ضمان يصدره هذا الأخير ويتعهد بموجبه بتسليم سند الشحن للناقل فور وصولها إليه وتحمل أية نتائج يمكنها الضرر بالناقل من جراء هذا التسليم الغير قانوني ( PESTEL DEBORD P. 1985 - . ) .

وتكمن المشكلة في أن الفقه والقضاء يجمعان على اعتبار خطاب الضمان مجرد ورقة ضد *contre lettre* . فخطاب الضمان الذي يصدر من المرسل إليه مقابل استلامه البضائع من الناقل ما هو إلا ورقة يتعهد فيها المرسل إليه بأنه

سيعوض الناقل عن الأضرار التي أصابته من جراء التسليم غير القانوني للبضائع .  
وتنحصر آثار هذه الورقة بين المرسل إليه والناقل و لا أثر لها في مواجهة الغير .  
هذا فضلا عن أن شرعية خطابات الضمان من عدمه أثارت جدلا فقهيًا كبيرا  
وهو الأمر الذي إن أدى إلى شيء فإنما سيؤدي إلى إضعاف الثقة التي طالما تميز  
بها سند الشحن الورقي وذلك بسبب تأخر وصوله إلى ميناء الوصول أو بسبب  
استخدامه كوسيلة للاحتيال على البنوك .  
يضاف إلى كل ما تقدم أن عملية تسليم البضائع مقابل تسلم الناقل لخطاب  
الضمان لا يؤدي إلى إبراء ذمة الناقل تجاه المرسل إليه لأن التسليم لا يتم قانونا  
إلا بتسلم الناقل لسند الشحن من المرسل إليه .  
وبناء عليه فإن البعض يرى أنه اتفاق مخالف للآداب العامة ويسبب استعماله  
أضرارا كثيرة للمرسل إليه الحقيقي ، وأنه يشجع على الغش والاحتيال ، والبعض  
الأخر يرى وجوب التمييز بين خطابات الضمان السليمة التي يصدرها من له  
الحق على البضائع بسبب تأخر سند الشحن فعلا والتي لا تهدف إلى الإضرار  
بالغير ، وبين خطابات الضمان المشوبة بالغش . فالأولى يجب الاعتراف  
بشرعيتها لأنها تصدر استجابة لبعض الضرورات التجارية ولا تهدف إلى الإضرار  
بالغير ، بل يؤدي استعمالها إلى فوائد كثيرة من حيث سهولة وسرعة تسليم  
البضائع ، وفي هذه الحالة يجب اعتبار خطابات الضمان صحيحة وبالتالي تأخذ  
حكم ورقة الضد من حيث اقتصار أثرها على أطرافها وحدهما ولا تتعداهم إلى  
الغير . أما خطابات الضمان التي صدرت بغرض الغش والإضرار بالغير فهي  
يجب الحكم ببطلانها سواء بين الأطراف أو في مواجهة الغير لأن سببها غير  
مشروع .



وتجلى المشكلة عندما يتسلم شخص آخر غير المرسل إليه الحقيقي مقابل خطاب الضمان . فقد قضت محكمة النقض المصرية بخصوص حجية خطابات الضمان بأنها حجة على عاقيدها وحدهما وأنه لا يجوز الاحتجاج بخطابات الضمان على الغير من حاملي سندات الشحن (طعن ٨ / ٣ / ١٩٨٢ . طعن ٨ / ٣ / ١٩٨٢ . طعن ٢٣ / ٦ / ١٩٧٥ . طعن ٢٢ / ٣ / ١٩٦٦ .).

وتهدف من طرح المشاكل التي تثار بمناسبة إصدار خطابات ضمان بسبب تأخر وصول سند الشحن إلى ميناء الوصول هي بيان أن سند الشحن التقليدي لم يعد يحتل المكانة التي كان عليها في السابق . فهو سند يعيه البطء الشديد الذي يشجع على القيام بتصرفات تفرضها الحياة العملية حتى تسير العملية التجارية بالسرعة التي تتطلبها المعاملات التجارية : فهو يتطلب الكثير من التوقعات والأختام التي تثقل من أعباء النقل والتي تعتبر مصدر لتأخره في الوصول لميناء التسليم قبل البضائع . ويكفي أن نتخيل حالة الناقل الذي يجد نفسه أمام مئات من سندات الشحن التي تنتظر توقيعه أو تتطلب تحفظه على البيانات الواردة فيها مع ذكر الأسباب التي دعت له عمل هذه التحفظات. أضف إلى ذلك التأخير الناتج عن البريد في الوقت الذي يجب أن يصل سند الشحن قبل البضائع حتى يتمكن المرسل إليه من تسلم البضائع من الناقل .

إن البطء الذي أصبح الطابع السائد لسند الشحن التقليدي هو أحد الأسباب التي دفعت الناقلين إلى استخدام سند الشحن الإلكتروني لأنه يصل إلى المرسل إليه في لحظات وبالتالي يستحيل معه وصول البضائع إلى المرسل إليه قبله ، ومن هنا فهو يحل مشكلة إصدار خطابات الضمان في ميناء الوصول . وبناء عليه فإننا سنعود إلى الوضع الطبيعي لتسليم البضائع وهو التزام الناقل البحري بعدم تسليم

البضائع إلا المرسل إليه أو لمن ينوب عنه وذلك وفقا لما هو مبين بسند الشحن ، فإذا كان سند الشحن اسميا له أن يسلم البضائع للمرسل إليه بمجرد التحقق من هويته ومطابقتها بما هو وارد في سند الشحن ، وإذا كان سند الشحن لحامله أو لأمر - وهو الوضع السائد - تسلم البضائع للحامل الشرعي لسند الشحن .

### التلاعب في تاريخ استلام الناقل للبضائع

عند تداول سند الشحن الورقي فإنه يذكر فيه مكان إصدار السند وتاريخ إصداره وعدد النسخ التي جررت منه " .

ولكن في الحياة العملية كثيرا ما يلجأ الأطراف المتعاقدون إلى التلاعب بتاريخ استلام الناقل للبضائع ، أو تاريخ إصدار سند الشحن ، فتارة نجد الشاحن يطلب من الناقل تدوين تاريخ مخالف للتاريخ الحقيقي لإصدار سند الشحن بهدف الاستفادة من الائتمان الذي يطلبه من البنك ، وتارة أخرى نجد الشاحن البائع يطلب من الناقل ذات الطلب بهدف التعجيل من انتقال مخاطر البضائع منه ( البائع ) إلى المشتري ، الخ... .

ويتضح التلاعب في تاريخ إصدار سند الشحن في أكثر صورته في النقل بالحاويات ( إبراهيم مكي ١٩٧٥ ) . إذ أنه في هذا النوع من النقل يتولى ناقل واحد النقل من مخازن الشاحن إلى مخازن المرسل إليه . وقد ترتب على هذا الأمر أن تسلم الناقل للحاوية لم يعد يتم في ميناء الشحن كما تقرره اتفاقية هامبورج ، بل أصبح الناقل يتسلم الحاوية من الشاحن من مقر هذا الأخير . ومعنى آخر أصبحت عملية تسليم الناقل للبضائع تتم خارج ميناء الشحن وليس فيه ، فيصدر الناقل - بناء على طلب الشاحن - سند شحن الحاويات container Bill of Lading يقر فيه بتسلمه البضائع في تاريخ سابق على

التحميل والنقل ويتعهد بتحميلها ونقلها في تاريخ لاحق .

وهذا الوضع يخلق العديد من المشاكل القانونية تختلف حسب ما إذا كانت العلاقة بين أطراف عقد النقل بيعهم البعض أو بين أطراف عقد البيع أو بين أطراف عقد التأمين بعضهم ببعض أو بين الشاحن والبنك بمناسبة الائتمان الذي يطلبه الأول من الأخير .

ففي العلاقة بين أطراف عقد النقل بيعهم البعض ، سوف تمتد مسؤولية الناقل إلى خارج ميناء الشحن وفي ذلك مخالفة لما تنص عليه اتفاقية هامبورج من أن مسؤولية الناقل تبدأ من تاريخ استلامه البضائع في ميناء الشحن . وبناء عليه سوف يستفيد الناقل - في المرحلة السابقة على دخول البضائع لميناء الشحن - من التحديد القانوني للمسئولية الذي تخوله إياه الاتفاقية ، ولن يجرمه من الاستفادة من تحديد المسؤولية - من وجهة نظرنا - إلا إثبات الشاحن أن الضرر قد أصاب البضائع في المرحلة السابقة على دخول البضائع في ميناء الشحن . وفي هذا الشأن لم يفرق القضاء الإنجليزي بين التسليم الفعلي في مقر الشاحن والتسليم القانوني في ميناء الشحن ، بل ائتمن فقط بالبيانات والشروط الواردة في سند الشحن وقضى بأن هذه البيانات والشروط تعد حجة على أطراف سند الشحن من وقت اتفاقهم على عملية النقل . وقد برر القضاء موقفه بأن الفول بغير ذلك يجعل السند متعارضا مع عقد النقل وليس مثبتا له .

أما في العلاقة بين أطراف عقد بيع البضائع فكما ذكرنا يمكن تأريخ إصدار سند الشحن أطراف العقد من التحقق من مدى قيام البائع بتنفيذ التزاماته في الميعاد المقرر لذلك ، وخاصة شحن البضائع في التاريخ المتفق عليه في عقد البيع . فابتداء من تاريخ الشحن الذي هو في الغالب تاريخ إصدار سند الشحن

تنتقل مخاطر البضائع من البائع إلى المشتري . ولكن الذي يحدث عملا هو أن يطلب الشاحن ( البائع ) من الناقل تدوين تاريخ سابق للشحن الفعلي للبضائع بحيث يتطابق مع التاريخ الذي اتفق عليه الشاحن ( البائع ) مع المشتري ، في حين أن الشحن الفعلي للبضائع سوف يتم في وقت لاحق . ويؤثر هذا التلاعب في تاريخ شحن البضائع بالسلب على العلاقة بين البائع والمشتري لأنه ينقل مخاطر البضائع من على عاتق البائع إلى عاتق المشتري في وقت سابق على الشحن الفعلي .

وبخصوص علاقة أطراف عقد التأمين على البضائع ببعضهم البعض ، فكما ذكرنا تبدأ في الغالب مسؤولية شركات التأمين عن تغطية مخاطر الرحلة البحرية من تاريخ شحن البضائع على متن السفينة . والذي يحدث عملا هو أنه يتم التلاعب في تاريخ شحن البضائع فيتفق كلا من الناقل والشاحن على تقديم تاريخ شحن البضائع في السند بحيث يدون تاريخ سابق على تاريخ الشحن الفعلي . ويهدف كلا من الناقل والشاحن من هذا التصرف إلى إلقاء المسؤولية مبكرا على عاتق شركة التأمين بحيث تبدأ مسؤوليتها قبل الشحن الفعلي للبضائع على متن السفينة . فإذا كان سند الشحن يبين أنه قد تم شحن البضائع فعلا في تاريخ معين في الوقت الذي لم تكن فيه هذه البضائع قد شحنت فعلا وإنما كانت ومازالت في حيازة الناقل ثم أصاب هذه البضائع ضررا ما ، فإن مسؤولية شركة التأمين سوف تبدأ قبل الشحن الفعلي للبضائع وذلك استنادا لما هو مبين في سند الشحن . ومن هنا ينشأ وضع إن دل على شيء فإنما يدل على أن كلا من الناقل والشاحن قد ارتكبا خطأ جسيما لأنهما بتصرفهما هذا إنما كانا يهدفان إلى إلحاق الضرر بشركة التأمين، ومثل هذا التصرف يستوجب المسؤولية الكاملة لكلا منهما

وأخيراً بالنسبة للائتمان الذي يطلبه الشاحن من البنك فإنه في الغالب ما يحدد لنفاذ الائتمان الذي يطلبه الشاحن من البنك مدة معينة يجب أن يتم خلالها شحن البضائع وإلا اعتبر الائتمان ملغى ، وهو الأمر الذي تبرز معه أهمية تاريخ إصدار سند الشحن . وحتى يبقى الشاحن في المدة المحددة له لفتح الاعتماد المستندي فإنه غالباً ما يطلب من الناقل كتابة تاريخ مخالف للتاريخ الفعلي لشحن البضائع .

وللتلاعب في تاريخ إصدار سند الشحن أثره على درجة المسؤولية حيث يعتبر هذا التصرف خطأً جسيماً تنعقد به مسؤولية كلا من الناقل والشاحن في مواجهة المرسل إليه . وهذا هو ما قضت به محكمة Aix-en-provence بفرنسا في قضية توضح بجلاء النتائج الوخيمة لمثل هذا التصرف ( Aix-en- provence 28 av. 1976 ; 27 Sep. 1985 ) . فهذه القضية كانت تتعلق بعملية بيع لأطنان عديدة من البطاطس بين تاجر يوناني وعميل فرنسي . وقد منح البنك اعتماداً مستندياً للبائع بناءً على هذه العملية . وخوفاً من وصول كميات هائلة من البطاطس من المغرب ينخفض بسببها السعر في السوق اشترط المشتري في عقد البيع أن شحن البضائع يجب أن يتم قبل ١٥ مايو ١٩٧٤ وعلق فتح الاعتماد المستندي على هذا الشرط . وبناءً على هذا الاتفاق واستناداً إلى أن الشحنة سوف تصل بالتأكيد يوم ١٨ مايو ، قام المشتري ببيع الشحنة إلى مشتري آخر وأكد له أن الشحنة سوف يتم تسليمها إليه قبل ٢٠ مايو ١٩٧٤ . ولكن للأسف لم تتم الأمور كما توقع المشتري ، فالسفينة التي كان قد اختارها البائع اليوناني لم تصل ميناء الشحن إلا في يوم ١٥ مايو ولم تنته عمليات الشحن إلا يوم ١٨ مايو .

وبما أن البائع ( الشاحن ) كان قد دون في سند الشحن أن الشحن قد تم في يوم ١٥ مايو ( ليحصل على الاعتماد المستندي ) ، فإن المشتري قد تسلم سند الشحن مدون به تاريخ ١٥ مايو باعتباره التاريخ الذي تم فيه الشحن فعلا . وقد توجه المشتري يوم ١٨ مايو بهذا السند إلى البنك وتم سداد قيمة البضائع ، في حين أنه - في ذات اليوم - كانت السفينة في صدها للانتهاء من عملية الشحن ولم تصل ميناء الوصول إلا بتاريخ ٢٢ مايو بدلا من تاريخ ١٨ مايو المتفق عليه . ونظرا لأن المشتري الفرنسي لم يتمكن من الوفاء بالتزامه تجاه المشتري الثاني ، رفض استلام الشحنة ، وطالب بالبيع القضائي للشحنة وهو ما نتج عنه خسارة فادحة بسبب إغراق السوق بالبطاطس المغربية التي كانت قد وصلت في وقت سابق . ثم قام المشتري برفع دعوى ضد كلا من البائع والناقل . وقد أيدت محكمة Aix-en-provence حكم محكمة مرسيليا التجارية و قضت بإدانة كلا من البائع والناقل بالتضامن والإزامهم بتعويض المشتري عما أصابه من ضرر والوفاء بمبلغ الاعتماد المستندي الذي يدين به للبنك فضلا عن الفوائد .

هذه هي المشاكل التي تحدث بسبب التلاعب في تاريخ سند الشحن التقليدي فهل ستبقى هذه المشاكل وتستمر في ظل سند الشحن الإلكتروني ؟ بمعنى آخر هل سيستطيع سند الشحن الإلكتروني حل المشاكل التي يتسبب فيها التلاعب في تاريخ إصدار سند الشحن ؟ وللإجابة على هذا السؤال يجب التعرف أولا على كيفية التعامل بسند الشحن الإلكتروني وهي كالآتي :

عندما يرغب الشاحن في إرسال بضائعه إلى جهة ما فإنه يدخل في اتصال إلكتروني مع الناقل يطلب منه فيه نقل البضائع في التواريخ وإلى الجهة التي يحددها

له . وتستمر الاتصالات إلكترونيا بين الطرفين لحين حلول موعد الشحن ، فيبلغ الناقل الشاحن إلكترونيا بالتاريخ الذي تم فيه الشحن فعلا . فإذا افترضنا أن الشاحن أراد - بالمخالفة للحقيقة - تغيير تاريخ الشحن بالاتفاق مع الناقل بهدف الاستفادة من الائتمان الذي يطلبه من البنك ، فإن مثل هذا التغيير ( مع الناقل ) سيتم بذات الأسلوب الذي صدر به سند الشحن بالتاريخ الحقيقي أى إلكترونيا وسوف يتم تسجيله في جهاز الحاسب الآلي باليوم والساعة والدقيقة التي تم فيها على وجه التحديد . أى أن مثل هذا التغيير والتلاعب سيكون له أثر في الدعامة الإلكترونية وسيعتبر دليل إثبات ضد الناقل معترف به قانونا أمام محاكم الدول التي لديها قوانين تنظم المحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني ، وهو الأمر الذي سيدفع الناقل إلى الإحجام عن مثل هذه التصرفات الغير شرعية حتى لا يتعرض للمساءلة القانونية .

وحتى إذا افترضنا مثلا أن الاتفاق على تغيير تاريخ إصدار سند الشحن بما يخالف الحقيقة قد تم تليفونيا وليس عن طريق التبادل الإلكتروني للبيانات ، فإن الناقل لن يستطيع التلاعب في تاريخ الشحن لأن الشحن الفعلي للبضائع سيكون ضمن عمليات أخرى يتم التعامل بخصوصها إلكترونيا الأمر الذي سيجعل أمر التلاعب في تاريخ الشحن أمرا صعبا لأنه سيسهل اكتشافه من خلال تسلسل العمليات الأخرى المرتبطة بعملية النقل .

### **الإشكالات القانونية لسند الشحن الورقي**

لا تقتصر الإشكالات الناتجة عن استخدام سند الشحن الورقي على الممارسات العملية السابق الإشارة إليها ، بل يتسبب استخدام سند الشحن الورقي في نوعية أخرى من الإشكالات وهي إشكالات ترتبط ارتباطا وثيقا

بالعلاقات القانونية بين أطراف عقد النقل أى بحقوق هؤلاء الأطراف من جهة وبالتزاماتهم من جهة أخرى . وهى الإشكالات التي نأمل أن يساهم سند الشحن الإلكتروني في حلها .

### - الاختلاف حول حقوق أطراف عقد النقل

إنه لمن الملاحظ عملا في المحاكم أن القضاة ينظرون إلى سند الشحن على أنه ورقة تجارية أكثر من كونه سند شحن مرتبط بعملية النقل البحري ، وهو الأمر الذي أحدث خللا في تحديدهم للحقوق التي يكتسبها أطراف عقد النقل البحري ومنها الحق في رفع دعوى قضائية ضد الناقل . ولذلك زقيل الخوض في تحديد صاحب الحق في رفع دعوى قضائية ضد الناقل يتعين علينا أولا التأكيد على أن سند الشحن ليس ورقة تجارية .

فسند الشحن ليس ورقة تجارية لأنه يخول لصاحبه حقوق على البضائع وليس على مبلغ من المال . فالورقة التجارية تخول صاحبها حقا على مبلغ المال الموجود بها بصورة مجردة عن السبب الذي من أجله خصصت هذه الأموال ، في حين أن سند الشحن لا ينفصل عن سببه والذي يتمثل في عقد النقل . صحيح أن سند الشحن يحمل البيانات الكافية لتعيين البضائع من حيث النوع والمقدار والعدد الخ... بحيث يستطيع حامله أن يعيد بيع البضائع فيحصل على النقود ، إلا أنه يتعرض لمخاطر عديدة مثل عدم عثوره على مشتري للبضائع أو عدم استيفائه للثمن أو هبوط الأسعار فلا يستطيع استيفاء ما دفعه بأكمله . وبناء عليه فإن سند الشحن يختلف عن الأوراق التجارية لأنه لا يؤكد حق حامله في الحصول على مبلغ معين من النقود في أجل معين الأمر الذي ينتج عنه أن سند



الشحن لا يقوم مقام النقود في المعاملات التجارية (مصطفى كمال طه ٢٠٠٣).  
ولكن إذا كان سند الشحن لا يؤكد لحامله الحق في الحصول على مبلغ معين من النقود إلا أنه يعطي لحامله الشرعي جميع الحقوق التي يمكن أن يكتسبها على البضائع المذكورة فيه ، فهو لا يخول له فقط حق التصرف في البضائع وحق المطالبة بتسلمها بل يعطي له أيضا حق المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تكون قد أصابت البضائع . وهذه الحقوق ( استلام البضائع ورفع الدعوى ) التي يمنحها سند الشحن لحامله الشرعي هي السبب الحقيقي في منح سند الشحن قوته وسطوته المعروفة في عالم النقل البحري إلى درجة وصل معها القضاء الفرنسي إلى إغفال الحقوق التي يخولها عقد النقل لأطرافه لصالح الامتيازات التي يتمتع بها الحامل الشرعي لسند الشحن، بمعنى أن القضاء لم يعد يهتم بالحقوق التي يمنحها عقد النقل لأطرافه بقدر ما أصبح يهتم بالحقوق التي يمنحها سند الشحن لحامله الشرعي ( Le ) “ REMOND – GOUILLOUD (M) ( contrat de transport 1993 )، والدليل على ذلك هو أن محكمة النقض الفرنسية تعتبر حامل السند الشرعي وحده هو صاحب الحق في رفع دعوى قضائية ضد الناقل الذي يخل بالتزاماته التي يفرضها عليه عقد النقل ( Cass 25 Juin 1985 ; Trib. Com. Marseille 3 Janv. 1950 ). بل وذهبت المحكمة إلى أبعد من ذلك وأصدرت حكما يفتقد ليس فقط للعدالة بل أيضا للأساس القانوني عندما حظرت على أى شخص آخر غير الحامل الشرعي للسند حق رفع دعوى قضائية ضد الناقل حتى لو كان الضرر قد أصابه وحده دون غيره . وفي المقابل تسمح محكمة النقض للحامل الشرعي - حتى لو لم يكن قد أصابه أى ضرر - رفع ذات الدعوى ضد الناقل ( Cass 25 Juin 1985 )

. ( ; Trib. Coll. Marseille 3 Janv. 1950

وقد أثار هذا الوضع تحفظ أغلبية الفقهاء في فرنسا ( - REMOND  
GUILLOUD (M)- B.T. 1985 ; BONASSIES note sous  
Cass. 25 Juin 1985 ; PESTEL - DEBORD note au JCP  
1986 . ) الأمر الذي أدى إلى تراجع محكمة النقض الفرنسية عن موقفها  
السابق . فالיום تقبل محكمة النقض دعوى الشاحن عن الأضرار التي يعاني منها  
وحده من جراء خطأ الناقل ( Cass. Ass. Plén. 22 déc. 1989 ) ،  
وكذلك الأمر بالنسبة لدعوى المرسل إليه غير المذكور في سند الشحن والذي  
تعتبره المحكمة طرفاً في العقد .

إلا أن محكمة النقض - بالرغم من سماحها لكل من الشاحن والمرسل إليه برفع  
دعوى تعويض ضد الناقل - تطبق أحكامها في أضيق الحدود ولا تسمح لكل من  
أصابه الضرر بأن يرفع دعوى ضد الناقل بل قصرت هذا الحق على الشاحن  
والمرسل إليه فقط وبناء عليه رفضت محكمة النقض في حكم حديث لها دعوى  
شركة التأمين ضد الناقل ( Cass. 19 Déc. 1995 )

في هذه القضية - المعروفة بقضية السفينة Ramona - ظهر الشاحن وهو  
شركة Soufflet Négoce سند الشحن لشركة Agrocéan التي باعت  
بدورها البضائع لشركة Serharca وظهرت لها سند الشحن حتى تتمكن من  
استلام البضائع . إلا أنه عند استلام هذه الأخيرة البضائع في ميناء التسليم  
اكتشفت أضراراً جسيمة بما فرفضت استلام البضائع . رفعت شركة التأمين -  
التي كانت قد عوضت شركة Agrocéan - دعوى مسئولية ضد الناقل  
البحري ولكن رفضتها محكمة استئناف Poitiers وأشارت في حكمها إلى أن

القضاء - الذي يقرر أنه " في حالة سند الشحن لأمر يحق للمظهر إليه الأخير فقط رفع دعوى ضد الناقل " - قد أقر للشاحن ( وللمرسل إليه القعلي ) الذي أصابه الضرر وحده من النقل حق رفع دعوى مسئولية ضد الناقل ، وأضافت محكمة استئناف Poitiers أن هذا المبدأ الذي اقره القضاء يجب تطبيقه في أضيق الحدود بحيث لا يجوز لغير الشاحن والمرسل إليه رفع دعوى قضائية ضد الناقل . وبما أن شركة Agrocéan لم تكن شاحن ولا مرسل إليه فهي بالتالي لا صفة لها ولا لشركة التأمين التي عوضتها في إقامة دعوى المسئولية ضد الناقل البحري ( DMF 1996 , Cass 19 Déc. 1995 . ) .

ومثل هذا الحكم يستدعي التعليق ليس فقط لأنه لا يحقق العدالة ( لأن شركة Agrocéan سوف تحرم من حقها في التعويض في الوقت الذي لن يستفيد شخص آخر غيرها من هذا التعويض ) ولكن أيضا لأنه لا يركز على ركائز قانونية سليمة . فسند الشحن هو وسيلة لإثبات عقد النقل الذي يبرمه كلا من الناقل والشاحن لمصلحة المرسل إليه ، وعندما يكون سند الشحن لأمر فهو يكون مظهر لأمر الشخص الذي يحق له استلام البضائع ، ولكن قد يحدث أن يبيع المظهر إليه البضائع لشخص آخر فيظهر سند الشحن لأمره فيكون المرسل إليه الجديد هو المظهر إليه الثاني . إلا أن هذا الأمر لا ينفي عن المظهر إليه الأول استمرار مسئوليته عن تنفيذ هذا العقد في مواجهة المرسل إليه الجديد ( المظهر إليه الثاني ) . ومن هنا إذا رفض المظهر إليه الثاني استلام البضائع لعيب فيها فإن المظهر هو الذي يتحمل نتائج هذا الرفض لكونه ضامنا للحقوق المنقولة ، وبناء عليه فإنه يكون له صفة في رفع الدعوى ضد الناقل البحري . هذا فضلا عن أن له أيضا مصلحة في رفع الدعوى باعتبار أنه الوحيد من بين جميع أطراف العقد

الذي أصابه الضرر . وبناء عليه فإن حقه في رفع الدعوى لا نزاع عليه لأنه تتوافر فيه شروط رفع الدعوى ألا وهي الصفة في رفع الدعوى والمصلحة .  
(BOCKALLI V.E. , DMF 1998 )

ويمكن أن يرد البعض بأن المظهر إليه الأول يمكنه لرفع دعوى ضد الناقل الحصول على تنازل المظهر إليه الثاني عن حقه في رفع الدعوى ، ولكن مثل هذا التنازل سوف يصطدم بعوائق قانونية وعملية في آن واحد ( BONASSIES P. note sous Cass. 25 juin 1985 ) . فهي ستصطدم بعوائق قانونية لأن المظهر إليه الثاني برفضه تسلم البضائع ودفع ثمنها يفقد حقه في رفع الدعوى لعدم وجود مصلحة له في ذلك ، وبناء عليه فهو لا يستطيع التنازل عن حق لا يملكه . أما العائق العملي الذي يحول دون إمكانية رفع المظهر إليه الأول الدعوى ضد الناقل فهو يكمن في صعوبة تخيل المظهر إليه الثاني ( المشتري ) - وهو مستاء من عدم وصول بضائعه سليمة - يتنازل عن حقه في رفع الدعوى للبائع ( المظهر إليه الأول ) .

وفي ظل الموقف الحالي لمحكمة النقض الفرنسية التي أغلقت الباب أمام دعوى المظهر إليه الأول يبقى أمام هذا الأخير إسناد دعواه إلى المسؤولية التقصيرية . إلا أن هذا الحل ليس الحل المثالي بالنسبة لجميع الأطراف لأنه سيضع من جهة على عاتق المظهر إليه عبء إثبات خطأ الناقل وهو ليس من الأمور التي يسهل الوصول إليها ، وسيحرم من جهة أخرى الناقل من حقه في الاستفادة من التحديد القانوني للمسؤولية وذلك لأن الدعوى المرفوعة ضده تستند إلى المسؤولية التقصيرية وليس إلى المسؤولية التعاقدية ( BOCKALLI( V.E. DMF 1998 ) . وتجدر الإشارة هنا إلى أنه لن يستفيد من التحديد القانوني للمسؤولية

إلا الناقل الذي نفذ عملية نقل تخضع لقواعد هامبورج التي تنص المادة ٧ فقرة ١ منها على أن الدعوى المرفوعة ضد الناقل - أيا كانت طبيعتها - تخضع للقواعد الخاصة بالمسئولية التعاقدية ( REMOND - GOUILLOUD M, . B.T. 1986 ; P. BONASSIES.1981 ).

- الاختلاف حول مصير بعض الشروط الواردة في عقد النقل

كما سبق أن أوضحنا يخول سند الشحن لحامله الشرعي جميع الحقوق التي يكتسبها أطراف عقد النقل وهذا في حد ذاته يشكل ضمانا كبيرة وأكيدة للحامل الشرعي للسند . ولكن هل يدعو ذلك إلى إغفال أن سند الشحن ما هو إلا دليل لإثبات وجود عقد النقل وما ورد به من بيانات وشروط ؟ الإجابة بالطبع لا لأن عقد النقل هو الأصل وهو عقد بطبيعته ثلاثي الأطراف ( الشاحن والناقل والمرسل إليه ) بالرغم من غياب المرسل إليه لحظة انعقاد العقد . وبناء عليه يجب أن يعبر عقد النقل عن إرادة جميع أطرافه بما فيهم المرسل إليه وبالتالي فإن جميع الشروط الواردة في عقد النقل يجب أن تلزم جميع أطراف عقد النقل بما فيهم المرسل إليه نفسه . وهذا هو بالفعل ما يتبعه القضاء المصري في أحكامه ، فقد درجت محكمة النقض المصرية على اعتبار المرسل إليه طرفا ذا شأن في عقد النقل شأنه في ذلك شأن الشاحن نفسه وذلك منذ إبرام عقد النقل نفسه وبالتالي فهو يلتزم بجميع ماورد في سند الشحن من شروط ( طعن ١٤ إبريل ١٩٧٠ و ٢٥ فبراير ١٩٦٥ . و ٣ إبريل ١٩٧٣ . و ٧ فبراير ١٩٦٧ . و ١٧ يونيو ١٩٦٥ . و ١٧ يونيو ١٩٦٥ . و ٤ ديسمبر ١٩٨٩ ) سواء كانت شروط عادية أو استثنائية ( طعن ٢٦ يونيو ١٩٧٨ . و ٢٦ يونيو ١٩٧٨ ).

أما القضاء الفرنسي فله رأى آخر فهو يعطي الأولوية لمتطلبات التجارة الدولية

على حساب النقل البحري ، فهو يميز بين نوعين من الشروط التي ترد في عقد النقل : الشروط التي تتعلق بجوهر عقد النقل أى التي ترتبط ارتباطا وثيقا بتنفيذه وبين الشروط الأخرى . هذا ما يتضح من حكمين متتاليين لمحكمة النقض الفرنسية التي رفضت في أحدهما سريان شرط الاختصاص القضائي في مواجهة المرسل إليه في حين قبلت التزام المرسل إليه بشرط التسليم تحت الروافع . ففي الحكم الأول - المتعلق بشرط الاختصاص القضائي - قضت المحكمة بأن هذا الشرط لا يسري في مواجهة المرسل إليه إلا إذا كان قد قبله ووافق عليه صراحة، وأكدت أن مجرد حيازة سند الشحن الذي يتضمن هذا الشرط لا تعد دليلا على قبوله لهذا الشرط . ( Cass. 29 Nov. 1994 , Cass. 16 Janv. 1996 )  
وأضاف الفقه أن حتى استخدام سند الشحن في تسلم البضائع - في نظر المحكمة - لا يعد دليلا على قبول المرسل إليه لهذا الشرط ( BONASSIES (P) )  
. (note sous Cass 16 Janv 1996 ) .

أما الحكم الثاني فهو يتعلق بشرط التسليم تحت الروافع ، وقد قضت فيه محكمة النقض الفرنسية بأن شرط التسليم تحت الروافع الذي اتفق عليه كلا من الشاحن والناقل يمس جوهر عقد النقل نفسه وهو شرط يوضح نطاق التزامات الناقل وبالتالي فهو يسري في مواجهة المرسل إليه دون أن يكون هناك داعي لموافقة هذا الأخير عليه صراحة . ( Cass. 16 Janv. 1996 ) .

وقد انتقد الفقه الفرنسي موقف محكمة النقض في حكمها الأول استنادا إلى أن المرسل إليه بجيازته لسند الشحن إنما يشترك في عقد النقل بكل ما تضمنه من شروط وذلك ليس فقط منذ حيازته للسند بل منذ لحظة إبرام عقد النقل نفسه ( REMOND - GOUILLOUD M. 1993 ; FLOUR et )

ويرى معارضي هذا القضاء أن تطبيق حكم محكمة النقض الأول سوف يصطدم بالعديد من العقبات في الحياة العملية ، فوفقا لهذا الحكم يجب الموافقة الصريحة للمرسل إليه حتى يسري الشرط في مواجهته وهو أمر صعب التحقيق في مجال النقل البحري الذي يكون في الغالب دوليا أو على الأقل يتم تنفيذه بين مسافات متباعدة . فإذا تطلبنا موافقة المرسل إليه - الذي يكون في الغالب غائب لحظة التعاقد وغالبا في بلد آخر - فإننا بذلك نطلب شيئا صعب التحقيق لأن المرسل إليه غالبا ما يكون في بلد آخر . وحتى على فرض أنه تواجد وأعطى موافقته فهل سيعتد بهذه الموافقة في مواجهة المرسل إليه الثاني أو الثالث ( في حالة تداوله لسند الشحن وبيعه البضائع لآخرين ) ؟ وعلى فرض أنه قد تم الاتفاق في هذا الخصوص فكيف - في حالة وصول البضائع تالفة لأحد المرسل إليهم المتتاليين - سيوافق المرسل إليه الذي سيتسلم البضائع على شرط سوف يضطر بموجبه للخضوع لاختصاص المحاكم الكائنة في دولة الناقل ؟

( .BOKALLI V.E. 1998 )

و يتمشى موقف محكمة النقض المصرية مع آراء الفقهاء المعارضين للقضاء الفرنسي إذ أن المحكمة لا تفرق بين الشروط المتعلقة بجوهر عقد النقل وتلك التي لا تتعلق بجوهره ، فقد درج القضاة في مصر على اعتبار المرسل إليه طرفا ذا شأن في عقد النقل شأنه في ذلك شأن الشاحن نفسه وذلك منذ إبرام عقد النقل نفسه. ويزيد من أهمية هذا القضاء بالنسبة لهؤلاء المعارضين لموقف القضاء الفرنسي أن أغلبية الأحكام التي صدرت عن محكمة النقض المصرية تتعلق بشرط التحكيم الوارد في سند الشحن ، وهو شرط لا يتعلق بتنفيذ عقد النقل ذاته .

وقد قضت بشأنه محكمة النقض بأن " قانون التجارة البحري يجعل من المرسل إليه طرفا ذا شأن في سند الشحن باعتباره صاحب المصلحة في عملية الشحن يتكافأ مركزه - حينما يطالب بتنفيذ عقد النقل - بمركز الشاحن - وأنه يرتبط بسند الشحن كما يرتبط به الشاحن ومنذ ارتباط الأخير به (طعن ١٤ إبريل ١٩٧٠ . و ٢٥ فبراير ١٩٦٥ . و ٣ إبريل ١٩٧٣ . و ٧ فبراير ١٩٦٧ . و ٢٦ يونيو ١٩٧٨ . و ٢٦ يونيو ١٩٧٨ . و ١٧ يونيو ١٩٦٥ . و ٤ ديسمبر ١٩٨٩ . ) . وأضافت المحكمة بخصوص شرط التحكيم أن المرسل إليه يلتزم " بشرط التحكيم الوارد في نسخة سند الشحن المرسل إليه في حكم الأصل فيه " . ( طعن جلسة ٧ فبراير ١٩٦٧ . )

و نرى أن محكمة النقض الفرنسية لم تخطيء في حكميها المذكورين أعلاه وذلك لأن العبرة بمدى ارتباط الشرط بعقد النقل وبما إذا كان شرطا أساسيا يساهم في تكوين عقد النقل بحيث لا يمكن تنفيذ عقد النقل بدونه أم لا . فإذا كان الشرط يرتبط ارتباطا وثيقا بتنفيذ عقد النقل فهو يسري في مواجهة المرسل إليه دون حاجة لموافقة صريحة منه باعتبار أنه طرف في عقد النقل شأنه شأن الشاحن كما تقضي محكمة النقض المصرية ، أما إذا كان الشرط لا يرتبط بالتنفيذ الفعلي لعقد النقل وإنما بأمر أخرى تعبر عن إرادة كلا من الشاحن والناقل فإنه في هذه الحالة لا ينفذ الشرط في مواجهة المرسل إليه باعتبار أنه لم يعط موافقته الصريحة على هذا الشرط .

فكما يقول البروفيسور DELEBECQUE في تعليق له على حكم محكمة النقض المتعلق بشرط التسليم تحت الروافع المشار إليه أعلاه يجب التفرقة بين عناصر ثلاثة يتكون منها عقد النقل : العناصر " الأساسية " التي بدونها لا ينعقد



عقد النقل ، والعناصر " الطبيعية " أى تلك التي يتكون منها عقد النقل ولكن يستطيع أطراف العقد استبعادها بشرط خاص ، والعناصر " العرضية " وهى تلك التي يتم إدراجها في عقد النقل تنفيذاً لرغبة خاصة لأطراف العقد . فبالنسبة لشرط التسليم تحت الروافع فهو يعتبر من العناصر " الطبيعية " التي يتكون منها عقد النقل وبالتالي فهى تخضع للنظام القانوني الذي يحكم العقود فيسري بالتالي في مواجهة أطراف العقد . أما شرط الاختصاص القضائي أو شرط التحكيم فهو من العناصر " العرضية " التي يتم إدراجها بناء على رغبة خاصة لأطراف العقد وبالتالي فهى لا تنفذ في مواجهة المرسل إليه الذي لم يعبر عن إرادة خاصة لإدراج مثل هذه الشروط وبالتالي فهى لا تنفذ في مواجهته.

(DELEBECQUE ( Ph.) Obs. sous Cass. 16 Janv. 1996).

ونضيف إلى ذلك أن هذا النوع الثاني من الشروط ( الاختصاص القضائي والتحكيم ) لا يؤثر من قريب أو من بعيد على تنفيذ عقد النقل بل أنه يتعلق بشيء آخر تماماً ألا وهو كيفية فض النزاع ( بالتحكيم بدلا من القضاء ) والمحاكم المختصة بفض النزاع ، أى أن هذه الشروط لا يبدأ تنفيذها إلا بعد انتهاء عملية النقل .

## الفصل الثالث

### مفهوم سند الشحن الإلكتروني ومزاياه

يحتاج العاملون في مجال التجارة والنقل إلى تبادل كم كبير من المعلومات المتعلقة بالبضائع التي يتعاملون بها والتي يرغبون في نقلها . ويجري تداول هذه المعلومات والتعامل بموجبها بالطرق التقليدية أى بتبادل المستندات الورقية بين الأطراف المعنيين للتصرف بموجبها . ثم بعد ذلك يتم حفظ هذه المستندات بعد تصنيفها في ملفات حتى يمكن الرجوع إليها عند الحاجة . ونظرا لما يتصف به هذا النظام من بطء وتكلفة عالية فضلا عن التعرض للخطأ عند التعامل بالمستندات الورقية ، فإن المتخصصون في عالم النقل والتجارة بدؤوا يخطون خطى واسعة نحو إلغاء التعامل بالمستندات الورقية التقليدية والتعامل بطرق أخرى. وعندما تطورت صناعة الحاسبات الآلية وتقدمت فنون الإرسال اللاسلكي بدأ العاملون في هذا المجال إلى تبادل البيانات بالطرق الإلكترونية<sup>(1)</sup> وهو ما يسمى بنظام Electronic Data Interchange EDI. ( International Consultative Commission UNCTAD 1991 ) ( for TDF Development ) ونظرا لما يتميز به نظام تبادل البيانات إلكترونيا من مزايا عديدة فإننا سنعرض إلى

---

<sup>1</sup> - تجدر الإشارة هنا إلى أن هناك فرق بين تبادل البيانات وتبادل المعلومات إذ أن البيانات Data هي ما يتم إدخاله في الحاسب الآلي بهدف تشغيله داخل الحاسب الآلي وإخراجه بعد ذلك في صورة معلومات Information . كما تجدر الإشارة أيضا إلى أن الإتحاد الدولي للنقل الجوي International Air Transport Association IATA قد أوضح أنه يؤيد تبادل البيانات إلكترونيا بين شركات الطيران الدولية ولكن القصور في التحكم في تدفق البيانات في الوقت المناسب يشكل عقبة أساسية تعوق الاستفادة من السرعة التي تتميز بها هذا النوع من النقل .

تعريف هذا النظام وبيان مزاياه والجهود المبذولة لإرسائه .

### - مفهوم نظام تبادل البيانات إلكترونياً .

يوجد أكثر من تعريف لنظام تبادل البيانات إلكترونياً EDI ومنهم أنه " إرسال بيانات المعاملات التجارية والإدارية من حاسب آلي إلى حاسب آلي آخر ، وذلك باستعمال نموذج نمطي متفق عليه لحمل البيانات المتعلقة بالمعاملة محل الإرسال " (UNCTAD, TD/B/C/4/328 , item10) . ويوجد تعريف آخر يتلخص في أنه نقل للبيانات من حاسب آلي إلى حاسب آلي آخر في صورة صيغ نمطية ، دون استخدام المستندات الورقية ( Electronic Data Interchange - A Management Overview ( Digital Equipment Company Ltd ) وهناك تعريف ثالث صدر عن اللجنة البحرية الدولية CMI في القواعد الخاصة بسندات الشحن الإلكترونية وهو أنه عبارة عن تبادل للبيانات الخاصة بالتجارة عن طريق الإرسال عن بعد . وهناك تعريف رابع وأخير وهو أن نظام تبادل البيانات إلكترونياً هو " توحيد تكنولوجيا الاتصالات وتشغيل البيانات لتحقيق التبادل السريع والدقيق للمعلومات ، وذلك باستعمال ترجمة إلكترونية تحمل محل المستندات الورقية في المعاملات " (ميرا ) م.ش. ) و شلي ( م. ) ( ١٩٩١ )

وأياً كان التعريف المتفق عليه لنظام تبادل البيانات إلكترونياً فإن الشيء الأكيد هو أن العالم يتجه الآن بخطى واسعة نحو هذا النظام خاصة في مجال التجارة والنقل . ( UNCTAD ) ( The Journal of Business Law , 1989 ) ( Journal of Multimodal Transport newsletter 1991 ) ( Commerce , New York 1991 ) وكل ما نأمله أن يسعى العالم

الثالث إلى تضيق الفجوة الموجودة بينه وبين العالم المتقدم حتى لا يعوق القصور الموجود في تطبيق نظام تبادل البيانات إلكترونيا انسياب التجارة والنقل بين هذه الدول والدول المتقدمة .

### - مزايا نظام تبادل البيانات إلكترونياً.

لاشك أن تحلي العالم عن التعامل بالمستندات الورقية واللجوء للتعامل بنظام تبادل البيانات إلكترونيا له أسبابه التي تتمثل في العيوب التي تشوب نظام التعامل بالمستندات الورقية . ولكن لتفادي هذه العيوب كان لابد من اللجوء إلى نظام بديل تختفي فيه هذه العيوب أو تكون على أسوأ الفروض أقل .

وللتحدث عن مزايا نظام تبادل البيانات إلكترونيا ( RAVEN (J) 1988 ) يتعين علينا إبراز أهم عيوب نظام التعامل بالمستندات الورقية . ويمكن إنجاز هذه العيوب في ارتفاع نفقات التعامل بنظام تبادل المستندات الورقية وما يتطلبه من إجراءات وهو الأمر الذي يؤثر بالطبع على قيمة البضائع المنقولة فيرفع من قيمتها ، وقد أثبتت الحياة العملية أن التعامل بنظام التبادل الإلكتروني للبيانات قد حقق وفرا في هذه التكاليف فمثلا بدلا من الزيادة التي كانت تبلغ ١٠ % من قيمة البضائع المنقولة انخفضت هذه النسبة إلى ١,٨ % في السوق الأوروبية فيما يخص التبادل التجاري بين دول السوق ( UNCTAD 1990 ) كما تشير الإحصاءات إلى أن هذا الوفر يبلغ في المتوسط ١٥ دولارا أمريكيا لكل شحنة .

كما يعيب التعامل بالمستندات الورقية البطء الشديد لدرجة أن سند الشحن الورقي الذي يجب أن يصل إلى المرسل إليه قبل وصول البضائع يصل بعد وصول هذه الأخيرة الأمر الذي يسبب مشاكل عديدة في التسليم أدت إلى استخدام مستندات ابتدعتها الحياة العملية دون أي أساس قانوني. هذا فضلا عن تأخر

الإجراءات الجمركية التي تعطل بالتالي الإفراج عن البضائع التي - في كثير من الأحيان - تتعرض للتلف .

وعلى العكس يؤدي نظام تبادل البيانات إلكترونيا إلى تحسين إدارة المعلومات وتبادل البيانات الخاصة بنقل البضائع بين أطراف عقد النقل وذلك سواء على المستوى المحلي أو الدولي ، الأمر الذي ينتج عنه عدم تأخر البيانات في الوصول لمن هي موجهة إليه فيستطيع بالتالي متابعة حركة بضائعه تمهيدا لاستلامها أو اتخاذ اللازم في حالة ما إذا كانت هناك أى مشاكل محتملة في عملية التسليم . هذا فضلا عن أن نظام تبادل البيانات إلكترونيا يساعد على تسليم البضائع في الوقت المتفق عليه .

ويعيب أيضا نظام التعامل بالمستندات الورقية أنه يعتمد على عنصر الكتابة حيث لا يمكن التحدث عن مستند ورقي دون أن يكون مكتوبا ، ولكن بما أن كل كتابة قابلة للتحويل أو التزوير فإن قضايا الغش البحري تتعدد في هذا الخصوص وخير دليل على ذلك العديد من القضايا البحرية التي تتحدث عن الغش .

أضف إلى ما تقدم أنه وكما هو الحال بالنسبة لكل مستند ورقي فهو يحتاج إلى أماكن لتخزينه الأمر الذي يؤدي مع الوقت إلى تضخم هذه المستندات وشغلها المزيد من الأماكن . وهي مشكلة نجح في حلها نظام تبادل البيانات إلكترونيا حيث أن البيانات في نظام تبادل البيانات إلكترونيا لا تشغل حيزا مكانيا في تخزينها ، فمهما كان حجم البيانات أو المعلومات فإنه يتم حفظ كم كبير منها في جهاز الحاسب الآلي في حيز مكاني لا يذكر . هذا فضلا عن أن حفظ هذه البيانات يتم لفترات طويلة وبتكلفة أقل بالإضافة إلى إمكانية الوصول إليها بسهولة ويسر في ثوان معدودة .

ولكن بالرغم من المميزات العديدة التي يقدمها نظام تبادل البيانات إلكترونيا إلا أن عدم وجود لغة نمطية موحدة متفق عليها يتم التعامل بها بين أطراف التجارة أدى إلى وجود خلل في الخدمات المقدمة سواء على المستوى المحلي أو الدولي .

ولمواجهة هذه العقبة التي تقف أمام تعميم هذا النظام في العالم لجأت المنظمات الدولية والهيئات المتخصصة إلى وضع قواعد تنظم التعامل بهذا النظام . ولعل أهم هذه الجهود ، تلك التي بذلتها اللجنة الاقتصادية لأوروبا Economic Commission for Europe ( ECE ) وغرفة التجارة الدولية International Chamber of Commerce .

فقد قامت اللجنة الاقتصادية لأوروبا بتكوين جماعة عمل وهي تشكل من ممثلين عن الولايات المتحدة وكندا ومجموعتا دول غرب وشرق أوروبا وأستراليا ونيوزيلندا واليابان وسنغافورة . وقد وضعت هذه الجماعة قواعد تعرف " بالقواعد المتعلقة بتبادل البيانات إلكترونيا في مجالات التجارة والنقل " وتعرف باسم United Nations Electronic Data Interchange For Administration , Commerce , and Transport ( UN/EDIFACT ) . وتحتوي هذه القواعد على العديد من المبادئ والأسس التي تهدف إلى تنظيم وتوحيد نظام تبادل البيانات إلكترونيا بين الأطراف المتعاملين بهذا النظام من مقدمي البضائع والمرسلين والمرسل إليهم ومتعهدي النقل وهيئات التأمين وهيئات الموانئ والجمارك وغيرها من الأشخاص المتدخلين في عملية النقل . وتسمح هذه القواعد بتيسير عملية الانتقال من التعامل بالمستندات الورقية إلى التعامل بنظام تبادل البيانات إلكترونيا وذلك باستخدام رسائل نمطية

وضعتها جماعة العمل المذكورة أعلاه وتعرف باسم " الرسائل النمطية للأمم

المتحدة " (UNSM). (United Nations Standard Messages)

كما قامت غرفة التجارة الدولية بحل المشاكل القانونية المتعلقة بالإجراءات المرتبطة بالتعامل الورقي في مجال التجارة الدولية ، وهو دور مزدوج يتضمن من جهة إنشاء قواعد جديدة لنظام تبادل البيانات إلكترونيا ، ومن جهة أخرى تطويع القواعد القائمة بما يلائم هذا النظام .

فقد أنشأت غرفة التجارة الدولية من جهة " القواعد الموحدة لتبادل البيانات التجارية باستخدام الإرسال الإلكتروني " UNCID ، وهى عبارة عن نموذج نمطي اختياري لاتفاقات تبادل البيانات إلكترونيا ، وهذه القواعد طابع وقائي فهى تنص على الظروف التي يتم فيها تبادل البيانات إلكترونيا وتضع بشكل عام أحكام المتطلبات الأساسية النمطية ذات الطابع الفني والإجرائي مثل ضمان تبادل الرسائل الإلكترونية في أمان ، وإشعار استلام الرسالة ، والشرعية ، وتسجيل وتخزين البيانات . وتهدف هذه القواعد إلى تعميم استخدام نظام تبادل البيانات إلكترونيا في العالم . وهى ذو طابع اتفاقي ، فيجب على الأطراف الإحالة إليها حتى تنطبق ، فإذا أحالوا إليها تنشأ رابطة قانونية بين الأطراف من خلال ارتباطهم بهذه القواعد . وتجدر الإشارة هنا إلى أن هذه القواعد تنطبق فقط على الإجراءات المتبعة في نظام تبادل البيانات إلكترونيا ولا تتعلق بموضوع الرسالة ذاته .

ومن جهة أخرى قامت غرفة التجارة الدولية بتطويع القواعد العامة القائمة بما يلائم نظام تبادل البيانات إلكترونيا ، فقد أدخلت التعديلات على قواعد RUU وعلى الانكوترم وهى تعديلات تم إعلانها بمناسبة الدراسة الخاصة بسند الشحن

الإلكتروني في عمليات الاعتماد المستندي . ولقد كانت هذه التعديلات ضرورية لأن القواعد التي وضعتها غرفة التجارة الدولية بخصوص الاعتمادات المستندية ( UCP1984 Uniform Customs and Practice for Documentary Credits ) مستخدمة على نطاق واسع ، هذا فضلا عن أن الروابط بين النقل والتجارة الدولية لاتسمح بمعالجة المسألتين بصورة منفصلة . وتقترح غرفة التجارة الدولية أيضا أن تنشئ مرادف إلكتروني للإنكوترم لإستخدام نظام تبادل البيانات إلكترونيا : Les Editerms .



## الفصل الرابع

### سند الشحن الإلكتروني بديل لسند الشحن التقليدي

قبل حث الجميع على استخدام سند الشحن الإلكتروني بسبب المميزات العديدة التي يقدمها يجب أولاً معرفة ما إذا كان هذا السند يقوم بذات وظائف سند الشحن التقليدي أم لا وهو الأمر الذي يدعونا لعمل مقارنة بين كلا من سند الشحن التقليدي وسند الشحن الإلكتروني نتعرف من خلالها على مدى استعداد الثاني للقيام بذات وظائف الأول .

فالذي يزيد من قوة سند الشحن كونه أداة إثبات لأنه يحمل توقيع أطراف العقد وخاصة الناقل الذي يثبت بتوقيعه أنه قد علم وقبل البيانات الخاصة بالبضائع الموجودة في سند الشحن وأن ما جاء بها كان صحيحاً ومطابقاً لما تسلمه . أما سند الشحن الإلكتروني فهو بطبيعة تكوينه لا يقبل التوقيع بالصورة التي اعتدنا عليها وهي التوقيع الكتابي ، فهل في ظل القوانين الوطنية يمكن للتوقيع الإلكتروني الحلول محل التوقيع الكتابي وبالتالي قيام سند الشحن الإلكتروني بدوره كأداة إثبات ؟

هذا عن قيام سند الشحن بدوره كأداة إثبات، أما عن قيامه بدوره كأداة لتمثيل البضائع والتي تمكن حامل السند من تداول السند والتصرف في البضائع بموجبه ، هل يستطيع سند الشحن الإلكتروني القيام بذات الدور ، علمنا بأنه لكونه إلكتروني لا يقبل التظهير ؟

### سند الشحن الإلكتروني أداة إثبات

يقوم سند الشحن بإثبات أمرين : إثبات عقد نقل البضائع وذلك من خلال ما يتضمنه من شروط النقل ، وإثبات استلام الناقل للبضائع الموصوفة به

من الشاحن .

### سند الشحن أداة لإثبات عقد النقل

استقر الفقه والقضاء على أن لسند الشحن حجية بين أطرافه في إثبات عقد النقل وشروطه وعملية الشحن وتاريخها الثابت في السند . ولأن الكتابة هي أقوى طرق الإثبات لكافة مصادر الحقوق ، فهي تشترط عادة لإثبات معظم عقود النقل .

والجددير بالذكر أن عقد النقل البحري ليس من العقود الشكلية حتى يمكن القول ببطلانه إذا لم يحرر بالكتابة ، ومن ثم فإن التغيير في الشكل الذي يظهر به سند الشحن لا يجب أن يؤثر في انعقاده ( نقض مدني ١٩٦٦ ) .

ومفاد هذا الكلام أنه إذا ظهر سند الشحن في صورة إلكترونية ( غير ورقية ) فإنه من حيث المبدأ يعتبر صحيح ، وتعتبر البيانات الواردة فيه حجة على طرفيه . هذا من حيث المبدأ ، أما من حيث تطبيق هذا المبدأ فإن السؤال يثار على الصعيد الدولي والوطني لمعرفة موقف كلا من الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية من هذه المسألة ، وبالتالي معرفة ما إذا كان يعترف بسند الشحن الإلكتروني كأداة لإثبات عقد النقل أم لا .

### موقف الاتفاقيات الدولية من سند الشحن الإلكتروني

نقصد بالاتفاقيات الدولية هنا كلا من اتفاقية بروكسل لسنة ١٩٢٤ واتفاقية هامبورج لسنة ١٩٧٨ . وسوف نعرض لهذه الاتفاقيات ليس فقط لمعرفة ما إذا كانتا تعترفان بسند الشحن الإلكتروني كأداة لإثبات عقد النقل ، ولكن أيضا لمعرفة ما إذا كان من الضروري تغيير هذه النصوص الدولية من عدمه . لم تعط اتفاقية بروكسل تعريفا لسند الشحن ، وهو الأمر الذي يدعوننا للاعتقاد

بأنه لا يشترط في سند الشحن أن يظهر في صورة مستند ورقي وأن الاتفاقية يمكن أن تنطبق إذا كان سند الشحن إلكتروني . ولكن بالإطلاع على إجمالي نصوص الاتفاقية سوف يتضح لنا أنها تستخدم مصطلحات تدل على أن سند الشحن لا بد وأن يكون مكتوبا وورقيا ، فهي مثلا تنص على أن التحفظات يجب أن تكون مكتوبة ( المادة ٣ فقرة ٤ من الاتفاقية ) ، وعلى أن سند الشحن يجب أن يسلمه ( المادة ٣ فقرة ٣ من الاتفاقية ) الناقل للشاحن بناء على طلبه . والنقاش يدور حول معرفة ما إذا كان سند الشحن الإلكتروني يخضع لأحكام اتفاقية بروكسل لسنة ١٩٢٤ أم أنه يحتاج لنصوص جديدة خاصة به ؟ في الحقيقة ليست هناك مشكلة في تطبيق المعاهدة على سند الشحن الإلكتروني إذا اتفق أطراف الاتفاق على الخضوع لأحكامها . ولكن المشكلة الحقيقية تثار بخصوص تطبيق المعاهدة من تلقاء نفسها وبدون تدخل من أطراف الاتفاق .

لحل هذه المشكلة يجب الإجابة على عدة أسئلة : هل سند الشحن الإلكتروني - الذي يتم تبادله بنقله من الحاسب الآلي الخاص بالناقل إلى الحاسب الآلي الخاص بالشاحن - يمكن اعتباره أنه قد تم تسليمه إلى الشاحن بالمعنى الذي تقصده الاتفاقية<sup>(١)</sup> ؟ وهل يمكن أن يوضع بيان على سند الشحن الإلكتروني يفيد بأن السند مشحون ؟ وأخيرا هل يمكن عمل التحفظات على سند الشحن الإلكتروني؟

للإجابة على هذه الأسئلة يجب بداية الاعتراف بأن نصوص الاتفاقية قد وضعت

---

<sup>١</sup> - تنص المادة ٣ فقرة ٣ من اتفاقية بروكسل لسنة ١٩٢٤ على أنه " على الناقل أو الرهان أو وكيل الناقل ، بعد استلام البضائع وأخذها في عهده ، أن يسلم إلى الشاحن بناء على طلبه سند شحن ....."

في عصر لا يعرف تبادل البيانات إلكترونياً ، وفي عصر كانت الكتابة فيه هي الوسيلة الوحيدة التي يتم عن طريقها تبادل البيانات وكذلك إثبات ما يرد بالمستندات . أما اليوم فقد تغير الحال وعرف العالم بدائل للكتابة وللمستندات الورقية تؤدي ذات الغرض الذي تؤديه المستندات الورقية . ومن هذا المنطلق يمكننا القول أنه لا داعي للتمسك بالمفاهيم القديمة لكلمة مستند أو سند واعتبار أن ما يرد بالاتفاقية يعني أن سند الشحن يجب أن يكون ورقي لأن ذلك سيقودنا إلى المطالبة بتغيير نصوص الاتفاقية لتتواءم مع التطور الذي حدث في مجال تبادل البيانات . ونرى أنه يكفي إعطاء تعريف واسع للمصطلحات التي تستخدمها الاتفاقية مثل " يسلم للشاحن " و " يعمل التحفظات " و " مشحون " بحيث يمكن الاعتراف بإمكانية تحققها في سند الشحن الإلكتروني وبالتالي الاعتراف بهذا الأخير على أنه سند شحن يخضع لأحكام الاتفاقية . فطالما أن سند الشحن الإلكتروني يؤدي الغرض المقصود من هذه الاصطلاحات فلا داعي للتحامل عليه وسلبه صفة سند الشحن الذي تعترف به الاتفاقية .

ولكن هذا الفكر لا يعدو وأن يكون رأياً و تبقى المشكلة قائمة ويبقى حتى الآن حلها رهينة لإرادة المشرعين الوطنيين والقضاة . فإذا اعترفت القوانين الوطنية للدول الموقعة على الاتفاقية بسند الشحن الإلكتروني وأصبغت عليه ذات القيمة القانونية لسند الشحن العادي فلن تكون هناك مشكلة في تطبيق معاهدة بروكسل وبالتالي في الاعتراف بسند الشحن الإلكتروني كأداة لإثبات عقد النقل . وتجدر الإشارة هنا إلى أن الاتجاه السائد الآن هو الاتجاه نحو الاعتراف بالمستندات الإلكترونية وإعطائها ذات القيمة القانونية للمستندات الورقية ، ولا نعتقد أن سند الشحن سيخرج عن هذا الاتجاه .

أما بالنسبة لموقف اتفاقية هامبورج لسنة ١٩٧٨ فالمشكلة لا تثار بذات الصورة وذلك لأن الاتفاقية قد تم إبرامها في عصر حديث يعرف تبادل البيانات بطرق أخرى غير الكتابة مثل التلكس والفاكس الخ... وهو الأمر الذي دفع واضعيها إلى الأخذ في عين الاعتبار أى تطورات أخرى قد تحدث في هذا المجال . ومن هنا مثلا يأخذ مصطلح " مكتوب " اهتماما خاصا من محرري الاتفاقية الذين أفردوا له نصا خاصا فيها وهو المادة الأولى التي تنص على أن التعبير بالكتابة يعنى أيضا التعبير بوسائل الاتصال الأخرى كالتلغراف والتلكس على وجه الخصوص . هذا فضلا عن أنه ليست هناك أية إشارة في تعريف سند الشحن إلى ضرورة كونه كتابي<sup>(١)</sup> ، الأمر الذي يسر علينا القول بأن المشرع الدولي يقبل أى صورة أخرى غير الكتابة لسند الشحن بما فيها الشكل الإلكتروني الذي لا يختلف في مضمونه عن سند الشحن التقليدي وإن كان يختلف في شكله فقط .

إذن ليست هناك مشكلة في تعريف سند الشحن وفقا لاتفاقية هامبورج بأنه قد يكون ورقيا أو إلكترونيا ، ولكن تكمن المشكلة في كون الاتفاقية لا تنطبق في هذا الخصوص إلا إذا كانت القوانين الوطنية تعترف هي الأخرى بتبادل البيانات إلكترونيا . ويتضح ذلك من التحفظ الوارد بالمادة الرابعة عشر التي تنص في فقرتها الثالثة على قبول التوقيع الإلكتروني بشرط ألا يكون ذلك متعارضا مع قوانين الدولة التي يصدر فيها سند الشحن . فنظرا لأن التوقيع الإلكتروني لا يرد

---

<sup>١</sup> - تنص المادة الأولى فقرة ٧ من اتفاقية هامبورج على أنه : يقصد بمصطلح ( سند شحن ) وثيقة تثبت انعقاد عقد نقل وتلقي الناقل البضائع أو شحنه لها ، ويتمتع الناقل بموجبها بتسليم البضائع مقابل استرداد الوثيقة ، وينشأ هذا التعهد عن وجود نص في الوثيقة يقضي بتسليم البضائع لأمر شخص مسمى أو تحت الإذن أو لحاملها " .

إلا على سند شحن إلكتروني فإنه قياسا على النص المذكور لا تنطبق المعاهدة إذا كانت الدولة التي صدر فيها سند الشحن لا تعطيه ذات القيمة القانونية لسند الشحن التقليدي .

وبناء على ما تقدم يمكننا إذن القول بأن المشكلة الحقيقية في الاعتراف بسند الشحن الإلكتروني وبحجته في الإثبات لا تكمن في المعاهدات الدولية ولكن في القوانين الوطنية .

### **موقف القوانين الوطنية من سند الشحن الإلكتروني**

تنطبق القوانين الوطنية في كل مرة لا تكون فيها الاتفاقيات الدولية واجبة التطبيق ، ومن ضمن هذه القوانين النظام السعودي والتشريع المصري وهما ما سوف نخصهما بالدراسة كعينة من التشريعات العربية ، كما سنخصص بالدراسة كلا من التشريع الفرنسي والإنجليزي كعينة من التشريعات الأوروبية لتعرف من خلالها على موقف كل منهم من سندات الشحن الإلكترونية .

### **النظام السعودي**

يختلف الوضع في المملكة العربية السعودية عن الدول الأخرى وذلك بسبب الغياب التشريعي في هذا المجال . ففي المملكة لا توجد قوانين بالمعنى الحرفي للكلمة ولكن توجد مجموعة من اللوائح التي تنطبق في مجال النقل البحري برمتها بما في ذلك تداول سند الشحن .

وقد أثبت الواقع العملي عدم استخدام سند الشحن الإلكتروني كبديل لسند الشحن الورقي ، ولكن يكفي مزاولي مهنة النقل البحري بتبادل البيانات الإلكترونية مع الاحتفاظ بسند الشحن الورقي كأداة يتم التعامل بها .

ونستفيد من ذلك أن اللوائح المطبقة جاءت خالية من النصوص المنظمة لسند

الشحن الإلكتروني وهو الأمر الذي سيعوق تطبيق اتفاقية هامبورج لسنة ١٩٧٨ إذا ما تم مستقبلا استخدام سند الشحن الإلكتروني كبديل لسند الشحن الورقي.

### التشريع المصري

يدو لأول وهلة أن قانون التجارة البحرية المصري يشترط بصفة عامة أن تكون المستندات المتبادلة في مجال التجارة ونقل البضائع في صورة محررات ورقية وبصفة خاصة أن يكون سند الشحن ورقي .

ويتضح ذلك من مصطلحات عديدة يستخدمها المشرع المصري وهي : " وضع بيان " على سند الشحن يفيد أنه مشحون ( المادة ١٩٩ فقرة ٤ ) و " يحرر سند الشحن من نسختين " ( المادة ٢٠١ فقرة ١ ) و " يكون سند الشحن المحرر للأمر قابلا للتظهير " ( المادة ٢٠٣ فقرة ٣ ) ، و " يقدم الشاحن كتابة البيانات المتعلقة بالبضائع " و " للناقل إبداء تحفظات على قيدها ... وتذكر أسباب التحفظ على قيد البيانات في سند الشحن " ( المادة ٢٠٥ فقرة ١ ) ، وهي كلها مصطلحات تفيد بأن سند الشحن قد صدر مكتوبا أو ورقيا .

ولكن إذا دققنا النظر فيما ورد بهذه المواد من مصطلحات سوف نجد أنها جميعها تصلح لأن ترد على سند شحن إلكتروني يتم إصداره وقبوله والتحفظ على البيانات الواردة فيه إلكترونيا عن طريق الحاسب الآلي .

فبالنسبة لمصطلح " وضع بيان " على سند الشحن يفيد بأنه مشحون فهو لا يمثل عائقا أمام سند الشحن الإلكتروني لأنه مجرد بيان يتم إضافته على البيانات الأخرى الواردة بسند الشحن بناء على طلب الشاحن وبعد شحن البضائع على السفينة ليفيد حصول الشحن فعلا على سفينة معينة وفي تاريخ محدد . فإذا صدر سند الشحن إلكترونيا بناء على طلب الشاحن واستلمه الشاحن على جهاز

الحاسب الآلي الخاص به ثم طلب بعد ذلك من الناقل - عن طريق الحاسب الآلي - إضافة بيان مشحون ، فما هي العقبة أمام الناقل لإضافة هذا البيان عندما يتم الشحن وإرساله إلكترونيا على النسخة الخاصة بالشاحن ؟

قد يرد البعض على هذا الرأي بأن النسخة التي سيدون عليها هذا البيان تعتبر نسخة ثانية من سند الشحن غير النسخة التي تلقاها الشاحن في المرة الأولى وأن هذا الأمر يعتبر تجزئة لسند الشحن وهو الأمر الذي يرفضه القضاء ( Aix en province 1988-Paris 1988 - Cass. Com 1985, Sentence Arbitral 1984 ) ، وخاصة عندما يتعلق الأمر بشرط التحكيم بالإحالة ( FOUCHARD (Ph.), GAILLARD ( E ) et GOLDMAN ( B ) 1990 ) الرد على هذا الرأي يسير إذ أن البيانات التي تصدر من أى حاسب آلي أو التعديلات التي تتم عليه تحفظ في سجلات والتواريخ التي تمت فيها فإذا تسلم الشاحن سند الشحن الأول بتاريخ معين فما المانع من أن يتسلم نسخة أخرى من سند الشحن مضافا إليها كلمة " مشحون " . هل المانع هو الخوف من قيام الناقل بالتلاعب والتعديل في شروط سند الشحن المشحون تخالف تلك الواردة في سند الشحن الأول ؟ الرد على هذا الأمر يسير أيضا إذ أن أى تعديلات تتم على أى سجل أو ملف في جهاز الحاسب الآلي يتم تسجيلها بالتاريخ والساعة التي تمت فيها ، الأمر الذي يسر على الشاحن - في حالة قيام نزاع - اكتشاف هذا التلاعب .

أما بالنسبة لمصطلح " يحرر سند الشحن من نسختين " الوارد في المادة ٢٠١ فقرة ١ من قانون التجارة البحرية ، فهو أيضا وإن كان يعني أن سند الشحن ورقيا إلا أنه لا يمنع أن يكون السند لا ورقيا أو إلكترونيا . فالحاسب



الآلي يمكنه إصدار نسخة أو أكثر من ذات المستند في ذات الوقت ، الأمر الذي يعني أن إصدار عدة نسخ من سند الشحن غير مرتبط بكونه ورقيا .  
أما بالنسبة لمصطلح " يكون سند الشحن المحرر للأمر قابلا للتظهير " ( المادة ٢٠٣ فقرة ٣ ) ، فلن نذهب في الكلام فيه الآن إذ سنخصص له مكانا مستقلا به عند دراستنا للإشكالات الخاصة بسند الشحن الإلكتروني . كل ما يمكننا قوله الآن هو أن هناك العديد من البدائل المقترحة للتظهير والتي تلحق بسند الشحن الإلكتروني الآثار القانونية التي يرتبها سند الشحن التقليدي من حيث حق التصرف وحق المطالبة بالتسليم من الرهان ، هذا فضلا عن أن التظهير لم يعد بالأمر الضروري لأن معظم عمليات النقل أصبحت تتم بسند شحن غير قابل للتداول وبالتالي لم يعد هناك داعي للتظهير .

وأخيرا بالنسبة لمصطلحات " يقدم الشاحن كتابة البيانات المتعلقة بالبضائع " و " للناقل إبداء تحفظات على قيدها ... وتذكر أسباب التحفظ على قيد البيانات في سند الشحن " الواردة في المادة ٢٠٥ فقرة ١ من قانون التجارة البحرية ، فهي أيضا لا تشكل مشكلة لأن استخدام الحاسب الآلي لا يقف عائقا أمام تحقيقها . فالبيانات التي تدخل الحاسب الآلي تظهر على الشاشة في صورة كتابة ، وبالتالي فالبيانات المتعلقة بالبضائع والتحفظات الواردة على حالة البضائع والأسباب التي دعت الناقل لإبداء هذه التحفظات يمكن إدخالها في الحاسب الآلي ثم إرسال هذه البيانات إلى الناقل والتحفظات على حالة البضائع إلى الشاحن .

وتأكيدا لما تقدم نسترشد بما أورده المشرع المصري في نص المادة ٢٠٢ من قانون التجارة البحرية الذي يفيد بشرعية الوسائل الأخرى غير الكتابة في الاعتراف بما ورد في سند الشحن من بيانات . فوفقا لهذا النص يعترف المشرع بالتوقيع

الإلكتروني للاعتداد بصحة البيانات الواردة في سند الشحن، فإذا كان الأمر يتعلق بالتساؤل حول الاعتراف بالتوقيع فإن ذلك يخفي في طوابع الاعتراف المسبق بسند الشحن الإلكتروني لأنه لا يمكن استحداث نص تشريعي للاعتراف بالتوقيع الإلكتروني دون الاعتراف بالسند الذي قد تم التوقيع عليه .

وبناء على ما تقدم يمكننا إذن القول بأن القانون المصري لا يقف عائقاً أمام تطبيق اتفاقية هامبورج على سند الشحن الإلكتروني .

### **التشريع الفرنسي**

لا يشير القانون الفرنسي أى مشكلة في هذا الشأن لأنه في تعريفه لسند الشحن لم يذكر وجوب إصداره في صورة كتابية وورقية . ويؤكد هذا الأمر ما تنص عليه المادة ١٠٦ من قانون التجارة الفرنسي التي تنص على مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية بما في ذلك الطرق الإلكترونية بشرط أن تقدم الضمانات الكافية لصحة البيانات الواردة بالمستندات الإلكترونية .

### **التشريع الإنجليزي**

يعتبر موضوع سند الشحن الإلكتروني من مواضيع الساعة في المملكة المتحدة ولهذا تتضمن ( The Carriage Of Goods by Sea Act COGSA ) لسنة ١٩٢٢ نصاً يسمح بقبول سند الشحن الإلكتروني أمام القضاء . ولكن بالطبع لا يكفي هذا النص وحده أو بالاشتراك مع النصوص القانونية البريطانية الحالية للاعتراف أمام القضاء بسند الشحن الإلكتروني بالصورة الوارد عليها في قواعد اللجنة البحرية الدولية CMI لسنة ١٩٩٠ (FABER (D.) 1996). ولكن يمكننا القول بأن مشروع بوليرو سوف يدفع المشرع الإنجليزي لاتخاذ كل التدابير الضرورية لإصدار قانون في هذا الشأن.

ومن هنا يمكننا إذن القول بأن كلا من القانون المصري والفرنسي لا يقف حائلا أمام تطبيق الاتفاقيات الدولية وكذلك الأمر بالنسبة للقانون الإنجليزي ، و يبقى لنا أن نأمل في أن يسير المنظم السعودي على ذات الدرب وهو أمر ضروري لأن التطور سنة الحياة وتبادل البيانات إلكترونيا بدأ يفرض نفسه على الساحة في جميع المجالات ، ولا نعتقد أن المنظم السعودي سوف يغفل هذا التطور بل سيساير التطور ويضع نصوصا قانونية تمشي مع التطور المنهل الذي يحدث في مجال النقل البحري .

وبناء على كل ما تقدم يمكننا القول بأن كلا من التشريع المصري والفرنسي والإنجليزي في وضعهما الحالي لا يشكلان عائقا أمام تطبيق اتفاقية هامبورج لسنة ١٩٧٨ التي تنطبق على كل نزاع متعلق بسند الشحن الإلكتروني . أما النظام السعودي فهو يشكل عائقا أمام تطبيق اتفاقية هامبورج لسنة ١٩٧٨ لسبب بسيط وهو أن النظام السعودي لا يتضمن نصوص قانونية بالمعنى المعروف دوليا أي النصوص التشريعية التي تصدر من السلطة التشريعية .

ولذلك فإن المنظم السعودي - إذا أراد أن تنطبق اتفاقية هامبورج على سندات الشحن الإلكتروني التي ستستخدم عاجلا أم آجلا في المملكة - يتحتم عليه أولا إصدار قوانين تصدرها السلطة التشريعية وليس مجرد لوائح تصدرها السلطة التنفيذية ، لتعترف هذه القوانين بسند الشحن الإلكتروني وتنظم التعامل به . فإن حدثت مثل هذه الثورة في التقنين السعودي فإن المملكة ستستطيع أن تنضم إلى ركب الدول التي تعترف قوانينها ( ولو ضمنا ) بسند الشحن الإلكتروني وبالتالي ستمكن من تطبيق اتفاقية هامبورج لسنة ١٩٧٨ دون أي عقبات.

وبناء عليه فإنه يمكننا القول أن أن سند الشحن الإلكتروني في هذه الحالة لن

يحتاج لتشريعات دولية جديدة ، فهو من جهة يقوم بذات وظائف سند الشحن التقليدي ولا يختلف عنه إلا في الاسم وطريقة التبادل فقط وليس في المضمون والوظائف .

### - سند الشحن أداة لإثبات استلام البضائع

يحدد سند الشحن التزامات وحقوق أطراف عقد النقل ، لذلك يتعين على أطراف العقد التوقيع عليه . ولكن المعاهدات الدولية قد استبعدت توقيع الشاحن على سند الشحن<sup>(1)</sup> واشترطت توقيع الناقل فقط . وقد أصاب المشرع في ذلك لأن توقيع الشاحن على السند يعني أن الشاحن قد تعاقد مع الناقل بإرادته الحرة وأنه قد ناقش معه جميع شروط العقد ، وهو الأمر الذي لا يحدث عملا في وقت أصبحت تسود فيه العقود النموذجية بشروطها المحددة مسبقا والتي تظهر بخط دقيق حتى يصعب على الشاحن قراءته وفهم ما ورد فيه .

إذن يبقى التزام الناقل بالتوقيع على سند الشحن ، وكما هو معلوم فإن التوقيع هنا سيكون الوسيلة التي يتم بها إثبات أن الناقل قد قبل جميع البيانات الواردة في سند الشحن ووافق عليها .

لا يعتبر توقيع الناقل أو من ينوب عنه على نسخة سند الشحن المسلمة للشاحن من الأركان الشكلية التي يتوقف عليها صحة السند من عدمه بل هي ضرورة فقط للاعتداد بسند الشحن كأداة إثبات لصحة البيانات التي يتضمنها .

والتوقيع بمفهومه التقليدي يكون عادة كتابي وقد يكون بالختم أو ببصمة الإصبع . ولكن قد تم قبول البرقيات والتلكسات في إثبات العقود البحرية لسنوات

<sup>1</sup> - استبعد القانون توقيع الشاحن من نصوصه ولكن مازال هذا التوقيع ضروري في حالات بعينها

عديدة وأعطيت لها حجية الأوراق العرفية في الإثبات سواء فيما بين المرسل والمرسل إليه أو بالنسبة للغير . ولكن يشترط أن يكون أصل هذه الرقيات والتلكسات المودع في مكان التصدير موقعا عليه من مصدرها وإلا فلا قيمة لها إلا على سبيل الاستئناس (نقض مصري ١٩٦٦) .

ومفاد ذلك أنه لا يشترط أن يظهر التوقيع في الصورة الكتابية التي اعتدنا عليها بل يمكن أن يظهر في أى صورة أخرى تقوم مقام الكتابة . ويقصد هنا بتعبير " أى صورة أخرى تقوم مقام الكتابة " ، أى بصمة تدل على أن مصدرها هو الناقل فعلا دون غيره ، ولذلك يقبل الختم وبصمة الإصبع ويعتبر في مقام التوقيع الكتابي . ولكن في تبادل بيانات سند الشحن إلكترونيا تتعدد الأمور حيث يستحيل التوقيع الكتابي أو الختم أو البصمة ، وهو الأمر الذي يدعونا للتساؤل حول إمكانية إيجاد بديل لمثل هذه الوسائل التي يعترف بها القضاء كبديل للتوقيع الكتابي .

وفي هذا الشأن بذلت العديد من الجهود وتم طرح العديد من الاقتراحات كبدائل للتوقيع الكتابي . فقد تم اقتراح استخدام شفرة معينة بين المرسل والمرسل إليه أو مفتاح الاختبار ( Test keys ) أو نظام النداء الآلي ( ) ( call back ) ، WALEDEN and SAVAGE , The Journal of Bus.L. , 1989 ) أو شفرة إضفاء الشرعية ( Macro Authentication Code " ) الذي يتم بموجبه التأكد من هوية مصدر الرسالة ( AOKI ( N ) BIMCO Bulletin , 1990 ) . ويرى البعض أن هذه الطريقة أكثر ضمانا وأمنا ( BOOKER ( M ) , EDI, Trading paper ) (for problems , Containerisation International , 1991 ) من

مجرد التوقيع على المحرر الورقي الذي يسهل تزويره ، SOKOL (P) 1989 ،  
( WÄLDEN and SAVAGE 1989 ) ( AOKE (N) 1998 ) ،  
ولكن هل يعني ذلك أنه يجب على القضاء قبول أى وسيلة يمكن أن تقوم بذات  
الوظائف التي يقوم بها التوقيع ؟

في الحقيقة لا يمكن اعتبار البيانات المتبادلة إلكترونياً حجة على طرفي العقد إلا إذا  
اعترفت بها القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية كبديل للتوقيع الكتابي بحيث يتم  
التأكد من أن كلا من طرفي العقد قد علم وقبل بتلك البيانات.

فعلى عكس كلا من النظام السعودي والتشريع الفرنسي الخاليان من أى نصوص  
تساوي بين التوقيع الكتابي أو أى بدائل له ، وهو الأمر الذي دعا محكمة النقض  
الفرنسية حديثاً ( Cass. Com. 26 Nov. 1996 ) إلى رفض الاعتراف  
بالتوقيع الإلكتروني ، فإن كلا من التشريع المصري والإنجليزي قد اعترف بهذه  
البدائل . ففي مصر صدر القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ الخاص بالتوقيع  
الإلكتروني والذي اعترف في المادة ١٤ منه بحجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات  
بنصه على أنه : " للتوقيع الإلكتروني ، في نطاق المعاملات التجارية والمدنية  
والإدارية ، ذات الحجية المقررة للتوقيعات في أحكام قانون الإثبات في المواد  
المدنية والتجارية وإذا روعي في إنشائه وإتمامه الشروط المنصوص عليها في هذا  
القانون والضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون " .

وأيضاً صدر في المملكة المتحدة قانون حماية البيانات الشخصية Personal  
Data Protection الذي يهدف إلى توفير الحماية للبيانات الشخصية المتبادلة  
إلكترونياً ضد أى إساءة في استعمالها . وقد أعطى هذا القانون الشخص الذي  
يصيبه الضرر من جراء سوء استخدام هذه البيانات الحق في المطالبة بالتعويض

عما أصابه من ضرر ( MANKABADY (S) 1988 ) .

وبناء عليه فإنه من المتوقع أن يقبل كلا من القضاء المصري والإنجليزي قبول

التوقيع الإلكتروني كبديل للتوقيع الكتابي الموجود في سند الشحن الورقي .

أما على النطاق الدولي فقد اعترفت العديد من المعاهدات الدولية بالتوقيع

الإلكتروني كبديل للتوقيع الكتابي . ففي ذلك تنص الفقرة الثالثة من المادة ١٤

من اتفاقية هامبورج على قبول التوقيع الإلكتروني إذا كان لا يتعارض مع قوانين

الدولة التي صدر فيها سند الشحن ، كما نصت الفقرة الثالثة من المادة الخامسة

من الاتفاقية الدولية للنقل المتعدد الوسائط لسنة ١٩٨١ على قبول التوقيع المطبوع

على وثيقة النقل بالفاكس ميلي أو بأى وسيلة إلكترونية أخرى طالما أن ذلك

لا يتعارض مع قوانين البلد الذي صدرت فيه وثيقة النقل . وقد سارت على

ذات النهج كلا من اتفاقية المنظمة البحرية الدولية الخاصة بتسهيل المرور البحري

الدولي IMO في تعديلاتها الجديدة ( المادة ٢٩ ) ، و الاتفاقية الدولية

للكمبيالات والسندات الإذنية ( المادة ٤ فقرة ١٠ ) ، واتفاقية القواعد الموحدة

لمسئولية مشغلي محطات النقل الطرفية ( المادة ٤ فقرة ٤ ) .

ومفاد ما تقدم أن نصوص المعاهدات الدولية لن تجد طريقها إلى التطبيق في

المملكة العربية السعودية وغيرها من الدول التي لا تعترف بالتوقيع الإلكتروني

كبديل للتوقيع الكتابي إلا إذا صدر في هذه الدول وفي المملكة خاصة قوانين

تعترف بالتوقيع الإلكتروني . لذلك نناشد مشرعي هذه الدول وخاصة الأنظم

السعودي بمواكبة التطور الذي حدث في هذا المجال وإصدار قوانين تعترف

بالتوقيع الإلكتروني كبديل للتوقيع الكتابي .

## سند الشحن الإلكتروني أداة لتمثيل البضائع

سبق أن ذكرنا عند تعرضنا لتطور سند الشحن في مقدمة هذا البحث أن الظروف العملية وضرورات التجارة الدولية اختصت سند الشحن بوظائف جديدة فأصبح أداة ائتمان يمثل البضائع المشحونة وذلك بعد أن كان مجرد إيصال يصدره الناقل يعترف فيه بتسلمه البضائع المطلوب نقلها بحرا . ويعتبر حامل السند بمثابة حائز للبضائع نفسها وذلك لأن سند الشحن يعبر عن البضائع المنقولة بوضوح بما يحويه من بيانات خاصة بالعلامات المميزة للبضائع وعددها وكميتها ووزنها وحالتها وكذلك اسم السفينة الناقلة . فضلا عن أن سند الشحن يخول حامله حق بيع أو رهن البضائع وهي في الطريق .

ولكن تداول سند الشحن يتم بالتظهير عندما يكون سند الشحن لحامله أو لأمر، وهو الأمر الذي يستحيل تحقيقه مع سندات الشحن الإلكترونية التي لا تقبل التظهير بطبيعتها . ولهذا وقبل تناول إمكانية تداول سند الشحن الإلكتروني من عدمه يتحتم علينا أولا بيان الشروط الواجب توافرها في سند الشحن ليعد أداة لتمثيل البضائع .

ولتمثيل سند الشحن للبضائع أهمية عملية كبيرة في مجال النقل والتجارة التي تقتضي السرعة والضمان وخاصة بعد تزايد التبادل التجاري بين الدول الذي يتم بواسطة النقل البحري . فسند الشحن يؤدي دورا هاما في تمثيل البضائع الذي ييسر بدوره تداول رؤوس الأموال التي تمثلها هذه البضائع ، فلم تعد هذه الأموال معطلة عن الاستثمار خلال الفترة التي تكون فيها البضائع في البحر ، وهي غالبا ما تكون فترة طويلة بسبب اتساع حجم التبادل الدولي التي يحتاج نقل البضائع فيها إلى فترات طويلة تصل في بعض الأحيان إلى عدة أشهر .



فخلال هذه الفترة لا يستطيع أيا من الشاحن أو المرسل إليه التصرف في البضائع وهي في عرض البحر وذلك بالرغم من احتياجهم إلى التصرف فيها سواء بالبيع أو بالرهن خلال هذه الفترة . ومن هنا تعطل التجارة ويتعطل الغرض الذي ينشده التاجر عند التعامل في البضائع وهو المضاربة على تقلبات الأسعار والاستفادة من الفرص التي تتاح أمامه ، فالتاجر يشتري البضائع لا من أجل الاحتفاظ بها ولكن من أجل التصرف فيها والاستفادة من الفرص المتاحة أمامه . ولهذا كان لابد من إيجاد وسيلة يستطيع بواسطتها الشاحن أو المرسل إليه التغلب على هذه العقبة والتعامل في البضائع قبل وصولها إلى ميناء الوصول وتسليمها . وقد أمكن التغلب على هذه العقبة بفكرة تمثيل سند الشحن للبضائع فلم تعد البضائع خلال فترة النقل خارجة عن التعامل فيها بل أصبح من الممكن التعامل فيها بواسطة تداول سند الشحن الممثل لها ، بحيث تنتقل ملكية البضائع من شخص إلى آخر بتداول سند الشحن نفسه .

وسند الشحن الممثل للبضائع هو السند الذي يشمل كافة البيانات التي من شأنها تحديد أو تعيين البضائع الموصوفة فيه ، حيث تكفي حيازة السند وحدها لحيازة البضائع التي تمثلها . ويجوز سند الشحن - استنادا إلى تمثيل البضائع - لحامله الشرعي الحق في تسلم هذه البضائع من حائزها الذي أصدر السند ، وتداول البضائع بتداوله طالما بقيت في حيازة من أصدر السند .

#### **- الشروط الواجب توافرها في سند الشحن ليعاد أداة لتمثيل البضائع**

يشترط في سند الشحن عدة شروط حتى يكون ممثلا للبضائع وهي تتمثل فيما يلي: يجب أن يعين السند البضائع تعيينا كافيا، ويجب أن يكون سند الشحن موقعا من الناقل أو من يفوضه، وأخيرا يجب أن يكون السند قابلا

للتداول.

فبالنسبة للشرط الأول وهو تعيين البضائع التي يتعلق بها فإنه يشترط أن تعين البضائع تعيينا كافيا يخصصها بصورة تميزها بيسر عن غيرها من البضائع المشابهة لها والموجودة بذات المكان . وبناء عليه يجب أن يشمل السند على كافة البيانات من حيث الكمية والنوع والعدد والأرقام والعلامات المميزة التي من شأنها تعيين البضائع وبيان حالتها الظاهرة .

فإذا لم يعين السند البضائع بهذه الكيفية فهو لا يعتبر ممثلا للبضائع فلا يخول لحائز السند حق التصرف والتسلم .

أما الشرط الثاني وهو ضرورة توقيع سند الشحن من الناقل أو من يفوضه فالهدف منه أن يمكن الاحتجاج به في مواجهته بما ورد فيه من بيانات وشروط .

وأخيرا يشترط في سند الشحن حتى يكون ممثلا للبضائع أن يكون قابلا للتداول أى أن يكون اذنيا أو لحامله ( PLANIOL et RIPERT 1955 ) . فسند الشحن لإذن أو لأمر يعتبر قابلا للتداول بالتظهير ويعتبر مجرد توقيع حامله على ظهر السند بمثابة تظهير ناقل للملكية ، وتسري على هذا التظهير أحكام قانون التجارة ، أما سند الشحن لحامله فيتم تداوله بالمناولة وفقا لنص المادة ٢٠٣ فقرة ٣ من قانون التجارة البحرية .

ويثور التساؤل حول مدى توافر هذه الشروط في سند الشحن

الإلكتروني ليصير أداة لتمثيل البضائع .

فبالنسبة لتوقيع الناقل أو من يفوضه لسند الشحن ، سبق أن أشرنا إلى أن هذا التوقيع ضروري حتى يكون سند الشحن نافذا في مواجهة الناقل . فإذا لم يكن السند موقعا من الناقل فهو لن يكون نافذا في مواجهته وبالتالي لا يكون من حق

حامل السند أن يطالب الناقل بتسليمه البضائع المذكورة فيه ، وبالتالي لا تعتبر حيازة سند الشحن مساوية لحيازة البضائع ولا يستطيع حامل السند التصرف في البضائع خلال الفترة التي تكون فيها في حيازة الناقل ، مادام أنه لا يستطيع إلزام الناقل بتسليمها إليه . إذن فتوقيع سند الشحن من الناقل لا بد وأن يتوافر في سند الشحن الإلكتروني حتى يكون ممثلاً للبضائع ، وهذا هو ما أكدته بالفعل المادة ١٥ فقرة ١ من اتفاقية هامبورج على اشتراط توقيع الناقل أو من ينوب عنه على سند الشحن ، وأجازت الاتفاقية في المادة ١٤ فقرة ١ توقيع الناقل بخط اليد أو بالصورة المطابقة للأصل أو بالتنقيب أو بالخاتم أو بالرمز أو معمولا بأية وسيلة آلية أو إلكترونية أخرى إذا كان لا يتعارض مع قوانين البلد الذي يصدر فيه سند الشحن . وبناء عليه فإنه طالما صار من الممكن توقيع الناقل على سند الشحن الإلكتروني فإن ذلك يعني أن هذا الأخير يقوم بدوره كأداة لتمثيل البضائع .

أما الشرط الثاني الخاص بتعيين البضائع تعيينا كافيا في سند الشحن أى أن يذكر فيه نوع وكم وعدد وحالة البضائع والعلامات الرئيسية لها وأرقام الطرود ، فإن ذلك أيضا لا يشكل صعوبة في سند الشحن الإلكتروني لأن تعيين البضائع يتم - بدلا من الصورة الكتابية - بالصورة الإلكترونية . وقد اعترض البعض (أسامة عبد العزيز ٢٠٠٤ ) على استحالة تعيين البضائع تعيينا كافيا في النقل بالحاويات إستنادا إلى أن الناقل يتسلم البضائع محواه من الشاحن ولا يعلم بالفعل ما هو بداخل الحاويات ويضطر - حماية لنفسه - إلى إدراج تحفظ *is not to contain* ؛ ليدلل به على أنه لم يعاين البضائع بالفعل . وينتهي أصحاب هذا الرأي إلى أن سند الشحن لا يصلح ليكون أداة لتمثيل البضائع في مجال النقل بالحاويات . ولكن الرد على هذا الرأي يسير لأن المقصود بتعيين سند الشحن للبضائع تعيينا

كافيا لا يقصد به معاينة الناقل للبضائع بل ذكر مفردات البضائع بحيث يتم تخصيصها بصورة تميزها عن غيرها من البضائع المشابهة لها والموجودة بذات المكان . ومن هنا يمكننا القول أن سند الشحن الإلكتروني سواء في النقل العادي أو بالحاويات يمثل البضائع لأنه ليس هناك ما يمنع من ذكر مفردات البضائع التي تميزها عن غيرها .

أما بالنسبة للشرط الثالث الخاص بقابلية سند الشحن للتداول وهو شرط أساسي ليقوم سند الشحن بدوره كأداة لتمثيل البضائع ، فإن البعض يرى أن سند الشحن الإلكتروني لا يقبل التظهير ( وهو الطريقة التي يتم بها تبادل سند الشحن ) ومن ثم فهو غير قابل للتداول وبالتالي لا يصلح سند الشحن الإلكتروني ليكون أداة لتمثيل البضائع (أسامة عبد العزيز ٢٠٠٤ ) . وكل ما يسعنا قوله الآن - منعا للتكرار - هو أن التظهير لا يجب أن يؤخذ بالمعنى المعتاد عليه في المستندات الورقية أو بمعنى آخر لا يجب أن يؤخذ بالصورة التي يظهر عليها بل يجب أن ينظر له من ناحية الوظيفة التي يقوم بها . وفي هذا - بفضل اجتهاد المتخصصون في مجال النقل البحري - يمكننا القول بأن سند الشحن الإلكتروني لن يقف عقبة أمام كونه أداة قابلة للتداول وبالتالي لتمثيل البضائع .

#### - مدى استعداد سند الشحن الإلكتروني لتمثيل البضائع

حتى يتم تداول سند الشحن لابد أن يكون قابلا للتظهير أو أن يكون لحامله حتى يمكن تداوله بالتسليم . إلا أن التظهير يتم على ظهر السند التي يتم تبادلها أي أنه يرتبط بكون السند ورقيا . وبما أن سند الشحن الإلكتروني ليس سندا ورقيا فهو بالتالي غير قابل للتظهير بالمعنى المعروف أي أنه لا يمكن كتابة بيانات على ظهره لسبب بسيط وهو أنه ليس لسند الشحن الإلكتروني ظهر

يكتب عليه . فهل يعني ذلك أن سند الشحن الإلكتروني لا يمثل البضائع ويستحيل تداوله بالطريقة المعروفة وهى التظهير ؟ في الواقع هذا ليس رأى الفقهاء المناصرين لسند الشحن الإلكتروني والذين اجتهدوا لإيجاد بدائل للتظهير بالمعنى المعروف في المستندات الورقية .

### كيفية تداول سند الشحن بالتظهير

إن سند الشحن إما أن يكون اسمياً *nominative* أو للأمر *à ordre* أو للحامل *au porteur* ، فإذا كان سند الشحن اسمياً أى صدر بإسم شخص معين فإن تداوله يتم وفقاً لقواعد الحوالة المدنية ( حوالة الحق ) . وبناء عليه فإنه يجب لنفاذ الحوالة قبل المدين ( الناقل أو نائبه القانوني ) قبوله لها أو إعلانها بها . وإذا كان سند الشحن اذنياً ، أى لإذن أو لأمر شخص معين - وهو الأمر الغالب في الحياة العملية- فإن تداوله يكون بطريق التظهير الناقل للملكية . والتظهير يكون كتابةً ويجب أن يرد على سند الشحن ذاته لاعلى ورقة أخرى مستقلة ، وإلا اعتبر حوالة مدنية (محكمة استئناف القاهرة ١٩ مارس ١٩٦٣ ) . كما يجب أن يرد التظهير على جميع البيانات الواردة في سند الشحن ، إذ أن التظهير الجزئي *L'endossement partiel* باطل لأن التظهير يتطلب تسليم سند الشحن إلى المظهر إليه . وكذلك لا يجوز أن يعلق التظهير على شرط لأن في ذلك عرقلة لتداول سند الشحن .

وعندما يتم تظهير سند الشحن للإذن أو للأمر فإنه يجوز للمظهر إليه إعادة تظهير السند لإذن أو لأمر شخص آخر .

ويخضع تظهير سند الشحن الإذني لأحكام التظهير الناقل للملكية (علي البارودي ومحمد فريد العربي ٢٠٠٤ ) فينتقل الحق الثابت في سند الشحن إلى

المظهر إليه . كذلك فإنه يترتب على هذا التظهير ، وعلى نحو ما استقر عليه  
العرف البحري ، تظهير سند الشحن من الدفع ( البارودي والعريبي ٢٠٠٤ ) ،  
بمعنى أنه لا يجوز للناقل أو الربان الاحتجاج على المظهر إليه حسن النية بالدفع  
التي له قبل الشاحن . ولكن تجدر الإشارة هنا إلى أن تظهير سند الشحن تظهيراً  
ناقل للملكية لا يترتب عليه التضامن بين الموقعين إذ أن سند الشحن يمثل البضائع  
الموصوفة فيه ولا يوجد تضامن بين مالكي البضائع المتتاليين .

ويتشابه سند الشحن مع الأوراق التجارية في إمكانية تظهيره تظهيراً  
توكيلياً وهو ما يمنح المظهر إليه الحق في مطالبة الناقل بتسليمه البضائع بوصفه  
مثلاً للشاحن أو المرسل إليه . وبناء عليه يحق للناقل الاحتجاج في مواجهة المظهر  
إليه بما يكون له من دفع قبل الشاحن أو المرسل إليه .

وقد لا يكون التظهير ناقلاً للملكية ولا توكيلياً وإنما تأمينياً أى يهدف إلى رهن  
البضائع التي يمثلها سند الشحن إلى المظهر إليه .

هذا إذا كان سند الشحن لأمر أو لإذن أما إذا كان سند الشحن لحامله ، أى لا  
يحمل اسم المرسل إليه ، فإن تداوله يكون بالمناولة أو التسليم ، وهذا النوع من  
سندات الشحن يندر التعامل به خوفاً من فقدانه وسرقته أثناء التعامل به .

وبناء على ما تقدم فإن سند الشحن يكون قابلاً للتداول وهو يخول حق إستلام  
البضائع لحامله الشرعي الذي قد يكون الشخص المبين اسمه في سند الشحن أو  
المحال إليه إذا كان سند الشحن اسمياً ، والمظهر إليه الأخير إذا كان السند لإذن  
أو لأمر وذكر فيه اسم المظهر إليه ، وحامل السند إذا كان السند لحامله أو كان  
إذن أو لأمر وظهر على بياض .

هذا عن كيفية تداول سند الشحن بالتظهير ولكن ماذا عن إمكانية تظهير سند

## الشحن الإلكتروني ؟

### الاجتهادات الفقهية لجعل سند الشحن الإلكتروني قابلاً للتداول

أشرنا إلى أن سند الشحن يجسد الحقوق المخولة لحامله على البضائع لدرجة تدعونا للقول بأننا لا نشترى بضائع بل نشترى سند شحن ، ولذلك يجب أن يتضمن سند الشحن بياناً بوصف البضائع التي يرمز إليها ، وهى مسألة شكلية لا تقف عقبة أمام سند الشحن الإلكتروني إذ أن مثل هذه البيانات يمكن تبادلها بالطريق الإلكتروني .

ومع ذلك فإن البيانات الواردة في سند الشحن لا تمنا بقدر ما يهمننا تجسيدها في مستند قابل للتداول ، فالسلطات الممنوحة لحامل السند تنبع ليس من حيازته للمعلومة الموجودة بالسند بل من حيازته للسند الأصلي .

ولكن حتى يتم تداول سند الشحن فلا بد - كما أشرنا - أن يكون قابلاً للتظهير أو أن يكون لحامله حتى يمكن تداوله بالتسليم . إلا أن سند الشحن الإلكتروني بطبيعته ليس قابلاً للتظهير وبالتالي ليس قابلاً للتداول ، فهل من وسيلة لإعطاء سند الشحن الإلكتروني صفة القابلية للتداول حتى لا تكون هناك مشكلة في مجال التجارة الدولية والنقل البحري على وجه الخصوص ؟

وقد اجتهد الفقهاء لإيجاد حلول لهذه المشكلة وإلحاق الآثار القانونية الهامة المرتبطة بسند الشحن الورقي - حق التصرف وحق المطالبة بالتسليم من الربان - بأى وسيلة أخرى بديلة عن المحررات الورقية وترتبط بالبيانات الإلكترونية .

فالبعض يرى أنه يمكن استبدال سند الشحن التقليدي ( الورقي ) بمستخرج مطبوع صادر عن الحاسب الآلي ( print out ) يقوم بذات الوظائف التي يقوم بها سند الشحن التقليدي بشرط أن يتم تمييز هذا المستخرج عن أى مستخرج

آخر عادي يتعلق بذات الشحنة . إلا أن هذا الحل لم يجد تأييدا من الجميع لأن الآثار القانونية لهذا المستخرج لن تتساوى مع نظيرتها في النسخة الأصلية لسند الشحن التقليدي . ( KURT G., SIDA / UNCTAD Seminar )

ويقدم البعض الآخر من الفقهاء حلا قانونيا يتمثل في استبدال سند الشحن الورقي بأقراص التسجيل machine الخاصة بالحاسب الآلي بحيث تقوم هذه الأقراص بتمثيل البضائع والقابلية للتداول . وبناء على هذا الحل تقوم هذه الأقراص بتمثيل البضائع ويتم تداول سند الشحن الإلكتروني بتحويل كافة البيانات المخزنة على الأقراص بشأن شحنة معينة من جهاز الطرف المرسل إلى جهاز المرسل إليه ( المظهر إليه في سند الشحن التقليدي ) . ومن ثم فإن عملية تحويل كافة البيانات هي في حد ذاتها مماثل لعملية تداول سند الشحن من الشاحن أو المرسل إلى المظهر إليه .

وهناك رأى ثالث يرى أن استعمال سندات الشحن غير القابلة للتداول - Non negotiable waybills هو النظام المتبع في الدول الأوروبية في كافة وسائل النقل ، وخاصة في النقل البحري حيث لم تعد التجارة الدولية في حاجة إلى التعامل بسندات شحن قابلة للتداول إلا في حدود ضيقة جدا ( , AOKEN . 1990 ) . هذا فضلا عن أن نقل البضائع بطريق البحر أصبح يتم في أغلب الأحوال في حاويات حيث يستخدم سندات شحن مختومة بعبارة " غير قابلة للتداول " بدلا من سندات الشحن التقليدية . وبناء عليه فإن استخدام سندات الشحن غير القابلة للتداول يدعونا للقول بأن النقل البحري اليوم لم يعد في حاجة إلى سندات شحن قابلة للتداول من الأساس وهو الأمر الذي يجنبنا الخوض في مشكلة عدم قابلية سند الشحن الإلكتروني للتداول .



ويرى فريق رابع من الفقهاء أنه يمكن إيداع سند الشحن لدى جهة معينة ( طرف ثالث ) موثوق بها كالبنك مثلا أو شركة ملاحه على أن يتم إخطار هذه الجهة أولا بأول بكل التغييرات التي قد تطرأ على ملكية البضائع وذلك عن طريق الرسائل الإلكترونية التي ترد إلى هذه الجهة من أصحاب الشأن ، وتستمر الأمور على هذا النحو إلى أن يتضح الطرف الذي يستحق تسلم البضائع فتقوم هذه الجهة بتسليمه البضائع . وتجدر الإشارة هنا إلى أن منظمة بوليبرو في إنجلترا قد تمكنت من وضع تنظيم فني وقانوني يحقق الأمان ويحافظ على السرية التامة للبيانات الإلكترونية .

وأيا كان الأسلوب الذي سيستخدم لقيام سند الشحن الإلكتروني بدوره كأداة لتمثيل البضائع فإنه يمكننا القول بأنه ليس هناك ما يمنع في سند الشحن الإلكتروني من القيام بجميع الوظائف التي يقوم بها سند الشحن التقليدي كأداة لإثبات كلا من عقد النقل واستلام البضائع وتمثيلها .

## لفصل الخامس التنظيم القانوني لسند الشحن الإلكتروني

لم يقف أيا من المجتمع الدولي أو الوطني مكتوف الأيدي أمام سند الشحن الإلكتروني كبديل لسند الشحن الورقي

### التشريعات الدولية

ترتكز الجهود الدولية التي تبذل حاليا على استنباط وسائل قانونية وتكنولوجية لاستبدال سند الشحن التقليدي (الورقي) والقابل للتداول إلى مستند إلكتروني (لا ورقي). وفي هذا الخصوص قدمت اللجنة البحرية الدولية CMI قواعد بشأن سندات الشحن الإلكترونية في عام ١٩٩٠ ومشروع بولبرو (يهدف نظام بولبرو إلى توفير برنامج لضمان تبادل مأمون لمستندات التجارة الإلكترونية عن طريق تطبيق مركزي للبيانات)، كما قدمت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي CNUDCI قانونا نموذجيا يتضمن نصوصا خاصة بوثائق النقل. ويهدف هذا القانون النموذجي وكلا من قواعد اللجنة البحرية الدولية (CMI) ومشروع بولبرو، إلى إرساء مفهوم جديد داخل إطار القوانين الوضعية (التي مازالت تتمسك بشكليات بالية مثل ضرورة كون السند ورقي وضرورة التوقيع الكتابي)، وهو قابلة لتداول البيانات إلكترونيا. ولم تقتصر الجهود المبذولة على المنظمات الدولية فحسب بل إمتدت إلى بعض التشريعات الداخلية ومنها التشريع المصري الذي يعترف بالتوقيع الإلكتروني وبالكتابة الإلكترونية.

**قواعد اللجنة البحرية الدولية بشأن سندات الشحن الإلكترونية CMI ومشروع بولبرو**

انجحت قواعد اللجنة البحرية الدولية بشأن سندات الشحن الإلكترونية

في محاولتها للحد من معوقات سند الشحن الإلكتروني إلى الاستيعاد التام للمستند الورقي من جهة وإلى طرحها إمكانية تداول سند الشحن الإلكتروني بواسطة سجل معلوماتي من جهة أخرى .

### الاستيعاد التام للمستند الورقي

تبنت اللجنة البحرية الدولية بشأن سندات الشحن الإلكترونية وضع قواعد قانونية تهدف إلى استبدال سند الشحن الورقي سواء القابل للتداول أو الغير قابل للتداول بنظام جديد يعرف بنظام تبادل البيانات إلكترونيا EDI . ولعل أهم ما يميز هذه القواعد هو سماحها للشاحن بالتصرف في البضائع أثناء رحلتها البحرية من خلال الرسائل الإلكترونية . وتحتوي قواعد اللجنة البحرية على إحدى عشر قاعدة تهدف إلى تقديم نموذج اتفاقي " عقدي " لكل من يرغب في استبدال سند الشحن التقليدي بنظام تبادل البيانات إلكترونيا ، ونوجزها فيما يلي :

القاعدة الأولى وهي تشترط توافق إرادة الأطراف لتطبيق هذه القواعد ، لأن وجود القواعد في حد ذاته غير ملزم .

أما القاعدة الثانية فهي تقوم بتعريف بعض الاصطلاحات الهامة مثل " الحامل " و " المفتاح الخاص " .

وتبين القاعدة الثالثة القواعد الإجرائية حيث تلزم مستلم الرسالة الإلكترونية بإرسال ما يفيد صحة مضمون الرسالة قبل أن يتصرف طبقا لمحتويه من بيانات . فإذا كان هناك أى خلاف فيتم التأكد منه عن طريق " نظام المراجعة

الإلكتروني " " Electronic Monitoring System " .

أما القاعدة الرابعة فهي تتعلق برسالة " الإفادة بالاستلام " أى استلام الناقل

للبضائع من الشاحن فتحدد شكل هذه الرسالة ومحتواها ، فيجب أن تشمل الرسالة على اسم الشاحن واسم المرسل إليه ومكان وصول البضائع ، ووصف البضائع المنقولة وكذلك ذكر أى تحفظات تكون قد تم عملها على حالة البضائع . كما يجب أن تحتوي الرسالة على إحالة إلى شروط الناقل الخاصة بالنقل ، والمفتاح الخاص Private Key المستخدم في الإرسال .

وتهتم القاعدة الخامسة بشروط عقد النقل فتتص على أنه في حالة حدوث تعرض بين هذه القواعد والشروط الخاصة بالنقل التي يضعها الناقل فإنه يتم تطبيق هذه القواعد .

أما القاعدة السادسة فهي تتعلق بالقانون الواجب التطبيق فتتص على أنه يتم تطبيق الاتفاقيات الدولية أو القوانين المحلية كما لو كان سند الشحن ورقيا .

وتتعلق القاعدة السابعة بالحق في التصرف في البضائع وفي إحالة هذا الحق إلى شخص آخر ، فحددت القاعدة أن الحامل الشرعي لسند الشحن هو وحده من يحق له المطالبة باستلام البضائع في ميناء التفريغ ، كما أشارت إلى أنه من حقه إحالة حقه في التصرف في البضائع إلى شخص آخر بحيث يصبح هذا الشخص الحامل الجديد والأوحد لسند الشحن . كما حددت القاعدة الخطوات الواجب إتباعها لإتمام عملية حوالة الحق .

وتتعلق القاعدة الثامنة بالمفتاح الخاص وتنص على أنه يجب على الناقل تغيير شفرة الاتصال بينه وبين الحامل الشرعي عند تغيير حامل السند بحيث لا يتمكن أحد غير الحامل الجديد من فك شفرة الاتصال .

أما القاعدة التاسعة فهي تتعلق بتسليم البضائع للحامل الشرعي لسند الشحن فتلزم الناقل بإخطار الحامل بمكان وتاريخ تسليم البضائع مع ضرورة التحقق من

شخصه قبل تسليم البضائع له . وبعد الانتهاء من التسليم يتم إلغاء المفتاح الخاص الذي يوازي إعادة السند الأصلي للناقل عندما يكون سند الشحن ورقيا .

وتعطي القاعدة العشرة الحامل الحق في أن يطلب من الناقل سند شحن ورقي وذلك قبل القيام بتسليمه البضائع ، وبناء عليه يتم إلغاء المفتاح الخاص . كما يحق للحامل أن يأخذ من الناقل مستخرج مطبوع لرسالة الإفادة بالاستلام مع ضرورة التأشير عليها بعبارة " غير قابلة للتداول " . وتجدر الإشارة هنا إلى أن مثل هذا المستخرج لا ينهي التعامل بنظام تبادل البيانات إلكترونيا .

القاعدة الحادية عشر : وهي تتعلق بالإثبات فتتص على أنه عند اتفاق الأطراف على تبني قواعد سندات الشحن الإلكترونية فإن ذلك يعني موافقتهم الضمنية على عدم التمسك وعدم الإدعاء بعد ذلك بأن عقد النقل لم يكن كتابيا .

والجديد في قواعد اللجنة البحرية الدولية بشأن سندات الشحن الإلكترونية هو عدم وجود ازدواج أو تنازع بين المستند الأصلي الذي لا يتم التعامل به وبين تبادل البيانات إلكترونيا . فوفقا لهذه القواعد يتم استبعاد المستند الورقي تماما ولا يتم التعامل به . ولكن إذا اشترط أحد الأطراف تسليمه مستند ورقي فقد عاجلت القاعدة العاشرة هذا الأمر ونصت على أنه في هذه الحالة تكون الأولوية للمستند الورقي ولكنها لا تسمح بأي صورة من الصور بالجمع بين المستند الورقي والبيانات الإلكترونية .

### **إمكانية تداول سند الشحن الإلكتروني بواسطة سجل معلوماتي**

تكمن أهمية قواعد اللجنة البحرية الدولية بشأن سندات الشحن الإلكترونية CMI في النظام الذي وضعته لتحقيق إمكانية تداول سند الشحن الإلكتروني . فالقواعد تقدم نظام يقوم أساسا على المفتاح الخاص الذي ينقله

الناقل إلى حائز سند الشحن الإلكتروني ، ويسمح هذا المفتاح لحائزه أن ينقل  
حيازته للبيانات الواردة في السند الإلكتروني إلى شخص آخر . ووفقا لهذا النظام  
يتم التخلص من المفتاح الخاص ويتم عمل مفتاح خاص جديد للحامل الجديد .  
وبهذا الشكل يكون الحامل الأخير للبيانات الإلكترونية هو الحائز الوحيد للمفتاح  
الخاص وهو وحده الذي يستطيع ممارسة جميع الحقوق التي يخولها له سند الشحن  
الإلكتروني . ومن هنا فإن أى إمكانية لتنازع سندات الشحن الإلكتروني يتم  
استبعادها بواسطة هذا المفتاح الخاص .

وينشئ مشروع بوليو - الذي يستشف أحكامه من قواعد اللجنة البحرية  
الدولية CMI - سجلا مركزيا تسجل فيه بالترتيب جميع العمليات وجميع  
الرسائل الإلكترونية . فعلى عكس قواعد اللجنة البحرية الدولية لا يودع السجل  
إلى أحد أطراف عقد النقل البحري بل إلى جهة محايدة . فعندما يريد الشاحن  
إبرام عقد النقل فهو يحدد إلكترونيا للناقل جميع خصائص ومواصفات البضائع ،  
فيقوم الناقل بعمل البيانات الإلكترونية التي يملأ بها الخانات المعتادة في سند  
الشحن التقليدي ثم يودعها في السجل الإلكتروني المركزي . وبالتالي فإنه من  
الممكن للمستخدمين المسموح لهم بالإطلاع على هذه البيانات مراجعة هذه  
البيانات الإلكترونية وتعديلها ، وبالتالي يكون من حق حامل السند المذكور  
الذي سجل اسمه في السجل المركزي أن يتداول سند الشحن الإلكتروني .

ويتحقق الأمان لهذا النظام بواسطة هيئة الاعتماد L'Autorité de  
certification - Certificate Authority التي تسلم للمستخدمين  
توقيعات إلكترونية ( رقمية ) تمكنهم من اعتماد الرسائل الإلكترونية ومراجعة  
فحواها .

وهكذا فإن هذا النموذج العقدي يمكن أطراف عقد النقل من تداول سند الشحن والتصرف في البضائع وهي في الطريق ، وذلك بفضل الأمان الذي يحققه التبادل الإلكتروني للبيانات التي تضمن أن هناك شخص واحد فقط يمكنه ممارسة حقوقه على البضائع .

### **القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية ووثائق النقل القابلة للتداول**

من أجل توحيد قواعد قانون التجارة الدولية اعتنقت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ( CNUDCI ) في عام ١٩٩٦ قانوناً نموذجياً أطلق عليه " القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية " . ويهدف هذا القانون من جهة إلى تيسير الأمر على المشرعين الوطنيين للانتقال من التعامل بالمستندات الورقية إلى التعامل بنظام التبادل الإلكتروني للبيانات الذي لا تعرفه تشريعاتهم . وهو يهدف من جهة أخرى إلى تقديم هذا القانون لهم ليأخذوا به كما هو أو ليستلهموا منه بعض الأحكام التي تفيدهم عند استحداثهم لتشريعاتهم . ويعالج القسم الأول من هذا القانون القواعد العامة للعقود أما القسم الثاني فهو مخصص صراحة لوثائق النقل .

### **القواعد العامة**

يهتم القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية بتذليل العقبات التي تواجه نظام التبادل الإلكتروني للبيانات بسبب المتطلبات الشكلية لبعض التشريعات الوطنية التي لا تعرف بعد هذا النظام . والاتجاه العام لهذا القانون يسير نحو إعطاء قيمة قانونية للبيانات الإلكترونية ، فنص المادة الخامسة منه على أن :

“ L'effet juridique , la validité ou la force d'une information ne sont pas déniés au seul motif que cette information est sous la forme de message de données . ”

ويرتبط هذا المبدأ بالنصوص الواردة في الباب الثاني وخاصة تلك المتعلقة بالقيمة القانونية المعطاة للرسالة الإلكترونية . ويتضح ذلك في المادة السادسة التي تبين الظروف التي في ظلها تتطابق الرسالة الإلكترونية مع الرسالة الورقية وبالتالي يمكنها أن تحل محلها وتقوم بذات الدور الذي تقوم به .

وتكمن أهمية هذا النص في أنه يقوم بدور مزدوج حيث يقدم من جهة صفات المستند الورقي ، ومن جهة أخرى يبين الشروط التي - إن توافرت في الرسالة الإلكترونية - تمكن الرسالة الإلكترونية من الحلول محل السند الورقي . وبناء عليه يمكننا القول بأنه يتعين على المستخدمين - إن أرادوا التعامل بواسطة التبادل الإلكتروني للبيانات - الاحتفاظ بالرسالة وكذلك بالبرنامج الذي يمكن من فك شفراتها . فمن المعروف أن الرسائل الإلكترونية المخزنة والمنقولة من الحاسبات الآلية ما هي إلا عبارة عن إشارات غير مفهومة لا يستطيع فك شفراتها إلا المهندسين الذين أسسوها . ومن هذا المنطلق فإن الاحتفاظ بالرسالة دون الاحتفاظ بالبرنامج الذي يمكن من فك شفراتها ويمكن من الإطلاع عليها يكون بدون نفع .

ومن هنا تتضح أهمية هذه النصوص في أنها تؤكد أن الرسالة الإلكترونية - في ظل ظروف معينة - تتوافر فيها جميع الشروط الشكلية التي تتطلبها بعض التشريعات الوطنية التي لا تعرف بعد التبادل الإلكتروني للبيانات .

وتحدث المادة الثامنة عن النسخة الأصلية أو "الأصل" في حين تتحدث المادة العاشرة عن تخزين الرسائل الإلكترونية ولكنها لم تتحدث إلا عن مواصفات التخزين وليس عن طريقته تاركة في ذلك المجال واسعاً أمام ما يستحدث من طرق . وفي النهاية تشير المادة العاشرة إلى الرجوع إلى طرف ثالث



معتمد .

وفي الحقيقة يجب أن تقرأ جميع النصوص السابقة في ظل المادة الثامنة التي تتحدث عن " الأصل " . ففي أغلب الأحوال يكون المستند الكتابي " أصل " ، وبالتالي فإن الرسالة الإلكترونية التي تنص عليها المادة السادسة يجب أن تكون " أصل " وكذلك الرسالة المخزنة .

ولكن المشكلة أنه في نظام التبادل الإلكتروني للبيانات لا يمكننا التحدث عن " أصل " إذ أنه عند نقل البيان من حاسب آلي إلى حاسب آلي آخر فإن الذي ينتقل ليس النص ولكن نسخة من الإشارات والشفرات التي تترجم فيما بعد إلى نص في الحاسب الآلي المستقبل لها . ولكن على العكس يمكننا حل هذه المشكلة بنظرية التكافؤ الوظيفي ، فيمكننا اعتبار الرسالة الإلكترونية " أصل " إذا توافرت فيها صفة محددة وهي عدم قابلية الرسالة للتعديل أو التغيير ، وهي ذات الصفة التي يتميز بها " الأصل " الكتابي . ومن هنا يمكننا القول بأن القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية يشترط توافر هذه الصفة في الرسالة الإلكترونية للاعتداد بها كمستند أصلي يقوم مقام المستند الكتابي .

وقد اتبع ذات المنطق فيما يتعلق بالتوقيع ، فتتص المادة السابعة على أن التوقيع الإلكتروني - في ظل ظروف معينة تحقق حد أدنى من الضمان والأمان - يكتسب ذات خصائص التوقيع الكتابي ويمكن اتخاذه وسيلة إثبات أمام المحاكم . وتتلخص هذه الخصائص في ضرورة كون التوقيع دالا دلالة تامة على شخصية الموقع وعلى أنه - باستخدامه نظام تبادل البيانات إلكترونيا - قد وافق على البيانات الواردة في السند .

## القواعد المتعلقة بوثيقة النقل

فضلا عن القواعد العامة التي وردت في القسم الأول ، خصص القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الباب الأول من القسم الثاني له لوثائق النقل التي عاجلها بشكل مميز إذ تعرض فيها ليس فقط للبيانات التي تحتويها ولكن أيضا للحقوق بما فيها حق رفع الدعاوى التي تخولها للحامل الشرعي للسند الإلكتروني.

وفي هذا الخصوص تنص المادة ١٦ على جميع الدعاوى ونقل البيانات التي يمكن أن تحدث أثناء عملية النقل أيا كان نوعها أي سواء كانت بحرية بموجب سند شحن أو غير بحرية بموجب وثيقة نقل .

وقد تعرضت المادة ١٧ في فقرتيها الثالثة والرابعة للصعوبات الناتجة عن التعامل بواسطة سند قابل للتداول . فنصت في الفقرة الثالثة على أن واحد أو أكثر من الرسائل الإلكترونية يمكنهم منح الحقوق والالتزامات التي تحتوي عليها الرسالة الورقية بشرط أن تستخدم طريقة فعالة تضمن عدم استخدام شخص آخر لذات الرسالة . أو بمعنى آخر يجب أن تضمن هذه الطريقة أن نقل البيانات والحقوق والدعاوى التي يتضمنها سند الشحن سيتم لمصلحة شخص واحد فقط . وبذلك نكون قد ضمنتنا أن سند الشحن الإلكتروني يقوم بذات وظائف سند الشحن التقليدي ويجوز ذات الحقوق وبالتالي يكون من غير اللازم التمسك بسند الشحن التقليدي .

وقد يوجه البعض النقد لهذا النص بالقول بأن كل رسالة إلكترونية لا يمكن أن تكون واحدة في نوعها لأنه يمكن نسخ العديد منها . ولكن الرد على هذا النقد يسير لأن كل رسالة إلكترونية هي دائما واحدة في نوعها لأنها تنشأ في تاريخ

وتوقيت معين ، وإذا تم نسخها فإن النسخ الجديدة سوف تأخذ تاريخ وتوقيت مختلفين عن التوقيت والتاريخ الذي أنشأت فيه الرسالة الأصلية . ومن هنا يمكننا القول بأن المادة السابعة عشر توقف اعتبار الرسالة الإلكترونية سند " وحيد " على الطريقة التي تضمن عدم نسخ هذه الرسالة أكثر من مرة ووصفت هذه الطريقة بأنها يجب أن تكون " طريقة فعالة " ، وقد تعمد القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية استخدام هذا الاصطلاح الواسع لأنه أراد بذلك ترك الباب مفتوح أمام التقدم العلمي في هذا المجال .

ولكن يبقى أن الغش المتمثل في عمل العديد من النسخ يبقى واردا إذا ما تم طباعة سند الشحن فقد يتم البيع مرة بموجب سند الشحن الإلكتروني ومرة أخرى بموجب المستخرج الذي تم طباعته . وقد عاجلت الفقرة ٥ من المادة ١٧ حالة التنازع بين الرسالة الإلكترونية والنسخة الورقية فقد نصت هذه الفقرة على أن الأولوية تكون للرسالة الإلكترونية إلا إذا كان قد تم التخلي عن هذه الوسيلة في التعامل برضاء الطرفين . وتشكل هذه النقطة عقبة أمام تحول سند الشحن التقليدي إلى سند شحن إلكتروني لأن القانون يحمي الشخص المتعامل بموجب السند الإلكتروني ولا يضمن حقوق الذي اشترى سند شحن ورقي دون أن يعرف أن سند شحن إلكتروني قد تم استخدامه في ذات الوقت . ولذلك فإنه يجب إذا كان قد تم التنازل عن التعامل بالطرق الإلكترونية أن يظهر هذا التنازل على المستند الورقي .

ونستشف مما تقدم أن هناك ثمة اعتراف صريح بالقيمة القانونية للرسائل الإلكترونية ، وأن سند الشحن التقليدي قد فقد مركزه وسطوته التي طالما تمتع بها .

## التشريعات الوطنية

سبق أن أشرنا إلى أن المشرع السعودي لم يصدر قانونا بالمعنى الحرفي للكلمة لتنظيم مسألة تبادل البيانات إلكترونيا على وجه العموم ولتنظيم التعامل بسند الشحن الإلكتروني على وجه الخصوص .

ويكتفي - في الحقيقة - بممارسي مهنة النقل البحري ببعض اللوائح التي تنظم مجال النقل البحري برمته والتي جاءت خالية من النصوص المنظمة لسند الشحن الإلكتروني .

ولذلك ومن باب الاسترشاد سوف نشير إلى التشريع المصري ممثلا في القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات . فقد عالج هذا القانون بكفاءة المشاكل التي يثيرها نظام تبادل البيانات إلكترونيا سواء من حيث القيمة القانونية للتوقيع الإلكتروني وللمحرر الإلكتروني والكتابة الإلكترونية ، أو من حيث حجية البيانات الإلكترونية في الإثبات ، فقد بدأ المشرع بتعريف كل من الكتابة الإلكترونية والمحرر الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني والوسيط الإلكتروني إلى غير ذلك من التعريفات التي تجعل قراءة وتفسير هذا القانون واضحة وهينة . ثم تعرض القانون إلى اختصاصات هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات وكل الأمور التي تتعلق بها ثم انتقل بعد ذلك إلى حجية كل من التوقيع الإلكتروني ، والكتابة الإلكترونية ، والصور المنسوخة على الورق في الإثبات محمدا في ذلك بكل وضوح الشروط الواجب توافرها فيها حتى تتمتع بالحجية في الإثبات مثلها مثل البيانات الكتابية الورقية ، فحل بذلك الإشكالات القانونية التي قد يتسبب فيها نظام تبادل البيانات إلكترونيا . ولم يغفل المشرع حماية التعامل بنظام تبادل البيانات إلكترونيا

من الإشكالات العملية التي قد يتسبب فيها هذا النظام فقرر عقوبة لكل من تسوغ له نفسه التلاعب في البيانات أو اختراق الوسيط الإلكتروني .

### **كيفية مواجهة المشرع المصري للإشكالات القانونية لنظام تبادل البيانات إلكترونياً**

تعرض المشرع المصري في القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ لنظام تبادل البيانات إلكترونياً على وجه العموم ، ولم يخص بالكلام سند الشحن الإلكتروني . لذا يتحتم علينا محاولة تطبيق نصوص هذا القانون مع سند الشحن الإلكتروني لإظهار مدى حجيته في الإثبات ومدى قابليته للتداول باعتبار أنه مستند يتم تبادل البيانات الواردة فيه إلكترونياً . سنعرض فيها لمدى حجيته في الإثبات ومدى قابليته للتداول .

### **مدى حجية سند الشحن الإلكتروني في الإثبات**

تعرض القانون فيما يخص الإثبات لكل من التوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية والمحركات الإلكترونية ، كما تعرض للصور المنسوخة على الورق من المحرر الإلكتروني الرسمي .

فبخصوص كل من التوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية والمحركات الإلكترونية أعطى المشرع لهم ذات الحجية المقررة للتوقيع الكتابي وللكتابة والمحركات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد التجارية والمدنية ، وذلك بنصه في المادة ٤١ على أنه : " للتوقيع الإلكتروني ، في نطاق المعاملات التجارية والمدنية والإدارية ، ذات الحجية المقررة للترقيعات في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية وإذا روعي في إنشائه وإتمامه الشروط المنصوص عليها في هذا القانون والضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون " . وفي المادة ١٥ نص على أنه : " للكتابة الإلكترونية والمحركات الإلكترونية ، في نطاق

المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد التجارية والمدنية ، متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون " .

ومفاد هذه النصوص أن الكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني كما عرفهم القانون<sup>(1)</sup> لهم ذات الحجية في الإثبات - في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية - التي قررها قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية للتوقيع الكتابي وللكتابة وللمحررات الرسمية والعرفية التي تحرر على مستند ورقي . وقد اشترط المشرع لكون الكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني حجة في الإثبات أن تراعى فيها عند إنشائها وإتمامها الشروط التي نص عليها المشرع في ذات القانون وكذلك الضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون .

وقد وضع القانون شروطا ذكرها على وجه الحصر ليتمتع كلا من التوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية بالحجية في الإثبات فنص على أنه : " يتمتع التوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية

---

<sup>1</sup> - تعرف المادة الأولى فقرة (أ) الكتابة الإلكترونية بأنها : " كل حروف أو رموز أو أى علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك " . وتعرف ذات المادة في الفقرة (ب) منها المحرر الإلكتروني بأنه : " رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تتمج أو تخزن ، أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسيلة إلكترونية ، أو ضوئية ، أو بأية وسيلة أخرى مشابهة " . وأخيراً تنص ذات المادة في الفقرة (ج) منها على أن التوقيع الإلكتروني هو : " ما يوضح على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره " .

بالحجية في الإثبات إذا ما توافرت فيها الشروط الآتية :

أ- ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره

ب- سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني

ج- إمكانية كشف أى تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني

وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون الضوابط الفنية والتقنية اللازمة لذلك " .

أما بخصوص الصورة المنسوخة على الورق من المحرر الإلكتروني الرسمي فقد نص المشرع في المادة ١٦ على أن : " الصورة المنسوخة على الورق من المحرر الإلكتروني الرسمي حجة على الكافة بالقدر الذي تكون فيها مطابقة لأصل هذا المحرر ، وذلك مادام المحرر الإلكتروني الرسمي والتوقيع الإلكتروني موجودين على الدعامة الإلكترونية " .

ومفاد هذا النص أنه إذا تم نسخ صورة على الورق من المحرر الإلكتروني فإنها أيضا يكون لها حجية في الإثبات على الكافة بشرط أن تكون مطابقة للأصل ( أى للمحرر الإلكتروني ) وأن يكون المحرر الإلكتروني ( الأصل ) موجود على الدعامة الإلكترونية .

وفي صحة إثبات كل من المحررات الإلكترونية الرسمية والعرفية والتوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية تنص المادة ١٧ من قانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني على أنه : " تسري في شأن إثبات صحة المحررات الإلكترونية الرسمية والعرفية والتوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية ، فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون أو في لائحة التنفيذية الأحكام المنصوص عليها في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية " .

وحرصا من المشرع على حماية البيانات الإلكترونية حتى تكون حجة في الإثبات غير متنازع عليها ، قرر المشرع عقوبة لمن يخالف أحكام القانون المشار إليه ، فنص في المادة ٢٣ على أنه : " مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها في قانون العقوبات أو في أى قانون آخر يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من :

أ- اصدر شهادة تصديق إلكتروني دون الحصول على ترخيص بمزاولة النشاط من الهيئة .

- ب- أتلف أو عيب توقيعاً أو وسيطاً أو محرراً إلكترونياً أو زور شيئاً من ذلك بطريق الاصطناع أو التعديل أو التحويل أو بأى طريق آخر .
- ج- استعمل توقيعاً أو وسيطاً أو محرراً إلكترونياً معيماً أو مزور مع علمه بذلك
- د- خالف أيّاً من أحكام المادتين ١٩<sup>(١)</sup> أو ٢١<sup>(٢)</sup> من هذا القانون .

---

١- " لا يجوز مزاولة نشاط إصدار شهادات التصديق الإلكتروني إلا بترخيص من الهيئة وذلك نظير مقابل يحدده مجلس إدارتها وفقاً للإجراءات والقواعد والضمانات التي تقرها اللائحة التنفيذية لهذا القانون ودون التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٧٤ بالتزامات المرافقة العامة ومع مراعاة ما يأتي :

أ- أن يتم اختيار المرخص له في إطار من المنافسة والعلانية

ب- أن يحدد مجلس إدارة الهيئة مدة الترخيص بحيث لا تزيد عن تسعة وتسعون عاماً

ج- أن تحدد وسائل الإشراف والمتابعة الفنية والمالية التي تكفل حسن سير المرفق بانتظام واطراد ولا يجوز التوقف عن مزاولة النشاط المرخص به أو الاندماج في جهة أخرى أو التنازل عن الترخيص للغير إلا بعد الحصول على موافقة كتابية من الهيئة "

٢- " بيانات التوقيع الإلكتروني والوسائط الإلكترونية والمعلومات التي تقدم إلى الجهة المرخصة لها بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني سرية ، ولا يجوز لمن قدمت إليه أو اتصل بها بحكم عمله إفشاؤها أو استخدامها في غير الغرض الذي قدمت من أجله .



ك- توصل بأية وسيلة إلى الحصول بغير حق على توقيع أو وسيط أو محرر إلكتروني أو اخترق هذا الوسيط أو اعترضه أو عطله عن أداء وظيفته .  
وتكون العقوبة على مخالفة المادة ١٣ من هذا القانون ، الغرامة التي لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تزيد عن خمسين ألف جنيه .

وفي حالة العود تزداد بمقدار المثل العقوبة المقررة لهذه الجرائم في حديها الأدنى والأقصى وفي جميع الأحوال يحكم بنشر حكم الإدانة في جريدتين واسعتي الانتشار ، وعلى شبكات المعلومات الإلكترونية المفتوحة على نفقة المحكوم عليه " .

### مدى قابلية سند الشحن الإلكتروني للتداول

سبق أن أشرنا إلى أن سند الشحن الإلكتروني غير قابل للتظهير بطبيعته وبالتالي فهو غير قابل للتداول بهذه الطريقة . وقد ذكرنا أيضا أن الفقهاء قد اقترحوا العديد من الحلول لإمكانية تداول سند الشحن الإلكتروني ومنها استبدال سند الشحن التقليدي ( الورقي ) بمستخرج مطبوع صادر عن الحاسب الآلي ( print out ) يقوم بذات الوظائف التي يقوم بها سند الشحن التقليدي<sup>(١)</sup>

“It has to be underlined that a printout from a computer ، must not be mixed up as to its legal effects with the original copy of a traditional transport document .....”

<sup>١</sup> - والجدير بالذكر أن القاعدة العاشرة من قواعد اللجنة البحرية الدولية بشأن سندات الشحن الإلكترونية تنص على أنه " من حق الحامل أن يطلب من الناقل سند شحن ورقي وذلك قبل قيام الأول بتسليم الثاني البضاعة . وبناء على ما سبق يتم إلغاء المفتاح الخاص ، وأيضاً من حق الحامل أن يأخذ من الناقل مستخرج مطبوع لرسالة الإفادة بالاستلام ( انظر القاعدة الرابعة من نفس هذه القواعد ) مع ضرورة التأشير عليها بالعبارة صورة غير قابلة للتداول Non negociable مع العلم أن إعطاء مثل هذا المستخرج لا يؤدي إلى إلغاء التعامل عن طريق التبادل الإلكتروني للمعلومات EDI .

KURT G. ) ( أو استبدال سند الشحن بأقراص التسجيل machine الخاصة بالحاسب الآلي بحيث تقوم بتمثيل البضائع والقابلة للتداول . ، أو استعمال سندات الشحن غير القابلة للتداول Non - negociable waybills ، أو أخيراً إيداع سند الشحن لدى جهة موثوق بها كالبنك مثلاً أو شركة ملاحية على أن يتم إخطار هذه الجهة أولاً بأول بكل التغييرات التي قد تطرأ على ملكية البضائع وذلك عن طريق الرسائل الإلكترونية التي ترد إلى هذه الجهة من أصحاب الشأن .

و لم يتحدث القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني وبإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات عن قابلية المحررات الإلكترونية للتداول ولكنه اعتنى فقط ببيان حجية هذه المحررات في الإثبات على النحو الذي بيناه . ولكن في ذات الوقت أشار القانون إلى عدة شروط يجب توافرها في المحرر الإلكتروني ليكون حجة في الإثبات وهي ارتباط الموقع على المحرر الإلكتروني بشخص الموقع وحده دون غيره ، وبسيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني الذي أنشأ التوقيع الإلكتروني ، وأخيراً إمكانية كشف أى تلاعب في بيانات المحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني . ومن هذه الشروط يمكننا إذن استنتاج أن هناك جهة مسؤولة عن إنشاء التوقيع الإلكتروني وإعطاؤه لشخص واحد فقط وهو الموقع الذي يكون وحده دون غيره الحائز على هذا التوقيع . وما نود الإشارة إليه هو أن التظهير - وفقاً لقانون التجارة - من الممكن أن يتم بمجرد توقيع المظهر - دون ذكر إسم المظهر إليه - على ظهر

السند لصالح شخص آخر<sup>(١)</sup> يصبح بموجب هذا التوقيع وبموجب انتقال السند إليه المالك الجديد للبضائع ( المادة ٣٩٢ فقرة ٢ من قانون التجارة المصري ) ويسمى التظهير في هذه الحالة بالتظهير على بياض لأنه لم يتم ذكر اسم المظهر إليه فيه ( البارودي و العريبي ٢٠٠٤ . ) . فإذا طبقنا ذلك على سند الشحن الإلكتروني فإنه بموجب هذا التوقيع يمكن أن تنتقل الملكية من شخص إلى آخر . ولكن قد يعترض البعض على هذا الكلام بقولهم أن التظهير على بياض لا يكون صحيحا إلا إذا تم على ظهر الورقة وذلك تطبيقا لنص المادة ٣٩٢ فقرة ٢ من قانون التجارة المصري التي تعتبر التظهير باطلا إذا ورد على وجه الورقة . ويمكننا الرد على هذا الاعتراض بأن العلة من هذا الإبطال هي تفادي حدوث خلط بين توقيع المظهر وبين التوقيعات الأخرى كتوقيع المسحوب عليه القابل أو توقيع الضامن الاحتياطي ، وبما أنه في مجال التعامل بموجب سند الشحن لا يوجد مسحوب عليه ولا ضامن احتياطي فإن العلة من هذا الإبطال تنتفي وبالتالي يمكن التوقيع في أى مكان من الورقة ( سند الشحن ) .

وبناء على ما تقدم يمكننا القول إذن بأن سند الشحن يمكن تداوله بمجرد التوقيع دون حاجة إلى كتابة اسم المظهر إليه ودون حاجة إلى أن يكون التوقيع على ظهر السند .

### **كيفية مواجهة المشرع المصري للإشكالات العملية لنظام تبادل البيانات إلكترونيا**

تنص المادة ٢١ من القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ بخصوص التوقيع الإلكتروني على أن : " بيانات التوقيع الإلكتروني والوسائط الإلكترونية والمعلومات التي تقدم إلى الجهة المرخص لها بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني سرية ، ولا

<sup>١</sup> - يعتبر التظهير في هذه الحالة من قبيل التظهير على بياض الذي يعطى المظهر إليه سلطة ملء هذا البياض

يجوز لمن قدمت إليه أو اتصل بها بحكم عمله إفشاؤها للغير أو استخدامها في غير الغرض الذي قدمت من أجله " .

وتنص المادة ٢٣ من ذات القانون على أنه : " مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها في قانون العقوبات أو في أى قانون آخر ، يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من :

(أ) أصدر شهادة تصديق إلكتروني دون الحصول على ترخيص بمزاولة النشاط من الهيئة

(ب) أ تلف أو عيب توقيعاً أو وسيطاً أو محرراً إلكترونياً أو زور شيئاً من ذلك بطريق

الاصطناع أو التعديل أو التحويل أو بأى طريق آخر

(ج) استعمل توقيعاً أو وسيطاً أو محرراً إلكترونياً معيباً أو مزور مع علمه بذلك

(د) خالف أياً من أحكام المادتين (١٩) أو (٢١) من هذا القانون

(ك) توصل بأية وسيلة إلى الحصول بغير حق على توقيع أو وسيط أو محرر إلكتروني ، أو اخترق هذا الوسيط أو اعترضه أو عطله عن أداء وظيفته وتكون العقوبة على مخالفة المادة ١٣ من هذا القانون : الغرامة التي لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تزيد عن خمسين ألف جنيه .

وفي حالة العود تزداد بمقدار المثل العقوبة المقررة لهذه الجرائم في حديها الأدنى والأقصى وفي جميع الأحوال يحكم بنشر حكم الإدانة في جريدتين واسعتي الانتشار وعلى شبكات المعلومات الإلكترونية المفتوحة على نفقة المحكوم عليه . " وتنص المادة ٢٤ على أنه: "يعاقب المسئول عن الإدارة الفعلية للشخص الاعتباري

المخالف بذات العقوبات المقررة عن الأفعال التي ترتكب بالمخالفة لأحكام هذا القانون ، وإذا كان إخلاله بالواجبات التي تفرضها عليه تلك الإدارة فقد أسهم في وقوع الجريمة مع علمه بذلك . ويكون الشخص الاعتباري مسئولاً بالتضامن عن الوفاء بما يحكم به من عقوبات مالية وتعويضات ، إذا كانت المخالفة قد ارتكبت من أحد العاملين به بإسم وصالح الشخص الاعتباري " .

### الخاتمة

في نهاية هذا البحث يمكننا القول أنه قد تبين لنا مدى الجدية التي يسير بها العالم نحو إحلال البيانات الإلكترونية محل المستندات الورقية . كما يتضح لنا مدى إصرار العالم على فرض النظم الإلكترونية في التجارة الدولية بحيث أنه أصبح لا خيار أمام دولنا سوى تهية نفسها وقوانينها لعصر التجارة الإلكترونية . وكذلك يتضح لنا أن سند الشحن الإلكتروني مهياً تماماً للحلول محل سند الشحن الورقي وحل إشكالاته . فهو يمكنه الحلول محل سند الشحن التقليدي لأن مشكلة الاعتراف به كوسيلة إثبات قد اختفت من على الساحة الدولية والوطنية . هذا فضلا عن أن مشكلة تدازل سند الشحن الإلكتروني ( بالتظهير ) لم تعد مطروحة بالشكل الذي كانت عليه من قبل خاصة في ظل الحلول العديدة التي أشارت إليها الدراسة لمعالجة هذه المشكلة والتي تعتبر بدائل للتظهير الذي اعتدنا عليه في تظهير سند الشحن الورقي . هذا فضلا عن أن النقل بالحاويات يتم باستخدام سندات شحن غير قابلة للتداول وهو الوضع المسيّر على ساحة النقل البحري اليوم . فالتظهير لا يجب أن ينظر إليه بالصورة التي اعتدنا عليها بل بالمعزى من هذا التظهير .

وقد تبين لنا أن سند الشحن الورقي قد فقد سطوته التي كانت له في مجال النقل

البحري بسبب مجموعة من المشاكل التي يثيرها والتي تؤثر على الدور الائتماني الذي يقوم به . وهذه المشاكل إما عملية أو قانونية ، فالمشاكل العملية تتعلق تارة بتحديد تاريخ إصدار سند الشحن ( حيث يسمح سند الشحن الورقي بالتلاعب في تاريخ تسليم الناقل للبضائع ) ، وتارة أخرى بخطابات الضمان وهى كلها أمور تؤثر على الدور الائتماني الذي يقوم به سند الشحن . وقد أثبتت الطبيعة الإلكترونية لسند الشحن الإلكتروني قدرتها على تفادي هذه النوعية من المشاكل لأنه يمكن اكتشاف التلاعب بمجرد الكشف على جهاز الحاسب الآلي . أما المشاكل القانونية فهي تتعلق إما بحقوق أطراف عقد النقل ( سواء بخصوص استلامهم البضائع أو بحقوقهم في رفع الدعوى ) أو ببعض الشروط المدرجة في سند الشحن التي قد تلزم أو لا تلزم المرسل إليه بتنفيذها وفقا للقضاء الذي ينظر الدعوى .

وفي المقابل تظهر أهمية سند الشحن الإلكتروني الذي أثبت فعاليته في الدول المتقدمة وهو ما يضمن له مستقبلا حقيقيا خاصة في ظل الاهتمام الكبير به كبديل لسند الشحن الورقي وذلك من خلال الجهود العملية والقانونية المبذولة سواء على الساحة الدولية أو الوطنية .

وفي المملكة فانه قد تم تعميم استخدام التقنية الحديثة وبرامج الحاسب الآلي وكذلك القوى العاملة المؤهلة والمدربة علميا وعمليا، ولكن من الناحية القانونية فإن غياب القوانين الوضعية سيقى العائق الوحيد أمام تطبيق الاتفاقيات الدولية على النقل البحري الذي يتم بموجب سند شحن إلكتروني. لذا نناشد حكومة المملكة بضرورة الاهتمام بوضع قوانين وضعية تنظم مجال النقل البحري بصفة عامة وتنظم التعامل بسند الشحن الإلكتروني بصفة خاصة . فإن وجود

مثل هذه القوانين سوف يساعد على تطبيق قواعد قانونية موحدة على عمليات النقل الداخلية التي تتم بسند الشحن الإلكتروني ، وسوف يكون الباب الذي يفتح الطريق أمام تطبيق اتفاقية هامبورج على النقل الدولي البحري للبضائع من وإلى المملكة .

## الفصل الخامس تحليل بيانات الدراسة

أولاً : خصائص عينة الدراسة :-

### ١- جهة العمل:

سند الشحن هو وثيقة يتم تحريرها بين الناقل والشاحن لإثبات عقد النقل وتلقي الناقل للبضائع أو شحنه لها على سفينة معينة ، وهو صك ملكية البضاعة ويتم عادة تبادلها بين المصدر والمستورد والجهات الحكومية ذات العلاقة بفسح وتسليم البضائع. لذا تم اختيار عينة الدراسة لتشمل القطاع الخاص ممثلاً في المستوردين وشركات النقل البحري، والقطاع الحكومي ممثلاً في أكثر الجهات الحكومية تعاملًا مع سند الشحن وهي (إدارة الجمارك، وإدارة الموانئ). ويتضح من الجدول والشكل رقم (١) أن القطاع الحكومي يمثل نسبة ٤٦% من العينة والقطاع الخاص يمثل ٥٤% من عينة الدراسة.

جدول رقم (١) توزيع عينة الدراسة حسب جهة العمل

جهة العمل	التكرار	النسبة %
قطاع حكومي	١٦	٤٥,٧
قطاع خاص	١٩	٥٤,٣
المجموع	٣٥	١٠٠



## شكل رقم (١) التمثيل البياني لتوزيع عينة الدراسة حسب جهة العمل



■ قطاع حكومي

■ قطاع خاص

### ٢- مدة الخبرة في مجال النقل البحري:

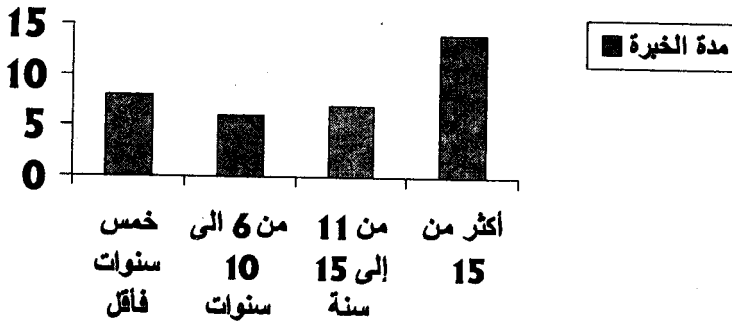
يتضح من الجدول والشكل رقم (٢) أن نسبة ٦٠ % من أفراد عينة الدراسة لديهم خبرة أكثر من ١١ سنة في مجال النقل البحري، وهذا يعني أن آرائهم حول العبارات التي احتوت عليها الاستبانة مبنية على خبرة طويلة في مجال عملهم، بينما ٤٠ % من عينة الدراسة تتراوح خبراتهم بين ٥-١٠ سنوات. ولمعرفة ما إذا كان هناك فروق ذات دلالة معنوية بين آراء مفردات العينة تعود إلى اختلاف مدة الخبرة تم إجراء اختبار التباين في اتجاه واحد (اختبار ف)، وكان مستوى المعنوية أكبر من ٠,٠٥. وهذا يعني عدم وجود فروقات دالة إحصائية بين إجابات مفردات العينة تعود إلى اختلاف مدة الخبرة.

### جدول رقم (٢) مدة الخبرة في مجال النقل البحري

النسبة %	التكرار	مدة الخبرة
٢٢,٩	٨	خمس سنوات فأقل
١٧,١	٦	٦-١٠ سنوات
٢٠,٠	٧	١١-١٥ سنة
٤٠,٠	١٤	أكثر من ١٥ سنة
١٠٠	٣٥	المجموع

## شكل رقم (٢)

التمثيل البياني لتوزيع عينة الدراسة حسب مدة الخبرة في مجال النقل البحري



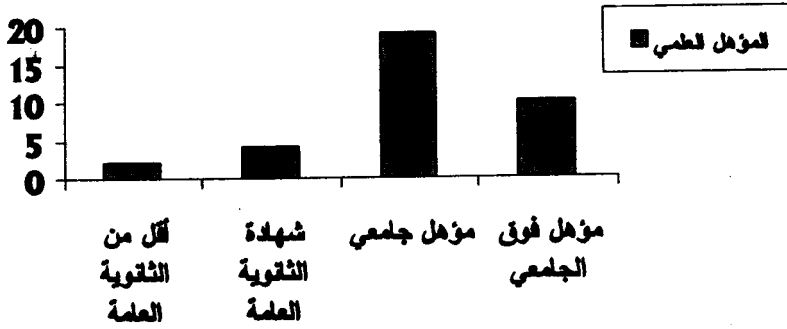
## ٣- المؤهل العلمي:

بالنظر إلى الجدول والشكل رقم (٣) نجد أن نسبة ٨٣% من أفراد عينة الدراسة مستواهم التعليمي جامعي، وما فوق الجامعي، ولمعرفة ما إذا كان هناك فروق إحصائية داله معنويًا بين إجابات عينة الدراسة ترجع إلى اختلاف المؤهل العلمي. تم إجراء اختبار تباين في اتجاه واحد (اختبار ف) واتضح أن مستوى المعنوية ٠,١٣٢، وهذا يعني عدم وجود فروق معنوية بين إجابات مفردات العينة.

## جدول رقم (٣) المؤهل العلمي

النسبة %	التكرار	المؤهل العلمي
٥,٧	٢	أقل من الثانوية العامة
١١,٤	٤	شهادة الثانوية العامة
٥٤,٣	١٩	مؤهل جامعي
٢٨,٦	١٠	مؤهل فوق الجامعي
١٠٠	٣٥	المجموع

شكل رقم (٢) التمثيل البياني لتوزيع عينة الدراسة حسب المؤهل العلمي



**نتائج تحليل البيانات الاستدلالية:-**

اكتوت استبانة الدراسة على ١٦ عبارة تدور حول استخدام سند الشحن الالكتروني ومدى جاهزية الأجهزة الحكومية والقطاع الخاص لاستبدال سند الشحن الورقي، بسند الشحن الالكتروني، وطلب من المستجيبين اختيار إجابة واحدة من بين ٥ إجابات حسب مقياس ليكرت، ووفقا للمحول رقم (٤) اتضح إن نتائج إجابات عينة الدراسة على كل عبارة كما يلي:

جدول رقم (٤) تحليل آراء أفراد عينة الدراسة حول محاور الدراسة

الترتيب ب	البيان السائد	المتوسط	موافق جداً		موافق		موافق إلى حد ما		غير موافق		غير موافق إطلاقاً		التكرار	المعجزة
			%	التكرار و	%	التكرار و	%	التكرار و	%	التكرار و	%	التكرار و		
١	هل لديك فكرة مبسطة لم يسبق لها التعامل به	٢,٨٢	٧٥,٧	٩	٢٤,٣	١٧	٣٧,١	١٣	٢,٩	١	٠,٠	٠	هل لديك فكرة من مستخدم الشحن الالكتروني؟ (بوليمية الشحن)؟ هل سبق وأن تعاملت بسند الشحن الالكتروني؟	١
٢	القبلة بلدية كبيرة	١,٢٣	٢,٩	١	٢,٩	١	٠,٠	٠	٢,٩	١	٩١,٤	٢٧	أفضل التعامل بسند الشحن الالكتروني بدل سند الشحن التقليدي (الورقي).	٢
٣	موافق إلى حد ما	٢,٣٧	٥,٧	٢	٤٠,٠	١٤	٤٥,٧	١٦	٢,٩	١	٥,٧	٢	استخدام سند الشحن الالكتروني أكثر أمان من استخدام سند الشحن التقليدي (الورقي).	٤

1	موائق	٢,٩١	١٧,١	٦	٦٠,٠	٢١	٢٠,٠	٧	٢,٩	١	٠,٠	٠	استخدام سند الشحن الإلكتروني أسرع وأسهل من استخدام سند الشحن التقليدي.	٥
2	موائق	٢,٨٠	١٧,١	٦	٥١,٤	١٨	٢٥,٧	٩	٥,٧	٢	٠,٠	٠	استخدام سند الشحن الإلكتروني يسهل عملية التعامل التجاري بين البنوك ودول العالم.	٦
5	موائق إلى حد <sup>h</sup>	٢,١١	٢,٩	١	٢٠,٠	٧	٢٢,٩	٢٢	١٤,٣	٥	٠,٠	٠	الأجهزة الحكومية السعودية ذات الصلة في سطح وتسلم البضائع تتوفر لديها التقنية الإلكترونية التي تمكنها من التعامل وقبول سند الشحن الإلكتروني.	٧
6	موائق إلى حد <sup>h</sup>	٢,٩٧	٢,٩	١	١٧,١	٦	٦٠,٠	٢١	١٤,٣	٥	٥,٧	٢	الأجهزة الحكومية السعودية ذات الصلة يقسم وتسلم البضائع تتوفر لديها التقى العاملة المدربة للتعامل بسند الشحن الإلكتروني.	٨
10	فئة موائق	٢,٤٩	٠,٠	٠	١٤,٣	٥	٢٢,٩	٨	٥٧,١	٢٠	٥,٧	٢	وتسلم البضائع تتوفر لديها الأنظمة والقوانين التي تنظم وتكفل التعامل بسند الشحن الإلكتروني.	٩
13	فئة موائق	١,٩٧	٠,٠	٠	٥,٧	٢	١٧,١	٦	٤٥,٧	١٦	٢١,٤	١١	الطاقة الضوئية والإدارية لتعرف بسند الشحن الإلكتروني.	١٠

رقم	المسألة	نوع موافق	نوع موافق	موافق إلى حد ما	موافق	موافق جداً	التوسط	الرأي المسالك	الترتيب في	م	النسبة %	غير موافق	غير موافق إطلاقاً	موافق إلى حد ما
١١	المسألة	١	١	١٠	٦٠,٠	١١	٤٢,٩	٨	٧٢,٩	١	٢,٩	٠	١٠	
١٢	الأجهزة الحكومية السعودية تتصرف بسند الشخص الإلكتروني كبدل لشدة الشغل التقليدي.	١	١	٩	٤٠,٠	١٦	٤٨,٧	١٠	٤٢,٩	٠	٢,٩	٠	١٧	
١٣	الأجهزة الحكومية السعودية ذات العلاقة بفتح وتسليم البضائع تتصرف بالتوقيع الإلكتروني على مستندات الشغل. وهذا سند الشغل الإلكتروني.	١	١	٩	٤٠,٠	١٦	٤٨,٧	١٠	٤٢,٩	٠	٢,٩	٠	١٧	
١٤	التوقيع الإلكتروني في العلاقة بفتح وتسليم البضائع يتغير لديها القوي المصلحة المبررة لتسلم سند الشغل الإلكتروني.	١	١	٩	٤٠,٠	١٦	٤٨,٧	١٠	٤٢,٩	٠	٢,٩	٠	١٧	
١٥	القطع الخاص في العلاقة بفتح وتسليم البضائع يتغير بالتوقيع الإلكتروني على مستندات الشغل. وهذا سند الشغل الإلكتروني.	١	١	٩	٤٠,٠	١٦	٤٨,٧	١٠	٤٢,٩	٠	٢,٩	٠	١٧	
١٦	القطع الخاص في العلاقة بفتح وتسليم البضائع يتغير بالتوقيع الإلكتروني على مستندات الشغل. وهذا سند الشغل الإلكتروني.	١	١	٩	٤٠,٠	١٦	٤٨,٧	١٠	٤٢,٩	٠	٢,٩	٠	١٧	

### ١- مدى معرفة أفراد عينة الدراسة بسند الشحن الإلكتروني:

يتضح من العبارة رقم (١) في الجدول رقم (٤) أن نسبة ٣٧% من أفراد العينة سبق ان سمعوا عن سند الشحن الإلكتروني، و٣٤% لديهم فكرة بسيطة، وهناك نسبة ٢٦% من أفراد العينة لديهم فكره تامة عن سند الشحن الإلكتروني، وهذه النسب تؤكد إن أغلبية أفراد العينة لديهم فكرة عن استخدام سند الشحن الإلكتروني. في واقع الأمر فانه من خلال الجزء النظري من هذه الدراسة اتضح أن سند الشحن الإلكتروني مستخدم على نطاق واسع في العديد من دول العالم ، وهذا الأمر ربما أتاح الفرصة لبعض أفراد عينة الدراسة للاضطلاع على سند الشحن الإلكتروني . لذا تكونت لديهم فكرة عن استخدامه .

### ٢- تعامل أفراد العينة مع سند الشحن الإلكتروني:

بسؤال أفراد عينة الدراسة عن مدى تعاملهم بسند الشحن الإلكتروني، وجد أن ٩١% من أفراد العينة لم يسبق لهم التعامل بسند الشحن الإلكتروني. وهذا يعكس الواقع الحقيقي. حيث أن سند الشحن الإلكتروني غير مستخدم في المملكة العربية السعودية، بل غير معترف فيه من قبل الاجهزة الحكومية حسبما أفاد به ٦٠% من أفراد عينة الدراسة، وهناك نسبة ٩% من العينة سبق لهم التعامل به، وهؤلاء هم من القطاع الخاص الذين قد تكون لهم استثمارات في دول تستخدم وتعترف بسند الشحن الإلكتروني.

### ٣- تفضيل التعامل بسند الشحن الإلكتروني:

بسؤال أفراد عينة الدراسة عن مدى تفضيلهم لاستخدام سند الشحن الإلكتروني كبديل لسند الشحن الورقي في تعاملاتهم التجارية، اتضح من الجدول رقم (٤) أن نسبة ٩٤% من أفراد العينة يفضلون استخدام سند الشحن الإلكتروني، وهذا يدل على رغبة كبيرة لدى القطاع الحكومي والقطاع الخاص في استخدام سند الشحن الإلكتروني، والاستفادة من التقنية الحديثة والإمكانيات المتوفرة.

### ٤- سلامة استخدام سند الشحن الإلكتروني:

يعد أمن المعلومات من أهم العوامل التي تساهم في تسهيل استخدام المستندات الالكترونية، وثقة المستخدم في أمان وسرية المعلومات المتبادلة عبر الشبكة العنكبوتية، يشجعه على قبول تبادل المستندات الالكترونية. وقد سنت العديد من الدول قوانين وأنظمة لحماية أمن المعلومات الالكترونية . وقد سنت العديد من الدول قوانين وأنظمة لحماية أمن المعلومات الالكترونية ومن هذه الدول إنجلترا حيث تم إصدار قانون حماية البيانات الشخصية Personal Data Protection الذي يهدف إلى توفير

الحماية للبيانات الشخصية المتبادلة إلكترونياً ضد أى إساءة في إستعمالها . وقد أعطى هذا القانون الشخص الذي يصيبه الضرر من جراء سوء إستخدام هذه البيانات الحق في المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر .

وعند سؤال أفراد العينة عن وجهة نظرهم في مدى استخدام سند الشحن الإلكتروني مقارنة بسند الشحن التقليدي، نسبة ٤٦% أجابوا أنه آمن إلى حد ما، ونسبة ٤٠% موافقون أنه أكثر أمان من سند الشحن الورقي.

#### ٥ سهولة استخدام سند الشحن الإلكتروني:

التبادل التجاري داخلياً وخارجياً يتطلب سهولة وسرعة إنهاء الإجراءات، لأن الوقت يلعب دوراً كبيراً في الدورة الاقتصادية لرأس المال، كما أن مرور البضائع عبر المنافذ البرية والبحرية والجوية يحتاج إلى إجراءات سريعة ومتطورة، لضمان عدم تكلس البضائع في تلك المنافذ. وسند الشحن وثيقة رئيسية في عمليات التبادل التجاري وفسح وتسليم البضائع، لذا لا بد أن تتم عملية تبادل هذا المستند بالسرعة والمرونة الكافية. وبسؤال أفراد عينة الدراسة عن سرعة وسهولة استخدام سند الشحن الإلكتروني مقارنة بسند الشحن الورقي كانت إجابة نسبة ٧٧% منهم بين (موافق، موافق جداً) على أن استخدام سند الشحن الإلكتروني أسرع وأسهل من استخدام سند الشحن التقليدي (الورقي).

#### ٦- مدى مساهمة سند الشحن الإلكتروني في تسهيل التبادل التجاري بين المملكة ودول العالم:

المملكة العربية السعودية عضو في منظمة التجارة الدولية ، وتربطها علاقات تجارية كبيرة مع اغلب دول العالم .

كما أن عملية التجارة الإلكترونية تنمو بشكل سريع ومطور. وساعد على ذلك ثورة تقنية المعلومات والاتصالات التي يشهدها العالم . فقد تجاوز حجم سوق التجارة الإلكترونية على مستوى العالم ما قيمته ١,٥ تريليون دولار أمريكي عام ٢٠٠٦ مما شكل نمواً سنوياً مركباً بنسبة ٧٣% على مدى السنوات الست الماضية، أما على مستوى التجارة الإلكترونية عبر الانترنت فقد بلغت في عام ٢٠٠٠ ما قيمته ١٢٠ بليون دولار أمريكي وفي عام ٢٠٠٦ حوالي ٢٨٠ بليون دولار الأمر الذي يدل على أن التجارة الإلكترونية أخذت تلعب دوراً متزايداً في منظومة التجارة العالمية ( النحراري ٢٠٠٨ ) وهذا الأمر يتطلب من الدول ومنها المملكة العربية السعودية التحول إلى استخدام التقنية بشكل



موسع في عمليات التبادل التجاري ومن أهمها التحول من استخدام سند الشحن الورقي إلى سند الشحن الإلكتروني .

وبسؤال أفراد عينة الدراسة عن رأيهم في مساهمة سند الشحن الإلكتروني في تسهيل التبادل التجاري بين المملكة ودول العالم، اتضح ان نسبة 6٨% منهم (موافقون) على انه يساهم في ذلك. انظر الفقرة رقم ٦ من الجدول رقم (٤) .

#### ٧- مدى توفر التقنية لدى الأجهزة الحكومية:

يتم تبادل سند الشحن بين العديد من الجهات الأهلية والحكومية. مثل مصلحة الجمارك، والموانئ، والشركات الناقلة، وبالنسبة لاستخدام سند الشحن الإلكتروني فان ذلك يتطلب توفير بنية تحتية تتمثل في شبكة وأجهزه وبرامج تبادل للعلومات الكترونيا.

وبسؤال عينة الدراسة عن مدى توفر التقنية اللازمة لدى الأجهزة الحكومية اتضح من الفقرة رقم (٧) بالجدول رقم (٤) أن نسبة 9٤% من أفراد العينة يرون أنه تتوفر لدى الأجهزة الحكومية التقنية الحديثة التي تمكن من تبادل البيانات إلكترونيا.

#### ٨- توفر القوى العاملة المدربة لدى الأجهزة الحكومية:

القوى العاملة المؤهلة والمدربة علميا وعمليا، هي العنصر المحرك الرئيسي لعملية التطوير الإداري، واستخدام الحاسب الآلي أصبح من أساسيات عمل الموظف سواء في القطاع الحكومي أو الأهلي في المملكة العربية السعودية.

وبسؤال أفراد عينة الدراسة عن مدى توفر القوى العاملة المدربة لدى الأجهزة الحكومية ذات العلاقة بفسح وتسليم البضائع من اجل استخدام سند الشحن الإلكتروني، فانه يتضح من الفقرة رقم (٨) بالجدول رقم (٤) أن نسبة ٦٠% من أفراد العينة (موافقون إلى حد ما) على توافر هذه القوى العاملة ونسبة ٢١% كانت إجاباتهم بين (موافق، وموافق جدا) وبالرجوع إلى الجدول رقم (٣) نجد أن نسبته ٨٣% من أفراد العينة لديهم مؤهل علمي جامعي وما فوق الجامعي. وهذا يوضح أن موظفي الأجهزة الحكومية موضع الدراسة مؤهلين علمياً.

#### ٩- مدى توفر الأنظمة والقوانين التي تنظم وتحمك عملية استخدام سند الشحن الإلكتروني:

تعتبر الأنظمة والقوانين المطورة العصب الرئيسي في كافة المجالات الإدارية، والاقتصادية، والاجتماعية ..... الخ، وبدون قوانين تحكم وتنظم التعاملات بين البشر وبينهم وبين المنظمات تضع

الحقوق وتختلط الأمور بعضها ببعض. والتبادل التجاري بين الدول، أو بين الأفراد والشركات، من المجالات المهمة التي تحتاج إلى وجود قوانين وانظمة واضحة للجميع، لحفظ حقوق جميع الأفراد والاحتكام إليها حال حدوث خلاف بين المتعاملين. وسند الشحن الالكتروني من التطورات الحديثة التي طرأت على عمليات نقل وتسليم البضائع .

وقد قامت العديد من الدول والمنظمات بوضع أنظمة وقوانين تحكم عملية استخدام سند الشحن الالكتروني، وتعترف كوثيقة رسمية لإثبات حقوق أطراف عقد النقل البحري وتحديد ملكية البضاعة. الأمر الذي شجع على استخدام الشحن الالكتروني على نطاق واسع ولعل أهم هذه الجهود ما قامت به اللجنة الاقتصادية الأوروبية ((ECE وغرفة التجارة الدولية، واللجنة البحرية الدولية (CMI) ولجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ((CNUDCI التي وضعت قانوناً أطلق عليه (القانون النموذجي للتجارة الالكترونية).

وعلى مستوى الدول العربية أصدرت جمهورية مصر العربية القانون رقم (١٥) لعام ٢٠٠٤ بشأن تنظيم التوقيع الالكتروني وتبادل المحررات الرسمية الكترونياً، ومنها سند الشحن الالكتروني. وكذلك أصدرت حكومة دبي نظاماً متكاملاً" يحكم عملية تبادل المحررات الرسمية الكترونياً. كما تتوفر أنظمة وقوانين في فرنسا تحكم عملية تبادل المعلومات والمستندات الكترونياً.

ويعتبر موضوع سند الشحن الإلكتروني من مواضيع الساعة في المملكة المتحدة ولهذا تتضمن (The Carriage Of Goods by Sea Act (COGSA) لسنة ١٩٩٢ نصاً يسمح بقبول سند الشحن الإلكتروني أمام القضاء. (انظر الفصل الخامس من الدراسة).

وبسؤال أفراد عينة الدراسة عن مدى توفر الأنظمة والقوانين المنظمة لتبادل المعلومات والمستندات الكترونياً، والاعتراف بالتوقيع الالكتروني لدى الأجهزة الحكومية بالمملكة العربية السعودية. تبين من الجدول رقم (٤) أن نسبة ٥٦٣% من أفراد العينة يرون انه لا توجد أنظمة وقوانين لدى الأجهزة الحكومية، ولا شك أن غياب الأنظمة والقوانين يحد من استخدام سند الشحن الالكتروني بالمملكة العربية السعودية.

#### ١٠- مدى اعتراف النظام القضائي بسند الشحن الالكتروني:

لاشك أن وجود نظام قضائي وقوانين تتواءم مع التطورات العالمية، تحكم الأعمال التجارية،

ونشاط التجار في ممارسة تجارتهم. تساهم في سرعة البت في الخلافات التي تنشأ في الأعمال التجارية، والمستندات ذات العلاقة بها. واعتراف المحاكم الشرعية والإدارية في المحررات الالكترونية والتوقيع الالكتروني. من المحفزات في استخدام هذه المحررات والتعامل بها. لوجود ما يضمن حقوقهم. وفي المملكة العربية السعودية يوجد نوعين من القضاء:

١- القضاء الشرعي ومثله المحاكم الشرعية.

٢- القضاء الإداري ومثله ديوان المظالم.

وبسؤال أفراد عينة الدراسة عن مدى اعتراف المحاكم الشرعية، والإدارية بسند الشحن الالكتروني والتوقيع الالكتروني. أجابوا بنسبة ٨٧% منهم أن المحاكم الشرعية والإدارية لا تعترف بسند الشحن الالكتروني في التقاضي لدى هذه المحاكم. وهذا من العوائق التي تحول دون استخدام سند الشحن الالكتروني كوثيقة رسمية في التعاملات التجارية بالمملكة العربية السعودية.

**١١- اعتراف الأجهزة الحكومية بسند الشحن الالكتروني كبديل لسند الشحن الورقي:**

سند الشحن هو وثيقة رسمية تثبت ملكية البضاعة. ويتم تقديمها للجهات الحكومية، وشركات النقل البحري، من أجل فسخ وتسليم البضائع. فإذا كانت الأجهزة الحكومية وشركات النقل البحري في أي بلد لا تعترف بسند الشحن الالكتروني كوثيقة رسمية تقوم مقام سند الشحن الورقي، فإن هذا يعد أكبر عائق أمام استخدام سند الشحن الالكتروني.

وحسب آراء أفراد عينة الدراسة الموضحة بالجدول رقم (٤) في الفقرة (١١) فإن نسبة ٦٣% منهم يرون أن الأجهزة الحكومية بالمملكة لا تعترف بسند الشحن الالكتروني كبديل لسند الشحن الورقي.

**١٢- مدى اعتراف الأجهزة الحكومية بالتوقيع الالكتروني:**

مع انتشار استخدام التقنية، ورغبة العديد من المنظمات العامة والخاصة الاستفادة منها في سرعة إنجاز الأعمال، من أجل توفير الوقت، وتقليل الجهد، والتكاليف. ومن أوجه هذه الاستفادة استخدام التوقيع الالكتروني والاعتراف به وبما يترتب عليه.

وبسؤال أفراد عينة الدراسة عن مدى اعتراف الأجهزة الحكومية بالمملكة بالتوقيع الالكتروني. أجاب نسبة ٥٧% منهم أن تلك الأجهزة لا تعترف بالتوقيع الالكتروني ولا تعتمد به إطلاقاً.

وعدم الاعتراف بالتوقيع الالكتروني يعد من أسباب عدم الاعتراف بسند الشحن الالكتروني. في حين أن

الاتفاقيات الدولية ومنها اتفاقية (هامبورج لعام ١٩٧٨) تعترف بسند الشحن الإلكتروني.

١٣. مدى توفر القوى العاملة المدربة لدى القطاع الخاص للتعامل مع سند الشحن الإلكتروني:

القطاع الخاص هو المحرك الرئيسي للتبادل التجاري. وهو الأشد حرصا على سرعة إنهاء إجراءات دخول وخروج البضائع. وهو أسرع من القطاع الحكومي في مساندة التطورات والحرص على استقطاب الأيدي العاملة المدربة.

وحسب آراء نسبة ٨٩% من أفراد عينة الدراسة فإن القطاع الخاص تتوفر لديه القوى العاملة القادرة على التعامل مع سند الشحن الإلكتروني.

وبمقارنة الإجابات على هذه الفقرة من الاستبانة مع الإجابات على الفقرة رقم (٨) نجد أن قدرات القوى العاملة لدى القطاعين العام والخاص لا تقف عائق أمام استخدام سند الشحن الإلكتروني .

١٤. مدى توفر الأنظمة والقوانين لدى القطاع الخاص بشأن استخدام سند الشحن الإلكتروني:

لاشك أن القطاع الخاص أكثر مرونة وأسرع من القطاع العام في تطوير الأنظمة والإجراءات لديه. ومن خلال إجابة أفراد عينة الدراسة على الفقرة رقم (١٤) من الاستبانة بالجدول رقم (٤) نجد أن نسبة ٥٢% منهم يرون أن القطاع الخاص تتوفر لديه الأنظمة والإجراءات المنظمة لاستخدام سند الشحن الإلكتروني. في حين أن نسبة ٤٨% يرون أن هذه الأنظمة غير متوفرة حاليا.

١٥. مدى اعتراف القطاع الخاص بسند الشحن الإلكتروني:

الاعتراف بسند الشحن الإلكتروني من أهم مقومات انتشار التعامل به بين القطاع العام والخاص. ولاشك أن القطاع الخاص له تعاملات كثيرة داخل وخارج المملكة، وهذا يتطلب منه التعامل مع العديد من الشركات والمنظمات في دول أجنبية تعترف بسند الشحن الإلكتروني وتتعامل به. وبسؤال أفراد عينة الدراسة عن ما إذا كان القطاع الخاص في المملكة العربية السعودية يعترف بسند الشحن الإلكتروني، أجاب نسبة ٦٣% منهم أن هذا القطاع يعترف بسند الشحن الإلكتروني، وبالمقابل نجد أن القطاع العام لا يعترف بسند الشحن الإلكتروني حسب إجابة العينة على الفقرة رقم (١١) في الجدول رقم (٤).

١٦. مدى اعتراف القطاع الخاص بالتوقيع الإلكتروني:

حسب آراء أفراد عينة الدراسة بالجدول رقم (٤) نجد أن نسبة ٥٧% يرون أن القطاع الخاص يعترف بالتوقيع الإلكتروني، في حين نسبة ٤٣% يرون أن القطاع الخاص لا يعترف بالتوقيع

الإلكتروني. وفي المقابل نجد أن الذين يرون أن القطاع الحكومي لا يعترف بالتوقيع الإلكتروني ٥٧% .  
وإن دل هذا على شيء فإنما يدل على أن فرصة الاعتراف بسند الشحن الإلكتروني كأداة إثبات في  
القطاع الخاص أكبر منها في القطاع العام . وهو الأمر الذي يؤكد ماتم قوله سابقا من ضرورة وضع  
قوانين تنظم تبادل البيانات إلكترونيا بوجه عام وسند الشحن الإلكتروني بوجه خاص وإلا فإن فرصة  
التعامل مع القطاع الحكومي ستكون معدومة في هذا المجال .

## الفصل السادس مناقشة النتائج والتوصيات

من خلال الدراسة النظرية ومراجعة ما كتب عن سند الشحن الإلكتروني. وتجارب بعض الدول في مجال تبادل المعلومات إلكترونياً، ومنها سند الشحن الإلكتروني، وكذلك جهود المنظمات الدولية في هذا المجال، ومن واقع نتائج تحليل بيانات الاستبانة، ونتائج المقابلات الشخصية مع بعض المسؤولين يمكن إيجاز نتائج الدراسة بما يلي:

(١) سند الشحن الإلكتروني يتميز بالعديد من المزايا، من أهمها سرعة وسهولة تبادله بين أطراف عقد النقل - المنظمات ذات العلاقة - إنخفاض تكاليف الإرسال، والاستقبال، والتخزين، والمساهمة في تخفيض قيمة البضائع، وسرعة إنهاء إجراءات فسحها، وتسليمها (أنظر الفصل الأول من الدراسة).

كما أن نظام تبادل المعلومات إلكترونياً بين الدول، والتوسع في نشاط التجارة الإلكترونية. وقوانين أمن المعلومات المعمول بها في العديد من الدول المتقدمة. كل هذا يمكن بعض الدول من استخدام سند الشحن الإلكتروني كبديل لسند الشحن الورقي. وهذه النتيجة تحقق الهدف رقم (١) من أهداف الدراسة.

(٢) من واقع دراسة سند الشحن التقليدي، نجد أنه تعثره العديد من العيوب والمشاكل التي تجعله غير قادر على ملاءمة عصر ثورة المعلومات، ونظام التجارة الإلكترونية. ومن أهم هذه العيوب البطء في إرسال واستقبال سند الشحن الورقي. ففي كثير من الحالات تصل البضاعة قبل وصول سند الشحن، وبالتالي يتأخر فسح البضائع من قبل الجمارك، كما أن ارتفاع تكاليف تبادل وتخزين المستندات الورقية، وسهولة تعرض سند الشحن الورقي للتلف. يعتبر مؤشراً على أهمية استخدام سند الشحن الإلكتروني.

(٣) إتضح من أدبيات البحث أن سند الشحن يعتبر صك ملكية البضاعة. والجهة التي يجازها سند الشحن فإنها تحوز البضاعة حيازة فعلية. ويعتبر الأساس في عمليات التجارة الدولية والنقل البحري، ويعد وثيقة ذات حجية مطلقة لدى المحاكم. وهذه النتيجة تحقق كلا من الهدف الأول والرابع من أهداف الدراسة.

٤) سند الشحن الإلكتروني غير مستخدم في المملكة العربية السعودية، ويؤكد ذلك أن نسبة ٩٢% من أفراد عينة الدراسة من القطاعين العام والخاص لم يسبق لها التعامل بسند الشحن الإلكتروني داخل المملكة.

٥) الجهات الحكومية والخاصة ذات العلاقة بالنقل البحري والتبادل التجاري في المملكة تتوفر لديها التقنية والقوى العاملة اللازمة لاستخدام سند الشحن الإلكتروني، أي أن عنصر التقنية والقوى العاملة ليس من معوقات استخدام سند الشحن الإلكتروني. وقد أكد ذلك ٨٣% من أفراد العينة بالنسبة لتوفر التقنية في القطاع العام ونسبة ٨٠% بالنسبة لتوفر القوى العاملة المدربة، ٨٩% أكلوا جاهزية القطاع الخاص من هذا الجانب. ويؤيد هذه النتائج وجود نظام تبادل المعلومات الإلكترونية (Saudi EDI) بين جميع الأجهزة الحكومية والخاصة ذات العلاقة بالنقل البحري وفسح البضائع.

٦) عدم توفر الأنظمة والقوانين التي تحكم عملية تبادل البيانات الكترونياً، ومنها سند الشحن الإلكتروني. تعد من عوائق استخدام سند الشحن الإلكتروني في المملكة. وقد أكد أفراد عينة الدراسة عدم توفر هذه الأنظمة والقوانين لدى القطاع العام والقطاع الخاص بنسبة ٦٣%، ٤٨% على التوالي.

٧) عدم اعتراف الأجهزة الحكومية بسند الشحن الإلكتروني، ومنها المحاكم الشرعية يعتبر من أهم معوقات استخدام سند الشحن الإلكتروني كبديل لسند الشحن الورقي، وقد أكد وجود هذه المعوقات ٦٣% وهذه نسبة كبيرة من أفراد عينة الدراسة، من خلال اجاباتهم على العبارات ذات الأرقام (١٠، ١١، ١٢) بالجدول رقم (٤).

وفي المقابل نجد أن القضاء والأجهزة الحكومية في العديد من الدول مثل جمهورية مصر العربية، وفرنسا، وبريطانيا تعترف بسند الشحن الإلكتروني.

٨) القطاع الخاص أكثر وأسرع تطوراً من القطاع العام، وهو المحرك الرئيسي في عمليات التبادل التجاري بين الدول. ويسعى دائماً للاستفادة من التقدم التقني وثورة المعلومات، لتخفيض التكاليف، وزيادة نسبة الربحية، وسرعة دخول وخروج البضائع. وسند الشحن الإلكتروني من الأدوات التي تحقق ذلك.

وتعامل القطاع الخاص ليس محصورا داخل الدولة، بل يتعدى ذلك إلى دول أخرى، بحكم استثماراته الاجنبية، والتبادل التجاري مع دول العالم. لذا فمن المتوقع أن القطاع الخاص يعترف بسند الشحن الالكتروني، وكذلك التوقيع الالكتروني. ومن واقع نتائج الدراسة نجد أن ٦٦% من عينة الدراسة يرون أن القطاع الخاص يعترف بسند الشحن الالكتروني، و٧٤% يرون انه يعترف بالتوقيع الالكتروني.

### ملخص النتائج

من خلال استعراض ومناقشة نتائج الدراسة، فإن أهم المعوقات التي تحول بين استخدام سند الشحن الإلكتروني في المملكة العربية السعودية هي:

- ١- عدم توفر الأنظمة والقوانين التي تنظم، وتحكم، عمليات تبادل المعلومات الكترونياً، وتعترف بسند الشحن الالكتروني.
- ٢- عدم اعتراف الأجهزة الحكومية بسند الشحن الالكتروني كبديل لسند الشحن الورقي.
- ٣- عدم اعتراف المحاكم الشرعية والادارية، بحجية المستندات المستخرجه من الحاسب الآلي، ومنها سند الشحن الالكتروني.



## توصيات الدراسة

١) المنظمات الدولية ذات العلاقة بالتبادل التجاري العالمي، وضعت العديد من الانظمة، والاتفاقيات، التي تنظم وتحكم عمليات تبادل المعلومات إلكترونياً. ومنها اللجنة الاقتصادية الأوروبية (ECE) التي وضعت قواعد تعترف بالقواعد المتعلقة لتبادل البيانات إلكترونياً في مجال التجارة والنقل وتعرف باسم ( UNIEDIFACT) كما وضعت نماذج للرسائل الإلكترونية أطلقت عليها اسم الرسائل النمطية للأمم المتحدة (UNCID). تهدف الى تصميم نظام تبادل البيانات إلكترونياً في العالم، وكذلك إتفاقية هامبورج لعام ١٩٧٨ التي تعترف بتبادل البيانات الكترونياً، وبما أن نظام تبادل المعلومات الكترونياً أصبح أكثر أمناً من قبل. وقامت العديد من الدول بسن الانظمة والقوانين، لضمان أمن البيانات المتبادلة إلكترونياً، وكذلك توفر البنية التحتية للتقنية الحديثة في الاجهزة الحكومية والخاصة فإن الباحثان توصيان بما يلي :

- ١- قيام الأجهزة الحكومية السعودية بوضع القوانين والأنظمة بشأن استخدام سند الشحن الإلكتروني، والتوقيع الإلكتروني.
- ٢- إقرار المحاكم الشرعية بحجية سند الشحن الإلكتروني، وكذلك التوقيع الإلكتروني.
- ٣- تشجيع وحث القطاع الخاص بالسعودية على استخدام سند الشحن الإلكتروني، كبديل للسند الشحن الورقي.
- ٤- الإستفادة الكاملة من نظام أمن المعلومات إلكترونية الذي تم اصداره بالملكة العربية السعودية مؤخراً.

## قائمة المراجع

### المراجع الأجنبية

- **FABER D.**, Electronic Bills of Lading , LMCLQ, 1996 , p. 236 .
- **BONASSIES P.** “ La nouvelle convention internationale sur le transport de marchandises par mer ( Les Règles de Hambourg ) “ , analyse critique , dans cahiers de documentation de la chambre de commerce et d’industrie de Marseille , n 3 1979 p. 4 .
- **BONASSIES P.** note sous Cass. 25 Juin 1985 ,DMF 1985 , p. 659
- **BONASSIES P.** obs , D.M.F. 1987 p. 80 et obs.sous Aix-en-provence28 av. 1976, D.M.F. 1986 , p. 686 .
- BONASSIES P.** “ Le connaissance : évolution historique et perspectives “ Annales IMTM 1984 p. 103
- **BOOKER M.**, EDI, Traiding paper for problems , Containerisation International , February 1991 , p. 20
- **DELEBECQUE Ph.** note sous Cass. Com. 7 Janv. 1992 , Rev. Arb. 1992 p. 553
- **DUBOVEC M.**, The problems and possibilities using electronic Bills of lading as collateral , *Arizona Journal of international & comparative law* , vol. 23,n 2 , 2006.
- **Electronic Data Interchange – A Management Overview** ( Digital Equipment Company Ltd )p. 57
- **FOUCHARD Ph.**, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN “ Traité de l’arbitrage commercial international “ n 491 et s
- **International Consultative Commission for TDF Development** , p. 88 TDF 270 , Intergovernmental Bureau for Informatics .
- **Journal of Commerce** , New York , 24 April 1991
- **KURT G.** , The computer as a substitute for paper documents , SIDA / UNCTAD Seminar p. 14
- **MANKABADY S.**, “ The electronic Transmission of commercial Documents “ , BIMCO Bulletin 4/88 , August , p. 9240
- **MARAIS** , Crédit documentaire , n58 ;
- **NILSON A.**, BIMCO Bulletin , EDI and the Law , 4/ 1990 . July ,

August , p. 25 .

- **NILSON A.**, Bimco Bulletin , EDI and the Law , 4/1998 , July , august , p. 27
- **PESTEL – DEBORD P.** La livraison des marchandises par le transporteur maritime contre remise d'une lettre de garantie , IMTM ; IMTM et IDIT : La lettre de garantie pour absence de connaissance , compte rendu d'une table ronde du 22 février 1985 , publications IMTM 1985 .
- **PINOT** conclusions sous Cass. Com. 26 Nov. 1996 , RJDA 1997 / 1 , n 90 p. 3.
- **PLANIOL et RIPERT** " Traité pratique de droit civil français " 1955 , T. 3 , p. 563 .
- **RAVEN J.**, " Electronic Data Interchange and Developing Countries " , IDEA Discussion Paper n 2 , Brussels International Data Exchange Association , 1988
- **REMOND – GOUILLOUD M.**, Droit maritime , 2 ème éd.Paris , Pedone , 1993 , n 530 .
- **REMOND – GOUILLOUD M.** " Le contrat de transport " éd. Dalloz 1993 Collection connaissance du droit p. 34 .
- **RINER J.B.- GLLIMIECKI J.Y.** " international electronic commerce and administrative law : the need for harmonized national reforms" site [jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v06/06HarvJLTech263.p](http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v06/06HarvJLTech263.p)
- **SAUVAGE** , Manuel pratique du transport des marchandises par mer , n 83 .
- **SAUVAGE** , note sous : Trib. Com. De Rouen 23 Fev. 1962 , DMF 1962 , p. 294 .
- **SAUVAGE**, note sous Trib. Com. de Rouen 23 Fev. 1962 , DMF 1962 , p. 294
- **SOKOL Ph.**, EDI , The competitive Edge , Mc Graw – Hill , New york , 1989 , p. 60 .
- **The Journal of business Law** , 1989 , March , p. 106 .
- **THOMSEN Hans B. WHEBLE & BERNARD S.** , Trade Facilitation and legal problems of trade Date Interchange , 13 Int'l. Bus. L. 313,313,1985
- **UNCTAD** , TD/ B/C. 4/330 , item 1 .

- UNCTAD , TD/B/C/ 4/328 , ITEM 13 ; The Commercial Use of Electronic Data Interchange – A report and Modal Trading Partner Agreement , 45 Bus – Law , pp. 1945,1650 , 1990 .
- WALDEN and SAVAGE , “ The legal problems of paperless transactions “ , The Journal of Business Law , 1989 , March , p. 106
- WALDEN and SAVAGE, The legal problem of paper less transaction , the journal of business law , 1989 March , p. 106 .

## المراجع العربية

- إبراهيم مكي " نظام النقل بأوعية الشحن " الطبعة الأولى ١٩٧٥ ص ٦٦
- احمد حمد الرشود ، "سند الشحن الالكتروني" ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد الثاني ، السنة الثامنة والعشرون ، يوليو ٢٠٠٤ .
- أسامة ابو الحسن ، " خصوصية التعاقد عبر الانترنت " ، منشورات جامعة الامارات العربية المتحدة – كلية الشريعة والقانون ، المجلد الثالث ، ٢٠٠٤ .
- أسامة عبد العزيز " التنظيم القانوني للنقل بطريق الحاويات " منشأة المعارف ٢٠٠٤
- أيمن النحراوي ، سندات الشحن الالكترونية ودورها المستقبلي في التجارة الدولية ، مجلة الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري ، عدد يناير ٢٠٠٨
- جلال وفاء محمددين ، " دروس في القانون البحري المصرى الجديد " ، الاسكندرية ، مصر ، ١٩٩٢ .
- الخدمات البحرية ، الغرفة التجارية الصناعية ببنبع ، ١٩٩٢
- سمير الشراوى ، "القانون البحري" ، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر ، الطبعة الثانية ، ١٩٨٧ .
- عاطف محمد الفقى ، " النقل البحري للبضائع " ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، ٢٠٠١ .
- عبد الحفيظ عاشور " التجارة الإلكترونية بين المزايا والتحديات " ، الإقتصاد ، أغسطس ١٩٩٩
- العكيلي " دور سند الشحن في تنفيذ عقد البيع كاف أو سيف " دار النهضة العربية ١٩٧١

- على البارودي ، هاني دويدار ، " مبادئ القانون البحري " ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، مصر ، ١٩٩٨ .
- علي البارودي ومحمد فريد العريني " الأوراق التجارية والإفلاس " دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٤
- على عبد القادر القهوجي ، " جرائم المعلوماتية " ، محاضرة الاطار القانوني للمعاملات التجارية عن طريق الانترنت ، معهد النقل الدولي واللوجستيات ، الاكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري ، الاسكندرية ، مصر ، ٧-١٠ يوليو ٢٠٠٧ .
- عماد الدين عبد الحى ، " وكيل السفينة في النقل البحري الدولي " ، رسالة دكتوراه باللغة الفرنسية ، غير منشورة ، جامعة نات ، فرنسا ، ١٩٩٧ .
- فاروق محمد ملش ، " النظام القانوني لسند الشحن الالكتروني في مجال التجارة البحرية " ، دورة الاطار القانوني للمعاملات التجارية عن طريق الانترنت ، معهد النقل الدولي واللوجستيات ، الاكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري ، الاسكندرية ، مصر ، ٧-١٠ يوليو ٢٠٠٧ .
- فهد بن حمود الناييف الحقباني " مسؤولية الناقل البحري للبضائع بمقتضى سند الشحن في النظام البحري السعودي ، ٢٠٠٠
- محمد ابراهيم موسى ، " سندات الشحن الالكترونية بين الواقع والمأمول " ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، مصر ، ٢٠٠٥ .
- محمد السيد عرفة ، " التجارة الالكترونية عبر الانترنت " ، منشورات جامعة الامارات العربية المتحدة - كلية الشريعة والقانون ، المجلد الاول ، ٢٠٠٤ .
- محمد شفيق ميرا ، نظام الحاويات والتبادل الإلكتروني للبيانات ، النشرة الدورية لمركز البحوث والإستشارات لقطاع النقل البحري ، العدد ٣٣
- محمد عبد الفتاح ترك ، " التحكم البحري " ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، مصر ، ٢٠٠٥ ،
- محمود شليبي ، إستخدام نظام تبادل البيانات إلكترونيا ، المؤتمر الدولي الثاني عن النقل البحري

- في الدول النامية ، ١٣ مايو ١٩٩١ ، فندق شيراتون ، الإسكندرية
- مسعد، محمود، انظمة الادارة العامة في المملكة العربية السعودية، جامعة الملك عبدالعزيز، جدة ١٤٠١هـ.
  - مصطفى كمال طه " الأوراق التجارية والإفلاس " ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، ٢٠٠٣ ص. ١١ .
  - مصطفى كمال طه ، " اصول القانون البحري " ، الاسكندرية ، مصر ، الطبعة الاولى ، ١٩٥٢ .
  - نادر، محمد جابر، وعلم الدين، محي الدين اسماعيل. دليل رجل الاعمال، والتاجر بالمملكة العربية السعودية، الفرقة التجارية الصناعية، جده، ١٤١٤ هـ.
  - يحيى، سعيد، الوجيز في النظام التجاري السعودي، شركة النصر للطباعة والتجليف، جدة، الطبعة الخامسة، ١٤٠٥هـ.

### الأحكام القضائية الأجنبية

- Cass. Com. 26 Nov. 1996 , RJDA 1997 / 1 , n 90 conclusions PINOT p. 3.
- Cass. Com. 7 Janv. 1992 , Rev. Arb. 1992 p. 553
- Aix en province 21 Oct. 1988 , DMF 1991 p. 169
- Paris 13 Janv. 1988 , Rev. Arb. 1990 p. 618
- Cass. Com. 4 Juin 1985 , DMF 1986 p. 107
- Cass 25 Juin 1985 ,DMF 1985 , p. 659 note BONASSIES
- Sentence Arbitral CAMP n 513 , 29 Mars 1984 DMF 1985 p. 115Aix-en-provence 28 av. 1976 , D.M.F. 1977 , p. 27 note Renard ; 27 Sep. 1985 , D.M.F. 1986 , p. 686 .
- Trib. Com. De Rouen 23 Fev. 1962 , DMF 1962 , p. 294 note Sauvage
- Trib. Com. Marseille 3 Janv. 1950 , DMF 1950 , p. 560

## قائمة الأحكام القضائية العربية

- طعن رقم ١١١٤ لسنة ٥٢ جلسة ٤ ديسمبر ١٩٨٩
- طعن رقم ١٢٩٣ سنة ٤٨ ق جلسة ٨ / ٣ / ١٩٨٢ .
- طعن رقم ٢٠٣ لسنة ٤٢ ق جلسة ٢٦ يونيو ١٩٧٨
- طعن رقم ٣٣٩ لسنة ٤٠ ق جلسة ٢٣ / ٦ / ١٩٧٥ .
- طعن رقم ٩٣ لسنة ٣٨ ق جلسة ٣ إبريل ١٩٧٣
- طعن رقم ٥١ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٤ إبريل ١٩٧٠
- طعن رقم ١٣٥ لسنة ٣٣ ق جلسة ٧ فبراير ١٩٦٧
- نقض مدني ١١ يناير ١٩٦٦ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١٧ ص ٧١ .
- نقض مصري جلسة ١١ / ١ / ١٩٦٦ ، س ١٧ ص ٧١ .
- محكمة إستئناف القاهرة ١٩ مارس ١٩٦٣ ، منشور في المجموعة الرسمية ، سنة ٦١ ، ع ٢ ، ص ٣٠٩ .
- طعن رقم ٣٢٠ سنة ٣١ ق جلسة ٢٢ / ٣ / ١٩٦٦ .
- طعن رقم ٦٠ لسنة ٣٠ ق جلسة ٢٥ فبراير ١٩٦٥
- طعن رقم ٣٦٥ لسنة ٣١ ق جلسة ١٧ يونيو ١٩٦٥
- طعن رقم ٤٠٦ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٧ يونيو ١٩٦٥

## قائمة الرموز والمصطلحات العلمية

**CMI** : comittee for international maritime قواعد اللجنة البحرية الدولية

**UNCTAD**: The United Nations Conference on Trade and Development الأمم المتحدة للتجارة والتنمية

**IMO** : international maritime organization المرور البحري الدولي

**ECE** : le comite economique Europeen اللجنة الاقتصادية الاوروبية

**UNIEDIFACT**: the UN for the development of the international standard

**E.D.I.** : electronic Data interchange تبادل البيانات إلكترونيا

**UNCID**: Uniform Rules of Conduct for Interchange of Trade Data by Teletransmission القواعد الموحدة لتبادل البيانات التجارية باستخدام الإرسال الإلكتروني

**RUU** : Les Règles et Usances Uniformes قواعد السلوك الموحدة

**CCI** : la Chambre de commerce internationale غرفة التجارة الدولية

**COGSA** : The Carriage Of Goods by Sea Act

**UNCITRAL** : United Nations Commission on International Trade Law لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

**OECD** : Organization for Economic Co-operation and Development منظمة التعاون والتنمية



**Bus.L.** : Business Law مجلة قانون الأعمال

**EDI** : Electronic Data Interchange تبادل البيانات إلكترونيا

**UNCTAD** : International Consultative Commission for  
TDF Development مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية

**ECE** : Economic Commission for Europe اللجنة الأوروبية  
الإقتصادية

**ICC** : International Chamber of Commerce غرفة التجارة الدولية

**UNSM**: United Nations Standard Messages الرسائل النمطية  
للأمم المتحدة

**UCP** : Uniform Customs and Practice for Documentary  
Credits قواعد السلوك الموحدة للاعتماد المستندي

**COGSA** : The Carriage Of Goods by Sea Act

**EMS** : Electronic Monitoring System نظام المراجعة الإلكتروني

**CMI**: international maritime comite قواعد اللجنة البحرية الدولية

**CNUDCI** : la commission des Nations Unies pour le droit  
commercial international لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

**UNCITL** : The United Nations commission on  
international trade law لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي

**C.Auth.** : Certificate Authority هيئة الاعتماد

**P.D.P** : Personal Data Protection حماية البيانات الشخصية

**J.B.L.** : The Journal of Business Law جريدة قانون الأعمال

**C.Cass.** : la cour de cassation محكمة النقض

- Ch.com.** : chambre commerciale الدائرة التجارية في محكمة النقض
- D.M.F.** : Droit maritime francais مجلة القانون البحري الفرنسي
- Rev. Arb.** : Revue arbitrale مجلة التحكيم
- R.J.D.A.:** la revue juridique de droit aerien المجلة القانونية للقانون الجوي
- Trib. Com.** : tribunal de commerce المحكمة التجارية
- Trib.** : Tribunal المحكمة
- A.D.M.A.** : annuaire de droit maritime et aérien مجلة القانون البحري والجوي
- B.T.** : Bulletin des transports مجلة النقل
- C.A.** : Cour d'Appel محكمة الاستئناف
- C.civ.'** : Code civil القانون المدني
- C.com.** : Code de commerce القانون التجاري
- Concl.** : Conclusion إستنتاج
- D.** : Recueil Dalloz.
- Dr. Transp.** : Droit des transports قانون النقل
- Éd.** : édition طبعة
- ex.** : Exemple مثال
- Fasx.** : Fascicule منشور
- G.P.** : Gazette du palais.
- G.A.C.E.F.** : Groupement des entreprises de transport français Auxiliatires du commerce

- extérieur de France مجمع شركات النقل الفرنسية  
والوكلاء بالعمولة للنقل الدولي في فرنسا
- Ibid** : Au même endroit في نفس المكان
- I.D.I.T.** : Institut du Droit international des transports de Rouen معهد القانون الدولي في روان
- J.C.P.** : Jurisclasseur périodique (semaine juridique).
- n°** : Numéro.
- Obs.** : Observations ملاحظات
- Op.cit** : Opere citato (dans l'ouvrage cité) في المرجع المذكور
- p.** : Page صفحة
- Préc.** : Précité المشار إليه
- R.D.M. Comp.** : Revue de droit maritime comparé مجلة القانون البحري المقارن
- R.int.dr.marit.** : Revue internationale de droit maritime مجلة القانون البحري الدولي
- R T.D. com.** : Revue trimestrielle de droit commercial المجلة الفصلية للقانون التجاري
- R.V.T.** : Revue des ventes et des transports مجلة البيوع والنقل

<b>Rapp.</b>	: Rapport تقرير
<b>Scapel.</b>	: Revue de droit Français Commercail, Maritime et Fiscal مجلة القانون التجاري البحري الفرنسي والمالي
<b>Somm.</b>	: Sommaire.
<b>Supra</b>	: ci- dessus المذكور أعلاه
<b>T.</b>	: Tome جلد
<b>T.G.I.</b>	: Tribunal de Grande Instance.
<b>T.I.</b>	: Tribunal d'instance.
<b>Th.</b>	: Thèse بحث
<b>Trait.gén.dr.mar it.</b>	: Traité général de droit maritime
<b>Trib. Com.</b>	: Tribunal de commerce المحكمة التجارية
<b>v.</b>	: Voyez إنظر

بسم الله الرحمن الرحيم

## استخدام سند الشحن الإلكتروني بالملكة العربية السعودية

تتعلق هذه الاستبانة بدراسة مدى استخدام سند الشحن الإلكتروني في المملكة، وأهم الصعوبات والعوامل التي تؤثر على استخدامه، والتعرف على أهمية السند الإلكتروني الحالية في منظومة التجارة الخارجية للمملكة، الأمر الذي يساعد في تطوير خدمات واستخدام سند الشحن الإلكتروني مما يترتب عليه مزيد من السرعة والفاعلية في مجالات التجارة الخارجية والنقل الدولي. لذا فإن مساهمتكم ستري الدراسة، كما أن البيانات سوف تستخدم لأغراض البحث العلمي فقط.

مع خالص الشكر والتقدير

الباحثة



---

## فلسفة القانون ونظرية العدالة

### Legal philosophy and Theory of Justice

دكتور / فايز محمد حسين محمد  
أستاذ ورئيس قسم فلسفة القانون وتاريخه  
كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

---

لا ينكر أحد ما لفلسفة القانون من مكانة متميزة وهامة في ميدان الفكر القانوني، وقد كانت محلا وما زالت محلا لدراسات عديدة، من حيث النشأة والتطور والوظائف. واعتاد الشراح على تطعيم دراساتهم القانونية الوضعية بتطبيقات فلسفية قانونية، حتى يضيفوا عليها التأصيل العلمي والتمحيص الفلسفي الدقيق. وتحفل دراسة فلسفة القانون في الوقت الحاضر مكانة مرموقة في الجامعات الأوروبية والأمريكية. ولقد شهدت أوروبا بوجه خاص ميلاد الرواد الأوائل لفلسفة القانون.

أولا : ماهية فلسفة القانون :

أول من استخدم اصطلاح فلسفة القانون هو الفيلسوف الالمانى هيغل Hegel عام ١٨٢١. ولكن ترجع نشأة فلسفة القانون مع ظهور الإنسان على سطح الأرض، لأن الإنسان قد خلقه الله تعالى، متمتعاً بملكة العقل الواعى المفكر، وأمره الله تعالى بالتأمل وتدبير الآيات الكونية. ومحبة الحكمة، من غايات البشر، والفلسفة هي محبة الحكمة.

وترتبط فلسفة القانون بالفلسفة العامة بالفلسفة العامة La Philosophie ارتباطا وثيقا . ولهذا ففلسفة القانون تقتضى الإلمام والفهم الواعى للفلسفة العامة، والفهم الدقيق لتاريخ المذاهب الفلسفية، والتحويلات التي طرأت على هذه المذاهب، والمنطقتان الأساسية لكل مذهب والإلمام بمعطياته وأفكاره وأثره في مجال الفكر القانوني والاجتماعي والسياسي. ومن ناحية أخرى ترتبط فلسفة القانون بمجموعة من العلوم القانونية الأخرى، كعلم القانون والقانون المقارن، والنظرية العامة للقانون و علم الاجتماع القانوني، وفلسفة السياسة، وتاريخ النظم القانونية.

ومصطلح فلسفة القانون Legal – philosophie de droit  
philosophy من المصطلحات المركبة (١) من مصطلح فلسفة ، ومصطلح  
قانون . ولم يتفق الشراح حول تحديد المقصود بمصطلح الفلسفة وكذلك  
بمصطلح القانون . ومن هنا فإن هذا الخلاف انعكس أثره حول تحديد المقصود  
بمصطلح فلسفة القانون.

ولقد تم تخصيص عدد خاص من أرشيف فلسفة القانون عام ١٩٦٢  
Archives de philosophie du droit لدراسة موضوع: "ما هي فلسفة  
القانون" وفي هذا المؤتمر قدم كل مفكر تعريفاً لفلسفة القانون، مؤسساً على  
رؤيته وفلسفته الخاصة به.

ولقد اختلف الشراح في بيان المقصود بفلسفة القانون اختلافاً كبيراً .  
فيرى A.Ahrens أن فلسفة القانون هي العلم الذي يعالج المبادئ الأولية  
للقانون، كما يصورها العقل الإنساني ومؤسسه على الطبيعة الإنسانية في إطار  
علاقاتها بالنظام العالمي. (٢) ويرى الأستاذ البلجيكي جان دابان Dabin أن  
فلسفة القانون هي: "انعكاسات فلسفية على القانون وعلى العلوم القانونية"  
وترتيباً على ذلك، فينادي الأستاذ دابان بضرورة أن يكون فيلسوف القانون  
فقيهاً وفيلسوفاً في آن واحد. (٣) ويعرفها الدكتور محمد الشقنقيري بأنها:  
"الدراسة النقدية لمجموعة المبادئ والأسس التي تركز عليها النظم القانونية  
المختلفة". (٤) وتعني فلسفة القانون في رأي د. عبد المجيد الحفناوي " البحث  
عن أصول الشرائع القانونية، ودراسة المبادئ التي تسودها". (٥) ويرى الأستاذ

(١) انظر: في اللغة القانونية.. مؤلفنا: دور المنطق القانوني في تكوين القانون وتطبيقه،  
القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٦؛ ومؤلفنا: المنهجية القانونية، محاضرات لطلبة  
الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بيروت العربية، بيروت، ٢٠٠٨-٢٠٠٩ .  
(٢) راجع:

A.AHRENS "Cours de droit naturel ou du philosophie du droit  
"Traduction Francaise, 1885, p. 22.

(٣) راجع:

J. DABIN, Qu'est la philosophie du droit, in A. Phi. , D., 1962. P. 112.

(٤) د. محمد الشقنقيري، محاضرات في فلسفة القانون، جامعة عين شمس، ١٩٩١،  
ص ٧.

(٥) د. عبد المجيد الحفناوي، تاريخ القانون، د. ت، ص ٤٩١.



جان داربيلا J. Darbellay، أن فلسفة القانون هي: "جزء من الفلسفة المطبقة على المعرفة العميقة للقانون والعدالة والقيم الأخلاقية التي يتضمنها النظام القانوني والتي يحركها المجتمع السياسي".<sup>(١)</sup> ويرى الأستاذ برت لاجراساي J.B.Dela Gressaye أن فلسفة القانون هي: "دراسة للمشاكل الأساسية للقانون وهي أساس وغاية ومحتوى القانون"<sup>(٢)</sup>. ويرى الأستاذ هارت H.L.A.Hart من أنصار الاتجاه الحديث في الوضعية القانونية التحليلية الجديدة،<sup>(٣)</sup> أن فلسفة القانون هي "فرع من العلوم القانونية تتناول معالجة أمور ثلاث هي: مشاكل تعريف القانون وتحليله، مشكلة الاستدلال القانوني Legal reasoning ومشاكل التقسيمات القانونية"<sup>(٤)</sup> ويعرف الأستاذ كريستيان أتياس Ch. Atias فلسفة القانون تعريفاً دقيقاً إلى حد كبير، فيقول "فلسفة القانون تنصب على التساؤل عن: ماهية القانون، وأهدافه، ووسائله، وأساسه"<sup>(٥)</sup>.

وفي نظر الأستاذ فيليه M.Villey فلسفة القانون هي: "دراسة مبادئ الأنظمة القانونية"<sup>(٦)</sup>.

ومن جهتنا يمكننا القول أن فلسفة القانون يمكن تعريفها على أنها: (الدراسة التي تتناول الأسس الأولية الكامنة فيما وراء الظاهرة القانونية، وتهدف إلى الوصول إلى قانون تتحقق فيه الغايات النهائية

(١) A.P.D, P. 113.

(٢) IBID., P. 96.

(٣) راجع فيما يتعلق بنظرية هارت راجع: د. محمد نور فرحات: الفكر القانوني والواقع الاجتماعي، القاهرة، دار الثقافة للطبع والنشر، ١٩٨١، د. السيد العربي حسن، القانون والأخلاق والقيم في المجتمعات العثمانية، القاهرة، دار النهضة، ٢٠٠٠، ص ١٠٤ وم بعدها د. فايز محمد حسين: الوضعية القانونية، القاهرة، ١٩٩٦.

(٤) راجع:

H.L.A.HART: Problems of the philosophy of law, in Essays in jurisprudence and philosophy, Oxford, clarendon press, 1983, P., 89.

(٥) راجع:

CH.ATIAs Sciences des legalistes savoir des juristes, Aix – Marsielle P.u. d Aix, 1991, P. 42 – 43.

(٦) راجع:

J.M.TRIGEAUD, Humanisme de la liberté et philosophie de la justice, T.I., Op. , Cit., P. 22.

للإنسان. من خلال البحث عن طبيعة القانون ومنهجه والقيم القانونية).

ثانيا : الإطار الأكاديمي لدراسة فلسفة القانون:

ترتبط دراسة فلسفة القانون بالفلسفة العامة، ولهذا نجد أن إطار الدراسة في فلسفة القانون يماثل إطار المباحث الثلاثة للفلسفة العامة، والبحث في فلسفة القانون، يعد أمراً شاقاً وبحاجة إلى إمكانية بحثية مرتفعة؛ لأنه يفترض الإلمام بفروع كثيرة من فروع المعرفة، وقد اعتمد باحثو فلسفة القانون على الأساليب العامة للتفكير في معالجة لفلسفة القانون، أو في صياغة فلسفاتهم القانونية.

تشمل دراسة فلسفة القانون على ثلاثة مباحث أساسية تتوافق في مضمونها وهيكلها الخارجي مع المباحث الثلاثة للفلسفة العامة، والمباحث الثلاث لدراسة فلسفة القانون هي:

### (١) مبحث الوجود القانوني L'ontologie juridique

يوافق مبحث الوجود القانوني مبحث الوجود L'ontologie في الفلسفة العامة، ويدرس مبحث الوجود " القانون " في صورته الكلية، أي بوصفه فكرة une idée وليس بوصفه مفهوم un concept، فهو يرتفع بدراسة للقانون إلى مرحلة البحث في أسسه الأولى ومبادئه العليا، حتى يصل إلى تحديد أساس لجوهره وموضوعه. وبوجه عام، فإن مبحث الوجود القانوني ينصب على دراسة ما يأتي:

#### أ- البحث عن طبيعة القانون La nature du droit

وذلك بهدف تحديد جوهر القانون والبحث عما إذا كان القانون فكرة مثالية أو روحية أو حدسية أو واقعية أو دينية أو غير هذا من التفسيرات.

#### ب- البحث عن أساس صحة القانون La validité du droit

إذ يدور البحث عن المبدأ (أو مجموعة المبادئ) الذي سيمتد القانون منه صحته حيث يتم البحث عن المعيار الذي بمقتضاه يمكن اعتبار هذا من القانون وهذا لا يعد قانونياً، ويقول ثالث أكثر إيضاحاً أن البحث عن صحة القانون يشير إلى البحث عن المرجع *La référence* الأساسي للقانون. وقد يكون هذا المرجع الدين أو إرادة المشرع، أو القانون الطبيعي، أو الأخلاقي، أو العرف والتقاليد. هكذا تخلف مرجعية القانون العليا حسب وجهة نظر الفيلسوف القانوني.

فقد يرى البعض أن مرجعية القانون أو صحة القانون تتمثل في استناده على مبادئ الدين، أو الأخلاق، أو القيم المثالية، وهؤلاء هم الفلاسفة المثاليون. وقد يرى البعض الآخر أن أساس صحة القانون ومرجعيته هي الواقع الاجتماعي ذاته، وهؤلاء هم أنصار المذهب الاجتماعي.

### ج- البحث حول أساس فعالية القانون *L'efficacité*.

ويدور جانب من دراسات علم الوجود القانوني، حول البحث عن أساس فعالية القانون، أما البحث حول أساس فاعلية القانون أي البحث في آثار القانون- فهو من المباحث الأساسية في دراسات الغائية القانونية *La finalité juridique* ويوجه خاص، يمثل البحث في فاعلية القانون من المباحث الأولية، والأساسية لعلم الاجتماع القانوني *La sociologie juridique*.

### د- تعريف القانون:

من خلال البحث عن أساس القانون، وفعاليتته وطبيعته يهتم بمبحث الوجود القانوني بوضع تعريف للقانون ويلاحظ أن جميع التعريفات، التي يقدمها بلخثو فلسفة القانون للقانون، إنما هي تفسيرات تعكس وجهة نظر فلسفة كل منهم حول طبيعة القانون وأساسه. بمعنى أن تعريف القانون هو تعريف مبني على تفسير طبيعته، ويلاحظ أن مبحث الوجود القانوني، لا يقف عند حد دراسة وصف الظاهرة القانونية، وإلا كان مبحثاً في علم القانون الوضعي، بل إنه يمتد ويعطو على مجرد الوصف، ويدخل في الأصاق الأساسية والمبادئ العامة للظاهرة القانونية، ليكشف عن الأساس الحقيقي

لها؛ من أجل تحديد طبيعتها الحقيقية.

## (٢) مبحث المنهج القانوني *La Méthodologie juridique*:

ويتضمن في داخله على مبحث المعرفة القانونية *La connaissance juridique* والذي يقابل في الفلسفة العامة مبحث المعرفة، ويرتبط بمبحث المنهج القانوني ارتباطاً وثيقاً، بمبحث الوجود القانوني، لأن مبحث المنهج القانوني يدور حول مدى إمكانية ووسائل معرفة ومصادر القانون، وبالتالي فهو ينصب على تحليل طرق إدراك الظاهرة القانونية وحدود وقواعد معرفتها بها.

ويهتم مبحث المنهج القانوني - أيضاً - بدراسة مناهج البحث القانونية ومصادر القانون ومناهج التفسير. ومن الموضوعات الهامة، التي تدخل في مبحث المنهج القانوني، مشكلة دور العقل في المعرفة القانونية، وبيان حدود وقواعد المعرفة العقلية، وهل هي ممكنة أم لا، وإذا أقررنا بإمكانيتها فهل هي معرفة يقينية أم معرفة احتمالية تخضع للشك المنهجي.

## (٣) مبحث القيم القانونية *L'Axiologie juridique*

يقابل مبحث القيم القانونية في الفلسفة العامة مبحث القيم، والقيم في مجال الفلسفة العامة ثلاث، هي: قيم الخير *Le bien* ويتناول بحثها علم الأخلاق وقيمة الجمال، ويتناولها علم الجمال، والقيمة الثالثة هي قيمة الحق، ويتناول بحثها علم المنطق.

ويتناول مبحث القيم القانونية، الأسس والمثل الأساسية التي يجب أن يقوم عليها النظام القانوني، ويكشف عن ماهية هذه المثل العليا. ووفقاً لفلسفة القانون، فالأسس الأولية، أو المثل العليا التي يجب أن يقوم عليها أي نظم قانوني هي:

العادلة *La justice* - الأخلاق *La morale* - القانون الطبيعي *Le droit naturel* - الدين *La religion* والاستقرار القانوني *Legal security* واليقين القانوني *Legal certainty*.

ويلاحظ أنه، لا يمكن أن يوجد نظام قانوني لا يتبنى قيمة ما من القيم السابقة أو خليط منها، فمثلاً لا يمكن أن يتجاهل أي نظام قانوني "قيمة العدالة"، لأنه إذا أن يوجد نظام قانوني دون أن يكون عادلاً، فقد كف عن أن يكون نظاماً قانونياً، بل ينحدر إلى مجرد نظام مادي وأسلوب قهري للحكم وأحدث النظام.

ويتوقف تبني النظام القانوني لأحد القيم السابقة على طبيعته والفلسفة السائدة فيه. فمثلاً: النظام القانوني الأوروبي - الأمريكي- يتبنى قيمة العدالة والقانون الطبيعي باعتبارهما القيمتين اللتين تتفقان مع طبيعة مجتمعاتها، أما النظام القانوني الإسلامي فيتبنى كل القيم إلا قيمة القانون الطبيعي، لأن فكرة القانون الطبيعي - في الكثير من مبادئها ومنطلقاتها - تتناقض مع أسس العقيدة الإسلامية.

ومعالجة مبحث القيم القانونية، يدور حول مناقشة القيم السابقة ومحاولة تحديد طبيعتها. ومدى ارتباطها بالأنظمة القانونية وبيان العلاقة بينها وبين الظاهرة القانونية.

ويشكل مبحث القيم القانونية المبحث الأساسي في دراسات فلسفة القانون، حتى أن فلسفة القانون قد ارتبطت أساساً - وما زالت - بمشكلة القانون الطبيعي وعلاقته بالقانون الوضعي، وهي من أهم المشاكل التي يدور حولها علم القيم القانونية.

بالإضافة إلى أنه من أهم مجالات البحث في فلسفة القانون، مجال دراسة أهداف وغاية القانون *Ends of law - Purposes of law*

### ثالثاً: وظيفة فلسفة القانون

إذا كان ريكارت R. Descartes يقول: "إن المرء الذي يحيا دون تفلسف هو بالطبع كمن يظل مغمضاً عينيه لا يحاول أن يفتحها".<sup>(١)</sup> فإنه يمكن القول إن الفكر القانوني الذي يحيا دون تفلسف في القانون باحثاً عن علته وأساسه - أي لا يهتم بدراسة فلسفة القانون - هو بالطبع كمن يظل مغمضاً عينيه

(١) رنيه ديكرت، مبادئ الفلسفة، ترجمة د. عثمان أمين، ١٩٦٠، ص ٤٨.

لا يحاول أن يفتحهما إلا على رؤية القانون الوضعي". وانطلاقاً من قول ديكرت، سنحاول التعرف على وظائف فلسفة القانون.

وفي الواقع تختلف وظيفة فلسفة القانون باختلاف العصر، وبالرغم من أن فلسفة القانون من العلوم ذات الطبيعة العالمية، إلا أنها لعبت أدواراً مختلفة على مر العصور، فوظيفتها في عصر ما اختلف عن وظيفتها في العصر الآخر، والعوامل التي أثرت في تحديد وظيفتها مختلفة من عصر إلى آخر، فتتراوح هذه العوامل حسب نوع النظام السياسي السائد والفلسفة السائدة والأهداف التي يرمي إلى تحقيقها المجتمع وشكل القانون ونظمه السائدة، فمن خلال هذه الأطر تتحدد وظيفة فلسفة القانون.

وفي الآونة الأخيرة ارتبطت فلسفة القانون ارتباطاً وثيقاً بالمشكلات التي تثيرها الحياة الاجتماعية الحديثة، والتي فرضت على القانون والإنسان بعداً جديداً، لم يجد له مثيلاً في العصور السالفة.

ويمكن بإيجاز استعراض أهم وظائف فلسفة القانون في النقاط التالية :

### (١) إحداه توافق بين الفكرة القانونية والتغير الاجتماعي:

المشكلة الكبرى التي في ظلها نشأ البحث الفلسفي في القانون ، هي كيفية تحقيق ملائمة بين مقتضيات الثبات والتغير. ويقول آخر العلاقة بين التغير الاجتماعي<sup>(١)</sup> ومدى ارتباطه بالنظام القانوني . إذ كان البحث عن إيجاد تفسير مناسب وحل موضوعي، لهذه المشكلة كان منبع لظهور الكثير من مذاهب فلسفة القانون.

وقد فرضت مشكلة التغير الاجتماعي مشكلات كبيرة في عملية صياغة القانون وتطبيقه، وهذا ما انعكس على فن صياغة القانون ؛ إذ أن مشكلة التغير

(١) وتعد مشكلة التغير الاجتماعي le changement social من المباحث الأولية والهامة في دراسة علم الاجتماع، وإذا كان ذلك كذلك، فهي تمثل بالتبعية من النقاط الأساسية، التي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالقانون وعلومه وخصوصاً فلسفة القانون، والسياسة التشريعية فيما يتعلق بمشكلة للتغير الاجتماعي في دراسات علم الاجتماع، راجع، د./ محمد الجوهري، المدخل إلى علم الاجتماع، الإسكندرية دار المعرفة، ١٩٩٢، ص ١٦٥، وما بعدها.

الاجتماعي ، أدت إلى تطور علم المنهج التشريعي.

## (٢) إيجاد تفسير للأنظمة السياسية والقانونية:

تساعد فلسفة القانون، في الوصول إلى تأصيل صحيح، وتبرير مقنع للعديد من الأحكام السياسية والقانون كما يقول العميد بلوند R.Pound: إن مستلزمات النظام الاجتماعي استوجبت التفريق بين القانون من جهة والقواعد القانونية الأخرى من جهة أخرى، بالإضافة إلى بحث الفلاسفة الدائم للوصول إلى أساس سليم وصحيح للأحكام القانونية والنظرية السياسية، وأساس ثابت لأساس السلطة في المجتمع.<sup>(١)</sup>

## (٣) دور فلسفة القانون في تعميق الوعي القانوني:

لفلسفة القانون دور كبير على مستوى الثقافة القانونية للمشتغلين بالقانون لكل من يعمل في مجال القانون ؛ إذ أنها تؤدي إلى أمرين هامين هما: تعميق الوعي القانوني، والارتقاء بمستوى الفكر القانوني.

حيث توضح فلسفة القانون المضامين الأساسية للقانون وصلاته بالحياة الاجتماعية، الأمر الذي ينمي في الفرد رغبة في إدراك ماهية القانون ودوره في حياته، وأثره على الجوانب المختلفة لمركزه في المجتمع، وأثره على حريته وحقوقه والتزاماته. وهذه الوظيفة لصيقة الصلة بحقوق الإنسان.

ولا يتحقق والإدراك الواعي للقانون ووظيفته، إلا من خلال تنمية رغبة المشتغلين بالقانون في البحث الفلسفي في القانون. فطى سبيل المثال، فقد أثرت فلسفة العميد ليون ديجي L.Duguit والعميد موريس هوريو M.Houriau تأثيراً عميقاً في نشأة وتطوير القانون الدستوري والإداري الفرنسي وبعض الدول الأخرى. وقد كان لفلسفة هانز كلسن H.Kelsen أثر كبير في صوغ الأفكار الأساسية لعلم القانون العام في ألمانيا والنمسا وقد وضعها بعض المسألة موضع التطبيق مثل ما فعل إمبراطور أسبانيا Anti one De Rivro. وفي مصر، لقد كان- وما زال- لفكر الأستاذ المنهوري - أثراً عميقاً في صوغ

(١)R. Pound, The philosophy of law London, 1967, PP. 20-25.

النظريات الأساسية في القانون في مصر، إذ تحت تأثير خليفته الدينية المشبعة بالفكر الإسلامي، بالإضافة إلى خلفيته القانونية الغربية بحكم تلقيه دروسه الأولى في معهد القانون المقارن بليون Lyon بفرنسا، أدخل السنهوري الأفكار الإسلامية مندمجة بالفكر القانوني الغربي في آن واحد وفي تقنين واحد. بمنهج فقهي ومنهج تشريعي دقيق .

#### (٤) الارتقاء بمستوى الفكر القانوني:

تؤدي فلسفة القانون إلى الارتقاء بمستوى التفكير القانوني وزيادة إحساس الأفراد، وإدراكهم بالمشكلات الأساسية، والأسس الأولية للقانون، نظراً لأنها تعتمد على التفكير العقلي التحليلي للأسس الأولية للقانون ومشكلاته المختلفة. كما أنها – من جهة ثالثة – تخلق روح النقد المنظم عند الفقيه تجاه النظم والقواعد.

إن دراسة التحليلات والنظريات التي قدمها كبار فلاسفة القانون، مثل أعمال أفلاطون، أرسطو، بنتام، كانط، هوبز، وغيرهم، تعطينا رؤية واضحة عن الفكرة الحقيقية للقانون، وتبين لنا ما يجب أن تكون عليها، وتوسع من مداركنا في فهم حدود وقواعد الظاهرة القانونية، وتبين لنا أنسب الأنظمة القانونية، وتزودنا بمكلمة النقد الصحيح للعلم القانوني على أسس قائمة على قواعد المنطق السليم.

ولهذا، فبوجه عام، فإن دراسة فلسفة القانون، ترفع من قدرة العقل على التفكير والتحليل الصحيح للمشكلات التي تثور في ميدان القانون.

وقد أوضح الأستاذ الدكتور/ سمير تناغو، مدى أهمية فلسفة القانون بالنسبة لعالم القانون في عبارات بليغة ومضمون دقيق، إذ قرر: "أن رجل القانون، لا غنى له عن فلسفة القانون، إذ بدونها يظل عاجزاً عن الوصول إلى الأبعاد الحقيقية للقواعد التي يقوم بدراستها، أو تفسيرها أو تطبيقها، بل يظل عاجزاً عن أن يخطو الخطوة الأولى في هذا الطريق، ففلسفة القانون تمثل بداية



المبتدئ، ونهاية المجتهد بالنسبة لرجل القانون.<sup>(١)</sup>

### (٥) تحديد الأيديولوجية القانونية والسياسية للمجتمع:

فلسفة القانون، تحدد الإطار الفكري والمبادئ التي يركز عليها النظام القانوني، ويدرسها التقييمية لهذه الأسس، فهي تحدد بالتالي - دعائم النظام القانوني وأهدافه. وفي الواقع إن تحديد المبادئ العامة للنظام القانوني، هي من صميم عمل فلاسفة القانون؛ ويرجع ذلك نظراً لإلمامهم بأفكار كثيرة في مختلف العلوم الاجتماعية، وبوجه خاص علوم المنطق والسياسة والاقتصاد، وعلوم الدين بالإضافة إلى علم القانون.

ويلاحظ أن دور فلاسفة القانون في تحديد الأيديولوجية السائدة في المجتمع، وإبرازهم لجوانبها المختلفة، وأسسها وآثارها، ففهم بالتالي يساهمون في فهم مزايا وعيوب النظام القانوني السائد، ومن هنا يفتح الطريق لتطوير النظرية القانونية السائدة في المجتمع وإبراز مزايا وعيوب النظام السياسي القائم.

وفي هذا الصدد فقد قال البعض ما يلي: " إن فلسفة القانون لا تساعدنا فقط على فهم النظام القانوني، والأهداف التي ينبغي تحقيقها، بل إنها أيضاً تضع حداً على الأفراد الذين يبدون السلطة على القضاة والأشخاص والمشرعين وتجبرهم على تحري النقطة في أعمالهم وإيجاد تبرير لها"، إذ يقول في هذا الصدد:<sup>(٢)</sup>

"(The philosophy of Law) not only helps us to understand legal systems and the purposes that they can and should have, but it also confronts those who have power and authority over the lives of persons, judges and legislators,

(١) د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، الإسكندرية، منشأة المعارف، ص ٩-١٠.

(٢) راجع:

Th. Morawetz: An Introduction to The Philosophy of law N.Y, Mccmillan, 1980, PP.19.20

with the challenge of examining and justifying their everyday activity”.

## (٦) دور فلسفة القانون على مستوى علم القانون

تلعب فلسفة القانون دورا هاما على مستوى علم القانون . ولا ندرك هذا الدور إلا إذا عرفنا المثالب التي تترتب على الفصل بين القانون وفلسفته، وعدم الاهتمام بدراسة فلسفة القانون.

ففي واقع الأمر إن منع دخول الأفكار الفلسفية في عالم القانون ، يؤدي إلي انعدام روح القانون ، ويصير النظام القانوني هيكلًا شكليًا خلويا، بلا روح تحركه ولا فلسفة تحكمه ، وبهذا يصبح النظام القانوني نظامًا ميكانيكا يعمل كل شيء ولكنه لا يعقل ولا يقدر شيء .

فتجاهل فلسفة القانون سيجعلنا لا نعرف الشيء الذي نبحث عنه ، ولا نعرف ما هي الأسس التي تقوم معارفنا ، ولا الجهة التي ندخل أو ننتقل منها أو إلي أين نذهب ، وهكذا ينقصنا بتجاهلنا لفلسفة القانون كما يقول فيليه M. Villez معرفة الغاية والوسيلة والمبادئ، حتى يصل بنا الحال كمرشد القطارات الذي ليس لديه أية فكرة عن الرحلة ولا جهة الرحيل ولا جهة الوصول ..

وجدير بالذكر الإشارة إلى أن دراسة فلسفة القانون تساعد في وضع حلول لكثير من المشاكل الكبرى المثارة في النظام القانوني الدولي ، مثل مشكلة العلاقة بين القانون الدولي والقانون الداخلي، مشكلة حقوق الإنسان، مشكلة السلام العالمي وكيف السبيل إلى تحقيقه، فلو أخذنا بتطويل كل مشكلة من المشاكل السابقة -سنجد- أن كل مشكلة منهم يرجع أساسها إلى فلسفة القانون، وتجد حلها في فلسفة القانون أيضاً.

## (٧) دور فلسفة القانون في فهم القانون:

تقوم فلسفة القانون بدور كبير في فهم القانون ويبدو ذلك فيما يلي:

- تساعد فلسفة القانون على تحديد مضمون بعض المصطلحات اللغوية والكلمات التي لها دلالة معينة مثل تعبير "العدالة" و"الحق" و"القانون" بطريقة سليمة، وذلك عند دراسة مصادر القانون وغاياته ومبادئ علم القانون، بالإضافة إلى أنها تساعدنا على إلقاء الضوء على معنى التعبيرات الأساسية في علم القانون مثل: الملكية، العقد، الالتزام، الحييزة، الحق. (١)

- تحدد فلسفة القانون حدود الظاهرة القانونية ومدخل الأساسية، حيث تدرس فلسفة القانون بالتحليل والتأصيل نشأة فكرة القانون، والعلاقة بين النظامين القانوني والاجتماعي، وتأصيل الأفكار الأساسية في علم القانون، مثل أفكار: العقد، الالتزام، المسؤولية، وغيرها.

- وفي واقع الأمر وكما يقول البعض (٢) :- " إن التأمل الفلسفي للقانون يعد مطلباً ضرورياً لتنظيم معارفنا القانونية ، وبذلك فهي - أي فلسفة القانون - تسد نقصاً لا توفيه العلوم القانونية ، وتقدم حلولاً لمسائل كبرى يفترضها ويقترحها العقل الإنساني" (٣) (٤) ، ومن جهة ثانية فهذا التأمل يمثل أداة أساسية لا غنى عنها لتطور القانون ، وكما قال البعض (٥) : " La réflexion philosophique est l'instrument irremplaçable du progrès du droit " .

(١) د. عبد المجيد الحفناوي : مرجع سابق، ص ٤٩٤ د. محمد الشقير : مرجع سابق، ص ١٢-١٣.

(٢) راجع :

B. CARDOZ, " The Growth of the law ". P. 187, p. 196; CAIRNS: legal philosophy from plato to Hegel, 1949, p. 17.

(٣) L.I.ecombra " Qu'est la philosophie du droit ", in op cit , p.132 .  
CONHEN&COHEN, Readings in jurisprudence and legal philosophy  
" , London, 1951, p .18; DARBELLAY , " Qu'est que la philosophie du droit " , in A.P.D.Op.Cit , P. 114.

د. محمد الشقير : مرجع سابق ، ص ٧ وما بعدها.  
(٤) راجع :

DARBELLAY, "Qu'est que la philosophie du droit" , in A.P.D.Op.Cit, P. 114.

(٥) راجع :

M.VILLEY, 'Leçons d'histoire de la philosophie du droit, Op. ,Cit, P. 14.

- إن فلسفة القانون ضرورية لفهم كبري المذاهب الكبرى في القانون والدولة ، حيث إننا لا يمكننا فهم هذه المذاهب إذا أهملنا فلسفة القانون<sup>(١)</sup>، وتساعدنا على تحليل المفاهيم العامة والأساسية في الأنظمة القانونية، مثل مفاهيم العدالة ، القانون ، النظام القانوني " وغيرهما <sup>(٢)</sup> .

- تقوم فلسفة القانون بدور كبير في تطوير القانون ، فكما يقول الأستاذ كلردواز B.Cardoz ، أن القانون اليوم بحاجة إلى شيئين : أولهما : إعادة اليقين فيه ورد اعتباره ، وهذا ما يقوم به علم القانون . ثانيهما : بحاجة إلى فلسفة تقوم بدور الوسيط بين اعتبارات الثبات واعتبارات التغيير <sup>(٣)</sup> . وبمعنى آخر، تعد فلسفة القانون دراسة هامة نراجع بها الأسس والمبادئ التي يرتكز عليها القانون في كل مجتمع. <sup>(٤)</sup>

- تتضح أهمية فلسفة القانون - بوجه خاص - إذا ما عرفنا أنها تقدم لنا الصورة التي ينبغي أن يكون عليها النظام القانوني. وبهذا فهي تعد دليلاً ومرشداً للمشرع وللфكر القانوني ، من أجل التوجيه في تبني سياسة تشريعية معينة من أجل تحقيق أهداف محددة، ويقول آخر: تعتبر دراسات فلسفة القانون هي التي تقدم المعطيات الأولية والأساسية للسياسات التشريعية ، ومن هنا تتجلي الرابطة بين فلسفة القانون ، وعلم السياسة التشريعية La Politique législative.

(١) راجع :

A.BRIMO , ' Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat " , Op . Cit . , P . 8 .

(٢) راجع :

N.BOBBIO, ' Nature et fonction de la philosophie du droit, in A.P.D.Op.Cit ., PP. 1-3 .

M.VILLEY, " Seize Essais de philosophie du droit " , Paris Dalloz, 1969, P. 8et ss . , F. CASTBERG, La philosophie du droit, Paris, pendone , 1970, p. 18 et ss , J.M. TRIGEAUD, persona ou la justice ou double visage , filosofia oggi 1990 ,p. 12 et ss .

(٣) راجع :

B.CARDOZ, " The Growth of the law " . Op.. Cit . P. 187 .

(٤) د. محمد الشقنيري، المرجع السابق، ص ٩.

## رابعاً : فلسفة القانون والعدالة في الفلسفة الإغريقية:

شغلت نظرية العدالة باعتبارها أهم قيمة من قيم القانون ، وهى احد محاور دراسات فلسفة القانون حيزاً كبيراً من اهتمام الفلاسفة والفقهاء في كل مكان وزمان . ولقد كانت محلاً لنقاش كبير بين اتجاهات الفلسفة القانونية الوضعية والفلسفة القانونية المثالية . ولكن أول من اهتم بمشكلة العدالة والقانون، هم فلاسفة الإغريق. وبوجه خاص أفلاطون وأرسطو . ولقد انتقلت أفكارهما عن العدالة إلى النظم القانونية القديمة، كالنظم القانوني الروماني، عندما انتقلت الفلسفة الإغريقية إلى القانون الروماني، وكذلك انتقلت فلسفة العدالة عند الإغريق إلى النظم القانونية الحديثة.

### (١) العدالة ونظرية العدالة في الأدب اليوناني:

ترجع بذور فلسفة القانون في اليونان إلى الأدب التراجيدي الذي بلورته أشعر هومير Homere وهيزيود Hésiode وفي مأساة سوفوكليس Sopholes في مسرحية Antigène. وفي أثناء الشعر الإغريقي وآدابه وجدت فكرة العدل، أو بالمعنى الصحيح ظهرت "حاسة العدل". فعند هومير يعد العدل أساساً ضرورياً لكل تنظيم سياسي؛ لأنه القاعدة العامة المطابقة لإرادة الآلهة، التي توحى بها إلى الناس. وكان اصطلاح العدالة La Justice يشير في الشعر الهوميدي Homere ، إلى الناس الفضلاء . أي الناس الأرستقراطيين؛ فالرجل العادل هو الرجل الأرستقراطي الذي يستطيع بمقتضى سلطاته حماية الناس الضعفاء. فالعدالة تشير إلى الأمير الفاضل الذي يحكم المدينة بالقوة العاقلة والعدالة أي قوة الحق. (١) ولقد أبدى هيزيود اهتماماً كبيراً بفكرة العدالة وهى فضيلة ملكية، لا تتوافر إلا في الحكام (١).

(١) راجع :

V.BROCHARD, "Les sceptiques grecs", 2ed, Paris, J.Vrin, 1969. P. 16 et SS ; C. TSATSOS, "La philosophie sociale des grecs anciens", Paris, nagel, 1971, PP. 48-50 ; A. M. JONES, The law Greek city" op. Cit. , P.18 et SS; J.W JONES. The law and legal theory of the Greeks, Oxford, 1956, p22; M.SCLLUHL, Essai sur la formation de la pensée grecque"Paris, 1934, P. 180et SS ; J.M. TRIGEAUD, "Humanisme de

## (٢) السفسطائيون ونسبية العدالة وإرهاصات الوضعية القانونية:

مع أواخر القرن السابع قبل الميلاد وحتى القرن الخامس قبل الميلاد حدثت تطورات كبيرة في الحياة اليونانية، وتغيرات جذرية في الحياة السياسية. فمن ناحية، استولى على السلطة مجموعة من التجار، ونشأت مجموعة الأعراف المحلية ووقفت حجر عثرة في مواجهة سياسة الدولة<sup>(٢)</sup> وأدى هذا التطور إلى ظهور الاعتقاد بأن ما يصدر من تشريعات ليس من عند الإله زيوس Zeus بل من عند الملوك أنفسهم، وبهذا ظهرت التفرقة بين القوانين الإلهية والقوانين الوضعية، وبين العدالة Dike والطبيعة physis<sup>(٣)</sup>.

ظهرت جماعة السفسطائيين Les sophistes الذين ثاروا على الآثار الفلسفية للأدب اليوناني معنيين رفضهم لكل مثاليات الفلسفة الإغريقية، وأعلنوا معارضتهم لكل ما هو ديني ومطلق، فأعلنوا نسبية كل الأشياء، واعتبروا أن الحكم الأول والأخير على الأشياء هو الإنسان؛ لأنه في رأيهم "معيار كل

---

la liberté et philosophie de la Justice "T.I.Bordeaux, Biere, 1985, P. 46, G. TIMIST, Les Figures du jugement, Paris P.U.F., 1993. P. 45 et SS.

وفي الفقه العربي: راجع: د. محمد بدر، تاريخ النظم القانونية، المرجع السابق، ص ١٤٦، سليمان مرقص، المحاضرات السابقة ص: ٩.  
(١) راجع في ذلك:

A. BILL, : La morale et loi dans La philosophie Antique, Paris, L. ALCAN, 1928, P. 17et SS.C.TSATSOS, "La philosophie sociale des grecs anciens" Paris, nagle, 1971, pp. 48-50.

P.GUERIN, L'idée de justice dans la conception de l'univers chez les premiers philosophes grecs", Paris, Alean, 1943, S. Romilly, La Loi dans la pensée grecque, paris, vrin, 1971, P. 19 et. SS ; J.M. TRIGEAUD, "Humanisme de la liberte et philosophie de la justice, T.I.Bordeaux, Bière, 1985, P.45 et. SS.

(٢) راجع: أرنتست باركر، النظرية النيبالية عند اليونان، ج ١، المرجع السابق، ص: ٢٦١.

M.VILLEY, "La formation de la pensée juridique moderne, op. Cit., P. 17.

(٣) راجع:

M.VILLE, "Ibid., p. 17 J.W. JONES, "The law and legal theory of the Greeks" op. Ci., Pp. 16-20..

شيء " Homme est le mesure de tout chose .

ققد أهتم المسفسططيون بقضية المعرفة وربطوها ربطا وثيقا  
بالإنسان. وطبقوا نظريتهم الفلسفية على فكرة القانون، فأنجوا فلسفة قانونية  
تحمل في طبيعتها ك إرهابات الوضعية القانونية Le positivisme  
juridique التي ظهرت فيما بعد في أواخر القرن الثامن عشر.

وفيما يتطرق بملاح فلسفة القانون وعلاقتها بنظرية العدالة (١) . فمن  
ناحية نجد أنهم اعتبروا إن القانون -ككل الأشياء- أمر نسبي ومتغير يختلف من  
زمان إلى زمان ومن مكان إلى مكان بمعنى أنه لا يوجد جوهر عالمي للقانون.  
ومن ناحية ثانية ، أنكروا فكرة القانون الطبيعي. ويوجه علم الأساس الطبيعي  
للعدالة، لأنهم فصلوا بين الطبيعة Physis والقانون Nomos. وقد نقوا الأساس  
الطبيعي في العدالة، استنادا إلى حجة مفادها أن العدالة في تنازع مستمر وتام  
مع الرغبات الخاصة لكل فرد (٢) ؛ لأن كل فرد يقدر العدالة وفقا لمصلحته  
الذاتية. ففكرة العدالة والقانون كلها مجرد أفكار نسبية متغيرة (٣).

(١) راجع في فلسفة المسفسططين القانونية:

H. ROMMEN, Le droit Naturel, op. Cit. , Pp. 21-25 et. P. 32 ;  
S.Vergnieres, Ethique et politique chez Aristote, paris, P.U.F. 1995, p.  
et SS. P. 27; C. DEL. VECCHIO, "philosophie du droit, op. Cit., P. 37.  
L. STRAUSS, "Droit naturel et histoire" OP.Cit, pp. 123,  
GAUBRET, LE fondement du droit chez les sophistes" Revue de  
droit suisse. 1974. Pp. 486- 606 J.M. TRIGRAUD. "Humanisme de la  
liberté et philosophie de la justice. T.2, 1992. P.221

د. مصطفى صقر، فلسفة العدالة عند الإغريق، المنصورة، ص: ٤٧ وما بعدها؛ د. أحمد  
إبراهيم حسن ، مفهوم القانون الطبيعي ... مرجع سابق ، ص ٢٠ وما بعدها؛ د. أحمد  
محمد غنيم، تطور الفكر القانوني، القاهرة، دار الفكر العربي ١٩٧١م ، ص ٤٦ أرمنت  
بلركر، النظرية السياسية عند اليونان، ترجمة لويس إسكندر، القاهرة ١٩٦٥م ، ص : ١٢٢-  
١٢٦

(٢) د. محمد بدر: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ١٥١.

(٣) راجع :

L. STRAUSS, "Droit naturel et Historie", op. Cit. , Pp. 123-124.J.M.  
TRIGEAUD, "Humanisme de la liberté et philosophies de la justice",  
T.I.p. 49.C. TSATSOS, La philosophie sociale des grecs anciens, op.  
Cit., P. 318 et SS.

### (٣) فلسفة القانون والعدالة عند أفلاطون

ارتبط مجد الفلسفة القانونية الإغريقية باسم اثنين من المفكرين وهما: أفلاطون تلميذ سقراط، وأرسطو تلميذ أفلاطون، وقد أسهم كلاهما إسهامًا كبيرًا في وضع الأسس الأولية لفلسفة القانون. مازالت هذه الأسس محل قبول عام من قبل غالبية مفكري فلسفة القانون. وقد سيطرت فلسفتها على أغلب النظم القانونية في العالم، فكما يقول فيليه عن أثر فلسفة أفلاطون<sup>(١)</sup> :

"La doctrine du droit du Platon est d'une extrême importance dans l'histoire du droit représentative d'une tendance permanente de L'esprit humain, elle est l'ancêtre de mainte doctrine révolutionnaire utopiste de toutes les doctrines assorties de fortes exigences d'idéal".

صنف أفلاطون كتابًا خاصًا لبحث مشكلة العدالة وهو كتاب الجمهورية La république وسميت الجمهورية بأنها "رسالة في العدالة"، لأن هدفها هو إحلل مفهوم صحيح عن العدالة محل الآراء الزائفة التي عمل على نشرها السفسطائيون<sup>(٢)</sup>.

وقد قدم أفلاطون تفسيرًا للدولة ولضرورتها<sup>(٣)</sup> ينتمي إلى مجال التفسيرات المثالية، إذ نشأت الدولة في رأيه لضرورة وصول النفس الإنسانية إلى الكمال. حيث إن الطبيعة الإنسانية بمفردها عاجزة عن إن يشبع

(١) راجع :

M. VILLEY, "La formation de la pensée juridique moderne" op. Cit. , P. 35.

(٢) باركر : النظرية السياسية عند اليونان ج ١ مرجع سابق ص: ٢٦٧.

(٣) راجع في ذلك :

G. DEL VECCHIO, philosophie du op. Cit. , P. 53. J. BRUNET, Greek philosophy . op. Cit., P. 237 SS M. VANHOUTTE, La philosophie politique de platon dans les lois, Louvain, 1934.

د. مصطفى صقر، فلسفة العدالة عند الإغريق، مرجع سابق ص: ٦٥ وما بعدها، ملربا لوبز برليري المدينة الفاضلة عبر التاريخ، ترجمة د. عطيات أبو السعود، الكويت، سلعة علم المعرفة، عدد سبتمبر ١٩٩٧م، رقم ٢٢٥، ص: ٣٠ وما بعدها.



كل فرد حاجاته. ولهذا فلا بد أن يجتمع كل فرد مع غيره حتى يستوفي حاجاته ويحقق السعادة لنفسه. والدولة المثالية هي الدولة التي يحكمها حاكم فيلسوف .

ومهمة الحاكم المثالي في إدراك العدل والعدالة هي جوهر نظرية أفلاطون في فلسفة المدينة الفاضلة. ويدرك الحاكم المثالي العدالة عن طريق عقله، وفي إطار ملاحظته لطبيعة الإنسان ، ومن هنا يأتي ارتباط نظرية العدالة الأفلاطونية بفكرته حول الدولة. فطالما تعزى نشأة الدولة إلى عجز الإنسان منفردًا عن تحقيق حاجاته ، ولهذا فالدولة المثالية هي الدولة التي يسود فيها التعاون ويقام فيها العدل. ومن هنا أصبحت العدالة في نظر أفلاطون- تدور حول أداء كل فرد الوظيفة المحددة له، في ضوء الأهداف التي يحددها المجتمع.

فالعدالة هي التناسق بين طبقات الأفراد في الدولة بحيث يعمل كل فرد حسب طبيقته كل ما هو معهود إليه لقراراته الطبيعية<sup>(١)</sup> .

ولكن أفلاطون ، في إطار فلسفته النفسانية<sup>(٢)</sup> . وقد أضفى بعدًا نفسيًا على فكرة العدالة؛ بمعنى أنه رأى أن هناك ركنًا أساسيًا للعدالة يتمثل في التوافق بين قوى النفس الثلاث، العقلانية، العصبية، الشهوانية، بحيث يؤدي هذا التوافق إلى الانسجام والتوازن بين هذه القوى، وهذا الوجه من العدالة يطلق عليه العدالة داخل النفس الإنسانية، وتكمن مفترضات العدالة عند أفلاطون في مجموعة من الأساليب والوسائل التي يتخذها الحاكم المثالي في الدولة<sup>(٣)</sup> .

ولقد انتقد أفلاطون المنهج الوضعي الذي يحصر دور الفقيه في تفسير النصوص الصادرة من المشرع ، إذ رأى أن الفقيه بمثابة الطبيب الذي يجب أن يبحث عن الدواء الصالح للمريض ، بمعنى أن الفقيه يجب عليه البحث عن

(١) د. طه عوض غازي، فكرة العدالة في فلسفة أفلاطون، مرجع سابق ص: ١٨ د. حسن عبد الحميد، فكرة القانون الطبيعي الكلاسيكي ومفهوم القانون، المرجع السابق ، ص: ١٢٦: وما بعدها.

(٢) راجع فيما يتعلق بنظرية أفلاطون النفسانية. د. أميرة حلمي مطر، الفلسفة عند اليونان، القاهرة ١٩٦٥م ، ص: ١٣٧.

(٣) راجع في ذلك، د. طه عوض غازي ، المرجع السابق ، ص: ٣١-٤٩ . وفي التنظيم عن أفلاطون وفوائده ، راجع بلركر ، النظرية السياسية عند اليونان، الترجمة العربية، القاهرة ١٩٦٥م ، ص: ٢٥٥ وما بعدها.

## الحكم الأمثل ، أي اكتشاف العدالة Découvrir le juste

وتتمثل غاية رجل القانون عن أفلاطون في تحقيق الحق والعدل أي تحقيق التوازن الاجتماعي، حيث لا يوجد للحق أو العدل عند أفلاطون جوهر خاص منفصل عن علم الأخلاق أو علوم التربية ومن هنا يرى أفلاطون ضرورة الهام رجل القانون بين العلوم المختلفة وعلى الأخص الفلسفة<sup>(١)</sup>.

وقد ربط أفلاطون بين غاية القانون في العدل وغاية تحقيق الخير العام. فالقانون، يعرف - عند أفلاطون بغايته وغاية القانون هي تحقيق العدل وخير الجماعة هو الغاية الأساسية للقانون، لأن التركيز على المصلحة العامة يؤدي إلى تقوية نظم المجتمع وتؤكد تماسكه<sup>(٢)</sup>.

### (٤) فلسفة القانون ونظرية العدالة عند أرسطو :

لقد أبلى أرسطو في ميدان فلسفة القانون بلاءً حسناً، وخير الميادين التي ساهم فيها هو مجال نظرية العدالة وفلسفة القانون والدولة.

يرى أرسطو أن الدولة فكرة أوجدتها طبيعة الأشياء . فهي تعد نمواً طبيعياً لتطور ونمو المجتمع الإنساني وأن الدولة تتفق مع طبيعة الإنسان. فالدولة عند أرسطو هي : "المستعمرة الطبيعية للعائلة" لأن الإنسان بالطبع كائن اجتماعي ، فأى إنسان يهدف إلى العيش وحيداً، إما أن يكون "بهيميًا" أو عنصرًا أسمى من النوع الإنساني<sup>(٣)</sup> ..

ويتمثل هدف الدولة في تحقيق سعادة الإنسان<sup>(٤)</sup>، وسعادة الإنسان عند أرسطو هي تحقيق الحياة الجماعية والمجتمع السياسي الذي يحيا في ظله الأفراد ؛ لأن الإنسان حيوان سياسي ، لا يمكنه العيش إلا في إطار مجتمع

(١) د. محمد الشقيري، محاضرات في فلسفة القانون، المرجع السابق، ص ٤٤ - ٤٥.

(٢) د. أحمد حسن، غاية القانون، المرجع السابق ص ٢١٧-٢١٨؛ د. حسن عبد الحميد : فكرة القانون الطبيعي الكلاسيكي ، مرجع سابق ، ص : ١٣٢.

(٣) أرسطو ، السياسية الكتاب الأول ، الترجمة العربية ، ص : ٩٦ .

(٤) أرسطو، السياسية، ترجمة أحمد لطفي السيد. القاهرة، الهيئة العامة للكتاب، ١٩٧٩م ، الكتاب الأول، الباب الأول ، فقرة ٧ ص: ٩٥.

منظم. ويقول أرسطو "الطبع أذن يدفع الناس غرائزهم إلى الاجتماع السياسي" (١).

ويحقق الاجتماع السياسي السعادة للأفراد ، ولكن بشرط أن تسود "الفضيلة" La vertu فيما بين الأفراد وفي سياسة الدولة (٢). والفضائل عند أرسطو أربعة هي: الأمانة والشجاعة والحنز والعدل. وتعتبر فضيلة العدل هي أم هذه الفضائل جميعًا. وهكذا يبدو أن العدل هو أساس الدولة والمجتمع. فالعدل يعد ضرورة اجتماعية، لأن الحق هو قاعدة الاجتماع السياسي، والعدل هو الذي يرتب الحق (٣).

وقد أهتم أرسطو بتحليل فكرة العدالة اهتمامًا واسعًا بوصفها الأساس الذي تقوم عليه القوانين، وتستمد منها بالتالي قوتها الملزمة (٤) ، لأنه كما يقول أرسطو : "العدل هو الذي يدفعنا نحو احترام القوانين" (٥) فطم القانون جزء من علم العدالة.

(١) المرجع السابق ، الكتاب الأول ، فقرة ١٣ ، ص : ٩٧ .  
(٢) أرسطو ، السياسية ، الفصل الخامس .  
(٣) أرسطو ، السياسية ، المرجع السابق ، ص : ٩٧ .  
(٤) راجع في ذلك :

M. VILLEZ, Leçons d'histoire de la philosophie du droit. Paris, Dalloz, 1967, p. 109 et SS, D, LLOYLD, "Introduction to jurisprudence" op. Cit., p.18, G. DEL VECHIO, Philosophie du droit", op cit. , P. 46 et SS.

د. محمد الشقيري، محاضرات في فلسفة القانون، المرجع السابق، ص ٩٦ وما بعدها د. عبد المجيد الحفلوي ، فلسفة القانون، مفهوم القانون الطبيعي في العلم القديم ومدى تأثر القانون الروماني به ، القانون الطبيعي الأرسطي والقانون الطبيعي الرواقى ، مجلة الأمر والقانون ، كلية شرطة دبي ، ص ٨، ٢٤، يوليو ٢٠٠٠ ، ص ١٤٠-١٤١. د. حسن عبد الرحمن ، فكرة القانون ، مرجع سابق ص: ٤٥ ، د. محمد على الصلفوري ، فكر أرسطو القانوني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ٢٤ ، يوليو ١٩٩٣م ص : ٣٥ : ص : ٩٦٤ وما بعدها . د. سمير تتاعو، النظرية العامة للقانون الأسكندرية منشأة المعارف ، ط ١٩٨٦ م ، ص: ١٣٣ وما بعدها د. حسن عبد الحميد ، فكرة القانون الطبيعي الكلاسيكي ، مرجع سابق ص : ١٤٦ وما بعدها .  
(٥) راجع :

ARISTOTE, The Nicomachean ethics of Aristore,  
Troduction, London welldon, London, Macmillan, 1922, Books V.  
chap.II. P. 139.

## (أ) العدالة العامة :

العدالة العامة - عند أرسطو - هي العدالة بالمعنى الأخلاقي Le Justice Générale وتعني استقامة السير والنظام في المجتمع. وهذا النوع من العدالة من خصوصيات الإنسان، وهي تمثل الفضيلة الكاملة La vertu parfaite<sup>(١)</sup>. وتهدف العدالة العامة إلى تحقيق الخير العام، وهذا الخير العام يتمثل في تطابق سلوك الأفراد مع ما تأمر به التشريعات<sup>(٢)</sup>. ولهذا كان أرسطو يقول دائماً إن سيادة القانون Rule of law في الدولة هو الوسيلة العملية الوحيدة لتحقيق الحياة الفاضلة؛ لأنه عندما يهذب الإنسان يكون أفضل الحيوانات، ولكن عندما ينعزل عن القانون والعدل يكون أسوأها جميعاً.

(ب) العدالة السياسية وتحقيقها في الدولة :

## (١) العدالة الخاصة " Justice particulière "

وهذا النوع من العدالة يتعلق بالأشياء المالية وغير المالية . فالعدالة الخاصة موضوعها بتوزيع الخيرات والأعباء على أفراد المجتمع. وهذا النوع من العدالة أطلق عليه أرسطو اصطلاح العدالة السياسية La justice politique لأنه يمثل الوسيلة التي بمقتضاها تحقق الدولة العدالة بين الأفراد.

وتقوم فكرة العدالة عند أرسطو على المساواة L'Egalité . فالعدل - عند أرسطو - يتطابق مع المساواة ، وتنقسم العدالة الخاصة إلى نوعين هما : العدالة التوزيعية ، والعدالة المصححة (العدالة التبادلية)<sup>(٣)</sup> .

(١) Ibid, op cit., P. 137.

ويقول في ذلك : "Justice is complete".

(٢) ARISTOTE, :Ibid., chap 6. P. 144.

(٣) ومما تجدر الإشارة إليه -وحسب قدر إطلاعنا- فإنه في نظرنا يعد الأستاذ ميشيل فيليه M. Villey هو بحق أول من علج نظرية أرسطو في العدالة معالجة شاملة وواضحة، بل وقربها إلى الأذهان بأمثله الواقعية وذلك في مؤلفه الآتي :

وبدأ ذي بدئ يجب أن نشير إلى أن هذا التقسيم يقوم على افتراض أساسي وهو أن الاصطلاح الإغريقي To dikaiion الذي يقابل اصطلاح الشيء العادل La chose juste يحتوي على عنصرين هما : الأول : علاقة معينة ، لأن الشيء لا تقاس عدالته مع نفسه ، بل ينبغي حتى نعرف أن شيئاً ما عادل ينبغي أن يقارن بآخر. والثاني : التقسيم La partage بمعنى أن العدالة تشير إلى معيار التقسيم والفصل بين ما هو عادل عما هو غير عادل<sup>(١)</sup> ، وفيما يلي شرح لمفهومَي العدالة التوزيعية والعدالة التبادلية:

### ١- العدالة التوزيعية La justice distributive :

تعرف العدالة التوزيعية بأنها : " توزيع الخيرات المادية والمعنوية والأعباء على الجماعة السياسية بالتمسوي". ويقوم هذا التوزيع على أساس المساواة التناسبية<sup>(٢)</sup>. فالمساواة التي تحكم العدالة التوزيعية هي المساواة التناسبية وليست المساواة الحسابية التامة ؛ ولهذا فالعدالة التوزيعية تتحقق حتى ولو لم يتساوى الأفراد فيما يحصلون عليه من الأعباء والخيرات ، لأن التوزيع يتم وفقاً لمزايا كل شخص وإمكاناته. وطالما كان الأفراد غير متساويين في الإمكانيات والمزايا ؛ فإن العدالة التوزيعية تقتضي التفرقة بينهم ، وتعطي لكل شخص من الخيرات والأعباء بنسبة مزاياه وأعبائه.

ومع أن العدالة التوزيعية لا تتم على أساس المساواة المطلقة ؛ إلا أنها في نفس الوقت تتنافى مع مبدأ عدم المساواة المطلقة. فلا يصح أن يأخذ الخيرات والثروات مجموعة من الأفراد دون البعض الآخر ، لأن هذا ليس من العدالة في شيء بل هو ظلم. وجوهر العدالة عند أرسطو - يتمثل في المساواة .

---

M. VILLEY: Leçons d'histoire de la philosophie du droit, CH: abrégé du droit naturel classique" Paris, Dalloz, 1962, pp. 109- 165.

(١) راجع :

LACHANCE, Le concept de droit selon Aristote et saint Thomas", Ottawa, Montréal, 1948, pp. 25-26.

(٢) ARISTOTE, The nicomachean Ethics, op. Cit., B.V. chip. V., p. 141.

## ٢- العدالة التبادلية La justice commutative :

العدالة التبادلية هي : " العدالة التي يجب أن تتحقق في علاقات الأفراد فيما بينهم البعض والبعض الآخر. وتسمى بالعدالة المصححة Justice corrective لأنها هي التي تصحح كل اختلاف حدث في التوزيع العادل للأشياء بين الأفراد، وتقوم العدالة التبادلية على المساواة الحسابية " (١) .

ويقوم جوهر فكرة العدالة المصححة "التبادلية" يقوم على أساس أن الدولة قامت بتحقيق عدالة التوزيع بين الأفراد، وكل شخص حصل على ما يخصه وفقا لمساواة تناسبية، ولكن العلاقات الإنسانية القائمة على التبادل قد تؤدي إلى حدوث خلل ، الأمر الذي يضر بقاعدة تحقيق العدالة وهي القاعدة التي تعد أساس المجتمع والدولة .

ولهذا، اقترح أرسطو صورة أخرى للعدالة تسمى العدالة التصحيحية "التبادلية". وهذا النوع من العدالة يقوم بدور إصلاح كل خلل حدث في قاعدة العدالة، ويلاحظ ، أن العدالة التصحيحية كما يدل عليها اسمها تتمتع بالخصائص الآتية:

- أنها عدالة تالية للعدالة التوزيعية ، فلا بد أولا أن يكون هناك توزيعا للثروات والأعباء قد تم على الأفراد، ثم دخل هؤلاء الأفراد في علاقات فيما بينهم البعض مع البعض الآخر.

-إنها وسيلة للحفاظ على العدالة التوزيعية(٢) ، أو بالمعنى الصحيح أنها

(١) Ibid., P. 142.

(٢) راجع :

G. DEL VECCHIO, "philosophie du droit", op. Cit., P., 46et ss;  
M.VILLEZ: Leçons d'histoire de la philosophie du droit, op, cit, p.  
164, J.DARBELLAY, La réflexion des philosophes et des juristes sur  
le droit et la politique , Fribourg, 1987, p. 2 et SS.

د. محمد الشنقيري، محاضرات القانون، ص ٩٩ وما بعدها؛ د. حمدي عبد الرحمن ، فكرة القانون ، مرجع سابق ص : ٤٦-٤٧ ، د. سمير تياغو، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق ص ١٤٢، د. مصطفى سيد صقر، فلسفة العدالة عند الإغريق ، مرجع سابق ص ٨٤، د. محمد علي الصافوري ، فكر أرسطو القانوني ، مرجع سابق ص : ٩٦٦.

وسيلة للحفاظ على كيان المجتمع السياسي من الانهيار ، لأنه إذا أهدرت العدالة، أهدرت بالتالي الدولة، وتتناثر الأفراد في كيانات ليس لها أدنى قيمة.

- يقوم العدل التبادلي (المصحح) على أساس المساواة الحسابية المطلقة، ويتم في الواقع العملي في صورة أن كل فرد يدخل في علاقة مع الآخر ، فيجب أن يأخذ كل منهما بقدر ما يعطي ، حتى لا يحدث اختلال في نتم الأفراد بعدما تحققت بينهم العدالة التوزيعية .

- يتسع مجال العدالة التبادلية ليشمل كل العلاقات التعاقدية أي العلاقات التي تتم بين الأفراد على أساس الروابط العقدية، مثل عقد البيع وعقد الإيجار وعقد الوديعة، وكذلك العلاقات غير التعاقدية وهي العلاقات التي تنشأ عن الجرائم<sup>(١)</sup> .

ففي مجال العلاقات العقدية، فالعدالة التبادلية، تقضي بأنه إذا أخذ فرد من آخر شيئاً معيناً يتعين عليه أن يرد له شيئاً مقابلاً يعادله في القيمة. مثل ذلك، أن يدفع المشتري ثمناً مساوياً لقيمة الشيء المشتري، وأن يدفع الفرد للعامل أجراً مساوياً لقيمة العمل الذي قدمه العامل إليه ... الخ. ففي المثال الأول يخرج الثمن من ذمة المشتري ليدخل في الذمة المثلية للبائع في مقابل أن تخرج السلعة من ذمة البائع إلى ذمة المشتري. وفي المثال الثاني يحصل العامل على القيمة المالية المقابلة للجهد الذي بذله من دفع إليه هذه القيمة المالية. فهذا "التبادل" يمكن من الحفاظ على التوازن بين الأنصبة الذي سبق أن حققته العدالة التوزيعية. فكان "التوازن" بين الأنصبة يبقى قائماً إذا ما انتقلت القيم والأشياء بين الأفراد " بالتبادل المتكافئ"<sup>(٢)</sup> .

وفي مجال العلاقات غير التعاقدية، تقضي العدالة التبادلية بضرورة التناسب بين الجريمة والعقاب. وتطبيقاً لذلك إذا تسبب عمل أو تصرف في خسارة مادية أو معنوية لشخص من الأشخاص، فإن العدالة التبادلية تقتضي أن يقوم الشخص الذي تسبب في الخسارة أو استفاد منها برد ما يعادل هذه الخسارة

(١) د. مصطفى صقر ، فلسفة العدالة عند الإغريق ، مرجع سابق ص: ٨٣- ٨٤ .  
(٢) د. محمد على الصافوري ، فكر أرسطو القنوني ، مرجع سابق ص : ٩٦٧ .

للطرف الآخر ، بحيث يصبح كل من الشخصين ، بعد حدوث هذا التصرف في نفس المركز الذي كان عليه من قبل<sup>(١)</sup> .

### ج- أثر العدالة التوزيعية والعدالة التبادلية في نظرية القانون:

تتعلق فكرة العدالة التوزيعية بما يجب أن تكون عليه العلاقة بين الأفراد والدولة، إذ تطالب الدولة بأن تراعي توزيع الخيرات والأعباء على الأفراد بالتساوي بغض النظر عن ذواتهم أو صفاتهم. أما فكرة العدالة التبادلية فهي في نهاية الأمر تعني عدالة العلاقات القانونية فيما بين الأفراد ، بمعنى أنه يجب أن تساوي أداء كل فرد في الجماعة مع حقوقه وواجباته

وتتمثل أهم أوجه العلاقة بين العدالة التبادلية والعدالة التوزيعية فيما يلي:

- أن العدل التبادلي أقدم في الوجود من العدل التوزيعي، لأنه الإنسان البدائي عرفه حتى قبل ظهور الدولة<sup>(٢)</sup> .

- على أساس نظرية العدل التبادلي نشأت نظريات قانونية هامة مثل: نظرية عدم الإثراء بلا سبب ونظرية التعويض ونظرية دفع غير مستحق<sup>(٣)</sup> . بل إنه كما يقول الدكتور سمير تناغو- لا توجد مسألة في نظرية الالتزام لا يمكن ردها إلى هذه الفكرة<sup>(٤)</sup> . وأيضاً فكرة الثمن العادل Le juste prix التي تأسست عليها فكرة العقود في القانون الروماني وفي العصر الحديث<sup>(٥)</sup> .

- إن العدل التبادلي يطبق في العلاقات التعاقدية وغير التعاقدية<sup>(٦)</sup> . إذ أنه نظرية عامة صالحة للتطبيق على كافة العلاقات الإنسانية المالية.

- يعتبر التمييز بين العدالة التوزيعية والعدالة التبادلية هو أصل التفرقة

(١) د. مصطفى سيد صقر، فلسفة العدالة عند الإغريق ، مرجع سابق ، ص : ٨٤.  
(٢) د. عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، مرجع سابق ص: ٢١٢.  
(٣) M. VILLEY, "Leçons d'histoire..." op. Cit., P. 120.  
(٤) د. سمير تناغو ، النظرية العامة للقانون ، مرجع سابق ص : ١٤٣.  
(٥) راجع في فكرة الثمن العادل وأصولها : د.أحمد إبراهيم حسن : الأصول التاريخية للنظرية الثمن العادل ، دار المطبوعات الجامعة، ١٩٩٦  
(٦) د. عبد الحي حجازي ، المرجع السابق ، ص : ٢١١.



بين القانون الخاص والقانون العام ، على أساس أن الدولة هي التي تتولى تحقيق العدالة التوزيعية، فتكون هذه العدالة موضوع القانون العام، بينما يسري قانون آخر وهو القانون الخاص على العلاقات بين الأفراد فيكون موضعه هو العدالة التبادلية (١).

ومما تجد الإشارة إليه، أن فكرتي العدالة التوزيعية والعدالة التبادلية قد تأسس عليها المذهب الفردي والاجتماعي، اللذان يتقاسمان الفكر القانوني المعاصر. حيث تبني المذهب الفردي العدالة التبادلية (٢). أما طبقا للمذهب الاجتماعي فههدف النظام القانوني هو تحقيق أهداف المجتمع وغاياته وليس حماية الفرد وحقوقه ؛ ولذا يؤمن المذهب الاجتماعي بالعدل التوزيعي، ذلك العدل الذي تحققه الدولة بالتوزيع العادل للثروات وللأعباء على الأفراد ، وهو العدل القائم على أساس المساواة التناسبية. ولما كان تحقيق العدل التوزيعي مهمة الدولة، فإنه بالضرورة يفترض أن يكون بيد الدولة كل الثروات، أي تحتكر الدولة علاقات الإنتاج، ثم تقوم بتوزيع ناتج علاقات الإنتاج على الأفراد وفقا لقاعدة تناسبية محكومة بإطار العدالة التوزيعية.

#### خامسا: فلسفة القانون والعدالة والنظام القانوني الروماني

كانت العقلية الرومانية يغلب عليها الجانب العملي أكثر من التفكير النظري ، ولذلك لم يهتموا بالتأمل الفلسفي في القانون ، وإن كانوا هم بحق كما قال أحدهم : "قد خلقوا ليحملوا رسالة القانون إلي العالم" . ولكنهم رغم ذلك فقد عرفوا فلسفة القانون - أو بالمعنى الصحيح التأمل الفلسفي للقانون - عن طريق انتقال الفلسفة الإغريقية إليهم، وكما يقول الأستاذ الدكتور محمود السقا : "أن اللقاء الأول في التاريخ بين الفلسفة والقانون من الناحية التطبيقية هو لقاء

(١) من أصحاب هذا الرأي :

M. VILLEY: op. Cit., p. 123. M.El shakinkiri "Leçons d'histoires de la philosophies de la philosophie du droit, p. cit. , P. 18.

ومشار إليه عند د. محمد الصلغوري ، فكر أرسطو القانوني، مرجع سابق ص: ٩٦٧.

(٢) د. أحمد حسن، غاية القنون، المرجع السابق ص٥٨ وما بعدها

الفلسفة الإغريقية بالقانون الروماني<sup>(١)</sup>، وظهرت عبقرية الرومان في نقل الأفكار الفلسفية من محيط الفلسفة إلى عالم القانون<sup>(٢)</sup>. فقد لعبت الفلسفة دورا كبيرا في تطوير وتهذيب قواعد القانون الروماني<sup>(٣)</sup>.

وتحت تأثير الفلسفة الإغريقية دخل مفهوم الفلسفي للعدالة إلى الأفكار القانونية الرومانية فهذبها وطورها .

ويرجع الفضل الأول والأكبر لنقل الفكرة الإغريقية عن العدالة إلى الفكر القانوني الروماني إلى فقيه روما وشاعرها سيشررون ، فقد تمكن بحكم علمه كمحام شهير في روما عن صوغ العدالة في مفهومها القانوني<sup>(٤)</sup> ، وقد عرف سيشررون العدالة بأنه : " عادة إيتاء كل ذي حق حقه دون المساس بالصلاح العلم" ويقرب من هذا التعريف ما قال به الفقيه أوليبيانوس Ulpian معرفا للعدالة بأنها : " إرادة دائمة دائبة لإيتاء كل ذي حق حقه " . وهذه العبارة تنيد أن ثمة حقوق يتمتع بها الأفراد في مواجهة بعضهم البعض ، ولهذا فالعدالة تهدف إلى تحقيق الخير العام بالمجموع وتكمن في المحافظة على المساواة النسبية التي تربط الفرد بغيره من الكائنات في المجتمع<sup>(٥)</sup> .

وقد لعبت العدالة دورا كبيرا في تطوير القانون الروماني؛ إذ استنادا إليها تقرر ما يلي<sup>(٦)</sup> :

(١) د. محمود المصطفى ، أثر الفلسفة في الفقه والقانون في العصر العلمي ، مجلة القانون والاقتصاد ، القاهرة ، ١٩٧٧ ، ص ٥٣٩ .

(٢) راجع :

J.GAUDMENT. Cours de droit romain ;Paris, 1950, pp. . 20 - 96.

SCHUIZ , History of Roman legal science, Oxford, 1953, pp. 15-16.

(٣) راجع بوجه خاص : د. أحمد حسن، مفهوم القانون الطبيعي عند فقهاء الرومان. الإسكندرية، دار المطبوعات، ١٩٩٥.

(٤) د/ مصطفى سيد صقر ، فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، المنصورة مكتبة الجلاء الجديدة ، ١٩٩٥ ، ص ٣٧٩ .

(٥) راجع :

" H. ROMMEN " Le droit naturel " , Paris, Traduction, 1942, p 284.

د/ مصطفى سيد صقر ، المرجع السابق ، ص ٣٨٠ ؛ د. أحمد حسن، البحث السابق، ص ٩٨ وما بعدها .

(٦) راجع :

المساواة بين الأجنبي والوطني الروماني في الحقوق والواجبات، المساواة أمام القانون، وحماية القانون لكل إنسان حي داخل إقليم الدولة. ومبدأ التناسب بين الغرم والغنم في المعاملات، فلا يجوز أن ينشأ عن الالتزام ضرر لأحد المتعاقدين . ومبدأ الوفاء بالعهد، والذي عرف فيما بعد بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين. تحسن النظام القانوني للأسرة الرومانية ونظام الرق (١) وتوسيع نطاق الالتزام بالنفقة. واعتماد طرق جديدة لكسب الملكية. وفي مجال العقوبات، إلغاء قطع الأيدي والأرجل. (٢)

سادسا : مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة كمصدر للقانون في مصر :

ترتبت على حركة التغريب التي اجتاحت المجتمع العربي والإسلامي في القرن التاسع عشر ، أن تم اقتباس المنهج القانوني الغربي ؛ وبلذات نظرية مصادر القانون . إذ بالإضافة إلى التشريع والعرف والشريعة الإسلامية تم الأخذ بفكرة القانون الطبيعي وقواعد العدالة كمصدر للقانون يلجأ إليه القاضي إذا لم تسغه المصادر الأخرى .

وإعمالا لها فقد اقتبس النظام القانوني المصري فكرة القانون الطبيعي ومبادئ العدالة كمصدر من مصادر القانون. حيث وضعت المادة الأولى من القانون المدني المصري الجديد أسس نظرية المنهج القانوني في مصر. إذ نصت على: ١- تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في نصها أو في فحواها. ٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ التشريع الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة.

---

E. CUQ, " Précis du droit Roman ", Op, cit. , P 44.

د/ علي بدوي ، أبحاث في تاريخ الشرائع ، مرجع سابق ، ص ٧٩ ، ٨٠ ، د. عبد المجيد الحفناوي، المقالة السابقة، ص ١٤١-١٤٣ د. أحمد حسن، غاية القانون، ص ٢٣٦ وما بعدها .

(١) د. عبد المجيد الحفناوي، المقالة السابقة، ص ١٤٣ - ١٤٦ د. أحمد إبراهيم حسن، مفهوم القانون الطبيعي، للمرجع السابق، ٢٤٠ وما بعدها .

(٢) د. أحمد حسن، للمرجع السابق ، ص ٢٤١ وما بعدها .

حيث ترتب على حركة تغريب النظم القانونية في مصر والعالم العربي، أن اقتبس النظام القانوني المصري، الكثير من النظريات والنظم القانونية الغربية. وفي معرض دراستنا نجد أن المشرع المصري قد اقتبس فكرة القانون الطبيعي ومبادئ العدالة، كمصدر للقانون، وهما من خصوصيات فلسفة القانون في الغرب.

فقد تأثر المشرع المصري في القرن التاسع عشر بفلسفة القانون الطبيعي، حيث دخلت فكرة القانون الطبيعي، مع جملة الأفكار القانونية الغربية التي دخلت مصر. وقد تم هذا عن طريق تبني واضع لائحة ترتيب المحاكم المختلطة، والقانون المدني المختلط، للفكرة الفلسفية للقانون الطبيعي، التي كانت مسيطرة حينذاك على الفكر القانوني الفرنسي.

فقد نصت المادة ٣٤ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة على إنه : " يجب على المحاكم المختلطة في المواد المدنية والتجارية، التي من اختصاصها وفي المواد الجنائية التي حصل التراضي على اختصاصها أن تتبع نصوص القانون المقدمة إلى الدول من طرف الحكومة المصرية وإذا لم يوجد في القوانين نص صريح أو كان النص غير كاف أو في إبهام تحكم المحاكم بما تقتضيه مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ". و على نفس المنوال نصت المادة ١١٥ من القانون المدني المختلط. ونصت كذلك المادة ٩٢ من القانون: " على انه إذا اختلط منقولان لشخصين و اتحدا بحيث لا يتيسر فصلهما من غير تلف فللمحاكم أن تنظر في ذلك بمقتضى أصول العدالة مع مراعاة الضرر و موقف الخصمين و حسن نية كل منهما " .

وحدث تراجع لفكرة القانون الطبيعي في القانون المدني الأهلي وتبني المشرع لقواعد العدالة : لم يأخذ المشرع المصري الأهلي بفكرة القانون الطبيعي، ولكنه اكتفى بالنص على، مبادئ العدل كمصدر يلجأ إليه القاضي في حالة وجود نقص في التشريع، و يفسر هذا التراجع حسبما يقول البعض<sup>(١)</sup> بتراجع فلسفة القانون الطبيعي تحت تأثير فلسفة المدرسة التاريخية، التي نادت

(١) د. محمد كامل مرسى، شرح القانون المدني الجديد، الباب التمهيدي، ج ١، ١٩٥١، ص

بأن القانون كاللغة ، يختلف من بلد إلى آخر ومن وقت إلى آخر . بمعنى انه لا توجد عالمية في القانون . فنجد المادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية نصت على إنه : " أن لم يوجد نص صريح بالقانون يحكم بمقتضى قواعد العدل و يحكم في المواد التجارية بمقتضى تلك القواعد أيضا وبموجب العادات التجارية" .

وفي واقع الأمر ، نجد أن المشرع المختلط والمشرع الأهلي ، قد تبنيا فكرة القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، بهدف تحقيق عدة أغراض منها : ١- مجارة الفكر القانوني العلمي في منحيته وتطوراته ؛ هذا التطور الذي غلب عليه اتخاذ فكرة القانون الطبيعي ، كأساس فلسفي للقانون الوضعي . ٢- محاولة تفضي الثغرات في القانون الوضعي وخصوصا أن القانونين المختلط والأهلي، كانا مجرد ترجمة حرفية للقانون الفرنسي.

ولكن يجب أن نلاحظ الأمور الآتية: (١) إن فكرة القانون الطبيعي وقواعد العدالة، قد لاقت تطبيقا فعليا من قبل القضاة المختلط والأهلي؛ نظرا لكثرة الثغرات التي كانت موجودة فيهما. (٢) أن القضاة المختلط والأهلي، وإن استندا إلى فكرة القانون الطبيعي وقواعد العدالة في قضائهما؛ إلا أنهما كانا يستندان بالدرجة الأولى إلى فكرة العدالة، أكثر من فكرة القانون الطبيعي. (٣) إن القضاء قيد الاستناد إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة بالقيود الآتية (١):

١ - لا يجوز للقاضي القضاء بغير ما تقضى به النصوص التشريعية بدافع قواعد العدل والإنصاف.

٢ - عدم جواز اللجوء إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة إذا كان يوجد حكم في المسألة في التشريع.

(١) راجع :

S. Messina; 'Traite de droit civil Egyptien mixte; t. 1, Alexandrie; 1927, p. 227-229.

٣ - لا يجوز للقاضي الالتجاء إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ؛ إذا كان يمكنه سد النقص في التشريع استنادا إلى قواعد التماس أو الاسترشاد بالقواعد العامة للقانون المختلط .

وما سبق؛ يمكن استخلاصه من التطبيقات القضائية؛ لفكرة القانون الطبيعي وقواعد العدالة في ظل القضاء المختلط والقضاء الأهلي. وفيما يلي تفصيل ما سبق (١):

(١) لم يتضمن القانون المدني المختلط إشارة إلى ضرورة توافر شرط حسن النية في التقادم المكسب للملكية. ولكن القضاء المختلط استوجب توافر هذا الشرط؛ وأسس قضاءه على أن هذا الشرط يتفق مع قواعد العدالة والمصلحة معا؛ وما سبق قد قررته محكمة الاستئناف المختلطة في حكمها الصادر في ٣٠/يناير / ١٨٩٦. إذ قالت: ( أن القاعدة التي تقضى بأن يعتبر حسن النية في مسائل التقادم المكسب وقت وضع اليد يجب تطبيقها في مصر ، لأنها مبنية على قواعد العدالة والمصلحة )؛ وعلى نفس المنوال نجد أن القضاء المختلط اعتبر رفع الدعوى ولو أمام محكمة غير مختصة سببا من أسباب قطع التقادم .

(٢) استنادا إلى فكرة القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، قامت المحاكم الأهلية بحماية حق المؤلف والملكية الأدبية على أساس أن عدم وجود قانون ينظم هذه الحقوق لا يعنى أنها مجردة من الحماية بل يجب حمايتها على أساس العدالة وقواعد القانون الطبيعي.

(٣) لم ينظم القانون الأهلي نظرية التصرف في استعمال الحق، وبالتالي كان لكل صاحب حق الحرية المطلقة في استعمال حق، حتى ولو اضر بالغير. ولكن القضاء لم يبنى موقف المشرع. ورأى أن قواعد العدالة والقانون الطبيعي؛ تفرض إن الحقوق مقيدة بالفرض الاجتماعي الذي وجدت من أجله،

(١) انظر: د. محمد كامل مرسى، شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص ١١٤؛ د. محمد كامل مرسى ، سيد مصطفى ، أصول القانون ، ١٩٢٣ ، ص ٢٢١ وما بعدها ؛ د. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، ج ١، ص ٤٧٦ ما بعدها.

وترتبط على ذلك اعتبار أن استعمال الحق بعيدا عن غرضه الاجتماعي، يعد إساءة في الاستعمال وهو ما يعد خطأ يستوجب المسؤولية.

(٤) استند القضاء إلى مبادئ العدالة وقواعد القانون الطبيعي في تقرير نظرية الظروف الطارئة، وفي تحديد التزام رب العمل بإعطاء العامل شهادة خلو طرف عند انتهاء علاقة العمل. ونفس الأمر استندت المحاكم إلى قواعد العدالة في تقرير مسؤولية عديم التمييز.

(٥) قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه: " في حالة عدم وجود أحكام خاصة بامتلاك الأموال الموقوفة بمضي المدة ونجب اعتبار الشريعة الإسلامية سارية في هذه المسألة، وتطبيق المحاكم هذه الشريعة مراعاة لقواعد العدل بناء على نص المادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية. وكذلك قررت المحاكم امتداد ميعاد تقديم أوجه النقص إذا لم يختم الحكم في مدة الثمانية أيام التالية لصدوره ليتمكن الطاعن من تقديم أوجه الطعن.

وتعتبر مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة مصدرا من مصادر القانون في النظام القانوني المصري المعاصر، حيث ورد النص عليها في المادة الأولى من التقنين المدني. هذا من ناحية. بالإضافة إلى أن المشرع المصري قد أشير كثيرا إلى " مصطلح العدالة " في العديد من التشريعات.

ودون أدنى شك تعتبر العدالة هي أهم القيم التي يسعى كل نظام قانوني إلى تحقيقها، حتى يكون مقبولا وفعالا في المجتمع. وبالإضافة إلى ما سبق، فلا يمكن أن ننسى أن الحق في العدالة - بكافة صورها - يعتبر من أهم حقوق الإنسان Human rights.





## هيئة التحرير

رئيس مجلس إدارة النشر العلمى:

- الأستاذ الدكتور / أحمد عوض هندی  
أستاذ قانون المرافعات و عميد الكلية

رئيس التحرير:

- الأستاذ الدكتور / طلعت محمد دويدار  
أستاذ ورئيس قسم قانون المرافعات  
وكيل الكلية للدراسات العليا والبحوث

مجلس النشر العلمى:

- الأستاذ الدكتور / محمد باهى أبو يونس  
وكيل الكلية لشئون التعليم والطلاب
- الأستاذ الدكتور / أمين مصطفى السيد  
وكيل الكلية لشئون خدمة المجتمع وتنمية البيئة
- الأستاذ الدكتور / جلال ثروت محمد
- الأستاذ الدكتور / عوض محمد عوض
- الأستاذ الدكتور / محمد حامد دويدار
- الأستاذ الدكتور / سمير عبد السيد تناغو
- الأستاذ الدكتور / محمد فريد العرينى
- الأستاذ الدكتور / نبيل إبراهيم سعد
- الأستاذ الدكتور / فتوح عبد الله الشاذلى
- الأستاذ الدكتور / عكاشة محمد عبد العال
- الأستاذ الدكتور / محمد كمال الدين إمام
- الأستاذ الدكتور / محمد حسين منصور
- الأستاذ الدكتور / فايز محمد حسين
- الأستاذ الدكتور / إبراهيم عبد العزيز خليفة
- الأستاذ الدكتور / جابر عبد الهادى الشافعى





مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية  
مجلة فصلية محكمة

توجه جميع المراسلات إلى رئيس تحرير المجلة على  
العنوان التالي:

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية  
شارع مصطفى مشرفة - سوتير الشاطبي - الإسكندرية  
جمهورية مصر العربية  
تليفون: ٤٨٦٣٩٦٤ - ٤٨٤٦٦١٦ فاكس: ٤٨٧٦٦١١

البريد الإلكتروني:

alexlaw\_journal@yahoo.com



## هيئة التحرير

رئيس مجلس إدارة النشر العلمى:

- الأستاذ الدكتور / أحمد عوض هندی  
أستاذ قانون المرافعات و عميد الكلية

رئيس التحرير:

- الأستاذ الدكتور / طلعت محمد دويدار  
أستاذ ورئيس قسم قانون المرافعات  
وكيل الكلية للدراسات العليا والبحوث

مجلس النشر العلمى:

- الأستاذ الدكتور/ محمد باهى أبو يونس  
وكيل الكلية لشئون التعليم والطلاب
- الأستاذ الدكتور/ أمين مصطفى السيد  
وكيل الكلية لشئون خدمة المجتمع وتنمية البيئة
- الأستاذ الدكتور/ جلال ثروت محمد
- الأستاذ الدكتور/ عوض محمد عوض
- الأستاذ الدكتور/ محمد حامد دويدار
- الأستاذ الدكتور/ سمير عبد السيد تناغو
- الأستاذ الدكتور/ محمد فريد العرينى
- الأستاذ الدكتور/ نبيل إبراهيم سعد
- الأستاذ الدكتور/ فتوح عبد الله الشاذلى
- الأستاذ الدكتور/ عكاشة محمد عبد العال
- الأستاذ الدكتور/ محمد كمال الدين إمام
- الأستاذ الدكتور/ محمد حسين منصور
- الأستاذ الدكتور/ فايز محمد حسين
- الأستاذ الدكتور/ إبراهيم عبد العزيز خليفة
- الأستاذ الدكتور/ جابر عبد الهادى الشافعى





مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية  
مجلة فصلية محكمة

توجه جميع المراسلات إلى رئيس تحرير المجلة على  
العنوان التالي:

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية  
شارع مصطفى مشرفة - سوتير الشاطبي - الإسكندرية  
جمهورية مصر العربية  
تليفون: ٤٨٦٣٩٦٤ - ٤٨٤٦٦١٦ فاكس: ٤٨٧٦٦١١

البريد الإلكتروني:

alexlaw\_journal@yahoo.com

